

正視傳聞證據法則立法疏漏

對幼童性侵害案件之影響

朱 富 美

目 次

- 壹、幼童性侵害案件之傳聞證據
 - 一、問題之提出
 - 二、兒童性侵害案件之實例
 - 三、兒童性侵害案件之特性
- 貳、傳聞證據法則
 - 一、何謂傳聞？傳聞證據？傳聞法則？
 - 二、我國刑事訴訟法傳聞法則之例外規定
- 參、對質詰問權與傳聞法則之關係
 - 一、美國憲法增修條文第六條對質詰問條款之形成
 - 二、美國法院承認傳聞例外之理論基礎
- 肆、傳聞法則在美國幼童性侵害案判決之應用
 - 一、White v. Illionois
 - 二、Tome v. U.S.
- 伍、結論

壹、幼童性侵害案件之傳聞證據

一、問題之提出

(一)乙四歲女童，一日與嫗姆A在家，嫗姆疲倦沈睡，乙獨自在庭院玩耍，熟識之鄰居甲路過見乙年幼可欺，乃在樹叢下對乙性侵害，乙哭啼，甲逃離，A驚醒後問乙發生何事，乙告以是甲欺負她，脫去其褲子弄痛其尿尿及嗯噁的地方。母親B三十分鐘後趕回，警察C亦

趕到，旋將乙送醫，乙對母親B、警察C、醫生D、護士E亦說同樣的話。檢察官起訴甲，法院審理時，ABCDE均證述乙童曾陳述遭甲強制猥褻，其等之證詞能否為證據？

(二)乙女童三歲六個月時父A與母B分居，父母協議各與乙住半年，乙五歲六個月時，某日B預訂於翌日將女兒送至A住處，B之好友C女帶乙童前往麥當勞，乙突然對C表示不願回去父親住處，請C告訴其母。C追問原因乙，乙告以A醉酒時會對其性侵害，乙將此事告訴B，數日後B追問其女無功，一周後C再追問，乙表示，其與A同住時，A曾脫去其內褲，並詳述性侵害之內容。後來社工人員D，小兒科醫生E均在法庭上證稱依乙所述，足以認定乙童確實被A性侵害，檢察官起訴A，審理時A已六歲十個月，法院認定A有擔任證人之能力。

乙童作證時，接受檢察官以布偶訊問，乙僅以簡短之「是」，「有」等一、二個字陳述遭受A性侵經過，但被告律師交互詰問時，情況更糟，乙東張西望，不時玩弄手，扭動身體，律師乃對法官表示無法再詰問下去。父A則辯稱女童純粹是因想跟媽媽同住才杜撰受其性侵害。法院應如何判斷？

二、兒童性侵害案件之實例

近來國內媒體批露一件值得大眾關切的刑事判決，突顯兒童性侵害案件之特性及刑事訴訟法傳聞證據法則例外規定不足之窘況，尤其





是限制法庭外陳述僅於向法官、檢察官、或檢察事務官、司法警察官、司法警察為之，始有可能被承認為傳聞例外而具證據能力之缺陷，於兒童遭性侵害案件，忽視此類案件之特性，排除幼童於甫遭性侵害後向親友師長所為陳述之證據能力，有礙真實發現與犯罪之追訴及被害兒童人權之保護。

九十一年五月間，某托兒所負責人之夫C因涉嫌強制猥褻當時甫滿三歲，為外交官之女之幼童A(八十八年四月生)^(註1)，而遭檢察官起訴，並經台灣士林地方法院法官判處有期徒刑四年，應於刑之執行前令入相當處所施以治療，其期間至治癒為止，但不得逾三年^(註2)。

本件A童於九十一年五月(以下同)二十二日至同月二十八日止，在C之妻開設之托兒所內就讀。其間均由母B於早晨八時三十分送交至托兒所。二十二日至二十四日，B均於中午十二時至托兒所接回，惟為讓A能逐漸適應托兒所整日課程，B乃自二十七日起每日延後半個小時接回A，讓A留在托兒所時間逐漸拉長，以適應全日班課程。因而分別於五月二十七日(星期一)中午十二時三十分、二十八日中午一時許，始前往托兒所將A接回。五月二十八日下午六時許，B帶同A至台北市內湖區碧湖公園遊玩時巧遇C，B數次要A童與C打招呼，A童始終反抗並露出不情願及敵意之反常神情，與之前在托兒所遇到C是露出害羞的反應不同，當晚B為A洗澡時，A童告知母親某日下午一時許前之某時，C曾利用A於托兒所內就讀期間，趁無他人注意之際，強行脫下A內褲，並用手撫摸A外陰部及屁股，違反A意願，而對A猥褻。B因而對C提出告訴。

C則辯稱他總計見過A三次面，一次是五月二十二日約中午十二時二十分，見到其妻與A、B在門口交談，他就禮貌性向A、B打招呼；第二次是在二十八日中午約十二時二十分至二十五分，在托兒所門口遇到B來接A返家；第三次是在五月二十八日下午六時許，他帶兒子在碧湖公園散步，遇到A及B，並打招呼，然A不理他，本案是因A在碧湖公園不向伊打招呼，遭B責怪，懷恨在心，才對他為莫須有的指控。

三、兒童性侵害案件之特性

(一) 兒童陳述之憑信性

依兒童及少年福利法之規定，所稱兒童，指未滿十二歲之人，未滿十二歲之人可否依法作為刑事訴訟法之證人，刑訴法未規定，僅規定未滿十六歲不得令其具結(第186條第1項第1款)，以免其因具結而有成立偽證罪之可能。兒童雖有證人之適格性，但其所為之供述是否具有憑信性或可信性，亦有問題。最高法院判例即曾認為「證人年尚未滿八歲，其所為證言乃無具結能力之人之證言，雖非絕對無證據能力，然其證言是否可信，審理事實之法院，仍應為其他證據之調查，以為取捨之依據」(63台上字3501)。刑法上未滿十四歲之兒童與心神喪失人均屬無責任能力人，但在心理能力方面，仍應認兒童具近乎正當之記憶能力、理會能力及判斷能力，是以應肯定其證言能力。惟兒童之證言憑信性依其年齡不同而略有區別，即年齡愈低，其證言能力相對降低^(註3)。

兒童陳述之憑信性，因其係自動或訊問所為而不同。前者因受外來影響較少，其供述價值較高。蓋兒童在無意中有迎合他人之趨勢，

註1 由判決內容觀之，應是西班牙語系之外國人。

註2 台灣士林地方法院少年法庭九十二年度少連訴字第第八號刑事判決；台灣高等法院少年法庭九十二年度少連上訴字第二一八號判決。

註3 蔡墩銘，刑事證據法論，八十六年十二月初版一刷，頁七十七~七十九，五南。

因此對於某一事項訊問兒童，因其缺乏信心，不免受訊問者之暗示而回答^(註4)。因此為防止其受外人之誘導或暗示，應令其連續陳述，勿中途打斷。且法庭氣氛嚴肅，對於兒童造成心理壓力，訊問兒童證人以不公開方式，較可減少其顧忌，再經社工人員開導，較易為正當之供述^(註5)。

(二) 刑法保護兒童之規定

刑法為使兒童自然生長及正常發育，特別制訂針對兒童及少年予以侵害之罪名，如加重強制性交罪(第 222 條 1 項 2 款)、對於未滿十四歲之男女為性交罪(第 227 條)、妨害幼童發育罪(第 286 條)等。除此之外，兒童亦每成為人身暴力犯罪之被害人，如殺人罪、擄人勒贖罪等。兒童，尤其是學齡前幼童遭受性侵害之案件，其特性是具秘密性，多是事後由兒童主動陳述，或因師長親友發現異狀而詢問，對長輩說出遭到性侵害，再由長輩親友報案，因幼童不會保存證物，不似成年或青少年之被害人尚有可能採集嫌犯之精液等物證，如是遭受猥褻，更無從採證，因此兒童往往是惟一的證人。惟此類案件縱幼童出庭或通過雙向電視系統陳述，幼童未必有陳述能力，且與成年或青少年被害人不同的是，縱兒童於甫遭性侵害時能陳述被害經過，但至審理時，因距離犯罪發生已有一段時間，幼童是否尚能清楚記憶，或詳細為真實描述亦是問題，此即可能產生證人對犯罪事實無法完全確定之情形。這個問題，一部分是屬於心理學專家判斷兒童證言可信性問題，日後再另文介紹；另一部分即涉及使用傳聞作為證據之問題，本文謹就後者申論。

(三) 傳聞法則應用在兒童遭性侵害案件之實例

如上所述，幼童遭性侵害案件，幼童大多無法在法庭上作證，縱能作證，除其證詞外，常見的只有兒童告知親友、醫師、心理學專家等人之法庭外陳述。惟依九十二年二月修正公布之刑事訴訟法，第一五九條、第一五九條之一至之五，分別規範傳聞證據法則及其例外。由於此次修正條文中並無「傳聞」之用語，更未就何謂傳聞證據加以定義，加上傳聞法則之例外規定不足，如此將造成具可信性及對犯罪事實有極高證明力(probative value)之法庭外陳述，因未規範於第一五九條之一至之五，而未能被採認具證據能力，在幼童遭性侵害案件，更突顯其對真實發現及被害兒童人權保護之妨礙。

以上開台灣高等法院少年法庭九十二年度少連偵上訴字第二一八號刑事判決為例，可以看出兒童遭性侵害案件之特殊性，及現行刑事訴訟法傳聞證據例外規定之不足。

本案 B 於九十一年九月間在士林地院證稱：五月二十八日自碧湖公園返家後，約晚上七時三十分許，她幫女兒 A 洗澡(八十八年四月生)，A 曾以相當認真、篤定之態度主動告訴她說「我不喜歡那個先生抓(西班牙語 GRATIER)我的下體(POPOTIN)」B 接續問「那個先生？」A 答稱「是(同日)下午在公園遇到的先生(指被告 C)」，且事發後每次只要她帶經過上開托兒所時，A 都會說「被醜醜的先生摸下體」。

