

香港特别行政区 与外国移交被判刑人制度研究

赵秉志 黄 芳

内容提要 移交被判刑人问题是国际刑事司法协助中的一个重要问题。香港特别行政区与外国政府签订了一系列移交被判刑人协定,形成了一个比较系统的刑事司法协助体系,为香港与外国执法机构之间移交被判刑人提供了制度保障。本文对香港与外国移交被判刑人的原则、条件、程序等问题进行了研究,为建构和完善我国移交被判刑人的刑事司法协助体系提供参考。

关键词 移交被判刑人 国际刑事司法协助 司法管辖权

在当前国际交往日益便利、频繁的背景下,犯罪日益呈现出国际化趋势,仅靠个别国家或地区的局部努力,根本无法抵御犯罪的威胁,同时,也无法有效地改造罪犯。因此,为了从根本上预防和打击犯罪,维护社会稳定和经济发展,给人民创造一个良好的安居乐业的社会环境,应当大力倡导现代国际社会的公理和正义,进一步强化刑事司法协助。香港特别行政区与外国政府签订了一系列移交被判刑人的协定,形成了一个比较系统的刑事司法协助体系,为香港特别行政区与外国执法机构之间进行移交被判刑人的刑事司法合作设定了共同的前提。本文拟就这些协定所确立的制度从整体上进行研究,以有助于我们了解和掌握香港特别行政区在此方面的立法与司法状况,并为建构和完善我国内地关于移交被判刑人的对外司法协助体系提供参考。

一、移交被判刑人制度概述

(一) 移交被判刑人制度的意义

移交被判刑人,又称“外籍囚犯的移交”,或称“囚犯移管”,“被判刑人移管”,“被判刑人移交”、“转移”或“移送”等。移交被判刑人是国际刑事司法合作的一种新方式,是一国将在本国境内被判处自由刑的犯罪人移交给犯罪人的国籍国或常住地国以便服刑,犯罪人的国籍国或常住地国接受移交并执行所判刑罚的活动。其内容包括两方面:一方面是由判刑国将被判刑人移交给被判刑人的国籍国或居留国,另一方面是由接受国对移交的罪犯执行判决。在国际实践中,移交被判刑人是作为外国刑事判决执行的一个补充被提出来的。如欧洲国家在《关于刑事判决国际效力的欧洲公约》(1974年7月26日生效)的基础上,于1983年3月21日签订了《欧洲移交被判刑人公约》(1985年7月1日生效)。

一般认为,移交被判刑人这种国际刑事司法合作方式可以使移交方、接收方、被判刑人等方面都获

参见张智辉:《国际刑法通论》(增补本),中国政法大学出版社1999年版,第383页。

参见黄肇炯:《国际刑法概论》,四川大学出版社1992年版,第245页。

同。

参见甘雨沛、高格:《国际刑法学新体系》,北京大学出版社2000年版,第443页。

刘志伟、左坚卫:《外国被判刑人移管若干问题探讨》,载高铭暄、赵秉志主编:《21世纪刑法学新问题研讨》,中国人民公安大学出版社2001年版,第101页;另见张智辉:《国际刑法通论》(增补本),中国政法大学出版社1999年版,第383页。

