

Applicability of Mainland Criminal Law in Hong Kong SAR

(Submissions to the LegCo Panel on Administration of Justice
and Legal Services)

The issue of the applicability of the Mainland Criminal Law (hereinafter MCL)¹ in the Hong Kong SAR has become an issue of considerable public interest recently. Amongst the several issues arising from the debate, the most contentious and, from an academic's viewpoint, intriguing one is whether the MCL applies to crimes committed in Hong Kong by mainland residents. To use legal terms, the issue is whether, under the existing law of the PRC², the central government has prescriptive jurisdiction in matters of criminal law over PRC nationals domiciled on the mainland whilst they are in Hong Kong SAR. A preliminary issue that is of considerable import here is that the issue is entirely one of the domestic law of the PRC, as opposed to one of international law, inasmuch as there can be no dispute that international law recognises a state's, criminal jurisdiction over its own territory³. Following the 1997 handover, Hong Kong SAR, having been included in the PRC territory, is doubtless under the criminal jurisdiction of the PRC. The issue under discussion must, therefore, be determined according to the PRC domestic law. But it is also apparent that comparable rules of international law may be examined and sometimes even relied upon

¹ Criminal Law of the People's Republic of China, first adopted on 1 July 1979, amended on 14 March 1997 and effective as of 1 October 1997.

² In this paper, "PRC" refers to the whole territory of China (including Hong Kong), whilst "Mainland" refers to the territory of PRC excluding Hong Kong.

³ A state's territorial jurisdiction may be subject to such exceptions as are specified by treaties or rules of international law on state, diplomatic and international immunities. S??? *Oppenheim's International Law*, Jennings &

Watts eds., 9th ed., vol. 1, 1992, pp. 460-461.

wherever difficulties arise in the interpretation and application of the relevant PRC domestic law.

The Government's Position

The applicability of mainland laws in the SAR is governed by Art. 18(2) of the Hong Kong SAR Basic Law, which provides, in part, "[n]ational laws shall not be applied in the Hong Kong Special Administrative Region except for those listed in Annex III to this Law." The MCL is not listed in Annex III. The plain text of the Basic Law therefore seems to preclude in toto the applicability of MCL in Hong Kong, and no distinction is made in this regard as to whether the subject concerned is domiciled in the mainland or in Hong Kong. Meanwhile, it seems permissible under the Basic Law that, so long as the conditions and procedures of Art. 18(3) are complied with, the Standing Committee of the National People's Congress may add a national law to Annex III with the stipulation that the law applies in Hong Kong to a specified group of persons (such as mainland residents) only. This has never been done, and certainly not done in regard to the MCL.

The SAR Government is now suggesting that, in regard to the MCL, an exception should be read into Basic Law, Art. 18(2), to the effect that the MCL applies to mainland residents in Hong Kong. The proposition is based on Art. 7(1) of MCL which provides,

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。

[This Law applies where PRC citizens commit the crimes specified in this Law
outside the territory of the PRC, provided

that where this Law prescribes a maximum punishment of fixed- term imprisonment of not more than three years, responsibility may be exempted.] ⁴

In a paper entitled "Interpretation of 'Citizen' and 'Territory' in Art. 7 of the Chinese Criminal Code" by the Department of Justice (hereinafter, "Government Paper"), the Government sets out its arguments as follows:

- 1) "PRC citizens" as referred to in MCL, Art. 7(1), should be interpreted to mean "mainland residents";
- 2) "[T]erritory" as referred to in MCL, Art. 7(1), should be interpreted to mean "jurisdictional territory", i.e., a geographical area in which the MCL is applicable;
- 3) The above propositions are supported by a purposive interpretation of the provisions concerned;
- 4) Proposition (2) is supported by considering the legislative intent of Art. 7(1) which is to give effect to the nationality principle of criminal jurisdiction;
- 5) The Government's interpretation is also dictated by the principles of "one country, two systems" and "high degree of autonomy".
- 6) A contrary interpretation will lead to criminals escaping justice;
- 7) The Government's interpretation is supported by mainland legal commentators.

It should be pointed out at the outset that the above proposition (1) is immaterial to the present issue. In regard to the present issue, no one disputes that mainland residents are "PRC citizens". Whether Hong Kong

⁴ Translations of mainland laws as used in this paper are all provided by this author.

residents should, for the purpose of MCL, Art. 7(1), also be considered as "PRC citizens" would only be relevant were one to consider whether an SAR resident is subject to the MCL when he ⁵ is outside the PRC territory. That is a separate question and goes beyond the purview of this paper. I will therefore reserve my comments on Proposition (1).

For the sake of convenience, the Government's position on the present matter will be referred to hereinafter as the "Government Interpretation", whereas the opposite position which I propose will be referred to as the "Literal Interpretation".

Plain Meaning of the Term "Territory"

It is the common sense of every legal practitioner that no proper interpretation of a legal instrument may be carried out in total disregard of the plain and literal meaning of the terms used, although admittedly such meaning is not in every case conclusive. I will here start by examining the plain and literal meaning of the critical term in Article 7(1) -- "territory" (“領域”)

“領域” ("territory"), as ordinarily used in the Chinese language, means “一個國家行使主權的區域” ("an area in which a state exercises its sovereignty").⁶ as to its meaning used in the MCL, Art.. 6-10, criminal law scholars on the mainland are unanimous. It conforms wholly with the ordinary meaning as defined above and refers to a combination of land

⁵ In this paper, references to the masculine should be read to cover the feminine as well, unless the context indicates otherwise.

