

由被告詰問權之保障論共犯或共同被告陳述之處理

詳目

第一章 緒論.....	5
楔子	5
第一節 研究動機與目的.....	6
第二節 研究方法.....	12
第三節 研究範圍與架構.....	13
第一項 研究範圍.....	13
第二項 研究架構.....	16
圖示「共同被告之陳述」存在之衝突點.....	19
第二章 共犯或共同被告陳述之證據能力.....	23
第一節 共犯或共同被告陳述之意義及類型.....	24
第一項 共犯與共同被告的概念.....	24
第一款 共犯與共同被告.....	24
第二款 共同被告之意義.....	24
第二項 人之供述證據.....	26
第三項 類型化區分.....	27
第一款 以訴訟程序上陳述時點區分.....	27
第二款 以陳述時身分區分.....	28
第三款 以供述所指對象區分.....	30
第四項 爭點所在.....	32
第二節 共犯或共同被告之定位及其陳述之性質.....	34
第一項 定位.....	35
第一款 被告.....	35
第二款 證人.....	38
第三款 區辨.....	39
第二項 陳述性質.....	40
第一款 審判中之陳述.....	40
第二款 審判外之陳述.....	42

第三項 小結.....	42
第三節 與傳聞法則之關係.....	43
第一項 審判外陳述.....	45
第一款 被告本人之陳述.....	45
第二款 被告以外之人之陳述.....	46
第二項 美國法制概觀.....	46
第一款 美國法上之對質詰問權.....	46
第二款 美國法之運作.....	61
第三項 日本法制概觀.....	73
第一款 審判中陳述.....	73
第二款 審判外陳述—傳聞法則及其例外.....	73
第四項 我國制度設計.....	83
第一款 民國九十二年一月刑事訴訟法修法前之問題狀況.....	83
第二款 民國九十二年一月刑事訴訟法修法後之解釋及適用.....	88
第四節 結語.....	102
第三章 共犯或共同被告之調查.....	107
第一節 被告之反對詰問權.....	108
第一項 概說.....	108
第二項 司法院大法官解釋第三八四號.....	110
第三項 詰問權在我國法之相關規定.....	111
第一款 刑事訴訟法.....	111
第二款 組織犯罪條例.....	116
第三款 檢肅流氓條例.....	116
第四項 司法院大法官解釋第五八二號.....	118
第五項 學說的主張.....	122
第六項 小結.....	123
第二節 比較法之參考—以美國法、日本法為探討中心.....	126
第一項 美國法制概觀.....	126
第一款 被告之詰問權.....	126
第二款 共犯審判外之陳述與詰問權之關係.....	127
第三款 合併審判或分別審判.....	131
第二項 日本法制概觀.....	138
第一款 被告之對質詰問權.....	138

第二款 分離程序	138
第三款 分離程序之必要性與否	143
第三節 我國刑事訴訟法修正前後之比較	143
第一項 民國九十二年一月刑事訴訟法修法前之問題狀況	143
第二項 民國九十二年一月刑事訴訟法修法後之解釋及適用	145
第一款 新法規定	145
第二款 實務操作可能衍生之疑義	151
第四節 共犯或共同被告之證人適格	152
第一項 被告與證人地位之差異	152
第二項 我國刑事訴訟法第二八七條之二規定之解釋及適用	156
第三項 侵害緘默權與否	161
第五節 分離辯論	162
第一項 分離或合併辯論之意義	162
第一款 民國九十二年一月刑事訴訟法修法前之問題狀況	162
第二款 民國九十二年一月刑事訴訟法修法後之解釋及適用	163
第二項 分離辯論之標準	164
第三項 分離辯論之程序	166
第四項 分離辯論之法律效果	169
第六節 合併辯論	173
第一項 就被告本人為調查時	174
第二項 就被告以外之其他共同被告為調查時	176
第七節 結語	178
第四章 共犯或共同被告陳述與補強法則之適用	185
第一節 自白之補強法則	185
第一項 補強法則的沿革及理論依據	185
第二項 補強證據之內涵	186
第一款 補強對象	187
第二款 補強證據之適格	192
第三款 補強法則之「量」與「質」的問題	192
第四款 補強證據之調查順序	198
第二節 比較法之參考—以美國法、日本法為探討中心	198
第一項 美國法制概觀	199
第二項 日本法制概觀	201

第一款 判例見解	202
第二款 學者見解	203
第三款 小結	205
第三節 民國九十二年一月刑事訴訟法修法前共犯陳述之補強問題	212
第一項 我國傳統實務見解	212
第二項 我國向來學說看法	219
第三項 爭點所在	222
第四節 民國九十二年一月刑事訴訟法修法後之解釋及適用	223
第一項 新法第一五六條第二項規定	223
第一款 法理基礎之檢討	224
第二款 限縮解釋之必要性	228
第二項 修法後我國實務運作之情形	229
第五節 結語	232
第五章 結論	239
參考文獻	251
附錄一	261
附錄二	262
附錄三	264

第一章 緒論

楔子

西元二〇〇三年一月十三日，司法史上最受到矚目的蘇建和等三名死囚案，延宕十一年餘，台灣高等法院再審判決大逆轉¹，合議庭認為被告蘇建和、劉秉郎及莊林勳承認犯罪的自白內容前後不符，互相矛盾，且無證據可證明三人自白的真實性；因此認定被告除了「自白」，沒有證據證明三人犯罪，故宣判無罪判決並當庭釋放，但仍限制住居及出境²。對此，曾判過三人死刑的法官說，審判大逆轉可以說是台灣奇蹟。高院這次的無罪判決推翻了過去四十位法官的事實認定；惟高檢署與被害人家屬仍堅持上訴，蘇建和案並未因三人獲判無罪而落幕。蘇案先後經歷五任法務部長均未執行死刑；並歷經最高法院兩度發回、一次判決、三次非常上訴，不斷循環訴訟程序，因此若這個案子再上訴³，真正的難題才剛要開始。

二〇〇三年一月十四日，經過三年多的努力，立法院完成三讀刑事訴訟法修正案，延續上次修法精神，朝「改良式當事人進行主義」方向邁

-
- 1 有關蘇建和等三人台灣高等法院八十九年度再字第四號判決裁判書主文如下：「上訴人因懲治盜匪條例等案件，不服台灣台北地方法院士林分院，八十年重訴字第二三號，中華民國八十一年二月十八日第一審判決（起訴案號：台灣台北地方法院士林分院檢察署八十年偵字第六四三一號）提起上訴，經最高法院判決確定後，上訴人聲請再審，經本院八十八年度聲再更（一）字第一三號裁定開始再審，檢察官不服抗告，經最高法院以八十九年台抗字第四六三號駁回抗告確定，本院再為審理，判決如左：原判決撤銷，蘇建和、劉秉郎、莊林勳均無罪。」
 - 2 台灣高等法院歷經兩年多的審理，認為全案雖有三人自白，但並無其他事實佐證三人犯案，十三日撤銷三人一審各兩個死刑的判決，改判三人無罪。合議庭諭知三人限制住居、限制出境後，當庭釋放，結束三人四千多個被羈押在看守所的日子。
 - 3 西元二〇〇三年一月十四日，國際特赦組織總部發表聲明，對於台灣高等法院將被控殺人的蘇建和、劉秉郎、莊林勳判決無罪表示歡迎，因為他們被定罪的過程具有嚴重的疑點。

進，證據法則更嚴謹化：1. 最重要的是無罪推定原則正式列入法條，被告在被判刑前一律受無罪推定，不因拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。2. 以後檢方必須舉證嫌犯沒有遭到刑求，而且自白完全出於自願（具任意性，非刑求或違法偵訊所得），否則不能採信；3. 降低了自白重要性，被告或共犯自白不得作為有罪判決唯一證據，仍應調查其他必要證據，以察是否與事實相符；新法增列「共犯」要件，即被告與共犯自白不得作為有罪判決唯一證據；並大幅限制證據蒐集要件，警方進行採證需符合程序要求。4. 第一審通常審判，從西元二〇〇三年九月開始全部改採合議庭審案，不再由單一法官做判決。5. 而且為了讓法官速審速結，於準備程序中採用有罪答辯制度。6. 嚴謹「證據法則」，尤其增訂傳聞法則及其例外規定，並明定違法證據排除法則之規定，以及交互詰問制度。最後，為因應制度重大變革，賦予檢警憲調專業訓練及事前之配套規劃，也訂定一年「日出條款」，新修正條文於西元二〇〇三年九月一日開始施行。

第一節 研究動機與目的

立法院趕在去年一月十四日休會前加班夜審刑事訴訟法及施行法部分條文修正案，與前一天高等法院再審判決蘇建和等人無罪有無關聯？引起社會各界關切。惟撇開泛政治化的觀點，單純從法律層面著眼，蘇建和等三人刑事案件，經再審無罪判決，雖尚未定讞，但此案纏訟將近十二年後大逆轉，期間審理過程創下了台灣司法史上多項紀錄⁴。嚴重曝

4 1.我國司法史上首宗歷經五位法務部長仍未批准執行死刑槍決的案件；
2.我國司法史上首宗三審定讞死刑犯准為再審的案件；
3.我國司法史上首宗定讞死刑犯再審後改判無罪的案件；

露出我國司法制度的許多缺失，值得警惕和省思；又除非最高法院也認同高院見解，駁回檢方的上訴，全案才可能在短時間內宣告定讞，而今，最高法院認為高院見解有疏漏，撤銷該無罪判決，再度發回高院更審⁵，蘇案極有可能陷入久懸不決搖擺不定的泥沼。

訴訟審理程序如此週而復始、循環論證的結果，真相可能反而越辯越不明，最終判決的結果是否能符合犯罪事實的原本，已令人質疑！姑且不論付出的社會成本所費不貲，司法正義已然撼動是不爭的事實。細查蘇建和等三人案糾葛多年的關鍵，癥結在於長久以來我國刑事證據法則中對「共犯陳述」之處理渾沌不清的態度，導致諸多爭議⁶。因而燃起本文對刑事證據法則「共犯陳述」處理之研究的興趣。

血案發生對被害人的傷害已經造成，但真正要幫助被害人家屬的方式，最關鍵的就是確認真兇，否則，蘇案的三名年輕人又何嘗不是糊塗的司法犧牲者？在蘇案第四次提起再審時，臺灣高等法院發現新證據後裁定再審，同時停止執行死刑。顯示法院願意面對本案有誤判的可能，重新蒐證與調查，意義十分重大。是台灣司法與人權一項全新的起步，顯示司法企圖重新建立一個符合程序正義、講求證據、值得人民信賴的

4. 歷經檢察總長陳涵提起三次非常上訴；

5. 被告律師提起四次再審，直至第四次因發現新事實新證據（紅色女用皮包與本案的關聯性的爭議）始為台灣高等法院接受，重新審理本案；

6. 堪稱我國司法史上院方法律見解歧異性最大的案件（高院這次無罪判決推翻了過去 40 位法官的事實認定）；

7. 蘇案於再審期間，高等法院也破天荒的以電視轉播方式，在法庭外同步轉播法庭內的審理過程，讓民眾能一五一十了解庭訊內容，這種利用電視轉播方式也可以說是創下高等法院有史以來的紀錄；

8. 社會輿論正反意見爭議性最大的案件；

9. 引起人權團體與國際特赦組織持續關注的案件。參照民間司法改革基金會，「蘇建和案一歷年來司法程序大事記」，<http://www.jrf.org.tw/sue/list.html>。

5 民國九十二年度囑再更字第一號。

6 蘇案遲遲未決關鍵在於：（一）蒐證程序的品質粗糙；（二）流於有罪推定；（三）陳述任意性的爭議；（四）共犯陳述之定位不明；（五）傳聞證據之證據能力未設限；（六）共犯陳述之調查，詰問機會不足；（七）證據價值評價的困難。

司法。透過重審證據，發掘真相，透過再一次的程序正義，化解總統可能特赦三名死囚而摧毀司法的正義。經過重新審理，蘇建和等三死囚案，台灣高等法院於民國八十九年度再字第四號判決改判渠等無罪，惟此「無罪判決」不表示嫌犯是無辜的，只是因為「證據不足」，基於「無罪推定原則」⁷，不足以對該三人為有罪判決，故為無罪判決；而先前判定蘇建和等人有罪判決的證據，主要是以被告自白及共犯自白定罪，然而，自白的取得程序存有違反法定程序的爭議⁸。

有鑑於『共犯陳述』之處理對被告人權與實務運作之重要性，窺觀蘇案遲遲未決的關鍵中，與『共犯陳述』相涉存在的問題如下⁹：

（一）陳述之任意性

過去我國實務強調治安、著重實體真實發現，形成警方慣於以刑求方式辦案致誣陷被告人權或冤獄的惡象。依據我國實務及本法規定，被

7 依新修正刑事訴訟法第一五四條第一項規定之精神，寧縱勿枉，基於被告人權保障，為避免誤判或冤獄，證據不足以認定犯罪事實為有罪判決者，須為無罪判決。

8 蘇案迄今最大質疑在於三被告於警訊或檢察官面前所為之自白的任意性、信用性以及共犯王文孝自白的信用性。本案部分偵查中自白取得方式涉及刑求爭議，以及自白內容前後不一或矛盾等真實性的問題，例如：1.偵查中自白，2.共犯自白，3.共犯不一致陳述，4.補強證據之必要，以及5.交互詰問對被告反對詰問權之保障，例如：對1.本案物證、2.人證3.囑託法醫研究所之鑑定報告之詰問權。參照李茂生，「蘇建和案事實認定及證據調查的述評」，月旦法學雜誌第14期，1996年6月。

9 參照最高法院，「最高法院刑庭法官研討會--對蘇建和等盜匪案件研討結論(上)」，律師通訊，1996年5月；最高法院，「最高法院刑庭法官研討會--對蘇建和等盜匪案件研討結論(下)」，律師通訊，1996年6月；蘇友辰，「蘇建和案之省思」，台灣人權促進會，<http://www.tahr.org.tw/site/sue/menu3/sueyuchen.htm>；民間司法改革基金會，「蘇建和案—蘇建和、莊林勳、劉秉郎案 判決評鑑」，1996年，<http://www.jrf.org.tw/sue/paper.html>；民間司法改革基金會，「蘇建和案—蘇建和案疑點摘要整理」，<http://www.jrf.org.tw/sue/Q.html>；罪與罰(Crime and Penalty)法律網站，「蘇建和案大事紀」，2002年，<http://home.kimo.com.tw/yungruey> 等文章彙整後所作之整理。

告表示曾遭受刑求而為非任意性陳述之抗辯者，對該非任意性之抗辯應先於其他事實審理。若確為非任意性自白，則不具證據能力。蘇案的爭點主要集中於幾名共同被告之自白是否出於任意，惟至今仍混沌難解，依職權調查顯有其界限及困難，究竟應由誰負舉證責任以釐清有無刑求取供，不僅存在於蘇案，自應透過法制層面解決，此一問題已具體反映於此次修法增訂第一五六條第三項之規定。

（二）共同被告陳述之定位

實務對蘇案之審理，未明確區分共同被告陳述之間，相對的定位屬於何種供述證據（被告自白或證人證言），而為適當的處理方式。特別是「被告本人以外之具共犯關係之其他共同被告，於審判中或審判外之不利陳述」之處理最為關鍵，此亦為本文探究的重點之一。長期以來，實務逕單純以「被告自白」的地位處理共犯或共同被告之陳述，致使蘇案中三名共同被告對主嫌王文孝的詰問機會未獲保障，彼此相互為證的調查程序倍受質疑。

（三）欠缺排除傳聞證據的概念

在去年一月刑訴法修正前，由於實務見解認為共同被告並不具證人適格，偵查中共同被告所為之自白，一般均直接作為審判中其他共同被告不利之證據使用，而欠缺透過傳聞法則以保障被告對其他共同被告行使詰問權的概念。其實，被告以外之人在審判外之陳述乃傳聞證據，基於保障被告詰問權的精神，原則上應無證據能力。證諸新修正第一五九條第一項傳聞法則之規定，已臻明確；除非符合傳聞法則之例外（新修

正刑事訴訟法第一五九條之一至同條之五），始得例外肯認其具證據能力。於蘇案而言，最大的問題是主嫌王文孝於第一審言詞辯論前即被槍決，根本未賦予蘇建和等三人對質或詰問之機會，而逕以其審判外之自白為證，蘇建和等三人反對詰問權未獲保障¹⁰。

（四）共同被告之調查

如前所述，蘇案最受質疑的是，王文孝在蘇建和、劉秉郎、莊林勳三人一審言詞辯論前，因軍法審判的結果即先被槍決，王文孝連在死前都沒有與蘇建和等三人對質，形成「死無對證」的困境，顯有侵害蘇建和等三人對質詰問權之保障。此乃因本次修法前，我國實務向來認為共犯陳述即被告自白，不同於證人之證言，故審判中作證並不需要具結，不具據實陳述之義務性，造成共犯在法庭上陳述毋庸受偽證罪之負擔，致共犯為求己身脫免責任，而為與他共犯利害相反之陳述，致共犯陳述虛偽性風險高張，不利於實體真實發現與程序正義。本次修法前學說雖有謂藉分離程序，使陳述之共犯地位由被告轉換證人，使其負偽證罪的負擔，以降低虛偽陳述危險及有助於緩和共犯於同一訴訟程序時劍拔弩張的對立狀態、並宜刪除刑事訴訟法第一八六條第三款之規定等等，惟未被審判實務所採，如今，經本次修法刪除第一八六條第三款之規定，並增訂第二八七條之一分離辯論之規定，對被告反對詰問共犯或共同被告之機會，應有進一步之保障。此部分將於本論文第三章中討論。

¹⁰ 此時，是否得將其視為王文孝已「傳喚不能」，而認該共犯（王文孝）之不利陳述具必要性，例外肯認其證據能力？或尚需視是否具「特別可信性」決定？有待討論。

（五）證據價值（證明力的誤認）

依過去實務見解，不得以共同被告之自白作為被告有罪之唯一證據，仍應先調查其他必要證據察與事實是否相符，亦即，共犯或共同被告之自白，亦有本法修正前第一五六條第二項之適用，此種補強證據必要說的想法，就限制法官自由心證，避免共犯自白之危險性，固值得肯定，問題是關於補強證據的量及質，實務卻採取寬鬆的認定。以先前判定蘇建和等人有罪的證據為例，主要仍偏重被告及共同被告之自白，惟不僅被告三人歷次警訊、偵查過程中關於犯罪方法、行為分擔還有凶器的種類等所供述內容不一致，致自白內容有瑕疵，同時因現場的指甲與毛髮，經鑑定結果與被告無關、被害人指甲殘留血跡太少無法鑑定等，致欠缺足以補強客觀構成要件事實的有力證據，補強證據是否充足，亦構成本案的爭點之一。再審結果的大逆轉，即在證據價值的心證程度的認知差距上。本次修法修正第一五六條第二項是否能解決前開問題？自白補強法則應如何實質化，仍是今後必須積極處理的重要課題，此亦為本文探究重點。

上述蘇案之五大關鍵，忠實反應「共犯陳述」存在的複雜問題，亦突顯刑事證據程序上，我國實務對「共犯陳述」之處理的紊亂。無論最高法院或台灣高等法院對蘇建和三死囚案最後的審判結果如何，無論是救援者或蘇建和等三人的家屬，或是吳銘漢的親人，至少都有一方不能信服。因此，本文擬以對現行（西元二〇〇三年一月十四日修法前後）制度之深度檢討，忠實呈現修法前的諸多缺失，並分就學說及實務見解等不同的角度切入來加以評析；並研究新法修正後是否足以解決既有之問題，抑或仍需進一步的修法以資完善？

本文的撰寫架構，擬將「共犯陳述」之法理層次細緻化，先就共犯陳述之「證據能力」論述，次就共犯陳述之「調查程序」分析研討，最後則就共犯陳述之「證明力」加以研討。上一階段具備後始進入下一階段之討論。其中，本文研討重點將著重於共犯陳述之「調查程序」與「證明力」此二階段問題之研究。此外，除了整理傳統爭議外，亦期盼藉由「共犯陳述」如何在訴訟程序上進行，以確保真實性並落實被告人權之討論，更完整地檢視此等問題在訴訟外及訴訟上的解決模式該如何運作？又存在著哪些適用疑義？

蘇案的無罪判決代表著兩個指標意義，一是導正國人對警方破案即是嫌犯先入為主的迷思，二是未來將更嚴謹規範法院有罪認定之自由心證。因此本文擬以修法前後對共犯陳述之處理為討論之主要內容，檢視前述現行法之諸多缺失是否能確實得到妥善的解決；並希冀將來建構之制度，於善用「共犯陳述」作為證據時，不僅著眼於真實發現的目的，更應保障被告權益，以達到毋枉毋縱的目的；同時落實刑事正當程序，更能圓滿達成刑事訴訟法公平法院之理念。

第二節 研究方法

針對上述的研究動機與目的，重點在於蒐集日本、美國法制與我國當前對共犯或共同被告陳述之處理之資料，對於相關著作、期刊、論文、研究報告等蒐集之資料，加以整理、分析、歸納與比較，為本論文基本方向，運用之研究方法如下：

一、文獻探討法

蒐集與本論文相關之期刊、論文、著作、研究報告文獻，就現有的研究成果分析及歸納，並對應我國實務運作情形檢討，以建立本論文之架構，而後，針對我國於民國九十二年一月參酌日本及美國之立法例修正之刑事訴訟法相關條文逐一檢視，並就目前尚不完備的部分檢討，以提供未來國內的相關立法參考。

二、比較研究法

所謂「他山之石，可以攻錯」，本文將美國、日本法制與我國之現行法制與理論，相互比較研析，其背景、法律規定與實際運作情形，均一一歸納比較，以作為學界或實務之參考，並探究我國於民國九十二年一月參酌日本及美國之立法例修正之刑事訴訟法證據章節，是否得其精髓，亦或只是見樹不見林。

第三節 研究範圍與架構

第一項 研究範圍

刑事訴訟法原則上以一被告犯一罪為特定對象而制定之程序法。惟實務上常見一人犯數罪以及數人共犯一罪或數人犯具有關連之數個犯罪之情況，在公判程序中，往往基於訴訟經濟而為合併審理。然而，被告

之合併案件非僅是複數案件之累積而已，被告相互間亦會產生複雜之法律問題¹¹。另一方面，屬於實體法上共犯關係之情形，公判程序縱未經合併審理，於訴訟法上之處理仍需存有特殊之考慮¹²。故「共同被告」係屬程序上之概念，而「共犯」為實體法上之概念，兩者為不同之概念。實體法上之共犯當然可形成共同被告，惟共犯於程序上未必共同審理(如在他法院接受審理、或受不起訴處分、或已有確定判決存在等情形)，相反地可能存在非共犯而接受共同審理之情形(如刑事訴訟法第六條牽連管轄、刑事訴訟法第七條第四款相牽連案件)。

是以若著重於實體概念，則可區分為「具共同被告關係之共犯」或「非共同被告關係之共犯」；反之，如著重於程序概念，則可分為「具共犯關係之共同被告」或「非共犯關係之共同被告」。國內文獻及實務見解多依「前說」劃分，側重於「實體法上之共犯關係」¹³；惟本文依「後說」區分，著重於「同一或不同訴訟程序」中，共犯或共同被告陳述相互間之影響？又，如刑事訴訟法第七條第四款所稱非共犯而接受共同審理之相牽連案件(即「非共犯關係之共同被告」)之案件多單純係因實務基於訴訟經濟而為合併審理，非本文討論重點；意即，本文將著重於對「具共犯關係之共同被告」陳述所衍生出複雜法律糾葛之處理。

又基於期待可能性，共犯或共同被告間之利害關係未必一致，有利害相同者，有利害相反者¹⁴(如刑事訴訟法第三十一條第三項)，本文討

11 例如刑事訴訟法第九十七條、第一六三條、第一六六條、第一八四條、第一六九條等。

12 例如刑事訴訟法第七條第二款、第三十四條、第一三五條第一項第二款、第一七三條第一項第二款等。

13 參照戰諭威，「淺談共同被告之自白」，法律評論第 60 卷，第 7、8 期合刊，頁 10。

14 參照陳樸生，《刑事證據法(重訂版)》，三民書局，西元 1997 年 5 月，重訂四版，頁 353-366。

論重心側重於利害相反者之共犯或共同被告陳述。

基於「陳述主體」區分，可區分為二：一為被告本人之陳述，一為被告以外之人。依民國九十二年一月十四日立法院三讀通過之第一五九條修法理由說明，可知「被告以外之人」包括證人、共犯、共同被告、被害人等之陳述。本文討論重點將側重於「被告以外之人」中之「具共犯關係之共同被告」（於下簡稱為「共同被告之陳述」）為分析。其中關於該共犯之定義，本包括共同正犯、教唆犯、及從犯，且不限於事前共犯或事後共犯。且此所述之共犯，依我國學者之見，不以任意共犯為限，即屬必要共犯亦屬之。至於必要共犯，係指集團犯罪、結合犯罪，惟不包括對行犯罪（例如刑法第二三九條之通姦相姦罪）者¹⁵。

另外，依該陳述之時點，可區分為二：共犯或共同被告審判中¹⁶之陳述、以及共犯或共同被告審判外之陳述¹⁷。首要需確認該陳述（尤其是共犯或共同被告於審判外之陳述）之定位，是屬於哪一種供述證據，係被告自白抑或證人證言？再者，共犯或共同被告之「審判外之陳述」是否符合傳聞法則之例外，而具有證據能力，為一重要論點；另外，對共犯或共同被告到庭之審判中陳述，應透過何種調查程序，如何分離程序？始能作為認定其他共同被告犯罪事實的依據？最後就證明力的程度討論，證據價值之補強性。

綜上所述，窺觀學說、實務見解及我國近年刑事訴訟法證據章節之

15 參照陳樸生，《刑事訴訟實務》，自刊，1989年12月，重訂初版，頁15。

16 參照民國九十二年一月十四日立法院三讀通過之修法理由說明，審判中包括準備程序與言詞辯論程序。而所謂陳述包括言詞與書面陳述。

17 共犯或共同被告於審判外之陳述，包含偵查程序中之陳述（主要包括三種情形：共犯相互間或共犯對他人之陳述經警方合法監聽錄音、警訊時之陳述、檢察官偵訊時之陳述）；或其他審判外於法官面前之陳述（不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述）加以討論。

修正¹⁸、與比較法之參考，於法理上本文研究範圍涵蓋於證據法則三個層次：

(一) 證據能力

又可區分為：1. 任意性之確保以及 2. 共犯或共同被告於審判外之陳述的證據能力有無問題，涉及傳聞法則及其例外之探討。

(二) 調查程序

又可區分為：1. 被告詰問權之保障、2. 程序分離或合併問題。

(三) 證明力

著重共犯或共同被告自白應否補強、及補強證據量與質的問題，並討論我國新修正之刑事訴訟法第一五六條第二項是否妥適的問題。

第二項 研究架構

本論文共計分為五章討論，各章架構如下：

第一章 緒論

在此章中提出本論文之研究動機與目的、研究方法、範圍及架構。

18 我國於民國九十一年一月修正刑事訴訟法第一六一條、第一六三條，改採「改良式當事人進行原則」，除確立檢察官負有實質舉證責任外，關於調查證據之範圍、順序、方式，原則上由當事人主導，依當事人之聲請、由當事人踐行調查，法院不親自介入調查證據事實。又於民國九十二年一月再次修正刑事訴訟法，參酌日本及美國立法例，將證據章做了大規模的修改，確立刑事訴訟法第一五九條為「傳聞法則」(第一五九條、第一五九條之一至第一五九條之五)；並且增訂相關配套條文。至此，由雙方當事人主導程序進行之態勢底定；而法官於審判程序中，僅負責訴訟指揮、立於補充之地位。又本次修法參酌日本及美國立法例賦予解決共犯或共同被告陳述之立法依據(第一五九條、第一五九條之一至第一五九條之五、第一六六條之二、之三、之六、之七、第一六九條、第二八八條之二、第一八〇條第二項、第一八一條、第一八一條之一、第二八七條之一、第二八七條之二、第二八八條、第二八八條之一、第二八八條之二、第二八九條、第二七三條之一、第二七三條二)。

第二章 共犯自白或共同被告陳述之證據能力

第一節先對於「共犯或共同被告陳述」之意義與類型介紹，第二節討論「共犯或共同被告」之定位及其陳述之性質，並討論被告之反對詰問權，第三節為「與傳聞法則之關係」之探討。介紹我國制度設計，敘明我國實務運作情形及學說見解，並說明民國九十二年一月刑事訴訟法證據章大幅修改後，對於「共犯或共同被告陳述」(特別是具共犯關係之共同被告於審判外之陳述)之證據能力問題之解決實益。並逐一檢視相關之傳聞法則之修正條文，予以分析檢討，探究是否仍有未逮之處。

參考比較法，介紹美國、日本法制，並配合我國刑事訴訟法修正方向，以美國法、日本法為探討中心，作為比較法之參考。

第三章 共犯或共同被告之調查

介紹我國法制現況，述明我國實務運作情形及學說見解，並敘明民國九十二年一月刑事訴訟法證據章大幅修改後，就共犯或共同被告立於被告或證人定位之差異，探討修法後第二八七條之二規定之解釋，與是否侵害被告緘默權？透過被告之反對詰問權如何確認陳述之內部信用性？透過分離辯論之分開程序可得如何的法律效果？透過合併審理之調查程序(區分為二：就被告本人為調查、就被告本人以外之其他共同被告為調查時，分別論述)以作為共犯或共同被告有罪與否之判斷依據。逐一檢視相關之修正條文，予以分析檢討，探查是否仍有未逮之處。

參考比較法，介紹美國、日本法制，並配合我國刑事訴訟法修正方向，以美國法、日本法為探討中心，作為比較法之參考。

第四章 共犯或共同被告陳述與補強法則之適用

述明我國傳統實務見解集中於補強必要性之探討，並敘明民國九十二年一月刑事訴訟法證據章大幅修改後，對於「共犯或共同被告陳述」的內部信用性之補強問題作更深入探討。逐一檢視相關之修正條文，予以分析檢討，探究是否因相關證據能力與調查程序條文之修正，使補強問題的處理有了不同的思考方向與解決方式、抑或相關條文是否仍有未逮之處。

參考比較法，以美國法、日本法為探討中心，配合我國刑事訴訟法修正方向，作為參考。

第五章 結論

本章將整篇論文研究後所獲得的心得做總整理，並提出個人的淺見，以供學界、實務界參考；並期許於善用「共犯或共同被告陳述」為實體真實發現之同時，兼顧被告權益之程序保障，始不致重蹈過去實務偏重自白、視自白為證據之王、枉顧人權致誤判或冤獄的窠臼。

圖示「共同被告之陳述」存在之衝突點

一、定位之不同	共同被告具證人適格，以「證人」地位調查者	共同被告以「被告」地位調查者
	落實被告反對詰問權之保障，賦予共同被告證人適格。	因共同被告居於被告地位，其對任何人(包括其他被告)之詢問或詰問，自得拒絕供述或保持緘默。
二、強制性	具強制性，證人有到庭、在庭、具結及據實陳述義務、負偽證罪之風險。	僅有到庭及在庭義務，不負偽證罪。
三、權利性	有第一八〇條第二項、第一八一條、第一八一條之一，就特定事項得行使拒絕證言權之權利。	<ol style="list-style-type: none"> 1. 被告緘默權之保障、可不附理由拒絕供述。 2. 選任辯護權。 3. 對質詰問權。 4. 請求調查證據權等。
四、證據能力	1. 共同被告乃第一五九條之被告以外之人，且為證人，故其偵查中之陳述，相對於該共同被告本身或他被告而言，均屬傳聞證據，原則上不得作為證據。	1. 共同被告審判外之陳述，雖屬第一五九條之被告以外之人，相對於其他被告而言，屬傳聞證據，原則上不得作為證據。惟仍屬被告，故就其本人而言，

	<p>2. 審判中陳述具證據能力，故討論重點集中於下一階段調查程序與證明力之問題。</p>	<p>仍屬自白，此時並非傳聞證據。</p> <p>2. 審判中陳述具證據能力，故討論重點集中於下一階段調查程序與證明力之問題。</p>
<p>五、調查程序</p>	<p>1. 重在被告反對詰問權之保障，例如：關於調查程序，分離程序之後，共同被告係準用或直接適用證人規定？（第二八七條之二規定）；第二八七條之二規定是否須以第二八七條之一分離程序為前提？</p> <p>2. 第二八七條之一規定衍生之課題：</p> <p>(1) 分離程序的意義</p> <p>(2) 分離程序的標準</p> <p>(3) 分離程序的程序</p> <p>(4) 分離程序的法律效果</p>	<p>1. 依第九十七條之規定，被告得請求與共同被告對質；</p> <p>2. 另依第一六三條第一項之規定，被告固有詢問共同被告之權利，惟其調查程序並不明確。且前開之對質及詢問過程中，共同被告並無偽證罪之負擔。</p>

<p>六、證明力</p>	<p>被告反對詰問權→信用性之針砭</p> <p>惟存在爭點：</p> <p>(1)第一五六條第二項「共犯之自白」之範圍過於廣泛，顯然導致即便是賦予共犯具證人適格，傳來作證，亦與共犯為被告定位存有相同弊端之虞。</p> <p>(2)若共同被告分離辯論，則第一五六條第二項是否亦受影響？</p>	<p>證明力問題—落入第一五六條第二項，採補強證據必要說</p>
--------------	--	----------------------------------

	<p>(一)補強法則之「量」與「質」的問題</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 補強之「量」的問題(證明範圍) 2. 補強之「質」的問題(證明程度) <p>(二)補強證據之必要性與否</p> <p>待決問題：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 共犯陳述可否作為唯一的補強證據(被告本人亦自白時) <ol style="list-style-type: none"> (1)補強證據之適格性 (2)偵查中共犯之陳述應否先經補強(尤其是共犯或共同被告就審判外陳述翻供否認) 2. 補強證據之必要性(他共犯或共同被告不利陳述，被告本人亦否認時)(需要補強證據的自白範圍)？ 3. 複數共犯陳述可否相互補強逕為有罪認定(數共同被告不利之陳述，被告本人亦否認時)？ <p>(三)第一五六條第二項之解釋？</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 法理基礎之探討 2. 限縮解釋的必要 <p>(四)補強必要性下，補強對象之適用範圍</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 是否因「審判中陳述」或「審判外陳述」而不同？ 2. 是否因「具共同被告關係之共犯」或「非共同被告關係之共犯」而不同？ 3. 是否因被告本人以外之「單數共犯」或「複數共犯」而不同？
--	--

第二章 共犯或共同被告陳述之證據能力

關於共犯或共同被告陳述之證據能力，我國傳統實務見解均將之視為原刑事訴訟法第一五六條第二項「被告之自白」處理，對於證據能力之判斷，僅及於任意性之判斷，若符合第一五六條第一項任意性之規定，且與事實相符，該陳述即得為證據。惟我國歷來實務見解並未就共犯或共同被告陳述係基於不同類型情狀而加以區分、辨識其證據能力之有無，例如於訴訟程序上陳述時點區分，審判外之陳述或審判中之陳述的證據能力有無不同？又如共犯或共同被告係基於共同被告之被告身分、或共犯身分、抑或證人身分而於審判外之陳述，其證據能力有無之認定又有何不同？實務見解均未明確予以區分。

因應民國九十二年一月十四日修法後刑事訴訟法相關規定¹，對於不同類型情狀下之共犯或共同被告陳述，增訂新規定。因此，本文將先介紹共犯或共同被告陳述之意義與類型；並就共犯或共同被告之定位及其陳述之性質加以討論，討論其陳述究竟是屬於被告之自白或證人之陳述？若係定位為證人之陳述，則其審判外陳述之證據能力之判斷，值得深究；再從修法前後之比較出發，尤其是就審判外陳述之證據能力有無的判斷，因傳聞法則及其例外規定而有如何不同之判斷證據能力之基準？本文將於下討論之。

¹ 第一五九條傳聞法則、第一五九條之一至第一五九條之五傳聞法則之例外、第二八七條之二共同被告準用人證之規定。

第一節 共犯或共同被告陳述之意義及類型

第一項 共犯與共同被告的概念

第一款 共犯與共同被告

「共同被告」係屬程序上之概念，而「共犯」為實體法上之概念，兩者為不同之概念。實體法上之共犯當然可形成共同被告，惟共犯可能未接受共同審理，反之，雖非共犯亦可能接受共同審理²。

基於訴訟經濟考量及事實認定在於求取共同確定之觀點，為訴訟程序之共同審理，原則上應在同一法院同時進行。因此，所進行之訴訟行為為效果，除有性質上不合外，基本上及於全部之被告。例如，證據調查程序既針對共同被告全部進行調查，所以應以一次為已足。惟某一證據對某被告縱有證據能力，但對他被告而言未必具證據能力，因此，程序合併審理前為被告所調查之證據，經由程序之合併，並非當然成為他共同被告之證據。又被告之供述對被告本身而言可為證據，但該供述對他共同被告而言具有第三者供述之性質，故性質上縱屬共同被告，若僅是在於為求訴訟經濟而合併程序之進行時，依法被告之罪責須個別地認定，在證據法制度上每一被告不得不為相異之證據調查。於此情況下，共同被告一人之事由原則上不影響其他共同被告³。

第二款 共同被告之意義

「共同被告」，因定義不同而有不同的內涵。採「形式共同被告說」

2 參照黃朝義，「共犯之自白」，收錄於《刑事訴訟法實例研習》一書，學林文化公司，2000年6月，頁144。

3 參照黃朝義，同前揭文(註2)。

者，認為所謂共同被告是指因訴訟程序而成為共同被告的情形；採「實質共同被告說」者，認凡是有犯罪嫌疑而處於刑法要對之進行訴訟狀況的人，在程序中就是被告，包括因同一犯罪事實或相牽連犯罪事實而被起訴的人，也包括不管同時起訴或合併起訴或追加起訴，或一在偵查、一在審判程序，或有的上訴，有的沒上訴，均屬共同被告的範疇；採「形式兼實質的共同被告說」者，又區分為限縮的實質共同被告概念和擴張的形式共同被告概念。前者指的是以犯罪事實的關連性作為認定共同被告的依據，但不以犯罪嫌疑為已足，而是以刑事追訴機關開始追訴為準，但既然重在實質的觀點，則是否進行至同一審理階段，在所不問；後者則指因為同樣的被訴事實而被調查或審理，而在某個相同的程序階段被追訴之人，皆是共同被告，而共同的程序不必以達於被審訊作供述的階段⁴。而做上開分類之區別實益，學說有認係基於共犯案件，被告與證人角色得否替換問題⁵。

本文認為共同被告係指同一刑事程序中被當作是訴訟客體處理的對象（採「形式共同被告說」），至於此數被告之間是何種實體關係，係則

4 參照許玉秀，「共同被告之自白」，收錄於《刑事訴訟之運作—黃東熊六秩五祝壽論文集》一書，1997年11月，初版，頁405-416；何賴傑，「共犯不利其他共犯之陳述與共同被告之地位」，台灣本土法學雜誌，第55期，2004年2月，頁140-145；林志潔，《證言之證據能力與證明力—以誤判防止與人權保障為中心，國立台灣大學法律研究所碩士論文》，2000年6月，頁35。

5 有學說認為被告具有訴訟主體的地位，檢討共同被告自白之效力時，會從被告和證人的不同角共同被告自白之問題，認定為係在訴訟程序中被告角色可否轉變為證人的角色分配問題。…在同一審理程序，被告不能同時為證人。但關於同一審理程序的範圍，學說則有不同看法，有認為必須在同一訴訟程序始受限制，若係案時間不同，有無上訴都會影響共同被告處於不同程序階段，則不同訴訟程序階段的共同被告都可為證人；亦有認為為使共同被告當證人審問，須暫時分開共同被告之審理程序；亦有認為不受程序階段影響，應完全視是否同一繫訟事實而定…，共同被告之身分，視其與訴訟客體之關係，或於訴訟程序開始時是否以被告身分進入程序而定，則屬於共同被告之定義，從而產生形式的被告概念或實質的被告概念之爭。參照許玉秀，前揭文（註4），頁402、頁405-406。

非訴訟法關心的焦點。而可為共同被告之情形有兩種：其一為複數的被告自始即以同一起訴書起訴之「合併起訴」，另一為分別被起訴之被告案件合併加以審理⁶。

第二項 人之供述證據

供述證據之得為證據，固為英美法及大陸法所共認，惟供述證據採為判決之基礎，仍須具有真實性為前提，虛偽之供述證據無採為證據之價值。供述證據，如何擔保其具真實性，其方法隨各國立法例所採訴訟制度、裁判制度而異。依我國過去部分學說見解，英美法基於當事人處分權主義，當事人進行主義及陪審裁判之要求，對於供述真實性之尋求，重在「供前排斥」；大陸法則採職權進行主義，對於供述來源不加限制，重在「供後排斥」。故其擔保真實性之方法不甚一致，惟一般在訴訟程序上為擔保供述證據之真實性，往往設有種種條件，如排除規則、宣誓（具結）制度、排斥傳聞、交互詰問、對質、補強證據等等⁷。

刑事案件中對於犯罪事實的有無及細節，除被告本人以外，屬共犯最為知悉。若該共犯同時為共同被告（具共犯關係之共同被告）時，共犯或共同被告所為之陳述，對於該共同被告之身份，可能為自白；但相對於被告本人而言，其於證據法上之地位，則為爭議焦點。以人的證據方法區分，有二說不同見解：（1）有認屬於「被告」之自白；（2）有認屬於「證人」之證言。

自白（陳述）是承認自己一部或全部犯罪事實並承認自己刑事責任

6 參照黃朝義，《刑事證據法研究》，元照出版公司，1999年5月，初版，頁134。

7 參照陳樸生，《刑事證據法（重訂版）》，自刊，1997年5月重訂四版，頁379。

的供述，符合此一實質要件者皆為自白⁸。但其之所以能稱為自白，必須是限於該供述對供述者本人自己為證據而使用；若對供述者以外之人為證據而使用，該供述非自白。同理，於共犯及共同被告關係，共犯或共同被告之陳述僅對供述者本人為自白⁹；是故，可否成為其他共犯或共同被告之自白或具補強證據適格性，顯有疑義。

關於自白，有重要法則，此稱為自白法則。包括有二：一為非任意性自白不得作為證據的原則（排除法則），是對自白證據能力之限制；其二是自白需要補強證據的原則（補強法則），是對自白證明力之限制¹⁰。

學者間對於自白之定義有不同見解，有廣義與狹義的看法，我國實務及多數學說採狹義說¹¹，認為自白應是被告關於犯罪事實，對於自己不利利益的陳述。本文採狹義說之見解，若非被告本人所為之陳述，顯非被告「自白」。

再者，不論共犯或共同被告之陳述是屬於「被告」之自白或「證人」之證言，皆屬人的供述，為人的證據方法，性質上同屬供述證據。

第三項 類型化區分

第一款 以訴訟程序上陳述時點區分

本文認為共犯或共同被告之陳述，依其陳述時點，可大致區分為二：共犯審判外之陳述、共犯審判中之陳述。

8 參照土本武司著，宋英輝、董璠輿譯，《日本刑事訴訟法要義》，五南圖書公司，1997年5月，初版，頁320。

9 參照土本武司著，前揭書(註8)，頁321。

10 參照土本武司著，前揭書(註8)，頁321。

11 參照陳樸生，前揭書(註7)，頁354。

1. 共犯或共同被告審判外之陳述：亦即針對共犯或共同被告於偵查中之陳述（主要包括三種情形：共犯相互間或共犯對他人之陳述經警方合法監聽錄音、警訊時之陳述、檢察官偵訊時之陳述）或其他審判外於法官所為之陳述（不問係其他刑事案件之準備程序、審判期日或民事事件或其他訴訟程序之陳述）加以討論。

2. 共犯或共同被告審判中之陳述：具共同被告關係之共犯以共犯或共同被告身分於審判進行中所為之陳述、不具共同被告關係之共犯以證人身分於審判進行中所為之陳述加以討論。

第二款 以陳述時身分區分

第一目 以共同被告身分陳述

若共同被偵查之犯罪嫌疑人均遭起訴，則必須在分開程序之下始可具證人適格。在『審判中』若未分開程序，可否將偵查中的共同犯罪嫌疑人的證言以書證方式呈現於公判庭，此涉及「傳聞法則」問題，容後述。

而在審判中，學者有謂依我國原刑事訴訟法第一八六條但書第三款之規定：「與本案有共犯關係或有藏匿人犯及湮滅證據、偽證、贓物各罪之關係或嫌疑者，不得令其具結。」得認共同被告間應有證人適格¹²。惟本文認為該條文規定係針對「共犯或相牽連犯之嫌疑人」而非已經起訴之「共同被告」，故無法依本條之規定遽論共同被告間具有證人適格的結論，況且考量到具結之作用，係使證人能在認識偽證處罰的負擔下據實

¹² 參照陳樸生，《刑事訴訟法實務》，自刊，1993年10月，重訂八版，頁236；陳樸生，前揭書（註7），頁389。

陳述，以發見真實，故原則上證人應負具結之義務，而得免除此項義務者，應以無法理解具結之意義及效果者為限。若證人與本案有共犯或有藏匿犯人及湮滅證據、偽證、贓物各罪之關係，或有第一八〇條第一項或第一八一條情形者，應得行使緘默權或拒絕證言，若其不行使上開權利，仍欲作證時，則應負擔實陳述之義務，無自始即免除其具結義務之必要，故宜刪除第三款、第四款之規定。

新法既已刪除原刑事訴訟法第一八六條但書第三款之規定，故更不可能如學說所述基於該條項推論出共同被告間有證人適格之規定。但基於刑事實體真實發現之目的及減低共同被告相互推諉責任而為虛偽陳述之風險，應科予共同被告適當的責任，故共同被告間是否有證人適格仍有討論之必要，容後述。

第二目 以共犯身分陳述

偵查中或審判外共同犯罪嫌疑人之陳述，若為對己不利陳述可認其為自白；惟若係對他共犯之陳述，則該陳述之性質，相對而言，應屬被告以外之人所為審判外之陳述，適用傳聞法則規範之範疇。不論是言詞或書面陳述，依我國新修刑事訴訟法第一五九條第一項規定，屬於傳聞證據，原則上無證據能力。

第三目 以證人身分陳述

具共犯關係之人，其中一人為審判中不利陳述，若僅是對陳述者不利之陳述，則屬立於被告地位所為自白，適用自白法則與補強法則；惟由於共犯或共同被告之陳述可能同時包含不利於被告本人及他共犯或共

同被告之陳述，相對而言，應屬被告以外之人之陳述，則該陳述究竟屬於立於被告地位之自白或立於證人地位之證言顯有疑義，亦影響後自己續對該供述證據之處理原則的不同，及對其是否具證據容許性之認定。

第三款 以供述所指對象區分

第一目 僅為不利於陳述者本身之陳述

具共犯關係之人，其中一人為不利陳述，若所為僅不利於陳述者本身之陳述，則該陳述為被告本人之「自白」。而該所謂「不利益」之事實，就美國審判實務見解，並不侷限於與刑事責任有關之事實，凡足以構成追訴犯罪所需證據之一環之任何供述，均屬美國聯邦憲法第五條修正案之「不利益」供述¹³。而就日本實務及學說多數見解，認為應侷限在有受刑事責任疑慮之事實¹⁴。

第二目 不利於陳述者本身、而有利於其他共同被告之陳述

具共犯關係之人，其中一人為不利陳述，由於共犯或共同被告之陳述可能同時指涉陳述者本身及他共犯或共同被告，若此時該陳述僅係對陳述者本人不利，此陳述對該陳述者本人而言，屬於被告之自白；但相對於陳述所涉之其他共犯或共同被告而言，則該有利陳述顯然不符合通說對自白定義採狹義說所認係不利陳述之見解，究竟係被告地位之自白或立於證人地位之證言顯有疑義，惟既有利於他共犯或共同被告之陳述，則該陳述雖然相對於他共犯或共同被告而言屬於「被告以外之人所

13 參照蔡榮耕，《共同被告不利於己之陳述在刑事追訴上之評價》，東吳大學法研所碩士論文，2002年7月，頁66。

14 參照吳景芳，「刑事被告緘默權之研究」，中興法學，第43期，頁17。

為」之陳述，但對他共犯或共同被告既無不利益，原則上較無侵害被告詰問權之虞，非本文探究重點，惟基於實體真實發現之目的，若係於審判中所為之陳述或雖係審判外之陳述但符合第一五九條之一以下傳聞例外之規定者，該陳述具證據能力，其他受有利陳述之共同被告的辯護人或檢察官仍得透過主反詰問之合法調查程序，主張該有利於其他共同被告陳述得作為其他共同被告有罪否之判斷依據。

第三目 不利於陳述者本身、同時不利於其他共同被告之陳述

具共犯關係之人，其中一人為不利陳述，由於共犯或共同被告之陳述可能同時包含不利於陳述者本身及他共犯或共同被告之陳述，此陳述對該陳述者本人而言，屬於被告之自白；但相對於被不利陳述之其他共犯或共同被告而言，屬於「被告以外之人所為」之陳述，則該陳述究竟屬於立於被告地位之自白或立於證人地位之證言顯有疑義，又由於存在被誣陷、共犯或共同被告間相互陷害以求脫免自身罪責…等虛偽陳述風險，故該共犯或共同被告不利之陳述之定位更顯重要，亦影響該陳述於證據法則上之處理方式，此為本文其後論述重點。

第四目 利於陳述者本身、而僅不利於其他共同被告之陳述

此陳述對該陳述者本人而言，該有利陳述顯然不符合通說對自白定義採狹義說¹⁵之見解；相對於被不利陳述之其他共犯或共同被告而言，屬於「被告以外之人所為」之陳述，而該陳述究竟屬於立於被告地位或立於證人地位所為之陳述，則有爭執，又基於共犯案件較複雜，且存在高

¹⁵ 參照陳樸生，前揭書(註 7)，頁 388、頁 390-394。

度虛偽陳述的風險，故該共犯或共同被告之定位更顯重要，影響該陳述於證據法則上之處理方式，此為本文其後論述重點。

第四項 爭點所在

基於所涉範圍廣泛，本文立論基礎限縮著眼於「共犯以共同被告身分於審判程序進行中或審判外陳述」加以討論，意即探討刑事訴訟法證據法則下，對「具共同被告關係之共犯陳述」之處理，限縮本文研究範圍，集中於「被告以外之人(針對實體上具共犯關係之共同被告)，於審判外之陳述或審判中之陳述」之研究，尤其是考量到陳述者本身(被告本人)與他共犯或共同被告(被告以外之人)間之相對性，針對陳述之被告本人所為之「不利陳述」，不論是僅不利於他共犯或共同被告，抑或是同時不利於陳述者本人、他共犯或共同被告之陳述，均係重要爭點所在，就此類共犯陳述之處理，即為本文研究重點。

於法理層次上，首先須定性「具共同被告關係之共犯陳述」之性質，是為被告自白(刑事訴訟法第一五六條第一項)? 亦或是具證人適格所述之證言?

其次，判斷「具共同被告關係之共犯陳述」是否具證據能力?

