

刑事司法互助的「物件、文件以及卷宗之交付」與 「情資交換」—新修正「海峽兩岸犯罪情資交換作 業要點」之觀察

楊雲驊*、黃謀信**

目 次

- 壹、序言
- 貳、情資交換
- 參、刑事司法互助調查取證下的「物件、文件以及卷宗之交付」
- 肆、「情資交換」與「調查取證」之差異
- 伍、情資交換的現代化—主動互助模式
- 陸、我國調查取證下的物件、文件以及卷宗之交付與情資交換
- 柒、結論—新修正「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」內關於兩者區別之
辯正

摘 要

今日許多重大犯罪趨向國際性，成為影響世界各國社會安全最嚴重的問題之一。為有效預防以及追訴重大犯罪，國際及各國間的刑事司法互助和情資交換，也就日益普遍，但這兩者究竟有哪些差異？支配的原理原則有無不同？以及在訴訟時發生之法律效果等，均值得進一步研究。同時，這些措施對人民隱私權保障也容易造成侵害，故在法制設計上亦應一併重視。最後並論及新修正之「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」內與本文相關內容，作為

* 楊雲驊，國立政治大學法律系教授，e-mail: yang9230@nccu.edu.tw。

** 黃謀信，臺灣高等法院檢察署檢察官，e-mail: hms1@mail.moj.gov.tw。

結論。

關鍵字：情資交換、國際刑事司法互助、隱私權、聯合國反貪腐公約、調查取證、打擊犯罪、反洗錢

International Legal Assistance or Aid in Criminal Matters and Exchange of Information — Research of Newly-revised "Guidelines of Cross-Strait Exchange of Information and Intelligence"

Yang, Yun-Hua, Huang, Mou-Hsin*

Abstract

Nowadays, the internationalization of heinous crimes become one of the most significant societal security issues in the whole world. In order to prevent and to prosecute for those heinous crimes efficiently, both "international legal assistance or aid in criminal matters" and "exchange of information and intelligence" turn to be universal. However, further researches are essential especially under the following three topics: What are the differences between these two mechanisms? Whether its application principles are the same? Moreover, what are the legal outcomes under different criminal justice systems? Meanwhile, these mechanisms might infringe people's privacy, so that each scheme should be framed seriously. Finally, this research will also discuss the related contents in the newly-revised "Guidelines of Cross-Strait Exchange of Information and intelligence" as this — project's conclusion.

Key Words: exchange of information and intelligence, international legal

* Yang, Yun-Hua, Professor, College of Law, National Chengchi University , e-mail: yang9230@nccu.edu.tw

Huang, Mou-Hsin, Taiwan High Prosecutors Office, e-mail: hms1@mail.moj.gov.tw

**assistance or aid in criminal matters, privacy, United Nations
Convention against Corruption, investigation, fight against crime,
anti-money laundering**

壹、序言

隨著全球經濟、政治、文化聯繫的快捷與不斷深化，犯罪也隨之更趨國際性，成為影響世界各國社會安全最嚴重的問題之一。今日許多犯罪行為人，尤其是組織犯罪之行為人，容易跳脫傳統的犯罪地域性限制，經由網際網路與通訊等，建構出國際性犯罪活動，擴大對安全的挑戰與威脅，而跨境活動的增加與交通往來頻繁，更讓犯罪組織能夠將犯罪活動提昇至國際層面，犯罪活動遂出現專業化、科技化、規模化、跨境化的現象，經由這些特徵而結合的犯罪型態，諸如毒品、人口販運、洗錢、非法軍火買賣、偷渡，以及恐怖組織等的犯罪，皆是全球化與犯罪之間的互動結果，也造成各國的國安與治安雙重面向的威脅。其中特別是跨境犯罪者的產生，對於犯行影響所及的國家，由於傳統基於國家主權的尊重以及所帶來的限制等，不管是事前的犯罪預防，或是犯罪後之追訴或審判等，均造成不便或是巨大的負荷，如何有效的預防或訴追犯罪，避免國境成為跨境犯罪者的保護傘，遂成為各個國家間、區域內，甚至是全球共同關切的議題。

相應於此，傳統的國際刑事司法互助途徑與效能等，在近代國際現實情況下容易顯的捉襟見肘，尤其在現代電腦及網路發達的時代，快速的自他國取得資料以預防或追緝犯罪，亦即進行情資交換，遠較循司法互助途徑委請受請求國提供文件或卷宗以及答覆等，更為有效便捷！這對傳統國際刑事司法互助建構下之互助途徑、司法審判以及相關人民的自由權利保障等，帶來相當大的衝擊！本文就此將區別兩者的異同，分析我國立法與司法實務現況並提出檢討。

近來我國政府機關亦注意及此，例如依據海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第5點規定「雙方同意交換涉及犯罪有關情資，協助緝捕、遣返刑事犯與刑事嫌疑犯，並於必要時合作協查、偵辦。」據此規定，我國就兩岸間之犯罪情資交換，訂定了「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」，此作業要點嗣於民國104年6月1日經法務部修正生效。由該要點第3點修正說明中，可知該要點修正之主要目的之一即在區隔「情資交換」與「調查取證」之不同。此一修正是否符合相關學理以及有無應行檢討之處，本文最後亦提出若干意見以供參考。

貳、情資交換

近年來，各個國家間的執法合作逐漸受到重視，合作項目之一的情資交換，也隨著科技進步以及隱私權的注重等，成為討論焦點之一。如以區域劃分，現今世界上進行跨境刑事法互助最為積極與成熟的區域，當非歐盟莫屬。歐盟自戰後即發展出一連串歐洲刑事司法互助的措施與框架決議，作為各國間追訴跨國犯罪之準據¹。此外，歐盟也建置一套相當完整的犯罪情資交換與合作體制²，1999年5月1日生效的阿姆斯特丹條約（Amsterdam Treaty）將申根既存法規納入歐盟法律架構中，此項申根合作（Schengen Cooperation）廢除了歐盟會員國間的邊境管制，在人員及交通工具自由流通的同時，但同時亦對各會員國之境內安全與社會秩序產生了各種危害的可能，因此，歐盟會員國遂共同建置「申根資訊系統（Schengen Information System; SIS）」，藉由完善的資訊系統而共享彼此的犯罪情報體系，除使各會員國相關執法單位能有效排除具有威脅的人員入境外，更能掌握因人員自由流動所可能產生的各種不法情況之研判，故「申根資訊系統」乃歐盟會員國間廢除邊境管制及刑事司法與警政合作的重要先決條件。

此外，為了預防和訴追刑事犯罪之目的，有必要加強各國間跨境合作的必要，特別是在情資交換部分，故歐盟若干會員國於2005年5月27日在德國簽訂普于摩協定（**Prümer Vertrag**）³，目前已有德國、比利時、西班牙、法國、盧森堡、荷蘭、奧地利、芬蘭、挪威、斯洛凡尼亞以及匈牙利等國加入，其他歐盟會員國亦可加入，但非義務性。此協定規定，某簽約國的警政機關與刑事訴追機關可以直接進入其他簽約國的特定資訊系統，查詢如DNA資訊系統、指紋辨識系統以及車籍資料系統等，相關資訊的傳遞則由該國之

¹ 二十世紀二次大戰結束後，跨國犯罪大量增加，並成為重大的國際問題，為有效打擊跨國犯罪和維護國際社會的穩定，各國紛紛締結國際性或區域性公約以便進行刑事司法合作，國際刑事司法互助有了重大進展，例如1959年在歐洲委員會主持下簽訂「歐洲刑事司法互助公約」（Europäisches Übereinkommen über die Rechtshilfe in Strafsachen），明確規定國際刑事司法互助的三種形式，即送達司法文書、蒐集證據和進行刑事訴訟，這一公約對歐洲各國及其他地區的國家都產生了重要的影響。到二十世紀70年代後，又陸續出現「刑事訴訟管轄移轉」和「外國刑事判決的承認與執行」這些新型態的國際刑事司法互助方式。

² 林麗瑩，提升跨國犯罪追訴效能的刑事訴訟綜合運動——以歐盟對跨國刑事追訴的發展為中心，檢察新論第6期，2009年7月，頁49。

³

http://www.bmjv.de/SharedDocs/Downloads/DE/pdfs/Pruemmer_Vertrag.pdf?__blob=publicationFile

相關管轄機關負責，例如 DNA 資訊及指紋辨識系統在德國是由聯邦犯罪局，車籍資料部分則是聯邦交通部門。除此之外，還包括阻止恐怖主義的措施（如資訊交換、飛行安全）、避免非法移民（安置檔案分析以及協助遣返）以及如聯合警察行動，緊急追緝，協助重大事件，災害和嚴重事故與合作的要求等，當然，資訊安全保護也是本協定的重點。此一協定之內容亦在 2008 年的歐盟相關決議中被採納。以敏感的 DNA 資訊為例，普于摩協定第 7 條雖規定被請求國負有義務基於請求於進行中的偵查或刑事程序取得可作為 DNA 檢驗之物體，然此規定並非將檢體送交請求國，而是在被請求國化驗後將 DNA 資料給予請求國。請求中必須說明 DNA 檢驗是基於何種目的為必要，以及附上採取檢體和化驗的命令或解釋為採取檢體和化驗的要件存在。普于摩條約第 7 條亦規定所請求的司法互助行為亦須滿足被請求國法的法律要件始得允許。而在 2009 年 2 月 26 日的歐盟框架決議中，規定會員國間的刑事統計資料系統的建立與自動交換（ECRIS）。

