論被告以外之人於審判中所為陳述之證據能力

六之三

文／陳文貴

（文接上期）

是依上述文義解釋與立法目的論，及最高法院實務先前一致見解可見，刑事訴訟法第 158 條之 3 規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據。」所謂「依法應具結而未具結者」，係指檢察官或法官依刑事訴訟法第 175 條之規定，以證人身分訊問證人、共同被告、共犯、告訴人或被害人時，始有適用之餘地。因此，倘若檢察官或法官非以證人之身分訊問被告以外之共同被告、共犯、告訴人或被害人，則非以證人身分，而係以共同被告、共犯、告訴人或被害人身分所為之陳述，其證據能力之有無之判斷，即無刑事訴訟法第 158 條之 3 規定之適用，而屬非法定明文列舉不得作為證據之情形。因此，關於共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案準備程序或審理期日中，非以證人身分所為之陳述，其證據能力有無之判斷，重點應該係放在應否保障被告對質詰問權之關鍵問題。但是非屬於作為認定犯罪事實之證據方面，例如以之作為於科刑辯論前，就科刑範圍表示意見之陳述（刑事訴訟法第 289 條第 2 項規定），則應無證據能力判斷之問題。

肆 傳聞與對質條款之例外與排除

一、對質條款之必要性與排除

早期的刑事審判制度以爭辯（altercation）為中心，即透過控告者與被告向審判官提供他們自己對所涉事件的說法版本，而形成相互對峙爭論的方式來進行。在普通法系中，被告有詰問證人的權利，是在 17 至 18 世紀間開始發展起來，並且在 1824 年確立了被告有詰問證人的權利，以及在評估證人證詞時的首要地位。更重要的是，這也標識了區分普通法與大陸法訴訟制度的差異[17]。在大陸法系下，證人性質通常類似於書面證詞（a deposition）[18]的審理模式；在普通法中，證人可以在審判時親自作證或者在審前的證詞中作證，但被告都有權在證人作證時在場。這是對抗制的訴訟制度，在保護被告免受於其不在場的情況下，由證人作出單方面證詞陳述的要求[19]。同樣承襲普通法制度的美國判例法，關於被告與證人對質詰問的權利，原則要求必須是：（一）確保證人在宣誓的情況下做出陳述，從而使其對事情的嚴重性印象深刻，並通過偽證處罰的可能性來防範謊言；（二）允許決定被告命運的陪審團在證人作證時觀察其舉止，據以幫助陪審團評估其可信度（credibility）[20]；以及（三）證人與被告面對面（face-to-face）[21]的方式來交互詰問證人（cross-examine the witness）[22]，此種原則上的嚴格限制要求，有其判例法深遠的思想與理論基礎，與我國刑事訴訟法第 159 條、第 159 條之 1 至第 159 條之 5 所明定的傳聞原則及其例外，雖有共通之傳聞法理，但立法制度上仍有相當大程度及範圍上的差異性。

美國聯邦憲法第六增修條文規定：「刑事被告享有… 與對其不利之證人對質之權利。」一般稱此為刑事被告與證人之對質條款（the Confrontation Clause），此一權利不應該被忽視（underestimated）[23]，現行我國刑事訴訟法同時保留大陸法系的「對質程序」（如第 97 條、第 169 條、第 184 條），又增加了英美法系的「詰問程序」（第 166 條以下），兩者可概稱為「對質詰問權」。我國憲法雖然並沒有明定被告享有與證人對質詰問之權利，然現今從刑事訴訟法第 163 條第 1 項之明文規定：「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。」亦不難可以看出，現行刑事訴訟法亦已明文賦予被告享有與證人對質詰問之權利，此乃屬憲法第 8 條所定非由法院依法定程序，不得審問處罰的正當法律程序之一環[24]。

雖然司法院釋字第 582 號解釋理由書第四段中提到：「被告詰問證人之權利既係訴訟上之防禦權，又屬憲法正當法律程序所保障之權利。此等憲法上權利之制度性保障，有助於公平審判（本院釋字第 442 號、第 482 號、第 512 號解釋參照）及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的。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 159 條第 1 項參照），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。」此號解釋雖然對刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定，產生限縮適用之效果[25]，但依此號解釋之立論基礎在「為確保被告對證人之詰問權」以觀，也可印證上文所述，重點應該係放在應否保障被告對質詰問權之關鍵問題點上，而非凡未經以證人身分命具結者所為之陳述，一概無證據能力。

