

從比較法觀點看 「海峽兩岸共同打擊犯罪 及司法互助協議」

A Comparative Analysis of the Joint Effort to Combat Crime and the Mutual Legal Assistance Agreement across the Taiwan Strait

王重陽 (Wang, Jong-Young)

本刊研究員

摘 要

兩岸兩會於2009年4月26日在大陸南京簽署「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，本文擬從比較法的觀點，從中共與美國間的國際刑事司法互助及與香港間進行的區際刑事司法互助進行分析。先介紹中美間國際刑事司法互助之現況，次介紹大陸與香港區際刑事司法互助之現況，再與兩岸司法協議做比較，分別從條文規定及實務看法切入，最後提出結論及建議。

關鍵詞：「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」、國際刑事司法互助、區際刑事司法互助、共同打擊犯罪

壹、前 言

2009年4月26日在國人高度期盼下，由財團法人海峽交流基金會董事長江丙坤與大陸海峽兩岸關係協會會長陳雲林，就兩岸共同打擊犯罪及司法互助與聯繫事宜達成協議，為兩岸繼1990年9月12日透過雙方紅十字會簽訂「金門協議」後，又一重大司法互助的突破，對於打擊兩岸犯罪、維護兩岸人民權益有長遠的影響。關於

「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（簡稱兩岸司法協議）的闡述，主管機關及國內學者將會進行比較深入的討論，本人擬從比較法的觀點，從中共與美國間的國際刑事司法互助及與香港間進行的區際刑事司法互助進行分析。先介紹中美間國際刑事司法互助之現況，次介紹大陸與香港區際刑事司法互助之現況，再與兩岸司法協議做比較，分別從條文規定及實務看法切入，最後提出建議。

貳、中共國際刑事司法互助之現況－以美國為例

一、沿革

2000年6月19日中共頒布與美國訂立之「中華人民共和國政府和美利堅合眾國政府關於刑事司法協助的協定」（簡稱協定），雙方在刑事案件之偵查、起訴及訴訟上相互提供協助，內容包括送達文書；取得證言或陳述；提供文件、紀錄及物品；安排人員作證及協助調查；查找及辨識人員；執行查詢、搜索、凍結及扣押證據；在沒收程序中提供協助；解送受拘禁人作證及協助調查；其他不違反受請求為所屬領域內法律之任何形式協助，於2001年3月8日生效。

二、中央機關

雙方各自指定一個中央機關作為協助的提出及接受之窗口。依上開協定，中共方面之中央機關為司法部；而美國方面之對應機關為司法部。對於刑事司法協助事項雙方中央機關應直接聯繫。

三、重要內容

- (一)合於目的原則：司法協助的請求、證據之使用、證人的詢問均應合於具體案件調查或訴追之目的，協定第1條第3項明文，協定所載之規定並不因而使私人得以獲取、隱匿、排除證據或阻礙執行請求之權利。第7條第3項規定未得到受請求國同意，不得將協定所取得之資料或證據使用於請求案件以外之調查。第11條第2項規定不應強制證人作證或協助調查請求以外之案件。
- (二)雙方可罰原則的例外：一般引渡條約因涉及人身自由甚至生命權的剝奪，均慎重採取雙方可罰原則。但刑事司法互助國家主權色彩較淡，且對人民基本權侵害較微，在有利犯罪訴追的前提下，採雙方可罰原則之例外。如協定第3條規定對於請求所涉及的行為，根據被請求方境內法律規定不構成犯罪者，中央機關可拒絕提供協助。但雙方可以協議就某特定犯罪或特定領域的

