

試探傳聞例外之法理基礎

——以刑事訴訟法第一百五十九條之一為中心

張 明 偉*

要 目

壹、前 言	五、上訴制度之差異
貳、以陳述任意性作為傳聞陳述證據 能力基礎之法制與困境	六、實體刑法之規定
一、實務見解之遞嬗	肆、美國傳聞法則之發展
二、現行立法之困境	一、傳聞法則在對質條款下之發展
參、職權主義下傳聞陳述之證據能力	二、證據能力之爭議
一、直接與言詞審理之傳統	(一)以高度真實性為承認傳聞例外 之基礎
二、審判結構之差異：陪審審判與 證據法之關聯	(二)以被告對質詰問程序之實踐為 傳聞例外之基礎
三、法官之角色功能	(三)朝向限縮證明性傳聞範圍之修 正
四、審判制度之定位：發現真實與 賽局	三、小 結

DOI : 10.3966/102398202013020131004

* 輔仁大學學士後法律學系副教授，美國加州舊金山金門大學法學博士。

投稿日期：一〇一年一月六日；接受刊登日期：一〇一年七月十九日

責任校對：林嘉瑛

伍、我國傳聞例外之法理探討	(四)單純任意性擔保之盲點
一、大陸法系國家對英美傳聞法則之修正	(五)以職權主義真實性擔保之審判結構為基礎
(一)日本	四、職權主義模式之傳聞例外
(二)義大利	(一)刑事訴訟法第一五九條之一之定位
二、以刑事訴訟法第一五九條之一修正英美傳聞法則之疑義	(二)我國採用傳聞法則之意義
三、我國傳聞法則與真實發現	陸、我國法制困境之分析檢討
(一)英美傳聞法則下之真實發現	一、實務困境之解構
(二)不應侷限於根深蒂固例外法則之我國傳聞例外	二、實務疑義之釐清
(三)傳聞陳述之容許與對質詰問權之限制	柒、結 論

摘 要

雖然我國於二〇〇三年增訂傳聞法則，不過刑事訴訟法第一五九條之一卻不屬於任何英美法上的傳聞例外類型，以致於學說上常批評該條規定違反對質詰問權之保障。實務上雖然大法官釋字第五八二號解釋已排除該條規定於共同被告於審判外陳述之適用，不過最高法院對此卻存在不同的觀點。本文以傳聞法制之沿革目的為基礎，除檢討最高法院相關裁判外，亦在探討我國傳聞例外之法理基礎。

關鍵字：傳聞法則、傳聞例外、對質、職權主義、兩造主義

壹、前言

依證據裁判原則之要求¹，有罪判決均須以證據為基礎²，因此關於何種證據足以定罪，亦即何種證據具備裁判上之容許性，歷來遂為各國刑事訴訟法制所重視。不過，基於有效證據之稀有性，為能有效發現真實，在職權主義傳統架構下，大陸法系之刑事訴訟法制於發展之初，對於證據資格乃少有限制³；究其所以，不外基於對法官透過直接審理篩選剔除不適格證據之期待，以發現實體真實⁴。由於職權主義傳統之刑事訴訟法制未曾自發地發展「傳聞法則」，幾乎所有接受大陸法系法學訓練的學者和法官們，均不認識英美法制之傳聞法則，前大法官陳樸生教授更曾本於一九六七年之立法理由明確指出我國刑事訴訟程序不採傳聞法則⁵。惟因舊刑事訴訟法第一五九條：「證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。」規定在外觀上十分類似美國聯邦證據法之傳聞定義⁶，早於二〇〇三年修法前即有學者主張我國刑事訴訟法已採傳

¹ 關於證據裁判原則之說明，參閱林俊益，刑事訴訟法概論（上），頁370-375，2010年11版。

² 反面而言，無罪裁判並不須以證據為基礎；參照最高法院90年度第7次刑事庭會議之說明，由於在刑事案件中，檢察官證明被告犯罪必須達到法院無合理懷疑之程度，從而，被告只須證明至事實認定者（法院）對被告有罪、無罪產生合理懷疑時，法院即應為無罪裁判。

³ 我國實務深受此一傳統影響，此可參考最高法院75年臺上字第933號判例：「刑事訴訟本於職權主義之效能，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力，是以法律上對於證據之種類，並未設有若何之限制。」之說明；不過本判例已不再援用。

⁴ 參考最高法院72年臺上字第1203號判例；不過本判例已不再援用。

⁵ 參閱陳樸生，刑事證據法，頁413，1995年。

⁶ Rule 801(c) of the Federal Rule of Evidence provides: "Hearsay is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial of hearing, offered

聞法則，並進一步主張刑事訴訟法第一五七條、第一五八條與第二〇六條等規定可視為傳聞例外⁷。雖依一九六七年刑事訴訟法之立法說明，舊刑事訴訟法第一五九條係源自於大陸法系直接審理原則與言詞審理原則，而非來自傳聞法則；且實際上於一九六七年絕無可能參照一九七五年始制定之美國聯邦證據法，舊刑事訴訟法第一五九條應非英美傳聞法制之產物。不過在一九九九年全國司法改革會議決定採改良式當事人進行主義的修正方向下，我國於二〇〇三年修正之刑事訴訟法，已明確採英美傳聞法則，期以糾正過去審判實務流於書面之不當，並保障被告之反對詰問權（對質詰問權），符合正當程序之要求。

雖二〇〇三年之刑事訴訟修法係以英美傳聞法制為師，不過遍尋英美法制之傳聞例外，卻未見類似我國刑事訴訟法第一五九條之一之規定；雖依該條立法理由說明⁸，立法者係以「在法官或檢察官面前之陳述具有普遍之任意性與高度之可信性」為由，賦予該類審判外陳述具證據能力；鑑於陳述者在自由意志下仍有可能為不實陳述，逕以陳述任意性推論其真實性，本質上係十分牽強的說理。或謂大陸法系傳統認為經具結之陳述具有一定程度可信性擔保而取得證據能力，惟因並非所有在法官或檢察官面前之陳述均須踐行具結程序⁹，特別當陳述者係以被告身分而為陳述，或有刑事訴訟法

in evidence to prove the truth of the matter asserted.”

⁷ 參閱黃東熊，論傳聞法則，軍法專刊，35卷1期，頁16，1989年2月。

⁸ 參照刑事訴訟法第159條之1之立法理由二：「被告以外之人（含共同被告、共犯、被害人、證人等）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。」

⁹ 蓋於美國刑事訴訟程序中，縱係被告亦須以證人身分陳述，在被告亦須具結陳述並受偽證罪處罰前提下，被告陳述亦具有一定程度之可信性擔保。

第一八六條第一項不得令其具結之事由而為陳述¹⁰時，如該陳述者於審判時未到庭或者到庭後不為陳述¹¹，其先前未經具結陳述之高度可信性基礎為何，實際上並不能僅由該陳述之任意性而推知。從而，在無法藉由訊問時之對質詰問程序，排除陳述者先前在法官或檢察官面前虛偽陳述疑慮（先前無詰問機會）之前提¹²下，僅以形式上「在法官或檢察官面前陳述」限制被告對質詰問權之「真正」實質理由為何？無法從立法理由獲得清楚說明。為釐清「先前在法官或檢察官面前之陳述者於審判中未到庭或到庭拒絕陳述」時¹³，刑事訴訟法第一五九條之一所衍生之爭議，本文乃以相關之最高法院裁判為基礎，並在參考美國有關傳聞法則的發展，與分析大陸法系職權主義對於應否採納傳聞法則之相關觀點後，探討有關刑事訴

¹⁰ 參照最高法院96年度臺上字第3527號判決：「若檢察官或法官非以證人身分傳喚而以告發人、告訴人、被害人或共犯、共同被告身分傳喚到庭為訊問時，其身分既非證人，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，當無違法可言。」

¹¹ 例如：先前陳述者於到庭後行使拒絕證言權或者緘默權等情形。

¹² 蓋如先前陳述者於陳述時已接受被告對質詰問（或已予詰問之機會），參照最高法院99年度臺上字第143號刑事判決：「倘當事人未捨棄詰問權時，證人必須已由法官合法訊問，且於訊問時予當事人詰問之機會，其陳述明確別無訊問之必要者，始不得再行傳喚。」之說明，因被告之詰問權實際上並未受侵害，故此種被告已於前訊問時詰問之情形，並非本文所探討之對象。

¹³ 蓋如先前陳述者於審判中已到庭陳述並接受被告對質詰問，不論其先前陳述係基於證人或被告（含共同被告）身分所為，參照最高法院99年度臺上字第7077號刑事判決：「為保障被告之反對詰問權，並與現行法對傳聞例外所建構之證據容許範圍求其平衡，證人在偵查中雖未經被告之詰問，倘被告於審判中已經對該證人當庭及先前之陳述進行詰問，即已賦予被告對該證人詰問之機會，則該證人於偵查中之陳述即屬充足調查之證據，而得作為判斷之依據。」之說明，因未侵害被告之對質詰問權，故此種情形，並非本文所探討之對象。

訟法第一五九條之一「真正的」法理基礎，期能有助於實務對於傳聞法則及其例外之運作。

貳、以陳述任意性作為傳聞陳述證據能力基礎之法制與困境

一、實務見解之遞嬗

關於在法官或檢察官面前（未經詰問）之陳述，是否不經事後補行詰問而「當然」依刑事訴訟法第一五九條之一規定而具有證據能力，最高法院歷來之裁判，見解並不一致。或因立法者對此隻字未提，實務遂出現僅本於法條文義與立法理由而為之裁判；依其所見，審判外於法官或檢察官面前之陳述只要於「形式上」符合刑事訴訟法第一五九條之一規定，縱未經被告事後補行詰問，該等審判外之陳述即「當然」具有證據能力¹⁴。雖然基於法律保留之法理，此種肯定不須經事後對質詰問補強即得成為傳聞例外之見解並非毫無所據，然而此種觀點是否有違憲法第二十三條之比例原則，亦即主張「所有在法官面前作成之審判外陳述、任何不具備『顯不可信之情況』並在檢察官面前作成之審判外陳述¹⁵，縱使法院認其證明力或證據價值不高，僅因該陳述具任意性即具備證據能力¹⁶，均足

¹⁴ 例如：最高法院99年度臺上字第1537號刑事判決、最高法院98年度臺上字第6552號刑事判決、最高法院98年度臺上字第6132號刑事判決、最高法院98年度臺上字第949號刑事判決、最高法院93年度臺上字第2397號刑事判決等。

¹⁵ 最高法院96年度臺上字第5559號刑事判決：「原判決理由……僅以被告及其選任辯護人之聲明異議，即全盤否定上開偵查中陳述之證據能力，對該等供述有無顯不可信之情況，並無隻字片語之論述，揆諸上開說明，非但理由不備，且與證據法則相違背。」

¹⁶ 最高法院100年度臺上字第847號刑事判決亦同此旨。

以合憲地限制傳聞法則所保障之對質詰問權」，是否該當對質詰問權之最小侵害？法理上並非無疑。故雖實務有以文義解釋之角度，肯認刑事訴訟法第一五九條之一之立法，不過關於何以只要法院未對審判外於檢察官面前之陳述如何具備顯不可信之情況有所指摘，即可不顧被告對質詰問權之保障，逕認該等於檢察官面前之陳述即具證據能力¹⁷？雖學者間迭有批評¹⁸，惟相關實務並未有所說明。

由於前述肯定說存在合憲性之疑慮，其說理之簡要欠缺高度說服力，或為回應前述學說上之批評，或為落實大法官釋字第五八二號解釋對於對質詰問權之保障，關於陳述之任意性是否單獨足以作為於法官或檢察官面前作成之審判外陳述具證據能力之基礎，實務乃有自傳聞法則保障對質詰問權之觀點，提出否定見解；依其所見，被告以外之人之審判外陳述，縱符合刑事訴訟法第一五九條之一規定，只要未經被告對質詰問或未賦予對質詰問之機會，除有刑事訴訟法第一五九條之三所列各款與刑事訴訟法第一五九條之五等情形外，原則上無證據能力，不論審判外陳述者有無具結皆同¹⁹。簡單來說，鑑於對質詰問權為大法官釋字第三八四號所肯認之憲法上權利，且刑事訴訟法第一五九條之二至之四等均以前述審判外陳述具真實性特徵為限制被告對質詰問權之基礎，故除存在詰問不能或放棄詰問之事由外，於法官或檢察官面前之審判外陳述非經事後補行

¹⁷ 依文義解釋與論理解釋，只要審判外陳述係在法官面前作成，縱使存在「顯不可信之情況」，該證據價值不高之審判外陳述亦具備證據能力。

¹⁸ 學者多基於對質詰問權批評此條立法與實務，相關批評可參閱王兆鵬，刑事訴訟法講義，頁704-707，2010年5版；林鈺雄，刑事訴訟法上冊，頁492-496，2007年5版。

¹⁹ 例如：最高法院99年度臺上字第2202號刑事判決、最高法院95年度臺上字第5160號刑事判決、最高法院95年度臺上字第3699號刑事判決、最高法院95年度臺上字第3637號刑事判決。

詰問以確認其陳述內容之真實性前，不具證據能力；此說實質上乃否定刑事訴訟法第一五九條之一得單獨作為限制被告對質詰問權之基礎。

然而，或因否定說之見解存在牴觸立法明文於法官或檢察官面前之陳述具證據能力之疑慮，在大法官釋字第五八二號解釋：「刑事訴訟法據以規定嚴格證明法則，必須具證據能力之證據，經合法調查，使法院形成該等證據已足證明被告犯罪之確信心證，始能判決被告有罪」影響下，我國實務另有折衷之觀點提出；依其說明，於法官或檢察官面前所為之審判外陳述縱得依刑事訴訟法第一五九條之一之明文而具證據能力，惟如法院未踐行人證之證據調查程序並予當事人詰問之機會，依刑事訴訟法第一五五條第二項：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」規定，該審判外陳述將因「未經合法調查」而不得作為有罪裁判之基礎²⁰。換言之，該判決認為有證據能力之證據仍應經合法調查程序始得作為有罪判決之基礎，未經人證調查程序之審判外陳述，縱依法具證據能力，亦不得憑以為有罪裁判之基礎。

二、現行立法之困境

關於在法官或檢察官面前所為審判外陳述是否必然具有證據能力，實務見解並不一致。雖然否定說肯認應以「先前陳述時已經被告對質詰問或已予被告對質詰問機會」或「已於審判中經被告對質詰問或予以被告對質詰問機會」或「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」為被告以外之人在法官或檢察官面前所為審判外陳述取得證據能力之要件，因該見解係以「刑

²⁰ 參照最高法院95年度臺上字第6675號刑事判決。

事訴訟法第一五九條之一本身不足以單獨成為審判外陳述具有證據能力之依據」為前提要件，則刑事訴訟法第一五九條之一是否仍有存在之必要？不免有疑。蓋雖否定說係以被告對質詰問權之保障為論述基礎，惟如依其見解，實際上將架空甚至廢棄刑事訴訟法第一五九條之一，因有違合憲解釋與有效解釋之法學方法²¹，因此，是否有必要以此說作為限制刑事訴訟法第一五九條之一適用之依據，不無進一步商榷之餘地。

然而，肯定說之觀點亦不無可議，蓋如刑事訴訟法第一五九條之一本身即足以單獨成為「被告以外之人在法官或檢察官面前所為審判外陳述具有證據能力」之前提，則不論是否已予被告對質詰問之保障，甚至不論該陳述人是否已不能到庭或已不能陳述，審判外之陳述均因已符合「法官或檢察官之訊問」之要件而具備證據能力。然而，該審判外於法官或檢察官面前所為之任意陳述本身即足以定人於罪之法理基礎為何？實務上大致除「法有明文」之說理外，肯定說並未提出任何有別於「法律保留」之具體說理。而依刑事訴訟法第一五九條之一，是否只要不是顯不可信之陳述，就算是可信性不太高之陳述，在檢察官面前之審判外陳述即得因刑事訴訟法第一五九條之一之「法律保留」而取得證據能力？任何在法官面前所為之陳述，縱使存在顯不可信之情況，亦必然因陳述之任意性

²¹ 參照大法官釋字第610號解釋曾有田大法官之協同意見書：「所謂『合憲解釋』，或謂『合憲推定之法律解釋』，乃就審查標的（法律）之文義可以合理涵蓋之範圍內，取向於憲法價值決定所為之法律解釋，亦即按照立法者制定法律之目的，重新詮釋法律規定之意涵，俾使該內容與立法目的，乃至憲法價值，相互一致，進而維持審查標的之合憲性，避免直接否定立法者之決定而逕予宣告違憲。」之說明，另可參照彭鳳至大法官釋字第588號解釋之一部協同意見書及一部不同意見書，與李鐘聲大法官釋字第289號解釋之不同意見書。

而具有證據能力？如此單純「以陳述之任意性限制被告對質詰問權」的主張，果真符合法律保留之精神嗎？又關於可信性不太高之審判外陳述，其證據能力之基礎為何？肯定說實未真正詳明。

雖然折衷說在保障對質詰問權之目的下，主張法院應於踐行人證之證據調查程序以調查審判外陳述之真實性後，始得以之作為有罪判決之基礎。表面上這樣的見解兼顧肯定說與否定說之核心價值，然而，令人質疑的是，傳聞例外之調查究應踐行人證或是書證調查程序始能稱為「合法調查」？如已發生陳述不能之情事，究應如何踐行人證調查之程序？如所應踐行者係書證之調查程序，以人證調查程序限制該審判外陳述作為有罪判斷依據之主張，究竟僅限於刑事訴訟法第一五九條之一之情形？或是應一概適用於所有傳聞例外之情形？不論何者，其法理基礎為何？是否有違傳聞法則之本旨？類此疑義，恐為折衷說此一表面上看來四平八穩、面面俱到之觀點所應先釐清之問題。為澄清上述疑義，以下將自大陸法系職權主義對傳聞陳述之態度出發，並輔以美國傳聞法制發展之觀察，檢討刑事訴訟法第一五九條之一所衍生之相關問題。

參、職權主義下傳聞陳述之證據能力

關於審判外陳述是否得以作為有罪裁判之基礎，亦即關於傳聞陳述之證據能力，傳統上大陸法系所奉行之職權主義並未自被告對質權保障之觀點進行思考。故如偏重於法院發現真實之角度評價審判外陳述之證據價值，關於審判外陳述是否應踐行一定（兩造對質）程序始具證據適格，在信賴職業法官（國王代理人）有能力發現實體真實之前提下，即非刑事審判程序首應重視的議題。或由於職權主義在傳統上原已允許法院透過直接審理傳聞陳述（人證或書

證)之方式以認定事實²²，因此對於應否採用英美法系傳聞法則以限制傳聞陳述之證據能力，除了日本係因戰敗直接受美國法制影響²³而明文採用傳聞法則²⁴外，大致上係採取否定的態度²⁵；依本文所見，職權主義刑事訴訟制度對於傳聞法則之卻步與猶疑，大致上可歸納為以下原因：

一、直接與言詞審理之傳統

大陸法系職權主義傳統向來重視審判者與證據間之關係，強調惟有經過法院直接審理主義之證據，才有證據能力²⁶。因大陸法系國家傳統上認為證據愈多，愈有助於法院發現真實，法院有義務依直接與言詞審理原則在裁判前審酌所有具關聯性之證據，包含傳聞證據²⁷；又由於職業法官受有專業訓練，對每一項證據之評價，不會被律師法庭技巧所影響²⁸，故對於被告以外之人所為審判外傳聞

²² See Douglas G. Smith, *Structural and Functional Aspects of the Jury: Comparative Analysis and Proposal for Reform*, 48 ALA. L. REV. 441, 441 (1997).

²³ 關於戰後日本憲法制定如何受美國影響，參閱蘆部信喜著，李鴻禧譯，憲法，頁47-51，1995年。

²⁴ 惟日本刑事訴訟法第321條與我國刑事訴訟法第159條之1，同屬非直接源自英美法制之傳聞例外。

²⁵ 據研究指出，法國與德國甚至不存在以證據容許性為內涵之法律，See Jeremy A. Blumenthal, *Shedding Some Light on Calls for Hearsay Reform: Civil Law Hearsay Rules in Historical and Modern Perspective*, 13 PACE INT'L L. REV. 93, 98 (2001).

²⁶ 林鈺雄，同註18，頁458。

²⁷ See William T. Pizzi & Walter Perron, *Crime Victims in German Courtrooms: A Comparative Perspective on American Problems*, 32 STAN. J. INT'L L. 37, 43 n.28 (1996).

