

刑事訴訟法中之法理與類推適用 ——以南迴搞軌案為例

李 佳 玟

一、前言

二〇〇六年三月十七日深夜，一輛由台東往高雄的莒光號列車行經內獅車站與枋山車站間時出軌翻覆。眾人本以為此次事故與那幾年一連串破壞鐵軌的事件有關，但列車上一位越南籍婦女陳氏紅琛的死亡引起檢警的注意與調查。檢警懷疑陳氏丈夫李雙全為詐領鉅額保險金，夥同他人讓列車翻覆，以掩飾其謀殺妻子的罪行。偵查期間李雙全自殺，但檢警仍持續追查其他涉案者。隔年七月，檢方以殺人等罪名起訴李雙全之兄李泰安與同事黃福來，並將黃福來轉述李雙全生前在其面前幾次牽連李泰安涉案的陳述^(註1)，當作是證明李泰安有罪的證據之一。

被告（李泰安）以外之人（李雙全）於審判外所做與待證事實有關（李泰安參與犯案）的陳述，顯然屬於刑事訴訟法（以下簡稱刑訴法）第一五九條第一項所規定之傳聞證據。由於這些審判外陳述都是在非國家機關（黃福來）面前做成，不符合既有之傳聞例外的規定。因而透過傳聞證人（黃福來）轉述共謀者（李雙全）審判外陳述，如何能在本案中成為

法官衡量被告罪責之證據，顯然是個問題。本文將以實務對此問題的處理方式為對象，討論在我國既有的刑事證據法架構下，共謀者陳述是否可以法理與類推適用的方式為我國所採用。限於時間，本文將不對實務見解涉及之外國法進行討論，雖然這個部分的討論，將有助於釐清共謀者陳述在本質上究竟適不適當作傳聞例外。另外必須說明的是，本文的問題意識雖由具體個案（俗稱「南迴搞軌案或南迴案」）所引發，行文時不免論及該案的相關事實細節，但本文的分析僅限於此一證據的證據能力，無意評論被告的罪責，被告是否有罪仍應由法院綜合所有的證據做判斷。

二、實務見解^(註2)

（一）屏東地方法院檢察署九五年偵字第四三七一號起訴書

依據檢察官的調查，李雙全與李泰安共犯940621、950315、950317三案。在此三案中，檢察官均引用黃福來轉述李雙全審判外陳述的證詞，證明李泰安參與犯案。依據黃福來的證詞，在940621案與950315案中，李雙全的陳述是在李泰安犯行結束之後作成，但在950317案中，李雙全在犯案前便向黃福來陳述其將與

註1：由於文字的敘述方式，極易產生本文認為「李雙全生前在其面前幾次牽連李泰安涉案的陳述」確實存在的印象。本文並無法回答此一證據是否「真的」存在，而將重點放在這類證據是否應透過法理或類推適用的方式被我國實務所使用。

註2：鑑於本案已為媒體大幅報導，且使用代號容易導致理解困難，本文並未隱匿相關當事人的姓名。

李泰安合作，甚至要求黃福來事前開車載李泰安到現場勘查。依據起訴書的記載，難以判斷黃福來除了從李雙全處得知李泰安涉案之外，是否同時得知犯罪細節，檢察官多是以測謊強化證人黃福來的可信度。但在 950317 案中，檢察官除了提出對黃福來進行測謊的鑑定報告之外，更進一步引用美國聯邦證據法第 801 條(d)(2)(E)之規定，主張我國傳聞法規定過於簡略，無法達到刑事訴訟法「發現真實」的目的，既然我國要採用英美法的傳聞法則，那麼美國聯邦證據法的規定應可作為傳聞法則的「法理」引入我國，以求真實發現。在 950317 案中，李雙全的證詞正恰符合該條「非傳聞」的定義，為了真實發現，該審判外陳述應依法理具有證據能力。

(二) 屏東地方法院九五年矚重訴字第一號刑事判決

一審於二〇〇七年五月二十三日宣判，合議庭認定李泰安參與謀害陳氏紅琛，並處以無期徒刑，褫奪公權終身。不過，針對黃福來轉述李雙全的陳述，法院以「證人僅能以其親身之經歷或見聞作證，倘若證人是以他人在審判外之陳述作為內容之證言，無法經由調查程序擔保其真實性」為由，否定共謀者陳述在本案可為被告李泰安之定罪基礎。一審法院認為：黃福來於此所為之證述，乃轉述李雙全之陳述，黃福來既未親自聞見或經歷此部分陳述之事實，法院縱令於審判期日對其訊問，或由被告對其詰問，亦無從擔保其陳述內容之真實性，故不得採為論罪之基礎。

