

反貪腐公約內刑事司法合作 規定與我國現行法制檢討

楊雲驊*

目 次

壹、前 言	肆、國際刑事司法互助新模式
貳、國際刑事司法合作與反貪腐 公約相關內容	一、主動互助模式出現
參、國際刑事司法互助內容的擴 大和深化	二、視訊傳送方式取證
一、有效追繳犯罪所得成爲當 今國際刑事司法互助的重 要內容	伍、傳統國際刑事司法互助慣例 的突破
二、創設追訴跨國犯罪的新機 制——國際執法合作	一、雙重犯罪與可罰原則允許 例外規定
	二、政治犯罪不引渡原則不適 用於貪腐犯罪
	陸、結 論

* 國立政治大學法律系教授。

壹、前言

近代貪腐案件，包括貪瀆、經濟或洗錢等犯罪，不僅侵害金額與日俱增，且許多朝向國際化、專業化，極需國際的通力合作，但各主權國家都有其不同之法律文化背景、法規命令以及司法與行政制度等，故對於貪腐犯罪之預防以及懲罰，各國間往往發生法制不一以及相互衝突的困境，造成反貪腐合作機制運作的諸多困難，各國法制之差異反而成爲跨國性貪腐犯罪之避風港。爲實現有效之反貪腐國際刑事合作，應該依據反貪腐公約之規定，協調修正各國內之法律制度，期能建立一國際共同反貪腐刑事合作之平台。

聯合國反貪腐公約序言中對此清楚提到：「確信貪腐已不再是地方性問題，而是一種影響所有社會和經濟之跨國現象，因此，進行國際合作以預防及控制貪腐，乃至關重要，並確信爲有效預防和打擊貪腐，需採取綜合性及跨學科之方法，尙確信提供技術援助在強化國家有效預防及打擊貪腐之能力方面得發揮重要之作用，包括透過加強能力與設置機構，確信非法獲得個人財富特別會對民主體制、國民經濟及法治造成損害，決心更有效預防、查察及抑制非法獲得資產之國際轉移，並加強資產追繳之國際合作」，因此，建立障礙少、有效率且範圍廣的國際司法合作以有效打擊貪腐，是本公約的主要內容之一。

實務上，涉及國際間兩個國家或兩個以上國家間的刑事司法互助內容，多數是以雙邊條約或公約方式制定，但依據此種條約的方式實無法將之完全落實，因爲國際條約僅規範簽約國之間的權利義務關係，至於確實的實行尙須在內國法上對於主管機關以及相關程序之接收、審查以及實施等加以明定方能實現。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」，明定爲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。」

反貪腐公約條文中，關於「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」的規定甚多，限於篇幅，本文無法逐一列舉說明，而其中基礎在於傳統國際刑事司法互助項目內者，相關文獻資料亦多有討論，故本文僅能就部分具有創新或變化性質的制度介紹，並就我國現行法制及未來修正方向等提出意見。

貳、國際刑事司法合作與反貪腐公約相關內容

自近代意義國家興起以後，隨著各國家間經貿往來的快速增加，在一國犯罪後逃至另一國家的現象愈益嚴重，爲了有力打擊這些逃犯並維護本國社會秩序，各國先後簽訂多項引渡條約，是爲國際刑事司法合作的開端。國際刑事司法互助，亦有學者稱爲國際刑事司法互助，係指不同國家之司法機關間，在訴訟或其他司法行爲中，相互進行合作或代爲履行某些訴訟行爲。國際刑事司法互助之主體，請求互助之一方稱爲請求國，被請求之一方稱爲被請求國。刑事司法互助之內涵包括至所有刑事訴訟流程之具體實現，從刑事訴訟程序之開啓至終結，都可能產生刑事司法互助之內容。以德國爲例，該國於1929年12月23日制定「德國引渡法」（*Deutsches Auslieferungsgesetz*），該法內計有第一章「引渡犯罪人及過境押解」、第二章「物之交付」及第三章「其他之刑事司法互助」（*Sonstige Rechtshilfe in Strafsachen*）等規定。此處所謂「其他之刑事司法互助」，係指狹義國際刑事司法互助之型態。同法第41條第3項則舉出數項代表性之互助類型，例如：提供犯罪人名單資訊（第1款）、文書之送達及傳喚（第2

款)、嫌疑人及被告之訊問、證人及鑑定人之詢問、搜索扣押及法官之勘驗(第3款)與移送被拘禁人(第4款),對於近代國際刑事司法互助下之調查取證,具有相當之法制意義。20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¹。到20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。

隨著時代進展與國際化擴大,聯合國於1990年12月14日第六十八次全體會議通過之「刑事事件互助示範條約」第1條第1項揭示甚為廣泛司法互助之範圍,亦即在調查或審判程序中「盡可能相互提供最廣泛之互助」²。2003年制定的「聯合國反貪腐公約」,則是目前懲治貪腐犯罪涉及範圍最廣的一項反貪腐全球性公約,其許多內容直接反應國際社會對反貪腐犯罪最新的立法動

¹ Ahlbrecht in: *internationales Strafrecht in der Praxis*, 2008, S. 368 ff.

² 第2項更列舉下列互助之具體事項:(a款)向關係人取得證據或供述(Taking evidence or statements from persons);(b款)互助獲取在押者或其他人士提供證據或互助調查(Assisting in the availability of detained persons or others to give evidence or assist in investigations);(c款)送達司法文件(Effecting service of judicial documents);(d款)執行搜索與扣押(Executing searches and seizures);(e款)檢查物件與處所(Examining objects and sites);(f款)提供資訊與證據資料(Providing information and evidentiary items);(g款)提供有關銀行、財務、公司或商務文件和紀錄的原本或認證副本(Providing originals or certified copies of relevant documents and records, including bank, financial, corporate, or business records)等。

向和發展趨勢。該公約在第四章國際合作部分中，從第44條到第50條分別就引渡、狹義的刑事司法互助、被判刑人的移管、刑事訴訟管轄的轉移、執行合作、聯合偵查及特殊偵查手段等均有詳細之規定。該公約在第43條尚明確要求，締約國應當依照公約第44條至第50條之規定，在刑事案件中相互合作。故該公約第四章可稱為目前最廣義的國際刑事司法互助的內容。按此，國際刑事司法互助已從單一向多元發展，內容涉及偵查、起訴、審判和刑罰的執行等刑事訴訟各個部分。

