

肯亞案之評析：以兩岸管轄權的衝突為例

譚偉恩*

肯亞案之背景簡述

2016年4月8日，有8名臺灣人因涉及電信詐欺案件遭肯亞官方遣送至中國大陸。此事件旋即引起臺灣各界熱烈討論，至本文完成為止，肯亞官方已先後遣返45名臺灣人至中國大陸北京的海淀區看守所。¹

上述事件的起源是肯亞警方在首都奈洛比(Nairobi)的一

* 作者為國立中興大學國際政治研究所專任助理教授。

¹ 為求行文方便、嚴謹和用語一致，本文參照現行之《中華民國憲法》第27條第1項第3款及第174條第1款之規定，及2005年6月10日公布之《增修條文》序言、第4條第4項、第11條和第12條之規定，將「中華民國」簡稱為『臺灣』，而「台北政府」為憲法上代表臺灣之合法政權。「中華人民共和國」簡稱為『中國』，而「北京政府」為目前國際社會多數主權國家或國際組織所正式承認之代表中國的合法政權。然而，中國在臺灣法律上係指「中國大陸地區」，即臺灣、澎湖、金門、馬祖以外台北政府統治權所不及之中華民國領土。準此，「臺灣人」是指在臺灣、澎湖、金門、馬祖設有戶籍之人民；而「大陸人」是指在大陸地區設有戶籍之人民。最後，2016年5月20日宣誓就任中華民國第十四任總統的蔡英文女士，在其就職演說中表示，「人民選擇了…新政府」，「新政府要承擔的第四件事情…妥善處理兩岸關係」，「我依照中華民國憲法當選總統，我有責任捍衛中華民國的主權」，「新政府會依據中華民國憲法、兩岸人民關係條例及其他相關法律，處理兩岸事務」，「各位國人同胞，兩千三百萬的臺灣人民，…，我們都要做一個守護民主、守護自由、守護這個國家的臺灣人」。

間民宅公寓中發現大量的電子設施及通訊設備，於是將屋中涉嫌以電訊方式進行詐騙的臺灣人、大陸人和泰國人加以逮捕，進行司法調查。² 肯亞法院在審理過程中認為，犯罪被害人不在肯亞，依據該國刑法難以認定臺灣人犯詐欺罪；但與肯亞有邦交的中國大陸以受害人為大陸人為由，要求肯亞官方遣送臺灣人到中國大陸接受詐欺的相關調查和審判。肯亞因在國際法上正式承認北京政府為「中國」的合法代表，遂配合其要求進行遣送，先後於2016年4月8日和12日遣送8名和37名臺灣人至中國大陸；惟國際刑事管轄權競合，肯亞高等法院已核發禁制令，防止8名臺灣人被不當遣送。³

本案的國際法爭議

國際法，亦稱國際公法（Public International Law），是處理主權國家間權利與義務糾紛之各種習慣、條約或一般法律原則。肯亞案最主要的當事方有三：進行刑事逮捕和司法審判的肯亞、要求將被遣送至中國大陸的臺灣人遣返回其國籍本國的臺灣、主張被害人國籍與結果發生地之中國大陸。其中，臺灣與中國大陸的關係十分複雜，並不是一般正常的國

² “Eight Taiwanese Citizens deported from Kenya to Beijing,” available at: <http://unpo.org/article/19079> (last visited: 2016/5/30)

³ 臺灣外交部表示，曾協助私人律師於4月8日依肯亞的《憲法》，向位於奈若比的最高法院刑事分庭申請禁制令並獲准，因此至少有8名臺灣人不應被遣送至中國。值得注意的是，有媒體報導指出，肯亞警方是攜帶來福槍和催淚瓦斯，以強制手段將臺灣人送上飛往中國的航空器。參考：<http://www.ibtimes.co.uk/taiwan-furious-kenya-forcibly-deports-taiwanese-nationals-china-tear-gas-assault-rifles-1554520> (last visited: 2016/5/30).