⁶ *Modern Chinese Dictionary* [《現代漢語詞典》], 3rd rev.ed., 1996, p.808.

territory, territorial waters and air space superjacent to the territory, all of which are under the sovereignty of the PRC.⁷ Such a definition is in total accord with the territoriality principle of criminal jurisdiction in international law.⁸ Following the handover in 1997, Hong Kong is now under the sovereignty of PRC and is thus within the PRC "territory". Art. 7(1) of MCL is, therefore, not applicable to the issue under discussion.

It may be noted that the MCL, in its articles on the scope of application (Art.. 6-11), uses the term “領域” (literally translated to "domain" or "realm") rather than “領土” (territory). The reason for this is plain enough. The Chinese term “領土” (territory) is liable to be interpreted in two ways. In a broader sense, “領土” means the sum total of land territory, territorial waters and air space. In a narrower sense, “領土” means only land territory. For the purpose of indicating that the MCL applies not only to land territory but also to territorial waters and air space, “領域” is evidently preferable to “領土” as the former admits of no such ambiguity as the latter.

It may also be worth noting that using the term “領域” to delimit the scope of application of a national law is not unique to the MCL; such use is resorted to in many other laws as well. In some of these laws, the term “領域” clearly cannot be construed to mean an area in which the PRC has

⁷ A list of mainland books and articles stating this interpretation could virtually be a comprehensive bibliography of Chinese criminal law, and would certainly be much lengthier than this paper. Suffice it here to cite some of the better known writers, See Gao Mingxuan (ed.), *Criminal Law* [高銘暄主編：《刑法學》]，1984, p.51; Ma Kechang, *Probings into Criminal Law Theory*[馬克昌著：《刑法理論探索》]，1995, pp. 21- 22; Zhao Bingzhi (ed.), *Textbook on the New Criminal Law* [趙秉志主編：《新刑法教程》]，1997,p.69; Chen Xingliang (ed.), *Encyclopaedia of Criminal Law* [陳興良主編：《刑法全書》]，1997,p.33.

⁸ *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 3,p.458.

jurisdiction. For instance, Art. 3 of the Environmental Protection Law provides, “本法適用於中華人民共和國領域和中華人民共和國管轄的其他海域。” ["This Law applies to the territory of the PRC and other marine areas under the PRC's jurisdiction"]. Should "territory" be construed to mean "areas in which the PRC has jurisdiction", the reference to "other marine areas under the PRC's jurisdiction" in that provision would be redundant. It seems clear that the term "territory" as used in this provision means "area subject to the PRC sovereignty", whereas "other marine areas under the PRC's jurisdiction" refer to certain areas of sea not under the PRC's sovereignty but subject to the PRC's jurisdiction (such as exclusive economic zone and continental shelf). Similar provisions may also be found in the mainland's Mineral Resources Law,⁹ Coal Law,¹⁰ Survey Law¹¹ and Mineral Plant Safety Law.¹² It follows that the term “領域”, as commonly used in various Chinese laws, tends to have a uniform meaning. It denotes the whole territory where China has sovereignty under international law.

As the Hong Kong SAR is within the PRC territory, the relevant provision in the MCL applicable to the present issue is Art. 6(1). It provides: “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。” ["This Law applies where crimes are committed in the territory of the PRC, except as specially provided for by law."] The Hong Kong SAR Basic Law is just such a "special" law. Under the Basic Law, it

⁹ Mineral Resources Law (as amended in 1996), Art. 2.

¹⁰ Coal Law (1996), Art. 2.

¹¹ Survey Law (1992), Art. 2.

¹² Mineral Plant Safety Law (1992), Art. 2.

is the criminal law of Hong Kong,¹³ and not the MCL,¹⁴ that is to be applied to crimes committed in Hong Kong.

Logical Problems of the Government Interpretation

The Government Interpretation construes "territory" as "jurisdictional territory", i.e., an area in which the MCL applies.¹⁵ Since the MCL does not apply to Hong Kong by virtue of Basic Law, Art. 18(2), the Government argues, the SAR is outside the PRC territory in the sense of MCL Art. 7(1).

It is respectfully submitted that the Government Interpretation in this regard is fundamentally flawed in logic and the concept of "jurisdictional territory"

¹³ Basic Law, Art. 18(1).

¹⁴ Basic Law, Art. 18(2).

¹⁵ The logical integrity of the Government Interpretation might be better maintained if the Government should, instead of construing "territory" as "area where the MCL applies", adopt one of the following two interpretations. The first is to bluntly allege that "territory" means "territory of the PRC excluding Hong Kong". However, such an interpretation would appear to be too unprincipled and deficient in doctrinal support. The second is to construe "territory" as "area in which the mainland may *enforce* its criminal law." In other words, the Government might argue that "territory" does not mean an area in which the mainland has prescriptive jurisdiction, but an area in which the mainland has enforcement jurisdiction. This interpretation, it seems, could withstand the attacks on the logical deficiency of the Government Interpretation as set out in the text, except that it would create logical problems of its own when it is applied to MCL, Art. 6(1). Such an interpretation, stripping the term "territory" of all its geographical and sovereign connotations but equating it with "enforcement jurisdiction", would be utterly unknown to Chinese law. More importantly, to define the scope of application of criminal law (i.e. to delimit the sphere of prescriptive jurisdiction) by referring to the sphere of enforcement jurisdiction would be to put the cart before the horse. For a state has no enforcement jurisdiction in a case in which it has no prescriptive jurisdiction, *Restatement (Third) of Foreign Relations Law of the United States*, 1987, § 431(1). As a matter of logic, therefore, the sphere of enforcement jurisdiction cannot be delimited before the sphere of prescriptive jurisdiction is fixed.

(unknown both in international law and Chinese law) is as unscientific as it is grotesque.

