

兩岸刑事訴訟管轄權移轉之探討— 以歐洲刑事訴訟移轉管轄公約為中心

國立政治大學法律系副教授 楊雲驊

目 次

- 壹、前言
- 貳、刑事訴訟管轄權移轉的意義與其他刑事司法互助關係
- 參、國際公約下的刑事訴訟移轉管轄
- 肆、刑事訴訟移轉管轄的功能
- 伍、刑事訴訟移轉管轄的基本要件
- 陸、刑事訴訟管轄移轉的判斷與程序
- 柒、結論與建議

摘 要

刑事訴訟移轉管轄，是國家間解決刑事審判權衝突，所發展出深入、全面的刑事合作事項，比一般刑事司法互助更為積極與廣泛。歐洲國家普遍認為這種國際合作方式值得肯定，故在1972年5月15日簽定了「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」對各簽約歐洲國家之間刑事審判權轉移的條件、原則、程序等問題，作了完整、詳盡的規定。藉以達到彌補引渡困難、有效懲治犯罪、有助訴訟經濟以及解決刑事審判權爭議等目的。目前「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」內無此一制度之規定，未來當被請求方拒絕遣返人犯時，請求方可考慮將刑事訴訟管轄權移轉給被請求方，並交付相關的證據資料等，讓被請求方順利進行刑事訴追，避免罪犯逍遙法外。「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」對此完整的實體以及程序要件設計，可供參考。

關鍵字：刑事訴訟移轉管轄、一行為不二罰、或引渡或起訴、歐洲刑事訴訟移轉管轄公約

壹、前言

以目前國際立法的趨勢來看，各國為了能充分行使審判權，以盡可能的保護本國各項利益，均將土地管轄、屬人管轄、保護主義等確立具有刑事審判權。但是，由於越來越多的犯罪具有涉外因素（例如行為地與結果地分屬二國或多國、犯罪者具有二個以上國籍、跨境犯罪，甚至迄今難以明確劃分的電腦網路犯罪等），以及各國在刑事審判權立法上多有交叉、重疊的狀況，各國之間發生刑事審判權衝突的情形就在所難免。現實上，如果各國間因為爭奪對於某一案件之刑事審判權，希望該案件能在本國進行刑事訴追，但彼此之間無法有效的協調審判權的衝突問題，反而可能造成讓罪犯利用此種衝突國間不合作的漏洞而逍遙法外，形成各國均擴大刑事審判權，但事實上卻讓罪犯享受此一衝突利益的相反效果。有鑑於傳統刑事司法互助之侷限性以及手續繁瑣、曠日廢時等問題，如何避免因審判權重疊以及爭議產生跨境犯罪刑事追訴困難的問題，遂在國際刑法學界引起普遍的注意。

依照我國刑法第三條至第八條之規定，我國刑法適用法之主要原則係屬地原則，此外，第四條規定「犯罪之行為或結果，有一在中華民國領域內者，為在中華民國領域內犯罪。」，無論是行為地或是結果地，只要其中有一個在本國領域內者，即視為在本國領域內犯罪。除屬地原則外，尚兼採屬人原則、保護原則與世界法原則等輔助性的原則，而使本法的部分犯罪規定的適用範圍能夠擴及於本國領域之外，以輔助屬地原則的不足。至於發生在大陸地區的犯罪，依照目前最高法院的向來實務見解，在大陸地區或在大陸船艦、航空器內犯罪，仍係依據屬地原則為在中華民國領域內犯罪。其主要理由係認為：中華民國憲法第四條明文：「中華民國領土，依其固有之疆域，非經國民大會之決議，不得變更之。」，而國民大會亦未曾為變更領土之決議。又中華民國憲法增修條文第十一條復規定：「自由地區與大陸地區間人民權利義務關係及其他事務之處理，得以法律為特別之規定。」；且台灣地區與大陸地區人民關係條例第二條第二款更指明：「大陸地區：指台灣地區以外之中華民國領土。」，在在揭示大陸地區仍屬我中華民國之領土；同條例第七十五條復規定：「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。但得免其刑之全部或一部之執行。」。據此，大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國主權所不及，但在大陸地區犯罪，仍應受我國法律之處罰，即明示大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄主權¹。

因此，即便是以屬地原則為基礎決定管轄範圍，也可能發生我國刑法擁有審判權之案件，但大陸刑法亦有審判權，且此時涉案被告身處大陸之情形。此時如大陸方能依據「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第六條第一項「雙方同

¹ 此見解摘自最高法院 97 年度台上字第 6412 號判決。此一看法，應係實務界對此問題之主流看法，參見 89 年度台非字第 94 號、90 年度台上字第 705 判決、98 年度台上字第 7667 號判決。

意依循人道、安全、迅速、便利原則，在原有基礎上，增加海運或空運直航方式，遣返刑事犯、刑事嫌疑犯，並於交接時移交有關卷證（證據）、簽署交接書。」之規定，將該被告送至台灣，由我方進行刑事訴訟判定是否有罪，固屬較為理想狀況。但同條第3項規定：「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。」使此一原則增添許多變數。而事實上，迄至目前為止，仍有部分遭台灣通緝的繼續停留在大陸，難以遣返。在這種狀況下，要能盡量維持我國刑事審判權完整，必須另謀他法方可。在歐洲亦發生類似的問題，歐洲刑事訴訟移轉管轄公約內，即對於此問題的解決設計出基本的刑事訴訟移轉管轄輪廓，以下將予以介紹，以供參考。