B 於九十二年六月間復在法庭證稱 POPOTIN 是西班牙語，A 出生後，她幫 A 換尿布，要把私處擦乾淨時，都會一邊說出 POPOTIN 這個字，A 對這個字的意思應該有所瞭解，且九十一年五月二十八日 A 在洗澡告訴她這件事時，也有作出抓自己私處的動作。

註 4 蔡墩銘，審判心理學，第一六四頁。

註 5 蔡墩銘，刑事證據法論，頁八十一、八十二。





經檢察官以女性偵訊娃娃提示問A，假設娃娃是A，「醜醜先生摸你那裡？」A起初未針對偵訊娃娃指示，竟掀起自己的裙子，以手指自己的下陰部及屁股部位稱是這裡，嗣檢察官再次提示偵訊娃娃，A復將偵訊娃娃裙子掀起，並脫下娃娃白色內褲，直指娃娃外陰部位及後面屁股部位後，始將娃娃內褲穿上。檢察官問及「醜醜先生有沒有脫掉你的褲子？」，A點頭數下，隨後主動將偵訊娃娃內褲脫下又穿上，回答說「他有脫我的衣服」等語^(註6)。

1 地方法院之判決

士林地院聘請鑑定人L醫師於九十一年九月十六日偵查中全程在場觀察，並進一步接觸瞭解A，對於A作出鑑定報告。L於九十二年七月間提出鑑定結果，摘略以：

(1) A有符合其實際年齡之認知及語言能力，對時間之區別認知有限，無法以語言表示過去、現在之事物。

(2) A對人的喜好係以過去、現在這些人帶給她好或不好之經驗直接反應或呈現，對自己的喜好，多以好、不好、點頭、搖頭表示。

(3) 象徵化能力還未達到四歲以上兒童能自發創造或虛構故事之發展能力，以其目前之能力發展，A不知道說謊之意思，沒有能力說謊，也無法區分「真的或假的」的情境，其所反應或呈現的訊息或行為表現多是生活經驗中曾經有過的事物或體驗。

(4) A對身體各部位(包括陰部或大小便部位)可以辨識指認；至於對他人對其所為的舉動，則視此舉動對其造成的舒適與不舒適的程度而定，由於已瞭解身體部位，所以陳述此次事件被碰觸的部位(陰部：大小便部位)，具有

正確性；A並無發展上、壓力事件或社會環境的因素導致兒童會虛造說謊的狀況，其所陳述之事，在前後不同時空下，仍具有相同之一致性，故其所陳述之事，具有真確性。

地院法官乃綜合A、B之證詞、L之鑑定意見，於九十二年九月判決被告違反刑法第二二四條加重強制猥褻罪，依兒童福利法應加重其刑二分之一規定處刑。

2 台灣高等法院判決

本件被告不服判決提起上訴，台灣高等法院於九十三年五月撤銷原判決，改判被告無罪^(註7)。其理由主要係認：

(1) 本件被告被訴性侵害之事實，純係被害人A於事後之陳述，然未明確指出被告犯罪之確定時間，而證人B之證言則間接傳聞自A之陳述，屬傳聞證據，B既未親自聞見或經歷A所陳述之事實，其供述內容，究否真實，有無摻雜個人意見或推測之詞，不無可疑，其證詞既屬傳聞證據，原則上不得據為犯罪事實認定之證據。

(2) A於案發時為甫滿三歲之幼童，是否具有辨別事理能力？能否認知所謂性侵害之意義？已有可疑，孩童有關性侵害之記憶是否可能為成人不斷重複建議性詢問之後所產生的結果，為本案應探究之前提。

二審法官並摘錄卷內所附之「兒童認知及幼兒心理學」^(註8)一書內容，認依兒童心理學研究，孩童之見證記憶是較成人為差，發生錯誤記憶的意外亦較多，且比較容易受暗示影響，尤其幼兒更容易受到引導式問題之影響，容易把現實與想像相混淆，用自己虛構的內容來補充記憶殘缺的部分，把主觀臆想的事情，

註6 審理類似案件，應精準詳究兒童所用的字眼，是否童言童語，如幼童是不會講出「性侵害」、「猥褻」等字眼。

註7 檢察官業於九十三年六月十五日上訴(九十三年度請上字第一三六號)。

註8 判決內未引該書作者姓名，亦未交待該作者之意見其專業性是否經兒童心理學家普遍採信，可惜的是亦未針對一審鑑定人之鑑定意見為何不可採為判斷比較。

當作自己親身經歷過的事情來回憶，這種現象並不意謂孩童說謊，而是兒童心理發展不成熟的表現。

判決中指出另據鑑定人Y(註9)於該院調查時亦證稱，一個二、三歲的小孩是有可能因為大人重複的誘導性詢問，而產生錯誤的誤認等語。認定A之陳述尚難達於通常一般人均不致於有所懷疑而得確信為真實之程度，故不能排除因大人之重複誘導或誤導詢問，而產生認知上錯誤之可能，是該鑑定意見亦難據為論罪之依據。

由於兒童遭強制猥褻或性侵害均是秘密進行，如依據現行法律規定及上開判決意旨，除非幼童在法庭作證時能堅定詳細的指訴，此點在現實上應有困難；其他似乎只有在採得兒童下體受傷之證據或體液，方有可能將嫌犯定罪。否則如全案只有兒童證詞，則其他證人提出的傳聞陳述可能只有兒童在法庭外陳述其被侵犯的事實時，傾吐的對象適為法官(註10)，證據方不致被排除。除此之外，自案發後進入調查階段前，幼童在任何時間向法官及偵查中檢察官以外其他人所為陳述幾乎均不被認定有可信性。由於傳聞法則列舉之例外規定態樣過少，加上限制原陳述人陳述的對象，是本案任何人陳述A童陳述之證詞均不能為證據，實無法因應此類案件之特殊性，將發生無從追訴被告之窘境。只是，這就是刑訴法採取傳聞證據法則之目的嗎？

貳、傳聞證據法則

一、何謂傳聞？傳聞證據？傳聞法則？

九十二年二月修正公布之刑訴法採行了傳聞法則及其例外的規範，由於基本上是移植自外國立法例，該法則之定義、內涵及許多的例外，迄今仍然予人神秘複雜的感覺。刑事訴訟法並無傳聞、傳聞證據或傳聞證據法則之用語，以下比較國內學者及美國聯邦證據法對於傳聞、傳聞證據、傳聞法則之定義，或更有助於瞭解其內涵：

(一)學者蔡墩銘認為：證人所陳述者，如非其自己親身之體驗，而係聽諸自己有體驗之他人的陳述，稱為傳聞證人，傳聞證人之陳述視為傳聞證據或傳聞證言。在英美法以傳聞排斥原則限制傳聞證言之證據能力，但在例外情形得承認傳聞證言之證據能力(註11)。

(二)學者陳樸生認為：人之陳述，有在審判上者，有在審判外者，因有審判上陳述與審判外陳述之分，陳述人於審判或調查中作證時所為陳述以外之陳述，而提出作為，以證明其所敘述事項為真實者，為傳聞。是所謂傳聞，並非包括所有審判外陳述，僅指其陳述為證明其所敘述事項為真實之目的，作為證據提出者，且其所證明之事項，必係關連事實，即足以確定重要事實者，亦即具有使訴訟裁判中更傾向於可能存在或不存在之證據(註12)。

(三)學者黃東熊認為：所謂傳聞證據，指相對要證事實有直接知覺之人(例如，目擊證人)，在訴訟案件之審判庭所做供述以外之供述做為認定事實之證據之謂(註13)。

(四)學者王兆鵬並未直接定義何謂傳聞證據

註9 判決中除引述Y之名字外，對於其職業、專業背景，為何得以擔任鑑定人，如何為鑑定等俱未敘及。

註10 如將刑訴法第一百五十九條之一第一項規定之於審判外「向法官」所為之陳述，解釋為包括非訴訟程序向法官所為之陳述，即可能得此結果。

註11 蔡墩銘，刑事證據法論，頁九二~九三，五南。

註12 陳樸生，傳聞證據處理方法之比較，法令月刊，一九九九年二月，頁四。

註13 黃東熊，談傳聞法則，軍法專刊，一九八九年一月，頁十六。





及傳聞法則，但敘及：我國過去是否有傳聞法則，學者間有極大的爭議。在本次修法前之第一百五十九條(以下簡稱舊法)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。就此條文，有學者主張為傳聞法則之規定，有學者主張此條文僅係禁止證人之書面陳述，非傳聞法則。……新法已明文承認傳聞法則，並規定許多例外規定。新法第一百五十九條為「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據(第一項)。前項規定，於第一百六十一條第二項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。」(註14)

(五) 學者陳運財認為：對於何謂傳聞法則，至今仍難以一個統一而精確的定義予以掌握，不過，一個已廣被接受的定義是，所謂傳聞證據，係指「審判外」所為之「陳述或所發生之敘述性動作」，而提出於法庭用來證明該敘述事項之真實性之證據(註15)。

(六) 學者林俊益認為：所謂傳聞法則，係指排除傳聞證據作為證據之法則，亦即否定、限制傳聞證據具有證據能力之法則，或稱「傳聞證據法則」、「傳聞證據排斥法則」、「傳聞禁止之法則」、「傳聞證據禁止之法則」；所謂傳聞證據，係指以言詞或書面提出在審判庭以外未經反對詰問之陳述(言詞陳述或書面陳述)，以證明該陳述內容(即待證事實)具有真實性之證

據，係傳述他人(與待證事實有直接知覺之人)之見聞，以證明該見聞內容為真實之證據。詳言之，傳聞證據係指由間接傳聞而來之證據，將對待證事實有直接知覺之人(例如目擊證人)，以其在該訴訟案件之審判庭外之陳述內容(包括言詞陳述與書面陳述)，作為證明該陳述內容具有真實性之證據(註16)。

