

兩岸共同打擊犯罪與刑事證據法則之研究 ——特信文書與傳聞法則

林裕順



- 壹、前言
- 貳、司法互助與傳聞法則現況分析
 - 一、司法互助之現況檢討
 - (一) 司法互助「異中求同」
 - (二) 司法互助「和而不同」
 - (三) 司法互助「形同實異」
 - 二、傳聞法則之規範評析
 - (一) 傳聞法則之規範論理
 - (二) 傳聞例外之實然應然
- 參、「司法互助」與傳聞例外——規範衝突辯證
- 肆、「檢訊筆錄」與傳聞例外——滯留國外供述不能
- 伍、「特信文書」與傳聞例外——私人記錄、鑑定文書問題檢討
- 陸、結論

壹、前言

【實務案例¹】

「和信治癌中心醫院主治醫師，不滿大陸「小三」劈腿，到大連市迷昏秦女後網綁、迷姦、再殺害」「經過協調，大陸當局退而求其次，同意刑事局派人到大陸拿取物證」，包括「被害人家屬筆錄、現場指紋、DNA鑑定書、解剖報告書等書證，讓刑事局成功比對出在房間內的指紋」另「這起殺人案的相關人證全在大陸，地檢署決定透過遠距視訊方式，請大陸當局先安排我方指定的五名證人，在大連市公安單位接受偵訊，承辦檢察官在地檢署透過網路視訊，連接台北與大連，經由電腦螢幕與證人面對面開庭訊問。」

98年4月26日，「財團法人海峽交流基金會」與「海峽兩岸關係協會」，就兩岸共同打擊犯罪行司法互助與聯繫事宜，在南京簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」。其中，第三章「司法互助」第八條第一項「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份；勘驗、鑑定、檢查、

1. 參 2011.05.05 聯合報、中國時報等報導。





訪視、調查；搜索及扣押等。²台灣負責聯繫主管機關法務部，為能妥適執行「本項協議」相關條文規範，參考國際刑事司法互助慣例制訂「海峽兩岸調查取證及罪贓移交作業要點」。

其中，作業要點第三點有關「協助事項之說明」，就取得「證言及陳述」之方法特別規定，可以請求事項：包括「協助取得證言及陳述」、「協助促使特定人前來台灣地區作證或陳述者」、「協助台灣地區檢察官前往大陸地區參與調查取證」、「請求提供書證、物證及視聽資料」等等³。惟前引「實務案例」檢察官取自我國司法權所不及之國家、地區，類如被害人家屬筆錄、現場指紋、DNA鑑定書、解剖報告書等供述、鑑定書證等，於我國近年司改採行「當事人進行主義」、「傳聞法則」制度運作下，是否該當傳聞證據或符合傳聞例外等等證據能力問題，以及相關法制差異、規範摩擦對於蒐集證據之證據能力判斷、評價影響頗值探討。本文對照東瀛日本

相關代表性判例，期盼他山之石得以攻錯⁴。

貳、司法互助與傳聞法則現況分析

隨著「全球化」趨勢，國際交流、合作日漸頻繁，犯罪行為人可能是本國人或外國人，犯罪行為地或結果發生地不在同一國境，或因犯人、物品、資金逃亡、流動到國外等所謂「違反國內法之涉外犯罪」。或者，犯罪成立及訴追、處罰等刑事管轄權分配歸屬，依國際法或經簽署條約為準據之所謂「違反國際法之涉外犯罪」，相關偵查、訴追、審判、處罰涉及多邊國家經常可見⁵。為能有效抗制犯罪、確保訴追，有關犯人引渡、司法互助、訴追移轉、外國裁判效力等等，乃「國際刑法」(international criminal law) 規範研究的重要課題⁶。本文以下首先介紹、檢討我國有關司法互助最高法院判決，並說明、評析我國現行傳聞法則實務運用情形。

2. 2009.04.30 行政院以台陸字第 0980085712A 函依「台灣地區與大陸地區人民關係條例」第 5 條第 2 項予以核定，併送立法院備查於同年 6 月 25 日開始生效施行。惟依據大法官釋字 323 號解釋：「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。」參考「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」(Agreement on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between the American Institute in Taiwan and the Taipei Economic and Cultural Representative Office in the United States, 簡稱 AIT-TECRO Mutual Legal Assistance Agreement)，於 2002.01.16 經立法院審議通過，本項「司法互助協議」規範效力似亦有檢討必要。
3. 參台灣高等法院檢察署編印，「檢察機關辦理海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助」相關作業規定彙編，100 年 1 月，第 51、52 頁。
4. 日本「有斐閣出版社」創設於 1877 年，發行法律、經濟、人文、社會學術書籍雜誌斐有聲譽。1965 年同雜誌出版「刑事訴訟法判例百選」，並且約隔 5、6 年即全新編寫改版。本文取材的代表案例判例，主要引自井上正仁、大澤裕、川出敏裕共編，刑事訴訟法判例百選，第 9 版，ジュリスト NO.203，2011.03。
5. 安富潔，搜查手続法（演習講座），立花書房，1994.02，332 頁。
6. 「國際刑法」之法律解釋，參考竹內昭夫、松尾浩也、鹽野宏，新法律學辭典（第三版），有斐閣，1993 年，458 頁。

一、司法互助之現況檢討

(一) 司法互助「異中求同」

94年台上字第6074判決：「外國法院之裁判，不能拘束我國刑事法官之獨立審判。我國人民就同一行為，經外國確定裁判後，我國刑事法院依刑法第九條前段規定，適用我國刑法及相關之法律予以審判、處斷時，該外國法院之裁判書，因係外國法官依據外國法律裁判、製作，既非我國公務員所作成，亦非一般業務人員基於業務過程所製作之紀錄或證明文書，是就其作成之情況以觀，祇用於證明被告已經外國法院裁判確定之待證事實時，固得認其證據適格；但就證明被告犯罪構成事實之存否時，既係外國法官依外國法律審判、製作，應不具證據能力。」

刑事司法不僅反映國家體制、社會正義基本架構，並為國家主權、政府公權行使的重要機制。亦即，刑事裁判權乃國家權力的重要作用具權威、排他性，除國際慣例上具治外法權者，原則上及於全國領土之內。相對地，外國領域之偵查活動、司法審判，未經所在國承認、同意，因侵害外國主權不得行使實施⁷。然而，如前所述隨著社會、經濟活動的國際化，以及交通、通訊方法便利快速，人流、物流、錢流，情報資訊等跨境流動，不僅犯罪無國界且相關人的、物的證據或散佈不同國境領域。因此，為能因應犯罪抗制國際化、全球化趨勢，刑事司法亦不能故步自封，惟應評估不同國家主權見解摩擦，不同規範法域的緊張衝突，或不同