犯罪提供協助，而無論該行為是否在他方境內構成犯罪。

- (三) 實質關聯性原則：協定比較特殊處在於中央機關對於請求事項之實質審查，依第3條第1項第7款之規定「請求提供的協助與案件缺乏實質聯繫」受請求方中央機關得拒絕提供協助。因此在第4條請求形式及內容之規定上，即要求必須說明有關事實的概述、法律規定及具體之刑罰適用、可能刑度等，同時說明「提供證據、資料或其他協助的目的性和相關性」。
- (四) 保密和限制使用：請求方對於請求事項要求保密者，被請求方如果無法擔保或執行者，應告知請求方。若被請求方要求對其所提供證據或資料保密，或在其指定的條件下使用者，請求方應該遵守。為此目的雙方中央機關可就有關條件進行協商。
- (五) 文書送達：根據請求方之請求，受請求方應盡最大努力送達文書，但對於被告出庭之文書，受請求方沒有執行之義務。如果是關於被告赴請求方出庭的文書，至遲應在預定出庭日期前45日前轉交，有緊急情況者不在此限。受請求方在執行送達後，應向請求方出具送達證明。
- (六) 證據調查：對於證人主張其證言或出具的證據（包括文件、紀錄或物品），根據請求方境內之法律屬無行為能力或享有豁免之特權者，仍不妨礙取證之進行，但應將該主張告知請求方，由請求方自行決定其效力。被請求方政府機關所擁有之公開資料，被請求方應提供其副本，至於非公開資料，被請求方可斟酌拒絕全部或一部之提出。
- (七) 人民憲法權利之保護：一國人民僅受該國司法權之拘束，在無引渡條約的情形下，並無義務赴他國接受他國司法權拘束，因此不論是係自由人（第11條）或受拘禁人（第12條）赴請求國作證，仍應得其本人之同意。
- (八) 人員及物品之查找及辨識：受請求方應盡力查找或辨識請求事項中所載之人員及物品。請求方應配合提供有關該人員或物品在被請求方境內可能所在地之資料。被請求方應在其法律所允許的前提下查詢帳戶、搜索住宅、處所、扣押物品、凍結帳戶款項，並依照請求方要求之形式出具證明。這個部分主要係美國法之規定，扣押物品具有證據能力必須由執行扣押及其後保管扣押物品之人，出具經宣誓之聲明，證明其接受並保管扣押物品之狀態，即所謂保管之連續性（continuity of custody）。
- (九) 財產沒收：雙方在各自法律許可之範圍內，對沒收犯罪所得和犯罪工具的程

序中相互協助，包括等候進一步程序前之暫時性凍結、扣押等措施。在法律允許的範圍內，雙方協商一定條件下，一方可將上述犯罪所得或犯罪工具或出售有關資產所得移交給他方。

(十)通報與交流：請求方應向受請求方通報請求事項所涉及之刑事案件結果（第17條）、亦可根據該協定進行情報交換（第18條）、提供人員的前科或犯罪紀錄（第19條）

(十一)除有緊急情況外，請求必須以書面方式提出。原則上由受請求方之主管機關支付與執行請求有關之費用，但證人旅費、專家費用報酬、筆譯、口譯及謄寫費用由請求方負擔之。

四、案例

茲以中共政權建立以來最高金額的「中國銀行開平分行盜用公款案」¹為例：

(一)案情簡介

2001年10月12日，中國銀行電腦勾稽發現廣東開平分行造成銀行近5億美元美元的虧空，經查係前後三位分行經理利用職務之便，竊取銀行款項。

2001年10月12日，分行前經理余振東從香港直飛加拿大並轉赴美國，同時另2位分行前經理許超凡、許國俊飛往美國拉斯維加斯。

2001年11月，中共公安部向國際刑警組織發出紅色通報。

2002年12月17日，內華達州聯邦檢察官辦公室簽發對余員3人之逮捕令。

2002年12月19日，余振東在洛杉磯被捕。

2004年2月，余振東與美方達成認罪協商。

2004年4月16日，余振東被美國聯邦調查局、海關移民與執法局押解遣返回中國大陸。

2004年9月，許國俊在美國堪薩斯州落網。

2004年10月，許超凡在美國奧克拉荷馬州被捕。

2006年1月31日，美國司法部正式對許超凡、許國俊及其親屬共5人，以簽證欺詐、洗錢、非法入境等15項罪名起訴。

2006年2月10日，內華達州拉斯維加斯聯邦地方法院召開庭審前聽證會。

¹ 「中行開平案兩主犯在美被定罪」，法制日報（北京），2008年9月8日，第15版。

2008年8月29日，內華達州拉斯維加斯聯邦地方法院判決許超凡、許國俊及2人配偶共謀詐欺、共謀洗錢、共謀轉運贓款等多項罪名成立，並於同年11月宣布上開被告之最終量刑結果。

2009年5月6日，內華達州拉斯維加斯聯邦地方法院宣判：許超凡因犯有組織腐敗犯罪、洗錢、跨州攜帶盜竊資金、護照欺詐、簽證欺詐、婚姻欺詐罪名，被判處有期徒刑25年；許國俊以同樣罪名被判處有期徒刑22年；2人配偶鄺婉芳、余英怡因護照欺詐、簽證欺詐、婚姻欺詐罪名，各被判處有期徒刑8年。還判決四被告償還竊自中銀的4億8,300萬美元。