除歐盟自己會員國外，與非歐盟國家，特別是美國，對於相關情資交換事項亦有相關的雙邊條約。德國與美國於 2008 年亦簽訂兩國加強預防與對抗重大犯罪的條約（**Das Abkommen über die Vertiefung der Zusammenarbeit bei der Verhinderung und Bekämpfung schwerwiegender Kriminalität**）⁴，此條約內容並成為其他歐盟國家與美國締結類似雙邊條約的範本，並於 2011 年生效⁵。內容包括姓名、出生地、國籍、指紋以及其他相關恐怖犯罪嫌疑之資訊等，還包括指紋與 DNA 資料系統的自動交換等。

而聯合國框架下的國際公約，值得參考者乃「聯合國反腐敗公約」之相關規定。在公約第四章所規定的國際合作內第 48 條「執法合作」內即有各締約國應在符合其國家法律制度及行政管理之情況相互密切合作，以加強打擊本公約所定犯罪執法行動有效性之要求。締約國尤應採取有效措施：「加強並在必要時建立各締約國主管機關、機構及部門間之聯繫管道，以促進安全與迅速地交換本公約所定犯罪之各個方面情報；如相關締約國認為適當者，得包括與其他犯罪活動相連結之情報」；「與其他締約國就調查本公約所定犯罪之下列事項進行合作：1 此類犯罪嫌疑人之身分、所在地及活動，或其他相關人員之所在地；2 來自此類犯罪之犯罪所得或財產流向；3 利用或意圖利用於觸犯此類犯罪之財產、設備或其他工具流向」；「在適當之情況，提供

⁴ <http://www.vorratsdatenspeicherung.de/content/view/253/1/lang,de/>

⁵ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 20.

必要數目或數量之物品，以供分析或偵查使用」；「在適當之情況，就觸犯本公約所定犯罪而採用之具體手段及方法，與其他締約國酌情交換資料，包括利用假身分、變造、偽造或假冒證件及其他掩飾活動之手段」；「促進各締約國主管機關、機構及部門間之有效協調，並加強人員和其他專家之交流，包括依相關締約國間之雙邊協定和安排，派駐聯絡官員」以及「交換情報及協調採取適當之行政和其他措施，以利儘早查明本公約所定之犯罪」等。與國際司法合作有關的援助或交流措施，主要係指公約第六章「技術援助與資訊交換」（Technical Assistance and Information Exchange）之相關內容。1990年聯合國預防犯罪與罪犯處遇大會（the Prevention of Crime and the Treatment of Offenders）所通過之「反腐敗實際措施」中亦指出，國際合作也可以採納交流資料與情報交換的形式，且應當盡快展開研究，協助各國設計、制定與執行聯合策略與合作布局，從而防止與控制腐敗活動。更重要的是，對於缺乏資源與基礎設施來打擊腐敗犯罪的國家，應當提供技術上之合作。

但要注意的是，廣泛、快速的跨境情資交換固然有助於犯罪的預防與訴追，但同時也造成個人隱私被侵害的高度危險，因為各國資料庫內存放著包含各種個人資料，甚至生物辨識的大型資訊系統，由於儲存了許多個人的敏感資訊，這些資訊不再只限制於辨識犯罪者，亦可能擴及一般人民而造成侵害，因而使用這些資料庫有無觸犯個人隱私權遂成為大眾關注之議題，歐盟在建立情資交換系統的同時，亦建置了相關個人資料保護之法制，2008年11月歐盟理事會通過了「刑事警察與司法合作下個人資料保護框架決定」，而2009年12月里斯本條約生效後，歐盟基本權利憲章（Charter of Fundamental Right）第8條保護個人資料之規定，將對各會員國產生約束力，根據該憲章，「個人資料應基於特定目的，經過個人同意或根據資料保護獨立機構制訂的法律基礎下，才可以進行處理」，因而各會員國均須修正內國法中相關之個人資料保護法制，以確立歐盟公民之個人資訊自決權保障及相關補償措施的設置。

參、刑事司法互助調查取證下的 「物件、文件以及卷宗之交付」

刑事司法互助在傳統上通常被區分為大司法互助（große Rechtshilfe，即引渡）、其他或小司法互助（Sonstige oder Kleine Rechtshilfe）以及代理追訴

和刑事執行 (stellvertretende Strafverfolgung und Strafvollstreckung)。大司法互助是為了刑事追訴或執行而將犯罪嫌疑人或已受有罪判決之人強制移交到其他國家，亦即為引渡 (Auslieferung)；小司法互助則是包含了不同型態的合作形式，譬如證據之法律互助 (Beweisrechtshilfe)、送達、提供情報等等⁶。代理追訴及刑事執行則係為他國進行刑事追訴以及執行他國確定之刑事判決。以德國國際刑事司法互助法 (Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 簡稱 IRG) 為例，該法共計 11 章，99 個條文。包括適用範圍、引渡至國外、過境引渡 (穿越引渡)、經由執行外國判決之法律協助、其他司法互助、發出請求、一般規定、歐盟成員國間之協助、與歐盟間之執行互助與歐盟間之其他司法互助等範圍，除歐盟間之特殊規範外，主要可分為三大類，亦即引渡、執行外國判決與其他司法互助等三大部分。而上開第三大類「其他司法互助」，則是指除引渡、執行外國判決以外之其他項目均包括在內。其他司法互助係規定於德國國際刑事司法互助法中的第五章 (第 59 條到 67a 條)，包括給予答覆或刑事紀錄摘要、送達訴訟文書以及法院判決、訊問證人、鑑定人和被告、搜索和扣押、暫時移交等項目，從這些條文中可以瞭解德國是否以及如何執行他國所提出的司法互助。至於德國向他國請求司法互助之依據，是規定在第 69 條以下，而第 72 條僅有少數規範，許多內容須經由德國國際刑事司法互助指令方針補充。要注意的是，基於條約優先原則，德國國際刑事司法互助法第 59 條以下之規定僅規範無條約的司法互助或國際條約無優先規定的情形⁷。

德國國際刑事司法互助法第 66 條規定了物件、文件以及卷宗之交付，這些屬於引渡以外的刑事司法互助種類之一，或稱小司法互助的項目之一，除應遵循國際刑事司法互助的程序之外，在要件上特別要求雙重可罰原則，亦即要求該些物件、文件或卷宗交付所據之行為在德國亦構成刑罰或秩序罰。此外，其許可之要件亦較為嚴格，例如同條第 2 項內即要求，必須要有請求國管轄機關之扣押令發佈，或是如果該物件位於請求國境內，該國管轄機關聲明扣押之要件亦已構成方可。又最後必須要確保第三人對於物件之權利不受影響且當交出物件時已聲明使用物件完時須立刻交回時，此物件於德國請求返還時會立即交還給德國機關。原則上第三人只應忍受由於交出物件而對其占有及使用權之必要限制，對於財產、所有權或商業秘密保護的影響則不

⁶ Gless, Internationales Strafrecht, 2001, S. 77.

⁷ 德國國際刑事司法互助法第 1 條第 3 項。

必忍受，此處第三人指的是非正犯、共犯或包庇、贓物罪的嫌疑人⁸。返還地則是提出物件前物件於內國保存之所在地，除非請求國拋棄此物。

提出物件，亦即交出實體物，原則上是依被請求國之內國法⁹。德國發出提出請求是依德國國際刑事司法互助指令方針第 114 條和德國國際刑事司法互助指令方針範本第 28 和 29 點等。德國接受請求國提出請求後，依第 66 條第 1 項第 1 款可以基於外國管轄機關之請求交出於外國程序可作為證據方法的物件。本規定解釋範圍甚廣，實務見解允許依本條交出所有依外國之角度具有證據重要性（Beweiserheblichkeit）的所有物件¹⁰。交出私人之文件或卷證亦是依據第 66 條，但如是提出存於法院、檢察機構或其他機關的文件或卷證是依第 59 條。

肆、「情資交換」與「調查取證」之差異

學說上對於「調查取證」與「情資交換」之關係，尤其後者是否係國際刑事司法互助的種類之一，有相當不同看法。持否定見解者，僅認為「調查取證」係狹義之刑事司法互助種類之一，並不認為「情資交換」係一種刑事司法互助類型；持肯定看法者，則認為「情資交換」係最傳統之司法互助行為，因僅涉及非正式之情資蒐集與交換，未要求進行任何指定之法定程序，藉由各個辦案單位的聯繫窗口，請對方調查犯罪嫌疑人是否位於對方國境內、是否於該國置產等等，乃係一種打探情資的方法。在進行途徑上，「調查取證」係依據各國間（請求國與協助國）之司法互助條約、協定及各該國刑事司法互助法之規定，因而取得證據之正式司法互助程序。通常係以雙方之最高司法行政部門為窗口，經由協助國之最高司法行政部門指派該國之有權取證官署進行取證，協助國官署則可能係透過任意偵查或強制偵查之手段取得該證據；而「情資交換」則係非正式之國際刑事司法互助意義下之調查取證途徑，不經由最高司法行政部門，乃經由雙方之執法機關間透過資訊提供、交換之方法，兩者間有相當之差異¹¹。以申根執行公約（ÜBEREINKOMMEN ZUR DURCHFÜHRUNG DES ÜBEREINKOMMENS VON SCHENGEN vom 14. Juni 1985）為例，該公約第 3 章「警察與安全」第 1 節「警察共同合作」內

⁸ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S.192.