貳、刑事訴訟管轄權移轉的意義與其他刑事司法互助關係

國際刑事司法互助，係指不同國家之司法機關間，在訴訟或其他司法程序中，相互進行合作或代為履行某些訴訟行為。國際刑事司法互助之主體，請求協助之一方稱為請求國，被請求之一方稱為被請求國。刑事司法互助之內涵可謂刑事訴訟流程之具體實現，從刑事訴訟程序之開啟至終結以及執行，都可能產生刑事司法互助之問題與需要。傳統上國際刑事司法互助分為三個區塊，亦即「犯罪人之引渡」、「執行刑罰制裁之協助」以及「其他的司法協助」（主要如文書之送達、訊問證人及扣押特定物等）等²，到近代則有依其請求之內容區分為：「犯罪人之引渡」、「狹義之刑事司法互助」（主要為調查取證之協助）、「刑事訴訟管轄權之移轉」及「外國刑事判決之承認與執行」等四種型態。其中「犯罪人之引渡」及「狹義之刑事司法互助」合稱為廣義的刑事司法互助，並因其發展時間較早，又稱之為古典型態的國際刑事司法互助，而「外國刑事判決的承認與執行」及「刑事訴訟管轄權之移轉」因主要是在第二次世界大戰以後才蓬勃發展，故兩者又合稱為新型的國際刑事司法互助³。

刑事訴訟之移轉審判權，是指對某一個刑事案件的審判權由一個國家或數個國家根據另一國之請求或是相關協議等，將本國擁有之審判權之刑事案件，轉移至該另一個國家審理，並提供相關必要之司法互助。適用訴訟移轉的情況主要有：甲國公民在乙國犯罪後逃回本國，乙國要求甲國引渡此人而遭拒絕；甲國公民在本國犯罪後逃到乙國，因其罪行較輕而願意委託乙國給予起訴和審判；甲國公民在乙國損害甲國利益而構成犯罪，因其主要證據和證人多在乙國，甲國出於訴訟上的便利而委託乙國管轄；甲國公民在乙國損害第三國，第三國要求引渡，但依乙國法律禁止引渡，第三國委託乙國管轄該案件等。至於刑事訴訟移轉管轄之被請求國對於該案件是否具有審判權的問題，一般而言，被請求國對該案件原

² Böhm/Rosenthal in Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, S. 166 Rn. 596.

³ 詳細分類請參：森下忠，阮齊林譯，國際刑法入門，北京中國人民公安大學出版社，2004年1月，頁128至130。

本就有審判權，經由刑事訴訟移轉管轄解決請求國與被請求國間就同一案件的審判權衝突，確定由被請求國單獨行使該案件之審判權⁴。

刑事訴訟移轉管轄，是國家間解決刑事審判權衝突，所發展出深入、全面的刑事合作事項，比一般刑事司法互助更為積極與廣泛。刑事訴訟移轉管轄不是一般所指的國際刑事司法互助。但是，隨著刑事審判權轉移得以有效實現，相關刑事司法互助內容亦應一併實現，例如，請求國應主動將相關證據移交被請求國，特別是被告曾在請求國犯罪的相關證據及相關資料應一併移交，以便被請求國能對被告順利實施刑事訴訟。此外，當被請求國提出某項具體的狹義的司法協助時，請求國應儘量給予支援和協助。

參、國際公約下的刑事訴訟移轉管轄

刑事訴訟之移轉審判權是二十世紀五〇年代以後出現的國際刑事合作方式。因第二次世界大戰以後，由於科學技術的發展，國際交往日益便利，國家間的人員往來頻繁，與之俱來的國際犯罪、跨國犯罪等也日益增多。按照以前的國家主權觀念，刑事審判權屬於國家主權核心，刑事審判權當然不能轉讓給他國，為此，僅僅利用傳統意義上的刑事司法互助或引渡，不僅常常不能適應個案的需求，曠日廢時且手續繁瑣，而且還容易讓犯罪逍遙法外⁵。理由在於，如果具有刑事審判權的國家事實上沒有控制犯罪嫌疑人，例如該犯罪嫌疑人居住在國外，將難以對案件進行實際的審理程序；而犯罪嫌疑人所在的國家又可能因為沒有刑事審判權而無權管轄。因此，歐洲若干國家根據地理原因，率先發展刑事訴訟之移轉管轄的合作。1957年，歐洲各國簽定「歐洲引渡條約」，其中第6條第2項規定：如果被請求國不引渡本國國民，則基於請求國之請求，應將案件提交司法當局，以便進行追訴（或引渡或追訴原則）。為達到追訴的目的，請求國應將有關犯罪的記錄、調查報告及物證等，無償送達被請求國。被請求國應將訴訟之結果通知請求國。鑑於歐洲大陸各國間路上交通往來頻繁，常有A國人民在B國境內犯交通肇事罪刑後返回A國或前往他國，以致於相關刑事制裁遭遇許多困難與不便的情形，1964年11月30日簽定「歐洲懲處道路交通肇事罪公約」，明確規定道路交通肇事罪刑事訴訟審判權轉移的具體程序。經過數年的運作經驗，

⁴ 但「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」並沒有此一限制，亦即被請求國對該案件並非一定要有刑事審判權，公約第6條第1項規定「如某人涉嫌違反某一締約國刑法，該國得依本公約所規定之情狀及要件，請求其他締約國進行追訴。」可見並無被請求國必須對該案件並沒有刑事審判權之限制，加上第7條第1項規定「唯有一犯罪若於受請求國內為之，亦為犯罪且應受該國刑事制裁時，受請求國始得追訴該請求追訴之犯罪。」更可以清楚看出，只要依據被請求國之法律，該請求移轉管轄之案件在被請求國也構成刑罰，亦即符合「雙重犯罪原則」即可，並無要求被請求國須無刑事審判權始可。

⁵ 例如引渡人犯要受到許多限制，例如雙重可罰原則、政治犯不引渡、本國人民不引渡、公共秩序保留、輕罪不引渡、一事不再理等，參見 Böhm/Rosenthal in Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, S. 206 Rn. 671 ff.; 我國引渡法第2條以下，亦有許多引渡障礙之規定。

