

正確解決中國區際刑事管轄權衝突之制度構想

趙秉志* 時延安**

一、前言

香港、澳門特別行政區的建立，是我國“一國兩制”這一創舉性國策的

“一國兩制”已經超越和發展了已有的國家結構形式理論，由此產生的一系列法律問題亟待從理論上澄清和突破，在制度設計上則需要創新出一套因應這種特殊國家結構形式的法律體系來。基於法理分析，在一個主權國家內形成多法域格局可以視為國家對內權力進行地域分配的結果。香港特別行政區基本法、澳門特別行政區基本法的出台，使香港、澳門作為我國一國內相對獨立的法域的事實具有了合憲性。按照“一國兩制”的國策，我國台灣地區的未來法律地位亦應為一特別行政區，因而也將成為我國一國國

兩制三法系四法域”的形成自有其歷史與現實根據，這也是特殊時期國家統一進程中法制融合的一種特殊表現形式。

由於我國各法域的法傳統、法文化以及法制體系差距較大，因而如何使我國各法域刑事法制之間相互認同、相互接受，使各法域建立制度化的融通機制，是今後一段時期我國區際刑事法制合理協調發展的中心任務。

* 國家重點研究基地中國人民大學刑事法律科學研究中心主任，中國人民大學法學院副院長、教授、博士生導師，中國法學會刑法學研究會會長。

** 國家重點研究基地中國人民大學刑事法律科學研究中心主任助理、講師，法學博士。

這一任務的實現則須從以下四個方面著手：(1)合理劃分不同法域的刑事司法權限，科學解決區際刑事管轄權衝突。按照“一國兩制”國策和特別行政區基本法的要求，特別行政區擁有獨立的司法權；這可看作是作為國家主權組成部分的司法權在國內不同地域的劃分。在一國之內，基於法域平等等基本政治原則，對刑事司法權限具體內容進行科學劃分是解決各法域法律衝突問題的先決條件，而確立為各法域所共同認可和遵守的解決中國區際刑事管轄權衝突的法律原則和規則，則是建立各法域之間融通機制的當務之急。(2)建立全面、高效的區際刑事司法互助制度。我國內地與港、澳之間刑事司法合作是積極的，而且已經取得了一定的成果，但是刑事司法互助的規模還應繼續擴大，相關的協定應當儘早達成；大陸與台灣之間的刑事司法互助方面的協商，目前尚處於停滯的狀態，大力拓展刑事司法合作的領域和渠道，是有利於兩岸人民福祉的一項重要工作。(3)建

法域之間的刑事司法合作事務，中立性地解決刑事法律方面的衝突，不僅可以高效地處理相關法律問題，而且為未來制定統一的區際刑事法協調法

4

解。這方面的工作已經有效開展，但是對於不同法域之間刑事法制之間現存諸多差異點的理論分析還有待深入，尤其對於這些差異點應當如何理性地看待並提出基本的因應對策。一國四地，雖然社會制度不同、意識形態有異，但是作為社會根基的文化則是相通的；香港、澳門、台灣雖然都曾淪為殖民地，但是即便在殖民時期仍是以華人社會為主體的。看到這一點，對於目前各法域之間存在的差異問題都可以視之為非根本性的，我們完全有理由相信，利用本土化的優勢，對於現有觀念上的、制度上的差異，都可以尋找到妥當的解決方案。

目前亟待我們解決的是，如何解決不同法域之間的司法權衝突問題，以及如何消除不同法域之間因各自行使獨立的司法權而產生的摩擦，將法律衝突問題納入法制軌道一體化地予以解決。中國區際刑事管轄權衝突在中國區際法律衝突中無疑是最為複雜、最為棘手的一個難題。對此，國內一些學者都提出了諸多建設性的解決方案，尤其是關於解決中國區際刑事管轄權衝突的原則已經形成基本的共識。但是，迄止今日，由於各種因素

這一機制與區際刑事司法互助制度相結合，則不僅要對中國區際司法互助制度的基本性質、內容進行深入研討，以釐清其與國家間司法協助關係，而且要明晰解決中國區際刑事管轄權衝突的機制與司法互助制度的基本關係，以此作為兩者相結合的基本理論前提。

本專題研究將之作為重大理論問題提出，並探索其解決途徑，基本上從應然的角度進行分析、建構，而要真正解決現實問題則需要建立一套完備的法律制度，對這一問題所體現的諸多社會關係進行調整。對這一問題予以解決，可以說是牽一髮而動全身：上至憲法，應當首先明確不同法域的基本關係和法律地位；下至刑法等基本法律，應當針對中國範圍內多法域的實際修改關於刑法空間效力的規定；同時還要制訂不同法域之間的司法互助協定。修法是一項規模浩大的工程，尤其是憲法和基本法律的修改，但是從建設整體的中國法制體系考慮，則這項工作是遲早要提上日程的。當然，諸如兩岸統一問題等政治問題尚須假以時日逐步解決，但是，協調全國性法制體系與各法域法制體系、內地法制體系與港、澳法制體系的工作，應及時展開。

二、解決中國區際刑事管轄權衝突的基本原則和規則

中國區際刑事管轄權衝突，是指一個中國範圍內，兩個以上法域基於各自刑法關於空間效力的規定對特定刑事案件同時具有刑事管轄權，進而形成相互衝突的法律現象。作為一種特殊的刑事管轄權衝突類型，這種衝突類型是一個主權國家內平等的不同法域之間司法權的衝突。確立中國區際刑事管轄權衝突的解決原則，提出解決具體刑事案件管轄衝突的一般規則，是中國區際刑事管轄權衝突問題的核心所在。為此，應考慮中國區際之間法制關係的現狀，並綜合考慮諸多現實問題，以使該體系的建立能夠首先在認識上形成一致。本專題研究討論的重點，在於試圖確立一套較為完整的解決中國區際刑事管轄權衝突問題的原則——

解決中國區際刑事管轄權衝突問題政治原則的前提下，確立解決這一問題的基本法律原則，以這些原則為指導尋求解決具體問題的規則。就第一個層面而言，即澄清解決中國區際刑事管轄權衝突

場影響解決法律問題的立論，刑事管轄權問題在政治層面也表現得十分“敏感”，因而確立相應的政治原則是全面解決該問題的基本前提。就第二個層面而言，提出解決中國區際刑事管轄權衝突的一般法律原則，這是解決該問題的關鍵，意在使不同法域在法律層面上形成共識，並使這些原則在具體問題的解決規則中得以貫徹。就第三個層面而言，解決具體問題的法律的特性尋求最有利於解決具體問題的方案。

（一）

中國區際刑事管轄權衝突問題之解決，應以對基本政治問題在觀念上達成共識為前提。就中國區際刑事管轄權衝突而言，香港、澳門的回歸使相關的政治問題已經得到解決，因而法律問題的解決可以在已有政治框架中進行，雖然可能出現對具體問題解決方式的爭議，但可以在現有政治框

為法律問題的解決創造條件。確立解決中國區際刑事管轄權衝突的政治原則，關鍵是要考慮這些基礎性的、宏觀的指導原則如何在解決中國區際法律衝突問題中予以貫徹。單純從觀念上樹立一些基本認識或立場，尚不能發揮這些原則的實踐意義；只有將這些原則有目的地運用在具體法律問題的解決上，才能真正體現這些原則的指導作用。我們認為，在解決中國區際刑事管轄權問題上應堅持以下的四個宏觀的、具有政治性的原則。

1. 一個中國原則

一個中國原則，就是要求在解決中國區際刑事管轄權衝突問題上應當堅決維護國家主權的統一；在處理該問題上應當首先認識到其屬於一個國家內發生在不同法域之間的內部事務，並沒有“國際性”的特徵，因而不具有國家主權衝突的性質，而僅表現為不同法域治權的競合。香港特別行政區、澳門特別行政區的建立是以“一國兩制”為前提的，其都認同一個中國原則，並認同一個中國即中華人民共和國。“‘一國兩制’不僅是解決香港、澳門問題，實現祖國統一，指導和處理中央政府和港澳特區以及中國內地與港澳特區關係的長期國策和基本方針，而且也是解決中國內地與港

