

Literature Compiled by
件

立法會 CB(2)830/98-99(04)號文

the Department of Justice

INDEX

LC Paper No. CB(2)830/98-99(04)

Papers prepared by the Department of Justice:

- 1 The Concept of Concurrent Jurisdiction in International Law
2. Refusal to Surrender Nationals in International Law
3. Interpretation of "Citizen" and "Territory" in Art. 7 of the Chinese Criminal Code

(Annex - 中華人民共和國《刑法》的幾個概念)

Newspaper articles

<u>題目</u>	<u>作者</u>	<u>來源</u>	<u>日期</u>
1. 兩案引起的司法管轄權重合問題及其 解決定(上)	王晨光	文 報	25.11.1998
2. 兩案引起的司法管轄權重合問題及 其解決(中)	王晨光	文 報	26.11.1998
3. 論司法管轄權重合問題(下)	王晨光	文 報	27.11.1998
4. 「高度自治」不是上帝賦予的	汪子嚴	信報	9.11.1998
5. 特區不宜干預內地審核程序	黃繼兒	信報	21.11.1998
6. 香港「高度自治」體現在哪裏?	汪子嚴	信報	23.11.1998
7. 再談張子強案引伸出的幾個法律問題	黃繼兒	信報	4.12.1998
8. 跨境案的輿情與法理	李紹強	信報	21.11.1998
9. 李育輝案兩地皆有權管轄	顧敏康 林來梵 朱國斌	明報	23.11.1998
10. 中港兩地刑事管轄權的衝突	溫紅石	信報財經 月刊	12.1998

The Concept of Concurrent Jurisdiction in International Law

Prescriptive and Enforcement Jurisdiction

1. Under international law, the concept of state jurisdiction over persons, property and territory encompasses two dimensions:

The jurisdiction to prescribe

- a) A state has authority under international law to apply its **national laws** to matters arising within and outside its territory, irrespective of the nationality of the object of that jurisdiction. This is a state's **prescriptive** jurisdiction.

The jurisdiction to enforce

- b) The prescriptive jurisdiction is curtailed in practice by the fact that the **enforcement** of jurisdiction may take place only in a state's own territory unless some special permission has been granted to exercise enforcement jurisdiction in area under the **sovereignty** of another state. This is a state's **enforcement** jurisdiction through its executive and judicial arms e.g. its police force and national courts.
2. On top of the above two dimensions of the concept of state jurisdiction, it is a fundamental rule of international law that a state has absolute and exclusive power of enforcement within its own territory over all matters arising therein, unless that power is curtailed by some rule of international law, either general or specific. No other state or international legal person may trespass into the **domestic jurisdiction** of the territorial sovereign.
 3. The interplay of a state's prescriptive jurisdiction and its enforcement jurisdiction is well illustrated by the celebrated *Lotus Case*². In that case, a collision had occurred on the high seas between a French steamship *Lotus* and a Turkish steamship, resulting in the loss of the latter and the

¹. Dixon, *Textbook on International Law* (3rd ed, 1996) pp126-7.

²(1927)PCU Ser A NO 10.

death of eight Turkish subjects. When the *Lotus* arrived at Constantinople, the Turkish Government instituted joint criminal proceedings against the captain of the Turkish vessel and the French officer of the watch on board the *Lotus* and they were both sentenced to imprisonment. The French Government protested on the ground that Turkey had no jurisdiction over an act committed on the high seas by a foreigner on board of a foreign vessel, whose flag state (it asserted) had **exclusive** jurisdiction as regards such acts/ The dispute was referred by agreement to the Permanent Court of International Justice, which held, by the President's casting vote, that Turkey had "not acted in conflict with the principles of International Law" in instituting the criminal proceedings, because (inter alia) the act committed on board the *Lotus* produced its effects on board the Turkish steamship under the Turkish flag, and thus, as it were, on Turkish territory, whereupon Turkey acquired jurisdiction over its foreign perpetrator. The Court also expressed the opinion that there was no rule of international law which prohibited a state from exercising jurisdiction over a foreigner in respect of an offence committed outside its territory³.

Principles of Criminal Jurisdiction

4. Partly developing on the basis of the **Lotus** decision, the international community has accepted a number of permissive principles of jurisdiction whereby a state may enforce its criminal jurisdiction.

The Principle of Territoriality⁴

5. The first and foremost of these permissive principles is the "principle of territorial jurisdiction". Under this principle, prima facie, all persons and things within the territory of a state fall under its territorial authority. Territoriality is the primary basis for jurisdiction.
6. In this regard, the Permanent Court of International Justice in the *Lotus Case* observed as follows:

³ Oppenheim's International Law (9th ed, 1992)pp478-9

⁴ Ibid,pp458-60

⁵ Note 2 above,pp18-9.

"a State...may not exercise its power in any form in the territory of another state" and that jurisdiction "cannot be exercised by a State outside its territory except by virtue of a **permissive rule** derived from international custom or from a convention⁶.

- 7 Thus, even though a state has personal jurisdiction over its nationals abroad, its ability to enforce that jurisdiction is limited so long as they remain within the territory of another state⁷.
8. The principle of territorial jurisdiction is often, particularly in relation to the application of criminal laws, given a constructive interpretation which allows subjective and objective applications⁸.
 - a) the **subjective** application of the principle allows jurisdiction over offences having their culmination within the state even if not begun there.
 - b) The **objective** application of the principle allows jurisdiction over offences having their culmination within the state even if not begun there.
9. However, the Court in the *Lotus* case went on to qualify the application of territorial principle⁹. While recognizing the essentially territorial character of criminal law, the Court found that:

"international law as it stands at present" does not contain "a general prohibition to States to extend the application of their laws and the jurisdiction of their courts to persons, property and acts outside their territory...The territoriality of criminal law, therefore, is not absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty".

⁶Note 3 above,p458.

⁷Ibid,p458.

⁸Ibid,p460.

⁹Ibid,p468.

The Principle of Nationality¹⁰

10. Under the principle of nationality, a state may in its domestic law incorporate provisions regulating the conduct of its nationals. However, in practice, since a state cannot exercise its sovereign power in a foreign state, it must normally await the return of its nationals before it can take effective steps to exercise its jurisdiction over them.

The Protective principle¹¹

11. The protective principle requires that the limitations of the territorial principle do not apply to serious crimes against a state's own safety. This principle allows a state to assert its authority in relation to offences involving serious prejudice to matters within the competence of the state of the forum which justifies the exercise of jurisdiction by that state to protect itself, notwithstanding that the offender has at all times during the commission of the offence been outside its territory. Examples of such offences include those which threaten the political or military security of the state and counterfeiting the currency of a state

The Passive Personality Principle¹²

12. It is sometimes claimed that a state has jurisdiction over crimes committed abroad by aliens if the **victim** is a national of the state claiming jurisdiction. This is known as the "passive personality principle". Unlike the nationality principle which focuses on the identity of the **perpetrator** of a crime, this principle focuses on the identity of the **victim**. However, it is doubtful whether it has attained the status of customary international law¹³.

¹⁰Ibid, pp462-3.

¹¹Ibid, pp470-1.

¹²Ibid, pp471-2.

¹³Ibid, p472; Dixon, note I above, p135

The Effects Principle ¹⁴

13. Some states have even gone further by enacting legislation designed to give themselves jurisdiction over any matters which produce an effect in their territory. This is often known as the "effects principle/doctrine". This principle goes further than the "protective principle" in that its application is not limited to matters of **public or national interest**. However, this principle has not yet been widely accepted. Examples of legislation based on this principle can be found in anti-trust legislation in the US.

The Universal Principle ¹⁵

14. This principle allows a state to exercise jurisdiction in respect of offences of an **international character of serious concern** to the international community as a whole. This is a jurisdiction which exists irrespective of where the act constituting the crime takes place and the nationality of the person committing it. It focuses on the **nature of the offence**. Piracy is a well-established example of jurisdiction exercisable on this principle. War crimes, hijacking, and the most serious violations of human rights such as torture are other examples

Conclusion

15. In international practice, the operation of the above permissive principles could give rise to **concurrent** jurisdiction over various matters among states. It is not uncommon that two or more states may be entitled to exercise jurisdiction over the same person in respect of the same event and may therefore lead to jurisdictional disputes at the international level. Normally it will be for the state which actually has custody of the accused to deal with the matter, although it is possible that the accused may be sent to another state having jurisdiction, as under an extradition treaty ¹⁶.

Department of Justice
December 1998

¹⁴Ibid, pp472-3.

¹⁵Ibid, pp469-470

¹⁶Dison, note 1 above, p128

Refusal to Surrender Nationals in International Law

1. There is no convention or principle of international law which militates against a state extraditing its own nationals. Nevertheless, in civil law countries there has been a long history, which derived from Greek and Roman practice, of states refusing extradition applications in relation to their citizens. In a number of states, extradition in these circumstances is barred by the constitution or municipal law.¹
2. On the other hand, traditionally, common law countries have readily surrendered their citizens.²
3. An explanation for the separate paths taken by the common law and civil law states can be seen in the differing approaches to the question of jurisdiction. In common law states, jurisdiction is based on territoriality and, as a criminal act is viewed as an offence against the peace of the community in which it occurred, it is considered that an alleged offender should be tried by her or his neighbours at or near that locality. Extraterritorial jurisdiction is said to be limited, with the consequence that were extradition not granted, the requested common law state would not itself be able to prosecute and the fugitive would thereby avoid punishment.³
4. On the other hand, in civil law states jurisdiction attaches also by reason of nationality and regardless of where the offence occurred. Accordingly, prosecution can take place in the requested state following a determination by that state not to extradite one of its citizens. That capacity has tended to perpetuate the civil law tradition of non-extradition of nationals. That practice has been justified on a number of grounds namely⁴.
 - a) a person should not be withdrawn from her or his natural judges;
 - b) rehabilitation is best accomplished in the person's habitual surroundings;

¹ E P Aughterson, *Extradition: Australian Law and Procedure* (1995), p127-8

² Ibid, p128.

³ Ibid, p128.

⁴ Ibid, p129.

- c) there are inherent disadvantages in being subjected to trial under a foreign system and language and remote from friends and resources;
 - d) there is potential for bias against aliens; and
 - e) a state owes special duty to its citizens.
5. In the interest of securing treaties with civil law states. And in order to avoid the consequence of the non-extradited nationals avoiding punishment, Australia, for example, has taken the significant step of adopting, in its dealings with those states, the civil law convention of refusing to extradite citizens and has established a mechanism to enable prosecution as an alternative to extradition. In this regard, s 45 of Australian Extradition Act allows for prosecution of Australian citizens as an alternative to extradition for offences arising extraterritorially. However, there is no bar to extradition of nationals in the Act itself or other Australian Law⁵.
6. Regard should also be paid to various treaty provisions in determining whether a requested state is obliged to extradite its nationals. Most treaty provisions concerning non-extradition of national are cast in permissive form (e.g. by providing that the requested state shall have the **right** to refuse to extradite its nationals and shall refuse to do so if its Constitution or its laws so require), so that a state has a discretion to refuse extradition. Some provisions may however provide that a state is "not obliged" or "not bound" to extradite its nationals⁶ This "not bound" formula has been held by many states (e.g. Canada and Australia) to create a discretion in relation to surrender of nationals.

Department of Justice
December 1998
[PW8D05]

⁵Ibid, p130.

⁶Ibid, p131-2

**Interpretation of "Citizen" and "Territory" in Art 7
of the Chinese Criminal Code**

1. Art 18 of the Basic Law provides that national laws are not applied in the HKSAR except for those listed in Annex III. The Chinese Criminal Code ("CCC") is not listed in Annex III of the Basic law and, thus, is not applied in Hong Kong. However, the Mainland courts may have jurisdiction over cases with a Hong Kong element by virtue of Art 6 and 7 of the CCC. It is by no means uncommon for two jurisdictions to have jurisdiction over the same case.
2. Art. 7 of the Chinese Criminal Code 1997 ("CCC") provides that the Chinese Criminal Code is applicable to "**PRC citizens**" who commit the crimes specified therein "**outside the territory of the PRC**" provided that the maximum sentence for such crimes stipulated therein is not less than 3 years imprisonment.

"PRC Citizens"

3. For the purpose of the Nationality Law of the PRC, the term "citizens" is referred to as "nationals".
4. Art.2 of the Nationality Law of the PRC provides that "[t]he people's Republic of China is a unified, multinational country" and that "persons belonging to any of the nationalities of China have Chinese nationality".
5. Under the Nationality Law of PRC, the following persons are considered as Chinese nationals:-
 - a. any person born in China whose parents are Chinese nationals or one of whose parents is a Chinese national (Art.4);
 - b. any person born in China whose parents are stateless or of uncertain nationality but have settled in China (Art. 6); and
 - c. aliens or stateless persons who are willing to abide by China's Constitution and upon approval of their applications provided that (i) they

are close relatives of Chinese nationals; or (ii) they have settled in China; or (iii) they have other legitimate reasons. (Art.7)

However, any person born abroad whose parents are Chinese nationals or one of whose parents is a Chinese national and have settled abroad or one acquired foreign nationality on birth does not have Chinese nationality (Art.5).

6. While it is true that HKSAR residents are Chinese "nationals" for the purposes of the Nationality Law of the PRC, a distinction must be drawn between "**SAR residents**" and "**Mainland residents**" for the purposes of the CCC. Unlike Art.6 of the CCC which is intended to vest jurisdiction upon crimes committed on the geographical basis, Art.7 aims to catch those who are Chinese nationals having committed crimes. Art.7 of the CCC is not applicable to SAR residents. If it were so intended, the Chinese Criminal Code would effectively apply through the backdoor to over 90% of the SAR residents (who are Chinese nationals). Such an interpretation would frustrate the whole purpose of BL18 which disapplies the CCC in the SAR. Moreover, it could not possibly have been the legislative intent of the NPC, the only logical interpretation of Art.7 of the CCC, insofar as criminal acts committed in the SAR are concerned, is that it only applies to Mainland residents (ie non-SAR residents).

"Outside the Territory of the PRC"

7. Art.7 of the CCC deals with crimes committed by PRC citizens "**outside the territory**".
8. Apart from the ordinary meaning of the phrase "**outside the territory**", it is important to give effect to the legislative intent of Art.7 of the CCC. As Hong Kong has always had a legal system which is distinct from that of the Mainland, it not intended, for the purposes of Art. 7, that Hong Kong is part of the same territory of the Mainland. Were Art.7 intended only to apply to Mainland residents outside the whole of China (including the HKSAR), Mainland courts would be left without criminal jurisdiction over Mainland residents having committed offence in the HKSAR (eg murder) and fled to

the Mainland. Furthermore, in the absence of any rendition arrangement between the Mainland and the HKSAR, this interpretation would lead to an absurd result. Contrasting that with the clearly professed intent in Art.7 of the application of the nationality principle of criminal jurisdiction to every Chinese national in every corner of the world (save for offences with a maximum sentence of less than three years), the above interpretation could not possibly have been the legislative intent of the NPC.

9. There is no doubt that the HKSAR is an inalienable part of the PRC (BL1) from the point of view of state sovereignty. However, as Wang Chenguang (Associate Professor of the City University who is also a prominent legal practitioner in the Mainland) noted in a newspaper article, it cannot be denied that from a jurisdictional point of view, the HKSAR and the PRC are two distinct jurisdictional territories.

- a. BL 18 and Annex III make it clear that the CCC is not applicable to HKSAR.. BL 19 confers independent judicial powers on SAR courts and grants them jurisdictions over “all cases in the Region” subject to “the restrictions on their jurisdiction imposed by the legal system and principles previously in force in Hong Kong”.
- b. From the point of view of judicial jurisdiction, HKSAR is a jurisdictional territory independent from the PRC. To say so is in no way contradictory to the fact that HKSAR is an inalienable part of the PRC from the point of view of state sovereignty. It is clear that Art. 7 of the CCC applies only to **Mainland residents** who commit crimes **outside** the PRC jurisdictional territory which does not include the HKSAR. This concept reaffirms the principle of the “One Country, Two system” and is consistent with the “high degree of autonomy” that HKSAR is promised under the Basic Law.

10. From a practical point of view, the underlying purpose of ascertaining the precise demarcation of the concept of "territory" lies not only in upholding the independence of the SAR judicial system, but also in **combatting crimes effectively** and bringing to justice perpetrators of criminal acts, by the SAR

¹ Wang Chenguang (王晨光), *Wen Wei Po* on 25,26 and 27 November 1998

² See also Xiao Wei-yun, *One Country Two Systems and the HKSAR Basic Law* (1990) pp227-8.

or Mainland residents. It would make a mockery of the whole concept of "One Country, Two Systems" if because of a literal interpretation of Art.7 of the CCC, Mainland courts are deprived of the power to enforce their criminal jurisdiction over their own residents who have fled to the Mainland after commission of crimes in the SAR. A purposive interpretation of Art.7 is warranted by the absence of detailed rendition arrangements between the SAR and the Mainland in the Basic Law, which are therefore yet to be agreed upon with the scope of authority of the SAR to maintain juridical relations with the Mainland under BL 95.

11. Bearing in mind the intention of the NPC when enacting the CCC, the working concept of "One Country, Two Systems" and the provisions of the Basic Law, the Administration adopts a purposive approach in interpreting "Chinese citizens" and "outside the territory" in Art. 7 of the CCC in that the former refers to "Chinese nationals who are residents of the Mainland". This interpretation is not only canvassed by practitioners and academics in the Mainland, but also by those who have professional knowledge of the law and legal system in Hong Kong.³
12. The same interpretation is also consistent with the legal policy identified by Francis Bennion in *Statutory Interpretation* where he says:

"[The] enactments are applied to persons out of the jurisdiction because the policy of the [legislation], or legal policy generally, requires it. ... It would plainly be against legal policy for persons to be able to go abroad to commit their crime and the return without punishment".

Department of Justice
December 1998
[PW8D05]

See note I above; 明報"李育輝案兩地皆有權管轄" 23.11.1998; 張曉明"論九七年後涉港刑事案件的司管管理權", 刊於"刑法新探索", 群眾出版社(1993) p.148; 陳永生"中國內地與香港刑事管轄衝突及解決"國際法學 1998 年第 4 期 pp.62-64; see also 趙? 志"新刑法教程"中國人民大學出版社 pp. 67-73; Annex. "中國人民共和國刑法的幾個概念".
'Bennion, *Statutory Interpretation* (1997) p 290.

中華人民共和國《刑法》的幾個概念

《刑法》中犯罪的概念

《刑法》第 13 條規定：“一切危害國家主權、領土完整和安全，分裂國家、顛覆人民民主專政的政權和推翻社會主義制度，破壞社會秩序和經濟秩序，侵犯國有財產或者勞動群眾集體所有的財產，侵犯公民私人所有的財產，侵犯公民的人身權利、民主權利和其他權利，以及其他危害社會的行為，依照法律應當受刑罰處罰的，都是犯罪，但是情節顯著輕微危害不大的，不認為是犯罪。”

《刑法》第 6 條規定：“……犯罪的行為或者結果有一項發生在中華人民共和國領域內的，就認為是在中華人民共和國領域內犯罪。”

《刑法》第 7 條規定：“中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法，但是按本法規定的最高刑為三年以下有期徒刑的，可以不予追究。”

犯罪行為

犯罪行為的構成包括

- （一） 犯罪主體，是指受具有刑事責任能力、實施危害社會行為的自然人或者單位。犯罪主體是犯罪構成中一個重要且必不可少的構成要件，對定罪和量刑都具有重要意義。
- （二） 犯罪客體，是指《刑法》保護的、而犯罪行為所侵害的社會關係，如第 13 條中所指的各種關係。
- （三） 犯罪行為的構成可以由於故意（見《刑法》第 14 條）。亦可以是基於過失（見《刑法》第 15 條）。

《刑法》中的刑事管轄權

在解決刑事管轄權範圍問題上，以下幾種原則適用於《刑法》：

（一） 屬地原則

屬地原則又稱地域管轄原則、領土原則，是指凡在本國領域內發生的犯罪，不論是本國還是外國人，都適用本國刑法。屬地管轄原則體現了維護國家主權的基本精神，是一切國家行使刑事管轄權的最基本原則。由於犯罪行為有行為地與結果地之分因而又可以分為行為地主權、結果地主權和行為兼結果地主權。

（二） 屬人原則

屬人原則又稱國籍原則，是指凡是本國人犯罪，不論其犯罪發生在本國領域內還是發生在本國領域外，都適用本國刑法。

（三） 保護原則

保護原則又稱安全原則，是以保護本國利益為標準，凡侵害本國國家或者公民利益的，不論犯罪人是本國人還是外國人，也不論犯罪地在本國領域內還是在本國領域外，都適用本國刑法。

（四） 普遍原則

普遍原則，又稱世界性原則。是指不論犯罪發生在任何地，犯罪人和被害人是哪國人，也不問被害利益的歸屬如何，世界上任何可國家都有權行使管轄權，適用本國刑法。

《中華人民共和國刑法》，是採用屬地原則為主，兼採其他原則。¹

¹ 有關原則請參考“新刑法通論”曾粵興主編，法律出版社 1997.p.14 另參考“新刑法教程”趙秉志主編，中國人民大學出版社 p.69

《刑法》的屬地管轄權

《刑法》第 6 條規定“凡在中華人民共和國領域內犯罪的，除法律有特別規定的以外，都適用本法”。所謂中華人民共和國領域內是指中國國境以內的全部空間區域，包括領陸、領空及領水。而領土的延伸，包括中國的船舶、飛機或其他航空器；此外亦包括中國駐外使領館內。²

《刑法》的屬人管轄權

《刑法》第 7 條第中款規定：“中國人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法，但是按本法規定的最高刑為三年以下有期徒刑的，可以不予追究”。

中國公民在領域外犯罪的，無論按照當地法律是否認為是犯罪，亦無論罪行是輕是重，以及是何種罪行，也不論其所犯罪行侵犯的是何國公民的利益，原則上都適用本國刑法。³

《刑法》中的刑事責任問題

《刑法》中第 22 至 24 條對犯罪的預備、未遂和中止作出規定。《刑法》亦對共同犯罪作出規定，但不包括串謀犯罪的條文。

港澳人犯罪的刑事責任

在“犯罪主體論”一書中，中國人民大學的趙秉志教授對港澳台人犯罪的刑事責任問題作出深入討論。趙教授認為在“一國兩制”實施之前，由於港澳地區各有其法律和司法體制，因而對港澳人在中國領域以外實施的犯罪，不可能像中國大陸公民一樣。⁴

² “新刑法教程” 趙秉志 “主編，中國人民大學出版社，p.69—70

³ “新刑法教程”，同上，p.72—73

⁴ “犯罪主體論” 趙秉志著，中國人民大學出版社 p.368

有關處理香港及內地刑事案件法律差異問題

（一） 刑事管轄權的含義

“刑事管轄權”的理解是指刑法的空間效力，解決的是行為人承擔刑事責任的實體法的依據問題。⁵

（二） 刑事訴訟管轄權／司法管轄權

“刑事訴訟管轄權”的概念是指根據刑事案件的不同情況和司法機關的職權，確定應由哪一個司法機關進行偵查、起訴和審判的制度，解決的是具體案件處理的程序問題。⁶

《刑事訴訟法》第 24 條便將這個概念具體化，該條文如下：

“刑事案件由犯罪地的人民法院管轄。如果由被告人居住地的人民法院審判更為適宜的，可以由被告人居住地的人民法院管轄。”

“刑事訴訟法管轄權”與“司法管轄權”的概念相似，李海東在“論刑事管轄權”一文內，就引用倪征奧教授對司法管轄一詞的意見。文中倪教授認為：“司法管轄一詞，在國內法的意義上，是根據以確定某個或某類案件應由國內或哪類法院受理的標準；而在國際的意義上，則意味 一國受理某些具有涉外因素的案件的法律依據……”⁷

（三） 涉港刑事案件的司法管轄權

張曉明在“論九七年後涉港刑事案件的司法管轄權”就對在九七年後涉及香港及內地的刑事案件作了詳細表述，文章中認同由於香港的刑法制度源于英國普通法，與內地的刑法制度差異較大，所以一宗刑事案件是由內地還是由香港特別行政區的司法機關管轄，可能引起兩種不同的法律後果⁸。

⁵ 李海東“論刑事管轄權”刊於“刑法新探索”趙秉志主編，群眾出版社（p.137）

⁶ 同上，p.137-8

⁷ 同上，p.138

⁸ 張曉明“論九七年後涉港刑事案件的司法管理權”，刊於“刑法新探索”，趙秉志主編，群眾出版社 1993，p.148

張在文中表示中國對恢復行使主權後，香港特別行政區所享有的刑事司法管轄權，是中華人民共和國統一的司法管理權的一部份，其劃分只是國家統一的司法管轄權在行使上的內部分工關係。⁹