歐洲國家普遍認為這種國際合作方式值得肯定，故在1972年5月15日簽定了「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」(European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters; Europäisches Übereinkommen über die Übertragung der Strafverfolgung)，對各簽約歐洲國家之間刑事審判權轉移的條件、原則、程序等問題，作了完整、詳盡的規定

除歐洲地區外，在以聯合國為主的許多國際公約中，刑事訴訟移轉管轄權也有具體之規定。聯合國1988年通過的「禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約」第8條規定：如果刑事訴訟移轉管轄權可認為有利於適當的司法處置時，締約國應考慮對於第3條第1項規定的犯罪的刑事案件相互移轉訴訟的可能性。1990年，聯合國預防犯罪和罪犯待遇大會通過了一個「關於刑事訴訟移轉管轄示範條約」，基於國際社會對於刑事訴訟管轄轉移的經驗，呼籲各國積極開展此種國際刑事合作。2003年10月底由聯合國大會審議通過，2005年12月14日正式生效之「聯合國反貪腐公約」第42條第3及第4項亦規定「或引渡或追訴原則」⁶，如果被請求國接受引渡請求，則表示犯罪嫌疑人之刑事審判權將由請求國行使，反之，如果被請求國拒絕引渡請求，按照公約規定，被請求國應採取必要措施，履行其對於該犯罪之刑事審判權⁷。同條第5項規定「審判權衝突協調原則」，按照條約第45條第1、2項規定行使審判權的締約國知悉其他任何締約國正對於同一案件進行偵查、起訴或審判等程序時，這些締約國之主管機關應相互協調，以便進行行動。

肆、刑事訴訟移轉管轄的功能

一、彌補引渡的困難

引渡係指一國應別國之請求，將躲避在本國境內之被告或受刑人移交給對其

⁶ 在國際上，某些犯罪行為對國際社會全體利益產生影響，卻因為國際慣例還沒有成為普遍審判權原則適用的事項，使得犯罪者往往能夠免於制裁。為懲治此類國際犯罪，國際間締結了許多公約（如聯合國反貪腐公約），規定對於某些特定犯罪，締約國可依公約的規定行使普遍審判權，以擴大普遍管轄原則適用國家的範圍，並防止罪犯逃避刑事責任。依這種公約的規定，締約國對公約所特定的犯罪負有防治及懲罰的義務，因此當犯罪行為人犯罪後逃離到其他締約國境內時，理論上，該罪犯所在地國也應有審判權。因此當其他有審判權的國家向其請求引渡罪犯時，罪犯所在地國當然可以同意引渡請求；但是如果其因為任何原因拒絕他國的引渡請求時，就負有將該罪犯提交本國當局進行訴訟的義務，這稱為引渡或起訴原則。換言之，對於逃至本國的罪犯，本國因負防治及懲罰義務也有審判權。這樣，被請求國依公約的規定，在引渡或起訴之間擇一進行，實際上已被賦予“事實上”優先的審判權，使犯罪者能確實受到懲罰，以維持國際社會的秩序與安寧，並達到懲治犯罪的目的。

⁷ 第3項：「為了本公約第四十四條的目的，各締約國均應當採取必要的措施，在被指控罪犯在其領域內，而其僅因該人為本國國民而不予引渡時，確立本國對根據本公約規定犯罪之審判權。」；第4項：「各締約國可以採取必要的措施，在被指控罪犯在其領域內而其不引渡該人時，確立本國對根據本公約規定犯罪之審判權。」

擁有刑事審判權請求國之制度。事實上，由於世界各國無論在政治體制、法律制度以及意識型態等存有相當大之差異，引渡往往存在著許多障礙或困難，例如「政治犯不引渡」、「死刑犯不引渡」、「軍事犯不引渡」、「可引渡罪名限制」、「相互原則」以及「引渡審查程序之人權保障」⁸等。當發生這些困難或是其他原因以致事實上難以請求成功時，刑事訴訟移轉管轄恰可以彌補此一缺陷，或是成為不能引渡時之替代措施。按此，請求國可以根據刑事訴訟移轉管轄要求被請求國對於在其境內之犯罪嫌疑人進行刑事訴追，避免犯罪者逍遙法外。

二、促成司法公正與遏止犯罪

當犯罪之犯罪嫌疑人或者相關重要證據等位於被請求國時，請求國雖然對於該犯罪亦享有審判權，但受限於「境外取證調查」往往存在許多困難，致使案件犯罪事實不容易透過合法訴訟途徑釐清，或是在被請求國進行刑事訴訟較有利於伸張正義、遏止犯罪等原因，可以考慮透過刑事訴訟移轉管轄來減輕請求國內國審判之負擔，並且對於確認犯罪事實變的較為可能，藉以懲治犯罪。

三、實現訴訟經濟

對於一些犯罪程度較為輕微的案件，透過引渡等方式將耗時費力，或是根本就在禁止引渡範圍內，此時如能透過刑事訴訟移轉管轄，將案件交給犯罪嫌疑人或被告所在地國家之司法機關進行訴追，將能提高效率，達成訴訟經濟的效果。前述 1964 年 11 月 30 日簽定之「歐洲懲處道路交通肇事罪公約」，即是對於交通犯罪等案件，因為犯罪者早已離開肇事地國，故由行為地國家交由行為人所在地國家之司法機關審理，以有效實現訴訟經濟。

