

论涉港刑事案件的管辖权

张 弢 陈 卫 东

近年来,随着香港与内地交往的不断扩大和加强,涉港刑事案件也时有发生,并有逐渐增多的趋势。1990年4月4日第七届全国人民代表大会第三次会议又通过了《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称香港基本法),对我国政府于1997年在香港恢复行使主权后香港的政治、法律制度等作了原则性的规定。因此,根据我国宪法、法律和香港基本法以及涉港刑事案件的司法实践,建立一整套切实可行的涉港刑事诉讼程序,正确处理涉港刑事案件,就成为我们立法、司法和法学理论研究工作者的一个新的、重要的课题。在此,笔者就我国对香港恢复行使主权前后两个时期的涉港刑事案件的管辖权问题,谈些看法。

一、涉港刑事案件的性质和特点

所谓涉港刑事案件,一般是指在香港或内地发生的、被告人或被害人涉及到内地居民或香港居民中的中国人的刑事案件。由于香港特殊而又复杂的社会、政治、法律等因素,就使得涉港刑事案件有着自身的特殊性。

(一)不同于涉外刑事案件。这主要表现在:

1.涉外刑事案件中的被告人或被害人,有一方或双方是不具有中国国籍的外国人(包括无国籍人)。而涉港刑事案件中的香港居民,必须是中国公民。目前,除少数外籍人士外,绝大多数香港居民都是华裔人士,根据英国和香港现行的法律(主要是1981年的《英国国籍法》,即British Nationality Act 1981),这些华裔香港居民之中,有三百多万拥有一种英国国籍,即“英国属土公民”(British Dependent Territories Citizen,简称BDTC),其余的则没有任何形式的英国国籍地位(除了极少数的例外,即拥有其他形式的英国国籍或其他外国国籍,如“英国公民”即British Citizen),可算是中国籍。而对于这三百多万拥有“英国属土公民”的香港居民,我国是不承认他们外籍身份的。正如中国政府在签署中英《联合声明》时交给英国政府的关于国籍及旅行证件问题的《备忘录》上指出的那样,“根据中华人民共和国国籍法,所有香港中国同胞,不论其是否持有‘英国属土公民’护照,都是中国公民”。在实践中,海关和边检对香港同胞的出入境也不是要什么护照,而是凭回港证、回乡证及香港居民身份证即可出入。在中国对香港恢复行使主权以前,涉港刑事案件中的香港居民,仅指香港居民中的中国人(包括持有“英国属土公民”护照的华裔香港居民),不包括香港居民中的外籍人、无国籍人及拥有其他形式的英国国籍或其他外国国籍的华裔香港居民。对于涉及到后者的刑事案件,则属于涉外刑事案件。

香港基本法第24条规定:“香港特别行政区居民,简称香港居民,包括永久性居民和非

永久性居民。香港特别行政区永久性居民为（1）在香港特别行政区成立以前或以后在香港出生的中国公民；（2）在香港特别行政区成立以前或以后在香港通常居住连续七年以上的中国公民；（3）第（1）、（2）两项所列居民在香港以外所生的中国籍子女；（4）在香港特别行政区成立以前或以后持有效旅行证件进入香港、在香港通常居住连续七年以上并以香港为永居居住地的非中国籍的人；（5）在香港特别行政区成立以前或以后第（4）项所列居民在香港所生的未满21周岁的子女；（6）第（1）至（5）项所列居民以外在香港特别行政区成立以前只在香港有居留权的人。……香港特别行政区非永久性居民为：有资格依照香港特别行政区法律取得香港居民身份证，但没有居留权的人。”因此，在中国对香港恢复行使主权以后，涉港刑事案件中的香港居民，仅指该条前三项所列的永久性居民、第（6）项中的中国籍人以及第4项所规定的非永久性居民中的中国籍人，不包括该条第（4）和（5）项所列的永久性居民、第（6）项中的外籍人、以及第4项所规定的非永久性居民中的外籍人。对于涉及到后者的刑事案件，则属于涉外刑事案件。

