情資交換與調查取證界限及辨析*

文／呂丁旺

壹 前言

在國際間相為結盟、開放及網路匯流的引領下，乘著全球化的風頭，也將跨境犯罪推向浪尖，被害對象含括國家（如偽造他國鈔幣）、法人（如洗錢）與個人（如生命、身體、財產之危害），職司犯罪控制的國家機關必須對此等犯罪為有效追訴與審判，方能確保受害國家與人民的法律上利益。基於刑事司法為國家主權的一環，刑罰權所及的範圍，原則上與主權所及範圍相同，不能延伸至一國主權行使範圍之外[1]，以是，國際間的刑事司法互助遂成為有效因應跨境犯罪的重要憑依。

中華民國憲法增修條文第11條規定，自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定，界定了台海兩岸的區際關係。為解決兩岸跨區犯罪問題，2009年4月26日，雙方授權海峽兩岸關係協會與財團法人海峽交流基金會簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（下稱兩岸司法互助協議）。從而，司法互助由國際合作迤邐而至兩岸的區際合作。

兩岸司法互助協議第5條訂定犯罪「情資交換」之憑據，復於第8條規定相互協助「調查取證」。前者重在犯罪線索的取得，後者重在證據容許性，二者的界限與定性，必須予以辨明，俾便適切實踐跨境犯罪的有效追訴與公平審判。

貳 由繁而簡的刑事司法互助

刑事司法互助，向來指向下列4種型態。（1）犯罪人引渡：將犯人由某國移送至他國而接受審判。（2）狹義司法互助：又稱為小型司法互助，乃指某國協助他國訊問證人、鑑定人、實施搜索、扣押、驗證，轉交證物，送達文書，提供情報等。（3）外國刑事判決之執行：指某國協助他國，執行在他國所為之刑事確定判決。（4）刑事訴追之移送：指犯罪地國請求犯人之本國或是居住地國，對犯人加以追訴或處罰[2]。

傳統刑事司法互助，由於條約內容就某些互助事項疏漏未訂，或條約用語過度模糊，因而擴大被請求國的裁量權，甚至可能濫用其裁量權，導致刑事司法互助執行上的困難；在程序上，通常必須經歷漫長的行政與司法程序，往往在得到協助結果時，由於時間的耗費，對打擊犯罪或在犯罪偵查、審判的效果上大打折扣[3]。乃發展出新型態的互助模式，例如，提供全球警察通訊系統的「國際刑警組織」（International Criminal Police Organization，INTERPOL）。 打擊洗錢犯罪的艾格蒙聯盟（The Egmont Group of Financial Intelligence Units）。為防止戀童癖患者藉由網路虐待及傷害兒童的「虛擬全球任務小組」（Virtual Global Taskforce, VGT）[4]。與檢察官打擊犯罪有關的新型態刑事司法互助有二：

其一，由於網路犯罪行為地、結果地、被害人所在地跨越國界，證據容易銷燬，英國皇家檢察署（Crown Prosecutors Service）乃籌辦專責偵辦網路犯罪國際組織－全球檢察官打擊網路犯罪網絡（The Global Prosecutors E-Crime Network, GPEN），協助各國檢察官加速資訊與經驗交流[5]。

其二，為使亞太地區各國合作打擊犯罪，有效追還犯罪資產，由韓國大檢察廳倡議，在聯合國犯罪及毒品防制 局（United Nations Offices on Drugs and Crime, UNODC）的輔導下，於2013年11月，在韓國首爾，舉行亞太區追討犯罪所得機構網絡（Asset Recovery Interagency Network of Asia/Pacific, ARIN-AP）成立大會，我國於2014年1月28日完成入會成為亞太21個會員國之一。該網絡建構國家間交換情資，聯繫合作平臺，掃除犯罪資產返還之障礙，提高司法互助之效能[6]。可以說，「建構跨境合作」及「簡化司法互助」，這兩者近來已共同成為國際分工合作刑事追訴之現象[7]。該等簡化司法互助，實為情資交換的張本。

