

兩岸跨境犯罪引渡策略之研究

A Research of the Extradition Strategy for Cross-Strait Criminals

呂昭芬 (Lu, Chao-Fen)

中國文化大學國家發展與中國大陸研究所博士生

摘要

自 1987 年兩岸交流以來，兩岸跨境毒品走私犯罪事件顯著遞增，但受限於政治因素與時空背景，雙方並無具體明確建立制度化溝通協調平台，導致無法有效遏止毒品猖獗。期間雖然在 1990 年簽訂「金門協議」，但是其適用範圍僅限定於刑事犯、刑事嫌疑犯、偷渡犯之遣返。直至 2009 年海基會、海協會共同簽署「兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」，建立雙邊良性互動之發展契機，開啟了兩岸合作打擊犯罪的新頁，但兩岸間實為分裂的政治實體，且無簽訂引渡條約，故遣返人犯仍然存在許多困難。

本文係採文獻分析法進行歸納研究，除了提出兩岸依國際間引渡原則下可行之替代措施之外，更進一步探討兩岸刑事司法互助之困境並提出相關建議。

關鍵詞：跨境犯罪、引渡、遣返、刑事司法互助

壹、前言

2000 年聯合國對於「跨國犯罪」的定義如下：一、在超過一個以上國家實施的犯罪。二、雖在一國實施，但其準備、籌劃、指揮或控制的實質性部分，發生在另一國的犯罪。三、涉及在一個以上國家從事犯罪活動的有組織犯罪集團。四、犯罪在一國實施，但對於另一國有重大影響。¹ 隨著經濟全球化的發展，關於跨國犯罪的問題也相繼出現，例如隨著全球化在整個地球村發生的毒品販賣、走私活動、經貿糾紛、金融犯罪、恐怖主義、非法移民等問題日增。其中毒品販賣、走私活動等跨境犯罪也愈來愈猖獗，且多以有組織犯罪集團方式犯案。這些跨境犯罪組織不斷地向各個領域滲透，並據此威脅著各國社會的政治、經濟、文化等方面，可謂嚴重擾亂國際社會秩序的穩定。因此，近幾年來許多國家在其國家戰略報告中，已將打擊、控制和防範跨境犯罪提高到維護本國國家安全的層級，並積極探討和研擬對策，特別是針對在全球或區域範圍內加強合作，共同研擬打擊跨境犯罪的問題。²

跨越國界販運國際毒品管制公約所管制的影響精神物質，可以說是最典型的跨國犯罪，通常稱為「毒品販運」(drug trafficking)，³ 在自由意識高漲的二十一世紀，毒品、黑槍、幫派已緊隨著成為臺灣治安的三大毒瘤，⁴ 警政署目前與其他國家、中國大陸或其他地區執法單位合作，主要將跨境毒品犯罪、跨境詐欺及網路犯罪等列為重點工作，加強彼此情資交

¹ 謝立功，「建構『打擊犯罪無國界』之思維」，刑事雙月刊(臺北)，第 17 期(2007 年 3-4 月)，頁 60-61。

² 陳臺光，「兩岸跨境犯罪及其罪犯遣返之研究——兼論我國引渡法之增修建議」，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所碩士論文(2007 年)，頁 1-2。

³ 孟維德，「毒品販運及防制策略」，犯罪、刑罰與矯正研究(臺北)，第 5 卷第 1 期(2014 年 2 月 5 日)，頁 73。

⁴ 施志茂，「安非他命犯罪人口資料計犯罪行為分析」，警學叢刊(桃園)，第 29 卷第 6 期(1999 年 5 月)，頁 77-146。

換，案件協查合作偵辦，並拓展至各類重大跨境犯罪。⁵ 依國內毒品危害趨勢分析，毒品氾濫種類以海洛因、安非他命為主。若以毒品類別、來源地區分析，國內海洛因來自於金三角者，其走私方式則多以經泰國或大陸，再轉經東南亞國家或直接進入臺灣，以漁船、夾帶走私方式為主要模式；而安非他命則以自大陸地區以漁船、貨櫃、夾帶走私方式為主，⁶ 從臺灣地區歷年來偵破毒品的主要來源地為例證，顯示中國大陸為我國毒品走私最大來源國。⁷ 近年來，隨著海峽兩岸交流的日益頻繁，衍生的兩岸毒品跨境犯罪亦層出不窮，並且犯罪的途徑、手段日益多樣化、高科技化，這不僅影響兩岸經貿往來的開展，更嚴重威脅到兩岸同胞的安全及利益，因此兩岸司法界迫切需要加強合作，共同打擊毒品跨境犯罪，故此議題已成為當前兩岸共同關注的焦點及迫切需要解決的問題。

貳、兩岸刑事司法互助之合作協議

現今國際間引渡條約之主要類型包括雙邊條約、多邊條約、框架計畫（Framework scheme）及特別協議（Special arrangements）四種，雙邊條約僅規範兩國之引渡關係，例如英國與美國之引渡條約（UK-USA Extradition Treaty of 2003）；多邊條約通常係針對特定犯罪類型而設，例如部份聯合國公約即係針對毒品、組織犯罪及貪污犯罪而設；框架計畫僅於國際法層次上設定引渡事務框架，而將細節留待各國之內國立法，如歐盟理事會通過之「歐盟逮捕令及解送程序架構」（The Framework

⁵ 洪培倫，「因毒品而衍生之犯罪情形及鄰近地區近年毒品犯罪概況」，刑事雙月刊（臺北），第 67 期（2015 年 8 月），頁 14-15。

⁶ 「102 年毒品犯罪防制工作年報」（2014 年 6 月），2016 年 2 月 1 日下載，〈法務部調查局〉，https://www.mjib.gov.tw/FileUp_loads/eBooks/1f1a9df5f41645cf9566e7c18f534b3f/Book_file/a4d06bb8fa6b463fb448a776d908190.pdf。

⁷ 朱蓓蕾，「兩岸共同打擊犯罪之議題與建議」（2005 年 3 月 29 日），2016 年 2 月 10 日瀏覽，〈財團法人國家政策研究基金會〉，<http://old.npf.org.tw/PUBLICATION/IA/094/IA-R-094-002.htm>。

