

## 我国内地与港澳特区之间被判刑人移管机制构建探讨\*

赵秉志

**内容提要:**在构建我国区际被判刑人移管机制的问题上,由于内地缺乏积极的承认和执行外国刑事判决的制度、关于区际刑事司法协助的立法尝试,以及在审前判后解决刑事管辖权冲突的思路等原因,我国内地与港澳特区至今尚未达成一致意见。但是,中国范围内不同法域之间跨境犯罪的频繁发生,亟待妥善处理的现状,以及内地与港澳特区在被判刑人移管方面已有的立法与司法基础,这些都充分地表明,在内地与港澳特区之间建构被判刑人移管机制,兼具必要性和可行性。而重要途径之一即是内地与港澳特区签订互相承认与执行刑事判决的协议。

**关键词:**被判刑人 移管 承认与执行刑事判决

赵秉志,北京师范大学法学院暨刑事法律科学研究院院长、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。

### 一 前 言

随着香港和澳门的回归以及香港基本法和澳门基本法的实施,在中国领域内出现了“一国两制三法系四法域”这种法律分治的现状,而这些不同法域之间的经济、文化活动也大幅度增多,随之而来的是跨区域的刑事犯罪也不断增加,带来了一系列区际刑事法治方面的疑难问题。对此,我国内地、香港与澳门地区的学者进行了相当深入和全面的研讨,在很多问题上达成了共识,形成了较多学术理论方面的成果。<sup>[1]</sup>在中国范围内各法域间积极开展惩治与防范刑事犯罪方面的司法协助活动,也取得了诸多令人赞许的成效。在此背景下,扩展我国区际刑事司法协助的领域愈来愈有必要。其中,具有前瞻性的我国区际被判刑人移管问题也颇为值得关注。

被判刑人移管本来是国际刑事司法协助中的重要内容,因为其不但符合现代刑事政策所倡导的刑罚目的和人道主义原则,而且充分体现了互助互利的司法协助精神,<sup>[2]</sup>所以在各国刑事司法活动中受到积极关注和重视。总体上看,各国在被判刑人移管方面的立法实

\* 本文初稿提交 2008 年 11 月 21 日香港大学法学院举办的“2008 年两岸四地法律发展学术研讨会”,并在会议上宣讲了论文要点。

[1] 参见赵秉志、黄晓亮编:《中国区际刑法专题整理》,中国人民公安大学出版社 2008 年版。

[2] 参见黄风:《国际刑事司法协助中的被判刑人移管》,载《比较法研究》1990 年第 4 期。

践主要表现为三种情形:一是国内立法模式。如加拿大早在1978年就制定施行了《囚犯移管法》;瑞士于1982年制定颁布的《国际刑事司法协助法》对被判刑人移管问题作了比较详细的规定。二是国际公约或者条约模式。如欧洲理事会1983年签订的《欧洲移交被判刑人公约》;1985年联合国第七届预防犯罪和罪犯待遇大会提出的《关于外国囚犯移管的示范协定》。三是对外签订条约,国内也进行相关立法的模式。如德国就制定颁布了《国际刑事司法协助法》,也参加了前述的《欧洲移交被判刑人公约》。

对于与其他国家或者地区开展被判刑人移管的合作,中国内地、香港和澳门地区都给予了相当的重视,进行了相关的立法活动。例如,澳门在其1997年生效的《刑事诉讼法》中,就对有关被判刑人移管的相关问题作了基本的规定;香港政府于1997年与美国签署了《关于移交被判刑人的协定》,一个多月后又颁布了《移交被判刑人士条例》;内地于2001年与乌克兰签署了《关于被判刑人移管的条约》。三地分别依据各自有关立法与其他国家或者地区开展了此方面的刑事司法协助活动。尤为可贵的是,香港与澳门两特区根据各自基本法的规定,通过协商于2005年签订了《关于移交被判刑人的安排》。该协定标志着中国范围内不同法域开展刑事司法协助的重要进步,具有相当强的示范作用,有助于促进在“一国两制”架构之下我国内地与港澳特区进一步发展在打击跨境犯罪活动上的合作。不过,必须承认,虽然“一国两制”的方针早已确定,我国内地与港澳特区的有关部门根据港澳基本法的规定在跨境刑事犯罪的处理方面已经有过大量接触并积累了相当多的司法经验,三地刑事法理论界也进行了具有一定深度和广度的理论研究,但是,近年来,涉及三地的很多具体刑事司法协助活动在法制上却是进展不大,至今尚未形成全面和稳定的刑事司法协助法律机制。显然,这种情形难以适应我国内地、香港、澳门三地间经贸关系日益密切、社会文化不断融合的现状,也不利于“一国两制”法律制度的巩固与发展。因此,很有必要加强对我国区际刑事司法协助之司法经验的理论总结和研究,逐步构建我国区际刑事司法协助法律机制,为维护中国范围内不同法域的社会稳定与发展提供坚强的刑事法治支持。本文试对我国内地与香港、澳门特区之间在“一国两制”背景下被判刑人移管的问题进行有一定前瞻性的探讨,以期有助于三地在此方面逐步形成稳定和健全的法律机制。<sup>[3]</sup>

## 二 构建内地与港澳特区之间被判刑人移管机制的现实基础

构建我国内地与香港、澳门特区之间的被判刑人移管法律机制并非毫无根据,应该看到,我国三地刑事法理论界的相关研讨为这种构想提供了理论基础,在刑事司法协助尤其是被判刑人移管方面的立法与司法活动则为之提供了丰富的立法与司法基础。

### (一) 理论基础

从刑事法理论的角度看,被判刑人移管涉及如下两个基本问题:(1)被判刑人移管的启动根据。首先,将被判刑的犯罪人移交给其他国家执行刑罚,与刑罚的目的和功能有关,即为了更好地实现刑罚目的,充分地发挥刑罚的功能,使得犯罪人在服刑期间能继续保持与其家庭、外界环境的适当联系和接触,以利于其出狱后重新适应社会生活,预防其因适应不好

