從兩岸司法互助談域外證言之證據能力

——兼論我國傳聞例外規範不足的困境

下

文／吳燦

（文接上期）

伍 我國傳聞例外法則規範不足的困境

2003年2月6日修正公布之刑事訴訟法，在保障被告反對詰問權之大前提下，酌予採納英美之傳聞法則，並參考日本刑事訴訟法第320條第1項之規定，修正本法第159條第1項，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，而將共同被告、共犯、被害人等審判外之陳述，同列為傳聞法則之規範，不以證人審判外之陳述為限。是以本次修法已將第159條定位為傳聞法則之體例，復參酌日本刑事訴訟法第321條以下、美國聯邦證據法第803條、第804條等規定，明定傳聞例外法則，即得容許作為證據之審判外陳述之例外情形。

此次修正之第159條第1項所指「法律有規定者」，即所謂傳聞例外法則，依修法理由說明，係指增訂刑事訴訟法第159條之1至第159條之5及第206條等規定[30]，相較於日本刑事訴訟法第321條至第328條之規定，已嫌規範密度不足，例如證人於審判中轉述被告或被告以外之人在審判外之陳述（即傳聞供述）[31]，證人於審判外向法官、檢察官或司法警察以外之第三人（包括外國法官、檢察官或司法警察人員）所為之陳述[32]，勘驗筆錄及非由法官或檢察官選任或囑託鑑定之鑑定報告[33]，以及彈劾證據[34]等項，究應如何處理，悉未有明文；更與美國聯邦證據法除以列舉的方式，詳列27種傳聞之例外規定，又設一「概括傳聞例外」之規定，明定任何審判外之陳述，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、不可取代性及司法的正義，即得容許該審判外之陳述為證據，以網羅列舉規定可能之遺漏情形不同[35]。是則，以我國傳聞例外法則之立法類型，並不敷處理所有例外情形。

刑事訴訟法第159條第1項既係參酌日本刑事訴訟法第320條第1項之規定為修正，按之日本刑事訴訟法第320條第1項「除第321條至第328條規定之情形外，在公判期日代替供述之書面資料，或在公判期日外，以他人之供述為內容所為之供述，均不得作為證據」之規定，其不得為證據之傳聞證據包括「供述代用書面」（供述書、供述筆錄）及「傳聞供述」2種。就傳聞供述，則於第324條第2項規定「關於被告以外之人在公判準備或公判期日，以被告以外之人供述為其內容所為之供述，準用第321條第3款之規定」。依此規定，當原始陳述之被告以外之人於公判準備或公判期日有不能出庭供述之情形，則傳聞陳述之被告以外之人所轉述其聽聞自原始陳述人之內容，於符合為證明犯罪是否存在不可或缺，及存在於特別的情況2個要件時，即具有證據能力。我國刑事訴訟法就此未有規定，最高法院則有下列2種不同見解：

（一）排除說[36]：此說認為法律之解釋不能逾越法律之明文規定，為解釋法律之大原則。刑事訴訟法第159條第1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」，則犯罪事實應憑法律規定有證據能力之證據認定之，不得任意擴張解釋證人之傳聞陳述具有證據能力。並謂原判決以：被害人○○於案發後即傷重不治死亡，並未經警察及檢察機關製作筆錄，其於案發後向蔡○盞、楊○卿、李○鳳等人陳述被害經過，經證人蔡○盞、楊○卿、李○鳳於第一審轉述被害人向其等供述之案發經過，均屬傳聞供述，因符合「可信性之情況保證」與「使用證據之必要性」之2大要求，應均具有證據能力，難謂與刑事訴訟法第159條第1項規定無違。

（二）類推適用[37]或法理適用[38]刑事訴訟法第159條之3說：此說認為我國傳聞法則係初次引進，其傳聞之例外，未若美國法制之繁複，較之於日本法亦為簡略，基於證據資料愈豐富，愈有助於真實發見之理念，於實務運作上，應可參酌先前實務之見解[39]及相關外國立法例[40]，就本法所未規定之具類似性情形者，個別類推適用於已規定之相關法條，委之於司法判決之解釋以補充累積其不足。倘若原始證人確有其人，但已供述不能或傳喚不能或不為供述，宜解為應類推適用刑事訴訟法第159條之3之規定，以該傳聞供述，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，例外許其得為證據；或本諸第159條之3立法時所憑藉之相同法理，當例外得作為證據。

