

论涉外刑事诉讼

马进保

改革开放加强了我国同国际社会的广泛联系，同时，具有涉外因素的讼案也因此增加了许多新内容。为了适应我国司法机关处理此类案件的客观需要，本文将对涉外刑事诉讼有关的理论和实践问题进行初步的探索，以就教于诉讼学界的同仁和司法实践中的专家。

一、涉外刑事诉讼的概念

涉外刑事诉讼是我国司法机关依法受理和侦查、起诉、审判、执行具有涉外因素的刑事案件的诉讼活动。究竟什么是涉外因素？传统的观点认为涉外因素是指我国司法机关立案查处的刑事案件，涉及到外国公民、无国籍人或其他国家和组织的合法权益，需要考虑国际因素而妥善处理的案件。笔者认为，涉外因素应从广义上去理解，不能仅仅指我国司法机关已经立案查处的涉及外国人利益的刑事案件；还应当包括犯罪行为在我国领域外发生，侵害的对象也属他国，但被告人已逃到我国领域内，根据属地管辖和属人管辖的原则，有管辖权的国家立案后，直接或通过国际组织向我国司法机关提出司法协助的请求，我国按照国际条约或者双边互惠原则，接受委托决定协查的刑事案件。随着当前刑事犯罪日益趋向集团化和国际化，世界各国在刑事诉讼方面的合作也不断得到加强和发展。我国已于1984年正式加入“国际刑警组织”，正式承认或加入《联合国特权及豁免公约》、《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》等国际条约，在涉外刑事诉讼中享有要求国际组织给以司法协助的权利，同时也应当承担相应的义务。因此，从广义上去理解涉外因素更为准确和现实。以此为前提，具有涉外因素的刑事案件主要是以下几类：

- (一) 外国人、无国籍人在我国领域内对我国国家、组织、公民实施犯罪行为的案件；
- (二) 我国公民在我国领域内对外国国家、组织、公民或无国籍人实施犯罪行为的案件；
- (三) 外国公民、无国籍人在我国领域内对外国国家、组织、公民或无国籍人实施犯罪行为的案件；
- (四) 我国公民、外国公民或无国籍人实施犯罪行为的开始地、结果地其一在我国领域内，罪犯现已逃往我国领域外的案件；
- (五) 我国公民、外国公民、无国籍人在我国领域外对我国国家、组织、公民实施了犯罪行为后逃往第三国，或者对外国国家、组织、公民实施了犯罪行为后，逃回（到）我国领域内的刑事案件。

应当认为，凡是具有上述五种涉外因素之一的刑事案件，都属于涉外刑事案件，我国司法机关都有权依照我国的法律和有关的国际条约，对刑事被告人实行追诉，以维护我国的主权和国际社会秩序的稳定。

涉外刑事诉讼由于具有涉外因素的特点，诉讼进程中需要充分考虑国际条约的适用，或通过国际组织开展司法协助，或通过外交途径解决等情形，因此，必须始终坚持维护我国国家主权的原則。这项原則首先否定了旧中国存在过的“领事裁判权”，明确规定了我国司法机关对涉外案件的管辖权，进而肯定了处理涉外案件适用我国法律，诉讼活动按照我国诉讼法确定的程序进行。同时，在与其他国家进行司法协助时，也要采取对等限制使用的办法，只要外国对我国实行限制，为了维护我国的主权和法律尊严，我国也必定采取相应限制的对等措施。

在维护国家主权原則的精神指导下，适用于涉外刑事诉讼的一般原則还有：当事人诉讼权利义务同等原則，外交特权和司法豁免权原則，信守国际条约原則，使用我国通用的语言、文字原則，辩护和代理必须委托中国律师的原則，坚持与外事部门联系的原則等。这些专门适用于涉外刑事诉讼的原則和我国刑事诉讼法总則中确立的基本原則是指导与被指导的关系，把二者有机结合起来适用，成为合法及时地处理涉外刑事案件的思想保障。

