



專題企劃

檢察官境外取得供述證據之證據能力 ——以日本「拉斯托波羅夫案 (ラストボロフ事件)」為例

臺灣彰化地方法院檢察署檢察官 ◀◀◀◀ 邱鼎文

目次

壹、前言	一、爭點及所涉法條規定
貳、案例事實及歷審見解	二、學說主張與歷來實務見解
參、案例檢討	三、評析
	肆、我國法之省思——代結語

壹、前言

由於交通、資訊快速全球化之影響，包括傳統毒品、洗錢、網路及組織等各種犯罪類型，均有日漸猖獗之趨勢，而此類國際犯罪所涉及之人、事、時、地、物等要素，往往橫跨數國，其中除外逃人犯之引渡外，舉凡司法文書之送達、物證之調閱蒐集或證人之訊問，均因各國司法主權藩籬，而不易實施，尤以我國

國際地位及外交關係現況，無疑地更難以迅速、有效達成打擊跨國犯罪之目的。故為因應此一現實，目前我國涉外刑事案件往往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）所參與之國際組織（例如：國際刑警組織¹、艾格蒙聯盟²、亞太洗錢防制組織³等），獲取所需之情資。然所謂「情資」一詞，實際上與依照國際刑事司法互助⁴程序所獲得之「證據資料」有別，如欲提出法院作為證

- 1 國際刑警組織（Interpol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>。
- 2 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>。
- 3 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>。
- 4 「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）」之用語，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，其所指概念則包涵「罪人引渡」、「狹義國際刑事司法互助」、「外國刑事裁判之執行」及「刑事訴追之移轉管轄」等四種類型。森下忠，國際刑事司法共助的研究，東京：成文堂，1981年，頁1以下。其中，與本文有關者，為「狹義國際刑事司法互助」的部分，即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，以下本文所指「司法互助」，即專指「狹義國際刑事司法互助」而言。



據證明待證事實時，自應符合刑事訴訟法證據法則之檢驗。其中，檢察官得否經由司法互助之途徑，直接在境外進行訊問；及訊問取得之供述證據，得否作為法庭上之適格證據，均為值得研究之課題。

「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，在日本從事間諜活動之著名案例，亦是日本司法互助史上，首次由檢察官透過司法互助至境外訊問取證之案例。昭和29年（西元1954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遭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，因自願請求美國庇護，故於同月26日搭乘美國軍機離開日本；同時，該員並披露日本外交部官員曾配合其蒐集情報之情事，而造成國際轟動。其後，日本外交部三名涉及洩密罪之官員，遂遭逮捕起訴。案發後，日本檢察官隨即經由司法互助，直接前往美國對拉斯托波羅夫訊問取證，從比較法之觀點來看，本案日本法院就檢察官境外偵訊行為之效力，與筆錄具備證據能力與否之見解，實值我國日後作為相類似案件之參考。因此，本文乃不揣淺陋，嘗試以該案為例，就檢察官經由司法互助取得供述證據之證據能力問題，略疏己見，盼能收拋磚引玉之效。

貳、案例事實及歷審見解

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交事務官之職務，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，交付前駐日蘇聯代表部二等書記官拉斯托波羅夫，並使其閱覽，因而涉嫌違反國家公務員法洩漏秘密罪。案件發生後，東京地方檢察廳於昭和29年，透過外務省聯繫並取得美國有關當局同意後，於同年9月派遣檢察官至美國調查此案；透過翻譯之下，日本檢察官依日本刑事訴訟法對拉斯托波羅夫訊問取供，而作成兩件訊問筆錄帶回日本；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，因此檢察官乃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⁵之傳聞例外規定，應有證據能力。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日本刑事訴訟法第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⁶。

