

# 香港與外國簽訂移交逃犯協定及其啟示

宋錫祥\*

移交逃犯協定或安排是國際和區際刑事司法協助領域中的三大重要內容之一，這對於相互開展刑事司法互助活動具有舉足輕重的作用。在區際層面“移交逃犯”就是國際刑事司法協助中通常所說的“引渡”。而英聯邦成員從英國引渡罪犯時廣泛適用的《1967年逃犯法》中，卻迴避使用“引渡”二字，而是以“遣返(return)”一詞取而代之。這大概是為了體現英國與英聯邦成員國之間的特殊的親密關係。基於英聯邦成員的傳統，香港地區“移交逃犯”沿用了這一稱謂。

香港與其他國家間簽署移交逃犯的協定由來已久，早在20世紀90年代初，即1992年11月2日的香港政府和荷蘭王國政府簽訂了《移交逃犯協定》，首開香港與其他外國簽署移交逃犯協定之先河，該協定於1997年6月29日起正式生效。截至2016年5月20日，香港與其他國家間共簽署了19個移交逃犯的協定並全部付諸實施，其中，香港與捷克關於移交逃犯的協定於2013年3月4日在香港簽訂，時隔近2年才於2015年2月13日正式生效。<sup>1</sup> 從時間上看，香港與其他國家間簽署的移交逃犯的協定經歷了兩大時期，分別是20世紀90年代簽署和生效的有11個之多，21世紀前14年簽署並生效的僅有6個。從分佈的國家看，在這些協定中，與發達國家(美國、英國、澳大利亞、新西蘭、荷蘭、愛爾蘭、德國、加拿大、葡萄牙和芬蘭)簽署的最多，達9個移交逃犯的協定；與東南亞國家簽署了6個協定，包括新加坡、馬來西亞、菲律賓、印度、韓國、印尼；與非洲國家僅有兩個，即南非和斯里蘭卡。在以上這些協定中，

形成了香港地區移交逃犯的基本框架和具體制度。因此，在刑事司法協助領域，參考和借鑒香港與別國簽署的移交逃犯協定的有益經驗和合理成分，解決化解內地與香港商簽移交逃犯安排中的主要障礙，盡快打破僵局，無疑具有重要的現實意義。

## 一、關於移交逃犯的體例與標準

從國際層面看，有關移交逃犯協定的體例和標準存在着一定的差異。就具體文本而言，在牽涉可移交的罪行範疇時，既有列舉式的體例，也有概括式的體例，同時在文本附錄中對相關具體罪名進行詳細描述，並設置兜底條款，以解決羅列的罪名無法窮盡的難題。在具體標準上，除了列舉式和概括式之外，還有兩者兼而有之的模式。

### (一) 採取主文式與附件或附錄式並舉，以主文式為主

關於文本的體例上，涉及可移交的罪行範圍時，多數採用在主文中作出列舉的規定，在協定的第1條或第2條中具體羅列出可移交之罪的罪名，其好處是給人以一目了然之感，但不足之處在於在主文中規定哪些罪行屬於移交的對象和範圍顯得比較臃腫和龐大，與其他條文簡明、扼要相比不夠協調。2009年11月4日生效的香港與德國簽訂的關於移交逃犯協定對此作了合理改進，該協定第2條第(1)款有關移交的罪名僅作原則性的規定，即附錄須構成本協定的一

\* 上海對外經貿大學法學院教授

部分。具體詳細對 45 項罪行的描述作為文本的附錄，並根據締約雙方的法律可准予移交的任何其他罪行(第 46 項)作為兜底條款，解決列舉罪名無法窮盡的問題，具有合理性和科學性。香港與韓國於 2007 年 11 月 2 日簽訂的關於移交逃犯協定也有異曲同工之處，所不同的是，第一，香港與韓國簽署的移交逃犯協定將其第 2 條所述的罪行的描述放在附件中進行處理，而不是作為附錄。第二，該協定有關列舉的罪名也有 46 項，但是沒有兜底條款，僅規定“任何其他根據締約雙方的法律均屬可判處 1 年以上的監禁或其他形式的拘留或更嚴厲的刑罰的罪行；但如被要求方的法律不容許就該罪行作出移交，則作別論。”言下之意，即使是符合雙重犯罪原則，被請求方的國內法律不容許就該罪行作出移交的，也不在移交之列。

可見，上述體例上的安排是 20 世紀 90 年代香港與別國簽署的移交逃犯協定所不曾有過的模式，顯示出香港在對外簽署刑事司法協助協定方面新的發展趨勢，值得引起有關部門的重視和密切關注。

