

出國報告（出國類別：其他-會議及參訪）

參加兩岸和平發展法學論壇及相關參訪
報告書

服務機關：國立臺北大學法律學院
姓名職稱：陳榮傳教授
參訪國家：中國大陸
出國期間：102.08.13~102.08.25
報告日期：103.03.04

摘要

本人（法律學院法律學系陳榮傳教授）於 102 年 08 月 13 日至 08 月 25 日，奉准前往中國大陸參加學術研討會，並進行參訪及學術交流。此行參與之主要活動為「兩岸和平發展法學論壇」，本人應主辦單位之邀請發表演講，並參與討論及其他學術任務，和與會學者相互評論、切磋，另就學術心得交換意見。此外，活動過程亦安排參訪大陸法制單位及各級法院。在參訪過程中，也廣泛瞭解大陸司法實務及學術概況、蒐集論文及學術資料，以供研究之參考，不僅有利兩岸司法界及法學之交流，更有助未來學術研究之提升，收穫甚豐。

目 次

一、目的	-----	3
二、活動過程	-----	3
三、心得及建議	-----	9
附錄：(論文)	-----	11

一、目的

海峽兩岸關係法學研究會（簡稱“海研會”）爲了加強兩岸法學界交流，增進相互瞭解，於2012年8月21日至23日在北京舉辦兩岸和平發展法學論壇，受到兩岸法界人士肯定。在舉行論壇期間和論壇之後，該會吸納了各法學領域朋友的意見後，擬將論壇辦成兩岸法學界法律界進行思想交流的綜合性平臺。即，每次論壇的議題不囿於某個法學學科、專業，而是針對兩岸法治過程中的實際法律問題，擬訂綜合型的主題和議題，以便相關各個法學專業、學科都可從各自角度貢獻看法和觀點，因爲如果以解決實際問題爲目標，則似乎更需要跨學科、跨專業的角度和智識。該會2013年繼續在北京舉辦第二屆兩岸和平發展法學論壇，本人受邀發表演講，有感於自2008年以來，海峽兩岸的交往合作步入了制度化、規範化和法制化的新階段，有必要推動兩岸法界人士研究兩岸協議，乃提供本人既有之論文，發表「兩岸協議在訴訟上衍生的問題」演講。

二、活動過程

本人參加海研會兩岸和平發展法學論壇，並隨中華民國台灣法曹協會之參訪團，在北京及內蒙古自治區參訪學術及法制單位，其中各項活動均以「兩岸和平發展法學論壇」研討會爲核心，時間是自102年08月14日起至08月15日止，本人隨團於8月13日搭機往北京，25日隨團自內蒙古搭機經上海轉機回臺北，以下僅將研討會內容介紹如下。

一、論壇名稱、日期、地點、主辦、主題

大會名稱：兩岸和平發展法學論壇

大會日期：2013年8月14日（週三）— 8月15日（週四）

主辦單位：海峽兩岸關係法學研究會

大會主題：兩岸交往與法治保障

大會地點：北京會議中心9號樓三樓會議大廳

專題分組會地點：

北京會議中心會議樓二樓10會議室（兩岸刑事司法互助組）

北京會議中心會議樓二樓11會議室（兩岸民事司法互助組）

北京會議中心會議樓二樓12會議室（投資保護與糾紛解決組）

北京會議中心會議樓二樓 13 會議室（法制變革與權利保障組）

北京會議中心會議樓二樓 14 會議室（社會發展與法治進步組）

二、論壇日程

2013 年 8 月 13 日（週二）：

09:00-21:00 與會代表報到註冊（註冊地點：北京會議中心 9 號樓一樓大廳）

12:00-14:00 與會代表自助餐（北京會議中心 9 號樓一樓自助餐廳）

18:00-20:00 與會代表自助餐（北京會議中心 9 號樓一樓自助餐廳）

18:30-20:00 中國法學會領導宴請臺灣與會主要代表

2013 年 8 月 14 日（週三）

（北京會議中心 9 號樓三樓會議大廳）

9:00—9:30 大會開幕式

主持人：海研會張福森會長

致辭人：

中央台辦、國台辦領導

中國法學會劉颺常務副會長

海峽兩岸法學交流協會廖正豪理事長

9:30—10:00 茶歇

10:00—12:00 全體大會第一單元主旨發言：法制發展與社會進步

（發言人每位 20 分鐘，評議人每位 15 分鐘）

主持人：

中國法學會副會長、海研會副會長張蘇軍；

中華法律風險管理學會理事長施茂林

評議人：

武漢大學法學院汪習根教授；

東吳大學法學院洪家殷教授；

主旨發言：

1、大陸法制建設進程中權利觀的發展與演變

——中國社科院法學所所長李林研究員

2、法治進程與社會發展

——理律法律事務所所長陳長文律師

3、審判獨立與法官法的立法概念

——世新大學法學院高思博教授

4、我國憲法基礎上的司法獨立

——清華大學法學院王晨光教授

12:10—13:30 自助午餐（北京會議中心會議樓二樓自助餐廳）

14:00—15:30 全體大會第二單元主旨發言：法制變革與權利保障
（發言人每位 15 分鐘，自由討論 30 分鐘）

主持人：

湖南省人民檢察院游勸榮檢察長；

東吳大學法學院李念祖教授；

主旨發言：

1、人格權法中的人格尊嚴價值及實現

——中國人民大學法學院王利明教授

2、臺灣刑法之改革動向

——中央員警大學法律學系主任余振華教授

3、兩岸夫妻財產制度的傳統繼承與現代變革

——中國政法大學民商法學院夏吟蘭教授

4、臺灣醫療刑事責任合理認定與相關醫療法之修正

——高雄大學法學院張麗卿教授

15:30—15:50 茶歇

15:50—17:40 全體大會第三單元主旨發言：兩岸司法互助
（發言每位 15 分鐘，自由討論 30 分鐘）

主持人：

國務院港澳辦黃柳權司長；

臺灣高等法院檢察署越方如檢察官；

主旨發言：

- 1、海峽兩岸共同打擊犯罪問題新探討
——北京師範大學刑事法律科學院趙秉志教授
- 2、兩岸關於在押被告探視權法令之比較
——臺灣海峽兩岸法律扶助協會高級顧問林雲虎
- 3、兩岸被判刑人移管問題研究
——北京師範大學刑事法律科學研究院郭建安教授
- 4、兩岸協議在訴訟上衍生的問題
——臺北大學陳榮傳特聘教授；
- 5、兩岸法院司法互助回顧與展望
——最高人民法院研究室邵中林副主任

18:00—20:00 自助晚餐（北京會議中心會議樓二樓自助餐廳）

2013年8月15日（週四）

上午8:30—10:30 分組討論

兩岸刑事司法互助（會議樓二樓10會議室）

主持人：

最高檢台辦王建平主任（總結發言人）；

臺灣司法警政消防協會監事楊文慶

發言：

- 1、兩岸刑事犯、刑事嫌疑犯遣返芻論
——中國人民大學法學院時延安教授
- 2、海峽兩岸刑事司法互助法制現況與實踐
——臺灣士林地方法院檢察署何祖舜主任檢察官
- 3、縱論海峽兩岸刑事司法互助之“罪贓移交”
——福建員警學院張淑平教授
- 4、兩岸打擊跨境洗錢犯罪之合作困境
——福建省閩江學院法律系林安民副教授
- 5、從菲律賓案件談兩岸刑事司法互助成效
——亞洲大學財經法律系蔡佩芬助理教授
- 6、海峽兩岸建立被判刑人移管制度研究