突的立法、措施和制度，都必須體現‘一國兩制’的精神”¹。關於兩岸關係問題，江澤民同志在“十六大”報告中再次重申：“堅持一個中國原則，是發展兩岸關係和實現和平統一的基礎”²，並強調，在現時可以“擱置某些政治爭議”，但是必須以“一個中國原則為基礎”。正如前文反對將管轄權問題與主權問題分開來看一樣，一個中國原則是解決兩岸關係的基礎，它不僅是解決國家統一、領土完整的一條根本性的政治原則，在處理內地與港、澳、台之間關係的問題上，同樣應當視為一條憲法原則。如果在處理憲行為。

堅持一個中國原則解決中國區際刑事管轄權衝突問題，需要在認識上

(1) 解決中國區際刑事管轄權衝突可否適用國際條約？在解決中國區際刑事管轄權衝突的基本原則上堅持一個中國原則，即要求對國際條約的適用採取排斥態度。香港、澳門乃至台灣都簽署了一些國際性的條約，當其以本地區身份與其他國家和地區從事相關事務時，適用這些條約並無不

是有關條約的締約方。在處理兩岸劫機問題時，台灣曾有輿論認為應當適用國際反劫機公約³，內地也有論者認為，“對於兩岸同胞實施的劫持飛機、船艦、劫持人質、侵害外交人員等國際犯罪，兩岸司法機關都應當積極履行其維護國際和平、懲治國際犯罪的國際職責，按照國際慣例和有關國際條約，實行普遍管轄，主動追訴。”⁴

法律事務問題用處理國與國之間法律問題方式來解決，會導致相關雙方主體地位的錯置，使解決方式在性質上發生變化。當然，在處理一國內部不同法域之間的法律問題時，**參照、借鑒**國際條約的解決方式是可行的。

1. 參見趙秉志“中國內地與港澳特別行政區刑事管轄權合理劃分論綱”，載《法學家》2002年第4期。

2. 江澤民“全面建設小康社會，開創中國特色社會主義事業新局面”，載《人民日報》2002年11月18日第4版。

3. “海牙公約精神 首度納入兩會協定”，載《中國時報》，1994年8月8日。

4. 台灣海峽兩岸經貿、人員往來、各項交流論文彙編（二），國務院台辦政策研究組編，1991年，第38-39頁。

(2) 關於危害國家安全罪的問題。《中華人民共和國刑法》分則第1章規定了“危害國家安全罪”。《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條以同樣的內容規定，特別行政區應自行立法禁止任何叛國、分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行為，禁止外國的政治性組織或團體在特別行政區進行政治活動，禁止特別行政區的政治性組織或團體與外國的政治性組織或團體建立聯繫。香港特別行政區進行了“史無前例”的立法諮詢活動⁵，並

關法律最終會得到審議通過。澳門社團也於2002年底提出支援就基本法第23條立法⁶

港、澳門特別行政區按照基本法的規定應當作出相應的刑法規範以共同維護國家安全。關於香港政府就基本法第23條進行立法的問題，香港輿論有

自由。這種擔心的產生，仍在於沒有完全理解“一國兩制”的基本精神。在香港、澳門，乃至將來在台灣，保留原有的資本主義制度，其根據在於保持地區的繁榮穩定，實際上也考慮到資本主義制度與社會主義制度之間的差異。如果在香港、澳門地區純粹基於認識問題發表對社會主義制度的不同看法，自然不應視為犯罪；然而如果針對內地的社會主義制度表示敵視並進而煽動予以推翻，則其行為已經侵犯了國家安全，因為社會主義制度是作為國家主體部分——內地所堅持的根本的社會制度，其行為性質也違背了“一國兩制”的基本要求，對於這種行為自然應當追究刑事責任。對於台灣地區，這個問題可能比較複雜，這主要涉及到相互承認的問題；就現階段而言，如果在台灣實施了危害中華人民共和國國家安全的行為，自然應適用《中華人民共和國刑法》追究刑事責任，而不論在台灣地區是否被認為是犯罪。

2. 法域地位平等原則

內地、香港、澳門以及台灣地區擁有各自相對獨立的法制體系，在一個國家主權的前提下，建構成為一個統一的憲政法制體系；雖然內地所轄

5. “葉劉淑儀：有關基本法第23條立法的諮詢史無前例”，載新華網，2002年12月13日。

6. www.chinacourt.org，2002年12月11

地域廣泛，但是其所施行的法制體系在整個憲政法制體系中居於從屬的地位，而不同於後者；同樣，香港、澳門乃至台灣地區（從應然的角度）也屬於整個憲政法制體系的一部分，也不隸屬於內地，也不相互隸屬。從法律地位上說，四地的法制體系在整個中國憲政法制體系框架內相互並立、地位平等。中國範圍內不同地區法制體系的並立局面，既有歷史的原因，也是“一國兩制”中“兩制”的具體體現。總之，在處理中國區際法律問題時應堅持法域地位平等的原則。

要反對兩種傾向：一是反對一法域的刑法具有全國範圍內的普遍適用效力。《中華人民共和國刑法》與其他法域刑法之間不是普通刑法與特別刑法的關係。所謂普通刑法，是指效力及於一國領域內任何地區和個人的刑法規範；特別刑法，則既可以用來指國家為了適應某種特殊需要而頒佈的

用來指國家為了彌補現行刑法典的不足而頒佈的一切刑法規範⁷。按照這一定義，《中華人民共和國刑法》根據特別行政區基本法的規定而不在香港、澳門實施，在台灣地區事實上無法得以施行，因而其空間效力不具有全國性，即不能視為普通刑法，進而就不應用普通刑法與特殊刑法的關係來解釋內地刑法與其他法域刑法的關係。二是反對刻意強化本法域的管轄許可權，弱化或忽視另一法域的管轄許可權。承認刑事管轄權衝突，其前提即承認不同法域對某一刑事案件具有刑事管轄權，其司法管轄權的地位是平等的；否則，如果認為一法域的司法管轄權處於優勢地位的話，自然也就不存在刑事管轄權衝突了。

堅持法域地位平等的原則，在解決中國區際刑事管轄權衝突問題的實踐中即應進行平等協商，反對強加於人。這主要表現兩方面：一是，在制定解決中國區際刑事管轄權衝突的規範性文件時，應當進行平等協商。二是，在具體刑事案件的管轄權發生衝突時，當通過一般原則無法予以解決

理。平等協商也有助於實現互利、雙贏的目的，實現中國範圍內法律秩序的穩定，共同保障全體中國人民的利益。

7. 參見趙秉志、吳振興主編：《刑法學通論》，高等教育出版社，1993

3. 相互承認原則

相互承認原則，就是在一個中國範圍內不同法域之間相互承認各自的社會制度及其法制體系。香港、澳門按照“一國兩制”的既定方針順利回歸，根據兩個特別行政區基本法的規定，香港、澳門的法制體系通過法律渠道已經被納入整個中國的法制體系之中，當然目前整個中國法制體系內部之間也因此尚處於繼續整合的狀態，但是不同法域之間相互承認並認同

制”在處理三法域之間的關係上得到很好的貫徹；當然目前也存在大量的具體法律問題需要實事求是地予以解決，包括三法域之間的刑事管轄權衝突問題。將台灣地區的法制體系納入整個中國法制體系，從目前看只是從應然的角度予以認識，換言之，只能從觀念上將台灣地區的法制體系視為整體中國法制體系的一部分。如果單從法律渠道上講，雙方還缺少相互認同的表示；但是如果從應然的角度或者從事實的角度看，雙方應當相互承認各自的法律，這不僅出自一種務實的態度，從實際上講也有利於雙方共同利益的協調，就刑事法制而言，即有利於共同打擊犯罪，保護兩岸社會穩定和人民利益。

貫徹相互承認原則，在解決中國區際刑事管轄權問題上，即要相互尊重各自的司法制度及管轄許可權；在充分瞭解不同法域刑法關於刑事管轄權規定的前提下，承認其按照本法域刑法對特定案件具有適用的效力。如果兩個以上法域按照各自的刑法對某一特定案件都有管轄權，當一法域行使管轄權，而他法域放棄行使管轄權，或者根據相應的原則應由某一法域行使管轄權而該法域確實行使了管轄權，或者根據協商由一法域行使管轄權，那麼沒有行使管轄權的法域應當承認該法域行使管轄權的效力，並應當積極配合進行相應的取證等司法互助活動。貫徹相互承認原則，還要求