若屬共犯或共同被告審判外之陳述，則本文討論重點置於其證據容許性之判斷，依據傳聞法則，為傳聞證據，原則上無證據能力；惟是否符合傳聞法則例外情形，而例外肯認其證據能力? 抑或如外國立法例所定之「非傳聞」而肯認其證據能力? 將試就我國制度設計上就「被告以外之人於審判外之陳述」於民國九十二年一月刑事訴訟法修法前後之特徵比較，分析檢討傳聞例外規定之立法疏漏問題，並佐以美國、日本立

法例上與本文相涉之相關的傳聞法則及其例外規定作為日後我國修法時之參考。

若屬共犯或共同被告審判中之陳述(到庭之陳述)，其證據能力較不生問題，則本文討論重點置於其後調查程序之探討，就共犯或共同被告審判中之陳述，經合法調查程序，為信用性之辨正，以供作判斷他共犯或共同被告有罪否之判斷依據，始符合嚴格證明法則（刑事訴訟法第一百五十五條第二項），並得適度限制法官自由心證之恣意。尤其是遇共犯或共同被告審判外之陳述與審判中之陳述不一致時，如何抉擇？就我國傳統實務見解與學說上之討論加以論述，並剖析不同類型的共犯陳述不一致問題，如何尋得良法俾以解決，並參酌美日立法例為比較法參考。

最後，就該陳述之證明力部分，除利用被告反對詰問權確認共犯或共同被告陳述內部信用性外，並於第四章部分，討論共犯或共同被告陳述與補強法則之適用問題。

本文希冀藉由上開分別法律層次問題，整理並分析國內學說與實務相關之見解，進而突顯出運作上之種種問題或有待改進之空間，探討出何種程序得降低該共犯或共同被告陳述之虛偽危險？以符合傳聞法則及刑事被告對質詰問權之保障。除參照民國九十二年一月修正之刑事訴訟法相關條文討論外，並從比較法觀點，介紹美國及日本立法例，並提出值得作為我國再修法時參考之處；最後，提出個人心得與淺見。

第二節 共犯或共同被告之定位及其陳述之性質

按共犯或共同被告之陳述可能為審判中或審判外之陳述，若為「共犯審判外之陳述」，屬於傳聞證據，可能有違傳聞法則；又基於此類自白具虛偽性危險，此時，該供述者之地位是為「被告」或「證人」地位，影響供述者之權利與義務、被供述者之防禦權（被告反對詰問權），以及如何確保該供述之可信性、關聯性。

被告之自白之所以不能成為有罪判決之唯一證據，是考慮被告與被訴事實的關係而來。不管被告是否無辜，他在訴訟中，和被訴事實是處於密不可分的狀態，亦即處於同一位置，不管被告的陳述於自己有利或於自己不利，如果要引用他的陳述證明事實，都是屬於自己證明自己的循環論證；反之，與被訴事實不在同一位置的證人供述之所以能享有完整之證據價值，則因為不管在同一方向的正面證據或反方向的反面證據，與被訴事實都處於外在相對應的旁觀地位，因此，檢討共同被告的自白是否能作為他被告有罪之唯一證據，即必須從共同被告在訴訟程序中的角色定位切入，只有從角色定位才能得知依一定地位所產生的角色功能如何¹⁶與共同被告陳述之效力問題。角色替換理論¹⁷是解決共犯陳述

16 參照許玉秀，前揭文(註 4)，頁 402-403。

17 角色替換理論，乃是指被告與證人地位得否轉換問題。主張禁止角色替換說者認為，不論共同被告間有無共犯關係，只要是共同被告，即因共同被告身分，而不能被當作證人予以審訊。理由主要是基於被告和證人地位之轉換，於被告不利，因為身為被告，享有緘默權，且不受偽證罪拘束，被告虛偽自白不受制裁；而證人之拒絕證言權是有條件的，且證人有據實陳述義務，受有偽證罪負擔。主張被告得轉換為證人身分者，除了美國法上認為被告得自由轉換被告或證人身分，一旦立於證人台，當然具有證人身分外；尚有學說認為，共犯陳述案件，得將共同被告分離程序審理而賦與共同被告證人適格。主張此說之人認為，被告因變成證人所受的不利益並非違反訴訟法，因為這是被告必須容忍的，而且被告變成證人後，處於證人地位，並不是全然不受保護，其仍享有一般證人之拒絕證言權的保護。參照許玉秀，前揭文(註 4)，頁 407-408。

所應思考的方向，故於下本文將就共犯陳述案件，共同被告之定位問題討論如下：

第一項 定位

依民國九十二年修法前之刑事訴訟法第一百五十六條第二項規定「被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符」，有關共犯或共同被告之自白並無明文規定。因此，在解釋上，共犯或共同被告之自白是否得以解釋為被告之自白或為被告之自白範圍所涵蓋，向來頗受爭論！

共犯或共同被告究竟係基於被告或證人地位而為陳述，享有不同的權利義務，於下第一款、第二款分就被告或證人之權利義務分述之。第三款部份，本文則就民國九十二年一月新修正刑事訴訟法相關規定及相關學說見解，就共犯或共同被告在程序上不同階段應適用被告或證人之規範，作一區辨。

第一款 被告

第一目 被告緘默權與選任辯護權

緘默權係被告於無罪推定原則下所享有之權利，為被告之基本權利，美、日二國均將被告之緘默權立於憲法保障地位，被告有不自證己罪之權利。

日本憲法第三十八條第一項：「任何人，均不被強要不利益於自己之陳述」，即為日本緘默權之法源依據，承襲自美國聯邦憲法第五增補條文。就日本實務判例觀之，憲法第三十八條第一項包括被告之緘默權與

證人拒絕自證己罪之拒絕證言權¹⁸。

依權利行使之主體來區分，美國可行使緘默權之主體包括證人及被告；而日本學說上有認為緘默權之行使主體限於被告，不及於證人，對於證人之證言有入罪之可能時，另於刑事訴訟法中，以「拒絕證言權」規範之。我國學說與實務見解多認緘默權之行使主體限於被告¹⁹，不及於證人。被告於訴訟上拒絕自證己罪之權利，即「緘默權」。就權利之性質而言，被告之緘默權係全面性、包括性的權利，與證人免除證言義務係「特權」有所差異。

就得拒絕陳述之事項，被告緘默權得拒絕陳述之事項不受限制。就權利之行使上，不需釋明理由，且得隨時且任意的行使，縱在放棄緘默權而為供述之後，嗣後對同一事項，仍得再行使緘默權²⁰。惟須注意的是，在英美法制上，由於被告具證人適格，若被告於審判中選擇放棄緘默權站上證言台作證，則其地位如同一般證人，必須就一切詢問據實回答，不得選擇性地僅就某些事項回答，否則將受偽證或藐視法庭之處罰²¹。

除緘默權外，被告基於訴訟程序主體的地位所享有的主體性權利，尚包括選任辯護權人的權利，以保障其訴訟上的防禦權²²。

第二目 自白任意性

18 參照司法院編，《日本國憲法判例譯本(第一輯)》，1980年，再版，頁385-386。

19 依據我國刑事訴訟法第九十五條第二款規定，訊問被告，應先告知其得保持緘默，無須違背自己的意思為陳述。且依第一五六條第三項規定，被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。

20 參照陳運財，「論緘默權之保障」，收錄於《刑事訴訟與正當法律程序》一書，元照出版公司，1998年，初版，頁332-333；吳景芳，前揭文(註14)，頁14。

21 See R.V.del Carmen, Criminal Procedure: Law and Practice, p.389-390, 5th.ed.,2001.

22 依據我國刑事訴訟法第九十五條第三款規定，訊問被告，應先告知其得選任辯護人之權利。

基於被告地位所為之自白，而加以拘束限制其證據能力之法則，稱為自白法則，其一是非任意性自白不得作為證據的原則(排除法則)，是對自白證據能力之限制；其二是被告自白不得為被告有罪之唯一證據的原則(補強法則)，是對自白證明力之限制。故被告自白任意性之確保為其判斷證據能力與否之核心要件，我國刑事訴訟法第一五六條第一項定有明文，民國九十二年一月刑事訴訟法修正，於第一五六條第一項增列「疲勞訊問」為不正訊問方法，並新增同條第三項規定。

(一) 增列「疲勞訊問」為不正訊問方法

新法第一五六條第一項新增「疲勞訊問」為明示列舉之不正訊問方法，在新法須注意疲勞訊問與夜間訊問之關係(第一五八條之二、第一〇〇條之三)，首先在個案判斷上二者無必然關係；其次於證據禁止使用之效果亦有差異，疲勞訊問取得之被告自白為「絕對排除」其證據能力，但當司法警察(官)僅違背第一〇〇條之三第一項之夜間詢問時，其證據能力依新法第一五八條之二第一項規定為「相對排除」，如經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係基於自由意志者，不在此限²³。

(二) 非任意性自白之優先調查

新法第一五六條第三項前段規定，當被告陳述其自白係出於不正方法者，應先於其他事證為調查，落實最高法院二十三上字第八六八號判例之見解，基於人性尊嚴之考量，保障被告此訴訟主體立於法治國刑事訴訟的合法性、正當性。

²³ 參照楊雲驊，「二〇〇三年初新修正刑事訴訟法被告及共犯自白規定之檢討」，月旦法學雜誌，第97期，2003年6月，頁72-73。

(三) 非任意性自白之舉證責任歸屬

新法第一五六條第三項後段規定，此自白由檢察官提出者，由檢察官負舉證責任。立法理由乃基於傳統大陸法系採「徹底職權進行主義」，認為自白之證據能力，為法院職權裁量事項，不生舉證責任問題；英美及日本立法例則認檢察官應負舉證責任。又我國刑事訴訟法此次修正乃以當事人進行主義為原則，基於人權保障與當事人進行主義之精神，自應命檢察官負實質舉證責任²⁴。

第二款 證人

第一目 證人作證義務

證人經合法傳喚後，即負有到場、證言(供述)義務，而證言義務係指證人就其觀察所得之事實負有陳述義務。證言義務，係國家所科予證人之義務，僅國家始享有強制其履行義務之權力。

第二目 證人的具結

證人經合法傳喚後，即負有具結(宣誓)義務，若為不實陳述，應負偽證責任。

²⁴ 惟有學者批評此乃基於怪異的主義思考模式之謬誤、及我國實務向來以「自白為證據之王」、「以被告為主要偵查對象」、「案重初供」等充滿糾問色彩的做法所致，在德國法調查是否不正方法獲取被告自白，法官乃盡可能調查一切可及之證據，並非是所謂可依「職權自由裁量事項」，立法理由所謂「依職權自由裁量」究何所指？在現代法治國家存在嗎？是以認為立法理由有欠妥適；該學者並認為對被告自白之任意性調查，不以被告主張為前提，縱被告或其辯護人消極未提出或積極表示無異議，如法院查閱相關卷宗資料或其他證據認為可疑時，仍應主動依職權優先開啓對此之調查程序，要求檢察官負舉證責任。參照楊雲驊，前揭文(註 23)，頁 72-77。

第三目 證人的拒絕證言權

若證人因具有特定關係或就特定事項為保護其利益或確保其供述之真實性，則需肯認證人有拒絕證言之特權，此為英美法制與大陸法制所共認²⁵。換言之，在法律規定上，係以人民有證言義務為原則，惟從立法政策考量，在必要情形下為證人證言義務免除之例外規定。證人拒絕證言範圍之考量，不外乎兩個原因：其一，有保持秘密之必要，例如因業務關係得知他人秘密之人；其二，因身份關係之必要，例如證人與訴訟當事人間具特定親等之親屬關係。前者著重於免除某種事實陳述，後者則是因人與人間某種特定關係而免除其陳述，此在英美法制與大陸法制皆有相似規定，皆屬於對供述義務之拒絕權，即「拒絕證言權」²⁶。

就權利之性質而言，證人之拒絕證言權係在特定情狀下免除證人之證言義務，故為「特權」。就得拒絕陳述之事項，證人得拒絕陳述之事項以將來有受到刑事追訴或刑責之虞的「不利益陳述」為限。就權利之行使上，證人應將拒絕證言之事由加以釋明。又證人之拒絕證言權一旦放棄，即歸於消滅，嗣後對同一事項及不得再主張拒絕證言權²⁷。

第三款 區辨

就民國九十二年一月新修正刑事訴訟法相關規定及相關學說見解，就共犯或共同被告在訴訟程序上不同階段應適用被告或證人之規範，作

25 參照陳樸生，前揭書(註 7)，頁 277。

26 參照陳樸生，前揭書(註 7)，頁 279-285。黃東熊，《刑事訴訟法論》，刑事訴訟法論，三民書局，1999 年 3 月，二版，頁 404-407。

27 參照吳景芳，前揭文(註 14)，頁 15。

一區辨。

(一)共犯未經起訴

僅為「單純共犯」，定位上非被告，而應為證人。

(二)共犯已經起訴，但未合併審理或已為分離程序

包括二種情形：

(1)共犯已經起訴，但未合併審理：定位上屬他案被告；

(2)共犯已經起訴，但已為分離程序：

一開始合併但透過民國九十二年一月新修正刑事訴訟法第二八七條之一規定為分離程序審理共同被告之情形，依第二八七條之二規定，法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用證人之規定。

(三)共犯已經起訴，且合併審理

則該陳述，對陳述者本身而言，是基於被告身分所為；但該被告本人之陳述，相對於他共犯或共同被告而言，屬於「被告以外之人所為」之陳述，則此時該陳述係立於證人或被告地位所為，則有爭議，亦為本文論述重點，於後討論之。

第二項 陳述性質

第一款 審判中之陳述

就該陳述之共犯或共同被告本人而言，僅屬被告本人之自白；惟該被告本人之自白相對於他共犯或共同被告而言，證據資料上究竟為自白，亦或是證言？向為我國爭議問題，我國傳統實務見解向來將之當作被告自白一般之處理。本文認為宜分別情形，承前本節第一項所述共犯或共同被告在訴訟程序上不同階段應適用被告或證人之定位，區辨該共

犯或共同被告所為審判中陳述之性質。

(一)共犯未經起訴

僅為「單純共犯」，定位上非被告，而應為證人。則此時該「單純共犯」所為審判中之陳述，性質上為「證人之陳述」，即「證人之證言」。

(二)共犯已經起訴，但未合併審理或已為分離程序

包括二種情形：

(1)共犯已經起訴，但未合併審理：

為「他案被告」，所為審判中之陳述，性質上為「證人之陳述」，即「證人之證言」。

(2)共犯已經起訴，但已為分離程序：

一開始合併、但透過民國九十二年一月新修正刑事訴訟法第二八七條之一規定為分離程序審理共同被告之情形，依第二八七條之二規定，法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用證人之規定(此條文之準用，學說有認應為直接適用，本文於第三章第四節說明，容後詳述)，故性質上亦應依「證人之證言」處理。

(三)共犯已經起訴，且程序合併

具共犯關係之共同被告，其中一人為審判中不利陳述，則該陳述對陳述者本身是基於被告身分所為；但該被告本人之陳述，相對於他共犯或共同被告而言，屬於「被告以外之人所為」之陳述，性質上屬於立於「共同被告地位」所為審判中之陳述。

綜上所述，由於該被告本人所為之不利陳述，相對於他共犯或共同被告而言，屬於「被告以外之人所為」之陳述，不論是僅不利於他共犯或共同被告，抑或是同時不利於陳述者本人、他共犯或共同被告，就該

陳述之處理，及是否可作為判斷他共犯或共同被告有罪之依據，均係重要爭點問題所在，亦為本文探究重點。

第二款 審判外之陳述

具共犯關係之人，其中一人所為審判外不利陳述，則該陳述對陳述者本身而言是基於被告身分所為之審判外不利陳述，性質上仍屬被告自白，學者多認非傳聞證據，仍具證據能力，此點並無疑義；然而，該共犯中一人所為審判外不利陳述，相對於他共犯而言，屬於被告以外之人所為審判外之陳述，屬傳聞證據，基於保障被告詰問權與防止共犯陳述之虛偽危險，原則上無證據能力，除非符合法律規定之例外情形之要件，始例外肯認傳聞證據之證據能力；或參照外國立法例所認之「非傳聞」之情形，如有符合者，則認其非傳聞證據，仍具證據能力。

是以，就具共犯關係之人所為審判外之陳述，相對於他共犯而言，屬於「被告以外之人」所為「審判外之陳述」，討論重點繫於相對於他共犯而言，該陳述之證據能力是否符合傳聞法則及其例外情形，藉以判斷是否具有判斷他共犯有罪證據之證據資格。

第三項 小結

民國九十二年一月新修正刑事訴訟法第一五六條第二項規定，被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，學者有認係明確賦予共犯或共同被告自白為法定證據方法之依據²⁸，但未明確指出其為被告或證人之供述，似以類似被告自白之地位，加以討論²⁹。被告審判外不利於己

28 參照楊雲驊，前揭文(註 23)，頁 79。

29 但性質上與單純被告自白於證據能力取得之判斷有所不同，此肇因於共犯於審判外

之陳述，非傳聞證據，惟仍須符合直接審理原則與自白任意性法則³⁰，是值注意。至於，共犯中一人所為審判外不利陳述，相對於他共犯而言，屬於被告以外之人所為審判外之陳述，屬傳聞證據，本文於本章第三節將討論其與傳聞法則之關係，判斷其證據能力之有無。

再者，對於新修正刑事訴訟法第一五六條第二項規定：「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據……」，明文限制共犯自白證明力。學說多認此規定過於空泛，認為該「共犯之自白」規定粗糙，過於擴張適用範圍³¹，有欠妥適。惟所持理由與限縮第一五六條第二項適用範圍之觀點，有所不同，本文於第四章共犯或共同被告陳述與補強法則適用中將作詳細討論，容後詳述。

第三節 與傳聞法則之關係

人之陳述係經由知覺、記憶、表達、敘述事實的過程而形成，若逆向從審判期日認定事實者之觀點來看陳述證據，則：(一)該陳述是否正

自白，涉及他共犯的犯罪事實，依現行法立法屬傳聞證據，除任意性的確保，還須判斷是否符合傳聞法則之例外，否則不得作為證據；而被告自白不屬傳聞證據，不分審判內外，主要在於任意性，且與事實相符。參照楊雲驊，前揭文(註 23)，頁 83。

30 參照陳運財，「傳聞法則之理論與實踐」，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 106。

31 就「共犯自白」規定適用範圍過廣之問題，學說有認應限縮在「具共同被告關係之共犯之自白(對己不利之陳述)」。至於不具共同被告關係之共犯之自白(對己不利之陳述)，直接依證人規定，必須具結作證，有偽證罪處罰之壓力，且須接受本案被告之對質與詰問(第一八四條、第一六六條)。參照林俊益，「傳聞法則下共同被告之陳述與調查」，本土法學雜誌，第 45 期，2003 年 4 月，頁 141；林朝榮老師 2003 年 6 月 3 日刑事訴訟法上課講述。另外，學說尚有認應限縮其適用範圍，限指「審判期日未經被告依法詢問或反對詰問之共犯陳述」，始合於嚴格證明法則之限縮解釋，陳運財，「共同被告之調查」，律師雜誌，第 286 期，2003 年 7 月，頁 132。

確地敘述其想要陳述之內容(ambiguity)；(二)是否照著記憶中忠實的陳述 (insincerity)；(三) 其所憑之記憶有無錯誤，有無將他人之經驗與自己之經驗混淆(incorrect memory)；以及(四)是否正確地認知事實，其知覺之能力、條件有無問題(inaccurate perception)等等，均有必要使該陳述人(原知覺、記憶者)於審判期日到庭，經宣誓據實陳述，使法院直接觀察其陳述時之態度，且經由當事人行交互詰問，以推敲其從由知覺至敘述之過程的正確性及信賴性。

反之，若該陳述人未經審判期日到庭，而是以書面代替到庭之陳述或係由他人到庭之轉述聽聞陳述人所知覺記憶之事實，對於此種傳聞書面或傳聞證人之陳述所存在的知覺、記憶、表達、真實性虛偽之危險，無法透過交互詰問予以確認，而且審判外原知覺、記憶者之陳述並未經宣誓，且法院亦無法觀察其陳述時之態度，故此種傳聞書面或傳聞證人之陳述應禁止其提出於法庭使用，此之排除傳聞證據之證據能力的法則，稱為傳聞法則(hearsay rule；rule against hearsay)。

然而，傳聞證據雖無法藉由交互詰問等保護措施，推敲其真偽而予以排除，但這不當然導出傳聞證據毫無證據價值。在英美法上，傳聞證據經常被提出，而且被容許作為證據使用的情形亦不少，長期以來，判例法適度緩和傳聞法則之張力，一方面排除了潛在不可信的證據，同時也形成了一系列規則化之例外，來容許對證據事實時有助益的傳聞證據。惟此並非意謂傳聞證據之容許性係委由法官自由裁量，證據之必要性(necessity)及可信性(reliability)兩基準，是形成判例法上傳聞例外之主導原則。傳聞法則及其例外的容許，在確保被告之反對詰問權之保障以及利用證據價值發現真實之間維持著一定的均衡，在落實當事人進行原則

上，具有極其重要之意義³²。

第一項 審判外陳述

第一款 被告本人之陳述

依現行刑事訴訟法規定，被告屬於法院訊問之證據方法，享有緘默權之保障，不具證人適格，又難以想像被告可對自己進行反對詰問，故其審判外之陳述，並非第一五九條第一項所定之「傳聞證據」。此與美國聯邦證據規則之立法例承認被告審判外不利於己之承認，非屬傳聞證據同。相對的，依英國判例法及日本刑事訴訟法第三二二條、第三二四條第一項之規定，仍認被告審判外之陳述具傳聞性，惟合於傳聞例外之情形，得容許作為證據。

惟值得注意的是，被告審判外不利於己的陳述，雖非傳聞證據，惟仍應合於直接審理之精神以及自白任意性法則之要求。首先，審判外之自白筆錄，未經被告簽名或蓋章者，類型上應認不具可信性而排除其證據能力³³。其次，關於任意性之調查問題，此次修法增訂第一五六條第三項：「被告陳述其自白係出於不證之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經由檢察官提出者，法官應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明方法。」亦即，審判程序中，於有被告抗辯其審判外不利於己陳述之任意性時，應先由檢察官舉證證明該陳述之任意性。

再者，就被告審判外自白之調查階段而言，依增訂第一六一條之三

32 參照陳運財，「傳聞法則之理論與實踐」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，元照出版公司，2003年4月，頁45-47。

33 參照日本刑事訴訟法第三二二條第一項規定，記載被告不利於己之陳述書面，應有被告本人之簽名蓋章，始容許其證據能力。參照松尾浩也監修，松本武夫、土本武司編集，《條解刑事訴訟法》，弘文堂，平成5年5月30日(2000年)，增補補正第二版，頁638。

之規定，法院對於得為證據之被告自白，除有特別規定外，非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢，不得調查。尤其，被告如於審判中共犯所為之陳述不一致時，如要採用審判外之訊問筆錄，除要符合任意性之要件外，同時應判斷被告審判之陳述過程，其客觀環境是否比審判期日法官面前之訊問更具可信之情況保障，若是，始得例外地容許之，且應將其採信之理由載明判決書內³⁴。

第二款 被告以外之人之陳述

被告以外之人之陳述，依傳聞法則，為傳聞證據，原則上無證據能力。而所謂傳聞法則，在英美法上係透過判例法長期之累積而形成，並不斷繼續發展中，故對於何謂傳聞證據，至今仍難有一個統一而精確之定義³⁵。惟通說認為，傳聞證據係指「審判外」所為之陳述(包含口頭陳述、書面陳述)或所發生之敘述性動作，而提出於法庭用以證明該陳述為真實之證據。基於此定義，共犯或共同被告為被告以外之人，其於審判外之陳述，為傳聞證據，依據傳聞法則，原則上不具證據能力。

第二項 美國法制概觀

第一款 美國法上之對質詰問權

共犯陳述是否得作為證據？得否作為判斷被告本人有罪之依據？不論是審判中或審判外之不利陳述，均涉及被供述之被告本人訴訟上防禦權之保障，即被告之反對詰問權之實施問題。

³⁴ 參照陳運財，前揭文(註 32)，頁 80-81。

³⁵ 參照陳運財，前揭文(註 32)，頁 47。

於他共犯審判中之不利陳述(具證據能力)時，藉被告之反對詰問權針砭其他共犯不利陳述之內部信用性，以判斷可否作為被告本人或他共犯有罪之判斷依據，本文以為屬於合法調查程序之問題(詳見本論文第三章內容)；至於共犯審判外之不利陳述(原則上為傳聞證據，無證據能力；除非符合傳聞法則「例外」或「非傳聞」之情形，使得例外肯認其具證據能力)，若要將共犯審判外之不利陳述提出於法庭上使用時，因同時涉及傳聞法則(判斷證據能力有無)與被告反對詰問權(被告防禦權)之問題。本文認此二者為證據法則上不同階段，一為證據能力有無問題，一為合法調查程序問題，須有證據能力始有進行合法調查程序之必要與實益，無從因合法調查程序為證據能力有無之判斷，故對於被告之反對詰問權，本文擬於本論文第三章內容始予詳細討論。但由於美國法上有傳聞法則之例外是否侵犯被告詰問權之保障？以及傳聞法則與被告之反對詰問權同質化？之爭議，因此，於本章節共犯陳述與傳聞法則之關係的討論上，本文擬先就美國法上見解加以介紹，先行就被告之反對詰問權與傳聞法則間之關係加以闡釋，至於其餘相關被告詰問權問題，則留待本論文第三章內容始予詳細討論。

又，本文以為對質權與詰問權雖同為被告之防禦權保障，但實乃二不同內涵之權利³⁶。而且，對於美國法之被告詰問權之內涵，本文以為亦與我國之詰問權內涵不盡相同，性質上傾向面對面行使詰問權，故本文將此美國法上之規定定位為「被告之對面詰問權」，惟由於我國學說多數

36 本文以為對質與詰問權雖均為被告防禦權之保障，但實質內涵乃有所不同，所謂對質係指「…二人同時在場，面對面互為質問之義；而詰問則是指「…在主問者訊問證人完畢後，由他人對證人的再行訊問，…」，其目的在於「…發現疑點或澄清真實…」」。參照王兆鵬，《刑事被告之憲法權利》，翰蘆出版公司，1999年8月，頁142-143。

見解及修法理由中之說明，均以「對質詰問權」稱呼，故基於敘述上的一致性，仍以「對質詰問權」代稱，合先敘明。

共犯審判外之不利陳述，於美國法上涉及憲法與證據法二不同層次之規範，前者為刑事被告之對質詰問權(美國聯邦憲法第六條修正案)，後者為傳聞法則，在討論共犯或共同被告陳述之證據能力時，二者必須同時加以考慮。被告之對質詰問權為被告憲法上之基本人權，以共犯或共同被告審判外之陳述為實體證據(作為判斷有罪否之依據)時，是否侵害被告之對面詰問權為首要關鍵。於下舉二案例：Ohio v. Robert 案、Lilly v. Virginia 案為例，說明美國聯邦最高法院上對質詰問條款與傳聞法則之關係之處理。

第一目 案例分析

一、Ohio v. Robert 案

在 Ohio v. Roberts 案中，美國聯邦最高法院除處理傳聞法則問題外，並企圖建立關於詰問條款的審查方式。此案判決認為，傳聞的陳述人必須是無法到庭(unavailability)，且其陳述必須要具有「可信性的標記(indicia of reliability)」或者是符合「固有的傳聞例外(firmed rooted hearsay exception)」，才是傳聞法則所容許的例外情形³⁷。於下，就 Roberts 案與詰問條款的相關部分說明之，並說明本案對於傳聞法則與詰問權關係之影響。

(一) 案例事實及判決經過

本案被告被控偽造支票及持有遺失信用卡罪，被告辯稱支票及信用卡所有人之女 Anita 同意被告使用，無偽造支票或持有遺失物之情形。預

³⁷ Ohio v. Roberts, 448 U.S. 66(1980).轉引自蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 75-80。

審時，被告傳 Anita 作證，但他否認曾授權被告使用其父之支票或信用卡。審判中，被告又抗辯 Anita 同意其使用支票及信用卡，但 Anita 未能於審判中出庭作證。檢察官乃引用預審時 Anita 的證詞，否定被告之主張，被告因此被判有罪。美國聯邦最高法院認為，證人於預審程序作證時，被告及其律師在場，且亦對證人詰問，預審時之證詞，不違反被告之詰問權。聯邦最高法院強調，若欲使用證人先前之證詞，而不違反被告詰問權，須符合兩要件，其一為證人在先前之訴訟程序必須宣誓作證，且被告有機會對之詰問。參見美國聯邦證據法第 804(b)(1)條規定，證人之「先前之證詞」為傳聞的例外，得為證據。其二為該證人必須有法定「不能作證」之情形。參見美國聯邦證據法第 804 條規定，證人之「先前之證詞」得為證據之前提，必須該證人有列舉的「不能作證」(Unavailability)情形：(1)合法行使拒絕證言權、(2)堅持拒絕作證、(3)對於待證事實無法記憶、(4)經合法傳喚不到庭³⁸。

(二)Roberts 案與詰問條款的相關部分，說明如下：

1. 無法到庭(unavailability)

要求檢察官必須要使證人到庭作證，不能逕以法庭外的陳述提出於審判庭上作為證據。若證人確實無法到庭，則有以其先前的陳述來替代的必要。本案件中，對於「無法到庭」之要件嚴格認定。但因無法到庭的要件認定嚴苛，對於檢察機關而言，可能只是造成人力及物力之浪費，所以美國聯邦最高法院在往後的案件，限縮「無法到庭」要件之適用，僅限於「先前之陳述」(prior statement)的情形。

2. 可信性(reliability)

38 Ohio v. Roberts, 448 U.S. 56, 65-73 (1980). 轉引自王兆鵬，前揭書(註 36)，頁 163-165。

此案中，美國聯邦最高法院認為滿足可信性要件的方式有兩個，第一是該陳述是「固有的傳聞法則例外(firmly rooted hearsay exception)」；第二是「具有信用性的特別擔保(Particularized guarantees of trustworthiness)」。

(1)固有的傳聞法則例外

此一要件問題在於，某一些陳述雖可能是固有的傳聞法則例外，但其可能就是詰問條款所欲排除的陳述類型。因此，「固有的傳聞法則例外」包含了哪些陳述類型，一直是美國聯邦最高法院關注討論的問題。

(2)信用性的特別擔保(Particularized guarantees of trustworthiness)

如果陳述本身不該當於固有的傳聞法則例外，但卻具有陳述內部信用性的特別擔保，那麼該陳述仍然具有此案判決中所要求的外部客觀情狀之可信性要件。基於此點，詰問條款似與傳聞法則等同視之。將此要件與美國聯邦證據法第 807 條的規定對照來看，可發現所謂「信用性的特別擔保」與聯邦證據法條規定中的「信用性的環境擔保(equivalent guarantees of trustworthiness)」非常類似³⁹。

美國聯邦證據法第 807 條是傳聞法則例外的剩餘類型規定，規範目的在使一些具有信用性的傳聞，不因非屬「固有的傳聞法則之例外」，而被排除。這樣概念，被 Roberts 案所引用。在 Roberts 案中，美國聯邦最高法院將詰問條款，轉變為證據排除法則的規定，試圖在詰問條款下，建立判斷傳聞法則例外是否適當的一般性標準(general approach)。在此標準下，若檢察官能證明陳述為固有傳聞法則例外，或是具有特別的可信性保障，儘管其無法行交互詰問程序，還是具有證據容許性。

39 Ohio v. Roberts, 448 U.S. 66. (1980). 轉引自蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 77-78。

於本案件中，最高法院將必要性(necessity)、可信性(reliability)，作為認定證據容許性的兩要件。「必要性」要件指的是政府必須要使證人到庭，或是證明陳述人無法到庭，關於此要件，最高法院附帶指出只適用於一般案件，法院最主要討論的重點在於第二個要件，認為當被告有詰問證人的適當機會時，該筆錄便具有足夠的可信性，而審判者也獲有認定事實的基礎。本案要求事實審法院必須要判斷傳聞陳述是否屬於「固有的傳聞法則例外(firmly rooted exception to the hearsay rule)」。如果是，那麼使用該傳聞證據便不違反詰問條款的規定；如果不是，該傳聞便應推定為不具有可信性，而認為不具證據容許性。而後，法院再將標準改變為是否具有「信用性的特別擔保(particular guarantee of trustworthiness)」，認為除非陳述時具有信用性的特別擔保，否則陳述便不具證據容許性。從 Roberts 案之後，美國聯邦最高法院便堅持以該案的「一般性標準」，來處理傳聞證據的問題。可信性變成交互詰問的替代品，詰問條款變為證據排除法則之一。另一方面，此案廣泛地承認某些傳聞證據與詰問條款無關，因而改變詰問條款的解釋及適用。在 1980 年後，判斷陳述是否為固有傳聞法則例外，使用該傳聞例外是否侵害被告的對質詰問權時，Roberts 案被認為是一個一般性基準⁴⁰。

(三)Roberts 案之影響

1. 傳聞法則之例外已侵犯對質條款

令人憂心的是，從 Roberts 案到現在，判斷傳聞法則例外之「必要性」要件，並沒有真正發揮排除證據的效果；「可信性」要件之判斷上，也因

⁴⁰ 參照蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 78-79。

傳聞法則容許著大量的固有之例外，所以寬鬆認定。由此觀之，本文認為，若可信性的要求如此寬鬆，那麼詰問條款無法完全發揮作用，Roberts 案中所建立的排除法則，反而有鼓勵法院盡量使用傳聞證據之傾向。使得交互詰問程序(用以針砭該陳述之內部信用性之目的)進行無實益。

2. 傳聞法則例外的剩餘條款仍然具有詰問條款所要求的信用性擔保

任何為傳聞法則之剩餘條款所認定具證據容許性的陳述，都同時會滿足 Roberts 案所要求的「信用性的特別擔保」，達到詰問條款所欲針砭該陳述內部信用性之目的。是故，以詰問條款審查或以傳聞法則處理同一個案件，幾乎不會有不同的結果。按照美國聯邦最高法院的邏輯，詰問條款及傳聞法則都是在排除某些法庭外的陳述，但並非所有符合傳聞法則的傳聞證據，都必然會符合詰問條款的要求。不過聯邦最高法院已經將這二者融合在詰問條款的理論當中，結果在這兩個方面都遭致批評⁴¹。因此於 Lilly 案中，Breyer 大法官的協同意見書中提到，多數意見認為應重新檢視詰問條款與傳聞法則間的關係，故本文將 Lilly 案敘述於後，作為比較說明。

二、Lilly v. Virginia 案

在 Lilly 案中，美國聯邦最高法院除處理共犯的陳述之外，也提及憲法詰問條款與傳聞法則間的關係。

(一) 案例事實及判決經過

⁴¹ Sarah D. Heisler, Supreme Court Review: My Brother, My Witness Against Me: the Constitutionality of the “Against Penalinterest” Hearsay Exception in Confrontation Clause Analysis, 90 J. Crim. L. & Criminology 827, at 863. 轉引自蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 80。

1995年12月4日，上訴人 Benjamin Lilly、她的哥哥 Mark Lilly 及 Gary Barker 闖進一個朋友家，偷走了一個保險箱、一些酒及三把裝有子彈的槍。隔天，他們搶劫了一間商店，並綁走了店員 Alex DeFilippis。他們三人將 Alex 挾持到一個荒廢的地方，三人中其中一人殺了 Alex。而後，他們開走 Alex 的車，並再犯下兩起搶劫案。在當天晚上，警察便逮捕了這三個人。將這三人帶回警局後，警察對其進行了隔離訊問。三個人所為的陳述都不相同，但是 Mark 和 Barker 都聲稱，是 Lilly 射殺了 Alex。訊問中，Mark 承認竊盜及搶劫的罪行，同時也承認在 Lilly 射殺 Alex 時，他也在場。不過 Mark 堅持，是 Lilly 單獨地射殺了 Alex。Mark 的這一些陳述都經過錄音存證⁴²。

維吉尼亞州以包括謀殺 Alex 等數項罪名起訴了 Lilly。在蒙哥馬利 (Montgomery) 巡迴法院的審理中，Lilly、Mark 及 Barker 的案件並未合併審理。在 Lilly 的審理程序中，維吉尼亞州傳喚 Mark 出庭作證，但是 Mark 主張第五修正案的不自證己罪特權 (Privilege against self-incrimination)，拒絕出庭作證。所以檢察官便主張 Mark 自白的錄音帶是不利於己之陳述，可以作為證據使用。Lilly 對於這一個證據的使用提出抗議。Lilly 認為，Mark 的自白根本不是不利於己之陳述，因為其內容有嫁禍的危險。其同時主張使用錄音帶作為證據，將違反憲法第六修正案的規定，亦即侵害 Lilly 詰問不利於其之證人的權利。法院駁回了 Lilly 的抗議，並且採用了錄音帶的內容作為證據。最後法院諭知 Lilly 搶劫及其他被控罪名有罪的判決，並處以兩個無期徒刑及二十七年的有期徒刑，此外還因為射殺 Alex，被處死刑。維吉尼亞州最高法院維持了 Lilly 的有罪判決，其認為

42 Lilly v. Virginia, 119 S. Ct. at 1892. 轉引自蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 81。

Mark 為無法到庭的證人。在可信性(reliability)方面，法院表示 Mark 的陳述具有可信性，並且是維吉尼亞州傳聞法則的例外。至於第六修正案的問題，維吉尼亞州最高法院認為，因為 Mark 對於己不利的陳述為固有的傳聞法則例外(firmly rooted exception to the hearsay rule)，所以 Lilly 的詰問權並未遭受侵害。至於陳述會有的嫁禍危險，法院認為陪審團會決定其有無證據容許性。最後，美國聯邦最高法院同意移審令⁴³。

(二)多數意見書(Plurality)

由 Steven 大法官主筆的多數意見書認為，共犯者(accomplice)所為嫁禍的自白陳述，不符詰問條款的要求，故不具證據容許性。Steven 大法官解釋，一般對不利於己之陳述的界定過於廣泛，以致降低詰問條款控制證據容許性的作用。所以，其將不利於己之陳述分為三類：第一，陳述者自願陳述的內容作為不利於己之用；第二，被告提出防禦的證據，並主張陳述者為共犯，或涉及在該犯罪中；第三，檢察官提出證據證明陳述者亦為共犯。多數意見書認為，這三種共犯所為的陳述，都應推定為不具有可信性。

Steven 大法官表示，詰問條款的立法目的，在於藉由詰問程序，避免被告受到欠缺信用性證據之不利影響。雖然習慣法認為，詰問條款的目的是於避免以單方面的口供書作為證據；但是美國聯邦最高法院明顯地不採這樣限縮的解釋。Steven 大法官認為，適當的作法是 Roberts 案中所採取的審查標準。亦即傳聞證據要具有證據容許性，必須要為固有的傳聞法則例外，否則該傳聞便必須要具有信用性的特別擔保(Particular guarantees of trustworthiness)。如果在審判中使用該傳聞，是長久以來司

43 Lilly v. Virginia , 119 S. Ct. at 1892-1895.轉引自蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 81-82。

法及立法習慣，或者是在實際上與憲法的保障相一致時，其便為固有的例外⁴⁴。

以 Roberts 案的第二個審查基準來說，多數意見認為 Mark 陳述的周圍情境，不能認定足以提供信用性的特別保障。是否具有此種特別保障雖然屬於事實認定的問題，但美國聯邦最高法院認為，「被推定為不具有可信性且有嫁禍危險的共犯自白，不可能被有效地控制」。再者，Mark 的陳述環境並未提供一個信用性的特別擔保，足以認為詰問程序是多餘的。只是因為(1)Barker 的證言及證物都支持 Mark 的說法，(2)警察在訊問 Mark 時已經告知了相關的權利(Miranda warning)，而 Mark 也知道其被控訴的罪名，及(3)Mark 也因為其所陳述的內容而入罪，Mark 的陳述便具有可信性。

對於被上訴人的主張，美國聯邦最高法院的意見如下：(1)傳聞證據之所以可以採用，是因為本身具有可信性，而不是因為其他證據的緣故；(2)當一個人因為重罪而被訊問時，不會因為被告知相關的權利，而提高了其陳述的信用性；(3)陳述中包括令自己入罪的部分，不會使得令他人入罪的部分具有更高的信用性。最後，美國聯邦最高法院撤銷了維吉尼亞州最高法院的判決，並命下級法院為進一步的審理。

總而言之，在 Lilly v. Virginia 案中，多數意見認為，所謂「固有的傳聞法則例外」，是由長久以來司法及立法經驗所形成，而與其所允許使用的證據，與憲法的實質保障相一致。其進一步指出，司法及立法的經驗，必須要確保該例外具有信用性的特別擔保，而在實質上至少與交互

44 參照蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 82-83。

詰問程序所能提供的保障相當⁴⁵。

第二目 分析檢討

一、案例分析結果

美國聯邦最高法院的處理下，「不利於己之陳述，是否為固有的傳聞法則之例外」？以及「使用該傳聞例外，而未經詰問程序，是否違反詰問條款」？兩者成為同樣內涵的問題。

在 Lilly 案中，美國聯邦最高法院質疑的第一個問題就是，在 Roberts 案的標準審查下，不利於己之陳述是否為固有的傳聞法則例外。這樣的出發點，很明顯地是以傳聞法則為起點，來討論詰問權的內涵。美國聯邦最高法院的審查方式，仍是依循著 Roberts 案的一般性標準，來審查傳聞法則之例外是否符合詰問條款的要求。亦即，當陳述人無法到庭，且證據是傳聞法則的固有例外⁴⁶，或是具有信用性的特別擔保時，傳聞證據得具有證據容許性。聯邦最高法院進一步表示，不利於己之陳述的例外，對於詰問條款有效實現而言，是一個過於龐大的例外類型。美國聯邦最高法院認為，共犯(accomplice)所為入被告於罪的自白陳述，屬於這一類的例外，但是在詰問條款的意義下，並不屬於固有的傳聞法則例外類型。

雖然美國聯邦最高法院認為不利於己之陳述，不是固有的傳聞法則例外，但是，這並不代表在刑事審判中，便不能使用共同被告的自白。換句話說，Lilly 案並未改變過去美國聯邦最高法院所建立的詰問條款理論，並未完全禁止在刑事訴訟程序中使用共同被告的自白。在陳述環境

45 Lilly v. Virginia, 527 U.S.116,130-134.(1999).轉引自蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 80-84。

46 所謂「固有的傳聞法則例外」，指的是長久以來司法及立法經驗所承認，而能夠提供與憲法相同的保障之陳述。

能夠提供信用性的擔保時，檢察官便能夠在法庭上使用共同被告的陳述。換言之，共犯之陳述雖然不該當於固有的傳聞法則例外規定，但是在陳述環境能夠提供有效的信用性保障時，該共犯的陳述便可以具有證據容許性，進入法院作為認定事實的基礎。

Lilly 案的判決，雖使檢察官不能夠直接使用共同被告的自白，但是，這樣的作法卻更能夠維護被告的憲法權利，不會因為檢察官訴追的便宜而受到侵害。但從另一方面來說，因為 Lilly 案的要求過於嚴苛，所以有學者主張，Lilly 案應該限縮適用在「未令自己入罪的陳述」，而不適用在令自己入罪的陳述。

二、詰問條款的定義及內涵

傳統上，認為詰問權的目的有二：其一，在於確保交互詰問的進行；其二，在於令法官及陪審團有機會就證人之信用性評價。所以認為當傳聞證據具足夠的可信性時，便不需要進行交互詰問程序。認定「交互詰問程序」為證據法則之一，功能在於確認陳述內容之正確性。

無論是從詰問條款的歷史或整體的規範體系來看，都可推論得知，詰問條款的規範目的，並不是在於直接保證證言的正確性，最主要還是在確保證據能夠經過對造(被告)的檢視，並且讓陪審團有機會得以判斷其內容真實與否。換句話說，詰問權的踐行並不保證證據的可信性，詰問條款不能保證經過交互詰問的證人所說的，就一定是真話，但起碼能夠提供被告一個可以質疑或是挑戰檢方的適當機會，以符當事人主導程序進行之精神。

為符合使被告享有質疑檢方證據的機會與權利的目的，學者有認為

可以賦予表示「異議(challenge)」的權利，以此種方式來解釋詰問條款的內涵，認為其不再只是一種證據排除法則，而是得以對傳聞證言表示異議的權利。

表示異議的方式有許多的可能，當檢方證人在法庭作證時，也就是證人得到庭時，詰問條款要求被告要能夠享有與其進行交互詰問的機會及權利；而當證人是未到庭的傳聞陳述人時，也就是證人無法到庭時，詰問條款提供給被告「相同的機會」，得以就該傳聞證據進行辯論，以彈劾該傳聞證據的信用性或真實性。而所謂「相同的機會」，是指與傳統交互詰問程序追求之目的相同，均係為滿足被告檢視證言的目的，以及提供事實審判者評估該法庭外陳述之真實性的基礎。由詰問條款的規定可知，其賦予被告得以證人的方式來處理傳聞陳述人。以「異議」來解釋「詰問」，更能夠符合憲法的規定及實際上的需要。詳言之，當傳聞法則允許檢察官使用傳聞證據時，詰問條款允許被告對於該傳聞陳述表示異議，藉以彈劾或降低陳述的信用性⁴⁷。

三、詰問權之行使

當檢方證人在證人席上作證時，被告也可選擇放棄行使詰問權，不與陳述的證人進行交互詰問程序。換言之，詰問條款是確保被告享有交

⁴⁷ 異議的方式可以有兩種可能：第一是在當證人得到庭時，被告能夠要求傳聞陳述人到庭，並接受交互詰問；當陳述人是無法到庭時，如死亡或是失蹤，被告得以其他可能的方式，彈劾陳述或陳述人的信用性。也就是說，對質詰問權要求在證人得到庭時，必須要進行交互詰問程序；而在證人無法到庭時，其要求至少要給予被告對於該傳聞陳述享有彈劾外，自然也就沒有解釋原則與例外間關係的困擾。再者，沒有過多例外情形，對於憲法的規範效力來說相信是較為妥適的解釋方向。而且，無論是在證人席上的證人，或是無法到庭的傳聞陳述人，被告都可以與該陳述進行對質詰問程序。參照蔡榮耕，前揭書(註 13)，頁 101。

互詰問的機會，但不保證詰問程序的必然進行。所以，詰問權的行使有其合理的界線。比如說，認為詰問的內容不當(irrelevant)、有誘導(cumulative)的嫌疑、或對證人構成騷擾時，法院可限制交互詰問的進行。

詰問的目的，除避免供述證據在本質上會有的四個危險外，其中最重要的目的之一，便是要找出主詰問中被省略的事實，以確認證人記憶的正確性，使被告得藉交互詰問程序，彈劾證人的信用性。而詰問權之實施，因證人到庭與否而不同。

(一)對於到庭的證人進行詰問程序

當證人到庭時，依據詰問條款的規定，被告應該享有在法庭上與證人「面對面(face to face)」進行「交互詰問(cross-examination)」程序的機會。

以 Roberts 案判決中的必要性(necessity)標準為例，法院必須提供被告與證人面對面進行交互詰問的機會，否則不能使用該證人所為的傳聞陳述。

因為交互詰問是就供述證據表示異議的較好方式。如果法院不當地限制交互詰問，就會違反詰問條款。換言之，不能以傳聞證據已具有傳聞法則所要求的可信性，或是其他理由，而認為檢察官不需要傳喚陳述者到庭，而使得被告失去對於共犯陳述表示異議，進行交互詰問程序的機會。

(二)與無法到庭的陳述人進行詰問

被告或當事人無法與不存在的陳述人進行詰問程序。但若承前面所討論的，將「對面詰問權」解釋為包括對於傳聞證言表示「異議」的話，

則適用上不會發生如何與無法到庭的證人詰問的問題。

依照美國聯邦證據法第 801 條(d)(2)(C)(D)或(E)的規定取得證據容許性的傳聞證據，可以其他的證據來質疑其陳述人的信用性。美國許多州的證據法規中，都有相類似的規定。對於辯護人來說，美國聯邦證據法第 806 條的規定，是一條極具有價值的規範。藉由第 806 條的規定，被告可以使審判者知悉陳述人的偏見、利益、錯誤，以及前後陳述不一致之處，而使對於無法到庭的證人進行詰問程序成為可能。在美國有學者將依美國聯邦證據法第 806 條的規定，所進行的刑事訴訟程序稱為「擬制交互詰問程序(Virtual cross examination)⁴⁸」，至於擬制交互詰問程序應該如何進行，基本上，學者認為可以從傳統交互詰問程序的目的、進行方式及方法中推測得知⁴⁹。

綜上所述，可知詰問權的內涵不外乎就是在刑事訴訟程序中，對於供述證據表示異議的權利。而表示異議的方式可以區分為兩種情形來看，第一種是陳述人得到庭時，表示異議的方式，也就是傳統的交互詰問程序⁵⁰。第二種是在陳述人無法到庭時，無法進行傳統的交互詰問程

48 事實上沒有進行傳統交互詰問程序，但被告得藉由該規定彈劾或是質疑傳聞證據的信用力，達到與交互詰問程序相同目的。所以可稱這種針對無法到庭之陳述者所為的傳聞證據而進行的程序為「擬制交互詰問程序」，性質上屬於以彈劾傳聞為目的的訴訟程序。

49 交互詰問的基本目的有二，第一，是知悉陳述人為證言時的陳述環境，間接推測陳述的信用性高低。第二，藉以彈劾或降低證人本身的信用性。故藉由交互詰問程序，我們可以發現證言中前後矛盾或是與其他證人陳述不一致之處。而「擬制交互詰問」的目的，也不外乎是這二者。在「擬制交互詰問」程序進行中，審判者可得知傳聞陳述人陳述時的環境，且可藉由其他的證據，或是陳述時的情境等，彈劾或是降低該傳聞證據的信用性。舉例來說，面對陳述者未到庭的傳聞時，辯護人可針對傳聞中被省略的細節詰問，或是提出得以彈劾陳述者的證據。這些方式，都是於傳聞陳述人無法到庭時，所採取的對質詰問方式，也就是對於傳聞證據表示異議的方式。

50 陳述人必須到庭陳述、宣誓並且接受交互詰問程序，使雙方當事人得以檢視陳述內容，以避免供述證據在本質上會具有的危險，以及使審判者得以觀察證人的態度，

序，但是依據美國聯邦程序第 806 條的規定中，仍然可以賦予被告對於傳聞證據表示異議的權利，也就是針對傳聞證據的陳述情境或是陳述內容進行信用性的攻擊，藉以彈劾或是降低其信用性。這樣的作法與傳統交互詰問的目的相同，而都可以達到保護被告的目的。

第二款 美國法之運作

不同類型之共犯陳述是否得作為證據，於美國法上涉及憲法與證據法二不同層次之規範，前者為刑事被告之詰問權，後者為傳聞法則，在討論共犯或共同被告陳述之證據能力時，二者必須同時加以考慮。被告之詰問權為被告憲法上之基本人權，以共犯或共同被告審判外或審判中之陳述為證據時，是否侵害被告之詰問權為首要關鍵。尤其是當數共犯合併審判時，有些證據得成為某一被告(即為陳述之被告本人)的證據，但不得成為其他共同被告之證據，因此為解決共犯陳述此端複雜問題，於下就美日二國立法例為介紹，作為我國法之比較參考。

第一目 審判中陳述

共犯於審判中之陳述，由於英美法上承認被告亦可轉換地位作為證人，因此於共犯或共同被告必須以「證人」身分「宣誓」(相當於我國法上之具結)作證，始有可能於法院為陳述⁵¹。

第二目 審判外陳述—傳聞法則及其例外

藉以形成心證。

⁵¹ 參照王兆鵬，「共犯之陳述—以美國法為借鏡」，法學叢刊第 186 期，第 47 卷第 2 期，2002 年 4 月，頁 14。

共犯審判外之陳述，依證據法之傳聞法則，原則上不得為實體證據。美國證據法上之證據區分為實體證據與彈劾證據，前者用來證明犯罪之成立或不成立，後者在證明證人證言之瑕疵。審判外之陳述，原則上不得為實體證據，但得為彈劾證據。又，傳聞法則設有許多例外規定，若符合例外情形，審判外之陳述仍得為實體證據，惟此時須注意到以該審判外之陳述作為實體證據，是否侵害到被告之對質詰問權？例如共犯未於「審判中」作證，卻以共犯「審判外」陳述為不利被告之證據，因為該被告無從與該共犯面對面對質，又不能詰問，除符合少數的例外規定（例如：先前不一致之陳述⁵²、先前之證詞⁵³、共謀者之陳述⁵⁴）外，將侵害被告憲法上之詰問權。因此除少數例外規定外，欲以共犯之陳述為證據，必須於「審判中」傳喚共犯到庭作證，接受被告之詰問，否則該共犯「審判外」之陳述不得為證據。且在判斷詰問權是否受到侵害，不單從形式上觀察，尚須判斷共犯之陳述是否已實質成為證據，而被告卻無詰問機會⁵⁵。關於此一問題將於本論文的第三章加以討論。

英美法透過判例法之發展，建立龐大而複雜的傳聞法則及其例外，為證據法則之重心，一九七五年美國聯邦證據法(Federal Rules of Evidence)以實定法之形式，將傳聞法則及其例外明文化。惟亦須注意聯邦證據法有關規定是否與判例法(common law)上之傳統見解一致？其差

52 證人先前之陳述，符合特定條件者，為「非傳聞」，美國聯邦證據法第 801(d)(1)(A)條、美國聯邦證據法第 801(d)(1)(B)條。參照 Stephen A. Saltzburg 著，段重民譯，《美國聯邦證據法》，司法週刊社，1985年6月，頁 127-130。

53 先前之證詞，美國聯邦證據法第 804(b)(1)條。參照 Stephen A. Saltzburg 著，段重民譯，前揭書(註 52)，頁 146-150。

54 共謀者之陳述，為「非傳聞」，美國聯邦證據法第 801(d)(2)(E)條。參照 Stephen A. Saltzburg 著，段重民譯，前揭書(註 52)，頁 127-131。

55 參照王兆鵬，前揭文(註 51)，頁 14-15。

異形成之原因何在？如此始能確實提供如何設定傳聞例外之參考⁵⁶。

(一)傳聞法則意義

任何一個人在敘述過去的事時，該敘述是否真實，涉及此人的知覺(Perception)、記憶(Memory)、表達(Narration)、及真誠性(Sincerity)。證人於法院陳述時，其證詞之可信與否，同樣涉及證人之知覺能力、記憶能力、表達能力、及真誠性(Insincerity)⁵⁷問題。證人可能在陳述事實時，礙於情面，而未完全透露事實原委。也有可能為了幫助某人或陷害他人，而刻意作出不實或扭曲的陳述。

證人陳述過去事實既可能有如此嚴重之瑕疵，既可能有不真誠的情形，克制之道是證人應經「具結」及「詰問」之後，證詞始能採信。具結程序能使證人知道，其陳述所表徵之嚴肅意義，其有特別義務僅陳述其所確信的事實，及違反偽證之處罰。再者，透過對證人之詰問，特別是不利當事人一方之陳述，可發現證人可能有知覺、記憶、陳述之瑕疵及證人之真誠性。美國證據法大師 Wigmore 言：「詰問為法律使尚未發現真實，所發明之最偉大的法律器具」⁵⁸。

傳聞陳述之所以不能成為證據，及因其涉及兩個人之知覺、記憶、表達瑕疵，若陳述人未於審判期日到庭，未經宣誓據實陳述(具結)，法院無從直接觀察其陳述時之態度，且無從經由當事人之反對詰問以推敲其從知覺至敘述之過程的正確性及信賴性。對於此種傳聞書面或傳聞證人之陳述所存在之上述四種危險(知覺錯誤之危險 inaccurate perception；

56 參照陳運財，《直接審理與傳聞法則》，五南圖書公司，2001年，初版，頁69。

57 參照王兆鵬，「傳聞法則理論－證人陳述之危險」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，元照出版公司，2003年9月，頁5、頁8。

58 參照王兆鵬，前揭文(註51)，頁9。

明確性危險 ambiguity；不正確記憶之危險 incorrect memory；真摯性危險 insincerity)，禁止此種傳聞書面或傳聞證人之陳述提出於法院，此之排除傳聞證據之證據能力之法則，稱為傳聞法則(hearsay rule；rule against hearsay)。

傳聞法則源自英美法之證據法則。美國聯邦證據法第 801 條以下，將傳聞法則的定義規定在第 801(a), (b), (c)條，依第 801(a)(1)條規定，「陳述」係指「口頭之陳述」、「書面之聲明」，或是第 801(a)(2)所指「有意圖所表現出的行為」。「聲明」(assertion)，包括直接表達的事項與暗示表達的事項。第 801 條(b)則規定陳述者即為陳述之人。

(二) 排除傳聞證據之法理依據

英美法上，目擊事實者於審判期日之親自到庭陳述，可透過四種保障措施以確認其證言內容之真實性，其一為具有科以偽證效果之宣誓(oath)；其二，可由認定事實者直接觀察其態度(demeanor)；其三，可要求證人親自到庭(presence at trial)就其認知事實之背景(context)更為詳細說明；其四，因該證言而受不利認定之他造當事人行反對詰問(cross-examination)。另外，亦可利用「證言三角形」(testimonial triangle)的圖形(參見本論文附錄一)，作為考量審判外陳述是否構成傳聞證據之判斷參考。

而傳聞證據，因無法踐行上開程序來確認真偽，而禁止其使用。其中，在美國法上，因應聯邦憲法第六條修正案之對質詰問條款(confrontation clause)及第十四條之正當程序條款(due process clause)層次

之討論，一般又以未經反對詰問為排除傳聞證據之主要法理依據⁵⁹。

(三) 傳聞證據

1. 定義

依據美國聯邦證據法第 801 條(c)規定，傳聞係指陳述人所為非在審理庭內作證所為之陳述，且供作證明其主張為真實性之證據。

實務見解有認為此定義之重點在於第二句，即「目的性」之限制，亦即，雖然是「庭外陳述」，但如果提出來之目的並不是在證明該陳述所主張事項之真實性，則仍然不屬「傳聞」。所以，若提出傳聞之目的只是要彈劾證人庭內陳述之信用性，而不是用來證明被告有罪或無罪，就不受限制。因此認為我國對傳聞之定義漏掉目的性，甚至於會影響到能否用先前不一致的陳述來彈劾庭內証人。此點只能盼望能藉由實務操作（依訴訟指揮權，容許以先前不一致之「傳聞」來彈劾証人）或判例來澄清了⁶⁰。

第 802 條規定，除本法、最高法院依法定授權所制定之規則或國會所定法律另有規定者外，傳聞證據不具容許性，明白揭示禁止傳聞證據原則，並指出容許傳聞例外，並非依法官之裁量，而是應依法律或法律授權制定之規定判斷之。

2. 判例法與聯邦證據法之比較

何為「傳聞」？英美判例法與美國聯邦證據法第 801 條(c)基本上採

59 參照陳運財，前揭書(註 56)，頁 149-150。

60 參照陳瑞仁，「調查局改革協會一火線話題」，<http://www.mjib.org/essay/listMSG.asp>。

一致見解，認為「審判外之陳述，要提出供證明其內容真實性之用者」，為傳聞證據之定義。惟實質上何謂「審判外之陳述」？何謂「證明其內容真實性之用」？於解釋上仍有爭議。以一九七五年美國聯邦證據法規定與判例法上見解相比較有幾點主要不同⁶¹：

其一，就何謂「審判外」？判例法認為是以現在審判期日到庭證人在認定是事實者面前作證陳述為基點，在此陳述之外均構成「審判外」，從而，證人先前於保全證據程序，先前的審判期日或是現在審判期日中在法官室(judge's chambers)所為之陳述均屬之；相對的，聯邦證據法第 801 條(d)(1)卻規定審判期日外某些特定的先前陳述(包括一致的陳述、指認、他造當事人之承認及法官面前不一之陳述)，並非傳聞證據。

