

雙重歸罪原則：雙重處罰原則的例外

Ilda Cristina Ferreira* **

前言

7月24日第6/2006號法律《刑事司法互助法》（葡文縮寫LCJMP）¹自生效至今已接近十五年，但只有少數法律界同仁瞭解雙重歸罪原則的法律地位。普遍認為雙重歸罪原則屬《刑事司法互助法》的一般性原則，但實際上它是一個例外。² 要理解另一項被稱為“雙重處罰”原則的存在亦變得十分複雜，因為這一原則才是真正的《刑事司法互助法》一般性原則。

大家（幾乎完全）不瞭解有關原則正是筆者撰寫本篇短文的原因。筆者期望透過說明上述兩項原則之間的關係和各自所及範圍，並展示《刑事司法互助法》在刑事司法互助方面，與全球現代社會打擊國際及跨國犯罪工作接軌的**前衛之處**（*avant-garde*），讓大家在一定程度上更清楚理解《刑事司法互助法》。

一、《刑事司法互助法》

《刑事司法互助法》為建設中華人民共和國（以下簡稱“中國”）澳門特別行政區（以下簡稱“澳門特區”）法律體制的一個里程碑，透過制定澳門特別行政區與其他國家或地區之間在未有相關雙邊或多邊協議的情況下

* 香港大學法律系博士研究生。澳門大學及澳門歐洲研究學會歐洲研究碩士，里斯本大學法學院法學學士。法律專家。前澳門特別行政區法務局國際及區際法律事務廳廳長（2016至2020年）。澳門大學法律系國際公法學科兼職主任及客席講師（2009/2010至2014/2015學年）。

** 本文文責由作者自負，文中所發表的意見並不代表其他人或實體。

¹ 載於 https://bo.io.gov.mo/bo/i/2006/30/lei06_cn.asp#6。

² 與葡萄牙法律（8月31日第144/99號法律）類似。值得指出的是：第144/99號法律為《刑事司法互助法》的主要淵源。載於 http://www.dgpj.mj.pt/DGPJ/sections/leis-da-justica/livro-iv-leis-criminais/pdf4/l-144-1999/downloadFile/file/L_144_1999.pdf?nocache=1182173697.76。

適用於刑事司法互助的一系列原則、規定和程序，填補了有關領域的法律空白。^{3 4}

與其他司法管轄區類似，澳門《刑事司法互助法》規範的內容包括：移交逃犯（引渡）、⁵ 移管刑事訴訟、執行刑事判決、移交被判刑人、監管附條件被判刑或附條件被釋放者，以及其他刑事司法合作形式。⁶

《刑事司法互助法》第一編（一般規定）第二章（一般原則）訂定了大量適用於所有該法規範的合作形式的原則和一般性規定，以及僅適用於特定合作形式或類別的原則和規定。在這些原則和一般性規定的框架下，在此值得一提的是：除了國際約定法優先原則（第 4 條）⁷ 和禁止死刑原則（第

³ 澳門特區刑事司法互助不取決於雙方之間是否存在有關協定。關於澳門特區司法互助概要，請參閱 Ilda Cristina Ferreira：“國際法”，《法律草擬研究（葡文版）》，法律及司法培訓中心，2018 年 12 月，第 337 頁及續後數頁。

⁴ 截至現時為止，澳門特區共簽訂了 11 份雙邊協定，涉及國家或地區包括南韓、蒙古、尼日利亞以及葡萄牙。其中，從狹義來說，與葡萄牙、佛得角及東帝汶簽署的法律及司法互助協定在刑事方面並非真正的法律及司法互助協定，而是屬於框架協議，這是由於刑事司法互助仍然取決於其他特定協議（參閱與葡萄牙簽訂的協定第 3 條與第 4 條，以及與東帝汶或佛得角簽訂的協定第 3 條）。所有澳門特區司法互助協定載於 <https://www.io.gov.mo/cn/legis/int/list/bilat/juridical>。澳門特區政府現正與巴西、越南、菲律賓、安哥拉、東帝汶及佛得角進行磋商，同時亦與馬來西亞、印度尼西亞及泰國展開會談（《二零一九年度施政方針》第 30 頁及第 60 頁），載於 https://www.gov.mo/zh-hant/wp-content/uploads/sites/4/2018/11/2019SAJ_CN.pdf。

