# 略論非被告境外警詢之證據能力
## —對於107.1.23.決議之回響

文／朱石炎

最高法院本（107）年度第 1 次刑事庭會議議題謂：「除經立法院審議之司法互助協定（協議）另有規定者外，被告以外之人在外國警察機關警員詢問時所為陳述，能否依刑事訴訟法傳聞例外相關規定，判斷有無證據能力？」分別列述甲、乙、丙三說，經決議採乙說即肯定說，詳見本刊第 1888 期頭版報導。本決議（以下同此簡稱）對於境外警詢傳聞例外之應用問題，釐清疑義，必能引導實務見解趨於一致，值得重視與讚揚。

原議題已將「經立法院審議之司法互助協定（協議）另有規定者」除外，蓋此種情形逕依刑事訴訟法（以下簡稱刑訴）第 159 條第 1 項「除法律有規定者外」之規定，即已具有證據能力是也。然而，經由立法院審議之協定或協議，並非僅憑名稱即能認其位階等同於法律，仍須按照審議程序予以分辨。駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會間之刑事司法互助協定（91 年 3 月 26 日生效）、駐菲律賓臺北經濟文化辦事處與馬尼拉經濟文化辦事處間刑事司法互助協定（102 年 9 月 12 日生效）、駐南非共和國臺北聯絡代表處與南非聯絡辦事處刑事司法互助協議（103 年 11 月 28 日生效），以上三者[1]皆係送經立法院二讀會議決（依立法院職權行使法第 7 條規定無須三讀），具有國內法律之同等位階。倘若未經上述程序者，即無刑訴第 159 條第 1 項除外規定之適用，被告以外之人在該外國警察機關應詢陳述證據能力之有無，即應參照本決議所採肯定說，依其情況類推適用刑訴第 159 條之 2 或之 3 等規定，據以判斷認定。

刑事法禁止類推，乃係針對實體事項而言，關於刑事訴訟之程序事項，實務上已有類推適用相當條文之案例（見最高法院 103 台上 882 號刑事判決），本決議亦採取類推適用之解釋方法，洵無不妥，應予支持。惟依肯定說第二點說明內容，對於刑訴第 159 條之 2 及之 3 所定特信性之要件，使用「相對可信性」、「絕對可信性」二分法名稱，在語意上似有針對可信性程度之要求，作強弱區別之意味。其實第 159 條之 2 所謂先前陳述具有「『較』可信之特別情況」，係指被告以外之人先前在警詢中所為陳述，與案件起訴後在法院審判中所為陳述，兩相比較，前後不符，反而以先前陳述「較」為可信之情形而言。至於第 159 條之 3 所列各款情形，被告以外之人僅有先前警詢陳述，別無審判中之陳述，不發生前後比較問題，條文文字因而僅曰具有「可信之特別情況」，未如前條之使用「較」可信字樣。當初研擬此二條文時，純屬出於有無前（警詢陳述）後（審判中陳述）比較之考量，並無區分其特信性強弱之用意，從而法院於判斷是否符合特信性要件時，委實無須因條文中「較」字之有無而作差別對待。

本決議所採肯定說第二點指明關於刑訴第 159 條之 3 所列不能供述之原因，「應以非可歸責於國家機關之事由所造成者始有其適用」一節，具有確保被告詰問權之重要意義，應予重視。此項見解，諒係參考日本最高裁判所平成 7 年 6 月 20 日判例（刑集 49–6–741）而來，值得支持。現行入出國及移民法第 36 條第 2 項及第 38 條之 5 第 1 項規定強制驅逐外國人出國 10 日前應通知司法機關，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 18 條之 1 第 7 項、香港澳門關係條例第 14 條之 1 第 6 項分別規定強制大陸地區人民、港澳居民出境 10 日前應通知司法機關，人口販運防制法第 19 條第 2 項規定遣送被害人出境 10 日前應先經司法機關同意。上述各該規定，司法警察機關務必切實遵循，在被告以外之人（尤其證人身分者）被驅逐或遣送前，應即與該管檢察機關聯繫，並請檢察官及時進行訊問或訪談，注意刑訴第 248 條單純詰問規定之運用，俾能適用第 159 條之 1 第 2 項規定，使其陳述具有證據能力。其餘不在上述法律規定範圍內之被遣返者，如有涉及偵審中之案件，亦應比照辦理。