四、有助於刑事審判權衝突的解決以及達成「一行為不二罰」之效果

當犯罪者或被害人擁有雙重國籍或分別隸屬於不同國家國民時，將發生屬人管轄問題上的衝突。犯罪之行為地與結果地在不同國家，或是跨境連續犯罪時，將發生屬地管轄上的衝突，或犯罪所造成之法益侵害，以致兩個以上國家均可以依據保護管轄而主張有刑事審判權等，刑事訴訟移轉管轄可以幫助審判權衝突之解決。此外，所謂「一行為不二罰」原則是公認的國際人權內容之一，聯合國公民與政治權利國際公約第 14 條第 7 項規定「任何人依一國法律及刑事程序經終局判決判定有罪或無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或科刑。」即為著例。雖然人權委員會在第 32 號評論第 57 段中，於涉及兩個或更多締約國的審判權時，認為一行為不二罰原則並不適用。因此，被定罪或宣告無罪的要求只與依據一國的法律及刑事程序而定罪或宣告無罪的情況相關。被告在另一個國家被宣告無罪，如果其法律制度與有關國家的法律制度並不一致，則並不導致一行為不二罰原則的適用。但應注意的是，依據公約第 5 條第 2 項：「本

⁸ Böhm/Rosenthal in Internationales Strafrecht in der Praxis, 2008, S. 198 Rn. 660 ff.

公約締約國內依法律、公約、條例或習俗而承認或存在之任何基本人權，不得藉口本公約未予確認或確認之範圍較狹，而加以限制或減免義務。」的精神，人權委員會認為，公約第 14 條第 7 項不得削弱「締約國經由國際條約防止對於同一犯罪行為進行重複訴追的努力」。因此，經由刑事訴訟移轉管轄之規定或協商，可以避免同一行為人的同一犯罪行為遭受二次以上的刑事訴追或審判、處罰等，藉以實現人權，並且節省訴訟勞費。

伍、刑事訴訟移轉管轄的基本要件

如同其他刑事司法互助項目一樣，涉及兩個以上國家（或國際組織）對於互助項目的基本認知以及要件。刑事訴訟管轄權能否成功轉移，必須是請求國和被請求國對之都可以接受為前提。要想使刑事審判權能在兩個國家間成功達成轉移，應該具備以下基本條件。

一、雙重犯罪原則（*Beiderseitige Straf- und Verfolgbarkeit*）

適合刑事訴訟管轄轉移的案件，在請求國和被請求國都須構成犯罪，而且需要追究其刑事責任。如果請求國不認為犯罪，或者雖構成犯罪，但是不需要追究刑事責任，實際上也不會提出刑事管轄權轉移的請求。除此以外，如果被請求國不認為被告所為是犯罪，或者不需要追究其刑事責任，也就沒有理由接受此一請求。因為接受轉移後，要按照本國法對接受的案件起訴、審判和處罰，明知於本國不構成犯罪或不需要負擔刑事責任，接受轉移就無意義可言。「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」第 7 條第 1 項以及聯合國「刑事訴訟轉移示範條約」第 6 條均規定，提起移轉管轄的請求只有在據以提出請求的行為如發生在被請求國亦屬於犯罪行為且行為人將受到刑事制裁的情況下方可允許。

二、原則上請求國是犯罪發生地國，被請求國是犯罪嫌疑人所在國

請求國必須是犯罪發生地國，如果不是犯罪發生地國，其請求不會被接受。因為屬地審判權是首要的刑事審判權，犯罪發生地國對案件當然具有審判權，要求請求國是犯罪發生地國，可以防止刑事管轄權轉移過程中發生衝突。被請求國是被告所在國，包括被告是被請求國國民，或者於該國具有固定居所，而且請求提出時，該人就處於被請求國內。否則，被請求國也無法在接受移轉管轄後進行有效的刑事訴追。

三、特定種類犯罪禁止轉移

本公約規定特定的犯罪案件不適合管轄移轉。這些特定的犯罪案件包括軍人犯罪的案件；與賦稅、關稅有關的案件；帶有政治性質犯罪的案件；與宗教、民族、種族有關的案件。由於各國的意識形態、政治信仰不同，在涉及政治、軍事、

財稅、宗教、民族和種族方面，往往有不同的政策與判斷，涉及這類案件通常較為敏感，而且很難有一致的判斷標準。因此，應該這些特定案件排除在接受刑事審判權轉移之範圍。

四、移轉不可違反「一行為不二罰」以及妨礙追訴權時效消滅的構成

對於在請求國已受有確定力且可執行之裁判之受判決人，不允許請求國透過刑事訴訟管轄移轉，讓該受判決人在被請求國再因同一犯罪行為而受追訴、裁判或執行等制裁。請求國如果對於該犯罪之追訴權時效已經消滅時，亦不可以基於被請求國之追訴權時效較長等原因，利用刑事訴訟管轄移轉，以規避已經時效消滅的事實，反而讓被告在被請求國遭受刑罰。

陸、刑事訴訟管轄移轉的判斷與程序

在具體判斷刑事訴訟移轉管轄的構成條件時，「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」有相當詳盡的實體規定以及程序處理事項，茲介紹如下：

一、刑事管轄權轉移的案件範圍與拒絕事由

在實際層面，關於刑事訴訟移轉管轄權的案件範圍，亦即哪些刑事案件適用此一制度，各國與聯合國有關規定等均未盡相同。範圍最廣泛的是「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」，該公約第 8 條第 1 項規定，只要符合下列一種或者數種情況，即可請求移轉管轄：有以下一種或多種情形時，締約國得請求其他締約國進行刑事追訴：a. 被告於被請求國有固定居所；b. 被告有被請求國之國籍，或被請求國為其出生國；c. 被告在被請求國正被執行自由刑或必須被執行自由刑；d. 被告因同一或其他犯罪行為由被請求國對其進行追訴；e. 請求國認為移轉審判權有利於發現真實，尤其當最重要證據在被請求國者；f. 請求國認為，由被請求國為有罪判決並在受請求國執行判決，適合於促使被告回歸社會；g. 請求國認為其無法確保被告於審判期日在場，但被請求國則可確保被告在場者；h. 請求國認為若為判決，即使透過引渡，自己亦無法執行判決，但其他締約國則能執行者。