(三) 屏東地方法院檢察署檢察官九六年上字一一四號上訴狀

一審法院雖認定李泰安殺人罪成立，但檢察官並不同意法院處理黃福來轉述李雙全生前陳述的方式。於上訴書中，檢察官再次強調我國刑事訴訟法中源自英美法之傳聞法則規定過於簡

陋，一些依社會生活經驗或他國傳聞法則規定具有相當可信性基礎的審判外陳述，卻因欠缺相關法律規定而被排除。上訴檢察官認為，為求真實發現，證據能力的門檻不宜過高，以免「正義尚未進入法庭檢驗即於門外陣亡」，因此他國傳聞法則例外之相關規定，在我國的刑事訴訟程序中，應以「法理」引進，以補立法的不足。不過相較於起訴書中，檢察官引用外國法的重心在於 950317 案，在上訴二審時，檢察官改以美國聯邦證據法第 804 條(a)項及(b)項的規定討論 940621 案，主張當陳述人因死亡而不能出庭時，陳述人先前違反利益之陳述應可作為傳聞例外，理由是人通常不會說對自己有害的事情，因此當某人作出違反自己利益的陳述時，其所言為真的可能性極大。由於李雙全已死亡，無法傳喚到庭作證，其生前向黃福來所作之與李泰安共犯 940621 案的陳述，違反其利益，依前述傳聞法則之法理，屬於傳聞例外，因此具有證據能力。

(四) 高等法院高雄分院九六年矚上重訴字第一號刑事判決

相較於檢察官直接援引美國法作為處理本案之法理的作法，二審法院則有較為繁複的討論。在進入本案事實的分析之前，法院進行四個層次的法理分析。首先，法院進行一般性學理討論，認為傳聞例外的兩大要件在於信用性與必要性，若該陳述在具有高度信用性的情況下做成，虛偽陳述的危險性不高，且有特殊情事，特別是原供述者已傳喚或供述不能時（如已死亡、罹患重病或失去記憶而不能重新再為陳述），便應賦予該審判外陳述證據能力，即便當事人無法對原陳述者進行反對詰問。其次，法院對照美日兩國的規定，同意我國刑事訴訟法中關於傳聞例外之規定並不如美日相關規定詳細，美國聯邦證據法甚至有概括規定，讓法官可在司法正義的考量下，使用某些具有真實



性保障，且對案件具重要性、不可取代的審判外陳述。日本刑事訴訟法同樣也將可信性、必要性及不可或缺性列為傳聞例外的重點。而後，法院從我國刑訴法第一五九條之三之規定，主張我國立法者同樣肯定必要性、信用性與不可或缺性，是審判外陳述可被使用的要件。法院認為：立法者參考日本法制訂刑訴法第一五九條之三，正是基於真實發現之訴訟目的的考量，避免妨礙法院確認刑罰權有無及其範圍的功能。最後，鑑於信用性、必要性與不可取代性為承認傳聞例外之要件為學說、外國法與本國立法者所肯定，在我國法欠缺概括規定的情況下，應可類推適用最接近之第一五九條之三，賦予該共謀者審判外陳述證據能力。

基於上述前提，二審法院認為：證人黃福來以被告以外之人（李雙全）之陳述為其內容所作之陳述，屬於傳聞證據，本不得作為證據，但考量到原供述者李雙全是基於朋友間的信任關係邀黃共同參與犯罪計劃，並在隱密而自然之環境條件下，基於朋友間的感情及信任，對黃提及亦邀被告李泰安參與犯罪，又加上此一陳述過程並未受到詐欺強暴脅迫或其他人情壓力等外力影響，法院因此認為：李雙全之陳述的「外部情況」具有高度信用性，虛偽陳述之危險性不高。當原供述者（李雙全）死亡，已無從期待自其身上取得原供述以外的供述證據，且原供述係屬證明被告李泰安之犯罪事實所必要，於此應類推適用刑訴法第一五九條之三之規定，使黃福來轉述李雙全之言詞陳

