

“不移交則審判原則”（*aut dedere aut judicare*）

黃賢

（2019. 06. 21）

“不移交則審判原則”：序言

在香港目前的政治體制下，一個四贏的《疑犯條例》框架，必須是一個港人能放心，國際社會能釋懷，臺灣能接受，內地疑犯能送返的方案。“不移送國民原則”以外，“不移交則審判原則”（*aut dedere aut judicare*）也是其中一個核心機制。

此原則愈益被國際社會接受；香港和多國簽訂的移送疑犯協定也采用這機制。運作方法簡單：若某疑犯符合移交的所有條件，被申請方依然有權不移交，但必須在當地提出審訊。香港有國際義務就此立法。

本文按時序追尋這機制的來龍去脈，特別是其在普通法體系的地位，解構其如何有效平衡兩個對立的目的，即：保護本地居民和移交疑犯的要求。

普通法國家、地區佔國際社會少數，但香港目前還算是普通法，所以本文的探討，以普通法八百多年的經驗做主軸，但參照其他法律體系的經驗以及國際社會的要求。

目的很簡單：立此存照，杜絕日後再度提出或恢復低劣的修例草案。

“不移交則審判原則”最早在公元 1174 年在普通法出現；最完整的實施則要延至 1988 年的澳大利亞，不啻為引渡法的歷史寫照。此間幾百年的發展可分三階段：

- 從 12 到 17 世紀，國家傳承靠血緣，國際關係大體是在羅馬大主教下的家族爭吵，沒有國際法，引渡法較直覺；

- 1648 年西伐利亞和議 (Peace of Westphalia) 後，多元的現代國家出現，相應的國際法、人權觀念以及保護國民的引渡法措施也出現，必須平衡不同方面的要求，引入多種例外和保障；
- 20 世紀迄今，特別是近三十年，多邊主義成主流，引渡法也要適應極多元、發展階段很不同的衆多國家的國際環境。

每一階段的新意識形態，都提出新的要求，影響了引渡法的發展。而巧合的是，當代的發展，又在高一層次承襲了古代的做法，似乎是歷史的必然，而“不移交則審判原則”似乎是目前最好的平衡點，正好方便香港解套修例窘況。

(一) 1174 年的啓示：法萊斯條約 (Treaty of Falaise)

1174 年，英國在國王亨利二世 (Henry II) 帶領下打敗蘇格蘭，兩國簽了法萊斯條約，有兩段涉及引渡，具雙重意義。

首先，亨利二世可說是普通法的鼻祖，是在他推動下，才出現普通法的司法體系雛形。他和他以前的法律、條約、傳統、習慣等等，因而整體融入了普通法，即“記憶前的沒有文字記錄的法律，或習慣法” (Leges non Scriptae, or Customary Laws, as being made before Time of Memory)¹。

其次，法萊斯條約正本雖已失傳，但有多名可靠目擊者的詳細記載，因而能成爲普通法最早的一部分。

條約其中一個引渡機制雖然因政治變化多年沒有用上，但嗣後從未被法例或判例否定；八百年後，國際社會以及普通法地區都不約而同重新起用類似機制，還為“敬老”，創立了一個當代拉丁文名稱，即：aut dedere aut judicare（“不移交則審判原則”）。

條約有兩條關於引渡。第一條是一般做法，蘇格蘭必須移送在其境內的英國重罪逃犯。

¹ 即 1189 年亨利二世去世、兒子理查一世第一次加冕前的所有法律、習慣 (Ex prima Coronatione Regis Richardi Primi)。參看 Matthew Hale, *The History of the Common Law of England* (1713)。

第二條較特別：

Si autem de terra regis Scotiae aliquis fugitivus fuerit pro feloniam in Anglia, nisi voluerit venire ad rectum in curia regis Scotiae, vel domini regis, et stare iudicio curiae, non receptabitur in terra domini regis, sed liberabitur hominibus regis Scotorum vel baillivis domini regis, ubi inventus fuerit.

（但在英国的任何蘇格蘭重罪逃犯，除非他願意接受蘇格蘭或英格蘭的法庭審訊并接受其裁決，否則他將不受英国歡迎，並被發現後，由英国執法吏交給蘇格蘭人員）。²

這條就是“不移交則審判原則”的原型，即疑犯所在國可選擇移送疑犯，也有權就地審判。條文的歷史背景是很多住在蘇格蘭的人其實原來就是英國人，允許在英國被審判，是保護國民的措施。這安排對日後有兩方面啓示：

1 這是古代較簡單直覺的疑犯處理方法。雖然當年社會乃至國際間高度同質化，但保護國民已是一個考慮。而今國際社會既多元又複雜，保護居民應是各國、地區的首要任務，更應奉行“不移交則審判原則”。