得各自相应的利益:就移交方来说,把被判刑人移交给有关国家执行,可以妥善解决因罪犯的民族特点、生活习俗、文化传统和语言障碍等诸种因素所造成的执行困难,既减轻了管教改造罪犯的国家负担,又体现出国家刑事政策中的人道主义精神,是一项两全其美的执行方式;从接收方的角度来看,把在外国犯了罪的本国国民接管过来,放在自己国内服刑,有利于实现对其国民合法权益的保护,对促使被判刑人及其家庭和社会的各项利益的实现具有重要意义,还可以使国家更好地履行保护国民的责任;从被判刑人方面来考虑,能够在自己的国家服刑,既能得到较好的生活环境,又会得到家庭和社会的照顾,既有保外就医或监外执行的条件,又有取得假释的可能。因此,这是一种最理想的执行方式。所以,作为一种新型的国际刑事司法合作的方式,移交被判刑人制度正在逐渐受到重视和关注,一些国家在双边司法协助条约中加入了移交囚犯的内容,部分国家之间还签订了专门的移交被判刑人条约。如奥地利与南斯拉夫、加拿大与美国、加拿大与墨西哥、墨西哥与美国、泰国与美国、法国与非洲一些国家之间都订立了类似协定。一些国家还制定或增补了国内立法,对移交被判刑人问题作了规定。如联邦德国与瑞士分别于1981年和1982年制定的《国际刑事司法协助法》、葡萄牙于1990年12月10日颁布的《国际刑事司法合作法》,加拿大于1978年7月17日开始实施《囚犯移管法》等立法中,都包含有关于移交被判刑人的内容。联合国也对移交被判刑人的问题予以极大的关注,在1975年第五届、1980年第六届、1985年第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会上都对移交被判刑人问题进行了深入的讨论,第七届大会还通过了《关于移交外籍囚犯的示范协定》。大会决议指出,考虑到外国囚犯由于语言、文化、风俗习惯和宗教等原因而遭遇到的困难,为了使他们能在熟悉的环境中进行改造,并有利于重返社会,各缔约国应提供方便让在国外被判刑的人尽早返回其本国服刑,特制定这个示范协定,其目的是敦促联合国各成员国制定类似的双边或多边协定,以便促进外国囚犯返回其本国服刑。所有这一切都说明,移交被判刑人问题受到国际社会的普遍重视,已经成为一项重要的国际实践。

(二)香港特别行政区与外国移交被判刑人制度的立法概况

一般情况下,只有国家或作为国家代表的中央政府才有资格与外国签订移交被判刑人的协定,地方政府一般无此权力。但是,我国实行的“一国两制”基本制度赋予了香港特别行政区高度的自治权,包括香港特别行政区基本法所赋予的独立的立法权和司法权。考虑到香港特别行政区法律制度的独立性和特殊性,为了保持香港的长期繁荣稳定,加强与外国在执行法律及司法方面的合作,以协助被判刑人重返社会,香港回归后,不仅其回归前与外国签订的移交被判刑人的协定继续有效,而且香港特别行政区政府还依据基本法所赋予的特别权限,经中华人民共和国中央人民政府正式授权,继续致力于与外国签订一些移交被判刑人的协定。这些协定构成了香港特别行政区与外国政府之间移交被判刑人制度的基本体系,在香港特别行政区对外开展的司法协助实践中发挥了重要作用。

在回归前后,香港特别行政区与其他国家间共签署了7个有关移交被判刑人的协定。其中,已生效的有5个,已签署但尚待生效的有2个。已生效的协定包括:(1)1997年4月15日签署的《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》(1999年4月17日生效);(2)1997年11月5日签署的《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》(1998年3月19日生效);(3)1999年3月16日签署的《中华人民共和国香港特别行政区政府和斯里兰卡民主社会主义共和国政府关于移交被判刑人的协定》(1999年5月12日生效);(4)2000年4月25日签署的《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》(2000年8月9日生效);(5)2000年4月28日签署的《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共

参见马进保:《国际犯罪与国际刑事司法协助》,法律出版社1999年版,第233页。

参见黄肇炯:《国际刑法概论》,四川大学出版社1992年版,第244页。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》序言。

如《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》。

和国政府关于移交被判刑人的协定》(2002年6月15日)。已签署但迄今尚未生效的有:(1)1999年12月18日签署的《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》;(2)2001年5月24日签署的《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》。

二、移交被判刑人的原则

移交被判刑人是一项严肃的司法行为,为了正确地实现移交被判刑人制度的宗旨并有效地开展这方面的国际合作,国际社会在移交被判刑人的司法协助活动中,形成了一系列移交的原则。香港特别行政区与外国的移交被判刑人协定中当然地也贯彻了这些国际公认的原则,并在各个协定中予以明文规定。综观香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定的内容,移交被判刑人的原则主要有:

(一)相互尊重司法管辖权原则

司法管辖权属于国家主权的一部分,香港是中华人民共和国的一部分,对香港司法管辖权的尊重体现了对中华人民共和国主权的尊重。互相尊重主权是国际法的一项基本原则。在移交被判刑人时,移交方和接收方在各种权力的转让和接受中有时会出现“权力交叉”的情况,这就需要缔约双方在互相尊重主权的基础上处理好双方的关系。

