

附件二

前言

談及國際刑事司法互助，一般多從司法互助之各項原則或現今我國實務發展面開始論述，或兼談及二者有之，至於其基本概念之定義、類型或沿革面則少有論及。筆者於東京大學法學政治學研究科進修期間，適研讀日本及中國大陸相關之文獻，發現亦不乏自定義或沿革面介紹刑事司法互助之期刊論文，因而本文乃嘗試就定義、類型與歷史沿革等基本概念予以簡介，期使此一概念脈絡能與國內文獻相連結，而可助益於整體概念之理解，以下即分別說明之。

壹、國際刑事司法互助之意義

關於「國際刑事司法互助¹」一詞，中國大陸學者²曾由各種觀點提出定義如下：(一)有學者認為「國際刑事司法協助是國與國之間在刑事事務方面通過代為一定的司法行為而互相給予支持、便利援助的一種活動」³；(二)有學者認為「從政治角度看，它是專門適用於處理涉外刑事案件的一項國際合作制度，這項制度是以國際條約為基礎，以國內立法為依據而確立的；從司法角度來看，刑事司法協助，是指不同國家或地區的司法機關之間，依據國際條約規定或雙邊互惠原則，在刑事司法上相互協助，代為一定訴訟事務的行為」⁴；(三)有學者認為「國際刑事司法協助是指不同國家的司法機關為履行刑事司法職能的目的而相互提供便利、幫助與合作行為的總和」⁵；(四)有學者主張將國際刑

¹ 各國文獻上用語不一，例如「國際刑事司法協助」、「國際刑事司法/法律合作」、「國際刑事司法共助」、「國際司法協力」、「international judicial/legal assistance in criminal matters」、「entraide judiciaire internationale en matière pénale」及「internationale Rechtshilfe in Strafsachen」等等。

² 大陸學者認為其學界對於國際刑事司法互助概念、特徵、法律屬性之研究，可分為1981年至1990年初期階段、1991年至1997年之開展階段和1998年至今的深入階段，各時期研究重點由初期的引介外國學者如M.C.巴西奧尼、森下忠等人學術成果，至其後的概念定義研究而漸次深入，參閱陳灿平編著、王作富審定，國際刑事司法協助專題整理，中國人民公安大學出版社，2007年6月第1版，頗具參考價值。我國因長久以來外交處境艱困，實務與學術在國際刑事法學上之研究不多，故在此乃就定義等基本概念部分加以爰用。

³ 參閱趙永琛，論國際刑事司法協助，現代法學，1991年第2期，第42頁。

⁴ 參閱楊世英、馬進保，論國際刑事司法協助的概念、特徵和形式，法律科學，1991年第5期，第69頁至第72頁。

⁵ 參閱黃風，國際刑事司法協助及其基本原則，中國國際法年刊，法律出版社1999年版，第265頁。

事司法協助定義為「國際之間根據條約或協議應委託代為履行某些刑事訴訟行為的活動」，主張在狹義上使用「國際刑事司法協助」，而建議將最廣義的國際刑事司法協助留給更為合適的詞彙「國際刑事合作」⁶；(五)有學者認為國際刑事司法協助概念的界定與國際刑事司法協助範圍的理解密切相關，對國際刑事司法協助應理解為「國家之間、地區之間在刑事事務方面通過代為一定的司法行為而相互給予支持、便利和協助的活動」⁷；(六)有學者認為「國際刑事司法協助是主權國家之間依照有關國際條約或雙向互惠原則，協助或代為履行一定的刑事訴訟程序或刑事實體權利的活動」⁸等等，各說均言之成理。惟法律用語之定義往往牽涉概念之內涵與外延廣狹，故自不同角度出發所使用之描述即產生歧異，實在所難免，尤以國際刑事司法互助在今日逐漸放寬之演進趨勢下，不僅難以賦予其完整定義，實際上亦無因辭害意之必要而間接限縮其發展，是以本文僅嘗試將其最廣泛地理解為「各國為達成其刑事司法目的，而依條約、協定或其他國際刑事規範，或透過一定之國際組織，而相互為請求或協助之國際刑事司法行為」。

