

論兩岸刑事司法互助調查取證之證據能力

許福生



- 壹、問題之提出
- 貳、兩岸刑事司法互助之調查取證
 - 一、刑事司法互助之概念
 - 二、兩岸之調查取證
 - 三、境外取證方式與準據法
- 參、大陸證人警詢筆錄之證據能力
 - 一、適用「法律另有規定」或「特信性文書」
 - 二、類推適用「如同我方所作」
 - 三、直接適用「如同我方所作」
 - 四、視同「特信性文書」
 - 五、同時可類推適用「如同我方所作」及「特信性文書」
 - 六、本文之見解
- 肆、大陸鑑定報告書之證據能力
 - 一、文書真正與否與有無證據能力係屬二事
 - 二、類推適用如我方公務員職務上製作之文書
 - 三、本文之見解
- 伍、結論

150

2014

日新司法年刊

摘要

2009年簽署的「海峽兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議」，雖能更有效的打擊兩岸間犯罪，但鑑於本協議第八條「調查取證」之規定，是以「協助之己方法律規定」為準據來提供協助，而證據評價則是依請求方之法律進行審查，因而以被請求方之法律作為取證時的依據，勢必面臨證據在請求方境內的效力問題。就以大陸公安對證人製作之警詢筆錄而言，在我方屬於「傳聞證據」，原則上無證據能力，但本文認為我方法院，應可同時類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三及刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款，以作為傳聞法則例外之規定，來認定其證據能力，惟不可以此作為認定被告犯罪事實的唯一依據，尚須調查其他必要之補強證據以擔保其陳述確有相當之真實性始可。另外，大陸公安單位所製作之屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及DNA鑑定報告，只要該鑑定報告書係符合於可信之特別情況下所製作，應放寬適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款之其他特信性文書，來認定其證據能力。另偵查機關查扣犯罪證物後，若已將原物拍攝照片存證，若當事人對證物之同一性並無爭議，或僅對其取得程序或證明力有所爭執，則以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，乃非法所不許。

關鍵詞：刑事司法互助、調查取證、傳聞法則、證據能力

壹、問題之提出

近年來兩岸人民往來互動頻繁，交流互利之餘，同時亦衍生許許多多犯罪問題。況且，涉及兩岸犯罪問題，常有在台進行刑事訴追之案件，但人證或物證卻在大陸，以致無法順利出現在台之司法機關作證，此時其在大陸所為之關於本案犯罪事實之相關供述或物證，如何在台法庭上取得證據能力，深值探討。因此，本文擬以下列案例，說明若我方透過兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議之調查取證，獲得陸方之相關證據，我方法院如何認定相關證據之證據能力，藉以說明兩岸共同合作打擊犯罪後，如何看待後續證據採認問題¹。

台商 A 僱用台籍人士 B 在其位於大陸地區之工廠擔任工作人員，B 因熟知 A 在工廠之保險櫃內存放供生意週轉之大筆現金，乃計畫行竊，過程中遭 A 發現，B 持預藏之西瓜刀殺害 A 並取走現金，隨即 B 立即搭機返台。案經大陸公安單位偵辦發現 B 涉嫌重大，並查扣血衣、兇刀、監視錄影器、封口膠與指紋等物證，並製作法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書及將原物拍攝照片存

證；大陸公安並對目擊者 C 製作警詢筆錄，案經 A 之家屬向我方警方提告，經檢察官偵結起訴移送法院審理。

貳、兩岸刑事司法互助之調查取證

一、刑事司法互助之概念

隨著國際化與全球化發展的結果，國際社會逐漸形成一股在刑事制裁上的共識，便是加強彼此間的刑事司法互助，使罪犯不管逃到任何一方，也躲不過刑事司法的追訴與審判，且不能從犯罪中獲得任何利益²。一般而言，刑事司法互助，係指不同方之司法機關間，在訴訟或其他司法活動中，相互進行合作或代為履行某些訴訟行為而言；國際刑事司法互助之主體，請求協助之一方稱為請求方，被請求之一方稱為被請求方。刑事司法互助之內涵可謂刑事訴訟流程之具體實現，從刑事訴訟程序之開啟至終結，都可能產生刑事司法互助之問題；一般而言，依其請求之內容並可分為：「犯罪人之引渡」、「狹義的刑事司法互助」、「刑事訴追之移送」及「外國刑事判決之承認與執行或受刑人的移送」等四種型態，如 [圖 1] 所示³：

1. 兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議，從整個內容觀之仍以「狹義刑事司法互助」為主要重點。狹義刑事司法互助就執行面來說，不外圍繞著文書送達、取證、遣返等問題，如同本協議第五條至第十二條之規範。惟未來兩岸如何看待後續證據採認、判斷，將是影響大部份案件有罪、無罪的關鍵所在，成為下一個階段兩岸共同打擊犯罪或審判實務必須認真看待因應的課題。例如國際刑事司法互助，進行取證時，基於尊重他方主權之行使，應依被請求方內國法律規範為之；至於如何使用則依請求方之法律為之，倘若不符請求方的取證規範時，將涉及請求方審判實務上是否加以證據排除之問題，現若因程序上的違法而讓罪犯逍遙法外，是無法實現正義反而引來人民對司法的不信賴感。參照許福生，資訊社會下兩岸跨境犯罪問題與對策之探討，刑事法雜誌第五十五卷第四期，2011 年 8 月出版。
2. 許福生，犯罪與刑事政策學，元照出版，2012 年 9 月修訂一版，頁 641。
3. 森下忠，刑事政策的論點 II，成文堂，1994 年初版第 1 刷，頁 19-24。



