域外證言與被告詰問權之保障
－以兩岸司法互助遠距視訊為例*（上）

文／吳燦

壹 前言

犯罪事實之認定，應憑證據，而在域外或跨域犯罪中，可能有諸多關鍵性證據位於其他法域，囿於主權所支配領域之限制，自無由在刑事證據所在之他法域，進行相關證據之蒐集、調查、扣押或保全等有關法權之行使，而必須透過司法互助連結不同法域取得。基於共同打擊犯罪之現實需要，以及相關調查取證之司法互助已逐漸形成國際慣例，兩岸繼金門協議之後，在平等互惠原則下，於2009年4月26日在對岸的南京，由我方財團法人海峽交流基金會（下稱海基會）與陸方海峽兩岸關係協會，共同簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（下簡稱《兩岸司法互助協議》，陸方稱之為《南京協議》），開啟了兩岸在司法互助合作的新紀元。

在兩岸司法互助框架下，以大陸地區證人之取供為例，除涉及對該域外證人要如何取得證言（取證程序及準據法），所取得之證言，台灣法院可使用性如何（傳聞例外法則之適用），尚包括在審判中，如何依內國法擔保其證言之真實性（被告詰問權之保障）等項，均屬環繞在司法互助下刑事訴訟審理的核心問題。限於篇幅，本文僅先就域外證言如何與被告詰問權之保障作連結，略述淺見，以就教高明。

貳 大陸公安筆錄證據能力之實務見解

最高法院對於大陸地區證人公安筆錄之證據能力，約略有下列二種見解：（一）類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3[1]：此說認為，被告以外之人於台灣地區司法警察、司法警察官調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法調查機關針對具體個案之調查作為，不具例行性之要件，亦難期待有高度之信用性，應非屬刑事訴訟法第159條之4第1款規定之特信性文書。司法警察、司法警察官調查犯罪之被告以外之人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應適用同法第159條之2、第159之3所定傳聞例外之要件為判斷。被告以外之人於大陸地區公安機關調查時所為之陳述經載明於筆錄或書面紀錄，同屬傳聞證據，解釋上亦應類推適用第159條之2、第159條之3等規定，審認是否合乎各該例外容許之要件，據以決定得否承認其證據能力。（二）適用刑事訴訟法第159條之4第3款[2]：此說認為，大陸地區公安機關所製作之證人筆錄，為被告以外之人於審判外所為之書面陳述，屬傳聞證據，該公安機關非屬我國偵查輔助機關，其所製作之證人筆錄，不能直接適用刑事訴訟法第159條之2或同條之3之規定，而同法第159條之4第1款之公務員，僅限於本國之公務員，且證人筆錄係針對特定案件製作，亦非屬同條第2款之業務文書，但如於可信之特別情況下所製作，自得逕依本條第3款之規定，判斷其證據能力之有無。至於該款所稱之「可信之特別情況下所製作」，自可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷。

就證據調查而言，大陸地區證人之公安筆錄類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3，係依「人的證據方法」調查證據，法院首應傳喚該證人到庭具結陳述，並接受被告之詰問；必也證人有於審判中無法到庭或雖到庭而無法陳述或拒絕陳述之情形，始有刑事訴訟法第159條之3規定之適用。倘逕行適用刑事訴訟法第159條之4第3款，則係直接以朗讀筆錄的書證調查方式替代原始的人證證據方法，就被告詰問權之保障而言，人證顯然優於書證[3]，後者（刑事訴訟法第159條之4第3款）甚至不問證人能否到庭，均依書證方式調查證據，無異不當剝奪被告之詰問權。基於兩岸司法互助所取得之大陸公安筆錄，本文認為，在被告詰問權應受保障之前提下，以類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3警詢筆錄[4]之規定定其證據能力為宜。

參 刑事被告之詰問權

詰問權乃被告與證人直接面對面進行詰問之權利，係被告行使防禦之重要而基本的訴訟權益，以美、日為例，均直接形諸於憲法明文保障（美國憲法增補條款第6條、日本憲法第37條第2項）。已具內國法效力之公民與政治權利國際公約第14條第3項第5款規定：「審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受《得親自或間接詰問他造證人》最低限度之保障」，足見刑事被告詰問其不利證人之權利，乃具普世價值之基本人權。此一權利在我國憲法上，雖未有如美、日之直接明文規定，然依司法院釋字第384號、第582號解釋，此一權利不但為憲法第16條之訴訟基本權所保障，且屬第8條第1項對人民身體自由所保障之正當法律程序之一種權利，在位階上已屬於被告憲法上之權利，非立法者得任意剝奪。

