

## 港澳台刑事法制

# 区际刑事司法协助法律研讨会综述

赵秉志 黄 芳

随着香港特别行政区和澳门特别行政区的相继建立,“一国两制三法系四法域”的格局在我国已经基本形成。建构科学、合理的中国区际刑事司法协助制度,已经成为中国四地立法机关、司法实务部门以及理论界共同关注的焦点。为了将法学理论与司法实务结合起来深入研究我国区际刑事司法协助的相关问题,澳门检察律政协会与国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心于2002年4月29-30日在澳门联合举办了“区际刑事司法协助法律研讨会”。与会的刑事法学专家学者围绕有关区际刑事司法协助的诸多法律问题进行了热烈的研讨,提出了不少建设性和合理化的意见。

## 一、会议概况

由澳门检察律政学会与中国人民大学刑事法律科学研究中心联合举办的“区际刑事司法协助法律研讨会”,是我国两岸四地法学界、法律界高层次专家学者的一次盛会。内地18个法律院校、科研机构、中央和地方司法机关的30余位专家学者,澳门检察院、各级法院和有关法政机关、法律院校的近百位专家学者,香港律政司、廉政公署、保安局的近20位专家学者,台湾法律院校等方面的3位专家学者,以及澳门有关各界的嘉宾,共约200人出席了此次研讨会。这次研讨会共收到学术论文30余篇。

此次研讨会在澳门置地广场中心举行。4月29日上午举行了隆重的开幕式。中国人民大学刑事法律科学研究中心主任赵秉志教授代表会议主办单位致词,指出此次会议议题的开拓意义和与会专家学者的重要代表性;台湾学者张平吾在其致词中对会议的举办给予充分肯定,并认为中国区际刑事司法协助问题应为台湾所关注和参与;香港特别行政区律政司司长梁爱诗女士对此次会议予以高度评价,并对当代跨境犯罪、国际司法合作背景下中国两岸四地间的司法协助及其意义发表了积极的意见;澳门特别行政区检察院检察长何超明在指出区际刑事司法协助之重要的理论与实践价值的基础上,系统阐述了澳门检察机关关于中国区际刑事司法协助问题的主要法律立场和学术观点。

研讨会在近两天的时间里分别围绕“区际刑事司法协助的原则性问题”、“不同区域的法律冲突”、“区际刑事司法协助之协议内涵”、“区际合作打击跨境犯罪”、“区际刑事司法协助中管辖权的划分”等议题,进行了大会专题发言与研讨,两岸四地共有27位专家学者在大会上作专题发言。通过广泛而深入的研讨,与会专家学者们明确了共识,也提出了不少存在分歧而需要进一步研究的问题。

为有助于我国两岸四地法律界、法学界全面了解这次学术盛会的研讨成果,下面对之予以综要介述。

## 二、关于中国区际刑事司法协助的原则性问题

### (一) 关于区际刑事司法协助的概念

为了廓清区际刑事司法协助的概念,有论者探讨了我国区际刑事司法协助与国际刑事司法协助的区别,认为我国的区际刑事司法协助与国际刑事司法协助相比,存在以下区别:(1)刑事司法协助的主体不同。我国的区际刑事司法协助的主体是中华人民共和国的大陆地区和香港、澳门、台湾地区的司法机关和执法机关。国际刑事司法协助的主体是主权国家,具体的执行主体是不同主权国家之间的司法机关和执法机关。(2)刑事司法协助的法律基础不同。我国的区际刑事司法协助是以我国宪法及香港特别行政区基本法、澳门特别行政区基本法及其他相关法律或规范性文件为基础的。而国际刑事司法协助的法律基础主要是国际条约、国际惯例和互惠原则。(3)刑事司法协助的内容和原则有所不同。我国的区际刑事司法协助是一个国家的不同法域之间的协助,协助的内容更广泛。在国际刑事司法协助中双重犯罪、政治犯不引渡和本国国民不引渡这三个重要的原则在我国的区际刑事司法协助中不应适用。(4)刑事司法协助的实施途径、方式上有所不同。我国的区际刑事司法协助是一个主权国家内的不同法域之间的司法协助,所以无须如同国际司法协助那样设定复杂的繁琐的审查程序,区际刑事司法协助的途径更多,方式更灵活。

另外,有论者认为应将“区际刑事法律”称为“区域刑事法律”,因为“区域”一词更能准确地体现目前我国各法域刑事法律彼此独立的关系,而“区际”一词容易使人误解为是各法域共同制定和适用的刑事法律。所谓区域刑事司法协助,是指在“一国两制”原则下,内地、香港、澳门和台湾四个不同的法域(司法辖区)之间为便利对方进行刑事诉讼而提供的各种协助。

### (二) 关于建立区际刑事司法协助的必要性和可行性

随着香港、澳门的回归,尤其是我国加入WTO后,我国内地与香港、澳门之间的交往日益频繁,跨越不同法域的犯罪案件不断发生,必然在追究犯罪分子责任的刑事诉讼程序上发生一系列实际问题。例如,这些案件由何地法院管辖?涉及对方的证据如何提取、使用?涉及对方的诉讼文书如何送达?双方如何彼此承认并执行对方的刑事判决?等等。这些问题是司法部门遇到的非常棘手的实际问题。有论者认为,建立区际刑事司法协助,有助于沟通内地和香港、澳门特别行政区等不同法域在刑事司法活动上的联系;有助于妥善解决内地与香港、澳门等不同法域刑事管辖的冲突,保障各法域刑事诉讼得以顺利进行;有助于加强不同法域之间的刑事合作,有效地共同打击犯罪。论者还从政治基础(“一个国家”)、法律基础(《中华人民共和国香港特别行政区基本法》和《中华人民共和国澳门特别行政区基本法》关于香港、澳门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的规定)、现有的实践经验和国外的先例几个方面论述了建立区际刑事司法协助的可行性。

