

從 傳聞法則

談

偵查模式之因應

黃 裕 峰

大 綱

壹、前言

貳、傳聞法則

一、傳聞法則之理論

二、我國傳聞法則之基本規定

參、傳聞證據

一、傳聞證據之定義

二、傳聞證據舉例

肆、非傳聞

一、英美法之非傳聞

二、試論我國法之非傳聞

伍、傳聞之例外

一、不適用傳聞法則之程序

二、「原則上有效」之傳聞例外規定

(一) 法官、檢察官面前陳述

(二) 特信文書

(三) 當事人事先同意

(四) 其他法律規定之例外

三、「例外才有效」之傳聞例外規定

(一) 檢察事務官、司法警察面前之陳述

(二) 擬制當事人同意

四、傳聞之復活

陸、傳聞之效果

一、單純排除證據能力

二、彈劾之效力

三、因屬傳聞例外而獲得證據能力

四、引發當事人在審判中聲請傳喚陳述人交互詰問

五、證明犯罪能力

六、排除犯罪能力

柒、偵查階段因應傳聞法則之建議 (代結語)

壹、前言

西元 2003 年 2 月 6 日我國刑事訴訟法進行大翻修，總計新修 132 條，為刑事訴訟法公布施行以來，史上修正幅度最大的一次，也是繼 86 年羈押權回歸法院、90 年搜索權改隸、91 年引進改良式當事人主義、緩起訴制度以來，影響最重大的一次修正。該次修正中，主要內容係仿效美、日法例^(註 1)，引進「傳聞法則」及其配套「交互詰問」規定，對刑事偵查及審判活動產生之影響最為重大及深遠。

所謂「傳聞法則」主要目的在排斥審判外

註 1：德國因採行職權主義、直接審理主義，並不採用英美之傳聞法則。於 1989 年 10 月 24 日改採當事人主義為主之義大利刑事訴訟法亦未採納傳聞法則。足見傳聞法則是否採取，乃立法政策取捨問題。參見林永謀，「傳聞法則之例外」，司法週刊（司法文選別冊），民國 95 年 1 月 5 日，第 1269 期，第 1 頁。

所得之供述證據，形同排除大部分偵查中所做之筆錄，尤其是警詢筆錄。其涵蓋之範圍，甚至包括向來偵查實務常見之查獲職務報告、搜索扣押筆錄、贓物認領保管收據、告訴狀、行車事故調查報告表、現場圖等傳聞書面。修法當時，普遍認為對檢警調等偵查機關極為不利。但歷經數年實際運作結果，因傳聞例外容許為證據使用之範圍甚廣、傳聞遭排除後，所引發傳喚證人到庭接受交互詰問之冗長程序，造成當事人同意使用傳聞證據之情況大增等立法預定以外效應。因此，本文認為若能正確掌握傳聞法則之相關內涵、訴訟操作槓桿及復活機轉，反而能夠減輕證人應訊之勞煩、適度調整偵查機關之分工，並進而提高偵查之品質與起訴之定罪率，因此為文將心得加以分享。因囿於所學有限，疏漏錯謬之處，在所難免，敬請各方不吝指正。

貳、傳聞法則

一、傳聞法則之理論

「傳聞法則」(hearsay rule)本來係發源於普通法的證據法則，其內涵一言以蔽之，就是指「排除傳聞證據之法則」(the rule against hearsay)，此即英美法諺所云：「Hearsay is no evidence」^(註2)。

「傳聞法則」之理論基礎，認為：「人的陳述」有一定不可靠之因素，程序上，有必要

使該陳述人於審判程序到庭，經宣誓(或具結)據實陳述，使法院直接觀察其陳述時之態度，且由當事人行交互詰問(Cross Examination)，以推敲其由知覺至敘述之過程的正確性與可信度。若該陳述人未經審判期日到庭，而以書面代替到庭之陳述、或由他人到庭轉述聽聞自原始陳述人所知覺(Perception)記憶(Memory)之事實，因法院無法觀察其陳述時態度，亦無法透過交互詰問予以確認，且該審判外之原始知覺、記憶者之陳述並未經宣誓(The Oath)，其證詞可信度與正確性無從驗證或擔保，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。此種排除傳聞證據之證據能力的法則，稱為「傳聞法則」

^(註3)。^(註4)

二、我國傳聞法則之基本規定

我國刑事訴訟法第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」，為我國刑事訴訟傳聞法則之基本原則。同條第2項及同法第159條之1至之4則規範「傳聞法則」之例外規定。最高法院並曾明確指出傳聞法則須符合：一、審判外陳述，二、被告以外之人陳述，三、舉證之一方引述該陳述之目的係用以證明該陳述所直接主張內容之真實性等三要件。^(註5)

註2：參見林鈺雄著，「刑事訴訟法」，上冊，總論編，2006年9月4版3刷，第435頁。

註3：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003年9月初版第1刷、第45-47頁。

註4：學者陳運財認為：「(我國實務)採用傳聞法則的理論基礎，以最高法院93年台上字第667號判決、94年台上字第3728號判決為代表(判決內容略)，前判決認為傳聞證據原則上無證據能力，其論據係求諸於直接審理主義及確保被告詰問證人權利之必要；至於後判決則援引憲法第8條正當程序及第16條訴訟權，以保障被告之詰問權作為採行傳聞法則的依據。」，參見陳運財，「傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討」一文，載「台灣法學雜誌」，2007年5月號94期，第129頁。

註5：參見最高法院93年台非字第117號判決。

參、傳聞證據

一、傳聞證據之定義

美國聯邦證據法 (Federal Rules of Evidence) 第 801 條 c 對「傳聞證據」所做之定義為：「傳聞，係指一個於審判或調查中，提出作為證明該陳述所敘述之事項為真實之陳述，而非由該陳述人出庭作證提供之法庭外陳述」^(註6)。而我國刑事訴訟法如同日本刑事訴訟法，並未針對「傳聞證據」做出明確定義。惟司法院「法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項」第 89 點則對「傳聞證據」明確定義為「提出被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，做為證據以證明其所敘述之事項為真實，該被告以外之人於審判外之陳述應屬於傳聞證據」^(註7)。

要言之，我國刑事訴訟法中所謂「傳聞證據」，需具備下列要素：

1. 須為「陳述」

能構成傳聞之「陳述」，依美國聯邦證據法第 801 條之定義，係指：(1)言詞或書面之敘述，或(2)行為人有意以之表達某一主張的非言詞之「行為」陳述（例如搖頭或點頭）^(註8)。即一個人的口頭言語、書面文字或行為，只要旨在傳達想法或資訊，均屬傳聞法則中之「陳述」。惟我國刑事訴訟法第 159 條規定所謂之「陳述」，僅指「言詞或書面」陳述，並未將「行為」陳述予以列舉，是否可將「行為」一併解釋在「陳述」之意義內，尚需視實務之發展而定^(註9)。依現行法明文之規定，傳聞是一種「陳述」，係以「傳聞供述」（言詞）與「傳聞書面」為範圍^(註10)。

2. 須係「被告以外之人」所為之陳述

依立法理由推敲^(註11)，我國的「傳聞法則」既重在保障被告之反對詰問權，因我國現制，被告不得為證人^(註12)，被告無從詰問自己，故如係被告本人之陳述，應無保障其反對

註 6：美國聯邦證據法第 801 條 c 原文：「Hearsay is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted.」，參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 9 頁。

註 7：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003 年 9 月初版第 1 刷、第 92 頁。

註 8：參見 Arthur Best 著，「證據法入門」，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，2002 年 12 月初版一刷，元照出版公司出版，第 84 頁。

註 9：參見蔡碧玉，「2003 年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊 2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150 期，民國 92 年 5 月 29 日-92 年 8 月 28 日。吳巡龍先生亦認此係立法缺失，參見吳巡龍著，「新刑事訴訟制度與證據法則」，2003 年 9 月一版，學林文化事業有限公司出版，第 221-222 頁。