二、涉外强制措施

我国刑事诉讼法规定的五种强制措施，完全适用于包括涉外案件在内的一切刑事诉讼。但是，由于涉外刑事案件的特殊性，决定涉外强制措施也具有两个新的特点：一是涉外强制措施不仅可以限制人身自由，还可以责令被告人提供财产担保或交付保证金后，解除对其人身的强制。二是对外籍人犯或犯罪嫌疑人采取了拘留逮捕的强制措施后，允许该被告所在国驻华使领馆的官员或者被告的家属探视，即使是个别特殊案件确因侦查需要，暂不宜通知并不准探视的，也要事先通过外交途径向被告所在国驻华使领馆通报案情及不准探视的原因。我国司法机关在涉外案件中采取强制措施的两个突出特点，主要是从世界大多数国家的诉讼实践出发，充分考虑国际条约和双边互惠原則而在办案活动中灵活采用的。这样可以更好地维护我国的国际信誉，提高我国在国际事务中的影响和声望，加强和发展我国同世界各国的睦邻友好关系。同时对于保护我国公民在国外的合法权益，在对等条件下行使诉讼权利具有重要意义。综上所述，可以看出，涉外强制措施是指我国司法机关在处理涉外刑事案件时，为了保障侦查和审判活动的顺利进行，对外籍被告人或者犯罪嫌疑人采取的限制人身自由或其他具有限制性质的手段。

涉外强制措施主要对外籍被告人适用，也可以适用于我国公民充当被告的涉外案件。对于港澳同胞、台湾同胞、归国华侨在我国领域内犯罪的案件，是否属于涉外案件，应不应适用涉外强制措施，还存在着争议。一种观点认为，港澳台是我国领土不可分割的一部分，港澳台同胞和归国华侨是我们的骨肉兄弟，涉及他们利益的案件不属于涉外范围，人民司法机关有义务保护他们的合法权益，应当按照我国法律规定的诉讼原則和普通强制方法办理。另一种观点则认为，鉴于目前港澳台地区尚不属于我国行政管辖的范围，大陆司法机关也无法对发生在该地区的刑事案件行使审判权，因此应属于涉外刑事诉讼的范围。笔者认为上述观点都过于绝对化，存在着片面性。应当从港澳台现处的特殊地位出发，具体情况具体分析，实事求是区别对待。对于已经取得外国国籍，持有英国、葡萄牙等国护照的当事人应按涉外案件处理，对于不具有外国国籍的港澳台同胞当事人的案件，应不视为涉外案件，但在我国政府

尚未对该地区恢复行使管辖权,实现一国两制前,可以暂时以涉外案件对待,对其需要采取强制措施时,应当比照涉外要求办理。

对涉外案件的刑事被告人及时采取强制措施,除了具有防止人犯逃跑、自杀、串供、灭证和继续犯罪的作用之外,更重要的是为了预防外籍被告人离开我国管辖的范围,逃避中华人民共和国法律的审判和惩罚。因此,涉外强制措施应根据案情不同,除了对外籍被告人采取逮捕拘留等一般强制措施外,还可以特别使用限制出境、提供财产担保和交付保证金等辅助性强制手段,以保证侦查、审判和执行生效裁判等诉讼活动的正常进行。

限制出境是我国司法机关对正在被追诉的外籍被告人或犯罪嫌疑人,决定在一定期限内不得离境,以接受侦查和审判的强制手段。作出限制出境的司法机关,必须用口头或书面的形式通知被限制出境的人,在案件审理终结前不得离境。也可以采取扣留被限制出境人员的护照或者其他有效出入境证件的方法,必要时还可以转而采用监视居住或取保候审等强制措施。如果被告人目前尚未在我司法机关的控制之下,决定机关应当立即通知公安机关和口岸海关及时采取措施控制查堵。

责令提供财产担保或交付保证金的强制方法,主要适用于犯罪情节比较轻微的涉外案件和被告人具有特殊身份的涉外刑事附带民事案件。对于犯罪情节比较轻微或情节虽然较重,但属于过失犯、自动中止犯等,认罪态度尚好的刑事被告人,在人民检察院有可能决定免于起诉或者人民法院拟判处免于刑事处分时,一般不宜对被告人采取拘留和逮捕的强制措施。由于适用监视居住或取保候审又不具备条件,而且长期限制人身自由也不利于我国对外开放政策的实施。因此,在责令其提供财产担保或交付保证金之后,应准许继续从事商业、投资、技术和旅游活动。待诉讼终结后,扣除其应承担的罚金等财产刑之后,司法机关应将其他财产如数退还被告人。