Decision on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures)；特別協議則可視為傳統引渡條約的現代型態，係為了確保遣返特定個人或群體所為之特別協商。⁸ 為了解我國在罪犯遣返或引渡議題上所遭遇之困境，以下就兩岸間簽定之協議加以說明：

一、「金門協議」

海峽兩岸遣返刑事犯或刑事嫌疑犯是兩岸最早進行的刑事司法合作方式。1949 年以來，兩岸一直奉行敵對政策，並無常規經貿交流和人員往來。當時雖然也有少量跨境犯罪，但主要是劫機以及叛逃犯罪等，而且帶有很強的政治性，兩岸並無制度化相互遣返的意願。1987 年臺灣對中國大陸逐步開放後，兩岸出現正常的經貿和人員往來。由於大陸地區尚處於改革開放初期，經濟發展、經濟發達程度較之於起步較早的臺灣存在較大差距，因此出現大量偷渡、走私案件。⁹ 但接連發生的兩起遣返慘案震驚中外，使得海峽兩岸不得不重新審視既有的遣返方式。第一起慘案為「閩平漁 5540 號」慘案，中國大陸又稱 907 慘案，發生在 1990 年 7 月 21 日，當日臺灣軍警逮捕 76 名福建漁民，7 月 22 日，漁船擱淺於平潭縣被發現，卻發現已造成 25 人死亡、另有 16 人倖免於難、其餘人等失蹤的事件。¹⁰ 該案發生後不久，又發生另一起遣返死亡慘案，當時被遣返的「閩平漁 5202 號」漁船被臺灣軍艦撞沉，船上有 21 名人員當場死亡，即「閩平漁 5202 號」慘案。¹¹ 兩起慘案發生後，海內外輿論譁然，兩岸偷渡人

⁸ 洪欣昇，「我國引渡制度之現況與展望 - 兼論林克穎案」，司法新聲（臺灣），第 114 期（2015 年 4 月），頁 46-47。

⁹ 楊雲驊、許恆達，「引渡逃犯與人員遣返之比較研究—以我國現況為中心」（2012 年 11 月），2016 年 2 月 10 日下載，《政大機構典藏》，<http://nccur.lib.nccu.edu.tw/bitstream/140.119/55978/1/10104-0122.pdf>。

¹⁰ 高萌，「1990 年：907 事件」（2012 年 10 月 24 日），2015 年 2 月 11 日瀏覽，《華夏經緯網》，<http://big5.huaxia.com/lasd/twzlk/zsjsj/2012/10/3049801.html>。

¹¹ P 評，「1990 年 8 月 8 日 中國來台偷渡客的遣返悲劇」（2010 年 8 月 8 日），2015 年 2 月 11 日瀏覽，《公視新聞網》，<http://pnn.pts.org.tw/main/2010/08/08/1990%E5%B9%B48%E6%9C%888%E6%97%A5-%E4%B8%AD%E5%9C%8B%E4%BE%86%E5%8F%B0%E5%81%B7%E6%B8%A1%E5%AE%A2%E7%9A%84%E9%81%A3%E8%BF%94%E6%82%B2%E5%8A%87/>。

員遣返方式更成為眾矢之的。故兩岸紅十字會積極聯絡，相互表達遣返時的人道主義關懷。因此，為了避免類似事件再次發生，兩岸透過紅十字會組織於1990年9月11日至12日進行為期兩天的會談，並就遣返工作達成協議，此即「金門協議」。¹² 此協議簽署具有劃時代意義，為兩岸分治四十年以來授權民間組織所簽署第一份協議，此即為兩岸遣返刑犯和刑事嫌疑犯之起源。¹³

「金門協議」共達成四點基本共識：一、確立「人道、安全與便利」的遣返原則；二、遣返對象為「違反有關規定進入對方地區的居民以及刑事嫌疑犯或刑事犯」；三、以「馬尾—馬祖」或「廈門—金門」為遣返交接點；四、規定資料送達、覆核、專用船使用、交接見證等程序。「金門協議」內有幾點必須注意，第一，並未使用國際司法互助中主權色彩較濃厚的「引渡」詞彙，而採取性質較為中立的「遣返」作為替代。第二，「金門協議」在刑事司法合作中，只協商「違法入境的偷渡客、嫌疑犯和刑事犯」的遣返問題，並未涉及其他的互助方式（例如：司法文書送達、委託調查證據、協助追訴犯罪問題，只能依靠雙方的「默契」進行合作，難以解決毒品走私、偷渡等傳統跨海犯罪，更無法解決新型態組織跨海犯罪問題）。第三，協議並未考慮到政治意涵較強且兩岸司法機關皆有管轄權的犯罪。第四，實際運作上，被遣返的刑事犯只是極少數，絕大部分為偷渡客，且「廈門—金門」此交接點並不常用。第五，在實施遣返作業時必須通過民間機構（紅十字會），無法直接由司法部門建立直接聯繫管道，影響了作業的效率。¹⁴

綜上，「金門協議」不但為兩岸之事務性、功能性接觸及談判建立了基本模式，且兩岸事務之解決，亦由個案之解決，邁向通案處理之模式，

¹² 「金門協議」(1990年9月12日)，2016年2月1日下載，〈中華民國行政院大陸委員會〉，http://www.mac.gov.tw/public/Data/0423_14182971.pdf。

¹³ 陳文琪，「兩案刑事司法互助有關人員遣返的法制架構」，月旦法學雜誌（臺北），第209期（2012年10月），頁203-222。

¹⁴ 楊雲驊、許恆達，「引渡逃犯與人員遣返之比較研究——以我國現況為中心」。

對當時逃避刑事訴追由臺灣潛逃至大陸的刑事犯及嫌疑犯有相當嚇阻之作用。此種以民間組織為中介機構負責遣返作業、間接司法協助之形式，實質達到遣返罪犯之效果，即具有引渡之實質內涵，雖不失為現階段有效之臨時措施，但因其終究只是民間機構所為之協議，對兩岸當局不具任何實質之拘束力，¹⁵ 故兩岸進一步簽訂相關協議仍有其必要與急迫性。