⁵ 關於移交逃犯制度，請參閱 Ilda Cristina Ferreira：“澳門特別行政區‘移交逃犯制度’引介”，《關於佛得角及葡語國家或地區之間逃犯引渡的若干爭議性問題——國籍、適用的刑罰以及同類制度》，José Pena Delgado, José Carlos Fonseca 與 Liriam Tiujo Delgado 組織研究，Fundação Direito e Justiça & Instituto Superior de Ciências Jurídicas e Sociais, Praia，2009 年，第 269 頁及續後數頁；以及同一作者於 2016 年 10 月 6 至 7 日由里斯本司法研究中心及歐洲法律學院合辦的 International Surrender of Persons A transnational approach 會議上發表的論文：“The Surrender of Fugitive Offenders, regime in Macao SAR” 或 “The Surrender of Fugitive Offenders in the MSAR”，載於《烏拉爾高等教育雜誌》第 4 期，2016 年 12 月。

⁶ 《刑事司法互助法》第 1 條。

⁷ 由此可知，諸如《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》（第 36/2004 號行政長官公告）和《聯合國反腐敗公約》（第 5/2006 號行政長官公告）等適用於澳門特區的國際公約，不論是由於澳門特區作為國際法主體而適用，還是由於適用於中國的國際公約延伸適用於澳門特區，當中關於刑事司法互助的條文規範澳門與相關公約締約國之間的關係，並具優先性。《刑事司法互助法》第 7 條第一款第一項亦重申這一原則。另外，澳門《刑事訴訟法典》第 213 條及《刑法典》第 5 條第二款亦就這一原則有所規範。關於接納國際公約及其在澳門特區法律淵源的等級地位，請參閱 Ilda Cristina Ferreira：“終審法院合議庭第 2/2004 號裁判關於澳門法源位階中國際公約的地位評述”，《澳門雜誌》第 6 期，第三年度，澳門法律反思研究及傳播中心，2015 年 12 月。

7 條第一款第七項)^{8 9} 等反映出澳門特區規範性法律特徵的原則和規定外，《刑事司法互助法》還吸納了澳門特區特有的政治法律地位¹⁰ 下產生的原則，包括主權原則（第 2 條第一部份）¹¹ 和“一國兩制”原則（第 1 條第一款、第 2 條第一款及第二款），¹² 以及在國際刑事司法互助範圍內獲各

⁸ 為尊重人格尊嚴的人道主義原則。如被請求移交的人有可能被科處違背澳門刑法人道立場（參閱澳門《刑法典》序言以及第 39 條第一款）的死刑或無期徒刑，可拒絕滿足有關請求。載於 <https://bo.io.gov.mo/bo/i/95/46/codpencn/codpen0001.asp#1>。參閱 Sam Chan Io：“澳門刑事制度的主要特性”，第 238-239 頁，或 Leonor Assunção：“澳門刑事訴訟體制架構模式——作為其依據的原則”，均載於《澳門法律概論》，澳門大學法學院，2007 年。參閱澳門特區立法會第一常設委員會第 2/III/2006 號意見書，第 7 頁，載於 www.al.gov.mo/uploads/lei/leis/2006/06-2006/parecer_cn.pdf。

⁹ 如可保證被請求移交人士不會被科處或執行死刑或無期徒刑，則可移交有關人士（第 7 條第二款第一項）。為審議有關保證是否足夠，應考慮請求方在實踐特赦、赦免及減刑或同類措施方面的可能性（第 7 條第三款）。這一差別的存在理由主要是基於互信原則，以及意識到澳門特區周邊地區的法律體制的多樣性，正如立法會第 2/III/2006 號意見書所述：“（...）立法者對澳門周邊地區的法律非常敏感。即是說，我們不可忽視澳門周邊地區（極可能為提出移交逃犯請求的來源地）的法律秩序大多都有對較嚴重的犯罪處以死刑的事實”。同上。

¹⁰ 參見 Jorge Costa Oliveira 於 1991 年 11 月 13 日及 20 日由澳門律師公會舉辦的座談會上發表的“《基本法》背景下的澳門法律體制”。Francisco Gonçalves Pereira：《葡中與澳門問題》，第二版，東方葡萄牙學會，2010 年。楊允中：《澳門基本法釋要》，初版，澳門基本法推廣協會，2005 年；Rao Ge Ping：“澳門特別行政區制度草案的法律依據”，《澳門大學法律學院學報》第 13 年，第 27 期，2009 年。Jorge Bacelar Gouveia：《澳門憲法》，新里斯本大學法學院及葡語法律學院，CEDIS，里斯本／澳門，2012 年。Carmen Amado Mendes：《Portugal, China and the Macau Negotiations 1986-1999》，Royal Asiatic Society and Hong Kong Studies Series, Hong Kong University Press, 2013 年。