具有特殊身份的外籍被告人,是指外国驻华使领馆工作人员,国际友人,世界知名人士,外国新闻记者,我国邀请的民间参观访问团、文化科学技术代表团成员,在我国从事援助建设的工程技术专家等。如果他们犯有轻罪,但需要附带承担民事赔偿责任时,如失火、交通肇事等,可以对被告人宣布为不受欢迎的人限期出境,或者判处“驱逐出境”,附带赔偿经济损失。在上述被告出境前不能按期交纳或者无法最终清算的,司法机关在责令他们提供财产担保或者交付保证金后准予出境。

我们把限制出境、责令提供财产担保和交付保证金等措施称作辅助性强制手段,是因为这些措施在未得到我国刑事诉讼法确认之前,虽然在司法实践中已经采用,行政性规范也有表述,但因缺乏立法程序,只能暂时作为法定强制措施的辅助性手段。待我国立法机关修改刑事诉讼法时,除应增设专章规定涉外刑事诉讼程序外,还有必要设专节或专条规定涉外强制措施,来适应司法机关办理此类案件的特殊需要。

三、司法协助

静态意义的司法协助,是指专门适用于涉外诉讼的一项司法制度。从动态上来看,司法协助是不同国家的司法机关之间,根据自己国家缔结或参加的国际条约或双边协定,在司法上相互协助,代为一定诉讼事务的行为。国家间的司法协助以国际条约为基础,在不具备国际条约或双边协定的前提下,也可以基于友好关系和互惠惯例,来相互委托办理一定的司法事务。因此,从产生司法协助的前提来看,可分为国际义务协助和友好互惠协助两种。

国际间进行司法协助,是由于刑事犯罪危害人类这种客观事实而确立的。因而国际社会互相协作,共同预防和打击犯罪行为,是建设人类安全稳定生存环境的需要。从历史上看,第二次世界大战后,各爱好和平的国家和反法西斯力量统一行动,在纽伦堡和东京设立国际军事法庭,共同审判了犯下侵略战争罪行的轴心国战犯。此后,尽管以美国学者巴西奥尼教授为首的国际刑法学会的专家们经过长期努力,试图制定包含有诉讼程序的国际刑法典和设立国际刑事法院的偿试遭到了失败。但是,国际间在刑事司法方面的协助却一直没有停止,而且合作的范围越来越广泛。特别是20世纪后期出现的海盗、贩毒、绑架、走私、恐怖活动和黑社会势力的恶性犯罪日趋集团化、智能化、国际化的新情况,仅靠个别国家的努力是很不够的,只有动员国际社会的力量,才能布设起天罗地网,有效打击国际犯罪,保卫世界和平和社会秩序的稳定。

司法协助的内容十分广泛,就其表现的形式来看,可以分为刑事司法协助、民事司法协助和行政司法协助等多种类型。就国际刑事司法协助来说,按照协助主体不同,又可划分为刑事警察组织之间的司法协助和审判机关之间的司法协助。

(一) 刑事警察组织之间的司法协助

同犯罪作斗争的首要任务是侦查破案和缉拿罪犯。担负此项重任的各国刑事警察机构,为了共同对付刑事犯罪分子利用各国刑事管辖之间的漏洞犯罪,本世纪初经过广泛接触,酝酿成立了国际刑事警察组织,来统一协调各成员国刑事警察的配合行动。目前这个组织已有146个成员国,多方面开展了国际刑事司法协助活动。

国际刑事司法协助的内容,可以分为狭义、广义和最广义三种解释。狭义的协助指的是刑事情报的提供、诉讼文书的送达、证据的收集和移让等;广义的司法协助还包括协查刑事案件和缉捕引渡案犯;最广义的解释除包括上述内容之外,还有刑事追诉移管和对外国刑事判决的承认与执行。我国作为国际刑警组织的成员国,不仅有委托该组织协助办理刑事案件的权利,而且还要承担接受委托协查犯罪分子的义务。这种由国际组织居间协调的司法协助,开展的业务活动主要有以下几项:

1. 协查刑事案件。我国公安机关(包括国家安全机关)需要追捕逃往国外的案犯时,可以请求国际刑警组织委托有关国家的刑警组织协助侦缉。在案犯逃向不明时,因无法确定准确的协助国,国际刑警组织可以向各成员国发布通缉令要求协查侦缉案犯。同时,我国公安机关也要主动接受该组织的协查委托或通缉令状,侦缉逃往我国领域内的案犯。

2. 搜集证据。受托国警察机关根据委托要求,收集能够证明某一刑事案件的物证、书证、视听资料及证人证言等证据,还有接受委托进行刑事科学技术鉴定和调查刑事被告人的身份履历情况的义务,并及时将这些证据材料直接或通过国际组织或通过第三国移交给我国公安机关。

3. 代为送达诉讼文书。

4. 扣押财产。与犯罪有关的财物所在国的刑警组织,有义务在接受委托后扣押犯罪分子犯罪所得的赃款赃物以及其他需要扣押的个人财产。及时实施扣押,一方面可以防止财产被非法转移或挥霍浪费,另一方面尽量减少犯罪给被害人造成的损失,并保证在诉讼终结后缴纳判决所确定的罚金、被没收的财产和附带民事诉讼应赔偿的数额。

6. 逮捕和引渡案犯。按照协查委托书或通缉令的要求,受托国的警察机构应当迅速采取措施将潜逃入境的案犯或者在服刑期间逃跑的罪犯逮捕,并及时引渡给请求协助国的刑警机关。我国1983年六届人大二次会议在批准日内瓦四公约的附加议定书时,对“关于引渡事项

上的合作”声明予以保留，因此，我国是否向外国引渡罪犯，可以视国际关系而自由决定。

6.其他司法协助事项。如向有关方面提供刑事情报和刑事科学技术信息，将正在甲国立案追诉的刑事案件移交给乙国管辖，若干相关国家的刑警共同行动，侦破国际性的大案要案等等。

（二）刑事审判组织之间的司法协助

审理涉外刑事案件同样也需要取得国际方面的配合。各国审判组织依照本国参加的国际条约或互惠原则进行司法协助，相互委托对方代为一定的诉讼行为。刑事审判活动中司法协助的最大特点是，没有国际组织居间协调，完全靠各国审判组织之间直接商请或通过外交途径的交涉进行。我国地方各级人民法院需要委托外国法院代为一定诉讼行为时，要报最高人民法院审核同意后，制作委托书通过外交部门转交外国法院。外国法院委托我国法院代为一定诉讼行为的，也要由我国最高人民法院审查后转达有关法院执行。对于外国法院委托的事项不属于我人民法院职责范围的，应当说明理由退回外国法院。

关于审判组织之间司法协助的内容，主要是委托送达诉讼文书，传唤当事人和诉讼参与人以及调查取证、扣押财产等。基本作法同刑警之间的协助大体相同，但是，在对外国判决的承认和执行的理论和实践上却存在着很大分歧。一部分同志提出，由于世界诸国的政治制度不同，各国刑法规定的犯罪概念、罪名和处罚方式也有很大区别，到目前为止还没有一部被世界公认的国际刑法，因此犯罪只是触犯了所在国的国内法，该国作出的刑事判决很难为他国接受和执行。所以对涉外案件的被告人要么引渡给他国审判执行，要么自己审判自己执行，不存在象民事诉讼那样对外国判决的承认和执行问题。另有一些同志考虑到，统一的犯罪和处罚为世界各国共同承认和执行当前虽然作不到，但是根据双边条约或互惠关系，政治制度相同的友好国家之间还是可以首先实行的，例如我国同朝鲜民主主义共和国之间就可以通过建立双边协定相互承认和执行对方生效的判决。笔者认为后一种意见具有可行性，因为政治制度相同，司法制度又相去不远，一国将在本国内犯罪的外国公民交付审判是维护国家主权的行爲，而将生效判决和罪犯移交其所在国执行，更有利于对罪犯的改造、家属的探视和刑满后的安置，对友好国家来说的是一件百利而无一害之举。

