

## 试论我国区际刑事管辖 冲突的内涵及其解决原则

高铭暄· 王秀梅\*

中华人民共和国刑法以下简称内地刑法与特别行政区刑法之间的适用问题已受到理论界和实务界的普遍关注，尤其在香港特别行政区成立后，这个问题愈发突显。由于特别行政区实行高度的自治，享有行政管理权、立法权、独立的司法权和终审权，因此当某种犯罪跨越于内地与特别行政区之间时便引发了地区间的刑事管辖冲突。这种冲突既有别于国际刑事管辖冲突，又不同于区域刑事管辖冲突，而是发生在主权国家内部的区际刑事管辖冲突。那么如何界定区际刑事管辖冲突的内涵以及如何确定这种冲突解决的原则成为亟待思考和研究的课题。本文拟以内地刑法与香港特别行政区刑法之间的适用为主线兼及刚成立的澳门特别行政区，就我国区际刑事管辖冲突的内涵和解决的原则作一

中国人民大学法学院刑法学教授、博士生导师，中国人民大学国际刑法研究所所长，中国法学会刑法学研究会总干事，国际刑法学协会副主席，国际刑法学协会中国分会主席

中国人民大学法学院刑法专业博士研究生

《香港基本法》第 2 条；《澳门基本法》第 2 条。

些尝试性的探讨，以期对解决区际刑事法律冲突问题有所裨益

## 一、我国区际刑事管辖冲突的内涵

### （一）区际刑事管辖冲突的界定

刑事管辖权是国家基于主权原则派生的一项基本权利。国家在其主权范围内通过国内刑事立法确立其刑事管辖权以解决一国刑法适用于什么地方的犯罪以及适用于什么人犯罪的问题。这个概念形式上似乎只适用于一种社会制度，一个法系的国家。对于一种社会制度多个法系或者多种社会制度多个法系的国家是否适用呢？如美国和加拿大等国即为一种社会制度，多个法系的国家；而我国则是两种社会制度，三个法系并存的国家。但是无论社会制度性质如何不同，法系内涵如何复杂，上述多法系国家的共同特征是只有一个主权。正是这种唯一主权观念的存在从本质上决定了一国刑法在多法系、多地区间运用过程中受到阻滞的状态。这种状态主要反映为区际性刑事管辖冲突，即一个主权国家内部的不同地区，对相关罪行在适用刑事法律上存在的差异与冲突。区际刑事管辖冲突区别于国际刑事管辖冲突及区域刑事管辖冲突。

国际刑事管辖冲突，是国际刑事审判机构与各主权国家之间，或各主权国家之间针对某种国际犯罪、跨国犯罪或者具有涉外因素的罪行，在刑事法律的具体适用上产生的冲突。如果国际审判机构对某国际犯罪具有绝对的刑事管辖权则不存在国际刑事管辖权的冲突。如在建立国际刑事法院进程中，前苏联戈尔巴乔夫总统

两种制度，是指内地是社会主义社会制度，香港、澳门和台湾地区是资本主义制度。三大法系是指内地具有的我国特色的社会主义法律体系，香港特别行政区仍然保留和继续适用英美法律体系；刚成立的澳门特别行政区以及台湾地区的法律体系则属于大陆法系。

认为国际刑事法院应对国际恐怖主义罪行具有绝对刑事管辖权；当时美国则认为国际刑事法院的绝对刑事管辖权应局限于国际恐怖主义罪行和国际毒品贩运犯罪。<sup>①</sup>如果国际审判机构采纳了他们的建议，那么对他们所建议罪行的审判，国际审判机构就具有绝对的管辖权，而不会与各国的刑事管辖权发生冲突。但是，若非如此，当一国依照国际承认的属地管辖、属人管辖、积极的属人管辖（我们通常称为保护管辖）以及普遍管辖诸原则，对某种国际犯罪、跨国犯罪或具有涉外因素的犯罪主张管辖权，并与国际审判机构或其他国家刑事管辖权发生冲突时，各有关国家可以选择行使管辖权，也可以选择放弃管辖权，或者选择双方都予同意的第三国行使管辖权。当有关国家基于主权观念主张管辖权时，则与国际刑事管辖权或相关国家的刑事管辖权发生竞合，或称作平行管辖的冲突现象。这种冲突产生的最明显的标志是有关国家基于本国主权观念而主张其刑事管辖权。

区域刑事管辖冲突 应指某区域内，国家间并不一定包括

参见 M. Cherif Bassiouni: "THE TIME HAS COME FOR AN INTERNATIONAL-

AL CRIMINAL COURT" 载 Indiana International and Comparative Law Review "Spring, 1991.

