

論刑事證據法上之傳聞法則

黃朝義*

目 次

壹、前言	(一)概說
貳、傳聞法則與直接審理原則之關係	(二)美國法制下之傳聞法則的例外情形
參、傳聞法則及其例外情形	(三)日本法制下之傳聞法則的例外情形
一、傳聞證據與傳聞證據之排除	(四)小結
(一)排除傳聞證據適用之緣由	肆、供述筆錄與傳聞法則之關係
(二)傳聞證據與非傳聞證據	一、現行法中有關傳聞證據之規定
(三)傳聞證據之形式	二、證人等之供述筆錄與書證之調查
二、傳聞法則之例外情形	伍、結論

壹、前言

傳聞證據係指聽聞之證據，並非供述者本身親眼目睹之證據（含傳聞供述與代替供述之書面）（註一）。基本上，證據係在公判庭上經過證據調查程序後方得以被採用，因此以公判庭為基準以考量證據之性質時，傳聞證據自屬於以公判庭外之

* 日本慶應義塾大學法學博士。中原大學財經法律系副教授。

（註一）傳聞證據並非法律上規定之用語，而是屬於講學上之概念用語。因此若從法解釋之觀點而論，所謂的傳聞證據實無法一語以道出其義。在一般的教科書或專論上，論及此一傳聞證據之觀念時，大致上皆以英美證據法上之 Hearsay Rule 為探討重點。惟在英國或美國，有關傳聞證據之概念及其範圍並沒有明確的定義。以美國為例，美國聯邦憲法第 6 修正條款（被告之反對詢問權）訂定前（1791 年），即已存在著龐大數量與傳聞法則有關之法規，因而使得傳聞證據之意義趨向複雜。

供述為內容之證據。此種傳聞證據亦有別於一般物證之觀念。蓋因物證本身容易保存，至少也可依複製之方法加以記錄留存以供他日之利用。而傳聞證據（供述證據）主要係透過人之意思活動予以傳達，故其傳達、保存之正確度自無法與物證相比。在法律上排除傳聞證據（供述證據）為證據適用之目的，主要也在於防止虛偽之供述心理產生。蓋因人在記憶犯人與犯行等事實之後，待他日再度重現（回憶）時，容易產生種種的歪曲與不實之現象（註二）。尤其是，在事實之知覺與觀察面上，例如目睹犯人之時間長短即有反應上之差異。在記憶之保存面上，例如同是由友人處獲得之訊息，由於受到新聞報導或偵查人員偵訊方法之影響，而有可能修正被害之輕重程度，以及影響熟悉犯者之容貌程度。又在表達、敘述面上，向偵查人員說明事實之經過時，所為之供述究竟是被害者自己為如此之供述或是受到偵查人員之誘導而為如此之供述，其間之差別頗大。因此，單憑記憶等過程容易造成供述內容滅失之虞，但相對地反而會致使保存該供述之必要性提高。換言之，供述證據由於保存困難，反而提昇保存之必要性。亦基於此，如何無誤地且有效地使用供述證據便為證據法上之重要問題。因此，在程序上為求得以確認傳達內容之可信性，各經過之傳達過程有必要作某程度之驗證。尤其是在以當事人進行原則為基礎之訴訟架構下，被認為最有效之驗證程序乃是對造當事人所為之反對詢問。是故，一旦反對詢問變為不可能之情況下，傳聞內容之可信性無法得到確認，自可能會產生依據可疑之證據以認定事實之誤判危險。基此，為避免誤判危險之產生在證據法上乃創造出所謂的自始否定其證據之證據能力的安全對策，亦即認為未經反對詢問驗證之證據原則上不承認其具有證據能力，一般而論，此一排除傳聞證據之法則，在英美法裡稱之為傳聞法則。換言之，在傳聞之情況下間接保存之證據，原則上應排斥其適用，僅在一些特殊例外之情況下採用該證據，以求取其間之平衡。

（註二） 因而有謂「人的證據在先天上有四個不可靠因素存在，亦即，①人的觀察不一定可靠，審判官如根據證人基於不可靠觀察所為之證言來認定事實，則必誤認事實；②人的記憶不一定可靠，審判官如根據證人錯誤記憶所為之證言來認定事實，則必誤認事實；③人的表達不一定清楚，有可能使審判官誤解其證言內容意義；④人不一定老實，審判官如根據有偽證動機之證人證言來認定事實，則其後果更不堪設想。因此，於英美法，乃認為未經過推敲之人的證據，不得採為證據（亦即，不具有證據能力）」。黃東熊，「談傳聞法則」軍法專刊第35卷第1期16頁參照。

貳、傳聞法則與直接審理原則之關係

依據現行法之規定當事人得透過反對詢問之方式對證人等供述之可信度進行求證（刑訴法第 166 條）。惟當事人雖謂可藉由反對詢問之方式對證人等之供述加以求證，但此之求證行為僅能對媒介有人之意思活動的內心供述過程作求證，在程度上很難擔保其供述之可信度在公判程序中得以求證。蓋因人之記憶係隨著時間之經過而漸次地減退，有時甚至因為被不當誘因的影響反而將錯誤之記憶保留在腦中，已如前述。然在此種情況之下，即使經由反對詢問之程序以求證證人之供述過程，但有時卻無法有效地質疑證人之不正確記憶或錯誤的記憶保留。甚且，當事人縱使被賦予反對詢問之機會，但由於欠缺行使反對詢問之憑藉資料（或經驗不足）終究亦是無法行使有效之反對詢問，而使反對詢問之意義喪失。另一方面，此時證人亦可能會將不實之證言提出於法院反而使得反對詢問更無法發揮。基此，人之供述非但無法正確保存與傳達，同時在供述後亦可能因單憑證人之記憶容易造成某些內容之滅失，所以只藉由反對詢問之行使，基本上亦無法有效地求證供述內容之可信度。因此，對於有關供述證據部分，得以擔保供述內容可信度之方法中，反對詢問之方法雖為一種重要之手段，然相對地，求證證人等之供述內容真實與否之方法中反對詢問可謂亦非為唯一之方法手段。而且經由反對詢問以求證供述內容之可信度時，基本上反對詢問之進行必須係在從事實事認定之法官面前行使方能發揮其應有之功效（註三）。在此意義裡，傳聞法則可謂與大陸法系國家之刑事證據法中所言之直接審理原則在內容上有吻合之處。

直接審理原則乃為一法官直接調查證據，並且必須依此調查結果以形成心證之原則（註四）。在大陸法系之國家裡，法院即使採用直接審理之原則，惟在為事實

（註 三） 然有謂「刑事訴訟法第 166 條之交互詢問之規定而論，在我國雖屬當事人之權利，但此並非必須踐行之訴訟程序，若證人之陳述對待證事實已明確，審判長認為無詰問必要時，即使不經詰問亦不違法，原則上禁止傳聞證據乃交互詢問制度下之產物，在我國訴訟係以職權進行，理論上無採取傳聞法則之必要」。褚劍鴻，「論傳聞法則」法令月刊 41 卷 6 期。

（註 四） 直接原則乃指法院僅能將直接調查所得之證據以為裁判基礎之原則。此原則具有兩種意義。其一為法院必須直接接觸原始之證據，不得以他證據代替之證據法

之認定上仍然不得單獨依據偵查機關（或預審法官）所作成之筆錄（或供述書）以形成心證。蓋因此些筆錄（或供述書）屬於偵查機關（或預審法官）調查原證據後之結果，在程度上可謂僅只屬於偵查機關（或預審法官）之心證的形成，法官在未為證據調查之前不可能業已形成心證，原則上法院仍然需要一番調查之後方可將其作為認定事實之證據。惟在實務上，過去經常會發生法院僅依據偵查人員所作之筆錄進行審判。此種做法從形式上之性質而論，證據之採取委由法官判斷本來並無不當之處，惟若法院過度地接受偵查機關之筆錄記載內容，反而有擴大筆錄適用範圍之嫌，此對被告之其他權利自會造成侵害。

再者，直接審理原則原本係以證據與事實認定者（法院）之關係為問題之探討重點，而法院必須以出現在其面前所直接調查且儘可能接近待證事實之證據進行裁判。當然直接審理之原則得以貫徹後，其與傳聞法則之適用亦可能有著異曲同工之效。尤其是，有關證據部分只要賦予被告得在法院之前直接辯解之機會，則直接審理原則之內容自然得以融入，相對地當事人之反對詢問權亦得以獲得保障。是故，基此論點得知證據法上所言之排除傳聞證據適用之觀點亦可解釋為屬於當事人進行原則下之直接審理原則（註五）。惟如此一來，直接審理原則原本所強調的以證據與法院之關係為問題重點之傳統的職權審理原則之觀念因而轉換成具有以保護當事人權益為主之當事人進行原則之內涵，亦即當事人進行原則之觀念只要得以確保，則當事人進行原則下之傳聞法則觀念與職權進行原則下之直接審理觀念之關係便變為無多大之差別。

則，即實質的直接原則或客觀的直接原則。另一為證據之調查必須由法院親自實施不得由他人代為實施之程序原則，即形式的直接原則或主觀的直接原則。實質的直接原則由於必須利用來自體驗事實者直接提供之證據，其本質在於證據能力，故其證據受到傳聞法則之規範。形式之直接原則應該稱其為法院之直接審理原則，基此由於此原則乃在於程序上要求法院親自接觸證據以求取心證，所以不得承繼他人證據調查之結果以形成心證，惟貫徹此原則之結果依法仍然會導出一些例外情形，例如法官交替時公判程序應為更新（如刑訴法第 292 條），部分案件中之受命法官與受託法官之利用（如刑訴法第 279 條）。因此，形式的直接原則與言詞原則之要求存有重疊之處。田宮裕『刑事訴訟法 新版』236 頁、237 頁。

（註 五） 鈴木茂嗣，『刑事訴訟法の基本理論』236 頁。

總之，要求證人必須在法院面前為證言部分，傳聞法則與直接審理原則在意義上為相互重疊的。惟兩者之訴求有其不同之部分，直接審理原則完全係以證據與法院間之關係為問題之重點，相對地，傳聞法則乃在於重視對造當事人之反對詢問權之確保。在前提上此一不同部分正顯現出兩者間之個別訴訟結構之反映，或以職權審理原則為主或以當事人進行原則為主（註六）。同樣地，兩者間之例外部分其結構亦有不同之處，例如共同被告在公判庭上所為之供述，在未賦予被告反對詢問機會下，直接以其作為證據時，基本上雖未違反直接審理之原則，然相對地，在實質上卻已違反傳聞法則之內涵（註七）。

