從兩岸司法互助談域外證言之證據能力

—兼論我國傳聞例外規範不足的困境 上

文／吳燦

壹 前言

海峽兩岸因為長久分隔使然，不惟已各自形成互不相隸屬之政治實體，各自在所管轄地區內獨立行使其司法權，彼此間的法律規範亦不相同，一旦發生刑事案件，除非犯罪行為人留在原地接受審判，可依各該地區之相關法律認定，否則，勢必將發生域外證據如何採認的問題。由於兩岸人民往來日益頻繁，在多元化的交流下，不免衍生許多跨域犯罪的問題，尤其兩岸語言文字相通，除造成某些罪犯流竄在兩岸之間，更見諸如詐騙集團、洗錢等犯罪因此也跨域的侵害兩岸人民。為有效打擊犯罪，2009年4月26日我方與陸方共同簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（下稱兩岸司法互助協議），經行政院於同年4月30日以院臺陸字第0980085712號函核定，並送立法院備查，同年6月25日生效。其內容包含合作打擊犯罪、送達司法文書、調查證據及移交罪贓、接返受刑事裁判確定人、人道探視等互助，也開啟了兩岸在司法互助合作的契機。

在刑事司法實務的運作上，兩岸司法互助協議的最大效益，在於第三章《司法互助》第7條司法文書送達及第8條調查證據之規定。其中關於送達文書係由法務部授權財團法人海峽交流基金會（下稱海基會）辦理，各法院直接委請海基會與陸方聯繫執行之；關於調查取證係由法務部辦理，各級法院直接委請法務部與陸方聯繫執行之。由於兩岸司法互助協議有關調查取證之規定過於簡陋，僅於第8條第1項規定：「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；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等」，並未於協議中詳為規範調查取證等相關程序，充其量祇是一個綱要式的司法互助協議，又因為本協議並未經立法院審議通過，其之法律位階[1]，或不無疑慮，因此對於調查取證之證據適格性，在解釋及適用上自亦不免發生爭議。

貳 證據評價之外部性界限

認定犯罪事實，應憑證據，如所憑之證據違法，其判決即屬違法。《證據違法》之情形有二，一為無證據能力之證據，一為未經合法調查之證據。刑事訴訟法第155條第2項規定：「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據」，即揭示證據裁判原則係以嚴格證明法則為核心。證據之所以得作為犯罪事實之判斷依據，必須具備二個要件，其一為有證據能力，其二為應經合法調查，此亦即學理上所謂證據評價之外部性界限[2]，苟欠缺其一，即有證據能力之證據，如未經合法調查程序，或無證據能力之證據，縱經調查，均不得作為認定犯罪事實之依據。

所謂證據能力，係指證據得提出於法庭調查[3]，以供作認定犯罪事實之用，所應具備之資格；此項資格必須證據與待證事實具有自然關聯性[4]，符合法定程式，且未受法律之禁止或排除，始能具備。所謂合法調查，係指事實審法院依刑事訴訟相關法律所規定之審理原則（如直接審理、言詞辯論、公開審判等原則）及法律所定各種證據之調查方式，踐行調查之程序；如對於證人之調查，應依法使其到場，告以具結之義務及偽證之處罰，命其具結，接受當事人詰問或審判長訊問，據實陳述，並由當事人及辯護人等就詰、訊問之結果，互為辯論，使法院形成心證[5]，兩者概念有別。由此可見，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。

準此，域外證言之得以作為認定犯罪事實判斷之依據，在審判階段所要求者，即在於如何依司法互助方式，進行合法調查證據之程序，以確保其證言之真實性[6]；而在偵查階段則應側重在司法互助下，如何及得依何種程序對該域外證人取得證言，以及就所取得之證言，內國法院如何評價其證據能力等問題。

