

我國實務上交互詰問形成動向之解析^{*}

黃 翰 義^{**}

目 次

壹、概說	伍、詰問證人階段之實務見解與批判
貳、證人資格之實務見解及批判	一、於準備程序詰問證人之問題
一、對被害人進行詰問之問題	二、因通緝而未行使詰問權之問題
二、對共同被告進行詰問之問題	陸、依職權訊問證人之實務見解及批判
參、詰問與證據資格之實務見解及批判	一、職權訊問證人之合法性問題
一、詰問權與補正證據資格之問題	二、詰問或捨棄詰問後訊問證人之問題
二、未經詰問仍有證據資格之問題	三、當事人針對法院之訊問提出異議之問題
肆、對質之實務見解及批判	四、錯置異議權主體之問題
一、對質與詰問混淆不情之問題	柒、結論
二、司法警察命對質與誘導之問題	
三、彈劾證人與彈劾證詞混淆不情之問題	

關鍵字：證人、證據價值、證據資格、交互詰問、實務見解。

Keywords：witness, evidential value, admissibility in evidence, cross-examination, the practical understandings.

^{*} 本文之完成感謝二位匿名審查委員提供寶貴意見。

^{**} 黃翰義，國立中正大學法學博士，臺灣臺南地方法院法官。

摘 要

最高法院之見解乃代表我國實務上對於詰問制度操作之軌跡，因此，探討實務見解將有助於釐清其運作之現況，並使我國操作交互詰問制度時所產生之問題，得以獲得進一步之資訊。關於我國實務上對於交互詰問及其相關議題之看法，最高法院著有諸多判決可供參照，本文嘗試蒐集我國實務上與詰問程序有關之見解，就我國現今實務上關於交互詰問之運作仍存有那些問題予以檢討，並本於評論之觀點，提出批判之意見，期藉由對於實務判決之分析及評論，使吾人更能瞭解現行詰問制度所產生之缺失及對實務運作所帶來之疑義，以使詰問制度之盲點能獲得完全之解決。

Practical cross-examination System and its Formation of Analysis in ROC

Huang, Han-Yi

Abstract

The comments of the Supreme Court represent a track built by how cross-examination systems perform practically. Therefore, the way to make use of the practical understandings may help to clarify the process of present performance and gain further information when the operational problems appear. In terms of practical views and related issues on the procedure of cross-examination, the verdicts made by the Supreme Court may consider as a reference. This article thus collects practical understandings related to cross-examination procedure and explores the existing problems of the performance. This article, based on the views of commentary, gives opinions about practical verdicts and evaluates the weak aspects and doubts of cross-examination performance with a hope to solve some of the unnoticed problems.



壹、概 說

由於我國刑事證據程序規範之錯誤，導致於自證據分類以迄證人詰問之過程，均未能有效地呈現刑事證據程序應有之功能，實務上基於此種程序規範，乃自行發展出適用之方向，惟此種適用之方向是否無誤？基於錯誤規範而發展出之實務見解，即有詳加檢驗之必要，尤其最高法院對於與詰問程序相關之觀點，常成為下級審對於事實認定所依循之標準，故本文對於最高法院就詰問制度之看法，先行援引之，並針對各該看法，自理論之角度提出解析及批判。

貳、證人資格之實務見解及批判

一、對被害人進行詰問之問題

(一)實務見解

實務上認為：「本件上訴人於第一審已為認罪之表示，並經審判長告知簡式審判程序之旨，及聽取當事人、辯護人之意見後，裁定進行簡式審判程序，有該筆錄及裁定在卷可稽，則第一審之審判，即不受傳聞法則有關證據能力之限制，亦無須踐行交互詰問程序。嗣上訴人上訴於第二審後，上訴人及其選任辯護人始終陳述，對於檢察官所提出之全部證據（含供述證據），均同意作為證據有證據能力，且除請求訊問警員外，無其他證據請求調查，依其情形，上訴人已捨棄對各該被害人之詰問權，且本件事證已臻明確，原審即無再傳訊各該被害人踐行交互詰問，而為無益調查之必要。上訴人待上訴本院後，始指稱原審未傳喚各該被害人到庭接

受詰問，有調查未盡之違法云云。並非依據卷內資料執為指摘」¹。

(二)問題之提出與分析

1. 被害人不適合以證人之身分接受詰問程序

由於被害人屬於犯罪形成結構內之人，其在犯罪形成之過程中，對於其被害之結果，固然印象深刻，然而，由於被害人在本案中係法益受到侵害之人，而被告是否構成犯罪，攸關其在刑事程序中是否受到應報心理之彌補或民事訴訟上得否獲得完整損害賠償之問題，對於此種夾雜著以被告有罪為其前提之被害人，即使經過交互詰問，對於其所證述受害之證詞是否即得資為判斷被告是否構成犯罪之程度，仍非無疑，亦即，交互詰問對於此種本於被害人身分進行詰問之結果，可能徒勞無功。換言之，詰問制度之目的，固然係藉由正反辯證程序以剔除證人在其所見聞事實中不足採信之部分，以去蕪存菁。然而，並非所有之人均得資為詰問程序進行之對象，若較具有嚴重偏頗性質之被害人，似應排除於適用詰問範圍之外，藉由其他證據調查程序分擔證明該侵害事實之任務，而此種程序上之區分，乃是本於證人先前之屬性而定，並不違反比例原則。

2. 自訴人不適合以證人之身分接受詰問程序

按自訴人對於自訴之犯罪事實，應負提出證據及說服法院之實質舉證責任。倘其所提出之證據，不足為被告有罪之積極證明，或其指出證明之方法，無從說服法院以形成被告有罪之心證，基於無罪推定之原則，自應為被告無罪之諭知²。因此，自訴人依刑事訴訟法第三百十九條第一項本文之規定，亦具有直接被害人之身分³，且由其委任律師提

¹ 最高法院九十七年度臺上字第五八六八號判決參照。

² 最高法院九十七年度臺上字第五五四二號判決參照。

起自訴，顯然亦係以追訴被告為其主要之目的。故在自訴制度下，若自訴人得本於證人之身分進行交互詰問，由於其係「被害人—自訴人—證人」三項性質之合體，除其會產生前開所指被害人在刑事程序中為使被告受到應報或為獲得民事損害賠償請求權之實現，而產生證詞欠缺純潔性之問題外，由於其亦是提起訴訟之主體，負有積極證明被告犯罪事實存在之實質舉證責任，當其本於證人之身分而由其代理人或被告對其進行詰問時，自然難期其證詞中立而得以顯現原來之事實，將自訴人作為詰問之對象，亦產生其證詞欠缺純潔性之問題。申言之，詰問制度對於此種合併「被害人—自訴人—證人」性質之人，實際上並無法發揮任何「辯證」之效果，反而是程序上之浪費，蓋以即使透過程序上之告知向自訴人諭知其係本於證人之身分進行詰問，然而，在自訴人即使經由此種諭知，是否即會完全擺脫其「追訴之地位」、「被害之身分」，而陳述中立而不帶任何「自訴人—被害人」色彩之證詞？仍非無疑。本文認為，任何人在程序上並非一轉換為「證人」身分，即完全「等同」於證人之地位⁴，仍應適度地考量該證人先前「非證人之屬性」，以決定該證人是否屬於犯罪形成結構以外之人為其基準，資為認定得否進入詰問程序進行詰問。我國實務上似仍承襲著向來不對證人設限之見解，無論是否為成罪事項、無論

是否為被害人或自訴人、無論其為證人前之屬性為何，均一律開放不設限之人進入詰問程序資為詰問之對象，此舉不僅過分擴張詰問程序之功能，亦造成其他證據調查程序之適用空間被詰問程序壓縮之結果，亦有未洽。

二、對共同被告進行詰問之問題

(一)實務見解

實務上認為：「共同被告對於其他被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，惟法院若已使該共同被告立於證人之地位，接受其他共同被告之詰問，則因共同被告業經以證人之身分於審判中具結陳述，並給予解釋或否認之機會，而其他共同被告亦經給予對該共同被告就此事項詰問之機會，則共同被告於警詢、檢察官訊問時及審判中以犯罪嫌疑人或被告身分所為陳述，自有證據能力，而得採為證據」⁵。

(二)問題之提出與分析

1. 共同被告之陳述僅在自白之範圍內始有證據資格

按在刑事程序上之人的證據方法，乃指被告及證人而言，被告之法定證據方法，乃是以其自白之證據資料經過調查後，作為形成心證之基礎，惟應有補強證據足以佐證其自白之真實性；至於證人之法定證據方法，則是以證人在詰問程序中，基於其所親眼見聞之事實加以證述，本於該證述之證據資料

³ 最高法院七十四年度臺上字第七四二號判例參照。

⁴ 此觀諸刑事訴訟法第一百五十六條第二項所指，共犯之自白不得作為有罪判決之唯一依據，而共犯依司法院大法官會議釋字第五百八十二號解釋，雖得以證人身分進行詰問，然而，其證據評價上仍不得資為認定被告有罪之唯一依據，亦即，仍不得以「共犯」本於「證人之地位」所為之證詞，即資為認定被告有罪之唯一基礎，故就本法第一百五十六條第二項與司法院大法官會議釋字第五百八十二號解之內容相互對照可知，證人之證詞仍然會受到其先前「非證人屬性」之影響，任何人在程序上並非一轉換為證人之身分後，即認為已符合制度所預設「證人」之核心要件。

⁵ 最高法院九十七年度臺上字第六一六二號判決參照。



作為心證形成之基礎，因此，共同被告在警詢、檢察官訊問時或審判中以犯罪嫌疑人或被告身分所為之陳述，僅針對該共同被告之犯罪事實存否之範圍內有證據資格，至於就其他被告之犯罪事實存否之部分，欠缺證據資格。申言之，共同被告之陳述，應適用自白法則進行判斷，若欲證明其他被告之犯罪事實，則必須受到證人法則之規制，詰問之效力僅發生在該證據調查程序中，並不會擴及於該證人先前本於「共同被告」身分在警詢、偵查或審判程序中所為之陳述，並不會因為進行詰問程序後，原先本於共同被告身分所為之陳述即轉換為證人之陳述。至於該共同被告之陳述是否因符合刑事訴訟法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五所定之要件，乃是另行判斷之對象，與詰問程序之進行與否並無必然之關係。惟最高法院針對原先共同被告之供述，認為欠缺證據資格，嗣後由於在詰問過程中，賦予被告「解釋或否認之機會」，即可將「無證據資格之證據」轉換為「具有證據資格之證據」，此種見解，顯然欠缺理論上之依據，亦未深究詰問程序僅是一種證據調查之程序，並不具有證據調查程序以外之其他效力，依此見解，將使原先不具有證據資格之證據變成具有證據資格之證據的效力，恐仍有商榷之餘地。

2. 經以證人身分詰問後，並不會治癒原欠缺證據資格之瑕疵

按刑事程序上人的證據方法，僅有被告及證人之類型，並無共同被告之證據方法存在。因此，共同被告並非法定證據方法，若要符合法定證據方法之類型，自應以證人之身分資為法定證據方法，並進行法定調查程序後，始得認定事實是否存在。因此，共同被告於警詢或偵查中以「共同被告」之身分而陳述，或在審判中以「共同被告」之身分

而陳述，充其量均僅為「共同被告」之供述，並非「證人」之陳述，各該詢問或訊問之內容，本質上並不會因為嗣後該共同被告經以「證人」之身分在審判中進行詰問後，即將原先「共同被告」之供述變更為「證人」之供述。然而，最高法院主張共同被告經過詰問後，即可變更其原先於警詢、檢察官訊問及審判中以犯罪嫌疑人或被告身分所為陳述之性質，並認為本於「共同被告」之陳述具有證據資格，詰問制度之進行有「治癒」無證據資格之證據成為有證據資格之證據的效力，恐已過分擴張詰問制度之功能。

按詰問制度之功能，僅是針對證人之證據方法進行調查之程序，並無法變更或影響該證人先前以非證人之身分製作完成之筆錄內容，亦即，該證人先前以「共同被告」之身分所為之供述，事實上並不會因為嗣後在審判中以證人之地位進行詰問後，即成為「證人」之陳述，其內容仍然是「共同被告」之陳述，該陳述具有本質上之不可變更性，然而，最高法院竟認為凡共同被告經以證人之身分在審判中經過交互詰問程序後，即可使原先非證人之陳述成為具有證人陳述性質之證據，並具有證據資格，顯然使詰問程序具有變更、溯及既往地讓非證人之陳述成為證人陳述之功能，未免過分賦予詰問制度「額外」之效力，恐有未當。實際上，詰問程序僅是針對個別、具體證人所進行之證據調查程序，並不會影響到該證人以前本於「非證人之地位」所為之陳述。簡言之，證據調查程序乃是針對法定證據方法所進行之流程，並無變更或溯及既往使其他業已形成之證據資料「轉換」性質之效力。最高法院似將詰問制度之效力擴及於其他證據資料形成之過程，並非妥當。果爾，則未經詰問前無證據資格，詰問後即有證據資格，客觀上該原先

存在之證據資料根本未有任何之變更，不應使該證據資料因有無經過詰問程序而具有浮動之不確定性，較為妥當。

3. 對傳聞證人進行詰問之問題

(一) 實務見解

實務上認為：「被告以外之人於審判外就其親自聞見或經歷之事實所為之言詞或書面陳述，屬『狹義傳聞證據』，原則上不具證據能力，惟刑事訴訟法設有例外容許之要件，得作為證據。而被告以外之人於該被告之案件審判中，到庭以言詞或書面轉述原供述之被告或被告以外之人所陳述內容之傳聞證言或傳聞書面，與上開情形有異，然仍屬傳聞證據之性質則同，依傳聞法則，原則上亦認不具證據能力，不得以之作為認定犯罪事實之依據。惟：若被告以外之人所轉述原供述之被告所陳述內容之傳聞證言或傳聞書面，經被告以言詞或書面予以承認，或被告表示放棄其反對詰問權者，應視同被告自己之供述，苟被告之該原供述係出於任意性，法院復認具備適當性之要件時，依同法第一百五十九條之五之法理，例外得作為證據。此於被告以外之人所轉述原供述之被告以外之人所陳述內容之傳聞證言或傳聞書面，經當事人同意，法院復認具備適當性之要件時，亦同。至若原供述之被告否認該陳述；或原供述之被告以外之人已死亡、身心障礙致記憶喪失或無法陳述、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、到庭後無正當理由拒絕陳述等因素，致客觀上不能陳述並接受詰問，而到庭之「傳聞證人」已依人證程序具