需要強調的是，在特定情況下，該原則的適用應當予以保留，這主要體現在大陸司法機關對台灣地區法制體系及其刑事司法管轄權的承認上，具體而言，就是當台灣地區針對大陸所規定的具有敵對性的或者歧視性的規範性文件，或者不利於兩岸統一，主張國家分裂的規範性文件一概不予承認；對於基於這些文件作出的裁判，也一概不承認其效力和執行力。⁸

8. 台灣當局於1991年廢止了“懲治叛亂條例”（1949年）和“戰亂時期檢肅匪諜條例”（1950年），並承認兩岸彼此為“政治實體”。參見王泰銓著：《當前兩岸法律問題分析》，台灣，五南圖書出版公司，1997年，第186頁。

在解決中國區際刑事管轄權衝突問題中貫徹相互承認原則，還需對以

(1) 在中國不同法域之間應否貫徹“一事不再理”的原則？

“一事不再理”(Grundsatz *ne bis in idem*)又稱為“一事不再審”。《公民
14條第7款即確認了“一事不再理原則”，即
“任何人已依一國的法律及刑事程序被最後定罪或者宣告無罪開釋者，不得就同一罪名再予審判或懲罰”。《國際刑事法院羅馬規約》第20條也確認

9

院權威；保障被告人人權¹⁰。為解決中國區際刑事管轄權衝突問題，有論者提出，確立一事不再理原則是必需的，即一犯罪行為已被香港、澳門司法機關依法進行刑事追訴後，內地司法機關將不再對同一行為提起刑事訴¹¹。有論者也提出，在解決內地與澳門刑事司法管轄權問題上應遵循“一事不再理”、“一事不二罰”原則，並認為對於對方法院已經審理過的刑事案件，除非確有新證據、新事實確應重審外，應當不再受理；對於對方法院已經定罪處罰過的當事人，即使其處罰略有不當，也應當不再處罰。¹²

對於上述主張，我們是贊同的。香港刑事訴訟程序法規定：“被一個擁有管轄權的外國法院宣判有罪或無罪是被告人已被置於第一次起訴危險境地的充分理由”¹³；《公民權利和政治權利國際公約》也被《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第39條確認繼續有效。澳門法律上也確認了“一事

9. 該條規定：“(一)除本規約規定的情況外，本法院不得就本法院已經據以判定某人有罪或無罪的行為審判該人。(二)對於第五條所述犯罪，已經被本法院判定有罪或無罪的人，不得因該犯罪再由另一法院審判。(三)對於第六條、第七條或第八條所列的行為，已經由另一法院審判的人，不得因同一行為受本法院審判，除非該另一法院的訴訟程序有下列情形之一：1. 是為了包庇有關的人，使其免負本法院管轄權內的犯罪的刑事責任；或2. 沒有依照國際法承認的正當程序原則，以獨立或公正的方式進行，而且根據實際情況，採用的方式不符合將有關的人繩之以法的目的。”引自趙秉志、王秀梅譯《批准與執行國際刑事法院羅馬規約手冊》，中信出版社，2002年，第383-384頁。

10. 參見徐靜村主編《刑事訴訟法學(上)》，法律出版社，1997年，第254頁。

11. 參見陳永生“一事不再理與中國區際刑事管轄衝突的解決”，載《研究生法學》，1998年，1期。

12. 參見單長宗、趙松嶺、劉本榮“試論中國內地與澳門特區刑事司法管轄權的劃分”，載高銘暄、趙秉志主編《中國區際刑法與刑事司法協助研究》，法律出版社、中國方正出版社，2000年，第129頁。另見海南法學實務研究所編《中國內地與澳門區際司法協助研究》，1999 12月15日。

13. 參見羅德立、趙秉志主編《香港刑事訴訟程序法》，北京大學出版社，1996年，第167頁。

不再理”原則¹⁴，澳門刑法第6條(適用澳門刑法之限制)規定：“澳門刑法適用於在澳門以外作出之事實，以行為人在其作出事實之地未受審判，或行為人逃避履行全部或部分所判之刑為限”，這即是對外國和地區審判效力的積極承認，實際上也是“一事不再理”原則的體現；《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第40條也確認《公民權利和政治權利國際公約》適用於澳門的規定繼續有效。中國政府於1998 8月加入了《公民權利和政治權利國際公約》，應當說，也就相應地承認了該原則的基本精神；但是，目前的國內立法尚沒有加以規定，而且與之還存在相當大的不一致，如《中華人民共和國刑法》第3條的規定。¹⁵

在中國區際刑事管轄權衝突問題上堅持“一事不再理”原則，就是指一個法域行使管轄權對某一案件已經追訴後，其他法域即不應再行行使管轄權。提倡該原則，除了有利於被告人人權的考慮外，這也是基於相互承認原則的結論：如前所述，相互承認原則要求，不同法域之間相互承認各自的判決，進言之，也就是相互承認各法域行使刑事管轄權的訴訟活動及其結果；當一法域根據本地區的刑法已經對具有區際性的刑事案件進行追訴後，即已表明其已經行使了對該案的刑事管轄權；另一法域即便根據其刑法也可以主張管轄權，但是由於該法域已經行使了管轄權，就不應再行使管轄權，理由在於：基於相互承認原則，對於一個刑事案件只能最終由一個法域行使管轄權，一法域行使管轄權即排斥了另一法域行使管轄權的可能；換一個角度講，如果另一法域再行使管轄權，則等於推翻了他法域已經實施的訴訟及其結果，進而等於否定了他法域在該案上的刑事管轄權，這與相互承認原則的精神是相違背的。

14. 參見陳永生“一事不再理與中國區際刑事管轄衝突的解決”。

15. 台灣刑法第9條規定：“同一行為雖經外國確定裁判，仍得依本法處斷。但在外國已受刑之全部或一部者，得免其刑之全部或一部之執行。”顯然台灣刑法與內地刑法原則上都不適用一事不再理的原則。林山田教授即認為，如此規定與一事不再理原則並不違反，其理由是“外國裁判自本國刑罰權視之，僅屬一種事實狀態，而非具有確定力之裁判”(參見林山田著《刑法通論》，(台灣)個人發行，1998年，第78頁)。類似的法例還如日本刑法第5條規定，“即使是在外國受到確定裁判的人，不妨礙對同一行為再加處罰。”日本通說認為，這與日本憲法第39條規定的一事不再理原則也不違反，理由是裁判權不同(參見[日]大塚仁著，馮軍譯《刑法概說》，中國人民大學出版社，2003年，第82 [日]野村稔著《刑法總論》，法律出版社，2001年，第67頁)。我們認為，即便如此解釋，也不能否認

！

一主權項下的司法權，因而相互之間應確定、並維護各自的裁判效力，因而在中國區際之間應當貫徹一事不再理的原則。

(2) 在處理具有區際性的刑事案件時是否適用雙重犯罪原則？

雙重犯罪原則，又稱雙重歸罪原則，或雙罰性原則¹⁶，是國家間引渡中則。有學者在探討建立刑事司法互助關係時，提出“不適用‘雙重歸罪’”的原則¹⁷，也有學者認為中國區際之間移交案犯不適用“雙重犯罪”的原則¹⁸。結合解決中國區際刑事管轄權衝突問題，該原則是否應予適用呢？對此存在不同觀點。針對台灣居民在大陸犯罪，或大陸居民在台灣犯罪的刑事案件，有論者認為：台胞在大陸實施危害行為，大陸刑事法律認為是犯罪，而台灣未規定為犯罪的，適用大陸刑事法律，由大陸司法機關管轄；大陸同胞在台灣實施危害行為，台灣刑事法律認為是犯罪的，而大陸未規定的，適用台灣刑事法律，由台灣司法機關管轄。¹⁹該論者的觀點實際上即否定了“雙重犯罪”原則的適用，而且提出以行為地

條例》(草案初稿)第12條(遣返協助)中提出，對“大陸地區或大陸以外地區犯罪之大陸地區人民進入台灣地區”進行遣返必須符合四個條件，其中條件之一為“其犯罪依台灣地區及大陸地區之刑罰法規均有處罰之規定”，實際上即強調將“雙重犯罪”作為遣返協助的條件之一，進言之，如果根據大陸刑法認為是犯罪，而台灣地區刑法不認為是犯罪的，則台灣當局即事實上否定大陸司法機關具有管轄權。大陸也有論者認為，採納“雙重歸罪”標準有必要，認為“刑事合作並非一廂情願之事，一方主管機關實行協助的根據只能是本地有效的法律，當於法無憑的情況下硬性規定無條件予以合作也難以奏效。當大陸與台灣之間不可能強行適用統一刑法的情況下更是如此。以‘雙重歸罪’作為雙方合作的條件，符合罪刑法定的精神。”同時，該論者也提出，“兩岸刑事合作中採納‘雙重歸罪’標準應當只限於雙方都規定為犯罪