（註六） 有謂「我國刑事訴訟法第一五九條規定，『證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。』關於此條文規定，有將其認為屬有關直接審理主義之規定，亦有將其認為屬有關傳聞法則之規定，但此種見解上差異，就實體方面言之，乃毫無實質意義。蓋就供述證據之證據能力方面言之，直接審理主義與傳聞法則乃完全相同，均不承認原證人非在審判庭以言詞供述之證言（亦即傳聞證據）具有證據能力。亦即，不論在直接審理主義之下，抑或傳聞法則之下。均係『證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。』因此，就實體方面言之，無論將刑事訴訟法第一五九條之規定解釋為有關直接審理主義之規定，抑或有關傳聞法則之規定，均無所謂。然則，在程序方面，直接審理主義與傳聞法則則有不同。因直接審理主義乃屬職權主義下之原理，故其所著重者，乃審判官與證據之關係。亦即，為避免誤判起見，直接審理主義乃要求於審判時，原證人必須到庭在審判官面前做供述，而不得以傳聞證據做為證據。而傳聞法則因屬當事人主義下之原理，故其所著重者，乃當事人與證據之關係。亦即，因人的證據未經過推敲，其可靠性無保障，故為避免誤判起見，傳聞法則乃要求於審判時，原證人必須到庭在審判官面前由當事人來對其做反對詢問。凡是未給予對造當事人反對詢問機會之供述證據，原則上，不得做為證據。……於實體方面，直接審理主義與傳聞法則係相同；此兩者祇不過在程序方面有差異而已。亦即，在程序方面，傳聞法則多了當事人之反對詢問權，而直接審理主義則無當事人之反對詢問權之問題。此以另一種表達言之，則直接審理主義加當事人之反對詢問權即變成傳聞法則。」黃東熊，前揭「談傳聞法則」17頁、18頁。

（註七） 直接審理原則、傳聞法則與詢問證人權之任何一種皆為在於討論有關公判庭外之供述證據之證據容許性問題。直接審理原則由來於德國法係以職權審理原則之裁判程序為前提。相對地，傳聞法則與證人詢問權兩者皆由來於英美法之觀念，係以當事人進行原則之審判程序為前提。傳聞法則部分民刑事程序共通適用於原被告雙方，而在美國，證人詢問權係規定為屬於刑事被告之憲法上之權利，因此只有被告得以主張。

參、傳聞法則及其例外情形

一、傳聞證據與傳聞證據之排除

(一)排除傳聞證據適用之緣由

在證據法上，供述證據乃是供述者對於有關體驗之事實經由知覺（perception）、記憶（memory）、表現（sincerity）、敘述（narration）等過程，最後到達法官（事實認定者）之證據。然其間任何之過程裡皆有可能參雜一些錯誤或有誤差之內容，而使供述內容不真實。因此，在為判斷其真實之際，得以針對（1）關於知覺部分，必須要驗證供述者是否正確地聽聞過該事實，以及是否具備聽聞之能力與機會，（2）關於記憶部分，應考慮供述者記憶能力是否繼續維持，供述之內容有無與他事實混合在一起，與供述之內容是否其中存有混淆之成分或者參雜著供述者自己編出之內容等，與（3）關於表現與敘述部分，供述者是否如其所經驗直率地供述，且在傳達之過程中供述者是否正確地使用適切的用語，有無令對方產生誤解之虞等點詳加斟酌。亦基於此，為期得以驗證與確認先前之供述證據有無問題，在證據之調查上乃要求必須在法院之面前對於直接知覺事實之證人進行反對詢問以確認該供述內容之真實性。一般而論，依據英美證據法之觀念，此時可經由（1）證人在供述時必須宣誓（具結）所為之供述為真實，（2）受到不利益之對造當事人得以行使反對詢問以證實證人證詞之真實與否，與（3）法院得以依據對供述態度之觀察以判斷該供述之可信度，等程序以達成驗證一般證人供述內容之真實。

惟相對地，傳聞證據乃屬於聽聞之證據，大部分並非供述者本身親眼目睹之證據，且係以法庭外之供述為內容，基本上前述公判庭中對於供述證據之驗證與確認之手段便無法在傳聞證據上獲得確保。因此，為求正確事實之認定，一般而論不被採用此類存有一些不確定因素且無法獲得確認之傳聞證據將是較為安全。換言之，傳聞之證據由於無法在公判庭中依據法律所預定之確認手段以確認該供述之真偽，所以此傳聞證據理應被排除適用，此即為構成排除傳聞證據之理由所在（註八）。

（註八） 宣誓（具結）、反對詢問、供述態度之觀察等三種程序，尤其是反對詢問部分最為重要，惟在我國訴訟結構並未全然採行當事人進行方式，故刑事訴訟程序進行

另一方面，傳聞之情形，傳聞之內容在經由人之口頭傳達過程中容易形成聽錯，則該傳聞在證據方面其證據價值自然較為薄弱。尤其是此種傳聞情形即使在傳達之過程中接受者能夠正確的接收傳聞內容，惟因接受者有時亦無法確認傳達意思者之真意，所以該傳聞內容無疑地亦應加以排除適用。再者，傳達意思者之傳達內容與接受者之接收能力即使不存有任何問題，且傳達之過程亦為正確無誤，在證據上理應認定該傳聞內容具有證據價值，惟因此一內容自始屬於傳聞內容，至於原供述之內容真實與否仍然無法進一步獲得確認，是故該傳聞證據亦應加以排除不得作為認定事實之證據。

(二)傳聞證據與非傳聞證據之關係

傳聞證據係指為了顯示供述內容所指事實的真實性而提出於法院之公判外之供述。此意義之供述能以證據提出於法院者基本上可分為以供述筆錄之形式提出或以證人之證言方式提出兩種。而以此兩種方式提出之證據並非屬於原始證據或原證人之證據，原則上不得作為證據。然在為此類傳聞證據之屬性判斷時，基本上仍然應以該證據之證明旨趣及待證事實之相互關係為準，亦即該證據究屬傳聞證據或屬非傳聞證據之判斷乃取決於該證據之證明旨趣或該證據與待證事實間之關係。換言之，以證明供述內容之真實性之證據適用傳聞法則，惟相對地縱使屬於「代替供述之書面」或「間接之供述」，書面本身之存在或供述本身之存在即為待證事實時，此證據並不屬於傳聞證據，自不受傳聞法則之規範。而此非屬傳聞證據之證據可為以下之說明。

1. 原供述本身屬於待證事實之證據

供述證據（言語行為 verbal act）即使屬於公判庭外之供述，然若是在於證明供述之存在本身時，則該供述證據不屬於傳聞證據。蓋因供述之用語本身即屬於待證事實，換言之，此之供述用語本身可謂為係以非供述之型態被使用。例如在有關妨害名譽案件裡，證人甲提出證言指出，被告在多數人之面前指著乙說乙為殺人犯，在此案中，乙到底有無殺人之部分乃非為此之問題之所在（此部份屬傳聞證據），原則上問題之重點在於被告是否曾經說過乙為殺人犯之表述。因此，以本案為例，為期證明乙為殺人犯之事實所使用之證據即為傳聞證據，而該案中被告所為

過程中反對詢問之方式容易被忽略或不被進行。

之供述是否該當於妨害名譽罪之要件一旦成爲證明之對象時，則陳述毀損他人名譽之用語本身屬於應被證明之事實，自然不可謂之爲傳聞證據（註九）。

2. 附隨於行爲所發出之言語行爲 (verbal parts of acts) 不具有供述性格之證據

基本上，此之言語行爲構成行爲之一部份。且此一附隨之言語行爲雖然不被認爲屬於非供述之證據，然卻是處於與行爲混合在一起之關係，可謂爲屬於賦予行爲意義之一部份內容或使得行爲之性格更爲明確。例如，爲使得金錢授受之意義更爲明確，「此爲賄賂」之言語行爲即具有此部份之性格，因而此一言語行爲便不屬於傳聞證據。

3. 證明（傳聞者或原供述者之心理狀態等）原供述內容真實性以外事實之情況證據（即作爲情況證據之發言）

此在證明供述本身之存在用以推認其他事實之前提事實（間接事實，情況證據）。此類之證據在概念上可謂屬於非供述型態之證據，惟因應被推認之事實在外觀上呈現出待證事實之型態，所以就其實質面而論必須做某種程度之探討。尤其是應加以推認之事實設若屬於供述內容之真實性時，該情況證據可能因此而變爲不被容許之傳聞證據。例如，從甲與乙兩人之親密的談話內容得知，設若不在於證明會話內容之真偽，而是在於推認甲與乙兩人自始爲相互認識關係之情況下，包括甲之發言在內之供述皆不屬於傳聞證據。又以甲向乙說「我爲某大公司之董事長」之發言爲例，可能不必爲了證明甲是否爲某大公司之董事長而大費周章，蓋因甲不可能有此地位。惟若該發言係在作爲推認甲之精神存有異常時，則該發言便非爲傳聞證據。另又以煞車系統故障所引起之交通案件爲例，在開車之前，甲向乙說「煞車系統故障」之發言，若作爲證明甲早先業已注意到煞車系統故障之證據時，則該發言亦可謂爲並非爲傳聞證據。

以上三種情形，供述之內容並非直接成爲證據，而是以其存在構成證據，其用語（發言）係以非供述證據使用，因此不可謂其爲傳聞證據。

（三）傳聞證據之形式

（註九）日本最高裁判所昭和38年10月17日判決，刑集17卷10號1795頁參照。

傳聞並非僅限定於被說之話語，基本上有四種形式（註一〇）。

- (1)證人在法庭上傳述對要證事實有直接知覺之人（亦即原證人）在法庭外所做之供述（口頭之供述），例如證人甲作證「乙向我說在犯罪現場看到被告」之證言；又例如在謀殺未遂案之偵查中，偵查人員向被害人詢問被告曾否意欲殺你時，被害人以點頭示意，該偵查人員隨後出庭作證被害人點頭示意乃意謂著肯定之意；
- (2)在法庭外將原證人之供述錄成書面（亦即供述筆錄），而於審判時，將該書面提出於法庭當作證據（書面之資料）；
- (3)原證人將證言內容寫成書面（亦即供述書），而於審判時，將該書面提出於法庭當作證據，例如在法庭中證人介紹某人之書信或電報資料，而在此類資料中某人寫著「我在犯罪現場看到被告」之證言；
- (4)原證人將證言內容錄成錄音帶（亦即供述錄音），而於審判時，將該錄音帶提出於法庭，並在法庭上播放，以作為證據。

原則上認定屬於口頭傳聞之方式有多種形式。例如，設若證人係為證明他人所說內容之真實性以及為法庭外供述之真實性作證時，則該等供述即屬傳聞證據。又證人在為「我的鄰居說某一天早上毆打其妻」之供述亦屬傳聞之範圍。蓋因此證人之供述係屬為了證明此一鄰居在該早上毆打其妻之事實所提出者，自然該供述屬於傳聞證據，並未具有證據之容許性（無證據能力）。惟相對地，如前所述證人之供述係在證明其鄰居在該早上曾對證人說過此事或者證人可能聽聞過此些話語時，則該供述便不屬於傳聞證據而具有證據之容許性。

二、傳聞法則之例外情形

(一)概說

傳聞證據在公判程序裡無法經由宣誓、反對詢問與供述態度之觀察等程序以確認、驗證供述者之供述過程（知覺、記憶、表現、敘述），並且傳聞證據由於大部

（註一〇） 「此四種證據均屬傳聞證據，在傳聞法則下，原則上，不具有證據能力，於審判時，不得當做證據提出於法庭；審判官更不得將其採為認定事實之證據」。黃東熊，前揭「談傳聞法則」16 頁、17 頁。