文中認同香港及內地是兩個不同的法律區域，因此涉港刑事案件的司法管轄權的原則不能等同于內地涉及不同省、直轄市、自治區的刑事案件的管轄原則。¹⁰

此外，刊於國際法學 1998 年第 4 期中關於“中國內地與香港刑事管轄衝突及解決”一文中，中國政法大學的陳永生亦認同就刑法而言，香港及內地各有本身的法域。¹¹

律政司

一九九八年十二月

⁹ 同上，p.148

¹⁰ 同上，p.152

¹¹ 陳永生“中國內地與香港刑事管轄衝突及解決”國際法學 1998 年第 4 期 p.62-64

參考資料

- *1. “新刑法通論” 曾粵興主編
法律出版社 P.12—21
- *2. “新刑法教程” 趙秉志主編
中國人民大學出版社 P.67—70
- 3. “新刑法教程” 趙秉志主編
中國人民大學出版社 P.72—73
- *4. “犯罪主體論” 趙秉志主編
中國人民大學出版社 P.358—374
- *5. “刑法新探索” 趙秉志主編
群眾出版社 P.136—146
- 6. “刑法新探索” 趙秉志主編
群眾出版社 P.136—146
- 7. “刑法新探索” 趙秉志主編
群眾出版社 P.136—146
- 8. “刑法新探索” 趙秉志主編
群眾出版社 P.147—159
- 9. “刑法新探索” 趙秉志主編
群眾出版社 P.147—159
- 10. “刑法新探索” 趙秉志主編
群眾出版社 P.147—159
- *11. “中國內地與香港刑事管轄衝突及解決” 陳永生
國際法學 1998 年第 4 期 P.62—64

*論文列後

把定性准确与否作为衡量刑事审判工作的一个极其重要的指标,而对量刑工作的重要性认识不够。相当多的人认为,只要定性准确,多判几年少判几年无关大局,因而在实践中形成这样一个传统,即对于上诉、申诉案件除非定性错误或者量刑畸轻畸重的,一般不予改判。这种现实无疑是对罪刑相适应原则的极大破坏。因此,我们要注意克服和纠正司法实践中的重“审”(案件事实)轻“判”(刑罚)的错误倾向,以切实贯彻罪刑相适应原则。

其二,不能将罪刑相适应原则绝对化。罪刑相适应不是罪刑的绝对相等和机械对应。对犯罪的考察,不能仅看犯罪行为及其所造成的危害后果。而要看整个犯罪事实(包括罪行和罪犯各方面因素综合体现出来的社会危害性程度)。即对犯罪分子决定刑罚时,要把行为的社会危害性和行为人的危险人身危险性结合起来综合考虑,不能偏执一端,更不能完全不考虑人身危险性,只有这样才能将罪刑相适应原则贯彻到底。

第三节 刑法的适用范围

刑法的适用范围,亦称刑法的效力范围,是指刑法在什么地方、对什么人和在什么时间内具有效力。刑法的适用范围包括刑法的空间效力和刑法的时间效力两个方面。

一、刑法的空间适用效力

(一)刑法空间效力的概念和原则

刑法的空间效力,是指刑法在什么地方、对什么人具有法律效力。解决的是国家刑事管辖权的问题。对刑事管辖权的确定是独立主权国家的内政,各国往往根据各自社会政治、历史传统的实际情况,对本国刑事管辖权的问题作出符合本国国情的规定。在解决刑事管辖权范围问题上,存在以下几种原则:

1. 属地原则

属地原则又称地域管辖原则、领土原则,是指凡在本国领域内发生的犯罪,不论是本国人还是外国人,都适用本国法。属地管辖原则体现了维护国家主权的基本精神,是一切国家行使刑事管辖权的最基本原则。由于犯罪行为有行为地与结果地之分因而又可以分为行为地主义、结果地主义和行为兼结果地主义。

2. 属人原则

属人原则又称国籍原则,是指凡是本国人犯罪,不论其犯罪发生在本国领域内还是发生在本国领域外,都适用本国刑法。

3. 保护原则

保护原则又称安全原则,是以保护本国利益为标准,凡侵害本国国家或者公民利益的,不论犯罪人是本国人还是外国人,也不论犯罪地在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法。

4. 普遍原则

普遍原则,又称世界性原则。是指不论犯罪发生在何地,犯罪人和被害人是哪国人,也不问被害利益的归属如何,世界上任何国家都有权行使管辖权,适用本国刑法。

上述各种原则,孤立起来看,都有它的正确性,也有其局限性。比如属地原则直接维护了领土主权,但单纯实行这个原则,遇到本国人或者外国人在本国领域外侵害本国国家或公民利益的犯罪,就无法适用本国刑法,这是一个严重的缺陷。属人原则,就对本国公民实行管辖而言,无可非议,但单纯实行这个原则,遇到外国人在本国领域内犯罪,竟不能适用本国刑法,这显然有悖于国家主权的原则。保护原则就保护本国利益而言,可谓周密,但如犯罪人是外国人,犯罪地又在国外,这就涉及国与国之间的关系和刑事法律的冲突,因此彻底实行这个原则是很困难的。普遍原则,是针对某些国际犯罪(如空中劫机、灭绝种族、侵害外交代表等)而由国际条约加以规定,要求有关国家实行普遍管辖权,这本身就是有条件限制的。由于各国的阶级利益和政治、法律观点不同,不可能对所有犯罪都实行普遍管辖权。

由此可见,上述各项原则,都不能只取其一,而排斥其他。近代世界各国刑法,都是采用属地原则为主,兼采其他原则。这种结合型的刑事管辖权体制,既有利于维护国家主权,又有利于同犯罪行为作斗争,比较符合各国的实际情况和利益,所以能为各国所接受。我国刑法有关空间效力的规定,采取的也是这样的刑事管辖权体制。

(二)我国刑法的属地管辖权

新《刑法》第6条第1款规定:“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法。”这是我国刑法关于刑法空间效力的基本原则。其含义包括以下两个方面:

1. “中华人民共和国领域内”的含义

所谓中华人民共和国领域内,是指我国国境以内的全部空间区域,具体包括:(1)领陆,这是国家领土的最基本和最重要的部分,包括国境线以内的陆地及其地下层;(2)领水,即内水(内河、内湖、内海以及同外国之间界水的一部分,这一部分通常以河流中心线为界,如果是可通航的河道,则以主航道中心线为界)和领海。我国政府于1958年9月4日发表声明,宣布我国的领海宽度为12海里)及其地下层。(3)领空,即领陆和领水的上空,只及空气空间,不包括外层空间。

根据国际条约和国际惯例以及我国刑法的规定,以下两部分也属于我国领土的延伸:

其一,我国的船舶或者航空器。我国新《刑法》第6条第2款规定:“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法。”这里所言之船舶或者航空器,既包括军用的也包括民用的,既指航行途中的,也指处于停泊、停飞状态中的;既指公海或公海上空的,也指停靠于外国港口、停飞于外国机场的悬挂我国国旗的船舶、航空器。总之,凡在我国的船舶、航空器内犯罪的,不论该船舶、航空器是否在我国境内,均应适用我国刑法。

其二,我国驻外使馆内。根据我国承认的《维也纳外交关系公

约》规定,各国驻外大使馆、领事馆不受驻在国的司法管辖而只接受本国的司法管辖。因此,这些地方亦应视为在我国领域内,在其范围内犯罪的,我国当有刑事管辖权。

新《刑法》还针对隔离犯的一些特殊情况(即犯罪行为与犯罪结果在时间上存在间隔、在地点上存在距离),进一步明确了属地管辖的具体标准,新《刑法》第6条第3款指出:“犯罪行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的,就认为是在中华人民共和国领域内犯罪”。这表明我国在此问题上采用了行为地兼结果地主义的原则。这样下列三种情况都应适用我国刑法,犯罪行为与犯罪结果均发生在我国领域内;犯罪行为在我国领域内,犯罪结果在我国领域外;犯罪行为实施于我国领域外,但犯罪结果却在我国发生。采取这一原则,有利于准确打击犯罪,维护国家主权。

2. “法律有特别规定”的具体含义

其一,享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题,通过外交途径解决。根据国际法和有关的国际条约,享有外交特权和豁免权的外国人不受接受国的刑事管辖。这里的所谓“享有外交特权和豁免权的外国人”主要是指外交代表、使馆行政技术人员以及与他们共同生活的配偶、未成年子女;来访的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他同等身份的官员等。参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外国代表,临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家,联合国及其专门机构的代表机构和工作人员,按中国加入的有关国际公约和签订的有关协议,事实上也享有外交特权和豁免权。而所谓的“外交特权和豁免权”,是根据国际公约,在国家间互惠的基础上,为保证驻在本国的外交代表机构及其工作人员正常执行职务而给予的一种特别权利和待遇。1961年在联合国主持下订立的《维也纳外交关系公约》是关于外交特权和豁免权的基本法律文件,我国于1975年加入该公约,并于1986年9月5日通过了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》,规定享有外交特权和豁免权的外国人不受我国刑

事管辖。当然,外交代表和非中国公民的与外交代表共同生活的配偶及未成年子女所享有的豁免权,可以由派遣国明确表示放弃,在这种情况下,我国亦可行使管辖权。应当指出,享有外交特权和豁免权的有关人员承担着尊重我国法律的义务,并不能恣意违反我国刑法,为所欲为,如果他们的行为已经构成犯罪,我们也绝不能熟视无睹,而应通过外交途径积极与派遣国磋商,要求派遣国召其回国,或宣布其为“不受欢迎”的人,要求派遣国向我国表示道歉或支付损害赔偿。

其二,新《刑法》第90条规定:“民族自治地方不能全部适用本法规定的,可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化特点和本法规定的基本原则,制定变通或者补充的规定,报请全国人民代表大会常务委员会批准施行”。这一规定充分尊重了少数民族的风俗习惯,考虑了少数民族自治地方社会发展的特殊性,因而是可取的。在实施这一规定时应当注意:(1)民族自治地方制定的变通或者补充规定不得与刑法的基本精神相抵触;(2)民族自治地方制定的规定只能是部分地而不是完全地排斥刑法的效力。刑法一般而言可以不适用于与民族自治地方特殊的风俗习惯、宗教文化传统联系紧密的一小部分犯罪,但刑法总体上仍应当在这些地方得到施行。

其三,我国刑法不能适用于港澳地区,这又是对刑法管辖权的一个限制。根据《香港特别行政区基本法》、《澳门特别行政区基本法》的有关规定,香港、澳门都是中央政府直辖的特别行政区;全国人民代表大会授权香港特别行政区、澳门特别行政区实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。这两个地方就成了排斥刑法效力的特殊地域。

(三)属人管辖权

新《刑法》第7条第1款规定:“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究。”同条第2款规定:“中华

人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法。”

根据上述规定,我国公民在我国领域外犯罪的,无论按照当地法律是否认为是犯罪,亦无论行为是轻是重,以及是何种罪行,也不论其所犯罪行、侵犯的是何国或何国公民的利益,原则上都适用我国刑法。只是按照我国刑法的规定,该中国公民所犯之罪的法定最高刑为3年以下有期徒刑的,才可以不予追究。所谓“可以不予追究”,不是绝对不追究,而是保留追究的可能性。此外,如果是我国的国家工作人员或者军人在域外犯罪,则不论其所犯之罪按照我国刑法的规定法定最高刑是否为3年以下有期徒刑,中国司法机关都要追究其刑事责任。这主要是考虑到对国家工作人员和军人在域外犯罪管辖应从严要求。

新《刑法》第10条规定:“凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照本法应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照本法追究,但是在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。”这条的规定,包括我国公民在域外犯罪的情况在内。这条规定表明,我国作为一个独立自主的主权国家,其法律具有独立性,外国的审理与判决对我国没有约束力。但是,从实际情况及国际合作角度出发,为了使被告人免受过重的双重处罚,又规定对在国外已经受过刑罚处罚的犯罪人,可以免除或者减轻处罚。这样既维护了我国的国家主权,又从人道主义出发对被告人的具体情况做了实事求是的考虑,体现了原则性与灵活性的统一。

(四)保护管辖权

新《刑法》第8条规定:“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”这表明我国刑法只是在一定程度上采取了保护管辖原则,这是因为刑法对于外国人在域外犯罪行使管辖权受到一些限制的。

是所犯之罪侵犯了我国的国家利益、公民利益,而且按我国刑法规定最低可以处3年以上有期徒刑。这样,就大大缩小了外国人在我国领域外实施的侵犯我国国家或公民利益的犯罪的范围,避免了打击面过宽。因为刑法的这一限制表明,我们不是对所有外国人在我国领域外侵犯我国国家或者公民利益的犯罪都主张管辖权,只是针对其中较为严重的犯罪如杀人、重伤、爆炸、投毒、伪造货币等,而对一些轻罪我国刑法则不能管辖;二是按照犯罪地的法律也应受到刑罚处罚。例如故意杀人、放火都符合这个规定。虽然外国人在我国领域外侵犯我国国家或公民利益的犯罪,我国要真正行使刑事管辖权存在困难。因为犯罪人是外国人,犯罪地又在外国,我国要对其实行刑事追诉,牵涉到与犯罪地国家的刑事管辖权冲突问题;而且如果犯罪人没有被引渡过来,或者没有在我国境内被抓获,我们就无法对其进行追究。但是,我们如果不在刑法上对外国人在域外对我国国家和公民的犯罪作出规定,就等于自动放弃了自己的刑事管辖权,因而必须在法律上表明我国对这类犯罪予以打击的坚定立场,以保护我国的国家利益和在外国的我国公民、侨民的利益。

(五) 普遍管辖权

新《刑法》第9条规定:“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。”根据这一规定,凡是我国缔结或者参加的国际条约中规定的罪行,不论罪犯是中国人还是外国人,也不论其罪行发生在我国领域内还是我国领域外,在我国所承担条约义务的范围内,如不引渡给有关国家,我国就应当行使刑事管辖权,依照我国刑法对罪犯予以惩处。

为惩治国际犯罪,保护国际社会的秩序,在有关国际组织的主持下,国际上先后制订了一系列旨在加强国际合作,有效防止和惩处国际罪行的国际条约,如1970年12月16日在海牙签订的《关于制止非法劫持航空器的公约》(简称《海牙公约》),1971年9月23日,在

蒙特利尔签订的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(简称《蒙特利尔公约》),1973年12月4日联合国大会通过的《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》,1979年12月17日联合国大会通过的《反对劫持人质国际公约》等。我国已于1980年10月加入《海牙公约》和《蒙特利尔公约》,1987年6月加入《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》。这些国际公约强调各缔约国应将非法劫持航空器、危害国际民用航空安全、侵害应受国际保护人员等行为定为国内法上的犯罪,予以惩处;有关缔约国应采取必要措施,对任何这类罪行行使刑事管辖权,而不论罪犯是否是其本国人,罪行是否发生于其国内。这些国际条约也就在实质上确立了普遍管辖权原则。我国批准或加入了这些条约,就应当承担起打击条约所规定的犯罪的义务。根据新《刑法》第9条的规定,今后我们更应对诸如劫持航空器的犯罪、侵害外交代表的犯罪等进行打击,而不论这些犯罪发生于何地,罪犯属于哪一国或无国籍,也不论罪犯正活动在或潜逃到哪一国。尤其当罪犯正在我国境内或实际处在我国控制之下时,我国更应当对其予以严惩,而不能宽纵放任。

二、刑法的时间效力

刑法的时间效力,又称刑法在时间上的适用范围,是指刑法的生效时间、失效时间以及刑法的溯及力问题。

(一) 刑法的生效时间

关于刑法的生效时间,通常有两种规定:一是从公布之日即生效。如全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第13条规定:“本规定自公布之日起施行”;二是公布之后经过一段时间再施行。例如新《刑法》于1997年3月14日修订通过后,新《刑法》从1997年10月1日起施行。这样做是考虑到人们对新《刑法》比较生疏,通过一段时间的宣传、教育,便于广大人民群众及司法工作人员

(二) 刑法的失效时间

刑法的失效也基本包括两种方式：一是由国家立法机关明确宣布某些法律失效。例如，新《刑法》第452条第2款规定，列于附件一的全国人大常委会制定的《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》等15件单行刑法，自1997年10月1日起予以废止。二是自然失效，即新法施行后代替了同类内容的旧法，或者由于原来特殊的立法条件已经消失，旧法自行废止。

(三) 刑法的溯及力

刑法的溯及力，是指刑法生效后，对于其生效以前未经判决或者判决尚未确定的行为是否适用的问题。如果适用，就是有溯及力；如果不适用，就是没有溯及力。关于刑法的溯及力问题，各国采用不同的原则，概括起来大致包括以下几种：(1)从旧原则。即新法对其生效前的行为一律没有溯及力，完全适用旧法。(2)从新原则。即新法对于其生效前未经审判或判决尚未确定的行为一律适用，新法具有溯及力。(3)从新兼从轻原则，即新法原则上具有溯及力，但旧法(行为时法)不认为是犯罪或者处刑较轻时，则按照旧法处理。(4)从旧兼从轻原则。即新法原则上不具有溯及力，但新法不认为是犯罪或者处刑较轻时，则按新法处理。

上述关于刑法溯及力的诸原则中，从旧兼从轻原则既符合罪刑法定原则的要求，又适应实际需要，因而为绝大多数国家所采用。我国刑法关于溯及力问题亦采用了这一原则。新《刑法》第12条第1款规定：“中华人民共和国成立以后本法施行以前的行为，如果当时的法律不认为是犯罪的，适用当时的法律；如果当时的法律认为是犯罪的，依照本法总则第四章第八节的规定应当追诉的，按照当时的法律追究刑事责任，但是如果本法不认为是犯罪或者处刑较轻的，适用本法。”同条第2款规定：“本法施行以前，依照当时的法律已经作出的

的行为，应按以下不同情况分别处理：

1. 当时的法律不认为是犯罪，而新《刑法》认为是犯罪的，适用当时的法律，即新《刑法》没有溯及力。对于这种情况，不能以新《刑法》规定为犯罪为由而追究行为人的刑事责任。

2. 当时的法律认为是犯罪，但新《刑法》不认为是犯罪的，只要这种行为未经审判或者判决尚未确定，就应当适用新《刑法》，即新《刑法》具有溯及力。

3. 当时的法律和新《刑法》都认为是犯罪，并且按照新《刑法》总则第四章第八节的规定应当追诉的，原则上按当时的法律追究刑事责任，即刑法不具有溯及力。这就是从旧兼从轻原则所指的从旧。但是，如果当时的法律处刑比新《刑法》重，则应适用新《刑法》，新《刑法》具有溯及力。这便是从轻原则的体现。

4. 如果当时的法律已经作出了生效判决，继续有效。即使按新《刑法》的规定，其行为不构成犯罪或处刑较当时的法律要轻，也不例外。这主要是考虑到维护人民法院生效判决的严肃性和稳定性的需要。

主编 赵秉志

新刑法 教程

中
国
人
民
大
学
出
版



980910

犯的立场。

其六，刑法分则条文明确规定了各种具体犯罪构成主客观方面的条件。

2. 主客观相统一原则的司法适用

根据主客观相统一原则的基本要求，在司法实践中具体贯彻实施这一原则，必须注意以下两个问题：

第一，坚决反对主观归罪。主观归罪在司法实践中主要有两种表现形式：一是把错误思想或犯意表示当作犯罪处理，例如对声言要报复杀人而尚未付诸任何杀害行为的人以故意杀人罪予以拘捕等。二是把事前的犯意当作事中的犯意，以事前的犯意定罪判刑。例如行为人事前预谋杀杀人，但实施行为时改变犯意，进行故意伤害。结果对其以故意杀人未遂论处。这也是一种主观归罪。可见，主观归罪的危害一是导致惩罚思想犯，二是混淆犯罪的性质。无论哪种情况，都是对主客观相统一原则的破坏，因而必须坚决反对。

第二，坚决反对客观归罪。客观归罪在司法实践中也有两种表现形式：一是强调行为、结果的客观危害性，对缺乏犯罪主观要件的意外事件、精神病人的侵害行为等定罪判刑。二是以行为所造成的实际结果确定犯罪性质，而忽视行为人对结果所持的真实心理状态。例如，一旦发生了死亡结果，就按故意杀人罪或过失致死罪处理，而行为人很可能构成故意伤害（致死）罪。这也是一种客观归罪。可见，客观归罪的实质是忽视或根本不考虑行为人的主观认识情况，唯行为唯结果而定罪处刑。这种割裂犯罪构成主客观要件的倾向，是直接违背主客观相统一原则的，因而也应当坚决摒弃。

第三章 刑法的效力范围

刑法的效力范围，亦称刑法的适用范围，即刑法在什么时间、什么空间以及对什么人具有效力。它从时间与空间的结合上，界定了刑法的适用范围与对象。它不仅涉及国家主权，而且涉及国际关系、民族关系以及新旧法律的关系，是任何国家刑法在适用之前都必须解决的原则性问题。只有正确解决了刑法的效力范围，才有可能准确、有效地适用刑法，打击犯罪，保护国家和人民的利益。我国刑法典第6条至第12条是关于刑法效力范围的规定。

第一节 刑法的空间效力

一、刑法空间效力概述

刑法的空间效力，是指刑法对地和对人的效力，它解决国家刑事管辖权的范围问题。刑法对地的效力和对人的效力不是截然分开的，因为所谓地是特定人生活的地，所谓人是特定地域的人。但是，由于人的法律身份、活动空间及国家主权内容的复杂性，刑法并不是简单地、毫无例外地适用于特定地域上的所有人，其中包括许多特殊情况，使二者既相互联系，又存在差异，构成了刑法空间效力两个不同方面的内容。也正是由于对地效力和对人效力在刑法空间效力上的重要地位，才产生了关于刑事管辖权的两个最早的、也是最基本的原则：属地原则与属人原则。前者单纯以地域为标准，要求凡是发生在本国领域内的犯罪都适用本国刑法，无论犯罪人是本国人还是外国人；反之，发生在本国领域外的犯罪，均不适用本国刑法。后者单纯以人的国籍为标准，要求

980914

凡是本国人犯罪,无论是发生在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法;反之,外国人犯罪,即使发生在本国领域内,亦不适用本国刑法。从历史上看,英美法系国家多采用属地原则,大陆法系国家多采用属人原则。这两个原则既有其长处又都有其局限性。属地原则直接维护了国家的领土主权,但单纯实行这个原则,遇到本国人和本国领域外犯罪或者外国人在本国领域外侵害本国国家或公民利益的犯罪,就无法适用本国刑法,这是一个严重的缺陷。属人原则就对本国公民实行管辖而言,无可非议,但单纯实行这个原则,遇到外国人在本国领域内犯罪,竟不能适用本国刑法,这显然有悖于国家主权的原則。因此,单纯采用属地原则或属人原则的国家不多。尤其伴随近代社会国家之间交流的扩大,国际合作与协助的增多,国家独立与主权意识的加强,两个新的原则又应运而生,用以弥补前两个原则的不足:一个是保护原则,另一个是普遍原则。前者以保护本国利益为标准,要求凡侵害本国国家或公民利益的犯罪,不论犯罪人是本国人还是外国人,也不论犯罪地在本国领域内还是在本国领域外,都适用本国刑法;后者以保护国际社会的共同利益为标准,无论犯罪人是本国人还是外国人,只要侵害了由国际公约、条约所保护的国际社会的共同利益,本国法律就有适用的效力。这两个原则更好地贯彻了国家主权原则,加强了国际社会的刑事司法协作,拓宽了本国刑法的效力范围,但它们的局限性也是非常明显的。当犯罪行为发生在国外且犯罪人是外国人时,保护原则的实际实现就受到他国主权的限制,涉及国家之间的刑事管辖权的法律冲突;普遍原则的法律基础不是本国刑法,而是国际公约、条约,涉及国际犯罪,诸如灭绝种族、劫持航空器、侵害外交人员等,其适用范围本身就是狭窄的。

虽然各个国家的政治制度、法律体系、历史传统、文化习惯等存在诸多差异,在刑事管辖权的具体规定上也不尽相同,但现

34

代各国的一个共同特征,是没有任何国家单纯采用上述某一个原则,因为那样做将遇到许多难以克服的困难。目前多数国家的作法,是以属地原则为基础,兼采其他原则,使之发挥不同层次和不同方面的作用,从而更精密地确定刑事管辖权的范围,更好地维护国家主权和加强国际合作,有效打击各种形式的国内、国际犯罪。我国刑法有关空间效力的规定,采取的也是这样的刑事管辖权体制。下面对我国刑法有关空间效力的规定作具体阐述。

二、我国刑法的属地管辖权

我国刑法典第6条第1款规定:“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法。”这是我国刑法关于刑法空间效力的基本原则,它涉及下述两项主要内容:

(一)“中华人民共和国领域内”的含义

所谓中华人民共和国领域内,是指我国国境以内的全部空间区域,具体包括:(1)领陆,即国境线以内的陆地及其地下层,这是国家领土的最基本和最重要的部分。(2)领水,即国家领有的水域,包括内水、领海及其地下层。内水包括内河、内湖、内海以及同外国之间界水的一部分,通常以河流中心线或主航道中心线为界。领海包括某些海湾、海峡等。根据我国政府1958年9月4日发表的声明,我国的领海宽度为12海里。(3)领空,即领陆、领水的上空。

同时,根据国际条约和惯例,以下两部分属于我国领土的延伸,适用我国刑法:

1. 我国的船舶、飞机或其他航空器。我国刑法典第6条第2款也规定:“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法。”这里所说的船舶、航空器,既可以是民用的,也可以是军用的;既可以是航行途中的,也可以是处于停泊状态的;既可以是航行或停泊于我国领域内的,也可以是航行或停泊于我国领域外或公海及公海上空的。

P. 677

980911

2. 我国驻外使领馆内。根据我国承认的1961年《维也纳外交关系公约》的规定，各国驻外大使馆、领事馆不受驻在国的司法管辖而受本国的司法管辖。我国驻外使领馆亦视同我国领域内，在其内发生的任何犯罪都适用我国刑法。

除此之外，针对隔离犯等特殊状况，即犯罪行为与犯罪结果在时间或地点方面存在跨国界间隔等情况，我国刑法典又进一步明确了属地管辖的具体标准。我国刑法典第6条第3款规定：“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”这里包括三种情况：（1）犯罪行为与犯罪结果均发生在我国境内，这是较常见的情况；（2）犯罪行为在我国领域内实施，但犯罪结果发生于国外，比如在我国境内开枪，打死境外人员；（3）犯罪行为实施于国外，但犯罪结果发生于我国境内，比如在国外邮寄炸药，在我国境内发生爆炸。根据刑法典规定，上述三种情况均适用我国刑法。

（二）“法律有特别规定”的含义

我国刑法典第6条在确立属地管辖基本原则的同时，提出了法律特别规定的例外情况，这些“特别规定”主要是指：

1. 刑法典第11条关于“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决。”

所谓外交特权和豁免权，是根据国际公约，在国家间互惠的基础上，为保证驻在本国的外交代表机构及其工作人员正常执行职务而给予的一种特别权利和优惠。1961年在联合国主持下订立的《维也纳外交关系公约》，是关于外交特权和豁免权的基本法律文件，我国于1975年加入该公约，关于1986年9月5日通过了《中华人民共和国外交特权与豁免条例》，详细规定了外交特权与豁免权的具体内容，涉及刑事、民事、行政等诸方面。与刑事有关的规定主要包括：使馆馆舍不受侵犯，外交代表、外交信使人身不受侵犯，不受逮捕或者拘留，外交代表享有刑事管辖豁免权，

非中国公民的外交代表的配偶及未成年子女，非中国公民且非在中国永久居留的外国国家元首、政府首脑，外交部长及其他具有同等身份的官员等，也享有与外交代表相同的特权与豁免权。这些人都不受我国刑法管辖。但这里需要注意的是：（1）外交代表和非中国公民的与外交代表共同生活的配偶及未成年子女所享有的豁免权，可以由派遣国政府明确表示放弃。如果那样，将可以适用我国刑法。（2）享有外交特权和豁免权的有关人员承担着尊重我国法律、法规的义务，并不能任意违法犯罪。一旦发生此种情况，我们也不能坐视不管、听之任之，而应该通过外交途径加以解决，诸如要求派遣国召回，宣布其为不受欢迎的人，限期离境等。

2. 刑法典第90条规定：“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行。”这是为了照顾少数民族地区的一些特殊情况而提出的变通办法，目的在于更好地尊重少数民族的风俗习惯与文化传统，切实保证民族自治权的行使，巩固多民族国家的团结、稳定与发展。但在实施这一例外规定时，应当注意以下几点：（1）少数民族地区对刑法效力的限制不同于外交特权和豁免权，它不是完全排斥刑法的适用，而仅仅是其中的一部分，即与少数民族特殊的风俗习惯、宗教文化传统相关的部分，诸如情节不严重的重婚、奸淫幼女、械斗、聚众扰乱公共场所秩序、毁坏财物等。这种变通或补充规定相对于刑法全文而言，只是一少部分。因此，从总体上看，刑法基本上还是适用于少数民族自治地方的。（2）免于适用刑法的部分必须有明确的法律依据，即由自治区或省的国家权力机关制定变通或补充规定，并报请全国人民代表大会常务委员会批准，而不能由有关当事人、各级司法机关或行政机关妄加解释，任意行事。

(3) 少数民族地区制定的变通或者补充规定不能与刑法的基本原则相冲突。

3. 新刑法典施行后由国家立法机关制定的特别刑法的规定。新刑法典施行后,国家立法机关仍有可能根据实际需要制定单行刑法和附属刑法规范。如果这些特别刑法与新刑法典的规定发生法规竞合,应按“特别法优于普通法”的原则处理。

4. 我国香港特别行政区和澳门特别行政区基本法作出的例外规定。由于政治历史的原因,我国刑法的效力无法及于港澳台地区,这属于对刑法属地管辖权的一种事实限制。我国目前已恢复对香港行使主权,香港特别行政区已于1997年7月1日成立。但是,《香港特别行政区基本法》第2条规定:“全国人民代表大会授权香港特别行政区依照本法的规定实行高度自治,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。”这样,除了恢复对香港行使国家主权,统一管理外交与国防事务外,香港的政治、经济、法律制度保持不变,全国性的刑法对其没有适用的效力。澳门特别行政区于1999年12月20日成立后,其情况亦与香港特别行政区相同。台湾地区的政治状况及法律地位不同于香港、澳门,两岸统一的具体方式及进程还不能准确预测,但根据“一国两制”的基本构想,其未来的刑事司法将仍然是独立的。因此,即使两岸统一后,全国性的刑法也不会适用于台湾地区。

三、我国刑法的属人管辖权

刑法典第7条第1款规定:“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的,可以不予追究。”第7条第2款规定:“中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法。”

根据上述规定,我国公民在我国领域外犯罪的,无论按照当地法律是否认为是犯罪,亦无论罪行是轻是重,以及是何种罪行,

也不论其所犯罪行侵犯的是何国或何国公民的利益,原则上都适用我国刑法,只是按照我国刑法的规定,该中国公民所犯之罪的法定最高刑为3年以下有期徒刑的,才可以不予追究。所谓“可以不予追究”,不是绝对不追究,而是保留追究的可能性。此外,如果是我国的国家工作人员或者军人在域外犯罪,则不论其所犯之罪按照我国刑法的规定法定最高刑是否为3年以下有期徒刑,中国司法机关都要追究其刑事责任。这主要是考虑到对国家工作人员和军人在域外犯罪管辖应从严要求。

刑法典第10条规定,“凡在中华人民共和国领域外犯罪,依照本法应当负刑事责任的,虽然经过外国审判,仍然可以依照本法追究,但是在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻处罚。”这条的规定,包括我国公民在域外犯罪的情况在内。这条规定表明,我国作为一个独立自主的主权国家,其法律具有独立性,外国的审理与判决对我国没有约束力。但是,从实际情况及国际合作角度出发,为了使被告人免受过重的双重处罚,又规定对在国外已经受过刑罚处罚的犯罪人,可以免除或者减轻处罚。这样既维护了我国的国家主权,又从人道主义出发对被告人的具体情况做了实事求是的考虑,体现了原则性与灵活性的统一。

四、我国刑法的保护管辖权

刑法典第8条规定:“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”

根据这条规定,外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪,我国刑法有权管辖,但这种管辖权也是有一定限制的,一是这种犯罪按照我国刑法规定的最低刑必须是3年以上有期徒刑,二是按照犯罪地的法律也应受刑罚处罚。当然,要实际行使这方面的管辖权会有困难,因为犯罪人是外国人,犯罪地点又是在国

ZHONGGUO RENMIN DAXUE BOSHI WENKU

中国人民大学博士文库

犯罪主体论

赵秉志 著 1989



中国人民大学出版社

第九章 港澳台人犯罪的 刑事责任问题

刑法适用范围(效力范围)方面的关于刑法对人的效力问题,与犯罪主体问题密切相关,甚至也可以说是对犯罪主体问题在不同角度的展开。我国刑法典根据维护国家主权的原則,并考虑到现代各国刑事立法惯例和潮流,在第3条至第8条明确规定了我国刑法对我国公民和外国人(包括无国籍人)的效力即适用范围。这方面的问题已经在刑法学关于刑法适用范围的课题中得到较为全面系统的研究,基本问题都已经明确,鉴此,我不拟再从犯罪主体角度加以赘述。

由于历史的原因,目前我国香港和澳门地区尚未回归祖国,台湾省尚未与祖国大陆实现统一,这些地区目前实行资本主义制度,各有其法制。我国政府关于“一国两制”的构想和我国宪法对于“一国两制”的法律保障,加速了祖国统一的进程;国家现阶段的改革、开放,则促进了大陆与港澳台地区的联系和交往。按照1984年12月19日中英两国政府《关于香港问题的联合声明》和1987年4月13日中英两国政府《关于澳门问题的联合声明》,我国政府将于1997年7月1日和1999年12月20日分别对香港和澳门恢复行使主权,届时将根据“一国两制”的方针,在香港和澳门依法设置特别行政区,在相当长的时期内保留港澳现行的资本主义制度和生活方式,法律也基本不变;在这两个声明签订后至港澳回归祖国前这一段,港澳与祖国大陆之间处于“一国两制”前的

过渡时期。台湾与祖国大陆和平统一的步伐也在开始迈进,至于台湾与大陆采取何种方式实现统一,大陆政府认为也可以采取“一国两制”的模式解决,台湾当局对此持有异议,但祖国统一是两岸政府与人民的共同愿望,目前“一国两制”至少可以作为一种供研究的方案。为了在刑法领域里切实维护国家主权和有效地保护国家与人民的利益,在现阶段和将来祖国实现统一后,都有一个港澳台人犯罪的刑事责任问题。这个问题归根到底仍主要属于刑法对人的适用问题的范畴,但它也与犯罪主体问题密切相关。迄今为止,我国刑法学无论在刑法效力范围课题中,还是在犯罪主体论中,对此问题都尚未涉足。而研究这个问题,无疑对我国现阶段和将来祖国统一后的刑事法制,都具有相当重要的意义。

香港和澳门目前是处于外国政府管辖之下,将来与祖国大陆统一是我国政府恢复对其行使主权,而且,根据中英、中葡《联合声明》的协商,港澳地区回归祖国的日期已为期不远,因此,目前就有必要对现阶段和“一国两制”时期港澳人犯罪的刑事责任问题一并加以探讨。而台湾现阶段是处于中国国民党当局管辖之下,是独立的不依附于外国的政治实体,目前两岸刚刚结束近40年的敌对隔离状态而开始缓和与逐步交往,两岸实现统一的时间也还相对较早、难以估计,实现统一的方式也还有待于双方共同协商,即台湾与祖国大陆统一的问题与港澳相比有较大的不同。鉴此,笔者这里对涉台犯罪之刑事责任的探讨还不打算论及将来台湾与大陆统一时,而是立足于现实条件下。下面对港澳人犯罪和涉台犯罪的刑事责任问题分别加以研讨。

第一节 港澳人犯罪的刑事责任问题

一、现阶段港澳人犯罪的刑事责任问题

所谓现阶段,是指目前至本世纪末港澳回归祖国、与祖国大

陆实现统一的这一时期。

所谓港澳人,是专指居住在港澳地区的中国公民,而不包括居住在港澳的外国人。港澳中国公民的范围如何?概括说来,凡是居住在港澳地区而符合我国国籍法有关规定者,皆属中国公民。香港现有540余万人口,其中中国人占98%。香港的中国人中,约有200万人不具有任何形式的外国国籍(其中有96万人持有港英当局签发的身分证明书即一种旅行证件,另有100多万人符合此项证件的申请资格但尚未申请);约有320万人持有港英当局据英国国籍法所签发的“英国属土公民”护照^①(按照1985年4月英国议会通过的《香港法法案》的规定,此种护照可从1987年7月1日起至1997年7月1日前申请换为“英国海外公民”护照,届时未申请者也不再持有“英国属土公民”护照)。澳门有40多万人口,其中中国人占96%。这些澳港同胞中,未持有外国护照者,按照我国国籍法自然属于中国公民,这毫无疑问;那么,持有港英或澳葡当局所发护照、身分证或旅游证件者,如香港现阶段持有“英国属土公民”护照(或“英国海外公民”护照)者,是否仍属于中国公民?回答也是肯定的。

中华人民共和国成立后,我国的有关政策历来认为华裔港澳居民是中国同胞,从不视其为外国人。正如国务委员兼外交部部长吴学谦在向全国人大常委会的报告中所指出,这些持有“英国属土公民护照”的香港中国居民中,“绝大多数仍认为自己是中国人,祖国也一贯把持有‘英国属土公民护照’的香港同胞当作中国公民看待。他们之所以领取英国护照,主要是为了外出经

^① 参见:陈弘毅著《香港法制与基本法》,香港广角镜出版社有限公司1986年版,第93、99—100页。

商、旅游、升学的需要。”^①我国1980年《国籍法》也以立法形式确认了港澳中国居民皆属中国公民。《国籍法》第3条规定:“中华人民共和国不承认中国公民具有双重国籍。”第4条规定:“父母双方或一方为中国公民,本人出生在中国,具有中国国籍。”第9条规定:“定居外国的中国公民,自愿加入或取得外国国籍的,即自动丧失中国国籍。”香港和澳门都是中国领土,按照我国国籍法的规定,定居此地区的港澳同胞生来即具有中国国籍,并不具备丧失中国国籍所需要的父母“定居外国”的条件,同时也不能在已有中国国籍的情况下同时再具有外国国籍,因而港澳同胞即使持有港英或澳葡当局所发护照和身分证的,也只能认定他们是中国公民,而不是外国人。近年来我国关于港澳同胞出入边境的规定和实践中,也都是把港澳同胞作为中国公民看待的。1981年公安部关于实施国籍法的有关规定中又明确指出:“对持有港英或澳葡当局所发护照的”港澳同胞,“不能按自动丧失中国国籍的规定处理,不承认其具有英国或葡萄牙国籍”。“持港英和澳葡当局颁发的护照入境的港澳旅客,一律按港澳同胞对待,凭《港澳同胞回乡证》放行”,并不办理外国人入境的签证手续,“港英或澳葡当局颁发的护照和身分证,只作为查验《回乡证》时,核对本人真实身分,证明确系居住港澳之用。”1984年12月19日中英《关于香港问题的联合声明》签署当天“关于国籍问题”的中方《备忘录》明确指出,“根据中华人民共和国国籍法,所有香港中国同胞不论其是否持有‘英国属土公民护照’,都是中国公民。”^②1987年4月13日中葡《关于澳门问题的联合声明》签署当天的中方《备忘录》也载明:“澳门居民凡符合中华人民共和国国籍规定者,不论是否持有葡萄牙旅行证件或身分证件,均具

^① 参见:《香港问题文件选辑》,人民出版社1986年版,第23—24页。

^② 参见:《香港问题文件选辑》,第87页。

有中国公民资格。”^①这些规定表明，港澳居民凡符合我国国籍法规定者，均属中国公民。

香港和澳门都是中国领土，但是在现阶段，香港目前处于英国政府辖下，适用英国法律及港英当局所创制所认可的法律；澳门目前处于葡萄牙政府辖下，适用葡萄牙法律及澳葡当局制定的法律。港澳也都各有自己的司法体制。这些特殊情况，必然在事实上限制了现阶段中华人民共和国法律对港澳地区的中国公民的适用，当然也限制了我国刑法对港澳地区的中国公民犯罪的适用。因此，现阶段我国刑法中港澳人犯罪的刑事责任问题，主要是指港澳中国公民在大陆触犯我国刑法的刑事责任，同时也涉及港澳中国公民在港澳地区以及中国领域外实施某些犯罪的刑事责任，即对这些人的上述犯罪能否适用以及怎样适用我国刑法解决其刑事责任的问题。下面分别探讨港澳人在大陆以及大陆以外犯罪的刑事责任问题。

（一）港澳人在大陆犯罪的刑事责任

近年来，随着我国对外开放、对内搞活经济政策的实行和进展，祖国大陆与港澳地区的经济、文化交流迅速繁荣，港澳同胞到大陆经商办厂、探亲旅游、工作学习的人数日趋增多，从而促进了港澳同胞与大陆人民的感情交流，也有利于祖国的建设与统一。但是，另一方面，港澳的一些不法分子和黑社会犯罪组织，也通过各种途径进入大陆境内，伺机进行犯罪活动。综而观之，近年来港澳人在大陆的犯罪活动集中在大中城市，尤以毗邻港澳的广州、深圳等城市突出，在犯罪类型上，主要表现为走私、诈骗、投机倒把、盗窃、盗运珍贵文物出口等严重的贪利犯罪，以及抢劫、强奸、流氓、贩卖运输淫秽物品、贩卖运输毒品、组织运送他人偷越边境等严重危害社会治安、妨碍社会管理秩序的犯

罪，而且其犯罪形式复杂，手段狡猾，大案要案居多，危害极其严重。港澳不法分子在大陆实施的犯罪活动，严重破坏了我国的改革与建设，扰乱了大陆的社会治安秩序，必须依法予以刑事制裁。

根据我国刑法第3条的规定，凡在中华人民共和国领域内犯罪的，无论是中国公民还是外国人，均适用我国刑法追究其刑事责任。这一规定通过领域管辖体现了刑法对国家主权原则的坚决维护。据此，港澳人在中华人民共和国大陆实施触犯我国刑法的犯罪行为，当然要适用我国刑法解决其刑事责任。

在大陆犯罪的港澳人持有港英当局所发“英国属土公民护照”（“英国海外公民护照”）或澳葡当局所发身分证的，我国刑法对之是作为外国人还是中国公民适用？如前所述，根据我国国籍法、公安部实施国籍法的有关规定以及中英、中葡《联合声明》签署后的中方《备忘录》，这些港澳人都是中国公民而不是外国人。最高人民法院在1984年12月6日的一个民事批复中也强调了这一点，指出这些港澳人是“中国公民”，“他们在内地人民法院起诉、应诉的民事案件，不能作为涉外案件处理。”同理，这些港澳人在大陆的刑事案件，也不能作为涉外案件处理。简言之，在大陆犯罪的港澳人，凡符合我国国籍者均为中国公民，我国刑法是将其作为中国公民适用的。

对港澳人来大陆犯罪的适用我国刑法追究刑事责任，意味着定罪量刑应一断于我国刑法。在定罪上，对港澳刑法规定为犯罪，而中华人民共和国刑法未规定为犯罪的，不为罪；对港澳的刑法未规定为犯罪，而中华人民共和国刑法规定为犯罪的，应依法认定为犯罪；对港澳刑法以及中华人民共和国刑法均规定为犯罪的，应依后者定罪。在量刑上，应依照中华人民共和国刑法的量刑幅度和量刑原则决定对犯罪分子适用的刑罚。就是说，来大陆的港澳同胞触犯我国刑法的，就应当作为我国刑法中的犯罪主

^① 参见：《全国人大常委会公报》1987年第4号，第41页。

体,而且是作为我国公民,承担其刑事责任。

对在大陆犯罪的港澳人应当采取怎样的量刑原则?一般来说,应当采取依法惩处的原则。对其中极少数情节特别严重、危害极大的犯罪分子,尤其是重大集团犯罪的首犯、主犯,应当依法予以严惩。但是,根据司法实践经验,如果罪行不是特别严重,在法律许可的范围内,也可以对港澳犯罪分子适当从宽处罚。这种从宽处理一是要“依法”,即要在法律所允许的范围内,而不能超越法律关于定罪量刑的规定。如果把有罪作为无罪,把此一重罪作为彼一轻罪,或者违背刑罚幅度和量刑原则、制度的要求来予以从宽处罚,都是违法的。二是要“适当”,所谓“适当”,就是要使从宽判处的刑罚与犯罪人的刑事责任程度相适应,如果港澳人因其身分而影响了其犯罪的主观恶性较轻的,其刑事责任程度相应亦轻,自应依责任程度从宽处罚。

应当注意,港澳台人在大陆犯罪,不管其犯罪的被害人是大陆同胞,是外国人,还是港澳同胞,均应适用我国刑法。司法实践中也是这样掌握的。如香港居民冼某得悉邻居黄某拟用港币10万元兑换人民币给内地乡间亲属建房,顿起抢劫恶念,遂纠合香港居民樊某、邓某,于1985年11月将黄某从香港诱骗到广州某处,抢劫了黄的6万元港币。广州市中级法院和广东省高级法院经一、二审,根据各犯的犯罪情节,判处冼某死刑,判处邓某无期徒刑,判处认罪态度好且有立功表现的樊某15年有期徒刑。对港澳人针对港澳同胞的犯罪适用大陆刑法追究刑事责任,不但是维护我国主权和社会秩序的需要,而且也是对港澳同胞合法权益的直接刑事保护。

港澳人在大陆犯罪后逃回港澳的,以及在港澳边界一边实施犯罪行为而犯罪结果发生在大陆境内(如在港澳一边开枪打死大陆一边的人)的,应当怎样追究犯罪人的刑事责任?前种情况无疑属于在我国境内犯罪,后种情况,按照我国刑法第3条第3款

“行为或结果”择一说的规定,也属于在我国领域内犯罪,因而都应当适用我国刑法追究犯罪人的刑事责任。追究的方式有二,一是待这些犯罪分子再进入大陆时,即可对其定罪判刑,二是向港澳司法当局提出行为人在大陆领域内犯罪的证据,要求这些司法当局予以协作,将罪犯递解入境交给我司法机关,再依法追究。这种司法协作的方式,在近年来我国某些省市与港澳之间已实际进行过,不过并无正式规定可循,今后可以争取与港澳司法机关建立这种司法协作制度。

总之,港澳人在大陆触犯我国刑法的,应适用我国刑法并将其作为中国公民解决刑事责任问题。

(二) 港澳人在大陆以外犯罪的刑事责任

港澳人在大陆以外的犯罪,包括在我国港澳地区和中国领域以外犯罪两种情形。这两种情形下的刑事责任问题有所不同。

1. 港澳人在港澳地区犯罪的刑事责任。

港澳地区是中国领土,港澳人是中国公民,但是,现阶段港澳地区又不在中华人民共和国政府管辖之下,而是有其各自的法律和司法体制,这都是不容否认的客观事实。我们解决港澳人在港澳地区犯罪的刑事责任问题,应当立足于这些客观事实,在维护国家主权的前提下正视客观现实,坚持原则性与灵活性的相统一。具体说来,对于港澳中国公民在港澳地区的犯罪,应当区分犯罪的不同性质和类型予以不同的处理。

(1) 港澳人对中华人民共和国国家或大陆公民的犯罪。

先看一件前几年轰动港澳的澳门重大抢劫案,香港居民朱子昭、周铁生、蒋体美等七人经过密谋策划,于1980年10月18日持枪抢劫了我国设在澳门的南通银行外出解款员所提解的巨款港币141.6万元,港币17万元,以及总额为186万元港元的支票,周当场开枪杀死该行出纳主任罗富经,另一名罪犯击伤该行人员福某。抢劫得逞后,罪犯四处潜逃。同年12月,罪犯周铁生、蒋体

美先后潜回广州,被我公安机关拘留审讯,周、蒋供认了参与抢劫我南通银行的犯罪事实。1983年8月16日,广州市中级人民法院经审理,依我国刑法第150条第2款的抢劫罪,判处主犯周铁生死刑,判处罪犯蒋体美有期徒刑15年。这是香港居民在澳门对我国公民和企业犯罪,而在大陆境内由我国司法机关按照我国刑法追究其刑事责任的判例。

我认为,对于港澳人在港澳地区实施针对中华人民共和国国家或者我国大陆公民的犯罪行为的,从维护国家主权的原则出发,并且为了有效地保护我国国家和公民的正当利益,我们有权对犯罪人适用中华人民共和国刑法追究刑事责任。根据我国刑法第6条的规定,这类犯罪即使犯罪分子是外国人,犯罪地点在外国领域,我国刑法也有权对之适用,因而作为中国公民的港澳人在中国领土的港澳地区实施这类犯罪的,对之适用我国刑法,可谓理所当然。

对港澳人在港澳地区实施针对我国国家或我国大陆公民的犯罪的,为了要适用我国刑法追究其刑事责任,不言而喻,犯罪人要处于我国司法机关的实际控制范围下才有可能。如果犯罪分子犯罪后潜入大陆境内,只要未超过我国刑法规定的追诉时效,我国司法机关均可直接依我国刑法追究其刑事责任,前述的周铁生、蒋体美抢劫案的追究即如此;如果犯罪分子潜伏在港澳地区,我国有权敦促港澳地区司法当局予以缉拿,港澳当局已将罪犯捕获在案的,我国可通过适当方式请求其司法机关给予协作,将罪犯押入大陆境内,交由我国司法机关处理;如果犯罪分子已逃往外国的,我国可根据有关条约或与该国的关系,通过适当途径要求其司法机关协助缉拿并引渡罪犯给我国处理;如果罪犯已经过港澳或外国审判,我国司法机关仍可依照我国刑法处理,但是犯罪分子已经受过刑罚处罚的,我国可免除或者减轻处罚。