国际法委员会 1990 年递交联合国大会报告中，关于管辖权问题表述的观点之一是：除非犯罪发生地国、罪犯的国籍国、罪行针对的国家或者被害人的国籍国赋予国际法院管辖权，否则，该法院将不能对任何人进行审判。参见 M. Cherif Bassiouni & Christopher L. Blakesley: "THE NEED FOR AN INTERNATIONAL CRIMINAL COURT IN THE NEW INTERNATIONAL WORLD ORDER" 载 Vanderbilt Journal of International Law "1992

“区域”一词出现在早期的法律文本中是 1919 年的《国际联盟盟约》第 21 条。该条规定：“国际协议如仲裁条约或区域协商……”。区域办法 and 区域组织的法律地位得到进一步发展是 1945 年的《联合国宪章》第 8 章（第 53 条）区域办法。该条规定：“本宪章不得认为排除区域办法或区域机关、用以应付关于维持国际和平及安全而宜于区域行动之事件者；但以此项办法或机关及其工作与联合国之宗旨及原则符合者为限；……”。

该区域内的所有国家)在刑事法律适用上的冲突或抵触。这种冲突既包括区域内各国之间的冲突,也包括各国国内法与区域法的冲突。

目前世界上主要的区域性组织有:美洲国家组织、阿拉伯国家联盟、欧洲联盟、非洲统一组织、东南亚国家联盟。以欧洲联盟法及其成员国内法之间的关系为例 欧洲联盟法 并不是法国、德国、意大利等成员国的国内法,而且欧盟法虽然是以《马斯特里赫特条约》(该条约是在《欧洲煤钢共同体条约》、《欧洲经济共同体条约》、《欧洲原子能条约》和《单一欧洲法令》基础上形成 及其他条约作为其法律渊源,仍不是在国际交往中形成的,用以调整国际关系(主要是国家间关系)的,有法律约束力的原则、规则和制度的总体。因而不具有一般意义上的国际法地位。由此在欧盟内部便形成了成员国的自身的法律体系和欧盟法律体系。当某犯罪行为发生在欧盟区域内,有两种可能的情形:一是构成犯罪的要件不存在跨越的情形;二是构成犯罪的某要件出现跨越的现象。无论构成犯罪的要件是否存在跨越,在欧盟法与成员国法同时可以适用,具有竞合的管辖权时,原则上是欧盟法优于成员国法,不易导致冲突的发生;但当欧盟法适用出现困难时,特别是当构成犯罪的要件跨越了该区域内的两个或两个以上国家时,与犯罪有关联的国家如果均主张刑事管辖权,便产生了该区域内的区域刑事管辖冲突。

## (二) 我国区际刑事管辖冲突的成因

我国区际刑事法律冲突是由于历史原因造成的,特别是在《中英联合声明》和《中葡联合声明》中均明确确认回归后的香港地区和澳门地区是中国领土,中华人民共和国对其行使主权。同时联合声明中还规定 根据我国《宪法》的规定 我国对香港和澳门恢复行使主权时,将分别设立香港特别行政区和澳门特别行政区,这两

