



## 香港刑事法律与全国性刑事法律的冲突及其解决

赵秉志

香港回归后，其原有法制体系基本上得以保留。在一个中国范围内，如何协调香港特别行政区的法制体系与全国性法制体系之间的关系，确实是一个亟待解决的难题。就刑事法律而言，香港与内地，乃至与澳门、台湾地区都差距甚大。对于香港刑事法律与全国性刑事法律的冲突问题，有必要进行深入的理论研究，以探求科学合理的解决方案。一、香港刑事法律与全国性刑事法律的冲突

所谓法律冲突，是指不同法域的法律规范之间存在差异，从而导致的法院在处理互涉案件时如何选择适用法律的问题。香港和中国内地刑事法律的冲突，主要是指在1997年7月1日香港回归祖国后，两地刑事法律之间存在的差异。

### (一) 两地刑事法律产生冲突的原因

1997年香港回归祖国后，两地刑事法律之所以产生冲突，主要有以下几个方面的原因：

#### 1 “一国两制”

1984年12月19日，中英两国政府签署《关于香港问题的联合声明》，确认中国将于1997年恢复对香港行使主权。

为了维护国家的统一和领土完整，保持香港的繁荣和稳定，同时考虑到香港的历史与现状，中国政府决定在对香港恢复行使主权时，设立香港特别行政区，并根据“一国两制”的方针使香港特别行政区直辖于中央人民政府，至少在50年内乃至更长的时间内香港现行的社会、经济制度不变，生活方式不变，法律基本不变参见：《香港法律文件选辑》，人民出版社1985年版，第64页。。1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议通过的《中华人民共和国香港特别行政区基本法》（以下简称《香港基本法》），以法律形式对“一国两制”方针的上述内容作了规定。

根据这一精神，《香港基本法》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。”该法第8条规定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留。”该法第18条第2款规定：“全国性法律除列于本法附件三者外，不在香港特别行政区实施。”在《香港基本法》附件中所列的6种全国性法律中，并无《中华人民共和国刑法》和《中华人民共和国民事诉讼法》等有关刑事法律，亦即这些法律并不能在香港适用。这是基于“一国两制”政策，而使香港和内地各自适用不同的刑事法律，从而成为两地刑事法律冲突的首要原因。

#### 2 法律相异

香港刑事法律和内地刑事法律无论是在基本观念上还是在立法方式、具体内容上，都存在相当大的差异。比如，香港认为是犯罪的，内地刑法可能不认为是犯罪，或者相反；内地刑法可以判处死刑的，香港因废除死刑而最多判处终身监禁。又如，香港法律赋予被告人、犯罪嫌疑人在被拘捕或受审时，享有保持沉默的权利；而从中国内地的刑事诉讼法的规定看，被告人不享有沉默权，犯罪嫌疑人对侦查人员的提问，应当如实回答。参见：1996年《中华人民共和国民事诉讼法》第93条。不同的法律规定，对同样的行为产生不同的评价，自然也成为两地刑事法律冲突的一个重要原因。

#### 3 互涉犯罪的存在

如果仅仅是两个不同法域的刑事法律在静态上存在差异，在实践中并不会发生更大的问题，因为各法域依据自己的法律对某些行为进行评判，对另一法域并无直接影响。导致静态上相异的法律在实务上产生冲突并进而影响法律适用选择的因素，是跨法域犯罪的存在。

## (二) 两地刑事法律冲突的主要内容

### 1 管辖权的冲突

在香港回归祖国以后，香港成为中华人民共和国的一部分。根据《中华人民共和国刑法》第6条规定，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，均适用中华人民共和国刑法，但法律有特殊规定的除外。香港当然属于中华人民共和国的领域，但根据香港基本法的规定，《中华人民共和国刑法》并不能在香港地区适用。这样，就产生了在刑事案件管辖权上内地与香港如何划分，以及对跨两地区的刑事案件由何方管辖的问题。

### 2 构成犯罪与否的冲突

由于政治制度、法律观念及具体法律规定的不同，两地在评价某一行为时，必然会存在分歧，内地认为是犯罪的，在香港可能不认为是犯罪，如内地刑法中的颠覆国家政权、推翻社会主义制度犯罪，香港就无相应的罪种；反之，香港刑法中认为是犯罪的，内地刑法则可能不认为是犯罪，如香港刑法中的乱伦罪，在内地刑法中并不认为是犯罪；香港刑法中对犯罪的认定标准较内地刑法为低，在内地认为是一般民事或违法行为的，在香港刑法中则可能被认为是犯罪而判处刑罚。

### 3 刑罚的冲突

香港和内地刑法中关于刑罚的冲突，有两个方面的内容，一是刑种的冲突，如内地刑法中的死刑、管制刑，香港刑法中就没有这样的刑种，相反，香港刑法中的无偿劳动刑，在内地刑法中也无类似的规定；二是同种刑种具体内容的冲突，如香港刑法中剥夺资格刑和内地刑法中的剥夺资格刑在内容上并不完全对称，对于交通方面的犯罪，香港刑法规定可以吊销行为人的驾驶执照，但在内地刑法中，法院并无此权力，而是由行政主管部门处理；在剥夺自由刑中，内地刑法中有期徒刑的最高期限为20年，香港刑法中有期监禁刑最高期限为25年，如此等等。

### 4 罪种的冲突

香港和内地刑法中罪种的冲突，是指对同一性质的行为，两地法律规定的名称及构成要件上的差异。比如香港刑法中的鸡奸罪，在内地刑法中一般不认为是犯罪，情节严重构成犯罪者，一般是按流氓罪处理；香港刑法中的刑事损害罪，在内地刑法中称作破坏公私财产罪。在刑法理论上，这种罪种上的冲突一般认为是非实质性的冲突，在开展司法合作时，此种冲突却成为障碍。

### 5 具体罪种法定刑的冲突

从整体来看，香港刑法中对各种具体犯罪的处罚的法定刑相对较内地刑法的规定为轻。例如对于盗窃罪，香港刑法规定最高可处10年监禁，内地刑法则规定可处死刑；同是强奸罪，香港刑法规定的法定最高刑为终身监禁，内地刑法则规定为死刑。当然这种冲突也有香港刑法规定的法定最高刑高于内地刑法规定的情况，如对于销赃罪，内地刑法规定的法定最高刑为3年有期徒刑，香港刑法则规定法定最高刑为14年有期徒刑；非法侵入住宅罪，内地刑法规定法定最高刑为3年有期徒刑，而香港刑法则规定法定最高刑为14年有期徒刑，严重的非法侵入住宅罪，还可判处终身监禁，如此等等。