再從司法院釋字第 789 號亦肯定，憲法上刑事被告對證人對質之權利，亦有其例外。此乃因對質詰問權固屬被告受憲法第 8 條正當法律程序所保障之基本權利，但並非係絕對的防禦權；司法院釋字第 636 號解釋更明確指出，為避免證人遭受危害，於符合憲法第 23 條比例原則之規範意旨下，仍非不得限制被告之對質詰問權[26]；憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決再度肯定，為求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外，亦無違憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨[27]。因此，被告以外之共同被告、共犯、告訴人或被害人，縱未以證人身分到庭具結，給予被告行使對質詰問權所為之陳述，倘若有合於例外之情形，亦非絕對應適用刑事訴訟法第 158 條之 3 規定，而認為即無證據能力。況且，刑事訴訟法第 159 條之 1 在法官或檢察官前所為之陳述，如果已經給被告及其辯護人詰問證人之機會，甚至也沒有比照適用釋字第 789 號解釋所設定，「不得為唯一或主要證據」的證據評價限制[28]。即令美國判例法上已廣泛承認，被告有與證人面對面詰問的權利，但仍容許例外存在。例如在 Maryland v. Craig 案中，事實審法庭容許遭受虐待及性侵害兒童證人，因為可能在與被告面對面做證時會致使兒童受到嚴重的精神痛苦，而允許該兒童證人通過單向的閉路電視（closed-circuit television）方式作證，即曾發生是否是對被告對質詰問權的非法限制爭議。但這個爭執最後聯邦最高法院也予以肯定認為，為了促進重要的公共利益而有必要，而且證言的可靠性也在其他方面得到保障時，構成被告與證人面對面對質條款（the

（文轉三版）

註釋

17 Samuel M. Duncan, *Qualified Notice-and Demand Statutes Unconstitutionally Eliminate a Criminal Defendant's Sixth Amendment Right to True Confrontation - Live Testimony from Witnesses*, 34 HAMLINE L. REV. 51, 59 (2011).

18 Oscar G. Chase, *American "Exceptionalism" and Comparative Procedure*, 50 AM. J. COMP. L. 277, 297 (2002).

19 Richard D. Friedman, *Remote Testimony*, 35 U. MICH. J.L. REFORm 695, 697-98 (2002).

20 Maryland v. Craig, 497 U.S. 836, 846(1990).

21 Timothy F. Cullen, *Maryland v. Craig: The Collision of Policy and History*, 19 NEWENG. J. oN CRIM. & CIV. CONFINEMENT 141, 142(1993).

22 Samuel M. Duncan, *Qualified Notice-and Demand Statutes Unconstitutionally Eliminate a Criminal Defendant's Sixth Amendment Right to True Confrontation - Live Testimony from Witnesses*, 34 HAMLINE L. REV. 51, 54 (2011).

23 Sviatoslav Tkachuk, *Confrontation Clause*, 37 Revista Institutului NATIONAL Justitiei 57, 57 (2016).

24 司法院釋字第 582 號解釋參照。

25 楊雲驊，找回嚴格證明程序之靈魂 ── 釋字第五八二號的意義與影響，月旦法學雜誌，第 115 期，頁 109（2004 年 12 月）。

26 司法院釋字第 636 號解釋理由書：「惟為保護證人不致因接受對質、詰問，而遭受生命、身體、自由或財產之危害，得以具體明確之法律規定，限制被移送人及其選任律師對證人之對質、詰問權利，其限制且須符合憲法第 23 條之要求。」