參 情資交換之定性

兩岸司法互助協議第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。」將兩岸犯罪情資交換規定於第二章「共同打擊犯罪」。而同協議第8點第1項「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」之調查取證，則規定於第三章「司法互助」，除可認為「情資交換」與「調查取證」不同之外，似未將「情資交換」定性為「司法互助」，學者有將之稱為「行政上的資訊傳遞」或「行政性質之情資交換」者[8]，即此之意。

不同的看法則認為，刑事司法互助，有高度的也有低度的刑事司法互助行為，由低度至高度可區分如下：（1）情資蒐集交換；（2）協助證據之取得；（3）引渡；（4）外國裁判之執行；（5）受刑人返回本國服刑（換囚）[9]。因此，情資交換與調查取證，是在刑事司法互助中兩個不同程度的行為態樣，分別為低度及高度之司法互助程序，調查取證並非司法互助的唯一內容，尚不能僅憑兩岸司法互助協議分章列節之規定，遽予排除情資交換之司法互助定性。依「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」第5點、第7點第1項所載，司法警察機關或其他機關，不論是請求方或受請求方，其關於情資交換概須經最高司法行政機關法務部之「審核同意」，雖係基於兩岸分治之政治現實，例外的高度管制情資交換的路徑，但也不排除將兩岸情資交換定性為司法互助，參諸歐洲「申根施行公約」稱被請求國警察機關之情資交換為「警方司法互助傳遞的資訊」[10]，似亦不否認情資交換為司法互助的一環。

肆 情資交換與調查取證之界限

刑事司法互助之調查取證與情資交換兩者，在目的、途徑、時效、範圍、證據能力以及法規範面均有不同。「調查取證」的目的在於取得本案證據；其途徑係經由最高司法行政機關而取得；較為耗時；請求範圍包括取得證言及陳述、提供書證、物證及視聽資料等；有較為放寬的證據能力判斷；在法規範面通常有雙邊協定為據。而「情資交換」的目的在於取得作為偵查方向的線索資料；其途徑非依一般的由最高司法行政機關為之；程序快速而便捷，可爭取時效；其範圍則含括涉及犯罪的有關情資；於例外情況下始得由法院依刑事訴訟法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護而為證據能力有無之判斷；在欠缺法規範下亦可操作。

一、調查取證

「調查取證」，係依各國間（請求國與被請求國）之司法互助條約、協定及各該國刑事司法互助法之規定，因而跨境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，經由被請求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，被請求國官署則可能透過任意偵查或強制偵查之手段取得該證據[11]。

調查取證，常見者有3種方式：一、請求方之偵查人員，親自到受請求方調查取證；二、請求方「囑託」受請求方之偵查人員、法院或相關機關單獨進行調查取證；三、請求方「囑託」受請求方之偵查人員進行調查取證，但請求方之偵查人員亦親自到場陪同見證（結合第一、二種方式之類型）[12]，依兩岸司法互助協議第8點所定：「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」，似屬上述第2種「囑託」取證的類型，由受請求方之偵查人員、法院或相關機關單獨進行調查取證。

我國有檢察官至海外自行訊問證人者，有委請當地檢察官代為訊問者，上述3種類型，均為以下實務操作所採認。

（一）檢察官在海外自行訊問證人：

最高法院98年度台上字第1941號判決：板橋（新北）地方法院檢察署檢察官在澳門林某住宿之酒店房間內，未由澳門官方人員會同，而自行率領所屬書記官就訊林某，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，肯認檢察官在海外自行訊問證人筆錄之證據能力。是偵查機關可在境外進行有效的境外偵查行為[13]。

（二）我國檢察官至海外委請當地檢察官代為訊問：

最高法院98年度台上字第1941號判決：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，訊問中全程錄音錄影，訊問後由被訊問人及其辯護人、會同訊問之檢察官、書記官、翻譯人員與陪同在場之其他人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

