

檢視實務傳聞法則、詰問權保障的變動 —最高法院 102 年第 13 次刑庭總會決議

編目：刑訴



主筆人：路台大 碩士、律師資格

路台大老師整合當今國內重要學說見解以及實務見解，並且搭配圖表與表格使學生理解。並強調刑事訴訟法前後連貫性與體系的見利。此外大量輔以文章案例與考古題練習，使學生可以將實務見解與學說爭議實際應用在案例中。

◎最新課程請點閱高點法律網 lawyer.get.com.tw

一、前言

最高法院於 2013 年針對「被告以外之人於偵查中經檢察官非以證人身分傳喚，其未經具結所為之陳述，證據能力如何」作成 102 年第 13 次刑庭總會決議。應注意者，該決議的影響範圍不僅限於刑事訴訟法（下稱本法）158 條之 3 中，具結與證據能力的問題。由於涉及被告以外之人審判外陳述，此決議影響範圍更擴及本法 159 條以下的傳聞法則與傳聞例外解釋，也牽動了大法官釋字 582 號解釋後，我國實務上傳聞法則、詰問權保障的解釋方向，接下來實務判決的走向勢必會有重大的變動。

本文並不打算對傳聞法則、傳聞例外、具結與證據能力等概念進行全面地說明，而是欲藉由本決議內容，一方面回顧過往實務發展，另一方面說明此決議對未來實務走向的影響與改變。

二、證人、對質詰問權與 582 號解釋

(一)大法官 582 號解釋概要

大法官於 582 號解釋中，有兩點與本決議相關。第一，大法官解釋提出「實質證人」之概念，凡非被告且對被告為不利陳述者，實質上即屬證據方法中的「證人」，因此共同被告若欲對其他被告為不利陳述時，為合乎嚴格證明之要求，必須依本法 287 條之 1 進行分離程序，之後共同被告應適用證人身分與相關規定，進行合法的調查程序。此看法也影響日後最高法院判決，包括：「告訴人」、「被害人」等，雖然

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

形式上名稱並非證人，為實質上皆屬被告以外之人，故皆應適用證人的合法調查程序。

第二，該釋字開宗明義說到：「憲法第 16 條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定…之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，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。」。由此可知「詰問權」屬於憲法第 16 條訴訟權之內涵，除例外客觀不能的狀況，原則上須確保被告對證人享有詰問權，此為一憲法位階之權利，對於發現真實與公平程序，具有不可取代性。此外，為確保詰問權，證人須依法定程序「具結」後接受「詰問」。

(二)決議內文與分析

本決議開頭即說明：「參酌刑事訴訟法第 159 條、第 159 條之 1 之立法理由，無論共同被告、共犯、被害人、證人等，均屬被告以外之人，並無區分。本此前提，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，作為被告論罪之依據時，本質上均屬於證人。而被告之對質詰問權，係憲法所保障之基本人權及基本訴訟權，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。」

由上段可知，本決議對證人的認定、詰問權保障與具結之要求，皆延續大法官 582 號解釋的意旨，凡被告以外之人皆為證人，被告對證人應確保憲法上詰問權之保障，且依法定程序要求證人具結，且受被告詰問。最後應注意者，本決議提到若確保詰問權且具結時，證人陳述可作為認定被告犯罪事實的依據，理由在於「信用性」獲得保障，此部分對決議後續文字影響甚遠，應值注意。

三、詰問權與傳聞法則、傳聞例外的關係

(一)582 號解釋的影響—從詰問權看傳聞法則、傳聞例外

本法 159 條為傳聞法則之規定，目的包括追求發現真實與確保被告詰問權，由於「被告以外之人在審判庭外，針對待證事實所為之陳述」，

【高點法律尋班】
版權所有，重製必究！

當該陳述者無法於審判期日出庭，改以傳聞證人或傳聞書面等替代時，因侵害被告詰問權，故原則上否定其證據能力。惟本法於 159 條之 1 以下訂有傳聞例外之規定，該當條文要件時，例外具有證據能力。這些規定要件中並未要求保障被告詰問權，在 582 號解釋出現後，引發學者質疑傳聞例外規定（如：本法 159 條之 1）有違憲疑慮。

隨著釋字 582 號將詰問權提升至憲法位階，影響了實務上對傳聞例外的解釋，以最高法院即有判決認為^{註1}本法第 159 條之 1 第 1 項、第 2 項所稱得為證據之被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，以及於偵查中向檢察官所為之陳述，這些傳聞證據得以成為傳聞例外，前提為這些陳述已經賦予被告或其辯護人在場得以行使詰問權之機會。若法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，沒有賦予被告或其辯護人在場得依上開規定「行使其詰問權」之機會，除非被告自己在審判程序中明白表示捨棄詰問權保障，或發生本法第 159 條之 3 所列各款之情形以外，均應傳喚該陳述人到庭依法具結，使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該審判外向法官所為陳述及偵查中向檢察官所為陳述，雖屬傳聞證據之例外，仍然不得作為認定犯罪事實之判斷依據。

