

台湾地区法院对通过两岸司法协助取得证言 陈述之证据能力的认定及其发展趋势

高俊鹏, 薛永慧

摘要: 调查取证是两岸司法协助的重要内容,而证人证言在通过司法协助途径取得的证据中占有重要的地位。如何认定通过两岸司法协助途径取得的证人证言的证据能力,直接决定着两岸司法协助的成效和前景。由于台湾地区缺乏有关通过两岸司法协助取得证言之证据能力的明确规范,且庭外陈述受严格的传闻证据法则的规范,台湾地区司法实务对通过两岸司法协助渠道取得的证言陈述的证据能力,在认定上存在不同路径,其未来发展趋势也有待进一步观察。

关键词: 台湾地区法院;两岸司法协助;证言陈述;证据能力

中图分类号: D927.586

文献标识码: A

文章编号: 1674-8557(2019)01-0046-12

随着两岸经济和人员往来的日益频繁,两岸互涉犯罪已成为两岸社会面对的共同难题。2009年两岸间签订的《海峡两岸共同打击犯罪及司法协助协议》(以下简称《两岸司法协助协议》)即是对这一需求的回应。然而由于两岸分治的现实状况及在众多问题上存在不同规定,加之《两岸司法协助协议》较为原则性,规范密度较低,导致在实务操作的过程中,会遭遇由于两岸不同制度产生冲突摩擦而又缺乏相应的规范进行协调缓和的情况。本文所论及的,通过两岸司法协助渠道所取得的证言陈述的证据效力在台湾地区审判中的认定,即是其中一例。

一、自大陆取得的证言陈述的证据能力认定问题产生的原因

(一)“互免证明”不意味着大陆地区证言陈述获得证据能力

【收稿日期】 2018-10-20

【基金项目】 本文系 2017 年教育部人文社科重点研究基地重大项目“新形势下维护两岸关系和平发展的法治路径研究”(项目编号:17JJDGAT001)阶段性研究成果。

【作者简介】 高俊鹏(1994-),男,福建福州人,厦门大学台湾研究院法律所 2017 级硕士研究生。薛永慧(1977-),女,宁夏固原人,厦门大学台湾研究院法律所副教授,法学博士。

本文所讨论之“证言陈述”概念来源于《两岸司法协助协议》,其第八条调查取证部分规定:“双方同意依己方规定相互协助调查取证,包括取得证言及陈述”,其所涉及的证据种类主要包括《中华人民共和国刑事诉讼法》第 50 条所规定的证人证言、被害人陈述等。

由于两岸现实处于分治状态，在客观上存在着两岸分属不同法域的现象，两岸事实上存在有相对独立的司法管辖权，有关证据能力认定的规范亦不相同。虽然在《两岸司法互助协议》第18条中有互免证明的规定，即：“双方同意依本协议请求及协助提供之证据资料、司法文书及其他资料，不要求任何形式之证明。”但此处之“互免证明”，并非当然地赋予通过司法互助渠道从大陆取得的证言陈述以证据能力，而仅仅只是对于证据材料形式上的真实性和合法性的认可，其本质是一种行政上而非司法上的认可程序。根据“台湾地区与大陆地区人民关系条例”第7条，“在大陆地区制作之文书，经行政院设立或指定之机构或委托之民间团体验证者，推定为真正。”对于此条，台湾地区“最高法院”2008年度台上字第2462号判决中指出：“台湾地区与大陆地区人民关系条例第7条所定……系关于文书验证效力之规定，与证据能力（指符合法律所规定之证据资格，而得成为证明犯罪事实存在与否之证据资格）之有无，应依刑事诉讼法相关规定加以认定，两者并非相同。申言之，文书是否真正，与证据能力之有无，系属二事，不容混淆。在大陆地区制作之文书，经依法验证者，形式上虽推定为真正，然尚非因此即认具有证据能力。”因此，“互免证明”的效力实际上相当于在司法互助程序内简化省去了对相关材料的验证程序，以提高打击跨两岸犯罪的效率，但在台湾地区的司法审判程序内，这类证据的证据能力仍然有待进一步的审查。

（二）台湾地区对于证言陈述证据能力之审查采用传闻证据法则作为标准

《两岸司法互助协议》第8条调查取证部分规定：“双方同意依己方规定相互协助调查取证，包括取得证言及陈述”。而在台湾地区中有关“证言及陈述”这一证据类型的证据能力之认定主要受“传闻证据法则”的规范。“所谓传闻证据法则，即否定传闻证据具有证据能力之法则。而传闻证据则是指证人不是以自己对其事实的亲身感知为基础，而是就自己从别人那里听说的所作的事实所作的陈述。因此，其内容通常最初是在法庭外未经宣誓作出的，而在庭审时被作为证据提出来证明其所称之事实为真实。由于传闻证据本质上是证人对其所听说之事实的重述，因而属于间接证据或二手证据。依英美法的证据规则，传闻证据不具有可采性（admissibility），因为这种证据不能通过在公开法庭上交叉询问（cross-examination）的方式来验证其真实性。所以，为了确保提供给法庭的证词的可靠性，对传闻证据应予以排除。”台湾地区的“刑事诉讼法”亦吸收了发源于英美法的这一原则，用以保障被告人赖以在直接审理中进行防御的“对质诘问权”，其“刑事诉讼法”第159条规定：“被告以外之人于审判外之言词或书面陈述，除法律有规定者外，不得作为证据。”而在台湾地区司法实务上，通过司法互助渠道取得的证言及陈述即属于“被告以外之人与审判外之陈述”，因此必须符合法律规定的“传闻法则例外”方可不被排除。