註 10：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003 年 9 月初版第 1 刷、第 97-98 頁。

註 11：刑事訴訟法第 159 條立法理由一、二、三，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 115-117 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 12：德國法，刑事訴訟被告不得為證人，不得像在英美法的刑事訴訟一樣，在自己的案件中擔任證人的角色，此點與我國同。德國刑事訴訟之共同被告亦不得以證人身分接受就有關其他被告涉案情形之訊問，此點與我國異。參見 Claus Roxin 著，「德國刑事訴訟法」，吳麗琪譯，民國 87 年初版，第 275 頁。

詰問權之問題，自無需予以排除其證據能力，此與美、日等國刑事訴訟肯認被告之審判外陳述仍屬傳聞，有所不同^(註13)。至被告之陳述雖不適用傳聞法則，但被告本人之供述仍應依「自白法則」及是否有其他法定程序之違反，而認定該被告供述是否具有證據能力，自不待言。

又所謂「被告以外之人」，其意義有別於原規定之「證人」，依據立法理由之說明，係因實務上共同被告、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」，故將共同被告、共犯、被害人等審判外之陳述，同列入「傳聞法則」規範^(註14)。

3. 須為「審判外」陳述

此處所稱「審判」，依據立法理由^(註15)之說明，係指廣義之審判，包含準備程序與言詞辯論程序在內。反面言之，被告以外之人於本案準備程序、審判期日所為之陳述，均得作為證據。^(註16)

二、傳聞證據舉例

(一) 被害人、告訴人之供述

如被害人、告訴人之警詢筆錄、在檢察官面前筆錄、贓物認領保管收據、存證信函、告訴狀、和解書、與被告電話通話內容錄音及譯文、私人信函、日記、遺書（記載被害經過）、偵訊錄音帶、錄影帶等^(註17)。

(二) 告發人之供述

檢舉人之檢舉函、檢舉紀錄、警詢筆錄、在檢察官面前所為筆錄、檢舉錄音帶等。

(三) 證人或第三人之供述

證人警詢筆錄、證人在檢察官面前筆錄、證人信函、被告以外之人之通訊監察錄音帶及譯文、司法警察查獲職務報告、搜索扣押筆錄、交通事故調查報告表、檢察官督同法醫、檢驗員相驗屍體證明書及死亡證明書、勘驗屍體筆錄、會計師簽證之財務報告書、主管機關會勘紀錄、地政事務所複丈成果圖、銀行資金往來明細、醫院受理疑似性侵害事件驗傷診斷書、公務電話紀錄、報紙刊載訊息、公司出具之在（離）職證明書、警察機關出具之被告素行調查報告表、土地或建物鑑價報告等等^(註18)。

(四) 共犯或共同被告之供述

註 13：英美等國並未限制陳述人須為被告以外之人。參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 34 頁。

註 14：參見蔡碧玉，「2003 年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊 2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150 期，民國 92 年 5 月 29 日-92 年 8 月 28 日。

註 15：刑事訴訟法第 159 條立法理由三，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 117 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 16：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003 年 9 月初版第 1 刷、第 95-96 頁。

註 17：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003 年 9 月初版第 1 刷、第 101-103 頁。

註 18：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003 年 9 月初版第 1 刷、第 103-107 頁。該文將本類區分為「證人之陳述」與「其他人之陳述」二大類。然證人在未經踐行證人具結等程序前，與「其他人」無異，而「其他人」若經踐行證人具結程序後，即轉變身分為證人，兩種類型固在具結與否之程序上有所不同，實際上卻常有重疊，難以完全切割，本文為說明方便，合併論之。



共同被告、同案被告之自白書、自白警訊筆錄、在檢察官面前筆錄等。

(五) 鑑定人之供述

調查局或刑事局之測謊鑑定報告書、交通事故鑑定意見書、醫事審議委員會鑑定書、職業災害調查報告書、法醫中心鑑定報告書、刑事警察局鑑識中心之鑑識報告等^(註19)。

肆、非傳聞

一、英美法所謂之「非傳聞」(non-hearsay)

以美國聯邦證據法為例，傳聞法則的操作公式，可簡化為以下三步驟：

1. 先界定傳聞與非傳聞：若屬非傳聞，則不受傳聞法則之拘束，也毋庸檢討是否符合傳聞的例外。
2. 次界定傳聞之例外：若屬傳聞，則須以傳聞法則檢驗是否合乎符合傳聞之例外；符合例外之傳聞證據，則不在排斥範圍。
3. 最後，屬於傳聞，但又不符任何一種例外容許的傳聞證據，才是依照傳聞法則應予排斥的傳聞證據^(註20)。^(註21)

英美實務上，認屬「非傳聞證據」之情況如下：

(一) 會產生法律上效果的法庭外陳述
若法庭外之陳述本身會產生一定法律效果者，該法庭外之陳述，即非傳聞證據。例如甲稱願以 100 萬元向乙購買名畫，丙在場聽見，嗣因價金未付清，乙告甲詐欺。丙作證聽聞甲乙間談論賣畫之過程，甲、乙間有關交易之對話，雖係法庭外之陳述，但會產生甲乙兩人間之買賣關係存在的法律關係，非傳聞證據，可以容許。^(註22)

(二) 用以證明該陳述的存在、或該陳述作成時之特別狀況或方式

審判外陳述本身之存在、陳述時之特別狀況或陳述之方式，有時本身即為指控或辯護之爭點，被認為非傳聞證據。如甲脅迫乙簽立切結書，承認積欠甲鉅款，乙在恐懼下簽立字體潦草、扭曲之切結書。事後，檢察官提出該切結書欲證明乙是在遭受壓力下被迫簽立切結書之事實，則該切結書雖係乙在審判外之書面陳述，仍非傳聞證據。其他情形，例如待證事項如係「證明文書之真偽」，則該文書本身亦非屬傳聞證據。^(註23)

(三) 被告提出，用以證明第三人之心
理狀態之第三人審判外陳述

在英國 Gilfoyle[1996] 3 ALLER 883 一案

註 19：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003 年 9 月初版第 1 刷、第 105-106 頁。

註 20：參見林鈺雄著，「刑事訴訟法」，上冊，總論編，2006 年 9 月 4 版 3 刷，第 438 頁。

註 21：林朝榮先生則歸納出「傳聞法則五步驟」：第一步驟：傳聞與非傳聞的判斷。第二步驟：研求傳聞之原陳述人是否已到場當庭作證。第三步驟：研求傳聞陳述是否合乎傳聞法則「根深蒂固」之法定例外。第四步驟：研求傳聞陳述在證據上之「必要性」、「證言難再性」及「信憑性」，以察是否合乎傳聞法則概括性之例外。第五步驟：傳聞法則開始作用，傳聞陳述之證據能力，將因傳聞法則而被排除。參見林朝榮，「傳聞法則之理論與實務」，載法務研究選輯，93 年度-94 年度，上冊，第 95-130 頁。

註 22：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 58-59 頁。

註 23：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 59-60 頁。

中，被告被訴殺害其妻。訴訟中，被告辯稱其妻是自殺死亡，並提出一張其妻生前寫立，內容為「我想自殺」的紙條證明。法院認為該紙條是用以證明被害人有自殺意圖的情況證據，非傳聞證據，應予容許。^(註 24)

(四) 被告提出用以證明自己心理狀態之他人審判外陳述

被告提出第三人審判外陳述以證明自己欠缺主觀犯罪認識，有認屬非傳聞證據。如甲被訴向乙故買贓物，訴訟中甲提出丙作證「買賣當時，有聽到乙向甲保證絕非贓物等對話」，此時乙的審判外陳述，得用以證明被告甲欠缺贓物罪之故意，為非傳聞證據，應予容許。^(註 25)