貳、發展之類型

如上所示，大陸學者間對於國際刑事司法互助之意義有不同理解，故對於互助之分類法亦眾說紛紜，例如有採取廣義及狹義二分法者，認狹義的司法協助是指一國在刑事訴訟過程中委託另一國代為某種刑事訴訟方面的活動，內容包括對證人及鑑定人的詢問、證據的收集、物證的移送、搜查及扣押財產、現場勘查或搜查、文書送達、傳喚、犯罪資料的提供，廣義的司法協助則指國與國之間在刑事事務各個領域所給予的協助，內容除包括狹義司法協助外，尚包含引渡、被判刑人的移送、刑事訴訟移轉管轄、外國刑事判決的承認和執行⁹等等；有學者則採取狹義、廣義及最廣義三分法者，認狹義的刑事司法協助係指國家間對刑事情況的傳遞、訴訟文書的委託送達、扣押和移交與犯罪有關的財

⁶ 參閱張智輝，國際刑法通論，中國政法大出版社 1999 年版，第 353 頁。

⁷ 參閱張旭，國際刑法論要，吉林大學出版社 2000 年版，第 227 頁。

⁸ 參閱成良文，刑事司法協助，法律出版社 2003 年版，第 8 至 9 頁。

⁹ 參閱趙永琛，論國際刑事司法互助，現代法學，1991 年第 2 期，第 44 頁。

產、對證人的委託詢問和調查、通知證人和鑑定人出庭等，廣義則除上開內容外，尚包括接受委託協查刑事案件、通緝和拘捕潛入國境的在逃案犯、接受請求將控制下的案犯予以引渡等，最廣義則除廣義刑事司法協助外，尚包含對刑事案件的追訴移管、有條件的判決和有條件的釋放、對外國刑事判決的承認與執行¹⁰等等；亦有學者以不同標準進行分類者，例如：（一）依據刑事協助的內容範圍，分為狹義、廣義與最廣義者，（二）依照被請求國官方機構（officials）是否主動協助與配合，或僅容忍地不作為分為積極（active judicial assistance）與消極（passive judicial assistance）¹¹的協助兩者，（三）依據實施協助的主體不同，分為各國間的司法協助與國際組織間的司法協助¹³等等。

我國論者對此問題在文章中，有自低度至高度區分為情資蒐集交換、協助證據之取得、引渡、外國裁判之執行（罰金及沒收犯罪所得）、受刑人返回本國服刑（換囚）¹⁴者；有認為自發展沿革區分為引渡、司法互助（協助取得證據）、受刑人之移轉、刑事追訴之移轉及不法所得之扣押、沒收等類型¹⁵者；亦有直接區分為引渡、狹義刑事司法互助、外國刑事判決之執行及刑事罪犯之遣返服刑者¹⁶；及區分為犯罪人引渡、偵查程序中之司法互助、外國刑事判決之執行三層

¹⁰ 參閱楊世英、馬進保，論國際刑事司法協助的概念、特徵和形式，法律科學，1991年第5期，第72頁至第73頁。

¹¹ 此種分類方式亦反應出大陸法系與英美法系看法之不同，蓋大陸法系國家對司法互助之理解乃基於「審判權之延長（long arm jurisdiction）」觀點，認互助涉及國家主權之行使，故多透過囑託書由官方機構之方式實施；而英美法系則以官方不介入為常態，不習於以囑託書方式實施互助，而以適用民事司法互助之消極互助方式為其基本型態。惟在依照1964年Public law修正後頒布之美國合眾國法典（U.S.Code），即兼採大陸法系與英美法系此二種互助態度，在第28篇第1696條（外國程序或國際程序送達）、第1781條（囑託書其他請求之送交）及第1782條（對外國司法機關及國際司法機關與其相關訴訟關係人之互助）即分別以a項（積極的互助）及b項（消極的互助）方式規定，參閱森下忠，新しい国際刑法，信山社，2002年9月30日初版第1版，第144頁至第145頁。

¹² 有學者認為積極與消極的區分失去了其本來的含義，因為實際上任何司法協助都是應對方請求而提供的，沒有一方請就不可能有另一方的協助行為，從這個意義來講只能是消極、被動的，而不可能是積極、主動的；所謂的消極的司法協助並不是司法協助，協助意味著提供幫助，不提供任何幫助就不存在協助的問題，只默許而不提供任何幫助，不是本來意義的司法協助，進而就不存在劃分為積極與消極的問題，參閱張智輝，前揭書。

