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（下）

文／吳燦

（文接上期）

陸 跨域遠距視訊之司法實踐

我國法院在未有簽訂雙邊協議、但於個案上透過司法互助請求，獲得受請求方之同意而進行跨域遠距視訊訊問證人之情形，早已存在。臺灣臺南地方法院受理96年度易字第1200號侵占案件，即於2008年8月19日經由視訊方式訊問及詰問居住俄羅斯之證人Kirill A. Naumov。該判決並認為，本件審判期日係雙向同步視訊方式，經由通譯告以具結義務，命證人朗讀結文後具結，並回傳中俄文對照之結文附卷，證人已明瞭其身為證人之身分、具結義務及依我國法律偽證罪之處罰規定，足生具結效力，至於辯護人所指證人現居住於我國法權所不及之地，屬我國法律對其偽證罪之追訴處罰問題，非謂其證言無證據能力。

而在台菲刑事司法互助協定簽訂之前，臺灣高等法院受理96年度矚上更（一）字第1號性侵害案件，位於菲律賓之證人A女曾透過菲律賓律師具狀表明不願前來台灣出庭作證，該判決乃以本案係性侵害案件，若採遠距訊問，與保護被害人而不公開審理之旨有違；我國與菲律賓並無邦交，亦無簽署司法互助協定，就人別訊問、結文之傳送、應行訊問之處所，無法克服；行跨國視訊，縱能令告訴人A女轉換為證人具結，日後發現偽證，因其遠在菲律賓，亦為我國法權所不及，無法對之追訴處罰，無以擔保其證言真正等理由，駁回被告對A女遠距視訊訊問之聲請。嗣於99年度重矚上更（三）字第126號審理時[15]，則係個案透過外交部與菲律賓司法部請求以遠距視訊司法互助下，於2011年3月30日審判期日，由通譯及證人A女親至我駐菲律賓代表處與審判庭進行遠距視訊詰問。審判長依我國法律先告知證人得拒絕證言，及諭知證人具結義務與偽證處罰並命朗讀結文後令具結，結文（英文）則傳真至審判庭。

稽此二案件，均係我國在與受請求方別無簽訂雙邊協議情形下，所為個案上之司法互助成功之案例，並且係以刑事訴訟法第177條第2項之規定，作為採用跨域遠距視訊訊問證人之準據，臺灣高等法院99年度重矚上更（三）字第126號性侵害案件，更是依據「刑事訴訟遠距訊問作業辦法」第3條第1項規定，得於政府所在地之機關內進行視訊訊問。凡此，尤見事實審法院為突破困境以確保被告對於域外證人詰問權之努力。

跨域遠距視訊訊問之進行係依請求方法律運作，但受請求方享有異議權與否決權。因此，相關程序如何進行，必有賴雙方事前之充分協議，以取得彼此均能接受之方案，再由受請求方代向證人發出詢問通知書，如果證人是在押共犯，則由受請求方將之提解至進行視訊之場所，由請求方人員依其本國法訊問。此與請求方人員經受請求方之同意逕赴域外直接取證之情形無殊，所取得之證言適用請求方刑事訴訟法相關之規定。在我國審判中採用跨域遠距視訊踐行人證調查程序之實證中，有關拒絕證言權之告知程序，以及具結與偽證罪之處罰如何行使，此部分涉及雙方法律規定彼此差異如何調和。

以前述二件跨域遠距視訊成功之案例而言，關於拒絕證言權之告知以及具結程序，均踐行無礙，有爭議者在於，域外遠距視訊之偽證擔保問題。如果域外證人虛偽陳述觸犯偽證罪，對於請求方會產生處罰偽證罪域外犯的問題。此在國際法上，請求方與受請求方均有權依照本地的法律追究其刑事責任。亦即，域外證人所為係該當於請求方規定之偽證罪，但當受請求方依據《本國人不引渡原則》拒絕引渡時，受請求方即應以該行為該當於該國偽證罪（例如大陸刑法第305條偽證罪），而由受請求方追訴、處罰之[16]。

至於日本方面，依東京大學大澤裕教授在司法院舉辦之「刑事境外取證適法性分析研討會」則說明，日本刑事訴訟法並無得在境外行遠距視訊訊問證人之規定，因此適用上尚有困難。又日本雖然有簽署聯合國反貪腐公約、聯合國打擊跨國組織犯罪公約，但此兩個公約目前均尚未經日本批准。依目前日本學說與實務見解，日本與外國締結之刑事司法互助協定僅拘束國家機關，並未賦予被告權利，因此被告如果請求受訴法院與外國進行遠距視訊訊問在外國之證人，經法院駁回者，尚不得以此據為上訴之理由[17]。