結陳述並接受詰問，且該傳聞證言或傳聞書面具備特別可信性及證明犯罪事實存否所不可或缺之必要性嚴格條件，依同法第一百五十九條之三之法理，亦得例外作為證據，用以兼顧人權保障與真實發現，並維護司法正義」⁶。

(二) 問題之提出與分析

1. 被告以外之人轉述被告之供述視為被告之供述

按傳聞證人乃是傳聞自他人供述之人，該他人有可能為「親眼見聞犯罪事實發生經過之人」，亦有可能亦為「傳聞自他人供述之人」，因此，在程序上如何定位該傳聞證人之證詞？如何針對屬於「傳聞禁止法則」所規範之對象，均涉及傳聞禁止法則之適用問題。依最高法院前開見解以觀，其認為被告以外之人轉述被告具有任意性之供述，其供述之性質是否等同於被告自己之供述，必須具備下列其中之一之要件：1. 該供述應經被告承認；2. 對於該供述，被告放棄反對詰問權；則該傳聞自被告之供述始等同於被告自己之供述，依此條件反面解釋可知，若不符合此各該條件者，即無法視為被告之供述。然而，此一見解恐有疑義。首先，被告是否承認該供述為其自己之供述，或被告有無放棄反對詰問權，與判斷該被告以外之人轉述被告之供述的性質完全無關。亦即，被告以外之人轉述被告之供述，該供述即為被告之供述，不會因為被告「否認」即變成「非被告供述」之性質，亦不會因為被告猶願意行使反對詰問權，該原本係被告供述之性質即

⁶ 最高法院九十七年度臺上字第四四一七號判決參照。惟最高法院九十七年度臺上字第三〇八九號判決似持反對見解而認為：「傳聞證據之所以須予排除，在於確保被告之反詰問權及證據之真實性，與非法取得證據之證據排除原理，截然兩事，不能因合法取得傳聞證據，即賦予傳聞證據證據能力；而證據之證據能力乃證據作為判斷事實之資格，在未經確認具有證據能力之前，所為證據證明力之調查、辯論或斟酌，均欠缺適法性意義」，可資參照。



變成「非被告供述」之性質。

其次，最高法院認為，如被告之原供述係出於任意性，法院復認為具備適當性之要件時，依同法第一百五十九條之五之法理，例外得作為證據，由此判斷，最高法院所指依第一百五十九條之五之「法理」，應是指類推適用該條之規定。然而，本法第一百五十九條之五適用之前提，限於傳聞禁止法則所指「被告以外之人」，被告之供述並不會適用（或類推適用）到該條之規定上（蓋以「被告以外之人之供述」即已排除「被告供述」之類型），既然最高法院業已將「被告以外之人傳聞被告之供述」視為「被告之供述」，既為被告之供述，其依據即不應以第一百五十九條之五作為判斷有無證據資格之基礎。被告以外之人所轉述原供述之「被告」所陳述內容之「傳聞證言」或「傳聞書面」，既經最高法院認定為「視為被告自己之供述」，既為「被告自己之供述」，該供述有無任意性？有無證據資格？即應回歸適用本法第一百五十六條第一項之規定判斷其是否確係出於任意性所為之供述，若被告之該原供述係出於任意性，即應依第一百五十六條第一項認定「被告之供述」有證據資格；若無任意性，自無證據資格。區別此種不同法條適用之理念及其原因，乃是在於確認刑事訴訟法上之三大體系——究應適用被告之自白法則，亦或是適用傳聞證人之傳聞禁止法則，二者規範之對象不同，自不容混淆互用，此亦涉及對被告供述及證人證言二種完全不同基本概念應加以釐清之問題，甚為重要。一旦被告之自白法則與證人之傳聞禁止法則之藩籬受到破壞，將導致三大體系混淆之嚴重

結果，對於被告或證人之證據方法，均會產生連鎖破壞之效應，不可不慎。

因此，當被告以外之人傳聞被告之供述視為被告自己供述之情形下，其有無證據資格之法條適用基礎應在於第一百五十六條第一項之規定上；惟最高法院卻認為，此種「視為被告供述」之詞，應類推適用第一百五十九條之五第一項之「經當事人於審判程序同意作為證據」及第二項「知有不得為證據之情形而未於言詞辯論終結前聲明異議，視為同意作為證據」，以決定有證據資格，在邏輯之推理上，恐有疑義。易言之，被告以外之人傳聞被告之供述既「視為」被告之供述，而該供述依第一百五十六條第一項又具有任意性，自然符合適用「以被告為對象」之「自白法則」之情形；既符合適用自白法則之情形，又何需適用「以證人為對象」之「傳聞禁止法則」？又何需多此一舉地「類推適用」第一百五十九條之五第一項「經當事人於審判程序同意作為證據」或第二項「知有不得為證據之情形而未於言詞辯論終結前聲明異議，視為同意作為證據」之法理，以決定有證據資格？亦即，最高法院主張被告以外之人傳聞被告之供述「視為」被告之供述，則在認定被告以外之人傳聞被告之供述時，實際上並無需如此技術性地轉折而類推適用第一百五十九條之五，直接適用第一百五十六條第一項即可。否則，其應在大前提即宣示「被告以外之人傳聞被告之供述」仍為「被告以外之人之供述」，既為「被告以外之人之供述」，直接適用或類推適用第一百五十九條之五，豈不更為便捷而有效率？又何需透過如此曲折之法解釋方法，造成前後推理

⁷ 此處所指適用或類推適用，視如何定義刑事訴訟法第一百五十九條之五所指「被告以外之人於審判外之陳述」之意義上，若作廣義之解釋，認為凡是被告以外之人聽聞被告以外之人之陳述，亦包括在「

矛盾之結果（即「視為被告之供述」竟類推適用「被告以外之人」之法條）？因此，實務上將判斷傳聞自被告之供述是否具有「被告供述」之性質，委諸於完全無涉之要件：「應經被告承認或放棄反對詰問權」，甚且，錯置自白法則及傳聞法則之適用，事實上並無助於吾人理解「被告以外之人轉述被告之供述視為被告之供述」之意義，甚為灼然。

2. 被告以外之人轉述非被告之他人供述視為該他人之供述

最高法院另認為，被告以外之人轉述原供述之「被告以外之人」所陳述內容之「傳聞證言」或「傳聞書面」，經當事人同意，法院復認為具備適當性之要件時，亦同。首先應予說明者，被告以外之人轉述原供述被告以外之人之供述，應依該原供述被告以外之人之屬性決定其性質為何，如原供述被告以外之人為被害人，則被告以外之人所轉述者，即為被害人之供述；若原供述被告以外之人為見聞事實發生經過之人，則被告以外之人所轉述者，即為該見聞事實發生經過之人之供述；苟原供述被告以外之人為被告，則該被告以外之人所轉述者，即為被告之供述，依此類推。其次，被告以外之人轉述原供述之被告以外之人之供述，該原供述之被告以外之人之供述，若係見聞犯罪事實發生經過之人者，則該被告以外之人即為傳聞該見聞犯罪事實發生經過之人之傳聞證人，則對於傳聞證人得否作為詰問之對象？最高法院主張：到庭之「傳聞證人」已依人證程序具結陳述並接受詰問，且該「傳聞證言」或「傳聞書面」具備特別可信性及證明犯罪事

實存否所不可或缺之必要性嚴格條件，亦得例外作為證據，認為傳聞證人亦得接受交互詰問，然而，此一見解恐有違誤。

按詰問程序之主要目的，乃是藉由正反辯證之過程，針對「親眼見聞成罪或排除成罪事項」事實之人，進行舉證、抗辯、再舉證、再抗辯等詰問手段，以確立證人之證詞有無達到高度蓋然率之程度，因此，詰問制度之本然面，即是因應「親眼見聞」事實之證人所進行之證據調查程序，詰問制度唯有建立在針對「親眼見聞」事實之人的正反辯證程序的基礎上，始具有實質上之意義。如將此種對「親眼見聞」事實之人的範圍擴張至包括「傳聞他人供述而來」之人的類型，不僅無法發揮詰問之功能，更會產生詰問效果不彰、浪費詰問程序之情形。簡言之，傳聞證人自始即非詰問程序所應處理之對象，傳聞證人之證詞即使經過交互詰問，仍然是傳聞證詞，不會因為經過正反辯證程序後，即變成「親眼見聞」事實之證詞。由於傳聞而來之證詞具有逸脫事實、誇大事實、真實性頗低之風險存在，因此，始有傳聞禁止法則進行規制，禁止此種傳聞證據得作為認定被告犯罪事實存在之依據。傳聞而來之證詞欠缺真實性，即使經過詰問，仍然是具有逸脫事實、誇大事實、真實性頗低之風險的證詞，並無法透過交互詰問而釐清其傳聞而來之證詞真偽，故傳聞證人並不得資為詰問之對象，應自始排除其進入詰問程序之範圍，始符合詰問對象之本質。惟最高法院竟認為：到庭之「傳聞證人」已依程序具結並接受詰問，且該「傳聞證言」或「傳聞書面」具備

被告以外之人之審判外陳述」之範圍內者，則直接適用之；如作狹義之解釋，認為該條僅限於被告以外之人於審判外之陳述，不包括「被告以外之人聽聞被告以外之人之陳述」者，則以類推適用之方法為之。

特別可信性及證明犯罪事實存否所不可或缺之必要性嚴格條件，依同法第一百五十九條之三之法理，亦得例外作為證據，似未理解詰問對象之本質並貫徹傳聞證人不得進行詰問之基本理念，實為不當。

實際上，要處理本判決所指此種：「原供述之『被告以外之人』已死亡、身心障礙致記憶喪失或無法陳述、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、到庭後無正當理由拒絕陳述等因素，致客觀上不能陳述」之情形，根本無需傳喚該「傳聞證人」到庭具結並接受交互詰問，事實上針對此種「傳聞證人」進行交互詰問亦無必要，由於原供述之「被告以外之人」在客觀上已無法陳述，然而，傳聞自該「被告以外之人」之傳聞證人的供述（即被告以外之人轉述原供述之「被告以外之人」所陳述內容之「傳聞證言」或「傳聞書面」），究其本源，仍是延伸自原供述之「被告以外之人」之供述，性質上視為於原供述之被告以外之人的供述，此亦為本文所一再強調者，傳聞證人之屬性為何，應視其傳聞而來之人的屬性而定，因此，為處理此一問題，在法學方法論上，被告以外之人轉述原供述之「被告以外之人」所陳述內容之「傳聞證言」或「傳聞書面」，可直接藉由類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三之方式，即可解決之，程序上殊無必要耗費人力、時間，而以無法發揮功能之詰問程序，再針對該「傳聞證人」進行詰問，以資為類推適用之前提。準此以觀，最高法院在此判決中，未先究明詰問對象之範圍，即將「傳聞證人」作為詰問之對象，進而作為類推適用第一百五十九條之三之前提，確有值得商榷之餘地。

3. 被告否認轉述之詞與類推適用第一百五十九條之三之疑義

按被告以外之人轉述被告之供述，應「視為」被告之供述，既視為被告之供述，自應依自白法則之規範判斷是否具有證據資格，無關乎被告承認或否認該「傳聞證人」經由傳聞被告供述而來之詞，亦即，被告以外之人轉述被告之供述，並不會因為被告之承認或否認，而變更其係轉述被告供述而來之本質，被告即使否認，若該供述確實係傳聞自被告而來之供述，僅是該供述應適用自白法則之規定認定有無證據資格之問題，事實上並不會因為被告之「否認」，即變成「非轉述自被告而來之供述」；若該供述並非轉述自被告而來之供述，亦不會因為被告之「承認」，而使「非轉述自被告而來之供述」成為「轉述自被告而來之供述」。因此，本判決認為應傳喚該被告以外之人，使其先依人證程序具結陳述後，再接受交互詰問，即顯得十分弔詭而無法理解，蓋以詰問制度乃是針對親眼見聞事實之人所進行之正反辯證程序，對於此種轉述自被告供述而來之傳聞證人，根本無必要進行詰問程序，此種傳聞證人自始即應排除在詰問對象之外，遑論「傳喚該被告以外之人，使其先依人證程序具結陳述後，再接受交互詰問」之可言，故本判決以進行詰問該傳聞證人之方式，資為類推適用第一百五十九條之三之前提要件，概念上疑義叢生，令人不解。質言之，處理此種轉述被告供述而來之傳聞證人，即使被告否認其供述，但傳喚該傳聞證人到庭，事實上仍無進行交互詰問之必要，亦即，何以被告否認該傳聞證人所轉述之詞，即成為發動「交互詰問」之條件？何以必須針對該傳聞證人「先進行詰問」後，始得「類推適用第一百五十九條之三」？對於詰問「傳聞證人」與「類推適用第一百五十九條之三」，究竟有何關連性？凡此諸節，均為本判決未詳細交