二、「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」

2009 年 4 月 26 日海基、海協兩會在南京簽署「海峽兩岸金融合作協議」、「海峽兩岸空運補充協議」與「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（簡稱「兩岸司法互助協議」）等三項協議，其中「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」引起各方的關注，¹⁶ 本協議就共同打擊犯罪的「合作範圍」、「資訊交換和協助偵查」以及「人員遣返」三部分有所進展，並對於司法互助中的「送達文書」、「調查取證」、「罪贓移交」、「罪犯接返（移管）」、「人道探視」和相應的請求程序做了一些原則性規定。大體而言，「互助協議」的成果表現在「共同打擊犯罪」與「司法互助」兩方面：¹⁷

（一）兩岸共同打擊犯罪四大面向：1. 資訊交換：兩岸治安主管機關將建立犯罪資訊交換機制，使雙方得以利用犯罪情資的即時交換，機先掌握諸如跨境電信詐欺等犯罪行動的相關情資，並直接進行犯罪打擊，斷絕非法者的生路，以減少民眾生命財產的損害。2. 合作範圍：不分犯罪類型，兩岸都擴大範圍、全面合作，特別是有關雙方人民共同關切的重要犯罪類型，包括電信詐欺、毒品走私及經濟犯罪等犯罪型態，兩岸治安機關更將加強合作力度，以確保人民生命財產的安全。3. 協助偵辦：兩岸在協

¹⁵ 陳臺光，「兩岸跨境犯罪及其罪犯遣返之研究——兼論我國引渡法之增修建議」，頁 113。

¹⁶ 「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」（2009 年 4 月 26 日），2016 年 2 月 1 日下載，《中華民國行政院大陸委員會》，<http://www.mac.gov.tw/public/Data/04261055771.pdf>。

¹⁷ 「第三次『江陳會談』成果之相關說明」（2009 年 4 月 26 日），2016 年 2 月 1 日下載，《中華民國行政院大陸委員會》，<http://www.mac.gov.tw/public/Data/972111411071.pdf>。

議的基礎上，可以透過犯罪情資交換、協助偵辦與採證、遣返罪犯等合作方式，使兩岸的跨境犯罪活動一舉成擒。4. 人員遣返：雙方透過制度化的遣返機制，使遣返作業更為順暢、安全、迅速與便利。未來，雙方對罪犯遣返的合作基礎將更為穩固，以根本阻絕罪犯潛逃，讓罪犯無所遁逃。

(二) 兩岸司法互助六大內容：1. 文書送達：透過兩岸司法互助管道，及時有效送達文書，確保訴訟案件合法進行，對於民眾跨境進行訴訟程序，能夠有效主張及維護自身權利。2. 調查取證：經由司法互助機制，可洽請對方協助調查、合法取證，協助法院及當事人順利進行訴訟程序，解決法律爭議，伸張社會正義。3. 罪贓移交：透過兩岸協議，協助移轉犯罪不法所得，使受害人得以獲得賠償或減輕損失，不讓罪犯從中牟利。4. 裁判認可：透過聲請程序，經由雙方法院依據各自法律並基於互惠原則，對他方法院之判決、仲裁判斷予以認可，以利後續執行、主張權益。5. 人道探視：雙方將針對受刑人家屬之探視，提供便利與必要之協助，並經由兩岸司法互助管道，確保雙方民眾因案受到羈押時，合法權益受到保障。6. 罪犯接返：基於人道考量，兩岸經由司法互助管道，建立接返機制，在尊重當事人意願及符合雙方規定之情形下，對於因案在對方受到判刑及監禁的民眾予以接返。

依據上述兩項協議，當前兩岸遣返事務的主要內容包括如下幾項：第一，遣返依據：當前海峽兩岸遣返的主要法律依據為「金門協議」和「海峽兩岸共同打擊犯罪和刑事司法互助協議」。第二，遣返對象為違反有關規定進入對方地區的居民和刑事犯、刑事嫌疑犯：近些年來隨著大陸的快速發展，兩岸偷渡行為已大幅減少。「刑事犯」、「刑事嫌疑犯」的概念則相對模糊，一般是指刑事案件犯罪嫌疑人、被告。第三，遣返實施主體：「金門協議」確立的遣返實施主體為兩岸紅十字會組織。但除兩岸紅十字會組織外，相關公安司法機關也參與其中。第四，遣返方式：隨著兩岸交流方式的增多，除「金門協議」確立的「兩門（金門、廈門）對開，兩馬

（馬祖、馬尾）對接」海運模式外，也發展出一些新的模式，如「小三通模式」、「大三通模式」和「澳門模式」等，較「金門協議」的內容更為豐富。¹⁸

特別值得一提的是，2013 年 1 月 4 日，我國通過了「跨國移交受刑人法」，該法在很大程度上實現了對於「司法互助協議」的轉化，並為我國移交被判刑人提供了法源依據。該法採取全「准用」的方法破解了我國向大陸、港澳移管被判刑人的法制障礙，具有一定的示範效應。具體來說，在考量被判刑人實務需要以及兩岸間的特殊關係等諸多主、客觀因素後，採取務實的態度，在該法中規定與大陸地區及港澳地區間接移管被判刑人准用與其他外國間進行移管被判刑人的相關規定，而且其准用範圍沒有任何限制。此意味著法定程序完備後，就可將在大陸監獄服刑的臺灣籍罪犯接回臺灣執行。¹⁹ 且在司法實踐中，我國已有依據該法成功從大陸接回 5 名臺灣籍被判刑人回臺服刑的實例。²⁰

參、兩岸遣返毒品刑事犯之爭議及現況

兩岸的特殊關係，使得兩岸的刑事司法合作，必須是在不涉及主權爭議的前提下為協議，自然無法由政府機關出面，而必須委由民間團體為談判，1990 年，我方即經由紅十字會與對岸針對人犯遣返問題簽署「金門協議」，之後所簽署的司法互助協議中，其內容即更進一步擴大至協助偵查與共同打擊犯罪上，但關於此協議內容的擴大，不過是將已經存在的司法合作予以明確與明文化，真正對於防制犯罪具有實質影響者，仍是關於遣返的問題。海峽兩岸刑事犯和刑事嫌疑犯遣返事務已進行二十餘年，也