其二，就何謂「陳述」？判例法認為即便是非敘述性動作，要將該動作用來表示為動作人之動作所為之確信或意識時，仍屬傳聞證據；聯邦證據法規定則是指「言詞或書面之敘述」以及「敘述性之動作」。

其三，何謂「證明其內容真實性之用」問題？較有疑義的是精神狀態之陳述，有主張為傳聞證據，惟可作為傳聞例外容許之；亦有認為屬於「非傳聞」⁶²。

由上比較可知，判例法與聯邦證據法規定間之差異(例如精神狀態之陳述，僅屬「為傳聞證據，惟可作為傳聞例外」與「非傳聞」，僅屬步驟上不同)，實質上就證據容許性而言，並無不同。但關於「審判外之陳述」聯邦證據法顯然將原本屬於判例法上不具容許性之傳聞證據列入「非傳聞」的範疇，而不受傳聞法則之適用，限縮解釋傳聞之概念⁶³。

61 See Lempert and Saltzburg, *A Modern Approach to Evidence*, p.356, 2nd ed. 1983.

62 See Steven Emamuel, *Evidence*, p.125-126, 2nd ed.,1991.

63 參照陳運財，前揭書(註 56)，頁 149-150、頁 73。

(四)非傳聞(non-hearsay)與傳聞法則之例外

值得注意的是，傳聞證據雖無法透過反對詰問等保護措施推敲其真偽而予以排除，但這並不當然導出傳聞證據毫無價值。在英美法上，傳聞證據亦經常被提出容許作為證據使用，長期以來，判例法適度緩和傳聞法則之張力，一方面排除不可信的證據，同時也形成一系列規則化的例外，來容許對認定事實有助益之證據資料。證據之可信性(reliability)與必要性(necessity)二基準形成判例法上傳聞法則例外之主導原則。當特定類型之證據具有足以取代反對詰問之特別可信之情況保障（特信性）；或雖無如此高的可信性，但特定類型之證據已不復得，故僅能接受該傳聞證據(必要性)。透過可信性之情況保證與使用證據之必要性兩種基準的相互關係，以決定傳聞證據之容許性範圍⁶⁴。

而聯邦證據法參酌判例法上所形成之傳聞例外，綜合整理規定於第 803 條及第 804 條，總共明文列舉了二十七個限定的例外以及二個概括的例外規定(residual clause ； catch-all clause，又稱剩餘條款⁶⁵)，有效緩和傳統判例法嚴格見解的傾向⁶⁶。

聯邦證據法第 802 條規定，因傳聞法則，原則上禁止法庭外之陳述，但若該陳述被定義為「非傳聞」，或是「傳聞法則之例外」，於符合相關要件，如關連性、可信性等，則可採為證據使用；第 801(d)(1)條規定，

64 參照陳運財，前揭書(註 56)，頁 149-150、頁 73。

65 如果陳述的環境可以保障傳聞證據之真實性，且對於案情之釐清有重要性時，法官可以採用該審判外之陳述作為證據。

66 證據能力只是讓證據進入法庭而已，並不是要求法官「相信其真實性」，相對的，證明力問題直接關係到有罪無罪之判斷依據，當然應要求甚高。而在證據能力之關卡若把關太嚴，可能會喪失許多有證據價值之訊息，從而阻礙事實真相之發覺與正義之維持，是值注意。

某些證人之陳述不是傳聞證據，與判例法不同；第 801(d)(2)條規定，在有對造(party-opponent)的同意下，所使用的法庭外陳述不是傳聞證據，不是傳聞法則之例外。本條的最後一部分—第 801(d)(2)(E)條規定共謀共犯所做之陳述及其標準定義；第 805 條規定傳聞中的傳聞(Hearsay within hearsay，即「再傳聞」)；第 806 條規定關於攻防傳聞陳述證人之信用性問題，容許傳聞陳述而受不利之當事人傳訊該陳述人為證人時，該當事人有權就此陳述如同交互詰問方式，訊問該證人⁶⁷。

以下，將就與本文有關，美國法上共犯審判外之陳述，於符合各要件下，得例外作為實體證據，用來證明犯罪之成立或不成立之三種情況(證人先前不一致的陳述、先前的證詞、共謀者陳述)處理為介紹：

(1) 先前不一致的陳述

共犯審判外之陳述，原則上不得為實體證據。若當事人一方傳喚共犯於審判中作證，該共犯於「審判中」之陳述與先前之「審判外」之陳述不一致時，先前之陳述是否得為實體證據？證人「先前不一致的陳述」得例外成為實體證據，主要因為其與一般傳聞陳述有兩個主要不同：第一、為審判外陳述之人現正於法院作證；第二、該審判外的陳述，與審判中的證詞相較，極具證據價值。惟此時與一般審判外的陳述所不同者是該證人正在法院作證，正處於宣誓作證的狀態。裁判者得親自觀察證人前後陳述不一致的反應，以判斷究竟先前的陳述較為可採，亦或現在的陳述較為可採，此亦等於裁判者依據證人「審判中」的證詞，來決定證人「審判外」不一致陳述是否可採。就詰問而言，因證人於法庭作證，被告得對證人詰問，不但得詰問現在的證詞，亦得詰問其先前陳述的瑕

67 參照 Stephen A. Saltzburg 著，段重民譯，前揭書(註 52)，頁 131-154。

疵等問題，故等於亦對「先前不一致的陳述」詰問。再就證據的價值言，一般認為證人為先前陳述時，離案發事實的時間較近，證人的記憶較清晰，當時的陳述較審判中的陳述更具證據價值。因此立法例上，有主張證人「先前不一致的陳述」為傳聞之例外，有主張此根本非傳聞證據，美國聯邦證據法立法類型屬於後者⁶⁸。美國聯邦證據法將證人「先前不一致的陳述」限定條件，該先前的陳述必須於「審理、調查或其他程序中，在有偽證刑責之宣誓下所為」。須特別強調者，共犯審判外之陳述，得依「先前不一致的陳述」規定而成為實體證據的大前提係：該共犯現正於審判中作證，才有可能有前後「不一致」的情形。故在使用共犯審判外陳述前，必須先傳喚共犯於審判中作證，使其接受被告的對質詰問。若未傳喚該共犯作證，並接受被告的對質詰問，即逕行以共犯審判外之陳述為證據，即與證人「先前不一致的陳述」要件不符，應屬不合法⁶⁹。

(2) 先前的證詞

所謂證人「先前的證詞」(Former Testimony)，依美國聯邦證據法第804條(b)(1)條定義，指「證人於同一或不同訴訟程序中所為之證言：該證詞內容不利的當事人一方，已有機會及動機，以直接、詰問或覆問方式訊問證人」。若符合要件，則證人「先前的證詞」成為傳聞的例外，雖為審判外的陳述，仍得為實體證據。其要件有二：第一、如上述條文所要求，證人在先前的訴訟程序必須宣誓作證，且本案被告有機會對之為訊問或詰問；第二、證人必須有法定「未能作證」的情形，例如美國

68 參照 Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，《證據法入門—美國證據法評釋及實例解說》，元照出版公司，2002年12月，初版，頁128-132。

69 參照王兆鵬，前揭文(註51)，頁18-19。

聯邦證據法第 804 條規定，證人「先前的證詞」得為證據的前提，必須該證人有列舉的「未能作證」(Unavailability) 的情形：(A) 合法行使拒絕證言權，(B) 堅持拒絕作證，(C) 對於待證事項無法記憶，(D) 因死亡、生理或心理之疾病不能出庭或不能作證，(E) 經合法傳喚不到庭。若共犯之陳述，符合證人「先前的證詞」的要件，雖為審判外之陳述，亦得為證據。

綜上所述，若共犯曾在同一或不同一訴訟程序中作證，且該證詞內容不利本案被告，當時被告已有機會及動機，以主詰問、反詰問方式訊問該共犯，而且共犯有法定「未能作證」的情形，則共犯於該程序所為的證詞，雖為審判外的陳述，亦得為證據⁷⁰。

(3) 共謀者陳述

所謂「共謀者陳述」(Coconspirator Statements)，指共謀者之一人，在共謀的過程中，為達到共謀的目的所作之陳述。與當事人有共謀關係之人於審判外所為陳述，若符合「共謀者陳述」要件，得作為不利於該當事人之證據，為傳聞之例外。基於代理人理論 (Agency Rationale)，共謀者陳述得為實體證據⁷¹。此理論認為二人以上有共謀之合意時，共謀者間形成如合夥團體之關係，有如合夥團體一人之行為對全部合夥人生效，任何一共謀人為共謀目的所為行為，視為全部共謀者所為，共謀者

⁷⁰ 參照王兆鵬，前揭文(註 51)，頁 18-20。

⁷¹ 日本實務見解有採類似見解，參照大阪高裁昭和 57 年 3 月 16 日判時 1046 號 146 頁，甲乙共謀之陳述紀錄，對共同被告乙而言，形式上屬於被告以外之人審判外陳述，似無證據能力。惟實質上，由於甲乙彼此為達共謀犯罪目的之相互補充或利用他方行為所為之紀錄，應可解釋為各被告在審判外自白內容之一部分，對共同被告乙而言，該項記載應非傳聞證據。參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 134。

彼此為其他成員的事實上代理人。共謀者一人在共謀進行中，為共謀目的之陳述，有如為全體共謀者而為陳述，對每一個個別的共謀者生效。因此，共謀者審判外之陳述，若符合要件，依代理人之理論，得成為其他共謀者的實體證據。依聯邦證據法規定，「共謀者陳述」的要件有三：第一、共謀關係要件，陳述人與訴訟當事人必須有共謀關係。第二、共謀進行中要件，陳述必須共謀的過程中所作為。第三、共謀目的要件，必須為共謀目的所為陳述。第一個要件係審判外之陳述者與訴訟中之當事人，必須有共謀關係，此稱為共謀關係要件，或共同風險要件(coverture requirement)。只要是二以上之人，合意追求共同目的，即成為共謀。二人所為，毋須符合刑法共謀犯之要件，亦毋須符合民法共同侵權行為定義。甚至共謀者所追求者不是非法目的，亦為此處所稱之共謀。共謀者之間毋須被一同起訴審判，亦毋須以共犯或陰謀犯之關係被起訴。第二個要件為共謀者之陳述，必須於共謀進行中所為，若共謀已不再進行，即不符合要件。一般認為當共謀者之一人被逮捕時，視為共謀關係不再進行。例如美國聯邦最高法院在 *Krulewith v. United States* 案所為之判決，認為當共謀犯遭逮捕後，該共謀犯所作陳述，即不得作為證據。一般而言，此見解為大多數法院接受。共謀之目的已完成或不能完成，亦視為共謀關係不再進行。美國聯邦最高法院曾判決共謀之主要目的已完成或受障礙而不能完成，即不符合要件，此時共謀者所作陳述，即為傳聞。如共謀成員中之一人（例如甲）撤出或中止共謀關係，亦認為共謀關係不再進行。此時，其他共謀者（例如乙）所作陳述，就已撤出之共謀者甲而言，即不符合要件，不得為證據。所謂的撤出，必須有積極的行為，必須通知其他共謀者或向執法人員自白。第三個要件為陳述者必須係達

到共謀的目的所作陳述。此要件之目的，一方面反映了代理的法理，另一方面在避免擴大「共謀者陳述」的範圍。雖然如此，實務對此要件認定頗為寬鬆。例如，向執法機關自白，法院皆認為不是為共謀目的所作陳述，不符合此要件。共謀者之一若只是敘述事實，而不是為共謀之目的而為陳述，亦與此要件不符。對共謀者以外之人所作陳述，法院比較容易認定為敘述事實，例如對妻子、朋友描述所發生事情，不得為證據；但共謀者之間所作談話，通常即認為合乎要件。綜上所述，共犯如與本案被告有共謀關係，在共謀進行中，為共謀目的所為之陳述，該陳述雖為審判外之陳述，仍得成為不利被告之證據。惟若不符合此要件所為之其他陳述，雖與被告有共犯或共謀關係，不得依「共謀者陳述」之例外規定而為證據⁷²。

總而言之，證人審判外之陳述，雖未經詰問或具結，但有時在特殊的情形下，該證人之特殊情形，使審判外之陳述具真實性時，美國法上大多數州皆承認「傳聞之例外」具證據能力，並以立法方式規定之。至於美國聯邦證據法，則以列舉方式，詳列二十七種傳聞例外之規定，而且除列舉規定外，又設一「概括傳聞例外」之規定，就任何審判外的陳述，若於陳述當時的情況，得保障該陳述之真實性，而法官在考量該陳述對案件的重要性、該陳述的不可取代性、及司法的正義，得容許該「審判外的陳述」為證據，以網羅列舉規定可能之遺漏⁷³。而關於共犯陳述案件，由於美國法上認為被告與證人之角色可轉換，因此，於共犯或共同被告案件，關於前開所述證人審判外陳述之規定，亦適用於拘束共犯或

72 參照王兆鵬，前揭文(註 51)，頁 20-22。

73 參照王兆鵬，前揭文(註 51)，頁 10。

共同被告審判外之陳述，作為判斷其證據能力之依據⁷⁴。

第三項 日本法制概觀

日本在第二次世界大戰後為因應新憲法的制定公佈，全面修正刑事訴訟法以符合憲法保障基本人權之精神，將過去傾向大陸法系、職權進行原則的刑事訴訟制度往英法法化、當事人進行主義化的方向大幅變革，修正後之日本刑事訴訟法第三二〇條及規定禁止傳聞證據之法則，而第三二一條至第三二八條則規定適用傳聞法則之例外⁷⁵。尤其是審判外之偵查卷證或陳述如何處理，為本文介紹重點。

共犯或共同被告之陳述，於日本法上相關論點，可區分為二：(1)於被告本人之審判期日共犯或共同被告到庭所為之陳述；(2)共同被告於被告本人審判期日外之陳述。

第一款 審判中陳述

關於第一種共犯或共同被告於被告本人之審判期日到庭所為之陳述，基本上不涉及傳聞法則，而是與共同被告之證人適格、被告本人之反對詰問權與共同被告之緘默權相衝突等問題密切相關。此於後述之調查程序部分，做進一步之說明。

第二款 審判外陳述—傳聞法則及其例外

關於第二種共同被告審判外之陳述，判例及通說認為此之共同被告

⁷⁴ 判例認為，共同被告在審判上及審判外為自白時，若被告不在場，未賦予被告詰問機會，則該共同被告之自白不得作為該被告不利之證據。故共同被告所為不利於己之自白雖牽涉到另一被告，惟法官必須指示陪審團，該項自白只能限制適用於該為自白者。See Wharton, Wharton's criminal evidence, Vol. 2, 12th. Ed. (Anderson rev.). 1965., §437, P.212.

⁷⁵ 參照陳運財，前揭書(註 56)，頁 69。

不論是否與被告本人具有共犯關係，如為傳聞書面⁷⁶均應依日本刑事訴訟法第三二一條第一項規定處理。換言之該條項所指「被告本人以外之人」，不只是第三人，共犯或共同被告均應包括在內⁷⁷。惟學說上少數有力說認為，就被告本人之關係而言，共同被告屬於第三人，故應考慮被告本人反對詰問之保障問題，同時共同被告亦具被告地位，仍應注意其陳述之任意性之要件，因此，要容許共同被告審判外之陳述作為認定被告本人犯罪事實之證據使用時，應同時符合第三二一條及第三二二條之規定，此為「競合適用說」之主張⁷⁸。

日本刑事訴訟法第三二〇條第一項規定：「除第三二一條至第三二八條所規定之情形外，以書面代替審判期日之陳述、或以他人審判期日外之陳述為內容之陳述，不得作為證據。」否定傳聞證據之證據能力，多數學說及一般實務均認此係發源於英美傳聞法則或傳聞證據禁止原則之規定⁷⁹；多數學說解釋所謂「不得作為證據」是指該審判外之陳述，是要提出作為證明該陳述內容之真實性的場合而言，與英美法採相同傳聞定義，並在條文中明示傳聞之陳述包括傳聞書面(以書面代替審判期日外之陳述)與傳聞證言(以他人於審判期日外之陳述為內容之陳述)。

76 第 321 條規定記載被告以外的人所作供述的書面的證據能力。記載一定供述的書面是傳聞證據(參照第 320 第一項前段)，原則上不承認其證據能力。不過，作為該原則例外的第一種情形，本條規定，當事實符合規定的要件時，即承認其證據能力。由於這是確認以書面代替供述的證據能力的規定，故此是第 320 條第 1 項前段的例外規定。參照土本武司著，宋英輝、董璠輿，前揭書(註 8)，頁 353，

77 「被告以外之の者」とは、当該書面の証據請求を受けまたをした被告人本人以外の者という意味で、共犯者はもとより共同被告も「被告以外之の者」である。共同被告人の供述調書には 322 条(したがつた、319 条)も競合的に適用されるところの見解もあるが、判例は本条のみが適用あるものとしている。參照松本時夫、土本武司編著，前揭書(註 33)，頁 639。

78 參照田宮裕，《刑事訴訟法》，1992 年，頁 385。松本時夫、土本武司編著，前揭書(註 33)，頁 639。

79 參照田宮裕，前揭書(註 78)，頁 361。

就日本立法例上，共犯或共同被告審判外之陳述，涉及證據能力有無判斷者，具體而言，有五種情形：

一、法官之訊問筆錄

日本刑訴法第三二一條第一項第一款規定：「關於在法官面前所為陳述之書面筆錄，其陳述人因死亡、精神或身體之障礙，所在不明，或滯留國外，而無法於準備程序或審判期日到庭陳述時；或陳述人在準備程序或審判期日為與先前之陳述不一致之陳述時。」容許在法官面前所為陳述之書面筆錄，在例外之情形，即在「傳喚不能之要件」或「可信性之情況保證」條件下，始承認「被告以外之人在法官面前之陳述」得作為證據，採限縮之立法⁸⁰，

在日本，所謂「在法官面前所為之陳述筆錄」（簡稱「裁面筆錄」），日本實務上認為，包括：（一）第一次審判期日前法官實施「保全證據程序所得之訊問證人筆錄」（日本刑事訴訟法第一七九條、第二二六條、第二二七條）；（二）受命法官或受託法官在法院外實施訊問證人所製成之筆錄（第一六三條）；（三）「他案之審判筆錄」；（四）「對於他事件之公判準備筆錄或公判筆錄中之證人陳述部分」（最高判昭和二十九年十一月十一日刊集第八卷第一一號，頁 1834）；（五）於併合前他事件之公判準備筆錄或公判筆錄中之證人供述（名古屋最高判決昭和二十五年一月十二日特報之八，頁 88）；（六）民事事件之公判筆錄、證人訊問筆錄；（七）少年保護事件之審判筆錄⁸¹。

⁸⁰ 參照林俊益，「我國傳聞法則之例外規定—法官之訊問筆錄」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，2003年9月，初版，頁 115

⁸¹ 參照三井誠著，陳運財譯，起訴狀一本主義與傳聞法則，律師雜誌第 232 期，1999 年 1 月 15 日，頁 76；黃朝義，前揭註 6 書，頁 185；高田卓爾、鈴木茂嗣、平場安治、中式靖夫共著，《刑事訴訟法》，頁 738，轉引自林俊益，前揭文（註 80），頁 115-116。

本文認為相較之下，我國刑事訴訟法第一五九條第一項之規定，標準稍嫌寬鬆。

二、檢察官之訊問筆錄

日本刑事訴訟法第三二一條第一項第二款規定：「關於在檢察官面前所為陳述之書面筆錄，其陳述人因死亡、精神或身體之障礙，所在不明，或滯留國外，而無法於準備程序或審判期日到庭陳述時；或陳述人在準備程序或審判期日為與先前之陳述相反或實質上不同之陳述時。但以先前之陳述存有較為可信之特別情況者為限。」檢察官之訊問筆錄，原則上，並無證據能力，例外時，惟於符合一定條件(證人不能到庭與一定情況下)，始得作為證據⁸²。

日本實務上認為，檢察官乃專門之法律家，負有正當適用法律之客觀義務，故檢察官面前之陳述筆錄，雖係審判期日外所為，惟仍容許其有證據能力。雖如是，惟日本仍有不少數學者持不同意見，認為檢察官畢竟是與被告對立之一方當事人，與立於客觀第三者之法官並不相同，何況關於偵查中訊問證人，檢察官得依保全證據之規定聲請法院為之，並無承認檢察官面前筆錄具有「使用證據之必要性」，是以僅以「傳喚不能」之單一要件即承認「檢面陳述」有證據能力，顯然侵害被告對原陳述人行使反對詰問權之權利，就日本憲法第三十七條第二項規定被告有詰問證人權之精神觀之，檢察官面前之陳述筆錄是否可以作為傳聞法則之例外，是有疑問的。但日本最高裁判所則採「合憲說」，認為憲法第三十七條第二項係規定，對於法院所傳喚之所有證人，必須賦予被告充分

82 參照松本時夫、土本武司編著，前揭書(註 33)，頁 638。

為反對詰問之機會，其意旨並非謂未經被告之反對詰問之證人或其他人之陳述，即絕對不承認其有證據能力，故刑事訴訟法第二二一條第一項第二款之規定檢察官面前陳述有證據能力之規定，尚稱合憲。對此日本最高裁判所判例之見解，日本學說上多數有力之見解，採「限制合憲論」，認為除條文所規定「使用證據之必要性」要件外，解釋上，應加上「可信性之情況保證」，始得免除違憲之質疑。此外，日本刑事訴訟實務上，第三人乃至於共犯在審判期日作證時，推翻其在檢察官面前之陳述，時有所聞，故檢察官面前之書面筆錄是否依上開規定而取得證據能力，在審判期日上經常成為重要爭點之所在。何況此種檢察官面前之書面筆錄如廣為採用，日本學者乃譏之為「筆錄審判」⁸³。日本此種實務上之爭議，將來亦可能發生於我國，因此有必要先予釐清。

本文認為，我國新修第一五九條第二項之規定，與日本刑事訴訟法第三二一條第一項第二款之規定相較，確實太過寬鬆，致可能讓一些違反直接審理原則之證據進入法庭，不無可議之處。因此，我國學者對此條文均持反對增訂或批評之態度。認為需嚴格限制檢察官之訊問筆錄，認為原則是傳聞證據，僅有在陳述人不能傳喚或陳述人到庭陳述但前後不一致之例外情形下，且於有可信性之情況保證下，始得作為證據⁸⁴。

三、先前陳述不一致

依據我國第一五九之二的立法理由，第一五九之二係參考日本刑訴

83 參照林俊益，「我國傳聞法則之例外規定—檢察官之訊問筆錄」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，2003年9月，初版，頁128-129。

84 參照宋耀明，「我國傳聞法則之例外規定—先前陳述之不一致」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，2003年9月，初版，頁141-143。

法第三二一條第一項第二、三款之立法例⁸⁵所制定。

在第三二一條中包括第一項至第四項的內容。第一項是關於通常的供述記錄書(主要是供述調查筆錄類)及通常的供述書(呈報書、報告書等)的規定，第二項至第四項⁸⁶是關於特殊的供述記錄書(審判筆錄、審判程序準備中證人詢問筆錄等)及特殊的供述書(勘驗筆錄、鑑定書)的規定。該項例外中原則性規定是本條第一項第三款。該條第一項第三款規定的要件相當嚴格。例如，因供述人死亡等不能在審判庭供述或有顯著困難的場合，實際上只要是對方不同意作為證據(第三二六條)，就不承認其證據能力。相對於該原則性的例外規定，本條第一項第一款、第二款及第二項至第四項的規定均構成不同情形的特別例外情形，而這些確認證據能力之規定的要件遠比第一項第三款規定要件來得寬鬆⁸⁷。

本文認為，比較我國新修第一五九條之二與日本立法例，可發現日本刑訴法對證人審判外陳述與審判中陳述不同時可引用作為證據之前提，僅限於證人在法官或檢察官面前所為之陳述，而不及於在檢察事務

85 被告以外之人所寫成之供述書或記錄該人供述之書面資料，而由供述人簽名或蓋章之紀錄書，以下列情形為限，得作為證據：

- 1.關於記錄在檢察官面前所為供述之書面資料，由於供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或現在外國而不能在公判準備或公判期日供述時。但以存在著以前之供述比在公判準備或公判期日之供述更可信賴之特別情形時為限(第三二一條第一項第二款)。
- 2.關於前兩款所列書面材料以外之書面材料，由於供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或現在國外而不能在公判準備或公判期日供述，並且其供述為證明犯罪事實之存否所不可少時。但其供述以在特別可以信賴之情形下所為者為限(第三二一條第一項第三款)。參照松本時夫、土本武司編著，前揭書(註 33)，頁 638。

86 第三二一條第二項：在公判準備或公判期日所製作記錄被告以外之人供述之書面材料，或者記載法院或法官勘驗結果之書面材料，均得不顧前項之規定，而以之作為證據。第三二一條第三項：記載檢察官、檢察事務官或司法警察職員之勘驗結果之書面材料，當供述人在公判期日作為證人而受訊問時，已供述該項書面材料所寫成為真實時，得不顧第一項規定而以之作為證據。

第三二一條第四項：關於鑑定人所寫成之記載鑑定過程及結果之書面材料，亦與前項同。

87 參照土本武司著，宋英輝、董璠輿譯，前揭書(註 7)，頁 353。

官或司法警察之言詞或書面陳述。

四、傳喚或詢問不能

依據我國第一五九之三的立法理由，係參考日本刑訴法第三二一條第一項第三款之立法例，將日本刑訴法第三二一條第一項第三款之立法介紹如下：

(一) 日本刑訴法第三二一條第一項第三款規定：「關於前二款所列書面材料以外之書面材料，由於供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或現在國外而不能在公審準備或公審期日供述，並且其供述為證明犯罪事實之存否所不可缺少時。但其供述係在特別可信賴之情形下所為者為限」。

(二) 該條文中所謂「前二款所列書面」，係指第三二一條第一項第一款「在法官面前所做供述之書面材料」及第二款「在檢察官面前所做供述之書面材料」而言。

本文認為，若比較日本事訴訟法第三二一條第一項各款內容，可發現第三款之情形與前兩款之內容不同，不能單就供述內容不能重現為由認定其為傳聞法則之例外，為此，如欲認定第三款之證據具有證據能力時，尚須具備此一供述為證明犯罪事實之存否所不可或缺之要件(必要性)以及存有特別可信之情況要件(特別可信性)等兩要件。尤其是「存有特別可信之情況」的要件，前述檢察官面前之筆錄所要求之程度只要求屬於相對性之條件(較為和緩之條件，重在前後之比較)即可，但本款所要求之程度屬於絕對性(絕對要求此一特別可信情況的存在)⁸⁸。觀諸我國新

⁸⁸ 參照丁中原，「我國傳聞法則之例外規定—傳喚或詢問不能」，收錄於《傳聞法則之

修第一五九條之三規定，係仿照前開日本刑事訴訟法第三二一條第一項第三款規定所制，以補救採納傳聞法則下實務可能產生蒐證困難之虞，促使實體真實發現，但為避免於審判程序中發生事實上無從直接審理所生供述虛偽危險，故對於傳喚或詢問不能所要求之程度屬於較高標準，絕對要求此一特別可信情況的存在始得例外肯認其證據能力。

五、同意文書

傳聞法則之所以要排除傳聞證據，乃因傳聞證據未經當事人詰問之故，是以為保障當事人之反對詰問權，乃將傳聞證據排除之，惟如當事人同意⁸⁹傳聞證據作為證據，該傳聞證據自得作為證據，基於此一理由，設有當事人「明示同意」與「擬制同意」作為證據之相關規定如下：

(一)當事人「明示同意」

日本刑事訴訟法第三二六條第一項規定：「檢察官與被告同意作為證據之書面或陳述，以斟酌作成該書面或陳述當時之情況認為相當者為限，得作為證據。」簡稱為「同意書面」。

考量本無證據能力之書面或供述，由於當事人之同意，即可取得證據能力，其法理無非係當事人放棄其反對詰問權之故，蓋傳聞證據之應受排除，係在未予當事人反對詰問之機會，如當事人自願不行使其權利，自非法所不許，故經同意之陳述，即使為傳聞證據，亦應解為具有證據

理論與實踐》一書，2003年9月，初版，頁179-180。

⁸⁹ 關於傳聞之同意，其性質如何，在日本法上有「放棄反對詰問說」與「證據能力賦予說」二種主張，放棄反對詰問說認為同意傳聞證據作為證據，即不得再行聲請該陳述人到庭進行詰問，以爭執該傳聞陳述之證明力；證據能力賦予說，則認為詰問權並未喪失，仍可聲請詰問原陳述人以爭執該傳聞陳述之證明力。參照陳運財，前揭文（註30），頁96。

能力⁹⁰。

(二)當事人「擬制同意」

第二項規定：「於被告不到庭亦得調查證據之場合，被告不到庭時，視為有前項之同意。」此為「擬制同意」，係指依法不待被告出庭，亦可調查證據之場合(指輕微案件)，被告未出庭即視為已有前項之同意(第二項)按本條為英美法之所無，係日本刑事訴訟法之特殊規定⁹¹。

此外，日本刑訴法第三二七條規定：「預料證人於審判期日無法到庭，雙方當事人合意先將該證人於審判期日可能陳述之內容製作書面而提出於審判期日使用者，法院亦得以之作為證據。」簡稱為「合意書面」⁹²。

至於此傳聞法則之規定與憲法上詰問證人的關係⁹³，判例認為日本憲法第三十七條第二項規定僅屬保障被告對於到庭證人(形式意義之證人)行反對詰問之機會，而非謂對所有具證人資格者(實質意義之證人)詰問權之保障，故與傳聞法則之規定無密接關係，承認傳聞例外，並不立即構成違憲。惟學說多數說則認為刑事訴訟法上傳聞法則之規定源自於憲法上詰問證人權之保障⁹⁴。

因此，本文認為日本法上確認其傳聞法則例外的根據有二，分述如

90 參照陳樸生等著、刁華榮主編，《比較刑事證據法各論》，漢林出版社，1983年1月，初版，頁224-225。

91 參照陳樸生等著、刁華榮主編，前揭書(註90)，頁225。

92 參照林俊益，「我國傳聞法則之例外規定—同意文書」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，2003年9月，初版，頁255-256。

93 參照日本憲法第三十七條第二項規定：「刑事被告，應被充分賦予詰問所有證人之機會，且享有為自己之利益依公費請求以強制程序傳訊證人之權利。」

94 參照田宮裕，前揭書(註78)，頁362。

下：

第一是「可信性情況的保障」。如前所述，傳聞證據因其係在面臨法官以外的地方所作的供述，由於未經當事人反詰問核實，其真實性有疑問而被排除。但是，一般說來，如果該供述是在值得特別信任的情況下作出的，且已達到無需當事人反詰問核實該真實性的程度時，由於該陳述的虛假的危險性很小，故此可承認其證據能力；

第二是「必要性」要件。例如原供述人因死亡、所在不明、居住國外等不能到庭的情況下，不能給對方提供反詰問的機會，但當沒有其他證據可以代替該證據時，應認為具有使用該傳聞證據的必要性。這兩個要件是處於相互補充和成反比例的關係，即為其一方要件極力補充時，他方要件即可放寬的關係。例如，如果一方要件為六成，他方要件為四成即可。

如果說確認傳聞法則例外的理由如上所述，那麼，只要符合上述要件，就可以相當廣泛地確認其例外的情形。現在，即使在英美法中，幾乎也認為「傳聞法則是例外的法則」，廣泛的承認其例外。日本刑訴法在第三二一條至第三二七條設置了傳聞法則的例外規定，相當廣泛地賦予符合一定要件的傳聞證據的證據能力。在此規定的各種要件，歸根到底，是上述兩要素組合配置的具體展開。因此，為判斷某供述證據的證據能力，首先應判斷該證據是否為傳聞證據。如果不是傳聞證據，則作為傳聞證據的適用外情形處理；如果是傳聞證據，則要辨別是否符合第三二一條至第三二七條規定的要件，並以此決定其有無證據能力(參見本論文附錄二：歸納整理日本刑事訴訟法第三二一條以下的例外規定)⁹⁵。

95 參照土本武司著，宋英輝、董璠輿譯，前揭書(註 7)，頁 351-352、頁 356，

所以，就共犯審判外之陳述，由於係被告以外之人所為之審判外陳述，故原則上應屬傳聞證據，不具證據能力，除非符合前開所述之傳聞例外情形，始例外肯認該共犯審判外陳述之證據能力，得作為判斷被告、他共犯或共同被告有罪之證據。惟值得注意的是，受英美法之影響，日本刑事訴訟法於第三二一條以下明文規定之傳聞法則之例外，因日本刑事偵查之構造、檢察官之地位以及殘留之直接審理原則的影響，日本法上之傳聞例外規定與英美法上傳聞法則相較，顯得較為寬鬆。

第四項 我國制度設計

第一款 民國九十二年一月刑事訴訟法修法前之問題狀況

修法前第一五九條僅規定證人於審判（按指廣義之審判，即包括準備程序及言詞辯論程序）外之陳述（含言詞陳述及書面陳述），除法律有規定者外，不得作為證據。但實務上共同被告（指於一個訴訟關係中，同為被告之人）、共犯、被害人等，非必即屬訴訟法上之「證人」，其等審判外之陳述，性質上亦屬傳聞證據，得否作為證據，不免引起爭議。

由於共犯間對犯罪事實最為熟悉，其陳述極具證據價值，若完全不採，亦與發現真實之本旨有違。修法前，依我國實務見解，共同被告所做之陳述只要經合法調查，即得為證據。所謂之「合法調查」，係指法院應調查共同被告之陳述有無疑竇、能否採信、有無瑕疵、是否與事實相符等等⁹⁶。未與被告一同審判之共犯所為之陳述，亦得為證據⁹⁷。故修法

96 參照最高法院二十年度上字第一八七五號判例；最高法院四十六年度上字第四一九號判例。

97 參照最高法院二十九年度上字第一一九〇號判例：「證人某甲，雖經自訴人指供為共同舞弊侵占之人，但證人與本案有共犯嫌疑者，依刑事訴訟法第一七三條第一項

前我國實務運作上，將共同被告偵查中之自白，當作「被告之自白」處理，若具任意性，即認有證據能力，得提出於法庭作為他被告案件之證據使用。

依刑事訴訟法第九十七條規定，被告有數人時，採隔別訊問原則，其未經訊問者，不得在場，故被告(例如甲)無直接「詰問」共同被告(例如乙)之機會，即使透過同條但書規定，被告甲得請求與共同被告乙對質，惟因合併審理中之共同被告乙仍屬被告⁹⁸，享有緘默權，即使虛偽陳述，亦不負偽證罪，故共同被告乙於偵查中或審判中如為不利於被告甲之陳述，亦甚難透過對質之機會予以辨明或彈劾，最後能否發現真實，釐清共同被告乙有無避重就輕或誣攀，被告甲只能仰賴法院自由心證的取捨，惟在法官案重初供的心態下，共同被告乙偵查中的陳述筆錄，往往即成為被告甲的呈堂證據。然而於實務上共同被告乙為推卸責任而誣指他人共同涉案或主謀犯罪、或與被告甲有不一致或利害相反的情形，並非罕見，此種情形，如法院逕以共同被告乙偵查中所為不利於被告甲之陳述，作為被告甲有罪之證據使用，無異是視共同被告乙之陳述為被告甲之自白，不僅侵害被告甲詰問該共同被告乙之權利，更不利於實體真實的發現，過去實務上不少共犯案件被質疑有冤獄的弊端，即是此種結構性病灶的產物⁹⁹。實務運作既存之狀況，就共犯陳述為證據之情形，可歸類為以下三大類型：

1. 共犯以「共同被告」身分於審判中之陳述。

第三款，祇不得令其具結，而其所為之證言，並非絕對不得採取。」

98 共同被告於刑事程序中，具雙重性格，就其本人而言，是被告之同時，相對於與他被告的關係，則屬被告以外之第三人。

99 參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 100-101。

例如甲乙為共犯關係，被一同起訴審判，審判中甲陳述下手實施者為乙，犯罪情節如何…，法院即以「共同被告」甲之陳述為「其他被告」乙之證據。

2. 共犯以「證人」身分於審判中之陳述。

例如甲乙為共犯關係，檢察官先起訴乙尚未起訴甲，在乙的審判中，法院傳喚甲作證，依修法前之刑事訴訟法第一八六條但書第三款規定，與被告有共犯關係之人得作為證人，只是不得令其具結，其陳述具有證據能力¹⁰⁰，此時為法院以「證人」甲之陳述為「被告」乙之證據。

3. 共犯於審判外之陳述(即為本章節論述重點)。

不論共犯以「共同被告」身分或以「證人」身分為陳述，由於裁判者未能親自訊問及觀察、辯護人亦未必能詰問，有違反直接審理原則與侵害被告之對質詰問權之虞。又共犯於審判外之陳述，尚可區分為幾種不同類型：

(1) 共犯於其他「審判」程序之陳述

例如甲乙丙三人有共犯嫌疑，檢察官僅起訴乙，尚未起訴甲、丙，在「乙」的審判中，法院傳喚甲作證，甲陳述：「我與乙及丙如何犯案」。嗣後在「丙」的審判中，法院不再傳甲作證，引用甲在「乙」審判中之陳述為證據，此時所引用者為共犯於其他審判中之陳述。

(2) 共犯於「檢察官偵訊」時之陳述

共犯於「檢察官偵訊」時之陳述，例如甲乙有共犯關係，在偵查中傳喚甲訊問，甲陳述：「我與乙如何犯案」，在乙的審判中，法院未傳喚甲訊問，直接引用甲於檢察官偵查中之陳述為證據。

¹⁰⁰ 參照最高法院二十九年度上字第一一九〇號判例。

(3) 共犯於「警訊」時之陳述

共犯於「警訊」中之陳述，例如甲於警訊中陳述：「我與乙如何如何犯案」，檢察官未訊問甲，法院亦未傳喚甲，即直接引用共犯甲於警訊中之陳述為證據。

(4) 共犯相互間或共犯「對他人之陳述」

共犯相互間或共犯「對他人之陳述」，例如共犯甲對共犯乙言：「明日幾時，我們下手殺丙」，或者共犯甲對第三人言：「明日我要與乙一起殺丙，請你借一把槍給我」，這些言論經警察合法監聽錄音，嗣後成為「乙」審判中之證據¹⁰¹。

綜上所述，於民國九十二年一月修法前，我國實務見解，就共犯或共同被告審判外之陳述，涉及證據能力有無之判斷者，具體而言，有三種情形：

(一) 司法警察(官)之警詢筆錄

最高法院七十一年台上第六一四〇號判例要旨：「證據已在審判期日顯出於審判庭，經法院就其是否可信為直接之調查者，即得採為判決之基礎。現行我國刑事訴訟制度，就證據之蒐集與調查，並不僅限於在法院始得為之，檢察官之偵查不論矣，即司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定，亦有協助檢察官偵查犯罪之職權，若司法警察單位所為證據調查之資料，法院得依直接審理之方式加以調查者，仍具有證據能力。」(本則判例於九十二年五月二十日

101 參照王兆鵬，前揭文(註 51)，頁 13-14。

經最高法院九十二年度第九次刑事庭會議決議自九十二年九月一日起不再援用，不再援用理由：法律已修正，判例不合時宜¹⁰²。）

最高法院七十一年台上第五九四六號判例要旨：「上訴人在原審曾辯稱伊之警訊筆錄係持續十七、八小時疲勞訊問所作成，欠缺任意性云云。原審就上訴人此項抗辯未先於其他事項而為調查，其所踐行之訴訟程序固不無違誤。惟查本件犯罪事實，曾經已定讞之共同被告鍾某於警局及檢察官偵查中坦承不諱，核與被害人蔡某指訴失竊情節相符，並有贓物領據可稽，是共同被告不利於己之陳述，既經原審調查其他證據察其與事實相符，仍得採為上訴人論罪之依據。且上訴人在檢察官偵查中亦供認上開犯行無訛，是除去上訴人在警局之自白，綜合其他證據，仍應為同一事實之認定，從而原審前述訴訟程序上之違誤，並不影響於判決，上訴人執此提起第三審上訴，尚難認係適法之上訴理由。¹⁰³」

前開二判例均認司法警察(官)有協助檢察官偵查犯罪之職權，則司法警察(官)製作之警詢筆錄，具有證據能力¹⁰⁴。

(二)向檢察官所為之陳述筆錄

參照最高法院七十六年台上第五六九四號判決要旨：「我國現制既認法院或受命推事於審判期日前、檢察官或司法警察在偵查中，均有蒐集證據之權，不採公判集中主義；而證人在偵查或審判中已經合法訊問，其陳述明確，別無訊問之必要者，不得再行傳喚，復為刑事訴訟法第一

102 參照司法院公報，第 45 卷 8 期，頁 54-55；司法周刊第 1143 期，2003 年 7 月 23 日。

103 參照最高法院判例要旨(下冊)第 922 頁

104 參照林俊益，前揭文(註 31)，頁 138。

百九十六條所明定。自無禁止法院以審判期日外所錄取之筆錄或其他文書作為證據之餘地。因之，刑事訴訟法第一百五十九條應係專就證人之陳述方式設其限制之規定。即不得以書面代到庭之陳述，藉符直接審理及言詞辯論主義之要求。」及最高法院七十一年台上第六一四〇號判例、最高法院七十一年台上第五九四六號判例之見解，認為共犯或共同被告偵查中向檢察官所為之陳述筆錄，具有證據能力¹⁰⁵。

(三)向法官所為之陳述筆錄

共犯或共同被告於審判外向法官所為之陳述筆錄，均得作為證據¹⁰⁶。

第二款 民國九十二年一月刑事訴訟法修法後之解釋及適用

依據第一五九條第一項所定之「傳聞法則」之概念，將被告以外之人，於審判外之陳述定位為傳聞證據。

按傳聞法則係由英、美發展而來，隨陪審制度之發達而成長，但非僅在於陪審裁判，已進化為近代之直接審理主義及言詞審理主義，並認訴訟當事人有反對詰問權，因此傳聞法則與當事人進行主義有密切關聯，其主要作用即在確保當事人之反對詰問權。由於傳聞證據，有悖直接審理主義及言詞審理主義諸原則，影響程序正義之實現，應予排斥，已為英美法系及大陸法系國家所共認，惟因二者所採訴訟構造不同，採英美法系當事人進行主義者，重視當事人與證據之關係，排斥傳聞證據，以保障被告之反對詰問權；採大陸法系職權進行主義者，則重視法院與

¹⁰⁵ 參照林俊益，前揭文(註 31)，頁 139。

¹⁰⁶ 參照林俊益，前揭文(註 31)，頁 139。

證據之關係，其排斥傳聞證據，乃因該證據非在法院直接調查之故。修法前第一五九條僅規定證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。但實務上共同被告、共犯、被害人等，非必即屬訴訟法上之「證人」，其等審判外之陳述，性質上亦屬傳聞證據，得否作為證據，不免引起爭議；另對於被告審判外之陳述，應無保護其反對詰問權之問題，爰參考日本刑事訴訟法第三二〇條第一項之規定，修正第一五九條第一項，亦即除法律有規定者外，「被告以外之人」審判外之「言詞或書面」陳述，原則上均不得作為證據，將共同被告、共犯、被害人等審判外之陳述，同列入傳聞法則之規則，不以證人審判外之陳述為限。又本條所謂「法律有規定者」，係指本法第一五九條之一至之五及第二〇六條等規定，此外，尚包括性侵害犯罪防治法第十五條第二項、兒童及少年性交易防制條例第十條第二項、家庭暴力防治法第二十八條第二項、組織犯罪防制條例第十二條，及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等多種刑事訴訟特別規定之情形。

至於簡易程序，由於係對於情節輕微，證據明確，已足認定其犯罪者，規定迅速審判之訴訟程序，不以言詞審理為必要，如本法第四四九條第一項前段規定，是以適用簡易程序之案件，無需適用第一五九條第一項之傳聞法則。另依修正條文第二七三條之一、第二七三條之二等規定，行簡式審判程序時，對於證據之調查，不受第一五九條第一項、第一六一條之二、第一六一條之三、第一六三條之一、第一六四條至第一七〇條規定之限制，故第一五九條第一項傳聞法則於簡式審判程序不適用之。

此外，本法第一六一條有關起訴審查之規定；另關於搜索、鑑定留

置、許可、證據保全及其它依法所為強制處分之審查，因上開審查程序均非認定被告有無犯罪之實體審判程序，其證據法則無需嚴格證明，僅以自由證明為已足，故不適用第一五九條第一項傳聞法則之規定，以避免實務運作發生爭執¹⁰⁷。

另外，附帶一提的是，二〇〇四年三月二十三日三讀通過之刑事訴訟法新增訂協商程序中，涉及共犯不利陳述之效力問題。就法院是否已為協商判決加以區分說明：1. 就法院未為協商判決者—「被告」或其代理人等在協商過程中之陳述，得否成為「其他共犯」之不利證據？按新法第四五五條之七規定：「法院未為協商判決者，被告或其代理人、辯護人、輔佐人在協商過程中之陳述，不得於本案或其他案件採為對被告或其他共犯不利之證據。」2. 就法院已為協商判決者—「被告」或其代理人等在協商過程中向法官或檢察官所為之陳述，得否成為「其他被告或共犯」之不利證據？新增訂協商程序中僅規定「法院未為協商判決者」，被告等人陳述之效力；至於「法院已為協商判決者」時，被告等人不利陳述之規定，並未規範。此時值得注意的是，被告會換取有利協商條件，往往會有損人利己之主張出現，例如為得減刑之恩惠，可能誣指其他共犯(如收賄案之其他同僚)，如果法院據此作成協商判決，則該被告具高度危險性之陳述隨著本法第一五九條之一傳聞法則之例外規定，成為其他被告或共犯之不利證據，極不公平。為此，新法第四五五條之七的立法理由認為：「應適用本法其他規定解決。惟在其他被告及共犯之審判中，法院應審酌此等陳述係在協商過程中取得，更應確保其他被告及共

¹⁰⁷ 參照第一百五十九條修法理由說明，刑事訴訟法部分條文修正新舊條文對照表，民國九十二年一月十四日立法院三讀通過，頁 21-27。

犯之對質詰問權得有效行使，併此敘明。」前開立法理由所強調的內容涵蓋三問題：(1)證據能力問題，「應適用本法其他規定解決」—該「本法其他規定」，即指如合於第一五九條之一以下傳聞法則例外的要件時，得為證據。(2)證據證明力問題，「法院應審酌此等陳述係在協商過程中取得」，一級法院應明白被告可能係出於為求取有力協商條件而作之陳述，對此等陳述之證據證明力，應持審慎態度。(3)詰問權之保障，「更應確保其他被告及共犯之對質詰問權得有效行使…」，亦即若法院僅提示協商程序之筆錄並告以要旨，而其他被告或共犯之答辯又僅限於對該筆錄之內容為承認或否認，即已實質侵害他被告或共犯之詰問權，亦有礙實體真實發現。為此，法院應傳喚協商程序為陳述之人到庭，使其他被告及共犯得有效行使對質詰問權¹⁰⁸。

第一目 傳聞法則化之意義與目的（第一五九條）

一、意義

1. 確立第一五九條為傳聞法則

修法前，我國多數學說與實務見解向來認為第一五九條為直接審理原則之規定，少數學說認為係傳聞法則之規定，二說迭生爭議。

新修正刑事訴訟法第一五九條第一項規定：「被告以外之人，於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」明確將傳聞法則之意涵突顯出來，可謂係傳聞法則明文化之規定。

2. 排除傳聞證據、保障被告之反對詰問權

¹⁰⁸ 參照王兆鵬，「論刑事訴訟新增訂之協商程序(下)」，司法周刊第 1183 期，2004 年 5 月 6 日；楊雲驊，「刑事訴訟法新增協商程序之探討(上)」，月旦法學教室，第 20 期，2004 年 6 月，頁 90。

按新修正刑事訴訟法第一五九條第一項及第一五九條之一至第一五九條之五規定，確立傳聞法則及其例外；就「被告以外之人」（不單指現行條文所指之證人，尚包括共犯或共同被告、被害人等）於審判外之陳述，同納入傳聞法則之規範，於符合「傳聞法則例外」之二基準（必要性、可信性）之前提下，確立為「傳聞陳述之例外」，俾符排斥傳聞證據原則、保障被告反對詰問權之目的。

二、目的

1. 基於保障被告之防禦權，賦予其反對詰問權，兼顧實體真實發現與被告人權之保障。

2. 確認陳述證據之外部客觀環境情狀的可信性、針砭該陳述證據之真實性與內部信用性，考量共同被告之自白對被告而言，較一般證人之證言更具殺傷力，為防止共同被告審判外之自白的危險性，自不宜逕以偵查中之自白筆錄為證，應使共同被告到庭陳述，直接調查，以利釐清真實，避免誤判，有效減少共犯之間相互推諉責任，互相陷害而為虛偽陳述，因而造成冤獄之情形，改善我國過去實務過於偏重自白、案重初供…有害被告程序保障、不利於刑事案件之實體真實發現之現象，減少當事人因不信服判決而重複提起訴訟救濟所耗費之社會成本與司法資源，間接可有效促進使訴訟迅速審理終結。

3. 基於原理與訴訟構造上的理由，認為傳聞法則較符合當事人進行原則的訴訟模式，有助於強化交互詰問制度¹⁰⁹。

109 參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 101。

第二目 傳聞法則例外之適用

(第一五九條之一至第一五九條之三、第一五九條之五)

共同被告於審判外陳述，屬「傳聞證據」，基於傳聞法則對法官自由心證恣意之限制，考量心證自律精神與程序權保障，原則上不具證據能力¹¹⁰；學說有認參考美國法規定，認為雖不得為實體證據（證明犯罪事實，判斷有罪否之判斷依據），但得為彈劾證據（彈劾證人證言之憑信性）¹¹¹，例如遇有共同被告警詢陳述與審判中陳述不一致時，檢察官得以共同被告警詢筆錄作為彈劾證據，彈劾證人在審判中之證言為不實¹¹²。

例外情形，符合「傳聞法則例外」之二基準（必要性、可信性）之前提（第一五九條之一至第一五九條之四）下，或經雙方當事人於審判程序中之同意，對共犯審判外具任意性之陳述（第一五九條之五），例外肯認其證據能力。

本次修法，認為「被告以外之人於審判外之陳述」，如具有「可信性之情況保證」（乃特信性情況，指陳述時之外部客觀情況值得信用）及「使用證據之必要性」（係指因無法再從同一陳述者取得證言而有利用原陳述之必要性）時，亦例外地容許該審判外之陳述，得作為證據。關於第一五九條之一以下規定，具體反映於共犯或共同被告審判外陳述之適用，應注意下列情形：

（一）司法警察（官）之警詢筆錄

（1）共犯或共同被告到庭，但其審判中之陳述與先前審判外之陳述

110 參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 106。

111 參照王兆鵬，「共犯或共同被告之陳述」，月旦法學教室，第 3 期，2002 年 12 月，頁 94。

112 參照林俊益，前揭文(註 31)，頁 144。

(例如警詢筆錄)不一致

關於第一五九條之二規定前後不一致陳述之處理問題，就共同被告於審判期日到庭之陳述，該陳述與先前審判外之陳述不一致，例如警詢中自白內容前後矛盾或有實質不一致的情形，如符合第一五九條之二規定之要件，其先前之陳述「較具可信之特別情況」，且為「證明犯罪事實存否所必要」者，得為證據。法院得捨棄審判中陳述不用，而例外採取該共同被告警詢中之自白筆錄作為證據。

所謂較具可信之特別情況即「可信性之情況保證」，係指陳述人在為該陳述時之「外部情況」足以令人相信該陳述的虛偽性的危險性不高，未因外力之影響而可信而言，屬於證據能力之規定，並非指該陳述「內容」可信度很高之證明力問題¹¹³，是值注意，故法院應審慎比較審判外與審判期日共同被告前後陳述之外部情況(只陳述當時外在之附隨環境或條件)，判斷何者較為自然可信。例如共同被告於警詢時之陳述較具悔意，相對的法庭上所為之陳述顯受到被告之威嚇或串證下所為，此時得認該共同被告先前警詢時之陳述具有較可信之情況保證。是否具備此項可信性之要件，應由聲請調查共同被告警詢筆錄之檢察官負舉證責任。再者，於調查程序上，法院決定採用共同被告先前警詢之不一致陳述時，至遲在他被告或其選任之辯護人進行詰問前，應賦予其檢閱該共同被告之警訊筆錄之機會，或告以該筆錄之要旨，使其就不一致陳述之部分，得充分詰問共同被告¹¹⁴。

又如，共同被告於審判期日到庭之陳述，該陳述與先前審判外受檢

113 參照林俊益，前揭文(註 31)，頁 138。

114 參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 104。

察官或法官訊問時所為之陳述不一致時，若要使用先前於檢察官或法官面前所為之陳述作為證據，條文體例上似可直接適用第一五九條之一規定，以作為證據容許性之依據；為此種情形，法院仍應進一步參酌第一五九條之二規定之要件，比較前後不一致陳述之外部情況何者較為可信，且使被告有就先前不一致陳述行反對詰問之機會，始為妥適之運作¹¹⁵。

(2) 共犯或共同被告因故無法於審判中到庭陳述（傳喚不能）

共犯或共同被告之警詢筆錄，原則上不得作為證據，例外符合第一五九條之三規定，認被告以外之人於審判中有下列情形之一者：一、死亡者；二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者；三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者；四、到庭後無正當理由拒絕陳述者；其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明「具有可信之特別情況」，且為「證明犯罪事實存否所必要」者，得為證據。

所謂傳喚不能包括共同被告已死亡、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、以及到庭後無正當理由拒絕陳述等情。關於傳喚不能要件之適用，應注意的是，例如國家機關在預見經死刑判決確定之共犯仍有其他被告之案件到庭調查之必要，卻逕予執行死刑，造成該共犯無法於他被告之案件到庭陳述（例如蘇建和等三人案中之共犯王文孝經死刑判決確定，被先行槍決，導致嗣後死無對證之弊端）；或偵查機關惡意將共犯或共同被告藏匿或將其遣送出國，致造成傳喚不能者，此等情形，應認構成可歸責於國家機關之對被告詰問權之重大侵害，違反正當程序，無第一五九條之三例外規定之適

¹¹⁵ 參照陳運財，前揭文（註 31），頁 104。

用¹¹⁶。

(二)向檢察官所為之陳述筆錄

依第一五九條之一第二項規定，被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除有顯不可信之情況者外，得作為證據。因此，檢察官之偵訊筆錄，十之八九均得作為證據；且檢察官必須就「顯有可信之情況」負舉證責任；又本條項之「檢察官」，實務見解有認不包括軍事檢察官在內，若共犯係向軍事檢察官所為陳述，仍係審判外陳述，為傳聞證據，不具證據能力¹¹⁷。

本文認為，實務上關於本條項規定之適用，應力求慎重，否則大量共同被告偵查中筆錄循此一管道湧入審判期日，提出於法庭上朗讀後，即作為認定其他共同被告有罪之依據，致使他被告喪失直接詰問該共同被告之機會，將有害於賦予共同被告審判外之陳述傳聞證據化的立法原意；並產生如先前於第二章所提美國法上傳聞法則之例外是否侵害被告詰問權之爭議(Roberts 案)。尤其是，基於偵查中檢察官訊問證人與訊問共同被告之不同，對於是否應容許訊問證人筆錄或訊問共同被告筆錄之證據能力，有重大影響。蓋共同被告於偵查中受檢察官訊問時，仍具被告身分，享有緘默權，不受偽證罪負擔；與受訊問之證人不同。而且，訊問被告時，無擔保據實陳述之規定，是以，若共犯或共同被告接受檢察官訊問時，其虛偽可能性或推卸罪責給其他被告的風險，難以去除；換言之，共同被告在偵查中向檢察官所為陳述，不當然是特別可信情況