代之處。

準此以觀，本文認為，針對此一問題，實際上並無複雜化程序處理之必要，轉述被告供述而來之證人，既被定位為傳聞證人，無論被告係承認或否認該供述，若其所傳聞之詞依卷內之資料已足使法院認定為被告之供述者，自然視為被告之供述，既為被告之供述，其有無證據資格，自取決於是否符合刑事訴訟法第一百五十六條第一項之規定，如符合該條項之規定，自有證據資格。而本法第一百五十九條之三再如何細究，亦與傳聞證人轉述被告之供述無關，更進一步言之，第一百五十九條之三適用之前提，仍然是針對「被告以外之人於審判中」，若有同條各款事由時，得作為證據之依據，其適用之對象，乃是「被告以外之人」，並非「被告」。既然被告之證據方法本來即不在第一百五十九條之三適用之範圍內（被告之證據方法應適用自白法則判斷），而被告否認傳聞證人轉述被告而來之詞，又與該條無關，則最高法院認為：「至若原供述之『被告』否認該陳述…依同法第一百五十九條之三之法理，亦得例外作為證據，用以兼顧人權保障與真實發現，並維護司法正義」，恐無從附麗在該條「法理」之餘地，彰彰甚明。

參、詰問與證據資格之實務見解及批判

一、詰問權與補正證據資格之問題

(一)實務見解

實務上認為：「共同被告於被告案件中係屬證人，法院應踐行人證之法定調查程序，始具有證據能力；而共同被告於被告案件中之警詢、偵查中陳述，因被告無從為詰問，致有礙被告之對質詰問權，應無證據能力。再法院就被告之案件對其他共同被告或與被告有共犯關係之人調查，均應依人證之調查程序傳喚該共同被告或共犯到場，命其立於證人之地位而為陳述，並通知被告，使被告有與之對質及詰問其現在與先前陳述之瑕疵的機會，以確保其對質詰問權，並藉以發現實體真實。法院如於共同被告以證人身分到庭陳述，訊問被告對共同被告之審判外陳述有何意見，並准許被告對於共同被告當庭及先前陳述進行詰問，即已賦予被告對於共同被告對質詰問機會，此部分共同被告於審判外陳述之瑕疵，應已治癒，而具有證據能力」⁸。

(二)問題之提出與分析

就本判決第一部分之見解而言，最高法院認為共同被告於被告案件中係屬證人，法院應踐行人證之法定調查程序，否則無證據資格。按共同被告並非法定證據方法之種類，因此，如欲作為法定證據方法，必然應本於證人之地位進行調查，此一見解並無錯誤。然而，本判決認為如未經法院之合法調查程序，即無證據資格乙節之看法，仍有探討之空間。申言之，證據資格之重心，在於偵查機關為偵查作為時，該證據是否本於任意性取得或強制性取得而有不同之要件審查，如

⁸ 最高法院九十七年度臺上字第六八三號判決參照。又同院九十七年度臺上字第五九八五號判決亦認為：「共同被告對於其他被告之案件而言，為被告以外之第三人，本質上屬於證人，惟法院若已使該共同被告立於證人之地位，接受其他共同被告之詰問，則因共同被告業經以證人之身分於審判中具結陳述，並給予解釋或否認之機會，而其他共同被告亦經給予對該共同被告就此事項詰問之機會，則共同被告於警詢、檢察官訊問時及審判中以犯罪嫌疑人或被告身分所為陳述，自有證據能力，而得採為證據」。



係任意性取得，應視該證據是否與本案有關連性；若為強制性取得，則該證據有無證據資格，應視其有無關連性及正當性而定；如為傳聞證據，由於非基於直接審理而來，因此，原則上亦無證據資格。其次，取得證據之後，必須經過合法調查之方式，始可呈現證據之內容，惟有經過法定調查方法，始可藉此形成心證。證據資格之有無與法定調查方法係屬二事，證據資格之有無，乃在於該證據是否係基於任意性取得或強制性取得，惟取得該證據後，該證據須符合法定證據方法之種類，藉由法定調查程序之調查後，始可作為評價之客體，從而，合法之調查程序係評價證據之前置程序，未經過合法調查程序之證據，本來即不得作為評價之對象，否則該判決即違背法令，並非意味未經合法調查之證據，即欠缺「證據資格」。更進一步言之，判斷證據資格有無之相關原因，在於該證據是否符合任意性取得或強制性取得之要件，以及是否為傳聞而來之證據，影響證據資格有無之原因，僅係該證據取得手段及是否傳聞而來者，與該證據有無經過法院之法定調查程序無關。因而，此一判決認為未經合法調查程序之證據，即使為合法取得及非傳聞而來，亦無證據資格，不僅誤解證據資格之意義，亦將形成心證之前置階段—法定調查程序—與證據取得之概念混淆，此一見解實有可議之處。

就第二部分之見解而言，本判決認為准許被告對於共同被告當庭及先前之陳述進行詰問，因賦予被告對於共同被告對質詰問機會，故共同被告先前於審判外陳述之瑕疵即可治癒，而具有證據資格，恐有誤會。按共

同被告或共犯審判外之陳述，並不會因為經過法院於審判中對於共同被告或共犯進行交互詰問程序後，即可變更其係「審判外之陳述」的性質，易言之，共同被告或共犯在審判外之陳述，究其實質，仍然是屬於「審判外之陳述」，不會因為法院將共同被告或共犯傳喚到庭，以證人之地位接受被告之對質、詰問後，原本「審判外之陳述」即變成「審判內之陳述」，而使「本無證據資格之證據」變成「有證據資格之證據」。因此，當被告對於共同被告當庭及先前陳述進行詰問，賦予被告對於共同被告詰問機會，其當庭之陳述由於係基於直接審理而來，並非傳聞證據，自然可作為證據使用，而縱使以先前於警詢或偵查中之供述為問題，而在交互詰問程序進行中命基於證人地位之共同被告或共犯回答，其所回答之供述內容，亦係基於直接審理而來，當然亦可作為證據使用。如其於偵查中向檢察官所為之陳述有顯為可信之情況者，則具有證據資格⁹，此種情形，係因法條之明文規定而屬於「傳聞法則之例外」，並非因「行使對質詰問權而使該陳述具有證據資格」所致。苟共同正犯或共犯（即被告以外之人）係於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，亦有證據資格¹⁰，其有證據資格之理由，係因為法條之明文規定，而屬「傳聞法則之例外」，並非因「行使對質詰問權而使該陳述具有證據資格」所產生。

二、未經詰問仍有證據資格之問題

⁹ 刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項參照。

¹⁰ 刑事訴訟法第一百五十九條之二參照。最高法院九十七年度臺上字第六〇四號判決亦可資參照。

(一)實務見解

實務上認為：「刑事訴訟法第二百四十八條第一項前段規定：『如被告在場者，被告得親自詰問』，但此項權利之行使，以被告在場為前提。此項未經被告詰問之被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，依刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定，原則上屬於有證據能力之傳聞證據，於例外顯有不可信之情況時，始不得為證據。是被告以外之人於偵查中所為之陳述，因其陳述未經被告詰問，應認屬於未經合法調查之證據，並非無證據能力，而禁止證據之使用」¹¹。

(二)問題之提出與分析

1. 被告以外之人偵查中之證詞應視其有無證據資格

按被告以外之人於偵查中之證述，並非均具有證據資格而得以使用，有無證據資格，必須在審判中先行審查該證人是否為本案之證據方法，若為本案之證據方法，始進入具結、始末連續陳述及詰問程序中，進行證據之調查。因此，被告以外之人若經認定根本非本案之證據方法，該名證人對於本案犯罪事實之成立與否完全無關，縱使其於偵查中確經證述某項事實之存在或不存在，對本案而言，仍無證據資格。申言之，就傳聞證據而言，本法第一百五十九條之一第二項之規定，並非意味著證人於偵查中所為之證述均具有證據資格，而是針對成罪事項或排除成罪事項之證人，就其親眼見聞之事項，在符合同條規定之要件下，具有證據資格。若與本案完全無關之人，即使在偵查中證述屬實，就本案而言，亦無證據資格。最高法院未針對第一百五十九條之一第二項適用之前提一

即與本案相關之證人一進行闡述，即認定凡被告以外之人於偵查中所為之證述均具有證據資格，卻忽略證據資格之審查要件中，除應判斷是否為「傳聞他人證詞而來」之他人屬性外（若傳聞自被告而來之供詞，視為被告之供述；若傳聞自被害人而來之供述，則視為被害人之供述，依此類推），尚應審查該名證人與本案之關連性，始得認定其有無證據資格。惟實務上完全未先對於本條項適用之前提要件加以說明，即率予認為證人於偵查中之證述均有證據資格，過分擴大第一百五十九條之一第二項之適用範圍，造成與證明本案事實完全無關之證人，於偵查中之證述亦有證據資格，因而得進入本案嚴格調查證據之程序中，增加證據調查程序之負擔，恐有未妥。

2. 證人先前之陳述並非須經詰問程序始得謂為合法之調查

按證人若為本案之證據方法，經認定與證明本案事實具有關連性者，其於偵查中之證述，除有顯不可信之情況外，具有證據資格。對於此種具有證據資格之傳聞證據得否資為本案認定事實之基礎，並不須經「詰問程序」，始得謂為經合法之調查，而應經「該證據應進行之證據調查程序」，始得謂為經合法之調查。證人於偵查中所證述之詞，於審判中既未經合法調查證據之程序，並不會因為針對證人進行詰問程序完畢後，即「自動轉化」性質而成為已經合法證據調查之證據，實際上證人先前於偵查中所證述之詞，仍然必須就該證據本身所定之法定證據程序調查完畢後，始得謂經過合法證據調查之程序。因此，最高法院認為：「被告以外之人於偵查中所為之陳述，因其陳述未經被告詰

¹¹ 最高法院九十七年度臺上字第六一三三號判決參照。同院九十七年度臺上字第五七七七號判決亦同。

問，應認屬於未經合法調查之證據」，依其反面解釋，似認為被告以外之人於偵查中所為之陳述，若經被告詰問後，其先前之陳述即成為經合法調查之程序，此種見解，將詰問程序之效力加以擴張，使原本應依供述證據之方法完成其證據調查程序之方式（即向被告宣讀或告以要旨，使被告辯證證據資格及證據評價），委由「詰問程序」是否進行加以決定，即有未當。

肆、對質之實務見解及批判

一、對質與詰問混淆不情之問題

(一)實務見解

實務上認為：「被告對證人之對質詰問權，係憲法所保障之基本訴訟權，除當事人已捨棄不行使或客觀不能行使外，不容任意剝奪。故法院於審判中，除有刑事訴訟法第一百九十六條等法定情形，或該證人無法傳喚或傳喚不到，或到庭後無正當理由拒絕陳述者外，均應依法定程序傳喚證人到場，命其具結陳述，並通知被告，使被告有與證人對質及詰問之機會，以確保被告之對質詰問權；否則，如僅於審判期日向被告提示該證人未經對質詰問之審判外陳述筆錄或告以要旨，無異剝奪被告之對質詰問權，且有害於實體真實之發現，其所踐行之調查程序，即難謂為適法，該審判外之陳述，不能認係合法之證據資料，依同法第一百五十五條第二項規定，不得作為判斷被告犯罪事實之依據¹²。證人即共同被告，業經第一審及原審法院分別以證人身分傳喚到庭，依法具

結陳述，並就其先前在調查站詢問、檢察官訊問時所為陳述，予上訴人及辯護人對質詰問之機會，已合法保障上訴人對證人之對質詰問權及防禦權，證人在調查站詢問、檢察官訊問時所為之陳述，自有證據能力」¹³。

(二)問題之提出與分析

1. 對質與詰問程序之功能及其取向均不相同

按對質權與詰問權乃二種完全不同性質之權利，對質權之功能重在由被告行使對於人的證據方法之確認程序，可謂確認「人的證據方法」之方法，其作用乃在於被告爭執證人是否為本案之證據方法時所使用，以確認聲請傳喚之證人與本案之關係，在對質之過程中由被告與證人間進行對質，其對質之內容，與證明犯罪事實之成立與否無關，純粹係針對證據方法確認之程序，亦可謂被告在爭執人的證據方法時所使用之手段¹⁴。至於詰問權之功能，則重在針對親眼見聞犯罪事實發生經過之證人所進行之正反辯證程序，用以建構事實成立與否之機制，乃是作為確認「追訴者所起訴之事實是否存在」之方法，因此，詰問之內容，與證明犯罪事實之成立與否相關，屬於法定調查證據程序之一種。按對質程序乃是資為確認人的證據方法，為證人進行具結前之程序，而被告與證人對質之前提，乃是因為被告爭執該證人是否為本案之證據方法，故有傳喚該證人與被告進行對質加以確認之必要，與實體事實之發現並無關係。其次，對質既經界定在對於證人的本案證據確認程序，則提示審判外陳述筆錄或告以要旨，其所侵害者，應係被告之詰問權，而非對質權。因此，最高法院在對於「對

¹² 最高法院九十七年度臺上字第五九八八號判決參照。

¹³ 最高法院九十七年度臺上字第五八八七號判決參照。

¹⁴ 對質一般見解認為係於訊問後，為發見真實之必要，所採之證據調查方法，然本文採不同意見，關於對質之功能，詳後述。

質權」與「詰問權」之意義及其功能取向，似完全將二者視為一體，殊不知，對質與詰問之概念全然不同，故其將二者視為同一，即有違誤。

2. 對質為一般調查證據程序，詰問為嚴格調查證據程序

對質權與詰問權既為不同之概念，功能取向亦屬有異，則針對證人先前在調查站詢問、檢察官訊問時所為之陳述，既為審判外之陳述，對於此種陳述，即為傳聞禁止法則適用之對象。故證人在調查詢問、檢察官訊問時所為之陳述，就對質程序而言，僅是作為該證人是否為本案證據方法之參考，換言之，若被告爭執證人是否為本案之證據方法時，即傳喚證人到庭進行對質程序，然不得涉及認定實體事實是否存在之證言，否則程序上即屬違法；至於被告若不爭執證人是否為本案之證據方法，則證人經傳喚到庭，接受具結及始末連續陳述程序後，始有進行詰問程序之可言，因此，在進行詰問之階段，對質與詰問具有不同之意義，對質乃在於作為篩選證人之證據方法的功能，程序在前，而詰問則是以調查實體事項是否存在之方法，乃是在被告爭執證人是否為本案證據方法，經進行對質程序確認為本案證據方法後，始得進入詰問程序。故對質程序與詰問程序並非相同，僅詰問程序在於針對「證詞內容」進行舉證、抗辯、再舉證、再抗辯之手段，故詰問程序既與認定實體事實之存否相關，對於其程序即應與對質程序加以區分。本文認為「對質程序係一般調查證據程序」，而「詰問程序為嚴格調查證據程序」，若未將對質與詰問程序加以區隔，極有可能證人在