¹⁸ 楊雲驊、許恆達，「引渡逃犯與人員遣返之比較研究——以我國現況為中心」。

¹⁹ 宋錫祥，「論海峽兩岸司法互助制度的實施及其對港澳的啟示」，「一國兩制」研究（中國武漢），第 4 期（2014 年），頁 114。

²⁰ 「法務部接返第二批在陸服刑之臺籍受刑人」（2014 年 10 月 23 日），2016 年 2 月 1 日下載，<http://www.moj.gov.tw/public/Attachment/51211722172.pdf>。

獲得一定之成效，但海峽兩岸遣返人犯仍然存在許多困難，限制兩岸遣返工作的更全面性發展。海峽兩岸遣返工作的首要困難是兩岸模糊不清的法律定位以及仍未正常化的兩岸關係。兩岸之間的合作，因涉及「一個中國的原則」，使刑事司法管轄權的爭議，造成建立兩岸共同打擊毒品犯罪的障礙，而「一個中國原則」的問題，與兩岸的認同關係息息相關，兩岸的負向認同，使「一個中國」在兩岸之間無法形成共識，更因臺灣族群與統獨的分歧，使兩岸對於「一個中國」的認同漸行漸遠，造成兩岸合作的重大阻礙。²¹

自從兩岸開放之後，過往我方犯罪者逃往美國以規避訴追的趨勢，逐漸轉往大陸，而在兩岸互不承認對方主權的情勢下，也無法為相互的司法協助，自然形成犯罪防制上的漏洞，這也是刑事司法互助協議，乃以遣返人犯為首要談判主題的原因。而關於遣返人犯，首須遵守雙重犯罪原則，被請求引渡之人之行為，依請求國與被請求國之法律，均需構成犯罪，即為雙重犯罪原則之主要內涵，我國「引渡法」第二條前段：凡於請求國領域犯罪，依中華民國及請求國法律規定，均應處罰者，得准許引渡。即為立法明文雙重犯罪原則之事例。兩岸針對此行為皆被界定為犯罪行為，成為是否遣返的前提，而為了避免兩岸可能在法律認定上的分歧，關於得遣返的犯罪宜以重大並以列舉的方式為宜，因此，在「兩岸司法互助協議」的第四條，即明文雙重犯罪原則，並列舉出殺人、組織犯罪、販毒、經濟、貪污、劫機與恐怖活動等犯罪，就我方逃往大陸，多屬於販毒、偷渡與走私犯罪類型，藉由此協議的簽署，可以使司法協助的程序得以明確化，而有一共同的作業基準，此將有助於遣返流程的便利性，而可以有效防止逃往大陸地區規避訴追的漏洞。惟是否遣返，乃繫於受請求一方，而以目前情況，我方逃往大陸的人數遠高於對岸逃至臺灣者，詳表 1：

²¹ 黃益盟，「兩岸共同打擊跨國組織犯罪之合作—以毒品犯罪為例」，國立成功大學政治經濟學研究所碩士論文（2006年），頁 117。

表 1、「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」105 年 2 月份成效簡表
(統計期間：98 年 6 月 25 日至 105 年 2 月 29 日)

項次	互助事項	執行情形	備註
一	人員遣返	我方遣返 11 人予陸方(陸方共提出 19 件) 陸方遣返 460 人予我方(我方共提出 1,036 人)	
二	情資交換	我方請求 4,061 件(陸方回復 1,357 件,完成率為 33.41%) 陸方請求 1,346 件(我方回復 1,090 件,完成率為 80.98%)	
三	兩岸合作破獲案件數	雙方相關機關已合作偵破詐欺、擄人勒贖、毒品、強盜等計 179 案,逮捕犯罪嫌疑人 8,761 人。	其中兩岸偵破電信詐欺犯罪 86 案,緝獲嫌犯 6,871 人
四	文書送達	我方請求 49,954 件(陸方完成 40,352 件,完成率約為 80.77%) 陸方請求 12,545 件(我方完成 11,946 件,完成率約為 95.22%)	
五	調查取證	我方請求 1,121 件(陸方完成 688 件,完成率為 61.37%) 陸方請求 590 件(我方完成 541 件,完成率為 91.69%)	
六	罪犯接返	已接返 19 人	陸方迄今尚未提出接返請求
七	人身自由受限制通報	我方通報陸方 3,772 件 陸方通報我方 3,466 件	以詐騙、走私、危險駕駛、毒品(含販毒、吸毒)及交通肇事為主
八	非病死及可疑非病死通報	我方通報陸方 106 件 陸方通報我方 558 件	
九	業務交流	我方至陸方 227 團(次) 陸方至我方 178 團(次)	

資料來源：「兩岸二十三項協議執行成效(上網版)」(2016 年 2 月), 2016 年 5 月 22 日下載, 《中華民國行政院大陸委員會》, <http://www.mac.gov.tw/public/Attachment/6419112216.pdf>。

因此，是否遣返的主要決定權乃操之於對岸，而非我方，而在某些犯罪者，已於大陸地區取得相當的經濟或政治地位下，我方即便要求遣返，對岸勢必以人道原則或以遣返有損其公共秩序等理由為拒絕，若依此協議，僅是遣返某些不屬重大犯罪之人，而對於某些重大犯罪的指標性人物，視若無睹，則如此的協議內容，所能產生的效果即有侷限性及不確定性。

另由表 1 分析可得知，兩岸司法互助，雙方請求協助之數量，有著明顯差距。不論在人員遣返、調查取證等，雙方請求需求差異大，陸方自「兩岸司法互助協議」施行迄今，則均無請求協查此事項。因陸方於兩岸司法互助請求協助之數量，遠低於我方之請求，顯見現階段陸方關於協助之需求低，是兩岸司法互助目前呈不對稱態勢。再者，我方涉陸合作與交流之管道係採多軌授權進行，無論情資交換、人員遣返、調查取證等，陸方對我方同一事由透過不同部門各自請求之案件，屢有選擇性因應我方不同機關協查及通報，進而操控兩岸共同打擊犯罪及司法互助之疑慮。