²⁸ 參閱吳巡龍，我國採傳聞法則必要性之檢討——對刑事訴訟法有關傳聞法則修正草案的檢討，載：新刑事訴訟制度與證據法則，頁187，2003年。

陳述於法庭審判上使用之限制，向來均較英美法系當事人進行主義為寬鬆²⁹，並少有限制³⁰。按依言詞審理原則，只要符合人證優先於書面證據原則，縱係被告以外之人所為審判外傳聞陳述，亦得依書證調查程序取得證據能力；另依直接證人優先於間接證人之「最佳證據」原則³¹，在無法覓得直接證人之前提下，甚至連不具直接（目擊）證人資格之間接證人，亦得為法院職權調查之對象，其以間接證人身分接受法院訊問之陳述亦具有證據能力³²。雖我國刑事訴訟法制繼受自大陸法系傳統，惟因在二〇〇三年刑事訴訟法修法前長期欠缺「人證優先於書面證據原則」與「直接證人優先於間接證人原則」之認知，忽略被告與人證之調查應以言詞審理優先於朗讀先前於其他程序所為陳述筆錄之原則，以致實務上普遍存在「大量允許以證人於審判庭外之陳述代替證人到庭作證」此種以朗讀筆

²⁹ See Blumenthal, *supra* note 25, at 94.

³⁰ 以我國為例，在以職權主義為主軸的舊刑事訴訟架構下，只要符合舊刑事訴訟法第156條之規定，法院通常逕自審酌行使拒絕證言權前所為之陳述，進而判斷其證明力，此可參照臺灣高等法院90年度上重更(一)字第17號判決之說明。基本上，此判決肯認拒絕證言前陳述之證據能力，只不過因證據力不足而不採信該審判外之陳述（證言）。不過，刑事訴訟法於2003年修正後，於現行法規範架構下，此案判決之案例事實，即非如該判決之理由般，一概承認其證據能力，而是必須先詳明證人在警局之供述是否具備較為可信之情況後，始得判斷其陳述是否具備證據能力而足資為不利於被告之論據。

³¹ 按最佳證據原則（The Best Evidence Rule）本為英美法制有關書證採用與否之法則，See *Omychund v. Barker*, 26 ER 15, 33 (1745). (“evidence was not admissible unless it was ‘the best that the nature of the case will allow’.”) 依此法則，如不可歸責於證據（書證）提出者，原為次佳證據者，得因原最佳證據滅失而成為最佳證據，See CHARLES T. MCCORMICK, EVIDENCE 409 (1954). 惟本文認為職權主義下之人證優先於書證原則以及直接證人優先於間接證人原則，皆與最佳證據原則有異曲同工之妙，其背後之法理應為相通。

³² 參閱楊雲驊，德國刑事訴訟法對傳聞證據的處理，台灣本土法學雜誌，43期，頁107-108，2003年2月。

錄完全取代被告與人證訊問之現象³³。

持平而論，在法院實質上仍有發現真實義務之前提下，嚴格地討論證據容許性以詳明事實認定者可否接觸傳聞陳述乙事，並不具有太大的意義，因為法院（事實發現者）不可避免地將透過閱讀卷宗之過程接觸各種證據，並須於裁判中交代其採用或排斥某種證據以認定犯罪事實之理由。德國學者甚至基於：「德國刑事訴訟制度係以法院依職權履行調查義務以發現真實，以及法官對證據價值以自由心證判斷為主軸，與美國需要藉由傳聞法則的嚴格規定，以矯正由不具法律專業知識的一般民眾組成陪審團認定被告是否有罪的重大危險。因此對德國而言，美國傳聞法則的規定被認為是一『粗陋、野蠻的證據規則』，事實上沒有引進此一落後法制的必要。至於傳聞證據所帶來的各種可能危險，均可經由其現行法規定職業法官的依職權調查原則、理性自由心證的限制及充分承認訴訟當事人的『程序主體地位』，尤其是被告的各項參與、要求及辯論證據調查程序等可充分預防³⁴。」等理由，主張完全沒有引進傳聞法則之必要。因此，在大陸法系職權主義寬認傳聞陳述證據能力之直接與言詞審理傳統下，未曾採行嚴格意義的英美傳聞法則³⁵。

33 參閱楊雲驊，眾裡尋他千百度——最高法院對於刑事訴訟法第一五九條之一解釋之評析，台灣法學雜誌，120期，頁66-67，2009年1月。此種實務之梗概，只要參考最高法院71年臺上字第6140號與72年臺上字第1203號等判例之說明，極易明瞭。

34 參閱楊雲驊，同註32，頁109。

35 See JOHN LANGBEIN, TORTURE AND THE LAW OF PROOF: EUROPEAN AND ENGLAND IN THE ANCIEN REGIME 9 (1977).

二、審判結構之差異：陪審審判與證據法之關聯

沿革上，證據法是在陪審團成為審判中不可或缺的角色後，才發展成為必要的制度，故普遍認為陪審制度乃大陸法系與英美法系國家審判程序最大差異所在³⁶。由於具證據排除性之傳聞法則旨在保護陪審團接觸可信度低的傳聞陳述，以避免已知的制度缺陷³⁷，學說上甚至出現證據法是陪審之子之主張³⁸。在法官已因不具證據容許性排除傳聞陳述之前提下，陪審團只能接觸與考慮具證據能力之證據。證據容許性係指陪審團接觸該證據之可容許性；原則上，為避免陪審團基於不可信賴之傳聞作出判決，陪審團無法接觸不具證據容許性之證據資料。在當事人雙方實際負擔事實調查與提出證據責任之審判結構下，包含傳聞法則在內之證據法乃將焦點聚集到由當事人雙方控制之事實調查程序上；所以，證據法之發展係以當事人提出證據之審判結構為基礎。鑑於傳聞法則之存在大部分係基於普通陪審團無法適當地評價法庭外陳述之證據能力，而且普通法採納品格證據之主要理由亦在於陪審團往往過度評價這些證據，或者容易本於這些證據而給予被告懲罰性之裁判³⁹，一般咸認「對於平民陪審團之不信任」即為制定證據法最重要的原因⁴⁰。

³⁶ 這是英美法制經常致力於決定何種證據資料具有證據能力之主要原因，See Thomas P. Gallanis, *The Rise of Modern Evidence Law*, 84 IOWA L. REV. 499, 500 (1999).

³⁷ See Roger C. Park, *An Outsider's View of Common Law Evidence*, 96 MICH. L. REV. 1486, 1486 (1998).

³⁸ See Charles T. McCormick, *Law and the Future: Evidence*, 51 NW. U. L. REV. 218, 225 (1956).

³⁹ See CHRISTOPHER B. MUELLER ET AL., EVIDENCE UNDER THE RULES 1 (2000).

⁴⁰ See Stephan Landsman, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 CORNELL L. REV. 497, 565 (1990).

惟因法院在職權主義刑事審判程序中扮演事實發現者之角色，故除當事人基於利害考量所提出之證據外，法院還可透過糾問式的詢問或依職權蒐集與調查證據等方式發現真實。正因在大陸法系傳統之刑事審判程序中，事實發現者將透過卷宗閱讀而必然地接觸到各種（不論是否具證據容許性）法庭外作成之陳述。因此在職業法官審判模式中，防止普通陪審團接觸不可靠的法庭外陳述，以及不信任陪審團有能力分辨法庭外陳述之價值等普通法傳聞法則背後的基本原理，便顯得沒有那麼大的說服力。更由於大陸法系的刑事審判存在信賴法院的傳統，一般相信法官均能依職權找到重要的關鍵事實與證據，從而，採用證據排斥性的傳聞法則在糾問式的刑事審判程序中就變得不是那麼必要。另外，因在普通法陪審團之裁決（*verdict*）是無法事後審查的，一個嚴格的傳聞法則在避免事實認定者（平民陪審團）太過重視不可靠的審判外訊息與不公平的驚訝⁴¹之規範目的上，實際上乃扮演著必要的預防功能⁴²。從而，如果沒有不信任政府權力與陪審審判等因素，就規範目的與制度功能而言，職權主義國家本無必要採用全套的傳聞法則。

鑑於職權主義國家之法院必須決定法律與事實爭議，且必須在判決中以文字交代相關之推理，並且事實發現者將不可避免地卷證移送過程中接觸所有相關的審判外陳述，因此，嚴格實施普通法傳聞法則以區分有證據能力之傳聞與無證據能力之傳聞，就不是那麼必要。由於在大陸法系的刑事審判程序中，職業法官扮演事實認定者的角色，同時具有決定法律爭議與事實爭議之權能，在職業法官必須依職權調查證據並作出理由完備判決之前提下，嚴格地落實

⁴¹ See Gordon Van Kessel, *A Summary of Mirjan R. Damaska's Evidence Law Adrift*, 49 HASTINGS L.J. 359, 359 (1998).

⁴² See MIRJAN R. DAMASKA, *EVIDENCE LAW ADRIFT* 65 (1997).

傳聞法則以排除具有一定證據價值之審判外陳述，將有害職業法官事實認定之權能⁴³。某種程度來說，職權主義之刑事訴訟制度肯認傳聞陳述具有證據能力之理由，乃在於「法官（事實認定者）因閱卷而接觸該傳聞陳述之必然性」、「法官有整體評價與相互印證所有關聯性證據之機會」，以及「法官必須交代准駁某傳聞陳述之理由」，既然法官必須交代傳聞陳述之真實性擔保基礎，則於法官已確信傳聞陳述之內容為真實之基礎上，自允許法院使用該等具真實性擔保基礎之審判外傳聞陳述。由於在職權主義傳統下，我國不採陪審制，職業法官扮演事實認定者與法律仲裁者的角色，基於類此大陸法系審判背景，不難理解何以我國刑事訴訟法未能主動地發展出一套嚴格的傳聞法則。

三、法官之角色功能

美國聯邦最高法院曾指出，「憲法第六增修條文旨在擔保被告能在一個公平的程序中，透過傳訊並詢問友性證人、交互詰問敵性證人與有秩序地提出證據等方式，回應任何刑事指控。簡言之，本修正案把在控辯程序中防禦視為一種憲法上之權利。⁴⁴」誠如史帝芬廉斯曼教授所述，控辯式之刑事審判程序包含三大基本要件：中立而被動的事實認定者、當事人有義務提出證據與高度發展的法庭程序⁴⁵。在這種審判模式下，實質上法院的功能主要在為事實認定者（陪審團）過濾不適當之證據，不過法院卻無義務為陪審團蒐集證據。由於在刑事案件中，檢察官必須在將被告定罪的目的下提出

⁴³ See Kessel, *supra* note 41, at 359.

⁴⁴ See *Faretta v. California*, 422 U.S. 806, 818 (1975).

⁴⁵ See STEPHAN LANDSMAN, *ADVERSARIAL JUSTICE: THE AMERICAN APPROACH TO ADJUDICATION 2* (1988).

證據，而被告也有義務在必要時提出證據，當事人雙方主控著事實調查與提出證據之程序⁴⁶，法院僅需決定任一方所提出之證據是否可被允許而具證據能力⁴⁷。而因審判法院只決定何種證據具有使事實認定者可以考慮此種證據之資格，故其對於證據只扮演著守門員之角色⁴⁸。

然而，大陸法系的情況卻非如此。首先，普通法系的陪審審判並不存在，法院本身即負有事實認定之職權。與當事人雙方主控著事實調查與提出證據程序不同，法院有詢問所有案情以獲得審判上必要資訊之權力與義務⁴⁹。由於控辯雙方實質上不負蒐集與提出證據之義務⁵⁰，且法院有義務在判決中交代證據取捨與有罪、無罪之理由，大陸法系之刑事訴訟制度，遂不得不允許職業法官在當事人雙方之舉證外，得逕依職權調查與蒐集證據，包含所有具關聯性之傳聞證據⁵¹，以期於整體評價其證據價值後，忠誠履行其製作判決書之職務。本質上，上述關於法官角色認知之差異，亦為糾問式審判模式與控辯式審判模式間之重要差異，只不過這種對於法院角色認知的差異，並非大陸法系職權主義無法自行發展出類似普通法模式證據規則的唯一原因。

⁴⁶ See Renee Lettow Lerner, *The Intersection of Two Systems: An American on Trial for an American Murder in the French Cout D'assise*, 2001 U. ILL. L. REV. 791, 797 (2001).

⁴⁷ 事實認定者可以考慮此種證據之資格，亦即證據得以進入陪審團評議（deliberation）程序之資格，即為證據能力，或稱證據容許性。

⁴⁸ See *Daubert v. Merrel Dow Pharmaceuticals Inc.*, 509 U.S. 579 (1993).

⁴⁹ See Lerner, *supra* note 46, at 797.

⁵⁰ See Kessel, *supra* note 41, at 360.

⁵¹ See Mirjan R. Damaska, *Of Hearsay and Its Analogues*, 76 MINN. L. REV. 425, 428 (1992).

四、審判制度之定位：發現真實與賽局

由於當事人進行主義之審判強調控辯雙方積極參與之兩造程序，因此對於兩造是否遵守遊戲規則之重視遠大於對於實體真實之發現⁵²。審判程序也因此強調兩造競爭之公平，並將審判視為兩造間之戰爭。為了爭取勝利，控辯雙方莫不使出渾身解數，企圖能藉由訴訟技巧或突襲式舉證贏得訴訟。因此，規範如何公平舉證之嚴格證據法則，乃成為不可或缺的程序規則⁵³。某種程度來說，由於傳聞陳述者並未到庭，辯方無法藉由自己的力量去檢驗或測試陳述內容之真實性與可靠性，允許傳聞陳述將對辯方產生程序上之不公平⁵⁴。因此，公平法院之理念實質上亦有排斥傳聞陳述之內涵。

與此相對，職權主義刑事訴訟制度之審判終局目的在於發現實體真實，而非決定控辯雙方之訴訟勝負，因此法官在刑事訴訟程序中負有積極發現真實以維護法秩序之義務⁵⁵。為使法官能發現實體真實，制度上必須使法官盡可能地接觸所有具關聯性證據，包含傳聞證據，如此才能期待法官在正確評價證據價值後，作出最接近實體真實之裁判⁵⁶。在法官主導證據調查程序之前提下，法官可以透過卷宗掌握所有的證據資料，控辯雙方於審判上並不大可能出奇制勝。鑑於所有的證人都是在法官認為有必要時才傳訊，即使是間接證人之陳述也在職業法官有能力辨別陳述真偽之假設下，具有一定

⁵² See Mirjan R. Damaska, *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506, 514 (1973).

⁵³ See Blumenthal, *supra* note 25, at 112.

⁵⁴ See DAMASKA, *supra* note 42, at 79-81.

⁵⁵ See Myron Moskowitz, *The O.J. Inquisition: A United States Encounter with Continental Criminal Justice*, 28 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1121, 1128 (1995).

⁵⁶ See Frank J. Macchiarola, *Finding the Truth in an American Criminal Trial: Some Observations*, 5 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 97, 98 (1997).

程度之參考價值。因此，太過強調證據形式甚至採用一套複雜的證據法則，遂被認為有害於真實發現之訴訟目的而不被接受⁵⁷。故因職權主義之審判程序不具賽局的特徵，訴訟結果之公平才是審判所追求之目標，以控辯雙方舉證公平性為主要考量之證據法則，遂未為職權主義刑事訴訟法制所採納。

五、上訴制度之差異

除了陪審審判制度之差異外，上訴制度之功能與上訴審查之範圍，亦為職權主義刑事訴訟制度寬認傳聞陳述證據能力之原因之一。通常來說，上訴制度乃對下級審裁判不服之救濟方法，乃憲法訴訟權保障之核心領域。相較於英美法系所採之當事人進行主義，沿革上職權主義之刑事訴訟制度係較早發展出上訴制度⁵⁸。就職權主義上訴制度之發展而言，上訴制度某種程度係以糾正「下級審法院依傳聞陳述誤為事實認定」為其規範目的⁵⁹，蓋如上訴審法院不能有效維持事實審法院所為之事實認定，則事實審法院據以認定事實之證據即應受到更嚴格的審查⁶⁰。不過由於大陸法系之法院同時具備認定事實與適用法律之權能，且上訴法院於裁判有效性之判定上，傳統上具有強力擋球網（backstop）之攔截功能，職權主義之刑事上訴制度採行不受下級審拘束之覆審架構，上級審法院可以重新（de novo）認定事實。這樣的傳統實質上降低了在大陸法系職

⁵⁷ See Blumenthal, *supra* note 25, at 112.

⁵⁸ See Mary Sarah Bilder, *The Origin of the Appeal in America*, 48 HASTINGS L.J. 913, 928-33 (1997).

⁵⁹ See Blumenthal, *supra* note 25, at 114.

⁶⁰ 直至今日，這仍是普通法系之法官（不論在下級審或是上訴審）較大陸法系之法官更為重視與警覺衍生證據之證據容許性之主要原因。See Damaska, *supra* note 51, at 429 (1992).

權主義審判程序中建立嚴格證據可信性要件之需要，蓋上級審可藉由審查下級審（事實認定）判決理由之機會，重新審查傳聞陳述之證據價值⁶¹。

由於普通法系之證據法傳統要求法官個別評價證據之證明價值（probative value），在未接觸全案卷證之前提下，法官原則上並無法透過「與其他關聯性證據相互評價過程」，整體判斷證據之證明價值，上訴審除僅能形式上審查法官是否踐行證據法所定之形式要件外⁶²，並無法知悉事實認定者「得心證之理由」。與此相對，職權主義之刑事訴訟制度允許一審法院與上訴法院，得在與其他證據綜合判斷之情形中，判斷傳聞陳述之證據價值，並得在說明何以採信傳聞陳述之理由後，以傳聞陳述為認定事實之基礎⁶³。職權主義刑事訴訟程序這種得於事後整體實質審查傳聞陳述真實性的上訴構造，遂導致傳聞證據在有必要時得於職權主義之刑事訴訟制度中具證據能力⁶⁴。上述大陸法系職權主義刑事上訴程序之特徵，除得以制衡自由心證濫用外，更能滿足並實現刑事訴訟發現真實之制度目的。

六、實體刑法之規定

除前述關於法院角色與功能之認知差異外，其實還有另外一個足以解釋何以大陸法系國家無法自行發展出類似普通法模式證據規則之理由。不過這個原因並非基於程序法上的安排，而是源自實體法的規定。舉例而言，在我國舊刑法第五十五條此種源自大陸法系

61 See Blumenthal, *supra* note 25, at 115.

62 這應是Crawford案強調對質詰問程序重要性之理由，詳後述。

63 See Damaska, *supra* note 51, at 448.

64 See Blumenthal, *supra* note 25, at 114.

法制的實體法規範下，被告所為之數個法益侵害，原則上只需受到一個國家刑罰權之評價（處罰），從而法院有義務調查是否存在與被訴事實間具有裁判上一罪關係之其他犯罪事實，蓋非如此，則將導致與被訴事實間具有裁判上一罪關係之其他犯罪事實，於嗣後因既判力阻斷而無法訴追之結果（困境）⁶⁵。在大陸法系裁判上一罪之規定下，由於法院負有調查是否另存在與被訴事實間存在裁判上一罪關係之「其他尚未被訴之犯罪事實」之義務，自不難想見何以大陸法系之刑事訴訟制度，無法自行發展出一套「僅以被訴事實為中心」之類似於英美證據法之審判規則。易言之，允許控辯雙方具有完全支配證據調查權利之英美證據法則，無法適用於前述裁判上一罪等規定；而裁判上一罪之規定，亦將導致事實認定者之法院，在避免既判力範圍不當擴大（擴及未被起訴之事實）的要求下，失去中立被動的立場。

刑法裁判上一罪之規定，不僅使過去我國刑事審判實務呈現形式上徒有控辯對立的兩造程序，也使當今改良式當事人進行主義之改革仍無法擺脫糾問式的職權主義色彩。在此等刑法條文下，法庭仍然必須調查起訴的範圍是否完全涵蓋單一刑罰權所及之所有犯罪事實⁶⁶。只要法庭仍有職責積極調查起訴的範圍是否完全涵蓋單一刑罰權所及之所有犯罪事實，在現實世界中，任何刑事實體法中尚保存裁判上一罪規定之大陸法系國家，其刑事訴訟實務必然仍保留相當程度之糾問色彩與職權主義傳統⁶⁷。耶魯大學法學院達馬斯卡教授曾認為有三個重要支柱為正當化英美審判程序之事實發現過程

⁶⁵ 同時在舊刑法第56條規定下，法院有義務調查與被訴事實間具有連續犯之裁判上一罪關係之其他犯罪事實，否則亦將導致與被訴事實間具有裁判上一罪關係之其他犯罪事實於嗣後因既判力阻斷而無法訴追之結果。

⁶⁶ 參照最高法院26年渝上字第1435號判例。

⁶⁷ See Lerner, *supra* note 46, at 797.

與其證據法之制定⁶⁸，其分別為：審判法庭的獨特的組織、暫時集中的審判程序，以及在法律訴訟過程中（雙方）律師的突出角色⁶⁹。不過基於以上分析說明，欠缺大陸法系裁判上一罪規定，或可作為補充達馬斯卡教授論述之第四個支柱⁷⁰。而源自大陸法系的實體刑法裁判上一罪規定與相關實務，亦可作為何以在十八和十九世紀後期大陸法系之刑事審判程序，無法在英美法制激盪下，同時發展出相似的證據法則的重要原因⁷¹。

肆、美國傳聞法則之發展

一、傳聞法則在對質條款下之發展

誠如耶魯大學法學院阿希爾瑞德阿瑪教授所述，制定於一七九

⁶⁸ See Kessel, *supra* note 41, at 359.

