

域外公文書之證據能力

張 明 偉*

要 目

壹、前 言	一、概 說
貳、我國法制	二、例行性活動記錄
一、公務員職務上製作之公文書	三、公共記錄
二、依我國政府請求製作之域外公文書之證據能力	肆、境外取證之證據能力比較與檢討
三、非依我國政府請求製作之域外公文書之證據能力	一、公務員與公文書
四、司法實務	二、依司法互助條約與國際刑事司法互助法請求協助取證
參、美國聯邦證據規則之傳聞法則	三、傳聞法則
	伍、結 論

DOI : 10.53106/102398202021090166002

* 輔仁大學法律學院教授兼副院長暨學士後法律學系系主任，美國舊金山金門大學法學博士。

投稿日期：一〇九年七月三日；接受刊登日期：一一〇年四月二十一日

責任校對：蘇淑君

摘 要

刑事訴訟法第159條第1項：「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。」因最高法院107年度第1次刑事庭會議決議肯認域外警察所製作之筆錄具證據能力，關於域外非警察作成公文書之證據能力基礎為何，因法未明文，即有探討之必要。本文於介紹我國實務發展與美國法制後，主張應以積極存在特別可信情狀作為域外公文書之證據能力基礎。此外，未於境外取證程序中保障被告對質權之我國現行傳聞法制，亦存在違反正當持續的疑慮。

關鍵詞：證據能力、域外公文書、傳聞、對質、公務員



壹、前言

關於被告以外之人於審判外之陳述，刑事訴訟法第159條第1項：「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。」已明文傳聞排除之原則性規定。依此規定，於域外（包含大陸、港、澳地區及外國）作成之陳述，不論係言詞或書面，亦不論是否為其公務員所製作，均屬傳聞陳述，原則上不具證據能力。又因刑事訴訟法第159條之1至同條之5所明文之五類傳聞例外，並未專門針對域外政府出具、由域外公務員於職務上製作之公文書有所規範，以至於應否於刑事審判中承認域外公務員職務上製作公文書之證據能力，遂發生規範適用之疑義。

按依最高法院107年度第1次刑事庭會議決議：「被告以外之人在域外所為之警詢陳述，性質上與我國警詢筆錄雷同，同屬傳聞證據，在法秩序上宜為同一之規範，為相同之處理。若法律就其中之一未設規範，自應援引類似規定，加以適用，始能適合社會通念。在被告詰問權應受保障之前提下，被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法第159條之2、第159條之3等規定，據以定其證據能力之有無。」所持見解¹，由域外「非司法警察官

¹ 最高法院96年臺上字第5388號判決：「惟查：(一)刑事訴訟法第一百五十九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（第一款公文書），或係出於通常業務過程之繼續性、機械性而為準確之記載（第二款業務文書），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（第三款其他可信文書），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、第一百五十九條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

員」於職務上製作之公文書，及由域外司法警察官員於職務上所製作之「警訊筆錄以外之公文書」，性質上或有類推適用刑事訴訟法第159條之4：「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。」規定之餘地；惟究竟應依其中何款決定前述域外公文書之證據能力，尚有進一步釐清之必要。

為能明確前述域外公文書之傳聞法則適用，並釐清相關傳聞法理，針對域外「非司法警察官員」於職務上製作之公文書，及由域外司法警察官員於職務上所製作之「警訊筆錄以外之公文書」等域外公文書（下稱「域外公文書」）之傳聞適用，本文擬借鏡美國傳聞法制發展經驗，進行相關的說明與檢討，以為我國法制之適用參考，並就教於先進高明。又雖因域外警察官員於職務上所製作警訊

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。」¹⁰²年臺上字第675號判決：「且查：(一)原判決已論敘依海峽兩岸關係協會與財團法人海峽交流基金會（下稱海基會）於九十八年四月二十六日共同簽訂公布『海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議』之內容，我方可以請求大陸地區公安機關協助調查；雖本件大陸地區北京市公安局東城分局傳喚上訴人等三人所製作之筆錄、偵訊錄影帶等證據，並未全程同步錄音錄影，亦有夜間訊問之情形，然該筆錄業經受詢問人審視並親自簽名或捺指印，且符合大陸地區刑事訴訟法規定，堪認前述文書之取得程序具有合法性，無不得為證據之情。再上開筆錄等證據，雖非我國有犯罪偵查權限之公務員依刑事訴訟法規定直接取得之資料，而係經協助取證取得，但上訴人等三人彼此相互間之供述，為被告以外之人在我國法院審判外之陳述，具有傳聞證據之性質，且經綜合筆錄製作時之過程及外部情況觀察，類推適用我刑事訴訟法第一百五十九條之二之規定，認定上開證據具有證據能力之理由。」

筆錄之證據能力，已為最高法院107年度第1次刑事庭會議所決議，而本文主要係以警訊筆錄以外之域外公文書為探討對象，惟如其背後所涉傳聞法理並無二致，則最高法院107年度第1次刑事庭會議決議，或將因相關傳聞法理之釐清，而有進一步調整空間，合先敘明。

貳、我國法制

一、公務員職務上製作之公文書

關於刑事訴訟法第159條之4第1款「公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書」之內涵，刑事訴訟法並未定義，惟因其規範體例結構與刑法第10條第3項：「稱公文書者，謂公務員職務上製作之文書。」有關公文書之定義極為類似，故雖一般認為只有刑法以外之實體刑法解釋，始適用刑法第11條：「本法總則於其他法律有刑罰、保安處分或沒收之規定者，亦適用之。但其他法律有特別規定者，不在此限。」之規定²，鑑於刑事訴訟法之解釋，未必均排斥刑法總則相關規定之適用³，則於解釋刑事訴訟法所定之公文書時，即不應強將二者予以割裂，以免出現規範適用之矛盾。換言之，刑事訴訟法第159條之4第1款所定公務員職務上製作之紀錄（證明）文書，其內涵原應同於二〇〇三年立法時之刑法第10條第3項所定之公文書。

² 林山田，刑法總論（上），頁112，2008年1月，增訂10版。

³ 例如：刑事訴訟法第7條第2款：「有左列情形之一者，為相牽連之案件：二、數人共犯一罪或數罪者。」第34條第1項：「辯護人得接見羈押之被告，並互通書信。非有事證足認其有湮滅、偽造、變造證據或勾串共犯或證人者，不得限制之。」等規定所稱之共犯，即應依刑法第28條至第31條等規定判斷。

值得注意的是，刑事訴訟法中明文公務員三字者，計有15條規定，惟其均未就公務員與公文書有所定義⁴。查刑事訴訟法於二〇〇三年制定傳聞法則之際，自一九三五年即開始施行之（舊）刑法第10條第2項：「稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」之公務員定義尚未修正⁵，故於制定傳聞法則之際所稱公文書者，依歷史解釋與原意解釋，應指「依法令從事於公務之人員於職務上製作之文書」。就此而言，現行刑法第10條第2項：「稱公務員者，謂下列人員：一、依法令服務於國家、地方自治團體所屬機關而具有法定職務權限，以及其他依法令從事於公共事務，而具有法定職務權限者。二、受國家、地方自治團體所屬機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者。」之規定，應非刑事訴訟法第159條之4第1款所稱公務員之解釋依據。蓋如肯認修正前刑法第10條第2項所定之公務員範圍大於現行刑法第10條第2項之規定，則依刑事訴訟法第159條之4第1款之立法意旨，立法時所指涉之公文書範圍，應較現行刑法第10條第3項之公文書為廣。即便刑法公務員之定義已於二〇〇五年修正，依刑法之修正原意，刑事訴訟法第159條之4第1款之範圍卻未必隨同修正。

此外，由於刑法第158條第2項：「冒充外國公務員而行使其職權者，亦同。」已另就外國公務員於本國刑法之適用，定有特別的明文規範，則就論理解釋的角度來說，（舊）刑法第10條第2項所稱公務員者，於立法者未為特別規定時，應僅指依我國法令從事於

⁴ 依本文統計，刑事訴訟法中有明文公務員三字之規定如下15條等規定：第2條、第39條、第40條、第43條、第53條、第80條、第116條之2第1項、第126條、第134條第1項、第139條第2項、第158條之4、第159條之4、第179條、第241條與第351條第2項等規定。

⁵ 此定義同於國家賠償法第2條第1項：「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」

我國公務之人員；符合此定義之人所製作之文書，不論係於我國境內或境外所作成⁶，自足以評價為刑事訴訟法第159條之4第1款之公文書。因依最高法院109年臺上字第3149號判決：「於一個體制較為健全文明的國家社會，國家或公務員往往具有較強的保證功能，一般社會大眾信賴國家有健全的各種法律規定、登記規則與文書制度，因此公文書相對於特種文書而言，通常具有較高的公信力，且均涉及法律上重要權利之取得、變更或消滅等影響社會福祉或公共利益重大事項」說明，公文書在證據上之特徵，通常在於其內容較諸非公文書之記載，具更高的證明價值及作用；甚至公文書之記載得為特定法律行為發生效果之構成要件。從而，於依特別法或條約所定程序作成或取得之域外文書，或是該域外文書符合刑法上有關公文書規定時，即有以其較為高程度之證明價值（高度可信性），作為其具證據能力之推論基礎。

二、依我國政府請求製作之域外公文書之證據能力

一般而言，刑事訴訟法第159條之4第1款所稱公務員者，乃指

⁶ 最高法院98年臺上字第1941號判決：「板橋地檢署檢察官另在澳門林○義住宿之酒店房間內，未由澳門官方人員會同，而自行率領所屬書記官就訊林○義，乃悉依我國刑事訴訟法相關規定進行偵訊，並命在證人結文上簽名後取供，有該筆錄及結文附卷為憑，原判決理由壹一伍末段指明：『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』，肯認該筆錄具有證據能力。經核於法並無不合，同予敘明。」及102年臺上字第3359號判決：「證人林○興有滯留國外而無法傳喚之情形，本件由具國際刑警身分之內政部警政署駐日警察聯絡官李○源在日本國對林○興為詢問所製作之調查筆錄，係屬司法警察所製作之警詢筆錄，依其製作之原因、過程、內容、功能等外部環境加以觀察，無違法取供情事，係出於證人自由意志所為陳述，具有可信之特別情況，且為證明丁黃○琴犯罪事實所必要，依刑事訴訟法第一百五十九條之三有證據能力，原判決於理由中亦就其依據及認定之理由詳為說明，於法並無不合。」

本國公務員⁷，並不包括外國公務員在內⁸。然而，倘外國公務員係依個別司法互助條約⁹、外國法院委託事件協助法¹⁰、司法協助事件之處理程序¹¹、或國際刑事司法互助法¹²等規定，本諸我國政府

7 最高法院100年臺上字第4813號判決：「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。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。」

8 吳巡龍，境外取證之證據能力，台灣法學雜誌，282期，頁183，2015年10月28日。

9 例如：於2002年3月26日簽訂之駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會間之刑事司法互助協定第2條第2項：「協助應包括：一、取得證言或陳述。二、提供供證之文件、紀錄及物品。三、確定關係人之所在或確認其身分。四、送達文件。五、為作證或其他目的而解送受拘禁人。六、執行搜索及扣押之請求。七、協助凍結及沒收資產、歸還補償、罰金之執行程序。八、不違反受請求方所屬領土內法律之任何形式協助。」