有關「兩岸司法互助協議」執行上所面臨之困難，大陸方面因我國判決書等文書出現「我國」之用語或其他可能產生「兩國論」聯想之用語等「表述問題」，拒絕提供關於文書送達或調查取證之協助。²² 具體案例包括臺北地方法院 102 年度訴字第 702 號民事裁定、新北地方法院 101 年度家陸許字第 15 號認可大陸地區裁定、彰化地方法院 102 年婚字第 147 號離婚民事判決等裁定或判決，均因其中出現「我國」之用語等，遭大陸方面以難以提供協助等為由而退件。隨著兩岸交流的日益頻繁，遊走於兩岸的犯罪活動必然增加，因此刑事司法互助既必要且迫切，而針對販毒、偷渡與走私等犯罪，乃屬於兩岸共同面臨且必須防制的對象，則在此類犯罪較不涉及政治上的意識形態與主權爭議下，自然成為兩岸司法合作的首

²² 「國際及兩岸刑事司法互助協定執行之檢討」(2014 年)，2016 年 2 月 1 日下載，〈監察院〉，[file:///C:/Documents %20and%20Settings/YB/My%20Documents/Downloads/%E5%8F%B8%E6%B3%95%E4%BA%92%E5%8A%A9%E5%B0%88%E6%A1%88%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%A0%B1%E5%91%8A.pdf](file:///C:/Documents%20and%20Settings/YB/My%20Documents/Downloads/%E5%8F%B8%E6%B3%95%E4%BA%92%E5%8A%A9%E5%B0%88%E6%A1%88%E8%AA%BF%E6%9F%A5%E5%A0%B1%E5%91%8A.pdf)。

要對象，因此在遣返問題上，就不應有太多的非法律因素考量，惟有在互信與互動基礎下，才能使司法合作的過程更為流暢與迅速，也才足以防止日益嚴重兩岸毒品犯罪，並為未來進一步的訴訟管轄移轉，甚或刑事判決的相互認可協議，立下一個堅實的基礎。²³

肆、兩岸突破引渡困境之可行措施

海峽兩岸自 1949 年政治分立以來，於 2015 年 11 月 7 日由雙方最高領導人馬英九與習近平首次在新加坡會晤，會中主要就推進兩岸關係和平發展交換意見，但雙方沒有簽署協議或發布共同聲明。這次馬習世紀之會，最重要的效應是鞏固了「九二共識」。此會維持「對等／尊嚴」的架構，呈現出馬政府對「一中各表」的試探，整場馬習會，可謂是一場「九二共識」定義權的角力。習要「一中原則」，馬爭「一中各表」，雙方的交集應在「求同存異」，底線是不可丟掉「九二共識」這四個字。²⁴ 隨後海基會與海協會同年 11 月 30 日於海基會舉行「第三次兩岸協議成效與策進會議」，該會議進一步深化重要協議執行效益並針對未來努力方向做務實討論與前瞻，主要彰顯目標包含延續馬習會兩岸關係正向氛圍、追求協議成效「好還要更好」等。這是兩會第三次召開此類會議，顯見雙方高度重視過去協議的執行情形及執行成果；這一年多來，兩會在對等、尊嚴、互惠的原則下，舉行過 11 次會談，並簽署 23 項協議，主管兩岸事務首長也舉行兩岸事務首長會議 4 次，針對兩岸已簽署並生效的 20 項協議執行情

²³ 吳景欽，「兩岸共同打擊犯罪協議的盲點」(2009 年 1 月 23 日)，2016 年 2 月 10 日瀏覽，《今日新聞網》，<http://www.nownews.com/n/2009/12/23/799847>。

²⁴ 社論，「馬習會：鞏固九二共識 試探一中各表」(2015 年 11 月 8 日)，2016 年 2 月 10 日瀏覽，《聯合新聞網》，<http://udn.com/news/story/7338/1300664-%E8%81%AF%E5%90%88%E5%BC%8F%E9%A6%AC%E7%BF%92%E6%9C%83%E5%BC%9A%E9%9E%8F%E5%9B%BA%E4%B9%9D%E4%BA%8C%E5%85%B1%E8%AD%98--%E8%A9%A6%E6%8E%A2%E4%B8%80%E4%B8%AD%E5%90%84%E8%A1%A8>。

況與策進做動態檢視，雙方共同追求互利雙贏，可謂極具意義。²⁵

我國和大陸地區分屬兩個政治實體，兩岸間之罪犯遣返涉及雙方主權問題，尤其對刑事犯而言，予以遣返具有「準引渡」之功能，惟因兩岸並無類似引渡之規定，兩岸非不得類推適用「引渡法」之規定。²⁶ 依據我國內政部警政署 103 年 4 月 30 日警署刑際字第 1030002107 號函表示，「引渡」與「遣返」之差異如下：

一、引渡：屬於國與國間之司法互助，係指一國將在其領域外犯罪之個人，依據條約、互惠原則或睦誼，應有管轄權之他國請求，解交該他國，使其受刑事追訴或處罰。

二、遣返：係我國針對特殊外交及兩岸處境之因應作為，即便在我國未與他國簽署引渡條約之情況下，仍得以各自國內之移民法作為法源，以移民法上「驅逐出境」或「遣返」等替代引渡作為，非屬「引渡」之範疇。

再依據法務部 103 年 5 月 30 日回復資料表示，我國「引渡法」僅規範「自我國引渡至外國」之程序，而未規範「自外國引渡至我國」之程序，故欲自外國引渡外逃人犯至我國，須尋求其他替代作法（例如遣返等），或依該外國之內國法進行，因此，內政部警政署迄今從未根據引渡條約將人犯「引渡」回國，所有自國外強制「遣返」之人犯，均在警政網絡的合作架構下，不斷的溝通、協調，透過情資交換，協助查緝，或派員前往相關國家（地區）協助偵查，方能完成緝捕及遣返之任務。

職是之故，如何在「兩岸司法互助協議」之基礎上，進一步依據國際上有關引渡原則的內涵：1、雙重犯罪原則。2、引渡效果有限原則。3、或引渡或起訴原則。4、政治犯不引渡原則。5、本國國民不引渡原則。6、軍事犯不引渡原則。7、一事不再理原則。8、死刑犯不引渡原則，能

²⁵ 楊佳穎，「兩岸協議策進會 施惠芬提三目標：延續馬習會正向氛圍」（2015 年 11 月 30 日），2016 年 2 月 10 日瀏覽，〈東森新聞雲〉，<http://www.ettoday.net/news/20151130/605488.htm>。

