

出國報告（出國類別：進修）

論境外取得證據之證據能力——以
日本角川古柯鹼案（「角川コカイン
事件」）之探討為中心

服務機關：臺灣彰化地方法院檢察署

姓名職稱：邱鼎文檢察官

派赴國家：日本東京大學

出國期間：99年9月22日至100年8月8日

報告日期：100年9月14日

摘要

由於犯罪之跨國境趨勢，犯罪所涉及之人、事、時、地、物等相關因素往往橫跨數國，其中除了外逃人犯之引渡外，舉凡司法文書之送達、物證之調閱收集或人證之訊問等所謂「狹義國際刑事司法互助」行為，均因涉及各國司法主權之故而不易實行。以我國現狀為例，有關涉外刑事案件往往需要透過內政部警政署刑事警察局、法務部調查局等司法警察機關所參加之國際組織，或透過調查局、海關與他國之對口單位，以簽署備忘錄（Memorandum）等方式獲取所需之情資。惟所謂「情資」實際上仍與經由刑事司法互助程序獲得之「證據資料」有別，如欲將調查所得作為證據提出於法院時，則應符合法定之取證程序，並通過刑事訴訟法相關證據法則之檢驗，殆屬當然，故經由國際刑事司法互助方式取證，儼然已成為跨國境偵查犯罪之必然趨勢。繼洛克希德案之後，日本最高裁判所於角川古柯鹼案（「角川コカイン事件」）中，對於非賦予刑事免責下所作成之囑託訊問證人筆錄，明白表示肯定其證據能力之見解，由於有別於向來洛克希德案之結論，故其得以肯定證據能力之理由與要件為何，即頗值探討。因此，本文擬分析、介紹角川案之內容與相關見解，期能供作我國將來實務運作之參考。

目次

壹、前言	1、法系差異
貳、案例事實及歷審見解	2、準據法適用
參、案例檢討	(二) 本案之評析—代結語
一、問題點與適用法條	1、囑託作成宣誓陳述書之 合法性
二、學說主張	2、承認傳聞例外之適當性
三、歷來實務見解	3、我國法上之省思
肆、解說	
(一) 司法互助之法系差異與準 據法適用	

壹、前言

為因應犯罪全球化之趨勢，經由他國協助而蒐集被告或犯罪嫌疑人犯罪證據之國際偵查互助行為，儼然已成為世界各國關注而致力研究之課題，其中除如何進行合法之取證程序外，當然以獲案證據之證據能力有無為最重要之研究重心；其次，日本最高裁判所在洛克希德案¹中亦明白表示，經由賦予刑事免責而作成之囑託訊問證人筆錄無證據能力，首次在日本司法互助史上對此類證據之證據能力宣示了立場。惟繼洛克希德案之後，最高裁判所於角川古柯鹼案（「角川コカイン事件」），就非賦予刑事免責下所作成之囑託訊問證人筆錄，則明白表示採取肯定見解之看法，故值得探討者是，其得以肯定證據能力之理由與要件為何？本文以下即嘗試從分析角川案之實務及學界見解，探討境外證言之證據能力問題，盼能收拋磚引玉之效。

貳、案例事實及歷審見解²

本案案例事實之被告 X 為大型出版社「角川公司」董事長，A 為公司攝影師兼被告之親信，B 則為被告情婦。被告與 A、B 兩人共同基於違反麻醉及精神作用藥物取締法、關稅法之犯意，由被告指示 A 以收集資訊為名出差，自昭和 62 年（西元 1987 年）起至平成 4 年（1992 年）止，先後 30 次前往美國洛杉磯市，向住在洛杉磯市之 C 購買毒品古柯鹼（下稱第一部分事實）；而購買毒品的款項，是以支付 C 提供資訊之酬勞為名義，每次 100 萬日圓，分 30 次由公司會計主管自 X 公司匯款至 C 名下帳戶，合計共 3104 萬 2610 日圓。此外，A 之機票、住宿場所亦是由 X 公司之子公司安排，費用並由 X 公司支付（下稱第二部分事實）。平成 5 年（1993 年）7 月 9 日，A 夾帶 78.69 公克之毒品古柯鹼飛抵成田機場通關時，為海關人員以現行犯逮捕而發現上情。本案發生後，日本承辦檢察官即遠赴洛杉

¹ 關於該案之內容及評釋，請參閱拙著（2011），〈淺談經由司法互助取得證言之證據能力-以日本洛克希德案（「ロッキード事件」）為例〉，《法令月刊》，62 卷 4 期，頁 48-72。另請參閱本文附件一。

² 參閱千葉地方裁判所平成 8 年 6 月 12 日判決，判例時報 1576 號，頁 3；東京高等裁判所平成 11 年 3 月 1 日判決，判例タイムズ 998 號，頁 293；最高裁判所平成 12 年 10 月 31 日第二小法庭裁定，最高裁判所刑事判例集 54 卷 8 號，頁 73。

磯市，由洛杉磯郡檢察官辦公室約談 C，在二名美國偵查官員（洛杉磯郡檢察官辦公室偵查官及美國聯邦調查局 FBI 幹員，前者聽得懂日語）在場下對 C 進行偵訊。調查前美國偵查官員對 C 告以緘默權及告以如為虛偽陳述有受偽證罪處罰之虞之要旨，但並未賦予其刑事免責權，且偵訊之進行主要係由日本檢察官訊問，美國偵查官員補充訊問之方式實施，檢察官並將所聽聞之內容以日文記載後使 C 閱覽，經 C 幾次要求訂正後而確定其內容。其後，檢察官在公證人面前朗讀筆錄內容，經 C 確認並自行在文末記載「在知悉如所述不實，將受偽證罪處罰之基礎上，斷言以上所述係真實並正確無誤」等語後簽名，在場之美國偵查官員和公證人也簽名在後。至於陳述書內容則係記載 C 陳述有關：被告 X 擔任社長之出版社和關係公司間就音樂、電影等資訊之提供並無訂約及收受酬勞之約定，且至今已由 A 處收受之數十次匯款，均為古柯鹼與大麻之貨款，此次亦係受其委託在取得古柯鹼後交付予 A 等事實。在取得此項訊問內容後，檢察官即以 C 之「宣誓陳述書」等作為證據起訴被告兩部分之犯罪事實，第一部分為被告涉嫌違反麻醉及精神作用藥物取締法、關稅法等罪嫌之事實；第二部分則為被告涉嫌業務侵占罪嫌之事實；而被告方面就第一部分事實中，雖承認 A 有運輸毒品之事實，但否認與 A 有何共同犯意之聯絡；就第二部分事實中，被告雖承認匯款至 C 帳戶之事實，但辯稱：公司會計主管是伊親弟弟，伊業務上並未實際占有公司資金；且匯款予 C 係因 C 提供對公司業務有益之資訊而支付其酬勞；退步言之，縱使認為前述匯款係基於伊個人目的而為，因被告對公司有超過匯款金額的金錢債權，兩者處於隨時得抵銷之狀態，故伊亦無不法侵占之意思云云，作為抗辯。