## (二) 列舉式與概括式標準或者兩者結合

就確定可移交的罪行範圍而言，各國和地區一般採取的標準不外乎三種。第一種稱為列舉式標準，即在移交逃犯法規或有關條約中羅列出可移交之罪的罪名。列舉方式的優點在於它明確指出移交義務的範圍。簽約雙方可以按照協定的各項規定，相互移交在被請求方的司法管轄區發現並遭請求方追緝的人，以便就本協議中所述的罪行對他作出檢控、判刑或強制執行判刑。第二種標準稱為“概括式標準”，即不羅列出具體的罪名，只規定可根據締約雙方的法律可准予移交的任何其他罪行，並設置移交之罪的最低量刑標準，凡未達到這個最低量刑標準的行為就不構成可移交之罪。第三種是列舉式與概括式標準的結合。如香港與斯里蘭卡於 2003 年 4 月 19 日生效的移交逃犯協定，在列舉了 45 項可移交的罪行之外，增加了一項第 46 項條款，即“根據被要求方的法律可准予移交的任何其他罪行”。

而香港與南非於 2011 年 1 月 12 日生效的移交逃犯協定，也有類似的規定，同時在程序上具有細微的差異。具體來說，除了羅列出 46 項罪行作為移交的

範圍之外，還採取概括式標準，即“若干其他罪行，而該等罪行須是締約一方以書面通知對方確認為按照其法律可就該等罪行批准移交的”。也就是說，協定中沒有列舉的罪行，也可以實施移交，但是必須履行一定的程序，包括書面形式通知對方確認並獲得批准。香港與葡萄牙於 2004 年 7 月 11 日生效的移交逃犯協定也有類似的規定，該協定規定在列舉為主的同時，還附加一項條款，即“任何其他罪行，而該罪行為按締約雙方的法律可就其而批准移交的”，這就意味着只要滿足締約雙方的法律規定，就可以獲得批准，而無需書面通知對方確認，從而在一定程度上簡化了程序，提高了移交的效率。

## 二、移交逃犯應遵循的原則

在解決移交逃犯問題上，國際社會在長期的實踐中逐漸形成了一些限制移交行為的規則，並逐步為各國和地區普遍接受和採納，以防止權力的濫用。綜觀香港與外國簽訂的移交逃犯的協定的內容，移交逃犯的基本原則不外乎有以下幾種：

### (一) 死刑犯不移交原則

在移交逃犯中，死刑問題既可能成為死刑保留國與死刑廢止國之間締結移交逃犯條約的巨大障礙，也可能成為不根據條約進行移交時的拒絕事由。香港於 1993 年 4 月通過立法廢除了死刑，所以，在香港與外國簽訂的移交逃犯協定中，除了與馬來西亞、新加坡的協定外，均明確規定了“死刑不移交原則”。例如，香港與澳大利亞《關於移交被控告及被定罪的人的協定》第 4 條規定：“倘某項根據本協定提出要求移交的罪行，按照要求方的法律可判處死刑，但按照被要求方的法律並無判處死刑的規定或通常不會執行死刑，則除非要求方作出被要求方認為充分的保證，即被移交者將不會被判死刑或即使被判死刑亦不會執行，否則被要求方可拒絕移交。”香港政府和加拿大政府的移交逃犯協定第 4 條也有類似的規定：“倘某項根據本協定提出移交逃犯要求的罪行，按照要求方的法律可判處死刑，但按照被要求方的法律並

無判處死刑的規定或通常不會執行死刑，則除非要求方作出被要求方認為充分的保證，即被移交者將不會被判死刑或即使被判死刑亦不會執行，否則被要求方可拒絕移交。”

