

論恐怖活動資訊之蒐集及交換法制

—自兩岸協議談起—

朱敏賢*

目次

壹、前言	四、反恐怖行動資訊蒐集之交換
貳、恐怖活動資訊蒐集法制之思考	參、協議內容簡析
一、我國法制現況	一、協議內容
二、反恐怖行動資訊蒐集之定位	二、兩岸政府之定位
三、反恐怖行動資訊蒐集方法	三、海基會之定位
（一）通訊監控	四、協議性質及生效程序
（二）身分查驗	五、兩岸反恐資訊交換應注意之法律原則
（三）對物檢查	（一）實體認定
（四）財產查察	（二）程序事項
（五）其他資訊蒐集	肆、結語
（六）資訊蒐集應遵循之行政法原則	

壹、前言

今（民國98）年4月26日由海峽兩岸中介團體即我國財團法人海峽交流基金會（下稱海基會）與中國大陸海峽兩岸關係協會（下稱海協會）在中國大陸南京簽訂「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議（下稱本協議）」，該協議旨揭之目的為保障海峽兩岸人民權益，及維護兩岸交流秩序¹。其中第4點為：「（第1項）雙方同意著重打擊下列犯罪：（一）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；（二）侵占、背信、詐騙、洗錢、偽造或變造貨幣及有價

※ 朱敏賢：國立政治大學法學博士，曾任法官十餘年，現任國立臺北教育大學文教法律研究所兼任助理教授、淡江大學公共行政學系兼任助理教授

¹ 就此涉及犯罪偵查部分，依法務部發布之新聞稿觀之<http://www.moj.gov.tw/public/Data/9426154419878.pdf>，似予高度肯定，但其他行政部門似乎無此相關作為。

證券等經濟犯罪；（三）貪污、賄賂、瀆職等犯罪；（四）劫持航空器、船舶及涉恐怖活動等犯罪；（五）其他刑事犯罪。（第2項）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。」換言之，依該協議意旨，恐怖活動將成爲兩岸共同著重打擊之犯罪事項之一。

前開協議有其政治意涵，但關於其實踐面上，卻不能脫去法律之規範。關於國際間之司法互助，並非祇是行政權之執行面問題，而係涉及深層的法理及法制思維。在現代三權分立之國家權力結構中，行政機關對外（國）所簽訂之行政協定，亦須符合實質法治國之原理原則，始能禁得起司法審查。本文主要嘗試自行政法及本國實定法之觀點，對恐怖活動資訊之蒐集、交換及上述協議之實施，提出以下的觀察。

貳、恐怖活動資訊蒐集法制之思考

雖然行政程序法第3條第3項第1款明文規定，有關國家安全保障事項之行爲，不適用該法之程序規定。然而，現代法治國家所遵循之法律保留原則，向被奉爲積極的依法行政。儘管所謂法律保留，在歷史的發展上，有所謂干涉保留、全面保留、重要性理論、功能最適理論²，及由我國大法官解釋另建構所謂層級化法律保留理論等不同見解³，但政府對於人民生活活動資訊之蒐集，除部分屬不具法律效果之事實行爲外⁴，

² 許宗力，論法律保留原則，收錄於氏著法與國家權力，自版，1992年4月，頁138-141。

³ 吳庚，行政法之理論與實用，自版，2007年9月，頁103-105。中央法規標準法第5條第4款規定：「……其他重要事項之應以法律定之者。」並不區分規範事項之性質實屬「侵害（干涉）」或「給付」，而係以「重要事項」作為法律應予規範之指標。釋字第443號解釋理由書指出：「……何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」「憲法所定人民之自由及權利範圍甚廣，凡不妨害社會秩序公共利益者，均受保障。惟並非一切自由及權利均無分軒輊受憲法毫無差別之保障：關於人民身體之自由，憲法第八條規定即較為詳盡，其中內容屬於憲法保留之事項者，縱令立法機關，亦不得制定法律加以限制，而憲法第7條、第9條至第18條、第21條及第22條之各種自由及權利，則於符合憲法第23條之條件下，得以法律限制之。至何種事項應以法律直接規範或得委由命令予以規定，與所謂規範密度有關，應視規範對象、內容或法益本身及其所受限制之輕重而容許合理之差異：諸如剝奪人民生命或

多為干涉行政，應屬無誤。從而，將恐怖活動資訊蒐集作為國家安全保障行政之一環，自不能逸脫於法律保留原則之規範。

一、我國法制現況

行政院版反恐怖行動法草案（下稱草案）於第6屆立法院院會審議時，未獲通過⁵，因此，國家整體反恐怖行動作為欠缺統整性之法律規範⁶。關於反恐作為之法律規範，僅散見於部分法律規定。諸如國家安全法第3條第2項第2款規定：「人民申請入出境，有左列情形之一者，得不予許可：……二、有事實足認為有妨害國家安全或社會安定之重大嫌疑者。但曾於台灣地區設籍，在民國三十八年以後未在大陸地區設籍，現居住於海外，而無事實足認為有恐怖或暴力之重大嫌疑者，不在此限。」入出國及移民法第7條第1項第1款規定：「臺灣地區無戶籍國民有下列情形之一者，入出國及移民署應不予許可或禁止入國：一、參加暴力或恐怖組織或其活動。」第18條第1項第15款規定：「外國人有下列情形之一者，入出國及移民署得禁止其入國：……十五、有從事恐怖活動之虞。」第24條第1項第2款規定「外國人依前條規定申請居留或變更居留原因，有下列情形之一者，入出國及移民署得不予許可：……二、有從事恐怖活動之虞。」外國護照簽證條例第12條第1項第11款規定：「外交部及駐外館處受理簽證申請時，應衡酌國家利益、申請人個別情形及其國家與我國關係決定准駁；其有下列各款情形之一，外交部或駐外館處得拒發簽證：……十一、有從事恐怖活動之虞者。」惟此為消極性之防堵入境；又國家情報工作法第7條第2款規定：「情報機關應就足以影響國家安全或利益之下列資訊進行蒐集、研析、處理及運用：……二、涉及內亂、外患、洩漏國家機密、外諜、敵諜、跨國性犯罪或國內外恐怖份子之滲透破壞等資訊。」其次，依通訊監察法第7條規定：「（第1項）為避免國家安全遭受危害，而有監察下列通訊，以蒐集外國勢力或境外敵對勢力情報之必要者，綜理國家情報工作機關首長得核發通訊監察書。一、外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員在境內之通訊。二、外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員跨境之通訊。三、外國勢力、境外敵對勢力或其工作人員在境外之通訊。（第2項）前項各款通訊之受監察人在境內設有戶籍者，其通訊監察書

限制人民身體自由者，必須遵守罪刑法定主義，以制定法律之方式為之；涉及人民其他自由權利之限制者，亦應由法律加以規定，如以法律授權主管機關發布命令為補充規定時，其授權應符合具體明確之原則；若僅屬與執行法律之細節性、技術性次要事項，則得由主管機關發布命令為必要之規範，雖因而對人民產生不便或輕微影響，尚非憲法所不許。又關於給付行政措施，其受法律規範之密度，自較限制人民權益者寬鬆，倘涉及公共利益之重大事項者，應有法律或法律授權之命令為依據之必要，乃屬當然。」

⁴ 如不涉及侵害人民自由權利之單純跟蹤行為。

⁵ 此外，另有立法委員版之反恐怖行動法草案，該草案之內容主要係以美國愛國者法案（Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism, PATRIOT Act）作為主要依據。陳明傳，反恐行動法草案之立法評析，http://trc.cpu.edu.tw/meeting/paper/94/1130/9411_1.pdf

⁶ 當然，該草案仍有諸多須予檢討之處。另參拙文，因應恐怖主義活動之法律建制—從人權保障及國家安全衡平之觀點出發—，中央警察大學恐怖主義研究中心主辦，第四屆「恐怖主義與國家安全」學術研討會論文集，中央警察大學推廣教育訓練中心，2008年12月15日，頁1-23。

之核發，應先經綜理國家情報工作機關所在地之高等法院專責法官同意。但情況急迫者不在此限。(第3項)前項但書情形，綜理國家情報工作機關應即將通訊監察書核發情形，通知綜理國家情報工作機關所在地之高等法院之專責法官補行同意；其未在四十八小時內獲得同意者，應即停止監察。(第4項)違反前二項規定進行監聽行為所取得之內容或所衍生之證據，於司法偵查、審判或其他程序中，均不得採為證據。」又同法第8條規定：「前條第一項所稱外國勢力或境外敵對勢力如下：一、外國政府、外國或境外政治實體或其所屬機關或代表機構。二、由外國政府、外國或境外政治實體指揮或控制之組織。三、以從事國際或跨境恐怖活動為宗旨之組織。」同法第9條另規定：「第七條第一項所稱外國勢力或境外敵對勢力工作人員如下：一、為外國勢力或境外敵對勢力從事秘密情報蒐集活動或其他秘密情報活動，而有危害國家安全之虞，或教唆或幫助他人為之者。二、為外國勢力或境外敵對勢力從事破壞行為或國際或跨境恐怖活動，或教唆或幫助他人為之者。三、擔任外國勢力或境外敵對勢力之官員或受僱人或國際恐怖組織之成員者。」前述國家情報工作法規定屬前置之資訊蒐集，通訊保障及監察法則屬犯罪偵查之一環。

若由通訊保障及監察法之規範文義觀之，犯罪偵查機關所得進行之恐怖活動通訊監聽，似以國際性活動或具跨境性為限；依此反面解釋，即單純屬於國內性的活動，並不在恐怖活動通訊監察之範圍。從而，足知立法者對於通訊監察所及客體之恐怖活動，不包含內部恐怖勢力。再對照此法與國家情報工作法之規定，顯見恐怖活動情報之蒐集與犯罪偵查乃屬不同階層之問題，前者為後者之前置工作。