——最高人民檢察院台辦陳詔檢察員

兩岸民事司法互助（會議樓二樓 11 會議室）

主持人：

華東政法大學林燕萍教授（總結發言人）；

臺北大學法律學院吳光明教授

發言：

1、論大陸對臺灣司法文書和司法外文書送達制度

——中國政法大學齊湘泉教授

2、大陸法院判決於臺灣承認與執行之爭議

——中正大學法學院羅俊瑋助理教授

3、海峽兩岸相互認可與執行民事判決之制度與協助機制構建

——中國政法大學馮霞教授

4、海峽兩岸仲裁判斷之認可與執行-以臺灣法為中心

——中國文化大學法律學系易先智講師

5、兩岸民事判決認可與執行的模式、條件和程式

——廈門大學法學院于飛教授

投資保護與糾紛解決（會議樓二樓 12 會議室）

主持人：

中國國際經濟貿易仲裁委員會于健龍副主任（總結發言人）；

世新大學法學院院長朱柏松教授；

發言：

1、陸資來台投資權益保障之研究

——永然聯合法律事務所所長李永然教授

2、兩岸投保協定框架下兩岸投資法規的協調變動與完善

——上海對外經貿大學法學院宋錫祥教授

3、兩岸投資保護與多元糾紛解決機制

——高雄理維國際法律事務所郭清寶律師

4、論海峽兩岸投資爭端解決機制的發展及其評議裁處制度

——浙江工業大學法學院石東坡教授

5、台資隱名投資個體醫療機構之合法性研究

——廈門市海滄區人民法院院長助理曹發貴

法制變革與權利保障（會議樓二樓 13 會議室）

主持人：

全國人大法工委國家法室孫鎮平副主任；

高雄律師公會李玲玲前理事長（總結發言人）；

發言：

1、不斷加強和完善保障臺胞權益的法制建設

為維護臺胞合法權益提供良好的法制環境

——全國人大法工委國家法室孫鎮平副主任

2、陸配在臺灣就業問題與權益之探討

——中正大學法學院鄭津津教授

3、兩岸婚姻中大陸配偶的民事權利保護

——南京大學法學院張燕玲副教授

4、論無人繼承遺產管理——以單身亡故榮民為論述核心

——台中市法制局程立民主任

5、臺灣居民在大陸遺產繼承公證研究

——上海市楊浦公證處副主任蔡煜

社會發展與法治進步（會議樓二樓 14 會議室）

主持人：

中國政法大學柳經緯教授；

臺灣大學國家發展研究所張志銘教授（總結發言人）

發言：

1、公正優先，兼顧公平——兩岸刑訴修改的共同趨向

——中國政法大學顧永忠教授

2、中國大陸勞動法與社會保障法制之建構

——清華大學法學院鄭尚元教授

3、公私社三分論與社會安全

——中山大學中國與亞太區域研究所鄧學良副教授

4、論兩岸建設工程轉包與分包制度之比較——兼大陸判決評析

——臺灣雲林科技大學營建工程系蘇南教授

5、民事醫療因果關係之探討

——高雄大學法學院陳月端副教授

10:30—10:50 茶歇

10:50—12:00 閉幕式（小組討論情況報告、嘉賓致辭）

主持人：海研會尹寶虎秘書長

發言(每位 10 分鐘)：

- 1、五位元分組會議主持人報告討論情況
- 2、高雄律師公會盧世欽理事長致辭
- 3、海研會徐顯明副會長致辭

三、心得及建議

本次行程無論是學術研討或參訪，收穫均極為豐碩，總計有如下幾點心得：

（一）兩岸司法及法學仍存頗多差異

由於社會背景和法治背景仍有落差，兩岸各有不同之觀點和規範，值得相互借鑑，克服相關困難。

（二）兩岸司法及法學界應互相瞭解學習

兩岸司法制度及法學雖存有前述差異，但以宏觀之角度言之，我國與大陸之間，仍有許多共通之觀念和特質，如何進行法學研究及運用，增進互相了解學習，值得重視。

（三）彼岸學子態度積極，足供借鏡

本次行程中，與大陸之實務及學界人士及學生接觸甚多，大致而言，大陸學生仍多展現吃苦耐勞的特性，學習態度積極，就問題勇於探索發言，對師長亦有禮貌，此種學習態度，足供學子借鏡。

本人參與本次活動，雖多有勞費，仍深覺不虛此行。於今回顧，謹提出如下幾點的建議：

（一）兩岸應強化實務及學術交流活動

兩岸實務及學術交流對於學校而言，乃提升師生素質、增廣學習視野的重要途徑，有待持續強化推動。

（二）學子應珍惜既有優勢，積極學習

大陸學生之學習態度，頗多值得觀察及肯定之處，我校宜加強法學研究，確保法學教育之優勢。晚近大陸之司法實務及法學研究，已急起直追，誠盼我國各界知悉並珍惜既有優勢，致力學習，積極開展，使法學研究、法學教育、法治精神，永遠成爲台灣的驕傲。我校宜爭取資源，舉辦類似學術活動。

(三) 老師參加兩岸法學研討會應多加鼓勵，並予以補助

老師參加兩岸法學論壇，提出論文報告、評論等非常辛苦，且諸多不便。因此，由於參加兩岸法學論壇，對老師之研究與教學，助益盛多，學校應給予適當補貼，以資鼓勵。

附 錄

兩岸協議在訴訟上衍生的問題

陳榮傳 臺北大學終身榮譽特聘教授

目次

兩岸協議在訴訟上衍生的問題.....	11
壹、前言.....	12
貳、兩岸協議的法律效力.....	13
參、文書送達的互助.....	15
一、兩岸落實互助的方式不同.....	15
二、刑事訴訟而在大陸地區為傳喚.....	16
(一) 滯留大陸地區者是否為滯留國外.....	16
(二) 滯留大陸地區者的「無從傳喚」或「傳喚不到」.....	17
二、公示送達的問題.....	20
(一)台灣法院對大陸地區人民為公示送達.....	20
(二)經公示送達的大陸法院裁判的認可.....	21
(三)傳票的公示送達.....	23
肆、調查取證的互助.....	24
一、調查程序及證據能力的準據法.....	24
(一) 臺灣高等法院 100 年度金上重訴字第 46 號刑事判決.....	25
(二) 兩岸司法互助協議.....	25
三、大陸地區公安機關偵查人員的性質問題.....	26
(一) 可否適用司法警察或司法警察官的規定.....	26
(二) 可否適用公務員的規定.....	27
(三) 可否適用檢察官的規定.....	29
四、大陸公安機關詢問筆錄的證據能力.....	30
(一) 最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判決.....	30
(二) 最高法院 100 年台上字 4813 號刑事判決.....	31
(三) 最高法院 102 年台上字 675 號刑事判決.....	31
五、遠距視訊的訊(詰)問.....	32
伍、結論.....	33

壹、前言

司法體系是公平正義的重要防線，海峽兩岸的臺灣及中國大陸卻因為長期隔絕，各方的司法機關一直都面臨如何和他方「共同打擊犯罪」、對於在他方的人員「送達司法文書」、到他方「調查證據」、執行他方「法院判決或仲裁判斷」、如何接返（移管）受刑事裁判確定人（被判刑人）等難題，經過各方及相關人士長期的努力及呼籲¹，兩岸終於在 2009 年 4 月 26 日簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（以下簡稱「本協議」），針對共同打擊犯罪及司法互助相關程序問題，建立起兩岸應共同遵守的規範基礎²，兩岸的司法機關也依法建立正式的合作關係，為兩岸司法互助開啓了新紀元³。

兩岸的司法機關透過本協議的合作模式，不只可以共同打擊犯罪，共同伸張刑事正義(criminal justice)，捍衛憲政法治；並得就民事程序廣泛合作，使民事訴訟程序符合經濟及效率原則，實現有效解決私法紛爭的民事正義(civil justice)。值得注意的是，本協議不只是兩岸關係變遷的一項見證，更是在兩岸的法律體系上具有地位的規範文件；在本協議對兩岸都生效之後，兩岸之間的司法互助已跨過不可折返的時空點，並將步入「依約履行」(pacta sunt servanda)的新進程。依本協議第 21 條約定：「雙方應遵守協議。」「協議變更，應經雙方協商同意，並以書面形式確認。」

本協議生效之後，兩岸司法機關共同解決司法互助相關問題的作為，已經不是出自相關人員的私誼或道義，而是在法律上必須予以履行的「協議上」義務。因此，在臺灣的司法實務上已逐漸浮現出一些相關的問題⁴，例如本協議在法律上的效力如何？本協議的內容與既有的囑託送達的規定，應如何協調適用？依本協議由大陸公安機關的偵查人員協助調查取證者，如何適用臺灣有關調查取證的規定？本文擬從台灣司法實務的角度出發，探討本協議所衍生的此等實務課題。

¹ 本文作者對簽署本協議的呼籲，請參閱陳榮傳，「兩岸司法互助的現況及展望」，張立勇主編，海峽兩岸民生與經貿往來中的法律問題(北京：法律出版社，2009 年 10 月)，第 9 頁至第 34 頁；「兩岸民事司法互助實務之研究」，刊：法學叢刊，第 209 期(2008 年 1 月)，第 1 頁至第 24 頁；「涉陸經貿案件的合意管轄」，台灣法學雜誌第 146 期(2010 年 2 月)，第 27 頁至第 46 頁，並收錄於陳純一主編，丘宏達教授贈書儀式暨第一屆兩岸國際法學論壇學術研討會實錄(台北：國立政治大學國際事務學院國際法學研究中心，2010 年 10 月初版)，第 292 頁至第 318 頁。

² 關於本協議的沿革及內容的基本討論，請參閱陳文琪，「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)，第 152 頁至第 175 頁；陳動，「從司法互助協議看兩岸關係的變化」，收入於：續與變：2008~2010 兩岸關係學術研討會論文集(台北：法務部調查局，2010 年 12 月)，第 306 頁至第 313 頁。

³ 台灣的法務部於 2012 年 1 月 1 日成立「國際及兩岸法律司」，主辦兩岸司法互助及跨境打擊犯罪的合作事宜。

⁴ 相關問題的初步討論，請參閱拙著，「兩岸司法互助的協議與實施」，刊於：人民司法-應用第 2011.13 期(總號 624 期)(2011 年 7 月 5 日)，第 14 頁至第 19 頁。

貳、兩岸協議的法律效力

兩岸司法機關之間的互助(mutual assistance)，其實就是兩岸之間的司法合作(judicial cooperation)，其具體內容會隨著合作項目的多寡及參與合作的機關階層範圍的不同，而有差異⁵。最狹義的司法互助，僅限於法院之間(court-to-court)的互助，廣義者則包含所有司法機關對司法機關之間(Justice-to-Justice)的互助，即在法院的合作之外，還包括檢察官、調查員、警察、監所人員之間的合作。就司法互助的類型而言，通常分為民事案件(含商事案件)的司法互助(mutual assistance in civil matters)和刑事案件的司法互助(mutual assistance in criminal matters)，前者涉及的是司法文書的送達、域外證據的調查、裁判的承認與執行等，後者除了上述項目之外，也應該包含法院外的合作，即應包含案件進入法院審判階段以前的調查及偵查、犯罪嫌疑人的遣送移管、受刑人的易地服刑及相關資訊的交換等。

本協議雖然在名稱上將兩岸共同打擊犯罪和司法互助並列，但其內容的本質屬於全面(all-sided)司法互助，包含民事案件和刑事案件的司法互助，且在刑事司法互助的範圍，也不限於法院對法院的關係，性質上屬於廣義的司法互助。本協議將分屬二個不同性質的司法互助，集中在單一協議之中全面予以約定，雖然在體系上仍然有整合上的困難，但由於民事案件的司法互助的政治性較低，二者同時處理的結果，實際上也使刑事司法互助的兩岸協議，巧妙而適當地避開了「主權」的地雷區，回歸「擱置爭議、務實雙贏」的主軸。⁶

⁵ 「司法互助」及「司法合作」在歐洲法制的發展史上，均曾被採用。例如歐洲各國在 1959 年 4 月 20 日即於史特拉斯堡(Strasbourg)締結「歐洲刑事案件互助公約」(European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters)，歐盟理事會在 2002 年曾發布民事事件的司法合作條例，即 Council Regulation (EC) No 743/2002 of 25 April 2002 establishing a general Community framework of activities to facilitate the implementation of judicial cooperation in civil matters (OJ L 115, 1.5.2002, pp. 1-5)。