¹¹ 主權原則或國家統一原則的主要體現為將保障國家利益置於首位。澳門特區是中國不可分離的部份，雖然享有高度自治權，但仍是中國的一個地方行政區域，直轄於中央人民政府（澳門憲制法律《基本法》第 2 條及第 12 條）。中央人民政府負責管理與澳門特別行政區有關的外交事務（《基本法》第 13 條及第 14 條）。

¹² 由鄧小平構想的原則（建立澳門特區的初始原則）。請參閱 http://www.chinadaily.com.cn/english/doc/2004-02/19/content_307590.htm。亦請參閱王振民：“‘一國兩制’的歷史定位、現實運作及未來發展（摘要）”，第 99-104 頁；Yash Ghai：“基本法下的民主：香港與澳門特別行政區之比較”，第 147-186 頁；陳弘毅：“‘一國兩制’概念和它在香港、台灣及澳門的應用”，第 193-198 頁，均載於《澳門法律學刊——基本法：問題與前瞻》，1999 年特刊。楊允中：“澳門特區《基本法》與‘一國兩制’原則的實踐”，《澳門大學法律學院學報》第五年，第 12 期，2001 年，第 95-107 頁。《刑事司法互助法》關於這一原則的內容部份由《基本法》第 94 條條文中複製而來。同時，根據《刑事司法互助法》的規定，刑事司法互助請求“須根據第 3/2002 號法律的規定履行向中央人民政府通報的程序”（《司法互助請求的通報程序法》載於 https://bo.io.gov.mo/bo/i/2002/09/lei03_cn.asp#3）。這些法律條文反映出兩個制度共存並互相配合——（第一個制度）中國和（第二個制度）澳門。

國接納認可的原則和規定，例如：互惠原則（第 5 條）、¹³ 特定性原則（第 17 條）¹⁴ 和 “一事不二審”（non bis in idem）原則（第 20 條）。¹⁵

這眾多的《刑事司法互助法》一般性原則為澳門特區以人文理念為基礎並根據現代刑事政策建立的刑事法律框架作出補充。^{16 17}

儘管如此，澳門特區立法者認為有需要就某些司法互助形式訂定特定的原則和規定。因此，我們可以在規範有關互助形式的章節中發現其各自的

¹³ 《基本法》第 94 條亦訂定了這一原則。值得注意的是：根據《刑事司法互助法》第 5 條第三款的規定，即使不存在互惠待遇，只要互助請求符合以下條件，則可滿足有關請求：1. 基於有關事實的性質或打擊某些形式的嚴重犯罪的需要，宜提供該刑事司法互助；2. 提供刑事司法互助有利於改善嫌犯或被判刑人的狀況或有助被判刑人重返社會；3. 提供刑事司法互助有利於查清歸責於某一澳門居民的事實。

¹⁴ 根據這一原則，是否移交有關人士取決於互助請求所依據的事實。但這不影響通過提出新的刑事司法互助請求，將刑事司法互助範圍擴大至有別於先前請求所依據的事實；新的請求須依據《刑事司法互助法》的規定提出，並附具相關文件。如屬此等情況，須送交載有因特定性規則而獲益的人所作聲明的筆錄。請參閱 Viriato Manuel Pinheiro Lima：“澳門特別行政區與中國內地司法協助初探”，《澳門法律學刊——區際法律和司法合作》，2004 年特刊，第 11-32 頁。Mário Mendes Serrano：“引渡：制度與實踐”，《國際刑事互助——引渡與移交被判刑人》，José Manuel da Cruz Buchó, Luís Silva Pereira, Maria da Graça Vicente de Azevedo 及 Mário Mendes Serrano，第一冊，司法研究中心，2000 年，第 40-41 頁。

¹⁵ 這項基本原則保障嫌犯不可針對同一罪名予以審判兩次（亦見《刑事司法互助法》第 78 條第一款及第 87 條第一款）。《公民權利和政治權利國際公約》第 14 條第七款亦訂定了這一原則，而《基本法》（第 40 條及第 43 條）則賦予該公約憲法價值，因為將其列入澳門特區居民與非居民享有的基本權利和自由範圍內。