2 當年的重犯，主要是今天的“政治犯”，要六百年後才有所改變，而且是在英國堅持下，才形成當今“涉及政治不移送原則”。

（二）1648 年的啓示：西伐利亞和議（Peace of Westphalia）

歐洲脫離中世紀，經歷重生（re-naissance）和重構（re-formation），熬過幾十年的戰爭後終於在 1648 達成西伐利亞和議。³自此，歐洲擺脫單一的天主教道德權威，走上多元化發展。新型國家、科學方法、國際法甚至最早

² 參看 William Stubbs, *Gesta regis Henrici secundi Benedicti Abbatis : the chronicle of the reigns of Henry II and Richard I, A.D. 1169-1192, known commonly under the name of Benedict of Peterborough, v.1, edited from the Cotton MSS (1867), 97.*

不是想曬拉丁文，而是反映當時社會：英語尚未成型，吃飯用的叉子要等幾百年才被發明，尚未使用“0+”這些數學符號，Occam 的第三選擇思維還得等一百多年...。但才四十年，就出現了《大憲章》，也說明，落後也可走上法制、法治，事在人為。

公元 1174 年，中國正值南宋孝宗皇帝、西夏仁宗、金世宗分治年代。

³ 有超過 100 國家、大公國、普法爾茨、主教王子以及教廷參與談判，形成多個多邊、雙邊條約。只有教廷拒絕接受結果。

公元 1648 年，中國正值清朝順治朝。

的一國兩制（*cuius regio eius religio*）等等相繼出現，也促生了日後的啓蒙運動，為現代社會奠定基礎。

新型國家，是要適應多元的新國際秩序。此前的家族、宗教同質性被打破，日後強調的是國際公認性。主權在民雖還要等一百年，但保護人民已確認為國家重任。

國家觀念限制引渡法

在這階段，國家觀念更甚國際觀念，因此引渡法的發展，與國際法始創者格老秀斯（Grotius）所倡議的“不移送則懲罰原則”（*aut dedere aut punire*）背道而馳。⁴ 此原則要等三百年，因應國際化才再度被提出。

相反，引渡法在這三百多年期間（*extradition* 這個名詞是 1791 年才發明的），大體上巡兩方面限制性發展：“不移送國民”和“涉及政治不移送原則”。“不移交則審判原則”其後被提出，就是要降低這兩方面的限制性。

“不移送國民原則”（*non-national*）：古代的引渡因君主相互熟稔，出於禮讓一般不移送國民，現在卻變成信不過對方的宗教、政治體系而不移送。

“不移送國民原則”的主要推動者是法國，特別是 1789 法國大革命成立共和後，雖然日後王朝復辟。第一次正式有關安排是 1736 法國/荷蘭地區間的協議。1834 就在法國-比利時條約正式出現，並逐漸被所有大陸法國家所採納，成爲世界主流，不少國家的憲法還規定不得移送國民。

相反，英國卻反對“不移送國民原則”，並延申到所有屬地和普通法地區。

後者更奇怪：此前移送對象主要是針對逃往國外的政敵，卻演變成“涉及政治不移送原則”（*political offense exception*），移送主要是針對殺人放火等重罪。雖然第一項包括此原則的條約是上述 1834 年法國和比利時的引渡條約，但英國跨兩百年的兩個插曲，戲謔性地凸顯這方面的發展。

⁴ Grotius, Hugo, *The Rights of War and Peace* (1625), Book II, Ch XXI, sec IV. 格氏有否接觸到法萊斯條約有待考證。

引渡逸事 啼笑皆非

1667年，荷蘭打敗英國，結束了跨四大洲的戰爭，和約規定雙方移送對方的疑犯。當時英國“極左”當權，又面臨未來天主教復辟，很多新教徒和異見人士逃到荷蘭。而荷蘭當時勢力在巔峰，願意包容各類經濟、政治人物，還成爲在逃人士大規模印刷批評政府的傳單和書籍的大本營，準備偷送英國。荷蘭被要求執行移送時，多方推搪刁難。英國無奈，于1686年決定派人進行綁架，當然注定被暴露，成爲醜聞。

醜聞也能變好事。啓蒙泰斗約翰·洛克(John Locke)當時也逃到荷蘭，爲防被綁架，期間連續三個月要白天躲避、晚間潛行。或許親身體會，促使他倡議主權在民，政府的合法性建基於保障人民擁有生命、自由、和財產的自然權利，三權分立等等學說。“涉及政治不移送原則”也是這些學說演繹出來的。

不到幾十年，英國反過來不僅包容自身的異見分子，還成了各國流放分子和異端人物的大本營，伏爾泰(Voltaire)是早期的佼佼者。不移送涉及政治疑犯也慢慢形成傳統。此相對開明的風氣，讓英國成爲世界強國，也是唯一一個從農業革命到輕工業革命、重工業革命、壟斷資本主義等等階段，不必蒙受革命或內戰的國家。