具體而言，該公約第四章主要規範內容包括刑事案件之偵查、起訴或審判程序之各種國際司法合作。國際司法合作是在尊重各國司法權獨立之前提下，不違反締約國本國之法律制度，在適當範圍內提供最廣泛之互助。縱非締約國或雙方無協定之存在，亦可在個案基礎上談妥互助之事宜。其主要規範有：第46條司法互助之原則、第49條及第50條之聯合偵查及特殊偵查手段、第45條被判刑人的移管等。無論在質與量的方面，均較過去大幅增加。就司法互助之原則部分，為求提供最廣泛範圍之司法互助，公約第46條明文規定了十五種情形下，原則上請求司法互助，締約國應予同意提供互助，若欲拒絕提供互助時，應先透過協商程序。如所涉及為本國財稅事項或銀行保密之事項，均不得以此為理由而拒絕司法互助。惟被請求國可以司法互助將妨礙本國之刑事案件程序而暫緩提供司法互助。此外，締約國亦可主動提供與刑事案件有關之資料予他國，無須事先請求。對於接受之資料，締約國應遵守保密之規定。若係證明被控告人無罪之資料，在宣布無罪前應先通知提供資料國，或先行磋商程序，且基於特定性原則，未得提供國事先同意不得將該資料再轉交或用於請求事項以外之目的。

此外，若經雙方締約國同意或被羈押或服刑人之同意，可移送被羈押或服刑人至他國進行身分辨認、作證等互助。接受移送國有權力及義務羈押被移送人，在履行義務後，將該人主動交還

移送國。又非經移送國同意，不得因其在離開移送國前之行爲而在接受國受到訴追或人身自由之限制。倘有不能或不宜至他國出庭、接受司法詢問之情形時，可以視訊會議方式進行詢問，且應有司法機關人員在場。

總之，聯合國反貪腐公約是當前懲治貪腐犯罪涉及範圍最廣泛的一項反貪腐全球性公約，其許多內容直接代表國際社會反貪腐犯罪最新的立法動向和發展趨勢。公約第四章國際合作的內涵就是最廣義的國際刑事司法互助。就內容而言，公約與「打擊跨國有組織犯罪公約」的規定可說非常類似，但公約專門設置專章，更爲全面，且部分規定甚至超出了以往公約。可以看出，公約的規定直接代表著目前國際刑事司法互助的完整概念，如此最廣義國際刑事司法互助亦被各國廣泛接受。

參、國際刑事司法互助內容的擴大和深化

一、有效追繳犯罪所得成為當今國際刑事司法互助的重要內容

近年來，有關貪腐、經濟或洗錢犯罪等，侵害金額與日俱增，不僅紊亂社會經濟秩序，嚴重者甚至動搖國本，針對這些案件，如未能有效查扣被告犯罪所得，即便順利將其繩之以法，亦不過使其一人服刑，其本人或家屬將來在外坐享犯罪所得，仍難解社會不平之鳴，且不符合社會公平正義。因此國家必須在追訴犯罪之餘，亦能有效剝奪、追回被告犯罪利得，也讓其他心存僥倖者喪失犯罪利基，從而不敢也不願犯罪。

今日國際資金往來較以往便利許多，貪腐所得容易透過各種洗錢方式流至國外隱藏或轉換，故有效追繳犯罪所得對於證明犯罪和懲治犯罪，以及對彌補受害國家和被害人的損失等，都具有重要意義。因此，在現有的國際刑事司法互助條約中，都將其作

爲一項獨立規範而定於公約中，如1988年《禁毒公約》第7條第2項、2000年《打擊跨國有組織犯罪公約》第18條第3項第7款等。但這些條款只是模糊規定由締約國根據其本國法律和行政程序等，處理沒收犯罪所得或財產，沒有具體規定追繳犯罪所得的措施與程序，缺乏相關具可操作性的合作機制。隨著全球化進程的推進和國際間交往的頻繁，特別是貪腐犯罪後將贓款轉至境外日漸增多，國際社會對如何有效追回貪腐犯罪所得表達極大的關注和重視，《聯合國反貪腐公約》內專門規定第五章資產的追回，從第51條至第59條等共計9個條文，詳細規定各項貪腐所得資產追回之事項，成爲公約內最具有創新意義之處。

公約在第51條明確規定，返還資產是本公約的一項基本原則，要求締約國應當在這方面相互提供最廣泛的合作和互助。第43條第1項即規定，在適當而且符合本國法律制度的情況下，締約國應當考慮與貪腐有關的民事和行政案件調查和訴訟中相互合作。充分顯示反貪腐國際合作的適用範圍並不限於刑事司法領域，與貪腐有關的民事案件和行政案件的調查和訴訟程序等，都可進行國際合作，並且，這些措施和方式可以同時進行，互不影響和排斥。公約清楚的創設了貪腐犯罪所得資產追回的法律機制，包括第53條直接追回財產，亦即確認締約國可在另一締約國之法院提出確認貪腐犯罪所得財產之所有權以及相關之返還及賠償等。在追回貪腐犯罪所得的國際合作中，刑事措施向來爲各國所重視，希望藉由刑事法的嚴厲手段得以有效預防與懲治貪腐犯罪。但是，因貪腐犯罪受到損害之國家未必僅能透過刑事司法互助，即請求另一國採取強制措施保全及沒收犯罪非法所得，還可以利用民事訴訟追回資產。具體而言，原告（通常是被害人或其代表人）向具有實際管轄權的外國法院提起確認之訴或侵權行爲之訴等民事訴訟請求，由該法院作出原告對被告非法轉移出境的犯罪所得或贓款等，擁有合法所有權的判決，或認定非法占有者（通常是即逃出境外的被告）構成侵權，並被判令賠償或返還，

或接受相關人的民事授權，藉由民事司法互助的途徑，要求外國司法機關執行民事判決或裁定的方式追回資產。今日，反貪腐國際合作的非刑事機制，特別是民事手段日益重要，該手段係以侵權法中的民事權利為法律依據，其好處在於所要求的舉證責任較低，如果刑事案件的被告死亡、潛逃等，亦不影響民事訴訟的順利進行。根據《聯合國反貪腐公約》的要求，允許規定不以刑事定罪為前提的沒收非法犯罪資產的制度³。