### 6 刑事立案管辖的冲突

1997年后香港与内地间互涉刑事案件的立案管辖冲突，主要包括下列几类案件如何确定管辖和怎样适用法律的冲突：一类是犯罪发生在香港的互涉刑事案件。主要包括：(1)香港居民中的中国人对来港的内地居民的犯罪；(2)来港的内地居民对香港特别行政区政府或者香港居民中的中国人的犯罪；(3)来港的内地居民对其他来港的内地居民的犯罪。二类是犯罪发生在内地的互涉刑事案件。主要包括：(1)内地居民对来内地的香港居民中的中国人的犯罪；(2)来内地的香港居民中的中国人对中国政府或者内地公民的犯罪；(3)来内地的香港居民中的中国人对其他来内地的香港居民中的中国人的犯罪。三类是犯罪发生在香港和内地的互涉刑事案件。主要包括：(1)犯罪行为地和犯罪结果地分别在内地和香港；(2)香港居民中的中国人或者内地人的犯罪行为持续发生在香港与内地；(3)香港居民中的中国人或者内地居民犯数罪，其中有的罪发生在香港，有的罪发生在内地。四类是香港居民中的中国人与内地居民在香港或者内地结合共同犯罪。五是涉及驻香港特别人员(驻军人员和外交人员)的刑事案件。

### 7 刑事调查取证的冲突

由于内地与香港的法律制度不同，两地的证据制度、收集审查判断证据的标准也不一样，因此，如何对涉及两地的刑事案件进行调查，如何提取、核实证据，目前尚未得到很好的解决。特别是双方通过对方司法机关获取的证据能否直接为管辖地法院所采纳，以减少取证程序，节省人力、物力，都是值得认真研究的

问题，其中之冲突在所难免。

## 8 诉讼文书送达的冲突

在进行刑事诉讼程序中，经常遇到送达刑事诉讼文书及有关通知等问题，如根据中国内地的刑事诉讼法的规定，公安机关在拘留、逮捕犯罪嫌疑人后，除有碍侦查或无法通知的情形外，应当把拘留、逮捕的原因和羁押的处所，在24小时以内，通知犯罪嫌疑人的家属或其所在单位。参见：1996年《中华人民共和国刑事诉讼法》第64条。但在司法实践中，由于目前内地与香港尚未建立刑事司法协助关系，因此，造成这一类的通知难以执行。又如，送达传票、刑事判决书和裁定书等活动，均是刑事诉讼程序中的重要组成部分，也是保障诉讼参与人合法权益，保证刑事诉讼活动顺利进行必不可少的措施。如何解决送而不达或无法送达的矛盾，这是我们面临的又一难题。

## 9 证人出庭作证的冲突

目前内地与香港的刑事诉讼法律、证据制度均注重证人出庭作证的问题，但对证人的资格、证人证言的证明力皆有不同衡量判断标准，有些按内地法律能作证据使用的证人证言，在香港则不行；反之亦然，因而其中的冲突可能影响到对同样情况的不同认定；此外，如何解决对出庭作证前的条件审查，以什么样的作证形式出庭作证，如何办理证人或鉴定人等的入境手续，证人作证所需往返两地之费用如何解决，证人如与本案有牵连如何处理，以及如何保证证人由一方到另一方作证之安全等问题都亟待研究解决。

## 10 相互承认和执行刑事判决的冲突

通常情况下，一个地区法院对刑事案件所作的生效判决，只能在本地区内得到承认和执行，超出本地区即不发生法律效力。但是，随着1997年7月1日香港的回归，香港与内地的交往将日益频繁，为促进双方的共同发展，需要相互承认和执行对方的判决，以避免发生这样的情况，即内地法院对犯罪的香港人适用罚金或没收财产刑，只能以罪犯在内地的财产额为限，否则，如罚金或没收财产涉及罪犯在香港的财产，由于无法执行，使判决成为一纸空文，失去了严肃性和强制性。再如，赃款赃物的查取追回等问题，被告人聘请何地律师出庭辩护的问题，律师介入诉讼的时间问题，香港律师参与诉讼能否享有豁免权等问题均可因两地法律制度的不同而产生冲突。

### (三) 两地刑事法律冲突的性质

随着1997年7月1日香港的回归，香港与中国内地间互涉刑事法律问题将日益增多，两地刑事法律冲突的客观现实不容回避，且增加了解决刑事法律冲突的紧迫性。一国之内并存两种法律制度，在世界法制史上无疑是一项前所未有的创举。因此，从实际出发，为了充分照顾到香港的历史和现实情况，参见：《香港法律文件选辑》，人民出版社1985年版，第3页。寻求合理、正确地解决两地刑事法律冲突的办法，就必须明确两地刑事法律冲突的性质，了解一国之内不同法律区域间互涉刑事法律问题所具有的特殊性。

首先，互涉刑事法律问题属于中国内部法律问题，不具有涉外意义。涉外刑事案件中的被告人或被害人，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中的被告人或被害人均为中国公民，而不包括居住在香港或内地的外国人。香港20世纪80年代末时有人口580余万，参见香港政府：《香港1990》年报，香港政府1990年版，第300页。至1994年底，香港人口有610余万。参见香港政府：《香港1995》年报，香港政府1995年版，第385页。据有关资料介绍，当香港的人口为500多万时，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亦即一种旅行证件，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”。参见陈弘毅著：《香港法制与基本法》，香港广角镜出版社有限公司1986年版，第93、99页。而对这320万拥有“英国属土公民护照”的香港居民，中国是不承认他们外籍身份的。正如中国政府在签署中英《关于香港问题的联合声明》时交给英国政府的《备忘录》上所明确指出的：“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。”参见：《香港法律文件选辑》，人民出版社1985年版，第87页。《香港基本法》将《中华人民共和国国籍法》作为附件三的内容之一，属于在香港特别行政区实施的全国性法律。《香港基本法》第24条对香港特别行政区的永久性的居民和非永久性居民作了规定。参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》，法律出版社1990年版，第9页。对于涉及香港居民中外国人的刑事案件，应按照涉外案件处理。处理香港特别行政区与内地间互涉刑事法律问题，不涉及国与国之间的法律协作关系，而是在一个主权国家的范围内，如何协商不同法律区域间的法律冲突问题。

其次，互涉刑事法律问题是根据“一国两制”的方针，解决两个截然不同的法律制度间的冲突，不同于处理一般的区域法律冲突问题。这主要表现在：(1) 两地互涉刑事法律问题，需要解决在不同社会制度下的区域法律冲突。世界上现有的多法域国家的法律冲突，都是一国一制下的法律冲突，即这些国家中不同法域的政治、经济制度一致，仅仅各自的法律规定或法律形式不同，如美国、澳大利亚、瑞士等国中的区际法