日本於平成12年（西元2000年）5月19日公布犯罪被害人保護關聯二法，於刑事訴訟法中增訂第157條之2至第157條之4，藉以保護被害人。其中第157條之4關於性侵害犯罪等案件，於審判中得以視訊方式詰問證人之規定，因受限於證人仍然必須至與法庭位於同一建築物內之其他隔離室，透過視訊接受被告詰問，基於法律原意，以及其刑事訴訟法並無相當於我國刑事訴訟法第177條第2項規定之遠距視訊取證方式，以致被告對於域外證人詰問權之保障，必須經由證人親自到庭作證一途。在實務方面，日本最高裁判所平成 12 年（2000年）10月31日第二小法庭裁定[18]，係有關日本檢察官與美國偵查人員訊問筆錄；平成15年（2003年）11月26日第一小法庭裁定[19]，則屬外國（韓國）法官訊問筆錄；平成23年（2011年）10月20日第一小法庭判決[20]，乃關於大陸公安筆錄。上開個案中之域外證人均未能於審判中到庭，此或許係日本實務對於域外證言，均著墨於是否及如何符合其刑事訴訟法第321條第1項所定傳聞例外之要件上之主要原因。

值得一提的是，日本最高裁判所平成 7 年（1995 年）2月22日大法庭判決[21]，針對檢察官依據刑事訴訟法第226條之規定，聲請東京地方裁判所囑託美國加州法院訊問住在美國之Kotchian等證人所取得之證言，系爭判決以日本並無刑事免責制度，而否准第二審法院認定該囑託美國法官之訊問筆錄，可依刑事訴訟法第321條第1項第3款作為證據。其中裁判官大野正男除贊同外，另以域外證人無法到庭，被告之反對詰問權未能受保障，提出補充意見：「……儘管當初可預測被告、辯護人在我國法庭上將全然無對質詰問之機會，我國法院將此項依囑託訊問證人程序而獲得之陳述，作為認定犯罪事實之證據，在討論是否該當刑事訴訟法第321條第1項各款傳聞法則例外規定之前，應該說已違反了刑事訴訟法第1條兼顧維持公共利益、保障基本人權及發現真實之精神」。

相較於日本，儘管我國「外國法院委託事件協助法」修正草案尚待立法，刑事訴訟法第177條第2項規定之遠距視訊取證方式，實已提供法院跨域遠距視訊在適用上之法律依據。聯合國反貪腐公約、聯合國打擊跨國組織犯罪公約，更屬採用此種域外取證模式之法律文本，尤其後者，於2003年簽署之國家已達143國。即使兩國之間並無視訊訊問刑事司法互助協議之明文，間接透過共同簽署之國際條約為依據，亦不失為有效權變之司法交流[22]。我國於2015年5月20日制定《聯合國反腐敗公約施行法》，並自2015年12月19日施行。第2條第1項規定：公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。另，2014年11月27日行政院擬具《聯合國打擊跨國組織犯罪公約施行法》草案，以院臺法字第1030155199A號函請立法院審議中。國際法上之條約或協定，如在國內有直接適用之效力者，應優先適用，並可認為該條約存有受國際法所保障的個人權利。被告如果請求受訴法院以遠距視訊詰問域外證人，除非該項證據不具調查必要性，否則受訴法院即有調查之義務。最高法院104年度台上字第2479號判決，即認為「證人、鑑定人住居國外，二國雖無刑事司法互助協定，倘能藉由視訊傳輸而訊問者，便具有調查可能性，為保障上訴人之權利，法院仍應盡調查義務，或透過國家機關要求日本國法院協助訊問證人、鑑定人，或透過視訊訊問方式，給予被告在場對質詰問管道」。

柒 囑託訊問與跨域遠距視訊之競合

當事人所聲請調查之證據，如果具備調查之必要性，客觀上又能調查者，即屬「應於審判期日調查之證據」。最高法院104年度台上字第2479號判決指出，遠距視訊如未有雙邊協議，可依個案請求司法互助；域外證人如能藉由遠距視訊訊問者，便具有調查可能性；法院對於域外證人之調查，應在遠距視訊訊問與囑託訊問二者間，擇一行使，否則即屬未盡調查義務。遠距視訊可依個案請求司法互助，不以有雙邊協議為必要，已如前述。證人即使身處域外，如無所在不明或身心障礙致無法陳述之情形，當然具有調查之可能性。就被告詰問權之保障言，如前所述，遠距視訊訊問當然優於囑託訊問。當域外證人不能、不宜或不願親赴請求方法庭作證時，即發生