一審千葉地方裁判所判決被告此兩部分事實皆屬有罪，其理由略以：一、從 B 宅發現附著古柯鹼之研磨機、吸食器等證物；二、自被告及 B 之毛髮裏驗出有古柯鹼成分存在；三、自證人 A 所供述「先後 30 次海外出差均係依被告之指示大量購買大麻及古柯鹼，此次運輸入境亦是依被告之指示」之事實；並對照證人 C 陳述「受 A 之託仲介大麻、古柯鹼，並收受匯入之貨款」等語之「宣誓陳述書 (affidavit)」可謂相符，故認定被告有為上開犯罪事實。其中，就該宣誓

陳述書之特信性，本判決指出：此項宣誓陳述書係在美國公證人面前作成，供述前被告並了解如為虛偽陳述將受偽證罪制裁之法律效果，且參諸其他證據亦無可認檢察官或洛杉磯郡偵查官員有強制陳述或給予不當影響之處，故應認為本案並無欠缺特信性要件等情；就此，被告則以原判決認定事實錯誤及 C 之宣誓陳述書無證據能力等為理由而提起上訴。

二審東京高等裁判所駁回被告之主張而維持原判，關於 C 宣誓陳述書之證據能力主要則為以下之判斷：一、**關於宣誓陳述書作成程序之適法性**：判決指出「此項宣誓陳述書，係基於日本對美國提出之偵查互助請求，而依美國法典第 28 篇第 1782 條 b 項及第 1746 條所作成，並非依照加州州法作成。上述第 1782 條 b 項所規定之偵查互助，係為在外國裁判程序中作為證據使用，而容許美國境內之人得依照其本人接納之方式，對於任何人任意證言或提出陳述書；而第 1746 條則規定，記載本人在偽證罪制裁下宣誓所陳述內容係真實並簽名之陳述書，與證據上之宣誓陳述書有同樣效力。故從該宣誓陳述書作成之經過來看，因 C 係在知悉如為虛偽陳述將被追究偽證罪之情形下，對於美國 2 名偵查官員及日本檢察官質問內容為任意陳述，對檢察官聽取其陳述而記載之書面內容也親自確認，復由檢察官在公證人面前朗讀上開記錄後，末段並親自記載『在知悉如所述不實，將受偽證罪處罰之基礎上，斷言以上所述係真實並正確無誤』等語而簽名，故應認此項陳述書與美國法典上之宣誓陳述書具有同一效力而適法」等情；二、**關於陳述之特信性方面**：判決則認為「依刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款³之規定，即使為無法給予被告反對詰問機會之陳述書，如合乎所定之要件，亦肯認其有證據能力。因而，本案陳述書之內容，如同先前本院在對於誤認事實論點部分之判斷所述，不僅呼應了難以動搖之證據，而且坦白陳述對自己不利益之事實，其可信性極高。且其後並由 B 之辯護人為代替反對詰問之質問，對照其結果應認為

³ 日本刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款規定：「關於前二款書面（按：前 2 款分別係指陳述人在法官及檢察官面前所作成之陳述書或陳述筆錄，其中陳述書部分係陳述人自行製作，陳述筆錄部分係由他人製作）以外之書面，因陳述人死亡、精神或身體之障礙、所在不明或身在國外，而無法於準備或審判期日到庭陳述，且其陳述係證明犯罪事實存否所不可欠缺時。但以其陳述係在特別可信之情況下所為者為限」，亦即通稱上所謂「員面筆錄（司法警察官員等人面前所作成之筆錄）」。

宣誓陳述書陳述之信用性絲毫未受動搖，因而原審就陳述書可信性之認定並無違誤」等情。對於二審判決之結果，被告則提起上訴。

最高裁判所審理後裁定駁回被告之上訴，對於 C 宣誓陳述書之證據能力，則依職權為以下認定：「依據原判決所認定，C 之宣誓陳述書係基於日本政府向美國政府請求偵查互助而作成，居住在美國之 C 在被告以緘默權後，對於美國偵查官員及日本檢察官之訊問為任意陳述，復於公證人的面前，記載在偽證罪制裁下所作成之陳述內容為真實之意旨而簽名。如此作成之上開宣誓陳述書，原判決認為該當刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款之所謂具特信性情況之陳述，洵屬正當」，其見解大致與一、二審判決相同。

參、案例檢討

本案係日本最高裁判所首次依照刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款規定，肯定經由偵查互助取得陳述書之證據能力案例，有別於前述洛克希德案件之程序係囑託外國法院取得，且最高裁否定其證據能力之結論，本案對於日本偵查機關經由偵查互助取證之實務運作，格外具有開創新例之意義。以下，本文即先說明案件之問題點與適用法條，與歷來相關學說、實務見解，其次再分別就爭點予以評析檢討。

一、問題點與適用法條

由上述實務見解可知，本案關於證據能力之問題點主要有二：其一為取證程序之問題，亦即囑託作成「宣誓陳述書」之程序是否合法；另一則為證據評價之問題，亦即該「宣誓供述書」之證人筆錄，得否承認為日本法上之傳聞例外。關於前者，由於日本刑事訴訟法並無日本檢察官得囑託外國偵查機關代為訊問證人之明文規定，故其依據為何即成為討論之重點；關於後者，即為該證人筆錄是否該當第 321 條第 1 項第 3 款規定之問題，以下即先就所涉及之學說主張及實務見解加以說明。

二、學說主張

有別於洛克希德案係由日本檢察官聲請法院囑託美國法官訊問證人之訊問形式，本案則由日本檢察官囑託美國偵查官員訊問證人，故可知兩案之取證主體、程序顯然不同，另由於日本國內法上並無得請求他國偵查互助之法律明文⁴，因此本文中首先受到討論者，即為日本檢察官得囑託外國偵查機關互助取得證人陳述之依據為何？就此，論者多認為日本刑事訴訟法第 197 條第 1 項前段之「關於偵查，得為達成目的所必要之調查（即一般所稱「任意偵查」）」規定，及刑事司法互助之互惠原則，應得作為本案檢察官請求外國偵查互助之依據⁵，論者更進而說明認為：不論經由各偵查機關或由中央機關請求外國偵查機關互助，其性質均為行政組織間權限、事務分配之問題，對於國民之權利義務並無影響；且在外國之蒐證程序本非日本法令所能規範，僅於證據評價階段應依日本刑事訴訟法個別判斷而已，因此並無特設請求依據之必要，此從日本國際偵查互助法、逃亡犯罪人引渡法或外國法院囑託互助法均未設規定，即可知悉⁶。而此項囑託依據之檢討，雖非得直接肯定是否具有證據能力，對於證據能力之消極要件判斷（即有無因違法蒐證而排除證據能力之情形）仍有其實益存在。