⁶⁹ See DAMASKA, *supra* note 42, at 4.

⁷⁰ 不過此種主張尚未曾見於相關論述。

⁷¹ 如果2003年我國刑事訴訟法之修正除回應人權保障之要求外，尚包含建立一套更帶有純當事人進行主義色彩之審判架構之目的，則有必要修正刑事實體法上關於裁判上一罪之規定，以免除法院基於該等規定所衍生之積極調查義務以發現真實，並避免程序法與實體法間出現矛盾之現象。有趣的是，即便是比較刑事法的學者，亦少見其基於實體刑法之觀點，解釋何以單獨改造大陸法系之刑事程序法並不足以建立起英美式之審判模式。即便那些來自具有大陸法傳統，其後卻改採美式刑事訴訟程序法域之學者（如日本、義大利），亦未曾本諸此種觀點提出相關說明。然而，關於我國之刑事審判實務將在何種程度上帶有控辯模式之色彩，實際上係以「法院在裁判上一罪之規範下，負有何程度依職權調查證據之義務」為前提。一旦法院所負之職權調查義務越少，所呈現出來的審判模式也將越帶有實質控辯模式之色彩。當然，如果沒有前述源自實體刑法之問題，如果法院仍於審判程序中負有發現真實之義務，我國之刑事審判程序將表現出何程度的兩造控訴模式，是有疑問的。

一年之權利法案「並非創造了新權利，事實上它係確認了自然法上已存在的權利⁷²。」某種程度來說，制憲者對聯邦法官所設的憲法上制約⁷³，乃源自將殖民時期的刑事訴訟程序合憲化的想法⁷⁴，但是實際上，權利法案並未通盤接受當時英國法制；舉例來說，由於十九世紀前的英國普通法並不保障所有的刑事被告均有接受律師協助之權利，因此賦予被告接受律師協助權利的美國憲法第六修正案，即非將當時英國法制入憲的一個規定⁷⁵。從美國建國迄今，在美國憲法第六修正案之規範下，對質程序成為被告挑戰其指控者的規範基礎，辯方主導的交互詰問亦成為被告挑戰前述指控的主要程序；對質權也成為擔保被告在新形成的兩造模式中，有機會對證人交互詰問的依據⁷⁶。

據研究指出，在十九世紀末前，美國聯邦司法實務上並沒有一個以對質條款為主要論述核心的判決，甚至在一九六五年以前，美國聯邦最高法院也僅曾針對美國憲法第六修正案對質條款作出極為少數之詮釋⁷⁷。不過，自權利法案通過開始，亦有少數非美國聯邦最高法院判決針對對質條款作出間接的說明，舉例而言，在一八〇七年，首席大法官馬歇爾即曾主張，對質條款主要在限制傳聞證言的適用⁷⁸；不過該判決卻未說明何以須在審判中限制傳聞證言。然

⁷² See Akhil Reed Amar, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, 101 YALE L.J. 1193, 1206 (1992).

⁷³ See Akhil Reed Amar, *Fourth Amendment Principles*, 107 HARV. L. REV. 757, 773 (1994).

⁷⁴ See Randolph N. Jonakait, *The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History*, 27 RUTGERS L.J. 77, 113 (1995).

⁷⁵ *Id.* at 109.

⁷⁶ *Id.* at 115.

⁷⁷ See *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 42-51 (2004).

⁷⁸ See *United States v. Burr*, 25 F. Cas. 187, 193 (1807).

而在立國初期，部分州最高法院的判決已指出，對質條款係以保障被告在審判中有機會交互詰問證人為其法理基礎，蓋交互詰問本身即是對質條款的核心價值⁷⁹。例如，北卡羅來納州最高法院即主張：「沒有人應受到其無機會進行交互詰問之證言之不利影響，是一項自普通法時代已存在，本諸自然正義的法則⁸⁰」；田納西州最高法院亦曾主張：「允許傳聞證據將會危害自由⁸¹。」縱使北卡羅來納州與田納西州的對質條款在文字上有所出入，惟參照其法院之判決⁸²，二者對於對質條款的理解卻相同⁸³。此外，南卡羅來納法院在公平法院的考量下，排除了已逝證人在被告未到場時，驗屍官詢問下之證言⁸⁴，該判決指出：「證人須於裁判前接受被告的對質與詰問是一則不可省略的正當法律程序。只有交互詰問程序才能揪出騙子、暴露錯誤並避免錯誤不當的聯想⁸⁵。」故在二十世紀前，美國對質條款的發展幾乎只停留在州的層次，並以交互詰問為其核心。誠如藍道夫強納凱教授之說明：「對質條款與其他第六修正案之規定，實質上係將已在各州行之有年的程序入憲化。這些程序有效地保障了被告的利益。辯方的交互詰問便是核心。為了確定聯邦法院的審判程序落實前述對被告的保障，美國憲法第六修正案之對質條款，實已將辯方的交互詰問權包含在內⁸⁶。」

在美國聯邦最高法院開始實質審查對質條款之後⁸⁷，傳聞證言

79 See Jonakait, *supra* note 74, at 112.

80 See *State v. Webb*, 2 N. C. (1 Hayw.) 77, 77 (1794).

81 See *State v. Atkins*, 1 Tenn. (1 Overt.) 229, 229 (1807).

82 See *Johnston v. State*, 10 Tenn. (2 Yer.) 58, 59-60 (1821).

83 See Jonakait, *supra* note 74, at 123.

84 See *State v. Campbell*, 30 S.C.L. (1 Rich 124, 125) 51 (1844).

85 *Id.* at 51-52.

86 See Jonakait, *supra* note 74, at 124.

87 See *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237 (1895).

的證據容許性，便成為爭議的焦點。雖然對質權⁸⁸與傳聞法則⁸⁹二者均以事實認定為規範對象，不過在一九六五年之前，對質權與傳聞法則間的區分並不引人注意⁹⁰。以憲法對質條款為基礎，美國最高法院曾指出，如可歸責於控方之原因，導致證人無法於審判中出庭作證，則在預審程序所取得的證述，因不屬傳聞法則的例外，故不具證據能力⁹¹；惟他案審判中之證述，於該證人已死亡時具證據能力⁹²，此外，瀕死陳述（*dying declarations*）亦具證據能力⁹³。雖然美國聯邦最高法院似乎已將對質條款與傳聞法則等價齊觀⁹⁴，不過，實質上二者之本質並非完全相同。鑑於對重要證人交互詰問之對質權是一項審判上之權利，故只允許辯方在預審階段對重要證人交互詰問將違反對質條款⁹⁵。故對被告而言，對質權所提供的保障實較傳聞法則為廣。

除了發現真實之外，提供被告挑戰不利證據機會之對質權，更包含程序正義的要素在內⁹⁶。蓋「雖然對質條款與傳聞法則一般被視為以保護相似的價值為目的，但若主張二者之內涵完全重疊，且對質條款只不過是將普通法上傳聞法則之發展條文化的規定，即不

⁸⁸ In *Ohio v. Roberts*, the Court held that the purpose of the Confrontation Clause is to augment accuracy in the fact-finding process. See 448 U.S. 56, 65 (1980).

⁸⁹ See MICHAEL G. FENNER, *THE HEARSAY RULE* 4 (2003).

⁹⁰ See *Krulwitch v. United States*, 366 U.S. 440 (1949).

⁹¹ See *Motes v. United States*, 178 U.S. 458 (1900).

⁹² See *Mattox*, 156 U.S. at 240.

⁹³ See *Kirby v. United States*, 174 U.S. 47, 61 (1899).

⁹⁴ See FindLaw, *Confrontation*, available at <http://caselaw.lp.findlaw.com/data/constitution/amendment06/08.html> (last visited: 2012.08.15).

⁹⁵ See *Barber v. Page*, 390 U.S. 719, 725-26 (1968).

⁹⁶ See Note, *Confrontation, Cross-Examination, and the Right to Prepare a Defense*, 56 GEO. L.J. 939, 940 (1968).

甚恰當。非但本院未曾作出如此見解，相對地，本院曾認為將符合傳聞例外之審判外陳述作為裁判之基礎，仍有可能違反對質條款之規定。在肯認對質條款與傳聞法則二者所保護者為相似的價值的前提下，如州證據法創造了其他的傳聞例外，該規定本身往往將引發是否違反對質條款之爭議⁹⁷。」因此，只要是證人可能到庭作證，不論其先前陳述已具高度之可信性，該證人都必須到庭接受被告方的交互詰問。然而在判例法之影響下⁹⁸，前述的嚴格標準已有鬆動：「對質條款之主要任務，乃在促進刑事訴訟實務上之真實發現，以擔保事實認定者有充分堅實的基礎，評估審判外陳述之真實性⁹⁹。」因此，只要具備「證人宣誓後在陪審團前作證」與「被告有機會交互詰問」等對質條款之二大要素，因事實認定者此時可藉由交互詰問等機制評估傳聞證言的真實性，該審判外陳述即具有證據能力¹⁰⁰，對質詰問程序實質上乃成為審判外陳述內容真實性的過濾器。

二、證據能力之爭議

雖然前述裁判已漸承認對質詰問權係被告在審判上之權利，惟就如何限制被告對質詰問權，甚至限制的法理基礎為何，前述裁判並未提供一套明確的判斷標準。以著名的克勞佛訴華盛頓（*Crawford v. Washington*）乙案為例，本案被告克勞佛（*Crawford*）被控預謀殺人（*attempted murder*）與襲擊他人（*assault*）二罪，因其妻主張華盛頓州法所賦予之拒絕證言權而未到庭作證，故

⁹⁷ See *California v. Green*, 399 U.S. 149, 155-56 (1970).

⁹⁸ See *Snyder v. Massachusetts*, 291 U.S. 97, 122 (1934).

⁹⁹ See *Dutton v. Evans*, 400 U.S. 74, 89 (1970).

¹⁰⁰ See *supra* note 94.

州政府欲引用其妻於警訊中之陳述，以證明被告之攻擊行為並非出於自衛¹⁰¹。由於美國聯邦最高法院曾在俄亥俄訴羅伯特斯（Ohio v. Roberts）乙案中，承認只要是具有適當的真實性指標（adequate indicia of reliability）之審判外陳述，均具證據能力¹⁰²，故華盛頓州法院承認克勞佛之妻於行使拒絕證言權前之警訊中陳述，雖非根深蒂固之傳聞例外（firmly rooted hearsay exception），卻得因具特別可信性之擔保（particularized guarantees of trustworthiness）而具有證據能力。不過於該案中因克勞佛認為州法院僅因傳聞陳述具特別可信性之擔保，而使用其妻警訊中陳述乙事，將違反他受憲法第六修正案所保障之對質詰問權，故上訴至聯邦最高法院。究竟克勞佛之主張是否有理？亦即傳聞陳述是否具證據能力之判斷標準為何？即成為美國聯邦最高法院所探討之核心，以下乃就美國聯邦最高法院針對傳聞陳述是否具證據能力之判斷，予以介紹說明。

（一）以高度真實性為承認傳聞例外之基礎

在一九七五年聯邦證據法制定後¹⁰³，美國聯邦最高法院曾於一九八〇年在俄亥俄訴羅伯特斯乙案中，建立了一套決定審判外陳述是否違反對質條款的雙階測驗（two-pronged test），該判決指出：「對質條款在兩個層次限制了傳聞證言之證據能力。首先，為符合立憲者傾向於採用面對面之指控模式，憲法第六修正案建立了必要性原則。即便在交互詰問已於審判前實施的情形中，控訴方仍必須證明證人無法到庭。其次，在證人無法到庭的情形中，為求發現真實並給予被告抗辯之機會，對質條款只允許具有值得信賴標誌

¹⁰¹ See Crawford v. Washington, 541 U.S. 36, 40 (2004).

¹⁰² See 448 U.S. 56 (1980).

¹⁰³ 聯邦證據法之制定時程也說明了何以在1980年前，聯邦證據法院甚少有機會針對傳聞法則作出解釋。

的傳聞證言。簡單來說，當證人無法出庭作證時，對質條款要求確認證人是否真無法出庭。即便該證人確實無法出庭，傳聞證言亦只在具備真實性指標的前提下，才具有證據能力。一般來說，只要符合證據法中根深蒂固的傳聞例外，即可認為已具真實性指標。而若所舉之傳聞非屬證據法中根深蒂固的傳聞例外，如不具其他真實性擔保，即應予以排除¹⁰⁴。」簡言之，在羅伯特斯案的說明下，對質條款並不必然排除證人審判外陳述之證據能力，而在符合證據法中根深蒂固的傳聞例外或具有其他特別的可信性擔保之前提下，證人審判外陳述即具證據能力；審判外陳述所具備之高度真實性及基於該真實而裁判（制裁被告）所具之公益性，遂成為俄亥俄訴羅伯特斯乙案限制被告對質詰問權之合憲性基礎。

然因在聯邦證據法第八〇三條傳聞例外的規定中，並未要求所有之傳聞例外均需符合證人無法到庭作證的要求，因此羅伯特斯案所建立之第一要件（證人無法到庭）是否與聯邦證據法第八〇三條傳聞例外的規定相互衝突，即可能出現爭議。事實上，聯邦最高法院曾對此一爭議提出說明，其認為被告不能到庭之事由，並非絕對不能免除之要件；只要交互詰問不具實際的功效，被告是否到庭作證即非關鍵¹⁰⁵。因此，只要無法藉由交互詰問程序發現真實，被告之對質詰問權即無保障之必要，縱對其有所限制，也不致造成權利之侵害。既然檢方不必在所有的案件中提出證人不能到庭的說明，羅伯特案中所建立的雙階測驗，實際上只能被稱為單階測驗；只要符合可信性要件（具特別可信性之擔保），證人審判外陳述即具備證據能力。

在羅伯特案之基礎上，美國聯邦最高法院在寇依訴愛荷華

¹⁰⁴ See *Roberts*, 448 U.S. at 65-66.

¹⁰⁵ *Id.* at 65 n.7.

(*Coy v. Iowa*) 乙案中指出，系爭允許未成年被害人在審判中單向指控被告之法律，並不能被視為根深蒂固的傳聞例外，並宣告該法律違憲¹⁰⁶。不過二年後，在馬里蘭訴客來格 (*Maryland v. Craig*) 乙案中，同院卻認為該州一項允許性侵害未成年被害人利用電視單向指控性侵害被告，以避免該被害人在審判中與被告面對面接觸的法律合憲¹⁰⁷。雖然寇伊案對於對質條款之解釋係建立在保護被告在審判中與其指控者（證人）對質的基礎上¹⁰⁸，客來格案卻認為傳聞證言可在未賦予被告與證人面對面機會的情形中，具證據能力¹⁰⁹。從而，縱然判決先例已表示出制憲者較支持證人得與被告面對面對質之審判模式¹¹⁰，實質上制憲者此部分之傾向有時亦須在公共政策與現實必要性的考量下讓步¹¹¹。誠如美國聯邦最高法院在寇依案中所言：「被告與控訴證人面對面對質之權利，只有在促進重要的公共政策或具其他真實性擔保的前提下，才可以被省略¹¹²。」值得注意的是，憲法第六修正案中之對質（confronted）並不單純僅指面對面之對質，否則對質條款將禁止所有審判外之陳述¹¹³。

¹⁰⁶ See 487 U.S. 1012, 1021 (1988).

¹⁰⁷ See 497 U.S. 836 (1990).

¹⁰⁸ See *Iowa*, 487 U.S. at 1021.

¹⁰⁹ See *Craig*, 497 U.S. at 849.

¹¹⁰ See *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 63 (1980).

¹¹¹ See *Mattox v. United States*, 156 U.S. 237, 243 (1895).

¹¹² See *Craig*, 497 U.S. at 850.

¹¹³ *Id.* at 849.

(二)以被告對質詰問程序之實踐為傳聞例外之基礎

在寇伊案作成十多年後，美國聯邦最高法院在克勞佛訴華盛頓乙案中，再次向對質條款注入活血。該案被美國實務界與學界視為對質條款發展過程中，一則具革命性意義與震撼效果的判決¹¹⁴。如前所述，雖然羅伯特斯案已建立起一套判斷審判外陳述是否違反對質條款之雙階標準；不過，在理解對質條款之規範目的在於：「並不要求所有的證據均為可信的，卻強調可信性須經由交互詰問此一特定的方式獲得確認¹¹⁵。」後，克勞佛案廢棄了羅伯特斯案所建立之判斷標準，並重新打造了傳聞證據的容許性標準。依據克勞佛案所新建立之容許性標準，傳聞證據可區分為二大類型：證明性（*testimonial*）傳聞與非證明性（*non-testimonial*）傳聞¹¹⁶；在非證明性傳聞之類型中，制憲者原即提供各州較為彈性之證據法發展空間，就如同羅伯特斯案亦肯認「未基於對質條款賦予被告對審判外陳述者進行交互詰問之證言」具證據能力；而在證明性傳聞的類型中，如同普通法之傳統，憲法第六修正案亦要求證人無法到庭陳述與交互詰問之機會為傳聞證據具證據能力之前提要件¹¹⁷。換言之，在證明性傳聞之類型中，克勞佛已取代羅伯特斯，成為判斷該

¹¹⁴ See *People v. Cage*, 15 Cal. Rptr. 3d 846, 851 (Cal. Ct. App. 2004); *United States v. Manfre*, 368 F.3d 832, 833 (8th Cir. 2004); See also Neil P. Cohen et al., *Crawford v. Washington: Confrontation Revolution*, 40 TENN. B. J. 22, 22 (2004).

¹¹⁵ See *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 52 (2004).

¹¹⁶ 我國有將*testimonial statement*譯為口供式供述證據，而將*non-testimonial statement*譯為非口供式供述證據，參閱吳巡龍，對質詰問權合憲限制與違憲限制的分際——評最高法院九四年臺上字第八一二號判決，台灣本土法學雜誌，71期，頁257，2005年6月。不過本文在參照Davis與Bryant等案件後，基於*testimonial statement*係以「所主張之事項為真實」為提出目的，故「證明性」一詞似較能充分表達該判決之意涵。

¹¹⁷ See *Washington*, 541 U.S. at 52.

傳聞是否具備證據能力之標準。此外，克勞佛案亦認為：「官署之中立性並不足以作為審判外陳述是否可用於刑事程序中之判斷標準；縱然審判外之陳述是在先前之司法程序中作成，如果被告在該司法程序中無機會對證人進行交互詰問，該審判外陳述亦無證據能力¹¹⁸。」從而，如果在先前司法程序中所作成之證明性（*testimonial*）陳述，未經被告交互詰問或是被告根本無機會交互詰問，羅伯特斯案即不再適用¹¹⁹。某種意義來說，克勞佛案代表了在證明性傳聞之類型中，只有「根深蒂固傳聞例外所具備之真實性擔保才足以限制被告受憲法保障之對質詰問權」，而「僅具有特別真實性指標之傳聞例外所具備之真實性擔保，並不足以限制被告受憲法保障之對質詰問權」；因此，傳聞陳述之真實性，並不能僅由司法機關「依職權」（*ex parte*）予以擔保，司法機關依職權（經驗）所為之真實性判斷，並不具限制被告憲法上對質詰問權之正當性¹²⁰。

（三）朝向限縮證明性傳聞範圍之修正

由於克勞佛案並未對於證明性傳聞之內涵作出具體定義，因此，關於「證明性傳聞」之內涵與範圍，即為克勞佛案作成後一直爭議不休的疑義。為了更清楚定義警訊中之陳述是否具有證明性，在戴維斯訴華盛頓（*Davis v. Washington*）乙案¹²¹中，美國聯邦最高法院指出：「當警訊之目的僅僅是為了確認犯罪人先前之行為構

¹¹⁸ *Id.* at 50.

¹¹⁹ 美國法關於取得證據與評價證據的實務，顯較英國相關法制嚴格。See JOHN C. KLOTTER, *CRIMINAL EVIDENCE* 8 (1992).

¹²⁰ 其理由不外為：法官最後不認定事實，陪審團於評決時不受法官經驗之限制，易於事實認定時隨意作成關聯性判斷。

¹²¹ See 547 U.S. 813 (2006).