¹⁶ 請參閱《刑事司法互助法》理由陳述。立法者參照了一些國際公約的原則及規定，旨在確保國際公約在澳門特區的實施，特別是以現代刑事政策的基本原則為基礎，其目的不僅在於使刑法能有效適用，亦在於幫助服刑人重返社會。文件載於 http://www.al.gov.mo/uploads/lei/leis/2006/06-2006/nota_justificativa_cn.pdf。關於構成《刑事司法互助法》的主要原則，請參閱 Jorge Costa Oliveira：“Macao SAR Inter-Regional Mutual Legal Assistance in Criminal Matters”，Jorge Oliveira 及 Paulo Cardinal 主編：《One Country, Two Systems, Three Legal Orders – Perspectives of Evolution, Essays on Macau's Autonomy after the Reassumption of Sovereignty by China》，澳門，Springer，2009 年，第 568-569 頁。立法會第 2/III/2006 號意見書，同註 8，第 6-7 頁。Ilda Cristina Ferreira，同註 5，第 279 頁及續後數頁。

¹⁷ 其他值得強調的《刑事司法互助法》原則包括：保障嫌犯權利及其他法定權利原則；訴訟合法性、訴訟忠誠、公正無私、申辯手段平等、嫌犯辯護權及上訴權原則（第 7 條第一款第二項至第五項）；透過轉換或減少刑罰對嫌犯較有利的法律原則（第 7 條第二款第二項）；當涉及健康狀況、年齡或其他個人理由時考慮人道因素的原則（第 19 條第二款）以及無關緊要或最少干預原則（第 11 條）。不歧視原則以及禁止酷刑原則為《基本法》第 25 條及第 28 條所訂定的澳門特區法律體制的基本原則。

原則和規定，而這些特定的原則和規定則補充或成為了《刑事司法互助法》一般性原則和規定的例外。

也就是說，可以延伸或限制特定的原則是否適用於某些司法互助形式，以確保當事方根據各自所維護的價值或法益在一定範圍內取得具一定靈活性的司法互助。因此，在拒絕提供司法互助理據方面，若面對的是諸如刑事司法協助等請求，當事方可受較少限制；但若面對的是涉及重大國家利益的價值或法益，證明需要更大程度或特別的保護，例如引渡請求等，則當事方所受的限制較大。本文重點分析的《刑事司法互助法》雙重處罰原則和雙重歸罪原則正在於這兩項司法互助方式——*刑事司法協助和引渡*。

二、對比雙重處罰原則和雙重歸罪原則

《刑事司法互助法》第 6 條訂定了雙重處罰原則，這項原則屬一般性原則，並適用於該法規範的一切合作形式。條文如下：

第六條 雙重處罰

一、引致提出刑事司法互助請求的違法行為，按照請求方及被請求方的法律，均應可科處刑事處分。

二、如有關事實在澳門不受處罰，但刑事司法互助請求的目的為證明是否存有阻卻事實的不法性或阻卻被追訴人的罪過的事由，則可接納該刑事司法互助請求。

這一條文的理據為允許最大程度的司法互助，僅要求作為互助請求理據的事實按照雙方法律均可科處刑事處分，也就是說，有關事實受雙方刑法監督。

刑事處分應理解為：“任何剝奪自由的刑罰或保安處分，以及財產刑或其他非監禁性質的處罰，包括附加制裁在內”（《刑事司法互助法》第 3 條第四項）。不要求有關非法行為在雙方刑事司法上的定性一致，即按照雙方的法律有關不法事實被訂定為罪行；僅要求有關事實可被科處*刑事性質的制裁*。

此一般性原則適用於刑事司法協助（第六編 -“其他刑事司法合作”）。¹⁸ 司法協助請求的目的為各國或地區刑事司法訴訟及調查期間提供互助，其中特別著重於在收集證據以及扣押犯罪物件、工具和所得物品等行為時提供協助，而在提出司法協助請求時，有關職權屬請求方司法當局所有。¹⁹

在互惠制度下，當事方承諾互相合作，以實現刑事司法公正以及幫助服刑人重返社會，正如《刑事司法互助法》草案理由陳述部份指出：“（...）故需透過各種形式的國際合作，方能有效地適用刑法打擊犯罪，並藉刑罰及保安處分，使不法分子在服刑後實現重返社會之目的”。²⁰

正如上文所述，根據《刑事司法互助法》，不一定需要澳門特區和請求方法律均將司法協助請求所針對的行為定性為罪行；只要有關行為可被科處刑事處分即可（同一事實可以在其中一方法律中被定性為罪行而在另一方法律中被定性為輕微違反²¹ 或違反秩序²²）。在此情況下，我們針對的是有關事實客觀上不正确之處而非行為的不法程度（不法性）。