[3] 笔者早在20世纪90年代中期就对我国大陆与台湾之间的被判刑人移管问题进行过初步探讨。参见赵秉志:《外向型刑法问题研究》(上册),中国法制出版社1997年版,第550-597页。

而再次犯罪。<sup>[4]</sup> 其次,同样重要的是,在很多时候也是出于人道主义的考虑,即体察和照顾被判刑人在身体、家庭、宗教、语言、文化等方面的个人特殊情况,使其享有更好的人道待遇,也便于对其教育和改造。(2)被判刑人移管的法律根据。在很多情况下,移管被判刑人活动所涉及的犯罪存在较为复杂的跨境因素。涉及被判刑人移管问题的相关国家依据属地或者属人管辖的规定,对该判刑人的案件都拥有一定的刑事管辖权;但在被判刑人移管活动中,犯罪人国籍国(执行国)与判刑国(一般为犯罪地国)对本国的司法主权都作出一定的限制,执行国在他国对案件已经审理完毕的情况下不再审理此案,而是承认并执行他国的刑事判决。因而被判刑人移管是承认与执行外国刑事判决的一种表现形式,即执行国承认和执行判刑国对犯罪人所作出的刑事判决。<sup>[5]</sup>

从以上两个方面可以看出,被判刑人移管的具体实施,既要考虑对被判刑人移管是否有助于实现刑罚目的以及如何发挥刑罚功能的问题,又要考虑本国或本地区是否以及在多大程度上承认与执行外国刑事判决制度。前一问题的解决,需要贯彻有利于被判刑人原则。即移管被判刑人,应当取得其本人的真实同意,移管要能够给被判刑人的改造和教育带来直接的助益,同时还应该坚持不加重刑罚的原则,即执行国在对被判刑人执行刑罚时不得加重原判刑罚,不得突破执行国刑事法律为同一种刑罚所规定的最高限度。<sup>[6]</sup> 有论者还认为不限于此,囚犯在物质和精神方面的生存环境也不能比在判刑国更加恶劣。<sup>[7]</sup> 而对于后一个问题,很多学者认为,对被判刑人应坚持一事不二罚原则,即执行国不能因同一案件事实在接受对被判刑人的移管后再对其重新进行审理或者重新作出判决,即便是在接受被判刑人过程中进行刑罚转换,也必须受到判刑国所作判决认定的事实的约束。<sup>[8]</sup> 此外,在被判刑人的赦免、减刑等问题上,执行国虽然并不是无权作为,但是,也要尊重判刑国所作出的刑事判决及其精神。

上述分析虽然主要是在国际刑事司法协助的背景下展开的,但也为探讨中国范围内不同法域之间进行被判刑人移管活动提供了基本上可资参考借鉴的思路。在理论研究中,与被判刑人移管有关的多种原则也在区际刑事司法协助的背景下得以讨论,并广受赞同。<sup>[9]</sup> 同时,理论上对“一国两制”原则从开展区际刑事司法协助的角度给予了极大重视和充分研究。<sup>[10]</sup> 作为重要的政治指导原则,“一国两制”既揭示了进行被判刑人移管的必要性,又表明了进行被判刑人移管的可行性。内地与港澳特区之间进行被判刑人移管等刑事司法合作,有助于在法律上进一步确认三地所各自独享的司法终审等权力,有利于促进三地发挥主动性,克服在区际刑事法律合作方面所存在的不协调之处。

关于被判刑人移管的适用对象,有学者曾主要就被判刑人的身份问题提出了本地区居民不移交的原则,即不能将本地区的居民在被判刑后移交给其他地区的司法机关来执行刑罚。<sup>[11]</sup> 而对于犯罪人被判处的具体刑罚问题,理论上见解认为,被判刑人主要是被判处

[4] 参见黄风:《国际刑事司法协助中的被判刑人移管》,载《比较法研究》1990年第4期。

[5] 参见张明:《被判刑人移管及与相邻制度比较研究》,载《犯罪与改造研究》2002年第11期。

[6] 参见黄风:《国际刑事司法协助中的被判刑人移管》,载《比较法研究》1990年第4期。

[7] 参见刘志伟、左坚卫:《外国被判刑人移管的原则、条件及程序探讨》,载《北京科技大学学报》2003年第1期。

[8] 参见张明:《被判刑人移管及与相邻制度比较研究》,载《犯罪与改造研究》2002年第11期。

[9] 参见黄荣康、邹耀广:《我国内地与港澳台地区刑事案件缓刑犯的移管问题研究》,载《法律适用》2002年第10期。

[10] 参见赵秉志、何超明主编:《中国区际刑事司法协助探索》,中国人民公安大学出版社2002年版。

[11] 参见赵秉志、黄风主编:《被判刑人移管国际暨区际合作》,中国人民公安大学出版社2004年版,第352页。

自由刑的犯罪人,不包括被判处死刑(包括死缓)的犯罪人和被判处财产刑的犯罪人;至于被判缓刑或运用假释的被判刑人,有见解认为,也可适用被判刑人移管。<sup>[12]</sup>

## (二)立法基础

对于被判刑人移管问题,我国内地、香港、澳门都在立法方面相当重视并有一定的成效。三地在此方面的各自立法主要有如下两种模式:

### 1. 签订条约模式

中国内地采取了此种模式,即通过与世界上其他国家签订有关被判刑人移管协议的方式来进行此方面的立法活动。截至2008年3月20日,中国内地分别与乌克兰、俄罗斯联邦、西班牙、葡萄牙、澳大利亚等五个国家签订了关于被判刑人移管的条约,其中,前三个经全国人大常委会批准已生效实施。