2. 涉外刑事案件涉及到国与国之间的法律协作关系，如引渡刑事被告人、国际司法协助等。而涉港刑事案件则不涉及国与国之间的法律协作关系。众所周知，香港是中国的领土，历来为世界公认是非主权地区而不是国家。现在是这样，1997年以后更是如此，因为由中国对香港恢复行使主权后，香港只是作为中华人民共和国主权下的“特别行政区”。因此，鉴于国家主权原则，涉港刑事案件不能完全使用国际上通行的国与国之间用于在诉讼上互相提供帮助和互相移交被指控为罪犯的人的司法手段。

香港基本法第95条规定：“香港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。”这就说明，在我国对香港恢复行使主权后：第一，香港和全国其他地区可进行司法方面的联系和相互提供协助，而不是可进行司法协助和引渡；第二，香港可与全国其他地区司法机关，即与各省、市、自治区通过协商依法进行司法方面的联系和相互提供协助。该条虽未涉及香港司法机关同中央司法机关的关系，但从香港基本法和“一国两制”出发，即使香港司法机关与中央司法机关进行司法方面的联系，也是在一国内“中央”和“特别行政区”之间的联系，不涉及到国与国之间的关系。

（二）不同于内地刑事案件。这主要表现在：

1. 在1997年我国对香港恢复行使主权以前，香港的行政管理由英国政府负责，中华人民共和国对该地区不行使国家主权，实际上香港不在中华人民共和国刑法、刑事诉讼法的地域管辖范围内，香港依据自己的刑事法律规范和诉讼程序处理在该地区发生的刑事案件。内地司法机关在处理涉港刑事案件时，不能不考虑案件被告人或被害人的香港居民的身份和香港刑事法律。

2. 在1997年我国对香港恢复行使主权以后，香港虽然直辖于中华人民共和国中央政府，但从“一国两制”的国策出发，香港的法律基本不变。香港基本法第8条规定：“香港原有法律，即普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留”。第18条第1款规定：“在香港特别行政区实行的法律为本法以及本法第8条规定的香港原有法律和香港特别行政区立法机关制定的法律。”第2款规定：“全国性法律除列于本法附件三者外，不在香港特别行政区实施，凡列于本法附件三之法律，由香港特别行政区在当地公布或立法实施。”（附件三所列的在香港特别行政区实施的全国性法律为《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》、

《关于中华人民共和国国庆日的决定》等六个有关国家主权的单行法规，不包括全国性的基本法律。——作者注）第3款规定：“全国人民代表大会常务委员会在征询其所属的香港特别行政区基本法委员会和香港特别行政区政府的意见后，可对列于本法附件三的法律作出增减，任何列入附件三的法律，限于有关国防、外交和其他按本法规定不属于香港特别行政区自治范围的法律。”因此，就刑事法律而言，香港的刑法、刑事诉讼法除与基本法相抵触或经香港特别行政区的立法机关作出修改者外，予以保留，具有合法性。香港特别行政区司法机关审理刑事案件，将适用香港的刑法和刑事诉讼法，不适用全国性的刑法和刑事诉讼法。内地司法机关在处理涉港刑事案件时，应当把香港作为我国的一个特殊地区对待，在坚持适用全国性刑事法律的前提下，以“一国两制”的国策为指导，从维护和促进祖国统一出发，可酌情考虑香港刑事法律的规定。当然，可以被参考的香港刑事法律应以不违背香港基本法为标准进行衡量。

香港基本法第18条第4款规定：“全国人民代表大会常务委员会决定宣布战争状态或因香港特别行政区内发生香港特别行政区政府不能控制的危及国家统一或安全的动乱而决定香港特别行政区进入紧急状态，中央人民政府可发布命令将有关全国性法律在香港特别行政区实施”。对该条中的“有关全国性法律”，在法学理论界有不同的理解。有的同志认为“应理解为包括刑事法律”，因此，“在上述法定的非常状态下，经中央人民政府发布命令，全国性的刑法和刑事诉讼法可以在香港特别行政区实施”。^①我们认为，此处所谓“有关全国性法律”，应理解为仅指与实施紧急状态有关的全国性法律，如战时兵员动员法、戒严法之类的法律、法令，除非这些法律、法令有明文规定，否则，全国性的刑法和刑事诉讼法在非常状态下也不会在香港特别行政区实施。