²⁶ 謝承哲，「兩岸刑事司法互助遣返之研究」，國防大學管理學院法律學系碩士論文（2012 年），頁 101。

依上述原則精神與對岸達成較能確實履行之遣返協議，為免中國大陸成為在臺灣犯罪者之避難天堂，積極研擬突破引渡困境之可行措施實為政府當務之急，由於我國國際處境特殊，外交屢遭困境，尤其在兩岸政治角力上難以突破，如前文一再強調，若要透過正式管道，由我國司法機關依條約規定，向對岸對應的司法機關請求人犯從國外引渡回臺，以現時的政治態勢而論，幾乎毫無可能性。即便現實上難以引渡，但筆者以為仍可參酌國際間補充引渡條約不足的司法合作模式，取其精神以發展作為引渡之替代措施，或可日後與對岸再起合作協議談判機制，以下茲就國際間常見之可行的引渡替代措施做一介紹：

（一）移民程序

即在雙方未締結引渡條約之現實下，利用外逃所在地國之「引渡法」達成遣返回國受審之目的，可謂目前國際間相當時興也相當快速的一種引渡替代措施，所謂的「引渡法」遣返，主要是指「一國通過遣返非法移民、驅逐出境等方式將外國人遣送至對其進行刑事追訴的國家，無論作出遣返或驅逐決定的國家具有怎樣的意願，這在客觀上造成與引渡相同的結果，因而也可被稱為事實引渡」。²⁷ 亦即以事實引渡與正式引渡相較，二者之目的均在於協助請求國實現刑罰權；二者於審理期間，依據我國「入出國及移民法」第 38 條第 1 項規定，在臺外國人有：1. 受驅逐出國未辦妥出國手續。2. 非法入國或逾期停留、居留。3. 受外國政府通緝。4. 其他認有必要者之一者，入出國及移民署得暫予收容。其中案例：（1）蘇 0 星為泰國籍人，2008 年間因填載資料不實為移民署處分強制驅逐出國，惟未實際離境，嗣於 2010 年間遭逮捕。該署以其有上開規定 1、2 款之理由，而收容在南投收容所，至遣返日止共收容 90 日。（2）PUR 為印尼籍人，2008 年底自雇主處逃離遭撤銷聘僱，2010 年間經移民署以其逾期居

²⁷ 謝國樑，「引渡困境之檢討」，國立政治大學法律研究所碩士在職專班論文（2013 年），頁 103-104。

留有上開規定 2 款之事由，而予收容，至遣返日止共收容 145 日。二人分別聲請提審，均遭法院以非因犯罪嫌疑被逮捕拘禁，與提審法第 1 條規定不符而裁定駁回，乃分別主張系爭規定違憲，聲請解釋。

大法官就上述二案受理後併案審理，於 2013 年 2 月 6 日作成釋字第 708 號解釋，宣告「引渡法」38 條 1 項雖得規定移民署為遣送所需合理作業期間得為暫時收容，惟未賦予即時司法救濟機會，且逾越暫時收容期間之收容，非由法院審查決定，均違「憲法」8 條 1 項保障人民身體自由之意旨，應二年內失效。理由為：1. 「收容」嚴重干預人民身體自由，自須踐行必要之司法程序或正當法律程序；惟因非對刑事被告之限制，是其程序可不必與刑事被告相同。2. 收容之目的在遣送出國，移民署須有合理作業期間以執行遣送事宜，於此期間內該署得暫時收容，惟應給予即時有效之司法救濟。3. 考證收容實務，移民署合理作業期間以 15 日為上限；倘受暫時收容人不服，應即於 24 小時內移送法院裁定。4. 暫時收容期間將屆，移民署認有繼續收容之必要者，因事關人身自由之長期剝奪，基於憲法保障人身自由之正當法律程序要求，應由法院依法審查決定，始能續予收容；有延長收容之必要者，亦同。大法官並指出 2011 年 11 月 23 日修訂之現行法雖已強化保障受收容人，但仍有上揭不符憲法部分；衡酌法律修正須經歷一定時程，且須妥為研議完整配套，故宣告相關機關應於 2 年內檢討修正，屆期相關規定失效，再依「引渡法」第 16 條規定（法院受理請求引渡之處置）：該管法院檢察處，受理請求引渡之案件後，檢察官依「刑事訴訟法」之規定，對於人犯得命拘提羈押及同法第 17 條規定（人犯到場後檢察官之處置）：人犯到場後，檢察官應於 24 小時內加以訊問，告以請求引渡之內容，並儘速將案件移送法院。法院受理前項移送案件後，依刑事訴訟法之規定，對於人犯得命拘提羈押，前述法規均得限制人身自由；二者於強制當事人出境後，均不容許當事人自由決定前往何國。是以，事實上引渡與正式引渡之目的及手段並無不同，惟二者自應踐

行相同之正當程序，始符合平等原則。²⁸

基本上，對非法移民遣返或者驅逐出境，是指「為了對外邊分子提起刑事訴訟或者執行刑罰，由於無法開展引渡合作或者出於其他目的，由欲提起訴訟或者執行刑罰的國家向逃犯所在地國家提供其違法犯罪線索，以便後者在符合本國有關移民法相關規定的條件下，將行為人強制遣返至第三國或迫逃國的一種合作方式。²⁹ 由於我國特殊之國際現實情況，正式循「引渡法」規定引渡人犯之案例幾乎未曾出現，實務上，反而讓屬行政範疇之「入出國及移民法」內「第六章 驅逐出國及收容」等規定實質取代引渡人犯至請求國。對於中國大陸部分，無論是「金門協議」或「兩岸司法互助協議」均避免使用「引渡」這一通常國際法用語，且以行政機關審查程序為之，大陸學者趙國強認為，「互助協議」對刑事犯或刑事嫌疑犯之所以使用「遣返」這個概念，主要是出於三個方面的考慮：第一個方面是因為在「金門協議」中，雙方已經將「刑事犯或刑事嫌疑犯」同「違反有關規定進入對方地區的居民」合在一起，共同使用了「遣返」這個概念，故「互助協議」只是繼續沿用了「遣返」一詞；第二個方面是因為就詞義而言，「遣返」也可以說包含了移交的意思；第三個方面是因為海峽兩岸的刑事司法協助非屬兩個主權國家之間的刑事司法協助，故使用「遣返」概念就可以同主權國家之間的「引渡」概念嚴格區分開來，這也是最重要的一個原因。基於此，在「互助協議」中使用「遣返」這個概念就得到了雙方的認同。³⁰ 另一位大陸學者郝魯怡也提出：2012年「出境入境管理法」作為大陸第一部統一的出入境管理立法，確立了非法移民及其遣返法律制度，其內容具有以下特點：1. 制度建設方面，明確界定了非法移民範疇並以此建立非法移民的遣返法律制度，受遣返的非法移民包括非