惟何謂恐怖活動，通訊保障及監察法並未作成立法解釋，同法之施行法亦無行政解釋，而在國際組織、學術界對恐怖活動之界定，復無統一見解，是以，此不確定之法律概念在通訊監察實務上可謂全然委諸法院形成之，而此監察內容依同法第11條第3項規定，係採不公開程序，在欠缺法規範實質拘束之現況下，法官彼此間對該不確定概念確定之形成，可能各行其道，而外界更無從查知寬嚴或濫權，更遑論予以適當之審查或制衡，由此造成對人民自由權利侵害之風險，恐怕難以預估。是以，即使前述反恐行動法草案未經完成立法，一定而適當之立法解釋、司法解釋甚而行政解釋，均有早早出爐之必要。

草案第2條規定：「(第1項)本法所稱恐怖行動，指個人或組織基於政治、宗教、種族、思想或其他特定之信念，意圖使公眾心生畏懼，而從事下列計畫性或組織性之行為：一、殺人。二、重傷害。三、放火。四、投放或引爆爆裂物。五、擄人。六、劫持供公眾或私人運輸之車、船、航空器或控制其行駛。七、干擾、破壞電子、能源或資訊系統。八、放逸核能或放射線。九、投放毒物、毒氣、病原體或其他有害人體健康之物質。(第2項)本法所稱恐怖組織，指三人以上，有內部管理結構，以從事恐怖行動為宗旨之組織。(第3項)本法所稱恐怖份子，指實行恐怖行動或參加、資助恐怖組織之人員。」在無相關解釋之法制狀態下，基於我國法案制定及修正過程，均按例會同各機關表述意見，因此，上揭草案之定義雖不足為「法理」，但尚可謂國家機

關間對恐怖活動所做認識之最大公約數，準此，以之作為參考基準，尚屬可行之道。

二、反恐怖行動資訊蒐集之定位

反恐資訊之蒐集與反恐犯罪偵查應有界限，不可等同視之。美國因應911恐怖攻擊，在同年10月25日通過之愛國者法案，第二章賦予美國政府監視外國勢力或其特工之法源，並於第213條賦予有別於聯邦刑事程序法第41條之一般刑事訴訟程序對立即必要搜索物品之特定及通知程序，有使刑事犯罪搜索與國安情報蒐集之界限模糊化之虞⁷。

在我國，從通訊監察法第5條第1項首揭「有事實足認被告或犯罪嫌疑人……」等用語即可得知，該法之通訊監察實為犯罪證據搜索之一種，是該法乃刑事訴訟法之特別法。換言之，其立法取向旨在刑事犯罪之偵防，承此而論，上述同法第7條至第9條對恐怖活動之規範，從法體系解釋論言之，自應秉諸同一目的。然從恐怖活動之防制角度而論，蒐集恐怖活動資訊應不限於犯罪之偵查，而應更強調恐怖活動之先期預防機制，準此，廣義之恐怖活動資訊蒐集應採情報蒐集觀點，其範圍遠比犯罪搜索大，且可能前於恐怖活動犯罪實施著手前之預備。

三、反恐怖行動資訊蒐集之方法

恐怖組織相信其行動所創設之恐怖意象 (terror image)，可有效實現其其主張或要脅之目的，簡言之，恐怖有效為其等奉行的信則。由於恐怖活動所需成本，遠小於反恐行動之成本，且偶而可擷取極大化之效益，故而，反恐行動計畫 (Counter-Terrorism Action Plan) 所面對者，乃一不對稱戰爭、非常規作戰 (unconventional war)。同時，恐怖活動及反恐活動尚且實質存在所謂之代理人戰爭 (Proxy Warfare)，因此，在資訊蒐集及利用上，更具其複雜性。

傳統恐怖作為，除採殺、傷、擄人、劫略運輸工具或能源、投放或引爆炸藥或放射物質、投放毒質，在通訊設備更新的現代社會，干擾破壞電子資訊設備，亦屢見不鮮，然手段不斷變化則為其不變的特色。尤其，我國預計防範之恐怖主義成員係著眼於跨國實施恐怖行動之人，則我國所欲掌握之恐怖行動資訊恐多不在國內境域內，因此，關於該資訊之蒐羅，除因相關人、物之過境或入出境時，予以監控、攔截外，勢必多須透過國際合作始得獲取之。而防制恐怖活動，事後之懲處，以維正義，並使受害者獲得應有賠償，固屬必要，惟事前防範，消弭恐怖活動於無形，其重要性遠高於事後各類之制裁作為。在事前防制措施中，資訊之蒐集厥為其首要。唯有資訊之充分掌握、判斷及正確運用，始能機先阻斷、殲滅危險於境外或初萌之際，更有進者，尚

⁷ 廖元豪，多少罪惡假「國家安全」之名而行？月旦法學雜誌第131期，2006年4月，頁39-44；吳照瑛，美國愛國者法案施行兩年之檢討，科技法律透析第15卷第11期，2003年11月，頁32；林芝郁，「恐怖行動」刑事責任之研究，台大法律研究所碩士論文，2007年5月，頁73、78。

期能以縝密之蒐羅機制及比對機制，將現時存在之資訊予以分析，預測資訊之落點，而得先期發現危機所在，爭取反制之時間與空間。

茲就反恐怖活動資訊蒐集之方法略述如次：

(一) 通訊監控

恐怖組織成員遠距聯繫及指令下達，於現代中，最快速且便捷之工具，自為電子通訊設備。草案第7條⁸係課予電信業者通信記錄功能及內容提供等義務⁹，而非積極授權主管機關對特定嫌疑有通訊監察之權限，惟觀諸草案第6條¹⁰立法說明，係參考通訊保障及監察法第7條制定，則關於反恐之通訊監察程序，本草案係將其定位為通訊保障及監察法之特別法。惟草案對於該監察事務無進一步規範，從而，就通訊監察乙事，仍有反求諸通訊保障及監察法規定之必要。通訊保障及監察法原則上採令狀（warrant）主義¹¹，並於同法第3條規定：「（第1項）本法所稱通訊如下：一、利用電信設備發送、儲存、傳輸或接收符號、文字、影像、聲音或其他信息之有線及無線電信。二、郵件及書信。三、言論及談話。（第2項）前項所稱之通訊，以有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者為限。」又同法施行細則第2條並進一步定義稱：「（第1項）本法第三條第一項第一款所稱有線及無線電信，包括電信事業所設公共通訊系統及專用電信。（第2項）本法第三條第一項第二款所稱郵件及書信，指信函、明信片、特製郵簡、新聞紙、雜誌、印刷物、盲人文件、小包、包裹或以電子處理或其他具有通信性質之文件或物品。（第3項）本法第三條第一項第三款所稱言論及談話，指人民非利用通訊設備所發表之言論或面對面之對話；其以手語或其他方式表達意思者，亦包括在內。（第4項）本法第三條第二項所稱有事實足認受監察人對其通訊內容有隱私或秘密之合理期待者，應就客觀事實加以認定。」

又電信法第2條第2款將電信設備定義為，電信所用之機械、器具、線路及其他相

⁸ 草案本條規定：「（第1項）為防制恐怖份子利用網際網路從事恐怖行動，電信事業應使其通信系統之軟、硬體設備具有保存及提供網際網路跨境連線通信紀錄之功能。（第2項）前項所稱網際網路跨境連線通信紀錄，指網際網路資訊發送點至目的點間之國際連線通信紀錄。（第3項）第一項電信事業，應依法務部調查局或內政部警政署所提網際網路跨境連線通信紀錄之需求，擬訂所需軟、硬體設備與該等設備建置時程、建置及維護費用之計畫，與該局（署）協商確定後辦理建置；必要時，由國家通訊傳播委員會協助之。（第4項）有事實疑為恐怖份子利用網際網路從事恐怖行動時，電信事業應依治安機關之要求，就特定範圍之網際網路位址，保存及提供網際網路跨境連線通信紀錄。（第5項）前項通信紀錄之保存期限為九十日，必要時，得延長之，其延長期間不得逾九十日，並以一次為限。（第6項）電信事業為執行第一項業務所需軟、硬體設備建置及維護之費用，由法務部調查局或內政部警政署編列預算支應。」

⁹ 但同條第5項有保存期間限制；又對此設備及維護費用，明定以國家預算支應，立法理由並未說明緣由，推測其原因，似認此乃電信業者之特別犧牲，而給予之補償。

¹⁰ 草案本條規定：「（第1項）為避免國家安全遭受恐怖行動危害，而有監察國際間已認定之恐怖組織、恐怖份子通訊之必要者，得由國家安全局局長核發通訊監察書。（第2項）前項受監察人在國內設有戶籍者，其通訊監察書之核發，應先經最高法院檢察署之檢察官同意。但情況急迫者，不在此限。（第3項）前項但書情形，國家安全局局長應即將通訊監察書核發情形，通知最高法院檢察署之檢察官補行同意；其未在四十八小時內獲得同意者，應即停止監察。（第4項）為處理重大恐怖攻擊事件之需要，避免人民遭受緊急危難，國家安全局局長得命阻斷或限制相關通信。」惟此阻斷或限制通訊反恐作為並非資訊蒐集之一種。

¹¹ 同法第5條第1項參見。

關設備；而同條第5款所稱電信事業，則指經營電信服務供公眾使用之事業。承此以觀，通訊保障及監察法所指之電信設備，應解為電信法所規定電信事業所使用之電信設備。資此，草案第7條第1項提及之網際網路跨境連線通信功能，在電腦網際網路發達之今日，非電信業者之電腦網際網路業者亦有提供跨境連線通信功能，草案之規範即出現漏洞。再者，以此推知，前述通訊保障及監察法及其施行細則所述之郵件書信，容難解為亦包括非電信業者之電腦網際網路業者提供之郵件及通訊功能所往來之訊息。