參 域外證言之取證模式

刑事案件偵查中域外證人證言的獲取，除證人親赴請求方作證外，不外乎在雙方司法互助下，由請求方之司法機關向受請求方請求訊問位於其域內之證人，經受請求方同意者為多，其方式有（一）由偵查人員在受請求方《直接訊問》證人，及（二）由請求方偵查人員在域內以《遠距視訊》方式訊問位於受請求方之證人等二種類型。在第一種直接訊問之類型，又以訊問主體係請求方偵查人員或受請求方偵查人員而有不同。

在請求方偵查人員直接赴域外訊問證人（另有受請求方人員在場）之情形，因與證人親自到請求方作證之法效無殊，並產生刑事訴訟法的《域外》效力，不啻是實現偵查目的的最佳手段。例如，日本「拉斯拖波羅夫案（ラストボロフ事件）」，即是日本司法互助史上，第一次由檢察官透過司法互助至域外訊問取證之案例。該案東京地方檢察廳於昭和29年（西元1954年），透過外務省聯繫並取得美國有關當局同意後，於同年9月派遣檢察官至美國調查此案，日本檢察官依日本刑事訴訟法對拉斯拖波羅夫訊問取供並製作訊問筆錄[7]。不過，此種訊問方式猶如在受請求方行使本國司法權，受限於國家主權的權威性，實際上採用此方法有極大的局限性。

在由受請求方偵查人員訊問之情況，其中（一）囑託訊問，即請求方囑託受請求方訊問位於該域內之證人，並於作成紀錄或筆錄後轉交給請求方，此種情形係依照受請求方之刑事訴訟法進行，而非依據請求方之訴訟法規。（二）實務上有由請求方偵查人員至域外並預擬訊問要點後，委由受請求方偵查人員代為訊問，於訊問時請求方偵查人員則在場協助。例如，發生於2005年4月29日之某電子遊藝場擄人勒贖案件[8]（下稱台澳擄人勒贖案件），共犯被告因另案羈押於澳門監獄，改制前臺灣板橋地方法院檢察署檢察官（下稱板橋地檢署檢察官）透過行政院大陸委員會向澳門特別行政區檢察院檢察長辦公室囑託訊問，乃由我方檢察官擬具訊問要點後，交由受請求方檢察官代為訊問，訊問時我方檢察官、書記官、警方承辦人員等人在場錄音錄影，並於事後作成勘驗筆錄。此種訊問筆錄，雖亦被歸類囑託訊問筆錄，但與前述「囑託訊問」並不相同。

以上所述，均屬傳統域外取得供述證言之主要方式[9]。而以遠距視訊取證之方式，則屬在網路技術的發展帶動下，實踐中所產生具經濟性與效率性之一種全新的取證方式，並早已在國際間普遍被使用來處理跨域刑事犯罪案件。例如，2007年12月間，臺北某醫院黃姓醫師在大陸地區大連市殺人一案，臺灣士林地方法院檢察署檢察官即係以遠距視訊訊問大陸地區證人姜○、趙○、郭○民、唐○雪等人[10]。又如，2004年10、11月間，臺灣人民黃○○在大陸地區某地先後強制性交未滿14歲之A女、B女一案，臺灣彰化地方法院檢察署檢察官亦係以遠距視訊訊問大陸地區證人于○、于○風、李○露等人[11]。

另外，尚有一種在無法進行司法互助的情況下，透過內政部警政署刑事警察局（下稱刑事警察局）或法務部調查局等司法機關所參加之國際組織以取得證人筆錄者，例如，2001年間，國人杜氏父子3人在大陸地區廣東省佛山市涉嫌殺害台商命案[12]，即是透過刑事警察局2次派員至澳門，向廣東省公安機關協商取回包括大陸地區證人付○選、王○芳、梁○潤等人之公安筆錄及相關鑑識報告。此類證人筆錄通常是刑事案件發生後，當地權責機關因調查犯罪必要，依