(七) 美國聯邦證據法

美國聯邦證據法第 801 條規定名詞之定義，其中(a)款定義「陳述」，(b)款定義「陳述人」，(c)款定義「傳聞」，(d)款定義「非傳聞之陳述」。

依該法之規定，傳聞乃是陳述人於法院作證以外所為之陳述，用以作為證據，以證明其所敘述事項為真實者(註17)。

Rule 801 Definitions(c) Hearsay

"Hearsay" is a statement, other than made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted
故傳聞有下列要件

(1) 傳聞證據乃是一種陳述。

依聯邦證據法 801 條 a 對「陳述」之定義是指(1)言詞或書面之敘述，或(2)非言語之動作，而行為人有意以之作為一項敘述。

(2) 非於法庭作證所為之陳述，通常即指審判外所為之陳述。

(3) 此陳述在審判中被提出

(4) 在法庭上之陳述人提出之目的是提出

註14 王兆鵬，論最新修正刑事訴訟法之傳聞法則，萬國法律，二〇〇三年四月，頁二。

註15 陳運財，傳聞法則之理論及實踐，月旦法學雜誌，九十七期，二〇〇三年六月，頁九十三。

註16 林俊益，論修正刑訴法之傳聞法則及其例外，全國律師，九十一年九月，頁三十一、頁三十四，註釋中並引述參考黃東熊，前揭文。

註17 當陳述內容之真實性與待證事實無關者，換言之，當待證事實即是該陳述本身存在時，通說認為，該項陳述非屬傳聞。例如甲在法庭中證稱乙曾說過丙是騙子，騙財騙色；在乙被控詐欺的案件及乙被控妨害名譽的案件認定甲證言所提之乙之陳述是否為傳聞並不相同，在詐欺案，以該陳述欲證明丙確實有詐欺，該陳述是傳聞；在妨害名譽之案件，甲之證詞是要證明乙有無說過那一句指摘丙的話，本身即是待證事實，故非屬傳聞。

做為證據，以證明所敘述之事實為真實。

(八) 本文以為：傳聞或傳聞證據是指「陳述人(即證人)在審判中為證明主張之事實(待證事實)為真實，提出他人在審判或調查程序以外所為之陳述，以作為證據者」，更精簡的定義是，傳聞證據乃「被提出於法庭作為證據，以證明主張之事實為真實之法庭外陳述；而陳述包括言詞或書面之敘述，或非言語之動作，而行為人有意以之作為一項敘述者」。傳聞法則則是「排除傳聞為證據之法則」(the rule against hearsay)。

提出傳聞陳述，一般情形至少涉及二個人，一個是在法庭上陳述的人，通常就是證人，另一個是之前曾在審判外為原陳述之人，此人當時在法庭外陳述，並未經被告為反詰問。例如

(1) 乙目睹A槍殺甲(親見)，則乙出庭作證，其證詞為自己目睹A槍殺甲，乙之證詞非傳聞陳述。

(2) 乙未目睹A槍殺甲，趕到兇案現場時，兇手已逃逸，但重傷之甲告知乙殺他的是A，乙親聞的是甲告訴他的話，是他人(甲)審判外的陳述，甲陳述時既非在法官面前所為，未經具結，被告A亦無反詰問之機會，乙在法庭上具結作證陳述甲所告知之內容，屬傳聞陳述。

(3) 乙未目睹A槍殺甲，但乙親耳聽聞二聲槍聲後趕到甲房間，甲已中槍倒地(親聞)，甲斷氣前告知乙殺他的是A，乙親聞的是槍聲二聲及甲告訴他的話，對於待證之「A槍殺甲」一事，乙並未目睹，乙具結後作證，陳述的內容如是他人審判外的陳述(斷氣前被害人甲在

兇案現場告知的話)，則乙在法庭上陳述甲所告知之內容，亦屬傳聞陳述。

再舉一例，如甲被槍擊後經路人乙發現送醫急救，告訴乙他被仇家A所槍殺，共射擊二槍，亦告訴急救之護理人員丙及醫生丁，甲後不治死亡，後來A因涉殺人案件被起訴，乙丙丁在法庭上作證，他們均證稱「甲確實對我說他被A所殺」，單純依上開定義，這一段證詞是屬於傳聞陳述。因為欲證明的事實是A確實有殺害甲，但甲未親見或親聞A槍殺甲，乙、丙、丁只能作證證明甲有說過A槍殺他這一句話。

惟在採傳聞法則之立法例之所以不承認傳聞陳述有證據能力，係因其涉及兩個人的知覺、記憶、表達等瑕疵，及真誠性等問題；且未經當事人反詰問；又非在法官面前為之，不能以具結或詰問的方式消弭此種瑕疵，有使事實之真實性發生偏差之危險，而如美國憲法增修條文第六條賦予刑事被告有與不利於己之證人面對面或對質詰問之權利之規定(Confrontation Clause)，使審判外之陳述原則上不能為證據。但如具足以保障其真實性之情況，仍許其作為證據，於聯邦證據法第 803 條、804 條、807 條設有例外規定^(註 18)。

由於傳聞證據原本被認為屬於不可信及不值得相信的證據，但在普通法及後來實務及理論發展，發現有許多傳聞證據顯示了極高度的可信性，如排除這些陳述之證據能力，將有礙於真實之發現，乃成為立法者鬆綁證據法之重要原因。因此美國聯邦證據法自一九七五年制訂後，曾在一九九七年修訂，將第 803 條(24)及第 804 條(b)(5)二種傳聞例外合併訂為第 807 條傳聞法則之「概括之其他例外情形」

註 18 國內學者就此論述甚多，可參看王兆鵬，論最新修正刑事訴訟之傳聞法則，萬國法律，頁四，二〇〇三年四月；對質詰問權與強制取證權，收錄於刑事被告的憲法權利，台大法學叢書，頁一二三，一九九九年三月。陳樸生，前揭文，頁六。



(Residual Exception)(註 19)；並由於發生多起重大刑案之被告爲了阻撓關鍵證人出庭而恐嚇證人甚至殺害證人之案件，乃因應各方要求，增列第 804 條(b)(6)「因不法之行爲而喪失主張傳聞法則之權」(Forfeiture by wrongdoing)之規定(註 20)。目前，除了第 801 條(d)有「非傳聞」之陳述(Statements which are not hearsay)之定義外，另於第 803 條(1)-(23)，804 條(b)(1)-(4)及(6)共規定二十八種傳聞例外(註 21)。如上述情形，甲被槍殺，生命垂危，向醫護人員陳述受傷經過，希望能得到正確妥適的急救及治療，醫護人員在法庭上所提對甲施救前甲曾告知之陳述，被認爲具高度可信性。美國聯邦證據法乃在第 803 條(4)規定此種「因醫療上診斷目的所爲之陳述」(Statements for purposes of medical diagnosis)爲傳聞之例外。惟我國並未將此種傳聞陳述納入例外規定。我國出現判斷可信性之規定除了刑訴法第一五九條之四特信文書之外，在第一五九條之二規定與審判中不符之先前陳述如具有「較可信之特別情況」，且爲證明犯罪事實存否所必要者，得爲證據；第一五九條之三規定被告以外之人於審判中有特定情形，如其傳聞陳述「經證明具有可信之特別情況」且爲證明犯罪事實所必要者，得爲證據。惟均僅限於向「檢察事務官、司法警察官或司法警察」調查中所爲之陳述。

傳聞陳述一般是在審判中提出他人審判外之陳述，但訴訟中亦有證人先前陳述之問題，常見的是證人先前陳述與其在審判中陳述不一

致之情形，因爲原陳述人事後成爲證人，正處於被要求宣誓(具結)作證狀態，法官或陪審團可觀察其作證之神情、對其爲何前後陳述不一之反應，判斷何者較可採，被告亦得詰問其先前陳述及本次陳述，此與一般傳聞陳述原陳述人未到庭之情形不同，美國聯邦證據法第 801 條(d)(1)(a)規定此種情形，如該先前陳述係於審判、調查或其他程序，在有偽證刑責之宣誓下所爲，爲「非傳聞」。美國各州，有的採取聯邦證據法之立法模式，我國則是規定在刑訴法第一五九條之二。

另外，證人也可能提出自己先前在審判外相同之陳述，例如法庭外陳述人後來成爲證人，其未成爲證人前在法庭外陳述之內容與後來在法庭外之證言一致，當對手攻擊證人在法庭上作證之證言是因出於虛構、或受不當影響或別具動機時，可提出該證人早在擔任證人之前便在審判外說過相同的話，以駁回對手彈劾其證言之目的，這種先前之陳述因可信度高，聯邦證據法第 801 條(d)款定義此種陳述爲「非傳聞之陳述」，其中第 801 條(d)款第(1)目(B)即明文定爲屬於「非傳聞之陳述」，此容於後述。至於如證人此次證言與之前在審判或調查中作證之陳述不一致，而前次證言係在有偽證刑責之宣誓下所爲，依第 801 條(d)款(1)目(A)亦定義爲非傳聞之陳述。

二、我國刑事訴訟法傳聞法則之例外規定

刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定：「被告以外之人」於「審判外」之「言詞或書面陳述」，除法律有規定者外，不得爲證據。第 159 條之 1

註 19 由此可見，美國證據法之傳聞法則之例外如何包羅萬象，可參看 Leonard Birdsong, The Residual Exception to the Hearsay Rule_Has It Been Abused- A Survey Since the 1997 Amendment 26 Nova L.Rev. 59, (2001-2002).

註 20 Paul T. Tarkland, The Admission of the Hearsay Evidence where Defendant Misconduct causes the Unavailability of a prosecution witness, Am. U.L.Rev. 995(1993-1994); Leonard Birdsong, The Exclusion of Hearsay Through Forfeiture by Wrongdoing -Old Wine in a New Bottle-Solving the Mystery of the Codification of the Concept into Federal Rule 804(b)(6), 80 Neb. L.Rev. 891(2001).