此外，司法院大法官釋字第631號解釋理由書曾指出：「憲法第十二條規定：『人民有秘密通訊之自由。』旨在確保人民就通訊之有無、對象、時間、方式及內容等事項，有不受國家及他人任意侵擾之權利。此項秘密通訊自由乃憲法保障隱私權之具體態樣之一，為維護人性尊嚴、個人主體性及人格發展之完整，並為保障個人生活私密領域免於國家、他人侵擾及維護個人資料之自主控制，所不可或缺之基本權利（本院釋字第60三號解釋參照），憲法第十二條特予明定。國家若採取限制手段，除應有法律依據外，限制之要件應具體、明確，不得逾越必要之範圍，所踐行之程序並應合理、正當，方符憲法保障人民基本權利之意旨。通保法（按即通訊保障及監察法）係國家為衡酌『保障人民秘密通訊自由不受非法侵害』及『確保國家安全、維護社會秩序』之利益衝突，所制定之法律（通保法第一條參照）。依其規定，國家僅在為確保國家安全及維護社會秩序所必要，於符合法定之實體及程序要件之情形下，始得核發通訊監察書，對人民之秘密通訊為監察（通保法第二條、第五條及第七條參照）。通保法第五條第一項規定：『有事實足認被告或犯罪嫌疑人有下列各款罪嫌之一，並危害國家安全或社會秩序情節重大，而有相當理由可信其通訊內容與本案有關，且不能或難以其他方法蒐集或調查證據者，得發通訊監察書』，此為國家限制人民秘密通訊自由之法律依據，其要件尚稱具體、明確。國家基於犯罪偵查之目的，對被告或犯罪嫌疑人進行通訊監察，乃是以監控與過濾受監察人通訊內容之方式，蒐集對其有關之紀錄，並將該紀錄予以查扣，作為犯罪與否認定之證據，屬於刑事訴訟上強制處分之一種。惟通訊監察係以未告知受監察人、未取得其同意且未給予防禦機會之方式，限制受監察人之秘密通訊自由，具有在特定期間內持續實施之特性，故侵害人民基本權之時間較長，亦不受有形空間之限制；受監察人在通訊監察執行時，通常無從得知其基本權已遭侵害，致其無從行使刑事訴訟法所賦予之各種防禦權（如保持緘默、委任律師、不為不利於己之陳述等）；且通訊監察之執行，除通訊監察書上所載受監察人外，可能同時侵害無辜第三人之秘密通訊自由，與刑事訴訟上之搜索、扣押相較，對人民基本權利之侵害尤有過之。鑒於通訊監察侵害人民基本權之程度強烈、範圍廣泛，並考量國家執行通訊監察等各種強制處分時，為達成其強制處分之目的，被處分人事前防禦以避免遭強制處分之權利常遭剝奪。為制衡偵查機關之強制處分措施以防免不必要之侵害，並兼顧強制處分目的之達成，則經由獨立、客觀行使職權之審判機關之事前審查，乃為保護人民秘密通訊自由之必要方法。是檢察官或司法警察機關為犯罪

偵查目的，而有監察人民秘密通訊之需要時，原則上應向該管法院聲請核發通訊監察書，方符憲法上正當程序之要求。系爭通保法第五條第二項未設此項規定，使職司犯罪偵查之檢察官與司法警察機關，同時負責通訊監察書之聲請與核發，未設適當之機關間權力制衡機制，以防免憲法保障人民秘密通訊自由遭受不必要侵害，自難謂為合理、正當之程序規範，而與憲法第十二條保障人民秘密通訊自由之意旨不符……另因通訊監察對人民之秘密通訊自由影響甚鉅，核發權人於核發通訊監察書時，應嚴格審查通保法第五條第一項所定要件；倘確有核發通訊監察書之必要時，亦應謹守最小侵害原則，明確指示。得為通訊監察之期間、對象、方式等事項，且隨時監督通訊監察之執行情形。」¹²大法官明示之核發通訊監察法院保留之「原則」，在大法官之違憲審查標準下，是否容任反恐作為，即得因而免除該原則之適用，而得為例外，恐有待研究。草案第6條第1項、第2項規定，將防護國家安全局濫權之安全閥設定由最高法院檢察署檢察官管控，不但與通訊保障及監察法第7條第2項規定¹³不一致外，以目前法院實務，關於通訊監察之核發，係以專人專責及時間管控作為其時效之擔保¹⁴，故而，草案既規定須送由最高法院檢察署檢察官核發，為符前述大法官解釋意旨，實則，依現行通訊保障及監察法即得確實規範。

不過，自前述通訊保障及監察法第3條第2項明確規定有「受監察人」乙詞以觀，足見此之通訊監察係對特定人之通訊監察，而非對不特定人之廣泛監聽。後者，稱之為移動式監聽，而此亦為現代監聽科技所得為之者。一般而言，移動式監聽並不具監聽通訊內容與犯罪個案性及合理關聯性，應不易通過上開釋字第631號解釋之審查標準。但基於恐怖活動之特殊性，似應認為若有積極情資，可資確定恐怖份子已在一定場域，且係利用通訊設備通訊中，為以移動式監聽鎖定特定對象，於此情形，法制之合憲審查，應得例外容許之。

（二）身分查證

草案第8條規定：「(第1項)有事實疑為恐怖份子者，治安機關為查證其身分，於

¹² 另釋字第577號解釋指出「就政府蒐集、利用人民資訊部分，亦應注意人民之隱私權」；釋字第568號解釋亦強調人民具有「資訊自主權」；釋字第603號解釋強調：「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」；釋字第617號解釋亦說明：「憲法第十一條保障人民之言論及出版自由，旨在確保意見之自由流通，使人民有取得充分資訊及實現自我機會」。就此，美國法制朝向資訊隱私權之思考，而德國法制則偏向資訊決定權之角度闡述，我國學者間之見解並不一致，偏向前者如學者許宗力（參見氏著，民主法治國家的情報活動，收錄於氏著，法與國家權力，自版，1992年4月，頁385、387、390）、王兆鵬（參見氏著，重新定義高科技時代下的搜索，收錄於氏著新刑訴·新思維，自版，2004年10月，頁57-92）；偏向後者如學者李震山（參見氏著，資訊權—兼論監視錄影器設置之法律問題，收錄於氏著，多元、寬容與人權保障—以憲法未列舉權之保障為中心，元照出版有限公司，2005年10月，頁183-248），但大法官似揉合資訊隱私權及資訊決定權二概念為一。

¹³ 該條項規定：「前項各款通訊之受監察人在境內設有戶籍者，其通訊監察書之核發，應先經綜理國家情報工作機關所在地之高等法院專責法官同意。但情況急迫者不在此限。」

¹⁴ 通訊保障及監察法第6條第2項規定：「法院應設置專責窗口受理前項聲請，並應於四十八小時內補發通訊監察書；未於四十八小時內補發者，應即停止監察。」

必要時得將其帶往勤務處所查證；其期間自帶往查證處所起，不得逾二十四小時¹⁵。（第2項）前項情形，如遭抗拒時，得使用強制力。」¹⁶學者批評以目前我國警政資訊之建置及查詢現況，難以想像竟查驗時間需24小時¹⁷，據此以觀，顯然草案忽略實務作為，而失其方法與手段之比例性。此外，此管束作為是否符合憲法第8條精神，亦屬可疑，在法制上，亦應加入法官保留之正當程序，以防堵人身自由之重大侵害¹⁸。

另應注意者，依草案第2條所列之構成要件及通訊保障及監察法規定，係將恐怖活動視為刑事犯罪之一種。草案之本條規定，固然限於身分查驗，但事實上，此干涉行政行為已在刑事偵查之邊界，而且屬於臨界點上，換言之，此種查驗行為雖未達刑事犯罪之人身搜索扣押程度，然已極微接近。治安機關如何掌握行政檢查及刑事偵查之分際，至為重要。易言之，若查驗身分之結果若發現有實施犯罪之嫌疑時，即須適時轉換程序作為，依刑事訴訟法定程序實施，包括權利告知¹⁹及踐行相關搜索程序²⁰。

惟以拘束手段查察嫌疑對象，實為傳統，甚且係落後之實施技巧。蓋此情資蒐集之動機、目的、手段、結果已顯露在嫌疑者或其共犯之眼下，提供恐怖活動成員警惕或改變策略之機會，將使治安機關反恐之情資佈線前功盡棄。因此，部分國家兼採用生物特徵蒐集及辨識（指紋、虹膜）技術，或使用生物特徵辨識功能之護照作為輔助技術。於我國之立法規範上，由於司法院大法官釋字630號解釋將重大公益目的之達成作為蒐集個人資料條件之一，因此涉及全面性指紋建檔或其類似技術，針對國際有高度反恐警戒情狀或突發恐怖事件之相當期間內，對國際合作通報之可疑外國入出境者進行高密度管制，應可考量放寬其合憲性審查密度，但應從寬至何程度，則須再充分討論。

¹⁵ 就我國反恐怖行動法草案關於身分查證、檢查處所、扣留及禁止處分財產等，亦有質疑其侵犯人權。李漢中，淺述兩岸反恐法制現狀，<http://blog.yam.com/hjleelaw/article/2892615>

¹⁶ 類似之規定，諸如警察職權行使法第7條規定：「（第1項）警察依前條規定，為查證人民身分，得採取下列之必要措施：一、攔停人、車、船及其他交通工具。二、詢問姓名、出生年月日、出生地、國籍、住居所及身分證統一編號等。三、令出示身分證明文件。四、若有明顯事實足認其有攜帶足以自殺、自傷或傷害他人生命或身體之物者，得檢查其身體及所攜帶之物。（第2項）依前項第二款、第三款之方法顯然無法查證身分時，警察得將該人民帶往勤務處所查證；帶往時非遇抗拒不得使用強制力，且其時間自攔停起，不得逾三小時，並應即向該管警察勤務指揮中心報告及通知其指定之親友或律師。」行政執行法第37條規定：「（第1項）對於人之管束，以合於下列情形之一者為限：一、瘋狂或酗酒泥醉，非管束不能救護其生命、身體之危險，及預防他人生命、身體之危險者。二、意圖自殺，非管束不能救護其生命者。三、暴行或鬥毆，非管束不能預防其傷害者。四、其他認為必須救護或有害公共安全之虞，非管束不能救護或不能預防危害者。（第2項）前項管束，不得逾二十四小時。」草案立法理由稱，係參照前開規定制定，但前者始屬查驗時間，後者則為管束期間，顯不相牟。

¹⁷ 謝立功，反恐怖行政法草案之評析，財團法人國家政策研究基金會國政研究報告憲政(研)092-053號，2003年12月26日，<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/CL/092/CL-R-092-053.htm>