（文轉三版）

註釋

15. 感謝最高法院劉興浪法官提供本案視訊進行之相關資料。
16. 李傑清，兩岸司法互助調查取證的證據效力問題，第71屆司法節學術研討會手冊，2016年1月8日，第81-82頁。黃風，司法院「刑事境外取證適法性分析研討會」，司法周刊，第1784期第1版，2016年1月29日。
17. 大澤裕，司法院「刑事境外取證適法性分析研討會」，司法周刊，第1784期第1版。關於大陸地區跨國遠距視訊司法實踐案例，請參閱黃風，同前註16。
18. 刑集，第54卷8號，第735頁。
19. 刑集，第57卷10號，第1057頁。
20. 刑集，第65卷7號，第999頁。
21. 刑集，第49卷2號，第1頁。系爭判決中文資料，請參閱邱鼎文，淺談經由司法互助取得證言之證據能力－以日本洛克希德案（ロッキード事件）為例，法令月刊，第62卷，第4期，2011年4月，第48-72頁。
22. 王士帆，德國聯邦最高法院刑事裁判翻譯－視訊訊問國外證人與法院調查義務，軍法專刊，第55卷，第3期，2009年6月，第159頁。許家瑋，同前註9，第112、118頁。
23. 王士帆，同前註22，第155-156頁。
24. Harrell v. State of Florida,709 So.2d, 1364,

植根雜誌社 劃撥帳號：07929998 戶名：植根雜誌社有限公司 TEL:(02)2707-2848 FAX:(02)2708-4428
第二章 信託之稅捐義務 第四章 稅捐法規之司法審查各論 共825
訂購未滿 請自付郵 植根法律書
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

法律網
訊的最佳平台
稅法解釋與司法審查（稅法總論第二冊增訂三版）
2015年12月（增訂三版）
著作人 黃茂榮 定價800
第一章 稅捐法之解釋
第二章 稅捐法規之司法審查總論
頁
1000元者
資 65 元
書城熱賣中
WEEKLY
周刊
週出刊
訂閱
幣400元
訂 閱
劃撥
號
4377
戶
司法周刊

（文接二版）

囑託訊問與跨域遠距視訊競合如何選擇適用。

就此，我國最高法院認為可擇一行使。德國聯邦最高法院[23]則指出：根據調查可能性之廣義概念，事實審法院認定國外證人對於發見真實並非毫無價值時，也可以聲請法院傳喚其來訊問。因此，證人保護法規施行後（按：相當於我國刑事訴訟法第177條第2項），法院應考慮採用視訊訊問的可能性。此雖然與證人親自在審判期日出庭接受訊問相比來得不足，但比起囑託訊問，視訊訊問的證據方法也許來得更有意義。系爭判決因此認為，原審未審酌採用視訊訊問的可能性，原判決違法。在此一判決，甚至引用佛羅里達州最高法院在審理1998年Harrell一案[24]，認為個案之具體情形如符合具重大之國家利益或公共政策，審判中有採行跨國視訊之必要性者，基於維護憲法規定之人權保障，不得以訴訟成本之耗費為由，來侵害被告之權利。

捌 《域外證言》類推適用刑事訴訟法第159條之3應有的思維

我國傳聞例外法則係視被告以外之人在何人面前所為之陳述，而就其例外之要件設不同之規定；其於檢察事務官、司法警察官或司法警察前所為之陳述，又依在審判中係「供述可能」或「供述不能」而分別於刑事訴訟法第159條之2（供述可能）、第159條之3（供述不能）為不同之規定。

在「供述可能」之情形，其與審判中不符之先前於警局之陳述，如具有較可信之特別情況及使用證據之必要性二要件，依刑事訴訟法第159條之2規定，仍得為證據。此與日本刑事訴訟法第321條第1項第3款僅就「供述不能」為之規定，而不及於「供述可能」之立法例不同。因此在第3款書面之情形，只要供述人到庭供述，即不再符合「供述不能」之要件，不論審判中陳述之內容與其先前之陳述如何不同，其先前之陳述即無再引用作為證據之可能[25]。刑事訴訟法第159條之2所謂先前之陳述與「與審判中不符」，即英美法所稱之「自己矛盾之供述」（self-contradiction），至於先前之陳述若與審判中相符（一致），該先前之陳述除得依刑事訴訟法第159條之5取得證據能力外，得否為證據，法無明文規定。此於美國聯邦證據法第801條（d）（1）（B）則規定，其先前一致之陳述，若係用來駁斥臨訟捏造之指控，則被定義為非傳聞之陳述，得作為實體證據。

