

# 2018 年國際刑事司法互助法制定後 境外取得證據的使用與相互承認原則

吳俊毅\*

## 摘要

我國刑事法院在審判時，一旦證據位於國外，以往係透過雙邊協定或者情報交換管道，這個外國的調查結果可否用來作為事實認定的基礎，由於我國刑事訴追機關對於這些證據並無法直接或者按照我國的法定程式調查，取證依外國當地法以及使用所取得的證據按照我國法，假如出現法制上的落差，會碰到侵害被告基本權的質疑。2018 年制定的國際刑事司法互助法，境外取證有了雙向的法定連結因素，在境外取證的情形，外國或境外方面根據我方的請求，按照當地的法律調查物證與人證，不過，這樣的調查結果畢竟不是我方刑事訴追公務員按照我國法律所直接取得。按照刑事訴訟法，傳聞法則例外的規定可否適用，作為外國或境外取得的證據使用取得正當化基礎的爭議仍舊存在。本文想參考歐盟的相互承認原則，提出未來修法時應有的取向。

**關鍵詞：**刑事司法互助、境外取證、證據禁止、相互承認原則、互惠原則

---

\* 國立高雄大學法律學系專任教授兼法學院比較刑法研究中心(CrimLaw)主任、德國特里爾大學法學博士

**Use in foreign country obtained evidence and the principle of mutual recognition  
After the Resolution of Mutual Assistance in Criminal Matters Act  
in 2018**

Jiuan-Yih Wu \*

**Abstract**

When Taiwan's criminal courts is in trial, once the evidence is located in foreign country, they all through bilateral agreements or information exchange obtained this evidence. Can the evidence be used to determine the facts. The Side of Taiwan cannot the evidence directly investigate or investigate according to Taiwan's law. In foreign countries evidence can be obtained only according to foreign law; Taiwan's court uses these evidences in accordance to Taiwan's laws. If there is a difference between Taiwan's and foreign law, there will be a question: will the defendant's rights be violated. In 2018 Taiwan's Congress passed Mutual Assistance in Criminal Matters Act.

In the case of the in a foreign country obtained evidence, the foreign country obtains evidence because of Taiwan's request and in accordance with foreign law. However, such evidence is not obtained by Taiwanese police, prosecutors or judges in accordance with Taiwan's laws. According to the Taiwan Criminal Procedure Law, whether the exception to the hearsay rule can be applied is controversial. Due to the principle of mutual recognition, this article will make some suggestions for the future law reform.

**Key Words:** mutual legal assistance, obtain of evidence in foreign country, admissible evidence, the principle of mutual recognition, the principle of reciprocity

---

\* Prof. Dr. Jiuan-Yih Wu, Ph. D. of Law University of Trier Germany  
Professor Department of Law National University of Kaohsiung (NUK)  
Director of the Center for Comparative Research in Criminal Law (CrimLaw) College of Law NUK

摘要.....	1
Abstract.....	2
壹. 前言.....	4
貳. 理論的基礎 - 相互承認原則.....	5
一. 原則的標的以及可能遭遇的質疑.....	5
二. 理論的基礎 - 相互信任.....	6
三. 建立有效的權利保障系統.....	7
參. 使用在大陸取得證據的理論.....	8
一. 我國證據法的規定.....	8
二. 相互承認原則在小司法互助的實踐.....	8
肆. 使用在大陸取得證據的情形.....	9
一. 在大陸的證據取得符合我國與大陸的法律.....	9
二. 在大陸的證據取得符合大陸的法律卻違反我國的法律.....	9
三. 在大陸的證據取得符合我國法律卻違反大陸法律.....	11
四. 在大陸的證據取得違反我國與大陸的法律.....	12
五. 小結.....	13
伍. 法律基礎的體系.....	13
一. 2018 年以前.....	13
二. 2018 年以後.....	14
陸. 國際刑事司法互助法的規範重點與評析.....	14
一. 相互承認原則.....	14
二. 刑事司法互助的範圍.....	16
三. 互惠原則作為指導原則.....	17
四. 境外取得證據時所根據的法律基礎.....	17
五. 證據使用禁止的問題.....	18
柒. 展望.....	20
參考文獻.....	21

## 壹. 前言

「在大陸取得的證據，在台灣(審判中)可不可以用？」

對於這個問題，文獻上和實務上一直都有討論。觀察其題目的設定以及所採取的切入角度會發現到，大多是侷限在特定問題的討論，像是，傳聞證據禁止<sup>1</sup>。從結論來看，有認為可以使用，也有看法是主張不能使用的。至於所持的理由，則又留下許多的「伏筆」以及「就請自己判斷」的無限想像空間<sup>2</sup>。

為了消除對於機制「沒有可預測性」或「缺乏法安定性」的印象。框架理論討論的展開顯得有其必要。在德國，由於是歐盟成員國的關係，在各國間既有的傳統的司法互助模式之外，全面整合的大勢所趨，也推到刑事司法互助這一邊來。特別是在里斯本條約簽訂之後，歐盟內部的刑事司法互助也因此成為當前的熱門話題。或許是因為常常作，就會產生許多問題，既然產生問題就需要即刻解決，就會有看法提出，也因此就有討論。刑事司法互助因此在德國的學理與實務累積了不少的經驗。我國自從加入世界貿易組織之後，全球化的趨勢底下物流與人流愈來愈快速且頻繁。在享受所帶來的經濟上好處的同時，透過這個流動管道也一些犯罪現象帶了進來，造成廣大範圍的受害者與巨大的經濟價值損失，像是，跨國實行的電信詐欺、電腦犯罪。近來方興未艾的香港「反送中」運動的背景之一，是因為對於各國刑事司法管轄權因為領土範圍的地理上侷限性的不正義現象。歐盟的整合情況，與台灣和大陸當前因為相同的語言文化所引起的各方面密切交流的現象，因此所產生的跨境合作犯罪對抗問題及其解決需求頗為類似。本文想引進德國的研究成果，希望可以給我們在思考相同問題時提供極具價值的啟發，找到屬於台灣自己在思考「在大陸取得的證據，在台灣(審判中)可不可以用。」這個問題的理想框架理論。為此，在我國，先有 2013 年規定刑罰跨國與跨境執行刑罰的跨國移交受刑人法。至於跨國與跨境取證的問題區塊，則是在 2018 年 5

---

<sup>1</sup> 張明偉，論兩岸旅遊糾紛之刑事訴訟障礙，法令月刊，第 60 卷第 6 期，頁 106 以下；王綽光/吳冠霆，由證據法則論被告以外之人於大陸公安機關前之供述，刑事法雜誌，第 50 卷第 5 期，頁 93 以下。

<sup>2</sup> 像是，最高法院 100(2011)年台上字第 4813 號：「...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 159 條之 2 或同條之 3 之規定，而同法第 159 條之 4 第 1 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 2 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。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。」。以及，「關於證據能力之認定，應依『取證地法』或『證據使用地法』來判斷？亦多討論。...」，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 167 以下。另外，「故證據能力及證明力之有無，皆應依請求國及證據使用國之法律規定判斷。」，朱朝亮，國際司法互助各論-引渡、狹義的司法互助，月旦法學教室，第 103 期，2011 年 5 月，頁 112。