第一審東京地方裁判所判決理由⁷，就檢察官直接至境外實施取證行為之合法性認為：

「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）」

5 日本刑事訴訟法第321條第1項規定：「被告以外之人作成之供述書，或記錄其人供述之書面經其簽名蓋章者，以下列情形為限，得作為證據。」；其中第2款所稱「關於記錄在檢察官面前供述之書面，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供述時，抑或供述人於準備或審判期日，為與先前相反或實質上相異之供述時。但以先前之供述，較準備或審判期日之供述具有特別可信之情況者為限」，即為日本「檢察官面前筆錄」之傳聞例外規定，要件則近似我國刑事訴訟法第159條之1第2項檢察官偵訊筆錄之規定。

6 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，法學セミナー，283號，1978年，頁123-127。

7 昭和36年5月13日判決，下級裁判所刑事裁判例集3卷5・6號，頁469。



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。刑事訴訟法原本僅適用於我國領土範圍內，亦即基於屬地原則，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。是以，長谷檢察官調查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於境外實施取證行為之合法性。

其次，一審判決就筆錄是否符合第321條1項第2款前段之傳聞例外問題，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款前段所謂供述人身在國外，無法於審判期日到庭供述之情形，而具有證據能力。由於在我國境內接受檢察官調查而作成供述筆錄之被告以外之人，其後因故前往國外，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，故如同本案般之特殊場合，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，因而有認為於身在國外之情形，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，本案供述人自始在國外接受檢察官調查而供述之情形，因檢察官和供述人均係在供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，作成供述筆錄，如此之供述實無法確保其真實性和特信性。此項見解雖然言之成理，但供述人身體之障礙於供述當時即存在，或供述人明顯因重病而瀕臨死亡，或供述人明顯於供述後即將移居國外等情形下，均可預料供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供述筆錄，完全無證據能力而不予適用，其結論亦極為可疑」。

「與此相關者，供述人供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供述時在場行反對詰問，如剝奪此項詰問之機會時，是否得否定該供述筆錄之證據能力一點，亦存有爭議。因此，本案雖無法使被告或辯護人於拉斯托波羅夫供述時在場，在充足要件下，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；如同本案供述人在國外接受檢察官調查而供述，並在國外作成供述筆錄之情形，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」。故顯而可見，一審判決亦肯定本案情形符合日本刑事訴訟法第321條第1項第2款前段之傳聞例外。

從上述可知，雖然一審判決理由肯定檢察官在國外作成訊問筆錄之證據能力，但判決結果仍以該筆錄「供述之證明力不足，欠缺客觀



上足以佐證之證據」為由，認定被告無罪。檢察官提起上訴後，二審東京高等裁判所判決⁸亦採取與東京地裁相同之見解，駁回檢察官上訴而告確定。

參、案例檢討

一、爭點及所涉法條規定

關於上開日本案例之爭點及所涉及法條規定有二，其一為檢察官經由司法互助於境外進行偵查行為之合法性問題；另一則為訊問筆錄是否符合傳聞例外而具有證據能力之問題。在所涉法條方面，日本刑事訴訟法有關傳聞法則之規定，則規範於第320條第1項，亦即「除第321條至第328條所規定之情形外，代替審判期日供述之書面，或於審判期日以他人供述之內容為供述者，不得作為證據⁹」之規定。易言之，本條列舉「供述代用書面（代替審判期日供述之書面）」與「傳聞供述（於審判期日以他人供述之內容為供述者）」等兩種類型之傳聞證據，原則均不容許作為審判證據使用，僅於符合第321條至第328條所定之例外規定時，始肯定傳聞證據之證據能力。其中，與本案有關者，即為日本刑訴法第321條第1項第2款所稱「檢察官面前筆錄（檢面調書）」或「二款書面（二号書面）」之規定；限於篇幅，本文僅簡單說明如上。

二、學說主張與歷來實務見解

日本學說關於檢察官經由司法互助，於境外進行偵查行為之合法性問題，本案以前並無相關見解予以論述，迨本案發生後，此項攸關刑事訴訟法域外效力之問題，始漸受討論（詳

後述）。另外，學說方面對於第321條第1項2款前段檢察官面前筆錄之例外規定，多認為僅需「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」即肯定證據能力之要件，顯然過於寬鬆，因此，為保障對被告之反對詰問權，此款亦應具備「特信性」之不成文要件較為妥適¹⁰。

