

§ 159-1 (傳聞例外——向檢察官或法官所為陳述) ■■■■■■

(103司、102高考三等法廉、100律)

- I 被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。
- II 被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。

■ 點說明

1. 立法者係基於在法官前任意陳述之信用性已在受確定保障之情況下，因此該等陳述被告以外之人（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），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，應得作為證據。
2. 然於檢察官前之陳述的情況稍有不同，原因在於檢察官職司追訴犯罪，必須對於被告之犯罪事實負舉證之責。就審判程序之訴訟構造而言，檢察官係居與被告相對立之地位，是故偵查中對被告以外之人所為之偵查筆錄，或被告以外之人向檢察官所提之書面陳述，性質上均屬傳聞證據，且常為認定被告有罪之證據，自理論上言，如未予被告反對詰問、適當辯解之機會，一律准其為證據，似與本法所採改良式當事人進行主義之精神不無扞格，對被告之防禦權亦有所妨礙。然而刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法具有訊問被告、證人及鑑定人之權，證人、鑑定人且須具結，而實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供。所以立法者仍認為其可信性極高，除顯有不可信之情況者外，亦有證據能力。這樣的精神也反映於近期最高法院之見解，詳見後述爭點 Q&A。
3. 本條作為傳聞例外受到學者間不少批評，即使是認為我國法傳聞例外規定過少的英美法系刑事訴訟法學者亦然。有認為其混淆證據能力與證據證明力之可信度；退而言之，立法者與實務也過度信賴於法官、檢察官前陳述之可信性。
4. 另外一個關於本條的重點為於檢察官前陳述未保障被告之詰問權、證據能力有無之問題。實務上認為其性質為未經完足調查之證據，「非不得於審判當中補足」。學說見解則多不認同實務的看法，理由在於詰問權係被告的基本權利，偵查中未行使的瑕疵未必能於審判中行使而補足。且詰問的功能於偵查、審判程序中亦屬有別，不能認為於審判中予以詰問機會即單就證據完足調查層面上謂對被告無影響。

爭點

Q: 被告以外之人非以證人身分具結，於偵查中檢察官前所為陳述，有無證據能力？

A: 最高法院於102年第13次刑事庭會議決議中補充最高法院93年台上字6578號判例指出：「惟是類被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有『特信性』、『必要性』時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有『特信性』、『必要性』時，依『舉輕以明重』原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。」前開決議中實務之所以形成如此見解，原因仍在於對該等陳述之憑信性保障，若為證人則有具結程序，但若非屬證人所為陳述（實務上常出現之案例可能如法未明文之「關係人」），又皆否認其證據能力，不能切合實務上需求，再酌本法於警詢階段傳聞例外承認之規定，認為本於法理，具備特信性與必要性時應承認此時偵查中檢察官前之陳述有證據能力。

實務見解

最高法院 102 年度第 13 次刑事庭會議決議

（被告以外之人於偵查中非以證人身分未具結陳述之證據能力認定）

參酌刑事訴訟法第一百五十九條、第一百五十九條之一之立法理由，無論共同被告、共犯、被害人、證人等，均屬被告以外之人，並無區分。本此前提，凡與待證事實有重要關係之事項，如欲以被告以外之人本於親身實際體驗之事實所為之陳述，作為被告論罪之依據時，本質上均屬於證人。而被告之對質詰問權，係憲法所保障之基本人權及基本訴訟權，被告以外之人於審判中，已依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問者，因其信用性已獲得保障，即得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。然被告以外之人於檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中（以下簡稱警詢等）或檢察官偵查中所為之陳述，或因被告未到場，或雖到場而未能行使反對詰問，無從擔保其陳述之信用性，即不能與審判中之陳述同視。惟若貫徹