（三）《两岸司法互助协议》无法作为前述第159条中所言之“除法律有例外规定”之情况

台湾地区司法实务中，有认为其与其他国家及地区“所缔结之互助协定若已送‘立法院’审议通过者，如‘驻美国台北经济文化代表处与美国在台协会间之刑事司法互助协定’，因位阶等同于法律，则依其他国家或地区法律，基于该协定，对台湾地区刑事被告以外之人所为之讯问笔录，自应认为是‘刑事诉讼法’第159条第一项‘法律有规定者外’之传闻例外规定。”然而《两岸司法互助协议》并未在立法院审议通过，只是在其签署之后报请“行政院”核定后送“立法院”备查，因此《两岸司法互助协议》不是台湾地区“宪法”第63条所指“条约”，或台湾地区大法官解释“释字第329号”所指“条约等国际书面协定”，不具备法律

高通：《论海峡两岸刑事案件协助调查取证制度——以〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉第8条为基础》，载《台湾研究集刊》2016年第2期，第88页。

《元照英美法词典》，hearsay 词条，<http://lawyer.get.com.tw/Dic/DictionaryDetail.aspx?iDT=55292>，下载日期：2018年9月18日。

许福生：《论两岸刑事司法互助调查取证之证据能力》，载《日新司法年刊》2014年卷，“福建高等法院金門分院检查署”出版，第156页。

位阶，因而不能适用台湾地区“刑事诉讼法”第159条法定例外的规定。

综上所述，通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述必须经过台湾地区有关证据能力规则，也即传闻法则的严格审查，被认可属于符合传闻法则例外的情况后，方可以取得证据能力。

二、台湾地区“最高法院”对通过两岸司法互助取得证言之证据能力认定路径

（一）台湾地区传闻证据法则例外情形

台湾地区传闻证据法则中关于证言陈述的例外主要有以下几种情况：

1. 简易程序以及特殊的非诉讼程序

台湾地区“刑事诉讼法”第159条第二项规定：“前项规定，于第一百六十一条第二项之情形及法院以简式审判程序或简易判决处刑者，不适用之。其关于羁押、搜索、鉴定留置、许可、证据保全及其他依法所为强制处分之审查，亦同。”即，适用简易程序的案件以及特殊的非诉讼程序不受传闻法则的限制，在上述程序中传闻证据可以具备证据能力。

2. 被告人以外之人在审判外向特定人所为之陈述

其中又包括：

（1）向法官所为之陈述。根据“刑事诉讼法”第159条之1，被告以外之人于审判外向法官所为之陈述，不受传闻法则的限制具有完全的证据能力；

（2）向检察官所为之陈述。被告以外之人于侦查中向检察官所为之陈述，除鲜有不可信之情况外，得为证据。

（3）向检察事务官、司法警察官或司法警察所为之陈述（警询笔录）。根据同条之2，被告以外之人于检察事务官、司法警察官或司法警察调查中所为之陈述，与审判中不符而先前的陈述具有较可信之特别情况，同时该陈述为证明犯罪事实是否存在所必要，得为证据；同条之3规定，被告以外之人于检察事务官、司法警察官或司法警察调查中所为之陈述具有较可信之特别情况，同时该陈述为证明犯罪事实是否存在所必要的，在出现特定情形导致被告以外之人无法或拒绝在法庭上进行陈述时，得为证据。

3. 特信性文书

根据“刑事诉讼法”第159条之4，这类文书主要包括除显有不可信之情况外，公务员职务上所制作的纪录文书、证明文书，从事业务之人于业务上或通常业务过程中所作的纪录文书、证明文书，以及其他于可信之特别情况下所制作的文书。满足上述条件的文书可不受传闻法则排除，得为证据。

4. 当事人的同意及拟制同意

根据“刑事诉讼法”第159条之5，被告以外之人于审判外所为陈述虽不符合前述4种法定排除之情况，但若当事人于审判程序中同意将之作为证据，且法院认为合适者，亦可以为证据；当事人、代理人或辩护人在法庭调查证据时，知道存在传闻证据的情况而未在辩论终结前提出异议的，视为前项所说的同意。

（二）台湾地区“最高法院”对通过两岸刑事司法互助取得证言陈述之证据能力的认定路径

结合以上传闻法则的例外，笔者梳理了《两岸司法互助协议》签订以来，台湾地区“最高法院”有关认定通过司法互助渠道取得证言陈述之证据能力的判决，具体情况如表1：

根据台湾地区大法官解释“释字 329 号”：台湾地区“宪法”所称之条约是指其与其他国家和地区或国际组织所缔约的国际书面协定，包括用条约或公约的名称，或用协定等名称而其内容直接涉及台湾地区重要事项或人民的权利义务，并且具有法律上的效力。其中名称为条约或公约或用协定等名称而附有批准条款的，当然应送“立法院”审议，其余国际书面协定，除经法律授权或事先经“立法院”同意签订，或其内容与台湾地区法律相同的之外，亦应送“立法院”审议。

本文所引用的相关台湾地区判决皆是以“大陆地区公安机关”为关键词，于 2018 年 9 月 1 日在法源法律网（<http://www.lawbank.com.tw/>）