為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，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。在法位階上，刑事訴訟法第166條至第171條針對交互詰問及其過程中聲明異議之處理等事項之詳細規定，即係有關人證之法定調查方式的具體實踐，目的在使對立之一方有對他造所提人證，有充分詰問之機會，藉以究明事實之真相。詰問乃人證合法調查證據程序之一環，檢察官提出證人於偵查中經具結之陳述為證據，除被告已捨棄詰問者外，如未據被告於審判中反對詰問，係屬未經完足（合法）調查之證據，並非無證據能力。是以，傳聞例外法則係屬證據法則上有關證據能力之規範，惟此種證據須於法院審判中經踐行含詰問程序在內之合法調查程序，始得作為判斷之依據。

肆 傳聞例外法則與被告詰問權之衝突處理

證人除有依法不得令具結之情形，原則上非於審判中到庭具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述不得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。刑事訴訟法第159條修正引進傳聞法則之目的，依立法說明約略有三：其一、乃基於程序權之保障，即為維護被告之反對詰問權；其二、為求實體真實之發見，排除類型上具有虛偽風險之傳聞證據，以免造成事實認定錯誤；其三、基於原理及訴訟構造上之理由，認為傳聞法則較符合當事人進行原則之訴訟模式，有助於強化交互詰問制度[5]。惟不承認傳聞證據具有證據能力之傳聞法則，如不問情況如何，舉凡傳聞證據均予以排除，不僅有事實上之困難，且有礙於國家刑罰權之實現。因是在英美法，乃基於實際上考慮，透過判例累積而承認有某些傳聞法則之例外。此傳聞例外法則，一般所公認之通說，必須符合兩個要件：其一為「信用性（可信性）之情況保障」要件；其二為「使用證據之必要性」要件。其於具備此二要件時，即使是傳聞亦仍可以之為證據。

有關傳聞例外法則之適用是否侵害及被告之反對詰問權，美國聯邦最高法院自1980年之*Ohio v.Roberts*案以降，均認為證人審判外陳述，若符合傳聞法則根深蒂固的例外，即令被告未能對證人詰問，而且證人亦無「未能作證」之情形，只要該陳述具備可信性之情況保證，使用該審判外陳述，並不違反憲法保障被告詰問權之意旨[6]。亦即，檢驗陳述之真正與否，反對詰問權並非唯一之選項，只要審判外之陳述具有可信性之擔保，即可取代反對詰問權之功能。美國實務多年來用以合理化傳聞例外依據之上開見解，聯邦最高法院於2004年之*Crawford v. Washington*案[7]，則限縮取代被告詰問權之傳聞例外的範圍。聯邦最高法院認為，以符合傳聞例外之陳述為證據，是否會違反被告之詰問權，關鍵在於該陳述在類型上是否為具「供述式」性質之陳述。如審判外之陳述為「非供述式」性質，例如商業紀錄等，以該陳述為證據，即不違反被告之詰問權，仍保留彈性由各州自行發展證據法則。反之，如傳聞為具「供述式」性質之陳述，例如證人預審中之陳述、大陪審團中之陳述、其他審判中之陳述、警詢中之陳述等，均為憲法詰問權所欲防制之對象，則決定證言可信度之唯一方法為透過交互詰問。否則，必也於滿足（一）證人有「未能作證」之情形，（二）被告先前有得詰問之機會等二要件，始不違背憲法詰問權之要求。在此一判決中更特別指出，詰問權之最終目標，在確保證據可信性之程序擔保，而不在於證據可信性之實質擔保，因此，須以交互詰問此一機制之行使檢視其可信性者，僅限於係供日後審判定罪使用之證詞，始受詰問條款之拘束。

按之刑事訴訟法第159條之1至第159條之5關於傳聞例外法則之規定，無不與該被告以外之人之陳述是否可信有關，且各條分別設有相關之審查要件，以確保該審判外之陳述可信。我國引進傳聞法則的目的之一，係基於程序權之保障，即為維護被告之反對詰問權。2004年司法院釋字第582號解釋，除了再次確認被告詰問權之重要性外，更將甫立法未久之傳聞例外法則的正當性判斷，從傳統之實質是否可信轉化為正當程序的要求