傳聞供述得否類推適用刑事訴訟法第159條之3，亦即，除「法律規定之傳聞例外」，有無存在「類推適用之傳聞例外」空間，國內文獻持肯定見解者[41]，認為我國有關傳聞之例外，刑事訴訟法僅有4條規定，相較於英美法有28項例外，我國法明顯不足，此為立法疏漏所致。若嚴格適用現有法條，勢必將排除許多具證據價值的審判外陳述，對於公平正義之維護並不恰當。在未為完善立法前，應就本法規定所未足者，類推適用已規定之相關法條。採否定見解者[42]，則認為我國刑事訴訟法以限定列舉的方式規定傳聞之例外，且無傳聞例外的概括規定，在法律保留的限制下，逕以類推適用刑事訴訟法第159條之3規定，為傳聞證人之供述創設法無明文的傳聞例外規定，不僅有違刑事訴訟法第159條第1項規定的「傳聞法則例外規定之法定原則」，更違反憲法上之權力分立以及基本權干預的法律保留原則。

所謂類推適用，意指某一個情況雖與特定法律要件不符，但卻與法律所定要件有相似之處，因而仍然適用該特定法律[43]。類推適用係基於平等原則之理念，本諸「等者等之」、「相類似之事件應為相同之處理」之法理，而普遍為法院所使用。法院為類推適用時，首須就法律所未設之規定，確認其究為立法者有意的不為規定，抑係立法者之疏忽、未預見或情況變更所致；如係前者，即不造成漏洞而無補充之必要，必係後者之情形，始生類推適用加以補充漏洞之問題。其次，必須探求法律規範意旨，覓出彼此相似之點，建立可供比附援引之共通原則，而後將某一類型之法律效果，適用於另一類型[44]，以消除法秩序中不圓滿性之體系違反。

傳聞證據能否作為例外容許使用，本應著重在該證據本身是否具備一定程度的信用性及證明必要性，以及在有傳喚不能或供述不能之情形下，應該在各該要件上作嚴格的設定及解釋，實不應以取得該傳聞證據之主體，或審判外之陳述係向何人所為而有不同之考量[45]。刑事訴訟法第159條之3，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款原始陳述人於審判中無法到庭或雖到庭而無法陳述或拒絕陳述之情形下，承認該等審判外之陳述，得為證據之規定。立法理由載明係參考日本刑事訴訟法第321條第1項第3款之立法例而增訂。日本刑事訴訟法第321條第1項分別就法官（第1款）、檢察官（第2款）與其他之人（第3款）規定不同程度的傳聞例外之要件，我國刑事訴訟法第159條之3則限於「於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述」，始有傳聞例外法則之適用。依我國法之規定，被告以外之人於審判外向法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察以外之人（即所謂第四類型之人）所為之陳述，即無適用第159條之1至之3規定之可能。惟被告以外之人於審判外之陳述，究係向法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察所為，抑或係向前者以外之人而為，在法秩序上本宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念。

在體系上，我國傳聞例外法則係依筆錄分類之不同，而就其例外之要件設差別性之規定。茲再以檢察官訊問筆錄（書面）之證據能力為例作說明。我國刑事訴訟法第159條之1第2項之規定，乃係借助於我國偵查中獨有的《具結》制度，在立法政策上特予承認該被告以外之人（證人、鑑定人）具結所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據[46]。此項規定，迥異於日本法與英美法之傳聞例外。日本刑事訴訟法第321條第1項第2款規定之檢察官訊問筆錄[47]，原則上為無證據能力，惟於審判中符合一定條件（證