與國互動，而是彼此在自己的《憲法》或相關法律條文上將對方視為領土之一部分。微妙又複雜的兩岸關係一旦涉及第三方，例如本案中的肯亞，就無法不討論國家承認和政府承認的問題。依據 1971 年 10 月 25 日在第 26 屆聯合國大會會議上表決通過之 2758 號決議，兩岸關係在相當程度上被定性為是政府承認，而中華人民共和國政府（本文所指的北京政府）是中國（決議文中沒有隻字片語提及是否包含臺灣）唯一合法的代表。準此，不少聯合國會員（包括肯亞）自此決議公布後，正式給予北京政府法律上的承認，同時在國際法上否定台北政府的正當性。不過，法律上（*de jure*）的承認有時與事實上（*de facto*）的承認未必合致；以肯亞案的情況來說，肯亞已基於屬地原則行使了領土管轄權，隨後在其外交關係的一個中國政策（One China Policy）下，將臺灣人遣送至被其法律上正式承認之北京政府代表之中國。但事實上，被遣送至中國大陸的 45 名臺灣人最初入境肯亞所持之護照係由臺灣外交部所發行；顯然地，肯亞對於台北政府實際有效支配台、澎、金、馬等自由地區的事實有所了解並且承認，⁴ 故在程序正當性與一致性的前提下，肯亞應遣送此 45 名臺灣人回到臺灣。當然，這個部分存在若干國際法的爭議，甚至有時還不免觸及一些國內法的討論，以下逐一說明之。

⁴ 最好的證明是，肯亞自 104 年 9 月 1 日起全面實施電子簽證措施後，凡持臺灣外交部發行之普通護照的臺灣人，只要登入該國 ecitizen 網站 (<https://www.ecitizen.go.ke/>) 完成註冊，並依規定填妥資料及繳納相關費用後，即可持印有中華民國與 Taiwan 字樣的護照入境肯亞。

一、主要的爭議暨衍生之問題

肯亞案中最關鍵的爭點有兩個；一是不同國家(或是不同政府)在「管轄權主張上的競合」,另一個是「人身自由與保障的程序是否合法且妥適」。兩個問題在法學上皆非常重要,但隸屬之層次不同。從臺灣或是台北政府的角度來看,管轄權競合的問題具有較高之重要性,因其結果會影響到國際社會怎麼認知臺灣與中國大陸的關係。更明確地說,肯亞在本案中的遣送作為,關係到究竟是強化國際社會對臺灣屬於中國大陸的認知,還是讓國際社會漸漸了解兩岸分治的事實。

假設若干臺灣人確實曾在肯亞透過電訊設施向大陸人進行詐騙,則臺灣人的犯罪實行行為地在肯亞,被害人為大陸人,犯罪結果地(即被害人陷於認知錯誤後而將財物交付犯罪行為人)在中國大陸。故案件中有一個國家與兩個相互競爭的政府可以主張自己依據國際法享有下列的管轄權:(1)肯亞為屬地管轄;(2)臺灣為犯罪行為人的屬人管轄;(3)中國大陸為犯罪被害人的屬人管轄和犯罪結果發生地的屬地管轄。由於目前國際上沒有一套處理刑事案件管轄權發生競合之規範,因此像肯亞案這樣的跨國犯罪事件,當事方經常是各執一詞,在法律面無法斷言何方較為有理。實踐上,最終管轄的歸屬往往是基於當事國間司法互助協議或引渡條約之有無,以及個案協商的情形來決定。臺灣因和肯亞沒有類此協議或條約,故爭取管轄權能否成功的關鍵因素就在於國力及談判官員的專業度,這雖然已是逸脫法律的政治現實(Realpolitik),但也凸顯出臺灣因應攸關國家主權問題的能力。

然而,回到本文以國際法作為探討的主軸,那麼臺灣在邏輯上能夠主張的管轄權其實並不僅有上述(2)犯罪行為人的屬人管轄,而是可以主張對發生犯罪結果之大陸地區的屬

地管轄和對身為受害者之大陸人的屬人管轄。這樣的主張並不是沒有實際發生過，臺灣最高法院刑事判決 104 年度台上字第 3021 號就曾載明，雖詐欺犯罪之實行行為地為越南，但只要犯罪結果地在大陸地區，《中華民國刑法》就可以適用。類此判決尚有：臺灣高等法院 103 年度上易字第 1963 號判決、102 年度上易字第 1485 號判決、102 年度上易字第 1544 號判決等。簡言之，就算大陸地區現在事實上由北京政府有效支配，為臺灣治權所不及之中華民國領土，但在臺灣的法律規定與司法實務上仍可對之主張管轄權。⁵