其次，關於第 321 條第 1 項第 3 款之傳聞例外要件，學說上認為本款要件較其他同條其他各款要件⁷嚴格之理由，在於本款例外不僅未賦予被告反對詰問之機會，且對照司法警察職員職務之性質，亦無法期待能如同法官面前筆錄般具有公正性及中立性，故證據之適格性，必須同時符合「傳喚不能」、「不可欠缺性」及「特信性」三項要件始足當之⁸。關於「傳喚不能」要件所舉之各項事由究為

⁴ 日本之「有關國際偵查互助等之法律（國際搜查共助等に関する法律）」主要係規範外國請求日本偵查互助之國內程序法，該法除第四章「拘禁外國受刑人」係規定日本請求移送外國受刑人以證人身分至日本出庭之程序外，其餘均為規範外國請求日本互助之程序。

⁵ 參閱山下貴司(2001)，〈國際搜查共助の要請に基づきアメリカ合衆国において作成された供述書が刑事訴訟法 321 条 3 号の書面に当たるとされた事例：最高裁第 2 小法廷平成 12 年 10 月 31 日決定〉，《法律のひろば》，50 卷 6 號，頁 75-76；池田修(2002)，〈國際搜查共助の要請に基づきアメリカ合衆国において作成された供述書が刑訴法 321 条 1 項 3 号の書面に当たるとされた事例〉，《法曹時報》，第 54 卷 10 號，頁 163 等。

⁶ 參閱田辺泰弘(1999)，〈國際搜查共助法〉，藤永幸治等編，《大コンメンタール刑事訴訟法》，第 8 卷，頁 369-370，東京：青林書院。

⁷ 即第一款之「法官面前筆錄（裁面調書）」、第二款之「檢察官面前筆錄（檢面調書）」，請參閱各該法條。

⁸ 參閱白取祐司(2007)，《刑事訴訟法》，第 4 版，頁 377，東京：日本評論社；三井誠・酒卷匡等

例示或列舉規定一點，現今通說已採取例示規定之見解；而就「不可欠缺性」要件，學說上則認為應限於「無其他適法之證據得以取代，或依其他證據無法達成同一目的時，始足該當」。再者，就「特信性」要件，通說則認為此要件並非證明力而係證據能力之要件，其內涵應依陳述時之外部客觀情況加以判斷其陳述是否有虛偽之危險，而決定應否賦予證據能力，並非指該陳述是否可信⁹；且該「特信性」係指「絕對特信性」，程度上與同條 2 款後段之檢察官面前筆錄，係因陳述人於審判時為相反或實質相異陳述時之「相對特信性」情況有別¹⁰。因此為此項判斷時，僅外部客觀情況可作為判斷依據，供述內容本身應不能成為判斷之依據，而與 2 款筆錄之情形不同。從上述學說可知，前二項要件在實際判斷上似較後者具有明確性，因此在個案中備受爭議者，往往即所謂「特信性之外部客觀情況」之判斷標準為何。就此，日本學說上亦有援引美國證據法大師 Wigmore 教授所指出之幾項標準¹¹而舉出幾項具有特信性之情況作為參考：1、於案件發生後關於現在（供述時）身體或精神上痛苦所為之陳述，例如：傷害案件之被害人於被害後告知他人身體痛苦之情形；2、現在（供述時）之計畫、動機、感情等案件發生前之自然陳述，例如證人供述被告於案件發生前曾自述與被害人向有嫌隙，將予以報復等語；3、在案件發生時或發生後為與案件有關客觀事實之衝動陳述，例如：目擊殺人現場情形之人，立即叫喊「啊，A 殺了 B！」、「殺人後逃走的是帶黑帽子的男子！」等等；4、臨終之陳述，例如：殺人案之被害人在死前自覺難以倖免於死，而就案件經過所為之陳述；5、公文書及業務文書；6、反於自己利益而陳述陳實之情形等等。其中 1 至 3 係著重於陳述之自然性，4 係陳述之良

著(2006)，《入門刑事手続法》，第 4 版，頁 226，東京：有斐閣；上口裕・後藤昭・安富潔・渡邊修等著(2006)，《刑事訴訟法》，第 4 版，頁 205，東京：有斐閣。

⁹ 參閱白取祐司，前揭註 8，頁 376。

¹⁰ 參閱三井誠・酒卷匡，前揭註 8，頁 226。

¹¹ 氏認為判斷標準如：一、自然作成真實而正確之陳述，沒有為虛偽陳述意圖之情形；二、因為擔心虛偽陳述容易被發現或畏懼受處罰，而壓抑為虛偽陳述慾望之情形；及三、必須存在如發生錯誤，得立即被發現及訂正等具有公示性之情形，參閱 J.H.Wigmore(1964)，《証拠法入門》，平野龍一・森岡茂譯，東京：東京大學出版會；轉引自藤永幸治等編(1999)，《大コンメンタール刑事訴訟法》，第 5 卷 I，頁 267，東京：青林書院。