（文轉三版）

註釋

30. 特別法規定之傳聞例外，有性侵害犯罪防治法第17條，人口販運防制法第27條，兒童及少年性剝削防制條例第13條。至於立法理由所指家庭暴力防治法第28條第2項（現為第36條）則係關於被害人訊問或詰問之方式，並無關乎傳聞之例外。
31. 日本刑事訴訟法第324條。
32. 日本刑事訴訟法第321條第1項第3款。
33. 日本刑事訴訟法第321條第2、3、4項。
34. 日本刑事訴訟法第328條。吳燦，卷證不併送下證據法則的變與不變，檢察新論，第15期，2014年1月，第59-60頁
35. 王兆鵬、陳運財等人合著，傳聞法則理論與實務，元照，2003年9月，第10頁。
36. 最高法院96年度台上字第1425號判決。
37. 最高法院96年度台上字第4064、4464號判決，97年度台上字第2464號，98年度台上字第6331、7121號判決，99年度台上字第5360、6932號判決，100年度台上字第3790號判決。
38. 最高法院96年度台上字第3900、5537、5801、7024號判決，97年度台上字第2686、2768號判決，100年度台上字第3633、5468號判決。
39. 最高法院29年11月26日關於刑事第三審上訴案件之總決議案，決議：三、（二）之13：「證言係得自他人之陳述而確有根據者，並非絕無證據能力。」《本則決議於95年9月5日經最高法院95年度第17次刑事庭會議決議保留，並加註：「應注意：刑事訴訟法第一編『證據章』之相關規定已修正」》。
40. 日本刑事訴訟法第324條第2項。
41. 王兆鵬，刑事訴訟講義，元照，2010年9月，第714、722頁。林永謀，刑事訴訟法釋論（中冊），作者自版，2007年2月初版，第96頁。張麗卿，刑事訴訟法理論與實務，五南圖書，2010年9月，第362頁。
42. 潘怡宏，論傳聞證人供述之證據能力（下），台灣法學，234期，2013年10月15日，第33-39頁。李佳玟，境外或跨境刑事案件中的境外證人供述證據：最高法院近十年來相關判決之評釋，台大法學論叢，第43卷，第2期，2014年6月，第502-507頁。
43. 黃榮堅，基礎刑法學（上），元照，2006年9月，第160頁。
44. 楊仁壽，法學方法論（第二版），三民書局，2000年5月，第266-267頁。
45. 王兆鵬、陳運財等人合著，同前註35，第41頁。
46. 請參見本條立法理由之說明。
47. 日本刑事訴訟法第321條第1項第2款規定：「關於在檢察官面前所為陳述之書面

法源法 www.lawba 委任律師、裁判金額、歷審裁判 服務 TEL:02-2 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

（文接二版）

人不能陳述）或一定情況下（證人能陳述、但與先前之陳述不符），始例外得作為證據，其立法體例與我國刑事訴訟法第159條之2、第159條之3警詢筆錄相仿。依立法說明，我國刑事訴訟法第159條之2即係參考日本刑事訴訟法第321條第1項第2款、第3款之立法例而制定。日本法在偵查階段證人證言之取得，其刑事訴訟法第223條第1項規定，檢察官於偵查犯罪而認有必要時，得要求嫌疑人以外之人到場調查取供，惟依第2項之規定，該人可以拒絕到場或拒絕供述，或者到場後隨時退出。因此，在依第223條第1項規定之調查拒絕到場或供述時，依第226條規定，檢察官得請求法官對該人進行證人訊問，或依第223條第1項在檢察官調查時為任意供述之人，於符合第227條所設定之一定條件下，檢察官亦得向法官請求對該人進行證人訊問。前者（第223條第1項）係以任意偵查方式取得證言，後者（第226條、第227條）則為以強制偵查方式蒐集證言，而受此2條請求之法官，關於證人之訊問，除依第228條規定有與法院或審判長同一之權限，依第154條規定，證人應宣誓（具結）。至於檢察官依任意偵查方式取得證言者，則無宣誓（具結），此與我國司法警察（官）詢問證人，亦無命具結者同[48]。準此，最高法院102年度第13次刑事庭會議決議，對於檢察官偵查中非以證人身分（例如共犯被告）、未經具結所為之陳述[49]，基於法續造之形成，以類推適用[50]刑事訴訟法第159條之2或第159條之3在檢察事務官、司法警察官或司法警察面前陳述所定更為嚴格之例外要件，以應實務之需，並彌補法律規定之不足。

最高法院係法律審，在各審級間擁有解釋法律的最終話語權，同時也肩負有「維護法的統一與形成」之任務。我國引進傳聞例外法則之立法，因未能完善參酌日本的立法例，以致於形成法律漏洞，非立法者有意之省略。最高法院對於傳聞例外法則規範不足的困境，以類推適用解釋方法，就本法所未規定之具類似性情形者，個別類推適用於已規定之相關法條，祇不過是將諸多具有證據價值、但非屬「法律規定之傳聞例外」，以過橋之方式將其引入，期使法秩序趨於一致，並非創造傳聞例外之新類型。

