

正確解決中國區際刑事管轄權衝突之制度構想（二）

趙秉志 時延安

三、刑事管轄權衝突之解決與中國區際刑事司法互助

中國區際刑事司法互助，是一個中國範圍內不同法域相互之間就刑事司法方面進行協調與配合的活動⁵⁴。中國範圍內不同法域的刑事司法合作活動的歷史較長，但是在香港、澳門回歸前，與兩地之間的司法合作活動具有國際性的一面；只有在國家統一的前提下，不同法域之間的刑事司法合作活動才具有區際性，其性質表現為同一主權下不同法域之間司法權的協調與配合。中國區際刑事司法互助是一個比較複雜的問題，基本屬於程序法的範疇。從目前的實踐看，中國範圍內不同法域之間司法互助活動雖早已有效展開，尤其是在合作打擊跨境犯罪方面更為明顯，但是從制度層面觀之，不同法域間刑事司法互助機制還沒有完全建立起來。大陸與台灣之間關於司法互助的磋商已久，並取得了如1990年“金門協定”等一定的成果，但是無論是深度還是廣度上距離現實要求還差距很大；內地與港、澳之間關於該問題的協商也早已開始，並簽訂了一些關於具體司法互助事項

54. 有論者主張，司法協助與司法互助的涵義不同：司法協助發生在不同國家的法院之間；司法互助發生在一個國家內的法院之間（參見俞水清：“淺評‘司法協助’和‘司法互助’的涵義及其對兩岸的適用”，載《台灣法研究學刊》1995年第2期）。我們贊同用“司法互助”來代指“在中國範圍不同法域之間的司法合作（協調與幫助）行為”，進而與發生在國際法主體之間的“司法協助”相區分；作出這一區分意在揭示兩個概念的實質不同：（1）主體不同；（2）發生場域不同；（3）適用的原則和規則不同。

的協定⁵⁵，就一些司法互助問題提出一些初步的文本，但是如何盡快地全面解決司法互助問題還需各方更為積極的努力。如果說，大陸與台灣之間刑事司法互助現狀耽擱於“相互承認”的話，內地與港、澳之間問題的解決則除了力行“一國兩制”這一基本原則外，還要深入貫徹平等協商的精神，尤其是明晰“法域平等”的觀念。本專題研究的論題是中國區際刑事管轄權衝突及其解決，因而不宜全面論述中國區際刑事司法互助的問題；但是，由於刑事管轄權問題與刑事司法互助之間具有密切的聯繫，因而無論是從體系完整的角度考慮，還是為了使刑事管轄權衝突之解決的“原則——規則體系”能夠得到程序保障，都要求將兩者的關係予以明確，以使關於解決刑事管轄權衝突的理論從觀念形態向實踐轉化。

（一）刑事管轄之確定與中國區際刑事司法互助的關係

在學界以往的論述中，關於兩者之間聯繫的論述並沒有充分展開。這裏我們重點探討刑事管轄之確定與中國區際刑事司法互助的關係，並探討將前者置於後者體系之中的可行性，以及如何將解決中國區際刑事管轄權衝突的“原則——規則體系”與中國區際刑事司法互助的基本原則相協調。

1. 刑事管轄之確定程序概念的提出

刑事管轄之確定，即指當某一特定案件引起刑事管轄權衝突之後，各法域之間為解決衝突，確定由哪一法域實際管轄的活動；進行該活動所應遵循的程序，稱之為刑事管轄之確定程序。刑事管轄權衝突及其解決與刑事管轄之確定是既相聯繫，又相區別的一對範疇：前者是指由於不同法域之間根據其刑法的空間效力範圍的規定，對同一特定刑事案件都有刑事管轄權而由此產生的衝突，以及如何予以解決。由於該衝突形成的法律原因在於不同法域刑法關於空間效力的規定使然，而對於該問題的解決，也主要從實體法的層面予以澄清，因此該問題及其解決在體系上應歸屬於刑事

55. 例如，最高人民法院與香港特別行政區簽訂了《關於內地與香港特別行政區法院相互委託送達民商事司法文書的安排》、《關於內地與香港特別行政區相互執行仲裁裁決的安排》；最高人民法院與澳門特別行政區簽訂了《關於內地與澳門特別行政區法院就民商事案件相互委託送達司法文書和調取證據的安排》。刑事司法協助方面，內地與香港特別行政區還簽訂了《內地公安機關與香港警方相互通報機制的安排》。

實體法的範疇。後者是解決刑事管轄權衝突問題所應遵循的程序，表現在發生刑事管轄權衝突的各方如何通過一定的程序來確定由哪一法域實際行使管轄權，也就是說，按照解決刑事管轄權衝突的原則——規則對個案進行判斷後，如何使具體結論能夠實現。因此，這對範疇互為表裏，是實體問題與程序問題的關係。借助何種程序來確定刑事管轄權，更具有實際意義，因為即便從法理上已經厘清由哪一法域優先行使管轄權，但是如果沒有相應的程序保障，同樣從現實上無法真正解決管轄權衝突問題。將刑事管轄權衝突問題提出來，並設計相應的解決方法和程序，就是意圖在一個中國的框架內貫徹法治思想，避免由於法制不統一而可能帶來的各行其是的混亂局面。如果沒有一套操作性很強的程序機制做保障，則僅從實體的角度去探討刑事管轄權衝突的解決途徑，難免落入空談的地步。

2. 刑事管轄之確定程序在中國區際刑事司法互助中的地位

關於國際刑事司法互助(international legal assistance in criminal matters, internationale Rechtshilfe in Strafsachen)的定義，有狹義、廣義、最廣義之分：狹義的國際刑事司法協助，是指各國之間在詢問證人、鑒定人，移交物證，檢驗證件，送達文書，提供情況，以及辦理有關刑事訴訟手續等方面所進行的相互幫助與合作；廣義的國際刑事司法協助，是在狹義的國際刑事司法協助的基礎上增加引渡犯罪人的內容；最廣義的國際刑事司法協助，是指狹義的國家刑事司法協助、引渡、刑事訴訟的移管⁵⁶，以及外國刑事判決的承認和執行等。⁵⁷作出這一區分的根據在於刑事司法協助具體事項的範圍。犯罪人引渡與狹義司法協助，是最早發展出來的司法協助，因而被稱為古典形態之司法互助；由於此類司法互助是請求國執行偵查或審判之重要任務，被請求國僅提供協助，因而被稱為第二次之司法協助；外國刑事判決之執行與刑事訴訟的移管是“二戰”後新興之司法協助，因而被稱為新形態之司法協助；由於此類司法互助，是由被請求國擔任執

56. 刑事訴訟的移管，又稱為“刑事訴追的移送”(the Transfer of Criminal Proceedings)，指犯罪地國請求犯人本國或是居住地國，對犯人加以追訴或處罰。

57. 參見張智輝著《國際刑法通論》，中國政法大學出版社，1999年，第351-352頁。另見吳景芳“國際刑事司法互助基本原則之探討”，《台大法學論叢》第23卷第2期，台灣，1994年6月。

行或審判重要任務，因而被稱為第一次之司法協助。⁵⁸按照這一區分標準，對中國區際刑事司法互助也可以作上述區分，司法互助範圍的大小並不影響司法互助的性質。對於中國區際刑事司法互助，許多學者也是從最廣義的角度予以界定的⁵⁹。我們認為，最廣義的中國區際刑事司法互助包括：狹義的刑事司法互助、涉嫌犯罪人的移交、刑事訴訟的移管、他法域刑事判決的承認與執行以及根據相互之間請求而進行的其他刑事司法協調與幫助的行為。

刑事管轄權衝突及其解決作為一個實體問題，是不能歸入中國區際刑事司法互助這一範疇的。從一定意義上說，解決刑事管轄權衝突問題，是進行相應的刑事司法互助活動（廣義的中國區際刑事司法互助）的一個前提。比如，移交逃犯問題，即是刑事司法互助活動的一項重要內容；其前

58. 另見吳景芳“兩岸共同打擊犯罪應有之作法”，載《中興法學》第44期，台灣，1998年9月。

59. 例如，趙秉志教授認為，內地與香港之間的刑事司法協助事項應包括：犯罪情報交流；緝捕犯罪嫌疑人；文書的送達和調查取證；遣（移）送犯罪嫌疑人；刑事案件管轄移交；已決犯的移管；贓款贓物的追繳和移交（參見趙秉志“關於中國內地與香港特別行政區建立刑事司法互助關係的研討”，載高銘暄、趙秉志主編“中國區際刑法與刑事司法協助研究”，第87-90頁）。王新清教授認為內地與港澳刑事司法協助的內容即包括：犯罪嫌疑人、被告人的移交；承認、協助執行他法域法院的刑事判決；協助查證有關案件事實，收集有關證據；查證、移交贓款贓物；代為送達刑事訴訟文書；刑事訴訟結果的通報及其情報的交流（參見王新清“港澳特別行政區與內地間刑事管轄權的衝突與協調”，載高銘暄、趙秉志主編《刑法論叢》第5期，法律出版社，2002年，第590-592頁）。柯葛壯研究員認為，兩岸刑事司法協助應包括：協助緝捕和移交案犯；協助調查取證和移送證人；移交贓款贓物及犯罪物品；互通犯罪情報和訴訟結果；代為送達司法文書；互相承認和執行對方的刑事判決（參見柯葛壯“論兩岸刑事司法協助”，載《法律科學》1995年第4期）。台灣學者蔡墩銘教授認為兩岸刑事司法互助事項應包括：犯罪組織情報之交換；為對岸司法機關調查刑事證據；為對岸司法機關逮捕人犯；公海犯罪人之逮捕；劫機犯人之逮捕；兩岸所實施數罪之合併偵查；兩岸所實施數罪之合併審判；累犯之加重或從重處罰；一事不再理原則之承認；自由刑之替代執行（參見蔡墩銘“論兩岸刑事司法互助”，載黃進、黃風主編《區際司法協助研究》，中國政法大學出版社，1993年，第245-248頁；另見《台灣》《法令月刊》第42卷第11期，1991年11月）。馬克昌教授也持最廣義的刑事司法互助說（參見馬克昌“我國區際刑事司法協助的內容芻議”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第228頁）。但是，我國與外國簽定的有關刑事司法協助的條約，都是狹義的國際刑事司法協助的內容（參見張智輝著《國際刑法通論》，第352頁）。澳門特別行政區立法會2002年2月26日通過的《司法互助請求的通報程序法》第2條規定，刑事司法互助請求包括移交逃犯及過境請求；移交被判刑人及被判刑人過境請求；刑事司法文書的送達和調取證據的請求。其刑事司法互助的範圍並非在最廣義的層面使用，但是比廣義的層面要寬。