表1 台湾地区“最高法院”相关裁判的说理及观点

裁判字号	裁判日期	裁判案由	适用条文	判决说理要点	被引次数
2010 年台上字第 5360 号刑事判决	2010.08.26	杀人	类推适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之 3 第 1、3 款	大陆公安机关之笔录足以证明陈述者有如笔录所载内容之陈述,笔录记载之陈述内容,属陈述者于审判外之陈述,应类推适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之三第一、三款,决定其证据能力之有无。	14 次
2011 年度台上字第 4813 号刑事判决	2011.08.31	常业诈欺	直接适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之 4 第 3 款	大陆公安机关非属台湾地区侦查辅助机关,其所制作之证人笔录,不能直接适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之二或同条之三之规定,而同法第 159 条之四第一款之公务员,仅限于台湾地区公务员,且证人笔录系针对特定案件制作,亦非属同条第二款之业务文书,但如于可信之特别情况下所制作,自得逕依本条第三款之规定,判断其证据能力之有无。“可信之特别情况下所制作”,自可综合考量当地政经发展情况是否已上轨道、从事笔录制作时之过程及外部情况观察,是否显然具有足以相信其内容为真实之特殊情况等因素加以判断。	148 次
2012 年度台上字第 900 号刑事判决	2012.03.07	强盗杀人	类推适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之 2, 之 3 或适用同法第 159 条之 4 第 3 款	a.大陆公安机关之侦查人员依其职权或基于《两岸互助协议》而为刑事上之调查取证,在地位与功能上实与台湾地区司法警察或司法警察官依职权调查证据无异。被告以外之人于大陆公安机关侦查员调查时所为之陈述,可类推适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之二或同条之三之规定,以决定其证据能力。 b.有部分学者认境外公务员所制作之文书(例如警询笔录),可审酌该项文书之性格(即种类与特性),以及当地政经文化是否已上轨道等情状,以判断其是否在可信之特别情况下所制作(亦即是否具备“特信性”),而适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之四第三款规定,以决定其证据能力。询问笔录(即文书),基于时代演进及事实需要,在解释上亦应可类推适用同法第 159 条之四第三款规定,而承认其证据能力。	15 次

上进行检索整理得到涉及认定通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述证据效力的判决。选择本关键字的原因主要基于现阶段两岸司法互助协助调查取证及情资交换主要在侦查阶段开展,且两岸互涉案件绝大多数涉及犯罪多由公安机关进行侦查,因此本文所涉及之证据主要由大陆公安机关所制作。这一点在台湾地区法院的裁判文书中亦多有体现。作者曾尝试其他多个关键字,但均无法很好的检索到相关判决的信息。故以此关键字进行检索所得案例应当是较为详尽全面的。

2013 年度台上字第 675 号刑事判决	2013.02.21	常业诈欺	类推适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之 2	笔录等证据 ,虽非台湾地区有犯罪侦查权限之公务员依“ 刑事诉讼法 ”规定直接取得之资料 ,而系经协助取证取得 ,但上诉人彼此相互间之供述 ,为被告以外之人在台湾地区法院审判外之陈述 ,具有传闻证据之性质 ,且经综合笔录制作时之过程及外部情况观察 ,类推适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之二之规定 ,认定证据具有证据能力之理由。	10 次
2016 年度台上字第 2134 号刑事判决	2016.08.18	妨害性自主等罪	直接适用“ 刑事诉讼法 ”第 159 条之 5	当事人已明示同意作为证据之传闻证据 ,若经法院审查其具备适当性之要件 ,并已就该证据实施调查程序者 ,基于诉讼程序安定性及确实性之要求 ,即无许当事人事后任意撤回同意之理。	74 次

资料来源：笔者根据在法源法律网检索得到的判决自行整理。

从以上台湾地区“最高法院”判例可以看出，其选择适用何种传闻法则例外来认定通过司法互助渠道取得的陈述（其中大部分是大陆公安机关所制作的警询笔录）的立场，是随不同时期而存在摇摆的。这种摇摆主要表现为：除了存在适用前文所述的“适用简易程序或特殊程序”和“当事人对传闻之同意”这两类有着明确适用场合的传闻法则例外的情形外，在认定大陆公安机关警询笔录的证据能力时，适用“被告人以外之人在审判外向特定人所为之陈述”例外与“特信性文书”例外之间存在冲突的情形，即需要在类推适用“刑事诉讼法”第159条之2、之3与直接适用同法之4第3款之间进行选择。