（文轉三版）

註釋

1. 參照司法院釋字第329號解釋。顏厥安、徐斯儉，MOU簽署的民主與法治制度為題，中國時報，2009年11月25日，A16版。董武全，兩岸刑事司法互助之證據調查—以海峽兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議為中心，國境警察學報，第12期，2009年12月，第120-123頁。黃異，兩岸協議的締結與適用，台灣法學，第141期，2009年12月，第1-9頁。
2. 證據評價之內部性界限，係指證據之判斷不得違背經驗法則與論理法則，如有違反，即屬《判斷違法》。《證據違法》與《判斷違法》架構成證據評價之兩大準則。
3. 刑事訴訟法第273條第2項規定：「於前項第四款之情形，法院依本法之規定認定無證據能力者，該證據不得於審判期日主張之」。
4. 關聯性乃證據容許性之前提要件，美國聯邦證據法第401條規定：「就足以影響訴訟決定之任何事實存否之認定，若有某一證據存在，則該事實存在與否之可能性，較無該證據存在為高時，任何具有此一傾向之證據，即屬《有關聯性之證據》」。
5. 司法院釋字第582號解釋理由。
6. 此部分請參閱吳燦，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）、（下），司法周刊，第1794、1795期，2016年4月15日、4月22日，第2、3版。
7. 土本武司（著），董璠輿、宋英輝（譯），日本刑事訴訟法要義，五南圖書，86年5月初版，第167-170頁。邱鼎文，檢察官境外取得供述證據之證據能力—以日本「拉斯拖波羅夫案（ラストボロフ事件）」為例，司法新聲，第103期，101年7月，第108-118頁。
8. 臺灣板橋地方法院94年度矚重訴字第1號判決。有關本案檢察官取證經過，請參見羅松芳，論境外獲案資料之證據能力—以兩案四地之犯罪為例，東吳大學法律學系中國大陸法律碩士在職班碩士論文，2008年7月，第86-111頁。邱鼎文，經由司法互助取得證據之證據能力，檢察新論，第12期，2012年7月，第74-86頁。
9. 日本學者認為，經外國同意後，在外國實施偵查的方法有：一、日本檢察官直接赴該外國調查關係人；二、日本方囑託對方國家的偵查官進行調查；三、日本透過本國法官囑託對方國家法官採用訊問證人程序。土本武司，同前註7書，第169頁；氏著，犯罪搜查，弘文堂，2004年11月，第189頁。邱忠義，兩岸司法互助調查取證及證據能力之探討—兼述防範被告逃匿對策，刑事法雜誌，第54卷，第5期，2010年10月，第149-153頁。
10. 臺灣士林地方法院100年度重訴字第2號判決。
11. 臺灣彰化地方法院101年度侵訴字第66號判決。
12. 臺灣臺南地方法院90年度重訴字第25號判決，最高法院101年度台上字第900號判決確定。
13. 情資交換與調查取證之區別，請參考黃謀信，「犯罪情資交換」之定性，刑事法雜誌，第55卷，第4期，2011年8月，第91-100頁。傅美惠，兩岸司法互助協議中「犯罪情資交換」之研究，刑事法雜誌，第58卷，第4期，2014年8月，第119-133頁。楊雲驊，境外取得刑事證據之證據能力判斷：以違反國際刑事司法互助原則及境外訊問證人為中心，台大法學論叢，第43卷，第4期，2014年12月，第1567-1572頁。

JUDICIAL 司法 徵稿啟事 四、文稿一律不退件，請自留底稿。 五、稿件一經刊登，酌送稿酬，並寄贈該期刊物。 院網站。 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）

當地程序法所製作，然後再以情資交換[13]方式交付予請求方。以此種方式所取得之證言，有謂因其並無如依循司法互助方式所取得者，具有「程序公開、透明，較具正當性及特別可信性」、「因有明確的法源基礎，不易產生獲案證據違法排除之問題」等優點[14]，其可使用性如何，便生疑問。

