

東海大學法律學院法律學研究所

碩士論文

指導教授：陳運財博士

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

The Admissibility of Evidences Obtained by
Legal Mutual Assistance : A Comparative Study on
the Hearsay Rule and Exclusionary Rule

研究生：邱鼎文

中華民國 101 年 1 月

碩士學位考試委員會審定書

私立東海大學法律學研究所

碩士班研究生 邱鼎文 君所提之論文：

經本委員會審查並舉行口試，認為符合
碩士學位標準。

考試委員簽名處

陳運財

蔡冠雄

李傑清

2012年 1 月 12 日

摘要

國際刑事司法互助，常因各國對於司法主權之堅持而不易實施，尤以我國現今國際地位及外交關係之影響，實難與世界各國以邦交國關係進行互助，故往往產生追訴跨國犯罪及人權保障之盲點。因此，如何透過國際刑事司法互助取得我國刑事訴訟法上適格之證據，實值研究。鄰國日本在司法互助史上曾發生著名之洛克希德案（「ロッキード事件」），以及拉斯托波羅夫案（「ラストボロフ事件」）、角川古柯鹼案（「角川コカイン事件」）、大韓民國審判筆錄證據能力案（「大韓民国公判調書の証拠能力」）及福岡滅門案（「福岡一家4人殺害事件」）等實務案例，就取證過程及證據評價作出不少評論。而我國與日本刑事法制之結構及實務發展，多所相近，上開案例之實務經驗及學理研究，應值我國借鏡。是本文乃參考我國與日本關於司法互助之案例及相關著作，以文獻及案例比較分析之方式，試從傳聞例外法則與證據排除法則之觀點加以研究。

經過分析研究後，本文發現，現行法制下我國經由司法互助取得證據之證據能力，可區分為下列情形判斷之：亦即，如為我國人員直接至境外依我國刑事訴訟法取證時，有關證據排除與否之判斷，應依我國刑事訴訟法各取證程序之規定，以及第158條之4之規定權衡；且判斷後如係未經排除之供述證據，應再區分取證主體為檢察官或司法警察官（員），而分別適用第159條之1第2項及第159條之3規定，判斷是否符合傳聞例外規定。如為我國囑託外國人員依外國刑事程序法取證或囑託取得外國之既存證據，而外國人員違法取證時，則應類推適用第158條之4規定，權衡判斷是否排除；如外國人員合法取證時，則應視該證據之使用，是否顯然侵害被告基本權而有害於公平正義，以決定是否排除。再者，經上開判斷而未被排除之供述證據，則不問外國人員之身分為何，均應類推適用刑事訴訟法第159條之3之規定，判斷是否符合傳聞例外規定。至於特信性之判斷標準，則宜參酌供述證據作成時，是否具備程序公正或公開性、陳述任意性、宣誓及告以偽證處罰，與是否已確認筆錄記載與供述一致等各項因素，客觀綜合判斷之。

另外，為確保取得之境外證據為適格證據，如為囑託外國實施取證之型態，於取證前宜先瞭解兩國之法制落差，並與被請求國協商由我國人員參與取證程序，或提供取證過程之媒體記錄，以免滋生證據能力之爭議。就法制方面，本文建議現行刑事訴訟法第159條之1第2項，應附加傳喚不能之要件，始符合傳聞例外法理；而第159條之3之規定，則應擴大取證主體之範圍，以符合傳聞例外判斷之需求。最後，應有必要增訂第158條之4第2項，規範經由司法互助合法取證、我國公務員合法取證及私人違法取證之證據排除判斷標準，並參考日本國際偵查互助法等外國法制，以建立、完備我國刑事司法互助法制。

關鍵字：國際刑事司法互助、證據能力、傳聞例外、證據排除、特信性

謝 辭

去年八月，結束經由法務部派遣至東京大學的訪問研究，重新返回工作崗位，在這一年的時間裏，除加深了自己對於日本法的體會外，也讓我得以暫時放下繁忙的實務工作，專心從事論文寫作。在日期間，發生了三一一強震，親身體驗到日本人堅毅踏實的一面，也讓我在每每萌生退卻念頭之際，能夠繼續堅持寫作。雖然這篇論文仍有許多值得改進之處，但對我而言，透過不斷地與情性拔河，最大的收穫也許不在於完成論文，而是自我意志力的提升。

能夠完成這篇論文，首先要感謝的人莫過於我的母親，她總是在背後默默支持我，讓我能無後顧之憂地實踐夢想。恩師陳運財教授，則是最感謝的人，老師除激發我有關論文的問題意識外，在討論過程中亦常給予我許多珍貴的啟發，引導我逐步完成論文。至此，不禁回想起師生兩人曾因為討論論文，而在東京車站地下道走過頭的情景，實在令人難忘。

口試委員蔡庭榕教授及李傑清教授，是令我十分敬重的長輩。兩位老師不惜舟車勞頓，慨允撥冗南下擔任口試委員，對於論文內容費心地仔細審閱，提供資料及寶貴的見解；口試過程中又總是不吝給予讚美，卻委婉地給予建議，在此謹致上最真誠的謝意。

日本刑事法學研究會的朱朝亮檢察長，在學習及工作方面給予我許多提示與鼓勵，彌足珍貴；秋宏、家源學長等研究會的諸位學長姐，以過來人身分傳授論文寫作的建議，受用無窮；好友明鴻、鈺茹，陪我一路走來，除給予我許多有形無形地協助，也是我心靈上的重要支柱，對於你們，想說的除了感謝外，還是感謝。

在東京大學訪問期間，承蒙該校大學院法學政治學研究科大澤裕教授的協助，讓我從課堂及參訪行程中獲取許多寶貴的經驗，實銘感五內；法科大學院專任實務家教員千田惠介教授，在國際刑事司法互助領域素有專精，此次訪問期間亦傾力相授，令人不勝感激；同研究科川出敏裕教授，亦曾大方允予旁聽課程，讓我得以紮下學習的基礎，特此致謝。另外，研究科總務人員關雅子小姐、法科大學院院生山下優子小姐，在行政上給予我許多協助，亦要一併致上謝意。

除此之外應感謝的人仍然很多，只能說這篇論文是眾多師長和親友給我最好的祝福。資質駑鈍如我，希望至此僅是一個學習階段的結束，而非盡頭；更盼望在未來的人生中，能有機會繼續從知識的汲取中，獲得更多成長與樂趣。

「學海無涯，惟勤是岸」，願以此自勉之！

2012.1.31

目 錄

第一章 緒論.....	1
第一節 研究動機及目的.....	1
第二節 研究方法.....	2
第三節 研究範圍及架構.....	3
第二章 國際刑事司法互助之理論與概況.....	4
第一節 國際刑事司法互助理論.....	4
第一項 定義、類型及沿革.....	4
第二項 法源、法系差異與準據法適用.....	11
第三項 互助之限制.....	16
第四項 重要國際公約之例示.....	27
第二節 日本與我國於國際刑事司法互助之發展及法制.....	37
第一項 日本國際刑事司法互助之發展及法制.....	37
第二項 我國國際刑事司法互助之發展及法制.....	44
第三項 日本與我國之差異.....	48
第四項 國際刑事司法互助與境外取證.....	49
第三節 小結.....	50
第三章 由傳聞例外理論檢討司法互助取得供述證據之證據能力.....	53
第一節 傳聞與傳聞例外理論.....	53
第一項 傳聞與傳聞例外.....	53
第二項 日本與我國之法制.....	54
第三項 兩國之比較.....	56
第二節 司法互助取得供述證據之證據能力.....	57
第一項 日本實務案例檢討.....	57

第二項 我國實務案例檢討	104
第四章 由證據排除法則檢討司法互助取得證據之證據能力	138
第一節 證據排除法則之學理	138
第一項 日本之證據排除法則	138
第二項 我國之證據排除法則	139
第二節 排除法則之國內實務運作	139
第一項 日本實務案例檢討	139
第二項 我國實務案例檢討	154
第三項 兩國之比較	159
第三節 經由司法互助取得證據之排除法則	162
第一項 日本之排除法則	162
第二項 我國未來之發展	168
第五章 比較檢討與法制修正建議	177
第一節 案例檢討之啟發	177
第一項 刑事司法互助取證之法規範適用	177
第二項 該當傳聞例外之判斷標準	178
第三項 證據排除法則之適用標準	180
第二節 法制改革之建議	183
第一項 傳聞例外法則與證據排除法則之修正	183
第二項 國內司法／偵查互助法制之增修	188
第六章 結論	190
附件	192-195
參考文獻	196-201

圖表目錄

- 1、日本「國際偵查互助等之相關法律」流程圖……………41-43
- 2、我國現階段司法互助取得供述證據之傳聞例外判斷流程圖……………180
- 3、我國現階段司法互助取得證據之證據排除判斷流程圖……………183
- 4、我國傳聞例外與證據排除規定之建議修正條文及理由……………184-186
- 5、我國未來經由司法互助取得證據之證據能力判斷流程圖……………187



第一章 緒論

第一節 研究動機及目的

由於犯罪之跨國境趨勢，犯罪所涉及之人、事、時、地、物等相關因素往往橫跨數國，其中除了外逃人犯之引渡外，舉凡司法文書之送達、物證之調閱蒐集或人證之訊問等等，均因涉及各國司法主權之故而不易實施¹，故為因應此一現實，我國目前涉外刑事案件往往必須經由司法警察機關（內政部警政署刑事警察局、法務部調查局等）所參與之國際性組織（例如：國際刑警組織²、艾格蒙聯盟³、亞太洗錢防制組織⁴等），獲取所需之情資。然所謂「情資」一詞，實際上與依照刑事司法互助程序所獲得之「證據資料」有別，如欲將之作為證據提出於法院證明待證事實時，自應符合刑事訴訟法證據法則之檢驗，殆屬當然。

日本於西元 1976 年（昭和 51 年），發生史上著名之「ロッキード事件」⁵，該案係美國航空機製造商洛克希德公司，為使該公司製造之三星運輸機打進日本市場，而向日本當時首相田中角榮等政府高層行賄之貪瀆案件，也是日本首

¹ 此牽涉國與國間「國際刑事司法互助(entraide judiciaire internationale en matière pénale, internationale Rechtshilfe in Strafsachen, international judicial/legal assistance in criminal matters)」之範疇為何。就我國目前外交實況，境外犯罪之偵辦往往不易直接獲得他國之協助以獲取必要之證據，以陳前總統所涉及之洗錢案為例，因我國與日本無正式邦交之故，故只好以所謂策動方式令辜仲諒先生返國接受訊問；在查扣海外資金部分，亦十分艱辛始得凍結相關之瑞士洗錢帳戶，凡此種種均可體現國際刑事司法互助對於查緝境外犯罪案件之重要性。

² 國際刑警組織(Intropol 或 ICPO, International Criminal Police Organization)成立於 1923 年，總部設於維也納，1946 年總部遷至法國巴黎，1989 年 10 月再遷至里昂，以迄今日。其本身並無警力可茲運用，對各國警察亦無指揮權，僅係於尊重各國法律的原則下，以互惠方式協調合作，互通犯罪情報，以遏阻跨國性犯罪。各會員國與總部間之日常運作，主要是以國際刑警通訊網路，各會員國接收來自總部源源不斷的電文通報，從中吸取全世界犯罪情勢，並預作防範，詳請參閱 Interpol 官方網站 <http://www.interpol.int>。

³ 艾格蒙聯盟(The Egmont Group of Financial Intelligence Units)為非正式國際組織，其係由各地金融情報單位(Financial Intelligence Units, FIU)組成，成立於 1995 年，名稱源自各國首次開會之地點，即比利時之艾格蒙宮。艾格蒙聯盟之目標是為各國監督機構提供管道，加強支援對所屬國家之反洗錢活動工作。其主要任務之一，係將交換資金移轉情報之工作擴展並予以系統化，詳請參閱 FIUs 官方網站 <http://www.egmontgroup.org>。

⁴ 亞太洗錢防制組織(The Asia/Pacific Group on Money Laundering, APG)於 1997 年在泰國曼谷成立，目前有 40 個會員國及數個觀察員國，包括美國及國際貨幣基金會(IMF)、世界銀行(World Bank)等國際組織均積極參與 APG 會務，為一區域性之國際洗錢防制組織，詳請參閱 APG 官方網站 <http://www.apgml.org>。

⁵ 森下忠，國際刑事司法共助の理論，東京：成文堂，1983 年，頁 251。

次透過國際刑事司法互助之方式，囑託美國法院訊問該公司主管等重要證人之案件。其後，該國又陸續發生角川古柯鹼案（「角川コカイン事件」）、大韓民國審判筆錄證據能力（「大韓民国公判調書の証拠能力」）之案例、福岡滅門案（「福岡一家4人殺害事件」），併同發生在前之拉斯托波羅夫案（「ラストボロフ事件」）等實務判決，就取證過程及證據評價，作出相當豐富之解釋，在該國學界也引發一系列的檢討，於比較法上實具研究之價值。未及半世紀，在我國也發生陳前總統等政府高層涉及貪污、洗錢之相類似案件，在偵查過程中亦同樣面臨境外取證之難點，更令人體會國際刑事司法互助之重要性。鄰國日本與我國刑事法制之沿革向來息息相關，其刑事訴訟結構及實務發展亦常與我國有相仿之處，故長久以來累積之境外取證實務經驗及學理研究，頗值我國作為實務運作或法制改革之參考。筆者因擔任檢察官工作，平日即深感具有涉外因素之刑事案件，證據蒐集十分不易，且此問題並非僅出現於社會矚目案件，於一般案件中亦屢見不鮮⁶。因與實務工作關係密切而產生濃厚之研究動機，故投入本文之研究。而研究之目的，乃嘗試從日本之實務案例中，配合該國刑事訴訟法制及學理作一歸納整理，期能從中獲得境外取證實務與學理之心得，再與我國法制及現有實務案例作一對照比較，以供作將來我國實務運作、法制改革及學理發展之參考。

第二節 研究方法

本文之研究方法，主要有下列幾種方式：（一）文獻分析法（Document Analysis Method）：蒐集我國與日本相關主題之書籍、期刊、論文、研究報告、統計資料或新聞報導等文獻，加以分類、歸納、摘要及分析整理，以建立本文之主軸與基礎；（二）案例研究法（Case Research Method）：蒐集我國與日本審判實務上曾發生過之刑事司法互助取證案例，就其中與主題相關之爭點及學理探討加以分析歸納，兼顧理論與實務運作，以增加本文之廣度與深度；（三）比較研究法（Comparative Research Method）：以上開兩種方式研究之同時，並兼而以比較法之角度，分析對照我國與日本之差異及利弊得失，期能達到兼容並蓄與去蕪存菁之目的，進而達成本文之研究目的。

⁶ 例如：於外國廠商告訴我國廠商販售產品涉嫌詐欺之案件中，亟需傳喚身處外國之告訴人到庭證述交易之經過，以究明被告主觀上有無詐欺之犯意，然告訴人若屢傳不到時，如何透過司法互助方式獲取證言，以釐清該案之事實，至為重要；又於被告否認販毒之案件中，指證向其購毒之唯一印尼籍證人於警詢陳述被告販毒事實後，即離開臺灣返回印尼，於審判時為查明被告是否確有販毒犯行，則是否得逕採證人於警詢之陳述，或仍需由法官以司法互助方式取得證言，亦成為該案應解決之問題。

第三節 研究範圍及架構

本文之主題為「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」，故研究對象除我國學說理論、現有實務案例與法制外，主要以日本學理、實務案例及法制為研究範圍，且實務案例之討論重點，亦著重於獲案證據證據能力有無之環節，至於各案例與主題無關之其他討論，則不列入本論文研究範圍。研究架構方面，本文體例共分為六章，第一章緒論，主要在於提出本文之研究動機及目的、研究方法、研究範圍及架構等，以說明本文問題意識之源起與實際研究之作法；第二章則自國際刑事司法互助之意義、沿革、法源、法系差異、準據法適用及互助之限制等基本理論出發，說明大陸法系及英美法系在司法互助法制及實務運作方面之差異，再論及國際刑事司法互助在實務上發展之重要基本原則，與日本和我國刑事司法互助之概況及差異，以建立第三章與第四章案例研究之基本前提；第三章則先簡介日本及我國關於傳聞例外法則之理論與法制後，以傳聞例外理論檢討兩國具有代表性之案例，並比較其間異同；第四章則以日本與我國證據排除理論與法制為基礎，先探討兩國國內實務運用排除法則之現況，及日本境外取證排除法則迄今之發展，並進而推論我國境外證據排除法則之架構；第五章則由上開第三章、第四章之研究所得，比較檢討兩國實務發展之異同，並綜合學理邏輯性及實務可行性，嘗試提出相關實務運作之建議及法制改革之芻議；最後之第六章，則就本文研究結果簡單予以歸納作結。

第二章 國際刑事司法互助之理論與概況

第一節 國際刑事司法互助理論

第一項 定義、類型及沿革

壹、定義

有關「國際刑事司法互助」之用語⁷，我國學界與實務迄今之專門論述不多，日本學者森下忠教授雖在著作中將國際刑事司法互助之意義區分為狹義、廣義及最廣義三者⁸，然實際上該項區分顯然為刑事司法互助之型態而非定義，實無法適切予以說明。而中國大陸學者就此則論述甚多，觀點亦較多樣，因此有關於定義方面，本文擬藉助中國大陸學者⁹之論述加以說明。

從現有文獻來看，中國大陸學者就國際刑事司法互助之定義內容甚多，例如：一、有認為「國際刑事司法協助是國與國之間在刑事事務方面通過代為一定的司法行為而互相給予支持、便利援助的一種活動」¹⁰；二、有認為「從政治角度看，它是專門適用於處理涉外刑事案件的一項國際合作制度，這項制度是以國際條約為基礎，以國內立法為依據而確立的；從司法角度來看，刑事司法協助，是指不同國家或地區的司法機關之間，依據國際條約規定或雙邊互惠原則，在刑事司法上相互協助，代為一定訴訟事務的行為」¹¹；三、有認為「國際

⁷ 亦有稱為「國際刑事司法協助」、「國際刑事司法合作」、「國際刑事法律合作」、「國際刑事司法共助」或「國際司法協力」者，雖用語不同，然其所指概念應屬相同。此外，日本「國際偵查互助法」亦有使用「偵查互助」之用語用以強調進行司法互助請求之主體與訴訟階段之區別，實際上「偵查互助」所指一詞之請求互助內容，則與本文後述「狹義之國際刑事司法互助」大致相仿。本文以下為行文之便，除有特別指明為「偵查互助」之必要外，其餘均使用最具普偏性之「司法互助」一詞予以說明。

⁸ 森下忠，國際刑事司法共助の研究，東京：成文堂，1981年，頁1；氏著註5書，頁1，及氏著註18書，頁97。

⁹ 大陸學者有認為其學界對於國際刑事司法互助概念、特徵、法律屬性之研究，可分為1981年至1990年初期階段、1991年至1997年之開展階段及1998年至今之深入階段等等，各時期研究重點則由初期之引介外國學者如M.C.巴西奧尼、森下忠等人學術成果，至其後的概念定義研究而逐漸深入。參閱陳灿平編著、王作富審定，國際刑事司法協助專題整理，北京：中國人民公安大學出版社，2007年。我國長久以來就此在學理及實務上甚少研究及論著，故此部分具有相當之參考價值。

¹⁰ 趙永琛，論國際刑事司法協助，現代法學，第2期，1991年，頁42，轉引自註9書，頁4。

¹¹ 楊世英、馬進保，論國際刑事司法協助的概念、特徵和形式，法律科學，5期，1991年，頁69-72，轉引自註9書，頁5。

刑事司法協助是指不同國家的司法機關為履行刑事司法職能的目的而相互提供便利、幫助與合作行為的總和」¹²；四、有主張將國際刑事司法協助定義為「國際之間根據條約或協議應委託代為履行某些刑事訴訟行為的活動」，主張在狹義上使用「國際刑事司法協助」，而建議將最廣義的國際刑事司法協助留給更為合適的詞彙「國際刑事合作」¹³；五、有認為國際刑事司法協助概念的界定與國際刑事司法協助範圍的理解密切相關，對國際刑事司法協助應理解為「國家之間、地區之間在刑事事務方面通過代為一定的司法行為而相互給予支持、便利和協助的活動」¹⁴；六、有認為「國際刑事司法協助是主權國家之間依照有關國際條約或雙向互惠原則，協助或代為履行一定的刑事訴訟程序或刑事實體權利的活動」¹⁵等，各說均有其理。惟法律用語之定義往往牽涉概念之內涵與外延廣狹，故自不同角度描述而產生概念認知之差異，實在所難免，尤以在今日國際間逐漸放寬、擴大刑事司法互助之演進趨勢下（詳參、沿革所述），不僅難以賦予其完整定義，實際上亦無因辭害意而限縮其發展之必要。是以本文認為，將其廣泛地理解為「各國為達成其刑事司法目的，而依條約、協定或其他國際刑事規範，或透過一定之國際組織，而相互為請求或協助之國際刑事司法行為」即可，以呼應此一國際性概念之趨勢。

貳、類型

如同前述，大陸學者間對於國際刑事司法互助之意義有不同理解，因而其等就互助之分類亦眾說紛紜，例如：一、有採取廣義及狹義二分法者，認為「狹義的司法協助是指一國在刑事訴訟過程中委託另一國代為某種刑事訴訟方面的活動，內容包括對證人及鑑定人的詢問、證據的收集、物證的移送、搜查及扣押財產、現場勘查或搜查、文書送達、傳喚、犯罪資料的提供，廣義的司法協助則指國與國之間在刑事事務各個領域所給予的協助，內容除包括狹義司法協助外，尚包含引渡、被判刑人的移送、刑事訴訟移轉管轄、外國刑事判決的承認和執行¹⁶等等」；二、亦有學者採取狹義、廣義及最廣義三分法者，認為「狹義的刑事司法協助係指國家間對刑事情況的傳遞、訴訟文書的委託送達、扣押和移交與犯罪有關的財產、對證人的委託詢問和調查、通知證人和鑑定人出庭

¹² 黃風，國際刑事司法協助及其基本原則，中國國際法年刊，1991年，頁265，轉引自註9書，頁6。

¹³ 張智輝，國際刑法通論，北京：中國政法大出版社，1999年，頁353，轉引自註9書，頁6。

¹⁴ 張旭，國際刑法論要，長春：吉林大學出版社，2000年，頁227，轉引自註9書，頁7。

¹⁵ 成良文，刑事司法協助，北京：法律出版社，2003年，頁8-9，轉引自註9書，頁8。

¹⁶ 趙永琛，論國際刑事司法互助，現代法學，2期，1991年，頁44，轉引自註9書，頁20-21。

等，廣義則除上開內容外，尚包括接受委託協查刑事案件、通緝和拘捕潛入國境的在逃案犯、接受請求將控制下的案犯予以引渡等，最廣義則除廣義刑事司法協助外，尚包含對刑事案件的追訴移管、有條件的判決和有條件的釋放、對外國刑事判決的承認與執行¹⁷等等」；三、亦有學者以不同標準進行分類者，其中：1、依據刑事協助的內容範圍，分為狹義、廣義與最廣義者，2、依照被請求國官方機構（officials）是否主動協助與配合，或僅容忍地不作為，分為積極（active judicial assistance）與消極（passive judicial assistance）的協助¹⁸兩者¹⁹，3、依據實施協助的主體不同，分為各國間的司法協助與國際組織間的司法協助²⁰等等。

我國論者在類型化之問題方面，看法大致如下：一、有自低度至高度區分為情資蒐集交換、協助證據之取得、引渡、外國裁判之執行（指罰金及沒收犯罪所得）、受刑人返回本國服刑（即換囚）²¹者；二、有認為自發展沿革區分為引渡、司法互助（協助取得證據）、受刑人之移轉、刑事追訴之移轉及不法所得之扣押、沒收等類型²²者；三、亦有直接區分為引渡、狹義刑事司法互助、外國刑事判決之執行及刑事罪犯之遣返服刑者²³；或區分為犯罪人引渡、偵查程序中

¹⁷ 楊世英、馬進保前揭註 11 書，頁 72-73，轉引自註 9 書，頁 21。

¹⁸ 此種分類方式係反應出大陸法系與英美法系對於刑事司法互助觀點之不同，蓋大陸法系國家對司法互助之理解為「審判權之延長(long arm jurisdiction)」，認為互助涉及國家主權之行使，故多以透過囑託書由官方機構實施之方式為之；而英美法系則以官方不介入為常態，不常以囑託書方式實施互助，而以適用民事司法互助之消極方式為其基本型態。惟 1964 年 Public law 修正後頒布之美國合眾國法典(U.S.Code)，即兼採大陸法系與英美法系二種互助型態，在第 28 篇第 1696 條（外國程序或國際程序之送達）、第 1781 條（囑託書及其他請求之送交）及第 1782 條（對外國司法機關及國際司法機關與其相關訴訟關係人之互助）即分別以 a 項（積極的互助）及 b 項（消極的互助）方式規定，參閱森下忠，新しい国際刑法，東京：信山社，2002 年，頁 144-145。

¹⁹ 就積極與消極之兩種分類方法，有學者認為此項區分失去了其本來含義，因為實際上任何司法協助都是應對方請求而提供，沒有一方請求就即無另一方之協助行為，從這個意義來講只能是消極、被動的，而不可能為積極、主動性質。所謂的消極司法協助並不是司法協助，協助意味著提供幫助，不提供任何幫助就不存在協助之問題，只默許而不提供任何幫助，不是本來意義之司法協助，進而就不存在劃分為積極與消極之問題，參閱張智輝，前註 13 書，轉引自註 9 書，頁 23。

²⁰ 陸曉光編，國際刑法概論，北京：中國政法大出版社，1991 年，頁 161-162，轉引自註 9 書，頁 22。

²¹ 蔡碧玉，我國國際刑事司法互助的現況與發展，軍法專刊，55 卷 1 期，2009 年 2 月，頁 158-160。

²² 陳文琪，檢察官在國際社會中的新角色--國際刑事司法互助篇，法務通訊，2392 期，2008 年 5 月，頁 3-7。

²³ 慶啟人，試論臺灣如何與他國進行實質之司法合作-1-，法務通訊，2201 期，2004 年 8 月，頁 4-5。

之司法互助、外國刑事判決之執行三層次²⁴者，或主張日本學者森下忠教授之狹義、廣義及最廣義三分法者²⁵。故由前述歸納整理可知，論者間縱或歸納方法不同而賦予不同之類別，然其內容均大致已包含今日國際互助實務之常見類型，且由國際刑事司法互助之沿革過程來看，其內涵實隨歷史、科技發展不斷演進，因此某項請求是否得順利達成，除依照雙方國家之條約或協定，或各種互助類型中發展多年之國際慣行（詳第三項、互助之限制所述）外，主要在考量國家利益後而作出之判斷。故就實務面而言，甚至可以捨棄所謂廣義狹義之分，而直敘其類型較容易明瞭。惟從學理研究之角度而言，本文認為日本學者森下忠教授所提出之上開分類較具有普遍性，且亦為國際公約所採用，為便於探討，以下即以其分類作為論述之主軸。

森下忠教授從事國際刑事司法互助領域之研究多年，在其論著中係將國際刑事司法互助之意義區分為狹義、廣義及最廣義三者，所謂狹義之國際刑事司法互助，係指證人及鑑定人之訊問、物之移交、搜索及扣押、勘驗、文書送達與資訊之提供等範圍之刑事司法互助，亦稱為「小型之司法互助（minor legal assistance；entraide judiciaire mineure ,kleine Rechtshilfe）」，在歐陸各國法典用語中也有稱為「其他之司法互助」²⁶；廣義之國際刑事司法互助，則除狹義所指外，尚包含「犯罪人之引渡（extradition ,Auslieferung）」之型態；而最廣義之國際刑事司法互助，除包含廣義之內容外，亦兼及「外國刑事裁判之執行（execution of foreign sentences；exécution de décisions pénales étrangères；Vollstreckung ausländischer Strafurteile）」，與「刑事追訴之移轉管轄（transfer of proceedings in criminal matters；transmission des procédures répressives, transmission des poursuites pénales；Übertragung der Strafverfolgung）」等二種型態。文獻上因「犯罪人之引渡」與「狹義之國際刑事司法互助」兩種類型起源甚早，故亦將二者合稱為「古典型態之國際司法互助（classical forms of international legal assistance, die kasaaischen

²⁴ 宋耀明，淺談國際刑事司法互助之實踐-兼談兩岸共同打擊犯罪，展望與探索，7卷2期，2009年2月，頁81。

²⁵ 吳景芳，國際刑事司法互助基本原則之探討，臺大法學論叢，23卷2期，1994年6月，頁331-332；簡建章，兩岸刑事司法互助之研究，中央警察大學警學叢刊，32卷1期，2001年7月，頁172-175；黃啟賓，刑事司法互助之困境與轉機-從泰我換囚締約談起，國境警察學報，7期，2007年6月，頁56；吳天雲，經由刑事司法互助取證的證據能力-從臺灣高等法院九十五年度囑上重訴字第三號判決而論，刑事法雜誌，51卷4期，2007年8月，頁79。

²⁶ 例如瑞士司法互助法第3編、德國司法互助法第5章將之稱為「其他之司法互助」；1929年德國犯罪人引渡法(DAG)第3章稱為「其他之刑事司法互助」等，森下忠，前揭註18書，頁140。

Formen der internationalen Rechtshilfe) 」，且由於此兩種互助型態，係由被請求國提供協助，至於審判或執行或兼具兩者之重要任務，仍由請求國擔負，故亦有稱為「第二次之司法互助 (entraide judiciaire secondaire) 」者。相對於此，「外國刑事裁判之執行」及「刑事訴追之移轉管轄」兩種類型係第二次世界大戰後始逐漸為各國重視、發展之互助類型，故被稱為「新型態之國際司法互助 (new forms of international legal assistance ,die neuen Formen der internationalen Rechtshilfe) 」，也因其承擔重要執行面之刑罰程序 (processus pénal) ，所以亦有稱為「第一次之司法互助 (entraide judiciaire primaire) 」者。

上述分類用語，實際上並非依照國際刑事司法互助之歷史沿革而來，亦即並非由狹義到最廣義而次第發展。本文既以境外取得證據之證據能力為研究核心，故就其沿革即以「狹義之刑事司法互助」為說明主軸，至於其他三種類型之歷史沿革，僅作簡要介紹如上。

參、沿革

「狹義之國際刑事司法互助」的起源，依有限之資料應可追溯至西元前三世紀羅馬帝國「praetor peregrinus (即審理包含非羅馬人訴訟之羅馬人法官)」之時代，而羅馬人係最先採用由法庭地法官囑託其他國家法官詢問證人制度之民族，此乃因案件審理時，有請求犯罪地國法官詢問證人之必要。此種囑託詢問證人之制度，其後如何發展文獻上並不清楚，但依文獻之記載，國際間最早之互助實務係起源於西元前 1280 年左右之古埃及，當時係以「引渡 (extradition)」為最早實施之型態，意指強制將犯人送回所屬國接受審判。依照當時埃及國王拉姆塞斯二世與西臺王國之皇太子哈圖希利三世締結之和平條約，雙方制定有將逃亡對方國家犯人引渡回國之相關規定，且相同之規定亦可見諸於古希臘、羅馬間所締結之條約中，故就此來看，「犯罪人引渡」經過數世紀之發展，自十九世紀起始逐漸以法制度之方式，在國際公法領域建立明確之模式²⁷。然而，關於狹義國際刑事司法互助之源起，並未如同「犯罪人引渡」一般見諸於文獻紀錄，只能確定其係伴隨「犯罪人引渡」逐漸發展，為能明其全貌，以下本文即就「犯罪人引渡」之歷史沿革加以說明。

²⁷ 歐洲直至 18 世紀前為止，幾乎以引渡政治犯為主，對於一般犯罪人逃亡之情況較不關心，此乃因當時交通、通訊不便，君主只重視對於其政權有危害之政治犯，故對一般刑事犯採取放任之態度。西元 1789 年法國大革命後，舊封建階級制度遭到推翻，社會上對於政治犯之評價亦承襲大革命以來自由、寬容之思惟，而將政治犯視為革命英雄，故演變成今日各國對於政治犯庇護之態度，形成所謂「政治犯不引渡」原則，森下忠，前揭註 5 書，頁 3；前揭註 18 書，頁 100。

「狹義之國際刑事司法互助」隨「犯罪人引渡」制度逐漸發展之典型事例，可從比利時西元 1833 年 10 月 1 日制定之「比利時犯罪人引渡法」(Loi sur les extractions) 看出端倪，該法係近代最早之引渡犯罪人法律，其後並成為歐陸各國制定引渡法之典範。依照該法規定，基於囑託書 (commissions rogatoires) 所為之搜索、扣押及物之交付，僅得於同法第 1 條所定引渡犯罪人時行之，雖然當時該法並無關於詢問證人之互助規定，然從法條規定基於囑託書為司法互助之規定來看，似乎並無排除詢問證人之互助型態。而十九世紀中葉以後各國所締結之犯罪人引渡條約，亦規定基於囑託書為司法互助之意旨，例如：1854 年 7 月 13 日制定之法國葡萄牙引渡條約第 10 條 (詢問證人)、第 11 條 (證人之傳喚) 及第 12 條 (被拘禁人之移送) 均有明文規定；1870 年 5 月 12 日之法國義大利引渡條約，於第 12 條 (詢問證人)、第 13 條 (送達) 及第 14 條 (證人之傳喚、自由停留) 則設有更詳細之規定。其後，在十九世紀兩國間締結之引渡條約，大致上制定與法義引渡條約相同內容之規定，例如：1874 年 1 月 24 日德國瑞士引渡條約、1874 年 8 月 15 日法國比利時引渡條約及 1877 年 12 月 12 日法國西班牙引渡條約等²⁸。

在各國國內立法例方面，首先，**瑞士**於 1892 年 1 月 22 日制訂之犯罪人引渡法 (Schweizerisches Bundesgesetz betr. die Auslieferung gegenüber dem Ausland)，僅規定犯罪人引渡之互助型態，並未設置關於狹義刑事司法互助之規定。這部法律雖在 1982 年底施行，卻顯然無法呼應進入二十世紀後狹義國際刑事司法互助蓬勃發展之浪潮，因為瑞士和大部分歐洲國家一樣，在十九世紀發達之國際合作實務上，只將犯罪人引渡法之基本原則中認為性質適宜者，運用於狹義國際刑事司法互助，特別是雙方處罰原則、排除牽涉政治及財產犯罪之互助請求與一事不再理原則等原則。故為改變此種形態，瑞士於 1981 年 3 月 20 日 (1983 年 1 月 1 日施行) 制定了劃時代之「國際刑事司法互助法 (Bundesgesetz über international Rechtshilfe in Strafsachen=IRSG；Loi fédérale sur l'entraide internationale en matière pénale=EIMP)」，規範了最廣義之國際刑事司法互助 (亦即犯罪人引渡、狹義之國際刑事司法互助、刑事訴追之移轉及外國刑事裁判之執行) 體系²⁹。

其次，**法國**於 1878 年向上議院提出「犯罪人引渡法」之後，歷經曲折，終於在 1927 年 3 月 10 日通過「犯罪人引渡法」(Loi relative à l'extradition des étrangers)，這部法律在第四章「若干之附帶程序」(De quelques procédures accessoires) 中，規定關於過境押解 (第 28 條)、物之交付 (第 29 條) 及狹義之國際刑事司法互助 (第 30 條至第 34 條) 之內容，該國之所以視狹義國際刑

²⁸ 森下忠，前揭註 5 書，頁 2-3。

²⁹ 森下忠，前揭註 5 書，頁 4-5。

事司法互助為「附帶程序」，係因將其解釋為引渡犯罪人之附帶程序所使然³⁰。

至於德國方面，則於 1929 年 12 月 23 日制定「犯罪人引渡法」（Deutsches Auslieferungsgesetz=DAG），該法設置了第一章「引渡犯罪人及過境押解」、第二章「物之交付」及第三章「其他之刑事司法互助」（Sonstige Rechtshilfe in Strafsachen）等規定。此處所謂「其他之刑事司法互助」，係指狹義國際刑事司法互助之型態。同法第 41 條第 3 項則舉出數項代表性之互助類型，例如：提供犯罪人名單資訊（第 1 款）、文書之送達及傳喚（第 2 款）、嫌疑人及被告之訊問、證人及鑑定人之詢問、搜索扣押及法官之勘驗（第 3 款）與移送被拘禁人（第 4 款）等。在此，「狹義國際刑事司法互助」之所以被視為「其他之司法互助」，係因「狹義國際刑事司法互助」與傳統上確立有重要地位之「引渡犯罪人」相比，尚未被承認具有其獨立地位，但從此部法律與上述法國之犯罪人引渡法都以獨立章節加以規定一點來看，本法對於狹義國際刑事司法互助之發展，實具有重要之意義。此種態勢，由 1942 年 6 月 12 日德國義大利「犯罪人引渡及其他刑事司法互助條約」規定第四章為「其他之刑事司法互助」，及 1958 年 1 月 17 日西德比利時間「犯罪人引渡及刑事司法互助條約」之第二章「其他之司法互助」規定內容來看，均可窺知³¹。

在上述背景之下，歐洲理事會³²（Council of Europe, Conseil de l' Europe）會員國間，於 1957 年 12 月 13 日締結「歐洲犯罪人引渡公約（European Convention on Extradition, Convention européenne d' extradition）」後，再於 1959 年 4 月 20 日締結了「歐洲刑事司法互助公約（European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, Convention européenne d' entraide judiciaire en matière pénale, 於 1962 年 6 月 12 日生效）」，成為近代重要之國際刑事司法互助協定。該公約第 1 條首先即明示締約國相互間，有提供請求國司法機關（judicial authorities, autorités judiciaires）「最廣泛司法互助」（the widest measure of mutual assistance, l' aide judiciaire la plus large possible）之義務，從第 26 條規定「對於適用本公約之國家，本公約內容將取代任何規定締約各方刑事司法協助關係之條約、公約、

³⁰ 森下忠，前揭註 5 書，頁 5。

³¹ 森下忠，前揭註 5 書，頁 5-6。

³² 歐洲理事會又被稱為歐盟首腦會議、歐盟高峰會或歐洲高峰會，是由歐盟 27 個成員國國家元首或政府首腦與歐盟委員會主席共同參加之首腦會議。它是歐盟事實上最高之決策機構，但不列入歐盟機構序列當中，各國外長和歐盟委員也會出席歐洲理事會。最早之歐洲理事會由前法國總統德斯坦提議成立於 1974 年，當時被稱之為歐洲經濟體首腦會議，通常一年舉行兩次集會。在特殊情況下，歐洲理事會輪值主席國也能在其國家召開歐盟領導人非正式會議，該會主要在決定歐盟之大政方針，尤其是外交方面之決策。每隔 5 年，新任歐盟委員會主席也由歐洲理事會任命，詳參維基百科

<http://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%AC%A7%E6%B4%B2%E7%90%86%E4%BA%8B%E4%BC%9A#>。

或協定(第1項)」、「締約各方可以僅為補充本公約之規定,或為便利本公約原則之適用,相互簽訂有關刑事司法協助之雙邊或多邊協定(第3項)」,及第28條第1項規定「歐洲理事會部長會議可以邀請任何非理事會成員國加入本公約,只要包含該邀請之決定,得到已批准公約之理事會成員國之一致同意」來看,更充分展現此公約之優先性及多元化色彩。故自本公約締結後,此後歐洲理事會會員國間締結之刑事司法互助條約皆遵循本公約之趣旨而作成,例如1962年6月27日比利時、荷蘭及盧森堡三國,締結了比本公約範圍更廣泛、更易於引渡犯罪人及提供刑事司法互助之「比荷盧三國犯罪人引渡及刑事司法互助條約」即是如此³³。

由上述沿革可知,狹義之國際刑事司法互助係自十九世紀開始,伴隨引渡法制建立而一併發展之司法互助型態,在二十世紀以後更廣為國際社會所運用,各國現今並持續拓展其互助型態中。依照如此之沿革,在各國間發展之立法體例上,明顯可區分為與犯罪人引渡法一併規定或單獨立法者兩種,前者除前述法國、德國之外,其他如1979年12月8日公布、1980年7月1日施行之「奧地利犯罪人引渡及刑事司法互助法」;1981年3月31日公布、1983年1月1日施行之「瑞士國際刑事司法互助法」;1982年12月23日公布、1983年7月施行之「德國國際刑事司法互助法」等,均係採取合併立法之方式;後者如1980年5月29日公布、同年10月1日施行之「日本國際搜查共助法」;1991年3月8日公布、同年4月8日施行之「韓國國際刑事司法共助法」,則採取單獨立法³⁴之體例。

第二項 法源、法系差異與準據法適用

壹、法源

國際刑事司法互助制度屬於國際刑事法之一環,且同屬於國際法之下位概念,故國際法之法源基礎,理論亦可作為國際刑事司法互助之法源基礎。再者,在實踐司法互助之程序上,各國國內法亦當然成為執行互助時之法律依據,故吾人可知所謂國際刑事司法互助之法源基礎,應可從以下兩方面加以論述:

一、國際法方面:此部分乃規範國際刑事司法互助之外部關係,即國與國間請求互助之要件與程序。關於國際法之法源基礎,自來學說主張各有不同,自然法學派³⁵(Naturalists)學者認為只有自然法是國際法之法源,而意志法學

³³ 森下忠,前揭註5書,頁8-9。

³⁴ 吳景芳,前揭註25文,頁333-334。

³⁵ 此派學者以浦芬多夫(Samuel Von Pufendorf)為代表,主張自然法是宇宙普遍和永恒存在之真理,且國際法僅為自然法之一部分,故國際慣例和條約皆非國際法之法源基礎,趙明義,當代國際法導論,台北:五南,2001頁,26-27。

派³⁶(Positivists)卻認為只有慣例與條約才是國際法之法源，其間看法顯然不一。雖然各學派學者持不同之看法，今日學者間則普遍承認國際法院規約(Statute of International Court of Justice)第38條所明定之國際法庭裁判時應適用之基礎，即為國際法之法源。亦即包括：(一)、國際公約(International Conventions)，(二)、國際慣例(International Customs)，(三)、一般原理原則(The General Principles)，(四)、國際法院判決(Judicial Decisions)，及(五)、知名國際法學者之著作(writings of the most distinguished publicists)³⁷等。

就上開法源分析，現今各國主要採取之方式，大多透過簽署國際書面協定³⁸以明確規範互助之要件與程序，表面而言似乎僅以國際公約作為法源基礎。然而吾人常可從國際書面協定中，發現若干國際慣例、一般原理原則(例如：互惠原則、一事不再理原則)等已被形諸於條款，故實際上應可謂已兼採各種法源基礎。至於各國間如無簽署書面協定者，各國國內學說及國際實務運作方面，則通常以互惠原則作為彼此間得請求互助之法源基礎，例如：法國1927年之犯罪人引渡法，僅規定外國向法國請求司法互助之程序(第30條至第34條)，刑事訴訟法第一編亦僅規定本國受司法互助囑託時之國內程序，均未言及法國得請求外國為司法互助，惟該國學者認為依照互惠原則，本應解釋為法國得為此項請求。又在採取互惠原則之日本，在後述之洛克希德案中，亦是以該國「囑託外國法院互助法」第1條之2第6款之互惠原則，及刑事訴訟法第226條請求訊問證人之規定作為請求依據，而肯認該國法官有囑託外國法院代為訊問證人之權限。另外，德國1929年之犯罪人引渡法第41條第1項規定：「刑事司法互助由外國有權當局請求並給予互惠保證時，即使以犯罪人引渡、過境押解或物之交付以外之方法，亦准許之」，故該國實務界法官亦認為該條之規定可作為請求外國司法互助之根據。再者，瑞士法雖無明文規定法院對外國得發出司法互助請求囑託書之權限，但該國學者亦認為此為所有法院均有之內在權限(inherent power)³⁹等等。是以由上可知，未簽署任何國際書面協定之國家間提出請求時，通常即依照互惠原則作為其法源基礎，而以個案方式達成請求目的。

二、國內法方面：此部分係規範國際刑事司法互助之內部關係，即各國接

³⁶ 此學派以蘇虛(Richard Zouche)、賓克夕克(C.Van Bynkershoek)等人為代表，又稱歷史法學派或實證法學派，主張只有慣例和條約才是國際法之真正基礎，趙明義，前註書，頁27。

³⁷ 全文請參閱聯合國網站<http://www.un.org/chinese/law/icj/statute.htm>。至於相關解說，請參閱趙明義，註35書，頁36-48。

³⁸ 國際間以文書(act)、協定(agreement)、協約(concordat)、公約(convention)等各種形式、名稱締結之書面協定眾多，陳隆志，當代國際法引論，台北：元照，1999年，頁349。我國大法官會議釋字第329號解釋係以「國際書面協定」一詞加以統稱，本文為行文一致，亦採取此項用語。

³⁹ 以上各國之事例均引自森下忠，前揭註5書，頁24-25。

受他國互助之請求後，於國內執行請求內容之要件與程序。從歐陸國家發展國際刑事司法互助之過程來看，除前述雙邊或多邊條約之簽署外，各國通常另以制定內國法之方式作為執行互助之依據，故其實際內容亦因各國立法政策之考量而有不同。值得注意者是，國際刑事司法互助在大陸法系與英美法系國家之立法態度上略有不同（詳參後述**法系差異**），因而不可避免的在跨法系國家間實施互助時，易產生法律適用之衝突問題，例如：證人作證前究應為宣誓或具結之結序，或搜索扣押之執行是否採行令狀原則等各方面之差異等，對於司法互助之請求國而言，在其後國內審判程序時之證據評價影響甚大，故就兩法系之觀點、差異及解決之道，在簽署條約或國內立法方面，即不能不預先加以思考。

由上可知，國際刑事司法互助之法源基礎既包括國際法及國內法兩方面，故為順利達成各國間相互請求之目的，理論上應簽署周密之國際書面協定，及制定詳細之國內法制以資因應。然實際上因為狹義之國際刑事司法互助，係十九世紀以來始逐漸蓬勃發展之國際活動，復加上各國受其等政治體制、外交現況或法律體系等因素之影響，迄今包括我國在內之許多國家均未能完備相關法源基礎，實為不爭之事實，故於法制未備之階段，各國目前多以個案為互惠保證聲明⁴⁰之方式實施互助。由於今日國際社會之互助需求日漸頻繁，故除繼續採用國際書面協定或個案互助保證之方式實施互助，可預期國際間在將來刑事司法互助之法源發展方面，亦將更趨活潑、廣泛及多元化⁴¹。

貳、法系差異與準據法適用

一、法系差異

大陸法系與英美法系之不同，在於大陸法系國家法院向來以真實發現（discovery of truth）為主要目的，而英美法系國家法院則以解決當事人間之紛爭為主要目的，因此兩法系國家對於國際刑事司法互助之觀點亦南轅北轍。即大陸法系將司法互助視為本國審判權之延長(long arm jurisdiction)，故程序上需透過本國與外國政府機關之合作以達成互助目的，且證據之蒐集亦多由公機關介入而採取職權主義之立場；英美法系國家將司法互助視為確保個人訴訟法及

⁴⁰ 所謂互惠保證之聲明，即指就將來發生之相同案件情形下，如外國保證願意提供本國相同內容之司法互助，本國始願就本次請求提供互助之聲明。

⁴¹ 例如：西元 1979 年之奧地利司法互助法與 1981 年之瑞士之司法互助法即為適例。奧地利司法互助法在採取互惠原則之同時（第 3 條第 1 項），亦規定有關當局在具備特殊理由之緊急必要時，即使違反互惠原則亦得向外國發出囑託書（同條第 2 項）；而瑞士司法互助法雖要求以互惠保證為原則，然對於司法互助請求權方面，其第 75 條第 1 項規定「負有追訴犯罪義務或在其他程序負有適用法律作出決定義務之機關，得請求司法互助」等語，故不僅偵查機關或法院，行刑機關、保護機關或道路交通機關，均得向外國請求司法互助，似可見向來為國際間司法互助重要原則之互惠原則，亦有逐漸緩和之趨勢。森下忠，前揭註 5 書，頁 25-26。

實體法上權利所必要之行為，關於證據之蒐集則以公權力不介入為原則而採取當事人主義之立場。

進一步而言，兩者差異可從以下二方面加以說明：

(一) 刑事訴訟構造上之差異：英美法系國家既採當事人主義，訴訟之開始、進行及結束皆由雙方當事人主張，立於公正第三者角色之法院並不介入，故法官指揮訴訟時目的僅為維持訴訟之順暢與公平；大陸法系國家既採職權主義，故為發現真實或維護社會公益，法院介入訴訟過程乃視為理所當然。此兩種截然不同訴訟構造之開展，乃因英美法系法院認為紛爭係起於當事人兩造，證據亦應由兩造任意提出，取證活動並非法院之工作，只要兩造未訴諸強制力取證而違法之情形下，法院原則上應任由其等平等地蒐集證據而不應加以干預，即便是由外國偵查機關在本國境內取證，其亦應與私人間在本國境內取證模式等同視之。而大陸法系國家則認為嚴格意義的證據調查，應專屬法院之權限，不允許當事人私自進行，至於偵查階段訊問證人雖非屬嚴格意義之證據調查，只是證據方法之蒐集，但因偵查機關必須蒐集於審判階段供法院資以判斷之各項證據，故不論是實質之調查證據程序或僅為證據方法之蒐集，均不允許由私人為之⁴²。

(二) 在外國蒐集證據方法之差異：英美法系國家與大陸法系國家之訴訟構造既有其根本差異，因而在他方境內蒐集證據之方法亦不同，亦即英美法系國家將證據蒐集視為私人行為，故蒐集證據行為究依內國或外國刑事程序進行在法律性質上差異不大，如非私人遭遇到無法克服之障礙，相關機關或法院即無介入之必要⁴³；大陸法系國家常將證據之蒐集與確保視為偵查機關或法院之任務，故不論是適用內國或外國的刑事程序，都視為是官方（an act of authority）或涉及主權之行為（sovereign act），因此有在外國蒐集證據必要之機關或法院，必須囑託在應為行為地有管轄權之機關或法院，始得為之。

從上述大陸法系與英美法系之差異可知，兩法系對於提供他國刑事司法互助之態度顯然有別，故跨法系國家間如何調和其中差異以滿足雙方司法互助之需求，實為重要之課題。其中，在跨法系國際公約上最具有代表性者為 1973 年 5 月 25 日之美國瑞士刑事司法互助條約〔Treaty between the United States

⁴² 森下忠，前揭註 5 書，頁 27-36。

⁴³ 此處惟一之例外，為英美法上之「證據開示（discovery）」制度，即一方當事人對於他方當事人現在掌握之證據認為有必要時，法院有介入命該當事人開示證據之必要，此時對表示蒐集證據必要性與困難性之當事人，在英美法上之用語，法院即係以提供司法互助（judicial assistance）之方式協助，森下忠，前揭註 5 書，頁 37-38。

of America and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters，於 1977 年 1 月 23 日生效），該條約為首先就調和英美法系與大陸法系制度差異設有詳細規範之國際公約，故具有劃時代之意義，其後在跨法系之國家間之刑事司法互助條約締結上，亦常作為參考之對象⁴⁴。

二、準據法⁴⁵

關於國際刑事司法互助之準據法問題⁴⁶，應可分為證據蒐集與證據評價兩階段予以討論。就此，學者森下忠教授曾舉出西元 1928 年布斯塔曼特法典（Código Bustamante）⁴⁷第 391 條、第 399 條及第 401 條等規定為例⁴⁸，認為關於證據蒐集階段應依被請求國法，證據評價階段則應依請求國法，其學理基礎在於引用國際私法學上之場所支配行為（Locus regit actum）原則⁴⁹來加以解釋。惟如自實務之互助流程加以分析，證據蒐集及評價階段應包括下列四種型態：（一）請求國要求被請求國提供其境內證據，例如調閱銀行帳戶基本資料、交易明細等；（二）請求國要求被請求國在其境內代為蒐證行為，例如代為訊問證人、搜索扣押相關證物等；（三）被請求國容忍請求國人員在境內為蒐證行為，例如訊問證人等；（四）請求國法院依本國刑事程序法判斷蒐獲證據是否具有證據能力。其中，

⁴⁴ 森下忠，前揭註 5 書，頁 44-45。

⁴⁵ 所謂「準據法」一詞，係指在國際私法學領域中，涉外案件決定應適用之某國實體法而言，此項經決定之實體法無論係內國法或外國法，悉稱為案件之準據法（applicable law；massgebendes Recht；loi applicable），亦即涉外案件可資準據之法律，馬漢寶，國際私法總論，台北：自刊，1990 年，頁 17。本文之主題雖屬國際公法學之法律適用問題，惟司法互助過程中決定應適用何國法律時，亦與國際私法之準據法選擇之構造相同，為便於瞭解，本文乃援用此一用語。

⁴⁶ 嚴格言之，本國受外國囑託實施蒐集證據等互助行為時，因非為蒐集本國刑事案件之證據，故理論上應以國內法規定「準用」而非直接「適用」本國刑事訴訟法之規定為妥（例如：日本國際偵查互助法第 12 條規定：「…除本法特別規定以外，於不違反其性質之限度內，準用刑事訴訟法…之規定」，即有準用之明文；惟亦有採取適用之方式者，例如：1962 年 6 月 27 日之比荷盧三國犯罪人引渡及刑事司法互助條約第 24 條第 1 項規定：「被請求國之司法當局，對請求國之囑託書應視同本國司法當局所發之囑託書，而實施受託事項」，則採直接適用之看法，此乃將三國視為法律共同體所使然）。現今國際間立法例亦多認為係準用而非適用，例如：奧地利 1979 年犯罪人引渡及刑事司法互助法第 9 條、瑞士 1981 年國際刑事司法互助法第 12 條等，均有規定準用之明文，森下忠，前揭註 5 書，頁 38-39。

⁴⁷ 此法典係於 1928 年 2 月，在古巴首都哈瓦那舉行之第 6 屆泛美會議中通過之統一國際私法法，名稱來自負責起草之哈瓦那大學國際私法教授 A.S.de 布斯塔曼特，該法典總結拉丁美洲國家在國際私法方面之立法經驗，以及當時之研究成果，是一部全面性之國際私法法典，在學術上實具參考價值。

⁴⁸ 該法典第 391 條（準據法）規定：「受理請求或囑託書者，關於請求之目的應依請求國法，關於實施之方式應依被請求國法。」、第 399 條（證據決定之準據法）規定「關於決定個別情形下可使用之證據方法，依待證事實或事實發生地法。但裁判地法令不允許者不在此限。」、第 401 條規定：「證據應依照裁判國之法令評價。」等，森下忠，前揭註 5 書，頁 40-42。

⁴⁹ 森下忠，前揭註 18 書，頁 145。此原則為國際私法上最早建立原則之一，又稱行為地法原則，係指法律行為之實質與方式，悉應以行為作成地之法律為根據，馬漢寶，前揭註 45 書，頁 107。

不論何一階段，均可能涉及司法主權之衝突，是以現今國際間乃從尊重司法主權之「國際禮讓」(idée de courtoisie internationale) 角度，採取尊重被請求國與請求國雙方國家司法主權之方式進行司法互助。因此，上開(一)、(二)、(三)型態之互助行為應依照被請求國法實施，(四)型態之行為則應依請求國法，從此觀點來看，亦呼應上述場所支配行為原則之看法⁵⁰。然而，應特別討論者是，理論上雖然(二)、(三)型態之準據法適用，似應按照被請求國法令實施蒐證行為，惟因在場或親自前往取證之請求國人員並不瞭解被請求國法令⁵¹，且考量最終證據評價係屬於請求國法院之職權，故例外時應考慮優先適用請求國法，以符合互助之需求及實效。就此，現今各國間為便於互助目的之達成，以有效打擊國際犯罪，無不適度修正上開固守司法主權之立場，而在一定條件下容許適用外國法實施互助行為，是以適用外國法⁵² (application of foreign law) 之理論亦逐漸為各國條約、立法例所採行⁵³，亦即形成「證據蒐集階段原則上應依被請求國法，在不牴觸被請求國法令之限度內，得適用請求國法；證據評價階段應依請求國法」之新準據法適用模式。此模式特別在融和大陸法系與英美法系國家之法制差異上，更突顯其功效，例如：前述證人於證言前所為之宣誓或具結行為，在不同法系國家間之證據評價、偽證處罰要件本有不同，若能適度採行前述適用外國法之模式，相信更能滿足國際間擴大司法互助合作之需求。

第三項 互助之限制

現今在國際間，狹義之國際刑事司法互助不僅被認為是犯罪人引渡之附隨程序，亦已成為獨立之刑事司法互助型態，且國際間亦認為以盡可能提供請求國最廣泛之協助為原則。然而實務上，被請求國提供司法互助之範圍並非毫無限制，往往於決定是否提供互助前，必須考慮本國之利益及國際間對於提供互助與否之一般看法，而產生互助之限制，且發展在先之犯罪人引渡各項原則，現今已成為各國拒絕提供他國互助之規定事由。然因犯罪人引渡與狹義國際刑事司法互助之目的、內容、性質及結果並不相同⁵⁴，是以犯罪人引渡所適用之

⁵⁰ 森下忠，前揭註 5 書，頁 125。

⁵¹ 論者即指出外國依我國囑託提供既存證據或調查後提供時，證據取得方式依提供國法（被請求國法），證據評價依我國法（請求國法），其原因在於考量各國刑事制度具有相當差異性及不可規範性，相互間難以了解他方之刑事制度所使然，吳天雲，前揭註 25 文，頁 82。

⁵² 又可稱為外國法之替用，馬漢寶，前揭註 45 書，頁 189-214；森下忠，前揭註 5 書，頁 145-147。

⁵³ 例如：西元 1958 年 9 月 22 日之西德奧地利刑事司法互助條約第 8 條規定：「實施請求時，適用被請求國法。但請求國要求應依一定之程序實施時，以被請求國法不禁止該程序為限，得應允之。」；其他如美國瑞士刑事司法互助條約第 9 條第 2 項、第 12 條等，奧地利犯罪人引渡及刑事司法互助法 (ARHG) 第 58 條、瑞士國際司法互助法 (IRSG,EIMP) 第 65 條等均同此旨，森下忠，前揭註 5 書，頁 52-54。

⁵⁴ 犯罪人引渡係以對犯罪人追訴處罰為目的而請求將犯罪人引渡至請求國受審，具有強烈之司法主權色彩，過程有時牽涉政治問題，其結果也通常不利於犯罪嫌疑人；而狹義刑事司法互助

幾項原則，僅於性質適宜者，始得作為狹義國際刑事司法互助之限制事由，當屬無疑。以下本文擬先說明各項基本原則之內容，其次再分別介紹現今成為各國締約藍本之著名國際公約作為對照。

壹、國籍之限制

此即犯罪人引渡基本原則中之「國民不引渡原則（non-extradition of nationals）」，該原則基於保護本國國民之立場，為避免引渡造成本國國民死亡或等同於放逐之結果發生，故主張不引渡本國國民，此原則不僅成為歐洲大陸各國之一般見解，更陸續被提昇至憲法位階之權利保障⁵⁵。然而，由於英美法系國家不採取此項原則，因此在互惠原則（詳後述）之影響下，跨法系國家即有可能無法達成互助之結果。例如：英國國民在法國犯罪後返回英國時，因法國採取國民不引渡原則，故英國基於互惠原則亦不將該犯罪人引渡至法國受審，由於英國對於非謀殺之罪不採取屬人原則，該案犯罪地又在法國，其結果該犯罪人終而未受處罰，而有礙於國際間合作打擊犯罪之目的。因此，今日一般認為，狹義之國際刑事司法互助毋需堅持國籍上之限制，因提供互助亦有可能有利於本國國民，且有助於擴大國際間之互助合作，充其量僅於設有例外之規定時（例如：歐洲刑事司法互助條約第 11 條第 2 項規定，請求國欲借提被請求國拘禁中之犯人至請求國作證或對質⁵⁶，如該犯人為本國國民時，締約國得拒絕其因移送而押解過境本國），始適度採取此項原則。

貳、罪名之限制—政治犯罪、軍事犯罪及財政犯罪

在引渡犯罪人時，得以請求引渡之犯罪類型（即所謂「引渡犯罪（extraditable offences）」）為何，向來為受到熱烈討論之議題，依照實務條約或立法現況而言，大致上可分為按照**犯罪之刑度輕重**或**犯罪之性質**等兩種方法分類者。如按犯罪之刑度輕重分類，有列舉一定刑度之罪名而採取正面表列之方式者；亦有消去一定刑度之罪名而採取負面表列之方式者。至於採取何種方式，主要取決於各國政策或立法技術面之考量，近來各國則以負面表列規範之方式居多。如按照犯罪之性質分類，則傳統上多排除政治、軍事及財政等三種犯罪類型之犯罪人引渡。惟適用於犯罪人引渡之罪名限制，在狹義國際刑事司法互助方面是否亦得予適用，以下即分別加以簡要說明。

之目的則在於透過互助訊問證人、蒐集物證以完備刑事程序，司法主權色彩較為緩和，結果上也可能因而證明犯罪嫌疑人之清白，尤其於再審、赦免及刑事補償等程序中，更突顯為被告利益所為之優點。因而，適用於犯罪人引渡之基本原則，即非全部得類推適用於狹義國際刑事司法互助，例如：自國民不引渡原則（國籍之限制）、財政犯罪不引渡原則（罪名之限制）等即不屬之，森下忠，前揭註 5 書，頁 61-81；同氏著，前揭註 18 書，頁 146。

⁵⁵ 森下忠，前揭註 18 書，頁 117。

⁵⁶ 此即所謂借提拘禁人（prêt de détenu）或被拘禁人之暫時移送（zeitweilige Überstellung eines Häftlings）制度，森下忠，前揭註 5 書，頁 65。

一、政治犯罪

政治犯罪 (political offence, infraction politique) 不引渡原則係發源自 18 世紀以前之歐洲大陸，當時各國君主對於企圖改變政治體制之政治犯懷有高度戒心，因此進行引渡之犯罪類型主要為政治犯而非一般刑事犯，直到西元 1789 年法國大革命後，在自由主義之背景下，政治犯被視為政治思想上之先趨者，因而逐漸受到尊重、庇護，並被排除於引渡之範圍。在法典上，政治犯不引渡原則首見於 1833 年 10 月 1 日之比時利時犯罪人引渡法，此規定對於各國犯罪人引渡法制之影響甚大，其後亦逐漸各國條約實務所採納，然而政治犯罪之定義本有其困難性，故關於政治犯罪之認定，往往不得不委由被請求國之政府判斷。再者，政治犯罪之種類大致可區分為純粹之政治犯罪 (délits purement politiques)、複合之政治犯罪 (délits complexes) 及關連之政治犯罪 (délits complexes á un délit politique) 等三種類型，第一種係指直接危害國家存亡之內亂、外患及間諜等罪名，亦稱為絕對之政治犯罪；第二種係指在政治動機下侵害個人法益之罪名，亦即純粹之政治犯罪與普通犯罪之結合，例如：在犯內亂罪時對於國家元首及其親屬之生命施加危害行為之罪名等；第三種係指為實施或易於實施純粹或複合之政治犯罪所為罪行，其本質乃為普通犯罪，僅係與政治犯罪具有關連性而已。例如：趁政治動亂之際，自軍火庫掠奪武器、彈藥，或為籌備革命資金而強盜銀行等⁵⁷。

誠如前述，政治犯罪之定義往往委由被請求國決定，由於各國之政治現況不同，採取如何之解釋如均由被請求國片面決定，亦有流於恣意之可能，甚而有將恐怖主義活動評價為政治犯罪之虞。故現時國際間之趨勢已逐漸縮小政治犯罪之概念，例如：前述 1856 年 3 月 22 日修正之比利時犯罪人引渡法，在第 6 條加入第 2 項「故意殺害、謀殺或毒殺外國元首或其親屬者，非為政治犯罪或關連政治犯罪。」之規定，亦即所謂「比利時條款」或「加害條款」，其後更將此條款之被害對象擴大至對於外交官之加害、恐怖活動等特別重大之犯罪類型，逐漸縮小不引渡之範圍。另外，1977 年 1 月 27 日歐洲防止恐怖主義活動條約中，第 1 條亦規定「劫機、對受國際性保護之人之重大犯罪、誘拐人質、炸彈攻擊等犯罪，禁止視為政治犯罪」、第 2 條規定「對人之生命、身體或自由為其他重大暴力行為者，得不視為政治犯罪」，亦明顯將恐怖主義活動排除於政

⁵⁷ 森下忠，前揭註 5 書，頁 68；及其前揭註 18 書，頁 114-115。註 18 書將之區分為絕對之政治犯罪、複合之政治犯罪、關連之政治犯罪及相對之政治犯罪等 4 種類型，惟四分法之分類方式中，相對之政治犯罪與關連之政治犯罪之區分界限似不明顯且無實益，故本文仍採取三分法之方式加以說明。

治犯罪概念外⁵⁸。

狹義之刑事司法互助是否容許對政治犯罪提供互助，迄今於國際間仍有不同之看法。例如：歐洲刑事司法互助條約第 2 條規定，關於政治犯罪或牽涉政治犯罪之犯罪，「得」拒絕提供司法互助，係將之列為裁量性限制事由；日本國際偵查互助法第 2 條第 1 款規定，請求互助之犯罪為政治犯罪，或可認為其目的為偵查政治犯罪時，不得為互助，係列為義務性限制事由；韓國國際司法互助法第 6 條第 3 款規定，對於政治性犯罪為調查或裁判時，不得互助，亦採行與日本相同之方式規定。

本文認為，考量狹義國際刑事司法互助與犯罪人引渡之性質、目的、內容與結果均有不同，故對於政治犯罪之認定不應從寬而限縮互助，而應採取容許提供互助之見解較為妥適⁵⁹。近年來重要之國際性公約，亦逐漸放寬對於政治犯罪之提供協助，例如：聯合國 1999 年 12 月 9 日第 76 次全體會議通過之制止資助恐怖主義公約（International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism）第 14 條即規定，「為引渡或司法互助之目的，不得視第 2 條（即本公約所指之犯罪定義）所述任何罪行為政治犯罪、牽涉政治犯罪或出於政治動機之罪行；因此對於就此種罪行提出之引渡或司法互助請求，不得以其涉及政治犯罪、牽涉政治犯罪或出於政治動機之罪行為理由而加以拒絕」，即為適例。

二、軍事犯罪

傳統之犯罪人引渡法排除軍事犯罪（*infractions militaires, militärische strafbare Handlungen*）為引渡之範圍，而所謂軍事犯罪，可分為純粹之軍事犯罪與混合之軍事犯罪兩種，前者指觸犯專由軍刑法所規範之罪名，行為主體亦限於現役軍人，例如：擅離職守罪、抗命罪等；後者則指除觸犯軍刑法之罪名外，同時觸犯普通刑法所規範之罪名，例如：凌虐下屬、毀損軍用品等。相對於政治犯罪之立場，各國對於軍事犯罪之看法顯然較無歧異，亦即對於純粹之軍事犯罪傾向於不引渡，對於混合之軍事犯罪則仍予引渡之。例如：1957 年歐洲犯罪人引渡條約第 4 條即規定，不構成普通刑法上犯罪之軍事犯罪，不得適用本條約引渡之⁶⁰，即採取不引渡純粹之軍事犯罪之立場。

狹義國際刑事司法互助是否容許對軍事犯罪提供互助，在國際間有不同看法，例如：1959 年歐洲刑事司法互助公約第 2 條及 1962 年比荷盧犯罪人引渡及

⁵⁸ 森下忠，前揭註 18 書，頁 115-116。

⁵⁹ 吳景芳，前揭註 25 文，頁 13-14。

⁶⁰ 森下忠，前揭註 5 書，頁 80-81；簡建章，註 25 文，頁 178-179。

刑事司法互助條約第 22 條，並未將軍事犯罪視為互助之限制事由；相對於此，1973 年美國瑞士刑事司法互助條約第 2 條及 1981 年瑞士國際刑事司法互助法第 3 條，即排除軍事犯罪為互助對象，明顯採取不同之立場。本文基於與前述政治犯罪之同一理由，認為狹義國際刑事司法互助與犯罪人引渡，在性質、目的、內容與結果上既屬不同，故無必要將軍事犯罪作為限制事由。

三、財政犯罪

在財政犯罪方面（fiscal offence ,infraction fiscale, fiskalische strafbare Handlung），向來之犯罪人引渡實務多將財政犯罪與政治犯罪、軍事犯罪同視，而排除於引渡之範圍。然而由於跨國經濟犯罪之快速發展，財政犯罪與一般竊盜、強盜之財產犯罪相比，其法益侵害之強度與廣度明顯更大，故傳統將財政犯罪與一般犯罪區別之正當理由今日已不復存在。另一方面，為強化國際合作，因應共同打擊跨國經濟犯罪之殷切需求，各國已逐漸將財政犯罪視為一般犯罪，而不再認定其為犯罪人引渡之限制事由。例如：1978 年之歐洲犯罪人引渡公約第二附加議定書第 2 條第 2 項即規定「不得僅以被請求國之法令未課以與請求國相同種類之稅金或租稅，或以對於稅金、租稅、關稅及匯兌無同種類之限制為理由，即拒絕引渡犯罪人」，即將財政犯罪視為一般犯罪處理⁶¹。

本文認為，無法因財政犯罪之故，而拒絕提供他國互助，蓋狹義國際刑事司法互助之性質、目的、內容及結果本與犯罪人引渡不同。此由上述歐洲刑事司法互助公約附加議定書第 1 條規定「締約國如僅以請求為被請求國視為財政犯罪為理由，不得行使本公約第 2 條 a 項所示之司法互助拒絕權」之內容，對照原公約第 2 條規定來看，更顯現出限縮財政犯罪為互助限制事由之國際趨勢無疑⁶²。因此，財政犯罪應不得成為司法互助之限制事由，較為妥當。

參、互惠原則

互惠原則（principle of reciprocity）係犯罪人引渡各項原則中最為重要之原則，其係基於國家平等性之立場，認為各國不論其疆域大小、人口多寡，在國際法上之地位一律平等⁶³，且經由各國間互惠互助，更能彰顯各國在國際法

⁶¹ 森下忠，前揭註 5 書，頁 77-79。

⁶² 原先於 1959 年通過之歐洲刑事司法互助公約第 2 條 a 項係規定：「請求為被請求國認為係政治犯罪、關連之政治犯罪或財政犯罪時，得拒絕司法互助」，而將財政犯罪列為裁量性限制事由，森下忠，前揭註 5 書，頁 72。

⁶³ 聯合國於 1970 年 10 月 24 日第 1883 次全體會議通過之「關於各國依聯合國憲章建立友好關係及合作之國際法原則宣言（Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operations among States in accordance with the Charter of the United Nations）」中，明揭各國主權平等原則為國際法上之基本原則，亦即各國無論其經濟、社會、政治有何不同，均

上之平等，例如：於前述國民不引渡原則所談及英國與法國引渡犯罪人之例，若雙方於引渡犯罪人時，僅一方國家允許引渡至他國，他方國家則拒絕引渡，明顯即有違互惠原則。惟各國間關於互惠原則之採擇，於國際法上實非基於正義之要求，而係出自政策性之考量⁶⁴，故因應時空背景之發展，先後從「嚴格之互惠原則」演變至「緩和之互惠原則」。所謂「嚴格之互惠原則」，係指被請求國同意引渡請求之條件，在於請求國保證將來就被請求國請求引渡之同一種類犯罪，亦將同意引渡者為限，意即以雙方國家間引渡之內容完全一致為必要，又稱絕對之互惠原則；後者則指不強調引渡之內容必須完全一致，只要在程度上大致相同即可，故又稱為相對之互惠原則。早期國際間為貫徹各國主權平等原則，採取嚴格之互惠原則，例如 1929 年之德國犯罪人引渡法即是。然如同前述，採取此種嚴格之立場可能產生寬縱犯罪人之結果而有害於實體正義，故自第二次世界大戰後，為符合國際間對於打擊犯罪及國際合作之需求，現今國際上多採取緩和之互惠原則。例如：歐洲犯罪人引渡條約第 1 條未明白揭示採行互惠原則，條文中亦僅規定「約定互相引渡犯罪人」之用語，解釋上此乃為賦予關係國主張互惠原則之權利，至於是否主張互惠原則，則委由各國間自行決定，亦即採取緩和性之觀點⁶⁵。

實施狹義國際刑事司法互助時，將互惠原則作為互助之限制事由，理論上並無扞格之處，蓋各國身為國際社會成員本難離群索居，只有尊重彼此間主權之平等，始能順利達成互助目的，故現時各國間莫不透過雙邊或多邊條約訂定互惠原則，或以具體個案為互惠保證聲明之方式，滿足雙方互助之需求。惟從互惠原則在犯罪人引渡歷史之演進過程可知，如各國能捨棄政策性考量而採取緩和立場，相信更能在堅守互惠原則與實現國際正義間取得平衡點，而加速於未來之國際合作⁶⁶。今日國際間之有力見解亦認為，原則上不應適用互惠原則於狹義國際刑事司法互助，蓋因其與犯罪人引渡之本質、目的不同，且在儘可能提供最廣泛司法互助之思惟下，為促進國際之合作與發展，似有作此解釋之

有平等之權利與責任，並為國際社會之平等會員國，參閱聯合國網站
http://www.un.org/chinese/documents/instruments/docs_ch.asp?year=1970。

⁶⁴ 1880 年國際法學會第 5 次會期中曾決議宣示「關於犯罪人引渡之相互性要件，僅係政策上之要求，而非基於正義之要求」；1969 年第 10 次國際刑法會議中亦曾決議宣示「相互性要件並非來自正義之要求，亦不希望將此要件維持為犯罪人引渡之嚴格性原則」，均可見互惠原則之政策性屬性，森下忠，前揭註 18 書，頁 109。

⁶⁵ 森下忠，前揭註 18 書，頁 110。

⁶⁶ 如同前述一、國籍之限制中所舉之例，目前在被請求國拒絕引渡犯罪人時，跨法系國家間已發展出經由條約或公文交換，由請求國提出將犯罪人移送被請求國偵查機關追訴之方式，來解決前述違反實體正義之問題，例如：1977 年 7 月 11 日西德加拿大引渡條約第 5 條第 3 項、1978 年 6 月 20 日西德美國引渡條約第 7 條第 3 項，及 1978 年 9 月 25 日西德英國交換公文第 3 條第 3 項均是，森下忠，前揭註 18 書，頁 111。

必要⁶⁷。

肆、雙方處罰原則

雙方處罰原則（principle of double criminality）在犯罪人引渡中，向指關於請求引渡之行為，在請求國與被請求國均具有可罰性時，始准予引渡之意，其目的在於維護本國之法秩序、尊重被請求國之司法主權，及兼顧被引渡人之權益⁶⁸。如同前述，犯罪人引渡之主要目的在於追訴或處罰犯罪人，故請求引渡之行為在請求國被視為犯罪行為乃屬當然，因而所謂「雙方處罰」之重點，即在於被請求國法令對該引渡行為之評價為何。若被請求國亦將之視為犯罪行為時，則此時將該人引渡回請求國受審，對於被請求國造成之司法主權侵害，亦較為緩和。再者，關於「雙方處罰」之型態，可分為「抽象之雙方處罰」與「具體之雙方處罰」兩種，前者只須請求國與被請求國對於該犯罪，有同一或類似之刑罰規定即可，又稱同一罰則原則或規範原則；後者則必須雙方國家就該犯罪具有追訴可能性始可，即兼及考慮雙方刑事實體法之違法阻卻事由、責任阻卻事由，及程序法之告訴、時效、赦免及既判力等規定⁶⁹。而今日一般引渡之立法例上，多採取具體之雙方處罰性觀點，例如：日本 1953 年 7 月 21 日之犯罪人引渡法第 2 條第 5 款規定，「引渡之犯罪若依日本國法令不得對逃亡犯罪人科以或執行刑罰者，不得引渡」；我國 1954 年 4 月 17 日引渡法第 2 條亦規定，「凡於請求國領域內或請求國及中華民國領域外犯罪，依中華民國及請求國法律規定均應處罰者，得准許引渡」等，均為適例。惟雙方處罰原則在犯罪人引渡方面之發展至今，已漸為緩和乃至於有主張放棄之趨勢。就此，國際法學會即曾於 1880 年提出關於「因逃亡地國之特別制度或地理狀況，而不構成犯罪行為時，應放棄雙方處罰原則」之看法；立法例上，瑞士於 1892 年之犯罪人引渡法第 4 條，亦明文規定「依請求國法律被視為可罰之行為，如依本法規定因地理狀況差異⁷⁰等外部情事之故而屬不罰之行為時，仍准予引渡之」。

誠如前述，狹義國際刑事司法互助與犯罪人引渡之目的不同，故今日國際間並不要求請求互助時必須具有雙方處罰性，此乃因互助之結果可能有利於犯罪嫌疑人或被告之故，因此，學者間甚有提出應揚棄該原則之看法⁷¹。在國際

⁶⁷ 森下忠，前揭註 18 書，頁 146-147。

⁶⁸ 簡建章，前揭註 25 文，頁 179-180。

⁶⁹ 森下忠，前揭註 5 書，頁 82。

⁷⁰ 此處所謂因「地理狀況差異」之故所指，例如：受引渡人在荷蘭違犯關於保護沿海堤防之法律規定後逃亡至其他內陸國家等，即屬適例，森下忠，前揭註 18 書，頁 112-113。此例所述情形在學說及國際刑事司法實務上，均肯定為雙方處罰原則之當然例外，故即使無法律明文規定，亦應如此。

⁷¹ 例如學者 Jescheck 認為可在保留公序原則（ordre-public Grundsatz）之情形下放棄雙方處罰性原則；Grützner 則認為若以欠缺雙方處罰性而拒絕互助之請求，即無法獲得對嫌疑人或被告有

間條約及立法動向方面，1958年9月22日之西德奧地利刑事司法互助條約，及1961年5月2日之西德英國協定等，均採取雙方處罰原則；奧地利互助法第51條亦採用此項原則。相對於此，歐洲刑事司法互助條約原則上不要求必須具有雙方處罰性，僅在關於搜索、扣押等強制處分時，始承認締約國得在雙方處罰性之要件下保留提供互助之權利（第5條a款）⁷²；1958年1月17日西德比利時犯罪人引渡及刑事司法互助條約亦規定，除關於第25條搜索、扣押之例外，廢止雙方處罰原則作為互助之限制事由；1970年12月1日法國南斯拉夫刑事司法互助條約、荷比盧司法互助條約亦均不採用該原則。另外，美國瑞士之刑事司法互助條約，亦僅止強制處分部分採取雙方處罰原則，此外均不採用；瑞士司法互助法第64條第1項亦僅規定僅關於強制處分採用抽象之雙方處罰原則⁷³。故從上可知，今日國際間大致上已不採用此項原則，僅於特定之互助事項方面（例如：強制處分），始將其作為互助之限制事由。本文認為，由於狹義國際刑事司法互助與犯罪人引渡之性質、目的、內容與結果均屬不同，且從國際間以提供請求國最大限度互助之趨勢來看，應以不將此原則作為限制互助之事由為宜。

