

澳門法律學刊

特刊

區際法律  
和司法合作

二 零 零 四 年

法



歐盟與澳門在法律範疇合作項目



---

## 澳門法律學刊

---

**社長**

高德志

**製作總監**

高秉勇

**所有權人**

澳門特別行政區政府

**出版、發行、編輯部**

國際法事務辦公室

(澳門南灣大馬路762-804號, “中華廣場”大廈17樓)

電話: 337210 傳真: 337224

**印刷**

印務局

**封面題字**

梁披雲

**封面設計**

印務局

**發行周期**

每四個月一期

**發行量**

1,000冊

ISSN-0872-9352

**稿約啟事:**

《澳門法律學刊》歡迎各位來稿。學刊有關部門得為刊用而審閱來稿。擬投稿者請與編輯部聯係。來稿一經刊用，即致稿酬。作者文責自負，本學刊可為來稿提供譯文。

This document has been produced with the financial assistance of the European Community. The views expressed herein are those of the authors and can therefore in no way be taken to reflect the official opinion of the European Commission.

本文件由歐洲共同體資助印製，其內容由作者編製，並不反映歐盟委員會的官方意見。

## 區域性法律和司法合作

### 目 錄

一、社論	
社論 .....	7
二、學說	
澳門特別行政區與中國內地司法協助初探.....	11
利馬(VIRIATO LIMA)	
中國內地與港、澳特別行政區的刑事司法協助問題研究 .....	33
趙秉志	
“一國兩制”下的中國區際司法協助.....	55
趙國強	
澳門特別行政區之區際司法合作 .....	77
高德志 (Jorge Costa Oliveira)及 José Gamito Carrilho	
刑事管轄的衝突問題.....	87
彭仲廉	



## 一、社 論



## 社論

在一九九九年十二月十九日之後的眾多議題中，較為突出的就是區際法律和司法合作。

確實，多個研討會、講座及工作坊都以此為題材，並以書面或口頭形式作出大量的貢獻。

區際法律和司法合作的重要性也獲得澳門特別行政區政府的認可，成為司法合作工作小組的工作的主要內容之一。該工作小組是根據第99/2000號行政長官的批示而成立，由行政法務司司長領導。

有鑑於此，我們決定出版有關這方面內容的《澳門法律學刊》特刊。

本刊登載了中國內地專家的文章，如趙秉志教授和趙國強教授的文章以及澳門一些法律專家有關這一內容的文章，如澳門特別行政區終審法院的利馬(Viriato Lima)法官的文章。

有關刑法在空間上的適用問題與本刊主旨相關，且罕有深入的研究，為此，本刊收錄了有關該內容的一篇值得注意的文章，作者彭仲廉(Júlio Pereira)是澳門和內地刑法的著名學者。

在此刊登的所有文章在幾年前已準備就緒，因此，可以說，這些文章是“彼時”的貢獻，但是，有關題材的吸引性和切時性可充分解釋在二〇〇四年出版本刊的理由。

文章中所討論的問題，其中部分已得到解決，誠然，解決具體問題不能與無休止地爭論有關模式及方案同步，但五年或七年前爭論的許多議題仍具現實性，更為緊迫。

直至二〇〇三年底，澳門特別行政區與中國內地簽訂了一份關於內地和澳門特別行政區法院就民商事案件相互委托送達司法文書和調取證據的區域性法律與司法合作的安排。

在撰寫本社論的此刻，澳門特別行政區正就民事方面及刑事方面的合作與內地和香港特別行政區的有關當局進行協商。

本《澳門法律學刊》的專題必將有助於圍繞區際法律和司法合作問題的思考及辯論，以及激發新的學術貢獻。

澳門，於二〇〇四年一月十日。

執行社長 高德志



## 二、學 說



## 澳門特別行政區與中國 內地司法協助初探\*

利馬\*\* (VIRIATO LIMA)

—

根據《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》(以下簡稱《澳門基本法》)，澳門特別行政區是中華人民共和國內實行高度自治、享有行政管理權、立法權、獨立司法權與終審權的地方行政區(《澳門基本法》第二條及第十二條)。

因此，中華人民共和國全國性法律除列於《澳門基本法》附件

---

\* 本文是作者在一九九八年十二月於海南舉行的《中國內地與澳門法律實務研討會》上的發言，該研討會是由中國法官協會和海南省法官協會主辦，中國(海南)法學實務研究所與中國(海南)改革發展研究院聯合承辦。

\*\* 澳門特別行政區終審法院法官。

三者，以及將來可能增加的關於外交及國防的其他法律外，並不在澳門特別行政區(以下簡稱“澳門特區”)實施(該法第五條)。

而澳門原有的法規及規範性文件，除與澳門基本法相抵觸者外，仍繼續有效，但並不妨礙澳門特區立法機關，依照法定程序對有關法例作出修改(該法第八條)。

中央人民政府負責管理與澳門特區有關的外交及國防事務(該法第十三與第十四條)。

換言之，涉及其他領域的全國性法律並不適用於澳門，同樣，澳門的法律亦不適用於中華人民共和國其他地區。

然而，鑒於澳門的地理位置以及澳門與中國內地在政治、經濟、人文、社會上的密切關係，必然出現許多涉及兩地的法律問題。其中比較受人關注的當然是這次研討會的議題，即有關兩地司法機關的聯系以及對互涉案件法律適用的衝突問題(還有其他，如考慮香港特別行政區的因素。)

因此，有必要提出屬於這一範疇並在適當時應予以解決的所有問題及其解決辦法。

## 二

依照澳門基本法第九十三條的規定，澳門特區可與全國其他地區的司法機關通過協議(或磋商)進行司法方面的聯系和相互提供協助。

因此，澳門特區與中華人民共和國內的其他地區、省份或城市建立司法聯系的適當途徑，應通過中華人民共和國中央政府與澳門特區簽訂協定或協議(除香港由特區政府簽訂外)。

同時，該等協議亦可作為澳門特區與中國內地其他省份就某些特定事項訂定雙邊協定的法律基礎。不過，由於本人並不熟悉中國法律，所以不能對此問題作進一步探討。

在下文中，凡“國家”一詞即指中華人民共和國，而“地區”一詞則指澳門特區。

### 三

在刑事司法協助領域中，有眾多歐洲及聯合國的公約，以及許多國家的國內法可以作為參考，以確定司法協助的主要問題及相應的規範。

以下，我將列舉一些主要的公約與法律：

- (1) 一九五九年四月二十日的《刑事司法協助歐洲公約》；
- (2) 《已決犯及假釋犯監管的歐洲公約》；
- (3) 一九七〇年五月二十日的《關於刑事判決國際效力的歐洲公約》；
- (4) 一九九一年十一月十三日《歐洲共同體成員國關於執行外國刑事判決的公約》；
- (5) 一九七二年五月十五日《關於刑事案件移交的歐洲公約》及一九九〇年五月二十五日《歐洲共同體成員國的協定》；
- (6) 一九八三年三月二十一日《關於移交罪犯歐洲公約》及一九八七年五月二十五日《歐洲共同體成員國的隨後協議》；
- (7) 一九八七年五月二十五日《歐洲共同體成員國關於一罪不二罰原則適用問題的公約》；
- (8) 一九八九年五月二十六日《歐洲共同體成員國關於引渡請

求傳送方式的簡化及現代化的協定》；

(9) 一九八八年《關於非法販運麻醉品及精神治療藥物的聯合國公約》涉及司法合作部分；

(10) 一九八一年三月二十日《瑞士聯邦共和國刑事司法協助聯邦法》；

(11) 一月二十二日《第43/91號法令》，葡萄牙現行法規。

#### 四

在刑事司法協助方面，本人認為中國內地與澳門特別行政區需要訂立有關下列事宜的法則：

甲、 將被拘留人或者罪犯移交予對案件具有管轄權的國家或者地區法院以提起刑事訴訟程序或者執行剝奪自由的刑罰；

乙、 在不能移交被拘留人時，移送有關刑事卷宗以便提起刑事訴訟；

丙、 在澳門特區執行內地法院的刑事判決，反之亦然；

丁、 移交已決犯，以便執行剝奪自由的刑罰或者保安處分；

戊、 監管已決犯或者假釋犯；

己、 刑事上的一般司法協助，包括：

——文件資料的通傳；

——取證；

——搜查、搜索及扣押；

——對犯罪嫌疑人、被告人、證人或者鑒定人傳訊以及聽取其供詞或者證言；

——人員的交往；

——關於法律方面的資料以及涉及犯罪嫌疑人、被告人及已決犯之犯罪記錄的資料。

## 五

中國內地與澳門特區在民商事事宜上亦需要司法合作，同樣地，了解這方面的國際公約是非常有用的，其中主要集中於司法合作方面。

在此，我將列舉以下幾個主要公約：

(1) 一九六五年十一月十五日《關於民事或貿易方面法律文件和不屬訴訟的文件送達和通告外國人公約》；

(2) 一九七〇年三月十八日《關於在外國進行民商事事宜上取證的公約》；

(3) 一九六一年十月五日《關於取消要求外國公共文書合法化程序的公約》；

(4) 一九八七年五月二十五日《歐洲共同體成員國關於取消要求公共文書合法化程序的公約》；

(5) 一九六八年九月二十七日《關於民商上的司法管轄權以及有關判決之執行的布魯塞爾公約》，一九八八年九月十八日的《盧加諾公約》以及一九八九年五月二十六日的《聖塞瓦斯蒂安公約》；

(6) 一九五八年《關於承認與執行外國仲裁裁決的紐約公約》；

(7) 一九七〇年六月一日《關於承認離婚及分居的日內瓦公約》；

(8) 一九九〇年十一月六日《歐洲共同體關於簡化扶養費徵收程序的公約》；

(9) 經十二月二十一日(葡萄牙)第136/82號法令批准通過的一九八〇年五月二十日的《承認及執行關於未成年人監護與恢復監護的判決的歐洲公約》。

## 六

至於兩地在民商事上的法律及司法合作，本人認為應在下列幾方面訂定協議：

- 甲、 司法管轄權及司法判決(包括仲裁裁決)的執行；
- 乙、 簡化扶養費收取程序；
- 丙、 承認及執行有關未成年人監護權及恢復監護權的判決；
- 丁、 司法及非司法文書的送達及通知；
- 戊、 取證。

## 七

接下來，我們將較為詳細地談一談，在兩地司法合作範圍內，進行上述事項所應遵循的原則。

### 刑事領域

本人認為，可以在這個領域達成一個總體的協議，然後將其制度化，以規範合作的原則與一般要件、合作過程的具體規定以及各種合作形式。

在司法合作的一般原則中，應注重下列原則：對等原則、特殊原則與一罪不二罰原則。



根據特殊原則，如某人因司法合作程序而被移送另一地區，並以犯罪嫌疑人、被告人或者已決犯身份參與該地刑事程序，則只以要求司法協助的具體事實受審或者被刑事追究，不能追究其移交前所犯的事實的刑事責任。

依照一罪不二罰原則，當接受司法協助請求而將澳門特區刑事追訴權授予中國內地後(假設犯罪發生地在澳門特區)，則在澳門不能就同一事實提起或者繼續刑事訴訟，亦不能執行已將訴權授予中國內地司法當局執行的判決。

反之亦然。

然而，一罪不二罰原則的內容不僅只限於此，其所包含的意義可以更加廣泛，至少如一九八七年五月二十五日《歐洲共同體成員關於一罪不二罰原則適用問題公約》所規範的一樣。

此公約規定“任何人在某一成員國接受終結審判後，如依照該國的法律，有關刑罰已履行，或者實際上正在執行，或者已不能執行，則不能因相同事實而在其他成員國被追究刑事責任。”(該公約第一條)。

這一規定比《澳門刑法典》第七十六條走得更遠。第七十六條僅規定行為人在澳門因同一事實在澳門以外所受的任何扣留或監禁，均在澳門適用於其的監禁刑中扣除。

在移交已決犯以便執行刑罰或者剝奪自由之保安處分時，即使該已決犯同意移交請求，也應採取其意見的原則。

## 八

至於刑事司法協助的方式，可以考慮以下幾個方面：

甲、對刑事案件有管轄權的國家或者地區，可以請求移交被拘留人以提起刑事訴訟或者執行剝奪自由的刑罰。

在歐洲共同體成員國公約中，考慮到應該加快傳送引渡請求及相關文件的手續，允許以圖文傳真方式傳送有關文件(一九八九年五月二十六日的協議)。

乙、在要件不足而不能移交被拘留人，或者被告人不能出庭受審的情況下，應允許將中華人民共和國의 追訴權授予澳門特區(犯罪發生地在中國內地)，反之亦然。

申請國家或者地區應保證當獲授權的國家或者地區法院作出判決後，不就同一事實對被告人作出起訴。

案件應適用獲授予追訴權的國家或者地區的法律，但提出請求(犯罪發生地)，即授權的國家或者地區的法律對被告人更有利的情況除外。

丙、於澳門特區執行內地的刑事判決及於內地執行澳門特區的刑事判決。

《澳門刑事訴訟法典》(第218條至223條)已就澳門以外的法院所作判決的審查和確認作了規定。

根據第218條第一款“如基於法律，適用於澳門之國際協約或者屬於司法協助領域之協定，非由澳門法院宣示之刑事判決屬於在本地區產生效力，則其執行效力取決於預先審查及確認。”

那就是說，單憑審查和確認澳門以外的法院所作的刑事判決，並不能使有關判決在本地區產生效力；這樣，就需要有有關的本地法規、適用於澳門的國際公約或者屬於司法協助領域的國際協定作出規定。與此相反，在民事訴訟領域，只要澳門以外的法院所作的判決經審查及確認後，即能在本地產生效力。

因此，《澳門刑事訴訟法典》僅對澳門以外的法院所作判決的審查和確認予以規範，卻未對司法協助程序作出相關的規定。

從司法協助的角度來說，執行與剝奪自由的刑事處分有關的判決，必須具備若干前提，那就是：刑罰執行地為已決犯的常居地；為了使已決犯更好地重返社會和彌補犯罪所造成的損害的目的，不能或者不適宜將他(她)移交予判刑之法院。

執行刑罰的國家或者地區可選擇執行由判刑的國家或者地區所適用的刑罰或者透過一定程序，將原刑罰改為另一刑罰，但屬此情況時，執行國或者地區必須以判刑國或者地區之判決內所載的事實為基礎。

判決之執行僅限於：

——剝奪自由的刑罰或者保安處分，或者罰金，但以已決犯在執行地有財產為限；

——充公犯罪所得及犯罪工具；

——賠償。

此外，還可就訴訟過程中保全物品的問題規定必要的強制措施及保全措施。

丁、基於已決犯的自身利益，應容許將已決犯移交，以便在外地服剝奪自由之刑罰或者保安處分；

移交往內地服刑時，應具備下列一般要件：在澳門被判刑的人應為中國公民或者在內地擁有慣常居所；移交往澳門特別行政區之已決犯應在特區內有慣常居所。

另外，罪犯還須事先對此表示同意。

戊、對已決犯或者假釋犯的監視——上述之人以被請求協助監視的國家或者地區作為慣常居所。

這種協助應以有利於不法分子重返社會及監視其行為以便視乎情況而施以一定刑事處罰或者如決定取消假釋時執行該處罰為目的。

己、刑事方面的一般司法協助，主要包括：

——文件資料的通傳；

——取證；

——搜查、搜索及扣押；

——對犯罪嫌疑人、被告人、證人或鑒定人傳訊以及聽取其供詞或者證言；

——人員的交往；

——關於法律方面的資料以及涉及犯罪嫌疑人、被告人及已決犯之犯罪記錄之資料。

涉及上述事項之司法協助請求，應按被請求地法律予以執行；但如果請求國或者地區在請求書中明確要求按請求國或者地區的法律予以執行的除外。

《澳門刑事訴訟法》第213條至第217條規定，澳門司法當局與澳門以外的司法當局之間，得以“司法協調請求書”請對方代為某種司法行為。

在此必須提醒注意，根據《澳門刑事訴訟法典》第216條第一款d項的規定，如有關請求涉及執行非本地區法院所作且須經審查及確認之裁判，而顯示該裁判仍未被審查及確認，“請求書”應被拒絕遵行。

因此，應當以司法協調請求書的形式提出協助請求，以遵守規範請求書的法律規定。

至於其他不涉及司法行為，也就是法律不要求法官參與的請

求，尤其是有關送呈刑事記錄證明、核實身分資料、搜集資料等之請求，應可直接向有關機構提出並予以執行。

可考慮的是，兩地間的司法請求書可由一方法院向預先指定的另一方法院直接發送。

可規定讓澳門特區或者內地的司法當局及刑事警察當局參與必須在內地或者澳門特區進行的刑事訴訟行為，例如聽取證言，而執行該行為時，執行地有關當局應當在場。

特別協助行為有：

——文件資料、犯罪嫌疑人、被告人、證人或者鑒定人的通傳：

司法當局當收到其他國家或者地區當局寄來的訴訟文書或司法判決時，得著手將之知令有關人士，例如要求他們以嫌疑人、被告人、證人或者鑒定人的身份到庭參與刑事訴訟程序。

——將被拘留人或被羈押人暫時移交：

應規定容許將在內地或者澳門特區被拘留或羈押的人暫時移交予澳門特區或者內地，以便他們以犯罪嫌疑人、被告人、證人或者鑒定人的身份參與刑事訴訟程序，但在移交前，必先得到他們的同意，並且須繼續拘留以便事後將他們交還原當局。

屬於上述情況而到庭的人，不能基於未在協助請求書上記載而在該人離開被拘留地前已發生的任何事實，而被拘留追訴、判刑、或者施以任何限制個人自由的處罰。

——物件、有價物品、文件資料或卷宗之送交：

應內地當局或者澳門當局的請求，存在於澳門或者內地且可被扣押的物件、有價物品、文件資料，如顯示對作出刑事判決為必要，可交由作出請求之當局處分。

因違法行為而取得的物件及有價物品，應可交還有關物主。

## 九

接著，讓我們探討一下內地與澳門特區之間有關民事和商事方面的司法協助之原則及方法：

在民事及商事領域中，本人認為應有一個以一般原則及要件，以及各種司法協助形式為內容的一般性協定。

儘管可以制定屬於其他領域的協定，但是，稅務、海關及行政事宜則不應包括在現在討論的範圍內。

在民事及商事領域的司法協助中，首先要解決的問題應是涉及管轄權及判決執行的問題。因為，鑒於澳門特區與內地兩地間的共同法律事務，首要的就是須協調好兩地對一些問題的解決辦法。

在民商事司法協助方面，我將以範本形式提出的《布魯塞爾公約》將不適用於自然人法律地位及能力、婚姻財產制度、遺囑、繼承、破產及仲裁。

## 十

### 法院的管轄權問題

首先指出：根據葡國及澳門法律傳統，以及已提到的《布魯塞爾公約》，涉外管轄權(屬於一國法院審理涉及兩個以上法律區域的案件的司法權)之規定，是獨立於衝突規範的，也就是說，確定涉外管轄權之要素，是不同於確定適用實體法之要素的。

但在普通法法區，涉外管轄權是服從於空間效力衝突規範之規定的(關於這部分內容，參閱：《已修改的民訟法典中的涉外管轄權

——新民訴法面面觀》Dário Moura Vicente，1997，第80至82頁)。

據現行《澳門民事訴訟法典》，澳門法院的域外(國際)管轄權，取決於該法典第六十五條規定的情況。

盡管屬於補充性質，澳門法院對被告為澳門居民的所有案件行使管轄權(第六十五條a項及第八十五條)。

在葡萄牙，基於由一九九七年一月一日起生效的，對民訴法進行了比較深刻改革的法律，這方面有不同於澳門的規定(一九九六年五月二十九日第108/96法令及一九九五年十二月十二日第329-A/95法令)。

因此，在葡萄牙，據上述所提改革法案，葡國法院在域外管轄權方面，採取了在一九六九年九月二十七日《布魯塞爾公約》、一九八八年九月十八日《盧加諸公約》以及一九八九年五月二十六日《聖塞瓦斯蒂安公約》中的許多規定。

根據上述這些被認為革命性及聯盟性的觀點，決定法院行使管轄權的首要事實(要件)為被告住所地在葡國。

我認為上述這些條約的規定，可以通過協議，作為解決內地與澳門特區關係中法院管轄權問題的規範。

基此，合理的總原則是，不管被告具有何種國籍，一律由他們住所地法院受理以他們為被告的案件。

這樣，原被告之權益也得到保障。對原告來說，在可能的判決地提起訴訟，更容易實現其應有權利。對被告來說，他不必到一非常居地進行辯護。

至於特別管轄權方面，由於不適用上述總原則，而除其他情況外，下列種種情況，即使被告住所地為澳門特區，他可以作為被告由內地法院審理，反之亦然：

(1) 合同糾紛案件，由合同履行地法院管轄；勞動合同案件，則由工人通常工作地的法院受理；

(2) 生活費方面的案件，由有權收取生活費一方住所地法院受理，或者當生活費之請求作為與人身份有關之訴的附屬請求時，由屬人法決定法院的管轄權，但當該管轄權是基於訴訟一方的國籍而行使時則除外；

(3) 非合同糾紛案件，由損害行為發生地法院管轄；

(4) 因刑事違法行為提起的賠償之訴，由審理公訴案件之法院受理。當然，只有根據法律，該法院也有權審理刑事附帶民事訴訟時才可；

(5) 保險方面的案件，可在保險機構其住所地或者受保地法院作為被告起訴；

(6) 民事責任保險方面的案件，受理由受害人向被受保人提起訴訟的法院行使對負有民事責任的保險機構提起訴訟的案件的管轄權，只要該法院所在地允許；

(7) 消費合同案件，消費者可向合同另一方所在地法院起訴，也可由消費者住所地法院管轄；

另外，法院對下列案件行使專屬管轄權——即不考慮住所地因素，雙方也不能通過協議指定管轄法院，否則一方法院可拒絕執行侵犯其專屬管轄權作出的裁決：

(1) 不動產物權，由不動產所在地法院管轄；

(2) 破產或者資不抵債案件，由法人或者資不抵債者所在地法院管轄；(如象《布魯塞爾公約》規定的那樣，把破產案排除在外的話，本專屬管轄權毫無意義)；

(3) 公司或者法人之合法性、無效性或者其解散方面等案件，



由其所在地法院管轄；

(4) 以審查公共登記資料有效性為主要訴訟標的的案件，由該等登記資料保存地法院管轄；

(5) 必須予以備案或者登記的專利、商標、設計及適用新型等工業產權的登記或者有效性等案件，由備案地或者登記地法院管轄；

(6) 與裁決執行有關的案件，由執行地法院管轄。

基於澳門現行法律的規定(民訴法典第65-A條，C行)，《民事訴訟法典(草案)》保留了澳門法院對勞動關係糾紛案件的專屬管轄權。但應澄清的是，只針對合同關係發生在澳門的案件(其實這也是對現時規定的合理詮釋)。