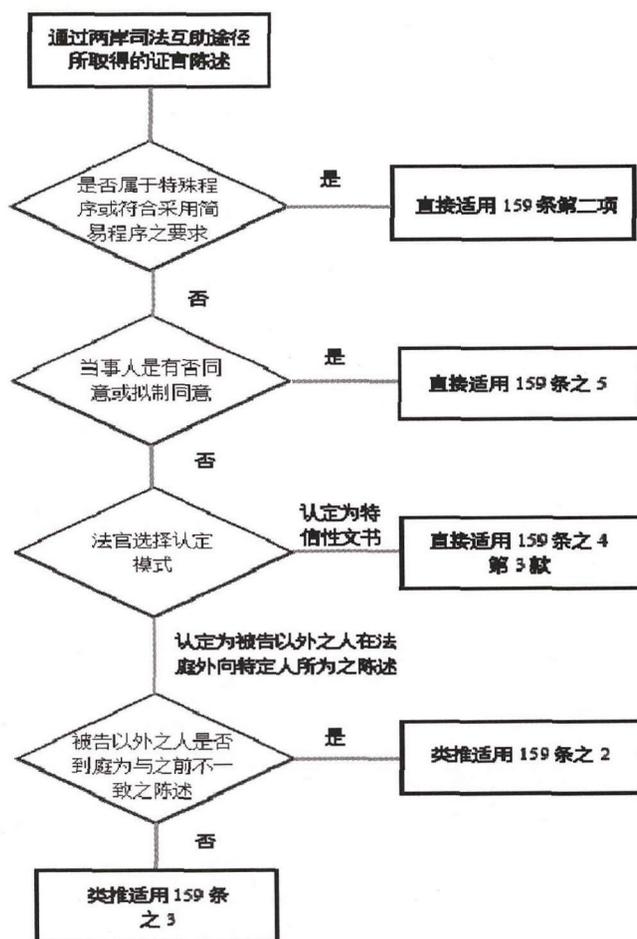
2009年《两岸司法互助协议》签署伊始，台上字第5360号判决认为应当类推适用“刑事诉讼法”第159条之3进行认定。而至后来2011年的台上字第4813号判决，台湾地区“最高法院”则采用了直接适用“刑事诉讼法”第159条之4第3款对大陆公安机关所作笔录的证据能力进行认定的方式，将其作为“特信性文书”而例外于传闻法则。2012年台上字第900号判决则同时采用了两套论证，一方面通过解释大陆公安机关侦查人员的身份，为类推适用“刑事诉讼法”第159条之2、之3铺平了道路，另一方面却又通过援引相关学者的观点作为判决说理，再次肯定了采用“刑事诉讼法”第159条之4第3款对大陆公安机关所作笔录的证据能力进行认定的做法，在认定路径上呈现出两者并行适用的情况。但至2013的台上字第675号判决，台湾地区“最高法院”又单独以“刑事诉讼法”第159条之2的类推适用作为认定笔录证据能力的依据，不再提“特信性文书”的传闻法则例外。

对于究竟应选择以上两种路径中的哪一种的问题，台湾地区“最高法院”在2018年1月23日召开的“最高法院 2018年度第1次刑事庭会议”的决议中做出了选择。决议就“除经‘立法院’审议之司法互助协定（协议）另有规定者外，被告以外之人在域外警察机关警员询问时所为之陈述，能否依刑事诉讼法传闻例外相关规定，判断有无证据能力？”这一问题，采纳“肯定说”：在台湾地区，警询笔录是因个案而制作，故不具有例行性，同时亦难具有“高度之信用性”，因此不属于“刑事诉讼法”第159条之4所规定之文书，所以认定警询笔录之证据能力应适用同法第159条之2，之3。因此决议认为对于具有雷同性质的“被告以外之人在域外所为之警询陈述”应为相同处理，即类推适用“刑事诉讼法”第159条之2，之3认定其证据能力之有无。

台湾地区“最高法院”2018年第一次刑事庭会议决议。

综上，台湾地区“最高法院”对于通过两岸司法互助取得证言陈述之证据能力认定的路径，大致可以总结如图1所示，主要的分歧存在于：在并非适用“采简易程序或特殊程序”和“当事人对传闻之同意”这两类有着明确适用场合的传闻法则例外的情形时，对于有关证言陈述效力的认定有两种不同的路径：一是认定为特信性文书，并直接适用“刑事诉讼法”第159条之4第3款进行认定；二是认定为被告以外之人在法庭外向特定人所为的陈述，根据具体情况，类推适用同法第159条之2或之3。

图1 台湾地区“最高法院”证据能力认定路径



资料来源：笔者根据台湾地区司法实务对相关证据的认定路径总结所作。

三、台湾地区其他法院对通过两岸刑事司法互助取得证言陈述之证据能力的认定路径选择

“最高法院”的判决为台湾地区司法实务认定通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述的证据能力，提供了前述几种适用的路径。除前述具有特定适用场合的情况外，法官主要会在直接适用“刑事诉讼法”第159条之4第3款与根据具体案情类推适用同法第159条之2或之3两种不同认定路径之间进行选择。那么在实践中，台湾地区“高等法院”和地方法院是如何进行选择与适用的？笔者尝试梳理了自2009年4月26日《两岸司法互助协定》签订到2018年9月1日为止的，台湾地区“高等法院”和地方法院作出的，涉及通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述的证据能力的判决，总结如表2：

表2 台湾地区其他法院认定有关证据的路径选择情况

法院名称	第 150 条之 2、之 3	第 159 条之 4	第 159 条之 5	第 159 条第二项	案件总数
“ 高等法院 ”	8	2	4	1	15
“ 台中高分院 ”	4	25	6	0	35
“ 台南高分院 ”	3	1	0	0	4
“ 高雄高分院 ”	0	10	2	0	12
基隆地院	1	1	0	0	2
新北地院	0	2	0	0	2
台北地院	0	1	0	1	2
士林地院	2	1	0	0	3
桃园地院	3	4	0	1	8
新竹地院	2	1	1	2	6
苗栗地院	0	1	0	0	1
台中地院	4	27	3	8	42
彰化地院	0	4	0	0	4
南投地院	0	1	0	0	1
云林地院	0	1	3	0	4
嘉义地院	0	2	1	0	3
台南地院	1	1	0	1	3
高雄地院	1	12	0	1	14
屏东地院	0	0	0	1	1
宜兰地院	1	0	0	0	1
总计	30	97	20	16	163