¹³ 參閱陸曉光主編，國際刑法概論，中國政法大出版社1991年版，第161頁至第162頁。

¹⁴ 參閱蔡碧玉，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，第158頁至第160頁。

¹⁵ 參閱陳文琪，國際刑事司法互助篇，法務通訊97年5月29日第2392期。

¹⁶ 參閱慶啟人，試論臺灣如何與他國進行實質之司法合作（一），法務通訊93年8月26日第2201

次¹⁷者，或直接引用日本學者森下忠教授之狹義、廣義及最廣義三分法者¹⁸。故由前述歸納整理可知，學者間縱或歸納方法不同而賦予不同之類別，然細繹其內容實際上差別不大，甚至可以捨棄所謂廣義狹義之分，而直敘其型態其可。且由其發展之歷史過程，可知國際刑事司法互助之內涵隨著歷史、科技發展不斷在演進中，因此某項請求是否得順利達成，除依照雙方國家之條約或協定規定外，仍必需依照各種不同之互助類型，參酌國際上已發展多年之互助原則及國家利益，來判斷應否給予互助。故就學理研究之角度而言，本文認為上開分類具有便於探討之意義，故以下謹以最普遍的分類方式—即日本學者森下忠教授之三分法，作為論述之主軸。

森下忠教授在其所著「國際刑事司法互助之研究」一書中，將國際刑事司法互助之意義分成狹義、廣義及最廣義三種¹⁹，所謂「狹義國際刑事司法互助」，係指證人及鑑定人之訊問、物之移交、搜索及扣押、勘驗、文書送達與資訊之提供等範圍之刑事司法互助類型，亦稱為「小型司法互助 (minor legal assistance ; entraide judiciaire mineure ,kleine Rechtshilfe) 」，在歐陸各國法典用語中也有稱為「其他之司法互助」²⁰，廣義之國際刑事司法互助，則除狹義所指之內容外，尚包含「犯罪人之引渡 (extradition ,Auslieferung) 」之型態；而最廣義之國際刑事司法互助，則除廣義所指之上開內容外，包含「外國刑事判決之執行 (execution of foreign sentences ; exécution de décisions pénales étrangères ; Vollstreckung ausländischer Strafurteile) 」及「刑事追訴之移轉 (transfer of proceedings

期。

¹⁷ 參閱宋耀明，淺談國際刑事司法互助之實踐-兼談兩岸共同打擊犯罪，展望與探索第7卷第2期，第81頁。

¹⁸ 參閱吳景芳，國際刑事司法互助基本原則之探討，臺大法學論叢，第23卷第2期，第331頁至332頁；簡建章，兩岸刑事司法互助之研究，中央警察大學警學叢刊，第32卷1期，第172頁至第175頁；黃啟賓，刑事司法互助之困境與轉機-從泰我換囚締約談起，國境警察學報，第7期，第56頁；吳天雲，經由刑事司法互助取證的證據能力-從臺灣高等法院九十五年度矚上重訴字第三號判決而論，刑事法雜誌，第五十一卷第四期，第79頁。

¹⁹ 參閱森下忠，國際刑事司法共助の研究，成文堂，1981年9月1日初版第1刷發行，第1頁以下，書中係將各種分類列在「意義」項下，惟從上開討論可知，該三分法係指互助之型態而非意義甚明。