10 外國法院委託事件協助法第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。（第2項）委託調查證據，應於委託書內詳載訴訟當事人之姓名，證據方法之種類，應受調查人之姓名、國籍、住所、居所或事務所、營業所及應加調查之事項，如係刑事案件，併附案件摘要。」

11 司法院於1980年11月11日函頒「司法協助事件之處理程序」第2點：「我國法院委託外國法院協助之司法事件，應比照外國法院委託事件協助法第二條至第八條之規定辦理。惟我國於受託國未設使領館或駐外代表機構者，可逕行函請最高法院囑託受託國最高法院協助，並以副本送司法院，如為第一審法院，並應以副本送其直接上級法院。」

12 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。」

請求而於職務上製作有關域外取得證據之公文書、並送交我國司法機關，此時，如可認該域外公文書符合（舊）刑法第10條第2項所指依法令從事於公務之人員、職務上所製作文書之規定，該域外公文書似非不可視為刑法第10條第3項之公文書。

又如可進一步肯認該域外政府之公務員係受我國依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務者，則該域外公文書，或亦可依（現行）刑法第10條第2項與第3項等規定，取得我國刑法公文書之地位。換句話說，外國公務員基於我國政府依司法互助條約請求協助所製作之公文書、或是依我國政府本於外國法院委託事件協助法第6條第2項、或是國際刑事司法互助法第6條等規定，請求或提供協助所製作之公文書，於法理上並非絕對不可能視為我國刑法上之公文書。至於在取得我國刑法公文書之地位後，該文書是否得依刑事訴訟法第159條之4第1款之規定取得證據能力，雖係另一個層次的問題，惟如參照該款立法理由說明¹³，因該域外公文書亦同具高度正確性可能，且該外國公務員可能因此負擔刑事及行政責任，似應持肯定見解。此外，於檢察官依司法互助條約或國際刑事司法互助法第6條與第30條等規定，請求外國政府代為取得證據，並獲外國政府、機構或國際組織履行司法互助回覆提交公文書之情形中，如亦肯認條約與國際刑事司法互助法屬於刑事訴訟法第159條第1項

¹³ 刑事訴訟法第159條之4第1款立法理由：「二、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。」

所稱之特別規定¹⁴，該域外公文書所含審判外書面陳述之證據能力，似即在於司法互助條約或國際刑事司法互助法之特別規定¹⁵，而不得否定依條約或國際刑事司法互助法取得證據（包含境外供述證據）之證據能力¹⁶。

三、非依我國政府請求製作之域外公文書之證據能力

按雖外國公務員依司法互助條約、或國際刑事司法互助法之請求所製作之公文書，可能得依第159條第1項或刑事訴訟法第159條之4第1款等規定取得證據能力，惟如該外國公務員並非依我國政府

¹⁴ 最高法院98年臺上字第7049號判決：「惟查：(一)、刑事訴訟法第一百五十九條第一項關於被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，不能作為證據之規定，學理上稱為傳聞證據之禁止（或排除），係為保障被告之反對詰問權，落實正當法律程序所標榜之直接、言詞審理主義而設計，非絕無例外，例如同法第一百五十九條之一至第一百五十九條之五、第二百零六條及組織犯罪防制條例第十二條第二項即是，其中同法第一百五十九條之二基於證據資料愈豐富，愈有助於發現真實、實現正義之理念，容許審判外之警詢筆錄，在具有特信性及必要性之條件下，得為證據；第一百五十九條之五更因承認當事人之證據處分權，於法院認為適當（居於客觀、公正立場而為裁量）之情形下，傳聞資料許為適格之證據，門檻愈為放寬，無非兼顧實務之需要。本此法理，並參諸同法第一百五十八條之四關於證據取得適法性有爭議之情形，由法院依法益權衡法則處理之理論，倘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，可依同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。」

¹⁵ 國際刑事司法互助法第2條：「有關國際間之刑事司法互助事項，依條約；無條約或條約未規定者，依本法；本法未規定者，適用刑事訴訟法及其他相關法律之規定。」

¹⁶ 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，裁判時報，34期，頁72-73，2015年4月。

請求製作公文書，該文書即無從依前述說明，於形式上取得我國刑法公文書之地位。雖如最高法院98年臺上字第2354號判決：「另本案共同正犯謝○○等人，均經日本國查獲並羈押於該國，而我國雖與日本國間無邦交關係，無法適用司法互助引渡各該共同正犯返國到庭訊問。惟共同正犯及相關人證在該國司法機關之供述紀錄，其性質與外國法院基於國際互助協定所為之調查訊問筆錄同，並基於證據共通原則，應認屬刑事訴訟法第一百五十九條第一項法律另有規定之情形，而有同法第一百五十九條之四第三款之適用，自應准其有證據能力。」說明，實務有認未經我國政府請求作成之域外公文書（訊問筆錄），依其性質仍非不得準用刑事訴訟法第159條第1項與第159條之4第3款等規定，取得證據能力。惟令人質疑的是，其於法未明文證據能力前提下，成為特信性文書之可信情狀為何？又如該筆錄於該國（日本）境內原則上不具特信情狀，何以於我國得依刑事訴訟法第159條第1項與第159條之4第3款等規定具證據能力？前開實務於證據能力之法理論述，恐有誤解。

此外，非依司法互助條約或國際刑事司法互助法等規定取得之境外言詞或書面證據之證據能力，特別是在刑事案件開始進行前即已取得、由外國公務員製作域外公文書之情形中，因其所記載者對嗣後開啟之審判而言，屬於審判外之陳述，縱肯認其判斷基礎應回歸傳聞法則之規定¹⁷，惟其證據能力究竟應以何種類型之傳聞例外作為法理依據？又相較於司法互助條約、或國際刑事司法互助法等

¹⁷ 最高法院99年臺上字第2932號判決：「是外國公務員所製作之文書或無法於審判中到庭之被告以外之人就其親自見聞或經歷情事所為書面陳述，而當事人對其證據能力發生爭議者，法院應適用同法第一百五十九條之四第三款規定，審酌其是否在『可信之特別情況下』所製作之文書，以作為判斷有無證據能力之基礎，並應將其依據上述規定審酌之具體情形及其結論於判決理由內加以論述說明，始為適法。」

規定，係以「經我國政府請求」作為外國公務員製作公文書之前提要件，是否有必要於法制上對於「未經請求即製作境外公文書」之證據能力，另立法明文相關的程序規範？或是得逕以刑事訴訟法第159條之4作為論斷基礎？觀諸刑事訴訟法第159條之4第3款立法理由：「四、另除前二款之情形外，與公務員職務上製作之文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」之說明，亦有進一步釐清之必要。

四、司法實務

關於境外取證之證據資格（證據能力）判斷，縱釋字第384號解釋已肯認被告之對質詰問權保障，惟於二〇〇三年立法明文傳聞法則之前，實務上向來少有限制；依最高法院75年臺上字第933號判決：「刑事訴訟本於職權主義之效能，凡得為證據之資料，均具有論理之證據能力，是以法律上對於證據之種類，並未設有若何之限制。」與91年臺上字第6118號判決：「依司法院訂頒之『司法協助事件之處理程序』第二點規定：『我國法院委託外國法院協助之司法事件，應比照外國法院委託事件協助法第二條至第八條之規定辦理。』；外國法院委託事件協助法第六條第一項規定：『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。』及依刑事訴訟法第一百六十五條及第一百九十六條之規定觀之，我國法院經由外交機關委託外國法院協助而取得之證據資料，自屬書證之一種，如已依書證之證據調查程序，該書證即具有證據能力。」等說明，對於在境外取得之公文書，原則上只要依法踐行書證調查程序，即可取得證據能力。嗣於制定傳聞法則後，惟尚未通過國際刑事司法互助法前，司法實務仍繼續肯認個別司法互助之條約或協定，得為境外取證之證據能

力基礎、或刑事訴訟法第159條第1項所稱之特別規定¹⁸。

至於在未簽訂個別司法互助之條約或協定之情形中，關於境外取得（供述）證據之證據能力，於互惠原則下，司法實務有認得直接適用刑事訴訟法第159條之4第3款特信性傳聞書證之規定¹⁹；亦有認得直接適用刑事訴訟法第159條之1第2項檢察官訊問之規定²⁰。

¹⁸ 最高法院98年臺上字第4144號刑事判決：「故經由外交部函請駐奈及利亞代表處層轉奈及利亞國家安全局查詢，上開函件既為本國駐奈及利亞代表處人員循公務管道向奈及利亞國家安全局查詢所得之覆函，另查我國駐奈及利亞代表處人員與上訴人二人並不認識，又無怨隙，其為上開查詢，係應外交部之指示，是於製作其查詢所得答覆之函文時，亦無偏頗，或匿飾增減之虞，上開函件文書，乃認屬於『於可信之特別情況下所製作之文書』，自得作為證據，並據以認定『奈及利亞國會參議院奈及利亞聯邦政府不可撤銷暨無條件電匯付款證明書』、『奈及利亞中央銀行展延止付命令通知書』、『奈及利亞聯邦政府奈及利亞國家石油公司合約授與證明書』、『奈及利亞存款保險公司保險證書』、『奈及利亞完稅證明書』均屬偽造。其所為關於此部分之論斷，核無違法可言。」相關意旨，另可參照最高法院98年臺上字第7049號刑事判決。

¹⁹ 參照最高法院98年臺上字第2354號刑事判決。

²⁰ 最高法院98年臺上字第1941號刑事判決：「若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

又於二〇一八年五月國際刑事司法互助法施行後，對於依該法規定請求外國政府調查或取證之情形，或得解免證據能力缺乏授權依據之瑕疵與疑慮；惟於未依個別司法互助之條約或協定或國際刑事司法互助法請求調查或取得證據之情形中，外國公務員製作（非警訊筆錄）公文書之證據能力判斷標準與基礎為何？是否得逕以前述實務為適用基礎？因相關法制並未有所規範，自有釐清之必要。

參、美國聯邦證據規則之傳聞法則

一、概 說

查刑事訴訟法所採之傳聞法則，並非繼受大陸法系法制而來²¹，主要師法自美、日證據法制²²。而如考量日本於戰後係因聯合國最高司令部總司令部（General Headquarters, GHQ）強勢主導法制修正，並於美軍佔領下引進美國式的法律制度的背景來說，日本刑事訴訟法所採的傳聞法則，主要亦以當時英美法制的傳聞法則為參考對象²³。惟或因戰後日本社會百廢待舉，加上在美方壓力下修法時間倉促，對內容複雜的傳聞法制掌握有所不足，以至於在傳統戰前舊法思惟下，日本刑事訴訟法之傳聞法制，出現了以審判外陳述對

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。」

²¹ 大陸法系傳統委由法官決定審判外陳述之證據能力，被告對此決定並無反對權。DURWARD V. SANDIFER, EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS 264, 367-68 (1975).