（文轉三版）

註釋

* 本文係依2016年第71屆司法節學術研討會，《兩岸司法互助調查取證的證據效力問題》與談資料撰述；感謝報告人李傑清教授及主持人法務部林輝煌政務次長的指正。

1. 最高法院96年度台上字第5388號，97年度台上字第1021號，99年度台上字第5360號判決。
2. 最高法院100年度台上字第4813號判決。
3. 德國刑事訴訟法第250條規定：「事實之證明基於人之知覺時，對於此人應於審判時予以訊問。不得以過去之訊問筆錄或書面聲明之朗讀以代訊問。」
4. 大陸刑事訴訟法第18條第1項規定，除法律另有規定外，刑事案件的偵查由公安機關進行，即使兩岸「警察」在地位與功能上未必相當，究仍與司法警察機關相仿。
5. 陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌，第97期，2003年6月，第86頁。
6. Ohio v. Roberts, 448 U.S.56（1980）。王兆鵬、張明偉、李榮耕，刑事訴訟法（下），承法，2013年9月，第256頁。
7. Crawford v.Washington,541 U.S. 36（2004）。關於本案之中文資料，參閱王兆鵬、張明偉、李榮耕，同前註6，第257頁。李佳玟，鑑定報告與傳聞例外，政大法學評論，第101期，2008年2月，第228-232頁。林輝煌，對質詰問權與傳聞法則—比較法之探討（上），法令月刊，第58卷，第4期，2007年4月，第4-33頁。張明偉，英美傳聞法則與對質條款的歷史考察，月旦法學雜誌，第131期，2006年4月，第93-118頁。吳巡龍，境外取證之證

法源法 www.lawba 委任律師、裁判金額、歷審裁判 服務 TEL:02-2 JUDICIAL 司法 訂閱 辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

已否被滿足，可謂與 *Crawford* 案頗有異曲同工之妙。在582號解釋理由書，除重申為確保被告對證人之詰問權，證人（含其他具證人適格之人）於審判中，應依人證之法定程序，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外，更指出「至於被告以外之人（含證人、共同被告等）於審判外之陳述，依法律特別規定得作為證據者（刑事訴訟法第159條第1項參照），除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應依法踐行詰問程序。」明確揭示即使法律有特別規定該陳述得作為證據（例如刑事訴訟法第159條之1），原則上於審判中仍必須傳喚該陳述人到庭踐行詰問程序，始完備被告憲法上之權利；只有在例外存有「客觀上不能」詰問該陳述人之情形，始無須進行人證調查之詰問，而得以書證方式調查證據。應予區辨者是，在證人有不能接受被告詰問之情形，*Crawford* 案尚必須具備被告先前有得詰問之機會此一要件，但釋字582號解釋並無此要求。

刑事案件中，任何人於他人案件，除法律另有規定外，皆有為證人之義務，證人應履行到場義務、具結義務、受訊問與對質、詰問之義務以及據實陳述之義務（司法院釋字第636號解釋理由書）。在全球化之趨勢下，犯罪也趨於無國界，域外證人如何在審判中接受被告之詰問，便是難題。最佳的保障方式是，域外證人親赴請求方作證，不惟得以徹底地實現維護被告之反對詰問權，並且符合嚴格刑事調查程序中之直接審理原則。但此一模式，除非該域外證人同意，或刑事司法互助協議訂有自願作證原則之規範，例如，《駐美國台北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定》第12條第1項規定，請求方請求協助國境內之證人至請求方作證時，受請求方應要求該證人至請求方應訊；請求方應表明其願支付費用之額度；受請求方應立即通知該證人之回應。否則，適用於內國案件之證人強制作證義務原則，即無法強制域外證人親至請求方作證。況即便訂有自願作證原則，受請求方在有正當事由之情況下，亦得拒絕之。例如，在黃廣潔跨國販毒一案[8]，美國即以我國未能作出第12條第2項規定之保證義務、證人不願或不宜遠赴我國作證或美國基於證人人身安全之考量，而否決我國請求位於其境內之證人至我國作證。

在傳統之域外取證模式中，欲請求域外證人親赴我國作證，恐是困難重重，即便尚有囑託外國法院訊問域外證人以取得其證言，並於作成筆錄後轉交給請求方，但此一方式，本諸言詞審理之人證優先於書面證據原則，實質上仍與憲法對於被告詰問權之保障有所違反。為解決域外證人不願、不宜或不能親赴請求方作證之窘境，以及落實被告反對詰問權應受保障之前提下，跨域遠距視訊訊問之運用，則可以讓證人不論身處世界任何角落皆得以藉此於審判中呈現，並賦予被告詰問之機會，而滿足被告憲法上權利之要求。