律冲突。中国内地实行社会主义制度，而香港仍保留资本主义制度，因而中国的区际法律冲突会呈现出其他多法域国家不会遇到的一些情况。(2)处理两地互涉刑事案件，必须涉及成文法与判例法不同法律具体规定的法律冲突。内地的刑事法律属于社会主义法系，形式上表现为成文法；而香港刑事法律则属于英美法系，形式上主要表现为判例法。(3)香港特别行政区与内地间的法律冲突，是单一制国家中香港特别行政区享有高度自治权情况下的法律冲突。《香港基本法》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。”这种自治权不仅仅超过内地的民族自治地区，而且也超过联邦国家中的州。如美国联邦刑法与州刑法均可选用的情况下，采取“联邦优先”的原则。参见储槐植著：《美国刑法》，北京大学出版社1987年版，第16页。而在香港特别行政区，并不适用全国性刑事法律。依据《香港基本法》第19条之规定，香港特别行政区法院除对国防、外交等国家行为无管辖权外，对所有的案件均享有独立的司法权和终审权。

由上述1997年7月1日后香港与内地间互涉刑事法律冲突问题的性质所决定，在研究与解决如何处理两地互涉刑事案件时，应当把握两个基本点：其一，处理“一国两制”时期的两地互涉刑事法律问题，属于一国中不同法域间的刑事法律协调，而绝不是国际间的刑事法律合作；其二，在处理国内不同法域的法律适用问题时，可以借鉴国际间解决法律冲突的具体途径，但这并不具有国际法上的意义。

#### (四)研究两地刑事法律冲突的意义

1 研究两地互涉刑事法律冲突，是在刑事法律领域中切实贯彻“一国两制”方针的必然要求。按照传统的理论和社会发展模式，在一个国家里只能允许一种社会制度的存在和发展，而绝不允许同时另有一种与之相对立的制度存在和发展。而中国实行“一国两制”后，突破了“一国一制”的固有模式，形成了在一个社会主义国家里，社会主义和资本主义两种制度相互促进、共同发展的新格局。如何解决两种社会制度下两种法律制度的冲突，协调二者的矛盾，将是“一国两制”的实践必然面临的崭新的法律课题。刑事法律是重要的部门法之一，具有强烈的社会感受性和维持社会稳定的功能，因此，研究两种刑事法律的协调问题，将对“一国两制”方针指导下法制的实际运作，具有重要的意义。

2 现阶段香港与内地间互涉刑事案件已逐年增多，可以预测，香港回归后随着香港与内地交往的不断扩大和加强，两地互涉刑事案件会有较大幅度的上升。因此，研究两地互涉刑事法律问题，具有现实性和迫切性。

3 《香港基本法》的制定为研究1997年7月1日后香港与内地间的互涉刑事法律问题提供了法律前提和依据。《香港基本法》是全国人民代表大会制定的全国性法律，是香港特别行政区的立法基础，只有在基本法所规定的原则的指导下，认真研究香港与内地间的具体刑事法律冲突，才能圆满地处理两地互涉刑事案件。

4 研究两地互涉刑事法律冲突，有利于1997年7月1日香港回归祖国后的法律衔接。法律衔接、法制平稳是保障香港回归后繁荣与稳定的重要方面，举国上下尤其是香港同胞对此非常关注。刑法理论研究应当从这个方面为此作出贡献。

总之，“一国两制”是中国一项既定的战略方针。研究1997年7月1日后香港与内地间互涉刑事法律冲突，对今后解决内地与澳门以及内地与台湾地区间的刑事法律冲突，都会具有积极的作用，乃至直接的参考价值。特别是按照1987年4月13日中葡两国政府《关于澳门问题的联合声明》，中国政府将于1999年12月20日对澳门恢复行使主权，时间表也相当迫近，届时解决内地与澳门间互涉刑事法律问题，就会有一些现成的模式可供借鉴。

#### 二、香港刑事法律与全国性刑事法律冲突的解决

作为一个国家的不同法域，法律的冲突是必然的。但是为了避免和减少因法律冲突而产生对社会秩序不利的影 响，通过不同途径、不同方法解决这些冲突，以利于不同法域的政治、经济的共同发展和社会秩序的共同稳定，是非常有现实意义的。就刑事法律冲突而言，解决的办法可以有立法途径和司法途径两种模式。

##### (一)立法途径

以立法的方式解决两地刑法的冲突，主要是指用立法方法对两地刑事法律的冲突进行协调。具体方法可以分为香港基本法规定和两地各自刑事法律分别规定两种模式。对于香港与内地刑事法律的冲突及其解决办法，香港基本法已有原则性规定，对这些规定，香港刑事法律和内地刑事法律均应予以贯彻。

第一，《香港基本法》第18条第2款规定：“全国性法律除列于本法附件三者外，不在香港特别行政区实施。”在《香港基本法》附件三中，已明确规定下列全国性法律，自1997年7月1日起由香港特别行政区在当地公布或立法实施：《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》；《关于中华人民共和国国庆日的决议》、《中央人民政府公布中华人民共和国国徽的命令》附：国徽图案、说明、使用办法；

《中华人民共和国政府关于领海的声明》；《中华人民共和国国籍法》；《中华人民共和国外交特权与豁免

免条例》。参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》，法律出版社1990年版，第47页。任何列入“附件三”的法律，限于有关国防、外交和其他按《香港基本法》规定，不属于香港特别行政区自治范围的法律。可见，全国性的刑法规范不适用于香港特别行政区。这是根据《香港基本法》第18条的规定而建立起来的解决互涉刑事法律问题的基本原则。

第二，《香港基本法》第8条规定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留。”根据本条的规定，香港回归祖国时，应废除叛逆罪、废除刑事案件由英国枢密院终审等具有殖民地色彩的刑事法律。香港法制将作为中国法制的特殊部分而独立存在。

第三，《香港基本法》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活动，禁止香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系。”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、窃取国家机密等罪名提供了依据。增设上述罪名，是从刑事法律角度维护国家主权的必然要求，同时也有利于对此类互涉刑事案件的处理。对危害国家主权、颠覆中央政府等危害国家最高利益的行为，无论其发生在香港特别行政区或者内地，都不能逃脱法律的严惩。

第四，《香港基本法》第19条第3款规定：“香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。”

《香港基本法》第14条第4款规定：“驻军人员除须遵守全国性的法律外，还须遵守香港特别行政区的法律。”必须以此为原则解决涉及驻港军人、外交人员的刑事管辖及法律适用等问题。对这一专门性问题我们将在本章最后一部分予以论述。

第五，《香港基本法》第18条第4款规定：“全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态或因香港特别行政区内发生香港特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定香港特别行政区进入紧急状态，中央人民政府可发布命令将有关全国性法律在香港特别行政区实施。”对该条中的“有关全国性法律”的范围，在内地法学界存在不同理解。有论者认为它不包括全国性的刑法和刑事诉讼法参见张韬、陈卫东：“论涉港刑事案件的管辖权”，载《法学研究》1992年第3期。；有论者则认为它包括全国性的刑法和刑事诉讼法。我们认为，战争状态或动乱时期，往往出现强烈的无序状态，而全国性刑事法律对维护社会稳定与秩序最具强制性，将其排除在外是缺乏说服力的，况且戒严法之类的法律中，也主要包含着刑事法律的成分。