(二) 中共與美國刑事司法互助之具體實踐

1. 協助機關：2001年11月5日案發後，中共司法部（中共中央機關）應公安部的請求向美國司法部（美方中央機關）提出協助請求，其請求之事項為查找逃犯下落、凍結及扣押犯罪資產等。美方參與單位除司法部外，還包括聯邦調查局、國土安全部及州執法單位；中共除公安部、司法部，還包括香港律政司、警務處等單位。
2. 獲取人員證詞、提供文件、紀錄：中共赴美調查十餘次，美方赴中調查4次，中共先後提供美方近15萬頁的證據材料，甚至為美國法庭提供視訊聽證，期間長達14週。
3. 安排人員作證及協助調查：中國銀行廣東分行及開平市政府和相關企業在廣東警方及檢察機關的協助下，6位證人先後前往美國出庭作證。包括協助在押人員轉為污點證人透過視訊向美國法庭作證。
4. 查找及辨識人員：中共配合提供相關人員出境資料及在美方境內可能落腳地。終得以先後在美國加州、堪薩斯州、奧克拉荷馬州等地緝獲案犯及其家屬。
5. 凍結、扣押贓款：2003年3月美國司法部將余振東轉往美國而遭沒收的贓款355萬美元支票，交給中共司法部長張福森，中共與美國首度透過中美協定追回犯罪所得。
6. 罪犯遣返：余振東與美國司法機關達成認罪協商，自願回中國大陸受審，最後判處12年有期徒刑。因雙方未簽署引渡協議，無法以引渡方式將案犯送回中國大陸，因此雙方以余振東之妻留美交換余員自願回大陸受審，同時轉為污點證人協助後續調查及作證。

7. 管轄權讓渡：「中國銀行開平分行盜用公款案」除余振東遣返回中國大陸受審，其餘罪犯仍滯留美國，雖然罪犯成員違反入境規定，本應以遣返方式送回，但渠等同時觸犯詐欺、洗錢等罪，美國對此部分亦有管轄權。中共乃以管轄權讓渡方式，支持美方依據美國法和中方提供之證據，以美國法對罪犯定罪科刑，除了節省司法資源，也有效打擊跨國犯罪。而定罪後亦可對沒收財產進行分享，雖說是司法權的退讓，但公平正義卻得以伸張。

參、中共區際刑事司法互助之現況－以香港為例

一、沿革

依《香港基本法》之規定，保持原有資本主義制度和生活方式50年不變，與大陸社會主義制度不同，作為社會制度基礎的司法制度亦有落差，遂在司法上亦形成「一國兩制」的情況。司法制度雖然不同，但在人民往來頻繁犯罪伴隨發展的情形下，大陸與香港間不得不進行司法互助，學理上以區際刑事司法協助稱之。²中共公安部港澳臺辦公室與香港保安局於2001年達成「內地公安機關與香港警方關於建立相互通報機制的安排」，便是此種概念和運作。

二、對應機關

依據該「通報機制的安排」規定，由中共公安部警務合作聯絡官與香港警務處聯絡事務科實際執行通報作業。若涉海關偵查走私案件，經公安部指定海關總署緝私局直接與香港警務處聯絡事務科通報。大陸通報之事項，為大陸公安機關（包括海關走私犯罪公安機關）對涉嫌犯罪的香港居民採取刑事強制措施、香港居民在大陸非正常死亡的情形；而香港對大陸方面的通報事項，則為香港警務處、海關、入境事務處對大陸居民提出刑事檢控及大陸居民在香港非正常死亡的情形。2003年6月1日起通報機關已擴大到中共檢察機關及國家安全機關處理之案件。

三、重要內容

一般而言，司法互助的內容繁雜，可大分為文書送達、調查取證、情報交流、逃犯移交、案犯執行移交、贓款贓物的移交、案件管轄的移交、判決的承認與執行等。香港與大陸間合作打擊跨境犯罪不餘遺力，並形成一定的處理慣例。