月通過國際刑事司法互助法，這兩部法律成為我國國際刑事司法互助的基本法。想以理想的制度模型與相關規定所描述的標的進行比較，呈現出落差之所在，同時也將進行評論並指出在未來修法時應有的思考方向作為對於制度的展望。

## 貳. 理論的基礎 - 相互承認原則

### 一. 原則的標的以及可能遭遇的質疑

相互承認原則，在我國，一直以來大多是在民事法的領域被討論<sup>3</sup>。不過，刑法第 9 條：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」一個我國刑法有適用的可罰行為，一旦依據外國法也認為具有可罰性並且由其法院作成裁判，則是直接將外國法院的判決認為只是一個既存的事實而已，原則上是不承認這個判決，我國法院對於該案件依然有權審判，並不會因此而直接就拿按照外國判決的應執行刑來執行，或者直接扣掉(折抵)在外國已執行完的刑罰<sup>4</sup>。

在歐洲，特別是在歐盟成立之後，各成員國之間的全面整合逐漸地展開，對於各國之間有必要在刑事案件上面作更好的、更有效率的合作，也對此達成共識。在歐盟內部，一直要到里斯本條約(Der Vertrag von Lissabon)生效，各成員國內國法院判決的相互承認以及司法機關之間在刑事訴追領域的合作因此才有了主要的法規範。相互承認可以運用在刑事法領域，才開始有討論的聲音<sup>5</sup>。

所謂相互承認原則，講白一點，是想要解決這樣的問題：「基於什麼樣的理由，歐盟各成員國的機關，在收到他國請求執行特定的司法措施時，『毋須進一步審查』，就應該執行這個由外國所命令(Anordnung)的司法措施。」本國的司法機關，在這個情形，儘管外國請求的司法措施以及所根據的法律對其並沒有拘束力，還是要遵照並實行這個性質上是屬於『公權力』的措施。本國的司法機關之

---

<sup>3</sup> 比方，對於大陸民事判決的承認，開始於，台灣地區與大陸地區人民關係條例第 74 條：「(I) 在大陸地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，不違背臺灣地區公共秩序或善良風俗者，得聲請法院裁定認可。(II) 前項經法院裁定認可之裁判或判斷，以給付為內容者，得為執行名義。(III) 前二項規定，以在臺灣地區作成之民事確定裁判、民事仲裁判斷，得聲請大陸地區法院裁定認可或為執行名義者，始適用之。」不過，這只是我方單向的作法。直到，制訂兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第 10 條：「雙方同意基于互惠原則，于不違反公共秩序或善良風俗之情況下，相互認可及執行民事確定裁判與仲裁裁決(仲裁判斷)。」雙方的民事裁判才據此獲得彼此承認(雙向)的基礎。

<sup>4</sup> 例如，最高法院 94(2005)年台上字第 6074 號判決。

<sup>5</sup> 對此，詳細的介紹，Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl., 2018, § 10 Rn. 27f; Markus Mavany, Die Europäische Beweisanordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 2012, S. 31; Claus Roxin/ Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017, § 3, Rn. 20. 法制史的中文介紹，楊雲驊，境外取得刑事證據之證據能力判斷：以違反國際刑事司法互助原則及境外訊問證人為中心，臺大法學論叢，第 43 卷第 4 期，2014 年 12 月，頁 1546 以下。

所以能夠如此「放心」且「放手」去作，正當化的基礎就在於彼此之間有先講好一個基本的標準，尤其是，可以充分保障當事人的人權<sup>6</sup>。相互承認原則是在這樣的情況下被喊出。不過，在刑事法這一塊，理論上應該包含以下兩個重點。

## 1. 直接執行司法互助

事實上，歐盟各會員國彼此之間，早在歐盟成立之前就已經有刑事司法互助的傳統(傳統的司法互助)。按照相互承認原則，係更強化這樣的關係。請求國原則上相信，受請求國在執行請求標的的措施時，會同樣地顧及到當事人的權利。所以，兩邊的機關都是受到相同的法規範的拘束。基於這樣的理由，受請求機關可以按照請求直接執行所請求的措施，不用再事先對這個請求的標的去作司法上的審查或是取得批准<sup>7</sup>。

## 2. 成員國間的相互信任

在歐盟內部的刑事司法互助的框架底下，各成員國家想要在其領域之外執行一個司法的措施，他必須向對方提出司法互助的請求。不過，有問題的是，其他的成員國的機關只受自己國家的法律所拘束，亦即，只依自己國家的法律，而不需要遵守請求國的法律。通常，這是國際司法互助最困難的地方，因為受請求國的機關並不相信，請求國也會如同自己一般會精確地注意當事人的權利。

除了建立經濟利益的共同體，現在歐盟的任務也要跨足到「價值的共同體」的形成。為了解決上述的衝突，按照這個價值共同體的部分構想，比方，各成員國就作為一個民主國家，應該致力於注意並且保障其國民的權利。這樣的認知，也顯現在歐洲人權公約裡。因此，各國間產生這樣的信任關係，一方面，這個信任會存在各國的法秩序當中(抽象的信任)；另外一方面，這個信任也會存在各國的刑事司法，並且保證，在個案的措施，公認的標準會受到遵守(具體的信任)<sup>8</sup>。

總的觀察，在歐盟，人權的保障，在策略上，並不是透過「相同的(大一統的)」規定，而是透過「相同價值」的規定<sup>9</sup>。

## 二. 理論的基礎 - 相互信任

從歐洲各國到歐盟的發展經驗顯示，成功的國際刑事司法互助，必須建立在雙方所認同的價值基礎上面，也就是說，請求國和被請求國都相信，他們所處的法秩

---

<sup>6</sup> Mavany, a. a. O., S. 44.

<sup>7</sup> Mavany, a. a. O., S. 45.

<sup>8</sup> Mavany, a. a. O., S. 46.

<sup>9</sup> Mavany, a. a. O., S. 47.

序是一致的。在這裡，有個非常重要的關鍵，雙方都要認為對方的法秩序是具備法治國性(Rechtsstaatlichkeit)(抽象的信任)，以及在個案的情形，個人的權利在對方也會受到充分的注意(具體的信任)。所以，抽象的信任和具體的信任就成為相互承認原則的核心內容。

### 三. 建立有效的權利保障系統

基於法治國原則，為了對抗公權力對個人基本權的干預，應該同時建立一個相當的權利保護系統。

本質上，刑事法的措施也會引起對於個人基本權的干預。按照相互承認原則，雙方都必須要保證，對於個案的措施有接受措施執行方司法審查的機會。儘管相互承認原則有說道，措施的「命令方」必須直接且自動地地被「執行方」執行。也就是，當中不容有任何的司法許可程序再去介入。但是，這並不意味著，任何對人民的權利保護形式也一併被排除。由於措施的「時間分段」特性，一旦對於措施的「命令」有疑問，當事人並沒有辦法去對「執行方」主張，因為這個措施並不是「執行方」命令的。不過，可以按照「命令方」的程序規定，對「命令方」提出異議。當然，措施執行的種類與方式還是要依照「執行方」的法律。一般來說，這個異議都是要等到措施的執行階段才會被提出，所以，救濟途徑設在「執行方」似乎是比較合適的。至於，細部要怎麼要作才能夠保障當事人，目前相關的理論還在形成當中<sup>10</sup>。