註 21 第 803 條(24)，804 條(6)各設有概括規定之例外條款，陳運財，前揭文，頁九十五。

至之 5 規定傳聞法則之例外(註 22)。其中

(一)與陳述有關者

1「被告以外之人」於「審判外」「向法官」所為之「陳述」，得為證據。(159—1 I)

2「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。(159—1II)

3「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、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。(159—3)

4「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。(159—5 I)

(二)與「先前之陳述」不一致之陳述有關者

「被告以外之人」於「檢察事務官、司法警察官、司法警察」「調查中」所為之「陳述」與審判中(陳述)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。(159—2)

依刑事訴訟法之規定，傳聞證據例外得為證據之情形除 159 條-5 第一項之規定外，只限於該法庭外之陳述係向法官、檢察官、或檢察事務官、司法警察官、司法警察所為者方屬之，亦即限制陳述人陳述的對象，過於狹隘；且其例外情形過少，使得許多非向上開人員所為，具可信賴性的法庭外陳述無法作為證據。此

外，上開例外規定極為簡略，在實務之運作上亦可能發生許多疑問，僅以一五九條之一為例，得為證據之審判外向「法官」所為之陳述，解釋上似應以法官行使職權依法審理訊問時為限，但因規定中並未限制於係指審判外法官依法訊問時之陳述，則適用時不無可能產生下述疑義：如其陳述之時地是否毫無限制，例證人與法官夜間同在研究所進修，下課時間對法官坦承目睹殺人之凶手實際上是 A，而非今早在法庭上指認之 B 之陳述是否屬之？法官聞見該陳述時是否須在行使職權之狀態，於法官在辦公室撰寫判決書或在法院餐廳用餐之時候對之所為之陳述是否屬之？在醫院看病時巧遇法官呢？法官是否須為本案審理之同一法官，或是任何法官？或是審理與本案相關案件之法官？審判外向法官所為陳述是否限於在其他案件審理時具結之陳述？法官應以何種身分、何種方式提出其在審判外獲悉之陳述，須否具結等俱是問題。

傳聞法則例外規定之情形過少，尤其限定法庭外陳述的對象僅有法官、檢察官、或檢察事務官、司法警察官、司法警察，該陳述才有可能列入傳聞之例外，如係向其他任何人或特別情況下所為之陳述，均不可能作為證據，此一立法疏漏在缺乏物證及具證據稀少性之幼童遭受性侵害之多數案例，排除了許多可信性高之證詞。

參、對質詰問權與傳聞法則之關係

一、美國憲法增修條文第六條對質詰問條款之形成

我國司法院大法官會議釋字第三八四號解

註 22 例外規定尚包括特別法如性侵害犯罪防制法第十五條第二項、兒童及少年性交易防制條例第十條第二項、家庭暴力防治法第二十八條第二項、組織犯罪防制條例第十二條等。





釋認為，對質詰問權^(註 23)為我國憲法所保障之基本人權，而在研究傳聞證據法則時討論被告之對質詰問權與傳聞證據之關係，其實即是探討探認傳聞例外為證據，是否侵犯被告反詰問証人(witness)之權利。美國憲法增修條文第六條對質詰問條款^(註 24)規定「在一切刑事訴訟中被告應享受下列權利：.....：准與指訴他的證人對質：.....」(In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to ;be confronted with the witness against him;.....)。聯邦最高法院法官在 *Coy v. Iowa* 一案指出，憲法增修條文第六條被告對質詰問條款之緣起可以遠溯古羅馬時代，當時統治者 Festus 在討論如何處分人犯 Paul 時，曾稱：在將一個人處死之前，不讓他與控訴他的人面對面(face to face)，並且不給他與那些指控者辯論的機會，這不符合聖經新約 Romans 之記載^(註 25)。

普通法承認被告對質詰問權則是導因於英國十六世紀末，當時法院僅以指控的筆錄便可

對被告進行審理，證人不須到庭。至一六〇三年 Walter Raleigh 爵士因涉嫌叛國罪，在審判中強烈要求證人出來與其面對面，該案更是催化普通法承認被告應有對質詰問權^(註 26)。但美國於一七八九年通過之憲法第一次修正案「人權法案」(Bill of Rights)起草時雖然在第六條規定被告對質詰問條款^(註 27)，起草人就其立法目的卻未有深入的記載^(註 28)。惟傳聞陳述不得為證據之證據法則，長久以來就有許多例外，此等例外之產生或是基於陳述足以信賴，即具可信性，或是基於必要性之要求，例如第 803 條(2)「驚駭之表達」(excited utterance)是其中一種，認陳述人於事件或情況所引起之刺激壓力下，所為有關驚駭事件或情況之陳述屬傳聞例外，得為證據。主要是認因某些事故產生之緊張壓力及興奮，足以消滅人們捏造之能力^(註 29)，第 803 條(2)規定以此為傳聞之例外，縱陳述人得出庭作證，仍不得以傳聞法則排除之。此外，因醫療診斷所為之陳述(medical examination)亦為傳聞例外，得作為證據^(註 30)。

註 23 我國刑訴法有關對質之規定有第九十七條第一項、第二項，第一六九條，第一百八十四條；有關詰問之規定有第一百六十三條之一、第一百六十六條，第一百六十六條之一、之二、之三、之四、之五、之六、之七，第一百六十七條、第一百六十七條之一，第一百六十九條，第一百七十七條，第一百八十一條之一，第一百九十六條、第二百四十八條。

註 24 本文未就本條之對質權與詰問權詳為區分，此部分可參考王兆鵬，前揭書，頁一二九、一七二以下。
註 25 487 U.S. 1012, 1015-16(1988).

註 26 Pollitt, The Right of Confrontation: Its History and Modern Dress, 8 J. Pub. L. 381-388-90 (1959). 引自 Thomas Walters, Sixth Amendment—The Confrontation Clause is not Violated by the Admission of Evidence Embraced by any firmly Rooted Hearsay Exception Regardless of an Out of Court Declarant's Availability at Trial. *White v. Illinois*, 112 S.Ct. 736 (1992), 70 U. Det. Mercy L. Rev. 989, 992 (1992-1993).

註 27 美國憲法增修條文第六條是在一七九一年十二月十五日生效。

註 28 William H. Baker, The Right to Confrontation, the Hearsay Rules, and Due Process- A Proposal for Determining When Hearsay may be Used in Criminal Trials, 6 Conn. L.Rev. 529, 532-44(1974). 美國各州原本並非全部遵守此一條款，但聯邦最高法院於一九六五年在 *Pointer v. Texas*(380 U.S. 400, 403-06.)一案表示對質詰問權為人民基本權，且由於增修條文第十四條之要求，各州均有義務遵行。Margaret A. Berger, The Deconstitutionalization of the Confrontation Clause: A Proposal for a Prosecutorial Restraint Model, 76 Minn.L.Rev. at 403.

註 29 6 Wigmore, Evidence, §1747, at 195-6, 199.(Chadbourne rev. 1976). 引自 Thomas Walters, supra note 26, at 989, 992.

註 30 惟其範圍有區分承認目前症狀之陳述，亦有承認對過去症狀之描述並包括發生原因及傷害之性質，

承認醫療人員此種證詞有證據能力，乃因一般相信，人們為治療之目的，對醫藥診療上提供照顧之人所為之陳述，多具可信性；但學者亦有認為此種傳聞例外之設計，應只限於成年人。如是兒童可能不瞭解醫療之目的或心理治療之程序，也可能不懂自己遭受的性侵害或性虐待與該治療之必要性其間之關係，更何況有些心理治療還是在類似遊戲間之場所進行(註 31)。

依傳聞法則，認為陳述的真實性有賴於陳述人之可信度，法庭外陳述原則不能作為證據(註 32)。法庭外陳述，一則交互詰問無法進行，二則法官或陪審團也喪失觀察證人之舉止態度的機會，因此傳聞證據法則為美國各州普遍採認(註 33)。

自一八七八年 Reynolds v. U.S. (註 34)案起，聯邦最高法院便注意到憲法增修條文對質詰問條款與傳聞法則間之關係，在判決中開始探討使用審判外之陳述為證據，未能反詰問法庭外陳述人是否違反被告憲法增修條文第六條之與證人對質詰問權(註 35)。

以法庭外之陳述為證據是否違反被告受憲法保障之對質詰問權，二者之關係如何？有一說之見解認為對質詰問權之目的在強迫檢察官須使審判外陳述之人出庭作證，以讓被告行使對質詰問權，如檢察官無法令陳述人出庭，亦必須證明其原因，該審判外之陳述方能作為證

據。因此，便產生如檢察官未傳喚該陳述人出庭供被告行使對質詰問權，或未能證明陳述人不能出庭，便不能使用審判外陳述為證據³⁶之結果。亦即對質詰問條款要求所有陳述人均應經被告反詰問，否則，所有的傳聞均應被排除為證據(註 37)。

但美國證據法大師 Wigmore 則認審判外陳述如其可信性得到確保，縱陳述人未到庭接受反詰問，亦不違反被告之對質詰問權。其理由如下：第一，認為對質詰問條款及傳聞法則(排除法庭外陳述為證據)二者之目的相同，均是為了確保被告之反詰問權，保障陳述之真實性，發現犯罪真實；第二，自憲法增修條文第六條之文字觀之，被告所有之對質詰問權，只對出庭作證對抗他的證人行使，至於審判外為陳述之人既非條文中之「不利於己之證人」(the accused shall enjoy the right to ;be confronted with "the witness against" him;)，即不屬適用之範圍。由於排除傳聞之證據法則其源起較普通法之對質詰問權要早，因此後來許多法院採 Wigmore 之見解，認憲法增修條文之起草人並非意在賦與被告排除所有傳聞之絕對權利(註 38)。由下述判決可看出美國聯邦最高法院之主要觀點。

二、美國法院承認傳聞例外之理論基礎

(一) Dutton v. Evans

在一九七〇年 Dutton v. Evans(註 39)判決

⁶ Wigmore, Evidence, Id. § 1714 at 9-91; § 1719, at 103, § 1747, at 196。

註 31 John E.B. Myers, Evidence in Child Abuse and Neglect Cases §7.41; Andrea D. Blohm, Limiting the Medical Treatment Hearsay Exception in Child Sexual Abuse Cases, 79 N.C.L.Rev. 1092 (2000-2001).