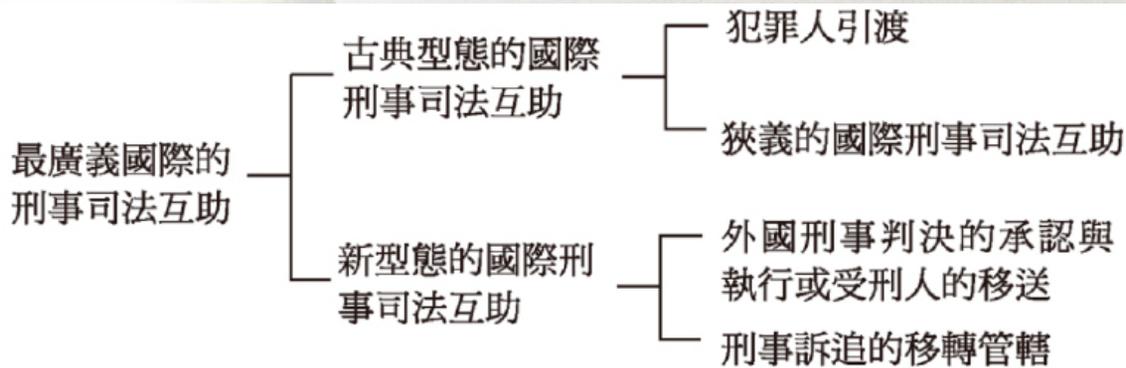


圖 1 最廣義國際的刑事司法互助之分類

這四種型態中，「犯罪人引渡」，即為行使本國的裁判權，而請求引渡在國外的犯罪人，自中世紀初期以來即有實施，惟至十九世紀才完全建立於國際公法體系中成為一種法律制度。「狹義的國際刑事司法互助」，則於十九世紀後半以後，伴隨著犯罪人引渡而逐漸發展，其內容包括證人、鑑定人的訊問、物之引渡搜索扣押檢證、文書的送達及情報的提供等。兩者可稱為古典型態的國際刑事司法互助。第二次世界大戰後，逐漸發展出外國刑事判決的承認與執行或受刑人的移送，以及刑事訴追的移轉管轄，兩者可稱新型態的國際刑事司法互助，並與古典型態的國際刑事司法互助，合稱為最廣義的國際刑事司法互助。「外國刑事判決的承認與執行」，乃是承認在外國所作出的刑事裁判確定的法律效力，並在本國執行這種有效的法律；「受刑人的移送」，即受刑人國籍國基於其公民利益的考量，希望其在自己國家服刑以便能早日復歸社會，另一方面拘押外國囚犯的國家又希望解決外國囚犯所造成的困難而所設立的制度。至於「刑事訴追的移轉管轄」，即請求國將本來屬於自己管轄的案件轉移給被請求國，由被請求國進行對罪犯的追訴。

至於兩岸有關司法互助的合作，始於 1990 年由兩岸紅十字會所簽署的「金門協議」。該協議之重點在於「人員遣返」，確立對己方之偷渡犯、刑事嫌疑犯或刑事犯得請求遣返回己方處理或受審，並建立海上遣返作業之交接制度。金門協議僅就「己方人員遣返」進行規範，至 1993 年於新加坡舉行的「辜汪會談」，正式建立制度化的溝通合作管道，同時簽署「兩岸公證書使用查證協議」、「兩岸掛號函件查詢補償協議」、「兩會聯繫與會談制度協議」及「辜汪會談共同協議」等四項協議，惟其性質上仍定位為民間性、經濟性、事務性與功能性之會談⁴。

然而，「金門協議書」僅僅是有關遣返問題的單項協議，且兩岸在實施遣返作業時須透過民間機構，兩岸司法部門本身並沒有建立起直接聯係管道，再加上受限於協議的內容，兩岸在聯合打擊犯罪過程中取證難、執行難、追繳贓款難、公證程序繁復、兩岸警方難以聯合行動等問題一直難以解決。有鑑於此，2009 年 4 月 26 日海基會與海協會第三次江陳會，即在既有的合作基礎上，進一步建立制度化且橫跨調查、偵查、訴追、審判及執行之全面司法合作，而簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議」，期望

4. 陳文琪，兩岸司法互助協議之沿革與實踐，月旦法學雜誌第 195 期，2011 年 8 月，頁 154-155。

藉由本協議之簽訂，以更能更有效的打擊兩岸間犯罪，共創兩岸人民雙贏的局面⁵。

本協議之內容，共分五章計二十四條條文。第一章總則，規定合作事項、業務交流與聯繫主體（參照本協議第一條至第三條）；第二章共同打擊犯罪，規定合作範圍、協助偵查、人員遣返（參照本協議第四條至第六條）；第三章司法協助，規定文書送達、調查取證、罪贓移交、裁判認可、罪犯接返

（移管）、人道探視（參照本協議第七條至第十二條）；第四章請求程序，規定提出請求、執行請求、不予協助、保密義務、限制用途、互免證明、文書格式及協助費用（參照本協議第十三條至第二十條）；第五章附則，規定協議履行與變更、爭議解決、未盡事宜及簽署生效（參照本協議第二十一條至第二十四條）（如[圖2]所示）。