提就是，移交方對於逃犯所涉嫌的刑事案件沒有管轄權，而接受逃犯的一方對於該案件有管轄權，簡言之，移交逃犯是以移交方與接受方已經明確了刑事管轄權歸屬為前提；反之，如果雙方沒有明確應由誰管轄，則自然不會移交逃犯。一般而言，在刑事司法互助活動(廣義的)中，請求方是具有刑事管轄權的一方，而被請求方如果認可其請求從事相應的活動，也就是承認請求方有管轄權或者承認由其行使管轄權具有合理性。他法域刑事判決的承認與執行中，同樣是在請求方已經行使管轄權後，請求他法域承認其行使管轄權作出判決的效力並協助其執行。至於刑事訴訟的移管，則是請求方將刑事管轄權轉移給被請求方，所謂刑事訴訟的轉移實質上是刑事管轄權的“讓位”⁶⁰。可見，刑事管轄權的有無以及由哪一法域行使，是進行刑事司法互助活動的實體法根據。

在國際刑事司法協助中，不同國家之間如何協調刑事管轄權衝突，並不是一個單獨的司法協助事項；在一般意義上被承認的國際刑事司法協助事項中，實際上大都以刑事管轄權已經明確由誰行使為前提；當然也有例外，就是在引渡的過程中，可能相伴隨著出現請求方與被請求方相互協商刑事管轄權的問題。刑事管轄之確定之所以沒有成為一個獨立的刑事司法協助事項，我們認為，其原因在於：(1)各國都視刑事管轄權為主權的一個重要部分，因而在本國具有刑事管轄權的情況下都會積極地予以行使，而在追訴時，如果該案尚未經審判，一般不會考慮其他國家是否有管轄權；當然確認“一事不再理”原則的國家對其他國家已經開始的審判或者生效的判決予以認可，實際上也是認可其刑事管轄權的行使。(2)在有外交關係的國家之間，當一國之司法機關對涉及他國的案件進行審判時，應向他國的外交機構通報，而他國的外交機構有時也會積極地對本國公民提供外交保護，此時也可能進行非正式的刑事管轄權協調。(3)在公認的國際刑事司法協助活動事項中，在具體運作中也會對刑事管轄的確定問題進行協調。即便如此，如何積極協調與他國的刑事管轄權衝突，盡可能避免可能出現對被告人的“雙重審判”，維護犯罪主要侵害地所在國家的利益，這一觀念在國際刑事司法協助中還沒有完全被體現出來。

60. 有論者即認為，刑事訴訟移管實際上是刑事管轄權的轉移(參見費宗、唐承元主編“中國司法協助的理論與實踐”，人民法院出版社，1992年，第210頁)。我們認為“讓位”一詞更為貼切，因為在刑事訴訟移管是請求國與被請求國都有刑事管轄權(參見張智輝著《國際刑法通論》，中國政法大學，1999年，第371-372頁)，因而實際上是被請求國將實際管轄的許可權讓位於請求國，而其擁有刑事管轄權的事實並沒有改變。

刑事管轄之確定程序，作為一個程序問題，則應當歸入中國區際刑事司法互助的範疇中。趙國強教授主張中國各法域可就各類刑事司法協助事宜簽訂協定，其中即應包括關於刑事管轄的協定，並指出：“在目前的情況下，由於刑事管轄不確定，各法域對同一犯罪案件往往各自為戰，互不配合。這樣，無論哪一方，在證據的取證方面都會碰到困難，結果往往是拖延了偵查和審判的時間，甚至因無法取得證據而使案件不了了之。有了協定，就可以避免產生這種現象，加快案件的審理步伐，也解決了人力和物力資源。”⁶¹按照該學者的觀點，刑事管轄權衝突的協商與解決，即屬於刑事司法互助的重要內容，並應簽訂相應的司法互助協定。孫力博士則主張，“以解決管轄衝突為建立我國區際刑事司法協助機制的切入點”。⁶²還有論者認為，“區域刑事法律衝突”是法律適用效力的競合，出現法律衝突時適用哪一法域之法律便成為必須解決的問題，“進行區域刑事司法協助是解決這一問題的重要途徑”⁶³。藉此推之，解決刑事管轄權衝突問題屬於進行刑事司法互助的一項主要內容，而刑事管轄之確定則應是刑事司法互助的一項重要事項。將刑事管轄之確定程序歸入到中國區際刑事司法互助的範疇中，其合理性應從以下三個方面認識：

(1)儘管中國範圍內存在多個法域，而多個法域之法制體系差異較大，但是現狀並不妨礙我們建立一個超法域的中國法制體系的構想和實踐。將中國範圍內不同法域之間因法制體系差異所形成的諸多障礙，通過法律的途徑逐一掃除，不僅有利於國家法制一體化的進程，同時可以為不同法域居民的相互交往、經濟體系的進一步融合創造條件；就刑事領域而言，可以更有效地懲治與預防犯罪，維護國家秩序和人民利益。中國區際刑事管轄權衝突問題，是目前整體的中國法制體系統一化程度較低，不同法域的司法權相互獨立的產物。既然如此，對於這個問題的解決，我們就要努力訴求通過建立一套法律規則來作為“潤滑劑”和“融合劑”，以避免相互之間

61. 趙國強“論中國區際刑事司法協助協定之簽訂”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，澳門特別行政區檢察院、澳門檢察律政學會，2002年，第198-199頁。

62. 孫力“關於我國區際刑事司法協助問題的若干思考”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第130頁。

63. 參見徐京輝“‘一國兩制’框架下的我國區域刑事法律及刑事司法協助”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第67頁。該論者所指之“區域刑事法律衝突”，主要指本專題研究中所使用的刑事管轄權衝突，而不僅僅指不同法域刑法在空間效力範圍上所形成的重疊現象。

的摩擦，加速整體國家法制體系的一體化進度。中國區際司法互助，在司法合作層面一定程度上充當了這一角色。如何使司法互助更好地協調不同法域司法權的衝突，就要求能夠更好地、更為廣泛地發揮司法互助制度的功能性價值。將刑事管轄之確定，納入到中國區際刑事司法互助中，其目的即在於使解決刑事管轄權衝突問題的機制能夠制度化、一般化，通過相應的程序積極調整不同法域因衝突而產生的矛盾，消除分歧，增強不同法域之間對各自法制體系的信任與尊重。

(2) 國際刑事司法協助是一個外延不斷擴大的概念，司法協助事項隨著國際間刑事司法合作範圍的擴大而擴大。中國區際刑事司法互助，與國際刑事司法協助，在內容上具有相似性，而且由於前者是中國範圍內不同法域之間在刑事方面進行的協調與幫助，因而互助事項的廣度應更加寬闊一些，刑事管轄之確定作為特定法域合理行使管轄權首先應解決的問題，是進行相應的刑事司法互助活動的基本前提，因而將這一程序納入到刑事司法互助中一體考量，既有利於使這一程序與進行刑事司法互助的程序相協調，也使隨後的刑事司法互助活動能夠順利進行，以免當事方再行因管轄權問題產生異議使相應的司法互助活動受阻。

(3) 刑事管轄權確定程序符合中國區際刑事司法互助的性質。刑事管轄權的有無，是一個法域對特定案件進行管轄的正當性根據；確定由哪一法域實際管轄，則為其進行相應的刑事訴訟活動確立了正當性。相關法域對刑事管轄權衝突問題進行協調，則為其中一法域實際行使管轄權並進行相應的訴訟活動掃清了管轄權上的障礙。因此說，刑事管轄之確定，也是不同法域之間為及時追訴犯罪，而相互進行協調、配合的活動，為實際行使管轄權的法域進行刑事訴訟活動提供了便利，因而該程序符合刑事司法互助的性質，應歸入刑事司法互助的範疇中。

(二) 解決中國區際刑事管轄權衝突與中國區際刑事司法互助應堅持共通的政治原則

既然解決中國區際刑事管轄權衝突問題，應作為中國區際刑事司法互助(最廣義的)的一項具體內容，而刑事管轄之確定應作為刑事司法互助具體事項之一，那麼，解決中國區際刑事管轄權衝突與中國區際刑事司法互助，應堅持共通的原則；由於前者主要解決實體上的問題，而後者是一系

列的程序，因而兩者之間在採用的具體法律原則上並不相同，但是兩者所依據的制度背景和社會背景是同一的，因而所依據的政治原則應當是共通的。如前所述，解決中國區際刑事管轄權衝突，應堅持“一個中國原則”、“法域地位平等原則”、“相互承認原則”、“有效懲罰和預防犯罪原則”。在進行區際刑事司法互助活動中，也應堅持上述原則⁶⁴。堅持這些原則，在進行具體的刑事司法互助活動中應得出以下結論。

1. 堅持一個中國原則，反對將中國區際刑事司法互助視同於國際刑事司法協助；國際刑事司法協助中一些公認的原則不適用於中國區際刑事司法互助

從協調和配合的具體事項看，中國區際刑事司法互助所涵括的事項，與國際刑事司法協助基本相同；但是由於其是一國之內不同法域之間的司法互助，不具有主權國家之間司法機關相互配合的性質，因而一些具有主權關係色彩和國際性質的原則不適用於中國區際刑事司法互助。在司法互助活動中，進行合作的主體也應為不同法域的司法機關，而不應為負責外交事務的機構。⁶⁵