① 参见梁西主编:《国际法》 武汉大学出版社 1993 年版 第 3 页

个地区的主权虽然属于中华人民共和国，但两个地区的社会制度和基本法律不变（除与该地区《基本法》相抵触的法律需要进行修订外）。1982年11月26日在第五届全国人民代表大会第五次会议上彭真同志（时任宪法修改委员会副主任委员）在《关于中华人民共和国宪法修改草案的报告》中指出：“在维护国家的主权、统一和领土完整的原则方面，我们是决不含糊的。同时，在具体政策措施方面，我们又有很大灵活性，……”随即颁布施行的《宪法》第31条规定：“国家在必要时得设立特别行政区。在特别行政区内实行的制度按照具体情况由全国人民代表大会以法律规定。”由此声明了在设立特别行政区方面，要把维护国家主权、统一和领土完整的原则性与充分照顾有关地区的特殊情况和稳定繁荣需要的灵活性相应地结合起来。在我国宪法有关规定的指导下设立了香港特别行政区和澳门特别行政区，并制定了《香港基本法》和《澳门基本法》两部《基本法》都规定了特别行政区的制度和政策（“一国两制，高度自治”）包括社会、经济制度，有关保障居民基本权利和自由的制度，行政管理、立法和司法方面的制度以及有关政策。这样便从客观上形成了在统一主权之下，两种社会制度并存，多地区、多法系平等刑事法律冲突的现象。

在内地刑法与特别行政区刑事法律的并行适用中，由于双方刑事法律空间效力适用范围的地域限制性，亦是引起区际刑事管辖冲突产生的原因之一。从内地刑法第6条第1、3款、第7条第1款规定内容的字面意思上看，内地刑法应适用于我国领域内的一切犯罪行为，以及我国公民在我国领域外的符合刑法规定的犯罪行为。据此规定，内地刑法似乎也适用于我国特别行政区内的犯罪行为，以及对特别行政区居民在我国领域内实施的犯罪

这里也包含了两个例外：一是第6条第1款规定的“法律有特别规定的”和第7条第1款规定的“按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究”。

行为均具有排他的管辖权，其主要根据就是在特别行政区内实施的犯罪行为应视为在我国领域内的犯罪行为，特别行政区居民除了具有其他国家国籍的，也均为中华人民共和国公民。但是，如果按照内地刑法第 6 条的例外规定以及《香港基本法》和《澳门基本法》第 18 条的规定，内地刑法在适用上又受到特别行政区《基本法》规定的排斥。能否说这种排斥导致了内地刑法不能适用于特别行政区？

我们认为，可以说正是这种法律适用的地域排斥性导致了内地刑法不能适用于特别行政区。因为法律适用所产生的效果应以法律的效力是否及于某地来衡量。如果单纯考虑内地刑法和特别行政区刑事法律效力所及的地域界限，可以说内地刑法除个别情形下在特别行政区不能发挥其效力，《香港基本法》第 18 条第 2 款的规定便是极好的佐证。从刑法对人的效力上分析，内地刑法的效力亦不及于特别行政区。例如，内地抓获在特别行政区实施犯罪的特别行政区居民，无论特别行政区是否提出移转管辖的请求，内地都应将罪犯交与特别行政区审理。如果内地发现该罪犯实施的犯罪与内地有联系，在两地均具有管辖权的情况下，可以

《香港基本法》和《澳门基本法》第 18 条第 4 款都规定：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、澳门特别行政区内发生香港、澳门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、澳门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、澳门特别行政区实施。

《香港基本法》第 18 条第 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”。另《香港基本法》附件三 是有关在香港特别行政区内实施的全国性法律的规定，即：(1)《关于中华人民共和国国都、纪年、国歌、国旗的决议》；(2)《关于中华人民共和国国庆日的决议》；(3)《中央人民政府公布中华人民共和国国徽的命令》附：国徽图案、说明、使用办法；(4)《中华人民共和国政府关于领海的声明》；(5)《中华人民共和国国籍法》；(6)《中华人民共和国外交特权与豁免条例》

通过两地协商决定由谁行使管辖权，即使通过协商由内地行使管辖权，也不能据此认为内地刑法适用于特别行政区。因此，由于内地刑法的效力不及于特别行政区，当出现跨越两地之间的犯罪时，便导致刑事管辖权的行使发生冲突。

## 二、我国区际刑事管辖冲突解决的原则

在我国区际刑事法律适用中，特别是当犯罪行为（作为或不作为、单一的犯罪行为或多元的犯罪行为）犯罪人（单独的犯罪人或共同的犯罪人、内地居民或特别行政区居民）危害结果（直接的结果或由危害行为所造成的间接的结果，通常指由于犯罪行为所造成的影响）跨越于内地和特别行政区之间，所产生区际刑事法律适用的冲突，主要是决定由哪个地区行使刑事管辖权的冲突。对这种管辖权行使的抉择能否适用国际社会普遍承认的刑事管辖原则（属地原则、属人原则、保护原则和普遍管辖原则）？