另外，比較有問題的情況是，依照命令方和執行方的法秩序，違法命令的措施各自都會引起放射效力(Fernwirkung)時。可是，「執行方」認為措施命令違法的決定，並不會對「命令方」有任何直接的影響。通常，「執行方」在執行措施的過程當中並沒有以公權力對當事人的權利造成影響，外國法秩序的違反因此也就被認為是無關緊要的。可以舉個例子，外國公務員違法取得的證據，按照外國的規定，會造成證據使用禁止(非獨立的證據使用禁止)<sup>11</sup>，在本國審判時，卻發生大逆轉允許使用如此取得的證據<sup>12</sup>。不過，捫心自問，還是難掩這樣的擔心：「外國刑事訴追機關只會注意自己國家的規定」。「執行方」如果不給予救濟機會一律照單全收，當事人的權利可能無法獲得有效的保障。這也不符合法治國的要求。

---

<sup>10</sup> Mavany, a. a. O., S. 75.

<sup>11</sup> 對於非獨立的證據使用禁止，可參考，Werner Beulke/ Sabine Swoboda, *Strafprozessrecht*, 14. Aufl., 2018, Rn. 457. 翻譯為「依附性的證據使用禁止」或「非自主性的證據使用禁止」，林鈺雄，「刑事訴訟法(上冊)」，8版，2017年，頁574以下。

<sup>12</sup> Mavany, a. a. O., S. 74 f.

## 參. 使用在大陸取得證據的理論

大陸方面，不論是主動，還是按照台灣方面的請求，在個案中，依中國大陸刑事訴訟法所取得的證據，在審判時，台灣法院可否用來作為認定事實的證據。在這裡，會涉及到台灣刑事訴訟法的證據禁止規定，特別是，法定的、非獨立的證據使用禁止(*das gesetzliche unselbstständige Beweisverwertungsverbot*)，在討論上，具有相當重要的實益。

### 一. 我國證據法的規定

在我國，法定的、非獨立的證據使用禁止規定在刑事訴訟法和通訊保障及監察法等附屬刑事訴訟規定；比方，刑訴法第 156 條第 1 項(以不正方法取得被告自白)：「被告之自白，非出於強暴、脅迫、利誘、詐欺、疲勞訊問、違法羈押或其他不正之方法，且與事實相符者，得為證據。」、刑訴法第 158 條之 2 第 1 項第 1 句(解送期限停止期間不得訊問、司法警察夜間不得詢問犯罪嫌疑人)：「違背第 93 條之 1 第 2 項、第 100-3 第 1 項之規定，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。」、刑訴法第 159 條第 1 項(傳聞證據禁止原則)：「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。」以及通訊保障及監察法第 18-1 條(重大違法通訊監察證據禁止及其衍生證據禁止)：「(1)依第 5 條、第 6 條或第 7 條規定執行通訊監察，取得其他案件之內容者，不得作為證據。但於發現後 7 日內補行陳報法院，並經法院審查認可該案件與實施通訊監察之案件具有關連性或為第五條第一項所列各款之罪者，不在此限。(2)依第 5 條、第 6 條或第 7 條規定執行通訊監察所取得之內容或所衍生之證據與監察目的無關者，不得作為司法偵查、審判、其他程序之證據或其他用途，並依第 17 條第 2 項規定予以銷燬。(3)違反第 5 條、第 6 條或第 7 條規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據或其他用途，並依第 17 條第 2 項規定予以銷燬。」

### 二. 相互承認原則在小司法互助的實踐

小司法互助(*kleine Rechtshilfe*)是指，扣除人員遣返(大司法互助)(*große Rechtshilfe*)後的跨國跨境司法合作關係的事項，像是，證據調查與移送、刑事判決的送達與執行…等。

我國刑事訴訟法及其附屬規定當中有幾個非獨立的證據使用禁止規定。誠如前面講到的情況<sup>13</sup>，我國法院手上的證據，是具有兩段的「履歷」，也就是，證據取得的階段是在大陸，是按照大陸刑訴法，而證據的使用階段是在台灣，按照我國

---

<sup>13</sup> 本文，貳。

刑訴法及其附屬規定。會有兩個法秩序的參與。現在，有問題的地方在於，在「證據取得」的這一段，發生有一邊的法秩序沒有被遵守的問題(不符合一方現行規定的證據取得)，這個時候，對於該項證據的使用會有什麼樣的影響，特別是，在涉及到在兩邊都會造成非獨立的證據使用禁止的情形。對此，可能會有以下四種排列組合：

- (1) 在大陸的證據取得符合台灣與大陸的法律
- (2) 在大陸的證據取得符合大陸的法律卻違反台灣的法律
- (3) 在大陸的證據取得符合台灣的法律卻違反大陸的法律
- (4) 在大陸的證據取得違反台灣與大陸的法律

在下一個段落，想就這上面列舉的四種組合作進一步的討論。

#### 肆. 使用在大陸取得證據的情形

##### 一. 在大陸的證據取得符合我國與大陸的法律

證據在外國取得，不但按照取得國的法秩序，而且依據使用國的法秩序，特別是，非獨立的證據使用禁止的規定，都是被允許的。在這種情形，因為在審判中使用此證據，對被告的權利並不會造成任何有利或者不利的影響，並不會發生非獨立的證據使用禁止的結果。

所以，在大陸取得的證據，按照大陸的刑訴法以及我方的刑訴法及其附屬規定都是合法的，尤其是，在雙方，違反這些規定時都會造成非獨立的證據使用禁止。在這種情況，在台灣的審判中，可以使用在大陸所取得的證據。

##### 二. 在大陸的證據取得符合大陸的法律卻違反我國的法律

這個情況可說是最複雜的！證據的取得，儘管有符合取得國的法秩序，不過，卻是違反證據使用國的法秩序，這個證據取得規定的違反，如果全程發生在國內，通常會造成非獨立的證據使用禁止的結果。儘管，大家對此都沒有疑問，證據使用是本國司法機關按照本國法秩序的行為。不過，證據取得這種發生在法秩序間的差異性，也就是「證據取得的過程跟我們不一樣」，還是讓我們在適用上有些許的顧忌存在。所以，這裡會有一個問題：就證據使用的觀點來看，證據取得的合法性，究竟應該要考慮哪一邊的法秩序？

在德國，對此有許多的討論。在結論上，看法有以下時間軸線上的先後變化：

##### (1) 取得地法原則(*das Prinzip des locus regit actum*)

根據傳統刑事司法互助的看法，證據在審判中能否使用，是根據證據取得國的法秩序。德國文獻上，於此情形，原則上，在德國的審判程序中，外國所取得的證據是可以使用的，例外地，只有當證據的取得也會違反德國的公共秩序(*ordre public*)時，因此所取得的證據才會被禁止使用<sup>14</sup>。

