

出國報告（出國類別：進修）

美國跨境犯罪調查及跨境證據開 示之實務運用現況

服務機關：臺灣高等法院檢察署

姓名職稱：盧筱筠檢察官

派赴國家：美國哈佛大學法學院

出國期間：民國 104 年 7 月 15 日至 105 年 7 月 14 日

報告日期：民國 105 年 10 月 5 日

摘要

本文係由跨境案件角度看美國刑事證據開示原則在實務運用問題。全文第一部分及第二部分介紹美國法上證據開示原則之發展歷程、民、刑訴訟程序本質上之不同，如何影響美國證據開示原則適用之範圍與實務操作結果。文中以聯邦刑事訴訟規則第 16 條規定、Jencks Act、The Brady Rule 及相關案例為中心，介紹美國法上檢方及被告刑事證據開示原則與現況。第三部分及第四部分則介紹美國跨境案件調查取證之方式、主管機關、執行流程、及其在跨境證據開示議題上對外與對內面臨的批評與挑戰，包括與國際公約、外國法制之衝突，對內面臨規範不統一、檢方規避跨境證據開示義務的批評、美國法院對跨境證據之證據評價，及對於我國提升跨境案件辦案效能之省思。

目錄

壹、研究目的及過程	1
貳、美國法上證據開示	3
一、發展背景	3
二、刑事程序證據開示原則與現況	5
(一) 證據開示原則	5
(二) 檢方之開示義務	6
1. 聯邦刑事訴訟規則第 16 條	6
2. 非屬開示範圍內之項目	9
3. 法官裁量權	10
4. Jencks Act	10
5. The Brady Rule	12
(三) 被告之開示義務	17
1. 聯邦刑事訴訟規則第 16 條	17
2. William v. Florida (1970)	18
(四) 請求時點及開示義務的違反	19
參、跨境犯罪調查與證據開示	21
一、美國跨境犯罪調查取證	21
(一) 跨境案件之調查方式	21

(二) 執行流程	22
(三) 跨境取證之依據與原則	23
1. 依本法提出之開示請求，不以已窮盡該請求國內之取證、開示程序 (exhaustion of foreign discovery remedies) 為前提	25
2. 外國透過美國進行取證之證據，不以在該國係得為開示 (discoverability) 之證據為必要	26
3. 請求開示之證據在該外國是否有證據能力 (admissibility) ，非美國法院 審酌本項請求所應考慮之因素	26
(四) The Foreign Evidence Act	26
二、跨境取證遭遇的困境與挑戰	28
(一) 國際公約與美國法院之衝突	28
(二) 刑事證據開示在美國法院實務運作的現況與難題	31
1. 對內無統一規範	31
2. 對外與外國法律扞格	33
肆、心得與建議	38

壹、研究目的及過程

跨境犯罪之調查有賴於國際間相互合作，自上世紀初期以降，各國對於跨國合作調查犯罪漸有共識，國際執法單位之交流、合作漸次頻繁，模式多元，非正式合作有之，例如透過各國刑事警察組織或外交渠道的情資交換、文書取證，有透過國際間正式簽署之單邊或多邊司法互助公約、協定行之，諸如1959年歐洲理事會 (Council of Europe) 會員國間締結之歐洲刑事司法互助公約 (European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters)¹等，國際間利用不同管道交換情資或以聯合調查方式共同打擊犯罪之案例比比皆是，儼然已成為當今犯罪調查之主流模式。

由於各國司法體制之差異、政經文化及社會結構之不同，執法單位在跨境案件調查上遭遇許多困難，以海牙國際法庭為例，檢察官面對的難處除因各國獨立行使司法主權，使其在跨境調查程序中可得使用之偵查手段遠較其處理內國犯罪來的稀少，其調查資源的缺乏、國際間薄弱的互信基礎以及外國政治力的阻擾，均使得跨境案件的偵辦愈趨複雜。²就法律層面而言，其犯罪調查究應適用何法域之程序、如何確保其可信度，及各該國之內國司法體系將如何評價境外取得之證據，更成為重要的議題。

美國法證據開示原則 (Discovery) 早先原為英美法體系下獨有之程序，就其內國法制而言，證據開示原則是否應全面適用於刑事程序，已有爭議；³對外而言，面對日益漸增的跨境犯罪案件，如何透過證據開示原則取得境外證據、及在境外取得之證據在美國法院應否開示、其程序為何，更涉及兩造間後續應如何攻擊防禦及該境外證據能否於訴訟上使用之重要議題。近年來美國各州律師協會

¹ See European Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, available at <https://rm.coe.int/CoERMPublicCommonSearchServices/DisplayDCTMContent?documentId=09000016800656ce>

² See MARTHA MINOW, C. CORA TRUE-TROST, & ALEX WHTING, THE FIRST GLOBAL PROSECUTOR (2015). 本書以海牙國際法庭處理的案件為例，描述國際檢察官在調查跨境犯罪時面對的諸多困境，使犯罪調查成為國際間政治角力的一環；由於各國法制不同，檢察官在調查跨境犯罪時往往不若其調查內國犯罪來得自如，不僅可使用的偵查方法少、資源缺乏、有時更因國家利益衝突或者外國政府即為犯罪行為人（例如種族屠殺案件）而為受調查對象，拒不配合，並使用各種手段對國際檢察官之偵查行動處處掣肘。

³ 美國法上證據開示原則之發展、內涵及適用上的爭議，詳後述。

紛紛針對此一命題召開研討會、舉辦教育訓練，⁴足見跨境犯罪案件中證據開示的議題已成為美國實務界當前關注焦點之一。

筆者於2014年秋天自行申請美國哈佛大學法學院、紐約哥倫比亞大學法學院、賓州大學法學院、加州柏克萊大學法學院、紐約大學法學院及喬治城法學院修習法學碩士學位，均獲錄取，最後擇定哈佛大學法學院，嗣又幸獲法務部指派出國進修，並核定以跨境犯罪議題研究，乃於2015年7月赴美國哈佛大學法學院入學攻讀碩士學位。

筆者在美進修期間，除修習前海牙國際法庭檢察官Whiting 教授⁵執教之聯邦證據法、美國紐約州大律師 Savarese 教授⁶講授之白領犯罪課程以外，並修習多門法學彥碩開設的美國刑事審判程序、美國憲法第一修正案、以及法律實證分析方法等課程，另亦修習多門與美國刑事實務相關之討論課程（seminar）及實習（clinic）課程⁷，並蒙獲 Crastley 教授⁸擔任碩士論文指導教授，順利通過哈佛大學法學院畢業論文審查取得法學碩士學位。筆者藉入學期間針對跨境犯罪議題，綜合前述修習課程所得及赴麻薩諸賽州波士頓地方法院實習之見聞，⁹及在美期間蒐集、閱讀相關文獻資料，就研究議題就教於教授及當地審、檢、辯實務界人士之所得，為文簡介美國法上證據開示原則之發展與爭議及其運用於跨境犯罪調查之現況，並期能對我國法制提出啟發。

⁴ 舉例言之，賽那多會議 (The Sedona Conference, TSC) 為 1997 年成立的非營利組織，從 2008 年以來，多次以跨境案件證據開示為會議議題，2015 年 9 月及 2016 年 6 月更以“THE SEDONA CONFERENCE PRACTICAL IN-HOUSE APPROACHES FOR CROSS-BORDER DISCOVERY AND DATA PROTECTION” 為大會討論主題，available at

<https://thesedonaconference.org/publications#international>；全美律師公會亦同，該公會在 2008 年年會上以 “International Discovery: Around the World in Ninety Minutes” 為專題演講主題，available at http://www.mcmillan.ca/Files/BHarrison_AroundtheWorldinNinetyMinutes.pdf

⁵ Alex Whiting 教授曾任海牙國際法庭檢察官、前南斯拉夫國際法庭檢察官、美國麻州聯邦地檢署檢察官。

⁶ John F. Savarese 教授亦為哈佛法學院校友，現為紐約州商務大律師，曾任紐約南區聯邦地檢署檢察官，執業後專攻內線交易、證券交易法、稅法、反托拉斯法及跨國企業案件。

⁷ 筆者修習“The Judicial Process in the Trial Courts Clinic”課程，每週至少需至指定之法院實習一天，另需搭配指定的 Seminar 課程。實習期間需依照實習法院指導法官 (Supervisor) 的要求完成指定工作，隨同法官開庭、撰寫法律意見並進行案件討論，另每週需就實習所得參與學校 Seminar 課程的討論，依教授指定主題發表意見、撰寫報告，並赴指定之機構參訪。

⁸ John C. Crastley 教授，為麻州高等法院退休法官，致力於推廣美國陪審團制度，曾任麻州調解機構主席，為美國著名的訴訟外紛爭解決 (Alternative Dispute Resolution, ADR) 專家。

⁹ 筆者於 2016 春天學期修習前述 Clinic 課程，被分配至麻州波士頓地方法院中央分部 (Boston Municipal Court, Central Division) 實習，擔任 Judge Coyne 的助理，為期 4 個月。

貳、美國法上證據開示

一、 發展背景

美國證據開示原則早先發展於民事訴訟程序，由於傳統英美法之當事人進行主義強調訴訟進行的對抗性 (adversary)，當事人事前對於彼此掌握之案件強度、證據資料一無所悉，訴訟程序被視為一場競賽，相互突襲為訴訟進行常態，¹⁰因此，早期美國民事訴訟程序嚴格限制兩造間相互開示證據。¹¹爾後，隨著司法實務發展逐漸偏離了司法競技主義 (sporting theory of justice)，¹²著重發見實質真實 (quest for truth)，民事程序中兩造間進行證據開示的主義興起，司法實務的操作漸多。迄 1938 年，聯邦民事訴訟規則 (The Federal Civil Procedure) 正式將證據開示原則納入其內¹³，各州州法亦陸續採納證據開示相關規定，美國民事訴訟制度兩造當事人乃得以透過證據開示程序，在審前程序 (pre-trial) 相互展示證據以獲知對造掌握之案件強度，有利於爭端之解決。

然而，早期美國法上對於證據開示制度是否亦應適用於刑事訴訟程序有極大爭論，其聯邦最高法院多次表示刑事訴訟程序的證據開示並非一憲法上權利，¹⁴惟有當個別法域¹⁵在其刑事訴訟程序中採用證據開示制度時，該證據開示制度應合乎美國憲法上的各項權利保障及基本要求。

1946 年，美國聯邦刑事訴訟規則 (Federal Rules of Criminal Procedure) 第 16 條納入了證據開示規則，各州州法亦相繼採用證據開示原則，惟其開示的範圍仍存有重大歧異及爭論；¹⁶ 有比照民事訴訟程序採用全面開示的寬鬆證據開

¹⁰ See M. Green, *The Business of the Trial Courts, in The Courts, the Public and the Law Explosion* 7, 21-22 (1965).

¹¹ See Subrin, Stephen, *Fishing Expeditions Allowed: The Historical Background of the 1938 Federal Discovery Rules*, 39 B.C.L. Rev. 691 -745 (1998).

¹² “Sporting theory of justice”一詞源於 Professor Roscoe Pound 於 1906 年在全美律師公會發表名為 “The Causes of Popular Dissatisfaction with the Administration of Justice” 的演講，其在演講中強烈批評英美法當事人進行主義過份強調兩造之對抗性，導致訴訟延滯、訴訟結果不確定性及花費過鉅等缺點。(Roscoe Pound 教授為 20 世紀著名的法學者，曾於 1916 年至 1936 年擔任哈佛法學院院長)，available at <https://law.unl.edu/RoscoePound.pdf>

¹³ Federal Rules of Civil Procedure, Rule 26, available at <https://www.federalrulesofcivilprocedure.org/frcp/title-v-disclosures-and-discovery/rule-26-duty-to-disclose-general-provisions-governing-discovery/>

¹⁴ *Weatherford v. Bursey*, 429 U.S. 545, 559 (U.S.S.C. 1977) (“there is no general constitutional right to discovery in a criminal case”).

¹⁵ 在此係指個別的州法體系 (jurisdiction) 將證據開示制度納入其刑事訴訟程序中。

¹⁶ See Notes of Advisory Committee on Rules – 1944 (“Whether under existing law discovery may be

示原則者 (多稱之為 **Broad Discovery**)，例如加州、佛羅里達州等，有採用限縮的證據開示原則者 (多稱之為 **Limited Discovery**)，例如聯邦刑事訴訟規則、紐約州法等。¹⁷ 由於聯邦¹⁸及各州證據開示的範圍、程序及要求各有不同，如何界定何謂寬鬆證據開示主義與限縮證據開示主義，並無一清楚的定義，惟學界及實務上通常係以該特定法域下證據開示範圍是否包括檢方證人的基本資料 (**the pretrial disclosure of witness information**) 為一重要判斷指標，¹⁹若檢方對被告揭露的範圍包含證人年籍等基本資料者，一般即定性為寬鬆的證據開示主義，反之，則定性為限縮的證據開示主義。

在刑事證據開示程序發展的歷程中，對寬鬆主義採取反對立場者不在少數，其主要立論基礎著眼於刑事案件之類型繁多，若一律採用寬鬆的證據開示原則，在組織犯罪、販毒集團及暴力犯罪等案件類型中，辯方得以透過證據開示程序獲知控方掌握之證據資料，而生串、滅證，甚至恫嚇證人等濫用 (**abuse**) 資訊之疑慮，進而影響訴訟進行，有失公平審判目的。

美國紐約南區聯邦地方法院法官 **Judge Learned Hand** 即為反對寬鬆刑事證據開示的實務界代表人物之一。**Judge Learned Hand** 的論點在於刑事案件被告遠較民事案件被告享有訴訟優勢，被告不但受有憲法保障享有不自證己罪之權利 (**privilege against self-incrimination**) 及緘默權，另外亦享有律師協助權 (**the right to counsel**)；且在被告與其委任律師間之溝通上 (**communications**) 又享有律師委託人保密特權 (**attorney-client privilege**) 及工作成果豁免權 (**work product doctrine**)，毋需對檢方揭露，使得檢方在證據開示程序中更為受限，不易取得被告方所掌握的資訊及證據。²⁰

permitted in criminal cases is doubtful”) ; *see also* Notes of Advisory Committee on Rules – 1966 Amendment, (“The extent to which pretrial discovery should be permitted in criminal cases is a complex and controversial issue”) available at https://www.law.cornell.edu/rules/frcrmp/rule_16

¹⁷ *See* Wm. Bradford Middlekauff, *What Practitioners Say about Broad Criminal Discovery Practice*, 9 *Crim. Just.* 14, 58 (1994-1995).

¹⁸ 聯邦法體系證據開示規定，詳後述。

¹⁹ *See* Wm. Bradford Middlekauff, *supra* note 17.