To start with, it should be noted that the term "territory" [“領域”] appears not only in Art. 7(1) of MCL, but in several other articles defining the scope of its application as well, to wit, Arts. 6(1), 6(3), 7(2), 8 and 10. As these provisions are intimately related, there is good reason to assume that the term "territory" [“領域”] carries the same meaning in all of these provisions (unless of course the context clearly shows otherwise, which is not the case here). If, however, one were to apply the Government Interpretation to those provisions, especially Art. 6(1), logical absurdity would result. Art. 6(1), as mentioned above, lays down the general rule on the scope of application of the MCL, providing that "[t]his law applies where crimes are committed in the territory of the PRC, except as specially provided for by law." If, as the Government argues, "territory" should refer to the area in which the MCL is applicable, then Art. 6(1) would become a tautology. It would, in effect, read, "where this Law is applicable, this Law applies." One may hardly accept that such is what the lawmakers have intended.

Even if one were to apply the Government Interpretation to Art. 7(1) itself, the result would seem paradoxical. For Art. 7(1) would then read, in effect, "If a crime is committed in a locality where this Law does not apply, this Law applies."

The fundamental fallacy in the Government Interpretation is that the Government Interpretation presupposes the existence of a defined geographical area within which the MCL is applicable and outside which the MCL is not applicable. Such an area is simply impossible to define. For it

is elementary in international law that a state's jurisdiction to prescribe is not limited by its territorial boundaries,¹⁶ and the MCL would apply to a Chinese citizen committing a crime in Japan as well as to an Indonesian citizen committing piracy in the Philippines. Could it then be said that Japan and the Philippines are China's "jurisdictional territories"?

It is true that sovereignty and jurisdiction are two separate legal concepts. But it is also elementary truth of international law that jurisdictional competence is an attribute of state sovereignty, and the scope of a state's jurisdiction is, first and foremost, defined by reference to the scope of territorial sovereignty of that state.¹⁷ This is recognised both in international law and Chinese law. In an explicit attempt to divorce jurisdiction from sovereignty, the Government Interpretation tries to define the scope of application of China's national criminal code without any reference to the scope of China's territorial sovereignty. Such is the foundational defect in the Government Interpretation.

Nationality Principle of Criminal Jurisdiction

¹⁶ The Permanent Court of International Justice noted in *Lotus* case,

Though it is true that in all systems of law the principle of the territorial character of criminal law is fundamental, it is equally true that all or nearly all of these systems of law extend their action to offences committed outside the territory of the State which adopts them, and they do so in ways which vary from State to State. The territoriality of criminal law, therefore, is not an absolute principle of international law and by no means coincides with territorial sovereignty.

(1927) PCIJ, Ser. A, no. 10, p. 20.

¹⁷ See, generally, I. Brownlie, *Principles of Public International Law*, 5th ed., 1998, pp. 105-106.

Nationality principles is a well-recognised permissive rule of international law upon which a state's criminal jurisdiction to prescribe may be properly based.¹⁸ Such jurisdiction is based on the allegiance which a person, who is charged with a crime committed abroad, owes to the state of which he is a national.¹⁹ Three aspects of the principle may be noted as relevant to the current issue.

Firstly, nationality principle is a *permissive* rule. It confers upon the national state a basis for claiming jurisdiction over its nationals for their acts abroad. There is no obligation in international law for a state to assert jurisdiction on nationality basis.²⁰ Some states, including the United Kingdom, recognise very few acts committed by nationals abroad as criminal offences under their laws,²¹ whilst others differ considerably in the extent to which and the

¹⁸ In his dissenting opinion in the *Lotus* case, Judge Moore observed,

No one disputes the right of a State to subject its citizens abroad to the operations of its own penal laws, if it sees fit to do so. This concerns simply the citizens and his own government, and no other government can properly interfere.

(1927) PCIJ, Ser. A, no. 10, pp. 92-93.

¹⁹ Harvard Research Draft Convention on Jurisdiction with Respect to Crime, *AJIL*, vol. 29, 1935, Special Supplement, p. 519

²⁰ Following a detailed examination of state legislation and practice, the *Harvard Research* noted,

Both the crimes abroad for which it [the national State] will punish its nationals and the circumstances under which it will exercise jurisdiction are matters which international law leaves each State free to decide according to local needs and conditions.

Id., p. 531

21 *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 3, p.463.

conditions upon which such jurisdiction may be exercised.²² The PRC itself has also amended in 1997 the extent to which it claims criminal jurisdiction to its nationals abroad.²³ As it is not obligatory that a state in its international relations claim criminal jurisdiction based on the nationality principle, *a fortiori* a state is not obliged to adopt the principle within the state amongst its several sub-divisions.

Secondly, the application of the nationality principle may become a source of jurisdictional conflict and may hence give rise to international discord and individual injustice.²⁴ A Chinese national in a foreign state may be subject to at least two jurisdictions: one of the state of *locus delicti* and one of the state of which he is a national (i.e. China). When a crime is committed by such a Chinese national, the state of *locus delicti* and China may both be interested in prosecuting and punishing him. The MCL contains provisions that cater

²² For an extensive study of state practice, see *Harvard Research*, *supra*, note 19, pp. 520- 531.

²³ Under the 1979 Criminal Law Arts. 4 & 5, criminal jurisdiction extends to Chinese nationals with regard to the following crimes: (1) counterrevolution; (2) counterfeiting national currency and counterfeiting valuable securities; (3) embezzlement, accepting bribes and divulging state secrets; (4) posing as a state functionary to practice fraud and forging official documents, certificates and seals; and (5) other crimes carrying a minimum punishment of fixed-term imprisonment of not less than three years. Jurisdiction will not extend to a crime falling under category (5) if the crime is not punishable under the *lex loci delicti*.