27 憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決主文：一、刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1 款及第 3 款規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，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，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。…… 三、…… 所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。」係刑事訴訟上為追求發現真實而將未到庭證人之法庭外陳述採為證據，致減損被告防禦權之例外規定。法院於適用上開規定時，除應從嚴審認法定要件外，並應確保被告於訴訟程序上獲得相當之防禦權補償，使被告於訴訟程序整體而言，仍享有充分防禦權之保障；且未經被告當庭對質、詰問之未到庭證人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，不得為法院論斷被告有罪之唯一或主要證據，俾使發現真實之重大公益與被告於刑事訴訟程序受法院公平審判權利之保障間獲致平衡。於此範圍內，上開規定尚不牴觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之意旨。

28 薛智仁，對質詰問權之衡平補償 ── 評司法院釋字第 789 號解釋，台灣法律人，第 1 期，頁 125（2021 年 7 月）。

29 Richard D. Friedman, *Remote Testimony*, 35 U. MICH. J.L. REFORm 695, 706(2002).

30 吳巡龍，對質詰問權合憲限制與違憲的分際 ── 評最高法院九四台上字第八一二號判決，台灣本土法學雜誌，第 71 期，頁 257（2005 年 6 月）。

植根法律
數位法律資料
民法總則（增訂四版）
稅法總論（第一冊增訂四版）
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
黃茂榮 著作 定價 800 元
黃茂榮 著作 定價 700 元
訂購未滿 請自付郵
植根法律書
JUDICIAL
司法
訂閱辦法
本刊每
全年
費用新臺
如 蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院
電
02-236

法律網 的最佳平台
法學方法與現代民法（增訂七版）二刷
侵權行為法（債法總論 第五冊）初版
加值型營業稅法 初版
黃茂榮 著作 定價 900 元
1000元者 贈 65 元 書城熱賣中
WEEKLY 周刊
周出刊 訂閱
幣400元 訂 閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊 話 618798

（文接二版）

Confrontation Clause）的例外[29]。在 Crawford v. Washington 案，法院也認可了採納這種沒有經過交互詰問的證人先前陳述作為證據。這種採用證人沒有經過對質詰問的供述，亦即沒有經過宣誓程序與交互詰問所為之供述證據，就相當於在我國刑事訴訟法第 159 條之 1、第 159 條之 3 程序中，採用共同被告、共犯、告訴人或被害人，於審判外非以證人身分具結所為之陳述一樣，也容許作為證據使用。

從美國聯邦憲法第六修正案關於對質詰問權保障的主要目的，不是證據有可信性的實質保證，而是證據有可信性的「程序保證」[30]，亦即要以特定的方式來評估證詞的可信性（reliability），其所要求的是要以交互詰問來嚴格檢驗（by testing in the crucible of cross-examination）[31]。因此，百年來聯邦最高法院堅持認為，對質條款的主要目的是在防止使用單方面的供述證據，代替對證人本人的詢問與交互詰問（in lieu of a personal examination and cross-examination of the witness）[32]，在公開法庭上藉由被告對證人的交互詰問，可以使陪審團得以觀察證人作證時的情態舉止，有助於陪審團評估證人證述的可信性（thus aiding the jury in assessing his credibility）[33]。對質條款等同於聯邦證據法中的傳聞例外，亦即傳聞例外之規定並不會牴觸對質條款。因此，如果證人已經可以出庭作證，則縱使證人先前的陳述作出時沒有經過交互詰問，對質條款（the Confrontataio Clause）根本上也不應該限制該證人先前言詞陳述證據的使用，因為被告現在已經可以對先前作出陳述的證人進行詰問了[34]。此乃因對質條款的主要任務，係在促進刑事訴訟實務上之真實發現，據以擔保事實認定者有充分堅實的基礎，評估審判外陳述之真實性[35]，其本質上是一種正當法律程序之保障，而不是一昧地排除審判外的陳述或者未經具結的供述證據。背後的基本原理，是要保障讓被告有機會對其不利陳述人進行交互詰問（cross-examination）[36]之權利，而不是在用以排除未經宣誓或具結陳述之證據能力。例如刑事訴訟法第 159 條之 2 規定，即明文例外採用被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述作為證據，反而得以排除採用被告以外之人於審判中以證人身分具結所為之供述證據，即其適例。事實上，即便未經具結之審判外陳述，如有其他足以擔保可信性的特別情狀存在，亦可能容許作為傳聞的例外[37]，司法院釋字第 789 號解釋之案例，即為適例。因此，只要具備保障被告在證人宣誓後，於陪審團面前作證時，賦予被告交互詰問之機會與權利，亦即對質條款之要素，因事實認定者此時可藉由交互詰問機制評估傳聞證據的真實性，則該審判外陳述即具有證據能力[38]，對質詰問程序實質上乃成為審判外陳述內容真實性的過濾器[39]，而不是用來作為設定排除未經具結陳述的供述證據能力門檻。