⁹ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S.190.

¹⁰ BGHSt, 20, 170, 173.

¹¹ 黃謀信，論「犯罪情資」之定性，刑事法雜誌，第 55 卷第 4 期，2011 年 8 月，頁 94。

之第 39 條第 1 項，即對於各簽約國警察間之資訊交換的項目、要件及限制等為規定，依此，各公約締約國之警察單位為了有效的預防以及追訴犯罪，應依據其內國法律規定以及主管事務範圍等相互協助，但此一協助並非毫無限制，當協助之請求以及執行屬於司法機關保留，或是需動用到強制處分始能完成者，即不在協助範圍內。

我方與陸方簽訂之海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第 5 點規定「雙方同意交換涉及犯罪有關情資，協助緝捕、遣返刑事犯與刑事嫌疑犯，並於必要時合作協查、偵辦。」，將兩岸間之犯罪情資交換，規定於第二章之「共同打擊犯罪」章，而同協議第 8 點規定「雙方同意依己方規定相互協助調查取證，包括取得證言及陳述；提供書證、物證及視聽資料；確定關係人所在或確認其身分；勘驗、鑑定、檢查、訪視、調查；搜索及扣押等。」，則將兩岸間之調查取證，規定於第三章之「司法互助」章。可見，此協議除了區別「情資交換」與「調查取證」之不同外，似未將「情資交換」定性為「司法互助」之一部分¹²。

本文認為，國際刑事司法互助概念下之「調查取證」，主要係依據各國間之司法互助條約、協定及各該國內國法之規定等，因而取得證據之正式司法互助程序。通常係以雙方之最高司法行政部門為窗口，經由取證國之最高司法行政部門指派該國之有權取證官署進行取證，取證國官署可能係透過任意偵查或強制偵查之手段取得該證據，然後依循官方途徑將之交給請求國。而一般所稱「情資交換」則係前述「調查取證」以外之取得特定資訊途徑，通常不經由最高司法行政部門，乃經由雙方之執法機關間（例如雙方警察機關）直接聯繫或透過國際交換情資平台以任意偵查手段取得資訊之方法¹³。

兩者的不同點可簡要分述如下：

一、權力屬性不同

一般而言，刑事司法互助下的調查取證進行通常是對已經發生的具體刑事案件，由被請求國的刑事司法機關接受請求國之請求後，依法對於司法偵查、審判或執行等予以協助，故其屬性較偏重司法性質，事實上進行的被請求國機關為司法機關。而在執法合作下之情資交換，目的主要在於預防或查

¹² 黃謀信，論「犯罪情資」之定性，刑事法雜誌，第 55 卷第 4 期，2011 年 8 月，頁 98。

¹³ 黃謀信，論「犯罪情資」之定性，刑事法雜誌，第 55 卷第 4 期，2011 年 8 月，頁 94。

緝犯罪或行政違法行為而進行，很可能是針對尚未發生，或是僅有初始嫌疑的情況就進行，而其對象亦不需要特定具體之案件，故其性質較偏向行政。

二、取證管道不同

「情資交換」程序因涉及各國執法機關間之預防與追緝犯罪，貴在犯罪情資取得之迅速性與機動性，乃著眼於犯罪情資之「取得」，此與「調查取證」程序係重視該證據之在訴訟程序中之「使用與評價」，有本質上之差異。因犯罪之偵辦與預防等常具有時效性及即時性，故各國執法機關間為迅速取得情資，常以各種機動、靈活之方式直接迅速的進行犯罪情資之交換，並未如刑事司法互助中「調查取證」程序需經過雙方最高司法行政部門之往返而進行複雜之取證程序。

三、規範依據及法律效果不同

刑事司法互助「調查取證」程序係依據各國間之司法互助條約、協定、國際公約及各國之內國法，例如刑事司法互助法等法源依據，所進行之正式司法互助程序。惟各國之刑事司法互助法內，通常並未規範「情資交換」程序¹⁴。因「調查取證」程序係依據各國間之司法互助條約、協定及各國之刑事司法互助法等法源進行取證程序，此即產生證據之取得是否依據相關法源規定所取得及各國之刑事訴訟法之證據評價問題，換言之，即是否構成證據禁止使用之問題。而「情資交換」程序因未規範在前述之相關法源內，一般並非在相關國際刑事司法互助法律內詳加規定，而實際上各國間進行情資交換的程序也較為簡略，相較之下，較為簡便而可免除繁複之程序與要件。在

¹⁴ 要注意的是，近期相關國際公約積極倡導「主動互助模式」，讓掌握相關重要犯罪證據或情報的國家，在還沒有得到有關國家的司法互助請求時，化被動為主動，積極提供其他締約國幫助，成為近年來相關國際公約的熱烈討論議題。1988年的聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥物公約首次有了重大突破，2000年「打擊跨國有組織犯罪公約」第18條第4項更明確規定，締約國主管當局如果認為與刑事事項有關的資訊可能有助於另一國主管當局進行或者順利完成調查和刑事訴訟程序，或者可以促使其根據本公約提出互助請求時，在不影響本國法律的情況下，可無須事先接受請求而向該另一國主管當局主動提供相關資訊。「聯合國反貪腐公約」第46條第4項承繼與「打擊跨國有組織犯罪公約」基本上相同的規定，因此，其提供了一項法律基礎，以便一締約國在另一締約國未提出互助請求，甚至可能完全不知存在有關資料或證據的情況下，向該國提供其認為對於打擊公約所涵蓋的犯罪的重要資料和證據，但要在不影響本國法律的前提下進行：「締約國主管機關如認為與刑事案件有關之資料可能有助於另一締約國主管機關進行或順利完成調查和刑事訴訟程序，或得促使其依本公約提出請求者，在不影響其國家法律之情況及無事先之請求時，向該另一締約國主管機關提供此類資料。」

近代，國際間為有效打擊犯罪，國際性、區域性或各國間跨境的警察合作日益普遍，但警察合作也引發新的問題，主要在於各國警察間是否需要特別的規範，因為各國間警察的合作越來越密切，例如相關資料間的交換。但此種發展長期來看可能會造成架空本屬司法機關的法律互助程序¹⁵。

故為免有故意逃避法定程序而實質進行取證之「以情資交換之名，行調查取證之實」之情事，則在「情資交換」程序，前揭證據禁止之內涵，另尚應審查是否有恣意「以情資交換之名，行調查取證之實」之情事。而在非恣意規避之情形下，應如何評價該情資交換所得之證據資料，有主張基於尊重他國主權的考慮及國際合作之互惠原則，應讓資訊提供國有審查同意的空間。至於資訊提供國之審查同意模式，立法例上有若經被請求國明示同意者，即非禁止使用；有當被請求國反對時，應禁止使用¹⁶。

四、取證國是否使用強制手段不同

「調查取證」之請求項目甚為多種，有如搜索、扣押、凍結財產及監聽等涉及取證國強制處分之行使，亦有如物件、卷宗等之交付，故在「調查取證」程序，取證國可能係透過任意偵查或強制偵查之手段取得證據。而「情資交換」程序在取證國則因非屬前揭法源所規範之刑事司法互助範圍，且其目的在於快速的自受請求國取得如姓名、出生地、國籍、指紋、車籍資料、銀行帳戶以及前科紀錄等，取證國一般是自其資料庫內之現有資料快速提供，並不需要，也難據以發動另外之強制手段取得相關資料，故通常以非具強制性的手段進行取得資訊以及交換。

五、合作條件與所受限制不同

刑事司法互助指的是各主權國家之間，為實現各自的司法管轄權而相互提供刑事司法行為之活動。國際刑事司法互助是基於國家主權之限制以及對於其他國家主權之尊重而發生，因為在他國進行偵查、取證、扣押或逮捕等高權行為，是對他國之國家主權造成妨害或侵犯，如果沒有透過國際刑事司法互助，這些措施由於國家主權受限的緣故，不得在他國實施¹⁷。如果未經

¹⁵ Gless, Internationales Strafrecht, 2001, S. 72.

¹⁶ 楊雲驊，境外取得刑事證據之證據能力判斷：以違反國際刑事司法互助原則及境外訊問證人為中心，台大法學論叢，第43卷第4期，2014.12，頁1533以下。

¹⁷ Gless, Internationales Strafrecht, 2001, S. 67.