In contrast, the 1997 Criminal Law, Art. 7, extends jurisdiction to all crimes except for those carrying a maximum punishment of fixed-term imprisonment of not more than three years (the exception does not apply to state employees or military personnel). The amended law also removed the *lex loci delicti* defence.

²⁴ See L. Sarkar. "The Proper Law of Crime in International Law", *ICLQ*, vol.11,1962,pp. 458-461

to, but by no means eliminate, the problem of double jeopardy.²⁵ Furthermore, the 1997 MCL removed the *lex loci delicti* defence that was available under the 1979 MCL Art. 5. The result could just be what Lotika Sarkar aptly described back in 1962:²⁶

Their courts characterise the offence according to the penal laws of the forum, regardless of whether the act is innocent or justifiable according to the *lex loci delicti* or whether any real impact is felt in the State of the forum. Such characterisation would appear to violate what has been described as a general and almost universal rule, namely, that "the character of an act as lawful or unlawful must be determined wholly by the law of the country where the act is done." It may be regarded in international law as "an interference with the authority of another sovereignty contrary to the comity of nations which the other State concerned justly might resent"

Despite the several justifications that jurists have suggested for the nationality principle,²⁷ the practical problems it engenders should not be

²⁵ Under the MCL Art. 10, a person who has committed a crime outside the PRC territory and has been tried (and may have been acquitted) in a foreign state may still be prosecuted in China. If the person has received criminal punishment in a foreign state, he "may" be exempted from punishment or given a mitigated punishment.

²⁶ Sarkar, *supra*, note 24, p.458.

²⁷ *Harvard Research* listed seven reasons that have been proposed by legal scholars. "(1) that since the State is composed of nationals, who are its members, the State's law should apply to them wherever they may be; (2) that the State is primarily interested in and affected by the conduct of the nationals; (3) that penal laws are of a personal character, like those governing civil status, and that, while only reasons *d'ordre public* justify their application to aliens within the territory, they apply normally to nationals of the State everywhere; (4) that the protection of nationals abroad gives rise to a reciprocal duty of obedience; (5) that any offence committed by a national abroad cause a disturbance of the social and moral order in the State of his allegiance; (6) that the national knows best his own State's penal law, that he is more likely to be fairly and effectively tried under his own State's law and by his own State's courts, and that the most appropriate jurisdiction from the point of view of the accused should be considered rather than a jurisdiction determined by reference to the offence; (7) that without the exercise of such jurisdiction

overlooked when one considers whether such a principle should be adopted to govern the legal relationship between the SAR and the mainland.

Thirdly, international law authorities now regard the nationality principle as subsidiary, especially where it stands in direct conflict with the territoriality principle.²⁸ When an act or omission by a person is regarded as a crime under the law of the state of which he is a national, but is required by the law of the state in which he resides, insistence on the nationality principle would not only place the person concerned in a woeful dilemma but also constitute an unacceptable interference in the territorial sovereignty of the resident state. In such cases, the authors of the authoritative *Oppenheim's International Law* suggested that "the state of nationality must not require compliance with its laws at the expense of its duty to respect the territorial sovereignty of the state of residence."²⁹ The proposition seems to be well- founded both in reason and in state practice.³⁰

many crimes would go unpunished, especially where States refuse to extradite their nationals." *Harvard Research*, *supra*, note 19, pp. 519-520.

²⁸ *Harvard Research*, *supra*, note 19, p.531; *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 3, p.458.

²⁹ *Oppenheim's International Law*, *supra*, note 3, p.464.

³⁰ The British Government, in a 1969 statement to the European Commission, observed:

The nationality principle justifies proceedings against nationals of the State claiming jurisdiction in respect of their activities abroad only provided that that does not involve interference with the legitimate affairs of other States or cause such nationals to act in a manner which is contrary to the laws of the State in which the activities in question are conducted.

British Practice of International Law, 1967, pp. 58, 60.

It is undisputed that China, by virtue of MCL, Art. 7, claims extraterritorial jurisdiction on the basis of nationality principle. Whether the same principle should also apply to Hong Kong is an issue on which the MCL, Art. 7, is simply silent, for that article, by the plain and literal meaning of its text, does not apply to PRC citizens in Hong Kong. Whether nationality principle *should* be applied as between the mainland and Hong Kong is a different matter. From the above discussion on the nationality principle as applied in international relations, there is much to be said that the principle should be rejected in order to avoid undesirable jurisdictional conflicts and individual injustice. However, there is a more fundamental reason why nationality principle should not be adopted to govern the mainland-SAR relationship. The nationality principle, it is generally recognised, is based on the allegiance that a person owes to his national state. In China, such allegiance requires a citizen of the PRC (whether domiciled in the mainland or Hong Kong) to observe the law of China. But what is the law of China? There is an appallingly anachronistic misconception in the Government Interpretation on this simple but fundamental question. Since the handover on 1 July 1997, the law of the Hong Kong SAR has become part of the law of China. Chinese criminal law now includes two component parts (three after Macao's handover in December 1999): the MCL and the criminal law of Hong Kong. A citizen owes allegiance to the sovereign state to observe its law. In China, the sovereign (the National People's Congress) has, by the enactment of the Hong Kong SAR Basic Law, explicitly reorganised the legal order of the state so that the MCL applies in the mainland whilst the English-style criminal law of Hong Kong applies in the Hong Kong SAR. So now when a Chinese citizen is on the mainland, his allegiance to the state requires him to observe the MCL; but when he is in the SAR, the same allegiance requires him to observe the criminal law of Hong Kong. There is no longer any

justification, after the handover, to subject a mainland resident to double jurisdiction and double jeopardy when he is simply resident in his own country!