「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」在第 10 及 11 條規定被請求國「應」以及「得」拒絕接受刑事訴訟移轉管轄權。第 10 條規定，被請求國以下情況應拒絕請求追訴：a. 請求不合於第 6 條第 1 項（涉嫌犯罪）與第 7 條第 1 項之規定（雙重犯罪）；b. 追訴違反第 35 條（一行為不二罰）；c. 請求國提出追訴之時，依請求國法律，該追訴權時效已完成等。第 11 條規定，除第 10 條之情況外，被請求國僅能於存在以下一種或數種情形時，全部或一部拒絕請求：a. 被請求國認為，依第 8 條提出請求之理由不存在；b. 被告於被請求國並無固定居所；c. 被告無被請求國國籍，並且，於犯罪時於被請求國境內無固定居所；d. 被請求國認為受請求追訴之犯罪有政治性質，或為單屬軍事或財政犯罪；e. 被請求國有確切理

由認為，追訴請求是基於種族、宗教、國籍或政治立場所為；f. 被請求國之法律雖可適用於系爭請求追訴之犯罪，惟被請求國收受請求時，依其法律規定，追訴權時效已完成；此種情況不適用第 26 條第 2 項；g. 被請求國僅基於第 2 條享有審判權，且於收受請求時，依其法律規定之追訴權時效加上第 23 條所規定之六個月延長時效均已完成；h. 犯罪係於請求國境外所為；i. 進行追訴將違被受請求國之國際義務；j. 進行追訴將違反被請求國法律秩序之基本原則；k. 請求國違反本公約制定之程序規定者。

聯合國制定的「刑事訴訟轉移示範條約」，也沒有規定刑事審判權轉移的案件範圍，只是就被請求國拒絕接受轉移請求的情況做了規定。因此，除了可以拒絕的四種情況外，其他案件都是可以轉移的。這四種拒絕接受轉移的理由有：一、涉嫌者不是被請求國國民或並非該國常住居民；二、該行為是軍法範圍內的罪行，而並非普通刑法範圍內的罪行；三、該犯罪行為與賦稅、關稅和兌換有關；四、被請求國認為該犯罪行為屬政治性罪行。

二、適合刑事訴訟移轉管轄之要件

除了以上允許進行刑事訴訟管轄移轉的基本要件需具備外，個案判斷是否適合進行刑事訴訟管轄移轉時，常考慮下列情況是否一部或全部構成，通常只要有其中之一構成時，就可以考慮進行管轄移轉：

1. 不能引渡或顯有困難

犯罪嫌疑人或被告是被請求國之國民，被請求國依據「國民不引渡」原則可以拒絕引渡至請求國；犯罪嫌疑人或被告雖不是被請求國之國民，但在被請求國有一定住居所且長期居住，被請求國可能拒絕引渡；被告在受請求國正被執行自由刑或必須被執行自由刑，或犯罪嫌疑人或被告因同一或其他犯罪行為正由被請求國對其進行追訴，要求引渡可能遭受拒絕等。

2. 訴訟經濟以及審理可能性

例如當主要或關鍵證據在被請求國時，請求國認為移轉管轄進行追訴有利於發現真實；依據個案狀況由受請求國為有罪判決並在受請求國執行判決，適合於促使被告回歸社會；請求國認為其無法確保被告於審判期日可出現於法庭受審，但被請求國則可確保被告於審判時在場等。

3. 刑事執行較為順利

請求國認為，由於存在著若干原因，即使實行引渡，於請求國宣判的刑罰內容難以執行，而在被請求國較容易執行，例如其財產在被請求國內，請求國即使宣告沒收等，亦難以順利執行。

三、刑事訴訟管轄權轉移的程序及其效力

刑事訴訟管轄權轉移的程序進行，主要包括兩個部分。一是由請求國提出請

求，二是被請求國的審查與決定。依據「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」第 13 條以下之規定，請求國在提出請求時，必須按照有關條約的規定，製作書面的請求書，按照適當的途徑送達被請求國，亦即由請求國之法務部門送交受請求國之法務部門，或另有約定者，則由一方有權機關送達他方有權機關；於回覆時亦應循相同管道為之。請求書的內容包括對案件事實的描述、對犯罪嫌疑人個人情況的說明、移轉管轄權的法律依據以及有關案件的證據等。被請求國接到請求後，根據有關公約或互惠原則以及國內法的規定進行審查，重點如查明案件是否屬於應當接受的案件範圍，是否具備刑事管轄權轉移的各項要件等。如果符合要件，應作出接受刑事訴訟管轄權轉移的決定並通知請求國，同時指定有關國內的司法機關進行刑事訴訟程序。在進行管轄權轉移之審查時，由於直接涉及犯罪嫌疑人或被告之各項訴訟權益，為確保其作為程序主體之聽審權利，應保障其就刑事訴訟管轄權轉移，向請求國和被請求國等均有陳述意見之權利。聯合國「刑事訴訟移轉管轄示範公約」第 8 條亦規定，移轉管轄案件之被告、犯罪嫌疑人或其親屬等，可以就移轉管轄案件向請求國及被請求國陳述意見。