價值判斷的對立歧異，用以評價司法互助證據資料取得之法律適用與證據判斷等等⁸。一般認為藉由他國司法互助蒐集保全之證據，若無違反本國憲法規範人權保障，或違背本國刑事程序基本規範論理，以及從程序正義、公正審判觀點亦無重大違失，仍應賦予相關罪證資料證據能力用作事實判斷基礎⁹。

(二) 司法互助「和而不同」

98年台上字第7049判決：「被告在我國境外犯重罪，遭訴於我國有管轄權之法院，而其相關之共犯或證人則先在外國法院受審或作證，如該國與我國簽定有司法互助之條約或協定，且本互惠原則，亦承認我國法官依法之訴訟行為效力，可依回法第一百五十九條之一第一項規定，認該被告以外之人在該國法院之供述，具有證據能力。除此之外，所為之供述，若與其人嗣在我國法院審理中到庭受訊問之陳述不符，而該先前之陳述具有較為可信之特別情況，且為證明被告犯罪事實存否所必要，我國法院復認為先前陳述所處之環境與附隨條件，足保任意性無虞而適當時，該外國法院製作之筆錄，仍可賦予證據能力，否則任令正義不彰，不啻違反刑事訴訟之最終目的，亦不合證據能力之認定標準不妨放寬，證明力之判斷要求乃須從嚴之大原則。」

然而，刑訴法上所謂法官、檢察官、司法警察，一般均僅限於該國各組織法上有其官職者而言，外國具有同樣地位、職

7. 岡田悅典，刑事弁護と国際化，村井敏邦等編，刑事司法改革と刑事訴訟法（下），日本評論社，2007.05，689頁。

8. 岡田悅典，刑事弁護と国際化，村井敏邦等編，刑事司法改革と刑事訴訟法（下），日本評論社，2007.05，692頁。

9. 伊名波宏仁，国際化と裁判手続き，三井誠等編，新・刑事手続法（I），悠悠社，2002.06，415頁。





責者應不包括在內。因此，外國追訴犯罪之各種官憲蒐集、保全之證據，除有該當傳聞法則例外之「特信文書」（公務文書）者外，似應類如普通私人蒐集、保全證據一般之同等評價以判斷其證據能力。另類如本文前引實務案例，台灣司法警察制作被害人等詢問筆錄，依我現行傳聞法則條文規範並無證據能力，然大陸公安機關所制作者若有證據能力，法理評價一致性頗有疑義，台灣相關該當之偵查人員情何以堪。同時，雖私人違法取證並不當然適用「違法排除法則」（如我國刑訴法第158條之4），但有謂基於「司法廉潔性」之考量、觀點，若相關證據之作成、蒐集過程，有違憲法規範或同等之重大違法，仍應準用「違法排除法則」否定其證據能力¹⁰。

（三）司法互助「形同實異」

98年台上字第1941判決：「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。」
「原判法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。」

刑事訴訟法適用可能範圍，採「限定說」者認為刑事訴訟法效力僅限自國領域，惟外國政府承認的前提下，該同意限度方可擴及該國領域¹¹。另採「外國主權限制說」者認為訴訟法效力亦可及於外國領域，然外國領域內因該國主權具優先地位而受限制，若經外國主權承認限制隨即消失而得適用該國¹²。兩者論理區別實益，有關本國法院可否對於外國核發令狀，以及非屬任何國家管轄區域內之蒐證保全，前後見解不同而有否定、肯定區別。惟國際司法互助，乃關係國家間基於國際禮讓、平等互惠原則運作實施。無論屬強制處分或任意處分，相關司法作用蒐證保全乃國家主權行使，原則上未與該國主管機關簽署相關條約，或

10. 井上正仁，刑事訴訟法における証拠排除，1989年，有斐閣，416頁。

11. 平野龍一，刑事訴訟法，有斐閣，1993年，40頁。1971.5.13東京地院判決，刑事裁判集3卷5、6號459頁。

12. 安富潔，犯罪の国際化と捜査，同作者，捜査手続法，立花書房，1994.02，333頁。1978.12.20東京地院判決，判例時報912號24頁。

經當地該國同意、承認乃侵害主權之行為。日本實務判決係採取限定說之立場，故同認為檢察官在國外所作成之陳述筆錄，在該國承認之限度內所蒐集保全之證據，如同基於本國刑訴法所蒐集保全者，該當檢察官所制作之筆錄書面而有證據能力¹³。但是，該國除檢察官訊問筆錄之傳聞例外規定，如後所述尚須有事實上供述不能之前提要件，與我國現行「除顯有不可信」之寬鬆條文規範、實務運用並不相同。

二、傳聞法則之規範評析

【雋永智慧—日本·芥川龍之介《羅生門》¹⁴】

黑澤明轟動國際的《羅生門》，改編自芥川龍之介經典短篇小說「竹林中」。劇中青壯武士喪命的事情節，因兇狠盜匪、受辱少婦，甚或虛擬被害亡魂的口供敘述，案情峰迴路轉結局大相逕庭。蓋因供述者雖審訊者親身訊問，但各自為維護自身利益、地位，僅片面地陳述事實，並作有利於己的詮釋，致使事實難斷、真相難覓。套用現行司法制度的邏輯思維，正說明藉由個人隻言片語「言語供述」，判定案情真相乃至難之業。

（一）傳聞法則之規範論理

過去事實的相關事跡留存於人的記憶時，需藉由言詞表達方能呈現於法官面前。類此，因人的知覺、記憶藉由言語表現（供述），方為法官或外界所認知、認識者，

稱之為「供述證據」。相對地，過去事實的相關跡證殘存於人的記憶以外之物理世界、物件場所，稱之為「非供述證據」¹⁵。例如，目擊者、被害人等關係者口語供述乃「供述證據」（我國刑訴法第 166 條），另身體狀況、生物跡證判定採樣，同取之於「人」但屬「非供述證據」（同第 164 條）。另口語供述之記載筆錄，乃供述轉化或供述替代之書類證據（同第 165 條）。

刑事訴訟程序有關證據的分類，特別強調「供述」與「非供述」證據類型區分。蓋供述證據藉由言語表達，因經歷人的認知（Perception）、記憶（Memory）與敘述（Narration）等過程方為外界事實認定基礎。對照身體、物件、住宅等對象證據保全之非供述證據類型，具有所謂「類型錯誤的危險」（類型的に誤りが入り込む恐れ）或「制式誤導的風險」（定型的に信用性に疑問がある）¹⁶。換言之，考量供述證據乃以「人之言語」證明事實，對照人類生活的共同經驗，因「認知」總會看錯、聽錯，「記憶」可能淡忘、模糊，「表達」或有錯誤、混淆等等，所以法庭實務的證據判斷上，對於「言語供述」作為證據總是「心存戒心」。因此，傳聞法則乃用以排斥輾轉、間接之供述證據，用以禁止轉述、流言或八卦進入法庭審理審理。蓋「人的言語」若二手傳播或藉書面形式提出法院，通常供述者未經具結或未受偽證罪處罰警告，法院或當事人未能直接觀察供述態度