未經對質程序前而進入詰問程序後，發現其根本與本案無關，亦即，該證人並非本案之證據方法，則在此之前所進行之具結程序及詰問程序，不僅業已產生時間及人力之浪費，該次庭期勢必因證人非本案之證據方法而徒勞無功，顯然造成詰問程序之空轉，甚為顯然。因此，實務之運作上，應將對質程序與詰問程序賦予不同之性質，而不應有「對質＝詰問」、「對質＝對質詰問」或「詰問＝對質詰問」之問題發生。

二、司法警察命對質及誘導之問題

(一) 實務見解

實務上認為：「刑事訴訟法第一百九十六條之一第二項準用第一百八十四條規定，係司法警察（官）詢問證人時，得命證人與犯罪嫌疑人對質，並非犯罪嫌疑人得行使詰問權，是以司法警察（官）詢問證人，未由犯罪嫌疑人對證人為詰問，並無不合¹⁵。證據法上禁止『誘導詢問』，一般係指對於證人、鑑定人為主詰問，詰問人不得以明示或默示之方式，將期待證人、鑑定人為陳述之內容，嵌入詰問問題，證人、鑑定人得以任意附和，致有礙其陳述之真實性而言。司法警察（官）單純以『誘導詢問』方式詢問證人，並非即可認為係屬刑事訴訟法第九十八條及第一百五十六條第一項所定強暴、脅迫、利誘、詐欺等以外之其他不正之方法」¹⁶。

(二) 問題之提出與分析

1. 偵查中並無命對質之實益與必要性

按對質程序乃是審判中，被告針對證人是否為本案證據方法有所爭執時，用以確認該證人是否為本案證據方法之過程，故是否

¹⁵ 最高法院九十七年度臺上字第六一六三號判決參照。

¹⁶ 最高法院九十七年度臺上字第六一六五號判決參照。

為本案之證據方法，乃是審判過程中始會發生之問題；至於偵查中整個蒐證流程均由屬於偵查主體之檢察官所主導，檢察官認定何者係本案之證據方法，被告並無置喙之餘地。易言之，被告在偵查程序中，並無針對檢察官選定何種證據方法進行爭辯之權利，主要係因為偵查程序具有蒐集證據及保全證據之功能，何種證據方法為本案之證據方法？何種證據非本案之證據方法？均由檢察官依其專業進行判斷，故依偵查程序之性質，並無命對質之實益與必要性。進一步言之，當司法警察官或司法警察在調查犯罪嫌疑人及蒐集證據時，自更無對質之必要性，亦即，此時犯罪嫌疑人是否會成為本案之被告，證據尚未充足，僅在詢問證人之階段時，根本毫無發揮對質程序之空間，此或許係因為現行法第一百九十六條之一第二項準用同法第一百八十四條，造成證人與證人間亦得對質之故，以致於判決中亦認為證人與證人有對質之餘地，因而無法理解「對質僅限於被告針對證人」之單向性概念。簡言之，證人與證人間並無對質概念之適用。

其次，由於偵查結構與偵查主體主導偵查程序之關係，在調查犯罪嫌疑人是否犯罪及蒐集證據時，功能上乃是蒐集對被告不利之證據及以保全證據為主要目的，在此階段中，均無確認證據方法之餘地，亦即，確認證據方法之流程限於被告於「審判中」爭執證人是否為本案證據方法時，始有適用，在司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑人及蒐集證據之際，並無確認證據方法之必要，故在此階段中，自無適用對質程序之可言。然而，由於法條之錯誤規定，導致於最高法院對於犯罪嫌疑人與證人命對質之情形，亦延伸錯誤之規定而認為此時有對質程序之適用，就對質程序再一次產生認知上之錯誤，恐有

不當。蓋以第一百九十六條之一第二項固然明文準用同法第一百八十四條之規定，惟最高法院仍可透過目的性限縮之解釋方法，將其準用之範圍限於「第一百八十四條第一項」，進而避免準用之範圍擴及同條第二項之部分，然而，最高法院似未察覺對質程序若準用於司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑或蒐集證據時，將造成程序上之浪費，亦與偵查之目的在保全證據而非確認證據方法之意義牴觸，以致於「英雄無用武之地」，完全無法彰顯對質之功能，易言之，事實上最高法院仍可運用解釋法學方法之技巧，規避此種「在偵查中確認證據方法」之問題產生，惟其不僅未解決此一問題，反而更進一步延伸出「司法警察官或司法警察詢問犯罪嫌疑或蒐集證據亦得命犯罪嫌疑人與證人對質」之結果，恐是詰問制度之運作上，所始料未及之事。

2. 調查中不得以誘導詢問之不正方式詢問證人

所謂「誘導詢問」者，乃是司法警察官或司法警察以「問話中含有答話」、「問話中二者擇一」之方式，針對與本案相關之證人進行詢問。然而，最高法院認為：「誘導詢問，一般係指對於證人為主詰問，詰問人不得以明示或默示之方式，將期待證人為陳述之內容，嵌入詰問問題，證人得以任意附和，致有礙其陳述之真實性」，既然誘導詢問之方式將期待證人陳述之內容嵌入詰問之問題內，導致於證人得任意附和，造成有礙於真實陳述之結果，顯然是屬於不正方法。既然誘導詢問有礙於真實陳述，在司法警察官或司法警察詢問證人時，更不應以此種「嵌入詰問問題，證人得以任意附和，致有礙其陳述之真實性」之導引式問法，造成證人無法依其所親眼見聞之事實進行回答。若允許

司法警察官或司法警察於詢問證人時，得使用此種不正方法引導證人之證詞，將造成證人將來於偵查中或審判中之證詞會顯然與警詢中之證詞完全不同。問題在於，造成此種證詞完全不同之狀態，並非因為證人記憶不清或個人事由所造成，而是經由司法警察官或司法警察「特殊之詢問技巧」以致於證人之證詞偏離事實，在法治國家中，當然不得以此種偏離事實之證詞，資為證明犯罪嫌疑人有犯罪嫌疑之方法。然而，最高法院竟在判決中稱：「司法警察（官）單純以『誘導詢問』方式詢問證人，並非即可認為係屬…不正之方法」，完全容認此種受到詢問者（尤其是警察機關）導引而具有「人為加工」、「偏離事實」之證詞存在，實令人殊難想像，亦不知最高法院採納「容許司法警察或司法警察官於調查時得使用誘導詢問之『正當方法』而取得偏離事實之證詞」的理由何在。在審判中之交互詰問程序進行中猶不得使用誘導詰問以避免證人之證詞受到引導，更何況在偵查中，完全由警察機關進行「單向性」取證，復無任何制衡機制（對造當事人）或中立判斷機制（法官）存在之情形下，更容易造成警員為求績效或無故入人於罪，刻意製造對犯罪嫌疑人不利之證詞，而以此種誘導詢問之方式證明犯罪嫌疑人犯罪。再者，證人於警詢中之證述，依現行法之規定，為審判外之陳述，然而，正是因為其為審判外之陳述，而與刑事訴訟法第一百五十九條之二及第一百五十九條之三有所連結，當證人於調查中之陳述與審判中之陳述不符時，在符合特定條件下，得為證據，則最高法院「開放」司法警察官或司法警察得使用「誘導詢問」之「正當方法」引導證人之證詞，無異營造「使用誘導詢問為正當方法」之氛圍，其見解頗為不當，亦令人堪慮。

況且，本判決引用刑事訴訟法第九十八條及第一百五十六條第一項之規定，均是針對被告於接受訊問時，其所使用之方法是否為不正方法，以作為訊問依據之條文規範，然而，前開法條適用之對象均為「被告」，並非用以判定詢問證人方法之依據，最高法院就司法警察官或司法警察以「誘導詢問」之方式認為並非不正方法時，竟援引錯誤之法條，把訊問被告時不得使用之方法的規範，作為判斷詢問證人時，是否使用不正方法之判斷依據，完全錯置比較之對象，頗令人不解。易言之，第九十八條及第一百五十六條第一項之規定，乃是用以判斷被告之自白是否出於任意性之條文，係用以判斷被告之自白是否具有證據資格之準則，應歸類於「自白法則」之範疇；至於訊問證人有無使用不正方法，則應劃歸於「證人法則」之內涵中，藉由不同之法則，規範不同之證據方法，始為正確。

三、彈劾證人與彈劾證詞混淆不情之問題

（一）實務見解

實務上認為：「當事人所聲請調查之證據須確與待證事實有重要之關係，就其案情確有調查之必要者，方與刑事訴訟法第三百七十九條第十款之『應於審判期日調查之證據』相當。證人之陳述，係建構於其證言具有憑信性，所以得為證據；證人之彈劾，則以減弱證人憑信性為目的，主張足以減弱其憑信性有關連之事項之程序。刑事訴訟法第一百六十六條之一第二項明定在主詰問階段，為辯明證人之記憶及陳述之正確性，或證人之憑信性，得就必要事項為詰問；同法第一百六十六條之二所定反詰問之作用，亦在彈劾證人供述之憑信性，而達發見真實之目的」¹⁷。



(二)問題之提出與分析

1. 證人之陳述得為證據，係因其為親眼見聞事實經過之人

按證人之陳述得資為證據，乃是因為證人係親眼見聞事實經過之人，由於其係透過人之感官知覺而加以記憶之方式，將案發時之事實儲存，對於還原事實有所助益，刑事程序上始有「證人之證據方法」的出現。易言之，證人之所以得作為證明之證據方法，並非因其所言具有「憑信性」，而是因為其對於本案事實經過之一部或全部曾經親眼見聞，為還原事實，對於此種曾經見聞本案事實經過之人，藉由法定調查證據之程序，呈現事實之原貌。至於在經過法定調查證據之過程中，該證人之證詞非無可能在其親眼見聞之過程中發生錯誤、瑕疵，甚至受到個人主觀性格或特質之影響，導致於欠缺可信度，則是關於證據評價之問題，與證人作為法定證據方法之理由，並不相同。故證人之陳述之所以得為證據，並非如最高法院所指：「證人之陳述，係建構於其證言具有『憑信性』，所以得為證據」，證詞是否具有憑信性，乃是在經過法定調查證據程序（例如：交互詰問程序）後，由審判者針對該證人之證詞是否具有還原案發事實之高度蓋然性加以認定，而非倒果為因，先認定證人之證詞因為有憑信性，所以得為證據。準此，最高法院就證人何以得成為法定證據的類型之一，似未洞察其本質上之意義，而先就證人之「憑信性」作為判斷得否作為證據之理由，恐欠缺論理上之正當性。

2. 彈劾證人與彈劾證言具有本質上之差異

「彈劾證人」之重心在於審查證人是否為本案之證據方法，必須透過對質程序審查，

係確認證據方法之「手段」，亦為對質程序之主要功能，凡是用以認定證人是否為本案證據方法者，均必須透過對質程序決定是否「彈劾證人」，以作為該證據方法是否進入具結、始末連續陳述及詰問程序之前提要件；而「彈劾證言」則是用以檢視、抗辯證人所陳述之證詞是否具有可信度之手段，係在已確認證人為本案之證據方法，並進入證據調查程序後，藉由正反辯證程序認定其證詞是否達到「高度蓋然率」之程度，為彈劾證言之方式，因此，應委由交互詰問之程序確認。就前開功能以觀，彈劾證人及彈劾證言具有本質上之差異，然而，最高法院卻認為：「證人之彈劾，則以減弱證人憑信性為目的，主張足以減弱其憑信性有關連之事項之程序」，恐有疑義。亦即，「彈劾證人」乃是用以確認本案證據方法之手段，「彈劾證詞」始為「以減弱證人憑信性為目的，由當事人主張有足以減弱其憑信性關連事項之存在」的方法，必須透過交互詰問中之反詰問及覆反詰問程序進行對證詞之抗辯，以削弱主詰問及覆主詰問程序中之舉證。簡言之，彈劾證人應使用對質程序，而彈劾證言，則必須使用交互詰問程序，二者具有本質上之不同，應無疑義。

3. 主詰問之目的在舉證，反詰問之目的在抗辯

按主詰問之目的，乃是由主詰問者針對「成罪事項」或「排除成罪事項」進行舉證之訴訟行為，反詰問階段則是用以破壞主詰問舉證目的為其宗旨之程序，因此，刑事訴訟法第一百六十六條之一第一項及第二項在解釋之意義上，自應朝向主詰問程序係以「舉證」為其目的之方向進行闡述，其有關闡明

