

肯亞事件後續效應： 改變「己方人民不遣返」的現狀？

The Aftermath of the Kenya Incident: A Change to the
“Non-Extradition of Nationals” Principle?

戴世瑛 (Tai, Shih-Yin)*

臺中律師公會大陸法令研究委員會前主任委員

壹、前言

臺籍詐欺案嫌犯在肯亞遭強押赴大陸，全國輿論譁然，國際關切矚目。我方堅持主權立場，引據簽署生效之《海峽兩岸司法互助與共同打擊犯罪協議》（以下簡稱《協議》），並援用雙方由第三地各自接返己方居民之先例，要求對岸表現善意，遣返處理，結果如何，尚待觀察。

從法理嚴格來講，兩岸間各自管轄在第三地查獲的己方居民犯罪，與互不遣返在對方域內犯罪的己方人民，即所謂「己方人民不遣返」，概念上固不盡相同。但兩者，同樣反映落實了「法域獨立，各自管轄」的事物本質，從而舉輕明重，在對岸借著肯亞事件，已打破變更了對於在第三地緝獲己方居民犯罪，雙方「各自偵辦，各自接返」的共識或默契後，隨之是否將進一步挑戰兩岸之間，長久以來維持的「己方人民不遣返」的原則？倘由業已揭露的若干資料來看，似不無警訊，值得吾人重視。

* 作者為執業律師，國立政治大學法學碩士，北京中國人民大學法學博士。

貳、「己方人民不遣返」是不是原則？

眾所周知，兩岸間遣返具有實質引渡的效果，雙方的「己方人民不遣返」概念，乃參照仿自國際「國民不引渡」(Non-extradition of Nationals)原則而來。按考證，「國民不引渡」原則最早可溯及歐洲中世紀領主保護附庸領民的封建制度。當外國請求引渡本國公民時，本國應予拒絕，其理由不外乎：堅持屬人管轄、保護本國公民、不信任外國司法制度、維護國家尊嚴等。為傳統大陸法系國家所採行，類似規定，如我國《引渡法》第4條第1項：「請求引渡之人犯，為中華民國國民時，應拒絕引渡」。或如大陸《中華人民共和國引渡法》第8條第1款：「外國向中華人民共和國提出的引渡請求，有下列情形之一的，應當拒絕引渡：(一)根據中華人民共和國法律，被請求引渡人具有中華人民共和國國籍的」。

然根據研究，隨著人權普遍受獲重視與刑事訴訟制度的改進，時至今日，不引渡本國公民的依據，逐漸轉弱，充其量僅只剩下保護國家主權及滿足國民情感而已。況且，倘執意貫徹此原則，將造成縱容國民域外犯罪的重大弊害。意即本國公民在國外犯罪，一旦逃回國內，即可藉國民身分資格以為護身符，不受犯罪地追訴懲罰，形同鼓勵投機不法。¹ 尤其面對全球化時代，例如跨境走私、詐欺、偽鈔、非法入境、組織犯罪、綁架勒索、販運毒品，甚至國際恐怖主義等犯罪，所呈現跨國性、多元化、智能型等發展趨向。濫用該原則，概予拒絕引渡本國公民，易引發升級外交紛爭，破壞了共同打擊犯罪的國際刑事司法合作關係，為世界和平與安全埋下隱憂。

因此，針對「國民不引渡」的弊端漏洞，部分國家透過修法，從絕對拒絕引渡本國公民，轉向改為相對彈性准許。例如2000年修正前，德國《基本法》第16條第2項規定：「德國人民不得引渡於外國」，修正後增加但書為「但在符合法治國原則的情況下，得以法律就引渡至歐盟或國際