13. 本案於日本通稱「ラストボロフ事件」，參東京地方裁判所昭和 36 年 5 月 13 日判決、東京高等裁判所昭和 40 年 3 月 15 日判決。
14. 國內有關日本「羅生門」中譯版本頗多，例如，李毓昭翻譯，羅生門，晨星，2005 年，以及葉笛翻譯，羅生門，桂冠，2006 年，各有特色，頗值一讀。
15. 日本裁判所書記官研修所，刑事訴訟法概說（再訂版），2001，司法協會，71、72 頁。
16. 裁判所書記官研修會，刑事訴訟法概要（再訂版），司法協會，2001 年，72 頁；松尾浩也，刑事訴訟法（下），弘文堂，1993 年，55 頁。





與狀況，並且受不利益的當事者不能進行釐清反駁，亦即相關法庭特有審理機制無法有效作動，以檢驗上述供述證據特有「類型危險」或「制式風險」¹⁷。

我國大法官釋字 582 號解釋則進一步強調：「刑事被告詰問證人之權利，旨在保障其在訴訟上享有充分之防禦權，乃憲法第八條第一項正當法律程序規定所保障之權利，且為憲法第十六條所保障人民訴訟權之範圍」「並有助於公平審判及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的。」因此，刑事訴訟法第 158 條之 3 規定：「證人、鑑定人依法應具結而未具結者，其證言或鑑定意見，不得作為證據」立法理由認為：「證人、鑑定人依法應使其具結，以擔保證言係據實陳述或鑑定意見為公正誠實。若違背該等具結之規定，未令證人、鑑定人於供前或供後具結，該等證言、鑑定意見因欠缺程序方面之法定條件，即難認為係合法之證據資料」對照，前述傳聞法則規範論理，及大法官保障人權論據，應需辨明「證人具結」確保供述證據之信用可靠，僅是「必要前提」而非「充分條件」，乃是「低標下限」而非當可「無限上綱」¹⁸。

（二）傳聞例外之實然應然

被告證人詰問基本權利保障之適用範圍，大法官釋字 592 號解釋嘗謂：「現行刑事訴訟法第一百五十六條第二項、第一百五十九條第二項前段、第一百五十九

條之一、第一百五十九條之二、第一百五十九條之四、第一百五十九條之五、第二百零六條、第二百七十三條之二、第二百八十七條之二、···性侵害犯罪防治法第十五條第二項、兒童及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暨檢肅流氓條例中有關秘密證人筆錄等傳聞證據之例外規定，均非本院釋字第五八二號解釋之對象」稍後，大法官於釋字 636 號解釋，認為：「任何人於他人檢肅流氓案件，皆有為證人之義務，而不得拒絕被移送人及其選任律師之對質與詰問。惟為保護證人不致因接受對質、詰問，而遭受生命、身體、自由或財產之危害，得以具體明確之法律規定，限制被移送人及其選任律師對證人之對質、詰問權利，其限制且須符合憲法第二十三條之要求。」換言之，廢止前之「檢肅流氓條例」，當時立法規範秘密證人亦屬傳聞例外¹⁹。然而，大法官於稍後之解釋中再次、重申對於「正當程序」憲法確信，考量「證人詰問權」「有助於公平審判及發見真實之實現，以達成刑事訴訟之目的」，堅持傳聞法則規範論理，限縮傳聞例外「立法裁量」，貫徹反對詰問機制設計，杜絕片段切割、即興地立法裁量。

因此，考量傳聞法則排除傳聞證據藉以避免供述內容錯誤可能，以及上述大法官維

17. 松尾浩也，刑事訴訟法（下），55 頁。另可參考陳運財，警察人員查訪報告之證據能力，月旦法學雜誌，55 期，1999 年 12 月，185、186 頁。
18. 同樣論理亦，可參考陳運財，偵查中證人之具結與傳聞例外之適用，台灣法學雜誌，93 期，2007.04，254 頁。
19. 2003.02.06 我國刑事訴訟法第 159 條條文增修當時，立法理由說明中亦明確將檢肅流氓條例中「秘密證人筆錄」認為屬傳聞例外之「法律有特別規定」。參五南法律小組，92 年刑事訴訟法修訂資料彙編，2003 年 8 月，77 頁。

護「反對詰問」刑事人權苦心詣旨，一般所謂傳聞法則之例外，包括：①「反對詰問」的實施機會既已充分確保，如已於審判期日證人詰問筆錄等。②「反對詰問」的實施既已放棄，如經雙方當事人同意或合意之書類證據。③「反對詰問」的實施有其困難、障礙，如「制作的真實」受確保前提下之勘驗筆錄、鑑定書。供述者已死亡、身心障礙無法陳述等「必要性」情況。④等同「反對詰問」實施之信用性情況保障（特信狀況），蓋供述過程或客觀情狀，考其自然性、良心性、義務性、公示性或不利益性等，應可認為供述內容之信用、真實已獲擔保²⁰。然而，我國現行傳聞例外有關「特性情狀」，不僅法律規範實務運用難有一貫、體系說明²¹。甚至，錯誤詮釋傳聞法則規範目的，錯誤解讀反對詰問機制目的，以致混淆任意性、信用性問題所在癥結不同。例如，法院辦理刑事案件應行注意事項 89 後段：對於刑訴法第 159 條之 1 第 2 項，就顯無「不可信之情況」，誤為：「法院應審酌被告以外之人於陳述時之外在環境及情況，例如：陳述時之心理狀況、有無受到外力干擾等，以為判斷之依據，故係決定陳述有無證據能力，而非決定陳述內容之證明力。」注意事項 90：對於刑訴法

第 159 條之 3，就「具有可信之特別情況」，誤為：「法院應比較其前後陳述時之外在環境及情況，以判斷何者較為可信，例如：陳述時有無其他訴訟關係人在場，陳述時之心理狀況、有無受到強暴、脅迫、詐欺、利誘等外力之干擾。」等等²²。然而，雖不難想像供非任意之供述（外力干擾）會影響供述的信用與可信度，可是傳聞例外乃更細膩的處理任意供述下感官、記憶、敘述之可能錯誤。