司法互助，擅自於他國進行司法高權行為，屬嚴重違反國際法，所取得之結果也會在司法程序中遭到重大障礙。因此，在尊重以及維護國家主權的考慮下，國際刑事司法互助受有許多來自引渡法理而予以限制或條件，例如「國民不引渡」、「雙重犯罪原則」、「特定性原則」、「政治、軍事、財稅等犯罪拒絕」、「死刑不引渡」、「一事不再理」、「正當程序」以及「公序良俗」等。但在情資交換，因僅是相關資料提出給請求國，原則上其所受之限制較國際刑事司法互助為少。

六、取證項目或有不同，但無排他性

各國於相關刑事司法互助之法源內均就「調查取證」程序得請求及提供互助之項目予以特定及類型化，諸如：搜索、扣押、確定關係人所在、取得證言、取得物件、文書、卷宗等項目，惟此請求內容本身並非「情資交換」與「調查取證」二者本質性之差異，亦即透過刑事司法互助所取得物件、文書、卷宗等，與藉由情資交換所取得之資料，並非在概念上即可截然劃分，在實務上，有些甚至相互重合，故兩者間應無排他性。因此，請求國若經由「情資交換」程序提出前開各種本屬刑事司法互助方式之請求，被請求國若願意提供協助，就請求國而言，自非不可。畢竟，就取得之目的而言，既然取證國願意就該等特定項目提供協助，請求國自可用於犯罪預防或偵查，無逕行排斥不用之理，至於取得證據資料之證據能力，亦即在法院審理程序可否作為證據使用之問題，則是另外一回事，詳如後述。

伍、情資交換的現代化—主動互助模式

傳統的國際刑事司法互助，是在請求國對被請求國提出要求後，由被請求國審查各項程序及實體要件是否符合後，才決定是否予以互助。但隨著跨國犯罪危害的日益嚴重，不僅對於受害國造成嚴重侵害，也損害了國際社會的共同利益和基本價值，這種局限於被動、消極的互助方式，能否有效預防、訴追跨國犯罪，引起許多質疑。因此，掌握相關重要犯罪證據或情報的國家，能否在還沒有得到有關國家的司法互助請求時，化被動為主動，積極提供其他締約國幫助，成為近年來相關國際公約的熱烈討論議題。1988年的聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥物公約首次有了重大突破，2000年「打擊跨國有組織犯罪公約」第18條第4項更明確規定，締約國主管當局如果認為與刑事事項有關的資訊可能有助於另一國主管當局進行或者順利完成調查和刑事

訴訟程序，或者可以促成其根據本公約提出互助請求時，在不影響本國法律的情況下，可無須事先接受請求而向該另一國主管當局主動提供相關資訊。「聯合國反貪腐公約」第 46 條第 4 項承繼與「打擊跨國有組織犯罪公約」基本上相同的規定，因此，其提供了一項法律基礎，以便一締約國在另一締約國未提出互助請求，甚至可能完全不知存在有關資料或證據的情況下，向該國提供其認為對於打擊公約所涵蓋的犯罪的重要資料和證據，但要在不影響本國法律的前提下進行：「締約國主管機關如認為與刑事案件有關之資料可能有助於另一締約國主管機關進行或順利完成調查和刑事訴訟程序，或得促使其依本公約提出請求者，在不影響其國家法律之情況及無事先之請求時，向該另一締約國主管機關提供此類資料。」在公約資產的追回專章第 56 條特別合作中也規定了各締約國無須事先請求而可向該另一締約國轉發相關資料¹⁸。將主動司法互助延伸至犯罪所得資產追回的區塊，是對先前「聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥物公約」和「打擊跨國有組織犯罪公約」等公約先例的補充。按此，反貪腐公約的規定讓國際刑事司法互助的進行更加有效和全面，使國際刑事司法互助從傳統之被動請求提供互助，擴展到即使沒有他國請求，本國也可主動提供司法互助，拓展了國際社會在反貪腐犯罪領域開展合作的廣度和深度，提高了合作密度、希望各締約國國間進行更緊密，更提早的合作成果和效率。

以德國為例，德國國際刑事司法互助法即因應反貪腐公約及歐盟共同反貪腐之要求，新增了若干規定，俾以兼顧主動傳送資料之要求以及對於個人資料之控管。在 2005 年以前之國際刑事司法互助法內並無「資訊傳遞 (Datenübermittlung)」此一項目，2005 年以後，因應歐盟 2000 年制定之「歐盟國家間刑事司法互助協定 (Übereinkommen - gemäß Artikel 34 des Vertrags über die Europäische Union vom Rat erstellt - Rechtshilfe in Strafsachen zwischen den Mitgliedstaaten der Europäischen Union vom 29. Mai 2000)」，於其國際刑事司法互助法第 61a 條以下增定若干資訊傳遞的條文，設有嚴格之限制¹⁹：

¹⁸ 在不影響其國家法律之情況，各締約國均應努力採取措施，以利在認為揭露本公約所定犯罪之所得資料，可能有助於接收資料締約國啟動或實行偵查、起訴或審判程序，或促使該締約國依本章提出請求時，及在不影響其國家偵查、起訴或審判程序之情況，無須事先請求，即向該另一締約國傳送此類資料。

¹⁹ Schomburg/Lagodny/Gless/Hackner, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 5. Auflage, 2012, § 61a ff.

第 61a 條

(1) 法院與檢察署可以在未有請求之情況下，將因刑事偵查所得之個人資訊傳遞給其他國家或介於國家間或超國界組織之公部門，只要

1. 在無請求之情況，也將會傳遞給德國法院或檢察署
2. 有事實足認，此傳遞確有必要，以便
 - a) 收件國準備提出司法互助進行一在德國法最高可處超過五年犯罪行為之刑事訴追或執行，以及當此一請求提出時，允許提供司法互助之要件將構成者
 - b) 在個案上，對於國家存續或安全，或對於人之身體、生命或自由之危險，或者對於涉及公益所需而有重大價值之物等，存在危險需去除，或是阻止如前款所稱之犯罪者，以及
3. 接受資訊傳遞之機構對於第 2 款相關措施具有管轄權。當接受國保證可提供適當之個資保護程度者，第 1 句第 2 款 a 適用之，當對於最高可處五年以上自由刑之犯罪行為傳遞於此機構具有重要意義。

(2) 傳遞必須與以下條件連結，即

- a) 遵守依據德國法之銷毀時期或銷毀檢查時間
- b) 傳遞之資訊僅能於傳遞的目的範圍內使用
- c) 傳遞之資訊在依據第 4 項告知之情形後，立刻予以銷毀或更正。

(3) 對於法院或檢察署，在個案時涉及人民值得保護利益排除此一傳遞—考慮個資傳遞特別之公共利益—明顯較優越時，不准傳遞。接收國家是否有適當之個資保護水準，亦屬於涉及人民值得保護利益。

(4) 當證明個人資訊屬禁止被傳遞，或是傳遞了不正確的個人資訊，應立即通知接受國。

在立法與實務上，德國還注意刑事司法互助之「調查取證」與此種「資訊傳遞」之區別。如上述，國際刑事司法互助法第 61a 條以下增定若干資訊傳遞的條文。後來至 2012 年更通過「簡化歐盟成員國刑事司法機關間資訊交換法 (Gesetz über die Vereinfachung des Austauschs von Informationen und Erkenntnissen zwischen den Strafverfolgungsbehörden der Mitgliedstaaten der Europäischen Union)」，在此法案中，共計有國際刑事司法互助法、刑事訴訟法、聯邦刑事犯罪局法、聯邦警察法、邊境追緝職務法、海關行政法、對抗秘密雇用法、社會法第十章、稅法等九部法律內相關條文修訂或新增。堪稱近來對資訊交換最完整修正的包裹立法，其中廣泛的規定國際刑事司法互助領域及國際間行政的資訊交換，對其區分、要件、拒絕事由、監督等規定。

另外，對於非歐盟國家，德國主要在聯邦刑事犯罪局法第 14 條「國際領域合作」內，規定國際間相關資訊之傳送、使用、限制、銷毀等事由。

聯合國反貪腐公約施行法第 1 條內，即將「加強反貪腐之國際合作、技術援助、資訊交流，確保不法資產之追回」，明定為本法的立法目的之一。第 2 條前段明定公約所揭示之規定，具有國內法律之效力。第 7 條復要求「各級政府機關應依公約規定之內容，檢討所主管之法令及行政措施，有不符公約規定者，應於本法施行後三年內，完成法令之制（訂）定、修正或廢止及行政措施之改進。」因此，情資交換在我國法之發展已經不限於傳統被動式的向外國地區提供其所希望獲得之相關資訊，甚至包括在沒有請求的情況下，我國亦可主動向他國提供。但在與外國情資交換，甚至發展到如聯合國相關公約之主動互助模式運作時，所涉及資訊，尤其是涉及個人之資訊，將可能大量的傳送至其他國家，這對於個人資料保護將發生衝擊，而個人資料的涉及私密程度、涉及犯罪之輕重、互惠之允諾、受傳送國家之個人資料保護水平以及返還、銷毀或再傳送之限制等，於立法及執行時都要一併考慮。