² 陳沛林，「論香港特別行政區區際刑事司法協助的現狀與展望」，法學雜誌（北京），2008年第2期，頁54-57。

例如中共最高人民檢察院外事局（2006年更名為國際合作局）局長葉峰與香港廉政公署副專員郭文緯簽署司法協助問題備忘錄，隨後廣東省人民檢察院與香港廉政公署陸續簽署會晤紀要，確立以大陸檢察機關透過最高人民檢察院協查案件，其合作之內容分別為：（一）派員在被請求方的協助下調查取證；（二）受請求方代為調查並告知結果；（三）有關犯罪情報交流、案件線索的發掘或轉介。其聯絡方式可透過電話、信函、傳真、會晤等方法，在緊急狀況下可以非文書方式進行聯絡，但必須於事後補正書面資料。具體內容分述如下：

（一）關於金融資料的查詢

當案件涉及金融資料的查詢時，調查機關必須向香港高等法院提出申請並獲得批准，但實務上成功案例極少。目前雙方變通作法為：1.透過當事人同意出具授權委託書；2.透過香港廉政公署勸說關係人，利用與金融機構之業務關係，向銀行提出申請取得；3.在部分個案中以「港人涉嫌共謀」為由請求廉政公署立案，由其取得相關資料後提供大陸；4.涉及陸資金融機構的取證，透過中銀集團的業務管道取得。

（二）關於證人的地位

證人必須到協助方機關接受詢問，證人必須如實陳述，必要時並提供相關資料證明，證人必須在證言上簽名具結，協查機關同時必須承諾不得以證言內容對證人進行追訴。證人筆錄由證人、調查人員、協查人員共同簽名，雙方可對文書資料、證物等進行特別署名、報告、鑑定、出具意見書等。凡是符合上述要件的證據，應視為具有認定案件事實之證據能力。

（三）協助緝捕在逃犯罪嫌疑人

大陸與香港目前並無緝捕在逃犯罪嫌疑人的協議；實務的作法是透過國際刑警組織進行合作，由檢察機關透過國際刑警組織「中國國家中心局」（設在公安部）與國際刑警組織香港支局聯繫，發出「紅色通報」緝捕人犯。

（四）移交犯罪嫌疑人

大陸與香港並無移交犯罪嫌疑人的協議，無法達成協議原因在於香港對於死刑犯不移交、公平審訊、一事不再理、政治犯不移交原則的堅持。目前採犯罪嫌疑人驅逐出境的變通方式為之，並事先通知大陸檢察機關安排緝捕。但其前提必須是犯罪嫌疑人違反入出境規定，此種合作方式變數頗多，只能為個案合作。

（五）追繳贓款

依香港法之規定，任何與案件有關的財物，其最終歸屬必須經由法院判決。目前變通作法為勸說犯罪嫌疑人出具同意存款劃撥授權書或委託公證，將涉案款項匯回大陸。

(六) 犯罪情報的交流

大陸與香港間犯罪情報的交流除該「相互通報機制的安排」外，縱使沒有正式的協議，個案的情報交換並不受影響。

(七) 委託送達司法文書

大陸與香港目前關於司法文書之送達協議，只有1998年公布之「關於內地與香港特別行政區法院相互委託送達民商事文書的安排」，其送達之文書僅以民商事者為限，至於刑事文書之送達未有規定。

(八) 安排證人出庭作證

證人出庭作證係為滿足香港法院之要求，除有特別情形外，刑事案件之證人有出庭接受交互詰問之義務。因此大陸證人赴香港作證必須有個案協查的官方人員陪同，同時由請求方（香港）負擔差旅費及在港期間的費用，並補償證人之經濟損失。證人及陪同官員之出、入境簽證應予方便，並確保證人的人身安全及如期返回。

總括而言，目前香港與大陸之刑事司法協助，以大陸單方提供香港居多。

肆、「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」之分析

兩岸司法協議內容可大分為兩岸共同打擊犯罪及兩岸司法互助二大部分，在兩岸共同打擊犯罪方面，其內容包括：

- (一) 合作範圍：涉及殺人、搶劫、綁架、走私、槍械、毒品、人口販運、組織偷渡及跨境有組織犯罪等重大犯罪；侵占、背信、詐騙、洗錢、偽造或變造貨幣及有價證券等經濟犯罪；貪污、賄賂、瀆職等犯罪；劫持航空器、船舶及涉恐怖活動等犯罪；其他刑事犯罪（協議第4條）。
- (二) 資訊交換：雙方同意交換涉及犯罪有關情資（協議第5條前段）。
- (三) 協查偵辦：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（協議第5條後段）。
- (四) 人員遣返：除原有海運或空運直航方式，遣返刑事犯、刑事嫌疑犯，並於交