¹¹⁶ 參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 103。

¹¹⁷ 參照林俊益，前揭文(註 31)，頁 139。

下所為，故得否容許該自白筆錄，提出於法庭中朗讀，自應慎重。是以，學說有認第一五九條之一第二項規定所謂「除有顯不可信之情況者外」，得作為證據之情形，基本上係指檢察官偵查中訊問共同被告時，已經歷過他被告或其辯護人對該共同被告行詰問辯明之機會，或該共同被告因死亡，精神、身體之障礙，所在不明或滯留國外而無法於審判期日到庭陳述，且該陳述具可信之情況保障，又為證明被告犯罪事實之存在所必要者，始得例外的作為證據¹¹⁸。

(三)向法官所為之陳述筆錄

依第一五九條之一第一項規定，被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。對於此被告以外之人於審判外，於法官面前所為陳述之證據能力，學說尚有爭議，大致上可分為兩說：

(甲說)不問該陳述人是否有出庭可能；若出庭陳述，不問其陳述是否前後一致；不問該陳述是否經被告之反對詰問，該陳述均有 100%之證據能力。又本條項之「法官」，實務見解有認不包括軍事審判官在內，若共犯係向軍事審判官所為陳述，仍係審判外陳述，為傳聞證據，不具證據能力¹¹⁹。

(乙說)惟須注意的是，若法官於審判外訊問共同被告時，其他共同被告並未在場詰問，且審判期日他被告並不同意將該共同被告之筆錄作為證據者，此種情形，法院仍應傳喚該共同被告到庭，賦予被告有直接對其詰問辯明之機會¹²⁰。

118 參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 103-104。

119 參照林俊益，前揭文(註 31)，頁 139。

120 參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 104。

本文認為宜採乙說，理由在於：1. 本條文顯有不當，不分是否為審理本案之法官，只要在法官面前所講的話，全為「非傳聞」，顯然忽略法官也只是凡人，也有陷於錯誤之可能，概括承認在法官面前所為的陳述就可以援引，標準顯然過於寬鬆。2. 為保障被告直接與證人對質及行反對詰問之機會，應做適當的修正。3. 單因對象不同，而為寬鬆不同處理，顯有欠公允。

(四)同意法則

依第一五九條之五規定，共同被告偵查中之自白，應得其他共同被告之同意，應具備「相當性」要件，使得例外作為他被告案件之證據。有無「相當性」之判斷，法院應審酌該共同被告審判外所為之言詞或書面陳述作成時之情況，如認有欠缺任意性，或取得過程中有重大違法，或證明力顯然過低，即屬不相當之情形，縱使被告明示同意，亦不容許作為證據。尤須注意的是，當事人同意使用共同被告偵查中之自白作為法庭證據，僅屬放棄詰問該共同被告之機會，並非當然使該自白之瑕疵或違法性因而獲得治癒，故若法院認為該共同被告偵查中之自白係出於不正取供，或共同被告顯有嫁禍被告而為虛偽陳述之情形者，仍應無本條規定之適用而取得證據能力¹²¹。

傳聞法則之所以要排除傳聞證據，乃因傳聞證據未經當事人詰問之故，是以為保障當事人之反對詰問權，乃將傳聞證據排除之，惟如當事人同意傳聞證據作為證據，該傳聞證據自得作為證據，基於此一理由，

¹²¹ 參照陳運財，前揭文(註 31)，頁 102-103。

設有當事人「明示同意」與「擬制同意」作為證據之相關規定如下¹²²：

(一) 明示同意(第一五九條之五第一項)

1. 法律規定

新刑事訴訟法第一五九條之五第一項規定：「被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。」

2. 增訂理由

按傳聞法則理論依據在於，傳聞證據未經當事人之反對詰問予以核實，應予排斥。惟若當事人已放棄對原供述人之反對詰問權，於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料豐富、有助於真實發見之理，法院自可承認該傳聞證據之證據能力。

由於此種同意制度係根據當事人的意思而使本來不得作為證據之傳聞證據成為證據之制度，乃確認當事人對傳聞證據有處分權之制度。為貫徹本次修法加重當事人進行主義色彩之精神，固宜採納此一同意制度，作為配套措施。然而我國尚非採徹底之當事人進行主義，故而法院如認該傳聞證據欠缺適當性時，例如證明力明顯過低或該證據係違法取得，仍可予以斟酌而不採為證據，爰參考日本刑事訴訟法第三二六條第一項之規定，增設本條第一項規定。

3. 要件分析

(1) 被告以外之人於審判外之陳述

122 參照林俊益，前揭文(註 92)，頁 255-256。

本條項係配合第一五九條第一項規定：「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述」而設之傳聞例外規定，故僅有被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，始有本條項之適用。

(2)不符前四條之規定

(3)經當事人於審判程序同意作為證據

(4)法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者

(二)擬制同意(第一五九條之五第二項)

1. 法律規定

修正刑訴法第一五九條之五第二項規定：「當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，如有第一五九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。」

2. 增訂理由

第一五九條之五第二項之增訂理由如下：「至於當事人、代理人或辯護人於調查證據時，如有本法第一五九條第一項不得為證據之情形，卻表示『對於證據調查無異議』、『沒有意見』等意思，而未於言詞辯論終結前聲明異議者(Without Objection)，為求與前開同意制度理論一貫，且強化言詞辯論主義，確保訴訟當事人到庭實行攻擊防禦，使法庭活動活潑、順暢，應視為已有將該等傳聞證據採為證據之同意，爰參考日本實務之見解，增訂本條第二項。」

3. 要件分析

(1)適用之對象

由於詰問權人，僅包括當事人、代理人、辯護人，並不包括輔佐人

或告訴人之代理人，故僅於當事人、代理人或辯護人，始有本條之適用，至於輔佐人或告訴人之代理人，並無本條擬制同意之適用。

(2)當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時明知為傳聞證據

須當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時。明知為傳聞證據不得為證據(即依第一五九條第一項不得為證據)之情形，始有適用。

(3)未於言詞辯論終結前聲明異議

(三)當事人之撤回同意

當事人明示同意後，可否撤回同意之意思表示?司法院頒布「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第九十四點規定:「·……基於訴訟程序安定性、確實性之要求，若當事人已於準備程序或審判期日明示同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據，而其意思表示又無瑕疵者，不宜准許當事人撤回同意，但其撤回符合情形時，則不受此限:(一)當事人尚未進行該證據之調查。(二)他造當事人未提出異議。(三)法院認為適當。」認為原則上，不得撤回同意之意思表示，例外，則允許撤回同意。值得商榷者，此等重要事項，為何不經立法程序完成立法而規定在司法院頒布之「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」之內?如此是否符合刑訴法第一條第一項規定:「非依本法或其他法律所定之程序」之意旨?不無疑問¹²³。

第三目 概念區別

有鑑於實務對於新修訂刑事訴訟法相關條文中之可信性與信用性，

123 參照林俊益，前揭文(註 92)，頁 258。

有認為乃混淆證據能力與證明力之說法¹²⁴，本文擬欲加以釐清此二概念乃為兩種截然不同之觀念，無混淆問題：

(1)可信性(外部客觀情狀之判斷，為「證據能力」層次問題)

關於可信性情況之要件，乃證據能力之規定，非陳述證明力問題。乃為作為特信性情況之資料，係依該陳述外部附隨之環境或條件，亦即外部之客觀證據，例如證人於審判外陳述是否為較具悔意之情況，或審判期日有無顯見受到被告恐嚇之情形…等等外部客觀情狀判斷之。例如新法第一五九條之二處理審判內外陳述不一致時，對於被告以外之人於審判期日到庭所為之陳述，與其於警訊時所為之陳述相反或不符時，不得僅以該審判外之警訊筆錄內容，作為彈劾證人本身信用性之證據使用(彈劾證據之容許性)，同時只要該審判外之警詢筆錄具有「較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者」，亦得作為有關犯罪事實之實質證據使用¹²⁵。

(2)信用性(內部憑信性之判斷，為「證明力」層次問題)

雖然與外部客觀情狀之可信性判斷有時會相互影響，例如審判內外陳述不一致時，該審判外之陳述或可作為彈劾證人本身信用性之證據使用(彈劾證據之容許性)，惟本質上，其與可信性為截然不同之概念，是值得注意。

第四節 結語

一、傳聞法則與被告之反對詰問權

124 參照陳瑞仁，前揭文(註 60)，<http://www.mjib.org/essay/listMSG.asp>。

125 參照陳運財，前揭文(註 30)，頁 70-71。

傳聞證據之應受排除，自理論上言，實為直接審理主義之當然結果，直接審理主義雖為英美法與大陸法所同奉為主臬，但其着眼點則頗異其趣，申言之，在大陸法係以依證人態度，而形成法官正確之心證為其主要目的；但在英美法，則予當事人以反對詰問(Cross examination)之機會為其主要目的，考量其差異，前者係以職權主義為其基礎，亦即法院應依職權蒐集證據，詢問證人，對被告有利及不利之情事，並應一律加以注意。反之，在英美法則因採澈底之當事人主義，證據不惟由當事人自行蒐集，證人亦由當事人自行詢問，於此交互詢問制之下，主詰問人(direct examination)(即舉出該證人之一方當事人)大多僅就自己有利之事項為詢問，證人亦僅對主詰問人為有利之答覆，故有賴反對詰問以探求其真實性之必要，因之，原供述人不親自到庭，而由他人代為轉述者，因未經反對詰問之故，多認為缺乏信用性，而應加以排除為原則，此即英美法所謂之傳聞法則¹²⁶。

二、傳聞法則之例外

(一)承認例外之理由

傳聞證據一般認為多缺乏真實性，因之應加排除，有如上述，惟傳聞法則復設有種種例外情形，傳聞證據之所以複雜，問題即在此。

傳聞證據應加排除之主要理由，既在確保證人陳述之真實性，因之，其陳述如足以認為具有真實性，亦即縱不賦予反對詰問之機會，亦屬無妨者，即無加以排除之理，換言之，在所謂「特別可信用之情況的保障」

¹²⁶ 傳聞證據應受排除之理由，除上述而外，尚有下列二點：(1) 傳聞證據，未經原供述人之宣誓，故不承認其有容許性。(2) 傳聞證據具有誤傳之危險性甚大，故不足採信。

(Circumstantial guarantee of truthworthiness)下，所為之陳述，即無礙其容許性，而例外得承認之，但直接審理主義，除賦予當事人以反對詰問之機會外，尚有藉證人之陳述態度，表情等以形成心證之效果，故除「可信性」情況的保障外，尚須具有「必要性」之條件，方屬妥當，例如原供述人已死亡，疾病或其他有不能或不便到庭之事由存在為限，如原供述人，尚屬健在能到庭，則自應令其到庭，無許傳聞之第三人到庭轉述之理。

(二)日本刑事訴訟法有關傳聞法則例外之規定

日本戰後，修改刑事訴訟法，多採用英美傳聞法則之概念，於同法第三二〇條起至第三二八條，設有詳細之規定，按第三二〇條係屬原則性之規定，自第三二一條以下，則分別就各種例外情形，加以規定之。日本刑事訴訟法其承認傳聞法則之例外的基本理論，觀諸上舉各條規定多與英美法同，惟其具體規定，則稍異其趣。學說有認日本法上對於傳聞證據，設有種種限制，惟其傳聞法則之例外規定，或將傳聞證據與非傳聞證據，混合在一起(如第三二二條一項，第三二四條一項)或在一條文中包括各種不同情形(如第三二一條)不無雜亂之嫌，其立法技術，容有可疵議之處¹²⁷。

三、共同被告於審判外陳述，屬「傳聞證據」

學說有認參考美國法規定，認為雖不得為實體證據(證明犯罪事實，判斷有罪否之判斷依據)，但得為彈劾證據(彈劾證人證言之信用性)¹²⁸，

¹²⁷ 參照陳樸生等著、刁華榮主編，前揭書(註 90)，頁 226。

¹²⁸ 同前揭註 111。

例如遇有共同被告警詢陳述與審判中陳述不一致時，檢察官得以共同被告警詢筆錄作為彈劾證據，彈劾證人在審判中之證言為不實。

四、傳聞法則例外之二基準

若符合「傳聞法則例外」之二基準（必要性、可信性）之前提（第一五九條之一至第一五九條之三）下，或經雙方當事人於審判程序中之同意，對共犯審判外具任意性之陳述（第一五九條之五），例外肯認其證據能力。要言之，新法第一五九條第一項將共犯或共同被告審判外之陳述傳聞化後，原則上應以共同被告審判期日內之陳述，作為認定其他共同被告犯罪事實之證據；若欲使用共犯或共同被告偵查中之陳述，則限於該共犯或共同被告審判期日傳喚不能、或審判期日到庭後翻異前供而為不一致之陳述，同時符合一定的要件下，該共犯或共同被告偵查中之陳述始得提出於法庭，作為認定其他共同被告犯罪事實之依據。

五、傳聞法則例外之立法疏漏

就民國九十二年一月刑事訴訟法修法內容分析檢討，對傳聞法則之例外規定，學界有不同批評，認為立法上有所疏漏：

1. 傳聞法則例外之容許要件過於寬鬆

例如第一五九條之一的例外規定充滿法官本位與檢察官優越思想，影響被告詰問證人機會被不當剝奪¹²⁹，令人憂心受此不利自白影響被告擁有之交互詰問權利是否被架空¹³⁰，影響所及，將使被告詰問證人之程序權

129 參照陳運財，前揭文(註 30)，頁 95。

130 參照楊雲驊，前揭文(註 23)，頁 84。

受到不當剝奪¹³¹。基於憲法比例原則之精神，有再縮減「傳聞法則例外之容許要件」之空間。

2. 針對本次修法，對傳聞法則例外之基準之一「可信性」，又區分為二種不同標準：特別可信性（較嚴格標準-針對在司法警察面前之陳述）、較為可信性（較寬鬆標準-針對在檢察官或法官面前之陳述），學說有認此種因共同被告僅因於不同對象面前所為之陳述，而有寬嚴不一的立法標準，有欠妥適。尤其是新修訂的一五九條之一之例外規定，充滿法官本位與檢察官優越的思維，寬鬆容許審判外在法官或檢察官面前所為之陳述之證據能力，影響所及，將使被告詰問證人之程序權受到不當剝奪。

3. 傳聞法則例外之規定不足，使實務運作面臨嚴厲考驗。在個案判斷上更須審慎處理傳聞法則之例外¹³²。尤其是第一五九條第一項確立禁止使用傳聞證據的原則下，例外情形設定不足，難免使具有相當可信之情況保證的傳聞證據，無法提出於法院作為認定犯罪事實之依據，其結果將造成發現真實的障礙。

綜上所述，傳聞法則例外規定之不明與不足，使實務運作面臨嚴厲考驗，在個案判斷上除更須審慎處理外，更應自比較法上觀察，參酌美國、日本立法例，作為我國刑事訴訟法日後再修正之參考。

131 參照陳瑞仁，前揭文(註 60)，<http://www.mjib.org/essay/listMSG.asp>。

132 參照陳運財，前揭文(註 30)，頁 95-96。

第三章 共犯或共同被告之調查

依新法第一五五條第二項規定，無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷依據。意指「證據能力有無」與「合法調查程序」構成「嚴格證明法則」之二大基礎。先為證據能力有無之判斷（承前第二章所述）；一旦具備證據能力（若傳聞證據符合傳聞法則例外規定時，例外承認其具證據能力），則須經合法調查程序，始得作為判斷犯罪事實有罪與否之依據；有證據能力，並經合法調查，得作為判斷依據後始得進入下一階段證明力之判斷。

共犯或共同被告審判外之陳述，相對於他共犯或共同被告之案件而言，屬傳聞證據，依據第一五九條第一項之規定，基於保障被告詰問權，及防止共犯陳述虛偽危險所致誤判之虞，原則上不得作為證據，為此，對於共犯或共同被告審判外之陳述，原則上著重於證據能力有無之判斷問題，若符合例外情形，例外肯認其證據能力時，始得提出於法庭使用，職是，關於共犯或共同被告審判外之陳述僅於例外肯認其證據能力時，始有調查程序之問題，以資解決實務上頻生之共犯或共同被告翻供所致於審判中、審判外陳述不一致之情形。

再者，關於共犯或共同被告審判中之陳述，因不受傳聞法則之拘束，陳述之任意性較無問題，自須經合法調查程序，要求共犯或共同被告皆須到庭，其陳述始得作為判斷他共犯或共同被告有罪之判斷依據。故問題核心著重於合法調查程序之探討。

是以，不論是共犯或共同被告審判外陳述例外肯認其證據能力之情形、或共犯或共同被告審判中之陳述當然有證據能力之情形，共犯或共

同被告均應於他共犯或共同被告之審判期日直接到庭進行證據調查，其在法庭上之陳述，對於他共犯或共同被告案件而言，始得作為判斷他共犯或共同被告有罪之判斷依據。惟共犯或共同被告於審判期日之到庭陳述，要做為其他共犯或共同被告案件有罪之判斷依據使用，應經何種調查程序，始符合第一五五條第二項嚴格證明法則之要求？

第一節 被告之反對詰問權

第一項 概說

被告之反對詰問權，性質上屬於程序權利，係就政府限制人民自由權利時應遵循的程序。

我國憲法第八條第一項規定：「人民身體之自由應予保障，除現行犯之逮捕由法律另定外，非經司法或警察機關依法定程序，不得逮捕拘禁。非由法院依法定程序，不得審問處罰。非依法定程序之逮捕、拘禁、審問、處罰得拒絕之。」條文中有「法定程序」的文字，應該如何理解，學者及大法官解釋先後都提出了不同的看法。

正當法律程序(due process of law)的內涵，可以分為「程序上正當程序(Procedural due process)」及「實質上正當程序(substantive due process)」兩方面來理解。前者指的是政府於限制人民生命、自由及財產時，應遵行一定程序，方為正當；後者指的是法院審查法律的內容，確保其為公正的問題。

大法官解釋第二七一號解釋，便已經說明了憲法第八條的意涵。吳庚大法官於不同意見書中表示，憲法第八條中所稱法定程序，至少包括

了「…憲法施行時已存在之保障刑事被告之各種制度，…在實體法包括：罪刑法定主義、對被告不利之刑罰法律不得溯及既往；在程序法上則為：審判與檢察分離、同一行為不受二次以下之審問處罰、審級救濟之結果原則上不得予被告不利益之變更、不得強迫被告自認其罪等。」明顯可知，正當法律程序可以分為「實質正當」及「程序正當」兩方面來觀察¹。

大法官解釋第三八四號解釋，則是直接表明限制人民人身自由時，於其法律程序中，當事人應享有對質、詰問權。關於本號解釋容後詳述之。

大法官解釋第三九六號解釋，討論關於公務員懲戒委員會審理程序是否正當的問題。大法官表示：「…懲戒處分影響憲法上人民服公職之權利，懲戒機關之成員既屬憲法上之法官，依憲法第八十二條及本院釋字第一六二號解釋意旨，則其機關應採法院之體制，且懲戒案件之審議，亦應本正當法律程序之原則，對被付懲戒人予以充分之程序保障，例如採取直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度，並予以被付懲戒人最後陳述之機會等，以貫徹憲法第十六條保障人民訴訟權之本旨。」其中除了援引正當法律程序作為解釋的依據之外，更以訴訟權為基礎，認為「直接審理」、「言詞辯論」、「對審」及「辯護制度」為憲法所保障的司法程序。

大法官解釋第五八二號解釋，再度宣示憲法第十六條、憲法第八條第一項保障刑事被告詰問證人之防禦權之意旨。且認此為普世價值之基本人權，為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實

¹ 參照湯德宗，《行政程序法論》，元照出版公司，2000年，初版，頁271-273、頁278-279。

之判斷依據。並進一步宣示刑事審判上之共同被告，係為追加或合併訴訟程序所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為「被告以外之第三人」，本質上屬於「證人」，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。關於本號解釋容後詳述之。

第二項 司法院大法官解釋第三八四號

民國八十四年七月二十八日司法院公佈第三八四號解釋，明白揭示具有憲法位階之正當法律程序的概念及內涵，主張「國家機關所依據之程序，須以法律規定，其內容更須實質正當」，針對八十一年七月二十九日修正之檢肅流氓條例部分條文宣告違憲。認為檢肅流氓條例第五條與憲法第十六條保障人民訴訟權有違，第六條、第七條、第十二條及第二十一條與憲法第八條第一項保障人民身體自由之意旨不符。

從釋字第三八四號之解釋及其解釋理由書得以窺知揭示正當法律程序之概念與內涵：(1)國家機關所依據之程序，須以法律定之，其內容需實質正當，並符合憲法第二十三條所定相關之條件。(2)實質正當之法律程序，兼指實體法與程序法規定之內容，就實體法言，須遵守罪刑法定主義；就程序法而言，如犯罪嫌疑人除現行犯外，其逮捕應踐行必要之司法程序。被告自白須出於自由意志、犯罪事實應依證據認定、同一行為不得重複處罰、當事人有與證人行對質與詰問證人之權利、審判與檢察分離、審判過程以公開為原則及對裁判不符提供審級救濟等為其要者。(3)凡限制人民身體自由之處置，不問是否屬於刑事被告身份，均受法定程序之保障。(4)除依法宣告戒嚴或國家、人民處於緊急危難難之狀

態，容許其有必要之例外情形外，各種法律之規定，倘與上述各原則有悖離，則應認為有違憲法上實質正當法律程序²。

第三八四號解釋，大法官清楚地界定了對質詰問權在刑事訴訟程序中的地位。首先，大法官由憲法第八條關於人身自由的規定，導出正當法律程序的概念。認為：(一)凡是限制人民身體自由之措置，無論是否為刑事訴訟程序，都有憲法第八條的適用。(二)其程序必須要符合正當法律程序，除了程序正當之外，其實質內容亦須正當。如實體法上的罪刑法定主義，以及程序法上的自白法則、雙重危險之禁止、與證人對質或反對詰問權、公開審理原則及審級救濟制度等，都是正當法律程序的內涵³。

第三項 詰問權在我國法之相關規定

大法官解釋宣示詰問權屬於憲法層面所保障的程序權利；而於法律層面上之落實，於下就有關對質詰問權的條文為說明，藉以瞭解詰問權，以及其與對質詰問權之別。

第一款 刑事訴訟法

由刑事訴訟法的條文文義，應將對質權與詰問權分開討論。

(一)關於對質的規定

1. 刑事訴訟法第九十七條規定，乃隔別訊問與對質之規定，存在於被告與被告間，第一項規定：被告有數人時，應分別訊問之；其未經訊

2 參照司法院大法官解釋第三八四號解釋文，司法院公報，37卷9期，1995年9月，頁1。

3 參照陳運財，《刑事訴訟與正當之法律程序》，元照出版公司，1998年，1版，頁23。

問者，不得在場。但因發見真實之必要，得命其對質。被告亦得請求對質。第二項規定：對於被告之請求對質，除顯無必要者外，不得拒絕。由條文可知該權利存在於被告與被告之間，於民國九十二年一月修法前，我國實務將共犯陳述當作被告自白處理時，原來身為被告得主張之防禦權，因將共犯視為被告定位，致共犯得主張緘默權，使刑事訴訟法第九十七條規定效能不彰，致使被告防禦權亦效能不彰。

2. 第一八四條規定，乃證人之隔別訊問與對質，存在於證人與證人間或被告與證人間，第一項規定：「證人有數人者，應分別訊問之；其未經訊問者，不得在場。」；第二項規定：因發見真實之必要，得命證人與他證人或被告對質，亦得依被告之聲請，命與證人對質。」賦予被告詰問證人之機會。惟民國九十二年一月修法前，共犯陳述之處理，因原第一八六條但書第三款規定毋庸具結，共犯陳述具高度虛偽風險，致被告本人之防禦權受到侵害。

由上述二條文可知，在民國九十二年一月修法前，刑事訴訟法中已賦予被告相當之防禦權，對質的情形可以是在被告與被告之間，也可能是在被告與證人間，或是證人與證人間。對質的權利在法律中，已經獲得了相當的重視。惟應用於共犯陳述之處理上，因修法前對共犯或共同被告定位不明、原第一八六條但書第三款毋庸具結規定…等，致前開條文效能不彰，未能充分防禦被告本人之權益。新法已刪除原第一八六條但書第三款規定，應有助於被告對質權之保障。

(二)關於詰問的規定

1. 第一六三條第一項規定調查原則與澄清義務，當事人、代理人、

辯護人或輔佐人得聲請調查證據，並得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或被告。審判長除認為有不當者外，不得禁止之。

2. 第一六六條規定審判中，當事人得對證人、鑑定人施行詰問，並就修法前後變革說明如下：

(1) 民國九十二年一月修法前之規定

第一六六條第一項規定：「證人、鑑定人由審判長訊問後，當事人及辯護人得直接或聲請審判長詰問之。同條第二項規定：證人、鑑定人如係當事人聲請傳喚者，先由該當事人或辯護人詰問，次由他造之當事人或辯護人詰問，再次由聲請傳喚之當事人或辯護人覆問。但覆問以關於因他造詰問所發見之事項為限。」

關於原第一六六條規定，學說有認過於偏重職權主義，蓋第一項規定須由審判長先為訊問後，當事人及辯護人始得直接或申請審判長詰問，無法落實當事人進行主義之精神，因此，考量審判程序之進行應由當事人扮演積極主動之角色，應以當事人間之攻擊、防禦為主軸，因此，關於證人、鑑定人詰問之次序、方法、限制、內容，即為審判程序進行之最後核心部分。

(2) 民國九十二年一月修法後之規定

為交互詰問制度採行之依據，落實當事人進行主義，第一六六條規定一律由當事人先聲請傳喚證人、鑑定人詰問。並增訂第一六六條之一至之七規定，其中第一六六條之二第二項規定，明定施行反詰問時，得為誘導詰問，值得注意。本條項係參考日本刑事訴訟規則第一九九條之四第二項之法例所增訂，考量反詰問時，證人與鑑定人非屬行反詰問一方之友性證人，較不易發生證人與鑑定人附和詰問而為虛偽陳述之情

形，再者，透過反詰問發現證人與鑑定人於主詰問時之供述是否真實，透過誘導詰問，更能發揮推敲真實之效果。然而行反詰問時，證人與鑑定人仍有可能迎合或屈服於詰問者意思之可能或遭致羞辱之危險，因此，對於反詰問之誘導詰問應有適當規範，即於「必要時」始得為之，至於何種情形為「必要時」，交由審判長裁量⁴。

3. 第一七一條則規定法院或受命推事於審判期日前訊問被告或證人、鑑定人者，準用第一六六條至第一七〇條規定，此乃考量本法修正採行集中審理制後，法院於準備程序中原則上不再為實質之證據調查，如預料證人不能到庭，或須於審判其日前命鑑定人先為鑑定者，為便利審判程序之進行，乃應許於審判期日前訊問之規定。

4. 第二四八條乃針對偵查程序中，被告得對證人、鑑定人施行訊問，第一項規定，訊問證人、鑑定人時，如被告在場者，被告得親自詰問；詰問有不當者，檢察官得禁止之；第二項規定：預料證人、鑑定人於審判時不能訊問者，應命被告在場。但恐證人、鑑定人於被告前不能自由陳述者，不在此限。

5. 民國九十二年一月修法後之增設一些新規定：第一六七條(不當詰問之禁止)；第一六七條之一(聲明異議權)；第一六七之二(聲明異議之程序)；第一六七條之三至之五(聲明異議之處分)；第一六七條之六(不服處分之禁止)；第一六七條之七(詰問及異議之準用)，其中(1)第一六七條規定賦予當事人、代理人、辯護人對證人、鑑定人詰問之權利，除審判長認其有不當者外，原則上不得限制或禁止之。(2)第一六七條之一

⁴ 參照第一六六之二條之修法理由，民國九十二年一月十四日立法院三讀通過之刑事訴訟法部分條文修正新舊條文對照表，頁 43-44、頁 49。

至之五規定賦予當事人、代理人、辯護人對證人、鑑定人詰問及回答，得以違背法令或不當為由，聲明異議。(3)第一六七條之六規定，對於第一六七條之三至之五聲明異議之處分不得聲明不服。(4)第一六七條之七規定，第一六六條之七第二項、第一六七條至第一六七條之六之規定，於行使第一六三條第一項詢問準用之。為防止不當或違法詰問及證人、鑑定人恣意之回答，有礙審判公平、公正之虞，故參考日本刑事訴訟法第三〇九條第一項、日本刑事訴訟規則第二〇五條規定，增訂本條規定。

6. 第一六九條乃修法後新增的規定，參考日本刑事訴訟法第二百八十一條之二規定，增訂隔別訊問之規定，認為是否隔別訊問，宜聽取檢察官或辯護人之意見，不宜認由審判長自行決定，以符當事人進行主義之精神，再者，於隔別訊問後，再命被告入庭，除告以陳述要旨外，仍應賦予被告詰問或對質機會，以保障被告之反對詰問權。

7. 第一八一條之一規定被告以外之人的反詰問之證言義務，乃民國九十二年一月修法後之新規定，為保障被告之反對詰問權，規定被告以外之人(包含共犯、共同被告等…)於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。

以上條文則為我國刑事訴訟法中關於詰問的相關規定。上述的規定中，只要是證言性的主張，都有詰問的相關規定，使被告得對該陳述進行攻防。由這些規定可知，詰問在刑事訴訟法中已是被告重要的程序權利。

綜上所述，本文認為，依我國刑事訴訟法規定，對質與詰問雖均為被告防禦權之保障，但實質內涵乃有所不同，所謂對質係指「…二人同時在場，面對面互為質問之義；而詰問則是指「…在主問者訊問證人完

畢後，由他人對證人的再行訊問，…」，其目的在於「…發現疑點或澄清真實…」。再者，相較於美國與日本立法例之被告詰問權，該外國立法例之被告詰問權係強調「面對面詰問」，所以又稱「對面權」，本質上與我國法上之被告詰問權略有不同，是值注意。

第二款 組織犯罪條例

民國八十五年十二月十一日所發布的組織犯罪條例第十二條第一項規定：「關於本條例之罪，證人之姓名、性別、年齡、出生地、職業、身份證字號、住所或居所或其他足資辨別之特徵等資料，應由檢察官或法官另行封存，不得閱卷。訊問證人之筆錄，以在檢察官或法官面前作成，並經踐行刑事訴訟法所定訊問證人之程序者為限，始得採為證據。但有事實足認被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院、檢察機關得依被害人或證人之聲請或依職權拒絕被告與之對質、詰問或其選任辯護人檢閱、抄錄、攝影可供指出被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問。法官、檢察官應將作為證據之筆錄或文書同被告告以要旨，訊問其有無意見陳述。」同條第二項規定：「檢舉人、被害人及證人之保護，另以法律定之。」

本文以為，由本條的規定可獲以下二點結論：（一）對質與詰問為不同意涵的當事人程序權利。（二）無論是對質權或是詰問權，非絕對性權利，於特定情況下，當事人可能無法要求進行對質或詰問程序。

第三款 檢肅流氓條例

民國八十五年十二月三十日檢肅流氓條例第十二條第一項修法前，

原規定：「警察機關及法院受理流氓案件，如檢舉人、被害人或證人要求保密姓名、身分者，應以秘密證人之方式個別訊問之；其傳訊及筆錄、文書之製作，均以代號代替真實姓名、身分，不得洩漏秘密證人之姓名、身分。」檢肅流氓條例第十二條第一項規定：「被移送裁定人及其選任之律師不得要求與秘密證人對質或詰問。」則按此規定，諸如檢舉人、被害人及證人的訊問，都是在秘密訊問的程序下進行，被裁定為流氓者，均無法參與該程序。更甚者，被裁定為流氓者，無論在任何情形下，都不能請求與秘密證人進行對質或詰問程序。

因為原檢肅流氓條例對於人民的對質詰問權多有不當限制，所以，大法官第三八四號解釋將原檢肅流氓條例的相關規定宣告為違憲。同年十二月三十日，立法院將該條文修正為：「法院、警察機關為保護本條例之檢舉人、被害人或證人，於必要時得個別不公開傳訊之，並以代號代替其真實姓名、身分，製作筆錄及文書。其有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞者，法院得依檢舉人、被害人或證人之聲請或依職權拒絕被移送裁定人與之對質、詰問或其選任律師檢閱、抄錄、攝影可供指出檢舉人、被害人或證人真實姓名、身分之文書及詰問並得請求警察機關於法院訊問前或訊問後，採取必要之保護措施。但法官應將作為證據之筆錄或文書同被移送裁定人告以要旨，訊問其有無意見陳述(第一項)。被害人或證人之證詞，不得作為裁定感訓處分之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符(第二項)。檢舉人、被害人及證人之保護，另以法律定之(第三項)。

檢肅流氓條例第十二條修正的理由為：(一)我國訴訟制度係採職權主義，證據調查屬法官之職責。但流氓多具惡勢力，受侵害者常因擔心

受報復，忍氣吞聲不敢報案，世界先進國家，有鑒於此，對於檢舉人、證人及被害人均有立法保護或以判例承認秘密證人制度，故修正第一項規定。前項檢舉人、被害人的相關程序必須要以公開程序進行之。(二)在有事實足認檢舉人、被害人或證人有受強暴、脅迫、恐嚇或其他報復行為之虞時，得依職權或依聲請，拒絕當事人對質或詰問的聲請。(三)在當事人無法進行對質或詰問程序時，法官仍應將作為證據之筆錄或文書同被移送裁定人告以要旨，訊問其有無意見陳述⁵。

第四項 司法院大法官解釋第五八二號

本號解釋再度宣示憲法第十六條訴訟權之保障，包含刑事被告詰問證人之防禦權，且認屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利，為普世價值之基本人權。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。

刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，由檢察官或自訴人合併或追加起訴，或由法院合併審判所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故共同被告對其他共同被告之案件而言，為「被告以外之第三人」，本質上屬於「證人」，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。最高法院三十一年上字第二四二三號及四十六年台上字第四一九號判例所稱共同被告不利於己之陳述得採為其

⁵ 參照蔡榮耕，《共同被告不利於己之陳述於刑事上追訴之評價》，東吳大學法律學系碩士論文，2002年3月，頁65-66。

他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，對其他共同被告案件之審判而言，未使該共同被告立於證人之地位而為陳述，逕以其依共同被告身分所為陳述採為不利於其他共同被告之證據，乃否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，排除人證之法定調查程序，與當時有效施行中之中華民國二十四年一月一日修正公布之刑事訴訟法第二七三條規定牴觸，並已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。該二判例及其他相同意旨判例，與上開解釋意旨不符部分，應不再援用⁶。

解釋理由書中並說明：1. 為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。至於被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第一五九條第一項），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。刑事訴訟為發見真實，並保障人權，除法律另有規定者外，不問何人，於他人之案件，有為證人之義務。2. 刑事審判上之共同被告，係為訴訟經濟等原因，合併或追加訴訟所形成，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在，故共同被告對其他共同被告之案件而言，為「被告以外之第三人」，本質上屬於「證人」，其於該案件審判中或審判外之陳述，是否得作為其他共同被告之不利證據，自應適用上開法則，不能因案件合併之關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。至於十七年七月二十八日公布之刑事訴訟法第一〇六條第三款、二十四年一月一日及三十四年十二月十六日修正公布之同法第一百七十三條第一項第三款、五十六年一月二十八日修正公布

6 參照司法院大法官解釋第五八二號解釋文。

之同法第一八六條第三款雖均規定：「證人與本案有共犯關係或嫌疑者，不得令其具結」，考其立法目的，無非在於避免與被告本人有共犯關係或嫌疑之證人，為被告本人案件作證時，因具結陳述而自陷於罪或涉入偽證罪；惟以未經具結之他人陳述逕採為被告之不利證據，不僅有害於真實發現，更有害於被告詰問證人之權利的有效行使，故已於九十二年二月六日刪除；但於刪除前，法院為發現案件之真實，保障被告對證人之詰問權，仍應依人證之法定程序，對該共犯證人加以調查。

3. **共同被告就其自己之案件**，因仍具「被告」身分，而享有一般被告應有之憲法權利，如自由陳述權等。當被告與共同被告行使權利而有衝突時，應儘可能求其兩全，不得為保護一方之權利，而恣意犧牲或侵害他方之權利。被告於其本人案件之審判，固享有對具證人適格之共同被告詰問之權利，然此權利並不影響共同被告自由陳述權之行使，如該共同被告恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，自有權拒絕陳述。刑事訴訟法賦予證人（含具證人適格之共同被告）恐因陳述受追訴或處罰之拒絕證言權（十七年七月二十八日公布之刑事訴訟法第一〇〇條、二十四年一月一日修正公布同法第一六八條、五十六年一月二十八日修正公布同法第一八一條），乃有效兼顧被告與證人（含具證人適格之共同被告）權利之制度設計。

4. 刑事訴訟法雖規定被告有數人時，得命其對質，被告亦得請求對質（十七年七月二十八日公布之刑事訴訟法第六一條、二十四年一月一日及五十六年一月二十八日修正公布同法第九七條參照）；惟此種對質，僅係由數共同被告就同一或相關連事項之陳述有不同或矛盾時，使其等同時在場，分別輪流對疑點加以訊問或互相質問解答釋疑，既毋庸具結擔保所述確實，實效自不如詰問，無從取代詰問權之功能。如僅因共同被告已與其他共同被告互為對質，即將其陳述採為其他共同被告之不利證據，非但混淆詰問權與對質權之本質差異，更將有害於被告訴訟上之

充分防禦權及法院發見真實之實現。5. 最高法院三十一年上字第二四二三號判例稱「共同被告所為不利於己之供述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之供述，依刑事訴訟法第二百七十條第二項之規定，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，自難專憑此項供述，為其他共同被告犯罪事實之認定。」四十六年台上字第四一九號判例稱「共同被告不利於己之陳述，固得採為其他共同被告犯罪之證據，惟此項不利之陳述，須無瑕疵可指，而就其他方面調查，又與事實相符，始得採為其他共同被告犯罪事實之認定。」其既稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪之證據，惟依當時有效施行中之刑事訴訟法第二七〇條第二項（按即嗣後五十六年修正公布之同法第一五六條第二項）規定，仍應調查其他必要證據等語，顯係將共同被告不利於己之陳述，虛擬為被告本人（即上開判例所稱其他共同被告）之自白，逕以該共同被告之陳述作為其他共同被告之不利證據，對其他共同被告案件而言，既不分該項陳述係於審判中或審判外所為，且否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，排除共同被告立於證人地位而為陳述之法定程序之適用，與當時有效施行中之二十四年一月一日修正公布之刑事訴訟法第二七三條規定牴觸，並已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。該二判例及其他相同意旨之判例（如最高法院二十年上字第一八七五號、三十八年穗特覆字第二九號、四十七年台上字第一五七八號等），與上開解釋意旨不符部分，應不再援用⁷。

⁷ 參照司法院大法官解釋第五八二號解釋理由書。

第五項 學說的主張

關於對質權及詰問權在我國學說上的討論，學說有認為基於「調查原則」，法官具有「澄清義務」，在除非待證事實極為明顯，否則法院基於發現真實的必要，應命被告及證人相互對質⁸。另一方面，學說多肯認對質詰問權屬於憲法所保障的基本人權，其同時含有「對質權」及「詰問權」兩個不同內涵的權利。前者指的是「…二人同時在場，面對面互為質問之意。」；後者指的是「·……在主問者訊問證人完畢後，由他人對證人的再行訊問，以求發現疑點或澄清事實⁹。」更有學者以德國法制為基礎，提出不同的意見。其一方面認為交互詰問可能不適合我國的法制及學理上的要求，另一方面提出了輪替詰問的思考方向。所謂輪替詰問，基本上是基于法官的澄清義務及照料義務，與檢察官的客觀性義務之考量。對於法官來說，「必須」要針對證據進行蒐集及發問。對於檢察官來說，因為對於被告利與不利之事項，必須一律注意，所以無論是對於被告有利或是不利的事項，都是檢察官的發問範圍¹⁰。

由上述可知，學者間對於詰問權之定位意見分歧。本文以為詰問權於我國法之地位，就釋字第三八四號之解釋及其解釋理由書觀之，其導出實質正當之法律程序的具體內涵，主要係受美國聯邦憲法第五條及第十四條之正當法律程序條款之影響¹¹，被告詰問權屬於憲法上的基本人權。

8 參照林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2003年9月，3版，頁25-26。

9 參照王兆鵬，《刑事被告之憲法權利》，翰蘆出版公司，1999年，頁142-143。

10 參照林鈺雄，「輪替詰問之法庭活動」，收錄於《刑事程序法研討會系列(二)－法庭詰問活動》一書，學林文化公司，2000年，1版，頁22-27。

11 參照陳運財，前揭書(註3)，頁23。

第六項 小結

一、本文以為，詰問權係基於我國憲法第八條人身自由與憲法第二十三條比例原則下，屬於憲法之基本權利。

憲法第八條第一項要求為保障人民之人身自由，非由法院依法定程序，不得審問處罰，明白規定了正當法律程序的要求。而在司法院大法官解釋第三八四號解釋之後，可以知道正當法律程序的內涵包括了程序正當及實質正當兩個層次，其中程序正當中，包含了當事人與證人進行對質與詰問的權利。

詰問權，就美國聯邦憲法第五條及第十四條之正當法律程序條款，應屬憲法上的基本權利，以維護憲法所要求的正當法律程序。於我國，自司法院大法官作成第三八四號解釋後，應屬憲法上的基本權利，立法院於各法規中亦開始重視當事人的詰問權，例如組織犯罪防制條例及檢肅流氓條例中，都規定原則上當事人得享有與證人進行對質詰問程序，僅於一定情形下，始得以筆錄或其他書面資料，以及表示意見等程序代替。

二、對質詰問程序的要求，為對於當事人參與進行刑事訴訟程序的規定。程序進行的主角，由過去的法官或是審判者，逐漸轉移到今日的两造當事人。

法官固然可能較熟練法律的規定或實務的操作，而精準地藉由訊問的過程，為當事人發覺陳述中不一致之處。惟法官究竟不是當事人，當事人預備發問的內容或是其根據本身所知悉的事實，而準備藉以彈劾供述之信用性的問題等，法官無法百分之百地知悉，且能夠完全按照當事

人的步驟及預想的程序進行。

職是，以當事人為主角的證據調查程序及辯論程序，審判程序之進行自應由當事人扮演積極主動之角色，以當事人間之攻擊、防禦為主軸，落實當事人進行主義，使當事人充分獲得程序保障，乃必然的趨勢。

三、關於被告對證人之詰問權，我國過去實務運作並未落實本法第一六六條規定。故應加強落實本法第一六六條規定，並修改刑事訴訟法規定，就未經被告或其辯護人詰問之證言，應無證據能力。

四、基於我國刑事訴訟制度採「改良式當事人進行主義」之前提，為確保被告防禦權、落實無罪推定原則¹²及確保該不利供述之真實性，按新修正刑事訴訟法第一六六條、第一六六條之一、第一六六條之二、第一六六條之三、第一六六條之五、第一六九條、第一八四條第二項規定，應賦予訴訟當事人反對詰問權，以利其彈劾證人、鑑定人供述之可信性，及引出主詰問時未揭漏或被隱瞞之另一部份事實，而達實體真實發現之目的。而原有條文第一六三條規定乃通則性規定，故若係以分離程序之共同被告，自應直接適用第一六六條分則性規定，對證人或鑑定人施行詰問，至於本法第一六三條第一項之「被告」是否可包含共同被告？本文以為共同被告須經分離程序始具證人適格，故若係合併起訴、且未分離程序之共同被告，自應回歸適用第一六三條第一項之規定，為此，可認第一六三條第一項之「被告」應包含係合併起訴、且未分離程序之共同被告在內。

¹² 參照最高法院九十一年四月三十日第四次刑事庭決議。

五、學者有認為 1. 具共同被告關係之共犯，依第二八七條之二，共同被告得為證人規定，必須接受本案被告之對質、詰問程序（第九十七條、第一六六條、第一八四條）；2. 非共同被告關係之共犯，當然可為證人，必須接受本案被告之對質、詰問程序（第一六六條、第一八四條）¹³。另有學者認為修法後，本案被告具雙重保障，一來是修法前既存之對質權，規定於本法第九十七條，存在於本案「被告」對共同「被告」間；辯護人不能介入；二來是修法後，因第二八七條之二共同被告得為證人規定，使本案被告具第一六六條與第一八四條之反詰問權，存在於本案「被告」對共同被告所為之「證人」間；辯護人可介入，本案被告可對具共同被告關係之共犯行使對質權及反對詰問權¹⁴。本文以為對於共犯陳述之處理，須視該共犯或共同被告之定位而定，雖然具共犯關係之共同被告之身分特殊，兼有雙重身分之特殊性(被告身分、證人身分)，但本文認為該證人適格須先經第二八七條之一分離程序之規定，始得賦予證人適格。也因此，共犯陳述之案件，本案被告雖於訴訟法上享有對質權或詰問權，但若該共犯或共同被告已被賦予證人適格，則被告本人僅得對他共犯或共同被告行使詰問權。

13 參照林俊益，「傳聞法則下共同被告之陳述與調查」，台灣本土法學雜誌，第 45 期，2003 年 4 月，頁 141。

14 參照林朝榮老師 2003 年 6 月 3 日刑事訴訟法上課講述。

第二節 比較法之參考—以美國法、日本法為探討中心

第一項 美國法制概觀

第一款 被告之詰問權

關於共同被告自白(codefendant's confession)的處理方式，美國聯邦最高法院歷年來有一系列的相關判決，關注的重點多是在如何保障被告的交互詰問權。西元 1791 年通過的美國聯邦憲法第六修正案規定：「在所有的刑事訴訟程序中，被告享有…與對己做不利陳述證人對質的權利…」¹⁵，雖然在憲法修正案中規定的是對質權(rights of confrontation)，但是在美國的實務及學說大多認為，其等同於進行交互詰問(cross-examination)的權利¹⁶。

美國聯邦憲法第六修正案規定，在所有的刑事訴訟案件中，被告有權與對其不利之證人對質詰問。絕大部分的州也都有類似的對質條款規定。也就是說，對質詰問權在美國，是屬於憲法層次的權利，並沒有疑義。問題僅在於具體適用上，對質詰問權在刑事訴訟程序中，如何運作及發揮其保護人民的功能而已。

關於美國法上共犯或共同被告審判中之陳述，由於其到庭陳述，而且美國法上本來就承認共犯或共同被告之程序轉換，只要其立於證人台，則該共犯或共同被告之地位由被告轉換為證人身分，被告本人自得對他共同被告行使對質詰問權，以確保被告本人之防禦權，故較無問題。

¹⁵ See the Amendment to the Constitution of the United States of America.

¹⁶ 對質權條款(confrontation clause)的內涵至少包括了：除非甲得以對乙進行交互詰問，否則乙所做對甲不利的陳述，不得作為認定甲有罪的判決基礎。所以問題在於如何使共同被告的自白僅能作為認定共同被告犯罪事實之用。參照蔡榮耕，前揭書(註 5)，頁 129。

但若是共犯或共同被告審判外之陳述，由於涉及傳聞法則之問題，且於美國法上未經到庭陳述、宣誓具結、行對質詰問之共犯或共同被告之陳述，欠缺外部客觀情狀之可信性與內部信用性與真實性，縱不得採為判斷有罪之實體證據，但仍有可能採為彈劾證言憑信性之彈劾證據；若符合傳聞的例外，依證據法的規定仍得為實體證據，是以，問題較為複雜。故於下分別敘述與共犯或共同被告之審判外陳述相涉之具體情況，說明其與對質詰問權之關係。

第二款 共犯審判外之陳述與詰問權之關係

證人審判外的陳述，若符合傳聞的例外，依證據法的規定得為實體證據，若使用此種證據，是否侵害被告的詰問權？此一問題，涉及詰問權之理論基礎。於下僅就與本文有關之共犯陳述部分討論，亦即針對使用共犯審判外之陳述，如先前不一致的陳述、共謀者陳述、先前的證詞等，是否侵害被告的詰問權？以下分三點敘述之。

一、審判外的陳述，若符合「延緩的對質詰問」理論(Deferred cross examination)，未侵害詰問權。

所謂「延緩的對質詰問」理論，指證人審判外的陳述，因被告當時未能詰問，使用該證據，侵害被告之詰問權，惟若該審判外陳述之人，於審判中出庭宣誓作證，且被告得對之詰問，則使用審判外之陳述為證據，未侵害詰問權。換言之，雖然於審判外陳述時，未能詰問，但現在於審判中能詰問，未侵害被告之詰問權。也就是說，現在的詰問能治癒過去未能詰問的瑕疵¹⁷。

¹⁷ 參照王兆鵬，「共犯之陳述-以美國法為借鏡」，法學叢刊第 186 期，第 47 卷第 2 期，

使用共犯「先前不一致的陳述」，符合「延緩的對質詰問」理論。例如 Nelson v. O'Neil 案，被告被控綁架、搶劫、竊車，共同被告 Runnels 於警察訊問時坦承犯罪，並指出被告 O'Neil 亦涉及本案。審判中 Runnels 作證，否認曾於警訊中承認犯案，言案發當時其與被告 O'Neil 在 O'Neil 家中。檢察官於是依「先前不一致的陳述」規定，引用 Runnels 於警訊中的陳述，駁斥 Runnels 審判中之證詞，並證明被告 O'Neil 確實涉案。美國聯邦最高法院闡述，雖然證人於警察局陳述時，被告未能對之詰問，但證人既已於審判中作證，被告得詰問證人，故詰問權未被侵害。聯邦最高法院的理由為證人於審判外為陳述時，雖然未宣誓，被告未能對之詰問，陪審團未能親自目睹耳聞，但該證人已於審判中出庭，既宣誓作證，被告又能對之詰問，陪審團也能目睹，故使用證人審判外的陳述為證據，未侵害詰問權¹⁸。

二、審判外的陳述，如符合「先前已對質詰問」理論，亦未侵害詰問權。所謂「先前已對質詰問」理論，指證人在先前的訴訟程序宣誓作證，且被告有完全及恰當的機會對之詰問，而證人於審判中又有「未能作證」的情形，使用證人「先前的證詞」，未侵害被告的詰問權。

使用共犯「先前的證詞」為證據，符合「先前已對質詰問」理論，未侵害被告之詰問權。如 California V.Green 案，被告被控指使十六歲之 porter 販賣大麻。在預審時，porter 宣誓作證指被告為實際販賣大麻者，被告律師亦對證人作簡略的詰問。證人預審時的陳述，嗣後成為審判中

2002 年 4 月，頁 22；王兆鵬，前揭書(註 9)，頁 159-162。

18 402.U.S. 622(1971).轉引自王兆鵬，前揭書(註 9)，頁 159-162。

的證據，被告抗辯侵害其詰問權。美國聯邦最高法院則認為未侵害，主要理由為被告在預審時曾對證人詰問，事實上已行使詰問權¹⁹。只要被告先前已有對質詰問之機會，聯邦最高法院即認為使用該「先前的證詞」，未侵害詰問權。

三、所使用之審判外陳述，若為真實性標記之根深蒂固傳聞例外 (firmly rooted hearsay exception²⁰)，亦未侵害詰問權。

對質詰問權的理論約有六種²¹，美國聯邦最高法院最後採取的是第三種「真實性理論」，在多次判決中指出審判外的陳述，雖未經當事人詰問，但若該審判外的陳述具真實性標記(indicia of reliability)，使用該審判外陳述為證據，則未侵害被告的詰問權。

「共謀者陳述」即符合具真實性標記之根深蒂固的傳聞例外。在一

19 399 U.S.149(1970).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 22。

20 Ohio v. Roberts,448 U.S.56,66.(1990).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 23。並請參閱本論文第二章第三節第二項之案例分析。

21 美國學說上關於對質詰問權的理論基礎約有六種：

- 一、**最狹義的對質詰問理論**：認為被告只能夠與「審判中的證人」進行對質詰問程序，而不能夠與審判外的陳述人進行，因為其非「審判中的證人」。
- 二、**證人產生理論**：認為對質詰問條款的目的，僅在迫使檢察官傳喚審判外的證人到庭陳述，所以只要檢察官已經盡力傳喚陳述人，無論法庭外陳述人是否到底踐行法庭程序，該法庭外陳述(傳聞證據)便得作為證據使用。
- 三、**真實性理論**：認為對質詰問條款的目的在於發現真實，所以只要確保了該法庭外陳述的真實性及信用性，對質詰問程序的踐行與否便不重要。
- 四、**主要證據理論**：認為檢察官所使用的主要證據，必需要經過被告的對質詰問。換句話說，如果是情況證據或是補強證據，便不需要經過對質詰問程序至於主要證據及非主要證據的區別則留待個案判斷。
- 五、**防止政府濫權理論**：其認為為了防止政府濫用檢察機關權力，特別以對質詰問條款的制訂抑制之。
- 六、**訴訟防禦權**：其認為對質詰問權是被告充分防禦的程序權利，而發現真實與否，並不是主要目的，其目的在於使裁判者得以正確地衡量證據，所以當沒有進行對質詰問程序，而裁判者仍然能夠正確地衡量證據時，該程序便沒有違反對質詰問條款的要求。參照王兆鵬，前揭書(註 9)，頁 155-159。

九八六年 United States V.Inadi 案²²，被告被控共謀製造及經銷毒品，警方合法監聽，將被告與其他數共謀者的對話合法錄音，審判中檢察官使用此錄音為證據。被告律師抗辯使用該錄音侵害被告詰問權，請求排除錄音證據，且要求檢察官應傳喚錄音帶中一切對話之人，以利其詰問。地方法院依聯邦證據法「共謀者陳述」規定，允許錄音帶成為證據。上訴後，美國聯邦最高法院認為錄音證據使用，未侵害被告對質詰問權，維持被告有罪判決。聯邦最高法院指出，若有二證據存在時，且二證據的內容均相同時，對質詰問權所要求者，乃使用「較好的證據」。亦即，若能使用證人審判的陳述，則不應以審判外的陳述代替之，否則侵害詰問權。但若證人審判外的陳述，較證人審判中的陳述更具證據價值時，應使用審判外的證據。而本案錄音證據為共謀共犯在陳述共謀過程的對話，共犯在共謀過程中所為的陳述，其知覺、記憶、表達、或誠實性，均有無法替代性，非審判中所能複製。即令傳喚共謀犯出庭作證，其產生的證據價值，均不如該錄音的證據價值，於此情形，審判外共謀犯陳述的錄音，為較好的證據，其使用未侵害被告之詰問權²³。

而後，美國聯邦最高法院在 Bourjaily V.United States 案，又再一次判決，使用「共謀者陳述」，未侵害被告的詰問權。本案被告被控共謀經銷古柯鹼，與被告有共謀關係之 Lonardo 在與政府線民對談時，表示被告有參與經銷，而此段對話為警方合法錄音。審判中檢察官傳喚 Lonardo 作證，但其主張不自證己罪的緘默權，拒絕陳述。因為 Lonardo 與政府線民之會話，符合「共謀者陳述」的要件，檢察官乃引用該錄音帶為證，

22 475 U.S. 387(1986).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 23。

23 王兆鵬，前揭書(註 9)，頁 167-172。

法院准許該錄音帶為證據，被告抗辯使用錄音證據侵害其詰問權。聯邦最高法院維持被告有罪判決，認為共謀犯的陳述為傳聞法則根深蒂固的例外，具真實性標記，使用共謀犯的陳述，未侵害詰問權²⁴。