## (二) 司法途径

《香港基本法》第95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。”香港与内地司法机关间依法进行刑事司法方面的联系和协助，实际上是通过司法途径以协调两地共同打击犯罪活动的力量，并通过司法活动来缩小两地刑事法律上的差距。这类司法协调主要包括：

### 1 两地的刑事审判与检控协助

现阶段，广东省高级人民法院与香港最高法院经过多年的协调，已达成一项区域性的司法协议，相互委托送达民事和经济案件的诉讼文书，并已经开始实施。刑事检控、审判等方面的司法协助亦在不断摸索之中。1997年之后香港与内地各地区间的司法协助应有大的突破，届时香港回归祖国，这种司法协助将完全属于一国之中的区域间司法协助。对此，我们建议：第一，对互涉刑事案件中需相互协助进行文书送达、调查、取证等方面的事宜，制作一项较为详细的协议，各方按一定的程序行事，无需每案都就所有程序问题再进行协商，这是从一国之内司法活动的经济性为出发点所作的考虑。第二，尽管香港与全国其他地区的司法协助属于区域性协助，但可考虑由广东省司法机关或全国司法机关的某个部门代表其他地区司法机关与香港司法机关达成普遍性协议，避免重复、繁多的各地区与香港间的协议。第三，涉及具体刑事案件中的特殊情况，如按照普遍性协议无法解决的，可由各地区司法机关直接与香港司法机关磋商以寻求解决问题的最佳途径。

### 2 两地的警务协作

现阶段，香港与内地警方曾举行过多次正式工作会晤，探讨加强协作打击跨地区犯罪事宜。参见：《法制日报》1992年3月29日第2版、1992年5月10日第1版、1992年5月12日第1版。香港与内地警方将积极采取措施，加强犯罪情报交流，以加快办案速度，提高打击跨地区刑事犯罪工作的效率；在执行行动上加强相互配合，特别是在对付各种走私犯罪活动中，协同作战，彼此策应，有效堵截；在刑事案件的调查合作方面，进一步密切配合，克服障碍，及时将犯罪分子缉拿归案；积极开展刑事技术交流，使双方技术专家能

够及时广泛交流情况。进一步提高两地警方的刑事侦查水平。中英联络小组在1988年还就香港现有的国际刑警应保留国际刑警分局的地位，在1997年7月1日以后仍继续参与国际刑警组织的活动达成了协议。参见王叔文主编：《香港基本法导论》，中共中央党校出版社，1990年版，第269—270页。国际刑警组织中国国家中心局近期首次向香港派驻了联络官，以便进一步加强香港与内地警方的联系。参见：《人民日报》1992年9月6日，第3版。“一国两制”时期，两地警方的合作必将更加密切与协调。

### (三) 建立两地刑事司法协助的构想和探讨

建立内地与香港地区的刑事司法协助是解决两地刑事法律冲突的重要司法途径，《香港基本法》的有关规定，是中国内地与香港特别行政区进行刑事司法协助的法律依据，同时也界定了这种协助的性质、基本原则和大致的途径与模式。

#### 1 两地刑事司法协助的性质

刑事司法协助是不同司法机关为共同惩治和防范刑事犯罪而进行的相互配合活动。根据性质的不同，刑事司法协助又可分为国内刑事司法协助和国际刑事司法协助。

国内刑事司法协助是一个国家内不同司法机关之间处理刑事案件时的协作关系。根据国家结构形式的不同，国内刑事司法协助又分为两类：一是单一制国家中，法律制度和司法制度是统一的，司法机关是平行的，不存在法律上的差异而只可能产生地域管辖上的冲突，其司法协助一般由国内统一的法律予以规制，并不产生较多的问题，即使产生问题，一般也容易解决。有学者将之称为同质区域间的司法协助。参见黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社1993年版，第5页。二是在联邦制国家中，存在着多个相对独立的立法权和不同的司法制度，法律冲突和管辖权冲突较为严重，而且由于各不同法域均以维护自己的利益为宗旨，其司法协助关系变得复杂。这种刑事司法协助类型，最早见于美国。1787年的美国宪法第4条分4款规定了州之间的关系，其中第2款即是关于罪犯移交的司法协助内容。See Ronald D. Rotunda:《Modern Constitutional Law》，P. IXIV, 1985 by West publishing Co. St. paul, Minn. 19世纪初期，德国各邦的司法机关也建立刑事司法协作关系，以处理一些跨邦犯罪行为。参见黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社1993年版，第4页。有学者将第二种类型的司法协助称作异质区域间的司法协助。参见黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社1993年版，第5页。

国际刑事司法协助是19世纪中期以后逐渐发展起来的，现在已成为具有诸多规则的国际刑事司法协助体系，其特征是在不同主权国家之间进行司法合作。

根据《香港基本法》的规定，特别行政区是中华人民共和国不可分离的部分，是在中央政府领导下的一个行政区域，它与中国其他省市相比，享有高度的自治权。但是，这种高度自治权并未改变香港特别行政区为中国地方政府的性质，因而在“一国两制”的体制下，中国仍是一个统一的单一制国家，与联邦制国家有着本质的不同。鉴此，中国内地与香港特别行政区的刑事司法协助具有以下性质：

第一，属于国内不同法域之间的司法协助，不能搬用国际刑事司法协助的模式；

第二，属于单一制国家中不同行政区域的司法协助，不能搬用联邦制国家不同法域之间的刑事司法协助模式；

第三，属于一般行政区与享有高度自治权的特别行政区之间的司法协助，不能适用于中国内地司法机关之间司法协助的规定。

由上可见，中国内地与香港特别行政区之间的刑事司法协助，具有自身的特殊性，没有现成的模式可以套用。把握住这一点，是确立这种刑事司法协助原则和具体方法的前提。

#### 2 两地刑事司法协助应坚持的基本原则

##### (1) “一国两制”原则。

“一国两制”是处理中央政府与香港特别行政区关系以及中国内地行政区域与香港特别行政区关系的总原则。中国内地与香港特别行政区建立刑事司法协助关系，也应坚持这一原则。“一国两制”原则在中国内地与香港特别行政区刑事司法协助中主要体现为以下两个方面：

第一，将中国内地与香港特别行政区的司法协助作为一国内不同法域之间的合作，不得适用国际刑事司法协助中带有强烈主权色彩的一些原则和作法。例如，根据《香港基本法》的规定，中央人民政府负责管理特别行政区的外交和防务事务，参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第13条、第14条。香港特别行政区应立法禁止任何叛国、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，参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第23条。即香港特别行政区负有维护国家统一的义务。因此，政治犯、军事犯不引渡的国际刑事司法协助的规则就不能适用于内地和香港特别行政区之间的刑事司法协助。再如，死刑犯拒绝引渡是国际刑事司法协助的一个规则，香港已通过立法，宣布废除死刑，1993