香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定中也非常重视互相尊重管辖权问题。在移交被判刑人的国际司法合作中,刑事判决管辖权的保留问题就是对相互尊重司法管辖权的一个重要体现。刑事判决管辖权的保留显示了移交方对其司法审判权的维护,即体现其审判机构所作出的有效终审司法判决的唯一性和严肃性。如《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第9条规定:“移交方将保留复核其法院所作判决及刑罚的唯一管辖权。”《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第5条“管辖权的保留”规定:“就根据本协定执行的刑罚而言,移交方将保留对其法院的判决、该等法院判处的刑罚,以及把该等判决及刑罚修订、变更或撤销的任何程序的独有管辖权。”《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第6条“执行刑罚”规定:“移交方保留复核其法院所定罪行及所判刑罚的司法管辖权。”《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第7条“判决复核”规定:“只有判刑方有权就判决所提出的任何复核申请作出决定。”

同时,接收方在刑罚的执行方面的主权即行刑权也应受到尊重。香港特别行政区与外国的所有协定都规定了“于被判刑人移交后继续执行刑罚,须适用接收方的法律及程序,包括规定有关监禁、拘留或其他剥夺自由方式的服刑条件,以及以假释、有条件释放、减刑或以其他方式缩短监禁、拘留或其他剥夺自由方式的期限的法律及程序”。这些规定都体现了互相尊重司法管辖权原则的精神。

(二)有利于被判刑人原则

有利于被判刑人原则是切实保护被判刑人合法权益的基本原则,这一原则的确立是移交被判刑人制度本身的基本精神决定的。移交被判刑人的目的是为了更有利于实现对被判刑人的教育和改造,使其在服刑期间能继续保持与其家庭和外界环境的适当联系和接触,增强其与社会的感情交往,矫正其反社会心理,以便出狱后重新适应社会生活。这种人道主义的司法准则,同某些出于政治需要或外交目的的交换人质或在押犯的作法有着本质的不同,更不能从“对等交换”或“政治交易”的角度去看待移交被判刑人这一司法协助形式。

有利于被判刑人原则包括移交给被判刑人带来直接的利益、一罪不再罚、不加重刑罚等内容。香港

参见甘雨沛、高格:《国际刑法学新体系》,北京大学出版社2000年版,第444页。

参见黄肇炯:《国际刑法概论》,四川大学出版社1992年版,第245-247页;另参见马进保:《国际犯罪与国际刑事司法协助》,法律出版社1999年版,第234页。

特别行政区与外国签订的协定对该原则主要作了如下具体规定：(1)接收方在获悉移交方有关为免执法不公而撤销或缩短刑罚的决定后，须即变更或终止执行有关刑罚。(2)如果刑罚在性质或刑期方面与接收方的法律相抵触，则接收方可根据本身法律对同类罪行规定的刑罚，修订有关刑罚；修订后的刑罚在性质或刑期上，都不能比移交方所判刑罚更为严厉。(3)如果根据接收方的法律，被判刑人是未成年人，则不论被判刑人根据移交方的法律属何种地位，接收方都可以将被判刑人当作未成年人看待。(4)接收方执行剥夺自由的刑罚，不得把刑期延长至超过移交方法院判刑时规定的期限。该等刑罚的执行须尽可能地与移交方司法管辖区判处的刑罚一致。(5)如果移交方根据协定的规定，把判决或刑罚修订、变更或撤销，或把刑罚缩短、减轻或终止，接收方须在接获有关决定的通知后，根据本协定实行有关决定。(6)一俟获悉移交方作出赦免被判刑人的决定，或移交方作出任何导致有关刑罚被撤销或宽减的决定或措施后，接收方应立即修改或终止执行有关刑罚。(7)被判刑人由接收方当局接管后，移交方当局即中止执行刑罚。接受方如认为刑罚已执行完毕，移交方将不执行有关刑罚。(8)假如刑罚获得宽减或撤销，移交方须通知接收方，而接收方则须予以执行。(9)一俟获悉移交方根据其保留的复核其法院所定罪行及所判刑罚的司法管辖权作出赦免被判刑人的决定，或作出任何导致有关刑罚被撤销或缩短的决定或措施后，接收方应立即修改或终止执行有关刑罚。总之，移交被判刑人是对被判刑人实行人道主义待遇，只能在保障被判刑人处境不被恶化的情况下才能合法进行。