## (二) 遵守雙重犯罪原則

雙重犯罪原則是國際引渡或移交逃犯中的一項重要原則，根據該習慣規則，不是任何犯罪行為均構成移交的理由，必須是請求方和被請求方雙方的法律都認為是犯罪的行為，而且這種罪行必須能達到判處若干年有期徒刑以上的程度，或者至少是移交逃犯協定上所列舉的可移交的罪行。否則，一方認為是犯罪，另一方不認為是犯罪的，就不能移交或引渡。<sup>2</sup> 香港與外國簽訂的所有移交逃犯協定的第2條均確認了該項原則，規定依照締約雙方的法律屬可判處監禁或以其他形式拘留至少1年或超過1年或可判處更嚴厲刑罰的人，均須准予移交。在可以移交罪犯問題上，除了必須遵循雙重犯罪原則之外，就是否需要滿足不少於1年或者1年以上，還是兩年以上的最低刑期標準上存在細微的差異。從香港與其他國家簽署並生效的17個移交逃犯協定中，可以清楚地看出，早期不少於1年的僅有4個國家，它們分別是香港與印度、香港與馬來西亞、香港與新加坡和香港與英國雙邊移交逃犯協議。但也有後來作了調整的，如2007年11月1日生效的香港與馬來西亞簽訂的《移交逃犯協定》補充議定書第2條第(1)款，對於1995年1月11日雙方簽署《協定》的最低刑期標準作出修訂，由原來的不少於“1年”改為多於“12個月”，使得香港與馬來西亞刑事司法互助協議進入了超過1年的國家和地區行列。這表明，移交逃犯的最低刑期絕大多數要求在1年以上或者多於1年或超過1年，尤其是進入21世紀香港與別國簽訂的移交逃犯協定呈現出這一發展態勢。例如，香港與南非2011年12月1日生效的《移交逃犯協定》第2條規定，凡屬以下所描述的任何罪行，而該罪行根據締約雙方的法律屬可判處監禁或以其他形式拘留超過1年或可判處更嚴厲刑罰者，須就該罪行批准移交。該協定的簽署和付諸實施就是最好的實例。

儘管香港與其他國家簽訂的移交逃犯協定中有

關最低刑期標準上有一定的差別，雙方的刑法對逃犯判處監禁或其他形式的拘留超過1年以上，才符合移交的條件。而規定至少在1年的國家在逐步減少，由以往的4個國家縮減至3個國家，僅佔香港與別國簽署和生效移交逃犯17個協定的17.6%。但也有極個別最低刑期標準相對較高的協定，如1998年10月23日生效的香港特別行政區政府和新西蘭政府關於《移交被控告及被定罪人士協議》第2條規定，凡觸犯以下所述任何類別的罪行，而該罪行依照締約雙方的法律屬可判處監禁或以其他形式拘留兩年或以上或可判處更嚴厲刑罰者，又該罪行按照被要求方的法律屬可准予移交的罪行，則須准予移交。這就意味着低於2年判刑的標準，即使符合雙重犯罪原則，上述逃犯也不在移交之列，從而在一定程度上減少了移交犯罪嫌疑人的範圍。

## (三) 本國公民不移交原則

在這一問題上，兩大法系國家和地區基於不同國家法律傳統往往採取不盡相同的做法。大陸法系國家一般奉行屬人刑事管轄權，對於本國公民在國外犯罪又逃回本國，根據本國刑法也構成犯罪，採取本國公民不移交的立場，對該罪犯行使審判和管轄，而不將其移交給外國。香港在與別國簽訂有關移交逃犯協定中根據不同的對象採取不同的做法。例如，2007年2月11日生效的香港與韓國有關《移交逃犯協定》第3條規定：無論是香港特區政府還是韓國政府，均保留拒絕移交中華人民共和國的國民或韓國國民的權利。同時規定，凡被要求方行使此項權利，要求方可要求將有關案件提交被要求方的有關機關，以考慮對有關的人進行檢控的法律程序。被要求方須將任何已採取的行動及任何檢控的結果告知要求方。至於有關人的國籍問題，則以要求移交所根據的罪行發生時該人的國籍為準。這就意味着韓國政府保留拒絕移交其國民的權利，香港特區政府保留拒絕移交其永久性居民和中華人民共和國國民的權利；在第一種情況的基礎上進一步規定，被要求方行使此項權利時，要求方可要求把案件提交被要求方主管當局，以考慮對該人進行檢控。

在一些英美法系國家的國內刑法適用絕大多數

採取嚴格的屬地刑事管轄權，往往採取本國國民可向外國移交的態度，讓其受到犯罪地國家的處罰。這與英美法系的國家的刑事裁判採取法庭中心主義不無關係，因為在犯罪地國追訴犯人，有利於證據的收集、證人到庭作證，法庭上口頭辯論的正常進行等事宜。<sup>3</sup> 這樣做也不會損害到本國的刑事管轄權。所以，採取屬地主義是順理成章的事。只有在特殊的情況下，才處罰在本國領域外實施犯罪的本國國民。

