論被告以外之人於審判中所為陳述之證據能力

六之四

文／陳文貴

（文接上期）

又基於當事人進行主義與處分權主義之精神，如被告保持緘默或不積極表示欲行使此項權利者，則共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案審判外之陳述，即得作為證據，事實審法院依法並無積極依職權介入，再將共同被告、共犯、告訴人或被害人於審判外之陳述，贅行轉以證人身分命具結後，復贅為踐行證人調查程序之必要。現行刑事訴訟法第 166 條規定，乃基於落實當事人進行主義之精神，承認當事人調查證據之主導權。此觀刑事訴訟法第 159 條之 5 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。當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九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。」規定，甚為明確。況且，若有法定例外之情形，如有構成證人到庭陳述不能或不重要之事由，除刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 明文有規定者外，相近的日本法、美國法亦均設有傳聞例外之規定，明文表示有法定傳聞例外之情形，即令不能保障被告對證人之反對詰問權，亦容許得作為認定被告犯罪事實之證據。因此，刑事被告詰問證人之訴訟權利，僅可認為係屬於相對原則，而非絕對必要踐行之法定證據調查程序，其理至明。此由刑事訴訟法第 159 條之 5 立法理由明示：「二、按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核實，乃予排斥。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，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，此時，法院自可承認該傳聞證據之證據能力。三、至於當事人、代理人或辯護人於調查證據時，知有本法第 159 條第 1 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，使訴訟程序進行、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 2 項。」等語，亦可得而知。

由是可見，現行刑事訴訟法之立法意旨，係在於確認當事人對於傳聞證據有處分權[50]，得放棄反對詰問權，明示同意或擬制同意傳聞證據可作為證據，屬於證據傳聞性之解除行為，如法院認為適當，不論該傳聞證據是否具備刑事訴訟法第 159 條之 1 至之 4 所定情形，均容許作為證據[51]，並不以將共同被告、共犯、告訴人或被害人之審判外陳述，再由法院依職權傳喚到庭，轉以訴訟法上之證人身分具結作證，視為必要踐行之法定證據調查程序。是如當事人、代理人或辯護人，對於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，知有不得為證據之情形，然卻未於言詞辯論終結前聲明異議者，即視為有將該審判外之陳述作為證據之同意，除有自始不諳或誤會「擬制同意」意思及效果之情形外，自不容事後再予爭執[52]，此乃被告詰問證人權之權利放棄法理之適用[53]，其「權利」行使與否，概由當事人自行處分之當事人進行主義訴訟制度之本質所當然。同此法理，倘若證人以外，其他共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案準備程序或審理期日所為之陳述，如有賦予被告及其辯護人詰問之機會，但被告及其辯護人不主張行使詰問權利，則縱使未再經轉換為證人身分並命具結陳述，或於審判期日調查證據時，經被告及其辯護人明示同意或默示同意作為證據使用，按諸刑事訴訟法第 159 條之 5 規定，審判外傳聞尚且有同意或擬制同意法則之適用，審判中之陳述猶非屬傳聞，則基於同一法理，當亦得類推適用而認同得作為證據[54]，法理上始屬一致。

至於加強刑事被告對質保護權的重要性，與在對質條款的支配下，應最大程度的限制排除證據，與被告是否放棄行使對質詰問權，這是完全不同的兩件事。對質詰問權應該集中在擔保被告對質詰問權之行使，而不是排除證據（on guaranteeing confrontation, rather than excluding evidence）[55]，除非有法定不得作為證據之例示規定。甚至在適用對質條款的情況下，也不必然會導致應該排除陪審團聽取未經宣誓具結陳述人之供述證據的結論[56]。在 Crawford v. Washington[57] 案中，彼邦法院判決理由中也表示，現代對質條款僅在檢察官提供不利於刑事被告的供述證據時才會具有關聯性[58]，此時陳述人才有應以證人身分出庭宣誓或具結，並賦予被告行使對該不利於己證人反對詰問權的機會，這也才會牽涉到該審判外陳述之人，應於審判中以證人身分出庭宣誓或具結，接受被告反對詰問，這主要是關於傳聞法則的原則與例外規定問題。因此，若不涉及傳聞法則的問題，根本上也與對質詰問權並無重大關涉。例如本文所探討證人以外，其餘共同被告、共犯、告訴人或被害人等被告以外之人，於本案準備程序或審理期日中所為之陳述，並非審判外之陳述，即與傳聞法則無關。是如法院於證據調查程序中，已依刑事訴訟法第 165 條第 1 項規定之法定證據調查程序，調查證人以外，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之供述證據，被告及其辯護人既均未爭執其證據能力，則法院縱未再將此種共同被告、共犯、告訴人或被害人，再以訴訟法上證人之身分傳喚到庭，或轉換為證人之身分命具結後作證，依刑事訴訟法第 159 條之 5 規定，共同被告、共犯、告訴人或被害人於審判外之傳聞供述，尚且得依上開同意法則與處分權主義之精神，而認為有證據能力，則共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案準備程序或審理期日中之陳述，猶非傳聞供述，自非不得基於同一法理類推適用，而認為亦有證據能力。