述的證言具有證據能力。更何況證人黃福來於審判前後從未提及檢察官在偵查時有不法取供之情形，反對該項供述得具有證據能力之辯方亦從未對此有所釋明。此外，證人黃福來已在原審法院到場，立於證人之地位調查，依法定程序具結陳述，並接受被告及辯護人之詰問，如此已足保障被告等對於證人之正當詰問權，依刑訴法第一五九條之一第二項之規定，其於偵查中之證言自均具有證據能力^{（註3）}。

三、實務見解簡評

自結果論，實務見解可分為否定與承認共謀者陳述具證據能力之兩種立場。前者以一審法院為代表，理由是黃福來於此部分的陳述並非出自親自見聞或經歷，就此不具證人資格。此外，即便黃福來以證人身份出庭接受訊問或詰問，亦無法藉由這些程序擔保共謀者陳述的真實性，因而共謀者陳述不能透過證人轉述的方式取得證據能力。後者為檢察官與二審法院所採取的立場，但理由不同。檢察官強調我國刑事訴訟法中之傳聞法則規定過於簡陋，使得一些依社會生活經驗或他國傳聞法則規定具相當可信度的審判外陳述，因欠缺相關法律規定而被排除。為發現真實，維護正義，我國的刑事審判實務應可基於「法理」，引進他國傳聞例外的規定，以補立法的不足。對照之下，二審法院雖然也提及外國法的規定，但強調外國法所著重之幾個傳聞例外要件，早已為我國學說與立法者所承認，在我國法欠缺相關規定的情況下，應可類推既有的傳聞例外規定，承認

註3：事實上，二審法院在結論出現我國法並未明文承認之「傳聞中之傳聞」（hearsay within hearsay）的論證，雖然其未曾言明。依照美國聯邦證據法則第805條的規定，傳聞中之傳聞要能在審判中做為證據，必須是其中組成的部分都符合傳聞例外的規定。在本案中，共謀者（李雙全）於審判外對黃福來的陳述為傳聞證據，黃福來在審判外對檢察官所做的偵訊筆錄亦是一種傳聞證據。法院認為：前者之證據能力來自類推刑訴法第一五九之三的規定，後者之證據能力來自於直接適用同法第一五九之一第二項的規定。因為兩者的證據能力都有依據，二審法院因而認定黃福來於偵查中之證言具有證據能力，明顯使用傳聞中之傳聞法則。

共謀者陳述之證據能力。至本文完成的這一刻，最高法院尚未對本案做出判決，前述幾種見解未必是我國實務未來對此議題的處理方式。然而，檢察官與二審法院所代表的「多數說」卻引發二個根本的問題：(1)當刑事訴訟法規定不足以處理具體個案的情況時，法院是否能夠（或檢察官是否得要求法院）透過法理或是其他方式，將外國法或甚至是國際條約引入？(2)當現行法不足以處理具體個案的情況時，法院在何種情況下可以類推適用既有的規定？

（一）外國法的引進

事實上，實務界引述外國法或判決以支持其起訴或判決並非首次。尤其我國近年來刑事訴訟法修正大量參考外國制度，實務工作者藉由對照外國法或判決的方式，澄清本國某些新規定的意義，更是常見。與本案有關的傳聞法則，是最典型的情況^(註4)。不過實務對於外國法制判決的引用不僅在於確認新制度如何適用，在某些我國法欠缺規定的事項上，外國法

有時成為個案判斷的參照依據^(註5)。實務取經的對象甚至包括國際公約或國際人權法院的判決^(註6)，外國法或國際公約有時甚至具體地影響判決的內涵。以台灣士林地方法院九十三年囑訴字第一號刑事判決為例，法院除了引證我國大法官釋字第五八二號解釋與歐洲人權公約之對質詰問條款（公約第六條第三項第四款）之外。作為公約裁判機構的歐洲人權法院（European Court of Human Rights）對於對質詰問權所創設之例外標準^(註7)，在該案件中以法理的方式被引入，成為法院在進行個案審查的具體標準之一，實質提高了對於刑事被告的保障。即便在該案中，被告仍然被判有罪。