陸 台、日域外證言證據能力實務見解之比較

基於司法互助所取得之域外證言，其證據能力之有無，我國尚無制定專法統一規定，除司法互助協議另有規定者外，自應依傳聞例外法則定其得否為證據。刑事訴訟法第159條之1至第159條之3所指法官、檢察官、檢察事務官、司法警察官或司法警察，依其文義並不包括外國法官、檢察官及外國司法警察人員。從而，域外證言如係經由外國法官、檢察官或外國司法警察人員訊問或詢問取得者，勢必出現如何判斷其證據能力之難題。

最高法院102年度第13次刑事庭會議決議，雖然提出了比較開放性的處理方式，以因應立法規範不足的困境，但晚近實務見解，對於域外證言仍有持極端保留態度者。最高法院104年度台上字第2479號判決，即謂「刑事訴訟法第159條之3規定，係就被告以外之人於我國檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，例外得為證據之要件，應不包括被告以外之人在『外國司法警察人員』調查中所為之陳述在內。○○○等人在日本海上保安廳人員調查中所為之陳述，係屬傳聞證據，亦非在我國檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為，自無該條之適用，不得作為證據。又鑑於各國法律制度差異及實務運作有別，且被告之防禦權非依法律不得限制，倘遽以類推適用該規定，擴張傳聞法則例外，侵害被告之對質詰問權，顯違反法律保留原則。」本則關於日本海上保安廳筆錄之判決，係在最高法院前述決議之後所製作，不過，在上開決議之前，有關大陸公安筆錄之證據能力，最高法院反而是透過判決解釋以限制在符合例外之一定條件之下，承認其得為證據。

最高法院對於大陸公安筆錄證據能力之見解，有採類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3者，有適用刑事訴訟法第159條之4第3款者[51]，亦有認為不論是類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3，或適用刑事訴訟法第159條之4第3款，均無不可者[52]。針對最高法院就大陸公安筆錄，適用刑事訴訟法第159條之4第3款特信性文書定其證據能力之見解，論者[53]有認為我國司法警察所製作之警詢筆錄係針對個案而為，既應依刑事訴訟法第159條之2及第159條之3判斷其證據能力，而不得依第159條之4特信文書成為證據，則該條第3款當亦不可能成為外國司法警察筆錄證據能力之依據，否則將會產生外國警詢筆錄的價值高於本國警詢筆錄之結果，不但對我國司法警察不公平，也侵害被告防禦權。但亦有持肯定見解者[54]，認為藉由司法互助取得之域外警詢筆錄，因無法依我國刑事訴訟法第159條之2、第159條之3判斷其證據能力，若該域外證言筆錄符合「可信之特別情況」之要件時，應得依刑事訴訟法第159之4第3款肯定其證據能力。所謂「可信之特別情況」，並應參考該國政經文化，是否已上軌道為判斷。本文認為，刑事訴訟法第159條之4之特信文書，係第159條之1至第159條之3所指陳述筆錄以外之文書，大陸公安筆錄具個案性質，與我方警詢筆錄無殊，在被告詰問權應受保障之前提下，以類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3警詢筆錄規定，定其證據能力為宜。

相較於我國實務及學說見解的分歧，日本對於域外證言證據能力之審查，則相當一致。主要是，日本刑事訴訟法第321條第1項第1款至第3款係分別就法官、檢察官與其他之人規定不同程度的傳聞例外之要件，其第3款所定前2款以外，係指第1、2款法官、檢察官以外之其他之人的書面均屬之，可資適用。學說上[55]即認為藉由司法互助取得之被告以外之人之筆錄，不只是外國司法警察詢問筆錄，包括外國法官、外國檢察官訊問筆錄，均應依刑事訴訟法第321條第1項第3款判斷其證據能力。

在實務見解方面，日本最高裁判所平成12年（2000年）10月31日第二小法庭裁定（刑集，第54卷8號735頁），係有關日本檢察官與美國偵查人員訊問筆錄，系爭裁定認為依該位於美國之域外證人訊問筆錄作成之經過、美國偵查人員參與訊問等外在情事，並非依據日本刑事訴訟法，故非屬刑事訴訟法第321條第1項第2款規定之檢察官訊問筆錄；平成15年（2003年）11月26日第一小法庭裁定（刑集，第57卷10號1057頁），則屬外國法官訊問筆錄，系爭裁定對於有關外國法官訊問筆錄，則考量到外國法官之職務權限、該國法律制度內容與相關程序未必與日本相同，並不適合依刑事訴訟法第321條第1項第1款規定的類型性判斷；平成23年（2011年）10月20日第一小庭判決（刑集，第65卷7號999頁），乃大陸公安筆錄。以上3件裁判[56]，均認為應依刑事訴訟法第321條第1項第3款判斷證據能力。應予說明者，系爭3件裁判相關之司法互助筆錄，均係以外國司法人員為訊問或詢問主體，即令或有日本司法人員在場，究仍與東京高等裁判所昭和40年（1965年）3月15日判決（即前述「拉斯拖波羅夫案」），認為「經外國政府同意而由檢察官訊問所錄取之筆錄，屬於日本刑事訴訟法第321條第1項第2款所稱之『檢察官面前陳述』而有證據能力」者，係以日本檢察官在域外為訊問主體，而異其傳聞例外要件之適用有別。