To apply the nationality principle in the mainland-SAR relationship necessarily implies that a mainland resident owes a special kind of allegiance to the mainland law, independent of his allegiance to the state of China as a whole. By the same token, a Hong Kong resident presumably would also owe a special kind of allegiance to the SAR.³¹ In international law, the allegiance upon which criminal jurisdiction of the national state is based is derived from nationality.³² Whether domicile may be assimilated to nationality for this purpose is very controversial.³³ To uphold nationality principle in the mainland-SAR relationship would amount to elevating domicile in the mainland and the SAR to a status of quasi-nationality, with

³¹ One commentator suggested that concurrent jurisdiction is nothing novel and that "Hong Kong residents, when entering the mainland or other countries, would be subject to double legal jurisdiction." Wang Chenguang, "On the Problem of Concurrent Jurisdiction" [王晨光：“論司法管轄權重合問題”]，*Wen Wei Pao*, 27 November 1998. In fact, the criminal law of Hong Kong is territorial rather than personal in its application. See, generally, G.Heilbronn, *Criminal Procedure in Hong Kong*, 2nd ed., 1994, pp. 86-97

³² See P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, 1979, pp 29-32. In *Luria v. United States*, 231 U.S. 9 (1913) at p.22, the U.S. Supreme Court said, "Citizenship is membership in a political society and implies the reciprocal obligations as compensation for each other of a duty of allegiance on the part of the member and a duty of protection on the part of the society." Bustamante Code, art 261, in H. Hudson, *International Legislation*, vol. 4, no. 186a, p.2283, defines "allegiance" as "the obligation of fidelity and obedience which a person owes to the nation of which he is a member or to its sovereign."

³³ *Harvard Research*, *supra*, note 19, p.533, rejected such assimilation. See also Brownlie, *supra*, note 17, p.306.

repercussions going far beyond the issue of jurisdiction.³⁴ Whether such a radical position will ever be accepted as positive law is highly doubtful.

Purposive Interpretation

The Government Interpretation does not dispute very much the plain and literal meaning of MCL Art. 7(1). It, however, purports to rely on a purposive interpretation to derogate from the literal meaning of the provision. The purpose of the MCL, according to the Government Paper, is to punish crimes, and the Literal Interpretation would result in a criminal escaping justice when he flees to the mainland after committing a crime in Hong Kong; for the mainland court would lack jurisdiction and the SAR court could not obtain custody of the criminal as no rendition agreement has yet been agreed upon between the mainland and the SAR.

The purpose of the MCL is expressly set out in Art. 2:

中華人民共和國刑法的任務，是用刑罰同一切犯罪行為作鬥爭，以保衛國家安全，保衛人民民主專政的政權和社會主義制度，保護國有財產和勞動群眾集體所有的財產，保護公民私人所有的財產，保護公民的人身權利、民主權利和其他權利，維護社會秩序、經濟秩序，保障社會主義建設事業的順利進行。

[The tasks of the PRC Criminal Law are to use criminal punishments to fight against all criminal acts in order to defend the national security; to defend the political power of the

³⁴ It would, for example, entitle the SAR Government to bypass the central government to claim diplomatic protection against foreign states on behalf of SAR residents abroad, a matter seemingly reserved to the powers of the central government under the Basic Law, Art. 13(1).

people's democratic dictatorship and the socialist system; to protect state-owned property and property collectively owned by the working masses; to protect property privately owned by citizens; to protect the personal, democratic and other rights of citizens; to maintain social and economic order; and to safeguard the smooth progress of the cause of socialist construction.]

Clearly, the MCL does not vow to punish crimes for the sake of punishment, but for the purpose of, *inter alia*, "protect[ing] the personal, democratic and other rights of citizens". The purpose of the MCL should be understood in the light of several fundamental principles of the MCL which are set out in Arts. 3-5. Of those principles, the most prominent one (newly added in 1997) is the principle of *nullum crimen sine lege* as enunciated in Art. 3:

法律明文規定為犯罪行為的，依照法律定罪處刑；法律沒有明文規定為犯罪行為的，不得定罪處刑。

[Where express provisions of law specify an act as a crime, the perpetrator shall be convicted and punished according to law; where no express provisions of law specify the act as a crime, the perpetrator must not be convicted or punished.]

Leading commentators on the mainland have cautioned that the introduction and application of Art. 3 mean that judicial interpretation of the MCL has to be strict to its text, and crimes or punishment not expressly provided for in the law must not be applied.³⁵

³⁵ See Zhao Bingzhi, *supra*, note 7, pp.54-55; Chen Xingliang (ed.), *Comparative Study of the Old and the New*

Criminal Laws〔陳興良主編：《新舊刑法比較研究》〕，1998, p.166.

As noted earlier, the Literal Interpretation, based on the plain and literal meaning of Art. 7(1), holds that a crime committed by a mainland resident in Hong Kong is not subject to the MCL and thus cannot be said to constitute a crime under the MCL, and no punishment may be imposed on the perpetrator. Insofar as the Government Interpretation reverses a conclusion that is compelled by the plain and literal meaning of Art. 7(1) and converts an act (or omission), not otherwise measurable as criminal, into a crime, and thus subjects the perpetrator to punishment on the mainland (which, in all likelihood, can be more severe than that he might receive in Hong Kong), the Government Interpretation contravenes the *nullum crimen sine lege* principle.

Even if we assume that punishment of crimes is the sole purpose of the MCL, it would seem that the authorities in the *locus delicti* are usually in a better position to investigate, prosecute and punish the crimes as compared to the authorities in the *locus domicilii*. To quote from Sarkar again,³⁶

Now it is true that often the State in whose territory the crime has been committed will be the jurisdiction most concerned, since its public order will have been the most seriously disturbed. That the *locus delicti* will be at least a significant, and perhaps the most significant, contact with the crime. Moreover, from the point of view of doing justice, the *locus delicti* might frequently be the most appropriate forum, because of its convenience for the obtaining of local witnesses and other evidence.