17 最高法院九十六年度臺上字第五八五四號判決參照。

證人證述之部分，亦應與「舉證」之目的有所關連。最高法院於本判決中固然認為：「刑事訴訟法第一百六十六條之一第二項明定在主詰問階段，為辯明證人之記憶及陳述之正確性，或證人之憑信性，得就必要事項為詰問」，然而，並未將主詰問之目的環繞在以舉證為中心之基本議題上，反而以「辯明證人記憶及陳述之正確性」及「證人之憑信性」資為其論述之重點，實際上並非正確。申言之，主詰問程序之主要功能，在於舉證證明「成罪事項」或「排除成罪事項」之存在，反詰問者在反詰問程序中，則是藉由反詰問技巧抗辯證人有記憶及陳述上之不正確性，而覆主詰問者針對反詰問者抗辯後之證人證詞，則是「辯明證人記憶及陳述之正確性」，就反詰問者之抗辯進行再抗辯，並適時補強主詰問者之舉證為其目的，覆反詰問則具有雙重抗辯之功能。因此，現行法第一百六十六條之一第二項所規範之事項，實際上反而與覆主詰問程序之本質較為接近。誠然，法文雖已明定辯明證人陳述之證明力，得就必要之事項進行主詰問程序，惟在法條之解釋上並非完全無法扭轉此種錯誤立法下之規範條件，亦即，所謂「辯明」證人陳述證明力而得就必要事項進行主詰問程序，該「辯明」之意義，乃是指與舉證「成罪事項」或「排除成罪事項」相關，為確認「舉證」所進行之必要詰問而言。惜最高法院並不僅未掌握主詰問程序之性質，反而更進一步延伸認為，主詰問程序亦在辯明「證人之憑信性」（而非「證詞之憑信性」），反詰問程序則在彈劾「證詞之憑信性」，造成主詰問者係「辯明『證人』之憑信性」，而反詰問者則在「抗辯『證詞』之憑信性」，究係對證人進行彈劾，亦係對證詞進行彈劾？再再顯示出最高法院對於證人與證詞之間、證人與證詞憑信

性間之不同意義，恐有混淆不清之嫌。

伍、詰問證人階段之實務見解與批判

一、於準備程序詰問證人之問題

(一)實務見解

實務上認為：「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判，同法第二百八十一條第一項定有明文。惟於其他相關諸人（包括被告之辯護人）均已到庭，僅被告經合法傳喚，無正當理由不到庭，卻不符合得不待其陳述逕行判決之情形，足認被告無異自行放棄其反對詰問權，因有辯護人在場儘可行使該項權利，無礙被告之防禦權及真實之發現，法院認為如有必要（例如防免被告利用訴訟技巧，延滯訴訟；有逃匿之可能；或其他有保全證據之必要等），為免該次期日浪費，期使審判進行順暢，復為減少證人一再往返法院之勞累，節約國家重複支付證人日費、旅費之公帑，參照同法第二百七十三條第五項規定意旨，即非不可改行準備程序，於到庭之證人具結後，由檢察官及被告之辯護人進行交互詰問，當與憲法第八條所保障之正當法律程序暨第十六條所揭示之訴訟（防禦）權無違，並因係在審判法院（合議庭或獨任制法官）面前行之，自符合直接審理及言詞辯論主義之原則，固屬行準備程序之形式，實與審判期日之調查證據程序進行者同，是亦不生違背同法第二百七十六條第一項限定預料證人不能於審判期日到場，始得於審判期日前訊問規定之疑慮，該調查所得之證言，當具證據適格。上揭訊問證人之筆錄，若已依同法第四十一條規定，當場製作，記載同條第一項各款所定事項，並向受訊問人朗讀或令其閱覽，詢以有無錯誤，且命於所載筆錄末行緊接簽名、蓋章或



按指印，因屬公務員製作之文書，復經受訊問人核實，縱不若同法第四十七條規定：『審判期日之訴訟程序，專以審判筆錄為證』之法定效力，該筆錄仍具有一定程度之真實、正確性，無許當事人憑空任意為相異之爭議。從而，將該筆錄於嗣後之審判期日踐行合法調查程序，依同法第一百五十五條第二項規定意旨，即得採為判斷之依據」¹⁸。

(二)問題之提出與分析

1. 被告不到庭不得審判之學理上爭議

審判程序經傳喚證人到庭後，被告經合法送達無正當理由不到庭，將會導致詰問程序無法進行。刑事訴訟法第二百八十一條第一項規定：「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判」，因此，惟有在「法有明文」之例外時，始得在被告不到庭之情況下，加以審判。在實務之運作上，對於被告經合法傳喚不到庭，惟證人到庭時，得否進行審判乙節，尚有不同之見解，茲分述如下：

甲說：認為由於被告不到庭，不得逕行詰問證人，而應另定審判期日，以避免詰問後，證人將所證述之事實與被告串供，導致無法發現真實者，因此，甲說之重心在於依據刑事訴訟法第二百八十一條第一項之規定，認定被告不到庭時，由於無其他法律特別規定此種被告經合法傳喚無正當理由不到庭仍得審判之例外規定，因此，仍應待被告到庭後，始得逕行詰問證人。

乙說：認為由於同法第二百十九條之四第一項或第二項之規定，係第二百八十一條第一項「除有特別規定」之範疇，故當事人

或辯護人得依證據保全之方式，聲請法院或受命法官為保全證據之處分，亦即，將該次審判程序「變更」為準備程序，以符合「第一次審判期日前」之要件後，先行對證人加以詰問者¹⁹，此種詰問屬於合法之證據保全程序，亦為第二百八十一條第一項所指「法律有特別規定」被告不到庭仍得詰問證人之情形。丙說：為最高法院所採取之見解，其認為：「為免該次期日浪費，期使審判進行順暢，復為減少證人一再往返法院之勞累，節約國家重複支付證人日費、旅費之公帑，參照同法第二百七十三條第五項規定意旨，即非不可改行準備程序，於到庭之證人具結後，由檢察官及被告之辯護人進行交互詰問」，可謂自行創設「類推適用說」，認為「參照同法第二百七十三條第五項規定意旨」之法理，主張得類推適用（或適用？）第二百七十三條第五項之規定。

2. 針對乙說見解所提出之質疑與批判

按依本法第二百十九條之四第一項及第二項之規定以觀，其聲請保全之時機，限於「第一次審判期日前」，而證人到庭、被告不到庭之情況，已屬於「第一次審判期日後」，是因為已在第一次審判期日時，始發現證人有到庭，被告不到庭之情事，既然法文明確排除「第一次審判期日後」之證據保全，顯然是立法者對於證據保全期間所為之「限制」，參諸被告不到庭不得審判乃為審判程序之「原則」，對於「例外」之情形，除非有法條之明文規定，否則應作嚴格之解釋。況且，該次對證人、當事人所寄發之傳票上係記載「審判期日」，該期日所欲進行

¹⁸ 最高法院九十七年度臺上字第六〇八八號判決參照。

¹⁹ 吳巡龍，〈被告不到場的審判程序及被告與證人間如何隔離訊問〉，《法學叢刊》，第五十卷第三期，民國九十四年七月，第六六頁。

之程序係審判程序，可否片面由審判長「自行變更」審判程序為準備程序，以符合民法第二百十九條所定「第一次審判期日前」之要件？在程序運作上，恐有疑義。換言之，準備程序與審判程序之性質不同，前者在於篩選有無證據能力之事項、爭點之整理及其他「準備事項」；後者則係本於證據調查及辯論之程序而來，對於收受傳票之當事人而言，準備之方向並不相同，在無任何預警之情況下，姑且不論是否得便宜性地以「裁定」或審判長之「主觀意志」恣意變更訴訟程序之性質？法律規範上有無得將「審理程序」變更為「準備程序」之明文規定？退萬步言之，縱使得以「裁定」改變訴訟程序之屬性，亦有可能對於當事人或辯護人是另一種形式上之程序突襲。況且，保全證據須有「保全證據之必要」，並應由當事人以「書面」聲請法院裁定（第二百十九條之五第一項、第二項），對於應保全證據之理由，並應於聲請保全證據書狀內加以「釋明」（第二百十九條第三項），不得以口頭之方式為之，此均為刑事訴訟法第二百十九條之五所明文規定。如證人到庭、被告不到庭之情形，要求檢察官當庭繕寫書面，並「提出」保全證據之「釋明」，恐亦緩不濟急。質言之，該次審判期日係因突發狀況，產生證人到庭、被告不到庭之情事，「證人可能無法出庭或記憶變得模糊」或「應保全證據之理由」等節，仍應由聲請人「釋明」，而非「不需釋明」。因此，程序上必定先由聲請人「提出釋明」後，再由法院審酌是否有保全證據之必要，而非倒果為因，先由法院自行訊問證人後，藉以提供聲請人釋明之「依據」，再由聲請

人以書面附帶「法院代為釋明之結果」聲請之。故如欲以第二種方式即保全證據之方法解決被告不到庭而直接詰問證人之問題，不僅在法條之適用上過於曲折蜿蜒，技術之運作上亦頗有疑義，甚至在法理上，亦涉及以近乎「類推適用」之例外方法，直接衝擊第二百八十一條第一項被告在場權之法律明文規定²⁰。

3. 針對最高法院見解所提出之質疑與批判

按最高法院主張：「參照同法第二百七十三條第五項規定意旨」之法理，認為得類推適用或適用第二百七十三條第五項之規定予以處理之見解，亦非無疑。按第二百七十三條第五項係規定：「第一項之人經合法傳喚或通知，無正當理由不到庭者，法院得對到庭之人行準備程序」，究其實質，本條項仍屬準備程序之條文規範，即使本條第一項之人經合法傳喚或通知，無正當理由不到庭者，該次庭期之性質仍為準備程序。然而，本判決所指之情形，係在「審判期日」時，被告經合法傳喚無正當理由不到庭之狀況，並非「準備期日」時，被告經合法傳喚無正當理由不到庭之情形。因此，參照本法第二百七十三條第五項之規定，既是適用於「準備程序」之規範，即無從適用（或類推適用）於「審判程序」之規定，蓋以在法律未明文規定之例外情況下，被告於審判期日經合法傳喚不到庭，自應依本法第二百八十一條第一項之規定，不得審判，以符合立法上「被告在庭」之最低限度要求，即：「應有法律明定之例外規定時，始得不待被告到庭而審判」之規範效力，惟最高法院竟以「判決見解」之方式，取代「應有法律明定被告不到

²⁰ 黃翰義，〈論我國刑事訴訟法上通常審判程序之實務流程暨其運作之相關問題〉，《刑事法雜誌》，第五十一卷第五期，民國九十六年十月，第五五頁。



庭不得審判之例外」之規範要求，認為「參照同法第二百七十三條第五項規定意旨，即非不可改行準備程序，於到庭之證人具結後，由檢察官及被告之辯護人進行交互詰問」，問題是，何以「審判程序」得因被告不到庭而「轉化」為「準備程序」？為何「審判程序」被告不到庭，成為「發動」、「改行」準備程序之要件？最高法院完全未就程序上得將「審判程序」轉化為「準備程序」之理由說明其法律上之依據（刑事訴訟法上並無審判程序得以裁定或其他方式轉化為準備程序之明文規定），實令人費解。再者，此一見解不僅以「準備期日之規範」充作「審判期日得不待被告到庭審判」之依據，更衝擊刑事訴訟法第二百八十一條第一項之法律效力。果爾，則本法第二百八十一條第一項被告不到庭不得審判之規定將成具文，凡是法律未明定之例外情形，均得以「類推適用」之方式，取代「法律應明文」之方式，在此情形下，無異架空第二百八十一條第一項被告在場權之規定²¹，使被告之在場基本權成為「訓示規定」，蓋以在法無明文得在被告不到場時進行審判程序，都可透過「參照同法第二百七十三條第五項之規定意旨」，使被告不在場之情形下，針對證人進行交互詰問，詰問後所得之證詞，並具有「無許當事人憑空任意為相異爭議」之效力，況且，此種欠缺被告在場進行詰問之筆錄，又經最高法院認定具有「將該筆錄於嗣後之審判期日踐行合法調查程序，依法第一百五十五條第

二項規定意旨，即得採為判斷之依據」之功能，則本法第二百八十一條第一項所指：「審判期日，除有特別規定外，被告不到庭者，不得審判」之「除有特別規定外」者，將完全失去以「法律」規制「例外情形」之效力，彰彰甚明。在此判決中，本文欣見最高法院為解決下級審法院針對被告經合法傳喚無正當理由不到庭，造成詰問制度之進行受到阻礙，對於此一判決背後欲解決「被告不到庭、證人到庭」之問題，深能體會，然而，如同本文前開所堅持之看法，解釋上更為重要之定位，乃是「適用法律者」並非「制定法律者」，對於具有強制規定效力之法條，實不宜以「創設法律見解」之方式取代「法律規範本身」應明文規定之理由，以避免程序法上強制規定之法律效力受到破壞。

4. 現行法與立法論上之解決方式

誠然，被告之在場權並非無限上綱而沒有任何之限制，被告故意不到庭藉以擾亂程序之進行，與證人之權利、甚至司法資源之有效運用均息息相關，在制度之設計上，確實應有相對應之法律效果，以避免被告以其在場權作為權利濫用之護身符。我國刑事訴訟法第二百八十一條第一項既限於以明文之方式作為被告在場權例外之基礎，因此，追本溯源，立法論上仍應制定被告經合法傳喚不到場詰問證人時，視為放棄對質、詰問權之法律規範，用以規制被告不到場之法律效果，以解決目前實務所面臨之困境²²。至於在未立法前應如何處理此一問題？本文認為，

²¹ 刑事訴訟法第二百八十一條第一項與同法第三百七十九條第六款具有連結性，因此，當以「類推適用」取代「法律明文之特別規定」時，事實上以破壞第三百七十九條第六款判決當然違背法令之內涵，適用上不可不慎。

²² 若證人無故不到場，經罰鍰後仍不願履行其到場義務者，應如何處理？立法論上，有實務家認為，應引進美國之藐視法庭罪，讓不合作之證人能受到自由刑之處罰，亦可讓無故不到庭之被告成立棄保潛逃罪，以確保交互詰問程序能順暢進行，陳瑞仁，〈從檢方角度看新刑訴引發的問題〉，《全國律師

為維持法律解釋之安定性，避免以「類推適用」之方式破壞「法律規範之效力」，在現行法無明文之情形下，仍宜採取甲說，由法院另定審判期日，若被告不到庭，自可依拘提、通緝以迄行使羈押被告之手段，以維持程序上之公正性，較為妥當。