¹⁸ 關於警察職權行使法之行政管束合憲性，參見李震山，論行政管束與人身自由之保障，收錄於氏著，人性尊嚴與人權保障，元照出版有限公司，2001年11月，頁207-273。

¹⁹ 刑事訴訟法第95條參見。

²⁰ 刑事訴訟法第122條至第153條參見。

（三）對物檢查

草案參考行政執行法第36條、第40條即時強制規定，賦予治安機關檢查權限，於第9條規定：「（第1項）有事實疑為恐怖份子置放供從事恐怖行動器物之處所，或供恐怖份子搭乘、使用之車、船、航空器或其他交通工具，治安機關於必要時得檢查之。（第2項）為防止恐怖行動之發生，有事實疑為恐怖份子所在之住宅、建築物或其他處所，治安機關於人民之生命、身體、財產受有迫切危害之虞，非進入不能救護或防阻者，得進入檢查。」立法理由雖認為此亦係基於事先預防之策略，但如疑為恐怖份子搭乘之交通工具或所在，則治安機關與恐怖份子間已處於衝突之臨接點，則該檢查作為容屬犯罪之抑制，而已非資訊之事前蒐羅，如關於恐怖行動所使用交通工具所在等資訊之掌控，若非我國電腦處理個人資料保護法規定之事項，且不涉入基本權之侵害，甚或無其他權益或法益之侵害，治安機關自得於法定要件下，依職權蒐集。

（四）財產查察

人與財為恐怖活動最重要之組成結構，資金奧援則為支撐恐怖份子持久戰之重要條件。草案第10條參考行政執行法第38條即時強制規定²¹，賦予治安機關對於相關動產、不動產或其他財產之扣留及禁止處分，及於草案第11條規定，參考1999年制止向恐怖主義提供資助國際公約（International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism, 1999）²²及我國92年2月6日公布施行之洗錢防制法第8條之1規定²³，實施資金之禁止處分。

然財產權為我國憲法第15條所明文保障之基本權，故須予以保障，從而，國家對於人民資產之侵害，自有以法律保留原則予以拘束之必要，大法官解釋多有指明，茲不贅述。對於恐怖份子財產運用之禁止處分，仍係反恐資訊蒐集後之後端作業程序。草案之禁止處分規定，畢竟亦屬國家對人民財產之限制，非有法律授權不得為之，惟草案既未通過，即無從以草案作為作用法，資為國家反恐作為之行為授權。所幸在其他法律中已有相關規定，諸如管理外匯條例第19條之3第1項中業有明文規定：「為配合聯合國決議或國際合作有必要時，行政院金融監督管理委員會（以下簡稱金管會）會同中央銀行報請行政院核定後，得對危害國際安全之國家、地區或恐怖組織相關之個人、法人、團體、機關、機構於銀行業之帳戶、匯款、通貨或其他支付工具，為禁止提款、轉帳、付款、交付、轉讓或其他必要處置。」又國際金融業務條例第5條之2第1項復規定：「為配合聯合國決議或國際合作有必要時，金管會會同中央銀行報請行政院核定後，得對危害國際安全之國家、地區或恐怖組織相關之個人、法人、團體、機關、機構於國際金融業務分行之帳戶、匯款、通貨或其他支付工具，為禁止提款、轉帳、

²¹ 惟行政執行法第38條第1項規定，係對軍器、凶器及其他危險物之預防性扣留，與草案本條規定之扣留標的，實屬有間，此立法理由是否妥當，實值研究。

²² <http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>

²³ 即現行第9條規定。

付款、交付、轉讓或其他必要處置。」但猶有不足者，係前述管理外匯條例及國際金融業務條例規定適用之資金禁止處分，祇限於外匯及國際金融業務，依其規定，對於反恐活動國內部分資金之流動控管，容難作為其作用法依據，故有漏洞存在。

其次，資金流向情報之掌握，依目前社會經濟及我國財產資訊登錄實況，多已進入電腦資訊管理，故亦有電腦處理個人資料保護法規定競合適用之餘地，治安機關在蒐集上，即應特予注意。電腦處理個人資料保護法第7條規定：「公務機關對個人資料之蒐集或電腦處理，非有特定目的，並符合左列情形之一者，不得為之：一、於法令規定職掌必要範圍內者。二、經當事人書面同意者。三、對當事人權益無侵害之虞者。」但同法第8條例外規定：「公務機關對個人資料之利用，應於法令職掌必要範圍內為之，並與蒐集之特定目的相符。但有左列情形之一者，得為特定目的外之利用：一、法令明文規定者。二、有正當理由而僅供內部使用者。三、為維護國家安全者。四、為增進公共利益者。五、為免除當事人之生命、身體、自由、或財產上之急迫危險者。六、為防止他人權益之重大危害而有必要者。七、為學術研究而有必要，且無害於當事人之重大利益者。八、有利於當事人權益者。九、當事人書面同意者。」是以，基於反恐之必要，視其情形，應有依該條第3款至第6款之適用餘地，但仍應堅守比例原則。

（五）其他資訊蒐集

除前述各類資訊查察及反制外，尚有其他客觀之資訊亦係反恐作為中不可忽視者，諸如犯罪紀錄²⁴、旅行資料（出入國紀錄）、移民歸化紀錄、宗教²⁵、政治活動或其他社群活動等行動監視、武器或爆裂物之監控²⁶等；在資訊蒐集之方法上，復有追蹤、臥底、交叉分析等，甚至最傳統且簡單如從垃圾中檢視證據來源，在情報及犯罪偵查實務上，亦多有因此拼湊出重要之資訊或還原犯罪事實。而在日新月異之科技工具輔助下，傳統與現代手段之併用，更有其必要。資訊之蒐集尚可由飛行器或衛星自空中監視、照相，或利用高倍望遠鏡照相取證，或追蹤電波來源，或以熱顯像儀判斷恐怖活動人、物所在等。國家情報工作法第7條第2項即規定：「情報機關蒐集資訊，必要時得採取秘密方式為之，包括運用人員、電子偵測、通（資）訊截收、衛星偵蒐（照）、跟監、錄影（音）及向有關機關（構）調閱資料等方式，並應遵守相關法令之規定。」

（六）資訊蒐集應遵循之行政法原則

法律保留原則為行政行為最重要之法理，行政行為並應遵守一般法律原則，故行政程序法第4條明文揭示：「行政行為應受法律及一般法律原則之拘束。」同法第5條至第8條分別揭示行政行為應遵守明確性原則、平等原則、比例原則、誠信原則、信賴保護

²⁴ 然在刑事訴訟實務中，犯罪集團利用無犯罪紀錄者從事犯罪活動，以脫免幕後犯罪首腦之現象亦屢見不鮮，詐欺及洗錢犯罪即為大宗。

²⁵ 部分恐怖活動組織與特定宗教信仰關係密切。

²⁶ 如聯合國《制止恐怖活動爆炸國際公約（International Convention for the Suppression of Terrorist Bombings, 1997）》

原則等法治國原則中最基本且重要之行政法原理原則，前述同法第4條更補充性地揭櫫依法行政暨遵守其他一般法律原則之意旨，此補充性規定賦予行政法其他一般法律原理原則在總則性規定及特別行政法領域中依其事物本質而得擴展之空間，學說中即認為公益原則²⁷、效率效能原則、期待可能性、不當聯結禁止²⁸、行政裁量原則²⁹、情勢變更原則、禁止片面接觸原則³⁰、公平正義原則³¹、權力濫用禁止原則及結果排除請求權等亦得作為行政法之一般原理原則³²。惟同法第3條第3項第1款、第2款業將軍事行為、國家安全保障及外國人出入境等事項，排除該法程序之適用。然首應說明者，係概括地以「國家安全保障事項」抽象地排除所有正當程序，尤其法律保留及法律原理原則，應非立法者之本意，故上開排除規定，應指排除「程序」規定爾爾。其次，依據美國愛國者法規定，美國政府被授權運用軍事法庭，係將反恐行動視為準戰爭作為³³，但我國之草案規定，並非採此立法政策，至為顯然³⁴。

反恐作為涉及國家安全者，固應如前述，惟部分應未及國家安全層級，故其資訊之蒐集，在行政法上仍有遵循之一般法律原則及行政法相關程序之必要，然因反恐作為有其急迫性、高公益性等特殊性質，部分資訊及防制作為，若未能即時防範，抑制恐怖活動之契機可能稍縱即逝，故而，此與一般慣行性或制式之行政作為仍屬有間，故應有其部門行政法中，應予特殊考量之處，或建構其特殊原理原則之必要。對此，本文仍限於篇幅，恐無法一一細究，茲就其大要，略予討論。

1. 在組織法方面：

德國於聯邦憲法保護法第3條第3項對於情報機關之權能，明定不得擁有拘禁、逮捕、搜索、扣押與其他直接強制等警察權，亦不准對其他機關特別係警察機關具有指揮與監督權，故而禁止將情報機關併入警察機關³⁵，以防免希特勒極權統治之惡夢再現。我國現行法制，亦採情報機關與警察機關分隸原則，此其一。

²⁷ 吳庚，行政法之理論與實用，自版，2007年9月，頁68-69。

²⁸ 林錫堯，行政法要義，元照出版有限公司，2006年9月，頁80-82；李建良、陳愛娥、陳春生、林三欽、林合民、黃啟禎合著，行政法入門，元照出版有限公司，2006年1月，頁85-86。

²⁹ 李震山，行政法導論，三民書局股份有限公司，2005年10月，頁285以下。

³⁰ 李惠宗，行政程序法要義，五南圖書出版股份有限公司，2004年10月，頁84；同氏著，行政法要義，五南圖書出版股份有限公司，2005年10月，頁134-137。

³¹ 張永明，行政法，三民書局股份有限公司，2001年10月，頁60。

³² 另有學者考量我國法制多有繼受外國法之實況，乃將外國行政法學理列為行政法一般原理原則，然外國行政法學理並非均屬通說，各家之說非當然為行政法之一般原理原則，故本文不採相同見解。吳庚，行政法之理論與實用，自版，2007年9月，頁57；吳志光，行政法，新學林出版股份有限公司，2006年10月，頁19。