(三) 双重犯罪原则

按照一般的国际实践，构成国际刑事司法合作的理由是：请求国和被请求国双方的法律都认为某种行为是犯罪行为，或者是双方缔结或共同参加的条约上所指定的罪行。如果是轻微的违法行为，一般不在构成请求国际刑事司法合作的犯罪之列。^⑩这就是所谓的“双重犯罪”原则。“双重犯罪”是国际刑事司法协助的一项重要原则，在香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定中贯彻了这一原则，并在条文中予以明确的规定。与前两项原则即相互尊重司法管辖权原则和有利于被判刑人原则不同的是，香港特别行政区与外国签订的协定中是将双重犯罪作为移交被判刑人的条件之一列举在条文之中的，和移交的其他条件相比，双重犯罪条件具有更加重要的意义，是双重犯罪原则这一国际刑事司法合作基本原则的具体体现，因此，本文仍将其归为移交被判刑人的原则之一予以介绍。

根据双重犯罪原则，香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定都要求被判刑人所犯之罪在

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第6条第3款。

例如，移交被判刑人不得突破接收方法律为同一种刑罚规定的最高刑期。如果接收方法律规定的最高监禁刑是20年，而判刑国对被执行人所科处的刑罚是20年以上刑期，那么，就只能执行20年监禁刑期。特别是在香港特别行政区已经取消死刑的情况下，移交被判刑人时修订有关刑罚就显得尤为重要。如果香港方作为移交方，对罪犯所判处的是自由刑，而依照接收方的法律，此种行为可判处死刑，接收方不得将自由刑改为死刑。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和斯里兰卡社会主义共和国政府关于移交被判刑人的协定》第6条第3、4款；《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第6条第3、4款；《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第6条第4、5款；《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第6条第5款；《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第8条第3、4款；《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第6条第4、5款；《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第6条第4、6款。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第6条第3款。

同 第6条第4款。

参见《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第8条第5款。

同 第6条。

《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第6条第2款。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第6条第5款。

^⑩ 参见黄芳：《国际犯罪国内立法研究》，中国方正出版社2001年版，第199页。

接收方也构成犯罪。如香港特别行政区与英国、菲律宾、斯里兰卡、葡萄牙等国的协定的第4条(a)项都规定：“引致该刑罚的行为如发生在接收方法院司法管辖区之内，依据接收方的法律亦构成刑事罪行。”香港特别行政区与泰国的协定中将其表述为：“引致须判刑的作为或不作为，依据接收方的法律，构成一项刑事罪行的要素，或如发生在接收方司法管辖区内，将构成一项刑事罪行的要素。”香港特别行政区与意大利的协定中将其表述为：“引致该刑罚的行为依据执行方的法律亦构成刑事罪行或如发生在执行方法院司法管辖区内，将构成刑事罪行。”可见，关于被判刑人所犯的罪行，只有当接收方也认为被判刑人的行为在其司法管辖区同样属于可制裁的罪行时，才能予以接收。但有关协定中并没有要求这里的“双重犯罪”一定是指在双方法律中都规定了相同的罪名，或者所受处罚的性质和量度一致，而只要求都属犯罪行为即可。

三、移交被判刑人的条件

香港特别行政区与外国移交被判刑人的协定中除规定了应遵循的基本原则，还规定了移交被判刑人的条件。这些条件体现了上述原则并且更为具体，明确了移交程序所适用的对象和前提。协定中规定的移交条件通常是必须同时具备的，否则接收方可以拒绝接收被判刑人。如果接收方愿意，也可在缺乏个别条件的情况下同意移交被判刑人。另外，还有个别协定中规定了移交的排除条件，即在某些情况下移交方或者接收方可以拒绝移交的前提。例如，香港特别行政区与泰国的协定，除了规定移交的条件外，还根据签约国的特殊情况，灵活地规定：罪犯因触犯泰国有关国家内部或对外安全的法律，有关君主、王后或其儿女的法律，或有关保护国家艺术珍品的法律而被判刑者不得移交；除非一名罪犯已在移交方司法管辖区内服满按移交方法律所规定的最低监禁、拘留或以任何其他形式剥夺自由的刑期，否则可以不移交该罪犯。根据香港特别行政区与外国签订的协定，移交被判刑人的条件主要包括以下几个方面：

（一）被判刑人的主体身份

香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定中对被判刑人的主体身份根据不同的情况作了如下规定：倘若香港特别行政区是接收方或执行方，被判刑人是香港特别行政区永久性居民，或与香港特别行政区有密切联系；倘若另一方缔约国为接收方或执行方，被判刑人是该国的公民或国民，或