³⁶ Sarkar, *supra*, note 24, p.448.

The only problem left to be dealt with is then the lack of rendition arrangements whereby a criminal suspect may be extradited from the mainland to the SAR. I turn to that issue in the next section.

Rendition Arrangements

The Government Interpretation underlines the significance of the present lack of rendition arrangements with the mainland. As there is no formal mechanism for extraditing fugitives to the SAR, it is necessary for the mainland court to have jurisdiction over crimes committed in Hong Kong.

Such reasoning is problematic in several respects.

Firstly, the lack of formal rendition arrangements does not preclude extradition of mainland fugitive to Hong Kong. In fact, 128 fugitives have been reportedly extradited to Hong Kong for their crimes in the SAR in the past three years.³⁷ Of course, institutionalised mechanisms are doubtless preferable to ad hoc arrangements.

Secondly, whether the mainland has prescriptive jurisdiction in Hong Kong is not an issue contingent upon the rendition arrangements. To the extent that the future rendition agreement only provides for the transfer of fugitives, the jurisdiction *vel non* of the mainland authorities, or the applicability of the MCL in Hong Kong, will be left

³⁷ Statistics from Wang Chenguang, "Problems of Concurrent Jurisdiction Arising from Two Cases and Their

Solution" [王晨光：“兩案引起的司法管轄權重合問題及其解決”]， *Wen Wei Pao*, 25 November 1998.

intact. If the Government Interpretation were correct, the MCL would still be applicable in Hong Kong following the conclusion of a rendition agreement, unless the rendition agreement expressly modifies the MCL.

Thirdly, the problem arising from the lack of rendition arrangements is an executive one, not a legal one. The Basic Law maintains its integrity on the matter by providing in Art. 95 that "[t]he Hong Kong Special Administrative Region may, through consultations and in accordance with law, maintain juridical relations with the judicial organs of other parts of the country, and they may render assistance to each other." So far as the Basic Law is concerned, the fact that the MCL does not apply in Hong Kong should raise no practical problems, since judicial assistance is envisaged in Art. 95. The fact that, as a practical matter, the rendition arrangements have not been agreed upon can hardly be used as an excuse to change the legal position as envisaged under the Basic Law.

Fourthly, it is very doubtful that the position taken by the Government on the present issue will be instrumental in achieving an early conclusion of an acceptable rendition agreement. The Government Interpretation, in essence, treats the SAR as an independent and even quasi-sovereign entity and the practical results of applying such interpretation would be the same were Hong Kong an independent state. If the rendition agreement is to be negotiated on these terms, it is highly uncertain that an agreement can be reached to the satisfaction of the SAR Government. For the mainland's extradition practice, as shown in several extradition treaties entered into by China in recent

years, have certain common rules which, if incorporated in the future rendition agreement, would substantially vitiate the avowed aims of the Government. The recent extradition treaties which China ratified all contain provisions prohibiting the extradition of nationals of the state of asylum³⁸ and allowing the state of asylum to refuse extradition if the state of asylum, according to its law, has jurisdiction over the crime based on which extradition is sought.³⁹ The treaties require the state of asylum to prosecute the fugitive should it refuse extradition. A rendition arrangement based on this model, it would seem, could hardly settle any of the concerns and controversies arising from the recent cases.

One Country, Two Systems

The Government Interpretation is also said to be supported by the principles of "one country, two systems" and "high degree of autonomy". The Government Paper alleges that the application of the Literal Interpretation would be a mockery of those principles. It is very doubtful, in the first place, that such general and manipulable principles, which seem more of policy statements than legal standards, could help in any meaningful way in resolving such a complex,

³⁸ Extradition Treaty between China and Romania, ratified on 23 February 1997, Art. 3(1); Extradition Treaty between China and Bulgaria, ratified on 23 February 1997, Art. 3(1); Extradition Treaty between China and Mongolia, ratified on 26 June 1998, Art. 3(1); Extradition Treaty between China and Kazakhstan, ratified on 21 February 1997, Art. 3(1); Extradition Treaty between China and Russia, ratified on 3 March 1996, Art. 3(1); Extradition Treaty between China and Thailand, effective on 5 March 1994, Art. 5(1)

³⁹ Extradition Treaty between China and Romania, Art. 4(1); Extradition Treaty between China and Bulgaria, Art. 4(1); Extradition Treaty between China and Mongolia, Art. 4(1); Extradition Treaty between China and Kazakhstan, Art. 4(1); Extradition Treaty between China and Russia, Art. 4(1); Extradition Treaty between China and Thailand, Art. 4(1);

technical issue of jurisdiction as the present one. However, even though it is true that the Government Interpretation was based on treating the SAR as a kind of quasi-sovereign entity (which may, ironically, contravene the "one country" concept), the practical results of its application could hardly be seen as an enhancement of the SAR autonomy. Under the Literal Interpretation, the MCL has no application in the SAR, while under the Government Interpretation, the MCL applies to mainland residents in the SAR. Under the Liberal Interpretation, Hong Kong courts have exclusive jurisdiction over cases where mainland residents are accused of committing crimes in Hong Kong, while under the Government Interpretation, the mainland courts and Hong Kong courts have concurrent jurisdiction. Under the Liberal Interpretation, the accused would have the benefit of a series of common law rights including the right not to be convicted without proof beyond reasonable doubt, and the right not to be executed, while under the Government Interpretation, the accused would have no such rights as are provided under the law of Hong Kong. Given such demonstrable erosions of law, jurisdiction and rights it would be a mockery of logic to say that the Government Interpretation promotes higher autonomy than the Literal Interpretation.