### (三) 关于中国区际刑事司法协助应遵循的原则

关于我国区际刑事司法协助的原则,有论文认为,在我国区际刑事司法协助中,不能遵

循双重犯罪原则、政治犯和军事犯不移交的原则、死刑犯不移交原则、本地居民不移交原则,只有公共秩序保留原则能成为区域司法协助的指导原则,但这一原则的适用应当受到限制。另一些论文从区际刑事司法协助的特殊性质以及法律、国情、实情进行分析,认为区际刑事司法协助的基本原则主要有:一个中国原则;法治原则;互惠原则;充分协商原则;维护权利、履行义务原则;效率原则以及司法协助优先原则等。

有论者专门论及内地与澳门移交逃犯应遵循的原则,认为国家间的引渡与两地间相互移交逃犯的本质区别是有无国际性和有无主权性。两地间相互移交逃犯的本质特点是既无国际性又无主权性。所以,在司法实务中应当排斥非双重犯罪不移交原则,排斥政治犯不移交原则,排斥死刑犯不移交原则,排斥基于种族、宗教信仰、国籍、政治意见等理由进行起诉的罪犯不移交原则和排斥本地居民不移交原则以及军事犯不移交原则。两地相互移交逃犯应当遵循的主要原则有:(1)“一国两制”原则,即澳门与外国开展移交逃犯合作安排,必须区别于国家与国家间的引渡合作,必须与其非主权地区的地位相适应;(2)维护国家主权和国家利益原则;(3)主动协助原则,即一地发现(包括主动发现、逃犯投案)对方逃犯,虽未收到对方请求即迅速通报并采取应急协助措施;(4)效率原则,即只对有关请求进行形式审查,审查程序应尽量简捷;(5)直接合作原则;(6)灵活务实原则。另有论者提出了澳门与内地警务合作应遵循的主要原则包括“一国两制”原则,互相支持、平等互助的原则,互不隶属、互不干预的原则,程序互助为主的原则。

也有论文专门对海峡两岸刑事司法互助的原则进行了探讨,认为两岸之间进行刑事司法互助应遵循以下原则:(1)平等互惠原则;(2)相互尊重原则;(3)双重犯罪原则;(4)或遣返或起诉原则;(5)特定性原则。

还有论文专门从国际刑法的角度论及一事不二审原则。此原则能否适用于区际刑事司法协助,则需要进一步研究。该原则在国际刑事司法协助方面充当着双重的角色:一方面,该原则是国家间拒绝进行引渡、拒绝进行国际刑事司法协助的理由,是通过请求国国家主权的抑制来排除重复管辖的可能性;另一方面,该原则是保障公民人权的一面盾牌,它为公民提供司法上的安全感,是国家刑罚权和公民的人权之间的平衡器。在国际法领域内,一事不二审原则被认为是一条普遍适用的原则。这一原则已得到国际刑事法院规约的确认。但我国刑法没有明文规定一事不二审原则。

#### (四) 关于中国区际刑事司法协助的理性基础

有论者认为,开展区际刑事司法协助所面临的问题,涉及到协助的原则、途径、法律冲突以及在不同法域之间开展协助时各种具体问题的解决方式等等一系列问题,但是解决这些问题的基础,首先是一个司法理念问题。只有在理性的基础上,区际刑事司法协助中面临的各种问题才可能得到合理有效的解决。论者认为,中国区际刑事司法协助的基础是“同一主权国家”,开展区际刑事司法协助的宗旨是更有效地维护各个法域的法律秩序,保护公民包括被告人的基本权利。

### 三、关于中国不同区域间的法律冲突问题

由于众所周知的历史原因,我国台湾地区尚未与祖国大陆实现统一。香港和澳门地区虽然已经回归祖国,但根据中英《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》,中华人民共和国在香港和澳门地区设置高度自治的特别行政区,实行“一国两制”,在相当长的时期内不仅保留现行的资本主义制度和生活方式,而且保留自己的法律体系和司法体系,享有独立的司法权和终审权。在一个主权国家内允许存在不同的社会制度,允许保留各自不同的法律和司法体制,这必然决定了在一国之内存在着不同法律区域间的法律冲突问题。与会代表主要从以下几个方面对不同法律区域间的法律冲突问题进行了探讨。

### (一) 关于处理中国区际法律冲突问题适用的原则

有论文认为,在处理我国内地与港澳地区之间的区际法律冲突问题时,应当遵循的原则包括:(1)维护国家主权统一原则;(2)坚持平等对待原则;(3)保障内地和港澳人民正常交往与合作的原则;(4)维护司法独立原则;(5)平等互利原则;(6)相互尊重历史和现实的原则。为解决内地与港澳地区间的刑事管辖权冲突,还有论文提出了如下三个原则:(1)有利于打击犯罪、维护三地社会秩序原则;(2)犯罪地管辖为主、居住地管辖为辅原则;(3)先理优先原则。