僅審判中之陳述始得作為證據，有事實上之困難，且實務上為求發現真實及本於訴訟資料越豐富越有助於事實認定之需要，該審判外之陳述，往往攸關證明犯罪存否之重要關鍵，如一概否定其證據能力，亦非所宜。而檢驗該陳述之真實性，除反對詰問外，如有足以取代審判中經反對詰問之信用性保障者，亦容許其得為證據，即可彌補前揭不足，於是乃有傳聞法則例外之規定。偵查中，檢察官通常能遵守法律程序規範，無不正取供之虞，且接受偵訊之該被告以外之人，已依法具結，以擔保其係據實陳述，如有偽證，應負刑事責任，有足以擔保筆錄製作過程可信之外在環境與條件，乃於刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定「被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，除顯有不可信之情況者外，得為證據。」另在警詢等所為之陳述，則以「具有較可信之特別情況」（第一百五十九條之二之相對可信性）或「經證明具有可信之特別情況」（第一百五十九條之三之絕對可信性），且為證明犯罪事實存否所「必要」者，得為證據。係以具有「特信性」與「必要性」，已足以取代審判中經反對詰問之信用性保障，而例外賦予證據能力。至於被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，因欠缺「具結」，難認檢察官已恪遵法律程序規範，而與刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項之規定有間。細繹之，被告以外之人於偵查中，經檢察官非以證人身分傳喚，於取證時，除在法律上有不得令其具結之情形者外，亦應依人證之程序命其具結，方得作為證據，此於本院九十三年台上字第六五七八號判例已就「被害人」部分，為原則性闡釋；惟是類被害人、共同被告、共同正犯等被告以外之人，在偵查中未經具結之陳述，依通常情形，其信用性仍遠高於在警詢等所為之陳述，衡諸其等於警詢等所為之陳述，均無須具結，卻於具有「特信性」、「必要性」時，即得為證據，則若謂該偵查中未經具結之陳述，一概無證據能力，無異反而不如警詢等之陳述，顯然失衡。因此，被告以外之人於偵查中未經具結所為之陳述，如與警詢等陳述同具有「特信性」、「必要性」時，依「舉輕以明重」原則，本於刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三之同一法理，例外認為有證據能力，以彌補法律規定之不足，俾應實務需要，方符立法本旨。本院九十三年台上字第六五七八號判例，應予補充。

**最高法院 93 年台上字第 6578 號判例
（被害人於刑事程序上之定位）**

另九十二年二月六日修正公布，於同年九月一日起施行之刑事訴訟法第一百五十八條之三規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據」，是自九十二年九月一日起，證人除有同

法第一百八十六條第一項規定不得令具結之情形外，均應令具結，否則其證言即不具證據能力，不得採為判決基礎。而被害人乃被告以外之第三人，本質上屬於證人，其陳述被害經過時，亦應依上揭人證之法定偵查、審判程序具結陳述，方得作為證據。

相關條文

刑訴第 186 條（具結）、刑訴第 455 條之 7（本條例外之例外——協商中不利陳述之禁止使用）

著者碎唸

還請各位讀者務必注意上述近期頗為重要的最高法院一致見解！

§ 159-2（傳聞例外——審判中與偵查中陳述不符）（103司、102司、101地特法制、101法實、100律）

被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。

重點說明

1. 首先應注意本條的適用主體問題。本條之明文僅言檢察事務官、司法警察官、司法警察調查中所為陳述，然是否僅止於此？學者有持否定見解，認為本條既為先前不一致陳述而有特信性、必要性得例外作為證據之明文，立法意旨應無排除檢察官、調查員或政風人員之意思，前述人員或類似之國家機關偵查人員應類推適用本條。
2. 「不一致之陳述」包含證人表示不知或不復記憶者，較無疑義；惟若證人行使拒絕證言權而拒絕陳述是否屬之，實務見解分歧，有認為即屬之者；有認為不能包含在內，否則侵害拒絕證言權之規範目的者；亦有認為原則上不包含，但仍可透過其他傳聞例外之類型予其先前陳述證據能力者。學說見解則較趨近於否定見解，理由在於若容許證人行使拒絕證言權時法院仍可無限制地援引其偵查中陳述為證據，無異使拒絕證言權之規定形同具文。
3. 所謂「較可信的特別情況」，法院於判斷上須就外部附隨環境或條件、詢問上有無出於不正方法、陳述之任意性、有無違反法定障礙期間或夜間詢問禁止之規定、筆錄與錄音或錄影內容是否相符，為整體的考量判斷。不得僅憑離案發時間較近或證人承受壓力等等即認為其先前於偵查中之陳述

即有證據能力。實務上並有指出，證人於審判中具結陳述，僅係屬被告對質詰問權之保障，與「特信性」無關。仍應依據案內證據為個案判斷供述之外部附隨環境、條件，說明如何符合「特信性」要件（最高法院 104 台上 2 決參照）。

4. 必要性要件，多數實務見解認為，須該陳述當中關於待證事實的部分，與審判中不符或雖非完全相異但實質內容已有不符、陳稱不知或不復記憶；且為證明犯罪之待證事實存在或不存在所不可或缺者方屬之。