按照澳門特區立法者的見解，此原則亦顧及到有可能管轄區之間“已就某些行為的可譴責性達成共識，但各自的法律制度卻規定不同性質的處分，即（某一行為）可能在某一管轄區內是犯罪行為，但在另一管轄區內卻

¹⁸ 參見《刑事司法互助法》第 131-146 條。司法協助是根據澳門特區法律提供。然而，應請求方的要求，亦可按照請求方的法例提供合作，但以不違背澳門法律的基本原則，亦不會對有關程序的參與人造成嚴重損害的情況為限（第 132 條第二款）。

¹⁹ 根據《刑事司法互助法》，司法協助請求包括但不限於：1. 送達文書及傳送文件；2. 取證；3. 搜查、搜索、扣押、檢查、鑑定；4. 向涉嫌人、嫌犯、證人或鑑定人作出通知及聽證；5. 人員的過境；6. 提供關於涉嫌人、嫌犯及被判刑人犯罪前科的資料；7. 提供關於澳門法律及其他國家或地區法律的資料。這類請求需透過請求書作出（《刑事訴訟法典》第 214 條及續後數條）。

²⁰ 同註 16。

²¹ 根據澳門《刑法典》第 123 條的相關定義，“單純違反或不遵守法律或規章之預防性規定之不法行為，為輕微違反”（相關制度參見第 123-127 條）。Cavaleiro de Ferreira 指出，“區分罪行與輕微違反的標準在於後者的預防性質。涉及法律標的的罪行可要求實質侵害刑法所保護的利益；但訂定輕微違反的規定著重的卻只是大體上的危險性，即作出或應作出但沒有作出的行為有可能為不同性質的公共或私人法益帶來倘有或不確定的危險”（參見其《刑法教程》，總則一，Verbo Editora，1993 年，第 126 頁）。

²² “所有應受譴責且滿足可被科處罰款的法定罪狀條件的不法行為”，屬違反秩序行為。“（...）在刑事範圍內加入考慮單純影響社會秩序的不法行為，這是由於同屬公共處罰權，其歷史起源與根據最少干預原則而從刑法中剔除的一系列不法行為有關。”參見 Ana Prata, Catarina Veiga 和 José Manuel Vilalonga：《法律字典——刑法及刑事訴訟法》，第二冊，Almedina，2007 年，第 104 頁。

只是行政違法行為（如經濟違法行為就非常典型）”，因此容許經作出必要配合後，提供某些形式的互助，尤其是“第六編中所規定的其他互助形式，特別是提供資料”。²³ 此司法協助機制再次強調管轄區之間的互相尊重和信任原則，其共同利益為實踐公義並預防或減少“庇護所”（*safe heavens*）的存在。²⁴

不同的是，在“移交逃犯”制度（第二編）²⁵ 內訂定的雙重歸罪原則要求移交逃犯請求所針對的事實應按照澳門特區以及請求移交逃犯一方的法律均被定性為罪行。因此，屬雙重處罰（一般）原則的例外。

《刑事司法互助法》第 32 條規定如下：

第三十二條

目的及依據

一、僅在為提起刑事訴訟程序或執行剝奪自由的刑罰或保安處分，且請求方法院對有關犯罪擁有管轄權時，方可准予移交逃犯。

二、就上款所指的任一情況，僅當按照澳門法律及請求方法律，對有關犯罪，即使屬未遂，可處以最高刑期不少於一年的剝奪自由的刑罰或保安處分時，方可准予移交有關人員。

此例外情況是由於考慮到我們面對的是一個與引渡類似的制度。²⁶ 引渡是“歷史最悠久以及最傳統的國際司法互助手段”。²⁷ 史上第一份引渡條約或協定為古埃及法老拉美西斯二世（*Ramsés II*）與赫梯國王哈圖西里（*Hattuschili de Chetta*）於約公元前 1291 年簽訂的和約，當中包含一項關於引渡逃亡者的條款。²⁸

²³ 根據《刑事司法互助法》第 148 條“涉及行政違法行為的司法互助”的規定，第一編與第四編第一章至第三章的規定，經作出必要配合後，適用於主要涉及執行行政違法行為判處財產處分的確定判決的司法互助。參見第 2/III/2006 號意見，同註 8，第 16 頁。

²⁴ Cherif Bassiouni:《Introduction to International Criminal Law》，Transnational Publishers Inc., Ardsley, 紐約，2003 年，第 124-133 頁。