年4月21日，香港立法局以40票的多数赞成，将谋杀罪的刑罚改为终身监禁。而内地废除死刑还是很遥远的事情，在双方进行刑事司法协助时，香港特别行政区也不得引用死刑犯不引渡的规则而拒绝向内地遣送或移交罪恶极大的犯罪分子。除此之外，由于内地与香港特别行政区之间的刑事司法协助属于同一国家内不同法域之间的司法合作，双方还应在各自法律许可或双方约定的范围内尽量提供便利。这体现了“一国”的精神。

第二，应充分考虑香港特别行政区的特殊性，不得适用中国内地同一法律下不同司法机关之间的刑事司法协助模式。在同一法律制度下，不同司法机关依据相同的法律处理刑事案件，在进行司法协助时不存在实体法上的障碍，在协助程序上也带有较强的义务性。而在中国内地与香港特别行政区之间进行刑事司法协助时，不仅存在实体法上的冲突，在程序上双方的义务性也相对较弱。而且，香港作为高度自治的特别行政区，具有独立的立法权和司法权，在与之开展刑事司法协助时就显得比较复杂。例如，《中华人民共和国刑法》第6条规定，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，均适用中华人民共和国刑法。香港特别行政区当然属于中华人民共和国的领域，但根据《香港基本法》的规定，《中华人民共和国刑法》并不能在香港特别行政区适用。根据《中华人民共和国香港特别行政区基本法》附件三的规定，在香港特别行政区实施的全国性法律有6件，但不包括《中华人民共和国刑法》和《中华人民共和国刑事诉讼法》。这样，对于跨内地和香港特别行政区的犯罪究竟由何方管辖，就产生了冲突。在诉讼程序上，对这类冲突的解决并不存在内地司法机关与特别行政区的司法机关的共同上级司法机关，因此也不能适用内地刑事诉讼法中的指定管辖去解决。这体现了“两制”的特点。

#### (2) 平等协商原则。

平等协商原则源于《香港基本法》。《香港基本法》第95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。”这一规定表明，在司法协助关系中，香港特别行政区与内地司法机关地位平等，所有合作事项均需协商解决。根据《香港基本法》的规定，香港特别行政区属中国的地方行政区域，直辖于中央人民政府，参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第12条。并具有独立的司法终审权，参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第2条。亦即香港特别行政区与中国内地的任何一级司法机关之间，均无任何隶属关系。因此，无论中国内地哪一级司法机关欲同香港特别行政区进行刑事司法协助，均须通过双方协商解决，任何一方不得以任何理由强迫另一方接受或者不接受某一刑事司法协助事项。当然，在双方经平等协商达成协议之后，双方均应遵守执行。此外，平等还意味着双方权利义务的平等，任何刑事司法协助的事项均是相互的、对等的。

#### (3) 尊重对方法律的原则。

在“一国两制”的情况下，香港特别行政区的法律必然和内地的法律存在大量的冲突。比如内地认为是犯罪的，根据香港特别行政区的法律则可能不认为是犯罪，反之亦然；内地和香港特别行政区的法律均认为是犯罪的行为，在处罚上往往又会有轻重之别；在诉讼文书的格式、具体的诉讼程序上，也存有相当的差别。在这种情况下，一方的诉讼文书或诉讼行为是否能为另一方承认，就成为双方开展刑事司法协助时必须首先解决的问题。例如，中国内地司法机关签发逮捕令，请求香港特别行政区协查罪犯，而根据香港特别行政区的法律，此种行为不构成犯罪，那么特别行政区是否可以拒绝协助呢？我们认为，即使是在“一国两制”的情况下，中国仍是单一制国家，不同法域的法律和司法文书应具有相同的效力，一个法域不宜以与自己法律规定不同而拒绝另一法域所提出的刑事司法协助请求，不得引用国际刑事司法协助中的“双重犯罪”、“有利于被告人”等规则作为拒绝提供刑事司法协助的理由。关于此点，美国宪法第4条关于各州之间关系的规定似可借鉴。美国宪法第4条第1款规定：“各州对其他各州的公共法案、记录和司法程序，应给予完全的信赖和尊重。国会得制定一般法律，用以规定这种法案、记录和司法程序如何证明以及具有何等效力。”第2款规定：“每州公民应当享受其他各州公民所有的特权及豁免。凡在任何一州被控犯有叛国罪、重罪或其他罪行者，逃出州外而在另一州被缉获时，该州应即依照该罪犯所逃出之州行政当局之请求，将该罪犯交出，以便移交至对该犯罪案件有管辖权之州。凡根据一州之法律应在该州服刑或劳役者，逃往另一州时，不得因另一州之任何法律或条例，免除其服刑或劳役，而应依照有权要求该服刑或劳役州之请求，把人交出。” See Ronald D. Rotunda:《Modern Constitutional Law》, P. IXIV, 1985 by West publishing Co. St. Paul, Minn. 虽说中国内地与香港特别行政区之间的关系与美国各州之间的关系不同，但美国宪法中关于各州相互尊重其他法域的法律的规定的精神是值得借鉴的。当然，在刑事司法协助中尊重对方法律，并不是要求协助方对请求方的任何协助请求都无条件地予以协助，而应确定适当的审查程序，使被请求方具有一定的合理的拒绝权。

#### (4) 适当保留公共秩序原则。

公共秩序保留原则是国际刑事司法协助与合作中的一般原则，其含义是在国际刑事司法协助中，若请求国

所请求之事项有损于被请求国的主权、公共秩序以及基本法律原则时，被请求国有权拒绝提供协助合作。中国内地与香港特别行政区的刑事司法协助并不是照搬这一原则，而只是这一原则精神的转用。之所以要在内地与香港特别行政区之间的刑事司法协助中引入这一原则的精神，主要是基于如下考虑：

第一，内地和香港特别行政区虽同为一个国家，但政治、经济制度完全相反，甚至在本质上是対立的。既然允许两种对立制度并存，就应为它们的并存给予一定的条件，允许一方为维护自己的基本利益而拒绝向另一方提供某些方面的协助。

第二，由于内地和香港特别行政区法律制度、法律观念差别甚巨，对许多问题双方不可能有完全相同的认识，而这种认识上的差距又不可能通过强求而达到统一。因此，在刑事司法协助中，对一些分歧太大的问题，应允许使用公共秩序保留的手段予以处理。

第三，这种公共秩序保留是有限的，而且对双方均有利。就是在国际刑事司法协助中，公共秩序保留也不得滥用，况且，在中国内地和香港特别行政区刑事司法协助中使用公共秩序保留时，双方还存有协商的余地。因此，这一原则不会对双方的重大利益构成损害。