20

16. 參見[韓]李萬熙著，馬相哲譯《引渡與國際法》，法律出版社，2002 44 頁。

17. 參見馬進保“我國區際刑事司法協助的法律思考”，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191-194頁。

18. 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73頁。

19. 王少偉《地方涉台刑事法律問題的思考》，涉台法律問題座談會會議資料。

20. 柴發邦等《海峽兩岸警務聯繫與合作打擊控制犯罪問題研究》，涉台法律問題座談會會議資料。

刑事管轄權衝突可能表現為積極的管轄權與消極的管轄權之間的衝突，即對某一行為是否構成犯罪，不同法域基於各自的刑法或者對事實的認識持不同的態度，進而出現這樣的情形：一法域認為該行為已經構成犯罪而應適用本法域刑法；而另一法域認為該行為不是犯罪，當行為人為本法域的居民時，即可能基於對居民進行保護而否定對其進行刑事追訴，而

劃定犯罪圈不同，從而對同一性質行為作出犯罪化或非犯罪化的處理；二是對同一案件事實認識不一致，即對某一案件事實罪與非罪存在不同處理意見。在這種情形下，如果堅持“雙重犯罪”原則，那麼對於這種類型的刑事管轄權衝突，即應採取消極的刑事管轄權優於積極的刑事管轄權的結論；反之，如果否定該原則，其結論也就完全相反。在一國之內，基於相互承認原則，在解決刑事管轄權衝突問題上即應當反對適用“雙重犯罪”的原則，也就是說，不以刑事案件所涉及的法域都認為是犯罪為解決該問題的條件，換言之，不能以主張消極的刑事管轄權而排斥積極的刑事管轄權的行使。²¹ 同時，從刑事政策上考慮，在處理具有區際性的刑事案件中不適用該原則，也可以防止一法域成為在其他法域犯罪的逃犯的庇護所、有利於共同打擊犯罪，維護各法域的社會安寧。²²

對於這種情形，應當在行為地認為是否構成犯罪為標準²³：行為地認為是犯罪，則其他法域即便不認為是犯罪，也應由行為地行使刑事管轄權²⁴；

21.

!"

1)我國區際刑事司法協助

中存在的雙重犯罪問題，只體現國內不同法域法律制度的差別，而不具有宣示國家主權的屬性；(2)雙重犯罪缺乏明晰的判斷標準，而且對於某些犯罪是否具有“雙重性”幾乎無法判斷或根本不可能構成；(3)雙重犯罪原則不符合我國區際刑事司法協助的基本理念。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71頁。

22. 在國際引渡實踐中，排除此原則的做法亦已存在，如英國《1967年逃犯法》規定了英國與英聯邦成員國之間遣返逃犯不適用此原則。參見柯梁棟《內地與澳門相互移交逃犯應遵循的原則論綱》，載何超明、趙秉志主編《區際刑事司法協助研究》，第167

23. 王新清教授認為：“一法域居民在他法域實施了某一行為，因為兩地規定上的不同，行為

權，而居住地法律又規定有‘屬人管轄原則’的，由居住地管轄”。(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 573-574頁。)這一觀點實際上即主張“誰規定了管轄權，即以誰為準”。我們認為，這實際上忽視了犯罪地的法制而有違相互承認原則。

72 24. 參見黃進、黃風主編《區際司法協助研究》，中國政法大學，1993年，第193頁。

如果行為人逃往其他法域，其他法域也應將其進行移送²⁵；行為人不認為是犯罪，則其他法域即便認為是犯罪，也不得行使刑事管轄權，如果行為人返回本法域，也不應再行進行追訴²⁶。但是對於是否危害國家安全罪的判斷，則應進行實質判斷，而不依行為地標準。

4. 有效懲治和預防犯罪原則

基本刑事政策。這不僅要求不同法域在打擊犯罪活動中積極配合，同時要相互協調立場共同制定有針對性的防範措施。就刑事管轄權問題而言，即應防止因管轄權衝突問題而出現不利於懲治犯罪的情況。中國範圍內四個法域各自法制體系差距較大，其刑事法制差距尤為明顯，不僅實體法的規定有較大差異，而且訴訟體制也有諸多不同。僅就刑罰而言，同一犯罪由不同法域法院審理，其宣告刑就可能差距很大。對犯罪人而言，由不同法域法院管轄，就可能直接影響到其利益。例如前章所引張子強案，如果由香港行使管轄權，則張子強即不會被判處死刑，按照香港刑法至多被判處

問題進行申辯；這無可厚非，如果其申辯有理，即應當將案件交由行使管轄權更為妥當的法域進行審理。但是如果行為人為取得有利於自己的判決結果，刻意製造“連接點”以使刑事管轄權衝突問題複雜化，則應當實事求是地進行分析，作出妥當的處理結果。在國際私法中，如果當事人通過改變連接點來改變應適用的准據法，法院即可以認為其進行了法律規避而認為其實施的行為無效。²⁷在中國區際刑事法律事務的處理過程中，也應考慮類似的方

25. 當然這裏也有一個問題，即是否會因此損害被告人的正當權益，以及如此處理是否有利於被告？應當肯定地說，並不因此損害被告人的正當權益，因為任何人都應當遵守行為地的法律，不得損害行為地的法秩序；行為人在行為地觸犯刑法，即違反了這一義務，對其追究刑事責任並無不當。但是，由於行為人處於他法域可能對該法域的法律制度缺少必要

! " # \$

根據實際情況對之積極認可。

26. 參見陳弘毅“中國內地與香港的法律衝突問題”，載《人權與法治：香港過渡期的挑戰》，1987年，第57-58頁。

27. 參見章尚錦主編《國際私法》，中國人民大學出版社，1992年，第75-76頁。

就刑事案件而言，通過增加連接點而使管轄權多元，主要有兩種途

第一種情形，從目前看比較難，而且即便得逞也可以通過行政程序恢復其原法域居民身份。更多的情形則是第二種情形，也就是說，本來案件事實沒有區際性，但是行為人逃避本法域嚴厲的刑罰，而使案件具有了區際性。設如，內地居民在內地殺人後，知道香港地區沒有死刑，而潛逃至香港再行故意殺人，以期在香港進行審判而免於被處死刑。在這種情況下，在法律上就會出現兩個問題：（1）香港法院能否審判被告人在內地實施的犯罪？從管轄權上看，香港法院對在香港境內的犯罪具有管轄權，而對在內地實施的犯罪則無管轄權，因而由其審理根據不足。（2）如果香港法院僅審理在香港境內發生的案件，則不利於對被告人刑事責任的整體評價；而如果由香港法院先行審理，再由內地法院審理，則涉及到刑罰執行的問題以及是否要進行數罪並罰的問題。²⁸

前文論及，我們將“行為人在A法域犯甲罪，在B法域犯另外乙罪”的情形，歸為基於人的要素而形成的刑事管轄權衝突²⁹。對於這種情形的管轄權衝突，從邏輯上可以設想以下解決方式：（1）A法域將其管轄權讓渡給B法域，由B法域代行對甲罪的管轄權，並依照本法域的刑法進行追訴。（2）B法域同樣代行A法域的刑事管轄權，但是B法域根據A法域的刑法來定罪量刑，而後根據本地法域數罪並罰制度決定應執行的刑罰。（3）由最初受理

罪並罰的規定決定應執行的刑罰，刑罰執行地一般以被執行人居住地所在法域為宜。這三種處理方式都存在不足之處：第一種方式中，實質上A法

能從中受益。第二種方式，B法域適用A法域的刑法可能會存在較大難度，而如果A法域刑法規定有死刑的話，則B法域法院基於本地法治而不會適用

28. 港、澳回歸前，對於在港、澳犯主要罪行，在內地犯次要罪行的刑事案件如何處理？在內地司法實踐中，即對在港、澳發生的罪行一般不予管轄。例如，黃壽強案中15人在澳門犯主要罪行，在內地犯次要罪行一案來看，廣東省高級人民法院請示最高法院，最高法院批覆，不能對罪犯在澳門所犯的罪行進行處理，即一般不能享有管轄權。（參見楊銘“關於涉港區際刑法衝突的探討”，廣東省高級人民法院論文）。港、澳回歸後，對於類似案件則應考慮更為妥當的解決方式，以有利於打擊犯罪。