關條文

刑訴第 43 條之 1（警詢筆錄）、第 229、230 條（司法警察官）

§ 159-3（傳聞例外——審判中有特殊情事無法為陳述） ■■■■■■ （103司、102三等法廉、101法實）

被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：

- 一、死亡者。
- 二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。
- 三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。
- 四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。

重點說明

1. 本條與前條類似，皆係應合乎學理上「特信性」與「必要性」之要件。所謂特信性，係指該陳述在特別可信為真實之情況下所為，學者及少數實務見解並認為可包含比較法上如臨終陳述、驚嚇陳述、違反自己利益陳述等傳聞例外類型。此等陳述虛偽之可能性低，可信之程度較高。必要性則為該陳述係證明犯罪之待證事實存在或不存在所不可或缺者。
2. 本條適用之對象為原始證人有於審判中事實上不能到庭陳述之狀況，賦予其先前於偵查中之陳述有證據能力；惟若係該原始證人有事實上不能到庭陳述之情形，但係將其所見所聞轉告第三人，該人於法庭上之陳述有無證據能力。學說上有主張，若該證人確有其人，應可類推適用本條認為該陳述有證據能力，補充現行法傳聞例外之不足。

§ 159-4 (傳聞例外——文書證據) (102法制、102三等書記、 102偵實、101法實、100律)

除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：

- 一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。
- 二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。
- 三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。

重點說明

1. 本條規定三款文書之類型為傳聞例外。立法理由認為，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書如被提出於法院，用以證明文書所載事項真實者，性質上亦不失為傳聞證據之一種，但因該等文書係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能因此負擔刑事及行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於「可受公開檢查 (Public Inspection)」之狀態，設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，是以，除顯有不可信之情況外，其真實之保障極高，應有證據能力。
2. 從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。
3. 另除前 2 款之情形外，與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，例如官方公報、統計表、體育紀錄、學術論文、家譜等，基於前開相同之理由，亦應准其有證據能力。
4. 除前述立法理由之說明外，實務見解由立法理由指出，此等文書必須具非個案性，亦即「例行性」。如警察勘查犯罪現場所製作之報告即不屬之。

爭點

Q: 監聽譯文有無證據能力？

A: 監聽譯文之定義為：通訊監察之錄音、錄影，其所錄取之聲音或畫面係憑機械力拍錄，未經人為操控，警察機關對犯罪嫌疑人依法監聽電話所製作之通訊監察紀錄譯文，為該監聽電話錄音

之「派生證據」。實務見解關於監聽譯文的性質判斷分歧，有認為屬於傳聞證據，故應檢驗是否合乎傳聞例外；屬於文書故可檢驗是否為本條傳聞例外規定所適用。該等見解認為此等譯文既為機械性所錄製並再由國家機關製作出文書，或可合乎本條之傳聞例外而有證據能力；近期則有較偏近學說上主張之見解，本於直接審理原則的觀點，原則仍應由法院當庭勘驗監聽之錄音，惟對真實性無爭議時則可逕以派生證據的監聽譯文進行證據調查程序（最高法院103台上1707決參照）。

§ 159-5（傳聞例外——同意）（102法制、102三等書記、 102偵實、100司、100地特三等法廉）

- I 被告以外之人於審判外之陳述，雖不符前四條之規定，而經當事人於審判程序同意作為證據，法院審酌該言詞陳述或書面陳述作成時之情況，認為適當者，亦得為證據。
- II 當事人、代理人或辯護人於法院調查證據時，知有第一百五十九條第一項不得為證據之情形，而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為有前項之同意。

 點說明

1. 本條第 1 項為非前四條所定傳聞例外，但性質上仍合乎被告以外之人於審判外陳述之傳聞證據性質者，若當事人於審判程序同意作為證據，且法院審酌認為適當者，有證據能力。
2. 本條第 2 項為默示同意之規定。若當事人、其代理人或辯護人於法院調查證據時，知悉有第 159 條第 1 項規定之情而未於言詞辯論終結前聲明異議者，視為同意。法律效果為該傳聞證據有證據能力。
3. 本條之同意，通說與實務皆認為必須是真摯的，非受強制的同意。關於同意之性質，學理上有兩種見解：反對詰問權放棄說、證據能力賦予說。其區分實益在於同意後是否仍可詰問證人。
4. 而就同意後可否撤回之問題，有學者認本條之同意權行使，屬形成程序之行為，即其同意將產生之訴訟程序上效果，不得因其後程序之進行或發展而受影響。如被告在前審中同意前揭傳聞證據有證據能力，則縱其後判決結果不利，在上訴或再審中亦不得再為否認該傳聞證據之證據能力；學者亦有指出我國刑事訴訟法就當事人同意後，是否得撤回該同意法律尚無明文，然若依司法院頒布法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項第 93 點規定，基於訴訟程序安定性、確實性之要求，若當事人已於準備程序或審判期日