（文轉三版）

註釋

* 本文初稿曾於「2014年兩岸檢察實務研討會」（2014年5月22-23日，台北）發表，後經刪減修改而成。

1. 蔡墩銘，論兩岸刑事司法互助，法令月刊，第42卷第11期，1991年11月，第5頁。
2. 吳景芳，兩岸共同打擊犯罪應有之作法—為兩岸之間的區際刑事司法互助催生，中興法學，第44期，1998年9月，第32頁。
3. 廖宗聖、林燦璋，主權觀念轉變下的刑事司法互助模式之探討，國立中正大學法學集刊，第35期，2011年10月，第30-32頁。
4. 同上註，第35-48頁。
5. 翁珮嫻，GPEN—一個即將出現的跨國打擊網路犯罪的國際組織，參加國際檢察官協會2008年第13屆新加坡年會報告，2008年11月，第20頁。
6. 法務部2014年1月28日發布新聞稿，http://www.moj.gov.tw/ct.asp?xItem=331975&ctNode=79&mp=001（最後瀏覽日期：2014年4月30日）
7. Sabine Gless著，王士帆譯，涉外刑事案件之證據禁止，司法周刊（司法文選別冊），第1647期，2013年5月30日，第3頁。
8. 楊雲驊，國際刑事司法互助取得證據之證據能力判斷，收錄於「國際刑事司法互助的趨勢」學術研討會論文集，2013年10月31日，第91頁、93頁。
9. 蔡碧玉，我國國際刑事司法互助的現況與發展，軍法專刊，第55卷第1期，2009年2月，第156頁。
10. Sabine Gless著，王士帆譯，前揭文，第12頁。
11. 黃謀信，「犯罪情資交換」之定性，刑事法雜誌，第55卷第4期，2011年8月，第94頁。
12. 本土武司，犯罪搜查，弘文堂，2004年11月1日，第189頁。間引自邱忠義，兩岸司法互助調查取證及證據能力之探討—兼述防範被告逃匿對策，刑事法雜誌，第54卷第5期，2010年10月，第149-150頁。
13. 李佳玟，境外/跨境刑事案件的證據問題，【二〇一三年第八屆學術與實務對話研討會—刑事訴訟的實務操作與質疑】，2013年10月4日，第38頁。

法源法 www.lawba 表半言 查辦機求取 委任律師、裁判金額、歷審裁判 法 服務 TEL:02-2 JUDICIAL 司法 訂閱辦法 本刊每 全年 費用新臺 如蒙 請郵政 帳 5005 帳 司法院

（文接二版）

錄之內容（含其光碟片）核與實際進行情形相符，顯無信用性疑慮，參照刑事訴訟法第159條之1第2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。

「海峽兩岸調查取證及罪贓移交作業要點」訂有檢察機關得請求大陸地區主管部門協助，包括協助臺灣地區檢察官前往大陸地區參與調查取證（第2點、第3點第3款第3目），自非無據。

（三）大陸地區公安機關偵查員製作筆錄或書面紀錄：

最高法院101年度台上字第900號判決：「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，依兩岸司法互助協議規定，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。.....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。」幾乎可說是「陸方取證、我方審判」之情況[14]。

（四）證人在外國法院之陳述：

1. 最高法院98年度台上字第7049號判決：「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。否則……，不合證據能力之認定標準不妨放寬，證明力之判斷要求乃須從嚴之大原則。」事實上，德國法院以裁判為導向，目的亦在儘可能放寬刑事司法互助之證據能力[15]。

2. 最高法院91年度台上字第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一百九十五條之規定觀之，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。」

3. 臺灣高等法院研提意見：外國法院基於國際互助協定，對於我國刑事被告以外之人所為之調查訊問筆錄，依刑事訴訟法第159條第1項規定，屬傳聞證據無疑；但得依不同情形，適用同法第159條第1項所指「法律有規定者外」或第159條之4等傳聞法則之例外規定。依司法院釋字第329號解釋，我國與其他國家或國際組織所締結之國際書面協定，名稱用條約、公約，或協定，當然應送立法院審議。故我國與他國所締結之司法互助協定，其已經送立法院審議通過者（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」），因位階同於法律，則該他國法院基於該協定，對於我國刑事被告以外之人所為之調查訊問筆錄，自應認係刑事訴訟法第159條第1項所指「法律有規定者外」之傳聞法則之例外規定，具有證據能力；至於其未經立法院審議通過者，則可適用同法第159條之4第3款之規定，判斷其證據能力[16]。