²⁰ **Judge Learned Hand** 為紐約南區聯邦地方法院法官，為當代反對證據開示原則擴大適用於刑事訴訟程序的代表。其於 *United States v. Garsson* 一案中表示，刑案被告享有諸多優勢 (**advantage**)，例如不自證己罪權利、緘默權等，且被告毋庸揭露其辯護策略，兩相比較，檢方在刑事訴訟程序中所擔負的舉證責任遠比民事程序原告高。因此，若在刑事程序中再採取寬鬆的證據開示原則，不啻過分優厚被告。 (“Expansion of discovery for defendants would tip the balance too much on the side of the accused”) (*United States v. Garsson*, 291 F. 646, 649 (S. D. N. Y. 1923)).

紐澤西州最高法院首席法官 Vandebit 同樣亦為寬鬆刑事證據開示原則的反對者，其以自身多年刑事審判經驗所見，主張刑事訴訟程序中援引證據開示原則無法達到原所預期的真實發見結果，反倒因為刑事程序與民事程序本質上之不同，前者訴訟結果攸關被告個人生命權及自由權，後者至多為兩造間之財產爭訟，使得刑事程序對於被告個人影響顯較民事程序深遠重大，刑事被告藉由證據開示程序獲取資訊進行湮滅證據、勾串、威嚇或利誘證人來影響訴訟結果的風險遠超過民事案件；更有甚者，刑案證人顧忌被告可通過開示程序知悉其身分資料，大幅降低了其出庭作證的意願，證人往往在調查階段即打退堂鼓而不願作證，以避免騷擾。基此，Vandebit 法官呼籲應正視前述刑事案件與民事案件存在的重大歧異，刑事程序實不宜比照民事程序全面採用寬鬆證據開示原則，而應採用限縮的證據開示原則。²¹

此外，尚有反對者認為寬鬆的證據開示主義在實務操作上往往淪為摸索檢方記錄的手段²²，而非意在獲取與案件相關的證據資料，強烈反對採取寬鬆證據開示原則。因此，美國法上從民事程序開始發展證據開示原則，其刑事程序隨後因著眼於公平審判 (fair trial) 的要求，固然陸續採納了證據開示原則，聯邦及各州規定雖有不一，然普遍觀之，其刑事訴訟之證據開示範圍，遠較民事訴訟程序保守，並設有相當多的限制。

二、刑事程序證據開示原則與現況

(一) 證據開示原則

美國聯邦與各州級法院之證據開示程序其細節與範圍或有不同，但以下原則為聯邦及各級法院所普遍依循：

1. 證據開示為兩造間相互開展證據，而非對法院開展；為避免法官預斷影響心證，法院惟有基於解決兩造證據開示爭執之目的，始能審視該項證據。²³

²¹ *State v. Tune*, 13 N. J. 203, 210-11, 98 A. 2d 881, 884 (1953).

²² 即所謂“fishing expeditions”，有譯作為「摸索證明」。

²³ Jenia I. Tuner, *Plea Bargaining and Disclosure in Germany and the United States: Comparative Lessons*, 57 Wm. & Mary L. Rev. 1549, 1580 (2016).

2. 非僅檢察官對被告有揭示義務，²⁴被告在一定要件下對檢方亦負有揭示證據的義務。

3. 證據開示非僅限於審判期日前某特定時點為之，整個審理程序均可進行證據開示；縱使審判期日前已進行開示程序，審判程序開始後，兩造在程序進行中如獲取額外的證據資料，亦得隨時進行開示。²⁵

（二）檢方之開示義務

1. 聯邦刑事訴訟規則第 16 條

美國聯邦法院體系於 1946 年將證據開示原則納入聯邦刑事訴訟規則第 16 條，²⁶條文內容將檢方及辯方揭露義務及範圍分別予以規定。

檢方揭示義務規定於聯邦刑事訴訟規則第 16 條(a)(1)，其重點在於需經被告請求 (upon a defendant's request)，檢方始對下列 7 項資料負有揭示義務：

(1) 檢方將於審判程序中使用之被告本人口頭陳述。²⁷

所謂口頭陳述 (Defendant's Oral Statement) 是指被告在官方詢問 (official interrogation) 之下所為的口頭陳述；亦即被告為該陳述時，主觀上需認知到其所陳述的對象為案件調查人員，²⁸因此，被告對臥底警探 (undercover agents)²⁹及線民 (informants) 所為的口頭陳述並不包括在內。檢方不欲在審判中使用之口頭陳述亦不在揭示範圍內。

(2) 檢方所有、占有或掌控中的被告本人書面陳述或記錄 (Defendant's

²⁴ 美國法上以“discovery”或“duty of disclosure”來表示證據開示義務者均有之。

²⁵ See Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16. (c) Continuing Duty of Disclose. (“A party who discovers additional evidence or material before or during trial must promptly disclose its existence to the other party or the court if:

(1) the evidence or material is subject to discovery or inspection under this rule; and

(2) the other party previously requested, or the court ordered, its production.)

²⁶ See Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16. Disclosure and Inspection。聯邦刑事訴訟規則自 1946 年以來歷經多次修正，目前實施的為 2013 年修訂的版本。

²⁷ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16 (a) (1) (A) Defendant's Oral Statement. Upon a defendant's request, the government must disclose to the defendant the substance of any relevant oral statement made by the defendant, before or after arrest, in response to interrogation by a person the defendant knew was a government agent if the government intends to use the statement at trial.

²⁸ “Interrogation by a person the defendant knew was a government agent”.

²⁹ See *United States v. Siraj*, 533 F.3d 99 (2nd Cir. 2008).

Written or Recorded Statement), 應准許被告檢視、影印、攝影。³⁰

檢方是否意欲在審判中使用該書面陳述或記錄並非所問, 惟其需明知或可得而知有該項書面陳述或記錄存在; 被告在大陪審團 (Grand Jury) 前所為關於其起訴罪名之證詞, 亦包括在內。

又共同被告陳述 (Codefendant's Statements) 不包括在揭示範圍內,³¹ 共同被告僅能透過各別請求取得各自先前陳述, 自行交換。此種作法在共同被告利害相同、採用共同辯護策略的情形下尚有其意義, 然而, 在共同被告利害相反, 相互指訴的情形下, 依現行的聯邦刑事訴訟規則, 實無從期待其透過交換而取得彼此的先前陳述。

(3) 被告如為公司、法人或團體, 該公司、法人或團體受僱人、職員或代表人所為關於被告之陳述。³²

(4) 被告前科。³³

(5) 檢方所有、占有或掌控中之文書或其他物證或建築物, 如對於辯護準備「有重大影響」 (material to prepare the defense)、且該項證據將為檢方所使用或獲取自被告、為被告所有, 則檢方應准許被告檢視、影印、攝影該文書、物件或

³⁰ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16 (a)(1)(B) Defendant's Written or Recorded Statement. Upon a defendant's request, the government must disclose to the defendant, and make available for inspection, copying, or photographing, all of the following:

(i) any relevant written or recorded statement by the defendant if:

- statement is within the government's possession, custody, or control; and
- the attorney for the government knows—or through due diligence could know—that the statement exists;

(ii) the portion of any written record containing the substance of any relevant oral statement made before or after arrest if the defendant made the statement in response to interrogation by a person the defendant knew was a government agent; and

(iii) the defendant's recorded testimony before a grand jury relating to the charged offense.

³¹ STEPHEN A. SALTZBURG, AND DANIEL J. CAPRA. AMERICAN CRIMINAL PROCEDURE, 1077 (10th ed, 2014).

³² Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16(a)(1)(C) Organizational Defendant. Upon a defendant's request, if the defendant is an organization, the government must disclose to the defendant any statement described in Rule 16(a)(1)(A) and (B) if the government contends that the person making the statement:

(i) was legally able to bind the defendant regarding the subject of the statement because of that person's position as the defendant's director, officer, employee, or agent; or

(ii) was personally involved in the alleged conduct constituting the offense and was legally able to bind the defendant regarding that conduct because of that person's position as the defendant's director, officer, employee, or agent.

³³ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16(a)(1)(D) Defendant's Prior Record. Upon a defendant's request, the government must furnish the defendant with a copy of the defendant's prior criminal record that is within the government's possession, custody, or control if the attorney for the government knows—or through due diligence could know—that the record exists.

建築物。³⁴

本項乍看之下似乎任何物證一經被告請求，檢方均有開示義務。事實上，美國法院歷來見解對於所謂「對辯護準備有重大影響」之認定相當嚴格，實務操作中法院常因該文書或物證對於被告之辯護準備「無重大影響」，而認定檢方無開示義務。下述案件即為一例。

在 *United States v. Phillip*³⁵ 一案中，被告 Phillip 因涉嫌虐殺其子 Jamal 遭檢方起訴。Jamal 係從高梯墜落死亡，檢方主張 Jamal 係遭被告重毆後從樓梯摔落致死，被告 Phillip 則坦承案發前幾週確曾毆打 Jamal，但案發當天 Jamal 係自行不慎摔落梯間，其死亡純屬意外，與被告無涉。檢方在調查階段曾詢問被告另一子 Roderick，並全程錄影，Roderick 年僅 6 歲，他雖證稱被告於案發時並未毆打 Jamal，但表示此項陳述係經母親指導後 (coached) 依據母親之指導版本所為之陳述，然而，除了此項陳述以外，Roderick 其餘陳述內容均對被告不利，其並證稱被告確有虐待 Jamal 之慣行。聯邦第六巡迴上訴法院因此認為，總體觀之，Roderick 的詢問錄影內容不但對被告更為不利，更彰顯了年幼證人陳述矛盾反覆的缺陷，法院斟酌被告身為 Roderick 的父親，對於 Roderick 有無作證能力及其證言內容對其案件所生之影響應更為了解，被告 Phillip 於審理期日前是否取得 Roderick 的偵訊錄影帶，對其辯護策略的擬定及審判期日傳喚證人之決定並不生任何影響，綜合前述分析，本案無從認定 Roderick 詢問錄影帶對於被告之辯護準備有何重大影響，聯邦第六巡迴上訴法院因而認定檢方就 Roderick 詢問錄影帶並無審前開示之義務，被告主張檢方違反開示義務並無理由。

(6) 檢方所有、占有或掌控中之身體、心理檢驗報告、科學鑑識報告等，如對於被告辯護準備有重大影響，且該報告將為檢方於審判期日中使用，檢方應准許被告檢視、影印或攝影該報告結果。³⁶

³⁴ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16(a)(1)(E) Documents and Objects. Upon a defendant's request, the government must permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items, if the item is within the government's possession, custody, or control and:

- (i) the item is material to preparing the defense;
- (ii) the government intends to use the item in its case-in-chief at trial; or
- (iii) the item was obtained from or belongs to the defendant.

³⁵ *United States v. Phillip*, 948 F. 2d 241 (6th Cir. 1991).

³⁶ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16 (a) (1) (F) Reports of Examinations and Tests. Upon a defendant's request, the government must permit a defendant to inspect and to copy or photograph the results or reports of any physical or mental examination and of any scientific test or experiment if:

- (i) the item is within the government's possession, custody, or control;
- (ii) the attorney for the government knows—or through due diligence could know—that the item exists; and
- (iii) the item is material to preparing the defense or the government intends to use the item in its

但凡法醫檢驗報告、驗屍報告、血液檢驗報告、指紋比對、筆跡鑑識、槍枝鑑定、藥物檢驗等等，均為本項所指應對被告開示的報告。其理由在於此類科學報告較為中性，被告據此騷擾證人及偽、變造、湮滅證據之風險較低，況且，若被告於審理期日前對於鑑識結果毫無所悉，將無從擬定辯護策略並提出反證。因此，美國不單是聯邦法體系，即便是採取嚴格限縮開示主義的州法院體系，對於科學鑑識報告多從寬認定，認為鑑識結果對於被告辯護準備影響重大，檢方一旦受有請求，即對被告負有開示義務。然所應注意的是，本項僅限於鑑識書面報告，口頭報告並不包括在揭示範圍之內。

(7) 檢方將於審判中傳喚之專家證人之證詞概要，該概要應包含證人資格 (witness qualifications) 及該證人意見所依據之理由 (the bases and reasons for the opinions)。³⁷

2. 非屬開示範圍內之項目

檢方並非對於任何於調查階段所獲取之資料皆負有開示義務。為避免爭議，聯邦刑事訴訟規則特別將非屬證據開示項目的資料明列於條文內。

依該規則第 16 條(a)(2) 規定，下列資訊非屬開示項目：

(1) 檢方為偵查案件所為之準備資料(work product)。³⁸

檢察官或調查單位為偵查或起訴目的而為之報告、備忘錄、內部文件等，例如 FBI 調查報告、偵查機關內部調查報告等等，皆為機關內部文件，不在對被告證據開示範圍之列。

case-in-chief at trial.

³⁷ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16 (1) (a) (G) Expert Witnesses. At the defendant's request, the government must give to the defendant a written summary of any testimony that the government intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence during its case-in-chief at trial. If the government requests discovery under subdivision (b)(1)(C)(ii) and the defendant complies, the government must, at the defendant's request, give to the defendant a written summary of testimony that the government intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence as evidence at trial on the issue of the defendant's mental condition. The summary provided under this subparagraph must describe the witness's opinions, the bases and reasons for those opinions, and the witness's qualifications.

³⁸ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16 (2) Information Not Subject to Disclosure. Except as permitted by Rule 16(a)(1)(A)-(D), (F), and (G), this rule does not authorize the discovery or inspection of reports, memoranda, or other internal government documents made by an attorney for the government or other government agent in connection with investigating or prosecuting the case. Nor does this rule authorize the discovery or inspection of statements made by prospective government witnesses except as provided in 18 U.S.C. §3500.