其次，學理上對於第321條第1項各款之「供述不能」要件，究屬於例示或列舉規定，亦有爭論。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；主張「列舉規定說」者，則認為第321條第1項各款，皆係限制日本憲法第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，通說則採取例示規定說之立場。

由於本案為日本實務上，首次由檢察官透過司法互助，於境外進行偵查行為之案例，故本案以前並無相關見解。至於就是否符合第321條第1項2款前段傳聞例外規定方面，實務對該款「供述不能¹¹」之要件曾有見解認為，「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，依刑事訴訟法第321條得作為認定被告甲犯罪事實之證據¹²」；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¹³」；或認為「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，或超越此程

8 昭和40年3月15日判決，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。

9 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」。

10 田宮裕，刑事訴訟法〔新版〕，東京：有斐閣，1996年，頁381。

11 即因「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」之要件。

12 札幌高等裁判所昭和25年7月10日判決，判タイムズ13號，頁46。

13 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。



度之事由時，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供述錄取書，得作為證據使用¹⁴；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¹⁵」等見解。

由上述實務見解可知，就「供述不能」之要件，實務顯然係採取例示規定說之立場。值得注意者是，法院在採取寬認立場之同時，較近案例則認為「關於因驅逐出境而離境之人，在檢察官面前所為之供述筆錄，若檢察官知悉使其出境將無法於準備或審判期日出庭供述，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¹⁶」，即為兼顧被告之對質詰問權，而從程序正義之觀點，對本款之事由作出限縮解釋之見解。

三、評析

(一) 司法互助之概念

1. 法源

在進入本案爭點之評析前，本文擬先說明有關司法互助之法源、法系差異及準據法適用等三項概念，做為評析與比較之基礎。首先，在法源方面，由於司法互助制度屬於國際刑事法之一環，同為國際法之下位概念，故國際

法之法源，理論上亦為司法互助之法適用基礎。而現今國際間所普遍承認之國際法法源，為國際法院規約（Statute of International Court of Justice）第38條之規定¹⁷，雖然上開條文內容包含多種法源基礎，但現今各國主要採用之方式，多重在簽署國際書面協定¹⁸，以期能明確規範互助之要件與程序。如從此角度觀之，似僅有國際書面協定始得作為司法互助之法源。然而，目前多數之國際書面協定，常可發現若干國際慣例、一般原理原則（例如：一事不再理原則）形諸於書面條款，且為滿足無書面協定國家間之互助需求，亦通常以互惠原則作為彼此得以請求互助之依據。故可知司法互助之法源，除以國家間簽署國際書面協定之方式外，在未簽署或未能簽署書面時，依照個案為互惠保證聲明¹⁹，亦為國際間折衷變通之作法。再者，從國內法觀點來看，接受他國互助之請求後，國內執行請求內容之機關主體、要件及程序，亦應有明確之法源依據，以符合依法行政、正當法律程序及令狀主義等法律原則；對照歐陸國家發展司法互助之沿革來看，除雙邊或多邊條約之簽署外，各國亦多以制定內國法之方式，作為執行互助請求之依據，至於實際規範之內容如何，則因各國政策之考量，而有不同。

司法互助之法源，既包括國際法及國內法面向，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，以備因應。然實際上因司法互

14 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。

15 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。

16 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。

17 亦即包含：國際公約（International Conventions）、國際慣例（International Customs）、一般原理原則（The General Principles）、國際法院判決（Judicial Decision s）及知名國際法學者之著作（writings of the most distinguished publicists），全文請參閱聯合國網站<http://www.un.org/chinese/law/icj/statute.htm>。

