

## 刑事訴訟法

### 對質詰問與傳聞法則之例外

邢浩南老師

(法研所刑事法專攻、律師高考及格)



民國 98 年 6 月 17 日，甲、乙、丙三人結夥欲綁架孩童向其家人勒贖，不料在開始行動的當天消息走漏，甲、乙被埋伏好的員警們逮捕，丙則順利駕車逃脫，於逮捕後警方解送甲、乙至地檢署，檢方未命甲、乙具結，且未踐行對質詰問權。在偵查的同時，警方有查到丙所駕駛的車輛違規停車，從而警方欲就拖吊的方式將該車輛帶回作為丙為擄人勒贖共同正犯的證據。此外，於偵訊後發現甲具有現役軍人身分，於是將甲移送軍事法院審理，乙則仍於普通法院進行審理。甲於軍事法院接受軍法審判，因為適用陸海空軍刑法之緣故，甲很快地判決確定並於乙審判開始前即遭到槍決。而於以乙為被告的本案中，乙的律師 X 要求進行對質詰問，承審法院以事實上甲已經死亡、丙仍在逃亡中無從進行對質詰問而拒絕。試問：上述程序是否合法？

#### 壹、案例解析

系爭涉及近年來較為熱門之爭議，亦即對質詰問權如何運作的相關爭議點，然而這個部分其實在晚近學說的討論其實已經和傳聞法則的例外加以結合；再者，尚涉及偵查中未經具結的證言有無證據能力之爭議，此部分需留

意實務見解與學說見解有所出入，而學說見解間所依據的理由亦有所不同；此外，細部的爭點尚涉及不自證己罪的射程範圍，此部分須注意通說與少數學說之區別。

#### 貳、擬答

一、系爭本案甲、乙於偵訊中未踐行具結之證言的證據能力為何，涉及刑事訴訟法（下稱本法）第 158 條之 3 所適用的刑事訴訟程序階段為何，茲分述如下：

(一)按本法第 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。」，然而該條究竟係適用於偵查和審判階段或者是僅適用於審判階段，實務與學說見解則有不同看法：

1. 實務見解認為：

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，刑事訴訟法第 158 條之 3 定有明文。證人於檢察官偵查中之證言未經具結，原審採為論罪之依據，即非適法。(最高法院 98 台上 1177 判決參照)

2. 學說見解則認為：

(1) 依照向來實務見解<sup>1</sup>所採取的偵訊方式，無疑是爲了保險起見，先對犯罪嫌疑人用證人的程序進行告知，命其具結而陳述，待其陳述之後，再踐行本法第 95 條告知義務，命其以被告身分爲陳述，學說稱其爲雙掛號偵訊模式。而此種雙掛號偵訊模式是否妥適，學說見解從嚴格證明的角度切入認為，嚴格證明程序既然不適用於偵查程序中，本法第 158 條之 3 亦不用於偵查程序中。然而，該學說見解認爲偵查程序當中仍有第 95 條、第 186 條之限制。

此外，相同的學說見解<sup>2</sup>亦提出其他理由加以佐證：

(2) 本法第 158 條之 3 雖然實務見解有認爲包含偵查與審判程序，爲晚近學說見解認爲，因爲：同爲偵查程序，警詢時不需具結，並且有本法第 159 條之 3、之 5 的傳聞例外的適用可能性，偵訊中卻要求踐行第 158 條之 3 有輕重失衡之疑慮；再者，本於第 158 條之 4 的立法理由所指稱之判決期刑事訴訟程序皆是於審判中，而非偵查中；最後，雖然沒有本法第 158 條之 3 規定，但是仍有本法第 159 條以下傳聞法則與其例外之相關規定的適用。是以，本法第 158 條之 3 不含偵查階段，該證人有無具結只是影響到本法第 159 條之 1 第 2 項可信性之判斷而已。

(3) 小結：從而，依照學說見解所認之體系解釋，偵查中未經具結的證言亦有證據能力，蓋本法第 158 條之 3 並不適用偵查中。

二、然而，雖然未經具結的證言仍有證據能力，惟偵查中未經對質詰問的證言是否仍具有證據能力，則涉及傳聞法則之例外與對質詰問之運用，茲分述如下

按系爭本案甲、乙於檢察官面前的陳述，係屬於本法第 159 條第 1 項所規定：「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。」