到了19世紀，社會變化加劇，歐洲大陸國家屢屢動亂，革命失敗者逃亡英國，有關國家定期向英國討這些疑犯，也必然被拒絕。1848年，歐洲多國同時起義，個別居然短暫成功，此前向英國索取政治疑犯的權貴反而要逃到英國，以避免被移送。法國國王(Louis Phillipe)被推翻後躲到英國；但後來的國王(Louis-Napoleon Bonaparte, 此前也曾逃到英國)反撲後，推翻前者的起義者(Blanc, Ledru-Rollin等)也要流亡英國，和平共處。自此，“涉及政治不移送原則”不復被質疑，成爲世界主流。

引渡法必須平衡厲害

“不移送國民原則”和“涉及政治不移送原則”的實踐，對日後引渡的理論有幾點重要的啓示。

1 這些機制，一直在演化，都是經過通盤考慮，平衡不同核心價值的結果，是刻意的安排，而不是什麼“漏洞”。可以說，國際間普遍接受的各種拒絕移送疑犯的原則越來越多，不能說都在製造新的所謂漏洞。

2 上述兩個原則，已成為移送疑犯安排的主流：“涉及政治不移送原則”普遍被接受，近年所有引渡協定都有類似條款。“不移送國民原則”使用率也在提高；大陸法地區固然於此，但連普通法地區也逐漸接受這安排。

3 以上發展是國家至上的反映。隨著國際化，特別是跨國行爲日增，必須尋找新的機制，平衡既有的做法和新的國際形勢，“不移交則審判原則”成為選項之一。

（三）近代的啓示 邁向國際準則

到了近代，國際交往頻繁，跨國事務也大增，非個別管轄區能單獨處理，移交疑犯需要新的機制。第一次世界大戰的災難更表明，國家至上原則難免導致國際紛爭，因而有必要系統地訂定一些國際準則，包括引渡法。

但是，儘管時代需要擴大引渡法的適用範圍，前文所述 1648 年後的發展卻呈現相反的發展，而隨著法律的進一步完善，約束引渡適用範圍的做法越來越多：

“不移送國民原則”從身份角度，大幅度降低了引渡的適用對象。後續發展還增加了其他因身份不移送的合理原因，如有關疑犯已經或正在被邀請國審訊等等。

“涉及政治不移送原則”則從法律適用角度，限制了引渡的範圍，日後還增加了涉及軍事、情報、稅務等等方面。還有其他的不適用範圍，包括案情發生在第三國、不適用於屬地等等諸多技術性限定。也有地方性限制，如排除決鬥、通奸。

適用罪行卻大大增加。譬如 1794 年英美間第一條引渡條款僅適用於謀殺和偽造文書，1889 年的條約，則擴大到十多大類罪行，到了 1932 年更增加到 27 大類。

另外，一系列的人權和程序方面的保證也逐漸出現，如特定罪行、雙重罪行等等。

以上的適用範圍的增損，都是平衡當時各種考量和權衡效益的結果，而非甚麼“漏洞”。可以說，以個別案例炒作“煽情”是罔顧法理，甚至是不道德的。關鍵是，如何在認識和接受各種限制引渡的合理因素的前提下，設計降低引渡的門檻。

在這大背景下，不乏有識之士企圖推動引渡法的規範化；可以說規範化的過程，殊途同歸，都指向“不移交則審判原則”。下文分別介紹一下這規範化的過程：

- 1880 年專業團體的探索
- 二十世紀 20 年代多邊條約
- 1990 年聯合國的《引渡示範條約》
- 2002 年倫敦方案

1. 1880 年專業團體的探索：

帶頭探討引渡法的，是國際專業學術團，1876 年已開始起草國際引渡準則並在 1880 年召開國際法協會會議；1912 年國際法學委員會又提出新的草案等等。

1880 年在牛津舉辦的國際法協會決議第六條把這階段的問題講得最透徹：

Between countries whose criminal legislation rest upon similar bases and which have mutual confidence in their judicial institutions, extradition of nationals would be a means of assuring good administration of penal justice because it should be considered as desirable that the jurisdiction of the forum delicti commissi be so far as possible called upon to render judgement.