### 2. 直接立法与签订条约双重模式

香港与澳门采取了此种模式,即通过本地区刑事立法以及与其他国家签订协定两种方式进行有关被判刑人移管的立法活动。在香港回归祖国之前,英国《1986年遣返囚犯(海外属地)令》曾在香港实施。香港政府于1997年实施《移交被判刑人士条例》,回归祖国后该条例继续生效。同时,香港政府与其他国家签订了数个有关移交被判刑人的协定。截至2008年5月1日,香港分别与澳大利亚、法国、意大利、菲律宾、葡萄牙、斯里兰卡、泰国、英国、美国、比利时十个国家签订了有关被判刑人移管的协定,其中,前九个已经生效实施。在澳门,于1997年4月1日生效的《澳门刑事诉讼法》第五卷“与本地区以外当局之关系”部分,分两编规定了承认与执行其他国家或地区之刑事判决的有关问题。澳门政府与葡萄牙政府于1999年签订《关于转移被判刑人之协定》,经中华人民共和国政府与葡萄牙共和国互换照会商定,该协定于1999年12月20日后继续在澳门特别行政区实施。

从具体规定来看,我国内地和港澳特区的上述立法活动有一定的共同之处,主要表现为如下两点:(1)结构基本相同。均包括定义、条约宗旨、中央或中心机关、移管条件、移交被判刑人程序、被判刑人同意、刑罚的执行与变更、管辖权保留、被判刑人过境、争议解决等主要内容,在我国内地与其他国家签订的被判刑人移管条约中还有有关移管拒绝、赦免的规定。(2)内容基本相同。即条约或者协定的主要部分在内容方面基本相同,如关于移管的条件,我国内地和港澳与其他国家签订的条约基本上都规定了双重犯罪原则、剩余刑期原则、判决确定与刑事程序用尽原则、包括被判刑人在内的多方同意原则以及执行国(地区)接受己方居民原则。这就为我国内地与港澳特区解决区际被判刑人移管问题提供了立法思路。

除上述我国内地与港澳特区各自的立法活动之外,尤为值得关注的是,香港特区与澳门特区从立法角度就被判刑人移管法律机制的构建问题做出了可贵的探索。《香港特别行政区基本法》第95条与《澳门特别行政区基本法》第93条均规定,港澳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。这就为我国内地与香港、澳门特区在具体领域内开展区际刑事合作提供了坚实的法律根据。2005年5月20日,香港特别行政区政府代表与澳门特别行政区政府代表在香港签订了港澳两个特区之间

[12] 参见黄荣康、郭耀广:《我国内地与港澳台地区刑事案件缓刑犯的移管问题研究》,载《法律适用》2002年第10期。

的《关于移交被判刑人的安排》。<sup>[13]</sup> 该协定与上述我国三地各自和其他国家签订的此类条约或者协定在组成部分和内容方面也有一定的相同之处。香港特区与澳门特区就被判刑人移管而签订的协定在立法精神上完全符合有关国际公约、其他国家间条约以及某些国家刑事立法方面的普遍性规定,具备很强的实用性和可操作性。不过,值得注意的是,该协议也存在一些值得探讨的地方。例如,在“移交条件”部分,虽然对被判刑人的刑罚条件作了规定,但主要是针对实刑而言的,没有涉及缓刑犯的移管问题,而符合移管条件的缓刑犯实际上也存在移管的必要;<sup>[14]</sup> 协定单独规定了“单方停止原则”,<sup>[15]</sup> 这意味着该协定有可能因单方随时中止而失效,从而给该协定埋下了不稳定的因素。不过,总体上看,香港与澳门所签订的《关于移交被判刑人的安排》是中国范围内不同法域在“一国两制”框架和政治原则下所签订的第一个区际刑事司法协助协定,这一协定将国际公约、条约以及港澳特区与其他国家签订被判刑人移管方面协定的经验成功地引入区际刑事司法协助活动中,为我国内地与香港、澳门特区签订区际被判刑人移管协议提供了重要的示范。

### (三) 司法基础

在与其他国家间的被判刑人移管方面,我国内地与香港、澳门特区都成功地进行了相当多的司法活动,积累了较为丰富的司法经验。对于我国内地而言,其在与外国签订第一个被判刑人移管条约之前就有成功移交被判刑人的个案操作。1997年9月7日,中国有关方面将在中国某地犯罪并被当地中级人民法院定罪处罚的两名乌克兰籍犯罪人,依法移交给乌克兰有关机关,成功实现对两名外籍犯的被判刑人移管活动。在该次被判刑人移管活动中,中国与乌克兰商定了移管被判刑人的数项原则,如互惠原则、被判刑人同意原则、管辖权保留原则等。<sup>[16]</sup> 尽管此次被判刑人移管活动还有很多不足,如没有明确双重犯罪、刑罚执行变更问题等,但仍有力地促动了中国与其他国家在被判刑人移管方面合作的进步,并促使中国与乌克兰于2001年签署了《关于被判刑人移管条约》。此后,中国内地与其他国家多次开展被判刑人移管活动,相对而言,中国移交给其他国家被判刑人的情形较多,而外国移交被判刑人给中国的情形则少一些。香港特区与澳门特区也都有被判刑人移管方面的成功经验。如截至2005年9月,香港从外国或者其他地区接收了4名在外犯罪并被判刑的香港居民返港服刑,移交了7名英国居民回国服刑。<sup>[17]</sup>

至于中国范围内不同法域间的被判刑人移管,最初的探索是1990年9月中旬海峡两岸红十字会就偷渡者、刑事嫌疑犯、刑事犯的遣返达成了著名的“金门协议”;1994年,大陆“海协会”与台湾“海基会”在台北就劫机犯遣返问题也达成了很多共识。但从实际操作来看,海峡两岸在犯罪嫌疑人移交方面之作为颇多,而在被判刑人移管方面尚付阙如。另外,香港特区与澳门特区之间也积极地开展了有关被判刑人移管工作,如在2002年,香港与澳门有

[13] 与此相关,香港特别行政区惩教署与澳门特别行政区监狱于2006年3月29日还签订了一份《合作安排》,以进行相关合作计划及协同工作。

[14] 参见黄荣康、郭耀广:《我国内地与港澳台地区刑事案件缓刑犯的移管问题研究》,载《法律适用》2002年第10期。

[15] 《香港特别行政区政府与澳门特别行政区政府关于移交被判刑人的安排》第13条规定,安排任何一方可随时以书面方式通知另一方终止本安排。在此情况下,本安排于另一方接获通知之日起三个月后失效。根据本条第1款规定失效的本安排,可继续适用于其失效前被移交的被判刑人的刑罚的执行。