<sup>1</sup> 最高法院 95 年台上 3979 號判決。

<sup>2</sup> 陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用，台灣本土法學雜誌，93 期，2007 年 4 月，頁 238 ~ 257。

所指應該排除的傳聞證據，究否能適用於本法第 159 條之 2 所規定：「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。」之傳聞例外，則涉及刑訴法第 159 條之 1 第 2 項規定應如何解釋運用，亦即是否須加上「被告或辯護人行使反對詰問權」？

(一)現行法對於該條中「顯不可信」規定：

依法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 89 點規定，所謂顯不可信係指須視被告以外之人陳述之心理狀況、有無受到外力干擾而定。

(二)早期學說見解：

必須有於偵查中依法具結或詰問，始非顯不可信；近期實務亦有同學說認為，刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項適用之前提，必須有具結、有行使反對詰問權之機會以及符合該被告以外之人陳述之心理狀況、並無受到外力干擾始可適用。

(三)晚近學說認為：

1. 增訂傳聞法則之前早期大量允許以證人審判外陳述代替證人到庭陳述：

例如：(1)最高法院 72 年台上 1203 號判例：「刑事訴訟法係採自由心證主義，對於證據之種類並未設有限制，被害人在警局之陳述，亦得採為認定犯罪事實之證據資料，並非刑事訴訟法第一百五十九條所謂不得作為證據之情形。至其證明力如何，則由法院自由判斷。原判決係以被害人案發之初在警局訊問中之陳述，為認定上訴

人犯罪證據之一，且該項陳述之筆錄，既經顯之於公判庭，提示予上訴人辯論，依刑事訴訟法第一百六十五條之規定，已不能謂原審就此未有調查，況其復以林某之證言，及省立台南醫院之診斷證明書，增強其證據能力，則其證據調查方法與採證之運用，顯均與證據法則無違。」(本則判例於 92 年 3 月 25 日經最高法院 92 年度第 5 次刑事庭會議決議不再援用)；(2)最高法院 71 年台上 6140 號判例：「證據已在審判期日顯出於審判庭，經法院就其是否可信為直接之調查者，即得採為判決之基礎。現行我國刑事訴訟制度，就證據之蒐集與調查，並不僅限於在法院始得為之，檢察官之偵查不論矣，即司法警察官或司法警察依刑事訴訟法第二百二十九條至第二百三十一條之規定，亦有協助檢察官偵查犯罪之職權，若司法警察單位所為證據調查之資料，法院得依直接審理之方式加以調查者，仍具有證據能力。上訴人徒以原審將警訊資料作為判決之基礎，即謂其有違刑事訴訟法第三百七十九條第十款規定，自非可採。」(本則判例於 92 年 5 月 20 日經最高法院 92 年度第 9 次刑事庭會議決議自 92 年 9 月 1 日起不再援用)；(3)最高法院 71 年台上 2744 號判例：「命證人與被告對質與否，審理事實之法院，本有自由裁酌之權，均非當事人所得據為提起第三審上訴之適法理由；再原判決理由已敘明上訴人所舉證人謝某等，與待證事實無重要關係，並無訊問之必要，亦無應於審判

- 期日調查之證據而未予調查之當然違背法令情形。應認其上訴為違背法律上之程式，予以駁回。」(本則判例於民國 95 年 7 月 25 日經最高法院 95 年度第 14 次刑事庭會議決議不再援用)。
2. 最高法院 88 年台上 6573 號判決(強調實質直接性，以保障對質及詰問權和憲法第 16 條訴訟基本權之防禦權):「刑事訴訟為發現實質之真實，採直接審理及言詞審理主義，證據資料必須能由法院以直接審理方式加以調查，證人必須到庭以言詞陳述，始得採為判斷之依據。司法警察官本於其職務作成之報告文書，或係基於他人之陳述而作成，或為其判斷之意見，其本身非依直接審理方式加以調查，應無證據能力，不能認為刑事訴訟法第一百六十五條第一項所稱「其他文書可為證據者」之證據書類，縱令已將之向被告宣讀或告以要旨，依同法第一百五十五條第二項規定，亦不能遽採為有罪判決之論據。」
3. 增訂傳聞法則之後初期的實務見解多以文義解釋認為符合法定傳聞例外為已足，不考慮究竟是否確保被告之對質詰問權。惟大法官釋字第 582 號解釋之後，雖有學說認為釋字第 582 號解釋經釋字第 592 號補充解釋後，僅係關於共同被告於審判中是否須以證人身分予以詰問始得作為證據，與傳聞法則、嚴格證明無涉。然而，晚近實務見解認為對於傳聞例外應受對質詰問之限制，從而傳聞例外並非為對質詰問之例外。
4. 刑訴法第 159 條之 1 第 2 項解釋難題:  
(1) 刑訴法第 159 條之 1 第 2 項規定須