接時移交有關卷證(證據)、簽署交接書(協議第6條)。

在兩岸司法互助方面，內容則包括：

- (一)送達文書：協助送達司法文書，並將送達結果通知請求方，以保障人民應訴權利及訴訟進行(協議第7條)。
- (二)調查取證：證據種類包括人證及物證，其方式有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(協議第8條)。
- (三)罪贓移交：雙方同意在不違反己方規定範圍內，就犯罪所得移交或變價移交事宜給予協助(協議第9條)。
- (四)裁判認可：相互認可及執行民事確定裁判與仲裁判斷(協議第10條)。
- (五)人道探親：雙方同意及時通報對方人員被限制人身自由、非病死或可疑為非病死等重要訊息，並依己方規定為家屬探視提供便利(協議第12條)。
- (六)罪犯接返：在請求方、受請求方及受刑事裁判確定人(被判刑人)同意下，接返(移管)受刑事裁判確定人(被判刑人)，即所謂的換囚(協議第11條)。

從兩岸刑事司法互助內容觀之，在學理上屬最廣義的刑事司法互助，部分內容不僅中共目前對外所簽訂，或與港、澳的互助實務中所未見，就連國內司法機關對外都未曾實踐。茲就本協議之條文部分與實務部分淺析如下：

條文部分：

一、內容豐富牽涉層面廣

中共對外司法互助當然並不侷限在刑事方面，中共曾經與越南、寮國、烏茲別克等國簽訂關於民事和刑事司法協助條約，只不過簽訂國家為中亞小國及東南亞之越南、寮國。其篇幅的安排上設有民事司法協助專章，內容為文書送達、證據調查、證人出庭與保護等。至於2000年後，與加拿大、美國及歐陸之葡萄牙等國之司法協助條約僅止於刑事方面，並無民、刑事混合之協議。相較於兩岸司法協議，內容夾雜共同打擊犯罪、刑事司法互助、民事文書送達及判決承認、執行等，規定不足且體例略嫌零亂。

二、缺少拒絕協助之防衛機制

對照中共與美國協定第3條之規定，雙方開列7款可拒絕協助之原因，其內容不外雙重可罰原則與例外；政治犯、軍事犯不協助原則；一事不再理等人權保護原則及國家主權與社會公序原則，最後是合於目的原則。至於香港因為對於死刑

犯不移交、公平審訊、一事不再理、政治犯不移交原則的堅持，迄今無法達成移交犯罪嫌疑人的協議。兩岸司法協議僅在第15條規定，雙方得以公序良俗為由拒絕協助，似乎範圍過狹，防衛機制不足。

三、缺乏中央機關的規定

在刑事司法互助協定中，幾乎都會指定中央機關作為相互聯繫的窗口。根據行政院大陸委員會（簡稱陸委會）在98年4月27日第三次「江陳會談」成果之相關說明，³我方的法務部及陸方的公、檢、法、司（公安部、最高人民檢察院、最高人民法院、司法行政部⁴）等業務主管機關作為協議聯繫主體，但大陸方面則以公（公安系統）、檢（檢察系統）法（各級法院）司（司法行政部門）為我國法務部之對口單位⁵，顯然雙方對單一對口為聯繫機關的認知上有落差。

四、政治犯、軍事犯的排除

這二種類型是歐美各國國際刑事司法互助中絕對排除項目，而中共屢屢因政治、人權問題而受到國際關注，為確保國人權益，應在兩岸協議中載明。雖然陸委會強調第6條「受請求方認為有重大關切利益等特殊情形者，得視情決定遣返」之規定，即為上開原則的表現。惟大陸方面是否接受陸委會的解釋，同時對照大陸學者對「一國兩制」的認知，在國家主權下，不能為政治犯、軍事犯和宗教犯之排除，變更我方草案變相承認「一國兩制」，模糊規定似乎對我方不利。

五、共同打擊犯罪採取雙重犯罪之不足

從法理上而言，既然同一行為在我國領域及陸方領域皆構成犯罪，依我國及大陸刑事法之規定，本應依法提起訴追，無待雙方達成協議，若涉領域外的證據調查，再循一般刑事司法互助規定，請求對方提供司法協助，否則即屬司法人員之失職，雙方無須協議。對照中共與美國之協定，除雙方可罰原則，亦規定雙方可以商定就某一特定犯罪或特定領域的犯罪提供協助，不論該行為是否根據雙方境內的法律均構成犯罪。因此兩岸司法協議中，共同打擊犯罪部分需要協商表列的部分應是一方構成犯罪，而在他方未必構成犯罪，但對請求方有重大利益者。蓋罪名相同其構成要件未必一致，為有效解決經濟罪犯之外逃，雙方可罰的例外亦應兼顧。不過這個部分僅得引用第4條經雙方同意者，得為個案協助，又受限