74 29. 在香港有關文件中將之稱為“不相關罪行的共同司法管轄權情況”。

死刑。因而這種方式也可能使犯罪人通過增加連接點而受益。第三種方式

權衝突的解決方式還需要進一步研究。有學者認為，對於這種情形，“由最先受理地的司法機關管轄，必要時，可以移送主要罪行實施地司法機關管轄”，並認為這樣處理“可以提高效率，降低訴訟成本，節省司法資源”³⁰。

管轄權的不當排斥而不夠妥當。對於這種情形，我們認為，根據一個中國原則和相互承認原則，可以提出“刑事管轄權代行”的概念，即：應首先進行協商，確定由主要犯罪地所在法域行使管轄權，並代行次要犯罪地法域刑事管轄權，但是在對次要罪行適用法律上盡可能參照其犯罪地所在法域的法律規定；如果協商不成，則我們傾向於採取第三種方式；單純採用前二種方式會使犯罪人通過繼續犯罪而受益，會有間接鼓勵犯罪的後果，在刑事政策的效果上會比較差。

（二）解決中國區際刑事管轄權衝突問題的法律原則

在確立基本政治立場的前提下，對於中國區際刑事管轄權問題還應提出具有指導意義的法律原則。關於解決中國區際刑事管轄權的法律原則，一些論者對之已有較為深入的論述。在合理吸收已有觀點的基礎上，我們認為，解決中國區際刑事管轄權衝突問題，應採用綜合性的原則模式，

為補充。

1.

在解決中國區際刑事管轄權衝突問題上，堅持地域管轄權優先行使，既是從法理得出的有力結論，也符合“一國兩制”與特別行政區基本法的要求，同時也有利於懲治犯罪，維護犯罪地的秩序與利益。

（1）不同種類管轄權之位階 —— 地域管轄權（屬地管轄權）優先的法理基礎。

30.

編《刑法論叢》第5期，第578頁。

在中國範圍各法域中，在香港，除了例外的個別規定，一般來說，其

而內地、澳門、台灣在刑事管轄權方面都採以屬地管轄為基礎，兼採其他原則的規定方式；在這些法域，雖然各原則在適用範圍上從理論層面被區分了一般與補充，但是這些原則之間是否存在效力上的差別，則在立法上沒有澄清。實際上，就一個特定法域而言，其也沒有澄清的必要，因為這

兩個以上法域同時主張管轄權時，才出現不同類型管轄權之間的效力等級

出“不同刑事管轄權之位階”的概念來確定不同管轄權在適用上存在的先後

張。例如，有論者認為，在屬地管轄權、屬人管轄權、保護管轄權和普遍管轄權的關係上，確定四者的行使順序，並認為應建立“權力優先”原則，優先適用屬地管轄權、屬人管轄權和保護管轄權；只有在無法適用的情況下，才適用普遍管轄權³¹；還有論者提出，確定一個對國際犯罪和跨國犯罪進行管轄的順序，即：(1)犯罪全部或部分發生在其領土內的締約當事國；(2)被告為其國民的締約當事國；(3)受害人為其國民的締約當事國；(4)在其領土內發現被告的其他締約當事國。³²

原則”，認為“享有優先管轄權的國家，當罪犯在其實際控制之下時，可以徑直對其進行起訴；被指控的罪犯不在其實際控制之下時，可以請求罪犯所在地國將其引渡給本國以便起訴，被請求國應當根據有關國際公約的規定首先考慮將被指控的罪犯引渡給享有優先請求權的國家。只有當享有優先管轄權的國家放棄管轄時，其他國家才可以依次提出引渡罪犯的請求，對其進行起訴和審判。”並提出對國際犯罪的刑事管轄權應當按照“犯罪地國”、“犯罪人國”、“受害國”的順序決定優先的次序³³。在趙秉志教授主編的《國際區際刑法問題探索》一書中，張智輝博士進一步完善了其主張，並提出確定刑事管轄權的順序**應當為：第一，領域管轄權**。這既符合主權

31. 參見馮軍、蔣登巍“淺析普遍管轄原則的適用原則”，載《法學評論》，1997 5期。

32. 參見甘雨沛、高格著《國際刑法學新體系》2000年，第377頁；另見陳正雲主編《中國刑事法律衝突論》，中國法制出版社，1997年，第50-51頁。

33. 參見張智輝著《國際刑法通論》，中國政法大學出版社，1999年，第96頁。

原則，又符合有利於打擊犯罪、順利開展刑事訴訟的原則。第二，登記國管轄權。即在一國登記的船舶、航空器內犯罪，由登記國管轄。第三，屬人管轄權。在犯罪發生國家放棄行使領域管轄權時，由被告人所屬國或被告人永久居住地國行使刑事管轄權。第四，保護管轄權。當上述國家都放

事管轄權。第五，普遍管轄權。在上述國家放棄刑事管轄權時，享有普遍管轄權的國家才可以行使刑事管轄權。³⁴有論者在論及內地與澳門之間刑

罪地、被告人居住地、最初受理地、主要犯罪地；對於履行條約(協定)義務原則和國家公務人員、駐澳軍人特別管轄原則，應作特殊考慮。³⁵有的國際條約即採用了屬地管轄權優先的原則，例如，1973年12月3日聯合國《關於偵查、逮捕、引渡和懲治戰爭罪犯和危害人類罪犯的國際合作原則》第5條規定：有證據證明犯戰爭罪和危害人類罪的人應在犯罪地國家受審，如經判定有罪，由犯罪地國家加以懲治。又如，《防止及懲辦滅絕種族罪公約》規定：凡被訴犯滅絕種族罪或有第三條所列行為之一者，應交由行為發生地國家之主管法院，或締約國接受其管轄權之國際刑事法庭審理之。³⁶

在協調國際刑事管轄權衝突問題上，我們贊同，對同時出現的不同類型的刑事管轄權進行次序排列，尤其是應當將屬地管轄權予以優先適用；在具體結論上，我們同意張智輝博士的觀點。依法理推論，不同類型的管

1)第一個位階——屬地管轄權。在國際私法上，一般認為，解決侵權行為的法律適用問題即以侵權行為地法為準據法。例如，《中華人民共和國民法通則》第8

146條

1

籍相同或者在同一國家有住所的，也可以適用當事人本國法律或者住所地

34. 參見趙秉志主編《國際區際刑法問題探索》，法律出版社，2003年，第154-155頁。

35. 參見單長宗、趙松嶺、劉本榮“試論中國內地與澳門特區刑事司法管轄權的劃分”，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132

36. 類似的公約規定還有《核材料實物保護公約》；《關於防止和懲處侵害應受國際保護人員包括外交代表的罪行的公約》；《關於在航空器內的犯罪和其他某些行為的公約》；《反對劫持人質國際公約》；《禁止酷刑和其他殘忍、不人道或有辱人格的待遇或處罰公約》；《聯合國禁止非法販運麻醉藥品和精神藥品公約》；《關於制止非法劫持航空器的公約》；《制止危及海上航行安全非法行為公約》；等等。

法律。”其主要根據即在於侵權行為破壞了行為地的公序良俗。與此關照，一般而言，犯罪首先對行為地的法秩序及利益構成侵犯，且刑法要保護的和罪行所侵害的法益多在同一地域；而基於國家主權原則，一國對其領域內的事務具有最高管轄權，“在一個國家領土上不允許其他的國家主權行為的存在”³⁷

先適用；由一國登記的處於航行狀態的船舶或飛行狀態的航空器內在國際

權類型同樣為屬地管轄權。³⁸(2)第二個位階——屬人管轄權³⁹

權的主張根據同樣是基於國家主權原則，即對於所屬公民具有最高管轄權。屬人管轄權不能對抗屬地管轄權，其理由即在於犯罪更為主要地侵犯了行為地的法秩序及利益，而對行為人而言，他在行為時更應當遵守行為地的法律(尤其是強行法)，而不僅僅是其屬人國的法律。行為地國與屬人