⁶ 關於刑事案件的兩岸司法協助的請求，本協議第十五條關於「不予協助」，約定：「雙方同意因請求內容不符合己方規定或執行請求將損害己方公共秩序或善良風俗等情形，得不予協助，並向對方說明。」可見不予協助的理由，主要為「不符合己方規定」或「將損害己方公共秩序或善良風俗」，相較於一般國際司法互助條約的強調主權等問題，本協議以「公共秩序或善良風俗」予以概括，可謂符合現階段兩岸關係的需要。關於國際司法互助條約的約定，可參考 1959 年歐洲刑事案件互助公約(European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters)第二條：

“Assistance may be refused: if the request concerns an offence which the requested Party considers a political offence, an offence connected with a political offence, or a fiscal offence; if the requested Party considers that execution of the request is likely to prejudice the sovereignty, security, ordre public or other essential interests of its country.”聯合國 1990 年「關於刑事互助之示範條約」(Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters)第四條第一項：“1. Assistance may be refused if: (a) The requested State is of the opinion that the request, if granted, would prejudice its sovereignty, security, public order (ordre public) or other essential public interest; (b) The offence is regarded by the requested State as being of a political nature; (c) There are substantial grounds for believing that the request for assistance has been made for the purpose of prosecuting a person on account of that person's race, sex, religion, nationality, ethnic origin or political opinions or that that person's position may be prejudiced for any of those reasons; (d) The request relates to an offence the prosecution of which in the requesting State would be incompatible with the requested State's law on double jeopardy (ne bis in idem); (e) The assistance requested requires the requested State to carry out compulsory measures that would be inconsistent with its law and practice had the offence been the subject of investigation or

兩岸司法機關在本協議生效之後，固然可以依本協議請求他方的司法機關協助，但當事人得否主張依本協議的內容，請求己方或他方的司法機關採行司法互助的措施？如己方或他方的司法機關未依本協議採取司法互助的措施時，當事人得否主張其程序利益受損害？得否主張何種權利？此等問題涉及本協議的法律性質，牽涉的層面頗廣，值得重視。

本協議乃是兩岸就涉及行使公權力或政治議題事項所簽署之文書，乃是臺灣地區與大陸地區人民關係條例(以下簡稱兩岸條例)所稱之「協議」(第4條之2第3項)⁷，應依兩岸條例第5條下列規定處理：「依第四條第三項或第四條之二第二項，受委託簽署協議之機構、民間團體或其他具公益性質之法人，應將協議草案報經委託機關陳報行政院同意，始得簽署。」「協議之內容涉及法律之修正或應以法律定之者，協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核轉立法院審議；其內容未涉及法律之修正或無須另以法律定之者，協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核定，並送立法院備查，其程序，必要時以機密方式處理。」本協議未送立法院審議，應是認定其未涉及應以法律修正或應以法律規定的事項，因此，即使本協議已經生效，但其在法律體系上的位階，仍在立法院所通過的法律之下，其效力亦非優先於法律。

從本協議的形式來看，協議中每一條實質約定的內容，都載明「雙方同意」的用詞，其內容像是一份正式的會議紀錄，按理只能由具體承諾的各方依法為主張，任何個人或第三方依法都不得主張本協議所載的權利⁸。本協議第五章「附則」的下列三條約定，甚至透露出本協議的締結雙方，即使針對本協議的內容有爭議，也只能彼此協商解決，不得訴諸各方的法院或第三方予以裁決，而應由兩岸再回到談判桌「協商解決」：「二十一、協議履行與變更：雙方應遵守協議。協議變更，應經雙方協商同意，並以書面形式確認。」「二十二、爭議解決：因適用本協議所生爭議，雙方應儘速協商解決。」「二十三、未盡事宜：本協議如有未盡事宜，雙方得以適當方式另行商定。」

在臺灣的司法實務上，本協議是否具有法律的性質及效力的問題，也有發生

prosecution under its own jurisdiction; (f) The act is an offence under military law, which is not also an offence under ordinary criminal law.”

⁷兩岸條例第4-2條規定：「行政院大陸委員會統籌辦理臺灣地區與大陸地區訂定協議事項；協議內容具有專門性、技術性，以各該主管機關訂定為宜者，得經行政院同意，由其會同行政院大陸委員會辦理。」「行政院大陸委員會或前項經行政院同意之各該主管機關，得委託第四條所定機構或民間團體，以受託人自己之名義，與大陸地區相關機關或經其授權之法人、團體或其他機構協商簽署協議。」「本條例所稱協議，係指臺灣地區與大陸地區間就涉及行使公權力或政治議題事項所簽署之文書；協議之附加議定書、附加條款、簽字議定書、同意紀錄、附錄及其他附加文件，均屬構成協議之一部分。」

⁸本協議之中關於兩岸當局之間互免責任的利益，例如本協議第20條約定：「雙方同意相互免除執行請求所生費用。但請求方應負擔下列費用：(一) 鑑定費用；(二) 筆譯、口譯及謄寫費用；(三) 為請求方提供協助之證人、鑑定人，因前往、停留、離開請求方所生之費用；(四) 其他雙方約定之費用。」此等互免「協助費用」的約定，不宜由當事人直接主張。否則，純粹在己方進行的訴訟，因需求當事人負擔文書送達及調查取證之費用，訴訟成本較高，需要跨區進行文書送達及調查取證的訴訟，因請求他方為司法協助免除相關費用的負擔，訴訟成本反而較低，即不合理。

爭議的可能。例如刑事訴訟法第 159 條第 1 項規定：「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。」本協議的約定內容得否解為其中「法律有規定」，從而肯定大陸公安機關依本協議提供的相關調查資料的證據能力，即有問題。對此，臺灣高等法院 100 年度金上重訴字第 46 號刑事判決指出：「關於依「海峽兩岸司法互助協議」取得被告以外之人之訊問筆錄之證據能力問題，『海峽兩岸司法互助協議』並未有所明定，且該協議未經立法院審議通過，無法認定該協議位階等同法律，無從依刑事訴訟法第 159 條第 1 項『法律另有規定』之傳聞法則例外，而認為具有證據能力，即應參照前述說明所示，認為：經由刑事司法互助取證後，如何判斷該證據資料之證據能力問題，應依各種證據資料之不同，參照我國刑事訴訟法之相關規定處理。」

參、文書送達的互助

司法文書的跨域送達一直是兩岸司法上的難題，兩岸條例第 8 條規定：「應於大陸地區送達司法文書或為必要之調查者，司法機關得囑託或委託第四條之機構或民間團體為之。」本協議第 7 條約定「送達文書：雙方同意依己方規定，盡最大努力，相互協助送達司法文書。受請求方應於收到請求書之日起三個月內及時協助送達。受請求方應將執行請求之結果通知請求方，並及時寄回證明送達與否的證明資料；無法完成請求事項者，應說明理由並送還相關資料。」根據上述約定，協助送達司法文書不再是給對方的請求機關或人員的恩惠，而是一種義務，雙方都應盡最大努力為之，兩岸也都應制定相關法規，明定對方請求己方送達司法文書時，該事件的處理方法。

一、兩岸落實互助的方式不同

本協議關於送達互助的若干內容，例如前述第 7 條「受請求方應於收到請求書之日起三個月內及時協助送達」、「受請求方應將執行請求之結果通知請求方，並及時寄回證明送達與否的證明資料；無法完成請求事項者，應說明理由並送還相關資料」等，其約定已相當具體，兩岸似乎均可以直接據以請求他方履行。不過，由於欠缺強制執行及紛爭解決的機制，本協議的完全落實，仍有賴兩岸將其內容轉換為己方的法律規定。

大陸為落實本協議中關於送達文書及調查取證的約定，最高人民法院審判委員會於 2010 年 12 月 16 日第 1506 次會議通過《最高人民法院關於人民法院辦理海峽兩岸送達文書和調查取證司法互助案件的規定》，自 2011 年 6 月 25 日起施行，以作為本協議在大陸的執行依據。其中，第三章「送達文書司法互助」設有第 7 條至第 14 條的完整規定。相對於此，臺灣並未制定類似的規定，實務上仍

須以既有的法律規定為依據，在本協議生效之後，臺灣的法院向大陸為送達時，既可依兩岸條例第 8 條囑託或委託海基會為之，亦可依本協議第 7 條約定請求大陸的人民法院協助送達，此二者究竟應優先採用何者的問題，並無明文規定，解釋上可能發生疑義，本文以為臺灣的法院應得自由採擇⁹。

二、因刑事訴訟而在大陸地區為傳喚

臺灣的刑事訴訟法第 159 條之 3 規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」在本協議施行後，本條第 3 款的上述規定究應如何適用，也發生疑義。

(一) 滯留大陸地區者是否為滯留國外

實務上對於大陸地區人民從臺灣返回大陸之後，未於相當期間再赴臺灣，是否即為本條第 3 款的「滯留國外」，曾發生爭議。例如在最高法院 102 年台上字 1171 號刑事判決中，被告被控犯強制猥褻、性騷擾及傷害等罪，被害人 A 女訴由桃園縣政府警察局桃園分局報請臺灣桃園地方法院檢察署檢察官偵查起訴，原判決以 A 女經第一審合法傳喚未到，堪認有滯留國外之情形。原審認為依內政部入出國及移民署函附之 A 女入出國日期紀錄等資料，A 女於案發後已離境，且經第一審合法傳喚未到，堪認 A 女有於審判中滯留國外之情形。又 A 女之警詢陳述，其詢問之原因、過程等外在環境，俱無違法情事，已足確保具有外部信用性之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要，應有證據能力。另 A 女於偵查中已依法為具結，其所為之證述，依當時之環境、條件等未有何顯不可信之情況，自得採為本件證據。