不過，實務對於外國法或判決的引用，不盡然都對被告有利。例如在臺灣高等法院九十年交上訴字一七五號刑事判決中，法院引用美國聯邦證據法則第八〇三條第一款的規定，將我國刑訴法並無之當場印象（present sense impression）以法理的方式引入判決中，做為被告有罪判決的證據基礎之一：

註4：例如：最高法院96年台上字5906號刑事判決（針對刑事訴訟法第一百五十九條之四第一款，法院引證日本刑事訴訟法第三百二十三條第一款、美國聯邦證據法第八百零三條第八款、第十款及美國統一公文書證據法第二條，說明其為傳聞例外之理由）；臺灣高等法院92年上易字1964號刑事判決（法院引證美國聯邦證據法第八〇一條(d)(2)之規定，澄清被告本人審判外之陳述並非傳聞證據）。

註5：例如：臺灣高等法院91年上易字第2542號刑事判決（參照美國聯邦證據法404(b)，說明是否應使用對被告不利的品格證據）。

註6：例如：臺灣高等法院95年度上訴字167號刑事判決（引用美國憲法增補條款第六條、日本憲法第三十七條第二項、日本刑事訴訟法第三百零四條、德國刑事訴訟法第二百三十九條、歐洲人權及基本自由保障公約第六條第三項第四款及聯合國公民及政治權利國際公約第十四條第三項第五款，凸顯刑事被告詰問證人之權利受到普遍承認）；臺北地方法院95年度易字第871號（引用世界人權宣言第19條、歐洲人權公約第10條，說明人民享有接收、傳播消息及思想自由）。

註7：這幾項標準為：（一）義務法則：法院必須先履行法院的傳喚義務，在法院已盡了傳喚、乃至拘提證人等努力，證人仍不到庭時，始能主張例外；（二）歸責法則：證人不能到庭，非肇因於可歸責國家之事故；（三）防禦法則：在合乎前兩個要件，法院得以朗讀先前未經對質詰問的筆錄時，仍應給予被告機會質疑該審判外陳述；（四）檢驗法則：該陳述不得作為有罪裁判之主要或唯一依據。

「…此種傳聞證據，有無證據能力，我現行刑事訴訟法並未完全明文規定。惟查，依法理，陳述人（包括口頭陳述及書面陳述），於知悉事件或情況當時或稍後，立即對該事件或情況所為描述或說明之陳述，係屬當場印象（present sense impression），此種傳聞證據無論陳述人能否出庭作證，亦有證據能力（參美國聯邦證據法第八〇三條第一款）。因此，本院認為上揭字據有證據能力，得作為本案之證據資料，允宜說明。…」

本案對於外國法的引用也屬於此種類型。檢察官於起訴書裡引用美國聯邦證據法的規定，主張我國傳聞法規定過於簡略，無法達到刑事訴訟法「發現真實」的目的，既然我國有意引入英美法的傳聞法則，那麼美國聯邦證據法的規定應可作為傳聞法則的「法理」引入我國，以求真實發現。於上訴書中，檢察官所引用的法條雖然有所改變，但一樣也是主張美國聯邦證據法的規定，可透過法理引入國內，而引用的正當性同樣是基於真實發現與正義的實現。

單純從論理方式來看，臺灣高等法院（九十年交上訴字一七五號刑事判決）、屏東地方法院檢察署檢察官（南迴案）與台灣士林地方法院（九十三年矚訴字第一號刑事判決）的邏輯相同：由於本國法規定不足，因此有必要以法理的方式將外國法或判決引入，以達成刑事訴訟的目的。但若從實質內容與結果來看，這兩類論證的效應卻大相逕庭。仔細分析兩類論證的內容，兩者所指稱的刑事訴訟目的其實並不相同，臺灣高等法院與南迴案檢察官所關心的是真實發現，士林地方法院著重的卻是被告權利的保障。因為引入的目的不同，外國法的

引用對被告因此產生迥異的結果，後者相當程度強化對於被告的保障，即便被告最後還是受到有罪判決；前二者卻增加被告的定罪理由，外國法的引入明顯不利於被告。因而接下來的問題是，結果對被告有利或不利，在法院得否透過法理引入外國法或判決的問題上，是否有所影響？