二、因通緝而未行使詰問權之問題

(一)實務見解

實務上認為：「原判決以證人業於第一審具結作證，而無傳喚必要。雖證人於第一審證述時，上訴人並未在場，然其辯護人當時在場，該次審理期日前，第一審業已按上訴人之戶籍地址傳喚上訴人，其既未到庭，即應負不能詰問證人之不利益。然上訴人因逃匿，已於民國九十三年九月十四日，經第一審通緝，迄九十四年八月十二日，始為警緝獲移送第一審歸案，有第一審通緝書及台北縣警察局永和分局通緝案件移送書附卷可徵，其於上開第一審審判期日（九十四年二月十七日），當然不可能到庭行使對證人之詰問權，要難認已予上訴人詰問之機會，顯不合刑事訴訟法第一百九十六條『證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚』之規定。原判決謂上訴人應負不能詰問證人之不利益，而不再傳訊該證人，尚有未當」²³。

(二)問題之提出與分析

1. 被告不到場不得審判之規範為強制規定

按被告不到場者，不得審判，業據刑事訴訟法第二百八十一條第一項規定明確，依法條之文義解釋可知，除有法律明文規定外，

仍應俟被告到庭後，始得進行審判，若被告經合法傳喚不到庭，無論其不到庭之理由為何？有無委任辯護人？仍應在符合法律規範之意義下，待被告到庭後始得進行審判。然而，最高法院認為：「證人於第一審證述時，上訴人並未在場，然其辯護人當時在場，該次審理期日前，第一審業已按上訴人之戶籍地址傳喚上訴人，其既未到庭，即應負不能詰問證人之不利益」，主張法院若業經依被告之戶籍地址合法送達傳票後不到場，若其有辯護人在場時，即得由辯護人進行詰問，被告固無法於當次期日進行詰問，然係因其不能到庭應由其自己負不到庭之不利益，即無法詰問證人，此時，證人縱未經被告詰問，亦屬無妨。然而，此一見解似是實非。按詰問程序既應在審判期日進行，則當被告未於審判期日到場時，是否得進行審判程序，應視被告之不到場是否符合法律明定之例外規定，若未符合法律明定之例外規定時，應回歸原則性之規定，即被告不到場者，不得審判之原則。雖被告有委任辯護人代其進行詰問行為，然而，刑事訴訟法第二百八十一條第一項乃是規範被告不到場之依據，該條並未規定若被告有委任辯護人到場時，即屬於法律規定之例外，因此，本判決主張在被告有委任辯護人到場之情形下，被告不到場者，仍得進行審判程序，卻仍未說明此一主張有何法律上之依據存在。易言之，本法第二百八十一條第一項乃是強制規定，並不因被告有委任辯護人而有不同之法律效果，惟最高法院意圖創設「法律所未明文規定」之被告不到場的類型，而認為被告未詰問證人之不利益應歸由被告自行承擔，理論上固然表達被

雜誌》，民國九十三年五月號，第二十頁。

²³ 最高法院九十七年度臺上字第五七九三號判決參照。



告不得以其不到場而妨礙審判程序之進行，然而，在法理上似仍欠缺充足之理由說明何以在法律未明文規定之情形下，被告不到場得進行審判程序？簡言之，在法無明文之情形下，由最高法院以判決意見直接架空第二百八十一條第一項所定之法律規定，是否妥適，恐有疑義。本文認為，在法律未明定之情形下，仍應回歸法律適用之本質，概念上並不宜由最高法院自行創設法所未明文規定之例外類型，而應求諸於立法論上增列被告不到庭不得審判之例外，較為妥適。

2. 被告是否因被通緝而不到場，並無作不同處理之必要

最高法院在本判決中意圖創設被告不到場仍得審判之例外規定，而其前提，必須是被告有辯護人到場，惟最高法院又認為：「上訴人因逃匿，其於上開第一審審判期日，當然不可能到庭行使對證人之詰問權，仍應令其到場後詰問證人始可」，似又將其欲創設之例外類型，再回歸於原則性規定之適用範圍。然而，依最高法院之見解可知，其認為被告不到場者仍得審判之例外，乃是向被告之戶籍地送達傳票而被告仍不到場之情形；若被告係因通緝而逃匿，當然不可能行使詰問權，故若屬於「因通緝而逃匿之被告」，即使其有辯護人到場，仍應遵守第二百八十一條第一項之規定，俟被告到場後，始得進行詰問程序，否則該程序之進行即屬違法；苟被告係非因通緝而逃匿，並有辯護人到場，則不待被告到場即可進行詰問程序。對於最高法院此種二分法之基礎，乃是以被告是否經通緝而逃匿作為區分程序是否違法進行之標準。然而，何以被告「經通緝而逃匿不到場」與「非因通緝而不到場」會有完全迥異之處理模式？同樣屬於被告不到場之狀態，為何會因有無通緝、逃匿而作不同之處理？

最高法院在此又製造許多謎團而未加以解決。唯一可能之解釋，則是其所指：刑事訴訟法第一百九十六條「證人已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚」之規定。然而，此一規定事實上與被告是否因「通緝」或「逃匿」而不到場完全無關，該條乃是建立在第二百八十一條第一項所定「被告已到場之情形下，業經給予當事人詰問證人之機會，因證人陳述明確已無訊問之必要者，即不得再行傳喚」之基礎上，彰彰甚明。

準此以觀，最高法院先則以判決之方式，創設法律所無之例外，嗣後再以完全無關之條文，作為論述其例外回歸被告不到場不得審判原則之佐證，實際上，被告不到場不得審判乃是刑事程序上之原則，若欲創設例外，非以立法之方式解決不可。最高法院固然試圖打破此種「法律例外規定」之牢籠，用心良苦，然而，此舉不僅牴觸法律保留原則，等同於以法官造法之方式擴充法律所無之例外類型，其效力如何，仍有疑義，此外，其在擴充法律所無之例外類型時，卻又以其他無關之條文作為應回歸「法律」適用之基礎，此種論述之過程曲折而無理論上之依據，恐亦值得商榷。

三、主詰問得為誘導詰問之問題

(一) 實務見解

實務上認為：「證人均係於體驗事實後之一段期間，方於警詢或檢察官偵訊時為陳述，更於其後之一段期間，始於審判中接受檢、辯或被告之詰問，受限於人之記憶能力及言語表達能力有限，本難期證人於警詢或檢察官偵訊時，能鉅細無遺完全供述呈現其所經歷之事實內容，更無從期待其於法院審理時，能一字不漏完全轉述先前所證述之內

容。因此，詰問規則方容許遇有『關於證人記憶不清之事項，為喚起其記憶所必要者』、『證人為與先前不符之陳述時，其先前之陳述』之情形時，即使為主詰問亦可實施誘導詰問（刑事訴訟法第一百六十六條之一第三項第三款、第六款參照），以喚起證人之記憶，並為精確之言語表達。從而，經交互詰問後，於綜核證人歷次陳述之內容時（包括檢察官偵訊時之陳述、法院審理時之陳述，以及於容許警詢陳述做為證據時之警詢內容），自應著重於證人對於待證事實主要內容之先後陳述有無重大歧異，藉此以判斷其證言之證明力高低，不得僅因證人所供述之部分內容不確定，或於交互詰問過程中，就同一問題之回答有先後更正或不一致之處；或證人先前證述之內容，與其於交互詰問時所證述之內容未完全一致，即全盤否認證人證言之真實性」²⁴。

（二）問題之提出與分析

1. 任何詰問程序均不得進行誘導詰問

按我國刑事訴訟法第一百六十六條之一第三項規定主詰問程序進行中不得為誘導詰問，而在同法第一百六十六條之二第二項則規定行反詰問於必要時，得為誘導詰問，此種「主詰問例外得為誘導詰問、反詰問原則上得為誘導詰問」之規範方式，一再地造成實務上在運作詰問程序時之困擾（包括詰問者所進行之誘導詰問有無符合得誘導詰問之規定與異議問之問題），此乃是因為立法者並未深入理解「誘導詰問」之本質，造成本法第一百六十六條之一第三項、第一百六十六條之二第二項產生適用上之疑義。如同本文針對誘導詰問之定位，此種詰問方式，乃是以「問話中含有答話」、「問話中二者擇

一」之方式，使證人在進行詰問時，同意詰問者所預設前提事實之發生，進而回答詰問者預設證人應回答之答案，因此種詰問方式造成證人無從依其所親眼見聞之事實進行中立之供述，反而遭受詰問者預設答案之影響，招致證人在詰問過程中，其所回答之內容，均是受到詰問者之引導而無法還原證人所見聞之事實。因此，不特主詰問階段不得行誘導詰問，反詰問、覆主詰問及覆反詰問階段亦均不得行誘導詰問，以維護證人於詰問時回答之純潔性，不致於受到引導式問題之影響，而作出偏離事實之證詞。惟最高法院在此判決中，似未針對誘導詰問之意義進行明確之解析，甚至對法條作出錯誤之解讀，先認定「證人之記憶能力及言語表達能力有限，本難期證人於警詢或檢察官偵訊時，能鉅細無遺完全供述呈現其所經歷之事實內容」後，隨即依第一百六十六條之一第三項第三款及第六款之「形式」，即認為主詰問程序亦可實施誘導詰問，似對於誘導詰問之意義及同條項第三款及第六款並非誘導詰問乙節，未加以區分。實際上細繹第一百六十六條之一第三項第三款及第六款事由，均是為喚醒證人記憶方法所為之手段，並不屬於誘導詰問之方式。按在詰問之方法上，用以喚醒證人記憶之技巧頗多，得以確定者，若詰問之問題中，並無「問話中含有答話」或「問話中二者擇一」之引導式詰問特徵，亦不致使證人落入詰問者預先設計好之答案者，均非誘導詰問，例如：在證人陳稱其記憶不清之際，由詰問者就該記憶不清之部分，聲請審判者提示該證人先前陳述之詞（例如：警詢筆錄或偵查筆錄）供證人回復記憶所用，並非係以「問話中含有答話」、「問話中二者擇一」

²⁴ 最高法院九十七年度臺上字第九六號判決參照。



之方式，使證人回答或落入詰問者預設圈套之情形，顯然不符合「誘導詰問」之特徵，殆無疑義。因此，歸根究底，我國立法者在制定主詰問程序例外得為誘導詰問之規定時，對於何謂「誘導詰問」乙節並未完全理解，以致於實務上在解讀此種錯誤立法之同時，亦產生延續性之錯誤，以致未能及時在判決中導正並確認「誘導詰問」之意義，甚屬可惜。

2. 誘導詰問並無法使證人就其所見聞之事項作更精確之表達

誘導詰問之本質在於以引導式之詰問方法造成證人對問題意識之誤判，證人在回答此種「問話中含有答話」或「問話中二者擇一」之詰問方法時，極有可能因詰問者問題之設計使其不得不先行「同意」詰問者所預設之前提事實，以致於無法完全供述出其在案發當時所親眼見聞之事實，甚至偏離其原先所見聞之事實。況且，證人為回答詰問者所提出問題，不得不預先「同意」詰問者所預設之前提事實而作出回答，更造成證人在節奏快速之詰問過程中，根本無任何時間、任何方法得充分地「解釋」其先前之回答，則對於此種由詰問者所引導出而受到影響之證詞，又如何能期待具有還原事實之功能？又如何能期待證人在此種問法下，能作出「更為精確」之回答？從而，最高法院認為誘導詰問不僅具「喚起證人記憶」之功能，甚至得以「使證人為精確之言語表達」，恐是對於誘導詰問認識不清所致，事實上，誘導詰問在整個詰問程序中，乃不正詰問之方法，應予禁止，制度上亦應廢除詰問中得行誘導之規定，始為正鵠。

陸、依職權訊問證人之實務見解及批判

一、職權訊問證人之合法性問題

(一) 實務見解

實務上認為：「當事人、辯護人依規定對證人為主詰問、反詰問、覆主詰問及覆反詰問等程序後，如欲更行詰問，應經審判長之許可，即採「許可制」，而於前開詰問（包括經許可更行詰問後之詰問）時，審判長除認其有不當者外，始不得任意限制或禁止之。依卷附原審…審判筆錄所載，檢察官在審理時對所聲請傳喚之證人，已行主詰問及覆主詰問之程序，並於審判長請其為覆主詰問時，表示「沒有問題」，則嗣檢察官於受命法官接續訊問該證人完畢後，始再請求更行詰問該證人，審判長乃不予准許，此係其訴訟指揮職權之正當行使，於法尚無不合²⁵。為補詰問之不足，同法第一百六十六條第四項規定：『證人經當事人、代理人或辯護人詰問完畢後，審判長得為訊問』，賦予審判長就證人之陳述有不明瞭或前後不一，難以獲得確切心證，或重要事項遺漏須予補充時，即可介入行補充性訊問，以為必要之補足，證據調查方屬完備。上開規定，依刑事訴訟法第三百六十四條之規定，於第二審準用之。觀諸現制交互詰問之實踐，多以問答式為主，在由當事人主導之一問一答過程中，已不免流於片斷，對於證人之陳述如有不一或破綻，亦未必即時為質疑或責難，使其再為釐清或說明，以致證人之陳述併存前後齟齬、相互矛盾之情形者，所在多有。證人之陳述如有部分前後不符，或相互間有所歧異時，如何擇其最接近真實事實之陳述，審判長基於訴