²⁸ 洪欣昇，「我國引渡制度之現況與展望——兼論林克穎案」，頁 54。

²⁹ 張笑，「論引渡替代措施」，吉林大學法學院碩士論文（2010 年），頁 26-31。

³⁰ 趙國強，「從《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》談起」（2013 年 3 月 28 日），2016 年 5 月 22 日下載，《澳門基本法推廣協會》，http://www.basiclaw.org.mo/index.php?p=5_1&art_id=1456。

法出入境、非法居留、非法就業的外國人。2. 就立法技術而言，對大陸非法移民遣返適用的法律程序做了較為合理、清晰的安排，實施非法移民遣返措施必須依據法定程序。根據行為涉嫌程度不同，採用有差別的管控措施，這樣不僅體現了執法的嚴謹性，而且能夠有效保障受遣返非法移民的個人權利。³¹

事實上，遣返以及為順利遣返進行而不可或缺之逮捕和收容等，均影響人民基本權利極為重大，尤其是人身自由、法官審查與訴訟權保障等，臺灣現行法制與實務操作係依據「臺灣地區與大陸地區人民關係條例」第18條之強制出境規定，進入臺灣地區之大陸地區人民，有下列情形之一者，治安機關得逕行強制出境。但所涉案件已進入司法程序者，應先經司法機關之同意：1. 未經許可入境。2. 經許可入境，已逾停留、居留期限。3. 從事與許可目的不符之活動或工作。4. 有事實足認為有犯罪行為。5. 有事實足認為有危害國家安全或社會安定之虞。進入臺灣地區之大陸地區人民已取得居留許可而有前項第三款至第五款情形之一者，內政部入出國及移民署於強制其出境前，得召開審查會，並給予當事人陳述意見之機會。然而僅由行政機關「得」召開審查會，給予當事人陳述意見之機會等保障機制，已經與憲法以及國際人權公約相距甚遠，如何修正始符合憲法及國際人權公約之要求，尤其是必要之司法救濟有無提供等，均值得關注。³²至於大陸依其移民法制是否得操作遣返我方人員之可行性，就其移民法遣返的依據而言，主要是國內法，即作出遣返決定的依據是大陸與移民有關的法律。³³由於兩岸分屬兩個政治實體，且於「一中各自表述」下，除非雙方放下主權堅持，現階段尚屬窒礙難行，惟在司法上的合作，時常受到政治與外交緊張關係的影響，因此未來兩岸合作的成效除了要觀察合作機

³¹ 郝魯怡，「非法移民及其遣返法律制度研究」，河北法學（河北），第31卷第11期（2013年11月），頁100。

³² 楊雲驊、許恆達，「引渡逃犯與人員遣返之比較研究——以我國現況為中心」。

³³ 周強華，「我國反腐追逃中的移民法遣返措施初探」（2012年8月20日），2016年5月21日下載，《湖南省雙峰縣人民法院》，<http://sxfy.chinacourt.org/public/detail.php?id=867>。

制能否落實之外，也要關注兩岸關係的走向。

（二）國際刑事司法互助

即「各國為達成其刑事司法目的，而依條約、協定或其他國際刑事規範，或透過一定之國際組織，而相互為請求或協助之國際刑事司法行為」，其類型可分為「犯罪人引渡」、「狹義國際刑事司法互助」、「外國刑事判決之執行」及「刑事訴追之移管」等型態，且最早之沿革亦係從引渡犯罪人開始而次第發展。直至今日，國際間在條約實務上則多以提供締約國「最廣泛之司法互助」為宗旨。³⁴ 至於將相關刑事犯罪證據蒐集之後，再轉交人犯所在國家，由該國進行刑事控訴的「刑事管轄權移轉」作法，某程度而言確實是較為合理且可行的機制，在某些情況下，由於外國司法單位有意訴追，人犯考慮於外國或本國受審的情形之後，可能自願返國接受刑事制裁，從而達成人犯回國接受刑事審判的實質效果；又例如外國司法單位進行刑事訴追並執行之後，也有可能將人犯遣返回我國，再由我國針對未成功訴追的罪名追究刑責，間接地達到遣返人犯的相同效果。³⁵ 然而兩岸間人文、地理等歷史背景相似，若一味以國際司法互助相關國際公約作為執行引渡準則，在實務操作上必然將面臨困境，故在執行面上可參酌大陸與香港、澳門間之區際司法互助模式，亦即以雙方或多方規約或者按照互利原則為根據進行區際刑事司法協助。³⁶ 但所謂區際刑法，是指一國之內不同區域各有獨立的刑法秩序時，犯罪行為原則上依犯罪地法律處罰，不過前提是，在內國刑法管轄權分配下，不只是聯邦政府，而且各邦政府也都有權制定刑法，才可能發生區際刑法，這與兩岸間並非聯邦關係，亦有很大之差異。當然，大陸學界主要主張之在「一國兩制」框架下

³⁴ 邱鼎文，「論經由司法互助取得證據之證據能力——以傳聞法則與排除法則為中心」，東海大學法律學院法律學研究所碩士論文（2012年），頁8。

³⁵ 楊雲驊、許恆達，「引渡逃犯與人員遣返之比較研究——以我國現況為中心」。

³⁶ 閻敏才，「區際刑事司法協助規範化若干問題探討」，區際刑事司法協助研究（澳門），2002年9月，單行本，頁65。

的區際刑法理論，並將此適用在大陸與港、澳之間，但由於中華民國為一主權獨立的國家，與香港及澳門不同，我國政府根本否定「一國兩制」此一制度，因此，陸方學者附著於「一國兩制」框架下的區際刑法理論，在我國無從採行。³⁷ 但為因應臺海現況宜作情勢變更，故筆者認為對此採「準國際司法互助」性質，應有國際法上刑事司法互助法理之適用，較為妥適。