²⁰ 例如瑞士司法互助法第3編、德國司法互助法第5章將之稱為「其他之司法互助」；1929年德國犯罪人引渡法(DAG)第3章稱為「其他之刑事司法互助」等等。

in criminal matters ; transmission des procedures répressives, transmission des poursuites pénales ; Übertragung der Strafverfolgung)」等二種型態。文獻上因「犯罪人引渡」與「狹義國際刑事司法互助」兩種類型起源甚早，故二者亦被合稱為「古典型態之國際司法互助 (classical forms of international legal assistance, die kasaaischen Formen der internationalen Rechtshilfe)」，且由於此兩種互助型態，在被請求國之一方僅提供協助，至於審判或執行或兼具兩者之重要任務，仍由請求國擔負，故亦稱為「第二次的司法互助 (entraide judiciaire secondaire)」。相對於此，「外國刑事判決之執行」及「刑事訴追之移管」兩種類型係第二次世界大戰後始為各國逐漸重視、發展之互助類型，故即被稱為「新型態之國際司法互助 (new forms of international legal assistance ,die neuen Formen der internationalen Rechtshilfe)」，也因其承擔重要的刑罰程序 (processus pénal)，所以亦稱為「第一次的司法互助 (entraide judiciaire primaire)」。惟上述關於國際刑事司法互助意義之分類用語，並非依國際刑事司法互助之歷史發展順序而來，亦即其發展並非從狹義到最廣義次第發展，以下即就其發展經過加以敘述。

參、歷史沿革

國際間最早之刑事司法互助起源於西元前 1280 年左右之古埃及，係以「引渡 (extradition)」為最早型態，原意係指強制將犯人送回所屬國接受審判，當時埃及國王拉姆塞斯二世與西臺王國之皇太子哈圖希利三世締結的和平條約中，即訂立了將逃亡對方國家犯人引渡回國之相關規定，此乃最初的人犯引渡形態。同樣之規定，文獻上亦可見於古希臘、羅馬間締結之條約中，因此吾人可知「犯罪人的引渡」係最早的國際刑事司法互助型態，經過數世紀的發展直到進入十九世紀後，始逐漸以法制度之方式在國際公法領域建立了明確的模式²¹。至於「狹義刑事司法互助」則可追溯至西元前三世紀羅馬帝國時代之「praetor peregrinus (羅馬裁判官審理包含非羅馬人之訴訟)」，並由法庭地之羅馬裁判官囑託其他國家裁

²¹ 歐洲自古代至 18 世紀前，幾乎以引渡政治犯為主，對於一般犯罪人是否外逃較不關心，此乃因當時交通、通訊不便，君主只重視對於政權有危害之政治犯，故採取放任的態度；1789 年法國大革命後，打破舊封建階級制度，社會上對於政治犯採取自由、寬容的思維而視之為革命英雄，故演變至今對於政治犯各國均加以庇護，遂衍生重要的「政治犯不引渡」原則。

判官詢問證人，此乃基於屬人主義之思想而來，審判時即有請求犯罪地國裁判官詢問證人之必要。然而，關於狹義的司法互助的發展源起，並未如同「犯罪人的引渡」一般見諸於文獻紀錄，只能確定其類型係伴隨「犯罪人引渡」逐漸發展擴大，故論及「狹義刑事司法互助」之沿革，即不能不由「犯罪人引渡」之歷史發展開始敘述。

「犯罪人的引渡」最早制定之法典首見於比利時於西元 1833 年 10 月 1 日制定之「比利時犯罪人引渡法」(Loi sur les extractions)，該法嗣後並成為歐陸各國制定引渡法之典範，其後在 1874 年 3 月 15 日修正之後，成為比利時之現行法。依據該法第 11 條規定，基於囑託書 (commissions rogatoires) 所為之搜索、扣押及物之交付，僅得於同法第 1 條所定之犯罪人引渡時實行之，當時該法並無關於詢問證人之互助規定，然從法條規定憑囑託書而為司法互助之觀點而言，似乎並無排除互助範圍包含詢問證人之意，惟不論真意為何，由該條觀之，該部法典確實也包含了狹義之互助類型。而在十九世紀中葉以後締結之犯罪人引渡條約，亦明揭以囑託書為憑實行司法互助之主旨。例如：1854 年 7 月 13 日訂定之法國與葡萄牙引渡條約第 10 條 (詢問證人)、第 11 條 (證人之傳喚) 及第 12 條 (被拘禁者之移送) 均有明文規定；1870 年 5 月 12 日之法國與義大利引渡條約，在第 12 條 (詢問證人)、第 13 條 (送達) 及第 14 條 (證人之傳喚、自由居留) 則設有更為詳細之規定。其後，在十九世紀兩國間締結的引渡條約，則大體以上述法義引渡條約為內容而訂定，例如：1874 年 1 月 24 日德國與瑞士引渡條約、1874 年 8 月 15 日法國與比利時引渡條約及 1877 年 12 月 12 日法國與西班牙引渡條約等，其內容均幾近相同。