64. 關於中國區際刑事司法互助應堅持的原則，有諸多論述。例如，趙秉志教授認為，應遵循維護國家主權、平等協商和相互尊重、有效懲治犯罪、合理界定管轄權四原則（參見趙秉志主編《關於中國內地與香港特別行政區建立刑事司法互助關係的研討》，載高銘暄、趙秉志主編《中國區際刑法與刑事司法協助研究》，第68頁）。一些論者也提出了相似的觀點。例如，王勇博士認為，應遵循“維護國家統一和利益”、“從‘一國兩制’出發，實事求是”、“有利於及時、有效地打擊犯罪”、“適當參照國際法和國際慣例”等原則（參見王勇“‘一國兩制’條件下的區際刑事司法協助”，載《政治與法律》，1992年第5期。有論者認為應遵循“維護國家主權和統一”、“平等互利”兩原則（參見黃肇炯、劉全勝“略論建立有中國特色的區際刑事司法協助制度”，載高銘暄、趙秉志主編：《中國區際刑法與刑事司法協助研究》，第36頁）；有論者則認為應堅持“維護國家主權、有利於打擊犯罪”、“尊重對方法律及刑事管轄權”、“平等互利”、“適當保留公共秩序”等四原則（參見王新清“港澳特別行政區與內地間刑事管轄權的衝突與協調”，載高銘暄、趙秉志主編《刑法論叢》第5期，法律出版社，2002年，第586-588頁）。除此之外，還有些論者提出了尊重客觀原則，廣泛合作原則，尊重歷史原則，主動、雙向協助原則、以程序為主原則、講求實效原則（引自徐京輝：“‘一國兩制’框架下的我國區域刑事法律及刑事司法協助”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第67頁）。

65. 台灣學者吳景芳認為，從目前兩岸政治形勢出發，司法互助得由兩岸地區民間組成之中介團體為之（“兩岸共同打擊犯罪應有之作法——為兩岸之間的區際刑事司法互助催生”，載《中興法學》第44期，1998年9月）。從當前實踐看，確實如此進行兩岸之間刑事司法互助有其合理性。而如果兩岸能夠就基本政治原則達成共識，堅持一個中國原則，那麼由雙方司法機構直接作為司法互助的主體則更為適宜。

堅持一個中國原則，即要求維護國家統一、領土完整，對於危害國家安全的犯罪，不同法域都應當予以打擊，而不能藉口行為人主張犯罪動機具有政治性，作為不予移交的根據，而適用國際刑事司法協助之“政治犯不引渡”的原則⁶⁶。“政治犯不引渡”從19世紀初期開始被作為引渡法的基本原則之一⁶⁷。“政治犯不引渡”原則的確立理由主要是：(1)意圖在他國的政治衝突中保持中立；(2)政治犯罪在道德上缺少可譴責性；(3)政治犯罪比普通犯罪更容易成為不公正審判或侵犯人權行為的犧牲品。⁶⁸在中國區際刑事司法互助中，這三點理由都是不成立的。從一國之刑法講，“政治犯罪”仍直接表現為公然違背本國的現行政體和政治制度⁶⁹。內地刑法中不承認所謂“政治犯”，其理由即在於任何對國家安全、社會基本秩序形成危害、依照刑法的規定構成犯罪的，即應追究刑事責任，至於其犯罪動機不能改變行為的性質。對於中國人民共和國的國家安全，中國範圍內的任何法域都應提供積極的保障，對於任何危害中華人民共和國國家安全、社會基本秩序的行為都應予以追究，不能因為本法域的社會制度不同，而否認危害國家行為的性質並行使庇護權。對此，《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第23條和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第23條的精神實際上都予以確認。同樣，由於特別行政區有其特殊的社會制度和高度自治權，因而有其自身的政治權力和制度的安全問題，即所謂“區域安全”問題⁷⁰。對於危害特別行政區“區域安全”的行為，如果根據該法域的刑法構成犯罪的，其他法域都應予以確認並提供相應的協助，也不能以“政治犯”為由提供庇護。關於“軍事犯不引渡”原則是否適用的問題，由於香港、澳門特別行政區自身並無軍隊，在香港、澳門駐軍人員在

66. 對於中國範圍內不同法域之間移交涉嫌觸犯請求方法域刑法的人的活動，我們稱之為“涉嫌犯罪人的移交”，以和國際刑事司法協助中的引渡相區分。但在本節中探討引渡的基本原則能否適用於中國區際刑事司法互助時，則仍保持了這些原則的原有表述。

67. 參見[韓]李萬熙著《引渡與國際法》，法律出版社，2002年，第46頁。

68. 參見張旭著《國際刑法綱要》，吉林大學出版社，2000年，第254-255頁。

69. 黃風研究員認為，“政治犯罪”除了危害國家安全的犯罪外，某些涉及個人民主權利或政治權利的犯罪(如妨礙選舉罪、非法集會、遊行、示威罪)、某些涉及社會管理秩序的犯罪(如邪教犯罪)、某些由公務員實施的犯罪(如叛逃罪)由於其具有政治性質，也可能成為“政治犯罪”。參見黃風“關於我國內地與香港之間移交逃犯合作的若干問題探討”，載高銘暄、趙秉志主編《中國區際刑法與刑事司法協助研究》，第109頁。

70. 參見徐京輝“‘一國兩制’框架下的我國區域刑事法律及刑事司法協助”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第72頁。

特別行政區犯罪的問題，《中華人民共和國香港特別行政區駐軍法》和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》已作出規定，“軍事犯不引渡”自無適用之餘地。由於歷史原因，台灣地區尚有自己的軍隊；而按照“一國兩制”的設想，台灣地區在未來可以保留自己的軍隊，那麼，有否可能適用“軍事犯不引渡”的原則尚存在疑問。按照我們的設想，在兩岸統一的前提下，出於維護台灣地區的高度自治權，以及比較有利且妥當地處理軍職犯罪考慮，應由犯軍職罪的軍人所屬軍事司法機關管轄，在一般情況下不移交他方。

2. 堅持法域地位平等原則，進行中國區際刑事司法互助應強調協商和配合

中國區際刑事司法互助，由於發生在一個主權國家範圍內，因而與國際刑事司法協助有本質的不同；但是兩者在諸多方面存在相通之處，其中一個重要的相同之處就是：中國區際刑事司法互助與國際刑事司法協助都是發生在平等主體之間的司法合作活動；由於不同法域平等，因而就反對一個法域強令他法域進行相應的司法協助活動。雖然不同法域有大小之分，在一個中國內有主、次之分，但其法律地位是平等的。由於各法域對本地區的司法事務享有自治權，一法域不應將本法域處理司法問題的原則或觀點，強加於另一法域。內地法域不應以中央法域自居而處於優越地位，強制管轄應由其他法域司法機關管轄的案件；其他法域也不能以強調獨立性為名，或者自認為本法域法制體系優越，而漠視或者排斥內地司法機關應有的管轄權。

3. 堅持相互承認原則，不同法域之間應相互尊重各自的法制體系，對於他法域提出的符合其法域法律規定的刑事司法互助要求，應盡可能地予以支援和配合

“一個國家，四個法域”的現狀是歷史的產物，應當積極地承認現實，不同法域應當承認他法域的法制體系，尊重他法域在法律制度上與本法域存在的差異。在中國區際刑事司法互助中強調相互承認，即要求作出司法互助請求的法域與被請求的法域之間相互尊重各自的刑事法制，對於

請求方按照本法域刑事法律作出的互助請求，應當積極地予以配合，原則上不應發生拒絕互助的情況。⁷¹

4. 堅持有效懲治和預防犯罪原則，不同法域之間積極合作，以維護不同法域的社會穩定和安全

中國區際刑事司法互助的宗旨，即在於維護一個中國內不同法域的法秩序，及時、有效地追究具有區際性的犯罪，因此有效懲治和預防犯罪原則是為刑事司法互助的一項重要原則。貫徹該原則即應當從有利於打擊犯罪的角度設計相應的程序。蔡墩銘教授提出的兩岸區際刑事司法互助的十個事項中包括兩岸所實施數罪之合併偵查和合併審判⁷²。對此，我們是贊同的，這樣處理即有利於及時、有效懲治犯罪，在中國區際刑事司法互助中，能否適用“本地居民不移交”原則？內地學界佔主流的觀點是不予適用⁷³。如前所述，對於解決中國區際刑事管轄權衝突問題的基本法律原則之一即是“屬地管轄權優先適用原則”，即對於具有區際性的刑事案件，

71. 參見趙秉志“關於中國內地與香港特別行政區建立刑事司法互助關係的研討”，載高銘喧、趙秉志主編《中國區際刑法與刑事司法協助研究》，第74頁。有論者則從比較寬泛的角度承認中國區際刑事司法互助方面的拒絕，他認為：(1)在委託代為送達司法文書和調查取證方面。拒絕的理由包括委託送達的司法文書的真實性尚存疑問；委託送達的司法文書的傳遞違反本地區法定的必要程序；委託調查取證損害了本地區的安全和公共秩序，或違背了本地區的法律基本原則。(2)委託協助緝捕和移交案犯方面。拒絕的理由包括委託方請求追訴的行為在受託方不構成犯罪；委託方所請求追訴的行為人已經因同一行為在委託方或受託方受到追訴；提出請求時，根據委託方或受託方的法律，已過追訴時效；嫌疑人通常不居住在受託方；嫌疑人不是受託方的公民，並在犯罪時並不經常居住在受託方；委託方所請求追訴的行為屬於純軍事性質的犯罪。(3)轉移罪犯和委託代為執行刑事制裁。拒絕的理由包括：按照受託方的法律，該行為不構成犯罪，或應定罪免刑，或已過追訴時效；委託代為執行的刑罰是死刑案件；委託代為執行的刑事裁判不是終審的裁判；被判刑人不是受託方的常住居民；被判刑人沒有申請轉移，或未滿18周歲的被判刑人的父母或其監護人不同意轉移(參見陳泉生“略論海峽兩岸司法協作的拒絕”，載《台灣法研究學刊》1996年第4期)。該論者提出的上述司法互助的拒絕理由中，部分內容是有借鑒意義的，尤其是其中體現“一事不再理”原則的理由應當予以支援；同時，由於中國區際刑事司法互助的特殊性，因而體現諸如“雙重犯罪”原則、“軍事犯不移交”原則的拒絕理由則不能成立。

72. 參見蔡墩銘“論兩岸刑事司法互助”，(台灣)《法令月刊》第42卷第11期，1991年11月。

73. 參見趙秉志“關於中國內地與香港特別行政區建立刑事司法互助關係的研討”，載高銘喧、趙秉志主編《中國區際刑法與刑事司法協助研究》，第72頁；徐京輝“‘一國兩制’框架下的我國區域刑事法律及刑事司法協助”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第75頁。

應主要由具有屬地管轄權的法域行使管轄權；如果堅持“本地居民不移交”，則這一原則根本無法實現，既不利於維護犯罪地所在法域的利益，也不利於及時、有效地追究犯罪人的刑事責任。