當刑事訴訟管轄權依據規定提出轉移請求，或是確定接受請求後，於請求國和被請求國分別發生以下之法律效力：

- (一) 被請求國對接受轉移的案件行使刑事審判權，並依照本國法開啟其刑事訴訟程序。如果被請求國對於移轉管轄案件本來就有刑事審判權，當然可以自主的根據內國法律啟動各種強制處分和保全措施，如果本來就不具備審判權，「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」規定，請求國可以要求被請求國對該案被告等採取臨時拘捕⁹，或扣押相關證據等¹⁰。但有鑑於人權之保障，被請求國採取上述措施時，應依據公約及受請求國之法律規定。終止暫時措施之條件，亦應依據受請求國之法律或本公約之規定。為避免被告等因為移轉管轄之提出以及磋商等緩慢進行受長期拘禁以致人身自由受到侵害，公約特別明定「若受拘禁人係依第 27 條受拘捕，而被請求國未於拘捕日起算十八日內收到追訴請求時，應即予以釋放」、「若受拘禁人係依第 27 條受拘捕，而受請求國未於收到追訴請求後十五日內收到應隨請求檢附之文件時，應即予以釋放」以及「僅基於第 27 條所為之拘禁，最多不得超過四十日」等保障人身自由措施¹¹。

⁹ 第 27 條：一、若請求國告知其欲請求追訴，而受請求國僅基於第 2 條取得追訴權限者，受請求國得因請求國之要求，根據本公約暫行逮捕被告：a. 受請求國之法律允許對該犯罪行為拘捕；b. 有理由認被告有逃亡或湮滅證據之虞。二、請求暫時逮捕時，應表明有依請求國法定程序所簽發之逮捕令或其他具有相同效力之令狀；此外，亦應表明係基於哪一犯罪而請求追訴、犯罪時間與地點，以及盡可能詳盡描述被告。請求並應簡要說明案情。三、暫時逮捕之請求，應由第 13 條所稱之請求國有權機關以信件、電報或其他書面方式，或受請求國可接受之其他方式，直接送達受請求國之對等機關。請求國應盡快獲知其請求之結果。

¹⁰ 第 28 條：受請求國收到追訴請求並第 15 條第 1 項所列文件後，即有權採取包括羈押以及扣押之所有暫時追訴行動，如同受請求追訴之犯罪係於受請求國境內為之時可採取之措施相同。

¹¹ 第 29 條：一、第 27 條與第 28 條規定之暫時措施，應依據本公約及受請求國之法律規定。終

- (二) 請求國一旦向被請求國提出要求移轉管轄後，在被請求國明確答覆接受與否之前，應該暫停對該案件之刑事訴追，也不宜對該案件做出實體性之裁判，但為避免證據滅失等原因，可以繼續進行必要之蒐證工作。此外，為避免對該案件之追訴權時效因為向被請求國提出移轉管轄接受與否而受到影響，「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」第 22 條規定，請求國依本部分規定所作出之追訴請求者，於請求國有延長追訴時效六個月之效力。當被請求國已確定接受移轉管轄後，請求國應該基於一行為不二罰原則，不再行使對已轉移案件的刑事審判權，過去已經進行的刑事訴訟程序將停止，並應將有關本案的證據移送至被請求國。
- (三) 「歐洲刑事訴訟移轉管轄公約」第 21 條第 2 項規定於以下情形，請求國可以收回起訴與執行權：a. 被請求國依第 10 條規定通知請求國拒絕其請求；b. 被請求國依第 11 條規定通知請求國拒絕請求；c. 被請求國依第 12 條規定通知請求國撤回其接受請求之決定；d. 被請求國通知請求國，其不欲開啟追訴或欲中止追訴；e. 於被請求國通知其欲對請求追訴有所行動之前，請求國向被請求國通知其撤回請求。

四、多數程序的處理

公約第四章規定「程序的多數」(Mehrheit von Verfahren)，其實內容就是多國對於同一案件(同一被告與犯罪事實)發生刑罰權的競合，理想上，應該由其中一國家行使審判權，避免妨礙正義的實現，包括單一犯罪與多數犯罪的情形。

對於單一犯罪，公約設計了兩階段的解決競合程序。第一階段在公約第 30 條第 1 項規定，當締約國獲知另一國家也在對於同一案件(並非政治犯罪或軍事性質)進行刑事訴追時，應審查是否放棄或暫停本國的程序，或將該訴訟移轉至締約國。這一規定顯然是為了促進刑事訴訟移轉管轄所必須，但迫於現實，也只能規定「審查」而已，並無強制力要求締約國「必須」為之。因此，如果某國依據情況認為不應放棄或暫停本國的程序時，僅需在做出實體判決前及時通知某一締約國即可。第二階段則為「協商」程序，當無法依據第 30 條第 1 項審查後，締約國不願意放棄或暫停本國的程序時，公約在第 31 條第 1 項規定，所有相關締約國應該盡力對公約第 8 條的每一種情況進行評估後，決定由某一締約國繼續單獨的進行刑事訴訟。按此，應綜合考慮「a. 被告於被請求國有固定居所；b. 被告有被請求國之國籍，或被請求國為其出生國；c. 被告在被請求國正被執行自由刑或必須被執行自由刑；d. 被告因同一或其他犯罪行為由被請求國對其進行追訴；e. 請求國認為移轉審判權有利於發現真實，尤其當最重要證據在被請求國

止暫時措施之條件，亦依據受請求國之法律或本公約之規定。二、有第 21 條第 2 項所列情況時，應終止暫時措施。三、若受拘禁人係依第 27 條受拘捕，而受請求國未於拘捕日起算 18 日內收到追訴請求時，應即予以釋放。四、若受拘禁人係依第 27 條受拘捕，而受請求國未於收到追訴請求後 15 日內收到應隨請求檢附之文件時，應即予以釋放。五、僅基於第 27 條所為之拘禁，最多不得超過 40 日。