40

(3)第三個位階——

以屬地管轄權的出現為條件的，因而屬地管轄權應優先行使⁴¹

國認可侵害他國或其公民利益的行為為犯罪並行使管轄權時，被侵害國的

37. [德]沃爾夫岡·格拉夫·魏智通主編《國際法》，法律出版社，2002年，263

38. 在洛克比空難案的管轄上即可以看出這一點：在該案中，被告人阿明·哈利法·費希列、阿卜杜拉·巴塞特·阿里·邁格拉希均為利比亞人；被炸飛機屬於泛美航空公司，因而美國是主要的被害國；空難發生地為英國蘇格蘭的洛克比，可視為犯罪結果地。雖然由於政

執行地也設在蘇格蘭格拉斯哥監獄。可見，屬地管轄權在該案中被予以優先考慮，當然這與英美法系堅持較為嚴格的屬地管轄有關。

39. 在國際法理論上，在使用屬人管轄的概念時，區分了主動的屬人管轄與被動的屬人管轄，

將外國人的行為置於本國司法管轄。(參見[]沃爾夫岡·格拉夫·魏智通主編《國際法》，法律出版社，2002年，263頁)而按照國內的理論，尤其是刑法理論，所謂被動的屬人管轄被作為保護管轄的一種情形。本專題研究在使用上述概念上，仍以國內通說為準。

40. 在國際法理論中，國籍原則(屬人管轄原則)也被視為輔助性原則，特別是與屬地原則出現衝突時，更居從屬地位。參見凌兵“內地與香港刑事管轄權衝突及引渡問題研究”，載趙秉志主編《世紀大劫案：張子強案件及其法律思考》，中國方正出版社，2000年，第323頁。

41. 《中華人民共和國刑法》第8條第1款“但是按照犯罪地的法律不受處罰的除外”。這一規定也表達了相同的旨趣，也就是犯罪地的消極刑事管轄權優於我國的積極保護管轄權適用。詳言之，第8條第1款前半句規定了我國保護管轄權，但是以行為地法律認為是犯罪為條件；只有行為地認可犯罪(形成積極的屬地刑事管轄權)，該條才可能得以適用，反之行為地不認為是犯罪(形成消極的刑事管轄權)，該條則不能得以適用。

利益即被確認和維護，因而並無再行提起的必要。當屬地管轄權被放棄時，才存在屬人管轄權與保護管轄權的衝突。保護管轄權得以主張的根據是，一國為維護其國家與公民的利益；這與屬地管轄權、屬人管轄權以國家主權原則為基礎是不一樣的。屬人管轄權優先保護管轄權行使，實際上也是基於尊重屬人國主權的考慮，而由其行使管轄權，一般也會使被害國或其公民的利益得以確認。(4)第四個位階——普遍管轄權。將普遍管轄權置於最後考慮，主要是因為行使普遍管轄權時，被追訴的犯罪及其行為人與該國沒有連接點；在這種情況下，由有連接點的國家行使管轄權更為妥當。需要強調的是，上述關於不同種類刑事管轄權位階的論述，是以主張管轄權的國家相互承認各自的主權和法制為基本前提；如果缺少這一前提，則有管轄權的國家（無論是基於何種管轄）都可能基於實際控制而追究犯罪。

解決中國區際刑事管轄權衝突問題，也應確立不同種類管轄權位階的觀念，即按照這一既定的位階排列作為解決衝突的一種基本途徑；當然在立論的基礎上，與協調國際刑事管轄權之間關係不盡相同。在中國範圍內只存在一個統一的主權，港、澳特別行政區依照基本法的規定享有高度自治權，台灣是在事實上享有治權。堅持刑事管轄權的位階排列，以優先行使地域管轄權為一般原則，主要是出於維護不同法域治權（尤其是司法權獨立）的考慮。對於中國範圍內的法律問題，在堅持一個中國原則的前提下，應當盡可能在法制框架內尋求解決渠道。就刑事管轄權衝突問題，除特別情形外，地域管轄權即應當優先予以適用；只有犯罪地司法機構放棄了行使該權力時，才依次考慮其他種類管轄權的行使。

2) “一國兩制”的客觀要求——地域管轄權優先的法律根據。

內地法域適用《中華人民共和國刑法》，其關於刑事管轄權的規定即實則；在處理涉及港、澳、台刑事案件時，則應當確立以地域管轄為一般，居民管轄、本法域保護管轄為補充的原則。根據《中華人民共和國香港特別行政區基本法》、《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》的規定，兩個特別行政區均為享有包括刑事立法權在內的高度自治權的特別行政區域，因而其刑事司法管轄權在中國範圍內具有獨立性，可以依據本法域刑法對其範圍內的刑事案件進行管轄；香港刑法關於刑事管轄權的規定即採較為

嚴格的屬地原則，而澳門刑法也採用與內地刑法基本一致的管轄權原則。對於台灣地區法制，應從事實上予以承認，其刑法關於刑事管轄權的規定也與大陸一致。可見，四法域都堅持以地域(屬地)管轄為一般，從而存在相當的共識。因此，基於相互承認原則，“地域管轄權優先”在法域存在共同的法律基礎，符合各法域獨立行使司法權的客觀需要，這也是貫徹“一國兩制”基本方針的客觀要求。

(3) 有利於打擊犯罪的客觀需要 —— 地域管轄權優先的現實根據。

堅持地域管轄權優先行使，對於維護犯罪地的法秩序、司法權威、居民利益都具有重要意義。某一特定犯罪除了構成對犯罪地的法秩序侵犯外，還往往對特定法益形成實害或危險；犯罪地也因此往往是犯罪線索和證據集中的地方，由犯罪地刑事偵查機構進行偵查更為便利。就中國各法域現有法制現實分析，各法域法制自成體系，尤其是刑事訴訟制度差異性很大。對於在本法域內發生的犯罪進行屬地管轄，依照本法域的刑事訴訟法進行追訴，由本地法院進行審判，有利於維護其司法權威，實現本地居民對本地法治的確信，即本地法秩序的不可侵犯性；同時，堅持地域管轄權優先，也有利於實現犯罪地所在法域的社會穩定，有效地預防犯罪，實現刑罰的一般預防功能。

2. 居民管轄權優先行使的原則

堅持地域管轄權優先行使，並不意味著他法域的居民管轄權或者其他種類管轄權消失，只是因為地域管轄權的行使而被排斥並喪失了實際行使的可能性。對於一法域居民在他法域侵犯本法域或者同一法域居民利益的犯罪，可以採取居民管轄權優先行使的原則。

、《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》 13 條第 2 款均規定，中華人民共和國外交部在香港、澳門設立機構處理外交事務；兩部基本法的第 22 條規定，澳門政府所屬各部門、各省、自治區、直轄市可根據需要在特別行政區設立

，其如果在被派往地犯罪，則由哪一法域行使刑事管轄權？有論者認為，如果這種犯罪沒有侵犯駐在地的利益和社會秩序，則可由派出地法域行使管轄權；反之，如果犯罪侵犯了駐在地的利益或擾亂了當地的社會秩序，應依屬地原則由駐在地司法機關行使管轄權。⁴²

本文作者之一的趙秉志教授認為，可以參照基本法關於特別行政區駐軍人員刑事管轄的規定，即：“互派人員在駐在地實施的職務犯罪案件，應由派出地法院或者有關的執法機關管轄；互派人員非執行職務的行為，以

件，應由駐在地法院以及有關的執法機關管轄，但如果認為由對方更為適宜，經雙方協商一致後，也可以移交對方管轄”⁴³。唐代《永徽律》“名例”

⁴⁴，就是說，如果當事人都是一個國家或者民族的人，當發生侵害行為時，即依照他們共同的成文法或習慣法來處理糾紛。《中華人民共和國民法通則》第146條第1款也規定：“當事人雙方國籍相同或者在同一國家有住所的，也可以適用當事人本國法律或者住所地法律。”這也是“侵權行為適用侵權地法”的一個例外；即當侵權人與被害人國籍相同或者住所在同一國家內，則適用國籍國法或者住所地法。對於跨法域犯罪而言，如果犯罪人和被害人是同一法域居民，或者侵犯了本法域的法益，那麼由該法域行使管轄權更為適宜。這裏可以引入“地域管轄權讓位”的概念來進行闡釋：在這種情況下，犯罪地所

地法域的利益，因而出於尊重被侵害法域法秩序以及有利於打擊犯罪的考慮，犯罪地所在法域應放棄行使地域管轄權，即形成“地域管轄權的讓位”，由犯罪人居民身份地法域進行管轄。在具體操作層面上，如果犯罪人身份地法域已經實際控制犯罪人，則犯罪地法域不宜再提起刑事管轄權要求，前者可請求後者提供相應的司法協助；如果犯罪地所在法域實際控制

42.