⁹大陸《最高人民法院關於人民法院辦理海峽兩岸送達文書和調查取證司法互助案件的規定》第七條亦採相同的原則，其規定為：「人民法院向住所地在臺灣地區的當事人送達民事和行政訴訟司法文書，可以採用下列方式：（一）受送達人居住在大陸的，直接送達。受送達人是自然人，本人不在的，可以交其同住成年家屬簽收；受送達人是法人或者其他組織的，應當由法人的法定代表人、其他組織的主要負責人或者該法人、其他組織負責收件的人簽收。受送達人不在大陸居住，但送達時在大陸的，可以直接送達。（二）受送達人在大陸有訴訟代理人的，向訴訟代理人送達。但受送達人在授權委託書中明確表明其訴訟代理人無權代為接收的除外。（三）受送達人有指定代收人的，向代收人送達。（四）受送達人在大陸有代表機構、分支機構、業務代辦人的，向其代表機構或者經受送達人明確授權接受送達的分支機構、業務代辦人送達。（五）通過協議確定的海峽兩岸司法互助方式，請求臺灣地區送達。（六）受送達人在臺灣地區的位址明確的，可以郵寄送達。（七）有明確的傳真號碼、電子信箱位址的，可以通過傳真、電子郵件方式向受送達人送達。採用上述方式均不能送達或者臺灣地區當事人下落不明的，可以公告送達。人民法院需要向住所地在臺灣地區的當事人送達刑事司法文書，可以通過協議確定的海峽兩岸司法互助方式，請求臺灣地區送達。」

本案被告於上訴時主張：第一審傳票既非 A 女親自簽收，則送達地址是否為 A 女之住居所？代收之人與 A 女之關係為何？均足影響送達是否合法。又大陸地區既非國外，A 女自無滯留國外可言。再原判決就 A 女之警詢錄音光碟未實質調查，僅泛以查無何違法取供情事，堪信所述為 A 女之真意，已足確保具有外部信用性之特別情況云云，即認 A 女之警詢陳述有證據能力，於法尚有未合。

最高法院對上述問題，於本件判決指出：被告以外之人於審判中，有死亡、身心障礙致記憶喪失或無法陳述、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到、到庭後無正當理由拒絕陳述之情形者，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據，刑事訴訟法第一百五十九條之三定有明文。A 女於案發後已返回大陸地區，而經第一審函囑財團法人海峽交流基金會（下稱海基會）送達該院民國一〇一年二月十四日審理期日傳票，海基會經洽請大陸地區最高人民法院授權之福建省高級人民法院，依「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第七條規定辦理後，送達開庭通知至 A 女住所，並由其同居家屬即弟弟 C 男（姓名詳卷）代為收受，有海基會函文暨海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議送達回證及回覆書可稽（見第一審一〇〇年度侵訴字第一二〇號卷(二)第八、九、二十三至二十八頁），但 A 女未於上開審理期日到庭。原判決因認 A 女有滯留國外而傳喚未到，並說明 A 女之警詢陳述，如何合於刑事訴訟法第一百五十九條之三規定，而有證據能力，因而未再傳喚 A 女（上訴人於原審亦未聲請傳喚），於法並無不合。

由上述見解可知，本條有意將傳喚的對象區分為「居住於國內」者及「滯留國外」者二類，對前者依法傳喚較無問題，但對後者即有制度及技術上的困難，因此，「國內」應僅指中華民國統治權所及的範圍，即臺灣地區而已。準此而言，大陸地區對中華民國而言，雖然不是憲法意義的「外國」或「國外」，但對於滯留在大陸地區者之適用本條，仍宜依本條的立法本旨認定其屬於「滯留國外」，故最高法院上述見解應屬正確。

（二）滯留大陸地區者的「無從傳喚」或「傳喚不到」

滯留在大陸地區者雖可認為「滯留國外」，但對其是否「無從傳喚」或「傳喚不到」，仍影響本條第 3 款的適用，並在實務上發生爭議。

1. 最高法院 100 年台上字 3566 號刑事判決

在最高法院 100 年台上字 3566 號刑事判決中，最高法院先就本條的立法意旨指出：刑事訴訟法第一百五十九條之三規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一死亡者。二身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四到庭後無正當理由拒絕陳述者。」其立法理由在於考量審判程序中，一旦發生事實上無從為直接審理之原因，如一概否定該審判外陳述之證據適格，

不免違背實體真實發現之訴訟目的，為補救採納傳聞法則，實務上所可能發生蒐證困難之問題，始例外地承認該審判外之陳述，得採為證據。是該法條第三款規定「滯留國外或所在不明『而』無法傳喚或傳喚不到者」，稽其前後文義及立法意旨，所謂「無法傳喚或傳喚不到」，顯係指該被告以外之人「滯留國外或所在不明」而言，亦即以「滯留國外或所在不明」為其前提，倘無滯留國外或所在不明之情形，無該條款之適用。

本件的原判決認定上訴人等有原判決所記載之犯罪事實，依理由之說明，係以證人唐祖飛於警詢時之陳述，為其部分之論據。最高法院則認為：上訴人等於原審均陳稱唐祖飛於警詢時之陳述並無證據能力（原審卷(三)第六十四頁），林駿昇復具狀指稱第一審未查明唐祖飛是否已返回大陸住所並按址傳喚，逕認唐祖飛在警詢時之陳述符合刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款之規定而有證據能力，難謂適法云云（原審卷(二)第二一七頁）。而唐祖飛之配偶陳騏文雖於偵查中證稱唐祖飛於事發後數日已回大陸療養，然同時併稱隨時可以返回台灣等語（偵字第一四二二四號卷第一六七頁）。且唐祖飛本於台灣人民配偶之身分，甚或基於內政部依台灣地區與大陸地區人民關係條例第十條第三項授權所訂定之大陸地區人民進入台灣地區許可辦法第十一條所訂定大陸地區人民因刑事案件經司法機關傳喚者，得申請進入台灣地區進行訴訟之規定，縱於事發後返回大陸，法院仍得予以傳喚訊問，並無事實上無法傳喚之情形。而稽之卷內資料，原審似未傳喚唐祖飛，亦未向內政部入出國及移民署查明唐祖飛申請入境時所提出大陸地區配偶申請來台依親居留資料表內所記載大陸居住地址，俾經由司法互助程序送達其傳票，使之出庭，逕以唐祖飛業已返回大陸，致客觀上發生不能到庭陳述並接受詰問之原因，而其於警詢時所為陳述，如何具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要，依刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款之規定，認具有證據能力（原判決理由壹、六），自有適用證據法則不當之違法。

2. 最高法院 101 年度台上字第 6232 號刑事判決

在最高法院 101 年度台上字第 6232 號刑事判決中，被害人陳殊聖在大陸地區就學，對於法院應如何對其傳喚，在訴訟上發生爭議。本件原判決理由以陳殊聖因長年居住於大陸地區，在天津市第二開南中學就學無法返台，除據陳母李素琳陳明在卷，有台灣桃園地方法院檢察署於九十八年一月十日查詢之公務電話紀錄單在卷可憑外，並經陳殊聖於九十八年十月二十六日、九十九年十一月三十日向第一審及原審法院具狀陳明，與原審函請其戶籍地所在轄區警員至其住處查訪之結果相符，有台北市政府警察局文山第二分局函附之查訪紀錄表存卷可參，復經原審調取陳某入出境紀錄，確係於九十七年十二月二十六日出境後即未再入境，有其入出境資訊連結作業附卷可憑，而陳殊聖於第一審及原審法院上訴審理中經傳喚均未到庭，亦有送達證書、刑事報到單附卷足憑，因認陳殊聖係滯留國外而傳喚不到，渠警詢所為審判外陳述，且具備「特別可信性」及「必要性」要件，依刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，應有證據能力（見原判決第三、四頁）。

本件最高法院判決未維持原判決，係認為陳殊聖雖滯留大陸地區，然其於原審更審前所具請假狀已陳明在大陸地區之住處為「天津市和平區慶善大街榮慶園一門 2305」（見原審上訴卷(二)第五十五頁），顯非所在不明，而依「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，法院非不得囑託財團法人海峽交流基金會（下稱海基會），依該規定將審判期日之傳喚通知書依址送達陳殊聖，原審於更審前固曾一度據此辦理，然其送達處所誤載為「天津市和平區慶善大街慶園里一門 2305」，致因查無該址遭退件（見原審上訴卷(一)第一二一、一二二頁）。而原審嗣於上訴及此次更審程序則僅將審判期日傳喚通知以郵務方式送達陳殊聖在台北市文山區萬慶街三十二巷一號四樓之設籍住址，未再囑託海基會依上開兩岸司法互助協議，請依陳某該大陸地區之正確處所為送達。則陳殊聖縱因就學關係滯留大陸，然尚難認係「無從傳喚」或「傳喚不到」情形，原判決理由以上情認其警詢審判外陳述，依刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，例外應有證據能力，而採為上訴人犯罪論據之一，其採證難認為適法。

3. 最高法院 99 年度台上字第 4769 號刑事判決

在最高法院 99 年度台上字第 4769 號刑事判決中，原判決理由係以徐○○、項○、黃○、孫○○與王○均為大陸地區人民，渠等於案發後已先後經依法遣返大陸，而大陸地區為我國目前司法權所不及之處，無法依照一般傳喚證人程序予以傳喚、拘提、科以罰鍰，則上開證人等已與滯留境外而有無法傳喚之情形無異，因認渠等警詢之審判外陳述，已具備「特信性」及「必要性」要件，依上開規定，應有證據能力（見原判決第十九頁）。最高法院指出：「其中項○係住於大陸江西省○○市○○墩二三號三單元六 0 一室，有其警詢筆錄之記載可按（見一審法院少護字第五四號影印卷第四頁），自非所在不明，而大陸地區目前雖為我法權所不及，然依台灣地區與大陸地區人民關係條例第八條規定，法院對項○之審判期日傳票，尚非不能藉由兩岸司法互助協議而為送達，即非有無法傳喚情形。乃原判決理由徒以上情，逕認其符合上開傳聞證據例外規定情形，應有證據能力，自難認為適法。」