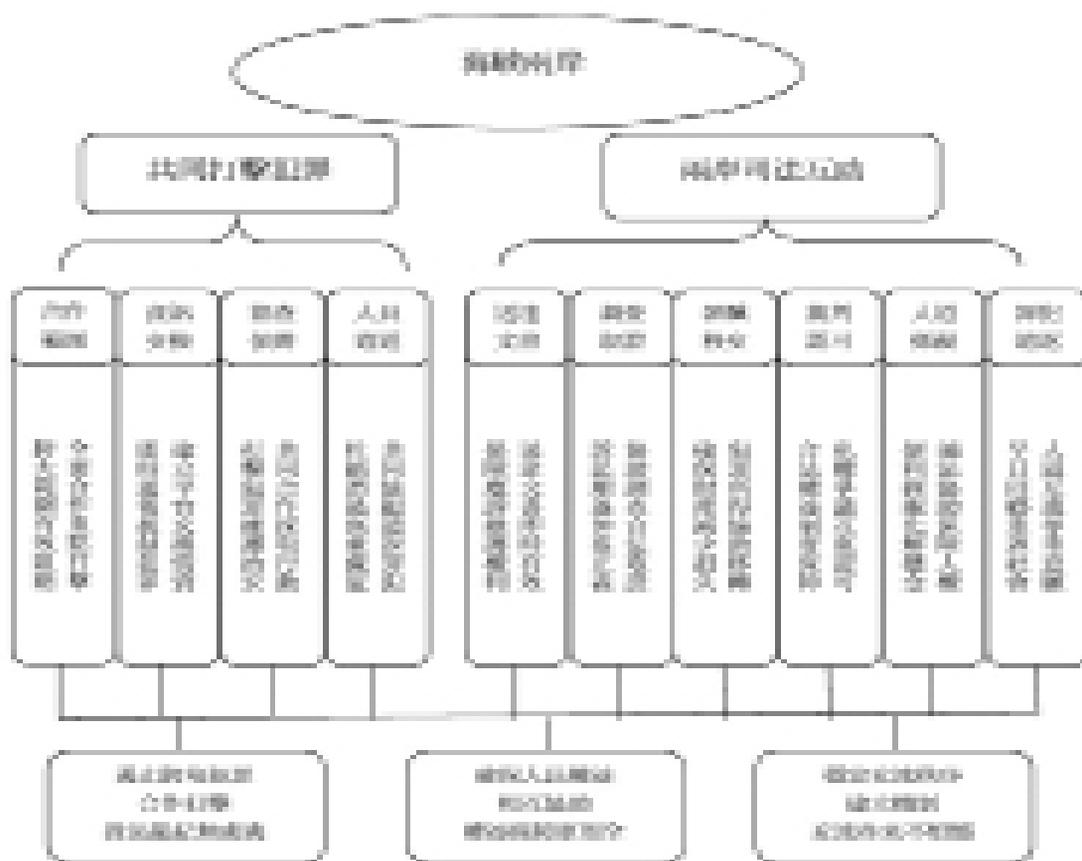


圖2「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」簽署後之預期效益

資料來源：行政院大陸委員會

5. 自兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議於 2009 年 6 月 25 日生效後至 2012 年 8 月底止，雙方相互提出之司法文書送達、調查取證、協緝遣返等案件已達 29,700 餘件，陸方已遣返我方刑事犯及刑事嫌疑犯 206 名。我方相關機關並與大陸地區進行交換犯罪情資，合計破獲 64 案，包含詐欺、擄人勒贖、毒品、殺人、強盜及侵占洗錢等案，逮捕嫌犯 3,929 人，其中包含 36 起詐欺案件，逮捕嫌犯 3,804 人。況且經由兩岸警方聯手破獲多起跨境詐騙犯罪集團，臺灣地區之全般詐欺案件發生數由 2009 年度 38,802 件、2010 年度 28,494 件減少至 2011 年度 23,896 件；而受害金額從 2009 年度 102.7 億元、2010 年度 61.1 億元降至 2011 年度 49.88 億元，皆可明顯感受到協議執行的具體成效。





二、兩岸之調查取證

「狹義的刑事司法互助」，如前所述，其內容包括為了外國的刑事案件而進行的訊問證人、鑑定人、物之引渡、搜索、扣押、檢證、文書的送達及情報的提供等⁶。狹義之刑事司法互助為國際間運用最為頻繁之互助模式，其型態種類眾多，以刑事證據取得協助及訴訟協助為主要型態，其目的在於經由協助他國取得所需要之供述證據及非供述證據，可確保刑事案件有效定罪，實現公平正義，透過相互間之訴訟協助，促使刑事訴訟程序順利進行，藉由共同打擊犯罪之偵查協助，達到有效懲治及遏止犯罪，以保障人民權益。其中又以「調查取證」，為司法互助之核心事項，係指一國司法機關應他國司法機關的請求，根據國際刑法、條約或國內法的有關規定，在刑事方面協助取得證據的司法行為⁷。目前「兩岸共同打擊犯罪與司法互助協議」第八條有關「調查取證」規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等。受請求方在不違反己方規定前提下，應儘量依請求方要求之形式提供協助。受請求方協助取得相關證據資料，應及時移交請求方。但受請求方已進行偵查、起訴或審判程序者，不在此限。」

從本條有關「調查取證」之內容觀之，概可分為「供述證據（取得證言及陳述）」及「非供述證據（提供書證、物證及視聽

資料；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等）」二種。「供述證據」係以人之陳述，作為證明其陳述內容事實之用，而證人陳述，往往因受其觀察力正確與否，記憶力有無健全，陳述能力是否良好，以及證人性格如何等因素影響，致其所認識事實未必與真實事實相符；因而在法院證據調查上，「供述證據」係以一定事實之體驗或其他知識而為報告，若屬被告以外之人於審判外之言詞陳述，在我方屬刑事訴訟法第一百五十九條所規定之「傳聞證據」，原則上無證據能力，除非符合刑事訴訟法第一百五十九條以下有關傳聞法則例外之規定，方具有證據能力。

至於「非供述證據」，則以物（包含物及文書）之存在或狀態為其證據，客觀上已具備一定程度之不可代替性，且或係於不間斷、有規律之過程中所取得，並無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機；因而非供述證據只須合法取得，並於審判期日經合法調查，即可容許為證據，故非供述證據應屬優勢證據，其評價上之裁量自較之於供述證據為強。因此，大陸地區接受我方司法互助調查取證所取得證據，原則上應該依據所取得者為「供述證據」及「非供述證據」，作不同之處理。