(五) 檢察官提出用以證明第三人心理狀態之審判外陳述

有時，被害人在審判外所為陳述或他人對被害人所為陳述，可以證明被害人的心理狀態。如強盜罪或強姦罪，被告利用各種手段，使被害人心裡害怕，不敢反抗或致不能反抗，而曲從被告所求。在這些犯罪，被害人或被告所為審判外之陳述，作為被害人之心理狀態之證據，即非傳聞證據。例如英國 *Ratten v R.* [1972]AC378 一案，被告被控槍殺其妻，被告辯稱是槍枝走火意外致死。訴訟中，檢察官聲請傳詢證人即警察局電話接線生到庭證稱：「案發前五分鐘，有一歇斯底里的婦女，自被告家

裡打來一通電話，要求轉接警察人員」，檢察官提出此被害人於案發前五分鐘之審判外陳述，證明被害人死亡前五分鐘內心害怕、歇斯底里的心理狀態，駁斥被告之辯解，非傳聞證據。^(註 26)

(六) 用以證明審判外陳述所敘述事務存在之審判外陳述

部分案件之審判外陳述，本身即係構成犯罪行為之一部，上開審判外陳述，可以作為犯罪行為正在進行或已發生之情況證據，並非傳聞。例如英國 *Woodhouse v Hall* 一案，被告被控經營妓院，警察到庭作證，轉述與在妓院服務女子之對話，證稱該女子曾在審判外說明該妓院可提供性服務之項目、價格，英國法官認為使用該女子在審判外陳述，作為該處所在經營妓院之證據，並非傳聞證據。^(註 27)

(七) 用以證明行為人何人或物品來源之審判外書面陳述

例如在外國進口之貨品，均貼上或附掛郵票或標籤，該郵票或標籤上有記載寄出之國家。如欲以該標籤或郵票證明該貨物寄自該國，非屬傳聞證據。但如欲證明標籤或郵票上所載之國家為貨物出產國，則為傳聞證據。^(註 28)

(八) 共犯分別於審判外為不在場之陳述，均經證明為不實，該等審判外不在場之陳述，非屬傳聞

註 24：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 60-61 頁。

註 25：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 61 頁。

註 26：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 62 頁。

註 27：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 62-63 頁。

註 28：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 63-64 頁。

英國 Mawaz Khan v R. 一案，多位被告被控共同殺人，檢察官提出全部被告於警詢辯稱不在場之陳述，該等辯解事後均經證明為虛偽。雖然共同被告對其他被告不在場之陳述，不得做為其他被告不利之證據。但比較二位被告此種陳述後，如果均屬虛偽，則可做出二位被告於犯罪後，共同謀議做出不實之不在場抗辯之結論，此種情形，亦不屬於傳聞。^(註29)

(九) 美國聯邦證據法第 801 條 d 之特別規定

美國聯邦證據法第 801 條 d，就普通法判例裡，原被認為係屬傳聞例外的傳聞證據，以法律特別規定，擬制為非傳聞證據。^(註30)

二、試論我國法之「非傳聞」

我國學說及實務似乎尚少依據我國法論及「非傳聞」之定義，多半是引據英美法或日本法例及案例來加以說明。本文立論重心不在此部分，故不擬詳論，僅依據我國傳聞證據之定義，即前述司法院「法院辦理刑事訴訟案件應

行注意事項」第 89 點認為「傳聞證據」係「提出被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，做為證據以證明其所敘述之事項為真實，該被告以外之人於審判外之陳述，應屬於傳聞證據」之定義，淺論我國非傳聞證據之可能內涵。

(一) 非陳述性證據

一個人的口頭言語、書面文字或行為，只要旨在傳達想法或資訊，均屬傳聞法則中之「陳述」，已如前述。依現行法明文之規定，傳聞是一種「陳述」，係以「傳聞供述」（言詞）與「傳聞書面」為範圍，是以「物證」等非供述性證據，並非「傳聞證據」^(註31)。

(二) 被告本身之供述

我國的傳聞法則，重在保障被告之反對詰問權，故如係被告本人之陳述，應無保障其反對詰問權之問題，自無需予以排除其證據能力，並非傳聞證據^(註32)。此與日本刑事訴訟法肯認被告之審判外陳述仍屬傳聞^(註33)，有所不

註 29：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 64-65 頁。

註 30：主要內容是針對證人、當事人前後不一致之陳述（自認的陳述），規定在一定情況下得作為證據，而立法加以擬制為非傳聞。詳請參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 65-83 頁。另參見林朝榮，「傳聞法則之理論與實務」，載法務研究選輯，93 年度-94 年度，上冊，第 32-52 頁；吳巡龍著，「新刑事訴訟制度與證據法則」，2003 年 9 月一版，學林文化事業有限公司出版，第 196-198 頁；Arthur Best 著，「證據法入門」，蔡秋明、蔡兆誠、郭乃嘉譯，2002 年 12 月初版一刷，元照出版公司出版，第 124-140 頁。

註 31：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003 年 9 月初版第 1 刷、第 97-98 頁。

註 32：依刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定解釋，被告之庭外陳述，在定義上並非傳聞。參見吳巡龍著，「刑事訴訟與證據法實務」，2006 年 11 月一版，新學林出版股份有限公司出版，第 258 頁。

註 33：日本刑事訴訟法第 320 條第 1 項所排除的傳聞證據是供述書、供述筆錄及傳聞供述，其中包括原供述人是被告以外的人和原供述人是被告兩種情況。該法第 322 條、第 324 條第 1 項之規定，認被告之審判外陳述仍屬傳聞，但在符合一定條件下，可構成傳聞例外，而得作為證據。當原供述人是被告時，排除傳聞證據的根據就只剩下違反直接審理主義這一項，而與保障當事人反對詰問權無關。參見土本武司著，「日本刑事訴訟法要義」，董璠興、宋英輝譯，五南圖書出版公司印行，民國 86 年 5 月初版一刷，第 346-347 頁。

同。至被告之陳述雖不適用傳聞法則，但被告本人之供述仍應依據「自白任意性法則」及是否有其他法定程序之違反而定其是否有證據能力，自不待言。^(註34)

(三) 被告以外之人在本案審判內之供述

我國所謂之傳聞，既係以「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，做為證據」為限，反面言之，被告以外之人於本案準備程序、審判期日所為之陳述，並非傳聞，均得作為證據。^(註35)

(四) 其他參照美日等非傳聞法例之情形

因我國引進傳聞法則期間尚短，相關規範先天不足，具體案例累積亦屬有限，當有參

考、其他美日等外國法制^(註36)，以補充理論、體系缺漏之處。

伍、傳聞之例外

我國刑事訴訟法雖明定傳聞不得作為證據的原則，但也列舉了數項傳聞的例外，容許該項傳聞在法庭中得作為證據，這些例外大體上係以該「審判外陳述」是否具有「可信性」及「必要性」作為判斷之基準，而「可信性」之高低，又因陳述人在不同人面前之陳述而有不同，其得成為傳聞之例外，亦有不同之條件。^(註37)

一、不適用傳聞法則之程序

依刑事訴訟法第159條第2項規定，傳聞法則並非於所有程序均適用，在(1)法院依同法

註34：參見蔡碧玉，「2003年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150期，民國92年5月29日-92年8月28日。