再者，我國實務條文規範適用上，對於「鑑定書」無條件的賦予證據能力，如同注意事項 115 規定：「受審判長、受命法官或檢察官選任之鑑定人所為之書面鑑定報告，屬傳聞證據排除之例外，具有證據能力。」可是，鑑定之書面報告有證據能力，應是考量「反對詰問」實施之困難，蓋鑑定的判定過程具專門性、複雜性且富變化，且因相關鑑定歷程及結果會涉及許多技術性問題，相較口頭的報告穿插圖表照片的書面資料，應較能傳達正確內容。因此，鑑定人所作成的書面（鑑定書等）仍屬傳聞證據，並且不能無條件肯認證據能力²³。若維持前述傳聞法則之一貫論理，應就鑑定人作成名義及作成記載之真實性等從事事項，賦予反對詰問機

20. 日本裁判所書記官研修所，刑事訴訟法講義（三訂版），司法協會，2008 年，287 頁。三井 誠、酒卷 匡，入門刑事手續法（第 4 版），有斐閣，2006，224 頁。
21. 學者批評指出：「我國版」傳聞法則，與美日法制相去甚遠，不僅造成真實發現的障礙，又恐剝奪被告詰問證人權。參王兆鵬、陳運財等著，傳聞法則理論與實踐，元照，自序，2004.09。
22. 例如，日本對於符合該國傳聞法則例外而認有證據能力之傳聞證據，於其刑事訴訟法另有規範處理任意性之問題。亦即，該法第 325 條規定：「法院對於依第三百二十一條至前條規定得作為證據之書面或供述，未事先調查書面所記載供述或準備審判或審判期日所為供述內容之他人供述出於任意所為者，不得以之為證據。」
23. 我國實務判決大多寬認鑑定書之傳聞例外，如最高法院 97 年台上字第 919 號判決、第 1629 號判決等等。惟學者亦有批評，相關刑訴 206 條第 1 項所謂「言詞或書面報告」用語，乃「證據方法」之條文規範，而非「證據能力」之傳聞例外。陳運財，傳聞法則之理論與實踐，月旦法學雜誌，97 期，103 頁。



會方能肯認其證據能力²⁴。

參、「司法互助」與傳聞例外— 規範衝突辯證

一、日本代表性判例事實概要

1976年2月，美國聯邦議會上議院外交委員會「多國籍企業」小委員會的公聽會中，揭露洛克希德（Lockheed）航空公司，推銷航空飛機所引發官商勾結問題。擔任本案偵查的東京地檢署檢察官，同年五月對東京地院的法官提出聲請，就有關丸紅總合商社社長X及其他二名成員的賄賂行為，與數名姓名不詳者的收賄不法事證，依據刑事訴訟法第226條規定，並循國際司法互助方式，委託美國司法機關對於居住美國之洛克希德（Lockheed）公司職員A等3人進行證人訊問²⁵。檢察官提出此項請求時，並附有檢察總長聲明書，其內容：「對上述各證人的供述內容，以及未來藉此所得之證據，即使有違反日本法律者，已指示所屬就有關該證言事項，對三名證人為不起訴處分。」以及東京地檢署檢察長之聲名書，內容：「就證言事項，對三名證人為不起訴處分。」據此，負責承審本案的東京地院法官依循外交途徑，於附記檢察官前述意旨，囑託該案美國司法管轄機關之加州中央區聯邦地方法院，實施對A等三人實施證人訊問之檢察官聲請。

受囑託聯邦地方法院任命主導本件證人訊問之執行官，進行相關詰問證人程序。然A等人仍以受日本刑事法律訴追之虞拒絕證言，蓋其對於前述檢察總長及東京地檢署檢察長所發表之聲明，於日本境內是否具備刑事免責法律效果容有疑義。因此，同年7月該聯邦地院的法官要求A等人應接受證人詰問程序，並裁定：「本案證人供述之任何證詞，或因本件囑託證言獲致之情資，於日本最高法院發表聲明或訂出規範，明確表示相關內容於日本管轄領域內不被追訴前，不會傳達相關證言內容。」

因此，檢察總長再一次表明：「保證該三名證人所為之證言或因證言獲致之所有情報，於日本國境內不會遭送追訴。」同時，最高法院亦聲明：「檢察總長的上述保證，未來我國所有檢察官將會遵守。」聯邦地院接到此聲明後，A等之證人詰問程序陸續展開，包括先前所作成文件及十數卷證人訊問筆錄，分次送到日本。稍後，前首相Y、首相秘書，及前述X等2名，分以受託受賄、行賂等罪遭到起訴²⁶。

二、日本代表性判例判解要旨

最高法院大法庭認為被告等人，即使未有本項囑託證人詰問筆錄，依據其他證據亦得宣告有罪，上訴意旨對於原審判決結論並無影響駁回上訴，但有鑑於所論議題之重要性，故就本件囑託證人詰問筆錄之證據能

24. 三井 誠、酒卷 匡，入門刑事手續法（第4版），有斐閣，2006，228頁。我國最高法院100年台上字第1134號判決，亦有同樣見解指出：「使該鑑定書面之製作者在審判庭受詰問或訊問，具結陳述該鑑定書面係據實製作，亦即賦予被告就證據適格有反對詰問之機會，再據以判明是否承認其證據能力，以補立法之不足。」

25. 日本刑訴法第226條（第一次審判期日前證人詢問之請求）

「明顯認為知悉犯罪偵查上不可或缺知識者，對於依第二百二十三條第一項規定之偵訊拒絕到場或供述，檢察官得於第一次審判期日前向法官請求詢問證人。」亦即，檢察官對於被告以外之人，並無類似我國強制到場、要求具結、訊問被告之條文規範、論理。

26. 1995年2月22日，日本最高法院大法庭判決，刑事裁判集49卷2號1頁。

力，為以下判斷：

- (一)「最高法院大法庭對於前述事實發展，認為：〔檢察總長及東京地檢檢察長〕所為各項宣示，乃為能於法律上強制取得 A 等供述，而保證相關人等未來於我國境內，不會因其證言內容受到追訴，即賦予所謂刑事免責而得到 A 等之證言，方能獲致 A 等證言，完成本件囑託證人訊問筆錄制作並送達我國」
- (二)「『犯罪事實，應依證據認定之』(刑訴法第 317 條)。惟本項證據之容許性，除應符合刑訴法證據能力之相關規定外，並應考量刑訴法規範意旨，亦即『刑事追訴兼顧公共福祉維護與個人權利保障，追求事實真相以正確迅速實現刑罰規範之目的』(同法第 1 條)，而為事實認定之基礎。」
- (三)「刑事免責制度，乃因應基於不自證己罪特權保障而拒絕證言，致有未能獲致犯罪證明所需必要供述之情形，而賦予具共犯等關係之部份人員免於刑責，使其喪失不自證己罪特權而強制取得供述，並依其供述內容作為他人有罪證據的法律制度。本案接受囑託的美國於一定之容許範圍、手續要件下，採用此項機制並制訂相關法律規範發揮一定機能。²⁷」