註 32 Margaret A. Berger, supra note 28, at 557,605,639.

註 33 Id.

註 34 98 U.S. 145,158-61(1878).

註 35 Thomas Walters, supra note 26, p.993.

註 36 王兆鵬，前揭書，頁一五六。

註 37 Baker, supra note 28, at 534-540.

註 38 Baker, id.

註 39 400U.S. 74(1970).





中，聯邦最高法院指出憲法增修條文規定的對質詰問權與證據法上傳聞不得為證據之法則，二者「系出同源」(stem from the same roots)，惟法院並未認定二者完全相同。最高法院判決喬治亞州法律將共謀犯之陳述視為傳聞例外，得以之作為證據，係以共謀犯之陳述可確保其可信性為基礎，並不違反憲法對質詰問權之規定。協同意見之大法官 Harlan 採取證據法大師 Wigmore 之見解，在協同意見書表示，在傳聞陳述確具可信性之情況，對未出庭作證之陳述人未為反詰問即將其審判外陳述採為證據，並不違反被告之對質詰問權(註 40)。

(二) Ohio v. Roberts

至一九八〇年，Ohio v. Roberts(註 41)案多數決的大法官接受 Wigmore 及 Harlan 之見解，認為憲法增修條文規定的對質詰問權與證據法上之傳聞不得為證據之法則二者是一樣的(註 42)。法院認為原則上，如果法院欲採審判外陳述為證據，而該陳述人無法出庭接受反詰問，則依憲法對質詰問條款之要求，應說明陳述人不能出庭之理由。惟該陳述如能顯示「具可信性之表徵」(bears adequate "indicia of reliability")，則得採為證據。只有此類屬於

根深蒂固之傳聞例外方能認其可信性已獲確保，否則在未能指出該審判外陳述可信性已獲特別確保(particularized guarantees of trustworthiness)之情形，應排除該傳聞證據(註 43)。法院還引用一九六八年 Barber v. Pagek(註 44)案之判決內容，要求檢察官仍須盡最大努力(good faith effort)以使傳聞陳述人出庭作證(produce the hearsay declarant)，但並未提及何謂盡最大努力，且根深蒂固之傳聞例外情況其範圍為何，亦不甚明瞭。

此種以法庭外陳述之可信性或真實性獲確保為前提，准許使用傳聞為證據，認並不違反對質權之見解，在許多聯邦最高法院之判決均有論述。

美國聯邦最高法院在前述 Ohio v. Roberts(註 45)判決表示，陳述人之審判外陳述如符合傳聞法則根深蒂固之例外，即使被告無法對該陳述人對質詰問，且即使該陳述人不能出庭，因只要能確保該陳述之可信性，使用該傳聞陳述，並不違反被告之對質詰問權(註 46)。

綜上可知，在英美法上，容許傳聞證據例外得作為證據乃係以該傳聞證據有無具有足以取代反詰問之特別可信之情況，或根深蒂固之

註 40 Id. at 94(Harlan, J.concurring).

註 41 448 U.S. 56(1980).

註 42 嚴格言之，傳聞法則並非被告詰問權之全部，如有共犯關係之證人如行使拒絕證言權，被告之詰問權仍受到一定制約；傳聞法則並無法全面的維護被告之詰問權，且容許傳聞法則之例外，不免侵害被告之詰問權，而被告詰問權之保障，不僅是證據能力之問題，更包含斟酌或辯明證據之證明力及其他防禦手段之保障。可參考陳運財，前揭文，頁八十八。

註 43 Roberts, 448 U.S. at 66.

註 44 Roberts, at 74; Barber, 390 U.S. 719, 724-25, (1968).

註 45 448 U.S. 56(1980).

註 46 就使用證人審判外陳述是否即違反被告之對質詰問權之理論基礎，可參考王兆鵬，前揭書，頁一五五以下。整理出六種理論，第一為最狹義的對質詰問理論，Wigmore 在前述 Dutton Evans 案之見解屬之；第二為證人產生理論，如 Ohio v. Roberts 案之見解；第三為真實性理論，Wigmore 主張對質詰問權之唯一功能在發現真實；第四為主要證據理論，即主要證據一定要經對質詰問，何謂主要證據，則待個案認定；第五為防止政府濫權理論，認對質詰問權扮演如同排除證據法則及 Miranda 的角色，排除傳聞證據，以免政府濫權；第六為當事人進行主義的訴訟防禦權，認判斷被告對質詰問權是否違反，應考慮若令被告詰問審判外證人，是否有合理之可能性，審判者會產生對被告有利之證據評估，若是，則使用審判外陳述，違反對質詰問權。認美國聯邦最高法院係採第三種。

可信情況為擔保，或雖無此種情形，但因原陳述人已無法傳喚到庭及傳喚不能，考量其具相當信用性及證明之必要性，不得已亦容許傳聞證據之使用。

肆、傳聞法則在美國幼童性侵害案判決之應用

針對日益嚴重的兒童遭受性侵害案件，以及此類案件兒童多年紀幼小，有些無法在法庭上作證，或至少是無法在一般審理程序中有效的作證，兒童如果欠缺必要之認知能力 (requisite cognitive ability)，便無法組織案發經過而為陳述，成為有效的證人。

自一九八七年至一九九五年，美國聯邦最高法院連續在 *Coy v. Iowa*(註 47); *Idaho v. Wright*(註 48); *Maryland v. Craig*(註 49); *White v. Illinois*(註 50); *Tome v. U.S.* (註 51) 五件幼童被性侵害之案件探討可作為證據之傳聞例外；使用傳聞為證據是否違反憲法對被告對質詰問權之保護、是否應令陳述人出庭；及證人先前陳述 (prior statement) 之證據能力，尤其棘手的是當兒童證人在作證時已經無法確認先前陳述之真實內容等問題。以下以 *White v. Illinois*, *Tome v. US* 二案討論美國聯邦最高法院如何處理傳聞法則應用在幼童遭性侵害案件之上述法律爭議，以比較我國現行傳聞例外規定之不足。

一、*White v. Illinois*

一九九二年 *White v. Illinois*(註 52) —

案，*Randall White* 被控於某日清晨加重性侵害一名伊利諾州名為 SG 之四歲女童，被害人雖經傳喚但從未出庭(註 53)。檢方依女童 SG 在審判外向五人陳述，以該五人為證人，這五名證人包括 SG 的保姆，她是被 SG 的尖叫聲所吵醒，看見 *White* 自 SG 房間溜走，她出庭作證複述 SG 被攻擊後的說詞：SG 的母親在事件發生三十分鐘後返家，她陳述 SG 的描述，第三名是一名警官，在案發後四十五分鐘抵達，他也是陳述被害人告訴他的話；另外二名是醫院急診室的醫生及護士。他們的證詞與另外的證人均吻合(註 54)。

被告律師依傳聞證據法則主張上開五人證詞均是傳聞證據，並無證據能力，地方法院則認定這五份證詞其中保姆、女童母親、警官三人之證詞為事件發生後之立即陳述 (spontaneous declaration)，屬於聯邦證據法第 803 條 (2) 「驚駭之表達 (excited utterance)」。至醫生及護士之證詞則為因醫療診斷所為之陳述 (medical examination)，屬於聯邦證據法第 803 條 (4) 因醫療或診斷所為之陳述 (Statements for purpose of medical diagnosis or treatment)，均為傳聞證據法則之例外，得採為證據，判決被告有期徒刑十年。

被告提起上訴，主張原審判決承認上開證詞之證據能力，已違反其受憲法增修條文第六條保護之與證人對質權 (Confrontation Clause)，且由於 SG 僅在法庭外陳述，認法院如欲承認證人之傳聞陳述，依上開規定，檢方

註 47 487 U.S. 1012(1987).

註 48 497 U.S. 805(1990).

註 49 497 U.S. 836(1990).

註 50 502 U.S. 346(1992).

註 51 115 S. Ct. 696(1995.)

註 52 112 S.Ct. 736(1992).

註 53 檢察官聲請傳喚二次，女童均未出庭，被告則從未聲請被害人出庭作證。112 S.Ct. at 739.

註 54 *Thomas Walters*, supra note 26, at 736(1992).



肆、證據法專欄





肆、證據法專欄



應令證人在法庭作證(produce)或指出 SG 無法出庭作證之原因。上級法院駁回其上訴。

美國聯邦最高法院受理本案，僅就承認五人證詞有證據能力是否違反被告憲法增修條文第六條對質詰問條款之法律爭點為審理。法院最後支持下級審之見解，表示增修條文第六條並未要求事實審法官如欲使用「根深蒂固」(firmly rooted)之傳聞例外(firmly rooted hearsay exception)作為證據，須先要求檢察官傳喚陳述人出庭作證，或證明陳述人在事實審之前即已不能出庭。

大法官 Rehnquist 在本案判決之多數意見中指出，提給法院的傳聞證據，如足以確信其是屬於「根深蒂固的傳聞例外」，便已符合憲法增修條文第六條與證人對質權條款之立法要求(註 55)。其意乃是指，傳聞證據如屬根深蒂固之傳聞例外，便能確保其可信性，既與憲法增修條文第六條對質詰問條款為發現真實，使被告有反詰問證人權利之目的相同，以該傳聞陳述作為證據，並不違反被告之對質詰問權。

除上述爭點之外，本案另一個重點是法院還強調，證人「不能出庭」之問題(unavailability)只在該法庭外陳述係在其他司法程序所為者，方須探究(註 56)。

在 White v. Illinois 一案，上訴人即提出聯邦最高法院在 Ohio v. Roberts 一案之見解，但聯邦最高法院則認應適用一九八六年 US v. Inadi(註 57)之判決見解。

Roberts 一案，聯邦最高法院曾宣示，若被告在先前訴訟程序已對證人詰問，且在審判中

證人有「不能作證」(unavailability)之情形時，則先前程序之證言得為證據，不違反被告之與證人對質詰問權。惟法院強調，則欲使用先前程序之證言為證據，而不違反被告之與證人面對面權，須符合二要件。第一，證人必須在先前之訴訟程序宣誓作證；第二，該證人須有法定「不能作證」之情形(註 58)。依美國聯邦證據法第八〇四條規定傳聞之例外，即就何種情形構成「不能作證之證人」(註 59)為定義，並規定得以其先前之證詞為證據之情形。