註35：參見王兆鵬、陳運財、林俊益、宋耀明、丁中原、張熙懷、葉建廷合著，「傳聞法則理論與實踐」，2003年9月初版第1刷、第95-96頁。

註36：日本刑事訴訟法第320條對傳聞法則之定義為：「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材料，或在公判期日外，以他人之供述為內容所做之供述，均不得作為證據」。再者，證人於公判期日外之供述，有因性質上不屬於傳聞證據，而無傳聞排除法則是用；也有性質上屬於傳聞證據，因法律規定，而不予排除的。證人審判外陳述，性質上不屬於傳聞證據的情形有：1.傳聞供述是以原供述作為內容的供述證據。例如遭受痛苦時，即時發出的「好痛」「救我」等言語，不是經驗和內容的報告，嚴格而言，忍不住的呼喊和驚叫，是行為本身的部分，以此內容的供述，作為證據，不是傳聞證據。2.原供述本身即為待證事項。如毀損名譽案件的詆毀言詞；恐嚇案件的恐嚇言詞，非傳聞證據。3.原供述作為情況證據使用時。透過人所講述的言詞，雖可以辨別該言詞含意的真實，但更可透過該言詞來判斷該人的心理狀態和該人與他人之間的相互關係。如證人B陳述A曾說過「我是羅馬教皇」這句話，如果待證事項是「A是羅馬教皇」一事，則B的供述是傳聞，若待證事項為「A精神異常」，則不是傳聞。4.原供述之內容作為供述人心裡狀況之證據時，如甲說「被告無恥」，乙聽聞這句話的供述，如被用來證明甲對被告的厭惡心情，該供述屬內心狀態的供述，非傳聞證據。另外，依法律規定，雖為傳聞證據，但就當事人間沒有爭議的輕微案件，為謀求減輕訴訟關係人負擔及處理案件效率計，特別規定不適用傳聞法則之情形，如簡易審判程序、簡易程序、交通即決裁判程序等。詳請參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第25輯，第10篇，民國94年11月印行，第137-140頁。土本武司著，「日本刑事訴訟法要義」，董璠與、宋英輝譯，五南圖書出版公司印行，民國86年5月初版一刷，第348-349頁。

註37：參見蔡碧玉，「2003年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150期，民國92年5月29日-92年8月28日。



第 161 條第 2 項所為裁定定期通知檢察官補正，或裁定駁回起訴之情形、(2)法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者、(3)關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，均不適用傳聞法則^(註 38)。^(註 39)另外，在 2004 年修正刑事訴訟法時增訂「協商程序」相關規定，在刑事訴訟法第 455 條之 11 第 2 項，明訂協商程序不適用傳聞排除法則。^(註 40)

二、「原則上有效」之傳聞例外規定

(一) 法官、檢察官面前之陳述^(註 41)

1. 法官面前陳述：

刑事訴訟法第 159 條之 1 第 1 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。」本條所謂「法官面前之陳述」，並不限於對本案法官於本案審理程序所為之審判外陳述，依立法理由說明^(註 42)，只要陳述係在法官面前為之，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，均屬法官面前之陳述，上開陳述均係在任意陳述之信用性已受確定保障之情況下所為，因此得作為傳聞之例外，而有證據能力。本條項雖賦予證據能力，但法院或當事人若認必要，仍非不可予以傳喚該被告以外之人並踐行詰問程序。^(註 43)

註 38：參見張麗卿著，「刑事訴訟法理論與運用」，2005 年 10 月，九版二刷，五南圖書出版公司印行，第 366 頁。

註 39：刑事訴訟法第 159 條之立法理由四：「簡易程序乃對於情節輕微，證據明確，已足認定其犯罪者，規定迅速審判之訴訟程序，其不以行言詞審理為必要，如本法第 449 條第 1 項前段即規定：第一審法院依被告在偵查中之自白或其他現存之證據，已足認定其犯罪者，得因檢察官之聲請，不經通常審判程序，逕以簡易判決處刑，是以適用簡易程序之案件，當無須適用本條第 1 項所定之傳聞法則。另依修正條文第 273 條之 1、第 273 條之 2 等規定，行簡式審判時，對於證據之調查，不受修正條文第 159 條第 1 項、第 161 條之 2、第 161 條之 3、第 163 條之 1、第 164 條至第 170 條規定之限制，故本條第 1 項所定傳聞法則於簡式審判程序，亦不適用之。」、立法理由五「本法第 161 條第 2 項有關起訴審查之規定，係法院於第一次審判期日前，斟酌檢察官起訴或移送併辦意旨及全案卷證資料，依客觀之經驗法則與論理法則，從客觀上判斷被告是否顯無成立犯罪之可能；另關於搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，除偵查中特重急迫性及隱秘性，應立即處理且審查內容不得公開外，其目的僅在判斷有無實施證據保全或強制處分之必要，因上開審查程序均非認定被告有無犯罪之實體審判程序，其證據法則毋須嚴格證明，僅以自由證明為已足，爰一併於第 2 項明定其不適用本條第 1 項傳聞法則之規定，以避免實務運作發生爭執。」以上參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 118-119 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 40：參見林鈺雄著，「刑事訴訟法」，上冊，總論編，2006 年 9 月 4 版 3 刷，第 447 頁。

註 41：論者有謂：依據大法官釋字 582 號解釋意旨，舉輕明重，刑事訴訟法第 159 條之 1，不論向法官、檢察官所為之陳述，均不曾賦予本案被告對質詰問之機會，竟當然得為證據，有違憲之虞。參見林朝榮，「傳聞法則之理論與實務」，載法務研究選輯，93 年度-94 年度，上冊，第 255-256 頁。另參照羅秉成，「對質詰問權與傳聞法則的交互影響-以刑事訴訟法第 159 條之 1 的存廢及解釋爭議為例」，載檢察新論，2007 年 7 月，第 2 期，第 144-146 頁。

註 42：刑事訴訟法第 159 條之 1 立法理由二，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 119 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 43：參見林永謀，「傳聞法則之例外」，司法週刊（司法文選別冊），民國 95 年 1 月 5 日，第 1269 期，第 7 頁。

2. 檢察官面前陳述：

依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定：「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。」^(註 44) 本條項之檢察官面前陳述，原則上得作為證據，但如顯有不可信之情況時，即不得作為傳聞之例外，此項顯不可信之情況，應由主張證據排除之一方（即被告）釋明之，再由檢察官舉證證明此項情況之不存在。而所謂檢察官面前之陳述，應包括本案及其他案件檢察官面前之陳述。

部分最高法院判決認為：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。」其立法理由乃在擔保該證言或鑑定意見，係據實陳述或公正誠實之可信性，故未依法具結者，依證據絕對排除法則，當然無證據能力，而不得作為證

據。故被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，仍應依法具結，始有證據能力；未依法具結，依同法第 158 條之 3 規定，不得作為證據^(註 45)。其陳述是否為傳聞證據，自無再予判斷之必要^(註 46)。亦即，認為證人於偵查中未經具結，縱經檢察官訊問，仍不得依據同法第 159 條之 1 第 2 項傳聞例外取得證據能力。

然而，同一證人或關係人在警訊中所為之陳述，因司法警察（官）並無命證人具結之權力，故只要其陳述符合同法第 159 條之 2、第 159 條之 3 之「特別可信性」及「必要性」之條件時，即可作為傳聞之例外，而有證據能力，並無未依法具結而喪失其證據能力之問題。反而檢察官面前之陳述需具備傳聞之例外及證人具結二項要件才取得證據能力，兩相比較，似嫌輕重失衡；因此有反對之意見^(註 47)。

註 44：本條項立法理由：「…偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據…現階段刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法其有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而實務運作時，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…，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 120 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 45：參見最高法院 94 年台上字第 1644 號、94 年台上字第 3277 號判決。

註 46：參見林永謀，「傳聞法則之例外」，司法週刊（司法文選別冊），民國 95 年 1 月 5 日，第 1269 期，第 5-6 頁。

註 47：學者陳運財主張：偵查中檢察官訊問證人未經具結者，其製作之訊問筆錄，並不受到第 158 條之 3 規定之限制。參見陳運財，「傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討」一文，載「台灣法學雜誌」，2007 年 5 月號 94 期，第 145-146 頁。學者王兆鵬則主張：證人甲於偵查中未具結而陳述，法院認定甲之陳述「顯有不可信之情況」，裁定不得依第 159 條之 1 第 2 項成為證據。審判中檢察官傳該證人甲作證陳述，其陳述與偵查中向檢察官所為之陳述不符，…依刑事訴訟法第 159 條之 2 法理類推解釋，向檢察官所為之陳述與審判中不一致時，先前向檢察官之陳述在符合第 159 條之 2「較可信性」、「必要性」二要件後，應亦得成為證據，不受限於文字；參見王兆鵬著，「刑事訴訟講義」，2006 年 2 月初版第 2 刷，第 581 頁。另有最高法院判決採取「區分說」，即若檢察官或法官非以證人身份傳喚，而以共犯、共同被告身份傳喚到庭為訊問時，其身份既非證人，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。…不論係本案或他案在檢察官面前作成未經具結之陳述筆錄，係屬被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，本質上屬於傳聞證據…依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項，仍非不得為證據。不能因陳述人未經具結，即一律適用本法第 158 條之 3 之規定，排除其證據能力。參見最高法院 97 年台上字 1373 號判決。