#### (5) 诚信合作原则。

既然是协助，就是双向的，没有诚实的配合协作，刑事司法协助只能是一句空话，而且在实务上极易放纵犯罪，最终危害双方的利益。在目前中国内地不同司法机关之间刑事司法协助实践中，地方保护主义色彩相当浓厚，已成为内地司法协助的一个重大障碍。在内地与香港特别行政区刑事司法协助中，双方均应诚实合作，力戒本位主义，要从全局出发，从长远出发，共同维护社会秩序。为贯彻这一原则，双方均应建立一定的监督制约机制，以确保刑事司法协助的顺利进行。

#### (6) 合理界定管辖权的原则。

在刑事司法协助中，界定刑事管辖权是双方合作的又一重要前提，若请求方对请求事项不具有实体上和程序上的管辖权，被请求方可以拒绝提供协助。由于中国内地与香港特别行政区存在法律上的差异和刑事管辖上的冲突，在刑事司法协助中就必须界定双方分别管辖的范围。

从实体刑事管辖权上看，内地与香港特别行政区的管辖分工应以《香港基本法》为依据。根据《香港基本法》的规定，特别行政区的防务、外交事务由中央政府负责，除基本法附件三所列的有限的几个法律以外，其他全国性法律均不适用于香港特别行政区。参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第13条、第14条、第18条、第19条。就刑事方面而言，香港特别行政区对其域内犯罪具有独立的管辖权。依据这些精神，我们认为，内地与香港特别行政区刑事管辖和分工应坚持以属地主义为主，以限定的属人主义为补充的原则。具体来讲，可以分为以下两类情况：

一是关于相互派驻人员犯罪的管辖问题。

根据《香港基本法》的规定，中央人民政府将向香港特别行政区派驻军队，参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第14条。并在特别行政区内设立处理外交事务的机构；中央各部门，各省、自治区、直辖市经香港特别行政区政府同意并经中央人民政府批准，也可在特别行政区设立机构；而且规定，这些派驻机构的人员均需遵守所驻特别行政区的法律；香港特别行政区也可在北京设立办事机构。参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第13条、第22条。这些派驻人员的犯罪可以分为两类情况界定管辖权：

其一，一方派驻人员在所驻域内利用职务犯罪的，所侵犯的主要是派驻方的利益，应依据属人的原则，由派驻方管辖。如中国内地派往香港特别行政区的公务人员贪污、受贿、泄露国家秘密的犯罪，应由内地有关的司法机关管辖；香港特别行政区派驻内地公务人员利用职务犯罪的，应由香港特别行政区的司法机关管辖。

其二，派驻人员在所驻域内犯非职务性之罪的，主要是侵犯驻在区的利益，应依据属地原则，由犯罪地的司法机关管辖。如中国内地派往香港特别行政区的公务人员在所驻域内犯强奸、杀人、盗窃等非职务性之罪的，应由特别行政区的司法机关管辖。

二是其他人员犯罪的管辖问题。

除上述互派人员利用职务犯罪适用属人管辖原则外，其他一切犯罪均应适用属地原则界定中国内地与香港特别行政区之间的刑事管辖权。具体又可分为两种情况：

其一，分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央政府和窃取国家机密的行为，危害整个国家的利益，《香港基本法》规定，特别行政区应自行立法禁止此类行为。参见：《中华人民共和国香港特别行政区基本法》第23条。“禁止”自然应包括对这类行为的刑罚惩治，否则此条规定成为虚设。对此类行为，中国内地和香港特别行政区的法律均认为是犯罪，刑事管辖权的界定应以属地原则解决。

其二，其他一般刑事犯罪所侵犯的主要是行为地或结果地一方的利益，双方均应充分尊重对方的刑事管辖



权，依据属地原则界定管辖范围。

上述两种情况只是解决了实体法上的管辖分工，确定了司法协助的前提条件。在实践中，诉讼管辖的冲突依然存在，如对于跨地区犯罪、国际性犯罪、危害双方的犯罪，内地和特别行政区均有管辖权，究竟由何方处理又成问题。但这类问题已属于具体的协助事项，并非是原则性问题，可以通过移送管辖、合并审理等具体协助途径予以解决。具体处理时可以确立或起诉或移送规则。

### 3 两地刑事司法协助的主要内容

综观各种类型的刑事司法协助，尽管适用的原则和具体程序、规则不同，内容却均是大同小异的。根据《香港基本法》第95条的规定，内地与香港特别行政区的刑事司法协助的内容并无特别限制，亦即凡是可协助的司法事项，只要双方协商同意，均在准允之列。

第一，双方需要进行刑事司法协助的若干情形。

根据国际国内刑事司法协助的实践经验以及中国内地与香港特别行政区的特殊关系，双方可能产生刑事司法协助的情形主要有以下诸种：

- (1) 一方居民在本区域犯罪后逃至另一方，有管辖权的一方要求逮捕犯罪嫌疑人及将其遣送的协助；
- (2) 一方居民在另一区域违反所属区域刑法，有管辖权的一方要求犯罪嫌疑人所在方缉捕犯罪嫌疑人及遣送和调查证据的协助；
- (3) 一方居民在另一区域违反所在区域的刑法，且已为有管辖权的一方拘捕，有管辖权的一方要求犯罪嫌疑人所属方提供行为人个人情况的协助；
- (4) 一方居民在另一区域违反所在区域的刑法，行为人又逃回所属区域的，有管辖权的一方要求嫌疑人所属方逮捕并遣送犯罪嫌疑人的协助；
- (5) 对跨地区的刑事犯罪，双方或多方进行联合侦破的协助；
- (6) 一方居民在所属区内违反本区域及他区域刑法而在他区域受到审判，审判方要求他方提供犯罪证据、犯罪人情况的协助以及判决后向对方送达法律文书的协助；
- (7) 一方居民为另一方区域内刑事案件的证人或被害人，有管辖权的一方要求证人或被害人所属方、所在方协助调查取证的协助；
- (8) 行为人实施跨地区的犯罪行为，同时违反多方刑法，有管辖权的各方协商管辖及移送案犯和案件材料的协助；
- (9) 数人共同违反多方刑法后分别为有管辖权的多方捕获，多方进行合并审理及移送案件和犯罪嫌疑人的协助；
- (10) 一方居民在他方同时违反双方刑法，有管辖权的一方在审判后将已决犯移送罪犯所属区域内执行刑罚的协助；
- (11) 其他交流犯罪情报的协助。