18 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，本文為求一致，亦採取此項用語。

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



助，係十九世紀以來始逐漸發展之國際活動，復加上各國受其等政治體制、外交現況或法律體系等外在因素之影響，迄今包括我國在內之許多國家，均未能完備相關法源，迨為不爭之事實，故於法制未備之階段，國際實務現況，仍以個案為互惠保證聲明提供協助居多。惟因今日國際社會之互助需求日漸頻繁，除繼續援用國際書面協定，或個案互惠保證之方式外，可預期國際間在將來司法互助之法源發展方面，亦將更趨活潑、廣泛及多元化²⁰。

2. 法系差異

其次，在訴訟目的上，大陸法系國家法院向來以真實發現（discovery of truth）為審判重心，而英美法系國家法院則以解決當事人間之紛爭為主，因此兩法系國家對於司法互助之觀點，亦南轅北轍。亦即，大陸法系國家將司法互助視為本國審判權之延長（long arm jurisdiction），故執行互助程序時，需透過本國與外國政府機關之合作達成，且證據之蒐集亦多由國家機關介入，而採取職權進行之立場。英美法系國家則將司法互助視為確保個人訴訟法及實體法權利所必要之行為，關於證據之蒐集，以公權力不介入為原則，而採取當事人進

行之立場。由於上開大陸法系與英美法系國家之結構差異，因而在跨法系國家間進行司法互助時，不可避免地容易產生法律適用之衝突問題。就司法互助之請求國而言，證據取得階段之法制落差，對於後續之證據評價影響甚大，因而就兩法系之觀點、差異及調和解決之道，於簽署書面協定或國內立法時，即不能不預先加以思考。最具有代表性之跨法系國際公約，為美國與瑞士於西元1973年5月25日簽署之刑事司法互助條約（Treaty between the United States of America and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters，於1977年1月23日生效），該條約就調和英美法系與大陸法系制度差異，設有詳細之規範，因此在跨法系國家間締結刑事司法互助條約時，亦常作為參考範本²¹。

3. 準據法²²

再者，關於司法互助之準據法適用問題²³，從實務上採取之互助方式，應可大致區分為下列三種型態：①請求國囑託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；②請求國囑託被請求國在其境內代為蒐證行為，例如代為訊問證人、搜索

20 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。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，國際刑事司法共助の理論，東京：成文堂，1983年，頁25-26。

21 森下忠，前揭註20，頁44-45。

22 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。刑事司法互助雖屬國際公法學之法律適用問題，惟於不同階段決定應適用何國法律時，亦與國際私法案件選擇準據法之構造相同，為便於瞭解，本文乃援用此一用語。

23 嚴格而言，本國受外國囑託進行蒐集證據等司法互助行為時，因非基於本國既存之刑事案件而為，故理論上應以法律明文規定「準用」本國刑事訴訟法規定，而非直接「適用」為是（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」，即設有準用之明文。惟歐陸國家基於其區域環境之特殊性，亦有採取直接適用之方式者，例如：西元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項即規定，「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」，則採取直接適用之看法，顯係將三國視為同一法域所使然）。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20，頁38-39。



扣押相關證物等；③被請求國同意請求國人員至其境內為蒐證行為，例如由請求國人員直接在被請求國訊問證人等；迨請求國轉而取得證據後，再由請求國法院判斷獲案證據是否具有證據能力。以上型態之準據法適用，從尊重他國司法主權之「國際禮讓」(idée de courtoisie internationale)原則來看，①②③型態之互助行為，由於係在被請求國取證，故應依被請求國法實施，以避免侵害被請求國主權；至於證據能力之有無，則依請求國法判斷。從理論上分析，上述結論雖無大礙，然實際上請求國人員於取得被請求國同意後，直接至被請求國取證時(即上述③情形)，因前往取證之請求國人員並不瞭解被請求國法令，亦不具有被請求國法定取證人員身分，自無依被請求國法進行取證之可能，因此在取得被請求國同意之前提下，上述情形不得不適用請求國法進行取證，自不待言。再者，考量最終之證據評價，係屬於請求國法院之權限，為達請求國請求司法互助之目的及其有效性，於囑託被請求國人員取證時(即②情形)，例外亦有考慮優先適用請求國法之餘地。因而，現今國際間為便於互助目的之達成，以有效打擊國際犯罪，無不適度修正固守司法主權之立場，而於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²⁴(application of foreign law)之理論，逐漸為各國條約、立法例所採行²⁵，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；證據評價階段則依請求國法」之準據法適用模式。此種模式，特別於融和大陸法系與英美法系國家之法制差異方面，更顯其功效。例如：證人應宣誓或具結之問題，在不同法系國