²⁵ 《刑事司法互助法》第 32-74 條就此制度作出規定。

²⁶ 因應澳門特區享有法律及司法自治權（《基本法》第 2 條、第 8 條與第 19 條），有需要配合澳門特區的政治法律特性，賦予其在司法範圍內與其他管轄區合作的方法。這一制度與引渡相似，允許滿足或向其他國家或地區提出與引渡條件類似的司法互助請求。同註 5。

²⁷ 關於其歷史發展簡述，參見 José Manuel da Cruz Bucho 等，同註 14，第 16 頁。

²⁸ 請參閱 Trevor Bryce: “The ‘Eternal Treaty’ from the Hitite Perspective”，2006 年，載於 <https://britishmuseum.org/pdf/6a%20The%20Eternal%20Treaty.pdf> 或 <http://www.reshafim.org.il/ad/egypt/ramses-hattusili-treaty.htm>。

這是各司法互助模式之中最敏感亦是最複雜的合作形式，因為同時涉及到政治層面（觸及一個國家主權行使問題，即行使其刑事法律監督權）以及技術層面（有關請求是否與被請求一方的國內實體法與程序法相符）。²⁹

引渡請求的目的在於請求方為繼續處理相關刑事司法訴訟、執行剝奪自由的保安處分或執行判決而請求另一方移交違法者。然而，此等性質的請求不論是在被動引渡範圍內還是主動引渡範圍內均築起多方面至關重要的障礙，³⁰ 因為不論是在個人範圍內——國籍原則：如被請求移交的人為其國民，還是在屬地範圍內——屬地原則：如有關事實實施者並非實施地（*locus delicti*）國民而其國籍國請求移交有關人士。³¹

另一方面，（由於國家利益問題而）拒絕移交有關人士將妨礙具刑事管轄權的請求方繼續履行其審判職能；但在此情況下，被請求方則有義務就有關人士實施的犯罪行為作審判，避免讓違法者免於受到處罰（*ius puniendi*）；³² 換言之，必須遵守另一項基本原則——引渡或起訴原則（*aut dedere aut iudicare*）。³³

考慮到引渡的目的以及相關利益，所需的其中一項基本要件為雙重歸罪性，即所實施的事實按照雙方法律均被定性為罪行。

²⁹ 正如 M. Cherif Bassiouni 所述，管轄權是指一個國家制定和執行在其領土內適用的刑法的權力（*rule-making capacity* 和 *rule-enforcing capacity*），參見《International Extradition: United States Law and Practice》，第四版，OCEANA publications Inc., Dobbs Ferry, New York, 2002 年，第 64-65 頁。

³⁰ 同上。

³¹ Jorge Bacelar Gouveia：《國際刑法——教條式評論視角》，Almedina，2008 年，第 344 頁及續後數頁。Artur de Brito de Gueiros Souza：《引渡法新趨勢》，第二版，Renovar，里約熱內盧，2013 年。Júlio Pereira：“刑事管轄權爭議”，《國際刑事互助——引渡與移交被判刑人》，同註 14，第 133-149 頁。

³² 《刑事司法互助法》第 33 條第二款訂定了這一原則。

³³ 關於引渡與引渡或起訴義務，請參閱 Colleen Enache-Grown 與 Arid Fried：“Universal crime, Jurisdiction and Duty: The Obligation of Aut Dedere Aut Iudicare in International Law”，《McGill Law Journal》，1998 年，第 614-633 頁。Edward M. Wise：“Aut dedere aut iudicare: The duty to prosecute or extradite”，M. Cherif Bassiouni 編：《International Criminal Law (Procedural and Enforcement Mechanisms)》，第二版，1999 年，第 15 頁。Cherif Bassiouni：《International Extradition》，Chapter V, OCEANA，2002 年；“The obligation to extradite or prosecute (*aut dedere aut iudicare*)”，《Final Report of the International Law Commission》，United Nations，2014 年，載於 http://legal.un.org/ilc/texts/instruments/english/reports/7_6_2014.pdf。