《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第3条(a)项。

《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(a)项。

同，第3条(c)项。

同。

因美国与香港签订协定的时间是香港回归前，所以其措辞为“香港永久性居民”。参见《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第1款第(b)项。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(b)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(b)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(b)项。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第3条第(b)项；《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和斯里兰卡社会主义共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项。

与该国国有密切的联系人，或在该国拥有永久性居民身份。可见，关于被判刑人的主体身份，香港特别行政区与有关国家并没有采用狭隘的国民利益保护主义，而是将有密切联系的人也纳入到可移交的范围，这是基于有利于被判刑人重返社会的角度考虑的。

（二）被判刑人承担的刑事责任

为了实现移交被判刑人的宗旨，充分发挥移交被判刑人这一国际刑事司法合作的效用，香港与有关国家对被判处死刑和财产刑的人不适用移交制度，只移交被判处剥夺或限制自由的刑罚的人。而且，香港特别行政区与外国的移交协定中都规定了被判刑人的刑事责任条件。具体地讲就是，罪犯所受刑罚属监禁、拘留或其自由在任何机构以任何其他形式被剥夺，而且其自由被剥夺的刑期为：(1)终身刑期而正在服刑者；(2)因心智上无行为能力而无确定刑期；(3)如果对被判刑人所判处的刑期为固定刑期，于请求移交时被判刑人尚须服刑最少1年。另外，香港与菲律宾的协定还要求，对被判刑人所判处的刑罚刑期为3年或3年以上。可见，上述协定明确了可移交的人是承担自由刑或保安处分的被判刑人，尤其是因为精神上有障碍的被保安处分的人也可以移交，这是一个显著的特点，突出了人道主义和保障社会的价值取向。

（三）判决的效力

香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定都规定，据以移交的判决属最终判决，并且在移交方内就该罪行或任何其他罪行无进一步法律程序正在待决，即在判刑国不存在尚未完结的上诉或申诉程序。这一条件包含两个方面的含义，一方面，据以移交的判决必须是生效判决，如果被判刑人没有提出上诉，则要求法律为被判刑人规定的上诉期限已经届满；如果被判刑人提起了上诉，则据以移交的判决应当是终审判决；另一方面，据以移交的判决即使是生效判决，也要不存在对其效力提出的异议，如对生效判决因提出申诉正在进行审判监督程序等悬而未决的问题。这是因为在移交被判刑人制度中，缔约一方的法院作出生效判决，就意味着另一缔约方有义务确认该判决在其领域内也发生了法律效力，生效判决是被判刑人被移交的法律依据。

（四）各方对移交的同意

为了切实有效地保护移交方、接收方和被判刑人的利益，香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定都规定：移交方、接收方及被判刑人均同意移交，但如鉴于被判刑人的年纪或身体状况或精神状况，而缔约双方中的一方认为有需要，则被判刑人可由有权代其行事的人代表其同意移交；缔约双方将尽力告知被判刑人其根据本协定规定可获移交的权利；如被判刑人希望被移交，可向移交方或接收方表达此种意愿；如接收方在移交前希望透过其指派的官员，核实被判刑人是否依照本协定自愿同意移交，

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(c)项。

香港与美国、英国的协定规定在例外的情况下此规定可予免除。参见《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第2款；《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(d)项。参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条(d)项。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第3条第(f)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和斯里兰卡社会主义共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(e)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(e)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(e)项；《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第1款第(e)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条(e)项；《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(e)项。

并且完全知道移交的后果,则移交方应给予接收方这样的机会。根据这些规定,在移交被判刑人时,不仅要求移交方、接收方同意移交,而且要求被判刑人本人也要同意移交。当然,如果被判刑人因为年纪或身体状况或精神状况,也可由有权代其行事的人代为表示同意。这些规定不仅体现了对移交方、接收方主权的尊重,也体现了移交被判刑人制度切实保护被判刑人合法权益这一人道主义准则的宗旨。

四、移交被判刑人的程序

移交被判刑人的最终结果是由接收方继续执行移交方所判处的刑罚,而达到这一结果则需要经过移交方与接收方约定的程序。香港特别行政区与外国移交被判刑人协定中关于移交的程序规定了作为当事方参与司法合作的实际操作规程,具体包括被判刑人移交的方式、方法和步骤等。主要有以下程序:

(一) 告知程序

根据香港特别行政区与外国移交被判刑人的协定,移交被判刑人首要程序是告知程序,这一程序包括两个方面:一方面,缔约双方须尽力告知被判刑人(在协定适用范围内的人)其根据本协定规定可获移交的权利;另一方面,如果被判刑人希望被移交,可告知移交方或接收方这种意愿。显然,告知程序在移交被判刑人制度尚未为公众所普遍了解的情况下,是使被判刑人得知自己的权利以获得作出有利选择的机会的必要、有益的步骤。

(二) 移交请求的提出

根据香港特别行政区与外国移交被判刑人的协定,提出或接受移交请求的机构为缔约各方各自指定的一个中心机关,香港特别行政区的中心机关为律政司、律政司司长或律政司司长授权的人员。外国的中心机关为国家检察长公署、司法部、司法部长、或由司法部部长指定的人士。如果缔约一方更改其中心机关,须将有关事宜通知缔约另一方。如果被判刑人告知移交方或接收方希望被移交的意愿,移交方或接收方在按协定所规定的条件考虑被判刑人表达的意愿之后,决定提出移交要求,该缔约方应以书面形式通知另一缔约方。缔约任何一方提出的所有移交请求,须采用缔约另一方的法定语文或翻译成缔约另一方的法定语文。缔约一方为支持移交请求而提交的所有文件,在缔约另一方的要求下,亦须连同缔约另一方的法定语文的译本一并提交。移交请求应包括下列资料:(a)被判刑人的

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和斯里兰卡社会主义共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(f)项;第5条第1、2、5款;《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(f)项;第5条第1、2、5款;《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(f)项;第5条第5款;《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(f)(g)项;第5条第1、5款;《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第1款第(f)项;第5条、第7条第1款;《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第(f)项;第5条第5款;《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第5条第1款、第2款;《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第3条第(g)项;第4条第1、5款;《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第5条第1款、第2款。

关于移交方的同意,《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第4条第1款第(g)项规定,倘美利坚合众国为移交方,当被判刑人被法院根据美利坚合众国某一个州的法律判刑时,移交须获得该州的有关当局以及联邦当局的同意。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第3条第2款。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和斯里兰卡社会主义共和国政府关于移交被判刑人的协定》第3条第2款、《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第3条第2款。

参见《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第3条第2款。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第3条第2款。

参见《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第11条;《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第8条;《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第8条第1款。

姓名、出生日期及出生地点 ;(b) 一份载列被判刑人的公民身份、国籍或居留身份的陈述书 ; 及 (c) 被判刑人的所在地及其永久住址 (如有的话) 。另一缔约方应尽快告知对方其是否同意移交请求的决定。移交请求的提出是移交双方就移交个案正式合作程序的第一步 , 因此十分重要。

(三) 提供资料

香港特别行政区与外国移交被判刑人的协定要求 , 无论移交请求是由移交方还是由接收方提出 , 当移交请求提出后 , 移交方应尽可能地以书面形式向接收方提供以下资料 : (1) 据以定罪及判刑的事实及把有关行为列为罪行的法律条文文本 ;(2) 刑期、被判刑人已服刑的时间以及被判刑人因劳动、行为良好、审讯前拘留或其他原因而获得的减刑 ;(3) 定罪及刑罚证明或记录的副本一份。 (4) 有关被判刑人是香港特别行政区永久性居民或与香港特别行政区有密切联系的证明 , 或被判刑人是缔约另一方公民的证明 ;(5) 由罪犯在移交方司法管辖区内被拘留当日起所有判决及判刑文件的确认副本 , 以及该等判决及判刑所依据的有关法律的陈述书 ;(6) 接收方要求的任何其他额外资料。有关协定还要求缔约任何一方均须在提出移交请求前或决定是否同意移交前 , 应另一方的要求尽可能地向其提供任何有关的资料、文件或陈述书。

(四) 审查

对移交请求还要履行必要的审查程序。审查的主要内容是移交的被判刑人是否符合协定规定的条件 , 所提供文件的内容是否正确 , 被判刑人是否依照本协定自愿地同意移交并完全知道移交的后果等。审查之后 , 如果被请求方同意接受移交的请求 , 应将此决定尽快通知对方 ; 如果被请求方认为有些条件欠缺 , 可以拒绝有关请求或通知请求方补充有关资料。