资料来源：笔者根据在法源法律网检索得到的判决自行整理。

从上表可以看出，就总体的适用数量而言，台湾地区“高等法院”和地方法院更倾向于适用“第159条之4”，即“特信性文书”例外的规定来认定通过两岸司法互助渠道取得证言陈述的证据能力。特别是在大量判决中，“第159条之4第3款”受到青睐而被广泛的适用，其说理皆是援引参照台湾地区“最高法院”2011年度台上字第4813号刑事判决的相关理由，认为大陆公安机关所作之证人笔录虽并非“第159条之4”前两款所规范的公务文书及业务文书，但“如于可信之特别情况下所制作，自得迳依本条第三款之规定，判断其证据能力之有无”，而“可信之特别情况”则由“综合考量当地政经发展情况是否已上轨道、从事笔录制作时之过程及外部情况观察，是否显然具有足以相信其内容为真实之特殊情况等因素”加以判断。相较而言，“第159条之2、之3”被适用的次数则少很多，但相对较受台湾地区“高等法院”的青睐。

值得一提的是，2011年是一个具有转折意义的时间点，在2011年以前涉及通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述的判决数量整体较少，而2011年之后则有大量相关判决涌现。这种现象无疑与“最高法院”2011年度台上字第4813号刑事判决的做出有着重要的关系。该判决做出之后被各级法院大量引用，其观点和说理不仅被用于认定通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述，还扩展至用于判断被告以外之人，在大陆以外的其他

域外警察机关警员询问时所为陈述笔录的效力。从前文表1中即可以发现，其高达148次的被引用数，和“最高法院”采用类推适用“第159条之2、之3”路径判断大陆地区证言陈述证据能力的一系列判决，平均仅有10余次的被引用数相比，可谓不在一个数量级别上。

随着台湾地区“最高法院”在“2018年度第一次刑事庭会议”的决议中，明确表明了支持类推适用“159条之2、之3”判断域外警询笔录的证据能力的态度后，台湾地区高等法院和地方法院大量采用“第159条之4第3款”认定通过司法互助渠道取得的证言陈述的证据能力的情况，又是否会发生变化？笔者整理了台湾地区“高等法院”和地方法院2018年1月23日至9月1日做出的，涉及通过两岸司法互助取得证言陈述之证据能力的判决，具体情况如表3所示：

表3 台湾地区其他法院2018.1.23-9.1相关判决

裁判字号	裁判法院	适用法条	说理援引参照之情况
2017年上诉字 2135	“高等法院”	类推适用第 159 条之 3	援引“最高法院 2018 年度第 1 次刑事庭会议”决议说理
2017年原上诉字 130	“高等法院”	类推适用第 159 条之 3	援引“最高法院 2018 年度第 1 次刑事庭会议”决议说理
2017年上诉字 551	“台中高分院”	就证人笔录部分类推适用第 159 条之 3，就鉴定书部分直接适用第 159 条之 4（3）	就证人笔录部分说理援引“最高法院 2018 年度第一次刑事庭会议”决议，就鉴定书部分参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年上诉字 672	“台中高分院”	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年上诉字 900	“高雄高分院”	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年上诉字 994	“高雄高分院”	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年诉字 759	新北地院	类推适用第 159 条之 3	
2018年诉字 17	桃园地院	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年金诉字 7	桃园地院	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年原诉字 28	桃园地院	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年诉字 1459	台中地院	直接适用第 159 条第二项	
2018年诉字 821	台中地院	类推适用第 159 条之 3	
2018年诉字 962	台中地院	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年诉字 1089	台中地院	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年诉字 733	台中地院	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决
2017年易字 2980	台中地院	直接适用第 159 条之 4（3）	参照 2011 年台上字 4813 号判决

资料来源：笔者根据在法源法律网检索得到的判决自行整理。

从上表可以发现，虽然“最高法院”的态度已经明显偏向支持采用“类推适用‘刑事诉讼法’第159条之2、之3”的路径，认定通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述的证据能力。但除了“高等法院”与“台中高分院”在其判决中响应了“最高法院”的决议之外，其他法院，特别是台湾地区各地方法院，依旧在判决中主要参照2011年台上字第4813号判决说理，采用“直接适用同法第159条之4（3）”的认定路径。台湾地区“最高法院”与“高等法院”和地方法院在此问题的态度上似乎依然存在较大的分歧。不过“2018年度第一次刑

事庭会议”决议做出的时间尚短，其对台湾地区各级法院裁判的影响需要进一步持续观察。

四、台湾地区法院对认定通过两岸刑事司法互助取得证言之证据能力路径选择的原因探析

(一) 司法实务对于直接适用“刑事诉讼法”第159条之4第3款的青睐

从上文整理的数据中可以看出，台湾地区各级法院对于直接适用“刑事诉讼法”159条之4第3款认定通过司法互助渠道取得的证言陈述的证据能力是存在明显偏好的，其主要原因如下：

1. 避免对法律进行不利于被告人的类推解释

按照台湾地区“最高法院”的一系列判例及决议，由于大陆公安机关的刑事侦查人员，并非台湾地区法律所规定之“司法警察、司法警察官或检察事务官”，因此，在认定通过司法互助渠道取得的证人陈述的证据能力时，不能直接适用“刑事诉讼法”第159条之2、之3的规定，而不可避免的要采取类推适用第159条之2、之3这一方式，才可适用此类传闻证据例外。“由于台湾地区传闻之例外规范不足，除‘法律规定之传闻例外’，有无存在‘类推适用之传闻例外’空间，台湾地区文献有持肯定见解者，亦有采否定见解者。”尽管台湾地区“最高法院”的一系列判决认可了“类推适用第159条之2、之3”的解释，然而“最高法院”毕竟并非台湾地区民选的“立法机关”，其解释无法具备“法律”级别的效力。学界对于此种类推适用亦多有不同意见，如认为：“就法学方法而言，类推适用已经不是单纯法律“解释”层次，而是一种规范的创设，而创设的两大基本前提是存在‘法律漏洞’及具有‘类似性’，但公安笔录的类推适用，正好不具备这两个基本前提。”