此點對突破在傳統國際法上國家主權豁免原則，具有重要之意義。國家豁免，又稱為「國家及其財產的管轄豁免」，係指一個國家及其財產不受其他國家管轄的權利。一般而言，國家豁免包括司法管轄豁免和執行豁免兩種。前者指不得將國家作為被告，不得將國家財產作為訴訟標的在外國法院起訴。後者指對國家所有的財產不能在別國法院採用訴訟保全措施和強制執行措施。國家及其財產豁免原則形成於19世紀。當時某國政府及其機關與他國自然人或法人之間的交往日益增多，出現了自然人或法人將外國政府告上法院的現象。國家及其財產豁免原則，即一國國家行為不受所在國法院管轄，其財產免受所在國法院扣押和強制執行的原則，就在這一背景下產生。這一原則的理論依據是主權相互平等。一般而言，國家豁免傳統之兩大理論為「絕對豁免論」和「相對豁免論」。絕對豁免論主張國家及其財產在其他國家應享有完全絕對的豁免，其重點在於審察國家的地位。限制豁免論主張將國家行為區分為主權行為和非主權行為，對於主權國家的非主權行為和用於該行為的財產不享有豁免權，故重點在於

³ 例如，英國2002年頒布的犯罪收益法專門規定了民事追繳制度，人和物可分離處理，對犯罪所得的追繳不受對該犯罪者的司法管轄和審判的影響，如果刑事訴訟因某些原因無法進行或者根據已有的證據難以對犯罪者定罪，但有關的民事程序卻可以勝訴，亦即英國的資產追繳局可以向高等法院申請凍結令和追繳令，對被認定屬於犯罪收益的資產予以沒收。

審視「國家行爲」的定性⁴。

2004年12月2日「聯合國國家及其財產管轄豁免公約」訂立⁵，屬公約第一次將國家及其財產豁免原則以國際公約的方式確定下來，使得習慣國際法規則走向了成文國際法規則。而且，在簽署和批准公約的國家中，大部分為歐洲國家。《聯合國豁免公約》在《歐洲國家豁免公約》的基礎上再一次為歐洲國家的國家豁免立法的統一提供了重要的規則來源。公約重申了久已存在的國家及其財產管轄豁免原則。公約序言中指出此為一項普遍接受的「習慣國際法原則」，並在條文中首先規定，一國本身及其財產遵照本公約的規定在另一國法院享有管轄豁免，一國應避免對在其法院對另一國提起的訴訟行使管轄。對另一國提起訴訟，不僅是被指名為該訴訟當事一方而且也包括該訴訟實際上企圖影響該另一國的財產、權利、利益或活動等。公約還對放棄豁免方

⁴ 第二次世界大戰之前，德國法院有關國家豁免的立場是支持絕對豁免論。1963年的伊朗王國案和1977年的「菲律賓共和國案」是聯邦憲法法院審判的兩個重要案件，前者代表著德國幾乎放棄了絕對豁免論，而後者則將限制豁免論的精神用於執行豁免的領域。1973年，德國外交部致各國駐波昂使館的聲明中指出，依目前的國際法，外國並不能完全地免於國家管轄，而必須依其行為是主權行為或非主權行為而定，但外國從事主權行為則享有管轄豁免。判斷國家行為性質是「公法行為」還是「私法行為」，德國聯邦最高法院和德國聯邦憲法法院相繼確認必須依德國國內法來判斷，因為德國認為國際法規則並沒有確立行為的區分標準。德國法院採用的「行為性質標準」，通常會拒絕豁免的請求。對於涉及外國管轄豁免的案件，德國是根據其國內法中民事訴訟法進行，民事訴訟法典第23條規定如果外國主權國家有財產位於德國境內，則德國法院有管轄權。此被稱為「財產的司法管轄權」。並且該條在司法實務中由法院作出廣泛的解釋。Karl Doehring, *Völkerrecht*, 2 Auflage, 2004.

⁵ 歷經半個多世紀的討論方形成此一公約，反映了各國在國家豁免問題的分歧之巨大。從公約開放簽署至今，共有28個國家簽署了該公約，但至2015年僅有17個國家批准、接受或核准了公約。而根據公約第30條規定，公約至今仍未生效。

式及參加訴訟和提起反訴後不得再援引管轄豁免等有進一步規定。

根據《聯合國反貪腐公約》的規定，承認貪腐犯罪存在著受害者，並賦予被害人單獨提起民事賠償訴訟的權利。在犯罪人死亡、逃亡或者缺席而無法對其提起公訴或審判的情況下，被害人根據《聯合國反貪腐公約》享有可以不經過刑事定罪而獲得這類財產的權利。按此，在貪腐案件中被告在逃的情況下，被害人可以根據《聯合國反貪腐公約》的規定提起單獨的民事訴訟，就被告侵權所造成的損害要求民事賠償。如果受害者無法確定，國家可以代為提起民事訴訟。據此，各國應積極建議本國受害者在贓款所在國依照當地法律提起訴訟，並予以指導和幫助，積極追回贓款贓物，贓款所在國政府亦應依法予以互助。值得注意的是，某些特定情況下國家因其享有國家主權豁免，在另一國提起民事訴訟在法律上是不可能的。為此，請求國可以將追討貪腐資產的各項權利轉讓給一個非國有的獨立基金會或者法人，由後者作為貪腐資產的追討者直接參與被請求國的司法程序。透過「法人程序」作為原告，向被請求國法院提供證據證明自己的聲明，參與國外之民事訴訟。由於國家豁免，亦即國家及其財產的管轄豁免，迄今仍是一普遍接受的習慣國際法原則，這是一種比較可行的方法。當然，由於各國民事法律的差異更大且程序複雜，經由民事手段追討犯罪所得通常要聘請當地的律師，這需要耗費相當多的時間和資金。