三、境外取證方式與準據法

在狹義之刑事司法互助意義下之境外取證的方式，一般而言可分為下列三種方式⁸：

（一）親往取證

係指請求方直接派司法人員，親自到

6. 阮齊林譯，森下忠著，國際刑法入門，人民公安大學出版社，2004年1月，頁193。

7. 朱金池、楊雲樺、蔡庭榕、許福生，兩岸共同打擊犯罪策略與運作之研究，行政院研究發展考核委員會委託研究報告，2011年5月，頁93。

8. 邱忠義，兩岸司法互助調查取證及證據能力之探討-兼述防範被告逃匿對策，刑事法雜誌，第54卷第5期，2010年10月，頁149-152；朱金池、楊雲樺、蔡庭榕、許福生，前揭文，頁122-3；陳思帆，經大陸取得證人警詢筆錄證據能力之研究，中央警察大學警察政策所碩士論文，2013年，頁45-8。

受請求方之法域進行調查取證而言。由於基於國家主權之尊重，原則上此種「親往取證」必須不涉及搜索、扣押、拘捕、通訊監察、羈押等強制處分之「任意偵查」，例如在證人自願性配合下訊問或詢問證人（偵訊地點通常選在非被請求官方支配下之場所，如飯店、旅館、請求方之駐外使館等）；若欲使用具強制處分性質之偵查行為，只能「囑託」被請求方代為執行，因為強制處分涉及取證地的司法主權，向來不允許他人侵犯。

（二）單獨取證

指請求方囑託被請求方之司法人員，單獨進行調查取證。透過此種方式，被請求之協助方，只要在不違反己方之規定下，當可藉由搜索、扣押證物或逮捕犯人等強制手段協助請求國取得證據。惟此由被請求方單獨取證之方式，會面臨到的問題是，請求方又如何探知其取證過程是否合乎其內國之取證規範，倘若雙方程序保障機制存在重大落差的情況下，可能使該證據未必符合請求方法律對於證據資格之要求。另外，被請求方對於請求方囑託調查之案件背景事實通常缺乏足夠之認識，因而在資訊不足的情況下單獨進行調查取證，可能導致取證過程空泛化、無效率化，甚至調查之結果與真實不符。因此為改善此種方式之困境，實務上遂發展出請求方派員參加被請求方調查取證活動之陪同取證型司法協助。

（三）陪同取證

指請求方囑託被請求方進行調查取證的同時，亦派出司法人員參加被請求方之調查取證活動，陪同協助其受託調查取證

之進行。如此一方面可以加強被請求方執行機關對於相關案情的理解，提升其執行的準確性，另一方面也可以讓調查取證所獲取之相關資料，更能符合請求方刑事訴迫的需要和法定要求。目前世界各國締結的刑事司法互助條約內，均允許請求方主管機關派員前往被請求方境內，協助被請求方機關進行受請求調查取證活動；並且規定被請求方負有義務向請求方預先通報其將於境內執行的受託調查取證措施，以便請求方可以派遣人員參加。在司法實務上，此一方式亦被我方終審司法機關所肯定，例如最高法院 98 年度台上字第 1941 號判決，即明確肯定此種蒐證方式所取得之證據有證據能力。

再者，境外取證之請求方和被請求方分屬不同法域，而不同法域之調查取證程序法律規範不一，因此在進行跨境司法互助調查取證時，究竟應以何方的調查取證程序規範作為準據法？目前學說上，約有下列見解⁹：(1) 基於尊重他國主權之行使，依被請求之協助方之調查取證程序規範；(2) 為彰顯極度尊重彼此國家的司法主權，依請求方之調查取證程序規範；(3) 取證程序劃分「決定」（強制處分的審核依被請求方）和「執行」（證據之使用依請求方）兩層面，分別適用。就目前本協議第八條之規定觀之，是以「協助之己方法律規定」為準據來提供協助，即依被請求方法律規範為之；但鑑於依據國際條約之規定，證據評價階段是依請求國之法律進行審查，因而以協助方之法律作為取證時的依據，勢必面臨證據在請求國境內的效力問題，特別是兩岸調查取證程序規定及擔保證據

9. 曾正一，「南京協議」中有關調查取證司法協助之研究，2010 兩岸共同打擊犯罪學術研討會論文集，財團法人二十一世紀基金會、中央警察大學主辦，2010 年 12 月 10 日，頁 131-4；邱忠義，前揭文，頁 158-165。





能力規範有很大差異，適用上便會對我方的刑事訴訟制度造成很大的衝擊。因此，為解決「證據未必符合請求方對證據資格之要求」問題，請求方在囑託被請求方協助取證時，應於請求書上具體載明每個證據方法之調查程序以及證據能力的判斷準則，促請被請求方盡量依請求方規定之形式進行調查取證。

參、大陸證人警詢筆錄之證據能力

就本案例中，大陸公安單位對目擊者C製作之警詢筆錄，屬於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述之「供述證據」，在我方屬於「傳聞證據」，原則上無證據能力，除非符合刑事訴訟法第一百五十九條以下有關傳聞法則例外之規定，方具有證據能力。目前實務如何看待此問題，見解不一，分別說明如下：

一、適用「法律另有規定」或「特信性文書」

實務上有認為我國與他國所締結之互助協定，若已送立法院審議通過者，如「駐美國台北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定」，因位階等同於法律，則他國法律基於該協定，對我國刑事被告以外之人所為之訊問筆錄，自應認為是刑事訴訟法第一百五十九條第一項「法律有規定者外」之傳聞例外規定¹⁰。例如司法院2003年8月刑事訴訟新制法律問題研討會，則認為應依不同情形予以適用，即我國與他國所締結之司法互助協定，其已送立法院審議通過者，因位階同於法律，則他國法院基於該協定，對於我國被告以外之人所為之調查訊問筆錄，自應認係刑訴法第一五九條第一項所

指「法律另有規定外」之傳聞法則之例外規定，具有證據能力；至於未經立法院審議通過者，則可適用同法第一五九條之四第三款之規定，判斷證據能力。

依我方刑事訴訟法第一百五十九條之四規定：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。而本條之所以如此規定，乃認為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。又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。另除前二款之情形外，與公務員職務上製作之文