柒 結論

域外證言之取證模式，本質上即迥異於域內證言，依刑事司法互助取供，更因雙方刑事制度的差異，對於其證據能力有無之認定益顯複雜。在法制面上，實有制定刑事司法互助專法為統一規定之必要。在尚未制定專法或司法互助協議亦別無規定之情形，域外證言之證據能力應依傳聞例外法則定其得否為證據。我國傳聞例外法則規範不足，並非立法者有意的不為規定，若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用。基於兩岸司法互助所取得之大陸公安筆錄，在被告詰問權應受保障之前提下，以類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3警詢筆錄之規定為宜。

同理，依兩岸司法互助協議取得以大陸檢察官、法官[57]為訊問主體之訊問筆錄，如已踐行具結或大陸刑事訴訟法第123條、第189條規定之證人應如實陳述及偽證罪之處罰者，宜類推適用刑事訴訟法第159條之1第1項、第2項，法官、檢察官訊問筆錄有關證據能力之規定；倘係非以證人身分、未具結訊問者，則依最高法院102年度第13次刑事庭會議決議，類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3定其得否為證據。至於我方檢察官以遠距視訊訊問大陸地區證人，因與證人在台灣接受訊問無殊，應直接適用刑事訴訟法第159條之1第2項關於檢察官訊問筆錄證據能力之規定。

（作者為最高法院法官）

註釋

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，而無法於公判準備或公判期日到庭陳述時；或陳述人在公判準備或公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可信之特別情況者為限」，得作為證據。

48. 有關司法警察（官）詢問證人之規定，依刑事訴訟法第196條之1第2項所列有關訊問證人之準據規定，其中第186條第1項「證人應命具結」，並不在準用之列。
49. 至於檢察官以證人身分訊問，依法應具結而未具結所取得之證言，則應依刑事訴訟法第158條之3予以排除，不得作為證據。
50. 系爭決議文為《被告以外之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，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第159之2、第159條之3之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨》。在此決議之前，同見解者請參見最高法院100年度台上字第4254號判決。
51. 此部分實務見解，請參見吳燦，同前註6文，（上）。
52. 最高法院101年度台上字第900號判決。
53. 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），承法，2013年9月，第215-216頁。李佳玟，同前註42，第509-510頁。王兆鵬、陳運財等人合著，同前註35，第70-71頁。
54. 林永謀，同前註41，第110頁。吳天雲，經由刑事司法互助取證的證據能力—從台灣高等法院九十五年度矚上重訴字第三號判決而論，刑事法雜誌，第51卷，第4期，2007年8月，第89頁。吳巡龍，境外取證之證據能力，台灣法學，第282期，2015年10月28日，第183頁；但該文同時認為，將來應修法使刑事訴訟法第159條之2、第159條之3警詢筆錄包括外國警詢筆錄在內，法理較為一貫。
55. 松尾浩也監修，條解刑事訴訟法，弘文堂，2009年12月，第489頁。
56. 相關中文資料，請參見吳天雲，外國提供之被告以外之人訊問筆錄的證據能力—日本案例的實務與學說見解，檢察新論，第14期，2013年7月，第232-245頁。
57. 2002年1月1日施行之大陸法官法第12條第1項、大陸檢察官法第13條第1項，均分別規定，初任法官或檢察官採用嚴格考核的辦法，按照德才兼備的標準，從通過國家統一司法考試取得資格，並且具備法官或檢察官條件的人員擇優提出人選。大陸司法部發布首次國家《三合一》司法考試公告，考試於2002年3月底舉行，36萬多人報名，2萬4千多人通過，合格率約7%。

法律網 ank.com.tw 裁判書 全文內容、裁判案由、裁判主文 源資訊 專線 509-3536 WEEKLY 周刊 週出刊 訂閱 定價400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