(刑法體系相同並相互信任對方司法體系的國家之間，移送國民會是保證刑事妥善執行的辦法，因為盡可能由犯罪地點的機構裁決是可取的。)

這是智者真言，當今依然如是；也婉轉地說明，兩個地區間的法律和制度差異越大，引渡的門檻自然要較高才能平衡各自的考量。問題是，能否找到適當機制，降低門檻促成移交。

2. 二十世紀 20 年代開始的多邊條約：

另一方面的探討不是通過兩國雙邊協議，而是地區多邊協議或規範跨國行為的多邊條約。前者是由較同質的毗鄰國家提出，後者由國際組織（主要是國聯）推動。規範的行為都是國際公認的犯罪，不容包庇，反而促使引渡法的進展。

包含“不移交則審判原則”的地區多邊協議，前提都是“不移送國民原則”，最早是 1928 年美洲的 Bustamante 準則第 345 條。1957 年的《歐洲引渡協定》第 6（2）條算是最完整的表述。

1929 年的《國際禁止偽鈔條約》是第一次提出“不移交則審判原則”的國際協議，針對的是違法行為。

此後，類似條款適用於一系列規範國際活動的條約，早期包括非法毒品（1936），戰爭罪行（1949），白奴（1950）…。七十年代後有關條約多不勝數，如多項航空條約特別是海牙公約（1970）、人質（1979）、放射性資源（1982）、酷刑（1984）、海事（1988）…。

這些國際條約的指導思想很簡單：滔天重罪，必須得到懲治，因而比較容易達成協議，這些經驗為雙邊協議提供了參考。雖然嚴格說，為達到治罪的目的

的，這些條約採用不同的管轄權，實施機制也不同，甚至連法理都不一致，但籠統來說都屬“不移交則審判原則”，讓疑犯無所遁形。

3 1990 年聯合國的《引渡示範條約》

多邊條約的實踐，促使聯合國推動《引渡示範條約》。《條約》共十八條，算是大膽平衡了此前各方面的考量，擴大了罪行的範圍。第 3 條共列出七類“拒絕引渡之強制性理由”，保留了政治、軍事的理由，還加大了人權等方面的限制。

第 4 條“拒絕引渡之任擇理由”，列出八大類理由。第(a)款如下：

“遇下述任一情況，可拒絕引渡：

- (a) 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；”

這似乎在試圖找一個新的平衡點，以“不移交則審判原則”縮小“不移送國民原則”的適用範圍。

1997 年，聯合國大會不經投票通過“52/88 國際刑事合作宣言”，第 II.9(f) 款特別提到：“保證有效實施 *aut dedere aut judicare* 原則”。

以上條款，得到國際認可成為標準條款，本應可賀，然而僅適用於執行“不移送國民原則”地區，即大多數大陸法國家，卻未能規範另外三分一的普通法國家，實在遺憾。

4 2002 年倫敦方案

“不移交則審判原則”八百年後在普通法地區再度提出，是為適應兩個發展。其一是英國屬地陸續獨立，形成幾十國家的英聯邦普通法地區，需要協

調引渡事宜，但更直接的推動力則是為落實國際多邊條約而必須修改刑法程序，如采証、口供等等。

1966年倫敦會議通過《英聯邦移送疑犯方案》，提出引渡法的規範，反映在英國的1967《疑犯條例》，但不包含“不移交則審判原則”，唯在附錄中提到“不移送國民原則”。另一方面，1976年後，為執行國際反恐義務，更新了有關取證、落口供的法律，方便處理有關案件。

到了2000年，面對複雜的國際社會發展，英聯邦也要改變。當年的《英聯邦移送疑犯倫敦方案》的任擇條款，比聯合國《示範條約》更進取：

第15條3(a)款第一次作為選項，提出“不移送國民原則”（包括公民和永久居民）。此前，普通法地區中只有塞浦路斯使用該原則，並在再加入歐盟後放棄使用。

第16條則肯定“不移交則審判原則”，並作出到那時為止最完整的表述，包括其原由以及建議有關立法的細節，茲不贅。⁵

澳洲為貫徹“不移交則審判原則”，1988年已經立法，但當年主要是應對使用“不移送國民原則”的國家。日後幾經修改，響應聯合國的《示範條約》，更不堅持對等，並在2012年擴大到適用於第三國的國民。⁶毫無疑問，澳洲是最徹底落實“不移交則審判原則”的普通法國家，香港大可效法。

結語

至此，無論國際社會、大陸法國家、普通法國家都認可“不移交則審判原則”作為可平衡當代各種對立訴求的引渡機制。普通法國家八百年後終於回到初心；漫長的過程，豐富了對此機制的認識。可以預期，日後採用的國家只會有增無減。

⁵ http://www.oas.org/juridico/english/mesicic3_jam_london.pdf

⁶ <https://www.legislation.gov.au/Details/C2018C00197>

對香港的啓示很清楚：引渡法從法理到實際操作都很複雜，任何改動，都必須全面、細緻平衡各方面的要求、顧慮。若刑法體系很不同、法治水平有差異，則必須動用“不移交則審判原則”等機制，確保引渡不被濫用，才能達到四贏。