由於美國和英國不採用本國公民不移交的原則，香港與美國、英國分別簽訂的移交逃犯的協定對國民移交的規定採取原則上移交，不予移交為例外的做法，如1998年1月1日生效的香港特區政府和美國政府關於《移交逃犯的協定》第3條規定：(1)除本條第(2)款及第(3)款另有規定外，不得以關於被要求移交者的國籍的問題為理由拒絕移交。(2)美國政府行政當局保留權利，若所要求的移交涉及美國的國防、外交或重大公眾利益或政策，可拒絕移交美國國民。(3)香港政府行政當局保留權利，在下述情況，可拒絕移交負責管理與香港有關的外交事務的政府所屬國家的國民：(a)所要求的移交涉及負責管理與香港有關的外交事務的政府所屬國家的國防、外交或重大公眾利益或政策；或(b)被要求移交者無香港居留權，亦非為定居目的而進入香港，而負責管理與香港有關的外交事務的政府所屬國家對所要求的移交涉及的罪行具有管轄權，並且已經展開或完成起訴該人的法律程序。(4)若美國要求移交的人無香港居留權，亦非為定居目的而進入香港，而負責管理與香港有關的外交事務的政府所屬國家對有關的罪行具有管轄權，並且正在調查該罪行，在其迅速完成調查工作後，香港才可就移交的要求採取行動。(5)假如根據本條第(2)款或(3)(a)款行使拒絕移交的權利，要求方可要求把案件提交被要求方主管當局，以考慮進行起訴。香港與英國於1998年3月19日生效的《移交逃犯的協定》也有類似的條文規定。

#### (四) 軍事犯不移交原則

所謂“軍事犯”僅僅是指違反一國軍事法律，而根據該國的普通刑事法律則不構成犯罪的行為。如聯合國《刑事事件互助示範條約》第4條第6項規定的

可拒絕提供的軍事犯是指：“該行為是軍法範圍內的罪行，而非普通刑法範圍內的罪行。”關於軍事犯不移交原則，香港地區與某些國家的移交逃犯協定中也作了規定，如香港特區政府和英國政府《關於移交逃犯的協定》第5條規定，如果被要求方認為某人被控告或裁定的罪行是軍事法律上的罪行而非普通刑事法上的罪行，則不得移交該人。另外，《香港政府和美利堅合眾國關於移交逃犯的協定》第2條第5款(5)規定：“為避免疑點，軍事法律上的罪行，而非普通刑事法上的罪行，將不會根據本條第(1)款被視為一項罪行。”與英美和香港協定一樣，這裏僅指軍事犯罪一種形態，並沒有涉及軍事犯罪和普通犯罪兼而有之的情形。

香港特區政府和新西蘭政府關於《移交被控告及被定罪人士協定》第6條第5款第(3)項也對軍事犯作了規定，但與香港和英美簽訂的協定相比，仍有細微的差異。香港與新西蘭的協定要求“移交所根據的罪行是軍事法下的罪行，但並非同時是普通刑事法下的罪行，則不得准予移交。”言下之意，純粹的軍事犯罪排除於移交的範圍之外，如果軍事犯罪兼有普通犯罪的，則該犯罪分子屬於應納入移交的範疇。

《中華人民共和國引渡法》第8條第5項規定：“根據中華人民共和國或者請求國法律，引渡請求所指的犯罪純屬軍事犯罪的”，應當拒絕引渡。中國與外國簽訂的雙邊引渡條約也都將軍事犯罪排除在合作的範圍之外，究其原因，主要是軍事犯不屬於一般的普通犯罪，它具有鮮明的排他性和政治性。<sup>4</sup>

中國內地與香港在開展兩地刑事司法合作或協商簽訂包括移交逃犯等刑事司法協助協定時，軍事犯不移交原則理應被排除適用，這方面的分歧相對較小，無論是香港還是內地在對外簽署移交逃犯協定或者引渡條約，均遵循軍事犯不移交原則。根據《香港基本法》第19條第3款的規定：“香港特別行政區基本法對國防、外交等國家行為無管轄權”，而軍事犯罪往往涉及的就是國防相關事務，不屬於香港自治範圍管轄內的範疇。

即使是發生在香港駐軍人員身上的軍職犯罪，按照《中華人民共和國駐軍法》第20條明確規定，香港駐軍人員犯罪的案件由軍事司法機關管轄；但是，

香港駐軍人員非執行職務的行為，侵犯香港居民、香港駐軍以外的其他人的人身權，財產權以及其他違反香港特別行政區法律構成犯罪的案件，由香港特別行政區法院以及有關的執法機關管轄。這說明，一旦發生駐港部隊內部軍職人員犯罪，由內地軍事司法機關，即軍事法院行使司法管轄權。這無疑是維護國家主權與安全的要求之所在。