者；f. 請求國認為，由被請求國為有罪判決並在受請求國執行判決，適合於促使被告回歸社會；g. 請求國認為其無法確保被告於審判期日在場，但被請求國則可確保被告在場者；h. 請求國認為若為判決，即使透過引渡，自己亦無法執行判決，但其他締約國則能執行者。」等情況後做出最適宜由某締約國單獨繼續進行刑事訴訟之決定。當然，公約本身沒有進一步規定第 8 條第 1 項諸多考慮項目之優先順序為何，以致適用上各國還是會發生歧見，因此，此種協商後決定刑事訴訟程序於某國進行的制度，還是只能依據個案考慮、談判解決。

公約第 32 條規定對於多個刑事案件發生競合，類似我國刑事訴訟法第 7 條所稱相牽連案件中的「一、一人犯數罪者。二、數人共犯一罪或數罪者。」等情況，立法目的是希望將之合併，以達成發現真實利益以及課以適當刑罰的目的。例如證據使用與評價力求一致，以及希望由一國法院能就案件之整體評價後，做出最為適當之刑罰宣告，而不是僅就割裂的單一犯罪單獨進行評價。

多個國家對同一案件均有刑事審判權，不僅容易侵害被告的權益，例如時間及精神上之折磨，也浪費司法資源，相關的人證甚至可能要到不同國家出庭作證，相關國家的司法判決甚至可能不一，造成矛盾。有鑑於以上之缺點，歐盟國家對此要求國際刑事司法合作應該包括「成員國間管轄權衝突之防止」¹²。但是，目前歐盟內還是缺少有效的立法來解決此一難題。現有之規範只能要求成員國面臨同一案件管轄衝突實應加強刑事司法合作，並且僅適用於刑法中某些特定之犯罪，歐盟法律並未要求成員國採取具體之步驟解決衝突，也沒有創立一套有效、有拘束力的解決制度。一行為不二罰部分，申根公約第 54 條至第 58 條有相關規定，可是也僅禁止已發生既判力的同一案件再進行追訴，無法禁止兩個以上成員國同時對於同一案件進行刑事追訴。這樣的缺點是顯而易見的，因為並沒有一個將正在二個以上國家進行對同一案件的複數訴訟程序交給最適合國家行使審判權的機制，最先做出司法終審判決的國家就自然取得擁有審判權之優勢，甚至造成「先受理、先管轄」的現象！面對刑事審判權競合導致可能的「多數程序」現象，歐盟應該更積極的建立一將正在繫屬的案件交給最合適審判國的制度，此時，一事不再理原則即應適用，也讓「相互承認」原則適用的更為廣泛¹³。

¹² 馬司垂克條約第 31 條第 1 項第 4 款。

¹³ 繼坦佩雷計畫後，歐盟峰會於 2005 年制訂海牙計畫，進一步推進歐盟刑事司法互助之發展，主要涉及三個面向：相互承認、法律調和與歐洲司法局之運作。就相互承認而言，應涵蓋刑事訴訟之各個階段，或與此程序有關之決定，其中包括證據適格、審判權衝突、一事不再理原則、自由刑或其他替代處遇之執行等。而欲進一步促進相互承認，意味著刑事程序中程序權相等標準之發展。在此脈絡下，應進一步在聯盟層次推動刑事訴訟程序權之框架決定立法，以及關於歐洲證據令之立法。此外，聯盟並應強化刑事犯罪紀錄之資訊交換，尤其性犯罪者。見吳建輝著，刑事司法互助在歐洲聯盟法之發展，司法新聲第 103 期，第 10 頁。

柒、結論與建議

兩岸間跨境犯罪例子層出不窮，加上我國刑法的空間效力除屬地原則之外，尚兼採屬人原則、保護原則與世界法原則等輔助性的原則，故在大陸地區發生之犯罪，亦有可能屬於我國刑法審判權效力所及。此時，如能將涉案刑事被告遣返回我國，並藉由司法互助途徑提供相關證據資料等，當有助於我國有刑事審判權案件在台灣順利實施。但遣返刑事被告並非易事，兩岸簽訂之「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第六條第一項雖有「雙方同意依循人道、安全、迅速、便利原則，在原有基礎上，增加海運或空運直航方式，遣返刑事犯、刑事嫌疑犯，並於交接時移交有關卷證（證據）、簽署交接書。」之規定，但同條第三項規定：「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」替此一原則增添許多變數。而在現實上，如陳由豪、王又曾、朱安雄等人潛逃大陸的經濟犯因複雜之因素，迄今仍未能順利遣返回台接受審判。

遇上這樣的難題，許多國際條約普遍承認的「或引渡或追訴原則」應受重視，聯合國 1988 年通過的「禁止非法販運麻醉藥品和精神藥物公約」第 8 條、2003 年正式生效之「聯合國反貪腐公約」第 42 條第 3 及第 4 項等均有明文規定。刑事管轄權轉移，是國家間解決刑事審判權衝突，所發展出深入、完全的刑事合作，已被認為是國際刑事司法互助重要的一塊，本文主要介紹之 1972 年歐洲刑事訴訟移轉管轄公約對此有詳盡的規定，足資參考。

雖然刑事訴訟審判權移轉在各大國際公約內有明定，但由於事涉主權，且許多國家法律制度與司法運作差異甚鉅，事實上在目前世界各地發生的案例並不多。兩岸「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」雖規定了各種刑事司法合作措施，甚至連打擊犯罪之行政合作亦規定在內，範圍之廣、內容之深，可說是罕有之例子，但並未規定兩岸刑事訴訟管轄權移轉。探究其原因，除此制度在現實上並不普遍、成熟外，更主要的問題應在於兩岸刑事審判權的承認問題。刑事訴訟管轄權移轉的核心前提即是刑事案件審判權的分配，兩岸構建刑事訴訟管轄權移轉制度必然觸及到兩岸刑事審判權的分配以及相互承認。但兩岸在政治現實下，此一刑法議題必然難脫離政治層面之影響，兩岸刑事審判權範圍有諸多歧見。最主要者，就是兩岸均認為各該刑法內之屬地主義包含對方目前統治區域在內。例如我國最高法院一方面認為，大陸地區現在雖因事實上之障礙為我國主權所不及；但另一方面又主張在大陸地區犯罪，仍應受我國法律之處罰，即明示大陸地區猶屬我國領域，並未對其放棄主權。事實上，刑罰權係主權之一部分，既然我國主權因事實上之障礙而不及大陸地區，就應在該障礙排除前，承認我國刑法效力之界限僅及於台灣地區。至於我國對於大陸地區是否要放棄或恢復主權之行使，乃屬高度政治層次之國家方向議題，無須做為刑法相關規定解釋之主臬。縱使在刑法解釋上將中華民國領域限縮在台灣地區，亦不等於解答兩岸間之複雜政