伍、一事不再理原則

一事不再理（non/ne bis in idem）原則在刑事程序法上通常係指有罪、無罪之實體判決，或免訴之形式判決確定後，就同一事件具有不得再行提起公訴之效力，其目的在避免對於被告反覆進行審判而造成被告精神及勞費之負擔，與英美法上雙重危險（double jeopardy）禁止原則⁷⁴之規範意旨相同。而犯罪人引渡時所稱之一事不再理原則，則除上開意義外，其效力範圍尚包含以下三階段，亦即：（一）被請求國就同一犯罪事實開始進行刑事追訴時；（二）同一事實經被請求國判決確定時；及（三）同一事實在第三國判決確定時等，均可能產生拒絕引渡之法律效果。因此，明顯可見此原則並非僅指在被請求國或第三國已有確定判決後得拒絕引渡，同一案件已在偵查或審判程序時亦可能拒絕引渡，差異僅在於各國規範之密度及方式不同而已。

舉例而言，例如：1957年歐洲犯罪人引渡條約第8條規定，就同一犯罪事實已在被請求國刑事追訴中時得拒絕引渡，係將之列為裁量性限制事由；第9條前段規定，就已受被請求國有權機關確定判決者不准予引渡，係將之規定為義務性限制事由；同條後段規定如被請求國有權機關就同一犯罪決定不追訴或

利之證據，結果無異剝奪嫌疑人或被告行使防禦權之機會，森下忠，前揭註5書，頁84。

⁷² 森下忠，前揭註18書，頁147。

⁷³ 森下忠，前揭註5書，頁87。

⁷⁴ 三井誠·酒卷匡，入門刑事手續法〔第5版〕，東京：有斐閣，2010年，頁265；白取祐司，刑事訴訟法，東京：日本評論社，2007年，頁415-421。

停止追訴時亦得拒絕引渡，即規定為裁量性限制事由。其後，該條約於 1975 年 10 月 15 日之附加議定書第 2 條再規定，如同一犯罪事實已在第三國判決確定時不准予引渡，即明顯將上述第三種情形列為義務性限制事由。故從上述可知，歐洲犯罪人引渡條約就一事不再理原則之規範密度，係包括同一事實已在追訴、決定不追訴或停止追訴及判決確定等情形，其中已有確定判決時，則不論係被請求國或第三國所為，均不准引渡。相較之下，我國引渡法第 5 條則規定：「請求引渡之犯罪，業經中華民國法院不起訴，或判決無罪、免刑、免訴、不受理，或已判處罪刑，或正在審理中，或已赦免者，應拒絕引渡。」之內容，顯然更加貫徹一事不再理原則。惟採取此種嚴謹立場，理論上固有保障犯罪人權利、避免程序勞費之優點，然是否可能因忽略各國法制、文化等差異，而強將請求國與被請求國所為刑事程序等同視之，特別是在犯罪地國偵查不完備之情形下卻仍認許其裁判時，反而可能產生無法追訴逃亡犯罪人之不合理結果，其是否適當，實有研求之處⁷⁵。

一般認為，一事不再理原則不應類推適用於狹義國際刑事司法互助，此乃因互助之目的在於完備請求國之刑事程序，其互助之結果亦可能對被告或犯罪嫌疑人有利，若堅持採行嚴格之一事不再理原則，無非等同於否定司法互助之可能性，是以現今國際實務上大致有二種立場：其一為**不採取此項原則**者，例如：歐洲刑事司法互助條約、1980 年日本國際偵查互助法及 1991 年韓國刑事司法互助法之規定等；其二則為**在條約中保留作為裁量性限制事由**者，例如：歐洲刑事司法互助條約第 23 條明文規定締約國得保留適用一事不再理原則，若干國家例如比荷盧三國、丹麥、挪威、瑞典、瑞士等國，即分別在一定範圍內保留得拒絕互助之權利⁷⁶。另外，聯合國 1990 年 12 月 14 日第 68 次全體會議所通過之刑事事件互助示範條約第 4 條第 1 項 d 款規定：「該項請求涉及某項在被請求國進行調查起訴之罪行，或在請求國對該罪行進行起訴將不符合被請求國一事不再理之法律規定者」，係將一事不再理原則列為裁量性限制事由。本文認為，狹義國際刑事司法互助與犯罪人引渡之性質、目的、內容與結果均屬不同，即便有確定判決存在，該項互助請求亦有可能有利於被告或犯罪嫌疑人行使防禦權，甚而排除其犯罪嫌疑，尤其在關於再審程序之互助，採行一事不再理原則即可謂關閉司法互助之大門⁷⁷。故就此而言，採取裁量性限制事由之規範方式，應較為均衡。

⁷⁵ 相關事例請參森下忠，前揭註 18 書，頁 122-124。在此情形下，現行日本實務上乃變通採取由外交單位命其歸還護照之方式，使該逃亡犯罪人成為非法居留者而遭到所在地國強制遣返，惟此方式如遇逃亡犯罪人非本國國籍時，即無用武之地。

⁷⁶ 森下忠，前揭註 5 書，頁 90-91。

⁷⁷ 森下忠，前揭註 18 書，頁 147-148。

陸、特定原則

特定原則（principle of speciality）為引渡犯罪人時，於條約及國內法上常見之一項原則，最早將此原則明文化之國際書面協議，係出現於 1833 年之比利時犯罪人引渡法第 6 條。當時內容係指逃亡犯罪人在引渡前所實施之政治犯罪及其關連犯罪，或非屬同法所定引渡犯罪之重罪或輕罪，均不得追訴或處罰，顯然以負面表列之方式排除處罰，而採取所謂「緩和之特定原則」。自 1834 年之法國比利時犯罪人引渡條約起，此項原則即逐漸為國際條約及各國國內法所採用。然而，特定原則本以貫徹政治犯不引渡原則為目的，緩和之特定原則卻因規範方式而給予請求國欺罔被請求國之機會，亦即請求國往往以追訴普通犯罪之名而行追訴政治犯罪之實，因此「嚴格（或稱純粹／絕對）之特定原則」隨即應運而生。依照嚴格之特定原則，請求國僅得依照請求書中所記載罪名，對被引渡人引渡前所實行之犯罪加以追訴處罰，至於引渡犯罪以外之罪名，則必須基於新的請求或得被請求國同意，始得追訴處罰。此種正面表列之方式，一方面係為保障被引渡人之個人權利，使被引渡人免於遭受不可預測之處罰，另一方面亦有維護被請求國主權尊嚴、制約請求國主權行使之效果，避免請求國以其他罪名請求引渡後，再進行政治犯罪之追訴。故該原則自 1850 年之法國西班牙犯罪人引渡條約後，至今已被視為國際習慣法，即使條約或國內法未加以規定，一般亦認為於請求引渡時應加以遵守⁷⁸。

然而，嚴格之特定原則，亦可能對請求國刑事司法程序造成不便之情況，例如在引渡後始發現有想像競合或其他應併合處罰之罪名時，由於未事先徵得被請求國同意而不能予以追訴處罰，只好重新為新的請求，此舉反而耗費時日，影響該案件之追訴權時效或對於其他共犯之追訴。故為解決此項困境，學理方面提出三種解決之道作為參考：（一）、緩和特定性之範圍，即可在引渡請求之歷史事實同一性範圍內，作法律評價之變更；（二）、經被引渡人明示且任意同意，得以追訴引渡請求範圍以外之犯罪；（三）、「安全行動（safe conduct）」之保障期間經過後，請求國得再追訴處罰被引渡人所犯之其他罪名。上述所謂「安全行動」之保障期間，係指被引渡人在請求國之刑事程序終結後，自由停留在請求國境內，或離去後自願回到請求國，而不受請求國追訴、處罰之期間，亦即得在請求國內自由安全行動之期間，目前多數條約之規定為 1 個月至 3 個月不等⁷⁹。

⁷⁸ 森下忠，前揭註 5 書，頁 92-93。

⁷⁹ 歐洲犯罪人引渡條約第 14 條規定「除下列情形外，關於引渡前所實施引渡犯罪以外之罪，不得追訴、審判，或以刑罰或保安處分之執行為目的，而拘禁被引渡人或為其他自由之限制：（a）被請求國同意引渡時；（b）被引渡人雖得離開被請求國領域，但在最終釋放日起 45 日內仍未離開，或離開後復返回該國時」，即採取緩和之特定原則之立場，森下忠，前揭註 18 書，

特定原則運用於狹義國際刑事司法互助方面，其意指經由互助所取得之證據資料，僅得使用於准許請求互助之範圍內，亦即該證據資料不得使用於請求互助範圍以外之犯罪追訴或處罰，請求國對此負有遵守之義務。從上述沿革可知，採行特定原則固有其實益，然不可諱言亦可能對請求國請求互助之效果造成影響。現今國際條約及立法上，就特定原則之適用，亦不如引渡犯罪人時之普遍，例如：1959年歐洲刑事司法互助條約、1979年12月8日公布之奧地利犯罪人引渡與刑事司法互助法、1980年日本國際偵查互助法、1982年12月23日德國國際刑事司法互助法及1991年韓國國際刑事司法互助法等，均未採取此項原則。瑞士則係首先適用⁸⁰此項原則之國家，亦是少數採取特定原則之國家，其與美國於1977年1月23日締結之刑事司法互助條約第5條第1項亦規定：「基於本條約規定，請求國自被請求國取得之證言、陳述、文件、記錄及其他物品所包含之資訊，不得在請求國內就准許請求互助犯罪以外之犯罪程序中，為偵查目的而使用或提出作為證據。」，明白揭示採取特定原則。其後，1981年3月31日公布之瑞士國際刑事司法互助法第67條，亦規定特定原則之意旨⁸¹。故是否採取特定原則，固屬各國間條約締結及立法之政策考量，惟本文認為，於決定是否採行之際，就狹義國際刑事司法互助與犯罪人引渡間之差異，及被請求國與互助程序中關係人之利益等，均應妥善衡量兼顧，且亦可設定若干緩和性之例外，方能兼顧擴大國際合作打擊犯罪，與保障被請求國、關係人權利之目的。

柒、其他新型態原則

如首揭所述，以上各項原則本係起源自犯罪人引渡之各項原則，隨著狹義國際刑事司法互助之發展而逐漸被適用，現今為因應現代實務上之需求，國際間亦發展出新型態之限制事由，其中最常見於國際條約及國內立法者，即為「公序原則」與「人權條款」二者，以下乃簡要說明之。

一、公序原則（*théorie de l'ordre public*）

承認公序原則為限制互助事由之必要性，乃基於國際間現實面之考量，蓋

頁 126-128。

⁸⁰ 瑞士領先其他各國而將特定原則適用於狹義國際刑事司法互助中，係因1929年由紐約開始發生之世界經濟大恐慌所致。當時各國為保障本國經濟利益，咸陸續以立法保護本國經濟利益，因多所限制之結果，產生許多偽造文書及詐欺類型之經濟犯罪。關於此等犯罪之刑事司法互助，對於瑞士此等無特別立法保護經濟利益必要之國家而言，顯然造成兩難之局面，因提供互助雖有利於請求國，相反地卻有害於本國經濟利益，故為解決此僵局，乃開始將特定原則類推適用於狹義國際刑事司法互助中，以利於被請求國履行國際上之互助義務時，得兼顧本國之利益，森下忠，前揭註18書，頁148-149。

⁸¹ 吳景芳，前揭註25文，頁345-346。

各國本不可能違背本國利益而對他國為司法互助，因而有藉由此原則作彈性運用之必要；相反地，此原則亦遭致概念內涵曖昧不清之批評。例如：1959年歐洲刑事司法互助條約第2條b項揭示，被請求國認為請求之實施有危害本國之主權、安全、公共秩序或其他重大利益之虞時，得拒絕互助，實際上即以公序之名，作為裁量性之限制互助事由。較早將公序原則形諸法制之1927年法國犯罪人引渡法第32條，亦規定須請求法國有權機關許可證物或文件之交付，如有特別之考慮（*considérations particulières*），得予以拒絕⁸²，其中關於「特別考慮」之概念即曖昧不明。今日國際間各種書面協議，亦有陸續有採取此原則為裁量性限制事由者（如後述之聯合國刑事事件互助模範公約），而成為有別於傳統限制互助事由之新型態原則。

二、人權條款

所謂人權條款又稱差別條款（*discrimination clause*），係指關於國際刑事司法互助之請求，如有可信之重大理由足認請求國係因其人之人種、宗教、國籍或政治意見之故而予以追訴，或使其遭致刑事程序之不利益或加重處罰，應拒絕互助之意⁸³。其沿革係自來自傳統關於政治犯罪不引渡之庇護權（*droit d'asile, Asylrecht*）概念⁸⁴，目的在強化人權與基本自由之保障，今日亦漸為國際書面協議所採用。例如：1957年歐洲犯罪人引渡條約第3條第2項規定：「以犯普通法之罪為理由請求引渡，如係因該人之人種、宗教、國籍或政治意見之故而為追訴或處罰，或被請求國有充分理由認為有害該人狀況之虞者，適用前項之規定（即不予引渡之規定）」。1977年防止恐怖活動歐洲條約第8條第2項亦明文規定，「本條約第1條或第2條所揭示關於犯罪之互助請求，如係因該人之人種、宗教、國籍或政治意見之故而為追訴或處罰，或被請求國有充分理由認為因上開因素有損及該人地位之虞者，不應解釋為有共助之義務」等，均為適例。日本國際偵查互助法就此雖未有明文規定，然學者亦認為至少於相當性要件（參閱該法第5條等）之判斷時，此人權條款與前述公序原則之精神亦均應列入考量⁸⁵。

第四項 重要國際公約之例示

壹、聯合國刑事事件互助模範公約（*Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters and Optional Protocol concerning the Proceeds of Crime*）之具體例示

以上各項原則得否適用於狹義國際刑事司法互助，在國際書面協定及各國

⁸² 森下忠，前揭註5書，頁80。

⁸³ 森下忠，前揭註18書，頁116。

⁸⁴ 森下忠，前揭註5書，頁23。

⁸⁵ 森下忠，前揭註5書，頁80。

國內法各有不同之採擇，已如前述，此乃基於各國不同國情、法制、政策之考量所使然。而聯合國於 1990 年 12 月 14 日第 68 次全體會議通過之「刑事事件互助示範條約」⁸⁶，對於上開各項原則之例示，已成為今日各國間國際書面協定之參考。以下即簡單說明上開原則在示範公約中具體規範之情形，以供吾人對照瞭解。

一、適用範圍（Scope of Application）

本公約第 1 條第 1 項首先揭示司法互助之範圍，即締約國依照本公約，對於請求國提出屬於其司法管轄範圍內之請求，在調查或審判程序中「盡可能相互提供最廣泛之協助」（「The Parties shall, in accordance with the present Treaty, **afford to each other the widest possible measure of mutual assistance** in investigations or court proceedings in respect of offences the punishment of which, at the time of the request for assistance, falls within the jurisdiction of the judicial authorities of the requesting States.」），此點即與前述國際間目前對於刑事司法互助範圍之認知相符。同條第 2 項更列舉下列互助之具體事項有：(a 款) 向關係人取得證據或供述（Taking evidence or statements from persons）；(b 款) 協助獲取在押者或其他人士提供證據或協助調查（Assisting in the availability of detained persons or others to give evidence or assist in investigations）；(c 款) 送達司法文件（Effecting service of judicial documents）；(d 款) 執行搜索與扣押（Executing searches and seizures）；(e 款) 檢查物件與處所（Examining objects and sites）；(f 款) 提供資訊與證據資料（Providing information and evidentiary items）；(g 款) 提供有關銀行、財務、公司或商務文件和記錄的原本或認證副本（Providing originals or certified copies of relevant documents and records, including bank, financial, corporate, or business records）等。

另外，同條第 3 項並列舉該公約不適用之情形有：(a 款) 為引渡某人而予以逮捕或拘禁（The arrest or detention of any person with a view to the extradition of that person）時；(b 款) 在被請求國執行請求國所為之刑事判決時，但被請求國法律和本條約任擇議定書許可者除外（The enforcement in the requested State of criminal judgements imposed in the requesting State except to the extent permitted by the law of the requested State and the Optional Protocol to the present Treaty）時；(c 款) 移轉監禁人犯使之服刑（The transfer of persons in custody to serve sentences）時；

⁸⁶ 聯合國大會在該次會議並通過包含「引渡示範條約」、「刑事事件移轉訴訟示範條約」、「有條件判刑或有條件釋放罪犯移轉監督示範條約」等最廣義國際刑事司法互助之條約範例，供作會員國間訂立雙邊或多邊國際協議之參考，詳參聯合國網站文件中心 http://www.un.org/documents/instruments/docs_en.asp?year=1990。

(d 款) 刑事程序之移轉時 (The transfer of proceedings in criminal matters) 等，而界定司法互助之範圍。

二、互助之限制事由 (Refusal of Assistance)

(一) 公序原則

依本公約第 4 條第 1 項 a 款規定，被請求國如認為准許該請求，會損害其主權、安全、公共秩序或其他重要之公共利益 (The requested State is of the opinion that the request, if granted, would prejudice its sovereignty, security, public order or other essential public interests) 時，得拒絕互助，即採取公序原則作為裁量性拒絕事由。

(二) 政治犯罪之罪名限制

本公約第 4 條第 1 項 b 款規定：被請求國認為該罪行屬於政治性犯罪 (The offence is regarded by the requested State as being of a political nature) 時，得拒絕互助，即採取前述罪名之限制中所述政治犯罪得拒絕互助之立場。

(三) 人權條款

本公約第 4 條第 1 項 c 款規定：有充分理由確信，提出互助請求是基於某人之種族、性別、宗教、國籍、族裔本源或政治見解等原因，而欲對其進行起訴，或確信該人的地位會因其中任何原因而受到損害 (There are substantial grounds for believing that the request for assistance has been made for the purpose of prosecuting a person on account of that person's race, sex, religion, nationality, ethnic origin or political opinions or that that person's position may be prejudiced for any of those reasons) 時，得拒絕互助，即採取人權條款作為裁量性拒絕事由。

(四) 一事不再理原則

本公約第 4 條第 1 項 d 款規定：該項請求涉及某項在被請求國進行調查或起訴之罪行，或在請求國對該罪行進行起訴將違反被請求國一事不再理之法律規定 (The request relates to an offence that is subject to investigation or prosecution in the requested State or the prosecution of which in the requesting State would be incompatible with the requested State's law on double jeopardy) 時，得拒絕互助，即採取一事不再理原則作為裁量性拒絕事由。

(五) 雙方處罰原則

本公約第 4 條第 1 項 e 款規定：所請求之互助，如被請求國就該罪行在其

管轄範圍內調查或起訴，係進行不符合其本國法律和慣例之強制性措施時（The assistance requested requires the requested State to carry out compulsory measures that would be inconsistent with its law and practice had the offence been the subject of investigation or prosecution under its own jurisdiction），得拒絕互助，即採取雙方處罰原則作為裁量性拒絕事由。

（六）軍事犯罪之罪名限制

本公約第 4 條第 1 項 f 款規定：該行為係軍法而非普通刑法範圍內之罪行（The act is an offence under military law, which is not also an offence under ordinary criminal law）時，得拒絕互助，即採取前述軍事犯罪得拒絕互助之立場。

（七）特定原則

本公約第 8 條「使用之限制（Limitation on Use）」規定：請求國未經被請求國同意，不得將被請求國提供之資料或證詞使用或轉讓於非請求書中陳述之調查或起訴。但在指控變更時，只要該指控罪行係根據本公約可提供互助之罪行，則可使用所提供的材料（The requesting State shall not, without the consent of the requested State, use or transfer information or evidence provided by the requested State for investigations or proceedings other than those stated in the request. However, in cases where the charge is altered, the material provided may be used in so far as the offence, as charged, is an offence in respect of which mutual assistance could be provided under the present Treaty），即採取特定原則作為裁量性拒絕事由。

（八）其他相關規定

除前述各項規定外，本公約第 4 條第 2 項規定：不得完全以銀行和類似金融機關之保密為由，拒絕提供互助（Assistance shall not be refused solely on the ground of secrecy of banks and similar financial institutions）。第 3 項規定：如立即執行該項請求將干涉被請求國內正在進行之調查或起訴，被請求國可延緩請求之執行（The requested State may postpone the execution of the request if its immediate execution would interfere with an ongoing investigation or prosecution in the requested State）。第 4 項規定：被請求國在拒絕或延緩執行某項請求之前，應考慮是否依照某些條件准予提供互助；如請求國同意依這些條件接受互助，即應遵守這些條件（Before refusing a request or postponing its execution, the requested State shall consider whether assistance may be granted subject to certain conditions. If the requesting State accepts assistance subject to these conditions, it shall comply with them）。第 5 項則規定：凡拒絕或延緩提供互助時，均應說明理由（Reasons shall

be given for any refusal or postponement of mutual assistance) 等，則為關於拒絕或延緩司法互助時，其他要件與程序之規定。

三、結論

從聯合國刑事事件互助示範公約之內容來看，其規範得拒絕互助之事由有：公序原則、政治及軍事犯罪之罪名限制、人權條款、一事不再理原則、雙方處罰原則及特定原則等，幾乎已囊括所有重要之原則。至於實際上各國間雙邊或多邊國際書面協定是否援用，甚或增加其他本公約所未規範之類型，則取決各國間之磋商與談判。其中值得注意者是，本公約雖無互惠原則之明文，然並亦意味互惠原則未被採行，係因其本身為國際刑事司法互助中最重要之法源基礎，故不待規定，亦必然為各國實務運作所主張及遵行。

貳、聯合國反腐敗公約⁸⁷ (United Nations Convention against Corruption)

上揭示範公約中所規定之諸原則，均係沿襲國際間發展之一般原理原則而來，聯合國大會通過該公約供各會員國作為實務之應用參考，實具有釐訂標準及加速國際合作之意。然各國或基於國情、法制、政策及議題面之考量，本即難期對於互助限制事由採取一致之態度，下述之「聯合國反腐敗公約」即為適例。本公約係於 2003 年 11 月 31 日，經聯合國大會第 51 次全體會議通過，其第四章國際合作 (Chapter IV International cooperation) 中，第 46 條之司法互助 (Mutual legal assistance) 規定，即專就狹義國際刑事司法互助為規範⁸⁸，茲說明如下：

一、互助之範圍

對於締約國間互助之範圍，該條第 1 項首先揭示：締約國間對於在本公約涵蓋範圍內之偵查、起訴和審判程序，應相互提供最廣泛之協助 (States Parties shall afford one another the widest measure of mutual legal assistance investigations, prosecutions and judicial proceedings in relation to the offences covered by this Convention)，第 3 項更列舉互助之具體事項為：(a 款) 向關係人取得證據或供述 (Taking evidence or statements from persons)；(b 款) 送達司法文件 (Effecting service of judicial documents)；(c 款) 執行搜索、扣押及凍結 (Executing searches

⁸⁷ 全文請參閱聯合國網站文件中心，前揭註 86。

⁸⁸ 該章第 46 條第 3 項列舉得為獲取證言、送達司法文書、執行搜索扣押或凍結資產等目的而請求締約國給予司法互助，其餘如第 44 條共 18 項則規定引渡 (Extradition) 之相關事項，第 45 條規定被判刑人之移轉管轄 (Transfer of sentenced persons)，第 47 條規定刑事訴訟之移交 (Transfer of criminal proceedings) 等，對照來看，顯然第 46 條係專為規範狹義國際刑事司法互助而設。

and seizures, and freezing); (d 款) 檢查物件與處所 (Examining objects and sites); (e 款) 提供資訊、證據資料及鑑定結論 (Providing information, evidentiary items and expert evaluations); (f 款) 提供有關銀行、財務、公司或商務文件和記錄之原本或認證副本 (Providing originals or certified copies of relevant documents and records, including bank, financial, corporate, or business records); (g 款) 為取證目的而辨認或追查犯所得、財產、工具或其他物品 (Identifying or tracing proceeds of crime, property, instrumentalities or other things for evidentiary purposes); (h 款) 協助自願之關係人至請求國出庭 (Facilitating the voluntary appearance of persons in the requesting State Party); (i 款) 不違反被請求國法律之其他形式之協助 (Any other type of assistance that is not contrary to the domestic law of the requested State Party); (j 款) 依本公約第 5 章規定辨認、凍結和追查犯罪所得 (Identifying, freezing and tracing proceeds of crime in accordance with the provisions of chapter V of this Convention); (k 款) 依本公約第 5 章規定追回資產 (The recovery of assets, in accordance with the provisions of chapter V of this Convention) 等，其內容與前開示範公約所揭示相同。

二、互助之限制事由

(一) 雙方處罰原則

本公約第46條第9項第2款前段規定：締約國得以非雙重犯罪為理由而拒絕提供本條所規定之互助 (States Parties may decline to render assistance pursuant to this article on the ground of absence of dual criminality)，乍看似採取嚴格性之立場，惟第2款後段規定：被請求國應在符合其法律制度基本概念情況下，提供不涉及強制性行為之互助，如請求所涉及之事項極為輕微或尋求合作或互助之事項可依本公約其他條款獲得時，被請求國得拒絕此類互助 (However, a requested State Party shall, where consistent with the basic concepts of its legal system, render assistance that does not involve coercive action. Such assistance may be refused when requests involve matters of a de minimis nature or matters for which the cooperation or assistance sought is available under other provisions of this Convention)；第1款亦規定：被請求國在非雙重犯罪情形下回覆依本公約所提出之互助請求時，應考量本公約第1條規定之宗旨 (A requested State Party, in responding to a request for assistance pursuant to this article in the absence of dual criminality, shall take into account the purposes of this Convention, as set forth in article 1)；第3款更規定：各締約國得採取必要措施，以其能夠在非雙重犯罪之情形下提供更為廣泛之互助 (Each State Party may consider adopting such measures as may be necessary to enable it to provide a wider scope of assistance pursuant to this article in the absence of dual criminality) 等內容。因而，從

上述條款綜合判斷，本公約應係採取緩和性之立場，並無採行嚴格之雙方處罰原則。

（二）特定原則

本條第19項前段規定：未經被請求國事先同意，請求國不得將被請求國提供之資料或證據轉交或用於請求書所述以外之偵查、起訴或審判程序（The requesting State Party shall not transmit or use information or evidence furnished by the requested State Party for investigations, prosecutions or judicial proceedings other than those stated in the request without the prior consent of the requested State Party）；後段則規定：本項規定不妨礙請求國在其訴訟中開示可以證明被告無罪之資料或證據（Nothing in this paragraph shall prevent the requesting State Party from disclosing in its proceedings information or evidence that is exculpatory to an accused person）。亦即，除明示採取特定原則之立場外，實際上亦兼顧被告防禦權之保障。

（三）公序原則

再者，第46條第21項規定得拒絕提供司法互助（Mutual legal assistance may be refused）之若干情形，其中第2款規定：被請求國認為執行請求可能損害其主權、安全、公共秩序或其他基本利益時（If the requested State Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential interests），得拒絕之，即採取所謂公序原則作為裁量性拒絕事由。

（四）一事不再理原則

第21項第3款規定：被請求國機關如依其本國法律規定，已就其管轄下之任何類似犯罪進行偵查、起訴或審判程序者，則禁止執行該請求（If the authorities of the requested State Party would be prohibited by its domestic law from carrying out the action requested with regard to any similar offence, had it been subject to investigation, prosecution or judicial proceedings under their own jurisdiction）。亦即，被請求國得拒絕互助，而將一事不再理原則作為裁量性拒絕事由。

（五）其他相關規定

除前述各項規定外，同條第8項亦規定：締約國不得以銀行保密為理由拒絕提供本條所定之司法互助（States Parties shall not decline to render mutual legal assistance pursuant to this article on the ground of bank secrecy）；第21項第4款規定：同意請求將違反被請求國關於司法互助之法律制度（If it would be contrary to the legal system of the requested State Party relating to mutual legal assistance for the request

to be granted) 時，亦得拒絕互助；第22項規定：締約國不得僅以該犯罪被視為涉及財稅事項為理由而拒絕司法互助 (States Parties may not refuse a request for mutual legal assistance on the sole ground that the offence is also considered to involve fiscal matters)，顯然排除財政犯罪之請求限制；第23項規定：拒絕司法互助時應說明理由 (Reasons shall be given for any refusal of mutual legal assistance)；第25項規定：被請求國得以司法互助妨礙正在進行的偵查、起訴或者審判程序為理由而暫緩進行 (Mutual legal assistance may be postponed by the requested State Party on the ground that it interferes with an ongoing investigation, prosecution or judicial proceeding.) 等等，均係關於拒絕、延緩互助之要件及程序規定。

參、聯合國打擊跨國組織犯罪公約 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime)

本公約係經聯合國 2000 年 11 月 15 日第 62 次全體會議通過，其要求批准國應以立法或其他必要措施，將洗錢行為、貪污腐敗行為、組織犯罪及妨害司法公正等行為定位為刑事犯罪，並以沒收犯罪所得、加強司法互助及擴大引渡範圍之方式，以達共同合作打擊跨國犯罪之目標。其中，該公約第 18 條司法互助 (Mutual legal assistance) 項下之各規定，即專屬狹義國際刑事司法互助之規範⁸⁹，茲說明如下：

一、互助之範圍

對於締約國間互助之範圍，第 18 條第 1 項揭示：締約國應在對第 3 條規定本公約所涵蓋犯罪進行之偵查、起訴和審判程序中，相互提供最大程度之司法互助 (States Parties shall afford one another the widest measure of mutual legal assistance in investigations, prosecutions and judicial proceedings in relation to the offences)，第 3 項更列舉互助之具體事項為：(a 款) 向關係人取得證詞或供述 (Taking evidence or statements from persons)；(b 款) 送達司法文件 (Effecting service of judicial documents)；(c 款) 執行搜索、扣押及凍結 (Executing searches and seizures, and freezing)；(d 款) 檢查物件與場地 (Examining objects and sites)；(e 款) 提供資訊、證據資料及鑑定結論 (Providing information, evidentiary items and expert evaluations)；(f 款) 提供有關銀行、財務、公司或商務文件和記錄之原本或認證副本 (Providing originals or certified copies of relevant documents and records, including bank, financial, corporate, or business records)；(g 款) 為取證目的

⁸⁹ 該公約第 18 條第 3 項列舉得為獲取證言、送達司法文書、執行搜索扣押或凍結資產等目的，請求締約國給予司法互助；第 16 條規定引渡 (Extradition) 之相關事項；第 17 條則規定被判刑人之移轉管轄 (Transfer of sentenced persons) 等，對照而言，第 18 條之內容顯然專就狹義國際刑事司法互助而設。

而辨認或追查犯罪所得、財產、工具或其他物品 (Identifying or tracing proceeds of crime, property, instrumentalities or other things for evidentiary purposes); (h 款) 協助自願之關係人至請求國出庭 (Facilitating the voluntary appearance of persons in the requesting State Party); (i 款) 不違反被請求國法律之其他形式之協助 (Any other type of assistance that is not contrary to the domestic law of the requested State Party) 等，其內容與首揭示範公約、反腐敗公約相同。

二、互助之限制事由

(一) 雙方處罰原則

本條第9項前段規定：締約國得以非雙重犯罪為由而拒絕提供本條所規定之互助 (States Parties may decline to render mutual legal assistance pursuant to this article on the ground of absence of dual criminality); 後段則規定：被請求國可在其認為適當時，在其斟酌決定範圍內提供互助，而不論該行為按被請求國本國法律是否構成犯罪 (However, the requested State Party may, when it deems appropriate, provide assistance, to the extent it decides at its discretion, irrespective of whether the conduct would constitute an offence under the domestic law of the requested State Party)，顯然係採取緩和性之立場。

(二) 特定原則

本條第19項前段規定：未經被請求國事先同意，請求國不得將被請求國提供之資料或證據轉交或用於請求書所述以外之偵查、起訴或審判程序 (The requesting State Party shall not transmit or use information or evidence furnished by the requested State Party for investigations, prosecutions or judicial proceedings other than those stated in the request without the prior consent of the requested State Party); 後段則規定：本款規定不妨礙請求國在其訴訟中披露可以證明被告無罪之資料或證據 (Nothing in this paragraph shall prevent the requesting State Party from disclosing in its proceedings information or evidence that is exculpatory to an accused person)。亦即，除明示採取特定原則之立場外，實際上亦兼顧被告防禦權之保障。

(三) 公序原則

本條第21項得拒絕提供司法互助 (Mutual legal assistance may be refused) 之若干情形，其中第 (b) 款規定：被請求國認為執行請求可能損害其主權、安全、公共秩序或其他基本利益 (If the requested State Party considers that execution of the request is likely to prejudice its sovereignty, security, ordre public or other essential

interests) 時，得拒絕互助。亦即採取公序原則作為裁量性拒絕事由。

(四) 一事不再理原則

第 21 項第 (c) 款規定：被請求國機關依其本國法律規定，如依其管轄權對任何類似犯罪進行偵查、起訴或審判程序則禁止實施該請求 (If the authorities of the requested State Party would be prohibited by its domestic law from carrying out the action requested with regard to any similar offence, had it been subject to investigation, prosecution or judicial proceedings under their own jurisdiction) 時，其得拒絕互助。亦即採取一事不再理原則作為裁量性拒絕事由。

(五) 其他相關規定

除前述各項款規定外，同條第 8 項規定：締約國不得以銀行保密為理由拒絕提供本條所規定之司法互助 (States Parties shall not decline to render mutual legal assistance pursuant to this article on the ground of bank secrecy)；第 21 項第 4 款規定：同意請求將違反被請求國關於司法互助之法律制度 (If it would be contrary to the legal system of the requested State Party relating to mutual legal assistance for the request to be granted) 時，亦得拒絕互助；第 22 項規定：締約國不得僅以該犯罪被視為涉及財稅事項為理由而拒絕司法互助 (States Parties may not refuse a request for mutual legal assistance on the sole ground that the offence is also considered to involve fiscal matters)；第 23 項規定：拒絕司法互助時應說明理由 (Reasons shall be given for any refusal of mutual legal assistance)；第 25 項規定：被請求國得以司法互助妨礙正在進行的偵查、起訴或者審判程序為理由而暫緩進行 (Mutual legal assistance may be postponed by the requested State Party on the ground that it interferes with an ongoing investigation, prosecution or judicial proceeding.) 等，均係關於拒絕、延緩互助之要件及程序規定。

肆、小結

綜合上述公約內容可知，其所規範之拒絕互助事由，包括：雙方處罰原則、特定原則、公序原則及一事不再理原則等，大致上均與前述示範公約所採行之內容相同，其餘則係因應各公約議題之不同而另作規定。較為特殊者是，反腐敗公約第 46 條第 21 項第 4 款「同意請求將違反被請求國關於司法互助之法律制度」時，得拒絕提供互助之規定，表面觀之似產生國內刑事司法互助法制效力優先於公約規範之問題⁹⁰，然實際上其既已屬公約條款之規定，故自不能謂有

⁹⁰ 例如：反腐敗公約並未揭示政治或軍事犯罪不予互助之原則，若被請求國以國內法有政治或軍事犯不予互助之規定而援用本項規定拒絕互助時，表面上即發生國內法凌駕國際公約之情

混亂國內法與國際法位階之問題。

第二節 日本與我國於國際刑事司法互助之發展及法制

第一項 日本國際刑事司法互助之發展及法制

壹、日本國際刑事司法互助之發展

日本早期因受其歷史與地理環境所影響，國際刑事司法互助之問題並未受到重視，最早出現刑事司法互助法制之時點，係西元 1886 年（明治 19 年）4 月 19 日與美國締結引渡犯罪人條約，及翌年為作為國內法依據而制定之逃亡犯罪人引渡條例（明治 20 年勅令第 42 號）。當時亦正是歐陸發展犯罪人引渡等刑事司法互助制度之際，例如：比利時於 1833 年之逃亡犯罪人引渡法即是。其後，日本於 1905 年（明治 38 年）復制定外國法院囑託互助法、1953 年（昭和 28 年）則制定逃亡犯罪人引渡法而廢止逃亡犯罪人引渡條例，其發展之進程亦與當時十九世紀後半至二十世紀前半各國發展引渡以外之國際刑事司法互助型態動向相同，亦即先建立犯罪人引渡法制後，再循序擴充至與他國法院、法官間之其他互助程序。惟以西歐各國為主之各外國互助實務及法制之發展，並非僅止於此，陸續亦朝向由各國有權機關（the authority）——尤其是偵查機關間實施互助之方向發展。當時日本卻因島國地理位置之影響，而遲緩與國際間之互助交流，且由於學者及實務界人士對此甚少關心，故法制上未隨同此項國際潮流而與時俱進。直至第 2 次世界大戰後，由於航空機快速發展伴隨而來之國際犯罪大幅增加，促使日本接獲外國偵查機關請求互助之情形日益增多，日本卻因國內偵查互助法制之欠缺而難以對應，間接亦影響與外國間之合作關係；復以其國內亦發生「ハイジャック事件⁹¹」、「ロッキード事件⁹²」等重大國際犯罪案件後，國內立法之倡議遂油然而生⁹³，故先後於 1978 年（昭和 53 年）修正逃亡犯罪人引渡法，擴大引渡犯罪之範圍；1980 年（昭和 55 年）5 月 29 日制定國際偵查互助法，明定受外國囑託後實施互助之相關程序；再於 2002 年（平成 14 年）6 月 12 日制定國際受刑人移送法，明定在外國受確定判決而拘禁之日本國民，及在日本受確定判決而拘禁之外國國民相互移送至其本國受刑之程

形。

⁹¹ 「よど号劫機事件」發生於 1970 年（昭和 45 年）3 月 31 日上午 7 時 33 分，當時係日本共產主義同盟赤軍組織成員，挾持自日本羽田機場出發飛往板付機場（今日之福岡機場）之日本航空第 351 號班機，行經福岡機場及南韓金浦國際機場，最後在北韓美林機場降落，此為日本歷史上首次發生之劫機事件，詳請參閱日本維基百科全書 <http://zh.wikipedia.org/wiki/%E6%B7%80%E5%8F%B7%E5%8A%AB%E6%9C%BA%E4%BA%8B%E4%BB%B6>。

⁹² 詳後第三章所述。

⁹³ 古田佑紀，國際捜査共助法の制定とその概要，ジュリスト，NO.720，1980 年，頁 37-38。

序等等。此外，在實務運作上也逐漸透過外交途徑在互惠原則下實施司法互助⁹⁴，或經由國際刑警組織（ICPO）取得必要之資訊，均為因應未簽署國際書面協定之互助需求而使然，惟為避免爭議，關於犯罪人引渡、訊問證人或蒐集證據等互助型態，一般認為仍以簽署條約為妥⁹⁵。

在日本發展國際司法互助之過程中，主要面臨之問題大致有二：一為本國偵查機關直接在境外實施偵查活動時之效力，亦即日本刑事訴訟法之域外效力問題，二則為取得相關證據後，在本國法院是否具備證據能力之問題⁹⁶。就前者而言，雖然學說上有限定說與外國主權限制說之爭（詳後「拉斯托波羅夫(ラストボロフ)事件」所述），惟一般仍以外國主權限制說為有力見解⁹⁷，而現今日本之實務發展，除直接取證之偵查互助類型外，尚有由日本偵查機關囑託外國偵查機關進行調查，或由日本法官囑託外國法官代為訊問證人等方式（詳後述第三章之案例分析）；而通常實務以囑託取證之方式較多，此因直接至境外偵查牽涉對外國司法主權之侵害，且可能因為對於外國法律、語言、人文風俗之不熟悉，而產生不可預期之障礙或風險之故。就後者而言，關於獲案證據之證據能力評價，牽涉本國刑事訴訟法傳聞例外法則、違法蒐集證據排除法則之適用與否問題，日本在一系列實務案件運作中，逐漸累積相關之標準，此部分則留待本文第三章及第四章分析說明。

貳、日本法制

在締結國際性刑事司法互助條約方面，近年來日本亦陸續與世界各國簽署刑事司法互助條約，例如：2003年8月5日與美國在華盛頓簽署「日美刑事互助條約」（於2006年7月21日生效），2006年1月20日與韓國在東京簽署「日韓刑事互助條約」（2007年1月26日生效），2007年12月1日與中華人民共和國在北京簽署「日中刑事互助條約」（2008年11月23日生效），2009年5月12日與俄羅斯在東京簽署「日俄刑事司法互助條約」（2011年2月11日生效），以及於2009年12月15日在東京與歐盟簽署「日·E U刑事互助協定」（2011年1月2日生效）等⁹⁸，與他國締結國際書面協定之數量亦逐年增加中。至於

⁹⁴ 白取祐司，前揭註74書，頁84-85。

⁹⁵ 上口裕、後藤昭、安富潔及渡邊修等人合著，刑事訴訟法，東京：有斐閣，2006年，頁103-104。

⁹⁶ 角田正紀，犯罪の國際化と捜査，松尾浩也、井上正仁編，刑事訴訟法の争点〔新版〕，東京：有斐閣，1991年，頁98。

⁹⁷ 山本和昭，國際犯罪と刑事手続き上の諸問題，警察學論集，29卷1號，1976年，頁121；松田昇，國際犯罪の現況と捜査段階における証拠収集上の諸問題，法律のひろば，32卷11號，1979年，頁19；古田佑紀，國際犯罪と刑事法上の諸問題，法律のひろば，37卷7號，1984年，頁8；角田正紀，前揭註95文，頁99；河上和雄，國際犯罪と捜査共助・司法共助，現代刑事法，創刊號，1999年，頁62等。

⁹⁸ 日本外務省官方網站，<http://www.mofa.go.jp/>。

國內法方面，目前即以「外國法院囑託互助法（外国裁判所ノ囑託ニ因ル共助法）」及「國際偵查互助等之相關法律（国際捜査共助等に関する法律）」作為受囑託時之程序適用規定，以下即簡要說明該二部法律⁹⁹之內容：

一、囑託外國法院互助法

本法雖早於西元 1905 年（明治 38 年）即已制定，於 1912 年（明治 45 年）、1938 年（昭和 13 年）亦經過修正，然現今全文僅有 4 條，第 1 條規定互助之機關及互助事項，即日本法院受外國法院囑託民、刑事案件文件送達、證據調查時為法律上之協助，並分由各該管轄之地方法院處理；第 1 條之 2 規定互助之要件，明定必須經由外交機關為此項囑託（第 1 項第 1 款），送達文件方面必須以書面記載應受送達人之國籍、住所或居所（第 1 項第 2 款）；證據調查方面必須以書面記載訴訟事件之當事者、證據方法之種類、應受調查人之姓名國籍及住所或居所與需調查之事項，於刑事案件並附加該事件之要旨（第 1 項第 3 款）；且非以日語作成之囑託書及相關文件，須附加日語譯文（第 1 項第 4 款）；又囑託法院之所屬國須保證支付因執行受託事項所需之費用（第 1 項第 5 款）；並保證就同一或類似事件，經日本法院為囑託後將為相同之法律上協助（第 1 項第 6 款，即所謂互惠原則）始符要件；若日本與他國所訂條約與前項規定相異時，則依該條約之規定（第 2 項）。第 2 條係規定移送管轄之情形，即受託事項屬於其他法院管轄時，受託法院應移送其他法院處理；第 3 條則規定受託事項實施之準據法，依日本法律執行，即有關實施互助之準據法適用規定等。

二、國際偵查互助等之相關法律

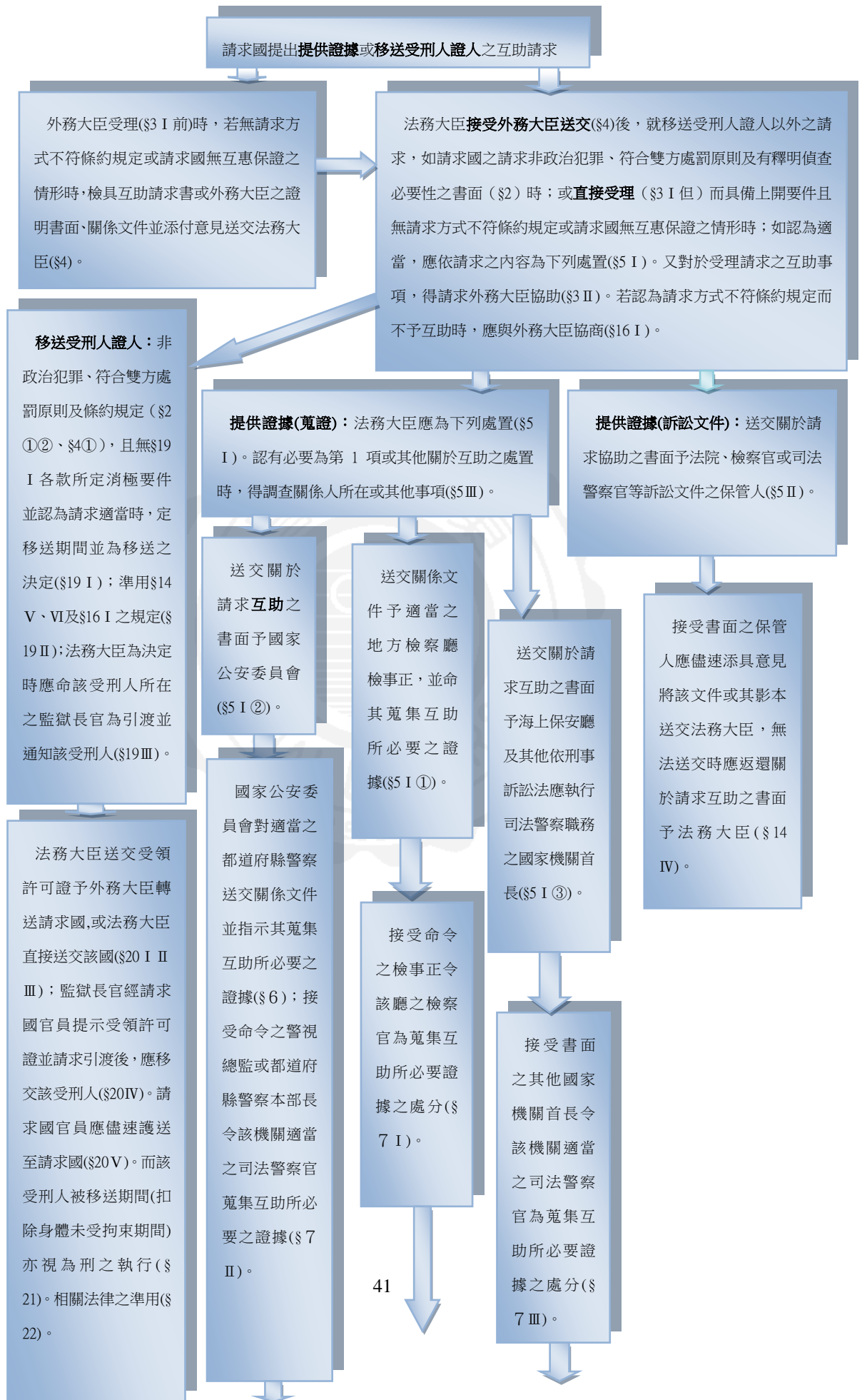
日本之國際偵查互助法，係於 1980 年制定（昭和 55 年法律第 69 號，於同年 10 月 1 日施行），前後經歷 2004 年、2005 年及 2006 年三次修正，其中最大幅度之修正係於 2004 年 6 月 9 日法律第 89 號案（平成 16 年法律第 89 號，修正內容按條文分別自公布日起 20 日及 6 個月後施行），除將原先「國際偵查互助法（国際捜査共助法）」更名為「有關國際偵查互助等之法律（国際捜査共助等に関する法律）」外，主要係為能順利實施於 2003 年 8 月 5 日與美國在華盛頓簽署之「日美刑事互助條約」，而作相應之修正。現今本法全文共 4 章 26 條，第 1 章為總則（第 1 條至第 4 條），規定相關用語之定義、互助之限制、受

⁹⁹ 日本法務省官方網站，<http://www.moj.go.jp>。

理請求及送交證據之主體、外務大臣應為之處置等；第 2 章規定蒐集證據之程序（第 5 條至第 18 條），即法務大臣、國家公安委員會、地方法院檢察署檢察長等於接獲請求書時之處置、檢察官及司法警察員之處理、提出虛偽業務文件等作成或保管情形之證明書時之處罰、檢察官得向法院提出訊問證人之請求、令狀之請求及其管轄法院、準用刑事訴訟法之規定、請求事務處理終結時之處置、不為互助時之通知及對於國際刑警組織之協助等；第 3 章（第 19 條至第 22 條）與第 4 章（第 23 條至第 26 條）則分別規定以國內受刑人或外國受刑人為證人時，與外國間移送及拘禁受刑人之程序，其中以第 3 章與第 4 章均為 2004 年修法後新增，更顯見本法之規範程度有日漸擴充之趨勢，關於本法實施偵查互助之程序，簡單以下列流程圖予以說明。



日本之國際偵查互助程序（第 3 條至第 17 條；第 19 條至第 22 條）



檢察官或司法警察官為蒐集互助所必要之證據，得請關係人出面接受訊問、囑託鑑定、現場勘查、要求所(持)有人或保管人提出文件或其他物品、向公務機關或公私團體查詢及要求報告必要之事項(§8 I)；認為必要時，得依法官所發令狀為搜索扣押或勘驗(§8 II)。若應蒐集之證據為業務文件，且互助內容有請求就業務文件等之作成或保管狀況為證明時，得要求作成或保管人或其他可認為就該業務文件等作成或保管之相關情形有業務上知識之人，就該請求之相關事項提出證明書(§8 III)。另外，相關其他尚有：

- 1、檢察官或司法警察官依前項規定要求提出時，應對提出人告知提出虛偽證明書之處罰(§8 IV)、(§9)。
- 2、檢察官或司法警察官得命檢察事務官或司法警察為第1項至第3項之處分(§8 V)。
- 3、如互助之請求係訊問證人，或關係人拒絕依第8條第1項規定出面或供述，或拒絕依第8條第3項提出證明書，檢察官得請求法官訊問證人(§10 ①②③)。
- 4、令狀或訊問證人之請求，應提出請求國釋明該證據具不可欠性之書面，但條約別有規定者不在此限(§11)。
- 5、關於令狀或訊問證人之請求，請求人應向所屬官署所在地之該管地方裁判所法官為之；對於司法警察所為扣押或扣押物發還處分之異議，應向其職務執行地之該管地方裁判所為之(§12)。
- 6、檢察官、檢察事務官或司法警察之處分，法官簽發令狀、訊問證人或法院或法官之裁判，除別有規定且以性質不違反者為限，準用刑事訴訟法及刑事訴訟費用等相關法令之規定(§13)。

檢事正、國家公安委員會、其他國家機關首長蒐集互助所必要之證據完畢後，應儘速添具意見送交法務大臣(§14 I II III)。

法務大臣直接將蒐獲證據送交請求國(§3 但)，或由法務大臣送交外務大臣轉送請求國(§3 前)。而對於送交證據之互助事項，法務大臣得請求外務大臣協助(§3 II)。

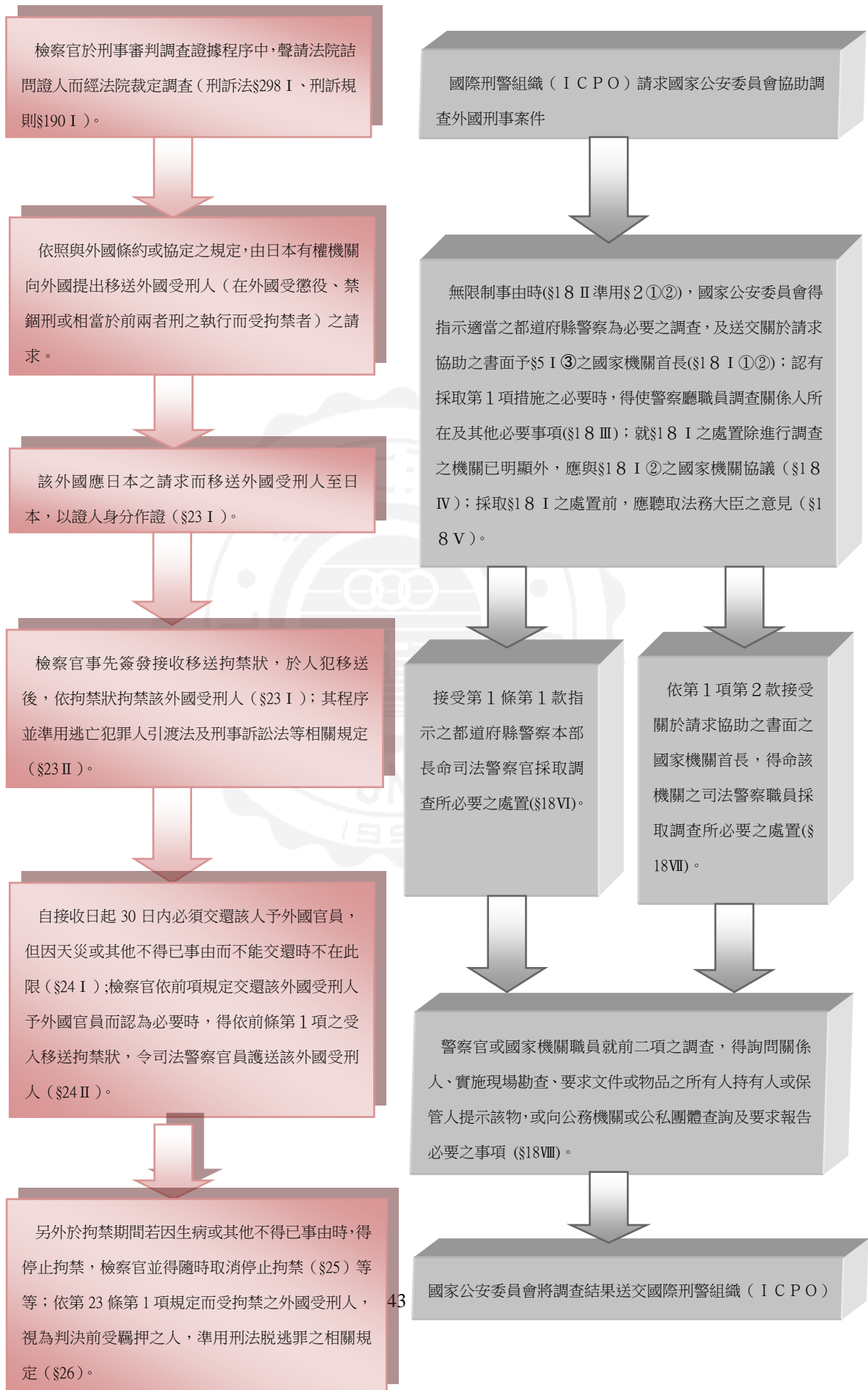
※1、法務大臣採取第5條第1項第2款或第3款或第2項之處置後，如認為以不提供互助為適當時，應立即通知受請求互助書面送交者(§15)。

※2、法務大臣接受互助所必要之證據或訴訟文件之送交後，認為必要時，得就證據之使用及返還，訂立請求國應遵守之條件(§14 V)；請求國若不保證遵守前項條件時，應不予協助(§14 VI)。法務大臣訂立請求國應遵守之條件時，應與外務大臣協商(§16 I)。

※3、法務大臣採取§5 I 各款處置時，除請求係訊問證人，且在其他關於請求互助書面上蒐集證據之機關已明顯外，應依其隸屬與國家公安委員會或及其他國家機關首長協議(§16 II)。

拘禁外國受刑人證人(第 23 條至第 26 條)

對國際刑警組織之協助(第 18 條)



三、其他相關法律

法制面除以上所述外，較為重要者尚有 1999 年（平成 11 年）8 月 18 日法律第 136 號通過之「處罰組織性犯罪及限制犯罪所得等之相關法律（組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律）」¹⁰⁰，規範外國請求日本執行其有關沒收或追徵犯罪所得確定判決之互助程序，亦即呼應前述聯合國反腐敗及打擊跨國有組織犯罪等重要國際公約，故可見國際性組織犯罪、恐怖攻擊活動、網路及洗錢犯罪等新興犯罪型態，均逐漸推動日本與他國簽署國際書面協定及國內立法之進展。在國際經濟、政治及外交上占有重要位置之日本，可預見在未來法制及實務發展上，將會跟隨國際脈動不斷地充實與開展，且其法制沿革與實務發展之經驗與歷程，應值我國作為立法及實務運作之參考。

第二項 我國國際刑事司法互助之發展及法制

壹、我國國際刑事司法互助之發展

我國政府於西元 1949 年播遷來臺，歷經 1971 年退出聯合國、1978 年中美斷交等事件後，近半世紀來更由於與中國大陸間主權爭議之故，在國際外交上之處境極為艱困。而國際刑事司法互助本即有高度國家主權色彩，其得否順利推行之關鍵亦依附於國家之政治及外交情勢¹⁰¹，故反應於實務運作之結果，目前我國與他國間無論是外逃人犯之引渡、證據之蒐集、犯罪所得之扣押或受刑人之移送等互助作為，均倍感艱辛。因此，現時我國實務運作上，多係以個案協商之方式，或是透過司法警察機關所參與之國際機構，或海關與外國政府單位簽署之備忘錄或協定，以達成個案互助之需求¹⁰²。

¹⁰⁰ 本法分為 7 章共 76 條，最後一次修正係於平成 23 年 6 月 24 日，規範目的乃為「有鑑於組織性犯罪明顯有害於平穩、健全之社會生活，及有鑑於其犯罪所得助長該類犯罪且如用於事業活動，對於健全經濟活動造成不良之影響，故對於組織性之殺人等犯罪行為加重其處罰，同時處罰以隱匿、收受犯罪所得及使用於事業經營為目的之法人行為，因而制定關於犯罪所得沒收及追徵之特別規定（第 1 條）」，其中第 6 章（第 59 條至第 74 條）之部分，即規範關於沒收及追徵判決執行與保全之國際互助程序，全文詳參前註 99 網站。

¹⁰¹ 目前我國僅有 23 個邦交國，多分散於亞東太平洋地區、中南美洲及非洲等地，雖亦加入若干重要國際組織，例如：國際檢察官協會（IAP）、世界貿易組織（WTO）、亞太防制洗錢組織（APG）、亞太經濟合作會議（APEC）及艾格蒙聯盟（FIUs）等，然近年來友邦多次聲援申請加入聯合國及世界衛生組織等國際組織時，均因中國大陸之阻撓而無法成功，陳文琪，國際司法互助與交流之綜覽與展望，法務部編，法務部 98 年度刑事司法互助研討會，2009 年，頁 19-28；及外交部網站，<http://www.mofa.gov.tw>。

¹⁰² 蔡碧玉，前揭註 21，頁 157-163。

往昔在涉外案件之偵辦上，檢察機關每遇人犯外逃或證據存在於域外之情形時，幾乎無法有效進展，原因除上述政治外交實況外，時間冗長及預算不足亦是造成此一窘境之因素，故案件往往僅只辦到臺灣海峽以內¹⁰³。直至 1996 年 5 月間發生「福明輪事件」¹⁰⁴後，始首度由我國檢察官至他國辦案，其後在 1999 年至 2000 年間，陸續發生「順美號」、「金慶十二號」及「錦惠祥號」等多起海上喋血事件，及「金同隆一號」大陸漁工挾持蘇澳籍漁船偷渡前往美國舊金山之案件，該等案件均係透過國際刑事司法互助解決之案例¹⁰⁵。2006 年 1 月間，菲律賓巴丹省警察局沙巴丹島警所警員持槍朝我國籍「滿春億號」漁船開槍，造成我國籍船長死亡、大副受傷之案件，其後亦經由檢察官至沙巴丹島調查後提起公訴¹⁰⁶；著名之「拉法葉艦案」雖過程多所波折，亦開啟我國請求瑞士及其他歐洲國家提供證據、扣押犯罪所得之互助新頁¹⁰⁷。此外，在提供他國刑事司法互助方面，例如：於 2002 年間，協助美國破獲美國史上最大盜版電腦軟體案件¹⁰⁸；2003 年 4 月間，比利時要求我方協助之跨國詐欺逃漏稅及洗錢案件，亦在我國檢察官及比利時司法官員來台合作調查下，成功協助該國追訴主嫌及共犯¹⁰⁹；2005 年並與美國秘勤局合作破獲偽造美鈔案件¹¹⁰；2007 年 6 月間，亦由我國協助美國偵辦跨國人口販運案件¹¹¹等。故除美國外，我國對其他無邦交或國際書面協定之國家，例如：英國、德國、瑞士、丹麥、比時利、波蘭、列支敦士登、斯洛伐尼亞及韓國等，亦多基於互惠原則而協助其等執行互助案件，總計自 94 年 8 月起至 98 年 2 月底為止共 44 件¹¹²。

貳、我國法制

誠如前述原因，我國目前僅與多米尼克、多明尼加共和國、巴拉圭共和國、

¹⁰³ 蔡碧玉，前揭註 21，頁 156-157。

¹⁰⁴ 該案係我國籍貨櫃輪「福明輪號」之船長與船員 6 人，涉嫌於開往加拿大哈利法克斯港航程中，將 3 名羅馬尼亞籍偷渡客丟棄在公海之案件，當時引發我國與加拿大、羅馬尼亞三國司法管轄權之爭，其後經外交部及法務部人員前往交涉後，始順利將該 6 人遣返回國受審，陳文琪，前揭註 101，頁 9-10。

¹⁰⁵ 陳文琪，同前揭註 101，頁 10。

¹⁰⁶ 陳文琪，同前揭註 101，頁 11；及臺灣臺東地方法院檢察署檢察官 95 年度偵字第 1581 號案件起訴書。

¹⁰⁷ 陳文琪，同前揭註 101，頁 11-12。

¹⁰⁸ 陳文琪，同前揭註 101，頁 13；及臺灣臺北地方法院檢察署檢察官 91 年度偵字第 4311 等號案件起訴書、臺灣臺北地方法院 91 年度訴字第 1401 號案件刑事判決書。

¹⁰⁹ 陳文琪，同前揭註 101，頁 13；及臺灣臺北地方法院檢察署檢察官 94 年度偵字第 2450 號案件緩起訴處分書。

¹¹⁰ 陳文琪，同前揭註 101，頁 13-14。

¹¹¹ 陳文琪，同前揭註 101，頁 14-15；及張春暉，偵辦跨國人口販運案件經驗分享，法務部編，法務部 98 年度刑事司法互助研討會，2009 年。

¹¹² 陳文琪，同前揭註 101，頁 15；及翁珮嫻，臺美刑事司法互助實務，法務部編，法務部 98 年度刑事司法互助研討會，2009 年。

南非共和國、史瓦濟蘭王國、馬拉威共和國、哥斯大黎加共和國等七國簽有引渡條約¹¹³，在狹義國際刑事司法互助方面，僅與美國於民國 91 年 3 月 26 日，在美國華盛頓哥倫比亞特區簽訂「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（簡稱為「台美刑事司法互助協定」）」之刑事司法互助協定¹¹⁴，與其他無國際書面協議之國家，則多透過海關或調查局等執法對口單位，以簽署備忘錄（Memorandum）¹¹⁵之形式實施互助，此均為因應外交現實之彈性作法。近年來由於對中國大陸政策之轉變，兩岸間之刑事司法互助亦逐漸蓬勃發展，雙方更於 2009 年 4 月 26 日，在南京簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，作為兩岸刑事司法互助之依據¹¹⁶。國內法制部分，迄今為止我國於狹義國際刑事司法互助方面，僅憑 1963 年（民國 52 年）4 月 25 日公布施行之「外國法院委託事件協助法」，規範我國受外國囑託民刑事案件之互助實施程序，就目前外國法院委託事件協助法而言，全文僅有 9 條，分別規定適用範圍（第 1 條）、受託協助之範圍（第 2 條）、委託事件之轉送程序（第 3 條）、互惠原則（第 4 條）、受託送達之準據法與方式（第 5 條）、受託調查證據之準據法及書面應記載事項（第 6 條）、委託書及有關文件應附加中文譯本（第 7 條）、委託法院所屬國就支出費用之償還（第 8 條）及施行日（第 9 條）等，其內容大致與前開日本之囑託外國法院互助法相同，尤其對於我國目前日漸發展之實務運作而言，顯然已不足因應。為此，該法主管機關之司法院刑事廳，已著手蒐集德、日、英、韓、新加坡、瑞士及加拿大等國之相關立法例，組成「外國法院委託事件協助法研究修正委員會」研討，前後召開多次會議，同時邀請法務部、外交部代表列席表示意見，以完成本法之修正草案以資因應。修正草案共計 21 條，其修正重點包括：

一、為配合本法納入法院委託外國法院協助事件之規定，將現行法名稱「外國法院委託事件協助法」，修正為「法院與外國法院委託事件協助法」。

二、將法院委託外國法院事件、行政訴訟事件納入本法適用範圍；明白揭示本法規定之委託協助事項，包括委託送達文書與調查證據兩類。

三、明定法院委託外國法院協助事件之程序，增定其委託書及相關資料，應附

¹¹³ 陳文琪，同前揭註 101，頁 15-18；蔡碧玉，前揭註 20，頁 161-168。

¹¹⁴ 外交部網站，<http://www.mofa.gov.tw/webapp/np.asp?ctnode=2136&mp=1>。

¹¹⁵ 例如：「中華民國內政部消防署與美國加州州長辦公室緊急救難服務處災害防救合作瞭解備忘錄」、「中華民國（臺灣）法務部調查局洗錢防制中心與阿魯巴異常交易申報中心關於洗錢及資助恐怖主義相關金融情資交換合作瞭解備忘錄」、「中華民國法務部調查局洗錢防制中心與馬其頓防制洗錢及資助恐怖主義辦公室關於洗錢及資助恐怖主義相關金融情資交換合作瞭解備忘錄」等，法務部全國法規資料庫，<http://law.moj.gov.tw/Index.aspx>。

¹¹⁶ 法務部全國法規資料庫，同前註 115。

加該外國法院所屬國之官方文字或該外國接受之其他文字之譯本；如屬民事或行政訴訟事件，當事人未遵期預納應負擔之費用者，除法律另有規定外，法院得不予委託；法院並得委託外國法院以聲音及影像相互傳送之科技設備，將訊問之聲音及影像傳送至法院，藉以瞭解外國法院調查之過程，並得據以當場再行委託補充訊問。

四、法院委託外國法院調查證據因而取得之供述證據，如係外國法院依該外國法定程序取得者，且係出於本法委託協助之法律規定，應容許法院作為證據使用。

五、參照國際刑事司法協助確立之特定原則，明文規定外國法院所屬國應聲明因法院之協助所取得之資料，不得使用於委託書所載用途以外之任何刑事訴訟程序。

六、明定外國法院委託事件，法院絕對不予協助及相對不予協助之事由。

七、明定外國法院委託送達文書或調查證據之委託書應記載事項。

八、為明確委託事件在我國法院受理權限之劃分，爰明文規定由司法院按委託事件之性質及其內容指定之。

九、增訂外交部就委託協助事件有程序上之審查權及對委託協助事件之意見表示權，司法院對於外交部轉請處理之外國法院委託事件亦有程序上之審查權，並得請外交部通知補正。

十、增訂外國法院委託法院調查證據，法院得以聲音及影像相互傳送之科技設備，將訊問證人之聲音及影像傳送至外國法院，以利委託事件之完成。

十一、明定法院受託送達文書或調查證據之法律適用依據。

十二、增訂法院應將外國法院委託事件之處理結果予以回復之程序。

十三、增訂司法院對於法院處理委託協助事件實際支出之費用，得考量具體個案實際情狀，決定是否請求償還。

十四、增訂我國檢察機關委託外國檢察機關，或受外國檢察機關之委託送達文書或調查證據之程序規定，並此等相互委託事件之準用規定。

以上即為該法修正草案之重點內容，惟因涉及外交部及法務部暨所屬檢察

機關職權，為求周延，已函請行政院表示意見，以便彙整後送立法院審議，完成修法¹¹⁷。至於我國偵查互助法制，目前法務部研議制定之「國際刑事偵查及執行互助法」草案則仍在討論階段，前述日本「國際偵查互助等之相關法律」之相關內容（關於其程序，請參照本文第 41 頁至第 43 頁所附流程圖），應可供作立法過程之參考。

第三項 日本與我國之差異

從前述可知，日、我兩國發展狹義國際刑事司法互助之過程大致相仿，從早期不受重視或可謂封閉之狀態，隨著世界各國交流合作之緊密化，而日漸蓬勃發展；而指標性之案件（例如：日本之洛克希德案與我國之陳前總統貪污案）更係引發法制與實務發展之重要因素之一。在差異方面，除兩國刑事訴訟法體制分屬當事人主義與改良式當事人主義，因偵查機關強制處分權限不同而導致取證類型相異外，最大之差別在於因兩國國際地位之不同，所造成司法互助發展之影響。再者，就國內法制而言，我國目前實施互助之內國法係引用「外國法院委託事件協助法」，其規定內容大致與日本上開「囑託外國法院互助法」相同，惟此部法律之規範顯然過於簡略。雖然修正草案已增列我國法院得委託外國法院送達文書及調查證據等相關程序，並明訂法院委託外國法院調查證據而取得之供述證據，如係依該外國法定程序取得者，容許法院作為證據使用之規定；惟其內容是否已適當採擇狹義國際刑事司法互助之諸項原則、是否已考量傳聞例外及證據排除法則（尤其是因法制落差甚大而應排除時）之適用等問題，實不無疑問。反之，日本除其外國法院囑託互助法外，另已制定「國際偵查互助等之相關法律」，詳細規範國際刑事案件偵查互助之程序，包含互助受理主體、程序、限制、證據之蒐集程序等具體實施方法，在法制上顯然較我國詳盡周全。我國目前雖以個案協商方式對外國提供互助居多，惟「外國法院委託事件協助法」並未詳盡規定外國囑託我國互助時，應遵循之各項程序規定及應適用之準據法；且在互助程序終結後，所蒐獲相關證據之證據能力評價及犯罪所得之查扣與沒收，亦產生若干問題¹¹⁸。是以，在未來我國國際刑事司法互助法制面之願景方面，除盡力嘗試與外國締結各項國際書面協定外，亦應充實內國法制，亦即在參酌國際刑事司法互助各項原則，並顧及我國國情及國家利益情況下，以符合國際間「在互惠原則下，盡可能提供最廣泛互助」之潮流為

¹¹⁷ 司法週刊電子報第 1284 期，http://www.judicial.gov.tw/jw9706/1284_main.html。

¹¹⁸ 例如：在我國偵查人員直接至國外取證之情形，獲案證據係是否確實可依我國刑事訴訟法之證據法則予以評價，如無準據法之規定，則仍有討論空間，因此乃涉及我國刑事訴訟法之境外效力問題。再者，縱使外國已協助我國查扣國外之犯罪所得，即使證據已明確，亦可能因犯罪人逃匿而遲遲無法定讞，從而依我國刑法規定亦無法將該犯罪所得予以沒收。此相對於英美設有專責機構及相關法制，我國之法規範密度顯然不足，蔡碧玉，前揭註 21，頁 159。

目標，儘速擬訂國際刑事司法及偵查互助之相關法律，始能加速推動我國在國際刑事司法互助領域之發展。

第四項 國際刑事司法互助與境外取證

以上乃就國際刑事司法互助之理論與我國、日本之實務概況作一整理介紹。而國際刑事司法互助與境外取證之關係何在，主要可從運用該方式取證之必要性及其與獲案證據之證據評價關聯性兩方面加以討論，以下即分別敘述之。

壹、以國際刑事司法互助方式取證之必要性

如首開所述，狹義國際刑事司法互助包括證人及鑑定人之訊問、物之移交、搜索及扣押、勘驗、文書送達與資訊之提供等類型之刑事司法互助，就消極面而言，請求國為完備個案之刑事程序，有透過司法互助獲取所需證據資料釐清之必要；就積極面而言，為因應犯罪國際化之趨勢，國際間藉由司法互助取證以追訴犯罪，亦已逐漸成為促進國際合作、提升國家形象及外交之重要課題；而今日國際實務交流日漸頻繁，證人之訊問、證據之蒐集等互助形式佔其中之多數，故無論從積極或消極面而言，司法互助取證確實有其不得不然之必要性。或有謂經由正式官方途徑之司法互助，常侷限於國際政治、外交之現實而多所窒礙，反之以其他非官方互助之方式，例如：以私人身分前往或透過國際非官方組織取證等，較富彈性及時效性。此種說法固有其理，惟本文基於後述理由，認為取證之目的若為作為審判證據使用時，仍以經由司法互助方式取證為妥：

一、經由司法互助方式取證，因程序公開、透明，較具正當性及特別可信性：經由司法互助之方式取證，無論對於請求國或被請求國而言，因於實施互助之行政及刑事程序時，均須受各該國家實定法之規範，故程序上顯然具有公開、透明之正當性與特信性。相對於此，非經由司法互助之取證方式，往往為能達成互助目的，而因事制宜採用各種彈性作法（例如：以不具關聯性之條件交換，或憑藉私人情誼等），因而其後於審判時，容易產生證據能力之爭執。

二、經由司法互助方式取證，因有明確之法源基礎，不易產生獲案證據違法排除之問題：不論為請求國人員直接至被請求國取證，或是請求國囑託被請求國人員取證之取證型態，若經由司法互助方式取證，準據法之適用係依照雙方簽署之國際書面協定、國際法慣例或個案協商結果。因此，請求國或被求國人員所為之各項取證行為既有明確之法令依據，如確實依照該規定執行，並無獲案證據違反法定程序之違法排除問題。而非經由司法互助方式之取證行為，首先會面臨取證行為是否侵害他國司法主權，而應排除作為證據使用之問題；且由於無法源基礎之結果，往往容易於審判時，產生獲案證據違法排除之爭議。

三、經由司法互助方式取證，可獲取之協助及資源較為豐富：實務運作上，

請求國人員經由司法互助之方式取證，顯然較能獲得來自本國及他國之周邊協助，且有較多資源可資運用，執行之結果與勞費事先亦較可評估與確保。尤其，在請求國人員至被請求國取證之態樣下，關於實施該程序之費用、人員之開支、實施時之語言、場所及甚至令狀之申請等問題之克服，及將來獲案證據之證據能力評價等等，經由司法互助之方式顯然均較能事先規劃與預估。而採取非司法互助之方式取證，雖有節省繁瑣程序勞費及較易主導進程序之優點，但不僅事前對於取證過程難以預期，證據能力也容易產生爭執。因此，本文認為從以上三點分析，經由司法互助取證，實為大多數跨國刑事案件之最佳解決模式。

貳、與獲案證據之證據評價關聯性

狹義國際刑事司法互助之主要目的，既在於獲取所需之證據資料以完備刑事程序或追訴跨國性犯罪，則獲案證據得否通過證據法則之檢驗，即成為互助取證過程中之考量重點，以免事倍功半。目前，日本法制上不論係外國法院囑託互助法或國際偵查互助法，就經由司法互助取得證據之證據能力評價，均未有明文規定。日本實務案例上（詳後第三章案例所述），不論在上開法律制定前或制定後，均係回歸刑事訴訟法有關證據能力之規定予以判斷。其中關於供述證據部分，由於供述人係在境外供述已繫屬本國案件之相關內容，因此應予檢討者，為該供述（包括共犯或證人之供述）是否符合傳聞法則例外之問題；而關於非供述證據部分，則因其證據性質與供述證據不同，故除無關連性及違法取得之情形外，原則上應具有證據能力，且供述證據於取證過程中如有違法情形，亦應檢討有無違法排除之問題，亦即所有證據類型，均有一併接受違法蒐集證據排除法則檢驗之必要。此外，為因應經由司法互助取證所產生之請求國與被請求國取證法制落差問題，合法取得證據時之證據排除，應亦有研討之必要。故從上述可知，經由司法互助取證與否，影響獲案證據之評價結果甚鉅。

第三節 小結

由以上說明，本文認為，一般常用之「司法互助」一詞，係指「各國為達成其刑事司法目的，而依條約、協定或其他國際刑事規範，或透過一定之國際組織，而相互為請求或協助之國際刑事司法行為」，在類型上即指最廣義之國際刑事司法互助，亦即包括犯罪人引渡、狹義之國際刑事司法互助（與前者合稱為「廣義之國際刑事司法互助」）、外國刑事裁判之執行及刑事訴追之移轉管轄等四種類型，其歷史沿革則先從犯罪人引渡開始而次第發展；至於「偵查互助」之用語，則在請求之主體與訴訟階段與「司法互助」一詞有所區別，如從實際請求互助之內容觀之，實則「偵查互助」與「狹義國際刑事司法互助」之範圍，亦大致相仿。至於本文所欲探討之主題，則屬於狹義國際刑事司法互助

範圍中，有關取得證據後之證據能力評價問題。

其次，在司法互助之法源方面，現今世界各國多承認作為國際法法源之國際法院規約第 38 條規定，可作為司法互助時適用之基礎，亦即包括國際公約、國際慣例、一般原理原則、國際法院判決及知名國際法學者之著作等均屬之，因此，關於狹義之國際刑事司法互助程序，自應依據上開法源實施。又在國際實務運作方面，上開法源基礎之運用，以國際書面協定之方式為主，若無簽署書面協定時，則以個案為互惠聲明之方式實施互助。再者，大陸法系與英美法系國家對於互助所採取之態度不同，故跨法系國家實施互助時，有可能因國內法所採取之限制互助事由取向不同，而致使互助窒礙難行，因而不論以締結國際書面協定或依互惠原則進行取證，相關跨法系國際公約（例如前述「美國與瑞士刑事司法互助條約」等）對於各項限制互助事由之採擇，即有參考之價值。另外，於實施互助前所應把握之前提，係應尊重被請求國之司法主權，而必須基於國際書面協定或互惠原則先行取得被請求國之同意；且在準據法適用方面，亦必須遵循「證據蒐集階段原則上應依被請求國法，例外於不牴觸被請求國法令之限度內，得適用請求國法；證據評價階段則應依請求國法」之準據法適用模式，始得順利達成互助目的。

在司法互助之沿革方面，由於歷史及地理環境之影響，日本早期狹義刑事司法互助之個案不多，直至十九世紀以來由於交通工具、電信事業之進步，實務上亦陸續發生著名之劫機、首相貪污案件後，司法互助取證始漸受重視，而其發展之軌跡亦如同歐陸一般，自犯罪人引渡至狹義之刑事司法互助而逐步進展，法源上亦係先與外國締結條約後，始進而制定內國法。而我國與日本在歷史與地理環境上雖然類似，惟起步較日本更晚，且由於先天國際地位之艱困，加入國際組織或與外國締結國際書面協定十分不易，間接亦導致內國法之缺漏。目前，我國與美國及中國以外之其他國家進行互助時，多以個案為互惠聲明之方式實施，至於內國法部分則引用全文僅僅九條之「外國法院委託事件協助法」作為依據，因此，在加速條約締結與內國法制整備兩方面，應為我國當前應致力解決之課題。