(2) 證人之陳述，不在開示範圍。³⁹

依據本條規定，證人陳述原不在證據開示範圍內，惟其後因有 Jencks Act 的頒布，證人陳述如符合 18 U. S. C. § 3500 Jencks Act 要件，例外的在對被告開示範圍之列。至於何等陳述始符合 Jencks Act 要件，詳後述。

(3) 大陪審團記錄。⁴⁰

美國大陪審團 (Grand Jury) 為秘密程序，不公開進行，因此大陪審團的記錄原則上不在證據開示範圍內，被告僅就：1) 其本人在大陪審團所為關於遭控訴罪名所為之陳述；2) 依 Jencks Act 規定，已在審理中作證之證人，其先前在大陪審團所為之陳述；⁴¹ 3) 檢方從大陪審團程序中取得、對被告影響重大，且可證明被告無罪 (exculpatory) 之證據資料 (即所謂被告的 Brady rights, 詳後述) 負有開示義務。

3. 法官裁量權

誠如反對寬鬆證據開示主義者所憂慮，美國實務上常見辯方利用證據開示程序來摸索檢方記錄，其真意並非在獲取與本案起訴罪名相關之證據資料。舉例言之，實務上常見辯方要求檢方應開示「所有對被告有利的證據」(anything exculpatory)，而究竟是指何種證據卻不具體指明，使得檢方對此窮於應付，徒增勞費，並造成訴訟延滯。為避免此一流弊，美國聯邦刑事訴訟規則特別在第 16 條 (d) (1) 規定賦予法官裁量權，法官針對此類空洞模糊、範圍過大的開示請求，得裁定視為無請求，檢方無須回應。⁴²

4. Jencks Act

如前所述，刑事程序證據開示原則發展歷程中，除了聯邦刑事訴訟規則以外，美國聯邦最高法院另針對證人審前陳述，發展出一套處理模式，即所謂 Jencks Act (18 U. S. C. § 3500)，此為美國刑事程序證據開示值得注意的重點之一。

依據聯邦刑事訴訟規則第 16 條 (a) (1) 之規定，證人陳述原不包括在揭示

³⁹ *Id.*

⁴⁰ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16 (3) Grand Jury Transcripts. This rule does not apply to the discovery or inspection of a grand jury's recorded proceedings, except as provided in Rules 6, 12(h), 16(a)(1), and 26.2.

⁴¹ 詳後述。

⁴² Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16. (d)(1) Protective and Modifying Orders. At any time the court may, for good cause, deny, restrict, or defer discovery or inspection, or grant other appropriate relief.

範圍內，⁴³其主要的理由係在防止證人身分提前曝光，遭致騷擾、恐嚇而影響審判程序的進行。迄 1957 年，美國聯邦最高法院在 *Jencks v. United States*⁴⁴一案中表示，為確保被告對證人之彈劾詰問權，⁴⁵在一定要件下，檢方於審判程序中，對於證人審前陳述（pretrial statement, 即偵查中陳述）負有揭示義務。美國國會隨後依該判決內容確立的標準通過了 *Jencks Act*，規定於 18 U. S. C. § 3500。至此，18 U. S. C. § 3500 就證人審前陳述的開示程序及要件有了詳盡規範，成為聯邦體系下各級法院處理檢方證人陳述證據開示的準則。

18 U. S. C. § 3500 條文⁴⁶重點如下：

⁴³ *Supra* note 38.

⁴⁴ *Jencks v. United States*, 353 U.S. 657 (1957).

⁴⁵ *Id.* at 667 (“...The crucial nature of the testimony of Ford and Matusow to the Government's case is apparent. The impeachment of that testimony was singularly important to Jencks. The value of the reports for impeachment purposes was highlighted by the admissions of both witnesses that they could not remember what reports were oral and what were written”).

⁴⁶ *Jencks Act*, 18 U.S.C. § 3500:

(a) In any criminal prosecution brought by the United States, no statement or report in the possession of the United States which was made by a Government witness or prospective Government witness (other than the defendant) shall be the subject of subpoena, discovery, or inspection until said witness has testified on direct examination in the trial of the case.

(b) After a witness called by the United States has testified on direct examination, the court shall, on motion of the defendant, order the United States to produce any statement (as hereinafter defined) of the witness in the possession of the United States which relates to the subject matter as to which the witness has testified. If the entire contents of any such statement relate to the subject matter of the testimony of the witness, the court shall order it to be delivered directly to the defendant for his examination and use.

(c) If the United States claims that any statement ordered to be produced under this section contains matter which does not relate to the subject matter of the testimony of the witness, the court shall order the United States to deliver such statement for the inspection of the court in camera. Upon such delivery the court shall excise the portions of such statement which do not relate to the subject matter of the testimony of the witness. With such material excised, the court shall then direct delivery of such statement to the defendant for his use. If, pursuant to such procedure, any portion of such statement is withheld from the defendant and the defendant objects to such withholding, and the trial is continued to an adjudication of the guilt of the defendant, the entire text of such statement shall be preserved by the United States and, in the event the defendant appeals, shall be made available to the appellate court for the purpose of determining the correctness of the ruling of the trial judge. Whenever any statement is delivered to a defendant pursuant to this section, the court in its discretion, upon application of said defendant, may recess proceedings in the trial for such time as it may determine to be reasonably required for the examination of such statement by said defendant and his preparation for its use in the trial.

(d) If the United States elects not to comply with an order of the court under subsection (b) or (c) hereof to deliver to the defendant any such statement, or such portion thereof as the court may direct, the court shall strike from the record the testimony of the witness, and the trial shall proceed unless the court in its discretion shall determine that the interests of justice require that a mistrial be declared.

(e) The term “statement”, as used in subsections (b), (c), and (d) of this section in relation to any witness called by the United States, means--

(1) a written statement made by said witness and signed or otherwise adopted or approved by him;

(2) a stenographic, mechanical, electrical, or other recording, or a transcription thereof, which is a substantially verbatim recital of an oral statement made by said witness and recorded contemporaneously with the making of such oral statement; or

(3) a statement, however taken or recorded, or a transcription thereof, if any, made by said witness to a grand jury.

(1) 須經被告請求 (on the defendant's motion)。

(2) 揭示時點需在證人於審判程序中作證完畢後。

檢方僅於證人於審判期日中作證完畢後 (only available after direct examination)，始有揭示該證人審前陳述之義務。其理由在於若於該證人作證前即揭露其個人基本資料及其審前證言之內容，被告企圖影響證人出庭意願及證言內容之風險較大，證人恐有遭受恐嚇、威脅等不當壓力之疑慮，因此，須待證人於審理期日作證完畢之後，檢方才可揭示其審前陳述之義務，以確保證人不被污染並兼顧被告之對質詰問權。惟若檢方並不打算在審判期日傳喚證人，則無庸揭示該證人之基本資料及其審前陳述內容。

(3) 18 U. S. C. § 3500 法案所指之「陳述」 (Statement)，僅限於下列 3 種：1) 證人認可的書面陳述； 2) 逐字照錄的證人口頭陳述，原則上係指同步譯文或錄音，因此，經過整理之陳述或陳述概要，均非屬本條所稱之陳述； 3) 在大陪審團前所為之陳述。

由上可知，證人證詞概要或警方就證人陳述所為之報告⁴⁷，因非屬列 3 類別項目，皆不在揭示範圍內。

(4) 證人審前陳述需與證人審判中證言實質相關。⁴⁸

以 *United States v. Byrne* 案件為例，該案證人於審前所陳述之內容係有關本案「犯罪前之謀議」，然而，證人於審理期日乃係證述「犯罪當時實施的行動」，聯邦第八巡迴上訴法院認為證人審前陳述與審理期日所為陳述內容並不相同，檢方並無揭示義務。蓋該審前陳述至多僅得視為證人審判中證述內容之背景資料，與待證事實無實質相關，檢方不予揭露並不違反 *Jencks Act*。⁴⁹

5. The Brady Rule

如前所述，聯邦刑事訴訟規則對於證據開示的態度相當保守，多數州法

⁴⁷ See *United States v. Malone*, 70 F. 3d 1276 (8th Cir. 1995).

⁴⁸ STEPHEN A. SALTZBURG, AND DANIEL J. CAPRA, *supra* note 31, at 1084 (“a witness’s prior statements need not be disclosed under the Jencks Act unless it relates to the subject matter of the witness’s direct testimony”).

⁴⁹ See *United States v. Byrne*, 83 F. 3d 984 (8th Cir. 1996) (“where witness testifies to acts occurring during the conspiracy, there was no violation of the Jencks Act when the government failed to disclose the witness’s prior statement concerning acts committed before the conspiracy-this was collateral or background information that did not relate to the subject matter of the direct testimony”).

院系統亦同，對於檢方所掌控的控訴資料，僅課以最低度的開示義務。然而，就對被告辯護有實質重大影響、且可脫免被告罪責之證據 (materially exculpatory) ，美國聯邦最高法院於 1963 年 *Brady v. Maryland* ⁵⁰ 一案確立了檢察官應不待被告請求主動予以揭示的憲法上義務。⁵¹

在 *Brady v. Maryland* 一案中，Brady 與共犯 Bolit 被依一級謀殺罪起訴，法定刑為死刑，Brady 先受審，並於審判中坦承參與犯行，惟辯稱下手實施殺人者為共犯 Bolit，Brady 的辯護律師請求檢方揭示 Bolit 的陳述，檢方雖應其所請揭示 Bolit 數次陳述，卻獨漏了 Bolit 坦承下手殺人的當次陳述。Brady 直到本案死刑判決確定後才獲知 Bolit 曾為該項陳述。美國聯邦最高法院認為，為符合正當法律程序的要求，檢方對於影響重大且可脫免被告罪責的證據資料負有揭示義務，而本案共犯 Bolit 坦承下手的該次陳述對於 Brady 的死刑判決有重大影響，檢方未予揭示，與其憲法上義務有違。

Brady 一案事實上是州法院的案件，自該案判決後，美國聯邦最高法院數次針對 exculpatory 資料表示雷同見解，因此，檢方對於該等證據資料負有主動開示之義務，已漸次發展成為聯邦及州法院共同遵循的準則。

由於檢察官負有對被告揭示可脫免罪責的憲法上義務源自於 Brady 一案，實務上乃將 exculpatory 證據資料之開示原則稱為 The Brady Rule 或被告的 Brady Right，exculpatory 資料亦常通稱為 Brady Information。

茲歸納美國法院就 Brady Rule 見解重點如下：

(1) 檢方是否知悉該項資料存在並非所問。⁵²

例如，原承辦檢察官與關鍵證人協商條件以換取證人同意出庭作證，接辦檢察官對於原承辦檢察官與證人間的協商毫無所悉，法院認為其仍應受拘束，因此，接辦檢察官未主動揭示證人與檢方係因條件交換而出庭作證之事實，與正當法律程序有違。⁵³

此要件看來似對於檢方過於嚴苛，然而，依據法院歷來見解，檢方僅對於其實際占有、推定其占有 (actually or constructively in its possession) 或可得獲取

⁵⁰ *Brady v. Maryland*, 373 U. S. 83(1963).

⁵¹ 一般將 materially exculpatory 證據開示稱為 "the prosecutor's constitutional duty to disclose".

⁵² 美國實務上認為 "Knowledge of the information by prosecutor isn't required."。

⁵³ See *Giglio v. United States*, 405 U.S. 150 (1972).

(accessible to it) 之資料負有 Brady 義務，⁵⁴實際上大大的減輕了檢方的負擔。申言之，若檢方的案卷中本即包含可脫免被告罪責的資料，檢方對之自屬「實際占有」；若該資料係存放在警方案卷中，且警方係受檢方指揮偵辦本案，則「可推定檢方占有」該項資料。反之，由於 The Brady Rule 僅拘束檢方，而州檢察官對於聯邦各級單位、稅務局、矯正單位、假釋機構、州立醫院、被害人補償委員會等並無指揮權，檢方並未實際占有、亦無從推定檢方占有前述單位掌握之資料，被告無從主張檢方對於該等資料負有開示義務。⁵⁵

(2) 無須待被告請求。

在 *United States v. Agurs* (1976)⁵⁶一案中，美國聯邦最高法院固係針對 The Brady Rule 所謂的「實質重大」要件為論述，然法院同時在判決中詳列歷來違反 The Brady Rule 的重要案例，區分為被告「未提出開示請求」(no request)、被告「針對特定證據提出具體請求」(specific request)、被告「提出一般性請求」(general request)⁵⁷三類。

法院在本案中舉 *Mooney v. Holohan*⁵⁸一案為例，指證人先前陳述足以顯示其於審判期日做偽證，檢方明知及此，未予揭露，致使證人於審判期日之虛偽證言成為裁判依據之一，使得判決結果顯與公平審判之要求有違，在此情形下，縱使被告未提出請求 (no request 類型)，仍構成 The Brady Rule 的違反；至於前述 Brady 一案，屬被告具體請求檢方開示特定證據—共犯 Bolit 先前陳述之類型 (specific request)；而本件 *Agurs* 一案，被告遭控於賓館內刺殺 Sewell 致死，檢方以二級謀殺罪起訴，*Agurs* 以正當防衛抗辯並請求檢方提出所有 Brady 資料，卻未指明應提出何項具體資料 (general request 類型)，⁵⁹美國聯邦最高法院認為，被告有無提出請求及提出何類請求，並非 The Brady Rule 之構成要件，對於判斷結果不生影響，蓋 The Brady Rule 應一律透過實質重大審查 (詳後述) 以判斷是否違反開示義務。

⁵⁴ *Fero v. Kerby*, 39 F. 3d 1462, 1472 n.12 (10th Cir. 1994); see also *United States v. Thornton*, 1 F. 3d 149, 158 (3d Cir. 1993) (“[T]he prosecution is obligated to produce certain evidence actually or constructively in its possession or accessible to it.”) (quoting *United States v. Perdomo*, 929 F. 2d 976, 969 (3d Cir. 1991)).

⁵⁵ See Nancy E. O’Malley, *CONFIDENTIALITY AND THE BRADY RULE: Confidentiality & the Sexual Assault Survivor*, Sexual Assault Committee CDAA (2002).

⁵⁶ *United States v. Agurs*, 427 U.S. 97, 96 S.Ct. 2392, 49 L.Ed.2d 342 (1976).

⁵⁷ 如前述 Brady 一案即屬此一類型。

⁵⁸ *Mooney v. Holohan*, 294 U.S. 10355 S.Ct. 34079 L.Ed. 79198 A.L.R. 406(1935).

⁵⁹ *United States v. Agurs*, *supra* note 56.