分係屬經由口頭之方式由證人重覆聽來之供述證據，在性質上很容易造成不正確傳達之危險，故原則上應予以排除適用。惟有些證據雖然無法經由這些確認或驗證之程序，但依據供述之經過情況判斷存有足以肯定該供述證據具有可信性之情況保障條件（註一一），以及保有很高之必要性條件之情況下（註一二），即使未經前述之確認或驗證之程序亦可認定其具有證據能力。此在英美之法制裡，在多數之案例中這些證據原本被認為係屬傳聞證據之證據，但因具有類似前述所言之可信性條件反而被作為證據使用，並認定其具有證據能力，因而發展出所謂的傳聞法則之例外情形。再者，一般而論，排除傳聞證據之主要根據乃因曾經發言者無法再作證，他造之當事人對其亦無法行使反對詢問之機會，因而若能藉由特別可信性之情況保障等條件以補足反對詢問之欠缺時，即使承認該傳聞證據具有證據能力亦屬不得已之情況，此亦為承認傳聞法則之例外情形之緣由。以下乃以美日兩國在刑事裁判裡經常被使用之傳聞法則之例外情形作探討。

（二）美國法制下之傳聞法則之例外情形（註一三）。

- （註一一） 所謂信用性之情況保障係指所為之供述由外部之情況予以判斷得知，即使未經反對詢問程序以驗證供述過程，但仍存有得以肯定該供述之可信度之情況。
- （註一二） 必要性條件係指在於作證之時由於從原供述者之處無法獲得該供述以外之證據，而有必要使用原供述之情況。例如，作證不可或缺之原供述者（證人）業已死亡、所在不明或者移住國外等理由，而致使證人之傳喚淪為不可能或有所困難之情況。
- （註一三） 美國聯邦證據法關於傳聞法則之例外情形係規範於第 803 條（傳聞之例外、不論陳述人是否能出庭作證）、第 804 條（傳聞之例外，陳述人未能出庭作證）及第 805 條（傳聞中之傳聞，如其組成陳述之各部分，均符合本法所規定傳聞法則之例外時，不得依傳聞法則予以排除）。第 803 條乃規定「縱使陳述人得出庭做證，下列情形下不得以傳聞法則排除之，（1）當場印象；（2）驚駭之表達；（3）現存之身心狀況；（4）因醫術上診療目的所為之陳述；（5）經紀錄之回憶；（6）經常從事行為之紀錄；（7）依第（6）項規定所保存紀錄中無記載時；（8）公務紀錄與報告；（9）重要統計之紀錄；（10）公務紀錄無記載時之證據；（11）宗教機構之紀錄；（12）婚姻、洗禮及其他相類之證書；（13）家族紀錄；（14）影響財產利益之文件紀錄；（15）影響財產利益之文件之記載；（16）古老文件中之記載；（17）市場報告、商業刊物；（18）學術論文；（19）關於個人或家族歷史之名譽；（20）關於疆界或一般歷

A. 臨終之陳述 (dying declarations) (註一四)

臨終之供述係指在有關瀕臨死亡原因及狀況之下，經由瀕臨死亡者所為之陳述謂之，此亦被認為屬於傳聞法則之例外情形之一。此例外情形乃基於現在瀕臨死亡之人或許不致於會說謊之推定，而認為其陳述存有高度之可信性。臨終之陳述乃經由目擊現場之證人聽聞瀕臨死亡者之發言而予以作證之證據。在大多數的情況裡，聽聞之證人雖然多屬警察人員，但是臨終者之發言方式並無必要拘泥於一定之形式。亦即幾乎所有的臨終者之陳述基本上屬於口頭之方式，但以書寫之方式表達亦可，甚至以手簽字方式或點搖頭之方式亦可成立臨終之陳述。一般而論，臨終之陳述僅只在殺人案件時承認其效力，惟以美國為例，在一些州裡，有關的民事及刑事案件皆已承認臨終陳述之適用。基本上承認臨終陳述之適用須具備有四個要件。即：

1. 臨終之發言必須是在被害者放棄回復存活希望之情況下所為者 該發言者自身之死亡業已瀕臨，因而該發言必須係經由捨棄希望之被害者所為，只不過勿須嚴格要求被害者在為臨終之陳述後立即死亡。例如某甲負重傷，在往醫院救助之救護車內向警察人員說「乙擊中我」後，再向救護車的駕駛說「請趕快送我至最近之醫院救助」之情形。此時甲之「乙擊中我」之陳述，因為在其後存有曾向救護車駕駛請求救助之發言，故甲之行為並非在於放棄生存希望之情況下所為之陳述，應不認為其屬臨終之陳述。
2. 發言之內容必須是關於死亡原因之事實 例如「甲刺殺我」之發言承認其為臨終之陳述，但有關過去之吵架及襲擊者之性格等發言則不承認其屬臨終之陳述。
3. 陳述之內容必須係屬被害人之個人認知的知識範圍 例如「我想甲意欲毒殺

史之名譽；(21) 品格之名譽；(22) 先前有罪之判決；(23) 對個人、家庭、一般歷史或疆界之判決；(24) 其他之例外等」。第 804 條係規定「(a) 未能出庭之定義，(b) 傳聞法則之例外，陳述人如屬未能出庭之證人時，下列情形不為傳聞法則所排除：(1) 先前之證言；(2) 在相信即將死亡時所作之陳述；(3) 違反利益之陳述；(4) 個人或家族歷史之陳述；(5) 其他之例外」等。以上係參照引用段重民譯，「美國聯邦證據法」第 132 頁至第 152 頁之譯文。

(註一四) Rolando V. del Carmen, CRIMINAL PROCEDURE: Law and Practice, chapter 13, 2nd edition.,1991. 參照。

我」般之意見陳述便不承認其為臨終之陳述。

4. 被害人最終必須業已死亡 既然已經基本上承認臨終陳述之效力，故最後仍然要求被害人在提供證據之時點必須是已經死亡。設若此時之被害人仍然還活著時，由於被害人本身得以作證，自無必要承認其臨終之陳述。

B. 自然發生之陳述 (spontaneous declarations)

自然發生之陳述幾乎屬於在驚愕或興奮之緊張情況下所為之陳述，因而可定義其為有關發生事情之陳述。此一用語係指該陳述並非是針對質問的回答而是自然發生之情況下所為之發言。與此具有相同意義之用語有「興奮的發言」(excited utterances)、「自然發生的陳述」(spontaneous statements)、「同時的陳述」(resgestae statements)等。此類陳述之情形，在英美法之觀念裡，由於發言者並未如證人般站立於證人台上陳述，因而認定該陳述屬於傳聞之內容。然此一發言屬於自然發生之事實，無需喚起發言者之記憶即能取得，甚且亦非發言者經過熟慮之下所為之言論，故其信憑性(可信度)容易獲得保障。再者，此一自然發生的陳述並非經由發言者而是透過聽聞發言者之發言後，由聽聞者將聽聞之內容加以作證。例如在案件發生後，甲聽聞乙說「那部車在紅燈信號時闖入」。此案乙之發言乃藉由甲加以作證。然而相對地，乙本身在法院或許關於自己的發言作證，但乙此時之證言屬普通之證言而不列入自然發生之發言(陳述)之領域範圍。

因此，為期自然發生之陳述能被容許適用，基本上須具備下列三要件。即：

1. 產生驚愕之情事 在形式上必須存有足以使目擊者產生衝擊與緊張程度之驚愕之事發生(例如車禍、砲擊、刺傷案件、突然的爆炸、對人施暴行或搶奪手提包等行為)。
2. 同時的發言 驚愕之發言係存在事情之緊張狀況之下所為，而且要在發言者回復緊張之前進行。此一時間上之要素非常重要，且此一時間要素雖然無法以機械式之方法加以精確地測試，但法院通常限定在事件發生之同時(即該案事實發生之間)或發生緊張事實之後立即所為之陳述方承認其容許性。惟應注意的是所謂的「事實之後立即」之時間認定可能因人、事、地等要素不同而有不同之結果產生。
3. 個人關於目擊事實之認知程度 自然發生之陳述係有關發生事實狀況之發言，所以必須是屬於表現個人關於事實之觀察。例如，證人陳述在事故發生後立即

聽到說「那部車在紅燈信號時闖入」之情形，該陳述具有容許性（證據能力）。相對地，「那部車的確以高速度行駛」之發言，並非為關於事實之觀察，僅為一種推測之發言，自然不具有容許性。

再者，自然發生之陳述者只要對有關之事實具有知識，且具有對其加以觀察而喚起記憶之能力時即可適用此之例外情形，甚且即使不具有證人之能力者亦有適用之可能。蓋因發言者並非是證人，而證人是聽聞發言者之發言後而陳述作證者。在此情況下，只要能證明發言者之存在，至於發言者之身分便無識別之必要。例如，證人作證聽到某人叫喊「穿白襯衫之人物開槍」時，證人即使無法識別為此叫喊之人物，但其陳述亦具有容許性。而自然發生之陳述亦經常強調「同時」之觀念，而此觀念具有廣泛之意義，包含著（1）經由證人所為之陳述（自然發生之陳述）、（2）經由被害者所為之陳述、（3）經由被告或與犯罪有關連者所為之陳述、（4）被視為犯罪與事實之一部分（如使用於砲擊案件之槍類般）等內容。

C. 過去記錄之證言（previously recorded testimony）

所謂「過去記錄之證言」係指在同一案件或在其他過去案件之調查訊問程序或公判程序裡，已為宣誓（即具結）之證人所為證言之「證言筆錄」（depositions）或「證言錄」（transcripts）而言。此類之證言由於並非係屬在爭訟案件之公判程序或調查訊問程序中所為者，因而其雖被判斷為傳聞之證據，但其卻屬傳聞法則之一例外情形具有容許性。例如以某人犯強暴罪受有罪之判決，不服而提上訴再受新的判決為例。設若該新判決之前，檢察官所提出之重要證人中之一人已死亡時，該證人以前所為之證言仍然可為證據具有容許性。

在屬過去之證言裡，由於具備有宣誓程序以及最為重要的是乃在過去之公判程序裡已予對造當事人反對詢問之機會而得以確保該證言之可信度，所以該證言具有容許性。而證明過去證言之通常的方法為提出在過去之訴訟程序裡經被認證之證言錄，且在提出時，法院需要朗讀死亡者或無法出庭者之全部證言（含主詢問、反對詢問、再主詢問以及再反對詢問）。再者，一般而論，過去記錄之證言只能在充足以下數要件方得以在刑事訴訟程序裡被使用。

1. 反對詢問的機會 對同一犯罪行為，在過去之裁判或其他之機會裡作證時，被告或辯護律師曾出庭行使過反對詢問。
2. 證人無法出庭時 例如過去作證之證人現在無法確保之情形。無法確保之情形

諸如證人已死亡或心神喪失、或者證人在法院之管轄範圍之外、或者為使證人之出庭已盡力但始終無法發現之情形等。惟若證人僅表示被監禁於某處之監獄，則此表示不得作為證人是否得以出庭之證明（註一五）。