趙秉志教授在論及香港、澳門與內地刑事司法互助的原則時，曾提出“適當保留公共秩序”的原則⁷⁴；王新清教授也認為，為維護各法域的法律制度和獨立的司法權，適當保留公共秩序是必要的，並提出應予考慮的具體方面⁷⁵。對於“公共秩序的保留”問題，基於一個中國原則、相互承認原則、有效懲治和預防犯罪原則，應當限制其適用的範圍；在不違反這些原則的情況下，考慮到相關法域基本法治理念，對於具體刑事案件的司法互助，應當允許其適用“公共秩序保留”原則⁷⁶。

四、確定刑事管轄的具體程序

刑事管轄權衝突的概念應從法律與事實相結合的角度去理解，也就是說，某一特定刑事案件發生，當不同法域基於本法域刑法都有權進行追訴時，即已經形成了管轄權衝突；但是此時還沒有形成實際意義上的衝突，只有相關法域都事實上地開始主張管轄權的情況下，對該案件的管轄權衝突才真正得以現實化。例如張子強案：按照內地、香港的刑法的規定，兩地都有管轄權（但是有權管轄的犯罪事實不一樣），因此已經形成了刑事管轄權衝突；但是，香港司法機關並沒有主張管轄權，因而該案引起的刑

-
74. 參見趙秉志著《外向型刑法問題研究》（上卷），中國法制出版社，1997年，第639頁。
75. 即：（1）對申請方法域沒有刑事管轄權的案件，不提供刑事司法協助；（2）發現提出刑事司法互助申請的司法機關沒有按照它所在法域的法律進行刑事訴訟的，被申請方有權拒絕提供互助；（3）對他法域提出的移交本法域居民的請求，可以附條件移交，其條件以保護該居民的人權為限。參見王新清“港澳特別行政區與內地間刑事管轄權的衝突與協調”，載高銘暄、趙秉志主編《刑法論叢》第5期，第588頁。
76. 澳門檢察院徐京輝檢察官所舉之例很有說服力。他假設了兩種情況：（1）內地法院判處A死刑，但A跑到澳門；內地法院請求澳門將其移交內地以便執行死刑；（2）內地法院判處A死刑，但A跑到澳門；內地法院請求澳門代為對A執行死刑。他認為，在第一種情況下，並沒有違反澳門的法律基本原則和公共秩序，應當遵行內地的請求；而在第二種情況下，則與澳門現行法律基本原則相衝突（即澳門刑法典第39條和澳門刑事訴訟法典第220條第1款C項的規定），可以以“公共秩序保留”為由拒絕協助。參見徐京輝“‘一國兩制’框架下的我國區域刑事法律及刑事司法協助”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第76頁。

事管轄權衝突並沒有現實化。⁷⁷ 無論某一刑事案件所引起的刑事管轄權衝突處於哪種情形，都可能引發相關程序問題：如果某一特定案件發生後，一法域已經開始行使刑事管轄權，當發現他法域具有管轄權，且是主要犯罪地的，是否應主動移交案件；如果不同法域都主張對該案件進行管轄，如何協調各方的管轄權請求。對此，都需要通過一定的程序予以解決。刑事管轄之確定既然屬於中國區際刑事司法互助的一項重要內容，那麼就應當結合司法互助的一般程序來進行。在諸如涉嫌犯罪人的移交、刑事訴訟的移管、刑事判決的承認與執行等刑事司法互助活動中，在一定程度上已經涵蓋了確定刑事管轄的內容；存在問題的是，在一法域對特定案件進行立案追訴時，即發現他法域有刑事管轄權，或者他法域發現有刑事管轄權，或者犯罪嫌疑人、被告人提出應由他法域行使管轄權，或者不同法域合作偵破刑事案件，雙方都有管轄權的，對於這些情形應當如何處理？以下我們試結合具體情形而應採取的程序設想進行探討，而後結合中國區際刑事司法互助模式分析刑事管轄之確定程序應採取的互助模式。

（一）刑事管轄確定之具體程序設想

1. 一法域司法機關對特定案件立案偵查或者接受舉報、控告、自首時，發現其他法域對該案件也有權管轄的情形

對於這種情形，基於法域平等、相互承認原則的考慮，具體程序可如下進行：

（1）通報。即該法域司法機關應當向他法域司法機關進行通報。通報的內容包括兩個方面：一是事實方面。具體包括：（a）涉嫌犯罪人的基本情況及已採取強制措施的情況；（b）犯罪地的情況；（c）立案時發現的事實或已查清的犯罪事實；（d）案件事實所具有的“區際性”因素。二是法律方

77. 王新清教授區分了法律上的衝突和實際上的衝突。所謂“法律上的衝突”，是指根據不同法域的法律規定，當一個刑事案件發生時，不同法域都有權對該刑事案件進行管轄，但由於法律程序上的原因，其中一地並不聲稱它有管轄權，而默認他地的管轄權；所謂“實際上的衝突”，即當一個刑事案件發生後，根據不同法域的規定，不同法域對該案都享有刑事管轄權，不同法域的司法機關都開始了刑事訴訟程序，都向他地的司法機關提出了管轄該案件的要求。按照這一界定，張子強案只引起了法律上的衝突，而沒有引起實際上的衝突。參見王新清“港澳特別行政區與內地間刑事管轄權的衝突與協調”，載高銘暄、趙秉志主編《刑法論叢》第5期，法律出版社，2002年，第564頁。

面。具體包括：(a)本法域立案偵查的法律根據；(b)被追訴人涉嫌的犯罪的刑法根據；(c)判斷他法域有刑事管轄權的根據。在通報中，如果該法域認為該案件應由其優先行使管轄權，則在通報中提出相應的根據，在通報中，也可以同時請求他法域提供相應的司法互助活動。如果該法域認為他法域行使管轄權更為妥當，則通報中表明該意願及根據。

(2) 答覆（同意或異議）。即一法域接受他法域關於刑事管轄的通報後，對他法域已採取的訴訟前行為和訴訟行為表示認可，並表示同意他法域實際行使管轄權或者提出管轄異議。如果同意他法域實際行使管轄權，即應同時表示不再主張本法域的管轄權，對他法域提出的相應的司法互助請求應進行相應的互助活動；如果同意他法域提出由本法域實際行使管轄權，則應作出接收該案件的表示。如果對他法域實際行使管轄權表示異議，則應提出相應的法律和事實根據。

(3) 磋商。在接受通報一方的法域提出異議的情形下，雙方進行磋商。進行磋商時，應當以已發現的犯罪為事實根據，以解決刑事管轄權衝突的原則和規則為判斷根據，並體現相互尊重、平等協商的原則。經磋商後，由相應的法域進行實際管轄，其他法域不應再提起管轄主張，或者單獨地就同一犯罪事實進行訴訟。

(4) 期間。已經開始立案偵查的法域，在向他法域通報時，為及時懲治犯罪，不應拖延或者擱置已經開始的訴訟活動。該法域作出通報後，他法域應當在合理的時間內給予答復；無正當理由逾期不答復的，在該法域主張實際管轄的情況下，視為他法域已經默認該法域實際管轄；在該法域主張由他法域實際管轄的情況下，則視為他法域已經拒絕由其實際管轄，該法域應繼續實際管轄，他法域事後就同一犯罪事實不得再行提起實際管轄主張。

2. 一法域司法機關已對特定案件立案偵查或者接受舉報、控告、自首，他法域認為自己有刑事管轄權的情形

對於這種情形，如果一法域認可已受案法域實際管轄的，則不必提起管轄要求；如果認為應由其實際管轄的，則可提出請求。具體程序可如下進行：

(1) 請求。一法域認為特定案件應由其管轄的，則可向已受案的法域提出實際管轄的請求。請求的具體內容包括：(a) 事實方面。即能夠說明犯

罪地或者主要犯罪地在本法域的事實，或者提出由其實際管轄更為有利的其他事實根據；在前種情況下，即依據管轄權優先行使理論進行主張，在後種情況下，則請求已受案的法域將“管轄權讓位”。(b)法律方面。即提出本法域具有刑事管轄權的法律根據。

(2) 答覆(同意或者拒絕)。已受案法域對上述請求應及時答復，如果同意由請求方法域實際管轄，即將受理的案件移送，進行“刑事訴訟的移管”；如果不同意請求方的請求，則可予以拒絕並述明理由。

(3) 磋商。請求方法域認為被請求方法域拒絕不當，理由不足的，可請求與被請求方法域進行磋商；對於該請求，被請求方原則上不應拒絕。雙方應以已發現的犯罪事實根據，根據解決刑事管轄權衝突的原則和規則來協商確定由哪一法域實際管轄。

3. 一法域司法機關已對特定案件開始追訴後，犯罪嫌疑人、被告人提出應由他法域行使管轄權的情形

在這種情形下，犯罪嫌疑人、被告人提出的關於管轄問題的抗辯應視為其正當的訴訟權利。具體程序可如下進行：

(1) 審查。對於具有“區際性”的刑事案件，在對犯罪嫌疑人、被告人進行追訴過程中，如果其提出刑事管轄異議，該法域的司法機關應當進行審查。如果其提出的管轄異議成立，則根據上述第(一)種情形的程序進行處理；如果其提出的管轄異議不成立，則予以駁回並述明理由。

(2) 覆核。如果犯罪嫌疑人或者被告人對該法域司法機關作出駁回管轄異議的裁決不服的，可以向上一級司法機關提出覆核請求。覆核中，應再次審查其提出的管轄異議及其理由，並作出相應的終局裁決。

4. 不同法域合作偵破刑事案件，各方都有管轄權的情形

對於這種情形，由各方直接進行協商，按照解決刑事管轄權衝突的原則和規則確定應由哪一法域實際管轄。

除上述情形外，對於在“涉嫌犯罪人的移交”、“刑事訴訟的移管”、“刑事判決的承認與執行”中所涉及的刑事管轄的確定問題，應按照相應的司法互助程序一併予以解決，在解決過程中應以解決刑事管轄權衝突的原則和規則作為基本的判斷根據。

(二) 刑事管轄確定程序應採取的刑事司法互助模式

上述關於刑事管轄確定的具體程序的設想，在邏輯上還是不完善的，主要表現為兩點：一是，進行相應刑事司法互助的主體具體應為哪一機構？二，如果發生刑事管轄權爭議的相關法域就由哪一法域實際管轄問題，經過磋商無法達成一致的，是否應設立一個相應的機構來協調該爭議？這就涉及刑事管轄確定程序所應採取的刑事司法互助模式問題，從更宏觀的角度分析，則牽涉到中國區際刑事司法互助整體上應採取的模式問題。對此，我們首先應參考外國有關的立法模式，結合國內學界的主要觀點，來建構符合中國實際的區際刑事司法互助模式。