理論界一直對這種過寬的專屬管轄權及司法界仍予以追隨的結果作出批評(Rui Moura Ramos)《國際勞動合同的法律調整》，第778至780頁，和《國際民事訴訟法的改革》——《立法與司法雜誌》，第130頁，第231頁)。

《聖塞瓦斯蒂安公約》在對上述所提的《布魯塞爾公約》所作的修正案(第17條第5段)中，接受了排除專屬管轄的約定管轄協議(雙方當事人)，但雙方約定管轄僅在下列情況下有效：糾紛產生後之約定管轄或者工作者據糾紛前管轄協議，希望向被告住所地以外的法院起訴，又或者基於前面已提到的關於勞動合同管轄權的相牽連的規定。

應確立如下補充性規定：

(1) 合同一方住所地為內地或者澳門特區，而雙方又約定，內地或者澳門特區法院對任何已發生或者將發生之合同糾紛有受理權，則該法院享有專屬管轄權；

但如根據前面提到的原則，一方法院擁有專屬管轄權，而以排

除這種專屬管轄權為目的的，則約定管轄協議無效。

(2) 當一方法院受理了屬於另一方法院專屬管轄的案件，受理法院法官應主動並正式地宣告其不具有管轄權；

(3) 當被告住所地為內地或者澳門特區，案件由非被告住所地法院受理且被告又不出庭應訴時，如受理法院之管轄權並非基於司法協議之規定，則該法院應自行正式宣告其不具有管轄權；

(4) 當相同之案件(訴訟當事人相同、訴訟請求相同及訴因也相同)同時由內地及澳門特區法院受理時，最後受理案件之法院應中止訴訟，直到首先受理案件之法院確定管轄權為止。

當首先受理之法院宣告其具有管轄權時，另一方法院應自行宣告其無管轄權，以便有利於首先受理案件法院的管轄。

(5) 上述程序也適用於因牽連而應一並審理之案件。

## 十一

現在，我們談一下裁決之承認與執行。

根據現行澳門民事訴訟制度，外來之判決只有經澳門高等法院審查確認後才在本地區發生效力，但該等外來判決僅作為證據而由本澳法院審理案件時予以判斷者除外(民訴法典第1094條)。

這種核查就其性質而言，主要是形式上的，不涉及實體審查。也就是說，原則上，審查法院僅僅查核外來判決是否在形式上符合特定要件，如判決書是否真確，是否終局判決，制作判決法院是否具有管轄權以及被告是否被傳訊答辯過；審查法院不能把自己當作審理案件之法院，適用澳門法律，去衡量外來判決之結果，但如外來判決之被告為澳門居民——法律講葡國公民，但應理解為澳門居

民，且問題應按澳門法律中的衝突規範予以解決，從而違反澳門私法時除外。

民事訴訟法典草案對此作出了部分修改，主要是葡國理論界已接受且體現於葡國現行法律中的部份。

保留了外來判決須經承認及對它們主要作形式審查的特點，但縮小了因有居留權(法律字面上理解為國籍)而享有的特權範圍，居留權再不是確認外來判決的條件，而僅僅是作為質疑確認請求的理據。

也就是說，審查法院再也無權主動認為，以澳門居民為被告之外來判決違反澳門法律，從而拒絕予以審查。

法院只有在被告提起此問題時，才可予以解決，從而拒絕審查。因為一般認為此屬於外來判決中敗訴方之處分權(F. A Ferreira Pinto, “民訴法典草案相關規定初析——《經濟法律雜誌》第XIII, 1987, 第55頁)。

當確認之結果，明顯地與澳門法律制度之基本原則相衝突時(公共秩序之基本原則)，不能接受確認審查之請求。

應當考慮的是，在內地與澳門之間，應否建立一套類似於歐共體各成員國間的制度：一成員國制作的司法裁決不必經任何程序，自動獲得其他成員國承認(《布魯塞爾公約》第26條，下面將予以簡述)。

在對審查請求質疑方面，任何持主要憑據(裁決書)而申請承認裁決之利害關係人，可請求承認裁判之結果。

絕不能對裁判之結果作實體性審查，亦即審查法院不得以外來判決違背其實體法為由拒絕承認外來判決。

下列裁判結果不獲承認：

(1) 當承認違背被請求國之公共秩序時；

(2) 當引起訴訟程序之訴訟行為(如起訴狀),沒有以正當及在有效期內送達給缺席審判之被告,以便他行使抗辯權時;

(3) 當裁判之結果與被請求國法院就同樣訴訟主體所作之判決結果不相協調時;

(4) 當裁判之發出國作出裁決結果時,沒有尊重被請求國之國際私法中有關人身份地位、自然人能力、婚姻財產制度、遺囑及繼承之規定時;但當如適用被請求國之國際私法原則而所得之結果與外來裁決之結果相一致時除外;

(5) 當裁決之結果與一非成員國就相同之訴訟主體、相同之訴因及相同之訴訟請求所作之裁決結果不相協調,而該非成員國制作之裁決具備由被請求國承認之條件時;

(6) 當裁決違背條約規定之法院管轄權時。

經任何一方利害關係人向選定之法院提出請求時,由一成員國發出且在其國內具強制執行效力之裁決,可經另一成員國宣告賦予執行效力並予以執行。

《布魯塞爾公約》僅規範了賦予執行效力之程序,具體執行判決之程序,則按被請求地法律進行。

宣告賦予外來判決執行效力之請求,只有在出現上述提到的拒絕承認外來裁決之情況時,才可予以拒絕。

被請求法院應在短時間內對請求作出決定。在此階段,被執行人不能提出反對,但可對執行之決定提出上訴,上訴僅限於法律審。

根據同樣程序,經請求,由一成員國制作並具執行效力之公證文書,可被另一成員國宣告賦予執行效力。

十二

在簡化相互承認的執行程序上，有兩方面值得強調：

- (1) 關於生活費方面；
- (2) 在未成年人照管方面。

為便於收取贍養費，最好就下列幾方面達成協議：

分別由內地及澳門特區指定統籌機構，行使下列職責：

- 負責協議之執行，並可採取各種措施尋找和確定責任人；
- 向各公共機構獲取有關責任人情況之資料；
- 推動裁決之登記及賦予裁決執行效力之宣告；
- 為把贍養費劃撥給受益人或者受益機構提供方便；
- 當有義務提供贍養費而拒絕向受益人支付時，確保採取法律允許的所有強制執行措施，以便獲取有關款項。

在未成年人照管方面，考慮到未成年人越境之數量及解決由此產生問題的難度，應就下列各方面達成協議：

分別由內地及澳門特區指定一個統一機構，以便：

- 負責協議之履行；
- 轉呈與正在處理個案有關的涉及處理機構的查詢請求；
- 採取措施，以便有權責機構得悉未成年人的下落；
- 採取臨時而必須之措施，以便維護未成年人的利益；
- 確保裁決之承認或者執行；向聲請人移交未成年人；當批准執行裁決時，就已採取之措施及執行進度通告執行申請機構。

許可執行請求之簡化。

十三

內地與澳門兩地司法協助之另一議題為有關取證、司法及非司法文書之送達。

同樣在民事訴訟領域，澳門內部法規允許通過協調執行請求權，請求外地法院代行某些訴訟行為(民訴法第176條第1.2款)。

除另有協議外，可通過任何渠道收取協調執行請求書；通過外交途徑接收之協調執行請求書則由檢察官公署予以推動執行。

關於請求書發送方面，通常由法院辦事處直接發往外國法院，但有協議者除外。

司法實踐中，由於葡萄牙加入了許多國際公約，因此大部分請求書並非由法院直接發往外國法院，而是通過中央政府機構為中介進行。

至於將來內地與澳門兩地關係上，本人認為有關調查取證(獲取證人證言、鑒定人意見以及文件之扣押)和司法裁決及司法文書之送達的請求書，可直接由一方法院向另一方法院發送，以便加快執行速度。

所有協調執行請求書，都以緊急案件來處理。

另一方面，經被請求方法院以個案形式批准，允許請求方法官參與請求之執行過程，是有好處的。

同樣地，澳門特區司法官親身到內地，在內地司法官見證下，實施某些司法行為，如聽證等，是有益的。

當然，據對等原則，內地司法官也可來澳門進行上述活動。

至於協調執行請求書的執行形式，則以被請求地的法律規定為準。在不違反被請求地法律規定的情況下，要求以特定形式執行請

求書也可被接納。

#### 十四

#### 結論

由於澳門回歸中國後，享有高度自治權。因此，我認為，重要的是雙方就刑事、民事及商事方面的司法協助達成協議。

在刑事司法協助方面，比較重要的問題包括：

- (1) 被拘留人之移交；
- (2) 刑事程序性行為之代理；
- (3) 判決之執行；
- (4) 已決犯之移交；
- (5) 刑事司法協助總體上還包括：各種證據之獲取；搜查及搜索、扣押；犯罪嫌疑人、被告人、證人及鑑定人之傳喚以及對他們之聽證並告知相關之權利；犯罪嫌疑人、被告人及已決犯之刑事紀錄。

在民商事司法協助方面，主要問題包括：

- (1) 司法管轄權；
- (2) 裁決之執行；
- (3) 取證；
- (4) 司法及非司法文書之送達和傳喚。

我們希望，能就上述問題達致一有約束力之協議，以便回應內地、澳門兩地居民對公正與安全之期望。





## 中國內地與港、澳特別行政區的 刑事司法協助問題研究

趙秉志\*

### 前言

1997年和1999年，香港和澳門將先後回歸祖國。屆時，港、澳兩地將分別根據《中華人民共和國香港特別行政區基本法》和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》的規定，設立特別行政區，實行高度自治，保持與中國內地相異的社會制度和生活方式。在法制方面，港、澳兩個特別行政區將保留自己的法律體系和司法系統，享有獨立的司法權<sup>1</sup>。由於法律制度上的差異和沖突，中國內地與

---

\* 中國人民大學法學院副院長。

1. 參見《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第2條、第5條、第17條、第18條、第19條和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第2條、第5條、第

港、澳兩個特別行政區之間在處理互涉刑事案件時，就必然會產生司法協助問題。《中華人民共和國香港特別行政區基本法》和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》均明確規定，香港、澳門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系和相互提供協助<sup>2</sup>。這一規定，是中國內地與港、澳兩個特別行政區進行刑事司法協助的法律依據，同時也界定了這種協助的性質、基本原則和大致的途徑、模式。鑒於中國內地與香港、澳門兩個特別行政區刑事司法協助的性質、原則、範圍、方式等均應相同，本文亦將中國內地與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助問題一併進行研究。

#### 一、中國內地與港、澳特別行政區刑事司法協助的性質

刑事司法協助是不同司法機關為共同懲治和防範刑事犯罪而進行的相互配合活動。根據性質的不同，刑事司法協助又可分為國內刑事司法協助和國際刑事司法協助。

國內刑事司法協助是同一國家內不同司法機關之間處理刑事案件時的協作關係。根據國家結構形式的不同，國內刑事司法協助又分為兩類：一是單一制國家中，法律制度和司法制度是統一的，司法機關是平行的，不存在法律上的差異而只可能產生地域管轄上的沖突，其司法協助也一般由國內統一的法律予以規制，並不產生較多的問題，即使產生問題，一般也容易解決。有學者將之稱之為同

---

17條、第18條、第19條的規定。

2. 參見《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。

質區域間的司法協助<sup>3</sup>。二是在聯邦制國家中，存在著多個相對獨立的立法權和不同的司法制度，法律沖突和管轄沖突較為嚴重，而且由於各不同法域均以維護自己的利益為宗旨，其司法協助關係變得複雜。這種刑事司法協助類型，最早見於美國。1787年的美國憲法第4條分4款規定了州之間的關係，其中第二次即是關於罪犯移交的司法協助內容<sup>4</sup>。十九世紀初期，德國各邦的司法機關也建立刑事司法協作關係，以處理一些跨邦犯罪行為<sup>5</sup>。有學者將第二種類型的司法協助稱作異質區域間的司法協助<sup>6</sup>。

國際刑事司法協助是十九世紀中期以後逐漸發展起來的，現在已成為具有諸多規則的國際刑事司法協助體系，其特徵是在不同主權國家之間進行司法合作。

根據香港和澳門兩個特別行政區基本法的規定，特別行政區是中華人民共和國不可分離的部分，是在中央政府領導下的一個行政區域，它與中國其他省市相比，享有高度的自治權。但這種高度自治並未改變港、澳兩個特別行政區為中國地方政府的性質。因而在“一國兩制”的體制下，中國仍是一個統一的單一制國家，與聯邦制國家有著本質的不同。鑒此，中國內地與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助具有以下性質：

---

3. 參見黃進、黃風主編：《區協司法協助研究》，中國政法大學出版社1993年版，第5頁。

4. 參見Ronald D. Rotunda:《Modern Constitutional Law》，P.1 XIV 1985 by West publishing Co. St. paul, Minn。

5. 參見黃進、黃風主編：《區協司法協助研究》，第4頁。

6. 同注（3）。

第一，屬於國內不同法域之間的司法協助，不能搬用國際刑事司法協助的模式；

第二，屬於單一制國家中不同行政區域的司法協助，不能搬用聯邦制國家不同法域之間刑事的司法協助模式；

第三，屬於一般行政區與享有高度自治權的特別行政區之間的司法協助，不能適用中國內地司法機關之間司法協助的規定。

由上可見，中國內地與港、澳兩個特別行政區之間的刑事司法協助，具有自身的特殊性，沒有現成的模式可以套用。把握住這一點，是確立這種刑事司法協助原則和具體辦法的前提。

## 二、中國內地與港、澳特別行政區刑事司法協助的基本原則

### （一）“一國兩制”原則

“一國兩制”是處理中央政府與港、澳兩個特別行政區關係以及中國內地行政區域與港、澳兩個特別行政區關係的總原則。中國內地與港、澳兩個特別行政區建立刑事司法協助關係，也應堅持這一原則。“一國兩制”原則在中國內地與港澳兩個特別行政區刑事司法協助中主要體現為以下兩個方面：

第一，將中國內地與港、澳兩個特別行政區的司法協助作為一國內不同法域之間的合作，不得適用國際刑事司法協助中帶有強烈主權色彩的一些原則和作法。例如，根據香港和澳門兩個特別行政區基本法的規定，中央人民政府負責管理特別行政區的外交和防務事務<sup>7</sup>，港、澳兩個特別行政區均應立法禁止任何叛國、分裂國家、

---

7. 參見《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第13條、第14條和《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第13條、第14條的規定。

煽動叛亂、顛覆中央人民政府及竊取國家機密的行爲<sup>8</sup>，即港、澳兩個特別行政區負責維護國家統一的義務。因此，政治犯、軍事犯不引渡的國際刑事司法協助的規則就不能適用於中國內地和港、澳特別行政區之間的刑事司法協助。再如，死刑犯拒絕引渡是國際刑事司法協助的一個規則，香港已通過立法，宣佈永久廢除死刑<sup>9</sup>，而內地廢除死刑還是很遙遠的事情，在雙方進行刑事司法協助時，港、澳兩個特別行政區也不得引用死刑犯不引渡的規則而拒絕向內地遣送或移交罪惡極大的犯罪分子。除此之外，由於內地與港、澳兩個特別行政區之間的刑事司法協助屬於同一國家內不同法域之間的司法合作，雙方還應在各自法律許可或雙方約定的範圍內盡量提供便利。這體現了“一國”的精神。

第二，應充分考慮港、澳兩個特別行政區的特殊性，不得適用中國內地同一法制下不同司法機關之間的刑事司法協助模式。在同一法律制度下，不同司法機關依據相同的法律處理刑事案件，在進行司法協助時不存在實體法上的障礙，在協助程序上也帶有較強的義務性。而在中國內地與港、澳兩個特別行政區之間進行刑事司法協助時，不僅存在實體法上的沖突，在程序上雙方的義務也相對較弱，而且，作為高度自治的特別行政區，具有獨立的立法權和司法權，在與之開展刑事司法協助時就顯得比較複雜。例如，《中華人民共和國刑法》第3條規定，凡在中華人民共和國領域內犯罪的，均適用中華人民共和國刑法，但法律有特殊規定的除外。香港和澳門

---

8. 參見《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。

9. 1993年4月21日，香港立法局以40票的多數贊成，通過了廢除死刑的條例，將謀殺罪的刑罰改為終身監禁。

兩個特別行政區當然屬於中華人民共和國的領域，但根據香港和澳門兩個特別行政區基本法的規定，《中華人民共和國刑法》並不能在兩個特別行政區適用<sup>10</sup>。這樣，對於跨內地和兩個特別行政區的犯罪究竟由何方管轄，就產生了沖突。在訴訟程序上，對這類沖突的解決並不存在內地司法機關與特別行政區的司法機關的共同上級司法機關，因此也不能適用內地刑事訴訟法中的指定管轄去解決。這體現了“兩制”的特點。

## （二）平等協商原則

平等協商原則源於香港和澳門兩個特別行政區基本法。《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第95條規定：“香港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系和相互提供協助。”《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第93條也作了相同的規定。這些規定表明，在司法協助關係中，港、澳兩個特別行政區與內地司法機關地位平等。所有合作事項均需協商解決。根據香港特別行政區基本法和澳門特別行政區基本法的規定，香港和澳門兩個特別行政區均屬中國地方行政區域，直轄於中央人民政府<sup>11</sup>，並具有獨立的司法終審權<sup>12</sup>。亦即港澳兩個特別行

---

10. 根據《中華人民共和國香港特別行政區基本法》附件三的規定，在香港特別行政區實施的全國性法律有6件，根據《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》附件三的規定在澳門特別行政區實施的全國性法律有8件，但均不包括《中華人民共和國刑法》。

11. 參見《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第12條、《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第12條。

12. 參見《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第2條、《中華人民共和國澳門特別行政區基本法》第2條。

政區與中國內地的任何一級司法機關之間，均無任何隸屬關係，因此，無論中國內地哪一級司法機關欲同港、澳兩個特別行政區進行刑事司法協助，均須通過雙方協商解決，任何一方不得以任何理由強迫另一方接受或者不接受某一刑事司法協助事項。當然，在雙方經平等協商達成協議後，雙方均應遵守執行。此外，平等還意味著雙方權利義務的平等，任何刑事司法協助的事項均是相互的、對等的。

### （三）尊重對方法律的原則

在“一國兩制”的情況下，港、澳兩個特別行政區的法律必然和內地的法律存在大量的沖突。比如內地認為是犯罪的，根據港、澳兩個特別行政區的法律則可能不認為是犯罪，反之亦然；內地和港、澳兩個特別行政區的法律均認為是犯罪的行為，在處罰上往往又會有輕重之別；在訴訟文書的格式、具體的訴訟程序上，也存有相當的差別。在這種情況下，一方的訴訟文書或訴訟行為是否能為另一方承認，就成為雙方開展刑事司法協助時必須首先解決的問題。例如，中國內地司法機關簽發逮捕令，請求港、澳兩個特別行政區協查罪犯，而根據港、澳兩個特別行政區的法律，此種行為不構成犯罪，那麼特別行政區是否可以拒絕協助呢？我們認為，即使是在“一國兩制”的情況下，中國仍是單一制國家，不同法域的法律和司法文書應具有相同的效力，一個法域不宜以與自己法律規定不同而拒絕另一法域所提出的刑事司法協助請求，不得引用國際刑事司法協助中的“雙重犯罪”、“有利於被告人”等規則作為拒絕提供刑事司法協助的理由。關於此點，美國憲法第4條關於各州之間關係的規定似可借鑒。美國憲法第4條第1款規定：“各州對其他各

州的公共法案、記錄和司法程序，應給予完全的信賴和尊重。國內得制定一般法律，用以規定這種法案、記錄和司法程序如何證明以及具有何等效力。”第2款規定：“每州公民應享受其他各州公民所有的特權及豁免。凡在任何一州被控犯有叛國罪、重罪或其他罪行者，逃出州外而在另一州被緝獲時，該州應即依照該罪犯所逃出之州行政當局之請求，將該罪犯交出，以便移交至對該犯罪案件有管轄權之州。凡根據一州之法律應在該州服刑或勞役者，逃往另一州時，不得因另一州之任何法律或條例，免除其服刑或勞役，而應依照有權該服刑或勞役州之請求，把人交出<sup>13</sup>。”雖說中國內地與港、澳兩個特別行政區之間的關係與美國各州之間的關係不同，但美國憲法中關於各州相互尊重其他法律的規定的精神是值得借鑒的。當然，在刑事司法協助中尊重對方法律，並不是要求協助方對請求方的任何協助請求都無條件予以協助，而應確定適當的審查程序，使被請求方具有一定的合理的拒絕權。

#### （四）適當保留公共秩序原則

公共秩序保留原則是國際刑事司法協助與合作中的一般原則，其含義是在國際刑事司法協助中，若請求國所請求之事項有損於被請求國的主權、公共秩序以及基本法律原則時，被請求國有權拒絕提供協助合作。中國內地與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助並不是照搬這一原則，而只是這一原則精神的轉用。之所以要在內地與港、澳兩個特別行政區之間的刑事司法協助中引入這一原則的精神，主要是基於如下考慮：

---

13. 同注（4）。



第一，內地和港、澳兩個特別行政區雖為一個國家，但政治、經濟制度完全相反，甚至在本質上是對立的。既然允許兩種對立制度並存，就應為它們的並存給予一定的條件，允許一方為維護自己的基本利益而拒絕向另一方提供某些方面的協助。

第二，由於內地和港、澳兩個特別行政區法律制度、法律觀念差別甚巨，對許多問題雙方不可能有完全相同的認識，而這種認識上的差距又不可能通過強求而達到統一。因此，在刑事法司法協助中，對一些分歧太大的問題，應允許使用公共秩序保留的手段予以處理。

第三，這種公共秩序保留是有限的，而且對雙方均有利。就是在國際刑事司法協助中，公共秩序保留也不得濫用，況且，中國內地和港、澳兩個特別行政區刑事司法協助中使用公共秩序保留時，雙方還存有協商的余地。因此，這一原則不會對雙方的重大利益構成損害。