3. 司法机关各自独立，互不隶属。目前，香港处理刑事案件的司法机关是独立的、自成体系的，与内地司法机关无隶属关系。1997年我国对香港恢复行使主权后，香港的司法机关也不属于中华人民共和国现有的司法机关体系内，与中央司法机关也没有隶属关系。根据香港基本法的规定，“香港特别行政区享有独立的司法权和终审权”（第19条第1款）。“原在香港实行的司法体制，除因设立香港特别行政区终审法院而产生变化外，予以保留”（第81条第2款）。“香港特别行政区法院的法官，根据当地法官和法律界及其他方面知名人士组成的独立委员会推荐，由行政长官任命”（第88条）。

总之，由于涉港刑事案件既不同于涉外刑事案件，也不同于内地刑事案件，这就决定了涉港刑事案件在管辖权问题上的特殊性和复杂性。

二、一般涉港刑事案件的管辖权

（一）发生在香港的涉港刑事案件，即犯罪行为和被害人都在香港的刑事案件。主要包括以下四类：一是香港居民中的中国人侵犯来港的内地居民的犯罪案件；二是来港的内地居民侵犯香港居民中的中国人的犯罪案件；三是来港的内地居民对香港政府犯罪的刑事案件；四是来港的内地居民侵犯其他来港的内地居民的犯罪案件。

如前所述，香港历来是中国的领土，所以从理论上说，中华人民共和国刑法、刑事诉讼法的地域管辖范围，当然包括香港在内。因此在中华人民共和国刑法、刑事诉讼法颁布以

^① 李心鉴：《香港基本法与涉港刑事法律问题》，《政法论坛》1990年第6期。

后，一些香港居民就来信告状或揭发检举犯罪，要求内地司法机关对在香港发生的刑事案件提起诉讼。对此，在以往的司法实践中，根据案件的不同情况，一般采取两种处理方法：一是“暂缓受理”，这主要是针对在香港发生的而被告人又不在内地的刑事案件。所谓“暂缓受理”，不是不受理，而是考虑到内地司法机关不具备调查或侦查这类案件的条件，特别是刑事被告人还不在于内地，但又考虑到如果拒绝受理，可能会引起一定的误解，所以暂缓受理。二是“自行受理”，这主要是针对内地居民在香港作案后潜逃回内地后被内地司法机关抓获的刑事案件。所谓“自行受理”，是指内地司法机关根据中国法律追究被告人的刑事责任。

笔者认为，根据香港法制的现状和香港基本法的规定，香港和内地所适用的刑事法律不同，因此，对于发生在香港的涉港刑事案件，应实行犯罪地管辖的原则，也就是说，对于犯罪行为和被害人都在香港的刑事案件，应由香港的司法机关享有独有的管辖权，内地司法机关不应对此类案件行使刑事管辖权。对于案犯在香港犯罪后，为逃避香港法律制裁而逃往内地的，内地司法机关根据国际刑警组织的有关规定（中国对香港恢复行使主权以前）或与香港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的有关内容（中国对香港恢复行使主权以后），在查获后应移送香港司法机关处理，而不论案犯是香港居民中的中国人，还是内地居民。香港司法机关对此类案件所享有的独有管辖权，不论是在香港特别行政区成立以前，还是以后，都应如此。

（二）发生在内地的涉港刑事案件，即犯罪行为 and 被害人都在内地的刑事案件。主要包括以下四类：一是内地居民侵犯来内地的香港居民中的中国人的犯罪案件；二是来内地的香港居民中的中国人侵犯内地居民的犯罪案件；三是来内地的香港居民中的中国人对中国政府犯罪的刑事案件；四是来内地的香港居民中的中国人侵犯其他来内地的香港居民中的中国人的犯罪案件。

