

法官前陳述的傳聞例外

二、法官之訊問筆錄（§ 159之1 I）

● 案例 13-45 ●

甲、乙二人共同竊盜丙的鑽石，被害人丙僅向檢察官告甲竊盜，檢察官以甲竊盜罪嫌重大提起公訴。被告甲於法院準備程序及審判程序均自白：「我與乙共同竊盜丙的鑽石」（記明筆錄一），審判中，告訴人丙於審判期日到庭指述：「乙確實與甲共同竊盜我的鑽石，但因我欠乙一份人情，所以我才沒有告乙」（記明筆錄二），法院乃判甲「共同竊盜，處有期徒刑三月，如易科罰金以三百元折算一日」。檢察官收受被告甲的刑事判決後，自動檢舉被告乙共同竊盜，並以上開二分筆錄為證據，以乙犯有共同竊盜罪嫌提起公訴。試問：上開二分筆錄有無證據能力？

(一) 學者對本條之批評¹：

本條規定凡是法官前陳述，即可毫無條件回復證據能力，受到學說批評。蓋如上述，傳聞例外必須該證據具備可信性之情況保證（特信性），不具傳聞之風險，故未經當事人詰問仍屬合法。判斷關鍵在於該特信性之有無，與該陳述對象之身分間並無關聯，故招致下開批評：

1. 迷信法官權威，法官本位思想：要件過於簡略而寬鬆，法官前陳述一律可為傳聞例外，遭批評迷信法官權威，為法官本位思考之條文。
2. 忽略具結之要求與反對詰問權之保障：依條文文義，該審判外之法官前陳述，在非屬客觀不能到場的情況下，縱然未經具結擔保其真實性，或未賦予被告對該陳述有詰問之機會，仍得作為傳聞例外，擁有證據能力。如此一來，除侵害被告詰問權，也導致法院可能捨棄品質較佳的到庭陳述，而採納品質較差的先前陳述。釋字第582號作成後，此問題導致本條產生違憲疑慮，有待合憲性解釋，此點待後詳述。

¹ 王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），初版，2012年9月，承法，頁253-255；林鈺雄，刑事訴訟法（上），6版，2010年9月，元照，頁510；我國採傳聞法則必要性之探討—對刑事訴訟法有關傳聞法則修正草案的檢討，台灣本土法學第43期，2003年2月，頁87；張麗卿，傳聞與共同被告的調查，月旦法學教室第95期，2010年9月，頁19。

3. 立法意旨有誤—本條與任意性無關：

(1) 本條立法理由—任意性陳述之信用性已受保障：立法理由表示被告以外之人於法官面前所為之陳述（含書面及言詞），因其陳述係在法官面前為之，故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，均係在「任意陳述之信用性」已受確定保障之情況下所為，因此該等陳述應得作為證據²。

(2) 學說批評：

① 傳聞法則法理為詰問權保障，與任意性無關：任意性保障並非採納傳聞法則之理由，傳聞法則保障被告的反詰問權，而非任意性。因此，縱然該法官前陳述具有任意性，若無法保障被告反對詰問權，是否仍一概承認法官前陳述為傳聞例外，值得商榷。

② 法官前陳述≠信用性較高：可信性較高與向何人陳述根本無關，本法逕以此為立法理由，並無道理。且此理由與標準也用在檢察官前之陳述，可謂值得商榷。

(二) 要件（考試重點在第三點）：

1. 法官：實務上不限於對本案刑事訴訟程序審理之法官，包括向受託法官所為之陳述、非共同被告之共犯在「本案審判外之他案」向法官所為陳述、向民事庭法官或民事強執程序法官或少年法庭之法官所為之陳述、被告以外之人在軍事法院訊問時所為陳述等均屬之³。但向外國法官陳述、向軍審法上之軍事審判官所為之訊問筆錄或審判筆錄等，非屬本項之法官。

2. 被告以外之人於審判外向法官所為之陳述：指「訴訟程序中，法官依法訊問時，被告以外之人在法官面前所為之言詞陳述」。非泛指訴訟外，向法官個人之告白或陳述。

3. 釋字第582號之影響—先前程序應賦予被告或其辯護人詰問之機會：

(1) 學說見解⁴：釋字第582號將詰問權認定為憲法上權利後，本項要件並未以保障被告詰問權為要件，因而產生違憲疑慮。為避免本條違憲並保障詰問權，學說皆認為應加上保障被告詰問權之要件（如：在先前程序之陳述，已賦予被告或辯護人詰問機會）。換言之，若先前程序未賦予被告詰問機會時，除非存在「詰問例外的客觀不能情形」（釋字第582號所提之例外），否則本案審判期日中，

² 請見：最高法院101年台上字第2169號判決。

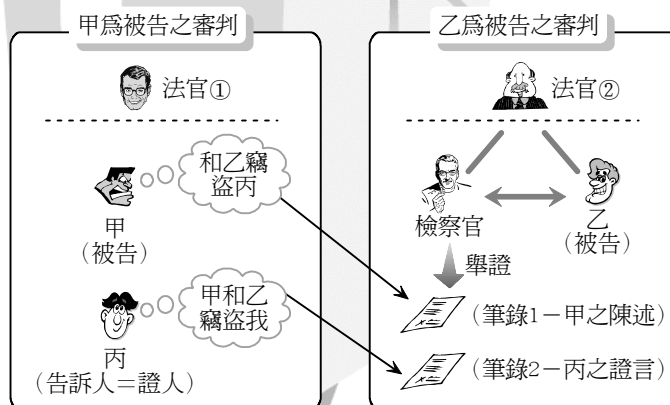
³ 林俊益，刑事訴訟法概論（上），14版，2014年9月，新學林，頁448。

⁴ 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣本土法學第94期，2007年5月，頁142-143；王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），初版，2012年9月，承法，頁255-256。

仍應傳喚該陳述人到庭作證並受被告詰問為妥。

- (2) 實務見解：實務上也認為自釋字第582號後，應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⁵。如有判決認為基於憲法第8條與第16條意旨，保障被告詰問權，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(§ 159之1)，實質上應解釋為「已經被告或其辯護人行使反對詰問權者」而言。若未給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(§ 159之3)」，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⁶。換言之，若給予被告或辯護人行使反詰問權的機會，該審判外向法官所為陳述得作為證據⁷。

- (3) 案例13-45之結論：



被告甲之自白與告訴人丙之證言皆為「乙的審判程序外，被告(乙)以外之人對待證事實所為之陳述」，屬傳聞證據。但二者皆屬法官前陳述，故該當本法第159條之1第1項條文，似可成立傳聞例外。惟釋字582號後，為確保被告反對詰問權，應對本條為合憲性解釋，以乙(或其辯護人)已在先前程序為詰問作為合法要件。本案中未賦予乙詰問機會，故皆不構成傳聞例外，無證據能力。

5 林俊益，傳聞例外(二)，台灣本土法學第81期，2006年1月，頁198。

6 請見：94年台上字第5651號判決、95年台上字第659號判決。

7 請見：最高法院95年台上字第2515號判決。

因應刑法沒收制度之重大變革，刑訴於105年6月修正公布部分條文以完備扣押之相關程序。

透過案例分析考點，建立刑訴體系架構
為坊間修法後最新之參考書！

刑事訴訟法

Criminal Procedural Law

律師

圖表解說，加速理解

輕鬆串連程序架構與法學概念

案例研究，深入剖析

精準掌握答題方向與應考趨勢

律師、司法官、法研所適用



下冊：620 元

上冊：580 元



高點文化事業

publish.get.com.tw