論證上比較麻煩的是對臺灣政治人物或人民而言，認同兩岸為一國者（臺灣《憲法增修條文》上的相關規定目前也是認為如此），其實應該否定北京政府的合法性，所以大陸地區不是一個適合肯亞政府遣送臺灣人的目的地。而不認同兩岸為一國者，必堅稱臺灣人與中國大陸人迥不相同，北京無權主張犯罪行為人之屬人管轄權。但如此會碰到一個問題，就是如果肯亞案中的中國大陸變成美國或日本等其它國家時，臺灣要怎麼駁斥對方主張的結果發生地管轄或是被害人國籍管轄？顯然沒有一丁點兒辦法，只能透過交涉與談判

⁵ 但有一點必須慮及；肯亞和中國大陸皆已是《聯合國打擊跨國組織犯罪公約》（Palermo Convention）的締約方，因此有義務共同合作打擊跨國組織犯罪，本案涉嫌之犯罪行為人並非僅有臺灣人或中國人，而是還有泰國人。此外，臺灣與肯亞目前沒有簽定關於刑事罪犯的引渡條約，因此肯亞有權決定將犯罪嫌疑人交給哪一個主張有管轄權的國家（或是代表它的政府）。

盡可能地爭取，⁶ 但若失敗，犯罪的臺灣人就得在非國籍本國受審。此時除非能客觀上證明審判國的司法機制無法給予臺灣人一個公平的司法裁決，因此有必要將臺灣人移交回國籍本國。這個主張便是前述提及「人身自由與保障的程序是否合法且妥適」的考量，有其道理，但一國司法公正與否的判斷絕非取決於外國主觀之認定，否則各國皆可率自援引此種理由對另一國的司法加以置喙。故而，國際法在實踐上是經由用盡當地一切救濟之後，才能由國籍本國展開外交保護權的行使。

因「管轄權主張上的競合」而產生之法律爭議還有一點值得說明；即在所有調查終結前怎能確定肯亞案中的被害人全部都是大陸人？又如何得知犯罪結果僅僅只在大陸地區發生？如果不能百分之百確定，那麼被害人也有可能是臺灣人，犯罪結果地也有可能是臺灣。所以台北政府能夠主張的管轄權其實可能和北京政府一樣多，絕非僅有犯罪行為人的國籍管轄。此外，臺灣與中國大陸已分別透過財團法人海峽交流基金會與海峽兩岸關係協會就兩岸共同打擊犯罪及司法互助與聯繫事宜，達成《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》（簡稱《協議》）。依此《協議》關於共同打擊犯罪之合

⁶ 認為臺灣與中國大陸分屬兩國的臺灣人，邏輯上應該將中國視為外國，因此在國家屬性上與美國或日本無異。此時，《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》等一切與兩岸有關的特殊規範均不應適用；同時，主張涉及海外犯罪的臺灣人應遣返回臺灣審判的管轄權基礎就只剩一種，即犯罪行為人的國籍管轄。但此種屬人性質的管轄在國際實踐上亞於屬地性質的管轄，如果臺灣方面要堅持其優先性，只有把一般人民等同外交人員，才可能對外國的刑事管轄主張豁免，但這根本不可行，同時依據《維也納外交關係公約》，刑事豁免的範圍必須與外交人員的工作有關，詐騙實在殊難想像是臺灣外交人員的職務範圍。

作範圍的規定，詐騙是兩岸同意依循人道、安全、迅速、便利等原則，進行遣返刑事犯、刑事嫌疑犯，並移交有關證據之經濟犯罪。中國大陸沒有必要一定得將臺灣人帶回大陸地區的司法機構接受調查和審判，如果真的有必要或充分理由，北京政府可循上述《協議》請求臺灣的合作，共同偵查；而台北政府可要求中國大陸保證提供臺灣人公平與符合正當法律程序的審判，再將犯罪嫌疑人移交中國大陸受審。

以電信方式進行的詐騙犯罪越來越多是橫跨數國以上，也就是犯罪行為人在 A 國、被害人在 B 國、而吸金非法帳戶的轉接行為在 C 國。此種情況下形成多國「管轄權競合」乃是常態。利害當事國在國際法上均可主張一定之管轄權，但彼此競合的管轄權並不當然排除或優先於它方。肯亞案中，台北政府有其主張的各種理據，北京政府當然亦有之。無論兩個政府的關係是在高點或低點，均應傾全力提出有利於己的論述，爭取管轄權，才能落實對自身合法性及人民權利的維護。就此點觀之，臺灣法務部國際及兩岸法律司所說的「屬地管轄」及「便利法庭」原則是讓臺灣刑事管轄權主張劣於大陸刑事管轄的不當論述，會危及兩岸實際分治的事實，同時強化國際社會對「臺灣屬於中國」的認知，日後一定要避免。⁷