#### （五）誠實合作原則

既然是協助，就是雙向的，沒有誠實的配合協作，刑事司法協助只能是一句空話，而且在實務上極易放縱犯罪，最終危害雙方的利益。在目前中國內地不同司法機關之間刑事司法協助實踐中，地方保護主義色彩相當濃厚，已成為內地司法協助的一個重大障礙。在內地與港、澳兩個特別行政區刑事司法協助中，雙方均應誠實合作，力戒本位主義，要從全局出發，從長遠出發，共同維護社會秩序。為貫徹這一原則，雙方均應建立一定的監督制約機制，以確保刑事司法協助的順利進行。

#### (六) 合理界定管轄權的原則

在刑事司法協助中，界定刑事管轄權是雙方合作的又一重要前提，若請求方對請求事項不具有實體上和程序上的管轄權，被請方可以拒絕提供協助。由於中國內地和港、澳兩個特別行政區存在法律上的差異和刑事管轄上的沖突，在刑事司法協助中就必須界定雙方分別管轄的範圍。

從實體刑事管轄權上看，內地與港、澳特別行政區的管轄分工應以特別行政區基本法為依據。根據兩個特別行政區基本法的規定，特別行政區的防務、外交事務由中央政府負責，除基本法附件所列的幾個法律以外，其他全國性法律均不適用於兩個特別行政區<sup>14</sup>。就刑事方面而言，港、澳兩個特別行政區對其域內犯罪具有獨立的管轄權。依據這些精神，我們認為，內地與港澳兩個特別行政區刑事管轄的分工應堅持以屬地主義為主，以限定的屬人主義為補充的原則。具體來講，可以分為以下兩類情況：

##### 1. 關於相互派駐人員犯罪的管轄問題

根據港、澳兩個特別行政區基本法的規定，中央人民政府將向香港特別行政區派駐軍隊<sup>15</sup>，並分別在兩個特別行政區內設立處理外交事務的機構；中央各部門，各省、自治區、直轄市經港、澳兩個特別行政區政府同意並經中央人民政府批准，也可在兩個特別行政區設立機構，而且規定，這些派駐機構的人員均需遵守所駐特別行政區的法律；兩個特別行政區也可在北京設立辦事機構<sup>16</sup>。這些派駐人員的犯罪問題，可以分為兩類情況界定管轄權：

14. 參見注(10)。

15. 參見《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第14條的規定。

16. 參見《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第13條、第22條和《中華

其一，一方派駐人員在所駐域內利用職務犯罪的，所侵犯的主要是派駐方的利益，應依據屬人的原則，由派駐方管轄。如中國內地派往港、澳兩個特別行政區的公務人員貪污、受賄、泄露國家秘密的犯罪，應由內地有關的司法機關管轄；港、澳兩個特別行政區派駐內地的公務人員利用職務犯罪的，應分別由港、澳兩個特別行政區的司法機關管轄。

其二，派駐人員在所駐域內犯非職務性之罪的，主要是侵犯駐在區的利益，應依據屬地原則，由犯罪地的司法機關管轄。如中國內地派駐港、澳兩個特別行政區的公務人員在所駐域內犯強姦、殺人、盜竊等非職務之罪的，應分別由兩個特別行政區的司法機關管轄。

## 2. 其他人員犯罪的管轄問題

除上述互派人員利用職務犯罪適用屬人管轄原則外，其他一切犯罪均應適用屬地原則界定中國內地與港、澳兩個特別行政區之間的刑事管轄權。具體又可分為兩種情況：

其一，分裂國家、煽動叛亂、顛覆中央政府和竊取國家機密的行爲，危害整個國家的利益，香港和澳門兩個特別行政區基本法均規定，特別行政區應自行立法禁止此類行爲<sup>17</sup>。“禁止”自然應包括對這類行爲的刑罰懲治，否則此條規定定成虛設。對此類行爲，中國內地和港、澳兩個特別行政區的法律均認爲是犯罪，刑事管轄權的界定應以屬地原則解決。

---

人民共和國澳門特別行政區基本法》第13條、第22條的規定。

17. 參見《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第23條和《中華人民共和國香港特別行政區基本法》第23條的規定。

其二，其他一般刑事犯罪所侵犯的主要為行為地或結果地方的利益，雙方均應充分尊重對方的刑事管轄權，依據屬地原則界定管轄範圍。

上述兩種情況只是解決了實體法上的管轄分工，確定了司法協助的前提條件。在實踐中，訴法管轄的沖突依然存在，如對於跨地區犯罪、國際性犯罪、危害雙方的犯罪，內地和特別行政區均有管轄權，究竟由何方處理又成問題。但這類問題已屬於具體的協助事項，並非是原則性問題，可以通過移送管轄、合並審理等具體協助途徑予以解決。具體處理時可以確立或起訴或移送規則。

### 三、中國內地與港、澳特別行政區刑事司法協助的主要內容

綜觀各種類型的刑事司法協助，盡管適用的原則和具體程序、規則不同，內容卻均是大同小異的。根據《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條的規定，內地與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助的內容並無特別限制，亦即凡是可協助的司法事項，只要雙方協商同意，均在準允之列。

#### （一）雙方需要進行刑事司法協助的若干情形

根據國際國內刑事司法協助的實踐經驗以及中國內地與港、澳兩個特別行政區的特殊關係，雙方可能產生刑事司法協助的情形主要有以下諸種：

1. 一方居民在本區內犯罪後逃至另一方，有管轄權的一方要求逮捕犯罪嫌疑人及將之遣送的協助：

2. 一方居民在本區內違反另一區刑法，行爲人仍在行爲地方，有管轄權的一方要求犯罪嫌疑人所屬方移送犯罪嫌疑人的協助；
3. 一方居民在本地區內違反另一區刑法，行爲人已爲有管轄權的一方拘捕，有管轄權的一方要求犯罪嫌疑人所屬方提供有關行爲人及其犯罪行爲材料調查的協助；
4. 一方居民在另一區違反所屬區刑法，有管轄權的一方要求犯罪嫌疑人所在方緝捕犯罪嫌疑人及遺送和調查證據的協助；
5. 一方居民在另一區違反所在區的刑法，且已爲有管轄權的一方拘捕，有管轄權的一方要求犯罪嫌疑人所屬方提供行爲個人情況的協助。
6. 一方居民在另一區違反所在區的刑法，行爲人又逃回所屬區的，有管轄權的一方要求犯罪嫌疑人所屬方逮捕並遺送犯罪嫌疑人的協助；
7. 對跨地區的刑事犯罪，雙方或多方進行聯合偵破的協助；
8. 一方居民在所屬區內違反本區及他區刑法而在他區受到審判，審判方要求他方提供犯罪證據、犯罪人情況的協助以及判決後向對方送達法律文書的協助；
9. 一方居民爲另一方區域內刑事案件的證人或被害人，有管轄權的一方要求證人或被害人所屬方、所在方協助調查取證的協助；
10. 行爲人實施跨地區的犯罪行爲，同時違反多方刑法，有管轄權的各方協商管轄及移送案犯和案件材料的協助；
11. 數人共同違反多方刑法後分別爲有管轄權的多方捕獲，多方進行合併審理及移送案件和犯罪嫌疑人的協助；
12. 一方居民在他方同時違反雙方或多方刑法，有管轄權的一方在審判後將已決犯移送罪犯所屬區執行刑罰的協助；

13. 其他交流犯罪情報的協助。

(二) 雙方進行刑事司法協助的主要內容

上述幾種情形，只是中國內地和港澳兩個特別行政區之間刑事司法協助中可能出現的具體情況。至於協助的事項和具體原則，我們可以將之系統歸納為以下若干項：

1. 犯罪情報交流。在“一國兩制”時期，中國內地與港、澳兩個特別行政區之間交往極其頻繁，跨地區的犯罪也會大量增加，一方的社會治安狀況必然會對另一方產生影響。因此，內地與特別行政區建立犯罪情報交流制度，對於共同懲治和防範刑事犯罪尤其是跨地區的刑事犯罪，具有重要的意義。

2. 緝捕犯罪嫌疑人。在內地與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助中，緝捕犯罪嫌疑人是常常使用的一項重要措施。在進行此項協助時，除基於必要的公共秩序保留原則以外，雙方均不得使用國際刑事司法協助中的“雙重犯罪”標準作為拒絕協助的理由。在具體程序上，請求方應提出基本的事實證據和法律依據；協助方經審查認為符合協助條件的，依自己的法律在域內緝捕。若屬共同緝捕的，雙方經協商各自在其域內緝捕。必要時，一方警務人員可經另一方同意到其域內協助緝捕。

3. 文書的送達和調查取證。在國際刑事司法互助中，文書送達和調查取證是最為重要的內容，因此也形成了一系列的國際規則。如協助機關須為中央機關，協助的條件應遵守雙重犯罪原則，非政治犯、軍事犯原則，非被請求國國民原則等等。勿庸置疑，在“一國兩制”時期，文書的送達和調查取證也將是中國內地和港、澳兩個特別行政區刑事司法協助的一個重要方面。但是，由於這種協助關係屬於國內不同法域之間的協助，不能適用國際刑事司法協助中

的雙重犯罪原則，非政治犯、軍事犯原則和非被請求方居民原則。但可以根據公共秩序保留原則予以適當限制。若請求協助的事項的執行將干擾被請求方正在進行的調查起訴或審判活動，被請求方也可以推遲提供協助。

從今後的實際需要分析，內地與特別行政區送達文書和調查取證的範圍是相當廣泛的。在文書方面，包括司法文書和非司法文書。司法文書是指在刑事訴訟過程中由司法機關制作或簽發的各種法律文件或文書，如傳票、出庭通知、判決書、裁定書等。非司法文書則是指除上述司法文書以外的且與特定的刑事訴訟活動有關的各種書面材料，如身份證明、公證文書、信函等。在調查取證方面，既包括非強制性的調查取證方式，也可包括強制性的調查取證方式。前者包括詢問當事人、嫌疑犯、罪犯、證人、鑒定人和其他訴訟參與人以及進行鑒定、檢查勘驗等；後者包括搜查、扣押物證或書證及對被告人身體進行強制檢查等。但實際執行中，被請求方應依據己方的法律慎重採取強制性措施。

4. 遣（移）送犯罪嫌疑人。遣（移）送犯罪嫌疑人是中國內地和港澳兩個特別行政區刑事司法協助的又一重要內容。在雙方進行此項司法協助時，不得引用國際刑事司法協助中關於引渡的一些規則，如政治犯、軍事犯、本國公民不引渡原則等。因為對於內地與港澳特別行政區來講，不存在不同的政治犯和軍事犯，這兩類犯罪都是雙方所應共同懲治的，沒有拒絕（移）送的理由。至於本方居民，只要不損害己方重大利益和法律秩序，也不應成為移送的障礙。

5. 刑事案件管轄移交。只要存在管轄沖突，刑事案件的移管就不可避免。在中國內地和港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助中，刑事案件管轄的移交指多個區域的司法機關同時對某一刑事案件或

者刑事案件的被告人享有管轄權，且在均掌握有證據材料準備起訴或審判情況下，通過協商將此案統交一個司法機關處理，其他司法機關將其掌握的案件材料移交給行使管轄權的司法機關，從而便利整個案件審理的情形。管轄移交分為主動移交和被動接受兩種主要類型。都須符合兩個原則，即存在管轄沖突和便於訴訟。至於哪些案件需要移交，如何移交，雙方或多方則可在協商中具體解決。一般情況下，以下幾種情形，均可提出移交問題：

(1) 犯罪嫌疑人是被請求方居民，或者以被請求方為居所地的；

(2) 犯罪嫌疑人在被請求方正在接受或將要接受涉及剝奪自由的審判的；

(3) 被請求方正在對犯罪嫌疑人在同一犯罪或其他犯罪提起刑事訴訟；

(4) 請方認為移交管轄有利於查清案件事實，特別是最重要的證據在被請求方的掌握之下的；

(5) 被告人不能在請求方或者被請求方出庭的；

(6) 從整個案情上看，由請求方或者被請求方管轄更有利於案件審理或者有利於判決執行的等。

6. 已決犯的移管。由於中國內地與港、澳兩個特別行政區的居民均有可能在非所屬方被判刑，自然就存在已決犯的移管問題。已決犯的移管在國內和國際刑事司法協助中都經常發生，其旨意在於便於監獄管理和利於服刑人的自新改造。在“一國兩制”的情況下，中國內地和港澳兩個特別行政區在政治、經濟、法律制度以及社會生活方式上均存在較大的差異，一方居民在另一方被判刑後，在服刑期間管理機構和服刑人均有諸多不便，因此有必要將已決犯移交到他所屬的一方服刑。移管的條件是已決犯的請求和被請求方



的同意。從內地和港、澳兩兩個特別行政區判處的已決犯來看，一般分為兩類：其一是一方居民違反他方刑法而被他方司法機關判處刑罰的，其二是一方居民同時違反多方刑法而在他方被判處刑罰的。很顯然，移管第一類罪犯，應堅持雙重犯罪的標準進行協助，若被請求方的法律認為已判刑之人的行為根本不違反己方刑法，就極難接受移管。移管第二類罪犯，被請求方應遵循刑事司法協助中的尊重對方法律的原則，貫徹“一事不再理”的規則，不再對行為人的同一犯罪事實重新進行審理，也不能改變移管方已作出的判決。根據這一規則，《中華人民共和國刑法》第7條規定的有條件承認外國刑事判決的精神<sup>18</sup>和香港現行的只將外國判決作為一種法律事實看待的規定<sup>19</sup>，在中國內地與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助中，均無適用的餘地。在具體操作方面，移管雙方還應就具體事項，如監管場所、代為行刑的費用、行刑結果的通報等進行妥善的協商。

7. 贓款贓物的追繳和移交。贓款贓物是刑事犯罪的重要證據，其中有一些被害人還享有請求返還的權利。在內地與港澳特別行政區互涉刑事案件的審理過程中或審理完畢之後，還有一個贓款贓物的追繳和移交問題。追繳和移交贓款贓物主要是基於兩種原因：一是便於訴訟，此時贓款贓物是作為證據使用；二是返還被害人，此時是為彌補由犯罪造成的損失。贓款贓物的移交，不得妨礙被請方正在進行的刑事訴訟，不得違反被請方關於特定物品的特殊規

18. 《中華人民共和國刑法》第7條規定：“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，仍然可以依照本法處理。但是在外國已經受刑罰的，可以免除或者減輕處罰。”

19. 參見黃進、黃鳳主編：《區協司法協助研究》第44條。

定，也不得妨礙被請求方區域內之有關人員或單位對該種款物的合法請求權。

上述七點，是中國內地和港澳特別行政區刑事司法協助的主要事項。其中有些項目，如交流犯罪情報、緝捕罪犯、遣送犯罪嫌疑人、委托調查取證等，雙方尤其是內地和香港已開始了合作，並取得了較好的效果，這些經驗為今後系統建立和逐步完善雙方刑事司法協助關係大有助益，也為今後開拓新的協助事項提供了寶貴的經驗。

#### 四、中國內地與港、澳兩個特別行政區刑事司法協助的途徑與模式

合理、妥善的合作途徑和模式，是中國內地與港、澳兩個特別行政區之間刑事司法協助得以建立並良好運作的基本保證。關於中國內地與特別行政區司法協助的一般途徑和模式，有的學者提出過四個構想，即：（一）中國內地兩個特別行政區分別修訂現行的涉外司法協助法律，並在此基礎上不斷完善中國內地與特別行政區的司法協助關係；（二）中國內地各省、自治區、直轄市分別與特別行政區簽訂司法協助協議，但內地30個省、自治區、直轄市，分別協商無疑過於繁瑣，因此，可以由某個省代表內地其他省、自治區、直轄市與特別行政區簽訂一個司法協助協議；（三）由中國司法部司法局牽頭，吸收各法域的代表人物成立一個“區際司法協助委員會”，經過協商，制定一部《中國區際司法協助示範法》，由各法域權力機構予以批准施行；（四）根據特別行政區基本法的規定，增加可以施行於特別行政區的全國性法律，由全國人民代表大會常

務委員會制定一個關於中國區際司法協助的統一法律，在全國各個法域內共同實施<sup>20</sup>。

我們認為，上述構想是具有建設意義的。但中國內地與港澳兩個特別行政區的刑事司法協助的途徑和模式，應當嚴格按照兩個特別行政區基本法的有關規定，在充分考慮雙方不同社會制度和法制狀況的基礎上，逐步建立並予以完善。可以預見，中國內地與港澳特別行政區刑事司法協助的途徑和模式具有多樣性，很難用簡單的同一路徑和模式去解決。

1. 國際法性的途徑和模式。根據港、澳兩個特別行政區基本法的規定，香港和澳門兩個特別行政區均屬中國一個地方行政區域，不得以主權國家的身份參加國際活動。但是，一些非主權國家的國際活動，兩個特別行政區仍有權參加。其法律根據分別為香港特別行政區基本法第152條、第153條和澳門特別行政區基本法第136條、第137條、第138條的規定。這些規定的基本內容是香港和澳門兩個特別行政區，可以以“中國香港”、“中國澳門”的名義參加某些國際組織和國際會議；兩個特別行政區可以和中國內地同時適用某些國際協議。因此，在“一國兩制”時期，中國內地和港、澳兩個特別行政區之間的刑事司法協助，仍有可能是通過國際性的途徑和模式進行，只是這種途和模式不得有違於兩個特別行政區基本法關於“一國兩制”規定的精神。例如中國內地和香港均設有國際刑警組織中心局，在“一國兩制”時期，兩個中心局仍將並存，一些屬於其職責範圍內的刑事司法協助事項，仍可由兩警務機構按國際刑警組織的內部規則和程序進行合作。

---

20. 參見黃進、黃風主編：《區際司法協助研究》第50-52頁。

2. 中國內地與港、澳兩個特別行政區刑事司法協助的主管機關，在兩個特別行政區為特別行政區政府，在內地分別為省級司法機關和中央司法機關。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條均規定，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系和相互提供協助。根據這些規定，雙方在刑事司法協助中，香港和澳門兩個特別行政區的主導機構為特別行政區而不是其司法機關，內地則是司法機關而不是政府<sup>21</sup>。至於特別行政區基本法所規定的“全國其他地區”在內地是指哪一級的司法機關則無明確界定<sup>22</sup>。我們認為，就內地而言，“地區”既包括省、自治區、直轄市一級的司法機關，也包括中央一級的司法機關。省以下的司法機關不得作為與港、澳兩個特別行政區進行刑事司法協助的主體，所有需要協助的事項均應通過省級司法機關統一辦理。內地中央一級的司法機關與港、澳兩個特別行政區沒有任何隸屬關係，也沒有共同的上級。因此，雙方若有司法協助事項時，亦應分別協商解決。而且，內地中央一級的司法機關與兩個特別行政區之間的司法協助事項，應限定其法定管轄範圍內的事項，而不得為全國性的、只屬領導權的事項的協助。例如按照內地法律的規定，在全國範圍內通緝犯罪嫌疑人的職權屬於公安部<sup>23</sup>，港、澳兩個特別行政區欲請內地公安機關協助在內地通緝追捕犯罪嫌疑人時，可以與內地某個省、直轄市、自治區的公安進行協商，也可以直接與公安部聯系，在全國範圍內通緝。最高人民法院可以就自

21. 參見王叔文等編著：《澳門特別行政區基本法導論》，中國人民公安大學出版社1993年版，第323頁。

22. 同注（21）。

23. 參見《中華人民共和國刑事訴訟法》第91條的規定。

已審理的刑事案件的有關事項，與港、澳兩個特別行政區進行刑事司法協助，而不得就各省、自治區、直轄市各級法院審理的刑事案件同港、澳兩個特別行政區進行刑事協助。

3. 中國內地與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助的模式可以是簽定協議予以統一規範，也可以是就個案進行協商。個案協商的特點是靈活方便，但其最大的缺點是過於繁瑣，且不易於規範，如果內地所有司法機關與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助均採用此模式，定會使兩個特別行政區不勝應付，最終導致雙方的協助關係無法運作。因此，簽定協議是雙方刑事司法協助的主要模式，個案協商是協議以外事項的例外協助模式。在具體方式上，由於中國內地法制統一，可以用統一的規則、程序和方式與兩個特別行政區分別協商簽訂協議。協議的事項和內容，可以以廣東省等與特別行政區刑事司法協助較多的省份的經驗為標準，盡量全面、細緻、可行。這樣，對內地一些與港、澳兩個特別行政區刑事司法協助事項較少的省、自治區、直轄市來講，還具有一定的超前性，做到有備而待，以免再臨事而議。

在中國內地與港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助中，我們不贊成雙方各自立法的模式，也不贊成由全國人大制定全國各法域通行的區際刑事司法協助法。因為這兩種模式均與香港和澳門兩個特別行政區基本法的規定相悖。首先，雙方各自立法，有違於雙方協商的原則，而且單方面立法往往是一廂情願，很難使雙方密切配合。其次，根據兩個特別行政區基本法的規定，中央政府只負責特別行政區的防務和外交事務，兩個特別行政區均享有獨立的司法權，是否同外地進行刑事司法協助，如何進行協助，完全是特別行政區的內部事務，只要特別行政區在此方面沒有違反其基本法，沒

有損害國家統一和主權，中央政府均不得干涉。因此，那種認為中國內地與港澳兩個特別行政區的司法協助屬於全國性事務而由中央統一立法的設想是不妥的。

### 結束語

中國內地和港澳特別行政區的刑事司法協助，是一個嶄新而複雜的問題，涉及到中國中央政府和特別行政區的關係、中國內地地方行政區域和特別行政區的關係以及兩個特別行政區之間的關係問題。這種協助關係得以建立並能良好運作，對中國內地和港、澳兩個特別行政區的共同穩定具有重大意義。從現實和發展的角度觀察，這種協助關係的建立，還可為中國內地和臺灣之間的刑事司法協助提供可資借鑒的模式。

中國內地和港、澳兩個特別行政區的刑事司法協助，內容繁多，政策性強，技術要求高。限於篇幅，本文僅對雙方刑事司法協助的基本理論問題作了前瞻性探討，一些更深入、更具體的問題還有待於在調查研究的基礎上作詳盡的分析和論述。