1998 2

43. 參見趙秉志“中國內地與港澳特別行政區刑事管轄權合理劃分論綱”，載《法學家》，2002

4

！ ”

劃分”，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135

44. 引自張尚錦主編，中國人民大學出版社，1992年，第4頁。

犯罪人，犯罪人身份來源地法域若主張管轄權，犯罪地所在法域在不違背本地法制的情況下應予移交。⁴⁵

20條規定：“香港駐軍人員犯罪的案件由軍事司法機關管轄；但是，香港駐軍人員非執行職務的行為，侵犯香港居民、香港駐軍以外的其他人的人身權、財產權以及其他違反香港特別行政區法律構成犯罪的案件，由香港特別行政區法院以及有關的執法機關管轄。軍事司法機關和香港特別行政區法院以及有關的

為適宜，經雙方協商一致後，可以移交對方管轄。軍事司法機關管轄的香

外的其他人，由香港特別行政區法院審判。”《中華人民共和國澳門特別行政區駐軍法》第20條也作出了內容相同的規定。按照前引規定，香港、澳門駐軍人員在執行職務中犯罪案件由軍事司法機關管轄，即基於其特殊的身份，且處於執行職務活動中，因而由軍事司法機關管轄，其應適用的法律即為《中華人民共和國刑法》；需要強調的是，這種屬人管轄權優先的情形並非根據行為人具有內地居民身份，而是因為其具有軍人的身份。⁴⁶而嚴格地說，這並非是“居民管轄權優先行使”的情形。根據前引規定，駐軍人員在非執行職務中實施的犯罪案件則由特別行政區法院管轄，仍堅持了屬地管轄權優先的原則，同時前引規定還以協商原則為補充。對於駐軍人員與特別行政區內居民共同犯罪的，按照前引規定，應分別由軍事司法機關和特別行政區法院管轄。

3. 特定情形下本法域保護管轄權優先行使的原則

地與港、澳特別行政區之間，嚴格地說，保護管轄權由於其處於較低的位

45. 在國際刑法上，即有“刑事管轄權的國際轉移”的概念，特指對某一刑事案件的管轄權由

2003 136頁）。地域管轄權的讓位，與這一概念相通，但是擁有更多的內涵：（1）它指一法域放棄可以優先行使的地域管轄權，而交由他法域實際管轄，因而從管轄權的位階上，就表現為一種讓位。（2）讓位的條件是，待追訴的案件具有一法域居民在他法
3）讓位後實際管轄的法域基於居民管轄權進行追訴。

82 46. 因此，也可以說，是“軍法優先適用”。

階而不會被行使。基於一個中國原則，一法域行使屬地管轄權後，保護管轄權所維護的利益同時也可以得以實現；而基於相互承認原則，一法域自行管轄本法域內事務，他法域對之予以尊重，而沒有必要刻意維護本法域治權的完整性。大陸與台灣之間，在一般情況下，也應持相同的認識，也就是貫徹一個中國原則與相互承認原則；但是，畢竟兩岸尚未統一，相互之間對立的局面並沒有消除，對於一些基本政治問題還沒有達成共識。如前所述，對於兩岸之間法律問題之解決應貫徹相互承認之原則，但是應當有所保留。因而對於危害中華人民共和國國家安全的犯罪，即應採取本法域保護管轄權優先行使的原則，適用《中華人民共和國刑法》進行追訴。

4. 補充原則 —— 先理為優原則

先理為優原則，簡稱先理原則，是指當不同法域的刑事管轄權同時出現，按照前述原則不能判斷由哪一法域行使刑事管轄權更為適宜的，由最先受理案件法域的司法機關行使管轄權。相對於上述三條法律原則，先理原則是在無法確定哪一管轄權應優先行使時，為及時、有效地追訴犯罪，而採取的一條比較務實的補充原則；由於該原則並不直接作為優先行使管轄權的根據，因而正如王新清教授所言，其是“一個備用的原則”⁴⁷。需要強調的是，先理原則的適用必須以該法域有管轄權為前提，且同時出現的管轄權應處在同一位階上；如果處於不同位階，自然可以通過位階的高低來確定應優先行使的管轄權。實際上，並非同時出現處於同一位階的刑事管轄權，即一概適用該原則；同時出現的同一位階的刑事管轄權，由於犯罪事實本身的因素使然，會因在不同法域造成的客觀危害不同等原因，而可以客觀地區分出由哪一法域行使管轄權更為妥當，進言之，如果不能繼續通過犯罪事實的因素來判斷由哪一法域行使管轄權更為適宜，才有必要考慮先理原則的適用。

解決中國區際跨境犯罪的具體規則

在中國區際跨境犯罪引起的刑事管轄權衝突的刑事案件中，同時出現的刑事管轄權都是地域管轄權而處於同一位階上，無法從解決中國區際刑

47. 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《刑法論叢》第5卷，第574頁。

事管轄權的一般法律原則上直接尋求答案。如前所述，對處於同一位階的刑事管轄權衝突，不應直接考慮適用先理原則予以解決，而是通過對犯罪事實諸要素的分析，來尋找更為妥當的解決方式。如果說，我們可以考慮以“最密切聯繫”原則來確定這類刑事案件管轄權的話，如何判斷“最密切聯繫”仍要以具體的客觀要素作為基本根據。對於這類犯罪，通常可以考慮的客觀因素主要是行為和結果。當然我們可以進一步將行為區分主要行為和次要行為，實行行為與預備行為、事後行為，實行行為與幫助行為、教唆行為，將結果區分為實害結果和危險結果，主要結果和附隨結果，並考慮以此作為具體的客觀要素。

對於這類案件所產生的刑事管轄權問題，有諸多觀點提出，其立論的

確定同時出現的刑事管轄權應以何者為先的依據；按照這個出發點，已發現的案件事實因在不同法域同時或者先後出現，如果相關法域都行使刑事管轄權會出現效果的優劣時，則根據這一可預測的效果來確定應由誰優先

預測由哪一法域行使管轄權更為妥當，則訴求先理為優的原則或者通過協

⁴⁸ 本專題研究立論的一個基本立場，就是力求在法制的框架內來解決中國區際刑事管轄權衝突問題；如果尚無相關的法律作為根據，則希望從公認的一般法理中導出；如果無法尋求法理作為立論的根據，則力圖從現實合理性的角度來確定。對於跨境犯罪案件的刑事管轄權衝突問題，在大多數的情況下都是從現實合理性的角度來尋找解決途徑

斷的出發點則是相當主觀的，而且個案事實的不同，可能其結論也不同。儘管如此，從現實合理性的角度考慮，將犯罪造成的社會危害性程度作為一種實質性的標準，來 案件事實在不同法域內的部分之間存

48. 有論者提出，跨境犯罪案件的管轄權劃分需要在堅持屬地管轄原則的前提下，借鑒民事法律中的協定管轄制度，並認為協定管轄是解決管轄衝突的最有效的方法（參見馬進保、易志華“論跨境犯罪案件的協定管轄”，載《江蘇公安專科學校學報》第15卷第5期 2001 9月）。對此，我們持否定態度。對於刑事管轄權衝突問題，即應尋找一般性規則來確定實際管轄，這也是將解決機制制度化的內在要求；如果個案都通過協商來確定，其成本太大不說，而且也可能造成同類案件確定實際管轄效果的不一致。因而我們認為，協定管轄只是最後的、輔助性的選擇方案。

在的危害輕重，區分主要犯罪地與次要犯罪地，進而確定由哪一法域應優先行使管轄權；為保證判斷結論的合理性，應盡可能將可資判斷的因素客觀化，並結合一般法理來進行。

權，應採取下述規則：第一步，以犯罪事實的客觀因素為判斷物件，區分主要犯罪地和次要犯罪地，然後確定由主要犯罪地所在法域行使刑事管轄權，次要犯罪地所在法域的刑事管轄權讓位。第二步，無法區分主要犯罪地和次要犯罪地的，則由實際控制的法域先行追訴，即實行先理為優的原則。第三步，如果相關法域都已開始追訴的，或者尚未追訴的法域對已追訴法域行使管轄權產生異議的，則通過協商的途徑解決。

1.