D. 過去記憶之記錄（past recollection recorded）

所謂「過去記憶的記錄」係指發生事情之當時或近接該時期所作成之文書內容。此類之文書，於證人作證時，縱使對其提示該文書亦無法喚起其記憶時，方得以此文書作為證據而予以提出。然而為證明文書內所記載之事實而利用該文書之內容者雖容易產生傳聞之問題，但在能提示出正當理由之情況下，該文書之內容即可作為傳聞法則之例外情形，而以證據加以提出。例如以美國之假釋制度為例，在假釋當中更因他案而受刑之宣告者即表示其具有持續性之暴力傾向，假釋理應予以撤銷。此為假釋書狀上明記之內容。設若假釋官站在證人台上對其提出該書狀亦無法喚起其記憶時，該書狀之內容自可以其為記錄而加以朗讀。過去記憶之記錄之所以承認其具有容許性，其理由乃在於該記憶之事實係在清楚之時刻裡經由目擊者所記載者，即使在本案裡關於該記錄（文書）對證人無法行使反對詢問，但該文書或許較之於作證時所為之證言更值得信賴。

一般而論，文書類被認為未具有容許性。尤其是在陪審制度之國家裡，該類文書為期能夠作為法院記錄（筆錄）之一部分，該文書內容必須向陪審團朗讀。惟為期防止陪審團過大評價文書之內容，所以在承認過去記憶之記錄具有容許性，原則上應具備下列五要件，即：

1. 現在未存有任何的記憶 關於該文書所記載之事實，證人本人現在必須是未存有任何之記憶。
2. 發生過事情之記憶必須係在記憶猶新時予以記錄者 記錄上所記載之事實必須係在事實上發生時，或者係在證人記憶猶新當中作成之文書。惟該文書究竟意謂著何種意義或者證據價值如何等，只有在具體之案件裡由法官判斷。
3. 該文書係經由證人或依證人之指示而加以記錄者 一般而論，該記錄必須是（1）係依證人本人或依證人之指示而作成者，或者（2）證人在為陳述時他人以記錄之目的而予以記錄者。

（註一五） Barber v. Page, 390 U. S .719（1968）。

4. 該記錄屬真實性之誓詞 (verification) 該記錄在作成之時，證人必須證明該記錄係屬有關事實之真實的陳述。
5. 該記錄經過確實的認證 (authentication) 該文書必須被認證為係屬正確的供述記錄。

E. 商業上之記錄 (business record)

商業上之記錄係指在通常商業之過程裡經由人或組織所保管之正式記錄。此類記錄雖亦可視為傳聞之一種，但記錄本身由於存有值得信賴之處，故為傳聞法則之一種例外情形具有容許性。商業上之記錄係由組織或公司中精通業務程序或記錄的證人（例如公司之會計負責人對於商業上之記錄，或者醫院之外科醫生對於有關的醫療記錄）所提出者，所以得以作為證據使用。

一般而論，商業上之記錄其容許性應具有以下五要件。

1. 須滿足商業之定義 廣義言之，商業之定義由於包括著不論是以營利為目的或以非營利為目的之所有的團體、專門職或營業，所以經由醫院、學校或教會所作成之記錄亦包含於商業上之記錄範圍內。
2. 須屬通常商業過程中所記錄者 該記錄必須顯示出係在通常業務活動之過程裡所作成者。因此，諸如有關處方藥種類之記錄或醫師治療情形之記載等醫院之記錄是具有容許性。
3. 個人具有的知識 商業上之記錄必須是屬於記載者個人之知識範圍內之事項，或者是對記載者而言屬於有傳達該事項義務者之個人知識範圍內之事情。例如以報告警察人員個人知識為基礎之報告書是具有容許性。但相對地旁觀者由於並無向警察人員報告事實之業務上義務，故旁觀者所為之報告不具有容許性。
4. 須在發生之際或近接其時期所記載者 關於該事實，記載者的知識必須是在其記憶猶新中、或在事情發生之際或在發生後不久所作成之記錄。
5. 該記錄經過認證 該記錄之確實性必須被認證，而為認證其確實性之通常方法為在法庭裡要求記錄之保管者或其他有資格之證人就有關記錄之識別、記載及保管方法作證。

F. 公務上之記錄 (official records)

公務上之記錄係指在履行公的義務之過程中公務員所準備之供述或文書。例如

出生、死亡、結婚之記錄及法院之判決等皆為公的記錄。此公務上之記錄之所以成為傳聞法則之一種例外情形，其理由乃在於有必要避免公務員多次的出庭作證或證明公務行動之困擾。再者，蓋因公務員具有必須正確地記錄自己本身行動之義務，故其記錄被認為值得信賴。

一般而論，公務上記錄的例外情形可謂為商業上記錄之例外情形的一部分，即使以通常商業上記錄之條款予以解釋基本上亦可涵蓋。惟兩者間主要之差異點在於法官在法院裡就有關公務上記錄之同一性或作成方法，在法庭中即使未要求任何人提出證言亦可將此記錄採用為證據。並且，公務上之記錄較具公信力，故在法院裡縱使祇提出經過認證過之影本，但記錄之保管者亦無出庭之必要。

G. 除此之外，其他之例外情形尚有「違反利益之發言」(declaration against interest)、
「有關精神上或身體上狀況之發言」(declaration re state of mind or physical condition)、
「過去認證之證言」(prior identification)、
「過去之有罪判決」(judgment of previous conviction)、
「家族歷」(family history)、
「古代文書」(ancient writings)、
「家族之記錄」(family records)、
「重要之統計資料」(vital statistics)、以及「關於性格之評判」(reputation as character)等。

總之，在美國，前述多種傳聞法則之例外情形係經過多年之實務累積而成之觀念，在形態上呈現得非常複雜，且傳聞法則之例外情形在未來可預見的是將隨著時代之變遷可能會有所增減（註一六）。整體而論，傳聞法則之例外情形可以信用性

（註一六） 被告可否成為證人，亦即被告是否具有證人適格問題素來存有不同見解。依英美法觀念，被告只要放棄本身之緘默權仍被認為具有證人適格，此時被告自願供述時，可將其視為證人而予以詢問。惟在我國現行訴訟制度具有強烈職權（官權）色彩之情形下，為保障被告之緘默權，認為被告不具有證人適格之見解似乎較為合理（黃東熊，「刑事訴訟法論」（三民書局 民國 76 年版）第 397 頁、398 頁參照），此時所謂之自白或承認之部分僅依自白法則加以規範即可，而與傳聞法則便無直接關係。共同被告可否成為其他共同被告之證人部分，基本上在同一程序中一方面使共同被告居於被告地位，另一方面又承認其就他共同被告之事項具有證人適格，實易產生混亂，其緘默權亦不能獲得充分保障。因此共同被告就其本身無關之事項作證，原則上應將該共同被告與其他共同被告之審判程序分開，便認為其具有證人適格（同黃東熊，前揭書第 398 頁參照）。黃朝義，「警訊筆錄的證據法上問題」法學叢刊第 43 卷 3 期（171 期）47 頁（註 3）。

之情況保障與必要性兩概念加以說明。所謂的信用性之情況保障乃在於強調供述本身存有足以信用之外部情況，而必要性概念係指從同供述者處無法期待取得另外之證據，所以必須使用原供述證據（經常係因該供述者處於傳喚不可能或者傳喚有所困難（如供述不能或困難））。此兩概念之相互作用之下乃產生了諸多的例外情形。換言之，只要能夠存有擔保足以與在公判庭內之驗證程序（反對詢問）相同效果之信用性的證據即可例外地容許其具有證據能力，甚且即使無法存有如信用性程度之證據，但因原供述者之傳喚無法達成（不可能之情形），而不得不考量信用性與必要性之結合而例外地容許該證據具有證據能力。

（三）日本法制下之傳聞法則的例外情形

在日本，第二次世界大戰之前並無傳聞法則之觀念，戰後制定之現行刑事訴訟法為貫徹當事人進行原則之訴訟制度，乃採行英美法制之傳聞法則概念，因而制定了為數可觀之有關傳聞法則之條文。依日本刑事訴訟法第 320 條規定，傳聞證據無論係以傳聞供述之型態或者係以代替供述之書面（含供述書狀、供述筆錄）型態提出之證據，原則上皆被認為未具有證據能力。惟相對地，即使屬於傳聞之證據，但在為事實認定之時該傳聞證據卻具有可作為證據之必要性（不可或缺）之性質，且該供述依據其供述之情況判斷亦認為存有可信度之情況，換言之，傳聞證據在被認為具有「必要性」（有必要利用該證據之特殊情事）與「可信性之情況保障」（即使未給對造當事人反對詢問之機會，但其程度亦不會因而明顯地損害到當事人之利益，且其供述內容經由各種情況證據驗證得以獲得信賴之程度）之條件（實質的理由）時，該傳聞證據即屬於傳聞法則之例外情形認定其具有證據能力（日本刑事訴訟法第 321 條至第 328 條參照）。惟日本刑事訴訟法第 321 條以下之各例外條款規定，嚴格而論可分為不適用傳聞法則之情形與傳聞法則之例外情形兩種，有關被告之自白及其他不利事實之承認（日本刑訴法第 322 條）（註一七）、同意書面同

在另一方面，在美國幾乎所有的法院皆認為法院外之自白若係為期證明自白犯罪之事實而提出時，大致上會將此一自白視為屬於傳聞法則之一種例外情形。其理由乃在於一般人通常不會承認自己之犯罪行為，因此認為被告一旦承認此一犯罪行為之時，其供述之信用可能性（可信度）相當高。惟在屬自白之領域，為使自白具有容許性，自白必須係屬任意情況下之所為者，且不得侵害到被告之權利，則不待言。

（註一七）日本刑事訴訟法第 322 條之規定趣旨為（1）被告所作成之供述書或記錄被告之供述之書面而有被告之簽名或蓋章者，該供述係以對被告不利事實之承認為內容

意供述（同第 326 條）（註一八）、合意書面（同第 327 條）（註一九）等規定屬於不適用傳聞法則情形（註二〇），餘者之規定方為一般所謂的傳聞法則之例外情形（本文原則上只論述此一部份）。

1. 法官面前之筆錄（第 321 條第 1 項第 1 款）

被告以外之人所作成之供述書或記錄該人供述之書面（供述筆錄）而有供述人之簽名或蓋章，且屬於依日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 1 款規定「有關記錄於法官面前供述之書面，該供述者因死亡、精神或身體之障礙、所在不明或在國外而

時，或在特別可以信賴之情況下所為者為限，得作為證據。惟該供述係以自白或其他被告之不利益事實之承認為內容時，僅以具有任意性之情況下所取得者為限，具有證據能力。相對地，（2）記錄被告在公判準備程序或公判期日之供述的書面，只要該供述存有任意性便認為其具有證據能力。