(五) 移交

移交方当局必须于缔约双方同意的日期以及双方同意位于移交方司法管辖区内的地点把罪犯移交给接收方当局。请求方在得到被请求方同意的通知后 , 双方就要具体商定实施移交被判刑人的有关事宜 , 包括移交的时间、地方、方式等 , 并作出适当的安排以顺利完成被判刑人的移交工作。

(六) 移交后的执行刑罚程序

为了有效地合作 , 预防和控制犯罪 , 维护法律秩序 , 接收方将被判刑人接回后 , 就要按照有关程序将被判刑人付诸刑罚执行。执行刑罚程序是移交被判刑人的关键步骤 , 可以说移交被判刑人制度存在的根据和价值主要地体现在刑罚的执行过程之中。因此 , 香港特别行政区与外国的移交被判刑人协定都规定了执行刑罚的程序 , 而且比较详尽和系统。刑罚执行程序的内容主要有 :

参见《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第 7 条第 3 款。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 3 款第 (d) 项 ; 《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第 7 条第 4 款。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第 4 条第 3 款第 (c) (d) 项。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 4 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第 4 条第 4 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 7 条第 4 款 ; 《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第 7 条第 5 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和斯里兰卡社会主义共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 4 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 4 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 3 款。

参见《中华人民共和国香港特别行政区政府和大不列颠及北爱尔兰联合王国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 6 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和泰王国政府关于移交罪犯及合作执行判刑的协定》第 4 条第 6 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和菲律宾共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 6 款 ; 《香港政府和美利坚合众国政府关于移交被判刑人的协定》第 7 条第 6 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和斯里兰卡社会主义共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 6 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和葡萄牙共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 6 款 ; 《中华人民共和国香港特别行政区政府和意大利共和国政府关于移交被判刑人的协定》第 5 条第 6 款。

1、关于刑事判决司法管辖权的保留。移交方保留复核其法院所定罪行及所判刑罚的司法管辖权。

2、关于被判刑人应服刑期的确定。接收方执行刑罚时,除依照有关协定的规定修订有关刑罚外,须受由移交方所定刑罚的法律性质和刑期约束,该等刑罚的执行须尽可能地与移交方司法管辖区判处的刑罚一致,接收方执行剥夺自由的刑罚,不得把刑期延长至超过移交方法院判刑时规定的期限。

3、关于刑罚执行法律依据、程序、刑罚的调整等问题。(1)在被判刑人移交后继续执行刑罚,须受接收方的法律及程序限制,包括规定有关监禁、囚禁或其他剥夺自由方式的服刑条件的法律及程序,以及包括确定以假释、有条件释放、减刑、赦免或以其他方式缩短监禁、囚禁拘留期或其他剥夺自由方式的期限的法律及程序;(2)如果移交方根据协定,把判决或刑罚修订、变更或撤销,或把刑罚缩短、减轻或终止,接收方须在接获有关决定的通知后,根据协定实行有关决定;(3)一旦获悉移交方作出赦免被判刑人的决定,或因任何理由(包括缴付罚款,而被判刑人因欠缴罚款而须服刑)作出任何导致有关刑罚被撤销或缩短的决定或措施后,接收方应立即修改或终止执行有关刑罚。

4、关于刑罚的法律冲突。假如刑罚在性质或刑期方面与接收方的法律相抵触,则接收方可根据本身法律对同类罪行规定的刑罚,修订有关刑罚。就刑罚作出修订时,接收方的有关当局须以可见诸于移交方在任何意见书、定罪书、判决书、或所判处的刑罚中作出对事实的研判为依据。修订后的刑罚在性质或刑期上,都不能比移交方所判刑罚更为严厉。

5、关于未成年人。假如根据接收方的法律,被判刑人是未成年人,则不论被判刑人根据移交方的法律属何种地位,接收方都可以将该被判刑人当作未成年人看待。

6、关于执行完毕的通知。接收方在下列情况下应当通知移交方:(1)当被判刑人获释放时;(2)假如被判刑人获有条件释放;或(3)假如被判刑人在刑罚执行完毕之前逃离羁押。