## (2) 法院地法原則(*das Prinzip des forum regit actum*)

這是反對取得地法原則的看法，最早是由德國聯邦罪高法院所提出。其認為證據使用的法律行為，按照外國的法律，是抵觸德國基本法第 20 條第 3 項的法治國原則。證據的評價也應該考慮到證據取得階段的瑕疵，因為，按照德國刑訴法第 261 條，法官自由的證據評價應該要能保障，責任的請求權，僅限於在「言詞進行的程序」，並且以合法的方式所提出的訴訟材料而被形成。這樣的看法，在德國實務界扮演著決定性的角色<sup>15</sup>。

## (3) 回歸取得地法原則(*das Prinzip des locus regit actum*)

在後來生效的歐洲司法互助協約(*Europäisches Rechtshilfeübereinkommen = EuRhÜbk*)<sup>16</sup>，卻對此情形作了一個重大的改變。按照歐洲司法互助協約第四條第一項，在協約的成員國之間，被請求國在完成司法互助請求時，應該注意「請求國明確指出的規範體例(*Formvorschrift*)和程序」<sup>17</sup>。另外，這個規定在協約的成員國之間，也導入了法院地法的原則(*das Prinzip des forum regit actum*)。不過，在此情形，請求國(證據使用國)可以使用「本國公共秩序保留」原則。

歐洲證據命令的框架決議(*Rahmenbeschluss zur Europäischen Beweisanordnung = RB-EBA*)則是在歐洲司法互助協約所建立的基礎上面繼續發展。值得注意的是，其嘗試去把兩個法秩序對於證據取得的範圍拉到一樣大，藉此來限制「本國公共秩序保留」原則的使用，並以此追求法律適用上的穩定性<sup>18</sup>。

在大陸所取得的證據，符合大陸刑訴法，不過，卻違反我國的刑訴法或附屬刑訴法的規定，比方，在大陸，依據新的刑訴法，通訊監察措施可以由公安機關下令

---

<sup>14</sup> Mavany, a. a. O., S. 161.

<sup>15</sup> Mavany, a. a. O., S. 162.

<sup>16</sup> 2000 年 5 月 29 日的歐盟成員國間刑事司法互助公約(*Übereinkommen v. 29.05.2000 über die Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union = EuRhÜbk*)。德國在 2005 年 11 月 4 日簽署此公約並且在 2006 年 2 月 2 日生效，BGBl. I 2005, S. 2189.

<sup>17</sup> 歐洲司法互助協約第 4 條第 1 項(Art. 4 I EuRhÜbk)：「在提供司法互助的案件，倘若在這個協約沒有其他的規定以及所指出的規範體例和程序不抵觸受請求成員國法的基本原則，受請求成員國應該遵守請求成員國明確指出的規範體例與程序。」

<sup>18</sup> Mavany, a. a. O., S. 163.

執行且命令的前提空白<sup>19</sup>，這和台灣採取重大犯罪表列原則以及命令的法官保留是不一樣的(§ 5 I, II 通保法)<sup>20</sup>如果這個監聽的事實發生在台灣，違反前述法官保留而執行通訊監察會有證據禁止的結果(§ 5V 通保法)<sup>21</sup>。在大陸的證據取得，按照大陸的法秩序是允許的，但按照台灣的法秩序卻是不允許的，特別是涉及到會導致非獨立的證據使用禁止。按照前面的「證據取得地法」的看法<sup>22</sup>，在台灣法院的審判中，應該根據大陸的規定，並認為監聽措施所取得的證據可以用來作為認定事實的基礎。

### 三. 在大陸的證據取得符合我國法律卻違反大陸法律

在外國的證據取得，按照取得國的法秩序是不允許的，會涉及到非獨立的證據使用禁止，不過，按照使用國的法秩序，卻是允許的。在這裡，有問題的是，在本國的審判中，這種情形對於證據的可使用性會有什麼影響。對此，有兩種看法：

#### (1) 取得地法原則(*das Prinzip des locus regit actum*)

在德國，文獻上有部分看法認為，證據取得違反取得國的法秩序，特別是，該規定會造成非獨立的證據使用禁止。在本國的審判中，這個在外國取得的證據也必須從程序當中被排除而不得用來作為事實確定的基礎<sup>23</sup>。

#### (2) 法院地法原則(*das Prinzip des forum regit actum*)

德國通說與實務、以及歐洲證據命令的框架決議(RB-EBA)<sup>24</sup>採取相對的立場認為，在外國取得的證據，縱使違反的取得國規定會造成非獨立的證據使用禁止，在本國的審判中，仍然可以使用因此所取得的證據。不過，這樣的結論所根據的理由，在看法上卻是多元的。像是，

<sup>19</sup> § 148 I 陸刑訴法(2013 年生效)：「公安機關在立案後，...，根據偵查犯罪的需要，經過嚴格的批准手續，可以採取技術偵查措施。」

<sup>20</sup> § 5 II 通保法：「前項通訊監察書，偵查中由檢察官依司法警察機關聲請或依職權以書面記載第十一條之事項，並敘明理由、檢附相關文件，聲請該管法院核發；檢察官受理申請案件，應於二小時內核復。如案情複雜，得經檢察長同意延長二小時。法院於接獲檢察官核轉受理申請案件，應於二十四小時內核復。審判中由法官依職權核發。法官並得於通訊監察書上對執行人員為適當之指示。」

<sup>21</sup> § 5 V 通保法：「違反本條規定進行監聽行為情節重大者，所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」

<sup>22</sup> 我國實務上，對於在大陸的證據(公安機關製作的證人陳述筆錄)取得違反我國刑訴法傳聞禁止規定時，因此所取得的證據不得在我國法院的審判中使用，似乎是採取「法院地法」的看法；最高法院 100(2011)年台上字第 4813 號判決。最高法院在比較早期的判決表示，外國法院依據刑事司法互助取得的證據資料，具有證據能力，不過，證據取得的過程合法是否皆符合兩地的法秩序，對此並沒有進一步的說明，最高法院 89(2000)年台上字第 4610 號判決。

<sup>23</sup> Mavany, a. a. O., S. 168.

<sup>24</sup> Mavany, a. a. O., S. 169.

- 葡萄乾理論或最惠國待遇(Rosinentheorie/ Meistbegünstigung)

根據這個對於理由的看法，雙方的法秩序都應該被遵守，雙方的法秩序都被違反會造成證據使用的禁止，就憑這一點，只有一邊法秩序的違反，應該可以不用太在意。因為一味追求符合兩邊的法秩序，對當事人來說，到最後只是達到「比較低的保護水準」而已<sup>25</sup>。

- 準用德民訴法第 369 條

德民訴法第 369 條<sup>26</sup>原先是適用在民事訴訟程序，並且指出，儘管違反取得國的規定，不過，這個規定在德國的程序是重要的，因此所取得的證據，在德國的程序中，也是被允許且可以使用的。這個看法將德國民訴法第 369 條套用到刑事司法互助的領域且認為，證據取得違反取得國的法秩序，並且會涉及到非獨立的證據取得禁止，在德國的審判中，這個證據是允許使用的<sup>27</sup>。不過，這樣的看法卻引發導入德國法以及降低保護水準的質疑<sup>28</sup>。