另於公約第54條之國際合作追回財產等方式，主要如執行他締約國法院之沒收命令，甚至包括非以定罪為前提之單獨沒收等，此外並對如何返回及處分貪腐所得資產於第55條等均做詳細規定，讓所有關於資產返回的措施和合作機制，都能透過國際刑事司法互助得到實質幫助。同時，公約將追繳貪腐犯罪所得的司法互助措施劃分為兩種，一類是為取證目的而辨認或追查犯罪所得、財產、工具或其他物品，即第55條第2項：「在對本公約所

定犯罪有管轄權之締約國提出請求後，被請求締約國應採取措施，以辨認、追查及凍結或扣押本公約第31條第1項所定之犯罪所得、財產、設備或其他工具，以利最後由請求締約國命令，或依本條第1項所定之請求，由被請求締約國命令沒收之。」以及根據本公約第五章的諸多規定以辨認、凍結和追查犯罪所得以及追回資產。簡言之，依據公約第五章產生的司法互助擴大以及新創了向來司法互助的適用範圍，與以往的相關公約相比，公約首次於第57條第3項確立了被各國普遍接受的關於被轉移的貪腐犯罪所得資產必須返還之原則，強調締約國為此應當承擔法律義務，可說為國際社會開創了一種最新型態的司法互助模式。

我國目前法制，不要說談到國際合作沒收犯罪所得，即便是單純國內案件，相關法律也是千瘡百孔，且漏洞百出。例如目前刑法原則上需以定罪為前提的犯罪所得沒收制度，不僅混淆「犯罪」與「犯罪所得」本屬刑法上不同法律效果，也無異於鼓勵犯罪，尤其是被告死亡或逃亡無蹤者，不僅刑罰無法順利制裁，其犯罪所得也無法終局沒收。故應將沒收與其替代價值之追徵等從「刑」的現行法框架脫離，立法承認其為以罪責為前提之「刑」以外的法律效果，並明定非以定罪為前提的對物沒收種類與要件。程序法方面，僅於刑事訴訟法第133條第1項規定可為證據或得沒收之物，得扣押之以及第2項命提出或交付而已，除體系上將「可為證據」與「得沒收之物」兩個法律性質並不相同之事混為一談，造成實務上面臨諸多問題，且僅以扣押物之方法亦難以因應今日各種財產呈現之不同形式與追討，更難以有效因應未來就犯罪沒收與追徵擴大化後之有效保全要求。在本國實體法及程序法對於犯罪所得沒收的規定均處於嚴重落後、不足的現階段，談論國際合作有效加強貪腐犯罪沒收，根本是緣木求魚，難有成效，且將與反貪腐公約內擴大沒收犯罪所得的趨勢嚴重背離，阻礙國際合作！對此，建議應先就國內實體及程序法現有條文作修正，回歸沒收犯罪所得之本旨及相對應程序保全措施，並研議如

對第三人沒收、獨立沒收以及如民事、行政沒收等制度，並根據此些內容對應至國際刑事司法互助法律內，方能順利與國際接軌，促進國際合作，達到國際共同反貪腐的目標。

二、創設追訴跨國犯罪的新機制——國際執法合作

對於犯罪進行追訴與審判，是國家司法主權的核心內容之一，但在碰到跨國性質的犯罪時，主權的行使就會受到限制，容易形成有效進行司法程序的漏洞或障礙。不同國家間的執法合作機制建立，是在懲治跨國犯罪的國際刑事司法互助中逐漸出現的新模式，內容是指各國執法機關在偵查與起訴跨國犯罪過程中進行如資訊交換、偵查合作等所形成的直接合作機制。國際刑事司法互助要達到快速有效的要求，勢必要儘量減少傳統國際司法互助時，因為尊重國家主權而產生的諸多障礙，儘量能進行直接合作，而執法合作就是為了滿足這一要求而設。1988年聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥物公約是第一個明確規定跨國執法合作的條約，《打擊跨國有組織犯罪公約》在第27條亦專門規定執法合作條款，就執法合作的具體範圍立下明確規定，可說是國際公約中第一次明確規定締約國打擊跨國有組織犯罪方面的執法合作義務。

「聯合國反貪腐公約」在第四章國際合作專章中，單獨制定執法合作條款，對國際反貪腐領域的跨國執法合作詳細規定。公約在第48條規定了締約國應在交換貪腐犯罪方面的情資、與其他締約國合作就貪腐犯罪有關的事項進行調查、在適當情況下提供必要數目或數量的物品以供分析或偵查之用、執法人員的交流，以及就執法合作訂立雙邊或多邊協定或安排等多領域進行密切執法合作的義務。值得注意的是，此條款屬於強制性要求，即所有締約國應當採取立法措施或其他措施的義務。當然，顧及到主權國家的疑慮，公約也認為此種合作應是在符合本國法律和行政管理制度的情況下進行。將執法合作機制引入反貪腐領域是公約的

創舉，對增強反貪腐的成效及促進國際反貪腐合作具有重要意義。當前，在執法領域加強國際合作已經成為各國反貪腐策略不可缺少的一部分。德國國際刑事司法互助法第61b條對於共同偵查團隊規定：(一)當國際公約有規定，能組織一共同偵查團隊。只要派遣國同意，在有管轄權的德國成員指揮下，可賦予由其他國家在一共同偵查團隊派遣成員執行偵查措施。(二)依據參與國之法規命令或參與國間適用之協議許可者，其他人員亦可加入共同偵查團隊。(三)參與共同偵查團隊的公務員，可將職務上獲得之情報（包括個人資訊）直接交與由其他國家派遣來之成員，只要此舉是爲了共同偵查團隊工作所必須。

由於犯罪偵查屬於一國的刑事司法主權範疇，且許多偵查作爲帶有強制性並侵犯人民的基本人權，因此，討論國際反貪腐的聯合偵查時，要注意遵守一些基本原則，以利聯合偵查的進行，避免引起各國之疑慮而難以推動。主要如下：