家間之證據評價或偽證處罰要件本有不同，若能適度採行前述適用外國法理論，相信更能在符合國際禮讓原則下，滿足國際間擴大司法互助之需求。

(二)檢察官境外進行偵查行為之合法性

由於本案係由日本外務省聯繫並取得美國當局同意後，所進行之司法互助，依據案例事實，兩國當時顯無簽署書面協定，而係依個案為互惠聲明，再由日本檢察官依日本刑事訴訟法，在美國境內進行偵訊行為，故基於前述司法互助基本概念之說明，本案並無適用美國法而產生法制落差之問題。然而，即使取得美國當局同意，何以日本偵查機關得直接在境外為日本法上合法有效之偵查行為，(即日本刑事訴訟法之域外效力問題)，仍值探討。就此，日本方面向來有所謂「限定說」與「外國主權限制說」之不同見解。「限定說」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，該部分始得擴張至外國境內；其理由明顯基於國家主權之實際狀況而立論。「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，理由則基於：

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. 日本刑事訴訟法第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製作之供述筆錄具有證據能力，反面解釋來

24 又可稱為外國法之替用，馬漢寶，前揭註22，頁189-214；森下忠，前揭註20，頁145-147。

25 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。」；其他例如：美國瑞士刑事司法互助條約第9條第2項、第12條，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20，頁52-54。



看，顯然也預設了檢察官等偵查人員，可能在國外進行偵訊之情形，故認為日本刑事訴訟法之適用範圍，應及於日本國外^{26 27}。

以上兩說雖各有其理，惟「限定說」對於本國刑事訴訟法，何以得經由外國之同意而擴張其效力至外國境內，無法提出堅實之說理；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，亦明顯悖於國家主權之現實效力，故兩說均非毫無瑕疵，日本學界則以外國主權限制說為有力說²⁸。而本案判決理由雖採取限定說之立場，認為日本檢察官得到外國同意後，在同意之限度內，得依日本刑事訴訟法規定在該國境內進行偵查，惟對於為何本國法之效力，得經由外國之同意而擴張至域外，並未詳予說明。本文認為，境外偵查取證本質上為國家司法主權行使之表現，在外國領域內之取證行為，應先取得該國同意始得進行，在此前提之下，上述二說之結論實無差異。

再者，所謂取得外國「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，然實務運作時為使同意之事項明確，當以載明於文書為妥²⁹。本案判決結果雖明白肯定日本偵查機關在外國境內取證之合法性，惟現今日本偵查實務幾乎不採取此一方式，原因在於日本本身對於外國人員在其境內取證，即使是任意偵查行為，亦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來看，即使外國同意，日本偵查機關亦儘量避免在外國境內直接偵查取證³⁰，而多採取請求囑託訊問之方式實施³¹。

附帶說明者是，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2003年6月日本與美國簽訂「日美刑事互助條約」（2006年7月21日生效），並配合修正國內之「國際偵查互助等之相關法律」後，現行日本與外國偵查互助之實施，已得直接由中央當局（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³²。因此，本案例中由檢察官直接至國外訊問取證之方式，可預期在將來日本實務採用之可能性，將大幅降低。

(三) 承認傳聞例外之適當性

傳聞法則之所以排斥使用傳聞證據，係因證人知覺（perception）、記憶（memory）、表達（narration）及真誠性（sincerity）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

26 田辺泰弘，國際搜查共助法，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。

27 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。

28 田口守一，刑事訴訟法第四版補正版，東京：弘文堂，2008年，頁52。

29 大野恒太郎，前揭註27，頁207。

30 田辺泰弘，前揭註26，頁372。

31 例如著名之洛克希德案（「ロッキード事件」）即是。

32 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。



發現真實。因而，學理上認為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，在具備必要性（necessity）及特信性（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。