三、證據能力與合法調查程序

被告與對其所為不利陳述之證人、共同被告、共犯、告訴人或被害人有對質詰問之權利，雖屬憲法第 8 條第 1 項所定，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基本人權，及憲法第 16 條所保障之基本訴訟權，固然除有法定之例外情形者外，不容任意剝奪。但詰問權係指訴訟上被告有在審判庭當面詰問證人，以求發現真實之權利，現行改良式當事人進行主義之刑事訴訟法，承認被告具有程序主導權及與證人對質詰問與否之處分權，自非不得由被告放棄對原供述證人、共同被告、共犯、告訴人或被害人之反對詰問權，已如上文所述。此與證據能力（Admissibility）係指符合法律所規定，具有關連性之證據（relevant evidence）適格，而得成為證明犯罪事實存在與否之證據資格，性質上並非完全相同[59]。就足以影響訴訟決定之任何事實存否之認定，若有某一證據存在，則該事實存在與否之可能性，較無該證據存在為高時，任何具有此一傾向之證據（evidence having any tendency），即屬具有關聯性之證據[60]，除法律有明定無證據能力者外，無關

（文轉三版）

註釋

50 楊雲驊，被告同意傳聞證據之適用範圍，月旦法學教室，第 159 期，頁 32（2016 年 1 月）。

51 最高法院 110 年度台上字第 3303 號刑事判決參照。

52 最高法院 105 年度台上字第 1426 號刑事判決參照。

53 陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用—評九四年台上字第三二七七號刑事判決，台灣本土法學雜誌，第 93 期，頁 247（2007 年 4 月）。

54 陳運財，證人未經具結之檢訊筆錄之效力，月旦法學教室，第 49 期，頁 21（2006 年 11 月）。

55 Sviatoslav Tkachuk, supra note 23, at 60.

56 at 582; Davis v. Washington, 547 U.S. 813, 817-19, 828-29 (2006) (holding that an unsworn statement, made during a 911 call, was admissible against a criminal defendant, even though the declarant did not appear to testify at trial).

57 Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 68 (2004).

58 Mark Spottswood, *Truth, Lies, and the Confrontation Clause*, 89 U. COLO. L. REV. 565, 579 (2018).

59 最高法院 95 年度台上字第 6675 號判決：「但詰問權係指訴訟上被告有在公判庭當面詰問證人，以求發現真實之權利，應認被告具有處分權，非不得由被告放棄對原供述人之反對詰問權。此與證據能力係指符合法律所規定之證據適格，而得成為證明犯罪事實存在與否之證據資格，性質上並非相同。」

60 Rhonda Reaves, *Is Me, Too Evidence Relevant and Admissible to Prove Illegal Bias In Age Discrimination Cases* (06-1221), 35 PREVIEW U.S. Sup. CT. Cas. 134(26), 134, 135 (2007); Federal Rules of Evidence 401. Evidence is relevant if: (a) it has any tendency to make a fact more or less probable than it would be without the evidence; and (b) the fact is of consequence in determining the action.

61 Nicole Chauriye, *Wearable Devices as Admissible Evidence: Technology Is Killing Our Opportunities to Lie*, 24 CATH. U. J.L. & TECH 495, 518 (2016); Federal Rules of Evidence

JUDICIAL 司法 徵稿啓事
三、文稿內容應符合學術倫理規範，請勿違反學術社群共同接受的行為準則；並請適當遮掩個資及其他法定限制公開事項。
六、文稿一律不退件，請自留底稿。稿件如經採用，文責自負。
七、刊出文稿除紙本刊登外，亦置司法院網站；並酌計稿酬，寄贈該期刊物。