²² 值得注意的是，歐洲人權法院係以公正審判（fair trial）的角度處理對質詰問權的爭議。JOHN D. JACKSON & SARA J. SUMMERS, THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE 55-56 (2012).

²³ 山中永之佑等著，堯嘉寧、阿部由里香、王泰升、劉晏齊譯，新日本近代法論，頁239，2008年3月。

象為類型區分之規範模式。

按就美國法制沿革的角度來說，系統化整理證據法則之主要的目的，在於將普通法所發展形成的證據規則法典化，以免規範適用之歧異，其於一九七五年始完成聯邦證據規則的立法。美國聯邦證據規則之制定時程，或可說明為何日本於一九四八年七月修正的刑事訴訟法，其傳聞法則會與美國聯邦證據規則之傳聞法則存在這麼大的差異。基於以上分析，在探討傳聞法則時，基於制定時序以及對英美傳統普通法法制理解能力之差異，美國聯邦證據規則應較日本刑事訴訟法之傳聞規則，更能提供認識上與適用上的指引，並具更高的參考價值。惟應注意的是，相較於聯邦證據規則第803條、第804條及第807條等條文總共規定了29種傳聞例外之類型²⁴，我國刑事訴訟法之傳聞法制，在日本法制的影響下，並未採納所有聯邦證據規則所承認之傳聞例外。

由於在美國法制中，境外文書之證據能力受到聯邦憲法第4條第1項「完全信賴與尊重條款」(Full Faith and Credit Clause)規範，只要存在適用域外或境外規範之公共利益，即應尊重其他法域所定規範之效力²⁵。此外，而聯邦法典司法篇又已明文外國公務紀錄與公文書之證據能力判斷，須符合憲法對質條款、聯邦民事訴訟規則與聯邦證據規則等相關規定²⁶。因此，以下乃就美國聯邦證據規則中，與公文書證據能力有關之傳聞例外，亦即例行性活動記錄與公共記錄等規定，予以說明，以為後續比較分析之基礎。

²⁴ 張明偉，傳聞例外，頁49，2018年11月，2版。

²⁵ David E. Seidelson, *The Federal Rules of Evidence: A Few Surprises*, 12 HOFSTRA L. REV. 453, 478 (1984).

²⁶ 關於完全信賴與尊重條款與證據能力之說明，參閱張明偉，同註24，頁255-258。

二、例行性活動記錄

聯邦證據規則第803條(6)將例行活動記錄規定為傳聞例外，依其規定，有關行為、事件、情狀、意見或判斷之記錄，其證據能力須具備以下五個要件：(一)該記錄係於知悉該資訊當時或隨後作成；(二)該記錄係在（不論是否具營利性）例行性活動中保存；(三)該記錄係常態性製作；(四)以上情狀經記錄管理人或其他合格證人證實、或該記錄符合相關驗真規定與(五)對造並未質疑該訊息缺乏可信性²⁷。查法制上之所以承認此類傳聞例外，實係因人們經常會忘記聯邦證據規則第803條(6)所規定的事項。既然業務紀錄之作成主要係為了經營事業而非進行訴訟，承認其證據能力是相當具有說服力的。此外，例行活動記錄具有高度的正確性是因為該業務本身發展上所必須、且作成紀錄者亦受過相關的專業訓練²⁸。事實上，例行活動記錄之所以被認為具有高可信度，除因記錄本身對業務發展很重

²⁷ Rule 803(6) of Federal Rules of Evidence provides: “Records of a Regularly Conducted Activity. A record of an act, event, condition, opinion, or diagnosis if: (A) the record was made at or near the time by—or from information transmitted by—someone with knowledge; (B) the record was kept in the course of a regularly conducted activity of a business, organization, occupation, or calling, whether or not for profit; (C) making the record was a regular practice of that activity; (D) all these conditions are shown by the testimony of the custodian or another qualified witness, or by a certification that complies with Rule 902(11) or (12) or with a statute permitting certification; and (E) the opponent does not show that the source of information or the method or circumstances of preparation indicate a lack of trustworthiness.”

²⁸ *United States v. Baker*, 693 F.2d 183, 188 (D.C. Cir. 1982). (It held: “business records have a high degree of accuracy because the nation’s business demands it, because the records are customarily checked for correctness, and because recordkeepers are trained in habits of precision.”)

要外²⁹，很多人的工作係以維持該等紀錄之正確性亦為另一個主要的原因³⁰。此外，境外製作之例行性活動記錄，例如境外銀行作成之業務記錄，亦得基於聯邦證據規則第803條(6)與聯邦刑事法典第3505條等規定³¹，踐行聯邦證據規則第902條(12)規定之驗真程序³²，取得證據能力³³。

關於例行性活動記錄所未記載之事務，是否可作為其不存在之證據，聯邦證據規則第803條(7)亦有明文；依其規定，常態性製作之記錄所未記載之事項，於對造未對該訊息缺乏可信性提出合理質疑時，對於該事項不存在之待證事實而言，亦得基於例行性活動記錄屬於傳聞例外之相同法理，具有證據能力³⁴。事實上，宗教機構

²⁹ JOHN RASON SPENCER, HEARSAY EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS 119-20 (2008).

³⁰ 張明偉，同註24，頁62-63。

³¹ G. MICHAEL FENNER, THE HEARSAY RULE 239 (2002).

³² Rule 902 of Federal Rules of Evidence provides: “Evidence That Is Self-Authenticating

The following items of evidence are self-authenticating; they require no extrinsic evidence of authenticity in order to be admitted:

(12) Certified Foreign Records of a Regularly Conducted Activity. In a civil case, the original or a copy of a foreign record that meets the requirements of Rule 902(11), modified as follows: the certification, rather than complying with a federal statute or Supreme Court rule, must be signed in a manner that, if falsely made, would subject the maker to a criminal penalty in the country where the certification is signed. The proponent must also meet the notice requirements of Rule 902(11).” 關於驗真程序之介紹，可參閱李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力——以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢，91期，頁182-187，2014年9月。

³³ United States v. Wilson, 249 F.3d 366, 376 (5th Cir. 2001).

³⁴ Rule 803(7) of Federal Rules of Evidence provides: “Absence of a Record of a Regularly Conducted Activity. Evidence that a matter is not included in a record described in paragraph (6) if:

中有關個人及家庭歷史之記錄³⁵，其他有關婚姻、受洗禮與類似儀式的證明³⁶，以及其他有關家族歷史的敘述或記載³⁷，均係基於其內容記錄值得高度信賴之法理而具證據能力。故依法於事件當場或隨後製作保存之常態性活動或業務記錄，因不具證明性傳聞之特徵³⁸，只要該訊息內容具備可信性，即應認為未違反對質條款之保障，屬於具證據能力之傳聞例外³⁹。

-
- (A) the evidence is admitted to prove that the matter did not occur or exist;
 - (B) a record was regularly kept for a matter of that kind; and
 - (C) the opponent does not show that the possible source of the information or other circumstances indicate a lack of trustworthiness.”

³⁵ Rule 803(11) of Federal Rules of Evidence provides: “Records of Religious Organizations Concerning Personal or Family History. A statement of birth, legitimacy, ancestry, marriage, divorce, death, relationship by blood or marriage, or similar facts of personal or family history, contained in a regularly kept record of a religious organization.”

³⁶ Rule 803(12) of Federal Rules of Evidence provides: “Certificates of Marriage, Baptism, and Similar Ceremonies. A statement of fact contained in a certificate:
(A) made by a person who is authorized by a religious organization or by law to perform the act certified;
(B) attesting that the person performed a marriage or similar ceremony or administered a sacrament; and
(C) purporting to have been issued at the time of the act or within a reasonable time after it.”

³⁷ Rule 803(13) of Federal Rules of Evidence provides: “Family Records. A statement of fact about personal or family history contained in a family record, such as a Bible, genealogy, chart, engraving on a ring, inscription on a portrait, or engraving on an urn or burial marker.”

³⁸ Paul W. Grimm, Jerome E. Jr. Deise & John R. Grimm, *The Confrontation Clause and the Hearsay Rule: What Hearsay Exceptions Are Testimonial?*, 40 U. BALT. L. F. 155, 157 (2010).

³⁹ *Davis v. Washington*, 547 U.S. 813, 822 (2006).

三、公共記錄

聯邦證據規則第803條(8)亦明文承認公共記錄(Public Records)為傳聞例外，依其規定，此種類型之傳聞例外有三個適用前提：「(一)審判外之陳述必須是公務機關製作之記錄；(二)必須是以下列三種事項之公共記錄：(a)關於該機關之公共活動、(b)依法定義務報告之觀察事項，但執法人員於刑事案件中觀察之事項除外與(c)依法調查所發現之事實(惟此項公共記錄僅得於民事案件及刑事案件中不利檢方之舉證時，作為傳聞例外)；與(三)對造並未質疑該訊息缺乏可信性⁴⁰。」按與聯邦證據規則第803條(6)承認例行性活動記錄(Records of a Regularly Conducted Activity)為傳聞例外之理由相類似⁴¹，由於在現實上很難期待製作公務紀錄者於繁忙之公務活動中，於審判時確實記得先前曾為紀錄之所有內容，復以公共記錄製作者常非親自觀察體驗記載內容之第一手證人，故為使此類記載具有證據能力⁴²，立法者特制定此項傳聞例外之規定⁴³。

此外，較諸記錄製作者於事後審判時當庭陳述，此類公共記錄

⁴⁰ Rule 803(8) of Federal Rules of Evidence provides: “Public Records. A record or statement of a public office if:

(A) it sets out:

(i) the office’s activities;

(ii) a matter observed while under a legal duty to report, but not including, in a criminal case, a matter observed by law-enforcement personnel; or

(iii) in a civil case or against the government in a criminal case, factual findings from a legally authorized investigation; and

(B) the opponent does not show that the source of information or other circumstances indicate a lack of trustworthiness.”

⁴¹ SPENCER, *supra* note 29, at 119-20.

⁴² FENNER, *supra* note 31, at 241.

⁴³ 張明偉，同註24，頁64。

之內容具有較高度之真實性，蓋在所有公共記錄製作者依法均應妥適地執行其記錄職務之要求下，該記錄本質上具高度之可信性。不過，如果對造質疑公共記錄之資訊可信性，法庭必須決定是否承認此類傳聞陳述之證據能力⁴⁴。又此類公共記錄之傳聞例外，通常並不適用於由私人準備、提交於公務機關，事後由公務機關引為公文書附件之文書⁴⁵；惟如該私人係依法授權製作該文書，此種文書仍有公共記錄之傳聞例外適用⁴⁶。事實上，公共記錄中所未記載之事項⁴⁷，依法向有關機關申報之出生、死亡與婚姻記錄⁴⁸，依法製作或保存足以影響財產利益之文書紀錄⁴⁹，甚至是關於有罪前科、或

⁴⁴ FENNER, *supra* note 31, at 242.

⁴⁵ *Marsee v. United States Tobacco Co.*, 866 F.2d 319, 325 (10th Cir. 1989).

⁴⁶ *United States v. Doyle*, 130 F.3d 523, 546 (2d Cir. 1977).