Opinion of Mainland Commentators

The views of mainland commentators on the interpretation of Art. 7(1) have been mentioned earlier, and they are contrary to the Government Interpretation. The Government Paper, however, managed to cite seven pieces of scholarly writings purportedly in support of

Government Interpretation. Of the seven, one is unverifiable,⁴⁰ and only four are articles written by commentators of the mainland and published in the mainland. I have attached copies of these four articles as appendices to the paper for the Panel's information. After a review of these articles, one might doubt whether the author of the Government Paper had carefully read them. In fact, the views expressed in those four articles seem all in direct or indirect opposition to the Government Interpretation and supportive of the Literal Interpretation.

(1) Zhang Xiaoming, "On Judicial Jurisdiction in Post-1997 Criminal Cases Related to Hong Kong", in Zhao Bingzhi (ed.), *New Probings in Criminal Law*, 1993, pp. 147-159

This article, in fact, presents vehement attacks on the Government Interpretation, and offers robust arguments for the Literal Interpretation. The author notes that the several articles in the MCL defining the scope of application (Arts. 6-11 in the 1997 MCL) apply only to foreign-related cases and do not apply to Hong Kong, for otherwise it would seriously contradict Hong Kong's status as part of China. (p. 150) He then argues that following 1 July 1997, there will be no basis or need to apply the nationality and protective principles of criminal jurisdiction to Hong Kong, and the application of those principles will lead to undesirable jurisdictional conflicts. (pp. 151-2). He then proposes that territorial principle should be the basic principle for criminal jurisdiction so that the forum loci delicti has jurisdiction

⁴⁰ The seventh citation

(pp. 153-4). He gives several reasons for his proposal. First, it would conform with Hong Kong's high degree of autonomy and the right of independent adjudication; secondly, it would conform with the non- application of national laws in Hong Kong; thirdly, it would make it easier to determine jurisdiction; fourthly, it would make it more efficient to handle criminal case. (pp. 154-6) This article obviously propounds many of the legal and policy bases of the Literal Jurisdiction.

(2) Chen Yongsheng, "Conflict of Criminal Jurisdiction between Mainland China and Hong Kong and Its Solution", in *Shandong Faxue*, 1998, no. 2, pp. 50-52

On p.52, the author suggests that for crimes that exclusively occur either in the mainland or n Hong Kong, an "absolute territoriality principle" should be applied, so that whether the offender is mainland or Hong Kong resident, and whether the crime injures the interests of mainland or Hong Kong, the *forum loci delicti* shall have jurisdiction.

(3) Zhao Bingzhi, On *Subjects of Crime*, Ch. 9, "Questions of criminal responsibility of people of Hong Kong, Macau and Taiwan", 1989, pp. 359-374

The article was written before the adoption of the Basic Law. The author observes in pp. 372-3 that to fulfil the "one country, two systems" policy, territoriality principle should be applied in questions of jurisdiction concerning Hong Kong, so that jurisdiction will rest with the *forum loci delicti*.

(4) Zhao Bingzhi, *Textbook of New Criminal Law*, Ch. 3, "Scope of Effect of Criminal Law", 1997, pp. 67-76

In a general analysis of the 1997 MCL, the author defines "territory" (領域) as the whole area within China's state boundaries (p.69). Significantly, the author states that "special law" mentioned in Art. 6(1) includes the Hong Kong SAR Basic Law. This indeed conforms with the Literal Interpretation.

In sum, all the authors cited here reject either expressly or impliedly the application of the nationality principle to crimes within the SAR and propose the territoriality principle as the sole criterion for determining jurisdiction. These views contradict the Government Interpretation in a fundamental way.

Conclusion

The literal meaning, purpose and policy of the mainland Criminal Law, Art. 7(1) compels the conclusion that the nationality principle does not apply to confer jurisdiction on a mainland court to try a mainland resident charged with a crime that takes place in Hong Kong. Crimes in Hong Kong are governed by the law of Hong Kong alone and Hong Kong courts have exclusive jurisdiction over those cases. This conclusion should only underline the extreme urgency of concluding a rendition agreement with the mainland so that criminals will be extradited to Hong Kong through a formal, institutionalised channel.

Ling Bing

Assistant Professor of Law

City University of Hong Kong

11 January 1999

趙永新、心正非字林記(中國
人民大學附屬, 1989)

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则,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)的效力即适用问题。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日中葡两国政府《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

E.

先博

三、副

全

:委

1.

● 聖

犯

187

✱

,

实

刑

89

法

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份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%。这些港澳同胞中,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、身份证或旅游证件者,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》,香港广角镜出版有限公司1986年版,第93、99—100页。

商、旅游、升学的需要。”^②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份证的,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份证,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。”^③1987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1985年版,第23—24页。

^② 参见:《香港问题文件选辑》,第87页。

主,

法律
系副
全
委
1.
副
犯
187
学
、
实
刑
89
法

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务、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

^① 参见:《全国人大常委会公报》1987年第4号,第41页。

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最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律的,就应当作为我国刑法中的犯罪主

主,

博士
系副
全
委
1,
副
犯
187
学
、
实
刑
89
法
。

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办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揭某。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内才有可能。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96—97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

^① 参见:《人民日报》1987年10月18日,第4版。

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,如果行为人在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;如果行为人在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年底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

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

主,

并博
系副
全
委
1,
副
犯
187
学
、
实
刑
89
法
。

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各有其刑事终审权。

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

主,

李博
系副
全
法委
司,
主副
:犯
987
:学
、
实
刑
189
法
。

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。

赵秉世、李立群、陈兴良、(陈兴良)
1/12, 1/13)

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有无内地居民。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港英当局签发的、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、以属地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