10. 我方刑事訴訟法第一百五十九條規定：被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，除法律有規定者外，不得作為證據。前項規定，於第一百六十一條第二項之情形及法院以簡式審判程序或簡易判決處刑者，不適用之。其關於羈押、搜索、鑑定留置、許可、證據保全及其他依法所為強制處分之審查，亦同。

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。

二、類推適用「如同我方所作」

實務上有採「類推適用」刑訴法第一五九條之二¹¹、一五九條之三¹²有關傳聞之例外以判斷其證據能力，如最高法院96年台上字第5388號判決認為：刑事訴訟法第一五九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，或係出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載，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，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。

三、直接適用「如同我方所作」

實務上有採「直接適用」刑訴法第一五九條之二、一五九條之三有關傳聞之例外以判斷其證據能力，如最高法院97年台上字第1021號認為：按刑事訴訟法第一百五十九條之四所規定之「特信性文書」，乃基於對公務機關高度客觀性之信賴（如同條第一款之公文書），或係出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載（如同條第二款之業務文書），或與前述公文書及業務文書同具有高度之信用性及必要性（如同條第三款之其他具有可信性之文書），雖其本質上屬傳聞證據，亦例外賦予其證據能力，而容許作為證據使用。被告以外之人於臺灣地區司法警察或司法警察官調查時所為之陳述經載明於筆錄，係司法警察（或調查）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，應非屬同條所規定之「特信性文書」。故司法警察、司法警察官調查被告以外之人之警詢或調查筆錄，其證據能力之有無，仍應「適用」同法第一百五十九條之二、第一百五十九之三所定傳聞法則例外之要件，以資判斷。被告以外之人於大陸地區公安機關調查時所為之陳述經載明於筆錄或書面紀錄，同屬傳聞證據，在解釋上亦應適用同法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三等規定，或依其立法精神以審認是否合乎各該例外容許規定之要件，據以決定得否承認其證據能力。原判判決附表二所示文書，其中關於大陸地區人民付○○等人之詢問筆錄，係由大陸地區具

11. 我方刑事訴訟法第一百五十九條之二規定：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，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。
12. 我方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。





有刑事偵查權限之公務員所製作之文書，而屬同法第一百五十九條之四所規定之「特信性文書」之一種，而具有證據能力一節，所持法律見解難謂允當。

四、視同「特信性文書」

實務上有認為應依據刑訴法第一五九條之四第三款有關傳聞之例外以判斷其證據能力，例如最高法院 100 年台上字第 4813 號判決認為：中國大陸地區公安機關所製作之證人筆錄，為被告以外之人於審判外所為之書面陳述，屬傳聞證據，除非符合傳聞法則之例外，不得作為證據，而該公安機關非屬我國偵查輔助機關，其所製作之證人筆錄，不能直接適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，而同法第一百五十九條之四第一款之公務員，僅限於本國之公務員，且證人筆錄係針對特定案件製作，亦非屬同條第二款之業務文書，但如於可信之特別情況下所製作，自得逕依本條第三款之規定，判斷其證據能力之有無。特信性文書之種類，除列舉於第一款、第二款之公文書及業務文書外，於第三款作概括性之規定，以補列舉之不足。第一、二款之文書，以其文書本身之特性而足以擔保其可信性，故立法上原則承認其有證據能力，僅在該文書存有顯不可信之消極條件時，始例外加以排除；而第三款之概括性文書，以其種類繁多而無從預定，必以具有積極條件於「可信之特別情況下所製作」才承認其證據能力，而不以上揭二款文書分別具有「公示性」、「例行性」之特性為必要，彼此間具有本質上之差異。至於該款所稱之「可信之特別情況下所製作」，自可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷。

五、同時可類推適用「如同我方所作」及「特信性文書」

實務上有認為應視情節可類推適用刑訴法第一五九條之二、一五九條之三、一五九條之四第三款有關傳聞之例外以判斷其證據能力，例如最高法院 101 年台上字第 900 號判決認為，基於時代演進及實際需求而為適當解釋之必要下，視情節可類推適用刑訴法第一五九條之二、一五九條之三、一五九條之四第三款之規定，作為傳聞例外之評價依據。

針對刑訴法一五九條之三部分，該判決認為「依司法互助協議之精神，我方既可請求大陸地區公安機關協助調查取證，以作為司法上之用途，即有承認大陸公安機關調查所取得之證據，可依我國法律承認其證據能力之意思。雖大陸地區公安機關偵查人員非屬我國司法警察或司法警察官，然其係大陸地區政府依法任命而具有偵查犯罪權限之公務員，依上述互助協議規定，復有協助我方調查取證之義務，則大陸地區公安機關之偵查人員依其職權或基於上述互助協議而為刑事上之調查取證，在地位與功能上實與我國司法警察或司法警察官依職權調查證據無異。」況且，考量當前兩岸交流的現實處境與實現發現真實打擊犯罪的務實態度，認「目前兩岸文化、經濟交流日漸頻繁，跨越兩岸之犯罪事件亦層出不窮，亟須兩岸合作共同打擊犯罪，以維護兩岸交流與人民安全。若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三或之四關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安

全。故刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三關於『司法警察官或司法警察』之規定，自有依時代演進及實際需求而為適當解釋之必要。是認被告以外之人於大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄（屬傳聞證據），而為證明犯罪事實存否所必要者，認可類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，以決定其證據能力，依上述說明，尚非全無見地。」