³³ 相同之評價，參見廖元豪，多少罪惡假「國家安全」之名而行？—簡介美國反恐措施對人權之侵蝕，月旦法學雜誌第131期，2006年4月，頁38、46；蔡庭榕，反恐的法律挑戰—從人權保障觀察，中央警察大學恐怖主義研究中心主辦，第二屆「恐怖主義與國家安全」學術研討暨實務座談會，2006年12月28日，頁198。

³⁴ 現行刑事訴訟制度，依憲法第9條規定：「人民除現役軍人外，不受軍事審判。」之誠命規範架構下，要率將反恐事件以軍事審判程序訴追，即屬違憲。同為贊成我國以平常模式立法者，另參見陳品潔，後911時代反恐措施與人權保障之衡平—以美國法為中心—，台灣大學法律研究所碩士論文，2008年7月，頁84。

³⁵ 許宗力，民主法治國家的情報活動，收錄於氏著，法與國家權力，自版，1992年4月，頁389。

在職權分工上，草案第4條規定：「（第1項）國家安全局負責統合協調辦理反恐怖情報資訊之蒐集及處理，並應將國際間已認定之恐怖組織、恐怖份子，或疑為恐怖組織或恐怖份子之資訊，及其他必要之情報資訊³⁶，適時提供反恐怖行動專責小組、情治機關及相關權責單位；各該機關或單位對國家安全局所提供之恐怖行動情報資料應予保密，非經國家安全局同意不得公開。（第2項）各情治機關應主動針對國內外恐怖行動蒐集相關情報資料，即時送交國家安全局；其他政府機關蒐獲涉及恐怖行動之相關情報資料者，除依權責處理外，應即送交國家安全局，不受其他法律有關保密規定之限制。」將國家安全局作為情報資訊之統合機構，按國家安全局組織法第2條規定：「（第1項）國家安全局隸屬於國家安全會議，綜理國家安全情報工作及特種勤務之策劃與執行；並對國防部軍事情報局、電訊發展室、憲兵司令部、行政院海岸巡防署、內政部警政署、法務部調查局等機關所主管之有關國家安全情報事項，負統合指導、協調、支援之責。（第2項）前項有關國家安全情報工作之統合指導、協調、支援事項之規定及其相關運作之辦法，由國家安全局另定之。」國家情報工作法第13條前段亦規定：「各級政府機關應在維護國家安全利益之必要範圍內，配合協助情報工作之執行」第15條第1項規定：「主管機關應負責統合指導、協調及支援情報機關之業務。」、第17條第1項規定：「各情報機關與外國情報機關進行情報合作事宜時，應通知主管機關，並由主管機關協助統合及節制。」、第18條第1項規定：「情報機關於獲取足以影響國家安全或利益之資訊時，應即送交主管機關處理；其涉及社會治安之重大事件或重大災難者，除依法處理外，應即送交主管機關。」是以，即使機關分隸，功能分治，但反恐功能及資訊整合功能卻為反恐致勝之重要關鍵。換言之，反恐作為包括資訊蒐集，應建構為整體性、全方位、多元、多角化之體系。為確保防制恐怖活動無罅隙，無分境外境內、戰略戰術、傳統科技，舉凡有助於整體、整合反恐功能者，相關資訊概應鉅細靡遺搜集、彙整、研判、預測³⁷，以克服恐怖活動之秘密性及高度預防困難等特性。

2.於作用法方面：

國家對反恐資訊之蒐集活動，依其情形，甚有可能干涉人民隱私權、秘密通訊自由、言論自由等基本權，並為達成防恐目的而限制人民知的權利及新聞自由。若此對人民自由權利之侵害，依憲法第23條規定，應符合防止妨礙他人自由，避免緊急危

³⁶ 國家安全局組織法第3條規定：「國家安全局設左列各單位掌理有關事項：一、第一處掌理國際情報工作有關事項。二、第二處掌理大陸地區情報工作有關事項。三、第三處掌理臺灣地區安全情報工作有關事項。四、第四處掌理國家戰略情報研析有關事項。五、第五處掌理科技情報與電訊安全工作有關事項。六、第六處掌理密碼及其裝備之管制、研製有關事項。七、資訊室掌理資訊作業之規劃、執行與資料庫之建立、管理等有關事項。八、秘書室掌理施政計畫及施政工作之管制、考核與工作報告彙編、一般綜合業務、公共關係、印信典守、文書處理、檔案管理、資料編譯及印製等有關事項。九、總務室掌理庶務、出納、警衛、醫療保健及不屬於各處室之有關事項。」反恐怖行動法草案本條項規定之事務，如何歸類為國家安全局前開執掌，抑或為其特別法，草案之規定並不明確。

³⁷ 如宗教性、政治性強烈之恐怖組織所實施之恐怖活動，在相關節慶、紀念日、特定事件發生日前，再發之可能性較強。亦即，此類恐怖活動之衝突解決模式，自然而然形成習慣性之程式。

難，維持社會秩序或增進公共利益等目的；然依憲法同條規定，其侵害行政仍以必要者為限，且在必要範圍內，以法律限制之。此具憲法位階之比例原則，係法治國家行政不容違背之原理原則，亦即，不可因反恐而放棄人權保障及權力分立的現代法治國家權力制衡結構。質言之，此類資訊之蒐集，縱使法律已明定其任務，並不表示治安機關得採取達成任務之一切必要手段，仍須不違背比例原則，否則在人權保障上，勢必徒托空言³⁸。

前述反恐行動資訊蒐集方式，部分情況已有侵犯隱私權、資訊決定權或其他自由權利之情形，在行政法學中，對此作用法課題之討論較為少見。法律保留原則在此之運用，勢所必然，已如前述。惟法律保留之密度為何，則應予考量。

從傳統法律保留之重要性理論而言，國家行為對人權侵害廣度越大、密越度高、強度越強，越應由國會親自且較為詳細地予以規定。反恐資訊蒐集亦然，國會即不得置若罔聞。在刑事偵查方面，學者分析美國聯邦最高法院對於高科技監視人民生活活動是否構成刑事搜索，其所採之標準為人民之隱私期待是否被侵犯作為為斷³⁹，而以此作為反恐行政作為上法律保留之必要性判斷，亦應為可採之基準。

惟如學者所言，情報活動本質上並不適合對其權能為明確性規定，蓋有效率之情報工作恆賴法律所賦予之廣泛裁量權予以配合，過多細緻及明確之牽絆，將造成情報工作癱瘓之反效果⁴⁰，故而，對於反恐行動之技術性事項一一採法律保留，並不切實際，但此一見解，並不影響立法部門或司法體系應建構一定審查密度之必要性，而其法律保留密度之妥適性判斷，學理中之機關最適理論功能結構取向頗宜作為基準⁴¹。通訊保障及監察法第2條亦明文規定：「（第1項）通訊監察，除為確保國家安全、維持社會秩序所必要者外，不得為之。（第2項）前項監察，不得逾越所欲達成目的之必要限度，且應以侵害最少之適當方法為之。」此業將比例原則予以明文化，質言之，國家之恣意行為自然仍為現代法治國家所不容許者。然其比例原則之必要性，仍有賴實務審判之個別認定及判斷，治安機關在此國安問題上，擁有較高之裁量權，尚可忍受，但仍應有一定之制衡機制，蓋當國家安全口號高張、行政權迅速及大力擴張、司法審查密度相對降低時，將造成人民權益侵害之風險提高，乃毋庸置疑。

準此以言，於反恐資訊之蒐集，倘事涉事物本質上應予高度密度法律保留者，如政治性言論自由，或高度精神層次之基本權，如宗教自由，相關資訊之蒐集，即應極為審慎，甚有進者，對於恐怖份子身分之認定，須採嚴格標準⁴²。

³⁸ 許宗力，民主法治國家的情報活動，收錄於氏著，法與國家權力，自版，1992年4月，頁387。

³⁹ 王兆鵬，重新定義高科技時代下的搜索，收錄於氏著新刑訴·新思維，自版，2004年10月，頁79-80。

⁴⁰ 許宗力，民主法治國家的情報活動，收錄於氏著，法與國家權力，自版，1992年4月，頁387-388。

⁴¹ 許宗力，論法律保留，收錄於氏著，法與國家權力，自版，1992年4月，頁117-214。

⁴² 如輿論報導，政府以不希望恐怖主義陰影影響台灣，及國家利益為考量為由，拒絕世界維吾爾代表大會主席熱比婭入境，或對西藏精神領袖達賴入境一事，多有猶豫。然政府相關機關並不否認熱比婭並非國際刑警組織所認定之恐怖份子，但政府卻將此入境事件與恐怖主義做聯結，至於達賴尚曾獲得諾貝爾和平獎，可見所謂恐怖活動議題可能為單純政治決定而非即屬法律事件之性質。

四、反恐怖行動資訊蒐集之交換

對恐怖活動之危機感，已非一國內政問題，恐怖活動通常為具國際或全球性連鎖效應性質之事件。國際間係透過公約或彼此間之行政協定，分享恐怖活動之資訊，以共同制服恐怖組織或恐怖份子。該分享機制，除係資訊交換外，亦可透過國際或國際組織間之徵詢達成。現階段或未來之全球性反恐行動，須賴參與各方共同建構一健全之協商機制，使參與各方決議之行動，建立在共識之基礎上⁴³，共同發揮整體打擊效益。從衝突面論之，恐怖活動與反恐活動似乎構成彼此對抗之壁壘，然毋寧認為理想上，反恐之一方係為組成和平夥伴（partnership for peace），而在減少正面衝突之思考點上，以溝通替代暴力之相向。

現實面上，治安機關將情報資訊在內國機關中交換運用或提供與外國，均屬資訊傳遞之一種，此為前階段資訊取得後，再一次對受監視對象自由權利之另一新的侵害（neuer Eingriff），當然須有法律授權法律保留之必要外，並遵守前述之比例原則⁴⁴。若反恐資訊屬於電腦處理個人資料保護法所保護之客體，就其國際傳遞及利用，該法第9條則明文規定：「公務機關對於個人資料之國際傳遞及利用，應依相關法令為之。」

