

最高法院 107 年度第 1 次刑事庭會議決議(107/01/23)

【討論事項】

106 年刑議字第 6 號提案

【院長提議】

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？

【甲說：否定說】

- 一、刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 4 所稱之法官、檢察官、檢察事務官、司法警察（官）或公務員，均以我國之公務員為限，我國法權效力所不及區域或外國之相同職稱人員，不在其內。題旨之境外傳聞證據，並不符上開傳聞例外規定之要件，故不能直接適用各該條規定。
- 二、刑事訴訟法第 159 條立法理由明載「傳聞法則主要作用在確保當事人之反對詰問權」。允許傳聞證據得作為證據，於有同法第 159 條之 3 各款情形時，將使當事人之反對詰問權受到實質限制，且其原因非均可歸責於被告，據以限制被告反對詰問權，未必具正當性，對被告不公平且與傳聞法則之立法目的相違背。
- 三、依法律保留原則，基本權之限制非依法律不得為之。刑事訴訟法第 159 條第 1 項明定「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。」即揭示此旨。審判機關就此不利被告事項自不能逾越法條文義，以擴張解釋、比附援引、類推適用或適用法理等方法，創設法律所無的被告基本權限制。否則違反本條項規定，違反公民與政治權利國際公約第 14 條第 1 項（公平法院之要求）及憲法第 8 條第 1 項（正當法律程序）之規定，並侵害憲法第 16 條及公民與政治權利國際公約第 14 條第 3 項第 5 款（審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：…得親自或間接詰問他造證人，…）所保障之被告基本權。
- 四、題旨之境外傳聞，既不符刑事訴訟法傳聞例外之規定要件，亦難以類推或法理適用之方式擴張適用不利被告之規定，故無證據能力。
- 五、至於本院 102 年度第 13 次刑事庭會議決議，依舉輕以明重之原則，就未經具結向我國檢察官陳述之傳聞，容許類推適用向司法警察（官）陳述之傳聞規定。因二者訊問主體均為我國公務員，且檢察官有指揮司法警察之權能，該決議之事實背景與題旨之境外傳聞顯不相同，自不得援為不利被告之境外傳聞亦得類推適用相關傳聞規定賦予證據能力之依據。

【乙說：肯定說】

- 一、被告以外之人於我國司法警察官或司法警察調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法警察機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，非屬刑事訴訟法第 159 條之 4 所定之特信性文書。司法警察官、司法警察調查被告以外之人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應依刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 所定傳聞法則例外之要件為判斷。

- 二、刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 警詢筆錄，因法律明文規定原則上為無證據能力，必於符合條文所定之要件，始例外承認得為證據，故被告以外之人除有同法第 159 條之 3 所列供述不能之情形，必須於審判中到庭具結陳述，並接受被告之詰問，而於符合(一)審判中之陳述與審判外警詢陳述不符，及(二)審判外之陳述具有「相對可信性」與「必要性」等要件時，該審判外警詢陳述始例外承認其得為證據。於此，被告之詰問權已受保障，而且，此之警詢筆錄亦非祇要審判中一經被告詰問，即有證據能力。至第 159 條之 3，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款被告以外之人於審判中不能供述之情形，例外承認該等審判外警詢陳述為有證據能力。此等例外，既以犧牲被告之反對詰問權，除應審究該審判外之陳述是否具有「絕對可信性」及「必要性」二要件外，關於不能供述之原因，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用，以確保被告之反對詰問權。
- 三、在體例上，我國傳聞法則之例外，除特信性文書（刑事訴訟法第 159 條之 4）及傳聞之同意（刑事訴訟法第 159 條之 5）外，係視被告以外之人在何人面前所為之陳述，而就其例外之要件設不同之規定（刑事訴訟法第 159 條之 1 至第 159 條之 3）。此與日本刑訴法第 321 條第 1 項分別就法官（第 1 款）、檢察官（第 2 款）與其他之人（第 3 款）規定不同程度的傳聞例外之要件不同。因是，依我國法之規定，被告以外之人於審判外向(一)法官、(二)檢察官、(三)檢察事務官、司法警察官或司法警察等三種類型以外之人（即所謂第四類型之人）所為之陳述，即無直接適用第 159 條之 1 至第 159 條之 3 規定之可能。惟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，同屬傳聞證據，在法秩序上宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念。在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2、第 159 條之 3 等規定，據以定其證據能力之有無。
- 四、本院 102 年度第 13 次刑事庭會議已決議基於法之續造、舉輕明重法理，被告以外之人於檢察官偵查中非以證人身分、未經具結之陳述，得類推適用刑事訴訟法第 159 條之 2 或第 159 條之 3 規定，定其有無證據能力，已有類推適用傳聞例外之先例。