1. 外國區際刑事司法互助的主要模式

在許多聯邦制國家中都存在區際司法互助（協助）問題，具有代表性的有以下三種⁷⁸：

(1)美國模式。美國憲法第4條第1款明確規定：“美國各州必須對他州之法律及司法裁判權給予充分信任和尊重。”該條款不僅要求各州對他州的“公共法令”給予充分信任，也要求對他州的“司法程序”給予充分信任。美國憲法第4條第2款規定，“凡是在任何一州被指控犯有叛國罪、重罪或其他罪行者，逃出州外而在他州被尋獲時，該州應按照其所由逃出之州的行政當局的請求，將其人交出，以便移解至對該案有管轄權的州”。“州際引渡，儘管其語句是肯定的，但並無強制一個州引渡罪犯以便於審判的司法手段。”⁷⁹該條規定為各州間移交或遣返未決嫌犯及在監逃犯等特定司法協助確立的一般原則。為各州開展區際司法協助提供憲法依據的做法即為區際司法協助採取的“一級調整”方式；由於各州法律規定不盡相同，為具體調整區際司法協助關係，則採取統一州立法的方式，由美國各州聯合設

78. 參見黃進、黃風主編《區際司法協助研究》，中國政法大學出版社，1993年；張月明“論大陸和香港的區際司法協助”，載《廣西大學學報》，1997年，第3期；李新天“論大陸與香港司法協助的模式”，載《法學評論》，1997年，第2期；徐昕“中國區際司法協助方案選擇”，載《政治與法律》，1996年，第1期；鄭遠民、呂國民“中國區際司法協助的原則與模式”，載《社會科學家》，1997年，第3期；高宏貴“論中國區際司法協助的性質、特點和模式”，載《華中師範大學學報（哲學社會科學版）》，第36卷，第5期，1997年9月。

79. [美]卡爾威因·帕爾德森著《美國憲法釋義》，徐衛東、吳新平譯，華夏出版社，1989年，154頁。

有一個半官方的“統一州法委員會全國會議”的機構，負責擬訂全美統一的法規草案，草案經全體會議通過後，建議各州採用，這就是所謂的“二級調整”；第三級調整則是各州獨立立法方式。

(2) 英國模式。英國採取統一法的形式實施有條件的區際司法協助，一方面要求各法域相互認可對方訴訟程序的效力，同時，各法域仍有權按法定條件審查對方的訴訟行為、給予或拒絕司法協助。在英國，承認與執行外國法院判決有兩套平行的制度：一是普通法制度；二是成文法制度。成文法主要是指1920年的《司法條例》和1933年的《外國判決(相互執行)法》。前者主要適用於承認與執行英聯邦國家的判決。在對某個英聯邦國家適用該法時，首先要由英國女王確信該國已就執行英國判決問題作出了規定，並由樞密院頒佈樞密院令。後者將適用範圍擴大到與英國訂立了有關條約的其他國家。

(3) 澳大利亞模式。澳大利亞對司法協助問題（主要指判決的承認和執行）是通過成文法和普通法兩種途徑來加以規範的。聯邦成文法即1992年的《送達與執行程序法》，主要適用於聯邦內的判決；外國判決則主要適用普通法規則和各州成文立法，以及1991年的聯邦《外國判決法》。澳大利亞聯邦法院作出的判決，在承認和執行方面，在整個聯邦內都不存在問題，各州司法機關應協助予以承認和執行。各州法院作出的判決，一般來說，比外國法院作出的判決容易得到承認和執行。這是因為聯邦成文法要求各州在整個聯邦內承認和執行他州法院的判決，以及聯邦憲法也要求各州負有給予這種判決以充分信任的義務。

除此之外，兩德時期聯邦德國關於刑事司法協助方面的做法也值得借鑒。兩德在分裂初期，聯邦德國即採取務實作法，“准用”國際刑事司法互助之原則，於1953年制定《德國境內刑事司法及職務互助法》(Gesetz ueber die innerdeutsche Rechts-und Amtshilfe in Strafsachen)，與民主德國進行司法互助，學理上稱之為“區際”(innerlokale)刑事司法互助，並將之定位於一種特別的內國的刑事司法互助，內容包括：犯罪人之引渡、協助訊問證人、送達文書、提供情報、代為執行確定判決等。由於兩德在意識形態與法律制度方面仍有相當差異，因此，該法對於提供互助仍有下列之基本限制：(1)互助之提供，不得違背聯邦法律之目的；(2)互助之提供，必須符合法治國家原則之要求；(3)互助之提供，不得使當事人蒙受與法治國家

原則相抵觸之重大利益。1972年，兩德簽訂基礎關係條約之後，兩德之間的司法互助，則由區際刑事司法互助，逐步朝向國際刑事司法互助的方向發展。⁸⁰

2. 國內學界關於中國區際刑事司法互助模式的探討

關於中國區際司法互助模式，國內學界存在諸多觀點⁸¹，其中部分觀點具有一定的實踐根據。比較有代表性的觀點有：(1)仿照美國以憲法規定基本原則的方式，即對中國憲法作補充修改，規定區際司法互助的指導原則。(2)仿照澳大利亞模式，即由全國人大制定一部全國性的專門解決特別行政區與內地司法互助問題的單行法律。(3)仿照英國模式，採用統一法的形式實施有條件的區際司法互助。(4)准國際司法協助模式，即各法域可參照國際司法互助制度，在互惠的基礎上開展區際司法互助。(5)分別立法模式，即各法域分別制定區際司法互助法，用以調整相互之間司法互助關係。⁸²(6)區際協定模式，即各法域自願協商，分別簽訂雙邊或多邊司法互助協定，以調整相互之間的司法互助關係。其中又分為三種觀點：第一種觀點認為，內地作為一個獨立法域，可以先由有權機關指定其中某個地方行政區域與其他法域簽訂司法協助協定，其效力範圍包括內地其他行政區域，因而這種協定被稱為“視窗協定”，例如有論者即提出建立閩台司法協助關係的設想⁸³；第二種觀點認為，內地作為一個獨立法域，可以先與其他法域簽訂司法互助協定，然後將內地的省級行政區域分片，負責本片的區際司法互助事務，即“一個協定，幾個中心”；第三種觀點認為，各法域均設立官方性質的“區際司法協助委員會”，由其代表各法域進行司

80. 參見吳景芳“兩岸共同打擊犯罪應有之作法”，載《台灣》《中興法學》第44期，1998年9月。

81. 參見黃進、黃風主編《區際司法協助研究》，中國政法大學出版社，1993年；胡振傑“我國區際司法協助的現狀與前瞻”，載《法學評論》1993年第4期；李新天“論大陸與香港司法協助的模式”，載《法學評論》1997年第2期；徐昕“中國區際司法協助方案選擇”，載《政治與法律》1996年第1期；鄭遠民、呂國民“中國區際司法協助的原則與模式”，載《社會科學家》1997年第3期；高宏貴“論中國區際司法協助的性質、特點和模式”，載《華中師範大學學報(哲學社會科學版)》，第36卷第5期，1997年9月。

82. 澳門特別行政區立法會於2002年2月26日通過的《司法互助請求的通報程序法》(第3/2002號法律)，即屬於此種情形。

416 83. 參見陳泉生“建立閩台司法協助關係的設想”，載《台灣法研究學刊》1995年第3期。

法互助活動，因而這種模式可稱為“委員會模式”⁸⁴。(7)國際條約模式，即各法域都參加某一國際條約時，可借助國際條約調整區際司法互助關係。(8)國際組織模式，即通過國際刑警組織開展各法域之間的刑事司法互助。(9)中心機關模式，又分為三種：單一中心機關模式、即各法域設立進行區際司法互助的中心機關；分片中心機關模式，將大陸分為4-5片，每片指定一個高級法院作為中心機關，可根據需要設立區際司法互助處，專門處理司法互助事務；統一中心機關模式，即在香港、深圳等地設立一個包括各法域代表的全國統一的“區際司法互助協調中心”，各法域可通過該中心轉遞文件，向他法域提出司法互助請求。(10)中介機構模式，即在兩岸尚未統一的情況下，海協會、海基會作為民間性中介機構充當過渡時期兩岸區際司法互助的中介渠道⁸⁵。(11)示範法模式，即成立“區際司法協助委員會”，制定《中國區際司法協助法》，由各法域權力機構予以批准施行，並可在批准時對某些條款聲明保留。⁸⁶(12)律師協助模式，即各法域律師之間合作應成為區際司法互助的一部分；(13)司法協調模式，即由最高司法機關對區際司法互助進行指導和協調。(14)特派員模式，即各法域派人直接到外法域送達文書、調查取證、執行判決和仲裁裁決。(15)游擊模式，即適應具體案件，靈活處理，如訴訟文書的送達採取郵寄送達、親朋捎帶、委託代理人轉交、通過駐外法域機構送達等方式。⁸⁷(16)分階段模式，即中國區際司法互助應依據現實情況有步驟地採取上述方案。上述觀點的差異主要體現為三點：(1)應否制定或者能否制定一部統一性的“中國區際司法互助法”或者示範法？(2)進行具體司法互助的主體為誰？(3)是否應有一個中央性的機構來協調區際司法互助？諸論者從應然與實然的角度進行闡述，自然觀點紛紜。

84. 參見趙國強“兩地區際刑事司法協助之展望”，載趙秉志主編《中國內地與澳門刑法分別之比較研究》，澳門基金會，1999年，第423-424頁。

85. 1990年9月，兩岸紅十字會組織在金門磋商後達成關於互相遣返偷渡者、刑事嫌疑犯或刑事犯的“遣返作業協議書”，即“金門協定”。該協定確定了以民間組織為中介機構負責遣返作業的、間接的司法協助形式。該種形式也屬於“中介機構模式”。自1990年9月至2002年3月31日，大陸同向台灣遣返刑事嫌疑犯404人；遣返劫機犯劉善忠一人；大陸刑事嫌疑犯潛逃台灣，通過海基會向台灣當局要求協助緝捕的，共15人（引自高政升“兩岸共同合作打擊犯罪之探討”，載《交流》第63期，2002年6月）。