草案第19條規定：「為防制國際恐怖行動，政府或其委任或委託之機構依互惠原則，得與外國政府、機構或國際組織簽訂防制國際恐怖行動之合作條約或其他國際協定。」目前我國法務部調查局與帛琉共和國金融監理委員會即簽訂有防制洗錢及資助恐怖主義情報交換合作協定，依該協定第1點至第5點、第7點分別約定：「雙方主管機關將合作彙整、發展、分析疑似涉及洗錢、資助恐怖主義，或其他相關犯罪之金融交易資訊，並將涉及洗錢之金融交易或公司、個人資料，主動提供，或於受請求時提供對方資訊。請求之提出應簡要敘明相關犯罪事實。未經提供資料一方事先同意，接收方必須將上開資訊列為機密，不得予以揭露。」、「取得資訊之雙方主管機關不得提供予第三方。未徵得提供方事先同意，不得將取得之資訊用於行政、起訴及司法用途，惟接收一方如須用於澄清結案，應事先照會提供資訊一方，提供資訊一方保有反對權利。根據本協定取得之資訊僅能用於特定犯罪及資助恐怖主義之洗錢的調查，洗錢之前置犯罪必須是任何一方刑事所規範之犯罪行為。」、「雙方主管機關未經提供資料一方事先同意，接收方不得運用或公開任何情資、文件於本協定規範目的外之用途。」、「根據本協定規範所取得之資料，應列為機密資料，接收方應列為官方機密資料，並依其國內法提供與其國內同等資訊至少相同機密等級，予以保護。雙方主管機關明確保證並同意上述情資不受陽光法案約束，即使雙方終止本協定，本條款仍然有效。」、「簽署雙方主管機關應在符合其國內相關法令之情形下，共同安排雙方均可接受之溝通程序，就協定執行情形進行諮商。」、「若請求協助之相同案件已進入司法程序，

⁴³ 李銘義，恐怖主義與國際反恐作為，收錄於翁明賢、吳建德、江春琦總主編，五南圖書出版股份有限公司，206年8月，頁289。

⁴⁴ 許宗力，民主法治國家的情報活動，收錄於氏著，法與國家權力，自版，1992年4月，頁387。

則雙方主管機關均無義務提供協助。」另在與巴拉圭共和國引渡條約中，第5條第2項則附帶提及「任何形式之恐怖主義均不視為政治性犯罪，其正犯或從犯應依本條約之規定予以交付。」

參、協議內容簡析

一、協議內容

從該協議之外觀形式論之，其第二章定名為「共同打擊犯罪」、第三章則稱之「司法互助」，似將關於犯罪偵查之協議與司法互助之協議事項分論以觀，換言之，在章次之形式上，似對「司法」採狹義說，僅指法院審判事務，惟從該協議第3章即第7點至第12點實質內容而論，既包括送達文書、調查取證、罪贓移交、裁判認可、罪犯移管（接返）、人道探視等事項，除第10點裁判認可顯屬民事裁判外，其餘事項均綜括犯罪偵查及法院審理。

二、兩岸政府之定位

國民黨政府與民進黨政府之意識型態迥異，因此，對於國家、主權、外交、兩岸政策等之認知、理念、政策截然不同。在兩次政黨輪替前前後後，行政部門對於前揭議題並無一致甚至係對立之態度，即使現階段，仍曖昧而無清晰之論述。

從法律規範層次觀察，臺灣地區與大陸地區人民關係條例⁴⁵就民事法律關係，係採相當於國際私法之立法模式，該條例第41條至第62條之準據法定性，與涉外民事法律適用法之規範模式，要無不同⁴⁶。香港澳門關係條例第38條規定：「民事事件，涉及香港或澳門者，類推適用涉外民事法律適用法。涉外民事法律適用法未規定者，適用與民事法律關係最重大牽連關係地法律。」⁴⁷其模式，實大同小異。

在刑事法，實務以往曾在刑事「地」之管轄權上，認為中國大陸為我國領土⁴⁸，

⁴⁵ 此所謂之大陸地區，依該條例第2條第2款規定，雖立法定義為臺灣地區以外之中華民國領土，但因立法院另定有香港澳門關係條例，故係指扣除香港、澳門兩地。

⁴⁶ 以往最高法院62年台上字第1618號判例尚曾認為：「房屋租賃契約，其期限約定以『反攻大陸』勝利時為止，係定有不確定期限之租賃契約，即以『反攻大陸』勝利為其租賃期限屆滿之時，仍應受民法第449條第1項之限制。」此實務見解，迄民國93年3月20日經最高法院90年度第3次民事庭會議決議廢止之，但同院47年台上字第1635號判例仍謂：「租約既載明出租之房屋至反攻大陸時為止，雖係以不確定之期間為終止契約之時期，亦不失為定有期限之租賃關係，自不在適用民法第442條之規定聲請增減其租金之列。」且至今未被廢棄。

⁴⁷ 本條前段採類推適用規定，乃至為荒謬之立法。蓋所謂類推適用，係法規範發生漏洞，而於學理或法院造法過程中，以本諸「相類似案件，應為相同之處理」之法理，予以補充之方法。是以，法律之類推適用必以就某事項於現行法中未設規定，而比附援引性質類似之規範，形成其法秩序。本條規定前段，於立法時，逕定位自己之立法為法漏洞，而類推適用涉外民事法律適用法，實不知其自身之國家行為定位，若立法者以民事法律適用法規範體系無差異性，亦應「準用」之，而非「類推適用」。

⁴⁸ 司法院（72）廳刑一字第376號函、（76）廳刑一字第1669號函及最高法院76年度台上字第7843號、89年度台上字第955號、臺灣高等法院91年度上易字第2819號等刑事判決參見。

但近來實務傾向認為中國大陸為我國刑法統治範圍無法所及之領域⁴⁹。然由實定法之刑法特別法懲治走私條例第12條規定：「自大陸地區私運物品進入台灣地區，以私運物品進口論，適用本條例規定處斷。」其基本之立法態度，當然係將中國大陸界定為非我國實質法域作為前提。

三、海基會之定位

行政程序法第16條第1項規定：「行政機關得依法規將其權限之一部分，委託民間團體或個人辦理。」換言之，經主管機關就特定事項授予公權力，該私人或民間團體就該事項之執行，該私人或民間團體即成為行政機關行使公權力之受託者，而具與行政機關相同之地位⁵⁰。而依臺灣地區與大陸地區人民關係條例（下稱兩岸條例）第4條第2項、第3項、第4條之2第2項等規定，得受行政院大陸委員會（下稱陸委會）或其他事物之主管機關（應經行政同意）委託處理兩岸人民往來事務、簽署協議。茲海基會受主管機關行政院大陸委員會授權辦理涉中國大陸事務，故為受委託行使公權力之團體。

四、協議之性質及生效程序

我國之外交現況困窘，國際主要重要國家與我國並無正式外交關係，即使與我國有實質經貿關係，亦不願與我國簽訂條約或政府協定，故目前係採變通辦法，由雙方對等機構簽署協議，並報經行政院核准後生效。司法實務對於此類協議，曾認為係私人經之契約關係⁵¹，有力學說則認為基於維護主權國家立場，應將此種協議文件定性為具行政協定之地位，而成為主管機關執行職務之法源⁵²。協定為條約名稱之一種⁵³，一般係作為解決某一具體問題之國際協議⁵⁴。屬前述協定者，有外交部頒訂之「條約及協定處理準則」之適用。

關於條約之生效日期，國際法上並無統一之規定，一般係在條約結尾部分載明，而依條約法公約第24條第1項規定：「條約生效之方式及日期，依條約之規定或依談判國之協議。」國際間雙邊條約之實踐情況，約可歸類為自簽字日起、雙方批准日起、互換批准書日起等類型⁵⁵。

49 臺灣桃園地方法院93年度簡字第209號刑事判決參見。

50 另參見司法院大法官釋字第269號解釋。

51 最高行政法院79年度裁字第940號裁定參見。

52 吳庚，行政法之理論與實用，自版，2007年9月，頁44。

53 條約法公約第2條規定：「國際書面協定，不論其載於一項單獨文書或兩項以上相互有關之文書內，亦不論其特定名稱為何。」而在國際實踐中，具條約性質者，除稱為條約外，尚有憲章、盟約、規約、公約、協定、議定書、換文、宣言、辦法、規約、臨時協定、最後議定書、同意紀錄、組織法、條款、附加條款、章程、備忘錄、教約。丘宏達等著，現代國際法，三民書局，1992年8月，頁110-113（丘宏達執筆部分）。

54 王鐵崖等編著，國際法，五南圖書出版有限公司，1992年5月，頁394。

55 王鐵崖等編著，前揭書，頁413-414。

司法院大法官釋字第329號解釋明確闡述，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約之國際書面協定，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。其中名稱爲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。該解釋理由書文末特別附記：「臺灣地區與大陸地區間訂定之協議，因非本解釋所稱之國際書面協定，應否送請立法院審議，不在本件解釋之範圍」，一方面係因大法官之解釋，原則上受聲請違憲審查之標的之限制，另一方面亦可信大法官乃爲巧妙閃避兩岸間事務屬「政治問題」違憲審查爭議，而故作之表態。學者雖有認爲兩岸間往來非屬國際間之交流⁵⁶，惟兩岸因中介團體所簽署之文書，究竟屬何性質，涉及其拘束力及執行力等問題，依然無從鴛鴦式地迴避。

本文認爲，基於前述政府部門對於中國大陸之主權態度不明，兩岸協議應定性爲準行政協議⁵⁷，較爲妥適，否則如何拘束我方各機關之作爲。縱上開解釋堅拒以釋憲慣例之旁論方式，同時回應兩岸協議之民主監督機制，以一併解決紛爭，然基於大法官所採條約生效要件繫於有無自動生效條款之解釋原則，兩岸之協議仍應類推適用上揭解釋意旨，換言之，本件兩岸南京協議之生效，首應視其有無自動生效條款，若無，則猶有送立法院審議之必要⁵⁸。查本協議第24點第1項規定：「本協議自簽署之日起各自完成相關準備後生效，最遲不超過六十日。」從文義上，似乎係附期間之生效條款，但又附有條件，依該條件，顯不排除可於期間屆至前生效。