⁴⁷ Rule 803(10) of Federal Rules of Evidence: “Absence of a Public Record. Testimony—or a certification under Rule 902—that a diligent search failed to disclose a public record or statement if:

(A) the testimony or certification is admitted to prove that

(i) the record or statement does not exist; or

(ii) a matter did not occur or exist, if a public office regularly kept a record or statement for a matter of that kind; and

(B) in a criminal case, a prosecutor who intends to offer a certification provides written notice of that intent at least 14 days before trial, and the defendant does not object in writing within 7 days of receiving the notice—unless the court sets a different time for the notice or the objection.”

⁴⁸ Rule 803(9) of Federal Rules of Evidence provides: “Public Records of Vital Statistics. A record of a birth, death, or marriage, if reported to a public office in accordance with a legal duty.”

⁴⁹ JOHN W. STRONG ET AL., *MCCORMICK ON EVIDENCE* 470 (1999). Rule 803(14) of Federal Rules of Evidence provides: “Records of Documents That Affect an Interest in Property. The record of a document that purports to establish or affect an interest in property if: (A) the record is admitted to prove the content of the original recorded document, along with its signing and its delivery by each person

是與個人、家族歷史或土地經界有關之終局判決記載⁵⁰，均因客觀上對其具高度信賴、符合公共記錄傳聞例外之法理，而具證據能力⁵¹。

值得注意的是，此項公共記錄之傳聞例外，並不區分究竟係聯邦或州所製作而有適用上之差異。事實上，即便係外國政府公務員所製作之文書，實務上亦肯認有公共記錄之傳聞例外適用；舉例來說，在一則因違反飛航安全規則而被科處民事罰金的案件中，紐約南區聯邦地方法院在陪審團認定被告等自一九七七年五月二日至八月二日間，違反依聯邦飛航法（Federal Aviation Act）授權所定命令（Federal Aviation Regulations, FARs）之事實基礎上，分別判處被告M. Marshall Landy與International Aircraft Leasing, Inc. (IAL)民事罰金（civil penalty）378,000元與198,000元⁵²。聯邦第二巡迴上訴法院在作成境外公共記錄並非以在境外起訴為目的之基礎上⁵³，

who purports to have signed it; (B) the record is kept in a public office; and (C) a statute authorizes recording documents of that kind in that office.”

50 Rule 803(22) of Federal Rules of Evidence provides: “Judgment of a Previous Conviction. Evidence of a final judgment of conviction if: (A) the judgment was entered after a trial or guilty plea, but not a nolo contendere plea; (B) the conviction was for a crime punishable by death or by imprisonment for more than a year; (C) the evidence is admitted to prove any fact essential to the judgment; and (D) when offered by the prosecutor in a criminal case for a purpose other than impeachment, the judgment was against the defendant.

The pendency of an appeal may be shown but does not affect admissibility.”

Rule 803(23) of Federal Rules of Evidence provides: “Judgments Involving Personal, Family, or General History, or a Boundary. A judgment that is admitted to prove a matter of personal, family, or general history, or boundaries, if the matter: (A) was essential to the judgment; and (B) could be proved by evidence of reputation.”

51 STRONG ET AL., *supra* note 49, at 451-52.

52 Federal Aviation Administration v. Landy, 705 F.2d 624, 627-28 (2d Cir. 1983).

53 United States v. Grady, 544 F.2d 598, 604 (2d Cir. 1976). (“For the limited purpose

肯認德國政府發送給美國聯邦航空總署（Federal Aviation Administration, FAA）有關禁止某航班進入德國領空的電文，得依公共記錄之傳聞例外規定，取得證據能力⁵⁴。

而在另一則刑事案件中，被告Regner主張曾於一九七四年七月二十六日至八月十日間，因在匈牙利搭計程車時遭遇車禍住院，於回美國後向CNA保險公司請求理賠3,600元保險金。因被告在一九八〇年二月被以利用郵政服務進行詐欺罪⁵⁵（mail fraud）遭起訴，並於陪審團審判後獲判有罪。在上訴中，被告除主張一審法院在延

of showing that the specified weapons were found in Northern Ireland on dates subsequent to the May, 1970, purchases, however, we think the records were admissible under the public records exception to the hearsay rule, codified in Fed.R.Evid. 803(8)(B). Rule 803(8)(B) allows admission of records and reports of public offices or agencies setting forth ‘matters observed pursuant to duty imposed by law as to which matters there was a duty to report,’ but is subject to an exception for ‘matters observed by police officers and other law enforcement personnel.’ In adopting this exception, Congress was concerned about prosecutors attempting to prove their cases in chief simply by putting into evidence police officers’ reports of their contemporaneous observations of crime. The reports admitted here were not of this nature; they did not concern observations by the Ulster Constabulary of the appellants’ commission of crimes. Rather, they simply related to the routine function of recording serial numbers and receipt of certain weapons found in Northern Ireland. They did not begin to prove the Government’s entire case; they were strictly routine records.”)

⁵⁴ *Id.* at 633. (“The telex informed the Government that Germany would not permit the aircraft to enter German air space in the future because it had been operated on that flight without approval by the German government. The telex was identified by the FAA inspector to whom it had been sent. As a statement by a foreign government to the federal government, incorporated in the FAA’s factual findings resulting from an investigation made pursuant to authority granted by law, the telex was admissible as a public record and report under Fed.R.Evid.803(8)(B), (C).”)

⁵⁵ 18 U.S.C. § 1341.

期審理部分濫用裁量權外，亦主張一審法院肯認外國公共記錄文書具證據能力乙事，違反其受憲法保障之對質詰問權⁵⁶。聯邦第九巡迴上訴法院亦依公共記錄之傳聞例外規定，肯認業經美國大使館依聯邦證據規則第902條(3)之規定完成驗真⁵⁷程序、由匈牙利國營計程車公司所出具被告曾住院治療的公共記錄文書，具證據能力⁵⁸。又如該外國政府公務員係基於美國政府機關依法令授權而提出報告於適當的美國政府機關，除非能證明該外國政府已不再受此委任，否則其所提交於美國政府之公文書，亦應視為美國政府所製作之公

⁵⁶ United States v. Regner, 677 F.2d 754, 755-56 (9th Cir. 1982).

⁵⁷ Rule 902 of Federal Rules of Evidence provides: “Evidence That Is Self-Authenticating
The following items of evidence are self-authenticating; they require no extrinsic evidence of authenticity in order to be admitted:

(3) Foreign Public Documents. A document that purports to be signed or attested by a person who is authorized by a foreign country’s law to do so. The document must be accompanied by a final certification that certifies the genuineness of the signature and official position of the signer or attester—or of any foreign official whose certificate of genuineness relates to the signature or attestation or is in a chain of certificates of genuineness relating to the signature or attestation. The certification may be made by a secretary of a United States embassy or legation; by a consul general, vice consul, or consular agent of the United States; or by a diplomatic or consular official of the foreign country assigned or accredited to the United States. If all parties have been given a reasonable opportunity to investigate the document’s authenticity and accuracy, the court may, for good cause, either:

(A) order that it be treated as presumptively authentic without final certification; or
(B) allow it to be evidenced by an attested summary with or without final certification.”

⁵⁸ United States v. Regner, 677 F.2d., at 758-59. 按因匈牙利當時為共產國家，醫院均為政府部門之一部，故由醫院出具之文書均為公務部門依法所製作之文書。

共記錄⁵⁹。故就美國相關司法實務發展而言，外國政府公務員所製作之公文書，得逕依聯邦證據規則第803條(8)公共記錄之規定，取得證據能力。

肆、境外取證之證據能力比較與檢討

一、公務員與公文書

由於刑事訴訟法第159條之4第3款已基於他種文書之高度特別可信性，明文其證據能力，而依最高法院97年臺上字第6313號刑事判決⁶⁰，不論是否為外國政府之公文書，只要未為刑事訴訟法第

⁵⁹ United States v. Lykes Bros. Steamship Co., 432 F.2d 1076, 1079-80 (5th Cir. 1970).

⁶⁰ 最高法院97年臺上字第6313號刑事判決：「而同法第一百五十九條之四對於具有高度特別可信之文書，雖屬傳聞證據，例外容許作為證據使用，此為傳聞法則之例外情形。被告以外之人就其親自見聞之事項而為之書面陳述，因屬被告以外之人於審判外之書面陳述，為保障被告之反對詰問權，固應於審判中傳喚到庭依法詰問，而不得逕認其有證據能力。然如其人確有無法於審判中到庭之情形，其書面陳述又合於刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款所定具有可信之特別情形，則應例外容許其有證據能力。依卷內資料及原判決所載，卷附之日文『平成十四年五月偽變造台灣旅券行使事案報告』（下稱日文報告書）影本，係『內政部警政署入出境管理局』駐大阪工作組人員，透過私人情誼，洽請承辦『偽變造台灣旅券行使事案』之日本法務省大阪入國管理局關西空港支局警備部門統括入國警備官『安藤○己』，將資料複印後提供予大阪工作組秘書，其內容載有：『大陸地區人民高桐持用陳國法M00000000號護照上之照片非高○本人、大陸地區人民蔣○秀持用陳○定000000000號護照，護照上之照片非蔣○秀本人，於九十一年五月三日由台北搭乘CX564號班機到達關西機場並企圖入境日本，同行者為被告等二人，並在被告等二人中之一人所有物品中發現陳○法M00000000號護照（上已貼有高○之照片）、陳○定000000000號護照（上已貼有蔣○秀之照片）』。如果無訛，則上開文書是否屬『安藤○己』就其所見所聞而為之書面陳述？並非無

159條之4第1款與第2款所涵蓋，均有第3款規定之適用。故依現行實務，關於域外文書之證據能力判斷，即得以其作成時是否具備「可信之特別情況」為據。然而，究竟外國政府公文書具證據能力之適用依據為何？甚至在引刑事訴訟法第159條之4第3款為其證據能力基礎時，是否應踐行何種程序？我國現行法制均未明文，此時，或可參考美國聯邦證據規則中相關傳聞法則規定。

刑事訴訟法中所規定的公務員與公文書，是否必須以刑法第10條第2項與第3項關於公務員與公文書之定義規定為斷，刑事訴訟法未有律定。關於公務紀錄（official record）之證明，依美國聯邦法典第18篇第3490條規定，應參照聯邦刑事訴訟規則第27條⁶¹；而依聯邦刑事訴訟規則第27條規定，當事人得以民事訴訟之舉證方式，於刑事訴訟程序中，證明公務紀錄或記載內容之存在或不存在⁶²。因此，不論在民、刑訴訟中，公務紀錄均應遵循聯邦民事訴訟規則第44條之規定予以證明；只要未違反聯邦憲法增修條文第6條之對質條款⁶³，境外公共記錄亦非不得於境內之刑事訴訟程序中具證據能力。事實上，於外國政府公務員依美國政府合法授權而提出報告

疑。原判決理由說明以：第一審雖曾函請內政部警政署入出境管理局協助洽請日方簽證確認上開報告正確無誤、洽請撰寫之安藤辰己來台接受詰問、或我方司法人員赴日私下詢問相關案情，均因我方與日本無正式外交關係而無法遂行等旨，即顯然無法於審判中傳訊『安藤○己』到庭接受詰問，則該『日文報告書』是否合於刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款之規定？攸關其有無證據能力之認定，自應詳予闡明釐清。」

61 18 U.S.C. § 3490: “Proof of official record or entry as in civil actions, Rule 27.”