(3) 實質重大審查，應綜合全部證據資料總體觀察。

Brady Information 是否實質重大，應就案件全部證據資料總體觀察，衡量該證據資料之存在對於被告罪責之成立是否足以產生合理懷疑、有無可能影響審判結果，而非就單一證據資料觀察。美國聯邦最高法院在一連串的案件中針對 The Brady Rule 的實質重大要件表示意見，茲擇要說明如下：

①United States v. Agurs (1976)⁶⁰：

Agurs 遭控於賓館內刺殺 Sewell 致死，檢方以二級謀殺罪起訴，Agurs 則以正當防衛抗辯。美國聯邦最高法院表示，The Brady Rule 的違反與否應視該項證據資料之闕漏是否對被告有罪認定產生合理懷疑，且應綜合案內全部資料 (the entire record) 一體觀察，而非一有闕漏，即認為被告之防禦權受到影響，本案中辯方主張檢方未揭示被害人 Sewell 暴力前科資料，且該資料對被告有利，其闕漏足以影響被告正當防衛的抗辯，然而，法院依照全卷資料判斷結果，被害人受有多處刀傷，被告卻毫髮無損，卷內證據所顯示之情狀與辯方前所主張之正當防衛並不相符，況被害人於賓館入住時除腰上繫有刀鞘、褲袋內亦藏有另一把刀，其客觀情狀已足以顯示被害人之暴力徵象，檢方是否揭示被害人之前科資料對於本案之認定並無影響，因此認為檢方據以起訴之證據資料，與辯方所指情事並無矛盾之處。聯邦最高法院認定，凡此事實，俱經原判決詳加審視後而仍為被告有罪之判決，因此檢方未揭示被害人之前案資料，無法對原審有罪判決結果產生合理懷疑，不能認定該項資料的闕漏為實質重大。

② United States v. Bagley (1985)⁶¹：

美國聯邦最高法院進一步闡明 The Brady Rule 之實質重大的要件係指該證據若予以開示，有合理可能 (reasonable probability) 使判決產生不同的結果。本案被告 Bagley 同時被起訴毒品及槍砲案件，但僅毒品罪遭判刑。聯邦最高法院認為檢方固未揭示關鍵證人實際上從事臥底工作，受僱於美國菸酒及槍砲爆裂物管理局 (the Bureau of Alcohol, Tobacco and Firearms) 之情事，然該證人證述內容係針對被告 Bagley 所涉槍砲案件案情，非關其所涉毒品案件，而本案被告既未因槍砲案件遭判刑，證人從事臥底工作情事之揭示與否並不影響 Bagley 所涉毒品案件判決，因此不構成實質重大要件，

⁶⁰ *Id.*

⁶¹ *United States v. Bagley*, 473 U. S. 667 (1985).

檢方並未違反 The Brady Rule。

③ *Kyles v. Whitley* (1995)⁶²:

Kyles 遭控在雜貨店行搶並殺害一名老婦，證據顯示兇手將車輛遺留在雜貨店外停車場後即駕駛被害人車輛逃逸。檢方共提出四名目擊證人指證 *Kyles* 為兇手，*Kyles* 堅稱真兇乃其舊識 *Beanie*，指 *Beanie* 將被害人錢包及兇槍藏放其家中，蓄意陷害。*Beanie* 雖從未出庭作證，但曾於警方調查階段主動提供線索透露 *Kyles* 為兇手。本案的問題癥結在於四名證人中兩名證人的審前陳述明顯歧異，其中一人甚至於審理前直指 *Beanie* 為本案犯嫌，而非指證被告 *Kyles* 為犯嫌，此外，*Beanie* 的歷次審前陳述內容彼此矛盾、警方清查案發現場停放之車輛登記紀錄查無 *Kyles* 車輛，凡此均對被告有利，惟上述資料皆未對被告開示。聯邦最高法院表示，所謂使判決產生不同的結果，並非指該資料存在必使被告獲無罪判決，而係在於其是否足以動搖對於法院判決結果之信賴 (*undermine confidence in the verdict*)；本案綜合全卷資料及上開未予開示之證據，已足使陪審團對於兩名證人證詞產生懷疑，並對於警方調查之公信力產生動搖，因此認定上列對被告有利之證據符合實質重大要件。

(4) 無證據能力的資料不在揭示範圍之列。

例如，測謊報告一般在審判程序中並不認為有證據能力，因此測謊結果縱使對被告有利，檢方未予揭示仍不構成 The Brady Rule 的違反。⁶³

(5) 檢方無義務在開示過程中具體指明 (*indicating*) 對被告有利的資料。

此類問題常見於詐欺、白領犯罪等涉及電子證據 (*electronic discovery*) 開示程序的案件。美國法院見解認為卷證資料雖多，但檢方以可得搜尋的形式 (*searchable form*) 提出即為已足，無須具體特定何項資料對被告有利。例如在 *United States v. Skilling*⁶⁴ 一案，檢方起訴安隆公司高層，⁶⁵檢方所提出之財務檔案資料數以萬計，法院認為檢方已對被告開示全案卷證資料，其 Brady Rule 已滿足，並無義務進一步指明其中何項證據屬對被告有利的 Brady Information，況且

⁶² *Kyles v. Whitley*, 514 U. S. 419 (1995).

⁶³ *Wood v. Bratholomew*, 516 U. S. 1 (1995).

⁶⁴ *United States v. Skilling*, 554 F. 3d 529 (5th Cir. 2009).

⁶⁵ 安隆公司 (Enron Corporation) 係位於德州的一家能源公司，2001 年以前為世界上最大的電力、天然氣及電訊公司之一，2001 年底爆發其歷年來財報造假醜聞，2002 年宣告破產。

案卷資料係以電子檔形式提出，檢方在證據的掌握上並不比被告更佔有優勢，被告大可自行搜尋對其有利之證據資料，因此被告主張檢方未盡開示義務並不足採。

66

(三) 被告之開示義務

與民事程序相同，美國法上刑事案件被告對於其所掌控的證據資料同樣亦有證據開示的義務，然而由於憲法第五修正案保障被告有不自證己罪之權利 (privilege against self-incrimination)，如何兼顧被告基本權利之保障及正當法律程序，在美國實務上為一重要課題。被告開示義務之界定，原則上以兩造間之對等原則 (reciprocity requirement) 為據，亦即被告如對於檢方提出開示要求，對於己方所掌握相同類型的證據資料，亦負有對檢方開示之義務。⁶⁷

1. 聯邦刑事訴訟規則第 16 條

同前所述，聯邦刑事訴訟規則第 16 條 (b)⁶⁸ 以下規範被告的開示義務，以兩造間的對等為中心思想，被告對於檢方提出開示要求，則對於同類型的證據資料亦對檢方負有開示義務；論者有謂聯邦刑事訴訟規則係將被告對檢方開示的請求，視為被告對於己方受憲法特權保障的之證據資料為放棄的意思表示

⁶⁶ *United States v. Skillin*, *supra* note 64 (“all data was electronic and provided in a searchable format...the government was in no better position to locate any potentially exculpatory evidence than was *Skillin*”).

⁶⁷ 實務上認為“Only requires disclosure from defense if Defendant requests similar disclosure from prosecution.”.

⁶⁸ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16 (b) (1) (A) Documents and Objects. If a defendant requests disclosure under Rule 16(a)(1)(E) and the government complies, then the defendant must permit the government, upon request, to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items if: (i) the item is within the defendant's possession, custody, or control; and (ii) the defendant intends to use the item in the defendant's case-in-chief at trial. (B) Reports of Examinations and Tests. If a defendant requests disclosure under Rule 16(a)(1)(F) and the government complies, the defendant must permit the government, upon request, to inspect and to copy or photograph the results or reports of any physical or mental examination and of any scientific test or experiment if: (i) the item is within the defendant's possession, custody, or control; and (ii) the defendant intends to use the item in the defendant's case-in-chief at trial, or intends to call the witness who prepared the report and the report relates to the witness's testimony. (C) Expert witnesses.--The defendant must, at the government's request, give to the government a written summary of any testimony that the defendant intends to use under Rules 702, 703, or 705 of the Federal Rules of Evidence as evidence at trial, if-- (i) the defendant requests disclosure under subdivision (a)(1)(G) and the government complies; or (ii) the defendant has given notice under Rule 12.2(b) of an intent to present expert testimony on the defendant's mental condition. This summary must describe the witness's opinions, the bases and reasons for those opinions, and the witness's qualifications.

(waiver)，⁶⁹意即，被告既對與檢方提出開示請求，對於其所掌握的同類型證據，即負有開示義務，不得主張其享有憲法特權保障而拒絕開示，本條規定意旨係在規避侵害被告憲法權限之爭議。

依聯邦刑事訴訟規則，被告開示義務一般性規定如下：

(1) 文書及物證：若被告依同法第 16 條(a)(1)(E)規定向檢方請求開示文件、或物證，檢方依法開示，則被告應檢方請求、對於其本身所掌控、且將在審判中使用之文書、物件，應准許檢方檢視、影印、攝影。

(2) 身體、心理、及科學鑑識或檢驗報告：若被告依同法第 16 條(a)(1)(F)規定向檢方請求開示鑑識或檢驗報告，檢方依法開示，則被告應檢方請求、應允許檢方檢視、影印、攝影其本身所掌控、且將在審判中使用之身體、心理及科學鑑識或檢驗報告結果。

(3) 專家證人：若被告依同法 (a)(1) (G)規定向檢方請求開示專家證人之證詞概要，檢方依法開示，則被告應檢方所請、應對檢方開示其審判中欲傳喚之專家證人證詞概要。該概要應包含證人資格 (witness qualifications) 及該證人意見所依據之理由 (the bases and reasons for the opinions)。

2. Williams v. Florida (1970) ⁷⁰

在論及被告開示義務時，應特別注意 Williams v. Florida 一案。本案為美國聯邦最高法院關於被告證據開示義務的指標性案件，其主要爭點在於被告不在場辯護策略的通知義務(notice-of-alibi)，同時也就被告開示義務與其受憲法保障之基本權利做了詳盡說明。

依照佛羅里達州州法規定，刑事案件被告若欲在審判中提出不在場證明，必需在審判前通知檢方，並開示其意欲主張之所在地點及將傳喚之不在場證人姓名年籍。本案被告 Williams 因涉嫌強盜一案被檢方起訴，其擬定之辯護主軸係提出反證證明其案發時並不在現場，然而，Williams 拒絕提供反證證人姓名資料及其將於審判期日主張之所在地點，Williams 認為佛羅里達州州法上述規定侵害其憲法第五修正案之不自證己罪權利。美國聯邦最高法院在此案中明確指出，佛州

⁶⁹ STEPHEN A. SALTZBURG, AND DANIEL J. CAPRA, *supra* note 31, at 1121.

⁷⁰ Williams v. Florida, 339 U. S. 78. (1970).

州法的設計乃著眼於刑事訴訟制度發現真實的基本要求，以期確保兩造雙方有充分機會就攸關有罪或無罪之重大事項予以調查，判決內容並舉撲克牌賽局為例，說明對抗制度與撲克牌賽局之不同，在於對抗制度著重正當法律程序，其當事人不若撲克牌玩家，享有得刻意掩藏、直到下場比賽才亮牌之絕對權利，⁷¹ 法院認為佛州法律之反證通知要求係基於正當法律程序之保障，與被告不自證己罪之憲法權利無涉，被告一旦決定提出不在場反證，自應揭示其反證證人姓名年籍資料，使其可在法庭上接受交互詰問，佛州州法規定並不侵害被告憲法第五修正案之不自證己罪權利。本案發生五年後，美國聯邦最高法院在 *United States v. Nobles* 一案中進一步說明憲法第五修正案不自證己罪權利保障之對象僅限於被告，並不擴及證人或第三人，反證通知義務的要求與憲法第五修正案並不牴觸。⁷²

被告的不在場辯護通知義務及不在場證人之姓名資料揭示義務亦見於聯邦刑事訴訟規則第 12.1 條規定 (*notice of an alibi defense*)；此外，同法第 12.2 條規定對於主張精神抗辯之被告亦課以通知及開示義務 (*notice of an insanity defense*)；同法第 12.3 條對於被告主張係執法人員依法令所為之行為，亦同 (*notice of a public-authority defense*)。

(四) 請求時點及開示義務的違反

如上所述，檢辯雙方在一定條件下，均有開示義務，而聯邦刑事訴訟規則對於開示的時點雖無具體規定，實務運作上證據開示多係在起訴後、審判前之預審程序或兩造的證據開示會議中為之，起訴前的羈押程序 (*Pretrial Detention Hearing*)，並無所謂證據開示問題。美國聯邦第三巡迴上訴法院在 *United States v. Suppa* 一案中明確表示，不論從法律規定或立法沿革角度觀察，被告在羈押程序中均無證據開示請求權；⁷³ 上述見解，迄今仍為聯邦法院所依循。⁷⁴ 而各州級法院如北卡洛萊州、德州，近年來固有改採所謂「公開案卷」(*Open File*)⁷⁵者，

⁷¹ *Id.* “The adversary system of trial is hardly an end in itself; it is not yet a poker game in which players enjoy an absolute right always to conceal their cards until played. We find ample room in that system, at least as far as “due process” is concerned, for the instant Florida rule, which is designed to enhance the search for truth in the criminal trial by insuring both the defendant and the State ample opportunity to investigate certain facts crucial to the determination of guilt or innocence.”

⁷² *United States v. Nobles*, 422 U.S. 225 (1975).

⁷³ *United States v. Suppa*, 799 F.2d 115, 120 (3d Cir. 1986). (“A pretrial detention hearing is not intended to serve as a vehicle for discovery from the government. Nothing in the statute or the legislative history indicates otherwise.”)

⁷⁴ See *United States v. Thomas* 2016 WL 890583 *2+, W.D.Pa. (2016).

⁷⁵ 即便在採用公開案卷政策的州法體系，其公開案卷的內涵亦有所不同。以 2013 年 *Notre Dame*

然其對於起訴前之開示範圍仍多所限制，不但在偵查階段可禁止開示官方蒐集之證據資料，以確保公正的調查程序、證人人身安全及證言可信性，即便在偵結後，檢察官或法院仍得封緘證人基本資料，以免證人遭受無謂的騷擾。^{76 77}

又依上述聯邦刑事訴訟規則，證據之開示如需經被告請求者，其請求需即時、內容須具體 (both timely and specific)。法院對於被告遲誤提出開示請求，會毫不留情的予以駁回，以避免訴訟延滯。例如，在 *Untied States v. Fullwood*⁷⁸ 一案，被告在 13 個月前即已知某項證據資料存在，惟其遲至審判期日前 1 個月始提出開示請求，法院因而不予准許；在 *United States v. Mikaelian* 一案中，被告於認罪協商後逾 9 個月才請求開示其個人先前口頭陳述，法院同樣亦認為請求遲誤而不予准許。⁷⁹ 又被告開示請求如經法院准許者，檢方在其後程序進行中所獲取之新證據資料，如符合該開示請求內涵者，仍需對被告開示。

此外，法院對於辯方過於空泛的開示請求，得裁定視同為未請求，檢方毋需回應；法院亦得應檢方聲請，駁回、限制或延緩辯方特定開示請求⁸⁰。兩造如有違反聯邦刑事訴訟規則證據開示規定，法院另得：1)命為開示，並指定開示的時間、地點、方法及條件；2)延期審理；⁸¹3)排除該項證據的使用；4)依個案情狀為適當的命令。⁸²

Law Review “An Argument Against Open-File Discovery in Criminal Cases” 一文為例，其所稱之公開案卷，係指「檢方應提供其案卷內所有資料，包括證人證詞、證人身分、科學鑑識結果、警方偵查報告等一切資料予被告，不論該資料是否實質重大，亦不問檢方是否意欲在審判中使用」。See Brian P. Fox, *An Argument Against Open-File Discovery in Criminal Cases*, 89 Notre Dame L. Rev. 425 (November 2013).