心性，5 係陳述之公示性，6 則係陳述之不利益性¹²。

三、歷來實務見解

本案係日本首度由檢察官囑託外國偵查機關協助取證之案例，因此在本案發生前，實務就進行取證程序之合法性部分並無相關見解。至於第 321 條第 1 項第 3 款要件之部分，實務就「傳喚不能」之要件判斷，其見解認為「本條第 1 項第 3 款所謂所在不明，係指即使窮盡通常手段偵查，也無法辨明陳述人所在之意¹³」，且如「證人以記憶喪失為理由而拒絕證言時，該當本條第 1 項第 3 款之傳喚不能¹⁴」等等，亦即採取例示規定說之立場；就「不可欠缺性」要件之判斷，認為「刑事訴訟法第 321 條第 1 項第 3 款所謂之『其陳述係證明犯罪事實之存否所不可欠缺』，係指該陳述屬於與犯罪事實存否相關之事實，且該陳述就事實之證明被認為實質上必要即屬之¹⁵」，具體案例中判決意旨亦表示，「S 是本件關於有無交付賄款之直接參與者，可以說是最後的證人，本件證人筆錄在此意義之下，也是重要證人 Clutter 陳述信用性不可欠缺之判斷資料，因此可謂該當『其陳述係證明犯罪事實存否所不可欠缺』之要件¹⁶」；或「．．．關於本件行賄資金之出處等事實，除有直接證據之價值外，參與本件行賄之丸紅公司關係人及提議行賄之全日空公司關係人之陳述或陳述筆錄，均有證明之間接證據價值，應認其等陳述該當刑訴法第 321 條第 1 項第 3 款本文『其陳述係證明犯罪事實存否所不可欠缺』之要件¹⁷」等等。至於就「特信性」要件之判斷，在早期案例中，東京高等裁判所就外國偵查機關所作成之書面，曾表示該當於第 321 條第 1 項第 3 款之特信性要件者，其一為違反昭和 24 年政令第 389 号案件，該院認為「證人於審判時拒絕證言，該當於審判期日陳述不能之要件，其於美國 O.S.I（軍事特別偵查局）所作成之聽聞筆錄，該當第 321 條第 1 項第 3 款之書面」，且「美國軍人對美國偵

¹² 參閱江家義男(1952)，《刑事証拠法の基礎理論(訂正版)》，頁 74，東京：有斐閣轉；引自藤永幸治等編(1999)，《大コンメンタール刑事訴訟法》，第 5 卷 I，頁 267，東京：青林書院。

¹³ 參閱東京高等裁判所昭和 40 年 2 月 3 日判決，下級裁判所刑事裁判例集 7 卷 2 號，頁 97。

¹⁴ 參閱最高裁判所昭和 29 年 7 月 29 日第一小法庭裁定，最高裁判所刑事判例集 8 卷 7 號，頁 1217。

¹⁵ 參閱東京高等裁判所昭和 29 年 7 月 24 日判決，判例タイムズ 42 號，頁 35。

¹⁶ 參閱東京高等裁判所昭和 58 年 10 月 28 日裁定，刑事裁判月報 15 卷 10 號，頁 515。

¹⁷ 參閱東京高等裁判所昭和 61 年 5 月 16 日判決，高等裁判所刑事判例集 39 卷 2 號，頁 37。

查機關之供述，從筆錄記載、內容及體裁加以考量，足認係在特別可信狀況下作成¹⁸」；另外在強盜及違反持有槍砲刀劍類取締法案件中，對於由美軍師團刑事偵查官所作成之美國人口供書之證據能力，認為「口供書作成之際，係依循美國憲法所定，先行向 A 告以不因其陳述而使其不名譽或陷其入罪之要旨，且因該陳述筆錄係在 A 全部閱覽並在不受任何脅迫、自由供述之情形下簽名，無論從陳述內容本身或記錄上來看，無可認為應特別懷疑其任意性之事由，故主張該口供書在作成之際，有未對 A 告以享有緘默權之違法或無任意性事由，抑或該陳述係非在特別可信情況下所為而反駁原審採用為證據之理由，均不可採¹⁹」。另外，對於在美國聯邦地方法院大陪審團前，以證人身分合法作證所作成之證人筆錄，法院亦認為「依照傳票以證人身分接受傳喚，在陪審團前宣誓後了解如為虛偽陳述將受偽證罪處罰，且法庭外委任之辯護人亦等候在側而處於隨時得以討論之情況；對於聯邦司法部檢察官所為訊問而作成之本案陳述，除可認其訊問和證言係以一問一答方式由公認速記員正確紀錄，且係在提示相關證據下為喚起其記憶所為，從此種訊問證人程序來看，一般性為虛偽陳述之危險性極小，得謂已確保可期待誠實證言之外部特別情況，在此種程序下所成本案訊問筆錄之陳述，得謂該當『該陳述係在特別可信狀況下所為』之要件²⁰」，均可見採取肯定特信性之看法。

四、解說

(一) 司法互助²¹之法系差異與準據法適用

1、法系差異

大陸法系與英美法系之不同，在於大陸法系國家法院向來以真實發現（discovery of truth）為主要目的，而英美法系國家法院則以解決當事人間之紛爭

¹⁸ 參閱東京高等裁判所昭和 28 年 11 月 7 日判決，東京高等裁判所刑事判決時報，4 卷 5 號，頁 153；高等裁判所刑事判例特報 39 號，頁 170。

¹⁹ 參閱東京高等裁判所昭和 29 年 7 月 24 日判決，高等裁判所刑事判例集 7 卷 7 號，頁 1105。

²⁰ 同註 15。

²¹ 關於司法互助之意義、類型及沿革，請參閱附件二「國際刑事司法互助之基本概念」一文。

為主要目的，因此兩法系國家對於國際刑事司法互助之觀點亦南轅北轍。即大陸法系將司法互助視為本國審判權之延長(long arm jurisdiction)，故程序上需透過本國政府機關與外國政府機關之合作以達成互助目的，且證據之蒐集亦多由公機關介入而採取職權主義之立場；英美法系國家將司法互助視為確保個人訴訟法及實體法上權利所必要之行為，關於證據之蒐集則以公權力不介入為原則而採取當事人主義之立場。進一步而言，兩者差異可從以下二方面加以說明：(一) **刑事訴訟構造上之差異**：英美法系國家既採當事人主義，訴訟之開始、進行及結束皆由雙方當事人主張，立於公正第三者角色之法院並不介入，故法官指揮訴訟時目的僅為維持訴訟之順暢與公平，而使兩造得以盡情舉證攻防；大陸法系國家採取職權主義，故為發現真實或維護社會公益，法院介入訴訟過程即被視為理所當然。此兩種截然不同訴訟構造之開展，乃因英美法系法院認為紛爭起於當事人兩造，證據亦應由兩造任意提出，取證活動並非法院之工作，只要兩造未訴諸強制力取證而違法之情形下，法院原則上應任由其等平等地蒐集證據而不應加以干預，故即便係由外國偵查機關在本國境內取證，其亦應與私人間在本國境內取證模式等同視之；而大陸法系國家則認為嚴格意義的調查證據，應專屬法院之權限，不允許當事人私自進行，至於偵查階段訊問證人雖非屬嚴格意義之調查證據，只是證據方法之蒐集，但因偵查機關必須蒐集於審判階段供法院資以判斷之各項證據，故不論是實質之調查證據程序或僅為證據方法之蒐集，均不允許由私人自行為之²²。(二) **在外國蒐集證據方法之差異**：由於英美法系國家與大陸法系國家之訴訟構造有根本上之差異，因而在他方境內蒐集證據之方法亦屬不同，亦即英美法系國家將證據蒐集視為私人行為，故蒐集證據行為究依內國或外國刑事程序進行在法律性質上差異不大，如非私人遭遇到無法克服之障礙，相關機關或法院即無介入之必要²³；大陸法系國家常將證據之蒐集與確保視為偵查機關或法院之任務，故不論是適用內國或外國的刑事程序，都視為是官方機關(an act of authority)，