第二，双方进行刑事司法协助的主要内容。

上述几种情形，只是中国内地和香港特别行政区之间刑事司法协助中可能出现的具体情况。至于协助的事项和具体原则，我们可以将之系统归纳如下：

- (1) 犯罪情报交流。在“一国两制”时期，中国内地与香港特别行政区之间交往极其频繁，跨地区的犯罪也会大量增加，一方的社会治安状况必然会对另一方产生影响。因此，内地与特别行政区建立犯罪情报交流制度，对于共同惩治和防范刑事犯罪尤其是跨地区的刑事犯罪，具有重要的意义。
- (2) 缉捕犯罪嫌疑人。在内地与香港特别行政区的刑事司法协助中，缉捕犯罪嫌疑人是常常采用的一项重要措施。在进行此项协助时，除基本必要的公共秩序保留原则以外，双方均不得使用国际刑事司法协助中的“双重犯罪”标准作为拒绝协助的理由。在具体程序上，请求方应提出基本的事实证据和法律依据；协助方经审查认为符合协助条件的，依自己的法律在域内缉捕。若属共同缉捕的，双方经协商各自在其域内缉捕。必要时，一方警务人员可经另一方同意到其域内协助缉捕。
- (3) 文书的送达和调查取证。在国际刑事司法互助中，文书送达和调查取证是最为重要的内容，因此也形成了一系列的国际规则。如协助机关须为中央机关，协助的条件应遵守双重犯罪原则，非政治犯、军事犯原则，非被请求国国民原则等等。毋庸置疑，在“一国两制”时期，文书的送达和调查取证也将是中国内地和香港特别行政区刑事司法协助的一个重要方面。但是，由于这种协助关系属于国内不同法域之间的协助，不能适用国际刑事司法协助中的双重犯罪原则，非政治犯、军事犯原则和非被请求方居民原则，但可以根据公共秩序保留原则予以适当限制。若请求协助事项的执行将干扰被请求方正在进行的调查、起诉或审判活动，被请求方也可以推迟提供协助。

从今后的实际需要分析，中国内地与香港特别行政区司法协助的范围是相当广泛的。在文书方面，包括司法文书和非司法文书。司法文书是指在刑事诉讼过程中由司法机关制作或签发的各种法律文件或文书，如传票、出庭通知、判决书、裁定书、决定书等。非司法文书则是指除上述司法文书以外的且与特定的刑事诉讼活动有关的各种书面材料，如身份证明、公证文书、信函等。在调查取证方面，既包括非强制性的调查取证方式，也可包括强制性的调查取证方式。前者包括询问当事人、犯罪嫌疑人、罪犯、证人、鉴定人和其他诉讼参与人以及进行鉴定、检查、勘验等；后者包括搜查、扣押物证或书证及对犯罪嫌疑人身体进行强制检查等。但实际执行中，被请求方应依据己方的法律慎重采取强制性措施。

(4) 遣(移)送犯罪嫌疑人。遣(移)送犯罪嫌疑人是中国内地与香港特别行政区刑事司法协助的又一重要内容。在双方进行此项司法协助时，不得引用国际刑事司法协助中关于引渡的一些规则，如政治犯、军事犯、本国公民不引渡原则等。因为对于内地与香港特别行政区来讲，不存在不同的政治犯和军事犯，这两类犯罪都是双方所应共同惩治的，没有拒绝遣(移)送的理由。至于本方居民，只要不损害己方重大利益和法律秩序，也不应成为移送的障碍。

(5) 刑事案件管辖移交。只要存在管辖冲突，刑事案件的移管就不可避免。在中国内地与香港特别行政区的刑事司法协助中，刑事案件管辖的移交指多个区域的司法机关同时对某一刑事案件或者刑事案件的被告人享有管辖权，且在均掌握有证据材料准备起诉或审判的情况下，通过协商将此案统交一个司法机关处理，其他司法机关将其掌握的案件材料移交给行使管辖权的司法机关，从而便利整个案件审理的情形。管辖移交分为主动移交和被动接受两种主要类型。无论是哪种类型，都须符合两个原则，即存在管辖冲突和便于诉讼。至于哪些案件需要移交，如何移交，双方或多方则可在协商中具体解决。一般情况下，以下几种情形，均可提出移交问题：

其一，犯罪嫌疑人是被请求方居民，或者以被请求方为居所地的；

其二，犯罪嫌疑人在被请求方正在接受或将要接受涉及剥夺自由的审判的；

其三，被请求方正在对犯罪嫌疑人就同一犯罪或其他犯罪提起刑事诉讼；

其四，请求方认为移交管辖有利于查清案件事实，特别是最重要的证据在被请求方的掌握之下的；

其五，被告人不能在请求方或者被请求方出庭的；

其六，从整个案情上看，由请求方或者被请求方管辖更有利于案件审理或者有利于判决执行的等。

(6) 已决犯的移管。由于中国内地与香港特别行政区的居民均有可能在非所属方被判刑，自然就存在已决犯的移管问题。已决犯的移管在国内和国际刑事司法协助中都经常发生，其旨意在于便于监狱管理和有利于服刑人的自新改造。在“一国两制”的情况下，中国内地和香港特别行政区在政治、经济、法律制度以及社会生活方式上均存在较大的差异，一方居民在另一方被判刑后，在服刑期间管理机构和服刑人均有诸多不便，因此有必要将已决犯移交到他所属的一方服刑。移管的条件是已决犯的请求和被请求方的同意。从内地和香港特别行政区判处的已决犯来看，一般分为两类：其一是一方居民违反他方刑法而他方司法机关判处刑罚的。其二是一方居民同时违反多方刑法而在他方被判处刑罚的。很显然，移管第一类罪犯，应坚持双重犯罪的标准进行协助，若被请求方的法律认为已被判刑之人的行为根本不违反己方刑法，就极难接受移管。移管第二类罪犯，被请求方应遵循刑事司法协助中的尊重对方法律的原则，贯彻“一事不再理”的原则，不再对行为人的同一犯罪事实重新进行审理，也不能改变移管方已作出的判决。根据这一规则，《中华人民共和国刑法》第10条规定的有条件承认外国刑事判决的精神《中华人民共和国刑法》第10条规定：“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”和香港现行的只将外国判决作为一种法律事实看待的规定，参见黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社1993年版，第44页。在中国内地与香港特别行政区的刑事司法协助中，均无适用的余地。在具体操作方面，移管双方还应就具体事项，如监管场所、代为行刑的费用、行刑结果的通报等进行妥善的协商。

(7) 赃款赃物的追还和移交。赃款赃物是刑事犯罪的重要证据，其中有一些被害人还享有请求返还的权利。在内地与香港特别行政区互涉刑事案件的审理过程中或审理完毕之后，还有一个赃款赃物的追缴和移交问题，追缴和移交赃款赃物主要是基于两种原因：一是便于诉讼，此时赃款赃物是作为证据使用；二是返还被害人，此时是为了弥补由犯罪造成的损失。一般来说，赃款赃物的移交，不得妨碍被请求方正在进行的刑事诉讼，不得违反被请求方关于特定物品的特殊规定，也不得妨碍被请求方区域内之有关人员或单位对该款物的合法请求权。

上述7点，是中国内地和香港特别行政区刑事司法协助的主要事项。其中有些项目，如交流犯罪情报、缉捕罪犯、遣送犯罪嫌疑人、委托调查取证等双方已开始了合作，并取得了较好的效果，这些经验为今后系统地建立和逐步完善双方刑事司法协助关系大有裨益，也为今后开拓新的协助事项提供了宝贵的经验。