(二) 特信文書

依刑事訴訟法第 159 條之 4 規定，下列文書，除顯有不可信之情況外^(註 48)，得作為證據：(1)公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。^(註 49)(2)從事業務之人於業務上或通常過程所須製作之紀錄文書、證明文書。^(註 50)(3)其他於可信之特別情況下所製作之文書。^(註 51)

(三) 當事人事先同意

傳聞法則之重要依據，在於傳聞證據未經當

事人之反對詰問，予以檢證，故予以排斥。若當事人已放棄對原供述人之反對詰問權，於審判期日表明同意該傳聞證據作為證據^(註 52)，基於有助發現真實之理念，法院認為適當者，亦得作為證據。故刑事訴訟法第 159 條之 5 第 1 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。」^(註 53)

註 48：主張有此「不可信」之一方，應負舉證責任；惟法院亦可本於職權予以發現。參見林永謀，「傳聞法則之例外」，司法週刊（司法文選別冊），民國 95 年 1 月 5 日，第 1269 期，第 19 頁。

註 49：刑事訴訟法第 159 條之 4 立法理由二：「公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書如被提出於法院，用以證明文書所載事項真實者，性質上亦不失為傳聞證據之一種，但因該等文書係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能須擔負刑事或行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於可受公開檢查（Public Inspection）之狀態，設有錯誤，甚易發現而予以及時糾正，是以，除顯有不可信之情況外，其真實之保障極高。爰參考日本刑事訴訟法第 323 條第 1 款、美國聯邦證據規則第 803 條第 8 款、第 10 款及美國統一公證書證據法第 2 條，增訂本條第 1 款之規定。」，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 122 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 50：刑事訴訟法第 159 條之 4 立法理由三：「從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可替代性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。爰參考日本刑事訴訟法第 323 條第 1 款、美國聯邦證據規則第 803 條第 6 款，增訂本條第 2 款。」，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 122-123 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 51：刑事訴訟法第 159 條之 4 立法理由四：「另除前二款之情形外，與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，例如官方公報、統計表、體育紀錄、學術論文、家譜等，基於前開相同之理由，亦應准其有證據能力，爰參考日本刑事訴訟法第 323 條第 3 款之規定，增訂本條第 3 款。」，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 123 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 52：當事人同意之性質，究係僅是消極放棄詰問權，或不僅是消極放棄詰問權，更係積極賦予證據能力之當事人的訴訟行為，在日本學說上有所爭論。但在我國論者多採「賦予證據能力說」，即認此係基於當事人進行主義中之「處分主義」，亦即以「當事人同意」之訴訟行為賦予傳聞證據證明能力。參見王銘勇，「傳聞證據與同意（中）」，載司法週刊第 1140 期，第 3 版，民國 92 年 7 月 2 日；林永謀，「傳聞法則之例外」，司法週刊（司法文選別冊），民國 95 年 1 月 5 日，第 1269 期，第 12 頁。

註 53：參見張麗卿著，「刑事訴訟法理論與運用」，2005 年 10 月，九版二刷，五南圖書出版公司印行，第 367 頁。

(四) 其他法律規定之例外

刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定所稱「除法律有（傳聞例外）規定者外」之「法律」，係包括刑事訴訟法 159 之 1 至第 159 條之 5 及第 206 條、性侵害犯罪防制法第 15 條第 2 項、兒童及少年性交易防制條例第 10 條第 2 項、家庭暴力防治法第 28 條第 2 項、組織犯罪防制條例第 12 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^(註 54)。

三、「例外才有效」之傳聞例外規定

(一) 檢察事務官、司法警察（官）面前之陳述

依刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 規定，被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中所為之陳述，原則上不得作為認定犯罪之實質證據（但仍得作為彈劾可信度的「彈劾證據」使用），只有在其先前陳述具有「較可信之特別情況」，且為「證明犯罪事實之存否所必要者」（亦即具有「特別可信性」及「必要性」）之情形下，才可成為傳聞例外而有證據能力。而檢察事務官、司法警察（官）面前之陳述之所以需要較嚴格的條件才能成為傳聞的例外，乃因其無如法官、檢察官得命證人、鑑定人具結之權力，且實務上對警詢筆錄（含

檢察事務官詢問筆錄，下同）任意性之信賴遠較檢察官之訊問筆錄為低，不足以擔保其所取得證人陳述之可信性，故以「原則排除」，「例外可採」之方式定其證據能力^(註 55)。警詢筆錄可成為傳聞例外之情形，有下列二種：

1. 證人審判中陳述與先前警詢筆錄不一致，而警詢筆錄具特信性、必要性：

刑事訴訟法第 159 條之 2 規定：「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，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。^(註 56)」依上述規定，因為證人於審判中之陳述與其先前之審判外陳述不一致，故需證明其先前陳述較具可信性；所謂「其先前之陳述具有較可信之特別情況」，係指其前後陳述之外部情況經比較後，判斷其先前陳述較具可信性者而言，與其陳述內容之證明力無關；此項外部情況之比較，應參酌陳述人陳述時之客觀環境、條件（例如陳述時家屬是否陪同在場、警察是否全程錄音、錄影、證人是否受到威嚇或脅迫等）綜合判斷之。此項較可信之特別情況及證明犯罪事實存否之必要性，應由主張該證據之檢察官舉證之。^(註 57)

註 54：刑事訴訟法第 159 條立法理由三，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 118 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 55：參見蔡碧玉撰，「2003 年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊 2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150 期，民國 92 年 5 月 29 日-92 年 8 月 28 日。

註 56：刑事訴訟法第 159 條之 2 立法理由二：「被告以外之人於審判中所為陳述與其在檢察事務官、司法警察（官）調查中所為陳述有所不符時，如其在檢察事務官、司法警察（官）調查中所為陳述較審判中之陳述更具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，可否採為證據，現行法並無明文，為發現真實起見，爰參考日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2、3 款之立法例，規定前述可信性及必要性兩種要件兼備之被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中所為陳述，得採為證據」，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 120-121 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 57：參見蔡碧玉撰，「2003 年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊 2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150 期，民國 92 年 5 月 29 日-92 年 8 月 28 日。



2. 證人於審判中未到庭，或到庭後無法或拒絕陳述，而警詢筆錄具特信性、必要性：

依刑事訴訟法第 159 條之 3 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，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據：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⁵⁸⁾」。此處所稱「具有可信之特別情況」，亦係指該陳述作成時之外部情況而言，並非指陳述內容之證明力，判斷時應參考陳述人是否係自發性陳述、臨終前之陳述或違反自己利益之陳述、及有無不利於任意陳述之外部環境等因素酌定之。⁵⁹⁾

(二) 擬制當事人同意

當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有刑事訴訟法第 159 條之 5 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，依同法條第 2 項規定：「當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第 159 條第 1 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。」將會使原本無證據能力之傳聞證據，因符合傳聞例外規定而取得證據能力。⁶⁰⁾