4. 最高法院 101 年度台上字第 6494 號刑事判決

在最高法院 101 年度台上字第 6494 號刑事判決中，唐○○於警詢之後即返回大陸，後來因對其傳喚問題發生爭議。最高法院維持原法院認其警詢陳述具有證據能力之見解，並指出：唐○○於警詢中之陳述，係基於自由意識而為之，具有可信之特別情況。而唐○○經檢察官傳喚、第一審法院傳訊、拘提均未出庭應訊，原法院更(一)審依唐○○聲請入境資料所載大陸地區地址，函囑財團法人海峽交流基金會（下稱海基會），代為向大陸地區送達該院一〇一年六月十九日審理期日傳票，海基會經洽請大陸最高人民法院授權之四川高級人民法院，依「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第七條規定辦理後，於同年二月十三日送達開庭通知至唐○○住所並由其同居家屬即姊姊唐○歡代為收受，有海基會函文暨海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議送達回證及回覆書、唐○○戶籍證明可稽（見原法院更一審卷(二)第六十四頁至第七十頁），但唐○○未於原法院更(一)

審上開審理期日到庭陳述，足見其已傳喚不到。參酌相關卷證資料，為發現實質真實目的，除其警詢之陳述外，已無從再取得唐○○其他供述內容，足見唐○○之警詢陳述為證明犯罪事實之存否所必要，依刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款之規定，自具有證據能力。上訴人等雖辯稱海基會函文所附唐○○戶籍證明上之照片，與偵查卷所附之唐○○入境申請書上之照片，並非同一人云云。惟人之外貌常隨年齡或胖瘦、裝扮與化妝而有所變化。因唐○○於九十六年四月間申請入境來台，至其姐唐○歡於一〇一年二月十三日，代為簽收由原法院更(一)審囑託海基會送達之開庭通知時，相距將近五年，唐○○因歲月經過而變異容顏，本不足為奇。況偵查卷附入境申請書所黏貼者為唐○○經化妝後所拍攝之證件照片，而海基會函文檢附唐○○戶籍證明係黏貼唐○○相隔將近五年之素顏照片，二者之容貌外觀因此有所差異，且若唐○歡並非本件涉案之唐○○姊姊，渠當不會代為簽收開庭通知。原判決已敘明甚詳（見原判決第八頁倒數第二行至第十頁倒數第四行）。上訴人等上訴意旨爭執唐○○警詢陳述之證據能力部分，係對於原判決已明白說明之事項，以自己之說詞，任意指摘，自非適法之第三審上訴理由。

由以上件判決可知，本協議生效之後，透過司法互助的管道，臺灣的法院對大陸地區人民已可依本協議請大陸當局協助傳喚，故不得動輒適用關於「無法傳喚」的規定。¹⁰

三、公示送達的問題

(一)台灣法院對大陸地區人民為公示送達

公示送達是由法院依法律規定的要件及方法，以公告或其他方法對公眾為送達內容的宣示，而擬制為已送達的方法。在兩岸敵對的時期，如對大陸地區人民為公示送達，實不合理。故最高法院 70 年台上字第 20 號民事判例乃謂：「以應為送達之處所不明為原因而公示送達，須受送達人可能由法院公告知悉公示送達之情形者，始得為之，此觀民事訴訟法第一百五十一條之規定自明。大陸淪陷，陷身大陸之當事人，無法由法院公告知悉公示送達，自不得對之為公示送達。」本則判例於 2003 年 4 月 1 日經最高法院 92 年度第 6 次民事庭會議決議不再援用，其理由乃是：「現兩岸民間已開放交流，且依民事訴訟法第 151 條第 2 項規定公

¹⁰ 本協議生效之前，已依法遣返之大陸地區人民，對其傳喚及詰問均有困難。故最高法院 98 年台上字第 7441 號刑事判決謂：「數名證人以「假觀光真入境」之非法方式進入台灣地區，並經相關機關依法遣返大陸，客觀上顯有不能於審判中到庭接受詰問之情形，若原審以其等於警詢陳述，且無遭刑求、逼供等情形，且數人所證之基本事實亦互有相符，而認均具有證據能力，其調查不能之情形，自與應於審判期日調查之證據而未調查之違法有別，自不得容行為人以此為上訴第三審之適法理由。」

示送達方法不限於登載新聞紙一端，尚可用其他方法通知或公告應送達之文書，居住大陸之應受送達人不難由此公示送達方法知悉法院之公告，本則判例已不合時宜。」

由上述可知，臺灣的司法實務認為法院得對在大陸地區之人為公示送達，在本協議生效之後，臺灣的法院已可請求大陸法院為送達的協助，但在大陸地區為公示送達時，是否請求大陸地區的法院為之，因乏明文規定，仍有疑義。就理論而言，臺灣的法院如盡一切可能，均無法對當事人送達，或僅知當事人在大陸，但其住所不明時，應得為公示送達，惟此時的公示送達本質上是要在大陸發生送達的效果，允宜由大陸的人民法院依大陸的規定為之較妥。

不過，在司法實務上，受請求方似不為公示送達，而仍由台灣的法院逕自依台灣的法律向大陸為公示送達。大陸《最高人民法院關於人民法院辦理海峽兩岸送達文書和調查取證司法互助案件的規定》第八條甚至明文規定不為公示送達的協助：「人民法院協助臺灣地區法院送達司法文書，應當採用民事訴訟法、刑事訴訟法、行政訴訟法等法律和相關司法解釋規定的送達方式，並應當盡可能採用直接送達方式，但不採用公告送達方式。」影響所及，台灣的司法實務針對大陸人民法院函請協助張貼公告應如何處理之問題，司法院也明確指出：「我國民事訴訟法有關囑託送達之規定，並未包括代他法院張貼公告之行爲；又『張貼公告』非屬文書之送達，不在兩岸簽訂之『海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議』之範圍」¹¹。此項見解，顯然是由司法院片面解釋本協議第 7 條第 1 項的下列規定：「雙方同意依己方規定，盡最大努力，相互協助送達司法文書」，認為『張貼公告』不在司法互助的範圍，不適用本協議的約定內容，並宣示對於他方之司法協助，以己方有規定者為限。

(二)經公示送達的大陸法院裁判的認可

在臺灣的司法實務上，除臺灣司法機關向大陸為送達的問題外，大陸的人民法院如何對在臺灣的當事人為送達的問題，在認可其裁判時也常發生爭議。例如在臺灣臺北地方法院 99 年度抗字第 125 號民事裁定中，對於江蘇省無錫市中級人民法院（2009）錫民三初字第 8 號判決的認可問題，法院認為系爭大陸判決相關之訴訟文書，均僅以對抗告人在大陸地區為公示送達（公告送達）之方式為通知後，即為判決並告確定，且系爭大陸判決係以抗告人經合法通知（合法傳喚），無正當理由拒不到庭參加訴訟，而以一造辯論（缺席審理）之方式，判決抗告人敗訴，但抗告人於系爭大陸判決訴訟程序進行時，其人身在臺灣，相關訴訟文書未曾對其為實際送達，或曾依中華民國法律為協助送達。

臺北地方法院本件判決認為，系爭大陸判決僅採用公示送達方式在大陸地區對抗告人為訴訟文書之送達，確有令抗告人無從得知被訴而實際出庭應訴，無法保障抗告人充分行使實質攻擊防禦權之情事，不符我國民事訴訟法程序上程序保

¹¹ 司法院秘書長民國 98 年 10 月 30 日秘台廳少家二字第 0980023052 號函。

障原則之要求，及民事訴訟法第四百零二條第一項第二款規定確保我國國民於外國訴訟程序中，其訴訟權益獲得保障之立法本旨，揆諸前揭規定及說明，自堪認系爭大陸判決有違背我國公共秩序或善良風俗之情形，不應准予認可。

實務上已有不少裁判採取類似見解，例如臺灣臺北地方法院 101 年度陸許字第 1 號民事裁定謂：「該大陸地區之受訴法院明知相對人非居住於大陸地區，仍僅以刊登大陸地區人民法院報公告傳喚方式通知相對人，復據此認定相對人經合法傳喚未到庭為，即為一造辯論而為被告敗訴之判決，與我國民事訴訟法之公示送達要件不合，是系爭大陸判決未依中華民國法律上之協助送達，且顯不可能由法院公告知悉公示送達之情形，該公示送達並不合法，有令相對人無從得知被訴，而剝奪其及時行使實質攻擊防禦權利之程序上不利益，顯與我國民事訴訟法前揭對於訴訟當事人程序權之保障之規定有所違背。從而，依首揭規定意旨及說明，堪認該民事確定判決與民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款之要件不符，不應准予認可。」

此外，在臺灣臺北地方法院 100 年度抗字第 47 號民事裁定中，法院更指出：兩岸已於 98 年 4 月 26 日簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，於該協議第 7 條約定相互協助送達司法文書，財團法人海峽交流基金會亦制訂「辦理兩岸司法及行政文書送達作業規定」，大陸地區法院得直接請求臺灣地區法院協助送達司法文書與相對人，然大陸地區福建省廈門市思明區人民法院未合法送達開庭通知與相對人，致相對人未曾實際到庭應訴，是系爭大陸判決未依中華民國法律上之協助送達，該公示送達並不合法，顯有民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款規定之事由，有違兩岸人民關係條例第 74 條規定「臺灣地區公共秩序或善良風俗」之情事，自不應認可系爭大陸判決。準此，由於系爭大陸判決僅採用公示送達方式在大陸地區對相對人為訴訟文書之送達，確有令相對人無從得知被訴而實際出庭應訴，無法保障相對人充分行使實質攻擊防禦權之情事，不符我國民事訴訟法程序上程序保障原則之要求，及民事訴訟法第 402 條第 1 項第 2 款規定確保我國國民於外國訴訟程序中，其訴訟權益獲得保障之立法本旨，揆諸前揭規定及說明，自堪認系爭大陸判決有違背我國公共秩序或善良風俗之情形，不應准予認可。

由以上裁判可知，臺灣的司法實務普遍認為，大陸的人民法院向臺灣為送達時，未適用本協議的司法互助方法，而對在臺灣的當事人為公示送達者，其公示送達不生法律之效力。解決之道，除適用本協議之外，似宜認為公示送達的效力乃出於法律的擬制，故宜由各法域的法院依己方的法律為之，始能發生在己方公示送達的效力，即大陸的人民法院宜依本協議由臺灣的法院協助送達，如臺灣的法院確實無法實際送達，再由臺灣的法院依臺灣的法律為公示送達。