成犯罪時，該警訊中之陳述即具備證明性之特徵¹²²。」因此，並非所有在警訊中陳述者都屬於美國憲法第六修正案所稱之證人，而於警訊中所為之陳述也未必都具備證明性之特徵，蓋「當客觀上可確認對執法人員所為之陳述主要目的在於使警察能協助處理正在進行中的緊急情況，該審判外之陳述即屬非證明性（non-testimonial）之陳述。只有在客觀上不存在緊急情況，且陳述者之主要陳述目的與證明事後可能被追訴之犯罪行為成立有關聯時，該陳述才具有證明性¹²³。」換言之，戴維斯案係以「陳述之主要目的」（primary purpose）為判斷審判外陳述是否具有證明性之標準，只有當審判外陳述之主要目的在於指控事後可能被追訴刑事犯罪時，該陳述始應依克勞佛案之意旨，於先前已賦予對質詰問之機會時，或實際上已接受對質詰問後，始具有證據能力。

在戴維斯案所建立之「主要目的基準」（primary purpose test）基礎上，為了澄清其內涵，美國聯邦最高法院於二〇一一年所作成之密西根訴布萊恩特（*Michigan v. Bryant*）乙案¹²⁴中，即進一步針對「主要目的」之內涵作出解釋。美國聯邦最高法院於該案中指出：「鑑於對質條款之規範目的在於限制執法人員利用審判外之取供入人於罪¹²⁵」，當審判外取供之目的並非在日後審判上入人於罪時，原無受對質條款拘束之必要。鑑於客觀上為了確認緊急情況存在（ongoing emergency）以協助被害人為主要目的之警察詢問（而非為了入人於罪之目的），原不具有證明性之目的¹²⁶，因此最高法院亦認為警察抵達槍擊現場時，為協助受害人所為之相關

¹²² *Id.* at 826.

¹²³ *Id.* at 822.

¹²⁴ *See* 131 S. Ct. 1143 (2011).

¹²⁵ *Id.* at 1155.

¹²⁶ *See Washington*, 547 U.S. at 822.

詢問，被害人之回答並不屬於證明性傳聞。布萊恩特案於如何區分傳聞陳述是否具證明性目的之判斷上，乃進一步指出：「客觀評估審判外陳述之特定情狀與考量陳述者與執法人員間之詢答互動情況乃最正確評估警訊主要目的之方法；易言之，是否在犯罪現場或警局之陳述，或者究竟係在緊急事故發生中或發生後之為陳述，本質上將對於陳述之客觀評估產生明顯的影響。此外，陳述者與執法人員間的互動也必須被客觀的評估。參照過去有關判斷證據排除法則與米蘭達法則的判決先例¹²⁷，陳述者之主觀或實際目的並非客觀評估的基礎；反之，一般理性之人在相同陳述情況中所應有的目的，才是客觀評估向執法人員陳述主要目的之判斷標準¹²⁸。」另在戴維斯案已肯認緊急事故正在發生亦為判斷陳述者主要目的的重要因素之前提下¹²⁹，美國聯邦最高法院於密西根訴布萊恩特乙案中亦特別強調：「如同受刺激之陳述（*excited utterance*）本屬傳聞例外，由於緊急情況之認知將使得陳述者專注於刑事控訴以外之（結束受驚嚇的情狀）目的，因此只要陳述者合理的認知有緊急狀況正在發生，即符合對質條款擔保陳述真實性之規範目的，故而對質條款並不要求真正有緊急狀況正在發生¹³⁰。」換言之，由於「緊急事件正在發生」本身已足以排除「因惡意指控而虛偽陳述」之可能，基於在該情況下所為陳述具有高度真實性指標之特徵，將之視為非證明性供述而免除對質詰問之程序，並無害於真實發現與人權保障。因此，只要傳聞陳述於作成時，客觀上不存在刑事指控之目的，該傳聞陳述本身即不屬於證明性傳聞。而非證明性傳聞之真實

¹²⁷ 事實上，類此見解早已為最高法院所採。See *Whren v. United States*, 517 U.S. 806, 813 (1996); *New York v. Quarles*, 467 U.S. 649, 655-56 (1984).

¹²⁸ See *Bryant*, 131 S. Ct. at 1156.

¹²⁹ See *Washington*, 547 U.S. at 828-30.

¹³⁰ See *Bryant*, 131 S. Ct. at 1157, n.8.

性，因不受對質條款之拘束，故法院得在法律授權前提下依職權行使（而非兩造對質程序）而確認，並據以免除法律上（非憲法上）對質詰問程序之進行。

三、小 結

經由以上之分析，關於審判外傳聞陳述之證據能力，除了透過對質詰問程序之檢驗以確認其真實性外，該陳述本身所具備之真實性指標，亦為是否具證據能力重要的判斷標準。雖然克勞佛案曾要求所有證明性傳聞均應踐行對質詰問程序，以排除傳聞陳述之虛偽性始具有證據能力，而非證明性傳聞只要具備特別可信性擔保之要件即具有證據能力，不過在布萊恩特案之修正下，關於傳聞陳述之證明性判斷，事實上又係以該陳述本身在具體情狀中是否具有特別可信性擔保作為判斷基準。換言之，特別可信性擔保之客觀情狀又再度成為警訊陳述是否應踐行對質詰問程序之判斷前提。鑑於是否具備特別可信性擔保乙事，本質上乃法官於具體個案中應予判斷之事項，因此關於對質詰問程序之實施與否，不可避免地又將回復到羅伯特斯案所建立之判斷標準，係以法官保留作為是否踐行對質詰問程序之決定模式。換言之，在布萊恩特案之修正下，法官又再度成為審判程序中審判外傳聞陳述是否具證據能力之守門員（gate keeper），而上訴程序也僅扮演著事後判斷守門員是否忠實履行憲法委託職責之裁判角色。而依布萊恩特案之說明，克勞佛案所強調踐行對質詰問程序以擔保陳述真實必要性，也將相當程度地受到限制。在考察美國傳聞法制之發展後可以發現，即便是受憲法保障的對質詰問權¹³¹，並非完全不能予以限制，而傳聞陳述本身所具備的真實性指標，不論是根深蒂固的傳聞例外，或是具特別可信擔保

¹³¹ 其範圍僅及於證明性傳聞，而不及於非證明性傳聞。

之傳聞例外，即為限制對質詰問權之主要依據。

伍、我國傳聞例外之法理探討

雖然二〇〇三年之立法理由曾明白指出我國之傳聞法則係以美國聯邦證據規則為藍本¹³²，不過，關於何以立法者不整套的移植聯邦證據規則中的傳聞法則？何以二〇〇三年的傳聞立法不僅遺漏了部分聯邦證據規則第八〇三條及第八〇四條所規定的傳聞例外，更制定如刑事訴訟法第一五九條之一此種未曾出現於聯邦證據規則之傳聞例外？立法者是否已意識到前述省略與新創之原因？凡此疑義，立法者並未交代。在分別探討大陸法系對於傳聞法則之猶疑與英美法系有關對質詰問之限制後，關於在我國法制規範下，應以何種標準判斷傳聞陳述之證據能力，亦即應以何種理由限制被告之對質詰問權，即成為探討前述裁判是否妥當之重要前提。由於比較法上只有日本與義大利二個大陸法系職權主義傳統之國家採行傳聞法則，因此日本與義大利法制究竟如何正當化對質詰問權之限制，即屬重要課題。另因美國傳聞法制係以陪審制度為根基，對於未採陪審制度之大陸法系法制而言，普通法之傳聞法則並無法完全發揮其於英美審判程序之功能，則究應如何修正或調整英美傳聞法則之適用，以配合職業法官之審判模式；亦即，普通法之傳聞法則在未採陪審制度之法域中將扮演何種角色？具有何種意義？或為我國傳聞法則於解釋上應以面對的重要課題。

¹³² 我國傳聞法則，表面上雖是美國法制，骨子裡卻帶有日本精神。參閱陳瑞仁，我國最高法院傳聞法則判決之比較研究——以美國聯邦證據法為中心，司法新聲，97期，頁50，2011年1月。

一、大陸法系國家對英美傳聞法則之修正

(一)日本

在大陸法系傳統之影響下，日本法制上的證據法並非一套獨立的法則，而是程序法之一部分。雖然於一九四九年一月一日美軍占領時期生效¹³³之日本刑事訴訟法第三二〇條：「（第一項）除第三二一條至第三二八條規定之情形外，於審判期日代替供述之書面，或於審判期日外以第三人之供述為內容所作之供述，均不得作為證據。（第二項）案件經依第二九二條之二裁定而成立之證據，不適用前項之規定，但檢察官、被告或辯護人對於作為證據，表示異議時，不在此限。」並未明文「傳聞法則」之文義，一般咸認二戰後之日本在美國的影響下，已採行英美式的傳聞法則¹³⁴，並以保障供述內容之真實性與被告對質詰問權為核心目的¹³⁵。

不過在傳聞例外之承認上，以筆錄為主要規範對象、以傳聞供述為次要規範對象的日本刑事訴訟法第三二一條：「（第一項）被告以外之人所作之供述書或記錄其供述之書面，經供述人簽名或蓋章者，以下列情形為限，得作為證據：1.記載法官面前（含依第一五七條之四第一項所規定之方法）所為供述之書面，因供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明，或現於國外，無法於準備程序或審判期日供述時；或因供述人在準備程序或審判期日，為與先前之供述內容相異之供述時；2.記載檢察官面前所為供述之書面，因供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明，或現於國外，無法於

¹³³ See Richard B. Appleton, *Reforms in Japanese Criminal Procedure under Allied Occupation*, 24 WASH. L. REV. 401, 403 (1949).

¹³⁴ See Kazuo Tanaka, *Law of Criminal Evidence in Japan*, 2 THE ANNALS OF THE HITOTSUBASHI ACADEMY 193, 194 (1952).

¹³⁵ 參照田口守一著，劉迪等譯，*刑事訴訟法*，頁264，2001年。

準備程序或審判期日供述時；或因供述人在準備程序或審判期日，為與先前之供述內容相反或實質上不同之供述時。但以先前之供述，比準備程序或審判期日之供述有更特別值得信賴之情況存在者為限；3.前二款以外之書面，因供述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明，或現於國外，無法於準備程序或審判期日供述，且其供述內容為證明犯罪事實存否所不可或缺者。但以該供述有特別值得信賴之情況者為限。（第二項）記錄被告以外之人於準備程序或審判期日供述之筆錄，及記載法院或法官勘驗結果之書面，不受前項規定之限制，得作為證據。（第三項）記載檢察官、檢察事務官或司法警察官勘驗（勘察）結果之書面，供述人於審判期日作為證人接受訊問，而供述該書面為真實作成者，不受第一項規定之限制，得作為證據。（第四項）記載鑑定人鑑定過程及結果之書面，如係鑑定人所作成者，亦與前項同。」規定，卻反映了日本刑事司法依賴筆錄的傾向¹³⁶。或因日本法院原已習慣大陸法系寬認審判外陳述具證據能力之傳統，上述抽象立法文字遂成為日本傳聞法制發展迥異於習慣法（Common Law）之主要基礎¹³⁷。由於我國刑事訴訟法第一五九條之一係仿日本刑事訴訟法第三二一條第一項第一款與第二款而制定，因此日本法容許此類傳聞例外之理由，便十分值得參考。

按依日本刑事訴訟法第三二一條第一項第一款規定，於法官面前之陳述，只要符合「陳述不能（亦即原陳述者在審判程序中因死亡、精神或身體之障礙、所在不明，或現於國外等原因而不能陳述）」之要件¹³⁸，不論有無具結，即具有證據能力¹³⁹。而依日本

¹³⁶ 參照松尾浩也著，張凌譯，日本刑事訴訟法（下冊），頁58，2005年。

¹³⁷ See Tanaka, *supra* note 134, at 196.

¹³⁸ 參照田口守一著，劉迪等譯，同註135，頁266。

刑事訴訟法第三二一條第一項第二款規定，於檢察官面前之陳述，除須符合「陳述不能」之要件外，是否亦應具備特別可信之情狀，始具證據能力？雖實務就此多以法無明文而持否定態度，不過學說上卻多以檢察官得聲請詢問證人而採肯定說¹⁴⁰。雖然日本刑事訴訟法上之必要性與可信性狀況保障等要件，係源自美國判例法而形成的概念¹⁴¹，不過由於必要性與可信性本身均屬不確定法律概念，適用上均有待法官於具體個案中加以說明，在大陸法系信賴職業法曹傳統之影響下，以法官保留之模式擔保傳聞陳述之真實性，並作為美國以憲法保留模式擔保傳聞陳述真實性之替代，則於法制上寬認於法官或檢察官面前之審判外陳述具有證據能力，或係日本法本於傳統職權主義思維對傳聞法則所作之調整¹⁴²。故就真實發現而言，基於職權主義在事實認定部分傳統上均採法官保留之思維，日本法並未限制發現傳聞陳述真實性之方法。鑑於委由法院於判決理由中交待傳聞陳述如何具真實性特徵而得為有罪判決基礎之法官保留審判模式，已迥異於英美法制並未要求陪審團交待事實認定理由之訴訟法制；而於判決書中整體判斷證據關聯性，以決定於法官或檢察官面前作成之傳聞陳述是否具證據能力之事實認定模式，亦不符英美傳聞法制之法官僅能就證據能力為決定卻不能自為事實認定之法制架構。綜上所述，在審判結構之差異下，日本刑事訴訟法雖亦採傳聞法

¹³⁹ 參照松尾浩也著，張凌譯，同註136，頁65。

¹⁴⁰ 參照田口守一著，劉迪等譯，同註135，頁267。

¹⁴¹ 參照松尾浩也著，張凌譯，同註136，頁60。另依日本刑事訴訟法第321條第1項第1款與第2款規定，先前陳述（包含在法官與檢察官面前之陳述）與公判準備或公判期日法官面前所為陳述不一致時，先前陳述之筆錄亦得具有證據能力。有學者稱此為審判外筆錄具證據能力之「相反性」要件。參閱石井一正著，陳浩然譯，鄭善印校訂，日本實用刑事證據法，頁129-131，2000年。

¹⁴² 日本最高裁判所亦曾於1949年5月18日宣告刑事訴訟法第321條第1項第1款與第2款等規定合憲。See Tanaka, *supra* note 134, at 199.

則，實已於職權主義之基礎上，對傳聞例外作出必要之修正。

(二)義大利

同屬大陸法系之義大利，雖已於一九八八年通過並於次年施行之刑事訴訟法中，明文類似我國刑事訴訟法第一五九條第一項之美式傳聞法制¹⁴³，以排除審判外陳述之證據能力（但是審判外之陳述仍可用於彈劾之目的）¹⁴⁴。惟在類似起訴狀一本主義之基礎上，為能有效禁止於審判中使用調查書證，基於職權主義之傳統，義大利刑事訴訟法第一九五條仍允許警察以外之間接證人到庭證述¹⁴⁵。雖此條規定曾引起違反對質詰問權之質疑，義大利憲法法院仍於一九九二年之裁判中，明確表示「禁止警察以間接證人之身分到庭證述之規定違反憲法上之平等條款」，並肯定其他共犯於分離審判程序中於法官面前之陳述，不論其他共犯是否到庭或是否行使拒絕證言權，於本案共犯之審理程序中亦具有證據能力¹⁴⁶。不過，為避免刑事司法實務基於前述憲法法院之裁判而腐蝕刑事訴訟改革之成果，並強化被告對質詰問權之保障，義大利國會遂於一九九九年修正了義大利憲法第一一一條，除於該條第二項前段明文肯認當事

¹⁴³ See David Alan Sklansky, *Hearsay's Last Hurrah*, 2009 SUP. CT. REV. 1, 35 (2009).

¹⁴⁴ See Ennio Amodio & Eugenio Selvaggi, *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, 62 TEMP. L. REV. 1211, 1223 (1989).

¹⁴⁵ 某種程度來說，檢察官對於被訊問者之陳述亦居於間接證人之地位，只不過因檢察官並無在庭具結之義務，從而檢察官並不會以間接證人之身分到庭作證。See Giulio Illuminati, *The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*, 4 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 567, 572 (2005).

¹⁴⁶ *Id.* at 574.

人於蒐集證據程序中之對質詰問權之外¹⁴⁷，更於該條第四項規定所有刑事證據之採認均須符合兩造對質原則，並進一步限制法院基於「以規避被告對質詰問權為目的之證人陳述」作成有罪判決¹⁴⁸。其後，義大利國會又於二〇〇一年修正了那些曾遭憲法法庭指摘之刑事訴訟法規定。依照二〇〇一年新修正之刑事訴訟法第五〇〇條規定，被告以外之人於審判外之陳述原則上僅能作為彈劾之用，而只有在證人非因被告主觀影響（如被告威嚇證人）而無法行交互詰問時¹⁴⁹，或者在相關證據已遭被告湮滅或變造以及當事人雙方均同意時，證人於審判外之陳述始具有證據能力；又依同法五一三條規定，共犯於審判外不利於本案被告之陳述，因本案被告對於其他共犯有強制取證權（即其他共犯對於本案共犯被告是否有罪之審判程序中不得拒絕證言），故於本案被告之審判中，並不具有證據能力。另為了有效保障被告之對質詰問權，義大利刑事訴訟法第五二六條乃明文規定，在未經被告或辯方律師詰問指控者之前提下，該指控者之陳述，不能作為被告有罪之唯一證據¹⁵⁰；易言之，只有經被告或辯方律師詰問之證言，才可以作為被告有罪之唯一證

¹⁴⁷ It provides: “Trials are based on equal confrontation of the parties before an independent and impartial judge.” See ICL, Italy - Constitution, available at http://www.servant.unibe.ch/icl/it00000_.html (last visited: 2012.08.15).

¹⁴⁸ It provides: “In criminal trials, evidence may only be established according to the principle of confrontation between parties. No defendant may be proven guilty on the basis of testimony given by witness who freely and purposely avoided cross-examination by the defense.” *Id.*

¹⁴⁹ See Michele Panzavolta, *Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System*, 30 N.C.J. INT’L L. & COM. REG. 577, 611-12 (2005).

¹⁵⁰ See *Illuminati*, *supra* note 145, at 577.

據¹⁵¹。簡單來說，修正後之義大利憲法與刑事訴訟法，法制上已揚棄了職權主義允許法院及檢察官於審判前依職權單方且秘密蒐集之證據具有證據能力之傳統，並強調犯罪事實僅能於言詞審理與兩造對質程序中探求¹⁵²。

雖然在當事人進行主義與公正審判等前導法理之影響下，修正後的義大利刑事訴訟法基於憲法上兩造對質程序之保障，已於相當程度上背離了糾問法制允許法院單方蒐集證據以認定事實之傳統，並限制寬認法院事實認定權限之職權主義傳統，以落實刑事被告之人權保障。然因義大利之司法實務在職權主義傳統影響下，偵查或調查程序與審判程序經常存在長期的間隔，復因於審理階段往往已不及完整地蒐集證據並進行調查，故為防止日後因證據滅失而無法完整地蒐集證據，並避免被告對質詰問權因供述證據蒐集不完整而受到限制，義大利之偵查實務仍經常在有必要時，即開始於調查階段開始蒐集（包含供述與非供述）證據¹⁵³；此外，調查階段所作成之警偵筆錄，如因不可預期之因素致法院無法於審判期日傳喚受訊者到庭作證，或可證明被告對證人作出不法行為致其無法於審判期日出庭作證，不論前述警偵筆錄於作成時是否已經被告詰問，法院於有必要時亦可允許檢察官提出該筆錄以盡其舉證責任¹⁵⁴。綜前所述，義大利憲法所明文之兩造

¹⁵¹ 雖於學說上亦有主張「證人於犯罪當場被查獲時所為之供述、證人於檢察官或警察搜索時所為之陳述、共犯於審判外之供述、證人於偵查中之陳述（如於審判中因強暴脅迫或其他不當影響而無法據實陳述），雖皆為審判外之陳述，卻亦具證據能力」，參閱吳巡龍，同註28，頁212-213。由於Giulio Illuminati之前註145論文作成於2005年，其資料較新，故本文採用較新之比較法介紹。

¹⁵² See Giulio Illuminati, *The Accusatorial Process from the Italian Point of View*, 35 N.C.J. INT'L. & COM. REG. 297, 309 (2010).

¹⁵³ See Illuminati, *supra* note 145, at 572.

¹⁵⁴ See Illuminati, *supra* note 152, at 313.