62 Rule 27 of Federal Rules of Criminal Procedure provides: “A party may prove an official record, an entry in such a record, or the lack of a record or entry in the same manner as in a civil action.”

63 Arthur R. Miller, *International Cooperation in Litigation Between the United States and Switzerland: Unilateral Procedural Accommodation in a Test Tube*, 49 MINN. L. REV. 1069, 1115 n.154, 1118 n.163 (1965).

於美國政府機關之情形中，美國司法實務亦有肯認「除非能證明該外國政府已不再受此委任，否則其所提交於美國政府之公文書，亦應視為美國政府所製作之公共記錄。」之主張⁶⁴。

而查聯邦民事訴訟規則第44條(a)(1)規定：「保存於聯邦政府、各州政府、或美國得行使行政或司法管轄之佔領地政府之(A)有關公務紀錄之出版品、或是(B)附上經由該部門應合法保管該紀錄之法官或公務員用印證明之文書副本，即得證明其為國內公務紀錄⁶⁵。」又就境外公務紀錄來說，依同條(a)(2)(A)規定：「(i)有關該境外公務紀錄之出版品、或是(ii)依法、依條約、或依美國為締約國之國際公約，經合法被授權者驗證境外公文書上簽署為真、並附上最終證明之境外公務紀錄或其副本，即得證明其為境外公務紀錄⁶⁶。」而依同條(a)(2)(C)規定：「如兩造當事人均有合理機會調

⁶⁴ United States v. Lykes Bros. Steamship Co., 432 F.2d 1076, 1079-80 (5th Cir. 1970).

⁶⁵ Rule 44(a)(1) of Federal Rules of Criminal Procedure provides: “Domestic Record. Each of the following evidences an official record—or an entry in it—that is otherwise admissible and is kept within the United States, any state, district, or commonwealth, or any territory subject to the administrative or judicial jurisdiction of the United States: (A) an official publication of the record; or (B) a copy attested by the officer with legal custody of the record—or by the officer’s deputy—and accompanied by a certificate that the officer has custody. The certificate must be made under seal: (i) by a judge of a court of record in the district or political subdivision where the record is kept; or (ii) by any public officer with a seal of office and with official duties in the district or political subdivision where the record is kept.”

⁶⁶ Rule 44(a)(2)(A) of Federal Rules of Criminal Procedure provides: “In General. Each of the following evidences a foreign official record—or an entry in it—that is otherwise admissible: (i) an official publication of the record; or (ii) the record—or a copy—that is attested by an authorized person and is accompanied either by a final certification of genuineness or by a certification under a treaty or convention

查境外公文書之同一性與正確性，法院即得基於正當理由：(i)於依法附具最終證明前，肯認該境外公文書之證據能力；或是(ii)僅依經認證之文書摘要，即肯認該境外公文書之證據能力⁶⁷。」

一般而言，雖依聯邦法典第18篇第3490條之授權規定⁶⁸，所提出之公共記錄文書須符合聯邦民事訴訟規則第44條(a)規定，然於所提出者係域外文書（foreign documents）之情形中，即必須依聯邦法典第18篇第3491條規定，進一步探討該文書是否適用聯邦證據規則第902條驗真規定；又如所提出者係境外業務紀錄文書，即應再適用聯邦法典第18篇第3505條⁶⁹之特別驗真規定⁷⁰，以決定應否

67 to which the United States and the country where the record is located are parties.” Rule 44(a)(2)(C) of Federal Rules of Criminal Procedure provides: “Other Means of Proof. If all parties have had a reasonable opportunity to investigate a foreign record’s authenticity and accuracy, the court may, for good cause, either: (i) admit an attested copy without final certification; or (ii) permit the record to be evidenced by an attested summary with or without a final certification.”

68 此條文內容即為聯邦刑事訴訟規則第27條規定。

69 18 U.S.C. § 3505 provides: “(a)(1) In a criminal proceeding in a court of the United States, a foreign record of regularly conducted activity, or a copy of such record, shall not be excluded as evidence by the hearsay rule if a foreign certification attests that—(A) such record was made, at or near the time of the occurrence of the matters set forth, by (or from information transmitted by) a person with knowledge of those matters; (B) such record was kept in the course of a regularly conducted business activity; (C) the business activity made such a record as a regular practice; and (D) if such record is not the original, such record is a duplicate of the original; unless the source of information or the method or circumstances of preparation indicate lack of trustworthiness. (2) A foreign certification under this section shall authenticate such record or duplicate. (b) At the arraignment or as soon after the arraignment as practicable, a party intending to offer in evidence under this section a foreign record of regularly conducted activity shall provide written notice of that intention to each other party. A motion opposing admission in evidence of such record shall be made by the opposing party and determined by the court before

傳訊文書製作者到庭接受交互詢問⁷¹。值得注意的是，聯邦證據規則中有關驗真（**authentication**）之規定，本質上亦延續聯邦民事訴訟規則第44條(a)廢除普通法上繁複程序限制之趨勢，並肯認法官於文書是否具證據能力享有更為廣泛之裁量權⁷²。按依聯邦證據規則第901條(a)規定，不論係境外公文書或是業務文書，舉證者必須提出足以支持其主張事實為真正之證據，此程序即以滿足驗真或辨認之要求為目的⁷³。而如所提出者為文書，於符合第902條有關自我驗真（**Self-Authenticating**）之規定時，舉證者即不須提出有關驗真程序的外部證據，而該文書亦視為已經驗真。

依第902條規定：「自我驗真的文書或紀錄包括：(1)經依法用

trial. Failure by a party to file such motion before trial shall constitute a waiver of objection to such record or duplicate, but the court for cause shown may grant relief from the waiver. (c) As used in this section, the term—(1) ‘foreign record of regularly conducted activity’ means a memorandum, report, record, or data compilation, in any form, of acts, events, conditions, opinions, or diagnoses, maintained in a foreign country; (2) ‘foreign certification’ means a written declaration made and signed in a foreign country by the custodian of a foreign record of regularly conducted activity or another qualified person that, if falsely made, would subject the maker to criminal penalty under the laws of that country; and (3) ‘business’ includes business, institution, association, profession, occupation, and calling of every kind, whether or not conducted for profit.”

⁷⁰ United States v. Hagege, 437 F.3d 943, 956 (9th Cir. 2006).

⁷¹ Jay V. Prabhu, Alexander P. Berrang & Ryan K. Dickey, *When Your Cyber Case Goes Abroad: Solutions to Common Problems in Foreign Investigations*, 67 DOJ J. FED. L. & PRAC. 167, 173 (2019).

⁷² Nicholas F. LaRocca Jr., *Authentication, Identification, and the Best Evidence Rule*, 36 LA. L. REV. 185, 191 (1975)

⁷³ Rule 901(a) of Federal Rules of Evidence provides: “In General. To satisfy the requirement of authenticating or identifying an item of evidence, the proponent must produce evidence sufficient to support a finding that the item is what the proponent claims it is.”

印及簽名之國內公文書；(2)未經用印但已經依法簽名與證明之國內公文書；(3)經外國法律授權者簽署、並附最終證明之外國公文書；(4)經證明之公文書副本；(5)官方出版品；(6)報紙及期刊；(7)商標標示及類似物；(8)經公證人審認之文件；(9)商業法規許可之商業文件；(10)聯邦法規推定為真正之文件；(11)經證明之國內常規活動記錄；(12)經證明之國外常規活動記錄；(13)經證明由電子程式或系統產生之紀錄；(14)經證明由電子設備、儲存空間或檔案複製之資料⁷⁴。」事實上，就提出境外文書而言，聯邦證據規則第901條及第902條乃聯邦民事訴訟規則第44條之替代方案，境外文書提出者並無需滿足二者規定之所有要件⁷⁵。此外，因聯邦證據規則第902條(3)所定境外公共文書（foreign public document）之適用範圍較聯邦民事訴訟規則第44條(a)(2)所定境外公文書（foreign official records）為廣⁷⁶，聯邦證據規則第902條(3)於本質上已取代聯邦民事訴訟規則第44條(a)(2)之規定⁷⁷。然應注意的是，縱該文書得通過驗真程序，亦須另

⁷⁴ Rule 902 of Federal Rules of Evidence provides: “The following items of evidence are self-authenticating; they require no extrinsic evidence of authenticity in order to be admitted: (1) Domestic Public Documents That Are Sealed and Signed. (2) Domestic Public Documents That Are Not Sealed but Are Signed and Certified. (3) Foreign Public Documents. (4) Certified Copies of Public Records. (5) Official Publications. (6) Newspapers and Periodicals. (7) Trade Inscriptions and the Like. (8) Acknowledged Documents. (9) Commercial Paper and Related Documents. (10) Presumptions Under a Federal Statute. (11) Certified Domestic Records of a Regularly Conducted Activity. (12) Certified Foreign Records of a Regularly Conducted Activity. (13) Certified Records Generated by an Electronic Process or System. (14) Certified Data Copied from an Electronic Device, Storage Medium, or File.”

⁷⁵ Prabhu, Berrang & Dickey, *supra* note 71, at 176.

⁷⁶ *United States v. Squillacote*, 221 F.3d 542, 561 (4th Cir. 2000).

⁷⁷ Prabhu, Berrang & Dickey, *supra* note 71, at 175.