（註一八）屬於此類之證據有（1）檢察官及被告同意為證據之書面或供述，且在考慮該書面作成時或供述時之情況認為屬於正當時，不受第 321 條至第 325 條之規定限制，認為該同意之書面與供述具有證據能力，（2）被告即使不到庭亦能進行證據調查時，被告不到庭時可視為存有前項之同意（惟代理人或辯護人出庭時不在此限）。依傳聞法則之規定本應被排斥之書面或陳述，依此條項之規定檢察官與被告在某種情況之下只要同意將其作為證據使用時，自得作為證據。法文上雖言「考慮該同意書面或供述時之情況屬於正當時」之限制，然在實際上幾乎無所謂的被判斷為欠缺相當性要件之情形。蓋因欠缺任意性或證明力極低之證據，一般而論難以想像會有同意之情形。且在對公訴事實沒有爭議的自白案件中，檢察官請求調查之證據文書全部均以此種同意書面之方式被採用為證據後，檢察官提出證據之活動即告結束，即便是證物之部分，當事人間若無異議也是可以此一簡單之展示方式以完成證據之調查。甚且對於有爭議之案件，為期實現正確而迅速之訴訟運作，亦經常採用書面之部分同意方式，即部分同意的活用。三井誠著（陳運財譯），「起訴狀一本主義と傳聞法則」（87年11月19日發表於最高法院）7頁、8頁。

（註一九）日本刑事訴訟法第 327 條之規定趣旨為，經過檢察官與被告或辯護人之同意後，提出將文書之內容或在公判期日到庭時可以預測其供述之供述內容加以記載之書面時，法院即使對該文書或該供述者不為調查，該書面亦可作為證據。此一書面稱之為合意書面（係源自於美國之制度）。惟若刑訴法第 326 條所云之同意書面即可達成相同目的時，此一合意書面之利用便不存在。三井誠著（陳運財譯）前揭「起訴狀一本主義と傳聞法則」第 8 頁。

（註二〇）白井滋夫，『證據』第 58 頁、第 59 頁參照。

不能在公判準備程序或公判期日供述時，或者供述者在公判準備程序或公判期日為與先前之供述相異之供述時」，得作為證據（註二一）。屬於此之法官面前之書面者，例如日本刑事訴訟法第 228 條法官所為偵查中之證人訊問筆錄或同第 179 條第 1 項法官所為證據保全之證人訊問筆錄、其他案件之公判（或公判準備程序）筆錄（同法第 163 條）或者受命法官、受託法官所為法院外之證人訊問筆錄等法官面前所記錄之供述書面或筆錄。因此，由該條款之規定內容得知，此之得為證據之供述筆錄，其前提除只需具備證人已死亡、精神或身體障礙、所在不明、身在國外等原因而無法在公判準備程序或公判期日到庭陳述意見（供述不能）（註二二）即可外，甚且連證人於公判準備程序或公判期日為與先前所為之供述相異時（相反之供述），亦認為先前法官面前之供述具有容許性，在條件上與其他之情況比較（後述之各情況），法官面前所為之各種供述書與供述筆錄之條件要求方面似乎稍顯寬鬆。此蓋因即使屬於其他案件之公判筆錄，法官在性質上地位超然公正，在對證人之訊問時證人原則上會有宣誓之行爲，且當事人即使沒有在場，但由於可以期待法官代其行使反對詢問（即法官依職權就有關對被告有利之事項詢問證人），所以於法官之面前祇要符合前述之條件時，在類型上其可信性之情況保障便能獲得。

此在我刑事訴訟法之相關規定中，亦提及有關證人在法官面前所為筆錄或供述書之證據能力問題，例如（1）第 276 條第 1 項規定「法院預料證人不能於審判期日到場者，得於審判期日前訊問該證人」，（2）第 279 條第 1 項規定「行合議審判之案件，為準備審判起見，得以庭員一人為受命法官，於審判期日前訊問被告及蒐集或調查證據」，同第 2 項規定「受命法官關於訊問被告及蒐集證據或調查證據，與法院或審判長有同一權限」，（3）第 177 條規定「證人不能到場或有其他必要情形，得就其所在或其所在地法院訊問之」，（4）第 195 條第 1 項規定「審判長或檢察官得囑託證人所在地之法官檢察官訊問證人，如證人不在該地者該

（註二一） 日本最高裁判所昭和 29 年 11 月 11 日決定，刑集 8 卷 11 號 1934 頁參照。

（註二二） 有關此之供述不能之原因雖係採取例示列舉方式，但所列舉之事由在得以發現之程度內必須為屬於繼續存在之情況，而非屬於因某種作為而產生之觀念。甚且廣義地認為證人拒絕證言之情形（如最高裁判所昭和 27 年 4 月 9 日判決，刑集 6 卷 4 號 584 頁、同 28 年 4 月 16 日判決，刑集 7 卷 4 號 865 頁、同 44 年 12 月 4 日判決，刑集 23 卷 12 號 1546 頁），與喪失記憶之情形（如最高裁判所昭和 29 年 7 月 29 日決定，刑集 8 卷 7 號 1217 頁）等皆可謂為屬於供述不能之範圍。

法官檢察官得轉囑託其所在地之法官檢察官」，同第 2 項規定「受託法官或檢察官訊問證人者，與本案繫屬之法院審判長或檢察官有同一權限」，（ 5 ）第 196 條規定「證人在偵查中或審判中已經合法訊問其陳述明確別無訊問之必要者，不得再行傳喚」（註二三）。其中（ 1 ）及（ 3 ）之情形因為某種「不能」之因素存在，顯然地與供述不能之原因在某種程度上有相類似之情形。是故，此之證人所為之供述書或供述筆錄雖該當於刑事訴訟法第 159 條規定「證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」中之審判外供述之要件，然因有著廣義的「不能」因素存在而使得該兩條項之內涵似乎應與日本刑事訴訟法第 321 條第 1 款所言之傳聞例外之情形作相同解釋較為合理。至於（ 2 ）及（ 4 ）之情形，允許受命法官與受託法官為證人之供述取得，其目的不外乎在於有利於往後證據之取得或使公判庭之快速進行，此之取得之證據（證人之供述書或供述筆錄）似乎並無排斥在公判庭中證據調查程序之進行，亦即仍得依刑事訴訟法第 166 條規定對證人進行反對詢問程序以求取供述之真實，似乎與傳聞法則之例外情形無直接關係存在。（ 5 ）之情形在證據調查之過程中，證人並非不能到庭接受調查，尚且訊問時除非當事人已對其行使反對詢問，否則基於真實發現及刑事訴訟法第 166 條之要求下，證人仍應到庭陳述並接受詰問（註二四）。

2. 檢察官面前之筆錄（第 321 條第 1 項第 2 款）

在偵查階段，檢察官偵訊被告以外之人之際，所為檢察官面前記錄之供述書面，在具備有（ 1 ）該供述者因死亡、精神或身體之障礙、所在不明或在國外而不能在公判準備程序或公判期日供述時（供述不能），或者（ 2 ）供述者在公判準備程序或公判期日為與先前之供述相異之供述或為實質上相異之供述（相反、實質的

（註二三） 此四種情形中有謂「訊問證人所為之書面紀錄當然得作為證據（如(1)及(2)之情形），或對證人均不須經當事人或辯護人之詰問程序，足以說明我不採取傳聞法則（如（ 3 ）及（ 4 ）之情形）」，褚劍鴻，「論傳聞法則」法令月刊第 41 卷第 6 期 6 頁、7 頁。

（註二四） 刑事訴訟法修正草案第 196 條已將原第 196 條文修正為「證人已由檢察官或法官合法訊問，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，得不再傳喚」（司法院印「刑事訴訟法修正草案條文暨說明」82 年 3 月），已加強對證人進行反對詢問。

不一致，自我矛盾之供述）時，該供據得作為證據。

本款之規定前半段之內容乃是準用前款規定（法官面前之供述）屬於供述不能之範圍，檢察官所為被告以外第三人之筆錄可謂為本款內容之最為典型之一種。惟該第三人日後成為被告之時，其先前所為之供述則屬於不適用傳聞法則之情形（日本刑訴法第 322 條）。在此偵查階段所為被告以外之第三人供述，在形式上雖無法如同審判階段般有宣誓及反對詢問之程序，但日本之實務認為檢察官為法律家且居於公益代表之地位，該供述者只要係處於供述不能之地位，基本上在檢察官面前所為之供述筆錄與法官所為之供述筆錄性質上可謂相同（其工作性質與法官類似，原則上在於犯罪真實之發現），理應無條件的承認其證據能力（註二五）。

有關不一致之供述即本款後半段之規定所言的「自我矛盾供述」，惟此之不一致供述之情形較之於前款後半段內容之要求嚴格，尤其是對於（2）之情形的適用僅限於先前所為之供述較之公判準備程序或公判期日之供述存有可信賴之特別情況，亦即本款後半段特別要求特別可信情況（可信性之情況保障）之存在。所謂相反之供述乃指有關之證明事項依據該證據之結果反而會導出相反之結論（註二六）。而實質的不一致供述係指與其他之證據及間接事實一起列入考量反而會導致不同認定之危懼（註二七）。然無論係屬相反之供述或屬實質不一致的供述，基本上兩者之區別並非很重要，僅只在於本款所規定之情形與法官面前之供述不同，不一致之程度愈為提高時法律所要求之必要性相對地亦為之提高。另外，所稱「可信性之特別情況保障」原則上除在於要求必須要具有證據能力外，亦在於要求證據本身之外部的情況保障，惟在實務上卻採取較為和緩之態度，認為此之條件要求未必係指外部之特別情事，而是指只要經由該供述內容之本身可以推認存有可信性情況即可（註二八）。因此，只要屬於頭緒明確條理清楚之供述內容或屬與客觀之情事合致

（註二五） 日本實務基本上認為此種見解並無違憲之情形，惟有學者認為將法官與檢察官作相同之解釋，似乎無法與現行法之精神相吻合，因而認為法律雖無明文規定亦應要求有關特別可信度之條件以為解釋較為合理。田宮裕，「注釋刑事訴訟法」369 頁。

（註二六） 大阪高等裁判所昭和 25 年 10 月 21 日判決，等裁判所刑事判決特報 15 集 85 頁以下。

（註二七） 福岡高等裁判所昭和 25 年 2 月 23 日判決，高等裁判所刑事判決特報 9 集 130 頁以下。

（註二八） 日本最高裁判所昭和 30 年 1 月 11 日判決，刑集 9 卷 1 號 14 頁以下。

之內容或屬與他證據相互比較之結果可信度可謂為較高之情形（註二九），皆可認定其為屬於符合「可信性之特別情況保障」之條件。總之，只要符合本款所規定之要件者即可認定在檢察官面前所為之供述具有傳聞法則之例外情形，因而得以肯定其證據能力。

3 前兩種以外之書面證據（第 321 條第 1 項第 3 款）

屬於前兩款所列書面以外之書面證據，該供述者因死亡、精神或身體之障礙、所在不明或在國外而不能在公判準備程序或公判期日供述（供述不能），且該供述屬於證明犯罪事實之存否為不可或缺，甚且該供述係在特別可信之情況下所為時，其證據能力受到肯定，亦屬於傳聞法則之一種例外情形。本款之情形與前兩款之內容不同，不能僅以供述內容不能再現為理由以說明此之傳聞法則之例外，因此若欲認定本款之證據具有證據能力時，尚須具備此一供述為證明犯罪事實之存否為不可或缺之要件以及存有特別可信之情況要件等兩要件。尤其是有關所謂的「存有特別可信之情況」部份，前述檢察官面前之筆錄所要求之程度只要求屬於相對性之條件（較為和緩之條件，重在前後之比較）即可說明，惟此款所要求之程度屬於絕對性（絕對要求此一特別可信情況的存在）。然在實務上本款所言之「特別可信之情況」條件是否受到肯定似乎係依據具體案件之內容以為判斷，其結果兩者之區分形式上之意義大於實質意義（註三〇）。具體而論，屬於此款之書面證據如參考人所為之供述書、被害報告書、告訴狀、司法警察人員所制作之參考人的供述筆錄、告訴筆錄、告發筆錄等，只要在符合存有供述不能之情形、屬於證明犯罪事實存在與否之不可或缺條件、與特別可信之情況保障情況皆屬之（註三一）。