況且，該判決進一步說明「大陸地區已於1979年7月間公布施行刑事訴訟法，嗣已於1996年又對其刑事訴訟法作大幅度修正，其修正內涵兼顧打擊犯罪與保護人權，並重視實體法之貫徹與程序法之遵守，雖非完美無瑕，但對訴訟之公正性與人權保障方面已有明顯進步，故該地區之法治環境及刑事訴訟制度，已有可資信賴之水準。從而，原判決以大陸地區派出所偵查員及刑警隊人員係大陸地區具有刑事偵查權限之公務員，而其詢問大陸地區人民所製作之筆錄，又符合大陸地區刑事訴訟法相關規定，該筆錄復經受詢問人閱覽後親自簽名及捺指印確認無訛，堪認前述文書之取得程序具有合法性。且曾受上述大陸地區公安機關偵查員詢問之台商等人，均未供稱大陸地區公安機關有以威脅、利誘、詐欺或其他非法方法對其等詢問之情形，因認大陸地區人民在派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問時所製作之筆錄，係於可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，乃類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，而承認其證據能力，尚難遽指為違法。」

至於針對刑訴法一五九條之四部分，該判決認為「有部分學者認外國公務員所製作之文書（例如警詢筆錄），可審酌該項文書之性格（即種類與特性），暨彼邦政經文化

是否已上軌道等情狀，以判斷其是否在可信之特別情況下所製作（亦即是具備「特信性」），而適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款規定，以決定其證據能力。而依原判決上開論述，既認定上述大陸地區公安機關偵查員對被告以外之人所製作之詢問筆錄，係在可信之特別情況下所製作；而上述公安機關偵查員又係大陸地區政府所依法任命具有偵查權限之公務人員，則其該人所製作之詢問筆錄（即文書），基於時代演進及事實需要，在解釋上亦應可類推適用同法第一百五十九條之四第三款規定，而承認其證據能力。」

最後，該判決認為「依上述說明，不論依同法第一百五十九條之三第三款，或同條之四第三款規定，均可獲致相同之結論，自難指摘原判決採證違法。又原法院更三審已多次囑託海基會送達傳票予證人，期能傳其到庭具結作證，並接受檢察官、上訴人等及其選任辯護人之詰問，惟均未能送達傳票，顯見該證人已所在不明而無從傳喚或拘提其到庭進行詰問程序，亦無法以視訊方式為遠距訊（詰）問，此係基於兩岸分治及現實上之困難所致，尚難謂原審有剝奪上訴人等及其選任辯護人對該證人之詰問權，而妨礙其等行使訴訟防禦權之情形。」

六、本文之見解

就本案例中，大陸公安當局對目擊者C製作之警詢筆錄係「供述證據」，屬被告以外之人於審判外之言詞陳述，為我方刑事訴訟法第一百五十九條規定之「傳聞證據」，原則上無證據能力，惟若符合刑事訴訟法第一百五十九條以下傳聞法則之例外，則具有證據能力。

實務上有認為我國與他國所締結之互助協定，若已送立法院審議通過者，應可適用刑事訴訟法第一百五十九條「法律另有規





定」。惟鑑於「兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」並非憲法六十三條所指「條約」或大法官釋字第 329 號所指「條約等國際書面協定」，不具備法律位階，因而不能適用本條之規定¹³。此觀之行政院大陸委員會有關「第三次江陳會談成果 - 打擊犯罪與司法篇」之說明中，明白表示「本協議尚不涉及法律修正」，即「本協議的簽署，係在現行法律規範基礎下，架構合作與互助的協議內容。所以，雙方都在符合現行法律基礎下執行協議內容¹⁴」可知。至於直接適用「如同我方所作」，畢竟大陸地區刑事訴追之公務員非本國之公務員，直接適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三之規定，實有疑義。

然而，考量當前兩岸交流的現實處境，以及實現發現真實打擊犯罪的務實態度，經由兩岸司法互助取得大陸提供之證人供述證據，如一概排除證據能力，不但可能阻礙發現真實工作與訴訟之遲延外，更可能傷害彼此間的合作關係，倘若具備傳聞法則例外所要求之必要性及特信性要件時，應例外承認其具有證據能力。因此，基於時代演進及事實需要，本文贊同最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判決之看法，在解釋上亦應可同時類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、第一百五十九條之三及第一百五十九條之四之規定，而承認其證據能力。誠如該判決所言，「若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不

得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三或之四關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安全。」且大陸地區具有刑事偵查權限之公務員，而其詢問大陸地區人民所製作之筆錄，若符合大陸地區刑事訴訟法相關規定，又再可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，應承認其證據能力。

而此「可信之特別情況下所製作」，自可綜合考量當地政經發展情況是否已上軌道、從事筆錄製作時之過程及外部情況觀察，是否顯然具有足以相信其內容為真實之特殊情況等因素加以判斷。因而值得一提的是，大陸地區曾於 1996 年修正刑事訴訟法，復於 2012 年 3 月 14 日又做大幅度的修正，並自 2013 年 1 月 1 日起施行。從原有 225 個條文增刪修至 290 個條文，完善刑事訴訟制度，並重視實體法之貫徹與程序正義，相對於 1996 年刑事訴訟法，此次修正案最大的亮點是明確了「尊重和保障人權的任務」¹⁵。是以此次修正效果勢必影響日後取證證據能力之認定，而有助於提升大陸提供證據之「可信性」程度。

然而，承認傳聞例外的同時，勢必相對地限縮了被告憲法所保障的對質詰問權，因而在放寬排除傳聞法則適用的同時，為平衡被告因此而無法行使有效對質詰問權的不利益，對於循此途徑取得被告以外之人之證言或陳述，應適用「補強法則」，亦即不可作為認定被告犯罪事實的唯一依據，尚須調查

13. 大法官釋字第 329 號認為憲法所稱之條約係指中華民國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，包括用條約或公約之名稱，或用協定等名稱而其內容直接涉及國家重要事項或人民之權利義務且具有法律上效力者而言。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。