刑訴採用傳聞法則各國立法例，對於傳聞例外之規定方式，未盡相同（日本法即與美國有所差異），其寬嚴取決於本國訴訟制度及相關因素，諸如職權進行色彩是否濃厚、審判需否陪審、檢察權限強弱、警察執法水準等問題，具有決定性之影響。我國刑訴第 159 條舊條文曰：「證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」此乃基於直接審理原則而設，非屬傳聞法則[2]。當初研擬修法時，基於兼顧直接審理與保障被告詰問權兩大原則，參考外國立法例，適度引進並建立適合我國現實情況之傳聞法則，關於傳聞例外規定，經審慎斟酌，折衷再折衷，遂有現行傳聞法則暨其例外之規定，期待於實施相當時期累積案例檢討得失，並盼檢警體制適時調整後，得以再度研究修正。學術界雖有立於外國法角度多所批評者，殊不知以美國「肯塔基」與本土「頂呱呱」兩種品牌炸雞相比，味道當然不同。現行刑訴第 159 條之 1 至之 3，係視被告以外之人在何人面前所為陳述，而就其例外要件作不同之規定，本決議所採肯定說第三點說明內容，對此例外規定方式之本國特色已有闡述，具有澄清作用。

關於被告以外之人在大陸地區公安機關應詢陳述之證據能力問題，尚難直接引用本決議解決，仍需參考判決先例尋求答案，惟其結論相同。茲析述如下：

一、海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議（98 年 6 月 25 日生效），依臺灣地區與大陸地區人民關係條例第 5 條第 2 項後段規定，經行政院核定後，僅須送立法院備查，其程序相當於法規命令之審查（見立法院職權行使法第 10 章），該項協議並無等同法律之位階，對岸公安機關筆錄所載陳述，無法適用刑訴第 159 條第 1 項「除法律有規定者外」之傳聞例外規定取得證據能力。

二、本決議議題係對於被告以外之人在「外國警察機關」所為陳述之證據能力，作成類推適用刑訴第 159 條之 2 或之 3 傳聞例外規定之結論。第三點說明內容復謂被告以外之人在「域外」所為之警詢陳述，性質上與我國警詢筆錄雷同。按其所稱「域外」者，依刑法第 5 條至第 8 條、第 40 條之 2 及分則第 242、297、299 各條用語，係指「中華民國領域外」而言。大陸地區並非在「中華民國領域外」（見最高法院 89 台非 94 號刑事判決），足見於對岸公安機關應詢陳述之證據能力問題，不屬本決議議題範圍。

三、非本案被告（證人或在逃共犯）於大陸公安機關應詢陳述之證據能力問題，雖難直接引用本決議解決，惟在判決先例方面，早已採取可類推適用刑訴相當條文之見解。最高法院 101 台上 900 號刑事判決案例，即認為大陸公安機關詢問筆錄所載應詢者之陳述，可類推適用刑訴第 159 條之 2 或之 3 據以判斷認定其證據能力，正與本決議肯定說結論相同。另有同院 102 台上 675 號刑事判決案例，亦持相同見解。各該個案在第二審法院更審時，上述兩岸司法互助協議業已生效，且 101 台上 900 號個案兩名被告係經判處死刑定讞並已執行完畢，此案判決先例，尤其值得重視。