(2) 港澳人在港澳地区非针对我国国家或大陆公民的犯罪。

港澳人在港澳地区实施非针对中华人民共和国或我国大陆公民的犯罪,应视案发后犯罪人在何处而采取不同的处理。

如果犯罪人仍在港澳地区的,自然应由港澳地区适用其各自的法律追究行为人的刑事责任,不需要也不可能由大陆司法机关适用中华人民共和国刑法追究刑事责任。

如果犯罪人已逃往外国领域的,原则上也应由港澳地区向犯罪人所在地国提出司法协助的请求,要求该国将罪犯引渡给港澳司法机关追究刑事责任,而无需大陆司法机关要求追究;如果港澳司法机关由于某种原因(如与犯罪人所在地国的关系)无法要求引渡罪犯予以追究,该犯罪行为按照中华人民共和国刑法的规定也相当严重,我国可能要求引渡的,我国司法机关也可通过外交或司法互助途径要求将罪犯引渡给我国,适用我国刑法追究刑事责任,以维护中国法制的威严和声誉。

如果犯罪人犯罪后逃到中国大陆境内的,应当区分犯罪的性质予以不同的处理。

对于港澳刑法和中华人民共和国刑法都规定为犯罪的行为,其一,如果行为人犯有国际性犯罪,即犯有各国公认的、普遍地危害人类生命财产安全、损害国际关系、破坏国际和平与安全的罪行的,根据1987年6月6日我国国务院关于提请作出《中华人民共和国对于其缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》的议案以及1987年6月23日全国人大常委会《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》,不论罪犯是否是本国人,罪行是否发生于其国内,是否直接给我国造成了损害,我国都在所承担条约义务的范围内,行使普遍刑事管辖权,即只要罪犯进入我国境内,我国就有权利也有义务行使管辖权,适用我国刑法追究其刑事责任。^①对港澳人在港

^① 参见:《全国人大常委会公报》1987年第4号,第86—87页。

澳地区实施这类犯罪行为的,我国也应行使普遍刑事管辖权,即只要犯罪人进入大陆境内的,我司法机关就应直接依照我国刑法追究其刑事责任。其二,如果犯罪人所犯的并非国际性犯罪,在港澳地区司法机关请求我司法机关协助缉拿并交还罪犯的情况下,我司法机关可以予以司法协作,缉拿并将罪犯押交港澳司法机关。近年来的实践中,已有过我国司法机关给予港澳司法协作、押返罪犯的实例。例如,澳门囚犯梁明业、梁剑龙,于1987年7月12日晚盗枪击伤狱警并又夺其佩枪后,越狱逃跑。澳门向我广东省公安部门发函要求协助缉拿案犯,我广东省公安机关将潜逃到大陆境内的罪犯梁明业抓获,并于1987年10月16日将梁犯押解交还澳门。^①在港澳司法机关并未要求我司法机关协助缉拿并交还案犯的情况下,如果我司法机关能够证实行为人犯有应受大陆刑法追究之罪行的,大陆司法机关也可以直接适用大陆刑法对之予以刑事追究。

对于港澳刑法规定为犯罪,而按中华人民共和国刑法不是犯罪的行为,如果港澳人在港澳地区实施这类行为后进入大陆境内的,我国司法机关自然谈不上适用中华人民共和国刑法追究其刑事责任,而且也不宜将其押解出境。

2. 港澳人在中国领域以外犯罪的刑事责任。

港澳人是公民,但是,由于港澳地区各有其法律和司法体制,因而对港澳人在中国领域以外实施的犯罪,不可能象中国大陆公民一样,只要符合刑法第4条、第5条规定的,我国刑法就都具有刑事管辖权,而应当区别情况予以不同对待。

(1) 针对我中华人民共和国国家或者大陆中国公民的犯罪行为,我国有权适用中华人民共和国刑法追究行为人的刑事责任,犯罪人在外国或港澳的,我国有权要求外国引渡罪犯或要求

港澳地区协助缉拿送交罪犯,尔后适用我国刑法追究刑事责任;犯罪人进入中国大陆境内的,不管其是否已经过外国或港澳地区审判,我国均可仍适用我国刑法处理,但对已受过外国或港澳刑罚处罚的,可酌情免除或减轻处罚。

(2) 港澳人在外国实施了国际性犯罪,如果行为人犯罪后进入中国大陆境内的,我国司法机关应依法在我国所承担国际条约义务的范围内,行使普遍刑事管辖权,对其直接适用我国刑法追究刑事责任;如果行为人犯罪后进入港澳地区或仍在外国的,应由港澳或有关外国的司法机关追究其刑事责任。

(3) 港澳人在外国领域实施了上述两类犯罪以外的罪行的,如果犯罪人犯罪后进入港澳地区,则应由港澳司法机关依法追究其刑事责任;如果犯罪人犯罪后仍在外国,应由港澳司法机关要求引渡到港澳追究其刑事责任;若港澳地区由于某种原因不要求引渡或无法追究其刑事责任,而按照我国刑法其罪行严重,我国又有要求引渡(罪犯在外国)或实际追究可能(罪犯进入我国大陆)的,我国也可以通过要求引渡或将罪犯缉拿归案后,适用我国刑法追究其刑事责任。

可见,港澳人在中国领域以外犯罪的刑事责任问题,既不同于外国人在中国领域以外犯罪适用我国刑法的情形,也与中国大陆公民在中国领域以外犯罪适用我国刑法的情况有所区别。这种特点,是现阶段港澳地区和港澳人的特殊情况所决定的。

二、“一国两制”时期港澳人的刑事责任问题前瞻

(一) “一国两制”时期港澳特别行政区的刑事法制

我国政府关于“一国两制”的构想,是为了解决香港、澳门和台湾回归祖国、与祖国大陆实现和平统一而设计的。从时间上看,这一构想是在1978年党的十一届三中全会以后,我国政府遵循实事求是,一切从实际出发的原则,在尊重历史、尊重事实的基础上提出来的。考虑到采用“一国两制”方案解决港澳台回

^① 参见:《人民日报》1987年10月18日,第4版。

归祖国的需要,1982年12月4日通过的我国《宪法》第31条规定:

“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”在我国建立特别行政区,指的就是实行“一国两制”。国家在制定宪法的时候就是这样考虑的。^①1984年5月15日,国务院向六届人大二次会议所作的《政府工作报告》中,正式向国家立法机关明确提出“一国两制”的构想,获得会议通过,成为一项具有法律效力的国策。1984年12月19日中英政府签署的《关于香港问题的联合声明》以及1987年4月13日中葡政府签署的《关于澳门问题的联合声明》中,也载明在我国在1997年7月1日和1999年12月20日分别对香港和澳门恢复行使主权后,将在50年内对港澳采取与大陆“一国两制”的方案。我国政府“一国两制”构想的基本内涵是,在中华人民共和国的统一国家内部,根据我国宪法和法律的明文规定,在大陆地区实行社会主义制度,以社会主义制度为主体,在港澳等特别行政区实行资本主义制度,两种制度和平共处,相互补充,共同繁荣,长期共存。这个构想是以维护祖国的统一并同时保持港澳等地区长期稳定繁荣的基本方针为出发点的,是为实现祖国的统一和繁荣大业而实行的一项坚定不移的基本国策,决不是一时的权宜之计。这种公有制与私有制并存并且以法律保障的“一国两制”,是历史上不曾有过的,是科学社会主义实践史上的伟大创举。这一具有政治远见卓识的构想和模式,为加速我们祖国的统一提供了一个较为现实而合理的方案。

“一国两制”时期港澳特别行政区的法律制度及司法制度如何,其刑事法制如何?中英《关于香港问题的联合声明》和中葡《关于澳门问题的联合声明》中,对港澳“一国两制”时期的法制情景作了大致的勾勒。下面主要以香港为例加以分析。

^① 参见:《人民日报》1986年11月13日。

按照中英《关于香港问题的联合声明》和附件一《中华人民共和国政府对香港的基本方针政策的具体说明》,以及全国人大常委会于1989年2月21日通过公布的《中华人民共和国香港特别行政区基本法(草案)》的有关规定,我国将在1997年7月1日对香港恢复行使主权时,根据宪法第31条的规定设立中华人民共和国特别行政区。全国人大将根据我国宪法制定并颁布香港特别行政区基本法,规定香港特别行政区成立后不实行社会主义的制度和政策,保持香港原有的资本主义制度和生活方式,50年不变。香港特别行政区除外交和国防事务属中央人民政府管理外,享有高度的自治权,享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权。香港特别行政区的社会治安由香港特别行政区政府负责维持。香港特别行政区成立后,香港原有法律(即普通法及衡平法、条例、附属立法和习惯法)除与基本法相抵触或者经香港特别行政区的立法机关作出修改者外,予以保留。可见,香港特别行政区的法律将由三部分组成,即基本法,保留的原有法律,以及该行政区立法机关新制定的法律。香港特别行政区法律的内容必然与大陆的社会主义法律有所不同。

从刑事法制看,在立法上,香港特别行政区有其自己的刑法,这种刑法的内容必然与通行大陆的社会主义性质的刑法规范有所不同;在法律适用上,香港特别行政区适用自身的刑法,而不适用通行大陆的全国性刑法规范;在司法体制上,香港特别行政区有其终审法院,终审法院有对刑民各类案件的终审权,而不受我国最高法院的审判管辖。

根据中葡《关于澳门问题的联合声明》及其附件的规定,澳门特别行政区的刑事法制也将具有上述特点。

总之,在将来的“一国两制”时期,祖国大陆与港澳特别行政区都是中华人民共和国这个主权国家不可分割的组成部分,但它们又实行着不同的社会制度,有着不同的法律和司法体制,从

法律上看乃是一个主权国家内部不同的法律区域。在刑事法制方面,“一国两制”时期的港澳特别行政区均将适用自己的刑事法律,而不适用大陆全国性的刑事法律,而且这些特别行政区都有其刑事终审权。

由于港澳特别行政区和大陆司法机关适用的刑法不同,因而对港澳人危害社会的行为由何处司法机关按照何种刑法确定和追究刑事责任,就可能存在一定的甚至较大的差别。

(二)“一国两制”时期港澳人犯罪的刑事责任

首先应当明确,到“一国两制”时期,港澳作为中华人民共和国的特别行政区,其居民凡符合我国国籍法规定者,均属于中国公民。按照我国1984年12月19日致英国《备忘录》及1987年4月13日致葡萄牙《备忘录》的规定,考虑到港澳的历史背景和现实情况,在我国港澳特别行政区成立后,我国政府主管部门允许原持有“英国属土公民”护照或葡萄牙旅行证件的港澳中国公民,使用英、葡签发的旅行证件去其他国家和地区旅行,这些中国公民在港、澳特别行政区和我国其他地区均不得享受英、葡的领事保护。就是说,港澳特别行政区这些中国居民也当然是中国公民。这里所研究的,就是“一国两制”时期港澳特别行政区中国公民犯罪的刑事责任问题。即在“一国两制”时期对符合中国国籍法的港澳居民犯罪的刑事追究,不论是由港澳特别行政区适用其刑法追究,还是大陆司法机关适用全国性刑法追究,都是把其作为中国公民的犯罪来适用法律的。

既然“一国两制”时期港澳特别行政区与大陆属于一个主权国家内部的两类不同法律区域,从切实体现“一国两制”方针与便利司法实践出发,对港澳人在我国领域内的犯罪,宜参照刑法空间效力中的“属地原则”,以犯罪地为标准,确定不同法律区域的刑事管辖权,即确定是由大陆司法机关依照通行全国的刑法规范追究其刑事责任,还是由特别行政区的司法机关依照各自的

刑法追究其刑事责任。按照这一标准,凡港澳人进入大陆地区实施行为的,其行为是否构成犯罪以及构成何罪,应一断于大陆适用的全国性刑法,构成犯罪的,应由大陆司法机关适用全国性刑法追究行为人的刑事责任;若港澳人在港澳地区实施行为的,其行为是否构成犯罪则应依各特别行政区的刑法而定,构成犯罪的,由各特别行政区司法机关依照其各自的刑法追究行为人的刑事责任。

犯罪情况是复杂的,实际中可能出现犯罪地涉及大陆和特别行政区两地的情况。如果犯罪行为地在港澳某特别行政区,犯罪结果地在大陆,或者是相反的情形的,应如何认定犯罪地并进而解决刑事管辖权?考虑到犯罪结果较犯罪行为更集中地反映了犯罪的危害,应以犯罪结果地作为犯罪地来解决刑事管辖权;如果犯罪的预备和实行不在一地的,如在特别行政区进行犯罪预备,到大陆实行犯罪,或者是相反的情形,因为犯罪的实行行为较预备行为危害性大,应以犯罪实行地作为犯罪地来解决刑事管辖问题。

这里还应当探讨一个问题,即按照中英、中葡签署的两个《联合声明》和1989年2月全国人大常委会公布的《香港特别行政区基本法(草案)》中的有关规定,香港和澳门特别行政区的外交和国防事务属我国中央人民政府管理。那么,外交和国防事务是否包括有关外交、国防的刑事案件的管辖权?目前人们对此问题存有不同的看法。笔者倾向于赞同外交、国防事务包括有关外交、国防的刑事案件之管辖权的观点,认为港澳人在各特别行政区实施危害我国(包括该行政区)外交、国防的犯罪行为的,特别行政区司法机关无刑事管辖权,而应由我国最高司法机关适用全国性刑事法律追究行为人的刑事责任。当然,此问题究应如何,还有待于将来全国人大在各特别行政区的基本法中加以明确规定,或者有待于全国人大常委会在对特别行政区基本法的解释

中加以明确。

如果港澳人在港澳特别行政区犯罪后逃到大陆境内,或者港澳人在大陆犯罪后逃入港澳特别行政区,或是在此一特别行政区犯罪后进入彼一特别行政区,犯罪地的司法机关怎么追究行为人的刑事责任?这时就要依靠这些不同的法律区域间的司法协作关系。在尚未实现“一国两制”的现阶段,虽然大陆与港澳司法机关也有一些司法协作的实践,但由于港澳还是由外国管辖,因而这种协作不能不受到很大局限。到“一国两制”时期情况就不同了,那时我国已实现了统一,特别行政区与大陆是统一的主权国家的不同组成部分,就有必要也有可能中央人民政府的倡导支持下,在特别行政区与大陆各省、市、自治区之间,以及各特别行政区之间,建立正式的司法协作关系,通过司法协作,互相支持,共同维护国家的法制和保护国家与人民的利益。1989年2月全国人大常委会公布的《香港特别行政区基本法(草案)》已对此作了肯定和倡导性规定,其第94条规定:“香港特别行政区可与全国其他地区的司法机关通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助。”这种司法协作关系中的一个重要内容,就是帮助对方缉拿罪犯并负责押解交给对方。这样,在大陆与特别行政区之间,以及各特别行政区之间,就可以通过司法协作关系,来实现对港澳人犯罪按犯罪地解决其刑事管辖和刑事责任追究的问题。

第二节 涉台犯罪的刑事责任问题

由于历史的原因,海峡两岸长期处于实际分隔的状态。但是,中华民族具有巨大的凝聚力,早日实现大陆与台湾的统一,是海峡两岸人民的共同愿望。台湾当局1987年11月2日开放了台

湾民众赴大陆探亲。自此,台湾同胞回大陆探亲、旅游、经商、出席学术会议和定居的人数日益增加。1988年11月以来,台湾当局也逐步采取了一些允许大陆同胞赴台的措施,如有条件开放大陆同胞赴台探亲、奔丧,宣布准许滞留大陆的台籍老兵返台探亲、定居,开放大陆杰出人士、在海外大陆华人及留学生去台参观访问等。虽然台湾当局还实行“宽去严来”的方针,但两岸毕竟已具双向交往的互动关系。现阶段两岸的交往必将逐步展开,这是统一祖国,促进中华民族繁荣昌盛的必由之路。由于两岸法制不同等种种原因,两岸同胞一旦交往,必然产生各方面的法律问题。研究这些法律问题,有助于对有关的案件和情况正确地适用法律,从而有效地维护两岸的社会秩序和人民利益,促进双方的良好交往,并为祖国的最终统一奠定法律方面的基础,因而正在为两岸法律实务界和法学界所共同关注。本节拟对两岸交往中大陆方面涉台犯罪的刑事责任问题加以初步探讨。

一、处理涉台刑事法律问题的原则

大陆司法机关面对的回大陆台胞所涉及的刑事法律问题,形形色色,错综复杂,有历史问题也有现实问题,有实体问题也有程序执行问题;有此类犯罪问题也有彼类犯罪问题;还有实体法适用与管辖权上的冲突问题等。确立正确可行的处理原则,是妥当处理各种涉台犯罪的刑事责任问题的基础和前提。

处理涉台刑事法律问题应坚持什么原则?确立这一原则应考虑哪些内容?我认为,一个中国是海峡两岸的共同政治立场。两岸交往是顺乎民意国情的促进国家统一的必要途径,国家统一是中华民族的最高利益,此乃确立该原则应考虑的首要内容;同时,祖国大陆和台湾几十年来以及今后相当长的一个时期内,实行不同的社会制度,各有自己的法制,这种历史和现实状况也是确立该原则应予考虑的重要内容。因此,概括地讲,坚持一个中国和促进两岸交往与国家统一,主张公平合理与切合实际,这应

FX 30
4729

刑法新探索

主 编 赵秉志

副主编 张智辉
胡云腾



群 众 出 版 社
一九九三年·北京

三、论刑事管辖权

李海东

李海东,男,1958年11月生,辽宁锦州人。1979年至1983年在中国人民大学法律系本科学习,毕业后获法学学士学位。1983年至1986年在中国人民大学法律系刑法专业读硕士研究生,毕业后获法学硕士学位。1986年9月考取中国人民大学法律系刑法专业博士研究生。1987年10月赴联邦德国马克斯——普朗克——外国与国际刑法研究院师从汉斯——海因里希·耶赛克教授学习和研究,1989年1月为联邦德国艾伯特——路德维希大学正式接受为博士候选人,1990年11月通过博士论文答辩,获得博士学位,导师为汉斯——海因里希·耶赛克教授。1991年1月起在联邦德国马克斯——普朗克——外国与国际刑法研究所担任研究人员,1991年3月至同年12月担任该院东亚部主任。1992年3月起至今,在日本东京早稻田大学作客座研究员。主要著述有:著《国际刑法之原则》(德文版),合著、合编《中国刑法词典》、《律师实务的理论与实践》、《家庭法律指南》、《刑法学原理》(第一卷)等书,并在国内外报刊上发表论文、译文20余篇。

刑事管辖权,在国际法理论中,是国家主权原则的一个重要方面,在刑法领域中,是一国刑事事实法律规范运用的重要依据,在国际刑法领域中,也占有举足轻重的地位。我国对于刑事管辖权问题的系统研究还有待加强。此外,由于刑法学和国际法学对这个问

题研究的侧重点有所不同,因而在许多问题上,认识还有较大的分歧。本文对此课题进行初步的探讨。

(一) 刑事管辖权的含义

刑事管辖权通常在下述两种含义上使用,一是指根据主权原则国家所享有的对其主权力范围内所发生的一切刑事犯罪进行侦查、审判和处罚的权利。这是从动态的角度对刑事管辖权一词所作的概括。二是指国家刑事事实法律运用的地域和主体的法定范围。这是从静态的角度对刑事管辖权所作的概括。在后一种含义上使用刑事管辖权的概念,与刑法的空间效力一词,无论在内涵或外延上都是相同的,只是表述的角度有所不同。

上述两种理解,从一定意义上讲,都是正确的。无论在哪一种理解的情形,通常也都不会造成误解。但从严格意义上讲,对刑事管辖权的第二种理解是准确的,而将刑事管辖权视为刑法的空间效力的同义语是不够准确的。刑事管辖权是国家主权即国家所固有的确立自主地管理国内外事务的最高权力的一个不可分割的组成部分。它的存在,不决定于任何外力或法律规定。因此,刑事管辖权是根据国家的本质所固有的,而刑法的空间效力,实质上是国家通过立法所确定的本国行使刑事管辖权的具体原则或方法,只是刑事管辖权的法律表现形式。刑法的空间效力不仅是由国家法律确定的,而且确定一国刑法的空间效力还要考虑到各国之间刑事管辖权的交叉和国际社会处理涉外刑事案件管辖问题的一般原则。由此可见,刑事管辖权和刑法的空间效力是有区别的,刑事管辖权是国家确定刑法空间效力的主权依据,而刑法的空间效力是刑事管辖权的具体的、法定的行使方式和范围。二者不应混淆。

刑事管辖和刑事诉讼管辖是完全不同的。前者是指刑法的空间效力,解决的是行为人承担刑事责任的实体法依据问题,后者指的是根据刑事案件的不同情况和司法机关的职权,确定应由哪一

个司法机关进行侦查、起诉和审判的制度,解决的是具体案件处理的程序问题。我国刑事讼论理论界通常也都明确使用“刑事讼论管辖”^①、“刑事讼论中的管辖”^②等表述,以区别于具体实体意义的“刑事管辖”。在西方大陆法系国家,对这两者在表述上一般也都有明确的区别。但在英美等国中,英语“jurisdiction”一词,在通常情况下既可表示刑事管辖亦可表示刑事讼论管辖。尽管学者们一般也承认在前一种含义上使用该词表示的是实体法问题,而在后一种含义上使用表示的是程序问题。^③但由于这些国家普通法的传统(实体问题与程序问题相互联结)和法学家们习惯于归纳的逻辑方法(从某个具体的案例中引伸出某项法律原则),有些学者就把刑事管辖和刑事讼论管辖当作同一性质的问题来加以探讨。这很难说是严谨的。

我国有一些国际法学者在这个问题上也采用这种观点。譬如,倪征璠教授认为:“司法管辖一词,在国内法的意义上,是根据以确定某个或某类案件应由国内哪个或哪类法院受理的标准,而在国际法的意义上,则意味着一国受理某些具有涉外因素的案件的法律依据……一国国内法所规定的管辖标准,一般也可以反映该国对某一案件或某类案件的国际管辖问题的态度,而且也常被引伸出来,适用于国际管辖问题的解决。”^④笔者认为,这一结论,至少在刑事管辖方面,还是有待进一步研究的。法院对刑事案件的审理权限与国家是否有权对某个具有涉外因素的刑事案件进行管辖,是性质不同的两回事,两者之间没有必然的法律联系,更不是一个事物的两个方面。首先,由哪一级法院中的哪一个法院来审理特定

① 张子培主编《刑事讼论法教程》,第104页。

② 《刑事讼论法讲义》,中国人民大学出版社1981年版,第79页。

③ M·珀金斯·N·博伊斯著《刑法》,1982年英文第三版,第38~39页。

④ 倪征璠著《国际法中的司法管辖问题》,第1~2页。

刑事案件的权限,是由我国刑事讼论法来规定的,而对于某个刑事案件我国是否有权进行管辖,是在国际法的一般原则制约下由我国刑法加以规定的。其次,刑事讼论中的管辖,至少在我国,只是一个国内法的问题,与国际法没有任何关系,它完全是根据国家司法机关的不同职能和刑事案件的具体情况由国家自行确定的,而刑事管辖权问题,就不仅仅是一个刑法问题,同时也是——一个国际法问题。——一国刑事管辖权的确定与行使应遵循国际法的一般原则,我国刑法的有关规定也不例外。再次,刑事讼论管辖仅仅是关于由哪一个司法机关对犯罪进行追诉的程序问题,而刑事管辖本质上解决的是某个行为根据本国法律是否构成犯罪和能否由本国对其进行刑事制裁的实体问题。最后,刑事管辖和刑事讼论管辖是两个相互联系但又各自独立的法律问题。一方面,刑事管辖是刑事讼论管辖的前提。只有国家对案件有管辖权才谈得上由哪一个法院对其进行审理的问题。另一方面,并非所有我国享有刑事管辖权的案件都由我人民法院审理。遇有放弃管辖或管辖阻却(如港台地区的刑事案件)的情形,刑事讼论管辖就不适用于我国享有刑事管辖权的案件。

(二) 刑事管辖权的内容及其法律渊源

刑事管辖的对象,通常是以地域范围和主体范围来表示的。也就是说,刑事管辖权包括两个方面,一是本国的刑事法律运用于哪些地域;二是本国的刑事法律运用于哪些人。

从内容上来讲,一国享有刑事管辖权,是指,(1)罪犯由本国司法机关起诉、审判和处罚,但不包括侦查、拘捕及判决的执行。后者根据国际司法实践,可以请求或者委托有关外国司法机关进行。(2)对罪犯的起诉、审判和处罚只能运用本国的刑事法律,而不运用外国的刑事法律。这就是“刑法适用的专属性原则”。

如前所述,刑事管辖权是一个主权国家固有的权利,因此,这

时所说刑事管辖权的法律渊源,实质上是指行使刑事管辖权的具体方式与原则的法律渊源。它包括:

1. 国内刑事立法的有关规定。这是一国刑事管辖权的主要的或基本的法律渊源。世界各国都在本国刑法典或者特别法规中对刑事法律的空间效力做出明确规定。在我国,规定刑事管辖原则的法律有两部分:(1)刑法典的规定。刑法第3条至第8条,对我国主要的刑事管辖原则作出了明确的规定。(2)特别法的规定。全国人大常委会于1987年6月23日作出决定,“对于在中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内,行使刑事管辖权。”

2. 本国签订或参加的国际公约赋予作为缔约国的本国的刑事管辖权。这类管辖权从技术上可以分为两类:(1)义务性的刑事管辖权。如我国于1980年9月10日加入的《关于制止非法劫持航空器的公约》第4条就属于这一类。(2)权利性的刑事管辖权。如我国1982年首批签署的《联合国海洋法公约》第33条、第56条规定中所包含的刑事管辖权。