對質程序，以及限制證人審判外陳述證據能力之規定，事實上即因前述職權主義之傳統，而無法在刑事司法實務中嚴格地被實現。由於前述必要性判斷往往係以審判外陳述之真實性為基礎，在法官說理義務已為憲法第一一一條第六項明文的職權主義傳統下，義大利刑事訴訟法對於傳聞陳述之容許以及對質詰問權之保障，實際上即因職權主義傳統之影響，而表現出與英美傳聞法則不同的風貌。

二、以刑事訴訟法第一五九條之一修正英美傳聞法則之疑義

由於上述日本與義大利皆不約而同地對英美傳聞法則予以修正，並未全盤繼受英美的傳聞例外，因此，刑事訴訟法第一五九條之一此種未曾出現於聯邦證據規則之傳聞例外，是否即為我國立法者有意識的新創，並為因應我國職權主義特徵之修正？即有待詳明。雖就刑事訴訟法第一五九條之一條文本身存在諸如：「傳聞法則……在於『保障被告之反對詰問權』，第一百五十九條之一第一項卻未設任何條件，不問任何場所，祇要在法官面前所為之陳述，皆得為證據，徒顯法官優越而已。……立法理由前段謂：『檢察官之訊問筆錄為傳聞證據，如未予被告反對詰問、適當辯論之機會，一律准其為證據，似與當事人進行主義之精神不無扞格之處，對被告之防禦權亦有所妨礙。』後段則謂：『檢察官原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高。』理由牽強，難以令人折服，意在顯示檢察官之可信性不應低於法官，實則審判與偵查各有所司，職責不同，不應等同視之¹⁵⁵。」之批評，惟若立法者真有意以刑事訴訟法第一五九條之一作為英美傳聞法則於我國之調整，是否必然因其「有害於被告直接與證人對質及行反對詰問之機

¹⁵⁵ 參閱陳運財，直接審理與傳聞法則，頁72，2001年；楊宗熙，新修正刑事證據法評議，警察法學，2期，頁305，2003年12月。

會¹⁵⁶」，即應修正「以被告是否到場行使對質詰問權作為應否容許傳聞例外」為判斷標準¹⁵⁷，觀諸日本與義大利等均對傳聞法則為一定程度之修正調整，前述主張並非完全沒有疑義。因此，關於被告之反對（對質）詰問權，究竟應受到何種程度的保障？又應在什麼基礎上，可以限制被告行使對質詰問權？均有予以澄清之必要。鑑於二〇〇三年之立法對於「如何（應）承認傳聞例外」並未提供明確的判斷標準，究竟應否以被告是否到場行使對質詰問權，作為是否應容許傳聞例外之（唯一）判斷標準，遂成為我國傳聞法制本質上所存在之疑義。

三、我國傳聞法則與真實發現

（一）英美傳聞法則下之真實發現

就真實發現而言，「若從普通法證據規則之角度而言，美國的證據法則在排除具高度證明價值證據之規範上是相當獨特的；本質上，類似英語系國家於訴訟法外獨立發展出一套高度精密且複雜證據法則的現象，於非英語系國家的法制中並未曾見¹⁵⁸。」蓋因傳聞法則的制定主要是因為未受過法學訓練的陪審員無法適當的評價審判外陳述之證據價值；而品格證據的限制則是因為陪審團通常賦予其過高的證明力，或陪審團易於據與本案無關的非行紀錄形成對被

¹⁵⁶ 事實上，學者間於修法過程中，原有傾向支持民間版刑事訴訟法第159條之1修正草案：「被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，以被告到場並得行使對質詰問之權利者為限，得為證據。」之見解。參閱陳運財，同前註，頁268。

¹⁵⁷ 參閱林俊益，我國傳聞法則之研究，法官協會雜誌，5卷2期，頁29，2003年12月。

¹⁵⁸ See JAMES BRADLEY THAYER, A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW 1-2 (1898).

告不適當、不利益的偏見¹⁵⁹。縱然現行之美國聯邦證據規則係制定於一九七五年，惟在英美法上千年的發展影響下，關於何種審判外陳述該當根深蒂固之例外而應成為具證據能力之傳聞，自有長久之脈絡可循。雖說英美傳聞法則在相當程度上係以公正審判為概念內涵，不過仍不能否定刑事訴訟程序原本應具有之發現真實目的與功能¹⁶⁰。

可以肯定的是，不論在什麼時期，也不論主要的說理依據是什麼，英美法上的證據規則均承認傳聞例外存在。只要法制上承認傳聞例外，實即表示被告之對質詰問權將會受到限制。依羅伯特斯案之說明，適當的真實性指標（adequate indicia of reliability），是證人審判外陳述限制對質詰問權並具證據能力之基礎；而適當的真實性指標又包含二大類型：「根深蒂固之傳聞例外」（firmly rooted hearsay exception）與「具特別可信性之擔保」（particularized guarantees of trustworthiness）。雖然就本質上來說，「交互詰問本身不必然具有發現真實之實際功效¹⁶¹」，「已經交互詰問之供述亦不必然會反映出過去發生的實體之真實」，不過，由於在交互詰問之過程中，非但事實認定者能直接觀察供述者供述時之神情，他造當事人亦可藉由該程序質疑其供述之可信性¹⁶²，從而交互詰問程序之踐行，向來皆被視為審判外陳述是否具特別可信性擔保之一項判斷標準。因此，以之作為認定實體真實之依據，一直被認為具

¹⁵⁹ See MUELLER ET AL., *supra* note 39, at 1.

¹⁶⁰ 必須注意的是，縱使在嚴格證據法則下所發現的，充其量只不過是「值得信賴的真實」，而非「實體的真實」。

¹⁶¹ 蓋如雙方之爭執猶如一場羅生門，亦無從僅就雙方之詰問程序就必然足以斷定誰是誰非。

¹⁶² 參閱吳巡龍，對質詰問權的保障與限制——釋字第五八二號解釋評析，月旦法學雜誌，115期，頁99，2004年12月。

有保障被告與維持程序公正之功用¹⁶³。

不過，在保障被告對於「證明性傳聞」行使對質詰問權之「憲法解釋」上，克勞佛案卻部分推翻了羅伯特斯案之說理，而只承認根深蒂固之傳聞例外為免除「證明性傳聞」對質詰問程序的唯一基礎。克勞佛案指出，所有證明性傳聞原則上均需透過對質詰問程序獲得真實性之擔保，以排除虛偽指控之可能，蓋立憲者只承認對質詰問程序具有真實性擔保之功能；換言之，所有的證明性傳聞在克勞佛案說理下均被「推定」為「真實性薄弱」，只有透過對質詰問程序才可以「反證」其「真實性堅強」。某種程度來說，對質詰問程序本質上是一種真實發現的工具，而在證明性傳聞之真實發現部分，對質詰問程序乃根深蒂固傳聞例外以外的「唯一」合憲性工具。但由於克勞佛案並未清楚說明證明性傳聞之內涵，二〇一一年之布來恩特案便在二〇〇六年戴維斯案之基礎上，大大地限縮了證明性傳聞之範圍。

依布來恩特案之說明，只有陳述者之主要目的係為了指控他人犯罪時，該審判外之陳述才具有證明性之特徵，如果審判外陳述之主要目的並非為了將來可能進行之刑事追訴，則該審判外之陳述即因不具證明性特徵，而不必然需藉由對質詰問程序擔保其陳述內容之真實性¹⁶⁴。由於審判外陳述之主要目的為何，乃需由法官於具體個案中基於客觀情狀進行關聯性判斷，鑑於客觀情狀之關聯性判斷係以陳述內容之客觀真實性為目的，因此就結果來說，布來恩特案之適用，將對質詰問權之限制，回復到類似羅伯特斯案之基

¹⁶³ 但這大概只是由大眾心理上的假設推論所得，並無任何實證基礎，對於陪審團是否具有比職業法官更好的真實發現能力，本身就是一個謎。

¹⁶⁴ See *Michigan v. Bryant*, 131 S. Ct. 1143, 1165 (2011). 另最高法院99年度臺上字第3602號刑事判決亦肯認以證明告訴人於案發後之情緒狀態為目的之傳聞陳述，不適用傳聞法則。

準¹⁶⁵，只不過後者係以陳述之真實性「直接」限制對質詰問權之行使，而布來恩特案係以陳述之真實性作為是否屬於證明性傳聞之判斷基礎，「間接」限制對質詰問權之行使。惟不論其限制之模式為何，因美國傳聞法制係以陪審審判為形成之基礎，對於平民陪審員來說，不論是直接限制或是間接限制，其皆已接觸到該審判外之陳述，在事實認定部分可能產生之影響，並不因直接限制或間接限制而有所不同。也正因平民陪審員認定事實的能力不及於職業法官，迥異於大陸法系寬認傳聞陳述證據能力之傳統，美國的法官必須較為嚴格地剔除可信性不高的傳聞陳述，以免對陪審員產生過度的影響。

(二)不應侷限於根深蒂固例外法則之我國傳聞例外

依刑事訴訟法第一五九條之立法說明，傳聞法則係移植自英法系之法律制度，其本身並非我國固有法律概念，我國刑事訴訟法制向來並不存在透過傳聞法則確認審判外陳述真實性之傳統。由於審判只能基於經驗論而非認識論作出裁決，因此除具體法律條文外，各個社會的文化，本亦構成如何妥適作出裁決的重要因素¹⁶⁶；縱然某項審判外陳述於英美等國可能被視為傳聞法則根深蒂固之例外，然而若將該相同的審判外陳述置於我國社會中，在不同文化傳統與社會環境之衝擊下，其是否仍將被視為傳聞法則根深

¹⁶⁵ 參照最高法院93年度臺上字第3360號刑事判決：「則其引用之證言既係承辦員警親身體驗之客觀見聞事實，並非傳聞證據，自有證據能力。」之說明，因該案事實與適用法理與布來恩特案極為類似，亦可說明我國刑事訴訟法第159條之2至之4係直接以羅伯特斯案之特別可信性擔保為法理基礎。惟此已逾刑事訴訟法第159條之1之範圍，本文不擬深論。

¹⁶⁶ See Charles R. Nesson et al., *Constitutional Hearsay: Requiring Foundational Testing and Corroboration under the Confrontation Clause*, 81 VA. L. REV. 149, 151-52 (1995).

蒂固之例外？恐眾說紛紜。

此外，雖然我國學說與實務均已肯認「對質詰問權」是憲法保障的基本權利，不惟其內涵是否與美國法上「證人審判外陳述之可信性須經由交互詰問此一特定的方式獲得確認」之概念完全相同，其實並不明確。基本上，相較於美國權利法案條列對質條款於其中，並以之限制傳聞證據適用¹⁶⁷之瓦特瑞雷（Sir Walter Raleigh）案¹⁶⁸，自大法官釋字第三八四號解釋開始承認之對質詰問權，在我國法制上並不具任何歷史淵源。故倘欲如克勞佛案般，以立憲者之意圖，主張於我國刑事訴訟程序中，「證人審判外陳述之可信性須經由交互詰問此一特定的方式獲得確認」，非但有些牽強，亦與日本繼受傳聞法則時，據以承認傳聞例外之基礎有異¹⁶⁹。從而，即便依大法官釋字第五八二號解釋：「憲法第十六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『非由法院依法定程序不得審問處罰』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。」之說明，克勞佛案亦不當然地成為我國傳聞例外之基準；蓋美國法所謂根深蒂固傳聞例外，既係以權利法

¹⁶⁷ See Kenneth J. Graham, *The Right to Confrontation and the Hearsay Rule: Sir Walter Raleigh Loses Another One*, 8 CRIM. L. BULL. 99, 100 (1972); See also Graham C. Lilly, *Notes on the Confrontation Clause and Ohio v. Roberts*, 36 U. FLA. L. REV. 207, 209 (1984). 關於本案之中文文獻，參閱王兆鵬，對質詰問權與強制取證權，載：刑事被告的憲法權利，頁146，1999年。

¹⁶⁸ See 399 U.S. 149, 156-57, n.10 (1970).

¹⁶⁹ 關於日本法承認傳聞例外之理由可參閱三井誠著，陳運財譯，起訴狀一本主義與傳聞法則，律師雜誌，232期，頁76，1999年1月。

案制定時，普通法所承認之傳聞例外為基礎，則我國如欲承認此種傳聞例外，不但無法以我國立憲者之意圖為參考基準，亦無由僅以美國權利法案制定時之傳聞例外為依據。因此，關於我國法制應基於何種理由承認傳聞例外，遂有另闢蹊徑之必要。從比較法的觀點來說，縱然我國之傳聞法則不採美國克勞佛案之立場，而擴及承認根深蒂固例外以外之審判外陳述亦具有證據能力，尚不至於出現違反立憲者意圖之批評；而即使我國傳聞法則係參照英美法制而制定，由於歷史文化背景間之差異，解釋上卻未必應完全以美國傳聞法則為圭臬。因此，在我國刑事訴訟制度於相當程度上仍保有職權主義色彩（例如：不採陪審制度、職業法官必須撰寫判決書、二審仍為事實審）之基礎上，自應另行探討我國傳聞例外之基礎，以回應我國刑事訴訟制度之需要。

就真實發現之角度而言，由於我國現行之刑事訴訟架構係以「改良式當事人進行主義」為主軸，而非如美國之刑事訴訟程序係以純粹的當事人進行主義為核心，故關於證據之推敲，原不以必經當事人主導或進行為其前提要件。則在大陸法系著重於直接與言詞審理之實踐，並賦予法官認定事實權限之傳統下，傳聞法則所保障之對質詰問權，原非擔保審判外陳述真實性之唯一手段¹⁷⁰。鑑於職權主義刑事訴訟制度廣泛承認審判外陳述證據能力之主要理由在於「直接與言詞審理原則」，以及「職業法官必須在判決理由中交待有罪心證之理由」以擔保所有陳述之真實性，而日本與義大利二國均在相同的前述法制特徵上修正了英美傳聞法則之內涵，因此，欲藉由對質詰問程序以發現真實之需求，就我國法制而言，自應低於英美當事人進行主義之刑事訴訟制度，蓋後者僅以對質詰問程序

¹⁷⁰ 此點異於美國立憲者有關「對質詰問係除根深蒂固例外以外，發現證明性傳聞真實性之唯一方法」之認知。

擔保審判外陳述之真實性之主要原因，乃在於事實認定者（平民陪審員）不必交代有罪心證之理由，容易因審判上之激情而誤判審判外陳述之證據價值，特別在證據關聯性判斷之部分，陪審團之判斷能力也遠不及於職業法官。既然在前述考量下，大陸法系之刑事訴訟程序於真實發現層面上較英美法系更「低度地」仰賴對質詰問程序，則於邏輯上自得容許其得因使用其他發現真實之工具而較為高度地現制對質詰問權。因此，如肯認我國法制在傳聞例外之容許上，類似日本與義大利法制存在異於美國傳聞法則之發展空間，縱以立法制訂美國法制所未見之傳聞例外，本屬無可厚非。就此而言，究竟應以何種標準承認我國傳聞例外，並限制被告之對質詰問權，始為我國傳聞法制所不可迴避之議題。

（三）傳聞陳述之容許與對質詰問權之限制

由於對質詰問權係美國憲法第六增修條文所明文保障之權利，因此聯邦與各州之立法均不得牴觸對質詰問權，基於此種法制背景，美國聯邦最高法院遂企圖透過歷史解釋之途徑，詮釋立憲者對於對質詰問權之保障與限制，因此提出根深蒂固傳聞例外不屬於對質詰問權保障範圍之概念。正由於羅伯特斯案於相當程度上限縮了對質詰問權之保障，因此在肯認憲法第六修正案要求所有證明性傳聞陳述均應以對質詰問程序之踐行擔保內容真實性之前提下，克勞佛案遂將審判外陳述區分為二：證明性傳聞與非證明性傳聞，只有非證明性之審判外陳述應繼續適用羅伯特斯案之判斷標準，亦即在具備特別可信性擔保之情況下，非證明性之傳聞陳述具有證據能力。為了定義證明性傳聞之內涵，戴維斯案乃提出主要目的之判斷標準，而布萊恩特案更明確指出，只有客觀上可認審判外陳述之主要目的在於刑事指控時，才屬於證明性之審判外陳述，而須接受被告之對質詰問。

雖然大法官釋字第三八四號解釋已明文承認對質詰問權亦為我國憲法保障之基本人權，不過在我國憲法並未明文對質詰問權之前提下，事實上並無法推知立憲者對於對質詰問權之態度，更遑論權利保障之密度。因此，在我國憲法第二十二條與第二十三條之規範下，只要符合嚴格意義之法律保留原則，立法者本得限制對質詰問權，此點特徵迥異於僅能由釋憲者詮釋對質詰問權以為限制之美國法制。鑑於對質詰問權之功能原在避免陪審團在雙階審判構造下，接觸價值不高之審判外陳述¹⁷¹，以誤認真實並對被告造成不公平，因此，在審判外陳述具備一定程度真實性指標之基礎上，原得免除對質詰問程序，即採為事實認定之基礎。基於美國制定對質條款之精神，於我國探討傳聞例外以限制對質詰問權，除須形式上符合法律保留原則外，實質上該傳聞例外亦必須通過狹義比例原則之檢驗，以為對質詰問權限制之合憲性基礎；而基於憲法結構之差異，在我國立憲者並未堅持「證明性傳聞」只能透過根深蒂固例外與對質詰問程序確認其真實性之基礎上，原則上在我國並不須如美國法制區分審判外之陳述是否為證明性傳聞，而適用不同之證據能力基準。因此，縱然可以肯認證明性傳聞於本質上存在較高度虛偽指控的可能性，亦得寬認在我國刑事訴訟程序中，不論是否該當證明性傳聞陳述，皆應可藉由同一套判斷標準，以確認其是否具證據能力。

鑑於我國傳聞法制不存在根深蒂固傳聞例外之沿革背景，關於傳聞例外之承認，基於真實發現之審判目的，就只能以其是否具有內容真實表徵之「特別可信性」為判斷基礎。簡單來說，既然傳聞法則之發展原本在透過對質詰問程序以發現真實，則於真實可以透過其他非對質詰問程序予以確認之情形中，即非必須一定要踐行對

¹⁷¹ See MUELLER ET AL., *supra* note 39, at 1.

質詰問程序以認定事實。參考美國聯邦最高法院於羅伯特斯案與布萊恩特案等說明，只要該審判外陳述具有特別可信性之情狀擔保，即可免除對質詰問程序之踐行，並承認其具證據能力。從而，以審判外陳述具真實性擔保，而非必以其符合根深蒂固例外，作為審判外陳述具證據能力之要件，就美國法制有關傳聞法則之沿革來說¹⁷²，尚不致「必然」有違對質詰問權之保障。當然，由於審判外陳述是否具真實性擔保之特徵，不可避免地將由法官決定，就此而言，審判之進行必然具有高度之職權色彩，而事實認定程序仍具有高度的法官保留特徵¹⁷³，則於真實發現之過程中，即非必須透過兩造控辯程序予以確認「有罪犯罪事實」。從而，允許審判外之陳述具證據能力，而致當事人之一方無從於審判中對之進行交互詰問，縱然存在異於美國法上被告對質詰問權與當事人進行訴訟模式之疑慮，不過，在我國對質詰問權之內涵不完全等同於美國法「以進行交互詰問此一特定訴訟程序作為審判外證明性傳聞陳述取得證據能力的原則」之前提下，刑事訴訟法第一五九條之一於實務操作上只要存在其他「真實擔保」之標記，基於真實發現所內涵之公平正義具有高度公共利益之思考，並不必然違反對質詰問權之保障。惟依大陸法系傳統「在採證上，若漫無限制之容許傳聞，實易使法官以毫無根據之資料作為裁判之基礎，而流於率斷¹⁷⁴」，因此，即便在羅伯特斯案之基礎上，亦不代表法院得恣意地容許傳聞證據。易言之，若法官基於適當的真實性指標而容許傳聞證據並以之

¹⁷² 因在非證明性傳聞部分，其主要目的並不在刑事指控，其陳述之虛偽性較證明性傳聞為低，並得由法院裁量是否具特別可信性擔保而限制對質詰問權。

¹⁷³ 關於證據之關聯性判斷，聯邦證據規則本來就是採取法官保留之模式，因此就證據關聯性（FRE 402）與偏見與誤導（FRE 403）之決定過程，本質上帶有高度的職權主義色彩。

¹⁷⁴ 參閱林永謀，傳聞證據（上），司法周刊，1162期，2版，2004年12月。

限制被告之對質詰問權，應要求法官在判決書中說明該審判外之陳述如何具特別可信性之擔保，以符合職權主義訴訟程序真實發現之精神與憲法上狹義比例原則之要求。因此，本文認為克勞佛案所建立關於判斷審判外陳述是否具證據能力之判斷標準，於我國並不適用；相對地，羅伯特斯案所建立之真實性標準，較符合我國所採之刑事訴訟模式與實際上之需要。

綜上分析，大法官釋字第五八二號解釋：「共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪（事實認定）之證據一節，對其他共同被告案件之審判而言，未使該共同被告立於證人之地位而為陳述，逕以其依共同被告身分所為陳述採為不利於其他共同被告之證據，乃否定共同被告於其他共同被告案件之證人適格，排除人證之法定調查程序，……已不當剝奪其他共同被告對該實具證人適格之共同被告詰問之權利，核與首開憲法意旨不符。」在保障共同被告對質詰問權之前提下，不分陳述類型，一律要求共同被告須以證人之身分接受對質詰問後，其陳述始具證據能力之主張，縱不論我國刑事訴訟法制仍於一定程度上保有職權主義之特徵，亦已太過偏向克勞佛案之論述。在克勞佛案於相當程度已被布萊恩特案修正後，關於審判外陳述之證據能力，原則上即應回歸到「真實性指標：特別可信性擔保」之判斷標準，實無須堅守在美國已經重大修正，只承認根深蒂固傳聞例外之克勞佛防線，以避免我國實務因過度強調對質詰問程序在真實發現上之必然性¹⁷⁵，而招致之不必要的程序負擔。

¹⁷⁵ 即便是職業法官，對於各執一詞的對質詰問程序所呈現出來的「事實」，多半也無法釐清何者為真，如果法院信任承辦檢察官之起訴品質，多半會支持檢察官所為之有罪評價，相當程度來說，對質詰問程序必非必然具有釐清事實真相之功能。

(四)單純任意性擔保之盲點

在辨明傳聞例外之證據容許性應以陳述之真實性為基礎後，關於刑事訴訟法第一五九條之一本身是否足以限制對質詰問權¹⁷⁶，仍有待進一步說明。本條之立法原理在於直接審理原則與審判外陳述之任意性已如前述，由於這種在法官或檢察官面前之任意性陳述必然表徵真實性的觀點係根源於大陸法系信賴法官與檢察官之傳統¹⁷⁷，姑且不論法官或檢察官之知覺與記憶是否有誤，亦不論其是否將因觀察方向之差異而誤傳原陳述者之意旨，鑑於此一傳統原本即不具保障被告對質詰問權之功能，則以之為內涵之法規範本與對質詰問權之保障無涉，則基於陳述之任意性而發展出的傳聞例外是否將對被告之對質詰問權造成過度之限制，是否符合前述真實性指標之傳聞例外法理，應該才是我國傳聞法制所須重視之課題。

關於被告以外之人於審判外陳述之證據能力，不論學說或實務均已肯認應以可信性之情況保證為判斷基礎，只要符合公平法院的要求，當事人之反對詰問權未必是絕對必須的保障¹⁷⁸；然而，縱認在審判外之陳述具可信性擔保時，被告之對質詰問權並非絕對不可欠缺，惟若一概認為在法官或檢察官面前所為之陳述，「不論如何」

¹⁷⁶ 若自字面上而言，只要是在法官或檢察官面前所為之陳述，不論是民事或是刑事案件，亦不論陳述者已否具結，該陳述於他案中均具有證據能力。參閱張明偉，傳聞法則之比較研究，檢察新論，9期，頁149，2011年1月。

¹⁷⁷ See Tanaka, *supra* note 134, at 196.