根据中华人民共和国刑法、刑事诉讼法的规定，在内地发生的一切涉港刑事案件都由内地司法机关享有独有的管辖权，香港司法机关不得对此类案件行使刑事管辖权。对于案犯在内地犯罪后，为逃避内地法律的制裁而逃往香港的，香港司法机关根据国际刑警组织的有关规定（中国对香港恢复行使主权以前）或与内地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的有关内容（中国对香港恢复行使主权以后），在查获后应移送内地司法机关处理，而不论案犯是内地居民，还是香港居民中的中国人。内地司法机关对此类案件所享有的独有管辖权，不论是在香港特别行政区成立以前，还是以后，都应如此。

1989年9月7日，最高人民法院、最高人民检察院《关于不再追诉去台人员在中华人民共和国成立后当地人民政权建立前的犯罪行为的公告》第3条规定：“对于去海外其他地方的人员在中华人民共和国成立前，或者中华人民共和国成立后、犯罪地地方人民政权建立前所犯的罪行，分别按照最高人民法院、最高人民检察院《关于不再追诉去台人员在中华人民共和国成立前的犯罪行为的公告》精神和本公告第1条、第2条的规定办理。”这里的“海外其他地方”，当然包括香港。因此，对于去香港人员的历史罪行，应根据这两个《公告》的规定办理。即（1）对去香港人员在中华人民共和国成立前的犯罪行为，不再追诉；（2）对去香港人员在中华人民共和国成立后、犯罪地地方人民政权建立前所犯罪行，不再追诉；（3）去香港人员在中华人民共和国成立后，犯罪地地方人民政权建立前犯有罪行，并连续或继续到当地人民政权建立后的，追诉期限从犯罪行为终了之日起计算。凡符合《中华人民共

和国刑法》第76条规定的，不再追诉。其中法定最高刑为无期徒刑、死刑的，经过20年，也不再追诉。如果认为必须追诉的，由最高人民检察院核准。

（三）涉及香港与内地的涉港刑事案件，即犯罪行为或被害人不单在香港或内地的刑事案件。这类案件主要有以下三种情形：一是犯罪行为地和犯罪结果地分别在内地和香港；二是犯罪行为的整个实施过程既在香港，也在内地；三是两个或两个以上的犯罪行为，有的在香港，有的在内地。

对于这类刑事案件，内地的司法机关和香港的司法机关都不能各自享有独有的管辖权，而应享有牵连管辖权。也就是说，内地的司法机关和香港的司法机关都可以对这类刑事案件行使管辖权。为了解决内地司法机关和香港司法机关的管辖权冲突，内地司法机关和香港司法机关应根据香港基本法第95条规定的精神（中国对香港恢复行使主权以后）和参考国际上解决刑事司法冲突的惯例（中国对香港恢复行使主权以前）进行协商解决。在此，我们提出一些不成熟的设想，以就教于内地和香港法律界同仁。

第一，犯罪行为地和犯罪结果地分别在内地和香港两地时，可根据不同情形确定管辖权。香港居民中的中国人在香港对在内地居民或中国政府犯罪的刑事案件，如果香港的法律认为是犯罪的，由香港司法机关行使管辖权；内地居民在内地对在香港的香港居民中的中国人或香港政府犯罪的刑事案件，如果中华人民共和国刑法认为是犯罪的，由内地司法机关行使管辖权。对于香港居民中的中国人在香港实施危害在内地的内地居民或中国政府的行为而香港的法律不认为是犯罪的，或者内地居民在内地实施危害在香港的香港居民中的中国人或香港政府的行为而中华人民共和国刑法不认为是犯罪的，内地司法机关或香港司法机关都不能将其作为刑事案件而行使管辖权。这主要是因为香港和内地所适用的法律不同，在解决刑事法律冲突时，应考虑双方法律的协调性，而且就前者而言还考虑到香港居民的接受能力，就后者而言还考虑到中华人民共和国刑法对内地居民的保护。