本案依據一、二審法院之見解，承認適用日本刑事訴訟法第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，故符合該條傳聞例外之規定所致。惟針對法院之見解，論者亦批評，「第321條第1項第2款前段之通常情形，應限於具有特信性之外部情況時為是，本案筆錄即使認為具備傳聞例外之『必要性』要件，也絲毫未見有何『特信性』之外部情事，故一、二審判決之見解實屬有疑」³³；並指出「一、二審判決似考量本案係首次由日本檢察官直接至他國取證之特殊性質，對於『供述不能』要件採取寬鬆而不附加特信性要件之看法，係有其不得不然之心理背景所致³⁴」。本文認為，一、二審判決理由，僅係沿襲本案判決當時，日本實務對於第321條第1項第2款前段檢察官面前筆錄不違憲之一貫見解³⁵而已，惟從傳聞例外法則之角度觀察，法制設計上與被告同立於當事人地位之日本檢察官，於審判外作成未經反對詰問之訊問筆錄，似應附加「特

信性」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。就此而言，一、二審法院肯定筆錄證據能力之見解，仍不無可議之處。

肆、我國法之省思——代結語

我國由於國際地位及外交處境特殊，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聲明之方式，以達成互助目的。然經由互惠聲明方式請求互助，固具有彈性及因事制宜之優點，惟是否提供互助，及提供之程度如何，均由被請求國片面決定，而非國際法義務，對於犯罪偵查、法院審理之實效性，以及被告或第三人訴訟權利與程序安定性而言，較無保障。因此，積極與他國締結國際書面協定，並建立相關國內法制，應為我國當前司法互助實務可資努力之方向。目前，我國之司法互助書面協定，僅有與美國於2002年3月26日，在美國華盛頓哥倫比亞特區簽訂之「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（台美刑事司法互助協定）」；及與中國大陸於2009年4月26日，在南京簽署之「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議（兩岸共打協議）」，與其餘國家間之司法互助，則運用互惠原則作為彈性變通之

33 論者認為：「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，從客觀上來看也絲毫未見有何『信用性之情況保障』，故應例外認定其為違憲為妥」。參閱熊谷弘，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。

34 熊谷弘，前揭註33，頁83。其認為判決肯定證據能力之理由，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，有不得不承認其證據能力之心理背景存在。

35 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，最高裁判所刑事判例集15卷3號，頁500。



方式。

基於前述國際地位因素，實務上我國請求他國司法互助之空間相形受限，由於實際境外取證之案例稀少，似亦連帶影響法院司法互助取證概念與證據能力見解之形成。簡言之，如同本案所涉及之刑事訴訟法域外效力問題，迄今我國法院並未闡述相關見解；至於檢察官於境外作成之偵訊筆錄，是否該當第159條之1第2項傳聞例外之規定，最高法院雖曾在「澳門擄人勒贖案³⁶」中表示：「檢察官『自行』率領所屬書記官在住宿之酒店房間訊問被害人，係依照我國刑事訴訟法相關規定進行偵訊」，贊同二審判決「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」之理由，而肯定該偵訊筆錄該當第159條之1第2項之規定³⁷。然細觀該案歷審判決理由，就檢察官「自行」訊問前是否取得澳門方面同意、該案之準據法適用及我國刑事訴訟法之域外效力等問題，均未作說明。因此，上開理由對照本文前述之理論說明，似仍欠缺國際法觀點之思考。

本文認為，就檢察官境外進行偵查行為之合法性問題，不論採取「限定說」或「外國主權限制說」之見解，境外偵查取證本質為國家司法主權行使之具體表現，必須於進行司法互助前取得被請求國之同意始得實施，自屬當然，就此觀點而言，兩說結論並無差異。因