四、傳聞之復活

依刑事訴訟法第 159 條第 1 項之規定，傳聞證據，原則上沒有證據能力。又，在傳聞例外的情況，雖然可以例外取得證據能力，但傳聞例外，其實還可細分為上述「原則上有效」及「例外才有效」兩種情形。此種分類之實益在於，「原則上有效」之傳聞例外，須由反對有效之一方舉證，在公判庭的初階段（準備程序或審理程序的初階段），通常會直接被認定得適用傳聞例外規定，而取得證據能力。但在一部份傳聞例外的情形，亦即上述「例外才有效」之傳聞例外，因為該傳聞證據本即不具證據能力，若要主張例外有效，須由主張有效之一方舉證，此在準備程序、或審理程序的初階段，會因傳聞法則，先遭法院判定為傳聞，而

註 58：刑事訴訟法第 159 條之 3 立法理由二：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中之陳述（含言詞陳述及書面陳述），性質上屬傳聞證據，且一般而言，其等多未作具結，所為之供述，得否引為證據，素有爭議。惟依本法第 228 條第 2 項、法院組織法第 66 條之 3 第 1 項第 2 款之規定，檢察事務官有調查犯罪及蒐集證據與詢問告訴人、告發人、被告、證人或鑑定人之權限；第 229 條至第 231 條之 1 亦規定司法警察官、司法警察具有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據等職權，若其等所作之筆錄毫無例外地全無證據能力，當非所宜。再者，如被告以外之人於檢察事務官、司法警察（官）調查中之陳述，係在可信之特別情況下所為，且為證明犯罪事實之存否所必要，而於審判程序中，發生事實上無從為直接審理之原因時，仍不承認該陳述之證據適格，即有違背實體真實發現之訴訟目的。為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，爰參考日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之立法例，增訂本條，於本條所列各款情形下，承認該等審判外之陳述，得採為證據」，參見「刑事訴訟法及刑事訴訟法施行法全文暨修正條文對照表」，第 121-122 頁，民國 92 年 2 月，法務部印。

註 59：參見蔡碧玉，「2003 年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊 2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150 期，92 年 5 月 29 日-92 年 8 月 28 日。

註 60：參見張麗卿著，「刑事訴訟法理論與運用」，2005 年 10 月，九版二刷，五南圖書出版公司印行，第 368 頁。

排除證據能力。但在當事人在審理程序的後階段對傳聞證據無異議而產生擬制同意效力，或警詢筆錄先後陳述不一致經彈劾成功、或無法於審判中再次陳述，在具備特信性或必要性之要件符合下、甚至友性證人完全依據原屬傳聞之筆錄、報告，重新到庭作證相同之內容等情況下，在審判的後階段，因符合上開「例外才有效」之傳聞例外規定要件，而從原本不具證據能力之狀態，在審判程序之中途，始轉變成為具備證據能力之新狀態，本文對此證據能力轉變過程，稱之為「傳聞之復活」。

陸、傳聞之效果

一、單純排除證據能力

依據刑事訴訟法第 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。」，在我國被認定為「傳聞」之證據，原則上將被排除證據能力。

二、彈劾之效力

刑事訴訟法第 273 條第 2 項之規定所稱「法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日『主張』之」，係指該證據不能用來主張作為嚴格證明（認定犯罪事實之證明）之用，但仍可用來作為彈劾證據（impeachment），以彈劾證人、鑑定人或其他關係人的

信用性；亦可用以作為其他與犯罪事實無關的自由證明之用。故待證事實必須為嚴格證明的場合，所請求調查的證據始必須有證據能力；而對於待證事實只須作自由證明的場合，證據可以無條件使用，無證據能力的限制。至傳聞證據，原則上不得作為認定犯罪事實的「實體證據」，但仍得作為彈劾證據，故縱使係審判外陳述，如並非作為實體證據之用時，仍得於審判中提出作為彈劾證據或證明與待證事實無關之其他事項之用。^{（註 61）}

三、因屬傳聞例外而獲得證據能力

所謂「傳聞例外」，即依傳聞證據排除法則，傳聞證據原不具證據能力，不得作為證據。但有時因傳聞證據具有很高的可信性，且為證明犯罪所必要，若一律不容許傳聞證據作為證據，即有違司法正義。因此立法者，對法院審判時可信性高、認定事實所必要之傳聞，設刑事訴訟法第 159 條之 1 至 159 條之 5 等傳聞例外規定，例外容許為證據使用。^{（註 62）}

四、引發當事人在審判中聲請傳喚陳述人交互詰問

被告以外之人在審判外之陳述，縱於公判庭遭法院判定欠缺證據能力，但當事人並非完全喪失回復該項傳聞之證據能力的可能性。蓋當事人在經法院裁定某項審判外陳述為傳聞證據應予排除後，通常會立即依據刑事訴訟法第

註 61：參見王兆鵬，「共犯之陳述—以美國法為借鏡」，載法學叢刊 186 期，第 13-15 頁；陳運財，「傳聞法則之理論及其實踐」，載月旦法學雜誌 97 期，第 94-95 頁，2003 年 6 月；蔡碧玉，「2003 年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊 2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150 期，民國 92 年 5 月 29 日-92 年 8 月 28 日。日本刑事訴訟法第 328 條對此有具體明文：「雖依據第 321 條至第 324 條之規定（接近於我國刑事訴訟法第 159 條之 1 至之 5），不可作為證據之書面材料或供述，但為在公判準備中或公判期日對被告、證人或其他人之供述之證明力進行爭辯起見，亦得以之作為證據」，本條之證據僅得用來爭執審判期日之供述之證明力，不得作為認定犯罪事實之用。參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 165 頁。

註 62：參見趙春碧著，「依新修正刑事訴訟法論傳聞法則」，載司法院研究年報第 25 輯，第 10 篇，民國 94 年 11 月印行，第 173 頁。



163 條、第 163 條之 1 之規定，向法院聲請傳訊遭認定為傳聞證據之陳述人為證人，試圖透過該證人在審判中到庭接受交互詰問後，實質上達到使原本遭排除證據能力之審判外傳聞「重生」，而補足傳聞證據之證據能力。例如：妨害公務案件，遭脅迫、侮辱之公務員，原本提出受害書面報告或製作警訊筆錄，皆遭被告拒絕接受為證據，而遭法院認定為傳聞，不得作為證據。但經檢察官聲請傳訊該公務員到庭接受詰問後，成功鞏固原本書面報告所主張之事實，在證人屬於控方友性證人之情況下，對於犯罪之證明，通常不致造成實質不利影響。

五、證明犯罪能力

依照刑事訴訟法第 159 條第 2 項、第 455 條之 11 第二項規定，傳聞排除法則在起訴審查程序、簡式審判程序、簡易判決處刑程序、強制處分審查程序、協商程序中並不適用。反面解釋，傳聞證據在起訴審查程序、簡式審判程序、簡易判決處刑程序、強制處分審查程序、協商程序中，具有證明犯罪之證據能力。

六、排除犯罪能力

承上所述，傳聞證據在起訴審查程序、簡式審判程序、簡易判決處刑程序、強制處分審查程序、協商程序中，既然具有積極證明犯罪成立之證據能力，依據「舉重以明輕」之法理，應認為傳聞證據在檢察官為不起訴處分、職權不起訴處分、緩起訴處分之偵查案件中，也應該具有排除犯罪嫌疑或證明犯罪之證據能力。

柒、偵查階段因應傳聞法則之建議（代結語）

一、對被告以外之人之警詢、檢察事務官詢問，宜全程錄音或錄影

所謂「被告以外之人」，除證人外，尚包含共同被告、共犯、被害人等，因司法警察（官）、檢察事務官均無命其等具結之權利，故其等在警察、檢察事務官處所做之筆錄，性質上均屬傳聞。雖然刑事訴訟法對於被告以外之人之詢問或訊問，並無如同法第 100 條之 1 第 1 項前段「訊問被告，應全程連續錄音；必要時，並應全程連續錄影。」之要求，本無須全程錄音或錄影^(註 63)。但是，為求能在審判中，依據刑事訴訟法第 159 條之 2、之 3 傳聞例外之規定，證明上開筆錄具有特別可信性，以便讓傳聞復活，實有將司法警察、檢察事務官詢問之筆錄製作過程，加以全程錄音、錄影^(註 64)，以求增加日後證明特信性、必要性之素材。況且，訴訟實務上，在有全程錄音、錄影之警詢筆錄之情況下，因警詢筆錄可作出更有效的彈劾，會使被告以外之人翻供之心理壓力大增。同理，被告、辯護人甚至法院，因翻供可能性降低，因而傾向同意讓上開警詢筆錄依據刑事訴訟法第 159 條之 5 第 1 項規定，以取得證據能力之意願，也相對提高。