(三) 我国的刑事管辖原则

刑事管辖原则是指一国刑事管辖权行使的具体原则与方式,也就是刑法空间效力中的诸原则。刑事管辖原则是不是可以分为国际法上的管辖原则与国内法上的管辖原则两类?作者对此是持否定态度的。确定一国刑事管辖权的行使方式,是一国主权范围内的事情,但由于它涉及到与有关外国刑事管辖权的交叉问题,因此,它还需受国际法的一般原则的调整与制约。但这并不意味着存在国际法上和国内法上这样两套管辖原则。如果说它们存在差别的话,那只是由于研究的角度与方法不同,从而对这些原则的概括和理解有所不同而已。基于此,本文所说的刑事管辖原则,是具有国内法和国际法双重含义的。

刑事管辖原则并不是具体的管辖措施,而是对具体管辖措施的一种理论概括,是国家采取某项具体管辖手段的法律根据。譬如,国家对本国境内的外国人犯罪进行审判,根据的是刑事地域管辖原则,对中国公民在国外犯罪进行审判,根据的是刑事国籍管辖原则,等等。

刑事管辖原则可以有几种分类?学术界有较大的分歧。总的趋势是,刑法学界对此持传统的、较保守的态度,而国际法学界则有相对无限扩大刑事管辖原则种类的倾向。目前争论的热点问题主要有二:一是某项被公认的管辖原则应包括哪些具体内容,如船旗国管辖是否属于刑事地域管辖原则的内容?被害人国籍管辖是属于一个独立的管辖原则还是属国籍管辖或保护管辖的内容?二是《海牙公约》和《蒙特利尔公约》所规定的刑事管辖体制中包含哪些管辖原则?有哪些新创制的管辖原则?等等。

作者认为,确定我国刑事管辖原则的分类应当遵循这样三个基本的原则:第一,这一管辖原则为我国法律明确规定或由我国立法加以承认的。第二,这一原则的本质内容是其它管辖原则所不能替代或包容的。第三,作为一项基本原则,应当具备调整对象的普遍性和运用的广泛性。根据以上认识,作者认为,目前我国的刑事管辖原则有:

1. 刑事地域管辖原则。即在我国领域内,除法律另有规定的以外,不论本国人还是外国人犯了罪,我国均可对罪犯运用我国刑法予以追诉。这一原则是国家主权原则的要求,为世界各国所公认。

刑事地域管辖原则还应包括“刑事地域管辖的法律延伸。”这部分内容也可称为“准地域管辖,”指的是我国依照有关国际公约所享有的对大陆架、毗连区、专属经济区的刑事管辖权。大陆架、毗连区和专属经济区不属于一国领域,但它们与一国地域紧密相连。根据国际法的一般原则与1982年《联合国海洋法公约》,我国对于

上述区域享有一定的主权利力,包括在一定范围内行使刑事管辖权。

2. 刑事国籍管辖原则。即国家对于与本国具有确定的法律联系(即具有本国国籍)的人犯罪,以及对于在具有本国国籍的航空器、船舶上发生的犯罪享有刑事管辖权。这一原则包括以下两个问题:

(1) 关于属人主义。具有一国国籍的人,根据国际法,与其本国无论何时都存在着法律上的联系——享受本国法律所规定的权利和承担遵守本国法律的义务。从刑法角度讲,这一联系意味着:①当他违反本国刑法时,不论行为发生于何地,本国均有权对其进行刑事追诉;②当他处于本国境外时,享受本国的外交和法律保护,据此,对外国人侵害本国公民的犯罪,即当被害人是本国公民时,国家也主张刑事管辖权。前者叫“被告人国籍管辖”,后者叫“被害人国籍管辖”。

(2) 关于机籍国管辖与船旗国管辖。但这类管辖的根据是什么,中外法学家们的见解是不同的。主要意见有三,第一,传统的观点认为,这些临时空间应当视为本国的“浮动领土”或“虚拟领土”,因此,其管辖根据应当是刑事地域管辖原则。第二,有的学者认为,机籍国和船旗国对机船上发生的刑事案件享有管辖权,是因为该机船具有本国国籍,因此,其管辖根据应是刑事国籍管辖原则。第三,认为机籍国管辖和船旗国管辖不属于任何其他管辖原则,而单独形成一种机籍国和船旗国管辖原则。作者认为,将机籍国管辖和船旗国管辖归属于刑事地域管辖原则在理论上是不恰当的。“浮动领土理论”与“虚拟领土理论”显然有损于所在国的领土权。那么,机籍国管辖和船旗国管辖是否应成为一项单独的刑事管辖原则呢?作者对此也持相反意见。因为,首先,这两种管辖措施都是为了解决近代交通运输中出现的特殊情况而设立的,其运用的对象和范围都有较大的局限性,将其上升为一般的刑事管辖原则是不必要的。其次,也是最重要的,机籍国管辖与船旗国管辖并非无从

归属。国家对本国境外的船舶、航空器内的犯罪享有刑事管辖权是由于上述船舶、航空器具有本国国籍,这无论在理论上还是在实践中是从未发生过争议的。理论上称为“国旗国主义”或“国籍国主义”。反对将上述管辖措施归属于刑事国籍管辖原则而主张将它们视为独立的管辖原则的学者,曾对机籍国和船旗国管辖应属于刑事国籍管辖这一论点作过出色的论证,“航空器作为人类社会的特定物,通过‘登记’取得了登记国的国籍,就与登记国建立了法律上的密切联系,也就为规定登记国对其航空器内的犯罪行为有管辖权提供了充分的根据。”^①“航空器登记国因国籍这个法律纽带而与该国航空器保持着固定的、利益与共的法律关系;而机上的临时单位在飞行外国领空时,又相对独立于飞经国,从而构成了登记国管辖的域外效力的理论与法律根据。”^②显而易见,机籍国和船旗国管辖的根据只能是国籍管辖。因此,我们不必因为这样的国籍管辖原则不同于传统的属人主义而另立一项原则。其实,传统的属人原则本身的含义也不能说是十分完整和严谨的。因此,作者认为,国旗国主义与国籍国主义的管辖根据是国籍原则这一论点,是可以成立的。

3. 刑事保护管辖原则。即不论犯罪行为发生于何处,也不论犯罪人的国籍和罪犯现在何处,只要其罪行危害了本国国家或本国国民的利益,即适用本国刑法予以处罚。保护原则应当包括哪些内容,在理论上认识也是不一致的。有的学者认为,保护主义应包括保护国家主义和保护国民主义,有的学者坚持被害人国籍管辖的根据是国籍管辖原则,从而认为保护管辖原则仅是指保护国家主义。一般认为,我国刑法第6条规定的是我国的保护管辖权。从

① 刘伟民《论国际航空法中的刑事管辖权》,载《法学研究》1983年第2期第78页。

② 赵维田《论航空器上犯罪的管辖问题》,载《中国国际法年刊》(1983)第159页。

这一条规定的内容来看,是包括了保护国民主义的。

4. 刑事普遍管辖原则。即对于某些各国公认的普遍危害国际和平与安全、破坏国际社会良好秩序和损害人类利益的罪行,不论罪行发生于何地,也不论犯罪人具有哪一国国籍或者没有国籍,各国均有权对该罪行适用本国刑法予以惩处。这是一个长期存在激烈争论的管辖原则,我国刑法学界在相当长的时期内,一直对它持彻底否定的态度。这种态度的产生,是有其历史的和认识的根源的。但在犯罪国际化现象日趋严重的今天,从某种意义上讲,这种看法是消极的。全国人大常委会1987年6月23日在批准我国加入规定有普遍管辖权条款的《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》的同时,作出了《中华人民共和国对于其缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》。这一决定的根本内容,在于弥补我国刑法未曾对有关国际罪行规定普遍管辖权之不足。国务院在提请立法机关审议这一决定时所作的说明很明确地表明了这一点,“有关缔约国应采取必要措施,对任何这类罪行行使管辖权,而不论罪犯是否其本国人、罪行是否发生于其国内。这一旨在对危害人类生命财产安全、损害国际关系的罪行确立普遍管辖权的条款,已成为各类反恐怖主义国际条约的基本内容。”^① 决定通过特别法的形式肯定了我国有限适用普遍管辖原则,因此,这一原则应当是我国刑法空间效力范围的一项辅助性管辖原则。

普遍管辖原则应包含哪些内容?在有关规定中,哪些管辖方式属普遍管辖性质?这在国内外理论界都有很大的争议。作者认为,普遍管辖权的本质,是罪犯所在地国和逮捕罪犯国的管辖。从我国法律上和理论上承认的管辖措施来看,下述措施应属普遍管辖性质,(1)航空器降落他国的国家的刑事管辖,(2)案犯永久居所国的

刑事管辖,(3)在国际领土上以不违反国际法的方式将罪犯拘捕的国家的刑事管辖,(4)根据“或引渡或起诉”原则而未将罪犯引渡他国的国家的刑事管辖,(5)特别国际刑事法庭的刑事管辖。

采用普遍管辖原则,严密了追诉部分国际性犯罪的法网,并在这方面有效地促进了世界各国的协调与合作,强化了国际法律秩序。但是,由于这一原则是对罪行未发生在本国,也未对本国造成直接损害,并且犯罪人也不具有本国国籍的刑事案件进行管辖,倘若行使不当,就会造成对有关外国主权的侵害,并有可能成为超级大国干涉别国内政的借口。因此,普遍管辖原则是,而且在目前这种国际形势下也只能是,一项辅助的刑事管辖原则。对这一管辖原则的适用,只有在尽可能地避免与领土、国籍和保护管辖权的冲突的情况下,才是符合国际社会承认这一义务性管辖原则的原义的。

5. 关于主要营业地管辖原则。这一原则是指当罪行发生在租来时不带机组的航空器内时,承租人的主要营业地所在国对本案有权进行管辖。它原是国际私法中处理涉外民事案件的一项管辖原则,《海牙公约》和《蒙特利尔公约》为了解决国际民用航空领域中由于租机、包机或互换飞机而出现的登记国航空器由另一国人经营的情况下发生的刑事管辖矛盾,而将这一国际民事管辖原则移植到国际刑事管辖中。我国是这两个公约的参加国,因此在法律上是承认主要营业地管辖原则的。

主要营业地管辖从刑事管辖的角度来看是全新的。它既不属于地域管辖和国籍管辖,也不能包括到保护管辖或普遍管辖中去。因此,有不少学者认为它应当成为一个新的独立的刑事管辖原则。作者倾向于将这一管辖措施视为一个独立的刑事管辖原则,尽管其适用的范围和对象仅限于航空领域中的犯罪。但它确实有不同于其他管辖措施的独立的管辖根据,且为各国所普遍承认。因此,可以在理论上将其视为一项新的、独立的刑事管辖原则。

6. 关于折衷主义。即将上述管辖原则结合起来,相互补充而

^① 《人民日报》,1987年6月19日第4版。

形成的一种刑事管辖结构。其表现形式为以刑事地域管辖原则为基础,辅之以国籍管辖、保护管辖、普遍管辖和主要营业地管辖原则。由于折衷主义可以弥补上述各管辖原则的不足,限制它们各自的缺点,更有效地维护本国的主权与利益,使一国的刑事管辖权行使得有效并且适当,因而具有普遍的适用性。尽管各国刑事法律规定的折衷主义结构的基础、构成与侧重有所不同,但几乎世界所有国家无一例外地都使用着折衷主义。

我国刑法理论界在几乎所有著述中,都将折衷原则与地域原则、国籍原则等并列表述,尽管其内容并非一个独立的刑事管辖原则。但这种表述事实上使折衷原则表现为一项刑事管辖原则。我国国际法学界对“折衷原则”这一提法是不接受的。作者认为,折衷主义作为一种管辖原则来表述,尤其是与地域、国籍、保护等管辖原则并列而提,是不恰当的。首先,折衷主义不是一个独立的管辖原则,因此,将其与管辖原则并列而论,是不符合逻辑的,其次,折衷主义这一概括也是不准确的。刑法学者在这里所表述的内容实际上是刑事管辖结构或称刑事管辖体制,并非将其他管辖原则加以调和折衷。其他管辖原则仍然是独立存在的。因此,笔者建议,刑法学中应摒弃刑事管辖折衷主义的提法,这一部分内容可以称“刑事管辖原则结构”或“刑事管辖体制”,作为单独的部分而不与各独立的管辖原则并列表述。

四、论九七年后涉港刑事案件的司法管辖权

张晓明

张晓明,男,1963年9月生,江苏泰兴人。1980年入西南政法学院学习,1984年毕业,获法学学士学位。1984年9月入中国人民大学法律系刑法专业研究生班学习,1986年7月毕业后去国务院港澳办公室工作至今,其中1988年2月至1990年8月被派驻香港中英联络小组中方代表处工作,现为国务院港澳办副处长。主要学术成果有,参加《港澳基本法讲义》一书的编写,并发表学术论文10余篇。

1997年7月1日我国对香港恢复行使主权之后,香港原有法律包括刑法将基本保持不变。《中华人民共和国刑法》和其他全国性的刑事法律一般情况下不在香港特别行政区实施。由于香港现行的源于英国普通法的刑法制度与内地的刑法制度差异较大,对犯罪和刑罚的规定互不相同,如果一宗刑事案件既涉及内地,又涉及香港特别行政区,亦即内地所称“涉港刑事案件”,那么,界定这类案件是由内地还是香港特别行政区的司法机关管辖,将直接决定着两种不同的刑事法律的适用,并可能引起两种不同的法律后果。因此,找出一套区分和确定这类刑事案件的管辖权的办法,无疑十分必要。

涉港刑事案件的特点在于其具有涉港因素。所谓涉港因素包括:(1)被告人是香港居民,或者在共同犯罪中被告人之一是香港

居民;(2)被告人是内地居民但犯罪事实发生在香港,或有一部分犯罪事实发生在香港;(3)被害人是香港居民,或同一案件的若干被害人中有香港居民,或侵犯财产罪案件中的受害方在香港。此外,被告人在内地犯罪后潜逃至香港,也可以被视为一种涉港因素。但它不会产生司法管辖权的界定分歧,只会引致遣返逃犯的问题。

对于涉港刑事案件的司法管辖权,现在香港与内地之间尚没有也不可能有一个共同的划分。实际情况是,香港司法机关奉行英美普通法的属地主义原则,对在香港区域以内发生的一切犯罪行使管辖权,按香港刑法审判,而不论犯罪人或受害方中是否有内地居民。内地的司法机关从香港历来是中国领土的原则立场出发,主张对所有涉港刑事案件均有权行使管辖,虽然如此,实际行使司法管辖权的范围却受很大限制,主要限于犯罪人为香港居民而犯罪发生在内地或一部分犯罪事实发生在内地的刑事案件,而且,还须附加一个条件,犯罪人已被内地司法机关采取强制措施。这种现状是历史上遗留下来的一种不正常现象。当香港还处于英国管治下的时候,香港的刑事管辖权也被视为英国对其属地所行使的司法管辖权的一部分,以致对于涉港刑事案件的司法管辖权的归属,香港与内地间存在着根本立场上的分歧。1997年7月1日我国恢复对香港行使主权后,香港特别行政区所享有的刑事司法管辖权,从根本上讲,是中华人民共和国统一的司法管辖权的一部分。香港特别行政区司法机关与内地司法机关对于涉港刑事案件的司法管辖权的划分只是国家统一的司法管辖权在行使上的内部分工关系。因而,两地司法机关对于该类案件的司法管辖权完全有必要也有可能取得协调一致。

(一) 涉港刑事案件司法管辖权的界定方法

解决涉港刑事案件的司法管辖权问题,关键是要确立一套能

清楚地界定香港特别行政区与内地的司法机关各自对这类案件行使管辖权的范围,并能有效地避免两地司法机关的刑事管辖发生冲突的原则或规范。

在国际私法上,有一种间接调整涉外民事法律关系的方法,也叫采用冲突规范调整的方法。就是说,有关国际私法的法律规范,并不直接调整某种法律关系中有关主体的权利义务,而仅仅规定应该适用哪个国家的法律来确定这种权利义务。我认为,对涉港刑事案件的司法管辖权的界定也可以采用类似于这种冲突规范的调整方法,在香港特别行政区成立后,由全国人民代表大会常委会在征求香港特别行政区政府的意见后,制定出一套原则性的法律规范,明确规定,涉港刑事案件在什么情况下适用香港刑法,由香港特别行政区司法机关行使管辖权;在什么情况下适用内地刑法,由内地司法机关行使管辖权。这套原则规范必须符合两个基本要求:一是不致造成管辖上的冲突,包括双重管辖和两地均不管辖;二是必须有相当的确定性,不能给刑事被告人以选择管辖、避重就轻的机会。

那么,什么样的原则规范适合于涉港刑事案件的司法管辖权的界定呢?

《中华人民共和国刑法》第一章就该部刑法对于涉外刑事案件的适用性作了明确规定。由于刑法的适用范围与刑事管辖权的行使范围是互为对应的,即凡适用中华人民共和国刑法的刑事案件,中华人民共和国司法机关对之均享有司法管辖权,这些规定亦可以同时看作是对涉外刑事案件的司法管辖权的规定。概括起来,这些规定包括的情况可分为下述四种:

第一,凡在中华人民共和国领域内犯罪的,无论其是中国公民或外国人(享有外交特权和豁免权的外国人除外),均适用中华人民共和国刑法,受中华人民共和国司法机关管辖。

第二,中国公民在中国领域外的犯罪,是否适用中华人民共和国

国刑法由中华人民共和国司法机关行使管辖权,取决于其所犯罪行的性质、轻重及犯罪地法律的规定。如果所犯罪行属于反革命罪、伪造国家货币罪、伪造有价证券罪、贪污罪、泄露国家机密罪、冒充国家工作人员招摇撞骗罪、伪造公文、证件、印章罪,适用中华人民共和国刑法,如果犯上列罪行以外的罪,而按中华人民共和国刑法规定的最低刑为三年以上有期徒刑,且按犯罪地的法律也应受刑罚处罚的,适用中华人民共和国刑法,按照犯罪地的法律不受刑罚处罚的,中华人民共和国刑法不适用。

第三,外国人在中国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按中华人民共和国刑法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的,适用中华人民共和国刑法,中华人民共和国司法机关对这类案件也享有管辖权。但按照犯罪地的法律不受刑罚处罚的除外。

第四,无论是中国公民还是外国人在中华人民共和国领域外犯罪,如果依照中华人民共和国刑法应当负刑事责任,即使其已经过外国审判,仍可由中华人民共和国司法机关依法重新处理,但在外国已经受过刑罚处罚的,可以免除或者减轻刑罚。

很显然,对于涉港刑事案件的司法管辖权的确定不能直接适用上述规定。涉港刑事案件中虽然也有极少数可被视为涉外刑事案件,^①但绝大部分不属于涉外刑事案件,或者说,涉港刑事案件从整体上讲,其性质与涉外刑事案件是不同的。如果直接适用上述规定,将与香港作为中国的一个行政区的地位严重不符。而且,由于全国性刑事法律将不会适用于香港特别行政区,即便少数涉港

^① 这种案件中的被告人或被害人是持有英国本土护照及其他国家护照,具有正式的外国国籍的香港居民。在香港,持有英国政府签发的本土护照的华裔居民只有极少数,大多数华裔居民持有一种由英当局签发的、被称作“英国属土公民护照”(1987年7月1日之后改称“英国国民(海外)护照”)的身份证件。对目前持有该种身份证件的华裔居民,我国政府不承认其具有英国国籍,而视为中国公民。被告人或被害人为持有此种身份证件的华裔香港居民的刑事案件,不属于涉外刑事案件。

刑事案件同时也符合涉外刑事案件的特点,也不会直接适用中华人民共和国刑法的上述规定。尚可退一步考虑的一个问题是,对于中华人民共和国刑法关于涉外刑事案件的司法管辖权的上述规定所体现出的原则精神,处理涉港刑事案件的司法管辖问题时能不能参照适用呢?

总的来说,上述刑法规定所采取的是以属地主义为基础、以属人主义和保护主义为补充的原则。凡在中华人民共和国领域内犯罪的,不论犯罪人或被害人的国籍身份如何,皆适用中华人民共和国刑法,即上列第一种情况,体现的是属人主义原则的要求;在中华人民共和国领域外犯罪的中国公民在一定条件下也适用该刑法,即上述第二种情况,体现了属地主义原则的要求;外国公民在外国对中华人民共和国国家和公民犯罪的,在一定条件下也适用该刑法,即上列第三种情况,体现了保护主义原则的要求。不难看出,在上述第二种和第三种情况下发生刑法适用和司法管辖上的冲突仍是在所难免的;按照属人主义原则,对在国外犯罪的我国公民在一定条件下应当适用我国的刑法,但犯罪地所在国按照属地主义原则,自然也要主张对此罪适用该国刑法,由该国法院审判。关于外国公民在外国对我国家和公民的犯罪在一定条件下适用我国刑法的规定,也会导致出现两个以上国家对同一犯罪均主张管辖权的双重管辖甚至多重管辖的状况。对此,国际实践中虽然有时可以根据国家间的条约、协定及通过协商求得解决,但是,有时因利害关系所系,发生冲突仍不可避免。如果说,出于维护国家主权、充分保护我国国家和公民利益的实际需要及鉴于国际上刑事立法的通例,我国刑法对涉外刑事案件的适用应适当地采取属人主义和保护主义原则的话,那么,我认为1997年7月1日后,对于同在我国境内的涉港刑事案件适用这两条原则的前提和必要性是不存在的。倘若对涉港刑事案件也兼采属人主义和保护主义原则,使中华人民共和国刑法也适用于内地居民在香港犯罪的案件和香港居民

在香港对国家和内地居民犯罪的案件,内地司法机关和香港特别行政区司法机关在刑事管辖上就必然会发生冲突,由此更可能引致内地法院与香港特别行政区法院相互推翻对方判决的结局。毋庸置疑,这绝不是一种理想的结局。引致这种结局的管辖原则因而也是不可取的。

界定涉港刑事案件的司法管辖权的原则也不能等同于内地涉及不同省、直辖市、自治区的刑事案件的管辖原则。涉港刑事案件毕竟涉及两个不同的法律区域,香港的刑法制度与内地的刑法制度区别很大,同样的行为,按照内地刑法被认定为犯罪的,按照香港刑法则可能不属犯罪,或不是内地刑法所规定的罪名,或应科刑罚悬殊。反之,香港刑法认为是犯罪的行为依内地刑法则可能不为罪。因此,确定某一刑事案件是归内地司法机关管辖还是归香港特别行政区司法机关管辖,对于案件的当事人来说,有着实质的区别。而内地的司法机关进行刑事诉讼活动的法律依据是共同的,对于某个行为是否构成犯罪、构成何种犯罪,各地的司法机关在认定标准上比较一致,量刑上纵有差距,也不会太大。因此,在确定内地不同的省、直辖市、自治区的司法机关对刑事案件的管辖权时,可以根据不同情况,采取比较灵活的办法。这对于案件的审判没有实质性的影响。《中华人民共和国刑事诉讼法》第一篇第二章关于管辖划分的规定正体现出原则性和灵活性相结合的特点。该法关于同级人民法院在审判第一审刑事案件上的分工即地区管辖的规定包括三个条文。其中,第19条规定:“刑事案件由犯罪地的人民法院管辖。如果被告人居住地的人民法院审判更为适宜的,可以由被告人居住地的人民法院管辖。”第20条规定:“几个同级人民法院都有权管辖的案件,由最初受理的人民法院审判。在必要的时候,可以移送主要犯罪地的人民法院审判。”第21条规定:“上级人民法院可以指定下级人民法院审判管辖不明的案件,也可以指定下级人民法院将案件移送其他人民法院审判。”由这三条规定可见,

内地法院审判刑事案件的地区管辖是以犯罪地人民法院管辖的原则为主,但同时又有较大的灵活性。在某些情况下,可以由被告人居住地的人民法院管辖,或者由最初受理案件的人民法院管辖,或者由主要犯罪地人民法院管辖,或者由上级人民法院指定管辖。鉴于有的案件牵涉的犯罪地众多,或案情比较复杂,在犯罪地法院管辖的基本原则的基础上,针对各种特殊情况,作出上述变通的、灵活的规定,有助于准确、及时地查明案情,防止出现对管辖不明的刑事案件互相推诿或争执的现象。但是,对于涉港刑事案件来说,如果被告人是香港居民而在内地犯罪,采用由被告人居住地法院管辖的变通办法,则会导致另一种法律的适用,使案件的审判出现一种与犯罪地法院的审判可能截然不同的结果。再者,由于香港特别行政区的法院自成体系,与内地法院包括最高人民法院之间没有审级上的上下关系,指定管辖的情况也不可能出现于香港特别行政区与内地人民法院对案件的管辖分工上。因此,对于涉港刑事案件的管辖权的界定来说,上述由被告人居住地法院管辖和指定管辖的辅助原则是不能适用的,不仅不能直接适用,也不能参照适用。