## “一國兩制”下的中國區際司法協助

趙國強\*

隨著香港特別行政區和澳門特別行政區的成立，中國內地和特別行政區之間以及兩個特別行政區相互之間如何開展司法方面的聯繫，彼此提供協助，將會十分現實地擺上議事日程，成爲一個必須解決的實際問題。這一問題目前已經引起了國內法學界的關注，不少學者在超前研究的基礎上，開始構畫未來中國區際司法協助的框架和模式，並提出了一些具有建設性的意見和方案。但是，作爲一個新課題，現有的研究畢竟還停留在起步階段，很多問題尚須在“一國兩制”的大前提下，結合香港、澳門的實際情況，作深入、具體的探討。有鑒於此，筆者不揣淺陋，擬在本文中就中國區際司法協助的產生、範圍、原則和模式，談幾點個人的看法，以期求教於各位法學界同仁。

---

\* 澳門大學法學院教師。

### 一、中國區際司法協助是“一國兩制”的必然產物

“司法協助”是一個特定的法律名詞。據有關學者考證，該詞起源於德文“Rechtshilfe”，司法協助制度最初也是出現在十九世紀的德國。當時，強盛的德意志帝國已經衰弱，並逐步分裂成爲一群各自獨立的邦國。這些邦國在其本邦範圍內，均擁有制定各種法律以及按照本邦法律進行司法管轄的權力。一邦國司法機關若未經他邦國司法機關的同意，擅自派員進入他邦國執行某種司法行爲，就構成了對他邦國司法權的侵犯。由是，各邦國司法機關爲了完成一些跨邦國的司法行爲，不得不依靠相互之間的互惠合作，從而產生了一套比較固定的司法協助制度。

司法協助制度得以產生的歷史背景表明，構成司法協助的必要因素不是區域的劃分，而在於不同的區域是否各自享有獨立的立法權和司法管轄權，形成不同的法域。換句話說，不同區域之間存在著立法和司法上的沖突，乃是產生司法協助制度的前提條件。有些學者在給“司法協助”一詞下定義時，之所以通常將其視爲國與國之間的司法合作關係，道理恐怕就在於此<sup>1</sup>。

當然，倘若僅僅將“司法協助”一詞視爲國際法特有的概念，這是有悖於司法協助本意的。不少國家，尤其是一些聯邦制國家，其本國內部各個州都享有相對獨立的立法權和司法權，每個州客觀上都可以成爲一個相對獨立的法域，因而彼此之間不可避免地會發生如何相互傳遞司法文書、如何相互遣返逃犯、如何相互承認法院

---

1. 如柴發邦教授主編的《民事訴訟法新編》對司法協助所下的定義是：“司法協助，是指不同國家的法院之間，根據本國締結或者參加的國際條約或者互惠關係，彼此相互協助，爲對方代爲一定的訴訟行爲”。



判決等司法合作上的問題。由此可見，司法協助以其不同法域的政治地位為標準，可以分為國際司法協助和區際司法協助。前者反映了國與國之間的司法合作關係，後者則體現了一國內部不同法域之間的司法合作關係。

一個國家內部是否存在區際司法協助，關鍵取決於該國的政治體制。眾所周知，中國歷來是一個單法域國家，其內部有著統一的立法和司法制度。根據中華人民共和國憲法規定，全國人民代表大會是國家最高權力機關，有權修改憲法，監督憲法的實施，以及制定和修改刑事、民事、國家機構的和其他的基本法律。凡由國家最高權力機關制定的法律，均在全國範圍內生效。各級地方權力機關、地方政府和地方司法機關，必須維護國家的統一，保證憲法和其他法律的遵守和執行。因此，在統一的立法和司法制度下，中國各級司法機關相互之間雖然也有一個如何劃分管轄權的問題，但這種司法管轄主要是針對案件管轄而言，不等於各自劃地牢。比如，某地司法機關在處理跨地區案件時，可以派員赴外地執行收集證據、追捕逃犯等司法行為，無須徵得他地司法機關的同意；他地司法機關對外地司法人員履行公務的行為，應依法予以配合，提供方便。對由法院作出且已發生法律效力的民事判決、裁定，或刑事判決、裁定中的財產部分，若需在外地執行的，可以委托外地法院代為執行，受托法院不得拒絕<sup>2</sup>。凡此種種，都說明中國作為一個單法域的國家，其內部不存在立法上的沖突，不具備產生區際司法協助的前提條件。如果說中國內地地方司法機關之間也有協助的話，那麼，這種協助的實質是相互配合，目的是為了共同維護法的統一實施，因

---

2. 《中華人民共和國民事訴訟法》第210條就當地法院委外地法院代為執行法院判決事宜作出了明確規定。

而不能同通常意義上的司法協助相提並論。有學者認為，區際司法協助可以分為同質區域和異質區域的司法協助，並把中國內地地方司法機關之間的相互配合視為同質區域的司法協助<sup>3</sup>，這種觀點是值得商榷的。

但是，當中國政府以“一國兩制”的模式恢復對香港和澳門行使主權後，原在中國實行的統一的立法和司法制度就會發生相應的變化。因為根據香港特別行政區基本法和澳門特別行政區基本法規定，特別行政區不實行社會主義的制度和政策，保持原有的資本主義制度和生活方式，五十年不變。除外交和國防事務屬中央人民政府管理外，特別行政區依照基本法的規定實行高度自治，享有行政管理權、立法權、獨立的司法權和終審權。這就是說，在立法方面，特別行政區立法機關可以自行制定刑事、民事、行政、經濟等各項法律，原在香港、澳門適用的法律，只要不抵觸基本法，或未經特別行政區立法機關作出修改，都會予以保留，繼續生效；全國性法律除限於某些有關國防、外交和其他依照基本法規定不屬於特別行政區自治範圍的法律，並在基本法附件三予以列明者外，均不適用於特別行政區。在司法方面，特別行政區所享有的司法權不僅表現為對本地區案件享有管轄權，包括終審權而且具有明顯的排他性。中國其他地區的司法機關不得擅自派員進入特別行政區執行公務，內地法院作出的判決不會在特別行政區自然生效，中國最高司法機關對特別行政區司法機關不具有監督和指導職能。質而言之，特別行政區作為一個獨立的法域，既有不同於內地的法律制度，又有在本區域內獨立進行司法管轄的權力。所以，為了克服這種由“一國

---

3. 參閱黃進、黃風主編：《區際司法協助研究》，中國政法大學出版社，1993年版，第5-6頁。

兩制”而引致的立法和司法上的沖突，使跨法域的司法行爲得以順利完成，內地、香港特別行政區和澳門特別行政區三個不同法域必須相互合作，建立起一套行之有效的中國式的區際司法協助制度。

## 二、中國區際司法協助的範圍

由於司法協助的範圍在理論上至今尚未形成一致的看法，學者們眾說紛紜，莫衷一是，因此，研究中國的區際司法協助，首先需要明確將來中國內地、香港和澳門相互之間進行司法協助，究竟應當包括哪些具體內容，其範圍有多大，這是一個非常現實，也是不容忽視的問題。筆者認爲，關於中國區際司法協助的範圍，可以從以下三個方面加以探討：

### （一）中國區際司法協助的行爲範圍

在國際法學界，司法協助依其協助的行爲方式，通常被分爲狹義的司法協助和廣義的司法協助。狹義者，是指司法協助僅包括送達司法文書、詢問證人、調取證據等司法行爲，如德國法的傳統觀念認爲，司法協助只能在傳遞訴訟文書和履行收集證據的範圍內進行；而廣義者，則指司法協助除包括狹義的內容外，還包括相互承認和執行法院判決等內容，如法國學者對司法協助的理解就包括了免除外國人訴訟費用和訴訟費用擔保、發給外國法院判決的執行狀等民事訴訟方面的各種合作形式<sup>4</sup>。從理論上分析，狹義和廣義的司法協助的產生，主要原因在於法院判決作爲訴訟程序的最終歸

---

4. 參閱韓德培教授主編：《國際私法》，武漢大學出版社，1989年版，第425-436頁。

宿，乃是司法權的核心所在；當國與國之間進行司法協助時，承認和執行外國法院的判決，不僅與國家主權密切相關，而且極易造成同本國法律制度的直接沖突，故是一個比較敏感的問題。

但是，在設定中國區際司法協助的範圍時，筆者認為採用廣義的司法協助觀點是比較妥切的，其主要理由是：第一，隨著國際經濟的發展，國與國、地區與地區之間的聯系和交往必將日益增多；為了適應國際社會的客觀需要，司法協助的範圍也會逐步擴大，此乃歷史潮流所向，大勢所趨。第二，區際司法協助不同於國際司法協助，它不涉及國家主權。盡管理論上司法協助存在著狹義和廣義之分，但各國在開展區際司法協助時，都無例外地包括了相互承認和執行法院判決等內容，只不過是達致的方式不同罷了。第三，在國際司法協助問題上，中國的立法和實踐，一貫都採用廣義的司法協助論<sup>5</sup>，我們沒有理由在不涉及國家主權的區際司法協助問題上卻採取保守的做法。第四，香港和澳門兩個特別行政區不僅在地理位置上同中國內地結為一體，而且其居民絕大多數為中國公民，相互之間的接觸和往來十分頻繁。因此，盡可能拓展中國區際司法協助的範圍，有利於維護國家的統一，有利於保持各法域的穩定和繁榮，也有利於充分保障當事人的正當權益。

## （二）中國區際司法協助的領域範圍

國內有些學者在論及司法協助的範圍時，往往將國際司法協助視為國際民、商事訴訟程序的一個組成部分，從而把區際司法協助

---

5.《中華人民共和國民事訴訟法》第二十九章就中國法院和外國法院相互承認和執行法院判決事宜作了專門規定。

也納入“準國際私法”的研究範疇<sup>6</sup>，並認為區際司法協助僅僅是指在一個國家內部，不同法域的司法機關在處理民、商事案件時相互給予的合作<sup>7</sup>，這是不切合實際的。

不同法域之間在刑事領域相互進行協助，並非今日有之；如國與國之間涉及逃犯移交的引渡制度，有著相當悠久的歷史，實為近代和現代意義上的司法協助的重要組成部分。尤其是隨著世界經濟的發展和各國交往的增多，刑事司法協助作為不同法域共同打擊犯罪活動的一項有效手段，越來越多受到各國學者的關注和立法者的重視，有關刑事司法協助的理論也在不斷向前發展。比如，鑒於刑法的性質、地位與民、商法不同，在傳統觀念上，學者們通常將刑事司法協助限定在移交逃犯和狹義的司法協助範圍內，尚不涉及相互執行刑事裁決等內容。但在二次世界大戰後，傳統的刑事司法協助理論受到了挑戰。有些學者，如荷蘭的費爾斯曼教授和德國著名的國際刑法學家葉謝克教授分別將國際刑事司法協助分為兩種，一種是第一位或古典形式的刑事司法協助，內容包括引渡和狹義的司法協助；另一種是第二位或新形式的刑事司法協助，內容包括刑事裁決的代為執行、刑事追訴的移接管轄。後一種刑事司法協助的形態，構成了國際刑事司法協助理論中的一個新的流派，也確實反映了國際社會在刑事領域進行合作的客觀需求，因而為某些國家所採納。當然，將來中國的區際司法協助是否應當包括這方面的內容，可結合具體情況，深入探討。

---

6. 參閱1990年第2期《法學》：“內地與港澳地區司法協助方式的選擇”。

7. 參閱1991年第2期《中山大學學報（社會科學版）》：“當前內地與港澳司法協助的一些問題及其解決途徑”。

在實踐方面，各國之間進行刑事司法協助的依據主要有兩大類：一類是多邊國際公約和雙邊國際條約。如1933年的《泛美引渡公約》、1959年的《歐州刑事司法協助公約》、1961年的《非洲和馬爾加什共同體組織公約》、1972年的《歐洲刑事訴訟移管公約》等國際公約，都屬於刑事司法協助的多邊公約；至於兩國之間的雙邊刑事司法協助條約，則更是不乏其例，舉不勝舉。中國在這方面的起步較晚，但也已經參加了涉及刑事司法協助的一些國際公約，如1988年的《聯合國禁止非法販運麻醉品和精神藥品公約》。除此之外，中國還同波蘭、蒙古、羅馬尼亞等國簽訂了包含刑事司法協助內容的雙邊國際協議。各國進行刑事司法協助的另一類依據是國內立法。如目前許多國家在本國立法中，都制定了比較完備的引渡法例，在無國際條約的情況下，這些引渡法例就是本國向他國移交的法律依據。從八十年代起，有些國家，如德國，瑞士、葡萄牙等國爲了更有效地同外國開展刑事司法協助，對引渡立法進行了改革，將刑事司法協助的其他形態同引渡制度合在一個法律中，制定了專門的《國際刑事司法協助法》<sup>8</sup>。由此可見，將刑事司法協助排除在司法協助的範圍之外，無論在理論上還是在實踐中都是毫無根據的。

應當指出，由於港澳地區目前所處的特殊地位，現階段中國內地與港澳地區之間開展司法協助存在著不少複雜的因素。除廣東省高級人民法院和香港最高法院之間達成了一個非常有限的送達司法文書的協議外，雙方至今還沒有全面簽訂關於司法協助的協定。但是，即使在這種情況下，港澳地區與中國內地在刑事領域的合作關

---

8. 如瑞士於1981年、德國於1982年、德國於1982年、葡萄牙於1991年分別頒布了《國際刑事司法協助法》。

係，卻按照互惠的原則，取得了一定的進展。如廣東人民檢察院與香港廉政公署長期以來一直在相互提供證據、傳詢證人等方面保持著密切的合作關係；而澳門警察機關和廣東省公安機關定期舉行的粵澳兩地治安會晤，同樣在互通情報、遣返逃犯等方面，達成了默契，建立了比較良好的合作關係。可以說，現階段港澳地區與中國內地的司法協助關係之所以主要體現在刑事領域，客觀上反映了兩地在共同打擊犯罪、維護社會治安方面的實際需要。隨著港澳地區主權的回歸，這種需要不僅不會削弱，而且必然會更加強烈，更加迫切。如何採取更為有效的措施，加強中國內地、香港、澳門在刑事領域的合作關係，必將成為中國區際司法協助的一項重要內容。

### （三）中國區際司法協助的主體範圍

關於司法協助的主體，學者之間的看法並不一致；總的來說，大致可形成三種意見：一是“法院主體”論，即進行司法協助的有權機關是法院，司法協助的實質是不同法域的法院相互代為一定的訴訟行為<sup>9</sup>。二是“司法機關主體”論，即除法院外，其他司法機關也是進行司法協助的有權機關，司法協助的客體可包括訴訟活動以及其他司法行為<sup>10</sup>。三是“司法機關和其他主管機關主體”論，即依法享有相應職權的任何機關，都可以成為司法協助的有權機關<sup>11</sup>。筆者認為，上述第一種意見過於狹窄，無法包涵司法協助的實際

---

9. 參閱注釋1。

10. 參閱1989年第2期《法學評論》：“淺析司法協助的幾種形式”。

11. 參閱黃進主編：《區際司法協助的理論與實務》，武漢大學出版社1994年版，第2頁。

內容，尤其是在刑事方面，警察、檢察機關的參與十分突出，不可能排除。至於對第二和第三種意見，筆者較傾向於第三種意見。

雖然，就字面而言，“司法協助”顧名思義是指司法領域內的合作關係，與司法機關的行為密切相關；但是，由於各國或各地區的傳統觀念不同，對司法機關的理解或司法權的行使往往差異很大。比如，在波蘭等國除法院外，公證處也有權處理一些數額不大的財產糾紛，並有權執行相應的司法協助請求；在法國、比利時等國，司法送達員不具有官方機構的性質，然有權執行送達司法文書的請求。即使在港澳地區，情況也有所不同。如香港的檢察機關不屬於司法機關，廉政公署享有很大的司法權；而澳門的檢察院則隸屬於司法機關，反貪公署不享有司法權。因此，用“司法機關”去涵蓋司法協助的主體，難以照顧到不同法域的傳統習慣，理論上容易造成混亂。相反，把司法協助的主體限定在依法享有相應職權的主管機關範圍內，既可以適應各法域的不同情況，也有利於建立有效的司法合作關係。

其次，在對司法領域的理解上，也宜採用廣義的解釋，即司法領域不僅包括文書送達、傳詢證人、逮捕羈押、作出判決等訴訟活動，而且還應包括司法行政方面的內容。比如，現澳門居民赴中國內地處理某些民、商事務時，內地職能部門往往要求其出示相應的證明文書，並只承認澳門有關政府部門出具的婚姻狀況證明，不承認澳門政府部門出具的其他民事證明文書。根據中國司法部規定，此類證明文書需由司法部指定的駐澳機構或民間社團出具，方予以承認。這種做法雖有歷史上的原因，但畢竟非常不規範，容易導致證明文書的虛假性，並給大部分澳門居民出具民事證明文書帶來了困難。此外，在公證文書的認可方面，澳門和中國內地至今尚未形



成一套規範的認可程序，客觀上也給兩地居民造成了很多不便之處，往往使其無所適從，疲於奔命。因此，無論是現在還是將來，港澳地區與中國內地相互承認公證文書或民、商事證明文書方面，極需建立積極合作關係。這種合作關係應當屬於司法協助的範疇，成爲未來中國區際司法協助的一個有機組成部分。

### 三、中國區際司法協助的原則

研究中國區際司法協助的原則，必須同中國區際司法協助得以產生的歷史背景結合起來，既要參考外國的經驗，又不能照搬外國的做法。如前所述，由於中國的區際司法協助是“一國兩制”下的產物，各法域在政治體制、經濟文化和社會生活等方面的差別十分明顯；因此，如何從中國的國情出發，因地制宜地提出符合“一國兩制”方針的中國區際司法協助原則，具有非常重要的指導意義。

筆者認爲，中國各法域之間開展區際司法協助所必須遵循的最基本的原則應當是：

#### （一）維護國家主權原則

毋庸置疑，“一國兩制”方針作爲中國政府完成統一大業的基本國策，前提是維護國家統一和領土完整，這是中國政府解決香港、澳門以至臺灣問題的根本出發點。爲此，香港特別行政區基本法和澳門特別行政區基本法明確規定，在港澳地區主權回歸之後，香港和澳門作爲中華人民共和國的一個地方行政區域，是中華人民共和國不可分離的部分，直轄於中央人民政府；它們依法所享有的高度自治權，來自於全國人民代表大會的授權。基本法的上述規定，構

成了產生中國區際司法協助法律基礎，表明中國的國家主權是不可分割的；港澳地區實行的自治，是國家主權下的地方自治，應當服從國家主權的需要，這是中國各法域開展司法協助必須遵循的基本的政治原則。質而言之，中國的區際司法協助不能變相地演化為國際司法協助，也不能摻雜有國際司法協助的因素。

目前，港澳地區與中國內地之間的司法協助，在很大程度上帶有“雙重性”的特徵，其中既有區際司法協助的因素。比如，1988年7月香港最高法院依據香港地區適用的《承認與執行外國仲裁裁決公約》，準許執行中國國際經貿仲裁委員會作出的一項仲裁裁決，以及1994年葡萄牙政府應中國政府提出的引渡請求，由澳門高等法院依據在澳門適用的葡萄牙引渡法律，對數名在中國內地作案後逃至澳門的疑犯進行審理的案件，都明顯具有國際司法協助的因素。港澳地區與中國內地現階段的司法協助包含有國際司法協助的因素，主要是因為主權回歸之前，港澳地區作為英、葡管轄下的一個區域，有些方面的司法協助仍然要受制於國與國之間的關係。比如，就引渡而言，雖然引渡案發生在澳門，但澳門地區本身不享有引渡權，引渡的請求和被請求主體只能是中國政府和葡萄牙政府，澳門當地司法機關對引渡案件的審理權，也只能是來自於葡萄牙主權機關的授權，其審理依據是延伸適用於澳門的葡萄牙引渡法律，這是上述引渡案件具有國際司法協助性質的根源所在。但是，由於港澳地區畢竟自古以來就是中國的領土，中國政府從來未放棄過對其的主權要求，它們和中國內地唇齒相依，血肉相連；因此，港澳地區與中國內地現階段的司法協助又必然包含有區際司法協助的因素。本文前面提到的1988年廣東省高級人民法院同香港最高法院就相互協助送達民、商事訴訟文書達成的協議，以及澳門與廣東兩地通過

治安會晤形式達致的合作關係，就屬於區際司法協助的範疇。比如，根據粵澳兩地治安會晤達成的默契，在中國內地實施犯罪後逃至澳門的公民，歷來是通過遣返的途徑送回內地，而不是依據引渡法律移交。上述引渡案件的產生，僅僅是因為逃犯具有香港居民身份或同時備有外國護照，情況不同，故而適用引渡程序，不具有普遍性。

然而，隨著港澳地區主權的回歸，中國內地、香港和澳門三法域之間進行司法協助，就不應當再包含任何國際司法協助的因素。比如，在各法域都生效的有關司法協助的國際公約，只能用來作為該法域同外國進行國際司法協助的依據，而不能成為各法域之間進行區際司法協助的依據。有學者認為，在港澳地區主權回歸後，中央尚未就中國區際司法協助作出統一立法，而各法域又未就司法協助問題達成協議之前，國際公約可以成為各法域進行司法協助的依據<sup>12</sup>。甚至有學者認為，由於中國區際司法協助關係特殊，各法域間借助國際條約來調整司法合作關係是切實可行的<sup>13</sup>。這些觀點筆者不敢苟同。要知道，無論是現在還是將來，香港和澳門作為一個非主權地區，本身都不可能成為必須以主權國家身份加入的國際公約的成員。在主權回歸之前，某些國際公約之所以在港澳地區適用，那是因為英國和葡萄牙在加入公約後，又通過法定程序，使其延伸於港澳地區。在中國政府恢復對港澳地區行使主權後，中國內地、香港和澳門就同屬於一個主權國家，彼此間如何進行司法協助是一國主權範圍內的事務，不應當再以國際公約作為司法協助的依據，否則有損於國家主權，與港澳地區的非主權地位是不相應的。

---

12. 同上，第33-34頁。

13. 參閱黃進、黃風主編：《區際司法協助研究》，中國政法大學出版社，1993年版，第34頁。

至於有學者以兩個特別行政區基本法關於已適用於香港和澳門的國際協議仍可繼續適用的規定為理由，來論證自己的觀點，這無疑是對基本法的誤解。因為基本法的上述規定，是基本法“對外關係”一章的條款，講的是港澳地區與外國之間的關係，所以不能作為中國區際司法協助可引用國際公約的法律依據。