可准予引渡的這一必然推定原則——雙重歸罪原則（以及與之相關的罪行嚴重程度）³⁴ 在《刑事司法互助法》第 32 條關於移交逃犯的制度中有明文規定。³⁵

綜上所述，顯然這不僅僅是術語上的差異，而是概念上的差異，³⁶ 正如《刑事司法互助法》第 6 條與第 32 條的內容以及所及範圍明顯不同。

三、前衛的刑事立法政策抉擇

在司法互助領域，現時國際刑法的發展傾向於加快相關程序並在拒絕提供互助依據方面增加靈活性，這意味着司法互助請求所受的限制更少，特別是在收集證據方面。

考慮到新犯罪形式（例如電腦犯罪）出現以及因應全球信息社會與嶄新科技而產生的高度複雜性跨國犯罪（例如有組織犯罪、販賣人口、賄賂、清洗黑錢和恐怖主義等）³⁷ 增加，這種趨勢是合乎邏輯且不可避免的。這不

³⁴ 一般情況下，與罪行刑罰幅度有關：多於一年的剝奪自由刑罰。

³⁵ 如移交逃犯是以數個不同事實為依據，且按照請求方法律及澳門法律，對任一事實均可處以剝奪自由的刑罰或保安處分，即使其中一個或數個事實不符合上款所指條件者，亦可准予移交逃犯（《刑事司法互助法》第 32 條第三款）。

³⁶ 近年澳門特區與其他國家或地區簽訂的雙邊協定中關於雙重歸罪原則的條款（參見與葡萄牙簽訂的移交逃犯協定的第 3 條第二款以及與南韓簽訂的移交逃犯協定第 2 條第一款）中可發現這一差異十分明顯；但某些情況下相對於雙重處罰原則卻不是那麼明顯（參見與蒙古及南韓簽訂的刑事司法協助協定第 3 條第六項），這是由於允許雙重歸罪原則作為拒絕提供司法互助的理據。然而，前者將雙重歸罪原則視為限制要件，後者則僅將雙重歸罪原則視為任擇性理由。由被請求方確定滿足雙重歸罪這一要件是否具決定性。而關於上述第 3 條第六項條文的解釋則可能是在談判桌上蒙古及南韓均認為雙重歸罪對於司法協助來說十分重要。有需要待簽訂更多的司法互助協定後方可更明顯證明不予處罰原則。即使如此，值得注意的是：與南韓簽訂的刑事司法協助協定第 1 條第六款允許稅務方面的互助，有關協定載於 <https://www.io.gov.mo/cn/legis/int/rec/2276>。

³⁷ 根據 Cherif Bassiouni，這是一個旨在維護和實踐刑事司法公正的間接執行刑法的制度。這種刑事司法互助方式作為防範性措施令違法者無法逃避懲罰，亦可避免違法者濫用其他對其較有利的管轄區法律作為逃避司法審判的手段（*safe havens*），同上，同註 24，第 124-133 頁。此外，請參閱 Robert J. Currie：《Intenational & Transational Criminal Law》，Irwinn Law Inc，2010 年；關於國際犯罪與跨國犯罪種類，請參閱 Neil Boiste：《An Introduction to Transational Crimes》，Oxford University Press，2012 年。

可避免的現實為各國帶來（新的）挑戰，特別是在刑事司法公正方面，因為已超越了傳統的（境內）犯罪模式。³⁸

現時刑事領域的國際公約——《聯合國打擊跨國有組織犯罪公約》（又稱《巴勒莫公約》）、³⁹ 《歐洲理事會網路犯罪公約》（又稱《布達佩斯公約》）⁴⁰ 或《聯合國反腐敗公約》（又稱《梅里達公約》）⁴¹ ——正正體現出這種憂慮／意識，強調有需要促進最大程度的國際刑事司法互助，並使之變得更便捷，以減少或堵塞國際或跨國犯罪問題。因此，這些國際公約傾向於限制雙重歸罪原則的適用，並將其限制於引渡制度範圍內。⁴²

作為上文理據，可參閱《巴勒莫公約》第 16 條及第 18 條條文：

第十六條

引渡

1. 本條應適用於本公約所涵蓋的犯罪，或第 3 條第 1 款(a)項或(b)項所述犯罪涉及有組織犯罪集團且被請求引渡人位於被請求締約國境內的情況，條件是引渡請求所依據的犯罪是按請求締約國和被請求締約國本國法律均應受到處罰的犯罪。（...）（粗體由筆者所加）

第十八條

司法協助

1. 締約國應在對第 3 條規定的本公約所涵蓋的犯罪進行的偵查、起訴和審判程序中相互提供最大程度的司法協助（...）

9. 締約國可以並非雙重犯罪為由拒絕提供本條所規定的司法協助。但是，被請求締約國可在其認為適當時在其斟酌決定的範圍內提供協助，而不論該行為按被請求締約國本國法律是否構成犯罪。（粗體由筆者所加）