按照這兩個看法。在大陸取得證據時違反大陸的刑訴法，且會因此導致非獨立的證據使用禁止，不過，按照我國刑訴法或其附屬的規定卻是允許的。台灣的審判程序描述了台灣的、國家的行為，我國法院應該根據我國刑訴法獨立審判，並且顧及到被告的利益保護，在符合大陸非獨立的證據使用禁止的情形，在我國法院審判中，按照法院地法原則(*das Prinzip des forum regit actm*)，因此，應該認為所取得的證據是可以使用的。

#### 四. 在大陸的證據取得違反我國與大陸的法律

在外國取得的證據，不論是按照取得國，還是依照使用國的法律，都是不被允許的，特別是，這在兩邊會造成非獨立的證據使用禁止。在德國文獻上，因為根據兩邊的法秩序，都支持將證據從在外國的審判程序排除。另一方面，被告在國外的關係也不會遭到任何的有利或者不利益。這個問題，由於爭議不大，通常比較不會受到法院的特別注意<sup>29</sup>。

在大陸的證據取得，按照大陸刑訴法與我國刑訴法及其附屬規定都是違法的，特別是，兩邊的法律都規定了，在這個情形皆會造成非獨立的證據使用禁止。按照

---

<sup>25</sup> Mavany, a. a. O., S. 168.

<sup>26</sup> 德民訴法第 369 條：「外國機關的取證若符合訴訟法院應適用的法律，不得以按照外國法取、證係違法而提出異議。」

<sup>27</sup> Mavany, a. a. O., S. 169.

<sup>28</sup> Mavany, a. a. O., S. 169.

<sup>29</sup> Mavany, a. a. O., S. 160.

前述的看法，對於在我國審判的被告，並不會造成有利或是不利的影響，在我國的審判程序當中，禁止使用這個在大陸所取得的證據。

## 五. 小結

在大陸所取得的證據，在我國的審判程序可否使用，按照證據的取得是否完全符合兩邊的法秩序，會有四種排列組合，比較困難的情形是，在大陸的證據取得符合大陸的法秩序卻違反我國的法秩序，按照取得地法，在我國法院審判中，該證據可以使用。情況反過來，在大陸的證據取得違反大陸的法秩序，卻符合我國的法秩序，按照法院地法，在我國法院審判中，所取得的證據也可以使用。按照德國的通說，可以將應有的取向透過以下的表格來呈現。當證據取得按照兩邊的法律是否合法發生不一致的情形，原則上，在我國進行的審判程序，按照大陸的法律或者按照我國的法律，這個證據都可以用來確定事實，除非使用這個證據會違反我國的公共秩序。

大陸		台灣	
證據取得		證據使用	
大陸刑訴法	台灣刑訴法 附屬規定	台灣刑訴法 附屬規定	備註
○	○	○	
○	×	○ (×: 違反公共秩序)	按照大陸刑訴法
×	○	○ (×: 違反公共秩序)	按照台灣刑訴法
×	×	×	

大陸取得證據對應台灣和大陸的法秩序與台灣審判中證據使用的關係

## 伍. 法律基礎的體系

### 一. 2018 年以前

簡單回顧回顧一下我國刑事司法互助的重要形成史。我國對於與外國刑事司法互助的法律基礎，修法前主要的法源為「引渡法」(大刑事司法互助)以及「外國法院委託事件協助法」(小司法互助)。

外國法院委託事件協助法(以下簡稱為：外院協助法)規範了，我方(法院)在收到外國(法院)的請求時應該如何應對的問題，比方，外院協助法第6條第1項：「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。」

由於與大陸之間的往來交流非常頻繁。以下的刑事司法互助想聚焦在我方與大陸之間的刑事司法互助的情況。

海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議(以下簡稱為：兩岸共同打擊犯罪協議)第8條第1項規定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等。」<sup>30</sup>。因為，一方面，這個規定涉及到我方與大陸間的司法互助關係，另一方面，合作的程序階段也放寬。在適用上，兩岸共同打擊犯罪協議第8條第1項是具有優先性的。解釋上，我方在收到大陸方面的司法互助協助請求之後，我方的刑事訴追機關(法院、檢察官或司法警察)應該依照台灣刑事訴訟法(以下簡稱為：台刑訴法)或附屬刑事訴訟法(比方，通訊保障及監察法)(以下簡稱為：台通保法)調查證據或發現被告及受刑人，並且將調查結果送交大陸。相對地，大陸方面在收到台灣方面的請求時，應該按照大陸刑事訴訟法調查證據或發現被告及受刑人，並且將調查結果送交台灣。

至於在我方有審判權的案件，我們的法院在審判時可否使用前述大陸方面取得的證據，對此並沒有規定。

## 二. 2018 年以後

2018 年通過了國際刑事司法互助法，我國與外國間的小刑事司法互助有了主要的法律基礎。除了我國與外國間的刑事司法互助關係，我國與大陸地區、香港澳門地區的刑事司法互助關係也有適用(§§ 35, 36 國際刑事司法互助法)。

國際刑事司法互助法有把我方對於外國提出證據取得請求放在第三章。我們的法院在審判時可否使用前述大陸方面取得的證據，對此還是沒有規定。

## 陸. 國際刑事司法互助法的規範重點與評析

### 一. 相互承認原則

在民法領域，我國民法有適用的案件，受到外國或者是境外法院的裁判，像是，中國大陸、香港或澳門地區法院的裁判。對此，最高法院認為，外國或境外法院

---

<sup>30</sup> 性質上，本協議是刑事司法互助條約，要成為內國法律並加以落實，理論上與技術上是需要經過國會的「內國法化」(umsetzen)程序。不過，按照台灣地區與大陸地區人民關係條例第 5 條第 1 項，該協議卻被認為「內容未涉及法律之修正或無須另以法律定之」而僅送立法院備查，該協議因此取得本國法律的位階而可以直接被適用。

的裁判，可能具有「執行力」，卻不具有「確定力」<sup>31</sup>。文獻上，有看法也認為，我國民法有適用的案件，本國法院並不會對於外國法院的事實確定與法律效果看法的裁判「照單全收」，特別是對於中國大陸法院的裁判。由於針對大陸法院獨立性的質疑，反對按照「互惠原則」承認外國或境外法院的裁判，所持的理由是，只因為對方承認我方的判決，我國也就應該直接拿對方法院的判決來執行，無須過問對方法院的獨立性，這是相當有問題的<sup>32</sup>。

刑法第 9 條：「同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部執行者，得免其刑之全部或一部之執行。」

一個我國刑法與外國刑法皆可適用的可罰行為，卻是已經被外國法院依據外國刑法作成確定的裁判，或者已經全部或部分執行據此所宣告的刑罰或法律效果。本國法院對於這個可罰行為仍然可以進行審判，當然，警察與檢察官也可以進行調查、偵查並且起訴，法院最後仍然可以根據自己對於事實的確定適用我國刑法，確定有可罰性並宣告刑罰時，應該完整執行這個後來由我國法院所宣告的刑罰。至於外國法院先前已經對於這個可罰行為的行為人宣告並且全部或部分執行刑罰，這件事就只能當作是「刑罰的減免事由」。