除此之外，在刑事司法協助方面，中國各法域之間的司法協助也不應包括引渡問題。引渡作為一種國家行為，反映了國際社會主權國家之間的刑事合作關係而將來港澳地區與中國內地之間所建立的移交逃犯的制度，實為在主權範圍內不同法域相互遣返逃犯的關係，因此國際上經常採用的一些引渡原則，如政治犯、軍事犯、死刑犯不引渡等原則，不宜適用於中國區際司法協助中的逃犯遣返制度，否則也必然會損害國家主權，並給各法域的社會治安帶來不穩定的因素。當然，對港澳地區與外國之間相互移交逃犯的合作關係來說，則另當別論。

## （二）體現高度自治原則

在維護國家統一和領土完整的前提下，保持港澳地區原有的資本主義制度和生活方式，使其享有高度的自治權，這是“一國兩制”方針的精髓所在。在中國的區際司法協助中，如何從各法域的實際情況出發，充分照顧到港澳地區所特有的高度自治地位，也是一項不容忽視的重要原則。

中國的區際司法協助要體現高度自治原則，首先必須在指導思想上樹立平等的觀念，即各法域在開展區際司法協助時，其法律地位是平等的。中國內地不論地域多麼廣闊，香港、澳門不論地域多麼狹小，它們在區際司法協助的關係中都是平等的伙伴。尤其是對

中國內地而言，不能以“老大”自居，更不能代表“中央”，將自己的意志強加於其他法域。作為一個獨立的法域，在政治地位上大家都是中央管轄下的地方區域，誰都不享有主權，各法域之間不構成中央和地方的關係。

在中國的區際司法協助中貫徹高度自治的原則，還必須要求各法域之間應當相互尊重對方的法律制度和司法管轄權，允許對方為維護本區域的法律秩序，對他法域的司法協助請求作必要的限制和保留。雖然，從各國進行區際司法協助的實踐來看，由於區際司法協助的性質不同於國際司法協助，各法域享有的獨立的立法權和司法權往往具有相對性，受到國家憲法和其他法律的約束，因而很少發生拒絕提供區際司法協助的情形。但是，這並不等於說，開展區際司法協助就是無條件的。在有些情況下，尤其是對他法域法院判決的承認和執行，仍然存在著相應的限制和保留。如在美國，當某州的法院判決被認為是不公正的，或在判決過程中，被告未得到適當通知，無機會參與訴訟，或原審法院並無管轄權時，該法院判決就會被其他州的法院拒絕承認和執行。其次，更重要的是，中國的區際司法協助本身還具有外國所沒有的獨特的複雜因素，這種複雜因素不僅表現為港澳地區的自治權要大大超出其他國家中的獨立法域，並享有完全的終審權，而且也表現為在各法域所實行的法律制度中，既有社會主義法律和資本主義法律之分，又有普通法系和大陸法系之分。不難預見，在中國的區際司法協助中，各法域之間的法律沖突將超過任何國家的區際法律沖突。如果我們無視這些由不同政治、經濟、文化制度造成的法律沖突，強行要求各法域之間無條件地進行司法協助，實際上就是在中國的區際司法協助領域中取消了不同法域法律制度之間的差異，限制了各法域所享有的司法管

轄權，這不符合兩個特別行政區基本法所規定的高度自治原則，也不是各法域之間開展區際司法協助所要達到的目的。因此，在中國的區際司法協助中，允許各法域對明顯抵觸本地區法律秩序的協助請求持必要的保留態度，體現了高度自治的原則。當然，一法域對他法域司法協助請求的拒絕，應當控制在適當的範圍內，如該項拒絕有損國家主權、不利於各法域正常交往或會給本地區社會秩序帶來負面影響的，須予以禁止。

此外，高度自治原則在中國區際司法協助中的貫徹，也涉及到一個權限的歸屬問題，即各法域之間進行司法協助，究竟是屬於單個法域自治範圍內的事務，抑或屬於應由中央統一行使的權力？有學者認為，由於區際司法協助關係到各法域的利益，是一種多方的合作關係，所以，在一個主權國家範圍內，不同法域之間相互提供司法協助，相互執行對方法院判決的問題，就不是一個區域範圍內的問題，中國的區際司法協助可由中央立法機關制定統一的適用於各法域的特別法規予以解決<sup>14</sup>。對於種觀點，筆者持保留態度。

誠然，在世界範圍內，有些國家的確是通過中央立法方式來解決區際司法協助問題的。如澳大利亞1901年至1963年的《中央送達及執行手續法》、瑞士1889年的《償付債務和破產法》、英國1982年的《民事管轄與判決法》，都屬於這方面的範例。但是，各國情況不同，一國的區際司法協助採用何種解決方式，往往與其國家的歷史、民族的傳統、中央與地方權力的分配有著密切的關係，在他國不一定適用；研究中國區際司法協助的權限歸屬問題，必須從中國實際情況出發。根據中英和中葡聯合聲明附件一規定，除外交和

---

14. 同上，第52、80、173頁；參閱董立坤：《國際私法論》，法律出版社，1988年版，第516頁。

國防事務屬中央人民政府管理外，香港和澳門兩個特別行政區享有高度的自治權。從這一規定可以看出，在中央和兩個特別行政區的權力劃分上，凡屬國家主權範圍內的事務，均應由中央負責管理，這一精神在兩個特別行政區基本法中都得到了充分的體現。但是，正如本文前面所說，區際司法協助本身並不涉及國家主權方面的問題，筆者強調維護國家主權是中國區際司法協助的基本原則，目的也是為了突出中國區際司法協助的非主權性。事實上，區際司法協助主要表現為各法域在刑、民、商等部門法領域中的合作關係，而所有這些部門法的制定和實施，都屬於兩個特別行政區自治範圍內的事務。因此，將不涉及國家主權的區際司法協助事務納入中國各法域的自治範圍之內，符合中央對港澳地區的基本政策，體現了“一國兩制”的精神。

其實，在中國區際司法協助的權限歸屬問題上，兩個特別行政區基本法已經作了非常明確的規定，即將來兩個特別行政區均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系和相互提供協助。顯然，這一規定所涉及的就是中國各法域之間的區際司法協助關係，其所確立的原則是相互協商原則。為什麼要協商？當然是因為特別行政區同中國內地司法機關進行司法協助是屬於特別行政區自治範圍內的事務，而非屬由中央統一行使的權力。至於該條文所講的“依法”，正如許多國家將本國加入的國際公約通過國內法予以貫徹一樣，應理解為包括兩方面的內容：一是各法域通過協商所達成的區際司法協助協議，即廣義上的法；二是各法域自行制定的法律中體現協議內容的具體規定，二者是一致的。

關於中國區際司法協助的原則，不少學者還提出了諸如便利訴訟、迅速及時、互惠互利、促進和保障各法域正常交往、條約義務

優先等項原則<sup>15</sup>，這些原則都具有一定的現實意義，有利於發展和完善中國的區際司法協助。

#### 四、中國區際司法協助的模式

近幾年來，不少學者在考察、參照外國區際司法模式的基礎上，結合港澳地區現階段與中國內地開展司法協助的實際情況，對中國未來的區際司法協助模式提出了一些具體的方案，這些方案歸納起來大致有七種。

方案一：中央統一立法模式。該模式的基本思路是，在堅持“一國兩制”方針和保持各法域法律制度特點的前提下，由全國人大或全國人大常委會統一制定適用於港澳地區的單行法規，來規範中國的區際司法協助，並將其列入兩個特別行政區基本法的附件三之中。此外，也有學者主張通過憲法設立專門條款，用以調整中國的區際司法協助關係。

---

15. 條約義務優先原則不是指各法域根據國際公約進行區際司法協助，而是指港澳地區主權回歸後，由於在各法域生效的國際公約很可能不完全一致，因此，為了解決區際司法協助中所涉及的國際協定義務和國內法之間的沖突，有必要貫徹條約義務優先原則。比如，一香港居民在內地犯罪逃往他國，該國與中國內地之間尚無刑事司法協助協議，但與中國香港之間卻有這方面的安排，這樣，就可先由香港要求該移交逃犯，然後按照中國各法域之間的區際司法協助安排，將該逃犯遣返內地。在上述情況下，如果根據香港和該國的移交逃犯協議，移交是以香港承諾對該犯不判死刑為條件的，那麼，香港將該逃犯送回內地時，儘管在中國各法域相互遣返逃犯的關係中，不存在承諾不判死刑的條件，但內地司法機關對該逃犯也不能判死刑，以便使香港得以履行國際協定的義務——參閱1990年第5期《法學評論》：“一國兩制下的區際刑事司法協助”。



方案二：借助國際條約模式。該模式的基本思路是，中國各法域可借助於在各法域都有效的關於司法協助的國際公約，進行區際間的司法協助。

方案三：準國際私法模式。該模式的基本思路是，各法域在其民事訴訟法中，可參照已有的涉外民事訴訟程序，增設區際訴訟程序專章。

方案四：“中心”調整模式。該模式的基本思路是，由中國司法部授權，在與港澳地區充分協商的基础上，設立一個全國統一的“司法協助協調中心”，成員包括各法域的代表；該“中心”可直接委托某法域的司法機關，處理有關司法協助事務。

方案五：“示範法”模式。該模式的基本思路是，由中國司法部牽頭，吸收各法域代表參加，組成一個“區際司法協助委員會”，並經過充分協商，制定一部《中國區際司法協助示範法》，經各法域有權機關批准後，在全國施行。也有學者認為，各法域有權機關在審核批准時，可對某些條款聲明保留。

方案六：協商簽訂協議模式。該模式的基本思路是，由中央有權機關指定內地某個省（市、區）作為內地法域代表，與港澳地區代表協商簽訂區際司法協助協議，所簽協議對內地其省（市、區）都有約束力，或內地其他省（市、區）可根據需要加入該協議。也有學者主張，在內地與港澳地區達成一個區際司法協助的全面協議後，將內地各省（市、區）分成四至五個片，每個片指定一個省（市、區）的高級人民法院作為該片的中心機關，代表本片各省（市、區）處理有關的區際司法協助事務。

方案七：分階段模式。該模式的基本思路是，第一階段可由中國最高人民法院代表內地與港澳地區簽訂區際司法協助協議，第二階段則採用中央統一立法模式。

筆者認為，在以上七個方案中，根據本文前面所闡述的中國區際司法協助原則，方案一所設定的中央立法模式和方案二所設定的借助國際條約模式，顯然是行不通的。前者違反了高度自治原則，有“越權”之嫌，不符合兩個特別行政區基本法規定的協商原則。後者則曲解了基本法關於原在港澳地區適用的國際協議繼續有效的本意，有損於國家主權原則。以此推斷，方案七所設定的分階段模式，同樣缺乏可行性。

其次，方案三所設定的準國際私法模式，同樣缺乏可行性。其次，方案三所設定的準國際私法模式，除去範圍狹窄，忽視了刑事等領域的司法協助，欠缺協商要素外，在具體實施方面也存在著困難。如各法域自行制定的區際民事訴訟程序相互不一致的話，仍無法執行。與其相似，方案四所設定的“中心”模式也背離了協商原則，僅靠成立一個所謂的“中心”而無運作的依據，工作還是無法開展。至於方案五所設定的“示範法”模式，其本意是想參照美國各州進行區際司法協助的模式，免除各法域之間的談判、協商、簽約等繁瑣環節。但應當看到，各國情況不同，美國有五十多個州，中國尚只有三個法域，加上兩國在歷史、觀念上的差異，該模式在中國運用似乎缺乏必要性。況且，該模式本身也有弊端，容易出現相互扯皮，無限度保留等不利於區際司法協助的現象。

綜上所述，筆者認為，中國區際司法協助的模式應當以兩個特別行政區基本法已經確立的協商原則為依據，通過簽訂區際司法協助協議的方式予以解決。協議達成後，各法域也可從本區域的實際

情況出發，在本地立法中，將協議中某些比較重要、原則的內容作更爲詳細的規定，增強可操作性，但不能同協議的原則、精神相抵觸。因此，總的來說，方案六所設定的協商簽訂協議模式，其思路、方向是正確的，唯獨在協商的方式上，有值得研究之處。比如，區際司法協助的範圍相當廣泛，涉及多個部門法領域，且政策性強，由一個省（市、區）的司法機關作爲內地代表同港澳地區進行協商，是否可行？即使達成協議後，內地法域應由誰來簽署？如由該省（市、區）司法機關簽署，中央有權機關再發一個通知之類的書面文件，使其他省（市、區）司法機關參照執行，對內地當然可行，但按照自治原則，對港澳地區司法機關或其他主管機關就無約束力。當港澳地區與內地其他省（市、區）進行司法協助時，在依據方面就會出現“真空”地帶。

其實，從兩個特別行政區基本法的有關規定來看，也並非是指特別行政區必須與內地各個省（市、區）一個一個坐下來協商，這是不現實的。比較行得通的做法是中國內地作爲一個法域，可派出自己的代表與港澳地區的代表就區際司法協助問題進行協商，內地代表可以包括行政機關成員和法律專家。在進行協商的過程中，應當貫徹高度自治的原則，樹立平等的觀念，各法域代表的等級、資格不會成爲影響協商的障礙因素。中國內地法域的代表無論出自哪一級機關，他所代表的不是自己的機關，而是整個內地法域。一旦坐下來協商，內地代表的地位與港澳地區代表的地位就是完全平等的。當然，如果從當時的實際情況出發，由各法域對應的有權機關相互之間分別簽訂協議，或者以涉及的領域爲標準，分別簽訂民、商、刑等多項協議更簡便可行，更具操作性的，也未尚不是一個解

決的辦法。但不管如何協商，各法域代表的平等性，仍是一個必須堅持的重要原則。

總之，確立協商模式，僅僅打下了一個基本框架；至於框架內部應當如何設計，尚有很多問題需要進一步研究。比如，中國內地、香港和澳門三個法域是共同簽訂區際司法協助協議，還是內地和香港、內地和澳門、香港和澳門分別簽訂區際司法協助？若採用前者，則當1997年7月1日香港主權回歸後，是先由內地和香港簽訂區際司法協助協議，還是等到1999年12月20日澳門主權回歸後，三法域一起簽訂區際司法協助協議？此外，還必須指出，在過渡期內，隨著主權回歸期的臨近，港澳地區與中國內地之間的區際司法協助成份不斷地擴大。如果期間香港和內地，或者澳門和內地之間達致了一個全面或若干個具有區際性質的司法協助協議的話，那麼，一旦主權回歸，這些協議是原封不動地延續下去，還是作相當修改後繼續使用，也都是應當考慮並值得研究的問題。由於本文主要是從宏觀的角度來探索中國區際司法協助模式的基本框架，因此對上述問題暫不予一一論證。但是，筆者深信，不管問題多麼複雜，包括港澳地區在內的中國學術界，一定會以嚴謹、科學的態度，接受時代的挑戰，為中國法學的繁榮昌盛獻智獻力。不久的將來，在中國區際司法協助這一塊新的研究園地里，一定會結出豐碩的果實。

## 澳門特別行政區之區際司法合作\*

高德志\*\* (Jorge Costa Oliveira)及José Gamito Carrilho\*\*\*

### 一、引言

司法合作為現今法律和司法領域中過度的核心支柱之一。

鑑於澳門的法律制度幾乎完全自治，其司法組織就大多事項擁有終審權，以及有關出入境限制日趨放寬而便於人員流動，因此意味著在法律制度中應設立司法協助及警務合作之機制。

未來的澳門特別行政區(簡稱澳門特區)法律制度的進一步自治及其司法組織具有終審管轄性質的這一事實，將更凸顯司法協助與警務合作問題，並使之變得日益重要及緊迫。

---

\* 本文是作者在一九九四年十一月於澳門舉行的《基本法問題與前瞻》上的發言，該研討會是由澳門國際法和比較法學會與香港大學法學院合辦。

\*\* 國際法事務辦公室主任。

\*\*\* 前國際法事務辦公室法律專家。

本文不擬涉及警務合作這一顯然重要的問題，而祇是論述區際司法合作的問題，即澳門特區與中國內地及香港的合作。在此之前，不妨先簡要比較論述一下國際司法合作。

鑑於有關議題特別復雜，因此，在處理時要求十分謹慎，應以法律明確性、穩定性、法律制度延續性、社會安穩等原則作為準則與指南。

## 二、內容

澳門國際司法合作這一復雜問題應從三個不同領域——刑事、民事及商事加以分析。

在刑事領域，指引渡/移交犯人、送達訴訟文書，承認判決，移交已決犯、一般法律協助等。

在民事領域，指承認結婚、離婚及裁定分產/分居、執行贍養費、國際收養、遺囑之效力等事項。

在商事領域，指承認公司破產、清算及執行仲裁裁決等。

## 三、層面

為了條理上的清晰，以及便於從不同視角進行分析，應將有關議題分三個層面——內部、國際及區際——探究。

就內部而言，將分析在澳門法律體系中規範這一問題是否迫切及迫切性程度如何；在國際方面，將研究與國際社會，即中國及香港以外的一切國家的有關規範；在區際方面，將具體探究澳門與中

國內地及香港之間的關係。由於區際司法協助之重要性，本文將重點放在這一問題上。

### 1. 內部層面

在這方面，有必要逐漸公佈一些內部規範法規，以填補空白，尤其是國際規範未觸及的事項，補充現存國際協定及增加對居民權利保護的程度。

儘管如此，沒有必要象香港那樣制訂如此繁多的法例，一方面，這是因為澳門在國際法納入國內法及可適用性方面採取的是單軌制（一元制），且一九九九年十二月十九日後將繼續適用這一制度；另一方面，葡萄牙及澳門就規範其中一些事項的一貫做法是，將這些內容併入單一法例規，這一點將在下文論述。

在此，尤其值得一提的是有關引渡的法律制度，該制度為第437/75號法令所通過，並刊登於一九七七年十一月十九日第四十七期澳門政府公報，這是目前司法合作領域法律規範之唯一實例。<sup>1</sup>

刑法領域正是需要進行有關立法規範的領域之一。

引渡/移交犯人、傳遞刑事訴訟文書，執行刑事判決、移交已決犯、監管已決犯或假釋、一般司法協助等，均屬內部立法規範的通常事項。

這種規範既可通過將葡萄牙有關法規延伸至澳門為之，亦可由本地立法完成。

---

1. 應當指出，在葡萄牙，該法規由四月二十六日第130/85號法令所修訂，隨後又經一月二十二日第43/91號法令所廢除。因此，自一九九一年起，葡萄牙和澳門就有關法律制度方面已分道揚鑣。

從符合本地區現實、規範之急需性及保證在時間上更持久效力的角度出發，我們認為應循第二種途徑。

況且，現時本地區自治機關亦具備制定此類規範法例所需權限。

## 2. 國際方面

《中葡關於澳門問題的聯合聲明》已就司法合作問題作了規定，在其附件一第四節中明確規定：“中央人民政府將協助或授權澳門特別行政區政府同外國就司法互助關係作出適當安排”。

澳門特區的《基本法》第九十四條也對此作了相應規定：“在中央人民政府協助和授權下，澳門特別行政區可與外國就司法互助關係作出適當安排”。<sup>2</sup>

國際層面之規範可以通過與澳門法律制度建立司法關係的國家或地區簽署國際協議進行，或者通過澳門加入規範此類事項之多邊國際公約為之。<sup>3</sup>

---

2. 《中葡聯合聲明》規定，中央人民政府“協助或授權”就司法互助關係作出安排。《基本法》規定，中央人民政府“協助和授權”澳門特區發展該等司法互助關係。

由此產生對1987年所確立的權限的實質性變更。最近，基本法起草委員會承認這一問題，但他們認為那一字差異不代表有意修改《聯合聲明》之條款。無論如何，如無其它解釋相佐，均屬對未來特區權限的實質性變更。

另一問題在於理解在此事項上，中央政府將權力授予特區機構是普通性的還是屬個別性的？換言之，該項授權對於一切案件均有法律效力，還是祇對個別案件有效且需事先獲得中央人民政府作出的個別性行為？

3. 最近的研究顯示，公約之可執行性與參與該公約的國家或地區的數量成反比例，這一事實產生出一種觀點，認為應設立“區域性國際規範”作為克服全球性國際條約之談判，適用及監督中存在困難之工具。



澳門與亞太地區的大多數國家一樣，沒有加入任何專門致力或側重於區際司法合作的區域性組織，這就使得區域性的國際規範難以實施。

然而，如果加入多邊性公約，從法律角度看有利於將未來特區國際化，但另一方面，因無法談判而造成極大的不便。<sup>4</sup>

至於與澳門法律制度保持或將建立司法關係的國家和地區簽訂雙邊國際協議，經驗和謹慎告訴我們，香港所採取的方法應在澳門使用。有關策略建立在兩個方面，先制定一份示範協議，然後在聯合聯絡小組內磋商。

在澳門採取另一種策略不見得理想。事實上，中葡聯合聯絡小組在談判那些跨越一九九九年十二月十九日、葡中雙方都希望保證沿用的國際協議時，已經遵循這一做法。

有關移交犯人之示範協議即上述做法的一個例證，就此聯合聯絡小組的中葡代表團已達成原則協議。

#### 四、區際方面

##### 1. 《基本法》第九十三條

在區際方面，主要的規範源淵是澳門特區的基本法第九十三條：

“澳門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系和相互提供協助”。

這一制度不同於該法第九十四條之規定，因為所規範的不是與第三國的關係，而是與中國其他地區的關係。

---

4. 關於多邊協議的加入問題，開始形成一種國際性限制使用“保留”的運動，在國際法協議方面，“保留”好比“放出閘”而用於規避某些條款的約束。

從性質上講，這種區際層面上的“規範”既不能以簽訂傳統式國際協議的方式進行，亦不是內部規範。

稍後我們將具體分析為落實澳門特區與中國其他地區的司法機關間的司法協助之若干模式。

首先要強調的是基本法對特別行政區與中國其他地區簽訂協議的開放，這類協議與按第九十四條所簽訂的國際協議性質不同，故稱之為“安排”。

關於“安排”在法律淵源中的價值問題，我們的看法是，以現行制度的邏輯，即國際公約優先於國內普通法，“安排”的等級價值亦應高於普通法。

就“全國其他地區”的解釋則遠非一致。

按基本法的中文字眼，可理解為省級實體。

同一基本法的第二十二條似指省、自治區及直轄市為“全國其他地區”。

另一問題在於明瞭澳門特區究竟與何方進行安排。

應承認的是，與誰安排的問題懸而未明確：與中央司法機關？與省司法機關？與中央人民政府？與省政府？

答案似乎並不能從簡單解釋基本法第九十三條得出，而需深入研究中國內地省與地區實體的職責體制及其機關的權限，逐一分析。

如果說，就一些事項與中國內地有關實體進行“安排”可以理解，但就另一些事項該程序似乎不甚合理，譬如：我們可以接受就移交已決犯作出兩項“安排”，一項與廣東，有鑑於地理上的接近，另一項與中國其他地區，但卻難以想像就承認民事判決與同一法域的中國內地作出不同的“安排”。