由上開觀點可知，最高法院配合大法官解釋意旨，認為傳聞例外仍應以傳喚陳述人到庭具結，且確保被告詰問機會，作為具有證據能力的基礎。學說上也肯認這正我國實務將詰問權保障植入傳聞例外解釋的證明，兩者的關係上可解釋為「詰問權保障的例外『不等於』傳聞法則的例外」^{註2}，傳聞例外需要合乎條文要件且確保詰問權保障，方具有證據能力，得做為裁判依據。

依循相同解釋，有論者認為自釋字 582 號後，應對本法 159 條之 1 為合憲性之限縮解釋，要求該被告以外之人在審判外向法官所為陳述，應令具結並給予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，否則不允許該被告以外之人於審判外所為陳述為證據^{註3}。最高法院判決亦採保障

^{註1}最高法院 95 年台上字第 5027 號判決。

^{註2}楊雲驊，〈眾裡尋它千百度－最高法院對於刑事訴訟法第一五九條之一解釋之評析〉，《台灣法學》，第 120 期，2009 年 1 月 15 日，頁 70-73。

^{註3}林俊益，〈傳聞例外(二)〉，《台灣本土法學》，第 81 期，2006 年 1 月，頁 198。

被告反對詰問權之立場^{註4}：「法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除非該陳述人因死亡、或身心障礙致記憶喪失或無法陳述、或滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、或到庭後無正當理由拒絕陳述外，均應傳喚該陳述人到庭使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該審判外向法官所為陳述及偵查中向檢察官所為陳述，均不容許作為證據，以保障被告之反對詰問權，並符憲法第8條第1項及第16條之規定意旨」，須在先前程序使被告有反對詰問之機會，該審判外陳述方可合法作為證據。

(二)最高法院 102 年第 13 次刑庭總會決議的改變

1. 決議論述脈絡—以「可信性」與發現真實為重心

上開實務轉變在 102 年第 13 次刑庭總會決議中，出現了些許改變。本決議提到「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中（以下簡稱警詢等）或檢察官偵查中所為之陳述，或因被告未到場，或雖在場而未能行使反對詰問，無從擔保其陳述之信用性，即不能與審判中之陳述同視」，同樣點出審判外陳述，因為被告未到場或未能詰問，故與審判中經合法調查之程序有所不同，不過應注意決議將二者差異主要著重在「陳述的信用性」，也就是陳述間可信度、真實度的差異性上，而非以被告詰問權的確保作為論述重心。接續上開論述，本決議接著說到：「惟若貫徹僅審判中之陳述始得作為證據，有事實上之困難，且實務上為求發現真實及本於訴訟資料越豐富越有助於事實認定之需要，該審判外之陳述，往往攸關證明犯罪存否之重要關鍵，如一概否定其證據能力，亦非所宜」，此段中決議延續以「信用性」、發現真實為主軸的想法，認為一律要求用審判中陳述當證據，對於發現真實有所阻礙，存在事實上的困難，因此必須承認審判外陳述的證據能力。筆者認為到此為止，本決議雖然討論重心在於真實的發現，故主張要承認傳聞例外的證據能力，但是過往本法立法時即承認傳聞例外的合法性，傳聞例外的證據能力也確實來自於其信用性，故到此為止並沒有推翻過去實務一貫的

^{註4}最高法院 94 年台上字 3728 號判決、94 年台上字 5651 號判決、95 年台上字第 659 號判決。

作法。實務最重要的改變是底下的段落，不過因為該段落的產生，來自於前開推論，故仍需敘明。

2. 決議重要改變—反對詰問與傳聞例外的關係

本決議最大的改變在於此段：「而檢驗該陳述之真實性，除反對詰問外，如有足以取代審判中經反對詰問之信用性保障者，亦容許其得為證據，即可彌補前揭不足，於是乃有傳聞法則例外之規定。」此段將反對詰問的功能著重在保障信用性，故反對詰問之外，若有同樣可以保障信用性的方式時，即可彌補反對詰問之不足，此時縱然沒有經反詰問保障，只要可以確保信用性，仍可成立傳聞例外。

本決議較以傳聞例外諸條文進行具體說明：「偵查中，檢察官通常能遵守法律程序規範，無不正取供之虞，且接受偵訊之該被告以外之人，已依法具結，以擔保其係據實陳述，如有偽證，應負刑事責任，有足以擔保筆錄製作過程可信之外在環境與條件，乃於刑事訴訟法第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。』，另在警詢等所為之陳述，則以『具有較可信之特別情況』（第159條之2之相對可信性）或『經證明具有可信之特別情況』（第159條之3之絕對可信性），且為證明犯罪事實存否所「必要」者，得為證據。係以具有「特性性」與「必要性」，已足以取代審判中經反對詰問之信用性保障，而例外賦予證據能力」。