國際刑事司法互助法第 4 條第 1 款：「本法用詞定義如下：

一、刑事司法互助：指我國與外國政府、機構或國際組織間提供或接受因偵查、審判、執行等相關刑事司法程序及少年保護事件所需之協助。但不包括引渡及跨國移交受刑人事項。(…)

國際刑事司法互助法第 5 條：「依本法提供之刑事司法互助，本於互惠原則為之。」

國際刑事司法互助法第 6 條：「得依本法請求或提供之協助事項如下：

一、取得證據。二、送達文書。三、搜索。四、扣押。五、禁止處分財產。六、執行與犯罪有關之沒收或追徵之確定裁判或命令。七、犯罪所得之返還。八、其他不違反我國法律之刑事司法協助。」

按照國際刑事司法互助法，刑事司法互助的請求時機，限於案件的偵查和審判階段，特別是，證據的取得與為保全證據而使用強制處分措施(§ 4 第 1 款 § 6 第 1、3、4、5 款 國際刑事司法互助法)，至於確定裁判的執行階段，只有為執行沒收與追徵才能對外國提出國際刑事司法互助的請求(§ 4 第 1 款但書 國際刑事司法互助法)。有關是否承認彼此的裁判，國際刑事司法互助法第 6 條第 6、7 款規定，

<sup>31</sup> 比方，最高法院 96(2007)年台上字第 2531 號判決。

<sup>32</sup> 王欽彥，中國大陸人民法院判決效力之承認與憲法之訴訟保障，成大法學，第 23 期，2012 年 6 月，頁 127、130。

我國可根據外國的請求協助執行外國法院裁判所宣告的沒收、追徵或返還不法得。可由此推得，上面的法律效果所根據的前提：外國法院對於可罰性的確定，也被我方一起承認而不是只有承認裁判的執行力而已。所以，涉及到其他的刑罰類型或是法律效果(有期徒刑、無期徒刑、保安處分)及其所植基的可罰性組成的外國裁判，按照國際刑事司法互助法，並不是其規範的標的。根據我國與外國刑法皆應處罰的行為，且外國法院已經先一步對此案件作成確定的判決。根據外國法院的心證所確定的可罰性與相對應的刑罰，從我方法院的角度，對於經遣返的行為人，還是要根據我國刑法，找到該當的可罰行為構成要件規定，對照法定刑將外國法院所宣告的刑罰，自由刑，換算(轉換)成應在我國執行的有期徒刑期間(S 4 第 3 款 跨國移交受刑人法)。

國際刑事司法互助法第 6 條：「得依本法請求或提供之協助事項如下：

一、取得證據。二、送達文書。三、搜索。四、扣押。五、禁止處分財產。六、執行與犯罪有關之沒收或追徵之確定裁判或命令。七、犯罪所得之返還。八、其他不違反我國法律之刑事司法協助。」

國際刑事司法互助法第 4 與第 6 條規定的是偵查、審判中證據取得時的刑事司法互助，描述的是「小刑事司法互助」的情形。至於我國應我方請求在外國或境外對行為人實行拘提逮捕與遣送，並沒有在國際刑事司法互助法裡加以規定。

## 二. 刑事司法互助的範圍

國際刑事司法互助法第 4 條第 1 款：「本法用詞定義如下：

一、刑事司法互助：指我國與外國政府、機構或國際組織間提供或接受因偵查、審判、執行等相關刑事司法程序及少年保護事件所需之協助。但不包括引渡及跨國移交受刑人事項。(…)」

根據國際刑事司法互助法第 4 條第 1 款，刑事司法互助描述的不但是我國與外國之間的聯繫關係，也包含我國與國際組織間的聯繫關係。這個規定還提到一個聯繫關係：我國與外國機構，其實可以把這段文字理解為我國與外國之間聯繫關係的具體化，對方的數量，可以是雙邊的關係，也可以是多邊的關係。至於我國與國際組織之間的關係，究係何所指，解釋上，是指超國家的組織，像是歐盟、聯合國...等，在缺乏各國的連結之下實在是比較難以想像的，還是應該回歸到與各成員國的關係，性質上還是我國與外國的雙邊與多邊聯繫關係<sup>33</sup>。至於其他預防性的情報交換機制，比方，國際刑警組織、歐洲刑警組織、艾格蒙組織...等，解

<sup>33</sup> 類似的看法，比方，楊婉莉，刑事司法互助區域發展趨勢探討-以各區域政府組織為中心，探索與展望，第 12 卷第 1 期，2014 年 11 月，頁 71；吳天雲，刑事司法互助的特定主義與承諾遵守-以日本洛克希德事件為例，檢察新論，第 18 期，2015 年 7 月，頁 232 以下；修法前的實務看法，呂丁旺，情資交換與調查取證界線及辨析，司法週刊，第 1739 期，2015 年 3 月，頁 3。

釋上，不屬於這裡的國與國間的雙邊或者多邊關係<sup>34</sup>。又按照我國與大陸地區，以及與香港、澳門地區之間為了刑事司法互助的聯繫關係，國際刑事司法互助法也有適用，比較特殊的地方在於，是透過雙方約定的對口單位(權責機關)來進行聯繫(§§ 35, 36 國際刑事司法互助法)。

### 三. 互惠原則作為指導原則

國際刑事司法互助法第 5 條：「依本法提供之刑事司法互助，本於互惠原則為之。」這個規定的立法理由寫道，是參考德國刑事司法互助法第 76 條的互惠原則。德國刑事司法互助法第 76 條：「關於德國的刑事司法互助請求，在本法不禁止時，可保證實行外國的請求。(…)」描述的是「互相保證」(Gegenseitigkeitssicherung)。國際刑事司法互助法第 32 條第 1 款規定，我國向外國提出刑事司法互助的請求時，可應對方的要求由我國提出互惠保障，解釋上，應該是彼此約定，對於雙方的相同請求，彼此都會埋單。所以，不能望文生義，把相互承認原則與互惠原則當作是相同的概念<sup>35</sup>。

### 四. 境外取得證據時所根據的法律基礎

國際刑事司法互助法第 6 條：「得依本法請求或提供之協助事項如下：  
一、取得證據。二、送達文書。三、搜索。四、扣押。五、禁止處分財產。六、執行與犯罪有關之沒收或追徵之確定裁判或命令。七、犯罪所得之返還。八、其他不違反我國法律之刑事司法協助。」

國際刑事司法互助法第 31 條第 1 項：「向受請求方提出詢問或訊問我國請求案件之被告、證人、鑑定人或其他相關人員之請求時，得依受請求方之法律規定請求以聲音及影像相互傳送之科技設備，將詢問或訊問之狀況即時傳送至我國。」

國際刑事司法互助法第 31 條第 1 項規定以直播方式調查被告、證人或鑑定人時，遠距訊問的法律基礎是根據受請求方的法律。

國際刑事司法互助法第 32 條第 3 項：「法務部得應受請求方之請求，對於前來我國提供證言、陳述、鑑定意見或其他協助之人員，豁免下列義務或責任：

- 一、因拒絕到場、未到場或到場後拒絕陳述，而予以起訴、羈押、處罰、限制出境或為其他不利於該人員之處置。
- 二、對於請求以外之事項提供證言、陳述、鑑定意見或其他協助。