在 Inadi 案，法院已表明不欲將 Roberts 案所為檢察官應證明陳述人不能出庭之見解，擴大適用在所有法庭外陳述。Inadi 案中之被告被控共謀及經銷美沙酮安非他命，警方合法監聽，將被告與其他數共謀者之對話錄音，審判中檢察官使用此錄音證據，被告律師抗辯，認適用此證據會違反被告受憲法保護之與證人面對面權利。本案爭點之一為審判外共謀犯之陳述，是否須有上述「不能作證」之情形，方能採為證據？聯邦最高法院認為，法院在 Roberts 案之見解乃遵循傳聞法則向來之規定，該案僅重申傳聞法則基本規定，並非對詰問權之要求。而對共謀犯之陳述，傳聞法則並未要求必須證明證人有不能作證之情形，且如此對檢察官會造成明顯之負擔。因此在使用共謀者審判外之陳述，無須先行傳喚陳述人，不違反被告之與證人面對面權利(註 60)。

因此，White v. Illinois 案，法院認為只要該「驚駭之表達」及「於醫療診斷所為之陳述」傳聞證據分別符合案發後之「立即陳述」

註 55 White, 112 S. Ct. 739-744., Thomas Walters, id, at 990.

註 56 White, 112 S. Ct. at 741.

註 57 475 U.S. 387(1986).

註 58 可參看王兆鵬，刑事被告的憲法權利，頁一六九至一七〇，一九九九年三月。

註 59 第 804 條規定傳聞之例外；陳述人未能出庭作證，其中(a)規定未能出庭之定義。FER§804(a)Hearsay Exceptions; Declarant Unavailable (a) Definition of unavailability.

註 60 參考王兆鵬，前揭書，頁一七〇。

及「醫療診斷」時聽到之陳述即可，不須審酌在法庭外陳述者其在審判時能否作證之情形。

二、Tome v. U.S.

(一) 事實

在 Tome v. U.S. (註 61) 一案，美國聯邦最高法院探討幼童被性侵害之主張應如何在法庭上提出之問題，法院主要係就聯邦證據法第 801 條(d) (1) (b) 為釋義，即如何認定證人自己先前陳述的證據能力，尤其是當證人已經無法再完全確定其先前法庭外陳述是否真實的情形(註 62)。

本案事實為夫 Matthew (簡稱 M) 與妻 Beverly (簡稱 B) 於一九八八年九月離婚，當時二人已育有一名三歲三個月大的女兒 A.T. (註 63)，法院判決二人共同監護，但夫享有優先監護權(primary physical custody)，夫多居住在南墨西哥州，妻多住科羅拉多州。後來妻 B 再嫁，隨夫改姓 Padilla。一九九〇年八月 B 控告 M 性侵害其女兒 A.T.。檢察官起訴 M 自一九八九年(A.T. 四歲多)起性侵害 A.T.，本案遲至一九九二年二月才開始審理，當時 A.T. 已六歲八個月大。審理時地院法官問了 A.T. 許多問題以瞭解其分辨真實與謊言的能力，認定其有作證之能力(註 64)，乃由檢察官以洋娃娃代替 A.T. 身體的方式為詰問，但 A.T. 的回答大多只有一、二個字，綜合詰問問題與 A.T. (已四歲多) 之回答，A.T. 在法庭上證稱 Tome 曾脫去其衣服，將私處(private place)放在她“尿尿”的地方及放在她的嘴巴內(註 65)。後來輪到被告律師

反詰問，被告律師在二個半天內共花了三時又十五分鐘反詰問 A.T.。被告律師問了包括 A.T. 為何想跟媽媽住在科羅拉多州，不想跟爸爸住南墨西哥州等問題，似欲導向 A.T. 可能是捏造，或是母親為取得監護權而唆使她。由於 A.T. 常停頓很久才回答，回答時聲音又很小，法官後來亦在案卷註記 A.T. 常動來動去，東張西望，無法專心，不時把手放在嘴巴，或用手緊摀著嘴巴，訊問之進行困難。

在 A.T. 作證後，法院准許檢察官所請，以 A.T. 先前在法庭外向數人提及遭受性虐待的法庭外陳述有證據能力，這部分成為日後聯邦最高法院之判決爭點，值得注意。

除了 A.T. 之外，本案尚有幾名證人，A.T. 之母 B 有一名朋友 Lisa Rocha，她證稱在距離 A.T. 所稱開始被猥褻約一年多之後，一九九〇年八月二十二日(A.T. 五歲二個月)，她曾照顧 A.T.，A.T. 與母親 B 共度夏天之後，一方面繼續向法院爭取主要監護權，一方面準備將 A.T. 送回給 Tome 照顧，在 B 擬將 A.T. 帶回新墨西哥州並參加聽證會的前一日，A.T. 突然對 Lisa 說「請別送我回爸爸那兒」Lisa 問為什麼？A.T. 答稱「我不喜歡」，Lisa 再問，A.T. 答稱「因為爸爸喝醉酒時會把我當他的太太」。依照 Lisa Rocha 的證詞，她並未將上開對話立即告訴 Padilla，而是等到 Padilla 從新墨西哥州回來後才將此事告訴她。八月二十六日，Padilla 詢問 A.T. 此事，但並無所獲。後來由 Lisa 再問 A.T.，依據 Lisa Rocha 的證詞，她說 A.T. 訴稱

註 61 115 S Ct 696(1995).

註 62 Richard D. Friedman, Prior Statements of a Witness: a nettlesome Corner of the Hearsay Thicket, 1995 Sup. Ct. Rev. 277 (1995).

註 63 A.T. 據此推算應是一九八五年六月出生。

註 64 美國各州法院原則上仍認定十歲至十二歲之兒童並不具備作證能力，但目前有研究發現，已摒棄傳統上兒童不能作證之推定，原則上認有作證能力。實務上法官多處處小心，惟恐兒童不能訴訟進行之情況，但鮮有完全拒絕兒童為證人之案例。彭南元，前揭文，頁四十一。

註 65 Richard D. Friedman, supra note 62, at 279.





M 對她做了討厭的事。並描述 M 如何抓住其手臂，脫去其衣服，壓在她身上，令她感到肚子很痛等。當她哭叫著媽媽時，M 還辱罵「你媽媽是個娼婦」。A.T. 還說她後來擦拭身體時，有擦到血。Padilla 知道這一段經過之後便向警報案。

另一名擔任兒童保護之社工人員 Kae Ecklebarger 則證稱在一九九〇年八月二十九日，Padilla 及 Lisa Rocha 報案稱有此事後，她便對 A.T. 做了一次面談。Kae Ecklebarger 首先問 A.T. 知不知道她為何會在此，A.T. 說她知道，是因為 ” Matthew ” 對她做過的事。還詳細描述她所記得某次 M 性侵害她的細節，並多次提到，她用衛生紙擦身體有看到血，還拿給祖母及姑姑看；並說那一陣子，M 隔一天就性侵害她一次。

Kae Ecklebarger 將本案轉給小兒科醫師 Karen Kuper，Karen Kuper 在 Padilla 在場的情況下問 A.T. 是否有人以讓她覺得疼痛或感到害怕的方式碰過她身體，A.T. 答稱只有我爸爸。同年九月二十一日第二名小兒科醫師 Laura Reich 於一九九〇年九月面談 A.T. (五歲) 有無人碰觸過她的私處，A.T. 說 M 有過。一九九一年九月二日第三位小兒科醫師 Jean Spiegel 在檢察官訊問時證稱 A.T. 性侵之情況。三名醫師的證詞都是自證據顯示 A.T. 有被性侵害之事實，其中 Laura Reich 更指出 A.T. 的處女膜係因被性侵害而破裂。

對於檢察官的指控，被告矢口否認犯罪，他的母親及妹妹均稱 A.T. 未曾出示過沾有下體出血之衛生紙，另有許多人證稱被告之性格及個性很好等。為證明未曾性侵害 A.T.，被告並曾找人為其測謊，結果為通過測謊，M 聲請以其測謊結果為證據，經法官駁回其聲請。陪審團判決被告有罪，法院處以十二年有期徒刑。

被告提出上訴，上訴巡迴法院駁回被告上

訴。法院認本案 Lisa Rocha 及三位小兒科醫師 Kae Ecklebarger、Karen Kuper、Jean Spiegel 所證 A.T. 之所有法庭外陳述均有證據能力，此符合美國聯邦證據法第 801 條(d)(1)(B)之規定，且雖然 A.T. 對部分問題未回答，但她已接受反詰問，另外 Tome 亦辯稱 A.T 係為了想跟媽媽住而捏造事實。

(二) 美國聯邦證據法第 801 條 (d) (1) (B) 之規定

1 中文譯文與原條文

按美國聯邦證據法第 801 條(d) 傳聞之定義中定義「非傳聞」之陳述。

第 801 條定義(d) 非傳聞之陳述(1) 證人先前之陳述：

「陳述人於審判中或調查中作證，且就先前之陳述接受反詰問，而該陳述係(A).....，或(B)與陳述人(在審判中或調查中作證)之證言一致，且提出該陳述係用以反駁對陳述人明示或默示之指控，指控內容係陳述人之證言係因是最近事由而捏造或受不當之影響或別具動機，或(C).....」

Rule 801 Definitions

The following definitions apply under this article:

(d) Statements which are not hearsay

A statement is not hearsay if –

(1) Prior statement by witness—The declarant testifies at the trial or hearing and is subject to cross-examination concerning the statement, and the statement is (B) consistent with the declarant's testimony and is offered to rebut an express or implied charge against the declarant of recent fabrication or improper influence or motive.....