86. 參見鄭遠民、呂國民“中國區際司法協助的原則與模式”，載《社會科學家》1997年第3期。

87. 例如，1988年2月29日，台灣居民楊明宗在桃園市殺死一男子後，逃至大陸，8月3日被大陸公安機關逮捕。兩岸警方通過特殊渠道聯絡達成協定。1989年4月21日，大陸警方由上海經香港轉新加坡，將楊明宗帶至新加坡；4月22日，台灣警方將其從新加坡押解回台灣。參見海峽兩岸法律研究會編《海峽兩岸法律動態》，1989年第2期。

就中國區際刑事司法互助而言，上述分歧同樣存在。例如，趙國強教授即提出“委員會模式”作為中國區際司法互助的模式。趙秉志教授亦表示贊同，並指出該模式不僅嚴格遵循了香港、澳門特別行政區基本法關於區際司法協助的規定，實現了平等協商的要求，同時也考慮到了中國的客觀實際情況。⁸⁸王新清教授則認為，目前內地與港、澳之間採取“個案協商”⁸⁹的方式，但是從長遠看，最好的模式是簽訂三地相互間的司法互助協定⁹⁰。最高人民檢察院公訴廳閻敏才副廳長也認為，內地應與港、澳、台簽訂協定，並認為應由“兩高”作為中央主管機關直接與港、澳、台地區司法機關聯絡、辦理。⁹¹有論者則主張目前應採取“分階段模式”，認為簽訂“一攬子”司法互助協定的時機尚不成熟；分階段解決途徑，有利提高不同法域協商效益，不斷積累實踐經驗，為制定統一區際刑事司法互助法奠定實踐基礎。⁹²上述論者觀點的共同之處都是建立在法域平等基礎上，力圖全面解決中國區際刑事司法互助的方式、途徑問題。我們認為，從務實的角度分析，應分階段由不同法域之間簽署協定，協商主體應主要為各法域最高司法機關⁹³；在具體的司法互助活動

88. 參見趙秉志“關於中國內地與香港特別行政區建立刑事司法互助關係的研討”，載高銘暄、趙秉志主編《中國區際刑法與刑事司法協助研究》第85頁。

89. 香港回歸前後，內地與香港之間一直採取“個案協商”的模式，雖然具有明顯的積極意義，而且大量的案件得到有效處理，但是也存在諸如協查時間過長，程序不規範的問題。參見穆紅玉“略論我國區際刑事司法協助的性質和內涵”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第108頁。

90. 參見王新清“港澳特別行政區與內地間刑事管轄權的衝突與協調”，載高銘暄、趙秉志主編《刑法論叢》第5期，第584頁。

91. 參見閻敏才“區際刑事司法協助規範化若干問題探討”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第118頁。

92. 參見鄧基聯、王勇“區際刑事司法協助的幾個問題”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第93-94頁。

93. 這裏涉及一個問題，就是如何理解《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第95條和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第93條中規定的“全國其他地區”。這兩條都規定，特別行政區可與全國其他地區的司法機關通過協商依法進行司法方面的聯繫和相互提供協助。對此，有兩種觀點：第一種觀點認為，這裏的“全國其他地區”是指內地的各省、直轄市和自治區（參見王叔文主編《香港特別行政區基本法導論》，中共中央黨校出版社，1990年，第266頁）。第二種觀點認為，“全國其他地區”是指其他法域（參見鄧基聯、王勇“區際刑事司法協助的幾個問題”，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第94頁）。我們同意第二種觀點，無論從法域平等的角度分析，還是基於實事求是考慮，抑或從方便快捷考慮，第二種觀點更符合現實要求，而且與條文的文義解釋亦不會發生衝突。

中，我們則傾向於各法域受理案件的具體司法機關之間直接進行互助活動，必要時由各方最高司法機關進行協調。關於中國區際刑事司法互助的制度設計，還需要進一步研究，既要反映中國目前的實際情況，又要有利於各方進行刑事司法方面的合作。⁹⁴

3. 現階段“刑事管轄之確定”應採取的互助模式

如上所述，我們主張分階段解決中國區際刑事司法互助問題；刑事管轄之確定問題，作為一項重要的司法互助事項，應當優先予以解決，其根據在於：（1）基於有效、及時懲治犯罪的考慮。避免各法域因管轄權衝突而各行其是、互不配合的現象發生，以致訴訟過程遲緩甚至放縱犯罪。（2）基於維護各法域司法權威的考慮。各法域基於本法域的法律主張管轄權是其治權的體現，同時也只有主張管轄權才能維護本法域的司法權威；確定由一法域實際行使刑事管轄權後，他法域雖然沒有實際管轄，但是通過刑事管轄之確定程序，使其充分表達了管轄主張，而按照解決刑事管轄權衝突的原則和規則，其放棄實際管轄的權力，也於理有據，因而同樣可以維護其司法權威；如果一法域逕行行使管轄權，而不考慮他法域也擁有管轄權的事實，則無疑對他法域的司法權威形成不利影響。（3）基於維護涉嫌犯罪人的人權考慮。避免涉嫌犯罪人因同一犯罪事實而受到雙重追訴、雙重審判，甚至雙重刑罰。基於上述三點考慮，目前中國各法域應就刑事管轄之確定問題首先達成相關協定，以促進就該問題的區際司法互助活動積極、有效地進行。

就“刑事管轄之確定”應採取的司法互助模式，我們認為，應首先由各法域之間簽訂相關協定，就具體程序和採取的原則予以規範。簽訂協定的內容主要應包括兩個方面：（1）刑事管轄之確定程序的具體實施步驟，即前文所擬訂之具體程序。（2）確定刑事管轄權衝突的原則和規則，即在協定中確定不同法域解決刑事管轄權衝突的基本準則。因而，該協定應兼及實體和程序兩個方面。簽訂協定的主體，如前所述，應由各法域最高司法機關承擔，各法域最高警察機關、司法行政機關應根據情形參與或者作為

94. 台灣地區有論者提出，“因兩岸共處二區，可比照聯邦，設立兩岸間的區際法院處理兩區的法律糾紛”（參見《聯合報》，台灣，1991年4月5日第4版）。這一設想應當說極具建設性，但是目前看來，其可行性甚微；當然從遠景考量，應當是一個很好的努力方向。

協定主體參加。就內地而言，即應由最高人民法院、最高人民檢察院為主體，公安部、司法部應參與協商，必要時亦可作為主體簽訂互助協定。但協定一經簽訂，則具體進行司法互助的主體應為直接受理案件的司法機關或者偵查機關，各方最高司法機關在必要時應予以協調。鑒於兩岸現狀，維持現有“中介機構模式”亦是現實所需，可由海協會、海基會進行協商簽訂相關協定，具體司法互助活動進行仍應憑藉兩會渠道進行。

五、解決中國區際刑事管轄權衝突問題之立法完善

（一）憲法性法律文件與相關基本法律的完善建議

從整體上，中央與特別行政區的關係、特別行政區的地位在憲法和憲法性法律文件中已經予以明確；但是有一些問題須由憲法性法律文件中作出進一步的規定。在整體的中國法制體系框架內，各法域之法制體系之間也應予以協調，就刑事法制體系之間，應完善刑法中關於空間效力的規定，完善刑事訴訟法中關於刑事司法協助（互助）的規定。

1. 完善憲法規範的建議

現行憲法僅有兩個條文涉及特別行政區，即第31條和第62條第13項；中央與特別行政區的關係，是由兩部特別行政區基本法規定的。可以說，特別行政區基本法就是對“一國兩制”的法律闡釋。基本法中對中央與特別行政區的關係規定得比較清楚，但是就特別行政與全國其他地域的關係，尤其是與內地的關係並沒有闡明。從“一國兩制三法系四法域”的現實出發，對照現行憲法及相關憲法性文件，尚存在諸多法律空白，對諸多社會關係尚待進一步調整。從兩岸的現實考慮，就兩岸關係所引發的憲法問題還需要首先從政治層面解決。但是，港、澳回歸，相應的基本政治問題已經解決，那麼就應當通過憲法規範進行明確；作出如此立法選擇，不僅有利於協調內地法域、香港法域、澳門法域法制體系之間的關係，而且也可以法律的形式作出示範，為解決台灣問題提供法制上的先機。

我們認為，應考慮對現有憲法規範從以下三個方面予以完善：

(1) 明確中央與內地法域的關係。

內地法域所及範圍，佔中國的主體部分，因而目前中央直接管轄內地法域的事務，而沒有設置單獨的一級立法機關、行政機關、司法機關。全國人民代表大會及其常務委員會頒佈的法律也主要在內地施行。這裏就存在一個問題，就是：全國人民代表大會及其常委會頒佈的法律究竟是全國性法律，還是內地性法律？從其立法主體和效力等級看，應是全國性法律；從港、澳特別行政區基本法第18條規定推論，則又相當於內地性法律。憲法規定最高人民法院、最高人民檢察院作為國家最高司法機關，代表人民行使國家司法權；但是由於港、澳司法權獨立，“兩高”的作用也實質上相當於內地法域的最高司法機關。實際上，這就存在法律與現實的悖論。尤其是，當內地法域與其他法域簽訂協定時，作為代行管理內地法域的中央政府究竟以何種身份出現？因而，應當明確中央與內地法域的關係。實際上，“內地法域”概念的提出，完全是基於法理推論出來的，並沒有為現有法制體系在立法上予以確認；而無論從法律的角度分析，還是基於實事求是的考慮，都應對內地法域的法律地位在憲法規範層面予以明確。

(2) 明確內地法域與其他法域的關係。

明確中央與內地法域的關係，與之相伴隨的，就應明確內地法域與其他法域的關係。內地法域，儘管所轄地域廣泛，但是與其他法域在法律地位是平等的；堅持法域平等，就要反對內地法域以“中央法域”自居。兩部基本法規範了中央與特別行政區之間的關係，但是並沒有明確規範內地法域與特別行政區的關係。由於相互之間關係不能在法律上予以明確，進而沒有就雙方如何進行協商、簽訂法律文件提供法律渠道。

(3) 在中央應確定或者專門設立協調各法域法律事務的委員會。

根據憲法第70條的規定，全國人民代表大會內設法律委員會等專門委員會。對於各法域因法律事務發生的原則性衝突，法律委員會或者內務司法委員會是否有權予以協調，則在法律上並沒有明確表示。從現在