增加，除有第 159 條之 3 外，偵查中經被告或辯護人為反對詰問權<sup>3</sup>。被告於偵查中之詰問可否取代審判中詰問？實務見解<sup>4</sup>認為，法院負有傳喚該陳述人到場義務之前提係偵查中未經詰問+被告未明示捨棄<sup>5</sup>+未有客觀上無法傳喚之情形，從而，偵查中已然進行反對詰問者，法院不負傳喚之義務。

- (2) 刑訴法第 159 條之 1 第 2 項[非顯有不可信]之要件的內涵，亦將反對詰問權內化至該要件中<sup>6</sup>。亦即，所謂的[顯不可信]應係指①被告有選任辯護，卻依照第 245 條第 2 項規定不允許辯護人在場或陳述、②依照第 248 條規定，被告在場卻無詰問之機會、③依照第 248 條之 1，被害人受詢問時未予相關人員陪同在場陳述。

#### 5. 晚近學說及實務見解<sup>7</sup>：否定

蓋(1)被告之反對詰問權係證據能力要件或證據調查範圍、(2)實務上偵查行使反對詰問有困難、(3)且刑訴法第 248 條之規定不允被告在場或即便在場亦無辯護人，偵查中被告之反對詰問亦難與審判中有相同之效果。

從而，反對詰問權應與傳聞證據之證

<sup>3</sup> 最高法院 94 年台上 3728 號判決。

<sup>4</sup> 最高法院 95 年台上 5027 號判決。

<sup>5</sup> 楊雲驊師認為：此一要件的反面解釋將會造成被告似可捨棄反對詰問。

<sup>6</sup> 最高法院 96 年台上 5559 號判決。

<sup>7</sup> 最高法院 95 年台上 6675 號判決；97 年台上 356 號判決、97 年台上 545 號判決；楊雲驊師則贊同上開晚近實務見解。

據能力脫鉤觀察，亦即只要符合刑訴法第 159 條之 1 規定即有證據能力，只是未經完足調查之證據，可於審判階段行使反對詰問而補足<sup>8</sup>。補足之後，法院應綜合該被告以外之人於審判內外全部供述證據，斟酌卷內其他調查證據，本於經驗法則、論理法則為自由心證。

#### (四) 小結：

依照晚近學說與實務見解所認，系爭本案甲、乙於偵查中未經對質詰問的證言，並非當然欠缺證據能力，而是未完足的證據，可於審判中加以補足。

### 三、警方以行政上之拖吊的方式將該車輛帶回作為丙刑事訴訟程序中作為擄人勒贖共同正犯的證據是否違反不自證己罪，茲分述如下：

#### (一) 不自證己罪原則的定義：

不自證己罪原則（*nemo tenetur se ipsum accusare*）係指任何人均無義務以積極作為來協助對己的刑事追訴；亦即，國家機關不得強制任何人積極自證己罪。是以，被告能夠選擇對己罪為有利的防禦方式進行刑事訴訟程序。國家機關不得強制任何刑事訴訟被告或犯罪嫌疑人作出自我入罪之供述，此乃不自證己罪最起碼之要求。