⁷⁶ See Jenia I. Turner, *supra* note 23, at 1578.

⁷⁷ See, e.g., NYSBA TASK FORCE ON CRIMINAL DISCOVERY FINAL REPORT 13-21 (2014); SUPREME COURT OF VA., REPORT OF THE SPECIAL COMMITTEE ON CRIMINAL DISCOVERY RULES TO THE CHIEF JUSTICE AND JUSTICES OF THE SUPREME COURT OF VIRGINIA 6 (2014).

⁷⁸ *U.S. v. Fullwood*, 86 F.3d 27, 32 (2d Cir. 1996).

⁷⁹ *U.S. v. Mikaelian*, 168 F.3d 380, 389 (9th Cir. 1999).

⁸⁰ *Supra* note 42.

⁸¹ 即“grant a continuance”.

⁸² See Federal Rule of Criminal Procedure Rule 16(d)(2).

參、跨境犯罪調查與證據開示

一、 美國跨境犯罪調查取證

(一) 跨境案件之調查方式

美國對於跨境案件之調查，民事案件僅能以外交請求書 (Letters Rogatory) 為之，而刑事案件之調查與資料蒐集，除了外交請求書之外，另得藉由雙邊或多邊的司法互助協定或公約 (Mutual Legal Assistance Treaties, MLATs) 為之。司法互助協定僅供執法機關使用，外國依照司法互助協定或公約內容對本國提出之請求，法院負責監督及執行，而本國對外國提出的請求法院則無置喙餘地，純屬檢方職權。⁸³ 外交請求書則不然，美國各級法院均可透過請求書的形式，向外國請求調查證據及提供協助。就檢方的立場而言，外交請求書進程序曠日廢時，通常僅在無司法互助協定可供使用的情況下，美國檢方才會以外交請求書程序進行境外取證，⁸⁴因此，司法互助協定或公約才是美國辦理跨境案件的主要取證方式。⁸⁵

美國負責與他國締結司法互助協定的主管機關為司法部 (U.S. Department of Justice) 及國務院 (U.S. Department of State)，國務卿 (the Secretary of State) 將司法互助協定議案及立法理由、目的報告書提交總統，再由總統將之提交國會，待國會出具意見並同意後，總統簽署該司法互助協定並指示國務卿進行協定施行事項。⁸⁶

依照美國國務院公布的資料，⁸⁷美國目前至少與 56 個國家簽訂了雙邊司法互助協定；另尚加入 1992 年 5 月 23 日由美洲國家組織 (Organization of American States, OAS) 簽訂的美洲國家刑事司法互助公約 (Inter-American Convention on

⁸³ T. Markus Funk, *Mutual Legal Assistance Treaties and Letters Rogatory: A guide for Judges*, Federal Judicial Center International Litigation Guide, 6 (2014).

⁸⁴ *Id.* at 3. "Prosecutors typically consider letters rogatory an option of last resort for accessing evidence abroad, to be exercised only when MLATs are not available".

⁸⁵ 除此之外，警方及調查或情報單位亦會透過非正式的情資交換 (information exchange through informal channels) 因應緊急的犯罪預防與刑事偵辦，其優點在於獲取資訊之效率與彈性，且其執行情資交換的主體廣泛，任何行政機關均有可能透過國際合作的方式進行交換，然其合法性及後續在訴訟上得否使用常受到質疑，由於篇幅所限，非正式的情資交換並不在本文討論之列。

⁸⁶ T. Markus Funk, *supra* note 83, at 6.

⁸⁷ 美國國務院網頁：<http://www.state.gov/j/inl/rls/nrcrpt/2012/vol2/184110.htm> (last visited Sept. 16, 2016).

Mutual Assistance in Criminal Matters)；⁸⁸ 2010年2月1日與歐盟簽訂「2010 歐盟與美國刑事司法互助協定」，⁸⁹該協定除用以促進已與美國締結雙邊司法互助協定的歐盟成員國間的跨境執法與合作以外，也用以與尚未與美國簽訂司法互助協定的歐盟成員國間建立新的司法互助管道，⁹⁰以加強進行跨國資金清查、合作偵辦、遠距訊問等跨境取證業務，並對於相關行政機關如證券交易委員會 (Security Exchange Commission)、聯邦貿易委員會 (the Federal Trade Commission) 提供必要之協助。⁹¹此外，美國尚透過加入各類國際公約，如 1988 年的聯合國反毒公約 (United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances)、⁹²1999 年防制資恐國際公約 (International Convention for the Suppression of the Financing of Terrorism)、⁹³2000 年聯合國打擊跨國組織犯罪公約 (United Nations Convention against Transnational Organized Crime) ⁹⁴及 2003 年聯合國反貪腐公約 (United Nations Convention against Corruption, UNCAC) ⁹⁵等，與各國進行犯罪調查取證、送達、人犯移交、財產扣押等司法互助合作。⁹⁶而協助範圍及事項依各該協定或公約條文文字而有所不同，大抵包括：取得證人證詞 (witness testimony or statement)、文書證據 (documentary evidence)、對個人或團體的送達 (service of documents on persons or organizations)、搜索或扣押 (executing requests for search and seizure)、確認身分及所在 (locating and identifying persons or things)、資產凍結 (freezing assets) 等等。

(二) 執行流程

美國實際負責受理外國司法互助請求及向外國提出司法互助請求的執行機關為司法部下轄國際事務辦公室 (Office of International Affairs, OIA)，該辦公室負責處理人犯遣返及境外取證偵查業務，協助聯邦及各州各級法院及執法機關執行司法互助業務，同時也協助處理外國人犯引渡請求及調查取證請求。⁹⁷美國

⁸⁸ 條文內容詳見 <http://www.amicc.org/docs/InterAmConvMutalAss92-3.pdf>

⁸⁹ 條文內容詳見 <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3Ajl0052>

⁹⁰ *Supra* note 87.

⁹¹ T. Markus Funk, *supra* note 83, at 6.

⁹² 條文內容詳見 <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/illicit-trafficking.html>

⁹³ 條文內容詳見 <http://www.un.org/law/cod/finterr.htm>

⁹⁴ 條文內容詳見 <https://www.unodc.org/unodc/treaties/CTOC/>

⁹⁵ 條文內容詳見 <https://www.unodc.org/unodc/en/treaties/CAC/index.html>

⁹⁶ *Supra* note 87.

⁹⁷ 依照美國司法部網頁資料，國際事務辦公室職掌如下：“The Office of International Affairs (OIA)

向外國提出司法互助請求，其流程悉依各該司法互助協定、公約及受請求方之相關法律程序為之；美國受理外國司法互助請求，則由主管之司法部國際事務辦公室審核後，將之移轉予適當的聯邦及州檢察署，如該外國請求之內容，有向法院申請令狀之需求者，國際事務辦公室亦會協助該檢察署辦理。

（三）跨境取證之依據與原則

就美國國內程序而言，聯邦法院辦理司法互助的主要依據為 28 U. S. C. §1782，依該法規定，法院得依照外交請求書、外國或國際法庭及當事人之請求，命令任何住居所在該法院轄內之人提供證詞、文件或其他任何可供外國或國際法庭程序使用之物 (for use in a proceeding in a foreign or international tribunal)。此間所指之程序，不以外國或國際法庭之刑事審判程序為限，亦包括起訴前之偵查程序 (criminal investigations conducted before formal accusation)。同時，法院命取得該供述證據、文件或物證之方式，得一部或全部依該外國或國際法庭請求之方式執行之，亦得指定在特定人員面前作證或提出文書、物件。如該請求內容未特定取證執行之程序，則應適用聯邦民事訴訟規則所定之程序為之。⁹⁸

28 U. S. C. § 1782 規範的範圍遠較國際間之取證公約來的廣泛，⁹⁹任何涉

is part of the Criminal Division of the Department of Justice. OIA is responsible for securing the return of fugitives from abroad, and for requesting from foreign countries evidence and other assistance needed in U.S. criminal investigations and prosecutions. In this regard, OIA assists state and local as well as federal prosecutors and law enforcement agents. OIA is also responsible for assisting foreign countries with respect to the extradition of fugitives and the production of evidence located in the United States”, available at <https://www.justice.gov/criminal-oia> (last visited Sept. 16, 2016).

⁹⁸ 28 U.S. C. § 1782 - Assistance to foreign and international tribunals and to litigants before such tribunals (a) The district court of the district in which a person resides or is found may order him to give his testimony or statement or to produce a document or other thing for use in a proceeding in a foreign or international tribunal, including criminal investigations conducted before formal accusation. The order may be made pursuant to a letter rogatory issued, or request made, by a foreign or international tribunal or upon the application of any interested person and may direct that the testimony or statement be given, or the document or other thing be produced, before a person appointed by the court. By virtue of his appointment, the person appointed has power to administer any necessary oath and take the testimony or statement. The order may prescribe the practice and procedure, which may be in whole or part the practice and procedure of the foreign country or the international tribunal, for taking the testimony or statement or producing the document or other thing. To the extent that the order does not prescribe otherwise, the testimony or statement shall be taken, and the document or other thing produced, in accordance with the Federal Rules of Civil Procedure.

A person may not be compelled to give his testimony or statement or to produce a document or other thing in violation of any legally applicable privilege.

(b) This chapter does not preclude a person within the United States from voluntarily giving his testimony or statement, or producing a document or other thing, for use in a proceeding in a foreign or international tribunal before any person and in any manner acceptable to him.

⁹⁹ 例如海牙國際取證公約，詳後述。

及外國國際法庭之利害關係人，均得依該規定在美國法院取證，供外國訴訟程序使用。¹⁰⁰依照 28 U. S. C § 1782 法文意旨，其要件包括開示請求對象之住居所在受理請求之法院轄內、開示目的係供訴訟程序上使用、須為外國法庭或國際法庭之程序、由外國法院、國際法庭或利害關係人提出。

此間所需注意者，早期透過 28 U. S. C § 1782 進行司法互助的範圍，僅限於供作外國法院或國際法庭之審理程序使用，1975 年，美國第六巡迴上訴法院在 *In re Letter Rogatory from Justice Court, Dist. Of Montreal, Canada* 一案中擴充了 28 U. S. C. §1782 的適用範圍，將起訴前偵查程序所需之調查取證，亦納入本條使用之範圍，¹⁰¹迄 1996 年修法後成為現行版本，其條文用語不用 *the proceeding in a foreign “court”*，而是用 *the proceeding in a foreign or international “tribunal”*，明白規定該程序包括起訴前之偵查程序 “including criminal investigations conducted before formal accusation”；依照美國參議院報告意旨，¹⁰²條文所稱程序包括與在外國預審法官 (*investigating magistrates*) 前所為與刑事程序相關之行政 (*administrative*) 或準司法 (*quasi-judicial*) 調查程序在內。

又本條所稱之利害關係人 (*interested persons*) 包含外國政府、官員及單位 (*foreign government, its officers, or agencies*)。外國檢察官透過美國檢察官依據本條規定向美國法院提出開示請求，即屬法條所稱之利害關係人。紐約南區聯邦地方法院在 *Young v. U.S. Dept. of Justice* 一案中肯認百慕達檢察總長亦屬本法所指之利害關係人，其判決內容指出，本條所指之利害關係人，並非僅限於外國訴訟程序之當事人或律師，依據百慕達憲法，百慕達檢察總長有權對於任何違反百慕達法律之行為進行刑事調查，而本案中百慕達檢察總長透過美國檢方向美國法院提出之文書取證請求，業已釋明該項文書證據對於該國偵查中之一違反證券交易法案件關係重大，因此，該國檢察總長當屬本條所稱之利害關係人。¹⁰³ 同理，美國聯邦第九巡迴上訴法院在 *In re Letters Rogatory from Tokyo Dist. Prosecutor’s Office, Tokyo, Japan* 一案，亦肯認東京地方法院檢察署屬於本條所稱之利害關係人，該檢察署以請求書方式所為之取證請求符合本條要件，應予准許。¹⁰⁴

¹⁰⁰ T. Markus Funk, *supra* note 83, at 8.

¹⁰¹ *In re Letter Rogatory from Justice Court, Dist. Of Montreal, Canada*, 523 F. 2d 562 (6th Cir. 1975).

¹⁰² See 1964 Senate Report.

¹⁰³ *Young v. U.S. Dept. of Justice*, 1988 WL 131302 (S. D. N.Y. 1988).

¹⁰⁴ *In re Letters Rogatory from Tokyo Dist. Prosecutor’s Office, Tokyo, Japan*, 16 F. 3d 1016, 28 Fed. R. Serv. 3d 200 (9th Cir. 1994).

司法部國際事務辦公室受理外國證據開示請求後，將符合前開要件的請求轉送適合的法院處理，而法院主要依循以下原則審核：1)請求調查之證據是否為司法互助協定或公約所准許，2)該程序是否適用聯邦刑事訴訟程序及證據法則，3)若該司法互助請求有特殊之取證程序，則該取證程序是否與美國法令相符，¹⁰⁵ 4)該取證程序是否符合美國憲法之基本要求，例如，美國憲法第四修正案強制處分合理性原則、令狀原則¹⁰⁶，美國政府不得為不合理之搜索、扣押、逮捕，且為前述強制處分前，應由法院審查具有合理懷疑後始核發令狀；憲法第五修正案之不自證己罪原則，¹⁰⁷亦即任何人不得被強迫在刑事案件中自證己罪；憲法第六修正案被告在公判庭上，對不利於己之證人，得行使其在場權、對質詰問權及有效律師協助權。^{108 109}

自 28 U. S. C § 1782 實施以來，美國法院陸續針對依本法所提出之證據開示請求確立普遍依循原則，其中心概念係以便利本法規之運用為中心，法院在審酌外國之取證請求時，僅以 28 U. S. C § 1782 之法文為據 (plain language)，而不以法文本身以外之因素對請求加以限制。茲擇要簡述如下：

1. 依本法提出之開示請求，不以已窮盡該請求國內的取證、開示程序 (exhaustion of foreign discovery remedies) 為前提。

在 *Europmepe S. A. v. R. Esmerian, Inc.*, (1995)¹¹⁰、*Application of Gianoli*

¹⁰⁵ 司法互助請求如有特殊的取證程序，基本上在不違反美國法律規定的前提下，法院多會准許依照該請求書所載之特殊程序取證。

¹⁰⁶ U.S. Constitution, amend. IV. “The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized”.

¹⁰⁷ U.S. Constitution, amend. V. “No person shall be held to answer for a capital, or otherwise infamous crime, unless on a presentment or indictment of a Grand Jury, except in cases arising in the land or naval forces, or in the Militia, when in actual service in time of War or public danger; nor shall any person be subject for the same offence to be twice put in jeopardy of life or limb; nor shall be compelled in any criminal case to be a witness against himself, nor be deprived of life, liberty, or property, without due process of law; nor shall private property be taken for public use, without just compensation”.