瑞士於西元 1892 年 1 月 22 日制訂之犯罪人引渡法 (Schweizerisches Bundesgesetz betr. die Auslieferung gegenüber dem Ausland)，僅規定犯罪人引渡之互助型態，並未設置關於狹義刑事司法互助之規定。這部法律雖在 1982 年施行，惟與上述各國條約、立法例相比，卻顯然無法呼應進入二十世紀後狹義刑事司法互助澎湃發展之浪潮。因而，瑞士和大部分的歐洲國家一樣，在十九世紀發達的

實務上，將犯罪人引渡法之基本原則中性質適宜者，逐漸運用在具體之狹義刑事司法互助請求上，特別是雙方可罰性原則、排除政治犯罪及財產犯罪之請求及一事不再理原則等等。為改變此種形態，西元 1981 年 3 月 20 日（1983 年 1 月 1 日施行），瑞士制定了劃時代的「國際刑事司法互助法」，規範了最廣義之刑事司法互助（亦即犯罪人引渡、狹義的刑事司法互助、刑事訴追的移轉及外國刑事判決的執行等）型態。

法國方面在西元 1878 年向上議院提出「犯罪人引渡法」之後，歷經曲折，終於在 1927 年 3 月 10 日通過了「犯罪人引渡法」（Loi relative à l' extradition des étrangers），這部法律在第四章的「若干的附帶程序」（De quelques procedures accessoires），規定關於過境押解（第 28 條）、物之移交（第 29 條）、及狹義的刑事司法互助（第 30 條至第 34 條）等內容，當時之所以稱這部分的司法互助為「附帶程序」是因為將它視為犯罪人引渡的附帶程序使然。

德國在西元 1929 年 12 月 23 日訂立之「犯罪人引渡法」（Deutsches Auslieferungsgesetz=DAG），在其第一章規定「犯罪人引渡及過境押解」、第二章規定「物之移交」、第三章規定「其他刑事司法互助」（Sonstige Rechtshilfe in Strafsachen）等，此處所謂之「其他刑事司法互助」，即單指狹義的刑事司法互助型態。同法第 41 條第 3 項，舉出代表性的司法互助情形為犯罪人名單資訊的提供（第 1 款）、文書的送達及傳喚（第 2 款）、嫌疑人及被告的質問、證人及鑑定人的詢問、搜索、扣押、法官的勘驗（第 3 款）與被拘禁者的移送（第 4 款）等。「狹義刑事司法互助」在該法中之所以被視為「其他的司法互助」，是因為「狹義刑事司法互助」與傳統上確立有重要地位之「犯罪人引渡」相比，尚未被承認具有獨立地位，但從此部法律與法國之犯罪人引渡法都被規定於獨立章節中來看，實已具有重要之意義。舉例而言，由 1942 年 6 月 12 日德國與義大利之「犯罪人引渡及其他刑事司法互助條約」第四章「其他的刑事司法互助」，及 1958 年 1 月 17 日西德與比利時間「犯罪人引渡及刑事司法互助條約」第二章「其他的司法互助」之規定均可發現，已獨立章節設有各種狹義刑事司法互助之規

定。

故在此背景之下，**歐洲理事會**²²（Council of Europe ,Conseil de l' Europe）會員國間，於西元 1957 年 12 月 13 日，締結了「歐洲犯罪人引渡公約（European Convention on Extradition, Convention européenne d' extradition）」之後，於 1959 年 4 月 20 日，再締結了「歐洲刑事司法互助公約（European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters,Convention européenne d' entraide judiciaire en matière pénale，於 1962 年 6 月 12 日生效）」，成為近代重要的國際刑事司法互助協定。該公約自 1959 年至 1983 年為止，共有義大利、希臘、挪威、丹麥、瑞士、法國、瑞典、澳洲、荷蘭、土耳其、列支敦士登、比利時、西德、盧森堡、西班牙及葡萄牙等國簽署，其中英國因其司法體系與大陸法系國家相異，故並未簽署，而非歐洲理事會會員國的以色列，也加入該公約行列。該公約第 1 條首先即明示締約國相互間，有提供請求司法互助國家之司法機關（judicial authorities,autorités judiciaires）「最廣泛的司法互助」（the widest measure of mutual assistance,l' aide judiciaire la plus large possible）之義務，只要對犯罪之處罰在提出請求時屬於請求國司法機關之管轄範圍內即可。第 26 條並規定「對於適用本公約之國家，本公約內容將取代任何規定締約各方刑事司法協助關係之條約、公約、或協定（第 1 項）」、「締約各方可以僅為補充本公約之規定或者為便利本公約原則之適用，相互簽訂有關刑事司法協助之雙邊或多邊協定（第 3 項）」，且「歐洲理事會部長會議可以邀請任何非理事會成員國加入本公約，只要包含該邀請之決定得到已批准公約之理事會成員國之一致同意（第 28 條第 1 項）」，明示此公約之優先性及多元化色彩。故自本公約締結後，此後歐洲理事會會員國間締結之刑事司法互助條約皆遵循本公約之趣旨而作成，例如 1962 年 6 月 27 日比利時、荷蘭及