<sup>34</sup> 修法前的反對看法，認為可循司法互助程序解決，蔡碧玉，我國國際刑事司法互助的現況與發展，軍法專刊，第 55 卷第 1 期，2009 年 6 月，頁 169。

<sup>35</sup> 相反的看法，楊婉莉，淺析經司法互助取得證言之證據能力-以最高法院九十八年度台上字第七〇四九號案件為例，月旦裁判時報，第 34 期，2015 年 4 月，頁 69。

三、因該人員於進入我國前之任何犯行而受起訴、羈押、處罰、傳喚、限制出境，或以其他形式限制其行動自由。」

國際刑事司法互助法第 32 條第 3 項是規定由外國前來並由我方刑事訴追公務員調查的情形，證人的到場、具結、陳述等義務，以及不配合時處罰的例外，可以推得是根據我國刑事訴訟法。這是我方直接調查人證的情形，只是取證的地方在境外，性質上並不會涉及境外取證的問題。

至於應我方請求而由受請求方調查被告、證人、鑑定人時，應該根據何地的法律，國際刑事司法互助法對此並沒有明文。解釋上，既然遠距訊問是根據受請求方的法律，也就沒有否認依受請求國法律調查的道理。所以，在國際刑事司法互助的情形，證據的取得，除了調查的方式，像是，受請求方的刑事訴追公務員訊問被告、證人或鑑定人，也包含取得過程中使用強制力的情形，比方，境外實行的搜索、扣押(§ 6 國際刑事司法互助法)，涉及到比較嚴重的基本權干預，都應該按照受請求國的法律<sup>36</sup>。

## 五. 證據使用禁止的問題

我方按照國際刑事司法互助法提出請求，受請求國或者方面按照該國或者地區的法律所取得的調查結果，在我方使用時，是以活動紀錄的方式呈現，比方，被告、證人、鑑定人的偵訊或警詢筆錄或影音紀錄，或是檢察官的搜索、扣押、勘驗筆錄或影音紀錄。如果想要使用上述資料來認定事實，因為在偵查中並不要求嚴格的證明，我方的檢察官仍然可以據此形成個人有無實行可罰行為的心證，並且在結論為肯定時據此對其提起公訴。不過，在我國法院的審判中，因為直接原則人證優先於物證等嚴格證明的要求，法院可否僅朗讀外國或者境外地區的調查筆錄或者勘驗影音紀錄來確定事實，對此，國際刑事司法互助法並沒有規定。按照國際刑事司法互助法第 2 條，應該根據與其在適用具有補充關係的刑事訴訟法。在此情形，我國法院皆無法直接調查被告、證人、鑑定人等人的證據，並聽取其陳述來形成心證，記錄他們陳述的審判筆錄是刑事訴訟法第 159 條的審判外的陳述，皆不得在審判中用來作為確定事實的證據，除非有符合刑事訴訟法第 159-1 條以下的例外情形，才可能突破我國法院無法直接調查的困境，實務上與文獻上，有認為可視為刑事訴訟法第 159-4 條第 3 款的其他特信文書<sup>37</sup>。不過，有個前提的問題也要先解決，被告、非被告之人，像是，證人、鑑定人，他們在陳述時，所面對的提問者並不是我國的刑事訴追公務員，警察、檢察官或法官。而且，

<sup>36</sup> 修法前的看法，日本刑事司法互助之物件交付-以搜索扣押為中心，警大法學論集，第 28 期，2015 年 4 月，頁 40。

<sup>37</sup> 像是，最高法院 97(2009)年度台上字第 1021 號判決、最高法院 98(2009)年度台上字第 648 號判決、最高法院 100(2011)年台上字第 4813 號。吳巡龍，境外取證之證據能力，台灣法學雜誌，第 282 期，2015 年 10 月 28 日，頁 182。

按照我國刑事訴訟法，刑事訴追公務員在調查人的證據時，有一些義務必須實行，比方，司法警察詢問犯罪嫌疑人或是檢察官訊問被告前的告知義務(§ 95 第 2、3 款 + § 100-2 刑事訴訟法)、禁止夜間警詢(§ 100-3 I 刑事訴訟法)、禁止司法警察或檢察官在不計入犯罪嫌疑人或被告自拘提或逮捕後到聲請羈押的 24 小時期間內詢問或訊問(§ 93-1 II 刑事訴訟法)。另外，證人、鑑定人有具結的義務(§§ 186 I, 202 刑事訴訟法)。根據刑事訴訟法，未實行上述義務或者違反上述的禁止，因為證據取得違法，所取得的陳述必須被排除(§§ 93-1 II, 100-3 I+§158-2; §§ §§ 186 I, 202+ § 158-3 刑事訴訟法)。

還有，可能因為規定的差異，在外國或者境外合法取得證據，但是，在我國可能是違反刑事訴訟法及其附屬規定的，比方，命令的實質要件或是是否採取法官保留的差異，但是，在我國，效果上有依附性證據使用禁止的設計，像是，通訊保障及監察法第 5、第 6 條與第 18-1 條。

對於這裡所提到的問題，要對方按照我國法律取得證據是不可能的，但是雙法的規定落差卻是存在的，影響所及可能讓我方因為必須割捨而無證據可用。文獻上許多看法認為，在這裏，不應該對於被告的保障有所折扣，像是，應該保障他的詰問機會，如果要導入刑事訴訟法第 159-4 條第 3 款，應該在外國取證階段就要爭取我方刑事訴追公務員參與的可能性，像是訊問時在場或是透過我方公務員實行告知義務，或者事先提醒我方注意義務的內容並請受請求方的刑事訴追公務員轉告接受調查的被告或非被告之人<sup>38</sup>。不過，我國公務員在外國並非有權的公務員，參與程序並要求對方滿足我方的形式要求，是否符合對方的規定，是非常有疑問的<sup>39</sup>。

---

<sup>38</sup> 主張與外國聯合偵查，李佳玟，境外或跨境刑事案件中的境外證人供述證據：最高法院近十年來相關判決之評釋，臺大法學論叢，第 43 卷第 2 期，2014 年 6 月，頁 542；林鈺雄，司法互助是公平審判的化外之地？以歐洲人權法院的兩則標竿裁判為借鑒，歐美研究，第 45 卷第 4 期，2015 年 12 月，頁 557 以下；吳天雲，外國提供之被告以外之人訊問筆錄的證據能力-日本案例的實務與學說見解，檢察新論，第 14 期，2013 年 7 月，頁 243 以下。不過，外國文獻上有看法認為，應該在法官面前且有被告的辯護人參與，才能在請求方法院審判時直接朗讀訊問筆錄，類似的看法，Sabine Gless 著/ 王士帆 譯，涉外刑事案件之證據禁(Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug)，司法週刊文選別冊，第 1647 期，2013 年 5 月 30 日，頁 21。承認前述看法，加入全程錄音錄影、遠距視訊，楊雲驊，境外取得刑事證據之證據能力判斷：以違反國際刑事司法互助原則及境外訊問證人為中心，臺大法學論叢，第 43 卷第 4 期，2014 年 12 月，頁 1596 以下。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，第 51 卷第 4 期，2007 年 8 月，頁 97；鄭文中，從歐盟之經驗看兩岸刑事司法互助之發展-以境外證人為觀察中心，刑事法雜誌，第 57 卷第 6 期，2013 年 12 月，頁 82 以下。