总之,由于涉港刑事案件的特殊性,关于涉港刑事案件的司法管辖原则,在《中华人民共和国刑法》和《中华人民共和国刑事诉讼法》中是找不到现成答案的。

(二) 涉港刑事案件的司法管辖原则

我认为,以犯罪地管辖的原则作为界定涉港刑事案件的司法管辖权的基本原则最为合适。即,凡犯罪发生在香港特别行政区区域内的刑事案件,归香港特别行政区司法机关管辖,凡犯罪发生在内地的刑事案件,归内地有关的司法机关管辖。

由犯罪地管辖的基本原则是在借鉴了《中华人民共和国刑法》关于涉外刑事案件的刑法适用原则亦即刑事司法管辖原则和《中

《中华人民共和国民事诉讼法》关于内地同级人民法院对于刑事案件的审判管辖分工原则亦即地区管辖原则,以及国际间解决刑事管辖冲突的基本规则后提出的。涉外刑事案件的管辖原则和内地同级人民法院间对第一审刑事案件的管辖分工原则,虽然从整体上讲都不能用来界定涉港刑事案件的司法管辖权,但是,它们的基本原则或者说首要原则,即属地原则和由犯罪地的人民法院管辖的原则,对于涉港刑事案件的司法管辖划分仍不无参考意义,犯罪地的司法机关享有管辖权应该是基本的。此外,《中华人民共和国刑法》关于按犯罪地的法律不受处罚的犯罪,中华人民共和国刑法一般也不对之适用的规定所体现出的尊重犯罪地所在国或地区的法律的精神,也是在界定涉港刑事案件的司法管辖权时值得吸收的。刑事案件由犯罪地管辖也是解决国际间刑事管辖冲突的一项公认的基本原则。由于各国刑法多是既对本国境内的本国公民和外国人实行司法管辖,又对本国公民在国外所犯的罪行实行不同程度的司法管辖,因而,对于同一起涉外刑事案件,经常会碰到有两个或两个以上国家同时主张管辖权的“并行管辖”的情况。这些国家包括犯罪地国、犯罪人本人所属国、受害者所属国等。在这种情况下,按照国际惯例,犯罪地所在国享有管辖优先权。这体现了属地原则的要求,体现了对一国主权的尊重,是合理的。较之于由犯罪人本人所属国,受害者所属国等管辖,也更利于案件的调查取证和及时有效地审判。在确立涉港刑事案件的司法管辖权的界定原则时,也应考虑到由犯罪地管辖原则的这些合理和便利因素。当然,对于涉港刑事案件之所以应确立由犯罪地管辖的基本原则,着眼点并不仅仅落于此。采取这一原则的根本理由在于它符合我国政府对香港的基本方针政策的要求和协调香港特别行政区与内地的司法机关对这类案件分工管辖的实际需要。具体说来,有以下几点考虑:

第一,采取由犯罪地管辖的原则符合我国政府关于允许香港

特别行政区享有独立的司法权和终审权,维持香港现行的法律制度基本不变的方针政策,《联合声明》规定,香港特别行政区享有独立的司法权和终审权,这是赋予香港特别行政区高度自治权的重要体现之一,也是为了从司法上确保香港现行的法律制度能够真正保持基本不变并得到准确、有效地贯彻实施。管辖权是司法权的一个重要内容。对于发生在香港特别行政区区域内的一般刑事犯罪,由香港特别行政区司法机关独立地行使管辖权,才能确保香港特别行政区的刑事法律在本区域内真正具有约束力,维护其法律尊严。如果对于在香港特别行政区内发生的触犯香港刑法的一般犯罪行为,香港特别行政区司法机关却无权管辖,或者说,只能对香港当地居民的犯罪享有管辖权,对于内地居民触犯香港刑法的犯罪便不能行使管辖权,那么,香港特别行政区的司法机关所享有的司法管辖权便是残缺不全的,而不能真正独立地行使管辖权。这也不利于维护香港的法律制度和法治秩序。如前已述,香港的司法机关在司法管辖方面历来遵行普通法的属地原则,对在香港区域以内发生的一切犯罪均行使管辖权,对于在香港区域以外发生的犯罪,除法律明文规定的有关空中劫持、海盗等犯罪外,香港司法机关一般不主张管辖权。采取犯罪地管辖的原则来界定涉港刑事案件的司法管辖权,也可以使香港实行的这一普通法的基本原则得以继续保持不变。

第二,采取由犯罪地管辖的原则与全国性刑事法律的适用范围是一致的。按照《基本法》第18条第2款及附件三的规定,全国性的刑事法律将不在适用于香港特别行政区之列。也就是说,香港特别行政区将适用香港的刑事法律,全国性的刑事法律不在香港适用。与之相应,适用全国性刑事法律的内地司法机关行使刑事管辖权的范围便不能伸延至在香港特别行政区区域内发生的只能适用香港法律的一般刑事案件。否则,必然要导致全国性刑事法律适用至香港特别行政区的结果。

第三,采取由犯罪地管辖的原则能够比较明确地划分出涉港刑事案件的司法管辖权。以犯罪地为标准,凡犯罪地在香港特别行政区的一般刑事案件,无论犯罪人是香港居民还是内地居民或者外国人,也无论犯罪行为所侵害的对象是中华人民共和国国家、内地居民、香港居民或外国人,均由香港特别行政区司法机关行使司法管辖权,依照香港特别行政区法律审判;同样,凡犯罪地在内地的刑事案件,无论犯罪人是何身份,也无论受害方是谁,一概归内地司法机关管辖。如果另立其他任何标准,均不能划分得如此明确。譬如,采取由被告人居住地管辖的原则,就会衍生出一系列问题:(1)内地居民在香港实施的行为,按香港的刑法与内地的刑法均属犯罪,内地的司法机关应享有管辖权,香港的司法机关是否也享有管辖权?(2)内地居民在香港实施的行为,按香港的刑法属于犯罪,而按内地的刑法不为罪,是否两地的司法机关都管不了?(3)内地居民与香港居民共同犯罪的案件,哪里的司法机关有管辖权?香港居民在内地实施的行为,也会碰到同样的问题,这样易使管辖权的确定变得复杂化。

第四,采取由犯罪地管辖的原则还具有便于办案的优点。一是便于案件发生后能及时保护、勘验现场,搜集和核对证据,迅速查明案情;二是便于案件的当事人和其他诉讼参与人参加诉讼活动;三是便于犯罪地附近的群众旁听公开审判的情况,收到法制宣传教育之功效,有利于就地平息民愤。由于犯罪人多是作案后在犯罪当地即被抓获,由犯罪地司法机关管辖,还可避免两地间移交罪犯的交涉,便于迅速及时地审决案件。

此外,采取由犯罪地管辖的原则,对于香港与内地的居民在交往活动中,自觉培养遵守当地法律的观念和习惯,“入境随俗”,从而防止和减少犯罪,也是有积极意义的。

当然,由犯罪地管辖的原则只是一条基本原则,它对于涉港刑事案件的管辖权的界定仍是粗线条的。“犯罪地”本身就是一个比

较笼统的概念,它可分为犯罪的行为地即犯罪行为的实施地和犯罪的结果地。犯罪的行为地又可包括犯罪的预备行为地。当犯罪的行为地与结果地分别处于两个不同的法律区域时,也会引起司法管辖上的矛盾。涉港刑事案件的情况复杂多样,有时仅靠由犯罪地管辖的总原则尚不足以清楚地确定案件的管辖权,这时,即需要有更具体的界定标准。具体地说,在涉港刑事案件中需要进一步界定其司法管辖权的有下列几种情况。

1. 同一犯罪的行为地与结果地不一致,分别涉及香港与内地。如犯罪分子在香港将定时炸弹放置在从香港驶往内地的汽车上,结果在内地发生爆炸;又如,走私犯罪分子在大鹏湾水域香港一侧开枪射击处于内地一侧水域内的缉私人员,致其重伤。

2. 同一犯罪的一部分犯罪行为在香港实施,另一部分在内地实施。此种情况在香港居民与内地居民共同犯罪的案件中尤为多见。如1986年5月广州市中级人民法院判处的香港居民冼某抢劫案,该犯意图抢劫另一香港居民黄某的财产,设计将黄某骗至广州,然后串通他人对黄某进行抢劫。

3. 同一案件中的被告人犯有数罪,数罪中有的犯罪在香港实施,有的在内地实施。

关于上列第一种情况,我认为,宜由犯罪结果地管辖。因为犯罪的社会危害集中体现在其结果上,或者说,犯罪的社会危害在其结果发生地更为明显,由犯罪结果地管辖比较合理。当犯罪的行为地与结果地发生矛盾时,依结果地所在国家的法律审判也是国际上比较通行的一个做法。

关于上列第二种情况,我认为,宜由主要的犯罪行为实施地或者说构成该种犯罪的主要情节所在地管辖。当同一案件中,犯罪的预备行为地、实行地分别处于不同地区时,宜由主要的犯罪行为地即实行地管辖。如冼某一案,犯罪的预备地发生在香港,主要的犯罪行为地在内地,案件事实上也是由广州市司法机关管辖的。在大

多数情况下,主要犯罪行为地也是最早对犯罪人采取强制措施、受理该案的法院所在地。

上列第三种情况比较复杂。按照由犯罪地管辖的总原则,香港特别行政区与内地的有关司法机关各自对于发生于其辖区内的犯罪均应有管辖权。但是,由于这些罪行以前均未受到过审判,由谁先行审判及双方的判决、裁定如何执行都需研究。在管辖的先后顺序的确定上,有两个方案值得考虑。一是采取主要犯罪地享有优先管辖权的原則。例如,在香港特别行政区内犯了谋杀罪,在内地犯了制作、贩卖淫书、淫画罪,应由香港特别行政区有关司法机关先行管辖;当主要犯罪地不明显或不易确定时,宜根据在两地分别实施的犯罪可能被判处的刑罚轻重来决定。如果在内地所犯之罪依内地刑法规定的相应法定刑会判得比较重,而在香港特别行政区内所犯之罪依香港特别行政区的刑法会判得较轻,则应由内地的有关司法机关依法先行审判。二是采取谁对罪犯取得实际控制谁先管辖的原则,即由已对罪犯采取强制措施的一方司法机关就该犯在本辖区内的犯罪先行审判,而不论该罪的性质是否重于其所实施的其他犯罪。鉴于任何一方均无权对犯罪人在两地分别实施的不同犯罪实行数罪并罚,先行审判的一方司法机关对被告人在本辖区内实施的犯罪作出判决后,如果对其判处死刑或者无期徒刑,则无须将罪犯转解给另一方,因另一方所判犯罪的罪行较轻或相应的法定刑较轻,再予审判便没有什么实际意义;如果对其判处有期徒刑或拘役,则应在判决执行前或执行完毕后将罪犯转解给另一方的有关司法机关,由另一方的有关司法机关就该犯在本辖区内实施的犯罪进行审判。据此看来,第二种方案可以减少转解罪犯的次数,似比第一种方案可取。那么,究竟是在判决(主要指有期徒刑和拘役)执行前还是执行完毕后将罪犯转解给另一方审判呢?如果先行审判的一方在判决执行前即将罪犯转解给另一方,另一方审判后交付执行前再将罪犯解回先审判的一方去服刑,则来回解

送多次,未免过于繁琐。如果是在判决执行完毕后再将罪犯转解另一方也不尽妥当;若先行审判的结果是判处拘役或短期徒刑,等判决执行完毕后再移交另一方审判未尝不可,但如先行审判的结果是判处有期徒刑较长的徒刑,如10年、20年徒刑、仍等此判决执行完毕后再将罪犯移交给另一方审判,则旷日长久,不利于发挥刑罚的威慑力,也会给另一方追究其若干年前所犯的罪行带来很大困难。有虑及此,对于这类少数案件,可以考虑由两地有关司法部门协商解决,先由两地司法机关对罪犯在本辖区内的犯罪分别依照各自的刑法进行审判。一方法院所判处的有期徒刑或拘役可以在征得对方有关司法部门同意后委托其代为执行。合并执行双方法院有关判决的司法机关宜为罪犯的居住地所在司法机关,以便罪犯刑满后就地释放或安置。一方的司法机关代为执行对方法院的判决也可以看作是两地间的一种司法协助。至于判决罚金或没收财产的判决仍宜由作出判决一方的司法机关负责执行。

综上,可将一般的涉港刑事案件的司法管辖权的界定原则归结如下:

涉港刑事案件原则上由犯罪地的司法机关管辖;

犯罪的行为地与结果地不一致的,由犯罪结果地的司法机关管辖;

同一犯罪中的一部分犯罪行为涉及香港特别行政区,另一部分犯罪行为涉及内地的,由主要的犯罪行为地或构成犯罪的主要情节所在地的司法机关管辖;

同一案件中的被告人接连在香港特别行政区和内地分别实施了犯罪的,两地司法机关各自对于发在本辖区内的犯罪享有管辖权。审判分开,刑罚的具体执行或分开,或由一地的有关司法部门合并执行。对此,两地有关司法部门可以通过协商解决。

中国内地与香港

刑事管辖冲突及解决

○ 陈永生

一、中国内地与香港刑事管辖冲突产生的条件

区际刑事管辖冲突,就是在一个国家内部不同法域的刑事管辖制度之间的冲突。这种冲突通常有两种形式:一是同一刑事案件数个法域的司法机关竞相行使管辖权,人们称之为积极冲突;二是某一刑事案件任何法域的司法机关均不受理、管辖,人们称之为消极冲突。在刑事法律领域,大量出现的是积极管辖冲突。

刑事管辖冲突的产生一般必须具备下列条件,其一是一国之内存在数个具有不同刑事法律制度的法域;其二是各法域公民之间交往导致产生众多的跨法域的刑事法律关系;其三是各法域互相承认外法域的法律在自己法域内的域外效力;其四是各法域有关刑事管辖权的规定不同及对相同规定在理解时存在差异。按香港特别行政区基本法的要求,香港具有独立的立法权、司法权和独立的终审权,因而第一和第二个条件的成就是不言而喻的。这里需要重点强调的是第三和第四个条件。

香港和内地互相承认对方法域的法律在自己法域内的域外效力,这是区际刑事管辖冲突产生的一个关键性条件。不同法域刑事法律的差别以及跨法域刑事案件的存在,仅仅为刑事管辖冲突的产生准备了条件。如果没有第三个条件的存在,现实的

刑事管辖冲突就不可能产生。长期以来,学者和司法实践均主张“公法无域外效力”、“强行法无域外效力”等原则,从而又推导出“公法无冲突”、“强行法无冲突”的原则。以前,我国内地与香港虽然在政治意义上同属一个中国,但在法律适用上,相互之间却是参照或完全按国际法律关系处理,互不承认对方公法的效力。在公法或强行法问题上,各自严格执行本地法,完全不顾及对方法律的规定,并尽可能扩大本地法律的适用范围。在今天内地已对香港恢复行使主权的情况下,作为同一主权国家的两个法域,若仍然坚持这一原则,互不承认对方法域刑事法律的效力,将会导致多重审判的大量发生,这显然是不合理的。因此,各法域互相承认对方法律的域外效力是产生法律冲突的必不可少的条件。

各法域有关刑事管辖权规定的不同及对相同规定理解与适用的差异,是构成刑事管辖冲突的直接条件。从适用范围来看,香港从普通法所坚持的属地原则出发,刑法只在香港域内适用,法院仅仅对发生在香港的犯罪行为行使司法管辖权。而内地刑法的适用范围相对而言则广泛得多,它以属地原则为主,兼采属人原则、保护原则和普遍原则,不仅对发生在本领域的犯罪行为行使管辖权,而且对中国公民在中国领域外的某些犯罪行为和外国人在中国领域

外对中华人民共和国国家或公民所犯的某些罪行,也予以适用。1997年修订的新刑法又在原刑法的基础上扩大了我国刑法的域外效力。由于内地刑法对于管辖的规定过于宽泛,且在司法实践中,又尽可能扩大解释自己的刑事管辖范围,以最大限度保护本国国家或公民的利益,并有利于司法机关和诉讼参与人参加诉讼。因此,对于香港特别行政区,在处理区际刑事管辖权问题上,如果照搬处理国际刑事管辖冲突的办法,显然是不合理的。

二、中国内地与香港刑事管辖冲突的特点

中国内地与香港之间的刑事管辖冲突是在特定的历史背景、特定的时代条件下,我国政府为了解决历史遗留问题,而提出以“一国两制”的方法实现香港回归而出现的,有着鲜明的特点:

其一,这种刑事管辖冲突问题是属于中国内部的法律协调问题,不具有涉外意义。涉外刑事案件的被告人或被害人,有一方或双方是不具有中国国籍的外国人(包括无国籍人)。香港特别行政区与内地间互涉刑事案件的被告人(包括嫌疑人)和被害人均具有中国国籍,而不包括居住在香港或内地的外国人。对于涉及香港居民中外国人的刑事案件,应按涉外案件处理。处理香港特别行政区

与内地互涉刑事法律问题,不涉及国家与国家之间的法律冲突关系,是属于国家内部的区际法律冲突问题。同时,一国内各法域司法权的独立性相对于国家之间司法权的独立性而言,要薄弱得多,并且要受到一国内宪法或宪法性文件的授权和限制。因此,解决区际刑事法律冲突,无论是在方式上,还是在难易程度上,都与国际刑事管辖冲突有较大不同。

其二,这种刑事管辖冲突是在不同社会制度的法域之间发生的。纵观历史和现实,世界上各多法域国家内部的刑事管辖冲突都是在同一社会制度下进行的。这种社会制度的一致性使得同一国家不同法域的经济、政治制度也基本一致,仅仅是各自的法律规定或法律形式不同。如美国的区际刑事管辖冲突是建立在资本主义制度之上的,其联邦宪法所规定的“诚实信用”原则,为各州刑事管辖冲突的解决创造了“互助”的环境。而我国的刑事管辖冲突则是建立在“一国两制”的基础之上的,中国内地与香港之间的法律冲突是不同的社会制度间的法律冲突,因此中国区际刑事管辖冲突依据统一的中央宪法或法律调整的难度较大,因而必须依靠各法域在平等协商的基础上,兼顾各方的利益予以解决。

其三,这种刑事管辖冲突是在不同法系的法域之间产生的。纵观世界各多法域国家的情况,其刑事管辖冲突大多是在相同法系的不同法域之间产生的。而中国内地的法律属于社会主义法系,历史渊源上受大陆法系影响较大,形式上表现为成文法。而香港法律则属于英美法系,形式上主要表现为判例法。法系不同,各法域就刑事法律而言,不仅在实体上有许多不同的规范,而且在程序上也会有许多不同的原则和制度,各法域很难形成相同的刑事法律规范。因而,中国内地与香港之间的刑事管辖冲突的协调较之其它相同法系的

多法域国家的刑事管辖冲突而言,协调的难度将更大。

其四,这种刑事管辖冲突是在香港法域享受高度自治权的情况下产生的。在世界上其它多法域国家,各法域尽管拥有独立的立法权和独立的司法权,但并不拥有独立的终审权,中央仍有高于各法域的立法权、司法权和终审权,因此其各法域的自治权具有一定的相对性。如美国联邦宪法第6条第2款规定,“本宪法与依照本宪法所制定的合众国法律……即使与任何州的法律有抵触,各州法官仍应遵守。”在司法上,美国属于联邦性质的案件,终审权仍属联邦最高法院,只有属于各州的案件,州法院才有终审权。而且,联邦最高法院的判例对各州法院均有约束力。英国各法域的法律冲突可由枢密院加以协调。而在中国,香港法域享有立法权、司法权和独立的终审权,中央的法律只在内地法域发生法律效力。通常理解,刑事法律当然属于特别行政区自治范围的法律。因此,全国人大常委会对两法域间刑事管辖冲突统一立法的难度较大。另外,由于内地和香港都有独立的司法权和终审权,当两地刑事管辖发生冲突时,缺乏一个最高的司法机关加以协调,这无疑也加大了处理中国区际刑事管辖冲突的难度。

其五,这种刑事管辖权问题还会涉及到运用国际条约和协定的冲突。1969年《维也纳国际条约法公约》第29条规定:“除明确表示不同意或另有确定外,条约对每一当事国之约束力及于其领土全部。”但根据香港基本法第135条的规定,我国政府缔结、批准或参加的国际条约有可能不适用于香港地区,即香港地区独立缔结的国际协议不在内地生效。这样,对于许多国际条约中规定的犯罪,内地与香港之间就可能在管辖问题上发生冲突。

三、解决中国内地与香港刑事管辖冲突的法律依据、原则和方法

中国内地与香港之间的刑事管辖冲突既涉及到两法域的立法权,又涉及到两法域的司法权;既涉及到两法域的宪法性文件,又涉及到其它法律文件。因此必须全面权衡。笔者认为,以下标准是必须贯彻的。

(一)中华人民共和国宪法和《香港特别行政区基本法》是解决两地刑事管辖冲突的基础性法律依据。

中华人民共和国宪法是中华人民共和国的根本大法,是一般刑事法律的立法依据。它在内地完全适用,对香港特别行政区也总体适用,这经过长期的争论,在理论上已达成共识。香港特别行政区基本法是香港地区的小宪法,对香港地区司法机关的管辖权作了原则性规定。凡是这两部根本性法律文件对刑事案件的管辖权已作出的授权、限制和分配,内地和香港司法机关都必须遵守。据此,下述问题可以得到解决:

其一,关于对香港特别行政区司法管辖权的限制,基本法第19条规定:“香港特别行政区法院除继续保持香港原有法律制度和原则对法院审判权所作的限制外,对香港特别行政区所有的案件均有管辖权。”这里所说的香港原有法律制度和原则对法院审判权所作的限制,主要是指普通法对法院过问国家行为的限制。所谓国家行为,是指最高国家行政机关以国家名义作出的决定,例如宣战、媾和、国际条约的缔结、领土的合并与割让、外国政府的承认与撤销承认、外交使节的交换等等。因此,香港特别行政区基本法第19条规定:“香港特别行政区法院在审理案件中涉及有国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在取得证明文件之前,须取得中央人民政府的证明书”。

其二,关于香港特别行政区司法管辖权的扩大。基本法第23条规定:“香港特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为,禁止外国的政治性组织或团体在香港特别行政区进行政治性活动,禁止香港特别行政区的政治性组织或团体与外国建立联系。”这一规定为香港刑法中增设叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府等罪名提供了依据,也为香港特别行政区法院对此类案件行使管辖权提供了依据。

其三,关于互派人员的刑事法律地位问题。按香港特别行政区基本法第21条规定,香港地区可选举出自己的人大代表,参加国家最高权力机关的工作;基本法第22条规定:“香港特别行政区可在北京设立办事机构。”这些派到内地的公务人员是不享有外交特权与豁免权的。基本法第13条规定:“中华人民共和国外交部在香港设立机构处理外交事务。”据此,中华人民共和国外交部驻香港特派员公署已经成立。基本法第22条规定:“中央各部门,各省、自治区、直辖市在香港特别行政区设立的一切机构及其人员均须遵守香港特别行政区的法律。”这些人员违反香港刑法,因不具有国家与国家之间外交关系性质,自然不享有外交特权与豁免权。此外,基本法第14条规定:“中央人民政府负责管理香港地区的防务。”“驻军人员除须遵守全国的法律外,还须遵守香港特别行政区法律。”因此,对驻军人员的绝大多数犯罪,香港司法机关亦有管辖权。

(二)香港与内地现行刑事法律关于刑事案件管辖权的规定是解决两地刑事管辖冲突的直接依据

目前,香港法律对刑事案件采用的是属地管辖原则,而内地法律确立的刑事案件管辖原则较为宽泛,在以属地原则为主的同时,兼采属人原则、保护原则和普遍原则。因此,从平

等保证国际法律的角度出发,同时也为了避免重复管辖,我们在确立互涉刑事案件的管辖原则的时候,应当对内地刑事案件管辖范围予以适当的限制,以免造成管辖冲突以及内地刑事案件管辖范围大大超过香港的不平衡状况。具体操作时,应按下述几种情况考虑:

其一,从内地与香港现行法律对刑事案件确立的管辖原则出发,在解决两地互涉刑事案件的时候,确立以属地原则为主是合适的。因为这符合两地面法律的共同取向。

(1)对于犯罪行为仅发生在香港一边或内地一边的刑事案件,采取绝对的属地原则,即不论犯罪嫌疑人、被告人是香港居民还是内地居民,侵犯的是香港还是内地政府或居民的利益,均由犯罪地法院行使管辖权。

(2)对于同一犯罪跨越内地与香港两地的刑事案件,在适用属地原则时,应作具体分析:

①犯罪行为地与犯罪结果地分别发生在香港和内地,由结果发生地管辖。因为犯罪结果发生地更能反映出犯罪的危害性,民愤也更大,由犯罪结果发生地管辖更有利于保护犯罪结果地的利益,实现刑法的目的。

②犯罪预备行为地与实行行为地分别发生在香港和内地,由实行行为地管辖。因为实行行为地往往较预备行为地危害性大,更能反映出犯罪的性质和状况。

③犯罪实行行为持续发生在香港和内地,由主要犯罪行为所在地管辖,即实行“就主不就从”的原则。

④如果犯罪行为地与犯罪结果地、预备行为地与实行行为地、主要行为地与次要行为地互相混杂,不易分清,可按实际控制和先理为优的原则确定管辖权,这样有利于迅速及时地收集犯罪证据,查获犯罪人,达到诉讼经济的要求。