²² 參閱森下忠(1983)，《國際刑事司法共助の理論》，頁 27-36，東京：成文堂。

²³ 此處惟一之例外，為英美法上之「證據開示(Evidence discovery)」制度，即一方當事人對於他方當事人現在掌握之證據認為有必要時，法院有介入命該當事人開示證據之必要，此時針對表示蒐集證據必要性與困難性之當事人，英美法上即係由法院提供司法互助(judicial assistance)之用語協助，引自森下忠，前揭註 22，頁 37-38。

或涉及主權之行為（sovereign act），因此有在外國蒐集證據必要之官方機關或法院，必須囑託在應為行為地有管轄權之官方機關或法院，始得為之。

從以上所述大陸法系與英美法系之差異可知，兩法系對於提供他國刑事司法互助之態度顯然有別，故跨法系國家間如何調和其中差異以達成雙方偵查／司法互助之需求，實為重要之課題。其中，在跨法系國際公約上最具有代表性者為 1973 年 5 月 25 日之美國瑞士刑事司法互助條約（Treaty between the United States of America and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters，於 1977 年 1 月 23 日生效），該條約為首先就調和英美法系與大陸法系制度差異設有詳細規範之國際公約，故實具有劃時代之意義，其後在跨法系之國家間之刑事司法互助條約締結上，亦常被作為參考之對象。

2、準據法適用²⁴

關於國際刑事司法互助之準據法適用問題，學者森下忠教授曾舉出西元 1928 年布斯塔曼特法典（Código Bustamante）²⁵第 391 條、第 399 條及第 401 條等規定為例²⁶，認為關於證據蒐集階段應依被請求國法，證據評價階段則應依請求國法，其學理基礎在於引用國際私法學上之場所支配行為（Locus regit actum）原則²⁷來

²⁴ 嚴格而言，本國受外國囑託實施蒐集證據等司法／偵查互助之行為時，因非基於本國刑事案件所為，故理論上係「準用」而非直接「適用」本國刑事訴訟法之規定（例如：日本國際偵查互助法第 12 條規定：「…除本法特別規定以外，於不違反其性質之限度內，準用刑事訴訟法…之規定」，即有準用之明文；惟在歐陸國家亦有採取適用之方式者，例如：西元 1962 年 6 月 27 日之比荷盧三國犯罪人引渡及刑事司法互助條約第 24 條第 1 項規定：「被請求國之司法當局，對請求國之囑託書應視同本國司法當局所發之囑託書，而實施受託事項」，則採直接適用之看法，此乃將三國視為法律共同體所使然）。現今國際間立法例亦多認為係準用而非適用，例如：奧地利 1979 年犯罪人引渡及刑事司法互助法第 9 條、瑞士 1981 年國際刑事司法互助法第 12 條等等，均有規定準用之明文，引自森下忠，前揭註 22，頁 38-39。

²⁵ 此法典係於 1928 年 2 月，在古巴首都哈瓦那舉行之第 6 屆泛美會議中通過之統一國際私法法，名稱來自負責起草之哈瓦那大學國際私法教授 A.S.de 布斯塔曼特，該法典總結拉丁美洲國家在國際私法方面之立法經驗，以及當時之研究成果，是一部全面性之國際私法法典，在學術上頗具參考價值。

²⁶ 該法典第 391 條（準據法）規定：「受理請求或囑託書者，關於請求之目的應依請求國法，關於實施之方式應依被請求國法。」、第 399 條（證據決定之準據法）規定「關於決定個別情形下可使用之證據方法，依待證事實或事實發生地法。但裁判地法令不允許者不在此限。」、第 401 條規定：「證據應依照裁判國之法令評價。」，均引自森下忠，前揭註 22，頁 40-42。

²⁷ 此原則為國際私法上最早建立原則之一，又稱行為地法原則，係指法律行為之實質與方式，悉應以行為作成地之法律為根據。

加以解釋。從實務面加以理解，具體之境外取證型態則包括：(1) 請求國要求被請求國提供其境內證據，例如調閱銀行帳戶基本資料、交易明細等等；(2) 請求國要求被請求國在其境內代為蒐證行為，例如代為訊問證人、搜索扣押相關證物等等；(3) 被請求國容忍請求國人員在境內為蒐證行為，例如就地直接訊問證人等等；而不論何種型態，獲案之證據最後即由請求國法院依本國刑事程序法判斷證據能力之有無，由此更顯現境外取證行為涉及雙方國家主權之衝突性。因此，為尊重被請求國與請求國雙方之司法主權，國際間承認在國際禮讓(*idée de courtoisie internationale*)之國際習慣法下，上開(1)、(2)、(3)型態之行為應依照被請求國法實施，而最後之證據評價則應依請求國法判斷。此種準據法之適用方式固屬折衷調和國家主權衝突性之彈性作法，然在實務操作上亦不免面臨若干難題，例如在上開(2)與(3)之型態中，理論上雖應按照被請求國法令實施蒐證行為，惟前者可能因被請求國人員不知請求國法令而進行不符合請求國法令之取證程序，致使將來在被請求國法院進行證據評價時，可能產生證據容許性之問題；後者則可能因請求國人員不諳被請求國法令，而在被請求國進行牴觸被請求國法令之取證程序，而可能招致侵害他國司法主權之批評等等，故在此背景下，是否得以在例外情形優先適用請求國法實施取證程序，即引發討論。就此，現今各國間為協助彼此間互助目的之達成，以打擊跨國犯罪，無不適度修正傳統墨守司法主權之立場，在一定條件下容許適用外國法實施互助行為，亦即所謂「適用外國法(application of foreign law)²⁸」之理論逐漸為各國條約、立法例所採行²⁹，而逐漸形成「證據蒐集階段原則上應依被請求國法，在不牴觸被請求國法令之限度內，得適用請求國法」之新準據法適用模式。此模式特別在融和大陸法系與英美法系國家之法制差異上，更突顯其功效，例如：前述關於證人證言前所為之宣誓或具結行為，在不同法系國家間之證據評價、偽證處罰要件本有不同，若能適