第二，犯罪行为的预备地和实行地分别在内地和香港两地时，由犯罪实行地的司法机关行使管辖权。

第三，两个或两个以上的犯罪行为分别在内地和香港两地时，由查获案犯所在地的司法机关行使管辖权，或者经协商，由主要犯罪地的司法机关管辖。

三、特定涉港刑事案件的管辖权

（一）派驻香港特别行政区的军队人员犯罪的刑事案件。这类案件特指1997年我国对香港恢复行使主权后发生的刑事案件。

香港基本法第14条第1款规定：“中央人民政府负责管理香港特别行政区的防务。”为此，1997年我国对香港恢复行使主权时，中央人民政府将派军队进驻香港，负责那里的防务。香港基本法第14条第4款特别规定：“驻军人员除遵守全国性的法律外，还须遵守香港特别行政区的法律。”这就使驻特别行政区的军队人员犯罪的刑事案件的管辖问题显得尤为突出，这既涉及到法律的协调，又涉及到驻军内部司法机构的设置，是一个比较复杂的问题，应当制定专门法律加以解决。

我们认为，应在驻特别行政区的军队系统内部设置军事保卫部门、军事检察院和军事法院，隶属于中国人民解放军广州军区军事保卫部门、军事检察院和军事法院，或者直属于中国人民解放军总政治部保卫部、中国人民解放军军事检察院和军事法院，管辖驻特别行政区

军队人员犯罪的部分刑事案件。

驻特别行政区的军队人员犯罪的刑事案件与全国其他地区的驻军人员犯罪的刑事案件不同。根据1982年11月25日最高人民法院、最高人民检察院、公安部、总政治部《关于军队和地方互涉案件几个问题的规定》和1987年12月21日最高人民检察院、公安部、总政治部《关于军队和地方互涉案件侦查工作的补充规定》以及1986年3月27日中国人民解放军总政治部保卫部、中国人民解放军军事法院、中国人民解放军军事检察院《关于惩治军人违反职责罪暂行条例所列案件的管辖范围的通知》的规定，在全国其他地区的现役军人违反《中华人民共和国刑法》和《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》的刑事犯罪案件，由中国人民解放军系统内的保卫部门、军事检察院和军事法院管辖，但军人退出现役后，发现其在服役期内作案，依法应当追诉，而且所犯又非军人违反职责罪的，由军队保卫部门、军事检察院、军事法院负责查清犯罪事实，将案卷材料移送其所在县以上公安机关、人民检察院、人民法院处理。而驻特别行政区的军队人员不仅要遵守全国性的法律，而且还要遵守特别行政区的法律，就刑事法律而言，特别行政区的刑事法律和全国性的刑事法律是不尽相同的，因此，在刑事犯罪案件的管辖上就不能单纯由驻特别行政区军队系统内的司法机构负责，而应根据案件的具体情况加以区别对待。笔者认为：

第一，对于驻特别行政区的军队人员违反《中华人民共和国惩治军人违反职责罪暂行条例》的犯罪案件，由驻特别行政区军队系统内部的司法机构享有独有的管辖权。

第二，对于驻特别行政区的军队人员违反《中华人民共和国刑法》而特别行政区的刑事法律又不认为是犯罪的刑事案件，由驻特别行政区军队系统内部的司法机构享有独有的管辖权。

第三，对于驻特别行政区的军队人员违反特别行政区的刑事法律而《中华人民共和国刑法》又不认为是犯罪的刑事案件，由香港特别行政区的司法机关享有独有的管辖权。

第四，对于驻特别行政区的军队人员违反特别行政区的刑事法律而《中华人民共和国刑法》也列为犯罪的刑事案件，可根据犯罪对象的不同确定其管辖：犯罪对象是驻特别行政区的其他军队人员、内地公民、中央人民政府或驻军所有的财产及内地公民所有的财产的刑事案件，由驻特别行政区军队系统内部的司法机构管辖；犯罪对象是香港居民、在港的其他国家公民、香港特别行政区政府的财产或香港居民的财产以及在港的其他国家公民的财产的刑事案件，由香港特别行政区的司法机关管辖。

第五，对于驻特别行政区的军队人员因退役或调防离开特别行政区后，发现其在特别行政区服役或驻防期内犯罪的刑事案件，可根据不同情况确定其管辖：属于香港特别行政区司法机关管辖的案件，由香港特别行政区的司法机关管辖；属于驻特别行政区军队系统内部的司法机构管辖的案件，如是调防，由调防后所属的中国人民解放军系统内的司法机构管辖；如是退出现役的，由其所在县以上司法机关管辖，但所犯的是军人违反职责罪的，仍由驻特别行政区军队系统内部的司法机构管辖。