在法院之间进行司法协助的程序上，如果我国法院委托外国法院代为执行生效的判决，必须制作委托执行文书，一并送达判决书及其他有关材料，还要附上受托国的文字译本，内容准确清楚，同时加盖最高人民法院印鉴，便于受托国执行。外国委托我国法院执行的生效判决，经我最高人民法院审核同意后，制作承认其效力的裁定书然后交付有关法院执行。执行中的变更情况和执行终结都要及时通报委托国审判机关。

四、诉讼程序的几个特殊问题

处理涉外刑事案件适用我国刑事诉讼法规定的程序，但是有必要对实践中提出的几个特殊问题进行探讨。

（一）案件管辖

鉴于涉外刑事案件的复杂性和特殊性，刑事诉讼法在审判管辖上作出提高审级的规定，由中级人民法院审理第一审。按照同级起诉的原则，应由相对应的检察分院起诉和地、市级公安机关立案侦查。

从近几年的司法实践来看，基本上是按照上述程序办理的，但是也暴露出一些问题有待

研究解决。例如在沿海开放地区和一些大中城市，发生的涉外刑事案件大部分是盗窃、诈骗、敲诈勒索等经济方面的犯罪。而此类案件中又以被侵害的财产数量较少、情节比较轻微、影响不大的居数甚多，如果把这些凡是具有涉外因素的案件全部集中到地市级公安机关、检察院、中级人民法院进行侦查、起诉和审判，势必会加重这些部门的工作量，影响对其他重大疑难案件的及时处理。因此笔者认为，在涉外案件的管辖上，应在坚持提高审级原则的同时，采取一些灵活的变通处理办法。第一是较轻的盗窃和诈骗案件可以委托县级或省辖市的区级公安机关侦查，对大部分不需要追究刑事责任的案件，可以按治安案件处以拘留和罚款以尽快结案，少数需要追究刑事责任的，可直接在征得地市公安局同意后向检察院移送审查起诉。第二是犯罪主体和被害人身份一般、社会影响不大，行为人可能被判处二年以下轻刑的案件，中级人民法院可以依照刑事诉讼法第18条的规定“交由下级人民法院审判”，并按照同级起诉的原则进行诉讼。第三是对于外国人犯反革命罪拟判处驱逐出境的案件；因案件性质严重、案情重大，拟判处无期徒刑以上的案件；我国公民侵犯外国驻华外交官、国际组织和外国重要官员、知名人士合法权利，已经引起国际反映或者外事交涉的案件，应当再提高审级由高级人民法院审判。这种变通处理办法既可以简化程序，尽快结案，避免出现小案拖成“胡子案件”的情况，又可以保证重大案件的审判质量，准确适用法律和政策。

（二）同外事部门联系

涉外刑事诉讼的又一突出特点是同外事部门联系，取得有关方面的配合和支持。我国刑事诉讼法第12条规定：“对于享有外交特权和豁免权的外国人犯罪应当追究刑事责任的，通过外交途径解决。”已经明确了使用外交手段的合法性。即使是普通外国公民成为追究对象时，及时向外事部门通报取得外交支持，也是十分必要的。

同外事部门联系通报案情，无论是在立案侦查阶段，还是在审查起诉或审理判决阶段，承办案件的公、检、法机关都应当及时稳妥地向有关外事部门通报，征求对案件处理的意见。或者通过其上级机关与外交部联系，必要时通过外交部向有关国家的驻华使领馆或国际组织联系，协商解决有关事宜。同外事部门联系的目的，一方面是便于外事部门事先了解案情、对外统一表态口径，取得有关方面的协助，维护国家主权和我国法律的尊严；另一方面有利于外事部门及时采取外交手段，掌握案件对外引起反映的信息，密切注意国际动态，争取主动，妥善处理诉讼事宜。广州市司法机关和外事部门密切配合，及时处理了一起外国公民在广州犯罪的案件，被各方面称赞为成功的案例。1989年7月一个外国留学生侵犯我国公民人身权利被司法机关拘留，被告人自持身份特殊，提出没有本国驻华大使在场拒绝在诉讼材料上签字，大使不亲自到庭拒绝出庭受审等无理要求。鉴于我国同被告所在国存在良好的外交关系，我国司法机关通过外交部同该国驻华大使馆联系，在取得使馆官员的协助工作后，使该案顺利开庭审判，案件得到了妥善处理。