至於證人在檢察官偵訊或另案法官訊問時之陳述是否具結，僅是用來審查該陳述作成時是否具有可信性的方法之一。證人在偵查中或另案法官訊問時是否具結，不僅不是該審判外陳述證據能力的充足要件，也不是必要條件，該審判外陳述之證據能力，仍應依據傳聞法則及其例外法則來加以判斷。從而，證人以外之共同被告、共犯、告訴人或被害人，於偵查中或另案法官訊問時之供述是否具結，因而與該證言本身於審判中的證據能力並無必然關係[40]。因此，立法者明確指出，除以證人之身分所為之審判外陳述外，其他共同被告、共犯、告訴人或被害人非以訴訟法證人身分所為之審判外陳述，凡其陳述係在法官面前為之者，即應認有證據能力，採較當時所參考日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 1 款規定，更為限縮之立法例，只是不包括被告以外之人打電話向法官所為陳述而已[41]。因為接受不良的證據與拒絕良好證據使用的雙重缺陷，都會對於案件事實的認定與法律的適用，產生一些奇怪的結果（some odd results）[42]，因此法理上才會推導出，所謂傳聞法則的重要理論依據，在於傳聞證據未經當事人之反對詰問予以覈實，乃予以排斥。惟若當事人已放棄對原陳述人之反對詰問權，於審判程序表明同意該等傳聞證據可作為證據，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發現之理念，法院自亦可承認該傳聞證據之證據能力[43]，肯定未經宣誓、具結或經當事人行使反對詰問權之證據，在非屬於法定證據使用禁止範疇之下，亦容許得作為證據使用之法理。

刑事被告既有與證人對質詰問之權利，固然依據刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項、第 2 項之規定，被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據；被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。然此種承認本案審判外之傳聞得為證據，因被告對證人對質詰問之權利係屬憲法上之權利，是以被告自仍有請求與此種審判外之共同被告、共犯、告訴人或被害人在本案審理中對質詰問之權利，即令該等之人曾在另案或本案偵查中以訴訟法之證人身分具結作證，亦然。可見審判外之陳述不論具結與否，均不能取代被告對證人行使對質詰問權。因此，共同被告、共犯、告訴人或被害人以及證人於本案審判外之陳述，在被告主張行使對質詰問權之前提條件下，除有法定例外之情形外，基於上述同一法理，仍應認係屬於未經完足調查之證據。但於被告及其辯護人有下述明示同意與擬制有證據能力之情況下，則屬於對質詰問權利拋棄之例外。

二、同意與擬制排除

被告有與證人對質詰問的權利（Right to be confronted with the Witnesses against him），乃係現代民主法治國家普遍承認的憲法權利。此一權利的基本理由是推定，一般人比較會在他人背後捏造事實誣衊他人，在他人的面前則比較不致如此[44]，這種有關雙方當事人間辯論主張因果推斷的基本原則，是至關重要的[45]，因此才會衍生出刑事被告有對證人行使反對詰問權的憲法上對質條款之基本權利。此一權利，依美國聯邦憲法第六修正條文規定係指：「所有刑事被告有與證人對質詰問的『權利』。」由此可知，對質詰問權係刑事被告的一種憲法上與訴訟法上的「權利」，被告得主張此種權利未被實現，因此證人於審判外之陳述，於被告欲行使此項權利時，自應賦予被告行使反對詰問之機會。然而，既曰「權利」，被告自有處分權[46]，則法理上乃承認被告得自由選擇是否行使此項權利，抑或放棄、捨棄不行使此項權利[47]或不為爭執[48]，又或被告出於任意性自白，與該陳述人不利之陳述互核一致，而顯不具詰問之必要性者[49]，亦同。凡此事實審法院未再傳喚其他共同被告、共犯、告訴人或被害人到庭，並依法命以訴訟法上證人之身分具結，再給予被告行使反對詰問權之機會，此乃係被告捨棄或消極不行使權利的處分權行使結果，基於刑事妥速審判法第 3 條之禁反言法理，即不生剝奪被告對質詰問權之問題。又此種未經以證人身分到庭具結之供述證據，也不適用證人具結程序之法定證據調查方法，而應適用刑事訴訟法第 165 條之書證調查方法。況且，此項對質詰問權並非法院認定犯罪事實所必須踐行之訴訟程序，則法理上也不可能導出，認定犯罪事實所憑證人陳述之供述證據，絕對必須以訴訟法上的證人身分，在法庭上具結所作出者為限，此從刑事訴訟法第 159 條、第 159 條之 1 至第 159 條之 3 規定，亦可得而知。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官）