的協調的方式看，各法域之間就法律問題的協調都是個別的，並沒有試圖建立起一套經常性的、穩定的協調機制。這一現狀限制了內地法域與特別行政區之間的法制對接，進而限制了整體中國法制體系的融合。在中央一級確定由專門委員會或者專門設立一常設機構，專門負責處理有關各法域之間關係的事務，協調各法域之間的法律摩擦和爭議，對於各法域法律協調機制的建立，加速各法域法制體系之間的接軌，無疑將發揮重要的作用。從長遠看，該委員會還可以作為協調內地法域與台灣地區法域之間法律問題的機構。

上述三點，在憲法及其它憲法性法律文件中應當予以體現，至於具體規範設計上還需進一步研究。

2. 完善內地刑法規範的建議

中國區際刑事法律衝突問題所引起的法律思考，著眼於刑法，即集中到刑法關於空間效力問題的規定上。從對外的角度講，《中華人民共和國刑法》施行範圍雖不及於全國，但是其國家刑法的地位不容動搖。從中國範圍內存在多法域的現實出發，以特別行政區基本法關於全國性法律在特別行政區施行的種類衡量，現行《中華人民共和國刑法》相對於一國之內其他法域而言則僅具有內地法域刑法的地位。基於此，在維持現行《中華人民共和國刑法》體系不變的情況下，應對刑法關於空間效力的規定進行必要的修改。

(1) 對刑法第6條的修改建議。

現行刑法第6條第1款規定“凡在中華人民共和國領域內犯罪的，除法律有特別規定的以外，都適用本法”。其中“除法律有特別規定”可用以解釋《中華人民共和國刑法》不在港、澳施行的根據。但是對於第6條第2款中“中華人民共和國船舶或者航空器”是否包括港、澳、台籍的船舶、航空器則存在疑問？從論理解釋的角度出發，自然不應包括港、澳、台籍的船舶、航空器；但是在一般意義理解上會歧義：“港、澳、台籍船舶、航空器不屬於中華人民共和國。第6條第3款中“領域”是否包括港、澳、台也存在疑問？從該條第1款應推論，此處“領域”不應涵蓋港、澳、台，但是如此

卻又容易造成港、澳、台不在“中華人民共和國領域”內的誤解。為避免誤解，強化該條文的操作性，我們建議將第6條修改為：

“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。

在中華人民共和國香港特別行政區、澳門特別行政區轄區內犯罪的，適用該地區的法律。

凡在中華人民共和國船舶或者航空器內犯罪的，也適用本法。但是在中華人民共和國香港特別行政區、澳門特別行政區船舶或者航空器內犯罪，適用該地區的法律。

犯罪的行為或者結果有一項在本法施行的地域範圍內的，也適用本法。

上述兩特別行政區以外中華人民共和國公民在兩特別行政區內實施的危害行為，依照本法和本地區的法律都應當追究刑事責任的，適用本地區的法律；該地區的法律沒有規定的，適用本法。”

如此規定，既可以避免現有規定可能產生的歧義，也可以比較清晰地界定內地法域與香港法域、澳門法域的刑事管轄權所及之空間範圍。

（2）對刑法第7條的修改建議。

如前文所述，香港刑法、澳門刑法都在一定範圍內具有域外的效力，對於兩地居民在中華人民共和國領域外犯罪，若依照本法域刑法予以追究刑事責任的，則應適用本法域刑法，而不宜適用《中華人民共和國刑法》。這既是基於對特別行政區法制體系及司法權予以承認與尊重的考慮，也有利於特別行政區對其居民進行管理和約束；同時，由於其居民負有遵守本法域法律的義務而熟悉本法域的法律制度，尤其是本法域的刑事訴訟制度，由本法域進行審判也有利於維護涉嫌犯罪人的基本權利。鑒於此，對於香港居民、澳門居民在中華人民共和國領域以外犯罪的，應當盡

可能適用兩特別行政區的刑法。因而建議對刑法第7條進行修改，增加第三款，可規定為：

“中華人民共和國香港特別行政區居民、澳門特別行政區居民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，依照本地區的法律應當追究刑事責任的，適用本地區的法律；該地區的法律沒有規定的，適用本法。”

（3）對刑法第8條的修改建議。

刑法第8條是關於保護管轄權的規定。澳門特別行政區刑法也有關於保護性管轄的規定；香港特別行政區刑法雖然堅持較為嚴格的屬地管轄原則，但是對於特定犯罪也具有域外效力，包括外國人犯這些罪的情形。對於外國人在中華人民共和國領域外針對特別行政區或者居民犯罪，如果根據特別行政區的刑法應當追究刑事責任的，則應當由特別行政區管轄更為適宜。如此規定，既有利於體現對特別行政區法制體系和司法權的承認與尊重，又有利於維護特別行政區的社會秩序、居民合法權益和司法權威。因而建議對刑法第8條進行修改，增加第二款，可規定為：

“外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國香港特別行政區或者居民、澳門特別行政區或者居民的危害行為，依照本地區的法律應當追究刑事責任的，適用該地區的法律；該地區的法律沒有規定的，依照前款的規定處理。”

（4）對刑法第10條的修改建議。

刑法第10條是關於外國刑事判決效力的規定。從現有規定看，還不承認“一事不再理”原則；當然在處理上還是要考慮已在外國受過的刑罰處罰，作為可以免除或者減輕處罰的情節。對於刑法第10條所規定的情形，依照刑法應當追究刑事責任的，如果已經在香港、澳門特別行政區進行審判的案件，則基於一個中國原則和相互承認原則，應承認其判決效力，不再追究其犯罪人的刑事責任。因而建議對第10條進行如下修改：

“凡在中華人民共和國領域外犯罪，依照本法應當負刑事責任的，雖然經過外國審判，仍然可以依照本法追究，但是在外國已經受過刑罰處罰的，可以免除或者減輕處罰。香港特別行政區、澳門特別行政區已經審判的，不再適用本法。”

有學者提出我國刑事訴訟法中應當確認“一事不再理”原則，並相應地刪除刑法第10條的規定⁹⁵。我們同意這一主張，因而考慮在適當時候，將該條予以廢除。

上述法條設計，實際上是將內地刑法的適用範圍與特別行政區刑法的適用範圍在一國的範圍內進行了劃分，而且在關於的“屬地管轄”、“屬人管轄”、“保護管轄”法條規定中相應地增加了“地域管轄”、“居民管轄”、“本法域保護管轄”的規定，這樣設計雖然分散，但是針對性強，也能夠區分相似管轄權之間的關係。另一種設計思路是將增加的規定集中為一個法條，統一規定內地刑法與特別行政區刑法在適用範圍上的劃分問題，這樣規定的不足是不易釐清相似管轄權之間的關係。

3. 完善內地刑事訴訟法的建議

一法域的刑事訴訟法，只有在確定本法域具有刑事管轄權即本法域刑法應得以適用的前提下，才應予以適用；刑事訴訟法不能解決刑法適用的問題，因而不能直接規定不同法域刑事管轄權衝突的原則——規則。但是，中國區際刑事司法互助作為一個程序問題，刑事訴訟法則可以進行調整，可對本法域進行司法互助的一般規定在刑事訴訟法中單列一章予以體現。如此設想，雖然僅從單方面規範了本法域的司法互助行為，但同樣在相當程度上具有協調區際司法互助活動的作用。內地與港、澳之間的司法互助活動，內地法域一方的司法互助行為更應當首先應予以規範，理由在於：（1）內地法域所及範圍廣闊，行政區域多，應當首先統一其司法互助行為，從目前看，廣東與香港、澳門之間的司法互助事宜較多⁹⁶，各方往來密切，但是廣東一省的司法互助的做法對其他各省沒有約束力，其示範作用也是有限的。因而將內地法域司法互助行為統一予以規範，既便於協

95. 參見張旭著《國際刑法論要》，吉林大學出版社，2000年，第285頁。

96. 在香港回歸前，這種司法互助活動即已開始，而且雙方有一定的司法互助文件。例如，香港廉政公署與廣東省人民檢察院於1988年即就雙方的協查及跨境調查程序達成協定；1996年，雙方簽訂了“個案協查計劃”。廣東與澳門警方於1979年開始警務合作，由當時的澳門司法警察司與廣東省公安廳接觸，雙方各任命一位聯絡官。自1983年至1999年澳門回歸前，兩地警方共舉辦33次定期會晤。參見黃少澤《從區際刑事司法協助看澳門與內地警務合作關係》，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，澳門特別行政區檢察院、澳門檢察律政學會，2002年，第324頁

調內地法域各省的司法互助行為，又有利於他法域全面瞭解內地刑事司法互助的具體規定而便於相互協作。（2）關於內地進行區際刑事司法互助的主體問題，只能由內地法律予以規範，而這是區際刑事司法互助活動中首先應予以明確。

現行《中華人民共和國刑事訴訟法》沒有規定與外國之間的司法協助問題，區際司法互助的規範更是付諸闕如。最高人民法院1998年6月29日《關於執行〈中華人民共和國刑事訴訟法〉若干問題的解釋》第18章“涉外刑事案件審理程序”中規定了與外國法院之間的刑事司法協助問題；最高人民檢察院1998年12月16日修訂的《人民檢察院刑事訴訟規則》第11章“刑事司法協助”規定了與外國之間的司法協助問題。兩個司法解釋並沒有規定與港、澳之間的司法互助問題；就我們看來，對於內地與港、澳之間的司法互助問題，上述司法解釋的參照作用也是有限的，理由在於：上述司法解釋關於刑事司法協助的規定，基本定位於國家之間的司法協助，因而其採用的原則和具體方式、渠道都體現了國際刑事司法協助的性質。從現實角度看，修訂作為基本法律的刑事訴訟法，其難度還是較大的；為了便於及時解決問題、確定司法互助規範，由最高人民法院、最高人民檢察院制定司法解釋的方法在短期內也會取得積極效果。⁹⁷

關於中國區際刑事司法互助問題，內地也可以採取單行立法的方式，而不在刑事訴訟法中予以規範。制定單行法的好處在於：第一，可以不觸及刑事訴訟法的現有體例，這樣在立法程序上可能更為便捷一些；第二，可以集中反映中國區際刑事司法互助的性質和特點，而使其規範更有針對性；第三，採用單行法的方式，更便於與港、澳之間的做法相協調，而且在有可能的情況下，還可以兼及與台灣地區的刑事司法互助⁹⁸。

97. 澳門刑事訴訟法典第五卷“與本地區以外當局之關係”中即規定了刑事司法協助的一般制度，根據第213條的規定，這一制度不僅適用於與外國的刑事司法協助關係，也適用於香港與內地的關係。