誠然，以私人身分或透過國際非官方組織進行境外取證之方式，雖可能較正式之司法互助更具彈性及時效性，然由於取得之證據將來可能作為國內刑事案件之證據使用，為免因取證過程遭受質疑或取證方式侵害被告之防禦權，進而影響後續證據能力之評價，故經由司法互助方式取證，應為跨國刑事案件取證之最佳模式。以下本文之第三章及第四章，即先由傳聞例外之理論與法制，分別探討日本及我國實務案例中，供述證據適用傳聞法則例外之論理妥適性，並比較其間差異；繼而由日本及我國國內關於違法證據排除法則之理論與實

務，檢討兩國國內案例之適用情形；再參考日本境外取得合法證據之證據排除案例，考量兩國學理及實務之發展趨勢，而嘗試推論我國經由司法互助取得證據之證據能力判斷結構。



第三章 由傳聞例外理論檢討司法互助取得供述證據之證據能力

第一節 傳聞與傳聞例外理論

第一項 傳聞與傳聞例外

壹、傳聞法則

「傳聞法則 (hearsay rule; rule against hearsay)」係起源於 17 世紀採取陪審制之英美等國，隨著陪審團與詰問證人制度之發展，於 19 世紀而告確立¹¹⁹，其排斥傳聞證據使用之根據有下列幾點：一、因證人知覺 (perception)、記憶 (memory)、表達 (narration) 及真誠性 (sincerity) 之影響，傳聞證據有先天不可靠之危險；二、刑事被告應享有憲法層次保障之對質詰問權，如直接採取傳聞證據作為認定事實之依據，將剝奪被告此項權利；三、傳聞證據無從令審判者獲得正確心證，基於直接審理原則之要求，故不能承認其證據能力¹²⁰。是從上述傳聞證據之性質來看，為能兼顧發現真實及保障刑事被告訴訟權利之目的，排斥此項傳聞證據之使用乃屬當然，此即所謂「傳聞法則」之意義所在。就此而言，傳聞法則固可定義為不採用傳聞證據之證據法則，惟何謂「傳聞證據」，實際上欲作一精確定義實屬不易¹²¹，此乃因傳聞法則在英美法上係透過累積判例類型而逐漸發展之法概念所致。從比較法上觀察，美國聯邦證據法第 801 條 (C) 項所規定之意義係指「陳述人非於審判或聽證程序中所為之陳述，而被提出作為證據用以證明所主張之事項為真實者之意¹²²」而言；日本刑事訴訟法雖未就傳聞證據直接賦予明確定義，惟向來通說認為所謂傳聞證據，係指未在公判庭上經反對詰問檢驗之供述證據，至於是否需經反對詰問，則依待證事實為何而定。近時之有力見解則不強調有無經過反對詰問，認為傳聞證據係指提出審判期日外之供述，用以證明該供述內容具有真實性之證據。故從上開美日兩國對於傳聞證據之定義，將傳聞證據解釋為「於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真實性」之證據¹²³，應屬

¹¹⁹ 林朝榮·林芸澧，傳聞法則之比較研究，台北：文笙書局，2005 年，頁 47-63。

¹²⁰ 林朝榮·林芸澧，前揭註 119 書，頁 64-80。

¹²¹ 關於各國學說就傳聞證據之定義，林俊益，傳聞法則之研究：臺灣高等法院 91 年度研究發展項目研究報告，台北：臺灣高等法院，2002 年，頁 91-106。

¹²² FRE 801(C)：“Hearsay is a statement, other than one made by the declarant while testifying at the trial or hearing, offered in evidence to prove the truth of the matter asserted”。

¹²³ 陳運財，第二章傳聞法則之理論與實踐，陳運財·王兆鵬等著，傳聞法則理論與實踐，台北：

的論。

貳、傳聞例外法則

傳聞法則之所以排斥使用傳聞證據，係因證人知覺、記憶、表達及真誠性之影響，無法於審判期日經由交互詰問及具結（或宣誓）程序加以檢驗，以致有害於裁判者正確心證之形成及對被告對質詰問權之保障，故原則上應以排除使用此類證據較為妥適。然不問何故一律排除傳聞證據之使用，實際上可能因而大幅限制審判時可用之證據資料，導致認定事實之不易與訴訟之遲延，反而有害於發現真實。因而，如該傳聞證據之性質得以避免上開不良影響時，為兼顧被告人權及發現真實之刑事訴訟目的，學理上認為於具備必要性（necessity）及可信性（reliability）之基礎下，應得承認該傳聞證據具有證據能力，此即所謂「傳聞例外（hearsay exception）」法則。而此處所稱之「必要性」，係指現實上無法使原陳述者於審判期日到庭陳述，亦無法讓被告行使對質詰問權，惟仍有使用該傳聞證據必要之意，例如：證人死亡、喪失記憶等情況即是；而「可信性」則指該傳聞證據作成時，具有特別可信之外部客觀情況而無真誠性之危險，從而即使未給予被告對質詰問之機會，仍得承認其證據能力之意，例如：證人因當場感受或受驚駭後之陳述等。傳聞例外法則在英美法上係隨著個案判例之累積而逐漸發展出各種類型，第二次世界大戰後修正之日本刑事訴訟法，其傳聞例外法則基本上亦是參考美國法而制定，此由美國聯邦證據法於第 803 條、第 804 條以例舉及概括方式敘明 27 種之傳聞例外，與日本刑事訴訟法第 321 條至第 328 條羅列之各項規定均可佐證，故今日傳聞例外於實務運用上之重要性，顯然已超越傳聞法則之影響¹²⁴。

第二項 日本與我國之法制

壹、日本法制

日本刑事訴訟法第 320 條第 1 項規定：「除第 321 條至第 328 條所規定之情形外，代替審判期日陳述之書面，或於審判期日以他人陳述之內容為陳述者，不得作為證據¹²⁵」，此即日本法上有關傳聞法則之規定。依本條規定，係列舉傳聞「傳聞供述」與「供述代用書面」兩種類型之傳聞證據，原則上均不容許其等作為審判證據之使用，僅於第 321 條至第 328 條所定之情形下，始容許作為例外而肯定其證據能力。其中，與本文後述案例所欲探討之境外供述證據¹²⁶證據

元照，2004 年，頁 47。

¹²⁴ 王兆鵬，美國刑事訴訟法，台北：元照，2004 年，頁 363-364。

¹²⁵ 原文為「第三百二十一条乃至第三百二十八条に規定する場合を除いては、公判期日における供述に代えて書面を証拠とし、又は公判期日外における他の者の供述を内容とする供述を証拠とすることはできない」。

¹²⁶ 境外之供述證據如以證據方法分類，可能為證人（包括關係人、共犯）或是被告之供述，日

能力有關者，即為第 321 條第 1 項第 1 款至第 3 款之規定¹²⁷，即區分為「陳述書」及「陳述筆錄」兩種類型。其中，關於「被告以外之人」之範圍，日本學說及實務上均認為包含「共犯」或「共同被告」，「陳述書」係指被告以外之人本人自行製作之書面，例如：被害人之陳述書狀、個人備忘錄或日記等；所謂「陳述筆錄」，則指被告以外之人陳述後經他人製作之書面而言，例如：偵訊筆錄等即是¹²⁸。故由上開法條規定可知，第 1 項規定主要係以陳述對象之不同，而在必要性及可信性之要件予以區分，實務運作上也分別將其等稱為「法官面前筆錄或一款書面（裁面調書、一号書面）」、「檢察官面前筆錄或二款書面（檢面調書、二号書面）」及「司法警察人員等之面前筆錄或三款書面（員面調書、三号書面）」。

在後述日本司法互助實務所發生之案例中，由日本檢察官直接至境外偵訊取得之類型，所涉及為第 321 條第 1 項第 2 款之書面；如為囑託他國

本刑事訴訟法亦將被告之供述書及供述筆錄明定為傳聞例外（第 322 條）。然因司法互助之發動，係以被告在國內接受偵查或審判而有境外取得證據之必要時所為，理論上不可能發生經由司法互助訊問境外本案被告之情形，故日本司法互助實務史，迄今亦無此類案例。我國法之傳聞證據規定，係指被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述（第 159 條第 1 項），前提已先行排除被告所為之供述為傳聞證據，故亦無討論被告供述適用傳聞例外之可能。因此，本文以下僅就經由司法互助取得證人之供述證據部分，作兩國案例之比較研究。

¹²⁷ 該條係規定：「被告以外之人作成之陳述書或記錄其人陳述之書面經其簽名蓋章者，以下列情形為限，得作為證據。關於記錄在法官面前陳述之書面（包含依第 157 條之 4 第 1 項規定方法之情形），因陳述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或身在國外，而無法於準備或審判期日到庭陳述時，抑或陳述人於準備或審判期日為與先前相異之陳述時（第 1 款）；2、關於記錄在檢察官面前陳述之書面，因陳述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或身在國外，而無法於準備或審判期日到庭陳述時，抑或陳述人於準備或審判期日為與先前相反或實質上相異之陳述時。但以先前之陳述較準備或審判期日之陳述具有特別可信之情況者為限（第 2 款）；3、關於前二者以外之書面，因陳述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或身在國外，而無法於準備或審判期日到庭陳述，且其陳述係證明犯罪事實之存否所不可欠缺時。但以其陳述係在特別可信之情況下所為者為限（第 3 款）」。

原文則為「被告人以外の者が作成した供述書又はその者の供述を録取した書面で供述者の署名若しくは押印のあるものは、次に掲げる場合に限り、これを証拠とすることができる。一 裁判官の面前(第一百五十七条の四第一項に規定する方法による場合を含む)における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は供述者が公判準備若しくは公判期日において前の供述と異つた供述をしたとき。二 檢察官の面前における供述を録取した書面については、その供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明若しくは国外にいるため公判準備若しくは公判期日において供述することができないとき、又は公判準備若しくは公判期日において前の供述と相反するか若しくは實質的に異つた供述をしたとき。但し、公判準備又は公判期日における供述よりも前の供述を信用すべき特別の情況の存するときに限る。三 前二号に掲げる書面以外の書面については、供述者が死亡、精神若しくは身体の故障、所在不明又は国外にいるため公判準備又は公判期日において供述することができず、且つ、その供述が犯罪事實の存否の証明に欠くことができないものであるとき。但し、その供述が特に信用すべき情況の下にされたものであるときに限る」。

¹²⁸ 林建宏，刑事證據法上傳聞法則之研究：以日本法為中心，私立輔仁大法律學研究所碩士論文，1997 年，頁 33-34。

司法或偵查機關代為訊問取得之類型，則涉及同項第 3 款之書面。本文限於篇幅，僅於後述案例評析部分一併說明相關法條、學說及實務見解以供參考，至於其他傳聞例外之規定，因與本文內容無關，爰予省略。

貳、我國法制

我國刑事訴訟法之傳聞及其例外法則，係由立法院於民國 92 年 1 月 14 日三讀通過修正第 159 條，並增訂第 159 條之 1 至之 5 等規定而確立；自本法於同年 2 月 6 日經總統以華總一義字第 09200019330 號令修正公布、同年 9 月 1 日施行後，我國刑事訴訟法制即正式進入傳聞法則之新紀元。其中，第 159 條將傳聞證據定義為「被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述」，即是參考前述美、日兩國之相關規定而來；而與本文後述我國實務案例相關之傳聞例外，則為第 159 條之 1 第 2 項、第 159 條之 3 及第 159 條之 4 等條之規定¹²⁹。上開修正配合 91 年關於第 163 條第 1 項檢察官實質舉證責任、第 163 條有關證據調查原則及 92 年同時修正之第 166 條交互詰問制度等規定，使傳統由法院主導之形式化審判幡然一新，法庭活動也因而更趨而積極、活潑。雖然新法通過之初因實務長久以來形式化之「直接審理」，及對於「傳聞證據」之不熟悉，不少人士抱持懷疑之看法。惟其後反覆經過學術討論及實務操作後，今日此一在英美法及日本法上流傳甚久之證據法則，已漸為學界及審判實務所接受。因本章既以由傳聞例外理論檢討經由司法互助取得供述證據之證據能力，為研究之核心，故關於我國法制之傳聞例外規定，僅擇要敘述如上，至於各該例外規定之學理與實務見解，則於後述案例探討時，再作詳細說明。

第三項 兩國之比較

理論而言，我國與日本所規範之傳聞例外目的並無二致，均是為保障被告反對詰問權與發現真實而立論，惟實際立法形式上卻不盡相同，從本文研究主題之角度，其最主要之不同¹³⁰有三：

¹²⁹ 第 159 條之 1 第 2 項規定：「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。」；第 159 條之 3 規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或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。」；第 159 條之 4 條則規定：「除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書」，修正理由請參照立法院法律系統，<http://lis.ly.gov.tw/lghtml/lawstat/reason2/0455292011400.htm>。

¹³⁰ 學者認為相對於美、日立法例而言，我國法規規定之主要特徵在於：1、對於傳聞證據無實質明確之定義；2、例外規定嚴重不足但容許要件卻過於寬鬆。陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌，NO.97，2003 年，頁 86-91。

一、**規範方式之差異**：日本傳聞例外之法條規定方式，係以「陳述書」與「陳述筆錄」作為區分，而我國傳聞例外之法條規定方式，則以審判外之「言詞」與「書面」陳述為規範對象，雖然規範方式較為不同，但在實務方面由於「言詞」陳述亦是以「陳述筆錄」之方式呈現，故運作結果應大致相同。

二、**規範密度之差異**：日本第 321 條第 1 項第 1 款至第 3 款傳聞例外之規範方式，係區分法官、檢察官及司法警察官員等其他以外之第三人為訊問主體；而我國第 159 條第 1 項、第 2 項及第 159 條之 3 等規定，則區分法官、檢察官與司法警察官員為訊問主體，相較來說，我國對於其他非司法人員所作成之書面，在規範密度上較為不足。

三、**容許要件之差異**：日本無論在法官、檢察官或司法警察官員等人面前所為之陳述，均需具備一定之容許要件始足該當傳聞例外，例如法官面前筆錄之供述不能或相異陳述要件、檢察官面前筆錄之供述不能或相反或實質相異陳述要件，及司法警察官員等其他第三人面前之供述不能、必要性及特信性要件等均是。相較之下，我國傳聞例外之要件則較為寬鬆，法官面前筆錄一律肯認其證據能力，檢察官面前筆錄者除有顯不可信之情形外，原則上亦有證據能力，僅於第 159 條之 2、第 159 條之 3 司法警察官員等人之面前所為陳述，始有相異陳述、必要性，及陳述不能、必要性與特信性要件之限制。因此，由於上述差異，我國與日本法院於判斷供述證據之證據能力時，無可避免的在認定上有寬嚴之分。至於詳細之實務運作差異比較，本文將於第五章中歸納討論。

第二節 司法互助取得供述證據之證據能力

第一項 日本實務案例檢討

日本實務上除經由 ICPO 交換情資外，已發展出境外取得供述證據之方式主要有四：壹、檢察官直接至國外訊問取得；貳、檢察官聲請法官囑託外國法官訊問取得；參、檢察官囑託外國偵查機關訊問取得；肆、檢察官取得外國法院之審判筆錄等。因此以下本文依此分類列舉相關案例，並檢討各案例中所涉及之證據能力問題。

壹、檢察官直接至國外訊問取得¹³¹

一、案件經過及歷審見解

「拉斯托波羅夫案（ラストボロフ事件）」為美國與前蘇聯於冷戰時期，在

¹³¹ 東京地裁昭和 36 年 5 月 13 日判決、東京高裁昭和 40 年 3 月 15 日判決，即「拉斯托波羅夫案（ラストボロフ事件）」。

日本從事間諜活動之有名案例。該案起源於西元 1954 年（昭和 29 年）1 月 24 日，前駐日蘇聯代表部向外發布該部二等書記官拉斯托波羅夫被美國情報機關綁架失蹤一事。同年 8 月 14 日，該員卻在美國華盛頓召開記者會，自稱係蘇聯派至日本從事間諜活動之外交人員，自願請求美國庇護，故於同月 26 日搭乘美國軍機離開日本；並同時披露日本外交部官員曾配合其蒐集情報之事，而引發國際轟動。其後，日本外交部三名涉及洩密罪之官員，遂遭到逮捕。

本案起訴事實認為：被告 X 在日本外務省國際合作局擔任外務事務官之職務，其涉嫌於昭和 28 年間（1953 年）在東京都內，兩次將職務上所知悉有關日本駐蘇聯大使發給日本外務大臣之秘件影本，交付拉斯托波羅夫使其閱覽，而涉嫌違反國家公務員法洩漏秘密罪之事實。東京地檢在昭和 29 年透過外務省聯繫並取得美國當局同意後，在同年 9 月派遣檢察官至美國調查此案，經由翻譯下，依日本刑事訴訟法對拉斯托波羅夫訊問取供，並作成兩件筆錄帶回日本，其後，檢察官即以該筆錄為證據向東京地方裁判所提起公訴。法院審理時，被告 X 沿襲自偵查以來之一貫態度，否認涉及本案，因此檢察官主張拉斯托波羅夫之筆錄，該當日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項 2 款前段之檢察官面前筆錄，應有證據能力，並欲以該筆錄內容證明被告之犯行。相對於此，辯護人則主張日本檢察官無法於國外實施偵查行為，該筆錄應無證據能力，是以本案有關檢察官於境外實施偵查行為之合法性，及此項筆錄是否該當第 321 條第 1 項 2 款前段之傳聞例外要件等問題，即成為審理時檢辯雙方之攻防焦點¹³²。

第一審東京地方裁判所昭和 36 年 5 月 13 日判決¹³³，就檢察官直接至境外取證之合法性部分，認為「承認檢察官面前筆錄具有證據能力之理由，係期待具有司法官資格而經任用之檢察官，得以正當合法地進行調查取證行為。從而，檢察官以執行職務行為對人調查、錄取供述時，該書面得依檢察官面前筆錄規定而肯認其證據能力。即使具有檢察官身分，如與執行職務無關而調查、錄取他人之供述時，該書面亦不能認係檢察官面前筆錄。（節略）又無論係強制偵查或任意偵查，因均屬刑事訴訟法上之行為，故於不適用刑事訴訟法之領域即無法實施。刑事訴訟法原本是適用於我國領土範圍內，亦即屬地原則，從而原則上無法期待在外國領土為相同之偵查行為，（節略）然而一國如得他國之同意，在他國境內不侵害其主權而得行使某種權能，可謂國際法上所允許之行為，如同本案偵查權之行使一般，我國檢察官以任意偵查之方式，在美國境內對人調查取供須得美國之同意，如美國同意時，在同意之限度內，應認為得依我國

¹³² 關於事件經過，野村二郎，戰後公安事件裁判史：ラストボロフ事件，法学セミナー，283 號，1978 年，頁 123-127。

¹³³ 下級裁判所刑事裁判例集 3 卷 5・6 號，頁 469。

刑事訴訟法對人調查並取得此項供述，方為妥適。(節略)因而，長谷檢察官在美國同意下實施之取證行為，既然未牴觸國內法上之憲法秩序，故得認為係檢察官之執行職務行為而有效力。故長谷檢察官調查而作成之拉斯托波羅夫筆錄，得認定為檢察官面前筆錄而具有證據能力」，明白肯認檢察官直接實施境外取證行為之合法性。

其次，一審判決就筆錄是否符合第 321 條 1 項第 2 款前段之傳聞例外部分，則認為「上開筆錄在審理調查之過程，拉斯托波羅夫未出境美國，故未能以證人身分出席本法庭為供述甚明。因此，上開筆錄該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款前段所謂陳述人身在國外而無法於審判期日到庭供述之情形，而有證據能力。由於在我國境內接受檢察官調查而作成陳述筆錄之被告以外之人，其後因故前往國外，因現仍身在國外而無法於審判期日到庭陳述之情形，為常有之事，如本案般之特殊場合，是否得為相同之處理，似仍有疑問。此乃因前開第 2 款前段必要性要件所揭示之死亡、所在不明均係供述筆錄作成後所發生之事由，因而有認為國外之情形，亦應作同等解釋。但如從身體之障礙也可能自供述當時即存在來看，文義上作此解釋尚難認為合理，故有必要進一步賦予其實質之根據。就此，辯護人乃主張本案陳述人自始在國外接受檢察官調查而陳述之情形，因檢察官和陳述人均係在陳述人無法以證人身分於準備或審判期日出庭，而毋須受被告及辯護人反對詰問之確信下，作成陳述筆錄，如此之陳述實無法確保其真實性和特信性。此項見解雖然言之成理，但陳述人身體之障礙於陳述當時即存在，或陳述人明顯因重病而瀕臨死亡，或陳述人明顯於陳述後即將移居國外等情形下，均可預料陳述人於準備或審判期日無法出庭自明。儘管條文上未設任何適用上之限制，如認為此種情形下所作成之陳述筆錄完全無證據能力而不予適用，其結論極為可疑。與此種見解相關者，例如在陳述人陳述當時可預料將來無法於準備或審判期日出庭，而使被告或辯護人於陳述時在場行反對詰問，如剝奪此項詰問之機會時，是否可否定該陳述筆錄之證據能力一點亦仍有議論，因此，本案雖無法使被告或辯護人於拉斯托波羅夫陳述時在場，在充足其他要件下，此項筆錄之證據能力應得以認定。憲法第 37 條第 2 項之規定，雖明白宣示排斥傳聞證據之原則，但並非意味完全排斥所有傳聞證據，而不容許存有合理之例外。亦即在存有得以代替反對詰問之信用性情況保障，且有使用該證據之必要性時，當然得成為例外情形(參照昭和 27 年 4 月 9 日最高裁判所判所大法庭判決)。前開第 2 款前段規定，則可謂係在上開意義下所創設，如同本案陳述人在國外接受檢察官調查而陳述，並在國外作成陳述筆錄之情形，將其解釋為符合前開第 2 款前段之情形，應屬適當。從而，**上開筆錄可謂係檢察官面前筆錄，而有證據能力**」，明白肯認本案情形符合第 321 條第 1 項第 2 款前段之傳聞例外。雖然如此，一審判決結果仍以該檢察官筆錄

「陳述之證明力不足，欠缺客觀上足以佐證之證據」為由，判決被告無罪。檢察官提起上訴後，第二審東京高裁昭和 40 年 3 月 15 日判決¹³⁴理由，亦採取與一審相同之見解，以證明力不充足駁回檢察官上訴確定。

二、案例檢討

（一）爭點及所涉法條規定

本案所涉及之爭點有二：其一為檢察官在境外調查取證行為之合法性問題，其二為系爭筆錄是否符合傳聞例外理論而有證據能力之問題。關於前者，因無明確之法律上依據，故有委諸學說及實務發展予以補充之必要；而後者在刑事訴訟法上之依據，則為第 321 條第 1 項第 2 款「關於記錄在檢察官面前陳述之書面，因陳述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或身在國外，而無法於準備期日或審判期日到庭陳述時」之「檢察官面前筆錄（或稱二款筆錄）」規定。

（二）學說主張與歷來實務見解

關於檢察官在境外調查取證行為之合法性問題，在本案以前日本並無學說見解加以論述，迨本案發生後，此項攸關刑事訴訟法域外效力之問題始受重視而引發討論（詳後述）。至於學說方面對於爭執適用之第 321 條第 1 項 2 款前段規定，由於僅須陳述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或身在國外，而無法於準備期日或審判期日到庭陳述，原先於審判外作成之檢面筆錄，即因而具有證據能力，其要件顯然過於寬鬆。因此，為保障對被告之反對詰問權，學說上多認為此款亦應具備「特信性」之不成文要件較為妥適¹³⁵。另外，學說方面對於第 321 條第 1 項各款之「傳喚不能」要件，究屬於例示或列舉規定一節，迭有爭論。主張「例示規定說」者，認為死亡等事由只不過是傳喚不能事由之例示，於具有相當於死亡等傳喚不能之事由時，仍可適用本款之規定；至於主張「列舉規定說」者，則認為第 321 條第 1 項各款皆係限制憲法第 37 條第 2 項被告詰問權之傳聞法則例外，本於例外從嚴之立場，其要件應作嚴格解釋為妥。就此，學者通說則係採取例示規定說之立場¹³⁶。

實務方面對於檢察官在境外調查取證行為之合法性問題，在本案以前亦無論述，法院直至本家中，始首度表示見解。至於「傳喚不能」之要件，實務見解有認為「在審判庭行使緘默權之被告乙在檢察官面前所作之陳述筆錄，依刑

¹³⁴ 高等裁判所刑事判例集 18 卷 2 號，頁 89；東京高等裁判所刑事判決時報 16 卷 3 號，頁 49。

¹³⁵ 田宮裕，刑事訴訟法〔新版〕，東京：有斐閣，1996 年，頁 381。

¹³⁶ 林建宏，前揭註 128 文，頁 49-50。

事訴訟法第 321 條得作為認定被告甲犯罪事實之證據¹³⁷」，或「證人於訊問之際痛哭失聲，即使盡所有努力欲取得陳述仍無法取得時，該當本條所謂因精神或身體障礙而無法陳述之情形¹³⁸」者；亦有認為「本條第 1 項第 2 款所規定『陳述人不能陳述時』之事由，是表示會妨礙該人在法院以證人身分訊問之障礙事由，在有與此相同或在此之上的事由時，不應妨礙承認本條書面之證據能力。故證人在審判庭拒絕證言時，依本條第 1 項第 2 款之規定，應認該人在檢察官面前所為之陳述錄取書，得作為證據使用¹³⁹」；或「證人拒絕陳述包含姓名等一切人別事項，亦不宣誓及接受訊問時，既然其拒絕無可懷疑係與舉證方通謀或受教唆而故意為之，應該當本條第 1 項第 2 款前段之傳喚不能要件¹⁴⁰」等見解。故由上述見解可知，**實務亦採取例示規定說**之立場甚明。值得注意者是，實務在採此立場之同時，亦有見解認為「關於因驅逐出境而離境之人，在檢察官面前所為之陳述筆錄，若檢察官知悉使其出境將無法在準備或審判期日出庭陳述，而故意利用此種情況，或即使法官或法院決定就該人為證人訊問，仍予強制遣返等，從程序正義之觀點，如認為該陳述筆錄依本條第 1 項第 2 款前段書面作為證據有失公正時，即不容許作為認定事實之證據¹⁴¹」，顯然另從程序正義之觀點，對本款事由作出適度之限制解釋。

（三）評析與檢討

1、檢察官境外偵訊行為之合法性

首先，就日本偵查機關得否直接在境外為調查行為，乃牽涉日本刑事訴訟法是否具有域外效力之問題，就此，向來有所謂「**限定說**」與「**外國主權限制說**」之不同見解。主張「**限定說**」者認為，刑事訴訟法之適用範圍原本即限於國家主權所及之領土範圍內，亦即基於屬地原則之立場，法律效力不及於境外，如得外國同意時，該部分始擴張至外國境內，其理由明顯基於國家主權之實際狀況而立論。主張「**外國主權限制說**」則認為，本國刑事訴訟法之效力及於國外，惟在外國領域內受到該國主權之限制，如得該國承認時，其限制因而解除，其理由係認為：（1）日本刑法第 2 條至第 4 條規定處罰發生於國外之犯罪，而這些犯罪之證據當然可能存在於外國境內，為實現刑事訴訟法確認具體刑罰權之目的，應承認本國偵查人員依本國刑事訴訟法在外國取證之效力；（2）刑事

¹³⁷ 札幌高等裁判所昭和 25 年 7 月 10 日判決，判夕 13 號，頁 46。

¹³⁸ 札幌高等裁判所函館分院昭和 26 年 7 月 30 日判決，高等裁判所刑事判例集 4 卷 7 號，頁 936。

¹³⁹ 最高裁判所昭和 27 年 4 月 9 日大法庭判決，最高裁判所刑事判例集 6 卷 4 號，頁 584。

¹⁴⁰ 東京高等裁判所昭和 63 年 11 月 10 日判決，判例時報 1324 號，頁 144；判例タイムズ 693 號，頁 246。

¹⁴¹ 最高裁判所平成 7 年 6 月 20 日第三小法庭判決，最高裁判所刑事判例集 49 卷 6 號，頁 741。

訴訟法第 321 條第 1 項各款規定證人因在國外不能作證時，檢察官等偵查人員所制作之供述筆錄具有證據能力，反面解釋來看，顯然也預設了檢察官等可能在國外進行偵訊之情形，故認為刑事訴訟法之適用範圍係及於日本國外¹⁴²¹⁴³。以上兩說雖各有其理，惟「限定說」對於本國刑事訴訟法，何以得經由外國同意而擴張其效力至外國境內，無法提出堅實之說理可資參考；而「外國主權限制說」所主張本國刑事訴訟法效力原本即及於國外一點，亦明顯與國際法上國家主權之效力範圍有違，故兩說均非毫無瑕疵。本判決雖採取限定說之立場，認為日本檢察官於得到外國同意後，在同意之限度內，得依日本刑事訴訟法規定在該外國境內進行偵查，然何以本國法之效力得經由外國之同意而擴張至域外，本判決在說理上並不充份。其後所發生之洛克希德案，亦採取與本案不同之見解，然今日一般以外國主權限制說為有力說¹⁴⁴。惟本文認為，不論採取何說之見解，**就境外偵查取證為司法主權行使之表現，且在外國主權所及之領域內如未得該國之承認，事實上即無法進行偵查活動等觀點，兩說實質上並無異論。**

再者，所謂得外國「同意」之意義，理論上固包括依條約之概括性同意或個案之具體性同意，亦不論明示或默示之同意均可，然實際上為使同意之事項明確，載明於文書為妥迨屬當然之理¹⁴⁵。本判決雖明白肯定日本偵查機關在外國境內取證之合法性，但現今偵查實務上幾乎不採取此一方式，理由主要在於日本本身對於外國在其境內取證，即使是任意偵查行為亦多認為有侵害其國家主權之虞而不予同意，故從互惠原則之角度而言，即使取得外國之同意，日本偵查機關亦儘量避免在外國境內直接為偵查行為¹⁴⁶，是以現今實務多以請求囑託訊問之方式實施（詳見後述四件案例）。又日本向外國請求偵查互助，向來係經由外交途徑為之，亦即檢察廳或各都道府縣警察經由外務省向對象國請求，然自平成 18 年 6 月日本與美國簽訂「日美刑事互助條約」，及於同年 7 月與韓國簽訂「日韓刑事互助條約」，並配合國內法之「國際偵查互助等之相關法律」修正（詳見第五章所述）後，現行日本與外國偵查互助之實施，已得直接由中

¹⁴² 田辺泰弘，國際捜査共助法，藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法，第 8 卷，東京：青林書院，1999 年，頁 371。

¹⁴³ 此外，論者亦有認為境外偵查之法律適用問題，從日本國內之行為法及組織法（包括刑事訴訟法及檢察廳法、警察法、海上保安廳法等組織法）來看，均無限制偵查機關境外偵查行為之規定，且在得該外國同意下，即使與該外國國內法牴觸（例如：實施該國法制所未規定之偵查行為）亦無違反外國法之問題。惟一受限者，係國際法上對於國家主權之制約，如未得外國之同意即進行偵查，則因涉及侵害他國主權而違反國際習慣法，大野恒太郎，外国における捜査，別冊判例タイムズ，NO.9，1985 年，頁 206-207。

¹⁴⁴ 田口守一，刑事訴訟法第四版補正版，東京：弘文堂，2008 年，頁 52。

¹⁴⁵ 大野恒太郎，前掲註 143，頁 207。

¹⁴⁶ 田辺泰弘，前掲註 142，頁 372。

央當局（在日本即為法務大臣或國家公安委員會）進行聯繫，而非必經由外交途徑提出請求，顯然更加速與他國偵查互助之流程¹⁴⁷。因此，本案中由檢察官直接至國外訊問取證之方式，可預期地在將來日本實務採用之可能性，將大幅降低。

2、承認傳聞例外之適當性

依據一、二審判決之見解，承認本案適用第 321 條第 1 項第 2 款前段傳聞例外之理由，乃因拉斯托波羅夫本人身在國外，而無法於審判期日到庭供述。惟就法院之見解，論者亦有批評指出：「傳聞證據係未經反對詰問之證據，故採用其作為判斷依據應為例外情形，不容恣意為擴大解釋，否則即有違反憲法第 37 條第 2 項保障被告證人審問權之虞；而第 321 條第 1 項第 2 款前段之通常情形為陳述人於檢察官作成筆錄當時身在日本國內，由於可預期將來必須在審判時以證人身分出庭作證接受反對詰問，故不易作出不負責任之供述。本案拉斯托波羅夫之筆錄，自始即在日本檢察權及司法權所不及之美國境內作成，與該款規定情形截然不同，且雖然關於第 321 條第 1 項第 2 款前段是否違反憲法第 37 條第 2 項之問題，通說認為在具備『必要性』及『信用性之情況保障』兩要件後即無違憲問題，惟該筆錄即使認為具備『必要性』要件，從客觀上看也絲毫未見有何『信用性之情況保障』，故應例外認定其為違憲為妥¹⁴⁸」，顯然反對一、二審判決之見解。

如前述學說之主張，本文認為，與被告立於相同當事人地位之日本檢察官，於審判外所作成未經反對詰問之訊問筆錄，實應附加「信用性之情況保障」之要件，始得認為未違反憲法第 37 條第 2 項保障被告證人詰問權之規定。然本案判決當時，實務上對於第 321 條第 1 項第 2 款前段檢察官面前筆錄之寬鬆規定，並不採取違憲之見解¹⁴⁹，故本案一、二審判決理由，可謂係承襲實務向來之看法。本文認為，考量本案涉及檢察官直接至他國取證之特殊性，一、二審判決理由對於「傳喚不能」要件採取寬鬆而不附加特信性要件之看法，雖有其不得

¹⁴⁷ 菊池浩，国外における捜査とその限界，別冊判例タイムズ，NO.26，2010 年，頁 69。

¹⁴⁸ 熊谷弘，高裁刑事判例研究：外国で作成された検面調書（所謂ラストボロフ調書）の証拠能力，判例タイムズ，200 號，1967 年，頁 82-83。

¹⁴⁹ 當時實務見解認為，「證人在國外旅行，即使因而未能給予被告反對詰問之機會，採用該證人供述錄取書作為證據使用，亦不違反憲法第 37 條第 2 項之規定，此徵之本院昭和 24 年 5 月 18 日、25 年 9 月 27 日、同年 10 月 4 日、27 年 4 月 9 日、23 年 7 月 19 日等各大法庭判決之趣旨自明，故上訴意旨所指違憲之主張礙難採用」。昭和 36 年 3 月 9 日最高裁判所第一小法庭判決，最高裁判所判例刑事判例集 15 卷 3 號，頁 500。

不然之心理背景¹⁵⁰，然基於傳聞例外理論而言，其等見解仍不無可議之處。

3、我國法上之省思

上述案例如發生於我國，就上開兩項問題，可料想亦有相當之法律解釋空間。首先，就檢察官在境外調查取證行為之合法性部分，由於我國與日本相同，並無法律明文規定，因此可預見一旦此項爭點產生，在日本曾發生所謂刑事訴訟法域外效力有無之議論，亦必然於我國發生。其次，就系爭筆錄之傳聞例外要件該當性方面，由於我國關於檢察官面前筆錄要件之規定更為寬鬆，亦即原則上由檢察官所為之訊問均一律肯認其證據能力，僅例外有顯不可信之情況時，始排除其證據能力。因此，只要是檢察官取得外國同意而至該國調查取證之情形，可以說幾乎均合乎我國法之傳聞例外要件。此種解釋方法，就考量境外偵查之特殊性與困難性而言，固有其便利性，然如從保障被告反對詰問權及直接審理原則之角度來看，實不妥適。因此，如何在衡量境外偵查特殊性與兼顧被告反對詰問權之保障下，附加以適當之要件限制，應為將來我國法制修正之重點。

貳、檢察官聲請法官囑託外國法院訊問取得¹⁵¹

一、案例經過及歷審見解

本案係日本司法互助史上最為著名之案例，不僅裁判內容成為司法互助史上之指標性案件，亦間接促成日本「國際偵查互助法」之制定。案件引發契機是於昭和 51 年（西元 1976 年）2 月 4 日，美國參議院外交委員會之跨國企業小委員會公聽會上，因討論美國航空機製造商洛克希德公司，銷售所製造之 L1011 型（Tristar）運輸機予日本全日空航空公司時，發現背後隱藏洛克希德公司透過管道行賄日本首相田中角榮之貪污案件，經過媒體披露後舉世譁然。為能清楚調查此事，日本法務省與美國司法部即於昭和 51 年 3 月 23 日，在華盛頓簽署「有關洛克希德航空公司事件法律上執行互助之程序（Procedures for Mutual Assistance in the Administration of Justice in Connection with the Lockheed Mater, Mar.23, 1976, United State-Japan, T.I.A.S.No.8233.）」之司法互助協定，而以條約方式因應本案涉及之境外偵查問題。其中，協定第 7 條即規定：「締約國就他方國內所進行關於刑事、民事及行政裁判或審理之程序，應盡最大努力儘速實

¹⁵⁰ 熊谷弘，前揭註 148，頁 83。文中認為判決所以肯定之理由，似因為該筆錄是由堂堂之日本檢察官親自至國外取證，且基於若不採用可能無法處罰犯罪者之危機感，及受到大陸法系發現真實理念之影響，而有不得不承認其證據能力之心理背景存在。

¹⁵¹ 即「洛克希德案(ロッキード事件)」，參閱東京地方裁判所昭和 53 年 12 月 20 日裁定，判例時報 912 號，頁 24；東京高等裁判所昭和 62 年 7 月 29 日判決，高等裁判所刑事判例集，40 卷 2 號，頁 77；及最高裁判所平成 7 年 2 月 22 日大法庭判決，最高裁判所刑事判例集 49 卷 2 號 1 頁。

施該國司法當局囑託書上所記載之囑託事項」。其後，日本檢察機關即依照此協定，首次透過外交途徑，囑託美國加州地區聯邦法院法官訊問洛克希德公司主管 Kotchian 等重要證人，而獲得本案之囑託訊問筆錄。由於當時檢察官發現洛克希德公司之行賄途徑（ルート）有三，故全案因而區分為「丸紅ルート」、「全日空ルート」及「兒玉・小佐野ルート」等三部分起訴，並分別繫屬東京地方裁判所三個合議庭審理，此後日本學界及實務界提及該判決時，即多以上述名稱加以區別。以下本文所欲探討之歷審判決，即屬其中「丸紅ルート」之部分。先就結論而言，日本自洛克希德案後，實務上對於經由司法互助取得證據之證據排除標準，已逐漸累積形成定見，此觀之近來「福岡一家 4 人殺害事件（福岡地方裁判所平成 17 年 5 月 19 日判決，詳第四章所述）」，大致上亦遵循洛克希德案之標準作為判斷依據來看，即可明瞭，以下即分別說明本案之案例經過及歷審見解，最後再予以評析檢討。

洛克希德案係日商丸紅公司之社長檜山廣，和美商洛克希德公司副社長 Archibald Carl Kotchian 共謀交付五億圓現金賄款予日本首相田中角榮，請託其令全日空航空公司購買洛克希德公司所製造 Tristar 航空機之犯罪事件。案發後，由於 Kotchian 等重要證人均在美國，且拒絕日本檢察官至美國對其訊問取供，因此日本檢察官即依照日本刑事訴訟法第 226 條¹⁵²之規定，請求東京地方法院法官囑託美國加州聯邦地方法院，訊問住在美國之 Kotchian 等證人。由於檢察官請求法院為囑託前，曾向 Kotchian 等人表達將赴美對其錄取證言之意而遭其等拒絕，探討其原因在於 Kotchian 等人唯恐證言而遭受刑事追訴，故日本方面即由檢察總長提出表示將對證人所證述事項指示東京地方檢察廳檢察長為不起訴處分，及東京地方檢察廳檢察長決定為不起訴處分之聲明書¹⁵³，以利於 Kotchian 等人自願作證陳述。其後，東京地方裁判所法官即囑託美國加州聯邦地方法院訊問 Kotchian 等證人，而接受此項囑託之聯邦地方法院，雖開始進行訊問證人之程序，但 Kotchian 等證人則以唯恐因證言而有在日本受刑事追訴之虞為理由，拒絕出庭作證，且質疑上開各聲明書內容，在日本法上能否被合法賦予刑事免責權。因此，聯邦地方法院法官決定訊問 Kotchian 等證人之同時，裁定於明確提出在日本國內不被起訴之最高裁判所裁定或規則前，基於囑託而

¹⁵² 該條規定：「顯然具有犯罪偵查所不可欠缺知識之人，對於依第 223 條第 1 項規定之調查拒絕出庭或供述時，以第一次審判期日前為限，檢察官得請求法官對該人進行證人訊問」；第 223 條係規定：「檢察官、檢察事務官或司法警察有偵查犯罪之必要時，得要求嫌疑人以外之人出庭、調查取供、囑託鑑定、通譯或翻譯」，故若嫌疑人以外之人拒絕出庭作證時，偵查機關即可透過聲請法院訊問證人之方式蒐集證言，且該筆錄將來即可依同法第 321 條第 1 項第 1 款法官面前筆錄之例外規定，作為證據使用。

¹⁵³ 賦予刑事免責權而作成之囑託訊問證人筆錄證據能力如何，係本案重要爭點之一，然因本文係以經由司法互助取得證據之證據能力研究為主題，為免龐雜，該部分爰予省略。

為之證人訊問筆錄，將不轉達予東京地方裁判所法官。因此，檢察總長重新再對 Kotchian 等人作出保證將來不提起公訴之聲明，最高裁判所也作出檢察總長之保證將為全國檢察官遵守之聲明，並轉達予聯邦地方法院。據此，囑託訊問證人筆錄始完成並送至日本國內作為證據使用¹⁵⁴。一審及二審均肯定本件囑託訊問證人筆錄之證據能力，而判決被告等人有罪；惟最高裁判所則以日本無刑事免責之制度，而認定本件囑託訊問證人筆錄無證據能力，然判決結果仍以被告等人之犯罪事實，即使排除本件囑託訊問證人筆錄，仍得依其他證據予以認定為由，駁回被告等人之上訴，以下即分別說明歷審裁判之見解：

(一) 東京地方裁判所昭和 53 年 12 月 20 日裁定要旨¹⁵⁵

裁定要旨肯定賦予刑事免責所作成之囑託訊問證人筆錄，該當日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之書面，而有證據能力。就囑託美國加州聯邦地方法院訊問證人程序之合法性部分，其意見認為：1、本案依照檢察官提出資料釋明之相關嫌疑事實，已充足刑事訴訟法第 226 條要件，且本案承審法官接受刑事訴訟法第 226 條之請求後，依其訴訟指揮權有囑託外國法院訊問證人之權限¹⁵⁶；2、本案從事件性質加以考量，未讓辯護人於訊問程序時在場，對訊問筆錄之證據能力並無影響¹⁵⁷；3、本件訊問程序雖係依照美國聯邦法律之規定執行，但囑託外國法院調查證據時，依受託國程序調查證據係當然之理，此程序除非對照日本憲法或刑事訴訟法上之價值標準，有難以採納之違法性時，始足影響本案筆錄之證據能力，否則即難謂為違法。

¹⁵⁴ 筆錄之詳細作成經過，請參照附件之流程表。

¹⁵⁵ 刑事裁判月報 10 卷 11・12 號，頁 1514。

¹⁵⁶ 辯護人於本案中認為依照日本刑事訴訟法規定，法官並無訴訟法上之根據得囑託外國法院為證據調查，然裁定見解認為：一、刑事訴訟法發現真實之目的兼及於追訴與防禦兩方，受訴法院於證據調查過程中，應有囑託外國法院為證據調查之權限，此乃因交通工具之發達，認定事實之證據本即可能存在於世界各地，既然日本刑事訴訟法之適用在領土外係受到外國主權之限制，如重要證據存在外國時，則不得不承認受訴法院有囑託證據所在地之外國法院，為強制蒐集證據之權限，以補充證據蒐集方法之不足，否則即無從達成刑事訴訟真實發現之使命。二、依外國法院囑託互助法第 1 條之 2 第 6 款之規定，外國法院囑託我國法院互助時，必須具備互惠原則之要件，從反面言之，日本法院亦可以囑託外國法院調查證據，故已間接承認日本法院有囑託調查之權限。因此，受訴法院依其固有之訴訟指揮權，既有囑託外國法院為證據調查之權限，而接受刑事訴訟法第 226 條訊問證人請求之法官，就訊問證人事項既有與法院或審判長同一之權限（第 228 條第 1 項準用第 163 條第 1 項），故承審法官自得囑託外國法院訊問證人。

¹⁵⁷ 辯護人主張本案事先即可知悉證人無法於準備或審判期日出庭，法官卻未依第 228 條第 2 項規定令辯護人於訊問程序時在場，賦予反對詰問之機會，故筆錄應無證據能力。然裁定見解認為：是否依刑事訴訟法第 228 條第 2 項規定令辯護人在場，係法官考量有無對偵查產生妨礙之虞而依健全裁量所決定之事項，在囑託訊問當時，法官認為檢察官希望在禁止辯護人在場而進行訊問之主張為適當，並向美國法院轉達此意，最後未給予辯護人在場之機會，從事件之性質方面加以考量，難謂此項決定有逸脫裁量範圍之處。況辯護人所述未給予反對詰問機會之主張，並非證據能力之問題而係證明力層次之問題，應另當別論。

另外，就筆錄是否該當日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款傳聞例外之要件，裁定見解認為：1、關於「因陳述人身在國外而無法於準備或審判期日陳述（傳喚不能）」之判斷，只要陳述人身處國外即可，且不排除陳述當時已預知無法期待陳述人於將來準備或審判期日，得以證人身分出庭作證之情形¹⁵⁸；2、關於「其陳述係證明犯罪事實存否所不可欠缺（必要性）」之判斷，應認為在法院達到最終認定事實之過程中，如該陳述具有實質重要性時，即使另存有其他得認定同種事實之證據，亦應解為具有必要性；且此要件之判斷時點，亦不以達到訴訟最後階段始得為之¹⁵⁹；3、就「其陳述係在特別可信之情況下所為者（特信性）」之判斷，須因應各案件陳述之方式、態樣、作成陳述時外部各種情況加以具體檢討，本件綜合考量上開情形後，應認已充足特信性要件¹⁶⁰等，而肯定

¹⁵⁸ 裁定見解認為：一、法律規定同款其他事由（死亡、精神或身體之障礙）同時，就本項事由並未附加其他之限制，此乃有鑑於陳述人身處國外時，係在得行使審判權之土地界限以外，事實上無法強制其出庭、宣誓及陳述，故原則上只要陳述人身處國外，該情況本身即無法尋求其於準備或審判期日到庭陳述，而有將其先前作成之陳述筆錄作為證據使用之必要。再依本件之事實可知，證人 Kotchian 和 Clutter2 人已拒絕東京地方檢察廳檢察官前往美國訊問之要求，且明白表示無前來日本之意思，故應認為聲請將筆錄作為證據之檢察官，已以適當方式確認此項事由之存在。二、辯護人雖主張：所謂「因陳述人在國外而無法於準備或審判期日到庭陳述」之情形，應以陳述當時無法預料、其後始行發生者為限，亦即不包含陳述當時已預知無法期待陳述人於將來準備或審判期日，得以證人身分出庭作證之情形。惟文義解釋上，實無支持辯護人此項主張之根據。辯護人雖主張如不作此解釋，會與同款前段所列舉之其他事由失衡，惟該適用結果之差異，係源於各事由本身性質上之差異，故難認「陳述人身處國外」之要件，應與其他事由作相同解釋，以為發生在後者為限。

¹⁵⁹ 裁定見解認為：作為證明對象之「事實」，應解為包含認定犯罪事實存否所必要之間接事實，而不能解為僅限於直接事實，是否為「證明所不可欠缺」，在歷經認定事實、形成心證等複雜過程之案件中，從陳述人所述在該案件所占地位之重要性，就該事件所具有之體驗、理解及特有之證明力等觀點來看，於法院達到最終事實判斷過程中，如該陳述被認為具有實質重要之貢獻時，即應評價為「證明所不可欠缺」。且原本訴訟程序之判斷，在各時點上是順應當時實體形成之狀態等訴訟發展，而同時實施之程序，關於必要性要件之判斷，原則亦無作不同解釋之理由。依本件訴訟之現狀，檢察官舉證之相當部分已調查完畢，所剩部分亦將近調查終結，即使是關於尚未裁定准駁之事項，衡酌舉證意旨，綜合調查完畢之證據內容，如檢察官全部舉證證明之內容可謂已達大致上明瞭之情形時，則應謂此時為必要性之判斷，已有充分之檢討資料而屬適當。綜上所述，本件可認證人 Kotchian、Clutter2 人之證人筆錄均充足必要性之要件。

¹⁶⁰ 裁定見解認為：一、本件訊問證人程序係在美國法院，由具有該國法曹資格之 Chantrey 執行官，按照美國訊問規則指揮執行，且對證人代理人所提出之異議，以公平之立場裁決，顯係立於公正公平之立場主導程序，此從筆錄記載即可明瞭。二、執行官 Chantrey 訊問時，已令證人宣誓並告以如為虛偽陳述將受偽證罪處罰之要旨。三、程序中有具有律師資格之證人代理人在場，並對副執行官之訊問方法提出異議、對證人證言之內容亦提出適當之建議等，可以說已擔保證言之信用性。被告之辯護人雖主張難以期待該代理人為被告利益，而扮演反對詰問之角色，惟代理人為上開行為之目的，既在於避免證人受偽證罪之處罰，從筆錄自身也可看出代理人為達防止誘導或記憶錯誤等目的，而努力提醒證人，故代理人在場顯有益於證言信用性之確保。四、以前述伴隨代理人異議及建議之方式訊問證人，就是否仍有記憶、係記得之事項或推測之事項，均予以明確區分，可認證人係在明確確認其記憶狀況下陳述；訊問過程並曾提示客觀資料幫助喚醒證人記憶及確認其正確性，故可認該陳述具有高度之正確性及信用性。五、本件筆錄係由公認速記員依一問一答之訊問方式正確記錄，訊問完畢並令證人閱讀及訂正無誤後

筆錄符合第 321 條第 1 項第 3 款之傳聞例外。

(二) 東京高等裁判所昭和 62 年 7 月 29 日判決要旨¹⁶¹

本判決與一審裁定之見解相同，均肯定囑託訊問證人筆錄該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之書面，而有證據能力。其理由除上開裁定所論述者外，其中就關於囑託美國加州聯邦地方法院訊問證人程序之合法性部分，係認為依刑事訴訟法第 226 條規定，接受證人訊問請求之法官，在與囑託國內其他法院法官訊問之同一要件下，有權囑託外國法院訊問證人¹⁶²，而肯認該程序之合法性。就是否該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款傳聞例外之要件，則認為 1、關於傳喚不能要件之判斷，刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款所稱「因陳述人身在國外，無法於準備或審判期日到庭陳述」者，包含陳述人於原陳述當時即身處國外，而無法於準備或審判期日到庭陳述之情形¹⁶³；2、關於特信性要件之

簽名。故依照上開方式完成之證人筆錄，並無跡象可認有預想被告將來無法對其行反對詰問，而作出不負責任陳述之情形，其具有高度之信用性情況保障，即使未賦予被告反對詰問之機會，亦可認充足刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之傳聞例外規定。此對照同項 2 款之檢察官筆錄之傳聞例外情形，並無令陳述人宣誓、告以偽證之處罰，亦無得以輔佐、給予建議之辯護人在場，更無由公正第三者之法院主導程序等情形，從特信性之角度來看，更可認本款筆錄具有高度之信用性情況保障。

¹⁶¹ 高等裁判所刑事判例集 40 卷 2 號，頁 77。

¹⁶² 判決理由認為：一、辯護人雖主張日本無法律上之依據得囑託外國法院訊問證人，故應否定本案筆錄之證據能力。然直接以無明文規定即導出此結果，似嫌速斷，應認該項法律欠缺是否有以法律解釋填補之餘地加以判斷，因其為代表司法權之法院本職，原審解釋既未有牴觸法令而有超越權限範圍之情事，自難認為有違反憲法第 31 條或侵害國會立法權之處；二、辯護人雖主張外國法院囑託互助法，主要係針對民事事件在訴訟程序上之互助，且刑事訴訟法只有規定準用民訴法關於送達之規定，而不及於證據證查，故不能以該法採取互惠原則為理由，而肯認有囑託外國法院調查之權限。然依該法第 1 條及第 1 條之 2 第 6 款之規定意旨，其規定顯然兼及民事及刑事案件之互助，並無排除刑事事件之適用，故難認有何不當；三、辯護人雖主張第 228 條第 2 項之規定，僅於接受第 226 條請求之法官本人訊問證人時適用，故囑託外國法院訊問時，在訊問程序中禁止被告及其辯護人在場之措施應為違法、違憲。然如同前述之理由，法官既可囑託外國法院訊問證人，刑事訴訟法第 228 條第 2 項之適用亦無上訴意旨所述之限制；且自第 226 條之立法意旨兼具有證據保全之功能來看，其於囑託之際考量案件性質是否有對偵查造成妨礙之虞，而基於該項規定囑託外國法院訊問證人，實難認有何違法之處。再者，憲法第 37 條第 2 項本即受訴法院傳訊證人時，保障被告反對詰問權之規定，並非偵查程序中之保障，而參諸最高裁判所判決要旨，亦認為刑事訴訟法第 228 條第 2 項之規定不違反憲法第 37 條第 2 項，故上訴意旨所述自難認有理由；四、辯護人復主張囑託時證人明顯沒有到我國法庭陳述之意思，卻未賦予被告人等人反對詰問之機會，實有違憲法第 37 條第 2 項之規定。然基於刑事訴訟法第 226 條作成之訊問證人筆錄，在實施訊問時尚未能確知將來是否供作審判證據使用，其證據能力之有無仍需依第 321 條第 1 項傳聞例外之要件加以審查，故上訴意旨從證據能力有無之觀點，而指責囑託程序之違法，其論旨顯係失當。

¹⁶³ 判決理由認為：一、關於憲法第 37 條第 2 項賦予所有刑事被告對質詰問權之規定，並非完全否認未給予被告詰問機會筆錄之證據能力，刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款即係在一定要件下，承認證據能力之例外情形。上訴意旨雖主張陳述人原先即身處國外，陳述當時亦無受反對詰問之意思，故不應承認該陳述筆錄之證據能力，然可預料陳述人將來無法在審判等期日出

判斷，本案筆錄對照陳述時之外部客觀情況加以判斷，應認已充足特信性之要件等，而認定符合傳聞例外之要件。

(三) 最高裁判所平成 7 年 2 月 22 日大法庭判決¹⁶⁴

本件最高裁判所判決要旨主要有二：1、刑事訴訟法不採取所謂「刑事免責」制度，故賦予刑事免責而作成之囑託證人訊問筆錄不得作為認定事實之證據；2、內閣總理對於運輸大臣推動獎勵民間航空公司選購特定航空機種所為之指示，該當刑法賄賂罪所稱之職務行為。就本文主題而言，最高裁判所判決所示之囑託訊問證人筆錄之證據能力部分，主要係就賦予證人刑事免責權部分立論，其否定該筆錄作為證據使用之理由，在於：「1（一）刑事免責制度，係為對應基於不自證己罪特權行使拒絕證言權，而無法獲得證明犯罪事實必要供述之事態，對於具有共犯等關係中一部分之人，經由賦予刑事免責使其喪失不自證己罪特權而強制供述，並欲以該供述作為證明其他人有罪證據之制度，在本案受囑託訊問證人之美國，於一定容許範圍、程序要件下已被採用，而作為實定法上確立之制度發揮其功能。（二）我國憲法對照關於該刑事程序之各項規定，雖尚無法解釋為否定此種制度之引進，然刑事訴訟法並未設置關於此項制度之規定。此項制度雖作為前開所述合目的性制度而發揮其功能，另一方面從其直接與犯罪有關係之人利害相關，且係對刑事程序上重要事項帶來影響之制度來看，是否予以採用、認定有必要時情事之有無、自公正刑事程序之觀點是否妥當、自國民法感情來看是否合於公正感受等方面均應慎重考慮而為決定，如予採用，則其對象範圍、程序要件及效果等應以明文規定。然而，我國刑事訴訟法未設置關於此項制度之規定，結果可以說並未採用此項制度，故賦予刑事免責而取得之供述作為認定事實之證據，不得不說不被容許。（三）此項結論，如同本案在國際司法互助過程中利用上開制度而獲得之證據亦屬相同，而無應作不同解釋之理由。然而，即使為經由國際司法互助而獲得之證據，其得否作為我國刑事審判上認定事實之證據，仍應依照我國刑事訴訟法等相關法令決定，從我國刑事訴訟法並未採用刑事免責制度之前述趣旨來看，雖說是經由國際司法互助而獲得之證據，亦不得不說不容許將其作為認定事實之證據。」² 總

庭作證之事由，並不限於陳述人身處國外之情形，其他諸如：對於因病將死之人於臨終前錄取其陳述，或對於確定將於陳述後移居國外之人，在移居前錄取其陳述等，陳述前均可預料其將來無法於審判期日出庭作證；二、況且反對詰問並非檢驗陳述真偽之唯一方法，在存有擔保陳述真實性之情況性保障下，即使未給予反對詰問之機會，亦得承認其有證據能力。是以對照此等傳聞例外之理論根據，並未限制傳喚不能之事由，必須限於陳述當時未能預料而發生在後之情形，故上訴意旨所為之限定解釋並不合理。

¹⁶⁴ 最高裁判所刑事判例集 49 卷 2 號，頁 1；判例時報 1527 號，頁 3；或判タイムズ 877 號，頁 129。

結以上來說，我國刑事訴訟法尚未採用刑事免責制度，既然經由賦予刑事免責獲得之供述應解釋為不容許作為認定事實之證據，關於本案囑託訊問證人筆錄，應解釋為否定其證據能力，始為適當。」，顯然判決意旨對於經由司法互助取證所涉及之囑託訊問程序是否合法，及囑託訊問筆錄是否符合第 321 條第 1 項第 3 款傳聞例外之要件等問題，並無直接之說明。雖然判決意旨就上述爭點未為說明，惟其亦認為：「(節略)『事實之認定，依證據為之(刑事訴訟法第 317 條)』中所稱之「證據」，為除有關刑事訴訟法證據能力之各項規定外，對照『關於刑事案件，以兼顧維持公共福祉與保障個人基本人權、發現真實及正確且迅速適用刑罰法令為目的』(同法第 1 條)所述刑事訴訟法全體之精神，應容許作為認定事實之證據而言。」，而提出「**對照刑事訴訟法全體之精神**」之見解，作為證據能力有無之判斷標準。

另外，針對其中訊問程序之合法性問題，合議庭之大野正男法官曾添具補充理由表示見解。其除肯認多數法官所認定「因日本並無刑事免責規定，故該筆錄無證據能力」之意見外，亦表示：「本件囑託訊問係東京地方裁判所法官依東京地方檢察廳檢察官之聲請，在嫌疑人及辯護人不在場亦即未受詰問之情況下，囑託美國加州地區聯邦地方法院，在東京地方檢察廳檢察官列席下進行訊問。而本件 Kotchian 等證人原本即均無前來日本之意，亦曾明白表示無以證人身分在我國法院出庭之意思；且本件囑託訊問證人之根據為刑事訴訟法第 228 條第 2 項¹⁶⁵，於第一次審判期日前之訊問證人，是否使嫌疑人或辯護人在場係委由法官裁量，此規定被認為未違反憲法第 37 條第 2 項有關保障反對詰問權之規定，理由在於因反對詰問權係於受訴法院訴訟程序之保障，而非偵查程序之保障，刑事訴訟法第 228 條是關於檢察官請求為偵查強制處分之規定，非關於受訴法院訴訟程序之規定。然而，前述兩名證人在我國法庭，被告與辯護人並無對質及反對詰問的機會，此在囑託當時即預先明顯可見。再者，囑託訊問證人之際，證人所委任之律師代理人雖然在庭，卻是為保護證人而非被告之法律上利益為目的，故終究不能以此而謂有助於被告反對詰問權之保障。依此而論，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

¹⁶⁵ 日本刑事訴訟法第 228 條規定：「受前 2 條請求之法官，關於證人之訊問，有與法院或審判長同一之權限。法官認為對偵查無產生障礙之虞時，得使被告、嫌疑人或辯護人於前項訊問時在場」；第 227 條則規定：「依第 223 條第 1 項規定於檢察官、檢察事務官或司法警察調查之際為任意陳述之人，有於審判期日為與先前相異陳述之虞且認該人之陳述為證明犯罪所不可欠缺者，以第一次審判期日前為限，檢察官得請求法官訊問該證人。為前項之請求時，檢察官應釋明有訊問證人必要及該訊問為證明犯罪所不可欠缺之理由」，相對於第 223 條第 1 項規定而言，本條顯係偵查階段以強制偵查方式獲取證言之規定。

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」，顯然從保障被告對質詰問權之立場，主張此項囑託訊問證人程序違法。

二、案例檢討

(一) 爭點及所涉法條規定

承如前述，本案所涉及之爭點有二，其一為囑託訊問證人程序之合法性問題，其二為該囑託訊問證人筆錄是否符合第 321 條第 1 項第 3 款傳聞例外要件之問題；前者牽涉日本刑事訴訟法第 226 條「顯然具有犯罪偵查所不可欠缺知識之人，對於依第 223 條第 1 項規定所為之調查拒絕出庭或陳述時，以第一次審判期日前為限，檢察官得請求法官對該人進行證人訊問」規定之適用範圍解釋，及由美國法官進行取證時之準據法適用問題；後者則係有關該囑託訊問證人筆錄是否該當第 321 條第 1 項第 3 款「關於前二款書面（按：前 2 款分別係指陳述人在法官及檢察官面前所作成之陳述書或陳述筆錄，其中陳述書部分係陳述人自行製作，陳述筆錄部分係由他人製作）以外之書面，因陳述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或身在國外，而無法於準備或審判期日到庭陳述，且其陳述係證明犯罪事實存否所不可欠缺時。但以其陳述係在特別可信之情況下所為者為限」，亦即通稱上所謂「員面筆錄（司法警察官員等人面前所作成之筆錄）」之規定，以下即就上開法條涉及之學說主張及實務見解加以說明。

(二) 學說主張

就第 226 條囑託訊問規定之理論基礎而言，因偵查階段對於關係人之調查訊問，係該人提供自身體驗而協助偵查機關辦案，除非本身即共犯，否則就該案件並不負擔刑事責任，故原則上應以說服、配合其便利之日時方式使其任意陳述，不得強迫其證言，並肯認其有隨時退出之權利（第 223 條第 2 項準用第 198 第 1 項），亦即應以「任意偵查」之方式為之，而不賦予偵查機關對於不配合之關係人直接之強制證言權，此乃考量偵查儘可能當事人主義化之現行法基本理念所使然¹⁶⁶。惟刑事訴訟法除保障個人基本權利外，另有維持公共福祉、發現真實及適切並迅速適用刑罰法令之目的（刑事訴訟法第 1 條），故關係人不協助偵查機關調查時，亦有必要在適度規範下，強制其出庭陳述以確保偵查之遂行，以調和刑事訴訟法之上開目的¹⁶⁷，第 226 條由檢察官請求法院訊問證人之規定，即為此目的之明文化根據。以下爰就本條要件略予說明：

¹⁶⁶ 平場安治等著，注解刑事訴訟法中卷，東京：青林書院新社，1982 年，頁 167。

¹⁶⁷ 伊藤榮樹等著，新版注釋刑事訴訟法第 3 卷，東京：立花書房，1996 年，頁 249。

1、「**嫌疑事實存在**」：本條條文雖未將此要件明文化，但學說¹⁶⁸上肯認應加入此項要件，且只要「偵查機關認有成立犯罪之相當程度嫌疑事實存在」，即為已足，不以客觀上確實存在該事實為必要，即令嫌疑人不明時，亦屬無妨；且縱然其後嫌疑人嫌疑已被排除或被告獲判無罪，亦不致令此項訊問溯及無效。

2、「**顯然具有犯罪偵查所不可欠缺知識之人**」：所謂「犯罪偵查所不可欠缺」之含義，顯較第 227 條第 1 項「證明犯罪所不可欠缺」，及第 321 條第 1 項第 3 款「證明犯罪事實存否所不可欠缺」所示範圍為廣，即使為證明犯罪事實存否無關之事實，例如：對嫌疑人起訴不起訴之決定，或對被告之量刑造成影響之情狀事實，均包含在內¹⁶⁹；且對於證明犯罪事實有益或知悉犯人藏匿處而有助於逮捕之人，無論偵查人員是否已先知悉此事實、時間係在犯罪行為前或後、是否有其他證據得以證明，只要可認係關於檢察官提起或維持公訴所必要者，均得據此請求訊問證人。再者，因偵查係處於浮動之狀態，故請求訊問之時點僅須在第一次審判期日前，偵查機關依現存資料認為明顯有上開情形時，即充足本要件；且請求訊問之對象，以具有不可替代性資訊之人為主，鑑定人、通譯或翻譯等人，除按請求訊問之事實判斷符合此項條件外，無法成為訊問之對象¹⁷⁰。另外，學說上雖有主張共犯或嫌疑人不得依本條請求訊問之看法，惟一般認為雖不得以請求訊問證人之方式代替對嫌疑人之供述調查，但共犯或共同嫌疑人就有關他人之事項應認為已具備證人適格，應得依本條請求法院訊問，且如有致自己遭刑事追訴之虞時，可依同法第 146 條主張拒絕證言即為已足¹⁷¹。

3、「**拒絕出庭或拒絕陳述**」：本要件不論係拒絕全部或部分之陳述均含在內，拒絕部分之陳述時，則以該部分係犯罪偵查所不可欠缺之知識始當之。又關係人對於偵查機關依第 223 條第 1 項之規定要求出庭，而拒絕出庭或陳述時，如其並無正當理由，或雖有正當理由（例如：有同法第 144 條至第 147 條、第 149 條之拒絕證言事由）但因偵查之必要性顯然優於該理由時，仍該當本要件，惟檢察官應釋明必要性之依據¹⁷²。再者，關係人雖就偵查機關之調查已為陳述，卻拒絕在陳述筆錄上簽名蓋章時，學說雖有認為在形式上「拒絕陳述」應不包含「已陳述後卻拒絕在筆錄上簽名蓋章」之文義概念內，因實質上關係人已為陳述而可達偵查進展之目的，故不該當本要件之看法。然近時見解多認為，如

¹⁶⁸ 伊藤榮樹等著，前註書，頁 251。

¹⁶⁹ 藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法第 3 卷，東京：青林書院，1996 年，頁 609。

¹⁷⁰ 伊藤榮樹等著，前揭註 167，頁 250。

¹⁷¹ 松尾浩也・松本時夫・土本武司・池田修及酒卷匡等著，條解刑事訴訟法第 3 版增補版，東京：弘文堂 2006 年，頁 392。

¹⁷² 伊藤榮樹等著，前揭註 167，頁 251。

從偵查之目的，考量陳述筆錄在提起或維持公訴時具有保全證據之效果而言，將此情形視為拒絕陳述，似較為妥適¹⁷³。

其次，就是否符合第 321 條第 1 項第 3 款之傳聞例外部分，學說上認為本款傳聞例外要件較其他各款要件嚴格之理由，在於本款例外不僅未賦予被告反對詰問之機會，對照司法警察職員職務之性質，亦無法期待能如同法官面前筆錄般具有公正性及中立性，故證據之適格性，必須同時符合「傳喚不能」、「不可欠缺性」及「特信性」三項要件始足當之¹⁷⁴，以下爰就本款要件略予說明：

1、「傳喚不能」要件：本要件所舉之各項事由究為例示或列舉規定，其爭議情形已如前述，茲不復贅，而現今之通說及實務則採取例示規定之見解。

2、「不可欠缺性」要件：學說上認為應限於無其他適法之證據得以取代，或依其他證據無法達成同一目的時，始足該當。

3、「特信性」要件：通說認為此要件並非證明力而係證據能力要件，亦即依陳述時之外部客觀情況，判斷其陳述是否有虛偽之危險，而決定應否賦予證據能力，並非指該陳述是否可信¹⁷⁵；且該「特信性」係指「絕對特信性」，程度上與同條 2 款後段之檢察官面前筆錄，係因陳述人於審判時為相反或實質相異陳述時之「相對特信性」情況有別¹⁷⁶。因此，為此項判斷之際，僅外部客觀情況可作為判斷依據，供述內容本身應不能成為判斷之依據，而與 2 款筆錄之情形不同。

從以上本款要件之學說見解可知，前二者在實際判斷上似較後者具有明確性，而所謂「特信性之外部客觀情況」應如何判斷，實非容易。學說另有援引美國證據法大師 wigmore 教授所指之幾項標準¹⁷⁷而舉出幾項具備特信性之代表情況：1、於案件後關於現在（供述時）身體或精神上痛苦所為之陳述，例如：傷害案件之被害人於被害後告知他人身體痛苦之情形；2、現在（供述時）之計畫、動機、感情等案件發生前之自然陳述；3、在案件發生時或發生後為與案件

¹⁷³ 藤永幸治等編，前揭註 169，頁 612。

¹⁷⁴ 白取祐司，前揭註 74，頁 377；三井誠·酒卷匡等著，前揭註 74，頁 226；上口裕·後藤昭·安富潔·渡邊修等著，前揭註 95，頁 205。

¹⁷⁵ 白取祐司，前揭註 74，頁 376。

¹⁷⁶ 三井誠·酒卷匡，前揭註 74，頁 228。

¹⁷⁷ 氏認為判斷標準如：一、自然作成真實而正確之陳述，沒有為虛偽陳述意圖之情形；二、因為擔心虛偽陳述容易被發現或畏懼受處罰，而壓抑為虛偽陳述之情形；及三、必須存在如發生錯誤，得立即被發現及訂正等具有公示性之情形，J.H.Wigmore，証拋法入門，平野龍一·森岡茂譯，東京：東京大學出版會，1964 年；轉引自藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法第 5 卷 I，東京：青林書院，1999 年，頁 267。

有關客觀事實之衝動陳述，例如：目擊殺人現場情形之人，立即叫喊「啊，A 殺了 B！」、「殺人後逃走的是帶黑帽子的男子！」等；4、臨終之陳述，例如：殺人案之被害人在死前自覺難以倖免於死，而就案件經過所為之陳述；5、公文書及業務文書；6、反於自己利益而為陳述之情形等。其中上述 1 至 3，係著重於陳述之自然性，4 係陳述之良心性，5 係陳述之公示性，6 則係陳述之不利益性¹⁷⁸。

（三）歷來實務見解

就囑託訊問證人程序之合法性問題，實務見解如下：

1、「**嫌疑事實存在**」：關於此要件，實務上認為只要「偵查機關認有成立犯罪之相當程度之嫌疑事實存在時，即為已足，不以客觀上確實存在該事實為必要¹⁷⁹」，與前述學說之立場，尚屬一致。

2、「**顯然具有犯罪偵查所不可欠缺知識之人**」：實務上認為「刑事訴訟法第 226 條中所謂『犯罪偵查所不可欠缺知識』者，並無應作狹礙解釋之根據，由於犯罪之偵查是為保全犯人及蒐集證據，有助於逮捕犯人或證明犯罪事實，例如：偵查人員已知悉之事項、關於犯罪行為前後之事項，或即使是與已被證明事項相關之同一事項，如關於檢察官提起或維持公訴而認為必要時，均應解為得依同條規定請求訊問證人¹⁸⁰」；或「所謂『犯罪偵查所不可欠缺之知識』即使與犯罪事實之存否無關，如係關於起訴不起訴之決定或影響量刑之知識者，均包含在內¹⁸¹」。至於共犯或嫌疑人是否該當本要件之規定，廣島高等裁判所松江支部昭和 26 年 10 月 24 日判決¹⁸²、大阪高等裁判所昭和 26 年 12 月 24 日判決¹⁸³、高松高等裁判所昭和 27 年 6 月 14 日判決¹⁸⁴、最高裁判所昭和 36 年 2 月 23 日第一小法庭判決¹⁸⁵等，均肯認具有本條之證人適格，僅得於有致自己遭受刑事追訴之虞時，得拒絕證言。

3、「**拒絕出庭或拒絕陳述**」：此部分，實務上對於要件則無特別論及之見解。

¹⁷⁸ 江家義男，刑事証拠法の基礎理論(訂正版)，東京：有斐閣，1952 年，頁 74；轉引自藤永幸治等編，前揭註 177 書，頁 267。

¹⁷⁹ 最高裁判所昭和 27 年 8 月 6 日大法庭判決，最高裁判所刑事判例集 6 卷 8 號，頁 974。

¹⁸⁰ 大阪高等裁判所昭和 40 年 8 月 26 日判決，判例時報 434 號，頁 22。

¹⁸¹ 東京高等裁判所昭和 48 年 11 月 7 日判決，高等裁判所刑事判例集 26 卷 5 號，頁 534。

¹⁸² 高等裁判所刑事判例集 4 卷 11 號，頁 1423。

¹⁸³ 高等裁判所刑事判例集 4 卷 12 號，頁 1674。

¹⁸⁴ 高等裁判所刑事判例集 5 卷 8 號，頁 1209。

¹⁸⁵ 最高裁判所刑事判例集 15 卷 2 號，頁 396。本判決雖係針對第 227 條之程序所作之見解，但學者認為本條基於同一理由亦應為相同解釋，藤永幸治等編，前揭註 169，頁 610。

另外，實務就第 321 條第 1 項第 3 款傳聞例外之要件解釋如下：

1、「傳喚不能」要件：大致如同前述拉斯托波羅夫案之見解，例如有認為「本條第 1 項第 3 款所謂所在不明，係指即使窮盡通常手段偵查，也無法辨明陳述人所在之意¹⁸⁶」、「證人以記憶喪失為理由而拒絕證言時，該當本條第 1 項第 3 款之傳喚不能¹⁸⁷」等，而採取例示規定說之立場。

2、「不可欠缺性」要件：有認為「刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款所謂之『其陳述係證明犯罪事實之存否所不可欠缺』，係指該陳述屬於與犯罪事實存否相關之事實，且該陳述就事實之證明被認為實質上必要即屬之¹⁸⁸」；或於和本案有關之違反議會宣誓及證言之相關法律案（小佐野ルート）中，認為「S 是本件關於有無交付賄款之直接參與者，可以說是最佳的證人，本件證人筆錄在此意義之下，也是重要證人 Clutter 陳述信用性不可欠缺之判斷資料，因此可謂該當『其陳述係證明犯罪事實存否所不可欠缺』之要件¹⁸⁹」；或於全日空ルート案件中，認為「（節略）關於本件行賄資金之出處等事實，除有直接證據之價值外，參與本件行賄之丸紅公司關係人，及提議行賄之全日空公司關係人之陳述或陳述筆錄，均有證明之間接證據價值，應認其等之陳述，該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款本文『其陳述係證明犯罪事實存否所不可欠缺』之要件¹⁹⁰」等。

3、「特信性」要件：實務於早期案例中，東京高等裁判所就由外國偵查機關作成之書面，曾表示該當於第 321 條第 1 項第 3 款之特信性要件，其一為違反昭和 24 年政令第 389 号案，就該案件法院認為「證人於審判時拒絕證言，該當於審判期日陳述不能之要件，其於美國 O.S.I（軍事特別偵查局）所作成之聽聞筆錄，該當第 321 條第 1 項第 3 款之書面」，且「美國軍人對美國偵查機關之供述，從筆錄記載、內容及體裁加以考量，足認係在特別可信狀況下作成¹⁹¹」。另外，在強盜及違反持有槍砲刀劍類取締法案中，對於由美軍師團刑事偵查官所作成之美國人口供書之證據能力，法院亦認為「口供書作成之際，係依循美國憲法所定，先行向 A 告以不因其陳述而使其不名譽或陷其入罪之要旨，且因該陳述筆錄係在 A 全部閱覽並在不受任何脅迫、自由供述之情形下簽名，無論

¹⁸⁶ 東京高等裁判所昭和 40 年 2 月 3 日判決，下級裁判所刑事裁判例集 7 卷 2 號，頁 97。

¹⁸⁷ 最高裁判所昭和 29 年 7 月 29 日第一小法庭裁定，最高裁判所刑事判例集 8 卷 7 號，頁 1217。

¹⁸⁸ 東京高等裁判所昭和 29 年 7 月 24 日判決，判例タイムズ 42 號，頁 35。

¹⁸⁹ 東京高等裁判所昭和 58 年 10 月 28 日裁定，刑事裁判月報 15 卷 10 號，頁 515。

¹⁹⁰ 東京高等裁判所昭和 61 年 5 月 16 日判決，高等裁判所刑事判例集 39 卷 2 號，頁 37。

¹⁹¹ 東京高等裁判所昭和 28 年 11 月 7 日判決，東京高等裁判所刑事判決時報，4 卷 5 號，頁 153；高等裁判所刑事判例特報 39 號，頁 170。

從陳述內容本身或記錄上來看，無可認為應特別懷疑其任意性之理由，故主張該口供書在作成之際，有未對 A 告以享有緘默權之違法或無任意性理由，抑或該陳述係非在特別可信情況下所為，而反駁原審採用為證據之理由，均不可採¹⁹²」。又在上述小佐野ルート案中，對於在美國聯邦地方法院大陪審團前以證人身分合法作證所作成之證人筆錄，法院認為「辯方雖謂本案訊問證人筆錄之程序合法性尚有疑義（節略），然此屬於受託執行互助之美國國內法上之程序，美國方面既然將本案證人筆錄以法院官方之記錄處理，應認為本件訊問證人程序係合法執行，故訊問證人程序難認為有重大且明顯缺失之特別情形存在，被告無主張上開程序瑕疵之餘地」；關於第 321 條第 1 項第 3 款書面之特信性要件，亦認為「依照傳票以證人身分接受傳喚，在陪審團前宣誓後了解如為虛偽陳述將受偽證罪處罰，且法庭外委任之辯護人亦等候在側，而處於隨時得以討論之情況；對於聯邦司法部檢察官所為訊問而作成之本案陳述，除可認其訊問和證言係以一問一答方式由公認速記員正確紀錄，且係在提示相關證據下喚起其記憶所為，從此種訊問證人程序來看，一般性為虛偽陳述之危險性極小，得謂已確保可期待誠實證言之外部特別情況，在此種程序下所成本案訊問筆錄之陳述，得謂該當『該陳述係在特別可信狀況下所為』之要件¹⁹³」，均係採取肯定之見解。