次按，兩岸條例第5條規定：「（第1項）依第四條第三項或第四條之二第二項，受委託簽署協議之機構、民間團體或其他具公益性質之法人，應將協議草案報經委託機關陳報行政院同意，始得簽署。（第2項）協議之內容涉及法律之修正或應以法律定之者，協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核轉立法院審議；其內容未涉及法律之修正或無須另以法律定之者，協議辦理機關應於協議簽署後三十日內報請行政院核定，並送立法院備查，其程序，必要時以機密方式處理。」有認爲即使本件協議須送立法院審議，立法院原則上亦僅能對協議內容採包裹式表決（通過或不通過）

⁵⁶ 法治斌、董保城，憲法新論，元照出版有限公司，2004年10月，頁310。

⁵⁷ 學者認爲國家間若無正式外交關係，不便由官方機構出面締約，但最終由雙方政府核定，事實上具半官方性質者，可稱之爲準官方協定（Semiofficial agreement）。丘宏達等著，現代國際法，三民書局，1992年8月，頁107。

⁵⁸ 去年二次江陳會所簽四項協議，食品安全與通郵協議送立法院備查，海運及空運協議送立法院審查；但因立法院三十天內未議決，而自動生效。但本協議未送立法院審查，仍引起民進黨之強烈不滿（自由電子報<http://www.libertytimes.com.tw/2009/new/apr/10/today-fo1.htm>）。實則，依歷來之立法院政治情勢，送立法院審議，目前之執政黨應無難以通過之疑慮爲是。尤其，送立法院審議尚可解決政治之對立。行政院大陸委員會主任委員賴幸媛98年4月22日立法院第7屆第3會期內政委員會第18次全體委員會議第三次「江陳會談」相關事宜專案報告有關第三次「江陳會談」結果，本會將於會談結束後，會同相關機關及海基會，向大院提出報告。兩岸兩會簽署的協議，也一定會根據兩岸條例第5條相關規定，衡酌協議內容涉及的範圍，送請立法院完成程序，以落實國會對兩岸協商的監督。（行政院大陸委員會網站<http://www.mac.gov.tw/big5/cc3/3-1-1.htm>）

⁵⁹，因任何片面對兩岸兩會所簽訂協議內容之變動，恐難獲對岸同意⁶⁰。從政治面向而論，此或許係一客觀事實。然對岸是否同意，與本協議應經我方何程度之民主監督，及是否合乎我國現行法制，乃是二事。質言之，仍應反求諸以兩岸條例第5條規定檢視本協議上述生效條款，究屬立法院審議事項或備查事項，而此取決於協議之內容涉及法律之修正或應以法律定之者。以本文所討論之反恐資訊交換部分，涉及人民基本權者甚深亦廣，參諸中央法規標準法第5條第2款、第4款規定⁶¹，承諸以上法律規定及說明，反對送立法院審議，並非有據。

五、兩岸反恐資訊交換應注意之法律原則

(一) 實體認定

依協議第4點規定，係將合作偵審之犯罪區分為雙方共認之犯罪、單方認定之犯罪二類。前者，包括列舉之（1）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；（2）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；（3）貪污、賄賂、瀆職等犯罪；（4）劫持航空器、船舶及涉恐怖活動等犯罪，及概括規定之「其他刑事犯罪」。後者，係指一方認為涉嫌犯罪，另一方認為未涉嫌犯罪，但有重大社會危害，而經雙方同意予以協助之個案。

在雙方共認犯罪類型方面，多數之罪名與我國現有刑事法規定相符，或可意會而予界定⁶²，但如綁架是否與妨害自由罪、擄人勒贖等罪全然該當，並不明確；另如偷渡一詞，乃一事實描述，雖可推知應係指非法入境，然畢竟其用語並非法律上可資當然確信之構成要件概念；至於所謂恐怖活動犯罪，因我國反恐怖行動法尚止於草案階段，並無明確之立法解釋，從而，以此作為犯罪偵審協定內容，其妥當性有待商榷；再者，同點第2項第5款之概括規定，固然有避免掛一漏萬之補充規定功能，但畢竟協定之目的係為拘束簽訂雙方履行，若無補充之協定，單依此款，實不足作為法源依據。

不論係該點第2項第5款之「其他刑事犯罪」或同點第3項單方所指之犯罪，我方須有一定之底線。從政治面觀察，目前中國大陸最在意且以法律手段積極壓抑之之非典型犯罪，概不出法輪功信徒、批判中國政府人士及中國反分裂國家法⁶³關注之「反革

⁵⁹ 釋字第391號解釋理由書亦認為：「立法院依憲法第六十三條之規定，有議決法律案、預算案、戒嚴案、大赦案、宣戰案、媾和案及條約案等之權限，立法院審議各種議案之過程及方式，依其成文或不成文之議事規則規定，有應經三讀程序者（如法律案及預算案），有僅須二讀者（法律案、預算案以外之議案），更有雖經二讀，但實質上未作逐條討論即付表決者，此類議案通常為條約或國際書面協定，蓋審議時如對行政院提出之原案作條文之修改或文字之更動，勢將重開國際談判，如屬多邊公約，締約國為數甚多，重新談判殆無可能，立法機關僅有批准與否之權。」

⁶⁰ 何志勇，剖析立法院參與兩岸談判的合理性，財團法人國家政策研究基金會國政研究報告國安(研)098-002號，2009年8月6日，<http://www.npf.org.tw/post/2/6271>

⁶¹ 中央法規標準法第5條規定：「左列事項應以法律定之：一、憲法或法律有明文規定，應以法律定之者。二、關於人民之權利、義務者。三、關於國家各機關之組織者。四、其他重要事項之應以法律定之者。」

⁶² 如搶劫為搶奪罪、詐騙為詐欺罪。

⁶³ 關於中國反分裂國家法之討論，參見鄧衍森，從國際法論「中國反分裂國家法」有關法理上之問題，臺灣

命」對象⁶⁴，此外，舉凡為中國大陸政府所指之國土分裂主義者，概被視為恐怖主義份子⁶⁵。而關於此宗教信徒及政治性主張，正涉及民主國家實質法治國原則所須極力保障之宗教自由及言論自由等基本權核心問題⁶⁶。拋除法輪功是否屬於宗教之討論，法輪功信徒被中國政府視為反政府團體，係不爭之事實。以此而論，則被中國政府指為前述關注對象，將成為被認定為前述犯罪或雖非犯罪但對社會有重大危害之高危險群⁶⁷，然在我國現代民主政治自由思想之氛圍下，此等以單純立論之民眾，其言論應屬為憲法所保障之政治性言論及宗教自由，故不得擅予限制。準此，亦不應基於單方認定為犯罪而同意協助。

依吾人所信，言論在社會結構中，亦具市場的性格，而政治性言論則為言論市場中最重要的產品。蓋於各種言論自由中，政治性言論與人民之基本生活模式、社會基本生活價值觀、個人在社會中之價值形塑，及不同階級、社群、族群生活利益之分配息息相關；不同政治立場或主張之對立，涉及不同利益分配方式之角力，亦涉及生存之競爭，尤其政治立場之對立，概為社會資源強者與弱者間對立，對於政治性言論之箝制，亦多發生於對弱勢之壓迫，因此，政治性言論須由憲法給予最大之保障，否則即無以發表言論謀求改變弱勢地位之可能，若不能透過發表言論改變弱勢，勢必導致採取激烈的表達方式，則必造成社會之動盪，進而阻礙社會之發展；從而，相對於其他言論，對政治性言論之限制須採取嚴格之審查標準⁶⁸，法制上，已不宜採德國法制之抽象危險說，而應循司法院大法官釋字第445號解釋之脈絡，對人民政治言論之管制採明顯而立刻危險說，以體現憲法以最大程度保障人民結社自由與言論自由之意旨⁶⁹。準此言之，上開政治犯，即使在我國有刑事管轄權之區域，為達成其目的使用之手段涉及刑事責任，依我國法仍須負責⁷⁰，惟基於前述信念，我國主管機關不宜使之成為該協議之規範對象為是。

國際法季刊第2卷第3期，2005年9月，頁13-50；李明峻，中國「反分裂國家法」與美國「臺灣關係法」之比較分析，同上季刊，頁51-76；吳志中，中國「反分裂國家法」之法律問題，臺灣國際法季刊第2卷第3期，2005年9月，頁77-102；陳隆志，律師雜誌第309期，2005年6月，頁5-8；李明峻，中國「反分裂國家法」之法理問題，同上律師雜誌，頁36-45；姜皇池，在「反分裂國家法」的大轟下：中國「反分裂國家法」之國際法意義與目的，同上律師雜誌，頁46-59。

⁶⁴ 在中國大陸被指反革命罪狀，幾乎係以當權者之政治概念負面評價作為其犯罪構成要件，將令人民無所適從，並使刑事要件之法安定性之受創。釋字第644號許宗力大法官協同意見書參見。

⁶⁵ 沈名室，911事件後中亞權力平衡與區域安全，收錄於翁明賢、吳建德、江春琦總主編，五南圖書出版股份有限公司，2006年8月，頁453。

⁶⁶ 就實質法治國原則、宗教自由、言論自由等議題，本文略不細論。

⁶⁷ 有學者即指出反國家分裂法為中國政府將政治敵意法律化。吳志中，前揭文，頁99。

⁶⁸ 釋字第644號許玉秀大法官一部協同、一部不同意見書參見；並參見吳庚，憲法的解釋與適用，2004年月，自版，頁416-417。

⁶⁹ 釋字第644號許宗力大法官協同意見書參見。論者有以為依美國憲法第1修正案，言論可區分為三種層次，上層言論為政治性、宗教性、經濟性及科學性等言論，應受憲法條款保障；中層言論為娛樂性、音樂性、幽默性等言論，應以有無對社會造成明顯而立即危險作為受否受保障之判斷標準；至下層言論如誹謗性、猥褻性、瀆神性及色情營利言論，則以不受保障為原則。林世宗，美國憲法言論自由之理論與闡釋，師大書苑，民國1996年2月，頁85。