正如趙秉志教授在一九九四年十一月一日至三日北京舉行的有關中國內地與澳門法律制度的研討會上所強調：“特別行政區基本法所規定的‘全國其他地區’在內地是指哪一級的司法機關則無明確界定，”因此認為“就內地而言，‘地區’（概念）既包括省、自治區、直轄市一級的司法機關，也包括中央一級的司法機關。”<sup>5</sup>

我們也認為，基本法第九十三條的含義是允許與中華人民共和國公法人之任何司法機關協助而不作事先限定。

另外，從歷史及目的角度解釋中華人民共和國憲法及澳港特別行政區基本法，得出的結論祇能是香港特別行政區為“全國其他地區”這一法律概念之組成部分，故與之將建立的關係類型與內地相同。

如何解釋“司法機關”則非我們目前所知所及，但有關答案將左右澳門特區進行司法協助的做法。

最後值得明確指出的是，澳門特區基本法第九十三條規定司法協助需“通過協商”進行。

對於這一規定，切不應理解為完全排除採用國家或本地立法之解決辦法。

基本法立法者的意圖似乎很明確，即注重在任何情況下澳門特區機關與中國內地協商的必要性，但沒有將協商刑事僅限於“安排”上，尚有其他途徑可循……

## 2. 可能的模式

中國的一些法律專家對此複雜問題作了研究，並提出多種供選擇的模式。

---

5. 《中國內地與港澳特別行政區的刑事司法協助問題研究》。

趙國強教授在有關中國內地與澳門法律制度研究討會<sup>6</sup>上總結了中國內地與澳門開展司法協助的七個模式：（1）中央統一立法模式；（2）借助國際條約模式；（3）准國際私法模式；（4）“中心”調整模式；（5）“示範法”模式；（6）協商簽訂協議模式；（7）分階段模式。

首先，我們認為上述模式均不得為強制性，這點對第一種模式（中央統一立法）尤為敏感，應避免中央權力機關（出於政治原因或遇到某種政治僵局時）通過“中央”統一制定全國性法律解決問題的做法，正如趙秉志教授在上述研討會上所強調的。<sup>7</sup>

其次，這些模式不應被視為排他性，有必要接納不同的方案以解決不同問題。

再者，鑑於解決有關問題的時間緊迫，應當尋找可能立即解決所面臨的若干問題之方案，同時不妨礙對更佳方案或輔助方案之繼續探索。

譬如說，盡管可以在中國各法域即及現行司法組織中討論承認及執行仲裁裁決的機制，但對於澳門特區而言，更有可能立即解決這一問題，即將一九五八年紐約公約延伸到澳門（該公約目前適用於中國和香港）。

最後，應當立即考慮採取措施避免在各領域，尤其在比較敏感的政治領域形成真空。

6. 《“一國兩制”下的中國區際司法協助》。

7. 《中國內地與港澳特別行政區的刑事司法協助問題研究》。

因此，雖然我們原則上同意趙秉志教授的觀點，即不應通過全國性或地方性的內部立法來“單方面”解決這些複雜問題，但我們認為還應當考慮對於有些問題制定內部法律以避免法律真空。

在某些領域中，可通過簡單規範程序來達到這一願望，在另一些事項上，則可能有必要訴諸沖突規範。



## 刑事管轄衝突

彭仲廉\*

### 一、前言

制定刑事法規，就要為其效力範圍界定空間，原則上，刑法的適用空間與立法國的疆域一致。

管轄權乃國家主權表現形式之一，故任何國家無意放棄在其疆域內行使這一權力，同時，基於對他國主權之尊重，亦不可介入從屬他國主權之空間。事實上，“各國一致認同，根據國際法不干涉原則，沒有一個國家可籍助刑法而建立一個針對全世界及所有人的秩序，為此須存在某種合法關聯成份”<sup>1</sup>。

---

\* 葡萄牙助理檢察長，阿維羅大學漢學碩士，前反貪污暨反行政違法性高級專員公署助理高級專員，前葡萄牙移民局局長。

1. Günther Jakobs: *Strafrecht Allgemeiner Teil. Die Grundlagen und die Zurechnungslehre* (刑法總則、依據及歸責理論)，西班牙文譯本：*Derecho Penal Parte*

然而，在某些情況下，主權國有意對發生在境外的刑事案件適用其法律，同時亦有可能容許他國對發生在本國領土上的罪案行使其刑法管轄。

在不違反國際法的基礎上，此類情況之可行尺度係由涉外刑法原則規定，即規範刑法在空間上適用範圍之法規<sup>2</sup>。

就“涉外刑法”這一名稱而言，各國刑法專家的意見不很一致，有人認為不甚恰當，因為有關法規屬於國內公法範疇<sup>3</sup>。該觀點之正確性值得商榷，國際私法亦是國內法律，儘管如此，無人對此名稱表示異議。所謂涉外刑法，除了界定一國刑法在空間上的效力範圍外，還“規定對涉及其他法域的犯罪事實可適用之法律”<sup>4</sup>，換言之，該類法規兼有“國家法律(刑法)與國際法律兩方面”<sup>5</sup>。刑

---

*General, Fundamentos y Teoría de la Imputación*，譯者 Cuello Contreras、Gonzalez de Murillo、馬德里 Marcial Pons 出版社，1995年版，第133頁。根據 Ian Brownlie 所著 *Principles of Public International Law* (國際公法原則) (葡文譯本：*Princípios de Direito Internacional Público*，譯者 Manuela Farrajora、Maria J. Santos、Victor R. Stockinger 及 Patrícia G. Teles, F.C.G, 1997年版，第330頁及隨後頁)，域外行為唯有履行下述一般原則方得以成為司法管轄之合法標的：

- 在客體與管轄之間存在關鍵及實在的關聯；
- 遵守不介入其他國家內部或地區管轄之原則；
- 實行基於互讓、互助及適度要素的原則。

2. 涉外刑法不同於刑事國際法，後者屬國際公法領域，規定有關罪、刑及追究國家與個人國際刑事責任之要件。見 Germano M. da Silva: *Direito Penal Português, Parte Geral I* (葡國刑法總則一)，Verbo出版社，1997年版，第283頁。

3. Francesco Antolisei: *Manuale di Diritto Penale, Parte Generale* (刑法總則)，第九版，1982年版，第98頁。

4. Germano M. da Silva 上述著作，第282頁。

5. Hans - Heinrich Jescheck: *Lehrbuch des Strafrechts* (刑法總則)，西班牙文譯



法在空間上的效力不僅是一個刑法問題，也是一個涉及國際法的問題<sup>6</sup>。”

## 二、涉外刑法原則

沒有任何一個國家對發生在他國的犯罪事實可以任意強加其刑法，這也就是說，按照常規，一國的法律在境內適用，故刑法在域外延用唯有基於可合理解釋的情形，該合理解釋寓於現行的有關原則。

### (一) 屬地原則

可以說，屬地原則為刑法在空間上適用的基礎。

該原則規定：一國刑法適用於在其領土上所作出的行為，不拘行為人之國籍。這一原則不僅符合對國家主權的尊重，同時亦較公正。

旗籍國原則係屬地原則之延伸，即一國刑法適用於顯示其國旗的船舶或航空器內。

### (二) 屬人原則

又稱國籍原則，根據該原則規定，一國屬民無論在何域犯罪(主動性屬人原則)或受犯罪事實危害(被動性屬人原則)，均適用所屬國刑法<sup>7</sup>。

---

本： *Tratado de Derecho Penal, Parte General*，譯者 Mir Puig、Munoz Conde，巴塞羅那Bosch出版社，第222頁注解10。

6. 高銘暄：《刑法學原理》，中國人民大學出版社，1993年版，第一卷，第278頁。

7. 有學者將被動性屬人原則列入保護原則範圍內，既保護國家利益，亦保護

屬人原則之重要性僅次於屬地原則，在現代國家概念形成之前，曾為主導原則。正如巴爾多羅所言：“*res publica interest habere bonos subditos*”(民從良，國之利益所在)。

住所或居地原則系屬人原則之補充，按其規定，居住國是以居所這一關聯因素為依據而對其居民行使等同其國民之處罰權。

### (三) 保護原則

也稱防衛原則，根據該原則規定，刑法之適用取決於受危害利益之性質，一國刑法對威脅其根本利益之事實，無論發生在域外抑或由非本國籍之行為人所為，均可適用。

### (四) 普遍管轄原則

亦名普遍公正原則，根據該原則規定，任何國家對在其境內之罪犯適用其刑法，不拘罪犯或受害人之國籍、犯罪地點或性質。

普遍管轄原則所針對的罪行為國際社會所深痛惡絕，打擊這類罪行要求各國相互合作。

上述原則界定一國刑法之地域效力範圍，該等原則在強調國家主權的同時，設法解決國與國之間刑事管轄之衝突問題，其可能性在於這些原則基於合理之依據，並非憑籍任意標準，由此可避免不少國與國之間的衝突，當然，這一途徑不是解決所有問題的通道，管轄權之衝突始終存在。

## 三、刑事管轄之國際及區際衝突

以上所涉及的是涉外刑法、主權行使及刑事管轄權的國際衝突的問題，如果談論澳門、香港及台灣之法例能否亦相提並論？

---

其公民利益，見Jokobs上述著作第134頁。

眾所週知，香港是中華人民共和國的一個特別行政區，澳門目前仍屬於葡國行政管理下的中國領土，但從一九九九年十二月二十日起將亦成爲類似香港的特別行政區，台灣儘管被某些國家認作中華民國，但該地位被國際社會絕大多數國家否認，中華人民共和國將台灣視爲其中一個省(但承認該地區的實際情況而不在其域內適用中華人民共和國法律，起碼目前沒有這個意圖)。

因此，目前中、澳、港、台四地存在四種刑法制度，其中唯有中華人民共和國的刑法制度基於主權國家之法律。

那麼，就港澳刑法空間適用規則而言，難道可以說是涉外刑法？當澳門回歸中國主權之後尚有如此說法？

答案是肯定無疑的。刑事管轄衝突不僅發生於上述地區法例之間<sup>8</sup>，倘若如此，不過是區際衝突而已。就澳門而言，其司法管轄衝突問題不僅相對中國存在，同時亦涉及其他國家，因此，有關衝突法規具有區際或國際性質，視乎具體衝突發生於區際抑或其中一個地區與除中華人民共和國以外的任何一個國家之間而定。

從另一方面講，即使在區際衝突範圍內，鑒於特別行政區高度自治，此類衝突很接近國際衝突，故涉外刑法法規無論從實證上還是學理上對有關問題之解決具有參考價值，即在區際合作協議或立法措施不能解決這些衝突的情況下提供解決方法。

本文將分析的是澳門涉外刑法法規及中華人民共和國的相應法規，以及就兩種法律制度之間可能發生衝突之領域進行探討。

正是因爲兩種法律制度不同，彼此間必然會發生衝突。有關衝突解決方法與澳港刑法制度之間衝突解決方法相差不遠。有關台灣

---

8. 我們使用“地區”這一字眼是指不同法律制度生效的每一空間，包括中華人民共和國，爲方便起見，我們亦稱之爲大陸以區別於特區。

的情況比較複雜，這是因為不甚明瞭中華人民共和國在實行國家統一政策上對台灣將採取何種方案，因此，在有關問題未具體確定前，解決衝突之途徑近似現行制度，即十分接近解決國際性衝突所依循的方法。

#### 四、澳門涉外刑法

##### (一) 在澳門作出之事實

##### 1. 屬地原則

屬地原則為澳門法律適用於空間之基礎原則<sup>9</sup>，澳門《刑法典》第四條(在空間上之適用之一般原則)規定如下：

“澳門刑法適用於在下列空間作出之事實，但適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定另有規定者，不在此限：

- a) 在澳門內，不論行為人屬何國籍；或
- b) 在澳門註冊之船舶或航空器內。”

根據這一條規定，任何在澳門作出之事實均受本地區刑法處置，不論行為人之國籍，但適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定不在此限。

同屬澳門刑法規範的還有在本地區註冊之船舶或航空器內所作出之事實，並受上述同一局限。

---

9. 就澳門刑法空間適用問題，見M.Leal-Henriques、M. Simas Santos所著*Código Penal de Macau* (澳門刑法典)第四條至第七條注解，1996年版；趙國強：《澳門刑法的空間效力原則》，1997年第四期《法學評論》，第四十頁及隨後頁，該文幾乎完全重復同一作者的《澳門刑法總論》一書第二十六頁至第三十五頁內容，澳門文化司署，1996年版。

屬地原則之適用涉及兩個問題，它們同樣構成正確適用該原則之前提，即對地域之界定及對作出事實之地之確定。

對於第一個問題，我們將在稍後具體分析地域之間衝突部分提及。

較易回答的是第二個問題，即了解犯罪地點法定規則，刑法典第七條作如下規定：

“行爲人作出全部或部分行爲之地，即使係以共同犯罪之任一方式作出行爲者，或如屬不作爲之情況，行爲人應作出行爲之地，均視爲作出事實之地，產生符合罪狀之結果之地，亦視爲作出事實之地。”

傳統上，該問題由三個原則解答。

一是行爲地原則，即犯罪地點爲罪犯作出行爲或未作出應作行爲之地；

二是結果地原則，即犯罪地點爲罪行所產生後果之地；

三是行爲地兼結果地原則，即犯罪之地既是作爲／不作爲之地又是產生有關結果之地。

澳門刑法典對犯罪之地所作出的定義系採納最後這一原則。

對於在澳門所犯之罪而言，以屬地原則爲主導，並由涉及在本地區註冊的船舶或航空器之旗籍國原則補充。

然而，按照有關條文規定，可能有例外情況出現，因爲該條文爲適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定所作出之另行規定作了保留。

有些爲澳門法律體系所接納或將接納的公約確實限制刑法上的屬人或屬地適用，但法律對一些情況也作規範，如：將於一九九九年十二月二十日起生效的有關在澳門駐軍之法規，其中就澳門刑法

對人及對在本地區所發生的事實之適用便定出特別限制。

(二) 在澳門以外作出之事實

澳門刑法適用範圍並不因地域疆界而受阻，倘若如此，不僅本地區及其居民的利益得不到應有的保護。同時阻止澳門對打擊跨國犯罪或受到國際社會痛斥的罪行做出有益的貢獻。

但是，在此方面，將澳門刑法效力擴至域外發生的事實則須遵循嚴格的標準，不然會導致不可接受或不切實際之干預。因此，澳門法律適用於域外發生的事實不能同其適用於域內發生的事實相提並論，沒有同等的緊迫性，除了對這一類的情況不容易作出公正的處理外，尚須遵守一系列限制。

除了有關犯罪性質和涉及可處罰或可提起程序方面的條件限制外，刑法典第六條就一般範圍限制作出如下規定：

“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”。

正如上述，刑法在空間上的適用以屬地原則為基本原則，其它原則為輔，故澳門刑事介入之合理依據在於避免那些按照本地區刑法屬不可不審的罪行逍遙法外。

上述條文確立了“一罪不二罰”的原則，即本地區僅在行為人在其作出事實之地未受審或受審之後逃避履行全部或部分所判之刑的情況下適用其刑法。

在列出這些限制之後，我們來分析澳門刑法在哪些情況下適用於在本地區以外所作出之事實。

澳門刑法典第五條規定：

“一、澳門刑法亦適用於在澳門以外作出而屬下列情況之事實，但適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定另有規定

者，不在此限：

a) 構成第二百五十二條至二百六十一條、第二百八十九條、第二百九十條以及第二百九十七條至第三百零五條所指犯罪之事實；

b) 構成第一百五十二條第二款、第一百五十三條至第一百五十五條、第二百二十九條、第二百三十條及第二百三十六條所指犯罪之事實，只要行爲人被發現身在澳門，且不可被移交至另一地區域國家；

c) 由澳門居民對非澳門居民作出之事實，或由非澳門居民對澳門居民作出之事實，只要：

(一) 行爲人被發現身在澳門；

(二) 該等事實亦可爲作出事實之地之法例所處罰，但該地不行使處罰權者，澳門刑法，不適用之；及

(三) 構成容許將行爲人移交之犯罪，而該移交爲不可准予者；  
或

d) 由澳門居民對澳門居民作出之事實，只要行爲人被發現身在澳門。

二、如審判在澳門以外作出之事實之義務，係源自適用於澳門之國際協約或屬司法協助領域之協定，則澳門刑法亦適用於該等事實。”

#### 1. 保護原則

第五條第一款a項所指出的犯罪事實包括：假造貨幣(第二百五十二條)、使硬幣價值降低(第二百五十三條)、與偽造貨幣者協同而將假貨幣轉手(第二百五十四條)、將假貨幣轉手(第二百五十五條)、取得假貨幣以使之流通(第二百五十六條)、假造印花票證(第二百五十八條)、假造印、壓印、打印器或圖章(第二百五十九條)、假度量衡(第

二百六十條)、恐怖組織(第二百八十九條)、恐怖主義(第二百九十條)、暴力變更已確立之制度(第二百九十七條)、煽動以暴力變更已確立之制度(第二百九十八條)、破壞(第二百九十九條)、煽動集體違令(第三百條)、通謀外地(第三百零一條)、侮辱本地區象徵(第三百零二條)、脅迫本地區之機關(第三百零三條)、擾亂本地區機關之運作(第三百零四條)。

除上述外,第二百五十七條有關等同於貨幣之證券之法規,第二百六十一條及第三百零五條涉及上述各犯罪事實之預備行為之規定均亦對外適用。

就第二百五十二條至第二百六十一條所指假造貨幣、債權證券、印花票證、壓印、法碼及相類物件之犯罪事實而言,澳門刑事制度唯有在影響其利益情況下方可作正當干預,倘若以澳門的法律制裁在法國偽造芬蘭馬克就不甚合理,只有當偽造該貨幣之目的在於流入澳門時才算合理,而這樣並非因為偽造本身而是基於作為將假造貨幣輸入澳門之預備行為而受到澳門法律的制裁。

同樣地講,第二百八十九條及二百九十條所指犯罪,事實上只有在影響本地區利益的情況下,澳門刑法制度方可合理干預,譬如,在泰國組織一個旨在澳門進行恐怖主義活動的集團或在外進行危害澳門利益的類似活動。

對於第二百九十七條至三百零五條所指出的犯罪事實之法律適用則不需要上述區分考慮,因為這些事實屬於妨害本地區政治、經濟及社會制度罪(見刑法典第五編第一章)。

在上述所指的罪行中,受損的都是澳門的根本利益,其中涉及澳門的經濟及財政制度、官方文件公信力、安全、政治、經濟及社會制度,因此,對在澳門以外實施的該類罪行補充適用澳門刑法係



合情合理的。

### 2. 普遍管轄原則

第五條第一款b項指出如下罪行：剝奪他人行動自由(第一百五十二條第二款)、使人為奴隸(第一百五十三條)、綁架(第一百五十四條)、挾持人質(第一百五十五條)、煽動戰爭(第二百二十九條)、滅絕種族(第二百三十條)及嚴重之酷刑及其他嚴重之殘忍、有辱人格或不人道之待遇(第二百三十六條)。

上述條文所列舉之罪因其嚴重性而受到各國人民的痛恨，故不論在何處作出，亦不論有關行為人之國籍，一律遭到整個國際社會窮追猛擊，對於這類罪行之懲治是澳門居民之道義，該道義基於人道主義刑法觀，因此義不容辭。

### 3. 屬人原則

鑒於澳門政治—法律地位之特殊情況，屬人原則乃基於居地、而非國籍之標準。

澳門刑法通過屬人原則在特定條件下適用於在本地區以外由澳門居民所犯之罪。

與此同時，澳門刑法亦適用於在本地區以外對澳門居民作出之犯罪事實。

因此，澳門刑法干預之合法因素可具備單邊或雙邊特點。

凡由澳門居民對非澳門居民作出的事實或非澳門居民對澳門居民作出的事實均具有單邊特點，在第一種情況下，有關干預以處罰澳門居民為合理解釋；在第二種情況下，以保證在非澳門居民所作出的事實面前保護本地區居民為合理解釋。

雙邊特點在於澳門居民對澳門居民所作出之事實，在這種情況下，澳門刑法之干預具有雙重依據，故稱之為雙邊性。

第五條第一款c項與d項對上述情況作出規定，不言而喻，當僅涉及單邊利益時，有關制度則受到較大限制。

當以刑法干預之目的旨在處罰本地居民在澳門以外所犯之罪行，又或旨在處罰非本地居民對本地居民實施之犯罪事實時，根據上述c項規定，適用澳門刑法須符合三項要件：

——行爲人在澳門；

——同類事實在作出事實之地亦爲其法例處罰，但該地不行使處罰權者，澳門刑法不適用之；及

——構成容許將行爲人移交之犯罪，而該移交爲不可准予者。

如果涉及的是處罰與保護兼併的雙重利益，情況便截然不同。根據上述d項規定，唯一適用澳門刑法而須符合的要件就是行爲人在澳門。

最後，第五條第二款確立了延伸適用澳門刑法的規定，正如第四條所作的規定，必須係以國際協約或屬司法協助領域之協定作爲適用澳門刑法的基礎。

## 五、中華人民共和國的國際刑法

(一)在中華人民共和國作出之事實。

### 1. 屬地原則

第六條：

“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。

凡在中華人民共和國船舶或航空器內犯罪的，也適用本法。

犯罪的行爲或者結果有一項發生在中華人民共和國領域內的，

就認為是在中華人民共和國領域內犯罪。”

屬地原則亦是中華人民共和國有關刑事管轄之根本原則。

中華人民共和國領域之概念包括：

——領陸，即國境線以內的陸地。

——領水，包括內河、內湖、內海及同外國之間界水的一部分，以及領海。

——領空，即指領陸及領水之上的空間。

第六條第二段規定刑法亦適用於在中華人民共和國船舶及航空器內所犯的罪行，這些船舶及航空器係在中華人民共和國註冊並懸掛其國旗或顯示其國籍之象徵<sup>10</sup>。

這一規定適用於民用或軍用船舶或航空器，不論停泊何處或在何處航行或飛行(但這不排除司法管轄競合之可能性)。

繼一九九九年二月二十五日通過的中華人民共和國領海及毗連地區法之後，有些中國法律專家提出擴展刑事管轄之領土概念之建議<sup>11</sup>，該等建議未得到採納。