(三)傳票的公示送達

關於法院得否將傳票公示送達，作為對被告傳喚的方法的問題，實務上也曾引起爭議。例如在最高法院九十九年度台上字第三五五八號刑事判決中，上訴人於 2006 年五月二十日經由金門出境到大陸地區，同年六月四日因犯毒品罪嫌經大陸地區廈門市人民檢察院批准，由廈門市公安局執行逮捕，羈押於廈門市第一看守所。原審知上訴人另案羈押於大陸地區看守所，無法傳喚簽提到案，並曾多次囑託財團法人海峽交流基金會函查上訴人已否釋放或其最新發展情形尚未見復，仍依刑事訴訟法第五十九條第一款規定裁定公示送達，並以經合法傳喚，無正當理由不到庭，而不待其陳述逕行判決。最高法院九十九年度台上字第三五五八號刑事判決指出，原審所踐行之訴訟程序，自難謂無刑事訴訟法第三百七十九條第六款之違背法令，並有下列二點說明：

(一)「訴訟程序之遵守，旨在維護被告之利益，第二審法院得不待被告之陳述逕行判決者，以被告經合法傳喚，無正當理由不到庭之情形為限，此觀刑事訴訟法第三百七十一條之規定自明。所謂合法傳喚，即指依同法第八章關於傳喚被告之規定且係合法送達而言，而將傳票依本法第五十九條第一款為公示送達，必須被告之住、居所、事務所及所在地不明者，始生擬制送達之效力，苟未經合法傳喚，縱屬無正當理由而不到庭，亦無逕行判決之餘地；是否無正當理由不到庭，應從社會通常觀念，審認被告之不到庭是否足認為有正當之理由為準，因之被告合法傳喚，倘已陳明不到庭之理由者，則應經調查，為必要之說明，方足資判斷得否適用本條逕行判決。」

(二)「被告犯罪後出境至大陸地區，其住、居所及所在地不明，未能依『海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議』之規定予以遣返者，固得為公示送達，惟若該被告在大陸地區因另案犯罪而被當地公安機關逮捕拘禁，致事實上不能於原審審判期日到庭，不惟已難謂為無正當理由，且被告既已被拘禁於一定處所，當非屬所在地不明，即使對該被告經依法公示送達，仍不生送達之效力，自難認係屬合法傳喚。台灣地區與大陸地區人民關係條例第七十五條之一前段，明定『大陸地區人民於犯罪後出境，致不能到庭者，法院得於其能到庭前停止審判』，本乎相同法理，對於被告之台灣地區人民於犯罪後出境至大陸地區，而有前述不符逕行判決之情形者，應認法院得於其客觀上能到庭以前停止審判，以資因應。」

由上述二點可知，本協議生效後，如被告於犯罪後出境至大陸地區，法院必須先依本協議之規定，請求大陸當局予以遣返者，如暫時無法遣返，法院得於其客觀上能到庭以前停止審判，不宜冒然予以傳喚或為公示送達。

肆、調查取證的互助

跨域的調查取證，直接影響相關事實的認定，在兩岸的司法活動中，是一個無法迴避，也很難解決的問題。為使兩岸得以彼此請求協助在對方調查取證，本協議第 8 條「調查取證」第 1 項約定：「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。」依本項約定，兩岸都應該制定相關法律，規定協助對方調查取證的相關程序及要件。第 2 項約定：「受請求方在不違反己方規定前提下，應儘量依請求方要求之形式提供協助。」由於請求方是為特定的目的而請求調查取證，宜儘量依其要求的形式協助其調查取證，以滿足其需要，但如對方的請求礙難予以協助時，例如請求方要求的形式與己方的規定牴觸時，自應適用己方的規定予以處理。關於調查取證的實質結果，除是己方已進行的司法程序所必需，而無法交付給請求方的情形之外，仍應依請求的意旨，及時予以移交，以貫徹司法互助的精神。故第 3 項乃約定：「受請求方協助取得相關證據資料，應及時移交請求方。但受請求方已進行偵查、起訴或審判程序者，不在此限。」

一、調查程序及證據能力的準據法

關於訴訟上的事實證明，民事訴訟因由當事人負舉證責任，證據方法較多元。¹²刑事訴訟法採取嚴格的證據法則，故如須跨越法域調查取證時，必然涉及訴訟地與調查地的法律，如何適用二地的法律，在理論上頗有發生爭議的可能。

¹²依訴訟地的法律就外地的私文書予以認證，亦為方式之一。請參閱最高法院 97 年台上字第 2315 號民事判決：「按當事人提出之私文書，必先證其真正而無瑕疵者，始有訴訟法上之形式證據力，更須其內容與待證事實有關，且屬可信者，始有實質證據力之可言。即私文書之形式及實質，均須由舉證人證明為真正，方得採為認定事實之基礎。查上訴人於原審一再否認被上訴人所提中信銀證券公司之在職證明書及證明單為真正，並辯稱：原審調取被上訴人九十二年度之財產所得資料，被上訴人係任職於花○保險代理人股份有限公司，該年薪資收入為五十二萬一千三百七十四元，而其提出之中信銀證券公司在職證明為中國大陸所開立，並無該公司及其法定代理人之簽章，且未經海峽兩岸文書認證程序取得其證明力，是否能證明其確實任職該公司，即有疑問等語，原審徒以上開證明文件係由中信銀證券公司函覆第一審法院之私文書，即屬真正，並據此認定被上訴人每月薪資為美金二千一百元，換算新台幣超過七萬元，疏未命被上訴人舉證證明該私文書之形式及實質證據力，於法自有未合。」

(一) 臺灣高等法院 100 年度金上重訴字第 46 號刑事

判決

對於刑事訴訟程序的準據法，臺灣法院的裁判予以探討者不多，本判決相當難得地有下列說明：「經由刑事司法互助取證之方式，得分為：I、由外國或其他司法主權所在地之司法機關提供既存證據或接受囑託調查證據後提供；II、我國偵查人員赴外國或其他司法主權所在地取證。其中由外國或其他司法主權所在地之司法機關提供既存證據或接受囑託調查證據後提供，可能涉及之問題即包括：(1)證據取得與證據能力之準據法，究應從我國抑或提供國法律？就此，考量要求外國取證之困難性及我國刑事訴訟法並無依外國法判斷證據能力之規定，因此證據取得方式應依提供國法，證據評價則依我國法。(2)經由刑事司法互助取證後，應如何判斷該證據之證據能力？就此，應依各種證據資料之不同，參照我國刑事訴訟法之相關規定處理。(3)外國違法取證時，如何判斷該證據資料之證據能力？就此，如日本刑事訴訟法並未規定辯護人於偵查階段訊問時有在場之權利，與我國法規定不同，因此取得之被告自白即違反我國刑事訴訟法之規定，但因外國偵查人員並非我國刑事訴訟法所稱之偵查人員，因此該證據視同私人違法取得，原則上有證據能力。」

對於境外取得的證據，請求方得否依法認定其證據能力的問題，本判決亦指出：「以我國於 91 年 3 月 26 日公布之『駐美國台北經濟文化代表處與美國在台協會間之刑事司法互助協定』（下稱『台美司法互助協定』）為例，其中第 9 條固規定：『受請求方所屬領土內之證言或證據：…5、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』。惟一般認為該條規定係指雙方藉由刑事司法互助取得之證言，得供請求國作為刑事審判之證據而已，並未言及該證言具有絕對之證據能力，故不能逕認依刑事司法互助協定取得之證據具有絕對之證據能力，而屬傳聞法則之例外；縱認條約、協定明定有證據能力，亦不能逕認被告以外之人之書面陳述具有絕對證據能力，以符合我國刑事訴訟法所規定『必要性』、『特別信用性狀況之保障』及『供述不能』等要件」。

(二) 兩岸司法互助協議

兩岸司法互助亦應採取上述見解，因為本協議第 8 條第 1 項約定：「雙方同意依己方規定相互協助調查取證」，其中「依己方規定」之用語，應該是指協助調查之一方應遵守己方的法律規定，至於證據在請求方的法律上應如何予以評價，

則應由請求方具體依自己的法律予以認定。此一立場除可作為兩岸司法機關之間的司法互助的依據之外，也可以作為當事人的程序保障的基礎。故受訴法院請求對方提供調查取證的司法協助時，受請求方提供協助的方法，固應依己方的規定為之，其依本協議移交給請求方的證據，請求方仍得依己方的規定，對其證據能力或證據容許性(admissibility)的問題，予以查驗，以求證據法則之貫徹¹³。在這種情形下，已經依被請求方的法律進行的程序，必須再依請求方的規定予以評價，如雙方的制度及相關規定不一致，即發生法制之間應如何銜接的問題。以下謹就實務上的案例，說明司法機關處理各該問題的實際情況。

二、大陸地區公安機關偵查人員的性質問題

(一) 可否適用司法警察或司法警察官的規定

在臺灣的刑事訴訟法上，有些規定是針對司法警察或司法警察官的調查所規定的程序，例如第 159-2 條規定：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」第 159-3 條規定：「被告以外之人於審判中有下列情形之一，其於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，經證明具有可信之特別情況，且為證明犯罪事實之存否所必要者，得為證據：一、死亡者。二、身心障礙致記憶喪失或無法陳述者。三、滯留國外或所在不明而無法傳喚或傳喚不到者。四、到庭後無正當理由拒絕陳述者。」依本協議由大陸方面協助證據調查時，通常是由大陸地區公安機關的偵查人員所為，其程序是否應適用或類推適用上述規定，在臺灣的司法實務上也發生問題。

對於上述問題，最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判決採肯定說，其理由主要可分為二點

(一)事實上有其必要：「海峽兩岸關係協會與海基會於九十八年四月二十六日共同簽訂公布之『海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議』第三章『司法互助』第八點第一項關於『調查取證』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