（四）評析與檢討

1、關於囑託美國聯邦地方法院訊問證人程序之合法性部分：

本案囑託訊問之程序是否具備合法性，係牽涉刑事訴訟法第 226 條之適用範圍，就此一、二審判決已詳述採取肯定之理由如前。承前所述，雖然學說上有認為刑事訴訟法並無類似民事訴訟法第 184 條第 1 項之「需於外國調查證據者，應囑託該國管轄機關或駐在該國之日本大使、公使或領事為之」之規定，故應否定囑託程序合法性之看法；然亦有認為：本案最高裁判所最終雖否定囑託訊問證人筆錄之證據能力，惟依判決意旨並無否認法院或法官有經由國際司法互助方式囑託外國法院訊問證人之權限¹⁹⁴。亦即，多數見解主張因：（1）囑託外國法院訊問居住在外國之證人，有時係必要不可欠缺之事；（2）囑託外國法院調查證據可認為係訴訟指揮權¹⁹⁵內容之一；（3）依外國法院囑託互助法第 1

¹⁹² 東京高等裁判所昭和 29 年 7 月 24 日判決，高等裁判所刑事判例集 7 卷 7 號，頁 1105。

¹⁹³ 同註 189。

¹⁹⁴ 龍岡資晃・小川正持・青柳勤等，最高裁判所判例解說刑事篇平成七年度，東京：法曹會，1995 年，頁 69。

¹⁹⁵ 學說上亦有舉西德、法國、奧地利及義大利等國之比較法實例，而贊同一審判決將囑託外國法院調查證據解釋為法院固有權限之看法，森下忠，前揭註 5，頁 263-266。

條之 2 第 1 項第 6 款所揭示之互惠原則，應解為日本法院亦有囑託外國法院調查證據之權限等，而肯認囑託程序之合法性¹⁹⁶。本文認為，日本刑事訴訟法雖無明文規定是否得囑託外國法官訊問證人，然從國際法角度而言，本案日美兩國已先行簽訂司法互助協定，基於條約優先及條約遵守之要求，本得肯定對美國囑託行為之合法性。再從國內法角度而言，法無明文規定時，應得在不超越文義解釋之範圍內，以法律解釋之方式填補漏洞，故不能以無明文規定，即導出無囑託權限之結論，乃屬當然。本案一、二審法院透過法律解釋，認為受刑事訴訟法第 226 條訊問證人請求之法官，基於固有之訴訟指揮權，在與囑託本國其他法院法官之同一條件下，得囑託美國法官代為訊問證人之看法，實未超越文義解釋之可能範圍，而值贊同。

其次，由於本案筆錄作成地在美國，案件裁判地在日本，因而不論證據蒐集階段之囑託訊問程序的合法性，或證據評階段之是否該當傳聞例外的判斷，均有準據法適用（applicable law；massgebendes Recht；loi applicable）之問題。就此而言，一般認為從國際法上尊重他國司法主權之「國際禮讓（idée de courtoisie internationale）」理念下，證據蒐集階段，原則上係依被請求國法實施，證據評價階段則依請求國法判斷，且請求國並無審查依被請求國法所進行取證程序有無違法性之必要¹⁹⁷。另從國內法角度來看，由於對取證所涉及相關人之權利保護，係被請求國之國內法問題，而與請求國無關¹⁹⁸；如被請求國之取證程序確實違反其國內法規定，此一違法狀態亦非等同於請求國之違法蒐證，而無法藉由證據排除達到抑制將來違法偵查之功能，因此證據蒐集階段顯然應依被請求國法為之。

誠然，經由司法互助囑託他國代為蒐集證據之取證行為，當然可預想因當事國間之法制差異而容易產生證據評價之困難，尤以一方運用他方所無之法律制度（例如本案之刑事免責制度）時，他方應以如何標準判斷證據適格性，著實不易。因此，本文認為，不論依照國際禮讓理念或國際私法學上之「場所支配行為（Locus regit actum）」原則¹⁹⁹，在經由司法互助囑託外國偵查或司法機關取證時，除採取「適用外國法（application of foreign law）」理論²⁰⁰之例外情形，證據蒐集階段原則上依被請求國法實施，應為尊重他國司法主權之當然結果；

¹⁹⁶ 山室惠，國際司法共助・國際搜查共助と証拠法，龍岡資晃編，現代裁判法大系：刑法・刑事訴訟法第 30 卷，東京：新日本法規，1999 年。

¹⁹⁷ 宮崎礼壹，国外における捜査（証拠の収集），河上和雄編，刑事裁判実務大系(11)，東京：青林書院，1991 年，頁 646-647。

¹⁹⁸ 田辺泰弘，前掲註 142，頁 379-380。

¹⁹⁹ 馬漢寶，前掲註 45 書，頁 107。

²⁰⁰ 馬漢寶，前掲註 45 書，頁 189-214；森下忠，前掲註 5 書，頁 145-147。

至於是否因被請求國違法蒐證或法律制度落差而有排除該證據使用之必要，則係證據評價階段所應解決之問題（詳見第四章）。針對此項問題，本案一、二審及最高裁判所分別提出之「對照日本憲法或刑事訴訟法上之價值標準」或「對照刑事訴訟法全體之精神」之判斷基準，顯然均已指出即使係由被請求國合法偵查所蒐集之證據，亦有排除使用之問題²⁰¹；且為此項判斷時，不能單純以形式上有無該項制度作為排除之理由，否則即無異否定司法互助制度之存在意義²⁰²。又上開判斷標準固可供作為證據評價階段之參考，然而畢竟均屬於不明確之量度基礎，將來是否藉由締結條約、國內立法、法律解釋或其他方式釐訂更為清晰之基準，仍應為該國司法互助發展上亟待解決之問題。

再者，就訊問程序中未給予被告及其辯護人對質詰問機會之部分，一、二審裁判認為是法院依照刑事訴訟法第 228 條第 2 項適法裁量之結果，不影響訊問程序之合法性；大野正男法官則以其根本違反刑事訴訟法第 1 條之精神，而認為違法，其間論述之角度與結論明顯不同。本文認為，從前述準據法適用理論來看，本案未令被告及其辯護人於美國法官訊問時在場之處置，在程序上是否違法，應以被請求國之美國法為判斷標準，日本法院並無判斷之必要。且對照案例事實觀之，美國法官係基於日本法官所轉達由檢察官提出之要求而排除被告及其辯護人在場，故此項得美國司法主權承認所為之處置，應無違反其國內法之問題，僅於證據評價階段得由日本法院判斷是否已超越日本法之價值標準。從此觀點而言，本文認為一、二審裁判之結論雖值贊同，然其說理過於著重於第 228 條第 2 項之合憲性解釋，對於判決中論述「本件訊問程序雖係依照美國聯邦法律規定執行，但囑託外國法院調查證據時，依受託國程序調查證據係當然之理」之理由，未能從國際法角度指明所謂「當然之理」為何，實仍有不足。而大野正男法官認為該處置違法之結論，顯然單純從日本國內法角度思考，而忽略國際刑事司法互助之準據法適用問題，惟其從法價值標準之角度，肯定保障被告對質詰問權之重要性，此種觀點亦值肯定。

2、關於囑託訊問筆錄是否合乎刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款傳聞例外之規定部分²⁰³：

首應說明者，在於日本刑事訴訟法上所稱之「法官」，一般均認係指依日本

²⁰¹ 山口幹生，國際化と捜査：檢察の立場から，三井誠等編，新刑事手続 I，東京：悠悠社，2002 年，頁 440-441。

²⁰² 田辺泰弘，前掲註 142，頁 363。

²⁰³ 關於審辯雙方對於是否該當各要件之看法，參閱藤永幸治，囑託証人尋問調書の証拠能力をめぐる諸問題：ロッキード事件における三つの決定を中心に，現代檢察理論と課題：21 世紀の檢察のために，東京：信山社，1993 年，頁 83-87。

法令所任之官職者而言，並不包含外國同等地位之人²⁰⁴，雖有學者認為將來可藉由國家間締結條約、國內立法等方式而予以類推適用之看法²⁰⁵，然實際上當事國間就法官之資格、權限、訊問證人之方式等法律制度各有不同，應以何標準予以類推適用，實屬不易。況國際刑事司法互助多取決於各國之國際地位與外交關係，故此種見解恐難以被學理及實務界所接受。目前，日本法院對於由外國司法官員所作成之筆錄，僅將其視為一般私人所作成、蒐集之證據²⁰⁶，故本案筆錄雖係在美國法官面前作成，惟實務上仍將該筆錄視為 3 款書面加以探討。

其次，最高裁判所雖以日本法無刑事免責制度而否定筆錄之證據能力，然由於本案筆錄即使無賦予證人刑事免責權，仍需檢討該筆錄是否充足必要性及特信性要件，且是否因日本無刑事免責制度即可導出本案筆錄無證據能力之結論，原即屬可議²⁰⁷；又對於被告對質詰問權保障，亦不應因證人陳述之場所為國內或國外而有差別待遇²⁰⁸，故學者間認為，刑事免責制度之有無，實不宜直接作為否定筆錄證據能力之理由，該囑託訊問筆錄是否具有證據能力，實應回歸傳聞例外法理檢驗為妥。

再就特信性要件而言，最高裁判所於本案中雖未表示其見解，然一、二審裁判意旨從筆錄作成當時所存在之外部客觀情狀逐一說明，並認為「無跡象可認有預想被告無法對其行反對詰問，而作出不負責任陳述之情形，應具有高度之信用性情況保障，故即使未賦予被告方面反對詰問之機會，亦可認充足刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之傳聞例外規定」之見解，已從證人陳述之自然性、公示性等角度肯定其證據適格²⁰⁹，本文認為其判斷方式應值贊同。然而，對於一、二審裁判有關必要性要件之見解，則仍不無商榷之餘地。此乃因「陳述人身在國外」之事由，其妨礙對質詰問權行使之可能性，顯較同款其他事由為低，一、二審法院於審理過程中就檢察官促使證人出庭一事是否已達「窮盡可能之手段而無法令其於審判期日出庭²¹⁰」之程度，裁判理由並未詳予說明；

²⁰⁴ 田邊泰弘，前揭註 142，頁 377。

²⁰⁵ 森下忠，前揭註 5，頁 292-293。

²⁰⁶ 田邊泰弘，前揭註 142，頁 380。

²⁰⁷ 井上正仁，刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力，ジュリスト，1072 期，1995 年，頁 141。其並認為本案筆錄乃透過日美兩國之司法互助協定所取得，如果因此認為無證據能力，則司法互助協定將失去實質意義。

²⁰⁸ 鈴木義男，ロッキード事件囑託尋問調書の証拠能力，日本の刑事司法再論，東京：成文堂，1997 年，頁 94-96。

²⁰⁹ 論者亦有認為，特信性要件之判斷，包括筆錄作成主體及其程序之判斷，特別是作成主體差異之影響，故主張在外國法院或法官面前所作成之筆錄，除有特別情形外，應認為已具備特信性要件，參閱伊名波宏仁，國際化と裁判手続：裁判の立場から，三井誠等編，新刑事手続 II，東京：悠悠社，2002 年，頁 416。

²¹⁰ 東京地方裁判所昭和 53 年 9 月 21 日裁定（即兒玉・小佐野ルート部分），判例時報 904 號，

然若法院僅以「陳述人身在國外」即率予認定該當要件，則對於被告對質詰問權之保障，顯屬不足。亦即證人身在國外並非全無對質詰問之可能，本案證人雖早已明白表示無至日本出庭作證之意，惟一、二審審理時，仍可再透過外交途徑傳喚、促使證人到庭作證，甚而再度透過司法互助方式，於被告及辯護人在場下訊問證人，亦非全無可能之事。如一、二審法院捨此不為，並輕易承認該等筆錄之證據能力，實不能謂已充分保障被告之對質詰問權。從洛克希德案發生當時之時空背景來看，經由司法互助方式獲取此項證言，因屬創舉而在程序上難盡理想，但若以今日交通、通訊發達（例如：遠距視訊之廣泛運用）之現況檢視，則「陳述人身在國外」此一事由，在實務判斷上實有重新檢討及嚴謹其要件之必要。

（五）我國法上之省思

我國因宥於國際地位艱困之故，涉外刑事案件以囑託訊問方式取證之情形向來不多。惟近年來由於國際交流漸趨頻繁，復以兩岸三地間之互動益加熱絡，伴隨而來跨國犯罪盛行之景象，已不容忽視；此從頻繁發生之兩岸三地電話詐欺、擄人勒贖及陳前總統跨國性之貪污案中，已可發現審判實務已逐漸意識到證據容許性之問題。因此，上開日本實務案例距今雖已三十多年，其若干觀點仍有可供我國未來實務發展參考之處。設若前開案例發生於我國，本文認為在現行國內法制下，依照個案之互惠原則，並類推適用我國刑事訴訟法第 195 條²¹¹之規定，應可肯定我國法官有囑託外國法官代為訊問之權限；而訊問程序之進行、其合法性與否，則應依被請求國法之規定判斷。至於經由囑託訊問取得之筆錄，是否該當傳聞例外之要件，則應回歸傳聞例外之法理，而類推適用第 159 條之 3 規定判斷。然而，運用個案互惠保證及類推適用之方式，實乃條約及法制未備前之便宜作法，不應長久沿用成為常態，為期有明確之依據可資遵循，與外國締結國際書面協定及增修相關條文，始為我國涉外法制當務之急。因其不僅賦予國內各機關執行互助行為明確之依據，藉由實定法明確化之優點，亦有助於推動我國與國際間之密切合作。

頁 14。

²¹¹ 該條規定「審判長或檢察官得囑託證人所在地之法官或檢察官訊問證人；如證人不在該地者，該法官、檢察官得轉囑託其所在地之法官、檢察官。第一百七十七條第三項之規定，於受託訊問證人準用之。受託法官或檢察官訊問證人者，與本案繫屬之法院審判長或檢察官有同一之權限」。

參、檢察官囑託外國偵查機關訊問取得

I、角川古柯鹼案²¹²

一、案例事實及歷審見解

除上述囑託外國法院互助取證之情形外，洛克希德案後發生、引起眾多討論之「角川古柯鹼案」，則為日本司法互助史上首度肯定囑託訊問筆錄證據能力之案例。案例事實之被告 X 為大型出版社「角川公司」董事長，A 為公司攝影師兼被告之親信，B 則為被告情婦。被告與 A、B 兩人共同基於違反麻醉及精神作用藥物取締法、關稅法之犯意，由被告指示 A 以收集資訊為名出差，自昭和 62 年（西元 1987 年）起至平成 4 年（1992 年）止，先後 30 次前往美國洛杉磯市，向住在洛杉磯市之 C 購買毒品古柯鹼（以下稱第一部分事實）；而購買毒品的款項，是以支付 C 提供資訊之酬勞為名義，每次 100 萬日圓，分 30 次由公司會計主管自 X 公司匯款至 C 名下帳戶，合計共 3104 萬 2610 日圓。此外，A 之機票、住宿場所亦是由 X 公司之子公司安排，費用並由 X 公司支付（以下稱第二部分事實）。其後於平成 5 年（1993 年）7 月 9 日，A 夾帶 78.69 公克之古柯鹼飛抵成田機場通關時，為海關人員以現行犯逮捕而發現上情。

本案發生後，日本承辦檢察官即遠赴洛杉磯市，由洛杉磯郡檢察官辦公室約談 C，在二名美國偵查官員（洛杉磯郡檢察官辦公室偵查官及美國聯邦調查局 FBI 幹員，前者聽懂日語）在場下對 C 進行偵訊。調查前美國偵查官員對 C 告以緘默權，並告以如為虛偽陳述有受偽證罪處罰之虞之要旨，但並未賦予其刑事免責權；且偵訊之進行主要係由日本檢察官訊問，美國偵查官員補充訊問之方式實施，檢察官並將所聽聞之內容以日文記載後使 C 閱覽，經 C 幾次要求訂正後而確定其內容。其後，檢察官在公證人面前朗讀筆錄內容，經 C 確認並自行在文末記載「在知悉如所述不實，將受偽證罪處罰之基礎上，斷言以上所述係真實並正確無誤」等語後簽名，在場之美國偵查官員和公證人也簽名在後。至於陳述書內容則係記載 C 所陳述有關：被告 X 擔任社長之出版社和關係公司間就音樂、電影等資訊之提供並無訂約及收受酬勞之約定，且至今已由 A 處收受之數十次匯款，均為古柯鹼與大麻之貨款，此次亦係受其委託取得古柯鹼後交付予 A 等事實。在取得此項訊問內容後，檢察官即以 C 之「宣誓陳述書」作為證據，起訴被告兩部分之犯罪事實，第一部分事實為被告涉嫌違反麻醉及精神作用藥物取締法、關稅法等罪嫌之事實；第二部分事實則為被告涉嫌業務侵占罪嫌之事實。其中，就第一部分事實，被告雖承認 A 有運輸毒品之事實，但否認與 A 有共同犯意之聯絡；就第二部分事實，被告雖承認匯款至 C 帳戶之事

²¹² 即「角川コカイン事件」，參閱千葉地方裁判所平成 8 年 6 月 12 日判決，判例時報 1576 號，頁 3；東京高等裁判所平成 11 年 3 月 1 日判決，判例タイムズ 998 號，頁 293；最高裁判所平成 12 年 10 月 31 日第二小法庭裁定，最高裁判所刑事判例集 54 卷 8 號，頁 73。

實，但辯稱：公司會計主管是伊親弟弟，伊業務上並未實際占有公司資金；且匯款予 C 係因 C 提供對公司業務有益之資訊而支付其酬勞；退步言之，縱使認為前述匯款係基於伊個人目的而為，因被告對公司有超過匯款金額的金錢債權，兩者處於隨時得抵銷之狀態，故伊亦無不法侵占之意思云云，資為抗辯。

一審千葉地方裁判所判決被告此兩部分事實皆有罪，其理由略以：(一)、在 B 宅發現附著古柯鹼之研磨機、吸食器等物；(二)、從被告及 B 之毛髮裏驗出古柯鹼成分；(三)、自證人 A 所供述「先後 30 次海外出差均係依被告之指示大量購買大麻及古柯鹼，此次運輸入境亦是依被告之指示」等情，對照記載證人 C 陳述「受 A 之託仲介大麻、古柯鹼，並收受匯入之貨款」等語之「宣誓陳述書 (affidavit)」內容相符，因而認定被告兩部分之犯罪事實均成立。其中，就該宣誓陳述書之特信性，判決意旨認為：此項宣誓陳述書係在美國公證人面前作成，供述前被告並了解如為虛偽陳述將受偽證罪制裁之法律效果，且參諸其他證據亦無可認檢察官或洛杉磯郡偵查官員有強制陳述或給予不當影響之處，故應認為本案並無欠缺特信性要件。被告則以原判決認定事實錯誤，及 C 之宣誓陳述書無證據能力為由提起上訴。

二審東京高等裁判所駁回被告之主張而維持原判決，關於 C 宣誓陳述書之證據能力則表示以下之見解：(一)、關於宣誓陳述書作成程序之適法性，判決認為「此項宣誓陳述書，係基於日本對美國提出之偵查互助請求，而依美國法典第 28 篇第 1782 條 b 項及第 1746 條所作成，並非依照加州州法作成。上述第 1782 條 b 項所規定之偵查互助，係為在外國裁判程序中使用而容許美國境內之人，得依照其本人接納之方式，對於任何人任意證言或提出陳述書；而第 1746 條則規定，記載本人在偽證罪制裁下宣誓所陳述內容係真實並簽名之陳述書，與證據上之宣誓陳述書有同樣效力。故從該宣誓陳述書作成之經過來看，因 C 係在知悉如為虛偽陳述將被追究偽證罪之情形下，對於美國 2 名偵查官員及日本檢察官質問之內容任意陳述，對檢察官聽取其陳述而記載之書面內容也親自確認，復由檢察官在公證人面前朗讀上開記錄後，末段並親自記載『在知悉如所述不實，將受偽證罪處罰之基礎上，斷言以上所述係真實並正確無誤』等語而簽名，故應認此項陳述書與美國法典上之宣誓陳述書具有同一效力而適法」。(二)、關於陳述之任意性，認為「依據原審證人 S 之證述內容，顯然可認 C 於事件調查開始前，已由美國偵查官 J.S 告知緘默權，且不能在偽證罪制裁下所為之陳述即認為具有強制性，且亦難認有其他足以對 C 之陳述產生任意性懷疑之跡證」。(三)、關於有無賦予刑事免責權，認為「依前揭判決理由所示，於事件調查開始前 C 顯然已被告知緘默權，且明顯可認並無對 C 賦予刑事免責權之事實。再者，當時已經對 C 出示逮捕狀，依本院證人 M 之證言，可認 C 亦知悉自身如在日本有可能被逮捕。據此，明顯可謂並無對 C 賦予刑事免責權

之事實」。(四)、關於陳述之特信性方面，認為「依刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之規定，即使為無法給予被告反對詰問機會之陳述書，如合乎所定之要件，亦肯認其有證據能力。從而，本案陳述書之內容，如同先前本院在對於誤認事實論點部分之判斷所述，不僅呼應了難以動搖之證據，而且坦白陳述對自己不利益之事實，其可信性極高。且其後並由 B 之辯護人為代替反對詰問之質問，對照其結果應認為宣誓陳述書陳述之信用性絲毫未受動搖，因而原審就陳述書可信性之認定並無違誤」。對於二審判決結果，被告則提起上訴。

最高裁判所審理後裁定駁回被告之上訴，對於 C 宣誓陳述書之證據能力，則依職權為以下認定：「依據原判決所認定，C 之宣誓陳述書係基於日本政府向美國政府請求偵查互助而作成，居住在美國之 C 在被告以緘默權後，對於美國偵查官員及日本檢察官之訊問為任意陳述，復於公證人的面前，記載在偽證罪制裁下所作成之陳述內容為真實之意旨而簽名。如此作成之上開宣誓陳述書，原判決認為該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之所謂具特信性情況之陳述，洵屬正當」，其見解明顯與一、二審判決相同。

二、案例檢討

本案係日本最高裁判所首次依照刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款規定，肯定經由司法互助取得陳述書面之證據能力的案例，有別於前述洛克希德案為囑託外國法院取得並經最高裁判所否定其證據能力，本案對於日本偵查機關經由偵查互助取證之實務運作方面，格外具有意義。以下，本文即分別就本案囑託作成「宣誓陳述書」程序之合法性及承認傳聞例外之適當性予以檢討；至於相關之第 321 條第 1 項第 3 款規定的學說主張與歷來實務見解，則因與前述洛克希德案大致相同，茲不復贅。

(一) 囑託作成宣誓陳述書程序之合法性

由於日本國內法方面，並無得請求他國偵查互助之法律明文（其「國際偵查互助等之相關法律」主要係規範外國請求日本偵查互助之國內程序法²¹³），因此本案中首先被討論者是，檢察官得以囑託外國偵查機關互助，進而取得證人陳述之法源依據為何。在前述拉斯托波羅夫案，日本檢察官係經由外交途徑取得美方同意後，直接前往美國依日本刑事訴訟法訊問取證，並無囑託他國之情形；在洛克希德案，檢察官係聲請法院囑託美國法院訊問證人，一、二審判決意旨則認為基於刑事訴訟法第 226 條之法律解釋，肯定法院依其固有之訴訟指揮權有囑託訊問之權限。上開兩案與本案就證據取得之主體、程序均不盡相同，

²¹³ 該法除第四章「拘禁外國受刑人」係規定日本請求移送外國受刑人以證人身分至日本出庭之程序外，其餘均為規範外國請求日本互助之程序。

因此關於本案得囑託取證之依據，即引發討論。就此，論者多認為刑事訴訟法第 197 條第 1 項前段「關於偵查，得為達成目的所必要之調查（即一般所稱任意偵查）」之規定，及國際刑事司法互助之互惠原則，應得作為本案檢察官請求外國偵查互助之依據²¹⁴。亦有論者更進而說明：不論經由各偵查機關或由中央機關請求外國偵查機關互助，其性質均為行政組織間權限、事務分配之問題，對於國民之權利義務並無影響；且在外國之蒐證程序本非日本法令所能規範，僅於證據評價階段應依日本刑事訴訟法個別判斷而已，因此並無特設請求依據之必要，此從日本國際偵查互助法、逃亡犯罪人引渡法或外國法院囑託互助法均未設規定，即可知悉²¹⁵。本文認為，從日本刑事訴訟法有關檢察官偵查權限之架構及互惠原則之內涵來看，上開見解應值贊同，雖然本案於審理過程中未形成此項爭點，惟無論如何，上開囑託依據之檢討，對於取證程序有無因違法而須為證據排除之判斷，仍具有意義。

其次，依照判決認定之事實所示，該「宣誓陳述書」係「主要由日本檢察官訊問、美國偵查官員作補充訊問之方式實施，檢察官將所聽聞之內容以日文記載後再使 C 確認內容」而作成。從上開文義所述，訊問程序似由日本檢察官主導，而產生是否得依照第 321 條第 1 項第 2 款「檢察官面前筆錄」肯定其證據能力之疑問。然學者認為，實際上從訊問過程中，美國偵查官員亦參與補充訊問等處來看，難認合乎該款檢察官面前筆錄之要件²¹⁶；且日本偵查互助實務上對於任意偵查行為，向來亦不承認外國得在日本境內直接為之，故本於互惠原則，日本於請求外國互助時，亦儘可能避免請求外國容許其為直接取證行為，而多以囑託互助方式為之²¹⁷；而本案既係以囑託方式為之，應無依第 321 條第 1 項第 2 款要件判斷證據能力之餘地。本文認為，基於對他國司法主權之尊重，本案所適用之準據法為美國法而非日本法，故即使主要由日本檢察官訊問並作成筆錄，亦無法依檢察官面前筆錄之規定作為判斷之依據，上開論者之見解在結論上雖值贊同，然理由構成似仍缺乏國際法觀點之思考。

²¹⁴ 山下貴司，國際捜査共助の要請に基づきアメリカ合衆国において作成された供述書が刑事訴訟法 321 条 3 号の書面に当たるとされた事例：最高裁判所第 2 小法廷平成 12 年 10 月 31 日決定，法律のひろば，50 卷 6 號，2001 年，頁 75-76；池田修，國際捜査共助の要請に基づきアメリカ合衆国において作成された供述書が刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号の書面に当たるとされた事例，法曹時報，第 54 卷 10 號，2002 年，頁 163。

²¹⁵ 田辺泰弘，前掲註 142，頁 369-370。本案訴訟過程雖辯方未提出此項爭點，本文認為可能係因案件發生時，日本已有洛克希德案之先例，就囑託權限為何一點已經充分討論，因此對於偵查機關任意偵查之囑託訊問權限已達成共識；且當時日本國內已制定國際偵查互助法，亦得以該法所揭示之互惠原則作為依據，故未形成爭點。

²¹⁶ 上口裕，國際捜査共助法の要請に基づいて作成された供述書の証拠能力：最二小決平成 12 年 10 月 31 日，現代刑事法，第 34 期，2002 年，頁 90；山下貴司，前掲註 214，頁 80。

²¹⁷ 田辺泰弘，前掲註 142，頁 372。

再者，本案判決指出「宣誓陳述書（affidavit）」係依據美國聯邦法典（U.S.Code）第 1782 條（b）項及第 1746 條作成，雖有學者批評該宣誓陳述書不該當美國法規定之要件，而應排除其證據能力者²¹⁸，然亦有認為司法或偵查互助之請求國，本即無審查被請求國法令有無錯誤之必要，判決之說明僅在對照該國法令，確認該程序合法之意²¹⁹。本文認為，不論依照國際禮讓或國際私法學之「場所支配行為（Locus regit actum）」原則，經由司法互助囑託外國偵查或司法機關取證時，除採取「適用外國法（application of foreign law）」理論外，證據蒐集階段本應依被請求國法實施，迨為國際間尊重他國司法主權之當然結果。至於是否因被請求國違法蒐證或兩國間法制落差，而有排除該證據使用之必要，則係另一問題（詳見第四章）。故該宣誓陳述書作成程序之合法性，本應依被請求國之美國法加以探討，當屬無疑。

（二）承認符合傳聞例外之適當性

關於本案是否該當第 321 條第 1 項第 3 款之要件判斷，其中就「傳喚不能」與「必要性」要件部分，相關學理及實務見解已於洛克希德案中敘述，故在此僅就有關「特信性」要件之判斷標準，予以說明。

本案最高裁判所肯定宣誓陳述書具有特信性之理由，主要為以下三者，即該宣誓陳述書係：1、基於日本政府向美國政府請求偵查互助而作成；2、陳述人在經告以緘默權後，對於美國偵查官員及日本檢察官之訊問任意陳述；3、復於公證人面前，記載表明在偽證罪制裁下所作成之陳述內容係真實之意旨而簽名等。然上開三項外部客觀狀況，是否均得以作為肯定特信性之理由，日本學者間則有不同看法，以下則分別說明之：

1、「基於日本政府向美國政府請求偵查互助而作成」：有認為具有確認作成程序合法²²⁰或擔保程序正當之意義²²¹，或認為係代表陳述人在正常狀況下為陳述之意義²²²，而採取積極肯定之見解者；亦有認為經由正式外交途徑取證雖較其他途徑（例如：經由國際刑警組織之情資交換等）取證具有可信性，惟此僅為相對性之結果，仍無法脫離互助之內容而獨立作為特信性之判斷基礎，僅能消

²¹⁸ 島伸一，日米司法共助により得た『宣誓陳述書』なる供述書の証拠能力，判例タイムズ，927 號，1997 年，頁 67。

²¹⁹ 成田秀樹，日本からアメリカ合衆国への捜査共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力，現代刑事法 2(7)，2000 年，頁 66。

²²⁰ 成田秀樹，前掲註，頁 66。

²²¹ 山下貴司，前掲註 214，頁 78。

²²² 池田修，前掲註 214，頁 165。

極肯定其具有擔保陳述可信之意義者²²³。上開兩種見解雖略有不同，但基本上均肯定程序之公開、官方性質，有助於肯定特信性之判斷。

2、「**陳述人在經告知緘默權後，對於美國偵查官員及日本檢察官之訊問任意陳述**」：有認為告知緘默權本身即為肯定特信性情況之因素²²⁴，或認為告知緘默權後訊問具有肯定陳述無任意性可疑之意義²²⁵者；亦有認為在告知緘默權後使其為任意陳述係調查之方法，本案係對有轉讓古柯鹼嫌疑之人調查，在此情況下依日本刑事訴訟法告知緘默權而進行訊問本即理所當然，不能成為肯定特信性之要素²²⁶者。兩種見解對於得否作為肯定特信性之理由，看法雖屬不一，然就告知緘默權至少具有擔保陳述任意性之作用，並無異論。另外，關於在日本檢察官前陳述一點，有認為得以作為肯定特信性之積極因素²²⁷，亦有認為日本檢察官以輔助者身分參與訊問，對於朝肯認特信性之方向具有強力影響者²²⁸，大致上均肯定日本檢察官於訊問時在場具有提高特信性之作用。

3、「**於公證人面前，記載表明在偽證罪制裁下所作成之陳述內容為真實之意旨而簽名**」：採否定見解者認為，肯定第 321 條第 1 項第 1 款法官面前筆錄有證據能力之理由，乃因該陳述係在偽證罪制裁下宣誓所為，然因美國公證人資格取得較為容易，且所認證者只不過為作成書面之經過而不及於內容之真實性，故雖有提高陳述特信性之作用，惟能否作為肯定特信性之要素尚有疑問²²⁹；或主張美國偵查官員於調查時告知偽證罪刑責之舉，不僅取證程序牴觸美國法之規定而不合法，且亦有以偽證罪強迫證人證言，進而影響供述任意性之疑慮，故應否定其特信性之看法²³⁰等。惟採取肯定見解者則認為，在此種情形下作成之陳述，為肯定特信性之有力根據，雖然日本偵查機關無直接令陳述人宣誓作證之程序，然依刑事訴訟法第 226 條及第 227 條之規定，偵查機關亦有使證人在法院宣誓作證之調查方法，故不能因有告知偽證罪責，即否定其陳述之任意

²²³ 川出敏裕，國際搜查共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力，ジュリスト，1225 號，2002 年，頁 99-100。其認為區分上開三項要素為積極因素（積極賦予特信情況基礎之因素）或消極因素（僅消極擔保可信性之因素）之意義，在於可明確本裁定之涵攝範圍，並使特信情況之判斷不致成為隨機式之決定。

²²⁴ 池田修，前揭註 214，頁 166。

²²⁵ 成田秀樹，前揭註 219，頁 67。

²²⁶ 川出敏裕，前揭註 223，頁 100。

²²⁷ 同前註。氏認為依照第 321 條第 1 項第 3 款之解釋，日本警察官作為訊問主體本即不能作為具有特信性之依據，美國偵查官員作為訊問主體之意義更屬相同，不能因此認為具有特信性，然因日本檢察官以輔助者身分於訊問時在場承擔主要之訊問並製作筆錄，就此來看因為事實上已具備 2 號書面之要件，故似得以作為肯定特信性之積極因素。

²²⁸ 池田修，前揭註 214，頁 166。

²²⁹ 川出敏裕，前揭註 223，頁 100。

²³⁰ 上口裕，前揭註 216，頁 89-90。

性²³¹；或認為在課以偽證罪制裁下之證言可說是合法的強制，無法要求在此情形下證人證言之任意性，因為對照刑事訴訟法就被告之陳述書或陳述筆錄依第 322 條準用第 319 條，明白要求需具有任意性，對於被告以外之人之陳述書或陳述筆錄依第 321 條第 1 項則不要求任意性之比較，即可明瞭²³²等。

上開學者對於各項要件之看法固有其理，惟將各項要件以分離之方式加以檢視，是否妥當能切中特信性判斷之精神，似仍不無疑問。本文認為，Wigmore 教授所提出之特信性判斷標準應值採取，而從陳述是否具有**自然性、真誠性與公示性**之角度判斷是否具特信性，較為妥適。進而言之，亦即判斷該陳述是否在自然狀況下作成，且不論係自發或受合法壓抑所致，陳述人是否因無虛偽陳述意圖而為真誠之陳述，以及該陳述是否處於立即可被發現及訂正等情況，而為認定。因此，上開最高裁判所三點理由如以上開標準觀之，其中透過正式偵查互助途徑作成一點，雖不能直接作為肯定特信性之理由，惟其所具有之公開、公示性質，應具有增強特信性之作用；日本檢察官在場參與訊問並作成筆錄，本身與特信性判斷雖無直接之關係，但配合上述互助程序及訊問前告知緘默權之實施，亦因具有公開、公示性質而得提高特信性。再者，對於具有共犯關係之證人告知緘默權，則應解釋為對其自身案件之權利告知作為，僅有確保其陳述具有任意性，本身應不能作用單獨肯定特信性之理由；然此項得依己意任意陳述之程序，因具有擔保陳述出於自然之功能，故有提高特信性之作用。至於在公證人面前宣誓偽證罪制裁下所作成一點，如相關主體資格、程序已依美國法之規定進行，其應得擔保陳述人無為虛偽陳述之意圖，從真誠性之角度觀之，亦可為肯定本案特信性之理由²³³。故綜合判斷以上各點，本案宣誓陳述書既依上開具有公示、自然與真誠性之程序作成，應認為符合特信性要件而具有證據能力。

另外，就本款特信性之判斷對象，向來學說見解認為僅限於外部客觀情況而已，陳述內容本身不能成為判斷對象，而與第 321 條第 1 項第 2 款之檢察官面前筆錄不同。就此，本案二審判決認為「本件陳述書之內容，如同先前本院在對於誤認事實論點部分之判斷所述，不僅呼應了難以動搖之證據，而且**坦白陳述對自己不利益之事實，其可信性極高**」，顯然承襲最高裁判所昭和 30 年 1 月 11 日判決²³⁴以來之見解，而將陳述內容本身作為特信性之判斷對象；學者亦

²³¹ 池田修，前揭註 214，頁 169。

²³² 宮城啟子，國際搜查共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力，ジュリスト，1202 號，2001 年，頁 189。

²³³ 學者有認為宣誓乃為肯定本案特信性之最重要因素者，川出敏裕，前揭註 223，頁 101。

²³⁴ 最高裁判所刑事判例集，9 卷 1 號，頁 14。

批評指出其見解不適當者²³⁵。對此，最高裁判所則異於二審之見解，未將坦白陳述對己不利益事實此一部份，作為肯定特信性之理由。因此，學者有認為似可解釋最高裁判所在沿襲陳述內容得作為判斷對象之實務現狀下，兼有暗示應先就外部附隨客觀情況判斷之意味存在²³⁶。

針對此問題，論者亦有認為基於實際判斷陳述是否具有特信性時，往往難以與陳述內容完全切離，且有鑑於國際偵查互助取證實務之技術性與困難性，在證明特信性之方法上難以與境內取證情形採取一致之方式，故若採取嚴格認定之立場可能造成認定事實之過大負擔，而主張採取如陳述內容與客觀事實相合致，或該陳述係承認對己不利之事實時，得綜合陳述內容及外部附隨客觀情事判斷特信性之看法²³⁷。本文認為，實務運作時採行上開作法固有簡便、符合需求之效果，然實際操作上應避免淪為裁判者恣意，而以陳述可信性取代特信性判斷之情況發生，否則不但混淆證明力與證據能力之概念，亦將嚴重影響被告反對詰問權之保障。因此，原則仍應單純以外部附隨客觀情況作為判斷對象，較為妥適。

（三）我國法上之省思

本文認為，由於我國檢察官目前仍保有部分強制處分權，刑事訴訟法上之規定亦與日本有所差異，故如該案例在我國發生，於現行法制下，關於囑託外國法院或檢察機關協助訊問之依據，應可類推適用刑事訴訟法第 195 條第 1 項關於「檢察官得囑託證人所在地法官或檢察官訊問證人」之規定。其次，依照國際刑事司法互助之準據法適用原則，本案訊問程序之合法性問題，應依被請求國之美國法規規定判斷無疑。至於該宣誓陳述書是否該當傳聞例外要件之判斷，則應回歸傳聞例外之法理，類推適用第 159 條之 3 之要件，始為妥適。另外，由於我國與美國已於 2002 年 3 月 26 日簽訂「台美刑事司法互助協定」，因此從現行法制角度觀之，有關囑託依據、實施訊問之準據法及證據評價等問題，則應分別適用該協定第 2 條第 2 項第 1 款、第 6 條第 3 項及第 9 條第 5 項之規定²³⁸，乃屬當然。再者，從實務角度來看，因特信性要件證明在國際偵查互助案件之重要性甚鉅，請求國於審判時亦難以由作成書面之主體（例如：製作筆

²³⁵ 水谷規男，國際搜查共助の要請に基づいて外国で作成された供述調書の証拠能力，法学ゼミナー，560 號，2001 年，頁 117。

²³⁶ 川出敏裕，前揭註 223，頁 99。

²³⁷ 山下貴司，前揭註 214，頁 77。

²³⁸ 參閱外交部官方網站所示。其中關於第 9 條第 5 項「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」之規定，可謂係刑事訴訟法傳聞例外之特別規定。

錄之外國法官、檢察官等人) 出庭作證陳述當時外部客觀情況，因此可行之方式是向外國請求由本國偵查人員於錄取證言時在場見證，其後再由該員出庭接受交互詰問為妥；或如無法由本國偵查人員在場時，則可請求該國提供實際擔任取證人員之調查狀況報告書，或該國一般關於偵查取證之實務作法、法律制度或司法、警察制度之公刊物等作為書證提出之方式為宜²³⁹。例如：本案於一審千葉地方裁判所審理時，即曾傳喚承辦之日本檢察官千田惠介先生出庭作證訊問當時情形，二審並以之作為肯定特信性之判決理由，即屬適例²⁴⁰。

II、福岡滅門案²⁴¹

一、案例事實及歷審見解

採用與前述「角川古柯鹼案」相同之取證方式，亦是近年來有關經由司法互助取證之重要案例者，即為以下所述之「福岡滅門案」。本案係中國留學生 A、B 及 C 三人共謀，於平成 15 年（2003 年）6 月間，侵入位於福岡市一家民宅，殺害全家 4 口強盜財物並將屍體丟入海中，而涉及侵入住宅、強盜殺人及遺棄屍體等罪之案件。本案發生後，B、C 即返回中國，嗣後並遭中國公安當局逮捕起訴（分別經法院判處死刑及無期徒刑）；而 A 則在日本國內因其他傷害案件被逮捕後，始查獲上情。當時日本方面為明瞭事件經過，即由福岡縣警局透過警視廳、外務省向中國外交部請求偵查互助，中國方面接受此項請求後，即由公安當局會同日本福岡縣警局及警視廳之警員、檢察官等人在場，對 B 及 C 作成陳述筆錄、譯文及相關偵查報告書等書面。在實際作成筆錄之過程中，日本方面乃預先作成一問一答式之訊問事項書，交予中國遼寧省遼寧市公安官員進行訊問，並要求中國公安官員在訊問前告知 B、C 緘默權²⁴²，且在日方警官及檢察官在場情形下，作成本案訊問筆錄²⁴³。其後，本案在福岡地方裁判所審理時，檢察官即請求將上述筆錄、譯文與偵查報告書列為證據調查；惟辯護人則以：1、本件筆錄侵害 B、C 之供述自由，對照日本憲法及刑事訴訟法，認為係違法蒐集證據而應排除其證據能力；2、中國之刑事訴訟制度不保障犯罪嫌疑人之緘默權，亦未確立司法獨立及無罪推定制度，對於辯護權之保障亦極為薄弱，偵查階段之身體拘束亦無司法抑制，且本案筆錄係在長時間拘束自由下作成，故於

²³⁹ 山下貴司，前揭註 214，頁 80。

²⁴⁰ 東京高判平成 11 年 3 月 1 日，判例タイムズ 998 號，頁 293。

²⁴¹ 即「福岡一家 4 人殺害事件」，福岡地方裁判所平成 17 年 5 月 19 日判決，判時 1903 號，頁 3；福岡高等裁判所平成 19 年 3 月 8 日判決，高等檢察廳編高等裁判所刑事裁判速報，1458 號；平成 23 年 10 月 20 日最高裁判所第一小法庭判決，裁判所ウェブサイト。

²⁴² 中國方面並不承認被告有緘默權，其刑事訴訟法第 93 條規定：「偵查人員在訊問犯罪嫌疑人的時候，應當首先訊問犯罪嫌疑人是否有犯罪行為，讓他陳述有罪的情節或者無罪的辯解，然後向他提出問題。犯罪嫌疑人對偵查人員的提問，應當如實回答。但是對與本案無關的問題，有拒絕回答的權利。」，因此日方在訊問前即要求中方告知緘默權後，再行訊問。

²⁴³ 土本武司，國際搜查協力：福岡一家殺害判決（中国），搜查研究，645 號，2005 年，頁 113-115。

此種制度下所作成之筆錄，對照我國刑事訴訟法之精神，應不容許作為本案證據；3、本件筆錄並無得代替反對詰問之可信性情況存在，不該當3款書面之要件等理由，主張應否定本件筆錄之證據能力。福岡地方裁判所、福岡高等裁判所均不採取辯護人之主張，而依三款書面將該筆錄採為證據使用，並判處被告死刑，上訴三審後，最高裁判所亦維持死刑而告確定。

一審福岡地方裁判所之判決理由，大致可分為三部分論述，首先關於辯護人所提出**排除違法蒐集證據之主張**，判決理由認為「本案之偵查互助，係基於國家間國際禮讓，由日本請求中國為任意之偵查協助，該程序係以任意偵查之方式合法實施，基於國際偵查互助程序而受日本請求之外國偵查機關，係依照該國法令所定程序蒐集證據，從不適用日本法律一點來看，否定日本偵查人員違法取證證據能力之違法蒐集證據排除法則，亦不適用於中國偵查機關之蒐證程序甚明²⁴⁴」。其次，就**本案訊問筆錄之證據容許性**問題，判決理由認為：1、經由國際偵查互助而獲得之證據，如不容許在日本刑事審判使用者，應限於該外國偵查機關之證據蒐集程序，實質違反刑事訴訟法全體之基本理念者為適當²⁴⁵。2、即使嫌疑人之緘默權未受制度性保障，如可認為對於嫌疑人之偵訊係在實質上已保障其陳述自由下實施，即無評價該偵訊實質違反刑事訴訟法基本理念之必要²⁴⁶。3、中國之嫌疑人辯護權現狀，尚不至得以評價本案偵訊已實質違

²⁴⁴ 辯護人主張即使對於 B 和 C 之偵訊，係由中國之偵查機關實施，然此係因日本偵查機關之委託，基於日本偵查官員準備妥當之訊問事項，在無緘默權制度保障之下所實施。就此而言，因有抑制將來此種偵查方式之必要，應認本案筆錄係違法取得之證據而予排除。惟判決理由則認為，「本案之偵訊，係基於日本請求國際偵查互助所為，雖說係基於日本偵查官員作成之訊問事項而實施，但就偵訊當時在場之日本偵查官員，完全未被允許直接對 B 和 C 訊問方面來看，實無法評價為日本偵查官員進行之偵訊。其次，原本違法蒐集證據排除法則，即是為抑止日本偵查官員將來違法偵查而承認之證據法則，就此而言，關於經由國際偵查互助取得證據之證據能力，應以證據容許性之問題加以檢討已足」，而排斥辯護人之主張。

²⁴⁵ 判決理由認為「基於國際偵查互助而由外國偵查機關依該國法令合法蒐集之證據，從其所獲得之證據係在日本刑事審判使用來看，該證據蒐集程序對照日本法令可視為違法時，除關於證據能力之各項規定外，對照刑事訴訟法全體之精神，就該證據是否容許作為認定事實之證據使用，也應解釋為有檢討之必要，始為適當（最高裁判所平成 7 年 2 月 22 日大法庭判決・參照刑集 49 卷 2 號 1 頁）。且如考量國際偵查互助，原本即係以在外國蒐集證據為目的之要件與程序，與日本相異為其當然前提而成立之制度，經由國際偵查互助所獲得之證據，如不容許在日本刑事審判程序使用，應解釋為以該外國偵查機關之證據蒐集程序，被認為實質違反刑事訴訟法全體之基本理念為限，始為適當」等。

²⁴⁶ 辯護人主張中國刑事訴訟法第 93 條課以嫌疑人據實陳述之義務，不承認嫌疑人有緘默權，故中國之刑事訴訟制度未保障嫌疑人之緘默權。然本判決認為，「從而判斷本件筆錄之證據容許性時，就偵訊時可否評價已實質保障對 B 和 C 之陳述自由，即有進一步檢討之必要。本件偵訊係基於日本對中國請求國際偵查互助而實施，實際偵訊時日本偵查人員亦在場，且調查人員開始對 B 和 C 偵訊時，已依日本偵查人員之請求對 B 和 C 告知拒絕陳述之權利，且訊問之內容係依據日本偵查人員事先作成之訊問事項實施，在要求 B 和 C 在筆錄上面簽名蓋印前，其正確性亦先由日本之偵查人員確認，參之 B 和 C 簽名蓋印之筆錄原本，其後自中國送交日本，足

反刑事訴訟法之基本理念²⁴⁷。4、不能以 B 和 C 起訴前身體遭受拘束之期間，較日本刑事訴訟法之規定為久，即評價本件偵訊實質違反刑事訴訟法之基本理念²⁴⁸」，而肯認本案筆錄之證據容許性。

再者，就是否該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款書面部分，本判決認為「1、本案 B 和 C 在中國被拘束身體自由後，被依中國刑法之故意殺人罪、強盜罪及竊盜罪向遼寧省遼陽市中級人民法院提起公訴，歷經審理後，於平成 17 年 1 月 24 日，B 和 C 分別被以故意殺人罪及強盜罪判處無期徒刑、死刑，由此看來，因 B 和 C 在本院事實上不可能以證人身份出庭作證，故本件筆錄符合『陳述人因身在國外而無法於準備或審判期日到庭陳述』之『傳喚不能』要件自明。2、再關於判決理由第五之侵入住宅、強盜殺人、遺棄屍體等事實，被害人 O 之子 R 被殺害時之狀態及經過、被害人 O 回家後遭受暴力之情形、被告等人強取財物之種類及金額等，非依本件筆錄無法具體認定；另一方面，本件筆錄所記載前述以外之有關內容，就判決理由第五所示之事實而言應視為一體，就此來看，本案筆錄全體可謂符合第 321 條第 1 項第 3 款之『不可欠缺性』要件。3、又關於本案筆錄之特信情況，由於本案偵訊是在調查人員對 B 和 C 告知拒絕陳述權後，基於日本偵查人員事先作成之訊問事項而實施，從並無特別追究或誘導式之訊問來看，B 和 C 於偵訊時，得認係在保障陳述自由之狀況

見本件偵訊並非基於中國偵查機關，為依中國刑法對 B 和 C 處罰之目的而實施者甚明。再觀之本件偵訊之方式，並未對 B 和 C 施加身體之強制力，復以在偵訊開始前，除已對 B 和 C 告知拒絕供述權外，本件筆錄等均係以一問一答之形式記載，不僅得認為 B 和 C 之意見係如實記載，亦完全不存在可看出 B 和 C 有被調查人員嚴厲質問之情形，故難認 B 和 C 於偵訊時，有被施加剝奪拒絕陳述權利之精神壓力跡象。因而，即使中國刑事訴訟法在制度上課以嫌疑人據實陳述之義務而否定緘默權，本件偵訊由於可以說未見有何侵害 B 和 C 陳述自由之情事，自不能視作成本件筆錄之證據蒐集程序，已實質違反刑事訴訟法之基本理念。又辯護人雖主張，『偵訊時無法看出有保障 B 和 C 即使拒絕陳述，也不會遭受不利益對待權利之狀況，對 B 和 C 之偵訊，如自課以據實陳述義務即可推論係侵害陳述自由方面來看，本件偵訊實無法評價已保障 B 和 C 之陳述自由』。然而，B 及 C 曾被調查人員以『不想說的事不說也可以』等語告知拒絕陳述權，該意旨當然包含即使拒絕陳述，亦不會遭受不利益對待之保障。且 B 和 C 在接受偵訊時，與到目前為止之偵訊狀況不同，從偵訊官員說明日本偵查官員亦於偵訊時在場，並告知拒絕陳述權，及接受偵訊地點是在會議室等周邊情況來看，亦可了解本案偵訊與向來之偵訊顯然不同。辯護人認本案偵訊係受先前偵訊之影響作成，故未保障 B 及 C 之陳述自由等主張，並不適當而無法採信」。

²⁴⁷ 此因辯護人主張中國之刑事訴訟制度對於嫌疑人辯護權之保障不足，惟判決理由則以日本亦未能承認對於嫌疑人之指定辯護制度，及實際上雖然配置了輪班律師制度，對照所有重大案件嫌疑人也並非自行選任辯護人之實況等理由，而認為辯護人此項主張不足採信。

²⁴⁸ 此因辯護人指出中國刑事訴訟制度允許在起訴前長期拘束身體自由，B 於平成 15 年（2003 年）8 月 19 日在遼陽市、C 於同月 27 日在北京市，均被以「2003 年 6 月 19 日晚間 12 時許，B、C 及 A 等人在日本福岡市殺害一家四口，強取約四萬日幣」等要旨之事實逮捕，而主張其等供述已受到影響。然本判決則認為：從 B 和 C 自逮捕當時開始即大致承認逮捕之事實來看，對於其等身體自由之拘束，難認已產生不當之影響。

下任意陳述。復從本件筆錄全部均以一問一答之形式作成，偵訊後由 B 和 C 閱覽筆錄確認內容無誤後，陳述『與我所述內容相符』而在各頁簽名按捺指印（但甲 229 號之圖面僅有 B 之簽名）等處來看，本案筆錄得認係依照 B 和 C 之意見如實記載。再以本案偵訊有以坂田吉郎檢察官及篠原日出彦副檢察官為首之數名日本偵查人員在場，可認為已確認對 B 和 C 偵訊及筆錄之作成，均係正當且正確地進行。在此情形下，綜合考量本案 B 和 C 於筆錄承認與被告共同涉及判決理由第五之犯行，且同時其等就實施犯行之經過及狀況亦為具體且詳細之敘述，應認為本案筆錄『係在特別可信之情況下作成』為適當²⁴⁹，而肯定本案筆

²⁴⁹ 就此部分，辯護人提出：「1、負責本案偵訊之調查人員，既然從 B 和 C 被拘束身體自由起即負責偵查，本案偵訊以前作成之 B 和 C 的各次筆錄內容，亦與本案陳述之內容幾乎相同，由此可見本案偵訊係與迄今為止之偵訊連續一體，先前偵訊時被課以據實陳述義務之 B 和 C，即使在日本偵查官員在場之數次偵訊時曾被告知拒絕陳述權，終究不能評價為在保障其等緘默權下陳述。2、既然 B 和 C 在偵訊時從頭到尾被單手手銬固定在椅子扶手，從推認先前偵訊時亦係坐在附有拘束身體自由器具之椅子上來看，可認本案偵訊時亦有受到先前偵訊時心理壓迫之影響。3、本案筆錄所記載之偵訊時間與實際不同，且未必係按照問答內容記載，難謂正確記錄陳述之內容；且由於有被事先準備之內容誘導的可能性，本案筆錄內容之正確性實有疑問。4、本案筆錄所記載 B 和 C 之陳述內容，不僅本身有前後矛盾之處，其相互間因陳述不一致而可認為有一方為虛偽陳述，推卸責任予被告之處亦甚多。5、就共犯之陳述具有特信情況之原因，不僅是任意為陳述，特別應顧慮反對詰問權之保障及考慮共犯陳述之危險性而加以判斷」等意見，而主張本案筆錄不具有特信情況。然判決理由則認為：「就 1、而言，如同前面所述，本案偵訊係因應日本請求國際偵查互助而實施，由於並非中國偵查機關為依中國刑法對 B 和 C 處罰之目的而蒐集證據甚明，故不能評價本案偵訊係與先前之偵訊連續一體。而且，從本案偵訊時之方式來看，調查人員在對 B 和 C 開始偵訊前，告知日本偵查人員於偵訊時在場及本案偵訊係在會議室實施等，由此可看出 B 和 C 當然得以認知本案偵訊與向來之偵訊不同。其次，調查人員在偵訊開始時，不僅對於 B 和 C 告知拒絕陳述權，實際上 B 也陳述「這個問題不想回答」（甲 227、152 號證據）而拒絕陳述，加上對照本案偵訊時對 B 和 C 完全沒有身體或精神上施加強制力之跡象，可見偵訊時已實質保障 B 和 C 之陳述自由。再者，就 2、點來看，既然先前之偵訊與本案偵訊無連續性，已如上述，可認為使用單手手銬時普遍性給予心理壓迫之程度薄弱；即使對照本案，從未見有其他足以懷疑 B 和 C 陳述任意性之情事來看，本案偵訊之際雖為防止兩人逃走，而以單手手銬固定在椅子扶手，尚難得據此否定筆錄之特信情況。又就 3、點而言，依據坂田檢察官及篠原副檢察官在審判時之陳述，雖然可認為關於本案筆錄偵訊時間之記載與實際相異，從其等就事情之經過已為大致得以接受之說明來看，難執本案筆錄偵訊時間之記載與實際相異，即謂本案筆錄記載內容之正確性有可疑之處。復以本案筆錄經 B 和 C 閱覽並確認內容無誤後，在各頁簽名蓋印，甚而 C 在 2003 年 12 月 10 日陳述筆錄（甲 232、156 號證據）中，陳述其為埋藏屍體而挖掘洞穴之工具，係藏在 C 位於高地上住宅之 106 號房間內；調查人員亦係基於此等內容對該處實施搜索，進而發現小鏟子等物品，由此來看，無法認為本案偵訊有誘導等情事，而可認為本案筆錄係按照 B 和 C 之供述如實記載。再就 4、點而言，辯護人所指陳述內容前後矛盾，及 B 和 C 之陳述不一致等情，不僅係證據證明力之問題，反而益可看出 B 和 C 係自由陳述；從 B 和 C 均承認與被告共同涉及判決理由第五之犯行，而已為對自己不利益之陳述來看，無法認為辯護人所指得成為否定本案筆錄具有特信情況之依據。末就 5、點來說，本案筆錄不僅 B 和 C 為承認參與犯行之不利益陳述，B 受偵訊時在場之坂田檢察官，就 B 陳述內容與被告相異之點，亦透過調查人員確認該內容，大致上也顧慮到被告之反對詰問權；另一方面，C 之陳述內容如同上述，亦包含所謂相當於揭露秘密之情況，綜合考量此種情形，本案筆錄即使考慮到係屬於共犯之陳述，也難謂有何可疑其特信性之情形。故上述辯護人所指，均無法作為否定本案筆錄特信情況之理由，其主張難以採信」，而駁斥辯護人之主

錄該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之書面。嗣後，一審即據上開理由判處被告死刑，被告及辯護人方面則提起上訴。二審福岡高等裁判所審理結果則駁回被告上訴，其判決理由²⁵⁰大致亦與一審相同，檢辯雙方爭執點亦著重於是否已保障 B 和 C 之陳述自由，及有無違法蒐集證據排除法則適用之問題，為節省篇幅，爰不詳述其經過²⁵¹。

最高裁判所第一小法庭審理後，認為本案筆錄符合三款書面之規定而有證據能力，並表示：「上開供述筆錄乃基於國際偵查互助而作成，可謂係證明前開犯罪事實所不可或缺，且日本之偵查機關對於中國之偵查機關請求對兩名共犯之偵訊方法，於偵訊之際已實質告知兩名人犯緘默權，且在偵訊過程中對該二人亦無施加肉體或精神強制力之跡象，故如以原判決及一審判決所認定之本案具體事實關係為前提，依刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款採用上開供述筆錄之第一審認定並無違誤」，而駁回上訴並判處被告死刑確定。惟判決理由就一、二審過程中爭執有無違法蒐集證據排除法則之適用一點，並未進一步具體說明。

二、案例檢討

(一) 囑託訊問程序之合法性

首先，就本案得囑託中國為偵查互助之依據為何，實務及學者間並未加以爭論，其理由可能係因自洛克希德案及角川古柯鹼案以來，已逐漸形成共識所使然，亦即一般看法均將日本刑事訴訟法第 197 條第 1 項任意偵查之規定，及國際偵查互助法之互惠原則，作為囑託偵查互助之依據。其次，就本案之準據法適用問題，一、二審判決理由表示「本案偵查互助係基於國家間國際禮讓，由日本請求中國為任意之偵查協助，該程序係以任意偵查之方式合法實施，並依照該國法令所定程序蒐集證據」，已明顯採取「證據取得階段依被請求國法，證據評價階段依請求國法」之準據法適用原則；且關於證據評價之標準，一、二審判決亦認為「關於國際偵查互助，原本即係在外國蒐集證據之要件及程序與日本相異者為當然前提而成立之制度，經由國際偵查互助而獲得之證據不容許在日本刑事審判時使用者，應限於由外國偵查機關所為之證據蒐集程序，實質上違反刑事訴訟法全體之基本理念者為適當」，顯然亦採取洛克希德案所建立

張。

²⁵⁰ 二審判決理由可分為關於訴訟程序違背法令、違憲及量刑不當等三部分，本案由於被告在一審被判處死刑，因此二審重點主要在論述判處被告死刑是否有違憲或量刑不當之情事，惟該部分因與本文之主題無關，爰予省略。

²⁵¹ 附帶一提者是，本案 B、C 兩人係在日本犯罪後逃往中國，日本方面未請求中國引渡 B 與 C 至日本受審之原因，係因中國採取「國民不引渡原則」，從而日本即使提出請求，中國方面亦將不予引渡，故日本僅請求中國方面為偵查互助之蒐證行為，參閱塩澤健一，實務刑事判例評釈：国際捜査共助の要請に基づき中華人民共和国において作成された供述調書について，刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号により証拠能力を認めた事例，警察公論，60 期，2005 年，頁 101。

之排除標準。對此項排除標準，論者亦有進而指出：在判斷互助取得之證據有無證據能力時，本不能以請求國與被請求國制度相異為理由，否則無異於否定司法互助之制度，故應從該制度是否對照請求國法令得予容許之觀點，就個案具體情況加以檢討為妥²⁵²。因此，就訊問程序合法性之問題，實務見解與論者咸認為，依照中國刑事訴訟法之規定作成筆錄，應屬國際法之必然，即使中國與日本之刑事訴訟法，對於犯罪嫌疑人之權利保障有所差異，亦僅是證據評價階段檢討該訊問程序有無違反日本刑事訴訟法基本理念之問題。本文基於章節分類之故，以下乃先就與該筆錄是否符合第 321 條第 1 項第 3 款特信性部分說明，至於上開所述之證據容許性問題，將於第四章一併檢討。

（二）是否該當第 321 條第 1 項第 3 款之特信性要件

首先，關於特信情況之判斷對象是否僅限於陳述當時外部客觀情況，而不及於陳述內容本身一點，從一、二審判決認為「綜合考量本案 B 和 C 於筆錄承認與被告共同涉及判決理由第五之犯行，且同時其等就實施犯行之經過及狀況亦為『具體且詳細之敘述』，故認為本案筆錄係在特別可信之情況下作為適當」之理由，學者多指出其見解已將陳述內容本身作為特信性之判斷對象，並作為肯定特信性之積極要素²⁵³甚明。本文認為，如同前揭角川古柯鹼案中所述之理由，應單純以外部附隨客觀情況作為特信性之判斷對象較為妥適，上開判決理由實已混淆陳述可信性與特信性之概念。

其次，本案肯定筆錄具有特信性之依據，包括：1、本案偵訊是在調查人員對 B 和 C 告知拒絕陳述權後，基於日本偵查人員事先作成之訊問事項而實施，從並無特別追究或誘導式的訊問來看，本案 B 和 C 於偵訊時，得認係在保障陳述自由之狀況下任意陳述。2、本案筆錄全部均以一問一答之形式作成，偵訊後由 B 和 C 閱覽筆錄確認內容無誤後，陳述「與我所述內容相符」而在各頁簽名按捺指印，故本案筆錄得認係依照 B 和 C 之意見如實記載。3、本案偵訊有檢察官等數名日本偵查人員在場，可認為已確認對 B 和 C 偵訊及筆錄之作成均正當且正確地進行。4、B 和 C 於筆錄承認與被告共同涉及本案犯行並就過程為詳細之敘述等。就第 1 點「在對 B 和 C 告知拒絕陳述權後，於保障陳述自由

²⁵² 今村智仁，國際捜査共助の要請に基づき中華人民共和国において作成された供述調書が刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号書面に当たるとされた事例，研修，682 號，2005 年，頁 67。

²⁵³ 中島洋樹，國際捜査共助の要請に基づき、中華人民共和国において、同国の捜査機関が作成した共犯者の供述調書等につき証拠能力が認められた事例：福岡地裁平成十七年五月十九日判決，香川法學，27 卷 3・4 期，2008 年，頁 107；松田岳士，刑事裁判例批評(19)國際捜査共助の要請に基づき、中華人民共和国において、同国の捜査機関が作成した共犯者の詳述調書等の証拠能力：福岡一家殺害事件第一審判決，刑事法ジャーナル，4 號，2006 年，頁 107；塩澤健一，前掲註 251，頁 103；今村智仁，前掲註 252，頁 68。

之狀況下任意陳述」及第 3 點「偵訊時有檢察官等數名日本偵查人員在場」之理由，論者有認為第 1 點之情況，原本即為刑事訴訟法第 325 條對於陳述任意性之要求，不能作為肯定特信性之理由；而第 3 點則不過具有擔保第 1 點存在之作用，因此不能將此兩項因素作為積極賦予特信性之基礎，僅能視為如同在日本國內合法取證一般，以原則上無欠缺特信性情況視之²⁵⁴。再者，第 2 點之「筆錄全部以一問一答之形式作成，由 B 和 C 閱覽筆錄確認後在各頁簽名按捺指印」，雖有學者肯定為本案唯一可積極認定特信性之因素²⁵⁵，但亦有認為不過是本案所列舉具體情況之一，即使未以一問一答方式作成筆錄，亦不能以此即認為影響本案特信性之判斷²⁵⁶。此外，亦有學者認為此部分為陳述錄取書面是否與原陳述內容相同為簽名、蓋章等要件之問題，應與陳述本身之「特信情況」區分討論²⁵⁷而否定其作為肯定特信性之理由，其間見解顯然不同。

本文認為，上述各點從陳述之自然性、真誠性與公示性之判斷標準來看，告知拒絕陳述權與日本檢察官在場參與訊問作成筆錄等外部情況，本身雖均不能獨立作為肯定特信性之理由，惟因程序之自然性與公示性，至少應具有增強陳述當時外部客觀可信情況之功能；至於筆錄以一問一答方式作成後由 B 和 C 確認簽名蓋印部分，與日本實務上由偵查官員整理、首尾連貫記載之筆錄相較之下，以一問一答訊問方式所作成之筆錄，似乎可認為較具有特信性。至於第 4 點陳述人承認與被告共同涉及本案犯行，並就過程為具體詳細之敘述部分，由於陳述內容本身不適宜作為判斷對象，已如前述，故亦不能作為單獨肯定特信性之因素。綜合考量上述情況，本案筆錄應可認為已具備自然性與公示性之性質，而具備特信性要件。

（三）我國法上之省思

前開案例如以我國現行法角度剖析，其法律適用之結果應與前述角川古柯鹼案相同，爰不復述。由於我國與大陸方面已於 2009 年 4 月 26 日，簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，故現今關於囑託訊問之依據，除國內法部分類推適用我國刑事訴訟法第 195 條之規定外，雙方依據主要為該協議第 4 條第 1 款、第 8 條之規定；而訊問程序之合法性問題，則依被請求國之中國法規定判斷。至於該當傳聞例外與否之判斷，因該協議並無特別規定，故現階段仍應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3「傳喚不能」、「不可欠缺性」及「特信性」等要件加以判斷為妥。

²⁵⁴ 中島洋樹，前揭註 253，頁 107。

²⁵⁵ 中島洋樹，前揭註 253，頁 107-108，惟其並未就此部分說明理由。

²⁵⁶ 塩澤健一，前揭註 251，頁 103。

²⁵⁷ 松田岳士，前揭註 253，頁 107。

III、兩案之比較

上開兩案均是日本請求外國偵查機關互助之案例，相異點在於前案有學者認為作成宣誓陳述書程序不符美國法上要件，而應否定其證據能力²⁵⁸；後案辯護方於審理時則主張訊問程序違法，而應予以證據排除。如進一步檢討兩案不同之處，則可歸納出下列幾點不同：

1、**囑託訊問之對象國法系與法律制度不同**：由於美國和中國分屬不同法系之國家，從本文第二章關於法系差異之說明，亦可看出不同法系國家對於偵查互助所採取之態度與方式有異；且兩國所採取之刑事訴訟制度，對犯罪嫌疑人之制度性保障亦屬不同，反映於本案之爭點形成上，前案即集中討論有無特信情況之存在，後者則著重於違法排除之爭論。雖然判決結果兩案均採取肯定證據能力之結論，但在證據評價過程之爭議與其程度，仍有差別。

2、**證據書面作成之際有無宣誓不同**：角川古柯鹼案中之宣誓陳述書，係由公證人在場見證，並在證人宣誓後作成該書面；雖有學者認為無法將公證人在場作為肯定筆錄特信性因素者，然其亦肯定宣誓程序為肯認特信性之積極因素之一²⁵⁹。而本案依中國刑事訴訟法實施訊問時，從訊問經過並無發現令受訊問人宣誓或曾說明偽證刑責之處置²⁶⁰，故取證人員如曾於訊問前為此處置，應有加強特信性要件之效果。

3、**特信性之判斷對象不同**：不論是角川古柯鹼案或福岡滅門案，兩案一、二審判決均將證人陳述內容本身作為特信性之判斷對象，惟前者之最高裁判所異於其一、二審之見解，指出應單純從外部客觀情事判斷是否具有特信性；而後者之最高裁判所，則未詳細就此部分表示見解。就此，似可看出兩案之一、二審法院所持之見解，係沿襲向來之實務見解²⁶¹，而與最高裁判所並不一致。惟從角川案至福岡案之發展來看，吾人應可推論日本實務就偵查互助之依據、準據法適用、取證方式及證據評價之標準等問題，已逐漸形成實務之定見。

²⁵⁸ 島伸一，前揭註 218，頁 67。

²⁵⁹ 川出敏裕，前揭註 223，頁 100-101。

²⁶⁰ 依據中國刑事訴訟法第 98 條規定：「詢問證人，應當告知他應當如實地提供證據、證言和有意作偽證或者隱匿罪證要負的法律責任」，刑法第 305 條亦設有關於偽證罪處罰之規定，但在刑事訴訟程序上並無規定關於宣誓或具結之程序，相關法條參閱維基文庫，<http://zh.wikisource.org/wiki/%E4%B8%AD%E5%8D%8E%E4%BA%BA%E6%B0%91%E5%85%B1%E5%92%8C%E5%9B%BD%E5%88%91%E4%BA%8B%E8%AF%89%E8%AE%BC%E6%B3%95>。

²⁶¹ 最高裁判所昭和 30 年 1 月 11 日判決，前揭註 234，頁 14。

肆、檢察官囑託取得外國法院之審判筆錄²⁶²

一、案例事實及歷審見解

本案係從事海運業之韓裔中國人被告 X，與日本黑道組織人員 A、B 及韓國人水產品貿易業者 C 等人共謀營利，將約 100 公斤之安非他命藏匿於裝蜆貝之麻袋並裝載在貨船後，經由海路走私進入日本，而涉及違反安非他命取締法、關稅法之案件。X 在本案安非他命從港口貨船裝卸至卡車後，在通過海關前被正在監視之海上保安官發現而以現行犯逮捕，雖其涉及上開犯行，但就其與共犯間謀議之內容、走私資金之流向等證據，除在大韓民國因仲介安非他命買賣被判處徒刑之共犯 C 於首爾地方法院審判時之陳述外，並無其他證據可資證明。故案發後日本鳥取地方檢察廳檢察官，即經由國際刑事司法互助取得本案審判筆錄，並連同日語譯文²⁶³向第一審法院請求作為證據使用。由於被告並未同意作為證據，因此記載 C 陳述之審判筆錄，是否該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款規定而有證據能力，即成為審判時之爭點。被告則自偵查至審判以來，均稱並無與其他共犯共謀，且不知悉麻袋內裝有安非他命等語，為無罪之抗辯。

一審鳥取地方裁判所米子支部審理後，認為「大韓民國審判筆錄（節略）是大韓民國之法官、檢察官、律師出席，記錄在公開法庭受告知拒絕陳述權之 C 等人陳述之記錄，在同法庭由否認走私、仲介安非他命合意及故意之 A、B 及其等之辯護人在場，並進行反對詰問。本案 A 和 B 逃亡至韓國被捕，且否認走私安非他命，從其他日本國內有關人士亦無法釐清本案走私安非他命合意之內容與具體經過的情況下，除依照 C 之陳述判斷外，實別無他法。再者，記錄 C 供述之書面，就審判筆錄程序之正當性與陳述內容之可信性觀點而言，可謂係最為妥適之證據」，而肯定筆錄之證據能力並判決 X 有罪，X 則提起上訴。

二審廣島高等裁判所松江支部審理後，認為「本案證明被告走私安非他命合意內容之大韓民國審判筆錄，可認為因 C 在國外而無法於準備或審判期日到庭陳述，且該陳述係證明犯罪事實存否所不可欠缺之證據；又該陳述是大韓民

²⁶² 即文獻所稱「大韓民國審判筆錄之證據能力（大韓民國公判調書の証拠能力）案例」，參閱鳥取地方裁判所米子支部平成 13 年 7 月 12 日判決，刑集 57 卷 10 號，頁 1064；廣島高等裁判所松江支部平成 14 年 2 月 4 日判決，刑集 57 卷 10 號，頁 1072；及最高裁判所平成 15 年 11 月 26 日第一小法庭判決，刑集 57 卷 10 號，頁 1057。

²⁶³ 關於此日語譯文證據能力之討論，參閱山田耕司，大韓民國の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書と刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいう「特に信用すべき情況」；最高裁判所判例解説，法曹時報，57 卷 12 號，2005 年，頁 303-304。氏認為一、二審判決依照第 323 條第 1 款公務書面之傳聞例外規定，而肯定譯文證據能力之見解，似不妥當。

國法官、檢察官及律師出席，記錄在公開法庭受告知拒絕陳述權之 C 等人陳述之記錄，並由否認關於走私、仲介安非他命合意及故意之 A、B，及其等之辯護人在場進行反對詰問，故可認為係在特別可信情況下作成，依刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款，應有證據能力」，而駁回 X 之上訴。就此，辯護人則主張「關於被告與 C 等人共謀走私之重要證據，只有 C 於我國審判權所不及之大韓民國首爾地方法院之陳述，該陳述是在被告無法在場之大韓民國法庭所作成，被告對該陳述內容無法進行反對詰問，雖然 C 陳述時在同法庭有共犯 A、B 及其等之辯護人在場，然 A 等人與被告係利害相對，無法為被告進行反對詰問，且未就陳述之信用性加以斟酌、檢討，雖然 A、B 否認共謀及故意，而爭執 C 陳述之可信性，卻因法制度相異而未能充分保障其等之反對詰問權。就此來看，訴訟法與我國不同之大韓民國審判筆錄，實難謂該陳述係在特別可信情況下所作成」等理由，而提起三審上訴。

最高裁判所審理後，則認為「依據第一審判決及原判決之認定及記錄，本件審判筆錄是記錄因身處日本國外，而無法於準備或審判期日到庭之 C 的陳述，且為證明本件合意走私安非他命內容所不可欠缺之證據，其上開陳述係依照得依己意任意陳述而具有程序保障之大韓民國法令，在該國法官、檢察官及辯護人出席之公開法庭下，經告知對訊問拒絕陳述之要旨後作成。如此作成之本件審判筆錄，由於足認係在特信性情況下而錄取之陳述，原判決依刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款規定認定有證據能力，洵屬正當」，而駁回被告上訴，本案因而確定。

二、案例檢討

有別於前述直接訊問或囑託外國司法、偵查機關訊問之情形，本案係日本檢察官經由國際偵查互助程序，取得他國既成之司法文書作為證據，嗣並經最高裁判所依照刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款傳聞例外規定，肯定具有證據能力之案例。雖然日本早期實務亦曾發生過類似案例²⁶⁴，惟並未詳述證據評價之理由，本案則有別於前述案例之型態，首次針對外國法官作成之審判筆錄予以評價，因此在類型化之取證實務上，實具有參考之價值。

由於本案筆錄是由外國法官作成，則首先應探討者，為日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 1 款之法官面前筆錄規定，得否作為本案適用傳聞例外之評價依據。針對此問題，有學者主張，在採取近代刑事訴訟法制度之國家，於法官出席之公開法庭所作成之陳述，似得以「準用」方式肯定其特信性²⁶⁵；或認為

²⁶⁴ 參閱註 191-193 案例。

²⁶⁵ 松浦繁，最新重要判例評釈（119）大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷におけ

在他國審判程序與日本極為相似之前提下，對該審判筆錄非無以「類推適用」方式予以肯定之見解²⁶⁶。而反對上述意見者，則認為由於外國制度、文化背景與日本有根本性之差異，故不能在法官面前作成，即認為得以「準用」或「類推適用」方式肯定其特信性²⁶⁷。上開正反兩種見解固均有其理，惟現今學說及實務多數意見認為，第 321 條第 1 項第 1 款所指之「法官」應不包括外國法官。本文認為，各國法官之任用資格、程序等相關法律制度不同，配合各國實務運作情形亦屬有異，因此實難將外國法官與本國法官作成之筆錄相提並論；且基於避免不當擴大承認傳聞例外而剝奪被告對質詰問權，不僅不能「準用」或「類推適用」第 321 條第 1 項 1 款，更應回歸同項第 3 款傳聞例外之基本規定判斷，始為妥適。就本案適用第 321 條第 1 項第 3 款之要件而言，因共犯 C 在韓國被判刑而無法至日本出庭，且其陳述為證明被告 X 共謀走私安非他命之事實所不可欠缺，故主要之爭點，應在於該審判筆錄是否具備特信性要件。以下則專就此部分加以說明。

（一）特信性判斷之當否

本案最高裁判所肯定審判筆錄具備特信性之理由，係以「本案筆錄係依照得依己意任意陳述而具有程序保障之大韓民國法令」，於「該國法官、檢察官及辯護人出席之公開法庭下」，並在「告以得對訊問拒絕陳述之要旨後作成」為其理由。關於上開三項理由贊否不一之看法，大致如下：

1、「筆錄係依照得依己意任意陳述而具有程序保障之大韓民國法令作成」：就此部分來看，論者多從韓國之刑事審判制度內容加以檢討，對於已採取傳聞法則、自白法則、告知拒絕陳述權、交互詰問及違法蒐集證據排除法則等訴訟制度之大韓民國，認為其法律制度已採取近代刑事訴訟法之基本理念，故應肯定該審判筆錄之特信性²⁶⁸；然亦有認為，任意陳述本身僅能說明無誘發虛偽陳述之情形而消極擔保陳述之可信性，單憑該理由作為肯定特信性之論據，

る供述について、刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号の特信情況があるとされた事例，現代刑事法，6 卷 10 號，2004 年，頁 93。

²⁶⁶ 早野曉，大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書が刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号の書面に該当するとされた事例，法學新報，112 卷第 9・10 號，2006 年，頁 479。

²⁶⁷ 松田岳士，大韓民国の公判調書の証拠能力，ジュリスト，1269 號，2004 年，頁 201。

²⁶⁸ 山田耕司，大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書と刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいう「特に信用すべき状況」：最高裁判所平成 15 年 11 月 26 日第一小法廷決定，ジュリスト増刊：最高裁判所時の判例 V，2007 年，頁 438-439；早野曉，大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書と刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいう「特に信用すべき状況」，法律時報，76 卷 3 號，2004 年，頁 112；松浦繁，前掲註 265，頁 94。

並不充分，故採取否定之見解²⁶⁹。

2、「於該國法官、檢察官及辯護人出席之公開法庭下作成」：有學者認為，在公開法庭下作成，係實際保障得自由為任意陳述之權利，且由檢察官及辯護人兩方及中立第三者之法院，就任意陳述內容之真實性予以詰問斟酌，可謂已高度保障其可信性²⁷⁰；然亦有認為，此種情況僅能消極擔保陳述之可信性，必須配合包括陳述對陳述人本身不利益內容等情事，始得積極予以肯定之看法²⁷¹。

3、「告以得對訊問拒絕陳述之要旨後作成」：有學者認為，得據此知悉實際上並無強迫陳述之情形，而更加存在擔保陳述可信性之外部情況²⁷²；亦有認為，即使在此情況下，由於未經刑事上利害關係人為有效之反對詰問，而降低該陳述之可信性，特別是共犯之陳述因有轉嫁責任之危險，故不能以得任意陳述即保證其具有可信性情況²⁷³，而採取相反之見解。