（文接二版）

聯性之證據亦無證據能力[61]。但有關聯性之證據，既非法律所明定無證據能力之證據，縱未經宣誓或具結，並非即不得作為認定事實之依據。此即如上述最高法院先前絕對多數判決見解認為，若檢察官或法官非以證人身分傳喚，而以告發人、告訴人、被害人或共犯、共同被告身分傳喚到庭為訊問時，其身分既非證人，即與「依法應具結」之要件不合，縱未命其具結，純屬檢察官或法官調查證據職權之適法行使，當無違法可言。又非以證人之身分在審判中之陳述筆錄，倘該被告以外之人已經法院以證人身分傳喚到庭並經具結作證，且由被告為反對詰問，或有傳喚不能或詰問不能之情形外，該未經具結之陳述筆錄因屬審判上之陳述，自有證據能力，不能因陳述人未經具結，即一律適用刑事訴訟法第 158 條之 3 之規定，排除其證據能力；以及最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）及 107 年度第 1 次刑事庭會議決議之見解，據此跳脫偵查中告訴人應否以證人身分具結之問題，而肯定告訴人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，基於法續造與舉輕明重之法理，本於刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 之同一法理，應例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，並非以將告訴人轉換為證人身分具結陳述為必要，其理由所在。

被告以外之人，如具有訴訟法上證人身分，依刑事訴訟法第 186 條之規定，除有不得令其具結之情形者外，均應命具結，並告以刑事訴訟法第 187 條所定具結之義務及偽證之處罰，如未踐行上開程序者，依刑事訴訟法第 158 條之 3 之規定，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。但此乃證據適格之問題，與法定證據調查程序，係兩個不同層次的問題。刑事訴訟法第 155 條第 2 項所定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」乃兼含證據適格與法定證據調查程序，兩個層次。無證據能力係屬證據適格性之問題，縱經合法調查，亦無證據能力；有證據能力之證據，亦必須經過合法調查程序。此乃任何型態的證據方法，都必須通過合憲性與合法性（Constitutionality and legality）的測試[62]，如證人依法應具結而未具結，縱經於審判期日行交互詰問程序加以調查，依刑事訴訟法第 158 條之 3 之規定，亦無證據能力[63]。未經合法調查則係指，審判上應踐行刑事訴訟法所定有關人證、物證、書證、鑑定、勘驗或新型態證據數位證據之調查程序而言。有證據能力之證據，若未經合法調查，而以資作為認定犯罪事實之基礎，亦屬應於審判期日調查之證據而未予調查者之判決當然違背法令。證人以外，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所為之陳述，並非法定無證據能力之情形，則此項供述證據經由刑事訴訟法第 165 條第 1 項之法定調查方法加以調查，當屬合於刑事訴訟法第 155 條第 2 項合法調查之證據，並非無證據能力，或未經合法調查之證據。

四、類推適用之同一基礎

雖然舉凡與待證事實有重要關係之事項，如欲以被告以外之人本於親身實際體驗之事實所為之陳述，作為認定被告犯罪事實之證據時，本質上即均屬於證人。被告對證人之對質詰問權，又係憲法所保障之基本人權及基本訴訟權，而被告以外之人於審判中，已依法定程序到場具結陳述，並接受被告之詰問者，因其信用性已獲得保障，即得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。惟即令美國聯邦憲法第六增修條文明定，被告享有與對其不利證人對質之權利，但聯邦證據法及聯邦最高法院判例也廣泛的承認對質詰問權之例外情形，法庭外之陳述只要符合聯邦證據法所規定的例外或免除規定，並不會構成違反憲法對質條款之問題，縱使共謀共犯（co-conspirator）的法庭外陳述，彼邦最高法院在 Bourjaily v. United States, 483 U.S.171（1987）案中，基於聯邦憲法第六增修條文的文義解釋，也判定傳統刑法有關共犯獨立補強（independent corroboration）證據的要求，在共謀共犯的情形下，已無適用之餘地[64]。至於能否作為唯一或主要證據，雖然歐洲人權法院曾以「唯一或主要法則」（the sole or decisive rule）予以排除，但目前歐洲人權法院判決的立場已修正為：如果法院於整體觀察後認已有足夠的衡平補償，傳聞證據仍可作為唯一或主要證據[65]。同此法理，如上所述，司法院釋字第 636 號解釋、第 789 號解釋、及憲法法庭 112 年憲判字第 12 號判決意旨，乃先後多次予以肯認，對質詰問權之例外排除，尚不至於牴觸憲法第 8 條正當法律程序原則與第 16 條訴訟權保障之規定。