以對質條款檢驗，才能決定所提文書於刑事訴訟程序中是否具證據能力⁷⁸。

基於上述說明，所謂公務紀錄，旨在強調其係依法、依條約或是依國際公約而製作，至於製作者是否係因行使國家統治權、或地方自治團體自治權限而製作該紀錄，在所不問。因此，關於公文書之判斷，應以我國（舊）刑法第10條第2項與第3項為據⁷⁹；不符刑法第10條第2項公務員定義之公務人員，並非無法製作具公文書性質之公共記錄。按於刑法中規定公務員之主要目的，應在於特定構成要件要素中之行為主體或是行為客體；而刑法規定之公文書，主要作用在於描述行為客體之特徵。與此相對，刑事訴訟法所規定之公文書，其規範目的並不在於強調其作為構成要件要素之功能，而係側重於其作為證據方法之證明價值。惟因刑事訴訟法不得過度限制憲法保障刑事被告的基本人權，且其規範內容並無如民事訴訟法與行政訴訟法等「推定真正」之規定⁸⁰，因此，是否該當公文書而

⁷⁸ 張明偉，同註24，頁256-258、265。

⁷⁹ 按國家賠償法第2條第1項：「本法所稱公務員者，謂依法令從事於公務之人員。」之規定內容，亦與（舊）刑法第10條第2項相同。依此規定，應負國家賠償責任者所製作之文書，即為公文書。

⁸⁰ 參照民事訴訟法第355條第1項：「文書，依其程式及意旨得認作公文書者，推定為真正。」與第356條：「外國之公文書，其真偽由法院審酌情形斷定之。但經駐在該國之中華民國大使、公使、領事或其他機構證明者，推定為真正。」等規定。又依行政訴訟法第176條：「民事訴訟法第二百五條、第二百十七條至第二百十九條、第二百七十八條、第二百八十一條、第二百八十二條、第二百八十二條之一、第二百八十四條至第二百八十六條、第二百九十一條至第二百九十三條、第二百九十五條、第二百九十六條、第二百九十六條之一、第二百九十八條至第三百零一條、第三百零四條、第三百零五條、第三百零九條、第三百十條、第三百十三條、第三百十三條之一、第三百十六條至第三百十九條、第三百二十一條、第三百二十二條、第三百二十五條至第三百二十七條、第三百三十一條至第三百三十七條、第三百三十九

具證據能力，在判斷上即應著重於其是否過度限制刑事被告對質詰問權，而非強調其製作者之身分是否為刑法上之公務員。故如僅基於立法者對公文書之偽造或變造者課予較高度的刑責，即主張公文書應於刑事訴訟程序中當然具證據能力，或即存在類似「已經具結即當然不須踐行對質詰問程序」之瑕疵，並與例行性公務或業務紀錄屬於證明性傳聞⁸¹之法理相牴觸，而不可採。

二、依司法互助條約與國際刑事司法互助法請求協助取證

按於制定傳聞法則前，且未簽訂司法互助條約之情形中⁸²，依我國法令由我國法院請求而製作之境外公文書，依最高法院91年臺上字第6118號刑事判決說明，此時只需踐行書證之證據調查程序，即具有證據能力。而於制定傳聞法則後，依司法互助條約請求之境外取證，依刑事訴訟法第159條第1項除書之規定，於法有特別明文時（條約具法律效力⁸³），被告以外之人於審判外之陳述，得不受

條、第三百四十一條至第三百四十三條、第三百五十二條至第三百五十八條、第三百六十一條、第三百六十四條至第三百六十六條、第三百六十八條、第三百七十條至第三百七十六條之二之規定，於本節準用之。」規定，民事訴訟法第355條至第356條有關公文書之規定，於行政訴訟程序中亦準用。

⁸¹ 關於證明性傳聞不具證據能力之說明，參閱張明偉，同註24，頁31。

⁸² 於依個別司法互助條約，委託外國政府取得證據之情形中，因可將代為取證之外國公務員，視為（舊）刑法第10條第2項所指依我國法令從事於公務之人員，則於2003年制定傳聞法則前，外國公務員依我國司法互助請求於職務上所製作之文書，應可視為刑法第10條第3項之公文書。故於2003年增訂刑事訴訟法第159條之4第1款時，其所指「公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書」，其範圍即應涵蓋外國公務員依我國司法互助請求於職務上所製作之文書。

⁸³ 釋字第329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

傳聞禁止之限制，具有證據能力；故於外國公務員依條約規定進行取證、並經我國法院踐行事後書證調查程序，系爭域外公文書即具證據能力⁸⁴。故如肯認個別簽訂之司法互助條約屬於前述特別規定，則在制定傳聞法則後，於國際刑事司法互助法制定施行前，由外國公務員依司法互助條約，於我國境外依我國請求取證所製作之公文書，得依刑事訴訟法第159條第1項除書規定，具有證據能力；蓋就法條適用來說，刑事訴訟法第159條第1項除書規定應優先傳聞例外規定而適用。

而於我國未與該外國簽訂司法互助條約之情形中，如謂外國公務員未受我國委託調查取證所製作之公文書，雖已不得依刑事訴訟法第159條第1項除書規定取得證據能力，卻得基於刑事訴訟法第159條之4第1款規定取得證據能力，即肯認刑事訴訟法第159條之4第1款所稱公務員，包含外國公務員在內。與此相對，如認此時外國公文書之證據能力基礎在於刑事訴訟法第159條之4第3款⁸⁵，則同條第1款所指之公務員，即限於本國公務員⁸⁶。換句話說，有關「未受我國委託調查取證即製作（公）文書」之外國公務員之法律地位，將影響其依其本國法所定職權製作（公）文書於我國刑事訴訟程序之法律適用。

另於國際刑事司法互助法制定施行後，因國際刑事司法互助法

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。」

84 雖刑法第10條第2項在2005年有所修正，因依我國司法互助請求而於該國境內代理我國調查證據之外國公務員，尚得基於（舊）刑法第10條第2項「依法令從事於公務之人員」、或刑法第10條第2項第2款「受國家機關依法委託，從事與委託機關權限有關之公共事務」之公務員定義，而取得我國刑法公務員之身分，則其依我國司法互助請求於職務上所製作之文書，仍應為刑事訴訟法第159條之4第1款「公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書」所涵蓋。

85 例如：最高法院98年臺上字第2354號判決。

86 張明偉，同註24，頁274。

之相關規定屬於刑事訴訟法第159條第1項除書所定之特別規定，故不論是否有與該國簽訂司法互助條約，只要係依國際刑事司法互助法相關規定，請求外國公務員於境外取證而作成之公文書，該公文書即得依此特別法取得證據能力；此時，尚不須以傳聞例外作為其證據能力之基礎。惟如該境外公務員製作之公文書並非基於我國依司法互助條約或國際刑事司法互助法請求所作成，其證據能力之判斷，因尚不得以條約或國際刑事司法互助法為據，而有回歸刑事訴訟法傳聞法則判斷之必要。惟因依國際刑事司法互助法請求外國政府代為調查證據，其法律性質類似於美國法制之境外取證函（*Letters Rogatory*）⁸⁷，本質上係透過外交部門所實施的委託取證程序，而非傳統的司法取證手段⁸⁸。故國際刑事司法互助法之規範良窳，或有參考美國相關法制之必要。

按委託外國取證可分為依條約請求與依境外取證函請求二種，於依司法互助條約請求他國政府通案協助、他國有履行條約義務代為取證之情形中，其取證規範基礎在於條約本身之規定；惟於委託未與美國締結司法互助條約之國家個案代為取證之情形中，其規範基礎則在於聯邦法典第28篇第1781條有關境外取證函等規定。依聯邦法典第28篇第1781條(a)之規定，國務院有權接受外國法院或審判機構之委託取證請求，將該請求轉交其指定之國內受文單位，並於執行後回復請求單位；此外，國務院亦得將國內審判機構之委託取證請求，將其轉交於指定之境外受文單位，並於執行後回復請求

⁸⁷ 關於在境外取證程序中所應踐行之律師權與對質權等保障，聯邦法典第18篇第3490節至第3495節詳有明文，相關介紹，參閱張明偉，同註24，頁265-270。

⁸⁸ 換言之，由此種方式所取得之證據，並不符合Crawford案所稱根深蒂固傳聞例外之要求。Robert Kry, *Confrontation Under the Marian Statutes: A Response to Professor Davies*, 72 BROOK L. REV. 493, 494-96 (2007).

單位⁸⁹。而依該節(b)規定，境外審判機構得不經國務院、直接向國內受文單位提出委託取證之請求；同樣地，國內審判機關亦得不經國務院、直接向國外受文單位提出委託取證之請求⁹⁰。一般而言，即使在刑事案件中，實務上並不存在以境外取證函獲得證據之困難⁹¹；而不論係依條約或是境外取證函之規定向他國請求協助境外取證，均須踐行律師到場權與對質權之保障程序⁹²。在程序上已保障律師到場權與對質權、卻無律師到場之情形中，以書面委託訊問者（例如：外國法院或駐外領事⁹³）代為詰問域外陳述取證者，或為有用的替代方式⁹⁴。惟如依境外取證函規定取證，因其請求對他國而言

⁸⁹ 28 U.S.C. § 1781(a) provides: “The Department of State has power, directly, or through suitable channels—

- (1) to receive a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal, to transmit it to the tribunal, officer, or agency in the United States to whom it is addressed, and to receive and return it after execution; and
- (2) to receive a letter rogatory issued, or request made, by a tribunal in the United States, to transmit it to the foreign or international tribunal, officer, or agency to whom it is addressed, and to receive and return it after execution.”

⁹⁰ 28 U.S.C. § 1781(b) provides: “This section does not preclude—

- (1) the transmittal of a letter rogatory or request directly from a foreign or international tribunal to the tribunal, officer, or agency in the United States to whom it is addressed and its return in the same manner; or
- (2) the transmittal of a letter rogatory or request directly from a tribunal in the United States to the foreign or international tribunal, officer, or agency to whom it is addressed and its return in the same manner.”

⁹¹ Harry LeRoy Jones, *International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform*, 62 YALE L.J. 515, 541-42 (1953); Miller, *supra* note 63, at 1119.

⁹² 關於境外取證函之詳細說明，參閱張明偉，同註24，頁281-282。

⁹³ SANDIFER, *supra* note 21, at 316-17.

⁹⁴ HANS SMITH ET AL., *INTERNATIONAL CO-OPERATION IN LITIGATION: EUROPE* 12 (1965).

並不具強制性，通常需耗時一年以上；又受請求之外國政府多係基於國際禮讓原則（**principle of comity**）、並依其內國法執行該請求，惟該外國政府機關本身並無履行本國取證請求之義務⁹⁵。

關於向外國政府、機構或國際組織請求協助取證，因與我國簽訂司法互助條約之國家甚為有限，故在請求境外協助取證部分，即多有賴國際刑事司法互助法之規範。依國際刑事司法互助法第30條：「向受請求方提出刑事司法互助請求，應檢附符合受請求方所要求之請求書及相關文件，經法務部轉請外交部向受請求方提出。但有急迫或特殊情形時，法務部得逕向受請求方提出請求，或由法院副知法務部，檢察署經法務部同意後，向外國法院、檢察機關或執法機關直接提出請求。」規定，除經法務部轉請外交部向受請求方提出外，法院、法務部及檢察署於急迫或特殊情形時，亦得逕向外國法院、檢察機關或執法機關直接提出請求。又如相較於美國之境外取證法制，除承辦機關存在法務部與國務院之差異外，其程序之實質內涵，頗為類似。雖該法已針對我方請求時得保證事項⁹⁶、保證效力、豁免範圍等事項予以明文⁹⁷，並規定該法於向大陸地區及

⁹⁵ Lauren Briggerman, Linda Friedman Ramirez & Addy Schmitt, *Challenges to Obtaining Foreign Evidence in Cross-Border Criminal Cases*, 43-NOV CHAMPION 30, 32 (2019).