¹ 周成瑜，海上犯罪與國際刑法（臺北：五南，2007年9月），頁161-162。

法院為其他規定」。或者補充明定，於拒絕外國引渡請求時，應即移送司法追訴審理（『或引渡或起訴』原則），如 1990 年通過《聯合國引渡示範條約》（UN Model Treaty on Extradition）第 4 條：「遇下述任一情況，可拒絕引渡：（一）被要求引渡者為被請求國國民，如被請求國據此拒絕引渡，則應在對方提出請求的情況下將此案交由其本國主管當局審理，以便就作為請求引渡原因的罪行對該人採取適當行動。」更有甚者，透過對外簽署雙邊或多邊條約，於締約國間，一方面取消「國民不引渡」的作法，一方面要求請求引渡國附加「先引渡，後移管」的承諾，即以返國執行作為准予引渡條件（『審罰分離』原則）。如此一來，既實現共同打擊跨境犯罪目的，又可有效保護本國公民人身基本權利，便利其教育改造，更可節省審判國執行刑罰支出，與緩和己方人民對於讓渡或限縮國家主權的反彈。例如 1998 年通過《國際刑事法院羅馬規約》，強調各國人民唇齒相依、休戚與共，針對國際社會關注的最嚴重犯罪，國際刑事法院（International Criminal Court）有權向未進行調查追訴處罰的締約國提出引渡請求，後者不得以國籍對抗其管轄。又如 2002 年通過《歐盟逮捕令及解送程序架構協定》（the Council Framework Decision on the European Arrest Warrant and the Surrender Procedures between Member States），除不再將國籍作為拒絕執行事由，其第 5 條第 3 項還約定，逮捕令得訂定條件，待聽審進行後，將被告人送回本國執行其所被判處之徒刑或拘禁。

值得一提的是，就連《引渡法》剛性規定，不得引渡本國公民的大陸，近來亦追隨國際趨勢，為深化與他國間刑事司法合作關係，在其對外所簽訂引渡條約，如 1994 年《中泰引渡條約》、1999 年《中柬引渡條約》，2001 年《中秘引渡條約》中，都並未將本國公民列入「應當拒絕引渡的情形」，而是同意由被請求方根據具體狀況裁量決定。對此，支持者認為，大陸上述變通，係因世界上確仍存在注重屬地管轄，法律並不禁止引渡本國公民的國家。與之締結引渡條約，或開展刑事司法合作時，應根

據實際情況，採取較靈活的態度。當存在下列情形之一時，可以酌情不拒絕引渡：一、雙方就引渡本國公民達成或正達成具體協議；二、雙方交往密切，政治與司法合作關係良好，相互引渡本國公民有助保護犯罪地社會秩序，打擊威懾境外犯罪，維護睦鄰友好與相互信任；三、被請求引渡的本國公民，長期居住請求引渡國，熟悉適應其環境條件與法律制度，於該地接受審判服刑，能實現維護其正當權益，有利出獄後重返社會；四、被請求引渡人在請求引渡國參與訴訟與接受審判，有利案件調查取證，查清事實。被請求引渡人也明白表示，願意在外參與訴訟與接受審判；五、請求國明確承諾，或存在以被判刑人移管，送回所屬國執行刑罰作為引渡條件的刑事司法合作關係。²

上述現況與變革，在在彰顯，不論是在國際或對岸，不引渡本國公民，並非一顛撲不破的真理，所謂「國民不引渡」的原則，正在逐漸鬆動中。何況，因法權事實難及國外，故多數國家《刑法》的立法，原採折衷主義，明定本國公民在外國領域犯罪，需符合一定要件，始有《刑法》的適用，我國《刑法》第7條：「本法於中華民國人民在中華民國領域外犯前二條以外之罪，而其最輕本刑為三年以上有期徒刑者，適用之。但依犯罪地之法律不罰者，不在此限。」即是一例。³

由此亦見，討論相關議題時，國內若干名嘴與媒體評論者所主張的「自己國民自己審」，其實不盡符合現行法規、國際主流思潮與法制發展趨勢。也與我國之前向英國請求，引渡在臺肇事歸逃英商林克穎的立場，自相矛盾。