¹⁰⁸ U.S. Constitution, amend. VI. In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to a speedy and public trial, by an impartial jury of the State and district wherein the crime shall have been committed, which district shall have been previously ascertained by law, and to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of Counsel for his defence.

¹⁰⁹ T. Markus Funk, *supra* note 83, at 6-7.

¹¹⁰ *Europmepe S. A. v. R. Esmerian, Inc.*, 51 F. 3d 1095 (2d Cir. 1995)

Aldunate (1993)¹¹¹ 案件中，法院認可外國提出之證據開示請求書或司法互助請求，不以已在該外國法院曾提出開示請求為必要，縱未在該國提出開示請求，亦得依 28 U. S. C § 1782 直接透過美國法院提出開示請求。

2. 外國透過美國法院進行取證之證據，不以在該國係得為開示 (discoverability) 之證據為必要。

以 *In re Application for an Order Permitting Metallgesellschaft AG to take Discovery* 一案為例，本案之請求乃係為一德國勞資糾紛訴訟程序使用為目的而提出，案件當事人之一之德國公司依 28 U. S. C § 1782 規定，在美國法院請求美國法院命他造當事人¹¹²提出文書及證詞。他造當事人則以德國法之特權規定 (privilege) 為由拒絕證言並拒絕為文書證據之開示。聯邦地方法院認為若本件證據開示請求係在德國法院提出，他造當事人因享有德國法上之特權保護規定本即得拒絕證言，且無義務提出本項文書證據，則本案德國公司在德國既無從為本項證據開示請求，美國法院自當比照德國法規辦理，不應准許德國公司在美國提出開示請求；然而，聯邦第二巡迴上訴法院認為，地方法院上開見解有所違誤，設若美國法院得以該項理由駁回當事人之證據開示請求，將使美國法院受限於外國法律，使 28 U. S. C § 1782 規定形同具文；聯邦第二巡迴上訴法院認為，法院在審核開示請求時不應受外國法拘束，法院若因外國法之規定對於涉及外國當事人或證據之開示請求有所顧慮，為調和兩造權益，宜依職權調整開示之範圍及內容即可，不應以違反外國法制為理由逕行駁回。¹¹³

3. 請求開示之證據在該外國是否有證據能力 (admissibility)，非美國法院審酌本項請求所應考慮之因素。

以紐約東區聯邦地方法院 2005 年 *In re Imanagement Services, Ltd.* 一案為例，法院明白表示在處理本條規定之開示請求時，法院不應對於該特定證據在該國訴訟程序中有無證據能力納入考量，否則不但會增加當事人的負擔，亦會迫使法院適用外國程序法，逾越本法規定之範疇。¹¹⁴

(四) The Foreign Evidence Act

¹¹¹ *Application of Gianoli Aldunate*, 3 F. 3d 54 (2d Cir. 1993).

¹¹² 本案中之他造當事人為美國居民。

¹¹³ *In re Application for an Order Permitting Metallgesellschaft AG to take Discovery*, 121 F. 3d 77 (2d Cir. 1997).

¹¹⁴ *In re Imanagement Services, Ltd.*, 2005 WL 1959702 (E. D. N. Y. 2005).

2009 年美國為了提高其處理司法互助請求之效率，通過了加速受理外國調查取證請求法案 (The Foreign Evidence Act)，即 18 U.S. C. § 3512，¹¹⁵該法案不

¹¹⁵ 18 U.S. C. § 3512. Foreign requests for assistance in criminal investigations and prosecutions

(a) Execution of request for assistance.--

(1) In general.--Upon application, duly authorized by an appropriate official of the Department of Justice, of an attorney for the Government, a Federal judge may issue such orders as may be necessary to execute a request from a foreign authority for assistance in the investigation or prosecution of criminal offenses, or in proceedings related to the prosecution of criminal offenses, including proceedings regarding forfeiture, sentencing, and restitution.

(2) Scope of orders.--Any order issued by a Federal judge pursuant to paragraph (1) may include the issuance of--

(A) a search warrant, as provided under Rule 41 of the Federal Rules of Criminal Procedure;

(B) a warrant or order for contents of stored wire or electronic communications or for records related thereto, as provided under section 2703 of this title;

(C) an order for a pen register or trap and trace device as provided under section 3123 of this title; or

(D) an order requiring the appearance of a person for the purpose of providing testimony or a statement, or requiring the production of documents or other things, or both.

(b) Appointment of persons to take testimony or statements.--

(1) In general.--In response to an application for execution of a request from a foreign authority as described under subsection (a), a Federal judge may also issue an order appointing a person to direct the taking of testimony or statements or of the production of documents or other things, or both.

(2) Authority of appointed person.--Any person appointed under an order issued pursuant to paragraph

(1) may--

(A) issue orders requiring the appearance of a person, or the production of documents or other things, or both;

(B) administer any necessary oath; and

(C) take testimony or statements and receive documents or other things.

(c) Filing of requests.--Except as provided under subsection (d), an application for execution of a request from a foreign authority under this section may be filed--

(1) in the district in which a person who may be required to appear resides or is located or in which the documents or things to be produced are located;

(2) in cases in which the request seeks the appearance of persons or production of documents or things that may be located in multiple districts, in any one of the districts in which such a person, documents, or things may be located; or

(3) in any case, the district in which a related Federal criminal investigation or prosecution is being conducted, or in the District of Columbia.

(d) Search warrant limitation.--An application for execution of a request for a search warrant from a foreign authority under this section, other than an application for a warrant issued as provided under section 2703 of this title, shall be filed in the district in which the place or person to be searched is located.

(e) Search warrant standard.--A Federal judge may issue a search warrant under this section only if the foreign offense for which the evidence is sought involves conduct that, if committed in the United States, would be considered an offense punishable by imprisonment for more than one year under Federal or State law.

(f) Service of order or warrant.--Except as provided under subsection (d), an order or warrant issued pursuant to this section may be served or executed in any place in the United States.

(g) Rule of construction.--Nothing in this section shall be construed to preclude any foreign authority or an interested person from obtaining assistance in a criminal investigation or prosecution pursuant to section 1782 of title 28, United States Code.

(h) Definitions.--As used in this section, the following definitions shall apply:

(1) Federal judge.--The terms "Federal judge" and "attorney for the Government" have the meaning given such terms for the purposes of the Federal Rules of Criminal Procedure.

(2) Foreign authority.--The term "foreign authority" means a foreign judicial authority, a foreign authority responsible for the investigation or prosecution of criminal offenses or for proceedings related to the prosecution of criminal offenses, or an authority designated as a competent authority or

但擴張了法院的管轄範圍，當外國請求美國調查複數證據的情形下，請求人毋需逐一向各該證據所在之聯邦地方法院提出；任一相關之聯邦地方法院對於該請求均有管轄權。法案同時亦將聯邦法院得依據外國司法互助請求，核發搜索票、調取通聯、電磁紀錄等，予以明文化，¹¹⁶並就外國提出請求之權責單位加以定義。

117

二、 跨境取證遭遇的困境與挑戰

(一) 國際公約與美國法院之衝突

如同前文所述，美國證據開示制度發展於民事程序，兩造藉由開示程序相互開展證據已為美國民事訴訟程序不可或缺的一環，實務上也將民事證據開示制度運用於涉外民事案件中。因此，美國法院處理民事案件的境外證據開示命令 (order) 產生的困境，也早於刑事境外證據開示制度的發展而顯露出來。

美國在處理民事跨境取證程序時，一直以來與他國產生齟齬；特別是在不採當事人進行主義、無證據開示制度的國家，美國法院的跨境證據開示要求或命令 (order) 常與外國內國法相互牴觸，甚至被視為侵越外國司法主權。¹¹⁸1970 年間，為了調和美國與外國證據開示程序衝突，在第 11 屆海牙國際私法會議 (Hague Conference on Private International Law) 中通過了「關於從國外獲取民事或商事證據公約」(Hague Convention of the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters，以下簡稱海牙國際取證公約)，¹¹⁹由於各國法制不同，無法訂定一放諸四海皆準的取證程序，公約規定個別海牙公約締約國得同意另一締約國法院之適當請求，允許另一締約國法院為進行本國訴訟之目的，而在受請求國

central authority for the purpose of making requests for assistance pursuant to an agreement or treaty with the United States regarding assistance in criminal matters.

¹¹⁶ 依照 28 U. S. C § 1782 的條文用語，美國對於外國調查取證之請求，為供述證據、文書及其他物件，此間所謂其他物件為何？是否含電磁紀錄？得否依外國之請求為強制處分？在適用上往往產生歧異，18 U. S. C. §3512 因此將法院得因外國之請求而調取通聯記錄、電磁紀錄及核發搜索票等權限予以明文規定，以減少適用疑慮。

¹¹⁷ 外國權責單位係指外國司法主管機關、負責刑事偵查、公訴業務或刑事司法互助業務之專責機關。

¹¹⁸ 例如在 *United States v. First National City Bank* (1968) 一案，大陪審團要求德國城市銀行提交特定客戶之往來交易資料，而德國城市銀行以揭露客戶交易資料將使銀行違反德國法律規定下之銀行客戶保密特權，將面臨刑事責任為由，而拒絕揭露。

¹¹⁹ 海牙國際取證公約於 1970 年 3 月 18 日通過，共 57 國簽署，*Hague Convention of the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters* (March 18, 1970, 23 U.S.T. 2555, 847 U.N.T.S. 231), available at <https://www.hcch.net/en/instruments/conventions/full-text/?cid=82>

領域內收集證據。易言之，締約國可以透過司法機關的外交請求書 (letters of request) 或外交渠道 (diplomatic or consular agents and commissioners) 獲取位於他締約國之證據；¹²⁰ 公約同時也允許締約國對審前文件證據開示做出保留 (reserve)。¹²¹而各締約國為了保護內國的科技經貿等機密，避免美國濫用取證手段獲取與案件無關的資料，大多都對審前文件開示做出保留聲明；更有甚者，許多締約國針對美國法院單方面之證據開示要求，陸續制定所謂障礙法規 (Blocking Statues)，禁止其內國當事人遵循美國法院的證據開示命令，揭示位於該國之證據資料。例如，英國在 1980 年通過貿易利益保護法 (Protection of Trading Interests Act of 1980，即 PTIA)，授權其國務大臣 (the Secretary of State) 基於英國貿易利益或有侵越英國主權疑慮之考量下，得禁止配合外國法院之證據開示要求；¹²²1995 年，歐盟理事會頒訂個人資料保護指令 (EU Privacy Directive)，要求各會員國應制定隱私保障法，對於侵害隱私行為嚴加處罰，並禁止各會員國任意移轉¹²³個人資料 (Personal Data)，¹²⁴並宣告歐盟理事會將對各會員國嚴加監督，以求落實該隱私保護指令。¹²⁵時至今日，歐盟各會員國紛紛依該指令要求制定了隱私保護法，其中以法國、義大利、德國之隱私保護強度最大¹²⁶。舉例言之，依法國障礙法相關規定，任何人不得為了外國民事或行政程序取證目的之需求，請求、收集或移轉以口頭、文字或各種形式之個人資料文件，如有違反，最高可被處以 6 個月徒刑或 18,000 歐元罰款。¹²⁷ 2007 年 5 月，美國 Tyco Healthcare 公司法國分公司因將該公司客戶個人資料提供予母公司使用，遭法國

¹²⁰ KYL attorneys Elizabeth P. Beazley and Tara B. Voss, *Discovery Abroad- How to Obtain Evidence Located Outside the United States*, Vol. 25 California Litigation, No1. 2012.

¹²¹ Hague Convention of the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters, Art 23. “A Contracting State may at the time of signature, ratification or accession, declare that it will not execute Letters of Request issued for the purpose of obtaining pre-trial discovery of documents as known in Common Law countries”.

¹²² 依照 U.K. Protection of Trading Interests Act of 1980 文義，英國國務大臣在上述疑慮下得禁止配合外國的證據開示要求，其法案內多處可見” give directions prohibiting compliance” with discovery requirements imposed on person in the UK” to produce to any court, tribunal or authority of an overseas country any commercial document which is not within the territorial jurisdiction of the country” if it conflicts with the U.K.’s trading interests or infringes upon U.K. sovereignty 等文字。法案全文詳見 http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/11/pdfs/ukpga_19800011_en.pdf

¹²³ 本指令文字用語係禁止”processing” 及” transfer” of personal data。所謂 processing，係指 recording, organizing, storage, adaption, alteration, retrieval, consultation, or use; 所謂 transfer，係指 hard copy or electronic transfers outside the EU。其範圍相當廣泛，幾乎任何形式的使用都在限制之列。

¹²⁴ 任何資料，包括職銜、電子郵件等等，足以辨識個人身分的資料均被定性為 personal data。

¹²⁵ Directive 95/46/EC of the European Parliament and the council of 24 October 1995 on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data, available at <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=URISERV%3A114012>

¹²⁶ See Carl H. Poedtke III et all, *US Discovery Reaching Across Borders*, For the Defense, July 2012.

¹²⁷ 法國刑法 No 80538 Article 1A.

個人資料保護主管機關 Commission nationale de l' informatique et des libertie 科以 3 萬歐元罰鍰。¹²⁸

海牙國際取證公約看似某種程度解決了各國處理跨境取證的爭議，然而，公約在被請求國境內究否應優先適用，一直成為美國與其他締約會國間之一大衝突；許多締約國認為既然簽訂了海牙國際取證公約，則應以該公約為境外取證之唯一途徑，反之，美國法院卻認為國際取證公約僅為境外取證眾多途徑之一，法院並不因之受限，從而，聯邦民事訴訟規則之證據開示規定，不因海牙國際取證公約之簽署而排除適用。1987 年，美國聯邦最高法院在法國國家航空工業公司一案（*Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court for Southern District of Iowa*）確立了海牙國際取證公約不具排他性效力，認為美國法院得自由裁量選擇適用海牙國際取證公約抑或聯邦民事訴訟規則而為判決。¹²⁹聯邦最高法院上述見解雖認為法院得自由選擇適用國際公約或其內國證據開示程序，然而，發展至此，美國各級法院在處理境外取證議題上，多半趨向於選擇適用其較為熟悉之聯邦民事訴訟規則，而非國際公約，海牙國際取證公約在解決美國與他國境外取證衝突的目的已無法發揮實質功效。

聯邦最高法院在法國國家航空工業公司一案中之見解產生了嚴重後遺症，在美國法院涉訟的涉外案件當事人，往往陷入若遵守美國法院的開示命令即會觸犯歐盟相關隱私法刑責規定的兩難困境。¹³⁰近年來，美國各界如律師公會¹³¹、學界等團體¹³²紛紛要求法院在處理民事證據開示程序時，應正視此一問題。2012 年，美國非營利組織塞多那會議第六工作小組，針對美國與歐盟隱私法的衝突特別頒布了六大證據開示與資訊保護國際處理原則，¹³³ 例如應尊重外國法律及受該法

¹²⁸ Philip L. Gordon, Timothy A. Rybacki, *French Data Protection Authority Fires Warning Shot to U.S. Multinationals: U.S.-Based Employer Fined for Improper Transfers of Employee Data to the U.S.* (May 21, 2007), available at <https://www.littler.com/french-data-protection-authority-fires-warning-shot-us-multinationals-us-based-employer-fined>

¹²⁹ *Societe Nationale Industrielle Aerospatiale v. U.S. District Court*, 482 U.S. 522(1987) (“...[The Hague Convention] was indented to establish optional procedures that would facilitate the taking of evidence abroad,” and does not provide “exclusive procedures” for obtaining documents from a foreign country nor deprive the US Court of its jurisdiction to order the production of evidence”).