伍 跨域遠距視訊之法律規範

跨域遠距視訊訊問係指，在跨域刑事司法互助進行中，請求方依相關之國際公約、雙邊條約或協定，並經受請求方之同意，在雙方之司法機構架設遠距視訊設備後，請求受請求方境內相關案件之人員，如證人或鑑定人等，在請求方開庭審理該相關案件時透過遠距視訊設備作證，並接受請求方法院之訊問及辯方之質問等之刑事調查方式[9]。視訊訊問囿於技術本質使然，欠缺面對面（face to face）之接觸，因而衍生交互詰問是否必須在法庭內面對面以全方位方式進行，始與被告憲法上之詰問權利無違。美國聯邦最高法院在1990年*Maryland v.Craig*案[10]，多數見解認為，被告面對證人之權利並非被告詰問權必不可缺之要素，當有重要的公共政策更須要被保護時，基於利益權衡，被告面對證人之權利即得以退讓。例如，本案係為避免遭受性侵害之6歲幼童在精神受創下導致作證困難，法院審判時改採電傳視訊方式，尚非違憲。美國聯邦巡迴上訴法院在*In Harrell v. Florida*案中[11]即指出，祇要滿足詰問之三要素：（1）證人宣誓、（2）雙方交互詰問、（3）法院與證人都相互觀察到彼此之動靜，即應承認跨國遠距視訊下之詰問程序之效力，等同於雙方同時位於同一法庭且面對面之正常情形。

跨域遠距視訊在國際間被普遍認為係司法互助用以處理跨域刑事案件的最佳模式，其運作之法律依據在於國際公約之規定或雙邊協議之簽訂。前者，例如聯合國打擊跨國組織犯罪公約第18條第18款及聯合國反腐敗公約第46條第18款均規定：當一締約國請求另一締約國境內得作為證人之特定人或鑑定人，必須接受該國司法機關之訊問時，該證人如不能或不宜至請求方境內作證時，受請求方得於符合內國之法律基本原則下，安排跨域遠距視訊之方式，讓請求方之司法機關訊問該證人，惟訊問時須有受請求方之相關司法人員在場。後者，例如2013年5月31日經立法院審議通過，並經我與菲方分別踐行通知之程序後，於2013年9月12日生效之《駐菲律賓臺北經濟文化辦事處與馬尼拉經濟文化辦事處間刑事司法互助協定》（下稱台菲刑事司法互助協定）第11條，即明定得藉由視訊訊問證人之規定。

跨域遠距視訊應如何運作，其具體程序與作業流程為何，涉及層面甚廣，自仍有待內國法加以補充規範，始能與國際規定接軌。英國於2003年之《刑事司法合作法》[12]，即明確規定得藉由遠距視訊訊問，以進行司法互助下調查取證之具體事項，且不論是簡易程序、起訴或審判程序，均有其適用，而且只要法院認為適當或有利於刑事訴訟程序之進行，即可採用，對於犯罪類型並無限制。司法院於「外國法院委託事件協助法」修正草案[13]，亦依目前國際間司法互助之現況，增訂遠距視訊訊問，以利與國際潮流接軌。我國法律明文規定得行跨域遠距視訊者，首推2009年1月23日公布之人口販運防制法第25條第2項規定：「人口販運被害人於境外時，得於我國駐外使領館或代表處內，利用聲音、影像傳真之科技設備為訊問、詰問。」而刑事訴訟法早於2002年2月8日新增訂第177條第2項至第4項，明文規定法院或檢察官得運用視訊設備訊問證人，並得以此一方式在審判中進行詰問程序。司法院2003年8月22日復依據刑事訴訟法第189條第5項規定訂定「刑事訴訟遠距訊問作業辦法」，作為遠距視訊訊問具體運作之依據。最高法院97年度台上字第2537號判決即認為，視訊法庭即屬於審判法庭之延伸，如利用遠距視訊踐行交互詰問，不能謂非當庭詰問；又利用遠距視訊踐行交互詰問時，行詰問人與受詰問人之語音、表情或態度均能透過電子設備完全呈現，與法庭審判現場無異，自難認足以影響反詰問權之正當行使。在「外國法院委託事件協助法」修正案完成立法前，即便司法院訂定之前揭作業辦法並未就跨域視訊有關之配套措施作規範，但就域外證人對被告不利之陳述同樣有完備被告憲法上權利必要之需求下，刑事訴訟法相關之視訊規定，仍非不得作為執行跨域遠距視訊訊問運作之依據。