²⁸ 又可稱為外國法之替用，參閱馬漢寶(1990)，《國際私法總論》，頁 189-214，台北：自刊；森下忠(1983)，前揭註 22，頁 145-147。

²⁹ 例如：西元 1958 年 9 月 22 日之西德奧地利刑事司法互助條約第 8 條規定：「實施請求時，適用被請求國法。但請求國要求應依一定之程序實施時，以被請求國法不禁止該程序為限，得應允之。」；其他如美國瑞士刑事司法互助條約第 9 條第 2 項、第 12 條等，奧地利犯罪人引渡及刑事司法互助法(ARHG)第 58 條、瑞士國際刑事司法互助法(IRSG,EIMP)第 65 條等等均同此旨，參閱森下忠，前揭註 22，頁 52-54。

度採行前述適用外國法之模式，相信更能滿足國際間擴大司法互助合作之需求。

(二) 本案之評析—代結語

1、囑託作成宣誓陳述書程序之合法性

關於取證程序合法性之問題，首先應探討者是日本檢察官得囑託外國偵查機關訊問證人之法律依據部分。如同前文所述，日本論者多認為其依據係日本刑事訴訟法第 197 條第 1 項前段「任意偵查」之規定，及刑事司法互助之互惠原則，本文認為從日本刑事訴訟法有關檢察官偵查權限之架構及互惠原則之內涵來看，此項見解應值贊同。其次發生問題者，乃由於該「宣誓陳述書」係「主要由日本檢察官訊問、美國偵查官員作補充訊問之方式實施，檢察官將所聽聞之內容以日文記載後再使 C 確認內容」而作成，故從上開文義所述，訊問程序似由日本檢察官主導，而產生是否得依照第 321 條第 1 項第 2 款「檢察官面前筆錄」肯定其證據能力之疑問。然學者認為，實際上由本案之訊問過程中，美國偵查官員亦參與補充訊問等處來看，難認合乎該款檢察官面前筆錄之要件³⁰；且日本偵查互助實務上對於在日本境內之任意偵查行為，向來不承認外國偵查人員得在日本境內直接為之，故本於互惠原則，日本於請求外國互助時亦儘可能避免請求外國容許為直接取證行為，而採取偵查互助方式為之³¹，是以本案既係以囑託方式為之，即無依第 321 條第 1 項第 2 款要件判斷證據能力之餘地。就此，本文則認為，基於對他國司法主權之尊重，本案所適用之準據法為美國法而非日本法，故即使主要由日本檢察官訊問並作成筆錄，亦無法依檢察官面前筆錄之規定作為判斷之依據，上開論者之見解在結論上雖值贊同，然理由構成似僅囿於國內法之適用解釋，而缺乏自國際法觀點作全盤之思考。

再者，本案判決理由指出「宣誓陳述書（affidavit）」係依據美國聯邦法典（U.S.Code）第 1782 條(b)項及第 1746 條所作成，就此雖有學者批評該宣誓陳述

³⁰ 參閱上口裕(2002)，〈國際搜查共助法の要請に基づいて作成された供述書の証拠能力：最二小法平成 12 年 10 月 31 日〉，《現代刑事法》，第 34 期，頁 90；山下貴司，前揭註 5，頁 80。

³¹ 參閱田辺泰弘，前揭註 6，頁 372。

書不該當聯邦法典之要件而應排除其證據能力者³²，然亦有學者認為，司法或偵查互助之請求國本即無審查被請求國法令有無違反請求國法令之必要，僅在證據能力判斷時須審視是否違背本國法令之精神，因而判決之說明僅在對照該國法令而確認該程序合法之意³³。上開兩種見解固均言之成理，惟本文認為從國際法之角度而言，不論依照國際禮讓之理念或「場所支配行為（Locus regit actum）」原則，經由司法互助囑託外國偵查或司法機關取證時，除有採取「適用外國法（application of foreign law）」理論之例外，證據蒐集階段原則上應依被請求國法實施，迨為國際間尊重他國司法主權之當然結果，至於是否因被請求國違法蒐證或因與請求國法上之制度差異而有排除該項證據使用之必要，則係證據評價階段有無產生證據排除效果之問題，因此該宣誓陳述書之作成程序，如已依美國法所定之要件實施，則應承認其具備程序之合法性。

2、承認傳聞例外之適當性

關於本案是否該當第 321 條第 1 項第 3 款要件之判斷，其中最為重要者，顯然為有關「特信性」要件之判斷標準何在之問題³⁴。

本案從日本最高裁判所之裁定理由可知，肯定宣誓陳述書具有特信性之理由主要有列三者，亦即該宣誓陳述書係：1、基於日本政府向美國政府請求偵查互助而作成；2、陳述人在經告以緘默權後，對於美國偵查官員及日本檢察官之訊問任意陳述；3、復於公證人面前，記載表明在偽證罪制裁下所作成之陳述內容係真實之意旨而簽名。然上開三項外部客觀狀況，是否均得以作為肯定特信性之理由，學說上則容有不同看法。首先，就「**基於日本政府向美國政府請求偵查互助而作成**」一點，論者有認為係具有確認作成程序合法³⁵或擔保程序正當之意

³² 參閱島伸一(1997)〈日米司法共助により得た『宣誓陳述書』なる供述書の証拠能力〉，《判例タイムズ》，927 號，頁 67。

³³ 參閱成田秀樹(2000)〈日本からアメリカ合衆国への捜査共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力〉，《現代刑事法 2(7)》，頁 66。

³⁴ 就「傳喚不能」與「必要性」要件之相關學理及實務見解，請參閱註 1 文。

³⁵ 參閱成田秀樹，前揭註 33，頁 66。

義³⁶，或認為係代表陳述人在正常狀況下為陳述之意義³⁷，而採取積極肯定之見解；亦有認為經由正式外交途徑取證雖與其他途徑（例如：經由國際刑警組織「ICPO」之情資交換等等）相比較具可信性，惟此僅為相對性之結果，實則仍無法脫離互助之內容而獨立作為肯定特信性之因素，僅能說消極地具有擔保陳述可信之意義³⁸。上開兩種見解雖略有不同，但基本上可謂均係因肯定程序之正當性而認為所取得之證言較具有可信性，迥屬無疑。其次，就「陳述人在經告知緘默權後，對於美國偵查官員及日本檢察官之訊問任意陳述」，有認為告知緘默權本身即為肯定特信性情況之因素³⁹，或認為告知緘默權後訊問具有肯定陳述無任意性可疑之意義⁴⁰；亦有認為在告知緘默權後使其為任意陳述係調查之方法，因本案係對有轉讓古柯鹼嫌疑之人調查，依日本刑事訴訟法在此情況下告知緘默權而進行訊問本即理所當然，不能成為肯定特信性之要素⁴¹，兩種見解對於告知緘默權至少具有擔保陳述任意性之作用一點並無異論，惟是否得作為肯定特信性之理由則屬不一。另外，就「在日本檢察官前陳述」一點，有認為得以作為肯定特信性之積極因素⁴²，亦有認為日本檢察官以輔助者身分參與訊問，對於朝肯認特信性之方向具有強力影響⁴³，大致上均肯定日本檢察官於訊問時在場具有提高特信性之作用。再者，關於「於公證人面前，記載表明在偽證罪制裁下所作成之陳述內容為真實之意旨而簽名」部分，論者亦有不同看法。採否定見解者認為肯定第 321 條第 1 項第 1 款法官面前筆錄有證據能力之理由，乃因該陳述係在偽證罪制裁下宣誓所為，然因美國公證人資格取得較為容易，且所認證者只不過為作成書面之經過而