[16] 参见《中乌首次开展被判刑人移管合作》,载赵秉志、黄凤主编《被判刑人移管国际暨区际合作》,中国人民公安大学出版社2004年版,第352页。

[17] 参见梁爱诗:《香港与内地、澳门、台湾的司法互助状况和发展》,中文系“中国区际法律问题研讨会”(2005年9月,北京)的发言稿。

关机构就将在澳门被判处并执行刑罚的犯罪人由澳门移交给香港的问题进行了深入的磋商;<sup>[18]</sup>在港澳两地区移交被判刑人的有关安排签订后,截至2006年4月4日,在澳门监狱服刑的107名香港居民中,有69人申请返港服刑,<sup>[19]</sup>就目前来看,尽管我国内地与港澳特区之间在开展被判刑人移管合作方面尚无举措,但是,三地在此方面均已积累了较为丰富的经验,当能够顺利地解决三地区被判刑人移管中的实体与程序问题。

### 三 构建内地与港澳特区之间被判刑人移管机制的潜在障碍

应该承认,对于我国区际被判刑人移管问题,我国内地与港澳特区其实都给予了相当的重视。我国内地与香港有关部门在2000年3月曾就开展区际被判刑人移管活动进行磋商,对被判刑人移管的主要问题作了探讨。<sup>[20]</sup>而且,如前所述,在中国范围内开展区际被判刑人移管合作,既具备一定的刑事法律理论前提条件,又有我国内地与港澳地区在此方面的立法基础和司法经验。不过,我国内地与港澳特区至今尚未达成一致意见或者协议。这就表明,在构建我国区际被判刑人移管机制的问题上,仍存在一定的障碍。

#### (一) 缺乏积极的承认和执行外国刑事判决的制度

若要与其他国家进行被判刑人移管这种刑事司法协助活动,那就要在本国刑事法律中确立承认和执行其他国家刑事判决的制度。在此方面,国际上较早进行了有关承认和执行外国判决的有关法律实践。例如,欧洲理事会于1970年通过了《关于刑事判决国际效力的欧洲公约》,1983年又通过了《欧洲移交被判刑人公约》。1985年第七届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会提出了《关于外国囚犯移管的模式协定》,联合国大会进而在第45次会议上通过了《有条件判刑或者有条件释放罪犯转移监督示范条约》,为各国进行被判刑人移管活动提供了一个非常灵活的框架。<sup>[21]</sup>

在中国范围内,香港特区、澳门特区通过各种方式规定或者体现了积极的承认和执行外国刑事判决制度。香港在《移交被判刑人士条例》中较为详细地规定了被判刑人移管的相关问题,承认其他国家或者地区法院在行使司法管辖权过程中对犯罪人所判处的刑罚,同时同意在其他国家或地区被判刑的香港居民移交给香港后对该被判刑人继续执行刑罚。《澳门刑事诉讼法典》第一部分第五卷“与本地区以外当局之关系”从第213条至第223条较为全面地规定了承认和执行其他国家或地区刑事判决的制度。既然港澳特区在法律上积极地承认和执行外国刑事判决,那么,自然也可以将该制度的精神用于处理中国区际刑事法律问题,对中国其他法域作出的终审生效刑事判决也积极地予以承认和执行。

相比之下,中国内地在承认和执行外国刑事判决方面尚存在明显的不足。中国内地《刑法典》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

[18] 参见 <http://www.gcs.gov.mo/showCNNNews.php?DataUcn=10810&PageLang=C> (澳门特别行政区新闻局网站)。

[19] 参见《69名在澳门服刑港人申请返港服刑》,载《澳门日报》2006年4月4日。

[20] 参见香港特别行政区立法会CB(2)488/03-04(01)号文件,载 <http://www.legco.gov.hk/yr03-04/chinese/panels/se/papers/se1204cb2-488-1c.pdf>。

[21] 参见 Mohamed Abdul-Aziz:《国际移管被判刑人合作综述》,载赵秉志、黄凤主编《被判刑人移管国际暨区域合作》,中国人民公安大学出版社2004年版,第73页。

减轻处罚。”据此规定,有见解认为,中国内地对外国刑事判决奉行消极的承认制度,即不管外国法院对中国内地居民是否确定有罪以及判刑如何,中国法院均有权对同一行为行使审判权,但将行为人在外国受过刑罚处罚作为从轻情节予以考虑。<sup>[22]</sup>也有论者认为,此处的规定甚至谈不上是对外国刑事判决的承认,而只不过是行使本国的刑事管辖权时考虑外国法院的刑事判决及执行情况。<sup>[23]</sup>从有关的司法实践来看也确实如此。例如,经过谈判,美国政府在 2004 年 4 月 16 日将贪污我国国有资产后外逃美国内华达州的犯罪人余振东移交给中国司法机关,而在被移交之前,余振东已经被美国内华达州联邦法院定罪并判刑 12 年。但中国内地的法院仍然对余振东案件进行了裁决。另外,虽然中国已经进行了多次被判刑人移管活动,但并未涉及中国内地对其他国家或者地区刑事判决的承认和执行问题,因为在这些活动中是中国内地司法机关将在中国内地服刑的外籍犯移交给犯罪人国籍国,表明的是其他国家完全承认和执行中国内地的刑事判决。