¹⁷⁸ 實務見解如最高法院72年度臺上字第3194號判決：「凡以特定人就其觀察結果所為之報告，作為心證之資料者，此特定之人，自應在審理程序中訊問之，始合直接審理之原則。以證人而言，證人在法院審理中之陳述，既經具結以擔保其真實性，而法院又可就其直接供述，以增加內容之了解，從而從證人陳述之態度、表情與舉動之變化，以確認證言之可信性。」學說上主張可參閱林俊益，同註157，頁30。不過關於為何在法官面前陳述即屬特別可信之情況，亦即為何未經具結在法官面前不會說謊，該文並未說明。

皆具備真實性之擔保，不免存在過度推論之疑慮，畢竟經驗上並不存在任何正當化「任何人在法官或檢察官面前都不會說謊」之主張¹⁷⁹，單純之陳述任意性本身並不足以作為真實性推論之基礎。從而，除了審判外陳述之任意性外，勢必還需存在其他法未明文之真實性指標，以正當化「在法官或檢察官面前之審判外陳述」具證據能力之主張。此外，最高法院七十二年度臺上字第三一九四號判決之說理，於「本案陳述」類型中，或可因直接審理之踐行而被接受，惟於「他案中所為之供述」類型中，該判決即無適用餘地，蓋本案之裁判者並無從在他案中，「就其直接供述，以增加內容之了解，從而從證人陳述之態度、表情與舉動之變化，以確認證言之可信性。」而本案證人於他案中之供述可能係基於被告地位所為，或於他案中因有不得具結之原因而未經具結，故亦未必皆可經具結以擔保陳述內容之真實。又由於供述者在他案中所為之陳述並不一定係以本案之爭點為核心，故就本案之事實爭點未必於他案程序中經過當事人雙方詳細攻防而言，充其量只能認為在他案法官面前所為之陳述僅如該條增訂理由所言具有「任意性」之擔保而已¹⁸⁰。

既然大法官釋字第五八二號解釋亦已否定證人（共同被告）僅因在法官或檢察官面前陳述具任意性即具有證據能力之觀點，而被告以外之人於審判外陳述又應以其所具之真實性擔保（指標）為證據能力基礎，因此，除非刑事訴訟法第一五九條之一之陳述具備真

¹⁷⁹ 因在職權主義傳統下，檢察官並未單純地僅被視為當事人之一方。See Lerner, *supra* note 46, at 797.

¹⁸⁰ 雖立法理由未曾述及，基於結構之相似性，此號裁判或為我國發展出刑事訴訟法第159條之1規定之主要原因。表面上看來，刑事訴訟法第159條之1實質上僅以「陳述者之任意性（任意性擔保）」為其具有證據能力之基礎；至於任意性之陳述是否必然可推導出其陳述內容具備真實性，則係另外一個層次的問題，二者不應混淆。

實性擔保，否則該規定恐將因有違真實發現之制度目的，而成為對質詰問權之不當限制，並違反狹義比例原則之精神，而應受違憲之宣告；蓋如審判外之陳述本質上不具真實性，原即無從僅因其於法官或檢察官面前作成即認其具有證明犯罪之效用。事實上，一則純以證人在法官或檢察官面前所為之陳述任意性為基礎之判決，絕對不具備任何正當化之基礎，其存在本身除了讓人民出現白色恐怖之聯想外，徒具裁判之形式並不具任何令人折服之意義。按於十七世紀初期發生在英國的瓦特瑞雷案，不就是僅以指控者在審判官面前之任意陳述，作為定罪之依據嗎？如果任意性陳述真可作為入人於罪之證據，而不會招致不平之鳴的話，那麼美國權利法案不致於會將對質條款列入其中。或許美國聯邦最高法院在克勞佛案中所述，「制憲者將十分驚訝因中立官員之職權行使而得之陳述可以作為不利被告之證據，即便法院對於被告妻之動機作出了正確的判斷，其對於被告妻對案發現場之觀察是否正確，亦無從判斷，只有交互詰問能透露被告妻對於現場觀察之瑕疵¹⁸¹。」存在太過偏重與強調對質詰問權功能之瑕疵¹⁸²，然而僅因陳述之任意性而認其必然具有真實性之擔保（可信性之情況保證¹⁸³）之主張，除難以界定在「何種人」面前之任意陳述亦必然具真實性外¹⁸⁴，如果大部分的傳聞證言僅因陳述者於陳述時具備任意性要件，而取得證據能力，除傳聞法則恐將因「任意性」而崩解外，僅因陳述之任意性而賦予

¹⁸¹ See *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36, 50 (2004).

¹⁸² 不過布萊恩特案已對此有所修正，詳如前述。

¹⁸³ 參閱林俊益，同註157，頁31。

¹⁸⁴ 例如，在總統面前之陳述，在司法院長面前之陳述，在法務部長面前之陳述，在市長面前之陳述……等，是否均將因接受陳述者具公正性，而使得該傳聞因具真實性擔保而一併取得證據能力？縱或如此，關於哪些人能夠公正地接受陳述，恐又將引發另一場論戰。

其證據能力，於審判上並無任何正面之意義可言。實質上，由於該陳述是否具適當的可信性擔保，原則上須由陳述時之整體外部客觀狀況觀之，與陳述內容之信用性有別¹⁸⁵，故陳述之任意性祇不過是在判斷該陳述是否具適當的可信性擔保之一項要件而已，若僅因陳述之任意性而直接肯認其具真實性，恐將導致類似僅因被告自白而認定其犯罪事實之流弊。

(五)以職權主義真實性擔保之審判結構為基礎

雖然刑事訴訟法第一五九條之一於表面上看似欠缺傳聞例外所應具備之真實性擔保要件，不過這樣的觀察，本質上卻存在對職權主義與當事人進行主義審判模式之混淆。按於職權主義之刑事審判中，職業法官兼理事實認定與法律適用之職能，因其必須於裁判理由中交待事實認定之理由（陪審團之評決乃不附理由），以為證據真實性之事後判斷基礎（陪審團之證據證明力判斷無法於事後審查）。在職業法官事實認定能力優於平民陪審團之基礎上，傳統上均允許法官接觸傳聞證據，甚至間接證人，以期能發現真實。相較於在當事人進行主義之審判模式中，「法官僅得於證據能力判斷階段評價傳聞陳述之真實性擔保」及「無從得知陪審團得心證之理由」之特徵，由於職權主義審理模式對於傳聞陳述之真實性擔保評價，不僅存在於證據能力判斷階段，亦存在於裁判理由形成階段，因此，只要能夠在個案裁判理由形成階段，藉由整體證據關聯性判斷之說理（得心證之理由）以擔保傳聞陳述之真實性，即使某種審判外陳述於證據能力判斷階段原僅具備任意性擔保之表徵，如其得於裁判理由形成階段滿足真實性擔保之要件，即不能逕謂該審判外之陳述僅因任意性擔保即為有罪裁判之基礎。換句話說，在直接審

¹⁸⁵ 參閱三井誠著，陳運財譯，同註169，頁76。

理原則與人證優先於書證等法理之前導下，由於職權主義之裁判理由（法官之說理義務）本質上具有真實性擔保之功能，只要法院踐行有關真實性基礎之說理義務，於個案裁判理由中明確交待信賴「無法到場證人於法官或檢察官面前之審判外任意性陳述為真實」之理由，亦即如何在與其他證據為關聯性判斷後滿足真實性指標之要求，對傳聞陳述進行之書證調查程序，以之限制對質詰問權並作為有罪判決之基礎，在滿足真實性擔保之前提上，並不必然有違憲法上之比例原則。不過，由於職權主義之刑事訴訟傳統原本即以直接審理原則與人證優先於書證原則為基礎，因此，以法院說理義務為主要內涵之真實性擔保，當然也須以法院踐行職權主義傳統促成證人到場之義務為前提¹⁸⁶。事實上，如果對供述證據之調查均能落實人證優先書證之直接審理原則，則縱係審判外於法官或檢察官面前之陳述，亦已受對質詰問之機會保障¹⁸⁷。

僅管立法者是否是在完整理解傳聞法則發展之歷史與功用後，有意識地創造刑事訴訟法第一五九條之一此一獨特的傳聞例外，無法自立法理由中獲得¹⁸⁸；惟因邏輯上允許在法官或檢察官面前之任意性陳述均具有證據能力，必須伴隨著賦予法官調查類此陳述是

¹⁸⁶ 參閱林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路，台灣法學雜誌，119期，頁97，2009年1月。

¹⁸⁷ 不過，這種觀點僅適用於在本案檢察官或法官面前之陳述情形；在他案檢察官或法官面前之陳述，將可能因不知本案被告為何人，而無從保障本案被告之對質詰問權。

¹⁸⁸ 雖然2003年之立法理由未明確指出何以制定刑事訴訟法第159條之1此種一概承認在法官或檢察官面前之陳述具證據能力之規定，由於在裁判上一罪（2003年增訂傳聞法則時尚包含牽連犯與連續犯）之刑法規範下，法院仍必須調查與起訴事實同為單一刑罰權所涵蓋之所有犯罪事實，刑事實體法上有關裁判上一罪之規定，或可作為何以我國亦制定類似日本刑事訴訟法第321條傳聞例外之原因。

否為真實之職權（蓋如欲以之為有罪裁判事實認定基礎，必須符合嚴格證明之要求，並踐行法官在判決書中交待何以採取或不採該陳述之說理義務），如果認為法官無權利與義務去調查該陳述內容之真實性，即使認為該陳述具有證據能力，該陳述亦將因可信性不明（證明力不足）而無法被法院採用為論罪基礎；果如此，承認其證據能力乃毫無意義之事。鑑於我國刑事訴訟法第一五九條之一與第一六三條第二項「法院依職權詢問」等規定，實質上在二〇〇三年增訂之傳聞法則及其例外無法「發現真實」時，提供了一項源自大陸法系傳統之認定事實（發現真實）工具，則於檢察官或法官得依職權取得其他供述證據之法制傳統下，以「法官說理義務」擔保真實發現之架構，原即有使用檢察官或法官依職權訊問所得供述資料之必要¹⁸⁹；此外，由於真實性擔保有待法官踐行說理義務後始得以確定，在此之前，只有陳述之任意性才有規範必要。因此，在並未免除法官對於傳聞證據真實性說理義務前提下¹⁹⁰，即不能僅因

¹⁸⁹ 姑不論最高法院101年度第2次刑事庭會議之決議：「參酌刑事訴訟法第一百六十三條之立法理由……基於公平法院原則，法院自無接續檢察官應盡之責任而依職權調查證據之義務。則刑事訴訟法第一百六十三條第二項但書所指法院應依職權調查之『公平正義之維護』事項，依目的性限縮之解釋，應以利益被告之事項為限，否則即與檢察官應負實質舉證責任之規定及無罪推定原則相牴觸，無異回復糾問制度，而悖離整體法律秩序理念。」將刑事訴訟法第163條第2項但書之適用，限縮於利益被告之事項，是否真符合公平法院之理念，鑑於法院在決定該法第159條之1之陳述是否具證據能力時，仍「得」於依職權調查「不利益被告事項」後，於判決理由中交代得有罪心證之理由，以發現真實，則如法院欲以該法第159條之1之陳述為有罪判決之基礎，或是以之為有利被告（不論是否為無罪裁判）之事實認定基礎，此決議並未免除職權主義課予法院之說理義務。

¹⁹⁰ 或許職權主義之傳統才是本次修法僅名為「改良式當事人進行主義」而非「純當事人進行主義」，且未曾有學者堅持必須在我國建立一套純當事人進行主義審判模式之主要原因。

刑事訴訟法第一五九條之一之文義，而謂該條規定允許僅以陳述之任意性限制對質詰問權。鑑於我國刑事訴訟法第一六三條第二項仍允許法院「得」依職權調查證據，或許為了使法院得不經對質詰問程序逕予使用其依職權調查所得之證據（包含調卷、函查所得之證據資料）並以之作為判決之說理論述依據，此種著重以職權糾問（official inquiry）為基礎之事實認定程序¹⁹¹，才會存在於二〇〇三年以改良式當事人進行主義為名之我國刑事訴訟法中¹⁹²。

經由上述之分析，本文認為，任意性陳述經整體關聯性判斷後呈現於裁判理由中所為之真實性說理（法官之說理義務），才是限制對質詰問權之最主要基礎；故只有充分踐行法官說理義務之判決，才能通過憲法狹義比例原則之檢驗。因此，縱然刑事訴訟法第一五九條之一並未如同法第一五九條之二與之四等明文以先前陳述「具有較可信之特別情況」或「經證明具有可信之特別情況」或文書係「於可信之特別情況下製作」，作為限制或取代對質詰問權之要件，解釋上法院於適用刑事訴訟法第一五九條之一至之四等規定以限制被告之對質詰問權時，仍應本諸職權主義認定事實之設計，須於判決理由中交待何以先前陳述或文書具備特別可信之真實性擔保（踐行法官之說理義務），才能使被告以外之人於審判外之陳述具有證據能力，也才算是對於對質詰問權之最小侵害。因此，我國於二〇〇三年所制定之傳聞法則，之所以並未全面明文須以審判外陳述具備真實性擔保為審判中具證據能力之前提，而僅於刑事訴訟法第一五九條之二至之四等明文傳聞例外之真實性要件，恐因源自忽略真實性要件存在之本質所致；蓋於英美陪審制之審判結構中，

¹⁹¹ See Lerner, *supra* note 46, at 797.

¹⁹² 刑事訴訟法第159條之1之存在，適足作為2003年增訂之傳聞法則不堅持兩造模式事實認定程序之例證，也因此糾問式之事實認定程序仍繼續存續於我國刑事審判實務之中。

由於陪審團不需交代得心證之理由，無法透過說理義務之落實以擔保審判外陳述之真實性，故制度設計上僅得於證據能力層次中另以審判外陳述存在「可信性情狀（具有真實性之說服力）」，作為陪審團所認定事實之真實性擔保。簡單來說，為避免陪審團受到說服力低的證據誤導，英美法制只好將證據說服力提前至證據能力層次判斷，因證據說服力已經法官或立法者事先判斷，陪審團縱未於判決中交代得心證之理由，亦不致作出毫無真實性基礎之事實認定，此與職權主義係以法院於事實認定時交代證據之說服力（證明度或可信度）之法制設計，存在本質性之差異。故如我國於立法之際已能認識職權主義本質上係以提出判決理由擔保各種證據之真實性，現實上除不至於出現刑事訴訟法第一五九條之一第二項以「除顯有不可信之情況者外」此種贅文作為傳聞例外之要件外¹⁹³，亦不至於立法上存在刑事訴訟法第一五九條之一與刑事訴訟法第一五九條之二至之四等二類，於表面上差異性十足但本質上並無不同之傳聞例外要件。

四、職權主義模式之傳聞例外

(一) 刑事訴訟法第一五九條之一之定位

大陸法系職權主義之審判傳統旨在藉由法官之調查與說理義務擔保真實發現目的之實現，英美法系當事人進行主義之審判模式僅藉由法官忠誠扮演證據真實性守門者之角色，以擔保平民陪審團能在無偏見與無誤導之環境中，實現真實發現之目的。正因對質詰問程序具有於陪審團面前釐清供述證據真實性之功能，因此英美法系當事人進行主義之審判程序，向來皆著重對質詰問程序之落實；美

¹⁹³ 蓋是否顯不可信，本質上已經進入證據證明力判斷之層次。而實務上沒有任何法官會以檢察官面前所為顯不可信之傳聞陳述作為有罪判決之基礎，縱承認其具證據能力，亦毫無意義可言。

國制憲者甚至將之訂為憲法準則，以避免「事實認定職能有限之平民陪審團，於審判過程中，受到法官不正當地行使職權決定傳聞陳述證據能力之影響，在不附理由甚至理由矛盾的評決制度中，作出不公正的裁判」。因此，當事人進行主義欲藉由對質詰問程序「避免平民陪審團遭法官職權誤導形成偏見」與「檢驗供述證據真實性」達成之制度目的，以及當事人進行主義「限制法官依職權決定審判外供述證據能力以保障陪審團事實認定空間」之設計，在本質上充滿職權色彩的刑事審判結構中，原即不存在，甚至沒必要。從而，在限制對質詰問權之考量上，即使如美國克勞佛案主張僅有根深蒂固之傳聞例外具有充分的真實擔保，而得限制被告對證明性傳聞之對質詰問權；在職權主義傳統之刑事訴訟法制中，亦得寬認其他具有真實性表徵之傳聞陳述具有證據能力，在與其他證據作整體關聯性判斷並踐行法官說理義務後，得以限制被告之對質詰問權¹⁹⁴。又如羅伯特斯案所述，交互詰問只是一個評估證人審判外陳述較好的方法，而非發現真實唯一的方法¹⁹⁵，故於我國的審判程序中，縱使賦予未經交互詰問的審判外陳述具有證據能力，並以

¹⁹⁴ 由於大陸法之傳統著重於直接審理，且憲法並未明白地保障對質權，我國法院遂甚少著眼於對質權之保護。司法院大法官一直到釋字第384號解釋（1995年），始首次承認憲法保障對質詰問權。較諸美國憲法第6修正案之規定，究竟對質詰問權係包含於我國憲法第幾條中，其實並不明確。此外，在「制憲歷史未明確要求以兩造控訴模式即交互詰問程序評價審判外陳述可信性」與「憲法第二十三條之規範」下，美國克勞佛案以交互詰問為唯一評價審判外陳述真實性之途徑之主張，在我國應無適用。從而，立法者應有權以立法之方式限縮解釋憲法保障之對質詰問權。此種普遍存在於大陸法系國家之法制背景，應為我國傳聞立法會創造出刑事訴訟法第159條之1這種獨特傳聞例外之原因。特別在欠缺美國制憲背景與陪審審判之環境中，克勞佛案史卡利亞大法官所採之釋憲途徑，在我國並不適用，從而關於審判外陳述可信性之評估，在我國並不以交互詰問一途為限。

¹⁹⁵ See *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 63-65 (1980).