### (二) 关于特别行政区与内地刑事管辖权的冲突问题

有论文认为,香港、澳门与内地刑事管辖权的冲突包括两个层次:一是“法律上的冲突”,即根据三地的法律规定,当一个刑事案件发生时,三地或其中的两地都有权对该刑事案件进行管辖,但由于法律程序上的原因,其中一地或两地并不声称它有管辖权,而默认他地的管辖权;二是“实际上的冲突”,即当一个刑事案件发生后,根据三地的法律规定,三地或两地对该案都享有刑事管辖权,三地或两地的司法机关都开始了刑事诉讼程序,都向他地的司法机关提出了管辖该案件的要求。而存在于人们观念上的“冲突”是刑事管辖权协调的最大障碍。我国境内三地的刑事管辖权冲突的特点,和其他国家不同法域之间的刑事管辖权冲突相比,属于一种深层次、多方位且伴随着法律价值观念的冲突和法律文化上的冲突,其内容比较复杂,协调的难度非常大。论者认为,解决三地刑事管辖权冲突的规范模式,采用单方面进行法律解释和订立协议的办法都有不妥,而应当通过全国人大常委会立法的形式建立解决三地刑事管辖权冲突的规范体系。

还有论者从最高人民法院曾研究并给予指导的谢文广抢劫案出发论述了管辖权冲突及指定管辖的依据和理由。认为在管辖权冲突的情况下,应当坚持犯罪地为主、居住地为辅、最先处理以及整体审查一并处理原则。在我国内地与港、澳地区司法管辖权的划分尚未达成协议之前,这些原则应当成为解决区际管辖权冲突的基本准则,并且应当成为制定我国内地与港、澳地区司法管辖权协议继续坚持的基本原则。

### (三) 关于我国内地与港澳地区死刑政策冲突的问题

香港于1993年4月通过立法废除了死刑,1996年1月1日生效施行的《澳门刑法典》并未设置废除死刑。导致内地与港澳地区三个不同的“法域”之间跨区域严重刑事犯罪案件死刑适用上的冲突。有论者认为,这种冲突既表现于法律层面,如对此类案件的管辖标准是采用属地管辖原则、属人管辖原则还是采用保护管辖原则;同时也表现于政治和文化层面,如人权保护、对被告人的人道主义待遇等问题。其核心问题为“死刑不引渡(或不移交)原则”是否应该或可以在我国内地与港澳地区之间的区际刑事司法协助中加以明确规定。论者提出各方应该在中国的宪法与有关法律和港澳基本法、港澳现行法律的框架下就死刑案件的区际刑事司法协助作出专门的安排,在涉及死刑案件时以属地主义为主、属人主义为辅并兼采

保护主义(必要时考虑犯罪所侵害的法益是港澳地区的还是内地的,以此进行区分,并对港澳地区居民予以特殊保护),尽量避免或减少死刑的适用。

另有论者认为,如果内地管辖的刑事案件可能对被告人判处死刑时,香港、澳门的司法机关是否应当提供司法协助,应当分别不同情况处理:第一,内地司法机关对于内地居民在内地实施的犯罪进行管辖,即使可能判处死刑,香港、澳门的司法机关都应当应请求提供协助。第二,内地司法机关对内地居民在香港或澳门实施的犯罪进行管辖时,如果被告人可能被判处死刑,香港、澳门的司法机关是否提供司法协助,应当由香港、澳门司法机关自行决定。第三,内地司法机关对香港、澳门居民在内地实施的犯罪进行管辖,即使其犯罪可能被判处死刑,香港、澳门的司法机关也应当提供协助。第四,对于内地、香港或澳门都有管辖权的跨境犯罪或者多地犯罪,应当根据可能被判处死刑的犯罪行为在哪个法域实施的来决定是否提供协助。

#### (四) 关于我国内地与澳门刑法关于黑社会犯罪的法律冲突问题

有论文认为,对于黑社会犯罪而言,虽然内地与澳门地区刑法对黑社会犯罪均有明确规定,但是两地在黑社会犯罪的立法形式、罪名设置、犯罪构成和刑罚处罚上都存在着较为明显的法律冲突,对认定和处理涉及两地的黑社会犯罪具有显著的影响。论文认为,内地与澳门地区关于黑社会犯罪的刑事法律冲突的解决,集中地体现在刑事管辖权冲突的解决上,而刑事管辖权冲突的解决,应当从维护国家主权、平等协商、互惠、维护人权、有效惩治犯罪、便利诉讼等原则出发,坚持以犯罪地原则(属地原则)为主,以限定的居所地原则(属人原则)为补充,即在某些特殊的情况下,以实际控制和先理为优的原则妥善予以解决。