但是,在实际上,中国内地已经在某些条约中逐步采纳了对外国刑事判决的积极承认和执行原则。中国与五个国家签订的关于被判刑人移管的条约,规定“被判刑人”是指根据任何一方法院作出的发生法律效力刑事判决被判处刑罚的人;还部分规定,只有判刑国有权对案件进行重新审理或者复查。这些规定显然部分地修改了中国内地《刑法典》第 10 条的内容,即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,若经过外国审判,在有移管条约的情况下,中国不再予以实际追究,而是承认和执行外国判决。不过,确立积极承认和执行外国刑事判决原则的条约在中国经全国人大常委会批准生效后,也仅相当于特别法,并不是对刑法典基本规定的修正。因此,可以确定,即便中国与某些外国所签订的被判刑人移管条约已经生效,其所作的此种规定也不能适用于与上述生效条约无关的其他刑事案件,自然也不能为解决区际被判刑人移管提供直接的法律根据。从此意义上讲,中国内地在刑事法律中并没有规定彻底的对外国刑事判决积极承认制度。既然如此,也就谈不上确立全面的一事不二罚原则。进而言之,中国内地与香港、澳门之间开展区际被判刑人移管存在制度上的障碍与羁绊。

## (二) 缺乏关于区际刑事司法协助的立法尝试

香港与澳门之间开展区际刑事司法协助,具有明确的法律根据。《香港特别行政区基本法》第 95 条、《澳门特别行政区基本法》第 93 条都明确规定,港澳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。香港与澳门在签订两地之间的《关于移交被判刑人的安排》时也指明了上述法律根据。因此,尽管该安排是香港与澳门两个特别行政区在政府的层面上签订的,但是,该安排仍属于司法方面的联系和相互提供的协助,在性质上仍然属于司法活动。这不同于港澳特区分别与其他国家签订的被判刑人移管方面的协定,后者是经过中央人民政府的协助或者授权而签订的条约,属于特殊的立法活动。香港、澳门特区只有经过自己的立法活动才能将上述安排的有关内容转化为本地区的法律。因此,香港特区在 2005 年对其《移交被判刑人士条例》做出修改,明确该条例可适用于香港与澳门之间的被判刑人移管活动。

与香港、澳门相比较,中国内地的情形就比较复杂。尽管根据《香港特别行政区基本法》第 95 条、《澳门特别行政区基本法》第 93 条的规定,中国内地也可以与香港、澳门开展

[22] 参见张明楷:《刑法学》(第 3 版),法律出版社 2007 年版,第 67 页。

[23] 参见何帆:《刑事没收研究——国际法与比较法的视角》,法律出版社 2007 年版,第 272 页。

司法协助活动,但是,对上述两个法条中的“全国其他地区”该作何理解呢?从司法实践来看,既有内地最高司法机关与港澳特区开展的司法协助活动,如内地最高人民法院分别与港澳特区有关机关就民商事案件的调查取证、判决的承认与执行等问题达成了某些协议;也有内地地方司法机关与港澳特区有关部门直接开展的司法协助活动,如香港与广东省之间不断就犯罪嫌疑人遣返、协助调查取证等开展合作。可见,内地各级司法机关均可以与香港、澳门在具体案件中开展被判刑人移管等刑事司法协助活动。但是,如果从签订有关协议、形成稳定机制的角度看,就会发现,其实有很多难以解决的问题。例如,中国内地与香港、澳门特区之间不可能像香港特区与澳门特区之间那样在政府层面上签订关于被判刑人移管等司法协助的协议或者安排。在这种情况下,一般只能由内地最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安部等中央政法机关与香港、澳门特区的特定部门进行协商确定。但实际上,内地哪些中央机关可以与香港、澳门特区签订司法协助的安排,无法从宪法以及内地关于某些国家机关的组织法中找到法律根据。再如,不管是中央人民政府还是香港、澳门经过中央授权或者协助,与外国签订被判刑人移管的条约或者协定,都属于特殊形式的立法活动;而区际刑事司法协助的签订却很难说是立法活动,尽管这并不妨碍区际协议的具体适用,但是,若不转化为法律,区际协议在效力上就有欠缺,进而亦无法在中国内地法律体系中获得明确的法律地位。相反,中国内地国家立法机关或者其他国家机关如若将协议内容转变为适用于中国内地法域所有行政区域的规范性法律文件,就能解决协议在内地法律体系中地位不明的问题,也增强其权威性,可以得到更好的贯彻实施。<sup>[24]</sup> 不过,中国内地目前在此方面尚没有立法实践,需要进行相关的研究和探索。这可能成为中国内地与香港、澳门特区之间顺利、有效开展被判刑人移管等区际刑事司法协助活动的一个障碍。

### (三) 缺乏在审前判后解决刑事管辖权冲突的思路

对于刑事司法协助的具体形式,理论上一般认为共有 13 种之多,<sup>[25]</sup> 大体上可分为六大类,被判刑人移管被认为是第六类“外国刑事判决的承认和执行”中的一种。<sup>[26]</sup> 不过,关于刑事司法协助的立法在国际上有两种方式:一是分立模式,即将刑事司法协助分为引渡、刑事判决互相承认与执行、被判刑人移管以及除前几项内容外的其他刑事司法协助活动等,分别制定相关法律(如中国的《引渡法》),或者分别与其他国家签订条约、协定或者公约(如中国与美国签订的《关于刑事司法协助的协定》、中国与西班牙签订的《关于被判刑人移管的条约》及《欧洲移交被判刑人公约》等)。二是综合模式,即制定统一的刑事司法协助法(如德国的《国际刑事司法协助法》),或者签订统一的刑事司法协助条约(如《比利时、卢森堡、荷兰刑事互助公约》)。中国内地刑事法理论界在对区际刑事司法协助进行研究时,基本上都赞成综合模式的刑事司法协助,认为被判刑人移管是区际刑事司法协助中的一种表现形式。<sup>[27]</sup>

不过,我们需要注意,各种刑事司法协助具体形式之间并非毫无联系,并非完全处于分散状态。从总体上看,刑事司法协助活动可分为三大类:第一类是与具体案件刑事管辖权无直接关系的刑事司法协助(如文书送达、信息通报、协助调查取证等);第二类是直接关系具体案件刑事管辖权的刑事司法协助(如刑事诉讼转移);第三类是部分涉及具体案件刑事管辖权的刑