而在「供述不能」之情形，刑事訴訟法第159條之3之例外規定，既係出於犧牲被告之反對詰問權，且與直接審理、言詞審理諸原則有悖之不得已措施，則被告以外之人之於審判中不能到庭，自應以非可歸責於國家機關之事由所造成者，始有其適用。倘因檢察官或法院違背義務法則，於審判中未盡其舉證聲請或傳拘證人（原始陳述人）之努力，導致有證據滅失或證人無從為傳喚調查之情形，即無予容許其例外而令被告負擔不利益結果之餘地[26]。因此，第3款所稱「滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到」，必須是透過一切法定程序或通常可能之手段，仍不能使居留國外之原始陳述人到庭者，始能認為係「滯留國外」。至「所在不明」，則指非因國家機關之疏失，於透過一定之法律程序或使用通常可能之方式為調查，仍不能判明其所在之情形[27]。而且此項未能供述或不能供述之原因，係指於事實審各審級審判中為證據調查之際，仍然存在之情形而言，如法院於調查證據時，此一原因已然不存在，即無本條規定之適用[28]。例如，證人於第一審因另案通緝而有未能供述之原因，雖有刑事訴訟法第159條之3之適用，但如果證人於第二審調查證據時已經緝獲，此時即有傳喚或提解到庭之可能，自應依第159條之2定其先前之陳述得否為證據。惟證人先前之陳述不利於被告，如經證明係被告因不當行為造成證人無法到庭作證，或到庭後不為陳述者，則應仍有本條之適用。

以大陸地區公安筆錄為例，域外證人既應依人證法定程序調查證據，則在被告之詰問權應受實質保障下，必須該大陸地區證人客觀上有不能於審判中作證之情形，始有考慮類推適用刑事訴訟法第159條之3之問題。亦即，不論是司法院釋字第582號解釋所指之《客觀上不能受詰問》，或是刑事訴訟法第159條之3之《供述或傳喚不能》，必也限縮在司法互助下之調查證據方法，包括採行遠距視訊可行性之努力已經窮盡，始有其適用，俾足以兼顧被告之詰問權。而在國家機關已盡力促使被告得以詰問域外證人但仍屬不可能，而得以類推適用刑事訴訟法第159條之3之情況下，法院必須嚴格審查個案已否具備該「絕對的特別可信情況」與「使用證據之必要性」例外要件，定其得否為證據。

在域外證人未能到庭的情形，最高法院101年度台上字第900號判決[29]、104年度台上字第2479號判決，均指出事實審法院仍應嘗試採行以視訊方式進行遠距詰問之可能性。104年度台上字第2479號判決，一方面認為證人在日本海上保安廳人員調查所為之陳述，不能類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3規定[30]，他方面又要求事實審法院應透過視訊方式使被告有詰問位於日本證人之機會。於此情形，倘若日本國否准採行遠距視訊司法互助，或同意以視訊方式詰問證人，但該證人審判中之陳述與先前之陳述不符，既不能類推適用第159條之3或第159條之 2 之規定，則其先前警詢筆錄究仍無證據能力。101年度台上字第900號判決，則認為刑事訴訟法第159條之2、之3關於「司法警察官或司法警察」之規定，有依時代演進及實際需要而為適當解釋之必要，乃認證人在大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，得類推適用刑事訴訟法第159條之2或第159條之3規定[31]。不過，本案第二審法院更（五）審判決日期為2009年7月21日，更（六）審判決日期係2011年8月25日，斯時兩岸司法互助協議業已簽訂，依第8條調查取證之協助包括「確定關係人所在」，則在更（六）審調查證據時，即應透過上開規定請求協助調查證人付○選是否仍然所在不明，以及協商有無採行遠距視訊之可能性。更（六）審並未調查上開情形已否不存在，即逕以更（三）審已囑託海基會送達傳票無著，作為證人於更（六）審有供述不能之原因，進而類推適用刑事訴訟法第159條之3定其得為證據，此或係因兩岸司法互助協議甫簽訂未久，實務操作尚未臻嫻熟致之。