對於上述各項見解，本文則認為，在取得外國司法機關既成文書之取證態樣下，原本即無法由本國司法人員在場見聞，而於將來審判時出庭接受詰問檢驗取證當時之外部客觀狀況，因此在判斷具備特信性與否時，更應著重於兩國間訴訟制度差異之比較，與案件實際進行之狀況。尤其更應審視近代刑事訴訟法保障被告訴訟權利與正當程序等基本理念，是否已落實於該國刑事訴訟實務而定；不能僅因係外國法院之審判筆錄，即逕予肯定其證據能力。因此，從本案歷審見解所述上開三點情況，可謂已檢視大韓民國刑事訴訟制度結構，而確認具有特信性要件所應具備之自然性、真誠性及公示性等性質，故綜合上述三項理由考量，應採取肯定之結論。

另外，一、二審判決將「由否認關於走私、仲介安非他命合意及故意之 A、B，及其等之辯護人在場進行反對詰問」，作為肯定特信性之理由，最高裁判所裁定則未採取此項見解，故論者有認為其原因在於，最高裁判所認為自外部客觀情事即可肯定本案之特信性，因此無特別將反對詰問之實施作為理由之必要²⁷⁴。再者，針對反對詰問之實施與否，學者亦有指出，最高裁判所將來就同類

²⁶⁹ 松田岳士，前揭註 267，頁 201。

²⁷⁰ 松浦繁，前揭註 265，頁 94。

²⁷¹ 松田岳士，前揭註 267，頁 201。

²⁷² 松浦繁，前揭註 265，頁 94。

²⁷³ 松田岳士，前揭註 267，頁 201。

²⁷⁴ 山田耕司，大韓民國の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書と刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいう「特に信用すべき情況」：最高裁判所平成 15 年 11 月 26 日第一小法廷決定，ジュリスト，1265 號，2004 年，頁 118。

案件應更進一步考量共犯供述之危險性為宜之看法²⁷⁵。就此本文認為，本案反對詰問之實施結果，雖未必確實能檢驗 C 所陳述有關被告 X 主觀犯意之可信性，然因被告 X 係處於接受對立方質問之狀態，對於 C 陳述時之外部情況而言，應仍具有提高訊問程序特信性之作用，故本案一、二審判決將上開情況作為理由，應得肯認。最後，關於本案之涵攝範圍，論者多認為不僅限於韓國法院之審判筆錄，任何在外國法院審判庭以被告立場陳述者，如依照得依己意任意陳述之刑事審判程序法令而為陳述者，亦即採取上開近代刑事訴訟法理念制度之外國法院審判筆錄，亦均為本案射程所及²⁷⁶，本文基於前段所述之相同理由，亦贊同之。

（二）我國法上之省思

由於我國國際地位與外交處境之故，目前我國在審判實務上發生之互助取證案例，多以取得外國偵查或司法機關之既成文書為主，而少有直接或囑託訊問之例。因此，本案日本一、二審及最高裁判所之見解，對我國現況而言，即具有提示參考之價值。換言之，本案如發生於我國，依我國現行傳聞例外法制，實應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 之基本規定，而不能逕以第 159 條之 4 特信性文書作為判斷標準，因此類書面明顯屬個案作成性質，而不具備特信性文書之例行性甚明。另外，依照案例事實所知，本案 C 之陳述為證明被告 X 與其他共犯間謀議內容、走私資金流向之唯一證據，依照我國刑事訴訟法第 156 條第 2 項之規定，共犯之自白不得作為有罪判決之唯一證據，仍應有其他補強證據始得為有罪判決²⁷⁷，因此本案如無其他補強證據，在我國法院審理之結果，即可能有所差異。

伍、小結

從以上介紹之五件案例可知，日本實務有關司法互助取證之方式包括：一、由檢察官直接至國外訊問取得（拉斯托波羅夫案），二、檢察官聲請法官囑託外國法院訊問取得（洛克希德案），三、檢察官囑託外國偵查機關訊問取得（角川古柯鹼案、福岡滅門案），與四、檢察官囑託取得外國司法機關之文書（大韓民

²⁷⁵ 岡田悅典，共犯者の供述を記載した大韓民国における公判調書の証拠能力，法学セミナー，596 號，2004 年，頁 116。

²⁷⁶ 早野曉，前揭註 268，頁 112；松浦繁，前揭註 265，頁 95；山田耕司，前揭註 263，頁 302 等等。

²⁷⁷ 此部分我國與日本實務見解不同，因日本實務向來認為共犯之自白非憲法第 38 條第 3 項及刑事訴訟法第 319 條第 2 項所指之「自白」，因此不需補強證據而係可由法官自由心證認定其證明力（最大判昭和 33 年 5 月 28 日，刑集 12 卷 8 號 1718 頁，即「練馬事件」），而作為判決被告有罪之唯一證據。學說上則認為，即使如判例所言不需補強證據，然在認定前應充分經過反對詰問慎重斟酌，乃屬當然，三井誠，前揭註 74，頁 243-244。

國之審判筆錄案)等形態，上開案例所採取境外供述證據適用傳聞例外之判斷方式，相當具有之參考價值。以下則分別說明之：

首先，就**證據取得階段**之囑託程序合法性問題，拉斯托波羅夫案係日本檢察官經由外務省與美國聯繫並取得同意後，在美國境內依照日本刑事訴訟法直接對證人偵訊取證，洛克希德案則是由日本法官經外務省囑託美國法院法官依照美國刑事訴訟程序訊問證人，上開兩案進行刑事司法互助之主體及適用準據法雖有不同，惟判決理由均肯定程序之合法性。角川古柯鹼案則由日本檢察官經外務省囑託美國偵查當局，依循美國刑事訴訟法規定取得宣誓陳述書，該案判決亦肯定日本檢察官請求外國偵查互助之合法性，論者亦進而主張檢察官囑託外國偵查互助之程序合法性依據，係基於日本刑事訴訟法第 197 條第 1 項有關任意偵查之規定，及國際刑事司法互助之互惠原則。至於福岡滅門案與大韓民國審判筆錄案，雖未特別對檢察官請求外國偵查互助之合法性予以說明，然從判決理由可知，兩案顯然承襲角川古柯鹼案以來之見解，而肯定囑託程序之合法性。故從上開案例之發展可知，無論是何種取證型態，日本實務迄今為止對於證據取得階段之囑託程序合法性問題，均採取肯定之立場。

其次，就**證據評價階段**而言，上開案例除洛克希德案係以賦予刑事免責權為理由，而否定囑託訊問筆錄之證據能力外，其餘案例均肯定各該供述筆錄之證據能力。拉斯托波羅夫案中，判決理由肯定訊問筆錄該當傳聞例外之依據，係依日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款檢察官面前筆錄之規定；角川古柯鹼案、福岡滅門案及大韓民國審判筆錄案，則認為該當同項第 3 款司法警察人員等面前筆錄之規定。雖然洛克希德案否定囑託訊問筆錄之證據能力，惟判決理由已詳細檢討可能適用之傳聞例外規定，最後亦肯定應適用之傳聞例外，為第 321 條第 1 項第 3 款之規定；且該案中所提出「對照日本刑事訴訟法全體之精神」之證據排除標準，亦為其後各案例所承襲。再者，就適用上開傳聞例外規定之重點來看，除拉斯托波羅夫案著重於是否該當傳喚不能要件之檢討外，其餘案件之判決理由，主要均集中於闡述說明特信性要件。雖由於上開個案有取證程序之差異，而無法求得完全一致之標準，且各判決理由所提出者均得否作為特信性判斷之依據，在學說上尚有異論，然而歸納各該判決理由，吾人仍可得出下列幾點，作為特信性判斷之參考：

1、**程序是否具有公正性或公開性**：例如在洛克希德案中，承審法院認為「訊問證人程序係在美國法院，由具有該國法曹資格之執行官，按照美國訊問規則指揮執行，且對證人代理人所提出之異議，以公平之立場裁決，顯係立於公正公平之立場主導程序」；角川古柯鹼案中，承審法院認為該宣誓陳述書，係「基於日本政府向美國政府請求偵查互助而作成」；福岡滅門案中，法院認為該案之

司法互助，「係國家間基於國際禮讓，由日本請求中國為任意之偵查協助，該程序係以任意偵查之方式合法實施，並依照該國法令所定程序蒐集證據」；以及大韓民國審判筆錄案中，法院所採認該筆錄係「在該國法官、檢察官及辯護人出席之公開法庭下」作成之見解，均強調取證程序之公正性或公開性，得作為決定特信性之因素。

2、陳述是否具有任意性：由於各該案例之證人與被告均具有共犯關係，因此多於訊問前被告以緘默權，例如角川古柯鹼案中，「陳述人在經告以緘默權後，對於美國偵查官員及日本檢察官之訊問任意陳述」；在福岡滅門案中，偵訊係「在調查人員告知拒絕陳述權後，基於日本偵查人員事先作成之訊問事項而實施，且無特別追究或誘導式的訊問」；大韓民國審判筆錄案中，筆錄係「依照得依己意任意陳述而具有程序保障之大韓民國法令，並在告以得對訊問拒絕陳述之要旨後作成」等，均指明供述之任意性，得作為特信性判斷之因素。

3、是否宣誓及告以偽證處罰：例如洛克希德案中，「執行官訊問時，已令證人宣誓並告以如為虛偽陳述將受偽證罪處罰之要旨」；角川古柯鹼案中，宣誓陳述書係「於公證人面前，記載表明在偽證罪制裁下所作成之陳述內容係真實之意旨而簽名等」等，均認為宣誓及告以偽證處罰，得作為特信性之判斷因素。

4、是否已確認筆錄記載與供述一致：例如洛克希德案之筆錄，「係由公認速記員依一問一答之訊問方式正確記錄，訊問完畢並令證人閱讀及訂正無誤後簽名」；角川古柯鹼案之宣誓陳述書，係「由檢察官在公證人面前朗讀上開記錄後，末段並親自記載『在知悉如所述不實，將受偽證罪處罰之基礎上，斷言以上所述係真實並正確無誤』等語而簽名」；福岡滅門案之訊問筆錄，係「全部均以一問一答之形式作成，偵訊後由 B 和 C 閱覽筆錄確認內容無誤後，陳述『與我所述內容相符』而在各頁簽名按捺指印」等，亦強調確認筆錄記載與供述一致，得作為特信性之判斷因素。

從以上案例之演進過程可知，日本目前實務就司法互助取證之發展，可謂已漸漸從早期著重囑託程序合法性之探討，逐漸轉移至傳聞例外要件（尤其是特信性要件）之判斷，近來之福岡滅門案之爭點，更進而探討證據排除標準之問題，故對司法互助取證之證據能力問題，似漸有趨於細緻化之討論。然由於最高裁判所在洛克希德案所建立之證據排除標準，與向來實務違法蒐集證據排除法則之「違法重大」與「排除相當」的標準不同（詳第四章所述），伴隨今日國際間司法互助之蓬勃發展，可預期未來之日本實務及學說，在相關議題方面，將會有更為深化而細緻之發現。

第二項 我國實務案例檢討

壹、檢察官至國外直接訊問及囑託外國偵查機關訊問取得²⁷⁸

一、案例事實及歷審見解

本案為我國司法互助史上，首次正式由檢察官等偵查人員實施境外取證之案例，對於我國此類實務運作格外具有開創之意義。案例事實為被告 A 與被害人甲之父乙為舊識，因而知悉乙經營電子遊藝場獲利甚豐，遂與 B（不詳真實姓名之人）、C、D、E、F（D、E、F 為大陸地區人民）及 X、Y、Z（為在澳門地區受審之共犯）等人，共同基於擄人勒贖之犯意聯絡，先與 B 安排使 D、E、F 等人偷渡來臺，並以偽造之身分證租屋藏匿，迨備妥相關工具、帳戶及藏匿肉票處所後，再與 B、D、F 持槍挾持甲而予以拘禁，嗣後並從大陸廈門地區撥打電話向乙勒贖港幣一億元（後降至一千萬美金），指示其匯入由 X 所取得之澳門某特定帳戶中，A、C、D、E、F、X 等六人即因涉犯刑法第 347 條第 1 項擄人勒贖等罪，被檢察官提起公訴。案發當時承辦之臺灣板橋地方法院檢察署檢察官，即指揮警方專案小組成員請求澳門特別行政區警察總局協助偵辦，而在澳門監聽、跟監及逮捕被告 X、Y、Z 等澳門地區共犯成員，嗣後又循線逮捕在臺灣之共犯 A、C、D、E、F 等人，並順利救出被害人甲。由於 X、Y、Z 等人涉及違反澳門地區「有組織犯罪法」，故案發後即由澳門特別行政區檢察院羈押於澳門監獄偵辦，板橋地檢署檢察官為能了解 A、C、D、E 與 X、Y、Z 等人犯罪謀議之分工及經過，故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請求訊問羈押中之 X、Y、Z（Y、Z 於本案係以證人身分接受詢問，合先敘明），筆錄作成方式乃由我方擬具訊問要點後交澳門特別行政區檢察院檢察官代為訊問，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，並作成勘驗筆錄；另外，警方人員亦曾直接在澳門警察局訊問 X 而作成警詢筆錄，檢察官並曾於乙住宿之飯店房間內訊問乙而作成偵訊筆錄。故本案審理時，以 X 為主之該等筆錄有無證據能力之問題，即成為爭論之重點²⁷⁹。

一審臺灣板橋地方法院分別以刑事訴訟法第 159 條之 3 與第 159 之 1 第 2 項之規定，肯定共同被告 X 之警詢及偵訊筆錄之證據能力，其中警詢筆錄部分係認為：刑事訴訟法第 159 條之 3 屬於例示規定，因 X 現在羈押於澳門監獄，事實上無法傳喚其到庭訊問，其既為本案共犯之一，則其於警詢中之陳述自屬

²⁷⁸ 最高法院 96 年度台上字 1676 號、96 年度台上字第 7335 號、98 年度台上字第 1941 號；臺灣高等法院 95 年度囑上重訴字第 3 號、96 年度囑上重更(一)字第 24 號、97 年度囑上重更(二)字 1 號判決；及臺灣板橋地方法院 94 年度囑重訴字第 1 號判決等等。以下本文乃簡稱為「澳門擄人勒贖案」，且僅就 X 筆錄之證據能力加以檢討，其餘部分則不予贅述。

²⁷⁹ 關於詳細取證經過，請參閱羅松芳，論境外獲案資料之證據能力：以兩岸四地之犯罪為例，東吳大學法律學系中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2008 年。

於與犯罪事實存否相關之事實而具有必要性；又詢問過程有當地之澳門司法警察陪同當場製作筆錄，X 之陳述係出於其自由意志等事實，亦經製作筆錄之員警到庭證述屬實；且參酌共犯 A 等人所供述之相關內容，核與 X 於警詢中所述大致相符，可認 X 警詢陳述內容之觀察、記憶、表達應屬正確，而無虛偽之情事，故 X 當時陳述時之外部客觀情況應未受到其他外力影響而具有特信性²⁸⁰。

²⁸⁰ 原判決文為「一、按被告以外之人(含共同被告)於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或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。刑事訴訟法第一百五十九條之三定有明文。又我國刑事訴訟法第一百五十九條之三之立法體例與一般例示性規定之立法體例不同，但本條之立法目的既係為了解決不能供述時檢察事務官及司法警察(官)詢問筆錄之證據能力問題，若該被告以外之人確實有傳喚或訊問不能之情形，且其筆錄又符合必要性及特別可信性情況保證二要件之要求時，縱其不能到庭或不能訊問之事由與刑事訴訟法第一百五十九條之三所列四款之要件並非完全符合，但解釋上可認為本條所規定之四款情形僅屬例示規定，若有類似之情形，應仍有其適用而可賦予筆錄證據能力，以助於真實發現，否則若認本條係採嚴格之限制性規定，將會使得一些具有必要性及特別可信性情況保證之審判外陳述，將因無法適用本條傳聞法則例外之規定而無法取得證據能力，如此將之衡平，而致使與事實相符之證據被排除，故解釋上應可認本條所列四款情形係屬例示性規定，以免因限制過嚴妨礙真實發現。查共同被告庚○○於司法警察調查中之供述，固為審判外之言詞陳述，惟其因在境外之澳門地區經當地司法警察機關查獲後，現羈押於澳門監獄，由澳門特別行政區檢察院偵查中，是本院事實上無法傳喚其到庭訊問，而被告庚○○係在澳門司法警察局接受臺北縣政府警察局板橋分局員警詢問，詢問過程當地之澳門司法警察亦陪同當場製作筆錄，被告庚○○之供述係出於其自由意志等事實，業據證人辛○○即製作筆錄之員警於本院審理時結證屬實(詳本院九十四年十一月二十五日審判筆錄)，是被告庚○○當時陳述時之外部客觀情況值得信用保障，即並未受到其他外力之影響而可信，且參酌被告丁○○於本院審理時供稱『柯琪等人的帳戶，是在綁人的前二、三天就找好，我只有要庚○○去找柯琪，最後委託庚○○領這筆錢，我直接跟柯琪要一個帳戶，我說錢要轉到大陸、…贖金降到一千萬元美金，是由龍哥去跟戊○○談的，戊○○將錢匯出去之後，由庚○○搭機前往澳門領取贖款』(參見本院九十四年八月三日準備程序筆錄第 3、4 頁)，及被告葉坤於本院審理時承認有告訴被告庚○○有關丙○○的身分證號碼、行動電話門號等資料等情；及於警詢中供稱『(問：你稱未與丁○○等人參與綁架丙○○，為何於九十四年四月二十二日二十一時四十二分十五秒，庚○○以行動電話 0000000000 與你所使用之 0000000000 行動電話聯絡，內容你曾提供被害人丙○○所使用行動電話 000000 0000 及所使用交通工具、年齡等資料，你作何解釋？)因為庚○○打電話給我我要我提供資料，我知道他們與丙○○父親有些仇恨，所以我就告訴他們』等語(詳 94 年度偵字第 8421 號偵查卷卷第 67 頁)，核與被告庚○○於警詢中供稱『(問：你們如何分工？)我僅負責到澳門提款，至於綁人則由他們負責』、『(問：警方根據二 0 0 五年四月二十二日二十一時四十二分十五秒由你所使用之行動電話 0000000000 打出給 0000000000 號之監聽電話內容中曾提及 0000000000 這個就是主角了，上述兩支電話係何人使用？)0000000000 是丙○○使用，另 0000000000 是小葉《癸○○》在使用』、『(問：癸○○於本案中有無參與？)癸○○除提供被害人丙○○所使用之手機門號、使用車輛車號、平日作息出入地點外，至於有無參與綁架行動我並不清楚』等語(參見 94 年度偵字第 8421 號偵查卷卷一第 59、60 頁)大致相符，可認被告庚○○於警詢中之供述其觀察、記憶、表達應屬正確，並無虛偽之情，是其於警詢之供述可認具有可信之特別情況，且其既為本案之共犯之一，則其於警詢中之供述自屬於與犯罪事實的存否相關的事實，並為證明該犯罪事實在實質上為必要，即可認為證明犯罪事實之存否所必要，是參照首揭條文所示情況，自可認被告庚○○於警詢中之供述，符合該條文所示之情況與要件，自得為證據。

至於**偵訊筆錄**部分則認為：本案係由臺灣板橋地方法院檢察署囑託澳門特別行政區檢察院檢察官訊問，訊問當時在場人員有澳門特別行政區檢察院檢察官、書記、臺灣板橋地方法院檢察署主任檢察官、檢察官、書記官、臺北縣政府警察局板橋分局刑警隊副隊長、巡官及翻譯、辯護人等人在場，訊問當時 X 精神狀況良好，訊問方式係採取一問一答之方式，過程並無發現不當訊問之處，筆錄問答之順序與偵查過程稍有出入，惟其內容與訊問筆錄記載一致，並經法院當庭勘驗澳門特別行政區檢察院所檢送訊問當場之影音錄音帶無訛，可認 X 之陳述任意性已獲擔保，此外亦無證據可證明有其他顯不可信之情況，故肯認其陳述得為證據²⁸¹，因而判處被告 A 等人有罪，被告 A 等嗣後提起上訴。

二審臺灣高等法院亦依照上開法條肯定 X **警詢及偵訊筆錄**之證據能力，所憑理由大致亦與一審所述相同（按：就被告 A 之辯護人所主張 X 於澳門所製作之警詢筆錄，因未經錄音、錄影依法應無證據能力一點，則援引最高法院 93 年度台上字第 1074 號判決，認為 X 之供述係出於其自由意志且與事實相符而肯認其證據能力²⁸²，由於此部分非本文論述重點，僅作簡略說明如上），惟就被

²⁸¹ 原判決文為：「被告以外之人(含共同被告)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，刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項定有明文。此係因上開偵查中向檢察官所為之陳述雖仍為審判外之陳述，但立法者衡量刑事訴訟法規定檢察官代表國家偵查犯罪、實施公訴，依法有訊問被告、證人、鑑定人之權，且實務運作時，偵查中檢察官向被告以外之人所取得之陳述，原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，其可信性極高，為兼顧理論與實務為由，而對『被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述』，例外規定除有顯不可信之情況者外，得為證據。查臺灣板橋地方法院檢察署囑託澳門特別行政區檢察院檢察官訊問被告庚○○，而訊問當時在場人員有澳門特別行政區檢察院檢察官徐京輝、書記管權慧瑩、臺灣板橋地方法院檢察署主任檢察官羅松芳、檢察官張瑞娟、書記官王宏鈞、臺北縣政府警察局板橋分局刑警隊副隊長辛○○、巡官賴義芳及翻譯、辯護人等人，而訊問當時被告庚○○精神狀況良好，訊問方式採一問一答之方式，過程並無發現不當訊問之處，筆錄問答之順序與偵查過程稍有出入，惟其內容核與 94 年度偵字第 8421 號偵卷卷一第 510 至 512 頁反面之訊問筆錄記載一致，此有臺灣板橋地方法院九十四年六月三十日勘驗筆錄筆錄、澳門特別行政區檢察院嫌犯訊問筆錄(參見 94 年度偵字第 8421 號偵卷卷一第 502 —505 頁、512 頁反面)，並經本院當庭勘驗澳門特別行政區檢察院檢送之訊問當場錄製之影音錄音帶無訛，有本院九十五年四月十日勘驗筆錄在卷可證，是可認被告庚○○於接受訊問時，其自由意志未受壓抑，仍得自由供述，在場訊問之檢察官並無對之施以不正方式，是被告庚○○此部分之供述，其任意性可獲擔保，且無證據可證明有其他顯不可信之情況，是其供述得為證據」。

²⁸² 原判決文為「另按被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不當方法，且與事實相符者，得為證據，刑事訴訟法第 156 條第 1 項定有明文。同法第 100 條之 1 第 1 項前段關於訊問被告，應全程連續錄音，必要時並應全程連續錄影之規定，旨在輔助筆錄之不足，並擔保被告陳述之任意性。苟被告之自白確係出於自由意志，且其自白之陳述與事實相符，縱令警局或檢察官事後無法提出對其訊問之錄音或錄影帶以供法院勘驗比對，仍不得遽指警局或偵查筆錄不具證據能力。本件上訴人於警訊及檢察官偵查中之自白，雖已查無全程連續錄音之錄音帶，惟係上訴人自由意志下所為之供述，且與事實相符，應具證據能力(最高法院 93 年度台上字第 1074 號判決參照)。被告庚○○之選任辯護人雖主張被告陳嘉雄於澳門所製作之警詢筆錄，因未經錄音、錄影依法應無證據能力云云。惟查，雖檢察官並未提出被告陳嘉雄警詢時之錄音或錄影帶以供本院勘驗比對，然被告陳嘉雄係因在境外之澳門地區經當地司法警察機關查獲，現羈押於澳門監獄，由澳門特別行政區檢察院偵查中，且被告陳嘉雄

告 A 辯護人傳喚 X 出庭作證之請求，附帶敘明了無傳喚必要之理由²⁸³；就 X、Y、Z 於澳門特別行政區檢察院接受訊問時，由我國檢察官現場所作成之勘驗筆錄，則認為係第 159 條之 4 第 1 款之特信性文書而有證據能力²⁸⁴，至於澳門特別行政區檢察院出具證明書並用鋼印認證之相關卷宗資料及上開筆錄，則依同條第 3 款有證據能力，而駁回被告 A 等人上訴。被告 A 等 4 人（其中 1 人未上訴而確定）則提起三審上訴。

最高法院審理後除就被告 A 部分認有實體上問題而撤銷發回²⁸⁵外，其餘 3 名被告則以程序之理由駁回上訴而確定，被告 A 部分嗣後則再經二度發回更審後確定，歷審有關本案筆錄證據能力判斷之理由則大致相同。其中，最高法院 96 年度台上字第 7335 號判決，指摘二審未調查 X 於審理時是否存在不能供述

係在澳門司法警察局接受臺北縣政府警察局板橋分局員警陳榮順詢問，詢問過程亦由當地之澳門司法警察陪同當場製作筆錄，被告陳嘉雄之供述係出於其自由意志且與事實相符等情，業如前述，依上開最高法院判決意旨，被告陳嘉雄之警詢筆錄應有證據能力」。

²⁸³ 原判決文為「另按『如法官於審判外或檢察官於偵查中訊問被告以外之人之程序，未予被告或其辯護人行使反對詰問權之機會，除非該陳述人因死亡、或身心障礙致記憶喪失或無法陳述、或滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、或到庭後無正當理由拒絕陳述外，均應傳喚該陳述人到庭使被告或其辯護人有行使反對詰問權之機會，否則該審判外向法官所為陳述及偵查中向檢察官所為陳述，均不容許作為證據，以保障被告之反對詰問權，並符憲法第 8 條第 1 項及第 16 條之規定意旨。』（最高法院 94 年度台上字第 3728 號判決意旨參照），查被告陳嘉雄因在境外之澳門地區經當地司法警察機關查獲，由澳門特別行政區檢察院偵查中，現羈押於澳門監獄等情，已如前述，縱本院依法傳喚，衡情被告陳嘉雄亦無法以證人之身分到庭作證，並接受其他被告或渠等選任辯護人之詰問，故本件被告陳嘉雄顯有例外不能到庭接受詰問之正當情況，依上開最高法院判決意旨證人陳嘉雄於偵查中所為之供述，亦有證據能力。被告丙○○、庚○○之選任辯護人雖均請求本院傳喚共犯陳嘉雄出庭作證，惟陳嘉雄現羈押於澳門監獄，顯無法到庭等情，業如上述，是本院認並無傳喚陳嘉雄之必要，併予敘明」。

²⁸⁴ 原判決文為「三、關於澳門特別行政區檢察院出具證明書並用鋼印認證之相關卷宗資料、被告陳嘉雄、證人陳家銘、李澤清於澳門特別行政區檢察院之詢問筆錄、光碟片及臺灣板橋地方法院檢察署勘驗被告陳嘉雄、證人陳家銘、李澤清接受訊問時所製作之勘驗筆錄及全程錄音錄影光碟片之部分：(一)按除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：一 除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。二 除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。三 除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書。刑事訴訟法第 159 條之 4 定有明文。(二)被告丙○○之選任辯護人主張上開澳門特別行政區檢察院出具證明書並用鋼印認證之相關卷宗資料及其他證據，均為審判外之書面陳述係傳聞證據，無證據能力云云。惟查：1.臺灣板橋地方法院檢察署勘驗被告陳嘉雄、證人陳家銘、李澤清於澳門特別行政區檢察院接受訊問時所製作之勘驗筆錄等資料，係偵辦本案之檢察官於職務上所製作之紀錄文書，並無顯不可信之情況，依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款之規定自有證據能力。2.澳門特別行政區檢察院出具證明書並用鋼印認證之相關卷宗資料及被告陳嘉雄、證人陳家銘、李澤清於澳門特別行政區檢察院之詢問筆錄等證據，均係澳門特別行政區檢察院依當地法令所製作，且被告陳嘉雄、證人陳家銘、李澤清於澳門特別行政區檢察院接受訊問時所製作之筆錄，復經臺灣板橋地方法院檢察署勘驗無訛，自屬於可信之特別情況下所製作之文書，依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款之規定亦有證據能力」。

²⁸⁵ A 部分另請參考臺灣高等法院 96 年度囑上重更(一)字第 24 號判決、最高法院 96 年度台上字第 7335 號判決、臺灣高等法院 97 年度囑上重更(二)字 1 號判決及最高法院 98 年度台上字第 1941 號判決等。

之原因²⁸⁶，而撤銷 96 年度矚上重更(一)字第 24 號判決發回更審。其後，更二審之臺灣高等法院 97 年度矚上重更(二)字 1 號判決，則引據相關資料說明 X 仍滯留境外所在不明等情形，並認為警方在澳門警察總局對 X 所作成之警詢筆錄係依我國刑事訴訟法程序所製作，故無自限司法權範圍之必要而肯定其證據能力²⁸⁷。嗣後，終審之最高法院 98 年度台上字第 1941 號判決則以：1、檢察官依循

²⁸⁶ 原判決文為「(二)刑事訴訟法第一百五十九條之三，係為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，於本條所列各款原始陳述人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下，承認該等審判外之陳述，得為證據之規定。此項未能供述或不能供述之原因，係指於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。本件共同被告陳嘉雄雖於民國九十四年五月十七日羈押於澳門監獄(見外放之澳門特別行政區檢察院證明書(一)內附澳門特別行政區初級法院刑事起訴法庭批示)，然迄原審九十六年九月二十一日判決時已歷二年有餘，原判決既以第一審未依上訴人之聲請傳喚共同被告陳嘉雄到庭詰問為由，認其踐行之訴訟程序違法，資為撤銷第一審判決之理由之一(見原判決第四九頁第一至四行)，上訴人復於原審聲請傳詰陳嘉雄(見原審卷第四二頁)，則陳嘉雄是否仍羈押於澳門監獄？有無尋求台灣地區與澳門司法之相互協助之可能(香港澳門關係條例第五十六條參照)？上訴人稱已獲釋出獄，是否屬實？攸關原審調查證據時，該陳嘉雄先前不能供述之原因是否仍然存在。原審未遑為必要之查證，於理由欄壹、一、(一)、(二)照抄第一審判決，仍認其有不能陳述之情形，依上開規定認其警詢供述得為證據，其法則適用難謂適當」。

²⁸⁷ 原判決文為「按被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或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，刑事訴訟法第 159 條之 3 定有明文。按檢察事務官依法有調查犯罪及蒐集證據與詢問告訴人、被告、證人或鑑定人之權限；司法警察(官)依法亦具有調查犯罪嫌疑人犯罪情形及蒐集證據等職權，若渠等所作之筆錄毫無例外的全無證據能力，當非所宜。再者，如上開陳述，係在可信之特別情況下所為，且為證明犯罪事實所必要，而於審判程序中發生事實上無法直接審理之原因時，若仍不承認該陳述之證據適格，即有未洽，為補救實務上採納傳聞法則可能發生之蒐證困難問題，自以使上開陳述取得證據能力，始符實體真實發見之訴訟目的。經查：本件證人庚○○於司法警察調查中之供述，固為審判外之言詞陳述，惟其因在境外之澳門地區經當地司法警察機關查獲後，於原審及前審審理時仍羈押於澳門監獄，由澳門特別行政區檢察院偵查中，是原審及前審事實上無法傳喚其到庭訊問；至其現雖已因澳門地方法院判決無罪釋放，惟並未入境我國，目前仍遭原審法院通緝中，且因我國與澳門地區並無司法協定，無法調閱庚○○之相關判決書，有本院通緝紀錄表、內政部入出國及移民署 97 年 3 月 31 日移署資處亦字第 09710036560 號函暨所附入出國日期證明書及臺北縣政府警察局板橋分局 97 年 4 月 28 日北縣警板刑字第 0970015955 號函、97 年 4 月 8 日北縣警板刑字第 0970013490 號函各 1 件附於本院卷可稽，足證庚○○係滯留境外，且現所在不明，已無從傳喚到庭。故被告乙○○雖請求本院傳喚同案被告庚○○出庭作證，惟本院認已無從傳喚其到庭訊問，先此敘明。又庚○○係在澳門司法警察局接受臺北縣政府警察局板橋分局員警詢問，詢問過程當地之澳門司法警察亦陪同當場製作筆錄，庚○○之供述係出於其自由意志等事實，業據證人陳榮順即製作筆錄之員警於原審審理時結證屬實(見原審卷二第 223 頁至第 228 頁)，是庚○○陳述時之外部客觀情況已受保障，應未受到其他外力之影響，是其於警詢之供述可認任意性，而具有可信之特別情況，又其既為本案之共犯之一，是其於警詢中之供述自與犯罪事實存否相關，並為證明被告乙○○犯罪事實在實質上為必要，依上開說明，其於警詢中之供述，自具有證據能力。被告乙○○雖辯稱該庚○○警詢筆錄係在境外所為，無證據能力云云，然並未敘明所提境外製作警詢筆錄無證據能力之依據，且該警詢筆錄係我國司法警察依其調查犯罪之職權而執行其職務前往澳門地區，並依我國刑事訴訟法程序詢問庚

國際刑事司法互助管道所製作之訊問筆錄，實質上即與我國實施刑事訴訟程序之公務員借用他人之口、手作為道具，而完成自己份內工作之情形無異，參照上揭刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定之法理，該偵訊筆錄為適格之證據²⁸⁸；2、X 之偵訊筆錄係循國際刑事司法互助管道之程序製作，並由我國檢察官、書記官作成勘驗筆錄詳述訊問經過，第一審於審理時對此所為之勘驗筆錄已將外國公務員製作之訊問筆錄轉成我國刑事訴訟法上之適格證據²⁸⁹；3、上揭訊問經過之勘驗筆錄，性質上乃獨立之法定證據方法，非屬第 159 條之第 4 第 1 款之文書²⁹⁰；4、檢察官另自行率領所屬書記官在乙住宿之酒店房間訊問乙，係悉依

○○所製作之警詢筆錄，並非法之所禁，我國亦無自限司法權範圍之必要，是被告乙○○此部分所辯，自無可採」。

²⁸⁸ 原判決文為「(一)、被告以外之人在偵查中之陳述，性質上雖為傳聞證據，但現階段檢察官代表國家偵查犯罪，具有訊問被告、證人及鑑定人之權力，受訊問者倘居於被告以外之人之身分，尚須具結，衡諸實務運作，偵查檢察官原則上均能遵守法律規定，不致違法取供，信用性極高，刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項乃規定：『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。』以兼顧理論及實務。若檢察官為打擊跨國性之重大犯罪，依循國際刑事司法互助管道，遠赴海外，會同當地國檢察官對於犯罪集團之某成員實施偵查作為，提供偵訊問題，由該外國檢察官照單辦理，訊問前，並依該國與我國刑事訴訟法相同意旨之規定，踐行告知義務，確保被告之訴訟防禦權，復通知其辯護人到場，保障其律師倚賴權，訊問中，且予以全程錄音(甚或錄影)，訊問後，尚由被訊問人及其辯護人、會同訊問之各國(主任)檢察官、書記官(或人員)、翻譯人員與陪同在場之其他人員(例如承辦警員、錄影操作員)在筆錄上簽名確認，我國檢察官更命其所屬書記官就該訊問過程(含人員、時間、地點、囑託訊問之題目等項)作成勘驗筆錄，載明上揭訊問筆錄之內容(含其光碟片)核與實際進行情形相符，縱然該訊問筆錄係由外國之書記人員製作而成，不符合我國刑事訴訟法第四十三條規定，惟既有諸多人員在場，踐行之程序堪認純潔、公正、嚴謹，顯無信用性疑慮，實質上即與我國實施刑事訴訟程序之公務員借用他人之口、手作為道具，而完成自己份內工作之情形無異，參照上揭刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定法理，就在我國內之該犯罪集團其他成員被告以言，是項偵訊筆錄當應肯認為適格之證據」。

²⁸⁹ 原判決文為「陳嘉雄就上訴人而言，乃被告以外之人，因參與上訴人為本件擄人勒贖犯罪，在澳門地區被逮捕、羈押，我國板橋地檢署乃依循國際刑事司法互助管道，透過台灣高等法院檢察署、法務部、行政院大陸委員會、上揭委員會澳門事務處、台北經濟文化中心，獲得澳門特別行政區檢察院檢察長同意，指定該院檢察官率同(記錄)職員、錄影操作員、翻譯員，會同板橋地檢署主任檢察官指揮承辦偵查檢察官、書記官、司法警察(官)在澳門特別刑事調查組訊問陳嘉雄，所訊問題悉由我國檢察官提供，澳門檢察官照讀，訊問前告知其「在訴訟程序中已成為嫌犯」，並說明、解釋其訴訟防禦之權利及義務，其辯護人亦在場，訊問後，上揭各員均在筆錄之末簽名，我國(主任)檢察官旋命所屬書記官就上情製成勘驗筆錄，載明訊問時，我國隨行警官「全程錄音錄影，訊問內容如……澳門特別行政區檢察院嫌犯訊問筆錄」，有上開各機關公函、訊問筆錄、勘驗筆錄、光碟等在案可稽，第一審更勘驗該錄影光碟，發現確採一問一答方式，陳嘉雄精神狀況良好，無受不當取供之情形，訊答經過除順序稍異外，其內容仍與筆錄所載一致，亦有此勘驗筆錄存卷足考。原審僅略稱：『原審(按指第一審)勘驗該澳門特別行政區檢察院訊問陳嘉雄之勘驗筆錄應具有證據能力』，未就該外國之公務員製作之訊問筆錄如何得轉成我國刑事訴訟法上之適格證據一節，詳加說明其理論依據，固嫌欠周，但既已將之採為本件認定上訴人犯罪之依據，結果尚無違誤」。

²⁹⁰ 原判決文為「又板橋地檢署書記官在澳門所製作之上揭訊問經過勘驗筆錄，性質上乃獨立之法定證據方法，依刑事訴訟法第一百五十九條第一項及第二百零二條規定，即為適格之證據，

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，有該筆錄及結文附卷為憑，故該筆錄應有證據能力²⁹¹；5、依照釋字第 582 號解釋理由書及刑事訴訟法第 159 條之 3 之規定，及舉輕明重、舉重明輕之法理，被告以外之人在檢察官偵查中陳述之後，如有客觀上不能於審判中接受被告為反對詰問之情形，既係無可奈何之現實，即不生被告之訴訟防禦權遭不當剝奪之問題²⁹²等理由，駁回被告 A 之上訴，全案因而確定。

二、案例檢討

(一) 爭點及所涉法條規定

從前開歷審見解，可知與本文有關之證據能力爭點及傳聞例外規定如下：

1、X 在澳門警局接受我國警方人員詢問所為陳述之證據能力，其牽涉法條可能為刑事訴訟法第 159 條之 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、司法警察官或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」之「警詢筆錄」傳聞例外規定；2、X 接受澳門特別行政區檢察院檢察官訊問所為陳述之證據能力，及被害人乙在住宿之酒店接受我國檢察官訊問所為陳述之證據能力，所涉法條可能為第 159

原判決認係依同法第一百五十九條之第四第一款(除有顯不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書)之規定，而有證據能力，核屬誤會，然結論仍無不當，爰先予敘明」。

²⁹¹ 原判決文為「至板橋地檢署檢察官另在澳門林鐘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鐘義，乃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，有該筆錄及結文附卷為憑，原判決理由壹—伍末段指明：『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』，肯認該筆錄具有證據能力。經核於法並無不合，同予敘明。」

²⁹² 原判決文為「(二)、刑事被告之反對詰問權，係屬憲法第十六條所稱人民基本訴訟(防禦)權之一種，亦為同法第八條關於正當法律程序所保障之權利。而共同被告就被告自身而言，仍屬被告以外之人，在審判中，自應給予其對於共同被告(或共同正犯)、證人在審判外所為不利於被告之陳述之反對詰問機會，固為司法院釋字第五八二號解釋文所明白揭示，但該解釋理由書第四段中，尚指出此係謂『除客觀上不能受詰問者外，於審判中，仍應踐行詰問程序』，亦即倘有客觀上無從進行詰問時，不在此限，以切實際。刑事訴訟法第一百五十九條之三規定：『被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或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。』即寓此相同法理，是依舉輕明重、舉重明輕原則，於被告以外之人在檢察官偵查中陳述之後，如有上揭客觀上不能於審判中接受被告為反對詰問之情形，既係無可奈何之現實，即不生被告之訴訟防禦權遭不當剝奪之問題。陳嘉雄、林鐘義均匿居國外，傳、拘無著，陳嘉雄並遭第一審法院予以通緝，林鐘義因另犯賭博案，亦經通緝中，有其等傳票回證、拘提報告、入出境資料、警局查覆陳嘉雄尚在通緝中之公函等在案可徵，顯有上揭客觀上無從於審判中踐行詰問、對質之情形，上訴意旨指稱其訴訟防禦權被不當剝奪一節，並無可採。」

條之 1 第 2 項「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」之「偵訊筆錄」傳聞例外規定；(三) **我國檢察官於澳門特別行政區檢察官訊問時，當場所作成勘驗筆錄之證據能力**，可能涉及之法條為第 159 之 4 條「除前三條之情形外，下列文書亦得為證據：一、除顯有不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書。二、除顯有不可信之情況外，從事業務之人於業務上或通常業務過程所須製作之紀錄文書、證明文書。三、除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書」之「特信性文書」傳聞例外規定等等。以下即就上開法條涉及之學說主張及實務見解予以說明。

(二) 學說主張

首先，上開刑事訴訟法第 159 條之 3 之規定係參考日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款而制定，基於傳聞例外之法理，應具備「傳喚不能」、「必要性」及「特信性」三項要件始足該當。其中，就「傳喚不能」之「滯留國外」要件，係指被告以外之人停留國外，透過所有通常可能之手段仍不能使其在準備或審判期日到場之狀況；「必要性 (Necessity)」指因無法再從原陳述者取得證言，而有利用原陳述之必要性而言；「特信性 (Circumstantial guarantee of trustworthiness)」則指陳述時之外部客觀情況值得信用保障者而言²⁹³。學說就上開要件亦指出，解釋上傳喚不能之事由必須是繼續存在達一定程度以上，而且不得有試圖人為介入故意造成傳喚不能之鑽法律漏洞情形始足當之；至於特信性要件則指絕對之特信性情況，解釋上可參考英美法上構成傳聞例外之出於自然的發言、臨終前之陳述及違反利益之陳述等案例²⁹⁴為斷等。

其次，就 159 條之 1 第 2 項檢察官筆錄部分，因法條規定原則上肯定檢察官筆錄之證據能力，僅例外顯有不可信之情況時，始排除其證據適格，因此論者多認為此一條文規定過於寬鬆而不妥適²⁹⁵，學者亦指出所謂「除顯有不可信之情況」，實質上應解釋為檢察官訊問證人之程序已經被告或辯護人對該證人進行詰問而具可信之情況保證，或原陳述人因死亡、精神或身體之障礙、所在不明或滯留國外而無法於審判期日到庭陳述之傳喚不能等情形者為限，始得例外

²⁹³ 關於本條詳細之要件解說等，丁中原，我國傳聞法則之例外規定：傳喚或詢問不能，前揭註 123，2004 年，頁 182-188。

²⁹⁴ 陳運財，前揭註 130，頁 101。

²⁹⁵ 關於本條詳細之要件解說等，林俊益，我國傳聞法則之例外規定：檢察官之訊問筆錄，前揭註 123，2004 年，頁 128-140。

容許之²⁹⁶，方為妥適。

再者，由第 159 之 4 條「特信性文書」之立法理由²⁹⁷可知，肯定此等文書為傳聞例外係因其等在作成過程中具有公示性、例行性或機械性、良心性及制裁性等特徵，且縱使於審判中傳喚製作人到庭作證，亦不足以獲得較當時記憶猶新之際所製作文書更可信之證言，故例外容許其作為證據使用。學說上亦認為在具體之判斷上應注意該文書是否具備：1、通常的公務或業務活動中之例行性的記載；2、基於個人之認知或觀察；3、親自製作；4、記載事項之發生時間與製作之時間有無密接，是否具當場或同時性等性質²⁹⁸，且不惟第 1 款及第 2 款之文書如此，第 3 款之其他文書亦應解釋為與第 1 款、第 2 款文書具有同樣高度之信用性及必要性之書面，始足當之²⁹⁹。因此如某種文書顯為個案而作成，即不得認為係特信性文書³⁰⁰。

另外，有關檢察官勘驗筆錄部分，我國法並未如日本法就其要件設有獨立規定³⁰¹，依照實務研討會之早期看法，似認為該勘驗筆錄並非檢察官而為書記官所製作，因仍為書記官日常例行性之職務，因此得從寬解釋為刑事訴訟法第

²⁹⁶ 陳運財，前揭註 130，頁 67。

²⁹⁷ 立法理由謂：「一 略。二 公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書如被提出於法院，用以證明文書所載事項真實者，性質上亦不失為傳聞證據之一種，但因該等文書係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能因此負擔刑事及行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於可受公開檢查(Public Inspection)之狀態，設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，是以除顯有不可信之情況外，其真實之保障極高。爰參考日本刑事訴訟法第三百二十三條第一款、美國聯邦證據規則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，增訂本條第一款之規定。三 從事業務之人在業務上或通常業務過程所製作之紀錄文書、證明文書，因係於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有會計人員或記帳人員等校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，何況如讓製作者以口頭方式於法庭上再重現過去之事實或數據亦有困難，因此其亦具有一定程度之不可代替性，除非該等紀錄文書或證明文書有顯然不可信之情況，否則有承認其為證據之必要。爰參考日本刑事訴訟法第三百二十三條第二款、美國聯邦證據規則第八百零三條第六款，增訂本條第二款。四 另除前二款之情形外，與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，例如官方公報、統計表、體育紀錄、學術論文、家譜等，基於前開相同之理由，亦應准其有證據能力，爰參考日本刑事訴訟法第三百二十三條第三款之規定，增訂本條第三款」。

²⁹⁸ 陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題探討，臺灣本土法學雜誌，94 期，2007 年，頁 136-138。

²⁹⁹ 陳運財，前揭註 130，頁 70。

³⁰⁰ 關於本條詳細之要件解說等，張熙懷·葉建廷，我國傳聞法則之例外規定：特信性文書，前揭註 123，2004 年，頁 199-205。

³⁰¹ 日本刑事訴訟法第 321 條第 3 項規定：「檢察官、檢察事務官或司法警察人員記載勘驗結果之書面，該陳述人於審判期日以證人身分出庭接受詰問而陳述作成之真正時，得作為證據，而不受第一項規定之限制(檢察官、檢察事務官又は司法警察職員の検証の結果を記載した書面は、その供述者が公判期日において証人として尋問を受け、その真正に作成されたものであることを供述したときは、第一項の規定にかかわらず、これを証拠とすることができる)」。

159 條之 4 第 1 款之特信性文書³⁰²。惟此一解釋即使某種程度上合理化例行性之要件，但仍無法否定其個案作成之本質，且非處於隨時得受公開檢驗之狀況，故學說上普遍認為不能以特信性文書視之。針對此種立法不足之情況，學者亦指出：為免對發現真實造成不良影響，解釋上得否透過第 159 條之 3 所定之三要件，或第 159 條之 4 特信性文書之嚴格要件加以類推適用而例外容許其證據能力，因涉及直接限制憲法正當程序所保障之被告詰問權而有爭議，故應依修法管道解決始為正途³⁰³。

（三）實務見解

首先，就刑事訴訟法第 159 條之 3 規定之見解，實務上最高法院判決就「傳喚不能」方面多次指出所謂「傳喚不到」，係指「滯留國外或所在不明而傳喚不到」而言，亦即以「滯留國外或所在不明」為其前提，倘無滯留國外或所在不明之情形，祇係單純傳喚不到，自無該條款之適用³⁰⁴；且「滯留國外」者，「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³⁰⁵」，亦即不能單純以該人身在國外即認為係傳喚不能。其次，對於「必要性」要件部分，最高法院之判決甚少著墨，雖有認為係指「就具體個案案情及相關證據予以判斷，其主要待證事實之存在或不存在，已無從再從同一供述者取得與先前相同之陳述內容，縱以其他證據替代，亦無由達到同一目的之情形³⁰⁶」而言，惟其顯然係就傳聞例外學理之「使用證據之必要性」而作解釋，並非單指狹義之必要性要件甚明。再者，就特信性要件而言，最高法院認為所謂「具有可信之特別情況」，「係屬『信用性』之證據能力要件，而非『憑信性』之證據證明力³⁰⁷」，亦即「陳述人陳述時之外部客觀情況值得信賴保證，亦即足以令人相信陳述人未受外力影響，為虛偽陳述之危險性不高而言³⁰⁸」，且該特信性係指「絕對的特別可信情況」，例如出於當場印象之立即陳述、相信自己即將死亡所為之陳述及違反己身利益之陳述等等³⁰⁹，「與同法第一百五十九條之二規定之『相對的特別可信情況』，須比較

³⁰² 參閱臺灣高等法院「刑事訴訟新制法律問題研討會」第十七號法律問題第二項臺灣高等法院研究意見。

³⁰³ 陳運財，前揭註 130，頁 102-103。

³⁰⁴ 最高法院 97 年度台上字第 1374 號判決、97 年度台上字第 3347 號判決、98 年度台上字第 4940 號判決等。

³⁰⁵ 最高法院 98 年度台上字第 7015 號判決。

³⁰⁶ 同前註。

³⁰⁷ 最高法院 99 年度台上字第 5860 號判決、97 年度台上字第 2799 號判決。

³⁰⁸ 最高法院 99 年度台上字第 3911 號判決。

³⁰⁹ 最高法院 95 年度台上字第 918 號判決。

審判中與審判外調查時陳述之外部狀況，判斷何者較為可信之情形不同，更與供述證據以具備任意性之要件始得為證據之情形無涉³¹⁰」等等。

另外，關於 159 條之 1 第 2 項之檢察官筆錄，在 92 年新法修正通過後初期實務之論述及理由說明似見紛歧³¹¹，迄今為止最高法院仍依文義解釋而沿襲「原則肯定有證據能力，例外顯有不可信情況始無證據能力」之見解³¹²。然近年來最高法院基於保障被告反對詰問權之立場，已就本項逐漸為限縮解釋，例如認為「偵查中向檢察官所為之陳述，因其陳述未經被告詰問，應認屬於未經合法調查之證據，非為無證據能力，而禁止證據之使用。此項詰問權之欠缺，非不得於審判中由被告行使以補正，而完足為經合法調查之證據³¹³」，或進而認為「此項未經被告詰問之被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，並無限縮於檢察官在偵查中訊問證人之程序，應已給予被告或其辯護人對該證人行使反對詰問權者，始有證據能力之可言³¹⁴」者；且就舉證責任方面亦指出「如被告主張顯有不可信之情況並且敘明者，檢察官自應就該證據為舉證或調查³¹⁵」，故似可認為最高法院已逐漸修正偵訊筆錄之傳聞例外容許要件，朝向符合傳聞例外法理之方向邁進。

最後，就檢察官之勘驗筆錄是否為第 159 之 4 條之「特信性文書」方面，近年來最高法院指出檢察官勘驗筆錄為傳聞證據³¹⁶，且「係檢察官針對具體個案所製作，不具備例行性要件，依本法第一百五十九條之四第一款、第三款規定之立法理由解釋，該等筆錄並非經常處於可受公開檢查狀態之文書，自非該條第一款規定由公務員職務上製作之紀錄文書，亦非屬同條第三款規定在類型上與前述公文書同具有高度信用性及必要性之其他可信文書³¹⁷」，且否定勘驗筆錄為特信性文書之傳聞例外。另一方面，近期之最高法院亦認為「檢察官實施勘驗時，得為刑事訴訟法第二百十三條所列之各項處分，依本法第二百十四條規定，賦予裁量被告、辯護人得以在場之機會（即在場權），其勘察、體驗所得結果，應依本法第四十二條、第四十三條法定程式製作勘驗筆錄。是檢察

³¹⁰ 同前註。

³¹¹ 陳運財，前揭註 298，頁 140-141。

³¹² 參閱最高法院 100 年度台上字第 1798 號判決、100 年台上字第 954 號判決、99 年台上字第 7367 號、99 年台上字第 5060 號判決、98 年度台上字第 3103 號判決、96 台上字第 6301 號判決等等。其中近來年判決雖已提及保障被告詰問權之重要性，然對於偵查中得否使被告行使詰問權一點，多以「現行法並無檢察官訊問證人、鑑定人時必須使被告在場使其為反對詰問之規定，故即使第 248 條規定被告有在場權，仍不能認檢察官未令被告詰問證人、鑑定人即屬違法」或「事實上亦難期被告有於偵查中行使詰問權之機會」等理由，維持證據適格之見解。

³¹³ 最高法院 97 年度台上字第 356 號判決、96 年度台上字第 1870 號判決。

³¹⁴ 最高法院 98 年度台上字第 5135 號判決、95 年度台上字第 3699 號判決。

³¹⁵ 最高法院 100 年台上字第 1202 號判決。

³¹⁶ 最高法院 96 年台上字第 5224 號判決。

³¹⁷ 最高法院 98 年台上字第 7638 號判決。

官之勘驗筆錄，本乎本法第一百五十九條之一第二項規定意旨，除顯有不可信情況者外，得承認其證據能力³¹⁸」，係依第 159 條之 1 第 2 項偵訊筆錄規定之意旨，肯定檢察官勘驗筆錄之證據適格。

（四）評析與檢討

從上述爭點可知，本案各項筆錄所涉及之取證態樣包括我國偵查人員直接至國外訊問取得及囑託外國偵查機關訊問取得等二種型態，以下本文即依此分類順序予以說明：

1、我國偵查人員直接至國外訊問取得

在司法主權之藩籬下，我國偵查人員得否在外國境內依據我國刑事訴訟法實施偵查，牽涉我國刑事訴訟法是否具有域外效力之問題。就此，日本於「拉斯托波羅夫案」後所發展之「限定說」及「外國主權限制說」二種見解似可供參考。從「限定說」之立場來看，刑事訴訟法之適用範圍原則限於我國司法主權所及之領土範圍內，例外於取得外國同意後得擴張至外國境內，其理由係基於屬地原則，認為司法主權僅於國家統治權範圍內得以行使之實然面所致。而「外國主權限制說」，則認為我國刑事訴訟法之適用範圍原則上及於國外，惟在外國領域內受到該國主權之限制，如取得該國同意時其限制因而解除，理由在於：①我國刑法第 5 條至第 8 條規定刑事處罰之世界主義、屬人主義與保護主義，相關犯罪證據均可能自始即存在於外國境內，故相對應於實體法之規定，我國刑事訴訟法亦應具有域外效力，始能達成實現刑事訴訟具體刑罰權之需求；②刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款規定被告以外之人滯留國外而無法到庭時，檢察事務官等偵查人員所制作之陳述筆錄具有證據能力，反面言之也預想到我國偵查人員可能在國外進行偵訊之情形，故應認為刑事訴訟法之適用範圍及於國外。以上兩說固均言之有理，惟亦有其論理上之缺陷，已如本文在洛克希德案中所述，而我國學說及實務迄今對此則無深入之說明及研究。本文則認為，形式上兩說之效力範圍雖有不同，惟不論採取何說，實務上於進行司法互助取證前當以事先取得被請求國之同意為常態，故於取得同意後，不論採取何種見解，均得為有效之境外偵查行為。亦即兩說對於「境外偵查取證為主權行使之表現，在外國主權所及範圍內如未得其同意而進行取證，則屬侵害他國主權而違反國際法之行為，事實上亦無法順利進行偵查活動」之觀點應無異論。因而從國際法之角度來看，我國偵查人員至國外直接取證之先決條件必須先取得外國之同意，始得適用本國刑事訴訟法實施取證，當屬無疑。以下即據此分析我國偵查人員直接至國外訊問取得證據之證據能力：

³¹⁸ 最高法院 99 年度台上字第 2730 號判決、98 年台上字第 7638 號判決。

(1) X在澳門警局接受我國警方人員詢問所為陳述之證據能力

本案一、二審判決雖以相當篇幅說明肯定警詢筆錄證據能力之理由，惟大部分內容係引據條文作立法理由式之宣示，實際之依據僅在於：①刑事訴訟法第 159 條之 3 屬於例示規定，因 X 現在羈押於澳門監獄，事實上無法傳喚其到庭訊問，且其既為本案之共犯之一，則其於警詢中之陳述自屬於與犯罪事實存否相關之事實而具有必要性；②詢問過程有當地之澳門司法警察陪同當場製作筆錄，X 之陳述係出於其自由意志等事實，亦經製作筆錄之員警到庭證述屬實，③參酌共犯 A 等人所供述之相關內容，均核與 X 於警詢中所述大致相符，可認 X 警詢陳述內容之觀察、記憶、表達應屬正確，而無虛偽之情事，故 X 當時陳述時之外部客觀情況應未受到其他外力之影響而具有特信性等。惟就上開判決見解，本文認為有下列可議之處：

I、歷審判決未說明我國警方人員得於國外進行偵查活動之理由，即逕依第 159 條之 3 規定肯定證據能力，理由似不完備：除更二審臺灣高等法院 97 年度矚上重更(二)字 1 號判決，曾言及「被告 A 雖辯稱該 X 警詢筆錄係在境外所為，無證據能力云云，然並未敘明所提境外製作警詢筆錄無證據能力之依據，且該警詢筆錄係我國司法警察依其調查犯罪之職權而執行其職務前往澳門地區，並依我國刑事訴訟法程序詢問 X 所製作之警詢筆錄，並非法之所禁，我國亦無自限司法權範圍之必要」等語外，其餘歷審理由並未說明境外作成警詢筆錄之證據能力判斷問題。惟更二審上開所述「並未敘明所提境外製作警詢筆錄無證據能力之依據」一語亦屬有誤，蓋此項警詢筆錄本即屬傳聞證據而無證據能力，不因被告有無敘明依據而不同，反應由法院在判決中敘明警詢筆錄符合傳聞例外之理由始為正確，故作此論述似非妥當。況且「並非法之所禁，無自限司法權範圍之必要」之用語並未說明判決究係採取「限定說」或「外國主權限制說」之見解；縱可解釋為更二審採取「外國主權限制說」之見解而肯定我國偵查人員在外國取證行為之效力，惟判決理由亦未說明境外取證有關之司法主權侵害與被請求國同意等問題，其理由似不完備。

II、歷審判決理由將 X 之陳述內容作為判斷特信性之依據，似有混淆陳述可信性與特信性概念之嫌：關於第 159 條之 3 之特信性判斷，向來學說及最高法院之見解多認為應以陳述作成時外部客觀情況作為判斷依據，至於陳述內容本身則不應作為特信性之評價對象甚明。惟本案歷審判決則多以「參酌共犯 A 等人所供述之相關內容，核與 X 於警詢所述大致相符，可認被告 X 警詢陳述內容之觀察、記憶、表達應屬正確，而無虛偽之情事，故被告 X 當時陳述時之外部客觀情況應未受到其他外力之影響」之理由，肯定筆錄之特信性，似有混淆陳述可信性與特信性概念之嫌。

III、歷審判決肯定特信性之理由，似不夠充分：從上開 3 項理由來看，歷審判決肯定警詢筆錄特信性之理由僅為「②詢問過程有當地之澳門司法警察陪同當場製作筆錄，被告 X 之陳述係出於其自由意志等事實，亦經製作筆錄之員警到庭證述屬實」，及「③參酌共犯 A 等人所供述之相關內容，均核與 X 於警詢中所述大致相符」等二者，其中③不應成為理由已如前述，至於②部分，亦僅得謂 X 基於被告身分之任意供述權已獲得保障，是否得單憑該點作為肯定特信性之理由，實有疑問。因此，本文認為警詢筆錄是否具備特信性，因牽涉被告 A 反對詰問權之保障，故應觀察筆錄作成當時之外部客觀情況，是否尚有其他足以擔保陳述特信性之因素存在，始得予以肯定，因此歷審判決遽以上開理由即予肯定，似不夠充分。

本案從案例事實固無法確知我國警員在澳門警察局詢問是否經由正式之互助途徑而得澳方之同意，惟從以上理由可知，我國警方人員在澳門詢問行為之合法性，當視是否已事先取得澳方之同意，如已取得同意而進行取證，則為證據評價時即應適用我國刑事訴訟法第 159 條之 3 之要件判斷其證據能力。

(2) 被害人乙在住宿之酒店接受我國檢察官訊問所為陳述之證據能力

本案最高法院 98 年度台上字第 1941 號判決雖以「至板橋地檢署檢察官另在澳門乙住宿之酒店房間內，未由澳門官方人員會同，而自行率領所屬書記官就訊乙，乃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，有該筆錄及結文附卷為憑，原判決理由壹一伍末段指明：『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』，肯認該筆錄具有證據能力。經核於法並無不合，同予敘明」，贊同更二審判決肯定該筆錄具有證據能力之見解，惟判決理由既已談及本案係在澳門行使我國司法權，而意識到有侵害澳門司法主權之虞，則如何能逕以「然非（我國）法之所禁，無自限司法權之必要」為理由，認同此項訊問筆錄之證據能力，在說理上似亦未從司法主權、準據法適用等角度加以思考。因此，本文認為肯定此項筆錄之前提仍須視是否已得澳方同意該項訊問行為而定，如已獲得承認，始得適用第 159 條之 1 第 2 項之要件判斷其證據能力。

(3) 我國檢察官於澳門特別行政區檢察官訊問時，當場所作成勘驗筆錄之證據能力

關於經由司法互助所製作勘驗筆錄之證據能力，原二審之臺灣高等法院 95 年度矚上重訴字第 3 號判決理由認為「臺灣板橋地方法院檢察署勘驗被告 X、證人 Y、Z 於澳門特別行政區檢察院接受訊問時所製作之勘驗筆錄等資料，係偵辦本案之檢察官於職務上所製作之之紀錄文書，並無顯不可信之情況，依刑

事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款之規定自有證據能力（下稱**特信性文書說**）」；嗣經二度發回更審後，終審之最高法院 98 年度台上字第 1941 號判決則認為「板橋地檢署書記官在澳門所製作之上揭訊問經過勘驗筆錄，性質上乃獨立之法定證據方法，依刑事訴訟法第一百五十九條第一項及第二百十二條規定，即為適格之證據，原判決認係依同法第一百五十九條之四第一款（除有顯不可信之情況外，公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書）之規定，而有證據能力，核屬誤會，然結論仍無不當，爰先予敘明（下稱**法定證據方法說**）」，雖均肯定具有證據適格，惟所論述之依據則不相同。此外，同時期之最高法院 99 年度台上字第 2730 號判決、98 年台上字第 7638 號等判決亦有認為「檢察官實施勘驗時，得為刑事訴訟法第二百十三條所列之各項處分，依本法第二百十四條規定，賦予裁量被告、辯護人得以在場之機會（即在場權），其勘察、體驗所得結果，應依本法第四十二條、第四十三條法定程式製作勘驗筆錄。是檢察官之勘驗筆錄，本乎本法第一百五十九條之一第二項規定意旨，除顯有不可信情況者外，得承認其證據能力（下稱**第一百五十九條之一第二項規定意旨說**）」。因此，此項勘驗筆錄之性質為何，則有討論之空間。

本文認為，勘驗筆錄本即不具有例行性且為個案性質，故不符合「特信性文書」之要件甚明；而「法定證據方法說」實際上仍未說明勘驗筆錄為何有證據能力之理由，窺其意旨似將勘驗解釋為刑事訴訟法第 159 條第 1 項「除法律有規定外」之範圍，而視為傳聞例外之特別規定，然實際上檢察官勘驗筆錄本質上屬於一方之供述證據，理應受傳聞法則檢驗，且現行法就該條之立法理由亦未列舉其為除外規定，故作此解釋似已不當擴張傳聞例外之範圍，實不足採。至於「偵訊筆錄規定意旨說」雖較切中檢察官勘驗筆錄之傳聞證據性質，惟其所謂「本乎本法第一百五十九條之一第二項規定意旨」究為直接或類推適用第 159 條之 1 第 2 項之規定，仍應予清楚敘明為妥。本文認為為兼顧被告反對詰問權之保障與現行法規定下檢察官具有強制勘驗等權限之調和，暫時應以類推適用說較為適當。

2、囑託外國偵查機關訊問取得

就 X 在澳門接受澳門特別行政區檢察院檢察官訊問所為陳述之證據能力問題，由於本案筆錄之作成地在澳門，案件裁判地在我國，因而在證據蒐集面與證據評價面，均有準據法適用（*applicable law*；*massgebendes Recht*；*loi applicable*）之問題。誠如本文於「洛克希德案」中所述，現今國際間基於尊重他國司法主權之「國際禮讓（*idée de courtoisie internationale*）」理念，證據取得階段原則上係依被請求國法實施取證，證據評價階段則依請求國法加以判斷。故確立上開準據法適用之前提後，本案囑託澳門檢察官訊問被告 X 之筆錄，在取得程序上應依澳門特別行政區刑事訴訟法規定為之，自屬當然，以下即依此檢討歷審判決所憑理由之妥適性。

首先，關於一、二審判決適用刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項規定，肯定囑託訊問筆錄之證據能力而言，已明顯違反國際間刑事司法互助之準據法理論。最高法院認為囑託他國檢察官訊問，「實質上即與我國實施刑事訴訟程序之公務員借用他人之口、手作為道具，而完成自己份內工作之情形無異」，且「參照刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定法理」肯定筆錄之證據能力之見解，論理上是否合乎邏輯，實不無疑問。蓋從各國（地區）司法主權獨立之觀點而言，即使已事先擬定偵訊問題供澳方代為訊問，亦無法將依循澳門刑事訴訟法典、主導實施訊問程序之澳方人員視為「道具」，尤以在發生違反法定程序取證而有證據排除之虞時，更難說明其理由；且縱使假設此項「道具理論」為真，則本案何以實施偵訊之準據法為澳門而非我國之刑事訴訟法；既然為本國公務員之行為，又何以不直接適用卻以「法理」作為依據，故以上各點顯見判決理由之不合理。又不僅最高法院類推適用之見解尚值商榷，一、二審判決直接適用第 159 條之 1 第 2 項之看法，更是單純從本國法立場思考，完全忽略境外取證所涉及之國際法問題。本文認為，考量國際刑事司法互助之司法主權問題與準據法適用理論，在**證據取得階段**，因澳門特別行政區與我國分屬獨立之司法主權領域，從筆錄內容可知訊問程序即使我國檢察官亦在現場，實際上仍由澳門檢察官主導，我國檢察官亦不能直接訊問；且澳門檢察官訊問內容亦非完全依照我國檢察官預先提供之內容為之，訊問程序係依照澳門刑事訴訟法典實施，故此項囑託訊問並無所謂澳門檢察官為我國檢察官「道具」之關係存在，而係在尊重澳門司法主權之前提下，彼此間相互合作之協力關係，所適用之準據法亦當然為受請求地之澳門刑事訴訟法。在**證據評價階段**，本案筆錄適用我國刑事訴訟事判斷證據能力之有無，亦係基於前開準據法適用理論之當然結果，惟由於澳門檢察官與我國檢察官考訓資格、權限、訊問證人之方式等法律制度均屬不同，故應不能將澳門檢察官與我國檢察官身分等同視之，而適用或類推適用我國刑事訴訟法第 159 條 1 第 2 項檢察官偵訊筆錄之規定。而應在我國現行法所規定之傳聞例外規定中，以最符合傳聞例外「使用證據之必要性」與「特別可信情況」理論之第 159 條之 3 作為依據，類推適用檢討證據能力之有無，始符合傳聞例外理論

綜合歷審判決肯定 X 警詢及偵訊筆錄證據能力之理由中，吾人可知法院對於「傳喚不能」、「必要性」及「特信性」三項要件之判斷標準大致如下：(1) 就「傳喚不能」之要件而言，本案於一、二審審理時 X 因澳門地區之刑事案件羈押於澳門監獄，客觀上符合傳喚不能之要件，嗣後發回更審再上訴期間，從最高法院與臺灣高等法院更審之判決意旨，數度針對該項傳喚不能之原因是否仍然存在而反覆調查發回一點來看，似可認為本案歷審判決對於此項「傳喚不能」之標準，應是「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」，而不能僅因其人滯留國外

即認為傳喚不能。本文認為從保障被告反對詰問權之立場來看，歷審判決對於「傳喚不能」要件之見解，實值贊同。(2)就「必要性」要件而言，一、二審判決所述「其既為本案之共犯之一，則其於警詢中之供述自屬於與犯罪事實存否相關的事實，並為證明該犯罪事實在實質上為必要，即可認為證明犯罪事實之存否所必要」之判斷標準，顯然係基於囑託訊問筆錄對於釐清被告 A 等人犯行，具有實質上不可欠缺性而言，對於此項解釋，本文亦表贊同。(3)就「特信性」之要件而言，如同本文前述之批評，由於歷審判決對於警詢筆錄特信性之說理過於簡略，因此本文在此乃針對判決理由對於偵訊筆錄部分之說明予以探討。從以上可知，不論係一、二審或終審之最高法院判決，針對 X 偵訊筆錄證據能力部分，大致是以：①本案係依循國際刑事司法互助管道，囑託澳門特別行政區檢察院檢察官所實施之訊問；②訊問前已踐行告知義務，確保被告之訴訟防禦權及供述自由，並通知其辯護人到場保障其律師倚賴權；③訊問中並予以全程錄音錄影，訊問後尚由會同之雙方當事人、辯護人及其他在場人員在筆錄上簽名確認，我國檢察官亦命書記官就該訊問過程作成勘驗筆錄等等，作為肯定該當第 159 條之 1 第 2 項之理由。本文則認為，如以 Wigmore 教授所提出之特信性判斷標準，①部分說明了訊問程序之公開、公示性，雖非得直接作為肯定特信性之因素，但配合其他因素應具有提高特信性之功能；②部分雖係對於 X 基於同案被告身分踐行法律上之告知義務，而不能認為是直接肯定特信性之因素，惟此項得依己意任意陳述之程序保障行為，具有擔保陳述出於自然性之功能，因此亦有提高特信性之作用；至於③部分因係由雙方當事人、辯護人及我國檢察官等人在場，在具有公開性之偵查程序下，可謂有擔保筆錄作成正確、合法之作用，故在此種情形下所為之陳述，應可認為具有特信性。

3、結論

本案歷審判決對於 X 警詢、偵訊及勘驗筆錄等書面之證據能力判斷，似均忽略考量國際偵查互助取證時之司法主權及準據法適用問題，此諒係本案為我國司法史上之創舉而不免有難盡理想之處，惟放眼未來我國實務上進行各種境外取證之偵查作為時，本案例之研究與討論成果，應具有十分寶貴之參考價值。亦即在我國現行法制下，關於此類案件之偵查作為，在證據取得階段，應先取得該國（地區）直接或互助取證之同意，於證據評價階段，則應適用（直接取證類型）或類推適用（囑託取證類型）刑事訴訟法傳聞例外之要件，以判斷其證據能力之有無。

貳、取得外國偵查或司法機關之文書

I、美國檢察官作成之訊問筆錄等³¹⁹

一、案例事實及歷審見解

本案係被告 A 與 B、C、D、E 等數人（均經美國紐約州市布魯克林紐約東區法院依聯邦毒品罪名起訴）基於概括之犯意，自民國 75 年起至 77 年 2 月止，共謀自美國以外地區私運毒品海洛因進入美國販賣之案件，其中被告 A 係擔任組織領導人，B 則從旁協助運送部分海洛因交易所得之現金收益，X、Y、Z 等人則為被告 A 在紐約之代表，負責走私毒品進入紐約事宜，再將海洛因交給買主及收取貨款，故檢察官因而起訴被告 A 涉犯連續犯（修正前）肅清煙毒條例第五條之販賣、運輸毒品罪嫌。案件發生後，我國檢察官即經由外交部向美國承辦被告販毒案件之檢察官取得 X、Y、Z 等證人所為之供述筆錄，及美國緝毒局調查報告、海馬專案報告、被告 A 基本資料表、起訴書、被告 A 逮捕令狀、通緝書、紐約東區助理檢察官宣誓書等書面資料影本後，提出於法院作為證明被告 A 之犯罪證據。

本案一審臺北地方法院 85 年度重訴字第 3 號、二審 85 年度上訴字第 3130 號判決均認為上開證據係審判外之陳述，而爰引修正前刑事訴訟法第 159 條之規定否定其證據能力，並判決被告無罪；檢察官提起上訴後，三審最高法院 89 年度台上字第 4610 號判決就上開供述筆錄及書面資料之證據能力則認為：1、刑事訴訟採職權主義與自由心證主義，證據之蒐集與調查，不限於在審判法院之前為之，而作為裁判基礎之證據方法，亦不以法院直接調查所得者為限，因此並非證人在審判期日外所錄取之供述筆錄，一概均無證據能力；2、依司法院頒之「司法協助事件之處理程序」第二點、「外國法院委託事件協助法」第六條第一項規定，足徵我國法院經由外交機關委託外國法院協助而取得之證據資料，並非不具證據能力，僅其證明力仍委由法院自由判斷而已³²⁰，故認為檢察

³¹⁹ 最高法院 91 年度台上字第 6118 號、89 年度台上字第 4610 號、臺灣高等法院 91 年度上更(二)字第 905 號判決、89 年度上更(一)字 833 號、85 年度上訴字第 3130 號及臺灣臺北地方法院 85 年度重訴字第 3 號判決等等，以下本文簡稱為「美國販賣海洛因案」。因本案為 2003 年刑事訴訟法修正引進傳聞法則前定讞之案件，故僅作簡略介紹以供參考。

³²⁰ 原判決文為「惟查：我國現制之刑事訴訟仍採職權主義與自由心證主義，證據之蒐集與調查，不限於在審判法院之前為之；而為裁判基礎之證據方法，亦不以法院直接調查所得者為限。因此，證人不以在審判期日陳述為必要，此觀刑事訴訟法第一百六十五條及第一百九十六條規定之趣旨即明，至刑事訴訟法第一百五十九條所謂證人於審判外之陳述，除法律有規定外，不得作為證據之規定，乃專就證人之陳述方法設其限制，即不得以書面代到庭之陳述，藉以符合直接審理主義及言詞辯論主義之要求（參刑事訴訟法第一百五十九條之立法說明），並非謂證人在審判期日外所錄取之供述筆錄，一概均無證據能力。另依司法院頒之『司法協助事件之處理程序』第二點規定：『我國法院委託外國法院協助之司法事件，應比照外國法院委託事件協助法第二條至第八條之規定辦理』，及依總統公布施行之『外國法院委託事件協助法』第六條第一項規定：『法院受託調查民事或刑事訴訟上之證據，依委託本旨，按照民事或刑事訴訟法關於調查證據之規定辦理之』觀之，亦足徵我國法院經由外交機關委託外國法院協助而取得之證

官上訴有理由，撤銷原判決發回臺灣高等法院，窺其意旨似均肯認該等證據之證據能力。

更一審臺灣高等法院 89 年度上更(一)字 833 號引述上開最高法院見解而肯定上開證據之證據能力，惟就 X、Y、Z 等三人供述筆錄之證明力，則認為其等供述內容不合常情，又無法到庭接受被告對質詰問而不具憑信性³²¹；就美國緝毒局調查報告、海馬專案報告、被告 A 基本資料表、起訴書、被告 A 逮捕令狀、通緝書、紐約東區助理檢察官宣誓書等書面資料影本，則認為僅係美國官方行政文書性質，故以檢察官舉證不足駁回上訴，而維持被告無罪之判決，檢察官則再提起上訴。

其後，最高法院 91 年度台上字第 6118 號則以：我國經由外交機關委託外國法院協助而取得之證據資料屬於書證之一種，如已依書證之證據調查程序，

據資料，並非不具證據能力，僅其證明力仍委由法院自由判斷而已。準此，本件檢察官於原審所提出經由外交機關向美國承辦被告販毒案件之檢察官取得之張惠琴等三人之供述筆錄（原判決第四頁第四行至第七行），即非全無證據能力。矧原審如認檢察官提出之上開證據尚有可疑，亦非不可依上開協助法之規定，經由外交機關委託美國法院協助調查。檢察官於原審亦屢為上述之請求（原審卷第七十頁、第一五九頁反面、第一九四頁反面），乃原審未予調查，即逕以檢察官所提出之上開證據，乃證人於審判外之陳述，均不具證據能力而捨棄不採，自有未當。上訴意旨指摘原判決違法，非無理由，認應發回更審，期臻翔適」。

³²¹ 原判決文為「卷內雖另有張惠琴、袁和硯、黃金南在美國聯邦司法官面前宣誓之供述筆錄，但被告既堅決否認與該三人相認識，請求傳喚其等到庭與之對質並接受詰問，參以美國司法部緝毒署官員李波歌之上開證詞（原審卷七一頁），顯無成就可能，縱然依美國法之證據法則，該證據之憑信性亦會被削弱，何況其中張惠琴口供之前言，首先敘明為：『我提出口供以支持引渡羅金滿、梁保文、張來興（綽號阿興）、黃金泉、黃金南、詹艾美、鄧寶琳等之要求。』賴金南口供之前言為：『我提出口供以支持引渡鄧寶琳之要求。』袁和硯口供之前言為：『我提出口供支持引渡下列七人：羅金滿、梁保文、張來興（阿興）、黃金泉、黃金南、詹艾美及鄧寶琳。』且均係作為認罪協商之條件，並在美國檢察官辦公室，以『澳洲國家刑事單位調查員蘭姆在我陳述時，曾對我說明所有我所陳述的，不會在香港、美國或澳洲等地用來當做對我不利指控之證據。』『為了我在澳洲刑事調查中提供證據，這些陳述必要時可用做免於我被檢察官或其他相關部門起訴之請求。』有各該證人口供筆錄附卷（外附證物袋）可憑，可見該項供述證據係為認罪協商而作，且非針對被告而為。再就其等供述內容以觀，該等相關證人對於如何安排船期、以走私方式輸入毒品之時間、地點、方式、次數、每次輸入之數量以及如何付款、付款之金額、付款之時間、地點、如何藏置其販賣所得之款項、如何將所獲之金錢轉為現金支票（按應係銀行簽發之本票）匯入或帶入香港洗錢，以避免被查獲金錢來源、如何前往美國接洽販毒，如何與其他共犯連繫接洽、在何時、何地以何種方式將多少數量之海洛因交付買主或轉運，渠等交談中，如何以『貨物』、『單位』、或以『船貨』之名稱來暗示海洛因等，均有供述，大致相符，但其等所供均側重在其等在美國如何從事直接與買毒之人接洽過程，殊少有關如何與本件被告謀議之描述，對於如何由被告負責安排船運之情節，例如船次、船名、海洛因來源等，及販賣後款項去向情形，例如買匯票、本票之紀錄資料，暨交易過程中如何以電話連繫之通聯紀錄或監聽資料等，均乏書證或物證作為佐證，尤其張惠琴供稱：『我僅知道袁和硯在我遇見他之前，即已認識黃廣潔，袁在那時開一非法之賭場，而黃則當他的僱員。』可見袁和硯早已為大哥級人物，而被告為小弟身分。卻又指稱販毒之事均由被告指示袁和硯進行或代表被告工作，有該供述紀錄可稽，顯不合常情，茲既不能到庭接受被告之對質或詰問，該項證言自難憑信」。