（二）法理作為刑事證據法的法源依據

在回答此一問題前，我們先回頭過來討論在刑事訴訟法上關於法理的引用。所謂法理，指依據法律精神演繹出的法律原則。依通說見解，法理可作為法源之一，理由在於社會情狀變化萬千，無法以有限的法條規範無窮的人事，而法官又不能以法律欠缺為理由拒絕裁判，因此就法律並未規定的事項，而又無習慣可為依據時，應允許法官援用法理以濟法律之窮^{（註8）}。民法第一條即明白規定：「民事，法律所未規定者，依習慣；無習慣者，依法理。」

法理雖廣被承認是法源之一種，但其適用並非毫無限制，學說即提到，在刑法的適用上，基於罪刑法定原則，法理不得作為刑法的法源，否則人民對於國家刑罰的範圍便無從預期^{（註9）}。即便如此，在罪與罰的領域中，法理倒也不必然就毫無存在空間。研究者早已指出：刑法與刑事訴訟法雖同屬刑事法領域，但兩者的解釋適用卻不必然相同。例如：刑事實體法以行為時法為原則，不得溯及既往；但刑事訴訟法以從新為原則，倘若程序規則有所變更，不問何者對於行為人比較有利，原則上皆適用裁判時的法律（刑訴施行法 §2），除非法律有特別規定（例如：刑訴施行法 §§5、6、7-3）^{（註10）}。此外，基於罪刑法定主義，刑法禁

註8：李正太等人，法學入門，1998年，三版，頁123。

註9：同上，頁124。

註10：參閱林鈺雄，刑事訴訟法（上），2007年，五版，頁36-37。

止類推適用，避免讓人民難以預測刑罰的範圍^(註 11)，但依學者的見解，在刑事訴訟法的適用上，有時卻有類推適用的必要，例如：第三審裁判應類推適用原僅規定在第二審之「不利益變更禁止原則」(刑訴法 §370)；不正訊問證人所得證據之證據能力，應類推適用刑訴法針對被告不正訊問之證據能力的規定(刑訴法 §156I)。不過，學說也指出，刑事程序的進行不必然都允許類推適用，若涉及基本權的干預，憲法要求國家行為必須有法律的授權依據，否則行為即為違法。例如：倘若法律並未明文授權監聽或身體檢查處分，國家機關便不能類推適用已有的搜索規定^(註 12)。既有文獻雖未針對刑事訴訟程序中是否能引用法理進行討論，不過從前述關於法律變更與類推適用的討論，可推斷結果對被告是否有利並非重點，判斷重點毋寧在於適用法理是否侵害刑事被告的基本權利。倘若侵害被告的基本權利，便有法律保留原則的適用。意即：若某一法理的引用將使被告的基本權受到現行法並不存在的限制，法院便不能以「法條有限而人事無窮」為由，引用法理作為裁判的依據。

在刑事訴訟程序的領域中，基本權干預的討論向來集中在強制處分上，因為強制處分明顯侵害人民的人身自由、隱私權、財產權等各項基本權利，若國家的行為不受法律的約束，便有可能產生假藉犯罪追訴打擊異己，或是為求真實不擇手段的情況，更何況不擇手段地進行刑事程序不必然能發現真實。不過刑事訴訟程序中，強制處分並非是唯一可能涉及刑事被告基本權的地方，審判程序中若強迫被告作

證、在強制辯護案件中辯護人未到庭即進行審判，或禁止被告或其辯護人對證人進行對質詰問，將侵害被告之緘默權、辯護權與對質詰問的權利。先前所提到之臺灣高等法院九十年交上訴字一七五號刑事判決(使用當場印象之傳聞證據)、屏東地方法院檢察署九五年偵字第四三七一號起訴書(使用共謀者陳述之傳聞證據)，與屏東地方法院檢察署檢察官九六年上字一一四號上訴狀(使用對證人自身不利之傳聞證據)都涉及被告的對質詰問權。因為原陳述者並未到場，被告與其律師因而無法透過審判程序的進行，檢視原陳述者的認知能力、表達能力、記憶力與真誠^(註 13)，在此被告的對質詰問權明顯受到限制。這個限制不管是不是立法者當初制定法律的疏漏，在沒有法律明白授權的情況下，法院若使用該傳聞證據，顯然侵害該案被告的基本權利，而為違法與違憲的判決。