（註二九） 名古屋高等裁判所昭和 24 年 10 月 12 日判決，高等裁判所刑事判決特報 2 集 36 頁以下。

（註三〇） 例如，有判例認為本款所要求之程度與檢察官面前所為之筆錄相同，是否符合特別條件之判斷係屬於事實審法院之裁量範圍。日本最高裁判所昭和 29 年 9 月 11 日判決刑集 8 卷 9 號 1479 頁以下參照。

（註三一） 同屬第 321 條之例外情形尚有（1）錄取被告以外之人在公判準備程序與公判期日時所為之供述的書面證據（蓋因此時被告以外之人，即證人在為供述時當事人得以在場以及得以詢問，被告對證人之反對詢問權在此可獲得保障，因此，無條件地肯定該供述具有證據能力）或法院法官所為之勘驗筆錄（第 321 條第 2 項）、（2）檢察官、檢察事務官，司法警察人員所為之勘驗筆錄（惟此之勘驗筆錄被

整體而論，屬於此類書面證據由於要件（可信性及必要性）之要求相當的嚴格，在實務上以此種書面採為證據之實例很少，其理由乃因對於一些重要關係人，檢察官大致會再制作如日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款之檢察官面前之筆錄。尤其是能將供述者以證人身分傳喚使其為供述之情況時，屬於此類之書面證據之適用更是微乎其微（註三二）。

4. 特別可信之書面證據（第 323 條）

此類證據者有（1）戶籍謄本、公正證書謄本其他公務員在其職務上有關得以證明之事實所作成之公務員之書面資料（第 323 條第 1 款），（2）商業帳簿、航海日誌以及其他在通常之業務過程中所作成之書面資料（同第 2 款），（3）前兩款所列書面以外而在特別可信之情況下所作成之書面資料（同第 3 款），一般認為此類書面證據可信度特別高，因而無須進行反對詢問，屬於傳聞法則之例外情形而無條件地認定其具有證據能力。

第（1）類所規定之書面證據屬於公的證明文書，且此類文書之制作公務員在職務上負有誠實完成之義務，因此可認定此類書面證據在性質上其可信度獲得高度的保障而無條件的肯定其證據能力。第（2）類所規定之書面證據係基於該業務之信用維持以及正當業務之運作等之必要，在業務之正常推進之過程中依據機器正確無誤地記載，因此，認為在記載之過程中虛偽行為之介入危險較不會發生，其記載之正確性得以獲得確保，而無條件地認定其具有證據能力。第（3）類所規定之書面證據係與第 1 款及第 2 款之規定內容不同並無例示之規定，惟鑑於該類書面證據具有高度之可信度而承認其具有證據能力，而且本款之規定與前兩款相同，在程度

認為具有證據能力時，其先決條件必須是進行勘驗而制作該勘驗筆錄者在於公判期日以證人之身分接受詢問，且應證實該勘驗筆錄為一真正之文書紀錄。另外，一般認為警察機關所為之現場檢視報告書類亦準用此一勘驗筆錄之規定（同第 3 項）、（3）公判期日時出庭作證之鑑定人所為之鑑定書（此鑑定書屬於鑑定人所為之記載著鑑定之經過與結果之書面資料，鑑定人在公判期日時需以證人之身分接受詢問，並應作證該鑑定書之作成真正無誤，方可承認該鑑定書具有證據能力。另外，受偵查機關委託之鑑定受託者所作成之鑑定書實務上亦認為應包括在內〔日本最高裁判所昭和 28 年 10 月 15 日判決刑集 7 卷 10 號 1934 頁以下〕，甚且私人醫師所制作之診斷書亦可準用此之規定〔日本最高裁判所昭和 32 年 7 月 25 日判決刑集 11 卷 7 號 2025 頁以下〕）（同第 4 項）。

（註三二） 三井誠著（陳運財譯），前揭「起訴狀一本主義と傳聞法則」第 5 頁。

上有關其書面之作成及其內容之正確性必須係屬於達到得以信賴程度之書面證據。實務上認為依據法令規定各種委員會、審議會等所制作之正規議事錄之類的書面資料屬於此類之書面證據（註三三）。

5. 傳聞之供述（第 324 條）

傳聞供述具有與書面形式之傳聞證據相同性質係指例如由體驗到一定事實者處聽聞體驗之經過情形，而該聽聞者在法庭上以口頭方式供述謂之。依法規定此類證據者有（1）屬於被告以外之人在公判準備程序或公判期日之供述且其供述係以被告之供述為內容之供述（此部份準用第 322 條之規定），（2）屬於被告以外之人在公判準備程序或公判期日之供述且其供述係以被告以外之人之供述為內容之供述（此部份準用第 321 條第 1 項第 3 款之規定）。兩類之傳聞供述亦屬傳聞法則之一種例外情形，被認為具有證據能力（註三四）。

6. 作為彈劾（爭執）證據證明力之證據（第 328 條）

依據第 321 條至 324 條之規定該證據即使屬於不得使用於作為嚴格證明之積極性的證明手段（證據），但可作為彈劾公判準備程序或公判期日時之被告、證人及其他人供述之證明力的證據。此類證據謂之為彈劾證據或消極證據。例如，於公判庭上證人所為之供述內容與以前之供述內容相異時，提出以前所為之自我矛盾之供述用來減低其公判庭上之證言的證明力即為顯例。惟此時所謂的「得作為證據」僅止於用來爭執審判期日之供述之證明力，並未容許將彈劾證據直接作為認定犯罪事實之用。

（註三三） 日本最高裁判所昭和 27 年 7 月 17 日判決，判例タイムズ 23 號 54 頁以下。

（註三四） 日本刑事訴訟法第 325 條規定（供述之任意性調查），依據第 321 條至第 324 條之規定即使屬於可為證據之書面或供述，法院就有關該供述（屬於書面時就其所記載之供述）之任意性在未為預先調查之後，不可以此為證據。此規定之趣旨在於防止因任意性存有問題而卻以此欠缺證據證明力之書面或供述為證據進行證據調查以形成不當之心證（即使屬於被認為具有證據能力之證據）。惟對於任意性之調查時期，有裁判例指出「刑事訴訟法第 325 條所謂之任意性的調查……未必應在調查該書面或陳述之前為之，法院縱使是於右述書面或陳述之證據調查後，於評價其證明力之際，始調查其任意性，亦不生抵觸」（日本最高裁判所昭和 54 年 10 月 16 日決定，刑集 33 卷 6 號 633 頁）。

四小結

綜合前述，從日本法制（刑事訴訟法之相關規定）與美國法制（證據法上之規定與解釋）之探討得知，兩者對於傳聞法則觀念之見解（尤其是對於反對詢問之重視以及憲法上被告權利之強調方面），基本上頗為類似。惟兩者在某些觀念上仍然存在有些許之差異。例如，(1)日本刑事訴訟法之法文規定上，並未使用「傳聞」用語；(2)日本刑事訴訟法上之傳聞規定，可分為以代替供述之書面與傳聞供述為對象兩種，惟明顯地，在內容上係較著重於前者部分之規定；(3)在相關筆錄之處理上，日本方面對於法官面前之筆錄與檢察官面前之筆錄等予以特殊之處理，此為美國法制上所無之見解；(4)美國法制上所論及之臨終之陳述與自然發生之陳述等觀念是為日本法制上所無之觀念；(5)日本所言之傳聞法則觀念基本上僅適用於刑事訴訟程序，此點頗與美國法之觀念不同。

肆、供述筆錄與傳聞法則之關係

一、現行法中有關傳聞證據之規定

刑事訴訟法第 159 條規定「證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據」。此條文之內涵究竟係屬宣示著大陸法系國家所言之直接審理原則，抑或係指規定著英美法系國家所謂的傳聞法則，在觀念之認知上不甚清楚（註三五）。因此在見解上相當分歧，素來存有極為不同之見解（註三六）。

（註三五） 針對此問題，有謂「關於我國刑事訴訟法是否採傳聞法則之問題，其關鍵，乃在於我國刑事訴訟法是否承認當事人之反對詢問權。其答案如為否定，則我國刑事訴訟法乃僅採直接審理主義，而不採傳聞法則。反之，如為肯定，則我國刑事訴訟法乃採傳聞法則。蓋直接審理主義（亦即，刑訴法第一五九條之規定）加當事人之反對詢問權，則變成傳聞法則也」。黃東熊，前揭「談傳聞法則」18 頁。

（註三六） 關於此條之規定，大多數學者認為係指有關直接審理主義之規定者，如陳樸生，「刑事證據法」第 283 頁、284 頁；褚劍鴻，「刑事訴訟法論」第 260 頁以下；林山田，「刑事訴訟法」第 205 頁以下；林榮耀，「刑事訴訟法釋論」第 232 頁以下；胡開誠，「刑事訴訟法論」第 98 頁以下；相對地認為係指傳聞法則之規定者如蔡墩銘，「刑事訴訟法論 修訂版」第 202 頁；黃東熊，「刑事訴訟法論」第 411 頁、412 頁。

(一)主張該條為傳聞法則規定者認為(1)從刑事訴訟法第166條之規定得知，關於人的證據，其調查證據之方法，我國係採英美法系之交互詢問制度，因此現行刑事訴訟法承認當事人得行使反對詢問權，(2)就供述證據而論，刑事訴訟法第159條規定配合第166條規定即可認為存有傳聞法則之旨趣，(3)關於刑事訴訟法第159條之解釋，其中所謂「除法律有規定者外」，雖無任何法律規定存在，但仍然得依英美法之傳聞法則之「例外法理」予以解釋。蓋法律規定有不備之處，得依解釋予以彌補，傳聞法則之觀念既然來自英美法，其解釋自應依據英美法之法理以為依據(註三七)。

(二)然而相對地，主張該條並非為傳聞法則之論者則認為(1)刑事訴訟法第159條之立法理由謂「……我國仍以大陸法之職權進行主義為基礎，以發揮職權主義之效能，對於證據能力，殊少加以限制，凡得為證據之資料均具有證據能力，惟其訴訟程序所以採直接審理主義及言詞主義，原在使裁判官憑其直接之審理及言詞之陳述獲得態度證據，形成正確之心證，以為證據證明力之判斷。證人以書面代替到庭之陳述與直接審理主義及言詞主義有違，故規定除法律有規定者外，不得作為證據」。因此本條之立法理由已顯示本條之增訂，並非本法採傳聞法則之立法規定，僅係限制證人以書面代替到庭陳述(註三八)，(2)再者，刑事訴訟法第196條之修正過程中，「過去因有偵查中訊問證人得不令其具結之規定，致審判中必須再傳，茲將此規定刪除，審判中即得據證人在偵查中之合法訊問而不得再行傳喚。就此條文規定，如具有陳述明確別無訊問之必要之要件，審判中即應適用強制性的規定『不得再行傳喚』，而非『得不再傳喚』。可說我刑事訴訟根本非採傳聞法則，禁止傳聞證據之適用」(註三九)，(3)刑事訴訟法第159條之規定謂「證人於審判外之陳述」，並不排除「證人以外之他人之陳述」。蓋「就刑事訴訟法第159條所謂『證人於審判外之陳述』，按其文義應包括審判外一切供述書面紀錄、及書面之陳述與記載，均在排除之列，不得作為證據。但傳聞證據並不以證人於審判外之陳述為限，他人將證人於審判外之陳述使用於審判中，或他人於審判外