玖 偵查階段之遠距視訊與詰問

偵查中檢察官訊問證人，旨在蒐集被告犯罪證據，以確認被告嫌疑之有無及內容，與審判中透過當事人之攻防，經由詰問程序調查證人以認定事實之性質及目的有別。被告反對詰問權係在受訴法院訴訟程序中之保障，而非在偵查程序中之保障。檢驗證人陳述真偽之詰問程序，最佳實行階段當然是在法院審判中，公民與政治權利國際公約第14條第3項第5款僅規定，凡受刑事控訴者，均享有詰問對其不利證人的最低限度保障，並未限定詰問應在何一階段進行。美國聯邦最高法院*Crawford v.Washington*案指出，在證人有未能作證之情形，祇要被告先前有得以詰問之機會，採用先前之陳述，即不違背憲法詰問權之要求。有學者[32]整理歐洲人權法院的相關判決，得出在偵查階段，倘若被告在律師的協助下有機會詰問證人，則證人的證述將獲採納，而成為證據，縱使檢驗證人的過程並非發生在法院審判中，亦不違反被告詰問權之保障。

考量域外證人可能有於審判中不能受詰問之情形，檢察官於偵查中以遠距視訊方式訊問域外證人時，依刑事訴訟法第248條第2項規定，即應命被告在場，並依同條第1項及刑事訴訟法第177條第3項規定給予被告及其辯護人詰問之機會。偵查中以如此方式取得之證人證詞，祇要在審判中經過調查，即得採為判斷之依據，而無違被告詰問權之保障。臺灣高等法院臺中分院103年度侵上訴字第182號案件，該案即臺灣臺中地方法院檢察署檢察官以遠距視訊訊問大陸地區證人于○、于○之妹于○風、李○露等人，並經渠等具結，被告及其辯護人亦均在場見聞，檢察官於訊問上開證人後，除請被告及其辯護人表示意見外，亦賦予被告及辯護人詢問證人之機會，可藉為偵查中遠距視訊取證之範例。

拾 代結語—以大陸地區公安筆錄為例

大陸地區公安筆錄應依人證之法定程序調查證據，方足以保障被告之詰問權。我國傳聞例外法則規範不足，並非立法者有意的不為規定，若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用。大陸地區證人《客觀上》有不能受詰問之情形，最高法院類推適用刑事訴訟法第159條之3，自仍須滿足該傳聞例外所設定之要件，並非創造傳聞例外之新類型。大陸地區證人並非調查不可能，當該項人證與待證事實具有重要之關係，就其案情確有調查之必要者，審判中必須在司法互助下之調查證據方法，包括採行遠距視訊可行性之努力已經窮盡，始有上開規定之適用。面對域外犯罪，國家有責任以透過合作的方式共同打擊犯罪，同樣地，國家也有義務及能力經由協商給予被告訴訟基本權《詰問對其不利證人》應有的最低限度保障。

（作者為最高法院法官）

註釋

1372。王士帆，同前註22，第161頁。許家瑋，同前註9，第125頁。

25. 土本武司（著），董璠輿、宋英輝（譯），日本刑事訴訟法要義，五南，86年5月初版，第364頁。

26. 最高法院100年度台上字第992號判決，102年度台上字第236號判決。

27. 最高法院98年度台上字第7015號判決，99年度台上字第1892號判決。

28. 最高法院96年度台上字第5490號判決。

29.「原法院更三審已多次囑託海基會送達傳票予證人付O選，期能傳其到庭具結作證，並接受檢察官、上訴人等及其選任辯護人之詰問，惟均未能送達傳票，顯見付O選已所在不明 而無從傳喚或拘提其到庭進行詰問程序，亦無法以視訊方式為遠距訊（詰）問，此係基於兩岸分治及現實上之困難所致，尚難謂原審有剝奪上訴人等及其選任辯護人對該證人之詰問權，而妨礙其等行使訴訟防禦權之情形」。

30.「O 等人在日本海上保安廳人員調查中所為之陳述，係屬傳聞證據，亦非在我國檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為，自無刑事訴訟法第159條之3之適用，不得作為證據。又鑑於各國法律制度差異及實務運作有別，且被告之防禦權非依法律不得限制，倘遽以類推適用該規定，擴張傳聞法則例外，侵害被告之對質詰問權，顯違反法律保留原則」。

31. 系爭判決並認為大陸地區公安筆錄亦可依刑事訴訟法第159條之4第3款定其得否為證據。

32. 鄭文中，從歐盟之經驗看兩岸刑事司法互助之發展—以境外證人為觀察中心，刑事法雜誌，第57卷，第6期，2013年12月，第73頁。