據此，既然狹義證人以外之共同被告、共犯、告訴人或被害人於偵查中，經檢察官非以證人之身分傳喚到庭所為之陳述，只是應該保障被告詰問證人之權利而已[66]，因此尚得類推適用上述法理，而例外承認亦有證據能力；又共同被告、共犯、告訴人或被害人於另案法官前所為之陳述，亦得依據刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項之規定，在已保障被告詰問權之下，而承認有證據能力，則共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案準備程序及審理期日，經法官非以證人之身分傳喚到庭所為之陳述，依同一法理及刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項規定之立法意旨認為，如因其陳述之「信用性已受確定保障」，或被告及其辯護人並不爭執證據能力時，被告之反對詰問權既然已經獲得保障，在法無明文排除之情況下，應非不得承認仍有證據能力；至少基於法理之一貫性，亦非不得據上開最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）及 107 年度第 1 次刑事庭會議決議之見解，認為檢察官偵查時非以證人身分傳喚到庭告訴人所為陳述之同一法理，而肯定亦有證據能力[67]。否則，如謂共同被告、共犯、告訴人或被害人於偵查中，經檢察官非以證人之身分傳喚到庭所為之陳述，尚得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或第 159 條之 3 規定之法理，而例外承認亦有證據能力；共同被告、共犯、告訴人或被害人於另案法官前所為之陳述，在已保障被告詰問權之下，亦得依據刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 項之規定，而承認有證據能力。然卻於本案準備程序及審理期日，經法官非以證人之身分傳喚到庭所為之陳述，在被告不行使反對詰問權，或有明示同意、默示同意有證據能力之情形下，仍不得認為有證據能力，則不無導致共同被告、共犯、告訴人或被害人於本案準備程序或審理期日，經法官非以證人之身分傳喚到庭所為之陳述，此種基於直接審理所獲得之供述證據，反而不如於偵查中經檢察官非以證人之身分傳喚到庭所為之陳述，又更加不如於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，也不如於另案法官前所之傳聞供述。最終也將導致，共同被告、共犯、告訴人或被害人先前於本案準備程序或審理期日，非以證人身分而為陳述之後，事後如因有「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。」等情形之一，而未能賦予被告行使反對詰問權之機會時（此部分另參照於下文日本法之觀察），則僅能適用於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之傳聞陳述，或只能適用偵查中檢察官非以證人身分傳喚所為之傳聞陳述，或適用在另案法官前所為之傳聞陳述，反而不能適用其先前於本案準備程序或審理期日中所為之非傳聞陳述，法理上亦非無輕重失衡之情形。

（下期待續）

（作者為臺灣高等法院法官）

註釋

402.Relevant evidence is admissible unless any of the following provides otherwise: the United States Constitution; a federal statute; these rules; or other rules prescribed by the Supreme Court. Irrelevant evidence is not admissible.

62 Nishant Gupta, *Relevancy and Admissibility of Electronic Evidence*, 1 Jus Corpus L.J. 143, 157 (2021).

63 反對意見已如上文，「參、非以證人身分所為之陳述，一、非以證人身分在偵查中所為之陳述」，註 7 部分所述。

64 Kevin Jon Heller, *Whatever Happened to Proof beyond a Reasonable Doubt--Of Drug Conspiracies, Overt Acts, and United States v. Shabani*, 49 Stan. L. REV. 111, 128-129, 132-133 (1996).

65 黃昭元大法官提出、許志雄大法官加入，司法院釋字第 789 號解釋協同意見書參照。

66 楊雲驊，準備程序之訊問證人，月旦法學教室，第 34 期，頁 25（2005 年 8 月）。

67 蘇凱平教授曾指出，依據最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議（一）決議之論點，則若證人於「法官前」的陳述未經具結時，根據決議的說理，當然也可以依據同一原理，例外認為有證據能力。如此一來，第 158 條之 3「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。」之規定，是否即流於具文？參見蘇凱平，「顯有不可信」或「較可信之特別情況」？論刑事訴訟法第 159 條之 2 的基礎法理與運用，裁判時報，第 84 期，2019 年 6 月，頁 54 註 13。然此觀點應係以訴訟法上之證人身分為前提之論述，與依共同被告、共犯、被害人或告訴人之身分，在法官前所為之供述，法理上尚有差異。

WEEKLY 周刊

一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知、足供讀者參考的作品；並歡迎司法人、事及法院的故事。來稿請聯繫（02）23618577 分機 844 或 849。

二、作品如以偵、審中案件，及未確定案件為主題，或作者為文稿議題之關係人士，請勿來稿。

四、文長宜在 7200 字以內，以利一次刊出。文內引用資料請加註解，以利參考。

五、本刊對來稿有權潤飾斟酌，對有疑義之內容將洽請作者再行檢視；不願接受刪改者，請加注說明。