2 美國聯邦最高法院之見解

按一般言之，證人之先前陳述，如是法庭外之陳述，無論是依普通法或一九七五年之聯邦證據法均屬於「傳聞」，但提出該先前陳述之目的係為證明陳述人主張之事實為真，且陳述人後來成為法院之證人，則該證人之三種先前陳述不被認為是傳聞，其中的一種就是規定在聯邦證據法第 801 條(d)項(1)款(B)目。如陳述人曾在法庭外陳述，後來成為證人並在法庭做證，該先前陳述之內容與證人在審判中之證言相符，提出該先前陳述可反駁對手所為證人之證言係最近才捏造，或係受不當之影響，或有不當之動機等彈劾其證言之指控，該先前陳述即非屬傳聞。

但本案被告 Tome 不服，主張第 801 條(d) (1) (B) 之規定僅在陳述人具有虛構之動機「前」所為之法庭外陳述始有適用，方可承認其證據能力，故本件 A.T. 告訴 Lisa 等人的話既是在希望與母親同住之動機發生「後」，應無第 801 條(d) (1) (B) 之適用，故應排除其證據能力(註 66)。本案主要的爭議係證人自己先前之法庭外陳述，即 A.T. 之前告訴 Lisa Rocha、社工人員及醫師之陳述，是否有證據能力之問題。當時有一些巡迴上訴法院係認被第 801 條(d) (1) (B) 定義為非傳聞之先前陳述，須具備「動機前」(pre motive)陳述之要件，但二審法院不採。

聯邦最高法院受理本案，惟僅就聯邦證據法第 801 條(d) (1) (B) 是否限於陳述人在具備虛構動機前之陳述方有適用(即認定為非傳聞)之法律爭議審酌(註 67)。最後以五票對四票，通過認有此限制，而將原判決撤銷，發回下級審

更審。

多數意見之大法官認為本條之規定須證人先前所為之陳述與證人之證言一致，足以反駁他人有關證人之證言係出於最近才虛構或係受不當之影響及動機所為之指摘，且只有在所稱之虛構或係受不當之影響及動機形成「之前」所為方屬之，此乃早在普通法時代即採取之見解。依據最高法院之見解，一九七五年制訂之聯邦證據法對於要求動機前(pre motive)之陳述並無改變，僅是就可承認證據能力之證據更擴大其目的而已(註 68)。

無論依據普通法或聯邦證據法，一般而言，證人先前陳述，像法庭外陳述，如用以證明所主張之事實為真實，屬於傳聞。但聯邦證據法第 801 條(d) (1) 自傳聞的定義中排除了證人成為證人前，其三種先前陳述之情形，認非屬傳聞。其中一種情形規定在第 801 條(d) (1) (B)，係指審判中之證人其成為證人前之先前陳述，與其成為證人後之證言一致，該陳述足以反駁證言係出於虛構、不當影響或基於不當動機之指摘，該先前陳述即非屬傳聞，聯邦最高法院多數決法官認本條僅是將「陳述須在動機前所為」之要求落實在證據之利用。

但反對意見之大法官 Breyer 認為「具動機後所為之陳述」仍應認其有證據能力。並強調重點不在陳述係在具捏造動機之前或之後所為，而在於該證人審判外之先前陳述是否具備足夠的證明價值(probative value)足以承認其證據能力，以反駁對手所稱證人之證言是最近才虛構的指摘(註 69)。

美國聯邦最高法院在 Tome v. U.S. 案係就

註 66 在前述台灣高等法院之判決中，被告辯稱 A 指控的動機是因在碧湖公園被媽媽責備，但法院卻未就此探討。

註 67 此處不免令人懷疑的是如果幼童沒有受侵害之經驗，能講出被性侵害或猥褻的經過嗎？但此非聯邦最高法院審理之爭點。

註 68 Richard D. Friedman, supra note 62, at 284., 115 S Ct at 706.

註 69 115 S Ct at 707-710.





聯邦證據法第 801 條 (d) (1) (b) 所做的法律解釋，固有其緣自普通法時代之法制沿革，但聯邦最高法院完全排除上述動機發生前之陳述似過於嚴苛，本文贊同大法官 Breyer 之見解，認不應以陳述係在具動機後所為即排除其證據能力，重點應在於該證人審判外之先前陳述是否具備足夠的證明價值足以承認其證據能力，以反駁對手所稱證人之證言是最近才虛構的指摘。此外，當證人之法庭外陳述因傳聞例外而被認為具有證據能力，但其經主詰問之證言卻未能確定所有先前陳述之實質內容，實際上也限制了被告能反詰問證人之機會。

除上述第 801 條 (d) (1) (b) 之外，如能證明 A.T. 難以作證的原因係因對 Tome 加諸於她之暴行而感到害怕，亦可依美國聯邦證據法第 804 條 (b) 「傳聞法則之例外」其中之 (6) 規定「因不法之行為而喪失主張傳聞法則之權」(Forfeiture by wrongdoing) 之規定，主張 Tome 的對質詰問權應被剝奪。

伍 結論

在美國，兒童性虐待成為嚴重的社會問題，兒童遭性虐待之案件數也一直居高不下，以一九九八年為例，美國政府官方之統計資料

(註 70) 指出，當年的兒童性虐待案件為 103845 件(註 71)，看似不多，但據研究指出，推估未經發覺的兒童遭性虐待案件應高達實際發生件數之百分之九十至九十五(註 72)，亦即，經發現或經處理之 103845 件兒童性虐待案其實僅僅是實際發生件數之百分之五至百分之十而已。且此類案件因具秘密特質，亦提高兒童遭性虐待之容易性與普遍性，我們由許多電影以成年婦女痛苦追憶童年慘遭近親或友人性侵害之故事為主題即可瞭解。為保護兒童並追訴犯罪，美國法律學者致力於兒童性侵害犯罪相關法律問題之研究者眾，立法機關及法院亦多主張此類案件在刑事證據法上及審理程序應有其特殊規定，提議修改證據法規定，以降低追訴犯罪之困難(註 73)。

反觀我國，姑不論未被發現之犯罪黑數，現有數據可稽者，依內政部家庭暴力及性侵害防治委員會之統計資料，近年來國內十二歲以下兒童遭性侵害人數，已呈遞增之趨勢(註 74)，且其情狀有極為嚴重者(註 75)。惟我國目前對於此類犯罪及妨害性自主犯罪之審理，法制上較注意改進訊問使用之輔助工具、訊問方式及訊問環境、調查人員專業及訊問態度之加強等調查技術面問題(註 76)。對於其在證據法上，尤其

註 70 The U.S. Department of Health and Human Service.

註 71 Nat'. Clearinghouse on Child Abuse & Neglect Information, Child Abuse and Neglect National Statistics, at <http://www.calib.com/nccanch/pubs/factsheets/canstats.htm> (Apr.2000) 引自 State v. Hinnant: Andrea D. Blohm, at 1089.

註 72 Ctr. Against Sexual Abuse, Sexual Assault Statistics, at <http://www.syspac.com/~casa/stats.htm>. 引自 Andrea D. Blohm, id.

註 73 Josephine Bulkley, Evidentiary and Procedural Trends in State Legislation and Other Emerging Legal Issues in Child Sexual Abuse Cases, 89 Dick.L.Rev. 645-646(1985). 引自 Andread D. Blohm, supra note 31, at 1089.

註 74 八十七年至九十二年政府統計數字分別為二二三、二八三、三五〇、三八三、三七三、三六一；九十三年一至六月為一八一，該委員會之數據係來自刑事警察局。

註 75 如媒體批露，一對各自己婚、長期同住之兄弟，竟然交叉性侵害五名子女，大哥的女兒就讀國一、兒子為小六；弟弟育有三女，分別為小六、小五、小三。兄弟二人均矢口否認，但五名子女均指控一致，其中該國一女生還曾懷孕，案發後五名子女均獲安置。中國時報，九十三年六月三日。

註 76 依性侵害犯罪防治法第十五條之規定，偵查、審判中對智障被害人或十六歲以下性侵害被害人之訊

是傳聞法則例外規定應如何研訂以配合兒童被性侵害案件之特殊性，較乏討論^(註 77)。然而，國內兒童遭受性侵害之案件，幾乎每間隔數日即見諸報端，對於最應受到關愛及保護之國家幼苗，當其遭受性侵害時，目前證據法規定對其訴訟上利益之保護顯然過於欠缺。以下數點意見在修法或審理此類案件時，或足供參考：

一、犯罪被害人於甫遭犯罪侵害後，驚魂未定之際立即向人訴說之犯罪經過，一般認為尚無心力修飾或捏造，應具高度可信性，未來如再輔以更多之本土案例，可列為日後修訂傳聞證據法則例外規定之參考。

二、兒童供述最棘手之問題，莫過於幼齡兒童容易受到暗示之程度及其記憶力之強弱，其中又以兒童容易受到暗示之程度之問題較其記憶力強弱之問題更值關切。有關兒童記憶力強弱之問題，固然有研究指出，發現學齡前兒童與年齡較大者之記憶力並無區別，此項記憶力並不因為事過幾年而衰退，年齡較小者兒童對於所經歷事情之報告，也可達至相當之正確^(註 78)，但在三、四歲稚齡幼童遭遇性侵害之案件，受害兒童於案發不久尚能陳述甫發生之被性侵害之情形，但如果隨著案件審理費時，拖延較久，審理時經過一、二年，兒童再至法庭接受訊問時，如果發生兒童回答的態度已無法完全確定其先前陳述之事實為真實，對於事實

之發現更加困難，此益加彰顯兒童證言取得時間與其可信度之問題均有待於更多之研究。

此外，幼齡兒童心智尚未成熟，有時非靠訪談者以具體問題做誘導式之發問，不足以激發其對事件之記憶，進而吐露受害之經過。研究並指出，許多受過性侵害或虐待之兒童，因為害怕報復或感覺羞恥，多遲疑吐露被害之事實，如果完全不採用誘導之訊問方式，可能難以取得有效證言，因此如何節制使用誘導之訊問方式，並減少訪談次數，正確記錄訪談之過程，儘可能以錄影方式進行，俱是專業人員應特別注意遵守者^(註 79)。而兒童心理學專家是針對特定兒童是否受到性侵害提供鑑定意見，法官得要求專家們對受害人在法庭上所為前後不一致供述，甚至矛盾之證言，提出專業之解釋。故法官似不宜僅以兒童前後為不一致供述，即逕為認定犯罪事實不成立。