(四)「對照我國憲法條文有關刑事手續的規定，雖尚不足認為拒絕本項制度之採用，然刑訴法並未設有相關規範條文。再者，本項制度雖如前述目的考量而有其規範功能，但終攸關與犯罪相關之人利害，並對刑事程序重大事項有顯著影響，其採擇與否仍應慎重考量是否有採用必要性、是否符合公平審判的觀點、是否符合國民法律感情之公正期待等等，並且若採行本項制度，其適用對象範圍、手續要件、效果似應明文規定。然而，我國刑訴法既未設有此制度之條文規定，實可認為並未考量採用本項制度，故賦予刑事免責而取得供述作為認定事實的證據，解釋上認為並不允許應屬必然。」

(五)前述論理對於本件藉由國際司法互助之過程，利用刑事免責制度而取得證據，應同樣適用並無作不同解釋之理由。蓋即使由國際司法互助所獲得之證據，得否作為我國刑事裁判上認定事實之依據，仍應遵照我國刑訴法等相關法令來決定。有鑑於前述我國刑訴尚未採用刑事免責制度之意旨，雖是依國際司法互助而取得證據，仍應認定不能作為認定事實的基礎。

27. 我國與「刑事免責」有類似立法考量，可參「證人保護法」第 14 條規定：「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。」





三、本文說明評析

綜觀前述日本最高法院判決論述說理，應可整理如下四項重點，包括：

- (一) 本案中相關檢察官不起訴之宣示，乃藉由實務運用獲致等同「刑事免責」之法律效果。
- (二) 就日本憲法及刑訴法規範而言，並不排斥刑事免責制度設計，但該國現行法制並未採用。
- (三) 因此，以刑事免責制度運用為前提實施詰問證人，相關供述證言等筆錄書面並無證據能力。
- (四) 同時，本項供述證言之證據禁止，並未因國際合作司法互助之原因理由有所區隔更動²⁸。

「刑事免責」乃英美法採用施行之制度，包括免除與該供述關連犯罪行為之供述者罪責（行為免責 transactional immunity），以及免除供述所得證據用以追訴供述者（使用免責 use immunity）。現一般採用刑事免責制度國家，大多認為不自證己罪喪失之對價，涵蓋該項供述及其衍生證據使用之禁止（證據使用禁止 use and derivative immunity）²⁹。惟

本項日本最高法院判決，或認「刑事免責」係屬刑事程序重大政策，理應由人民代表經立法程序方具備正當性，另考量刑事免責容易引發虛偽供述，相關道德風險若未控管，恐致事實誤判影響被告權利。同時，刑事免責若有「魔鬼交易」、「利益交換」等負面觀感，或難符合國民法律感情對於公正之期待³⁰。

惟日本學說有力見解，認為刑事程序未有「刑事免責」規範設計，即認相關供述取得並無證據能力似嫌速斷。本項日本檢察官「不起訴」宣示，因而促成相關證人訊問程序，彷彿「事實上」（非規範上）刑事免責機制，或有違背日本刑事偵查程序規範，但相關供述用能力的判斷，適用違法蒐集證據排除法則，綜合考量具體要件是否違背憲法等規範之重大違法³¹。並且，有謂本項供述證據能力有無之判斷，應尊重國際司法互助受託國主權，肯認該國法律建制下證據蒐集保全證據之證據能力³²。稍後，對於依循國際偵查互助，於美國制作「關係人供述筆錄」之證據能力問題³³，日本另有最高法院判決認為：本項供述筆錄乃該受偵訊者經緘默權告知，且於美國偵查人員及日本檢察官共同

28. 後藤昭，刑事免責による証言強制—ロッキード事件，松尾浩也・井上正仁編，刑事訴訟法判例百選（第七版），ジュリスト NO.148，1998.08，148 頁。
29. 田口 守一，刑事訴訟法，弘文堂，2009.05，343 頁。
30. 後藤昭，刑事免責による証言強制—ロッキード事件，松尾浩也・井上正仁編，刑事訴訟法判例百選（第七版），ジュリスト NO.148，1998.08，149 頁。
31. 井上正仁，刑事免責と囑託証人尋問調書の証拠能力（1）（2），ジュリスト 1069 号，1995 年，13 頁以下，同 1072 號 140 頁以下。
32. 川出敏裕，國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，3 頁以下。
33. 日本刑訴法第 223 條（第三人任意到場詢問、鑑定通譯之囑託）

「檢察官、檢察事務官或司法警察，偵查犯罪如有必要得通知犯罪嫌疑人以外之人到場接受為詢問，或囑託其為鑑定、通譯或翻譯。」

「第一百九十八條第一項但書〔拒絕到場、離去〕以及第三項至第五項〔筆錄、閱覽、朗讀、增減變更簽名捺印〕之規定，前項情形準用之。」

詰問過程中，於具任意性狀況下自為供述。同時，於美國公證人見證有偽證罪制裁適用之前提，經宣示記載供述內容係屬真實亦自為署名，該當刑訴法 321 條第 1 項第 3 款「特信情況」³⁴。

肆、「檢訊筆錄」與傳聞例外—— 滯留國外供述不能

一、日本代表性判例案例事實

酒吧經營、管理等被告三人共謀，因提供泰籍女性 14 人、日本女性 1 人居住並使其賣春為業，依經營賣春罪（賣春防止法第 12 條）遭檢察官起訴。而泰籍女性依入出境管理法強制出境手續由入管局收容，期間接受檢察官偵訊完成筆錄製作，並於當天乃至其後七天內（即收容後八至十五日），依序強制送回泰國。其中一名泰籍女性因辯護人請求保全證據程序，經證人詰問程序後始強制遣返泰國。另有一名於辯護人聲請證據保全時已遭遣返，另外對其餘十二名並未聲請相關保全程序。

第一審審理期間前述 14 名泰籍女性中，除經證據保全程序而為證人詰問之該名證人外，有關其他 13 名的檢察官偵訊筆錄，檢察官依刑事訴訟法第 321 條 1 項 2 號前段規定聲請法院實施證據調查。雖然，被告爭執此些證據之證據能力，但法院仍同意檢察官的證據調查聲請，並且將相關筆錄作為認定犯

罪事實證據。因此，被告基於以下理由，上訴高等法院。（Ⅰ）檢察官筆錄依刑訴法第 321 條第 1 項第 2 款認定為有證據能力的前提，應需有與反對詰問具相同程度足以保障其信用性狀況存在（特信情況），但本案件各件檢察官筆錄於此均有欠缺³⁵。（Ⅱ）即使前述之特信情況非屬積極要件，該供述有非於可信用之情況下所為之虞，仍應否定其證據能力（即不可信狀況屬消極要件），本案各供述該當此情形。（Ⅲ）如能預見審判時該外國人不在國內，檢察官於審判期日前有義務依刑訴法第 226、227 條，依證據保全程序請求詰問證人。若對此相關義務有所懈怠，該檢察官筆錄應無證據能力。