合理、妥善的合作途径和模式，是中国内地与香港特别行政区之间刑事司法协助得以建立并良好运作的基本保证。关于中国内地与香港特别行政区司法协助的一般途径和模式，有的学者提出过4种构想，即：(1)中国内地与香港特别行政区分别修订现行的涉外司法协助法律，并在此基础上不断完善中国内地与香港特别行政区的司法协助关系；(2)中国内地各省、自治区、直辖市分别与香港特别行政区签订司法协助协议，但内地有31个省、自治区、直辖市，分别协商无疑过于繁琐，因此，可以由某个省代表内地其他省、自治区、直辖市与香港特别行政区签订一个司法协助协议；(3)由中国司法部司法协助局牵头，吸收各法域的代表人物成立一个“区际司法协助委员会”，经过协商，制定一部《中国区际司法协助示范法》，由各法域权力机构予以批准施行；(4)根据香港特别行政区基本法的规定，增加可以施行于香港特别行政区的全国性法律，由全国人民代表大会常务委员会制定一个关于中国区际司法协助的统一法律，在全国各个法域内共同实施。参见黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社1993年版，第50—52页。我们认为，上述构想是具有建设意义的。但中国内地与香港特别行政区的刑事司法协助的途径和模式，应当严格按照《香港基本法》的有关规定，在充分考虑双方不同社会制度和法制状况的基础上，逐步建立并予以完善。可以预见，中国内地与香港特别行政区刑事司法协助的途径和模式具有多样性，很难用简单的同一途径和模式去解决。

其一，国际性的途径和模式。根据《香港基本法》的规定，香港特别行政区属于中国一个地方行政区域，不得以主权国家的身份参加国际活动。但是，一些非主权国家的国际活动，香港特别行政区仍有权参加。其法律根据分别为《香港基本法》第152条、第153条的规定。这些规定的基本内容，是香港特别行政区可以“中国香港”的名义参加某些国际组织和国际会议；香港特别行政区可以和中国内地同时适用某些国际协议。因此，在“一国两制”时期，中国内地和香港特别行政区之间的刑事司法协助，仍有可能是通过国际性的途径和模式进行，只是这种途径和模式不得有违于《香港基本法》关于“一国两制”规定的精神。例如，中国内地和香港均设有国际刑警组织中心局，在“一国两制”时期，两个中心局仍将并存，一些属于其职责范围内的刑事司法协助事项，仍可由两个警务机构按国际刑警组织的内部规则和程序进行合作。

其二，中国内地与香港特别行政区刑事司法协助的主管机关，在香港特别行政区为香港特别行政区政府，在内地分别为省级司法机关和中央司法机关。《香港基本法》第95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。根据该规定，双方在刑事司法协助中，香港特别行政区的主管机构为香港特别行政区政府而不是其司法机关，内地则是司法机关而不是政府。至于香港特别行政区基本法所规定的“全国其他地区”在内地是指哪一级的司法机关，则无明确界定。我们认为，就内地而言，“地区”既包括省、自治区、直辖市一级的司法机关，也包括中央一级的司法机关。省以下的司法机关不得作为与香港特别行政区进行刑事司法协助的主体，所有需要协助的事项均应通过省级司法机关统一办理。内地中央一级的司法机关与香港特别行政区司法机关没有任何隶属关系，也没有共同的上级。因此，双方若有司法协助事项时，亦应分别协商解决。而且，内地中央一级的司法机关与香港特别行政区司法机关之间的司法协助事项，应限定其法定管辖范围内的事项，而不得为全国性的、只属领导职权的事项的协助。例如，按照内地法律的规定，在全国范围内通缉犯罪嫌疑人的职权属于公安机关，参见：1996年《中华人民共和国刑事诉讼法》第123条。香港特别行政区欲请内地公安机关协助在内地通缉追捕犯罪嫌疑人时，可以与内地某个省、自治区、直辖市的公安机关进行协商，也可以直接与公安部联系，在全国范围内通缉。最高人民法院可以就自己审理的刑事案件的有关事项，与香港特别行政区进行刑事司法协助，而不得就各省、自治区、直辖市各级法院审理的刑事案件同香港特别行政区进行刑事协助。

其三，中国内地与香港特别行政区的刑事司法协助的模式可以是签订协议予以统一规范，也可以是就个案进行协商。个案协商的特点是灵活方便，但其最大的缺点是过于繁琐，且不易于规范，如果内地所有司法机关与香港特别行政区的刑事司法协助均采用此模式，定会使香港特别行政区不胜应付，最终导致双方的协助关系无法运作。因此，签订协议是双方刑事司法协助的主要模式，个案协商则是协议以外事项的例外协助模式。在具体方式上，由于中国内地法制统一，可以用统一的规则、程序和方式与香港特别行政区协商签订协议。协议的事项和内容，可以以广东省等与香港特别行政区刑事司法协助较多的省份的经验为标准，尽量全面、细致、可行。这样，对内地一些与香港特别行政区刑事司法协助事项较少的省、自治区、直辖市来讲，还具有一定的超前性，做到有备而待，以免再临事而议。

在中国内地与香港特别行政区的刑事司法协助中，不宜采用双方各自立法的模式，也不宜采用由全国人大制定全国各法域通行的区际刑事司法协助法。因为这两种模式均与香港特别行政区基本法的规定相悖。首先，双方各自立法，有违于双方协商的原则，而且单方面立法往往是一厢情愿，很难使双方密切配合。其

次，根据《香港基本法》的规定，中央政府只负责香港特别行政区的防务和外交事务，香港特别行政区享有独立的司法权，是否同外地进行刑事司法协助，如何进行协助，完全是香港特别行政区的内部事务，只要香港特别行政区在此方面没有违反其基本法，没有损害国家统一和主权，中央政府均不得干涉。因此，那种认为中国内地与香港特别行政区的司法协助属于全国性事务而由中央统一立法的设想是不妥的。

中国内地与香港特别行政区的刑事司法协助，是一个崭新而复杂的问题，它涉及中国中央政府与香港特别行政区的关系、中国内地地方行政区域与香港特别行政区的关系问题。这种协助关系得以建立并能良好运作，对中国内地和香港特别行政区的共同稳定具有重大意义。从现实和发展的角度观察，这种协助关系的建立，还可以为中国大陆与台湾地区之间的刑事司法协助提供一个中转途径，并为今后两岸之间的刑事司法协助提供可资借鉴的模式。

(原载蓝天主编：《“一国两制”法律问题研究(香港卷)》，法律出版社1997年6月版)



(作者系北师大刑科院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会常务副主席)

更新日期：2006-9-21

阅读次数：1852

上篇文章：中国内地与港、澳特别行政区建立刑事司法互助关系的有关问题（上）

下篇文章：中国内地与香港刑事管辖权冲突研究

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号