有疑問的是，如果雙邊協議中未有明文採用遠距視訊之規定，例如，兩岸司法互助協議，並未有如台菲刑事司法互助協定第11條明定得藉由視訊訊問證人，則個案是否仍有進行遠距視訊訊問司法合作之可能？就此，司法院2012年2月17日院台廳刑一字第1010001255號函釋，認為遠距視訊乃司法權具體行使，擬於境外為之，應以法有明文或雙方訂有協議為前提，現行法及陸我雙方尚乏此項規定。故法院擬對大陸地區證人之訊問，仍應參照兩岸司法互助協議第3章第8條關於調查取證之規定，斟酌囑託受請求方法官意見為之。依該函釋，不僅以兩岸司法互助協議未訂有採用遠距視訊訊問之規定，而否准得對大陸地區證人進行遠距視訊，似乎也否認刑事訴訟法第177條第2項之規定得作為域外遠距視訊之準據。臺灣高等法院102年度上訴字第635號判決，即援引司法院上開函釋，以大陸地區為我國法權所不及之地，大陸地區人民姜○、趙○、郭○民、唐○雪於偵查中係以遠距視訊之方式訊問，被告及辯護人於原審復爭執前開證述證據能力，因認前開證人之證述，不得採為證據。但臺灣高等法院臺中分院103年度侵上訴字第182號判決，則肯認檢察官於偵查中以遠距視訊之方式，訊問大陸地區證人于○、于○之妹于○風、李○露等人所取得之證言為有證據能力。

跨域遠距視訊之採用，必須位於受請求方之證人，有不願、不宜或不能親自前往請求方出庭作證之情形，而且受請求方係在考量符合內國之法律基本原則下，基於平等互惠原則，始有同意使用此一模式之可能。因此，決定權操之於受請求方。即使雙邊協議中訂有採用遠距視訊訊問之明文，並非就表示受請求方即不得拒絕提供此項司法互助；反之，縱使兩國間並無採行視訊訊問進行司法互助之規定，針對個案經由雙方協商，亦非全無進行此項司法合作之可能性。依兩岸司法互助協議所規定合作事項執行之範圍與方式，均係以「己方規定」為依據。例如，「依己方規定」（第7、8、9、12、14條）、「不符合己方規定（第15條）」。「依己方規定」是執行請求之前置要件，不得因執行請求以致違背受請求方法律秩序。如果受請求方衡酌請求方之請求不符合己方規定，或者有執行請求將損害己方公共秩序、善良風俗等情形，可以不予協助，並向請求方說明。而依第8條調查取證之規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；……」、「受請求方在不違反己方規定前提下，應儘量依請求方要求之形式提供協助」以觀，並無排斥在遠距視訊取證方面之合作[14]。在現行法律規定下執行兩岸司法互助協議，任何可得適用之方式，不應該被禁止或自我設限，即使兩岸司法互助協議，並未有以視訊訊問證人之規定，但個案如獲受請求方之同意即足，仍可進行遠距視訊訊問司法合作。

（下期待續）

（作者為最高法院法官）

註釋

據能力，台灣法學雜誌，第282期，2015年10月28日，第179-180頁。

8. 臺灣高等法院91年度上更（二）字第905號判決。蔡佩芬，外國刑事暨附帶民事判決之承認與執行研究【兼論司法互助域外取證】，國立中正大學法律學研究所博士論文，2005年，第439-447頁。
9. 張曉鳴、鮑艷，跨國視頻音頻取證問題初探，收錄於黃風、趙林娜主編，國際刑事司法合作：研究與文獻，第72頁。引自許家瑋，刑事審判中跨國遠距視訊訊問所取得供述證據之證據能力，國立東華大學財經法律研究所碩士論文，2013年3月，第111頁。
10. Maryland v. Craig,496 U.S 836, 856（1990）
11. 709 So 2d<In Harrell v. Florida, 1364.>。引自許家瑋，同前註9，第168頁。
12. Criminal Justice Act 2003,Part8.。
13. 司法周刊，第1284期，2006年4月27日。另，司法院於2013年1月間成立「外國法院委託事件協助法研修委員會」，通盤檢討現行「外國法院委託事件協助法」之相關規定，以因應實務運作之需求，請參閱立法院第8屆第4期司法及法制委員會第5次全體委員會議，司法院立法計畫報告書，第9頁。
14. 李佳玟，境外或跨境刑事案件中的境外證人供述證據：最高法院近10年來相關判決之評釋，台大法學論叢，第43卷，第2期，2014年6月，第536頁。甄貞、梁景明，海峽兩岸遠程視訊取證合作機制芻議，法界天平，第1期，2014年11月，第12-14頁。

法律網
ank.com.tw
裁判書
全文內容、裁判案由、裁判主文
源資訊
事線
509-3536
WEEKLY
周刊
調出刊
訂閱
幣400元
訂閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