(三) 傳聞例外之類推適用禁止

前述討論不僅可以用來回答「當刑事訴訟法規定不足以處理具體個案的情況時，法院是否能夠(或檢察官是否得要求法院)透過法理或是其他方式，將外國法或甚至是國際條約引入」的問題，也同時處理「當現行法不足以處理具體個案的情況時，法院在何種情況下可以類推適用既有的規定」。

所謂類推適用，意指某一個情況雖與特定法律要件不符，但卻與法律所定要件有相似之處，因而仍然適用該特定法律^(註 14)。從先前提到的兩個例子來看，被告於一二審判決後決定是否上訴的心理狀態相當類似，都希望透過上

註 11：參閱黃榮堅，基礎刑法學(上)，2006年，三版，頁160-62。

註 12：參閱林鈺雄，刑事訴訟法(上)，2007年，五版，頁23-24。

註 13：參閱王兆鵬，傳聞法則理論—證人陳述之危險，收錄於「傳聞法則—理論與實踐」，2003年，頁5-26。

註 14：參閱黃榮堅，基礎刑法學(上)，2006年，三版，頁160。



訴進行救濟，但也都擔心上訴之後將會受到更嚴厲的判決，因而倘若於第三審不類推適用原僅規定在第二審之「不利益變更禁止原則」之規定，勢必侵害被告受到憲法保障的訴訟權。同樣的，不正訊問的行為，對於意思活動自由與人性尊嚴的戕害一樣嚴重，不管受害者是被告或是證人；而利用不正訊問，迅速獲得對被告不利證據，對國家機關也有相當類似的誘因，不管這個證言來自於被告自己或是證人。因而透過不正訊問證人所得證據之證據能力，有必要類推適用刑訴法針對被告不正訊問之證據能力的規定。

上述的類推適用彌補了現行法的漏洞，使得刑事訴訟程序的運作與憲法秩序更為一致。但若類推適用的結果反而讓被告的基本權利受到更多的限制，而這個限制卻非基於法律授權，將會產生判決違法甚至違憲的問題，這正是南迴案二審判決的情況。二審法院花了相當多的篇幅進行實質論證，認為既然學說、外國法與本國立法者都肯定信用性、必要性與不可取代性是傳聞例外的要件，且本案共謀者李雙全的審判外陳述顯然符合上述三要件，該共謀者陳述不應因與現行法之部分要件不符而被排除，而以類推適用既有刑訴法規定的方式，賦予其證據能力。在此姑且不爭論法院是否對於共謀者陳述有過多的信心，共謀者仍有相當多的可能性說謊（例如：陳述者吹噓犯罪參與人數，以鼓動聽者加入犯罪計畫），傳聞證據之所以原則上受到排除，正是因為此類證據的使用嚴重限制被告的對質詰問權，讓被告無法面對指控他的人，對其認知、記憶、敘述與真誠提出挑戰。若為了真實發現而有承認部分傳聞例外的必要時，也必須是立法者已事先做了價值判斷，將之明文規定於法條，並設定適當的適用要件時，傳聞證據的使用方有正當性，法院並無類推適用，自創傳聞例外類型的權限。

四、結論

每當一個犯罪事件發生，處於最前線的實務工作者不僅最能感受到被害人與被害家屬的痛苦，也直接面對大眾要求真相與正義的壓力。因而對於實務工作者而言，一個案件的偵查、起訴與審判，不只是法定職責，更是一個沈重的道德責任。刑事訴訟法的各種相關規定，正是為了幫助實務工作者履行此一法定職責與道德責任而存在。即便其內容是否適當完備仍有爭執餘地，但在民主憲政的架構下，這卻是實務工作者面對繁複人事所必須要謹守的界線。跨越了法律所許可的邊界，等同開啓國家濫權的大門，即便一開始的目的是為了追求個案正義。基於此一信念，本文認為，在我國既有的刑事證據法架構下，共謀者陳述是不得以法理與類推適用的方式為我國所採用。並相信，這項證據的否定不必然阻礙個案正義的追求，反讓個案的結果更能受到挑戰，對被害人與大眾，甚至對被告都能交代。✎

（本文作者現為國立成功大學法律系暨科技法律研究所副教授，美國Indiana University-Bloomington, School of Law 法學博士）



何清吟 油畫 鋤頭伯與他的水牛伙伴 50F 2003 年