同理推論，脫胎仿自國際「國民不引渡」的兩岸「己方人民不遣返」原則，未來有無可能生變，導致我方治權受到壓縮，值得嚴肅對待。

² 黃風，國際刑事司法合作的規則與實踐（北京：北京大學出版社，2008年7月），頁45-47。

³ 黃源盛，晚清民國史料輯注（上）（臺北：元照出版社，2010年7月），頁41、368-369。

參、對岸如何看待「己方人民不遣返」

審視兩岸間，一項與本討論攸關的前提事實是，2009 年雙方簽訂之《協議》，按照我權責單位解釋，係參考國際刑事司法互助慣例，已納入「己方人民不遣返」原則，故在《協議》第 6 條第 3 項明定：「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」。⁴ 據此，法務部更制頒《海峽兩岸緝捕遣返刑事犯或刑事嫌疑犯作業要點》第 6 條規定：「法務部接獲大陸地區主管部門以請求書請求協助緝捕、遣返刑事犯、刑事嫌疑犯時，應審酌是否符合下列事項，以為准駁：（一）受緝捕、遣返人為非臺灣地區人民」。事實上，《協議》生效後，雙方對於本地居民，在對方境內犯罪後，歸逃己方境內的刑事被告或犯罪嫌疑人，實務也不曾為人員遣返或案件移交。或正因此，對於在第三地，包括 2011 年菲律賓，與後來在東南亞其他國家被捕的己方人民，雙方曾建立過「各自偵辦，各自接返」的合作模式。但難予否認地，對於所謂《協議》已納入「己方人民不遣返」原則的說法，大陸方面似未曾背書同意，或給予明確承諾。實則，若從《協議》第 6 條第 3 項約定本身文義來看，亦有欠明瞭。

其次，如前所述，大陸學界就「己方人民不遣返」前身的「國民不引渡」原則，原不主張堅持。對於兩岸不遣返己方人民，除少數仍予肯定，認為此舉可以照顧到目前兩岸實際狀態，同時有利於行為人被判刑後的服刑改造，易為雙方接受外，⁵ 絕大多數均傾向持否定看法。後者觀點，係秉持「一中」原則，認為兩岸間不論那一法域內的居民，都是中國公民，相互配合移送，合法合情，故國與國之間所適用的「國民不引渡」，不該適用在雙方的刑事司法互助中。不遣返己方人民，不僅違反了相互尊重和屬地管轄原則，而且不利於案件調查審理，實現審判公正及打擊跨境犯

⁴ 行政院大陸委員會，第三次江陳會談成果打擊犯罪與司法篇（臺北：行政院大陸委員會，2009 年 4 月 30 日），頁 7。

⁵ 趙秉志，「海峽兩岸間刑事案件移交和已決犯移管問題研究」，在趙秉志主編，中國區際刑法問題專論（北京：中國人民公安大學出版社，2005 年 3 月），頁 326。

罪。其適用，與區際司法協助目的背道而馳，可說是「後患無窮」。⁶

此外，國內媒體報導，大陸公安部曾要求逮捕引渡涉嫌在該地區殺人後返臺的和信醫院黃姓醫師。⁷ 其官方人士亦表達過，試圖片面改變作法，針對未來如有大陸籍人士被害，將要求我方同意將臺籍嫌犯送至大陸受審。⁸

基上，足見大陸方面，就改採屬地管轄與保護原則，變更兩岸歷來「己方人民不遣返」的刑事司法互助模式，或已覓得切入點，預為謀劃。

肆、利弊分析與建議

現仍維持運作的「己方人民不遣返」原則，日後是否將面臨測試或突破，尚難斷言。惟為防微杜漸，免遭類似肯亞事件的不測衝擊，以致戕害互信，矮化國格計，對該原則的利弊得失，實有必要詳加評估。

參酌「國民不引渡」原則的實踐經驗，可以想見，堅持「己方人民不遣返」，較能保護我方居民，免遭對岸可能不公平或不合理的追訴、審判或處罰，捍衛我國主權及尊嚴，並與實務一向認為大陸地區屬我國領域，在大陸地區犯罪，為《刑法》第3、4條所規定「在中華民國領域內犯罪」，按《兩岸人民關係條例》第75條：「在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，雖在大陸地區曾受處罰，仍得依法處斷」，我方具有司法審判權及管轄權的立場相契合。⁹