註釋

31 John Nivala, *Fair Process and Fair Play: Professionally Responsible Cross-Examination*, 14 WIDENER L. REV. 449, 450 (2009).

32 Mattox v. United States, 156 U.S. 237, 242-43 (1895); V. Aislee Smith, *Scope of Cross-Examination*, 32 HOWARD L.J. 377, 377 note 3 (1989).

33 California v. Green, 399 U.S. 149, 158 (1970); James P. Timony, *Demeanor Credibility*, 49 CATH. U. L. REV. 903, 933 (2000).

34 Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 60 n.9 (2004)

35 Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 89 (1970).

36 Michael E. Kennedy, *U.S. v. Inadi: Confrontation Rights and Co-Conspirator's Statements, or How Car Trouble Put the Sixth Amendment in the Breakdown Lane*, 22 NEW ENG. L. REV. 341, 345 (1987).

37 蕭宏宜，檢察官訊問筆錄與傳聞法則 — 最高法院相關刑事判決簡評，月旦法學雜誌，第 247 期，頁 156（2015 年 12 月）。

38 Dutton v. Evans, 400 U.S. 74, 94(1970).

39 張明偉，試探傳聞例外之法理基礎 — 以刑事訴訟法第一百五十九條之一為中心，政大法學評論，第 131 期，頁 275（2013 年 2 月）。

40 李佳玟，同註 7，頁 207。

41 林俊益，同註 10，頁 488 及註 87。

42 Sherod Thaxton, *How Not to Lie about Affirmative Action*, 67 UCLA L. REV. 834, 976 (2020).

43 刑事訴訟法第 159 條之 5 立法理由參照。

44 Coy v. Iowa, 487 U.S. 1012, 1019-1020 (1988).

45 Sherod Thaxton, supra note 42, at 834.

46 最高法院 109 年度台上字第 4591 號刑事判決：「基於當事人進行主義，被告就是否行使對質詰問權，自有處分權，…。」110 年度台上字第 4282 號判決：「刑事案件被告對證人之對質詰問權，為其訴訟上之基本權利，法院自應予以充分之保障。惟是否詰問證人或與之對質，當事人有處分權。」

47 最高法院 110 年度台上字第 5356 號刑事判決：「交互詰問權雖屬憲法所保障訴訟防禦權之一種，但此項權利並非不可捨棄，是若被告對於證人之審判外陳述遲認無訛，未聲請法院進行交互詰問程序，法院亦認無必要時，自毋庸踐行此無益之程序，不生剝奪被告訴訟防禦權之問題。」最高法院 110 年度台上字第 855 號刑事判決：「又詰問權之行使，屬被告之自由，倘被告於審判中捨棄詰問權，自無不當剝奪其詰問權行使可言。」

48 最高法院 110 年度台上字第 4107 號刑事判決參照。

49 最高法院 110 年度台上字第 4165 號刑事判決：「檢察官提出被告以外之人於本案之偵訊筆錄，雖屬未經被告詰問之不利陳述，倘若被告於審判中明白放棄反對詰問權，或被告出於任意性自白，與該陳述人不利之陳述互核一致，顯不具詰問之必要性，縱法院未使被告或辯護人有對該陳述人行使反對詰問權之機會，亦不悖乎被告反對詰問權之保障。」