二、日本代表性判例判決要旨

（一）高等法院判決意旨

上訴審之大阪高院，對於（Ⅰ）認為「321 條第 1 項 2 款前段並未如同該條第 1 項 2 款後段，或同條文 1 項 3 款之規定，有『有可信用之特別情況』或『特別可信用之情況下所為者』之限制條件。所以，供述者只要符合『滯留國外而於準備審判期日或審判期日未能為供述』之要件，即可解釋為取得證據能力。對於（Ⅱ）認為「供述屬『非於可信用狀況下所為之虞』之情形，作為刑訴法第 321 條 1 項 2 款前段之消極要件，因有違條文規定並不恰當。」再者，「有鑑於本案情

34.2000.10.31 日本最高法院判決，判例時報 1730 號 160 頁。

35. 日本刑訴法第 321 條第 1 項：「被告以外之人所作供述書或供述筆錄，其供述之書面經供述者署名或蓋印，於以下所揭情形得作為證據。一、法官面前制作之供述筆錄，因供述者死亡、精神或身體障礙、所在不明或在國外審判準備或審判期日不能為供述時，或供述者於審判準備或審判期日為與先前相異供述。二、檢察官面前制作之供述筆錄，因供述者死亡、精神或身體障礙、所在不明或在國外審判準備或審判期日不能為供述時，或供述者於審判準備或審判期日為與先前相反或實質上相異供述。但限於相較審判準備或審判期日供述，先前供述具可信任之特別情狀。三、前兩款所揭情形以外書面，因供述者死亡、精神或身體障礙、所在不明或在國外審判準備或審判期日不能為供述，且該供述於犯罪事實證明不可欠缺時。但限於該供述具可特別信用情況下所為者。」





節檢察官並無意圖使供述者出國離開日本等相關情形，以故意造成被告喪失反對詰問證人之機會，而無視為前述所稱本條項之消極條件的必要。若有不當侵害被告反對詰問權及適正訴訟程序利益，可依所謂證據禁止原則否定該證據能力即為已足。本案亦無可認為有此相關情事。對於（Ⅲ）認為「刑訴法第 226、227 條之機制，乃原本為使偵查機關能為充分的調查，在偵查上得為必要的資料蒐集及證據保全之方法。又犯罪嫌疑人、被告或辯護人依本法第 179 條得為證據保全程序。所以，於本案情形檢察官並無依第 226、227 條請求為證人詰問之義務。…因此，雖未履行此義務…並不能否定檢察官筆錄證據能力」，而駁回被告上訴³⁶。

（二）最高法院判決要旨

辯護人以刑訴法第 321 條第 1 項第 2 款前段規定違法憲法第 37 條第 2 項，蓋該條文合憲的前提，需有等同反對詰問確保信用性之情況保障；另縱此點非積極之要件，仍應認本案之供述非於可信用情況下所為者，應否定其證據能力，而上訴最高法院。然最高法院判斷如下：

1、刑訴法第 321 條第 1 項第 2 款前段規定：檢察官面前制作之筆錄，其供述者於國外致準備程序或審判期日供述不能者，得以為之為證據。亦即，符合前述規定之情形，即可賦予證據能力。惟本條文規定本法第 320 條傳聞證據禁止之例外，考憲法第 37 條第 2 項保障被告證人詰問權之意旨，若檢察官面前筆錄未能考量聲請證據調查之沿革，或供述者身處國外之事由，相關檢察官面前制作筆錄均可依前項規定，賦予證據能力作為事實認定之基礎，頗有疑

義。」

2、本案供述者人於國外，起因強制遣返之事由。一般強制遣返業務，均考量出入國境管理公正之行政目的，由出入國管理機關依據出入國管理及難民認定法，符合一定要件下強制外國人離境之行政處分。然而，同屬國家機關之檢察官，若認知相關外國人強制離境，於準備期日或審判期日有供述不能情形，而進一步加以操作利用，或法院、法官裁定詰問證人但仍行強制離境之情形等，相關聲請證據調查該外國人檢察官面前筆錄，從程序正義觀點認為有欠公平時，應可謂容許以之為證據認定事實似有不當。」

3、本案「未可認為檢察官操作利用供述者強制離境，而不能於準備或審判期日進行供述」，「（有關一名泰籍女性）辯護人聲請證據保全、法官實施證人詰問」，其他一名於辯護人聲請證據保全時既已強制遣返，其餘 12 名並未聲請證據保全而為遣返，「故不能認為檢察官筆錄之證據調查聲請，從程序正義觀點有欠公平，應無容許以之為證據認定事實而有不當之情形。」

三、本文說明評析

有關供述者死亡、身心障礙、滯留國外等供述不能之情形，檢察官筆錄證即具證據能力之規範運用，雖日本多數學說見解認為檢察官乃當事者一方，及基於被告證人詰問權保障之考量，要求仍需另符「信用性客觀情況保障」，否則有違傳聞法則以及憲法規範論理³⁷。惟前述判決實務見解認為法律條文並未有相關「特信情狀」之規範要求，雖同意多數學說意見理應尊重憲法有關被告證

36.1989 年 11 月 10 日日本大阪高等法院判決，判例タイムズ 729 號第 249 頁。

37. 的場純男，檢察官面前調書，松尾浩也・井上正仁編，增刊ジュリスト刑事訴訟法の争点（第 3 版），2002.04，186 頁。

人詰問權的保障，但認只需考量相關滯留國外之原因理由，是否偵查機關人為恣意之操作利用而違「程序公平」³⁸。

另所謂「檢察官認知相關外國人強制離境，於準備期日或審判期日有供述不能情形，而進一步加以操作利用」，一般認為類如檢察官企圖迴避該當外國人接受證人詰問，或延遲提起公訴；或檢察官隱蔽證據，令被告等未能聲請證據保全；或檢察官惡意先為其他證據調查聲請，致延誤詰問該證人期日可能等等。再者，所謂「法院、法官裁定詰問證人但仍行強制離境之情形等」，例如檢察官企圖迴避該當外國人接受證人詰問，檢察官利用強制離境之行政處分，或向法院傳達錯誤強制離境的時間，致法院喪失詰問該名證人可能之情形等³⁹。

伍、「特信文書」與傳聞例外—私人記錄、鑑定文書問題檢討

一、日本代表性判例事實概要

本件裁判乃有關「洛克希德」案件審理過程（Lockheed），檢察官聲請相關「書證」調查之證據能力判斷。亦即，①銀行分行襄理 A 用作自己營業資料紀錄，幾乎是每天固定營業時間後，排除個人評價而將當天營業