反之，堅持不遣返己方人民，可能造成放縱犯罪，招致對岸受害人與

⁶ 馬克昌，「我國區際刑事司法協助的內容芻議」，在何超明、趙秉志編，區際刑事司法協助研究（澳門：澳門特別行政區檢察院、澳門檢察律政學會，2002年9月），頁239-240；張淑平，海峽兩岸刑事司法互助研究（北京：九州出版社，2011年12月），頁60；時延安，「《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》之學理研究」，在馬新嵐編，2009海峽兩岸司法實務熱點研究（上）（北京：人民法院出版社，2010年6月），頁151-152。

⁷ 張文川、林相美、黃敦硯，「醫生殺中國二奶 回臺1年後被逮」，自由時報，2011年1月27日，第AA1版。

⁸ 羅添斌、項程鎮，「打馬一槍 中國挑戰我司法管轄權」，自由時報，2014年12月14日，第A1版。

⁹ 最高法院71年度臺上字第8219號判例、同院90年度臺上字第4247號刑事判決。

社會反彈。同時，追訴審理成本增加，與證據蒐集困難，亦可能造成訴訟延宕。倘若有偵辦鬆懈，案經不起訴、宣告無罪，或判刑過輕等情事，易使對岸或外國產生不信任感，或將妨礙我方與大陸，包括與國際之間，關於合作防堵犯罪與刑事司法互助的開展。甚至刺激對方，轉而對我方居民，採取諸如綁架、誘捕等非正規手段，破壞交流關係。特別應留意的是，仍然逃匿於大陸的我方通緝要犯，如其本地戶籍被廢止，另取得對岸戶籍，於我欲向大陸請求遣返時，是否反使其以「己方人民不遣返」為由包庇拒絕，從而影響打擊犯罪成效，¹⁰ 亦值商榷。

職是之故，應否遣送己方人民，問題複雜敏感，得失利弊互見。事涉政策取捨，筆者不敢置喙。然愚意以為，既簽署《協議》作為彼此刑事司法互助的依據，鑑於該《協議》，目前僅有框架性及原則性規定，且當初為儘量促成合作，擱置爭議，相關約定不免概括模糊。是當務之急，應為把握此番交涉處理肯亞事件的機會，重啟兩岸談判協商，補充細化原有約定，或續簽相關協議，確立處理準則，以避免在司法管轄與人員遣返等層面，無預警地再生事端。日前，即將新任的法務部長表示，要有更細緻的《補充協議》，以建立兩岸打擊犯罪的 S.O.P.（標準作業程序），¹¹ 確屬正辦。

爰此，就法論法，謹就相關談判折衝內容，另提供些許淺見：

一、關於《協議》法律定位：大陸對於兩岸《協議》的法律性質，態度曖昧模糊。其學者即有認為，兩岸看待《協議》之法律效力位階不一致，甚至存在衝突。該法律效力認識上的差異，容易導致對待《協議》的態度，隨著雙方政治關係變化而改變，進而影響《協議》的實施，¹² 風險不宜輕忽。

¹⁰ 陳文琪，「兩岸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 215。

¹¹ 林河名，「準法務部長邱太三：兩岸打擊犯罪 應該建立 SOP」，聯合報，2016 年 4 月 20 日，第 A5 版。

¹² 宣炳昭、何偉龍，「海峽兩岸刑事司法合作現狀研究—《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》之解讀」，在海峽兩岸關係法學研究會編，海峽兩岸法學研究—兩岸關係和平發展的法制保障（第二輯）（北京：九州出版社，2014 年 1 月），頁 186-187。

二、關於《協議》條款涵攝：對於不納入合作遣返的對象，包括所謂「己方人民」，及其他如「政治犯」、「軍事犯」、「宗教犯」，其定義與標準為何？對於上述人士的不為遣返，雙方是否已為合意，或達成共識，均有必要再商確認。特別在兩岸間政治爭議尚存，對相關言論主張，彼此法制容許程度有異時，釐清相關條款，以釋群疑，尤屬重要。