³⁸ José Carapinha：「刑事訴訟程序和暴力或高度組織化犯罪」，《澳門〈刑法典〉和〈刑事訴訟法典〉頒佈 20 週年紀念研究》，Pedro Pereira de Sena, Jose Miguel Figueiredo（研究協調），官樂怡基金會，2016 年，第 878-879 頁。

³⁹ 載於 <https://www.io.gov.mo/cn/legis/int/rec/189>。

⁴⁰ 載於 http://www.dgpj.mj.pt/sections/relacoes-internacionais/copy_of_anexos/convencao-sobre-o/downloadFile/attachedFile_f0/STE_185.pdf?nocache=1200659879.8。

⁴¹ 載於 <https://www.io.gov.mo/cn/legis/int/rec/609>。

⁴² Kimberley Proust 提及關於雙重歸罪原則作為拒絕提供司法協助的理據的爭議，認為這種合作模式不會對個人自由或被請求方管轄權構成直接影響，但卻可能妨礙請求方的刑事調查。某些情況下僅針對特定調查技巧予以保留，例如搜索或扣押（參見《美洲國家刑事司法互助公約》第 5 條）。“International Cooperation in combating serious crimes: The Role of Mutual Legal Assistance in Criminal Matters”，《International Cooperation in Penal Matters 課程論文集》，ISISC，Sicarusa，2004 年 5 月 17 日至 19 日，第 8-10 頁。

或《布達佩斯公約》第 24 條及第 25 條條文：

第二十四條

引渡

1.a) 本條適用於本公約第二條至第十一條所涵蓋的刑事違法行為，條件是按當事雙方法律均可針對引渡請求所依據的刑事違法行為處以最高刑期不少於一年的剝奪自由的刑罰或更嚴重的刑罰；（...）（粗體由筆者所加）

第二十五條

司法協助的一般性原則

1. 締約國應在涉及電腦系統及電腦數據資料的刑事違法行為的偵查或其他程序中，以及透過電子方式收集刑事違法行為證據的過程中提供最大程度的司法協助。（...）

5. 根據本章規定，只要被請求方獲准以存在雙重處罰為（...）（粗體由筆者所加）

又或《梅里達公約》第 44 條及第 46 條條文：

第四十四條

引渡

一、當被請求引渡人在被請求締約國領域內時，本條應當適用於根據本公約確立的犯罪，條件是引渡請求所依據的犯罪是按請求締約國和被請求締約國本國法律均應當受到處罰的犯罪。（...）（粗體由筆者所加）

第四十六條

司法協助

一、締約國應當在對本公約所涵蓋的犯罪進行的偵查、起訴和審判程序中相互提供最廣泛的司法協助。（...）

九、 ...

（一）被請求締約國在並非雙重犯罪情況下對於依照本條提出的協助請求作出反應時，應當考慮到第一條所規定的本公約宗旨；

（二）締約國可以以並非雙重犯罪為理由拒絕提供本條所規定的協助（...）；

（三）各締約國均可以考慮採取必要的措施，以使其能夠在並非雙重犯罪的情況下提供比本條所規定的更為廣泛的協助。（粗體由筆者所加）

總括來說，得出的結論如下：

- 刑事司法互助的原始及最終目的是保障刑事公正，預防、禁止及懲治犯罪行為；

- 有效適用刑法的前提是在訴訟程序中嫌疑人可獲最低保障，以及促進罪犯重返社會；
- 雙重處罰原則是《刑事司法互助法》的一般性原則；
- 雙重歸罪原則屬雙重處罰原則的例外情況，因為前者與移交逃犯制度相連；
- 其差異不僅僅是術語上而言，而是實質概念上的差異，因為這兩個概念的目的不同。

澳門特區立法者深知各地法律體系以及其刑法制度之間存在差異，有需要按現代社會背景與各地刑事犯罪分類特性，調整刑事司法互助領域的原則、規定，因此，（在 2006 年）決定推動革新，在司法協助方面採用一項更廣泛適用的原則，減少司法互助中的法律限制，以促進各締約國之間的刑法公正以及避免犯罪者有機會逃避刑罰。

因此，這一刑事立法政策抉擇具前衛性，與全球趨勢並肩而行，致力讓司法互助變得更便捷和靈活，且讓其涉及範圍變得更廣泛；配合此領域的主要國際公約，令雙重處罰成為澳門特區刑法體制的區別性元素。