14. 參照 <http://www.mac.gov.tw/public/Data/972110395971.pdf>，2013 年 6 月 30 日造訪。

15. 樊崇義，2012 刑事訴訟法解讀與適用，法律出版社，2012 年，頁 1。

其他必要之補強證據以擔保其陳述確有相當之真實性始可。誠如林鈺雄教授提出對質詰問權之容許例外四大檢驗法則，其中佐證法則可為本文此處之借鑑。所謂佐證法則係指符合義務法則、歸責法則、防禦法則而未經被告對質詰問之不利證詞，雖因此而具有證據能力，但仍然必須注意佐證法則的證明力之限制；亦即該不利陳述既不得作為有罪裁判的唯一證據，也不得作為其主要證據，仍應以其他證據來驗證該不利陳述的真實性。

綜上所述，大陸公安當局對目擊者C製作之詢問筆錄，應可同時類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三及刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款之規定，來認定其證據能力。惟容許法院使用此未經被告對質詰問的不利證詞，必須是國家「已盡力履行傳拘證人之澄清義務」，或盡力採取「可能的補償措施」，以平衡被告之權益，使被告因未行使詰問權所可能產生之不利益降至最低。是以必須確定司法機關已窮盡可能手段而仍無法令其出庭下，才能調使用該未經詰問之供述證據有其正當性。此外，除合乎「盡力履行澄清義務」外，國家也應盡力「尋求被告次佳防禦措施之替代方案」，尤其現今通訊科技發達，不同國家的調查人員和證人間透過視訊系統面對面交談，甚至進行法庭活動，實非難事，且耗費之成本相較於傳喚國外證人到庭要來的低，而且透過視訊方式訊問亦為我國實務所採行，因此即便發生「多次送達傳票仍無下文之情形」，在大陸地區通訊技術許可之情況下，仍應設法藉由兩岸之間視訊設備，給予被告詰問證人之替代管道。否則法院若捨棄此不為，只因單純傳喚不到或傳票無下文，就據以得出有「使用證據之必要性」，而承認該等筆錄之證據能力，實不能謂已充分保障被告之詰問權，

亦違反法院之澄清義務¹⁶。最後亦應適用「補強法則」，亦即不可以此作為認定被告犯罪事實的唯一依據，尚須調查其他必要之補強證據以擔保其陳述確有相當之真實性始可。

肆、大陸鑑定報告書之證據能力

本案例中，大陸公安單位所查扣血衣、兇刀、監視錄影器、封口膠與指紋等物證，並製作法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書及將原物拍攝照片存證，目前實務見解分別說明如下。

一、文書真正與否與有無證據能力係屬二事

大陸地區依法委託製作之鑑定書，且經海基會驗證，是否具備證據能力？實務上有認為文書真正與否與有無證據能力係屬二事，不容混淆。如最高法院 97 年台上字第 2462 號判決認為：臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七條所定：「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。」係關於文書驗證效力之規定，與證據能力（指符合法律所規定之證據適格，而得成為證明犯罪事實存在與否之證據資格）之有無，應依刑事訴訟法相關規定加以認定，兩者並非相同。申言之，文書是否真正，與證據能力之有無，係屬二事，不容混淆。在大陸地區製作之文書，經依法驗證者，形式上雖推定為真正，然尚非因此即認具有證據能力。原判決以：本件引用之筆錄、證物等，於修正刑事訴訟法施行前依當時之法定程序所製作取得之證據，其證據能力不因修正刑事訴訟法實施而受影響。又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，臺灣地區與大陸地區人民關係條例第七條定有明文，而財團法人海峽

16. 陳思帆，前揭文，頁 161。





交流基金會即為行政院依同條例第四條第一項所指定之機構，是其所驗證之前揭文書、證明書等，自可採為證據，有證據能力等由，因認上訴人抗辯其無證據能力，為無可採。然卷查自訴人臺達電子工業股份有限公司於2003年9月29日在原審提出由中達電通股份有限公司委託大陸司法部司法鑑定中心鑑定，屬被告以外之人於審判外之書面陳述，為傳聞證據，且非法院之審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法第一百九十八條或第二百零八條第一項規定所囑託之鑑定報告，不符合修正刑事訴訟法施行前之法定程序；復係針對具體個案所為，亦不能認為屬於刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款所指文書，其有無證據能力，尚非無疑。依前開說明，原判決祇以前揭鑑定書已經財團法人海峽交流基金會驗證為由，即逕認有證據能力，而引為判決之基礎，其採證難謂適法。

二、類推適用如我方公務員職務上製作之文書

針對大陸公安單位所查扣之物證，若將該等證物送請相關專業機關鑑定，並製作如法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書等，實務上有認為同屬「傳聞證據」，在無顯不可信之情況，而應類推適用同法第一百五十九條之四第一款規定，均具有證據能力。如最高法院101年台上字第900號判決認為：原判決附表所示場勘查紀錄表三份、法醫學鑑定書一份、物證檢驗報告書二份與痕跡鑑定書三份等文書，係佛山市公安局就本件相關跡證所為勘查紀錄及鑑識報告；該等文件均係台灣台南地方法院依職權函請刑事警察局與大陸地區政府洽商，請其等交付本件相關證物，經刑事警察局與大陸地區政府洽商後，由刑事警察局鑑識科科長翁景惠於2002年4月23日至24日至大陸澳門地區，由大陸廣東省公安廳刑偵局科長楊攻、廣東省公安局主檢法醫師劉偉民、痕檢工程師朱奕賢、廣東省公安局預審官莫布來等交

付後攜帶返台等情，業據鑑定人翁景惠於第一審結證在卷，並有刑事警察局2002年4月29日刑鑑字第100875號函一份在卷可參。故該等文書之取得程序，符合我國刑事訴訟法所規定正當程序取得證據之要求（當時兩岸尚未簽訂司法互助協議，無法透過正式司法互助程序取得大陸地區之證據資料）。而大陸地區公安機關法醫師之地位相當於我國檢察署之法醫師，同具公務員身分，其所製作之鑑定書，並無顯不可信之情況。且鑑定證人即當時任職刑事警察局法醫室主任石台平於第一審亦證稱：大陸地區公安機關之鑑定報告已達世界法醫學界之標準等語，上述鑑定資料復經其複鑑認定無訛，因認大陸公安機關所製作之法醫學鑑定書、物證檢驗報告書、痕跡鑑定書（同屬傳聞證據），以及廣東省佛山市南海市（現已改制為南海區）公證處所製作之死亡公證書，均無顯不可信之情況，而應類推適用同法第一百五十九條之四第一款規定，認均具有證據能力。證據），以及廣東省佛山市南海市（現已改制為南海區）公證處所製作之死亡公證書，均無顯不可信之情況，而應類推適用同法第一百五十九條之四第一款規定，認均具有證據能力。