二、其餘的爭議暨反思

肯亞案發生後，有一種觀點指出臺灣現行刑法對詐欺犯

⁷ 本文在註腳 1 已提及，依照臺灣現行的《中華民國憲法》、《憲法增修條文》及相關之法律或行政命令，大陸地區是中華民國的領土，因此『中國』是『臺灣』的一部分，這是台北政府在代表一個國家時，應堅持的法律邏輯。如果台北政府自己立場模糊，甚至前後不一，就是執政上的重大瑕疵。

罪的處罰不夠嚴，導致類此犯罪的行為人通常得到輕判的裁決。相較之下，中國大陸刑法規定嚴峻許多，若由中國大陸進行審理，未嘗不是達到抑制詐騙犯罪的有效方法。此種說法有兩點值得商榷；首先，按照臺灣的刑法第 339-4 條，以電子通訊、網際網路或其它傳播媒體作為工具，犯第 339 條普通詐欺罪者，應處 1 年以上 7 年以下有期徒刑，得併科 100 萬元以下罰金。這代表肯亞案的臺灣犯罪嫌疑人若經臺灣刑法判決確定有罪，將必定服刑 1 年以上，同時可能要併科處予 100 萬元以下罰金，而非可以易科罰金的方式免除自由刑。其次，司法實務上對詐欺的「罪數」判定是採取「一罪一罰」原則，即行騙一人算一罪，獨立處罰之。故最重可對犯罪行為人合併執行 30 年的有期徒刑，這是僅次於死刑和無期徒刑的重罰。此外，臺灣刑法對此類詐欺的未遂犯也同樣處罰，並可配合總則篇第五章的「沒收」機制，將詐騙之非法所得全部收歸國有。因此，臺灣的刑法並非不夠嚴，真正的問題是承審法官的專業量刑判斷可能在不同個案上有明顯差異；而這樣的問題就算是在中國大陸（或任何其它國家）也有可能發生。

另有一點值得提出說明的是，在本次肯亞案之中其實有泰籍人士與臺灣人共同涉案，但肯亞官方並沒有將之一同遣送至中國大陸，而是將其遣返回泰國。這個事實表明，肯亞在本事件的管轄權判斷上，必然也認知大陸地區雖然是結果發生地或被害人的國籍本國，但不等於中國大陸對此案享有絕對排他性的管轄權。台北政府其實應該詳加研究泰籍人士未被遣送至中國大陸的深層原因，釐清此點將有助於日後遭遇類似事件時，臺灣駁斥中國大陸「屬地主義」或「便利法庭」等論點的能力，改善目前維護國家主權不力的窘境。

最後，有必要提及前述「人身自由與保障之部分」，肯亞案中其實有若干違法疑慮需要被證實與確認。首先，為何肯亞司法機關僅以違反該國《電信法》起訴臺灣人（但最後判決無罪），卻未曾以詐欺罪起訴之？有些媒體報導說肯亞沒有詐欺犯罪的相關規定，此點並不正確。事實上，肯亞《刑法》第 291 到 293 條還是有關於詐欺犯罪的相關規定，⁸ 只是本案的情況構成要件難以該當，肯亞法院審理上無法適用，故僅就《電信法》的部分進行裁判，隨後由警方以具爭議性的強迫方式把臺灣人送上註冊中國大陸籍的航空器，枉顧該國最高法院核發的禁制令。這段程序明顯在肯亞國內法律上存有瑕疵，是臺灣方面本該著墨與向肯亞提出質疑的爭點。

政策建議

肯亞案最核心的本質是，跨國刑事犯罪事件的管轄權發生競合時應歸屬何方，而不是犯罪嫌疑人的人身自由保障或是該罪究竟應罰多重。儘管肯亞在國際法上不承認台北政府為合法代表一個國家的政權，或承認北京政府為能夠合法對大陸地區行使治權之政府，但事實上肯亞認可臺灣外交部發出的護照，並允許持此護照的臺灣人合法入境，這不啻等同事實上承認台北政府對於臺灣的實際有效支配。因此，臺灣人被肯亞遣送至中國大陸並非純粹的國際法問題，也並非中國大陸主張的管轄權優於臺灣主張的管轄權，而是有相當政治現實的考量於其中。

⁸ 詳見：<http://www.kenyalaw.org:8181/exist/kenyalex/actview.xql?actid=CAP.%2063> (last visited: 2016/5/30).