上開有關大陸地區公安機關之偵查人員，既非我國公務員，要無刑事訴訟法第159條之4所定「公務員」所製作之紀錄文書而為傳聞法則例外之適用，惟最高法院仍認有證據能力，正與前述德國法院裁判儘可能放寬刑事司法互助證據能力之趨勢相符，並藉此擔保刑事司法互助調查取證的證據適格。

確然，藉由刑事司法互助調查取證途徑，外國證據的使用問題，稱得上是烽火燎原[17]，特別是，刑事訴訟證據程序之目的，在於利用現有資訊來源，推論出過往的犯罪事實，據此獲致或穩固刑事判決的法律基礎。證據禁止則正好相反，係在於限制使用資訊來源，以確保刑事訴訟之公平性與所發現之真實具有可信賴，而證據禁止理論的一般原則，基本上也適用於涉外刑事案件之證據使用[18]。

「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9條第5款所定「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，……應准許在請求方所屬領土內之法院作為證據使用。」第8條第1款「在未經受請求方指定代表人同意之前，不得將依本協定而取得之資料或證據，使用於請求（書）所載以外用途之任何調查、起訴或訴訟程序。」解釋上，調查取證之證據應僅適用於本案，不得資為他案之用途，就他案而言，核屬證據禁止之範疇。

本國刑事追訴機關或法院規避正式之司法互助途徑，而從外國取得資訊，亦有證據禁止的問題。所稱規避司法互助，除了包括擅自於外國領域實施偵查之外，還有與外國領域無涉，但卻未遵守條約議定的司法互助方式，如本國機關從外國機關手中傳出資訊（例：證人筆錄），而遭外國單位要求禁止使用者，此參考「申根施行公約」第39條第2項規定，由警方司法互助傳遞的資訊，唯有經過被請求國的司法機關同意後，請求國始得為刑事訴訟之證據[19]。相較於正式刑事司法互助途徑可能的費時費力，警察間的「資訊交換」對於即時、迫切的犯罪預防及刑事追訴等要求較為管用，但情資交換如不加以設限或控制，難免會有「以情資交換之名、行證據調查之實」的疑慮，破壞或架空國際法上相關刑事司法互助之規範，甚至侵犯到他國主權，如自始即規避司法互助之調查取證程序者，應發生證據禁止的效果[20]。

二、情資交換

「情資交換」係非正式之調查取證途徑，重在取得犯罪情資或線索，不經由最高司法行政部門，通常係經由雙方之執法機關藉由任意偵查手段取得證據之方法，前述之「國際刑警組織」、「艾格盟聯盟（The Egmont Group）」、「虛擬全球任務小組」、GPEN、ARIN-AP，均可提供情資交換。為避免「以情資交換之名、行證據調查之實」的情形發生，證據禁止便成為情資交換的障礙。

例如，依據艾格蒙聯盟情資交換原則第12點規定：請求方在取得情資提供方事先同意前，不得將情資分送給第三者，亦不得作為行政、調查、起訴或司法之目的使用[21]。倘證據為中間情資，因僅供作偵查之線索，未來不會提出於法院行使，並不會產生證據能力的爭議，應可大量使用情資交換程序取得，以爭取時效[22]。法務部前以97年12月18日法檢字第0970043053號函示有關艾格蒙聯盟交換情資之原則：（一）接獲洗錢情資後，應嘗試藉由該情資調查其他事證，再以其他事證取代該情資提出於法院，情資本身密封歸檔；（二）接獲情資後，如要提出於法院充作證據，得先透過洗錢防制處徵求提供方之同意，亦得透過法務部提出司法互助之請求；（三）法院審理過程中，如有調查必要，應建議法院採取交互詰問洗錢防制處承辦人或勘驗等方式為之[23]。足見，交換情資原則上不能提供予法院，以確保艾格蒙情資交換原則之廣泛實踐與遵守，不得以情資交換之名，行調查取證之實。所取得之情資，苟經提供方之同意或法院以洗錢防制處承辦人員為證人詰問或勘驗，依刑事訴訟法第158條之4權衡法則之規定，自得裁定其有證據能力。