狀況重點，以條列方式記載之工作日誌。②同一銀行分行經理 B，就私人生活事項、個人觀感或意見等，記載無關營業目的之個人備忘、行事曆之 3 年間記事本。③隸屬擁有海岸邊「6 腳消波塊」專利公司之設計師 C，因私人委任計算某海防工程所需「6 腳消波塊」重量、個數之規劃書⁴⁰。

二、日本代表性判例判決要旨

（一）有關刑事訴訟法 323 條之立法意旨

「本條第 320 條第 1 項，原則否定被告以外之人供述替代書面（包括陳述書及記載其供述之筆錄）的證據能力，另於第 321 條以下條文訂定例外之可能情形。同時，相關例外情形中最为嚴格的基本態樣，乃第 321 條第 1 項第 3 款規定之供述書面（警詢筆錄），而稍為寬鬆規範的書面型態，則有同條項第 1 款（審訊筆錄）、第 2 款（檢訊筆錄），以及同條第 2 項（準備或審判期日筆錄）、第 3 項（勘驗筆錄）、第 4 項（鑑定書）⁴¹，乃至第 323 條各款所定之（特信文書）書面證據⁴²。各項筆錄、書面，均因其制作當時情境、背景以及書面本身性質，相應地容許具備證據能力的法律要件逐漸鬆綁、放寬（雖寬鬆程度未必與法律條項次序連動）。惟第 323 條各款所定

38. 田口 守一，刑事訴訟法，弘文堂，2009.05，389 頁。

39. 上富敏申，退去強制と檢察官面前証書，井上正仁、大澤裕、川出敏裕共編，刑事訴訟法判例百選，第 9 版，ジュリスト NO.203，2011.03，137 頁。

40. 1978 年 6 月 29 日東京地方法院裁定，判例時報 893 號 8 頁。

41. 第 321 條第 2、3、4 項：「記錄被告以外之人準備審判或審判期日供述書面，或記載法院、法官勘驗結果之書面，無關前項規定得作為證據。」「有關檢察官檢察事務官或司法警察勘驗結果之記載書面，供述者於審判期日為證人接受詰問，陳述該書面乃據實制作者，則無關第一項規定得作為證據。」「記載鑑定經過及結果之書面，有關鑑定人所制作者，與前項同。」

42. 日本刑訴法第 323 條（特信文書傳聞例外）：「前三條所揭以外之書面，限於以下所示得以為之證據。一、戶籍謄本、公證書謄本及其他公務員（包括外國公務員）對於職務上可證明事項該公務員所作成書面。二、商業帳簿、航海日誌及其他常態業務過程所作成之文書。三、前兩款所揭事項以外，特別可信用情況下所作成之文書。」





書面（特信文書），乃位居傳聞法則除外規定「重疊結構中之頂點」，雖未經反對詰問程序仍即無條件賦予證據能力。因此，同條第三款條文規定：「除前兩款外其他於可信用情況下所制作的文書」，解釋上應指依其作成當時情境、背景以及書面本身性質，與同前兩款書面同樣具備高度信用性之客觀情境保障。」

（二）基於上述論理，前各項證據證據能力判斷如下

1. 有關前述證據①之判斷

本項營業工作日記，乃 A 基於業務資料之必要所作的書面，且幾乎是每天於營業時間結束或至遲於隔天早上，排除個人評價將當天業務要點逐條記載，考其制作目的、制作方法難有發生錯誤之可能，應肯認具有高度信用性。另先前同銀行於事務處理規則辦法，亦要求分行經理應制作分行營業日記，且經理異動交接並需辦理移交，稍後因該行簡化業務方廢止本項工作。A 現沿用之前銀行經理營業日記的表單帳冊，以分行襄理身份紀錄、制作業資料用作個人備忘錄，雖已無須送他人檢閱且調動時亦無繳回必要，惟可用以他人開展業務時之參考，故通常制作者以外之人亦有許多機會參閱記載內容，解釋上似無可懷疑相關記載內容之正確性，可該當第 323 條第 2 款規定業務文書之客觀擔保情況。然而，本件乃因私人考量所做並無公開性之情形，對照其作成目的、作成方法，應可認為與前業務文書同具高信用度之客觀情況保障，故解釋上該當第 323 條第 3 款應屬相當。

2. 有關前述證據②之判斷

本件 3 年間記事本，乃 B 用供個人備忘之記載，而非用作分行經理業務之記

載，雖置放於自己辦公桌抽屜，記載自己前日遭遇的事物，但有時亦有 2、3 天後方為記載的情形。另就其記錄之內容，參雜著日語、中文、俄語，雖有些部分是關於銀行業務情形之記載，但關於私人生活的事項，以及個人主觀看法、意見等亦隨處可見。因此，就此記錄狀況以觀，解釋上認為該當第 323 條第 1 款、第 2 款之書面實屬牽強。

3. 有關前述證據③之判斷

本件規劃書，乃 C 基於專門知識經驗所作，具有「記載鑑定經過、結果書面」之性質，但若要該當第 321 條 4 項之書面，應由法院委託交付並經宣誓「鑑定人制作」之必要，解釋上若認有相關準用之情形，亦應止於偵查機關委託鑑定之「受託鑑定人」為限，似不應擴及私人委託鑑定之情形。另第 323 條第 3 款所定之書面，解釋上應較 321 條第 4 項所定之鑑定書，證據類型上有更高信用性之客觀情況保障。本件規劃書甚未該當第 321 條第 4 項所定鑑定書的要件，故亦不能謂其該當第 323 條 3 款所定之書面要件。

三、本文說明評析

前述日本最高法院判決，就「特信文書」（如我國刑訴法第 159 條之 3）所以該當傳聞法則例外，認同該國學界通說：「本項文書於客觀上具備高度信用性、必要性之類型特徵」，主要考量本項書面製作過程，屬繼續性、連續性業務行為，並仿如機械作動、制式運作之重複行為。其中，公務員職務制作之文書，乃對於公務正確性之信賴，同時公務職務內容、慣性乃客觀、具體、明確。另一般業務上制作之文書，若屬規律地機械性、連續性作業，應可認為較無虛偽可能而得為正確記載，有關信用性的保障上相較傳

喚、詰問制作人等，要求提出書面之方法更能貼近真實⁴³。

同時，本項判決亦指出「特信文書」，乃位居傳聞法則除外規定「重疊結構中之頂點」。換言之，相對其他審訊筆錄、檢訊筆錄（我刑訴法第159條之1）或警詢筆錄（同第159條之3）等傳聞法則例外，法律規範就本項特信文書乃「無條件」賦予證據能力，甚可謂「特信文書」屬無須適用傳聞法則之「非傳聞」⁴⁴。因此，我國刑訴法第159條之4第1、2款條文關於特信文書條文，附加「除顯有不可信之情況外」之法律要件，似乎「多此一舉」誤解「特信文書」立法意旨。亦即，傳聞法則例外規定的立法規範上，「顯有不可信之情況」方屬本項特信文書，「顯有不可信之情況」則非本項「特信文書」。