### 四、关于区际刑事司法协助中的刑事管辖权问题

#### (一) 关于我国内地与港澳地区刑事管辖权的合理划分问题

关于内地与港澳地区刑事管辖权的划分问题,有论文认为,“一国两制”是中国区际刑事管辖权合理划分的指导思想,其中,“一国”是实行“两制”的基本前提和重要基础,“两制”是保障与维护“一国”的必要途径和重要策略。由于中国内地与港澳特区之间的刑事管辖权冲突是同一个主权国家范围内的刑事管辖冲突,没有涉外的性质,也不具有国际刑事管辖冲突的特性,因而三地刑事管辖权的确定,既不能适用严格国际法意义的管辖原则即属地管辖原则、属人管辖原则、保护管辖原则和普遍管辖原则,也不能依据《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定予以确定。根据《香港基本法》附件三和《澳门基本法》附件三的规定,内地刑法中的罪刑规范虽然不能适用于香港、澳门特区,但作为刑事实体法规范,内地刑法却可以也应当为区际刑事管辖权的合理划分提供一个明确的法律依据。而内地刑法关于管辖原则的现有规定显然均是以国家主权而不是内地、香港和澳门特区的治权为基础而设立的,对于区际刑事管辖冲突的确立原则,在内地刑法中至今仍是一个盲点。所以,论者建议在内地今后刑法的修订与完善中,应在现行管辖原则条文之后,设专条对内地与港澳特区刑事管辖权的确立原则作出明确的规定,这既是罪刑法定原则的要求,也是“一国两制”的体现。论者主张,以内地与港澳特区的刑事管辖原则体系,应当以地域管辖原则为主,合理、有效地惩治防范犯罪原则为辅。鉴于中国区际刑事管辖原则的确立对于中国区际刑事司法协助制度建立的重要意义,内地与港澳特区的有关机构有必要在未来的中国区际刑事司法协助协议中对此

作出专门规定,并将之在三地的刑法中予以立法化,以便为各法域司法机关就中国区际刑事管辖冲突的合理解决提供一个明确的法律依据。论者在界定三地互涉刑事案件的基础上,就中国内地与港澳地区互涉刑事案件的管辖权合理划分问题提出了具体的设想,其中包括:(1)关于跨境犯罪的管辖问题;(2)关于数罪分涉三地的刑事案件的管辖问题;(3)关于互派人员犯罪案件的管辖问题;(4)关于国防、外交犯罪案件的管辖问题;(5)关于背叛祖国、分裂国家等危害国家安全犯罪案件的管辖问题;(6)关于港澳居民涉外犯罪案件的管辖问题;(7)关于港澳居民在国外实施国际犯罪后逃到国内案件的管辖问题等。

另有论文认为,除了发生在港澳特别行政区内的涉及国防、外交、军事的犯罪以外,港澳特别行政区的刑法应当均在港澳特别行政区内绝对适用,即港澳特别行政区采取有限制的属地原则确定其管辖权;内地刑法除了采取属地原则外,还应当根据中央权力的所及范围确立其刑事管辖权。对于相互派驻人员犯罪的管辖问题,如果其行为没有触犯驻在地的刑法而只触犯了派驻方刑法的,应当根据属人原则,由派驻方的司法机关管辖;如果派驻人员的行为触犯了驻在地的刑法而没有触犯派驻方刑法的,应当根据属地原则,由驻在方的司法机关管辖;如果派驻人员在驻在地实施的行为既触犯了驻在地的刑法又触犯了派驻方刑法的,属于双方均有管辖权的管辖冲突问题,应当按照司法协助的内容予以解决。

### (二) 关于内地与港澳地区互派公务人员犯罪的刑事管辖问题

有论文认为,关于内地与港澳地区互派公务人员犯罪的刑事管辖问题,不仅关系到互派公务人员犯罪案件应由内地还是港澳地区法院受理的问题,而且还关系到适用谁的法律的问题。根据内地和港澳有关法律的规定和原则,内地和港澳地区互派公务人员犯罪的刑事管辖大致可按照以下原则和方法处理:(1)以属地原则为主。即被派公务人员的犯罪地的司法机关有管辖权。如果派驻人员在派驻期间在派驻地犯罪,但返回原地后再被发现时,内地和港澳地区都可主张管辖权。在这种情况下,应由内地和港澳地区的司法机关协商解决。(2)以属人等原则为辅。如果内地派驻港澳地区公务人员驻港澳期间在港澳所犯罪行是内地一方所独有的,港澳地区司法机关不会受理这种事。但如果内地有关司法机关主张管辖权的话,根据协商原则,港澳地区司法机关应给以一定协助。反过来,如果港澳地区派驻内地公务人员在派驻地犯下港澳地区独有的犯罪(内地不认为是犯罪),港澳司法机关主张管辖权的话,内地司法机关也应给以协助。

### (三) 关于内地与澳门普遍管辖权的适用问题

有论文探讨了内地与澳门普遍管辖权的适用问题。认为内地与澳门地区适用普遍管辖权的指导原则是:(1)“绝对一致”与“一国两制”协调统一的原则。无论内地还是澳门地区在适用刑法普遍管辖权时,都应首先虑及两地绝对一致的作为管辖权基础的国家主权,同时兼顾两地不同的法律制度和适用普遍管辖权不同的立法模式,将“绝对一致”与“一国两制”有机地协调统一。(2)遵守国际司法规范的一系列原则。内地与澳门在适用普遍管辖权过程中应遵守的一些国际司法规范原则,主要包括一罪不二审原则和正当程序原则。(3)便利刑事诉讼的原则。为了维护司法效益,提高司法效率,及时、有效地运用普遍管辖权打击国际犯罪分子,要求双方积极地提供司法协助与合作,承认与执行对方的判决或裁定。