¹³⁰ See Carl H. Poedtke III et al, *supra* note 126.

¹³¹ See resolution 103 of the American Bar Associations House of Delegates. (February 2012), available at <http://op.bna.com/pl.sf/r? Open=kjon-8rbnkg>.

¹³² 例如塞多那會議（The Sedona Conference）特針對此議題要求美國法院尊重他國關於隱私權保護的相關規定，並多次提出建議，如”The Sedona Principle Best Practices Recommendations and Principles Addressing Electronic Document Production.”

¹³³ See Working Group 6 of Sedona Conference, *International Principles on Discovery, Disclosure &*

保護者之個人利益、隱私資料持有人（或控制者）應提出其所遵循之保護措施，主張保留之資料應限於確有必要、且有關聯性者為限，保留期間需符合法定義務之要求等。同年 2 月 6 日，全美律師公會發表第 103 號決議，要求美國各級聯邦、州法院在處理民事證據開示程序時，應適當考量並尊重外國之個人資料保護法，及任何受該外國法保護之個人利益，並警告美國法院如執意沿用法國國家航空工業公司一案見解來處理開示命令與外國隱私法之衝突，將使美國當事人在外國法院受到相同嚴厲的對待。¹³⁴然而，民間聲浪是否能讓法院改弦易轍抑或狗吠火車，仍屬未定之天。

（二）刑事證據開示在美國法院實務運用的現況與難題

1. 對內無統一規範

刑事證據開示程序在美國面臨到更嚴重的挑戰，就其內國而言，其刑事證據開示規則及程序並無一套統一規範，而係散見於各種不同的法規。舉例言之，當檢方審酌其所掌握之證據應否對被告開示？如何開示？開示的程度為何？一名聯邦檢察官不僅需檢視前述聯邦刑事訴訟規則第 16 條規定、Jencks Act 及 The Brady Rule 以外，另還需參考司法部頒布的聯邦檢察官手冊（United States Attorney's Manual），或其他內部行政指導規範，如聯邦副檢察總長於 2010 年 1 月 4 日頒布檢察官刑事開示指導規範（Guidance for Prosecutors Regarding Criminal Discovery）¹³⁵及其轄區所適用的職業倫理規範（Model Rule of Professional Conduct），¹³⁶並釐清各法規之關係與適用之優先順序。而個別法規的解釋又因所在轄區不同，有寬嚴不一的標準；以職業倫理規範 3.8 條檢察官責任（special responsibilities of a prosecutor）為例，其(d)項係在處理檢察官就對被告有利或可脫免被告罪責證據之開示義務，其法文用語上並未包含 The Brady Rule 的「實質重大」(materiality) 要件，因此，各州法院在處理類此案件時，

Data Protection: Best Practices, Recommendations & Principles for Addressing the Preservation and Discovery of Protected Data in U.S. Litigation, available at www.theseonaconference.org.

¹³⁴ See The ABA Section of International Law's Report to the House of Delegates, available at <https://law.duke.edu/sites/default/files/images/centers/judicialstudies/Resolution103.pdf>

¹³⁵ David W. Ogden, Deputy Attorney General of the United States Department of Justice, *Memorandum for Department Prosecutors*, "Guidance for Prosecutors Regarding Criminal Discovery", available at <https://www.justice.gov/dag/memorandum-department-prosecutors>

¹³⁶ 在此係指職業倫理規範中檢察官特別責任部分，規定於 Rule 3.8(d):[The prosecutor in a criminal case shall]"make timely disclosure to the defense of all evidence or information known to the prosecutor that tends to negate the guilt of the accused or mitigates the offense, and, in connection with sentencing, disclose to the defense and to the tribunal all unprivileged mitigating information known to the prosecutor, except when the prosecutor is relieved of this responsibility by a protective order of the tribunal ".

有認定其解釋上應比照 *The Brady Rule*，唯有該項證據影響判決結果「實質重大」者，檢方才負有義務對被告揭露，¹³⁷有則認為應追溯制定職業倫理規範草案的 *Kutak Commission* 的解釋，¹³⁸所有對被告有利的證據均應揭露，及依據職業倫理規範用語，其條文既無所謂實質重大要件，解釋上即不能將之納入，檢方對於所有有利被告或可脫免被告罪責之證據都應即時揭露。¹³⁹針對此疑義，全美律師公會以編號 09-454 號正式意見書指出，職業倫理規範 3.8 條(d) 所規範的檢察官開示義務是否應限於對被告影響實質重大者，應依各所在轄區法院解釋而定。¹⁴⁰由此可見，檢察官在適用相關刑事開示規範上標準不一，動輒得咎，徒增不便。

2015 年，發生 *In re Kline* ¹⁴¹檢察官違反紀律案件。本案檢察官 *Kline* 因在一重傷害案件中處理證據開示不當而遭到處分。該重傷害案件之爭執點在於槍手身分的確認，檢方共有三名目擊證人，其中一名為被害人，被害人在醫院接受警方偵訊時表示不知何人開槍，*Kline* 檢察官明知被害人在醫院之陳述與其事後在法院審理中之陳述不符，卻未予以揭露，因此被華盛頓特區職業倫理委員會以 *Kline* 檢察官違反職業倫理規範而起訴，並予以停職 30 天之處分。然而，*Kline* 檢察官抗辯依照華盛頓特區版的職業倫理規範，其條文 3.8 (d) 規定並無所謂「實質重大」要件，因此，本件重傷害案既尚有其他證人證詞可指證槍手身分，則被害人先前在醫院陳述之揭露與否，不影響被告辯護權益及法院判決結果，*Kline* 檢察官因而主張其行為並不違反華盛頓特區職業倫理規範。然而，華盛頓特區上訴法院並不採納 *Kline* 檢察官的見解，法院認為華盛頓特區版本之職業倫理規範不應比照 *The Brady Rule* 解釋，而應純依規範文意解釋，上訴法院認為，檢察官就所有對被告有利之證據均負有揭示義務。

In re Kline 一案凸顯了檢方處理「可脫免被告罪責」證據開示之難處。該案於 2015 年發生後，引發一連串的討論，實務界強烈要求司法部正視此一問題，促其儘速統一檢察官開示義務規範，¹⁴²其後續發展為何，尚值觀察。

¹³⁷ 例如俄亥俄州、科羅拉多州、威斯康辛州最高法院都採此類見解。

¹³⁸ 職業倫理規範係 1983 年制定，負責起草的是全美律師公會工作小組 *Kutak Commission*，其在 1981 年曾就草案提出說明，採比 *The Brady Rule* 更寬的解釋，認為檢方對於所有對被告有利的證據均有提出義務。

¹³⁹ 例如北達科他州最高法院、哥倫比亞特區上訴法院採此類見解。

¹⁴⁰ See ABA Explains Prosecutor's Ethical Disclosure Duty, *Criminal Justice*, Volume 24, (2010)

¹⁴¹ See *In re Kline*, 113 A. 3d 202 (D. C. 2015).

¹⁴² Peter A. Joy and Kevin C. McMunigal, *The Ethic of Prosecutorial Disclosure*, *Criminal Justice*, Volume 30, (2015).

2. 對外與外國法制扞格

美國國內面對刑事證據開示的問題繁複如是，面對全球化潮流，刑事案件調查不論是犯罪資金或所得的移轉、網路科技或雲端移控、恐怖活動等等，已非單一國家或單一法域所能解決，因此，在跨境議題的處理上，牽涉各國主權、法制、政經及外交政策，更不難理解其在處理此類問題時，不論是基於請求方或被請求方的角色，美國刑事證據開示原則應如何適用，成為無可迴避的難題。

與民事案件相同，美國在處理刑事案件之取證及開示時，與外國產生極大衝突，其中最受爭議的就是所謂的 *Bank of Nova Scotia-Type grand jury subpoenas*，因 *In Re Grand Jury Proceedings (Bank of Nova Scotia)*¹⁴³一案而得名，通常簡稱為 *BNS* 傳票，其內容係美國檢察官要求外國銀行美國辦公室提供位於該外國之文件資料，惟外國銀行如提供此類資料將違反該外國之法律。美國各級法院對此類開示請求，並無統一見解，例如在 *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Addressed to Canadian Intern. Paper Co.*一案，加拿大公司紐約辦公室受開示請求命令，紐約南區聯邦地方法院認為，即便該加拿大公司紐約辦公室被要求開示之文書資料不在美國境內，美國法院對該公司既有管轄權、上述文書資料為該加拿大公司所有，該公司即有義務開示。¹⁴⁴反之，在 *Ings v. Ferguson* 一案中，兩家加拿大銀行的紐約辦事處接獲 *BNS* 傳票要求開示在加拿大境內的交易紀錄，聯邦第二巡迴上訴法院認為，*BNS* 傳票不得要求紐約辦事處提出位於加拿大的交易紀錄，其效力應有所限制，*BNS* 傳票僅能就位在美國、且屬於紐約辦事處所有之文件提出開示要求。¹⁴⁵法院上述分歧見解，造成了接獲 *BNS* 傳票當事人無所適從，陷入究竟要遵守美國法院的開示要求而違反其本國法律，抑或要遵守其本國法令而拒絕美國開示要求的兩難困境。

為了解決上述問題，美國司法部頒布內部規則，統一由其國際事務辦公室 OIA 處理此類通知，以期對於位在美國境內之人或企業建立境外文書開示命令標準作業流程。依照司法部聯邦檢察官刑事資源手冊(U.S. Attorney's Criminal

¹⁴³ See *In Re Grand Jury Proceedings (Bank of Nova Scotia)*, 740 F. 2d 817 (11th Cir. 1984), *cert. denied*, 469 U.S. 1106 (1985); *In Re Grand Jury Proceedings (Bank of Nova Scotia)*, 691 F. 2d 1384 (11th Cir. 1982), *cert. denied*, 462 U.S. 1119 (1983).

¹⁴⁴ See *In re Grand Jury Subpoenas Duces Tecum Addressed to Canadian Intern. Paper Co.*, 72 F. Supp. 1013, 1020 (S.D.N.Y. 1947) (“[t]he fact that a corporation’s records and documents are physically located beyond the confines of the United States does not excuse it from producing them if they are in its possession and the court has jurisdiction of the corporation. The test is control-not location of the records.”)

¹⁴⁵ See *Ings v. Ferguson*, 282 F. 2d 149, 153(2d Cir. 1960).

Resource Manual) Section 279 (B) 規範，檢察官在發出 *BNS* 傳票前，必須得到司法部國際事務辦公室的書面許可，同時，*BNS* 傳票的書面要式亦統一規範於手冊中。¹⁴⁶ 國際事務辦公室在審核是否核發 *BNS* 傳票前應考慮以下因素：1) 有無其他方式可及時取得該境外文書（此間所指之其他方式，包括司法互助公約或協定、稅務協定、請求書等）；2) 該境外文書之取得對於檢方偵查或實施公訴之必要性；3) 確保該境外文書不被銷毀以及美國對可能之銷毀行為得予追訴之能力。¹⁴⁷ 然而，上述標準作業流程，畢竟仍屬司法部內部審核程序，對法院以及 *BNS* 傳票受領人而言，依舊難以一窺其究竟，因此，在短期內仍然難以消弭外界對於 *BNS* 傳票的疑慮。

由上可知，從請求方的角度而言，美國處理境外證據開示的命令頗為強勢，其著眼於國際公約、外國法制甚或外國當事人之利益甚微，前述 *BNS* 傳票即為一明證。反之，從受請求方的角度而言，美國檢方透過國際合作調查取得之境外證據，是否應對跨境調查對象開示？開示的範圍，以及美國法院對於此類開示請求的態度，亦飽受批評。

如前所述，依據聯邦刑事訴訟規則第 16 條規定，被告得請求檢方開示檢方所有、占有或掌控中之文書或其他物證¹⁴⁸；被告對於脫免其罪責之證據資料，

¹⁴⁶ U.S. Attorney's Criminal Resource Manual Section 279 (B) (“**Bank of Nova Scotia Subpoenas:** The United States has obtained bank or business records located abroad by serving subpoenas on branches of the bank or business located in the United States, even where production of the records would violate the foreign country's secrecy laws. The courts have upheld the use of subpoenas to compel a bank that does business in the United States to turn over records held by a branch of the same bank in a foreign country, even where production of the records would violate the foreign country's secrecy laws... However, foreign governments strongly object to such subpoenas, contending that they constitute an improper exercise of United States jurisdiction. Though the issue has arisen in connection with corporate entities, these concerns are equally applicable to a subpoena directed at an individual where the demanded production of evidence located in the territory of another country would violate that country's laws.

Since the use of unilateral compulsory measures can adversely affect the law enforcement relationship with the foreign country, all federal prosecutors must obtain written approval through OIA before issuing any subpoenas to persons or entities in the United States for records located abroad. The request must be in writing...”).

¹⁴⁷ *Id.* (“The following considerations will be taken into account in determining whether such a subpoena should be authorized: The availability of alternative methods for obtaining the records in a timely manner, such as use of mutual assistance treaties, tax treaties or letters rogatory; the indispensability of the records to the success of the investigation or prosecution; and the need to protect against the destruction of records located abroad and to protect the United States' ability to prosecute for contempt or obstruction of justice for such destruction.”).

¹⁴⁸ Federal Rule of Criminal Procedure, Rule 16 (a) (1) (E) (“ Documents and Objects. Upon a defendant's request, the government must permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any of these items, if the item is within the government's possession, custody, or control and..”).