#### (二) 針對不自證己罪是否等同緘默權的問題其實係涉及到學說見解所言究竟我國對於不自證己罪的內涵係採取所謂的供述基準抑或主動基準而

有差異，茲就學說與實務間不同看法分述如下：

#### 1. 供述基準說：

採取供述基準的學說與實務見解不在少數，其多半認為就被告之部分，不自證己罪係指不得以刑求或不人道之方式強逼被告陳述、不得因被告拒絕陳述而對其為刑事處罰、以及不得因被告保持緘默而對其為不利之推斷。並且其認為不自證己罪最重要的中心思想在於防止國家機關強迫被告揭露所知、所思、所信，再藉該所知、所思、所信而定被告於罪<sup>9</sup>。從而，贊同此說的學說見解<sup>10</sup>則會認為，倘若並非係不自證己罪所保障之客體，則國家得以強制力取得，亦得因人民拒不合作而直接或間接施以處罰。顧名思義，採供述基準說的學說則認為某一證據是否為不自證己罪所保護，其標準係以該證據之性質是否具供述或溝通之本質而定，必須具有供述或溝通之本質方為不自證己罪所保障。而實務見解<sup>11</sup>則有認為：「…刑事訴訟法規定被告有緘默權，被告基於不自證己罪原則既無供述之義務，亦無真實陳述之義務，同時亦不負自證清白之責任，不能認為因被告未能提出證據資料證明其無罪即認定其為有罪。」明顯將緘默權與不自證己罪並列，其

<sup>8</sup> 對於「被告是否行使反對詰問權」，楊雲驊師認為：此乃被告處分權之部分，應該由法院於準備期日階段說明曉諭之。

<sup>9</sup> 王兆鵬，不自證己罪保護之客體，台灣法學雜誌，95 期，頁 69，2007 年。

<sup>10</sup> 黃朝義，無罪推定-論刑事訴訟程序之運作，頁 10，2001 年；陳運財，論緘默權之保護，「刑事訴訟與正當法律程序」，頁 347～349，1998 年。

<sup>11</sup> 最高法院 94 年台上 7169 號判決。

論述模式亦同上開學說見解所言，亦即，不自證己罪與緘默權為相同概念。

## 2. 主動基準說：

採取此說看法之學說見解<sup>12</sup>則認為，倘若採取供述基準，首先出現的問題即係國家機關能否運用強制力要求被告主動提出非供述證據。蓋不自證己罪此種不自我入罪的特權，並不因證據的種類為供述或非供述而有差別對待，亦即，此原則之重點在於任何人均無積極自我入罪的義務，而非著眼於特定的證據型態；再者倘若允許國家機關能夠對於非供述證據課予被告主動提出之義務，則仍然可以達到強迫被告以積極方式自我入罪的效果，毋寧違背不自證己罪原則之目的。

此外，依此說論述脈絡，緘默權有別於不自證己罪原則，不自證己罪係一上位原則，包含供述與非供證據，而就供述證據之部分則始涉及緘默權的保障。

並認為上開最高法院實務見解雖然將緘默權與不自證己罪並列，但其用語包含後段所稱被告並無提出證據資料來自證其清白之義務，從而「證據資料」一詞包含供述和非供述，以此推知非供述證據亦在不自證己罪的射程範圍<sup>13</sup>。

主動基準說的脈絡延伸，亦即刑事程序之外的陳述與協力義務：

此部份則係涉及非刑事程序有無不自

證己罪原則之適用的爭議。實務見解<sup>14</sup>認為：「…證人此項拒絕證言權，與被告之緘默權同屬不自證己罪之特權…以證人身分於上開民事事件審判到場具結，如為真實之陳述，無異證明自己未經授權而冒用○○公司名義向合作印染公司訂購布匹，足使其受刑事詐欺罪之追訴、處罰…」，採取主動基準的學說見解則認為此一判決係我國法上重要的里程碑，蓋一旦非刑事法領域所證立的積極配合義務產生，或者是即將產生刑事訴追的關連性時，即進入不自證己罪的射程範圍<sup>15</sup>，不管當事人的身分可能係公法程序的當事人，例如海關的受檢查人，抑或商法上的公司負責人、破產程序的破產人，只要符合「刑事被告」的要件，則必須符合不自證己罪原則的保護。