## 五、关于我国区际刑事司法协助的内容范围及有关具体制度

### (一) 我国区际刑事司法协助的内容范围

与会代表及其在提交的论文中普遍认为,区际刑事司法协助应当包括下列内容:(1)协助刑事案件管辖移交;(2)协助调查取证,包括讯问罪犯、嫌疑犯,询问当事人、证人、被害人、鉴定人及其他诉讼参与人(包括在请求地当地作证和到请求地出庭作证),进行鉴定、检查、勘验、搜查、查封,提供有关物证、书证及可供作证明的资料、文件,如银行、财务、公司或商务记录等;(3)协助送达刑事诉讼文书;(4)协助通知证人或鉴定人出庭作证;(5)协助执行刑事判决,包括相互承认和执行刑事判决,如代为执行有期徒刑、缓刑期监督、假释期监督以及财产刑等;(6)协助赃款赃物的追还和移交;(7)协助遣返刑满释放者。

还有论文将我国区际刑事司法协助的内容分为如下三类:第一类是狭义的刑事司法协助。其具体内容应包括:(1)送达刑事诉讼文书;(2)代为询问有关人员,制作、提供询问笔录;(3)安排证人、鉴定人和在押人员出庭作证或协助调查;(4)协助被请求方调查;(5)委托勘验、检查、鉴定、搜查和扣押;(6)移交物证、书证和赃款赃物;(7)其他形式协助。第二类是可移交的犯罪嫌疑人、被判刑人。可移交的犯罪嫌疑人应当是实施了涉嫌比较严重的犯罪,可以是依照内地刑法或香港、澳、台刑法实施了可能判处1年以上有期徒刑或监禁的犯罪;可移交的被判刑人,应当是还有较长的尚未执行的刑期,可以是判决中尚未执行的刑期不少于6个月的服刑人。在移交犯罪嫌疑人、被判刑人时,不适用双重犯罪原则、政治犯不引渡原则、死刑犯不引渡原则和本国公民不引渡原则。第三类是新形式的刑事司法协助。具体包括:(1)刑事诉讼的移管。其主要特点是请求方将本来属于其管辖的案件转移给被请求方追诉和执行判决。(2)代为执行刑事判决。这是指某一法域(国家)应另一法域(他国)的请求,根据协议和本地(本国)刑法的规定,执行另一法域(他国)对本地居民(本国公民)或特定关系人在另一法域(他国)犯罪所作的刑事判决。代为执行刑事判决所判处的刑罚,可以是自由刑(徒刑、监禁)、财产刑(罚金或没收)与资格刑(剥夺或停止权利或者禁止或限制资格)。代为执行的刑罚应以本地刑法规定有该刑种为限。

关于中国区际刑事司法协助的范围与重点,有论者认为,区际刑事司法协助的范围很广,包括刑法分则中规定的绝大多数罪名,但从司法实际看,为节约资源、集中精力打击严重犯罪,当前应该将以下犯罪列为重点:黑社会犯罪,有组织犯罪,暴力恐怖犯罪,毒品犯罪,金融诈骗、走私等破坏经济秩序犯罪,杀人、绑架等严重侵犯公民人身权利犯罪,抢劫等严重侵犯财产犯罪,以及邪教犯罪。这些严重刑事犯罪跨地区作案,危害极大。我国内地与港澳台地区间的区际刑事司法协助,应该突出重点,共同打击严重犯罪嚣张气焰。贪污贿赂及经济犯罪分子往往携款潜逃港澳台地区,严重扰乱港澳台秩序,也应列为重点,加强我国区际刑事司法协助,有利于遏制上述犯罪。

还有论文专门论及了澳门特区的区际刑事司法协助问题,认为根据《澳门基本法》第93条的规定,澳门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。这一规定为澳门特区开展区际刑事司法协助提供了宪法性法律基础。在刑事领域,澳门区际司法协助的内容是相当广泛的,主要包括以下事项:(1)文书送达;(2)调查取证;(3)刑事讯息及情报交流;(4)逃犯的移交;(5)被判刑人的移交执行;(6)赃款赃物

的移交;(7)刑事案件管辖的移交;(8)刑事判决的承认与执行。论者在分析澳门特区区际刑事司法协助的现状的基础上,认为目前在澳门特区区际刑事司法协助领域中仍存在一些重大问题或空白,迫切需要解决或填补。在目前的情况下,可以考虑综合采取和落实一系列针对性较强的措施,如更新法律观念、加强交流和协商、完善内部立法、重视和推动学术研究等,促进尽快建立特区完善、健全的区域司法协助体系。

关于区际犯罪被害人协助及补偿问题,也有论文进行了探讨,认为区际间的犯罪被害人类型,就犯罪活动地区而言,包括以下三种类型:(1)触犯各法域内相关法律犯罪行为的区域性犯罪被害人,(2)触犯区际间共同认为属于犯罪行为的跨区域性犯罪被害人,(3)触犯国际法或条约中属于犯罪行为的全球性犯罪被害人;就区际及全球性犯罪类型而言,包括以下几种类型:(1)恐怖活动及谋杀的被害人,(2)国际抢劫、盗窃的被害人,(3)国际欺诈的被害人,(4)国际走私的被害人等。我国各地区之间应当通过建立区际通报体系、建立区际司法协助机制、强化国内法制体系来保障对被害人补偿能顺利进行。