伍、結論與建議

一、結論

2009 年在半官方的海基會及海協會代表下，兩岸簽訂「兩岸司法互助協議」，自簽訂以來，已經有相當數目自中國大陸遣返人犯的案例，而在遣返案例實踐上，可得出遣返有「國籍管轄」、「雙重犯罪」原則、「政治、軍事、宗教、財稅犯不引渡」原則、「國民不引渡」原則、以及「死刑犯不引渡」原則等。從而，反應在兩岸遣返案例上，仍應援引「引渡」法理下所揭示之各項原理、原則，此亦呼應本文主張兩岸屬「準國際司法互助」之性質。

由於兩岸國情特殊，欲相互簽訂引渡條約顯有窒礙難行之處，所以我國除了以其他替代措施作為引渡的手段之外，可先從狹義的刑事司法互助著手，另與非邦交國簽定司法互助協議，加強我國與國際社會刑事司法互助的關係，以提升國際地位與能見度，再進一步提供我國近年來的引渡實踐，積極與對岸溝通並商談簽訂依引渡法理下雙方認可的遣返方式，使之意識到，引渡就是最好的打擊跨國毒品犯罪最有效的手段，不應讓國家主權與外交關係的爭議，阻礙了打擊犯罪的重要價值，避免因為國家主權的

³⁷ 楊雲驊，「刑事司法互助法之比較研究——以我國現況為中心」（2014年3月），2016年5月22日下載，《政大機構典藏》，<http://nccur.lib.nccu.edu.tw/bitstream/140.119/85650/1/PG10209-0113.pdf>。

堅持，造成實現司法正義的障礙。³⁸

二、建議

兩岸地區涉及跨境犯罪，常因不同的法律制度、社會習慣，造成跨境犯罪的偵審過程，往往有許多的難題需要克服，筆者對兩岸跨境犯罪引渡策略建議：（一）應建立兩岸犯罪情資即時交流機制與平臺；（二）並由個案累積經驗，建立互信與共識，以利加強緝捕和遣返案犯；（三）以港、澳為互助橋樑，執行面上可參酌大陸與香港、澳門間之區際司法互助模式，尋求兩岸司法合作的第三管道；（四）積極推動兩岸司法警政人員的互訪、培訓及業務交流，可無形中增強互信和共識。其中值得注意的是，現今大陸地區與港、澳之間司法機關關於刑事司法互助事項，其相互交流交往頻繁、關係密切，但主要是建立在「個案協查」的模式與進行，往往依賴過去的默契與經驗。雖然「中華人民共和國香港特別行政區基本法」和「中華人民共和國澳門特別行政區基本法」等兩部基本法已為港澳特別行政區與大陸地區司法機關相互間進行司法互助工作提供基礎的法律依據，其分別在第 95 條和第 93 條均規定香港、澳門特別行政區可與大陸其他地區的司法機關通過協商依法進行司法方面的聯繫和相互提供協助。³⁹ 又臺灣與香港特別行政區及其與澳門特別行政區同樣可以避開政治問題，就區際間的刑事司法合作問題進行溝通與交流，簽訂相關協議，將區際刑事司法合作的內容、模式、主體予以法律化，從而建立穩定的區際刑事司法合作機制。當然，從程序上看，臺灣與香港及其與澳門特區簽訂刑事司法互助協議，需要經過特定的步驟。根據「中央人民政府處理『九七』後香港涉臺問題的基本原則和政策」與「中央人民政府處理『九九』後澳門涉臺問題的基本原則和政策」的精神，在港澳特區方面需要大陸中

³⁸ 洪期榮，「引渡法之理論與實務——從國際引渡法論臺灣制度」，國立臺灣海洋大學海洋法律研究所博士論文（2013 年），頁 513。

³⁹ 楊雲驊，「刑事司法互助法之比較研究——以我國現況為中心」。

央人民政府的批准或者經中央人民政府授權的特區行政長官的批准。而臺灣在目前似乎也不太可能直接在官方層面上與港、澳特區簽訂協議，但臺灣可根據其「香港澳門關係條例」第7條的規定，授權其駐港、澳特區的相關機構來簽訂有關協議。⁴⁰ 復參酌兩岸目前特殊的政治型態與皆得行使獨立司法管轄權的事實，就應援引國際刑事司法互助之若干基本原則，採取所謂「區際刑事司法互助」之特別模式。⁴¹ 在海峽兩岸已開啟成功模式的情況下，這未嘗不是未來值得注意及努力的方向。

另外隨著全球化的趨勢發展，為強化兩岸暨國際間刑事司法互助發展，破除沒有邦交即無法進行司法互助之舊有迷思，對於國內外法制之歸納統整及加強法制人員對於法理解釋及執法技巧等培育訓練，應為當前所面臨重要之課題，此仍有待我國研究者、實務工作者及相關學術單位共同努力，方能使其更加充實完備。

面對臺海兩岸詭譎多變的政治情勢，不論依「引渡」法理精神下的遣返替代措施能否有效實踐，兩岸間錯綜複雜的政治問題才是關鍵，雙方都應該拋棄司法主權絕不退讓的觀念，共同營造和諧的氣氛，朝向更廣義的刑事司法互助前進，為打擊犯罪不法，在法律層面須先行處理的需求下，雙方最終仍應透過政治協商，積極努力實踐法律層面的需求為是。

⁴⁰ 趙秉志、黃曉亮，「論中國區際刑事司法合作法律機制的構建」(2014年4月1日)，2016年5月22日下載，〈海峽兩岸關係法學研究會〉，<http://www.larats.org.cn/plus/view.php?aid=727>。

⁴¹ 謝立功，「兩岸刑事司法互助之規劃——試擬兩岸刑事司法互助協定草案」，〈區際刑事司法協助研究（澳門）〉，2002年9月，單行本，頁118。