(註三七) 黃東熊，前揭「刑事訴訟法論」第411頁、412頁、同「刑事訴訟法研究」220頁以下，同「談傳聞法則」軍法專刊35卷1期16頁以下。

(註三八) 褚劍鴻，「論傳聞法則」法令月刊41卷6期第3頁。

(註三九) 同前註第4頁。

之陳述，證人使用於審判中應均為傳聞證據，自一併在排除之列，而不限於證人於審判外之陳述使用於審判中者。日本刑事訴訟法第 320 條第一項規定『不得以書面代審判期日之陳述作為證據，或以審判期日外之他人之陳述為內容之陳述作為證據』，是包括證人與證人以外之他人，於審判外所為之書面或陳述之書面紀錄，而第 159 條僅及於『證人於審判外之陳述』，就此範圍不能涵蓋證人以外之他人，足認其非傳聞法則之規定，而僅為限制證人之書面陳述，否則就傳聞法則之理論與實務上之運作言，絕無僅排除證人審判外之陳述，而不規定其他之人審判外之陳述之書面其效力之立法例』（註四〇），換言之，此一證人以外之他人之陳述既為傳聞證據，依傳聞法則之法理排除，則證人之審判外之陳述亦應被排除，（4）就法條所謂之例外規定而言，若採傳聞法則依法必有例外之規定（如美日）（註四一），我國刑事訴訟法並無此類之例外規定（註四二），（5）「我國檢察官有傳喚拘提被告證人之權，檢察官負調查犯罪及蒐集證據之責，司法警察人員亦得逕行調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據。檢察官提起公訴，起訴書應記載犯罪事實及證據，並將偵查所得資料卷宗及證物一併送交法院，為法院調查審理及裁判之重要資料。其對被告、證人合法訊問之陳述筆錄，得為證據，與日本起訴書一本主義完全不同，與英美之審判方式更屬有異。故就我刑事訴訟之結構，檢察官之職責與法院審判之整體關係言，亦不符合採用傳聞法則之條件」（註四三），（6）刑事訴訟法第 166 條之交互詢問之規定而論，在我國詰問（交互詢問）雖屬當事人之權利，但此並非必須踐行之訴訟程序，若證人之陳述對待證事實已明確，審判長認為無詰問必要時，即使不經詰問亦不違法。原則上禁止傳聞證據乃交互詢問制度下之產物，

（註四〇） 同前註第 6 頁。

（註四一） 例如日本刑事訴訟法第 321 條至第 328 條之例外規定，美國聯邦證據法第 803 條及第 804 條之傳聞法則的例外規定。

（註四二） 關於刑事訴訟法第 159 條所言之例外規定，有謂可為以下之規定說明該條為直接審理之例外，即（1）證人在偵查中之陳述（刑事訴訟法第 196 條），（2）受託推事或檢察官訊問證人所得之證言（同第 195 條第 1 項），（3）受命推事於審判期日前訊問被告及證人所得之證言（同第 279 條）等所得之陳述或證言可作為證據。林山田，前揭『刑事訴訟法』第 205 頁。

（註四三） 褚劍鴻，前揭「論傳聞法則」文第 5 頁。

在我國訴訟係以職權進行，理論上無採取傳聞法則之必要（註四四）。

（三）另一方面，在實務之運作上係採行否定之見解，認為證人於法庭外陳述之筆錄可為證據，只須依書證調查即可。如（1）「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，並不限於在法院始得為之，檢察官之偵查不論矣，即司法警察或司法警察官依刑事訴訟法第 229 條至第 231 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 379 條第 10 款規定，自未可採」（註四五），（2）「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，是以被害人在警局中之供述，自亦得採為認定犯罪事實之證據資料，此與刑事訴訟法第 159 條之情形並不相同，至其證明力如何，則由法院自由判斷。茲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，則依刑事訴訟法第 165 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，藉以擔保

（註四四） 另有謂「合於這些例外情形（案係指日本刑事訴訟法第 321 條至第 328 條之規定）的審判外之陳述，即得作為證據（並參照 1975 年公佈的美國聯邦證據法第 803 條、第 804 條傳聞之例外及第 805 條傳聞中之傳聞）。但是我國刑事訴訟法並無這些例外的規定。在世界法制史上，可以說是完全接受傳聞的，從來沒有完全排除傳聞的。如果排除一切傳聞而無所例外，可以說是舉世所無，而在實際上，亦絕無可通……所以刑事訴訟法第 159 條，在解釋上實難與一般的所謂傳聞法則等量齊觀」，又謂「我國刑事訴訟法第 159 條只規定『證人於審判外之陳述』，如作為一般傳聞法則來解釋，只排除證人審判外之陳述，而不排除其他人審判外之陳述，在理論上或邏輯上也無以自圓其說」，且謂「此外在初步聯席審查報告的說明，本來還有一段文字，明白地提到舊刑事訴訟法『不認有傳聞法則之存在』，『如修正案仍採職權主義，似亦不宜就傳聞證據能力加以限制。』可見第 159 條的立法原意，原非就傳聞法則加以設計。只是在條文上遺漏『書面』二字，而泛言證人於『審判外之陳述』，遂易引起誤會和疑問。但是依據立法理由，實在僅係限制證人以書面代到庭之陳述」（李學燈，『證據法之比較研究』第 777 頁至第 780 頁參照）。此見解基本上仍屬否定刑事訴訟法第 159 條為傳聞法則之規定。

（註四五） 最高法院 71 年台上字第 6140 號判例。

被害人之指述之真實性，足認其無瑕疵而與事實相符，則其證據調查之方法與採證之運用，顯均與證據法則無違」（註四六），（3）「我國刑事訴訟法就證據之種類並未設有限制，是以被害人或證人在警局之陳述，其所作成之筆錄，既屬書證之一種，自亦得為認定犯罪事實之證據資料，此與刑事訴訟法第159條規定之情形並不相同。至其證明力如何，則由法院自由判斷」（註四七），（4）「我國現制既認法院或受命推事於審判期日前、檢察官或司法警察在偵查中，均有蒐集證據之權，不採公判集中主義，而證人在偵查或審判中已經合法訊問，其陳述明確，別無訊問之必要者，不得再行傳喚，復為刑事訴訟法第196條所明定。自無禁止法院以審判期日外所錄取之筆錄或其他文書作為證據之餘地。因之，刑事訴訟法第159條應係專就證人之陳述方式設其限制之規定，即不得以書面代到庭之陳述，藉符直接審理及言詞辯論主義之要求」（註四八）。

四刑事訴訟法修正草案（民國82年版）第159條之1規定「證人於司法警察官、司法警察調查中所為之陳述，具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所不可或缺，而有左列情形之一者，得為證據：一、死亡者。二、精神或身體障礙致記憶喪失者。三、滯留國外者。四、所在不明者。五、到庭後拒絕陳述者。」（註四九），第159條之2規定「證人於司法警察官、司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，如其在前之陳述較具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所不可或缺者，得為證據」（註五〇）。第159條之1及第159條之2兩條項的增設，依修正草案之立法意旨得知此在於顯示出傳聞證據具有證據能力之例外情形，換言之，將第159條之1及第159條之2列為傳聞法則之例外規定，間接地

（註四六） 最高法院72年台上字第1203號判例。

（註四七） 最高法院76年台上字第224號判決。

（註四八） 最高法院76年台上字第5694號判決。

（註四九） 此條係參考日本刑事訴訟法第321條第1項第3款之立法例，承認證人於司法警察人員前（審判外）之陳述具有證據能力。參閱司法院印「刑事訴訟法修正草案條文暨說明」（民國82年3月）第95頁、96頁。

（註五〇） 此係參考日本刑事訴訟法第321條第1項第2款第3款之立法例，認為「證人於審判中（含調查證據期日及審判期日）所為陳述與其於警訊時所為陳述內容不符時，即為自相矛盾之證據。如其警訊陳述較審判中之陳述更具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所不可缺者，承認其有證據能力」。參閱同前註第96頁。

確認刑事訴訟法第 159 條為傳聞法則之規定（註五一）。

二、證人等之供述筆錄與書證之調查

刑事訴訟法第 165 條第 1 項規定「卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，應向被告宣讀或告以要旨」。其中所謂的「卷宗內之筆錄」係指卷宗內包括偵查及審判準備程序中所制作之訊問、搜索、扣押及勘驗等筆錄，而可為證據者如證人之陳述、被告之自白、勘驗實況之記錄等，而所謂的「卷宗內之其他文書」係指卷宗內可為證據之有關文書，如機關之密件、報告及鑑定書等。基本上，此條乃在於規定筆錄及其他文書之證據調查程序，換言之，卷宗內之筆錄及其他文書可為證據者，只要向被告宣讀或告以要旨，予被告以辯解之機會，貫徹言詞辯論之本旨，即得採為證據。

惟查刑事訴訟法第 165 條所言之文書為證據文書，屬於供述證據，原則上依據證據法則之解釋而論仍須受傳聞法則之支配。因此，該條所謂可為證據者，在解釋上，理應係指已給對方當事人有適當之反對詢問機會之供述證據，或合乎傳聞法則之例外情形之供述證據，或雙方當事人合意做為證據之傳聞供述，始屬可為證據者，否則不得依該條項所規定之方法為證據之調查（註五二）。但如前述依目前實務之作法，認為「我國刑事訴訟法就證據之種類並未設有限制，是以被害人或證人在警局之陳述，其所作成之筆錄，既屬書證之一種，自亦得為認定犯罪事實之證據資料，此與刑事訴訟法第 159 條規定之情形並不相同，至其證明力如何，則由法院

（註五一） 惟有謂「……此與 56 年刑事訴訟法增訂第 159 條條文，其立法理由及立法院審查時初步聯席審查報告之刪除部分立法理由，否定第 159 條為傳聞法則之規定，完全採取相反之立場。充分顯示我立法理論之欠缺一貫性。茲因增訂證人於司法警察官、司法警察調查中所為之陳述或與審判中之陳述不符時，具有一定要件者，得為證據之規定，而即推翻前之立法理由，謂第 159 條為傳聞法則之規定，新增二條為例外之規定，實不無研討之餘地。且僅增此二條例外之規定，是否能解決所有傳聞證據之證據能力，及刑事訴訟法第 165 條所謂之書證，其效力如何？因如認為採用傳聞法則，則凡無例外規定者，即應受其拘束，一律不得作為證據，而我例外規定僅增設上述二條文，且全係針對司法警察人員訊問證人之規定而設……」褚劍鴻，「論傳聞法則」法令月刊第 41 卷第 6 期第 9 頁。