(一)互相尊重國家主權和司法管轄權

在反貪腐聯合偵查過程中，不能危及國家獨立處理刑事司法事務的權利，也不能妨礙國家對外交往的權利。《聯合國反貪腐公約》在聯合偵查條款中明確指出，有關締約國應當確保擬在其領域內進行此種偵查的締約國主權受到充分尊重。《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》第4條亦明確規定，在履行其根據本公約所承擔的義務時，締約國應遵守各國主權平等和領土完整原則及不干涉內政原則。本公約的任何規定均不賦予締約國在另一國領土內行使管轄權，以及行使該另一國本國法律規定專屬於該國主管機關權限的權利。根據此原則，在反貪腐聯合偵查活動中，對於涉及國家主權事務者，不應允許外國警方干涉。因此，一國員警到他國合作辦案時，通常僅限於聯絡、報告情況以及對於本國國民進行訊問、取證等任意偵查行爲，原則上不能採取強制偵查措施，諸如通緝逮捕、搜索、監視居住、臥底等不能由外國員警

直接執行的。但是對於不涉及國家主權和司法管轄權的問題時，應當給予他國警方足夠的自由和充分的配合。

對此，德國之規定為，必要高權行為仍需德國公務員為之，理由在於外國參與者並無主動之共同參與權。外國公務員則可以提問或給予參考等，在實務上，如經所有程序參與者的同意，德國之權責機關亦可在德國機關掌控下，讓外國代表進程序，譬如在德國之控制下，直接讓外國代表提問證人。至於所取得的成果譬如偵訊筆錄，並不能直接交予外國公務人員，而係須透過司法互助管道交付。惟在個案無特別性的情況，德國均會先給予外國公務人員副本作為暫時使用，外國公務人員亦可自行記錄所實行的措施之程序⁶。

(二)互惠原則

依據公約之精神，對於國際領域的反貪腐行動，各國都有共同之利益。因此，互惠原則是聯合偵查的基礎，也保障聯合偵查順利進行。在反貪腐聯合偵查中，加入團隊之各當事國應本著平等互惠的精神相互合作。任何一國獲取某項重要情報或證據後，應該要及時通報給有關國家。互通情報，密切聯繫，才能真正實現聯合偵查的目的。而一國給予另一國協助之後，另一國也要相應的給予對方協助，施行法第2條第2項：「前項規定涉及國際法義務之履行，應依條約；無條約或條約未規定者，應本於互惠原則。」亦清楚揭示此一原則。

(三)相互尊重對方的法律和公共秩序

當一國與另一國進行反貪腐聯合偵查，就代表承認對方國家的相關法律制度，即應尊重並遵守合作方的法律，不能認為該法律對本國偵查人員不生效力而予以漠視，甚至以任何手段或方式

⁶ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 197.

破壞該國的法律制度！否則，聯合偵查活動都將因此而失去意義，並且危害到以後繼續合作之可能。除此之外，在反貪腐聯合偵查中，合作各方都應尊重對方國家的各種社會、政治、經濟、文化制度和宗教信仰，以及該地居民的公序良俗，否則將會嚴重破壞合作的基礎。

(四)進行方式：可在個案協商基礎上進行反貪腐聯合偵查

爲了促進在沒有雙邊或多邊協定的情況，亦可進行國際反貪腐聯合偵查，聯合國反貪腐公約進一步規定，如欠缺這類協定時，亦可以在個案基礎上協商進行這種聯合偵查。而對於個案協商基礎上的反貪腐聯合偵查的實施順序，則視各國合作的意願、合作需要以及合作慣例等方式而定，例如當立案國和其他當事國都是國際刑警組織會員國時，雙方可以依據國際刑警組織的章程和工作規則等，進行相關事務。

肆、國際刑事司法互助新模式

一、主動互助模式出現

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，這種侷限於被動、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，化被動爲主動，積極提供其他締約國幫助，成爲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爲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條內，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⁷。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、希望各締約國間進行更緊密，更提早的合作成果和效率。

⁷ 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。

但在主動互助模式運作時，相關資訊，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，而個人資訊的涉及私密程度、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。

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，新增了如下條文，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」(Datenubermittlung)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：

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料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5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5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。

在實務上，還要注意刑事司法互助之「調查取證」與此種「資訊傳遞」之區別。德國有清楚之區分，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、對抗秘密僱用法、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以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。

對於涉及犯罪的資訊的公開、傳遞及使用等，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、營業秘密法及其他特別法中之保密規定等，但對於如反貪腐公約基於國際刑事司法互助所定的國際傳輸，甚至是主動傳輸等，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條規定：「……於其行使職權範圍內，必要時，得傳遞個人資料境外情資交換使用」⁸亦未規範這裡所討論的國際傳輸。在個別條約或協議部分，駐美國臺北經濟文化代表處與美國在臺協會間之刑事司法互助協定第2條「協助之範圍」內「(8)不違反受請求方所屬領土內法律之任何形式之協助。」，「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」。另基於海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議第5點所制定之「海峽兩岸犯罪情資交換作業要點」第2點規定

⁸ 全文為：「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。前項機關對其傳遞個人資料之正確性，應負責任。」

「與犯罪有關的情報與資訊」，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，同作業要點第3點並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。

二、視訊傳送方式取證

受限於國家主權的限制以及尊重他國主權的共識，對於處於國外相關證據之蒐集與調查，往往要透過國際刑事司法互助途徑委請受委託國代為進行。故相互代為調查和收集有關刑事案件的證據一直是各國之間進行國際刑事司法互助中最普遍採用的合作機制。傳統的取證方式主要是委託他國互助提供證據，調查證據或代為詢問證人及其他關係人等，但此一方式也面臨許多的困難，主要在於取證方式是在被請求國法律規定的程序下完成（例如訊問主體、緘默或拒絕證言權之範圍以及在場人員的不同等），或由於被請求國執法人員對於本案內容並不熟悉等原因，取證結果不一定能為請求國法律所接受或對案件實際用處，而且對當事人而言，此一取證方式往往也有侵害人權的顧慮（例如對於不利證人的對質、詰問權的確保等）。因此，採用現代科技之視聽傳送設備，即通過視訊傳送取證之方式，逐漸在某些國家和國際刑事審判機構中出現。國際公約中，「打擊跨國有組織犯罪公約」是第一個規定允許以視訊方式取證的國際公約。

「聯合國反貪腐公約」對此承續「打擊跨國有組織犯罪公約」的規定，在第46條第18項要求締約國在證人不可能或不宜旅行時，在可能並且符合本國法律基本原則的情況下，安排使用視訊傳送方式作為一種取得供述證據的手段。這種直接取證方式不