多数学者主张区际刑事管辖的冲突应参考属地原则，而不宜适用属人原则和保护原则。但对属地原则的使用提出了一些有针对性的见解。如有的学者认为，内地刑法第 6—11 条规定的适用范围不适用于香港特别行政区，且香港特别行政区回归后，对同一主权下的地区已经没有理由和必要再适用国籍原则和保护原则，因而建议属地原则应是刑事管辖的基础，由犯罪地法院管辖。这一主张的理由有四：一是属地管辖与香港特别行政区的高度自治和司法独立权相一致；二是属地管辖与国家法律不适用于香港特别行政区相一致；三是属地管辖更容易确定管辖权；四是属地

如赵秉志教授等认为：贯彻“一国两制”的政策，属地原则应适用于涉及香港的管辖问题，所以犯罪地的法院应具有管辖权。参见赵秉志、孙力：《香港特别行政区与内地间互涉刑事法律问题研究》载《中国法学》1993年第2期

管辖在处理刑事案件中具有更高的效率。另有学者认为，1997年是我国刑法一系列条文发生重大变化的一年，属地原则应适用于我国大陆和香港特别行政区之间的刑事管辖冲突，建议我国大陆刑法无论何时都适用于在大陆实施的犯罪行为；而香港特别行政区刑事条例无论何时都适用于在香港特别行政区实施的犯罪行为。

我们认为，严格国际法意义上的刑事管辖基本原则不应适用于我国区际刑事管辖权的确认。因为，这些原则适用的前提是不同的国家或不同国籍的人，以及所保护的共同的国家利益和国际秩序。是一国出于主权观念而争取的国家刑事管辖权，而我国内地与特别行政区之间不存在主权问题。上述观点在刑事管辖权四个基本原则存在的同一前提下，唯独保留了属地原则的适用，而否定了其他原则的适用。尽管在解释上有一定的说服力，但从法理上却难以自圆其说。因此，在处理内地与特别行政区之间的刑事法律适用问题时，从理论上讲，内地刑法的保护原则和普遍管辖原则在处理区际刑事法律冲突的问题上完全处于失效的状态，而且如果单纯从属人原则和属地原则的确立基础和适用意义来讲，这两个原则也几乎是闲置的。但事实上，当出现区际刑事管辖冲突时，如果不运用一定的管辖原则，又很难解决管辖权行使所产生的矛盾。因此，没有必要考察属人原则和属地原则的深层内涵，但可利用这两个原则确定由谁来行使管辖权。如果将这两个原则的原理加以演化，并将推演的结论作为解决我国区际刑事法律冲突的手段，这实际上是对上述原则的一种消极运用方式，但这种方式正可

参见张晓明：《论九七年后涉港刑事案件的司法管辖权》，载赵秉志主编：《刑法新探索》群众出版社1993年版，第147—159页。

参见刘国祥：《中国刑法空间适用范围的立法改进》，载高铭喧主编：《刑法修改建议文集》，中国人民大学出版社1997年版，第201页。

作为确认刑事管辖权的准则。那么，我们可将属人原则和属地原则演绎为 属人原则——居所地身份原则 属地原则——犯罪地原则。

### （一）犯罪地原则

在解决我国区际刑事法律冲突时 可以以犯罪地原则为主 只要行为或结果在一地区内的 该地区即具有管辖权 辅以居所地身份原则 即当犯罪地原则于适用中出现障碍时 可以考虑适用行为人居所地的身份来确认刑事管辖权的行使。既然确定管辖权的行使是以犯罪地原则为主，那么犯罪地在该原则适用中便占有重要的地位，而如何确认犯罪地则成为该管辖原则适用的核心问题。