### (二)关于我国内地与港澳台地区缓刑犯的移管问题

在遵循国家主权原则、平等协商原则、双重犯罪原则、不重复处罚原则和有利改造原则的基础上,中国内地和港澳台地区刑事案件缓刑犯在移管时主要应具备以下条件:(1)缓刑犯所犯之罪一般应是普通刑事犯罪,危害国家安全的犯罪、带有政治性质的犯罪、军事或战争方面的犯罪、恐怖组织或黑社会犯罪不应在此列;(2)缓刑犯所犯之罪必须是判决所在地和判决执行地的法律均认为是犯罪,才能移管;(3)缓刑判决必须是生效判决;(4)缓刑犯本人或其亲属提出移管申请;(5)缓刑犯在申请移管时应尚有未执行完毕的刑期;(6)缓刑犯必须是移管地居民,有固定居所,便于接收地的有关机构进行监管;(7)申请移管的要求,须经判决地司法机关审查;(8)缓刑犯必须同意接受监管地法律所规定的缓刑监管条件,否则接收地无法实施监管。论者还对区际间缓刑犯进行移管的程序进行了设计,认为我国区际间缓刑犯移管的程序,应包括提出程序、审查程序、答复程序、执行方式、移管效力、减刑和赦免等内容。

### (三)关于我国不同地区间罪犯易地服刑的问题

关于我国不同地区间罪犯易地服刑的问题,有论文从两个方面进行了论述:一是关于被判处监禁刑的罪犯易地服刑的问题。考虑到罪犯在服刑期间将要面临的通讯、会见亲属以及其他有关问题等,从便于刑罚执行的角度出发,主张允许罪犯易地服刑。具体来说,有以下几种情况:(1)如果罪犯被判处监禁刑而又要求回自己的居所地服刑的,原则上应当准许;(2)如果罪犯被判处的是自由刑同时又被宣告缓刑,自己要求回居所地接受缓刑考验的,原则上也应当予以准许;(3)如果罪犯被犯罪地的司法机关判处监禁刑,执行了一定的刑期之后,决定予以假释,而罪犯要求回自己的居所地接受假释考验,原则上同样应当予以准许。如果被判处监禁刑的罪犯本人不要求易地服刑,或者判决地的司法机关认为不宜易地服刑,罪犯就必须在判决地服刑。二是对被判处死刑缓期二年执行的罪犯可否易地服刑的问题。死缓本身并不是独立的刑种,香港人或者澳门人在内地犯罪,如果罪行严重,就存在着被判处死缓的可能性。而香港和澳门均已废除了死刑,只有内地还在刑罚中保留着死刑。所以,在内地被判处死缓的香港罪犯或者澳门罪犯要求回香港或者澳门执行死缓不能被准许,罪犯只能在判决执行地接受死缓的考验。如果被判处死缓的香港罪犯或者澳门罪犯在缓期考

验期限内没有再犯罪甚至有重大立功表现,按照内地刑法的规定,就将被减为无期徒刑或者15年以上20年以下有期徒刑。在这种情况下,可以按照前文所述的监禁刑的易地服刑方式来处理。

#### (四) 关于我国区际间财产刑的执行协助问题

关于我国区际间财产刑的执行协助问题,论者认为,如果内地人在香港或者澳门犯罪被依法判处财产刑,或者香港人、澳门人在内地犯罪被依法判处财产刑,而犯罪人的财产不是在判决地而是在居所地,判决地的司法机关又无权到犯罪人的居所地执行财产刑,判决地的司法机关可以委托犯罪人居所地的司法机关协助执行财产刑,犯罪人居所地的司法机关也有义务提供相应的司法协助,执行后的财产也应当移交给判决地的司法机关。这是因为,法院判处罚金或者没收财产,这其中既包括对犯罪人的经济惩罚因素,也包括由于犯罪人的犯罪行为而给社会、给被害人造成损害的补偿因素,因而如果把这部分财产留在执行地显然是不合适的,而把这部分财产移交给犯罪行为发生地则较为妥当。

### 六、关于我国区际合作打击跨境犯罪的问题

#### (一) 我国区际跨境犯罪的界定

有论者认为,跨境犯罪仅指犯罪的行为或结果跨越国(边)境的情形。在我国,跨境犯罪既包含跨越国境涉及到其他国家的犯罪,也包括我国领域之内,跨越祖国内地(大陆)、香港、澳门和台湾这些不同法域地区的犯罪。由于跨境犯罪的行为或结果跨越了国(边)境,一般都会涉及到两个以上的国家或实行两种以上不同刑事法律的地区,又由于绝大多数国家或地区在刑事管辖问题上,都是采取属地原则为主的折衷原则,因而,确定跨境犯罪的犯罪地具有重要意义。在理论上和立法上,对犯罪地的确定,占主导地位的是“遍在说”,认为行为实施地与结果发生地都是犯罪地。其行为并不以实行行为为限,还包括预备行为、教唆行为、帮助行为,其结果也并不以全部结果为限,只要有部分结果即可,并且在结果未实际发生的情况下,犯罪人希望结果发生之地,可能发生结果之地,也是犯罪地。我国内地、澳门、台湾刑法都是采取“遍在说”。但是,采用“遍在说”的国家或地区,对同一跨境犯罪案件,可能都认为本国或本地区是犯罪地,都有刑事管辖权,这样,就势必出现刑事管辖冲突问题。同时,根据我国现行刑法的规定,由于跨境犯罪是“国内犯”(或“境内犯”),如果行为人在国外或境外受过刑事处罚,可能还会受到我国刑法处罚,还享受不到国外犯所享有的“可以免除或者减轻处罚”的待遇。按照“遍在说”处理跨境犯罪中的共同犯罪案件和预备犯也会遇到难题。为了避免上述不合理现象的发生,论者认为有必要从以下几方面完善我国的刑事立法:一是将我国刑法第10条的适用范围扩大到包括跨境犯罪这种特殊的国内犯;二是有必要对跨境共同犯罪的犯罪地和刑法适用原则在刑法中作明文规定,以适应同这类犯罪作斗争的需要;三是为了有效地打击跨境犯罪,解决刑事管辖冲突问题,各相关国家(或地区)应该加强刑事司法协助,确定好解决管辖冲突的具体规则。