²⁵ 最高法院九十七年度臺上字第六〇四四號判決參照。

訟指揮權，自應就有無行補充性訊問之必要為判斷，非謂證人之陳述一有不符或矛盾，即得恕置不問，而認其全部均為不可採信」²⁶。

(二)問題之提出與分析

1. 更行詰問應界定在補充詰問之範圍內

按更行詰問乃規定在刑事訴訟法第一百六十六條第三項，法文就更行詰問之時期，限於主詰問、反詰問、覆主詰問及覆反詰問程序完畢後，並以經審判長許可為必要。其次，交互詰問制度依立法者所制定之階段性質，必須透過主詰問、反詰問、覆主詰問及覆反詰問程序之正反辯證方式進行，始得認為完成證人之調查證據程序，完成此種證人之調查證據程序後，始得以該證詞為基礎，形成事實心證。因此，若允許在證人之調查證據程序完成後，再針對同一證人另行以新事實進行「更行詰問」之舉證或抗辯，顯然會造成對造當事人及法院之突襲，換言之，若允許當事人利用更行詰問之方式，重新舉證或進行其他抗辯，則此種重新舉證或進行其他抗辯之行為，並未受到再次之檢驗、舉證或再彈劾階段（即反詰問、覆主詰問及覆反詰問程序），則此種更行詰問之方式，既未完成立法者所預定證據調查之程序，顯然並非合法之證據調查，參酌交互詰問程序既經兩造當事人進行完畢，故就「更行詰問」之概念，即應界定在「補充詰問」之基礎上。所謂「補充詰問」，乃是在交互詰問完畢後，當事人針對先前詰問之問題，發現證人之回答有不明確或不清楚之處，經審判長許可後，向證人進行確認性之探尋，以明確化證人供述之真正意思所在之輔助方法。易言之，補充詰問之目的，乃是在詰問後，經審判長許

可，由當事人依先前詰問之順位向證人確認其先前供述之真意，而更行詰問在此意義下，始有存在之必要性。惟本判決對於更行詰問之目的完全置而不論，僅謂：「檢察官於受命法官接續訊問該證人完畢後，始再請求更行詰問該證人，審判長乃不予准許，此係其訴訟指揮職權之正當行使，於法尚無不合」，而僅將重心置於不予准許係訴訟指揮權之正當行使，卻忽略更行詰問之所以採取「許可制」之理由，主要係由審判長先行審查當事人所欲更行詰問之問題，是否仍在原詰問範圍內？是否為補充詰問？等節，決定是否許可在詰問完畢後，由當事人進行更行詰問。

2. 審判者是否補充訊問與證據調查程序完備與否無關

刑事訴訟法第一百六十六條第四項雖明定證人經詰問完畢後，審判長得為訊問，依本判決所指，其主要之目的，乃是賦予審判長就證人之陳述有不明瞭或前後不一，難以獲得確切心證，或重要事項遺漏須予補充時，即可介入行補充性訊問，以為必要之補足，證據調查方屬完備。然而，是否如判決之意見所指，認為證人之陳述須經審判長為必要之補足，證據調查始屬完備？

按詰問之制度設計，依立法者所建構之階段，乃是由當事人針對證人進行主詰問、反詰問、覆主詰問及覆反詰問階段後，即為完成，當證人之證據方法歷經此種正反辯證程序之流程後，證人之證詞即可作為事實心證形成之基礎，換言之，當證人之證據方法藉由交互詰問之調查證據程序後，該證人之法定證據方法即已經過法定調查程序而終結，至於為確認證人在正反辯證程序中所供述不明確、不清楚之證詞疑義，自得由當事人聲

²⁶ 最高法院九十七年度臺上字第一五〇八號判決參照。

請審判長許可進行補充詰問，甚至在詰問程序進行中，亦得由審判長本於訴訟指揮權介入以確認證人當時回答之真意為何，並非僅限於詰問程序完畢後始得行使此種本於訴訟指揮所產生之介入權。因此，本法第一百六十六條第四項之目的，是否確如判決所指，必俟審判長進行訊問後，始得謂「證據調查完備」，即非無疑。申言之，證人在經過交互詰問程序時，審判者依其訴訟指揮權，得於詰問程序中，介入或禁止當事人不當或違法之詰問，甚至，在證人回答不明確或不清楚，而當事人亦未請求釐清證人之意思時，亦得本於職權介入詰問程序中，以確認證人之真意為何，此係訴訟指揮權之意義所在。而訴訟指揮權之行使與證據調查程序是否完備，固屬相關，惟二者所踐行之事項及其功能並不相同，訴訟指揮權重在規制訴訟程序浮動進行之狀態下，使流程受到控管，而不致於產生毫無效率之訴訟行為；至於證據調查程序則是重在判斷證據之調查，是否有依據刑事訴訟法所定之法定程序進行，若有依法定程序進行，該依法定程序而呈現之證據資料，始得作為形成事實心證之基礎。準此以觀，證人之陳述並非經審判長為必要之補足，「證據調查」始屬完備，而是該確認證人真意之行為，本質上乃是基於「訴訟指揮權」而來，與證據調查本身是否完備無關。從而，最高法院對於訴訟指揮所涵蓋之範圍與法定證據調查程序之進行，似仍有觀念上之混淆。

3. 詰問完畢後不宜由審判長進行訊問，以避免破壞詰問結構

按交互詰問之主要目的，係透過當事人針對證人進行舉證及抗辯之辯證流程，因此，在主詰問程序中著重舉證，在反詰問程序中著重抗辯，在覆主詰問程序中，以舉證及抗

辯為其中心，在覆反詰問程序中，則以雙重抗辯為其特色。在此種經由正反辯證所進行之證據調查流程中，如何建立舉證之架構或破壞他造當事人之舉證及抗辯，在不違反法律之規定下（例如：以違法或不當之方式進行詰問），由當事人主導程序之進行，並本於舉證或抗辯之地位進行攻擊及防禦之態勢。當詰問程序完畢後，意味著證人之調查證據程序業經終結，除證人在原詰問程序中有不明確或不清楚之回答，得藉由補充詰問或補充訊問之方式釐清其真意之外，為避免影響先前由當事人所進行之詰問架構，不應由審判長在詰問程序結束後另行訊問證人。具有舉證或抗辯地位之當事人，之所以負有舉證或抗辯之地位，乃是因為在程序上應先由追訴者負舉證證明被告有起訴書所載犯罪事實存在之證據，再由被告針對追訴者所提出之證據進行反駁，故以證人為成罪事項之證明者，自應由追訴者在主詰問階段中進行舉證，被告於反詰問階段中進行抗辯，並依此進行其後之詰問行為。

證人在經過交互詰問程序後，該證人之證據方法業經調查完畢，既經調查完畢，若再由審判者另行針對該證人可得證明之範圍再進行訊問，不僅可能造成當事人在完全未經預警之情形下，由審判者取得證人之證詞，而無從由當事人再進行補強舉證或抗辯之行為；亦可能造成審判者在訊問證人之過程中，破壞原先當事人於詰問階段中所建立之舉證或抗辯架構，此種審判者本於職權進行訊問之行為，實際上對於業已進行之詰問行為並非毫無影響，甚至使先前當事人竭盡全力進行舉證或抗辯後，因為審判者介入訊問而造成「舉證」或「抗辯」徒勞之結果。準此，最高法院先則認為「重要事項遺漏須予補充時，即可介入行補充性訊問」，為必要之補

足後，「證據調查方屬完備」，似未限定補充訊問僅得釐清證人不明確或不清楚之回答範圍內，認為凡「重要事項」遺漏者，即可行補充性訊問，訊問後證據調查程序始完成，而混淆證據調查程序與補充訊問之意義，故其見解與「補充訊問」之本質恐有未合。從而，最高法院未對此種依職權所進行之訊問界定在「確認證人真意」之基礎上，誠屬可惜。

二、詰問或捨棄詰問後訊問證人之問題

(一)實務見解

實務上認為：「法院因發見真實之必要，得依職權調查證據；且證人、鑑定人經當事人、代理人或辯護人詰問後，審判長得續行訊問，刑事訴訟法第一百六十三條第二項、第一百六十六條之六第二項分別定有明文。則審判長於證人經當事人或辯護人詰問或捨棄詰問後，依職權訊問證人，本屬合法」²⁷。

(二)問題之提出與分析

1. 依職權調查證據與依職權訊問證人之概念並不相同

按依職權調查證據與依職權訊問證人是否相同？本文採取否定之見解。依職權調查證據，係就已存在之證人或證物，依法定調查證據程序進行調查；而依職權訊問證人，則是由法院本於職權直接針對證人進行訊問，以取得證人之證詞，該項訊問可能針對成罪事項或排除成罪事項進行訊問，惟均是就原本未存在之供述進行取證之行為，因此，依職權訊問證人乃是由審判者取得證人之證詞，與針對證人進行法定調查證據程序並不相同。最高法院認為，法院本於發現真實之必要，得依職權調查證據，並得於當事人、代理人

或辯護人詰問後，續行訊問，似認為為發現真實之必要，法院得依職權「取得證據」，換言之，其所指「依職權調查證據」者，係「依職權訊問證人」之意，始在判決中主張當事人詰問證人後，得續行「訊問證人」進行調查證據之程序。然而，最高法院顯然係將「依職權調查證據」與「依職權訊問證人」之意義混淆，認為二者同屬一事，實則「調查證據」係踐行「法定調查證據程序」；「訊問證人」則是由審判者本於取證之手段，直接向證人取得其證詞作為判斷事實存在與否之基礎，故最高法院主張為「發見真實」而得「依職權調查證據」，恐有誤解。

質言之，調查證據程序與依職權訊問證人不同，前者應依法定調查證據程序進行證據之調查，後者則是審判者依職權介入並針對證人取證之行為，故並非為「發見真實」而有依職權「調查證據」之必要，而是調查證據程序本即是刑事訴訟法用以發現真實所應進行之法定程序，一如證人應經交互詰問程序、證物應提示予被告、書證應提示或告以要旨，各有其法定應進行之程式及規範上之依據，亦均是刑事訴訟法針對證據之屬性所進行之調查程序。因此，依職權訊問證人並非「法定調查證據程序」，而應定位在「由審判者介入取證」之行為基礎上，參酌法官不取證原則乃是刑事程序上之基本立場，此種由審判者介入取證之行為，自應嚴格禁止。

2. 法院依職權訊問證人會造成當事人程序上之突襲

按證人應經交互詰問之程序進行調查後，始得謂證人之證據方法業經調查完畢，惟證人經過兩造當事人進行詰問後，再由審判者另行基於「發見真實」之必要加以訊問，實

²⁷ 最高法院九十七年度臺上字第五八一號判決參照。



際上對於當事人先前所進行之詰問程序，必然會有一定程度之影響。易言之，當事人先前進行之舉證與抗辯過程，業已確認證人所得見聞之事項呈現於調查程序之流程中，若有確認證人所證述之詞不明確或不清楚之處，亦經當事人或審判者進行確認性質之補充詰問或補充訊問而獲得解決，並無再由審判者進行另一道「訊問程序」之必要，若當事人已就詰問程序完成其舉證或抗辯之訴訟行為後，再由審判者「逸脫」原先詰問之範圍，或藉由訊問證人之方式「攻擊」當事人先前之舉證或抗辯，造成原先之舉證或抗辯受到破壞，此時當事人完全無法再藉由「詰問」之方式補強舉證或再行抗辯，對於舉證或抗辯之當事人而言，顯然受到來自於審判者之程序上突襲。此在當事人詰問完證人後，固無論矣，即使當事人捨棄詰問證人後，再由審判者進行訊問證人之行為，亦會造成不公平之現象。

申言之，負有舉證責任之當事人若就證人進行主詰問階段後，取得有利之舉證，對造當事人認為無法推翻該舉證，乃決定捨棄進行反詰問程序，經完成詰問程序後，若審判者再訊問證人後，產生「推翻」主詰問者舉證之效果時，等於「代替」反詰問者進行抗辯之行為，此種實質上經由「訊問證人」而產生推翻舉證者原先於主詰問階段中所進行之舉證，實際上將產生違反當事人平等原則之結果；反之亦然。因此，當法院依職權訊問證人之結果，造成當事人先前所進行之詰問結果受到衝擊或破壞之效應時，並無其他方法使當事人獲得補救措施或使當事人有權利得進行其他程序，則原先所進行之詰問程序，豈不因審判者之訊問而徒勞無功？甚至造成當事人原先之舉證或抗辯，因為審判

者介入之訊問效應而無法失去其原先舉證或抗辯之效果。最高法院似未慮及此種訊問後所產生對於原先調查證據程序之影響，其理由或係肇因於未能區分「調查證據程序」及「依職權訊問證人」之性質所致，然而，卻發生當事人對於審判者取證之結果，並無其他方法得以補救之缺失。準此以觀，最高法院認為：「若證人經當事人、代理人或辯護人捨棄詰問後，仍得依職權訊問證人，該依職權訊問證人之程序，仍為合法之程序」乙節，恐有再行斟酌之餘地。

三、當事人針對法院之訊問提出異議之問題

(一)實務見解

實務上認為：「法院依職權傳喚之證人、鑑定人，依刑事訴訟法第一百六十六條之六之規定，應由審判長先進行訊問，再由兩造當事人、代理人或辯護人詰問。此際審判長之訊問，就雙方當事人而言，固有主詰問之性質（該條文立法理由參照），然究仍與本造聲請所為之主詰問有所不同，核其訊問之性質，應屬證據調查之處分。故如審判長為不法之誘導訊問，兩造當事人等依同法第二百八十八條之三之規定，得向法院聲明異議，法院應就前項異議裁定之。又於交互詰問過程中，有關詰問之聲明異議及其他調查證據處分之異議，有其時效性，如未適時行使異議權，除其瑕疵係重大，有害訴訟程序之公正，而影響於判決結果者外，應認其異議權已喪失，瑕疵已被治癒，而不得執為上訴第三審之理由」²⁸。