¹³ 刑事案件的被告，仍得依訴訟地法的規定，請求依法檢驗或排除透過司法互助的管道所獲得的證據。在臺灣，宜特別注意刑事訴訟法第 155 條規定：「證據之證明力，由法院本於確信自由判斷。但不得違背經驗法則及論理法則。」「無證據能力、未經合法調查之證據，不得作為判斷之依據。」第 156 條規定：「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。」「被告或共犯之自白，不得作為有罪判決之唯一證據，仍應調查其他必要之證據，以察其是否與事實相符。」「被告陳述其自白係出於不正之方法者，應先於其他事證而為調查。該自白如係經檢察官提出者，法院應命檢察官就自白之出於自由意志，指出證明之方法。」「被告未經自白，又無證據，不得僅因其拒絕陳述或保持緘默，而推斷其罪行。」

分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等』。依此互助協議之精神，我方既可請求大陸地區公安機關協助調查取證，以作為司法上之用途，即有承認大陸公安機關調查所取得之證據，可依我國法律承認其證據能力之意思。」

(二)法律上宜類推適用：最高法院指出：「雖大陸地區公安機關偵查人員非屬我國司法警察或司法警察官，然其係大陸地區政府依法任命而具有偵查犯罪權限之公務員，依上述互助協議規定，復有協助我方調查取證之義務，則大陸地區公安機關之偵查人員依其職權或基於上述互助協議而為刑事上之調查取證，在地位與功能上實與我國司法警察或司法警察官依職權調查證據無異。且目前兩岸文化、經濟交流日漸頻繁，跨越兩岸之犯罪事件亦層出不窮（例如犯罪行為地、結果發生地或犯人所在地分別在兩岸），亟須兩岸合作共同打擊犯罪，以維護兩岸交流與人民安全。若大陸地區公安機關偵查人員依職權或依前述互助協議所調查之傳聞證據，或製作之證明文書及紀錄文書，僅因其不具我國司法警察或司法警察官之身分，而認不得適用刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三或之四關於傳聞證據例外具有證據能力之規定，致妨礙事實之發現，而無法為公正之裁判，無異鼓勵犯罪，而危害兩岸交流與人民安全。故刑事訴訟法第一百五十九條之二、之三關於「司法警察官或司法警察」之規定，自有依時代演進及實際需求而為適當解釋之必要。從而，原判決理由謂被告以外之人於大陸地區公安機關偵查員調查時所為之陳述，經載明於筆錄或書面紀錄（屬傳聞證據），而為證明犯罪事實存否所必要者，認可類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之二或同條之三之規定，以決定其證據能力，依上述說明，尚非全無見地。」

(二) 可否適用公務員的規定

臺灣的刑事訴訟法第 159-4 條規定：「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。」大陸地區公安機關所製作的筆錄，在臺灣的司法實務上也發生應如何適用本條規定的爭議，其問題包含：(一)此種筆錄是否為本條第 1 款的「公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書」？(二)如不適用第 1 款，是否應適用第 2 款或第 3 款？

上述問題涉及該條的立法意旨，最高法院在 100 年台上字 4813 號刑事判決中，曾提出下列重要原則：

(1) 被告以外之人於審判外之言詞或書面陳述，為傳聞證據，因與直接、言詞及公開審理之原則相悖，除法律有規定者外，原則上不得作為證據。其中刑事訴訟法第一百五十九條之四所規定之特信性文書即屬之。而合於本條特信性文書之種類，除列舉於第一款、第二款之公文書及業務文書外，於第三款作概括性之

規定，以補列舉之不足。

(2) 所謂「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」，係指與公務員職務上製作之紀錄文書、證明文書，或從事業務之人業務上製作之紀錄文書、證明文書具有相同可信程度之文書而言。由於第一款之公務員職務上製作之文書，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，其正確性高，此乃基於對公務機關客觀義務之信賴所致，且該等文書經常處於可受公開檢查之狀態（具有公示性，非以例行性為必要），設有錯誤，甚易發現而予及時糾正，其真實之保障極高。

(3) 第二款之業務文書，係從事業務之人於通常業務過程不間斷、有規律而準確之記載，通常有專業人員校對其正確性，大部分紀錄係完成於業務終了前後，無預見日後可能會被提供作為證據之偽造動機，其虛偽之可能性小，足以保障其可信性。因此原則上承認該二款有證據能力，僅在有顯不可信之情況時，始加以排除，與第三款具有補充性質之文書，必須於「可信之特別情況下所製作」而具有積極條件之情形下，始承認其有證據能力之立法例並不相同。

(4) 換言之，第一、二款之文書，以其文書本身之特性而足以擔保其可信性，故立法上原則承認其有證據能力，僅在該文書存有顯不可信之消極條件時，始例外加以排除；而第三款之概括性文書，以其種類繁多而無從預定，必以具有積極條件於「可信之特別情況下所製作」才承認其證據能力，而不以上揭二款文書分別具有「公示性」、「例行性」之特性為必要，彼此間具有本質上之差異。

在最高法院 100 年台上字 4813 號刑事判決中，被告等因常業詐欺案件涉訟，發生中國大陸地區公安機關所製作之證人筆錄有無證據能力的爭議。最高法院指出，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。¹⁴

¹⁴ 實務上認定其可適用第 159 條之 4 第 2 款規定者，例如臺灣高等法院 100 年度金上重訴字第 46 號刑事判決謂：「我國刑事訴訟法第 159 條之 4 第 1 款之『公務員』，應限於我國公務員，且該款所稱之公務上文書，應以『經常處於可受公開檢查之狀態』為限。」「至於大陸地區青島市公安局檢附之相關書證，被告二人並不否認其證據能力，且符合刑事訴訟法第 159 條之 4 之規定，認屬於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（包括大陸地區公安局人員所製作部分，因其非屬於我國法上之『公務員』），應認有證據能力。」

(三) 可否適用檢察官的規定

台灣的刑法第 168 條規定偽證罪，其內容為：「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」於大陸地區公安機關的偵查人員偵查時，如有上述規定的行為時，是否得論以偽證罪之問題，涉及其職權是否與臺灣的檢察官相當的問題，雖然實務上尚無案例可稽，但如採取和前述相同的邏輯，預料法院將會持否定之見解。惟為貫徹司法互助的作用並維持相關人員陳述的真實性，似宜採肯定說，較屬妥適。

根據本協議上述條文，兩岸就受對方關於調查取證之請求時，都應有其各自的規定，以作為依據。故有關證人具結或其他調查證據的程序，除有特別規定外，仍應符合其各自在境內調查證據的規定。請求方因受請求方的協助，所取得的相關證據資料如涉嫌偽證，究竟應論以何方(請求方或受請求方)的法律所規定的偽證罪？

本文以為，如證人於供前或供後具結而就案情有重要關係事項，故為虛偽陳述，其是否成立犯罪，應依該行為所應適用的刑法而定。各國刑法關於偽證罪的規定，有規定為形式犯，不以結果之發生為要件者，也有規定為結果犯，而以結果之發生為要件者，即證人之虛偽陳述，法院已否採為裁判或檢察官據為處分之基礎，或有無採為基礎之可能，對於偽證罪之成立有無影響，各方之規定可能不同。¹⁵此等涉嫌偽證之行為，其行為地顯然是在受請求方，結果之發生地則是在請求方，在並無協議規定究竟應由何方行使刑事審判權的情形下，仍應由各方依據己方的規定自行認定，但為避免對同一行為重覆處罰，似宜由行為地的受請求方優先偵辦，較為合理。¹⁶

¹⁵ 台灣之刑法關於偽證罪於第 168 條規定：「於執行審判職務之公署審判時或於檢察官偵查時，證人、鑑定人、通譯於案情有重要關係之事項，供前或供後具結，而為虛偽陳述者，處七年以下有期徒刑。」最高法院 71 年台上字第 8127 號判例認為偽證罪乃形式犯：「按刑法上之偽證罪，不以結果之發生為要件，一有偽證行為，無論當事人是否因而受有利或不利之判決，均不影響其犯罪之成立。而該罪所謂於案情有重要關係之事項，則指該事項之有無，足以影響於裁判之結果者而言。」故行為人於案件審理時之證詞如非屬實，最終亦未經法院所採，但對於偽證罪責之成立不生影響。(參考臺灣高等法院花蓮分院刑事判決 97 年度上訴字第 185 號) 最高法院 69 年台上字第 2427 號判例亦指出：「所謂虛偽之陳述，係指與案件之真正事實相悖，而足以陷偵查或審判於錯誤之危險者而言，若在此案之供證為屬真實，縱其後於其他案件所供與前此之供述不符，除在後案件所供述合於偽證罪之要件得另行依法辦理外，究不得遽指在前與實情相符之供證為偽證。」

¹⁶ 在以遠距會議的設備進行證據調查的情形，類似的見解請參閱：Martin Davies, "Taking evidence by video-link in international litigation," Talia Einhorn & Kurt Siehr, eds., *Intercontinental Cooperation Through Private International Law- Essays in Memory of Peter E. Nygh*, pp. 76-79 (The Hague, The Netherlands: T.M.C. Asser Press, 2004).