有论文指出,香港特别行政区的跨境犯罪通常包括三类罪行:(1)香港居民在中国内地所犯罪行;(2)内地居民在香港所犯罪行;(3)部分在香港、部分在中国内地所实施的罪行。移交逃犯的安排必须符合香港特区《基本法》第19条的规定。香港在接获移交逃犯要求时,应当注意:(1)提出移交要求的司法管辖区所提交的证据,必须是根据香港的证据规则可予

接纳的证据;(2)负责交付拘押的法院不会过问证人的可信程度,因为这是审讯法院的事宜;(3)对于在香港以外地方就支持移交要求作证的证人,有关逃犯或其法律代表无权对其进行盘问;(4)逃犯无权就要求移交地方所提出的证据,指控有关逃犯在该地作出构成犯罪的行为,提出证据反驳该项指控;(5)逃犯可提出证据,证明他并非移交要求中所指的人。

## (二)关于我国区际合作打击跨境犯罪的具体问题

有论文从具体的走私香烟案件出发,认为跨境调查遇到的难题主要有追查款项及资产的困难、举证的困难和保护证人的困难等。在开展跨境调查时,执法机构所面临的主要困难是各个司法管辖区都有不同的法律、社会及经济环境,要克服这些障碍,必须加强彼此间的合作,狭隘的地方观念已经不合时宜,且往往只会带来反效果,所以,各个司法管辖区当务之急必须积极寻求一个相互合作的方法,包括成立机构和制订个案协查计划等,以打击跨境、地区性及国际性犯罪。

关于区域合作打击科技犯罪和版权犯罪的问题,有论文认为,要有力打击跨境电脑犯罪及版权犯罪,我国内地与港澳地区之间的执法机构需要更密切及有效的合作。电脑犯罪的表面模式与传统犯罪很不一样,因为电脑犯罪牵涉的数码证据是很容易被罪犯很快地消灭。要防止这种情况发生,其中一个有效方案就是拦截这些数码数据传送的法庭命令可在其他国家或地区内执行。

关于区域合作打击跨境走私犯罪的问题,有论文认为,香港与内地之间的走私活动非常猖獗,为了躲避侦查,走私集团所使用的走私手段不断翻新,要确保对走私活动的侦破,任何司法管辖区都不可能单靠本身的力量打击走私活动,司法管辖区之间必须互相合作,才能遏制这类活动。

关于区域合作打击贪污犯罪问题,有论文认为,如果容许贪污,社会所付出的代价将远远超过任何短暂的财政得益,打击贪污行为必须从每个地区内部做起,虽然社会背景不同,文化和法律各异,但必须求同存异,就反贪污策略的基本信念取得共识,并成立有效的反贪污执法机关。为了有效地打击贪污行为,不仅要加强区际之间的合作,而且还要加强国际合作。

## 七、关于我国区际刑事司法协助的协议签订及其实施问题

### (一)关于签订我国区际刑事司法协助协议的问题

有论文从政治需要、法制需要和现实需要几个方面论述了签订区际刑事司法协助协议的紧迫性,认为我国区际刑事司法协助协议应当遵循维护主权原则,相互平等、互不干涉原则,讲究实效原则。签订协议在技术上可以有两种方式:一种是“一揽子”的方式,即将刑事司法协助所涉及的内容全部放在一个协议之中;另一种是“分而签之”的方式,即将刑事司法协助所涉及的内容分成若干种类,然后针对每一种类分别签订协议。比较而言,由于“一揽子”的方式在实践中操作难度很大,论者主张采用“分而签之”的方式,即中国各法域之间可以分别签订:(1)关于刑事司法文书送达和调查取证的协议;(2)关于刑事管辖的协议;(3)关于移交逃犯的协议;(4)关于被判刑人的移管协议;(5)关于相互承认和执行法院判决的协议。上述五类协议本身并没有先后之分,一切都必须从实际出发,可以先易后难,也可以视客观需要,最主要的是各法域应当正视现实,依照基本法的规定摆正本身的位置,服从于如