三、本文之見解

依上述實務見解可知，案例中大陸公安單位所製作之屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及DNA鑑定報告為大陸司法部司法鑑定中心鑑定之報告，屬被告以外之人於審判外之書面陳述，為傳聞證據，且非法院之審判長、受命法官或檢察官依刑事訴訟法第一百九十八條或第二百零八條第一項規定所囑託之鑑定報告，不符合修正刑事訴訟法施行前之法定程序；復係針對具體個案所為，亦不能認為屬於刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款所指文書，其有無證據能力，尚有疑慮。

然而，基於刑事司法互助相互尊重、平等互惠之原則，我方既然循「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」請求陸方協助調查取證，所取得之鑑定報告書或將原物所拍攝之照片，我方審判法院原則上即應接受其結果，不宜逕行依據陸方的相關法律審查是否有蒐證違法之情形，破壞國際刑事司法互助的基本精神，況且，通常我方法院對於被請求方之法律以及其實務運作並不熟悉，審查結果是否正確，亦容易滋生疑義。另在國際刑事司法互助實務上，被請求方通常不會將這些相關資料連同執行結果一併送交給請求方，如果請求方法院堅持需要這些資料以審查被請求方是否合法實施調查取證措施，須再透過新一次的刑事司法互助途徑，獲得相關資料後，去調查原先司法互助項目之合法性，恐怕被請求方將難以接受，此種帶著懷疑的態度不僅破壞國際刑事司法互助的互惠、信賴精神，亦難有效果¹⁷。

本此理念，本案例中大陸公安單位所製作之屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及DNA鑑定報告，若經財團法人海峽交流基金會驗證，應推定為真正，且基於國際刑事司法互助相互尊重、平等互惠之原則，若透過「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」調查取證取得之相關鑑定報告書，雖非刑事訴訟法第二百零八條第一項由法官或檢察官所囑託之鑑定報告，亦非刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款之文書，惟只要該鑑定報告書係符合於可信之特別情況下所製作，應放寬適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款「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」之其他特性文書，來認定其證據能力。

另偵查機關查扣犯罪證物後，若已將原物拍攝照片存證，或將該等證物送請相關專業機關檢驗明確，則該證物之照片及相關鑑

驗通知書，應足以表徵該證物之同一性。則法院縱未於審判期日調取該證物（即原物）提示予當事人辨認，但已將該證物照片或相關鑑驗通知書提示予當事人並訊問其意見，則其提示該證物照片及鑑驗通知書之效用，與提示原物無異，其所踐行之調查證據程序尚難指為違法。另按現行刑事訴訟法採直接審理主義，依同法第一百六十四條第一項規定，相關犯罪之證物以「提示實物」為原則，亦即原則上法院調查物證時必須將實物顯現於審判庭，並使當事人、代理人、辯護人或輔佐人辨認，始得採為判決之基礎。惟此項「提示實物」原則僅於該證物之同一性發生爭議時，始有適用；若當事人對證物之同一性並無爭議，或僅對其取得程序或證明力有所爭執，則以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，乃非法所不許（參照最高法院101年台上字第900號判決見解）。

伍、結論

就本案例中，大陸公安對目擊者C製作之警詢筆錄，我方法院應可同時類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三及刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款之規定，來認定其證據能力。惟容許法院使用此未經被告對質詰問的不利證詞，必須是國家「已盡力履行傳拘證人之澄清義務」，或盡力採取「可能的補償措施」，以平衡被告之權益，使被告因未行使詰問權所可能產生之不利益降至最低。是以現今通訊科技發達，仍應設法藉由兩岸之間視訊設備，給予被告詰問證人之替代管道，否則法院若捨棄此不為，只因單純傳喚不到或傳票無下文，就據以得出有「使用證據之必要性」，而承認該等筆錄之證據能力，實不能謂已充分保障被告之詰問權，亦違反法院之澄清義務。此外亦應適用「補強法則」，亦即不可以此作為認定被告

17. 朱金池、楊雲樺、蔡庭榕、許福生，前揭文，頁134。



犯罪事實的唯一依據，尚須調查其他必要之補強證據以擔保其陳述確有相當之真實性始可。

另外，本案例中大陸公安單位所製作之屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及DNA鑑定報告，基於國際刑事司法互助相互尊重、平等互惠之原則，若透過「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」調查取證取得之相關鑑定報告書，雖非刑事訴訟法第二百零八條第一項由法官或檢察官所囑託之鑑定報告，亦非刑事訴訟法第一百五十九條之四第二款之文書，只要該鑑定報告書係符合於可信之特別情況下所製作，應放寬適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款「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」之其他特信性文書，來認定其證據能力。另偵查機關查扣犯罪證物後，若已將原物拍攝照片存證，若當事人對證物之同一性並無爭議，或僅對其取得程序或證明力有所爭執，則以其他替代實物之證據型態提示於審判庭，乃非法所不許。

故本案例中，大陸公安對目擊者C製作之警詢筆錄，相關屍體相驗鑑定報告、兇刀鑑定報告及DNA鑑定報告以及將原物所拍攝之照片，均有證據能力，可以此證據來認定犯罪事實。

(作者為中央警察大學行政警察學系暨警察政策研究所教授)



東引地景 / 黃丁盛 / 馬祖國家風景區管理處