該書證即具有證據能力，似亦肯認前開供述筆錄及書面資料之證據能力，並以更一審就本案其他相關人士之相關供述內容是否採取未敘明其證據取捨之理由，而撤銷原判決發回高院³²²，檢察官則提起上訴。

更二審臺灣高等法院 91 年度上更(二)字第 905 號判決仍沿襲最高法院 89 年度台上字第 4610 號之判決理由，認為「經由外交機關委託外國法院協助而取得之證據資料，並非不具證據能力，僅其證明力仍由法院自由判斷」，故本件檢察官所提出經由外交部向美國承辦被告販毒案件之檢察官取得之張惠琴等人之供述紀錄，非全無證據能力³²³，惟結論仍以證人指述內容不可採且相關書面資

³²² 原判決文為「惟查：依司法院訂頒之『司法協助事件之處理程序』第二點規定：『我國法院委託外國法院協助之司法事件，應比照外國法院委託事件協助法第二條至第八條之規定辦理。』；外國法院委託事件協助法第六條第一項規定：『法院受託調查民事或刑事訴訟上之證據，依委託本旨，按照民事或刑事訴訟法關於調查證據之規定辦理之。』及依刑事訴訟法第一百六十五條及第一百九十六條之規定觀之，我國法院經由外交機關委託外國法院協助而取得之證據資料，自屬書證之一種，如已依書證之證據調查程序，該書證即具有證據能力。依據台灣高等法院檢察署檢送法務部函轉外交部函送美方依據該署『委託美國法院調查證據請求書』所提供之『黃廣潔案』相關資料及證據影本所載（見原審上訴卷第一三〇頁、卷外所附之證物），美國承辦本案之檢察官凱瑟琳·帕默，對於台灣高等法院檢察署檢請協助調查事項，經宣誓後所作之回答，其中第二點：『黃廣潔涉嫌之海洛因運送之一係將海洛因輸入紐約東區分院管轄區內，而於一九八七年十二月十四日遭捕獲，該輸入載於本區起訴書第四十五頁（起訴案號八九刑六七九），並載於袁和碩（Yue Ho Yin）宣誓書之第一一七、一一八段，與邱偉建（Cheung Wai Kam）宣誓書之第四十三段。本宣誓書附件 B 係緝毒局報告之副本，該副本確認約有七十七公斤（毛重）之海洛因於一九八七年十二月十四日遭捕獲。』第四點：「對黃廣潔提出書面陳述或宣誓之四名證人為袁和碩、邱偉建、黎錦萬（Lai King Man）、嚴火炎（Yam Fok Yum）。上開證人之書面陳述含其所記憶黃廣潔之販毒活動之所有細節與資料。……」（見原審上訴卷第一四八至一五一頁）其中關於證人邱偉建、黎錦萬、嚴火炎等人對於被告販毒活動所有細節之供述及資料，依首揭說明，乃屬書證之一種，此部分是否可採取，原判決並未調查審酌並敘明其證據取捨之理由，自有判決不備理由之違法。檢察官上訴意旨執以指摘原判決不當，非無理由，應認仍有發回更審之原因」。

³²³ 原判決文為「按我國現行刑事訴訟制度，證據之蒐集與調查，不限於在審判法院之前為之，而為裁判基礎之證據方法，亦不以法院直接調查所得者為限。因此，證人不以在審判期日陳述為必要，此觀刑事訴訟法第一百六十五條及第一百九十六條規定之趣旨即明。至於同法第一百五十九條所謂證人於審判外之陳述。除法律有規定外，不得作為證據之規定，乃專就證人之陳述方法設其限制，即不得以書面代到庭之陳述，藉以符合直接審理主義及言詞辯論主義之要求，此參該條之立法說明可知，故非謂證人在審判期日外所錄取之供述筆錄，一概均無證據能力。另依司法院訂頒之「司法協助事件之處理程序」第二點規定：「我國法院委託外國法院協助之司法事件，應比照外國法院委託事件協助法第二條至第八條之規定辦理。」及依外國法院委託事件協助法第六條第一項規定：「法院受託調查民事或刑事訴訟上之證據，依委託本旨，按照民事或刑事訴訟法關於調查證據之規定辦理之。」以觀，亦足徵我國法院經由外交機關委託外國法院協助而取得之證據資料，並非不具證據能力，僅其證明力仍由法院自由判斷而已。從而，本件檢察官所提出經由外交部向美國承辦被告販毒案件之檢察官取得之張惠琴等人之供述紀錄，即非全無證據能力，辯護人指該證據無證據能力，尚不可採，合先敘明。惟有關張惠琴、袁和碩、賴金滿、楊富雲等人，固指訴有名為「黃廣潔」者如何販毒，並有各該筆錄在卷可參，惟姑不論各該筆錄所指之「黃廣潔」係音譯，其本有同音或訛誤之虞，此觀諸台灣高等法院檢察署函覆本院前審亦稱黃光（廣）潔（上訴字卷第一五八反面即第一五九頁），即可知悉，而此人名一字差，其人別即有不同之虞，是上開證人所指黃廣潔，是否即為本案被告，非

料僅為控方資訊，不具有嚴格證明被告犯罪之證明力等理由³²⁴，駁回檢察官上訴，本案嗣後因而確定。

二、案例檢討

本案係於 2003 年刑事訴訟法修正前定讞之案例，當時實務見解多直接以「刑事訴訟採職權主義與自由心證主義，證據之蒐集與調查，不限於在審判法院之前為之；而為裁判基礎之證據方法，亦不以法院直接調查所得者為限，因此並非證人在審判期日外所錄取之供述筆錄，一概均無證據能力」，或「經由外交機關委託外國法院協助而取得之證據資料，並非不具證據能力，僅其證明力仍由法院自由判斷」等語，肯定相關供述筆錄及書面資料之證據能力，惟卻未詳細敘明其所憑之理由。其後，刑事訴訟法修正後引進傳聞法則，當時關於外國法院或檢察官基於國際互助協定所為之調查訊問筆錄之證據能力，論者意見認為其本質上為傳聞證據，且應區分為三種例外情形肯定其證據能力，亦即 1、該協定如係具有法律效力之條約、協定、公約，且協定本身賦予該審判外陳述具有證據能力之效力，則符合第 159 條「法律另有規定」而有證據能力，例如台美刑事司法互助協定第 5 項之規定；2、該協定雖具有法律效力，但協定本身並無賦予該審判外陳述具有證據能力之效力，則應視該筆錄製作過程中是否具有可信之特別情況，例如：證人是否宣誓或具結、接受交互詰問等等，如有應屬第 159 條之 4 第 3 款之例外而具證據能力；3、我國雖未與該外國簽定司法互助協定，但該外國內國法接受無簽約國之司法協助請求，我國法院、檢察官、司法警察官請求外國提供司法協助，訊問在外國證人而製有筆錄時，則結論與上揭 2、相同³²⁵；早期之實務見解亦引述司法院釋字第 329 號解釋文為理由，持與

無疑慮，何況，依檢察官所提出之資料所示，並無照片供各該證人指認，則各該證人所言之黃廣潔是否即為本案被告黃廣潔？亦不能無疑，蓋同名同姓所在多有，何況，本件又有多重翻譯（中文轉譯英文再譯回中文）訛誤之虞，因此，上開証人之指訴，即不能遽採」。

³²⁴ 原判決文為「檢察官提出之美國緝毒局調查報告、海馬專案報告、起訴書、甲○○逮捕令、通緝書、紐約東區助理檢察官宣誓資料，其中調查報告、專案報告及起訴書，核其性質僅屬美國之官方行政文書，並非被告犯罪之證據資料；而逮捕令、通緝書僅足證明被告遭美國法院為進行審判而下令逮捕及通緝，並非已經判罪確定；又該美國檢察官宣誓資料則僅足證明該檢察官承辦案件之經過與了解，有各該文書存案（外放證物袋）可參，其等本質上乃控方資訊，而非直接證明犯罪之證據，本即尚待證據證明之（有如不能以檢察官起訴書或被告通緝書等，率即認被告犯罪，尚須舉證以明之），因此，該等文書本質上即不能援引為認定被告犯罪之證據，不具有嚴格證明被告犯罪之證明力，何況該文書均無所謂『黃廣潔』年籍之記載，則其與本件被告之人別同一性，亦不能無疑。再者，美國檢察官指稱：被告之兄弟販毒經香港政府起訴在案乙節，經本院委請行政院大陸委員會香港事務局查被告黃廣潔在港兄弟姓名，該局函覆稱：黃廣潔之弟為黃鈞泰及黃廣生等語（本院卷第一四六頁），本院再以該年籍姓名，請內政部警政署查該二人於香港刑案資料，該局函覆本院稱：透過香港刑事總部協助，黃鈞泰在香港無前科，黃廣生有賭博前科等語（本院卷第一五一頁），顯見美國檢察官所指之『黃廣潔』，似非本案之被告黃廣潔，否則何以其所指黃廣潔兄弟販毒遭香港政府起訴，經本院查無其事？益顯其所言，是有重大瑕疵可指，不得據為不利被告之證據」。

³²⁵ 張熙懷·葉建廷，前揭註 300，頁 252-253。

上開理由相同之看法³²⁶。而本案至定讞前尚未修法完成，明顯可看出依當時之時空背景，法院逕以首開理由籠統肯定相關筆錄之證據能力實屬必然，然若以今日之傳聞例外法則檢視，本案實務見解顯然有違「使用證據之必要性」與「特別可信情況」之要求。本文認為，於我國向外國請求互助之情況下，如該國與我國訂有條約並明文賦予該審判外陳述具有證據能力之情況下，上開論者所言 1、部分之結論可值贊同，至若條約本身並無賦予該審判外陳述具有證據能力之效力，或未訂有條約之情形，則因該等筆錄不具特信性文書所應具備之公示性、例行性或機械性、良心性及制裁性等性質，而不得適用或類推適用第 159 條之 4 第 3 款規定率予肯定其證據能力，而係應依其陳述之對象，分別適用（直接取證）或類推適用（囑託取證）第 159 條之 1 第 2 項、第 159 條之 3 之規定判斷其證據能力，方為妥適。

II、日本偵查及司法機關所作成之筆錄等³²⁷

一、案例事實及歷審見解

被告 X 為 N 漁船之實際船主，其與 A、B、C、D、E（已經日本福岡地方法院第 2 刑事部於平成 12 年 3 月 29 日判處有期徒刑及罰金）及大陸地區人民等數人，基於共同自公海上運送第二級毒品安非他命至日本國販售以謀圖利之犯意聯絡，先分別完成勘查地形、訂購橡皮艇與船外機及聯繫交貨事宜等準備工作後，再於 1999 年 9 月 29 日下午 5 時許，駕駛該船至黃海公海海域，與某不知船名、船籍之鐵殼船接觸，並將該船上裝有第二級毒品安非他命約 565 公斤搬運藏匿至新生號漁船，而運輸上開毒品進入日本國領海內。嗣其等於同年 10 月 3 日抵達事先勘查之日本國鹿兒島海邊而上陸卸貨時，即為埋伏之日本國警方人員逮捕而查獲。案發後，我國先後經由法務部調查局及外交部駐福岡辦事處，取得 A、B、C、D、E 等人在該國司法機關之供述筆錄等資料，與 A、B、C、D、E 等人於日本福岡地方法院第 2 刑事部之判決書，作為證明被告 X 之犯罪證據；被告及辯護人方面則以上開共同被告等人於日本國所作之陳述，因未到我國法庭上陳述，未經合法調查，應不得作為認定其犯罪事實之證據資料等情，資為抗辯。

一審基隆地方法院 89 年度重訴字第 15 號判決認為：共犯於外國司法機關所為之陳述，屬於證人在審判外之陳述，而證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，固為刑事訴訟法第一百五十五條第二項、第一百五

³²⁶ 臺灣高等法院「刑事訴訟新制法律問題研討會」第十七號法律問題第十三項之台灣高等法院研究意見。

³²⁷ 最高法院 98 年度台上字第 2354 號、97 年度台上字第 87 號、94 年度台上字第 1607 號、92 年度台上字第 3742 號判決；臺灣高等法院 97 年度重上更(三)第 16 號、94 年度上重更(二)第 19 號、92 年度上重更(一)第 43 號、90 年度上重訴字第 57 號判決；臺灣基隆地方法院 89 年度重訴字第 15 號判決等，以下本文簡稱為「日本販賣安非他命案」。

九條所規定。惟其立法意旨在貫徹直接審理及言詞審理主義及排除傳聞法則之適用，且直接審理主義重在發現實體之真實，並非重在形式的調查程序；又刑事訴訟法採自由心證主義，對於證據之種類並未設有限制，刑事訴訟法第一百五十九條之規定所排除者亦僅證人以書面代替到庭陳述，實務上對於證人在檢察官、司法警察前作成之供述筆錄，如已踐行向被告宣讀或告以要旨之調查程序，非不得以之作為本案之證據（最高法院 56 年度台上字第 2048 號判例），故參考前述法條立法意旨及最高法院判例，各該共犯在外國司法機關之陳述非不得作為本案之證據³²⁸等情，而判決被告 X 無期徒刑、褫奪公權終身，經上訴後，二審臺灣高等法院 90 年度上重訴字第 57 號判決亦以相同理由駁回被告上訴；再上訴三審後，最高法院以 92 年度台上字第 3742 號判決將本案撤銷發回，但理由並未論及相關筆錄等書面資料之證據能力問題。

更一審 92 年度上重更（一）第 43 號就本案證據能力問題則認為：共犯於日本國之判決書及其援引之證據資料，為與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款，應有證據能力³²⁹；2、共同被告及相關人證在該國司法機關之供述，其性質與外國法院基

³²⁸ 原判決文為「在實體法上具有共犯關係，如非同一審判程序中之共同被告，則各該具有共犯關係者，在外國司法機關所為之陳述，應屬證人在審判外之陳述，其陳述在我國之審判程序中，是否具有證據能力？按無證據能力，未經合法調查，顯與事理有違，或與認定事實不符之證據，不得作為判斷之依據；又證人於審判外之陳述，除法律有規定者外，不得作為證據，固為刑事訴訟法第一百五十五條第二項、第一百五十九條所規定。惟查前述法條之立法意旨，在貫徹直接審理及言詞審理主義及排除傳聞法則之適用，而直接審理主義重在發現實體之真實，並非重在形式的調查程序。又刑事訴訟法採自由心證主義，對於證據之種類並未設有限制，刑事訴訟法第一百五十九條之規定，亦非專在排除傳聞證據之證據能力，該法條所排除者，僅證人以書面代替到庭陳述，蓋此種證據非基於法院直接調查所得，亦非以言詞供述，無從憑以獲得態度證據，使法院獲得正確之心證之故。我國司法引渡人犯或囑託外國法院代為訊問，或由我國司法機關派員至外國直接訊問證人，目前在外交現實上有顯然之困難。實務上對於證人在檢察官、司法警察前作成之供述筆錄，如已踐行向被告宣讀或告以要旨之調查程序，非不得以之作為本案之證據（最高法院五十六年度台上字第二〇四八號判例參看）。本案共犯謝明強、鄧清池、李明順、黃政雄、曾祖光、招展華、曹國新、石井篤司等人，均經日本國查獲並羈押於該國，而我國與日本國因無邦交，不適用司法共助，無從引渡各該共犯至我國到庭訊問。如甲○於審理時，就各該共犯在外國司法機關之陳述，業已向被告宣讀或告以要旨，使被告有充分之防禦機會，參以前述法條立法意旨及最高法院判例，共犯在外國之陳述，應非不得作為本案之證據，合先敘明」。

³²⁹ 原判決文為「按公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書如被提出於法院，用以證明文書所載事項真實者，性質上亦不失為傳聞證據之一種，但因該等文書係公務員依其職權所為，與其責任、信譽攸關，若有錯誤、虛偽，公務員可能因此負擔刑事及行政責任，從而其正確性高，且該等文書經常處於可受公開檢查（Public Inspection）之狀態，設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，是以，除顯有不可信之情況外，其真實之保障極高，准其有證據能力。本件日本福岡地方法院第二刑事部平成十二年三月二十九日對卯○○、謝名（明）強、子○○、同院平成十三年一月十七日對黃政雄及同院平成十三年一月二十二日對李明順之判決書及其援引之證據資料與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，依刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款『其他於可信之特別情況下所製作之文書，亦得為證據』之規定，亦應准其

於國際互助協定所為之調查訊問筆錄同，基於證據共通原則，應認屬刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款之特信性文書而有證據能力，且本案警詢、調查及偵訊筆錄均係刑事訴訟法修正前製作完成，依刑事訴訟法施行法第 7 條之 3 規定，此項具有證據能力之警訊筆錄及偵訊筆錄，其效力自不受修正之新法規定所影響³³⁰；3、本案共犯等人於日本國司法機關之陳述，或日本國法院判決書及其援引之證據資料，業已向被告宣讀或告以要旨，使被告有充分之防禦機會，自得作為本案之證據³³¹，而撤銷原判決自為被告 X 無期徒刑之判決。嗣經上訴後，最高法院 94 年度台上字第 1607 號將本案撤銷發回，就相關筆錄等書面資料之證據能力問題並未著墨。

其後，更二審 94 年度上重更(二)字第 19 號判決就證據能力問題持與更一審判決相同之見解，而撤銷原判決自為被告 X 無期徒刑之判決，經上訴後，最高法院以 97 年度台上字第 87 號亦以其他實體上之理由撤銷發回本案，證據能力部分亦未特別敘及；更三審 97 年度重上更(三)字第 16 號判決就證據能力之問題則亦採取與更一審相同之理由，撤銷原判決改判被告 X 有期徒刑十年。嗣被告上訴後，最高法院以 98 年度台上字第 2354 號判決駁回其上訴而告確定，就

有證據能力」。

³³⁰ 原判決文為「另共同被告及相關人證在該國司法機關之供述筆錄，本案共犯已○○、卯○○、李明順、黃政雄、子○○、王○○、癸○○、己○○○等人，均經日本國查獲並羈押於該國，而我國雖與日本國間無邦交關係，無法適用司法互助引渡各該共犯返國到庭訊問。惟共同被告及相關人證在該國司法機關之供述，其性質與外國法院基於國際互助協定所為之調查訊問筆錄同，並基於證據共通原則，應認屬刑事訴訟法第一五九條第一項法律另有規定之情形，而有同法第一五九條之四第三款之文書之適用，自應准其有證據能力。何況本件之警訊、調查、偵訊筆錄均係於刑事訴訟法修正前製作完成，有各該筆錄及相關文件可稽，依刑事訴訟法施行法第七條之三規定：「中華民國九十二年一月十四日修正通過之刑事訴訟法施行前，已繫屬於各級法院之案件，其以後之訴訟程序，應依修正刑事訴訟法終結之。但修正刑事訴訟法施行前已依法定程序進行之訴訟程序，其效力不受影響。」意旨，可知在舊法時期已製作完成，原屬具有證據能力之警訊筆錄及偵訊筆錄，其效力不受修正之新法規定所影響，本院自得本於調查所得之心證，自由採擷」。

³³¹ 原判決文為「按在實體法上具有共犯關係，如非同一審判程序中之共同被告，則各該具有共犯關係者，在外國司法機關所為之陳述，應屬證人在審判外之陳述。實務上，於新修正刑事訴訟法施行前，對於證人在檢察官、司法警察前作成之供述筆錄，如已踐行向被告宣讀或告以要旨之調查程序，非不得以之作為本案之證據（最高法院五十六年度台上字第二〇四八號判例參照）。準此，本案共犯已○○、卯○○、李明順、黃政雄、子○○、王○○、癸○○、己○○○等人，在日本國司法機關之陳述，或日本國法院判決書及其援引之證據資料，業已向被告宣讀或告以要旨，使被告有充分之防禦機會，共犯在外國之陳述，或日本國法院判決書及其援引之證據資料，自得作為本案之證據。辯護人為被告辯護稱：共犯在外國司法機關所為之陳述，應屬證人於審判外之陳述，實務上以『如已踐行向被告宣讀或告以要旨之調查程序，非不得以之作為本案之證據』，惟刑事訴訟法目前已修正，增強被告防禦權保護規定，丁○○審判外之陳述屬『傳聞證據』且不在例外之列，上開見解已不容於現行制度精神，自不得據為被告犯罪證明之證據云云，尚非的論」。

筆錄及其他相關書面之證據能力部分，所持見解亦與更一審相同。故以下案例檢討部分，即以**一審及更一審**所持之見解為中心進行。

二、案例檢討

關於本案日本國福岡地方法院之判決書，及共犯之供述筆錄等相關書面之證據能力問題，無論是一審或更一審法院所舉出之理由，均可見係因循早期實務對於直接審理原則與傳聞例外法則之錯誤認知而來。首先，一審判決當時雖尚未引進傳聞法則，然其所述「刑事訴訟法第一百五十五條第二項、第一百五十九條規定之立法意旨在貫徹直接審理及言詞審理主義及排除傳聞法則（似為排除『傳聞證據』之誤）之適用，且直接審理主義重在發現實體之真實，並非重在形式的調查程序」等語，就「直接審理主義重在發現實體之真實，並非重在形式的調查程序」部分，似乎誤解了直接審理主義之內涵。蓋所謂直接審理主義，正是強調證據應於為判決之法官面前親自調查，不得由他人代行之證據調查方式之要求³³²，並非不重視形式之調查程序甚明。另外，一審判決所述「刑事訴訟法採自由心證主義，對於證據之種類並未設有限制，刑事訴訟法第一百五十九條之規定所排除者亦僅證人以書面代替到庭陳述，實務上對於證人在檢察官、司法警察前作成之供述筆錄，如已踐行向被告宣讀或告以要旨之調查程序，非不得以之作為本案之證據（最高法院 56 年度台上字第 2048 號判例）」等語，姑且不論以「採取自由心證主義」而認為「對於證據之種類未設有限制」³³³實已混淆證明力與證據能力之概念，從上述其否定直接審理主義亦重視調查程序之觀點來看，如何能導出「如已踐行向被告宣讀或告以要旨之調查程序，非不得以之作為本案之證據」之結論，亦頗值疑義。尚有進者，一審引用最高法院 56 年度台上字第 2048 號判例作為依據，強調於刑事訴訟法修正前證人在檢察官、司法警察前作成之供述筆錄有證據能力部分雖非無據，惟此當然係指國內偵查人員所作成之筆錄而言，日本法院判決書與相關筆錄得否等同視之實仍待討論，判決理由未考量本案之涉外因素即逕予肯定，實不無可議可處。

其次，更一審判決認為共犯於日本國之判決書及其援引之證據資料，為「與公務員職務上製作之文書及業務文件具有同等程度可信性之文書，依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款，應有證據能力」，雖然已考慮到系爭書面之傳聞性質，惟其籠統式將判決書及供述筆錄在內之所有證據作同等評價，而未區分為警詢、偵訊或審判筆錄而探討其特信性之有無，似失之草率；且日本之判決書係就個案之判斷而不具有例行性甚明，本難認其為第 159 條之 4 第 3 款之特信性文書。再者，就共犯等在該國司法機關之供述，更二審判決所指「基於證據共通原則，應認屬刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款之特信性文書而有證據能力，

³³² 陳運財，直接審理與傳聞法則，台北：五南，2001 年，頁 246 以下。

³³³ 林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論編，台北：元照，2007 年，頁 453 註 2。

且本案警詢、調查及偵訊筆錄均係刑事訴訟法修正前製作完成，依刑事訴訟法施行法第 7 條之 3 規定，此項具有證據能力之警訊筆錄及偵訊筆錄，其效力自不受修正之新法規定所影響」一點，亦係直接將我國與日本之刑事訴訟程序等同視之而得出之結論，顯然忽略國際刑事司法互助之司法主權與準據法適用問題，且依上開理由既依第 159 條之 4 第 3 款之規定肯定其之證據能力，顯然認為應適用之法律為 2003 年修正後之刑事訴訟法規定，何以又得認為「依刑事訴訟法施行法第 7 條之 3 規定，此項具有證據能力之警訊筆錄及偵訊筆錄，其效力自不受修正之新法規定所影響」，實令人費解。況且，共犯等人之供述筆錄本不能適用第 3 款特信性文書之規定，其理由已如上述，故更二審判決復以上開判決書及供述筆錄等書面「業已向被告宣讀或告以要旨，使被告有充分之防禦機會，自得作為本案之證據」為理由肯定其等之證據能力，其論證實有錯誤。

本文認為，本案書面均非依我國刑事訴訟法規定作成，故即使於我國 2003 年刑事訴訟法修正前作成，亦不能直接適用刑事訴訟法施行法第 7 條之 3 但書規定而肯定其證據能力甚明。再者，外國法院之判決書相對於本國審判中之案件而言，明顯為一事實狀態，從司法主權、審判獨立³³⁴及實質之直接主義觀點而言，本須以該案件中所存在之人證、物證作為斷案基礎，而不能憑借他國之判決內容作為依據，亦屬自明之理；至於相關筆錄之證據能力，考量我國與日本在司法及偵查人員身分、法律制度等均不能等同評價之因素，故供述筆錄方面不論係在何人面前做成，均應類推適用我國刑事訴訟法第 159 條之 3 之傳聞例外要件加以檢驗，始兼顧司法互助之準據法適用理論及被告反對詰問權之保障。

III、中國大陸公安單位所作成之筆錄等³³⁵

一、案例事實及歷審見解

本案被告 X 因積欠國內多家銀行卡費而需款孔急，遂與中國大陸（為配合判決文字，以下均以大陸稱之）男子 A 共同基於殺人之犯意聯絡，約定由 A 下手殺害 X 聾啞之胞兄 B，事成後則由 X 支付 A 款項作為代價。兩人達成協議後，X 即帶同 B 至大陸湖南省探親旅遊，行前 X 並透過 Y 旅行社向產物保險股份有限公司投保，以便事成後取得保險理賠，其後，A 即於 2004 年 7 月 27 日下午 4 時許，在湖南省常德市某賓館 420 號房內，持利刃殺害 B 得手後逃匿，被告 X 並據此向保險公司申請理賠。嗣 A 經大陸公安警察逮捕後供出上情，因而循線

³³⁴ 最高法院 94 年度台上字第 6074 號判決意旨。

³³⁵ 最高法院 99 年度台上字第 5360 號、98 年度台上字第 2215 號、96 年度台上字第 5388 號判決；臺灣高等法院高雄分院 98 年度上重更（二）第 8 號、96 年度上重更（一）第 40 號、95 年度上重訴字第 10 號判決；臺灣高雄地方法院 94 年度重訴字第 29 號判決等，以下本文簡稱為「中國殺人詐領保險金案」。相類似案件，另參考最高法院 97 年台上字第 1021 號判決案例。

查獲被告 X。本案發生後，檢察官即指揮警方即透過民間機構「海峽兩岸人民服務中心」向大陸地區「海峽兩岸關係協會」取得由大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局對共犯 A 所製作之訊問筆錄，及法醫學屍體檢驗報告書、死亡鑑定書等文書資料，檢察官即據上開證據起訴被告 X 刑法第 271 條第 1 項之殺人罪及第 339 條第 3 項、第 1 項之詐欺取財未遂罪等罪嫌。

一審高雄地方法院以：前開證言之紀錄均係由大陸地區具有刑事偵查權限之公務員所製作之文書，並由 X 親自簽名並捺有指印，審酌兩岸局勢欲使大陸地區人民來台依法到庭具結作證實有困難，前開證言之紀錄應已具備傳聞法則例外之必要性及特信性³³⁶；我國刑事訴訟法就得為證據之證據資料並無限制，卷內法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書既係循正當程序取得之證據資料，依法亦提示予被告並告以要旨，於客觀上應具有特別之可信性，且係證明被告所涉犯罪事實存否及其內容所必要³³⁷等理由，依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款

³³⁶ 原判決文為「1、按刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款規定：『除前 3 條之情形外，下列文書亦得為證據：三 除前二款之情形外，其他於可信之特別情況下所製作之文書』。次按所謂『其他於可信之特別情況下所製作之文書』，係指與同條第 1 款之公文書及同條第 2 款之業務文書具有同類特徵，且就該文書製作之原因、過程、內容、功能等加以判斷，在客觀上認為具有特別可信性，適於作為證明被告或犯罪嫌疑入所涉犯罪事實存否及其內容之文書而言（94 年度台上字第 3391 號判決意旨參照）。2、卷附大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局關於大陸地區人民李志剛、曾小華之訊問筆錄，係該局就本案訊問居住於大陸地區人民所為之記錄，均係大陸地區『海峽兩岸關係協會』透過民間機構『海峽兩岸人民服務中心』所轉交，有大陸地區海峽兩岸關係協會 2004 年 11 月 9 日 2004（聯）074 號函 1 紙及立法委員曹原彰國會辦公室 93 年 11 月 17 日（93）彰研字第 93111702 號函 1 紙在卷可參（警二卷第 70 至 72 頁參照）。上開訊問筆錄之性質固屬審判外陳述之紀錄，為傳聞證據，惟前開證言之紀錄均係由大陸地區具有刑事偵查權限之公務員所製作之文書（參大陸刑事訴訟法第 3 條第 1 項規定：『對刑事案件之偵查、拘留、執行逮捕、預審，由公安機關負責。』、第 18 條第 1 項規定：『刑事案件之偵查由公安機關進行，法律另有規定的除外。』），並符合大陸地區刑事訴訟法之相關規定（參大陸刑事訴訟法第 42 條規定：『證明案件真實情況的一切事實，都是證據。證據有下列七種：．．（二）證人證言．．以上證據必須經過查證屬實，才能作為定案的根據。』、第 43 條規定：『審判人員、檢察人員、偵查人員必須依照法定程序，收集能夠證實犯罪嫌疑入、被告人有罪或者無罪、犯罪情節輕重的各種證據。嚴禁刑訊逼供和以威脅、引誘、欺騙以及其他非法的方法收集證據。』、第 97 條規定：『偵查人員詢問證人，可以到證人的所在單位或者住處進行，但是必須出示人民檢察院或者公安機關的證明文件。在必要的時候，也可以通知證人到人民檢察院或者公安機關提供證言。詢問證人應當個別進行。』、第 98 條規定：『第九十八條詢問證人，應當告知他應當如實地提供證據、證言和有意作偽證或者隱匿罪證要負的法律責任。』），且所有筆錄均經受詢問人親自書寫『以上筆錄我看過，和我講的一樣』，並簽上姓名及詢問日期於其上，每頁正下方均有受詢問人親自簽名並捺有指印，應堪認前述文書於證據取得程序之合法性。本院審酌兩岸現今政治局勢，欲使前開居住大陸地區人民來台依法到庭具結作證確有現實上之困難，因此前開證言之紀錄已具有傳聞法則例外之必要性，且在客觀上亦具有特別之可信性，適於作為證明被告所涉犯罪事實之存否及其內容，揆諸前揭說明，上開訊問筆錄經本院依刑事訴訟法規定之程序予以調查並辯論後，應具有證據能力。」

³³⁷ 原判決文為「卷附大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局所製作之法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書，亦係該局就本件命案現場及屍體等相關跡證所為之鑑識報告，同係大陸地區『海峽兩岸關係協會』透過民間機構『海峽兩岸人民服務中心』所轉交，有上開書函 2 紙在卷可參。

規定肯定 A 之訊問筆錄與法醫學屍體檢驗報告書、死亡鑑定書之證據能力，並判處 X 無期徒刑、褫奪公權終身。經上訴後，二審臺灣高等法院高雄分院大致亦以相同理由（法醫學屍體檢驗報告書、死亡鑑定書則依第 159 條之 5 之規定，肯定其證據能力）自為判決而維持 X 之刑度。

三審最高法院 96 年度台上字第 5388 號判決則以：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，應非屬本條第一款規定之特信性文書，於大陸地區公安機關（司法警察）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一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定或依其立法精神，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³³⁸；大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局所製作之死亡鑑定書及法醫學屍體檢驗報告書，為傳聞證據，似未經海基會驗證

按我國刑事訴訟法上就得為證據之證據資料並無限制，果證據資料取得及提出過程並未違反我刑事訴訟法之強制禁止規定，且符合正當程序之原則，並經法院依刑事訴訟法規定之程序調查後，自得採為認定事實之證據。是前開文書既係循前開正當程序取得之證據資料，且經本院於審理期間，依法提示予被告，並告以要旨，且使其就前開文書證據為辯論，復上開文書於客觀上具有特別之可信性，係證明被告所涉犯罪事實存否及其內容所必要，參諸首揭說明，亦應認為具有證據能力」。

³³⁸ 原判決文為「刑事訴訟法第一百五十九條之四規定之特信性文書，乃基於對公務機關高度客觀性之信賴（第一款公文書），或係出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載（第二款業務文書），或在類型上與前述公文書及業務文書同具有高度之信用性及必要性（第三款其他可信文書），雖其本質上屬傳聞證據，亦例外賦予其證據能力，容許作為證據使用。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，應非屬本條第一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人之警詢筆錄，其證據能力之有無，應適用同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三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（司法警察）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一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定或依其立法精神，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。原判決謂：卷附大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局對於大陸地區人民李志剛、曾小華之訊問筆錄，係該局就本案詢問居住於大陸地區人民所為之紀錄，上開訊問筆錄之性質固屬被告以外之人於審判外之陳述而為傳聞證據，惟該等筆錄既係由大陸地區具有刑事偵查權限之公務員所製作之文書（參大陸刑事訴訟法第三條第一項規定：『對刑事案件的偵查、拘留、執行逮捕、預審，由公安機關負責。』第十八條第一項規定：『刑事案件的偵查由公安機關進行，法律另有規定的除外。』），該等筆錄未均經受詢問人李志剛、曾小華簽名按捺指印，且李志剛所陳述者係與上訴人共犯本罪之情節，並無將責任推卸予上訴人之情形，曾小華則與本案尚無關聯，其於大陸公安局人員詢問時自無虛偽陳述之必要，堪認其二人上開公安局筆錄有特別可信之情形，而有證據能力等情（見原判決第七頁第十一行至第八頁第三行）。似認大陸地區人民李志剛、曾小華之訊問筆錄，係由大陸地區具有刑事偵查權限之公務員所製作之文書，而屬上開特信性文書，得為證據，所持法律見解，是否得當，尚非無再請求之餘地」。

證明，原判決並未說明其係經由何調查程序憑以認定該等文書具備第 159 條之 5 「適當性」之要件，自難適法³³⁹等理由，而將原判決撤銷發回。

由於 A 經大陸判處死刑後於 2008 年 6 月 26 日執行完畢，因此更一審判決依照前開最高法院判決意旨，類推適用第 159 條之 3 第 1 款規定肯定訊問筆錄之證據能力³⁴⁰；法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書部分，則認為大陸公安

³³⁹ 原判決文為「刑事訴訟法第一百五十九條之五之規定，係基於當事人進行主義中之處分主義，雖肯認當事人對於傳聞證據有處分權，惟法院依其補充發見真實之職權，並維持程序之公正，不論係明示同意（第一項）或默示同意（第二項）傳聞證據得作為證據使用，均明定仍須兼具有『適當性』之要件，亦即由法院介入審酌傳聞證據作成時之情況可認為適當者，始例外賦予其證據能力，並非一經明示或默示同意，即可無條件予以容許。至於如何可認為適當，則可審酌該傳聞證據之取得是否適法、陳述者之任意性有無欠缺及證據之證明力是否顯然偏低等情，以決定其是否得為證據。如若無從除去其證據取得之違法或已失其作為證據之意義者，即不得僅因『同意』此一訴訟行為而承認其證據能力。故事實審法院對此『適當性』之要件，應為必要之調查及論敘，方稱適法。按在大陸地區製作之文書，經行政院設立或指定之機構或委託之民間團體驗證者，推定為真正，台灣地區與大陸地區人民關係條例第七條定有明文。大陸地區製作之文書如經財團法人海峽交流基金會（下稱海基會）驗證證明，在有反證以前，仍須認該文書為真正（參見台灣地區與大陸地區人民關係條例施行細則第九條第三項），但未經驗證證明者，其文書之真偽、虛實，難以辨識，不惟程式重大欠缺，更屬證據之證明力顯然偏低（參見同條例施行細則第九條第二項），即難謂符合『適當性』之要件。原判決採為判決基礎之大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局所製作之死亡鑑定書及法醫學屍體檢驗報告書，為傳聞證據，似未經海基會驗證證明，上訴人亦執此為爭辯（見警卷(二)第四七、五三至五五頁，原審卷第二四三、二四九頁）。原判決並未說明其係經由何調查程序憑以認定該等文書具備『適當性』之要件，僅泛言『本院審酌上開證據作成時尚無違法之情形，適當作為證據』，並以當事人及辯護人不爭執而認已默示同意，因而承認其具有證據能力，要屬理由欠備，自難謂適法」。

³⁴⁰ 原判決文為：「按刑事訴訟法第 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，除法律有特別規定外，不得作為證據。又同法第 159 條之 3 規定：按被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明有可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據：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或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。查卷附之大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局關於大陸地區人民李志剛、乙○○之訊問筆錄，係該局就本案訊問居住於大陸地區人民所為之記錄，均係大陸地區「海峽兩岸關係協會」透過民間機構『海峽兩岸人民服務中心』所轉交，有大陸地區海峽兩岸關係協會 2004 年 11 月 9 日 2004（聯）074 號函 1 紙、立法委員曹原彰國會辦公室 93 年 11 月 17 日（93）彰研字第 93111702 號函及財團法人海峽交流基金會 96 年 4 月 26 日函各 1 份在卷可參（見警二卷第 70 至 72 頁、本院上訴審卷第 197 頁）。上開訊問筆錄之性質固屬被告以外之人於我國法院審判外之陳述而為傳聞證據，惟該等筆錄既係由大陸地區具有刑事偵查權限之公務員所製作之文書（參見大陸刑事訴訟法第 3 條第 1 項規定：『對刑事案件的偵查、拘留、執行逮捕、預審，由公安機關負責。』第 18 條第 1 項規定：『刑事案件的偵查由公安機關進行，法律另有規定的除外。』），雖該等筆錄末均經受詢問人李志剛、乙○○簽名捺捺指印，惟李志剛因犯故意殺人罪，遭主管機關依法判處死刑，剝奪政治權利終身，已於 2008 年（民國 97 年）6 月 26 日執行，此有財團法人海峽交流基金會 97 年 7 月 16 日海廉（法）字第 0970022532 號及附送之海峽兩岸關係協會 2008 年 7 月 9 日函可憑（見本院更一審卷第 147、148 頁），又李志剛所陳述者係與被告共犯本罪之情節，其陳述並無將責任推卸予被告之情形；另乙○○雖係被害人鍾進芳的大陸配偶，然兇殺案發生時乙○○出外購物，回來驚見被害人鍾進芳已倒臥血泊中死亡，因乙○○外出並未目擊兇殺而與本案尚無關聯，且乙○○經本院傳喚不到庭（見 97 年 10 月 20 日本院審判筆錄），其等於上開大陸公安局人員詢問時自無虛偽陳述之必要，因李

局之法醫師之地位相當於我國檢察署之法醫師，同有公務員身分類推適用刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款規定而認定其有證據能力³⁴¹，維持被告無期徒刑、褫奪公權終身之刑度。被告上訴後，最高法院 98 年度台上字第 2215 號判決以事實認定與卷內證據矛盾為理由而撤銷更一審判決發回，就證據能力部分則未特別敘及。

更二審判決大致上循前開最高法院 96 年度台上字第 5388 號判決之意旨，認為 A 之訊問筆錄得類推適用第 159 條之 3 第 1 款、第 3 款之規定肯定其證據能力³⁴²，法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書部分，則同更一審理由類推適用刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款規定而認定其有證據能力。最後，終審之最高法院 99 年度台上字第 5360 號判決則駁回被告上訴確定，其中就大陸地區訊問筆錄之證據能力問題亦持與更二審判決相同之見解，至於法醫學屍體檢驗報

志剛已死亡，乙○○傳喚不到，而大陸公安局相當於我國之警察局，是李志剛、乙○○2 人於公安調查中所為之公安局筆錄陳述，經證明有可信之特別情況，解釋上可類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1、3 款規定，由本院審酌該等證人之陳述是否與事實相符，而作為認定上訴人犯罪事實之證據」。

³⁴¹ 原判決文為「卷附大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局所製作之法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書，已經由財團法人海峽交流基金會向海峽兩岸關係協會查証，認確屬大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局所製作出具之法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書屬實，此有財團法人海峽交流基金會 97 年 12 月 23 日海廉（法）字第 0970044525 號及附送之海峽兩岸關係協會 2008 年 12 月 16 日函可憑（見本院更一審卷第 220、221 頁），而大陸公安局之法醫師之地位相當於我國檢察署之法醫師，同有公務員身分，公安局法醫師職務上所製作之法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書，並無顯不可信之情況，解釋上可類推適用刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款規定，由本院審酌該屍體檢驗報告書及死亡鑑定書是否與事實相符，而認有證據能力」。

³⁴² 原判決文為「(一)、按刑事訴訟法第 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，除法律有特別規定外，不得作為證據。又同法第 159 條之 3 規定：按被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明有可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據：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或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。查卷附之大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局關於大陸地區人民李志剛、甲○○之訊問筆錄，係該局就本案訊問居住於大陸地區人民所為之記錄，均係大陸地區『海峽兩岸關係協會』透過民間機構『海峽兩岸人民服務中心』所轉交，有大陸地區海峽兩岸關係協會西元 2004 年 11 月 9 日 20 04（聯）074 號函乙紙、立法委員曹原彰國會辦公室 93 年 11 月 17 日（93）彰研字第 93111702 號函及財團法人海峽交流基金會 96 年 4 月 26 日函各乙份在卷可憑（見警卷(二)第 70 至 72 頁、本院上訴審卷第 197 頁）。上開訊問筆錄之性質固屬被告以外之人於我國法院審判外之陳述，而為傳聞證據；惟李志剛因犯故意殺人罪，遭主管機關依法判處死刑，剝奪政治權利終身，已於西元 2008 年 6 月 26 日執行，此有財團法人海峽交流基金會 97 年 7 月 16 日海廉（法）字第 0970022532 號及附送之海峽兩岸關係協會 2008 年 7 月 9 日函可憑（見本院更(一)審卷第 147、148 頁）。又李志剛所陳述者係與被告戊○○共犯本罪之情節，其陳述並無將責任推卸予被告戊○○之情形；況李志剛訊問筆錄內容與被告戊○○於警訊供述情節大致相符，並有後述之屍體檢驗報告書、死亡鑑定書等證據資料可資佐證，堪經證明有可信之特別情況，且為證明被告戊○○犯罪事實存否所必要；而大陸公安局相當於我國之警察局，是李志剛於公安調查中所為之公安局筆錄陳述，解釋上可類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 第 1-3 款規定，而得為認定被告戊○○犯罪事實之證據」。

告書及死亡鑑定書部分則未特別說明。以下，則就一、二審及最高法院判決理由加以評析。

二、案例檢討

誠如本文先前所述，成為特信性文書之要件在於該文書是否具有例示性、公示性或機械性、良心性及制裁性等性質，本案 A 之訊問筆錄與法醫學屍體檢驗報告書、死亡鑑定書均為依個案所作成之文書，故一、二審判決理由³⁴³適用刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款並不適當，自亦不可能因法院依照我國刑事訴訟法之程序調查，即得肯定其證據能力。上述一、二審判決理由雖然可議，惟其引據大陸刑事訴訟法第 3 條第 1 項、第 18 條第 1 項及第 42 條等規定，認為訊問筆錄係「由大陸地區具有刑事偵查權限之公務員所製作之文書，並由 X 親自簽名並捺有指印」而肯定作成程序之合法性；且就醫學屍體檢驗報告書、死亡鑑定書則認係「循前開正當程序取得之證據資料」，顯然係以被請求國法為證據取得階段之準據法，此項見解符合前開國際刑事司法互助之準據法適用理論，實值贊同。

其次，最高法院 96 年度台上字第 5388 號判決指出「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，應非屬本條第一款規定之特信性文書」，進而認為「大陸地區公安機關（司法警察）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一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定或依其立法精神，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」；此後，更一審判決起至終審為止，亦大致均依上開意旨類推適用第 159 條之 3 第 1 款而肯定訊問筆錄之證據能力，本文亦肯定此項見解，蓋其符合傳聞例外法理及國際刑事司法互助之準據法適用理論。至於法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書部分，更一審判決起至終審為止，則均類推適用刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款規定認定其有證據能力，理由乃認為大陸公安局之法醫師之地位相當於我國檢察署之法醫師而同有公務員身分所使然。惟我國地檢署法醫師所製作之驗斷書及檢察官所開立之相驗屍體證明書，依最高法院見解亦認為屬於個案性質，不具備例示性、公示性要件而非第 159 條之 4 第 1 款文書³⁴⁴，則何以對於大陸公安局之法醫師所製作之相當之書類，即得認為其性質為特信性文書，實令人費解，且單憑「大陸公安局法醫師之地位相當於我國檢察署之法醫師而同有公務員身分」一點，亦無法自圓其說。再者，依刑事訴訟法第 159 條之立法理由³⁴⁵可知，第 206 條之鑑定被歸類為

³⁴³ 二審理由關於適用第 159 條之 5 同意文書之部分，因與本文主題較不相關，爰不予討論。

³⁴⁴ 最高法院 98 年度台上字第 3258 號、前揭註 320 判決等判決理由。

³⁴⁵ 立法理由略以：「又本條所謂『法律有規定者』，係指本法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五及第二百零六條等規定，此外，尚包括性侵害犯罪防制法第十五條第二項、兒童及

傳聞例外規定之一，姑不論我國法上將鑑定報告作此處理是否妥適³⁴⁶，更一審判決適用第 159 條之 4 第 1 款而不適用第 159 條之規定，其適用法則似亦非正確。因此，本文認為在現行法架構之下，此項由大陸公安局法醫師職務上所製作之法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書，仍應以類推適用本法第 159 條之 3 之規定始合乎傳聞例外理論。

再自三審表示應「類推適用第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定或依其立法精神」判斷訊問筆錄之證據能力以來至終審為止，判決理由關於特信性要件之標準均未有詳盡之論述，僅更二審判決指出「又 A 所陳述者係與被告 X 共犯本罪之情節，其陳述並無將責任推卸予被告 X 之情形；況 A 訊問筆錄內容與被告 X 於警訊供述情節大致相符，並有後述之屍體檢驗報告書、死亡鑑定書等證據資料可資佐證，堪經證明有可信之特別情況」等標準，其理由構成純粹係 A 供述內容與其他卷證是否相符而具可信性問題，而與特信性要件之判斷無關。因此本案三審以後法院之判決理由雖漸漸符合傳聞例外之法理，然在實際之判決理由構成方面，似仍有作更細緻討論之空間。

由於我國與中國大陸間特殊之歷史背景，自 1949 年國民政府播遷來臺後，迄今因政治面影響而在交流互動上時而疏離、時而緊密，然姑且不論政治走向如何，兩岸人民間經貿、文化之交流已日趨頻繁，迨為不爭之事實，因而遊走於兩岸四地間之犯罪類型，則有日漸增加之趨勢，此從本文前述澳門擄人勒贖案即可窺知。為因應此一趨勢，台灣與大陸即於 2009 年 4 月 26 日，在南京簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，而成為兩岸間重要之司法互助依據，雙方在協議生效後，可在刑事領域調查取證方面相互提供協助（第 1 條第 3 款），具體內容則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（第 8 條第 1 項），且關於協議議定事項可由主管部門指定之聯絡人聯繫實施（第 3 條第 1 項），以收迅速之效。本案因發生於協議作成前，故相關證據之取得係因應當時情況而透過民間團體協助取得，雖可能遭致程序正當性之批評，惟此亦為因應兩岸現實所不得不然之舉，今後如再發生類似案件，自然以上開協議作為證據取得階段之依據，以杜爭議。

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及檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等多種刑事訴訟特別規定之情形」。

³⁴⁶ 日本刑事訴訟法第 321 條第 4 項規定法院及法官命鑑定人所作成記載鑑定經過與結果之鑑定書（實務見解對於偵查機關囑託鑑定之鑑定書亦同），準用第 3 項偵查機關勘驗筆錄之規定，亦即鑑定人須於審判期日以證人身分到庭作證並陳述其作成之真正性，該鑑定書始有證據能力。從傳聞法則理論來看，大陸公安局之法醫師製作之法醫學屍體檢驗報告書及死亡鑑定書當然為被告以外之人於審判外之陳述，而屬傳聞證據無疑，惟我國法上不附加任何要件即廣泛承認由法院或偵查機關囑託鑑定之鑑定書證據能力，似有違傳聞例外理論。

參、小結

從以上我國實務之四件案例可知，我國已發展出之司法互助取證方式包含：一、由檢察官直接至國外訊問取得及囑託外國偵查機關訊問取得，即澳門擄人勒贖案中，分別由檢察官在當地自行訊問取得，及透過行政院大陸委員會囑託澳門特別行政區檢察院檢察官訊問取得；二、取得外國偵查或司法機關之文書，亦即有透過外交部取得美國承辦檢察官所製作之供述筆錄（美國販賣海洛因案）之方式；或由法務部調查局及外交部駐福岡辦事處，取得在日本接受調查之共犯供述筆錄及日本法院之判決書等書面資料（日本販賣安非他命案）之方式；與透過我國民間機構「海峽兩岸人民服務中心」向大陸地區「海峽兩岸關係協會」取得由大陸公安製作之訊問筆錄（中國殺人詐領保險金案）等形態。表面上我國經由司法互助取證實務之發展似為多樣，然實際上除澳門擄人勒贖案外，我國以透過非外交管道迂迴取得他國文書資料之情形居多，而不能稱為正式之司法互助；且細繹各該案件之判決理由可知，實務上迄今尚未就**證據取得階段之程序合法性**（例如於直接取證之方式中，有關檢察官在國外為訊問行為之效力；於囑託取證之方式中，有關檢察官囑託取證之依據及應適用之準據法等）問題加以檢討，僅直接進入證據評價階段論述證據能力之有無，似可見我國實務目前對於司法互助取得供述證據之證據能力判斷，仍欠缺國際性與全面性之問題意識。

其次，在**證據評價階段**，上開案例雖均肯定境外供述證據之證據能力，惟爰引之依據則不一，例如在澳門擄人勒贖案中，係分別依照刑事訴訟法第 159 條之 3 第 3 款、第 159 條之 1 第 2 項規定，肯定證人警詢、偵訊筆錄之證據能力，而檢察官之勘驗筆錄則依第 159 條之 4 第 1 款規定肯定其證據能力；美國販賣海洛因案中，則因當時尚未修法引進傳聞法則，對於證據能力問題僅泛稱「我國法院經由外交機關委託外國法院協助而取得之證據資料，並非不具證據能力，僅其證明力仍委由法院自由判斷而已」，並未詳述肯定證據能力之理由；在日本販賣安非他命案中，92 年刑事訴訟法修法前所為判決之理由認為「刑事訴訟法採自由心證主義，對於證據之種類並未設有限制」，因此「如已踐行向被告宣讀或告以要旨之調查程序，非不得以之作為本案之證據」，而明白肯定共犯供述筆錄與日本國判決書等司法文書之證據能力；92 年修法後之更一審起至終審判決為止，則一概認為係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款之特信性文書而肯定其證據能力；至於在中國殺人詐領保險金案中，就大陸公安所製作之訊問筆錄，一、二審係依刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款規定肯定其證據能力，嗣三審表示「應類推適用第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定或依其立法精神」判斷上開筆錄證據能力之有無後，自更一審起至終審為止，則更改見解而認為應類推適用第 159 條之 3 第 1 款規定；而大陸之法醫學屍體檢

驗報告書、死亡鑑定書等文書資料部分，一審認為係刑事訴訟法第 159 條之 4 第 3 款之特信性文書，自更一審後則認為應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款規定之特信性文書。因此，從上開案例所表示之見解可知，我國實務對於境外供述證據適用何種傳聞例外之見解相當分歧，如以時序演進來看，在 92 年刑事訴訟法尚未修法引進傳聞法則前（參考美國販賣海洛因案及日本販賣安非他命案），我國實務之思考多停留在「證據之蒐集與調查，不限於在審判法院之前為之」、「刑事訴訟法對於證據種類並無限制」及「如已踐行向被告宣讀或告以要旨之調查程序，即非無證據能力」等思惟，可謂毫無傳聞法則之觀念；在 92 年修法引進傳聞法則後，初期（參考澳門擄人勒贖案及中國殺人詐領保險金案之一、二審判決）則多以第 159 條之 4 第 3 款特信性文書之規定作為依據，近來（參考中國殺人詐領保險金案之三審至終審判決）則認為應類推適用第 159 條之 3 之規定，似乎漸有掌握傳聞例外概念之趨勢。

再者，就我國實務有關傳聞例外法則之特信性判斷，上開案例並未作深入討論，迄今為止亦僅澳門擄人勒贖案中曾提及下列三點因素作為參考，亦即：

1、程序是否具有公開性：此部分即判決理由中所述，該案係依循國際刑事司法互助管道，囑託澳門特別行政區檢察院檢察官所實施之訊問，過程中並已通知其辯護人到場保障其律師倚賴權，訊問中並予以全程錄音錄影等等，故可作為具備特信性之因素。

2、供述是否具有任意性：亦即判決所述於訊問前已對被告踐行告知義務，確保被告之訴訟防禦權及供述自由等。

3、是否已確認筆錄記載與供述之一致：亦即判決所述訊問後尚由會同之雙方當事人、辯護人及其他在場人員在筆錄上簽名確認，我國檢察官亦命書記官就該訊問過程作成勘驗筆錄等。

從我國上開實務之演進過程來看，從修法前毫無傳聞法則概念，到修法後早期動輒視為特信性文書處理，以至於近年來逐漸能掌握傳聞例外法則觀念之運用，實務見解之更迭似也反映出因此類案例之稀有性，導致審判實務長期處於摸索境外供述證據適用法則之窘境。雖然由於我國特殊之國際地位而使境外偵查取證之難度升高，現今實務運作也大多以取得他國司法文書等書面資料為主，然自澳門擄人勒贖案首度由我國檢、警人員直接至境外取證後，我國偵查實務就此類案件之發展，可謂邁出嶄新之一步，並獲得相當寶貴之經驗。而該案與其後相類似案例（如中國殺人詐領保險金案）所表示之見解，相信將來應會成為我國實務運作之重要參考。

第四章 由證據排除法則檢討司法互助取得證據之證據能力

刑事證據得否作為認定事實之依據，除牽涉是否符合各該證據法則（例如：傳聞法則、自白法則等等）要件外，首先應檢討者是有無應被排除作為證據使用之情形存在。因此，所謂「證據排除法則」，即指因證據蒐集之程序或手段違法，從而排除其作為認定事實依據之法則。蓋刑事訴訟法之目的不僅在於發現真實，尚有保障人民不受政府侵害憲法所保障基本權利之理念，因此於訴訟程序中不僅要探求實體真實，亦須兼顧程序正義，證據排除法則即為此一思想下之產物。以下本章擬就日本及我國學說上有關證據排除法則之理論與實務迄今之發展，比較其間異同，並進而檢討經由司法互助取得證據之證據能力。

第一節 證據排除法則之學理

第一項 日本之證據排除法則

日本受到美國學說、判例之影響，就證據排除法則（即日本所稱「違法蒐集證據排除法則」）之理論根據，國內學說有下列三種見解：一、正當程序說（亦稱規範說、憲法保障說），認為利用違法蒐集之證據，因違反正當程序之憲法理念，故應予排除；二、司法廉潔性說（或稱司法無瑕性說），認為使用違法蒐集之證據，因違背人民對司法之信賴，故應予排除；三、違法抑止說：認為抑制將來之違法偵查，禁止使用該等證據為最佳之方式³⁴⁸等。學者針對以上三說，亦曾指出其理論上之缺陷，例如：就正當程序說而言，如偏重對被告程序正義之要求，可能有無視於發現真實及確保處罰之刑事訴訟目的之嫌；就司法廉潔性說而言，以蒐集程序違法作為證據排除之理由，如果因而難以給予適度之處罰，亦可能喪失國民對司法之信賴；再就違法抑止說而言，是否確實能經由證據排除抑止違法偵查並無實證之依據，且除了排除證據之使用外，亦有依民事或行政程序應對之方法等。就上開三種學說，今日日本學說上係以違法抑止說作為核心依據，並兼顧考量其他二說之綜合性見解為主流³⁴⁹。再者，關於排除之標準，日本學說上有絕對排除說與相對排除說之分別，前者係以正當程序說為基礎，認為程序一旦違法即應予以排除；後者則認為除違憲之情形應予絕對排除外，其餘應從司法廉潔性說及違法抑止說之立場來看，就各項情事予以利

³⁴⁸ 田口守一，刑事訴訟法〔第五版〕，東京：弘文堂，2010年，頁357-358。

³⁴⁹ 同前註。

益衡量後始決定應否排除³⁵⁰。以上為目前日本關於證據排除法則之學理論據。

第二項 我國之證據排除法則

我國之證據排除法則，學說上參酌美、日、德等國理論，提出下列理論之根據：(一)人權保障論：認為排除法則的目的，主要乃在擔保憲法基本人權免於國家機關不當或不法之干預，因此遇有國家機關違反法定程序，侵害憲法保障基本人權之重大違法時，應排除其取得之證據；(二)維護司法正潔性：亦即法院若於審判中使用警察非法取得之證據，無異法院為偵查機關之非法背書，而寬宥有怨政府侵害人民之憲法權利，亦有間接鼓勵政府為非法行為之疑慮，因此應予排除該項證據；(三)嚇阻效力或導正紀律說：對於偵查人員違法蒐證之制裁，透過刑事、民事或行政手段之效果均屬有限，故政策上以排除證據適用較能嚇阻偵查機關違法取得³⁵¹等。從以上可知，日本與我國之學理根據迥屬相同，均係出於維護正當程序、司法廉潔性，以及抑止將來違法偵查等見解，學說上亦明確指出，違法證據排除法則之理論根據，應是綜合上述見解三位一體之理由³⁵²較為妥適。其次，就排除標準之問題，我國學說上可分為絕對排除說、相對排除說與權衡說等三者，乍看之下此方面日本與我國之學理似屬不同，惟實則我國學說上所稱之權衡說，乃指如有違法取證之情形，亦須針對個案衡量始能決定是否排除作為證據使用，故實務運作結果，則有如日本之相對排除說，故兩國之學理分類應屬相同。就此項區分學者亦指出，所謂違反法定程序之概念本具有相對性，針對違法程度而區分排除基準本非全無道理，以上見解實際上均可通稱為相對排除說，僅係各自在排除範圍及程度上有所差異而已³⁵³。限於篇幅關係，本文即簡單介紹日本與我國之證據排除法則學理如上，以下則介紹日本與我國國內實務有關證據排除法則之形成過程與應用情形，以作為後續探討境外排除法則之基礎。

第二節 排除法則之國內實務運作

第一項 日本實務案例檢討

有關於違法蒐集證據排除法則之實務見解，日本實務上經常受到討論之重要案例有三，即為「大阪天王寺持有安非他命案（大阪天王寺覚せい剤所持事件）」、「奈良生駒施用安非他命案（奈良生駒覚せい剤使用事件）」及「天津違法逮捕案（天津違法逮捕事件）」等，分別探討有關證據排除之要件、承繼違法

³⁵⁰ 田口守一，前揭註 348，頁 358-359。

³⁵¹ 陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，NO.113，頁 36-37。

³⁵² 同前註，頁 37-38。

³⁵³ 同前註，頁 38-41。

先行偵查程序之證據排除及違法蒐集證據排除法則之波及效力等問題，本文以下即依此順序檢討該三則案例。

壹、排除之要件³⁵⁴

一、案例經過及歷審見解

本案之案例事實為 K 警員等人，深夜在經常發生安非他命及賣淫案件之地區，停車並接近正與狀似遊手好閒之男子數人交談中的被告 X 時，X 立即發動車子行進。因懷疑 X 有拉客之嫌疑，K 警員等人即攔停 X 車子並且開始進行盤查。從 X 之態度和臉色等來看，K 警員等人懷疑 X 有安非他命毒癮發作之跡象，故令 X 下車並出示所持有之物品，但為 X 所拒絕。支援之警官等人到達現場後，再度要求 X 出示所持物品時，X 才碎碎唸地從口袋裏拿出眼藥水和衛生紙交給 K。K 告知 X 請其讓他觸碰身上其他口袋，並觸碰了沒有說話之 X 的上衣和長褲口袋時，由於在上衣左側內口袋感覺有放入「非刀子以外堅硬物體」之膨脹感，遂要求 X 出示，X 則沈默不語。K 隨即強硬的說「好好的給我拿出來！」，因為 X 並未回答，K 接著說「這樣的話我要自己拿了」時，X 遂唸唸有詞並顯現出不服氣的樣子。其後，K 將手伸入口袋內，取出了衛生紙團和裝有一支注射針筒之塑膠盒，打開前者後，是裝有像安非他命般之粉末。由於 K 以試劑檢查粉末時，辨別出是安非他命，故以持有安非他命之現行犯逮捕 X，並扣押該批粉末等物品。

一審大阪地方裁判所昭和 50 年 10 月 3 日判決³⁵⁵以本案安非他命為違法收集之證據應予排除，且自白欠缺補強證據等理由判決被告 X 無罪，二審大阪高等裁判所昭和 51 年 4 月 27 日判決³⁵⁶亦支持 1 審之判斷駁回上訴，檢察官遂向最高裁判所提起上訴。

最高裁判所昭和 53 年（西元 1978 年）9 月 7 日第一小法庭判決³⁵⁷審理後將二審判決撤銷發回，其首先就持有物品檢查之適當與否，表示了與同院昭和 53 年 6 月 20 日第三小法庭判決³⁵⁸相同看法後，肯認本案持有物品檢查³⁵⁹之必要性

³⁵⁴ 大阪地判昭和 50 年 10 月 3 日判決、大阪高判昭和 51 年 4 月 27 日判決，及最高裁判所昭和 53 年 9 月 7 日第一小法庭判決。

³⁵⁵ 刑集 32 卷 6 號，頁 1760。

³⁵⁶ 判例時報 823 號，頁 106。

³⁵⁷ 刑集 32 卷 6 號，頁 1672。

³⁵⁸ 刑集 32 卷 4 號，頁 670。本判決係日本最高裁判所論述「附隨於職問質問之持有物品檢查」界限之案例（即「米子銀行強盜事件」），該案例首先從職問質問效果之觀點肯認持有物品檢查之適法性，其次說明持有物品檢查之要件，原則上仍必須得到持有人之同意始得為之，例外在未得持有人同意時，除非所實施之行為未達搜索程度，且具備檢查之必要性、緊急性及考量所侵害個人法益與應保護公共利益之個案適當性時，方得為之。

³⁵⁹ 此處所稱之「持有物品檢查」，係指日本警察人員實施警察官職務執行法第 2 條之職務質問

及緊急性。另一方面亦表示，因 K 在未得到 X 之承諾，即將手伸入上衣左側口袋內取出物品檢查，係「高度侵害隱私權」且「其態樣近似搜索」之行為，在本案情況下難認為適當，應理解為已逸脫持有物品檢查之容許限度，而認定本件證物之蒐集程序為違法。其次，關於本案違法扣押物品之證據能力，判決意旨則表示如下之見解：

「關於違法所蒐獲證物之證據能力，因憲法及刑事訴訟法均未設有明文，故此問題之闡述，委由刑事訴訟法之解釋應屬適當。由於刑事訴訟法係以『關於刑事案件，以兼顧維持公共福祉與保障個人基本人權，及發現真實、正確且迅速適用刑罰法令為目的』（同法第 1 條），故就違法所蒐獲證物之證據能力，自有從此觀點加以檢討之必要。同時，正確適用刑罰法令、維持公共秩序均係刑事訴訟之重要任務，為此有必要儘可能究明案件之真相，自不待言，故扣押證物之程序即使違法，從其並未對於物體本身之性質、形狀帶來改變，就其之存在、形狀等價值不變等物證之性質來看，如以該扣押程序違法而直接否定其證據能力，並非有助於釐清案件真相，應謂並不適當。然而，查明案件真相亦須兼顧個人基本人權之保障，且必須在**正當程序**下為之，特別是憲法第 35 條，為除第 33 條及依令狀之情形以外，保障住居不可侵犯、不受搜索及扣押之權利，據此刑事訴訟法就搜索及扣押均設有嚴格之規定；再者，從憲法第 31 條保障正當法律程序等意旨來看，在扣押證物等程序上，如有踐踏憲法第 35 條及據此而定之刑事訴訟法第 218 條第 1 項所要求之令狀原則精神之重大違法時，容許此等證據從**抑制將來違法偵查**之觀點來看認為顯不適當時，應否定其證據能力」。

「因此從本件來看，上開 K 之行為存在職務質問之要件，且在肯定檢查持有物品緊急性及必要性之情形下，對於承諾與否態度不明之被告，僅不過稍微超越持有物品檢查之容許限度而執行，且 K 本即無欲規避關於令狀原則各項規定之意圖，亦難認在檢查持有物品之際，有為其他強制手段之跡象，故本件扣押物證程序之違法性難謂為重大，其作為被告之犯罪證據，即使從抑制違法偵查之觀點來看，亦難認為不適當，故本案證物之證據能力應予肯定」。

二、案例檢討

（一）爭點

本案所涉及之爭點，在於 K 警員等人自行從 X 口袋中取出物品之行為，是否已逾越持有物品檢查之限度，而應排除扣案物品之證據能力。以下本文先針對此項爭點之日本學說主張及實務判決見解介紹後，再就本案例最高裁判所之

（相當於我國警察職權行使法第 6 條、第 7 條之規定，實務上用語概稱為「盤查」）時，所附帶實施之檢查隨身物品行為。

判決扼要評釋。

（二）學說主張

關於違法蒐集證據排除法則之理論根據，本章第一節已提出說明，亦即「正當程序說」認為使用違法侵害被告權利之手段所獲得之證據處罰被告，違反憲法第 31 條所要求之正當程序；「司法廉潔性說」認為法院不能使用「被污染的證據」而污染自己的手，如果在審判程序中使用違法蒐集之證據，將喪失國民對於法院或刑事司法之信賴；「違法抑止說」則認為透過禁止使用違法蒐集之證據，得有效抑止將來相同之違法證據蒐集活動等。然從反對之立場來看，上開學說之見解亦非十分完善，例如反對說認為：正當程序說所指對於被告程序正義之主張，並無法忽視對於刑事訴訟發現真實之要求，亦即不應採取只要違法即予排除之絕對標準，而必須考量證據之重要性等情事；司法廉潔性說以蒐集程序違法作為應排除之理由，但如因證據排除而難以給予適度之處罰，亦可能使國民喪失對於司法之信賴，特別是在該證據具有高度重要性之情形時更是如此。而違法抑止說之主張則有可能隨著證據被排除而無法處罰犯罪人，其代價有時亦屬過高，且抑止違法偵查除了不使用該證據外，尚有其他方法可資解決等。故如單從上開學說其中之一來看，均無法作為證據排除之理論根據。

（三）歷來實務見解

關於違法所蒐獲證據之證據能力，實務上日本最高裁判所起初是採取消極否定之見解³⁶⁰，但學說上受到美國法影響，認為至少在蒐集程序有重大違法時，應否定此種證據之證據能力的看法，逐漸成為有力見解。其後，在同院昭和 36 年 6 月 7 日大法庭判決³⁶¹中，6 名採取反對意見³⁶²之法官，理論上亦承認違法蒐集證據排除法則，而且下級審肯定排除違法蒐集證據之裁判例亦有漸增之趨勢。因此，在此情況下所作出之本件判決，係日本最高裁判所首次承認排除法則理論之劃時代見解。

³⁶⁰ 昭和 24 年 12 月 13 日第三小法廷判決，最高裁判所刑事判例集 15 號 349 頁。該判決要旨指出：「扣押程序即使違法，對扣押物的證據能力和證據價值不發生改變，法院依自由心證作為犯罪證據與否，專屬其之權限」。

³⁶¹ 最高裁判所刑事判例集 15 卷 6 號 915 頁，即「大阪西成持有海洛因案件（大阪西成ヘロイン所持事件）」。該案係論述有關附隨於緊急逮捕之無令狀搜索扣押，其時間、場所之界限，是否符合日本刑事訴訟法第 220 條第 1 項規定之「逮捕時」及「逮捕之現場」等要件，從而討論所扣押之海洛因及搜索扣押筆錄是否具備證據能力之案件。

³⁶² 上開案件之結論係肯定於實施緊急逮捕前所為之搜索、扣押之合法性，判決意旨所持之理由係認為不問逮捕着手前後均符合「逮捕時」之要件；然六名持反對意見之法官從時間上之密接性着眼，認為於嫌疑人不在現場之情形下，不該當附隨於緊急逮捕之搜索扣押，故應否定扣押物品之證據能力。附帶一提者是，本案二審判決亦是採取搜索扣押違反憲法第 35 條之見解，而認為應否定扣押海洛因及搜索扣押筆錄之證據能力。

(四) 評析與檢討

本判決在日本實務上所具有之重要意義已如前述，本文進一步認為從判決意旨中可發現下列幾項問題：

1、判決意旨係將證據排除視為刑事訴訟法而非憲法解釋之問題

關於證據排除理論之位階，本判決係以憲法第 31 條、第 35 條等無證據排除之規定為由，將違法蒐集證據之證據能力本質，評價為繼受憲法精神之刑事訴訟法第 1 條之解釋，而非憲法之問題，顯然是定位為法律位階之層次。惟有學者認為雖然依本案情形無法直接適用憲法第 31 條規定，但從「正當程序論」、「司法無瑕性論」及「違法抑止論」等三項理論及令狀原則自身在憲法上地位來看，本案證據之使用似有視為違反第 31 條所揭示正當程序理念之可能³⁶³；或認為本判決意旨以憲法及刑事訴訟法無直接排除規定作為理由，即主張應委由刑事訴訟解釋之看法並不合理，其論理未充分考慮證據排除事涉個人基本權保障之重要問題³⁶⁴。本文認為，證據排除之問題關係刑事訴訟程序之正當性與被告訴訟基本權之保障，因此單以刑事訴訟法法律解釋之層面視之，似乎過於狹礙，尤其在處理經由司法互助合法取得證據之證據排除時，從法律位階思考顯然無法求得合理之解釋（詳後本章第三節所述），因此應求諸憲法而非法律層次之解釋為宜。

2、判決意旨並未明示排除要件之理論根據

從前述判決理由可知，本判決揭示「重大違法性（有踐踏令狀原則精神般之重大違法）」與「排除相當性（從抑制將來違法偵查之觀點來看，容許作為證據並不適當）」兩項證據排除之要件，然此兩項要件背後所依據之理論根據為何，本判決並未多作說明。學說上則有從判決意旨觀察，認為本判決不僅明示違法抑止說及正當程序說，且亦有隱含司法無瑕性說作為論理根據意旨之看法³⁶⁵。再者，有關於兩項要件之間的關係，學說上亦有不同見解，有認為只有「重大違法性」是排除之要件（基準），而「排除相當性」不過是排除法則正當化根據之一³⁶⁶；亦有認為「重大違法性」是相應於司法無瑕性論之要件，其與「排

³⁶³ 堀江慎司，違法収集証拠の証拠能力（1），井上正仁編，刑事訴訟法判例百選〔第八版〕，NO.174，2005年，頁136-137。

³⁶⁴ 椎橋隆幸，証拠排除の要件，井上正仁・大澤裕・川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選〔第九版〕，NO.203，2011年，頁196-197。

³⁶⁵ 堀江慎司，前掲註363，頁136-137。

³⁶⁶ 田宮裕，職務質問に付随して行なう所持品検査の許容限度・押収等の手続きに違法のある証拠物の証拠能力(最判昭和53.9.7)，警察研究，55卷1號，1984年，頁78。

除相當性」是處於併列之關係（即司法無瑕性和違法抑止各自為獨立之排除根據）³⁶⁷；或認為「重大違法性」與「排除相當性」為重疊之要件，必須兩者兼具始生證據排除之效果³⁶⁸，而多數之意見則採取重疊說之立場³⁶⁹。本文認為，從判決文義來看，顯然明示「正當程序論」及「違法抑止論」為理論依據，但由判決意旨強調「憲法第 35 條及據此而定之刑事訴訟法第 218 條第 1 項所要求之令狀原則精神」一點觀之，實亦隱含司法機關不得使用非法取得證據之精神，因此本判決作為證據排除之理論依據，應包含「正當程序論」、「司法無瑕性論」及「違法抑止論」等三項理論之思考。再者，從判決理由之論述方式來看，兩要件應係處於重疊之關係而缺一不可；況實務操作時，如僅以「違法抑止論」之觀點判斷實嫌不足（例如違法不重大卻反覆發生時），亦必須兼就「正當程序論」與「司法無瑕性論」之角度觀察，始能適切地評判各種違法取證之情節，就此而言，兩要件間之關係，當以採取重疊說之立場較為妥適。

3、判決意旨並未說明兩項要件之操作標準

另外，從上揭提示之兩項要件可知，即使判斷取證程序違法重大，亦非當然導致證據被排除之結果，故學者一般認為係採取相對排除而非絕對排除之立場³⁷⁰。惟即使採取相對排除說，判決意旨亦未就兩項要件之操作標準作出明確之說明，例如：在具備重大違法性之情況下，得否認為排除不適當而容許作為證據³⁷¹（不常發生違法之情形時）；反之，即使違法不重大時，得否認為排除適當而不容許作為證據（反覆為同種類違法行為時），本判決雖然揭示上開二項標準，在面臨個案判斷時應如何操作，自判決理由本身尚難明瞭，故學者即有認為判決就此二項要件之具體化標準，有留待往後個案累積形成而予以明確化之意³⁷²。惟標準之不明確容易導致排除範圍之不安定，尤其在考量案件之重大性及證據之必要性等要素後，此種個案判斷之方式，十分可能伴隨著恣意之危險，亦即往往容易因案情重大或證據不可或缺而導致裁判者容易朝容許之方向思

³⁶⁷ 井上正仁，刑事訴訟における証拠排除，東京：弘文堂，1985 年，頁 556。

³⁶⁸ 就此，有將司法無瑕性及違法抑止各自視為根據之說法者，川出敏裕，いわゆる「毒樹の果実論の意義と妥当範囲」，芝原邦爾等編，松尾浩也先生古稀祝賀論文集(下)，東京：有斐閣，1998 年，頁 530；亦有認為除明示正當程序說及違法抑止說外，亦隱含司法無瑕性論之說法者，三井誠，違法收集證據之排除(4)(5)，月刊法学教室，2002 年，266 號頁 132、267 號頁 119；亦有認為僅將違法抑止視為根據，關於司法無瑕性及正當程序論則託付於將來發展者，鈴木茂嗣，刑事訴訟法の基本問題，東京：成文堂，1988 年，頁 204 等等。

³⁶⁹ 椎橋隆幸，前揭註 364，頁 197。

³⁷⁰ 田口守一，前揭註 348，頁 359。

³⁷¹ 石井一正，違法収集証拠排除の基準：最判昭和 53.9.7 以降の判例を中心として，判例タイムズ，37 卷 10 號，1986 年，頁 16。

³⁷² 椎橋隆幸，前揭註 364，頁 197。

考。因此，學者即有認為，違法如已達一定程度以上時，且依照上揭三種理論判斷結果均認為應予排除，此時則不可再依個案情節衡量而應一律排除其證據能力³⁷³。本文認為，證據排除與否牽涉被告訴訟基本權利與程序正當性甚深，故在相對排除之基準下更應尋求具有明確及安定性之操作標準，方為妥適，上述學者之看法應值贊同。

從上述三點來看，本文認為單就該判決本身而言，有關證據排除法則之規範位階、理論背景及排除要件操作標準之明確化等課題仍有待檢討，雖然如此，本判決所宣示之內容，對於日本國內證據排除實務之發展，實具有不可磨滅之價值。

貳、違法先行程序之證據排除³⁷⁴

一、案例經過及歷審見解

在前述「大阪天王寺持有安非他命案」確立日本實務之證據排除法則後，本案進而就違法之先行程序對於後續取證程序適法性之影響表示見解。案例事實為奈良縣警察署生駒警察局警員數人，因得知被告施用安非他命之情資，於昭和 59 年 4 月 11 日上午 9 點 30 分左右，穿著便服開著警用車前往被告住處，到達後並在其住處玄關處出聲表明警察身分及來意後，不顧被告還沒回答，即進入其屋內。接著，警員們在床邊出聲叫醒閉目躺著之被告，要求睜開眼睛之被告一起同行，被告則誤認是高利貸來催債，就回答說「我有事要到大阪去，一起走吧！」，警員們於是即開車載被告回到生駒警察局。被告在上午 9 點 50 分左右到達警察署接受詢問，在上午 11 點左右坦承施用安非他命，在 11 點 30 分左右經被告同意而採得其尿液。又被告在採尿前後至少兩次，表示在下午 1 點 30 分必須到大阪接受計程車司機之地理考試，惟警員們對於採尿前之表示沒有回應，採尿後也只向被告說「在驗尿結果出來前再等一等」，而未回應其要求。

一審奈良地方裁判所昭和 59 年 9 月 3 日判決³⁷⁵認為被告自願坐警員們車子前往警局，沒有拒絕而自願留在警局接受採尿及偵訊，所以在任意同行及其後偵查所蒐集之證據並非無證據能力，故判處被告有期徒刑一年。相對於此，二審大阪高等裁判所昭和 60 年 2 月 27 日判決³⁷⁶則以從警員們進入被告家中，要求被告任意同行之經過來看，此項任意同行違法，將被告留置在警局亦是違法拘束身體自由，在違法拘束自由中所實施的採尿程序亦屬違法，而否定尿液鑑

³⁷³ 堀江慎司，前揭註 363，頁 137。

³⁷⁴ 奈良地方裁判所昭和 59 年 9 月 3 日判決、大阪高等裁判所昭和 60 年 2 月 27 日判決，及最高裁判所昭和 61 年 4 月 25 日第二小法庭判決。

³⁷⁵ 最高裁判所刑事判例集，40 卷 3 號，頁 260。

³⁷⁶ 判タイムズ，555 號，頁 339。

定報告之證據能力並判決被告無罪，檢察官因而提起上訴。

日本最高裁判所昭和 61 年 4 月 25 日第二小法庭判決³⁷⁷審理結果，將二審判決撤銷發回，並依職權表示「進入被告家中、任意同行、及將被告留置在警局等一連串程序與採尿程序，係為偵查被告施用安非他命犯行之同一目的，且自該採尿程序亦是藉由直接利用上述一連串程序所形成之狀態所為來看，關於該採尿程序之適法與否，自應充分考量採尿前之一連串程序有無違法及其程度如何為斷，方屬妥適」，在此基礎上該判決並引用同院昭和 53 年 9 月 7 日之判例，認為本案在任意同行之際未對被告行使有形力，亦無強迫其留在警局之舉動，從採尿本身也無施加強制力等情形來看，採尿程序違法程度並非重大，故不應否定尿液鑑定報告之證據能力。