在如何确定犯罪地的方法中，最有代表性的是主观领土说和客观领土说。主观领土说 也称“行为地主义”或“主体的领土管辖”，认为刑事追诉的权利是对始于其领土而终于别国领土的犯罪。主观领土说不考虑犯罪的后一阶段，忽视危害后果在判断该行为的社会危害性方面的意义及其在犯罪构成中的作用。如法国 1975 年刑事程序法典第 693 条被认为是典型的主观领土说，该条规定，当具有犯罪要素性质的行为在法国完成就认为是在法国领土内犯罪。美国也采用主观领土说，并将其管辖扩大到一个犯罪构成要素发生在美国而完成在美国国外的犯罪。美国认为严格坚持犯罪必须完成在美国国内的领土原则对于联邦体制的管辖带来了很多困难，而主观领土原则可以缓解由这种体制而带来的问题。美国的一些州就按照主观领土说去选择管辖，对在其他州以及在外国完成的行为按照本州的法律进行管辖。“客观领土说”也

这里的犯罪地应理解为犯罪实施地（包括预备行为地和实行行为地，行为包括单独行为和共同行为）和犯罪结果发生地（包括犯罪的既遂与未遂结果地）。

参见高铭喧主编：《刑法学原理》（第 1 卷）中国人民大学出版社 1993 年版，第 283 页

参见邵沙平著：《现代国际刑法教程》，武汉大学出版社 1993 年版，第 293 页

称“结果地主义”或“客体的领土管辖”认为刑事追诉的权利是对那些始于别国领土而完成或呈现于本国领土的犯罪，或对本国秩序造成了有害后果的犯罪。客观领土说是强调行为的后果，即使构成犯罪的作为或不作为全部发生在一国领土外，但只要上述作为或不作为的后果或效果发生于一国领土内，就可对该犯罪进行管辖。

我们认为，主观领土说和客观领土说都从各自的角度孤立地看待犯罪现象的发生 因此 导致主观领土说对结果加重犯、过失犯 以结果是否发生作为构成犯罪的要件之一 筹适用刑事管辖权时出现疏漏；而对于客观领土说仅考虑犯罪的结果是否发生在本国或影响及于本国 从而使预备犯、未遂犯等没有结果发生或犯罪结果发生不完整的犯罪行为缺乏运用刑事管辖权的依据。

此外，理论界还从其他角度对犯罪地的确定提出几种不同的观点 第一 行为地说。认为行为人实际实施犯罪行为的地点或场所，就是犯罪地，不作为犯罪则以义务的来源地或发生地为犯罪地。第二，结果地说。认为行为人实施犯罪行为所导致的结果发生地为犯罪地 如日本学者町野朔提出“刑法以保护法益为目的，法益侵害 威胁 的结果是犯罪的实质 犯罪地就是这种结果发生地 这样来认识才是正确的。”第三 中间地说。认为犯罪行为与结果之间的场所为犯罪地。例如，行为人从甲国邮寄毒品，途经乙国 在丙国发生结果 则乙国为犯罪发生地。第四 遍在地说。即折衷主义。这种观点认为行为实施地与结果发生地都是犯罪地，行为或者结果有一项发生在本国内，就适用本国刑法。<sup>②</sup>

283 页。参见高铭暄主编：《刑法学原理》（第 1 卷）中国人民大学出版社 1995 年版

111 页。参见陆晓光主编：《国际刑法概论》中国政法大学出版社 1991 年版，第 110—

我们认为“行为地说”只单纯将行为作为一个整体来考虑，既没有考虑犯罪行为阶段地的一致性，也没有考虑有些犯罪依照结果地行使管辖更有利于保护本国利益和维护国家主权。“结果地说”只有当结果在该国发生的情况下该国才能具有管辖权。如果犯罪的主要行为在该国实施或发生了犯罪的不完整形态（未遂形态）该国的管辖权将如何体现。因此产生有的主张以结果应发生之地为犯罪地，有的主张以法益侵害的危险地为犯罪地。基于这种难以统一的认识，使得各国对具有管辖权争议的犯罪行为在追究刑事责任上无所适从。“中间地说”更不可取。从刑法的基本理论上讲，存在着行为犯和危险犯等特殊的犯罪现象。在这些特殊的犯罪现象中，很难找到哪一段行为发生在中间地。对于这些缺乏中间地的犯罪行为，或虽然有中间地，但中间地所遭受的危害小于行为地与结果地，那么以中间地作为犯罪地来主张管辖权，则不利于维护行为地或结果地国家的利益。“遍在地说”（折衷说）对属地原则所确定的范围进行了一定的扩大。虽有扩大主权与刑罚权倾向之嫌，且易与其他采用此说的国家在管辖方面发生争议，但仍未能阻止世界上一些国家实施此主张。1929年的《禁止伪造货币公约》、1936年的《禁止非法买卖麻醉品公约》、1961年的《麻醉品单一公约》以及1971年的《精神药物公约》等都规定，关于伪造货币罪及麻醉品犯罪，如果案件在本国领土内开始，而在外国完成，或者在外国开始而在本国完成，或者效果及于本国时，本国都能行使刑事管辖权。