（二）派驻香港特别行政区处理外交事务的人员犯罪的刑事案件，这类案件特指1997年我国对香港恢复行使主权后发生的刑事案件。

香港基本法第13条规定：“中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务。中华人民共和国外交部在香港设立机构处理外交事务。”对于中华人民共和国外交部在香港特别行政区设立的处理外交事务的机构中的人员违反特别行政区的刑事法律的犯罪行为，应否追

究刑事责任,涉及到这部分人员是否享有事实上的外交特权和豁免权的问题。笔者认为中华人民共和国外交部在特别行政区设立的处理外交事务的机构,属于在中华人民共和国领域内设立的一个专门办事机构,不是国际法意义上的国与国之间的外交关系,因而其人员也就不享有国际法意义上的外交特权和豁免权。正如香港基本法第22条第3款所规定的那样,“中央各部门、各省、自治区、直辖市在香港特别行政区设立的一切机构及其人员均须遵守香港特别行政区的法律。”因此,中华人民共和国外交部在特别行政区设立处理外交事务的机构中的人员违反香港特别行政区刑事法律的犯罪行为,应当追究其刑事责任。

对于这类案件,应当根据不同情况确定其管辖:

第一,对于驻港外交机构的人员违反特别行政区刑事法律而《中华人民共和国刑法》不认为是犯罪的刑事案件,由香港特别行政区的司法机关管辖。

第二,对于驻港外交机构的人员违反特别行政区刑事法律而《中华人民共和国刑法》也同时列为犯罪的刑事案件,可根据犯罪对象确定其管辖:如果犯罪对象是香港居民、在港的外国公民、香港特别行政区政府或者香港居民的财产、在港的外国公民的财产及香港特别行政区的财产的刑事案件,由香港特别行政区的司法机关管辖;如果犯罪对象是内地公民、中央各部门及各省(自治区、直辖市)在香港特别行政区设立的机构中的人员、中央人民政府或者内地公民的财产、中央各部门及各省(自治区、直辖市)驻港机构的财产及中央人民政府的财产的刑事案件,由中华人民共和国外交部所在地的北京市司法机关管辖。

(三)在香港特别行政区发生的涉及国家安全的犯罪案件。这类案件特指1997年我国对香港恢复行使主权后发生的刑事案件。

香港基本法第23条规定:“香港特别行政区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家、煽动叛乱、颠覆中央人民政府及窃取国家机密的行为,禁止外国的政治组织或团体在香港特别行政区进行政治活动,禁止香港特别行政区的政治性组织或团体与外国的政治性组织或团体建立联系。”因此,香港特别行政区应制定相应的法律,对于香港居民中的中国人或来港的内地居民违反法律的上述危害国家安全的构成犯罪的刑事案件,应由香港特别行政区的司法机关管辖。

(四)在香港特别行政区发生的涉及国防外交等国家行为的刑事案件。这类案件特指1997年我国对香港恢复行使主权后发生的刑事案件。

中英两国政府《关于香港问题的联合声明》明确规定,由我国中央人民政府负责管理香港特别行政区的防务和外交事务。香港基本法第13条规定:“中央人民政府负责管理与香港特别行政区有关的外交事务。”第14条规定:“中央人民政府负责管理香港特别行政区的防务。”第19条第3款规定:“香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。香港特别行政区法院在审理案件中遇有涉及国防、外交等国家行为的事实问题,应取得行政长官就该等问题发出的证明文件,上述文件对法院有约束力。行政长官在发出证明文件前,须取得中央人民政府的证明书。”因此,香港特别行政区法院所审理的在香港发生的一切涉港刑事案件,如果涉及国防、外交等国家行为的事实问题,对这类案件则不得独立审理,须获得行政长官的证明文件,而行政长官须取得中央人民政府的证明书才能发出证明文件。法院对这类刑事案件的审理,须受证明文件的制约。

(作者单位:中国社会科学院法学研究所、中国人民大学法律系)

责任编辑:王敏远