亦僅就檢方實際占有、推定其所占有或可得獲取者為限，得主張其享有 **Brady Right** 要求檢方開示。¹⁴⁹實務運作中，美國檢方面對受調查對象之開示請求，在其是否「占有」或「可得獲取」之要件上多採取迴避或否定的態度，而法院向來較為支持檢方主張，因此跨境調查對象縱使依據美國刑事訴訟程序證據開示規定，亦難以獲取檢方經由國際合作調查所取得之證據資料，造成檢辯衝突。

以 *United States v. Reyerros* 一案為例，被告請求開示檢方證人證詞，而美國檢方主張該證人證詞係由哥倫比亞執法當局製作，且證人係由哥倫比亞當局引渡回國，該引渡程序為一單獨程序，與美、哥兩國間之犯罪聯合調查行動無涉，因此，聯邦第三巡迴上訴法院認為，本案無從推定美國檢方占有該境外供述證據，因而駁回被告之請求。¹⁵⁰事實上，本案並非美國檢方以其並未占有境外證據為理由而拒絕開示之唯一案例，在英屬維京群島石油服務公司 **PetroTiger** 執行長 **Sigelman** 為爭取一價值 380 萬美元的哥倫比亞石油服務合約，而行賄哥國官員一案，¹⁵¹美國檢方面對 **Sigelman** 的證據開示請求，一再堅稱其請求之證據資料不在美國檢方掌控中，檢方無義務開示。然而，諷刺的是，負責聯合調查行動的哥國官員卻在一項公開採訪中表示，美國與哥倫比亞的聯合調查行動非常順暢成功，哥倫比亞當局將把調查所得資訊及結果交給美國檢方，供其使用。¹⁵²由此可見，美國司法部在跨境案件調查中，竭力避免實際占有、甚至否認其可掌控境外證據，以避免其證據開示義務。美國刑事證據開示規則似乎反倒成為美國檢方用以規避開示其證據的避風港。

面對檢方的態度，美國律師界主張檢方在處理跨境案件中應踐履其誠信義務 (**good faith duty**)，並引用 *United States v. Paternina-Vergara*¹⁵³一案。本案被告要求檢方開示美國與加拿大聯合偵辦行動下所獲取之境外證據資料，主張上開資料對被告有利，可脫免其罪責 (**exculpatory**)，美國檢方應予開示，但由於加拿大執法

¹⁴⁹ See *United States v. Perdomo*, 929 F. 2d 976, 969(3d Cir. 1991)("[T] he prosecution is obligated to produce certain evidence actually or constructively in its possession or accessible to it").

¹⁵⁰ *United States v. Reyerros*, 537 F. 3d 270, 279-80, 283 (3d Cir. 2008).

¹⁵¹ **Sigelman** 被檢方以違反海外反貪污行為法、洗錢、收受回扣等多項罪名起訴，在審判過程中，**Sigelman** 與檢方就海外反貪污行為法部分達成認罪協商，檢方撤回了洗錢及收受回扣起訴，法院判決緩刑三年，罰金 339,000 美金。相關新聞詳見 <http://www.wsj.com/articles/ex-ceo-of-petrotiger-sentenced-to-probation-over-bribery-1434469990>

¹⁵² "*Discovery Challenges in International Criminal Investigation*", Quinn Emanuel trial lawyers, Quinn Emanuel Urquhart & Sullivan, LLP (November 2015).

¹⁵³ *United States v. Paternina-Vergara*, 749 F. 2d at 998 (2d Cir. 1984) (prosecutors must make good faith effort to "obtain the statements of prosecution witness held by foreign governments").

單位拒絕將前開資料移出加拿大境外，美國聯邦地方法院助理檢察官特地前往加拿大，主動將該項對被告有利之證據資料影印攜回美國，提供被告，聯邦第二巡迴上訴法院認為，檢方在本案中已履踐其誠信義務，並表示類此案件美國司法部對其外國聯合調查夥伴實際占有之證據資料，應盡力取得並對被告開示。美國律師界引用本案法院見解，主張檢方在處理跨境案件時，應負有誠信義務，同時也呼籲跨境案件受調查對象應熟悉前述聯邦第二巡迴上訴法院見解，避免跨境聯合調查成為美國檢方用以規避其憲法上開示義務的巧門。¹⁵⁴

又跨境案件之境外取證，不論是由美國執法機關經由外國同意，直接在外國取得，或透過司法互助、外交請求書渠道由外國執法機關辦理，或透過美國與外國聯合調查行動在外國取證者，其最終目的還是冀望該境外證據有利於對被告之訴追與審判。美國法制上如憲法第四修正案之強制處分合理性、令狀原則、第五修正案不自證己罪權利、第六修正案有效律師協助權之保障，原則上並不拘束外國執法機關，因此在外國執法機關單獨取證時，如該國並無類此權利保障時，並不當然影響該境外證據在美國法院之證據評價；至於美國執法單位直接在國外取證之情形，由於強制處分權的行使，涉及國家司法主權，孰難想像美國執法單位持美國法院核發之搜索票在外國境內執行搜索、扣押或逮捕人犯，因此，美國法院認為，美國執法機關在境外對美國人所為之搜索扣押，無須考慮令狀原則，該搜索程序應依該外國法律之規定判斷是否符合合理性原則即可。¹⁵⁵至於境外證人有難以傳喚或無法就訊的情形，執法單位或法院即以請求書或司法互助途徑請外國訊問證人之需求，在此情形下取得的供述證據是否具有證據能力，由於涉及刑事訴訟規則第 15 條規定¹⁵⁶及聯邦證據法第 802 條有關傳聞證據法則之規定，其問題相對複雜，惟美國聯邦最高法院先後在 *Ohio v. Roberts*¹⁵⁷ 及 *Maryland v. Craig*¹⁵⁸ 判決表示，被告在場權及對質詰問權在特殊情形下，容有某程度的退讓，被告縱未在场或對證人行對質詰問，並不當然其排除證言之證據能力；其後亦有多件判決採此見解，¹⁵⁹因此，一般認為在境外取證的情形，境外供

¹⁵⁴ *Supra* note 152.

¹⁵⁵ *See In re Terrorist Bombings I*, 552 F. 3d 157 (2d Cir. 2008).

¹⁵⁶ 聯邦刑事訴訟規則第 15 條規定，當事人基於公平正義的維護及特殊情況之下，得聲請法院在境外對證人取證。(F.R.Crim.P. 15(a)(1) (“A party may move that a prospective witness be deposed in order to preserve testimony for trial. The court may grant the motion because of exceptional circumstances and in the interest of justice.”))

¹⁵⁷ *See Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56 (1980).

¹⁵⁸ *See Maryland v. Craig*, 497 U.S. 836 (1990).

¹⁵⁹ *See United States v. Mckeeve*, 131 F. 3d 1, 8 (1st Cir. 1997); *See also United States v. Medijuck*, 156 F. 3d 916, 920 (9th Cir. 1998).

述證據如有司法互助協定或公約可依循，則依其內容處理，無司法互助協定或公約時，如符合聯邦刑事訴訟規則第 15 條規定、基於重大公共政策之考量 (made necessary by important policy considerations)¹⁶⁰及通過特信性 (assurance of reliability)¹⁶¹檢視後，肯認其有證據能力。¹⁶²

事實上，跨境犯罪調查以跨國合作模式為最大宗，因此美國法院在評價跨境證據時，原則上會審視該證據之取得是否確係基於美國與外國之聯合調查行動、美國執法單位之參與程度是否實質重大、有無實質控制力，且該取證程序之瑕疵，如不正訊問、違法搜索扣押之程度是否顯然已違反一般人之法感情，而決定是否排除該證據在訴訟上之使用。¹⁶³

¹⁶⁰ 例如反恐、兒童利益的維護。

¹⁶¹ 例如以雙向設備系統取證，被告得以觀看外國法院或執法機關取證的過程、證人具結或宣誓等。

¹⁶² Charles Doyle, Extraterritorial Application of American Criminal Law, CRS Report For Congress 37 (2012).

¹⁶³ See *United States v. Barona*, 56 F.3d 1087, 1091–92 (9th Cir. 1995) (“Two very limited exceptions apply [to the inapplicability of the Fourth Amendment to the acts of foreign officials]. One exception ... occurs if the circumstances of the foreign search and seizure are so extreme that they shock the [judicial] conscience, [so that] a federal appellate court in the exercise of its supervisory powers can require exclusion of the evidence ... [and] the second exception to the inapplicability of the exclusionary rule applies when United States agents’ participation in the investigation is so substantial that the action is a joint venture between United States and foreign officials”).

肆、心得與建議

跨境案件已成為國際犯罪主流，共同合作打擊犯罪為理想目標。各國存在法制面、文化面、政經環境及價值差異、國家利益衝突及其政治氛圍，在現實上成為國際合作無法忽視的難題。因此，理解彼此差異，尋求其間共同利益，始能達到合作之綜效。

從法律層面言之，其執法合作程序過於繁瑣及對於涉外事務實務操作之不熟悉，易使案件調查時程遷延。以美國為例，其警方或情報單位與他國間非正式的情資交換固然十分活躍，然而為了確保其合法性及日後訴追成果，司法單位與他國進行互助或跨境犯罪調查仍以單邊或多邊的司法互助協定或以加入國際組織的方式，循正式合作管道為之。其主事之美國司法部國際事務辦公室，不但是全美處理司法互助業務的中央主管機關，其在世界主要地區的美國外館亦派有國際事務辦公室法務顧問，負責居中聯繫美國檢察官、執法單位¹⁶⁴及外國權責機構，處理跨境犯罪調查、國際司法互助及引渡業務。依據美國司法部國際事務辦公室網頁說明，該辦公室目前在曼谷、巴格達、布魯賽爾、倫敦、墨西哥城、巴黎、羅馬的美國大使館均派有法務顧問處理上項業務。¹⁶⁵法務顧問平日深入派駐地區或國家之政經圈，對於派駐地區之政經情勢及法制有相當細膩的了解，與美國國內之執法單位及其派駐在外的人員平時亦維持密切聯繫，一旦派駐地區或國家有司法互助或聯合調查行動需求時，法務顧問能即時統合、聯繫國內外執法單位及外國權責單位，適時提供相關資訊發揮積極的功效。我國近年發生之跨境案件漸多，不論是基於正式的司法互助協定管道或實質跨境案件合作經驗亦有相當之累積，檢察系統目前固無類似美國駐外法務顧問的設置，然而外國跨境業務資料之蒐集與提供並非困難，基層檢察官處理司法互助及跨境犯罪調查業務不若處理國內案件來的順暢，其盲點往往來自於對跨境調查流程的陌生及聯繫資訊的缺乏。因此，國內宜以實務操作面向為重點，定期舉辦教育訓練，提供最新辦理跨境案件資訊，以減少程序上勞費，提升效能。另可考慮以國家別建置司法互助或跨境犯罪調查資料庫，蒐集各國辦理司法互助之程序、注意要點，對口單位及實際案例資料等，國內其他執法單位所建立之非正式情資交換窗口及辦理與注意事項等相關資料，亦可考慮併予建置其內，以符合實務需求。

¹⁶⁴ 例如美國緝毒署、聯邦調查局、移民署及邊境管理局等等。

¹⁶⁵ *Supra* note 97.

從實體面言之，司法單位對於外國法制過於陌生，未能基於跨境案件的特性思考，最終可能會導致執法單位的合作與努力形同泡影。以本文所介紹的美國證據開示原則為例，其固為美國法上保障兩造武器平等的重要手段，然而，由於民事案件與刑事案件本質上之不同，民、刑程序中證據開示之範圍與程度尚難等量其觀，因此，美國國內對於刑事程序究否可採行全面的證據開示主義抑或限縮的開示主義，向來存有重大爭議。聯邦刑事訴訟規則固將證據開示的規定納入其內，採行限縮的開示原則，審前不揭示證人的年籍資料，且檢方的準備資料及內部文件、證人審前陳述，亦均非屬聯邦刑事訴訟規則所定之揭示項目，然而其後由於 Jencks Act 的頒布，對於證人審前陳述的揭示又做了讓步，符合一定要件下之證人審前陳述應予以揭示；另針對可脫免被告罪責之證據 (exculpatory information)，檢方又負有 Brady Duty，不論檢方知其存在與否，均應予揭示，然而各轄區職業倫理規範對於 Brady Duty 實質重大要件寬嚴不一的解釋，使得檢方在判斷特定證據應否開示時面臨實際上的困難。

對外而言，美國證據開示制度與他國法制的衝突仍屬難解，美國法院在處理跨境案件開示議題時，未能將外國法制納入考量，且未能考慮受外國法制規範的當事人利益，造成受開示命令或負有開示義務的當事人陷入難以兩全的窘境。再者，近來跨境案件受調查對象依美國證據開示規定請求檢方開示境外證據時，美國檢方為了規避其開示義務，刻意避免實際占有或實質掌控跨國聯合調查行動中所獲證據，屢受質疑，再再凸顯了美國刑事訴訟證據開示原則適用於跨境案件之缺陷。

我國刑事訴訟制度歷經多次修法，參雜不少當事人主義色彩的規定，刑事訴訟制度目的從真實發現主義逐漸偏向被告人權保障，姑不論未來是否應採起訴狀一本主義，以現行法而言，我國目前尚無如本文所介紹之美國證據開示制度，刑事實務仍採行卷證併送原則、檢察官對案件負實質舉證責任、被告不自證己罪，另配合刑事訴訟法第 2 條第 1 項規定之有利不利一律注意規定及同法第 33 條被告閱卷權，我國檢察官在起訴時事實上被要求就所有卷證全面開示，其不僅在開示範圍遠較美國聯邦刑事訴訟規則規定廣泛，且無被告開示義務之對應規定；也正因如此，在現行實務採行卷證併送、有利與不利一律注意原則之情況下，應不致發生如美國司法實務上檢方技術性拒絕開示特定證據之情事。另就跨境犯罪調查取證實務現況以觀，其一首重如何取證，並提升跨境犯罪調查之效能，已略述

如前，其次一層面即在於如何將所獲取之境外證據順利提出於公判庭上，確保訴追成果。惟就現行司法實務而論，法院未能普遍針對司法互助實務現況及境外證據特性及公共利益為思考，偏重強調被告對質權、詰問權之保障，對於傳聞例外過於限縮之解釋，使得境外證據特別是供述證據在證據能力上屢受法院質疑，成為我國境外犯罪訴追不易之原因之一。反觀美國，其在處理跨境取證的證據能力上，頗為成熟；在他國執法單位單獨取證的情形下，美國法院並不拘泥強調美國憲法上之基本權利保障，若該外國並無相關權利保障基本要求時，美國憲法上諸如強制處分合理性原則、令狀原則、有效律師協助權等權利，並不拘束外國執法機關，不當然影響該境外證據在美國法院之證據評價；又如境外取得之供述證據，被告縱未到場或行使對質詰問權，亦不當然排除該供述證據之證據能力，美國法院針對跨境案件特性思考，認為基於重大公共政策之考量及通過特信性檢視，類此境外證據仍肯認其證據能力，應值我國實務參考。