## (三) 小結：

若採取通說見解，則此處並無侵及不自證己罪的上位概念；然而若採取少數學說則該證據有損及不自證己罪，宜認不得作為證據。

## 四、審判中亦無踐行對質詰問時，該無從補足之證言有無仍可採用之例外，茲分述如下：

### (一) 對質詰問權之本質：

英美法系的學者認為，對質與詰問其實係兩種不一樣的權利，其根本差異在於對質係被告與證人同時在場面對面，互為質問；而詰問係指在主問者訊問證人

<sup>12</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則，台大法學論叢，35卷2期，頁44～51，2005。

<sup>13</sup> 此說認為最高法院94年台上3293號判決、91台上4721號判決論述亦同此種看法。

<sup>14</sup> 最高法院94年台上51號判決。

<sup>15</sup> 林鈺雄，論不自證己罪原則，台大法學論叢，35卷2期，頁45，2005。

完畢後，由他人對證人的再行訊問，以求發現疑點或澄清事實。前者於我國法上則被規範於刑事訴訟法第 97、184 條；後者則被規範於第 166 條以下以及 248 條。

(二)若被告以外之人於審判外之陳述，於審判時發現有客觀上無法詰問者則如何？

1. 實務見解認為：既然偵審階段皆未踐行反對詰問，應無法補足其證據能力。
2. 學說見解認為：例外得作為證據，然而要區分國家機關對於發生刑訴法第 159 條之 3 的事項是否可歸責於國家加以分別認定。

蓋上開學說的重點在於「利用質問法則替代傳聞法則」，亦即對質問之例外不等於傳聞例外，因為傳聞例外的事由形式上不完整（如未包含匿名、秘密證人）、以及事由實質不合理（如共犯證人偵查中為不利被告之陳述後，於羈押期間被警方借提刑求致死，可歸責於國家之事由，此時是否認定法院已然盡力傳喚）。

從而，應當直接回歸對質問保障+其容許例外之判斷法則。判斷步驟如下：首先，證人是否為應受刑事被告質問之不利證人，是；則進到下一步國家機關已否踐行保障質問權內涵之程序，若否，此時則屬於質問權之干預或限制；此時則須判斷系爭干預或限制有無正當化事由（容許例外之判斷）：從而，容許例外的法理在於：法院應藉由平衡補償的程序性措施，確保整個程序之公平性，使其對被告之不利降到最低，即應以對被告防禦權

之補償，作為質問容許例外之必要條件。

而容許例外之證據能力層次部分：

- (1) 義務法則（刑訴§155 II、163、379 ⑩）：法院自身負有促成對質問之義務，是以應先履行傳喚、拘提之義務，而該證人仍無法親自到庭接受質問始可能成立質問之容許例外（空間上必須面對面、當場、在場、傳喚）。
- (2) 歸責法則（刑訴§67、371 僅為間接規範）：不利證人不能到庭接受詰問必須非肇因於國家之事由，否則，可歸責於國家，則法院不能採納未經質問之不利證詞；反之，可歸責於被告之事由<sup>16</sup>，則有構成[未經質問之例外]。
- (3) 防禦法則：應本於補償平衡之公平程序要求，盡力保障被告擁有較佳防禦的可能性。① 次佳防禦之替代方法（刑訴§177、證人保護法§11 IV）：例如：秘密證人不能直接得出容許例外，而應先考慮選任辯護人詰問，不宜時，再由指定公設辯護人代為詰問→不宜時，書面提問+使用變聲、蒙面、隔房、視訊。② 給予被告充分辯明之防禦機會：給予被告充分辯明之機會。容許例外之證明力層次部分：
- (4) 佐證法則（刑訴§156 II 補強法則）：該不利陳述既不得作為有罪裁判之唯一依據，主要證據仍應以其他證據來檢驗該不利陳述之真實性。通

<sup>16</sup> 例如：被告殺死先前作成不利陳述之證人或被告逃亡之情形。

過上開判準始有做成有罪判決之可能性（刑訴§155 I 但書、§299 I）

(三)承審法院復以事實上甲已經死亡、丙仍在逃亡中無從進行對質詰問而拒絕，就甲之部分因屬於可歸責國家之事由，程序不合法，系爭證言不得作為證據；丙則因逃亡而令被告無從進行對質詰問則應可歸責於被告，則法院若已踐行傳喚以及傳喚不到踐行拘提，則以履行法院應盡之義務，丙未經對質詰問之部分，程序合法。