第三款 合併審判或分別審判

第一目 合併審判

依美國聯邦法規定，若二人以上涉嫌共同犯罪，得合併起訴審判，州法律幾乎與聯邦之規定完全相同。二以上被告共同接受審判，通常因為二人有共同正犯、教唆或從犯關係，但若行為係一共同計劃之一部，或其時間、地點、情形有緊密的關聯，亦得合併起訴審判。合併審判之利益，在節省政府經費、減少對證人及執法單位的不便、被起訴者快速審判的權利不會被遲延。雖然合併審判得達到司法經濟及效率的目的，但判決中皆強調不得因為合併審判而妨礙被告公平審判的權利²⁵。

合併審判的目的僅在節省司法之資源，不得破壞原有的證據法則。舉例而言，若甲乙二人涉嫌共同謀殺罪，甲在偵查中自白承認與乙一起犯案，乙否認犯罪未自白。倘二人分別審判，甲偵查中之自白，依證據法規定，在甲的審判中得為證據²⁶；但在乙的審判中，甲偵查中之自白為證人審判外之陳述，依證據法規定，在乙的審判中不得為證據。若甲乙二人合併審判，因為甲偵查中之自白得成為對甲的證據，在甲乙的合併審判中，甲之自白雖然得提出，但依證據法規定，該自白只能成為對甲

24 483 U.S. 171(1987).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 23、頁 33。

25 Daley v. United States,231 F.2d 123,125(1st Cir.1956).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 24、頁 33。

26 See Fed.R.Evid. 801(d)(2)(A).美國聯邦證據法第 801(d)(2)(A)條規定。

的證據，不得成為對乙的證據。雖然甲之自白在理論上不得成為對乙的證據，惟甲乙合併審判，裁判者必然會知道甲已供出與乙共同犯案(甚至包括犯案之細節)，是否會因此自然而然、下意識地受甲自白之影響，而對乙造成不利的結果？

為防止合併審判可能對被告的不利影響，美國法上規定共同被告有權請求分別審判。美國聯邦法規定，若因合併審判會導致對共同被告之偏見時，法院得准為分別審判或依司法正義而作出適當之處置。共同被告中之一人請求分別審判時，法院得命令檢察官提出審判中所欲使用全部被告之陳述或自白，由法院秘密審查。美國聯邦最高法院判決，如法官發現合併審判對共同被告有偏見的產生時，不論在審判的任何階段，法官皆有責任准許分別審判。惟是否應准許分別審判，大多數州皆規定以合併審判會對被告產生偏見為前提要件，只有少數州規定，即令被告不能證明合併審判會產生偏見，亦有權請求分別審判²⁷。

第二目 合併審判之危險與救濟

共同被告一人自白，一人未自白，合併審判是否會對未自白之被告產生偏見？如前所舉案例，甲乙二人涉嫌共同謀殺罪，甲在偵查中自白承認與乙一起犯案，乙則否認犯罪未自白。若二人合併審判，甲偵查中之自白只能成為對甲的證據，不得為對乙之證據，然當檢察官提出甲之自白時，

裁判者必然知悉甲已供出與乙共同犯案(甚至包括犯案之細節)，是否應

²⁷ Yale Kamisar, Wayne R. Lafave, Jerold H. Israel, and Nancy King, *Modern Criminal Procedure*, 1090 (West Group, 9d. 1999)。轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 24、頁 34。

認定此時已對共同被告有偏見之產生？法院是否應准分別審判？法院應如何依司法正義作出適當之處置？

傳統見解認為在此情形，毋須分別審判，但法官必須指示陪審團，共同被告之自白，只能成為該自白之被告的證據，不得成為其他共同被告的證據。只要法官對陪審團作此指示，共同被告一人之自白，即得於合併之審判中提出，不需分別審判。在 *Delli Paoli V. United States* 案²⁸，聯邦最高法院特此見解，認為應相信陪審團會遵從法官的指示，不會違反指示，而將自白引用為對其他被告的證據。

惟聯邦最高法院在一九六八年之 *Burton v. United States* 案，推翻上述見解。本案二共同被告一起被起訴而合併審判，其中一被告 Evans 在偵查中自白，承認與另一共同被告 Bruton 涉案。審判中二人皆未作證，法官准 Evans 偵查中自白提出為證據，但指示陪審團只能成為 Evans 被告的證據，不得成為共同被告 Bruton 的證據。聯邦最高法院推翻傳統見解，判決本案於審判中提出該自白為證據，侵害被告對質詰問之憲法基本人權。所持理由：(一)陪審團的問題：聯邦最高法院認為當共同被告之自白入其他被告於罪，而二共同被告又一同被起訴審判，二人在法院又並肩作戰，此自白之殺傷力過強，陪審團可能會罔顧法院的指示，或不能真正遵從法院的指示，而下意識引為對其他被告不利的證據。(二)未經詰問的陳述不可信：審判外的陳述有其不可信性，而為陳述之被益人未於法院作證，其他共同被告無法詰問，不可信性更因此加劇。(三)侵犯對質詰問權：為自白之被告雖未作證，但其自白卻成為證據，實質而成

28 352 U.S. 511(1957).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 24、頁 34。

為證人，但其他共同被告卻無法真正行使對質詰問權，侵犯基本人權²⁹。

關於前開判決，有三個顯著的意義，說明如下：

一、聯邦最高法院指出本案係因為共同被告的自白，入其他被告於罪(a Codefendants Confession inculcating the defendant)。嗣後 Richardson v. Marsh，共同被告自白說：「我與第三人在車上討論殺死被害人的事」，未提及其他被告，則該自白未入被告於罪。聯邦最高法院表示若共同被告的自白內容，未入被告於罪，只是在證據上有關聯性(evidentiary linkage)，則與 Burton 判決之情形不符合，未侵害被告之詰問權³⁰。

二、Bruton 判決為共同被告一人之自白在審判中被提出，但該自白之被告利於審判中作證，致其他被告無從對質詰問，侵犯對質詰問權。若該自白之被告於審判中作證，其他被告即有機會為對質詰問，是否亦侵害其他被告之對質詰問權？對此問題，美國聯邦最高法院認為未侵害。在 Nelson v.O'Neil 案，被告 Runnels 與 O'Neil 被控綁架、搶劫、竊車，合併審判。Runnels 於偵訊時，自白犯罪且指出 O'Neil 與其一起犯案。審判中 Runnels 作證，否認曾於警訊中自白，言案發當時其與 O'Neil 在 O'Neil 家中。審判中 O'Neil 之律師考量策略上以不詰問為宜，乃未詰問共同被告 Runnels。檢察官引用 Runnels 於警訊中的陳述，駁斥其審判中之證詞，並證明被告確實涉案。聯邦最高法院判決，若共同被告合併審判，一被告之自白在審判中被提出為證據，該被告也於審判中作證，否認有作此自白，且令其他被告有詰問機會，則無侵犯其他被告之詰問權。惟有學

29 391 U.S. 123(1968).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 25、頁 34。

30 Richardson v. Marsh, 481 U.S.200(1987).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 25、頁 34。

者不認同最高法院此一見解，主張此時以分別審判為宜，因為如其他被告行使對質詰問權，反而會使陪審團更注意到該不得成為證據的自白，且共同被告間互為詰問，會產生衝突及敵意，對共同被告不利，以分開審判為宜³¹。

三、在上述判決，聯邦最高法院只認定該案侵害被告之詰問權，未要求一定必須分別審判。美國聯邦證據法規定，若因合併審判會導致對共同被告之偏見時，法院得准為分別審判或依司法正義而作出適當之處置³²，但未規定分別審判係唯一可行的方式。下級法院遇有類似情形通常以下列方式處理：

(一)分別審判：將共同被告分別審判。

(二)合併審判但使用兩個陪審團：例如甲乙二人合併審判，使用兩個陪審團分別作為甲乙二人之裁判者，當提出甲偵查中之自白時，命令乙之陪審團離開，僅准甲之陪審團留在法院，如此乙的陪審團即不可能知悉甲自白之內容。在其他證據提出時，二陪審團則同時在場。

(三)編寫自白：共同被告一人之自白，涉及其他共同被告之部分，皆予刪除或改寫，例如甲言：「我與乙一起殺被害人」，改寫成「我與他人一起殺被害人」或「我與 X 一起殺被害人」。一般而言，分別審判或使用兩個陪審團，皆無侵犯被告權利之虞；以編寫自白的方式合併審判，是否會對被告產生偏見，是否侵害其對質詰問權，則於下一段作深入探討。

31 Wayne R. Lafave & Jerold H. Israel, *Criminal Procedure*, at 767 (West Group, P. 1992)。轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 25、頁 35。

32 Fed .R. Crim.P.14。轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 25、頁 35。

第三目 自白之編寫

在一九八七年之 Richardson v Marsh³³案，聯邦最高法院判決共同被告之自白入其他被告於罪，若刪除自白中一切可能涉及其他共同被告之部分，在合併審判中提出該自白為證據，未侵害其他共同被告之對質詰問權。本案被告 Marsh 及 Williams 被共同起訴謀殺罪而合併審判，檢察官將 Williams 偵查中自白所有曾提及 Marsh 的部分全部刪除，改成：Williams 開車往被害人家中時，與坐在前座的第三人討論謀殺案。自白內容僅指有第三人共同參與犯罪，刪除一切可能涉及 Marsh 的部分。在合併審判中，該自白被提出為證據，法官指示陪審團該自白只得為對 Williams 的證據，不得成為對 Marsh 不利的證據。因為共同被告之自白已被編寫，不僅刪除被告之名字，甚且刪除任何可能影射其在場的內容，且法院已向陪審團作適當之指示，聯邦最高法院判決本案未侵害被告 Marsh 之對質詰問權³⁴。

惟在一九九八年之 Gray v. Maryland 案³⁵，聯邦最高法院表示雖然刪除其他被告之名字，但若自業經編寫的自白中，得推知所刪除者即為其他被告時，仍侵害被告之詰問權。本案被告 Bell 及 Gray 被共同起訴謀殺罪而合併審判，偵查中 Bell 自白其與 Gray、Vanlandingham 三人參與毆打被害人，被害人因此致死。審判中 Gray 請求分別審判，法院不准。檢察官將偵查中 Bell 的自白提及 Gray 的部分刪除，以符號或空白代替。例如，警察問毆打被害人的有那些人：Bell 回答：「我、空白、以及其他一些人。」

33 Richardson v. Marsh, 481 U.S. 200(1987).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 25-26、頁 35。

34 同前揭註 32。

35 523 U.S. 185(1998).轉引自王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 26、頁 35。

當警察在審判中朗讀該自白時，逢空白之處，則讀「刪除」（例如在上自白，讀：「我、刪除、以及其他一些人。」）。在合併審判中，檢察官提出此編寫之自白，法院准許。聯邦最高法院以五比四判決本案不能保護其他共同被告之憲法詰問權，違法。法院認為 1. 如果陪審團員知曉法律，得自自白中之「刪除」中，得知所刪除部分即為其他共同被告；2. 若陪審團員不知悉法律，必會猜測「刪除」的部分為誰，當陪審團員看到被告與共同被告同坐，且法官指示不得對被告作不利推斷，幾乎即得推知「刪除」部分所指為何人。本案編寫的自白，自表面觀察仍會人其他被告於罪(facially incriminating)，侵害被告詰問權。聯邦最高法院建議此時得改為：「我以及其他一些人。」

綜上所述，本文以為可獲致二點結論：

一、共同被告之自白，若(一)經編寫後刪除其他被告之名字，(二)而且刪除任何可能影射其他被告在場的內容，(三)且法院已向陪審團作適當之指示，則在合併審判中提出該自白為證據，未侵犯其他被告之對質詰問權。

二、共同被告之自白，若(一)經編寫的自白刪除其他被告名字或以符號代替之，(二)但若裁判者可能自「刪除」或「符號」中猜知刪除或符號部分即為其他共同被告時，而在合併審判中提出該自白為證據，將侵犯其他被告之對質詰問權，此時法院應採取其他適當措施以維被告權利³⁶。

36 參照王兆鵬，前揭文(註 17)，頁 26。

第二項 日本法制概觀

第一款 被告之對質詰問權

被告處於當事人的地位，有權自始至終沉默或對各項詰問拒絕供述（第三一一條第一項）。但若其任意供述，將成為證據時，屬證據方法之一。

在被告任意供述時，審判長可以隨時對必要的事項要求被告供述（第三一一條第二項）。陪席法官、檢察官、辯護人、共同被告或其辯護人，在告知審判長後，方可以要求被告任意供述（第三一一條第三項）。據此，質問被告的法律沒有特別限制，但基於有關自白筆錄調查階段限制規定（第三〇一條）之旨趣，在調查證據之前，要求被告供述犯罪事實的細節是不妥的。在實務實行上，對於否認的案件，質問被告這件事一般是在調查證據的最後階段進行。質問被告的方法，通常是以與訊問證人中交叉訊問等類似的方法進行，首先由辯護人訊問，其次是檢察官訊問，最後由審判長訊問³⁷。

第二款 分離程序

第一目 日本刑事訴訟法第三一三條

關於辯論之分開、合併和再開，日本刑事訴訟法第三一三條規定：

（一）法院再認為適當時，得依據檢察官、被告或辯護人之請求，或依職權，以裁定，將辯論分開或合併或再開已經終結之辯論。

（二）法院為保護被告之權利而認為有必要時，應依照法院規則中之

³⁷ 參照土本武司著，宋英輝、董璠輿譯，《日本刑事訴訟要義》，五南圖書公司，1997年5月，初版，頁241。

規定，以裁定將辯論分開進行³⁸。

依日本刑事訴訟法第三一三條第二項之規定，法院於 1. 有保護被告權利之必要時，應依所定之規則，以裁定將辯論分離，2. 基於刑事訴訟規則第二一〇條規定，法院因各被告間防禦相反等事由而認有保護被告權利之必要，應依職權或當事人或辯護人之聲請，以裁定分離辯論。如前所述，決定是否分離或合併辯論，涉及諸多複雜因素的考量，基本上因具共犯關係而主觀合併審理之案件，具有事實合一確定、量刑的均衡以及訴訟經濟等優點，惟若維持合併審理，將犧牲被告之權利，有害於訴訟程序之公正者，此種情形則有分離辯論之必要。此所謂「被告之權利」，係指被告作為訴訟當事人，有請求在充分行使防禦權的前提下，接受迅速而公正審判之權利。日本刑事訴訟規則特別例示，各被告防禦上之利害相反時，為有保護被告權利之必要情形。3. 而且，實務見解認為，若共同被告中之一人對起訴事實為認罪，並同意傳聞書面之偵查筆錄作為審判庭上之證據，但是其他共同被告否認犯罪事實，且多數均不同意將傳聞書面作為證據時，對於該認罪之共犯被告，為促進迅速之審判，免除該被告蒙受冗長審理程序之負擔，於此種情形下，有分離辯論之必要³⁹。

所以，在日本法上，是否應裁定分離辯論，大致上有下述幾種型態：

(一)被告甲與共同被告乙均承認被訴事實，無利害相反，採合併審理。

38 參照蔡墩銘譯，《德日刑事訴訟法》，五南圖書公司，1993年7月，初版，頁77。

39 參照藤永幸治等編，《大コンソナル刑事訴訟法第四卷》，1995年，頁805。轉引自陳運財，「共同被告之調查」，律師雜誌，第286期，2003年7月，頁114。並參照梓澤和幸等人合著，「反対尋問のポイント(共犯者)」，收錄於《刑事弁護》一書，1993年7月，頁122-123。

(二)甲及乙均否認被訴事實，惟彼此無利害相反之情形，仍採合併審理。

(三)甲乙均否認被訴事實，且利害關係相反，採分離辯論之方式。

(四)甲否認，乙自白被訴事實且不利於甲，甲乙之間利害關係相左，採分離辯論之方式。

惟對於義務分離程序之標準，存在一項重要爭點，亦即一旦各被告間利害相反，是否即應適用第三一三條第二項義務分離辯論之方式？多數學說認為並不盡然。雖有部分論者強調，遇有各被告之間利害關係相反，此時若維持合併審理，僅由被告本人依日本刑事訴訟法第三一一條第三項規定「質問」對其不利之共同被告，因該共同被告仍屬被告，享有緘默權，故被告本人之反對詰問權並無法獲得充分保障，是應依第三一三條第二項之規定分離辯論，在偽證罪的負擔下，以證人身分對該共同被告施以反對詰問，否則不得以共同被告之陳述作為認定他被告犯罪事實之證據，亦即主張各被告間一有利害關係相反，即應採絕對的分離辯論；惟目前日本多數有力見解認為，縱使各被告之間利害關係相左，對於被告本人之「質問」，如果共同被告並未行使緘默權而為任意之陳述，致被告本人亦能獲得充分詰問之效果者，即便未分離辯論，亦可也⁴⁰。

多數說之所以採取此種較彈性的解釋，主因係著眼於共同被告緘默權的維護，盡量不因各被告有利害相反，即採分離辯論，而限制其中特定被告的緘默權，此說認為應再視個案的訴訟進行情況斟酌之。如在合

40 折衷說，又稱「反對質問說」，乃界於「分離說」與實務運作之折衷見解，參照田宮裕，刑事訴訟法，1992年，頁384。轉引自陳運財，前揭文(註39)，頁114-115。並參照梓澤和幸等人合著，「共犯者の自白を吟味するポイント」，收錄於《刑事弁護》一書，1993年7月，頁114。

併審理中，對於被告本人的「質問」，共同被告並未行使緘默權，則無庸分離辯論以證人之身分調查共同被告，維持此種質問之方式即可；反之，若共同被告保持緘默，則縱使被告欲對其質問，亦難以發揮效果，故被告本人對共同被告之反對詰問權之確保乃優先於共同被告緘默權之維護，有此必要，始裁定將分離辯論。日本實務運作，基本上亦採取此種立場來操作第三一三條第二項義務分離辯論之規定。而且由於日本刑事審判程序中被告(包括共同被告)保持緘默之情形並不多見，故實際上有必要適用分離辯論的案件僅屬少數⁴¹。

反觀我國，此次增訂第二八七條之一第二項義務分離之規定，其要件如何判斷，可參酌日本法之多數見解。

第二目 日本刑事訴訟規則第二一〇條

法院因被告防禦相反等事由，認為有保護被告權利之必要時，應依檢察官、被告或其辯護人之請求，或依職權以裁定分離辯論⁴²。

(一)第二一〇條第一項規定

1. 辯論

本條所謂辯論，並非狹義之訴訟關係人的意見陳述，而係廣義的全

41 摘譯自三井誠，「共同被告人の審理」，法學教室，第 262 期，2002 年 7 月，頁 114。

42 我國新法所採之「分離程序」，是指美國法上之 severance？抑或是只是日本式的「分離程序」？因為美國法上分離後之結果是「由不同之陪審團」來審，且檢方必須重新舉証一次，從而若應用於我國應是指「由不同之合議庭法官來審」，問題較為複雜。但如果我國新法之「分離程序」，只是日本式的「分離程序」（日本刑事訴訟法第三一三條與刑事訴訟規則二一〇條），則因為日本式的並非「審判之分離」，則問題較單純。參照土本武司著，宋英輝、董璠與譯，前揭書（註 37），頁 258。而且，依我國第二八七條之一的修法理由說明可知，我國修法係仿日本刑事訴訟法第三一三條與刑事訴訟規則二一〇條之規定，故應為仿日本法制的「分離程序」。

部公判審理程序，意即同一法院繫屬事件之審理程序。再者，依第五條及第八條規定之相牽連案件的合併審判，不過僅是將數案件繫屬於同一法院而已，如有同時審理之必要時，法院仍應依本條之規定合併辯論。

2. 法院裁量

除有本條第二項之情形外，是否合併、分離辯論或再開已終結之辯論，係由法院自由裁量，一般而言，下列情形應認為符合適當之要件：

(1) 一被告數犯罪事實

如從節省程序及訴訟經濟的觀點考量認為合理時，應認為適當。惟有影響被告防禦上利益等情形時（如被告對 A 公訴事實之主張於 B 公訴事實會造成不利影響），應認為不適當。

(2) 被告不同之數案件全部或一部公訴事實有共通的情形時

如從節省程序及訴訟經濟的觀點考量，認為合理時，應屬適當。惟被告間相互防禦相反，或有超過法院訴訟指揮或維持秩序能力的情形時，應認為不適當。

3. 分離辯論之意義

係指已經合併的數案件分別審理。一個起訴狀記載數案件而分別審理時，如未特別有裁定合併時，無分離辯論之必要。

(二) 第二一〇條第二項

因被告防禦相反等事由，認為有保護被告權利之必要時，法院縱認有合併辯論之意義，仍應依職權以裁定分離辯論。如有違反應認為訴訟程序違背法令。例如同人公設辯護人為利害相反之共同被告辯護，應認為公判程序無效（名古屋高判昭和 24 年 12 月 19 日判決）；但如係選任

辯護人並不違法（最高裁判所昭和 43 年 4 月 18 日判決）；又一部分被告要求分離辯論，是否必要？應由法院實質的加以判斷⁴³。

第三款 分離程序之必要性與否

由於共同被告一旦經與被告分離辯論後，就被告本人之案件而言，得以證人之地位予以證據調查，失去其原享有之緘默權及接受辯護人援助之機會，故縱使遇共同被告與被告本人之利害關係相反，依第二八七條之一第二項義務分離辯論，自應力求慎重。

尤其，必須慎思的是，分離辯論並非保障被告對共同被告實施反對詰問，以釐清真實的絕對有效武器，倘遇重罪案件，共同被告果真因指證被告共犯事實而可能獲得減輕或推卸罪責，則其所獲之利益往往大於因虛偽陳述所可能承擔之偽證罪的不利益，此種情形，縱使分離辯論，命該分離後之共犯具結而在偽證的負擔下，由被告對其實施反對詰問。該共犯仍可能避重就輕，並為虛偽陳述，則於此情形下，難以透過反詰問辨明。

第三節 我國刑事訴訟法修正前後之比較

第一項 民國九十二年一月刑事訴訟法修法前之問題狀況

舊法關於共同被告陳述之調查，除了對質規定外，付之闕如，審判

⁴³ 摘譯自松尾浩也監修，松本時夫、土本武司編，《條解刑事訴訟法》，弘文堂，2000年，新版增補，頁 605-609。

實務的運作，基本上均由審判長本於職權進行，其調查之順序及方式全繫於審判長一心，似無一定規範可循，但基本上仍可出歸納下列幾個特徵：

一、共犯如未經合併或追加起訴而成為共同被告者，該共犯故與一般證人無異，應到庭由審判長訊問或接受當事人之詰問(原第一六六條)，惟因修正前之第一八六條第三款規定，與本案被告有共犯關係者，不得令其具結，故縱使該共犯於法庭上就案情有重大關係事項為虛偽陳述，亦不負偽證罪，此種情形，無法充分擔保其真實之真實性，效益不大，致使期待法官本於個案審酌審慎的形成心證。

二、共犯如經合併或追加起訴而成為共同被告，該共犯因與其他共同被告，未合併審判中同一訴訟程序之被告，實務上一向認為共同被告非證人，法律上又未設分離程序，故共同被告之調查，就被告本人之案件部分，以審判長訊問被告之方式行之；就與其他共同被告之案件而言，其共犯間之相對關係如何調查，及如何調查共同被告以證明他被告之共同犯罪事實，法律僅規定各被告間陳述不一致，有發現真實之必要時，得命其相互對質(第九十七條)，而所謂對質，由審判長主導，各被告間相互詢問或詰問機會並沒有充分獲得保障，尤其實務運作上，往往依第九十七條隔別訊問之規定，作為主導蒐集證據探究真實的武器，在此情形下，被告更難以對不利於己之共同被告供述進行辯明。

三、傳統見解與實務運作均認為，不論是否經合併或追加起訴而成為共同被告、是否具共同被告關係之共同被告，在訴訟程序中仍屬被告，

不具證人適格；又修法前，無分離辯論之規定，故共同被告不具證人適格，其身份不產生變異⁴⁴。

第二項 民國九十二年一月刑事訴訟法修法後之解釋及適用

第一款 新法規定

關於新法第一五五條第二項規定，無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷依據。意指「證據能力有無」與「合法調查程序」構成「嚴格證明程序」之第二大基礎。

而共犯或共同被告審判外之陳述，相對於他共犯或共同被告之案件而言，屬傳聞證據，依據第一五九條第一項之規定，原則上無證據能力，為此，對於共犯或共同被告審判外之陳述，原則上著重於證據能力有無之判斷問題，若符合例外情形，始得肯認其證據能力，而提出於法庭使用。職是，關於共犯或共同被告審判外之陳述僅於例外肯認其證據能力時，始有調查程序之問題，以資解決實務上頻生之共犯或共同被告翻供所致於審判中、審判外陳述不一致之情形。再者，關於共犯或共同被告審判中之陳述，有證據能力，故問題核心著重於合法調查程序之探討。

是以，不論是共犯或共同被告審判外陳述例外肯認其證據能力之情形、或共犯或共同被告審判中之陳述均有證據能力之情形，共同被告均應於他共犯或共同被告之審判期日直接到庭進行證據調查，其在法庭上之陳述，對於他共犯或共同被告案件而言，始得作為判斷他共犯或共同被告有罪之判斷依據。惟共犯或共同被告於審判期日之到庭陳述，要做

⁴⁴ 共同被告享有緘默權，法院就其本人之案件為訊問時，應依第九十五條為權利之告知，共同被告得拒絕陳述；就他被告之案件為訊問時，不得令共同被告具結而為陳述，共同被告對他被告案件之陳述，不負偽證罪責。

為其他共同被告案件有罪之判斷依據使用，應經何種調查程序，始符合第一五五條第二項嚴格證明法則之要求？於下各目分別就新法之規定說明，又由於本章節第四節至第六節部份將就新法於實務之操作為詳細說明，故於本款各目之內容，側重於修法條文與修法理由之說明，合先敘明。

第一目 被告之詰問權（第一六三條、第一六六條、第一六九條、
第一八四條、第二八七條之一、第二八七條之二）

於共犯或共同被告之案件，特別是具共犯關係之共同被告案件，被告本人對他共同被告如何進行詰問，以確保他共同被告對被告本人陳述之真實與兼顧被告本人詰問權之保障，就新法相關規定分述於下：

將新法第二八七條之一、第二八七條之二，此二條文合併觀察，釐清分離程序之意義、要件⁴⁵、標準，與是否因分離程序而有證人適格，以及究竟應如法條文義所載，準用證人規定？或應直接適用證人規定？並類型化區分因分離程序後，如何處理後續問題；若未分離程序，則為合

45 例如，關於第二八七條之一第二項義務分離規定的適用，應同時滿足下述二要件：（一）防禦上之利害關係相反，共同被告與被告本人之間有無利害相反，應判斷彼此之陳述內容有無實質的不一致，例如共同被告有試圖嫁禍或推卸責任，而為不利於被告本人之陳述者，對此，被告本人否認之情形，因防禦相反，有應分離辯論之餘地。（二）具有權利保護之必要性，單是陳述不一致，並非即表示有保護被告權利之必要。1.所謂「被告權利」，應指被告作為訴訟當事人，有請求在充分行使防禦權的前提下，接受迅速而公正審判之權利而言，一般而言，當各被告防禦上之利害相反，且因審理程序中共同被告保持緘默，致非適用分離辯論之規定，無從保障被告本人對共同被告為有效之反對詰問者，此時認有第二八七條之一第二項所謂之保護被告權利之必要性。換言之，該必要性之有無，應審酌是否非將共同被告分離辯論，使其在偽證的負擔下進行交互詰問，否則無法釐清真實，作個案實質的判斷；2.如果合併審理中，共同被告對於被告本人之詢問或法院職權訊問，均能任意的陳述，並未行使緘默權或刻意的避重就輕，此種情形，縱使彼此的利害相反，亦無庸強制分離辯論而以證人之身分調查共同被告，繼續行合併審理，依第一六三條第二項之規定採取對共同被告之詢問即可。

併審理，為共同被告身分，似應依第一六三條第一項為詢問，至於詢問方式，得否準用第一六六條規定？學說有爭議。

又，第一六三條第一項「被告」本應包含共同被告。就共犯陳述案件，被告本人究竟是運用第一六三條第一項規定，抑或是第一六六條規定而對他共犯為詰問？相較來看，第一六三條第一項係當事人對證人、鑑定人、被告行詢問權之通則性規定；第一六六條規定為當事人對證人、鑑定人訊問之分則性規定。若係依第二八七條之一、第二八七條之二規定，一同起訴、但嗣後分離程序而賦予證人適格之共犯或未一同起訴之情形，本來就具證人適格之共犯，則被供述所指之被告本人，得對他共犯實施第一六六條之詰問程序。新法杜絕過去原第一六六條第一項偏重職權主義色彩之批評，修法後一律改由當事人先聲請，先實施詰問，以落實被告本人之防禦權與當事人進行主義下由當事人主導程序進行之精神。反之，若係合併審理程序下之共犯，因具共同被告身分，則被供述所指之被告本人，應回歸適用第一六三條第一項之規定，詢問他共同被告。

第二目 共犯或共同被告之證人適格（第二八七條之二、刪除第一八六條第三款規定）與共犯或共同被告之拒絕證言權（第一八〇條第二項、第一八一條、第一八一條之一）

第二八七之二規定法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告得因分離程序而有證人適格，且刪除第一八六條第三款規定，賦予共犯陳述仍須具結，減少共犯陳述之高度虛偽危險；又於賦予共犯或共

同被告之證人適格之前提下，亦賦予其有證人之拒絕證言權，如第一八一條規定，恐因陳述致自己或與其有前條第一項特定關係之人受刑事追溯處罰者，得拒絕證言。屬於因身分關係而享有之拒絕證言權。但是由於共犯或共同被告案件之特殊，法有明文限制不得拒絕證言之情形，如第一八〇條第二項規定對於共同被告中一人有前項特定關係者，而僅就關於他共同被告之事項為證人時，不得拒絕證言；第一八一條之一反詰問之證言義務，規定被告以外之人於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。關於本條規定，解釋上宜慎重，僅是在強調主詰問中已述之事實，不得拒絕詰問，以保障被告之反對詰問權，若拒絕，不但有偽證罪之負擔，其主詰問之陳述信用性則遭受質疑。

第三目 程序分離或合併(第二八七條之一)與調查證據程序(第二八八條第二項、第二八八條之一、第二八八條之二、第一六一之三)

因應第二八七條為程序之合併審理者，該共同被告立於被告之身分，依第二八七條規定，審判長應踐行罪名告知義務，以保障被告之防禦權與刑事程序之正義。並依第一六一之三規定，法院對於得為證據之被告自白，除有特別規定外，非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢後，不得調查。考量 1. 被告對於犯罪事實之自白，僅屬刑事審判所憑證據之一種，為防止法官過分依賴該項自白而形成預斷，因此，對於得為證據之自白，其調查之次序應予限制，爰參考日本刑事訴訟法第三〇一條之立法例，增訂本條。2 本條所稱除有特別規定外，意指例如本法第四四九條、第四五一條之一所定之簡易判決處刑程序或修正條文第二七三條之

一、第二七三條之二所定之簡式審判程序，即容許法院先就得為證據之被告自白為調查，其為本條之特別規定，應優先適用之。另外，第二八八條第二項則是就被告被訴事實，明訂於法院行調查證據程序之最後階段行之；第二八八條之一則是規範調查證據後之意見詢問與告知；第二八八條之二則是關於證據證明力之辯論之規定，明確規範法院調查證據程序之準則。

第四目 簡式審判程序（第二七三條之一、第二七三條之二）

新修正刑事訴訟法第二七三條之一對簡式審判程序之裁定的規定、第二七三條之二對簡式審判程序之證據調查規定，認為簡式審判程序之證據調查不受第一五九條第一項（傳聞法則）、第一六一條之二、第一六一條之三、第一六三條之一、第一六四條至第一七〇條規定之限制。

第二七三條之一係新增規定，就刑事案件之處理，視案件之輕微或重大，或視被告對於起訴事實有無爭執，而異其審理之訴訟程序或簡化證據之調查，一方面可合理分配司法資源的利用，且可減輕法院審理案件之負擔，以達訴訟經濟之要求；另一方面亦可使訴訟儘速終結，讓被告免於訟累，是以明案應予速判，爰參考日本刑事訴訟法第二九一條之二，日本刑事訴訟規則第一九七條之二規定之簡易公判程序立法例，增訂本條第一項，就一定罪責之案件，即除被告所犯為死刑、無期徒刑、最輕本刑為三年以上有期徒刑之罪或高等法院管轄第一審案件者外，於審理中檢察官陳述起訴要旨後，被告先就被訴事實為有罪之陳述，案情已臻明確，斯時審判長可以於告知被告簡式審判之旨後，聽取當事人、代理人、辯護人及輔佐人之意見後，裁定進行簡式審判之程序。

法院為前項之裁定後，若審慎再酌結果，認為不得或不宜進行簡式審判程序，例如：法院嗣後懷疑被告自白是否具有真實性，則基於刑事訴訟重在實現正義及發見真實之必要，自以仍依通常程序慎重處理為當；又如一案中數共同被告，僅其中一部分被告自白犯罪，或被告對於裁判上一罪之案件僅就部分自白犯罪時，因該等情形有證據共通的關係，若割裂適用而異其審理程序，對於訴訟經濟之實現，要無助益，此時，自以適用通常程序為宜，是以參考日本刑事訴訟法第二九一條之三及日本刑事訴訟規則第一九七條之二之立法例，增訂本條第二項。

行簡式審判程序之裁定若經撤銷改依通常程序進行審判時，審判長應更新審理程序，但檢察官、被告若對於程序之進行無意見，則設例外之規定，爰參考日本刑事訴訟法第三一五條之二之立法例，增訂本條第三項。

第二七三條之二係新增規定，考量簡式審判程序，貴在審判程序之簡省便捷，故調查證據之程序宜由審判長便宜行事，以適當之方法行之即可，又因被告對於犯罪事實並不爭執，可認定被告亦無行使反對詰問權之意，因此有關傳聞證據之證據能力限制規定無庸予以適用。再者，簡式審判程序中證據調查之程序亦予簡化，關於證據調查之次序、方法之預定、證據調查請求之限制、證據調查之方法，證人、鑑定人詰問之方式等，均不須強制適用，爰參考日本刑事訴訟法第三〇七條之二、日本刑事訴訟規則第二〇三條之三之規定，增訂本條。

第二款 實務操作可能衍生之疑義

關於審判期日共犯或共同被告之調查，作了幾項重要變革⁴⁶：

一、共犯未經合併或追加起訴而成為共同被告者，自與一般證人無異，應先命具結(修正第一八八條，刪除同條第三款)，在偽證的負擔下由當事人依新修正第一六六條之規定行交互詰問。

二、共犯如經合併或追加起訴而成為共同被告者，仍屬被告，於其本人之案件，應有新法第一六一條之三及第二八八條第三項規定之適用，亦即，法院對於得為證據之被告自白，除有特別規定外，非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢後，不得調查。同時，除檢視審判程序外，審判長就被告被訴事實為審問者，應於調查證據程序之最後行之。相對的，就他被告之案件調查時，應如何踐行調查程序，則涉及第二八七條之二規定之解釋。

三、共犯雖經合併或追加起訴而成為共同被告者，惟依增訂第二八七條之一第二項之規定，因共同被告之利害相反，而有保護被告權力之必要者，應分離調查證據或辯論。設義務性分離之規定，以保障被告反對詰問共同被告之機會。令法院認為適當時，亦得依職權或當事人之聲請裁量分離辯論(同條第一項)。

四、增訂第二八七條之二規定：「法院就被告本人之案件調查調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定。」

關於上述修正要點，均存在一共同特徵，亦即不論共犯或共同被告，相對於被告，均屬第三人，應充分維護被告對共犯或共同被告行使詰問之機會。綜上修法可知，關於審判期日共犯或共同被告之調查程序，其

⁴⁶ 參照陳運財，前揭文(註 39)，頁 106-107。

方式主要有：(一)未分離辯論，在合併審理中，以共同被告身份進行調查，由被告本人依第一六三條第二項之規定予以詢問或由法院直接訊問共同被告。(二)依第二八七條之一分離辯論，由被告本人對分離後之具證人適格之共同被告，依第一六六條交互詰問之方式調查之。(三)暫時性分離，僅分離共同被告之調查程序而已，之後又合併辯論，乃融合第一種及第二種的調查方式。

惟上開修正仍有疑義之處在於：(一)共犯如經合併或追加起訴而成為共同被告者，在合併審判中，該具共犯關係之共同被告，相對於被告案件部分，應如何調查？是否依第二八七條之二，準用人證之規定調查？(二)共同被告經分離辯論後，是否即具證人適格，而應依一般證人之規定調查，有無再援引第二八七條之二規定之必要？此(一)(二)問題均繫於一癥結—共同被告之地位於刑事程序上為何，有無證人適格？增訂第二八七條之二之規定意旨為何？(三)第二八七條之一分離辯論之規定，其分離辯論之標準及分離辯論之程序為何？(四)合併審判中，該具共犯關係之共同被告，相對於被告，應如何調查？始符合當事人進行主義下，保障被告反對詰問權的前提。於下分述之：

第四節 共犯或共同被告之證人適格

第一項 被告與證人地位之差異

依我國刑事訴訟法之規定，被告與證人之地位不同，影響所及之權

利義務關係、調查程序與方式存有顯著差異，析述如下：

一、權利義務關係

(一) 被告

1. 被告自白需符合任意性為其前提要件

2. 被告緘默權（被告不自證己罪）

審判中被告乃一造當事人，為訴訟主體，享有選任或指定辯護人之權利，以及緘默權，不負陳述義務，不得令其具結，縱為虛偽陳述，亦不負偽證罪責。新法第一五六條第四項規定，被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。

(二) 證人

證人乃訴訟關係人，無接受辯護人援助之權利，原則上應令其具結，負擔實陳述之責，有受偽證罪之負擔，僅限於恐因自己之陳述而有受刑事追訴或處罰之虞等法律有特別規定之情形，始得行使拒絕證言權。

1. 證人作證義務

應賦予分開程序下之共犯具證人適格。按新修正刑事訴訟法第一五九條第一項及第一五九條之一至第一五九條之五規定，確立傳聞法則及其例外；並就「被告以外之人」（不單指現行條文所指之證人，尚包括共犯或共同被告、被害人等）於審判外之陳述，同納入傳聞法則之規範，於符合「傳聞法則例外」之二基準（必要性、可信性）之前提下，確立了共犯或共同被告具「證人」適格而為「傳聞陳述之例外」，俾符排斥傳聞證據原則、保障被告之反對詰問權。新修正刑事訴訟法第二八七條之二亦復規定，法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告「準

用”人證規定。

有學者認為新修正刑事訴訟法第二八七條之二規定，該共同被告應「直接適用」人證規定，而非準用。所持理由為修正理由已說明明確，法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告對被告本人之案件「具」證人適格⁴⁷。

學者有認新修正刑事訴訟法第二八七條之二規定，該共同被告應“準用”人證規定，共同被告得為證人，不再如過去區別是否「僅關於他共同被告之事項」始得為證人，此係刑事訴訟法之重大變革，是值注意⁴⁸。

2. 證人的具結

依我國修法前，原刑事訴訟法第一八六條但書第三款的規定下，具有共犯或相牽連關係的共同被告，縱分開程序、不再是共同被告，而具有證人適格，依該款規定，證人仍無庸具結。於前開規定下，令立於證人地位之共同被告無庸負擔偽證罪責任，該人可隨意陳述而不受處罰。此結果將完全喪失使共同被告具證人適格的用意，故應修法刪除本條款規定。新修正刑事訴訟法第一八六條已將現行刑事訴訟法第一八六條但書第三款的規定刪除，以證人身分訊問共同被告時，應令其具結，以擔保其陳述之正確性，防止偽證⁴⁹。

學者有認共同被告準用有關人證之規定，必須具結作證，有偽證罪處罰之壓力，必須接受本案被告之對質、詰問（第九十七條、第一六六條、第一八四條），否則不得作為本案被告之證據，改變過去實務運作方

47 參照林朝榮老師 2003 年 6 月 3 日刑事訴訟法上課講述。

48 參照林俊益，「傳聞法則下共同被告之陳述與調查」，台灣本土法學雜誌，第 45 期，2003 年 4 月，頁 141。

49 參照陳運財，前揭文(註 39)，頁 104。

式，希望有助於發現真實⁵⁰。

3. 證人的拒絕證言權

(1) 原刑事訴訟法第一八〇條至一八三條規定「證人」之拒絕證言權規定，關於共同被告，僅於第一八〇條規定有特殊身分關係者，不得拒絕證言；而「被告」僅具有緘默權而無拒絕證言權。若共犯或共同被告立於證人地位，行使拒絕證言權時，為期能夠免除或減輕自己之刑事責任，經常會栽贓他人或將責任轉嫁於他人而為虛偽之供述，此時反對詢問效果可謂幾乎不可能達到。則該如何解決此問題？

(2) 新修正刑事訴訟法第一八一條之一規定，被告以外之人（包含共犯、共同被告、被害人等）於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。有效改善修法前原刑事訴訟法第一八〇條至一八三條規定可能產生的弊端。

二、調查程序與方式

（一）被告

1. 調查程序：於審判期日之證據調查，原則上被告之訊問應置於證據調查之最後階段行之，以利被告行使防禦權，降低法院先入為主的偏見。

2. 調查方式：由法院訊問被告、檢察官或辯護人詢問被告之方式為之。

（二）證人

50 參照林俊益，前揭文(註 48)，頁 141。

1. 調查程序：無類似被告之訊問應置於證據調查之最後階段之限制。
2. 調查方式：依第一六六條由當事人交互詰問方式進行之。

綜上所述，可知共同被告之定位問題攸關程序權之保障、影響證據調查之程序與方式，自有必要釐清具共犯關係之共同被告、不具共犯關係之共同被告(經合併或追加起訴而成為共同被告)究竟係被告？證人？抑或兼具被告與證人之雙重身份？至於不具共同被告關係之共犯，本得直接依「證人」規定，有「反詰問」之適用，須具結作證，有偽證罪處罰之壓力，必須接受本案被告之對質、詰問(第九十七條、第一六六條)⁵¹。

第二項 我國刑事訴訟法第二八七條之二規定之解釋及適用

依新修訂之第二八七條之二規定，法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告準用有關人證之規定，其真意為何？主要大別為二大問題，其一，是否需以第二八七條之一分離辯論之情形為其前提，始得準用人證之規定？有待探究⁵²。其二，第二八七條之二中賦予共同被告證人適格後，究應認係如法條文義所指之「準用」證人相關規定，抑或係「直接適用」證人相關規定？

關於第二八七條之二規定之解釋，學說與實務運作上有不同見解：

(一)學說

(甲說)共同被告未依第二八七條之一分離辯論者，仍屬被告，無第

⁵¹ 參照林俊益，前揭文(註 48)，頁 141。

⁵² 參照司法院刑事廳編著，「刑事訴訟法新制法律問題研討會提案一第十四號」，收錄於《刑事訴訟法新制法律問題彙編》一書，司法院印行，2003年8月，頁 66-69；陳運財，前揭文(註 39)，頁 108-109；何賴傑，「共犯不利其他共犯之陳述與共同被告地位」，台灣本土法學雜誌，第 55 期，2004 年 2 月，頁 144-145。

二八七條之二之適用；但若經分離辯論，則依第二八七條之二「準用」人證之規定調查⁵³。

(乙說)未分離辯論者，仍屬被告，不適用第二八七條之二；但若經分離辯論，則與一般證人無異，應「直接適用」證人之規定，非依第二八七條之二之準用人證規定。

(丙說)共同被告雖未依第二八七條之一分離辯論，仍適用第二八七條之二之準用人證規定；但若經分離辯論，則與一般證人無異，應「直接適用」證人之規定，非依第二八七條之二之準用人證規定⁵⁴。

(丁說)共同被告不論有無分離辯論，均適用第二八七條之二之「準用」人證規定。

(二)實務

依據司法院刑事訴訟法新制法律問題研討會提案—第十四號問題⁵⁵，實務見解可大別為三說：

(甲說)新修正之第二八七條之一、第二八七條之二係參考日本刑事訴訟法第三百十三條規定之立法例而設。依日本之判例與實務通說，合併審理中之被告本人與共同被告均不具有證人適格，必須先分離被告與共同被告之證據調查程序，使共同被告成為訴外第三人，始能以證人身分傳喚或拘提到庭，由被告本人行反對詰問。若未分離證據調查程序，則被告本人及共同被告均屬同一審判程序之當事人，並無證人之適格。

⁵³ 參照陳運財，前揭文(註 39)，頁 110。

⁵⁴ 認為第二八七條之一的規定僅於如美國法制採行陪審制度下，始有實益，而於我國現行制度下，第二八七條之一乃偽善條款。參照林朝榮老師於 2004 年 7 月 23 日擔任本文口試委員，於口試時所補充之意見。

⁵⁵ 參照司法院刑事廳編著，前揭文(註 52)，頁 66-69。

此說同上述學說上甲說見解。

(乙說)考察第二八七條之一、第二八七條之二之立法沿革與立法理由，以立法本旨及文義解釋而言，只要法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告即具證人適格，應適用第二八七條之二之準用人證規定，不須由法院依第二八七條之一規定，以裁定將共同被告之證據調查程序分離。

(丙說)如共同被告利害相反且有保護被告之必要，則裁定分離審判，除上開情形外，法院雖未裁定將共同被告之證據調查程序分離，依第二八七條之二共同被告仍具證人適格。

司法院刑事訴訟法新制法律問題研討會提案—第十四號問題研討結果採乙說，只要法院就被告本人之案件調查共同被告時，該共同被告即具證人適格，應適用第二八七條之二之準用人證規定，不須由法院依第二八七條之一規定，以裁定將共同被告之證據調查程序分離。

關於第二八七條之二規定，學說與實務上之不同詮釋，究應採何種見解為妥適？本文以為宜採學說與實務所採之甲說見解為妥適，主要理由係端賴三項關鍵之綜合判斷，亦即(一)被告與證人地位不同所致刑事程序運用上之差別；(二)第二八七條之二之準用效果為何？(三)法學方法論上對準用與直接適用之概念不同，析述於下：

(一)被告與證人地位不同所致刑事程序運用上之差別

1. 合併審理中之共同被告，仍屬同一訴訟程序之之被告，享有緘默權及接受辯護人援助的機會，故不應令其具結而以證人加以調查，故若要以證人身分傳喚共同被告到庭陳述，必須分離其與被告本人之調查程

序或辯論程序，使該共同被告成為原訴訟程序之第三人後，始得以證人身分強制傳喚到庭，於令具結之情形下由被告行反對詰問，否則對審判中之共同被告，直接以準用證人之地位加以調查，將造成不當侵害其緘默權及辯護權。故應任合併審判中之共同被告，不具證人適格，僅有依法將其分離辯論後，始得以證人之地位加以調查⁵⁶。

2. 法理上，依第二八七條之一規定分離辯論後，相對於他被告之案件，應認具證人適格，於此種情形，論者雖有謂得直接適用證人之規定，毋庸準用。但值得注意的是，共同被告縱使經分離辯論，其本身仍具有被起訴之被告身分，自與一般未被追訴之證人有別。故認為經分離辯論之共同被告，依第二八七條之二準用人證之規定，較為妥適。

(二) 第二八七條之二的準用效果

依第二八七條之一分離辯論規定的體例觀察，為保障被告之詰問權，第二八七條之二共同被告準用有關人證之規定，必須具結作證，有偽證罪處罰之壓力，必須接受本案被告之對質、詰問（第九十七條、第一六六條、第一八四條）⁵⁷。

(三) 法學方法論上對準用與直接適用之概念不同

所謂準用⁵⁸與適用有別，適用係完全依其規定而適用之謂，準用則祇就某事項所定之法規，於性質不相牴觸之範圍內，適用於其他事項之謂，即準用有其自然之限度⁵⁹。準用其法律要件或法律效果。

56 日本判例及學說通說見解認為，若未分離辯論，則共同被告與被告本人均屬同一審判程序中之被告，無證人適格，應依日本刑事訴訟法第三一一條「訊問被告」之調查方式為之，此時被告本人對於共同被告仍有詰問機會，故得無條件的承認共同被告所為陳述之證據能力。摘譯自三井誠，前揭文(註 41)，頁 115。

57 參照林俊益，前揭文(註 48)，頁 140-141。

58 參照楊仁壽，《法學方法論》，自刊，1995 年 10 月，頁 180-187。

59 參照四十一年台非字第四七號判例要旨；四三年度台非字第七號判決要旨；四五年

按準用者，係法律明定將關於某種事項（法律事實）所設之規定，適用於其相類似之事項之上，為我國法律常用之立法技術。類推適用者，乃比附援引之謂，即關於某種事項，在現行法上，尚乏規定，法院於處理此種事項時，得援引其性質相似之法規，以資解決。

惟最高法院對於適用、準用、類推適用及類推解釋，並未予嚴格區別，例如四一年台上字第四九〇號判例所稱「準用」，應屬「類推適用」，五六年台上字第二二三二號判例所稱「適用」，應屬「類推適用」，二九年上半年上字第二〇四三號判例同時併用類推解釋及類推適用，尤為突出。誠然，「類推解釋」一語，亦甚通用，但二者混淆，則應避免。就法學方法論而言，以「類推適用」較為妥適，蓋於此種情形，乃就某事項欠缺適用法規時，比附援引類似法規，以為法律上之判斷，自不得謂為「解釋」也⁶⁰。

綜上所述，本文以為：

1. 合併審判中之共同被告未依第二八七條之一分離辯論者，仍屬被告，無第二八七條之二之適用；但若經分離辯論，則依第二八七條之二準用人證之規定調查。

2. 經分離辯論之共同被告，僅得準用證人之規定，而非直接適用證人之規定。蓋(1)共同被告身具雙重身分⁶¹之特質，本質上仍與一般未被追訴之證人有別。(2)基於法學方法論上之要求，準用乃就現行法漏未規

度台非字第六七號判決要旨。

⁶⁰ 參照王澤鑑，《民法實例研習民法總則》，自刊，1995年3月，頁21-23。

⁶¹ 對於陳述之被告本人而言，係被告身分；但相對於他共同被告，屬於第三人，得因分離程序賦予其證人適格，而使被告之緘默權退讓於被告之反對詰問權，期使被告之防禦權落實，擅用被告本人之詰問權，於追求實體真實發現之餘，兼顧程序正當，避免被告本人遭受他共同被告誣陷之危險。

定之處，就某事項所定之法規，於性質不相抵觸之範圍內，適用於其他事項之謂，準用其法律要件或法律效果。

3. 至於採「準用說」下，其與「直接適用說」，於適用證人規定時，有無不同呢？是否均須具結？是否同受偽證罪之負擔？行使拒絕證言權之釋明、法院不准許時之法律效果有無不同？虛偽陳述時，可否科以處罰罰鍰？論者有謂，既無不同，當以「直接適用說」為可採。惟本文以為就其法律效果之區別，雖然差別不大，但仍有其自然限度，譬如傳喚程序上，是依「共同被告」身分加以傳喚，與一般逕依「證人身分」傳喚，仍有不同。

第三項 侵害緘默權與否

對於合併審判之共同被告，直接令其具結而以證人身分與以調查，固然侵害該共同被告之緘默權與辯護權；則對經分離辯論之共同被告，準用證人身分調查，是否亦侵害共同被告之防禦權？在被告本人反對詰問權之保障與共同被告緘默權之保障間，如天平之兩端，如何兼顧取得衡平？是為困難之所在。

共同被告若為不利於他被告之陳述、且與他被告之陳述不一致，此時，(一)如允許共同被告行使緘默權，必定無法有效維護被告本人反對詰問共同被告之權利；(二)以未充分彈劾之共同被告之陳述作為認定被告有罪之依據，對被告顯然不公；(三)第二八七條之二第二項之規定，乃係權衡利害關係下，共同被告之緘默權讓步於被告之詰問權，為分離調查程序或辯論程序；(四)在分離辯論情形下，共同被告雖暫時失去立於被告身分所享有之緘默權，惟就其證人之地位，仍受第一八一條證人

拒絕證言權之保護，就具體詰問內容，如恐因其陳述致使自己受刑事追訴者，得拒絕證言。故賦予共同被告證人適格，雖使共同被告權利保障受到限縮，惟在保障被告本人之反對詰問權之優先利益下，應被容許之；(五)共同被告經分離辯論後，故若要拒絕證言，亦須準用證人規定，必須釋明拒絕之理由；此與共同被告原立於被告身分享有之緘默權，不負偽證負擔、不須釋明拒絕陳述之理由、且得選任或指定辯護人援助之地位相比，仍有相當不利益，故分離辯論之適用，仍須審慎為之⁶²。

第五節 分離辯論

第一項 分離或合併辯論之意義

第一款 民國九十二年一月刑事訴訟法修法前之問題狀況

我國刑事訴訟法就相牽連案件，本設有合併管轄及合併審判之規定(第六條)，檢察官亦可就相牽連案件，為追加起訴(第二六五條)。所謂合併審判，可分為客觀合併與主觀合併，前者係指對同一被告，合併其複數之起訴事實而進行審理；後者則是對複數的被告，合併起訴事實而進行審理，型態上又可區分為二：其一，自始以一份起訴書，對複數被告之相牽連案件提起公訴；其二，原先個別起訴之複數被告案件，於審理階段始行合併者(含追加起訴之情形)。本文探討之重點係針對主觀合併案件。

62 參照陳運財，前揭文(註 39)，頁 110-111。

惟須注意的是，第六條之「法院」係組織法上之管轄法院，非逕指獨任或合議審理案件之具體審判權法院，故第六條之合併管轄或合併審判，與共同被告之案件由同一具體審判權之法院合併於訴訟程序中調查或辯論，二者有別。合併辯論乃合併審判之下位概念。於本次刑事訴訟法修法前，我國法無合併各被告之調查證據及辯論程序之明文可資使用，致審判實務僅能擴張解釋第六條之規定，模糊處理⁶³。

第二款 民國九十二年一月刑事訴訟法修法後之解釋及適用

本次修法增訂第二八七條之一第一項規定，應可配合第六條之規定，提供實務運作之參考。關於主觀合併中之第一種情形，由於追訴者係以同一起訴書向管轄法院合併起訴，適用上從寬認定，蓋各共同被告各案件不僅繫屬於同一組織法上之法院，且分案後，得由一具體審判權之法院利用同一訴訟程序來合併審理，此時該行使具體審判權之法院縱未依第二八七條之一第一項之規定，另為裁定合併各被告之調查證據或辯論程序，亦不違法。

至於主觀合併之第二種型態，原分別繫屬於數法院之相牽連案件，依第六條之規定裁定由一法院合併審判者，宜再由獨任或合議審理之法院，另為裁定合併各被告之調查證據或辯論程序，以求慎重。

修法後，依第二八七條之一之規定，分離程序之範圍有二：一是共同被告之調查證據程序，就被告本人之案件調查共同被告時，暫時將程序分離，待共同被告調查完後，得再裁定合併為原訴訟程序；二是共同被告之分離辯論程序，此辯論應採廣義解釋，除包括第二八八條及第二

63 同前揭註 62。

八九條當事人或辯護人之言詞陳述意見外，審判期日使訴訟關係人參與調查之所有審理程序，均涵蓋在此辯論程序範圍。學者有認共同被告之調查證據程序其實亦可包含在此廣義的辯論程序範圍內，但條文上分別並列調查證據程序或辯論程序，乃直接明示分離程序的方式，可在調查共同被告時，暫時分離調查證據程序，調查後又可裁定回復合併程序，因此條文分別並列二不同程序之明文，具有實質意義。