[24] 参见赵秉志:《中国区际刑法专论》,法律出版社 2004 年版,第 71 页。

[25] 参见马进保:《国际犯罪与国际刑事司法协助》,法律出版社 1999 年版,第 132 页。

[26] 参见成良文:《刑事司法协助》,法律出版社 2003 年版,第 15 页。

[27] 参见赵秉志、黄晓亮:《中国区际刑法专题整理》,中国人民公安大学出版社 2008 年版,第 56 页。



事司法协助,主要就是外国刑事判决的承认与执行。其中,在被判刑人移管中,判刑国与接受执行国对于被判刑人移管的案件均有刑事管辖权,因而也实际地存在刑事管辖权的内在冲突。具体而言,被判刑人移管要受到双重犯罪原则的限制,且被判刑人必须是接受执行国的国民,因而判刑国不管是根据何种管辖原则确定自己的刑事管辖权,接受执行国都可根据属人管辖原则确定自身对移管所涉案件的刑事管辖权,即被判刑人移管主要适用于本国国民在其他国家实施两国均认为是犯罪行为的情形。除此之外,被判刑人移管还可适用于某国国民在本国实施犯罪后,又在某外国实施犯罪的情形,即该外国可先行对犯罪人进行定罪量刑,然后通过被判刑人移管将犯罪人遣返给犯罪人国籍国,犯罪人国籍国承认和执行外国所作的刑事判决,进而对犯罪人在本国的犯罪案件进行审理,并定罪量刑,将后来确定的自由刑与外国刑事判决确定的自由刑按照并罚原则合并执行。相反,如果 A 国对 B 国行为人在 A 国所犯罪行的刑罚后,才将 B 国犯罪人交给 B 国即犯罪人国籍国(或者适用驱逐出境),那么,可能会造成证据湮灭等种种问题,导致 B 国犯罪人国籍国无法及时有效地追究犯罪人在 B 国国内罪行的刑事责任;如果外国对行为人在外国的罪行不追究刑事责任就将其遣返回国,那么,这就属于直接放弃了对犯罪人的刑事管辖权,从而不利于维护国家司法主权。因此,在这种情形下开展被判刑人移管活动,不仅能促进顺利解决刑事管辖权冲突,维护各个国家或者地区的司法主权,而且便于刑事诉讼的进行,并保障刑罚的及时性。

可见,刑事诉讼转移是在审判之前对案件的刑事管辖权冲突予以解决,仅有享有刑事管辖权的一方能实际行使刑事管辖权;而被判刑人移管则是在审判之后对案件的刑事管辖权冲突进行调和,在兼顾被判刑人利益的情况下使接受执行国在一定程度上实现对具体案件的刑事管辖权,从而使得享有刑事管辖权的两个国家都能行使对案件的刑事管辖权。这就意味着刑事诉讼转移并非是解决刑事管辖权冲突的唯一路径,也意味着积极承认和执行外国刑事判决看似有损于本国的司法主权,但最终却能使国家实现对具体案件的刑事管辖,从而实际地行使司法主权。单纯的不承认或者消极承认外国刑事判决,并不能为本国有效地行使司法主权创造实际控制犯罪人这一基本条件。因为没有对犯罪人实际控制之国家的移交,本国就没有任何可能去行使自己的司法主权。因此,立足于某个国家或者地区实际实现刑事管辖权的意义上看,被判刑人移管这种刑事司法协助活动同样具有解决刑事管辖权冲突的积极价值。

对于中国区际刑事管辖权冲突问题,也可以考虑通过上述审前确定实际刑事管辖的法域与事后进行被判刑人移管两种方式来解决。在前一种方式下,不同法域通过协商和妥协,由均拥有刑事管辖权的双方中的一方来具体行使刑事管辖权;在后一种方式下,一方先行审理,具体行使刑事管辖权,然后通过被判刑人移管这种刑事司法协助活动,使得拥有刑事管辖权的另一方也实现对案件的刑事管辖。但是,从现实状况来看,中国内地与香港、澳门特区之间在解决刑事管辖权冲突方面也采用第一种方式。在港澳居民于港澳和内地均实施犯罪的情形下,为解决刑事管辖权冲突,内地司法机关很多时候直接将犯罪嫌疑人移送给港澳特区司法机关,不再追究港澳居民在内地犯罪的刑事责任,即放弃了对发生在本地区罪行的刑事管辖权。即便港澳居民在内地的犯罪后来由港澳特区司法机关定罪处罚,其实也不能体现出内地在处理这些犯罪上的权力与权威。可见,在解决刑事管辖权冲突方面,内地有关部门在主观上已形成了审前解决区际刑事管辖权冲突的思维定势,很少考虑到被判刑人移管在事后解决区际刑事管辖权冲突方面的积极意义。这显然无法为内地与港澳特区之间进行被判刑人移管等刑事司法协助活动打开便捷通道。与其如此,内地倒不如与港澳特区建

立被判刑人移管机制,要求港澳特区承认和执行内地刑事判决的效力,彰显惩治防范港澳居民在内地犯罪的决心,实际行使对此类犯罪本来就享有的刑事管辖权。

#### 四 构建内地与港澳特区之间被判刑人移管机制的初步考虑

中国范围内不同法域之间跨境犯罪频繁发生、亟待妥善处理的现状,以及内地与港澳特区在被判刑人移管方面已有的立法与司法基础,这些充分地表明,在内地与港澳特区之间建构被判刑人移管机制,兼具必要性和可行性。结合上述关于构建被判刑人移管机制之障碍的分析,笔者认为,借鉴香港特区与澳门特区在被判刑人移管方面已有的重要尝试,我国内地也应调整关于承认和执行外国刑事判决的相关规定,创造条件,争取早日签订与港澳特区之间的被判刑人移管协议,完善跨境犯罪刑事管辖权冲突解决机制。