98. 澳門立法會制定的《司法互助請求的通報程序法》即採單行法的形式。台灣學者蔡墩銘教授受台灣當局“行政院大陸委員會”委託主持研究，於1993年10月完成“涉及兩岸刑事案件處理方式研究”的研究報告，在該研究報告中，提出總計23條的《涉及兩岸刑事案件處理條例（草案初稿）》；台灣學者吳景芳也草擬了《大陸地區委託刑事案件處理條例（草案）》（參見吳景芳“兩岸共同打擊犯罪應有之作法”，載《中興法學》第44期，1998年9月）。兩位學者的設想基本上也是從台灣當局的角度以制定單行法的形式，來解決與大陸之間的司法互助問題。

(二) 關於解決中國區際刑事管轄權衝突之司法互助協定內容的初步設想

從目前看，制定適用於一個中國範圍內各法域的“中國區際刑事司法互助法”的可能性較小，其理由主要有兩點：(1)兩部特別行政區基本法第18條第3款都規定，全國人民代表大會常務委員會在徵詢其所屬的香港特別行政區基本法委員會、澳門特別行政區基本法委員會和香港特別行政區政府、澳門特別行政區政府的意見後，可以對基本法附件三的法律作出增減；但是任何列入附件三的法律，限於有關國防、外交和其他按基本法規定不屬於特別行政區自治範圍的法律。無論是制定“中國區際刑事司法互助法”，還是制定涵蓋民事司法互助、刑事司法互助的“中國區際司法互助法”，制定這樣的法律許可權應集中於全國人民代表大會，就其效力等級而言，都只能是基本法律，且不屬於上述規定所明確的範圍。就特別行政區而言，如何與他法域進行司法互助事務應視為在其“自治範圍”之內。如果制定這樣的全國性法律，勢必要對基本法的上述規定進行修改，即擴大全國性法律在港、澳實施的範圍。(2)香港特別行政區基本法第95條、澳門特別行政區基本法第93條都規定，特別行政區可與全國其他地區的司法機關通過協商依法進行司法方面的聯繫和相互提供協助。這兩條規定都屬於授權性規範，既授權港、澳特別行政區可與全國其他地區協商司法互助事宜，同時也是對全國其他地區作出了授權。如果中央制定“中國區際刑事司法互助法”或者統一的“中國區際司法互助法”，都與該條確定的精神相違背。因而對目前中國區際刑事司法互助問題進行調整，除了各法域制定或完善本法域的刑事司法互助的法律外，則應由各法域之間協商簽定區際刑事司法互助協定。

關於中國區際刑事管轄權衝突之解決，如前所述，應通過建立“刑事管轄之確定程序”，作為中國區際刑事司法互助的一個特定事項來進行。各法域如何簽訂關於該司法互助事項的協定，基本上可以考慮兩種方式：(1)統一協定方式。即各法域簽訂一個全方位的或者涵蓋大多數司法互助事項的中國區際“刑事司法互助協定”，將“刑事管轄之確定程序”作為一個具體司法互助事項納入到這個大協定之中。這種做法的好處顯而易見：既可以協調不同事項司法互助之間的關係，在程序設計上保持規則上的一致，又可以減少協定文本，可謂“一勞永逸”。其不利之處在於：簽訂如此協定，工程浩大，“曠日持久”。(2)個別協定方式。即各法域僅就“刑事管轄之確

定程序”這一單項的刑事司法互助活動進行協商，簽訂相應的司法互助協定。如此做法的好處也比較明顯：一是，協商內容單一，便於各方進行集中磋商，因而容易達成一致；二是，由於“刑事管轄之確定程序”不單純規範程序問題，還涉及到解決刑事管轄權衝突的原則——規則的磋商與共識問題，因而這一司法互助事項的內容兼具程序性和實體性，而其他類型的司法互助事項的內容不涉及實體問題。單獨簽訂協定有利於充分反映這一特點。就上述兩種協定方式分析，從長遠看，“統一協定方式”一體性解決中國區際刑事司法互助問題，能夠較好地調整中國區際刑事司法合作關係；從務實的角度分析，則“個別協定方式”具有更強的可行性。我們主張分階段解決中國區際刑事司法互助問題，具體而言，就是按照緊迫程度訂立時間表，分別對議題逐一協商具體刑事司法互助事項；能夠就一個事項達成協定，就簽訂該方面的司法互助協定；但是，對於同一類型、共性突出的司法互助事項(比如狹義的刑事司法互助)應盡可能地在一個協定予以規範。刑事管轄之確定問題，在我們看來，是中國區際刑事司法互助一個重要事項，應當優先考慮協商解決。

關於區際刑事司法互助協定採雙邊協商方式，還是採多邊協商方式，也需要進一步研究。從應然的角度設想，由中國範圍內各法域簽訂一個多邊的、適用於各法域的刑事司法互助協定無疑是最為理想的；但是，從目前的實踐看，關於區際刑事司法互助的協商還是雙邊性的。對於這個問題，是否可以採取更具有建設性的途徑來使各法域刑事司法互助行為協調化？我們考慮，可以使雙邊刑事司法互助協定變成開放式的，其他法域如果認同該協定的內容，即可以表示參加該協定或者對相關條款作出適當保留後(當然這種保留是有限度的)參加該協定；已簽訂協定的雙方法域應積極認可，而不必再與該法域另行簽訂司法互助協定，如此雙邊協定可轉化為多邊協定。對於兩岸刑事司法互助問題，鑒於現狀，應採“中介機構模式”進行磋商，對於他法域已達成的協定，台灣當局又可以通過海基會表示參見。

就“刑事管轄之確定程序”問題，我們就各法域簽訂相關司法互助協定提出一個參考方案，以期為該問題的解決有所助益。協定建議稿如下：

名稱：中華人民共和國內地與××特別行政區刑事管轄確定程序司法互助協定

第一條（宗旨）

為協調和解決內地與××特別行政區之間刑事管轄權衝突問題，合理確定刑事案件的實際管轄，中華人民共和國最高人民法院、最高人民檢察院、公安部代表內地與中華人民共和國××特別行政區政府本著平等協商的精神，根據《中華人民共和國憲法》和《中華人民共和國××特別行政區基本法》的規定，簽署本協定。

第二條（原則）

內地司法機關、公安機關與××特別行政區司法機關、警察機關在進行確定刑事案件實際管轄的司法互助活動中，應當平等協商，相互承認對方依照本地區法律實施的行為，密切合作，有效懲治涉及內地與××特別行政區的犯罪活動。

第三條（刑事管轄權衝突之解決）

1.（地域管轄權優先行使）

在內地實施的危害行為，依照《中華人民共和國刑法》應當追究刑事責任的，由內地司法機關管轄；在××特別行政區實施的危害行為的，依照本地區的法律應當追究刑事責任的，由××特別行政區司法機關管轄。

2.（主要犯罪地地域管轄權優先行使）

犯罪的行為和結果分別發生在內地和××特別行政區的，應由受犯罪侵害最大的地區司法機關管轄。犯罪行為跨越內地和××特別行政區的，由主要犯罪行為地的司法機關管轄；無法確定主要犯罪行為地的，由最先受理案件的司法機關管轄。

3.（居民管轄權的行使）

同一刑事案件的犯罪嫌疑人、被告人與被害人屬於同一地區的，可以由本地區的司法機關管轄。

4. (《中華人民共和國刑法》的特別適用)

××特別行政區居民在中華人民共和國領域外的危害行為，依照本地區的法律應當追究刑事責任的，適用本地區的法律；本地區的法律沒有規定的，適用《中華人民共和國刑法》。

外國人在中華人民共和國領域外對××特別行政區或者居民的危害行為，依照本地區的法律應當追究刑事責任的，適用本地區的法律；本地區的法律沒有規定的，適用《中華人民共和國刑法》。

5. (一事不再理)

對同一刑事案件的犯罪被告人，內地或××特別行政區一方已經審判的，另一方不得再行提起刑事訴訟。

第四條 (刑事管轄確定之程序)

1. (通報與請求)

內地或××特別行政區一方司法機關、偵查機關對特定刑事案件立法偵查，或者接受控告、申訴、自首後，認為另一方也有刑事管轄權應當及時就案件事實、法律根據以及處理情況進行通報；如果認為由另一方實際管轄更為適宜的，可以同時提出移送案件的請求。

內地或××特別行政區一方司法機關、偵查機關對特定刑事案件立法偵查，或者接受控告、申訴、自首後，另一方認為應由本地區司法機關實際管轄的，可以提出實際管轄該案件的請求。

內地作出刑事管轄通報或者請求的主體為省、自治區、直轄市的高級人民法院、省級人民檢察院、公安廳；××特別行政區作出通報或者請求的主體為特別行政區最高法院、最高警察機關。

2. (同意或者異議)

內地或者××特別行政區一方司法機關、偵查機關在接到另一方的通報或者請求後，應當進行審查，並在合理的期限予以答復。

對一方行使實際管轄的通報表示同意的，該方司法機關、偵查機關可以繼續行使管轄權，被通報方不得再行提出管轄權異議；雙方相應司法機

關、公安機關（警察機關）應當及時進行磋商。對一方希望另一方實際管轄的通報表示同意的，則應將案件及犯罪嫌疑人或者被告人移交另一方實際管轄；對該通報表示異議的，由通報方繼續進行管轄。

同意另一方實際管轄請求的，該方應將案件及犯罪嫌疑人或者被告人移交另一方管轄；對另一方實際管轄請求表示異議的，雙方相應司法機關、公安機關（警察機關）應當及時進行磋商。

超過合理期限不予答復的，通報方應繼續進行管轄；被通報方不得再行主張實際管轄。

3.（磋商）

對前款中出現的刑事管轄爭議，雙方相應司法機關、公安機關（警察機關）應當平等磋商。經磋商無法達成一致的，由最先提起訴訟的地區管轄。

4.（刑事訴訟的合併）

刑事管轄爭議雙方就同一事實均提起刑事訴訟的，按照上述程序確定由一方實際管轄，另一方應將案件移送實際管轄的一方。

第五條（協定的解釋）

該協定的解釋權由簽署協定的雙方共同行使。

第六條（協定的生效）

本協定簽署後，由全國人民代表大會常務委員會、××特別行政區立法會批准後生效。

第七條（協定的開放性）

全國範圍內其他法域如果認可本協定內容，可以提出加入本協定的請求；經過已經簽署協定的主體同意後，該法域成為本協定的主體。（全文完）