另日本有關特信文書之概括規定：「除前兩款外其他於可信用情況下所制作的文書」（如我國刑訴法第159條之4第3款），該國認為解釋上應指依其作成當時情境、背景以及書面本身性質，與同前兩款公務、業務書面同居「重疊結構中之頂點」，同樣具備高度信用性之客觀情境保障⁴⁵。相對地，該國刑訴法上賦予鑑定書證據能力之前提要件，仍須具備鑑定人本身到庭陳明「該書面乃據實制作」之前提條件。因此，特信文書證據類型屬傳聞除外「重疊結構中之頂點」，無須附帶任何條件即具證據能力，故信用

程度高於需附條件之鑑定書證據類型。亦即，本項判決比較傳聞例外法律規範寬鬆輕重，方謂：「本件規劃書甚未該當第321條第4項所定鑑定書的要件，故亦不能謂其該當第323條3款所定之書面要件。」惟日本學者亦多認為，本項判決並未全然否認就個案適用上，仍有未該當鑑定書法律規定，而有適用特信文書規範要件之可能。蓋本件鑑定書乃為能提高道路收費標準而委託作成之評估報告，但本鑑定人乃私人並與工程具利害關係，故鑑定人本身客觀性有其疑慮，影響報告事實機械作動、制式運作之信用性確保⁴⁶。

陸、結論

刑事司法於國外實施證據保全，大致有以下方式：1. 偵查機關直接前往當地國實施偵查活動。2. 藉「偵查互助」，請求當地國偵查機關蒐集、保全證據。3. 藉「司法互助」，請求國外審判法院實施證據調查。其中，所謂「偵查互助」（そうさきょうじょ），乃偵查機關或偵查人員，因偵查犯罪必要，就相關犯人逮捕或證據蒐集保全，委託他偵查機關或人員實施。「司法互助」（しほうきょうじょ），指審判法院對於有關裁判事項相互協助，例如，管轄法院有關案件管轄案件之搜索、扣押等特定事項囑託其他法院實施⁴⁷。

43. 小川新二，特に信用すべき書面，井上正仁編，刑事訴訟法判例百選（第八版），ジュリストNO.174，2005.03，186頁。

44. 辻本典央，特に信用すべき書面，井上正仁、大澤裕、川出敏裕共編，刑事訴訟法判例百選，第9版，ジュリストNO.203，2011.03，185頁。

45. 同樣意見，可參陳運財，傳聞法則及其例外之實務運作問題檢討，台灣法學雜誌，94期，2007.05，152頁。

46. 辻本典央，特に信用すべき書面，井上正仁、大澤裕、川出敏裕共編，刑事訴訟法判例百選，第9版，ジュリストNO.203，2011.03，185頁。

47. 參考竹內昭夫、松尾浩也、鹽野宏，新法律學辭典（第三版），有斐閣，1993年，638、880頁。



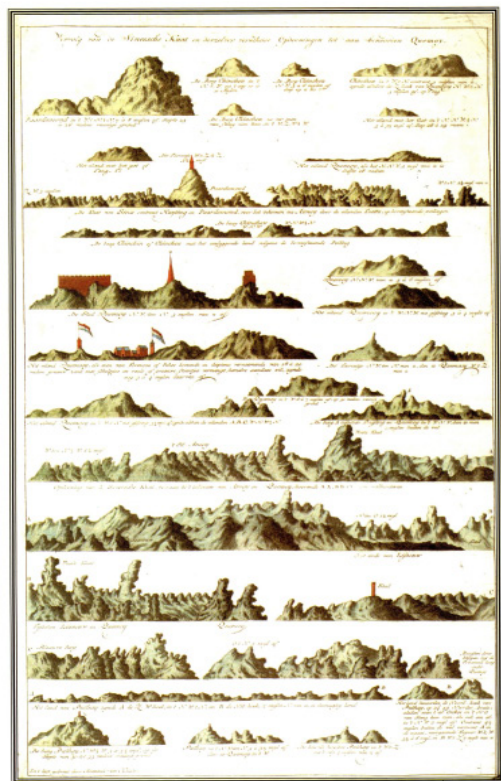


原則上司法互助乃考量雙方共同目標、利益，基於「國際禮讓」、「互惠原則」運作實施。如同前引「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」意旨與規定，一般互助合作項目，包括「情資交換」、「人員遣返」、「文書送達」、「調查取證」、「罪贓移交」、「裁判認可」（民事）、「罪犯接返」、「人道探視」等等⁴⁸。惟一般而言不同國家地區合作共同打擊犯罪等等司法互助協議，泛屬刑事追訴之行政事務或行政程序，且不難想像過程中不免需藉刑事程序，方能落實必要證據之蒐集、保全。其中，若有實施直接或間接強制處分，以及其他影響當事者權利義務之情形，相關司法互助理應準據受請求國刑事訴訟法規定本屬當然。並且，各國刑事案件之追訴、處罰之程序規範各不相同，此亦不同國家間締結司法互助條約協議之前提⁴⁹。

如同，司法院釋字 582 號解釋：「刑事被告享有詰問證人之權利，乃具普世價值之基本人權。」雖然，我國傳聞法則制訂過程，或避免牽連過廣或遷就當時法律規範，寬鬆認定傳聞例外法律有規定，包括：「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案二項、兒童及少年性交易防治條例第十條第二項、家庭暴力防制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等多種刑事訴訟特別規定情形。⁵⁰」然而，考量歷來我國「正當法律程序」之論述研究，現今兩岸交流頻繁檢討類如前引「實

務案例」等司法互助取得之資料，於我國近年司改「當事人進行主義」運作下如何適用「傳聞法則」等，似有必要回顧我國歷來實務運用經驗並參考國外規範應用成果，並且再次檢驗先前大法官釋字 592 號解釋保留評價之傳聞例外條文規範，方能凸顯近年我國刑事司改成果，並擴大台灣「軟實力」對於大陸法制影響之可能。

（作者為中央警察大學刑事系教授）



▲荷蘭人所繪由海上看金門的剖面圖，約繪於17世紀。

金門縣政府

48. 參台灣高等法院檢察署編印，「檢察機關辦理海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助」相關作業規定彙編，100年1月，1頁以下。

49. 河村博，刑事手続きにおける国際協力，松尾浩也・井上正仁編，増刊ジュリスト刑事訴訟法の争点（第3版），2002.04，20頁。

50. 參五南法律小組，92年刑事訴訟法修訂資料彙編，2003年8月，77頁