依兩岸司法互助協議第二章《共同打擊犯罪》第5條“協助偵查”規定：雙方同意交換涉及犯罪有關情資，協助緝捕、遣返刑事犯與刑事嫌疑犯，並於必要時合作協查、偵辦。情資交換有助於兩岸有效共同打擊犯罪，惟應注意保密義務及使用限制（第16條、第17條）。而合作協查、偵辦，則係借鑒於國際刑事司法合作中之聯合偵查或聯合調查制度[15]的精神，共同展開有關的調查和取證活動。例如，兩岸之一方在偵辦某一案件之過程中，根據案情需要，可以與他方有關司法機關聯合，賦予他方配合協助調查之義務，其以此方式所取得域外證人之證言，由於係共同偵查，其信用性之保障自較前述以情資交換所取得者為可信[16]。2016年4月間，因涉及電信詐欺案於第三地肯亞、馬來西亞遭逮捕遣送大陸關押的台籍嫌犯，法務部即表示將派員赴陸協商進行實質的「共同偵查」，由負責承辦案件的我方檢警與陸方安排合作偵辦細節[17]，即屬適例。

肆 域外取證程序之準據法

域外證人證言取得之方式如何，攸關該項證言證據能力之認定。刑事司法互助係建立在雙邊之協議，或基於平等互惠原則而為運作，惟大多數的刑事司法互助協議，均僅就刑事進展的程序流程作規範，對於域外取得之供述證據，其證據能力之有無及如何運用於本國，多無明文規定。在進行域外司法互助調查取證時，主要關鍵在於決定受請求方於執行請求時所應適用之法令程序為何；因為受限於請求方與受請求方分屬不同法域，而不同法域之調查取證程序法律規範不一，且請求方並非得恣意地要求受請求方提供各式各樣的協助，因此，究竟應以何一方之取證規範為準據法，即有疑問。就此，應區分為係在證據之取得蒐集階段，或在證據使用評價階段，為不同觀察。

一、證據取得蒐集程序之準據法

就證據之取得蒐集階段而言，現今一般認為，基於國際刑事司法互助之「國家主權尊重原則」，應依受請求方之法律為之，乃基本原則，例外始適用請求方之法律為準據法。依兩岸司法互助協議第15條、第14條第1項及第8條第1項規定，雙方同意在不違反己方之法律規定，與不損及己方之公序良俗時，依本協議及己方規定，協助對方執行司法互助中有關調查取證之請求，即係以受請求方之法律為準據法[18]。至於所謂例外適用請求方法律之情形有二[19]，其一為因應國際規定特殊程序時，對於國際刑事司法互助基本原則之調整，例如，在進行跨域遠距視訊訊問時之相關程序與規定。其二為請求方要求受請求方應依該國之法律提供協助。兩岸司法互助協議第8條第2項規定，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。亦即，在合於一定的條件下，經受請求方之同意，亦得以請求方之法律為準據法。不過，因為雙方法制不同，在例外要求受請求方依據請求方法律進行互助取證時，對於各個證據方法之規定、執行時應踐行之正當法律程序，均應在請求書中詳細具體說明，俾供受請求方審酌，並便利請求方後續之刑事訴訟程序。

茲以偵查中我方請求陸方訊（詢）問證人為例說明之。2012年3月14日第2次修正之《中華人民共和國刑事訴訟法》（下稱大陸刑事訴訟法），關於證人作證，該法僅規定偵查人員或審判人員應告知證人應如實陳述及偽證罪之處罰（第123條、第189條），與我刑事訴訟法兼採文書具結及告知之規定（第187條、第189條）不同，亦無如我刑事訴訟法相關拒絕證言權告知程序之規定（第185條第2項、第186條第2項），至其刑事訴訟法第125條規定「詢問被害人[20]，適用本節（即詢問證人）各條規定」，則與我實務見解[21]一致；其第121條關於偵查人員訊問犯罪嫌疑人錄音或錄影（像）之規定，於詢問證人時則未有準用，我司法警察或司法警察官詢問證人，或檢察官訊問證人時，現行刑事訴訟法雖乏錄音或錄影之明文，係屬立法上疏漏，但實務仍採行之[22]。是則，如我方檢察官請求大陸人民檢察院訊問被害人時，請求書即應明載依照證人之取證模式為之；對於證人之作證，應請求先踐行證人拒絕證言權之告知程序，以及偽證罪之處罰，尤須請求證人於供前具結，並應全程連續錄音，必要時並得錄影（像）。但如係請求大陸公安機關詢問被害人時，請求書除記載應予錄音錄影外，由於我方係以檢察官為偵查機關，司法警察（官）為偵查輔助機關，司法警察（官）詢問證人時，並無須踐行上開程序，而大陸公安機關則為偵查主體[23]，其詢問證人之程序規範較多，此際不妨回歸原則，以受請求方之規定執行司法互助取供。至於檢察官以遠距視訊訊問域外證人，自應例外適用請求方法律。