陸、我國調查取證下的物件、文件以及 卷宗之交付與情資交換

以下就法規層面及實務操作進行分析。

一、法律規範不足

國際刑事司法互助係各主權國家之間為實現各自的司法管轄權而相互提供刑事司法行為之活動，與單一主權國家內進行刑事司法大不相同，故此一司法互助的原理原則與限制，以及在國內如何被實踐、操作等，需做另外之處理。在與他國的合作上，可能是藉由雙邊或多邊的條約、國際或區域性的公約、雙邊協定、備忘錄，甚至是個案先例、默契等而進行，尤其是我國在外交與國際政治現實面等均遭遇到不少現實障礙，往往無法順利與多數國家締結雙邊條約或加入國際公約。但無論與外國間的互助基礎與合作管道為何，在內國法部分，不論是請求協助或受請求協助，涉及內國機關權限、程序、裁判、執行以及救濟的複雜事項，需要內國法對此做完整且詳盡之規定。

德國國際刑事司法互助法第 66 條規定了物件、文件以及卷宗之交付，條文內詳載此一互助方式的範圍、要件、限制以及保留條款等。在我國，至今

仍無總則性規範的司法互助法，有關國際刑事司法互助之法律，散見於「引渡法」、「外國法院委託事件協助法」以及民國 102 年 1 月 23 日公布的「跨國移交受刑人法」等。惟引渡法在實務上適用之案例可說是沒有，因為實務絕大部分都是以前入境或移民的法規處理²⁰。而外國法院委託事件協助法則是僅規範外國法院所委託之事件，但國係刑事司法互助請求大多是在偵查階段中檢警所請求，審判階段多是文書的送達，故此法規範的範圍十分狹隘，於實務上不敷使用，有修正的必要²¹。至於跨國移交受刑人法僅處理受判決確定人移交之末端問題，對於以上所提到之小刑事司法互助範圍（例如給予答覆或交付物件、文書、送達訴訟文書以及法院判決、訊問證人、鑑定人和被告、搜索和扣押等），可說沒有整體性的法律規範²²。綜上可知，我國現行法除嚴重規範密度不足外，並就個別司法互助領域加以區別規範，另就審判程序與偵查程序區分規範，因而不論就法律主管機關以及適用領域，均可能有相互切割而缺乏整體協調性，甚至政策不一之危險。在國際司法互助議題上，主管機關分別負有對內協調及對外聯繫之功能。亦即，主管機關對外應協調相關部會，以決定是否提出或同意司法互助之請求。對外而言，主管機關乃係國際聯絡之窗口，就司法互助請求之提出，以及外國司法互助請求之接受，均扮演關鍵之角色，同時，主管機關並肩負決定之理由之說明，執行進度之告知等責任。因而，若因不同領域或不同偵查審判程序階段主管機關而有所不同，不論在對內協調乃至於對外聯繫上均將產生執行上之困難。

²⁰ 楊雲驊，境外取得刑事證據之證據能力判斷：以違反國際刑事司法互助原則及境外訊問證人為中心，台大法學論叢，第 43 卷第 4 期，2014.12，頁 1533 以下。

²¹ 蔡碧玉，我國國際刑事司法互助的現況與發展，軍法專刊，55 卷 1 期，2009 年 2 月，頁 162。

²² 在個別的協定或協議內，則有相當清楚的規定，例如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第 2 條的協助之範圍計有：1、締約雙方應經其所屬領土內之相關主管機關，依本協定之規定，提供有關調查、追訴、犯罪防制及相關刑事司法程序中之相互協助。2、協助應包括：（1）取得證言或陳述；（2）提供供證之文件、紀錄及物品；（3）確定關係人之所在或確認其身分；（4）送達文件；（5）為作證或其他目的而解送受拘禁人；（6）執行搜索及扣押之請求；（7）協助凍結及沒收資產、歸還補償、罰金之執行程序；（8）不違反受請求方所屬領土內法律之任何形式之協助。與大陸地區簽訂之海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議內第 8 點則明定「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」。

目前現況下，我國法制對於國際刑事司法互助下之調查取證，包括其方式、種類、審查機關及許可要件等，迄今尚無一統一式的基本法律規範，可說是處於嚴重的立法落後階段²³。

對於涉及犯罪資訊的公開、傳遞及使用等，尤其是涉及個人資料部分，我國現有為數不少的資訊保護及使用規定，如：刑事訴訟法、政府資訊公開法、國家機密保護法、檔案法、營業秘密法及其它特別法中之保密規定等，但對於如國際刑事合作下的資訊交換，甚至如反貪腐公約基於國際刑事司法互助所定的國際傳輸，或是主動傳輸等，目前法律付之闕如。個人資料保護法第 21 條雖有規定：「非公務機關為國際傳輸個人資料，而有下列情形之一者，中央目的事業主管機關得限制之：一、涉及國家重大利益。二、國際條約或協定有特別規定。三、接受國對於個人資料之保護未有完善之法規，致有損當事人權益之虞。四、以迂迴方法向第三國（地區）傳輸個人資料規避本法。」但顯然並非規範司法機關基於國際刑事司法互助所定的國際傳輸。警察職權行使法第 16 條第 1 項規定：「警察於其行使職權之目的範圍內，必要時，得依其他機關之請求，傳遞與個人有關之資料。其他機關亦得依警察之請求，傳遞其保存與個人有關之資料。」亦未規範這裡所討論的國際情資交換與主動國際傳輸。在與外國或地區之個別條約或協議部分，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第二條「協助之範圍」內有「（8）不違反受請求方所屬領土內法律之任何形式之協助。」之規定，而相關之「檢察及調查機關執行我國與美國間刑事司法互助協定作業要點」第 14 點即規定「檢察調查機關關於犯罪情資之交換及蒐集或其他行政協助事項，如未涉及執法機關公權力之發動與執行者，得逕與美國相關執法單位連繫，互相提供協助，但應留存連繫紀錄陳報所屬機關長官備查。」但對於情資之內容及允許交換之法律依據等，尤其是涉及個人資料部分，與司法院釋字第 603 號內揭示之「個人自主控制個人資料之資訊隱私權」及「法律保留」等要求，似有未合²⁴。另基於海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第 5 點

²³ 楊雲驊，境外取得刑事證據之證據能力判斷：以違反國際刑事司法互助原則及境外訊問證人為中心，台大法學論叢，第 43 卷第 4 期，2014.12，頁 1533 以下。

²⁴ 依據我國釋憲實務（主要見釋字第 603 號），隱私權雖非憲法明文列舉之權利，惟基於人性尊嚴與個人主體性之維護及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於他人侵擾及個人資料之自主控制，隱私權乃為不可或缺之基本權利，而受憲法第二十二條所保障。其中就個人自主控制個人資料之資訊隱私權而言，乃保障人民決定是否揭露其個人資料、及在何種範圍內、於何時、以何種方式、向何人揭露之決定權，並保障人民對其

所制定之「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」第2點規定「與犯罪有關的情報與資訊」，該要點修正前第3點規定包括涉及年籍、指紋、血型、去氧核醣核酸資料、前案紀錄、車籍資料、信用卡申請及交易資料、入出境紀錄、保險契約內容、電話號碼、網路帳號、金融帳戶號碼、通聯紀錄、監察通訊所得資料、金融交易明細、財產總歸戶、納稅資料、財務狀況等相關資料，其中「與犯罪相關之情報或資訊」之概念頗為空泛，且可提供陸方之犯罪情資幾乎涵蓋個人日常生活之資訊（如信用卡申請及交易資料、入出境紀錄、金融交易明細、納稅資料、財務狀況以及通聯記錄及通訊監察所得資料等）及涉及重大隱私之生物特徵（含指紋、DNA、血型及前案紀錄等），已幾乎是臺灣檢察官所有權限範圍內能調取之資料，均得提供予大陸地區做情資交換使用²⁵。此兩岸司法互助協議因未經立法院審議已遭不少意見質疑其正當性，而據此所頒佈之兩岸犯罪情資交換要點更直接涉及人民資訊自主權，且該要點中亦存有甚多要件不明及含糊之定義，我國相關執法機構據此而提供陸方有關人民之隱私資料，恐有相當疑慮。同作業要點第3點雖規定應依臺灣地區法令規定辦理，但該規定對關資訊保密、用途限制等內容過於簡略，對人民自由權利侵害難以控制，應有進一步的細節規範。該要點於104年6月1日修正後已刪除前開第3點可提供之情資內容規定，增訂第10點規定「臺灣地區相關機關提供犯罪情資予大陸地區主管機關，應符合個人資料保護法、國家機密保護法、營業秘密法、政府資訊公開法、兒童及少年福利與權益保障法、少年事件處理法、性侵害犯罪防治法、去氧核醣核酸採樣條例、通訊保障及監察法、保險法、銀行法、稅捐稽徵法及其他相關法令規定。」惟此次修正僅係增訂臚列應符合已存在之相關法律規定，此對上開提供陸方有關人民隱私資料之疑慮，仍未獲得釋疑。