此外，还有学者认为被告的防御权属于人民基本权，以类推适用“刑事诉讼法”第159条之3方式对境外司法警察供述赋予证据能力，因限制被告的对质诘问权，可能违反宪法法律保留原则。此外，虽然“刑事诉讼法”不像“刑法”那样对于类推解释存在严格的排斥，但在认定证人陈述之证据能力的场合下，这种对第159条之2、之3的类推适用，在绝大部分情况下都不会有利于被告人。综上所述，做出此类不利于被告人的类推解释，需要法官进行更慎重的考量。而适用第159条之4第3款则没有这方面的顾虑，根据台湾地区“最高法院”2011年度台上字第4813号刑事判决，只要能够论证相应的证据笔录为于“可信之特别情况”下所制作，法官就可以直接依据第159条之4第3款认定相关证据为“特信性文书”，从而适用传闻法则例外赋予其证据能力。

2. 出于对适用成本的考量

“类推适用第159条之2、之3”的认定模式，无论在适用条件上，还是适用成本上皆较之于“直接适用第159条之4”更高。类推适用第159条之2，除了要求笔录制作者需具有相应的可被类推为台湾地区“司法警察、司法警察官或检察事务官”的身份外，还要求该陈述必须具备比被告人在审判时所陈述更具有可信性的“相对可信性”，以及为揭示案件真实所必须之“必要性”。而类推适用“第159条之3”，“系为补救采纳传闻法则，实务上所可能发生搜证困难之问题，于本条所列各款被告以外之人于审判中不能供述之情形，例外承认该等审判外警询陈述为有证据能力。此等例外，既以牺牲被告之反对诘问权，除应审究该审判外之陈述是否具有‘绝对可信性’及‘必要性’二要件外，关于不能供述之原因，自应以非可归责于国家机关之事由所造成者，始有其适用，以确保被告之反对诘问权。”可见在制度设计上，台湾地区“刑事诉讼法”为了保障被告人之防御权，在赋予境外包括大陆警询笔录以传闻法则例外时，伴随着严格的限制，“除非当事人舍弃

吴灿：《域外证人警询笔录之证据能力——“最高法院”2018年1月23日决议解析》，载《月旦法学教室》2018年第191期，第29页。

林钰雄：《2013年刑事程序法发展回顾：从国际人权公约内国化的观点出发》，载《台湾大学法学论丛》2014年43卷特刊期，第1294页。

李佳玟：《境外或跨境刑事案件中的境外证人供述证据：最高法院近十年来相关判决之评释》，载《台湾大学法学论丛》2014年43卷2期，第503~504页。

台湾地区“最高法院”2018年第一次刑事庭会议决议。

诘问，审判中必须在司法互助下之调查证据方法，包括采行远距视讯可行性之努力已经穷尽，并严格审查其‘绝对可信性’与‘必要性’要件，始有上关规定之适用。”其结果就是类推适用“第159条之2、之3”的成本提高。不仅较之直接适用第159条之4第3款需要额外满足证据的“必要性”要件，在确保“相对可信性”及“绝对可信性”的论证过程也往往更加复杂。同时，为了满足类推适用第159条之3，在程序上亦要付出更多的成本，如对于无法到庭的大陆证人之陈述，必须先经过传唤程序，确认属于无法传唤之情况后，方具备类推适用本条的条件。面对数量日益增加的两岸互涉犯罪，法院所需要多付出的时间、经济与人力成本将使其不堪重负。

（二）直接适用“刑事诉讼法”第159条之4第3款所面临的问题

如前文所述，既然“直接适用第159条之4第3款”，较之于“类推适用第159条之2、之3”有若干有利之处，使得其被大量适用于司法实务中，那么台湾地区“最高法院”为何会在“2018年度第1次刑事庭会议”中做出明显相反的选择呢？笔者认为，根本原因是第159条之4第3款的直接适用在法律逻辑上存在矛盾。

1. 会使第159条之2、之3的立法意图落空

就台湾地区有关传闻证据的立法结构而言，“被告人以外之人在审判外向特定人所为之陈述”与“特信性文书”是两类不同的传闻法则例外，对其适用应该针对不同的场合方符合立法调整的目的。然而从法律文意角度而言，两者的适用范围在不进行解释与限制时会有发生竞合的可能：向特定人所做的书面陈述从另一个角度看，亦可以理解为某种文书。而由于法律中所规定之特定人（法官、检察官、司法警察、司法警察官、检察事务官等）无一例外皆具有公权力身份，因此若不加以区别，他们及他们所在机构就案件所制作的文书很容易会被认为是“特信性文书”例外中的“公务文书”。如此一来，则会发生两类具有不同构成要件的传闻法则例外发生竞合。这种竞合可能产生的不良后果是，适用条件较为宽松的一类例外，有可能架空适用条件严格的另一类例外，使之难以在实务中得到适用。在台湾地区传闻法则例外规则中，“特信性文书”例外由于无需证明陈述的“必要性”要件，较之“被告以外之人于审判外向司法警察等所为之陈述”例外在适用条件上更为宽松。