問題在於，純粹的軍事犯罪行為是不會有爭議的，但對於軍職人員犯罪兼普通罪行的能否適用軍事犯不移交原則就比較複雜了。為此，內地與香港在商談和簽訂移交逃犯協定中，應當作出明確的細分，即軍事犯罪行為兼有普通犯罪行為的，原則上應排除軍事犯不移交原則，而視為一般的普通犯罪，移交給請求方，由其按照刑法的有關規定追究其刑事責任。

#### (五) 政治犯不移交原則

政治犯不移交原則源於兩百餘年前的法國資產階級大革命，1833年比利時引渡法率先在國內法規定政治犯不移交原則，此後採納該原則的國際條約日益增多，並逐步形成了一項國際上普遍承認的原則。儘管該原則的內容有日漸縮限的趨勢<sup>5</sup>，但因各國對“政治犯”的概念有各自不同的理解，實踐中往往有賴於被請求國進行判斷，使其顯得不夠明確。所以，香港與外國簽訂的移交逃犯協定中關於政治犯不移交的規定也不盡相同。其中，絕大多數協定規定，如被要求方認為有下列情況者，則不得移交：(1)某人被控告或被裁定的罪行屬政治性質的罪行；(2)提出移交某人的要求(雖然聲稱是因為一項可予以移交的罪行)，目的實際上是因為他的種族、宗教、國籍或政治意見而檢控他或懲罰他；或(3)某人一經交回，可能因其種族、宗教、國籍或政治意見而在審判時受不公平對待、被懲罰、被拘留或使其人身自由受限制。還有一些協定規定得更為詳細、具體，如《香港政府和印度共和國政府關於移交逃犯的協定》第6條規定：“如被要求方有充分理由相信以下事項屬實，則不得移交該名逃犯：(1)該人被控告或被裁定的罪行屬政治性質；(2)提出移交要求(雖然聲稱是因為可准予移交的罪行而提出)的目的實際上是因為該人的種族、宗教、國籍或政治意見而檢控或懲罰他；或(3)該人一經

交回，可因其種族、宗教、國籍或政治意見而在審判時受到不公平對待、被懲罰、被拘留或使其人身自由受限制。”“就本協定而言，下列罪行不得被視為屬於政治性質：(1)謀殺印度共和國國家元首或其他蓄意針對印度共和國國家元首的罪行，或就香港而言，謀殺負責香港外交事務的政府的國家元首，或其他蓄意針對他的罪行，或無論是就印度共和國或負責香港外交事務的國家而言，謀殺國家元首的直系親屬或其他蓄意針對他們的罪行；(2)屬於1970年海牙《關於制止非法劫持航空器的公約》範圍的罪行；(3)屬於1971年蒙特利爾《關於制止危害民用航空安全的非法行為的公約》範圍的罪行；(4)屬於1973年紐約《關於防止和懲處侵害應受國際保護人員包括外交代表的罪行的公約》範圍的罪行；(5)屬於1979年紐約《反對劫持人質國際公約》範圍的罪行；(6)雙方根據多邊協定有義務把被要求移交的人移交，或把案件交由本身的主管當局決定是否進行檢控的任何罪行。”再如，《香港政府和美利堅合眾國關於移交逃犯的協定》第6條規定：“如逃犯被控或被裁定所犯罪行屬政治性質，則不得把有關逃犯移交。”“下列罪行不得視為屬於政治性質：(1)謀殺美國國家元首或其他蓄意針對美國國家元首的罪行，或就香港而言，謀殺負責香港外交事務的政府所屬國家的元首，或其他蓄意針對他的罪行，或無論是就美國或負責香港外交事務的國家而言，謀殺國家元首的直系親屬或其他蓄意針對他們的罪行；(2)有關罪行為雙方根據國際多邊協定有義務移交被要求移交者或把案件交由本身的主管當局決定是否進行檢控；(3)串謀或企圖觸犯任何上述罪行或協助或教唆他人觸犯或企圖觸犯該等罪行。”“如被要求方的主管當局(就美國而言是指行政當局)確定有下列情況，則不得批准移交逃犯：(1)基於政治動機提出要求；(2)雖然聲稱是因一項可移交罪行而提出移交要求，但其主要目的實際上是因為該被要求移交者的種族、宗教、國籍或政治意見而檢控或懲罰該名人士；或(3)被要求移交者可能因其種族、宗教、國籍或政治意見而不獲公平審判或被懲罰。”