华人民共和国刑事诉讼法》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,便于迅速及时地审判案件。

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则。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刑期较长的徒刑,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。

980914
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。

花季年华 (浙江版/1991) (中国人大书报, 1991) 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与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

480914

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,遇到本国人在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

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。

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

外,如果该犯罪人没有引渡过来,或者没有在我国领域内被抓获,我们就无法对其进行刑事追究。但是,假如刑法对此不加以规定,就等于放弃自己的管辖权,那些犯罪的外国人就可以肆无忌惮地对我国国家或者公民的利益进行侵害。因此,作出这样的规定,对于保护我国国家利益,保护我国驻外工作人员、考察访问人员、留学生、侨民的利益是完全必要的。

此外,刑法典第10条对于在国外对我国国家或者公民犯罪的外国人,也是适用的。

五、我国刑法的普遍管辖权

刑法典第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。

适用普遍管辖权,应当注意掌握我国缔结或加入的国际条约的有关内容,把握我国所承担的义务。只要我国缔结或者加入了某一规定有国际犯罪及其惩处的公约,我国便承担了对犯有条约规定罪行的罪犯行使刑事管辖的义务。当然,普遍管辖权的行使在实践中会受到一定的限制。只有当犯有国际条约规定的罪行的罪犯在我国境内,并不予以引渡时,我国才能对罪犯实施管辖,依照我国刑法的规定予以惩处。

第二节 刑法的时间效力

刑法的时间效力,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,通常有两种规定方式:一是从公布之日起生效。二是公布之后经过一段时间再施行。例如我国刑法典于1979年7月1日通过、自1980年1月1日起生效;1997年3月14日修订通过后,新刑法典从1997年10月1日起施行。这样做是考虑到人们对新法比较生疏,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做好实施新法的心理、组织及业务准备。

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,新刑法典第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审判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。对此,各国采用不同的原则,学者们也有不同的见解。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罚较轻时,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罚较轻时,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。

我国刑法典第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。”第12条第2款规定:“本法施行以前,依照当时的法律已经作出的生效判决,继续有效。”根据这一规定,对于1949年10月1日中华人民共和国成立至1997年10月1日新刑法典生效前这段时间内发生的行为,应按以下不同情况分别处理:

第一,当时的法律不认为是犯罪,而新刑法典认为是犯罪的,适用当时的法律,即新刑法典没有溯及力。对于这种情况,不能以新刑法典规定为犯罪为由而追究行为人的刑事责任。

第二,当时的法律认为是犯罪,但新刑法典不认为是犯罪的,只要这种行为未经审判或者判决尚未确定,就应当适用新刑法典,即新刑法典具有溯及力。

第三,当时的法律和新刑法典都认为是犯罪,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,即新刑法典不具有溯及力。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典重,则应适用新刑法典,新刑法典具有溯及力。这便是从轻原则的体现。

第四,如果当时的法律已经作出了生效判决,继续有效。即使按新刑法典的规定,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。

第四章 犯罪与刑事责任

第一节 犯罪概念

一、犯罪概念的类型

犯罪的概念,是对犯罪各种内在、外在特征的高度概括。各国刑法关于犯罪的概念,归纳起来看可以分为以下三种类型:

(一) 犯罪的形式概念

犯罪的形式概念,是指仅从犯罪的法律特征上给犯罪下定义,而没有涉及到犯罪的本质特征。

在西方资本主义国家刑法及刑法理论中,犯罪的形式概念较为常见。例如1810年法国刑法典第1条规定:“法律以违警罚所处罚之犯罪,称违警罪。法律以惩治刑所处罚之犯罪,称轻罪。法律以身体刑或名誉刑所处罚之犯罪,称重罪。”1937年瑞士刑法典第1条规定:“凡是用刑罚威胁所确实禁止的行为”,就是犯罪行为。这种概念仅仅从形式上说明犯罪是违法的和应受惩罚的,但却回避了从阶级实质上回答问题:为什么某种行为被法律禁止,为什么这种行为应受惩罚,规定该犯罪的法律到底为谁的利益服务。

(二) 犯罪的实质概念

犯罪的实质概念,是指仅从犯罪的本质特征上给犯罪下定义,而不涉及到法律特征。例如1922年《苏俄刑法典》第6条规定:“威胁苏维埃制度的基础及工农政权向共产主义制度过渡时期所建立的法律秩序的一切危害社会的作为或不作为,都认为是犯罪。”

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,就是在同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 and 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与国家之间的法律。同时,一国内各法域,相对于国家之间司法言,要薄弱得多,并且无法或宪法性文件。因此,解决区际刑事是在方式上,还是在与国际刑事管辖冲突

其二,这种刑事管辖冲突是在同一社会制度的法域之间历史和现实,世界上内部的刑事管辖冲突会制度下进行的。这一致性使得同一国家、政治制度也基本一致的法律规定或法律规定的“诚实信用”原则,管辖冲突的解决创造境。而我国的刑事管辖,立在一国两制的基础内地与香港之间的法,的社会制度间的法律区际刑事管辖冲突依,无法或法律调整的难度须依靠各法域在平等协调兼顾各方的利益予以解

其三,这种刑事管辖冲突是在同一法系的法域之间产生冲突大多是在相同法系之间产生的。而中国内于社会主义法系,历史法系影响较大,形式上法。而香港法律则属于,式上主要表现为判例法。各法域就刑事法律而言,上有许多不同的规范,而也会有许多不同的原则,域很难形成相同的刑事因而,中国内地与香港之,情冲突的协调较之其它

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而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,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困难较大,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》是解决两地区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取的是属地管辖原则,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,因为这符合两地间法律的共同取向。

(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,即一般主要犯罪地法院管辖,若主要犯罪不易分清的,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。

区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)