在與國際組織犯罪情資交換部分，目前我國有加入亞太洗錢防制組織（The Asia/Pacific Group on Money Laundering, APG）、艾格蒙國際聯盟（The Egmont Group Financial Intelligence Units, FIUs），此等國際組織會掌握世界各國的洗錢情資與會員國間彼此交換訊息與通報，藉此防止國際間的洗錢活動。透過這些組織，會員國間可以進行情資的交換與分享。而在各國之FIU

個人資料之使用有知悉與控制權及資料記載錯誤之更正權。憲法對資訊隱私權之保障並非絕對，國家得於符合憲法第二十三條規定意旨之範圍內，以法律明確規定對之予以適當之限制。

²⁵ 黃謀信，論「犯罪情資」之定性，刑事法雜誌，第55卷第4期，2011年8月，頁91-100。

中，與臺灣關係最為密切者，係美國之 FIU，美國之 FIU 稱為「美國財政部金融犯罪執法機構」(The Financial Crimes Enforcement Network of the U.S. Treasury)，簡稱為「FinCEN」。臺灣目前最常收到之情資，即係來自 FinCEN 之情資交換報告。當金融交易或海關之各種「疑似洗錢交易報告」(STR) 進入 FinCEN 後，FinCEN 會以不同之「DCN」(Document Controlled Number) 控管予以分析，不同之「DCN」再歸納為各種「可疑交易報告」(Suspicious Activity Report)，最後再綜整不同之交易報告，成為 FinCEN 的報告。此外，我國目前係由法務部調查局洗錢防制處擔任接受及傳遞洗錢情報之聯繫窗口。金融機構所為之一定金額以上之通貨交易或依據一定徵候認定為疑似洗錢之交易，均應確認客戶身分並留存交易紀錄，並向法務部調查局洗錢防制處通報。且旅客或隨交通工具服務之人員出入國境，攜帶超過一定金額之外幣現鈔或有價證券，向海關申報後，海關亦需將此申報資料匯送法務部調查局洗錢防制中心。因此，臺灣之金融機構及海關與其他國家相同，亦應向臺灣之 FIU (調查局洗錢防制處) 申報「疑似洗錢交易報告」²⁶。

二、司法實務往往發生混淆

如前所述，「國際刑事司法互助」下之物件、卷宗或文書交付以及「情資交換」間，有許多之不同。但在我國司法實務上，部分法院判決似乎沒有充分意識，尤其對於證據取得是依循「國際刑事司法互助」或是「情資交換」途徑，也沒有清楚的區別，以致在其評價上，發生許多不合法理的結論。例如有法院判決認為，「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『安藤辰己』，將資料複印後提供予大阪工作組秘書」²⁷、「再上揭日本國刑事判決係由我駐該國福岡辦事處所提供(見更(一)卷第一二六、一二七頁)，相關筆錄則由調查局自日本國索取，且均有中文譯本在卷可憑(見更(一)卷第一七三至一九七頁，及筆錄外放證物袋)，並為上訴人及其選任辯護人所不爭執。原審經合法調查，自得採為判決基礎，所踐行之訴訟程序，

²⁶ 黃謀信，論「犯罪情資」之定性，刑事法雜誌，第 55 卷第 4 期，2011 年 8 月，頁 95-96。

²⁷ 最高法院 97 年度台上字第 6313 號判決。

並無不合。」²⁸、另有「查卷附之大陸地區湖南省常德市鼎城區公安局關於大陸地區人民李志剛、乙○○之訊問筆錄，係該局就本案訊問居住於大陸地區人民所為之記錄，均係大陸地區『海峽兩岸關係協會』透過民間機構『海峽兩岸人民服務中心』所轉交」²⁹等，在判決內均逕行採為證據，顯然混淆兩者之界限與評價結果。近來判決，似乎對此有所意識，認為在無法進行刑事司法互助的情況下，以其他途徑所取得之證據仍可使用，例如在著名的台商佛山殺人案中，由於案件發生地在大陸地區，故案發後許多相關的現場勘查紀錄表三份、法醫學鑑定書一份、物證檢驗報告書二份與痕跡鑑定書三份等文書，並非循司法互助途徑取得之文書或卷證，而係佛山市公安局就本件相關跡證所為勘查紀錄及鑑識報告，「該等文件均係台灣台南地方法院依職權函請刑事警察局與大陸地區政府洽商，請其等交付本件相關證物，經刑事警察局與大陸地區政府洽商後，由刑事警察局鑑識科科長翁景惠於九十一年四月二十三日至二十四日至大陸澳門地區，由大陸廣東省公安廳刑偵局科長楊攻、廣東省公安局主檢法醫師劉偉民、痕檢工程師朱奕賢、廣東省公安局預審官莫布來等交付後攜帶返台等情，…。故該等文書之取得程序，符合我國刑事訴訟法所規定正當程序取得證據之要求（當時兩岸尚未簽訂司法互助協議，無法透過正式司法互助程序取得大陸地區之證據資料）…」³⁰，何以此種屬情資交換性質取得之資料符合我國刑事訴訟法所規定正當程序取得證據之要求？是根據我國刑事訴訟法內哪一制度或是條文所規定之正當程序取得證據？甚至，至於是否可以藉此推導出一般性的規則，例如兩岸相關協議簽訂後，「非依循正式司法互助程序取得大陸地區之證據資料無證據能力」，或「依循正式司法互助程序取得大陸地區之證據資料就有證據能力」？均充滿疑問，尚有待後續判決形成。

一般而言，經由司法互助方式取證，具有「程序公開、透明，較具正當性及特別可信性」、「因有明確之法源基礎，不易產生獲案證據違法排除之問題」以及「可獲取之協助及資源較為豐富」等優點，故經由司法互助取證，實為大多數跨國刑事案件之最佳解決模式³¹。惟司法互助之調查取證與行政性質之情資交換兩者在目的、途徑、範圍以及法規範圍等均有所不同，難以

²⁸ 最高法院 98 年度台上字第 2354 號判決。

²⁹ 臺灣高等法院高雄分院 96 年度上重更（一）字第 40 號判決。

³⁰ 最高法院 101 年度台上字第 900 號判決。

³¹ 邱鼎文，論經由司法互助取得證據之證據能力：以傳聞法則與排除法則為中心，頁 49，東海大學法律學院法律學研究所碩士論文，2012。

一概而論其優劣，值得注意的是兩者交錯領域可能發生的規避情形，尤其是藉由較為簡易之情資交換而實質取證。為預防規避國際刑事司法互助之限制，甚至「以情資交換之名、行調查取證之實」之情形發生，此時訴訟上證據禁止結果應該扮演一積極的制裁功能，亦即對於自始即恣意規避者，應該發生證據禁止使用之效果³²。另對於屬於中間較模糊地帶者，基於尊重他國主權的考慮及國際合作之互惠原則，應讓資訊提供國有一審查同意的空間，例如申根執行公約第3章「警察與安全」第1節「警察共同合作」內，第39條第1項即對於各簽約國警察間之資訊交換的項目、要件及限制等為規定，第39條第2項更進一步就此種警察資訊交換內容與刑事訴訟關連等，設下明確的限制：「被請求締約國依據第1項交付之書面資訊，只能在被請求締約國主管之司法機關同意後，於請求締約國之刑事訴訟程序作為證據使用。」按此，當被請求國未表示同意或反對時，該項基於警方情資交換所得之資訊在請求國司法程序構成證據禁止。德國司法實務對此問題強調「尊重他國權利之重要性」³³，他國如反對以簡易行政管道取得之資訊作為證據時，應使用禁止。

經「情資交換」程序取得之證據，常因取證國或國際情資提供平台之內規規定而被要求禁止使用於特定目的，例如：艾格蒙聯盟情資交換原則第32點即規定：

「交換所得情資應僅能使用於請求或提供該情資之原始目的。任何揭露該情資予其他機關或第三方，或任何利用該情資於行政、調查、偵查或司法等非原先同意之目的外使用，均應取得被請求方金融情報中心之事先授權。」³⁴及「中華民國法務部調查局洗錢防制中心與巴拉圭金融情報中心反洗錢及反恐佈主義情資交換合作協定」第2點規定「雙方因情資交換所得之資料不得分送其他機關參考，未徵得對方事先同意，不得將取得的資料用於行政、起訴及司法用途；根據本協定取得之情資，僅供用於洗錢，或其他特定犯罪行為，以及資助恐怖主義活動衍生之洗錢行為有關之司法用途。」、第3點

³² 詳見楊雲驊，境外取得刑事證據之證據能力判斷：以違反國際刑事司法互助原則及境外訊問證人為中心，台大法學論叢，第43卷第4期，2014.12，頁1533以下。

³³ Gless, Internationales Strafrecht, 2001., S. 323.