第二八七條之一規定上之分離調查證據程序或辯論程序，非將共同被告之案件裁定移轉由其他有管轄權之法院個別審判，分離後，共同被告之案件仍繫屬於該有管轄權之組織法上的法院，並未整個脫離，是值注意。

第二項 分離辯論之標準

第二八七條之一之主觀合併或分離規定，第一項規定裁量分離或合併，第二項規定必要分離與義務分離。分離辯論之時期，於起訴後至辯論終結前，均得為之。第一項規定裁量分離或合併，可由法院認為適當時，依職權行使，或由當事人聲請。該項聲請權之優點，一為強化當事人進行之訴訟構造，二是可同時藉由主導訴訟進行之當事人參與程序型態的決定，以避免法院判決矛盾、使量刑均衡。對於當事人或辯護人之聲請，法院判斷共同被告與被告本人是否適於合併或分離程序，有無理由，應以裁定為之，對此判決前之裁定，不得抗告。

就當事人或辯護人之聲請，法院裁量分離或合併程序之標準為何，須回歸上位概念之合併審判的利弊得失考量，於下分就其優缺點分述之：

(一) 合併審判的優點

1. 由同一法官審理，關於各共同被告間共通事實，可合一確定，避免裁判矛盾。

2 基於證據共通性，可避免證據調查之重複，減輕被害人等證人到庭之負擔，達到訴訟經濟的效果。

3. 由同一法官審理以同一訴訟程序合併審理，有助於各共同被告間量刑的均衡。

4. 如採分離審判，則法院有可能因先前審理某一被告案件之關係，而對後審理之被告形成偏見，或受先前判決之拘束產生預斷之虞。

（二）合併審判的缺點

1. 被告人數愈多，審理愈複雜，有訴訟遲延之虞。特別是若共同被告中之一人或數人未於審判期日到庭，將造成訴訟程序複雜化。

2. 因各被告住居所不同，因合併審判將使部份被告到庭或行使防禦權有所不便。

3. 如各被告間利害相反，因合併審判將使部份被告防禦權保護不足。

4. 被告人數愈多，程序技術上，受限於法庭設備及規模，對在押被告之戒護有不足之虞，有礙訴訟指揮與法庭秩序之維護。

合併審判的缺點，即分離審判之缺點，二者互為表裡⁶⁴。因此，關於第二八七條之一之第一項裁量分離規定，考量因素應審酌合併審判之利弊與個案上之影響，檢討本案情節、性質態樣、與他案件關聯、被告之性格及情狀、本案審理之進行程度、證據調查之階段、法院人力與物力資源、綜合判斷合併或分離對於被告及其他情事之影響，是否有助於公

⁶⁴ 參照藤永幸治等編，《大コンソナル刑事訴訟法第四卷》，1995年，頁799、802。轉引自陳運財，前揭文(註39)，頁113。

平且迅速審判之實現而決定。例如共同被告間利害相反或人數衆多有礙證據調查之迅速公正之虞，應避免合併審理⁶⁵。關於第二八七條之一之第二項必要分離規定，乃更進一步明文規定，就共同被告利害相反，而有保護被告權利之必要，應予分離調查證據程序或辯論程序。例如共同被告與被告本人間有利害衝突或證言不一致情形，基於保障被告本人之反對詰問權，法院應依職權或被告或辯護人之聲請，以裁定將共同被告與被告本人之調查證據程序或辯論程序分離，使共同被告以證人身份接受被告或辯護人之反對詰問。此項規定，係參酌日本刑事訴訟法第三一三條第二項及刑事訴訟規則第二一〇條第一項所增設。

第三項 分離辯論之程序

依第二八七條之一為分離辯論後，其程序應以何種型態進行，也是一個重要的新課題。基本上，採取分離辯論的型態，依審判主體及訴訟程序分類，可區分為三種方式：(一)審判主體之分離：指經分離辯論的案件，由不同的法官另以訴訟程序進行審理。(二)辯論程序或訴訟程序之分離：係謂經分離辯論之案件，仍維持由同一法官，惟以另一獨立的訴訟程序進行審理。(三)調查程序之分離：乃以同一法官既已進行的訴訟程序為主軸，分離程序的部分，一旦經調查結束，又合併回復至原訴訟程序。至於與刑事訴訟法第六條合併審判之概念相反的，將相牽連案件之部分裁定分離出來，移送由有管轄權之他法院審判的型態，不在第二八七條之一設定分離程序的範圍，在此不論。

第一及第二種分離的型態在學理上，一般稱為審判的分離，屬於終

65 同前揭註 56。

局性或案件本身的分離，惟兩者之差別在於審判主體是否更易。第三種之調查程序的分離，稱為暫時性或假性分離，多半用於將共同被告以證人身分傳喚到庭作證時，所為之暫時性的調查證據程序的分離，之後一般會預定將程序再行合併。

由於所謂「分離辯論」，文義上與判決之宣示或判決書之製作並無直接關聯，故採暫時性分離者，之後自仍得於同一期日宣示判決，且製成一份判決書。相對的，採終局性分離者，除非採取第一種型態，因審判主體之更易，自應各自宣示判決，判決書亦應分別製作外，採第二種型態之分離辯論而終結之相牽連案件，如以同一判決書仍能充分明確特定各被告之犯罪事實者，此種情形，亦應容許僅製作成同一份之判決書⁶⁶。

日本法上關於分離辯論之程序，審判實務向來採取極為彈性的運作，視各被告之利害關係相反之情況、訴訟進行之程度以及法庭上調查之證據對各被告共通之程度等判斷分離辯論之形式。基本上，如因被告人數眾多，恐有害於迅速公正之審判者，依各被告是否認罪、涉案程度以及具體的證據關係、而裁量採取分離辯論者，以第二種型態為多。法官分別以數個程序進行審理，基於事實的合一確定及量刑的均衡等考量，第一種型態的分離，較不被採用。另一方面，因部分之共同被告審判期日未到庭，為避免已到庭之其他共同被告審理遲延的負擔，而裁量分離者。或因共同被告之間防禦方針相違等造成彼此利害關係之對立，而認有分離辯論之必要性來看，其分離之程序，基本上均採第三種型態之暫時性分離。特別是，關於因有保護被告權利之必要，而使共同被告分離程序以證人身分加以調查之情形：暫時性分離的運作更為彈性，大體

66 參照陳運財，前揭文(註 39)，頁 112-114、頁 116-117。

上均於同一期日之法庭，當庭迅速轉換共同被告之身分，而被譏評為共同被告「站著的話是證人；坐下來即為被告」的狀況⁶⁷。

相對應於日本法之規定，思考我國應有的分離模式，係由第二八七條之一規定之文義觀察，其所預定之分離程序包括其一，共同被告之調查程序的分離，此部分應屬暫時性或假性分離；其二，廣義的辯論程序或訴訟程序的分離，此部分具終局性分離的性質。採終局性分離辯論的型態，審判主體是否應行更易，亦或由同一法官以個別的訴訟程序進行審理？關於此項問題，倘為貫徹公平之審判及排除預斷，自以審判主體的分離，由不同之法院分別審理為宜，惟實際上，因我國目前仍維持卷證併送，預斷問題早已形成於審理之前，且為顧及各被告間事實的合一確定及量刑的均衡問題，縱使採取終局性分離，基本上應無更易審判主體的必要，由同一法官以各別獨立的訴訟程序進行審理即可。要言之，關於我國刑訴法第二八七條之一分離程序之適用，基本上以暫時性分離以及不更易審判主體之終局性分離，兩種方式為運作主軸，較為妥適。

至於暫時性分離及終局性分離兩者之間，如何抉擇適用，以及暫時性分離的程序，如何操作，理論上固應依合併審理之相牽連案件之間利害相反或矛盾之情況、證人或其他證據有無共通性以及被告本人之詰問權是否已獲充分保障等因素綜合考量，而實際操作上，除了可參考上述日本法之運作外，只有靠審判實務在個案運作上的摸索，累積經驗以期能逐漸形或特定的類型化準則。

67 參照田宮裕，《刑事訴訟法》，1992年，頁383。轉引自陳運財，前揭文(註39)，頁117。

第四項 分離辯論之法律效果

如前所述，共同被告經依法分離辯論後，相對於被告本人案件之審理，具證人適格，其法律效果依第二八七條之二準用有關人證之規定，由於刑事訴訟法第一八六條經修正後已刪除該條但書第三款之規定，故此時共犯到庭作證，與一般證人相同，應令其具結，使其在偽證罪的負擔下據實陳述，在此意義下，具共犯關係之共同被告經分離辯論後，相對於被告本人之案件為調查時，亦應令其具結，使其在負偽證罪的負擔下，由當事人依第一六六條以下交互詰問之方式行證據調查，藉以充分保障被告本人之反對詰問權。

應注意的是，共同被告經分離辯論後，在被告本人之案件審理中雖失去緘默權之保障，惟仍享有第一八一條所定之證人的拒絕證言權，在不利於其本身事項之範圍內，該共同被告仍得拒絕證言。或許會造成被告本人對其行反對詰問的效果受到影響。不過學說有認於交互詰問中，倘共同被告一面的為不利於被告之陳述，卻對不利於己之事項，主張拒絕證言者，被告本人或辯護人透過第一八一條之一的規定，反詰問其他事項，仍可彈劾其證言的信用性，或使審判者形成對該共同被告信用性的負面影響，某種程度仍可達到分離辯論行反對詰問之目的。

其次，在共同被告經裁定分離辯論後，有關其調查順序如何排定，或其他衍生的問題，有下述幾點補充敘明：

(一)有關調查順序之問題

1. 共同被告經裁定分離辯論後，相對於被告本人之審判程序而言，具證人適格，而非該程序中之被告。
2. 故該共同被告在被告本人之之審理中的調查順序，得依被告本

人、檢察官或辯護人之聲請排定適當的順序行之，不受第二八八條第三項有關被告調查順序之限制。

3. 於被告本人案件之審判期日，該共同被告之陳述與其偵查中之自白不一致時，於符合傳聞例外之情形下，該偵查中之自白得提出於法庭作為證據，此時亦不受第一六一條之三有有關被告自自調查順序之限制。

(二)與第一八一條之一規定之關係。

1. 依新增第一八一條之一之規定：「被告以外之人於反詰問時，就主詰問所陳述有關被告本人之事項，不得拒絕證言。」此項增訂意旨，主要在於使受交互詰問之人證能據實前後一貫的陳述，並保障被告的反對詰問權，以釐清真實，故要求被告以外之人(包含共犯、共同被告)於主詰問時所陳述有關被告本人之事項，於反詰問時，仍應據實回答，不得拒絕證言。

2. 然第一八一條之一規定之適用，仍應注意被告以外之人有無拒絕證言權之適用？蓋第一八一條所定不自證己罪之特權，不得任意剝奪，增訂第一八一條之一之規定，並非對刑事訴訟法第一八二條至一八三條拒絕證言權所設之限制，解釋上，該項規定僅於不抵觸證人之拒絕證言權的範圍內，始有其適用。

3. 基於上述理由，(1)就一般證人而言，於反詰問中，如恐因其陳述致受刑事追訴或處罰之虞時，自得行使拒絕證言權，不受第一八一條之一規定之拘束。(2)就共同被告而言，雖經分離辯論，就被告本人案件之調查。暫時失去其所享有的緘默權及受辯護人援助之機會，惟依第二八七條之二準用有關人證之規定，法理上，該共同被告亦得依第一八一

條拒絕證言權之規定，就個個具體之詰問內容，如恐因其陳述致自己受刑事追訴或處罰者，行使拒絕證言權。

4. 新法於實務運作下之漏洞

值得注意的問題是的是，依新法第二八七條之一第二項裁定分離辯論之情形，由於係因共同被告與被告本人之防禦利害相反，而有保護被告詰問權之必要而分離程序者：

(1)放在交互詰問進行過程中，檢察官對該分離辯論之共同被告為主詰問後，於被告或辯護人行反詰問時，如該共同被告對主詰問時所陳述之不利於被告本人之事項，猶能行使拒絕證言權，則被告或辯護人要以反詰問來彈劾其信用性，顯屬困難，如此不僅有失公允，亦有害於透過分離辯論以充分確保被告反對詰問權之目的。職是，以第二八七條之一第二項分離辯論之情形為限，是否仍應適用第一八一條之規定，該共同被告就主詰問所陳述有關被告本人之事項，於反詰問時如為陳述，縱有第一八一條規定之受刑事追訴或處罰之虞，仍不得拒絕證言？可做進一步深入的比較研究。

(2)然而，倘交互詰問中，共同被告一面為不利於被告之陳述，卻對不利於己之事項，主張拒絕證言者，若係上訴案件，由被告本人或辯護人為主詰問者，第一八一條之一是否仍得適用於此種案件？如該共同被告對自己所陳述之不利於被告本人之事項，猶能行使拒絕證言權，則被告反對詰問權如何獲得確保，似乎是新法於實務運作下力有未逮之漏洞。

本文以為於交互詰問中，倘共同被告一面的為不利於被告之陳述，卻對不利於己之事項，主張拒絕證言者，被告本人或辯護人透過反詰問(第一八一條之一)詰問其他事項，藉以尋找出該共同被告陳述矛盾或不

一致之處，仍可彈劾其證言的信用性，或使審判者形成對該共同被告信用性的負面影響，某種程度仍可達到分離辯論行反對詰問之目的。理由：

1. 本質上第一八一條之一解釋上須審慎，僅是在「強調主詰問中已經陳述之事項，該共犯或共同被告不得於被告本人反詰問中拒絕」，並不能因此完全剝奪共犯或共同被告之拒絕證言權的保護。
2. 縱使因分離辯論而賦予共同被告之證人適格，仍得享有一般證人之權利保護，不因其具共犯或共同被告關係而有不同。
3. 共犯或共同被告之拒絕證言權的保護幾係就特定事項得以釋明主張，透過詰問技巧，被告本人及其辯護人仍得從旁敲側擊方式，點出共同被告陳述之不一致或矛盾，藉以針砭共同被告證言之信用性。

(三) 共通辯護之問題

數共同被告選任或指定同一律師或公設辯護人辯護者，如因各被告之利害相反而裁定分離辯論後，為充分保障各被告之防禦權益，避免辯護人的義務衝突，此時，應不得再繼續採行共通辯護之型態，故案件如屬指定辯護，依第三一條第三項之規定，審判長應分別指定不同之公設辯護人或律師為各被告分別辯護；如屬選任辯護案件，同樣基於維護辯護人倫理，該共通辯護之選任辯護人應自行辭退擔任該防禦利害相反之他被告的辯護。

(四) 有關證據能力之限制問題

分離辯論之各被告案件，倘之後經裁定合併審理者，其合併前之不同訴訟程序所調查之證據，並非當然可成為合併後之其他共同被告之證

據⁶⁸，例如，分離辯論之甲被告案件中調查證人乙所製作之訊問筆錄，當時與甲具共犯關係之丙如未在场實施詰問，則之後縱使被告甲與丙合併審理，對共同被告丙而言，證人乙於先前甲案件中所為之陳述，於合併審理後仍屬被告以外之人審判外之陳述。為傳聞證據，原則上不得作為對丙之證據使用。

第六節 合併辯論

因合併或追加起訴而合併審理之共同被告，其於審判期日之陳述要作為認定其他共同被告犯罪事實之依據，可採取之證據調查程序有二：(一)是依法經裁定分離辯論，使共同被告具證人適格，令其具結而在偽證罪責的負擔下，由當事人或辯護人對其行交互詰問。(二)在維持合併審理(廣義的合併辯論程序)的狀態下，調查共同被告。前者之分離辯論的要件及程序，已如前述。至於後者一在合併審理(廣義的合併辯論程序)中如何調查共同被告的問題，析述如下：

共同被告如未經依法裁定分離辯論者，於合併審理之程序中：

1. 仍具被告之地位，故對於其他共同被告而言，並不具證人適格，故無第二八七條之二規定之適用；

2. 不過，共同被告相對於他被告本人，仍屬他被告以外之人，依第一五九條第一項傳聞法則之意旨，共同被告於審判外之陳述，原則上不得作為他被告之證據，以維護他被告於審判期日對共同被告有直接面對

68 參照藤永幸治等編，前揭書(註 64)，頁 800。轉引自陳運財，前揭文(註 39)，頁 116-119。

面詢問之機會。

綜上可知，合併審理(廣義的合併辯論程序)中之共同被告具雙重性格，(1)一方面，對其本人之案件，共同被告仍屬被告，自應以一般調查被告之方式為之；(2)另一方面，相對於其他共同被告之案件，屬第三人，除對質規定之適用外，同時應保障他被告對其詢問之機會。

是以，區分(1)共同被告本人案件而為調查，及(2)相對於其他共同被告案件而為調查兩種情形，於下分別說明證據調查上應注意的事項。

第一項 就被告本人為調查時

合併審理(廣義的合併辯論程序)之共同被告，乃為被告，故就其被告本人之案件為調查時、與一般審判期日調查被告之方式自無不同。此次修法雖已大幅將證據法則當事人主義化，惟關於被告之調查的部分，除了有關調查被告及其自白之順序，有三項重要的修正外，基本上仍停留於過去的職權色彩，維持將被告作為法院訊問的客體。

(一)第一六三條

1. 保留第一六三條當事人或辯護人得於調查證據時，詢問證人、鑑定人或「被告」之規定，訊問被告屬職權進行的產物。

2. 依修正後之第一六三第一項之規定，踐行由檢察官及辯護人詢問被告的方式，則較具當事人進行的形式，卻難掩有運作不一的亂象存在之虞，如果要貫徹當事人進行的訴訟模式，審判期日，對被告之調查方式，自先由當事人以類似交互詰問的型態進行調查為宜，例如審判期日如被告對被訴事實有爭執者，先由辯護人做主詰問，次由檢察官反詰問，依次交互進行，再由審判長為必要之補充訊問。

(二)調查被告之排棒順序

依新修正第二八八條第三項之規定，為導正審判實務偏重被告自白之傾向，並有助於維護被告防禦權的行使，增訂第二八八條第三項規定：「除簡式審判程序案件外，審判長就被告被訴事實為訊問者，應於調查證據程序之最後行之。」由於合併審理中之各共同被告均屬被告，倘各被告均否認被訴之共犯事實，而適用通常審判程序者，依第二八八條第三項之規定，各被告之訊問，均應置於調查證據程序之最後行之。相對的，如各被告均為認罪，而有簡式審判程序之適用者，則不受第二八八條第三項規定之限制。

(三)第一六一條之三

第一六一條之三規定：「法院對於得為證據之被告自白，除有特別規定外，非於有關犯罪事實之其他證據調查完畢後，不得調查。」

依此規定，例如各共同被告均否認被訴事實，而依通常審判程序合併審理之情形：1. 倘要以其中任何一個被告偵查中之自白，提出作為其本人之證據使用者，雖非屬傳聞證據，不過其調查順序，應受第一六一條之三規定之限制；

2. 相對的，若要提出作為其他共同被告之證據使用者，則屬傳聞證據，除非符合第一五九條之一以下之例外情形，否則不得作為證據；且提出調查之順序，亦有第一六一條之三規定之適用。

要言之，合併審理(廣義的合併辯論程序)中之案件，共同被告亦屬被告，其審判外之自白如具證據能力者，其調查順序應受到第一六一條之三規定之限制。學說有認為就法理上而言，為防止法院過分依賴被告自白而形成先入為主的偏見，第一六一條之三對被告自白之調查次序所

做的限制，固有其意義，惟在第二六四條第三項仍維持起訴卷證併送的前提下，本條規定的實質作用並不大⁶⁹。

第二項 就被告以外之其他共同被告為調查時

在維持為合併審理的狀況下，相對於被告本人之案件，應如何調查共同被告？

(一)由於未經依法裁定分離辯論，維持合併審理中的任何共同被告，均屬同一審判程序中之被告，受緘默權之保障，不得令其具結、以一般證人之地位加以調查，故就被告本人之案件調查合併審理中之共同被告時，不得適用第二八七條之二之規定。

(二)如前所述，過去審判實務審理共同被告之案件，較常採取的調查方式是依第九十七條之規定，為隔別訊問，然本文以為，該項規定係為防止各被告之間有串證或湮滅證據之危險，所設的防弊條款，屬蒐集證據的手段，具偵查糾問的性質，在改採當事人進行的訴訟構造下，審判期日調查證據程序中，為保障各被告相互詢問或詰問的機會，一般而言，除非共同被告在其他被告面前，無法自由充分的陳述，否則原則上不應採隔別訊問。

(三)在不能適用第二八七條之二，又不宜採取隔別訊問的情況下，法院於合併審理中，究竟應如何就被告本人之案件調查共同被告，此一相對關係下的調查程序，應依第一六三條第一項，以合於當事人進行的形式，由檢察官、被告本人或其辯護人「詢問」共同被告，如各被告均承認被訴事實，而得適用簡式審判程序者，此項詢問之順序及方式，在

⁶⁹ 參照陳運財，前揭文(註 39)，頁 100-121。

聽取當事人及辯護人意見後，可以法院認為適宜之形式為之；至於各共同被告均否認犯罪事實，彼此又無利害關係相反，而仍維持合併審理者，為保障各被告之間相互詢問對方之機會，此種情形，應踐行較嚴格的調查程序，基本上，依被告本人或檢察官之聲請，以交互詢問的型態(第一六六條交互詰問之方式)調查共同被告。之後由法院為補充訊問，有發現真實之必要時，亦可配合對質之方式行之，較為妥適，總之，與單獨被告之調查問題相同的，共同被告與被告之間的相對調查程序的問題，同屬刑事訴訟法上的模糊地帶，在立法規範不足的情況下，僅能期待審判實務經驗的累積，而逐漸形成運作準則。

另外，在合併審理中上可能衍生的證據調查的問題：

(一)審判期日，若共同被告一部到庭，另一部分被告無正當理由不到庭、又無法為被告一造缺席判決者，預定進行之詰問證人程序該如何進行？

此種情形，可能的處理方式：

1. 展延審判期日，俟全部共同被告均能到庭時，重行傳訊證人。
2. 採取分離辯論的方式，就與已到庭被告之關係部分，按預定調查證人，對未到庭之被告部分，擇期再傳喚證人調查。

惟此二方式，基本上均有造成證人過度的負擔及審理遲延的問題，依日本審判實務之運作，一般採取的做法為就已到庭被告之關係部分，依審判期日之程序調查證人；對未到庭之被告部分，將審判期日變更為準備審判程序，併行實施詰問或訊問證人。

(二)合併審理中，若共同被告甲同意傳聞書面作為證據，惟他共同被告乙不同意者，該如何進行證據調查？

此種情形，可能的處理方式：

首先就證據能力的層次而言，依同意法則之規定，如法院認為適當者，該傳聞書面自得作為同意之甲的證據；惟相對而言，對於不同意之乙，則仍無證據能力，該如何進行證據調查程序？

參酌日本法上之運作，有幾種可能的處理方式：

1. 採分離辯論之方式，以避免於同一訴訟程序中可能發生認定事實的矛盾。

2. 維持合併審理，就被告甲之部分，直接調查該書面；就被告乙之部分，傳喚原陳述之證人到庭調查。

3. 基本上，與第二種方式略同，不過程序上，先就乙的部分，直接傳喚證人到庭調查，之後就甲之部分調查書證。

4. 維持合併審理，就共同被告甲與乙共通之部分，先直接傳喚原陳述之證人到庭調查，再視到庭證人之陳述內容與書面之記載是否一致，並聽取當事人之意見，決定是否採取該傳聞書面作為法庭上之證據調查，目前，日本審判實務之運作。以第四種調查方式較廣受採用⁷⁰。

第七節 結語

綜上所述，本文以為關於共犯或共同被告之調查，參照實務與學說見解、修法理由、與修法上主要參酌之日本立法例之見解、及美國立法

⁷⁰ 參照藤永幸治等編，前揭書(註 64)，頁 809-810。轉引自陳運財，前揭文(註 39)，頁 122。

例之見解，可獲得下列三點結論：

一、分離程序之必要性與否

(一)合併審判中之共同被告與被告本人之陳述如屬一致，並無利害相反，基於證據的共通性及判決合一確定的要求，一般而言應無分離辯論的必要。

(二)第二八七條之一第一項裁量分離或合併辯論，應由法院綜合個案情節，判斷有無促進審判之公正迅速或維護被告之訴訟權益之必要，權衡分離辯論與合併審理之利弊，並聽取當事人的意見後決定之。

(三)第二八七條之一第二項之義務性分離，應限於共同被告與被告本人之間陳述實質不一致，有利害衝突，且因共同被告審理中保持緘默，致被告本人無法對其有效行使辯明之機會者，此時基於保障被告本人的反對詰問權，有本項義務分離規定之適用，法院應將被告本人與共同被告合併審理中之案件分離辯論，以證人身分調查該分離後之共犯或共同被告，使其在偽證的負擔下接受被告本人反對詰問或法院補充訊問。

二、新法於實務運作下之漏洞

我國法上共犯或共同被告之調查仍存在相當漏洞，有待進一步研究尋求修補途徑。

尤其是依新法第二八七條之一第二項裁定分離辯論之情形，由於係因共同被告與被告本人之防禦利害相反，而有保護被告詰問權之必要而分離程序者：

(一)交互詰問進行過程中，檢察官對該分離辯論之共同被告為主詰問後，於被告或辯護人行反詰問時，如該共同被告對主詰問時所陳述之

不利於被告本人之事項，猶能行使拒絕證言權，則被告或辯護人要以反詰問來彈劾其信用性，顯屬困難，如此有失公允、亦有害於透過分離程序以充分確保被告反對詰問權之目的。因此，第二八七條之一第二項義務分離之情形，若立於證人地位之共同被告，有受刑事追訴或處罰之虞（第一八一條）⁷¹，是否仍應適用第一八一條之一的規定，該共同被告就主詰問所陳述有關被告本人之事項，於反詰問時如為陳述，仍不得拒絕證言？新法並未明文解決此種情形之處理。

本文以為基於分離程序乃為貫徹保障被告詰問權之意旨及共犯陳述案件虛偽陳述之高危險性的考量，共同被告所享有之被告緘默權既應讓步於被告詰問權，舉重明輕，則共犯或共同被告立於證人地位所享有之拒絕證言權，更應讓步於被告詰問權，故縱因共同被告利害相反，而有保護被告權利必要為義務分離程序，被告仍應適用第一八一條之一的規定，該共同被告就主詰問所陳述有關被告本人之事項，於反詰問時如為陳述，縱有受刑事追訴或處罰之虞，仍不得拒絕證言。

（二）然而，倘交互詰問中，共同被告一面的為不利於被告之陳述，卻對不利於己之事項，主張拒絕證言者，若係上訴案件，由被告本人或辯護人為主詰問者，第一八一條之一是否仍得適用於此種案件？如該共同被告對自己所陳述之不利於被告本人之事項，猶能行使拒絕證言權，則被告反對詰問權如何獲得確保，似乎是新法於實務運作下力有未逮之漏洞。惟本文以為此情形下可透過辯護人之詰問技巧尋找到共犯陳述不一致之處，回歸詰問技巧的實務操作以資解決。

⁷¹ 參照第一八一條規定，證人恐因自己或與其有前條第一項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言。

三、在公判庭所做之陳述，區分 1. 在公判庭上被告之陳述；2. 在公判庭上共同被告之陳述為不同處理，析述如下：

(一)被告在公判庭所做之供述

在刑事訴訟，被告在公判庭任意所做之供述，得當做證據。惟審判官、檢察官及共同被告，固然得要求為供述之被告，對有關必要事項繼續為供述。然被告亦得不應其要求。不過，被告已為之供述則得採為證據。以上所稱之共同被告乃對被告而言，故共同被告在公判庭任意為供述時，被告亦得要求其就有關必要事項繼續為供述。關於被告在公判庭之供述，成為問題者，乃刑事訴訟法第二八七條之規定。

1. 於調查證據前對被告行詢問之限度

於民國九十二年一月修正之新法第二八七條規定：檢察官陳述起訴要旨後，審判長應就告知被告第九十五條之事項。確保正當程序之進行，保障程序正義與被告防禦權。

2. 被告之緘默權

於民國九十二年一月修正之新法第一五六條第四項規定，不得僅因其被告拒絕陳述或保持緘默而推斷其罪行。此規定，雖然對被告之緘默權僅做消極規定，但是，我國刑事訴訟法第九十五條第二款已引進近代刑事訴訟之精神，積極承認被告具有緘默權，訊問者負有告知義務。

證人之拒絕證言權的(第一七九條、第一八〇條、第一八一、第一八二條)基本原理，固然亦由來於緘默權，惟被告之緘默權與證人之拒絕證言權，存在重要差異。在拒絕證言權之情形，證人一旦就其具有拒絕證言權之事項做了供述，則視為放棄其拒絕證言權，必就該事項繼續做供

述，對反對詢問做回答。相反的，就刑事訴訟法第一五六條第四項之精神觀之，刑事被告縱使對某事項之一部做了供述，亦得就該事項之其餘部分拒絕繼續做供述。

依此類推，證人如對無拒絕證言權之事項拒絕做供述，或對有拒絕證言權之事項之一部分做了供述，而對其餘部分拒絕做供述時，審判官則得因其拒絕做供述，而形成某種心證。但是，被告拒絕做供述或保持緘默時，審判官則不得因此而形成對被告不利之心證。

為求訴訟之公平，使刑事訴訟法第九十八條及第一五六條第一項之規定，得對審判官，檢察官及從事於偵查之官員，產生實質效果起見，在實務上，欲詢問被告以前，仍以先告知被告其具有緘默權為宜。故新法第二八七條規定，檢察官陳述起訴要旨後，審判長應就告知被告第九十五條之事項。

(二)共同被告在公判庭上之供述

共同被告在公判庭所做之供述，對被告是否具有證據能力之問題。多數見解均認為，被告所做之供述，既然對其本人具有證據能力，則對其他共同被告亦應認為具有證據能力，始屬妥當。其理由為共同被告既然在公判庭做供述，則被告自可對其行反對詰問，以推敲其所做供述之真實性。

不過，共同被告既然同時兼具被告與證人地位，則其對任何人之詰問，自具各有緘默權或拒絕供述權，而不負回答義務，因此，在實質上，被告對共同被告無法徹底發揮反對詰問權之功能。是故，本文認為，若共同被告在調查證據階段，居於被告地位，則其所做不利於他共犯或共

同被告之供述，僅對陳述者自身有被告自白之證據能力，但相對於被供述所指之他共犯或共同被告，則不具有證據能力，而不得採為對被告之證據。如欲將共同被告所做不利於被告之供述，採為對被告之證據，則必須如前所述，將共同被告與被告分開審理，使共同被告居於證人地位始可。蓋惟有如此，始能使被告對共同被告充分行使其反對詢問權。

但是，共同被告在公判庭所做不利於共同被告本人，而有利於他共犯或共同被告之供述，應認為對共同被告本人及他共犯或共同被告均具有證據能力，而不必將被告與共同被告分開審理。蓋 1. 如非真實，人通常不說不利於自己而有利於他人之話，2. 其供述既然有利於被告，則被告自無對其行反對詢問之必要。

第四章 共犯或共同被告陳述與補強法則之適用

第一節 自白之補強法則

第一項 補強法則的沿革及理論依據

補強證據之概念乃濫觴於英國。十七世紀時，自白猶被視為強而必須之證據。其後，自白始逐漸發展為除須具任意性外，尚須具有補強證據始具完整之證明力。按英國於十七世紀下半期時，曾發生一件強盜殺人案件，結果法院依據被告之自白而判處被告死刑。不久，被認為已遭殺害之被害人卻從國外歸來。自此便有人開始主張凡殺人案件，必須有屍體之存在，始能就該案件為判決，而至十八世紀時，此一問題乃逐漸受重視。惟刑事被告如已自白而無補強證據時，可否以之為判決之基礎，則仍眾說紛紜，莫衷一是。即使在十九世紀英國之法院，此問題雖時被提起，但仍尚未成為確定之法則。在判例所能見到之見解，可分為三種：(1) 按照從前之習慣，只要有被告之自白，則可認定被告有罪。(2) 不論何種證據，只要有某種證據可補強自白之真實性，則得認定被告有罪。(3) 需要有罪體 (corpus delicti) (例如屍體或被燒廢之房屋) 做為補強證據，尤其是殺人案件。最後一說為通說。時至今日，於英國，雖僅於殺人等重罪或特殊案件中，始有自白需要補強證據方得為判罪基礎之限制，然補強法則卻因之而立下根基¹。

自白由於係屬被告供述自己所為，所以祇要該自白具有足夠的可信度，即擁有決定性的證明力。為自白之可信度判斷，應綜合(1)自白者之屬性(是否為疾病者或精神障礙者等)，(2)自白者自白時之狀況(如自白

¹ 參照許哲嘉，「析論自白之補強法則(上)」，刑事法雜誌第39卷第4期，頁84。

之時間、態樣、對方為何人等)，(3)自白之內容，(4)自白與其他之證據、客觀事實是否符合等要件而後為之綜合判斷。其中(3)與(4)兩要件尤其重要，影響自白之內容是否不自然或不合理、自白者之供述有無前後內容不一致之判斷。自白目的在於為上述可信度之綜合判斷，以求取依自由心證達成合理的事實認定。惟若自白的評價(可信度判斷)存有錯誤時，則反而會招致冤獄。為避免冤獄發生，實務乃依據案例之經驗累積導出相關之「認定法則」或「注意法則」等法則，而要求此法則一律提昇到法律層次為強制或保障，即所謂「補強法則」²。屬於自由心證主義之限制或自由心證主義之例外³。

補強法則的理論依據，主要有二說：其一，防止強求自白之傾向說，在於間接地防止自白之強取，其二，防止誤判可能說⁴，避免在事實認定上過度偏重自白，以達真正防止誤判產生，多數學者採此見解，認自白之需要補強證據乃是自由心證主義之例外，於認定被告有罪，必須有自白以外之證據作為補強證據。

第二項 補強證據之內涵

補強證據之內涵，大致上有四大重點，即(一)補強對象；(二)補強證據之適格；(三)補強法則之「量」與「質」的問題；(四)補強證

2 參照黃朝義，《刑事證據法研究》，1999年5月，初版，頁125-126。

3 參照中山善房等編，《大コンソータル刑事訴訟法第五卷I》，青林書院，2000年，頁222-223。

4 即使是任意性自白亦會因被告特有之心理等因素而為虛偽自白之情形，如意圖隱匿重大犯罪而為輕微犯罪之虛偽自白及基於義理、人情、俠義之心等而為虛偽自白等情形由於一般對於自白均予高度之信任，故倘若僅依自白而為有罪之認定，恐會產生有誤判之虞，故有必要以補強證據來補充自白之證明力。參照許哲嘉，前揭文(註1)，頁84。

據之調查順序，討論如下：

第一款 補強對象

一、關於被告本人之自白，其公判庭內之自白，是否須像公判庭外之自白一樣，採補強證據必要說？

關於公判庭外之自白，以有補強證據為必要，學者通說及判例對此並無二致。惟對於公判庭上之自白是否非有補強證據不可問題，則莫衷一是，就我國刑事訴訟法第一五六條第二項規定「被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要證據，以察其是否與事實相符」來看，此之所謂「被告之自白」係指公判庭上之自白或公判庭外之自白或兼含兩者之自白？從字面上之法條文義上無法明確地得悉，我國實務判例見解亦未予區別立場。於下分就美國及日本立法例比較說明後，再探究我國刑事訴訟法第一五六條第二項之自白，是否包含公判庭上之自白？論述如下：

(一)美國法

自白在英美法得區別為公判庭上之自白 (judicial confession) 及公判庭外之自白 (extrajudicial confession)，公判庭上之自白係指於公判之起訴認否程序 (arraignment) 上為有罪答辯 (plea guilty) 之謂。此答辯與陪審團之有罪評決 (verdict of guilty) 生同一之效力，法院毋庸再為犯罪事實之證據調查，僅依此答辯即得為刑之宣告 (sentence)，因此，公判庭上之自白不需要有補強證據。此乃因英美之刑事訴訟幾乎與民事訴訟相同般地建立在徹底的當事人主義之基礎下，而將刑事訴訟上之有罪答辯與民事訴訟上之認諾等同視之的結果所致。但是，近年來美國某些州亦有於

法律上明文不得僅因有罪之答辯而為死刑之宣告者，因此，於此情形，則需有補強證據。採起訴認否制度之美國，法院於受理有罪答辯之前，必須告知被告其有防禦權存在及有罪答辯之法律效果，且於被告為有罪答辯後應勸其撤回有罪答辯，倘被告此際仍執意為有罪答辯時，則法院在確認有罪答辯具任意性及被告已充分了解有罪答辯之法律效果時得受理有罪答辯。值得注意的是，即使被告為有罪答辯，仍得於刑之宣告前撤回其有罪答辯或為無罪之答辯。公判庭上之自白以外之自白，統稱為公判庭外之自白，而公判庭外之自白，承如前述，不問其是否於司法程序上所為，均屬之，而且，即使於該當案件為有罪答辯（公判庭自白），此就他案而言，仍屬公判庭外自白，雖稱此為準公判庭上自白，然而，其公判庭外自白性格仍未改變。於英美證據法上所稱之自白，實際上即是指公判庭外之自白，而補強證據之要求，亦是存在於公判庭外自白上。至於公判庭上之自白，如前所述，其乃是有罪答辯，故對此無須有補強證據⁵。

（二）日本法

學說實務有不同見解，大致上可區分為四說：

1. 判例見解

需要補強證據者僅限於公判庭外之自白。主要理由：1. 於公判庭之自白較不會被強求自白，信用性高，無待補強證據擔保其證明力，且 2. 美國法上亦僅要求公判庭外之自白須有補強證據，3. 此說為日本判例與部分學說所採之見解。此說係以日本憲法第三十八條第三項為依據；相

⁵ 參照許哲嘉，前揭文（註 1），頁 85-86。

較於日本刑事訴訟法第三一九條第二項之明文，被告之自白不論係在公判庭所作否，皆須有補強證據之規定，引來該刑事訴訟法條文是否違憲之爭議，關於此問題，最高法院最後以大法庭之判決，作出如下判斷「..依本院解釋，第三十八條第三項係就判決法院之公判庭外之自白所作之規定，而前揭新刑事訴訟法之規定則將憲法之意旨更前進一步，規定除前揭公判庭外之自白外，對公判庭內之自白亦須有補強證據，其間並無抵觸。是故，不能謂依本院之見解，即認為前揭新刑事訴訟法之規定違背憲法」⁶。

綜上，可知日本判例見解雖認公判庭上之自白不受限制，但若以該公判庭上之自白為認定被告有罪之唯一證據，雖不違憲，但有違新訂之刑事訴訟法第三一九條第二項之規定。

2. 積極說

認為兼含上述兩種自白較為合理。換言之，不論是公判庭上被告之自白抑或公判庭外被告之自白皆須有補強證據存在。蓋因(1)若從防止自白強取之危險發生而論，公判庭上之自白由於並無任何強取之危險存在，故縱使補強證據認為不必要亦無問題；惟若從防止偏重自白之觀點而論，公判庭上之自白由於與公判庭外之自白並無相異之處，故為防止不當地偏重自白，理應認為不分公判庭內與公判庭外之自白，皆要有補強證據之補強⁷；(2)認為公判庭之自白未必屬於任意性自白，況且若參照日本判例所採之觀點，則自白任意性乃證據能力之問題，與補強證據屬證明力問題不同；(3)日本補強法則規定在憲法第三十八條，就自白須符

6 參照日本最判昭和 24 年 4 月 6 日、最判昭和 27 年 6 月 25 日、最判昭和 42 年 12 月 21 日諸判例。

7 參照黃朝義，前揭書(註 2)，頁 127。

合任意性之前提始得具有證據能力之觀點，日本憲法第三十八條第三項「本人之自白」，應解為包含公判庭上與公判庭外之自白，而無區別二者之必要⁸。此為日本多數學說所採「積極說」之見解。

3. 消極說

傾向日本判例所採之否定說，認為公判庭上之自白得作為判斷被告有罪之唯一證據，不以他補強證據為必要，但進一步補充見解，認為考量到公判庭上之自白亦有非任意之自白，且從實體真實發現主義觀之，全盤採英美法上之起訴認否制度，有欠妥是，故應限於較輕罪之犯罪，且法官亦由其自白得有罪之確信之情形，始得認為得以公判庭上之自白為有罪判決之唯一依據。

4. 平野說

傾向積極說之見，日本學說上有將此說歸類為積極說之內涵，不過本文認為此說是以刑事政策觀點出發，以採行有罪答辯制度與否，來決定日本憲法第三十八條第三項「本人之自白」之意涵。倘採有罪答辯制度以謀求訴訟迅速，始須將補強證據之自白限縮在「公判庭外之自白」，否則何須捨棄補強法則之優點，而走判例之路呢⁹。

(三)我國法

學說實務有不同見解，大致上可區分為兩說：

1. 肯定說，認為兼含上述兩種自白較為合理。自白之補強性，係關於自白真實性之問題，以定其證據價值，與自白之任意性，本屬二事，

8 日本判例認為，公判庭上之自白係自由任意所為，所以無須有補強證據。

9 參照許哲嘉，前揭文(註 1)，頁 92-98。

故被告之自白不因於法庭內、法庭外，而異其補強性。此說亦為我國學說多數見解¹⁰。

2. 傾向否定說，認為公判庭上之自白得作為判斷被告有罪之唯一證據，不以他補強證據為必要，但進一步補充見解，認為須限於被告被告對起訴事實無爭執之公判庭上自白，始得作為有罪判決之唯一證據，不受第一五六條第二項規定之限制，此乃考量：(1)於注意避免誤判問題之充分考量後，更須進一步考量於導致誤判危險性最低之情形下，如何排除不必要之程序，以達審判迅速化之目的。(2)考量第一五六條第一項規定與刑事司法所應帶給社會之利益與法院工作之負荷量及被告利益後所得結論¹¹。

本文以為，考量 1. 第一五六條第二項法條文義不明；2. 防止誤判之要求上，認為公判庭上之自白真實性高於公判庭外之自白，故公判庭外之自白應受第一五六條第二項規定之拘束，採補強證據必要說，乃至明之理；3. 而公判庭上之自白是否就一定具真實性，而無虛偽陳述之可能呢？本文以為有待商榷。況且自白之任意性與真實性乃證據法則上不同層次問題之考量，公判庭上之被告自白具任意性，僅代表有證據能力，但不代表其一定具真實性，得具有充分之證明力可資為被告本人有罪否之認定。綜合上述理由，本文認為被告本人於公判庭上自白，亦應受本法第一五六條第二項規定之拘束，有補強證據之必要。

二、關於共犯之陳述，得否以共犯之自白（陳述），亦即共犯之自白

10 參照陳樸生，《刑事證據法》，自刊，1997年5月，重訂四版，頁403-404；蔡墩銘，「自白與補強證據」，刑事法雜誌第40卷第3期，頁7-8。

11 參照黃東熊，《刑事訴訟法研究》，三民書局，1999年5月，頁212-217。

是否須像被告之自白一樣，採補強證據必要說？

就此問題，因為屬於本章第二節、第三節、第四節著墨重點，因此容後詳述之。

第二款 補強證據之適格

補強證據之適格，意指何種證據得作為自白之補強證據。由於補強證據為認定犯罪事實之實質證據，必須以具有證據能力為前提；且從補強法則之意旨而論，若非獨立於自白以外之證據則無法成為補強證據。因此，被告本身之自白（供述）不能成為補強證據¹²。

為此，除非是雖屬被告之供述，但未具備自白之實質內容之物，諸如脅迫書狀、帳簿等在被懷疑之前且與偵查無關之情況下所作之記錄，因與自白無直接關係，才例外地認定其具有補強證據之適格，否則不得將其列為補強證據。再者，縱屬第三者之供述，但在實質上卻被認定為只不過是被告自白內容之重覆時，該供述亦不能成為補強證據。

是故，本文認為，符合上述要件，不論係人證、物證、或書證，不問直接證據與間接證據，皆可為補強證據。

第三款 補強法則之「量」與「質」的問題

一、補強之「量」的問題

犯罪事實依其性質與內容約可分為(1)犯罪的客觀面(諸如行為、客體、結果等外在的事實)，(2)犯罪的主觀面(諸如故意、過失、知情、目的等被告內心的狀態)與(3)犯罪的主體面(犯人與被告為同一人之事實)

¹² 參照黃朝義，前揭書(註 2)，頁 132。

等三部分。關於犯罪事實認為須有補強證據時，究竟犯罪事實之何種部分應有補強證據，學說見解分歧：

（甲說）關於犯罪客觀面的全部或至少其重要部分須有補強證據之見解，此見解較佔多數。

（乙說）不僅犯罪的客觀面，連關於犯罪的主體面亦須有補強證據之見解。

（丙說）有關公判庭外之自白，補強證據之要求在見解上與（甲說）相同，惟相對地，關於公判庭內之自白祇要對犯罪客觀面之事實的一部分存有足以擔保自白真實性之補強證據即可之見解。

從前開三種見解可知，補強證據之範圍可區分為三大方向思考：一、補強證據之範圍是否包含犯罪之主觀面與客觀面，即補強證據之「量」的問題，日本學說又有將之歸類在補強證據的效力¹³中說明？並可分為三個層次來看，析述如下；二、補強對象是否包含公判庭內之自白¹⁴（日本學說又有將之歸類在補強證據能力，即補強證據能力之適格¹⁵中討論），亦即公判庭內之自白是否須像公判庭外之自白一樣，採補強證據必要說？三、補強對象是否包含共犯之自白（陳述）¹⁶，亦即共犯之自白是否須像被告之自白一樣，採補強證據必要說？就此三方向之思考，討論如下：

（一）補強證據之範圍是否包含犯罪之主觀面與客觀面？

可分為二個層次來看：

13 參照田宮裕、高田卓爾編，《演習刑事訴訟法〈新演習法律學講座 17〉》，青林書院，1984年5月，初版，頁382。

14 參照田宮裕、高田卓爾編，前揭書（註13），頁380-381。

15 參照中山善房等編，前揭書（註3），頁222-223。

16 參照田宮裕、高田卓爾編，前揭書（註13），頁381-382。

第一層次之問題，補強證據之範圍是否包含犯罪之主觀面？

關於犯罪的主觀面，多數說認為基本上無須有補強證據。蓋因犯罪之主觀面係以被告之內心狀態為探討對象，自白以外無其他證據存在乃極為平常之事，放在證明犯罪之主觀面上，若強要求補強證據之必要性時，則反而會被譏為苛求過度¹⁷。關於為證明犯罪的客觀面，多數學說認為自白以外須有補強證據。而補強之範圍基本上即以該犯罪的客觀面(罪體)為主。

第二層次之問題，補強證據係就犯罪事實之全部皆補強或就犯罪事實之一部補強即可？多數說認為不以就犯罪事實之全部皆補強為必要，大致上可區分為兩種見解：

1. 罪體說

對犯罪客觀要件事實之「重要部份」為補強，即日本學說上之多數見解，又稱「罪體說¹⁸」或「形式說」，採行較嚴格之標準。此說一為我國少數有力說¹⁹之見解。

亦即所謂關於犯罪之客觀要件事實面之「重要部份(或稱主要部分²⁰)」須有補強證據之見解²¹。換言之，認為犯罪事實須有補強證據時，關於「罪體」部分被認為亦須有補強證據。而所謂「罪體」在意義上有三種分類，即:(a)客觀法益侵害之事實(如屍體)，(b)顯示何人之行為產生法益侵害之事實(如他殺行為所造成之屍體)與(c)顯示被告之行為所產

17 持此種見解者如日本最高裁判所昭和 24 年 7 月 19 日判決刑集 3 卷 8 號 1348 頁，最高裁判所昭和 26 年 1 月 31 日判決刑集 5 卷 1 號 129 頁。

18 參照黃東熊，《證據法綱要》，1980 年 9 月，初版，中央警官學校編印，頁 111-116。

19 參照黃東熊，前揭書(註 18)，頁 113。

20 參照黃朝義，前揭書(註 2)，頁 129-130。

21 參照黃東熊，《證據法綱要》，前揭書(註 18)，頁 113。

生之法益侵害之事實(如為被告殺人行為之屍體)等三種²²。持罪體說(形式說)者,又因對補強範圍的寬窄要求不同而有如上所述對應受補強之罪體有三種不同意義之認定,多數說認為關於罪體之補強證據祇要對(b)之內容加以補強即可。

2. 實質說

對犯罪事實之「相關部份」為補強,祇要足以保障與自白有關之事實的真實性即可,和犯罪事實之重要部份有關或無關則非重點,也不須區分主觀或客觀犯罪事實,只須足以保障其真實性即可。此即日本判例²³與我國實務²⁴及我國學說多數說對於被告本人之自白或皆採之見解²⁵,採行較寬鬆之標準。

持實質說之論者認為,補強被告自白之證據未必需要對與自白有關之犯罪構成要件的全部加以補強,祇要足以保障與自白有關之事實的真實性即可。因此,依實質說之看法,例如有關故買贓物罪,只要存有被告之自白與被害者被竊之報案記錄即可,至於關於買「物」之事實,縱無補強證據亦無問題。換言之,故買贓物罪在犯罪之客觀面上包含兩種事實,即:(a)買「物」之事實,(b)該物為贓物之事實。被害者被害之報告在證明該物為贓物上可為證據,但在購買贓物之事實上並無作為證據

22 參照安富潔,「補強法則」,收錄於《やさしい刑事訴訟法》一書,1995年,頁76。轉引自黃朝義,前揭書(註2),頁71、頁130。

23 日本最高裁判所採此種見解,如最高裁判所昭和25年11月29日判決刑集4卷11號2402頁。

24 參照我國七十四年台覆字第十號判例,刑事訴訟法第156條第2項規定,被告雖經自白,仍應調查其他必要之證據,以察其是否與事實相符。立法之目的乃欲以補強證據擔保自白之真實性,亦即以補強證據之存在,藉之限制自白在證據上之價值。而所謂補強證據,則指除該自白本身外其他足資以證明自白之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據而言,雖其所補強者,非以事實之全部為必要,但亦需因補強證據與自白之相互利用,而足使犯罪事實獲得確信者,始足當之。

25 參照田宮裕、高田卓爾編,前揭書(註13),頁383-384;中山善房等編,前揭書(註3),頁219-220。

之價值。

是故，強調罪體說(形式說)之論者認為(a)買「物」之事實與(b)該物為贓物之事實理應全部須有補強證據，惟實質說之論者卻認為買「物」之事實無須有補強證據。又例如在有關強盜致人重傷之案件中，依實質說之見解認為，祇要有被告之自白及被害人供述受被告暴行前傷害之事實存在，即可認定被告之罪行。換言之，此時(a)賦加足以壓制被害人行動之暴行脅迫的事實，及(b)由被害人身上奪取財物之事實與(c)發生致使被害人受傷結果之事實等皆為犯罪之客觀面。因此，設若有被害人之供述存在，上述有關(a)賦加足以壓制被害人行動之暴行脅迫的事實與(c)發生致使被害人受傷結果之事實，其補強證據之要件可謂充足，惟關於(b)由被害人身上奪取財物之事實，其補強證據並非很重要。依形式說(罪體說)之見解，該部分(即由被害人身上奪取財物之事實)也應有補強證據，惟若依實質說之見解，此一部份縱無補強證據也得以認定被告之罪行。

至於對判決內容之結果不生影響之部分(學說稱之為「不重要部份」²⁶)，即使僅依據被告之自白以認定該事實，基本上，此對被告而言，亦無所謂之不利，是故，此部分之內容應認為無需要補強證據。

綜上所述，本文認為，罪體說與實質說兩見解所訴求者在某種程度上可說是一致的²⁷，兩者皆在於要求證明自白事實之真實性，並側重在犯罪客觀要件事實之補強，只是實質說所要求之補強僅止於犯罪事實之「相關部份」即可。因此，若以此推認犯罪事實之全部為真實時，在論理上

26 參照黃東熊，前揭書(註 18)，頁 113。

27 參照黃朝義，前揭書(註 2)，頁 130-131。

恐有以偏概全之嫌。基於此點，為求確保事實真相不受懷疑，罪體說之見解（補強範圍及於犯罪客觀要件事實之「重要部份」）似乎較為可行；況且，罪體說亦不要求對犯罪客觀要件事實之全部為補強，不致發生犯罪事實之認定困難或無法認定之虞。是故，應參考罪體說之見解，作為補強範圍之標準。尤其是以共犯之自白（陳述）補強被告本人之自白時，由於係補強被告本人之自白，以作為認定被告有罪之依據；而且考量共犯陳述之虛偽危險，更應設種種補強限制，以確保共犯陳述之信用性與真實性，故非僅於被告本人自白案件，於共犯陳述之案件，關於補強之證明程度，更應受到較高標準的檢驗，故宜採罪體說看法。

二、補強之「質」的問題

關於補強之程度，即所謂補強證據之質與證明力問題，其在見解上有絕對說與相對說之分。絕對說認為須有被告自白及被告自白以外之其他補強證據後足以形成一定心證程度之證明力的高度證明力標準，而相對說卻認為祇要補強證據與自白兩者之相互關係得以證明事實程度即可²⁸。

從多數說認為自白須有補強證據之觀點而論，補強證據是與自白分離，而補強證據本身必須擁有一定心證程度之證明力。此見解與絕對說之看法接近。

然本文以為，依我國原刑事訴訟法第一五六條第二項「被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否

²⁸ 日本判例採相對說，例如：日本最高裁判所昭和 24 年 4 月 7 日判決刑集 3 卷 4 號 489 頁；最高裁判所昭和 23 年 10 月 30 日判決刑集 2 卷 11 號 1427 頁；最高裁判所昭和 28 年 5 月 29 日判決刑集 7 卷 5 號 1132 頁。

與事實相符」規定內容，似乎無法判斷補強證據所要求之程度。因此，似可將原刑事訴訟法第一五六條第二條「被告自白」解釋為「補強證據之要求只在於足以補強自白之證明力，並非要求補強證據必須具有絕對之證明力」，採行「相對說」之看法。故我國實務見解與學說對於被告本人之自白的補強的質的問題採行較寬鬆之相對說標準。

至於「共犯或共同被告」陳述之補強的量與質的問題，採行何種標準呢？我國傳統實務見解究竟是採行如同「被告本人自白」之寬鬆標準？或是因應共犯或共同被告高度虛偽風險，而採行嚴格之標準？我國傳統實務見解是否妥適？學說上又有何看法？本文將於本章第三節論述之。

第四款 補強證據之調查順序

法院於調查證據時，在順序上應先從補強證據著手，其次才對被告之自白做調查，此程序有我國新修正之刑事訴訟法第一六一條之三與第二八八條第三項規定可供依據，詳情請參照第三章第三節之內容。

第二節 比較法之參考—以美國法、日本法為探討中心

我國傳統學說與實務見解對共犯陳述之處理著墨較不深，而於鄰近之日本則存在相當大的爭議，值得作為比較法上的參考，因此於下將先就美國法及日本法上之實務與學說見解介紹，再論述我國相關的學說與實務見解：

第一項 美國法制概觀

美國因有起訴認否制度及有罪答辯制度，認為單一被告「審判上之自白」不須補強證據²⁹，亦即指被告自白本身若屬審判庭上之自白，則不須補強證據。反之，若係被告審判庭外之自白，則須補強證據。

相較於一般單一被告案件，共犯審判庭中之自白或審判外之自白是否均須補強證據？是否有如同我國新法第一五六條第二項共犯自白不得為有罪答辯之唯一證據之規定？早期之美國，在普通法上，認共犯之證言並非不適格，陪審團得據之而為其他共犯有罪之評決，惟因如完全根據此種證言而為有罪之評決，深具危險性，因此法院均給予陪審團適當之警告，曉諭渠等宜須以其他足以補強該證言之某些實體部分的證據為憑，但陪審團本身可決定補強證據之存在與充足與否之問題，如認該證言並非不可信而逕據之為有罪之評決，亦非不合法。時至今日，在美國約有將近半數的法域採明文規定共犯之供述應有補強證據，亦即從單純的一種警告性質的慣例（cautionary practice）變成一種法律規則（a rule of law）。在這些成文法律之下，對補強證據的界定變成法官的工作，法官必須指示陪審團有關補強證據之規定，而陪審團也必須遵守；此外，法官亦應對陪審團界定補強證據法則適用的精確情況。當法官未為上述指示（instruction），或者補強證據之存否有法律上之疑問時，該有罪判決在上訴時將被廢棄。然在此必須注意的是，美國雖有半數的法域以制定成文法的方式要求對共犯之供述應有補強證據，然而究非美國國內法域全數皆如此，且各法域所制定之成文法亦未盡相同，有以此

²⁹ See Wharton, Wharton's criminal evidence, Vol. 2, 12th. Ed. (Anderson rev.), 1965, §393, P.134: Judicial confessions need not be corroborated.