(二)問題之提出與分析

1. 審判長之訊問具有主詰問之性質為錯誤之見解

²⁸ 最高法院九十七年度臺上字第五五九七號判決參照。

刑事訴訟法第一百六十六條之六之立法理由認為：「法院為發見真實，得依職權調查證據。因此，於法院依職權傳喚證人時，該證人具有何種經驗、知識，所欲證明者為何項待證事實，自以審判長最為明瞭，應由審判長先為訊問，此時之訊問相當於主詰問之性質，而當事人、代理人及辯護人於審判長訊問後，接續詰問之，其性質則相當於反詰問。至於當事人、代理人及辯護人間之詰問次序，則由審判長本其訴訟指揮，依職權定之」，就此一立法理由可知，審判長之訊問具有主詰問之性質，接續詰問者則具有反詰問之性質，然而，此一立法理由顯屬謬誤，事實上審判長之訊問並不具有主詰問之性質，相反地，審判長之訊問具有取證之性質，立法理由將審判長之訊問定位為「主詰問」之性質，並將接續詰問者之地位界定為「反詰問」之性質，該見解不僅錯置主詰問及反詰問主體在詰問體系內之地位，亦使法官不取證及舉證責任分配原則受到衝擊。按主詰問程序之性質重在舉證，負有舉證成罪事項存在之當事人，應本於主詰問者之地位先行詰問證人，故何人為主詰問之主體，何人為反詰問之主體，就其舉證或抗辯之地位，業已於事實關係形成時即已確立。因此，何以由審判長依職權傳喚證人到庭進行訊問時，該訊問即「視為」具有主詰問之性質？完全未有任何理論上之基礎加以支持。就成罪事項而言，既然追訴者負有實質之舉證責任，自應由追訴者作為主詰問之主體進行主詰問程序，審判者不得自行本於「舉證主體」而進行主詰問行為，甚為灼然。其次，就「排除成罪事項」之證人而言，乃是有利於被告之證人，對於此種有利於被告之證人的詰問，本應由被告進行「舉證」，以排除或推翻先前追訴者已舉證對被告不利事項之證明。此

種本應由被告舉證之事項，並不會因為由審判長依職權傳喚證人進行訊問，即更易其舉證之主體，易言之，審判長即使依職權傳喚證人到庭進行訊問，該訊問之本質亦非「主詰問」，而是審判長之「取證行為」。從而，最高法院認為審判長之訊問行為，就當事人雙方而言，具有「主詰問之性質」，即有不當。

2. 審判長之訊問並非證據調查之處分行為，而是取證行為

審判長之訊問行為並不具有主詰問之性質，而是一種「取證行為」，惟審判長之訊問行為雖非「主詰問」，是否即係證據調查之「處分行為」？何謂證據調查之「處分行為」？為何審判長依職權訊問證人之行為係「證據調查」之處分行為？最高法院對於審判長之訊問行為所為之闡述，均一再讓吾人對於詰問制度產生解釋上之疑義。按審判長依職權傳喚證人到庭後進行訊問，其訊問證人而取得證人之供述，實際上乃是本於審判者之地位取得證據之行為。申言之，證人在未到庭進行陳述前，即使該證人於偵查中有證述之詞足供參考，惟究其實質，仍是未經直接審理之證據，該證人所述是否具有證據資格？是否得進行證據評價？是否為傳聞而來之證據？均非無疑。惟當證人經審判長依職權傳喚到庭後，由審判長進行訊問，其訊問之結果，係讓證人就其所見聞之事項進行「取證」之行為，經取證後再提出由當事人對其表示意見，其提出之行為即應被評價為「舉證」之行為，因此，自審判長訊問證人以迄向當事人提示該證人之證詞之過程，顯然是一種取證並舉證之行為，然而，重點在於，此種取證並舉證之行為，制度上並不應該由中立之審判者為之，而應視該舉證係不利或有利被告，而分別由追訴者或被告進行



舉證，否則，不僅破壞舉證責任分配原則，亦破壞法官不取證原則之精神。

最高法院似未注意此一問題之嚴重性，竟謂：「審判長之訊問為證據調查之處分」，惟何以此種「取證」並「舉證」之行為僅是程序上之「處分」？何以此種已涉及實體事項認定基礎之證據取得，僅是證據調查之「處分」？證據取得既與證據調查顯然不同，為何最高法院又將「證據取得」之行為認定為「證據調查」之處分行為？凡此諸節，完全未見諸最高法院對此詳加解釋，此種解釋之唯一可能性，似乎僅是為提供後續讓當事人對於「處分」有「得異議之餘地」，因此最高法院特將此種取證並舉證之行為強行解釋為「處分」，果爾，審判長之訊問為程序上之處分，對於此種本於程序上處分之行為本身，並未經過合法之證據調查程序，蓋以依最高法院之見解，審判長之訊問行為既是一種「處分行為」，該處分行為本身並不符合任何一種刑事訴訟法內之證據調查程序，因此，該處分行為既未經合法之證據調查程序，當然不得作為心證形成之基礎，惟何以最高法院又認為得對於此種處分行為所取得之證詞，作為判斷事實是否存在之依據？由此可知，最高法院將審判長之訊問行為評價為「處分行為」，將產生無法自圓其說之結果，益見此種解釋為謬誤之見解甚明。

3. 當事人對於審判長異議，恐無法期待法院為公平之處分

按審判長依職權進行訊問之性質，無論依立法理由將之定位為主詰問程序，或依最高法院之見解將之定位為「證據調查之處分」，已具有依職權取證之實質內涵，事實上已難期待審判者為公平之審理，質言之，此時審判者業已成為取證及舉證之主體，對於其所踐行之訊問程序若經當事人提出異議，顯然會造成等同於主詰問者於進行詰問時經對造當事人異議，由主詰問者自行「認定」該異議是否合法之結果，亦即，此時認定異

議是否合法之人為審判者，而訊問之人亦為審判者，等於「球員兼裁判」，參酌審判者在進行訊問之過程中，不僅大部分之當事人不願意針對審判者之訊問行為提出異議，以避免當事人之一方與審判者間造成對立之態勢，另一方面，即使當事人願意針對審判者之訊問行為提出異議，認定該異議是否合法之人既為審判者，事實上亦難以期待審判者當庭對於其自己之訊問行為認定為「違法」或「不當」，甚至在「裁定」先前之訊問行為違法後，要求自己重新提出問題或撤回該訊問之行為。按詰問制度之解釋，必須顧及各個程序上之角色及某一制度是否確可發揮制度原意之效果，若造成角色上之衝突、破壞審判者中立之地位，甚至以「違反禁反言」之方式闡釋制度之內涵，將會造成該制度在實際操作時困難重重。

況且，審判者所進行之訊問若為違法或不當之訊問，當事人即使願意冒著與審判者對立之地位提出異議，參酌審判者既係行訊問之主體，又必須對其訊問為違法或合法進行裁定，在概念上顯然具有相互衝突之性質存在，事實上頗難期待審判者自行認定其先前所進行之訊問行為違法，亦難期待審判者在審判筆錄中自行裁定「前開審判者之訊問經異議後認定為違法，請審判者自行撤回或另提出問題」，故將審判者之訊問「視為」主詰問或「視為」證據調查之處分行為，均無法解決此種審判者角色自我矛盾之問題。審判者之訊問既具有取證之性質，縱使將之「視為」主詰問或認定為證據調查之處分，並不會變更該訊問行為具有取證色彩之本質，因此，本文認為，惟有廢除刑事訴訟法第一百六十六條之六關於審判長依職權訊問之條文規範，以一併解決此種審判者立場偏頗之問題，始為正本清源之道。

4. 當事人未提出異議不等同於程序進行之瑕疵業經治癒

按當事人若未適時行使異議權，原所進

行詰問行為之瑕疵是否即被治癒？異議權未行使之效力，是否具有使違法或不當詰問行為變更為合法及適當之詰問行為？本文採取否定之見解。違法或不當之詰問行為，並不會因為對造當事人未提出異議或審判者未依職權介入而因此成為合法且適當之詰問行為。由於詰問程序存在之目的，乃是還原事實發生之原貌，若當事人於詰問程序進行中，使用違法或不當之詰問方式，造成證人之證詞不僅無法陳述案發當時之情況，反而偏離事實或違反證人當時見聞之狀態時，對造當事人即得提出異議要求審判者禁止當事人提出該詰問之問題；審判者亦得不待當事人提出異議，本於訴訟指揮權禁止當事人提出違法或不當之詰問，以擔保在詰問過程中，不致於使證人受到任何不當或違法之干擾而陳述與事實不符或偏離事實之證詞。

按異議權之行使與否，乃當事人程序上之權限，其針對違法或不當之詰問行為提出異議，固足以使審判者認定該詰問行為是否違法或不當；即使當事人未提出異議，該詰問行為亦不因對造當事人未提出異議而變更其「違法」或「不當」詰問之本質，詰問行為既仍為違法或不當，本於此種違法或不當詰問而作出之回答，即無從資為認定事實存在與否之基礎。質言之，具有瑕疵之詰問行為為並不會因為對造當事人未行使異議權而治癒其瑕疵，未行使異議權之法律效果，僅是當事人放棄其提醒審判者注意應針對違法或不當詰問進行控管之權利，此種權利之放棄，並不具有產生治癒「有瑕疵之詰問行為」的效應。況且，最高法院將詰問之瑕疵分為「輕微」及「嚴重」之瑕疵，輕微之瑕疵得因當事人未適時異議而「治癒」；而嚴重之瑕疵，

即使當事人未適時異議，並不會因此而「治癒」。然而，問題在於，同屬有瑕疵之詰問行為，為何瑕疵較為「輕微」，未加以異議，即具有「自行治癒」之效果？為何瑕疵較為「嚴重」，縱未加以異議，仍屬於有瑕疵之詰問行為而無「自行治癒」之效果？輕微之瑕疵與嚴重之瑕疵，如何區別？何以要作不同之處理？其區別二者而有不同之法律效果，理由何在？凡此諸節，在本判決中完全無法看出作不同處理之法律基礎，亦乏任何足以支持最高法院區別之理論依據，顯然又是一種純粹技術性之解釋而未顧及詰問制度整體之思維。

四、錯置異議權主體之問題

(一)實務見解

實務上認為：「就主詰問證人之詰問及回答，有違背法令或不當之情形時，固得依刑事訴訟法第一百六十七條之一規定，聲明異議，但此項異議權僅限於審判長或他造當事人、代理人、辯護人始得行使；主詰問一方之當事人、代理人、辯護人並無此權限，其理自明」²⁹。

(二)問題之提出與分析

按詰問行為與異議行為應分別由當事人及對造當事人於詰問過程中行使，制度設計上有此種詰問行為與異議行為之原因，乃是藉由平衡當事人在詰問過程中之權利，作為攻擊與防禦之手段。質言之，有詰問行為始有異議行為，異議行為之存在，在於防止詰問者進行違法或不當之詰問，避免違法或不當之詰問行為干擾證人之回答或使其作出偏離見聞事實之回答，故擁有異議權之人，乃是指未行詰問時之當事人而言，亦唯有該當

²⁹ 最高法院九十七年度臺上字第四一八八號判決參照。



事人，始有在對造當事人進行詰問時提出異議之權限。誠然，依刑事訴訟法第一百六十六條之六規定之立法理由中，亦認為審判長依職權傳喚證人到庭進行訊問，其訊問之本質視為主詰問，然而，此種立法理由為錯誤之看法，審判者依職權所進行之訊問為取證行為，並不具有主詰問之性質，當事人間進行詰問者與未進行詰問者，分別有詰問權及異議權，此二種權限具有相對應之性質，而本於中立審判之審判者，既非當事人，當然無任何「異議權」，唯一可認為審判者得介入當事人之詰問過程者，乃是本於訴訟指揮之權限，禁止當事人進行違法或不當之詰問，然此種訴訟指揮之權限，與當事人所擁有之「異議權」性質迥異，訴訟指揮權乃是基於法官聽審權而來，以控管訴訟流程之國家權力；而當事人就對造當事人有違法或不當詰問之異議權，則僅是用以促請審判者發動訴訟指揮權禁止或避免對造當事人進行違法或不當之詰問，一為國家控管訴訟流程之權限，另一則為當事人之權限，不容混為一談。然而，最高法院認為當事人一造於行主詰問時，審判長亦為異議權人，其得就當事人一造所進行之主詰問提出「異議」，不僅紊亂行使異議權人僅限於當事人之體系，對於審判長基於控管訴訟流程之權力應歸納於「訴訟指揮權」之範疇內，似亦無法理解，否則，何以原本屬於當事人之異議權，為何由審判主體之「審判長」行使之？何以屬於審判主體之審判長並非基於「訴訟指揮權」進行訴訟流程之控管，而必須「委曲求全」地基於「當事人之異議權」，始得對於違法或不當之詰問行為促使「自己」注意？因此，最高法院就當事人之異議權委由審判長行使，不僅使審判主體之審判長淪為當事人之一，而僅得行使當事人所擁有之「異議權」，亦未明確

在判決中指出審判長得基於訴訟指揮之權限進行詰問流程之控制，對於異議權與訴訟指揮權、當事人與審判長之權限，恐有混淆不清之嫌。

柒、結 論

德國學者 Arthur Kaufmann 曾云：「針對現實所作的目的認識在證實過程中導致無盡的回溯。容許反思思維的當為，無庸依照事實科學的方法去證實，不過仍需對情況作仔細的觀察與了解。當為是一個真實的理念—其真實並非從具體意識去理解。就當為而言，其本身即為真實，這是源自思維的純粹自發性，是創設的，不是繼受的。當為必然由思維的結構所推論出，而這思維結構是所有人類本質上所共通的。當為的觀念就是思維的先驗意涵，就是本身已具備的理性觀念」³⁰。本文嘗試以如此之角度，從我國交互詰問之實務見解，重新檢視其「當為」之內涵，期對此一程序在我國刑事訴訟法上所產生之定位，得以獲得完善之解決。

參考文獻

- 一、黃翰義，〈論我國刑事訴訟法上通常審判程序之實務流程暨其運作之相關問題〉，《刑事法雜誌》，第五十一卷第五期。
- 二、陳瑞仁，〈從檢方角度看新刑訴引發的問題〉，《全國律師雜誌》，民國九十三年五月號。
- 二、亞圖·考夫曼 (Arthur Kaufmann) 原著，劉幸義等合譯，《法律哲學 (Rechtsphilosophie)》，五南出版社，二〇〇一年五月初版第二刷。

³⁰ 亞圖·考夫曼 (Arthur Kaufmann) 原著，劉幸義等合譯，《法律哲學 (Rechtsphilosophie)》，五南出版社，二〇〇一年五月初版第二刷，第一二七頁。