但可以解決國外證人、鑑定人不便或不能至本國出庭的問題，又可以較為節約訴訟成本，促進各締約國之間的司法互助和提高司法互助的效益。當然，公約同時又規定這種詢問應符合一定的條件，即不得違反締約國法律，詢問由請求國的司法機關進行時，應當有被請求國司法機關人員在場，確保有關法律程序的公正、客觀和依法。

雖然公約關於藉由視訊方式取證的規定並非強制，但對締約國的相關立法可能產生重要的影響，如需要修訂相關證據規則，承認以視訊方式所為之證詞具有證據能力，並需制定有關可靠性擔保以及確認身分問題等之標準。依據德國刑事互助法第77條第1項，外國亦可請求德國對證人進行視訊訊問⁹，因為視訊訊問是屬證人之訊問，故須遵守德國刑事訴訟法第48條以下（證人）以及第239條以下（訊問證人）之規定。外國視訊訊問之請求可由檢察官為之，只有當請求國明示法院須參與時，法院始須參加。由於視訊訊問需證人同意始可為之，並非強制。故刑事司法互助法第61c條明定，當外國視訊訊問之要求無法實施時，不可對拒絕之證人或鑑定人課以金錢處罰以及其他之命令。除了以視訊方式訊問外，歐盟司法互助法第11條尚規定了電話訊問，德國雖未有電話訊問之規定，但其一般認為沒有牴觸德國法秩序之基本原則，故應許之，但因德國刑事訴訟法尚未承認電話訊問，故只有屬自由證明程序時，始可以電話訊問¹⁰。

在德國對他國提出視訊訊問之要求時，需確保被請求國於審判程序之重要的程序保證得以滿足，以及德國刑事訴訟法第247a條之允許視訊之要件。要注意的是，畢竟是在他國主權範圍內行使本國司法權下之證人訊問，故請求國之司法機關原則上不享有

⁹ 德國刑事訴訟法第247a條允許於審判程序，在一定的要件下，以視訊之方使訊問不在庭之證人。

¹⁰ Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 205.

指揮訴訟之權限，其他參與程序人之訴訟權限亦應受限，通常被請求國之管轄機關通常僅同意請求國法院對證人提出問題而已，反之亦然。

在我國，依刑事訴訟法第177條第2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」；同條第4項規定：「第二項之情形，於偵查中準用之。」僅以法院認為適當，即可以取代證人親自到庭陳述，似過度侵害直接審理原則之要求。惟此種視訊方式，依據實務見解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¹¹。另對於有遭受危害之餘的證人，證人保護法第11條第4項規定，對有保密身分必要之證人，於偵查或審理中為訊問時，應以蒙面、變聲、變像、視訊傳送或其他適當隔離方式為之。於其依法接受對質或詰問時，亦同。其範圍僅限於遭受危害之證人，對於國際刑事司法互助之利用視訊方式調查取證，並無法涵蓋。

我國司法實務，對於身處國外之證人利用視訊設備接受我方司法人員訊問一事，則採較為保守之見解。以著名之某醫師在大陸殺人案為例¹²，偵查中我方檢察官對於在大陸之數名證人透過視訊訊問，然其證詞在一、二審均被認為無證據能力，理由約為「遠距視訊乃司法權具體行使，行遠距訊問證人之處所及提供遠距訊問設備之相對方（即證人應訊之處所），均應以我國政府機關及法院、檢察署為原則」、「若擬於境外行遠距訊問，允宜以法有明文或雙方訂有協議為前提」、「現行法及大陸地區與我國雙方尚乏此項規定，大陸地區復為我國法權所不及之地」等，進

¹¹ 見最高法院97年度台上字第2537號判決。

¹² 臺灣高等法院100年上訴字第635號判決。

而導出「是前開證人之證述，自不得採為證據」的結論。然而，此一訊問事前必須經過大陸有關機關的同意方得以進行，並無前述「違反他國主權」的疑慮。其次，國際刑事司法互助進行並非一律屬「法律保留事項」，而是應按其對基本權利干預嚴重程度做不同考量，尤其是考慮我國現實處境，「若擬於境外行遠距訊問，允宜以法有明文或雙方訂有協議為前提」般嚴格要求似無必要，基於有效刑事訴追之必要，個案上如獲他國同意即足。最後，即便認為欠缺法律依據，也未必導論出「自不得採為證據」的結果，這部分的說理有欠周延。總之，反貪腐公約施行法已經鼓勵對於難以親自出庭應訊之證人可採用視訊方式訊問之，我國應該儘速立法因應，避免實務運作時發生困擾。

伍、傳統國際刑事司法互助慣例的突破

對於傳統國際司法互助的許多慣例或限制，反貪腐公約亦做了不少的突破。

一、雙重犯罪與可罰原則允許例外規定

雙重犯罪與可罰原則是指國際刑事司法互助所針對的行為根據請求國和被請求國的法律均構成犯罪且具實質刑罰可能性，兩國對該犯罪的罪名並不一定要相同，只要兩國的罪行之間實質上相似就可以。它是各國開展國際刑事司法互助時遵循的傳統國際法原則。雙重犯罪原則是從引渡制度中發展起來的，隨著國際刑事司法互助領域的不斷拓展，也開始擴展到其他刑事司法互助領域。本原則要求請求國所述之事實必須在被請求國亦犯罪構成要件該當，亦即需滿足主觀及客觀構成要件，此引渡或執行協助於被請求國始會進行¹³。此原則目的是為了確保國家不會因為負有

¹³ Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 93; Hackner/Schierholt,

義務去協助他國進行刑事追訴而違反其本國犯罪政策的基本決定，同時也是在保護個人，理由在於其確保國家不會透過協助他國之刑事追訴而逾越內國對於刑事追訴的正當性，而經此即不會違反法治國原則及罪責原則¹⁴。

傳統刑事司法互助認為雙重犯罪原則係基於法治國原則而受到一致的擁護，不允許有例外規定。但近年來，國際社會開始承認雙重犯罪原則的例外，而有相對化的趨勢。特別是在組織犯罪以及恐怖主義犯罪等領域有這個需要，不能讓刑法由於一些國家之立法怠惰而無法介入。「打擊跨國有組織犯罪公約」首先突破了雙重犯罪原則，規定在文書、證據方面的司法互助方面，被請求國可在其認為適當時在其斟酌決定的範圍內提供互助，而不論該行為按被請求國本國法律是否構成犯罪，但在引渡方面仍然堅持雙重犯罪原則。