項補強法則適用於所有案件者；有以重罪為限者；有限於某種特殊案件者，不一而足，從而，在美國關於共犯之自白是以補強證據為必要，仍難謂有完全一致之結論³⁰。

就判例見解觀察之，共同被告所為不利於己之自白牽涉到另一被告，法官必須指示陪審團，該項自白只能限制適用於該為自白者，因此若上開自白係在被告面前所為，經被告反對詰問者，若為被告所同意或不否認，則該自白將被容許為不利該另一共同被告之補強證據³¹；惟假如該另一共同被告否認該項自白，則該項自白不得作為不利之證據。另外，須注意若上開自白係以對為自白之共同被告以承諾免責之手段誘致者，亦不得作為不利另一共同被告之證據³²。由上所述，判例對共同被告之陳述亦非一概認為有補強證據為必要。

又對於何種犯罪事實須補強證據，亦意見分歧。多數州認為，就罪體始需要有補強證據；少數州認為，補強證據只要能擔保自白之真實性即可，未必對罪體皆須有補強證據。而且，美國法上有關罪體之概念，亦有三種不同見解。第一說認為，基於該當犯罪行為所造成之客觀侵害、損害事實，例如，殺人罪之屍體、放火罪之被燒毀的房屋。第二說認為，除了該當犯罪行為所造成之結果事實之外，該結果係由某人之犯罪行為所產生亦應包含在罪體之概念中。第三說則主張，除了結果、行為外，犯罪行為人與被告之同一性，亦在此概念中。上述三說，以第二說為多

30 參照蘇俊誠，《補強證據之研究－以自白之補強為中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文，1996年6月，頁103-104。

31 Underhill, A treatise on the law of criminal evidence, 4th. ed., 1935, P.452.轉引自蘇俊誠，前揭書(註30)，頁104；Wharton, Wharton's criminal evidence, Vol. 2, 12th. Ed. (Anderson rev.), 1965, §438, P.214.

32 People V. Andrae, 305 Ill. 530, 137 N.E. 496. 轉引自蘇俊誠，前揭書(註30)，頁104。

數說³³。

第二項 日本法制概觀

戰後日本關於共犯或共同被告自白之證明力，應否直接於法律上加以限制的問題，亦屬刑事訴訟法上之重要爭點之一，是以，關於日本法上共犯自白是否應補強的爭議，其實務見解與學說觀點，頗值得我國作為借鏡。

關於被告自白的補強證據法則，乃直接規定於憲法的人權條款，依憲法第三十八條第二項之規定，不問何人，其本人之自白為不利於己之唯一證據時，不得被判有罪或科以刑罰。日本刑事訴訟法第三一九條第二項規定，不論是否為審判期日所為之自白，被告之自白為不利於己之唯一證據時，不得科以有罪判決。

日本憲法第三十八條第三項所謂之「本人之自白」與刑事訴訟法第三一九條第二項所稱「被告之自白」，該「自白」，是否包括共犯之自白，而受補強法則³⁴(自由心證主義之例外)之拘束？換言之，以共犯或共同被告之自白作為另一共犯或共同被告有罪之證據時，是否須以有其他補強證據為必要？該國學者對此問題之見解不相同，而判例之見解與學說之間亦非一致，本文先為該國判例之介紹，再析述該國學者間之看法。並試舉例說明共犯或共同被告之陳述所衍生之典型四種問題態樣：類型一，審判期日被告甲否認被訴事實，惟共同被告乙自白與甲共犯；類型

33 參照 Wigmore, On Evidence, §2071. 轉引自許哲嘉，「析論自白之補強法則(下)」，刑事法雜誌第 39 卷第 5 期，頁 84。

34 參照三井誠，「共犯者の自白と補強證據」，法學教室，第 261 期，2002 年 6 月，頁 93；梓澤和幸等人合著，「共犯者の自白を吟味するポイント」，收錄於《刑事弁護》一書，1993 年 7 月，頁 113-114。

二，審判期日被告甲否認被訴事實，惟共同被告乙、丙二人(或二人以上)自白與甲共犯；類型三，審判期日被告甲自白被訴事實，同時共同被告乙(或二人以上)亦自白與甲共犯；類型四，審判期日被告甲及共同被告乙均否認被訴事實，惟共同被告乙曾於偵查中自白與甲共犯³⁵。

第一款 判例見解

一、對於憲法第三十八條第三項與刑事訴訟法第三一九條第二項所謂之「自白」是否包括共犯之自白？

判例見解出現動搖，早期認為共犯公判庭中之自白，不須憲法上之補強證據³⁶；而所謂**練馬事件**判決以後，其中揭示共犯之供述，不問是否受共同審理，概不以補強證據為必要，成為最具代表性的判例³⁷。「不受共同審理之單純共犯固勿論，縱為受共同審理之共犯，此種共犯或共同被告有關犯罪事實之陳述，除憲法第三十八條第二項所定不具證據能力者以外，具有完全之證明力，不得視與憲法第三十八條第三項所定『本人之自白』相同，或得予以準用者」³⁸。

最高法院更進一步於最判昭四一年四月二十一日(刑集二〇卷四號二七五頁)直接認為「共犯之自白，不相當於憲法第三十八條第三項所定『本人之自白』；於最判昭四五年四月七日(刑集二四卷四號一二六頁)或「所

35 參照陳運財，「共同被告之調查」，律師雜誌，第 286 期，2003 年 7 月，頁 123-124。

36 最判昭和 23 年 7 月 29 日判例；參照三井誠著，黃朝義譯，「共犯之自白」，收錄於《刑事訴訟法起訴狀一本主義及配套制度法條化研究報告(下)》一書，最高法院學術研究會叢書(七)，頁 375；土本武司，宋英輝、董璠輿譯，《日本刑事訴訟法要義》，五南圖書公司，1997 年 5 月，初版，頁 338。

37 最高裁判所大法庭昭和 35 年 5 月 28 日判例，就共犯之陳述，採補強證據不必要說。參照三井誠著，黃朝義譯，前揭文(註 36)，頁 375。

38 參照最高裁判所大法庭昭和 33 年 5 月 28 日判例，刑集 12 卷 8 號 1718 頁；最高裁判所大法庭昭和 38 年 10 月 17 日，刑集 17 卷 10 號 1795。

謂『共犯』之自白，不得與憲法第三十八條第三項所定『本人之自白』，視為相同，或準用於本人之自白」³⁹。

綜上所述，日本的判例大致上均採消極說之見解⁴⁰；換言之，不適用補強法則之拘束，共犯或共同被告之陳述，不以其他補強證據為必要始得作為認定被告有罪之依據。

二、共犯陳述是否因合併審理程序而異其補強法則之運用？

「非受共同審理之共犯之供述，關於各具體事件，在自白心證上所為證據價值之判斷，固然有異，然不得僅因係共犯而認其欠缺完全獨立之證據能力……又受共同審判之共同被告之陳述，因各被告所為之供述，其性質各異，故無完全獨立之證據能力，但仍具半證據能力，尚待其他補強證據，始具完全獨立之證據能力……」⁴¹此判例雖將證據證明力與證據能力混為一談而不足取，惟其揭示共犯之供述會因是否受共同審理而異其處理態度，頗值注意。

第二款 學者見解

一、對於憲法第三十八條第三項與刑事訴訟法第三百十九條第二項所謂之「自白」是否包括共犯之陳述？大致上可區分為三說：

1. 消極說

39 參照日本最高裁判所大法庭昭和 23 年 2 月 27 日判例，刑集 2 卷 2 號 120 頁，「…主張僅依被告(按：即本件之共同被告)之自白而為事實之認定，而予以非難，則該非難並不得當」，對指摘以採取共同被告之自白為認定犯罪科處刑罰有違憲精神為理由之上訴，予以判決駁回。」亦持相同之見解。

40 參照蘇俊誠，前揭書(註 30)，頁 105-106。

41 參照日本最高裁判所大法庭昭和 24 年 5 月 18 日，刑集 3 卷 6 號 734 頁；石井一正著，陳浩然譯，鄭善印校訂，《日本實用刑事證據法》，五南圖書公司，2000 年 5 月，初版。

認為僅憑共犯之自白即可認定被告罪行之見解，又可稱補強證據不必要說。在訴訟程序進行中，若可將「共犯之自白」與所謂「被告之自白」作相同解釋，則自白與補強證據之關係可能變得相當複雜。有日本裁判例⁴²認為兩者不得作相同之解釋。蓋因不論未接受共同審理之單獨型態的共犯，抑或即使接受共同審理之共犯，在與被告本人之關係裡，其本質可謂屬於被告以外之第三者，而與被害人或其他之單純的證人並無不同之處。換言之，此裁判例認為僅憑共犯之自白即可認定被告之罪行。理由：(1)將共犯之陳述與本人之自白異其處理，乃因被告得對共犯行反對詰問，故反對詰問之結果，倘若能顯然認定被告有罪者，縱使僅依共犯之自白而認定被告有罪，亦屬適當之舉。(2)自白強求之危險並不僅存在於共犯身分。(3)自白者無罪而否認者卻有罪之情況，係因自白之證明力較經過反對詰問之供述的證明力弱所導致，此乃當然之理，並無不合理之處。(4)即使認為共犯之自白亦如同本人之自白須有補強證據。但因補強證據必要說認為補強證據僅對所謂罪體始有必要，故仍舊無法防止共犯之自白所存在之陷人入罪之危險；(5)共犯之自白所存在之陷人入罪的危險性可根據被告本人之反對詢問權的行使，及藉由審判官之合理的自由心證加以除去，將共犯視為與目擊者等之證人為相同性格之人，而從被告之反對詰問權的保障之觀點來嚴格限制共犯之自白的證據能力，至於經過被告反對詰問後之共犯自白的證明力，則委由審判官之自由心證。

2. 積極說

僅憑共犯之自白不得認定被告罪行之見解，須有他補強證據之必

42 參照日本最高裁判所大法庭昭和 35 年 5 月 28 日判例。

要。理由：(1)從規定補強法則之憲法第三十八條第三項及刑事訴訟法第三百十九條第二項之意旨係在防止自白之強求及誤判觀之，本人之自白與共犯自白之間，應無區別存在。若異其處理，將會產生自白之共犯係無罪，而對犯罪事實予以否認之本人反而有罪之違反常理的結論，此已違反共犯者應儘可能合一的確定其法律關係之要求。(2)從唯恐有自白之強求的考量觀之，不僅共犯者之間應無差異。且從誤判之危險的觀點論之，將共犯甲之自白作為唯一證據而處罰共犯乙之情況與以本人之自白為唯一之證據而處罰本人之情況相比較，前者誤判之危險毋寧是有過之而無不及。同時，因共犯動輒即有迎合當局者意思之動機，故共犯於供述時有誇大對其同夥不利之事實而隱匿對其同夥有利之事實的積極意圖，此可謂並不少見。

3. 限定的補強證據必要說

有關公判庭外之自白僅憑共犯之自白不得認定被告之罪行，惟屬公判庭內之自白部分則得僅憑共犯之自白即可認定被告罪行之見解⁴³。

第三款 小結

一、共犯陳述是否須有補強證據

乃就補強必要性之探討，分析上開見解之對立，判例及部分學說採消極說的立場，較具法理上之根據；相對的，部分學說所採積極說的立場，則傾向憂慮共犯或共同被告陳述的危險性，為避免誤判，故認為應採取補強證據必要說，係較務實之想法。一般而言，日本法上處理刑事

⁴³ 參照田宮裕、高田卓爾編，前揭書(註 13)，頁 381-382；三井誠著，黃朝義譯，前揭文(註 36)，頁 375。

程序之爭點，判例往往傾向務實考量，而學說較堅守法理論據；惟於共犯或共同被告陳述之處理問題，卻難得出現上述判例據法理，學說重實務的逆轉現象。系爭關鍵在於對於危險性的認識及如何防止該危險(共犯或共同被告虛偽陳述、圖謀轉嫁罪責、過度偏重自白之危險)，於處理的態度及方式上存有差異⁴⁴。

(一)就危險性之認識上：

1. 持消極說者認為，共犯或共同被告陳述是否可信，有無轉嫁罪責的危險，為個案判斷問題；就危險性之認識上，屬具體危險；欲防止危險之發生，直接求諸於被告詰問權之保障，透過調查程序的處理，由裁判者推敲該呈現於法庭上之共犯或共同被告不利他被告之陳述是否可信，依個案慎重判斷，無庸於法律上一體限制應有補強證據始可認定被告有罪。

2. 積極說者認為，共犯或共同被告陳述之危險屬抽象危險，單依調查程序不足以防範該危險，故有必要直接以法律限制之。

3. 持折衷說者則認為，基於階段性危險之不同，將共犯或共同被告陳述之危險區分為審判中及審判外之陳述，此說強調偵查中共犯陳述所具有之危險性，故認為應以法律限制其證明力；至於審判中之陳述，則較無問題，委由法院自由心證即可，無庸施以補強法則之限制。

(二)就危險性之防止上：

1. 持消極說者認為：(1) 刑事訴訟法第三一九條第二項規定之「被告之自白」應僅以被告本人之自白為限，共犯或共同被告陳述於法理文

⁴⁴ 參照三井誠，前揭文(註 34)，頁 96；陳運財，前揭文(註 35)，頁 125。

義上不包含其中，故應容許僅以共犯或共同被告陳述判決被告有罪。(2)補強證據法則，乃對法官自由心證之限制，屬例外規定，不宜任意擴張解釋。(3)因被告本人得對共犯或共同被告行反對詢問，故不得將共犯或共同被告陳述視為被告本人之自白。(4)於證明力之評價上，對於共犯或共同被告陳述一般說來較具警戒之心，不宜將之與被告本人之自白等同視之。(5)縱於採消極說之情形下，發生共犯中為自白者無罪(因欠缺其他補強證據)，否認者有罪，乃當然之結果，並無不合理。蓋就被告甲之案件(如類型一的例子)，乙之陳述既經甲之反對詰問而爭執其內部信用性，故作為認定甲有罪之證明力相較於未經反對詰問之乙本身之自白，絲毫不遜色。(6)縱一律要求共犯或共同被告陳述補強證據必要性，亦無法完全杜絕共犯或共同被告陳述可能牽連他人入罪之危險性，採肯定說並無實質意義⁴⁵。

2. 持積極說者認為：(1)就誤判之危險性而言，共犯或共同被告陳述較被告本人之自白為高。補強法則既在防止強取自白或偏重自白之流弊，則不應有被告自白或共犯自白之區分。(2)對於共犯或共同被告陳述若不要補強證據，將導致自白之共犯無罪，而否認之被告有罪之不合理現象。(3)實務上共犯為求脫免己身罪責或將被告牽連入罪，亦可能發生共犯或共同被告甘冒為證據之風險而為虛偽陳述，此時，縱使經由分離辯論，由被告施行反對詰問，亦難奏效。(4)若採否定說之見，各共犯或共同被告事實合一確定的目的將無法達到。

本文以為宜採第三說之折衷說(限定之補強證據說)，共犯所為公判

45 參照陳運財，前揭文(註 35)，頁 125-126；土本武司著，宋英輝、董璠輿譯，前揭書(註 36)，頁 337-339。

庭內之自白不需要他補強證據，惟有關公判庭外之自白準用被告本人之自白仍須有補強證據。理由：公判庭內之自白，共犯或共同被告乃經傳喚到庭陳述，被告得對共同被告就被告本人之事項施行反對詰問，則該共犯或共同被告陳述之真實性，已然確保，毋庸他補強證據之必要；惟關於公判庭外之自白，因為虛偽風險高，又未能充分反對詰問，故應準用被告本人之自白，仍須有他補強證據，始得採為被告有罪之判斷依據。

二、共犯自白作為補強證據之適格性

被告本人已為自白之後，直接將共犯所為之自白作為認定被告有罪之補強證據時，可能在解釋上亦存有問題。針對於此，在採取肯定之見解者認為共犯之自白並不該當於被告本人之自白範圍⁴⁶，因而可以充為被告自白之補強證據。惟相對地，共犯之自白被認為包括在被告本人自白之範圍內時，共犯之自白自然不得作為認定被告有罪之補強證據。然而，共犯之供述由於不可謂之與被告本人之自白完全相同，所以即使對共犯之自白要求要有補強證據，但其他獨立於共犯自白之外的供述，仍然可以解釋為得以成為補強證據。

三、單數共犯之情形下，若被告本人已為自白，仍須他補強證據始得為有罪判決

共犯之自白經常會形成栽贓他人與推卸責任之危險，而且將共犯之自白作為補強證據使用時亦會發生相同情形。基本上，共犯之自白並非

⁴⁶ 日本最高裁判所昭和 23 年 7 月 14 日判決，刑集 2 卷 8 號 876 頁採取肯定立場。轉引自黃朝義，前揭書(註 2)，頁 146。

該當於被告本人之自白，被告在為自白時，不得將共犯之自白作為補強證據，以認定被告之罪行。然而，被告已為自白時，其自白之內容經證明設若並未存有矛盾現象，自然對於會造成裁臧與推卸責任之誤判危險降至最低，所以在此情形之下，獨立於被告自白之外的共犯自白，在某些程度上並無必要將其全部解釋為不得作為補強證據。

四、複數共犯之情形下，若被告本人亦已為自白，得逕以數共犯之陳述相互補強，為有罪判決

基於被告以外之兩名以上共犯所為之自白可否直接作為否認犯罪事實之被告的有罪之補強證據，亦為處理共犯自白之一問題。此從共犯之自白無需補強證據之觀點而論，以兩名以上共犯之自白便得以認定否認犯罪事實之被告的罪行。針對此部分，反對之論調較少。例如(1)甚至認為共犯之自白包含在被告本人之自白的立場者亦有認為，存有兩名以上共犯之自白，且此些自白彼此相互間具有補強效果時，即可作為認定否認犯罪事實之被告的罪行，(2)再者，亦有認為為迎合偵查人員之暗示意圖，雖然不能說沒有將其他人帶入犯罪漩渦中之危險，但此種危險之判斷係屬自由心證之問題，尚不足以請共犯之自白相互間不得作為補強證據。惟須注意者，設若重視會造成將他人捲入犯罪漩渦中之共犯自白所存在的危險時，即使兩名以上共犯之自白內容一致，但有關被告與犯罪者間關聯之補強證據不存在時，自然不得以此作為認定被告有罪之證據。

基此，在複數共犯相互間關係著之案件裡，為避免共犯可能將責任轉嫁給被告而使複數之共犯造成供述內容一致之危險與替身之危險，原則上，不得以複數共犯之供述相互間作為補強證據，以作為認定被告有

罪之證據。惟相對地，設若認為共犯之供述相互間完全係以個別獨立獲得，且毫無栽贓與推卸責任之情事存在下，共犯間個別之供述自然各自成為獨立之證據，相互間存有互為補強之作用。

惟雖為如此，在合併審理之時，對於共同被告不得行使證人之訊問，甚且將兩者之程序加以分離雖然得以行使證人之訊問，惟在共犯行使證言拒絕權時，此種之訊問變為毫無意義。尤其是，共犯為期能夠免除自己之刑事責任或減輕自己之刑事責任，經常會栽贓他人或將責任轉嫁於他人而為虛偽之供述。一般而論，此時之反對詢問效果可謂完全地或幾乎不可能達到。甚至於共犯在為有關犯罪行為與結果部分，雖然供述犯罪之真實面，但由於共犯所供述出之犯罪行為人並非自己而是被告本人，其結果，被告即使準備相當多的資料，但在反對詢問之程序裡，共犯所為之供述亦無法被破解。如此一來，在取證方面應該認為共犯之自白本身必須僅限於存有特別可信之情況保障條件，乃得以肯定其具有證據能力，否則要將此一供述予以排除適用。因此，為能求取共犯供述之可信性，自然地亦應求取足夠的補強證據，同時在對共犯之其他共犯為不利之供述時，相互間所為之不利供述，整體而論，亦應僅限定於被認為十分吻合之情事部分，方容許相互間可為不利之證據⁴⁷。

（三）關於四種典型共犯或共同被告陳述案例的類型，比較說明：

1. 日本之判例及學說僅係解決上述「類型一」之問題，判例採否定說（不適用補強法則），學說意見分歧，已如前述；至於其他於日本法上運作上之其他類型問題，分述如下。

47 參照黃朝義，前揭書(註2)，頁146-147。

2. 關於類型二之問題，審判期日被告甲否認被訴事實，惟有共同被告乙、丙二人(或二人以上)自白與甲共犯之情形，(1)雖仍有部分學說堅持二人以上之共犯自白，仍應有其他補強證據為必要，始可認定被告有罪；(2)惟日本判例及多數學說認為，複數共犯雖可能是先串證而為一致之陳述將責任轉嫁於特定被告，惟究竟有無此種危險存在，應為個案上法官自由心證之判斷，無須法律上一律強行設限，故二人以上之共犯或共同被告之陳述得相互作為補強證據，作為認定被告有罪判決之依據。

3. 關於類型三之問題，為爭議較少的問題，亦即審判期日被告甲與共同被告乙均承認被訴事實而為自白陳述時，日本判例及多數學說均認為，因被告本人亦自白犯罪，故共犯或共同被告陳述牽連被告入罪之危險性得以避免，則此時共犯或共同被告之陳述得直接作為被告甲自白之補強證據，認定被告甲有罪，無庸其他證據補強。

4. 關於類型四之問題，因偵查中之自白屬於審判外之陳述，受傳聞法則之拘束，除任意性之要求外，關於證據能力之認定更應慎重，日本判例及多數學說均認為，如合於日本刑事訴訟法第三二一條第一項之傳聞例外規定者，得作為證據。而共犯或共同被告乙偵查中自白之證明力如何評價，應否先經補強？則回歸類型一之處理方式，比照辦理⁴⁸。

48 參照陳運財，前揭文(註 35)，頁 125-126。

第三節 民國九十二年一月刑事訴訟法修法前共犯陳述之補強問題

我國原刑事訴訟法第一五六條第二項規定：「被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」其中，「被告之自白」是否包括共犯或共同被告之自白？又共犯或共同被告之自白是否亦需補強證據？從條文文義無從獲得明確結論，是以，本文擬就我國傳統實務見解及學說觀點探討此一問題。

第一項 我國傳統實務見解

一、節錄整理我國歷年來至民國九十二年九月一日新修正之刑事訴訟法條文正式施行前相關共犯陳述之幾個代表性判例⁴⁹。

從上開我國實務見解，依供述主體之區分來看：(一)多數判例⁵⁰係指「具共同被告關係之共犯」；(二)少數判例應係指「不具共同被告關係之共犯」(因其判例文或判決文中僅曰「證人」，而非「被告」，故應非共同被告)。而依供述時點之區分來看，判例⁵¹肯認共犯偵查中自白(審判外陳述)有證據能力。

自前開我國關於共犯陳述之幾個判例，本文從而歸納出我國傳統實務見解之粗略結論：(一)共犯或共同被告之陳述得作為認定其他共犯犯

49 共同被告所為不利益於己之陳述，固有證明其他共犯犯罪之效力，但其陳述有無疑實，乃能否採信，法院於職權範圍內，仍應予以相當之調查。參照最高法院二十年上字第一八七五號判例、三十一年上字第二四二三號判例、四十六年台上字第四一九號判例。

50 參照最高法院二十年上字第一八七五號判例、三十一年上字第二四二三號判例、四十六年台上字第四一九號判例。

51 參照最高法院二十九年上字第一一九〇號判例。本則判例於九十二年四月八日經最高法院九十二年度第六次刑事庭會議決議不再援用，於九十二年五月八日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第九點規定公告之，並自新修正刑事訴訟法施行之日(民國九十二年九月一日)起生效。司法院公報第 45 卷 6 期，頁 34-35。

罪事實之適格證據，具補強證據之適格性。(二)該共犯或共同被告之陳述或不利於己之陳述(不問係「具共同被告關係之共犯陳述」或「非共同被告關係之共犯陳述」)之證明力固得作為認定被告犯罪之證據，但不得作為有罪判決之唯一證據，仍須有其他補強證據以擔保該共犯自白之真實性⁵²，始得採為補強被告本人自白作為斷罪之依據，並非絕對可由法院自由判斷，仍必須有補強證據，始得採為證明其他共犯有罪之證據；(三)認為共犯偵查中之陳述，亦必須有補強證據⁵³，始得採為證明其他共同被告有罪之證據。

就上開我國實務見解，本文認為值得注意的問題在於：

(一)前開實務見解頂多揭示出 1. 共犯或共同被告之陳述得作為認定其他共犯犯罪事實之適格證據；2. 共犯與共同被告之陳述應有其他補強證據必要性，探討問題僅集中在補強證據必要性之探討。

至於共犯或共同被告之陳述本身是否具補強證據之適格性？得否逕以複數共犯或共同被告之陳述相互補強，作為認定被告有罪之證據？則語焉不詳。

(二)對於共犯與共同被告之自白是否為刑事訴訟法第一五六條第二項規定之「被告之自白」範圍所涵蓋？均語焉不詳。

二、針對自民國八十五年起至民國九十二年十月止，最高法院發回

52 參照最高法院七十一年台上字第四四七六號判決、八十五年台上字第一五五號判決、八十五年台上字第五五一號判決、八十七年台上字第三三一八號判決、八十七年台上字第三四七二號判決、八十七年台覆字第二二號判決、八十八年台上字第三三二二號判決、八十八年台上字第三三四號判決、八十八年台上字第四〇九七號判決、最高法院八十八年台上三八〇號判決。

53 參照最高法院七十一年上字第五九四六號判例。

六次以上之共犯案件⁵⁴作觀察，統計結果如下：發回六次以上，且為共犯案件：四十二件。發回六次以上，且為共犯案件，且為毒品案件：十四件。發回六次以上，且為共犯案件，且為毒品案件，且為已判決確定案件：八件。從中並可歸納得知下列結果：

(一)最高法院發回六次以上，且為共犯之案件共計四十二件，其中又以毒品案居大宗，為十四件，比例上占了三分之一，值得觀察。

(二)為此，本論文將就前開具共犯關係的案件中，比例最高的毒品案件作觀察，並針對最高法院發回六次以上之共犯案件，且為毒品案件，並已判決確定的八個案件⁵⁵中，舉出代表性判決，說明我國實務案件關於共犯案件對「共犯陳述」之調查與處理方式上存在的問題。

(三)綜上所述，最具代表性之案件應為最高法院九十年台上六〇四九判決⁵⁶(被告陳育成—為該違反毒品危害防治條例案件中，五位共犯中的其中一人)，該案件經最高法院發回七次後，判決大逆轉，檢方上訴被駁回，維持台灣高等法院九十年重上更(七)八十四號判決，為被告無罪判決，判決確定。

(四)最高法院九十年台上六〇四九判決，駁回上訴⁵⁷的主要理由：

54 參閱本論文附錄三。

55 參照 1.最高法院九十二年台上三七六〇號判決(發回七次)；2.最高法院八十九年台上三八七九號判決(發回七次)；3.最高法院九十年台上六〇七九判決(發回七次)；4.最高法院九十二年台上三五六八號判決(發回八次)；5.最高法院九十一年台上三七六七號判決(發回八次)；6.最高法院八十九年台上一一六九號判決(發回八次)；7.最高法院九十一年台上四八二號判決(發回九次)；8.最高法院九十一年台上四八五一號判決(發回十次)。其中唯一一個大逆轉為無罪判決確定的案件是九十年台上六〇七九判決，以下擇此案例為代表，討論實務對共犯陳述之調查與處理方式。

56 上訴人(台灣高等法院檢察署檢察官)因被告違反毒品危害防制條例案件，不服台灣高等法院中華民國九十年七月十九日第二審更審判決(九十年度重上更(七)字第八四號，起訴案號：台灣台北地方法院檢察署八十三年度偵字第一三〇六〇號、八十三年度偵緝字第三七六號)，提起上訴，本院判決：上訴駁回。

57 原審因而認定不能證明被告犯罪，其認事、採證並無違上開證據法則。檢察官上訴

1. 係共犯案件，且為被告本人以外之「複數共犯」案件⁵⁸。原審理由未說明為何認定渠等為共犯之犯意連絡問題。

2. 有「共犯陳述不一致」之情形⁵⁹。且共犯不利被告之初供，為被告所否認，然原審未詳加調查是否屬實。

3. 欠缺補強證據⁶⁰。認定犯罪僅一共同被告之自白，欠缺補強證據。

4. 共同被告、共犯不利於己之陳述，固得採為其他被告犯罪之證據，惟此項不利之陳述，須無瑕疵可指，而就其他方面調查，又與事實相符，始得採為其他被告犯罪事實之認定⁶¹。

因此可知我國實務見解認為，共同被告、共犯不利於己之陳述，其證明力並非可以絕對任由法院自由判斷，而須受相當之限制，亦即尚須具備補強證據，以補足該不利於己之陳述之證明力，始得採為斷罪之依據。本文以為，從中分析可知，我國實務見解之基本立場：(1)共同被告、共犯不利於己之陳述，具「補強證據之適格」。(2)對共犯案件的補強範圍(補強證據量的問題)之要求，並未明確說明。(3)就其他方面調查，須與事實相符，即謂必須符合「真實性」之要求。(4)認為須其他足資證明

意旨謂依上開證人不利於被告之供述綜合觀察分析研判，應足證明被告犯罪云云，指摘原判決採證認事違背論理法則，為無理由，應予駁回。據上論結，應依刑事訴訟法第三百九十六條第一項，判決如主文。

58 被告陳育成與顏永松、潘作建、莊有鏢（以上三人均經判刑確定）及林宏榮（另案偵查）共同意圖牟利，組成毒品走私運販集團，涉嫌為毒品走私交易行為。

59 共犯間固屬供述大致相符，然查共犯顏永松與潘作建因與本件有關之運輸、販賣毒品犯行已被判處罪刑確定，而渠等於為前開不利於被告之供陳時，就被告有無參與運輸、販賣海洛因犯行之陳述，則不盡相同，有先後之供詞不盡相符，相互矛盾有瑕疵之情形。又原判決僅以出入境紀錄認定上訴人之犯罪依據，並未認定其他積極證據，顯然入人於罪。

60 共犯潘作建被查獲之毒品、電子秤及潘作建警訊時就此所供承其有販賣海洛因之事實，顯與被告無關，自不得作為被告犯罪之補強證據。

61 就共犯顏永松、潘作建、莊有鏢等人除該自白或不利於被告之陳述本身之外，經依職權調查證據結果，並無其他足資證明其自白或不利於被告之陳述所指之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據可資擔保。因此，本案之共犯陳述不能證明被告犯罪，因而撤銷第一審不當之判決，改判諭知被告無罪。

其自白或不利於被告之陳述所指之犯罪事實確具有相當程度真實性之證據可資擔保。可推知我國實務對共犯案件之補強程度(補強之質的問題)之要求，採「補強證據必要說」，符合新法第一五六條第二項之共犯自白須有其他補強證據始得作為被告本人有罪依據之規定，採較嚴格的要求。

5. 承前第 4. 點所述，由於欠缺補強證據，判決理由中謂「…殊難僅憑共同被告間所為不利於被告之供述，即謂互為補強而得遽採為被告不利之證據..」。可推知實務見解認為不能逕以複數共犯之陳述相互補強，而作為被告有罪判決之依據。對共犯案件的補強範圍(補強之量的問題)之要求採「補強證據必要說」之嚴格標準，認為須有其他證據補強，始得作為認定被告有罪之依據。

6. 證人均未證明被告有前揭犯行⁶²。

綜上，本文對於我國歷來實務見解有幾點看法：

一、實務見解對共犯之陳述，過去向來以視為被告自白之方式處理，因而產以下現象：

1. 實務見解並未明確區分、述明該共犯案件之本質，究竟是具有實體法上共犯關係之共同被告案件，抑或是非共犯關係之共同被告案件，甚或是非共同被告關係之共犯案件。本文以為，由於此基本立場的設定將會影響到共犯陳述之處理，尤其是共犯或共同被告之定位問題，接著牽一髮動全身，影響後續一連串對共犯陳述證據能力、調查程序、證據力之認定與處理，故明白區辨出個案情形，有其實益。

62 相關證人劉智榮、李淑娟、賴裕星均未證明被告有前揭犯行。

2. 實務見解未就共犯陳述作區分，未區別該陳述究竟係審判外或審判中之陳述而為不同處理，影響最大莫過於審判外陳述所涉及傳聞法則之證據能力有無的認定問題，例如警訊筆錄或共犯偵查中陳述之證據能力有無之判斷；審判中之陳述則是在調查程序與補強證據上之問題，例如遇到共犯陳述不一致、共犯利害相反、或共犯審判中之陳述與審判外之陳述不一致時，如何解決辨證該陳述之信用性，以及如何達到確信其真實性的問題。

3. 實務見解未就共犯陳述作區分，未區別該陳述究竟係由被告本人以外之「單數共犯」或「複數共犯」之陳述而異其處理，影響最大莫過於補強證據上得否逕以複數共犯之不利陳述作為判斷被告本人之有罪依據的問題。

二、過去實務見解對於共犯案件之共犯陳述虛偽性之高風險，多僅藉由自白補強法則的使用來防弊，此固然係基於過去實務見解對共犯之陳述，向來以視為被告自白之方式處理的緣故，惟對於共犯或共同被告陳述之補強法則所涉及的補強的「量」與「質」的問題，標準寬嚴不一，且就補強的「量」的問題採與一般單一被告案件之被告自白採不同的標準。

一般被告自白案件，實務見解對於補強範圍之量的要求，採較寬鬆的「實質說」標準，對於補強證明力程度亦採較寬鬆之「相對說」標準，此本於實質說認為補強證據只要足以保障與自白有關事實之真實性即可之見解觀之，想當然爾，補強證據與自白二者之相互關係只要擁有得以認定犯罪事實程度之證明力即可，補強的量與質的要求乃相互影響，一

脈相承的，故實務對於被告自白之補強法則雖採較寬鬆之標準，亦不失為合理之見；但相對的，對於共犯陳述之補強法則的要求，則異於一般被告自白之補強法則的量與質的要求，對於共犯陳述的補強之「量」的要求，即補強的範圍，實務向來之見解並未特別就共犯案件為說明是否應採較嚴格標準之「罪體說」或較寬鬆標準的「實質說」，但對於共犯陳述的補強之「質」的要求，即補強的證明力程度問題，實務卻考量到共犯之間相互推諉責任而為虛偽陳述之高危險性，而採取較嚴格的要求，傾向「絕對說」之見解，認為共犯陳述固然具有補強證據之適格性，但該共犯之陳述必須符合補強證據必要說之見解，認為共犯之陳述須先經其他證據補強後，始得作被告本人自白之補強證據，而為被告本人有罪之認定(最高法院三十年上字第三〇三八號、七十三年台上字第五六三八號及七十四年台覆字第一〇號判例)。

本文認為，就實務見解關於共犯陳述補強之「量」的要求，考量共犯案件之相互誣陷之高度虛偽危險，慎重以對固為妥適，惟 1. 過去實務見解忽略了透過其他方法，例如合法調查程序與被告防禦權之保障，亦可辨證共犯陳述之信用性與真實性，減少虛偽危險，例如令共犯為具結，擔保其陳述之真實而受有偽證罪之負擔，抑或被告本人得透過對質或詰問來保障自身防禦權。固然或有因法規未盡完備所致，而側重於補強法則上之要求來防弊，但隨著修法的腳步，實務可藉由分離或合併程序、或由被告施行反對詰問權…等調查程序之落實來確保共犯陳述之真實性。2. 補強法則之量與質的要求，向來是相互影響的，因此，展望未來，實務見解有必要明確界定出共犯陳述所採行補強的範圍，與共犯陳述所

採行補強的證明力程度(絕對說)一致，因應共犯陳述虛偽危險高之特質，不採一般被告自白補強法則之寬鬆標準，而應為較嚴格之要求。

第二項 我國向來學說看法

關於第一五六條第二項被告自白是否包含共犯或共同被告陳述在內，我國傳統學說上集中於「被告本人未自白，而共犯為自白，得否僅以共犯之自白作為認定被告有罪之依據的問題」，並區分「共同被告關係之共犯」與「非共同被告關係之共犯」說明，就學說不同見解說明如下：

(甲說)1. 第一百五十六條所稱被告之自白，包括具有共犯或其他相牽連關係之共同被告在內。2. 如採為其他共同被告有罪之證據，不但該自白須出於任意性，且亦以另有他補強證據為必要⁶³。換言之，綜合此說之論點⁶⁴，可為以下四點作說明。(1)即從防止自白強取與自白偏重之補強法則之觀點而論，並不存有區分被告本人自白與共犯自白之必要理由，(2)在導致誤判危險方面，共犯之自白基本上較為危險，(3)補強證據不必要時，則會產生自白之共犯無罪，而否認之被告變成有罪之非常識結果，與(4)共犯間之刑事責任在於求取事實認定之同一確定⁶⁵。

(乙說)1. 第一百五十六條所稱被告之自白，包括具有共犯或其他相牽連關係之共同被告在內，非有補強證據，仍不得具為認定其他共同被

63 參照李學燈，《證據法之比較研究》，五南圖書公司，初版，1992年4月，頁201。

64 參照蔡墩銘，《刑事證據法論》，五南圖書公司，1999年5月，初版二刷，頁65-66；另有謂共犯之自白須有補強證據之理由根據有，(1)共犯因受免除或減輕具處罰的約束，致為虛偽自白，(2)共犯者互相轉嫁責任於他人，而為虛偽陳述的危險，(3)共犯者仍不失為犯罪的加擔者，故雖以之為證人，仍難期其為真實的陳述，(4)偵查機關往往為便於發現共犯，致有使用誘導手段，經共犯中採取自白的危險，(5)共犯的自白，雖大體為真實，而其詳細內容仍未免有虛偽事實。參照陳樸生，共犯與共同被告自白之證據價值，軍法專刊第11卷第1期，頁18頁。

65 參照黃朝義，前揭書(註2)，頁144-145。

告犯罪事實之唯一基礎。2. 並採積極說之見解，認自白具有獨立意義，如被告已經自白，則各共同被告之自白得以互相作為補強證據⁶⁶。3. 就非共犯或其他相牽連關係之共同被告之事項受訊問時，本得為證人；4. 如被告已經自白，以共同被告之自白或共犯之自白，作為補強證據，非法之所許⁶⁷。

(丙說)1. 不論為共同被告之共犯或非共同被告之共犯所為之自白，一般言之，其證據價值，當然比純屬第三人之證人所為之證言為低。不過，只要被告確保其反對詢問權，則可究明其證據價值，因此，只要經過被告之反對詢問權，則不必再將其區分為共犯之自白或第三人之證言，更不必分其為共同被告之共犯之自白，抑或非共同被告之共犯之自白，應一概視其為非被告本人之自白，而具有完全獨立之價值。2. 因此，關於得否將共同被告之共犯之自白，當作對被告自白之補強證據之問題，不妨作肯定解釋。3. 同時，既然得以共同被告之共犯之自白，當作對被告之自白之補強證據，非共同被告之共犯之自白，亦得作為被告本人之自白之補強證據⁶⁸。換言之，歸結此說之見解，亦可為以下三點結論，即(1)對於共犯之自白，被告可以行使反對詢問，所以共犯之自白不得視為被告本人之自白，(2)一般而論，被告本人之自白容易受到信用，惟相對地，共犯之自白一般人對其存有警戒心，因而在證據之評價上兩者亦存有相異之處，與(3)自白者無罪，否認者變成有罪之情事，乃因自白比經由反對詢問之供述，其證明力較為薄弱所致。是故，僅憑共犯之自白以認定被告之罪行，亦無欠缺合理性問題。惟此說之論點容易受到批

66 參照陳樸生，《刑事訴訟實務》，自刊，1989年12月，重訂初版，頁212。

67 參照陳樸生，前揭書(註66)，頁230。

68 參照黃東熊，《刑事訴訟法論》，三民書局，1999年3月，二版。頁362-363。

評之處，乃在於對於共犯之供述很難提高反對詢問之效果，已如前述。

(丁說)1. 對於將共同被告之自白，與被告對其犯罪之自白同視之見解提出質疑，認為上開見解有欠妥適⁶⁹。2. 為避免刑事訴訟偏重自白，除非另有其他證據證明共同被告犯罪，實不應將其他共同被告之自白作為被告自白之補強證據⁷⁰。

本文以為，就我刑事訴訟法之整體規範而論，在論理上，原刑事訴訟法第一五六條所言之「被告之自白」，似乎不包含「共犯之自白」之觀念。蓋因被告本人與共犯自始屬於不同之人，想當然地被告之自白不含共犯之自白。因此，就此條文字面意義上，共犯之自白似無需適用補強法則。然而若從此說，則應重視共犯之證人性格，對其陳述僅須藉由被告本人之反對詢問以間接地限制審判官之自由心證即為已足。但是，對於共犯之自白所存在之陷人入罪的危險性，是否可藉由被告反對詢問權之充分行使而完全除去虛偽陳述與誤判之危險呢？本文以為，依此說之見解可能會造成欠缺考慮共犯之供述所伴隨之栽贓或推卸責任之疑慮。

綜上可知，國內學說觀點分歧，本文認為上述學說闡釋出幾個觀念：

(一)就第一百五十六條所稱被告之自白，是否包括共犯或共同被告之陳述在內？而同受補強法則之拘束？

甲說與乙說均認為(1)第一百五十六條所稱被告之自白，包括具有共犯或其他相牽連關係之共同被告在內。(2)以另有他補強證據為必要，始得作為認定其他共同被告犯罪事實之依據。丙說及丁說則採否定說。

(二)其中學說尚提出另二個層次上，學說有探討、但實務無提及之

69 參照蔡墩銘，《刑事訴訟法論》，五南圖書公司，1993年12月，初版，頁215。

70 參照蔡墩銘、朱石炎合著，《刑事訴訟法》，五南圖書公司，1991年5月，初版，頁106。

問題，格外重要：

在乙說提出：(1)採積極說之見解，認自白具有獨立意義，如被告已經自白，則各共同被告之自白得以互相作為補強證據。由此推論，學說肯認共犯或共同被告之陳述本身具補強證據之適格性；(2)非共犯或其他相牽連關係之共同被告之事項受訊問時，本得為證人；(3)如被告已經自白，則不得以共犯或共同被告之自白作為補強證據，是值注意。

在丙說提出：只要經過被告之反對詢問權，不問共犯或共同被告之自白或第三人之證言，一概視其為非被告本人之自白，而具有完全獨立之價值，認為共犯或共同被告之陳述本身具補強證據之適格性。由此推論，學說(1)認不論具共同被告關係之共犯陳述，抑或非共同被告關係之共犯陳述，均非被告本人之自白；(2)只要經過被告之反對詢問權，則可究明其證據價值，無庸其他補強證據補強認定被告有罪；(3)不問具共同被告關係之共犯陳述，抑或非共同被告關係之共犯陳述該，陳述本身均具補強證據之適格性。

惟於被告否認時，得否得否逕以數共犯或共同被告之陳述相互補強，作為認定被告有罪之證據？學說則未提及，故此問題有賴於於后參酌外國立法例及學說見解釋明之。

第三項 爭點所在

關於原第一五六條第二項之解釋，綜上所述可知，我國原刑事訴訟法第一五六條第二項規定：「被告之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」，關於共犯自白立於第一五六條第二項之解釋，涉及的問題為共犯或共同被告之陳述

本身是否具補強證據之適格性？又可區分為二階段問題：

其一，共犯陳述是否得作為補強證據？我國實務與學說均肯認其作為補強證據之適格性。典型案例情狀為「他共同被告不利陳述，被告本人亦自白時」，例如：審判期日被告甲自白被訴事實，同時共同被告乙(或二人以上)亦自白與甲共犯。

其二，若就共犯陳述是否得作為補強證據採肯定說者，則進入第二階段問題，共犯陳述得否作為唯一的補強證據，補強被告本人之自白，而作為有罪認定之依據(單數共犯之情形下，若被告本人亦自白，該共犯陳述得否作為唯一的補強證據，補強被告本人之自白，判斷被告本人、或他共犯或共同被告有罪)？

第四節 民國九十二年一月刑事訴訟法修法後之解釋及適用

第一項 新法第一五六條第二項規定

嚴格說來，第一五六條第二項將「共犯之自白」納入強行補強範圍，係將我國過去判例的見解明文化。學者認為在運作上影響不大。惟值得探討的問題有二：其一，法理基礎之探討，經過證據能力及調查程序之嚴格證明法則的考驗後，共犯自白之證明力如何，由法院本於個案，依其心證認定即可，有無必要在法律上一律加以限制，要求應另有補強證據，始可根據共犯自白認定被告有罪？法理上基礎何在，實有進一步釐清之餘地。其二，第一五六條第二項雖已明定不得僅憑被告或共犯自白，

作為有罪判決的唯一證據，惟其文義並不明確，例如被告甲否認，乙則坦承與甲共犯，此種情形，依第一五六條第二項之規定，縱使法院實際上以形成甲有罪之確信心證，如無其他補強證據，法院亦不得僅憑乙之陳述判被告甲有罪，固無疑問。惟倘被告甲(被告本人)亦自白認罪時，有無第一五六條第二項規定之適用？此項規範所涵攝的範圍如何？。

第一款 法理基礎之檢討

刑事訴訟法第一五六條第二項雖已明定不得僅憑被告或共犯自白，作為有罪判決的唯一證據，惟學說通說皆認其文義並不明確，且範圍過於廣泛，有待進一步釐清，試就不同學說見解分述如下：

(甲說)認為將共犯自白納入第一五六條第二項規範範圍之法理基礎薄弱，所持理由有五⁷¹：

一、危險本質之差異

原第一五六條第二項針對被告之自白設補強法則的根據主要在於，避免法官及偵查機關因偏重自白而導致誤判，防止對自白特有的信用性做過大評價的危險，同時透過限制自白之證據價值，而降低強行取得自白之誘因，故限制法官的自由心證，不得僅依被告之自白即判被告有罪，而應調查其他必要之證據，以察與事實是否相符。被告之自白如出於任意，其信用性之危險可能存在於頂替或為儘速脫離刑事程序等因素，至於共犯之自白，就不利於己之部分而言，亦屬本人自白，故此共犯如被起訴，依補強法則之規定，該自白當然不得作為認定其有罪之唯一證據，惟共犯任意性之自白中，涉及不利於他被告之陳述，其信用性的危險主

71 參照陳運財，前揭文(註 35)，頁 126-129。

要為誣陷他被告或推卸罪責的問題，此一危險與被告本人承認犯罪所存在的信用性風險，不能等同視之。

二、防止危險之方式不同

共犯自白所可能存在的危險，其方式應與防止被告本人自白信用性的風險，有不同的處理，關於被告於審判外所為之自白，就其本人而言，並非傳聞證據，基本上只要有任意性，即得提出於法庭作為被告犯罪事實之依據，故其自白可能存在之頂替等虛偽可能性的風險，在證據能力的層次，並未受到嚴格的檢驗；其次，於調查程序的層次，不可能期待被告本人對其本身的陳述進行辨明或反對詰問，故被告如有虛偽陳述，僅能依賴法院釐清真實，形成心證，職是，只能在證力的層次，透過法律的規範，限制被告自白的證據價值，要求法官的自由心證應受補強法則的拘束，以避免偏重被告自白所可能導致的誤判發生。至於共犯之自白乃被告以外之人之陳述，依修正刑事訴訟法第一五九條第一項之規定，不論該共犯有無與被告合併審判，其審判外之自白，為傳聞證據，原則上已不得作為被告犯罪事實之證據，可見透過傳聞法則，其不可靠性原則上已被排除。再者，就審判期日之調查程序而言，共犯如未經起訴，自與一般證人無異，應到庭接受被告反對詰問，其陳述不利於被告者：自可由被告加以彈劾及辯明；如該共犯經起訴而合併審判者，亦得透過分離辯論之方式，以證人地拉由被告對其實施反對詰問。透過證據能力及調查程序之嚴格證明法則的規範已相當程度排除或釐清共犯自白潛在的虛偽可能性，在此種情形下，其證明力如何，本於個案由法官自由心證即可。

三、論理上矛盾

除了危險的本質以及防止危險的證據法則不同外，將被告與共犯自白並列於同一補強證據法則的條文中，邏輯上亦嫌不妥。

四、實務運作之檢討

過去實務運作，由於欠缺傳聞法則的概念，大幅採用共犯偵查中的自白作為認定被告犯罪事實之證據使用，且共犯縱使於審判期日之調查程序到庭作證，因依修正前之第一八六條第三款之規定，不得令其具結，不負偽證罪責，致其陳述的信用性難以獲得擔保，在此種情形下。如果不對法官的自由心證做適度的規範，恐有偏重共犯自白而被誤導的危險，是以，過去審判實務透過判例的形或，誠命的要求法官關於共犯自白證明力之判斷，應受補強證據法則之拘束的見解。

然而在此次證據法則修正後，不僅共犯或共同被告判外之陳述的證據能力，受到傳聞法則的規範，且就證據調查程序而言，如經分離辯論，共犯或共同被告審判期日之陳述，必須經被告反對詰問之挑戰，其陳述之危險性，自可透過反對詰問予以暴露呈現。就此意義而言，實質上已提昇到證據能力及調查程序的處理，規範了法官得自由心證的範圍，過去實務上恐因法官心證的恣意致偏重共犯自白而被誤導的危險，相當程度已獲得釐清，毋庸再依循過去之判例將共犯自白皆納進補強法則的適用範圍。

五、過度擴張補強證據法則之適用範圍

第一五六條第二項所定之自白補強法則，屬自由心證原則的例外，不宜任意擴張，否則將反有礙真實的發現，更何況所謂的自由心證，並非恣意擅斷，依第一五五條第一項之規定，法官應本於經驗法則及論理法則做合理的判斷，以共犯自白作為認定被告有罪之證據，自應受上述嚴格證明法則之規範；且其心證的形成，應在無罪推定的大前提下，視能否達確信之程度而定，無庸在法律上明定共犯自白的證明力應受補強法則的拘束。

綜上所述，本文以為第一五六條第二項之「共犯自白」規範的確過度擴張補強證據法則之適用範圍，關於共犯自白中不利於被告之陳述，其危險性與被告本人自白之危險本質有異，且在證據法則上防止危險的方式，更有明顯的不同。共犯審判外的自白受傳聞法則的拘束，其不利於被告之陳述部分，於審判期日調查程序中應接受被告反詰問的檢驗，以澄清危險。是以藉由嚴格證明法則對共犯自白的處理，實質上已相當於對法官自由心證做了合理的規範：在此前提下，實不宜再於證明力的判斷層次，再對法官的自由心證予以限制。

法律上一律要求共犯之陳述應受補強法則之拘束，不僅論理上存在瑕疵，且在個案的適用上，反而會造成發現真實的阻礙。就第一五六條第二項「共犯自白」規範範圍過廣問題，本文以為應區分具共同被告關係之共犯、不具共同被告關係之共犯、不具共犯關係之共同被告之不同共犯或共同被告陳述之情形，為不同處理，並決定第一五六條第二項之適用範圍。就此既成之條文究應如何解釋，於下分就學說不同限縮解釋的見解討論之。

第二款 限縮解釋之必要性

基於上述疑義，學說通說均認有限縮第一五六條第二項之「共犯自白」規範範圍之必要性，惟就限縮範圍有不同見解：

(甲說)限縮在「**審判期日未經被告依法反對詢問或詰問之共犯陳述**」，始受第一五六條第二項之「共犯自白」規定之拘束，故採補強證據必要說，受補強法則之拘束⁷²。

(乙說)第一五六條第二項之「共犯自白」規範範圍過廣，應限縮在「**具共同被告關係之共犯**」之陳述，始有本條項之適用，學者有認依新法第一五六條第二項規定，賦予明確法源基礎，使具有證據能力⁷³；又依同條項被告自白不得為有罪判決之唯一證據，故共犯或共同被告之陳述應可作為他共犯或共同被告自白的補強證據。似採補強證據必要說。；至於「**不具共同被告關係之共犯**」(即「一開始未經合併起訴之共犯」)之陳述，應直接適用證人之規定，有反詰問之適用。

惟於此須注意一點，若係「一開始追加或合併起訴但嗣後分離程序之共犯」，該如何處理？學者有認依新法第二八七條之二共同被告準用人證規定，應限縮在經分離審判程序之共犯，故準用證人之規定⁷⁴。惟學說另有認為此時亦為是「不具共同被告關係之共犯」，應直接適用證人規定，而非準用。既應直接適用，則毋庸受第一五六條第二項之拘束，若該證人之證言經對質詰問後，確認其真實性，則自得作為判斷依據，自

72 參照陳運財，前揭文(註 35)，頁 131。

73 參照楊雲驊，「二〇〇三年初新修正刑事訴訟法被告及共犯自白規定之檢討」，月旦法學雜誌，第 97 期，2003 年 6 月，頁 79。

74 參照陳運財，前揭文(註 35)，頁 110。

得為補強證據⁷⁵。後說似認此時只要透過交互詰問則足以限制自由心證之恣意，不強制須要其他被告自白與共犯陳述以外之補強證據來加以限制自由心證之恣意。

本文以為，被告詰問權之保障為審判期日調查證據程序之核心，故若共犯或共同被告，已於審判期日時到庭，並接受被告本人之反對詰問，則已於實體真實發現之餘，兼顧程序正義之要求，則毋庸在一昧以補強證據必要說拘束之，職是，宜採甲說之見，「審判期日未經被告依法反對詢問之共犯陳述」，始有第一五六條第二項之「共犯自白」規定之適用，而採補強證據必要說，受補強法則之拘束。至於「不具共犯關係之共同被告」，實際上將此類僅因相牽連關係或訴訟經濟之考量而為合併審理之「不具共犯關係之共同被告」亦涵攝其中，顯有可議之處⁷⁶。況且此種情形實際上不具補強證據必要性與否之區別實益，非本文爭執重點。

第二項 修法後我國實務運作之情形

依據新修法之第一五六條第二項增訂「…共犯之自白..」規定，乃將過去實務向來之見解明文化，採補強證據必要說之見解。由於新法施行未滿一年，故於實務操作上有待後續追蹤觀察，特別是須留意採補強必要說下衍生之補強對象的三個爭點：

一、共犯陳述有無補強證據之必要性？又可區分為三階段問題：

⁷⁵ 參照林朝榮老師 2003 年 6 月 3 日刑事訴訟法上課講述。

⁷⁶ 參照最高法院三十一年上字第二四二三號判例、四十六年台上四一九號判例、四十七年台上字第一五七八號判例、七十一年台上字第五九四六號判例、七十三年台上字第五八七四號判例。