7、关于移交方的监督。如果移交方提出要求,接收方须提供任何其所要求的有关执行刑罚的资料;缔约任何一方可在任何时间要求对方提供一份有关个别刑罚执行情况的特别报告。

五、关于移交被判刑人的几个具体问题

(一)被判刑人过境

香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定都规定了被判刑人的过境问题。如果缔约任何一方从另一个(第三方)司法管辖区移交被判刑人,或把被判刑人移交至另一个(第三方)司法管辖区,则缔约另一方须予合作,为该被判刑人的过境提供方便;打算进行该种移交的缔约一方须事先将上述过境事宜通知缔约另一方。被判刑人过境实际上涉及的是缔约一方与第三方之间的司法协助问题,为了使被判刑人能在熟悉的环境中进行改造,早日重返社会,让被判刑的人尽早回到其本国服刑,协定要求缔约另一方为此提供方便,这体现了缔约方彼此之间在移交被判刑人这一国际刑事司法协助中的友好合作关系。

(二)费用

关于移交的费用,香港特别行政区与外国移交被判刑人协定都规定:移交被判刑人或在移交被判刑人后继续执行刑罚所涉及的开支,须由接收方负担。但接收方可以向被判刑人追讨全部或部分移交费用。根据这一规定,移交被判刑人所需费用应当由接收方来负担,这是因为被判刑人是接收方的公民、国民、永久性居民或有密切联系的人,把在境外犯了罪的本国国民接管过来,放在国内服刑,有利于实现对其国民合法权益的保护,对促使被判刑人及其家庭和社会的各项利益的实现具有重要意义,还可以使国家更好地履行保护国民的责任,所相对于移交方来说,由接收方支付费用更为合理。从被判刑人角度来看,能在自己的祖国服刑,既能得到较好的生活环境,又会得到家庭和社会的照顾,所以被判刑人是移交被判刑人制度最大的受益者,理应承担由此而产生的全部费用,接收方可以向被判刑人追讨全部费用,当然,如果存在被判刑人全部支付有困难等原因,接收方也可以要求被判刑人支付部分费用。

(三)争议的解决

香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定都规定了解决纠纷的办法:因本协定的解释、适用或执行产生的任何争端,如缔约双方中心机关无法自行达成协议,则须通过外交渠道解决。由于缔约各方之间存在着价值观、文化传统、社会制度、经济发展等多方面的差异,所以在对移交被判刑人协定的解释、适用和执行等方面难免产生一些分歧,缔约各方应本着友好的态度,协商解决国际争端,如果不能自行解决这些争端,就可以通过外交途径予以解决,甚至还可以随时以书面形式通知另一方终止协定。协定中规定的争议解决方式进一步体现了主权国家之间合作的关系,在有关协定执行机构无法就协议中的具体问题达成一致时,外交途径是解决国家间的争端、包括司法合作争端的正常渠道。

结语

香港特别行政区与外国签订的移交被判刑人协定详尽规定了移交被判刑人时所应遵循的原则、条件和程序等具体制度,形成了该地区与外国之间刑事司法协助的基本法律体系的重要内容。该体系全面地贯彻了国际刑事司法合作的基本原则,具有较强的针对性、操作性,同时又不乏灵活性,排除了个案由于政治法律背景上的差异而引起的纠纷,体现了人道的精神,也使协定各方维护了其主权和公民利益的平衡,有利于香港和各协定国维护其公民、居民以及相关人员的福利,并使其刑事处罚得到理想的执行,最大限度地发挥刑罚的应有功能。我们认为,一方面,随着香港、澳门回归后我国内地与港澳之间交往的增多,涉港、涉澳案件也会逐年增多,为有效地改造罪犯,以适当的方式签订我国内地与港澳地区的区际刑事司法协助协定是很有必要的。另一方面,作为一个特别行政区,香港与外国签订的移交被判刑人制度丰富了我国国际刑事司法的合作实践,为今后我国就被判刑人移交问题和有关国家签订刑事司法协助的协定、建构和完善我国关于移交被判刑人的对外司法协助体系提供了较为成熟的理论和实践经验。

Abstract: The problem of transferring Sentenced Persons is one of an important issue for the international criminal judicial assistance. The Government of Hong Kong Special Administrative Region has signed a series of agreements on transfer of sentenced persons and set up a well organized criminal judicial assistance system, therefore offered a legislative guarantee for the needs of transferring sentenced persons between Hong Kong and foreign governments. This article is aimed to study the principles, conditions and procedures, etc., to provide a reference for the construction and perfection of the criminal assistance system on transfer of sentenced persons of China.

[作者单位:中国人民大学法学院

中国社会科学院法学研究所]

(责任编辑:白岫云)