#### 【丙說：折衷說】

- 一、題旨情形，除符合刑事訴訟法第 159 條之 5 規定外，無法適用現有傳聞例外之其餘規定。就境外傳聞證據有無證據能力之判斷，可謂「法無明文」，屬法律漏洞。若堅持甲說理論，將使絕大部分境外傳聞證據在證據能力這一關即被排除，而將使我國偵查、審判刑法第 4 至 8 條所列跨境或境外案件困難重重，故採用境外傳聞證據有不得不然之現實需要。就此法律未規定事項，參考未規定傳聞法則之法域，以憲法及國際人權規範所定程序正義及公平審判觀點，另覓境外傳聞證據之證據能力審查基準。
- 二、以對質詰問權是否受保障，作為傳聞證據是否有證據能力之審查基準，本院已有判決先例。就符合刑事訴訟法第 159 條之 1 要件之傳聞證據，本院已有諸多判決認：除有刑事訴訟法第 159 條之 3 各款情形外，於偵查或審判程序中，應確保被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，「否則均不容許作為證據」；或如已給予反對詰問機會自「得為證據」；或「應限縮解釋為已經被告或其辯護人行使反對詰問權者始有其適用，非謂被告以外之人於審判外在法官或檢察官之前具結後之陳述，依前揭法條之規定，即取得證據能力」；或除有上開各款情形外「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或偵查中向檢察官所為陳述，仍不具備適法之證據能力」等。學者因此解讀：本院係以「質

問權已否受保障」(即對質詰問觀點之傳聞續造),作為是否容許傳聞例外之實質審查基準。

三、司法院大法官會議釋字第 582 號解釋指明:被告對質詰問權之保障係人證合法調查之必要法定程序。對質詰問權,除被告捨棄外,不當無理剝奪,將侵害被告訴訟權並違反正當法律程序及公平法院原則。

刑事訴訟法傳聞例外規定,係處理證據能力問題,其內涵並不包括對質詰問例外之容許。刑事訴訟法第 159 條之 3 所要求的「信用性情況保障」及「必要性」要件,係判斷是否容許傳聞例外而賦予其證據能力之基準,顯不能憑認「足以替代」被告反對詰問權之行使。有該條各款所示情形,何以容許對質詰問例外,應另立說理依據,方足認被告對質詰問權之剝奪,屬合理正當,進而採為斷罪依據。

刑事訴訟法第 159 條之 3 各款事由所導致之不能對質詰問,有可歸責於國家機關之作為或不作為(含怠惰,或法院不積極傳拘證人、不努力採行其他替代方案以確保被告質問權,致機會喪失),或證人到庭無正當理由拒絕證言者;則此非可歸責於被告,復非不能避免之例,何以被告訴訟防禦權應被犧牲,乙說並未處理或說明。

四、詳細規定傳聞法則的美國,其實務及學界就境外陳述於刑事訴訟中有無證據能力之判斷,亦以被告就該先前證言有機會對證人進行對質詰問為前提,亦即須通過憲法增修條文第 6 條對質條款之檢驗,始認有證據能力,否則無證據能力。

五、歐洲人權法院為保障境外取證頻繁的盟國人民基於歐洲人權公約所定之最低限度基本權,以公平審判的被告程序權及質問權保障為核心,發展出超國性「對質詰問例外法則」,作為刑事審判容許境外傳聞證據之實質審查基準。學者並認為本院判決先例中,不乏符合其等所介紹,審查被告對質詰問權之剝奪是否正當合理,而不屬侵害被告訴訟權,亦無礙公平法院及正當法律程序之原則者:

- 1.依刑事訴訟法第 163 條第 2 項規定及踐行人證之法定調查證據方法(釋字第 582 號),法院有盡力促成證人到庭詰證,供被告對質詰問之義務(即義務法則)。若法院已窮盡一切方法,證人仍不能到庭,方足認未侵害被告之對質詰問權。
- 2.客觀上被告無法對質詰問,係無可歸責於國家機關之原因,而有正當事由者(即歸責法則。日本最高裁判所平成 7 年 6 月 20 日平( ) 72 號判決認:外國人因國家遣返出境而未能到庭受詰問者,就程序正義以觀,即不許採用該證人在偵查中之證言為認定犯罪事實之證據)。
- 3.被告未能親自對質詰問行使其防禦權時,國家機關有本於補償、平衡的公平程序要求,予以替代性之防禦、辯明方案或機會(即防禦法則。例如採取遠距視訊,或請求他國互助前,要求取證國全程連續錄音、錄影,同時允許被告之辯護人在場並行間接質問等)。
- 4.未經對質詰問之境外傳聞證據,是否係唯一或主要之認定被告有罪證據,而有過度侵害被告訴訟防禦權造成不公平審判情事(即佐證法則)。

以上三說,以何說為當?請公決

### 【決議】

採乙說