「聯合國反貪腐公約」對於雙重犯罪原則之限制有了重大的改變，特別是在引渡領域建立了雙重犯罪原則的新標準，公約第44條第1項仍然堅持雙重犯罪之一般原則，甚至是更為嚴格的雙重可罰原則，亦即除均構成刑罰處罰外，還進一步要求該犯罪行為在兩國內均具有實際可罰性（例如追訴權時效已過，即無實際可罰性）¹⁵，但第2項卻規定：「儘管有本條第1項規定，如締約國法律允許者，仍得對本公約所涵蓋但依其國家法律不予處罰之任何犯罪，准予引渡」，故締約國本國法律允許者，可以就本公約所包括但依照本國法律不予處罰的任何犯罪准予引渡，等於對前項一般原則的突破。在締約國本國法律允許的前提條件，有效

Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 34.

¹⁴ 因此歐盟各國於討論限制或廢除雙邊可罰性原則雖然與符合互相承認原則，但亦須對相關人之權利為適當之補償，參閱Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 96.

¹⁵ 刑事訴訟法第302條第2款規定案件時效已經完成者，應諭知免訴判決。

保證了國際合作的進行，同時又有效維護本國主權。據此，雙重犯罪與可罰原則不再是締約國於反貪腐國際合作中必須堅守的原則，公約允許，甚至鼓勵各締約國在非雙重犯罪與可罰的情況下進行司法互助¹⁶，此外，公約第46條第9項（廣泛的司法互助）分別規定：「在非雙重犯罪之情況，被請求締約國對依本條提出之司法互助請求為回覆時，應考量第1條所定之本公約宗旨。」（第1款）、「各締約國得以非雙重犯罪為理由拒絕提供本條規定之司法互助。但被請求締約國應在符合其法律制度基本概念之情況，提供不涉及強制性行動之互助。在請求所涉事項屬極為輕微，或尋求合作或互助之事項得依本公約其他規定獲得時，被請求締約國得拒絕此類互助。」（第2款）以及「各締約國均得考慮採取必要措施，使其能在非雙重犯罪之情況，提供比本條規定更為廣泛之互助。」（第3款）所以締約國只要表示接受該公約明確列舉的這些罪名，即使其本國刑法未規定這些犯罪或者雖規定但不予處罰，仍可以依據第44條的規定直接將公約作為引渡的法律依據。這一新規則將使國際刑事司法互助朝向儘量減少拒絕，儘可能提供互助的方向發展，這對現代國際刑事司法互助法的發展將產生深遠的影響。

我國則為引渡法第2條第1項規定，凡於請求國領域內犯罪，依中華民國及請求國法律規定均應處罰者，得准許引渡。但中華民國法律規定法定最重本刑為1年以下有期徒刑之刑者，不在此限。此規定顯然是以雙重犯罪原則為基礎，而我國現行法最重本刑為1年以下有期徒刑之罪者，比例甚低，而對此種輕罪國際上也通常認為沒有引渡之實益，故我國引渡法以雙重犯罪為原則應屬無誤。對應反貪腐公約的要求，應考慮修法放寬雙重犯罪原則

¹⁶ 此一趨勢在歐洲逮捕令有可以清楚看到。該制度不僅簡化了執行國之審查程序，還更進一步的削弱雙重可罰原則，共計有32種犯罪領域毋庸兩國均有處罰，即可核准歐洲逮捕令。

之限制。值得注意的是，在海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議內第4點第2項則規定，一方認為涉嫌犯罪，另一方認為未涉嫌犯罪但有重大社會危害，得經雙方同意個案協助。但本項所屬之「四、合作範圍」是在「第二章 共同打擊犯罪」內，而非「第三章 司法互助」內，故反貪腐公約要求之擴大司法互助範圍以及減少司法互助障礙等，在兩岸間是否基於此不具法律位階的協議而順利落實，在我國法制面上有相當討論的空間。

至於在小司法互助領域，例如調查取證，雙重可罰性的要求通常較引渡更為寬鬆。以德國為例，只有於提供互助項目是提出物品或是搜索扣押等帶有強制性質之措施時，才要求所據之行為依德國法屬刑事可罰或至少依社會秩序維護法可追訴¹⁷。我國未來制定相關法律時，宜注意國際間此一擴大協助之趨勢，減少不必要之互助障礙。

二、政治犯罪不引渡原則不適用於貪腐犯罪

在國際刑事司法互助實踐中，政治犯罪不引渡原則一直是國際社會及各國政府所遵循的一個原則。禁止以司法互助追訴政治犯罪可說是由來已久的限制，屬於國際法上之強行規範。但在法國大革命之後，政治犯被看作是進步思想的象徵，因此產生了政治犯不引渡的原則。最初明文規定政治犯不引渡原則的是1833年比利時制定的引渡法。這項規定對後來各國引渡法的發展發生了很大的影響。從此，規定政治犯不引渡的條約逐漸增加，政治犯逐漸受到尊重、庇護，最後遂被排除於引渡之範圍¹⁸。因此，只要是政治或相關之犯罪，通常是不會進行司法互助，德國國際刑事司法互助法第6條第1項、我國的引渡法第3條對此均有規

¹⁷ 參照德國國際刑事司法互助法第66條、第67條。

¹⁸ 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，東海大學法律學院法律學研究所碩士論文，2012年1月，頁18。

範¹⁹。而隨著保護人權的發展，政治犯罪不引渡原則從引渡領域，影響擴展到所有的刑事司法互助領域，該原則已成爲普遍承認的拒絕國際刑事司法互助的任責事由。但是此種司法互助的限制與近來之跨國境的犯罪對抗處於緊張之關係，譬如在對抗恐怖主義、追訴國際法上之犯罪以及世界性的人權保護的情況，此種矛盾的情況亦導致實務係以個案爲導向判斷此行爲是否是政治犯罪²⁰。