考察其他一些国家和地区的有关规定，大多数采取“遍在地说”也即“行为与结果择一说”。《法国刑法典》规定，构成犯罪之事实有一项发生在共和国领域内，就视为在共和国领域内犯罪。法国法律既认定以“作为”实行的犯罪，也认定以“不作为”实行的犯罪。与此同时，“参与某一行为”以及与此行为相关联的事实，从惩处的角度看，被视为“实行行为的正犯”的活动，同时认为任

何全部是在法国既遂或实现的犯罪 不论是实行的犯罪 不作为犯罪、继续犯罪 有一部分犯罪时间是在法国 )还是构成犯罪的行为之一全部是在法国既遂的惯犯,均适用法国刑法。 我国学界普遍认为 在通常情况下 犯罪行为与结果发生在同一地方 但在某些条件下 犯罪行为实施地与结果地也可能脱离 出现跨国跨地区的犯罪现象。实践中主要有三种情况:一是犯罪行为与结果都发生在一国领域内 二是犯罪行为在一国领域内实施 而结果则发生在该国领域以外;三是犯罪行为在一国领域外实施而结果发生在该国领域内。上述三种情形都应适用我国刑法。为避免刑事管辖权适用上的疏漏,我国刑法在属地原则的规定上兼采主观领土说和客观领土说 并采用二者有机结合的综合管辖原则 即“折衷主义”或“行为与结果择一说”。规定行为或结果只要有一项发生在我国领域内 即视为在我国领域内犯罪。 以此推演 只要行为或结果有一项发生在内地或者香港、澳门特别行政区内的 犯罪行为实施地或结果发生地的司法机关都有刑事管辖权。

## (二) 居所地身份原则

如果要发掘居所地身份原则的根源,便可以追溯到国际社会对冲突法中属人原则的理解。大陆法系国家以当事人的国籍作为管辖的根据;而普通法系则以当事人的永久居所或主要营业地作为管辖的根据。国际社会将永久居所地或主要营业地管辖原则视为普遍管辖原则的一个变种 在 60 年代以后得以发展起来。

特别是第二次大战后 由于亚、非洲国家的居民大量涌入欧美等国做工或居住,但仍保留着原来的国籍。其中一些人在这些国家违法犯罪,使得这些国家的法院中涉及外国人的案件大量增

(法)卡斯东·斯特法尼等著 罗结珍译:《法国刑法总论精义》中国政法大学出版社 1998 年版 第 176 页

1997 年《中华人民共和国刑法》第 6 条第 3 款

加。对于欧美国家法院来讲由于不熟悉亚非国家的法律，而且这些人部分具有双重国籍，在适用法律审理这类案件时遇到了较大的困难。因此，一些国家便逐渐以居所地或习惯居所地及营业地取代国籍原则作为管辖的根据，这样既避免了被告人双重国籍问题和不熟悉当事人所属国法律的困难 还可以适用法院地法 无形中便扩大了这些国家的刑事管辖权。