由上開決議具體舉例可知，本只要在偵查中檢察官訊問時，從實務一貫的「客觀外在環境與條件」標準進行判斷，足以認為筆錄具有可信性時，即可成立傳聞例外。且不僅是檢察官訊問，包括警詢時亦同，當客觀環境與條件判斷具有可信性時（有些條文尚須具備必要性，請注意），若該信用性保障已足以取代反詰問對信用性的保障，本決議在法律效果上明確指出「例外賦予證據能力」。此決議見解顯然與先前最高法院在582號解釋後的觀點不同，582號解釋後的觀點認為傳聞例外並不同於詰問的例外，縱然是傳聞例外，仍須經過詰問權保障，方可賦予證據能力。反之，本決議中認為當信用性保障足夠時，縱然沒有經過詰問權保障，仍可賦予證據能力。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

四、綿延許久的難題－「偵查中具結」

(一)偵查中具結的問題概要與實務學說發展

「偵查中具結」的妥當性與效果是爭議多年的難題，也是本決議的問題核心，昔日我國實務上有兩種見解，一說認為「偵查中須完全適用具結」，只要偵查中沒有經過具結而違反法定程序，該取得陳述依本法 158 條之 3 即無證據能力，且無法因該當傳聞例外規定，而恢復證據能力。另一說則認為「偵查中部分適用具結規定」，以偵查中訊問時的身分為區分標準，若以證人身分訊問仍需具結始合法，反之若是共同被告等身分時，則無須具結。

與實務截然不同者，學說上多數採「偵查中無須具結」的否定見解，主要理由如下：第一，偵查與審判的目的不同，前者目的為蒐集證據，後者才是對實體事實進行審理，因此前者在手段上可較為自由，亦即「偵查任意處分（自由形成）」的觀點，無須適用具結之要求，反之後者涉及有罪與否的認定，故較嚴格而適用「嚴格證明」之要求。第二，若要求檢察官偵查中訊問時，證人須具結，反之當警詢時卻毋須要求具結，二者顯有輕重失衡的問題。第三，立法歷程中，本法 158 條之 3 要求具結始有證據能力的規定，立法理由中所引用之過往判例，皆為審判中訊問的案例，顯然並未在立法時將偵查中訊問納入考量。

(二)本決議對偵查中具結的影響

本決議則認為：「至於被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，因欠缺「具結」，難認檢察官已恪遵法律程序規範，而與刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項之規定有間。細繹之，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，此於本院 93 年台上字第 6578 號判例已就「被害人」部分，為原則性闡釋」。此段與 582 號釋字精神相同，凡被告以外之人即屬證人，此外延續實務上要求偵查中證人訊問時具結的作法，偵查中證人被訊問須具結方屬合法，而具有證據能力。

不過，本決議也發現到檢察官前訊問要求具結，與警詢相比，有輕重失衡的問題：「惟是類被害人、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，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！

所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡」，本決議認為偵查中縱然未具結，信用性仍應比警詢高，但目前警詢陳述無須具結即有證據能力，反之偵查中必須經過具結才有證據能力，二者對比顯然失衡。

因此本決議認為應對過去實務見解進行補充解釋：「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 條之 2、第 159 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。」雖然偵查中陳述未經具結，惟若該未具結的陳述已經達到和警詢相同程度的信用性跟必要性時，既然信用性的程度已經相同，只是訊問者不同（檢察官、警察），此時可依照警詢陳述之傳聞例外的相關條文的相同法理來處理，例外認為這些檢察官前未經具結的陳述也具有證據能力。

五、小結與整理

本決議的重點與往後應關注方向，可簡單整理為下開兩點，請讀者務必注意：

1. 本決議對傳聞例外與反詰問的關係，似乎做出不同以往的解釋。本決議著重於「信用性」，也就是傳聞法則目的中「維護發現真實」的面相，因此反詰問的功能也僅著重在確保信用性上，而非確保被告憲法權利的面向。在此解釋脈絡下，本決議後，是否傳聞例外只要信用性足夠，即可免除 582 號解釋宣示的詰問權保障，最高法院後續判決值得注意。
2. 實務對於偵查中具結仍採肯定見解，且針對學說上關於警詢、檢訊輕重失衡的疑問，也做出了回應：警詢陳述的傳聞例外，依然不需要具結作為合法要件，只要具備特信性與必要性就有證據能力（本法 159 條之 2、159 條之 3）；檢察官訊問陳述的傳聞例外，具結原則是合法要件，惟若未具結但該陳述仍具備足夠信用性跟必要性時（由客觀環境跟條件判斷），依照舉輕以明重的法理，應比照上開警詢條文的法理，例外仍賦予證據能力。

【高點法律專班】

版權所有，重製必究！