二、證據使用評價程序之準據法

至於證據之使用評價階段，則依請求方法律判斷之，其理由在於「刑事訴訟程序之實施屬於本國主權下之司法權限，而國家公權力行使之民主正當性來自全體國民，外國之法律如能拘束本國之行政與司法，則無從導致此一正當性之基礎」[24]。既然司法互助證據係依據受請求方之同意，依其國家程序合法取得，理論上當無違法取證之可能，即使僅因法制的差異或實際執行之落差，本於國際禮讓應予尊重及信賴，原則上究仍無類推適用證據排除法則之餘地。

有例外的是[25]，例如具有國際拘束力之禁止刑求規範，以及訊問前應告知之自由陳述權，乃不可棄守之法治國原則，故如供述證據之取得顯無任意性時，即屬侵害受國際法保障之人權，自應予以排除。另外，侵害外國主權所取得之證據應否排除，亦是問題。一般而言，禁止擅自在外國主權領域行使司法權，其內涵也包括禁止未經領域國之同意而在該國領域實施偵查。因此，刑事追訴機關不可在外國「靠自己拳頭」自行偵查，擅自偵查屬於違反國際法之行為，只有他國同意追訴國行使主權時，才會成為於外國領域禁止偵查的例外。擅自進入他國領域實施偵查取證，乃侵害他國主權之行為，應該被禁止使用該項證據。依此標準，則前述台澳擄人勒贖案件，其中「板橋地檢署檢察官另在澳門林○義住宿之酒店房間內，未由澳門官方人員會同，而自行率領所屬書記官就訊林○義」之偵查作為，實已超出我國與澳門原先合意的司法互助範圍。最高法院98年度台上字第1941號判決認為，原判決理由已說明：「固屬在澳門行使我國司法權，然非（我國）法之所禁，且無自限司法權之必要」，並以此係悉依我國刑事訴訟法相關規定進行偵訊，並命在證人結文上簽名後取供，因而肯認該筆錄具有證據能力，恐有不同見解。

論者[26]因此有謂，此事涉敏感的國家主權問題，最高法院上開正當化此一行為之見解，違反國際社會對此問題的處理方式，欠缺國際法觀點之思考，偵查機關如果繼續採用此種私下訊問的方式，恐會製造難以處理的法律與外交爭議。本文認為，基於對他國主權之尊重以及司法互助應立於平等互惠原則之要求下，我國檢察官上開私自訊問證人取供之偷渡作為，確屬不足為訓。但因此所取得之證言，是否於我國法院即應排除禁止使用，此涉及「得主張證據排除之當事人適格」（*standing to assert the exclusionary rule*）之問題。德國聯邦最高法院針對侵害外國主權案件，新創出國際法之權利領域理論，亦即，在未獲得他國同意，而擅自在他國所蒐集之證據並作為本國刑事追訴使用時，雖屬嚴重違反他國主權之行為而應在國際法上受非難，但只有該主權被侵害之國家始得主張證據使用禁止，相關的被告由於並不受到直接保護，故無從根據主權受侵害而主張證據使用禁止[27]。不過，法律創設證據排除之目的，端在嚇阻執法人不法蒐證行為，禁止應負被告犯罪構成要件舉證責任之檢察官在審判中使用非法取得之證據為證，基此考量，縱被告並非公務員違反法定程序之權利受害者，而是關係第三人，鑒於司法正潔性及嚇阻論之觀點，解釋上仍應容許被告主張證據排除[28]。