三、大陸公安機關詢問筆錄的證據能力

對於大陸公安機關的詢問筆錄，其證據能力在臺灣司法實務上曾發生不少爭議，最高法院也有相關判決可供參考。

(一) 最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判決

本判決涉及大陸地區公安機關的詢問筆錄（包括繼續盤問記錄），最高法院基於下列理由，認定系爭大陸詢問筆錄具有證據能力：¹⁷

1. 大陸地區的法治環境及刑事訴訟制度已可資信賴

本判決指出：「雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問大陸地區人民付光選所製作之詢問筆錄（包括繼續盤問記錄），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；但經原法院更三審先後多次囑託海基會送達傳票予付光選，但均無法送達，業如前述，可見付光選現已所在不明而無從傳喚。惟大陸地區已於西元一九七九年七月間，公布施行『中華人民共和國刑事訴訟法』，嗣於西元一九九六年又對上述刑事訴訟法作大幅度修正，其修正內涵兼顧打擊犯罪與保護人權，並重視實體法之貫徹與程序法之遵守，雖非完美無瑕，但對訴訟之公正性與人權保障方面已有明顯進步，故該地區之法治環境及刑事訴訟制度，已有可資信賴之水準。」

2. 系爭筆錄係於可信之特別情況下所製作

本判決指出：「原判決以雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊人員係大陸地區具有刑事偵查權限之公務員，而其詢問大陸地區人民付光選所製作之筆錄，又符合大陸地區刑事訴訟法相關規定，該筆錄復經受詢問人付光選閱覽後親自簽名及捺指印確認無訛，堪認前述文書之取得程序具有合法性。且曾受上述大陸地區公安機關偵查員詢問之台商伍建成、張文華、葉泰良、邱慶隆、馬大川等人均未供稱大陸地區公安機關有以威脅、利誘、詐欺或其他非法方法對其等詢問之情形，因認付光選在雅瑤派出所偵查員及大瀝分局刑警隊詢問時所製作之筆錄，係於可信之特別情況下所製作，且為證明犯罪事實存否所必要，乃類推適用刑事訴訟法第一百五十九條之三第三款規定，而承認其證據能力，尚難遽指為違法。」

3. 大陸地區公安機關偵查員詢問筆錄具有特信性

本判決指出：「有部分學者認外國公務員所製作之文書（例如警詢筆錄），可審酌該項文書之性格（即種類與特性），暨彼邦政經文化是否已上軌道等情狀，以判斷其是否在可信之特別情況下所製作（亦即是否具備『特信性』），而適用刑事訴訟法第一百五十九條之四第三款規定，以決定其證據能力（參閱林永謀著『刑

¹⁷關於本判決的介紹及簡評，請參閱范振中，「兩岸司法互助—以 98 年「兩岸協議」為探討」，司法新聲（法務部司法官訓練所），第一〇三期（2012 年 7 月），請參閱 http://ja.lawbank.com.tw/pdf/司法新聲_103期_06篇.pdf。

事訴訟法釋論』中冊，冠順印刷公司二〇一〇年十二月改訂版第一一二頁)。而依原判決上開論述，既認定上述大陸地區公安機關偵查員對付光選所製作之詢問筆錄，係在可信之特別情況下所製作；而上述公安機關偵查員又係大陸地區政府所依法任命具有偵查權限之公務人員，則其對付光選所製作之詢問筆錄(即文書)，基於時代演進及事實需要，在解釋上亦應可類推適用同法第一百五十九條之四第三款規定，而承認其證據能力。」

(二) 最高法院 100 年台上字 4813 號刑事判決

最高法院在前述 100 年台上字 4813 號刑事判決指出：憲法第十六條保障人民之訴訟權，就刑事被告而言，包含其在訴訟上應享有充分之防禦權。刑事被告詰問證人之權利，即屬該等權利之一，且屬憲法第八條第一項規定「非由法院依法定程序不得審問處罰」之正當法律程序所保障之權利。為確保被告對證人之詰問權，證人於審判中，應依法定程序，到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。而所謂被告以外之人，不以證人為限，共同被告、正犯、共犯及被害人於審判外之陳述，均屬之，為確保被告對證人適格者之詰問權，於審判中均應到場具結陳述，並接受被告之詰問，其陳述始得作為認定被告犯罪事實之判斷依據。

根據上述原則，最高法院認為：本件原判決認定上訴人黃玉蘭等人有所載之常業詐欺犯行，依理由之說明，係以渠等接受中國公安詢問之供述互為論罪之主要論據。然前揭證據分屬上訴人等以外之人於審判外之言詞陳述，為傳聞證據，上訴人及其原審之辯護人並爭執其證據能力。稽之卷證，上訴人等並未於審判程序居於證人之地位具結為陳述，並接受各其他上訴人之反對詰問，原判決復未敘明上訴人等之審判外之供述，有如何符合上開傳聞證據例外情況之心證理由外，僅謂上訴人等於中國大陸地區公安詢問時，其自白確係出於自由意志，且與事實相符，自有證據能力等旨，採證自非適法。

(三) 最高法院 102 年台上字 675 號刑事判決

本判決是前述 100 年台上字 4813 號刑事判決發回更審，針對更審判決提起上訴之後的判決。原判決認定系爭筆錄有證據能力的下列理由，獲得最高法院本判決的支持：「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。」

本案的爭議，也及於大陸公安局的筆跡鑑定書、指紋鑑驗書，最高法院對此也以下列理由，肯定其有證據能力：

1. 我刑事訴訟法第一百五十八條之四規定：「除法律另有規定外，實施刑事訴訟程序之公務員因違背法定程序取得之證據，其有無證據能力之認定，應審酌人權保障及公共利益之均衡維護。」為法益權衡原則，採相對排除理論，以兼顧被告合法權益保障與發現真實之刑事訴訟目的。

2. 是除法律另有特別規定不得為證據，例如同法第一百條之一第二項、第一百五十八條之二、第一百五十八條之三等類者外，先前違法取得之證據，應逕依該規定認定其證據能力。其嗣後衍生再行取得之證據，倘仍屬違背程序規定者，亦應依上揭規定處理；若為合乎法定程序者，因與先前之違法情形，具有前因後果之直接關聯性，則本於實質保護之法理，當同有該相對排除規定之適用。惟如後來取得之證據，係由於個別獨立之合法偵查作為，既與先前之違法程序不生前因後果關係，非惟與毒樹果實理論無關，亦不生應依法益權衡原則定其證據能力之問題。

3. 原判決已說明扣案如原判決附表二所示之物，係大陸地區北京市公安局東城分局查獲上訴人等人時所扣得，嗣移交刑事警察局，與本案具有關連性，查扣過程亦無違反大陸地區相關法律規定，且該局之筆跡鑑定書、指紋鑑驗書，係檢察官指揮囑託機關鑑定後所出具之書面報告，符合一般筆跡及指紋鑑定之法定記載要件，均有證據能力。

值得注意的，是上述見解所「類推適用」者，是刑事訴訟法第 159 條之 2 的下列規定：「被告以外之人於檢察事務官、司法警察官或司法警察調查中所為之陳述，與審判中不符時，其先前之陳述具有較可信之特別情況，且為證明犯罪事實存否所必要者，得為證據。」類推適用的結果，使大陸的公安偵查員一方面被否認為檢察事務官、司法警察官或司法警察，另一方面又被賦與「類似」的地位。此種見解，頗能呼應兩岸司法互助協議施行後法制情況，值得肯定。

四、遠距視訊的訊（詰）問

臺灣的法院有必要對於在大陸地區之人進行訊（詰）問，是否可採用視訊方式為遠距訊（詰）問，以節省時間及勞費，在實務上亦發生疑義。此一問題涉及遠距訊（詰）問的法律性質及其是否屬於兩岸司法互助範圍的問題，均值得探究。

關於遠距訊（詰）問的法律性質，最高法院九十七年度台上字第二五三七號刑事判決指出：「遠距視訊係利用法庭與其所在處所之聲音及影像相互同步傳送

之科技設備，進行直接訊問。現行遠距視訊係在監獄或看守所設置一個視訊終端，作為『視訊法庭』，而『審判法庭』則為另一個視訊終端，連線之結果，『視訊法庭』即屬於『審判法庭』之延伸，如利用遠距視訊踐行交互詰問，不能謂非當庭詰問。又利用遠距視訊踐行交互詰問時，行詰問人與受詰問人之語音、表情或態度均能透過電子設備完全呈現，與法庭審判現場無異，自難認足以影響反詰問權之正當行使。至於遠距視訊，旨在增益訴訟效率並避免人犯提解之危險等理由而設置，採行與否，視個案之具體情形而定，刑事訴訟法第一百七十七條第二項規定：『證人所在與法院間有聲音及影像相互傳送之科技設備而得直接訊問，經法院認為適當者，得以該設備訊問之。』是遠距視訊之採行，純屬審判長調查證據之執行方法或細節之指揮事項，為審判長訴訟指揮權行使範圍。」

關於遠距訊（詰）問是否屬於兩岸司法互助範圍，司法院認為，遠距視訊乃司法權具體行使，擬於境外為之，應以法有明文或雙方訂有協議為前提，現行法及陸我雙方尚乏此項規定，故關於遠距訊問大陸地區證人，宜參照海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第 3 章第 8 條關於調查取證之規定，斟酌囑託受請求方之法官意見為之。¹⁸至於依本協議已確實無法傳喚的大陸地區人民，對其無法以視訊方式為遠距訊（詰）問，乃是當然。¹⁹

伍、結論

本協議生效之後，重點將在於兩岸如何有效予以履行，目前兩岸宜在現有基礎之上，依據信守協議的原則，各自充實內部法規，鋪設履行協議的軌道，並針對協議中的不確定概念，秉持互信原則，預先就可能發生歧見的問題，協商解決之。本協議生效之後，司法實務上會出現一波司法互助所衍生的問題，如何銜接本協議的內容及兩岸各自的法律規定，將不斷考驗兩岸司法機關的知慧。就像法律的條文一樣，本協議的內容需要透過具體個案的實踐，逐漸充實其實質內涵，兩岸履行本協議所衍生的各種問題的探討，將成為值得學術耕耘的「兩岸法學」新天地，對於本協議的解釋及實質內容的確定，以及兩岸各自應如何履行本協議的問題，期望能獲得更多學術界的重視。

多學術界的重視。

¹⁸司法院民國 101 年 02 月 17 日院台廳刑一字第 1010001255 號函。

¹⁹關於此點，最高法院 101 年度台上字第 900 號刑事判決謂：「原法院更三審已多次囑託海基會送達傳票予證人付光選，期能傳其到庭具結作證，並接受檢察官、上訴人等及其選任辯護人之詰問，惟均未能送達傳票，顯見付光選已所在不明而無從傳喚或拘提其到庭進行詰問程序，亦無法以視訊方式為遠距訊（詰）問，此係基於兩岸分治及現實上之困難所致，尚難謂原審有剝奪上訴人等及其選任辯護人對該證人之詰問權，而妨礙其等行使訴訟防禦權之情形。」