二、案例檢討

（一）爭點

本案所涉及之爭點，在於警員等人自行進入被告家中、帶同被告回警局並將其留置在警局而對其偵訊等先行程序是否有重大違法，且如認為有重大違法，對於其後取得尿液、鑑定報告等一連串取證程序是否造成影響，而導致應排除證據能力之結果，為本案所欲探討之重點。

（二）學說主張

學說上對於本判決所示之「同一目的」及「直接利用」兩項因素本身，有根本上表示質疑之看法³⁷⁸者；表示認同之看法則認為由於有利用別案之違法任意同行，而將採尿程序合法化之疑慮，故此時如直接利用先行程序之狀態即應評價為充足上開要件之見解³⁷⁹；或認為如違法程序形成之壓制意思狀態，係同意提出尿液之直接動機、原因時，即應肯定具有此項關係³⁸⁰。

（三）歷來實務見解

在本判決前，日本最高裁判所並無具體指明違法之先行程序與後續取證程序關係之實務見解，本判決則首次指出此一問題；在本判決後，實務案例也曾

³⁷⁷ 最高裁判所刑事判例集，40 卷 3 號，頁 215。

³⁷⁸ 渥美東洋，所持品檢查及び採尿手續に違法があつてもこれにより得られた証拠の証拠能力は否定されないとした事例，判例タイムズ，691 號，1989 年，頁 38；河上和雄，違法捜査中の採尿手續の結果の証拠能力：最高裁判所昭和 61 年 4 月 25 日第二小法庭判決，判例タイムズ，597 號，1986 年，頁 21。

³⁷⁹ 田口守一，尿の提出及び押収手續は違法性を帯びるが、尿についての鑑定書の証拠能力は否定されないとした事例：最判昭 61.4.25，判例時報，1212 號，1987 年，頁 226。

³⁸⁰ 山田耕司，尿の任意提出における「同一目的・直接利用」基準，判例タイムズ，779 號，1992 年，頁 51。

運用不同之表達方式，作成下列與本判決意旨大致相同之幾則見解：

1、昭和 63 年 9 月 16 日第二小法廷裁定³⁸¹，關於在違反被告意思而將其帶回警局、進行持有物品檢查、扣押安非他命等物品，並以現行犯逮捕被告而取得其自願提出尿液之案例中，持有物品檢查是直接利用違法帶回而實施，由於採尿程序亦是因直接利用一連串違法程序所形成狀態而實施，在認定均具有違法性後，基於該案例之事實關係判定違法為不重大，而肯定獲案證據之證據能力。此最高法院判決，在運用「**直接利用**」之表達方式同時，並未使用「同一目的」之用語，由於持有物品檢查、採尿程序均是明顯朝向偵查安非他命犯行之「同一目的」而為，故可認為係遵循本判決之意旨³⁸²而作成。

2、平成 6 年 9 月 16 日第三小法廷裁定³⁸³，關於拔起被告車子引擎鑰匙、長時間留置現場盤查後，在此期間取得為強制採尿之搜索扣押許可狀，而採得尿液之案例中，強制採尿程序之違法性，於考量先行一連串程序有無違法及其程度之必要後，雖然認定長期間留置現場之處置違法，且從盤查至強制採尿為止一連串程序亦全部違法，惟判決理由則認為容認獲案之證據，從抑制違法偵查之觀點來看難認為不適當，故結論亦肯定尿液鑑定報告之證據能力。此案件一連串程序是為了朝向偵查安非他命犯行之「**同一目的**」，且由於請求強制採尿令狀之資料是以先行長時間盤查之過程而獲得，可認為係直接利用先行之偵查程序。然而，就強制採尿程序合法性之判斷，認為有受到先行偵查程序之影響，從其評價先行程序違法來看，該裁定亦可認為係沿襲本判決意旨作成³⁸⁴。

3、平成 7 年 5 月 30 日第三小法廷裁定³⁸⁵，關於在未得被告同意而檢查汽車內部、發現安非他命並以現行犯逮捕後，再進行採尿程序之案例中，既然持有物品檢查違法，現行犯逮捕程序亦屬違法，因採尿程序也是「**直接利用**」一連串違法程序形成狀態而持續實施之程序，故亦為違法，且在認定本案具有違法性之同時，在該案之事實關係下，仍肯定尿液鑑定報告之證據能力。此案雖未提及「同一目的」，由於採尿程序與違法之持有物品檢查、現行犯逮捕程序相同，均明顯係為朝向偵查安非他命犯行之「同一目的」所為，可以說與上開 1、之判決相同，係遵循本判決意旨而作成³⁸⁶。

4、平成 8 年 10 月 29 日第三小法廷裁定³⁸⁷，關於警察發現安非他命後，因受被告之言語激怒而對被告施加暴行之案例中，因本質上難謂警察施加暴行，

³⁸¹ 最高裁判所刑事判例集 42 卷 7 號，頁 1051。

³⁸² 原田國男，最高裁判所判例解說刑事篇，昭和 63 年度，頁 340。

³⁸³ 最高裁判所刑事判例集 48 卷 6 號，頁 420。

³⁸⁴ 中谷雄二郎，最高裁判所判例解說刑事篇，平成 6 年度，頁 189。

³⁸⁵ 最高裁判所刑事判例集 49 卷 5 號，頁 703。

³⁸⁶ 今崎幸彥，最高裁判所判例解說刑事篇，平成 7 年度，頁 233。

³⁸⁷ 最高裁判所刑事判例集 50 卷 9 號，頁 683。

係為進行發現安非他命為目的之搜索，故判決結果肯定安非他命之證據能力。此最高裁判所裁定之認定明顯係因安非他命並非「直接利用」警察之暴行所形成之狀態而發現，故認為不適用本判決³⁸⁸。

（四）評析與檢討

本判決是以前揭日本最高裁判所昭和 53 年 9 月 7 日判決為基礎，在本案之事實關係下，認定採尿程序無重大違法而肯定尿液鑑定報告證據能力之案例，在毒品採尿之案例類型方面實具有開創先例之意義。此外，除作為案例類型之功用外，本判決就採尿程序是否承繼先行程序之違法性一點，亦首次作出宣示，以下本文即就判例意旨所述內容，提出二點應待檢討之問題：

1、承認「同一目的」及「直接利用」判斷之必要性

首先，證據排除時有關「重大違法性」之判斷，實務上向來係就取證程序之主觀面（有無違法之意圖、有無組織性或反覆性等）、客觀面（受侵害法益之性質、程度等）及違法行為與證據取得之關聯性予以綜合判斷³⁸⁹。本判決雖提出「同一目的」與「直接利用」兩項因素說明取證程序承繼先行程序之違法性，然在沿襲前揭最高裁判所昭和 53 年 9 月 7 日判決所建立之判斷要件下，即使依照「同一目的」及「直接利用」兩項因素肯定先行程序與取證程序間之因果關係，同前所述仍必須就取證程序本身進行證據排除與否之關聯性要件判斷，因而是否如本判決所述有另立兩項因素之必要性，頗值存疑。就此，學說上有認為取證程序是否承繼先行程序之因果關係判斷，實與證據排除時之因果性強度審查重複³⁹⁰，故應直接檢討該項與先行行為具有因果性之證據，在何種情形下應否定其證據能力之問題即可，無特別討論取證程序是否承繼先行程序違法性之必要³⁹¹。然學說上亦有認為，誠然依照本判決所示之標準探討先行程序與取證程序之因果關係，確有重複判斷之嫌，且其終究不過是證據排除之中間判斷過程，理論上似無特別建立標準之必要，惟從是否承繼先行程序違法之角度依序檢討，以此兩項因素作個案判斷，不僅層次分明且易於瞭解，即使判斷結果未排除該項證據，亦有指明證據取得程序承繼先行程序之違法，而有彰顯實務取證程序之應然面的意義³⁹²。本文認為，捨棄「同一目的」及「直接利

³⁸⁸ 三好幹夫，最高裁判所判例解說刑事篇，平成 8 年度，頁 145。

³⁸⁹ 石井一正，刑事實務証拠法〔第四版〕，東京：判例タイムズ社，2007 年，頁 130。

³⁹⁰ 大谷直人，違法に収集した証拠，松尾浩也・井上正仁編，刑事訴訟法の争点〔第三版〕，東京：有斐閣，2002 年，頁 196。

³⁹¹ 川出敏裕，前掲註 368，頁 517。

³⁹² 村瀬均，先行手続の違法と証拠能力（1），井上正仁・大澤裕・川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選〔第九版〕，NO.203，2011 年，頁 199。

用」兩項因素之判斷而直接進入「重大違法性」與「排除相當性」之審查，固可避免所謂重複評價之虞，然即使採取否定見解之判斷方式，在關聯性要件之判斷時仍必須論及取證程序是否承繼先程序違法之問題，尤其在類似本案例事實之直接取證行為表面合法（同意採尿）之情形下，如何能終局認定該取證行為有重大違法，在邏輯推論上似仍有說明違法承繼論點之必要，故基於同一之理由，本判決所示之兩項因素在因果關係之判斷上，應具有參考之價值。

2、有關「同一目的」與「直接利用」間之適用關係

由於排除違法蒐集之證據，是以違法偵查行為與證據取得間具有**關聯性／因果關係**為其前提，故本判決提出「同一目的」及「直接利用」兩項因素作為界定取證程序承繼先程序違法性之標準，至於兩項因素間之適用關係為何，判決意旨並未予以說明。就此，有認為於判斷之際兩者均須考量較為合理者，理由在於先程序與取證程序間之因果關係，係包含抑制違法偵查之政策性觀點等多要素之綜合判斷過程³⁹³，而在具體案例中，若只考慮其中單一因素，有可能窄化因果關係判斷之思考，導致無法就個案情形作出適宜之判斷。例如：僅強調「直接利用」之因素者，可能產生偵查人員利用他案之先程序，而使取證程序得免於遭受違法評價之結果，在此情形下，「同一目的」因素之考量即相形重要。因此，本文亦贊同上開見解，認為在判斷之際應兼顧兩項因素，否則即無法就因果關係作全面性之評價，本判決後之日本實務案例（上開 1 至 3 之案例）亦是採取相同之看法。

綜合以上兩點所述，本案例在描述違法之先程序與後續取證程序間之因果關係時，是以「直接利用」和「同一目的」作為代表性之因素，誠如學者所言，無論以何種概念作為表達方式，其考量重點應置於在抑制違法偵查之觀點下，各該行為間所表現出之「違法連鎖性」³⁹⁴，至於因應各種違法類型而決定因果關係強度之判斷標準，則仍有待實務案例之累積而更加具體化。

參、排除法則之波及效力³⁹⁵

一、案例經過及歷審見解

自昭和 53 年判決以來，本判決係最高裁判所首次運用「違法重大」與「排除相當」兩項要件否定證據能力之案例。案例事實為滋賀縣大津警察局之警官

³⁹³ 山口雅高，違法収集証拠の証拠能力（2），井上正仁編，刑事訴訟法判例百選〔第八版〕，NO.174，東京：有斐閣，2005 年，頁 139。

³⁹⁴ 同前註。

³⁹⁵ 大津地方裁判所平成 12 年 11 月 16 日判決、大阪高等裁判所平成 13 年 9 月 14 日判決，及最高裁判所平成 15 年 2 月 14 日第二小法庭判決。

K 等 3 人，於平成 10 年 5 月 1 日早上，觀察因竊盜嫌疑而被發出逮捕狀之被告 X 的動態後，為了確保本人到案，在沒有攜帶逮捕狀之情形下，以警用車輛前往位於三重縣上野市之 X 住處，在 X 屋前發現 X 並開始說服其同意自願至警局說明案情。對此，X 要求出示逮捕狀而不願隨同回警局，並跑近鄰居之庭院裏，嗣後在同日上午 8 時 25 分左右，在 X 住處附近路上被 3 名警官制伏，單手被上手銬並被捕捉用的繩索綁住身體後遭到逮捕。X 雖然繼續抵抗，最後還是被送上警車強制帶回了大津警察局，同日上午 11 點左右到達警局後，警察隨即提示了逮捕狀。再者，本案逮捕狀係記載於同日上午 8 點 25 分左右，在現場提示逮捕狀而逮捕 X 之意旨，並由 K 具名作成，進而 K 又以相同日期作成記載意旨相同之偵查報告書。在同日下午 7 時 10 分左右，X 在大津警察局內同意採尿（未對 X 施加以強制力），鑑定結果並在 X 尿中檢驗出了安非他命成分；其後在同月 6 日，大津簡易裁判所法官就 X 涉嫌違反安非他命取締法之案件，對 X 住處發出搜索票，同一天並與先前就 X 涉嫌竊盜案件所發出的搜索票合併執行，結果在 X 住處發現而扣押裝入塑膠袋之安非他命（即本案之安非他命）一包。隨後，X 於同年 6 月 11 日以施用及持有安非他命之事實被提起公訴；同年 10 月 15 日，本案逮捕狀相關之竊盜事實亦被追加起訴。審判時，被告 X 方面爭執本案逮捕狀逮捕程序之合法性，主張在逮捕現場未提示逮捕狀。相對於此，K 等 3 名警官以證人身分出庭，作證本案逮捕狀在現場有提示予被告看並已朗讀涉嫌事實之要旨予被告知悉。

一審大津地方裁判所平成 12 年 11 月 16 日判決³⁹⁶否定警官等人證言之可信性，除認定本案逮捕有未提示逮捕狀之違法外，利用此違法逮捕狀態而採得被告尿液送驗之鑑定報告，及依據此作為釋明資料之搜索票而扣押之安非他命，及安非他命之鑑定書等，均認為係違法蒐集之證據而予以排除，因而就被告所涉施用及持有安非他命之事實判決無罪（竊盜部分判有罪），檢察官則提出二審上訴，原審之大阪高等裁判所平成 13 年 9 月 14 日判決³⁹⁷也贊同一審之見解，而駁回檢察官上訴，檢察官再提起三審上訴（上訴理由係主張原審就違法蒐集證據之證據能力判斷違反判例），最高裁判所平成 15 年 2 月 14 日第二小法庭判決³⁹⁸則就各個證據之證據能力，依職權為下列之判斷：

「本案逮捕時未提示逮捕狀，也有未進行逮捕狀緊急執执行程序³⁹⁹（未進行逮

³⁹⁶ 最高裁判所刑事判例集，57 卷 2 號，頁 143。

³⁹⁷ 同前揭註，頁 153。

³⁹⁸ 同前揭註，頁 121。

³⁹⁹ 依照日本刑事訴訟法第 201 條第 1 項規定：「依逮捕狀逮捕被告時，應向被告提示逮捕狀」；第 2 項並規定執行逮捕時準用同法第 73 條第 3 項規定，亦即若未持有逮捕狀而無法提示，而必須急速為之時，於對被告告知嫌疑事實及發出令狀之要旨後亦得予以執行，但事後必須應儘

捕狀緊急執执行程序等情，自本案經過即可明瞭）之違法，不僅如此，警官為掩飾此項違法程序，在逮捕狀記載不實之事項，作成內容不實之偵查報告書，甚而在審判時作出悖於事實之證言，如透過全案經過所顯現如此之警官之態度而予以綜合考量，本案逮捕程序違法之程度，不得不說已得評價為具有規避、踐踏令狀原則精神之重大性。再者，允許此等與違法逮捕具有**密接關聯性**之證據，因從抑制將來違法偵查之觀點來看亦不適當，故應否定其證據能力（參照本院昭和 53 年 9 月 7 日第一小法庭判決）。

「本案採尿係於逮捕當天所為，該尿液可謂係與上述評價為重大違法之本案逮捕具有**密接關聯性**之證據，且該鑑定書也應被賦予相同之評價。從而，原判決就否定上開鑑定報告部分之判斷，應屬適當」。

「其次，為認定被告施用安非他命之嫌疑事實，本案安非他命係基於認定被告住處為應搜索場所，而依搜索票執行搜索所發現、扣押之物，由於搜索票係以上開尿液鑑定報告作為釋明資料而簽發，故似應認為具有**關聯性**而無證據能力。然而，本件安非他命之扣押，係依照經過司法審查所發之搜索票而實施，亦是與逮捕前合法發出之竊盜事件的搜索票合併執行，從本案各種情形來看，應認本案安非他命之扣押與上開鑑定報告並不具有**密接關聯性**為妥。從而，就本案安非他命及其鑑定書，難謂其蒐集程序有何重大違法性，綜合上開證據之重要性等各項因素，無法否定其證據能力」。

二、案例檢討

（一）爭點

本案所涉及之爭點，在於警員未提示逮捕狀即實施逮捕，事後又卻虛偽填寫逮捕狀應記載事項等各項偵查行為，其違法是否重大；且若該等行為違法重大，是否應排除該尿液、尿液鑑定報告及其後搜索扣押之安非他命與鑑定書之證據能力。

（二）評析與檢討

關於違法蒐集證據排除法則之學說主張、歷來實務見解，本文已於前開二則案例說明，故不重覆說明。

自最高裁判所昭和 53 年 9 月 7 日第一小法庭判決以來，雖然其所建立之要件經由累積為數頗多之裁判例而逐漸形成定見，然在本判決出現前為止，最高裁判所本身並未曾積極為證據排除之判斷，故本判決作為首例實備受矚目，以下即就判決之要旨提出本文看法：

速提示令狀，此即所謂逮捕狀之緊急執执行程序。

1、關於重大違法之判斷

自判決內容可知，本案逮捕之違法性，包括未提示令狀及未履行緊急執行程序等違法，如以向來之最高裁判所判例⁴⁰⁰所示標準來看，似尚未滿足「（踐踏令狀原則精神般）重大違法」之排除要件。然本判決則以「警官為掩飾此項違法程序，在逮捕狀記載了不實之事項，作成內容不實之偵查報告書，甚而在審判時作出悖於事實之證言」等事後隱蔽行為之存在，「綜合考慮警官如此之態度」後，判定本案取證程序具有重大違法性，顯然可知本判決著重在隱蔽行為所顯現之漠視法律之態度，故基於抑止將來違法偵查之政策性考量，特別將之作為證據排除之考慮因素之一。就此而言，本判決與向來單純以**過去違法偵查程序**作為判斷對象之實務見解明顯有異，學說上亦有因而認為，本案例為何將過去之違法行為作為判斷對象實值探討，判決意旨似認為警官一方面在認知違法之情形下，仍實施違法之逮捕行為，故可從其等事後之主觀態度，解釋有**推認之違法意圖**⁴⁰¹。本文認為，判決意旨將警官事後掩飾違法之行為納入考量，實際上與事前未提示令狀、未履行緊急執行程序等違法行為之考量相同，目的均在於佐證說明當時警官主觀上所存有之漠視法律心態，此種實務上經常運用之以客觀事證推斷主觀意圖之判斷方式，不僅有其必要性且有助於解明主觀之意圖，實值贊同。

2、關於違法之先程序與取證程序間之因果關係判斷

在前述最高裁判所昭和 61 年 4 月 25 日第二小法庭判決之案例（即「奈良生駒施用安非他命案」）中，法院認為先程序與取證程序間具有「同一目的」與「直接利用」關係時，先程序之違法性為取證程序所承繼；且是否符合「重大違法」之要件，應就承繼違法先程序之取證程序加以判斷。相對於此，本判決則先認定逮捕之先程序「重大違法」後，表示「容許此等與違法逮捕具有**密接關聯性**之證據，由於從抑制將來違法偵查之觀點來看並不適當」，而否定尿液及其鑑定報告之證據能力，顯然本判決在判斷順序上似乎異於前揭最高裁判所之見解，考量之重點似亦著重在違法之先程序本身而非取證程序。再者，本判決採取所謂「密接關聯性」之概念取代向來依照「同一目的」與「直

⁴⁰⁰ 最高裁判所昭和 63 年 9 月 16 日第二小法庭裁定，刑集 42 卷 7 號 1051 頁。本裁定意旨係關於警官對被告進行盤查時，對於被告所掉落紙團內物品判斷為安非他命，實質上對於被告得以持有安非他命之現行犯逮捕或得予緊急逮捕之情況下，未得其同意而實施違法之任意同行行為，認為「不過是執行法律手段或偵查順序之錯誤」，而認定「難謂其脫法程度實質巨大」之案例。

⁴⁰¹ 大澤裕，違法収集証拠の証拠能力（2），井上正仁編，刑事訴訟法判例百選〔第八版〕，NO.174，東京：有斐閣，2005 年，頁 141。

接利用」兩項因素判斷之方式，原因或係由於在案例事實中，以竊盜嫌疑逮捕和以施用安非他命嫌疑採尿之兩偵查行為間，難認有目的同一性關係，亦缺乏利用關係之直接性，因此無法套用上開方式判斷。學者亦認為，本判決雖然以「密接關聯」之不同表達方式說明，然其應可包含先行程序之違法傳播至取證程序（或證據本身）之意義，且此項表達方式從抑制將來違法偵查之觀點，亦有畫定適當排除範圍之作用⁴⁰²。本文認為，無論採用何種表達方式，目的均係在合理說明並進行取證程序是否具備重大違法性之判斷，因此似宜就個案情形妥善運用「同一目的」、「直接利用」及「密接關聯」或其他得合理說明違法承繼之因素，以適切剖析違法先行程序與取證程序之因果關係。

3、關於毒樹果實理論

本判決就作為毒樹之尿液鑑定報告與可能為毒果之安非他命及鑑定書之證據能力，雖承認其間之關聯性，惟結論仍未排除其證據能力，其理由在於本件安非他命之扣押是「依經過司法審查而發之搜索票所為」，且該扣押是依照「在逮捕前合法發出。。關於竊盜案件之搜索票」合併執行之故，故認為其間雖有關聯性但未達密接之程度，而肯定其證據能力。就此而言，本判決似採取毒樹和果實之關聯性被切斷或稀釋之判斷方式，而可將本案作為最高裁判所採取毒樹果實理論之論據。然而，在最高裁判所判所昭和 58 年 7 月 12 日判決由伊藤正己法官所附之補充意見中，曾表示「不應單純以與違法蒐集之第一次證據有某些關聯為由而一律排除，而應考量第一次證據之蒐集手段之違法程度、所蒐集第二次證據之重要程度、第一次和第二次證據間之關聯性程度等等綜合判斷」之看法，因此，在採取相對排除立場之日本最高裁判所，對於衍生證據之證據排除判斷方式，似與美國實務「毒樹果實理論」之絕對排除、例外容許之模式不同，因此最高裁判所在本案中是否採取毒樹果實理論之說理，並不明確。另外，本案一、二審判決直接排除所有與違法之先行程序具有關聯性之證據，最高裁判所則以前述理由否定扣案安非他命與尿液及鑑定報告具有「密接關聯性」而劃定本案證據排除之範圍，實則本判決如同前案例所指出之「同一目的」、「直接利用」關係一般，並未進一步清楚說明所謂「密接關聯性」之確切標準為何。因此，論者即有認為在本判決所採取「密接關聯性」之表達方式，歸根究底其仍屬意義不明而必須求諸個案之比較衡量⁴⁰³。

綜合以上所述，本文認為本判決在向來最高裁判所之案例中得以占有一席

⁴⁰² 同前註。

⁴⁰³ 和田雅樹，先行手續の違法と証拠能力（2），井上正仁・大澤裕・川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選〔第九版〕，NO.203，2011年，頁201。

之地之理由，除因其為最初積極排除證據能力之案例外，判決內容在違法承繼之判斷構造及毒樹果實理論之論述方面，亦宣示其見解。雖然就其中所謂「密接關聯性」此一概念之具體適用標準，本判決並未作詳細之說明，但如將其視為如同「同一目的」、「直接利用」等基準之新判斷基準的話，則無疑地其仍有發揮詮釋違法承繼因果性之價值。

肆、小結

從以上所介紹之日本國內實務案例可知，日本實務上違法蒐集證據排除法則之發展，重點可歸納如下：一、從大阪天王寺持有安非他命案起，實務即將證據排除視為刑事訴訟法解釋而非憲法層次之問題，且作為證據排除之理論依據，學說上亦認為實務見解應包含「正當程序論」、「司法無瑕性論」及「違法抑止論」等三項理論；至於證據排除之要件，該判決則提出「違法重大」與「排除相當」兩項要件，且依照判決文義及多數學說之見解，兩項要件應處於重疊之關係，實務上自大阪天王寺持有安非他命案後，違法蒐集證據排除法則則是在沿襲此二項要件之前提下發展。另外，就排除標準而言，學理方面雖有所謂絕對排除與相對排除之爭，然在實務運作方面，無不是在衡量具體個案之情況後作出結論，顯然是採取相對權衡之標準。二、在奈良生駒施用安非他命案中，最高裁判所對於取證程序是否承繼先程序違法性之關連性（或稱因果關係）判斷，則提出「同一目的」與「直接利用」等兩項因素作為標準，因此具體個案之先程序重大違法時，如其取證程序因與先程序具有「同一目的」與「直接利用」關係而承繼其違法性，且復經判斷為排除相當後，其證據能力則可能被排除。然而，最高裁判所雖在本案中提出「同一目的」與「直接利用」等兩項具體標準，實際上卻未就適用標準作詳細之闡示。三、在大津違法逮捕案中，日本實務上首次運用「重大違法」及「排除相當」兩項要件而排除個案之證據能力，在違法重大性之判斷方面，該判決非僅將過去之違法偵查程序作為對象，亦兼及審查警察人員事後為掩飾其等違法而為之行為，藉以綜合推論其等於取證當時存有之主觀違法意圖；且該案係直接針對先程序作出具有重大違法性之判斷，並不採取奈良生駒施用安非他命案中由取證程序承繼先程序違法之判斷構造。再者，最高裁判所是否採用毒樹果實理論，自其判斷方式及用語似無從得知，惟從其就原始證據及衍生證據之違法排除判斷構造來看，似未採取該項理論。另外，判決理由引用「密接關聯性」之概念，其概念範圍似較前案所述「同一目的」與「直接利用」之用語廣泛，反面而言亦較不明確。

第二項 我國實務案例檢討

我國證據排除法則之發展確實較美、日等國起步稍晚，在 1998 年以前，實

務在證據能力之探討方面可謂完全無證據排除之觀念⁴⁰⁴，直到最高法院關於違法監聽之問題作出 87 年度台上字第 4025 號判決後，始開啟我國實務證據排除法則之里程碑⁴⁰⁵。其後，刑事訴訟法於 2002 年增訂第 158 條之 4 有關證據排除標準之法律規定後，始建立我國關於證據排除之標準，然此一規定之妥當性亦引發實務界與學界贊否不一之討論。近年來，證據排除之波及效力問題亦漸漸出現於最高法院之判決中，顯見我國證據排除法則正從無到有逐步進化、發展中。而國內實務迄今之演進過程，及其所憑藉之學理依據，對於我國將來境外證據證據能力判斷之發展尤具有重要之意義。以下本文即依照時序先後，略予介紹我國實務運作之重要判決及其發展之方向。

壹、排除之要件⁴⁰⁶

一、案例概要

本案是我國最高法院首度明白指出違法證據排除法則之判決，承上所述，從該判決後國內對於證據排除法則之討論也漸趨熱烈。案例事實為被告 X 與其餘共同被告等人，共同基於私運管制物品安非他命來台販賣之犯意，由 X 居中聯繫協調、約定彼此間聯絡暗號後，再分別負責自大陸地區販入安非他命，或駕駛漁船赴大陸地區廣東外海將安非他命運回高雄縣興達港內，其後再交予共犯轉售圖利，而共同違反當時麻醉藥品管理條例之案件。在本案查緝過程中，法務部調查局高雄縣調查站曾對 X 及共同被告實施通訊監察，因而作成通訊監察譯文作為證明被告 X 之犯罪證據，惟當時我國尚未制定「通訊保障及監察法」，向來實務上通信監察之實施，亦全憑一紙民國 83 年頒行之「檢察機關實施通訊監察應行注意要點」的行政命令作為依據，故該項具有強制處分性質之監聽行為，是否符合法律保留原則早已倍受質疑。因此，最高法院在於案判決理由即特別指出：本案之電話通訊譯文若欲作為認定犯罪事實之證據，通訊監察譯文究竟依何種程序取得、是否合法等等均應詳予說明，結論則以更一審判決就此均未調查說明，而撤銷發回臺灣高等法院高雄分院，其後，本案更間接促成 88 年 7 月 14 日「通訊保障及監察法」之制定施行。

依照本判決理由，最高法院認為：「刑事訴訟之目的，固在發現真實，藉以維護社會安全，其手段則應合法純潔、公平公正，以保障人權；倘證據之取得非依法定程序，而法院若容許該項證據作為認定犯罪事實之依據有害於公平正義時，因已違背憲法第八條、第十六條所示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及受公平審判權利之保障等旨意（司法院大法官會議釋字第三八四、三九六、四一八號等解釋部分釋示參考），自應排除其證據能力。

⁴⁰⁴ 王兆鵬，刑事訴訟講義，台北：元照，2010 年，頁 36。

⁴⁰⁵ 陳運財，前揭註 351，頁 27-28。

⁴⁰⁶ 最高法院 87 年度台上字第 4025 號判決。

準此，實施刑事訴訟之公務員對被告或訴訟關係人施以通訊監察，如非依法定程序而有妨害憲法第十二條所保障人民秘密通訊自由之**重大違法**情事，且從**抑制違法偵查之觀點**衡量，容許該通訊監察所得資料作為證據並不適當時，當應否定其證據能力」。承前所述，本案與其他經由監聽起訴之案件相較之下，案件性質上並無特別之處，惟值得加以說明者是，最高法院此項指摘一改過去實務上全盤接受證據能力而不加思索之判斷實況⁴⁰⁷，開啟我國實務上證據排除法則之新頁。

二、案例重點

在本案例之前，最高法院判決對於此類案件監聽合法性之問題，多傾向直接肯定其合法性⁴⁰⁸，並未深究其中程序有無違法監聽之問題。本案例中，最高法院則罕見地直接指明違法監聽之證據排除問題，除就監聽法制之缺失予以指摘外，對於我國證據排除法則，亦帶來下列兩項影響：一、從判決理由來看，最高法院認為證據排除法則之學理上依據，係包含「正當程序說」、「司法廉潔性說」及「違法抑制說」三者，證據排除係憲法而非刑事訴訟法層次之問題，且由司法院大法官會議釋字第三八四、三九六、四一八等號解釋之釋示可知，證據排除之具體依據應求諸於憲法第八條、第十六條所規定對於人民人身自由及訴訟基本權之保障。二、關於排除之要件，最高法院提出「非依法定程序之重大違法性」與若作為證據則「容許不該當」等兩項要件，實質上顯然與日本最高裁判所建立之「重大違法」與「排除相當」兩項要件相同。雖然乍看之下，我國首次宣示證據排除法則之最高法院判決，不論在其理論位階或學理依據上均有清楚明確之闡述，惟對於這兩項標準之內容及其間相互關係，該案例亦如同日本最高裁判所之判決一般，未作深入之分析。然無論如何，本判決作為肯定證據排除法則存在與宣示其判斷要件之首例，對於此後我國實務之發展，實具有重要之意義。

貳、排除之基準⁴⁰⁹

一、案例概要

繼前揭 87 年台上字 4025 號判決後，最高法院於本案例中進一步針對違法證據排除法則，作出有關排除標準之闡述。案例事實為被告 X 基於意圖販賣而持有第一級毒品海洛因、第二級毒品安非他命之犯意，持有上開毒品而在其位於台北市之住屋處為員警查獲，而遭檢察官以違反毒品危害防制條例起訴之案件。由於本案係警員以臨檢之名義，進入 X 之住處搜索而扣得相關毒品，因而

⁴⁰⁷ 例如以「我國刑事訴訟採取職權主義，對於證據能力殊少限制」等理由，而概括性承認證據能力之案例，亦屢見不鮮。相關批評請參閱林鈺雄，刑事訴訟法上冊，台北：元照，2010 年，頁 620-621。

⁴⁰⁸ 例如最高法院 86 年台上字第 5765 號判決、85 年台上字第 4455 號判決等等。

⁴⁰⁹ 最高法院 93 年台上字第 664 號判例。

最高法院就本案是否符合「同意搜索」之要件，以及其所取得之扣押物有無證據能力等問題，認為原判決違誤而撤銷發回臺灣高等法院。判決理由關於證據排除之依據及判斷標準，則認為：「刑事訴訟，係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強制處分之必要，惟強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇手段為之，於人權之保障，自有未周，故**基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則**，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押；至於違法搜索扣押所取得之證據，**若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當**，且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，例如案情重大，然違背法定程序之情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能逍遙法外，此與國民感情相悖，難為社會所接受，自有有害於審判之公平正義，因此，對於違法搜索所取得之證據，為兼顧程序正義及發現實體真實，應由法院於**個案審理**中，就個人基本人權之保障及社會安全之維護，**依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷**，亦即應就(一)違背法定程序之程度。(二)違背法定程序時之主觀意圖（即實施搜索扣押之公務員是否明知違法並故意為之）。(三)違背法定程序時之狀況（即程序之違反是否有緊急或不得已之情形）。(四)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(五)犯罪所生之危險或實害。(六)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(七)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。(八)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力」。自本判例後，實務上對於證據排除之標準，則明白採取相對排除之標準及權衡原則，其後增訂刑事訴訟法第 158 條之 4 之立法理由，其內容即沿襲此判例而來。

二、案例重點

本案例之重點，在於明白指出排除違法取得證據之理論基礎，係基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查等原則之要求，相較於前述 87 年度台上字第 4025 判決，本案更進一步為明確之宣示，且針對違法搜索而扣得之證據，亦非不問情節一律排除其證據能力，而係採取相對排除之立場。另就排除標準方面，本案則指出須依據理由中所提示之八項標準，就個案情形考量基本人權之保障及社會安全之維護，依比例原則及法益權衡原則客觀判斷之。因此，本案例對於我國證據排除法則之實務發展而言，實為指標性之案例。

參、排除法則之波及效力⁴¹⁰

一、案例概要

本案案例事實為被告 X 與其女友 A 共同販賣販賣第三級毒品愷他命（下稱 K 他命）予共同被告 Y，及被告 X 與共同被告 Y 共同販賣 K 他命予 B 而違反毒品危害防制條例之案件。在偵查過程中，警員經由取得 A 委託其丟棄之電話簿資料向通信業者調閱通聯紀錄後，進而比對確認出證人 B 之身分，並對 B 製作詢問筆錄作為證據。法院審理時 Y 之辯護人即主張電話簿為公務員違法取得之證據，其後取得之筆錄等均為衍生證據而無證據能力。本案判決理由則認為：「實施刑事訴訟程序之公務員違法取得證據後，進一步衍生取得之證據，縱與先前之違法取證具有如毒樹、毒果之因果關聯性，然該進一步採證之程序，苟屬合法，且與先前違法取證係個別獨立之偵查行為，刑事訴訟法並無排除其作為證據之明文。必先前違法之取證，與嗣後合法取得證據之行為，二者前後密切結合致均可視為衍生證據取得程序之一部，該衍生證據之取得因而存在違法事由，始得依其違法之具體情況，分別適用刑事訴訟法證據排除之相關規定，判斷其有無證據能力。本件原判決依憑警員陳某之偵查報告，說明：證人 B 年籍資料之取得係間接自 A 委託員警代為丟棄之隨身物件，其中之電話簿內查得綽號「00」之行動電話號碼後，再透過電信業者提供該號碼之所有人即為 B 等情。其採警員於審判外之文書陳述作為證據，固不合於證據法則。然除去該偵查報告，仍不足以認其所指之電話簿係出於違法取得之證據，已難認其為所謂之「毒樹」。且證人 B 於偵查中、審理中之證詞，均為個別獨立之合法訊問程序，與取得電話簿之行為，並無密切結合之關聯性，自非屬違法取得之證據，原判決採為判決之基礎，並不違背證據法則」，表明本件案情不符合「毒樹果實理論」，無波及效力之問題。

二、案例重點

本案為最高法院針對「毒樹果實理論」作出說明的判決之一，事實上最高法院迄今為止並不承認此項理論⁴¹¹，且多認為「我國刑事證據法則並未引用英美法制之毒樹果實理論，而係以權衡理論之相對排除為原則。此觀我國刑事訴訟法第一百五十八條之四規定：『除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。』即明。是除法律另有特別規定不得為證據者外，先前違法取得之證據，應逕依上開第一百五十八條之四之規定認定其證據能力，固無庸論，其嗣後衍生再行取得之證據，倘仍屬違背程序規定者，亦應依前揭規定處理。惟如後來取得之證據，係由於個別獨立之合法偵查作為，既與先前之

⁴¹⁰ 最高法院 97 年度台上字第 4797 號判決。

⁴¹¹ 最高法院 96 年度台上字第 4177 號判決、97 年度第 5894 號判決、99 年度台上字第 6279 號判決及 100 年度台上字第 851 號判決等。

違法程序不生前因後果關係，非惟與上揭毒樹果實理論無關，亦不生應依法益權衡原則定其證據能力之問題」，故由此可知，我國在排除法則之波及效力問題方面，並不採取毒樹果實理論之運作模式，而係仍舊依照個案權衡、相對排除之方式判斷。

肆、小結

從以上所介紹之我國國內實務案例可知，我國證據排除法則之發展，有以下之特徵：一、關於證據排除之位階問題，最高法院定位為憲法而非刑事訴訟法層次之問題，且自前開 87 年度台上字第 4025 號判決以來，明白肯定證據排除之理論依據包含「正當程序說」、「司法廉潔性說」及「違法抑止說」三者，判斷之要件則以是否符合「違法重大」與「排除相當」兩項要件，排除之標準自 93 年台上字第 664 號判例後，顯然採取個案法益權衡之相對排除模式。惟從刑事訴訟法第 158 條之 4 施行後，實務運作之結果，則殊少針對各違法取證行為，作證據排除之細緻性判斷，反而不問情節直接引用該條作個案權衡，除紊亂證據排除法則判斷要件與判斷標準之層次外，最大問題在於權衡之結果可能流於裁判者之恣意；二、關於證據排除法則之發展，雖然 87 年度台上字第 4025 號開始改變實務上向來「全盤容許」證據能力之立場，而導引出證據排除法則應有之正確方向，惟自增訂第 158 條之 4 規定後，「一律權衡」卻演變為實務運作之主流，限制了證據排除法則之發展；三、就證據排除之波及效力而言，最高法院判決則指出不採取美國法之「毒樹果實理論」作為判斷基礎，對於衍生證據證據能力之判斷，受到前述法條增訂之影響，亦表示係就個別證據依照第 158 條之 4 所定標準加以權衡，實則此一見解，不僅使個案證據排除之判斷淪為恣意之權衡，似亦將影響我國排除法則創造形成之可能性。

第三項 兩國之比較

從以上所介紹之日本國內實務案例可知，日本實務上違法蒐集證據排除法則之發展，重點可歸納如下：

一、從大阪天王寺持有安非他命案起，實務即將證據排除視為刑事訴訟法解釋而非憲法層次之問題，且作為證據排除之理論依據，學說上亦認為實務見解應包含「正當程序論」、「司法無瑕性論」及「違法抑止論」等三項理論；至於證據排除之要件，該判決則提出「違法重大」與「排除相當」兩項要件，且依照判決文義及多數學說之見解，兩項要件應處於重疊之關係，實務上自大阪天王寺持有安非他命案後，違法蒐集證據排除法則則是在沿襲此二項要件之前提下發展。另外，就排除標準而言，學理方面雖有所謂絕對排除與相對排除之爭，然在實務運作方面，無不是在衡量具體個案之情況後作出結論，顯然是採取相對權衡之標準。

二、在奈良生駒施用安非他命案中，最高裁判所對於取證程序是否承繼先程序違法性之關連性（或稱因果關係）判斷，則提出「同一目的」與「直接利用」等兩項因素作為標準，因此具體個案之先程序重大違法時，如其取證程序因與先程序具有「同一目的」與「直接利用」關係而承繼其違法性，且復經判斷為排除相當後，其證據能力則可能被排除。然而，最高裁判所雖在本案中提出「同一目的」與「直接利用」等兩項具體標準，實際上卻未就適用標準作詳細之闡示。

三、在大津違法逮捕案中，日本實務上首次運用「重大違法」及「排除相當」兩項要件而排除個案之證據能力，在違法重大性之判斷方面，該判決非僅將過去之違法偵查程序作為對象，亦兼及審查警察人員事後為掩飾其等違法而為之行為，藉以綜合推論其等於取證當時存有之主觀違法意圖；且該案係直接針對先程序作出具有重大違法性之判斷，並不採取奈良生駒施用安非他命案中由取證程序承繼先程序違法之判斷構造。再者，最高裁判所是否採用毒樹果實理論，自其判斷方式及用語似無從得知，惟從其就原始證據及衍生證據之違法排除判斷構造來看，似未採取該項理論。另外，判決理由引用「密接關聯性」之概念，其概念範圍似較前案所述「同一目的」與「直接利用」之用語廣泛，反面而言亦較不明確。

其次，從以上所介紹之我國國內實務案例可知，我國證據排除法則之發展，有以下之特徵：

一、關於證據排除之位階問題，最高法院定位為憲法而非刑事訴訟法層次之問題，且自前開 87 年度台上字第 4025 號判決以來，明白肯定證據排除之理論依據包含「正當程序說」、「司法廉潔性說」及「違法抑止說」三者，判斷之要件則以是否符合「違法重大」與「排除相當」兩項要件，排除之標準自 93 年台上字第 664 號判例後，顯然採取個案法益權衡之相對排除模式。惟從刑事訴訟法第 158 條之 4 施行後，實務運作之結果，則殊少針對各違法取證行為，作證據排除之細緻性判斷，反而不問情節直接引用該條作個案權衡，除紊亂證據排除法則判斷要件與判斷標準之層次外，最大問題在於權衡之結果可能流於裁判者之恣意。

二、關於證據排除法則之發展，雖然 87 年度台上字第 4025 號開始改變實務上向來「全盤容許」證據能力之立場，而導引出證據排除法則應有之正確方向，惟自增訂第 158 條之 4 規定後，「一律權衡」卻演變為實務運作之主流，限制了證據排除法則之發展。

三、就證據排除之波及効力而言，最高法院判決則指出不採取美國法之「毒

樹果實理論」作為判斷基礎，對於衍生證據證據能力之判斷，受到前述法條增訂之影響，亦表示係就個別證據依照第 158 條之 4 所定標準加以權衡，實則此一見解，不僅使個案證據排除之判斷淪為恣意之權衡，似亦將影響我國排除法則創造形成之可能性。

再者，從以上日本與我國國內證據排除法則之實務發展來看，可明顯發現有下列幾點值得注意之處：

一、在證據排除之位階方面：日本最高裁判所係界定為刑事訴訟法解釋之問題（「大阪天王寺持有安非他命案」），而我國最高法院則視為憲法層次之問題並以憲法第 8 條、第 16 條作為其依據（87 年度台上字第 4025 號判決）。

二、在證據排除之理論及標準方面：日本與我國學理方面均是基於正當程序說、司法廉潔性說及違法抑止說作為證據排除之理論根據，實務方面亦是朝向綜合上述理論三位一體之方向發展；就違法排除之標準而言，我國與日本實務亦均屬於個案權衡、相對排除之模式，僅在排除之範圍及程度上有所差異而已。

三、在證據排除之規範方面：日本迄今為止有關違法蒐集證據排除法則之要件、排除標準及波及效力等見解均委諸實務形成，並無法律明文之規定；而我國證據排除之理論，除學理與最高法院之見解外，主要係透過實定法之制定（例如：刑事訴訟法第 416 條第 2 項、第 131 條第 4 項及第 158 條之 2、第 158 條之 4 等規定）而實現。

四、在證據排除之要件方面：日本與我國雖均以「違法重大」及「排除相當」為要件，但日本在其後實務之運作上，主要係沿襲此兩要件而發展；而我國在 87 年台上字第 4025 號判決後之實務發展，則無依循此兩要件發展之跡象，最高法院判決亦未曾就此兩要件之內容、相互關係或適用標準等加以闡示。

五、在證據排除之波及效力方面：日本最高裁判所自前述「天津違法逮捕案」以來，關於衍生證據之違法排除，已指出應依違法取得之原始證據與衍生證據間所具有之關連性強度，而決定是否連同原始證據一併排除；我國最高法院則在多件案例中明白指出不採取毒樹果實理論，對於衍生證據之證據能力係就個案依照第 158 條之 4 所定標準加以權衡判斷，雖然在判斷階層上兩國稍有差異，惟實際上均與美國實務上原則排除、例外容許之模式有別，而趨近於個案權衡之模式甚明。

從以上所述可知，由於日本與我國在證據排除法則之實務發展過程、模式

有所差異，未來在證據排除法則（尤其是在司法互助合法取得證據之證據排除）方面，亦應會有不同之發展方式。

第三節 經由司法互助取得證據之排除法則

第一項 日本之排除法則

壹、迄今之發展

日本早期實務雖曾發生有關境外取得供述證據之案例⁴¹²，惟關於經由司法互助取得證據之證據排除方面，係自洛克希德案⁴¹³起才首度論及。誠如本文第三章第二節所言，該案中一、二審法院對於囑託訊問證人程序，係以「除對照日本憲法或刑事訴訟法之價值標準，有難以採納之違法性時，始影響本案筆錄之證據能力，否則即難謂為違法」為理由，肯定該囑託訊問筆錄之證據能力；而最高裁判所在結論上雖以日本刑事訴訟法不採取刑事免責制度為理由否定筆錄之證據能力，然於判決理由中亦指出，刑事訴訟法第 317 條所指之「證據」，係指對照日本刑事訴訟法第 1 條所揭櫫之內容，有從「刑事訴訟法全體之精神，應否容許作為認定事實證據」之觀點，檢視該筆錄證據能力必要性之證據。因此，日本實務在洛克希德案中，顯然採取「對照日本憲法或刑事訴訟法價值標準」或「對照刑事訴訟法全體精神」之判斷標準。然而，觀諸最高裁判所之判決理由⁴¹⁴，雖已敘述賦予刑事免責作成之囑託訊問證人筆錄，不容許其作為證

⁴¹² 前揭註 191 至註 193。

⁴¹³ 該案案例事實及歷審見解，請參閱本文第三章第二節第一項之貳。

⁴¹⁴ 判決理由謂「『事實之認定，依證據為之（刑事訴訟法第 317 條）』之規定，該證據除有關刑事訴訟法證據能力之各項規定外，『關於刑事案件，以兼顧維持公共福祉與保障個人基本人權、發現真實及正確且迅速適用刑罰法令為目的』（同法第 1 條）對照刑事訴訟法全體之精神，必須容許作為認定事實之證據。故本案囑託訊問證人筆錄，亦有從上開觀點檢討之必要。1（一）刑事免責制度，係為對應基於不自證己罪特權行使拒絕證言權，而無法獲得證明犯罪事實必要供述之事態，對於具有共犯等關係中一部分之人，經由賦予刑事免責使其喪失不自證己罪特權而強制供述，並欲以該供述作為證明其他人有罪證據之制度，在本案受囑託訊問證人之美國，於一定容許範圍、程序要件下已被採用，而作為實定法上確立之制度發揮其功能。（二）我國憲法對照關於該刑事程序之各項規定，雖尚無法解釋為否定此種制度之引進，然刑事訴訟法並未設置關於此項制度之規定。此項制度雖作為前開所述合目的性制度而發揮其功能，另一方面從其直接與犯罪有關係之人利害相關，且係對刑事程序上重要事項帶來影響之制度來看，是否予以採用、認定有必要時情事之有無、自公正刑事程序之觀點是否妥當、自國民法感情來看是否合於公正感受等方面均應慎重考慮而為決定，如予採用，則其對象範圍、程序要件及效果等應以明文規定。然而，我國刑事訴訟法未設置關於此項制度之規定，結果可以說並未採用此項制度，故賦予刑事免責而取得之供述作為認定事實之證據，不得不說不被容許。（三）此項結論，如同本案在國際司法互助過程中利用上開制度而獲得之證據亦屬相同，而無應作不同解釋之理由。然而，即使為經由國際司法互助而獲得之證據，其得否作為我國刑事審判上認定事實之證據，仍應依照我國刑事訴訟法等相關法令決定，從我國刑事訴訟法並未採用刑事免責制度之前述趣旨來看，雖說是經由國際司法互助而獲得之證據，亦不得不說不容許將其作為認定事實之證據。2 總結以上來說，我國刑事訴訟法尚未採用刑事免責制度，既然經由賦予刑事免責

據使用之論據，然該標準與最高裁判所建立之「違法重大」與「排除相當」等違法蒐集證據之排除標準，或「正當程序說」、「司法廉潔性說」及「違法抑止說」等違法排除之理論根據間，究存有如何之關係，實未盡明瞭。亦即最高裁判所就洛克希德案所闡述之見解，是否可解釋為承襲同院昭和 53 年 9 月 7 日（即前述「大阪天王寺持有安非他命案」）之實務判斷標準或學理依據，抑或已另闢蹊徑發展獨自之證據排除法則，實值探討。

就此，日本學者間亦有不同之看法。採取包含於向來排除法則之看法者，主要認為違法蒐集證據之證據能力判斷，不應僅限於從抑制違法偵查之立場判斷，亦可從維持司法廉潔性之觀點加以思考，因此最高裁判所否定囑託訊問證人筆錄之證據能力，從司法廉潔性之觀點作為說理應最為妥適⁴¹⁵；或認為證據蒐集行為與後續訴訟程序一體來看如有違法，利用因此而取得之證據處罰被告可以說是違反基本之正義觀念；而經由外國偵查機關互助取得證據之行為，因係基於日本偵查機關之委託而具有程序之一體性，故對於經由司法互助取得證據之容許性，可考慮以違反正當程序作為排除證據使用之理由⁴¹⁶。至於採取新型態排除法則之看法者，有認為最高裁判所在洛克希德案中所表示之見解，與向來基於違法蒐集證據排除法則之判斷結構相異，而有提示以「證據之容許性（或稱為證據適格性、證據禁止）」角度思考之跡象⁴¹⁷；或認為最高裁判所判決係「以立法欠缺作為理由，而直接否定囑託訊問證人筆錄證據能力⁴¹⁸」，或認為係「與蒐集證據時之合法性立於不同觀點而作判斷之案例⁴¹⁹」；甚有認為該案係「在欠缺必要之立法配套下進行刑事程序，因而產生欠缺程序公正性之事態，故應否定作為認定事實之證據」，並進而提出「不公正程序證據排除法則」之主張⁴²⁰（詳後貳、所述）。

獲得之供述應解釋為不容許作為認定事實之證據，關於本案囑託訊問證人筆錄，解釋為應否定其證據能力始為適當」。

⁴¹⁵ 井上正仁，刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力(二)，ジュリスト，1072 號，1995 年，頁 142-144。

⁴¹⁶ 川出敏裕，国際司法共助によって獲得された証拠の許容性，研修，618 號，1999 年，頁 6-7。氏並說明各外國有關排除之標準，例如：德國係以外國之證據取得程序不符合依法治國家原則所要求之最低水準時，應禁止證據之使用（Eisenberg, Beweisrecht der StPO, Rdn.355 (3.Aufl.1999)），具體並舉出違反歐洲人權條約、國際人權公約及德國法之公序良俗等情形，實務上承認證據禁止之例，則有因欠缺告知拒絕證言權之訊問證人筆錄（BGH NSTZ 1992,394）等等。另外，美國法上亦認為證據取得程序如有對良心造成衝擊之情形時，法院得為證據排除（United States v. Barona, 56F.3d1087,1091 (9thCir.1995)；United States v. Behety, 32F.3d 503,510 (11thCir.1994)）。

⁴¹⁷ 龍岡資晃等，ジュリスト，1071 號，1995 年，頁 110。

⁴¹⁸ 高田昭正，ジュリスト，1091 號，1996 年，頁 170。

⁴¹⁹ 大谷直人，前掲註 390，頁 197。

⁴²⁰ 中谷雄二郎，手続の公正と証拠の許容性，刑事裁判の理論と実務，東京：成文堂 1998 年，

本文認為，從前述最高裁判所昭和 53 年判決對於傳統違法蒐集證據排除法則之釋義，其所強調之「違法抑制說」並無法合理說明經由外國偵查或司法機關互助而合法取得之證據，其應予排除之理由；而不論是「正當程序說」或「司法廉潔性說」，由於其理論前提均係建立在取證行為違反法定程序之觀點而來，除非擴張其概念至證據評價階段，否則似難妥適說明經由合法取證程序獲得之證據所應排除之理由。且最高裁判所判決理由，亦絲毫未提及該賦予刑事免責所作成之囑託訊問證人筆錄適法與否，及有關主張違法排除之異議適格等問題⁴²¹，顯然最高裁判所在洛克希德案所採取之判斷方式，並非以向來判例與學理見解作為基礎，而應理解為最高裁判所係為因應司法互助取證之型態，而發展出新型態之判斷法則，較為妥適⁴²²，此從其後福岡滅門案之判決意旨，亦明白宣示不適用違法蒐集證據排除法則一點來看（詳後述），益得印證。

再者，洛克希德案所建立判斷標準之射程範圍如何⁴²³，亦頗值研究。從其後之「福岡滅門案」來看，一、二審判決針對辯方所提出排除違法蒐集證據之主張，明白表示「本案之偵查互助，係國家間基於國際禮讓，由日本請求中國為任意之偵查協助，該程序係以任意偵查之方式合法實施，基於國際偵查互助程序而受日本請求之外國偵查機關，係依照該國法令所定程序蒐集證據，從不適用日本法律一點來看，否定日本偵查人員違法取證證據能力之違法蒐集證據排除法則，亦不適用於中國偵查機關之蒐證程序甚明」，而認為違法蒐集證據排除法則不適用於司法互助取證之情形。雖然，福岡案之判決理由亦引用洛克希德案之見解作為其依據⁴²⁴，且表示判斷標準取決於該取證程序「是否違反刑事訴訟法全體之基本理念」⁴²⁵，然學者間亦指出，判決表面上似引用最高裁判所於

頁 217。

⁴²¹ 中島洋樹，前揭註 253，頁 103-104。

⁴²² 松田岳士，前揭註 253，頁 103-105。

⁴²³ 從本文第三章所舉之案例中，「角川古柯鹼案」之爭點係著重於是否該當傳聞例外之特信性要件部分，與證據排除有關者，僅辯方所爭執之檢察官有無暗地裏賦予證人刑事免責而作成筆錄之爭議。該案法院見解最終亦認定無此種私下交易之情事存在，而肯定宣誓陳述書之證據能力，惟並無進而討論其他證據排除之事由與或理論根據，因此本文認為，該案日本法曹三方於該案境外獲案證據之證據能力判斷，仍係依循洛克希德案之見解為準（即若賦予刑事免責則否定筆錄之證據能力）。其後，「大韓民國審判筆錄案」之爭點亦集中於特信性要件之爭議，而未談及有關證據排除之問題。

⁴²⁴ 判決理由謂：「基於國際偵查互助而由外國偵查機關依該國法令合法蒐集之證據，從其所獲得之證據係在日本刑事審判使用來看，該證據蒐集程序對照日本法令可視為違法時，除關於證據能力之各項規定外，**對照刑事訴訟法全體之精神**，就該證據是否容許作為認定事實之證據使用，也應解釋為有檢討之必要為妥（最高裁判所平成 7 年 2 月 22 日大法庭判決・參照刑集 49 卷 2 號 1 頁）。

⁴²⁵ 判決理由謂：「且如考量國際偵查互助即是在外國蒐集證據為目的之要件與程序，與日本相異者為其當然前提而成立之制度，經由國際偵查互助所獲得之證據，如不容許在日本刑事審判程序使用，應解釋為以該外國偵查機關之證據蒐集程序，被認為**實質違反刑事訴訟法全體之**

洛克希德案所提出之標準，惟從判決理由已實質進行取證程序是否違反刑事訴訟法全體基本理念之判斷來看⁴²⁶，兩者關於證據容許性之著重點顯然不同。

本文認為，在福岡案中一、二審法院針對辯方所提出違法證據排除之主張，既係按照取證過程之實際狀況，逐一提出其認為該程序未違反「刑事訴訟法全體之精神」的理由，對照最高裁判所於洛克希德案中表示之見解，前者顯然著重個別證據蒐集程序適法性之判斷，後者則從獲案證據得否作為法院認定事實之證據的角度而為論述，兩者之判斷結構不盡相同。因此，雖然福岡案形式上引用「刑事訴訟法全體之精神」作為判決理由構成之依據，惟實質上仍係依循傳統違法蒐集證據排除法則之要件（即取證程序對照日本法是否違法重大與排除相當）進行判斷甚明，就此而言，洛克希德案之射程範圍是否及於福岡案並不明確。惟從上開分析可知，洛克希德案至福岡滅門案為止之司法互助取得證據之排除法則發展，表面上雖以有無違背「刑事訴訟法全體之精神」為判斷標準，然其運作方式似仍與日本國內實務之違法排除判斷相同。今後之發展，仍有賴最高裁判所藉由個案進一步釐清福岡案與洛克希德案間判斷構造之關係，及更具體化「刑事訴訟法全體之精神」此一抽象概念之內涵，始能明確其適用之標準與射程範圍。

貳、關於不公正程序證據排除法則

一、概念與內容

日本實務自發生洛克希德案後，除前述主張該案係沿襲違法蒐集證據排除理論之見解外，論者亦嘗試創立新型態之排除法則解決此類證據排除之問題，「不公正程序證據排除法則」即為其中成為理論之一種見解⁴²⁷。此理論係中谷雄二郎法官藉由分析檢討洛克希德案判決，及另則有關檢察官偵訊受收容外國人而取得供述筆錄作為證據之案例⁴²⁸（下稱「二款書面案⁴²⁹」）後，所主張之新

基本理念為限，始為適當」。

⁴²⁶ 中島洋樹，前揭註 253，頁 104-105；松田岳士，前揭註 253，頁 105-106。簡言之，福岡案一、二審判決針對辯護人所提出之中國刑事訴訟制度未保障被告之緘默權、偵查中辯護制度不備及證人陳述受到起訴前長時間之身體拘束之影響等主張，實際從訊問之過程逐一討論，認定未違反日本刑事訴訟法之基本理念。

⁴²⁷ 田口守一，前揭註 348，頁 352。

⁴²⁸ 該案例事實係日本檢察官基於「入出國管理及難民認定法（入出国管理および難民認定法），下稱入管法」之強制遣返程序（第 39 條以下）偵訊受收容之外國人，在錄取其供述並將其強制遣返本國（第 51 條以下）後，依照日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款前段請求法院採用該筆錄作為證據，嗣後最高裁判所認為此種程序有欠公正而排除作為證據使用之案例。

⁴²⁹ 最高裁判所平成 7 年 6 月 20 日第三小法庭判決，刑集 49 卷 6 號 741 頁。該判決理由略以：「關於因強制出境而離境者在檢察官面前所為之陳述筆錄，若檢察官知悉使其出境將無法在準備或審判期日出庭陳述，而故意利用此種情況，或即使法官或法院決定就該人為證人訊問，仍予強制遣返等，如從程序正義之觀點，認為該陳述筆錄依本條第 1 項第 2 款前段書面作為證據有失公正時，亦不容許作為認定事實之證據」。

型態排除法則。該法則認為，「在欠缺必要之立法或配套措施下進行刑事程序，因而產生欠缺程序公正性之事態時，法院應不容許該獲案證據作為認定事實之依據」，例如在洛克希德案中，因日本法律無刑事免責制度之明文，故賦予刑事免責而進行之囑託訊問證人程序即欠缺公正性；在二款書面案中，則因人管法之外國人強制遣返程序與刑事程序間欠缺相互調合之規定，致使後續審判程序發生無法詰問證人而有害被告防禦權之不公正情形，故在二則案例之情形下，法院不應容許此種喪失程序公正性之證據，作為認定事實之依據。

不公正程序排除法則之法律上依據，中谷法官認為從洛克希德案及二款書面中之判決理由即可知悉，亦即要求刑事程序公正之「刑事訴訟法全體之精神」，及依此而設之刑事訴訟法第 1 條規定，即為其法律上依據。此乃因前案就賦予刑事免責後作成之囑託訊問筆錄，認為「自公正刑事程序之觀點是否妥當，從國民法感情來看是否合於公正感受，均有必要予以檢討」；後案則認為檢察官對受收容之外國人作成訊問筆錄後，即將外國人強制遣返本國之作法，「從程序正義之觀點，可認為該陳述筆錄依本條第 1 項第 2 款前段書面作為證據有失公正」⁴³⁰。其次，**本法則之目的在於避免因欠缺必要之立法配套措施而使刑事程序發生欠缺公正性之情形**，亦即在洛克希德案中，於無明文規定之情形下運用刑事免責制度作成囑託訊問筆錄，及在二款書面案中，因欠缺強制遣返程序與刑事程序之調合規定而遣返證人，兩則案例之結果均使被告負擔喪失反對詰問權之不利益，而有違刑事程序之公正性，不公正程序證據排除法則之目的即在避免此種事態之發生。再者，因不公正程序證據排除法則並非如同違法蒐集證據排除法則，以抑制將來違法偵查或維持司法廉潔性為目的，而係為避免因欠缺必要之立法配套而使刑事程序發生欠缺公正性之情形，故其法理於欠缺立法配套而須求諸刑事訴訟法之解釋時，也具有劃定解釋界限之功能⁴³¹。

另外，就**不公正程序證據排除法則之要件與射程範圍**，中谷法官依照兩判決之趣旨說明如下。首先，在**欠缺證據蒐集程序之根本規定**（即洛克希德案之例）時，其認為此種情形下即可謂刑事訴訟法未採用該項制度，而不得以刑事訴訟法解釋之方式予以肯認，否則即無異於忽視立法審查該項制度存否之重要性，並有害於刑事程序之公正及國民對於刑事司法之信賴；且此項要件之適用基準亦包含其他無明文規定之證據蒐集程序⁴³²。其次，在**欠缺證據蒐集程序之**

⁴³⁰ 中谷雄二郎，前揭註 420，頁 221。

⁴³¹ 同前註 420，頁 222。

⁴³² 同前註 420，頁 223。氏並舉日本實務上之強制採尿程序為例，下級審裁判實務多表示以鑑定處分許可狀及身體檢查令狀併用之方式進行採尿，而學說多數亦表示支持該見解之情況下，最高裁判所判則認為應依搜索扣押令狀實施，顯然係因法無明文規定所使然。另外如臥底偵查等問題，氏亦認為可說是包含在需要根本規定類型之制度。

調和規定（即二款書面案之例）時，其認為否定該證據容許性之要件，應從立法配套之必要性、詰問期待之合理性及立法不備與詰問機會喪失之因果關係等三者加以考慮。至於本法則之射程範圍，氏則認為為確保身處國外證人之供述或出庭等國際刑事司法互助之情形，亦可能藉由此項法則發揮作用⁴³³。

關於不公正程序**證據排除法則之直接效果**方面，即為否定該供述證據之證據容許性。至於有關衍生證據之證據能力部分，中谷法官則認為由於該法則是以欠缺必要之立法配套致使刑事程序欠缺公正性作為理論基礎，並非以證據蒐集程序自身違法為理由，故認為蒐獲衍生證據之後續程序，並無承繼先程序違法之問題；惟先程序自身如有欠缺程序公正性之情形時，亦得依本法則排除其證據能力。再關於**主張排除證據能力之適格**問題，中谷法官認為不公正程序證據排除法則並非以個人權利或利益受侵害為理論根據，而是以維持刑事程序之公正性為目的，因此有異於違法蒐集證據排除法則是以權利或利益受到侵害為主張適格之判斷依據，不公正程序證據排除法則並無此項問題⁴³⁴。

二、可應用性之檢討

關於「不公正程序證據排除法則」之概念及內容介紹既如上述，則進一步應討論者是，此一新提出之證據排除法則在實務上有無應用可能之問題。首先，就其與違法蒐集證據排除法則間之關係，從本法則係主張「在欠缺必要之立法或配套措施下進行刑事程序，因而產生欠缺程序公正性之事態時，法院應不容許該獲案證據作為認定事實之依據」，其相對於違法蒐集證據排除法則之各項學理依據或實務標準來看，應屬於補充性之法則，而無全面取代性。亦即，本法則主要在解決如同洛克希德案或二款書面案之**欠缺法律規定**之案例，對於一般違反取證程序規定而取得之證據無法適用。因此，有無必要單純就此二種類型案件因案設例，即不無疑問。

其次，就本法則所提出之要件方面而言，**欠缺證據蒐集程序之根本規定**類型，其要件即為欠缺法律明文；而**欠缺證據蒐集程序之調和規定**類型，其要件為立法配套之必要性、詰問期待之合理性及立法不備與詰問機會喪失之因果關係等三者。然由於上開要件範圍之不明確，在實務運用時，前者極可能發生一旦無明文規定時，即被認定此項法律欠缺有害於刑事程序之公正及國民對於刑事司法之信賴，而導出證據排除之效果，其理論之適用範圍可能失之過寬；而

⁴³³ 同前註 420，頁 224-225。氏認為向來在解釋刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款供述不能之要件時，對於法院應盡到如何程度之努力傳喚境外證人之問題，多所議論。如同世界各國對於傳喚外國證人所進行之法律準備，可預見在不久將來日本也將承認該部分立法配套之必要性，在此之前，不公正程序排除法則即可能發揮其作用。

⁴³⁴ 同前註 420，頁 225-226。

在後者所謂欠缺調和規定之個案上，究竟確實屬於立法欠缺抑或屬於法規範解釋填補之範圍，僅由上述三項要件實難界定，且就個案之審理而言，實務可能較傾向於優先透過法解釋而非尋求立法解決，易使本理論之適用範圍趨向狹礙。故本文認為在實務運用上，中谷法官所設定之要件，其應用可能性似亦不高。

再者，就經由司法互助取得證據之證據排除問題，本法則之要件內容，不論是所謂欠缺證據蒐集程序之根本規定類型，或欠缺證據蒐集程序之調和規定類型，在面臨被請求國取證程序合法，惟與請求國之取證法規標準不同之情況時，顯然無法適用。即使以「欠缺程序公正性之事態」此一標準而言，請求國法院於判斷該證據是否應予排除之際，亦因不具體而可能流於裁判官之恣意。是以綜上所述，本文認為上開理論固屬創見，惟恐無法作為日本境外獲案證據之證據排除法則。

第二項 我國未來之發展

我國方面截至目前為止，實務上並無針對境外取得證據作出探討之案例，學說上亦乏專門之研究，檢討其原因，似可歸結至司法互助實務面尚不發達所致。然面對今日兩岸間快速交流，帶動外交上之逐步前進，將來有關經由司法互助取得證據之證據排除問題，可預見將引發更多矚目。因此，以下本文即以我國現有法制、學理為基礎，參考前述日本學理、實務案例之研究情形，區分我國偵查人員直接至國外取證與囑託外國人員取證兩大類，嘗試建構我國經由司法互助取得證據之證據排除結構。

壹、我國人員直接至國外取證

國際刑事司法互助牽涉司法主權問題，故在實施取證前，必須先依條約或互惠原則取得被請求國之同意，已如前述。我國偵查人員在取得被請求國同意後，直接至該國取證之型態，因係依照我國刑事訴訟法規定之偵查人員與程序而進行，故應檢討者，實係我國刑事訴訟法是否具有域外效力之問題。誠如本文於第三章「澳門擄人勒贖案」中所述，不論採取「限定說」或「外國主權限制說」，均肯定司法互助進行之前提，必先取得被請求國之同意始得進行，如已取得同意，則由我國刑事訴訟法規定之偵查人員依程序進行取證之效果，應與在我國境內取證之情形無異。因此，我國偵查人員直接至國外取證時，取證階段有無違法而應排除獲案證據之證據能力，自應於證據評價階段由我國法院直接適用我國刑事訴訟法之規定予以判定；此從學理之「正當程序說」、「司法廉潔性說」或「違法抑止說」來看，亦是如此。故我國偵查人員如在外國違反我國刑事訴訟法取證之法定程序時，仍應依違反之規定與第一百五十八條之四之排除標準，判斷是否應予排除該證據之證據能力。

貳、囑託外國人員取證

在囑託外國取證之型態下，由於存在證據取得與評價階段適用不同準據法之問題（詳第二章所述），因此現行法體系下之證據排除法則，是否仍可適用於外國人員依外國法定程序所取得之證據，抑或必須脫離既有體系，尋求建立新形態之排除法則，實值吾人思考。以下本文再區分為取證程序違法及合法兩種情形予以討論。

一、取證程序違法

就外國人員取證程序違法之情形，首先有疑問者是，我國法院有無必要審查被請求國人員取證行為合法性之問題。如從國際法上主權平等之角度來看，審查被請求國所進行之取證程序似有凌駕該國主權之意味，而有害於雙方互助之外交情誼；另一方面從被請求國國內法之角度來看，被請求國人員如違反被請求國法而取證，所侵害者亦為被請求國國內關係人之權利而與我國無關；從證據排除之理論根據而言，傳統違法抑止說強調證據排除之目的，係為抑止我國偵查人員將來再為違法之取證行為，是以被請求國人員違反被請求國法而取得之證據，亦無法依此說得出應予排除之結論。況且，我國法院審理時，能否順利調查被請求國人員有無違法取證之情事（例如：傳喚被請求國取證人員到庭接受詰問）亦恐有疑，如實際進行調查，其程序不僅耗時且有可能反而模糊請求互助之焦點。再者，即使我國法院判斷被請求國人員取證行為違法，依照現行第 158 條之 4 規定，亦非立即排除獲案證據之證據能力，至少仍必須考慮兩國取證規定之法制差異程度，始得為最終之決定。故綜合以上分析來看，我國法院似無必要審查被請求國人員取證行為之合法性；日本論者及實務見解就此亦有傾向於無審查必要之見解⁴³⁵。

然而，因為日本法之違法蒐集證據排除，係由實務形成個案相對排除之標準，且實定法亦無明文規定，採行上開見解尚無法制扞格之問題。相對而言，我國人員違反法定程序取證之證據排除已有實定法之依據，故為避免採取不審查之見解而導致我國與被請求國違反法定程序取證之判斷標準失衡，間接損及我國主權平等性；另一方面，從正當程序論、司法廉潔性說及國際法角度來看，被請求國既同意提供我國司法互助，則其所提供之證據應為得於法院使用之合法證據，始符合正當程序、程序正潔及互惠原則之意旨，故解釋上於我國現行法制下，仍應有審查之必要。

⁴³⁵ 宮崎礼壹，前揭註 197，頁 646；田辺泰弘，前揭註 142。實務方面從洛克希德案之見解即可窺知，而福岡減門案雖一方面否定違法蒐集證據排除法則之適用，另一方面又針對辯護人所提違法蒐證之主張，以「是否違反刑事訴訟法全體精神」之標準逐一檢視駁斥，似又就中國偵查人員取證程序之合法性進行實質審查。

綜上所述，本文認為外國人員違法取得之證據，仍有檢討是否為證據排除之餘地，亦即在現行法制下，我國法院就被請求國人員取證程序是否合法，應予審查；如為違反被請求國法取得之證據，則不論係先囑託後始由被請求國人員違法取得，或囑託取得由被請求國人員先前違法取得之既存證據，由於取證程序違法之本質並無二致，故於證據評價階段，自應由我國法院類推適用現行刑事訴訟法第 158 條之 4 之規定，權衡判斷其證據能力。

二、取證程序合法

(一) 排除判斷之必要性

就外國人員取證程序合法之情形，首先應討論者是，亦是有無判斷證據排除必要性之問題。如從國際法上國家主權平等之角度來看，對於此種依他國程序合法取得之證據，似無應作排除判斷之堅強理由。蓋因一國法制之形成牽涉該國政治、歷史及文化因素甚深，對於民主國家而言，亦是由代表民意之國家立法機關依法定程序而制定，因此程序上既屬合法取得，基於尊重他國法制及司法主權之國際法要求，似無法得出有排除判斷之必要。然而，由於各國刑事訴訟法規定之證據取得程序與證據評價基準不同，依照與我國相同制度所蒐集之證據，固無應排除使用之理由，惟如被請求國與我國法治水準差異甚大時，仍全盤接受其取證之結果，則可能因使用該證據而侵害被告之基本人權或人性尊嚴。因而，此項法制差異原則上雖應予以尊重，惟仍應有一**最低限度之價值基準**作為界限，方屬妥適。故本文認為，對於經由司法互助合法取得之證據，基於國家主權與條約義務、互惠原則之要求，原則應予尊重；然若被請求國取證程序之法律規定顯然不及最低限度之人權基準時，則有考慮排除該證據使用之必要。

(二) 與其他排除法則之關係

承前所述，經由司法互助囑託外國人員合法取得之證據既亦有排除之必要，則其理論根據得否為既有之各項排除法則所涵攝，應先予討論。首先，作為**違法證據排除法則**根據之「正當程序說」、「司法廉潔性說」及「違法抑止說」等理論，均係源自對於違法取證程序之評價目的而來，我國最高法院對於刑事訴訟法第 158 條之 4 之適用，亦是以違反法定程序為前提⁴³⁶，故依照既有違法證據排除法則學理或實務之見解，均無法合理說明經由司法互助合法取得之證據應予排除之理由。其次，從證據取證之型態來看，此類證據與公務員藉由**私人違法取證**之類型相仿，均是國家機關透過第三者取得證據使用之構造，因此

⁴³⁶ 例如最高法院 95 年度台上字第 6482 號、97 年度台上字第 560 號判決，均表示第 158 條之 4 僅適用於取證程序違法之情形。

似有將外國公務員視為我國公務機關之手足，而以違法證據排除法則判斷之可能。然從國際法角度來看，經由司法互助取證牽涉不同法域之司法主權，請求國必須取得被請求國同意後方得為之，且就實務運作面來說，即使請求國人員得於取證程序在場，該程序仍以被請求國人員主導居多，請求國人員僅得在場而無法親自為偵訊或其他取證行為（請參考第三章案例），故與公務員透過私人違法取證時，具有支配控制力之情形截然不同。況且，公務員藉由私人取證之類型，主要著重探討私人違法取證時，得否將私人違法取證之效果歸屬於該公務員，而經由司法互助合法取證時，不僅被請求國人員所為是合法之取證行為，參酌前開所述司法主權尊重之要求與實務操作之形式，亦無將被請求國與請求國取證程序等同評價，而使法律效果歸屬於本國公務員之可能，故以此理論說明經由司法互助合法取得證據之證據排除問題，亦不合適。再者，與本國公務員合法取證有關之德國法上**自主性證據使用禁止理論**⁴³⁷，能否合理解釋經由司法互助合法取得證據之證據排除，亦值檢討。由於自主性證據使用禁止理論係源自於憲法隱私權之保障而來，與司法互助取證所欲避免因法制差異導致使用證據侵害被告基本權之目的不同，且就實施取證之主體（本國公務員與外國公務員）與依循之準據法（本國法與外國法）亦屬有異，故雖然外觀結構同屬對於合法取得之證據進行證據排除之評價，惟仍無法藉由該理論妥適解決。從以上檢討可知，既有之各項排除法則均無法合理說明經由司法互助合法取得證據之排除問題，故仍有尋求其他新型態排除法則之必要。

（三）新型態排除法則之定位

思考新型態排除法則之建立，首先似應確立其理論於我國證據排除法則體系之定位問題，此乃因定位結果牽涉要件解釋之寬嚴與適用範圍之廣狹甚明。就此本文認為，由於違法證據排除法則之理論根據，在於以違法手段取得證據不僅違反刑事訴訟正當程序之理念，使用該證據亦有違國民對於司法之信賴，故從抑制將來違法偵查之觀點，有排除使用之必要。然經由司法互助合法取得之證據並無違反法定程序取證之問題，核其理論之目的係為避免因各國**法制差異**而導致使用侵害被告基本權之證據。因此，經由司法互助合法取得證據之排除理論，相對於既有之違法證據排除法則，應立於補充性、例外性之角色，解釋上亦以採取**嚴格解釋**之立場為妥。

（四）理論內涵

⁴³⁷ 所謂「自主性證據使用禁止」理論，係導源於憲法隱私權之保障，而不以國家機關取證違法為前提，亦即如法院在審理程序中調查、使用該證據，有可能另外單獨構成憲法保障之隱私權侵害者，即有排除該證據使用之可能，林鈺雄，前揭註 407，頁 614 以下。

1、位階

從「正當程序說」強調保障基本人權之角度來看，傳統之違法證據排除屬於憲法位階之問題，實務上最高法院 87 年度台上字第 4025 號判決意旨亦認為，違法證據之排除係以「保障憲法第八條、第十六條所揭示應依正當法律程序保障人身自由、貫徹訴訟基本權之行使及接受公平審判之權利」為其目的，故顯然我國學說及實務均將違法證據排除定位為憲法位階問題。因此，考量我國排除經由司法互助合法取得證據之目的，係為避免因法制差異而導致使用侵害被告基本權之證據，從**基本權保障**之觀點而言，實與傳統違法證據排除法則相同，故其排除法則之位階，亦應定位在憲法層次為妥。

2、內容

由於經由司法互助合法取得之證據，在證據取得階段並無國家機關違反法定程序（外國法）之問題，故強調取證階段違法性而立論之「正當程序說」、「司法廉潔性說」及「違法抑止說」等理論均無法作為其理論依據，已如前述。因此，經由司法互助合法取得證據之排除，即應從**證據評價階段之正當性**探求其內涵。其次，依我國大法官會議對於憲法第八條、第十六條所揭示之依正當程序保障人身自由及訴訟權之精神（例如：釋字第五八二號、第三八四號解釋關於保障刑事被告詰問證人之權利等等）可知，經由司法互助合法取得之證據，在證據取得階段固無違反法定程序之問題，然若於證據評價階段發現使用該證據將侵害被告憲法基本權時，應有考慮排除使用之必要⁴³⁸。亦即，經由司法互助合法取得證據之排除法則，應定義為「**使用經由外國人員依法定程序所蒐集之證據，而侵害被告之憲法基本權時，即應依比例原則判斷其證據能力有無**」之法則。

3、排除之要件

由上開定義可知，經由司法互助囑託外國人員合法取得之證據排除法則，其排除要件應可區分如下：一、**該證據是否為經由司法互助囑託外國人員合法取得之證據**；二、**受侵害者是否為被告受憲法保障之基本權**；三、**使用該證據所達成之目的，與被告憲法基本權受侵害之程度間，是否符合比例原則等**。針對上開要件之解釋，其中以被告受憲法保障之基本權內容為何，最值檢討。誠

⁴³⁸ 學說上對於國內合法取得證據排除之說明，有提出「不具違法關聯證據排除」之看法。意即該類證據如作為證據使用，將侵害被告訴訟權益或對關係人隱私或自白權益造成另一次侵害時，即有證據排除之可能性，陳運財，前揭註 351，頁 33。關於經由司法互助合法取得之排除理論，基於相同理由，亦應求之於證據評價階段為妥。