上述法律第十三條規定：中華人民共和國對十二海里<sup>12</sup>毗連區內行使管制權，以防止和懲處違反有關安全、海關、財政、衛生或者入境出境管理的法律、法規的行為。該條規定與有關領海及毗連地區之日內瓦公約第二十四條第一款的內容很接近，無任何拓展司法管轄之意圖。

## 2. 犯罪地點

---

10. 王作富、蘇惠漁：《中國刑法通論》，中國方正出版社，1997，第26頁。

11. 李恩慈：《論我國刑法空間效力的立法完善》，摘自高銘暄：《刑法參考建議文集》，中國人民大學出版社，1997，第183頁及隨後頁。

12. 早在一九五八年九月四日的聲明中已將領海定為十二海里。

中華人民共和國刑法第六條第三段對犯罪地點作了規定。

凡在中國領域內犯罪，都適用中國刑法。那麼在什麼情況才算在中國領域內犯罪？

該條確立了行爲地兼結果地原則，即犯罪的行爲或結果有一項發生在中華人民共和國領域內的，就認爲是在中華人民共和國領域內犯罪。

須注意的是：適用中華人民共和國刑法之條件不要求全部行爲在其領域作出，只要部分行爲在那裏作出便足以適用該法律。另外，由於犯罪過程始於預備階段，故預備行爲足以構成賦予有關管轄權之條件。

同樣地講，犯罪行爲之結果亦無須完全在中國發生，只要部分在中國領域發生亦足以適用其有關法律，這一點雖未明確寫入法規，但在學理上得到認同<sup>13</sup>。

### 3. 屬地原則之例外

中國刑法並不是適用所有的情況，根據第六條第一段規定，法律有特別規定者除外。

究竟哪些才是上述所指的例外情況？

有法學家認爲這裏指的是第十一條所規定的情況，即“享有外交特權和豁免權的外國人的刑事責任，通過外交途徑解決”<sup>14</sup>。

其他法學家認爲，除上述第十一條所指的情況外，尚包括第九十條所作的規定：“民族自治地方不能全部適用本法規定的，可以由自治區或者省的人民代表大會根據當地民族的政治、經濟、文化

---

13. 歐陽濤、魏克家及劉仁文：《中華人民共和國刑法注釋義與適用》，人民法院出版社，1997年版，第46頁。

14. 陳興良：《刑法疏義》，中國人民公安大學出版社，1997，第78頁。

的特點和本法規定的基本原則，制定變通或者補充的規定，報請全國人民代表大會常務委員會批准施行”<sup>15</sup>。

另有法學家認為，香港特別行政區現行刑法適用制度及將來在澳門特別行政區施行的刑法適用制度亦應包括在例外情況之內<sup>16</sup>。

甚至有學者認為，除了上述例外之外，尚應加上中華人民共和國刑法生效之後所頒佈的法例<sup>17</sup>，其實，這屬於法律的接續問題。

上述觀點不外乎是對有關問題的分析角度不同。倘若從中國對在其領域犯罪司法管轄權角度來看待上述問題，唯一例外乃第十一條所作之規定。

倘若不從這一角度而是從刑法典的可適用性角度來看問題，並考慮到在內國法範圍內所設立之特別或補充制度，那麼，上述其他例外亦言之有理。

鑒於中國與澳門目前或將來可能發生的有關衝突，本文將著重探討大陸刑法與特別行政區刑法之間的關係。

## (二) 在中華人民共和國以外作出之事實

### 1. 屬人原則

#### “第七條

中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法，但是按本法規定的最高刑為三年以下有期徒刑的，可以不予追究。

---

15. 見歐陽濤、魏克家及劉仁文上述著作，第46頁。

16. 見王作富、蘇惠漁上述著作，第26頁及隨後頁。

17. 黃太雲、滕煒：《中華人民共和國刑法釋義與適用指南》，紅旗出版社，第6頁及隨後數頁；曹子丹、侯國雲：《中華人民共和國刑法精解》，中國政法大學出版社，1997年版，第8頁。

中華人民共和國國家工作人員和軍人在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法”。

該條確立了主動性屬人原則，其程度非任何法律可與之相比。

在一九九七年修訂刑法典之前，第五條規定中華人民共和國公民在國外犯罪的，只要最低刑為三年以上徒刑並按照犯罪之地法律亦受處罰者，適用中國法律。

這一規定比較平衡，最初未預示修改之必要。

但是，隨著開放政策之實施及越來越多的中國人到外國定居、留學、經商或旅遊，中國立法者決定為了國家及其公民利益應擴大中國法律適用之範圍。

當時的理解是：要求最低刑為三年徒刑過於限制，主張改為一年，並認為按照犯罪之地法律屬可處罰此要件之限制應予以廢除<sup>18</sup>。

結果是：經修訂的法律規定中華人民共和國公民在外國所犯的所有罪行概適用中國法律，無論按作出這些行為之地的法律規定為可受或不可受處罰。

與此同時，對按中國法律規定的最高刑為三年以下有期徒刑之情況給予不追究之可能性，但國家工作人員和軍人沒有這一寬限，這是因為考慮到該等人員對維護其所屬機關聲譽負有特別責任，而他們犯罪必然會有辱機關的聲譽，故在任何情況下對他們適用中國法律。

刑法典第九十三條對國家工作人員的概念作了如下關於本義上的國家工作人員及被等同為國家工作人員的闡明：

“本法所稱國家工作人員，是指國家機關中從事公務的人員。

---

18. 劉國祥：《論我國刑法空間適用範圍的立法完善》，摘自高銘暄：《刑法修改建議文集》，中國人民大學出版社，1997年版，第203頁。

國有公司、企業、事業單位、人民團體中從事公務的人員和國家機關、國有公司、企業、事業單位委派到非國有公司、企業、事業單位、社會團體從事公務的人員，以及其他依照法律從事公務的人員，以國家工作人員論”。

## 2. 保護原則

### “第八條

外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國國家或者公民犯罪，而按本法規定的最低刑為三年以上有期徒刑的，可以適用本法，但是按照犯罪地的法律不受處罰的除外”。

該條規定以保護原則名義適用中國法律的三個要件(其中亦包括被動性屬人原則)：

- 一是對中華人民共和國國家或者公民犯罪；
- 二是按中華人民共和國法律規定最低刑為三年以上有期徒刑；
- 三是按照犯罪地的法律有關行為亦受處罰。

上述構成保護原則之專屬前提。

除此之外，尚要求在外國犯罪(因為如在中國犯罪則適用屬地原則)以及行為人為外籍人(因為如罪犯係中國公民則以屬人原則名義適用中國法律)。

## 3. 普遍管轄原則

### “第九條

對於中華人民共和國締結或者參加的國際條約所規定的罪行，中華人民共和國在所承擔條約義務的範圍內行使刑事管轄權的，適用本法”。

在一九七九年所制訂的刑法中沒有對捍衛國際社會利益，尤其是打擊有組織犯罪以及其它有可能危害多個國家利益的行為，作專

門規定。

然而，多年來，中華人民共和國加入了不少國際公約，如有關航空安全方面的分別在東京、海牙及蒙特利爾簽訂的公約；以及聯合國多項公約，包括關於禁止並懲治種族滅絕罪、種族隔離罪及關於防止和懲處應受國際保護人員(包括外交官)的罪行的公約。

這些及其他公約使中華人民共和國有責任對某些行為，既使在國外發生，進行刑事追究，由此與國際社會協力打擊犯罪。

當時，在未定出有關法規規定中華人民共和國在這一類情況下行使司法管轄權的情況下，人民代表大會常務委員會於一九八七年六月二十三日通過一項旨在將刑事管轄權擴大至中國所加入的國際公約中所指的犯罪行為的決定。

此外，在繼刑法典頒佈後訂立的單行法例(如有關毒品的法律)中，對某些罪行確立了來自同一原則之法規。

現行刑法典第九條填補了舊刑法典的漏洞，進而達到中國履行所承擔的國際義務之需求。

#### 4. 外國法院刑事裁決之價值

刑法典第十條規定：

“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”。

該條規定適用於有或無中國籍之行為人。

該條內容明確指出：外國法院的裁決唯有在判處有罪、且行為人已受處罰之前提下方具有價值，在這種情況下，倘若中華人民共和國法院的裁決亦宣告有罪，行為人可免除或減輕處罰。

該條從司法上體現中華人民共和國主權的行使。所以，只適用



於因第六條、第七條及第八條的規定而使中國法院具管轄權的情況，而不適用於第九條規定的情況<sup>19</sup>。

在這後一種情況，中華人民共和國加入普遍司法管轄以打擊某些犯罪活動，故適用“一案不再審”之原則。該原則亦應適用於特別行政區法院所作的裁決，這是因為特別行政區法院不是外國法院。

## 六、澳門與中華人民共和國管轄權衝突領域

### (一) 引介

中國分二十三個省(安徽、福建、廣東、甘肅、貴州、海南、黑龍江、河北、河南、湖北、湖南、江蘇、江西、吉林、遼寧、青海、陝西、山東、山西、四川、台灣、雲南及浙江)、四個直轄市(北京、天津、上海及重慶)、五個自治區(內蒙古、寧夏、新疆、西藏及廣西)及一個特別行政區(香港)。

從一九九九年十二月二十日起，澳門將亦成為特別行政區。

中國領導人對台灣的設想亦基本相同，一旦實現統一，台灣將失去現有省(象徵性)的地位。

既然所有這些地區(包括澳門)均屬中國領土，大可設想所有這些地區都應適用同一刑法。但是，事實上澳門、香港特別行政區及台灣卻不適用同一刑法。

### (二) 澳門現狀

中國法學家對澳門不入中國管轄範圍從不置疑<sup>20</sup>，他們的理解

---

19. 我們認為這是曹子丹及侯國雲在上述著作第11頁中所表達的看法，儘管沒有直接論及該問題。

20. 從中國的角度看，葡國人在澳門分為四個時期：租地時期（1553-1849）；

是：由於歷史遺留下的歷史及政治原因，中國暫時不能對澳門行使管轄權<sup>21</sup>。

在這一背景下，澳門與中國的法律關係一直形同外國之間的法律關係，但這不妨礙兩地當局為打擊犯罪活動相互協助。

儘管如此，倘若中國公民在澳門犯罪但在中華人民共和國被逮捕，中國當局完全可以根據其法律在空間上的適用規則審理該行為人，無論中華人民共和國還是澳門，在行使其管轄權的同時並不妨礙對方根據各自的法規要求行使同等的權力，有關問題將按照外國法院作出裁決之效力法規解決，即可給予或否定有關裁決在本法域之效力。

事實上，通常中國當局將在本地區犯罪的人交予澳門當局，這樣做並非為了履行任何法律上的責任，而是落實合作政策。

有些法律專家主張將來推行這一政策，即澳門與其他省、自治區、直轄市在移交罪犯的問題上進行合作<sup>22</sup>，按照這些法律專家的觀點，在一個非聯邦制的單一國內實行任何引渡制度不甚恰當，就上述合作而言，可參照澳門或香港與廣東省當局在這一方面逐漸鞏固的經驗<sup>23</sup>。

---

殖民時期（1849-1976）；行政管理時期（1976-1987）及過渡時期（1987-1999），中國對澳門的管轄僅局限於涉及中國國家及其公民的問題，見米也天所著《澳門法與大陸法系》一書，中國政法大學出版社，1996年版，第18頁及隨後頁。

21. 高銘暄：《刑法學原理》，第一卷，中國人民大學出版社，1993年，第282頁及續頁。

22. 該協助之可能性寫入《基本法》第九十三條，根據《基本法》第九十四條規定，與其他國家的協助關係則須由中央政府介入。

23. 見劉遠山所著《大陸和港澳間遣返人犯程序初探》一文，摘自1997年《法學評論》第一期，第79頁及隨後頁。

在進一步探討該問題之前，有必要考慮有助於理解這一問題複雜性的有關原則。

澳門係葡國管治下的中國領土，該形勢將維持到一九九九年十二月二十日。本地區在立法上、行政上及司法上均享有高度自治，根據一九八七年四月十三日訂立的有關澳門問題的中葡聯合聲明規定，一九九九年十二月二十日澳門回歸中華人民共和國主權之後，這一高度自治性將得到加強。

不論原則上的政治立場如何，在對待澳門問題上歷來具有很大的變通性，這是出自對歷史遺留下的問題的理解，其必然反映到中葡關係，在圍繞澳門問題上，幾經柳暗花明，以及從不同角度探討該問題。

這就是說，中華人民共和國在從不放棄主權及始終視澳門為中國領土的同時，一直容許澳門順著自己的路子走，直至中葡經協商後對澳門的前途達成共識。就刑事管轄而言，除了一些中國認為事關重大利益、哪怕與澳門法院的管轄權競合或相重管轄也不放棄管轄權的個案外，其它概不要求收回行使管轄權。

我們可以將中國立場概括以下幾點原則：

——堅持屬地原則，對在中華人民共和國不包括澳門、香港或台灣之領域內作出的所有事實適用中國刑法，不拘行為人之國籍，亦不論行為人或受害人為大陸抑或澳門居民。

——對在澳門作出危害中華人民共和國利益或中國公民之犯罪事實，無論行為人為大陸或澳門居民或外籍人，只要構成中國刑法規定的要件，一概適用中國刑法。

以下兩個例子可說明中華人民共和國對在澳門犯罪的立場。

一九八〇年十月十八日，在葡京酒店發生搶劫南通銀行職員一

案，歹徒在作案時除了掠走大量澳門幣和港幣外，還殺死了一名銀行職員。

犯罪分子中有兩人為香港居民，隨後逃往中國大陸，因為上述事實，受到廣東省中級人民法院審判，一九八三年八月十六日判處其中一人死刑，另一人則被判十五年有期徒刑。

中國當局將上述兩人繩之於法的原因在於：

儘管行為人為香港居民及在澳門犯罪，並在犯罪地亦立了案，但中國的國家財產利益受到損害，因為南通銀行為國有。

另外一例發生在較近期的一九九八年六月十七日，宋某某在澳門殺死了兩名中國大陸女性居民，為此，宋某某於一九九九年二月五日被珠海中級人民法院因一項殺人罪<sup>24</sup>判處死刑。

珠海法院認為具備審判權，其論據為：儘管犯罪地點是在澳門，但無論疑犯還是受害人均為中國大陸居民。

可以說，上述為中國所遵循的指導原則，此外，當然還包括那些屬於普遍管轄原則範圍的情況，對於這一類情況，中國法律適用於所有身處中華人民共和國境內的行為人，不論國籍，居所或何處犯罪。

除了這些情況以外，倘若不觸及中華人民共和國利益或其中國籍居民，通常中華人民共和國不對在澳門作出之事實適用其法律。

我們之所以說“通常”，因為這些原則並無明文規定，而是中澳之間逐漸形成的不成文原則，尤其是在兩地警方合作方面。

這一情形直至澳門特別行政區成立之日將不會有實質的改變，但鑒於本文將發表的時間，不妨對特區成立後刑事管轄衝突問題探

---

24. 就犯罪競合，中國刑事學理的看法是：同一性質且屬同一刑法規定規範之罪行被視為一項罪行，但有關處罰加重。

討一下。

### (三) 未來澳門特別行政區的情況

澳門刑法典所確定的法律在空間上的適用規則有可能與現行的中國有關規則發生衝突。

例如：澳門刑法典第四條規定：澳門刑法適用於在澳門內作出之事實，不論行為人屬何國籍。第七條規定：無論行為人作出全部或部分行為之地，包括以共同犯罪之任一方式作出行為者(或如屬不作為之情況，則為行為人應作出行為之地)，還是產生符合罪狀之結果之地，均視為作出事實之地。

對此，中華人民共和國刑法典在第六條第一段及第三段作了相同的規定。

因此，倘若某人在澳門作出犯罪行為，其結果在珠海產生，那麼，澳門刑法與中國刑法均可適用，如何解決這個問題？

根據將來澳門特別行政區基本法第八條規定，澳門原有的法律、法令、行政法規和其它規範性文件，除同基本法相抵觸或依照法定程序作出修改者外，予以保留。

根據基本法的第十八條規定，除列於基本法附件三的法律或全國人民代表大會常務委員會將制定的其它法律，即純粹有關國防、外交或不屬於澳門特別行政區自治範圍內的法律外，全國性法律不在澳門特別行政區施行<sup>25</sup>。

最後，根據基本法第十七條規定，澳門特別行政區立法機關制定的法律須報全國人大常務委員會備案，但備案不影響該法律的生

---

25. 基本法第十八條最後一段規定：在全國人大常委會決定宣佈戰爭狀態或因澳門特區發生該特區政府不能控制的危及國家統一或安全的動亂而決定澳門特區進入緊急狀態時，中央人民政府可發佈命令將有關全國性法律在澳門特區實施。

效，實際作用在於核實一下有關法律是否符合基本法。

隨著特別行政區的成立，在行政區生效的法律將成為中華人民共和國內國法律，儘管具有地區性質。

那麼，在這種情況下，倘若發生上述管轄權衝突，應該適用大陸法律抑或澳門法律？

對於這個問題的回答，如果從澳門的角度出發，最好的解決方法莫過於以適用特別法排除一般法的適用。

但事實上這一原則在管轄權衝突問題上不能適用，因為特別法與一般法之間的關係僅僅在同一法律制度內有效。

## 七、管轄衝突之解決方法

(一) 一九九七年中國刑法修改過程中對該問題的看法。

在一九九七年修改中國刑法時有學者主張有必要制定大陸與特別行政區管轄衝突之法規。

根據劉國祥的觀點，這些法規應基於以下幾點原則<sup>26</sup>：

——屬地原則為基礎原則；

——當犯罪及其結果分別發生在兩地時，適用結果地管轄原則；

——當預備行為之地與犯罪的實行行為之地有管轄衝突時，適用犯罪的實行行為地管轄原則；

——當犯罪行為分為幾地進行，適用主要犯罪行為地管轄原則。

而中國立法者最終未規定任何有關規則。

這樣做是正確的，倘若在這一問題上作出單方面決定，有違基

---

26. 劉國祥：《論我國刑法空間適用範圍的立法完善》，摘自高銘暄《刑法修改建議文集》，中國人民大學出版社，1997年版，第194頁及隨後頁。

本法規定的澳門立法與司法高度自治及“一國兩制”的原則，因為有關問題不包括在第十八條範圍內。

雖然這一問題需要在法律上作出規範<sup>27</sup>，但其解決辦法應在另一或另外一些領域尋求，至少能得到部分解決。

## （二）“一國兩制”政策

從政治上講，“一國兩制”政策體現為靈活的公式，極具務實性，旨在解決國家統一問題，這是中華人民共和國期待已久並希望在本世紀結束之前能夠實現統一大業。

香港和澳門的問題已得到解決，台灣回歸中國尚有待實現。

這使港澳特別行政區的社會與經濟制度得以在今後五十年內基本保持不變。

可是，“一國兩制”政策在法律領域施行則較為複雜，就法律制度而言，我們將遇到的是一國數制。

實際上，貫徹這一原則意味在同一國內共存四個很不相同的法律制度。

中華人民共和國的法律制度為社會主義法律制度；香港的法律制度為資本主義法律制度，屬普通法系；澳門亦施行資本主義法律制度，但屬大陸法系；台灣的資本主義法律制度以大陸法為基礎，同時帶有中國的成份<sup>28</sup>。

從上述差別可以看出區際共存之複雜性。

再者，特別行政區具有高度自治權，其中許多領域超過聯邦制

---

27. 就規範大陸與特區之間協助之必要性問題，見蕭蔚雲所著《一國兩制與澳門特別行政區基本法》一書，北京大學出版社，1993年版，第252頁及隨後頁。

28. 趙永琛：《我國內地與香港警務合作問題研究》，摘自1998年第三期的人民大學法律雜誌《法學家》，第88頁及隨後頁。

國家。

儘管如此，我們對合作應有信心，有關問題之解決辦法是在以“一國兩制”方針為指導的原則下尋得。

### (三) “一國兩制”政策之支柱

“一國兩制”政策絕非空洞概念，該政策被譽為英明高超之見，按戴卓爾(Margaret Thatcher)夫人的說法這簡直是一個天才的想法<sup>29</sup>。

該政策之所以如此吸引西方觀察家及得到廣泛認同，那是因為基於兩大支柱：統一國家(一國)及承認特別行政區之獨特性(兩制)。

#### 1. “統一國家”之支柱

“一國”乃絕對不可動搖的支柱，其中表現為以下幾個要點：

——澳門的根本法係由全國人民代表大會於一九九三年三月三十一日所通過的基本法，其中第一條規定澳門特別行政區為中華人民共和國不可分離的部分；

——基本法的修改權及解釋權屬於全國人民代表大會常務委員會，該委員會還監管特區立法機關制定的法律是否符合基本法(第一百四十三條、第一百四十四條及第十七條)；

——中央人民政府負責管理防務與外交事務(第十三條及第十四條)；

——列於基本法附件三之全國性法律於一九九九年十二月二十起在澳門生效，所有這些法律均體現統一國家之屬性，澳門本身對於那些從基本法立法者角度看違反國家統一利益的行為應立法制止(第十八條及第十九條)；

---

29. Dick Wilson: *China: The Multy - System Country - Hong Kong in Transition* (中國：多制度國家及香港過渡)，1992年版，第67頁。



——中央人民政府任免澳門特別行政區行政長官、政府主要官員和檢察長(第十五條)。

## 2. “承認澳門獨特性”之支柱

這一支柱亦是“兩制”政策之原因所在，若非如此，澳門回歸只是簡單的程序，不需要過渡期或給予澳門特別地位。

上述承認主要表現在以下幾個方面：

——澳門在立法、行政及司法享有高度的自治權(第十二條、第十六條、第十七條及第八十二條至八十四條)；

——保留法律及正式語文，以及維持社會、經濟制度(第八條、第九條及第十一條)；

——澳人治澳原則(第三條、第四十六條、第五十七條、第六十三條、第六十八條、第八十八條及第九十條)。

### (四) 解決之原則

從“一國兩制”政策兩個支柱出發，則有可能取得基本原則，有助於在澳門與大陸及其他地區司法協助背景下消除衝突及解決其它問題。

對於解決這些問題的主導原則尚未取得一致性看法。宏觀上我們可以提出以下四大原則<sup>30</sup>：

---

30. 這裏我們參考上引趙永琛之作第92頁及續頁之見解。就此問題，亦可參考趙秉志在《刑法研究系列(四)》一書第633頁及續頁中所述作者及赫興旺之意見，其中指出一國兩制、在平等基礎上諮詢、尊重對方法例、公共秩序之保留、善意合作及合理分配管轄權等原則。