依「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」第3點規定：「臺灣地區相關機關提供予大陸地區主管部門之情資，如涉及年籍、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、納稅紀錄、財務狀況等相關資料，應依臺灣地區法令規定辦理。」甚多資料均得提供予大陸地區使用。與「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點所定「檢察及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聯繫，互相提供協助。」限於「未涉及執法機關公權力之發動與執行者」，兩者範圍廣狹有別，足見臺灣地區對大陸地區情資交換之廣泛。

參諸「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怖主義情資交換合作協定」第2點定有：「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。」為交換情資之用途作出最洽切的註解。

依前引「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」第5點、第7點第1項所載，司法警察機關或其他機關，不論請求方或受請求方，其關於情資交換概須經最高司法行政機關法務部之「審核同意」，第7條第3項並有「法務部可授權司法警察機關或其他機關為之」之緊急授權條款。此之「授權」，係指個案授權，與毒品危害防制條例第33條之1所定，尿液之檢驗由行政院衛生署「認可」之檢驗及醫藥機構為之，係屬概括授權者，尚有不同。

伍 結論

調查取證與情資交換，兩者在使用目的、取得途徑、取得時效的遲速、含容的範圍、證據能力之有無以及法規範介面等，均有不同。以便利、快捷的方式進行國際或區際的情資交換，固可迅速取得犯罪線索與情資，惟情資交換恆受證據禁止的規範，為有效追訴犯罪，完備證據能力，司法互助的調查取證乃成首要憑依。

雖然，「證據之取得依據外國法、證據之評價使用本國法」[24]，為司法互助調查取證的共識，惟跨國犯罪的偵查與審判仍有其法律上的限制與事實上的困境，在刑事司法互助過程中儘量放寬其證據能力，已然成為相關國家實務操作的共同趨勢。只是礙於司法互助調查取證程序的週折緩慢，快速便捷的情資交換便成為國際警察機關間、甚至檢察機關間偵查犯罪的有效手段，雖然，依上引之「申根施行公約」第39條第2項「由警方司法互助傳遞的資訊，唯有經過被請求國的司法機關同意後，請求國始得為刑事訴訟之證據」；或法務部前函所示「經情資提供方之同意或以洗錢防制處承辦人員為證人詰問或勘驗等方式為之」時，得依刑事訴訟法第158條之4規定，審酌人權保障及公共利益之均衡維護，由法院將之裁定為有證據能力。惟獲取之情資倘有提出於法院充作證據使用之必要者，仍應透過最高司法行政機關提出司法互助之請求，以免「以情資交換之名，行調查取證之實」，並且避開證據禁止的窘境。

（作者為臺灣高等法院檢察署檢察官）

註釋

14. 楊雲驊，前揭文，第101頁。
15. Sabine Gless著，王士帆譯，前揭文，第8頁。
16. 臺灣高等法院研提意見，刑事訴訟新制法律問題研討會提案第17號，2003年8月。
17. Sabine Gless著，王士帆譯，前揭文，第2頁。
18. 同上註，第4頁。
19. Sabine Gless著，王士帆譯，前揭文，第12頁。
20. 楊雲驊，前揭文，第91頁、第93頁。
21. 黃謀信，前揭文，第96頁。
22. 黃謀信，前揭文，第92頁、第94頁。
23. 該函示另稱，依所提示之(一)、(二)途徑均無法及時解決個案偵審程序之需求時，應以（法務部調查局）洗錢防制處傳送情資之公文（僅記載該處查悉資金狀況而不透露資金來源）為證據，公文所附情資則不提出於法院，而以密件封存立案歸檔。如係不起訴處分之案件，情資部分亦應以密件封存歸檔，避免外流。
24. 楊雲驊，前揭文，第77頁。

法律網 ank.com.tw 裁判書 全文內容、裁判主文 原資訊 專線 509-3536 WEEKLY 周刊 周出刊 訂閱 幣400元 訂閱 劃撥 號 4377 戶 周法周刊