之作為判決之基礎，亦不當然導致不公平不正義之結論。事實上，布萊恩特案亦已足說明美國法制已透過限縮證明性傳聞範圍之方法，放寬傳聞陳述之證據能力限制。

毫無疑問地，刑事訴訟法第一五九條之一並非以保護刑事被告對質詰問權為核心；縱雖如此，刑事訴訟法第一五九條之一卻可視為大陸法系職權主義模式對傳聞法則所為之調整。因此，我國法之傳聞法則即同時帶有職權主義與當事人進行主義的雙重色彩。儘管並非所有美國聯邦證據規則中之傳聞例外均可於我國刑事訴訟法中找到相對應之規定，針對那些未為刑事訴訟法第一五九條之二至之四所涵蓋之傳聞陳述，尤其是那些在美國已具有根深蒂固特徵之部分，或可透過刑事訴訟法第一五九條之一之適用而取得證據能力¹⁹⁶。事實上，由於我國於制定傳聞法則時並未限制法院依職權調查證據，故當法院依職權調查證據時，因不存在傳聞法則所欲防止之陪審團被動地接觸低度證據價值之證據並予以過度評價之風險，則在法院依職權主動調查與詢問之情形中，並無適用傳聞法則之必要¹⁹⁷。

既然大陸法系之刑事審判係因法院在非連續開庭之審判模式下，「有足夠的時間可以找出審判外之陳述者到庭作證，或因在其不能到庭說明時，有足夠的時間可以蒐集與審判外陳述者信用有關之資料以判斷其審判外陳述之可信性¹⁹⁸」而接受傳聞陳述；因此，如果法官或檢察官在審前詢問證人時得知激動陳述，該陳述即可透過我國刑事訴訟法第一五九條之一而取得證據能力¹⁹⁹。因

¹⁹⁶ 特別當法院無法透過兩造控辯模式認定事實時，此條所提供之職權糾問式證據調查途徑將更顯出其作用。

¹⁹⁷ See Lerner, *supra* note 46, at 831.

¹⁹⁸ See Kessel, *supra* note 41, at 359.

¹⁹⁹ 如法院欲使用一個類似於聯邦證據規則第803(2)條之審判外激動陳述，即可依

此，當法院依職權訊問被告或證人時，傳聞法則（甚至詰問法則）並不適用；蓋此種以發現真實為目的之職權糾問，在理論上並不受到當事人進行模式的限制，法院仍可運用其糾問權力依職權發現真實。如果法院知悉某審判外陳述係於法官或檢察官面前作成，法院可以調閱相關卷宗以探求某法官或檢察官面前之陳述內容，並在盡其真實性說理義務後以之作為有罪判決之依據。事實上，在現行卷證併送的訴訟結構下，法院通常在起訴時已得透過閱卷的方式獲得本案相關的資訊，此種開庭前已得之資訊原為法院發動其糾問職權之基礎，從而我國之傳聞實務將較美國之傳聞法則更具彈性。整體而言，雖於英美傳聞法則中未見類似我國刑事訴訟法第一五九條之一之規範，不過在職權主義課予法官說理義務之前提下，只要能落實職權主義之直接審理、人證優先、最佳證據等程序要求，以之作為寬認傳聞陳述證據能力之基礎，並不必然過度侵害被告之對質詰問權。

（二）我國採用傳聞法則之意義

我國法之傳聞法則並不具有如克勞佛案排除所有未經交互詰問之審判外證明性供述之功能，既如前述，由於法院依職權仍有調查證據並為整體證據價值評價權限之法制中，二〇〇三年之傳聞立法意義為何，亟待究明。事實上，於二〇〇三年修法前之我國審判實務存在二大缺點：第一，因法院有義務調查所有相關證據，導致在審判程序中檢察官除蒞庭朗讀起訴書外無事可做。而當檢察官僅因被告有高度犯罪嫌疑即於證據不充分之情況下起訴被告時，法院更擔負者實際偵查之工作；而在檢察官未全程蒞庭之情況下，審判已

刑事訴訟法第159條之1此種糾問式傳聞例外之規定，作為有罪判決說理之依據。此外，在當事人均未主張之前提下，依據我國刑事訴訟法第163條第2項之規定，法院亦能運用它的糾問權力，主動調查證據。

似乎成為被告與法院相互爭執的場所，法院也因此必須完成所有檢察官未完成之調查證據程序，而無法僅扮演中立聽訟之角色。其二，過度使用審判外之陳述，導致審判程序過於仰賴警訊筆錄之記載，並形成書面審理之實務²⁰⁰。在過去的審判實務中，傳聞陳述扮演著非常重要的角色，有時甚至發生檢察官未親自詢問警訊陳述者，即逕行起訴之案例。正因法院於過去僅需踐行警訊筆錄調查程序即可判決，從而是否傳喚警訊傳聞陳述者於審判期日到庭就訊，不論是否傳喚不能，僅繫於法院一己裁量；被告除因而無從「目睹」傳聞陳述者外，更無詰問敵性證人之法律地位。由於二〇〇三年修法前的我國刑事審判實務太過依賴犯罪偵防人員（包含警方與調查局）之筆錄，存在使用傳聞陳述本質上所具有高度不真實風險：警方故入人罪與證人惡意攀誣。在法院高度信賴警訊筆錄而不依職權調查其內容真偽，或是過度強調案重初供時，如瓦特瑞雷案僅依職權訊問所得誣陷之詞即予被告定罪之情形，恐將屢見不鮮，實務上亦不免出現誣攀者只須在警訊中指控（不負偽證刑責）即可入人於罪之不公平現象²⁰¹。

雖然採用傳聞法則並不必然導致我國刑事審判實務完全褪去法院糾問的發動，不過採用傳聞法則卻終結了過去我國刑事審判實務職權主義色彩過於濃厚之缺陷。在二〇〇三年增訂之傳聞法則規範下，被告取得了在審判程序上與檢察官爭執傳聞陳述是否具證據能

²⁰⁰ 參照最高法院72年臺上字第1332號判例，我國最高法院在過去幾乎承認所有與待證事實相關的警訊筆錄均有證據能力。

²⁰¹ 當警方承受高度破案壓力或受到高額破案獎金誘惑時，很有可能尋找代罪羔羊，如果辦案人員懷有類此惡意，警訊筆錄本身應具有高度的不可信賴性。諷刺的是，在過去實務中，即便發生此種浮濫偵查起訴之情形，被告往往欠缺與提出警訊筆錄之檢警平等對抗的法律地位或機會，蓋因檢警並不必然會出現在審判程序中，被告也因此招致更大的不利益。

力之法律地位。為避免再度出現如過去實務般，被告與法院相互爭執之糾問式場景，檢察官在審判時必須全程蒞庭，並須即時回應被告關於傳聞證據之爭執。若無二〇〇三年之傳聞法則，檢察官在我國之刑事審判程序中將可繼續維持過去實務上「中立第三者」之角色，而我國之審判實務除將維持其高度之糾問色彩外，亦無法令人有任何進行實質控辯程序之印象。故就傳聞例外之可信性而言，刑事被告取得挑戰審判外傳聞陳述是否具證據能力之法律地位，而檢察官亦必須針對該審判外傳聞陳述是否具證據能力作出回應，這些源自傳聞法則之轉變都是修法前被告可遇而不可求之程序正義。而在制定傳聞法則後，檢察官於使用傳聞陳述之際，即應先證明其特別值得信賴之真實性基礎，而被告因此有機會挑戰與質疑審判外陳述之信用性，故制定傳聞法則亦具有活化兩造控辯模式、落實直接與言詞審理原則與防止法院過度依賴筆錄（筆錄審判）之功能。某種意義上來說，此次立法像是一種對法院過去過度行使糾問權力的反動，並針對我國刑事訴訟實務應如何處理審判外之陳述提供了清楚的指標。不過，就傳聞陳述之證據能力而言，制定傳聞法則並不代表我國不能在職權主義傳統上，增加英美傳聞法則所無之傳聞例外。

陸、我國法制困境之分析檢討

一、實務困境之解構

我國實務宥於前述法制繼受之盲點，現實上存在不少規範認識之矛盾。雖然肯定說中最高法院九十八年度臺上字第一九八二號與九十三年度臺上字第二三九七號等刑事判決嘗試對於如何適用刑事訴訟法第一五九條之一第二項規定有所說明，鑑於前者僅指出法院

應於判決中說明其符合傳聞證據例外可信之情況及心證理由後，方得認其審判外之陳述有證據能力，而後者僅交待法院在參酌其他證據後肯認於檢察官面前之傳聞陳述具證據能力，即無再予傳喚交互詰問之必要，關於何以當法院於判決中說明其符合傳聞證據例外可信之情況及心證理由，或是在參酌其他證據後肯認於檢察官面前之傳聞陳述具證據能力時，即無傳喚傳聞陳述者並予以交互詰問之必要？最高法院並未進一步說明其背後之法理，不免產生僅以陳述任意性限制對質詰問權是否違憲之疑慮²⁰²。又雖最高法院九十九年度臺上字第二二〇二號刑事判決主張，如法院未對在檢察官面前之陳述如何具可信之情形予以具體說明，不能僅因其於檢察官面前陳述時並無何顯不可信之情形，即認其具證據能力；惟若自反面解釋，其主張實為如法院已對在檢察官面前之陳述如何具可信之情形予以具體說明時即具證據能力，此種觀點與前述最高法院九十八年度臺上字第一九八二號與九十三年度臺上字第二三九七號等刑事判決之結論大致相同；關於「何以於法院已對在檢察官面前之陳述如何具可信之情形予以具體說明時即具證據能力」此一疑義，最高法院九十九年度臺上字第二二〇二號刑事判決亦同樣地未為詳細的法理說明。此外，在保障對質詰問權之基礎上，最高法院九十五年度

²⁰² 雖然肯定說認為只要符合刑事訴訟法第159條之1規定，該審判外之陳述即當然具有證據能力，惟因最高法院99年度臺上字第1537號與98年度臺上字第6132號等刑事判決僅以刑事訴訟法第159條之1立法理由為論據，並未進一步詳明其理由，實與未經說明相當，並無實質參考價值；又雖最高法院100年度臺上字第847號、98年度臺上字第6552號、98年度臺上字第949號與96年度臺上字第5559號等刑事判決已針對刑事訴訟法第159條之1第2項「顯有不可信之情況」予以例示說明，鑑於其列舉目的在於「於何種情況下應排除在檢察官面前傳聞陳述之證據能力」，而非旨在說明在檢察官面前之傳聞陳述何以具有證據能力，因此上開判決實際上亦未進一步闡明刑事訴訟法第159條之1之法理，亦無實質參考價值。

臺上字第五一六〇號、九十五年度臺上字第三六九九號、九十五年度臺上字第三六三七號等刑事判決，皆將刑事訴訟法第一五九條之一限縮解釋為已經被告或其辯護人行使反對詰問權者，或是在有刑事訴訟法第一五九條之三所列各款事由時，始有其適用。然依此等說明，刑事訴訟法第一五九條之一似無單獨存在之價值，不過，何以只在具刑事訴訟法第一五九條之三所列各款事由時，始得合憲地限制對質詰問權？最高法院仍未進一步詳明。而儘管最高法院九十五年度臺上字第六六七五號刑事判決肯認被告以外之人於審判外向法官或檢察官所為之陳述均具有證據能力，因該判決進一步主張，除非存在詰問不能之情形，否則未賦予被告行使詰問權之供述證據，須於踐行「人證」之調查程序，使被告或其辯護人針對該被告以外之人於審判外向法官及於偵查中向檢察官所為之陳述，有補足行使反對詰問權之機會後，始得於滿足刑事訴訟法第一五五條第二項「經合法調查」之要件後，作為有罪判決之依據。關於何以對於傳聞陳述仍應踐行人證之調查程序？何以僅於具刑事訴訟法第一五九條之三所列各款之情形時，始得對於傳聞陳述踐行書證之證據調查程序？究竟傳聞例外之調查屬於人證或是書證之調查程序？類此疑義，最高法院同樣地語焉不詳。

雖然最高法院未曾針對上述疑義明確其法理論述，不過在分析相關實務見解之後，不難發現我國實務在有關刑事訴訟法第一五九條之一問題之處理上，所遭遇之困境。基本上，最高法院在潛意識中似已察覺到我國職權主義法制傳統與當事人進行主義在審判結構上之差異，才會不時地採用肯定說之觀點，認為只要在判決理由中交代審判外陳述之真實性擔保後，即可以之限制對質詰問權。然而，在保障對質詰問權之大旗下，有時最高法院卻忘了事實審法院自身在事實認定過程中之真實說理義務，完全陷入當事人進行主義之迷思中，在非以陪審團認定事實之審判結構中，不僅將「對質詰

問係發現真實之唯一工具」奉為審判之金科玉律²⁰³，更忽略了其實刑事訴訟法第一五九條之二至之四等規定所要求之真實性擔保，亦僅同係以法官踐行真實說理義務為限制對質詰問權為基礎。此外，關於傳聞例外本質上屬於書證調查程序之一環，亦與大陸法系之所強調之直接審理原則及人證優先於書證原則有所混淆，才會張冠李戴地要求法院應以人證調查程序進行傳聞例外之證據調查。總而言之，我國繼受傳聞法則所伴隨之法制盲點，特別在如何適用刑事訴訟法第一五九條之一之問題上，似乎已讓最高法院身陷於五里霧之中。

二、實務疑義之釐清

關於事實之認定，在職權主義架構之刑事訴訟程序，法院必須踐行說理義務，除以支持其事實認定之真實性外，其於採證部分之說理並須受上級審之審查；惟於當事人進行主義之刑事訴訟法制中，為因應平民陪審團不附理由之事實認定程序，法制上遂要求法官以非常嚴格之根深蒂固法則判斷證明性傳聞陳述之真實性，否則即應踐行交互詰問程序以利於陪審團發現傳聞陳述之真實性。從而，基於事實認定過程之差異，根源於陪審審判之傳聞法則，不可避免地將因非陪審之審判模式有所調整。在探討我國傳聞法制之際，實不可欠缺對於此種法制差異之認知。

若先撇開訴訟程序之討論，僅就實際生活經驗而言，一般人很難僅因陳述者之陳述具備任意性而直接信任其陳述內容為真實；通常在採信某人的陳述前，一般會參考該陳述以外之情狀，例如與其

²⁰³ 舉例來說，有主張晚近有關傳聞法則之判決基本上是將我國條文「去日本化」，而趨向「美國化」，逐漸與美國聯邦證據法一致。參閱陳瑞仁，同註132，頁50。

他證據（人證或物證）或情狀相互印證後（調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符，此即所謂的關聯性判斷），才會決定是否採信其內容之真實性。因此，回歸到訴訟事實認定之議題上，如果事實認定者有權限或機會參考陳述內容以外之其他證據或是情狀，並在進行關聯性判斷後認定陳述內容真偽，則此種事實認定程序自然就不須嚴格要求每一種陳述均須具備一定程度以上之真實性指標。而就事實認定之功能而言，由於對質詰問程序在本質上屬於與其他人證相互印證以決定陳述內容真偽之程序，目的僅在於檢驗陳述內容之真實性，因此，縱或在陪審審判之架構下，對質詰問之進行被認惟發現陳述內容真偽之唯一程序，沒有疑問的是，在非陪審之審判程序中，對質詰問僅應被視為發現陳述內容真偽之較好程序、而非唯一程序。就此而言，雖然在與其他證據或情狀相互印證前，單純以陳述任意性為基礎之刑事訴訟法第一五九條之一本身，並不足以作為陳述內容真偽之判斷標準，不過，正因職權主義之刑事訴訟程序要求法官就事實認定附有說理義務，因此在法官說理義務之輔助下，刑事訴訟法第一五九條之一本身並非陳述內容真偽之單一判斷標準；在法官或檢察官面前之任意性陳述，將在法官踐行說理義務後，具備真實性之標記，成為真實發現之基礎。從而，法官踐行說理義務此項職權主義傳統，才是刑事訴訟法第一五九條之一限制對質詰問權之正當化基礎。

反面來說，既然在陪審團不附理由即得為事實認定之刑事訴訟程序中，尚且允許以根深蒂固法則與對質詰問程序檢驗證明性傳聞陳述之真實性，並允許以特別可信性擔保法則檢驗非證明性傳聞之真實性，則在須附理由始得為事實認定之職權主義審判模式中，關於如何檢驗傳聞陳述之真實性，在法官說理義務亦同具真實性標記之訴訟結構下，應該存在不同或是較為寬鬆之判斷方法；因此，只要法官依職權就傳聞陳述與其他證據或情狀相互印證後，依羅伯特

斯案所建立之標準認定該傳聞陳述表面上具有真實性與可信性標記，鑑於實際上不大可能期待或要求法官於職權認定事實之過程中排除源自證據關聯性判斷之影響，則以「關聯性判斷之說理」取代對質詰問程序檢驗傳聞供述真實性之功能，據以認定事實，限制對質詰問權，並以之作為有罪判決之依據，即無過度限制人民權利之違憲疑慮。於法官遵守職權主義直接與言詞審理原則與人證優先於書證原則之前提下，自可認已符合對於被告對質詰問權之最小侵害原則。

鑑於職權主義刑事訴訟之有罪判決必然應以具有真實性標記之事實為說理依據，而依無罪推定原則，法院僅應就有罪事證之認定予以說理²⁰⁴，因此，有關無罪事證之採認，本不在法院說理義務範圍之內，任何具有高度虛偽性標記之證據原即不得為有罪判決之基礎。就此而言，刑事訴訟法第一五九條之一第二項「顯有不可信之情況」之規定，實為贅文²⁰⁵。此外，由於無罪推定原則僅要求法院就如何認定某項證據具有高度真實性並得作為有罪認定之依據附有說理義務²⁰⁶，並不得僅以被告所提之反證不成立作為其成立

²⁰⁴ 雖於2003年制定傳聞法則時未採用FRE 801(c)（用來證明其所敘述之事項為真），但因傳聞陳述僅於作為有罪證據時始適用傳聞法則，則於適用傳聞法則時應以FRE 801(c)為法理基礎，本質上並無爭議。

²⁰⁵ 日本刑事訴訟法第321條第1項第2款並無此要件。

²⁰⁶ 就此而言，最高法院20年上字第893號判例：「認定犯罪事實，須憑證據，為刑事訴訟法所明定，故被告犯罪嫌疑，經審理事實之法院，已盡其調查職責，仍不能發現確實證據足資證明時，自應依同法第三百十六條為無罪判決。」與25年上字第3706號判例：「審理事實之法院，對於被告之犯罪證據，應從各方面詳予調查，以期發現真實，苟非調查之途徑已窮，而被告之犯罪嫌疑仍屬不能證明，要難遽為無罪之判斷」。（本判例已不再援用）恐皆存在有罪推定之疑慮，並已誤解職權主義對於無罪判決之要求。

犯罪之論據²⁰⁷，法院本無就如何不採某項低度真實性之證據予以說明之必要。而在法院必須就何以認定某項證據具有高度真實性並得作為有罪認定之依據附有說理義務之前提下，關於某項傳聞陳述何以具有特別可信之情況而得以作為有罪裁判之基礎，縱使未制定刑事訴訟法第一五九條之二至之四等規定，法院本即就有罪判決係基於可信性證據而為認定乙事，有義務予以說理，徵諸職權主義刑事審判程序之設計與法理，刑事訴訟法第一五九條之二至之四等有關於「較可信之特別情況」、「具有可信之特別情況」、「於可信之特別情況下」等要件，縱冠以傳聞之名，亦無損其源自職權主義傳統之本質。

最後，關於刑事訴訟法第一五九條之一於適用上，是否必須參照日本刑事訴訟法第三二一條第一項第一款與第二款規定，以傳聞陳述者到庭陳述不能（亦即具備刑事訴訟法第一五九條之三各款所列情形）為要件，本文說明如下：由於前此要件本質上等同於職權主義之人證優先於書證原則²⁰⁸，在最佳證據法則原理之引導下²⁰⁹，國家機關並沒有理由在傳聞陳述者客觀上能到庭陳述時，使用非最佳證據之傳聞陳述為有罪判決之依據²¹⁰。易言之，如果傳聞陳述者客觀上能到庭陳述，則使用傳聞陳述作為有罪裁判之說

²⁰⁷ 參照最高法院21年上字第474號判例：「犯罪事實依法應依證據認定之，不得僅以被告之反證不成立，持為認定犯罪之論據。」30年上字第482號判例：「事實審法院對於證據之取捨，依法雖有自由判斷之權，然積極證據不足證明犯罪事實時，被告之抗辯或反證縱屬虛偽，仍不能以此資為積極證據應予採信之理由。」與30年上字第1831號判例：「認定犯罪事實應依證據，為刑事訴訟法所明定，故被告否認犯罪事實所持之辯解，縱屬不能成立，仍非有積極證據足以證明其犯罪行為，不能遽為有罪之認定。」等說明。

²⁰⁸ 例如德國刑事訴訟法第251條，參閱楊雲驊，同註32，頁107。

²⁰⁹ 楊雲驊，同註32，頁108。

²¹⁰ See Graham, *supra* note 167, at 143.