（註五二） 黃東熊，「刑事訴訟法研究」（83 年版）第 234 頁、235 頁參照。

自由判斷」(註五三)。換言之，實務上認為刑事訴訟法第 159 條並非傳聞法則之規定，因此在前提上已認定證人等供述筆錄之內容(供述)具有證據能力，且只要再加上以書證之證據調查程序(刑訴法第 165 條第 1 項)，即可認定事實。然此一供述筆錄之內容自始屬於審判外之供述內容，證人等供述筆錄之內容基本上未必合乎上述刑事訴訟法第 165 條可為證據者之要件，故自應受傳聞法則之拘束，不得僅以在調查證據時向被告宣讀或告以要旨，即認為證據之調查程序業已完成並進而認定被告之罪行(註五四)。蓋因設若漫無限制地將此類屬審判外陳述內容之英美法上所謂的傳聞證據全數認為具有證據能力時，在實務之運作上或許有其便利之處，惟在實際上不免予人法院有藉直接審理之形式而行剝奪被告為自己辯護權限之實，此在在顯示出依此見解並非相關法條之良好的解釋方法。因此，刑事訴訟法修正草案第 159 條之 1 及第 159 條之 2 兩條項中所言之「可信性」要件與「必要性」要件將是未來證人等之供述筆錄是否具有證據能力之擔保。否則凡是未符合該可信性要件及必要性要件之供述筆錄均可判定其為傳聞之證據而應予以排除。

最高法院日前針對一件貪污案及一件走私案作出判決，認為包括警察、調查員在內的司法警察人員本於職務所作成的報告文書(應屬一般之公文書)，並非為刑事訴訟法上之書證而未具有證據能力，不得作為認罪之依據。最高法院亦認為司法警察人員本於職務所作成的報告文書，在性質上有時可能係依檢察官的指示偵查人員親自耳聞目睹下撰寫的調查報告，則該調查報告屬證人的書面陳述(而該偵查人員屬證人身分)，或者該調查報告僅屬傳聞證據(例如對證人所為的訊問筆錄)，基本上兩種調查報告均不能作為證據。因此，為使該等調查報告具有證據能力，司法警察人員只有親自到庭以言詞陳述作證，並接受法院直接審理調查，法院才可將其制作之報告採為判決之依據(註五五)。為此影響所及，司法警察人員今後可能無

(註五三) 同前最高法院 76 年台上字第 224 號判決。

(註五四) 剛修正通過的刑事訴訟法第 271 條第 2 項已規定「審判期日，應傳喚被害人或其家屬並予陳述意見之機會……」。

(註五五) 參閱民國 87 年元月 11 日中國時報及最高法院 86 年度台上字第 6210 號判決「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，其本身無從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

法以調查報告代替出庭，尤其是當被告或證人提出刑求抗辯時，司法警察人員不能再以函文答覆，司法警察人員皆必須親自到庭作證，並依法接受詰問，否則未履行上述程序者可能皆會被認為無證據能力，不得作為論罪之依據。最高法院之此一判決可謂首次針對司法警察人員所為之相關筆錄或調查報告的性質作出判決，其結果，今後一旦被告等有對調查報告或筆錄存疑或對刑求提出抗辯時，司法警察人員出庭作證之責任與機會將會相對提高。而為應付此種實務上之新見解，司法警察人員除應就有關法庭作證的基本應變能力，以及今後在落實審判程序當事人進行原則下（如刑訴法第 161 條），要面對法院之對質要求，且應對有關反對詢問（詰問）之技巧及能力的加強。

五、結論

我國刑事訴訟法在歷次修法中增訂若干當事人進行原則之條文，如第 161 條規定檢察官就被告犯罪事實有舉證責任；第 166 條第 1 項規定當事人、辯護人得直接詰問證人、鑑定人；第 154 條規定無證據不得推定犯罪事實；第 155 條第 2 項規定顯與事理有違或與認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據；第 160 條規定證人之個人意見或推測之詞不得作為證據等規定，此似乎表示著訴訟程序中已具有當事人進行之色彩。惟在實際上刑事訴訟程序之進行，在架構上仍以職權進行原則為基礎（同第 163 條）。換言之，訴訟程序之進行中，諸如證據之調查、證據之取捨等，基本上均由法院依職權決定，亦即法院於整個審判程序中居於主導地位。因此，乃有謂「刑事訴訟法第 166 條所為之交互詢問規定，在我國詰問（交互詢問）雖屬當事人之權利，但此並非必須踐行之訴訟程序，若證人之陳述對待證事實已明

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。前開調查站函，係該調查站依檢察官之指示而撰具之調查報告，如係基於調查人員親自耳聞目睹之情形而作成，則該調查人員係居於證人之地位，該報告係屬證人之書面陳述，如係基於關係證人林松泉等經調查站人員訊問所作之筆錄而作成，則該報告屬於傳聞證據，歷審既俱未傳訊該調查站人員到庭以言詞陳述，以直接審理方式加以調查，原判決遽採該函所述「林松泉將一瓶酒交給該警員」等情，資為上訴人論罪之證據，揆諸上揭說明，自屬於法有違。」

確，審判長認無詰問必要時，即使不經詰問亦不違法」（註五六）。甚且，實務上亦有裁判例認為「我國刑事訴訟法就證據之種類並未設有限制，是以被害人或證人在警局之陳述，其所作成之筆錄，既屬書證之一種，自亦得為認定犯罪事實之證據資料，此與刑事訴訟法第 159 條規定之情形並不相同。至其證明力如何，則由法院自由判斷」（註五七）。基此，以當事人進行原則為基礎之反對詢問制度，在刑事訴訟法之法條上雖有其規定（刑訴法第 166 條），但在實務之運作上自始似乎無法落實於我國之刑事追訴程序中。且復如上所述，傳聞法則之存在，由於在於強調當事人反對詢問之重要，因此，整體而論，傳聞法則之理論基礎係建構在當事人進行原則之下，而與其他當事人進行原則之相關問題，諸如起訴狀一本原則、舉證責任、認罪協商制度等亦具有密切關係。是故，從現行之制度而論，此些無法落實之當事人進行概念之存在，似乎顯示出我國之刑事訴訟結構並非以當事人進行原則為主軸，而是與其他大陸法系國家所採行之直接審理原則之觀念較為接近。

再者，如前所述，刑事訴訟法修正草案於第 159 條之後增列第 159 條之 1 及第 159 條之 2 兩條規定，在形式上猶如規定著某些傳聞證據具有證據能力之例外情形，換言之，即將第 159 條之 1 及第 159 條之 2 兩規定列為傳聞法則之例外情形，間接地經由此兩條之規定旨趣而確認刑事訴訟法第 159 條為傳聞法則之規定。惟相對地，刑事訴訟法修正草案第 159 條之 1 及第 159 條之 2 兩規定所言之例外情形，實際上僅就司法警察機關偵訊證人之時所為之規定，對於其他如美國或日本法制下所言之傳聞法則之例外情形卻未為規定，如此一來，從法條之規定內容得知我刑事訴訟法在解釋傳聞法則之不足（註五八）。因此，僅憑此兩條規定之存在實無法直

（註五六） 同註（3）。

（註五七） 最高法院 76 年台上字第 224 號判決。

（註五八） 有謂我國刑事訴訟法修正草案第 159 條之 1 及第 159 條之 2 之立法若將其認做第 159 條所稱「除法律有規定者外」之傳聞法則之例外，則因其僅就司法警察人員訊問證人而為規定，並未就其他如搜索、扣押、勘驗筆錄或公文書、業務文書之證據能力予以規範，基此只要未符合第 159 條之 1 或第 159 條之 2 規定要件時，所有文書或供述者之書面紀錄即不得依同法第 165 條履行調查程序而採為證據，必須傳喚該文書制作者或供述者於審判期日到庭供述方得為證據。褚劍鴻，「刑事法學論著」314 頁以下。

接稱謂我國刑事訴訟法在證據法則上業已採用英美證據法所言之傳聞法則（註五九）。

惟雖為如此，如前之所述，今日傳聞法則之概念其重要性漸受重視之同時，在制度上，為期得以進一步使傳聞法則之概念落實於我刑事訴訟法之證據法則中，本文以為仍應加強以下數種制度或觀念之建立，方得以竟其功（註六〇）。

(1) 訴訟程序之進行應以當事人進行為原則

未來之刑事訴訟程序之進行必須配合採用當事人進行原則之形態，而且與此當事人進行原則相關之法則（如起訴狀一本原則、訴因制度等）的運用亦應一併列入考量，否則在審判之過程中，法院之運作設若仍然係以職權進行為主軸時，證據之調查程序全由法院決定，證據之價值判斷亦會在直接審理原則之要求下任由法官依自由心證認定，其結果不免如現在般爭議不休。蓋因目前在形式上刑事訴訟法第166條及第161條雖分別規定著當事人得以行使詰問權（反對詢問權）與檢察官負有舉證責任之義務，惟在實務之實際運作上，該兩條之規定卻被視為形同具文而不為檢察機關與法院所重視。

(2) 在法制上必須確立「何謂傳聞證據？」之觀念

現行刑事訴訟法第159條之規定只言「證人於審判外之陳述，除法律有規定外，不得作為證據」，在條文之涵義上並無法判斷「傳聞證據」之意義，同時亦無法判斷出此條文規定究竟係在於強調「證據與法官之關係」（直接審理原則）抑或在於強調「證據與當事人之關係」（傳聞法則）。因此，刑事訴訟法第159條之規定設若解讀為傳聞證據之排除規定（傳聞法則）時，法條之用語勢必要作修正，前述日本刑事訴訟法第320條之規定內容（傳聞證據無論係以傳聞供述之型態或者係以代替供述之書面（含供述書狀、供述筆錄）型態提出之證據，原則上皆被認為未

（註五九） 在解釋上將刑事訴訟法修正草案第159條之1及第159條之2兩規定直接列為傳聞法則之例外情形可能存有不足之情形（無法涵蓋整體傳聞法則之例外情形），但相對地，依法亦不可逕將此兩規定解釋為屬於刑事訴訟法第159條（解釋此條項為直接審理原則時）之例外規定，蓋因增設此兩條項之立法意旨主要係針對傳聞法則之例外情形所為之規定。

（註六〇） 本文基本上如前所述亦認為刑事訴訟法第159條之規定解釋為傳聞法則之規定較為妥當。

具有證據能力)可供參考,藉此用以界定「傳聞證據」之內涵。

(3)傳聞法則例外情形之明文化

傳聞證據原則上雖然應予以排除不得適用,惟在原則之外必有例外之情形下(即在某些特殊情況之下,部分屬於傳聞證據之證據例外地被採用為證據,即傳聞法則之例外),必須使例外之情形在內容上予以全面性之涵蓋以及明文化(如日本刑事訴訟法第321條至第328條等相關條文以及美國聯邦證據法第803條、第804條、第805條等規定),否則僅憑刑事訴訟法修正草案第159條之1及第159條之2兩條項之規定非但無法符合實際需要尚且可能會招致誤解之虞。