³⁴ 原條文為「32. Exchanged information should be used only for the purpose for which the information was sought or provided. Any dissemination of the information to other authorities or third parties, or any use of this information for administrative, investigative, prosecutorial or judicial purposes, beyond those originally approved, should be subject to prior authorization by the requested FIU.」引自法務部調查局網站

<http://www.mjib.gov.tw/mlpc/document/03/0303/03-03-02e.pdf>，民國104年8月5日查詢。

規定「未經提供資料一方事先同意，請求方不得運用或公開任何情資、文件於本協定所規範目的外之用途。」³⁵故經由「情資交換」程序取得之證據資在使用目的上常遭提供方之限縮使用。因此，從證據之使用目的是否有限制觀之，經「調查取證」程序取證所得證據即非「情資交換」程序所能取代。

三、司法互助程序所取得之文書、筆錄之證據能力

國外機關訊問證人之筆錄於本國審判是否具有證據能力，我國實務向來以刑事訴訟法內傳聞法則之規定作為主要，甚至是唯一之判斷標準³⁶。惟此看法頗有疑問，首先，此一訊問筆錄係透過何種方式出現在我國審判法庭？其次是，即便是透過正式司法互助途徑所取得，是否當然具備證據能力？最後是，即使承認具有證據能力，但被告方的訴訟權利，尤其是對於不利證詞的質問權，該如何確保？固然，本國公權力要能延伸至國外行使，例如直接至國外訊問證人，或是想辦法讓該證人回到本國循國內法律出庭作證等，誠屬不易，因此，退而求其次的循司法互助途徑取得國外訊問筆錄，勢所必然，但在有效之刑事訴追要求之外，被告受憲法以及國際人權公約所保障之人權，也不容忽視。雖然，國家有義務採取措施使被告有對不利證人詰問之機會，且此原則並非絕對毫無例外，但在國際人權法上發展出來的許多如義務法則、歸責法則以及衡平、補償法則等，真的藉由「傳聞例外」的操作即可以完滿解決？其實頗有疑問。

對此，有力學說認為，保障被告對於不利證人有對質詰問權利之原則，與排斥傳聞證據之規則（即傳聞法則），無論從起源、目的或審查基準來看，本來即是訴訟上兩種不同的法則，兩者適用結果固然可能競合，亦可能產生衝突。傳聞法則不等於質問法則，傳聞例外也不等於對質詰問例外。此一看法已不只是學說上之爭執，聯合國公民與政治權利國際公約第14條第3項賦予刑事被告最低限度之保障，其第5款前段規定「得親自或間接詰問他造證

³⁵ 「中華民國（臺灣）法務部調查局洗錢防制中心與庫克群島金融情報中心關於與洗錢及資助恐怖主義相關金融情資交換合作瞭解備忘錄」第3點、「中華民國（臺灣）法務部調查局洗錢防制中心與美國金融犯罪稽查局關於洗錢及資助恐怖主義相關金融情資交換合作瞭解備忘錄」第2點、「中華民國（臺灣）洗錢防制中心與大韓民國韓國金融情報中心關於與洗錢相關金融情資交換合作瞭解備忘錄」第3點等備忘錄中，均有相類似之規定，104年8月5日查詢自全國法規資料庫
<http://law.moj.gov.tw/Law/LawSearchResult.aspx?p=C&k1=%e6%83%85%e8%b3%87%e4%ba%a4%e6%8f%9b&t=C1&TPage=1>。

³⁶ 民國92年8月刑事訴訟新制法律問題研討會提案第17號，刑事訴訟新制法律問題彙編第77頁以下。

人，...」，在我國，此一規定已經由「公民與政治權利國際公約及經濟社會文化權利國際公約施行法」第2條「兩公約所揭示保障人權之規定，具有國內法律之效力。」而直接內國法化，以質問法則取代傳聞法則勢必進行。如學者所指出，歐洲法超國性發展之趨勢所示³⁷，歐洲人權法院所採的質問及其例外法則，著重補償平衡的公平程序要求，除應盡力促成證人到庭接受質問且無可歸責事由以外，尚必須尋求對於質問權造成最小干預的替代手段，在不得已必須使用未經（充分）質問的證詞時，也必須盡可能補償、平衡被告的防禦權利。在2009年的Al-Khawaja and Tahery v. the United Kingdom一案中，歐洲人權法院已經清楚認為「在廣為承認傳聞例外的情形下，是否足以確保申請人依據公約第六條第三項d款及第六條第一項的權利，仍待斟酌。基此，人權法院認為，歐洲人權公約第六條第一項及第六條第三項d款是不論何種法律制度或證據方法，都應適用的共同標準；因此，不論何種法律制度或程序下，最終都應通過公約的審查。」以及「由於承認傳聞證據之效力會帶來風險，這對訴訟程序的影響甚劇，法院必須採取足夠的防護措施。」學者也指出，歐洲人權法院多年來於判決中逐步形成之「漸層思考」的法則，著重補償平衡的公平程序要求，正好與傳聞法則是「全有」及「全無」的一翻兩瞪眼的原則相反，因此，「對質詰問權觀點的傳聞續造」，即以質問權是否受到保障，作為刑事訴訟法傳聞例外的主要審查基準及不成文的實質要件，適可彌補從被告防禦權的角度而言傳聞法則在運用上過於僵化的問題³⁸，自值贊同。

另外，由於被請求國對於請求案件之內容通常不如請求國熟悉，即使同意提供刑事司法互助，通常也不排除請求國派員至被請求國對協助事項予以協助，以期發揮最大效用³⁹。我國近年來，亦屢有派檢察官至他國辦案之案

³⁷ 林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路—歐洲人權法院與我國最高法院裁判之比較評析，臺灣法學雜誌，第119期，2009年1月1日，頁94。

³⁸ 林鈺雄，對質詰問例外與傳聞例外之衝突與出路—歐洲人權法院與我國最高法院裁判之比較評析，臺灣法學雜誌，第119期，2009年1月1日，頁112

³⁹ 在國際司法互助實務慣例上，有請求方派員參加被請求方協助其受託調查取證進行的方式。一方面可以加強被請方執行機關對於相關案情的理解，提升其執行的準確性，另一方面也可以讓調查取證所獲取之相關資料，更能符合請求方刑事訴追的需要和法定要求。目前世界各國締結的刑事司法互助條約內，均允許請求國只管機關派員前往被請求國境內，協助被請求國機關進行受請求調查取證活動。並且規定受請求方負有義務向請求方預先通報其將於境內執行的受託調查取證措施。以便請求方可以派遣人員參加。

例⁴⁰。九十八年度台上字第一九四一號判決內涉及者，即為我國檢察依循國際刑事司法互助管道，至國外會同當地國檢察官對於犯罪集團之成員實施偵查作為，提供偵訊問題，由該外國檢察官照單辦理，實施訊問。在該訊問筆錄之證據能力上，本判決認為此種方式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，參照刑事訴訟法第一百五十九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。固然本案中我國檢察官赴海外參與調查取證之過程與實施內容堪稱為此類案型之標竿示範，尤其於國外取證時尚注意對該受訊問者之踐行告知義務，以及通知其辯護人到場，保障其律師倚賴權，訊問中且予以全程錄音（甚或錄影）等措施，均值得稱許。但畢竟該證詞是在本案被告或其辯護人不在場，無法有效提出質問的情況下所作成，被告受憲法保障之「對質詰問權」事實上仍受到損害，單以「參照刑事訴訟法第一百五十九條之一第二項規定法理」之理由，也就是構成「無顯有不可信之情況」，是否足以衡平被告遭損害之對質詰問權？其實還是很有疑問。

至於一〇一年度台上字第九〇〇號判決內涉及犯罪事實為台商在佛山遭殺害，被告在臺判處死刑確定一案，由於犯罪地主要在大陸，故被告對於認定犯罪事實所據之重要不利證據，如相關證人於大陸公安機關之供述以及大陸公安機關所製作之各項鑑定或檢驗書等，無論在我國偵查中或審判中，均未被賦予對不利證人充分質疑和挑戰的機會，因此，被告享有對不利證人對質詰問權，以及整體而言要求公平法院審判的權利，均已受到限制。固然，原審法院曾數度囑託財團法人海峽交流基金會向身在大陸地區之關鍵證人「付光選」等人送達傳票傳喚其來台作證，以便接受被告等及辯護人詰問，但均無下文，客觀上確存有不能傳喚到庭給予被告詰問事實，法院對此似已曾盡力促成，且傳喚不到屬不可歸責司法機關之事由，但本案中是否給予因此些證詞遭受不利益之被告有充分挑戰該些證詞之機會，以作為補償「難以質問」之損害？最高法院本判決以「傳喚不到，取證合法，相關鑑定書及報告書已達世界水準」等各項理由，是否就可得出「難認原審有剝奪上訴人等及其選任辯護人對該證人之詰問權，而妨礙其等訴訟防禦權之情形」等衡平之結果？而被告等最後仍被判處死刑定讞，也看不到判決內有對其就關鍵、

⁴⁰ 參見邱鼎文，論經由司法互助取得證據之證據能力：以傳聞法則與排除法則為中心，頁45，東海大學法律學院法律學研究所碩士論文，2012。

重要證詞之質問權遭限制一事如何予以適當之「補償」！整體而言，這些論點理由距離國際人權的高水準仍有一段距離，同時可以顯現，藉由在個案操作傳聞法則的結果，未必能與被告享有對質詰問權之保障以及當蒙受侵害時適度的防禦與補償等要求符合！