三、關於管轄衝突解決：依既有法制，兩岸法權高度重疊，刑事司法管轄權發生競合時，衡諸雙方理論或實務，不外有「地域優先原則」（由犯罪發生地，包括行為地與結果地管轄）、「屬人原則」（由犯罪人居住地管轄）、「保護原則」（由法益受害程度較大地管轄）、「先理為優原則」（由最先受理案件地管轄）、「實際控制原則」（由人犯實際控制地管轄），或機動協商管轄權歸屬分配等建議解決方式。縱然各有其理，雙方也應協商擇定，建立通案、常態穩定，與具可預測性的合作準則。惟無論採何原則，都難保不會發生，對同一案件管轄界限不明、由一方管轄影響他方公共秩序，或難期公平等問題，從而有另為指定或移轉管轄的可能與必要。此際，是否如在野黨所建議，探求引進公正第三方，如美國支持我方參與的國際刑警組織（International Criminal Police Organization）介入協調，¹³亦值研究。

四、關於遣返配套機制：前述國際間，關於「國民不引渡」原則的轉變突破，結果固有利於打擊跨境犯罪。但歸結來說，仍是奠基於維護保障人民基本權利，¹⁴在國家間信賴彼此司法制度公正，與容許他國適用與己歧異法律（『相互承認』原則）的大前提下，加上例如為域外被逮捕引渡

¹³ 親民黨新聞稿，「莫因統獨掛帥 讓『R.O.C.』變成『Republic of cheat』」（2016年4月16日），2016年4月22日瀏覽，《親民黨親民新聞館》，http://www.pfp.org.tw/TW/News/ugCNews_Detail.asp?hidNewsCatID=4&hidNewsID=1564。

¹⁴ 例如，德國聯邦眾議院為轉化歐盟逮捕令框架決議，於2004年制定《歐盟逮捕令法》，及修正《刑事案件國際司法互助法》，然其聯邦憲法法院卻以該法，不合比例地侵害到前揭德國《基本法》第16條第2項所規定，德國國民免於引渡他國受追訴的自由權利，宣告法律違憲無效。參照 *Helmut Satzger* 著，王士帆譯，*國際刑法與歐洲刑法*（臺北：元照出版社，2014年4月），頁234-235；林麗瑩，「提升跨國犯罪追訴效能的刑事訴訟統合運動」，*檢察新論*（臺北），第6期（2009年7月），頁62；鄭文中，「關於歐盟於刑事犯罪上之警政與刑事司法合作初探」，*臺灣國際法季刊*（臺北），第5卷第4期（2008年12月），頁170-180。

人輔佐辯護、審查裁定引渡的司法救濟程序、合作引渡範圍與打擊罪種明確、證據流通與判決承認、開放親屬探視與派駐單位訪視、以移交被判刑人返國執行為引渡條件等制度完備，始有以致之。倘欠缺上述基礎，兩岸間的不遣返己方人民，現階段是否已適於仿倣國際，朝類似方向調整，正如同效率與公平，何者優先，雙方主事者仍需深思熟慮。

伍、結語

倘單純由近日對岸，准予我方訪視犯嫌，同意共同偵辦以觀，肯亞事件可能因禍得福，意外地開啟了兩岸新的刑事司法合作關係。但觀察雙方互動，現仍令人擔憂的事態是，此爭議突發，恰逢我新舊政府交接過渡期，謗議沸騰，以致朝野齊聲要求陸方「盡速放人」。對岸官方又藉機操作「一個中國」政策，激化拉高了彼此政治對立。如再考量，被大陸專家解讀為「不具善意」的民進黨版《兩岸協議監督條例》，未來通過恐影響今後雙方談判意願。原本應透過對等協商，根本解決的人員遣返與管轄衝突問題，最終能不能務實地將法律與政治分離，促成事件順利落幕，滿足各方期待，委實難料。

一葉知秋，相較於從第三地遣送本國公民，倘對岸請求由我自行遣返己方人民，其所帶來衝擊，將有過之而無不及。面對大陸日前的跨境強勢作為，除冷靜理性應對既有爭議外，筆者亦呼籲當局，戒慎關注肯亞事件，是否會延伸發展，成為未來對岸測試我方底線，嘗試改變兩岸間遣返現狀的破口。如何在維護法域獨立、保障各自居民權利，與促進深化兩岸交流等法益間，求得兼顧平衡，將考驗我新政府的專業與智慧。