二、「關鍵性證人、共犯」檢察官應速訊問並具結，以保全其證據能力

偵查之發動，除檢察官因告訴、告發、自首或其他情事知有犯罪嫌疑而開始偵查^(註 65)外，司法警察（官）知有犯罪嫌疑者，亦應即時展開調查^(註 66)。故案件偵查階段，檢警應充分配合，對於關鍵性證人（如販毒罪之下游買家吸毒者）、甚至共犯（如賄選罪之受賄者、

註 63：最高法院 97 年度台上字 419 號判決：「（共同被告）製作筆錄雖未錄音，然如其供述係出於任意性，且筆錄內容與陳述相符，難謂其自白之筆錄，無證據能力」，可資參照。

註 64：目前我國檢察事務官詢問被告、證人之過程，都已經能做到全程錄音或錄影之要求。

註 65：刑事訴訟法第 228 條第 1 項參照。

註 66：刑事訴訟法第 230 條、231 條參照。

貪污罪之行賄廠商)，在偵查初期，因心神不寧、六神無主，一時心防崩潰，而在警詢吐露實情時，因其等翻供可能性大，證明犯罪成立之重要性又高，此時應速報請檢察官指揮或由檢察官主動指揮偵辦。透過檢察官到場訊問，或徵得證人、共犯之同意，任意同行至地檢署，接受檢察官以證人身份訊問並命具結，以及時、有效依據刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項（及同法第 158 條之 3）取得傳聞例外之證據能力。

三、在有共犯之案件，檢察官對各被告宜採取兩階段訊問方式

僅有單一被告之案件，因為被告之供述，縱係審判外之陳述，依據刑事訴訟法第 159 條第 1 項反面解釋，並不適用傳聞排除法則，而應適用刑事訴訟法第 156 條之自白法則，因此只要被告在警詢階段所製作之筆錄，符合前述刑事訴訟法第 100 條之 1 第 1 項全程錄音錄影之要求，且具任意性、真實性之要件，即具有證據能力^(註 67)。因此，縱使檢察官未對被告進行複訊，或僅進行如「警詢是否實在？有無刑求？」等簡單複訊，均不致影響被告在警詢所

為供述本已具備之證據能力。

但在有共犯存在之案件中，「共犯之自白」^(註 68) 依據刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規定，固與被告之自白，均屬法定證據方法之一，有證據能力，僅證明力受到限制，必須有補強證據才可以據以認定被告的犯罪事實。然因刑事訴訟法已經賦予「共同被告」證人之資格，並得將共同被告之調查證據或辯論程序分離或合併^(註 69)，故共犯若經「證人轉換程序」，分離審判，並準用有關人證之規定進行訊問者，其供述之性質即屬「證人之陳述」，可以獨立作為認定被告犯罪的主要（或補強）證據，不需要適用補強法則。

再者，對照前述刑事訴訟法第 159 條之規定及立法理由，共犯之陳述，顯然亦有傳聞排除法則之適用，因此，在有共犯存在之案件中，檢察官似宜參照上開分離審判之意旨，先以被告身份訊問被告，此時應注意被告之權利告知及緘默權保障之程序。檢察官以被告身份訊問共犯後，再明示因其同時具有共犯之身分，依法須轉換身份為證人，改依證人程序訊

註 67：在日本，除其刑事訴訟法第 319 條第 2 項規定自白的補強法則外，究其根源在於該國憲法第 38 條第 3 項規定：「任何人，當對自己不利之唯一證據是本人的自白時，不得以其作為認定有罪或科處刑罰的唯一根據」（何人も、自己に不利益な唯一の證據が本人の自白である場合には、有罪とされ、又は刑罰を科せられない。）；參照圖解六法，平成 11 年版，成美堂出版，第 11 頁。刑事訴訟法為保護被告人權免於受到不法、不當之侵害起見，而對自白之證據能力設有嚴格限制之外，並為避免偵查官員及審判官偏重自白起見，而對自白之證明力亦設有限制。依刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規定，自白僅具有一半之證明力；尚需另有其他證據（即補強證據）來補足自白之證明力，可謂對自由心證主義之限制。亦即，關於自白，現行刑事訴訟法乃採證據法定主義。參見黃東熊先生著「刑事訴訟法論」，民國 80 年 8 月，再版，三民書局，第 356 頁。

註 68：所謂「共犯之自白」，當指共同被告就涉及其他被告之犯罪事實，所為之不利陳述而言，故比較精確的用語應為「共同被告之不利陳述」。至於該共同被告承認自己犯罪事實之不利陳述，本即屬於「被告之自白」，並無特別予以明定規範之必要。參見蔡碧玉，「2003 年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊 2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150 期，民國 92 年 5 月 29 日-92 年 8 月 28 日。

註 69：刑事訴訟法第 287 條之 2、第 287 條之 1 參照。



問^(註70)。此時，在命共犯為證人具結前，應依刑事訴訟法第186條第2項^(註71)、第181條^(註72)之規定，事先告知得拒絕證言^(註73)。踐行此項告知，目的在使其知悉放棄證人拒絕證言權之後果，以免為保障其他被告本人的反對詰問權^(註74)，反而損害共同被告自身不自證己罪之利益。

共犯只要經證人轉換程序所取得之共犯陳述，即與一般證人經具結之證言無異，當有刑事訴訟法第159條之1第2項傳聞例外之適用，在其他共同被告之刑事案件審理程序中，得作為證據。

因此，在共同犯罪之案件，偵查機關對於個別被告之陳述，不能僅以被告本身之「自白」有效而滿足，尚須謀求另以證人身份取得證據能力，否則共同被告及共犯之審判外陳述，在不符合傳聞的例外規定之情況下，將受傳聞法則之拘束，不具證據能力^(註75)。

四、妥適擴大傳聞證據之取得與運用

我國所謂之「傳聞證據」，係指被告以外

之人在審判外所為之陳述，其範圍甚廣。但傳聞證據在多數情況下，均可經由傳聞例外（檢面陳述、警詢具特別可信、當事人同意），甚至是當事人在審判中聲請傳訊原陳述人到庭接受交互詰問，而取得證據能力。因此，傳聞證據不但不會因「排除證據能力」之原則規定而變成無用之證據。相反地，透過積極、廣泛地蒐集傳聞證據的作法，反而更能深化偵查之密度，進而提升相關案件之定罪率。

例如，實務上，案件偵辦上，司法警察常扮演第一線偵查之角色，其現場搜索、扣押、取證、逮捕人犯之過程，常成為法庭攻防焦點，如使第一線司法警察養成習慣性製作「查獲經過職務報告」（屬傳聞證據），除可讓檢察官為起訴決定、法官為證據調查時，事先能加以審酌外，被告及辯護人通常亦會評估假設排除上開「職務報告」之證據能力後，在傳喚檢方絕對友性證人到庭接受詰問時，能有多少反對詰問之勝率？通常反能促使辯護人勸告其

註70：大法官會議解釋釋字第582號宣示：「被告對證人之詰問權，乃憲法第16條、第8條所保障之權利。為確保此項詰問權，故證人於審判中，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」、「共同被告乃被告以外之第三人，本質上屬於證人」。相關問題，參照呂潮澤，「大法官釋字第582號解釋經第592號補充解釋後之適用（上）（下）」，載司法週刊，第1259、1260期，民國94年10月27日、94年11月3日。