柒、結論—新修正「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」內 關於兩者區別之辯正

為妥適執行海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第五條犯罪情資交換事宜，遂行共同打擊犯罪目的，法務部訂定「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」，嗣於 104 年 6 月 1 日經法務部修正生效。此要點修正與本文所述關於「情資交換」與「調查取證」之區別有關之修正條文，分述如下：第 3 點「專供證據使用之筆錄、書證、物證，應注意依本協議第八條規定之調查取證程序為之。」、第 4 點「檢察機關與大陸地區主管機關進行犯罪情資交換，應經由法務部為之。司法警察機關或其他機關經法務部授權後，得由其指定之聯絡人與大陸地區主管機關直接進行犯罪情資交換作業事宜。但案件已由檢察官指揮偵辦者，依刑事訴訟法、調度司法警察條例、檢察官與司法警察機關執行職務聯繫辦法規定辦理。」、第 6 點「大陸地區主管機關向法務部請求提供犯罪情資，應以請求書為之。前項請求於緊急情況下，經法務部同意，得以電話、口頭、傳真、電子郵件或其他適當方式提出，並應於十日內補提請求書以資確認。大陸地區主管機關未依前二項規定之程序提出請求，經法務部通知補正而未補正，或補正後仍無法執行者，法務部得不予協助。」、第 7 點「法務部審核同意提供大陸地區主管機關所需情資後，得自行或交由檢察機關、司法警察機關或其他機關協助提供。前項協助機關提供犯罪情資時，應填載答復書並檢附相關資料，密送法務部審核形式齊備及符合本協議規定後，由法務部將受請求之犯罪情資提供予大陸地區主管機關。如無法執行協助時，由法務部向大陸地區主管機關說明並送還相關資料。」、第 8 點「檢察機關、司法警察機關或其他機關，依第五點第一項第二款經法務部提供大陸地區主管機關犯罪情資時，應填載通報書並檢附相關必備文件，密送法務部審核形式齊備及符合本協議規定後，由法務部將該通報書及犯罪情資密送大陸地區主管機關。」、第 9 點「臺灣地區相關機關提供予大陸地區主管機關之犯罪情資，宜以重新整理、改寫或協助辨識之方式為之，非必要時不宜提供

原始資料或其影本、複製本。」、第 11 點「檢察機關、司法警察機關或其他機關認有經法務部請求大陸地區主管機關提供犯罪情資之必要時，應填載請求書並檢附相關必備文件，密送法務部，由法務部將該請求書及相關文件密送大陸地區主管機關。法務部認有請求大陸地區主管機關提供犯罪情資必要時，亦得自行填載請求書，密送大陸地區主管機關請求提供。第一項之請求於緊急情況下，得以電話、口頭、傳真、電子郵件或其他適當方式，向法務部提出申請。但應於三日內補提請求書以資確認。」、第 12 點「大陸地區主管機關主動提供犯罪情資予法務部後，由法務部依該情資內容、性質，轉交檢察機關、司法警察機關或其他機關處理。」惟此要點修正後，就有關「情資交換」與「調查取證」之辯正，似仍未釐清，甚至恐影響以後司法實務之判斷。以下茲由「情資交換」與「調查取證」之本質差異性及兩者之替代可能性觀點，據以探究該要點修正規定之若干疑義。

一、取證管道模糊化「情資交換」與「調查取證」之差異性

「情資交換」與「調查取證」程序最本質性之差異，乃在取證之管道及是否有法源依據之不同，但在我國目前尚未完成刑事司法互助法之情況下，無論「情資交換」與「調查取證」程序，大部分均係在無法律規範下所進行之取證程序⁴¹，要區別「情資交換」與「調查取證」程序之不同，在我國並非易事。況依「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」之規定，法務部是我國「情資交換」程序之唯一管道。換言之，在我國無論是「情資交換」與「調查取證」程序均應經由法務部為窗口進行取證。如此規定，不僅與「犯罪情資」程序重在取得證據之迅速性與機動性之本質不符，且已模糊化「情資交換」與「調查取證」之差異。而實務運作結果，我國請求大陸方面進行「情資交換」與「調查取證」，除了填載之請求書格式名稱不同外，兩者所依據之程序實質上並無何不同。倘若如此，檢察官為免證據資料之證據能力遭質疑，概以「調查取證」之名目進行取證，是否即可規避前述有關「情資交換」程序

⁴¹ 依據司法院大法官會議第 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。其中名稱為條約或公約或用協定等名稱而附有批准條款者，當然應送立法院審議，其餘國際書面協定，除經法律授權或事先經立法院同意簽訂，或其內容與國內法律相同者外，亦應送立法院審議。」，臺美刑事司法互助協定於簽訂前業經立法院審議通過，故依此大法官會議解釋意旨，臺美刑事司法互助協定係屬於憲法上所指之條約，而與「法律」有相同之位階。實務見解，可見司法院 92 年 8 月刑事訴訟新制法律問題研討會提案第 17 號之研討結果。

構成證據禁止之審查，恐非無疑。

二、以「情資交換」程序取得證據，並非一律排除其證據能力

依本要點第3點規定「專供證據使用之筆錄、書證、物證，應注意依本協議第八條規定之調查取證程序為之。」修正說明指出「情資與提出於法院證明犯罪事實之證據尚有不同...屬於調查取證項目，應注意依調查取證方式取得，爰為規定。」似將取證項目為筆錄、書證、物證時，區分為提出於法院證明犯罪事實與非提出於法院證明犯罪事實之情形，分別依「調查取證」程序與「情資交換」程序進行取證。

在證據使用及證據能力方面，「調查取證」程序因具有不可取代性，非「情資交換」程序所能取代，故提出於法院證明犯罪事實之筆錄、書證、物證，原則上應以「調查取證」程序為之，本規定似僅為確立「調查取證」程序在取證選擇上之不可替代性。惟應注意的是，如前所述，在目前我國審判實務上，並未排除以「情資交換」程序取得的筆錄、書證、物證之證據能力，惟依此明文規定之反面解釋，以「情資交換」程序取得的筆錄、書證、物證提出於法院使用，其證據能力即可能遭受重大質疑，甚至進一步排除取證自兩岸間以外之其他國家所得證據之證據能力，形成以「情資交換」程序取證未具證據能力的見解，有待觀察。本文認為，縱使在提出於法院證明犯罪事實之筆錄、書證、物證之情況下，本規定亦無排除以「情資交換」程序取得該等證據之證據能力，此規定僅為確保該等證據之證據能力所為之注意性規定，提示為免遭質疑證據之證據能力，宜以「調查取證」程序進行取證，故條文用語為「應注意」依調查取證程序為之，而非一概排斥之規定。否則，在我國特殊之外交處境，進行「情資交換」程序取證已屬不易，若欲進行正式之「調查取證」程序取證，更屬極為困難之情況下，完全否定以「情資交換」程序取證之證據能力而要求以「調查取證」程序取證，在取證難度上，無疑將是雪上添霜。為解決此一問題，本文認為，因應我國特殊之情況，似可明文規定在無法經由正式國際刑事司法互助途徑取得外國證據的情況下，似可例外承認「情資交換」程序取證之證據能力，但當發生前述惡意規避的情形，應構成證據禁止使用。此外，對該項證據之證據力應嚴格審認，並對於被告因此遭受到訴訟權利之限制等，法院應於量刑時給予補償。

三、提供情資以非原始資料及其複製品為原則，與國際情資交換實務相合

本要點第 9 點規定「臺灣地區相關機關提供犯罪情資予大陸地區主管機關，宜以重新整理、改寫或協助辨識之方式為之，非必要不宜提供原始資料或其影本、複製品」此規定顯然是為了區隔「調查取證」程序提供之證據資料內容與「情資交換」程序所得提供者係不同之內容物。「情資交換」程序原則上不提供原始資料及其複製品，僅以重新整理、改寫之方式為之，此與國際情資交換實務相符，例如：美國之「美國財政部金融犯罪執法機構」（「FinCEN」）之情資交換報告，即以各種「疑似洗錢交易報告」（STR），綜整成為 FinCEN 的報告（Report），而以報告之方式提供交換⁴²。惟此在國際情資交換實務上亦非絕對不准許提供原始資料之影本，例如：「國際刑警組織」（International Criminal Police Organization, INTERPOL）可提供之資料即較具彈性，有提供原始資料影本之可能性，故不可一概而論。尤其在我國向外國請求司法互助極為不易之情況下，事涉互惠原則，自不宜過度限制。否則，我國亦極難依「情資交換」程序自他國取得原始資料及其複製品。故此條文規定提供情資以非原始資料及其複製品為原則，在必要時仍准許提供原始資料及其複製品，條文規定兼顧國際司法互助實務及我國現實狀況，尚稱妥適。

⁴² 黃謀信，論「犯罪情資」之定性，刑事法雜誌，第 55 卷第 4 期，2011 年 8 月，頁 95。