台湾地区“刑事诉讼法”为了避免此类竞合的产生，于其第159条之4中直接明确“除前三条之情形外”，即排除对警询笔录等适用“特信性文书”例外。具体而论“第1款公务文书系公务员依其职权所为，与其责任、信誉攸关，若有错误、虚伪，公务员可能因此负担刑事及行政责任，从而其正确性高；且该等文书经常处于可受公开检查之状态，设有错误，甚易发现而予及时纠正，是以除显有不可信之情况外，有证据能力。但为确保被告对质诘问权，此款公文并不包括刑事笔录在内。”台湾地区司法实务和理论学说亦普遍认为，“警询笔录”这一类由“负有刑事侦查职责”的公务人员所作的文书不被认为是第159条之4第1款所规定之“公务文书”。同时，对此类由“公务人员”所作的文书也不应适用具有“特信性文书”兜底条款性质的第159条之4第3款。因为其立法对象是“公务人员”及“业务人员”所作文书以外具有类似性质的文书。

而第159条之4中的除外规定却无法排除大陆警询笔录对该条之3的适用，因为其做出主体并非台湾地区法律所规定的特定人，不属于直接适用第159条之2、之3的情况。但从证据的本质上看，大陆公安机关所作的警询笔录在功能和作用上与台湾地区警询笔录雷同，对其在逻辑上也应当适用有关警询笔录的标准，否则在司法实务中，同样会出现前文所述的竞合适用现象，进而违背第159条之2、之3的立法意图。因此“2018年度第

吴灿：《域外证人警询笔录之证据能力——“最高法院”2018年1月23日决议解析》，载《月旦法学教室》2018年第191期，第30页。

吴巡龙：《境外取证之证据能力》，载《台湾法学杂志》2015年第282期，第183页。

廖伟程：《传闻法则理论及实务适用之探讨——以近年来实务判决审视传闻法则之争议问题》，台湾地区“法务部”2007年司法官训练所第46期学员法学研究报告，第2292页。

一次刑事庭会议”决议强调：“被告以外之人于台湾地区司法警察官或司法警察调查时所为之陈述经载明于笔录，系司法警察机关针对具体个案之调查作为，不具例行性之要件，亦难期待有高度之信用性，非属‘刑事诉讼法’第159条之4所定之特信性文书。”“惟被告以外之人在域外所为之警询陈述，性质上与台湾地区警询笔录雷同，同属传闻证据，在法秩序上宜为同一之规范，为相同之处理。”

2. 易造成台湾本地警询笔录与境外警询笔录被区别对待

从“刑事诉讼法”第159条之4立法理由的角度出发，由于警询笔录是对于特定案件所制作的文书，且依侦查不公开原则，公众无法对其进行检查，因此不满足该条立法理由中所述的“经常处于可受公开检查(Public Inspection)之状态”。另外根据同条文立法理由的第四点，适用该条第3款需与前款具有同等的可信程度，因此无法满足“刑事诉讼法”第159条之4第1款特信性来源要求的“警询笔录”，自然也无法成为同条文第3款的适用对象。故在台湾地区的司法实务中，对于警询笔录是无法适用“特信性文书”之例外的。然而，对于属于境外刑事侦查人员所作的大陆公安机关之笔录，却可以根据“最高法院”2011年度台上字第4813号刑事判决径行适用第159条之4第3款的“特信性文书”例外规定，而使之获得证据能力。如此虽有利于提高打击两岸互涉犯罪的效率，却会导致台湾本地警询笔录与境外警询笔录处于不同境遇：本地的警询笔录比境外的警询笔录受到更为严格的限制，而这种限制并无法律逻辑中的合理性。

基于上述原因，“最高法院”对通过司法互助渠道取得的证言陈述之证据能力的认定路径最终偏向“类推适用‘刑事诉讼法第159条’之2、之3”，而非“直接适用同法第159条之4的第3款”。

综上所述，台湾地区司法实务中认定通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述所主要采用的两种路径，都存在着适用上的难题。直接适用第159条之4第(3)款，虽能避免对被告人不利的类推适用问题，在适用成本上也更为经济，但这种适用不符合法律逻辑与秩序上的一致性，在法理上存在较严重的缺陷。而类推适用第159条之2、之3虽在法理基础上较为周严，但为了论证“对被告人进行不利的类推适用”的合理性及合法性，必须确保被告人用以防御的反对诘问权已得到充分保障。如此，将增加法院在说理论证及履行相应程序上的负担和成本，延长法院审理案件的周期，导致其处理两岸互涉犯罪的效率下降。

五、相关启示

(一) 加强我方在调查取证过程中对刑事诉讼程序的严格把控

纵观台湾地区各级法院涉及通过司法互助渠道取得的证人陈述之证据能力的判决，我们能够明显的看出其对于大陆刑事诉讼程序之严格性与合法性的重视。台湾地区“最高法院”的数个相关判决，皆在说理中强调根据“笔录制作时之过程及外部环境”判断该陈述是否具有“特别之可信性”。无论类推适用台湾地区“刑事诉讼法”第159条之2、之3，亦或是直接适用同法第159条之4第3款来认定相关笔录为传闻证据例外从而赋予其证据能力，“特信性”皆是一个必不可少的要件。而是否严格履行刑事诉讼司法程序，是台湾地区各级法院判断通过两岸司法互助途径取得的证言是否具有“特信性”的关键因素。在数个大陆所提供的证言材料