治爭議與相關國際法及憲法上之主權問題¹⁴。亦即，包含中華民國領域概念在內之刑法概念解釋，必須考量的是刑事政策需求與刑事司法之可實踐性，無須過度牽扯到政治與其他法律之制定目的與相關解釋。刑法審判權範圍應對刑法內國領域概念作符合功能性意義之觀察，也就是從國家主權的行使功能而觀察。由於大陸地區乃我國目前現實主權所不及之區域，我國主權無法在大陸地區行使，此無論從中華民國憲法增修條文前言所稱「為因應國家統一前之需要，……」，以及「台灣地區與大陸地區人民關係條例」第1條：「國家統一前，……」等均承認台灣與大陸地區係處於分治狀態，以及現實上的狀況等，均可得出此一結論。故從事實或功能的內國概念以觀，刑法適用法屬地原則所稱的內國僅能涵蓋到刑法主權所能貫徹其秩序功能之區域，因此，應將大陸區域排除在我國刑法屬地原則所原始適用範圍之外。

事實上，兩岸在過去也有針對「特定犯罪類型」，以務實的角度合理解決刑事審判歸屬的問題，例如以往困擾兩岸的劫機事件，也達成過類似「刑事審判權」分配的原則。明顯的如兩岸海協及海基兩會自1993至1995年歷經兩年協商，對於劫機犯處理問題獲得相當共識，商訂「兩岸劫機犯等遣返事宜協議」體例框架¹⁵，內容包括「雙方同意對於以強暴、脅迫或其他方式劫持兩岸一方民用航空器至對方之劫機犯、劫機嫌疑犯，遣返由民用航空器所屬一方(包括經營方)處罰」、「被要求方於被要求遣返之對象，經必要偵查予以遣返」，以及有關證物移交與遣返方式等問題。此共識較《金門協議》更為周延，適用範圍、遣返原則、證物移交、人道原則等部分皆納入考量。惟最後在政治考慮之下，該協議並未正式達成¹⁶。

兩岸間，未來可以考慮在「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第3項後加入此一「或引渡或追訴原則」，當被請求方拒絕遣返時，應採行有效的刑事訴追行動，請求方可考慮將刑事訴訟管轄權移轉給被請求方，並交付相關的證據資料等，讓被請求方順利進行刑事訴追，避免罪犯逍遙法外。在此經驗上，不妨可以以「海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議」第4條所列舉之跨境重大犯罪

¹⁴ 請見大法官釋字第三二八號解釋理由書，其認為「國家領土範圍之界定，純屬政治問題；其界定之行為，學理上稱之為統治行為，依權力分立之憲政原則，不受司法審查。」

¹⁵ 參見 <http://www.mac.gov.tw/ct.asp?xItem=61605&CtNode=5672&mp=4>

¹⁶ 我方看法是：惟中共卻於八十四年六月間片面中止該制度化協商管道，繼而文攻武嚇，惡化兩岸氣氛，將屆二年，新華社三月二十日電文，反再誣指協議之未能簽署肇因我方，此一歪曲事實，當不為我方所接受。我方仍呼籲中共方面「協商管道從那裡中斷，就從那裡恢復」，解鈴仍須繫鈴人，參見 <http://www.mac.gov.tw/ct.asp?xItem=61605&CtNode=5672&mp=4>。然在個案實務上，1997年台灣遠東航空FE128班機被台灣旅客劉善忠劫往廈門，大陸方面採取「人機分離」模式，機上旅客及機組員繼續航程，僅留下劫機犯劉善忠偵辦。後來則依照共識原則專案遣返台灣進行處罰，由海基會與大陸方面協商，予以專案遣返。1998年中國國際航空客機被機長袁斌劫持來台，海基會與海協會經協商後決定同樣以「人機分離」模式拘留袁斌，經過3年的交涉，以紅十字會組織聯絡方式，經「馬祖—馬尾」管道將袁斌及此前劫持大陸客機來台的八名劫機犯遣返回大陸。

類型，亦即「(一) 涉及殺人、搶劫、綁架、走私、槍械、毒品、人口販運、組織偷渡及跨境有組織犯罪等重大犯罪；(二) 侵占、背信、詐騙、洗錢、偽造或變造貨幣及有價證券等經濟犯罪；(三) 貪污、賄賂、瀆職等犯罪；(四) 劫持航空器、船舶及涉恐怖活動等犯罪」等類型犯罪為主要範圍，根據犯罪之種類、習性以及案件之數量等建立一原則上以「地域管轄原則為主，以合理、有效懲治犯罪原則為輔」的通案解決標準，以及補充性的個案協商機制，並借鏡歐洲刑事訴訟移轉管轄公約內關於接受、拒絕事由以及程序保障等規定。至於我國人民在移轉管轄，並於大陸地區遭審判有罪結束後，亦可依據跨國移交受刑人法第 13 條「依第八條第一項規定許可在我國執行之同一行為，不得再依我國法律處斷」之規定，受到一行為不二罰原則之保護。