#### (六) 或移交或起訴原則

由於對行使刑事管轄權所根據的法律原則不

同，一些國家同意向外國移交本國公民，一些國家則不同意向外國移交本國公民。如果這兩類國家之間遇有逃犯問題，就可能給犯罪分子留有逃避懲罰的漏洞。為使在逃罪犯難逃法網，國際法適用了“或引渡或起訴”這句格言。就是說，罪犯避難國必須懲處該罪犯，或將他遣送給能夠並願意懲辦他的國家。該原則是國際刑事合作的一項重要的國際訴訟法制度，也是在當今條件下，對國際犯罪分子進有審判和制裁的行之有效的辦法。香港與外國簽訂的移交逃犯的協定中也體現了這一原則。例如，《香港政府和馬來西亞政府的移交逃犯的協定》第4條規定：倘被要求方認為其本身對逃犯所犯的罪行具有審判權，可拒絕移交逃犯。但須將該個案呈交己方主管當局以便根據當地法律對該逃犯提起訴訟。再如，香港與英國、美國簽訂的移交逃犯協定中均規定，如果被要求方行使拒絕移交的權利，要求方可要求把案件提交被要求方主管當局，以考慮進行起訴。

### (七) 特定罪名原則

根據國際實踐和許多有關國際刑事司法合作的條約的規定，為了防止請求方以國際刑事司法合作為藉口而去迫害被請求方應該給予保護的人，在國際刑事司法合作完成之後，請求方只能就請求刑事司法協助時所指控的罪名對罪犯予以審判和處理，不得審理、處罰不同於該罪名的任何其他罪行，否則，被請求方有抗議的權利。同時，國際刑事司法合作表現為，移交逃犯時請求方沒有單方面地決定轉移逃犯給第三國的權利。這就是“特定罪名原則”。該原則是隨着政治犯不移交的原則的產生而發展起來的。這是因為如果請求方以搶劫之類的普通犯罪為由移交之後，繼而對政治犯罪也進行追訴的話，就踐踏了政治犯不移交的原則，也侵害了被請求方的主權。香港與外國簽訂的所有移交逃犯協定均對該原則作了規定，其主要內容如下：已被移交的逃犯，除因下述罪行外，不得因其在被移交前所犯的任何其他罪行而被要求方起訴、判刑、拘留或以任何其他形式限制其人身自由：(1)批准移交該人所根據的罪行；(2)根據大體上與批准移交該人所根據的同樣事實所定的罪行，不論如何描述，但該項罪行須是根據該協定能把

該人移交的罪行，而且該罪行可判處的刑罰不能重於就移交該人所根據的罪行而判處的刑罰；(3)該逃犯的任何其他在該協定下可批准移交的罪行，而被要求方亦同意該人接受懲處；但如該逃犯曾有機會行使權利離開其已被移交往的一方的管轄區，但在一定期限內仍未離開，或在離開該管轄區後自願重返該地，則屬例外。

## 三、香港對外簽訂移交逃犯的 模式選擇及其啟示

從上述比較介紹和分析香港和其他國家間簽訂的移交逃犯的協定中，不難看出，這些協定既有採用“列舉式標準”的，又有採用“淘汰式標準”的。兩者之間各司其責，相得益彰，在適用標準上不留死角和盲區。因而這種“列舉式標準”和“淘汰式標準”混同使用的做法無疑具有一定的科學性和合理性，便於實際操作和運用。為未來內地與香港簽署移交逃犯協議提供了可供借鑒的範本和實例。

### (一) “列舉式標準”和“淘汰式標準”的基本 涵義及其表現

隨着時間的推移和現實情況的發展變化，當今社會逐漸產生了新型的犯罪形態。如果採取列舉方式，勢必要窮盡各種犯罪的種類，面對要把新產生的犯罪列為可移交之罪就必須經常修改條約或國內法，這不利於國際條約和國內法律的相對穩定性和權威性，而且對現行立法朝令夕改，顯得比較隨意，啟動程序也是相當繁瑣的。相比之下，淘汰方式是將一定種類的犯罪或某一標準以下的應當刑事制裁的犯罪排除在可移交犯罪範圍之外。這種方式的好處和優越性主要體現在能盡可能擴大可移交犯罪的範圍。近來國際社會的移交法為了更易進行移交而傾向於採取排除方式。在香港和其他國家間簽訂的移交逃犯的協定中，既有採用“列舉式標準”的，又有採用“淘汰式標準”的。