其一，我國原刑事訴訟法第一五六條第二項規定「被告之自白」是否包括共犯或共同被告之自白？共犯或共同被告之陳述是否亦同受補強法則之拘束，需其他補強證據(例如物證..)始得認定被告有罪？換言之，共犯或共同被告之陳述得否作為被告本人有罪之唯一證據？我國實務多集中於此問題的解決，多採積極說，換言之，採補強證據必要說，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符；學說則有不同見解，莫衷一是。而新法明文增列「共犯之自白」乃將過去實務見解明文化，但因第一五六條第二項「共犯之自白」範圍廣泛，因此傳統學說上之爭議仍將繼續存在。

典型案例情狀為「他共犯或共同被告不利陳述，被告本人亦否認時」，例如：審判期日被告甲否認被訴事實，惟共同被告乙自白與甲共犯。

其二，就前一問題，若認採補強必要說者，則不論是判斷被告本人有罪或他共犯或共同被告有罪，均須他補強證據。

其三，可分兩點敘述：

(一)補強必要說之澄清確認之事實是否及於偵查中之共犯陳述？抑或僅及於審判中之共犯之陳述？換言之，乃在判斷偵查中共犯之陳述(審判外被告以外之人所為之陳述，為公判庭外之陳述)之證明力，應否先經補強？例如：共犯或共同被告就審判外陳述翻供否認時。

典型案例情狀為「被告本人否認，而共犯或共同被告偵查中為不利之陳述，但於審判中翻供否認時」，例如：審判期日被告甲及共同被告乙均否認被訴事實，惟共同被告乙曾於偵查中自白與甲共犯，卻於審判期日中翻供否認。

(二)被告本人未自白或已自白時，得否逕以複數共犯之自白(陳述)

相互補強逕為被告本人、或他共犯或共同被告有罪認定之判斷依據？我國傳統實務見解未區分之，故此問題，有賴於後，參酌外國立法例及學說見解釋明之。

典型案例情狀為「數共同被告不利之陳述，被告本人亦否認時」，例如：審判期日被告甲否認被訴事實，惟共同被告乙、丙二人(或二人以上)自白與甲共犯。

二、職是之故，關於共犯之陳述，若採補強證據必要說，關於補強必要說之補強對象，有下列三問題：

(一)是否因「審判中陳述」或「審判外陳述」而不同？

(二)是否因「具共同被告關係之共犯」或「非共同被告關係之共犯」而不同？

(三)是否因被告本人以外之「單數共犯」或「複數共犯」而不同？

三、再者，關於補強之「量」與「質」的問題

(一)補強證據「量」的問題，是關於證明範圍的問題，須就犯罪之客觀要件事實之「重要部份」或犯罪事實之「相當部份」補強？

(二)補強之「質」的問題，是關於證明力程度的問題，須達何種程度，始得為被告有罪之依據？

第五節 結語

自比較法觀點，在美國法上，共犯與共同被告之自白(陳述)原則上被容許得作為其他共犯或共同被告之證據。美國對共犯陳述之補強要求，類似英國警告制度(warning)，且半數法域以制定法(rule of law)之方式來規範；惟對於共同被告之自白(陳述)，或係因被告可透過反對詢問，彈劾共犯或共同被告，故以相關補強證據規定似未見⁷⁷。學說上認為，在英法美之概念中，認為自白係指法庭外之陳述，基本上法庭內之陳述無所謂補強證據之問題⁷⁸。但美國法上相關之見解至少提供一個思考方向，亦即，共犯或共同被告之自白，因轉嫁責任、報復、阻礙審判、庇護他人、或出於幻想、無意識⁷⁹等動機，而有虛偽危險，在未有其他補強證據擔保其真實性之前，遽予憑採，是否適當？

日本判例(均採否定說)雖認共犯或共同被告之自白與該國憲法第三十八條第三項規定所定「本人之自白」，並不相當，故無補強法則之適用。惟日本學說多數說(均採肯定說)仍認共犯或共同被告之自白均不得以之作為其他共犯或共同被告犯罪之唯一證據，尤以團藤重光教授所舉例子更能突顯出共犯之自白若不須補強證據時，可能產生違背常理(共犯中為自白者無罪，否認者有罪)之情形。

就我國實務向來判例之見，最高法院之判例似補強證據必要說；而

77 法官有責任對陪審團決定該項共犯或共同被告之價值時，必須警告(warning)陪審團：縱然根據陪審團可能根據該項證言為有罪評決，然而如此做是非常危險的，除非該項供述已被補強證據所補強；法官若未為上述警告，該項有罪判決再上訴時將被廢棄。參照蘇俊誠，前揭書(註 30)，頁 112。

78 參照黃朝義，前揭書(註 2)，頁 127。

79 參照蔡墩銘，《審判心理學》，五南圖書公司，1986年7月30日，頁 513-514。

國內學說見解不一，其中有學者主張應分別情形論斷⁸⁰，或主張應以被告反對詰問權是否確保，及被告或共同被告之審理有無分開，為其論斷依據⁸¹，均甚具說服力。

首先，共犯之陳述之證據價值？依美國法，共犯之陳述因其較高虛偽危險，故須有補強證據擔保其真實性，故其證據價值較一般證據為低；也有鑑於共犯共同參與犯罪，則共犯相互間有轉嫁責任、報復、庇護他人，或因受訊問者不當誘導，其虛偽危險較諸被告本人之自白為高。綜上，本文認為，共犯自白之證據價值非僅較諸一般證據為低，其價值亦不應高於被告本人之自白。職是之故，我國刑事訴訟法第一百五十六條第二項被告之自白應以補強證據擔保其真實性，同理，本文認為，為避免虛偽陳述之風險，共犯之自白得以補強證據擔保其真實性。換言之，共犯之自白應不得作為被告本人之唯一不利證據，仍應有補強證據以擔保其真實性。惟前提限縮在「審判期日未經被告依法反對詰問之共犯陳述；且係具共同被告關係之共犯陳述」，始有第一五六條第二項之「共犯自白」規定之適用，而採補強證據必要說，受補強法則之拘束(所持理由有五：1. 被告自白與共犯陳述具有危險本質之差異；2. 被告自白與共犯陳述防止危險之方式不同；3. 論理上矛盾；4. 實務運作之再檢討；5. 擴張補強證據法則適用範圍之不合理性)。

其次，共犯之自白能否作為另一共犯(即被告本人)之自白之補強證據，亦即共犯自白是否具補強證據適格？

否定說所持理由：1. 共犯自白憑信性弱，其證據價值又較一般被告

80 參照陳樸生，《刑事證據法》，自刊，1997年5月，重訂四版，頁359-366；頁388-394。

81 同前揭註68。

之自白為弱，若以此供述證據作為補強本身證據價值已甚薄弱之被告本人之自白，實有違被告自白之補強法則。2. 實務運作上，例如在集團犯罪或組織犯罪情形，為庇護首腦等領導階級人物，常發生眾嘍囉自白犯罪之頂替情形，若為此等自白得為相互補強之證據，反而使首腦之人脫免責任，顯有違真實性之考量。3. 若共犯有甲、乙二人，則共犯甲自白犯罪事實經過，就實務上，甲基於被告立場所為不利陳述，可能同時不利於共犯乙，故某程度上，甲之陳述無異於共犯乙之犯罪事實經過，於此情形下，共犯之自白可能包含自己犯罪之不利供述與他人犯罪之不利供述，就此不可分情形下，共犯之自白相當於被告本人之自白，若以被告本人之自白作為被告本人之自白之補強證據，顯有可議，故共犯之自白不能作為另一共犯(即被告本人)之自白之補強證據。惟本文認為宜採折衷說，宜分別情形斷定。

綜上可知，本文認為：

(一)關於「具共犯關係之共同被告」之陳述

其在審判庭為供述時，被告雖似可對其行使對質，以推敲其所為之供述之真實性，然共同被告既居於被告地位，其對任何人之詢問，自得拒絕供述或保持緘默，因此，民國九十二年一月修法前，實質上，被告對他共同被告未能享有反對詢問權之確保。

民國九十二年一月修法後，關於第一五六條第二項規定「共犯自白」中涉及共犯或共同被告陳述之處理之四層面問題，於限縮解釋下之結果應為：

1. 「被告之自白」是否包括共犯或共同被告之自白？又共犯或共同

被告之自白是否亦同受補強法則之拘束，需其他補強證據始得認定被告有罪？區分審判中與審判外陳述，說明之：

(1) 審判中共犯之陳述(審判中被告以外之人所為之陳述)之證明力，應否先經補強？典型案例，例如：審判期日被告甲否認被訴事實，惟共同被告乙自白與甲共犯，如何解決？

如具共犯關係之共同被告乙，在審判期日經分離辯論而以「證人」之身分，接受否認犯行之被告反對詰問，則乙在法庭上為不利陳述之證明力評價問題，委由法院本身本於經驗法則與論理法則作合理心證即可，毋庸受一五六條第二項規定之限制。又此時若乙行使第一八一條之拒絕證言權者，則依第一五五條第二項之規定，未經合法調查者，不得作為判斷依據。

(2) 偵查中共犯之陳述(審判外被告以外之人所為之陳述)之證明力，應否先經補強？典型案例，例如：審判期日被告甲及共同被告乙均否認被訴事實，惟共同被告乙曾於偵查中自白與甲共犯，卻於審判中翻供否認，如何解決？

由於審判期日甲、乙均否認，故基本上除對質外，分離辯論進行交互詰問或維持合併審理由甲詢問乙，二者法律上效果有限，因此認為此時以偵查中之不利於甲之陳述，應認有第一五六條第二項規定之適用，不得僅以乙偵查中之自白判定被告甲有罪，仍應調查其他必要證據，以察是否與證據相符，此乃類似日本學說上之採「限定之補強證據說」，雖共犯所為公判庭內之自白不需要補強證據，惟有關公判庭外之自白準用被告本人之自白仍須有其他補強證據之必要。

2. 共犯或共同被告之陳述本身是否具補強證據之適格性？

典型案例，例如：審判期日被告甲否認被訴事實，惟共同被告乙、丙二人(或二人以上)自白與甲共犯，如何解決？

具共犯關係之二名以上共同被告，經分離辯論，賦與該共同被告具證人適格，始可作為認定被告本人甲有罪否之依據，始得將其不利於被告甲之陳述作為補強證據，而判決甲有罪。

3. 得否逕以複數共犯或共同被告之陳述相互補強，作為認定被告有罪之證據？典型案例，例如：審判期日被告甲自白抑或否認被訴事實，同時共同被告乙(或二人以上)亦自白與甲共犯，如何解決？

若被告本人甲亦自白，被告甲與共同被告乙審判期日均認為有罪，一般而言自無再分離辯論之必要，於合併審理中分別賦予各被告間詢問對方之機會，如法院依甲及乙之自白已形成二人有罪之確信，則得以此二人之自白相互補強，逕為二人有罪判決，無待其他證據補強，故毋庸受第一五六條第二項規定之拘束。

若被告本人甲否認，則仍須受第一五六條第二項規定之拘束⁸²。

(二) 關於「不具共犯關係之共同被告」之陳述

雖共同審理，但其犯罪事實各別，又不具相牽連關係，例如甲、乙二人同時在某地各自為犯罪行為，但被一同起訴之「同時犯」的情形，因其主要事實之立證，基本上既不相同；立證之證據資料，亦不共通，又不相

⁸² 參照黃朝義，「共犯或共同被告自白之相關問題—評最高法院八十八年度臺上字第三八〇號判決」，月旦法學雜誌，第 71 期，2001 年 4 月，頁 167、頁 171。

牽連，縱為共同被告，但對於各該無共犯關係且又無牽連關係之部分，所為之陳述，自應依一般證人之證言處理，不能與具共犯關係之共同被告之自白同視之⁸³，自不受第一五六條第二項之拘束。

(三)關於「不具共同被告關係之共犯」之陳述

本文認為應直接適用證人規定，被告享有反對詰問權之保障。審判期日共犯如依法經被告反對詢問，其陳述應不受第一五六條第二項之拘束。

綜上所述，本文認為我國傳統實務見解就共犯之自白未加區分，概認有補強法則之適用，其見解顯然有待斟酌。

83 參照陳樸生，前揭書(註 80)，頁 394。

第五章 結論

基於共犯陳述案件的複雜性與共犯間常存在為求脫免責任、而相互誣陷而為虛偽陳述之高危險性，不僅不利於實體真實發現，其於程序上如何進行調查，涉及被告訴訟權益，影響重大更令人無法忽視。由我國實務案件觀之，就民國八十五年至民國九十二年十月為止，最高法院發回六次以上案件中，屬於**共犯案件**者佔半數以上，可知此類案件耗費訴訟時日，久懸未決，不符合訴訟迅速審理之要求；又從實務相關之判例與判決之內容加以觀察，可知**共犯或共同被告陳述**這種供述證據於證據法則上之處理，往往成為實務上共犯案件解決之系爭關鍵，是以本文自防止誤判、保障被告對共犯詰問權之角度出發，就共犯陳述於刑事程序上之處理為探討。

一、研究結論

(一) 修法方向值得肯定

對於共犯陳述面臨的證據能力、調查程序、證明力不同階段之問題之解決，往前邁進一大步。除了於第一五九條及第一五九條之一以降明定傳聞法則及其例外之情形，賦予共犯或共同被告(被告以外之人)審判外陳述之證據能力外；尤其是第二八七之二條明確賦予具共犯關係之共同被告，得因分離辯論程序(第二八七之一條)而準用證人適格之規定，更是明白解決共犯或共同被告之定位長期以來妾身不明的窘境，對於被告本人之反對詰問權有實質助益；符合當事人進行主義與正當法律程序之精神，於刑事訴訟程序追求實體真實發現之同時，確保程序正義，此一概念貫穿整個共犯陳述面臨的不同階段問題，為共犯陳述之處理上所

貫穿之主軸與核心精神。當然，時至今日，距離修正刑事訴訟法正式施行尚未屆滿一年¹，因此相關條文之修正，對於我國實務運作，是否已足有效改善共犯陳述案件之審理品質，確保被告防禦權、促使雙方當事人信服判決，減少上訴機會、杜絕過去過於偏重自白導致誤判冤獄之弊端，新法對實務運作之影響尚有待長期觀察。

(二)就本文所獲結論，扼要敘述如下：

於法理層次上，首先，定性共犯或共同被告之性質，特別是「具共犯關係之共同被告」之定位，是為被告？亦或是證人？我國向來實務見解認為共同被告，仍為被告，不具證人適格。關於此點本文認為，基於被告地位所享有之緘默權，若共同被告中一人為不利他共犯之陳述，對於陳述者本身而言，固然屬於其本人自白無疑；但相對於被供述所指之他被告而言，則應屬第三人之供述。惟若此時該陳述之共同被告，以被告地位行使緘默權，則有害於他被告對質詰問權的保障，無法杜絕共犯間虛偽陳述之危險，不利於實體真實發現與當事人之程序正義。因此，本文認為有必要區分不同類型之共同被告陳述，先予定位，始得開始為證據法則上證據能力、調查程序、證明力之處理。

其次，就共同被告陳述之證據能力的判斷，我國傳統實務見解均將共犯陳述當作被告自白處理，故不問其於審判中或審判外之陳述，均肯認其證據能力。對此，我國新法已將「被告以外之人於審判外之陳述」

¹ 參照刑事訴訟法施行法第七條之二之規定「…自民國九十二年九月一日施行。」；第七條之三之規定「中華民國九十二年一月十四日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結之。但修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響。」故對於提起上訴之案件，於修正刑事訴訟法施行前，原審法院就可得為證據之證據，已依法定程序調查者，其效力不受影響。

納入傳聞法則之拘束範圍，共犯或共同被告審判外之陳述，重在證據容許性之判斷，依據傳聞法則，為傳聞證據，原則上無證據能力；但若符合傳聞法則例外情形，則基於實體真實發現之要求，仍例外肯認其證據能力。然而，本文於第二章中已指出我國新法就傳聞法則例外規定存在著兩個嚴重問題：其一，檢察官與法官審判外訊問筆錄規定寬鬆；其二，特定的審判外陳述，例外規定不足。

至於共犯或共同被告審判中之陳述(到庭之陳述)，其證據能力較不生問題，問題重心置於**審判期日調查程序之探討**；而共犯或共同被告審判外之陳述，重心是置於傳聞法則及其例外之探討，但若符合傳聞法則之例外，則例外肯認其證據能力，准許其提出於法庭上使用，則亦進入**審判期日調查程序之探討**。就共犯或共同被告審判中之陳述或符合傳聞例外之審判外陳述，應經合法調查程序，為信用性之辨正，以供作判斷被告有罪與否之依據，始符合嚴格證明法則，適度限制法官自由心證之恣意。特別值得關注的是，新法參酌美日立法例制定了分離程序等相關規定，賦予被告對不利於己之共同被告有請求分離辯論，在保障其詰問權的狀況下進行證據調查的機會。但是關於第二八七條之一與第二八七條之二的適用上，衍生了爭議，亦即是否須依第二八七條之一分離程序為必要，才能賦予共同被告具第二八七條之二證人適格？第二八七條之二是準用或直接適用證人？

本文以為須視**共犯是否與被告立於同一訴訟程序**而為不同處理，基本上如為**合併或追加起訴之共同被告**，須以第二八七條之一分離程序為必要，才能賦予該共同被告具第二八七條之二證人適格。此種情形，由於嗣後經分離程序之共同被告身分特殊，身兼被告身分與證人雙重身

分，故不同於一般證人，而且基於法學方法論上之考量，自應如第二八七條之二條文所在，以「準用」為宜。但仍應留意的是，若遇重罪案件，縱為分離程序來保障被告本人之防禦權，共同被告仍可能甘冒偽證風險而為虛偽陳述，故分離效能不彰。尤其，共同被告一經分離審判，其緘默權及選任辯護權等即受限制，合併審判的訴訟經濟效果亦受影響，分離程序與否自應力求審慎，須同時滿足防禦上之利害關係相反、具有權利保護之必要性二要件，始適用第二八七條之一第二項義務分離規定；又縱到庭具結，並依分離程序經被告反對詰問，惟就證明力之判斷上，法院仍須審慎為之。相對的，如屬不具共同被告關係之共犯的情形，依法直接適用證人之相關規定進行調查，自無適用第二八七條之一及同條之二規定之必要。

再者，關於**共犯或共同被告陳述之證明力**部分。除利用被告反對詰問權擔保共犯或共同被告陳述真實性外，並於第四章部分，討論共犯或共同被告陳述與補強法則之適用問題。就共犯或共同被告陳述之補強的「量」與「質」問題，異於一般被告自白之補強法則的量與質均採寬鬆標準要求，對於共犯陳述的補強之「量」的要求，即補強的範圍，實務向來之見解並未特別就共犯案件為說明是否應採較嚴格標準之「罪體說」或較寬鬆標準的「實質說」，但對於共犯陳述的補強之「質」的要求，即補強的證明力程度問題，實務卻考量到共犯之間相互推諉責任而為虛偽陳述之高危險性，而採取較嚴格的要求，傾向「絕對說」之見解，認為共犯陳述固然具有補強證據之適格性，但該共犯之陳述必須符合補強證據必要說之見解，認為共犯之陳述除該自白本身外，須有「其他足資證明自白之犯罪事實且具有相當程度真實性之證據」而言，始得為被告

本人有罪之認定。雖其補強者，非以事實之全部為必要，但亦須因補強證據與自白之相互利用，而足始犯罪事實或的確信者，始足當之²。

接著，**基於共犯陳述之不同類型之問題**，傳統實務見解一體適用「補強證據必要說」。例如就補強必要否之判斷上之典型問題：1. 被告本人自白時，共犯陳述可否作為唯一的補強證據，涉及二問題：(1)補強證據之適格性，特別是「具共犯關係之共同被告」應經分離程序，賦與其證人適格，該經分離程序之共犯或共同被告之陳述始得作為被告本人有罪否之判斷依據。(2)共犯之陳述應否先經補強，尤其是共犯或共同被告就審判外陳述翻供否認之情形。2. 他共犯或共同被告為不利陳述，惟被告本人否認時，需要補強證據的範圍如何？3. 複數共犯之不利陳述可否相互補強而認定被告本人有罪，是否因被告本人自白或否認而有不同？關於此等論點，本文以為補強法則之適用應視「審判中陳述」或「審判外陳述」之不同；程序上是否為同一訴訟程序之共犯，特別是「具共犯關係之共同被告」或「非共同被告關係之共犯」之陳述的不同；因應該案件除被告本人以外之共犯人數係「單數共犯」或「複數共犯」時，被告本人自白或否認而有不同之區別，而細部的異其處理。惟新法第一五六條第二項將傳統實務見解之補強必要說明文化，於法條文義上僅謂「共犯自白」，範圍顯然過於廣泛且未思區別，本文以為有欠妥適，應予限縮解釋，區別適用情形。

最後附帶一提的是，**自白或證言之供述證據本質上應受中性評價，確立物證優先調查原則有其必要**。尤其是對共犯陳述之處理上，由於有

² 參照最高法院三十年上字第三〇三八號、七十三年台上字第五六三八號及七十四年台覆字第一〇號三判例。

數共犯或共同被告之陳述，基於人性始然，先天上更具相互推諉責任之高度虛偽危險，更須審慎處理該陳述之證據能力與證明力問題，分就偵查程序與審判程序二方面說明如下：

1. 檢警蒐證之偵查程序，論者有謂案重初供，未必不好。因為該陳述係最初偵查程序所得，為印象最深刻、最接近事實發生時點所為知覺記憶的表達，故理論上具有高度可信性。此亦為我國實務運作下向來之看法；惟本文認為形式上觀之，前開說法似乎言之成理，但是該說法忽略了不論是自白或證言，人之供述存有本質上的危險性（虛偽陳述之可能），更具有受外力影響的可能性（例如非任意性之自白或係以不正方法所得之陳述）。加上國內審判實務機關受到糾問思考之影響；輔助偵查的警察機關亦為求破案績效，往往不願盡力蒐集證物，反而動輒欲以取得自白或證人的供述後，再由供述內容去尋找物證的方式行偵查程序。此種倒置的蒐證，使得供述證據的危險性在我國實務運作下，愈形提高。為此，本文認為陳述（自白或證言）本質上應受中性評價，將之作為一單純證據看待，不宜過度依賴陳述之使用。尤其是對共犯陳述之處理上，由於有數共犯或共同被告之陳述，基於人性始然，先天上更具相互推諉責任之高度虛偽危險，蒐證程序上，確立物證優先調查原則有其必要。

2. 法院之調查程序，調查證據程序上，學說有認優良的刑事證據法則應是以物證為優先，只要物證與待證事實相符合，即使沒有直接證據，亦得作為判決之基礎³。本文認為，尤其是對共犯陳述之處理上，由於有數共犯或共同被告之陳述，先天上具高度虛偽危險，更須審慎處理該陳

3 參照陳志龍，「刑事訴訟法修正之原則方向探討」，月旦法學雜誌，第 45 期，1999 年 1 月，頁 44-45。

述之證據能力與證明力問題，於肯認該共犯陳述具證據能力之前提下，對於證明力之評價上，透過調查程序與補強法則之適用，更顯重要。因此，證據法的修正方向唯有朝向物證優先調查原則，長此以往，始能盡量避免非任意性證言的發生，以及因供述的不確定性所帶來的誤判的危險。因此新法第一六一條之三與之規定顯然已朝此方向修正，立法上頗值肯定。其分就調查證據程序（第二八八條第三項）與調查被告自白之程序的限制（第一六一條之三）二方面落實物證優先調查原則，將對被告之訊問，皆立於法院調查程序之最後階段施行，對於共犯陳述問題中相互虛偽陷害風險之處理，更有其實益。

（三）關於釋字第五八二號之見解

本號解釋再度宣示憲法第十六條、憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利，為普世價值之基本人權。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。刑事審判上之**共同被告**，係為合併或追加訴訟，其間各別被告及犯罪事實仍獨立存在。故**共同被告對其他共同被告之案件**而言，為「被告以外之第三人」，本質上屬於「證人」，自不能因案件合併關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。

解釋理由書中並說明：1. **被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述**，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第一五九條第一項），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。刑事訴訟為發見真實，並保障人權，除法律另有規定者外，不問何人，

於他人之案件，有為證人之義務。2. 共同被告對其他共同被告之案件而言，為「被告以外之第三人」，本質上屬於「證人」，其於該案件審判中或審判外之陳述，是否得作為其他共同被告之不利證據，自應適用上開法則，不能因案件合併之關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利。3. 共同被告就其自己之案件，因仍具「被告」身分，而享有一般被告應有之憲法權利，如自由陳述權等。當被告與共同被告行使權利而有衝突時，應儘可能求其兩全，不得為保護一方之權利，而恣意犧牲或侵害他方之權利。被告於其本人案件之審判，固享有對具證人適格之共同被告詰問之權利，然此權利並不影響共同被告自由陳述權之行使，如該共同被告恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，自有權拒絕陳述。刑事訴訟法賦予證人（含具證人適格之共同被告）恐因陳述受追訴或處罰之拒絕證言權，乃有效兼顧被告與證人（含具證人適格之共同被告）權利之制度設計。4. 刑事訴訟法雖規定被告有數人時，得命其對質，被告亦得請求對質（同法第九七條）；惟此種對質，實效自不如詰問，無從取代詰問權之功能，且詰問權與對質權有本質上差異。5. 最高法院三十一年上字第二四二三號判例與四十六年台上字第四一九號判例顯係將共同被告不利於己之陳述，虛擬為被告本人（即上開判例所稱其他共同被告）之自白，逕以該共同被告之陳述作為其他共同被告之不利證據，對其他共同被告案件而言，既不分該項陳述係於審判中或審判外所為，且否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，排除共同被告立於證人地位而為陳述之法定程序之適用，與當時有效施行中同法第二七三條規定牴觸，不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，該二判例及其他相同意旨之判例（如最高法院二十年上字第一八七五號、三十八年穗特覆字第二九號、四十七年台上字第一五七八號等），與上開解釋意旨不符部分，應不再援用。

就第五八二號解釋之意見，本文結論大致上與之不謀而和，但本文有不同看法的是：1. 該號解釋謂不能因案件合併之關係而影響其他共同被告原享有之上開憲法上權利，惟對於共同被告之調查程序係於分離或合併程序下施行有無不同並未述及。2. 該號解釋未區別共犯或共同被告之陳述是否繫屬同一訴訟程序、是否具實體法上之共犯關係而為不同適用。3. 該號解釋僅就共犯或共同被告陳述之被告詰問權之程序上保障，說明我國傳統實務見解有欠妥適；惟關於共犯或共同被告陳述之補強之「量」與「質」的問題，並未深入探究，且基本上仍採我國傳統實務之見解，本文認為基於共犯或共同被告陳述虛偽風險高，為確保其證言之信用性，宜均改採不同於一般被告自白之較嚴格之證明力標準。

二、建議

就上開研究結論，本文試就新法仍力有未逮之處，提出建議，盼能對日後修法有所助益：

(一)傳聞法則例外規定之嚴謹化與明確化

我國新法就傳聞法則例外規定存在著兩個嚴重問題：其一，檢察官與法官審判外訊問筆錄規定寬鬆；其二，特定的審判外陳述，例外規定不足，應參酌美日二國法制，為進一步修法改善。

(二)美國法上有關共犯自白編寫的運作方式，頗值參考

另一方面，由於我國現行刑事訴訟法關於起訴之程式仍維持卷證併

送制度，法院於審判期日調查證據前，已先接觸偵查卷證，因此雖然第一五九條採行傳聞法則，共犯或共同被告審判外之陳述原則上無證據能力，不過因法院事先閱卷，接觸共犯偵查中自白筆錄的關係，已然形成對被告不利的偏見，在此種情形下，縱使被告得於法庭上詰問共犯或經分離審判之共同被告，其效果仍屬有限。將來如改採所謂起訴狀一本主義，基於維護公平審判及落實被告詰問權的保障，美國法上有關共犯自白編寫的運作，自值得參考。

(三)關於第二八七條之一與第二八七條之二的適用上爭議，宜修法明文規定，以杜絕爭議

關於第二八七條之一與第二八七條之二的適用上爭議，亦即是否須依第二八七條之一分離程序為必要，才能賦予共同被告具第二八七條之二證人適格？第二八七條之二是準用或直接適用證人？關於繫屬於同一訴訟程序之共犯，由於一方面使共同被告具於被告地位，另一方面又承認其就他共同被告之事項具有證人適格，操作上實易產生混亂，且就共同被告之緘默權或被告本人之反對詰問權不能獲得充分保障，因此宜修法明文規定「一同追加或合併起訴之共犯(具共犯關係之共同被告)」，須依第二八七條之一分離程序為前提，始得適用第二八七條之二之規定；而且此時是「準用」證人的規定。

(四)新法第一五六條第二項「共犯自白」之規定，宜修法明文限縮其適用範圍

新法第一五六條第二項「共犯自白」之規定實為我國傳統實務見解

之明文化，惟既然我國傳統實務見解有二大值得商榷之處，其一，將「共犯或共同被告之陳述」視為「被告自白」之處理，未因共犯或共同被告陳述性質上對於被告本人而言是立於第三人供述之特殊性，而異其處理；其二，未因「共犯或共同被告之陳述」存在不同類型之情形，究竟是「具共犯關係之共同被告」、或「不具共犯關係之共同被告」、或「非共同被告關係之共犯」所為之陳述，而予區別適用情形，一概採「補強證據必要說」。則新法將我國傳統實務見解明文化，關於共犯或共同被告陳述之處理，問題依舊無法獲得完全的解決，是以，本文認為新法第一五六條第二項「共犯自白」之規定應予限縮解釋或明文限縮其適用範圍，基本上限縮在「若是具共犯關係之共同被告之不利陳述，且未於審判期日到庭具結陳述，未依合法之調查程序經被告本人反對詰問者」，始受新法第一五六條第二項之拘束。

(五)就共犯或共同被告陳述之補強的量與質作較嚴格的要求

除了依第一五六條第二項要求共犯自白須經其他補強證據外，由於共犯間虛偽陳述危險性高，共犯陳述應受較高證明力之限制，本文認為，補強法則之量與質的要求，向來是相互影響的，因此，展望未來，實務見解有必要明確界定出共犯或共同被告陳述所採行補強的範圍，與共犯或共同被告陳述所採行補強的證明力程度(絕對說)一致，因應共犯陳述虛偽危險高之特質，不採一般被告自白補強法則之寬鬆標準，而應為較嚴格之要求，以確保共犯或共同被告陳述之信用性。故就其補強之「量」的問題，宜採較嚴格之「罪體說」之見，已足以證明犯罪事實重要部份為必要；就其補強之「質」的問題，宜採較嚴格之「絕對說」之見，須

證明犯罪事實達一定心證之程度為必要，以確保共犯或共同被告陳述之信用性。

參考文獻

壹、中文部分

一、書籍

1. 司法院刑事廳編著，「刑事訴訟法新制法律問題研討會提案—第十四號」，收錄於《刑事訴訟法新制法律問題彙編》一書，司法院印行，2003年8月。
2. 丁中原，「我國傳聞法則之例外規定—傳喚或詢問不能」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，2003年9月，初版。
3. 王兆鵬，《刑事被告之憲法權利》，翰蘆出版公司，1999年。
4. 王兆鵬，「傳聞法則理論—證人陳述之危險」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，元照出版公司，2003年4月。
5. 王澤鑑，《民法實例研習民法總則》，自刊，1995年3月。
6. 宋耀明，「我國傳聞法則之例外規定—先前陳述之不一致」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，2003年9月，初版。
7. 李學燈，《證據法之比較研究》，五南圖書公司，初版，1992年4月。
8. 林鈺雄，「輪替詰問之法庭活動」，收錄於《刑事程序法研討會系列(二)—法庭詰問活動》一書，學林文化公司，2000年，初版。
9. 林鈺雄，《刑事訴訟法》，上冊，2003年9月，三版。
10. 林俊益，「我國傳聞法則之例外規定—法官之訊問筆錄」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，2003年9月，初版。
11. 林俊益，「我國傳聞法則之例外規定—同意文書」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，2003年9月，初版。
12. 許玉秀，「共同被告之自白」，收錄於《刑事訴訟之運作—黃東熊六秩五祝壽論文集》一書，1997年11月，初版。

13. 陳樸生，《刑事證據法（重訂版）》，自刊，1997年5月重訂四版。
14. 陳樸生，《刑事訴訟法實務》，自刊，1993年10月重訂八版。
15. 陳樸生，《刑事訴訟實務》，自刊，1989年12月，重訂初版。
16. 陳樸生等著、刁華榮主編，《比較刑事證據法各論》，漢林出版社，1983年1月，初版。
17. 陳運財，「論緘默權之保障」，收錄於《刑事訴訟與正當法律程序》一書，元照出版公司，1998年9月，初版。
18. 陳運財，《直接審理與傳聞法則》，五南圖書公司，2001年11月，初版。
19. 陳運財，「傳聞法則之理論與實踐」，收錄於《傳聞法則之理論與實踐》一書，元照出版公司，2003年4月。
20. 黃東熊，《證據法綱要》，中央警官學校編印，1986年8月。
21. 黃東熊，《刑事訴訟法論》，三民書局，1999年3月，二版。
22. 黃東熊，《刑事訴訟法研究》，中央警察大學印行，西元1999年10月，初版。
23. 黃東熊，《刑事訴訟法研究第二冊》，中央警察大學印行，西元1999年4月，初版。
24. 黃朝義，「共犯之自白」，收錄於《刑事訴訟法實例研習》一書，學林文化公司，2000年6月。
25. 黃朝義，《刑事證據法研究》，元照出版公司，初版。
26. 三井誠著，黃朝義譯，「共犯之自白」，收錄於《刑事訴訟法起訴狀一本主義及配套制度法條化研究報告（下）》一書，最高法院學術研究會叢書（七），最高法院學術研究會，2001年。
27. 黃朝義，「我國有關共同被告之自白問題」，收錄於《刑事訴訟法起訴狀一本

主義及配套制度法條化研究報告(下)》一書，最高法院學術研究會叢書(七)，最高法院學術研究會，2001年。

28. 蔡墩銘，《刑事證據法論》，五南圖書公司，1999年5月，初版。
29. 蔡墩銘，《刑事訴訟法論》，五南圖書公司，1993年12月，初版。
30. 蔡墩銘、朱石炎合著，《刑事訴訟法》，五南圖書公司，1991年5月，初版。
31. 蔡墩銘，《審判心理學》，五南圖書公司，1986年7月30日。
32. 楊仁壽，《法學方法論》，自刊，1995年10月。
33. 《刑事訴訟法部分條文修正修正案及新舊條文對照表與修正說明》，2003年1月14日立法院三讀通過條文。

二、翻譯書籍

1. Arthur Best 著，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，《證據法入門—美國證據法評釋》及實例解說，元照出版公司，2002年12月，初版。
2. Stephen A. Saltzburg 著，段重民譯，《美國聯邦證據法》，司法週刊社，1985年6月。
3. 土本武司著，宋英輝、董璠興譯，《日本刑事訴訟法要義》，五南圖書公司，1997年5月，初版。
4. 司法院編，《日本國憲法判例譯本(第一輯)》，1980年，再版。
5. 石井一正著，陳浩然譯，鄭善印校訂，《日本實用刑事證據法》，五南圖書公司，2000年5月，初版。
6. 蔡墩銘譯，《德日刑事訴訟法》，五南圖書公司，1993年7月，初版。

三、碩博士論文

1. 林志潔，《證言之證據能力與證明力—以誤判防止與人權保障為中心》，國立台灣大學法律研究所碩士論文，2000年6月。
2. 蔡榮耕，《共同被告不利於己之陳述在刑事追訴上之評價》，東吳大學法研所碩士論文，2002年7月。
3. 蘇俊誠，《補強證據之研究—以自白之補強為中心》，台灣大學法律學研究所碩士論文，1996年6月。

四、期刊專論

1. 三井誠著，陳運財譯，「起訴狀一本主義與傳聞法則」，律師雜誌第232期，1999年1月15日。
2. 王兆鵬，「共犯之陳述—以美國法為借鏡」，法學叢刊第186期，第47卷第2期，2002年4月。
3. 王兆鵬，「共犯或共同被告之陳述」，月旦法學教室第3期，2003年1月。
4. 王兆鵬，「論刑事訴訟新增訂之協商程序(下)」，司法周刊第1183期，2004年5月6日。
5. 何賴傑，「共犯不利其他共犯之陳述與共同被告之地位」，台灣本土法學雜誌，第55期，2004年2月。
6. 吳景芳，「刑事被告緘默權之研究」，中興法學，第43期。
7. 林俊益，「傳聞法則下共同被告之陳述與調查」，台灣本土法學雜誌，第45期，2003年4月。
8. 李茂生，「蘇建和案事實認定及證據調查的述評」，月旦法學雜誌第14期，1996年6月。
9. 柯耀程，「共同被告自白之調查」，月旦法學教室第3期，2003年1月。
10. 許哲嘉，「析論自白之補強法則—以刑事訴訟法第一百五十六條第二項為契

- 機(上)」，刑事法雜誌第39卷第4期，1995年8月。
11. 許哲嘉，「析論自白之補強法則—以刑事訴訟法第一百五十六條第二項為契機(下)」，刑事法雜誌第39卷第5期，1995年10月。
 12. 陳樸生，「共犯與共同被告自白之證據價值」，軍法專刊第11卷第1期，1965年1月。
 13. 陳志龍，「刑事訴訟法修正之原則方向探討」，月旦法學雜誌，第45期，1999年1月。
 14. 陳瑞仁，「調查局改革協會—火線話題」，
<http://www.mjib.org/essay/listMSG.asp>。
 15. 陳運財，「傳聞法則之理論與實踐」，月旦法學雜誌，第97期，2003年6月。
 16. 陳運財，「共同被告之調查」，律師雜誌，第286期，2003年7月。
 17. 黃朝義，「論自白在證據法上之相關問題」，中央警察大學法學論集，1999年3月。
 18. 黃朝義，「共犯或共同被告自白之相關問題—評最高法院八十八年度臺上字第三八〇號判決」，月旦法學雜誌，第71期，2001年4月。
 19. 最高法院，「最高法院刑庭法官研討會—對蘇建和等盜匪案件研討結論(上)」，律師通訊，1996年5月。
 20. 最高法院，「最高法院刑庭法官研討會—對蘇建和等盜匪案件研討結論(下)」，律師通訊，1996年6月。
 21. 楊雲驊，「二〇〇三年初新修正刑事訴訟法被告及共犯自白規定之檢討」，月旦法學雜誌，第97期，元照出版公司，2003年6月。
 22. 楊雲驊，「刑事訴訟法新增協商程序之探討(上)」，月旦法學教室，第20期，

2004年6月，頁90。

23. 蔡墩銘，「自白與補強證據」，刑事法雜誌第40卷第3期，1996年6月。
24. 蔡墩銘，「共犯之自白」，法令月刊，西元1996年10月。
25. 戰諭威，「淺談共同被告之自白」，法律評論，第60卷第7、8期合刊，1994年8月。
26. 顧立雄、許恆達，「共同被告之自白與供述證據」，月旦法學教室第3期，2003年1月。
27. 蘇友辰，「蘇建和案之省思」，台灣人權促進會，
<http://www.tahr.org.tw/site/sue/menu3/sueyuchen.htm>。
28. 民間司法改革基金會，「蘇建和案—蘇建和、莊林勳、劉秉郎案 判決評鑑」，1996年，<http://www.jrf.org.tw/sue/paper.html>。
29. 民間司法改革基金會，「蘇建和案—蘇建和案疑點摘要整理」，
<http://www.jrf.org.tw/sue/Q.html>。
30. 民間司法改革基金會，「蘇建和案—歷年來司法程序大事記」，
<http://www.jrf.org.tw/sue/list.html>。
31. 罪與罰(Crime and Penalty)法律網站，「蘇建和案大事紀」，2002年，
<http://home.kimo.com.tw/yungruey>。

五、實務判解

1. 最高法院二十年度上字第一八七五號判例。
2. 最高法院二十九年度上字第一一九〇號判例。本則判例於九十二年四月八日經最高法院九十二年度第六次刑事庭會議決議不再援用，於九十二年五月八日由最高法院依據最高法院判例選編及變更實施要點第九點規定公告之，並

自新修正刑事訴訟法施行之日(民國九十二年九月一日)起生效。

3. 最高法院三十一年度上字第二四二三號判例。
4. 最高法院四十六年度上字第四一九號判例。
5. 最高法院四十七年度上字第一五七八號判例。
6. 最高法院七十一年台上第五九四六號判例。
7. 最高法院七十一年台上第六一四〇號判例(本則判例於九十二年五月二十日經最高法院九十二年度第九次刑事庭會議決議自九十二年九月一日起不再援用，不再援用理由：法律已修正，判例不合時宜)。
8. 最高法院七十三年度台上字第五八七四號判例。
9. 最高法院七十四年度台覆字第一〇號判例、最高法院三十年上字第三〇三八號判例、最高法院七十三年台上字第五六三八號判例。
10. 最高法院七十六年台上第五六九四號判決。
11. 最高法院八十八年台上三八〇號判決。
12. 台灣高等法院八十九年度再字第四號判決。
13. 最高法院九十年台上六〇七九判決。
14. 最高法院九十一年四月三十日第四次刑事庭決議。
15. 最高法院七十一年台上字第四四七六號判決、八十五年台上字第一五五號判決、八十五年台上字第五五一號判決、八十七年台上字第三三一八號判決、八十七年台上字第三四七二號判決、八十七年台覆字第二二號判決、八十八年台上字第三三二二號判決、八十八年台上字第三三二四號判決、八十八年台上字第四〇九七號判決(我國傳統實務見解認為，共犯之自白不得作為被告有罪判決之唯一證據，仍須有補強證據以擔保共犯自白之真實性)。
16. 最高法院四十一年台非字第四七號判例要旨；四十三年度台非字第七號判決

要旨；四十五年度台非字第六七號判決要旨。

17. 台灣高等法院九十二年度囑再更字第一號。
18. 大法官解釋第二七一號解釋文。
19. 大法官解釋第三八四號解釋文及解釋理由書。
20. 大法官解釋第三九六號解釋文。
21. 大法官解釋第五八二號解釋文及解釋理由書。

貳、外文部分

一、書籍

1. 中山善房等編，《大コンソントール刑事訴訟法第五卷 I》，青林書院，2000年。
2. 田宮裕，《刑事訴訟法》，1992年。
3. 田宮裕、高田卓爾編，《演習刑事訴訟法〈新演習法律學講座 17〉》，青林書院，1984年5月，初版。
4. 松尾浩也監修，松本武夫、土本武司編集，《條解刑事訴訟法》，增補補正第二版，弘文堂，2000年5月30日。
5. 安富潔，「補強法則」，收錄於《やさしい刑事訴訟法》一書，1995年。
6. 藤永幸治等編，《大コンソントール刑事訴訟法第四卷》，1995年。
7. 梓澤和幸等人合著，「共犯者の自白を吟味するポイント」，收錄於《刑事弁護》一書，1993年7月。
8. 梓澤和幸等人合著，「反対尋問のポイント(共犯者)」，收錄於《刑事弁護》一書，1993年7月。

9. Lempert and Saltzburg, A Modern Approach to Evidence, 2nd.Ed., 1983.
10. R. V. del Carmen, Criminal Procedure: Law and Practice, 5th.Ed., 2001.
11. Steven Emanuel, Evidence, 2nd.Ed., 1991.
12. Wharton, Wharton's criminal evidence, Vol.2 12th.Ed. (Anderson rev.), 1965.

二、期刊專論

1. 三井誠，「共犯者の自白と補強證據」，法學教室，第 261 期，2002 年 6 月。
2. 三井誠，「共同被告人の審理」，法學教室，第 262 期，2002 年 7 月。

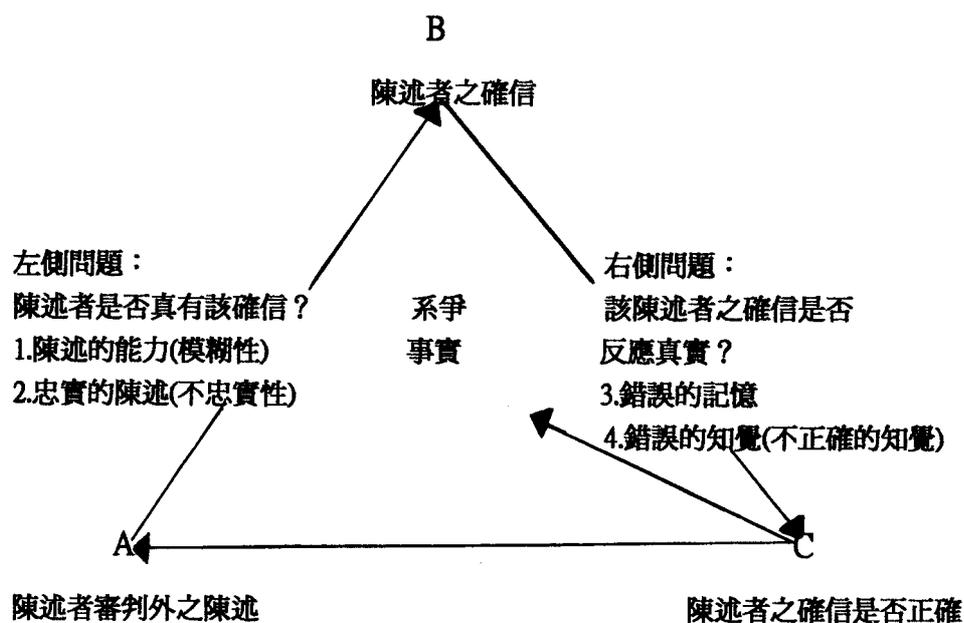
三、實務判解

1. 日本最高裁判所昭和 23 年 2 月 27 日，刑集 2 卷 2 號 120 頁。
2. 日本最高裁判所昭和 23 年 7 月 14 日判決刑集 2 卷 8 號 876 頁。
3. 日本最高裁判所昭和 23 年 7 月 29 日判例。
4. 日本最高裁判所昭和 23 年 10 月 30 日判決刑集 2 卷 11 號 1427 頁。
5. 日本最高裁判所昭和 24 年 4 月 6 日判例。
6. 日本最高裁判所昭和 24 年 4 月 7 日判決刑集 3 卷 4 號 489 頁。
7. 日本最高裁判所昭和 24 年 5 月 18 日，刑集 3 卷 6 號 734 頁。
8. 日本最高裁判所昭和 24 年 7 月 19 日判決刑集 3 卷 8 號 1348 頁。
9. 日本最高裁判所昭和 25 年 11 月 29 日判決刑集 4 卷 11 號 2402 頁。
10. 日本最高裁判所昭和 26 年 1 月 31 日判決刑集 5 卷 1 號 129 頁。
11. 日本最高裁判所昭和 27 年 6 月 25 日判例。
12. 日本最高裁判所昭和 28 年 5 月 29 日判決刑集 7 卷 5 號 1132 頁。

13. 日本最高裁判所昭和 33 年 5 月 28 日判決刑集 12 卷 8 號 1718 頁。
14. 日本最高裁判所大法庭昭和 35 年 5 月 28 日判例。
15. 日本最高裁判所昭和 38 年 10 月 17 日判決刑集 17 卷 10 號 1795 頁。
16. 日本最高裁判所昭和 42 年 12 月 21 日判例。
17. 日本最高裁判所昭和 51 年 10 月 28 日判決判決刑集 30 卷 9 號。
18. 日本大阪高裁昭和 57 年 3 月 16 日判時 1046 號 146 頁。
19. *Ohio v. Roberts* , 448. U. S. (1980).
20. *Lilly v. Virginia*, 527. U. S. (1999).

附錄一

「證言三角形」(testimonial triangle)的圖形¹



¹ Richard O. Lempert and Stephen A. Saltzburg , A Modern Approach to Evidence, 2nd.Ed., 1983,at.351.

附錄二

歸納整理日本刑事訴訟法第 321 條以下的例外規定¹

大別	中別	細別	依據 條文	承認證據能力的要件	與第 301 條的關係
I 書面	被告以外的人的供述代用書面	在法官面前所作 供述的筆錄	§321I	(甲)因供述人死亡等不能到庭供述 (乙)在法庭等所作與筆錄不同的供述	前段的例外
		在檢察官面前所作 供述的筆錄	§321I(2)	(甲)因供述人死亡等不能到庭供述 (乙)在法庭等所作相反的或實質上不同的供述，且有可信性情況保障的	
		在公審準備、公審期日的供述筆錄	§321II	無條件	
		法院、法官的勘驗筆錄	§321II		
		偵查機關的勘驗筆錄	§321III	寫成係真實的證言	
		鑑定書	§321IV		
		其他書面材料	§321I(3)	(甲)供述人死亡不能到庭供述 (乙)對證明犯罪是否存在必不可缺的 (丙)有可信性情況的保障	

¹ 參照土本武司著，宋英輝、董璠興，《日本刑事訴訟法要義》，五南圖書公司，1997年5月，初版，頁351-352、頁356。

	被告的供述代用書	公審準備、公審期日的供述筆錄	§322I	供述的任意性		
	面	其他場合的書面	(1)以承認不利事實為內容的書面	§322I		供述的任意性
			(2)以有利事實為內容的書面	§322I		可信性情況的保障
	特別可信的書函	公務員的證明文書	§322I(1)	無條件		
業務文書		§322I(2)				
其他特別可信的文書		§322I(3)				
II 傳聞供述	被告以外的人的供述為內容的傳聞證據		§324II	(甲)原供述人死亡等不能出庭供述 (乙)對證明犯罪是否存在必不可缺的 (丙)有可信性情況的保障	後段的例外	
	以被告供述為內容的傳聞證據	(a)以承認不利事實為內容的 (b)以有利事實為內容的	§324I §322I §324I §322I	供述的任意性 可信性情況的保障		
III 同意	依據 II、III 不承認證據能力的書面，當事人同意使用傳聞供述的		§326	適當性	前後段的例外	
IV 同意書	經雙方同意，將文書內容或在公審期日到場時可以預料到的供述內容記載於書面而提出的		§327	無條件	前段的例外	
V	為爭辯證明力的書面、供述		§328	無條件	前後段的例外	

附錄三

自民國八十五年至九十二年十月，最高法院發回六次以上之共犯案件統計資料

發回六次									
案由									備註
台南高分院									
殺人	92-25 92	91-35 09	90-71 08	90-15 81	89-40 94				盧某等二人
	91-39 78	90-52 68	89-75 14	89-83 9	87-41 49				姜某等二人
詐欺	91-54 56	91-33 49	90-75 33	90-32 49	89-58 12				鄭某等二人 判決確定
擄人勒贖	92-23 98	91-60 98	90-73 45	90-11 9	88-73 26	88-24 92			邱某等二人
毒品	91-65 25	90-42 05	89-77 35	89-18 13	88-52 18	87-41 04			王某等三人
	92-41 76	91-49 53	90-36 11	89-16 33	87-38 83	86 台 覆 151			楊某(共犯)

高雄高分院									
強盜	92-4 61	91-40 72	90-57 55	90-60 9	89-454 5	88-73 27	88-25 50		魏某等三人 判決確定
竊盜	91-2 916	90-14 67	88-11	87-15 59	86-484 4	85-42 94			許某等四人
偽造	92-2 886	90-47 10	87-31 30						李某等三人

文書									
	89-7 604	86-58 24							李某等二人 判決確定
偽造文書 誹謗	88-7 410	86-27 20	85-54 91						徐某等二人
	92-7 06	90-61 69	87-10 42	86-19 65					吳某等二人
盜匪	88-2 529	87-23 23	86-87 1	85-25 80					邱某等三人 91-4551,89-2 562 不公開
	88-6 782	88-66 9	87-34 64	87-11 67	86-689 9	86-27 67			鍾某(共犯) 90-2971,90-1 205,89-4007 不公開
竊盜	92-4 414	91-42 80	89-63 89	88-41 91	86-309 9				林某等二人
貪污	88-1 305	86-38 4							陳某等二人
	88-1 535	86-68 28	85-45 8						李某等四人
毒品	92-5 016	92-17 13	91-40 60	91-68 0	90-516	88-69 30	88-27 16		楊某等二人
	91-2 241	90-71 30	90-48 84	90-86 8	89-271 7	88-65 35	88-96 2		林某等三人
銀行法	89-4 880	87-28 92	86-89 2						武某等三人
發回七次									

花蓮高分院										
貪污	91-1 515	87-38 8	86-24 33							劉某等三人
台南高分院										
誣告	90-2 28	89-27 33	88-79 4	87-15 88	86-549 6	85-24 76				高某等二人 判決確定
毒品	92-3 760	92-25 2	91-47 90	91-20 86	90-406 6	90-14 5	89-4383			陳某(共犯) 判決確定
煙毒	89-3 879	88-24 03	87-24 87	86 台覆 194	86 台覆 92	86 台覆 6	85 台覆 83			蔡某(共犯) 判決確定
殺人	92-5 928	91-61 21	91-20 84	90-29 5	89-272 3	88-38 02	87-3584			林某等二人
偽造文書	90-5 935	89-43 80	88-49 6	87-86	85-19 72					張某等二人
	90-5 186	90-85 4	88-66 73	87-36 24	86-56 17	85-39 08				周某等二人
銀行法	92-3 346	91-26 58	90-18 89	88-70 46	87-23 49	86-62 1				錢某等二人
毒品	90-6 049	90-19 80	89-59 93	89-45 0	88-26 80	87-36 35	87 台覆 30	86 台覆 83		陳育成(共犯) 判決確定 *無罪 檢方上訴駁回
盜匪	89-2 403	88-33 56	87-37 32	87-11 37	86-69 76	86-52 47	86-2789	85-4 182		謝某等二人
偽造	92-6 20	91-15 47	90-12 35	89-39 90	87-43 45	86-66 98				李某等三人

有價證券										
貪污	92-6 113	91-50 31	88-56 42	85-718						楊某等三人 判決確定
	86 台覆 69									
毒品	92-3 568	92-38 1	91-42 79	91-1312	90-34 38	89-51 7	87-38 43	87 台 覆 68		董某(共犯) 判決確定
	86 台覆 69									
銀行法	89-5 948	88-15 36	86-57 01	85-5175						朱某等五人
毒品	91-3 767	90-51 67	89-70 37	89-1608	88-55 88	88-48 9	87 台 覆 64	86 台 覆 165		方某(共犯) 判決確定
	86 台覆 79									
	92-9 92	91-61 05	90-75 65	90-4065	90-13 4	89-28 85	88-49 98	88-2 371		譚某(共犯)
毒品	89-11 69	88-40 38	88-11 52	87-2904	86 台覆 173	86 台覆 116	86 台 覆 41	85 台覆 165		林某(共犯) 判決確定
	85 台 覆 48									

毒品	91-48 2	90-31 47	89-35 69	89-1034	88-43 48	87-42 68	87 台 覆 29	86 台覆 31		陳某等二 人 判決確定
	85 台 覆 58									
殺人	92-11 71	91-16 64	90-16 69	89-4573	88-48 25	87-33 04	85-51 74			黃某等二 人
毒品	91-48 51	90-60 24	89-79 07	89-7147	89-43 08	88-73 65	88-25 65	87-379 2		郭某等二 人 判決確定
	87 台 覆 33	86 台 覆 87	85 台覆 125							
銀行法	92-4 738	91-38 9	89-79 63	88-5786	87-24 72	86-19 15				傅某等三 人
毒品	92-5 128	91-60 04	90-62 27	89-3053	88-40 45	87-42 87	87-18 52	86 台覆 100		柯某等二 人
	85 台覆 152									