⁹⁶ 關於互惠原則之保證，其內涵可參照外國法院委託事件協助法第4條：「委託法院所屬國，應聲明中華民國法院如遇有相同或類似事件須委託代辦時，亦當為同等之協助。」之規定，聲明「中華民國法院如遇有該國提出相同或類似事件之委託代辦請求時，亦當為同等之協助」。

⁹⁷ 國際刑事司法互助法第32條：「（第1項）法務部提出刑事司法互助請求時，得為下列事項之保證：一、互惠原則。二、未經受請求方之同意，不將取得之證據或資料，使用於請求書所載用途以外之任何調查或其他訴訟程序。三、其他不違反我國法律規定之事項。（第2項）我國相關機關應受前項保證效力之拘束，不得違反保證之內容。（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

港、澳地區請求時亦有適用⁹⁸，惟就我國提出請求境外取證協助時，應踐行何種程序以保障被告之基本人權，該法卻未明文。此時，縱認或有類推適用外國法院委託事件協助法相關要件之空間⁹⁹，關於被告對質權與律師在場權之保障，卻因國際刑事司法互助法隻字未提，而有缺漏。因此，對於未具例行性公務或業務紀錄特徵之境外取證，縱肯認其符合依我國公務員請求而製作之「公文書」要件¹⁰⁰，究應如何適用傳聞法則，以合憲地限制被告之對質權，即成為重要的證據法課題。

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。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。（第4項）前項豁免之效力於我國通知受請求方及該人員已毋庸應訊十五日後，或於該人員離開我國後終止。（第5項）本法施行前已不起訴處分、緩起訴處分或裁判確定，尚未彙解國庫存款戶或歸入國庫之扣押物、沒收物及追徵財產，關於第二項規定外國政府得請求交付之期間，自本法施行之日起算。」

⁹⁸ 國際刑事司法互助法第35條：「臺灣地區與大陸地區間之刑事司法互助請求，準用本法規定，並由法務部與大陸地區權責機關相互為之。」第36條：「臺灣地區與香港及澳門間之刑事司法互助請求，準用本法規定，並由法務部經行政院大陸委員會與香港、澳門之權責機關相互為之。」

⁹⁹ 外國法院委託事件協助法第6條第2項：「委託調查證據，應於委託書內詳載訴訟當事人之姓名，證據方法之種類，應受調查人之姓名、國籍、住所、居所或事務所、營業所及應加調查之事項，如係刑事案件，併附案件摘要。」與第7條：「委託事件之委託書，及其他有關文件，如係外國文時，應附中文譯本，並註明譯本與原本符合無訛。」

¹⁰⁰ 如前所述，美國司法實務亦有類似見解。United States v. Lykes Bros. Steamship Co., 432 F.2d 1076, 1079-80 (5th Cir. 1970).

三、傳聞法則

按於國際刑事司法互助法制定施行前，因不論是否有簽訂司法互助條約，外國公務員依我國請求而製作之公文書，均可能依條約或公文書之地位取得證據能力；而於國際刑事司法互助法制定施行後，外國公務員依我國請求而製作之公文書，亦可能依條約或國際刑事司法互助法之相關規定取得證據能力¹⁰¹。惟於外國公務員依司法互助條約或國際刑事司法互助法請求前，即已作成之公文書之情形中，尚無法逕依前開規範決定其證據能力。承前所述，我國傳聞法則主要係以陳述對象（法官、檢察官、司法警察、其他公務員、從事業務之人）作為傳聞例外之主要區分標準；事實上，此種區分模式並未見於美國聯邦證據法則之中，因此在與美國法制之比較上，除難免出現比較對象與範圍無法完全對應之落差外¹⁰²，亦容易產生傳聞例外與不同陳述對象間存在特定關聯之誤解¹⁰³。雖我國實務多以刑事訴訟法第159條之4第3款作為此類域外公文書之證據能力基礎，惟如該域外公文書包含被告以外之人之陳述時，是否仍應一律肯認其具證據能力？就該陳述究竟具有何種傳聞例外應具備之真實性擔保而言，卻非無疑，而有另予檢討之必要。

刑事執法機關以外之其他公務機關紀錄，依刑事訴訟法第159條之4第1款之規定，只有在顯有不可信之情況下才不具證據能力。如比較聯邦證據規則第803條(8)之規定，可以發現二者原則上均承認幾乎所有非刑事執法機關所為之公務紀錄，得為傳聞例外。然

¹⁰¹ 如境外陳述不屬證明性傳聞，即得於我國刑事訴訟程序中具證據能力。

¹⁰² 舉例來說，聯邦證據規則第803條(8)係以公共記錄為傳聞例外，而刑事訴訟法第159條之4第1款則限於具「公務員身分」者於職務上製作之紀錄文書、證明文書，始屬傳聞例外。

¹⁰³ 按刑事訴訟法第159條之1以於法官、檢察官面前陳述即具證據能力之規定，即存在此種誤解。

而，由於聯邦證據規則第803條所定之傳聞例外，係以其本身已具特別可信之情狀為證據能力之基礎，一般不以陳述者不能到庭作證為要件，因此，在適用刑事訴訟法第159條之4第1款之規定時，既不能只消極地探究該公文書是否存在顯有不可信之情況，即逕予肯認其證據能力；又如不能積極地尋得其具特別可信之情狀，即應否定該公文書之證據能力。按自聯邦證據規則第803條(9)與(14)肯認「依法作成之重要的統計紀錄與影響財產利益之紀錄」具有證據能力之規定來看¹⁰⁴，刑事訴訟法第159條之4原應以積極的信賴情狀存在為要件。另就聯邦證據規則第803條(22)與(23)所指之其他關於個人、家族歷史、土地經界等於審判前即已作成之陳述得為有罪判決之基礎¹⁰⁵，刑事訴訟法第159條之4以消極地不存在顯有不可信

¹⁰⁴ Rule 803(9) of Federal Rules of Evidence provides: “Records of vital statistics. Records or data compilations, in any form, of births, fetal deaths, deaths, or marriages, if the report thereof was made to a public office pursuant to requirements of law.” Rule 803(14) of Federal Rules of Evidence provides: “Records of documents affecting an interest in property. The record of a document purporting to establish or affect an interest in property, as proof of the content of the original recorded document and its execution and delivery by each person by whom it purports to have been executed, if the record is a record of a public office and an applicable statute authorizes the recording of documents of that kind in that office.”

¹⁰⁵ Rule 803(22) of Federal Rules of Evidence provides: “Judgment of previous conviction. Evidence of a final judgment, entered after a trial or upon a plea of guilty (but not upon a plea of nolo contendere), adjudging a person guilty of a crime punishable by death or imprisonment in excess of one year, to prove any fact essential to sustain the judgment, but not including, when offered by the Government in a criminal prosecution for purposes other than impeachment, judgments against persons other than the accused. The pendency of an appeal may be shown but does not affect admissibility.” Rule 803(23) of Federal Rules of Evidence provides: “Judgment as to personal, family, or general history, or

之情況作為證據能力之基礎，應存在誤解聯邦證據規則第803條之疑慮¹⁰⁶。此外，關於存在可信特別情狀之判斷，鑑於聯邦最高法院已肯認「非以事後於訴訟中使用為主要目的之審判外陳述¹⁰⁷」，如其陳述對象非司法警察¹⁰⁸，即得於符合傳聞例外規定時具證據能力¹⁰⁹，則於我國法解釋上，或可將域外陳述之主要目的，作為判斷是否具證據能力之重要參考依據。

關於被告以外之人於中華民國駐外使領館、代表處、辦事處或其他經外交部授權機構作成聲明書之證據能力判斷，因依駐外領務人員辦理公證事務辦法第4條第1項規定，領務人員得作成限於中華民國境內使用之公證文書¹¹⁰，故領務人員為刑法第10條第2項之公務員，其於法定職務權限內依法就境外聲明書或其他文書作成之認證書，即為公文書。然雖領務人員作成之認證書為公文書，惟依公證法相關規定¹¹¹，其所連綴之認證文書（聲明書或其他文書）之

boundaries. Judgments as proof of matters of personal, family or general history, or boundaries, essential to the judgment, if the same would be provable by evidence at trial.”

¹⁰⁶ 按雖「積極的信賴情狀存在」或「消極地不存在顯有不可信之情況」均有待法院裁量，其於未存在積極的信賴情狀、亦不存在消極的顯有不可信情況之證據能力判斷，即將因規範模式之不同而存在南轅北轍之差異。

¹⁰⁷ *Michigan v. Bryant*, 562 U.S. 344, 367-68 (2011).

¹⁰⁸ *Ohio v. Clark*, 135 S. Ct. 2173, 2183 (2015).

¹⁰⁹ *Id.* at 2181.

¹¹⁰ 駐外領務人員辦理公證事務辦法第4條第1項：「領務人員因當事人或其他關係人之請求，得就其駐在地內下列事務，作成限於中華民國境內使用之公證文書：一、僑民依民法第一千一百九十一條第二項規定辦理之遺囑公證。二、本法第二條所定公、私文書之認證。三、在中華民國境外作成文書（以下簡稱外國文書）之證明或認證。」

¹¹¹ 公證法第100條：「公證人認證文書，應作成認證書。」第105條第3項：「認證書應連綴於認證之文書；由公證人及在場人加蓋騎縫章，或以其他方法表

性質仍為私文書，該私文書之性質並未因認證程序而轉換為公文書。從而，該私文書於刑事訴訟程序之證據能力，仍應依傳聞法則判斷，並不因經領務人員認證即當然具證據能力；蓋如主張經認證之境外私文書即得依刑事訴訟法第159條之4取得證據能力，不啻承認向領務人員陳述之效力，等同於該條之1所定之向法官或檢察官陳述，並得僅基於陳述任性而具證據能力；如此推論，恐已嚴重誤解傳聞法制，並與保障被告有權對質詰問敵性證人之公正審判程序概念有所齟齬¹¹²。此外，由於在境外故意向領務人員提出內容不實之私文書請求認證本身，並不當然構成刑事犯罪，在經認證私文書（聲明書或其他文書）內容欠缺任何真實性擔保之前提下¹¹³，逕行肯認該經認證私文書具證據能力，並不符傳聞例外之法理。基於上述法理分析，肯認經福建省霞浦縣公證處公證員予以公證、並由海峽交流基金會證明該公證書為真正之聲明書，得依刑事訴訟法第159條之4第3款判斷證據能力之最高法院99年臺上字第2932號判決¹¹⁴，其見解並不恰當。

示其為連續。」

¹¹² JACKSON & SUMMERS, *supra* note 22, at 370-71.