如前開所言，此項理論係為避免審判時使用侵害被告基本權之證據，故所侵害之基本權對象，自以被告之「訴訟基本權」為主。至於該「訴訟基本權」之內容為何，以下本文試從國際法與國內法角度分別加以探討。首先，如從國際法角度思考，如欲尋求一符合近代刑事訴訟法最低限度及國際人權價值之最低標準，可考慮者為國際法庭（International Criminal Court）⁴³⁹適用之國際刑事法院規約⁴⁴⁰中之證據排除規定。由於國際刑事法院為國際刑事案件之審判機構，審判程序中亦經常涉及證據分散在各國而必須適用各國取證規定之問題，其形態與司法互助取證相仿；且國際刑事司法互助本即屬國際刑事法之一環，理論上似有將上開規約作為國內法標準之可行性。惟該法規第 69 條第 7 項內容規定：「因違反本法規或國際人權而取得之證據，如有下列情形之一者，不應作為證據。a、因違反而對證據之可信性產生重大懷疑時。b、容許作為證據將違反程序，且嚴重危害程序廉潔性時⁴⁴¹」，其排除要件係以違反法定程序為前提，且要件之內涵及排除標準亦不明確，故得否作為排除經由司法互助合法取得證據之參考，恐有疑問。另外，國際法庭所管轄之範圍，係以維護國際人權為主之國際性犯罪，作如此規定係為因應世界各國不同之取證規定與證據規則所致，故此規定既與國際刑事司法互助之目的、對象及範圍有所不同，即不宜直接用來解釋訴訟基本權之內容。

其次，另一可供作為參考之國際標準者為「公民與政治權利公約（International Covenant on Civil and Political Rights）⁴⁴²」之規範內容。由於該公約係以「確認對於人類天賦尊嚴及其平等而且不可割讓之權利」，及「實現人類享受公民與政治自由無所恐懼、不虞匱乏之理想」為宗旨⁴⁴³，且從第九條⁴⁴⁴之保

⁴³⁹ 國際刑事法院現今為獨立於聯合國外之常設性國際機構，總部設於荷蘭海牙，其僅針對引起「國際關心之最嚴重犯罪（for the most serious crimes of international concern）」有管轄權，亦即就「集團殺害（the crime of genocide）」、「違反人道犯罪（crimes against humanity）」、「戰爭犯罪（war crimes）」及「侵略犯罪（the crime of aggression）」等國際性犯罪案件予以審判（參閱國際法庭法規第 5 條至第 8 條），並非係超越各國主權之審判機構，換言之，即基於補充性原則（principle of complementarity）而發揮其功能。參考 ICC 官方網站，<http://www.icc-cpi.int/Menus/ICC?lan=en-GB>。

⁴⁴⁰ 又稱「羅馬規約（Rome Statute）」，即國際刑事法院適用之程序法，因係於 1998 年 7 月 17 日在羅馬舉行之國際刑事法院設立的外交會議中表決通過，因而被稱為羅馬規約。

⁴⁴¹ 原文為「Evidence obtained by means of a violation of this Statute or internationally recognized human rights shall not be admissible if : (a) The violation casts substantial doubt on the reliability of the evidence ; or (b) The admission of the evidence would be antithetical to and would seriously damage the integrity of the proceedings 」。

⁴⁴² 「公民與政治權利國際公約」已於 1976 年 3 月 23 日在國際間生效，迄今共有 164 個締約國，以締約國數字而論，已超過全球國家數（一百九十五）及聯合國會員國數（一百九十二）之百分之八十以上，可謂已成為普世遵循之人權規範。參閱法務部網站，<http://www.humanrights.moj.gov.tw/lp.asp?ctNode=30637&CtUnit=10696&BaseDSD=7&mp=200>。

⁴⁴³ 該公約之前文，同前註網站。

⁴⁴⁴ 第九條規定「第九條 一 人人有權享有身體自由及人身安全。任何人不得無理予以逮捕或拘

障人身自由安全原則、第十四條⁴⁴⁵之公平審判、無罪推定、告知罪名及案由與選任辯護人、速審、詰問證人及保持緘默等原則來看，其內容較前揭羅馬規程具體；在兩公約施行法公布後，兩公約所揭示之保障人權規定，即令因我國現況無法存放於聯合國秘書長而生效，仍具有國內法之效力⁴⁴⁶，故應可作為訴訟基本權內容之參考。再者，除前揭「公民與政治權利公約」所揭示之各項國際性刑事訴訟原則外，依照大法官會議歷年來就憲法第 16 條訴訟權之解釋，有關訴訟基本權之保障內涵包括：對質詰問權（釋字第三八四號⁴⁴⁷）、直接審理、言詞辯論、對審及辯護制度並予以最後陳述之機會（釋字第三九六號⁴⁴⁸）；提起訴

禁。非依法定理由及程序，不得剝奪任何人之自由。二 執行逮捕時，應當場向被捕人宣告逮捕原因，並應隨即告知被控案由。三 因刑事罪名而被逮捕或拘禁之人，應迅即解送法官或依法執行司法權力之其他官員，並應於合理期間內審訊或釋放。候訊人通常不得加以羈押，但釋放得令具報，於審訊時，於司法程序之任何其他階段、並於一旦執行判決時，候傳到場。四 任何人因逮捕或拘禁而被奪自由時，有權聲請法院提審，以迅速決定其拘禁是否合法，如屬非法，應即令釋放。五 任何人受非法逮捕或拘禁者，有權要求執行損害賠償」。

⁴⁴⁵ 第十四條規定「一 人人在法院或法庭之前，悉屬平等。任何人受刑事控告或因其權利義務涉訟須予判定時，應有權受獨立無私之法定管轄法庭公正公開審問。法院得因民主社會之風化、公共秩序或國家安全關係，或於保護當事人私生活有此必要時，或因情形特殊公開審判勢必影響司法而在其認為絕對必要之限度內，禁止新聞界及公眾旁聽審判程序之全部或一；但除保護少年有此必要，或事關婚姻爭執或子女監護問題外，刑事民事之判決應一律公開宣示。二 受刑事控告之人，未經依法確定有罪以前，應假定其無罪。三 審判被控刑事罪時，被告一律有權平等享受下列最低限度之保障：（一）迅即以其通曉之語言，詳細告知被控罪名及案由；（二）給予充分之時間及便利，準備答辯並與其選任之辯護人聯絡；（三）立即受審，不得無故稽延；（四）到庭受審，及親自答辯或由其選任辯護人答辯；未經選任辯護人者，應告以有此權利；法院認為審判有此必要時，應為其指定公設辯護人，如被告無資力酬償，得免付之；（五）得親自或間接詰問他造證人，並得聲請法院傳喚其證人在與他造證人同等條件下出庭作證；（六）如不通曉或不能使用法院所用之語言，應免費為備通譯協助之；（七）不得強迫被告自供或認罪。四 少年犯罪之審判，應顧念被告年齡及宜使其重適社會生活，而酌定程序。五 經判定犯罪者，有權聲請上級法院依法覆判其有罪判決及所科刑罰。六 經終局判決判定犯罪，因提出新證據或因發見新證據，確實證明原判錯誤而經撤銷原判或免刑者，除經證明有關證據之未能及時披露，應由其本人全部或局部負責者外，因此判決而服刑之人應依法受損害賠償。七 任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑」。

⁴⁴⁶ 法務部分別於 96 年 3 月 23 日、97 年 1 月 28 日以法規字第 0960600200 號函、法規字第 970600032 號函將「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」草案（以下簡稱「兩公約施行法」草案）陳報行政院核轉立法院審議。歷經立法院第 6 屆第 6 會期及第 7 屆第 1 會期至第 3 會期，於 98 年 3 月 31 日完成「兩公約施行法」三讀程序，總統並於 98 年 4 月 22 日公布，該法施行法第九條並規定「本法施行日期，由行政院定之」，嗣於 98 年 12 月 10 日國際人權日正式施行；其中施行法第 2 條即明文規定具有國內法之效力位階。

⁴⁴⁷ 本號解釋認為：檢肅流氓條例第 6 條授權警察機關逕行強制人民到案，未踐行必要之司法程序；第 12 條秘密證人制度剝奪被移送裁定人與證人對質詰問之權利，妨礙法院發現真實；第 21 條規定使受刑之宣告及執行者，有再受感訓處分而喪失身體自由之虞等規定，均因欠缺實質正當而被宣告違憲。

⁴⁴⁸ 本號解釋認為：公務員懲戒法有關對於懲戒案件之議決未設上訴救濟制度，因保障訴訟權之審級制度得由立法院視各種訴訟案件之性質定之，故未被宣告違憲。

訟及受公平審判之權利（釋字第四一八號⁴⁴⁹）、詰問共同被告證人之權利（釋字第五八二號⁴⁵⁰）與對質詰問權及閱卷權（釋字第六三六號⁴⁵¹）等，惟由於經由司法互助合法取得證據之**取證型態**係囑託外國人員合法取得後供我國使用，且取向於前述**例外從嚴**之解釋方法，現階段並非上開權利均可作為訴訟基本權之內容。

本文認為，由於經由司法互助取證之法制差異情形態樣繁多，現階段欲完全畫定訴訟基本權之範圍實非易事，此對照日本最高裁判所迄今為止均以洛克希德案所建立之「**日本刑事訴訟法之價值標準**」為據，益可印證。因此，在肯定經由司法互助合法取得證據排除法則之存在必要性後，勢必保留實務依照個案形成之空間，以免以過於僵化之標準，限制排除法則未來發展之可能性。因此考量國際人權及人性尊嚴之維護並兼顧我國法制、實務現況，現階段此項訴訟基本權之最低價值基準，解釋上應以保障**被告接受公平審判權利**為其內容，亦即以使用經由司法互助囑託外國人員合法取得之證據，是否侵害被告訴訟基本權而違反訴訟程序之公平正義為斷。

另外，上開法則之可操作性，亦得以日本之洛克希德案及福岡滅門案加以檢證。洛克希德案中，日本最高裁判所之判決理由⁴⁵²係以日本刑事訴訟法未設

⁴⁴⁹ 本號解釋認為：道路交通管理處罰條例第 87 條有關受處分人因交通違規事件不服主管機關所為之處罰，不得再抗告之規定，因已給予當事人申辯及提出證據之機會，故與憲法第十六條並無牴觸。

⁴⁵⁰ 本號解釋認為：最高法院 31 年上字第 2423 號及 46 年台上字第 419 號所稱共同被告不利於己之陳述得採為其他共同被告犯罪之證據一節，因不當剝奪其他共同被告對該實質具證人適格之共同被告詰問之權利，而被宣告違憲。

⁴⁵¹ 本號解釋認為：檢肅流氓條例第 12 條第 1 項有關為保護檢舉人、被害人或證人而得依聲請或依職權限制被移送裁定人或其選任之律師閱卷權及對質詰問權之規定，因過度限制被移送人之防禦權而被宣告違憲。

⁴⁵² 洛克希德案最高裁判所對於該囑託訊問證人筆錄之證據能力，認為應從對照刑事訴訟法全體之精神，是否應容許作為認定事實證據之觀點加以考慮。判決理由並認為「（一）刑事免責之制度，係為因應基於不自證己罪特權行使拒絕證言權，而無法獲得證明犯罪事實所必要供述之事態，對於共犯等有關係者中一部分之人，經由賦予刑事免責使其喪失不自證己罪特權而強制供述，並將以該供述作為證明其他人有罪證據之制度，在本案受囑託訊問證人之美國，於一定之容許範圍、程序要件之下被採用，以實定法上確立之制度而發揮作用。（二）對照我國憲法有關刑事程序之各項規定，雖不能解釋為否定此項制度之引進，但刑事訴訟法並無關於此項制度之規定。此項制度作為上開合目的性之制度發揮作用之反面，直接與犯罪有關係之人利害相關，如從影響到刑事程序上重要事項之制度來看，是否予以採用，有無認為必要之情況、從公正刑事程序之觀點來看之當否、國民法律感情來看是否符合公正感等情事，應慎重考慮而決定。如採用此項制度，其對象範圍、程序要件、效果等並應以明文規定。然而由於我國刑事訴訟法並未設有此項制度相關之規定，故應調並未採用此項制度，賦予刑事免責取得之供述，應不容許作為認定事實之證據（三）此項情形，如同本案在國際司法互助過程中利用上開制度而獲得之證據，亦完全相同，而無應作不同解釋之理由。然而，即使經由國際司法互助而獲得之證據，其得否作為我國刑事審判上認定事實之證據，應依我國刑事訴訟法等相關法令決定，從

有刑事免責之規定，而否定該賦予刑事免責權所作成訊問筆錄之證據能力。如以本法則觀之，則證據能力是否應排除之判斷，應視該遭剝奪不自證己罪特權之證人訊問筆錄，如在我國法院使用，是否侵害被告訴訟基本權而違反程序之公平正義而定。就此而言，因我國於 2000 年已公布施行證人保護法，其中第十四條第一項及第二項⁴⁵³已規定有關賦予具有共犯關係之被告或犯罪嫌疑人刑事免責而取得供述之制度，因此該項法制度應可謂已滿足我國法之最低價值標準。換言之，即使在我國法院使用外國賦予刑事免責權所作成之證人訊問筆錄，亦難評價為侵害被告訴訟基本權而違反程序之公平正義，故賦予刑事免責權作成之訊問筆錄，不應排除其證據能力。又在福岡滅門案中，該案一、二審判決（最高裁判所並未明確表示見解）肯定該訊問筆錄證據能力之理由，係以中國公安人員訊問具有共犯關係之證人時，實質上已告知緘默權而保障其陳述自由，故無評價該偵訊程序實質違反刑事訴訟法基本理念之必要⁴⁵⁴。惟本文認為，如該案中辯護人所提出中國刑事訴訟法不保障被告之緘默權、未確立司法獨立及無罪推定制度、辯護制度不完備、偵查階段之身體拘束亦無司法抑制及本案筆錄係在長時間拘束自由下作成等各項主張為真，則綜合來說應認為該偵訊程序已侵害共犯證人多項權利，如在本案程序中使用此項證據實可評價為侵害被告訴訟基本權而違反程序之公平正義，故應排除其證據能力。

我國刑事訴訟法不採用刑事免責制度之前述趣旨來看，雖然說是經由國際司法互助而獲得之證據，不得不說無法容許將其作為認定事實之證據」。

⁴⁵³ 即「第二條所列刑事案件之被告或犯罪嫌疑人，於偵查中供述與該案案情有重要關係之待證事項或其他正犯或共犯之犯罪事證，因而使檢察官得以追訴該案之其他正犯或共犯者，以經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，減輕或免除其刑。被告或犯罪嫌疑人雖非前項案件之正犯或共犯，但於偵查中供述其犯罪之前手、後手或相關犯罪之網絡，因而使檢察官得以追訴與該犯罪相關之第二條所列刑事案件之被告者，參酌其犯罪情節之輕重、被害人所受之損害、防止重大犯罪危害社會治安之重要性及公共利益等事項，以其所供述他人之犯罪情節或法定刑較重於其本身所涉之罪且經檢察官事先同意者為限，就其因供述所涉之犯罪，得為不起訴處分」。

⁴⁵⁴ 針對該案被告之辯護人所提出認為中國刑事訴訟法不保障被告之緘默權、未確立司法獨立及無罪推定制度、偵查階段之身體拘束亦無司法抑制及本案筆錄係在長時間拘束自由下作成等主張，一、二審判決逐一依據事實關係而予以駁斥，詳細內容請參閱本文第三章第二節第一項之參、II 案例。

第五章 比較檢討與法制修正建議

經由國際刑事司法互助取得境外證據之證據能力，因牽涉證據取得與證據評價分屬不同司法主權之問題，故實務運作上顯然較單純境內取證之情形複雜，思考此一問題時，亦不能不考慮國際禮讓、互惠原則等國際法之重要原則。從第三章及第四章日本實務案例之分析檢討中，可發現審判實務檢視此類證據之重心，供述證據部分多著重於是否具備傳聞例外之特信性要件，且不論供述或非供述證據，是否適用證據排除法則，亦為爭論之重點。由此再對照我國實務案例之發展現況，明顯可知我國實務尚有待多方發展之處。因此，在今後我國經由國際刑事司法互助取證之實務運作方面，建立可行之運作模式以確保經由司法互助取證之成果，實為當務之急。以下本章即先歸納前述第二章至第四章之結論，並作比較檢討，再嘗試提出若干法制改革之建議。

第一節 案例檢討之啟發

第一項 刑事司法互助取證之法規範適用

有關司法互助取證之法規範適用，首先應探討者是刑事司法互助之法源基礎為何。誠如本文於第二章所述，理論上法源基礎雖應與國際法之法源一致，惟實務上現今世界各國所採取之主要方式，仍是透過簽署國際書面協定或以個案為互惠保證之方式實施互助。其次，由於大陸法系與英美法系國家之刑事訴訟架構不同，對於國際刑事司法互助是否應由國家機關積極介入，所抱持之觀點亦屬不同，因此在跨法系國家間進行取證時，事先依據雙方書面協定或個案互惠保證之方式進行磋商，即相形重要。再者，刑事司法互助有別於一般國內刑事案件適用法律之整體性，其證據取得與證據評價階段，乃分屬被請求國與請求國之司法主權管轄，因此判斷獲案證據之證據能力時，即不能單純從國內法角度觀察，必須基於尊重他國司法主權之「國際禮讓」要求，依照「證據取得階段原則上應依被請求國法，在不牴觸被請求國法令之限度內，例外得適用請求國法；證據評價階段則應適用請求國法」之準據法適用模式實施。另外，日本及我國實務，雖均已發展出直接取證與囑託取證之取證模式（如第三章、第四章之案例分類），惟無論採取何種取證形態，實施境外取證行為應把握之當然前提，則是必須先行取得被請求國之同意，否則即可能侵害他國司法主權，而造成違反國際法之窘境。

我國由於外交處境艱困之故，與他國間之刑事司法互助幾無條約可資依循，目前主要透過個案互惠保證之方式以達成互助目的。然經由互惠保證方式

請求互助，固具有彈性及因事制宜之優點，然由於是否提供互助，仍繫於被請求國片面決定而非國際法之義務，歸根究底仍不具安定性。且如被請求國回覆內容不如預期，曠日費時之結果對於被告權利保障、犯罪偵查或法院審理之實效性均屬有害，從互惠原則之角度來看，亦有損國家之尊嚴及平等⁴⁵⁵。因此，積極與他國締結國際書面協定，並建立相關國內法制，應為當前我國應致力完成之任務。

第二項 該當傳聞例外之判斷標準

傳聞法則排斥傳聞證據之理由，除其本身性質有先天上不可靠之危險外，使用傳聞證據無法保障刑事被告之對質詰問權及確保審判者得經由直接審理而獲得正確之心證。然如不問何故一律排除傳聞證據之使用，亦可能大幅限制審判時之證據資料，導致認定事實之不易與訴訟之遲延，亦有害於發現真實。因此，為兼顧被告人權及發現真實之刑事訴訟目的，傳聞證據如具備必要性（necessity）及可信性（reliability）時，例外應承認傳聞證據具有證據能力。綜合第三章我國與日本實務案例之評析檢討，以下簡單歸納兩國在境外供述證據取證實務上幾項不同之處：

一、**實務發展之取證方式不同**：日本從最早之拉斯托波羅夫案起，不論係直接或囑託他國取證，均係透過外交途徑由本國檢察官等偵查人員至被請求國參與取證過程；而我國在前述澳門擄人勒贖案前，均是以透過各種正式或非正式管道取得他國司法文書等資料，為最主要之取證形態。

二、**對於程序合法性之認知不同**：日本實務案例發展至今，不論對於直接或囑託取證之法律依據、適用之準據法及有無違法蒐集證據排除法則之適用等問題，均與國內一般案件無異而加以檢視，亦可從判決理由窺知對於司法主權之尊重與符合國際法觀點之準據法適用；而我國法院則往往直接進入證據能力要件之判斷，對於取證程序合法性之問題較不注重，進而其後衍生之證據排除問題，迄今亦無論述，實為可惜。由此亦可看出我國實務目前對於境外取證之司法主權與準據法適用問題，尚無法掌握其徵結所在。

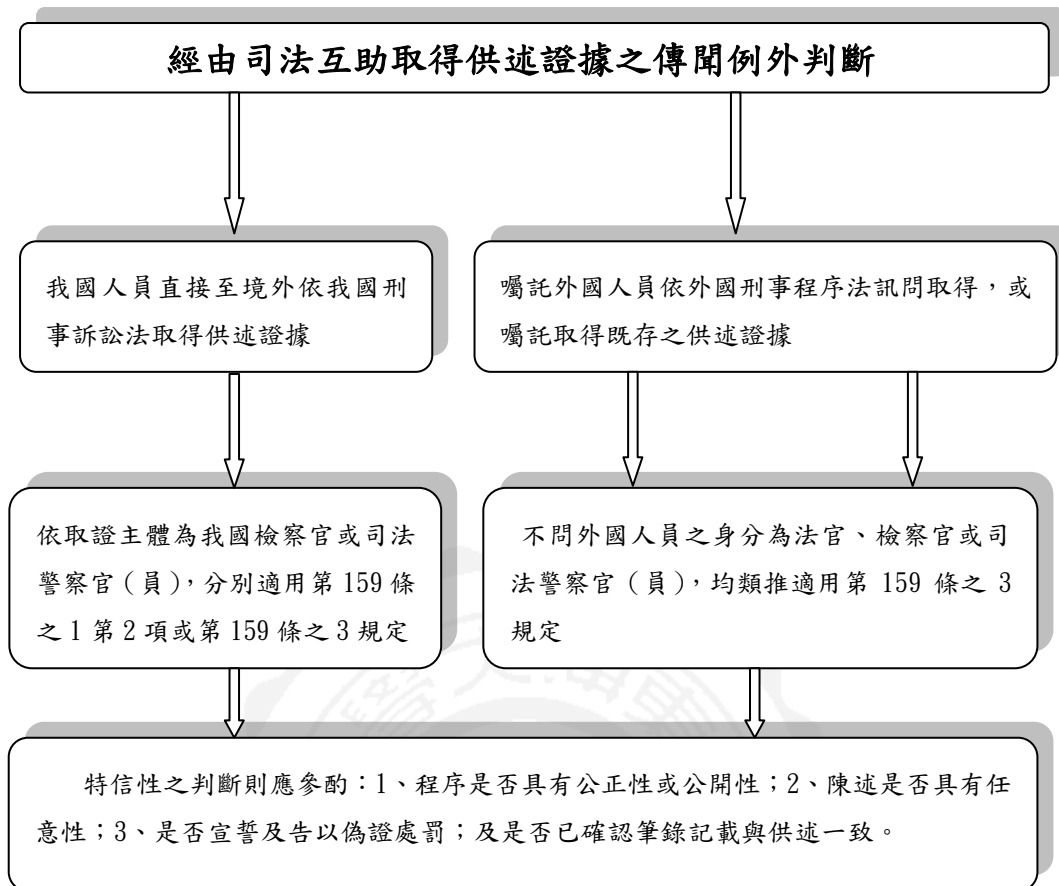
三、**證據評價之依據及判斷標準不同**：關於證據評價之依據，日本實務除直接取證形態（即前述拉斯托波羅夫案件）適用其刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 2 款檢察官面前筆錄之要件外，其餘由被請求國偵查或司法機關所作成之書面，均依同法第 321 條第 1 項第 3 款司法警察人員等面前筆錄之規定評價，而

⁴⁵⁵ 山內由光，「国際捜査共助法及び組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律の一部を改正する法律」について，現代刑事法，6 卷 11 號，2004 年，頁 99-100。

回歸傳聞例外之法理判斷。我國實務早期則多將境外取得之供述書面，視為特信性文書處理，實有違傳聞例外之法理，且由於我國與日本傳聞例外要件之規範密度不同，一味適用特信性文書要件處理之結果，亦導致我國容許程度較日本為寬鬆，直到中國殺人詐領保險金案後，最高法院才在此類案例中，提出類推適用第 159 條之 3 規定之見解。至於特信性要件之判斷標準方面，相較於日本實務所累積之四項特信性評價標準，我國目前僅有澳門擄人勒贖案中提及三項標準可供參考，惟如該案中評釋所述，其判決理由之說理構成亦不符合傳聞例外法理及準據法適用理論，因此將來我國法院在傳聞例外要件之判斷方面，應有再作細緻論述之空間。

經由司法互助取得之供述證據，本係國際間基於國際書面協定或互惠原則而取得之證據，牽涉國與國之司法主權與外交關係，故如一律排除此類證據之使用，不僅有害於國際合作，亦可能導致認定事實之困難與訴訟之遲延。因此，為兼顧我國國際地位及外交關係、被告人權及發現真實等各項目的，經由司法互助取得之供述證據如具備必要性及特信性要件時，例外應承認其具有證據能力。從上開比較檢討可知，目前我國不論在傳聞例外之實定法規定，或實務判斷標準之建立，均不甚完備而有待努力。在法制完備前，本文認為現階段我國經由司法互助取得供述證據之傳聞例外判斷，應先區分為**我國人員直接至境外依我國刑事訴訟法取得供述證據**，及**囑託外國人員依外國刑事程序法訊問取得，或囑託取得既存之供述證據**兩種類型；如為前者，則評價之依據應依照取證主體為我國檢察官或司法警察官（員），而分別適用我國刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項或第 159 條之 3 規定；如係後者，則不問外國人員之身分為法官、檢察官或司法警察官（員），均應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 之規定。至於特信性之判斷標準，則應參酌該供述證據作成時，外部是否具備程序公正或公開性、陳述任意性、宣誓及告以偽證處罰，及是否已確認筆錄記載與供述一致等各項因素，客觀判斷之。

此外，由於此請求國於證據評價階段難以強制供述者或作成書面之主體（例如：製作筆錄之外國法官、檢察官等）出庭作證，為滿足實務取證之需求，可行之作法是於提出互助請求時，即要求被請求國同意由本國人員於取證程序中在場見證，日後如有需要即得由該人出庭作證；如被請求國不同意而無法由本國人員在場時，則可考慮請求該國提供實際擔任取證人員之訊問錄影錄音光碟、訊問狀況報告書及該國關於取證之一般程序、法律制度等相關文件予以替代為宜。上開文字說明，應得以下列簡圖表示：



第三項 證據排除法則之適用標準

日本憲法或刑事訴訟法並未明文規定「違法蒐集證據排除法則」，學說上受美國法判例、學說之影響，認為取證程序有重大違法之證據應排除其證據能力。學者亦主張刑事訴訟法第317條「事實之認定，應依證據」所稱之「證據」，係指合法取得之證據，而不包括違法蒐集之證據⁴⁵⁶，惟因早期實務上受限於最高裁判所判所昭和24年（西元1949年）12月13日判決所表示「扣押物即使其扣押程序違法，由於對物品本身之性質、形狀無帶來改變之可能，就其形狀等之證據價值亦無改變⁴⁵⁷」之見解，故一直以來並未承認違法蒐集證據法則之存在。其後，在同院昭和36年6月7日大法庭判決中⁴⁵⁸，6名採取反對意見之法官，理論上亦承認違法蒐集證據之排除法則，且下級審肯定排除違法蒐集證據之裁

⁴⁵⁶ 鈴木茂嗣，刑事訴訟法〔改訂版〕，東京：青林書院，1990年，頁227。

⁴⁵⁷ 最高裁判所判所刑事判例集，15號，頁349。

⁴⁵⁸ 最高裁判所判所刑事判例集，15卷6號，頁915。該案即「大阪西成持有海洛因案（大阪西成ヘロイン所持事件）」，內容在論述有關附隨於緊急逮捕之無令狀搜索、扣押，其時間、場所之界限，是否符合刑事訴訟法第220條第1項規定之「逮捕時」及「逮捕之現場」之要件，進而論及所扣押之海洛因及搜索扣押筆錄是否具備證據能力之案件。

判例亦有漸增之趨勢，然當時最高裁判所仍未明確表示肯定之見解。直至最高裁判所在前述大阪天王寺持有安非他案中，就所扣押安非他命證據能力之有無首度表示「在扣押證物等程序上，有踐踏憲法第 35 條及據此而定之刑事訴訟法第 218 條第 1 項所要求令狀原則精神之重大違法，如認為容許此等證據，從抑制將來違法偵查之觀點不適當時，應否定其證據能力」等意見後，日本法上之違法蒐集證據排除法則始告確立。

我國法制上在民國 87 年以前並無證據排除法則，例如最高法院 71 年台上字第 2744 號判決意旨即指出「指摘檢察官之非法搜索、扣押及遲未發還扣押物為不當，縱其訴訟程序違背法令，亦於判決無影響」等語⁴⁵⁹，明顯未承認證據排除法則之存在，其後，最高法院於前述 87 年度台上字第 4025 號判決中，始予承認而開啟我國實務之新紀元。嗣後，刑事訴訟法於 90 年、91 年分別增訂第 416 條第 2 項⁴⁶⁰、第 131 條第 4 項⁴⁶¹有關非供述證據證據能力排除之規定，而賦予其實定法上之依據，再於 92 年增訂第 158 條之 2⁴⁶²及第 158 條之 4⁴⁶³之排除

⁴⁵⁹ 王兆鵬，前揭註 404，頁 36。

⁴⁶⁰ 即「前項之搜索、扣押經撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據」之規定。

⁴⁶¹ 即「第一項、第二項之搜索執行後未陳報該管法院或經法院撤銷者，審判時法院得宣告所扣得之物，不得作為證據」之規定。

⁴⁶² 即「違背第九十三條之一第二項（法定障礙期間內訊問）、第一百條之三第一項（夜間詢問）之規定，所取得被告或犯罪嫌疑人之自白及其他不利之陳述，不得作為證據。但經證明其違背非出於惡意，且該自白或陳述係出於自由意志者，不在此限。檢察事務官、司法警察官或司法警察詢問受拘提、逮捕之被告或犯罪嫌疑人時，違反第九十五條第二款、第三款（告知義務）之規定者，準用前項規定」。

⁴⁶³ 即「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護」之規定；其立法理由認為「一 本條係新增。二 按刑事訴訟重在發見實體真實，使刑法得以正確適用，形成公正之裁判，是以認定事實、蒐集證據即成為刑事裁判最基本課題之一。當前證據法則之發展，係朝基本人權保障與社會安全保障兩個理念相調和之方向進行，期能保障個人基本人權，又能兼顧真實之發見，而達社會安全之維護。因此，探討違背法定程序取得之證據，是否具有證據能力，自亦不能悖離此一方向。另供述證據與非供述證據之性質不同，一般認為供述證據之採取過程如果違法，即係侵害了個人自由意思，故而應嚴格禁止，而蒐集非供述證據之過程如果違背法定程序，則因證物之型態並未改變，尚不生不可信之問題。本次刑事訴訟法之修正，已就違背法定障礙事由及禁止夜間訊問與告知義務等規定暨違法未經具結所取得供述證據之證據能力，增訂第一百五十八條之二、第一百五十八條之三，以資規範。而現行本法第一百條之一第二項、組織犯罪防制條例第十二條等，亦有關於證據強制排除之規定，為求周延，並兼顧人權保障及公共利益之維護，爰增訂本條，使其他違背法定程序所取得之證據，其有無證據能力之認定，有一衡平之規定，避免因為排除法則之普遍適用，致使許多與事實相符之證據，無可例外地被排除。三 至於人權保障及公共利益之均衡維護，如何求其平衡，因各國國情不同，學說亦是理論紛歧，依實務所見，一般而言，違背法定程序取得證據之情形，常因個案之型態、情節、方法而有差異，法官於個案權衡時，允宜斟酌(一)違背法定程序之情節。(二)違背法定程序時之主觀意圖。(三)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(四)犯罪所生之危險或實害。(五)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(六)偵審人員如依法定程序有無發現該證據之必然性及(七)

基準後，證據排除之基準始建立基本雛形。同時，各級法院之見解自 93 年台上字第 664 號判決被採用為判例⁴⁶⁴後，第 158 條之 4 立法理由所述之數項排除標準更加拘束下級審之判斷，而此項立法缺失所帶來之影響，嚴格而言，已限制我國實務對於證據排除法則之創造與發展⁴⁶⁵。

經由司法互助取得證據之證據排除案例，日本目前僅有洛克希德案與福岡滅門案可供參考，其中洛克希德案所建立「是否違反日本刑事訴訟法全體精神」之排除標準，與前述其國內實務所建立「違法重大」及「排除相當」之標準不同，而形成有別於傳統排除法則之新型態排除基準。就此，日本學說有從「正當程序說」、「司法廉潔性說」及「違法抑止說」等既有理論解釋上開案例之證據排除，亦有論者提出「不公正程序證據排除法則」之新型態排除法則，顯然就司法互助取得證據之證據排除問題，學說仍處於發展討論之階段。其後福岡滅門案雖表面上以洛克希德案之標準作為理由，然而實際卻仍是就取證過程逐一判斷「是否違反日本刑事訴訟法全體之基本理念」，其判斷方式似又回到「違法重大」及「排除相當」之模式。故從日本上開之新型態排除標準來看，其運作結果似與其國內實務之個案權衡、相對排除之判斷模式並無不同。

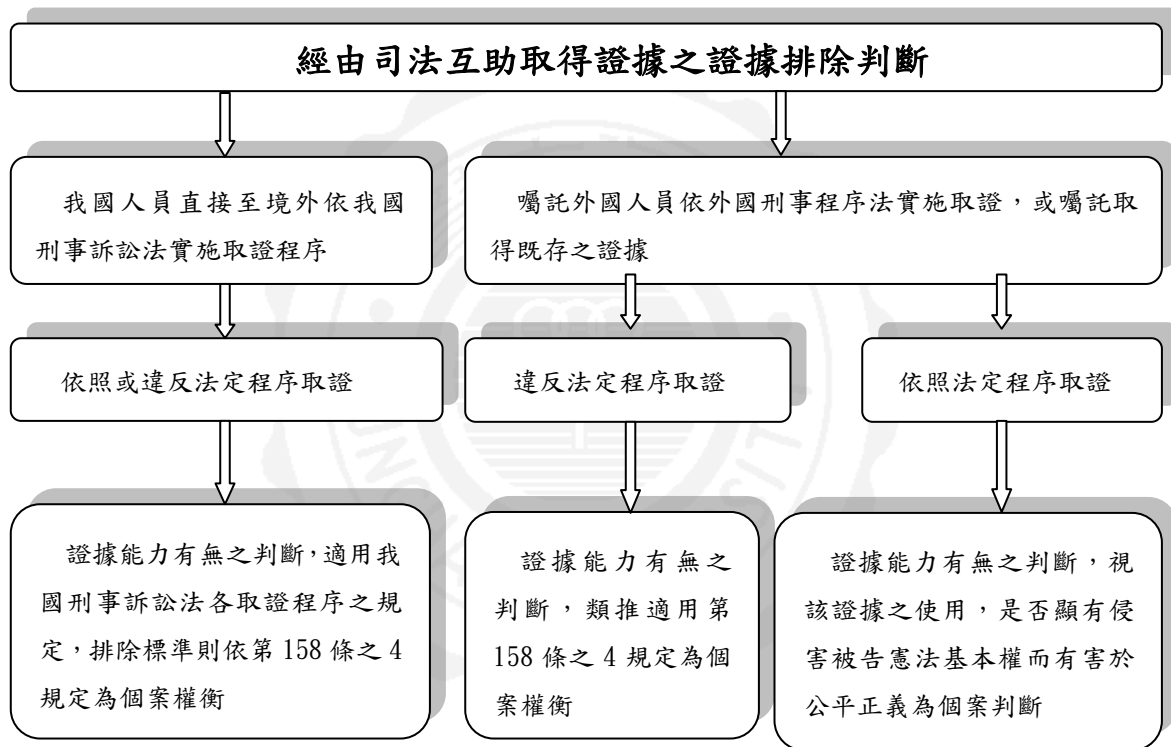
我國方面截至目前為止，實務上並無針對境外取得證據作出探討之案例，學說上亦乏專門之研究，檢討其原因，似可歸結至司法互助實務尚不發達所致。然面對今日兩岸間快速交流，帶動外交上之逐步前進，將來有關境外取得證據之證據排除問題，可預見的將引發更多之注目。本文從我國現有法制、學理，

證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等各種情形，以為認定證據能力有無之標準，俾能兼顧理論與實際，而應需要」。

⁴⁶⁴ 本則判例於民國 95 年 9 月 12 日經最高法院 95 年度第 18 次刑事庭會議決議通過，判例意旨係謂「刑事訴訟，係以確定國家具體之刑罰權為目的，為保全證據並確保刑罰之執行，於訴訟程序之進行，固有許實施強制處分之必要，惟強制處分之搜索、扣押，足以侵害個人之隱私權及財產權，若為達訴追之目的而漫無限制，許其不擇手段為之，於人權之保障，自有未周。故基於維持正當法律程序、司法純潔性及抑止違法偵查之原則，實施刑事訴訟程序之公務員不得任意違背法定程序實施搜索、扣押；至於違法搜索、扣押所取得之證據，若不分情節，一概以程序違法為由，否定其證據能力，從究明事實真相之角度而言，難謂適當，且若僅因程序上之瑕疵，致使許多與事實相符之證據，無例外地被排除而不用，例如案情重大，然違背法定程序之情節輕微，若遽捨棄該證據不用，被告可能逍遙法外，此與國民感情相悖，難為社會所接受，自有害於審判之公平正義。因此，對於違法搜索、扣押所取得之證據，除法律另有規定外，為兼顧程序正義及發現實體真實，應由法院於個案審理中，就個人基本人權之保障及公共利益之均衡維護，依比例原則及法益權衡原則，予以客觀之判斷，亦即宜就(一)違背法定程序之程度。(二)違背法定程序時之主觀意圖(即實施搜索、扣押之公務員是否明知違法並故意為之)。(三)違背法定程序時之狀況(即程序之違反是否有緊急或不得已之情形)。(四)侵害犯罪嫌疑人或被告權益之種類及輕重。(五)犯罪所生之危險或實害。(六)禁止使用證據對於預防將來違法取得證據之效果。(七)偵審人員如依法定程序，有無發現該證據之必然性。(八)證據取得之違法對被告訴訟上防禦不利益之程度等情狀予以審酌，以決定應否賦予證據能力」。

⁴⁶⁵ 關於其立法及要件之批評，詳見陳運財，前揭註 351，頁 28-31；王兆鵬，前揭註 404，頁 43-54。

並參考前述日本學理及實務案例之發展情形，認為現階段我國經由司法互助取得證據之證據能力判斷結構，應先區分為我國人員直接至境外依我國刑事訴訟法取得證據，及囑託外國人員依外國刑事程序法取得，或囑託取得既存之證據兩種類型；如為前者，不論我國人員係依法定程序取證或違反法定程序取證，證據能力之有無，應依我國刑事訴訟法各取證規定為斷，排除標準則依第 158 條之 4 規定衡量；如為後者，且外國人員違反法定程序取證（包括囑託後始違法取得及囑託取得既有之違法證據）時，證據能力有無之判斷，應類推適用第 158 條之 4 規定衡量；如外國人員依照法定程序取證時，其證據能力有無之判斷，則應視該證據之使用，是否顯有侵害被告憲法基本權（主要為第十六條訴訟基本權）而有害於公平正義而為決定。上述文字說明，應得以下列簡圖表示：



第二節 法制改革之建議

第一項 傳聞例外法則與證據排除法則之修正

為解決我國經由司法互助取得之供述證據，將來於適用傳聞例外時之妥當性問題，本文認為現行刑事訴訟法第一百五十九條之一及第一百五十九條之三之規定，應有修正之必要。亦即第一百五十九條之一第二項有關在檢察官面前之陳述，不應無條件式承認其證據能力，而必須附加傳喚不能之要件，始符合傳聞例外法理（就此而言，第一項法官面前筆錄雖在經由司法互助取得之供述

證據無適用之可能，惟亦有配合修正之必要)；且此項修正非僅適用於經由司法互助所取得之供述證據，對於目前國內供述證據適用傳聞例外未符合傳聞例外法理之情況，亦有匡正之效果。本文建議修正之條文及理由如下：

現行條文	修正條文	修正理由
<p>第一百五十九條之一</p> <p>被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，得為證據。</p> <p>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。</p>	<p>第一百五十九條之一</p> <p>被告以外之人於審判外向法官所為之陳述，如因陳述人死亡、身心障礙致記憶喪失或無法陳述、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到，或到庭後無正當理由拒絕陳述時，得為證據。</p> <p>被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，如因陳述人死亡、身心障礙致記憶喪失或無法陳述、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到，或到庭後無正當理由拒絕陳述，且無顯不可信之情況者外，得為證據。</p>	<p>一、依照傳聞例外之學理，傳聞證據於具備（必要性 necessity）及可信性（reliability）之情形下，得例外承認其具有證據能力，因此關於被告以外之人於審判外之陳述，自必須符合上述要件始得肯定其證據能力。現行法就被告以外之人於審判外向法官所為之陳述（例如：本案法官為羈押訊問時之陳述，或另案法官面前所為之陳述等），並無設置任何容許要件之規定，實有違上開學理之要求，爰配合現行法之規定，並參考日本刑事訴訟法第三百二十一條第一項第一款之要件，修正本項如左。</p> <p>二、被告以外之人於偵查中向檢察官所為之陳述，亦屬典型之傳聞證據，基於上開第一項說明同一理由，並參考日本刑事訴訟法第三百二十一條第一項第二款之要件，修正本項如左。</p>

另外，基於上開修正相同之理由，兼為使經由囑託外國人員取證而取得之供述證據，得以「適用」而非「類推適用」我國第一百五十九條之三之規定，以完備法規範體系，原先該條有關檢察事務官、司法警察官及司法警察等主體規定應予刪除，而擴大其範圍至包含法官、檢察官以外之第三人，以免因法條狹礙之規定，導致無法爰引適用之情形發生。故本文建議修正之條文及理由如下：

現行條文	修正條文	修正理由
------	------	------

<p>第一百五十九條之三</p> <p>被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或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：</p> <p>一、死亡者。</p> <p>二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。</p> <p>三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。</p> <p>四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。</p>	<p>第一百五十九條之三</p> <p>被告以外之人於審判外向法官、檢察官以外之人所為之陳述，有下列情形之一，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：</p> <p>一、死亡者。</p> <p>二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。</p> <p>三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。</p> <p>四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。</p>	<p>關於被告以外之人於審判外向法官、檢察官以外之人所為之陳述，與被告以外之人於審判外向法官、檢察官及其他司法警察人員所為之陳述，均屬傳聞證據而應受傳聞法則之限制。現行法規定被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，應具備必要性及特信性要件始該當傳聞例外，惟對於其他第三人於審判外所為之陳述（例如：依國際刑事司法互助由外國公務員對被告以外之人作成之筆錄、辯護人記載關係人陳述之書面等），未能一併納入上開條文予以規範。為期適用之周延，爰參考日本刑事訴訟法第三百二十一條第一項第三款之要件，修正本項如左。</p>
--	--	---

又為使外國依其國內法定程序取得之證據排除，有明確之實定法標準，並與傳統之違法證據排除法則、單純私人違法取證之證據排除及使用我國公務員合法取得證據，卻侵害被告隱私權（即德國法自主性證據使用禁止理論）等證據排除法則相結合，以建構我國證據排除法則之體系，本文基於第四章之分析，建議增訂之第一百五十八條之四第二項條文如下：

現行及增訂條文	修正理由
<p>第一百五十八條之四</p> <p>除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。</p> <p>證據之取得雖未違反法定程序，或私人違法取得之證據，如作為證據使用，顯有侵害被告憲法基本權而有害於公平正義者，法院亦得宣告不得作為證</p>	<p>1、第一項不修正。</p> <p>2、傳統違法證據排除法則排除違法取得證據之理由，係因以違法手段取得證據，不僅違反刑事訴訟法正當程序之理念，於審判時使用該證據亦有違國民對於司法之信賴，從抑制將來違法偵查之觀點來看，有排除此類證據使用之必要所致。經由國際刑事司法互助所取得之證據，係依據國家間契約或互惠原則，由被請求國依照其國內刑事程序法合法取得，基於尊重被請求國之司法主權，原則上不應否定其證據能力。然由於各國法治標準不一，如不分個案情形而一律肯認此類證據之證據能力，亦可能侵害被告之基本人權。因此，如證據之使用未達最低限度之人權基準時，基於國際間人性尊嚴之基本要求，應有考慮排除使用此類證據之</p>

據。

必要。

3、經由國際刑事司法互助而合法取得之證據，其排除之理論依據，從既有之排除法則（傳統違法證據排除法則、單純私人違法取證、使用本國公務員合法取得證據，卻侵害被告隱私權等排除法則【即德國法所謂「自主性證據使用禁止」理論】），均無法合理說明，因此實有肯認經由司法互助合法取證排除法則存在之必要。惟相對於既有之違法證據排除法則而言，該法則之目的在避免因法制差異導致使用侵害被告基本權之證據，實無法取代既有之排除法則。再考量前述對於被請求國司法主權尊重之要求，經由司法互助合法取證之排除法則，實應定位為補充性、例外性之排除法則，其要件設定及個案解釋方面，亦以從嚴解釋為妥。

4、傳統違法證據排除法則之國內法位階，從學理之正當程序論及最高法院 87 年台上字第 4025 號等實務見解所示，係屬憲法基本權保障之問題；經由司法互助合法取證之排除法則，既為避免因法制差異而導致證據使用侵害被告基本權，故其理論位階，亦應求之於憲法層次。其次，由於此類證據於取證階段並無違反法定程序之問題，故其排除法則之建構，顯應從評價階段探求其內涵。如依我國現行法制、實務見解（大法官會議解釋）及國際人權標準（國際刑事法院規約、公民與政治權利公約）所揭示之原則，並考量此類證據之取證型態及例外從嚴之解釋方法，憲法第十六條之訴訟基本權及大法官會議所揭示之公平審判原則，應為本法則之核心價值。因此，經由司法互助合法取證之排除法則理論根據，應界定為如使用該證據顯有侵害被告憲法基本權而有害於公平正義時，即有考慮排除作為證據使用之餘地；至於所謂「侵害憲法基本權而有害於公平正義」之具體標準，則保留將來實務個案形成之空間。

5、又為使前述單純私人違法取證、自主性證據使用禁止理論得一併納入實定法規範，並與第一項傳統違法證據排除法則相區別，以形成我國法之證據排除體系，爰參酌前述例外從嚴之標準及現行法第一百三十一條第四項、第四百十六條第二項，增訂本條第二項（其中「證據之取得雖未違反法定程序」即包含我國及外國公務員合法取證兩種取證類型）。另外，為區別外國機關違法取證與合法取證之情形，賦予其程度不同之排除標準，於增訂本條第二項後，第一項之「實施刑事訴訟程序之公務員」，應擴大解釋為包含外國公務員，併此敘明。

上開條文若經增修後，將來我國經由司法互助取得證據之證據能力，其架構應得以下圖表示：



第二項 國內司法／偵查互助法制之增修

誠如本文第二章所述，在國際書面協定方面，我國目前僅與多米尼克、多明尼加共和國、巴拉圭共和國、南非共和國、史瓦濟蘭王國、馬拉威共和國、哥斯大黎加共和國等七國簽有引渡條約，司法互助方面亦僅與美國於 2002 年 3 月 26 日簽訂「台美刑事司法互助協定」，及與中國大陸於 2009 年 4 月 26 日簽署海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議。至於其他無國際書面協議之國家，則只能透過海關或調查局等執法對口單位，以簽署備忘錄（Memorandum）之形式實施互助。至於在國內法方面，我國目前國際偵查互助之現況，仍僅憑簡略規定之「外國法院委託事件協助法」作為國內法上之處理依據，由於協助外國為本國無刑事案件存在之互助行為，過程中可能造成相關本國人民之權利限制或侵害，且該法就有關偵查互助之要件、程序均無明確規定，如單憑寥寥數條之「外國法院委託事件協助法」，不僅可能發生國內各機關協助行為之正當性疑慮，因為無法制所產生之不透化結果，亦可能降低外國與我國進行互助之意願，進而損及與我國之外交關係。因此，為因應將來我國刑事司法互助實務之發展，在國內法之準備方面，除積極與各國簽署國際書面協定外，亦應修訂現有之外國法院委託事件協助法⁴⁶⁶，並建立我國偵查互助之法制。

從偵查互助之比較法而言，日本經過長時間之學理、實務研究及外國法制調查⁴⁶⁷，於西元 1980 年制定「國際偵查互助法」（「国際捜査共助法」，昭和 55 年法律第 69 號，於同年 10 月 1 日施行，下稱舊法）；從制定當時之提案理由可知，該法係以因應國際犯罪之急速增加、順利協助外國進行犯罪偵查、確保國際間合作及完備日本偵查互助法制為其制定目的⁴⁶⁸；其後，該法再經歷 2004 年、2005 年及 2006 年間三次修正後，始演變為現今日本之國際偵查互助法制。其中，最大幅度係於 2004 年 6 月 9 日之修正，修正後該法更名為「國際偵查互助等之相關法律⁴⁶⁹」（「国際捜査共助等に関する法律」，平成 16 年法律第 89 號，修正內容按條文分別自公布日起 20 日及 6 個月後施行），修正目的主要為配合日本於 2003 年 8 月 5 日與美國在華盛頓簽署之「日美刑事互助條約」之實施，而作局部修正⁴⁷⁰；新法之內容除緩和舊法關於雙方處罰原則、必須提出釋明該證據具備偵查必要性之書面等互助限制事由外，並導入「中央當局制度」而改

⁴⁶⁶ 參閱本文第二章第二節所述。

⁴⁶⁷ 松田昇・馬場俊行・古田佑紀等人，國際捜査共助法の解説（四），法曹時報，33 卷 5 號，1981 年，頁 111-134。包括當時法國、西德、義大利、瑞士、荷蘭、挪威、希臘、美國、英國等各國立法例及歐洲刑事司法互助條約，均成為日該法務省立法前之參考。

⁴⁶⁸ 參閱日本國立國會圖書館，<http://hourei.ndl.go.jp/SearchSys/viewShingi.do?i=109101082>，日本法令檢索。

⁴⁶⁹ 條文請參照日本法務省網站，<http://law.e-gov.go.jp/htmldata/S55/S55HO069.html>，所管法令。

⁴⁷⁰ 山内由光，國際捜査共助法の改正について，警察公論，59 卷 10 期，2004 年，頁 64。

變原則由外務大臣受理互助及送交證據之規定，亦增訂關於提出業務文件等之證明書制度⁴⁷¹與罰則，及移送受刑人證人制度⁴⁷²等，變動幅度不小。相較之下截至目前為止，我國國內偵查互助法制（暫定名為「國際刑事偵查及執行互助法草案」），卻仍在法務部立法研議中。由於我國與日本在國際刑事司法互助之發展具有相似背景，法制形成亦諸多沿襲之處，因此在上開草案研議過程中，如能參酌上開法律及其他外國法之立法精神、體例及理由，而做適當之修正（關於「國際偵查互助等之相關法律」之互助程序，請參照本文第 41 頁至第 43 頁所附流程圖），應可獲得相當程度之啟發。



⁴⁷¹ 我國與美國所簽訂之「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」（簡稱為「台美刑事司法互助協定」）之第 9 條、第 10 條及第 15 條亦有類似之規定，參閱外交部網站，<http://www.mofa.gov.tw/webapp/mp.asp?ctnode=2136&mp=1>，主管法規及條約協定查詢系統。

⁴⁷² 山內由光，國際搜查共助法及び組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律の一部を改正する法律，ジュリスト，NO.1276，2004 年，頁 86-89。

第六章 結論

從前開五章之探討可知，國際刑事司法互助雖有多種法源基礎，惟現今國際實務所採取之主要方式，仍以透過簽署國際書面協定，或於個案為互惠保證聲明為主；且由於大陸法系與英美法系國家之刑事訴訟結構不同，對於刑事司法互助是否應由國家機關積極介入，亦抱持不同之態度。因此，於跨法系國家間進行取證前，事先依據雙方簽署之書面協定，或依個案為互惠保證聲明之磋商，即相形重要。於準據法適用方面，國際刑事司法互助與一般國內刑事案件整體適用法律之情形有別，因其證據取得與評價階段分屬被請求國與請求國之司法主權，故必須在尊重他國司法主權之「國際禮讓」要求下，依照「證據取得階段原則應依被請求國法，在不牴觸被請求國法令之限度內，例外得適用請求國法；證據評價階段則應適用請求國法」之準據法適用模式實施取證。又基於上述準據法適用之差異，於證據評價階段，即必須考量適用不同準據法所產生之法制差異程度，而妥善判斷使用獲案證據之正當性。此外，不論採取直接取證或囑託取證之方式，實施取證行為前必須取得被請求國之同意，以免侵害他國司法主權，乃實施國際刑事司法互助前之當然前提。

其次，現階段經由外國同意後，透過國際刑事司法互助手段取得之證據，我國法院使用時，究應採取如何之證據排除標準？本文認為，應先區分取證態樣為我國人員直接至境外依我國刑事訴訟法取證，及囑託外國人員依外國刑事程序法取證，或囑託取得既存證據等兩種主要類型探討。關於前者，不論採取學理之「限定說」或「外國主權限制說」，在已取得被請求國同意，而得肯定我國刑事訴訟法域外效力之前提下，我國人員無論依照或違反法定程序取證，其證據能力有無之判斷，自應依我國刑事訴訟法各取證程序之規定為斷，至於排除之標準則依第 158 條之 4 規定衡量。關於後者，由於適用之取證階段準據法為外國法，評價階段準據法為我國法，故如外國人員有違反該國法定程序取證之情形（包括囑託後始違法取得及取得既有之違法證據）時，其證據能力有無之判斷，應類推適用第 158 條之 4 規定權衡；如外國人員依該國法定程序取證時，其證據能力有無之判斷，則應視該證據之使用，是否顯有侵害被告憲法基本權而有害於公平正義而為決定，現階段之依據，則為憲法第十六條訴訟基本權及公平審判之核心價值。

再者，如所取得者為供述證據，於通過上開排除法則之檢驗後，如何檢視是否合乎我國法之傳聞例外規定？本文認為，應依照上開取證態樣分別適用不同之傳聞例外規定。亦即，如為我國人員直接至境外依我國刑事訴訟法取證，

則依照取證主體為我國檢察官或司法警察官(員)，而分別適用我國刑事訴訟法第 159 條之 1 第 2 項或第 159 條之 3 等規定判斷；如係囑託外國人員依外國刑事程序法取證，或囑託取得既存證據，則不問外國人員之身分為法官、檢察官或司法警察官(員)，均應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 之規定為斷。至於特信性要件之判斷標準，則應參酌該供述證據作成時，外部是否具備程序公正或公開性、陳述任意性、宣誓及告以偽證處罰，或是否已確認筆錄記載與供述一致等各項因素，而客觀綜合判斷之。

由於涉外刑事案件所欲達成之取證目的不一，因此實務所採取之對應措施亦可能有所不同。從案件處理之角度而言，如僅係情資之需求且將來無供作證據使用之計畫，取證人員應可考慮從各種非正式管道(例如：ICPO 或我國機關與外國機關間之對口單位等)獲取資訊，較為便捷且具時效；惟如欲作為審判時之證據使用時，則必須經由國際刑事司法互助，並選擇符合實際需求(例如：直接以遠距視訊方式取得，或由本國人員直接至國外取證，或者囑託外國人員取得)之方式為妥。再者，為確保取證成果，請求國與被請求國間針對請求互助之事項，宜有條約及國內法制之明文依據，且如採取囑託取證之方式，在進行取證前請求國亦應先妥善瞭解本國與被請求國取證法制與程序之落差，必要時並應先請求被請求國於取證程序中，採取符合本國法之制度或其他因應措施，以免因雙方間之法制落差，而形成取證程序合法卻侵害被告權利甚鉅，導致應排除證據使用之結果。另外，實施境外供述證據之取證程序時，亦宜先行取得被請求國同意由本國人員於訊問時在場，或協商給予全程錄音、錄影紀錄，以便將來檢辯雙方對於特信性產生爭執時，得由法院進行特信性要件之調查。

綜合以上研究，經由司法互助取得供述及非供述證據在執行面上確有其難度，學者亦指出，為強化我國國際刑事司法互助發展，破除沒有邦交無法進行司法互助之迷思，對於國內外法制之整合及加強法制、法理解釋及執法技巧等，應為當前重要之課題⁴⁷³。本文亦認為，為能順利取得適格之證據以助於釐清案件事實，現階段有關係約之締結與國內法制之建構、取證人員之教育訓練及法院運用排除法則與傳聞法則之判斷標準等方面，均仍有待我國研究者、實務工作者及相關單位共同努力，而使其更加充實完備。

⁴⁷³ 李傑清，沒收犯罪所得之程序法制與國際刑事司法互助--以台、日扣押法制的比較法考察為核心，台北：元照，2010 年，頁 279-286。

附件⁴⁷⁴

編號	時間（西元 1976 年）	事件要旨
1	4 月 13 日	Kotchian 與 Clutter 拒絕由東京地方檢察廳檢察官在美國境內詢問。
2	5 月 20 日	檢察總長就 Kotchian、Clutter 與 Elliot 的證言作出不起訴處分（起訴猶予）之聲明。
3	5 月 22 日	東京地方檢察廳檢察長作出與檢察總長相同內容之不起訴聲明。
4	同日	東京地方檢察廳檢察官對東京地方裁判所法官請求依刑事訴訟法第 226 條規定，訊問上開 3 名證人，並且表明囑託美國管轄法院訊問及告知不起訴聲明、容許傳聞證據、由本國檢察官在場、程序不公開等 10 個項目之請求。
5	同日	東京地方裁判所法官依照前開編號 2、3 之聲明，附記編號 4 檢察官之請求事項後，依美國合眾國法典（U. S. C）第 28 編第 1781 條以下規定，囑託美國管轄法院訊問前開 3 名證人及送達訊問筆錄。
6	5 月 28 日	美國加州中央地區聯邦檢察署檢察長等人，對管轄 3 名證人居住地之同地區聯邦地方法院，提出前開 5 之囑託書申請實施囑託訊問。
7	同日	聯邦地方法院受理上開申請。同法院院長 Stevens 法官基於 USC 第 28 編第 1782 條，指定同州上級法院卸任法官 Chantrey 為執行官（commissioner），司法部特別檢察官 Clark 及聯邦檢察官 Reynolds 為副執行官。副執行官 Reynolds 對 3 名證人發出付提出文書命令之傳票，命其

⁴⁷⁴ 此處所列即關於簽署協定後，日本方面取得證人筆錄前之囑託經過。引自森下忠，前揭註 5 書，頁 254-261。

		等至聯邦地方法院出庭。
8	6月4日	3名證人透過各自之辯護人，向聯邦地方法院提出確認傳票無效及訊問證人期日延期之申請。
9	6月10日	Stevens 法官駁回確認傳票無效之申請，並命訊問證人期日延至6月18日為止。
10	6月15日	3名證人透過各自之辯護人，向聯邦第九高等巡迴法院就上開命令提出上訴，並請求於上訴期間停止執行。同日，Stevens 法官並命本件全部訊問證人程序於6月25日前停止執行。
11	6月17日	副執行官 Clark 等人，對高院提出終結停止執行之申請。
12	6月23日	高院採納前開申請，裁定取消停止執行，並應立即依囑託書開始訊問證人。
13	6月25日	執行官 Chantrey 命 Kotchian 至聯邦地方法院出庭作證，Kotchian 則以有在日本受刑事追訴之虞為理由而拒絕；因聯邦司法部早即預見此事並建議日本謀求對策，故於五月時即由檢察總長和東京地方檢察廳檢察長發出不起訴之聲明。同日副執行官 Clark 等人，將2份不起訴聲明之謄本（日文及英文）經由執行官 Chantrey 交給 Kotchian，明白表示在日本沒有受刑事追訴之虞。然而 Kotchian 以此能否代替美國之豁免法為由，提出異議。
14	7月6日	聯邦地方法院代理院長 Warren J. Ferguson 法官，裁定應立即開始訊問證人，並將證言內容回覆東京地方裁判所法官。同法官雖認同 Kotchian 之質疑，但考慮追訴權時效完成之迫切性，故裁定應儘速進行證人之訊問，但訊問筆錄在未滿足豁免條件之前，不傳送予日本方面。
15	7月6日起至7月9日止	Kotchian 在執行官 Chantrey 主持之聯邦地方法院法庭宣誓後，對副執行官 Clark 訊問之事項作證。而 Kotchian 在訊問證人程序之初，即表明自己不行使基於美國聯邦憲法增修條文第5條之不自證己罪特權，並由副執行官一再提醒所證述內容有可能在美國境內民事或刑事等其他程序

		使用，確認此點且和辯護人充分協商之後，作出不利於己之證述(例如：對於政府機關虛偽申報、關於違反郵政法、證券交易法等聯邦犯罪事實之證述)。
16	7月9日	Clutter 對執行官 Chantrey 在聯邦地方法院命其作證時，以其在美國及日本境內有受刑事追訴之虞為理由而拒絕證言。
17	7月21日	檢察總長作出第二次不起訴聲明，並向最高裁判所提出聲明書。
18	7月24日	最高裁判所經由法官會議結果，發出確認前開檢察總長及東京地方檢察廳檢察長聲明書內容之聲明書。
19	同日	副執行官 Reynolds 向 Stevens 法官提出編號 17、18 各聲明書之謄本，法官認為依各聲明書內容已滿足編號 14 Ferguson 法官裁定所定之條件，命令依照囑託書立刻錄取證言，並在 7 月 28 日中午前，對於本命令無提出異議及異議被駁回時，應立即傳送訊問筆錄。7 月 28 日，提出異議期限期滿。
20	8月3日及4日	Kotchian 閱覽前開訊問筆錄並訂正後，在各冊筆錄上簽名。
21	8月6日	聯邦地方法院在 Los Angeles 日本總領事館交付 Kotchian 訊問筆錄之第 1 卷至第 4 卷；相隔七日後，東京地方裁判所法官將筆錄送達東京地方檢察廳檢察官。
22	8月30日及31日	Kotchian 作出與編號 15 相同之證言(即訊問筆錄第 5 卷、第 6 卷)。
23	9月13日	Stevens 法官因 Keller 檢察長給予 Clutter 刑事豁免而採納其申請，命令 Clutter 依 U.S.C 第 18 編第 6003 條 1 項規定作證，並提出證物。
24	9月16日及17日	執行官對 Elliot 實施證人訊問。

25	9月21日、22日、23日、28日及29日	Clutter 作出與編號 15 相同之證言 (Clutter 訊問筆錄第 3 卷至第 7 卷)
26	9月29日	Kotchian 作出與編號 15 相同之證言 (Kotchian 訊問筆錄第 7 卷)。
27	10月12日	東京地方裁判所法官將 Kotchian 閱覽並訂正、簽名後之訊問筆錄第 5 卷至第 7 卷，送達東京地方檢察廳檢察官。
28	10月21日	Clutter 閱覽自己之訊問筆錄第 3 卷至第 7 卷，並於訂正後簽名。同月 27 日並由東京地方裁判所法官送達東京地方檢察廳檢察官。
補述	依上開經過，本件對 Kotchian 之訊問前後歷經七日，訊問事項達 254 項；對 Clutter 之訊問前後歷經五日，訊問事項達 256 項。在訊問過程中，被告田中角榮於 7 月 27 日遭到逮捕，於 8 月 16 日被東京地方檢察廳檢察官以收受賄賂罪及違反外匯及外國貿易管理法提起公訴。平成五年（1993 年）田中角榮去世，最高裁判所因而駁回該部分之上訴。	

參考文獻

中文部分

著作書籍（以下均依引用先後順序排列）

- 1、陳灿平編著、王作富審定，國際刑事司法協助專題整理，北京：中國人民公安大學出版社，2007年。
- 2、趙明義，當代國際法導論，台北：五南，2001年。
- 3、陳隆志，當代國際法引論，台北：元照，1999年。
- 4、馬漢寶，國際私法總論，台北：自刊，1990年。
- 5、林朝榮·林芸澧，傳聞法則之比較研究，台北：文笙書局，2005年。
- 6、林俊益，傳聞法則之研究：臺灣高等法院91年度研究發展項目研究報告，台北：臺灣高等法院，2002年。
- 7、王兆鵬，美國刑事訴訟法，台北：元照，2004年。
- 8、陳運財，直接審理與傳聞法則，台北：五南，2001年。
- 9、林鈺雄，刑事訴訟法上冊總論編，台北：元照，2007年。
- 10、王兆鵬，刑事訴訟講義，台北：元照，2010年。
- 11、林鈺雄，刑事訴訟法上冊，台北：元照，2010年。
- 12、李傑清，沒收犯罪所得之程序法制與國際刑事司法互助--以台、日扣押法制的比較法考察為核心，台北：元照，2010年。

學位論文

- 1、林建宏，刑事證據法上傳聞法則之研究：以日本法為中心，私立輔仁大法律學研究所碩士論文，1997年。
- 2、羅松芳，論境外獲案資料之證據能力：以兩岸四地之犯罪為例，東吳大學法律學系中國大陸法律碩士在職專班碩士論文，2008年。

期刊文獻

- 1、蔡碧玉，我國國際刑事司法互助的現況與發展，軍法專刊，55卷1期，2009年2月。
- 2、陳文琪，檢察官在國際社會中的新角色--國際刑事司法互助篇，法務通訊，2392期，2008年5月。
- 3、慶啟人，試論臺灣如何與他國進行實質之司法合作-1-，法務通訊，2201期，2004年8月。
- 4、宋耀明，淺談國際刑事司法互助之實踐-兼談兩岸共同打擊犯罪，展望與探索，7卷2期，2009年2月。
- 5、吳景芳，國際刑事司法互助基本原則之探討，臺大法學論叢，23卷2期，

- 1994年6月。
- 6、簡建章，兩岸刑事司法互助之研究，中央警察大學警學叢刊，32卷1期，2001年7月。
 - 7、黃啟賓，刑事司法互助之困境與轉機-從泰我換囚締約談起，國境警察學報，7期，2007年6月。
 - 8、吳天雲，經由刑事司法互助取證的證據能力-從臺灣高等法院九十五年度曠上重訴字第三號判決而論，刑事法雜誌，51卷4期，2007年8月。
 - 9、陳文琪，國際司法互助與交流之綜覽與展望，法務部編，法務部98年度刑事司法互助研討會，2009年。
 - 10、張春暉，偵辦跨國人口販運案件經驗分享，法務部編，法務部98年度刑事司法互助研討會，2009年。
 - 11、翁珮嫻，臺美刑事司法互助實務，法務部編，法務部98年度刑事司法互助研討會，2009年。
 - 12、陳運財，第二章傳聞法則之理論與實踐，陳運財·王兆鵬等著，傳聞法則理論與實踐，台北：元照，2004年。
 - 13、陳運財，傳聞法則之理論及其實踐，月旦法學雜誌，NO.97，2003年。
 - 14、丁中原，我國傳聞法則之例外規定：傳喚或詢問不能，2004年。
 - 15、林俊益，我國傳聞法則之例外規定：檢察官之訊問筆錄，2004年。
 - 16、陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題探討，臺灣本土法學雜誌，94期，2007年。
 - 17、張熙懷·葉建廷，我國傳聞法則之例外規定：特信性文書，2004年。
 - 18、陳運財，違法證據排除法則之回顧與展望，月旦法學雜誌，NO.113，2004年。

日文部分

著作書籍

- 1、森下忠，國際刑事司法共助の理論，東京：成文堂，1983年。
- 2、森下忠，新しい國際刑法，東京：信山社，2002年。
- 3、森下忠，國際刑事司法共助の研究，東京：成文堂，1981年。
- 4、三井誠·酒卷匡，入門刑事手續法，東京：有斐閣，2006年。
- 5、白取祐司，刑事訴訟法，東京：日本評論社，2007年。
- 6、上口裕、後藤昭、安富潔及渡邊修等人合著，刑事訴訟法，東京：有斐閣，2006年。
- 7、田宮裕，刑事訴訟法〔新版〕，東京：有斐閣，1996年。
- 8、田口守一，刑事訴訟法第四版補正版，東京：弘文堂，2008年。
- 9、平場安治等著，注解刑事訴訟法中卷，東京：青林書院新社，1982年。
- 10、伊藤榮樹等著，新版注釋刑事訴訟法第3卷，東京：立花書房，1996年。
- 11、藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法第3卷，東京：青林書院，1996年。

- 12、松尾浩也・松本時夫・土本武司・池田修及酒巻匡等著，條解刑事訴訟法第3版増補版，東京：弘文堂2006年。
- 13、藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法第5巻I，東京：青林書院，1999年。
- 14、田口守一，刑事訴訟法〔第五版〕，東京：弘文堂，2010年。
- 15、石井一正，刑事実務証拠法〔第四版〕，東京：判例タイムズ社，2007年。
- 16、鈴木茂嗣，刑事訴訟法〔改訂版〕，東京：青林書院，1990年。

期刊文獻

- 1、古田佑紀，国際捜査共助法の制定とその概要，ジュリスト，NO.720，1980年。
- 2、角田正紀，犯罪の国際化と捜査，松尾浩也、井上正仁編，刑事訴訟法の争点〔新版〕，東京：有斐閣，1991年。
- 3、山本和昭，国際犯罪と刑事手続き上の諸問題，警察學論集，29巻1號，1976年。
- 4、松田昇，国際犯罪の現況と捜査段階における証拠収集上の諸問題，法律のひろば，32巻11號，1979年。
- 5、古田佑紀，国際犯罪と刑事法上の諸問題，法律のひろば，37巻7號，1984年。
- 6、河上和雄，国際犯罪と捜査共助・司法共助，現代刑事法，創刊號，1999年。
- 7、野村二郎，戦後公安事件裁判史：ラストボロフ事件，法学セミナー，283號，1978年。
- 8、田辺泰弘，国際捜査共助法，藤永幸治等編，大コンメンタール刑事訴訟法，第8巻，東京：青林書院，1999年。
- 9、大野恒太郎，外国における捜査，別冊判例タイムズ，NO.9，1985年。
- 10、菊池浩，国外における捜査とその限界，別冊判例タイムズ，NO.26，2010年。
- 11、熊谷弘，高裁刑事判例研究：外国で作成された検面調書(所謂ラストボロフ調書)の証拠能力，判例タイムズ，200號，1967年。
- 12、山室恵，国際司法共助・国際捜査共助と証拠法，龍岡資晃編，現代裁判法大系：刑法・刑事訴訟法第30巻，東京：新日本法規，1999年。
- 13、龍岡資晃・小川正持・青柳勤等，最高裁判所判例解説刑事篇平成七年度，東京：法曹會，1995年。
- 14、宮崎礼壹，国外における捜査(証拠の収集)，河上和雄編，刑事裁判実務大系(11)，東京：青林書院，1991年。
- 15、藤永幸治，囑託証人尋問調書の証拠能力をめぐる諸問題：ロッキード事件における三つの決定を中心に，現代檢察理論と課題：21世紀の檢察のために，東京：信山社，1993年。
- 16、山口幹生，国際化と捜査：檢察の立場から，三井誠等編，新刑事手続I，

- 東京：悠悠社，2002年。
- 17、井上正仁，刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力，ジュリスト，1072期，1995年。
 - 18、鈴木義男，ロッキード事件囑託尋問調書の証拠能力，日本の刑事司法再論，東京：成文堂，1997年。
 - 19、伊名波宏仁，国際化と裁判手続：裁判の立場から，三井誠等編，新刑事手続Ⅱ，東京：悠悠社，2002年。
 - 20、山下貴司，国際捜査共助の要請に基づきアメリカ合衆国において作成された供述書が刑事訴訟法321条3号の書面に当たるとされた事例：最高裁判所第2小法廷平成12年10月31日決定，法律のひろば，50巻6号，2001年。
 - 21、池田修，国際捜査共助の要請に基づきアメリカ合衆国において作成された供述書が刑事訴訟法321条1項3号の書面に当たるとされた事例，法費時報，第54巻10号，2002年。
 - 22、上口裕，国際捜査共助法の要請に基づいて作成された供述書の証拠能力：最二小決平成12年10月31日，現代刑事法，第34期，2002年。
 - 23、島伸一，日米司法共助により得た『宣誓陳述書』なる供述書の証拠能力，判例タイムズ，927号，1997年。
 - 24、成田秀樹，日本からアメリカ合衆国への捜査共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力，現代刑事法2(7)，2000年。
 - 25、川出敏裕，国際捜査共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力，ジュリスト，1225号，2002年。
 - 26、宮城啓子，国際捜査共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力，ジュリスト，1202号，2001年。
 - 27、水谷規男，国際捜査共助の要請に基づいて外国で作成された供述調書の証拠能力，法学ゼミナー，560号，2001年。
 - 28、土本武司，国際捜査協力：福岡一家殺害判決（中国），捜査研究，645号，2005年。
 - 29、塩澤健一，実務刑事判例評釈：国際捜査共助の要請に基づき中華人民共和国において作成された供述調書について，刑事訴訟法321条1項3号により証拠能力を認めた事例，警察公論，60期，2005年。
 - 30、今村智仁，国際捜査共助の要請に基づき中華人民共和国において作成された供述調書が刑事訴訟法321条1項3号書面に当たるとされた事例，研修，682号，2005年。
 - 31、中島洋樹，国際捜査共助の要請に基づき、中華人民共和国において、同国の捜査機関が作成した共犯者の供述調書等につき証拠能力が認めた事例：福岡地裁平成十七年五月十九日判決，香川法學，27巻3・4期，2008年。
 - 32、松田岳士，刑事裁判例批評(19)国際捜査共助の要請に基づき、中華人民共和国において、同国の捜査機関が作成した共犯者の詳述調書等の証拠能力：福岡一家殺害事件第一審判決，刑事法ジャーナル，4号，2006年。
 - 33、山田耕司，大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述

- を記載した同国の公判調書と刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいう「特に信用すべき状況」：最高裁判所判例解説，法曹時報，57 卷 12 號，2005 年。
- 34、松浦繁，最新重要判例評釈(119)大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述について、刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号の特信状況があるとされた事例，現代刑事法，6 卷 10 號，2004 年。
 - 35、早野暁，大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書が刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号の書面に該当するとされた事例，法學新報，112 卷第 9・10 號，2006 年。
 - 36、松田岳士，大韓民国の公判調書の証拠能力，ジュリスト，1269 號，2004 年。
 - 37、山田耕司，大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書と刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいう「特に信用すべき状況」：最高裁判所平成 15 年 11 月 26 日第一小法廷決定，ジュリスト増刊：最高裁判所時の判例 V，2007 年。
 - 38、早野暁，大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書と刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいう「特に信用すべき状況」，法律時報，76 卷 3 號，2004 年。
 - 39、山田耕司，大韓民国の裁判所に起訴された共犯者の公判廷における供述を記載した同国の公判調書と刑事訴訟法 321 条 1 項 3 号にいう「特に信用すべき状況」：最高裁判所平成 15 年 11 月 26 日第一小法廷決定，ジュリスト，1265 號，2004 年。
 - 40、岡田悦典，共犯者の供述を記載した大韓民国における公判調書の証拠能力，法学セミナー，596 號，2004 年。
 - 41、堀江慎司，違法収集証拠の証拠能力(1)，井上正仁編，刑事訴訟法判例百選〔第八版〕，NO. 174，2005 年。
 - 42、椎橋隆幸，証拠排除の要件，井上正仁・大澤裕・川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選〔第九版〕，NO. 203，2011 年。
 - 43、田宮裕，職務質問に付随して行なう所持品検査の許容限度・押収等の手続きに違法のある証拠物の証拠能力(最判昭和 53.9.7)，警察研究，55 卷 1 號，1984 年。
 - 44、井上正仁，刑事訴訟における証拠排除，東京：弘文堂，1985 年。
 - 45、川出敏裕，いわゆる「毒樹の果実論の意義と妥当範囲」，芝原邦爾等編，松尾浩也先生古稀祝賀論文集(下)，東京：有斐閣，1998 年。
 - 46、三井誠，違法収集證據之排除(4)(5)，月刊法学教室，2002 年，266 號頁 132、267 號。
 - 47、鈴木茂嗣，刑事訴訟法の基本問題，東京：成文堂，1988 年。
 - 48、石井一正，違法収集証拠排除の基準：最判昭和 53.9.7 以降の判例を中心として，判例タイムズ，37 卷 10 號，1986 年。
 - 49、渥美東洋，所持品検査及び採尿手続に違法があってもこれにより得られた証拠の証拠能力は否定されないとした事例，判例タイムズ，691 號，1989 年。

- 50、河上和雄，違法捜査中の採尿手続の結果の証拠能力：最高裁判所昭和 61 年 4 月 25 日第二小法廷判決，判例タイムズ，597 号，1986 年。
- 51、田口守一，尿の提出及び押収手続は違法性を帯びるが、尿についての鑑定書の証拠能力は否定されないとした事例：最判昭 61. 4. 25，判例時報，1212 号，1987 年。
- 52、山田耕司，尿の任意提出における『同一目的・直接利用』基準，判例タイムズ，779 号，1992 年。
- 53、大谷直人，違法に収集した証拠，松尾浩也・井上正仁編，刑事訴訟法の争点〔第三版〕，東京：有斐閣，2002 年。
- 54、村瀬均，先行手続の違法と証拠能力（1），井上正仁・大澤裕・川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選〔第九版〕，NO. 203，2011 年。
- 55、山口雅高，違法収集証拠の証拠能力（2），井上正仁編，刑事訴訟法判例百選〔第八版〕，NO. 174，東京：有斐閣，2005 年。
- 56、大澤裕，違法収集証拠の証拠能力（2），井上正仁編，刑事訴訟法判例百選〔第八版〕，NO. 174，東京：有斐閣，2005 年。
- 57、和田雅樹，先行手続の違法と証拠能力（2），井上正仁・大澤裕・川出敏裕編，刑事訴訟法判例百選〔第九版〕，NO. 203，2011 年。
- 58、井上正仁，刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力（二），ジュリスト，1072 号，1995 年。
- 59、川出敏裕，国際司法共助によって獲得された証拠の許容性，研修，618 号，1999 年。
- 60、中谷雄二郎，手続の公正と証拠の許容性，刑事裁判の理論と実務，東京：成文堂 1998 年。
- 61、鈴木茂嗣，刑事訴訟法〔改訂版〕，東京：青林書院，1990 年。
- 62、山内由光，「国際捜査共助法及び組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律の一部を改正する法律」について，現代刑事法，6 卷 11 号，2004 年。
- 63、松田昇・馬場俊行・古田佑紀等人，国際捜査共助法の解説（四），法曹時報，33 卷 5 号，1981 年。
- 64、山内由光，国際捜査共助法の改正について，警察公論，59 卷 10 期，2004 年。
- 65、山内由光，国際捜査共助法及び組織的な犯罪の処罰及び犯罪収益の規制等に関する法律の一部を改正する法律，ジュリスト，NO. 1276，2004 年。