歸結起來，“淘汰式標準”在香港與外國簽訂的移交逃犯的協定中主要表現為三個方面：一是提出法

定刑長短不一的標準，多數協定規定：凡犯上述所描述的任何罪行，而該罪行依照締約雙方的法律屬可判處監禁或以其他形式拘留超過1年或可判處更嚴厲刑罰的人，均須准予移交。如2008年5月7日，關於香港與澳大利亞移交被控告及被定罪的人的協定均有類似的規定。也有個別協定規定凡觸犯以下所述任何類別的罪行，而該罪行依照締約雙方的法律屬可判處監禁或以其他形式拘留兩年或以上或可判處更嚴厲刑罰者，又該罪行按照被要求方的法律屬可准予移交的罪行，則須准予移交。1998年10月30日生效的香港與新西蘭移交逃犯協議規定就有法定刑期較長的做法，這並不多見。二是提出強制拒絕移交的條件。協定規定：如被要求方有充分理由相信以下事項屬實，則不得移交該名逃犯：(1)逃犯被控告或被裁定的罪行是政治罪行或屬政治性質的罪行；逃犯被控告或被裁定的罪行屬於政治性質的罪行；(2)提出移交要求雖然看來是因為一項可准予移交的罪行而提出的，但實際上提出要求的目的是因為該人的種族、膚色、族裔、性別、宗教、國籍或政治意見而檢控或懲罰該人；或(3)該人一經交回，可能因其種族、宗教、國籍或政治意見而在審訊時受到不公平對待、被懲罰、被拘留或使其人身自由受限制。<sup>6</sup> 三是提出酌情拒絕移交的條件。協定規定，被要求方如認為有以下情況出現，可拒絕移交：(1)在考慮所有情況後，有關罪行的嚴重程度不足以准予移交被尋求的人；(2)基於不能歸咎於被尋求的人的理由，在提出起訴、把案件提交審判或使被尋求的人服刑或使他服餘下的刑期方面有過分延誤；(2)移交該人可引發被要求方違反其根據國際條約須履行的義務；或(3)在個別情況下，鑒於被要求移交者的年齡、健康或其他個人狀況，移交不符合人道精神；或(4)被要求移交的人已在要求方由一個特別或專門法庭或審裁處判刑，或將由該法庭或審裁處審理或判刑。<sup>7</sup>

## (二) 對內地與香港簽署移交逃犯協定的借鑒意義

由上可見，香港地區與外國簽訂的移交逃犯協定詳盡規定了引渡罪犯(犯罪嫌疑人)即移交逃犯時所應遵循的具體制度，形成了該地區與外國之間的刑事司

法協助的基本法律體系的框架和主要內容。這些協定不僅規定了移交逃犯的犯罪類型、移交的基本原則以及具體程序，而且就上述內容的具體細節也作出了明確和詳盡的規定。首先，這些規定將有關引渡的國際法普遍準則具體地體現為更為明確的協定條款，為香港與外國執法機構之間的引渡罪犯即移交逃犯之刑事司法合作設定了共同的前提；其次，由於香港面對不同的締約國所簽訂的協定並不是千篇一律，毫無差異，而是根據不同的締約對象採取差別化和有針對性的做法，尤其是對協定對方與香港有關刑事法律制度與政策中可能存在的抵觸和衝突進行了必要的協調和處理。這樣做的好處是顯而易見的，那就是盡可能地排除了在個案意義由於政治法律背景的上差異而引起的糾紛，防患於未然，使得雙方在刑事司法合作過程中潛在的衝突得到了有效的破解，並呈現出良好的解決基礎和條件。從近年來香港與各締約國的刑事司法合作實踐來看，這一體系的合理性和針對性較強，並具有實際可操作性，因而可以說也是一套比較成熟和相對完備的制度。香港在這領域也積累了較為豐富的經驗，就內地與香港移交逃犯協議問題，一直在與內地有關部門進行磋商，歷時十多次商談和磋商，在許多重要領域取得了較大進展，並達成了一致意見，為最終雙方簽訂移交逃犯協議逐步鋪平了道路。