明示同意以被告以外之人於審判外之陳述作為證據，而其意思表示又無瑕疵者，不宜准許當事人撤回同意。但若尚未進行該證據之調查、他造當事人未異議、法院認為適當者則不在此限。

相關條文

刑訴第 3 條（當事人）、第 36、37 條（代理人）、第 289 條（言詞辯論）

§ 160（證人出於個人意見或推測之陳述無證據能力） ■■■□□

證人之個人意見或推測之詞，除以實際經驗為基礎者外，不得作為證據。

法官碎唸

本條係對證人陳述之證據能力有所規定，即出於個人意見或推測之詞而無實際經驗者，無證據能力。此係因證人本即須陳述其自身所見所聞而作為證據，蓋證人之陳述內容如非基於個人感官知覺親自體驗所陳述之事實，純屬傳聞或推測之詞，法院縱令於審判期日對此項證據踐履調查證據之程序，亦無從擔保其陳述內容之真實性，故應認證人非以實際經驗為基礎之傳聞或推測之證言，不具證據能力，不得以之作為認定犯罪事實之依據（最高法院 104 台上 85 決參照）。

§ 161（檢察官負被告犯罪事實之舉證責任） ■■■■□□

- I 檢察官就被告犯罪事實，應負舉證責任，並指出證明之方法。
- II 法院於第一次審判期日前，認為檢察官指出之證明方法顯不足認定被告有成立犯罪之可能時，應以裁定定期通知檢察官補正；逾期未補正者，得以裁定駁回起訴。
- III 駁回起訴之裁定已確定者，非有第二百六十條各款情形之一，不得對於同一案件再行起訴。
- IV 違反前項規定，再行起訴者，應諭知不受理之判決。

重點說明

1. 本條重點有二，其一為檢察官對被告之犯罪事實應負責實之舉證責任。此

係由被告應享有不自證己罪之基本權利而來。是以關於被告之犯罪事實，本法規定檢察官應指出證明方法，負舉證責任。舉證責任之相關說明詳見後述爭點 Q&A。

2. 其次為本條第 2 項規定法院可審查檢察官之起訴，一般稱為起訴審查制度。若法院於第一次審判期日前認為檢察官指出之證明方法不足認定被告有成立犯罪之可能時，應通知檢察官補正；逾期未補正時得裁定駁回起訴，且依第 3 項產生原則上不得再行起訴之法律效果。起訴審查制度之功能在維護所謂的起訴法定原則——刑事訴訟法設立一定之門檻，使檢察官須盡其證明被告犯罪之義務，並減輕法院調查證據之負擔與對被告不利之影響。而本條第 2 項顯不足認定被告有成立犯罪之可能，是其標準。而學理上對此標準有不同見解：有認為即是犯罪未達法定之起訴門檻，本法第 251 條第 1 項規定足夠犯罪嫌疑、極其明顯程度；亦有認為係證據形式上無法支持構成要件該當；尚有認為從實務上法院辦理刑事訴訟案件應行注意事項要點第 95 點，應指由客觀上之經驗與論理法則，形式上可判定被告無成立犯罪之可能。

爭點

Q1: 舉證責任之類型與說明？

A1: 舉證責任之分類，學理上分為客觀舉證責任與主觀舉證責任。客觀舉證責任是當特定事實無法辨別真實或虛偽時，何當事人會因此而負擔不利結果之分配規則。主觀舉證責任則係在我國刑事訴訟制度採改良式當事人進行主義下，當事人為獲得對其有利之判決，有主動積極舉證之責任。

Q2: 起訴審查制度是否與無罪推定原則有所衝突？

A2: 不會有所衝突。無罪推定原則並不禁止國家機關於有罪判決確定前，於合乎法定程序要件下，依被告犯罪嫌疑之程度進行犯罪之調查、追訴。起訴審查制度之目的在使檢察官盡其舉證之義務、減輕法院之勞費，並非推定被告為有罪，兩者間之證明程度仍有區別。

者碎唸

本條與第 163 條會提到的法院職權調查證據義務相關，也是近期相當重要、需要讀者們特別關注的議題，讀者們於本條可先理解立法者與實務之傾向為：使檢察官擔負大部分的舉證責任，而法院原則上居於被動的、中立的地位。