為因應兒童心理學家之陳述具暗示性(suggestible)之爭議^(註 80)，包括美國北卡羅來納州之許多州法院即認為，既然承認醫療人員證明受治療人陳述之證詞有證據能力，係因假設人們對施予醫療照顧的人陳述時會據實以告，不隱瞞；但實際上許多遭性虐待之幼童接受醫療時並沒有就醫之認識，既是缺乏就醫意識下所為之陳述，便應限制此種因醫療或診斷行為而成為傳聞例外之適用^(註 81)。因此有些州

問或詰問，得依聲請或職權在法庭外為之，或採雙向電視系統將被害人與被告、被告律師或法官隔離(第一項)。前項被害人之陳訴得為證據(第二項)。

註 77 其實不只是性侵害案件，各種犯罪兒童都可能是被害人，國內學者對於有關兒童證言之案件著述甚少，可參考蔡墩銘，刑事證據法，頁七十七至八十二，八十六年十二月初版一刷，五南；彭南元，兒童性侵害案件中兒童證人及專家鑑定之研究—對最高法院八十八年度台上字第三七七四號判決之評析，頁三十八以下，律師雜誌，八十九年十月。

註 78 彭南元，前揭文，頁四十二。該文尚指出，依美國相關研究，發現兒童在年僅三歲時，雖已學習扭曲事實，但截至目前為止，尚乏確信以證明兒童較成年人容易或不容易說謊。

註 79 此部分參考彭南元，前揭文。

註 80 Ann M. Haralambie, *Child Sexual Abuse in Civil Cases: A guide to Custody and Tort Actions* at 308(1999). Andrea D. Blohm, *supra* note 31, 1091.

註 81 Andrea D. Blohm, *id.* at 1092.





便訂立二項標準以審核，第一項標準是審核接受診療之目的為何。法院必須分析陳述人之意圖有無得到醫療或診斷之意思；第二項標準是審核有無合理適切之醫療或診斷。法院必須評估信賴該陳述之合理性，利用這二項標準之審核，以確保被承認有證據能力之傳聞陳述確具可信性(註 82)，足供審理類似案件之參考。

三、上述台灣高等法院判決突顯國內法院實務對鑑定意見之判斷，容有改進之空間，例如判決中判斷攸關兒童證言是否可信之鑑定意見之基礎，固然提及一本著作，並敘及二位鑑定人之見解，惟並未提及如何取捨那一位鑑定人之鑑定意見較為可信，更未說明判斷之標準，所引「兒童認知及幼兒心理學」一書亦未敘及著者為何人，具何種專業背景，尤其該書所陳之見解，既僅是一項一般之意見，即遽採為判決依據，實有欠周延。

對於如何認定一項專門知識之專家證言是否具證據容許性，該知識是否具備在科學上有效性 (scientific validity)，美國聯邦最高法院在 Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals 案認為聯邦法官對於專家證據是否符合在科學上有效 (scientific validity) 之原則，應訊問查明下述事項(註 83)，可供參考：

(1) 該理論或技術應能接受實證檢驗 (empirical test)，故應檢視其應用的方法或技術能否或已否被試驗？

(2) 該理論或技術曾否為同業檢視或於專業期刊發表 (peer review and publication)

(3) 在特別的科學技術，法院亦應考慮已知或潛在的錯誤的比率 (the known or potential rate of error) 及有無建立客觀的應用或技術操作標準 (existence and maintenance of standards controlling the techniques operation)。

(4) 在該專業領域被普遍接受原則亦應為瞭解之重點。

在 Daubert 案，法院認為聯邦證據法第七〇二條(註 84)之「科學知識」是指依科學方法產生的推論 (inference) 或主張 (assertion)，其有效性須已獲得適當之證實，該專家證言應能幫助事實之裁判者確認該證言與該案有(重要)關連性 (relevance)，或與問題爭點之間具有有效之科學關連性 (valid scientific connection)，法院更明白的排除技術或其他特別知識之適用(註 85)，使依據「特別知識」實施之鑑定不適用 Daubert 原則。惟迄一九九九年，美國聯邦最高法院在 Kumho Tire Co., Ltd. v. Carmichael(註 86)一案，將 Daubert 案之上述原則，擴大適用於其他科技知識，即使鑑定人非科學家而為工程師或技術人員亦應有適用。聯邦最高法院認為聯邦證據規則所規定，要求專家証言除需具備可信賴性外，並應與待證事項有關連性之原則，應適用於所有鑑定證據，而非只限於科學證據，法官就此有把關之義務。

註 82 Id. at 1093.

註 83 509 U.S. 578, at 598(1993). 可參考拙著，科學鑑定與刑事偵查，頁十九以下，二〇〇四年一月初版，瀚蘆。

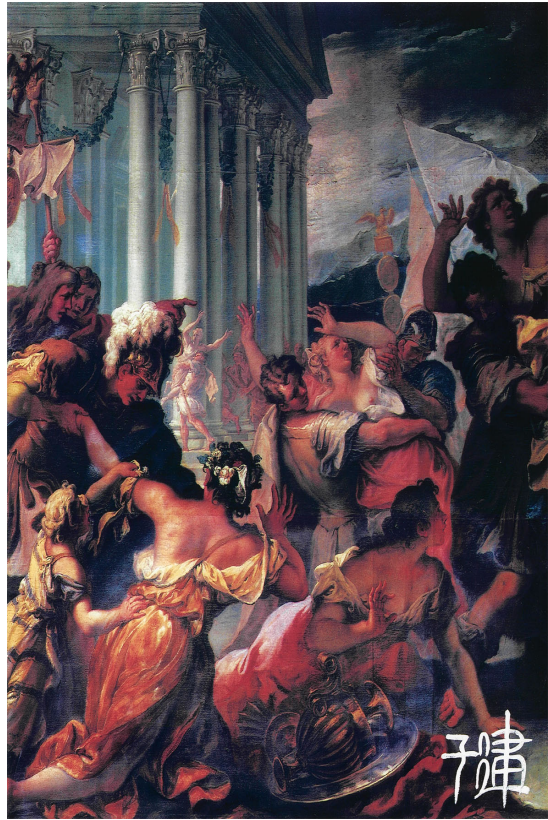
註 84 其內容為「如果科學知識、技術知識，或其他特別知識能使事實裁判者瞭解證據或認定事實，則因具備知識、技巧、經驗、訓練或教育而成為證人之專家(即鑑定人)便能提出意見或以其他方式做證」(“if scientific, technical, or other specialized knowledge will assist the trier of fact to understand the evidence or to determine a fact in issue, a witness qualified as an expert by knowledge, skill, experience, training, or education may testify thereto in the form of an opinion or otherwise”)。

註 85 Daubert, 509 U.S.590.n.8.

註 86 526 U.S.137,1999. 拙著，頁十九至三十一。

綜上所述，英美法乃經過長期判例之發展，形成龐大之傳聞例外規定，此種傳聞規定如過度擴張，固可能對被告對質詰問權造成侵害，且各種例外亦多是經驗之累積，並非全然嚴謹無瑕，實際上亦遭受各種批評，惟其實務尚有依循之依據。但我國由於立法疏漏及實務上對傳聞法則運作之陌生，對於傳聞法則之例外，規定過於簡略，而例外規定之內容又甚為狹隘，復偏重於優越司法人員，加上亦無授權法院依證據之可信性擔保、使用該證據證明之必要性等斟酌之概括例外規定，可能導致許多具可信性又對證明事實有相當程度必要之證據無法在審判期日提出，造成發現真實、追訴犯罪之妨礙，而此種窘境在兒童遭受性侵害之案件最為明顯。故就實務之運作及被害兒童之保護，確有修法之必要。惟未修法前，以兒童性侵害案件為例，除了倚賴兒童證言及稀少之物證，惟有借重兒童心理學家實施鑑定(註 87)。我國向來不似歐美國家之重視證言可信度鑑定，心理學者之分析固非事實證據，實務上亦不乏有指摘專家心理分析謬誤之實例(註 88)，但如能慎選兒童心理專業專家，則專家鑑定應仍是法院審理兒童性侵害案件不可或缺之方法。♥

(本文作者為國立台灣大學法律學研究所法學博士)



里齊作品「劫持薩比內林」創作於 1696 年，作品中無助的婦女及幼童顯現出其不平等的社會地位。王子建臨摹於 1998 年。

註 87 有建議「在解釋上，得否透過第一五九條之三所定之可信性、必要性及不可或缺性三個要件，或第一五九條之四特信文書之嚴格要件類推適用，而例外的容許其證據能力」惟亦認為如此，「不免引發爭議」，陳運財，前揭文，頁一〇三。

註 88 依九十三年六月十四日中國時報 A11 版，二〇〇〇年，在法國北部加萊省吳投城，當時八歲之兒童悌米提在學校說出他的父母親要他們家的小孩看色情影片然後模仿，由於有四個小孩說辭一致，悌米提舉發四十人參與性侵害行為，二名心理學家鑑定其說詞的可信度。他的母親戴蕾成為主要被告，左鄰右舍也被指參與性侵害之犯行。檢察官後來對十七人提起告訴。審判中，戴蕾承認她與先生與一對鄰居共同對他們兩家六名小孩進行性侵害，復聲稱另外十三人係因為小孩說謊指控在先，其偽證在後，而受到連累。媒體批評心理學者、檢察官專業品質及預審法官預審不完備。但另一與此相反之案件則是轟動比利時之性侵害女童之戀童癖案件，罪嫌迪特魯被指控綁架、性侵害六名八歲到十九歲少女，並謀殺其中四人，八年後迪特魯才被送上法庭，漫長的拖延導致民眾指責是想保護其他更有權勢的戀童癖者，比利時社會因而舉行大規模的示威遊行。