何有利于打击犯罪的根本目的。关于签订协议的主体,论者提出了如下设想:(1)关于刑事司法文书的送达和调查取证的协议、关于刑事管辖的协议和关于移交逃犯的协议,在内地和香港之间,可以由最高人民检察院和香港行政法务司进行协商,并由双方代表签署协议;在内地和澳门之间,可以由最高人民检察院和澳门检察院进行协商,由最高人民检察院代表和澳门律政司代表签署协议。(2)关于相互承认和执行法院判决的协议,在内地和香港之间,可以由最高人民法院和香港律政司进行协商,并由双方代表签署协议;在内地和澳门之间,可以由最高人民法院和澳门终审法院进行协商,由最高人民法院代表和澳门行政法务司代表签署协议。(3)关于被判刑人的移管协议,在内地和香港之间,可以由司法部和香港律政司进行协商,并由双方代表签署协议;在内地和澳门之间,可以由司法部和澳门终审法院进行协商,由司法部代表和澳门行政法务司代表签署协议。

也有论者草拟了两岸刑事司法互助协议的草案,其具体内容包括协助范围、协助之限制、请求之形式及其内容、请求之执行、费用、用途之限制、送达文书、受请求方境内之证言或证据、双方所属领土内之纪录、解送受拘禁人、在请求方所属领土内作证、人或证物之所在或其辨识、搜索及扣押、返还证物、没收程序之协助、协助遣返、磋商、生效、终止等。

为了对区际刑事司法协助协议的签订提供参考,还有论文从可移交之罪的范围、移交的原则、移交的程序等几个方面概览了香港与外国签订的移交逃犯的协定的主要内容。

## (二) 关于区际刑事司法协助的步骤问题

区际刑事司法协助的开展应按一定程序进行,但具体操作也应还有特殊的要求和规定。有论文认为,对此可分四个步骤进行:第一步是委托。需有区际刑事司法协助委托书及其附件。协助委托书包括下列内容:(1)委托协助机关、被委托协助机关的名称和住址;(2)委托协助内容、委托协助方式;(3)委托协助的法律依据。(4)协助委托书所涉及的诉讼有关人员的基本情况,包括姓名、性别、年龄、职业、住所址或居住地,及法人名称和所在地等。委托书附件指支持协助请求的法律文件,如拘留证、逮捕证、刑事起诉书、答辩书、出庭通知书、判决书、裁定书、调查取证函等等。第二步是审查委托。被委托协助单位根据协助委托书及其支持的法律文件的附件,进行实质和形式的双重审查。实质审查以“国家主权和平等互利原则”为指导,审查协助的内容、方式、途径是否符合原则的规定。形式审查主要审查提交的法律文件是否齐全、合乎刑事司法协助协议的约定。第三步是接受委托。经实质和形式审查后,认为符合条件的,被委托协助机关作出接受委托的决定,并向对方发出接受委托协助的答复函,答复函将执行区际刑事司法协助的时间、地点和方式通知委托方。对不符合条件的协助委托书,被委托协助方应书面答复并通知委托方。第四步是执行委托。经审查对方协助委托书及支持的法律文件的实质、形式均符合双方法域达成的刑事司法协助协议的要求后,予以执行。执行应注意把握:(1)严格依照协助委托书约定的协助内容和协助方式执行。(2)如果被委托协助的司法机关无权执行协助请求的,应当及时移送有权执行的司法机关执行,并函告委托方。(3)被委托协助执行的司法机关遇有需要中止或者终结执行情况,应当及时函告委托方。(4)被委托协助执行的司法机关应将执行委托的情况及时通知委托方,并附取得的相关证据材料及应当移送的赃款、赃物和案犯等。

## (三) 关于我国区际刑事司法协助的途径问题

关于区际刑事司法协助的途径,有论文认为主要应包括:(1)司法途径。即由内地与港

澳台地区的司法机关、侦查机关直接达成某些规约,在互利的前提下相互提供协助。内地与港澳台地区的司法协助,原则上应当由内地中央主管机关直接与港澳台地区主管机关联络、办理。在特殊情况下,中央机关可以授权部分跨境刑事案件较多的省级主管机关与港澳台地区依规定的条件、程序联系。这样不违背法域平等的原则,也符合方便、及时、有效地惩治犯罪的原则。至于内地低于省级的各级有关机关,只能承办具体工作,以免造成混乱。(2) 国际刑警组织途径。国际刑警组织是各国警方进行联系和合作的国际组织。以往内地与港澳警方之间为侦捕犯罪分子经常通过国际刑警组织的途径开展合作,目前内地以此名义与香港支局联系渠道并未中止,但更多的则是双方警方直接联系协助。内地通过国际刑警组织联系港澳警方,只是历史遗留途径,也可以说是惯例延续。这种途径与国际司法协助不可相提并论。从有利于打击刑事犯罪的角度考虑,继续保持这一渠道是有益的。不过,随着内地与港澳台地区司法机关间的直接协助增多,有些案件,例如内地明知犯罪人在港澳台地区而请求协助缉捕的,不必再通过国际刑警组织的途径。(3) 其他灵活途径。包括间接的、民间的或半官方的途径。这些途径主要适用于现阶段内地与台湾地区尚不能实现直接接触的特殊状况,近年来,内地与台湾之间刑事司法协助,主要是由有关主管机关(如公安部)通过内地海协会与台湾海基会联系的途径解决,也取得了一定的成效。

[作者单位:中国人民大学刑事法律科学研究中心;  
中国人民公安大学法律系]  
(责任编辑:但 伟)