<sup>39</sup> 類推刑訴法第 159-2 條或第 159-3 條，將大陸刑事訴追機關製作的筆錄視為警詢筆錄，王綽光 / 吳冠霆，由證據法則論被告以外之人於大陸公安機關前之供述，刑事法雜誌，第 53 卷第 5 期，2009 年 10 月，頁 108 以下；將大陸檢察官的訊問視為囑託訊問，邱鼎文，經由司法互助取證得證據之證據能力-以澳門擄人勒贖案之評釋為中心，檢察新論，第 12 期，2012 年 7 月，頁 86。

國際刑事司法互助法定並沒有特別的規定，也就是必須根據刑事訴訟法。

## 柒. 展望

1. 在未來，為了能讓共同對抗重大的跨境犯罪，相互承認原則應該考慮在我國的國際刑事司法互助基本法當中定調，藉以解決因證據位於境外無法或者無法符合我方法定格式調查時，被告基本權保障折扣的質疑。根據相互承認原則，因為有法治國原則的最低人權保障標準<sup>40</sup>，雙方的法秩序都可以獲得彼此的信任，同時，在個案當中，被告的權利也會在兩邊都受到充分的尊重，並且，應該考慮，在執行方(證據使用方)這邊建立有效的當事人權利保護系統。
2. 在相互承認原則的框架底下，所有在外國或境外取得的證據，在我國法院的審判中，原則上，還是必須根據我國的法律才可以用來作為認定事實的證據<sup>41</sup>。
3. 在外國或境外的證據取得，有違反一方或是雙方法秩序的情形，如果按照雙方的規定都會造成非獨立的證據使用禁止，比較重要的情況，像是，在大陸的證據取得，符合大陸的法秩序，不過，按照我國的法秩序卻是不被允許的，除非這個情形也會違反我國的公共秩序，按照取得地法原則，這個在取得的證據，在我國進行的審判程序中可以用來作為確定事實的證據。情況反過來，除非我方的公共秩序也會被違反，按照法院地法原則，在我方的審判中，法院也可以使用這個在大陸取得的證據。
4. 藉此方式，判決的可預測性才可能因此建立，並且也可以找到法的安定性。按照相互承認原則所提出的標準，在個案討論時，應該可以提供出問題有效處理策略的規律性以及具說服力的說理。

---

<sup>40</sup> 相同的看法，鄭文中，從歐盟之經驗看兩岸刑事司法互助之發展-以境外證人為觀察中心，刑事法雜誌，第 57 卷第 6 期，2013 年 12 月，頁 88。

<sup>41</sup> 類似的看法，Sabine Gless 著/ 王士帆 譯，涉外刑事案件之證據禁(Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug)，司法週刊文選別冊，第 1647 期，2013 年 5 月 30 日，頁 21。

## 參考文獻

### 一、中文文獻(依作者姓氏筆劃依次排列)

#### 專書

1.林鈺雄，刑事訴訟法(上冊)，8版，2017年。

#### 期刊

1. Sabine Gless 著/ 王士帆譯，涉外刑事案件之證據禁止(Beweisverbote in Fällen mit Auslandsbezug)，司法周刊 (司法文選別冊)，第 1647 期，2013 年 5 月 30 日，頁 1-24。

2.王欽彥，中國大陸人民法院判決效力之承認與憲法之訴訟保障，成大法學，第 23 期，2012 年 6 月，頁 83-139。

3.王綽光/ 吳冠霆，由證據法則論被告以外之人於大陸公安機關前之供述，刑事法雜誌，2009 年 10 月，第 53 卷第 5 期，頁 93-111。

4.朱朝亮，國際司法互助各論-引渡、狹義的司法互助，月旦法學教室，第 103 期，2011 年 5 月，頁 96-114。

5.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，第 51 卷第 4 期，2007 年 8 月，頁 78-103。

6.吳天雲，外國提供之被告以外之人訊問筆錄的證據能力-日本案例的實務與學說見解，檢察新論，第 14 期，2013 年 6 月，頁 232-245。

7.吳天雲，刑事司法互助的特定主義與承諾遵守-以日本洛克希德事件為例，檢察新論，第 18 期，2015 年 7 月，頁 221-236。

8.吳巡龍，境外取證之證據能力，台灣法學雜誌，第 282 期，2015 年 10 月 28 日，頁 175-184。

9.呂丁旺，情資交換與調查取證界線及辨析，司法周刊，第 1739 期，2015 年 3 月，頁 2-3。

10.李佳玟，境外或跨境刑事案件中的境外證人供述證據：最高法院近十年來相關判決之評釋，國立臺灣大學法學論叢，第 43 卷第 2 期，2014 年 6 月，頁 489-548。

- 11.李錫棟，日本刑事司法互助之物件交付-以搜索扣押為中心，中央警察大學法學論集，第 28 期，2015 年 4 月，頁 1-49。
- 12.林鈺雄，司法互助是公平審判的化外之地？以歐洲人權法院的兩則標竿裁判為借鑒，歐美研究，第 45 卷第 4 期，2015 年 12 月，頁 517-570。
- 13.邱鼎文，經由司法互助取證得證據之證據能力-以澳門擄人勒贖案之評釋為中心，檢察新論，第 12 期，2012 年 7 月，頁 74-86。
- 14.張明偉，論兩岸旅遊糾紛之刑事訴訟障礙，法令月刊，第 60 卷第 6 期，2009 年 6 月，頁 106-135。
- 15.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 7 月，頁 152-175。
- 16.楊婉莉，刑事司法互助區域發展趨勢探討-以各區域政府組織為中心，探索與展望，第 12 卷第 11 期，2014 年 11 月，頁 66-84。
- 17.楊婉莉，淺析經司法互助取得證言之證據能力-以最高法院九十八年度台上字第七〇四九號案件為例，月旦裁判時報，第 34 期，2015 年 4 月，頁 68-78。
- 18.楊雲驊，境外取得刑事證據之證據能力判斷：以違反國際刑事司法互助原則及境外訊問證人為中心，國立臺灣大學法學論叢，第 43 卷第 4 期，2014 年 12 月，頁 1533-1608。
- 19.蔡碧玉，我國國際刑事司法互助的現況與發展，軍法專刊，第 55 卷第 1 期，2009 年 2 月，頁 155-173。
- 20.鄭文中，從歐盟之經驗看兩岸刑事司法互助之發展-以境外證人為觀察中心，刑事法雜誌，第 57 卷第 6 期，2013 年 12 月，頁 57-88。

## 二、德文文獻(依作者姓氏筆劃依次排列)

1. Werner Beulke/ Sabine Swoboda, Strafprozessrecht, 14. Aufl., 2018
2. Claus Roxin/ Bernd Schünemann, Strafverfahrensrecht, 29. Aufl., 2017
3. Helmut Satzger, Internationales und Europäisches Strafrecht, 8. Aufl., 2018

4. Markus Mavany, Die Europäische Beweisordnung und das Prinzip der gegenseitigen Anerkennung, 2012.