但是，究竟何爲政治犯罪，目前世界似乎還沒有國際條約或國家的刑事司法互助立法對其明確予以界定。較無疑問的是所謂的「絕對政治犯罪」(die absolut politischen Delikte)，指其目的在於改變國家的權力結構且直接侵害國家的存在和安全²¹，如內亂或間諜行爲²²。而相對政治犯罪(die relative politischen Delikte)指的是犯罪實施的目的是爲了達成政治之目標，而行爲人所犯之罪爲普通犯罪²³。由於被指控的罪犯或嫌疑犯是在被請求國的領域內，如何認定政治犯罪只能有被請求國決定。從引渡的實務看，不同時代不同的統治階層通常按照自己的法律和政治標準來解釋何謂政治犯罪，因而發生各國對政治犯罪理解的歧異，甚至觀點矛盾。爲了解決各國在這個問題上的各行其是，甚至濫用該原則以避免引渡的情況，國際開始嘗試縮小政治犯罪概念，即把一些原來認爲是政治性質的一些罪行從政治犯罪中排除。如規定謀殺外國國家元首或其家屬的犯罪行爲、恐怖主義的

¹⁹ 引渡法第3條：犯罪行爲具有軍事、政治、宗教性時，得拒絕引渡。但左列行爲不得視爲政治性之犯罪：

- 一、故意殺害國家元首或政府要員之行爲。
- 二、共產黨之叛亂活動。

²⁰ Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 101.

²¹ Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 102.

²² Hackner/Schierholt, Internationale Rechtshilfe in Strafsachen, 2012, S. 122.

²³ Gless, Internationales Strafrecht, 2011, S. 102.

犯罪行為不得視為政治犯罪，1998年的「國際刑事法院規約」更是明確規定滅絕種族罪、危害人類罪、戰爭罪和侵略罪是可引渡的罪行，亦即不能把這些犯罪當作政治犯罪來規避國際刑事司法互助。由此可見，對政治犯罪不引渡原則的例外越來越多。

起草反貪腐公約時，就此問題也有相當的爭議，最後，公約確立了貪腐犯罪在一定情況下不得視為政治犯罪的新規則。第44條第4項規定：在以本公約作為引渡依據時，如果締約國本國法律允許，根據本公約確立的任何犯罪均不應當視為政治犯罪。各國在反貪腐實務中經常面臨的問題是，貪腐犯罪嫌疑人逃亡至國外後經常獲得所在國的政治庇護，所在國基於各種理由也常會以政治犯罪不引渡為由而拒絕引渡。這一條款遏制了貪腐犯罪在性質認定上的歧異。但基於尊重主權，公約對於是否為政治犯罪仍由簽約國的國內法判斷，當然賦予了簽約國以國內法規定為由而拒絕引渡犯罪嫌疑人的可能。但公約明確規定貪腐犯罪原則上不應視為政治犯罪，在這點上，已可稱是一大進步。

陸、結 論

2003年制定的「聯合國反貪腐公約」，則是目前懲治貪腐犯罪涉及範圍最廣的一項反貪腐全球性公約，其許多內容直接反應國際社會對反貪腐犯罪最新的立法動向和發展趨勢。在第四章國際合作部分中，從第44條到第50條分別就引渡、狹義的刑事司法互助、被判刑人的移管、刑事訴訟管轄的轉移、執行合作、聯合偵查及特殊偵查手段等均有詳細之規定。該公約在第43條尚明確要求，締約國應當依照公約第44條至第50條之規定，在刑事案件中相互合作。故該公約第四章可稱為目前最廣義的國際刑事司法互助的內容。按此，國際刑事司法互助已從單一向多元發展，內容除涉及偵查、起訴、審判和刑罰的執行與犯罪所得之沒收等刑事訴訟各個部分，且兼及民事、行政之制度以及資訊交換等廣泛

的合作方式，完整且深入。

我國受限於諸多外交及政治現實因素，僅能與個別國家或地區簽有少數條約、協定或協議外²⁴，而在本國法律層面，迄今仍無總則性、完整性的國際刑事司法互助法律。目前涉及國際刑事司法互助之規定，散見於「引渡法」²⁵、「外國法院委託事件協助法」以及「跨國移交受刑人法」等。惟因我國與多數先進國家無引渡條約，且實務上絕大部分都是以出入境或移民的法規處理，故在實務上並無發生依據引渡法實施之案例²⁶。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，但現實案例上，國際刑事司法互助請求大多是在偵查階段中檢警所進行，審判階段多是如文書的送達等，故此法規範的範圍十分狹隘，於實務上可說不敷使用，有修正的必要。至於跨國移交受刑人法僅處理受判決確定人移交，幾乎可說是屬於刑事司法互助的最末階段而已，之前的偵查、審判階段，法律密度甚為貧弱。就內容而言，除「跨國移交受刑人法」屬較新立法外，其餘二法內容均甚為老舊，遠遠跟不上如聯合國反貪腐公約所規定的現代刑事國際司法互助的內容。因此，我國現行法制對於現代國際刑事司法互助的諸多內容，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，妨礙我國與世界他國展開刑事司法互助的實務。

本文認為，除現行已有之法律應配合修正外，尚應有一部單一、完整的國際刑事司法互助法²⁷，讓我國與他國進行司法合作

²⁴ 例如與美國、越南、菲律賓的協定，以及與中國大陸地區、南非與德國的協議等。

²⁵ 目前臺灣和7個國家簽有引渡條約，分別是多米尼克、多明尼加、南非、史瓦濟蘭、馬拉威、哥斯大黎加以及巴拉圭。

²⁶ 法務部目前正修訂引渡法。

²⁷ 據聞法務部有意提出一完整之「刑事司法互助法」草案，對此自表贊同。

時有一可遵行的規範，並讓外國清楚得知與我國進行刑事司法合作的流程、要件，便利合作之進行。除此之外，反貪腐公約相關規定司法合作範圍甚為廣泛，尚有資訊交換、共同偵查、視訊訊問及有效追繳犯罪所得等許多制度，在我國涉及許多相關法律增定或修正等，為因應公約在我國施行誠有修法之必要，對此，應針對反貪腐公約之各項內容逐一檢討我國現行法令不足之處，並宜組成跨院及部會的綜合修法小組，避免各主管機關切割式的個別立、修法，方能將公約之內容在我國充分且有效的實現，並在國際公約的框架或精神下，促成與外國各項刑事司法合作。