為了適應香港、澳門回歸後中國內地與港澳之間加強交往的需要，以有效中國打擊內地與港澳之間跨境犯罪，我們有必要採取比較分析的方法，對香港對外簽署的移交逃犯的協定文本之間的基本內容及其細微的差異進行系統而全面的闡述和研究，找出其有規律性的東西，為科學移植和借鑒這些協定提供合理化建議和具體設想，努力促成中國內地與港澳地區以適當的方式簽訂包括移交逃犯安排在內的區際刑事司法協助協定。同時，還應當特別指出的是，在中國與世界各國之間進行國際司法合作的必要性已經非常迫切的背景，香港與外國的上述協定對兩地就罪犯引渡問題具有實際的參考價值<sup>8</sup>，這是不爭的事實。同時，對中國與有關國家簽訂包括移交逃犯在內的刑事司法協助的協定也有重要的參考意義。

隨着兩地經貿往來的日益頻繁，聯繫日趨緊密，

內地與香港之間逃犯移交問題顯得越來越迫切，該問題的解決既直接關係到對跨境犯罪的打擊效果，也是各法域民眾的殷切希望。這對於維護兩地的社會秩序、營造良好的投資環境，具有更為重要的作用。然而，目前兩地之間尚無移交逃犯的固定模式和法律依據，在司法實踐中往往使某些逃犯逍遙法外，公平正義無法得到及時伸張。<sup>9</sup> 儘管多年來，內地與香港已經為達成移交逃犯、刑事司法協助及移交被判刑人等安排進行了積極的溝通，也做了大量的工作，以期通過統一和系統化的相關程序，使得兩地之間的司法互助更簡便、更快捷、更有效<sup>10</sup>，但由於兩地諸如刑事司法管轄權、刑罰等刑法領域的具體制度和規定，都存在較大的差異，這無疑為兩地達成刑事司法協助協議和開展刑事司法合作增加了複雜性，時至今日未取得實質性突破，也就不足為奇了。

考慮到內地與香港社會和法律制度及法治發展水平不同，在“一國兩制”原則下發展區際刑事司法協助必然是一個充滿困難和挑戰的長期過程，需要互信、耐心和智慧。

當前，內地與香港以及香港與澳門兩個特區之間關於移交逃犯和刑事司法協助等方面的安排，已經進入具體商議的階段。令人可喜的是，內地與香港就共有管轄權安排的磋商已經達成階段性成果，雙方應宜盡力促成早日商簽。<sup>11</sup>

總之，人們有理由相信，本着先易後難、先急後緩、先局部後整體的思路推進，內地與香港在移交逃犯安排上勢必會以積極的姿態向前邁進，在某些領域達成一致意見或取得共識，以妥善處理好跨境刑事犯罪問題，並提供法律和制度上的保障。

## 註釋：

- <sup>1</sup> 《移交逃犯的協定列表(立法參考編目)》，載於香港律政司網站：<http://www.doj.gov.hk/chi/laws/table4ti.html>，2016年7月12日。
- <sup>2</sup> 潘國和、吳益民、宋錫祥、浦偉良等編著：《國際法學通論》，上海：上海大學出版社，1998年，第95頁。
- <sup>3</sup> 趙秉志、黃芳：《香港與外國簽訂的移交逃犯協定概覽》，載於中國法律教育網：<http://www.chinalawedu.com/new/201211/wangying2012111620271037317941.shtml>，2015年5月2日。
- <sup>4</sup> 王仲興、郭天武主編：《內地與香港刑事司法合作研究》，北京：北京大學出版社，2008年，第219頁。
- <sup>5</sup> 吳天雲：《從張振海事件看政治犯罪不引渡原則的判斷標準與變革》，載於《檢察新論》，2014年7月(半年刊)，第145頁。
- <sup>6</sup> 見《香港與芬蘭關於移交逃犯的協定》第6條。
- <sup>7</sup> 見《香港與芬蘭關於移交逃犯的協定》第7條。
- <sup>8</sup> 同註3。
- <sup>9</sup> 高銘暄、馬正楠：《論香港與內地移交逃犯的先例模式》，載於北大法律信息網：[http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article\\_60890.shtml](http://article.chinalawinfo.com/ArticleHtml/Article_60890.shtml)，2016年7月11日。
- <sup>10</sup> 袁國強：《區際刑事司法合作：香港特區的經驗和展望》，載於《首屆中華司法研究高峰論壇論文匯編》(下冊)，北京：中華司法研究會，2015年，第871-873頁。
- <sup>11</sup> 邵中林：《兩岸及內地與港澳法院司法合作交流之狀況與展望——以人民法院為視角》，載於《首屆中華司法研究高峰論壇論文匯編》(下冊)，北京：中華司法研究會，2015年，第689-690頁。