##### (一) 确立积极的承认和执行外国刑事判决制度

中国内地《刑法》第10条对已被外国审判的领域外犯罪的处理做出了规定。如前所述,刑法理论通说认为,该规定体现了对外国刑事判决的消极承认,既强调了国家主权原则,又考虑到了行为人在外国已经受刑罚处罚的事实情况,因而该做法具有妥当性。<sup>[28]</sup> 对于此种情况,近年来有学者认为,中国内地刑法典对外国刑事判决的消极承认已经落后于有关国际公约以及大多数国家刑法立法关于承认和执行外国刑事判决的立法规定,不符合国家主权权力让渡的趋势,也在一定程度上违背了一事不二罚等多种原则。<sup>[29]</sup> 而从客观实际来看,我国逐步采取对外国刑事判决的积极承认与执行原则,如中国内地与很多国家签订的刑事司法协助条约、被判刑人移管条约都鲜明地规定了刑事程序用尽原则,其实就是承认和同意执行其他国家的终审生效刑事判决;中国内地所签订的涉及刑事没收的国际公约(如《联合国反腐败公约》)也都要求在一定程度上承认和执行外国的终审生效刑事判决。因此,即便是改变中国内地《刑法》第10条的规定,采取积极的承认与执行外国刑事判决制度,也并不缺乏相关的法律实践和立法基础。

关于对外国刑事判决的承认和执行的立法模式,理论上大致有两种认识:第一是刑事诉讼法规定模式,即在我国内地刑事诉讼法中规定积极的承认和执行外国刑事判决制度;第二是刑事实体法规定模式,即修改我国内地《刑法》第10条的规定。在笔者看来,采用哪一种模式并不是问题的关键。因为我国内地刑事立法和司法实务在外国刑事判决的承认和执行问题上态度仍然较为保守,如果在未来对外国刑事判决采取积极的承认和执行原则,那么,就应该着重研究如何维护我国的司法主权与权威。其实,参考有关国际公约以及其他国家立法的经验,这并不是一个复杂的问题。有关国际公约以及其他国家在积极承认和执行外国刑事判决的同时,都坚持了尊重和维护各国国家主权的基本观念,确立了公共秩序保留、双重犯罪、一事不二罚以及有利于当事人、刑事程序用尽等原则,而在被判刑人移管方面,还规定有禁止缺席判决、被判刑人同意、允许执行国刑罚转换与特定制度(假释、减刑、赦免等)适用等制度。这些原则与制度就严格地限制了对外国刑事判决积极承认和执行的适用范围,在维护被判刑人合法权益的同时也尽可能地维护执行国的司法主权。因而笔者

[28] 参见赵秉志主编:《刑法总论》,中国人民大学出版社2007年版,第123页。

[29] 参见田彦群、李波:《外国刑事判决和执行问题的理论研讨》,载《深圳大学学报》(人文社会科学版)2004年第5期。

认为,中国内地在刑事法律中确立积极的承认和执行外国刑事判决制度,符合国际公约与其他国家或地区刑事法律在承认和执行外国刑事判决方面的立法趋势,并不会损害国家司法主权;相反,对于与其他国家或地区开展被判刑人移管、赃款赃物的没收等刑事司法协助活动有着积极的推动意义。

在中国内地刑事法律中确立对外国刑事判决的积极承认和执行制度,也就为开展被判刑人移管等涉及刑事判决承认与执行的区际刑事司法协助活动创造了基本的法律条件。关于内地与港澳特区在司法权方面的关系,有学者指出,对我国内地《刑法》第 10 条中的“领域外”这一规定,其深层含义是指我国现行政管辖范围之外的地区,具体包括台湾地区以及香港、澳门两个特别行政区。<sup>[30]</sup> 笔者对此不能苟同,因为我国内地《刑法》第 10 条处理的是国外犯罪问题,其所指的“领域”一词在内涵上与主权国家直接相关,“领域外”当然不能包括中国台湾地区和港澳两个特别行政区。根据中国内地《刑法》第 6 条的规定,在法律有特别规定的情况下可不适用内地刑法,且香港基本法与澳门基本法也均作出规定,港澳特别行政区享有独立的立法权和司法权,因而港澳特区属于“法律有特别规定”而享有独立司法权的情形。<sup>[31]</sup> 根据这些规定,在目前状况下,内地和港澳特区的终审生效刑事判决对本法域以外的其他法域均不发生法律效力。而且,与极为消极地承认外国刑事判决的原则相同,我国内地刑事法律也没有就是否承认其他法域之刑事判决的问题作出规定。但是,《澳门刑事诉讼法》第一部分第五卷第二编“对非由澳门法院宣示之刑事判决之审查及确认”从第 218 条至第 223 条对积极承认和执行其他地区之刑事判决问题做出了规定;香港在 1997 年 6 月颁布实施的《移交被判刑人士条例》、同年 9 月 26 日公布实施的《刑事事宜相互法律协助条例》等法律中也对其他国家或者地区的刑事判决的承认和执行问题作了相关的规定。因此,一旦我国内地将对外国刑事判决的承认从消极态度改为积极态度,自然就能够与港澳特区在此方面的制度接轨。这将为外国刑事判决的积极承认与执行制度援引到区际刑事司法协助中,为积极地承认和执行中国范围内其他法域的刑事判决,为顺利地开展中国区际被判刑人移管,创造基本条件。具体而言,可以先修改中国内地《刑法》第 10 条的规定,再在内地刑事诉讼法中规定完整的积极承认和执行外国、中国其他法域之刑事判决的制度。<sup>[32]</sup>

## (二) 签订内地与港澳特区互相承认与执行刑事判决的协议

中国内地若能在刑事法律中确立对外国刑事判决之积极承认与执行的制度,就为内地与香港、澳门特区之间相互承认对方终审生效之刑事判决提供了可能性。据此,内地有关方面应当认识到被判刑人移管在事后解决跨境犯罪刑事管辖权冲突的积极价值,进而通过协商,化解分歧,达成共识,签订内地与港澳特区间相互积极承认和执行对方刑事判决的协议。对此,笔者认为,应该注意如下几个方面:

首先,可以考虑采用分立模式构建中国区际刑事司法协助机制。尽管一般理论上都赞成和倡导以综合模式开展中国区际刑事司法协助活动,<sup>[33]</sup>但是,世界上绝大多数国家和地区在开展国际刑事司法协助活动时基本上采用了分立模式,分别就引渡、刑事诉讼转移、刑事判决执行、被判刑人移管等签订条约或者协议。联合国在此方面也如此倡导,分别制定了引渡、刑