本文以國際法有關管轄權的相關論述為據，分析兩岸管轄權因肯亞案所致生的衝突。以下為本文的幾點拙見：

- 一、一起跨國刑事案件所涉及的利害當事國往往為複數，且各國利益偏好必然衝突，尤其是在管轄權的主張上。以肯亞案為例，犯罪嫌疑人的家屬當然希望台北政府盡速設法將人送回臺灣，但肯亞官方、北京政府、中國大陸的受害者也有他/她們的利益偏好。管轄權最終歸屬何方需要靠爭取與談判，臺灣要設法強化自己對國際法的熟稔度，態度上要積極爭取管轄權的行使。不過，方法要視對象而有別。對不承認台北政府的肯亞，要先傳遞北京政府並非適格對大陸地區行使治理的機關，而不是拱手將結果發生地的管轄權或是被害人的國籍管轄權讓給中國大陸去主張。此外，要能善加利用肯亞官方可能具有的程序瑕疵，事前阻止其不當（而非無權）遣送臺灣人至中國大陸，或事後控訴其政府違反正當法律程序的遣送行為。針對這部分，用盡當地救濟原則是較佳與可行的解決方法，其目的係使國際社會明白台北政府對臺灣人、事、物行使有效治權的事實，避免「一中原則」漸漸限縮臺灣的國際法地位或國際空間，過去臺灣針對日本光華寮事件的法律爭訟，⁹是值得參考與學習的事例。
- 二、早在 2010 年，菲律賓警方也曾破獲一起有臺灣人參與之跨國詐騙案件，當時菲律賓也是將數十名臺灣人遣送至中國大陸，但經台北政府努力爭取後，北京政府同意將涉嫌之臺灣人及相關證據移送回臺灣。不過，由於最

⁹ 趙國材，「從國際法觀點論『光華寮』案」，問題與研究，第 26 卷 12 期（1987 年 9 月），頁 15-43。

後臺灣司法判決結果是輕判，最重者僅服刑3年8個月，最輕者獲判無罪，因而導致本次肯亞案中國大陸官方立場轉為強硬。臺灣的詐欺犯罪確實過於氾濫，台北的政府要正視這個問題，司法上要有改革之具體行動。520之後的新政府不能只關心臺灣籍的犯罪嫌疑人是否在中國大陸受到公正的審判或符合人道的對待，也要向北京政府表達臺灣並非庇護或輕判詐欺犯罪的立場，這對兩岸能否以正面的態度來維持司法正義與打擊犯罪，是非常重要的前提。

- 三、台北政府要特別留心兩件事；首先，目前《海峽兩岸共同打擊犯罪及司法互助協議》的內容僅處理了證據移交、人犯遣返等議題，但對於像肯亞案這種兩岸刑事管轄權競合的問題並沒有任何規定。從過往累積的實踐觀之，兩岸有一種默契，即在破獲跨國犯罪後各自帶回「戶籍設於己方」的犯罪嫌疑人。此種默契是專屬於兩岸的特殊屬人管轄，還沒有形成國際法上的習慣，也從未形諸文字。未來台北政府若不排斥與北京政府就此問題進行交涉與合作，可以思考如何將管轄權競合時的分配機制納入上述的《協議》中（目前在犯罪證據的部分已有納入）。第二件需要注意的事比較棘手和敏感；上述2010年菲律賓事件發生後，臺灣和中國大陸曾達成「各自接返己方人民」的默契，但肯亞案有可能是中國大陸試圖打破此默契的開始，也就是北京政府日後可能不分臺灣人或大陸人，皆一律要求第三國將之遣送到大陸地區，然後再等台北政府向其請求協商。這樣的情況臺灣一定要設法阻止，避免使其發生（或至少不能使之過於頻繁），否則會破壞台北政府實際有效支配台、澎、金、馬

airiti

之一切人事物的現狀，導致國際社會漸漸認為台北政府對於臺灣的各種治權行使劣於北京政府。方法上，消極的作為便是在遇此情況時立即提出官方性質的抗議，舉辦國際記者會。積極的作法是對於在非大陸地區犯罪的大陸人提出行使管轄權的主張，也就是對無論是否與台北政府有邦交的國家皆提出遣送中國大陸犯罪嫌疑人至臺灣的請求，以北京政府加諸臺灣之道還之彼身。