对于处理涉外案件与外事部门联系的法律问题，有的同志认为是司法工作依靠群众，属于专门机关群众路线相结合诉讼原则的内容；还有的同志主张把外事部门的干部作为陪审员来参加法庭审判，从而取得参与诉讼的合法依据。笔者认为这些意见都有合理之处，但是还有必要提出新的理论根据，那就是我国并不是实行三权分立的国家，外事部门虽然是政府下属的一个职能部门，不得干涉司法活动，但是在对外事务中她是代表整个国家就各方面的问题对外发生关系，司法工作当然也应包含其内。然而，外事部门的交涉活动只是就

案件的程序性问题同外国进行信息通报，并不对案件实体方面的裁判施加影响，所以，不会因此而产生行政干预司法的问题。

（三）判决和裁定的报核程序

为了保障诉讼活动的准确与合法，避免因处理不当而陷于被动，司法机关在对涉外案件作出实质性处理决定之前，应当报请上级主管部门审查，在征求各方面的意见后慎重决定。尤其是人民法院对涉外案件作出的裁判，由于是终结性的结论，必须在审判生效前提请上级审判机关审核。司法实践中的具体作法是，中级人民法院审判的案件，应当将拟判意见报请高级人民法院审核；高级人民法院审判的重大涉外案件将拟判意见报请最高人民法院审核。报核要提交案件综合报告及有关材料，最高人民法院在征求有关部门的意见后予以批复。

涉外案件的这种报核程序，是否属于上级法院对下级法院的审判活动提前介入，而干涉了正常的审判程序呢？回答是否定的。首先我国法律规定最高人民法院对地方各级人民法院，上级人民法院对下级人民法院的审判工作实行监督，并规定了行使监督的方式。第一种是通过上诉审、死刑复核和审判监督等程序进行；第二种是研究答复下级法院在审判活动中提出的疑难问题；第三种是审核批复下级法院适用法律判决的特殊案件，如最高人民法院对地方各级人民法院关于具体案件适用法律的批复，对适用法律类推判刑的判决的核准就属于这一类。由于涉外案件政策性强、国际影响大，最高审判机关已明确规定了报核要求，应视为和类推判决核准程序相似的特殊监督程序。其次，报核程序只是上级法院对下级法院提出的裁判意见进行审查，从更高的层次，征求多方面的意见，考虑国内外的因素进行综合分析，以保证作出的判决或裁定更切合实际，避免因失误而造成不良后果。因此，这种做法是严肃慎重之举，绝无随便干涉之嫌。

（四）送达和期间

涉外案件诉讼文书的送达的特点，主要表现在受送达人是居住在我国领域外的外国公民时，一般都要通过外交途径送达。具体程序是送达机关将经公安部、最高人民检察院、最高人民法院审查同意的诉讼文书，通过外交部转交给受送人所在国驻华使领馆，该使领馆再转送国内司法机关送达受送人。1986年，我国最高人民法院会同外交部、司法部发布了《关于我国法院通过外交途径相互委托送达法律文书若干问题的通知》，肯定了这种送达方式的合法性。如果受送达人是居住在国外的我国公民或无国籍人时，还可以采用委托我国驻该国大使馆直接送达，相互通邮的通过国际邮件送达，未建立外交关系的通过国际组织送达，有司法协助关系的直接委托外国司法机关送达，对关系不正常的国家和地区，也可以由当事人的辩护人或诉讼代理人代为送达等多种送达方式。

送达文书的复杂程序，带来了诉讼期间的迟延。据广州市中级人民法院对一审涉外刑事案件审理期间的统计，逾期不能审结的达60%以上，有个别案件经几次延期仍结不了案。按照延长诉讼期间必须报请检察院或人大常委批准的要求，担负繁重涉外诉讼任务的司法机关要经常打延期报告。因此，我国刑事诉讼法在涉外刑事诉讼的期间上，需要参照民事诉讼法作出更大幅度的弹性规定，即在现有期间规定的基础上，再补充一个涉外诉讼的期间上限，供司法机关灵活掌握使用，只对个别需要突破特别规定的案件才办理报批手续，达到原则性、特殊性和灵活性的有机结合，便于合法公正、及时准确地处理好涉外刑事案件。

（作者单位：铁道部郑州公安学院法律系）

责任编辑：王敬远