主要犯罪地是指，跨境犯罪案件的全部事實發生在不同法域時，因犯罪而遭受實害或危險程度最大的犯罪地。這一界定是從實質意義上闡發的，但是在具體判斷過程中應強調以犯罪事實的客觀因素為具體根據。以

(1)

為地一般為主要犯罪地。這一觀點為絕大多數論者所支援⁴⁹。一般而言，犯罪預備行為的社會危害性並不明顯，實行行為的社會危害性則完全現實大。因而，實行行為地應被確定為主要犯罪地。

(2) 同一犯罪之犯罪行為地與犯罪結果地分處兩個以上不同法域，應根據具體犯罪形態確定主要犯

49. 參見趙秉志“中國內地與港澳特別行政區刑事管轄權合理劃分論綱”，載《法學家》2002年第4期；另見王新清“港澳特別行政區與內地間刑事管轄權的衝突與協調”，載《刑法論叢》5期，第577頁；另見單長宗、趙松嶺、劉本榮：“試論中國內地與澳門特區刑事司法管轄權的劃分”，載《中國國際刑法與刑事司法協助研究》，第132頁；另見馬進保主編《跨境犯罪研究》，群眾出版社，2002年，第489頁；另見張文、牛克乾“試論我國內地與港澳地區互涉刑事案件管轄權的劃分”，載趙秉志主編《新千年刑法熱點問題研究與適用》，中國檢察出版社，2001年，第665頁；另見呂岩峰“論中國跨法域刑事犯罪的管轄權衝突及其解決”，載《湖南社會科學》，2000年第5期。

同時出現時，在確定刑事管轄權優先行使問題上，應以法益受損害程度最大的法域進行管轄，理由在於：如此處理有利於確認和維護該法域的利益，維護其司法權威；從更為宏觀的角度講，有利於維護該法域的司法權獨立和社會秩序。方便訴訟，在解決該問題中，的確應當作為一個重要的參考因素，但是為妥當地解決該問題，還是應以法益受損害程度作為主要的參考因素。我們同意“犯罪行為與犯罪結果之間危害性程度比較不能一概而論”的觀點。但是從不同的犯罪形態分析，其犯罪行為與犯罪結果之間可以大致區分出危害程度的大小。

(3)數人共同犯一罪的情況下，以實行行為地為主要犯罪地；數人共同

途徑解決。對於數人在一法域內共同犯一罪的，自然應由犯罪地所在法域

法域的，也應以實行行為地為主要犯罪地，這與一人犯一罪但預備行為和實行行為分處兩個法域的情形在處理上並無不同。如果數人共同犯罪，其中實行行為在一法域，而幫助行為或教唆行為在另一法域的，則應以實行行為地為主要犯罪地。理由在於：共犯行為(幫助行為和教唆行為)的危害性是通過加工於正犯行為(實行行為)而實現的；當然不能完全否認幫助行為或教唆行為本身具有社會危害性，但是其在成立犯罪上具有附屬性。對於數人共同實施多起跨境犯罪，但是數罪的實行行為不在一地的，則應從犯罪實行行為地發生法域所受危害程度大小這一實質判斷標準進行衡量，如果能夠區分出輕重的，則應以受危害較重的犯罪實行行為地管轄，即所謂“重罪地”所在法域管轄。如果無法區分受危害程度的，則應以最初受理案件所在地法院管轄。至於該法域是否已經抓獲了主犯或者多數犯罪人，從便利訴訟考慮，應作為一個參考因素；如果該法域在後主張管轄權的，得與最初受理地司法機關進行協商來最終確定。

(4)

管轄權。為有效解決兩岸劫機犯罪刑事管轄權的衝突問題，有論者提出應遵循的基本原則，即：“維護國家統一原則”、“務實原則”、“劫機犯非政治犯原則”、“遭受損害大者管轄原則”⁵⁰；我們贊同由遭受損害最大的法域

86 50. 參見陳詠兵“海峽兩岸劫機犯罪管轄權之衝突及其解決”，載《法律適用》，1998年第6期。

界定，並認為在這類案件中船舶、航空器所屬法域遭受的損害最大。理由在於：這類犯罪對該法域的航行安全、飛行安全造成現實危害，並對船舶、航空器及承載旅客、財產形成巨大危險；此外，船舶、航空器內被視為一法域的管轄範圍，而該法域即是船舶、航空器所屬法域，劫持行為的實行行為主要發生在船舶、航空器內，因此船舶、航空器內應視為主要犯罪地。所以，在這種情形下，由船舶、航空器所屬法域行使管轄權。

2. 實際控制地優先行使管轄權的情形

對於跨境犯罪案件，如果不能從案件事實區分主要犯罪地和次要犯罪地，則從有利於打擊犯罪的角度，由實際控制地所在法域先行追訴，即由該法域依“先理為優”原則行使管轄權，但是必須以該法域具有屬地管轄權為前提。“實際控制”和“先理為優”是相互聯繫的範疇：“實際控制”是“先理為優”的事實前提和根據⁵¹；“先理為優”是“實際控制”的處理後果。我

使管轄權的規則。

1) 同一犯罪行為持續性地發生在不同法域內的，以實際控制地所在法

獲地所在法域行使管轄權。王新清教授即認為，“一人在不同的法域持續犯有一罪，由最先發現犯罪的法域行使刑事管轄權”⁵²；有論者提出，持續性犯罪行為跨越兩個或兩個以上法域，以被告人被抓獲地為犯罪地，由抓獲地法院管轄⁵³。當然，對於這種情形，不能排除事後發現可以區分主要犯罪地和次要犯罪地的可能性，也就是說，對於個案可以通過其特有的事實區分出遭受損害最大的法域來；在這種情況下，則該法域可與實際控制地所在法域相協商以取得管轄權。

2) 在連續犯的情形下，一般應以實際控制地所在法域行使管轄權；如果一法域遭受損害更大的，可先行使管轄權。對於連續犯的

51. 參見王仲興“關於張子強案件的管轄權問題”，載趙秉志主編《世紀大劫案：張子強案件及其法律思考》，中國方正出版社，2000年，第180頁。

52. 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《刑法論叢》第5期，第577頁。

53. 參見呂岩峰“論中國跨法域刑事犯罪的管轄權衝突及其解決”。

情形，從其行為事實也很難一概地比較清楚的區分主要犯罪地和次要犯罪

慮以連續犯發生在不同法域的次數為標準，但是這一標準具有很大的不確定性，例如，多次的連續性的未遂行為，可能不如一次既遂行為的危害性明顯；連續性盜竊小額的犯罪行為，可能不如一次盜竊大數額的犯罪的危害性明顯。因此，對於連續犯的情形，一般考慮由實際控制地先行行使管轄權是較為妥當的。如果事後查清的事實表明，連續的犯罪行為發生的法

轄權。如果案發時，不同法域同時主張管轄權，而此時可以從該案已發現事實區分主要犯罪地的，則由主要犯罪地所在法域管轄更為妥當。

3. 以協商途徑確定刑事管轄的情形

當一法域司法機關已經開始行使管轄權時，他法域司法機關認為本法域有管轄權且認為由本法域管轄更為適宜的，或者某一犯罪發生後，兩個以上法域都認為主要犯罪地在本法域，則相關法域應進行協商，以確定由

出發點是基於法域平等原則和相互承認原則。對於跨境犯罪案件引起的刑事管轄衝突，採用協商途徑應作為候選規則。這一規則的適用的前提條件主要包括兩種情形：一是，一法域已經開始追訴犯罪後，他法域認為主要犯罪地發生在本法域，進而提出管轄該案件；二是，在案發時，相關法域即對主要犯罪地所在法域認識分歧，進而各自主張管轄該案件。對於第一種情形，提出請求的法域應首先證明主要犯罪地在本法域；如果請求合理，則先行管轄的法域應將案件移交給該法域管轄。但是，如果先行管轄的法域已經將案件審理完畢，則請求管轄的法域不宜再對已經審理過的犯罪事實提出管轄要求，而先行管轄的法域也可以拒絕其請求。對於第二種情形，提出管轄要求的相關法域應平等協商，首先確定主要犯罪地發生在哪一法域，能夠確定主要犯罪地的，則由主要犯罪地所在法域行使管轄權；不能確定主要犯罪地的，則考慮有利於訴訟來予以確定，通常應由實際控制管轄。（二之一）