此，檢察官直接至境外訊問取證時，經由司法互助途徑應屬直接、符合法律規定及偵查目的之方式；若檢察官未經司法互助途徑而直接在他國進行偵查行為（例如：前往外國訊問證人），即使是任意偵查（例如：對象應邀自行到場接受訊問）而不牽涉強制力之實施，由於該行為性質屬於本國刑事訴訟法之偵訊行為，仍可能因侵害他國司法主權而不免於違反國際法之評價，進而產生證據排除之爭論。或可說，經由司法互助取證較具有公開、透明與正當程序之性質，得免於證據能力之負面評價；且由我國檢察官直接進行訊問而非以囑託他國人員訊問方式為之，也較能因應訊問過程轉折而切中要點。相對而言，非經由司法互助途徑（例如：國際組織或機關情誼間之情資交換）則具有彈性、迅速的優點，免除耗時而繁瑣之文書往來，兼顧偵查時效與密行性，兩者優缺點互見。故在決定以何種方式進行境外蒐證前，似應依案件性質及需求，妥善選擇適當之境外取證方式為之³⁸。

至於適用檢察官偵訊筆錄之傳聞例外規定方面，本文認為，經由司法互助途徑作成之我國檢察官偵訊筆錄，有鑑於其公開、透明之性質，更能增強特信性要件之舉證。雖然依照我國刑事訴訟法第159條之1第2項之規定，檢察官偵訊筆錄原則均具有證據能力而無需舉證證明特信性³⁹，相較於日本法規定，要件更為寬

36 指最高法院96年度台上字第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年度矚上重訴字第3號、96年度矚上重更(一)字第24號、97年度矚上重更(二)字1號判決；及臺灣板橋地方法院94年度矚重訴字第1號判決等全案之實務見解。參閱拙著，經由司法互助取得證據之證據能力——以澳門擄人勒贖案之評釋為中心，檢察新論第12期（尚未刊行），2012年7月。

37 參閱最高法院98年度台上字第1941號判決理由。

38 目前，在供述證據之蒐集方面，國際間已發展至跨國視訊方式取證（hearing by video conference / recorded testimony of a witness by means of video or audio technology / television links and telephone links）領域，參閱張曉鳴、鮑艷，跨國視頻音頻取證問題初探，收錄於國際刑事司法合作：研究與文獻，黃風、趙林娜主編，張磊執行主編，中國政法大學出版社，2009年2月，頁72-87。相較於直接取證、囑託取證或情資交換等方式，視訊取證可說兼具大部分境外取證之長處，實值我國將來之參考。惟在運用上，仍需慮及個案情節，兼顧被告對質詰權之保障，自不待言。參閱林鈺雄，對質詰問之限制與較佳防禦手段優先性原則之運用：以證人保護目的與視訊訊問制度為中心，臺大法學論叢，第40卷第4期，2011年12月，頁2325-2383。

39 就此，近年來最高法院基於保障被告反對詰問權之立場，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



鬆，故經外國同意後由我國檢察官至外國取得之供述證據，幾乎一律適用第159條之1第2項之傳聞例外。考量境外偵查之特殊性與困難度，此項結論應認為尚符合現行法之標準，然如從保障被告反對詰問權與直接審理原則之角度檢

視，似不妥適。因此，為衡量境外偵查特殊性與兼顧被告反對詰問權之保障，除將來針對刑事訴訟法傳聞法則之整體檢視及修正外⁴⁰，應可考慮在司法互助之特別法規定中，另訂有別於刑事訴訟法之證據能力要件，以資因應。

被告行使以補正，而完足為經合法調查之證據（參最高法院97年度台上字第356號判決、96年度台上字第1870號判決）」，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（參最高法院98年度台上字第5135號判決、95年度台上字第3699號判決）」；在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（參最高法院100年台上字第1202號判決）」，顯已逐漸就本項為限縮解釋。

40 拙著，國民參與刑事審判之傳聞法則與證據調查，收錄於國民參與刑事審判制度學術研討會會議資料，東海大學法律學院，2012年5月。