本決議所採肯定說第四點說明內容，將最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議第貳號提案決議引為類推適用傳聞例外之先例。本文持不同意見。誠如肯定說第三點所闡述，現行法係視被告以外之人在何人面前所為陳述，而就其例外之要件設不同規定。當初研擬條文時，凡於本案審判外向法官所為陳述，依第 159 條之 1 第 1 項規定，皆有證據能力，不附條件；同條第 2 項對於在檢察官面前之陳述，則附加「除顯有不可信之情況者外」為條件，較為嚴格；第 159 條之 2 及之 3 對於在司法警察人員[3]面前之陳述，更附加特信性與必要性之條件，趨於嚴謹。三者之間，有其不同層次寬嚴考量。第 159 條之 1 第 2 項之立法說明謂：「……偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務，爰於第二項明定被告以外之人於偵查中向檢察官所為陳述，『除顯有不可信之情況者外』，得為證據。」是其僅有「顯不可信」與否之審酌，別無要求其他條件，至於應訊者曾否具結，與是否「顯不可信」未必等同，須視具體情節而定，非可一概而論[4]，換言之，如無「顯有不可信之情況」存在，即已具有證據能力，不應與具結問題相提並論。倘若該應訊者於本案審判中無法到庭，或到庭應訊而為相異陳述時，其先前在檢察官面前所作陳述，法院能否採用，逕憑自由心證，審酌其是否「顯不可信」而為取捨即可，無須另尋特信性與必要性之條件。102 年第 13 次決議，一方面謂被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據[5]，另一方面又謂被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人在偵查中未經具結之陳述，其信用性遠高於警詢陳述，依舉輕明重原則，應本於刑訴第 159 條之 2 或之 3 同一法理，例外認為有證據能力。此項見解，與刑訴第 159 條之 1 第 2 項規定之立法原意有間，其增加該條項並不要求之特信性與必要性兩項要件，紊亂當初不同層次之寬嚴考量，將檢察官之偵查訊問降為較低階之司法警察人員調查詢問，亦嫌未當，如此類推解釋是否妥適，不無商榷餘地。

（作者為司法院顧問、東吳大學客座教授）

**註釋**

1 請求協助取證，基於尊重對方及無法強求對方適用我方法律所定程序之現實困難，以對方之法律作準據法為原則，惟此三者皆訂有請求方得提出取證程序相關要求俾便對方配合等規定，可使法院於判斷證據能力時，得以折衷調和，兼籌並顧，增強實效。

2 立法院司法委員會 52 年 2 月提出之刑訴修正草案初步審查報告書第 100 頁謂本法不認有傳聞法則之存在。

3 檢察事務官依法院組織法第 66 條之 3 規定，可歸入司法警察人員範圍。

4 例如檢察官運用所謂「他」字案訪談所謂「關係人」，並無強制處分權，欠缺命具結之根據，對其談話筆錄所載陳述，容或認為「顯不可信」。

5 案件在偵查中尚未起訴，檢察官之訊問，與法院踐行調查證據程序截然不同，既無第 287 條之 1 及之 2 之適用，則其訊問共同正犯或同案被告，即無分離調查以及準用應行具結規定之問題。其實就刑訴第 159 條之 1 第 2 項之適用而言，對於是否「顯不可信」之審酌，與其執著具結程序，不如強調恪遵第 248 條之規定，更有信用性保障之意義。（參見最高法院 94 台上 5651 號刑事判決案例）該條之單純詰問，雖與第 166 條有別，畢竟具有保障被告詰問權之作用。當年協商修法時，檢察部門力爭第 159 條之 1 第 2 項內容，除強調我國檢察體制與外國不同外，曾經援引第 248 條規定而主張訂此傳聞例外為符合法理。

植根法律關係（稅法總論 第三冊）
教育法律實務
稅捐法律關係（稅法總論 第三冊）
黃茂榮 著作 定價 800 元
買賣法（增訂七版）
黃茂榮 著作 定價 800 元
劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
訂購未滿郵資請自付
植根法律書
JUDICIAL 司法 訂閱辦法
本刊每週發行 全年
費用新臺
如蒙
請郵政
帳
5005
帳
司法院