註71：刑事訴訟法第186條第2項規定：「證人有第一百八十一條之情形者，應告知得拒絕證言。」

註72：刑事訴訟法第181條規定：「證人恐因陳述致自己或與其有前條第1項關係之人受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言」

註73：任何人不得被強迫作出對自己不利之陳述，一般稱此為「不自證己罪之特權」（Privilege Against Self-Incrimination）此特權顯諸於被告則為緘默權，如刑事訴訟法第95條第2款，被告無需違背自己意思而為陳述；顯諸於證人則為拒絕證言權，證人恐因陳述致自己受刑事追訴或處罰者，得拒絕證言，如刑事訴訟法第181條所訂。參見王兆鵬著，「刑事訴訟講義」，2006年2月初版第2刷，第654頁。

註74：因大法官釋字第582號解釋，共犯在檢察官面前陳述時，除應改列證人身份外，實務更有謂應依據刑事訴訟法第248條第1項規定保障被告「反對詰問」之機會，始具證據能力之見解。最高法院94年度台上字第3728號判決可資參考。另相關問題，請參見林宗志，「從傳聞法則論共犯偵訊程序」，載檢察新論，2007年7月，第2期，第154-172頁。

註75：參見蔡碧玉，「2003年刑事訴訟法修正條文簡介」，連載於法務通訊2137、2138、2139、2141、2143、2145、2147、2149、2150期，民國92年5月29日-92年8月28日。

當事人考慮是否進行罪刑協商。

此外，又如電話詐欺等案件，常因相關證人、被害人人數眾多，檢警傳訊、複訊總需借用大禮堂，動輒出動上百人次進行訊問，但傳訊之對象，因住居分散，通常不會全數到齊，因而造成案件延宕、國家人力資源浪費，或者放棄全部傳訊之作法，僅傳訊其中部分人士即勉強起訴等情況，均非上策。此時，建議可以考慮放棄傳統全面性傳訊之偵查方式，改為借助科技通訊設備，如電話答錄、3G 影像電話、電腦網路視訊等方式，取得各該證人之錄音或影像後，將通訊內容作成簡單書面摘要，附卷以傳聞證據之方式作為聲請簡易判決、或起訴（極可能轉變為簡易審判、協商程序等程序，可以使用傳聞）之證據。因上開被害人到審判中翻供可能性極低，縱使僅有簡單電話紀錄（更別說是通話影像），上開證據很有可能先經被告同意使用，就算一時遭排除，在日後傳訊時，也可以經交互詰問後，取得證據能力。

五、酌情採用「補充偵查」模式

檢察官基於保障人權目的，肩負同時監督警察、法官之責（國家權利之雙重控制）^(註76)，

如何以極少數菁英，兼顧「偵查主體」與「檢控主體」之任務？在我國現行「改良式當事人進行主義」、「傳聞法則」、「交互詰問」架構下，其實反而可以提供檢察體系一條可以思考的解決途徑。

蓋我國向來偵查模式，係沿襲舊刑事訴訟法在「職權主義」、「直接審理主義」架構。檢察官為窮盡調查之能事，除指揮司法警察進行蒐證外，尚以自行訊問被告、共犯、證人、勘驗現場、證物為偵查常見手法，其基本核心，仍不脫職權主義、直接審理之色彩。至今，刑事訴訟法已經調整為「改良式當事人進行主義」之現況下，面對檢察官人力大量抽調到公訴戰場、及人民對重大案件要求迅速實現正義，相當程度也加重檢方主動偵查之負荷，故傳統「準法官審判」之偵查模式，不無改弦易轍之必要。

要言之，既然被告警詢自白不適用傳聞法則，具有證據能力。而被告以外之人之警詢筆錄，甚至非正式紀錄（如前述通話記錄等），在證人翻供可能性低之情況下（如友性證人或中立證人），被告接受上開傳聞筆錄之可能性高^(註77)，就算不接受上開傳聞證據，檢察官亦

註 76：查歐陸創設檢察官制度的主要目的，其一、乃為廢除當時糾問制度，確立「訴訟上的權力分立原則」，透過訴訟分權模式，以法官與檢察官彼此監督節制的方法，保障刑事司法權限的客觀性與正確性。其二、創設檢察官制度的另一功能，在於以一受嚴格法律訓練及法律拘束之公正客觀的官署，控制警察活動的合法性，避免警察國家侵害人權的夢魘（以上二個功能即所謂「國家權力之雙重控制」）。創設檢察官制度的另一功能，在於以一受嚴格法律訓練及法律拘束之公正客觀的官署，控制警察活動的合法性，避免警察國家侵害人權的夢魘（以上二個功能即所謂「國家權力之雙重控制」）。其三、設置檢察官，乃為守護法律，使客觀的法意志貫通整個刑事訴訟程序，除了追訴犯罪之外，更注重保障民權（故有謂檢察官乃「一劍兩刃之客觀官署」）。從而，賦予檢察官在刑事程序中之各階段，均具有重要的功能，是以學者有認為刑事訴訟程序亦可以說是檢察官的程序。參照「法治國檢察官之偵查與檢察制度」，陳志龍撰，民國 87 年 3 月，載台大法學論叢，第 27 卷第 3 期，第 82 頁；「檢察官論\檢察官在訴訟法上之任務與義務」，林鈺雄著，1999 年 4 月，第 15、18 頁。

註 77：依本人公訴實務，面對檢方提出大量友性證人之傳聞筆錄之情況下，在事證大致明確，翻盤可能性低之案件，為節省法院與辯護人之時間、勞力、費用計，辯護人乃至於法院，多傾向勸諭被告接受傳聞證據，甚至認罪，以免啓動曠日廢時的證人傳喚、交互詰問程序。

可輕易透過向法院聲請傳訊證人接受交互詰問之方式，重新取得證據能力。

因此，在部分案件，檢察官似可審酌案件之成罪率、重要性、證人翻供可能性、「傳聞復活」機率，考慮對部分被告或被告以外之人，改採「補充偵查」、「二線偵查」方式，即不需要個個被告或被告以外之人均經檢察官親自訊問或複訊，而大量透過發查、核退等方式，指揮司法警察、檢察事務官，以製作筆錄、電話記錄等方式，蒐集上開案件被告及被告以外之人的傳聞證據，即得詳細且有效地終結案件（起訴或聲請簡易判決、簡式審判、協商判決等），以兼顧、平衡偵查慎重正確、迅速經濟之雙重目標。

六、調整對刑事訴訟法第 258 條「偵查完備」之認知，放寬傳聞證據在檢察官為不起訴處分、職權不起訴處分、緩起訴處分等案件之使用

高等法院及其分院檢察署曾以「檢察官對於證人未命具結」為理由，撤銷地方檢察署檢察官之不起訴處分，顯然陷入前述傳統「準法

官審判」偵查模式之窠臼。姑不論，證人未經檢察官具結，在審判中是否可依刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項或類推同法第 159 條之 2 取得證據能力，不無爭議。如前所述，傳聞法則在既在起訴審查程序、簡式審判程序、簡易判決處刑程序、強制處分審查程序、協商程序中，均無適用餘地，亦即在上開程序中，容許傳聞證據得作為積極證明犯罪成立之證據。何以證人之警詢筆錄、證人未經檢察官命具結之筆錄，反而不能作為不起訴處分、職權不起訴處分、緩起訴處分之排除犯罪成立之證據？顯有輕重失衡之處。因此，本文建議對於刑事訴訟法第 258 條所謂「偵查完備」之認定，不應排除使用傳聞證據作為偵查手段，犯罪嫌疑或證明犯罪之證據能力。總之，檢察官不但在起訴決定上，可放膽使用傳聞證據，在不起訴、緩起訴決定上，更沒有理由放棄使用傳聞證據之理！

（本文作者現為臺灣雲林地方法院檢察署檢察官）



何清吟 油畫 俗擱有力 120*120cm 2001 年