³⁶ 參閱山下貴司，前揭註 5，頁 78。

³⁷ 參閱池田修，前揭註 5，頁 165。

³⁸ 參閱川出敏裕(2002)，〈國際捜査共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力〉，《ジュリスト》，1225 號，頁 100。其認為其必要區分上開三項要素為積極因素(積極賦予特信情況基礎之因素)或消極因素(僅消極擔保可信性之因素)之理由，在於可明確本案見解之涵攝範圍，並使特信情況之判斷不致成為隨機式之決定，頁 99。

³⁹ 參閱池田修，前揭註 5，頁 166。

⁴⁰ 參閱成田秀樹，前揭註 33，頁 67。

⁴¹ 參閱川出敏裕，前揭註 38，頁 100。

⁴² 參閱川出敏裕，前揭註 38，頁 100。氏認為依照第 321 條第 1 項第 3 款之解釋，日本警察官作為訊問主體本即不能作為具有特信性之依據，美國偵查官員作為訊問主體之意義更屬相同，不能因此認為具有特信性。然由於日本檢察官以輔助者身分於訊問時在場承擔主要之訊問並製作筆錄，就此來看因為事實上已具備 2 號書面之要件，故似得以作為肯定特信性之積極因素。

⁴³ 參閱池田修，前揭註 5，頁 166。

不及於內容之真實性，故雖有提高陳述特信性之作用，惟能否作為肯定特信性之要素尚有疑問⁴⁴；或認為美國偵查官員於調查時告以偽證罪刑責之舉，不僅取證程序牴觸美國法之規定而不合法，且亦有以偽證罪強迫證人證言，進而影響供述任意性之疑慮，故應否定其特信性之看法⁴⁵；惟採取肯定見解者則認為，在此種情形下作成之陳述為肯定特信性之有力根據，雖日本偵查機關無直接令陳述人宣誓作證之程序，然依刑事訴訟法第 226 條及第 227 條之規定，偵查機關亦有使證人在法院宣誓作證之調查方法，故不能因有告以偽證罪責即否定其陳述之任意性⁴⁶；或認為在課以偽證罪制裁下之證言可說是合法的強制，無法要求在此情形下證人證言之任意性，此對照刑事訴訟法對於被告之陳述書或陳述筆錄依第 322 條準用第 319 條，明白要求需具有任意性，對於被告以外之人之陳述書或陳述筆錄依第 321 條第 1 項則不要求任意性之比較，即可明瞭⁴⁷等等。本文認為，上開學者對於各項要件之看法固均有其理，惟將各項要件以分離之方式加以檢視，是否妥當似仍不無疑問。如採取 Wigmore 教授所提出之特信性判斷標準，證人之陳述是否具特信性，則應從陳述是否具有**自然性、真誠性與公示性**之角度判斷方為妥適，亦即陳述是否在自然狀況下作成，且不論係自發或受合法壓抑所致，陳述人是否因無虛偽陳述意圖而為真誠之陳述，以及該陳述是否處於立即可被發現及訂正等情況，加以斷定。因此，上開最高裁三點理由如以上開標準觀之，其中透過正式偵查互助途徑作成一點，雖不能直接作為肯定特信性之理由，惟其所具有之公開、公示性質，應具有增強筆錄特信性之作用；日本檢察官在場參與訊問並作成筆錄，本身與特信性判斷雖無直接之關係，但配合上述互助程序及訊問前告知緘默權之實施，亦因具有官方、公開、公示性質而得提高特信性。再者，對於具有共犯關係之證人告以緘默權，則應解釋為對其自身案件之權利告知作為，僅有確保其陳述具有任意性，本身應不能作用單獨肯定特信性之理由，然此項得依己意任意陳述之程序保障行為，具有擔保陳述出於自然性之功能，故亦有具有提高

⁴⁴ 參閱川出敏裕，前揭註 38，頁 100。

⁴⁵ 參閱上口裕，前揭註 30，頁 89-90。

⁴⁶ 參閱池田修，前揭註 5，頁 169。

⁴⁷ 參閱宮城啟子(2001)，〈国際捜査共助の要請に基づき作成された供述書の証拠能力〉，《ジュリスト》，1202 號，頁 189。

特信性之作用。至於在公證人面前宣誓偽證罪制裁下所作成一點，如相關主體資格、程序已依美國法之規定進行，其應得擔保陳述人無為虛偽陳述之意圖，從真誠性之角度觀之，可視為肯定本案特信性之理由⁴⁸。故綜合以上所述，本案宣誓陳述書既依上開具有公示、自然與真誠性之程序作成，應認為符合特信性要件而具有證據能力。

另外，就本款特信性之判斷對象，向來學說見解認為僅限於外部客觀情況而已，陳述內容本身不能成為判斷對象，而與第 321 條第 1 項第 2 款之檢察官面前筆錄不同。就此，本案二審判決認為「本件陳述書之內容，如同先前本院在對於誤認事實論點部分之判斷所述，不僅呼應了難以動搖之證據，而且**坦白陳述對自己不利益之事實，其可信性極高**」，顯然承襲最高裁判所昭和 30 年 1 月 11 日判決⁴⁹以來之見解，而將陳述內容本身作為特信性之判斷對象，學者亦因而批評指出其見解不適當⁵⁰。而最高裁判所則異於二審之見解，未將坦白陳述對己不利益事實此一部份，作為肯定本案特信性之判決理由，因此學者有認為似可解釋最高裁在沿襲陳述內容得作為判斷對象之實務現狀下，兼有暗示應先就外部附隨客觀情況判斷之意味存在⁵¹；論者亦有認為基於實際上判斷陳述是否具有特信性時，往往難以與陳述內容完全切割分離，且有鑑於國際偵查互助取證實務之技術性與困難性，在證明特信性之方法上難以與境內取證情形採取一致之方式，若採取嚴格認定之立場可能造成認定事實之過大負擔等等，而提出採取以陳述內容與客觀事實相合致，或該陳述係承認對己不利之事實時，綜合陳述內容及外部附隨客觀情事判斷特信性之主張⁵²。本文認為，上開方式在實務上固然較為簡單及便利，然實際操作上終將不免因裁判者先入為主之觀念，而淪為以陳述可信性取代特信性判斷之虞，不但混淆證明力與證據能力之判斷，亦嚴重影響被告反對詰問權之保障，故應單純以外部附隨客觀情況作為判斷對象較為妥適。