³ 第三次「江陳會談」成果之相關說明（2008年4月27日），2008年5月15日下載，《行政院大陸委員會》，<http://www.mac.gov.tw/big5/cc3/980427.pdf>。

⁴ 中共國務院並無司法行政部，疑為司法部或司法行政部門的誤植。

⁵ 林其旺，「兩岸共同打擊犯罪將有具體進展」，法制日報（北京），2009年4月24日，第12版。

於第6條非屬受請求方認為有重大關切利益等特殊情形，實為美中不足。

實務方面：

- (一)共同打擊犯罪：兩岸司法協議原則採雙方刑罰原則，對重大犯罪、經濟犯罪、貪污犯罪、恐怖活動及其他刑事犯罪，雙方同意情報交換、協助緝捕及遣返。惟雙方可罰區分為抽象及具體雙方刑罰，前者指雙方刑罰法規的同一或類似即可；後者則進一步要求在程序法條件亦相同。⁶從有效共同打擊的觀點來看似乎採抽象說較為可行，但我國目前《引渡法》仍採具體的雙方可罰主義，⁷從國人權益保障的觀點來看，抽象說恐有斟酌的餘地。其次相同罪名，其構成要件可能有極大的差異，例如我國實務見解認為黨務人員非公務員，因此沒有《貪污治罪條例》之適用。但大陸共產黨員，尤其是重要領導幹部，或許沒有行政職務，但在大陸特殊的環境背景下，可能為貪污、賄賂罪之處罰對象，是否排除值得思考。又大陸《刑法》有處罰法人（單位）犯罪之規定，該部分應以雙方可罰而排除為當。
- (二)安排人員作證：不論是中共與美國之協定或「臺美刑事司法互助協定」，都有證人作證的規範，包括證人在領域內作證及證人赴他方領域作證的細節。如作證的必要性、請求方人員可否參與、詢問證人的問題單等，或是赴請求方作證時，可否協助請求以外事項之調查、可否拒絕證言及拒絕證言之效力等等。但在兩岸司法協議中並沒有具體的明文，僅於第20條規定請求方應負擔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。如果沒有進一步的規定，未來勢必產生執行上的疑義。
- (三)調查證據：兩岸司法協議關於證據調查之規定，基本上與一般國際刑事司法互助並無不同，較有疑義者為第18條之規定「雙方同意依本協議請求及協助提供之證據資料、司法文書及其他資料，不要求任何形式之證明。」人的陳述或物件、文書本身均得為證據資料，依我國《刑事訴訟法》，證人於審判外之陳述原則上不得作為證據，搜索、扣押必須踐行法定程序。經由協助取得之證據是否即推定合法真實，進而排除傳聞法則、毒樹果理論；例如經由

⁶ 具體雙方可罰主義不僅要求在實體法方面，具有雙方可罰性，即使在程序法方面，亦具有相同的雙方訴追可能性；亦即雙方國家對於引渡的犯罪構成要件、阻卻違法事由、告訴、時效、赦免、既判力等，均有相同之可罰性與訴追可能性。