¹¹³ 關於審判外陳述者違反真實陳述義務時，應依美國聯邦法典第28篇第1746條規定，負刑事責任之說明，參閱張明偉，同註24，頁278-279。

¹¹⁴ 最高法院99年臺上字第2932號判決：「劉女之警詢陳述既有前開瑕疵，則該『聲明書』是否合於刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款規定？攸關其有無證據能力之認定，自應詳予闡明釐清。乃原判決謂：上開公證書等書面均未附有劉女身分證明文件，而其書面陳述與警詢所述明顯迥異，檢察官亦反對該書面具證據之適格，應認其書面陳述為無證據能力云云，而未就其是否具有上揭傳聞法則之例外情形予以說明論斷，即予排除，亦嫌理由欠備。」

伍、結 論

由於域外非警訊筆錄之公文書作成，可能係依我國政府請求，亦可能與我國政府請求無關，故其證據能力之判斷，並非只能以刑事訴訟法第159條之4第3款之規定為依據。按於依我國政府請求而作成之情形中，如係依司法互助條約請求，該條約本身即可作為域外公文書之證據能力基礎，而於依國際刑事司法互助法請求之情形中，該法或亦得為域外公文書具證據能力之依據。當然，如肯認依我國請求而於境外取證之外國公務員為刑法第10條第2項第2款之委託公務員，其依我國請求所作成之公文書，亦得適用刑事訴訟法第159條之4第1款之規定。換言之，除刑事訴訟法第159條之4第3款外，同條第1款、同法第159條第1項與個別司法互助條約等，均得作為域外公文書具證據能力之法源依據。因此，最高法院107年度第1次刑事庭會議決議所持「被告以外之人在域外所為之警詢陳述，應類推適用刑事訴訟法……第159條之3等規定，據以定其證據能力之有無」之主張，實已對「未依我國政府請求製作之域外公文書之證據能力判斷」存在高度誤解，其於傳聞法理之推敲，顯欠周延¹¹⁵。

關於域外非警察機關作成之公文書，如係依我國政府請求而作成者，其證據能力之法源依據，已如前述說明。然於非依我國政府請求作成警訊筆錄以外公文書之情形中，其證據能力判斷，即有賴於文書作成時是否具特別可信情狀、或於審判時對質傳聞證人予以

¹¹⁵ 按依最高法院96年臺上字第5388號判決：「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」說明，相同之論理為何不適用於未經我國政府請求之外國警訊陳述，並未該決議有所說明。

檢驗。一般來說，該域外文書是否係於刑事責任擔保下作成¹¹⁶、是否為有權機關作成、其作成是否具機械性或例行性¹¹⁷、陳述者有無日後供訴訟上證明使用之預期¹¹⁸、其作成有無受公開檢驗的可能性¹¹⁹等，均為判斷該域外文書是否具特別可信性情狀之審查事項。又基於最佳證據法則¹²⁰，如果原始目擊證人已無法到庭陳述，而有曾聽聞原始證人轉述待證事實之傳聞證人可到庭陳述，此時法院仍應於審理中傳喚傳聞證人到庭、以保障被告之對質詰問權，而不得逕認原始證人之審判外陳述具證據能力；倘傳聞證人已到庭陳述，經轉述之審判外陳述之證據能力基礎，即應在於到庭具結並接受詰問，而非何種類型的傳聞例外¹²¹。此外，由於在依國

¹¹⁶ 參照美國聯邦法典第28篇第1746條規定。

¹¹⁷ 參照美國聯邦法典第18篇第3505條規定。

¹¹⁸ 最高法院99年臺上字第3378號判決：「本件上開記載訪談內容、經過之函文，係農委會以華略公司執行該會合約計畫，相關帳務及資金流向恐違反規定，亟待釐清為由，商請各該駐外人員對其駐在國當地之人進行查訪後所作成，有該會函文為憑，非但其內容所載被告與受訪談人間商業往來活動之事實經過，並非錄製該等函文之駐外人員本人親自體驗之事實，且既以釐清帳務及資金流向是否違反規定為目的所製作，即不合於上開例行性、機械性及不可代替性原則，復難謂無日後供作訴訟上證明之預期，自非屬特信文書。」

¹¹⁹ 參閱刑事訴訟法第159條之4第1款立法理由。

¹²⁰ 張明偉，同註24，頁91。

¹²¹ 就證據能力之基礎而言，最高法院99年臺上字第3378號判決：「然在審判外聽聞被告以外之人就親身知覺、體驗事實所為陳述，而於審判中到庭作證之『傳聞證人』，其於審判中以言詞或書面轉述該陳述之『傳聞證言』或『傳聞書面』，屬傳聞證據，因親身知覺、體驗之原陳述者，未親自到庭依人證調查程序陳述並接受當事人之詰問，無從確保當事人之反對詰問權，且有悖直接審理及言詞審理主義，影響程序正義之實現，原則上，其證據能力固應予排除，但原陳述者若有死亡、因故長期喪失記憶能力、滯留國外、所在不明或拒絕陳述等不能或不為陳述之情形，致客觀上無法命其到庭接受詰問，

際刑事司法互助法請求外國政府協助取證之情形中，其取證目的往往在於為刑事訴訟作準備¹²²，即便係在域外作成，亦可能存在控訴他人之證明性特徵，故基於防禦權有效行使之考量，應肯認有必要於域外取證程序中保障被告或其辯護人參與（被告程序保障）；故雖此部分尚未為我國現行法制所採，因其係域外取證正當程序所不可或缺之一環，相關法制缺漏，仍有待立法進一步落實。

最後，即便得依刑事訴訟法第159條第1項規定，於法有特別規定時，肯認境外（傳聞）陳述之證據能力，關於該境外陳述者是否將因不實陳述而受類似偽證罪之刑事處罰，亦應作為其域外陳述是否具證據能力之判斷基礎；蓋以無刑事責任擔保真實性之傳聞陳述作為證據時，如其證據能力之基礎僅在於陳述之任意性，此種規範恐將致被告承受過度之不利益、而有違憲法上正當程序之要求。惟此種違憲疑慮非僅現行刑事訴訟法第159條之4所應檢討而已，蓋同條之1至之3所定之傳聞例外，亦未明文傳聞陳述之證據能力基礎，須以其不實陳述應負刑事責任為前提。因此，關於應否以審判外不實陳述應負刑事責任，作為傳聞例外之證據能力限制，應為現行傳聞法制中，需要一併檢討之課題。

進行直接審理，而到庭之『傳聞證人』已依人證程序具結、陳述並接受詰問，且其所為『傳聞證言』或『傳聞書面』復具備特別可信性及證明犯罪事實存否所不可或缺之必要性嚴格條件時，現行法雖尚無認之係屬傳聞例外之明文，但為發現真實以維護司法正義，本諸同法第一百五十九條之三立法時所憑藉之相同法理，當例外得作為證據。」之結論恐有未洽。

¹²² SPENCER, *supra* note 29, at 124.

參考文獻

一、中文

1. 山中永之佑等著，堯嘉寧、阿部由里香、王泰升、劉晏齊譯，新日本近代法論，2008年3月。(Einosuke Yamanako et al. [auth.], Chia-Ning Yao, Yurika Abe, Tay-Sheng Wang & Yen-Chi Liu [trans.], *Revised Modern Laws of Japan* (2008).)
2. 吳巡龍，境外取證之證據能力，台灣法學雜誌，282期，頁175-184，2015年10月。(Hsun-Lung Wu, *The Admissibility of Evidence for Extraterritorial Crime Investigation*, 282 TAIWAN LAW JOURNAL, 175-184 (2015).)
3. 李榮耕，刑事審判程序中數位證據的證據能力——以傳聞法則及驗真程序為主，臺北大學法學論叢，91期，頁169-211，2014年9月。(Rong-Geng Li, *The Admissibility of Digital Evidence at Criminal Trial—Focusing on the Hearsay Rule and Authentication*, 91 TAIPEI UNIVERSITY LAW REVIEW, 169-211 (2014).)
4. 林山田，刑法總論（上），增訂10版，2008年1月。(Shan-Tien Lin, *Criminal Law: General Principles (I)*, 10th ed. (2008).)
5. 張明偉，傳聞例外，2版，2018年11月。(Ming-Woei Chang, *Hearsay Exceptions*, 2d ed. (2018).)
6. 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，裁判時報，34期，頁68-78，2015年4月。(Wan-Li Yang, *The Admissibility of Testimony Taken Abroad by Mutual Legal Assistance—Review One Supreme Court Case in 2009*, 34 COURT CASE TIMES, 68-78 (2015).)

二、外文

1. Briggerman, Lauren, Ramirez, Linda Friedman & Schmitt, Addy, *Challenges to Obtaining Foreign Evidence in Cross-Border Criminal Cases*, 43-NOV CHAMPION 30 (2019).
2. Fenner, G. Michael (2002), *THE HEARSAY RULE*, Durham: Carolina Academic

- Press.
3. Grimm, Paul W., Deise, Jerome E. Jr. & Grimm, John R., *The Confrontation Clause and the Hearsay Rule: What Hearsay Exceptions Are Testimonial?*, 40 U. BALT. L. F. 155 (2010).
 4. Jackson, John D. & Summers, Sara J. (2012), *THE INTERNATIONALISATION OF CRIMINAL EVIDENCE*, Cambridge: Cambridge University Press.
 5. Jones, Harry LeRoy, *International Judicial Assistance: Procedural Chaos and a Program for Reform*, 62 YALE L.J. 515 (1953).
 6. Kry, Robert, *Confrontation Under the Marian Statutes: A Response to Professor Davies*, 72 BROOK L. REV. 493 (2007).
 7. LaRocca, Nicholas F. Jr., *Authentication, Identification, and the Best Evidence Rule*, 36 LA. L. REV. 185 (1975).
 8. Miller, Arthur R., *International Cooperation in Litigation Between the United States and Switzerland: Unilateral Procedural Accommodation in a Test Tube*, 49 MINN. L. REV. 1069 (1965).
 10. Prabhu, Jay V., Berrang, Alexander P. & Dickey, Ryan K., *When Your Cyber Case Goes Abroad: Solutions to Common Problems in Foreign Investigations*, 67 DOJ J. FED. L. & PRAC. 167 (2019).
 11. Sandifer, Durward V. (1975), *EVIDENCE BEFORE INTERNATIONAL TRIBUNALS*, Charlottesville: University of Virginia Press.
 12. Seidelson, David E., *The Federal Rules of Evidence: A Few Surprises*, 12 HOFSTRA L. REV. 453 (1984).
 9. Smith, Hans et al. (1965), *INTERNATIONAL CO-OPERATION IN LITIGATION: EUROPE*, Hague: Martinus Nijhoff.
 13. Spencer, John Rason (2008), *HEARSAY EVIDENCE IN CRIMINAL PROCEEDINGS*, Portland: Hart Publishing.
 14. Strong, John W. et al. (1999), *MCCORMICK ON EVIDENCE*, St. Paul: West.

On the Admissibility of Foreign Public Documents

Ming-Woei Chang^{*}

Abstract

Article 159, Paragraph 1 of the Criminal Procedure Code provides: “Unless otherwise provided by law, oral or written statements made out of trial by a person other than the accused, shall not be admitted as evidence.” While the first Criminal Division Conference of the Supreme Court in 2018 concluded that police interrogation minutes made by foreign police officials is admissible, whether other public documents made by non-police officials is admissible deserves further discussion for the law provides nothing about it. After introducing the hearsay practices in Taiwan and the corresponding hearsay development in the United States, this study states that the admissibility of the foreign public documents bases upon the existence of the trustworthy circumstances while the documents were made. In addition, the current legal design of hearsay system in Taiwan might violate the due process as it does not guarantee the right to confront of the defendant while requesting the foreign government to obtain evidence abroad.

Keywords: Admissibility, Foreign Public Document, Hearsay, Confrontation, Public Official

^{*} Professor of Law, Associate Dean of School of Law and Director of Graduate Department of Law, Fu-Jen Catholic University; S.J.D., Golden Gate University School of Law.

Received: July 3, 2020; accepted: April 21, 2021