(3)数罪涉及内地与香港的刑事案件,实行“以主要犯罪地管辖为主,

以实际控制地为辅”的原则,即一般由主要犯罪地法院管辖,若主要犯罪地不易分清的,由实际控制地法院管辖。

(4)对于犯罪行为发生在内地和香港以外的其它国家或地区的刑事案件,虽然具有国际性,但同时又具有区域性,在管辖问题上,内地与香港之间也有可能发生冲突。由于香港刑法只确立了属地原则,因而香港司法机关对这类犯罪无管辖权。对此类案件,内地刑法就没有必要将自己的刑事管辖范围局限于属地主义,而应适当地扩大,根据保护原则和属人原则行使管辖权,以有效保护我国国家及公民的利益;对于侵犯了我国国家或公民合法权益的犯罪,依据保护原则行使管辖权,无论被告是内地居民还是香港居民均依法追究;对于有内地居民参加的刑事案件,可作属人原则行使管辖权。

(5)对于犯罪行为同时涉及内地、香港和其它国家或地区,则由内地和香港比照一般互涉案件的管辖原则确定管辖权。

其二,对于互派人员在驻在地的犯罪,如果亦未侵犯驻在地的利益和社会秩序,则可由派出法域行使管辖权;反之,如果犯罪侵犯了驻在地的利益或扰乱了当地的社会秩序,应依属地原则由驻在地司法机关行使管辖权。这类案件比较少见,情况特殊,亦可由双方充分协商后,灵活处理,妥善解决。如果是由驻在地行使管辖权,判决生效后最好移送派出法域执行刑罚,这样更有利于犯罪人的改造。

国际刑事管辖冲突是一个敏感而复杂的问题。这个问题的全面而彻底的解决需要一个相当长的过程,需要两地立法、行政、司法机关坦诚相待,本着有效惩罚犯罪,全面合理地解决问题的态度相互协商。以上原则和方法是笔者从学理的角度提出的一些构想,希望能够对这个问题的解决有所裨益。

(作者单位:中国政法大学)

論來

內地法院對張子強案和德福花園案的審理引起了香港各界的關注，一時輿論沸沸揚揚、見仁見智，莫衷一是。撇開政治層面上的爭執不論，不少見解對內地司法管轄權的理解有誤。本文試圖從法律角度對此進行分析。

內地司法管轄權體制是一個完整的體系

內地司法管轄權的原則包括四項：（一）屬地原則；（二）屬人原則；（三）保護原則；（四）普遍原則。這四項原則並非相互獨立或隔絕，而

管轄權明確由一方行使的情況

管轄權。

上述四種管轄權原則以屬地原則為基礎，兼採其他原則，即以其他原則為補充。從而從不同層次和方面構成了精密完整的刑事管轄權體制。如果僅採用其中一種原則而不顧其他，就會使內地的刑事管轄權出現漏洞。

當代各國的刑事管轄權基本上也都如是規定，採用由幾種原則構成一個完整管轄權體制的方法。香港刑事管轄權也不例外。除採用屬地原則外，也同時採用屬人原則等其他原則。

由於各司法律制度採用的管轄權體制都有超出其地域和實際管轄區域的域外效力，管轄權重合的現象也就必然出現。就香港而言，隨著香港和內地法在經濟、文化等方面交流的擴展，香港和內地法院同時對一個案件擁有管轄權的情況，即跨境犯罪、疑犯在兩地分別犯罪、兩地居民勾結共同犯罪或一地居民到對方區域內犯罪又逃離的情況，勢必日益增加。由於對上述情況，兩地法院可以依各自法律規定的屬人原則及保護原則等補充原則主張管轄權，故管轄權重合的問題將無法避免。

張子強案就屬於這種涉及跨境犯罪和兩地居民勾結犯罪的實例。按照前述中國刑法第六條之規定：

兩案引起的司法管轄權重合問題及其解決

屬地原則
是以地域為
劃分管轄權
的標準。中
國刑法第六

對張子強案和德福花
保護原則和普遍原則綜
獲得正確、公平的結論

香港城市大學法學院副教授 王展光

化園案的司法管轄權的認識，須從屬地原則、屬人原則、綜合地權衡，如果只片面地強調一點，不顧其他，便不會

「凡在中華人民共和國領域內犯罪的，除法律有特別規定的以外，都適用本法。」

屬人原則是以人的國籍為劃分管轄權的標準。中國刑法第七條規定：「中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法。」

根據上述管轄權體制，大多數刑事案件的管轄權是明確的，即刑罰案件僅在一個獨立的司法區域內發生，其罪犯為該區域的公民或居民。例如，香港居民在香港領域內的犯罪或內地居民在內地領域內的犯罪，就應分別由香港或內地的法院行使相應的管轄權。

即使假定此案已在香港起訴，按照各自法律規定，兩地法院對此案也同時擁有管轄權。在這種情況下，由先獲悉獲悉的司法機構和首先受理案件的法院按照通行的一先處理原則對案件行使管轄權。

保護原則以保護本國家和公民利益為劃分管轄權的標準。中國刑法第八條規定，外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國公民犯罪的，可以適用該法。

儘管兩地間無可法互助協，在發生這類驚天動地的案件時，移送涉案疑犯給對方的實例也並不罕見。在過去三年內，內地已向港方移交了一百二十八名疑犯。只是港府並未採取任何相

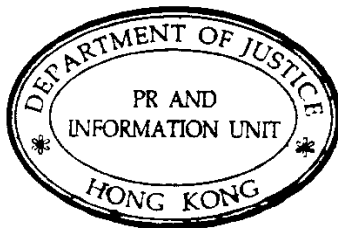
當然，如果兩地已有一個法院行使管轄權更為有當根據協議判斷由哪一個法院行使管轄權更為有

普遍原則則以保護國際社會的共同利益為主張管轄權的標準。其法律基礎不是本國刑法，而是國際公約、條約，針對劫持航空器或劫持人質等國際犯罪。中國刑法第九條規定：「中華人民共和

應手法或做出回饋。在今後的司法互助協議的談判中，這一問題顯然無法迴避。

力的有關係當如何的理論討論。(上)

管轄權重合的情況





來論
 內地居民在港作案
 引起的管轄權重合
 德福花園案涉及的管轄
 權問題更為棘手。內地居
 民來港犯罪並在港被抓獲
 的，當然由香港法院行使管轄
 權。香港法院已經實際處理了不少這類
 案件。

但是，如果內地居民在港作案後
 逃回內地，而後在內地被抓獲的，
 內地法院是否對其有管轄權呢？一
 些報章觀點認為內地法院應不具有
 管轄權，其根據是，基本法第十八
 條規定：「除列於基本法附件三者
 外，全國性法律不在香港實施。中
 國刑法第六條也規定，除法律另有
 規定外，在中華人民共和國領域內
 犯罪的適用中國刑法。該法第七條
 的屬人原則則規定了中國居民在中
 華人民共和國領域外犯罪的管轄
 權。基本法又規定香港是中華人民
 共和國的一部分，故香港不是外國
 國。因而內地居民在香港時也不受
 內地法律根據屬人原則所具有的管
 轄權。

按照這一解釋，就會產生一種極
 特殊的情況，即內地的刑法及其他
 全國實行的法律，都不適用於持內
 地證件來到香港的內地居民。儘管
 內地居民在其他國家時要受到中國
 法律根據屬人原則的管轄，儘管其
 他國家的公民在香港要同時受到香
 港法律和他國法律的雙重管轄，但
 內地居民到了香港就只受香港法
 律的管轄，內地法律對內地居民
 規定的屬人原則在香港顯然失效。
 應當承認，這類問題在此前從未
 被如此突出地提出。中國刑法的規
 定確有模糊之處。但上述解釋並未
 解決這一難題，反而得出了與內地
 刑法管轄權體制有諸多背離的答
 案，其解釋也不免有不少牽強之
 處。在此，且試分析如下：

基本法所言「香港特別行政
 區是中華人民共和國不可分離的部
 分」，是在國家主權意義上的論
 述，而全國性法律除附件三規定者
 外，不在香港特別行政區實施，則
 是相法律管轄權而言。就主權而
 言，香港當然是中國的一部分。但
 就司法管轄權而言，香港則又是一個
 與內地各項制度，包括法律制
 度，相隔離的獨立司法區域，即處
 於內地司法管轄權的區域外。在絕
 大多數情況下，司法管轄權的區域
 與國家領土的概念相重合。但在涉
 及香港、澳門和台灣時，它的涵蓋
 面則小於國家領土的外延。這裏，坦承香
 港處於內地的司法管轄區域外，與在國家
 主權意義上所言香港是中國的一部分，是
 並不矛盾的。事實上，更
 不會有把香港劃歸外國的意思。事實上，
 港人在內地投資或從事經貿活動時，享受
 內地給予外商的優惠待遇，按照外國公民

兩案引起的司法管轄權重合問題及其解決

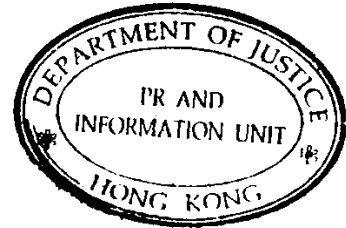
香港城市大學法學院副教授 王晨光

或法人對待，也從一個側面表明了內地法
 律將香港視為其司法管轄區以外區域的含
 意。這種處理，實際上堅持了「一國兩制」
 的原則，賦予香港以高度自治權。
 二、內地刑法中規定的屬人原則為屬地
 原則的補充。它和其他原則與屬地原則共
 通，構成了內地的刑事管轄權體
 制。其目的在於保證內地刑法根據
 其公民的國籍，在其離開內地法律
 的管轄空間時，仍可繼續對他們行
 使管轄權。而上述解釋僅拘泥於條
 文的字義及單一的屬地原則，沒有
 考慮並違背了內地刑法的立法意
 圖，也沒有把管轄權體制作為一個
 整體對待，從而抹殺了本來對屬地
 原則起補充作用的屬人原則的適用
 性和補缺性，在內地原本周全的管
 轄權體制中開出了一個真空地帶。

三、當代通行的法律解釋，無論
 是黃金原則 (golden rule)、弊端原
 則 (mischievous rule)、還是建設性解釋
 論 (constructive interpretation)，都已
 在早期的字義原則 (literal rule) 的
 基礎上更加重視立法意圖、法律規
 定中隱含的原則等因素，在法律解
 釋中的作用。機械地適用字義原則
 解釋，甚至不惜帶來與法律原意的
 衝突，並非所應採取的解釋方法。

四、從實際而言，機械的字義解
 釋會導致一些更為混亂的情況出
 現。例如，如果屬人原則不適用於
 內地在港公民，由於香港不實行社
 會主義公有制度，那麼內地對在港
 國有公司內部的侵佔財產、隱瞞境
 外存款、逃匯等犯罪就無權管轄。
 而香港法律又不認為這些行為是犯
 罪或不予過問。那麼中國公司豈不
 成了侵吞國家資產的洞天福地嗎？
 長遠看，這對內地和香港經濟都不
 會是好事。再如，作為前北京市領
 導之一的鐵英，在訪港時收受賄
 賂，後被內地法院判刑。依正義原
 則解釋，內地法院顯然無權對此案
 進行審理，而香港法院也不會受理
 此案。這種結果恐怕會起到鼓勵犯
 罪的惡果，殊非人們的期望。

無論從法理和實際角度來看，內地
 法院對內地居民在港作案後逃回內
 地的案件具有管轄權是有法律根據
 的。當然，內地的管轄權並沒有否
 定香港法院的管轄權。內地根據屬
 人原則所具有的管轄權也不可能存
 香港區域內直接行使，而只能在有
 關涉案人員回到內地後，由內地司
 法機關在內地領域內行使。因此，
 在沒有兩地司法互助協議的情況
 下，將此類案件作為管轄權重合的
 情況處理是適宜的。如有這種互助
 協議，則應按協議辦理。
 總之，在兩地法域之間出現管轄權
 的重合是一種正常現象。認為尤管轄權
 的重合就是允許對國家主權或一他的高度自
 治權的侵犯的觀點，顯然是一種有意無意
 的誤解。





內地居民在港的身份

此處所指內地居民為沒有香港身份證的臨時來港內地居民。有一種意見認為：中國刑法第七條中的「中國公

民」同時包括內地和香港的居民；他們應當是平等的；既然內地刑法不在港實施，香港居民在港犯罪不受內地刑法管轄，那麼內地居民在港時，也就不受制於內地刑法的屬人原則。

這一點聽起來堂而皇之，但卻混淆了「法律面前的平等」和「法律上的平等」這兩個不同的概念。基本法第二十五條規定的是「香港居民在法律面前一律平等」。它並未包括內地居民，也非指在法律規定的權利上的平等。實際上，內地居民和香港居民在法律上的區別對待是香港法律承認的。比如，自由進出香港的權利、在港居留權、工作權，直至選舉權，內地居民與香港居民當然不同，如果相同，香港的高度自治也就名存實亡了。

上述第七條的規定是在管轄權意義上，對如何對中國公民進行屬人管轄的問題。既然基本法已經規定內地刑法不適用於香港，當然也不存在該法中的條文所言之及的中國公民概念。但，該條包括內地居民的意見則再清楚不過了。不容否認，該條同樣不是在國家主權層面上的規定，而純粹是在刑事管轄權層面上的規定。混淆了這兩種意義和層面上的公民概念的用法，就無法對第七條的規定作出正確理解和解釋。而堅持這種區分恰恰是貫徹了「一國兩制」的精神。故內地刑法的屬人原則仍對在港的內地居民有效。即便是持有內地有效護照或證件（不

論司法管轄權重合問題

基本法只講「香港居民在法律面前一律平等」，並未包括內地居民，事實上，自由進出香港權利、居港權、工作權、選舉權，內地居民在港都得不到基本法的保障，內地居民與香港居民的法律地位是有差異的

香港城市大學法學院副教授 王晨光

包括香港行政特區護照），同時又有香港身份證的內地居民而言，內地刑法中的屬人原則也仍然有效。中資機構中的人員有不少就屬於上述這一類別。需要說明的是，內地刑法的屬人原則並不排除和減弱香港法律對在港內地居民的管轄權，只是他們比香港居民多了一層法律管轄。這種情況並沒有什麼奇怪，其他國家在香港的公民也要受雙重的法律管轄。香港居民到內地或其他國家同樣也要受雙重法律管轄。

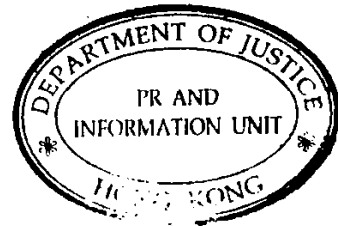
兩地司法互助的必要性

內地和香港作為兩個不同的司法區域，發生兩地管轄權重合現象也並非意外。最近發生的案件不過是使這一問題更為突出，使傳媒和輿論，乃至政府，對這一問題更為關注，這也不失為一件好事。

管轄權重合就需要通過司法互助協議來解決。由於種種原因，現在並沒有一個現成的協議。致使許多更為合理地解決管轄權重合的問題無法得到妥善處理。無庸贅言，當前按照「實際控制」或「先理原則」處理管轄權重合帶有不少弊端，如取證困難、移送只是內地單向移送、受理法院並非是與案件有最密切聯繫的法院，等等。但司法互助是雙向互惠的，具有雙刃劍作用。不可能連成雙方權利義務不對等的協議。如果只想擴張取而不想付出，這一協議將會難產。

在達成互助協議的談判中，有許多難題需要解決。這些難題源於兩地政治制度、經濟制度、觀念、文化，特別是法律制度的不同。這裏僅舉一個例子為證。德福花園案尚未審理，內地公安局就已把「贓款」送交港方。從香港法律角度看，沒有判決哪來什麼「贓款」。從內地公安角度講，這筆錢是從疑犯處查出，按慣例先交付受審人或其家屬。用心不可謂不好。但恰恰與香港的法治原則相抵觸。這種觀念、制度上的差異需要被認識到，然後才會有如何協調的問題。可見，達成一個雙方都滿意並實際可行的協議還需要雙方的艱苦努力。（下完）

（註：該文已發了兩部分，本部分刊題目稍作改動）





「高度自治」要港人自己爭取，否則只是一句空話而已。

「高度自治」不是上帝賦予的

中港政情
汪子顯

特区政府官員始則不...

「大憲章」的...

但是，從香港「高度自治」的原則出發，這個...

【港官辦回歸理事】

但是，從香港「高度自治」的原則出發，這個...

而令人覺得奇怪和難以理解。

這日來，從特首...

至於特首和...

至於特首和...

至於特首和...

【「港人治港」面臨考驗】

從特首及港府官員近日就「港人治港」所作的...

記者在《基本法》起草之初，就有一名內地...

記者在《基本法》起草之初，就有一名內地...

黃繼



... 關於及疑犯其他案。

理並

【一】

所學在內。是門也。文。

民在
以外

法

一九五二年一月一日

1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 26

司計

於另

第十條 在憲法

地以區中亦

《用》、《所》、《所》

在偵
交。二
與內
的內
起港
我們
港特

前，面，安，港，二，兩，在，肉

● 2010 年 10 月 1 日起

44

在香港，他們去

及其
均歷
審理
事人

長崎

打壓

解題
中亦
詳，
附)

進行・國訊如

二局出
二局會
預在

1997, 1998, 1999, 2000, 2001, 2002, 2003, 2004, 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, 2011, 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017, 2018, 2019, 2020, 2021, 2022, 2023, 2024, 2025, 2026, 2027, 2028, 2029, 2030, 2031, 2032, 2033, 2034, 2035, 2036, 2037, 2038, 2039, 2040, 2041, 2042, 2043, 2044, 2045, 2046, 2047, 2048, 2049, 2050, 2051, 2052, 2053, 2054, 2055, 2056, 2057, 2058, 2059, 2060, 2061, 2062, 2063, 2064, 2065, 2066, 2067, 2068, 2069, 2070, 2071, 2072, 2073, 2074, 2075, 2076, 2077, 2078, 2079, 2080, 2081, 2082, 2083, 2084, 2085, 2086, 2087, 2088, 2089, 2090, 2091, 2092, 2093, 2094, 2095, 2096, 2097, 2098, 2099, 2100, 2101, 2102, 2103, 2104, 2105, 2106, 2107, 2108, 2109, 2110, 2111, 2112, 2113, 2114, 2115, 2116, 2117, 2118, 2119, 2120, 2121, 2122, 2123, 2124, 2125, 2126, 2127, 2128, 2129, 2130, 2131, 2132, 2133, 2134, 2135, 2136, 2137, 2138, 2139, 2140, 2141, 2142, 2143, 2144, 2145, 2146, 2147, 2148, 2149, 2150, 2151, 2152, 2153, 2154, 2155, 2156, 2157, 2158, 2159, 2160, 2161, 2162, 2163, 2164, 2165, 2166, 2167, 2168, 2169, 2170, 2171, 2172, 2173, 2174, 2175, 2176, 2177, 2178, 2179, 2180, 2181, 2182, 2183, 2184, 2185, 2186, 2187, 2188, 2189, 2190, 2191, 2192, 2193, 2194, 2195, 2196, 2197, 2198, 2199, 2200, 2201, 2202, 2203, 2204, 2205, 2206, 2207, 2208, 2209, 2210, 2211, 2212, 2213, 2214, 2215, 2216, 2217, 2218, 2219, 2220, 2221, 2222, 2223, 2224, 2225, 2226, 2227, 2228, 2229, 2230, 2231, 2232, 2233, 2234, 2235, 2236, 2237, 2238, 2239, 2240, 2241, 2242, 2243, 2244, 2245, 2246, 2247, 2248, 2249, 2250, 2251, 2252, 2253, 2254, 2255, 2256, 2257, 2258, 2259, 2260, 2261, 2262, 2263, 2264, 2265, 2266, 2267, 2268, 2269, 2270, 2271, 2272, 2273, 2274, 2275, 2276, 2277, 2278, 2279, 2280, 2281, 2282, 2283, 2284, 2285, 2286, 2287, 2288, 2289, 2290, 2291, 2292, 2293, 2294, 2295, 2296, 2297, 2298, 2299, 2300, 2301, 2302, 2303, 2304, 2305, 2306, 2307, 2308, 2309, 2310, 2311, 2312, 2313, 2314, 2315, 2316, 2317, 2318, 2319, 2320, 2321, 2322, 2323, 2324, 2325, 2326, 2327, 2328, 2329, 2330, 2331, 2332, 2333, 2334, 2335, 2336, 2337, 2338, 2339, 2340, 2341, 2342, 2343, 2344, 2345, 2346, 2347, 2348, 2349, 2350, 2351, 2352, 2353, 2354, 2355, 2356, 2357, 2358, 2359, 2360, 2361, 2362, 2363, 2364, 2365, 2366, 2367, 2368, 2369, 2370, 2371, 2372, 2373, 2374, 2375, 2376, 2377, 2378, 2379, 2380, 2381, 2382, 2383, 2384, 2385, 2386, 2387, 2388, 2389, 2390, 2391, 2392, 2393, 2394, 2395, 2396, 2397, 2398, 2399, 2400, 2401, 2402, 2403, 2404, 2405, 2406, 2407, 2408, 2409, 2410, 2411, 2412, 2413, 2414, 2415, 2416, 2417, 2418, 2419, 2420, 2421, 2422, 2423, 2424, 2425, 2426, 2427, 2428, 2429, 2430, 2431, 2432, 2433, 2434, 2435, 2436, 2437, 2438, 2439, 2440, 2441, 2442, 2443, 2444, 2445, 2446, 2447, 2448, 2449, 2450, 2451, 2452, 2453, 2454, 2455, 2456, 2457, 2458, 2459, 2460, 2461, 2462, 2463, 2464, 2465, 2466, 2467, 2468, 2469, 2470, 2471, 2472, 2473, 2474, 2475, 2476, 2477, 2478, 2479, 2480, 2481, 2482, 2483, 2484, 2485, 2486, 2487, 2488, 2489, 2490, 2491, 2492, 2493, 2494, 2495, 2496, 2497, 2498, 2499, 2500, 2501, 2502, 2503, 2504, 2505, 2506, 2507, 2508, 2509, 2510, 2511, 2512, 2513, 2514, 2515, 2516, 2517, 2518, 2519, 2520, 2521, 2522, 2523, 2524, 2525, 2526, 2527, 2528, 2529, 2530, 2531, 2532, 2533, 2534, 2535, 2536, 2537, 2538, 2539, 2540, 2541, 2542, 2543, 2544, 2545, 2546, 2547, 2548, 2549, 2550, 2551, 2552, 2553, 2554, 2555, 2556, 2557, 2558, 2559, 2560, 2561, 2562, 2563, 2564, 2565, 2566, 2567, 2568, 2569, 2570, 2571, 2572, 2573, 2574, 2575, 2576, 2577, 2578, 2579, 2580, 2581, 2582, 2583, 2584, 2585, 2586, 2587, 2588, 2589, 2590, 2591, 2592, 2593, 2594, 2595, 2596, 2597, 2598, 2599, 2600, 2601, 2602, 2603, 2604, 2605, 2606, 2607, 2608, 2609, 2610, 2611, 2612, 2613, 2614, 2615, 2616, 2617, 2618, 2619, 2620, 2621, 2622, 2623, 2624, 2625, 2626, 2627, 2628, 2629, 2630, 2631, 2632, 2633, 2634, 2635, 2636, 2637, 2638, 2639, 2640, 2641, 2642, 2643, 2644, 2645, 2646, 2647, 2648, 2649, 2650, 2651, 2652, 2653, 2654, 2655, 2656, 2657, 2658, 2659, 2660, 2661, 2662, 2663, 2664, 2665, 2666, 2667, 2668, 2669, 2670, 2671, 2672, 2673, 2674, 2675, 2676, 2677, 2678, 26

香港「高度自治」體現在哪裏



張子強及李育輝案喚起人們對香港「高度自治」的關注

中港政情

兒先生上星期六在本報撰文，題
應筆者於本月九日在本報撰文
「高度自治」不是上帝賦予

汪子

的。中提出的若干質疑，就政府處理強姦強盜及非法綁架案的法庭依據作用，詳細論述及指責，可以說是迄今以來，政府

【「高度自治」問題已引起討論】

筆者自張子強在廣州開會以來所發表的論說評論，完全是根據自己對「基本法」的思考理解和切身感受，不少朋友的疑慮而提出質疑，雖然張對特別行政區或政府官員的職責；同時也著有一「機密引」之心，希望引起社會各方，特別是法律界對在「一國兩制」下如何協助香港「高度自治」問題的關注。如今在「一國兩制」問題上有許多歧誤，單方的顧慮已遠，法律問題是必須有學者去探討為好。