我們的理解的是：“一國兩制”之政策基於多項原則，不然則過於籠統。善意原則是無可非議的，而且應在解決這一問題及其他問題中得到遵守。至於其他原則，盡管以不同形式提出，與我們在本文所談及的屬基本相同問題。

### 1. 尊重主權及國家統一原則

該原則為基本原則，故貫徹解決所有問題之主線，任何解決管轄衝突問題之方案都不能有損中國主權及統一。

因此，假設在澳門特區沒有懲治分裂行為的法例，毫無疑問，大陸將行使其管轄權，即使有關事實發生於澳門，這是因為在該領域的任何缺漏將有損於尊重主權及國家統一。

### 2. 平等及互相協助原則

澳門是一個人口不到五十萬居民、面積只有二十三平方公里的地區，儘管澳門歷史豐富，並且在東西方關係史上具有無與倫比的重要性，但若想維護其地區利益，只有在與中華人民共和國其他地區平等的前提下方得以實現。

這一原則不適用於同中央機關的關係，這可以從基本法第十二條中看出，故在司法協助領域內，一般主張應在特別行政區與其他省、自治區及直轄市之間建立有關協定，甚至有學者認為中央機關不應插手這一領域<sup>31</sup>，以便公平協商。中央機關在此問題上的介入從某種角度上看有其利處<sup>32</sup>，但更重要的是在中央機關與地方的關係面前維護上述平等的原則。

### 3. 適當保留公共秩序之原則

該原則乃承認澳門獨特性之核心。

澳門的經濟、政治和社會制度不同於中華人民共和國，所以，

---

31. 王叔文主編：《澳門特別行區基本法議論》，中國人民公安大學出版社，1993年版，第322頁及隨後頁。

32. 趙秉志不排除中國大陸就司法協助一事由中央一級介入之可能性，見高德志：*A cooperação judiciária inter - regional da R.A.E. de Macau* (澳門特區之區際司法協助) (待出版)。

除了與國防、外交及國家統一完整有關的事務以外，特區和大陸在一些各自認為關鍵的問題上不一定存在相同的利益。換言之，如同說起各主權國之間建立的國際公共秩序關係，這裏我們不妨將大陸與澳門就公共秩序之關係稱為區際公共秩序，該秩序可以對解決有關管轄衝突劃出不可逾越之區域，並對司法協助有一定的制約。

例如：澳門刑法典基本原則之一係人道主義原則，由此產生的結果之一為禁止死刑<sup>33</sup>（第三十九條第一款）。在這一背景下，假如解決中國內地與澳門某一管轄衝突或無條件性司法協助在於在大陸適用死刑，這將直接抵觸澳門法律的上述基本原則，而該原則明顯為區際公共秩序的一項原則<sup>34</sup>。

#### 4. 互相尊重各自管轄權原則

在此，我們引用趙秉志和赫興旺的說法，即該原則以合理界定雙方管轄的範圍為基礎，這確實是比較中肯的，因為兼顧到上述原則及國際刑法原則適用區際問題。

### 八、有關解決辦法之建議

#### (一) 普遍管轄原則

對於該原則所針對的在各自域外發生的犯罪事實，不會有管轄衝突的發生，因為無論在何地犯罪，在不妨礙法律另有特別規定之情況下，行為人受被逮捕之地司法管轄。

#### (二) 保護原則

---

33. 趙秉志《刑法研究學例（四）》，第425頁及隨後頁。

34. 趙秉志及趙國強在《中國內地與澳門刑法之比較研究》一書中提出不同的看法，澳門基金會出版社，1999年版，第431頁及隨後頁。

該原則係針對非中國公民在中華人民共和國領域外對該國或其公民作出的犯罪事實，其適用根據中國刑法第八條規定的條件。

就澳門法律而言，該原則為澳門刑法適用於構成澳門刑法典第五條第一款a項所規定的犯罪事實。

鑒於澳門大多數居民為中國籍及澳門為中國領土，從形式上講，在外國對澳門的中國公民或對澳門本身利益犯罪，可列入中國刑法第八條範圍內，該條亦包括被動性屬人原則，由此便會產生澳門與中國間的管轄權衝突。

該衝突之避免在於中國自動限制其有關法律適用範圍。

由於澳門具專有刑法制度，中國法律對危害澳門利益或其居民之行為容許適用澳門刑法，而凡與澳門本身利益及其居民利益無關之一切均適用中國法律。

總而言之，在保護澳門本身利益及其居民利益問題上，管轄權屬於澳門。

### (三) 屬人原則

根據中華人民共和國刑法第七條規定，凡中國公民犯有該法規定之罪，即使係在中華人民共和國領域外犯罪，均適用中國刑法，但最高刑為三年以下有期徒刑的，只要不是國家工作人員或軍人，可以不予追究。

按照上述原則規定，澳門的中國籍公民之行為倘若構成上述法規之事實，則適用中國刑法。另一方面，倘若構成規定於澳門刑法典第五條第一款c項之情況，那麼便可能出現積極管轄衝突。

如同前述，中國法律有關適用範圍應有相應限制。

中國刑法第七條所指中華人民共和國公民，並未將居住在澳門的中國公民列入考慮之列，後者受制於特有的法律制度，倘若在澳

門以外作出行爲，只要未曾在犯罪地受審，應適用本地區刑法規定。

#### (四) 屬地原則

屬地原則係構成澳門與中華人民共和國刑法制度的空間適用範圍界定之根本因素。

毫無疑問，澳門是中國領土，且澳門絕大多數居民屬中國籍，然而，中國刑法在空間上的適用須“壓縮”，以騰出空間給澳門對本地區內或在本地區註冊的船舶或航空器內所作出之事實適用澳門刑法。

這一點在中華人民共和國憲法第三十一條、基本法第十八條及第十九條中得到肯定，並有助於更好地實行公正，使得在兩地作出的事實一般適用各自刑法。

須補充的是，澳門法制與中國法制的關係不同於主權關係的對立，澳門將是特別行政區，具有高度自治權，但非主權國，其法規屬中國綜合法律體系中的法律，當澳門特別行政區刑法適用於在本地區發生的事實時，亦是體現主權的行使，只是該行使係中華人民共和國通過澳門特別行政區作出而已。

不過，適用該原則之前提在於解決一先決問題，即在甚麼情況下某一犯罪事實被視作在中國作出或在澳門作出。

澳門的地域包括澳門半島、氹仔島及路環島。

作為特別行政區，澳門沒有領水，此係中華人民共和國管轄範圍<sup>35</sup>，從一九九九年十二月二十日起，全國性法律之一《中華人民

---

35. 蕭蔚雲：《一國兩制與澳門特別行政區基本法》，北京大學出版社，1993，第52頁。有些作者將澳門沒有領水這一事實視爲在澳門基本法中未有規定在本地區駐軍之理由。見王叔文主編《澳門特別行政區基本法議論》一書，中國人民大學出版社，1993，第38頁及續頁。

共和國領海及毗連區法》將在澳門生效(基本法附件三第八)。

然而，困難之處不僅在於知道澳門所限地域，問題是澳門與廣東省毗鄰，將來特區與該省的來往更多，這將給刑事領域帶來極為複雜的情況。另一方面，無論澳門刑法還是中華人民共和國刑法均就犯罪地確立了行爲地兼結果地原則，即犯罪地既是行爲地，也是結果地。

究竟就適用該原則而言，在區際背景下，哪些是澳門與中國大陸刑法制度關係中最大的問題？

最常見的情況正是前面已述及由劉國祥所提出的情況，該作者對於分析這一問題提供了寶貴的意見，其中一部分在以下的分析中加予考慮。

發生積極管轄衝突一般以下述情況爲背景<sup>36</sup>：

- 犯罪的預備行爲與實行行爲分別發生在兩地；
- 犯罪的實行行爲與犯罪結果分別發生在兩地；
- 同一行爲人在兩地實施數種犯罪；
- 持續在兩地發生的犯罪；
- 中國與澳門兩地之人結伙在兩地進行共同犯罪；
- 中央人民政府駐澳人員在澳門犯罪。

#### 1. 作出行爲地與預備行爲地的管轄衝突

從澳門與中國法律制度關係的角度看，這一情況不經常發生。這是因爲澳門刑法不同於中國刑法之一在於前者不承認預備屬於犯罪階段，儘管在特定情況下，澳門刑法可處罰某些罪行之預備行爲，而這正是唯一可能引起管轄衝突的情況。

36. 見趙秉志與趙國強在上引有關著作第428頁及遂後頁中所提出的不同建議。

對於這些情況，有關學說認為作出行為之地的法院應有管轄權，因為相比之下，較預備行為對社會危害更大。

該解決辦法是合理的，故在學說上一致認同。然而，我們注意到審理張子強、外號“大富豪”黑幫一案：根據一九九八年十月三十日廣州中級人民法院判決，幾名疑犯因在香港犯綁架罪及搶劫罪而被判刑，有關罪行之籌劃是在中國大陸進行。該判決經廣東省高級人民法院於一九九八年十二月四日確認。廣州法院有管轄權這一點得到中國法律界重要領域的維護，曾審理該案的法院對此亦無任何置疑，由此可見學說價值之相對性一面，從而意識到對此類情況求得共識之解決辦法之重要性。

### 2. 作出行為之地與產生結果之地法院之間的管轄衝突

就這一領域衝突的問題，有頗具份量的學者主張應給予產生結果之地優先管轄權，其根據是：在結果地更明顯表現出犯罪事實的危害性。

在我們看來，更恰當的觀點為：在行為與結果之間存在一脈相連的關係，因此很難評估哪一項更有危害性<sup>37</sup>，故管轄權應屬於最先展開刑事程序者。我們認為提起刑事程序之日之標準較監禁之日之標準更為合理，這是因為並非所有罪行都可以實行防範性監禁或所有的罪行都處以剝奪自由之刑。

### 3. 由同一行為人在兩地實施數種犯罪而引起之衝突

當同一嫌犯犯下數罪，有些在澳門特區發生，另一些在中國發生，哪一管轄權優先？

---

37. 見上引趙秉志與趙國強之作第428頁及隨後頁。但趙秉志與孫力在《外向型刑法問題研究》一書第626頁及隨後頁中主張結果管轄權優先，依據是：危險性更大。

對於這一問題，有學者主張較嚴重的罪蓋過較輕的罪，因此，僅存犯較嚴重罪之地管轄權；另有專家亦認為管轄權應屬於發生較嚴重罪之地，其後，該地法院按照其法規審理數罪競合。

最後一種觀點是，此類情況不存在任何衝突問題，各地只審理在其管轄領域所犯之罪即可<sup>38</sup>，中國和澳門的制度性質不同，基於對法益有不同價值觀及對刑罰之性質與目的具不同的看法。在這種情況下，不可能比較罪行之輕重，唯一可參考的是刑之輕重，倘若如此，不難猜出管轄權多落在何方。

比較罪行輕重而將管轄權歸犯較嚴重罪之地的想法在區際管轄衝突中沒有意義，尤其是在澳門與中國具有如此不同的刑事制度的情況下，更不可取。

因此，對數罪進行管轄權分配，即各地審理在其域內所犯之罪的方案較為妥當。

但是，該建議方案並不阻礙在同一司法管轄內實行合併處刑，或甚至在兩個司法管轄內為之，即後來行使管轄權的法院一併考慮先前對該行為人之處刑。

#### 4. 由持續在澳門與中國發生的犯罪所引起的衝突

這一類情況(如：在中國與澳門之間進行持續性走私活動)的衝突，有兩種可能的解決方案。

一是管轄權屬於先開始犯罪過程之地。

二是管轄權屬於作出最後一個犯罪事實，即罪行終止之地，該方案看來更為恰當，首先這一時刻對所產生的不同效果很關鍵，如：決定時效期間之始。

38. 見上引趙秉志與趙國強之作第428頁及隨後頁。



5. 由中澳兩地之人結伙在兩地進行共同犯罪所引起的衝突

這一類衝突可發生在與有組織犯罪或“黑幫”犯罪有關情況下，犯罪分子來自澳門與中華人民共和國，其活動涉及走私、販毒、非法移民等。

這些屬於跨區域罪，其中預備、實行及結果或發生在中國或發生在澳門。

在這些情況下，可提出兩種假設。倘若有的罪行僅與一個地域有關聯，那麼對該罪的管轄權應屬於這一地區，其做法和理由與前述數罪競合之情況相同。

對於那些與兩地均有關聯的罪行，有法學家主張管轄權應屬於犯罪較嚴重之地；倘若對此難以確定，則以犯罪集團頭目居住地為標準；如果這一點都確定不了，那麼管轄權將屬於先開始刑事程序者<sup>39</sup>。

看來先開始刑事程序者優先這一標準比較實際，前述有關確定罪行較重的問題及澳門與中國對同犯界定的不同概念使此類評估問題非常困難，這已是撇開刑事制度的不同而作出的判斷，若將此情況列入考慮之列，則在按照第一個標準選擇管轄權下，鑒於中華人民共和國刑事制度之嚴厲，結果肯定是一面倒的。

6. 有關中央人民政府派駐澳門人員在本地區犯罪之衝突

根據澳門特區基本法第十三條及第十四條，中央人民政府負責管理澳門特區的外交及防務。

為處理外交事務，中華人民共和國外交部在澳門設立相關機構

---

39. 見《刑法研究系列（四）》第628頁中趙秉志及孫力就中國與香港管轄權衝突問題之見解；在同書第430頁，趙秉志及趙國強就無法決定管轄主要犯罪事實之情況，提出主犯身份為輔助性標準，這一提法欠明確。

(基本法第十三條第二段)。此外，儘管第十四條就防務未作類似的規定，但已決定從一九九九年十二月二十日起在澳門派駐中國軍隊<sup>40</sup>。

那麼，這些外交人員及武裝部隊人員究竟受澳門還是中國的司法管轄？

首先要注意的是基本法第十九條第二段的規定：“澳門特別行政區法院除繼續保持澳門原有法律制度和原則對法院審判權所作的限制外，對澳門特別行政區所有的案件均有審判權”。

然而，同條第三段補充道：“澳門特別行政區法院對國防、外交等國家行為無管轄權”。

這裏須澄清一點：這後一規定不阻礙澳門對任何個人所犯之罪的管轄，有關限制只是涉及“國家行為”，所謂國家行為指的是國家機關以國家名義所作的行為<sup>41</sup>。

然而，不得不承認的是，澳門法律制度在刑事方面不具備足夠的機制以保護特別要求外交或軍事人員在行使職責時須維護的利益，基本法第二十三條規定澳門特別行政區應自行立法以捍衛國家利益，這自然反映到防務及外交事務方面，然而，這一類法律不足以維護導致須特別約束這些人員的利益。澳門刑法典在第二百九十七條等規定了一系列的罪狀以保護本地區的政治、經濟及社會制度，但卻未能足夠保護屬於這些人員職權範圍內須維護的利益，這一不足在有關防務利益方面尤其明顯，沒有像中國刑法最後一章(軍

40. 在此須說明的是：儘管澳門基本法未作有關明確表示，但根據基本法規，中央政府負責國防事務，故一直以來有主張中國政府駐軍之可能性，見上引王叔文主編著作第38頁及隨後頁。

41. 蕭蔚雲：《一國兩制與澳門特別行政區基本法》，北京大學出版社，1993年版，第246頁。

人違反職責罪)對軍事活動領域犯罪作出專門規定。

由此造成的印象的是外交人員及軍事人員在某一特定範圍不受澳門刑事管轄。

當然，該範圍是指與其職責有關的行為。

這一問題在一九九九年六月二十八日由全國人民代表大會常務委員會通過的，並將從十二月二十日起生效的中華人民共和國澳門特別行政區駐軍法中可找到答案。

該法律第十九條第一段規定：澳門駐軍人員違反全國性的法律或澳門特別行政區的法律的，依法追究法律責任。

這裏指的是哪些全國性法律？僅僅是基本法第十八條及附件三所指的全國性法律？

當然不是，這裏指的是所有中國法律。

問題是，澳門特區法律亦適用於這些駐軍人員，而任何人不能同時受涉及同一客體的不同刑法所管轄。

這種情況會發生，但是在不同的背景下，稍後我們將談論這個問題。

在此有必要說明的是，當談及管轄，我們指的既是一國或某一地區之審判權限又是刑法適用。刑法不同於民法，實行的是立法與司法權限協調一致的原則<sup>42</sup>，這就是說，當我們涉及澳門的管轄或澳門法律之適用，我們指的既是澳門刑法之適用範圍，也是本地區法院之管轄範圍。

就管轄而言，上述法律第二十條第一段規定澳門駐軍人員犯罪的案件由(中國)軍事司法機關管轄這一基本原則。

---

42. Frédéric Desportes 與 Francis Le Guehec : *Le Nouveau Droit Penal* (新刑法)，第一卷，第四版，巴黎，1997年版。

但是，該段也規定就澳門駐軍人員非執行職務的下列行爲，管轄權則屬於澳門法院：

- 侵犯澳門居民的人身權或財產權；
- 侵犯澳門駐軍以外的其他人的人身權或財產權；
- 違反澳門特別行政區法律並構成犯罪的案件。

該規定排除特區法院對軍人在行使其職責時所作出的行爲之管轄。

這也就是說，倘若一名軍人在執行受托任務時所駕駛的軍用車輛撞倒某一人，並且負有過錯，管轄權屬於軍事法庭。

然而，倘若這一行爲是在執行職務以外作出，那麼存在三種假設：

- 1 – 如果受害人爲澳門居民，即使是軍隊成員，管轄權屬於澳門法院<sup>43</sup>；
- 2 – 如果受害人不是澳門居民，亦不是軍隊成員，管轄權亦屬於澳門法院；
- 3 – 如果受害人不是澳門居民，但屬於澳門駐軍人員，管轄權屬於軍事法庭。

同條第三段規定：倘若在屬於軍事司法機關管轄的案件，涉及的嫌犯中有澳門居民或非軍隊成員的其他人，這些人將受到特區法院審判。

第二十一條和第二十二條還對移交拘留者及執行刑罰及保安處

---

43. 第十二條的規定可引出這一解釋。另外，我們在一九八四年五月三十一日制定及在一九九八年十二月二十九日修改的有關中華人民共和國軍役之法律中沒有發現任何不准在澳門的中國居民服軍役之規定，除非存在該法律第十三條第三段所述及剝奪政治權利之情況。

分作了規定，但這與本文主題無關故在此不作分析。

上述為軍事管轄分配規則，但還有一項規則值得特別一提，根據第二十條第二段規定，澳門特別行政區法院與軍事法庭對各自管轄的澳門駐軍人員犯罪的案件，如果認為由對方管轄更為適宜，經雙方協商一致後，可以移交對方管轄。

我們對全國人民代表大會常委會所通過的一項法律中提出移交審判權這一點不感到驚奇，其實，中華人民共和國刑事訴訟法第二十三條至二十六條規定了在國內以縱向及橫向方式移交審判權之可能性<sup>44</sup>，無論是因為案件複雜還是基於適宜之原因。

但須注意的是，內部調整審判權是一回事，另一回事則是不同制度之間移交審判權協定。解決這類問題始終應基於有關“一國兩制”政策之原則。此外，鑒於在中國刑事訴訟程序中嫌犯地位得不到如同澳門刑事訴訟法所給予的重要保障這一事實，尚需注意的是，就澳門刑法制度而言，事先抽象決定有審判權限之法院是維護嫌犯權利之組成部分，故不應令嫌犯面對不能預見的轉換法庭之情況，或至少不能未經嫌犯同意而這樣做。

這裏，起碼有一點可置疑的是：由全國人大常委會單方規範的有關移交管轄權問題是否局限於基本法第十八條所規定的範圍？

更進一步地發問：有關界定管轄權問題是否可被視作為國防事務。

其實，該問題早有定論，即跟隨對香港制定的有關政策，顯然，

---

44. 中國學說在涉及不同法院之間分配權限時亦使用“管轄權”一詞，無論該等法院具有同一性質或審級，稱之為刑事訴訟管轄，不同於有關刑法適用範圍之管轄權，稱之為“刑事管轄”，見高銘暄：《刑法學原理》，第一卷，第276頁及隨後頁。

這也將成爲有關駐澳外交人員的模式，只不過涉及的司法管轄屬普通管轄，而非軍事管轄。

### 九、澳門與中國之間的司法協助形式

上述問題只有通過司法協助協定解決，即根據基本法第九十三條的規定澳門特區與全國其他地區的司法機關通過協商可在照顧到各制度本身特點的前提下達成妥善的及爲雙方所接受的解決方案。

經提出的模式有多種，但我們在此僅強調四種具體實現這一協助的形式<sup>45</sup>：

1 – 第一種模式相當於階段性解決方案：中國大陸與特別行政區從現有的有關對於司法合作之法規出發，並以之作爲基礎，逐漸完善有關制度，由此而建立區際範圍內司法協助關係。

2 – 第二種模式爲各特別行政區與各省、自治區及直轄市之間訂立協助協定。鑒於此類程序因之複雜及不便，可以考慮賦予其中一個大陸地區代表其餘地區之代理權而與特別行政區協商之可能性。

3 – 第三種模式是在司法部的領導下，由各有關方面組成一個“區際司法協助委員會”，通過協商而制訂一項示範法，由所涉及的地區採納及實施。

4 – 最後一個解決方案爲：根據香港和澳門的基本法規定，增加在特別行政區生效的全國性法律範圍，即增加有關司法協助一項，以便全國人民代表大會常務委員會制定適當解決區際司法協助之法則。

---

45. 趙秉志、孫力：《外向型刑法問題研究》，摘自《刑法研究系列（四）》，中國法制出版社，1997年版，第648頁及隨後頁。

首先指出的是，這最後一種解決辦法不可被接納，儘管基本法第十八條規定全國人大常委會可以增減附件三中所列出的法律，但這些全國性法律應限於有關國防、外交和其它不屬於澳門特區自治範圍的事務。因此，按照該條法律規定，全國人大常委會不可以任意擴大全國性法律範圍以將有關區際司法協助問題納入其中。

其它模式從理論上講都是可行的，但從實際上看，第三種模式可能導致中央機關介入，較謹慎的解決方案不管怎樣還是逐漸建立協助關係之模式，即著手解決較迫切的問題，從與廣東省合作開始，進而逐漸擴展與其他地區的協助關係，基於這方面存在的難度，故須謹慎進行。