理依據即不屬於被告對質詰問權之最小侵害²¹¹。因此，縱在職權主義傳統之刑事訴訟法制中，惟有在法院已盡其傳喚或拘提等義務，傳聞陳述者非因可歸責國家事由仍不能到庭陳述時，才可以使用審判外之傳聞陳述²¹²。從而，以陳述不能之要件補充刑事訴訟法第一五九條之一，不過只是落實職權主義中人證優先於書證原則而已；在限制對質詰問權須符合比例原則之憲法誠命下，本即無庸類推適用刑事訴訟法第一五九條之三之要件以為限制對質詰問權之依據。而當傳聞陳述者客觀上不能到庭陳述時，使用傳聞陳述書面，不論是刑事訴訟法第一五九條之一、第一五九條之三與第一五九條之四之書面，均應踐行書證調查程序；惟僅於傳聞陳述者實際上到庭陳述時，始可能依刑事訴訟法第一五九條之二踐行人證調查程序。

柒、結 論

雖然我國刑事訴訟法制在改良式當事人進行主義之修正方向下，採行了英美法制的傳聞法則，不過，在職權主義之審判架構下，即便是英美式的傳聞法則也不得不發生變化；於理由莫名（任意性擔保即具有真實性擔保）的前提下制定刑事訴訟法第一五九條之一之規定，即為最好的例證。雖二〇〇三年之立法理由已明文參照英美法而制定傳聞法則，由於英美傳聞法制並不存在類似我國刑事訴訟法第一五九條之一之規定，或因缺乏明確的參考依據，我國實務於該條之適用上，經常出現語焉不詳之情形，而如最高法院九

²¹¹ See *United States v. Inadi*, 475 U.S. 387, 394 (1986).

²¹² 此即義務法則與歸責法則，參閱林鈺雄，共犯證人與對質詰問——從歐洲人權法院裁判看我國釋字第五八二號解釋之後續發展，載：刑事程序與國際人權，頁271，2007年。

十六年度臺上字第五五五九號刑事判決，甚至不明究理地要求下級法院說明如何不採為有罪判決基礎之理由，著實令人狐疑我國刑事訴訟法制是否以有罪推定為基礎。

鑑於我國之刑事審判程序仍保有相當程度之職權主義傳統特徵，在法院仍須依職權盡其說理義務以作成判決之前提下，對於證據能力之限制，是沒有必要完全參照以平民陪審團不附理由認定事實為規範對象之英美傳聞法制。特別在美國法已限縮對質詰問程序僅適用於「主要目的在於指控刑事犯罪」之證明性傳聞陳述時，關於非證明性傳聞陳述與主要目的不在於指控犯罪之證明性傳聞陳述，因其真實性已委由法官依職權決定，因此並無踐行對質詰問程序以發現該傳聞真實之必要。從而，在踐行直接審理原則、言詞審理原則以及最佳證據原則之前提下，刑事訴訟法第一五九條之一可作為類此不須經對質詰問程序之傳聞陳述取得證據能力之依據²¹³。而針對那些美國法上仍須經對質詰問程序，其陳述主要目的在於指控刑事犯罪之證明性傳聞而言，如出現陳述不能之情形，雖非根深蒂固之傳聞例外，在我國刑事審判程序上或可透過傳聞例外規定取得證據能力，以為有罪判決之依據。按於我國刑事訴訟程序中之所以得如此寬認傳聞陳述之證據能力，主要係因職權主義要求法官對於證據之真實性負說理義務之傳統，任何傳聞陳述欲取得

²¹³ 有謂：「於庭外陳述是向法官、檢察官、司法警察以外之『第四類人類』講話時，如何才能成為傳聞之例外，則付諸闕如，是我國法條與生俱來的先天缺陷。……但在我國，若庭外陳述是向救護車人員、鄰居、老師、親友等非執法人員為之時，確實找不到法條作為依據。針對此，我國最高法院有判決以『維護司法正義』做為成立傳聞例外的依據。」並肯認最高法院96年度臺上字第5537號刑事判決填補我國法制漏洞之努力，參閱陳瑞仁，同註132，頁50、61。惟如依本文所述，此種情形只要依刑事訴訟法第159條之1即可取得證據能力，本無類推相同法理之必要。

證據能力，均須由法官交待其與其他證據之關聯性及如何具真實性之理由。倘若發現傳聞陳述存在顯有不可信之情狀，因法官無從依該低度可信性之傳聞獲得有罪心證，不論依據哪一條傳聞例外之規定，低度可信性之傳聞本無從為判決之基礎。因此，客觀上陳述不能與傳聞具特別可信情狀等要件，本為刑事訴訟法第一五九條之一至之五等傳聞陳述取得證據能力所共通之要件²¹⁴。現行刑事訴訟法就此有不同之要件規定，恐因誤解職權主義審判程序對法院課予說理義務所致。鑑於「證據能力只是讓證據進來法庭接受評價，與證明力不同，法院對於證據之態度應是『證據能力從寬，證明力從嚴』，如此始能在追求公平正義與保障被告人權之間，獲得一最佳的平衡點²¹⁵。」之思維，在大陸法系「證據資料愈豐富，愈有助於發現真實²¹⁶」之傳統下，寬認證據能力並透過法官說理義務檢驗其得心證理由是否違反經驗法則與論理法則，在踐行職權主義直接審理原則與言詞審理原則之基礎上，並不會過度限制對質詰問權。

雖然大法官釋字第五八二號解釋係針對共同被告不利於己之陳述所為，不過關於被告對質詰問權之限制，原不應依其是否具有共犯身分而有所區分，蓋如指控者與被指控者事實上皆涉案，則單純指控他人犯罪並表明自己未涉案，較之共犯不利於己之自白指控自己與他人共同涉案，不僅具有較高的惡性，且其指控之內容也具有較高的虛偽可能性。因此，在難以於一開始即辯明證人是否亦涉案

²¹⁴ 縱使被告放棄對質詰問權，依刑事訴訟法第159條之5，該審判外之傳聞陳述亦不必然具證據能力，蓋法院不可能於裁判說理上引用不具特別可信情狀之傳聞陳述以為有罪裁判之基礎，自得先行否定其證據能力，此可參照最高法院99年度臺上字第6565號刑事裁判之說明。

²¹⁵ 參閱陳瑞仁，同註132，頁61。

²¹⁶ 參照最高法院99年度臺上字第6565號刑事裁判。

(包括教唆犯與幫助犯)之前提下,不區分是否為共犯,將所有的指控者均視為證人,是一個恰當的作法。只不過在共犯得於本家中主張拒絕證言權而無法進行交互詰問程序之情形中,縱然一般普遍認為共犯之不利己陳述具有高度之可信性而具有證據能力²¹⁷,因其於他案中以被告身分所為之陳述並未經具結,在其真實性欠缺具結程序與對質詰問程序擔保之前提下,應否於本家中限制此種於他案中未經具結且未經對質詰問之傳聞陳述之證明價值,並制定如我國刑事訴訟法第一五六條第二項:「被告或共犯之自白,不得作為有罪判決之唯一證據,仍應調查其他必要之證據,以察其是否與事實相符。」與義大利刑事訴訟法第五二六條:「未經對質詰問之傳聞陳述,不得作為有罪判決之唯一證據²¹⁸。」等佐證法則²¹⁹之規定,似乎才是傳聞陳述應否採用以及如何採用所應思考之真正問題。

最後,本文在此澄清一個觀念。適用於所有民刑事案件,制定於一九七五年之美國聯邦證據法約有三十個傳聞例外規定,鑑於並非所有聯邦證據法上的傳聞例外都能通過對質條款之檢驗,因此實務上才會出現傳聞例外並非對質例外之說法²²⁰。然而,我國法制中僅有刑事訴訟法定有傳聞法則,而其所定之傳聞例外亦僅針對刑事訴訟程序而為,故如於我國亦稱傳聞例外並非對質詰問例外²²¹,則不免令人好奇我國制定刑事訴訟法第一五九條之一至之

²¹⁷ See *Idaho v. Wright*, 497 U.S. 805, 815 (1990).

²¹⁸ See *Illuminati*, *supra* note 145, at 577.

²¹⁹ 參閱林鈺雄,同註212,頁234。

²²⁰ See *Wright*, 497 U.S. at 817.

²²¹ 參閱林鈺雄,同註212,頁267。

五等規定之目的為何。蓋如肯認客觀陳述不能為適用我國傳聞例外之前提，傳聞陳述者既不能到庭陳述，被告自無從予以對質，則於我國刑事訴訟法制中，因無從對質才能適用傳聞例外，自應將傳聞例外視為對質例外。

參考文獻

一、中 文

1. 三井誠著，陳運財譯，起訴狀一本主義與傳聞法則，律師雜誌，232期，頁73-83，1999。
Mitsui, Makoto, Chen, Yun-Tsai (trans.), Prosecution Without Filing with Evidence and Hearsay Rule, Lawyer Journal, no. 232, pp. 73-83, 1999.
2. 王兆鵬，對質詰問權與強制取證權，載：刑事被告的憲法權利，頁123-201，1999。
Wang, Jaw-Peng, Rights of Confrontation and Compulsory Process, in The Criminal Defendant's Constitutional Rights, pp. 123-201, 1999.
3. 王兆鵬，刑事訴訟法講義，5版，2010。
Wang, Jaw-Peng, Criminal Procedure Lecture, 5th ed., 2010.
4. 田口守一著，劉迪等譯，刑事訴訟法，2001。
Taguchi, Morikazu, Liu, Di etc. (trans.), Criminal Procedure Law, 2001.
5. 石井一正著，陳浩然譯，鄭善印校訂，日本實用刑事證據法，2000。
Ishii, Kazumasa, Chen, How-Ran (trans.), Jen, Shan-Yin (proofread), The Practical Japanese Criminal Evidence Law, 2000.
6. 吳巡龍，我國採傳聞法則必要性之檢討——對刑事訴訟法有關傳聞法則修正草案的檢討，載：新刑事訴訟制度與證據法則，頁185-238，2003。
Wu, Hsun-Lung, The Review of Adopting the Necessity Principle of Hearsay Rule: A Review of the Draft Amendments to the Criminal Procedure Law Regarding the Hearsay Rule, in New Criminal Procedure and Evidence Law, pp. 185-238, 2003.
7. 吳巡龍，對質詰問權的保障與限制——釋字第五八二號解釋評析，月旦法學雜誌，115期，頁97-108，2004。
Wu, Hsun-Lung, Protection and Restriction on the Confrontation—Comments on Grand Justice Interpretation No. 582, The Taiwan Law Review, no. 115, pp. 97-

- 108, 2004.
8. 吳巡龍，對質詰問權合憲限制與違憲限制的分際——評最高法院九四年臺上字第八一二號判決，台灣本土法學雜誌，71期，頁253-261，2005。
Wu, Hsun-Lung, The Line Between Constitutional and Unconstitutional Restrictions—Comments on the Supreme Court Case of No. 94 Tai Sun 812, Taiwan Law Journal, no. 71, pp. 253-261, 2005.
 9. 林永謀，傳聞證據（上），司法周刊，1162期，2版，2004。
Lin, Yung-Mo, Hearsay Evidence (I), Judicial Weekly, no. 1162, p. 2, 2004.
 10. 林俊益，我國傳聞法則之研究，法官協會雜誌，5卷2期，頁1-91，2003。
Lin, Jun-Yi, A Study on Hearsay, Judge Association Journal, vol. 5, no. 2, pp. 1-91, 2003.
 11. 林俊益，刑事訴訟法概論（上），11版，2010。
Lin, Jun-Yi, An Overview of Criminal Procedure Law (I), 11th ed., 2010.
 12. 林鈺雄，共犯證人與對質詰問——從歐洲人權法院裁判看我國釋字第五八二號解釋之後續發展，載：刑事程序與國際人權，頁237-274，2007。
Lin, Yu-Hsiung, Accomplice Witnesses and Confrontation: The Subsequent Development after the Grand Justice Interpretation No. 582 from European Court of Human Right Judgments, in Criminal Process and International Human Rights, pp. 237-274, 2007.
 13. 林鈺雄，刑事訴訟法上冊，5版，2007。
Lin, Yu-Hsiung, Criminal Procedure Law (I), 5th ed., 2007.
 14. 林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路，台灣法學雜誌，119期，頁91-115，2009。
Lin, Yu-Hsiung, Conflicts and Resolution of Confrontation and Hearsay Rules, Taiwan Law Journal, no. 119, pp. 91-115, 2009.
 15. 松尾浩也著，張凌譯，日本刑事訴訟法（下冊），2005。
Matsuo, Koya, Chang, Ling (trans.), Japan Criminal Procedure (II), 2005.
 16. 張明偉，傳聞法則之比較研究，檢察新論，9期，頁144-166，2011。

- Chang, Ming-Woei, A Comparative Study on Hearsay Rule, *Taiwan Prosecutor Review*, no. 9, pp. 144-166, 2011.
17. 陳瑞仁，我國最高法院傳聞法則判決之比較研究——以美國聯邦證據法為中心，*司法新聲*，97期，頁49-61，2011。
- Chen, Rei-Jem, A Comparative Study on Supreme Court Judgments on Hearsay—Focused on the Federal Rules of Evidence, *Judicial New Viewpoint*, no. 97, pp. 49-61, 2011.
18. 陳運財，直接審理與傳聞法則，2001。
- Chen, Yun-Tsai, *Direct Examination and Hearsay Rule*, 2001.
19. 陳樸生，*刑事證據法*，1995。
- Chen, Pu-Shen, *Criminal Evidence*, 1995.
20. 黃東熊，論傳聞法則，*軍法專刊*，35卷1期，頁16，1989。
- Huang, Dong-Hsiung, A Study on Hearsay Rule, *Military Law Journal*, vol. 35, no. 1, p. 16, 1989.
21. 楊宗熙，新修正刑事證據法評議，*警察法學*，2期，頁297-309，2003。
- Yang, Zong-Shi, Comments on New Criminal Evidence, *Police Law Review*, no. 2, pp. 297-309, 2003.
22. 楊雲驊，德國刑事訴訟法對傳聞證據的處理，*台灣本土法學雜誌*，43期，頁106-110，2003。
- Yang, Yun-Hua, Hearsay in the German Criminal Procedure, *Taiwan Law Journal*, no. 43, pp. 106-110, 2003.
23. 楊雲驊，眾裡尋他千百度——最高法院對於刑事訴訟法第一五九條之一解釋之評析，*台灣法學雜誌*，120期，頁69-95，2009。
- Yang, Yun-Hua, Searching for Hundreds of Times—Comments on Supreme Court Judgments Regarding Article 159-1 of Criminal Procedure Code, *Taiwan Law Journal*, no. 120, pp. 69-95, 2009.
24. 蘆部信喜著，李鴻禧譯，*憲法*，1995。
- Ashibe, Nobuyoshi, Lee, Hong-His (trans.), *Constitution*, 1995.

二、外 文

1. Amar, Akhil Reed, *The Bill of Rights and the Fourteenth Amendment*, 101 YALE L.J. 1193 (1992).
2. Amar, Akhil Reed, *Fourth Amendment Principles*, 107 HARV. L. REV. 757 (1994).
3. Amodio, Ennio & Selvaggi, Eugenio, *An Accusatorial System in a Civil Law Country: The 1988 Italian Code of Criminal Procedure*, 62 TEMP. L. REV. 1211 (1989).
4. Appleton, Richard B., *Reforms in Japanese Criminal Procedure under Allied Occupation*, 24 WASH. L. REV. 401 (1949).
5. Bilder, Mary Sarah, *The Origin of the Appeal in America*, 48 HASTINGS L.J. 913 (1997).
6. Blumenthal, Jeremy A., *Shedding Some Light on Calls for Hearsay Reform: Civil Law Hearsay Rules in Historical and Modern Perspective*, 13 PACE INT'L L. REV. 93 (2001).
7. Cohen, Neil P. et al., *Crawford v. Washington: Confrontation Revolution*, 40 TENN. B. J. 22 (2004).
8. Damaska, Mirjan R., *Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study*, 121 U. PA. L. REV. 506 (1973).
9. Damaska, Mirjan R., *Of Hearsay and Its Analogues*, 76 MINN. L. REV. 425 (1992).
10. DAMASKA, MIRJAN R., EVIDENCE LAW ADRIFT (1997).
11. FENNER, MICHAEL G., THE HEARSAY RULE (2003).
12. Gallanis, Thomas P., *The Rise of Modern Evidence Law*, 84 IOWA L. REV. 499 (1999).
13. Graham, Kenneth J., *The Right of Confrontation and the Hearsay Rule: Sir Walter Raleigh Loses Another One*, 8 CRIM. L. BULL. 99 (1972).
14. Illuminati, Giulio, *The Frustrated Turn to Adversarial Procedure in Italy (Italian Criminal Procedure Code of 1988)*, 4 WASH. U. GLOBAL STUD. L. REV. 567 (2005).

15. Illuminati, Giulio, *The Accusatorial Process from the Italian Point of View*, 35 N. C.J. INT'L L. & COM. REG. 297 (2010).
16. Jonakait, Randolph N., *The Origins of the Confrontation Clause: An Alternative History*, 27 RUTGERS L.J. 77 (1995).
17. Kessel, Gordon Van, *A Summary of Mirjan R. Damaska's Evidence Law Adrift*, 49 HASTINGS L.J. 359 (1998).
18. KLOTTER, JOHN C., CRIMINAL EVIDENCE (1992).
19. LANDSMAN, STEPHAN, ADVERSARIAL JUSTICE: THE AMERICAN APPROACH TO ADJUDICATION (1988).
20. Landsman, Stephan, *The Rise of the Contentious Spirit: Adversary Procedure in Eighteenth Century England*, 75 CORNELL L. REV. 497 (1990).
21. LANGBEIN, JOHN, TORTURE AND THE LAW OF PROOF: EUROPEAN AND ENGLAND IN THE ANCIEN REGIME (1977).
22. Lerner, Renee Lettow, *The Intersection of Two Systems: An American on Trial for an American Murder in the French Cout D'assise*, 2001 U. ILL. L. REV. 791 (2001).
23. Lilly, Graham C., *Notes on the Confrontation Clause and Ohio v. Roberts*, 36 U. FLA. L. REV. 207 (1984).
24. Macchiarola, Frank J., *Finding the Truth in an American Criminal Trial: Some Observation*, 5 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 97 (1997).
25. MCCORMICK, CHARLES T., EVIDENCE (1954).
26. McCormick, Charles T., *Law and the Future: Evidence*, 51 NW. U. L. REV. 218 (1956).
27. Moskovitz, Myron, *The O.J. Inquisition: A United States Encounter with Continental Criminal Justice*, 28 VAND. J. TRANSNAT'L L. 1121 (1995).
28. MUELLER, CHRISTOPHER B. ET AL., EVIDENCE UNDER THE RULES (2000).
29. Nesson, Charles R. et al., *Constitutional Hearsay: Requiring Foundational Testing and Corroboration under the Confrontation Clause*, 81 VA. L. REV. 149 (1995).
30. Note, *Confrontation, Cross-Examination, and the Right to Prepare a Defense*, 56

- GEO. L.J. 939 (1968).
31. Panzavolta, Michele, *Reforms and Counter-Reforms in the Italian Struggle for an Accusatorial Criminal Law System*, 30 N.C.J. INT'L L. & COM. REG. 577 (2005).
 32. Park, Roger C., *An Outsider's View of Common Law Evidence*, 96 MICH. L. REV. 1486 (1998).
 33. Pizzi, William T. & Perron, Walter, *Crime Victims in German Courtrooms: A Comparative Perspective on American Problems*, 32 STAN. J. INT'L L. 37 (1996).
 34. Sklansky, David Alan, *Hearsay's Last Hurrah*, 2009 SUP. CT. REV. 1 (2009).
 35. Smith, Douglas G., *Structural and Functional Aspects of the Jury: Comparative Analysis and Proposal for Reform*, 48 ALA. L. REV. 441 (1997).
 36. Tanaka, Kazuo, *Law of Criminal Evidence in Japan*, 2 THE ANNALS OF THE HITOTSUBASHI ACADEMY 193 (1952).
 37. THAYER, JAMES BRADLEY, *A PRELIMINARY TREATISE ON EVIDENCE AT THE COMMON LAW* (1898).

In Search of the Rationale of Hearsay Exception: Article 159-1 of the ROC Criminal Procedure Code

Ming-Woei Chang^{*}

Abstract

Since Taiwan adopted hearsay, Article 159-1 of the ROC Criminal Procedure Code goes much beyond hearsay exceptions of Anglo-American hearsay, which has resulted in academic criticism of confrontation-right violations. Even the Grand Justice Interpretation No. 582 already excludes that article from out-of-court statements made by the co-conspirator; the Supreme Court opines different viewpoints on this point. In addition to analyzing cases of the Supreme Court, this study searches for the rationale of hearsay exception of the ROC Criminal Procedure Code based on the development of hearsay in the Anglo-American legal system.

Keywords: Hearsay, Hearsay Exception, Confrontation, Inquisition, Adversary

* Associate Professor of Law, Fu Jen University; S.J.D., School of Law, Golden Gate University, San Francisco, CA, USA.

Received: January 6, 2012; accepted: July 19, 2012