不過，既然黃議員以文乃以筆而起，在在說

【刑法】管轄範圍未弄清

第一，由於「大高素」與子強犯罪集團涉連

和香港也有犯罪行為，而二十世紀在內地被捕的內地的法院有司法管轄權先行去審訊，這在法理理解的。但是目前廣州法院對華人的審判在實際上的法院所犯，而是伸延至審判在審判上，宣稱法律要案（法院一審判至三審所犯罪便判徒刑），這構不成國內地法院的司法管轄權（一犯者我們不去干預內地的審判程序，但內地的了界，我們怎麼管？）

第二，黃興賢在文中指出，「妻子強姦是自殺」

港，並擬合法律途徑返回內地，當離境時，由方木送返可對她進行起訴附檢，故沒有送回他地內地而留後，由於內地已就其任內地所辦犯罪查和司法程序，因而要求內地將該女子遣返查不滿意。

但該女子了解，實際上海港警方在案發中，並非因為內地一供供滿當協助一般簡單，從人際關係及至承認參與當案等案，關聯全在香港之中，只不滿苦於香港的受罰人不自報案。

防衛戰而往來。國軍兵船，則由香港開往。筆者對政府有關處理李強家和李育輝案的立場有了一些進一步的了解，也明白政府官員的疑慮，是既看香港警方已公開到港人士的行踪及新聞報導，特設防務局有關當局由始至終有否考慮過在內地設張家展開司法程序之前，要求防務人員移送該地接受審判呢？

第三、關於李鴻章案，黃河川所得，係被中國（新法）第七條的「屬人管轄權」原則，因而內地有關機關有權對在港犯案的李鴻章進行偵查及起訴，因為他是內地居民，且又在內地被捕。

內地法院可根據「刑法」第六條的「屬地管轄權」原則進行審訊；而如累內人涉嫌在香港犯罪，內地法院又「可根據」（刑法）第七條的「屬人管轄權」原則進行審訊。

立的話：《刑法》豈不是變相延伸到香港來？香港的司法官結構的範圍還剩下多少？香港的「高度自治」又能夠在甚麼呢？

此外，黃真士認為《刑法》是規管犯罪行為的立法，目的是防止犯罪、打擊犯罪，因此不能單從《憲法》和《行政法》的角度去解釋，忽略了其本身的實質目的和立法原意，因而造成不合理的結果。筆者不知道黃真士原下的目的，是否指只要能夠達到「防止犯罪、打擊犯罪」之目的，我們就不必要去計較其法律程序，是否符合憲法？

合理，香港的司法管轄權和「高度自治」就明須去維護和爭取。

以上是筆者閱讀黃再日大文後的幾點疑惑和疑慮。由於筆者並非法律專家，或許在理解上仍存有偏差，甚望黃再日先生見原宥恕，內此致謝。

筆者始於認為，內地與香港兩制不同的法律體系如何「一國兩制」和協調，又非獨立，互不干涉，是實踐「一國兩制」方針的一大新課題。始知和需要香港和內地法律界精英共同去探討，找出最佳的解決方法。

港的《刑法》¹ 接受任何法律條數的話，這是絕對違反法律政策及原則的，法律也因此而變得渾然無主。²

【符合國際法有關原則】



黃繼兒 至於內地
居民涉嫌在香港
《刑法》第七條的「屬

1

「人管轄權」原則遂行賄賂的概念，對香港來說也不陌生；例如（防止賄賂條例）（香港條例第二〇一章）第四（二）條規定，任何公職人員，不論在香港或其他地方，無合法權限或台辦理，索取或接受任何利益，作為該公職人員作出該條例所訂明為「受賄」的行為，即屬違法。這正是香港法例採用「屬人管轄權」原則的例子之一。這種對跨境罪行實施「屬人管轄權」的概念也屬常見，主要視乎該地有沒有制定有關的法律。

英國法律解釋方面的權威Gardner在《法律解釋》(Shanruy Interpretation)(一九九七年版)一書第二九〇頁中指出，如果某國家的法律，容許其公民在他國犯罪，然後逃回自己國家，而不責

是特區與內地市民樂意見到的，也是中央政府與特區政府積極實施的政策。

【作者為律政司署理律政專員】

香港大學法律學院教授 Roda Munshet 在她的近著：One Country, Two International Legal Personalities: The Case of Hong Kong (一九九七年，香港大學出版社，頁七十七至八十二) 提出數個有關香港和外國的引渡罪犯問題，頗值得參考。

的引渡法案也不承認死刑不會加諸在嫌疑犯身上，否則引渡要求會遭到拒絕。

根據《中英聯合聲明》和《基本法》，香港特區政府可以獨立簽署引渡條約。但問題是不少國家會在引渡條約中註明被引渡回香港審訊的嫌疑犯，不可以移交中國境內其他地方審訊。原因

【內地〈刑法〉不引伸到香港】

在一九九七年六月三十日足夠起訴期限
(即主權移交前)香港的罪犯 香港犯案。
引渡法是根據英國一九八九年 香港的注
頒布的引渡法案。在該法案下 引渡，如果引

法律不會對嫌疑犯
引渡要求是基於政
罪項是可判死刑。海外國家對中
國式的刑事審訊存着高度的懷疑
，中港引渡問題出自兩方面：

罪，內地法院可根據《刑法》第六條的「屬地管轄權」原則進行審訊；但如果內地居民涉嫌在香港犯罪，內地法院可根據《刑法》第七

，是以犯人的國籍爲引渡的基礎。至於不少犯

評香港的罪

非犯引渡問題

以上觀點表示懷疑，認為這論點若成立的話，即等於《刑法》要相伸延到香港來。據筆者理解，從《基本法》出發，《刑法》第七條

罪行爲涉及
跨國罪行，
只要要求引
渡人，以三

梁福麟
標準是採取英國留下的
一套，跟中
國移交前的一
套，有明顯的
分別。

因此，中國《刑法》對內地居民在法域外的「人智輪船」原則，並不適用於香港居民。爲依法進行規範，根本不存在《刑法》要延及其他法域或內地侵犯香港「司法管轄權」。

夠確定它的審訊權力是基於罪犯的圖樣便足夠。

在二九九七年香港法院已一區展限的時候

「這是一項『政治性』的決定，是任何罪狀行兇」

二、倘若香港和中國移交後，犯下的罪行或外國駐港官員的引渡案件，是否仍屬香港範圍？

和「高度自治」等問題。

香港居民涉嫌在內地犯罪，內地法院可根據（刑法）第六條的「屬地管轄權」原則進行追緝，這是無可置疑的，事實上，在處理香港

放棄了採用比較嚴厲的一雙重
犯罪」標準(Double Criminality
Test)而採取寬鬆的「行爲標
準」(Conduct Standard)行爲標
種族、宗教、

如果嫌疑犯若在要
的處境犯下罪案，
情況出現，他應被
關的天牢，則是否
應否容許三權分

院的管轄權問題上，香港一向也採取「屬地管轄權」這項原則。一般來說，除某些個別法例的條文就某些跨境罪案有所規定外，香

地成
香港
在名
列的
行爲
可引
致一
條約
，除
不

「作者爲南加州大學法學教授」

他國家簽署
引渡條約的

梁福麟 英國留下的 一五、號內 有明顯的分

七、香港法院已「雙重」的權力，是基於其政治目的有關連。

被審訊或懲罰一項「政治性」的罪行。什麼是政治性罪行？一值廣度的定義是任何履行與政治目的有關連。

二、倘若香港和中國移交後，犯約區區或外國駐港的引渡條約，是否被引進到香港客制

[illegible]

【作者為南加州大學法學教授】

李紹淵

[illegible]

律，以宣明地方法院所應有的立場。現在差不多已經廢除了，大律師公會在去年十月三日所發的立場書爲此作了一通辯護。地方法院的安全沒有得保障，其法律地位也隨着被動。去年已判例，一些被廢的法院就其本來應有的法律地位作一解釋。並表示其「……近期刊到律師公會刊出的立場書，是極其的清楚及堅固」。內地地方法院或至部分人士之接受會，因爲對劉氏等「不公平」，「……未能說本地司法機關『不嚴』」於內地司法機關的「……」

張氏的代價，雖然出過重價，不無遺憾。但部分水法洗滌非外人買，總不免令人眼紅。在華北，日本水法洗滌力迫水人買，又能無端提出出賣水法洗滌，法律當然可以尋常尋常的情況，然則究竟該怎樣去要求內地起一審犯犯刑（也）的人？

【證據的質量是首要考慮】

本港的刑務局對地方官的調查，特別是受審人向警方所作的供詞，供詞是出於一己，以及控方所提的證據，「無意圖」本港的審判，要求受審人提供證據。相反，該地警方對受審人的供詞，往往去要求內地起一審犯犯刑（也）的人？

②「一國兩制」與香港同胞內地人的相互適應。國際法中的「主權」指「排斥他國干涉」，「管轄權」指「國權所及」的「空間」。所謂「國權」，是國家必須在管轄範圍，才有司法公權，行使「管轄權」。所謂「管轄權」，是國家必須在管轄範圍，才有司法公權，行使「管轄權」。所謂「管轄權」，是國家必須在管轄範圍，才有司法公權，行使「管轄權」。

②「一國兩制」與香港同胞內地人的相互適應。國際法中的「主權」指「排斥他國干涉」，「管轄權」指「國權所及」的「空間」。所謂「國權」，是國家必須在管轄範圍，才有司法公權，行使「管轄權」。所謂「管轄權」，是國家必須在管轄範圍，才有司法公權，行使「管轄權」。所謂「管轄權」，是國家必須在管轄範圍，才有司法公權，行使「管轄權」。

也有立法會議員要求政府「著內地法院澄清」，在「案中」是否只要應照在內地的行動」，根據「中華人民共和國憲法」，內地法院審判活動的合法性只有人民檢察院才有監督權。在要求舉行去賓內地法院「澄清」它的可

也有立法會議員要求政府「著內地法院澄清」，在「案中」是否只要應照在內地的行動」，根據「中華人民共和國憲法」，內地法院審判活動的合法性只有人民檢察院才有監督權。在要求舉行去賓內地法院「澄清」它的可

我們的法律及司法制度確有優越之處，能夠推升，停斷，但「自領」一旦變質成為自白、排他的職，客觀上就似會因為認為制度「落後」，而將之廢止，這就肯定了內地人天然會受到該制度保障的神聖權利，否定「制度」實質上變成一種潛在的，對內地「人」的歧視。這種心態，才是使「一國兩制」的註腳寫：內地也有權有責的，既然而「一國」，霸佔的香港人為什麼以得到那樣的權利為「獨佔情況」出現，即使內地同樣負責，則假且一

我們的法律及司法制度確有優越之處，能夠推升，停斷，但「自領」一旦變質成為自白、排他的職，客觀上就似會因為認為制度「落後」，而將之廢止，這就肯定了內地人天然會受到該制度保障的神聖權利，否定「制度」實質上變成一種潛在的，對內地「人」的歧視。這種心態，才是使「一國兩制」的註腳寫：內地也有權有責的，既然而「一國」，霸佔的香港人為什麼以得到那樣的權利為「獨佔情況」出現，即使內地同樣負責，則假且一

[illegible][illegible]

李育輝案兩地皆有權管轄

★顧敏康 林來梵 朱國斌 城市大學法學院

張子強案之後，德福花園命案再度引起港人的關注和討論，圍繞一國兩制、高度自治與中國刑法的適用問題。

我們認為，香港對德福花園命案擁有管轄權，理由很簡單：犯罪的行為和結果均在本港發生，從取證和證明的角度看，由香港特區法院來審理此案也更為合理，這是毋庸置疑的。

屬地與屬人原則皆適用

其次，我們不能由此推斷：二區內發生之犯罪案件無管轄權，更不能說任何人在香港犯罪均應由香港行使管轄權，否則就有悖於一國兩制。因為，中國刑法在効力範圍上確立的是一種以屬地主義為主、以屬人主義為輔的適用原則，僅從屬地主義原則看，德福花園命案可不屬於內地管轄，但根據屬人主義的原則，內地法院對此

案則有管轄權。

中國刑法的屬人主義原則體現在第七條第一款，其中規定：「中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法。」

刑法第七條眾說紛紜

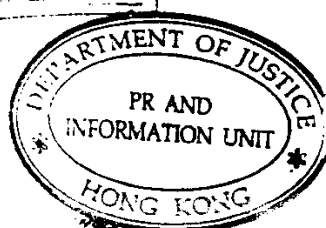
問題在於，上述刑法第七條中的中國「公民」是否包括香港居民，而中國「領域外」又是否包括香港特區，有這兩點，在前近的討論和爭議中，眾說紛紜，莫衷一是。我們認為，此處的中國「公民」一語應是依據屬人主義原則中國刑法所能發生効力的主體對象，而中國「領域外」則指依據屬地主義原則中國刑法所不能發生効力的空間。根據一國兩制的原則以及香港基本法附件三的规定，中國刑法不適用於香港特區，所以上述的「領域外」當然包括香港特區，而上述的「公民」則不包括

排，德福花園命案的嫌疑人為中國內地公民，犯罪行為和結果均在香港發生，故根據中國刑法的上述規定，內地法院對此案也擁有管轄權。

不能籠統談一國兩制

綜上所述，在德福花園命案上，香港似乎可以依據一國兩制原則的精神主張管轄權，也恰恰同樣依據一國兩制原則，香港被視為中國的「領域外」，從而不能排除內地法院依據刑法第七條行使對此案的管轄權。由此可見，我們三具體的司法問題上，不能一味籠統地談一國兩制，把它當作可以維護香港高度自治的咒語。而在確定香港和內地都有管轄權的前提下，我們認為本案的關鍵是通過中港雙方的司法合作來實現對嫌疑人的移交，從而解決對此案的公正、合理的管轄權歸屬問題。關於這一點，有識之士已有論述，在此不贅。

香港居民，這些均屬於法律上的「屬地」(territoriality)，是一國兩制原則在司法操作上的特殊安排。



28610720

28685212

溫紅石·吉林大學法學院講師、香港大學研究

中港兩地刑事管轄權的衝突

就張子強案與戴賢聰、劉南平兩先生商榷

張子強案暴露了內地法院對管轄權問題的無知，同時也暴露了內地與香港相互對方的法律體系的一些誤解。不過，這同時也是一個增進相互了解的機會。這一案件所涉及到的問題，對於內地和香港今後解決刑事司法管轄權的衝突都是十分重要的。如何解決這些問題是兩地法律界人士都應當認真研究和思考的。

一段時間以來，張子強案成為香港公眾和傳媒關注的焦點之一。張子強案引發的最主要的問題是，內地法院與香港法院刑事管轄權的衝突。本文將討論中國法律中規定的刑事管轄。張子強案還使一些以往不被人們注意的內地與香港法律的不同凸顯出來。這些不同有實體法上的，有訴訟制度上的，也有法律觀念上的。理解這些不同對於兩地解決司法互助的問題，以及對兩地其他方面的交往都有重大意義。

舉例來說，內地很多人，包括一些領導人，對於內地法院審理張案會在香港掀起如此軒然大波感到不解。這反映出雙方缺乏對於對方的法律觀念的深入了解。本文就此，將對張子強案所反映出的內地和香港法律的不同提出自己的看法。此外，本文還將對《信報》1998年11月12日上的〈大富豪案引起的思考〉一文的一些觀點加以評論。兩位作者戴賢聰、劉南平先生都是法律界人士，文章的观点也有一定的代表性。但是筆者發現自己不能同意他們文章中的主要觀點。

據香港報紙報道，張子強一案判決書中，對於張案主張內地法院司法管轄權的依據是《中華人民共和國刑事訴訟法》第二十

四條：廣州市中級人民法院院長李果在張案宣判後的記者招待會上，也指出根據《中華人民共和國刑事訴訟法》第二十四條，內地審判張案是有完全依據的。在此之後，香港媒體普遍把刑事訴訟法第二十四條作為內地法院審理此案的依據。《明報》社論據此嘲笑香港政府無知，因為此前港府談內地法院對此案的管轄權時，並未提及這一條。其實，這些報紙弄錯了；並且，如果這些報紙報道準確的話，廣州市中級人民法院也弄錯了。因為確定內地法院管轄權的依據，只能是《中華人民共和國刑法》第六條的屬地管轄的規定，而不是《刑事訴訟法》中的規定。

內地刑事管轄權的依據

前國際法院法官倪征嶠先生指出「司法管轄一詞，在國內法的意義上，是據以確定某個或某類案件應由國內哪個或哪類法院受理的標準；而在國際法的意義上，則意味著一個受理某些具有涉外因素的案件的法律依據。」（倪征嶠：《國際法中的司法管轄問題》，世界知識出版社，1985年9月）。中國《刑法》的規定是對外主張管轄權的，具有

國際法上的意義；而刑事訴訟法的規定是規範某個案件應由國內哪個法院來審理的，不具有國際法上的意義。

舉例來說，一個外國人在中國犯罪，中國對其行使管轄權的依據是刑法第六條屬地管轄的規定，這涉及中國的主權問題；在這一點確定後，這個案件應由中國哪個地方的哪一級法院來審理，就要看刑事訴訟法的規定了。《刑法》第六條，使用了「中華人民共和國」、「領域」等字眼，顯示出這些規定是對外的。據刑事訴訟法第二十四條的規定是：「刑事案件由犯罪地的人民法院管轄。如果由被告人居住地的人民法院審判更為適宜的，可以由被告人居住地的人民法院管轄。」這一條使用的「人民法院」的字眼，表明這一條的規定僅僅針對內地的法院。刑法不適用於香港特別行政區，卻適用於在內地犯罪的香港人。刑事訴訟法也不適用於香港特別行政區。並且，其第二十四條是針對法院而不是針對當事人的。如果用這一條來主張內地法院對在內地犯罪的港人的管轄權，那就意味著這一條的規定對香港法院有拘束力，香港的法院也成了「人民法院」。不用說，這是廣州市中級人民法院未曾想到的。

有的人或許會有這樣的憂問，將刑法第六條這樣有國際意義的規定適用於香港人，會不會使香港看起來像一個獨立國家。其實這種擔心是不必要的，因為刑法第六條也適用於內地人。

根據國家行使管轄權的依據，可以將管轄權分為四類，即：

屬地管轄、屬人管轄、保護性管轄和普遍刑管轄。中國刑法採用屬地原則為基礎並兼採屬人原則、保護原則和普遍性管轄原則。屬地原則是國家對其領土上人的管轄，中國刑法第六條的規定體現了這個原則。屬人管轄是依據國籍的管轄，即國家對一切具有本國國籍的人實行管轄，包括那些在外國旅遊和居住的人。

刑法對於管轄權的規定

刑法第七條的規定體現了這一原則：「中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法，但是按本法規定的最高刑罰是三年以下有期徒刑的，可以不予追究。」保護性管轄是國家對其領土外的外國人的管轄。很多國家都有這樣的規定，對一個外國人在國外實施的針對這個國家或其國民的犯罪有管轄權。刑法第八條規定：「外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國國家或者公民犯罪，而按本法規定的最低刑罰為三年以上有期徒刑的，可以適用本法，但是按照犯罪地法律不受處罰的除外。」普遍性管轄是指一些犯罪行為危及了全人類的利益，因而被認為與世界上所有國家都是有關係的，所以，依據一些國際公約，無論犯罪人是何國籍、在哪裏犯罪，只要他在一個國家出現，該國就有管轄權。這些犯罪有戰爭罪、販毒罪等等。刑法第九條規定：「對於中華人民共和國締結或者參加的國際條約所規定的罪行，中華人民共和國在所承擔條約義務的範圍內

行使刑事管轄權的，適用本法。」

張子強案，主要被告犯有數罪，有的在香港犯，有的在內地犯，根據屬地管轄原則，兩地法院都有管轄權，這就形成了內地法院和香港法院管轄權的衝突。這種衝突在國際上多以刑事司法互助條約來解決。戴賢聰、劉兩平先生又中也提到《基本法》第九十五條為內地與香港之間簽署司法互助條約提供了依據。現在的問題是，在內地與香港尚沒有這種協議的情況下，內地法院審理此案是否合適？就是在這個問題上，筆者不能同意戴賢聰、劉兩平兩位先生的觀點。

內地審理此案是否適當

戴賢聰、劉兩平兩先生認為，中國司法機關應該主動將這一案移交香港法院審理。戴、劉兩先生參考了中國《刑事訴訟法》中規定的當事人所在地原則和訴訟與法院所在地實際聯繫原則，認為張子強案主要罪犯是香港人，並且大部分的犯罪構成要件發生在香港境內，所以應由香港法院來審理。筆者認為，戴、劉兩先生的這番議論，混淆了應然的法和實然的法。他們同意內地法院對此案也有管轄權，這是一個管轄權衝突的問題；然後提出了一個沒有法律拘束力的、自己認為是較好的解決辦法；然後指責內地法院沒有按照這個辦法去做。另外的一個問題是，戴、劉兩先生參考了《民事訴訟法》的規定，卻沒有參考《刑事訴訟法》，參考內地法院關於管轄權的規

定，來尋求解決內地與香港司法管轄權衝突的辦法，本身沒有什麼問題。一國對國內或區內管轄權的規定，往往反映出該國對解決國際或區際法律衝突的態度。但是，就此案來說，想到民事訴訟法也應該想到刑事訴訟法的規定，因為張子強案畢竟是一個刑事事件。刑事訴訟法第二十五條規定，「幾個同級人民法院都有管轄權的案件，由最初受理的人民法院審判。在必要的時候可以移送至主要犯罪地人民法院審判」。前一句的規定是硬性的，後一句的規定是柔性的，從使用的「在必要的時候」、「可以」等字眼中可以看出這一點。

歐、劉兩先生在文章的結尾這樣寫道：有關大富豪案的管轄權爭議，已經使香港學界及輿論界認真到兩地司法協助安排的迫切性。但我們在想，通過審理張案，內地司法機關開始意識到其具有社會主義特色的司法制度可以不局限於內地這個舞台，一有機會就可能對香港的資本主義司法制度起到「有力的支持和配合」。這恐怕是香港《基本法》制定時所始料不及吧？總而言之，要想達到一個兩地司法協助的安排，現在恐怕是比以前更敏感、更困難！

筆者認為這樣的論調，有失公允。內地法院對有管轄權的案件行使審判權，無論如何也談不上是干預香港的司法。

歐、劉兩先生在文章中批判了香港政府關於沒有能力審理張案是由於證據不足的說法，並認為中國檢察機關應將證據移交香港供檢控之用。這就忽視了另外

一個問題，那就是兩種刑事訴訟對證據的要求並不相同。在內地法院是合法的證據拿到香港法院系統未必合法。中國刑事訴訟法第九十三條規定，犯罪嫌疑人的偵查人員的提問應當如實回答。但與本案無關的問題，有拒絕回答的權利。

不同的刑事訴訟制度

中國現行的刑事訴訟法，雖然禁止以刑訊逼供等違法手段搜集證據，但並未明確規定以非法手段搜集的證據可否被法院採納來證明被告的罪行。其實，只要法院能證實證據真實可靠，法院是不會因搜集證據的手段不合法而拒絕採用該證據，使被告人逃脫制裁的。而在香港的刑事訴訟中，被告有沉默權，有拒絕認罪的權利（Right against self-incrimination）。在R V Lam Chi-ming ([1991] 2 HKLR 191)一案的判詞中，英國福密院法律委員會Griffiths勳爵明確指出，用不正當手段取得的被告的供述，不能作為定案的依據，無論這種供述是否真實。

這種對於證據的不同要求，部分根源於兩種法律體系所持的正義觀念的不同。香港的普通法體系重程序正義，這種正義觀強調程序的正確，而不計某個具體案件的結果。在前引R V Lam Chi-ming一案中，儘管可以毫無疑問地肯定被告就是罪犯，但由於警方獲得被告供述的手段不合法，就不能以之來確定被告有罪，最終被告被判無罪釋放。在一位內地法官看來，這樣的做法無

異於縱容犯罪。內地的法律體系更強調實質正義，更看重每個案件的審判結果是否公正。最近，內地警方將德福花園五屍案被搶劫的贖款移交香港警方。一些香港人士批評內地未開庭審理之前就做出此舉不適當，對內地的法律體系感到失望。很多內地人會對此感到困惑，不解何以友善的舉動會招致批評。這件事也反映出了兩種正義觀的區別。

張子強案暴露了內地法院對管轄權問題的無知，同時也暴露了內地與香港相互對對方的法律體系的一些誤解。不過，這同時也是一個增進相互了解的機會。這一案件所涉及的一些問題，對於內地和香港今後解決刑事司法管轄權的衝突都是十分重要的。如何解決這些問題是兩地法律界人士都應當認真研究和思考的。例如，跨兩地的犯罪集團案件的司法管轄權問題。除根據普通管轄原則行使管轄權的國際犯罪外，原則上，內地與香港都無權審理對方人員不是在己方領域內犯下的不針對己方政府和人員的犯罪。但是，如果嚴格按照屬地原則將一個犯罪集團的人員分為兩部分，一部分由內地法院審理，一部分由香港法院來審理的話，就會產生一些問題。首先，這必然破壞整個案件的完整性，給檢控和審理工作帶來不便。其次，由於兩地法律不同，這樣的做法有時可能會產生這樣的結果：同一案件的案犯有可能從犯在內地被處以重刑或極刑；而主犯在香港被處以較輕的刑罰或者被判無罪釋放。