台湾地区“最高法院”2018年第一次刑事庭会议决议。

2003年2月6日，台湾地区“刑事诉讼法”第159条之4的立法理由，第二点认为：公务员职务上制作之纪录文书、证明文书如被提出于法院，用以证明文书所载事项真实者，性质上亦不失为传闻证据之一种，但因该等文书系公务员依其职权所为，与其责任、信誉攸关，若有错误、虚伪，公务员可能因此负担刑事及行政责任，从而其正确性高，且该等文书经常处于可受公开检查(Public Inspection)之状态，设有错误，甚易发现而予及时纠正，是以，除显有不可信之情况外，其真实之保障极高。第四点认为：另除前款之情形外，与公务员职务上制作之文书及业务文件具有同等程度可信性之文书，例如官方公报、统计表、体育纪录、学术论文、家谱等，基于前开相同之理由，亦应准其有证据能力。

如2004年台湾地区“最高法院”台上字第1208号判决认为：司法警察(官)职务上制作之犯罪调查报告，或系基于他人之陈述而作成，或为其判断之意见，属审判外之书面陈述，无从依直接审理方式加以调查，自无证据能力可言。

林裕顺：《两岸共同打击犯罪与刑事证据法则之研究——特信文书与传闻法则》，载《日新司法年刊》2014年卷，第167页。

不被认可的判决中，法官多是以“受询问人未亲自签名，按捺指印及书写询问日期”“笔录不连续”等为理由，认为其无法满足“特信性”之要件而不能取得证据能力。这些证据材料中有很大一部分是受害人陈述，因为这类证据在收集之时程序上的种种不规范，而致使其效力不被认可进而影响到被害人的权益，未免太过可惜。

（二）为开展远程视讯作证创造条件

根据前文分析，在台湾地区，无论是类推适用“刑事诉讼法”第159条之2、之3，还是直接适用同法第159条之4的第3款，皆存在着一些法理或是实务上的难处或顾虑，现阶段无论采取何种适用路径，皆属于一种为了应对两岸互涉犯罪日渐增多形势的权宜之计。要想从根本上解决这一问题，还是要尽可能的使通过司法互助程序取得的证言陈述摆脱“传闻证据”这一地位。而远程视讯即是一种可能的方式：身在大陆的被告以外之人，通过远程视讯参与对岸的审判活动，从而满足对于被告人反对诘问权的保障，亦能最大程度的实现发现真实与追诉犯罪的刑事司法目的。“此种做法主要有列困难：其一，因侦查有机密性质，跨境电讯设备不同，难以对视讯加密；其二，台湾地区‘高等法院’部分判决对跨国远距视讯之证据能力采排斥态度，使得原本就困难重重之境外取得供述证据的运用更为困难。”就技术手段而言，两岸之间开展远程视讯合作并非不可能，事实上还曾经有过相应的尝试，但由于两岸在远程视讯方面并无相关协定，因此由此取得的证据在台湾无法得到法院的认可。但待到两岸关系发展至相应阶段之时，远程视讯依旧不失为是解决通过两岸司法互助途径取得之证言陈述证据效力问题的一个可行思路。

（三）在条件成熟时争取提升《两岸司法互助协定》在台湾地区的法律效力层级

如前文所述，由于两岸司法互助协定未送“立法院”审核，仅是签署后报请“行政院”核定送“立法院”备查，因此其在台湾地区不具备法律位阶的效力，仅相当于行政命令，无法成为“刑事诉讼法第159条”中所述的“除法律规定者外”之传闻法则例外。但若是将来两岸互信能够得以深化，使两岸司法互助协定的位阶能够提高至法律的层级，则有关于通过两岸司法互助途径取得之证言陈述之证据能力的问题便可得到一劳永逸的解决。

六、结语

两岸官方交往现时虽因民进党当局执政而陷入停摆，但两岸交流的发展与扩大已是不可遏止的历史潮流与趋势，跨越两岸的犯罪行为亦不会因为台湾政权的更替而停止。自《两岸司法互助协议》签订以来，两岸就共同打击犯罪进行了大量的合作实践。打击两岸互涉犯罪，保障人民的安全与福祉，是两岸共同的责任。纵观台湾地区司法实践，认定通过两岸司法互助渠道取得的证言陈述的发展变化过程，可以发现，虽然在两岸分治的大背景下，在协调两种差别甚大的证据制度时存在着种种困难，但在面对犯罪这一两岸社会共同的敌人之时，两岸在司法合作的过程中逐步在放弃种种偏见，更多的了解对方，回应对方的需求；随着祖国大陆司法改革的进一步深化及法治化水平的不断提高，台湾地区法院对大陆的法治发展的认可也在逐步提升。我们坚信，加强两岸司法互助合作，深化两岸司法互助水平，完善两岸司法互助制度，提高两岸司法互信，是两岸发展的必然和大势。

（责任编辑：林贵文）

吴巡龙：《境外供述之证据能力》，载《月旦法学教室》2017年第179期，第27～28页。

如台湾地区“高等法院”2013年上诉字第635号判决认为：除依据《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》第3章第8条关于调查取证之规定，除以台湾方面嘱托之方式办理外，若拟于境外行远距讯问，允宜以法有明文或双方订有协议为前提，台湾地区“现行法”及两岸协议尚乏此项规定。大陆地区人民于侦查中以远距视讯设备接受台湾地区检察官讯问时所为之证述，并非以嘱托讯问之方式行之，被告及辩护人于原审争执证述之证据能力，是前开证人之证述，自不得采为证据。