[30] 参见成良文:《刑事司法协助》,法律出版社 2003 年版,第 130 页。

[31] 参见赵秉志:《中国区际刑法专论》,法律出版社 2004 年版,第 47 页。

[32] 参见黄伯青:《试论附条件地承认和执行外国的刑事判决》,载《社会科学》2008 年第 9 期。

[33] 参见张旭主编:《国际刑法——现状与展望》,清华大学出版社 2005 年版,第 337 页。

事诉讼转移、囚犯移交等刑事司法协助的示范协定。我国内地也是按照这种模式进行此方面的立法或者与外国签订条约的。尽管这种模式比较繁琐,但好处在于容易为各个国家所接受,尽可能地互相尊重司法主权。在我国内地与香港、澳门特区之间采用分别签约的模式开展区际刑事司法协助活动,也符合不同法域之间在刑事法制方面不断磨合、逐渐适应的实际情形。而在此背景下,构建被判刑人移管机制也就显得较为迫切和重要。因为该种方式能够更好地解决中国内地与港澳特区在跨境犯罪刑事管辖权方面的冲突,维护各方的司法权和终审权。而且,尽管被判刑人移管机制的构建并不是过于复杂的问题,因为只要内地确立积极承认和执行外国(地区)的刑事判决制度,也就与港澳特区在此方面所接轨,进而可就此展开协商和探讨。当然,在此方面还有一定的工作要做,因为我国内地与港澳特区不像在逃犯遣返、刑事诉讼转移、协助调查取证等方面那样已进行相当多的合作,积累了丰富经验,相反,并无此方面的实践,因而需要更多的交流、协商和研究。

其次,就我国内地而言,现阶段可不必拘泥于区际被判刑人移管协议的法律地位问题。虽然无法从我国内地的法律规定中找到哪些机关有权与香港、澳门签订我国区际被判刑人移管等刑事司法协助之协议的规定,也无法从宪法和立法法等法律中找到我国区际被判刑人移管协议能否以及如何在内地法律体系中转化为法律规范的规定,但是,这并不能,也不应该成为阻碍我国内地与港澳签订区际被判刑人移管等刑事司法协助协议的问题,因为惩治和防范各种刑事犯罪、维护我国内地与港澳特区的社会稳定、促进经贸等交流与合作才是我国内地与港澳特区的共同目标。我国内地最高司法机关可以积极主动地与港澳特区有关机构签订被判刑人移管的协议,并在条件成熟时将此协议内容纳入立法中。香港、澳门特区则可通过修改法律的方式改变固有的规定,赋予该协议以法律规范的性质,或者将协议内容纳入法律。

最后,考虑到“一国两制”的现实政治制度,在坚持一般原则的情况下,可根据实际情况改变通常与其他国家或者地区签订被判刑人移管的条约或者协议所涉及的某些内容。我国内地与港澳特区签订被判刑人移管的协议,应该参照国际有关公约、世界上其他国家之间此方面条约或者立法的惯例和通常精神,采用有利于被判刑人、对被判刑人一罪不再罚、判刑国刑事程序用尽、执行国独立执行、本地区居民不移管、死刑犯不移管、管辖权保留等原则,但对于有些原则可在协商的情况下适当变化。例如,即便不符合双重犯罪的条件,在适当的情况下考虑保障被判刑人人权的需要,也可允许互相要求移管特殊情况的本地区居民等。当然,在此方面,我国内地与港澳特区的有关机关应当进行全面和细致的协商与研究。<sup>[34]</sup>

## 五 结 语

中国区际被判刑人移管是不同法域在“一国两制”的政治框架下基于惩治犯罪、维护稳定发展的共识而需要开展的区际刑事司法协助活动之一,具有在事后有效地解决跨境犯罪刑事管辖权冲突的积极意义。三地法律理论界对中国区际被判刑人移管问题进行了有一定深度和广度的理论研究,为该机制的构建提供了坚定的理论前提,而中国内地及港澳特区与外

[34] 关于“政治犯不移管”原则能否适用于区际被判刑人移管,笔者曾作了分析,认为该原则不应适用于区际刑事司法协助活动,但是,在香港目前没有对基本法第23条立法的情况下,该原则还需深入的研究。参见赵秉志:《关于祖国大陆与香港建立刑事司法协助关系的研讨》,载《现代法学》2000年第2期。

国在被判刑人移管方面所进行的签订条约和实际操作等活动,无疑为中国区际被判刑人移管机制的构建奠定了扎实的实践基础。在香港、澳门特区在此方面已经有所立法且立法较为完备的情况下,中国内地也可在改变刑事法律中外国刑事判决承认和执行的现行制度后,克服区际协议法律地位难以确定、区际立法经验不足等种种障碍,与香港特区、澳门特区分别签订区际被判刑人移管协议,促进中国区际刑事司法协助关系的全面建立与良好运作,维护我国各个法域的稳定发展。

---

[ **Abstract** ] On the construction of interregional legal regime for the transfer of sentenced persons in China, the Chinese Mainland lacks the rules on the recognition and enforcement of foreign criminal judgments, the legislative attempt on interregional criminal judicial assistance and the approach of resolving conflict of criminal jurisdictions before or after criminal trial. As a result, it has never been able to reach an agreement between the Mainland and the special administrative regions (SARs) of Hong Kong and Macau in this respect. However, the facts that serious crimes frequently take place across regions and that legislative and judicial practice for the transfer of sentenced persons has already been established are adequate proof that it is both necessary and feasible to construct a legal regime for the transfer of sentenced persons between the Mainland and the two SARs. One of important ways to do so is for the Mainland to sign agreement with Hong Kong and Macau on the recognition and enforcement of each other's criminal judgments.

---

(责任编辑:王雪梅)

法律格言

刑罚的威慑力不在于刑罚的严酷性,而在于其不可避免性。

——贝卡利亚