任何供述證據，包括被告之陳述及被告以外之人之陳述，亦不問其係在域內或域外之陳述，均以具備任意性為基本要件，捨此，遑論其他。被告以外之人之陳述在通過任意性此一基本要件之審查後，司法互助所取得之域外證言，係屬被告以外之人在審判外之陳述，為刑事訴訟法第159條第1項規定之傳聞證據，除法律有特別規定者外，不得為證據。域外證言之取證模式，迥異於域內證言，其證據能力之有無，實有制定刑事司法互助專法為統一規定之必要[29]。另外，司法互助協議已另有規定其得為證據者，依條約先行原則，應認屬於本條項所指「法律有特別規定」得為證據之傳聞例外。《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9條第5項規定：「依本條規定在受請求方所屬領土內所取得之證據或依本條規定取得之證詞，得以聲明方式，包括業務上紀錄之情形，依本協定附表A所示之證明方式確認證實。依附表A所證明之文件，應准許在請求方所屬領土內之法院作為證據使用。」已肯認外國之調查取證最終在本國審理時能確保其之證據能力。反之，兩岸司法互助協議第8條僅就調查取證雙方相互協助的範圍為規定，並未針對執法細節及日後證據審查之需求明定具體規定，是依兩岸司法互助協議所取得之大陸地區證人之證言，其得否為證據，自應依我方傳聞例外法則之規定為判斷。

（下期待續）

（作者為最高法院法官）

註釋

14. 邱鼎文，論經由司法互助取得證據之證據能力：以傳聞法則與排除法則為中心，東海大學法律學研究所碩士論文，2012年1月，第49頁。楊雲驊，同前註13，第1571頁。
15. 聯合國反貪腐公約第49條、聯合國打擊跨國有組織犯罪公約第19條分別有《聯合偵查》、《聯合調查》之規定。
16. 依日本實務見解，於外國偵查人員訊問時，如有本國偵查人員在場，得使在場人作證以保障訊問筆錄之可信性。田辺泰弘，国際捜査共助法，收錄於藤永幸治、河上和雄、中山善房編，《大コンメンタール刑事訴訟法第8巻》，青林書院，2000年1月，第377頁。
17. 中國時報，《法部明赴陸 爭取共同偵查台犯》，2016年5月11日。
18. 聯合國反貪腐公約第46條及聯合國打擊跨國有組織犯罪公約第18條，均有相同規定。
19. 黃風，國際刑事司法合作的規則與實踐，北京大學出版社，2008年7月，第1版，第132-133頁。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40頁。
20. 依大陸刑事訴訟法第106條第2款規定，被害人亦係當事人之一。
21. 最高法院93年台上字第6578號判例：「被害人乃被告以外之人，本質上屬於證人，其陳述被害經過，亦應依人證之法定偵查、審判程序具結，方得為證據。」
22. 最高法院96年度台上字第4922號判決。
23. 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。
24. 楊雲驊，同前註13，第1545-1546頁。
25. Prof. Dr. Sabine Gless（著），王士帆（譯），涉外刑事案件之證據禁止，司法周刊，第1647期，2013年5月30日，《司法文選別冊》，第8、11-13、21頁。
26. 楊雲驊，同前註13，第1566-1567頁。
27. Prof. Dr. Sabine Gless（著），王士帆（譯），同前註25，第13頁。
28. 最高法院100年度台上字第4259號判決。
29. 司法院「外國法院委託事件協助法」修正草案，已有類似規定。請參見司法周刊，第1284期，2006年4月27日。

WEEKLY 周刊 徵稿啓事 一、本刊歡迎兼顧理論與實務、探討司法制度、法學新知的作品。文長宜在八千字以內，以利一次刊出。二、本刊並歡迎司法人、文後請加註，以利參考。三、本刊對來稿有權潤飾刪改。四、不須退還的故事。五、本刊出文章並將置司法周刊網站。 WEEKLY 周刊 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊 幣400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 司法周刊