⁴⁸ 學者有認為宣誓乃為肯定本案特信性之最重要因素者，參閱川出敏裕，前揭註 38，頁 101。

⁴⁹ 參閱最高裁判所刑事判例集，9 卷 1 號，頁 14。

⁵⁰ 參閱水谷規男(2001)，〈國際捜査共助の要請に基づいて外国で作成された供述調書の証拠能力〉，《法学ゼミナー》，560 號，頁 117。

⁵¹ 參閱川出敏裕，前揭註 38，頁 99。

⁵² 參閱山下貴司，前揭註 4，頁 77。

3、我國法上之省思

本文認為，由於我國檢察官仍保有部分強制處分權，刑事訴訟法上之規定亦與日本有所差異，故關於囑託外國法院或檢察機關協助訊問之依據，在我國法上可資運用性者，為刑事訴訟法第 195 條第 1 項關於「檢察官得囑託證人所在地法官或檢察官訊問證人」之規定，且因該項規定係針對本國境內之囑託訊問態樣而訂定，因此自應以類推適用之方式始為妥適。其次，就訊問程序之合法性問題，從前述有關國際刑事司法互助準據法適用之原則可知，本案之訊問程序合法性，應依被請求國之美國法規定判斷無疑。至於本案書面該當傳聞例外要件與否之判斷，參照上開說明，則應類推適用刑事訴訟法第 159 條之 3 之要件為準。另外，由於我國與美國在 2002 年 3 月 26 日簽訂「台美刑事司法互助協定」，因此從現行法制角度觀之，有關對外條約上之囑託依據、實施訊問之準據法及證據評價等問題，則應分別適用該協定第 2 條第 2 項第 1 款、第 6 條第 3 項及第 9 條第 5 項之規定⁵³，乃屬當然。再者，從實務角度來看，因特信性要件證明在國際偵查互助案件之重要性甚鉅，請求國於審判時亦難以由作成書面之主體（例如：製作筆錄之外國法官、檢察官等人）出庭作證陳述當時外部客觀情況，因此可行之方式是向外國請求由本國偵查人員於錄取證言時在場見證，其後再由該員出庭接受交互詰問為妥；或如無法由本國偵查人員在場時，則可請求該國提供實際擔任取證人員之調查狀況報告書，或該國一般關於偵查取證之實務作法、法律制度或司法、警察制度之公刊物等作為書證提出等方式予以舉證為宜⁵⁴，例如本案於一審千葉地方裁判所審理時，即曾傳喚承辦之日本檢察官千田惠介先生出庭訊問當時作成書面之情形，二審並將其證言作為肯定特信性之判決理由，即屬適例⁵⁵。

由於狹義國際刑事司法互助包括證人及鑑定人之訊問、物之移交、搜索及扣押、勘驗、文書送達與資訊之提供等類型之刑事司法互助，就消極面而言，請求

⁵³ 參閱外交部官方網站所示。其中關於第 9 條第 5 項「依本條規定在受請求方所屬領土內所取得之證據或依本條規定取得之證詞，得以聲明方式，包括業務上紀錄之情形，依本協定附表 A 所示之證明方式確認證實。依附表 A 所證明之文件，應准許在請求方所屬領土內之法院作為證據使用」之規定，可謂係刑事訴訟法傳聞例外之特別規定。

⁵⁴ 參閱山下貴司，前揭註 5，頁 80

⁵⁵ 參閱東京高判平成 11 年 3 月 1 日，判例タイムズ 998 號，頁 293。

國為完備個案之刑事程序，故有透過司法互助獲取所需證據資料釐清之必要；就積極面而言，為因應犯罪國際化之趨勢，國際間藉由司法互助取證以追訴犯罪，亦已逐漸成為促進國際合作、提升國家形象及外交之重要課題，而現今國際實務上亦日漸頻繁，尤以證人之訊問、證據之蒐集等形式佔其中之多數，故無論從積極或消極面而言，司法互助取證確有其不得不然之必要性。或有謂經由正式官方途徑之司法互助，常侷限於國際政治、外交之現實而多所窒礙，反而以其他非司法互助之方式，例如：以私人身分前往或透過國際非官方組織取證等等，雖較富有彈性及時效性。此種說法固有其理，惟本文基於後述理由，認為取證之目的若在作為審判之證據使用時，仍以司法互助方式取證為妥：

一、司法互助方式取證具有正當性及特別可信性：司法互助方式取證無論在請求國或被請求國，於實施互助之行政及刑事程序時，均須受各該國家實定法之規範，故顯然在程序上具有公開、透明之正當性與特信性；相對於此，非司法互助方式為順利達成互助目的，勢必因事制宜而運用各種彈性作法，例如：以不具相關性之條件交換，或憑藉私人情誼等方式取證等等，因而在審判時容易產生證據評價之爭執；

二、司法互助方式取證若有明確準據法依據，不易發生獲案證據違法排除問題：在前述被請求國容忍請求國人員至被請求國取證之態樣下，若經由司法互助方式取證，準據法之適用問題係依照國際慣例、雙方書面協定或個案協商結果解決，請求國人員在被請求國所為之各項取證行為亦有明確之依據，不易發生獲案證據違法排除問題；而非司法互助方式取證因無被請求國官方機關之介入協助，則請求國人員逕行在被請求國取證結果，容易於審判時發生獲案證據違法排除之爭議；

三、司法互助方式取證有較多資源可資運用：在實務運作上，請求國人員透過司法互助方式取證，較有資源可資運用協助，實施之結果與勞費較可預估及確保，例如：在請求國人員至被請求國取證之態樣下，關於實施之費用、人員之開支、實施時之語言、場所等困難之克服，及將來之證據評價等等，均較能事先規畫與確保；若採取非司法互助方式取證，雖有節省繁瑣程序及較易合乎取證需求之利，但其過程及結果往往難以預期。故從以上三點理由可知，經由刑事司法互助取證應係大多數跨國刑事案件之最佳方式，也應是我國將來發展境外取證之應有模式。