²² 歐洲理事會又被稱為歐盟首腦會議、歐盟高峰會或歐洲高峰會，是由歐盟 27 個成員國的國家元首或政府首腦與歐盟委員會主席共同參加的首腦會議。它是歐盟事實上的最高決策機構，但不列入歐盟機構序列當中，各國的外長和歐盟委員也會出席歐洲理事會。最早的歐洲理事會由前法國總統德斯坦提議成立於 1974 年，當時被稱之為歐洲經濟體首腦會議，歐洲理事會通常一年舉行兩次。在特殊情況下，歐洲理事會輪值主席國也能在其國家召開歐盟領導人非正式會議，歐洲理事會決定歐盟的大政方針，尤其是外交方面的決策。每隔 5 年，新的歐盟委員會主席也由歐洲理事會任命，詳參歐盟官方網站 http://europa.eu/european-council/index_en.htm。

盧森堡三國，締結了比本公約範圍更廣泛、更易於引渡犯罪人及提供刑事司法互助之「比荷盧三國犯罪人引渡及刑事司法互助條約」即是²³。

由上述演進過程可知，狹義司法互助係於十九世紀開始伴隨引渡制度之建立而發展，在二十世紀以後廣為國際社會所運用，並持續拓展其互助型態。在國際間各國國內法之法制體例上，亦明顯有附隨於犯罪人引渡法規定或單獨立法者二種，前者如上述法國、德國之外，其他如 1979 年 12 月 8 日公布、1980 年 7 月 1 日施行之「奧地利犯罪人引渡及刑事司法互助法」、1981 年 3 月 31 日公布、1983 年 1 月 1 日施行之「瑞士國際刑事司法互助法」、1982 年 12 月 23 日制定、1983 年 7 月施行之「德國國際刑事司法互助法」等，均採取合併立法之方式；後者如 1980 年 5 月 29 日公布、同年 10 月 1 日施行之「日本國際搜查共助法」、1991 年 3 月 8 日公布、同年 4 月 8 日施行之「韓國國際刑事司法共助法」，則係將狹義刑事司法互助單獨立法²⁴。

肆、結語

從以上說明可知，國際刑事司法互助乃「各國為達成其刑事司法目的，而依條約、協定或其他國際刑事規範，或透過一定之國際組織，而相互為請求或協助之國際刑事司法行為」，其類型可分為「犯罪人引渡」、「狹義國際刑事司法互助」、「外國刑事判決之執行」及「刑事訴追之移管」等型態，且最早之沿革亦係從引渡犯罪人開始而次第發展，直至今日，國際間在條約實務上則多以提供締約國「最廣泛之司法互助」為宗旨。從上開沿革及各國國內法紛紛制定之過程吾人似可看出，國際間狹義刑事司法互助是否得以順利遂行，除各國間條約之簽署外，其國內相關互助法制之建立亦屬不可或缺之事。臺灣在放眼放來發展國際刑事司法／偵查互助之同時，國內法制及相關配套之準備與充實，相信應為當下最急迫而重要之課題。

²³ 參閱參森下忠，國際刑事司法互助之理論，成文堂，1983 年 12 月 1 日初版，第 2 頁至第 9 頁。

²⁴ 參閱吳景芳，前揭註 18 文，第 333 頁至 334 頁。