⁷ 吳景芳，「國際刑事司法互助基本原則之探討」，臺大法學論叢（臺北），第23卷第2期（民國83年6月），頁11。

大陸公安所提供之監獄受刑人證詞或公安機關所出具之鑑定報告等，是否當然取得證據能力，而無須任何形式之證明。

- (四) 罪贓移交：兩岸司法協議中關於證據移交之規範有二，一是第6條人員遣返時的卷證移交，另一是第9條的罪贓移交。卷證移交涉及證據能力之問題，前已提及，至於罪贓移交是否即為沒收犯罪所得之協助，在文義上並不明確。在實務的執行上可能面臨犯罪所得如何認定、數額多寡、是否分享等問題。⁸ 犯罪所得若是存款，參考香港實務作法，因法院裁判取得困難，變通作法是以勸說犯罪嫌疑人出具同意存款劃撥授權書或委託公證方式，將涉案款項匯回大陸；兩岸是否可行仍待未來發展。
- (五) 通報制度：情報交流是兩岸偵查機關合作最為成功的部分，因未直接涉及人民權益，即使沒有正式協議仍可進行。值得肯定的是第12條之規定，課予雙方機關人道探親之通報義務。雖然在非病死或可疑為非病死並無所謂探視問題，但被限制人身自由時之通報，因為家屬的介入，有助於重大犯罪的偵查與受拘禁人合法權益的保障，比香港與大陸間只重情報交換更具實益。
- (六) 罪犯接返（移管）：國際刑事司法互助係由犯罪人引渡及狹義刑事司法開始，二者完備後方才進入外國刑事判決之執行及刑事訴追之移送。兩岸司法協議則同時進行人犯遣返與換囚，與一般刑事司法互助的發展過程有別，同時協定中對於雙方換囚後的執行並未規定，實務因此產生疑問。例如是否執行對方裁判之刑期、可否再行追訴、可否假釋、如何假釋等。又從第11條的簽訂可推知雙方似承認彼此的刑事判決，但雙方的民事判決依第10條之規定，都必須先經法院的認可，反而影響人民權益更巨的刑事判決若可直接承認繼續執行，則顯然輕重失衡。

伍、結論（代建議）

長久以來兩岸間的政治問題，造成跨境犯罪查緝難、取證難、遣返難、訴追難、審判難，因此第三次「江陳會談」兩岸共同打擊犯罪的議題，獲得國內近八成民眾的支持，為兩岸間難得的高度共識，雙方盡可能將兩岸司法訴追的裂縫，

⁸ 慶啟人，「評兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（兩岸共同打擊消滅犯罪—江陳會系列四研討會引言稿，2009年5月5日），2009年5月18日下載，《臺灣競爭力論壇》，<http://www.tcf.tw/?cat=18-25k>。

畢其功於一役加以補足，誠屬可貴，若有不足也瑕不掩瑜。建議如下：

一、兩岸持續協商相關事宜

兩岸司法協議內容繁複，但卻區區只有24個條文，部分條文屬宣示效果，然任何成果非一蹴可及，部分訴追手段仍須進一步協商，例如個案打擊犯罪的清單、對方來臺取證的規定、罪贓移交與變價、人道探親通報的進行等。本次兩岸司法協議只是開頭，未來雙方執行機關必須就相關細節繼續協商。

二、雙重國籍罪犯

刑事犯的遣返是兩岸司法互助經驗較為豐富的部分，但其中有部分疑義未獲解決，例如國際刑事司法互助中，國人不遣返原則是否排除或採行，兩岸人員身分認定的問題。又如應遣返人員是我國國民，但若同時擁有其他國家之國籍者（如美、加等國），我國請求遣返國內是否能落實遂行，鑑於國內外逃經濟罪犯，大多擁有其他國家之國籍，對於雙重國籍罪犯的問題，未來應進一步協商明文。

三、法律保留

在現行法律規範基礎下，架構合作與互助的內容，無須送立法院的看法似乎未獲立法院及實務界的支持，因為除了前述證人證言、證物扣押、罪贓移交及罪犯接返等規定未竟明確，證據能力的問題為刑事司法互助的核心，如何讓境外的證據在國內法庭上使用，進而定罪科刑才是司法互助的最終目的。或許條文第18條可作為證據能力的根據，但仍必須經由立法院審議，取得與條約相同效力後，方可與法律同等視之。若不送立法院，協議內容涉及人民權利義務者，必須有法律授權，則修正國內刑事法係不可避免。

四、司法管轄之讓渡

中共已放棄過去一味將外逃罪犯引渡或遣返的作法，改以管轄權讓渡的思維，對美國司法協助之請求主動配合，最後終將案犯定罪科刑。而我國目前對於滯留在大陸的經濟罪犯，雖然雙方已取得遣返的依據，若未來仍無法成功遣返回國內，可仿效中共與美國的作法，讓渡我國司法管轄權，提供證據資料於對岸，或許在比較兩岸執行環境的優劣後，經濟罪犯應會主動回國投案。

五、司法互助與科技

國內實務透過視訊進行審理的作法已趨成熟，而中共與美國的互助經驗亦大量運用視訊科技，但兩岸司法協議中仍局限傳統偵查作為的合作，可預見的未來，視訊將成為兩岸共同打擊犯罪及司法互助不可或缺的部分。