⁷⁰ 如劫持飛機來台，參見最高法院83年度台上字第4925號刑事判決。

（二）程序事項

依協議雙方於必要時，得合作協查及偵辦，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、交換涉及「犯罪有關情資」（協議第5點）；協助調查取證之範圍包括取得證言及陳述、書證、物證、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、扣押，除受請求方已進行偵查、起訴或審判程序者，並及時移交請求方（協議第8點）。關於遣返，於原有基礎上⁷¹，增加海運或空運直航之遣返，同時移交有關卷證、證據，若受請求方已對遣返對象進行司法程序者，得於程序終結後遣返，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；非經受請求方同意，請求方不得對遣返對象追訴遣返請求外之行爲（協議第6點）；基於人道、互惠原則，在請求方、受請求方及受刑事裁判確定人均同意移交之情形下，接返（移管）受刑事裁判確定人（協議第11點）。雙方應及時通報對方人員被限制人身自由、非病死或可爲非病死等重要訊息，並依己方規定爲家屬探視提供便利（協議第12點）。在罪贓移交方面，得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點）。

依協議請求及協助之證據資料、司法文書及其他資料，毋庸爲任何形式之證明（協議第18點）。相關資料，應予以保密，但依請求目的使用者，不在此限（協議第16點）；除雙方另有約定者外，僅於請求書所載目的事項，使用對方協助提供之資料（協議第17點）。

雙方應依協議及己方規定，協助執行對方請求，並及時通報執行情況；若執行請求將妨礙正在進行之偵查、起訴或審判程序，可暫緩提供協助，並及時向對方說明理由；如無法完成請求事項，應向對方說明並送還相關資料（協議第14點）。若請求內容不符合己方規定或執行請求將損害己方公共秩序或善良風俗等情形，得不予協助，並向對方說明（協議第15點）。相互免除執行請求所生費用，但請求方應負擔鑑定費用、筆譯、口譯及謄寫費用、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、其他雙方約定之費用（協議第20點）。

由以上程序事項之協議內容觀之，協議事項應限於司法事務，而尚不及於行政資訊之交換，易言之，準此之故，關於反恐資訊之交換事宜，應採較保守之態度，蓋在無法律明確授權下，行政機關自不得擅將反恐資訊進行傳遞。

茲基於實務運作之必要，爰說明如次：

1.關於涉及刑事犯罪之恐怖活動資訊，主管機關尤其偵查機關仍應注意遵守現有資訊保護及使用規定，諸如政府資訊公開法關於不公開資訊部分，及國家機密保護法、檔案法、電腦處理個人資料保護法、營業秘密法⁷²及其他個別法中之保密規定。相對言之，若尚未該當於特定犯罪之反恐資訊，本協議不能作爲主管機關兩岸此類型反恐

⁷¹ 此指民國79年9月12日簽訂之金門協議。

⁷² 同法第9條規定。

資訊交換之授權基礎。

2. 涉及刑事犯罪之恐怖活動，兩岸協議就協助程序及相關資訊之保密、用途限制、解送受拘禁人、搜索扣押、沒收等，協議內容過於粗糙，對人民自由權利之侵害可能難以控制，應有進一步之細節規範相關作為；又對於系爭案件之證人豁免待遇，協議內容闕如，於此情況下，關於證人資訊之交換，尚不應貿然同意。

3. 基於協議精神，若將之視為準行政協議，則本此法源依據，而取得之證據，尤其係書證，雖應推定其形式為真正，但其於我國法院刑事訴訟程序中之證據力、證明力，仍應依我國法制認定。

肆、結 語

針對國際間不斷發生之恐怖攻擊事件，反恐成為國際間極微重要之安全防護事務，我國作為國際社會之一員，對於反恐活動有責任及義務貢獻心力。為達成反恐之目的，須投入之事務至為多元，本文僅由資訊蒐集及交換一隅，從行政法及我國實定法規定進行分析討論。由於我國反恐法案未完成立法，故諸多反恐作為須藉由其他相關法制之輔助。常見之反恐資訊蒐集，除包括通訊監控、身分查證、對物檢查、財產查察外，基於恐怖活動之特性，更應廣及犯罪紀錄、旅行資料、移民歸化紀錄、行動監視、武器或爆裂物監控等，在方法上，無分傳統及現代，當然現代高科技設備取證亦為重要之工具。此外，透過組織功能之整合及資料之彙整、研判、預測，以取得應變之時間及空間。惟前述行政作為，若涉及人民之自由權利，即有法律保留原則之適用，但尚應盱衡國家安全及社會重大公益，而給予資訊蒐集機關一定程度之實施彈性。

今年4月間兩岸簽訂之共同打擊犯罪及司法互助協議，合作議題之焦點在於犯罪打擊，協議內容亦觸及恐怖活動。但在我國欠缺對恐怖活動明確之法律定義下，關於反恐之合作上，恐僅限於構成犯罪之司法案件，而不及於行政部門反恐資訊之交換。又即使是被大陸指為犯罪之司法案件，若涉及人民政治性言論自由及宗教自由，在強調民主人權的現代，我方恐不宜貿然作為合作交換之對象。而在容許資訊交換之事件上，政府相關部門仍須遵守相關之法律規範。

附錄：海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議

爲保障海峽兩岸人民權益，維護兩岸交流秩序，財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會就兩岸共同打擊犯罪及司法互助與聯繫事宜，經平等協商，達成協議如下：

第一章 總 則

一、合作事項

雙方同意在民事、刑事領域相互提供以下協助：

- (一) 共同打擊犯罪；
- (二) 送達文書；
- (三) 調查取證；
- (四) 認可及執行民事裁判與仲裁判斷（仲裁裁決）；
- (五) 接返（移管）受刑事裁判確定人（被判刑人）；
- (六) 雙方同意之其他合作事項。

二、業務交流

雙方同意業務主管部門人員進行定期工作會晤、人員互訪與業務培訓合作，交流雙方制度規範、裁判文書及其他相關資訊。

三、聯繫主體

本協議議定事項，由各方主管部門指定之聯絡人聯繫實施。必要時，經雙方同意得指定其他單位進行聯繫。

本協議其他相關事宜，由財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會聯繫。

第二章 共同打擊犯罪

四、合作範圍

雙方同意採取措施共同打擊雙方均認爲涉嫌犯罪的行爲。

雙方同意著重打擊下列犯罪：

- (一) 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；
- (二) 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；
- (三) 貪污、賄賂、瀆職等犯罪；
- (四) 劫持航空器、船舶及涉恐怖活動等犯罪；
- (五) 其他刑事犯罪。

一方認爲涉嫌犯罪，另一方認爲未涉嫌犯罪但有重大社會危害，得經雙方同意個案協助。

五、協助偵查

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。

六、人員遣返

雙方同意依循人道、安全、迅速、便利原則，在原有基礎上，增加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。

受請求方已對遣返對象進行司法程序者，得於程序終結後遣返。

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。

非經受請求方同意，請求方不得對遣返對象追訴遣返請求以外的行為。

第三章 司法互助

七、送達文書

雙方同意依己方規定，盡最大努力，相互協助送達司法文書。

受請求方應於收到請求書之日起三個月內及時協助送達。

受請求方應將執行請求之結果通知請求方，並及時寄回證明送達與否的證明資料；無法完成請求事項者，應說明理由並送還相關資料。

八、調查取證

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。

受請求方在不違反己方規定前提下，應儘量依請求方要求之形式提供協助。

受請求方協助取得相關證據資料，應及時移交請求方。但受請求方已進行偵查、起訴或審判程序者，不在此限。

九、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。

十、裁判認可

雙方同意基於互惠原則，於不違反公共秩序或善良風俗之情況下，相互認可及執行民事確定裁判與仲裁判斷（仲裁裁決）。

十一、罪犯接返（移管）

雙方同意基於人道、互惠原則，在請求方、受請求方及受刑事裁判確定人（被判刑人）均同意移交之情形下，接返（移管）受刑事裁判確定人（被判刑人）。

十二、人道探視

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。

第四章 請求程序

十三、提出請求

雙方同意以書面形式提出協助請求。但緊急情況下，經受請求方同意，得以其他形式提出，並於十日內以書面確認。

請求書應包含以下內容：請求部門、請求目的、事項說明、案情摘要及執行請求所需其他資料等。

如因請求書內容欠缺致無法執行請求，可要求請求方補充資料。

十四、執行請求

雙方同意依本協議及己方規定，協助執行對方請求，並及時通報執行情況。

若執行請求將妨礙正在進行之偵查、起訴或審判程序，可暫緩提供協助，並及時向對方說明理由。

如無法完成請求事項，應向對方說明並送還相關資料。

十五、不予協助

雙方同意因請求內容不符合己方規定或執行請求將損害己方公共秩序或善良風俗等情形，得不予協助，並向對方說明。

十六、保密義務

雙方同意對請求協助與執行請求的相關資料予以保密。但依請求目的使用者，不在此限。

十七、限制用途

雙方同意僅依請求書所載目的事項，使用對方協助提供之資料。但雙方另有約定者，不在此限。

十八、互免證明

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。

十九、文書格式

雙方同意就提出請求、答復請求、結果通報等文書，使用雙方商定之文書格式。

二十、協助費用

雙方同意相互免除執行請求所生費用。但請求方應負擔下列費用：

- (一) 鑑定費用；
- (二) 筆譯、口譯及謄寫費用；
- (三) 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；
- (四) 其他雙方約定之費用。

第五章 附 則

二十一、協議履行與變更

雙方應遵守協議。

協議變更，應經雙方協商同意，並以書面形式確認。

二十二、爭議解決

因適用本協議所生爭議，雙方應儘速協商解決。

二十三、未盡事宜

本協議如有未盡事宜，雙方得以適當方式另行商定。

二十四、簽署生效

本協議自簽署之日起各自完成相關準備後生效，最遲不超過六十日。

本協議於四月二十六日簽署，一式四份，雙方各執兩份。