目前，永久居所地或主要营业地管辖原则在国际社会得到了较为广泛的运用，并在一些国际公约中直接引入了这一原则。如关于制止危害国际民用航空器的《东京公约》、《海牙公约》和《蒙特利尔公约》均有这方面的规定。《东京公约》第 4 条第 2 款规定 缔约国对罪行是由该国国民或在该国有永久居所的人所犯的或是针对该国国民或该人的 拥有刑事管辖权。《海牙公约》第 4 条第 1 款 丙 项规定 罪行是在租来时不带机组的航空器内发生的 而承租人的主要营业地 或承租人没有这种营业地 则其永久居所 是在一个缔约国的 则该国对罪行具有管辖权。《蒙特利尔公约》第 5 条第 1 款 丁 项与《海牙公约》的规定相同。

我们认为，参照永久居所地和主要营业地原则拟定我国区际刑事法律冲突中的居所地身份原则与前者有本质的区别。首先，我们不涉及双重国籍的问题，而是为了解决对具有同一国籍的国民行使刑事管辖权的问题 其次 在我国区际刑事管辖冲突中适用居所地身份原则 并非扩大某地区的刑事管辖权 而是为了更好地解决刑事管辖权的冲突，有利于案件的及时、有效和公正的处理，更合理地选择刑事管辖权的适用。如果说“张子强一案”内地审理

的根据是犯罪地原则的话 那么对于“德福花园杀人案”便可以说是在犯罪地原则适用出现困难时，居所地身份原则发挥效用的典型。对于“德福花园杀人案”由内地行使管辖权 除了存在内地审理此案的其他因素外，应该说，内地审理该案的依据之一就是行为人系内地居民。因此，居所地身份管辖原则在我国区际刑事法律冲突中 主要是针对那些在内地与特别行政区之间 或者特别行政区之间任一地区实施犯罪行为后，逃往其他地区的犯罪行为人 包括在内地犯罪后 逃到特别行政区 或在特别行政区犯罪后逃到内地；或者在香港特别行政区或澳门特别行政区犯罪后逃到另一个特别行政区的本地居民。遇到这些情形依靠确定犯罪地来选择刑事管辖权的行使便产生困难。此时居所地的身份原则正好弥补了犯罪地原则的不足 可以考虑行为人居所地的身份 并由其居所地身份所属地区的司法机关行使管辖权。

### 三、我国区际刑事法律冲突解决原则的实际运用

目前我国区际刑事法律在处罚跨地区犯罪中，除了犯罪行为或结果单一或明确的情况以外，易于导致刑事管辖权冲突的现象主要有以下几种：(1) 犯罪行为（以下所称的犯罪行为均含预备行

广东省汕头市居民李育辉自命风水先生，到香港特别行政区以给人看风水、算命为名 骗取钱财。1998 年 7 月 23 日，被告人李育辉在香港九龙湾德福花园的一家公寓内以为三名妇女做法要喝圣水的手段，将五名妇女其中包括房主的两个女儿毒死，并将其中两人在前些天提取的 130 万港币偷取逃回内地。1998 年 9 月 15 日内地警方在湖北省武汉市逮捕李育辉时，李承认了杀害被害人和偷取 130 万港币的事实。香港特别行政区立法委员和学术人士主张在香港审判李育辉，但香港特别行政区政府出于一定的考虑，决定不要求移交李育辉到香港特别行政区受审。

李育辉杀人案由内地审理的其他因素，包括当内地司法机关仔细追查李育辉杀人案的构成要素时，便发现其所实施的犯罪行为所用的毒药是在内地购买，以及李育辉在香港特别行政区实施犯罪行为后逃回内地，最先由内地司法机关予以抓获。

为)分别在两地或三地,而结果却在其中一地发生的;(2)数罪中,有的犯罪行为与结果完全在一地发生,有的犯罪行为与结果分别在两地、三地或者有的犯罪行为跨越两地、三地的;(3)犯罪行为与结果均发生在一地,而行为人居所地身份与犯罪地不一致的(如本地居民异地犯罪后逃回本地);(4)在共同犯罪案件中犯罪主体分别为两地或三地居民犯罪行为与结果或为一地或分别为两地、三地的。

在策(1)、(2)种情形中主要是由于犯罪地的跨越导致管辖权的冲突。在这种现象中,我们认为,无论是一种行为还是数种行为无论行为发生在一地或是两地、三地只要犯罪构成要素之一与其中一地有关联该地就具有管辖权至于两地或三地均具有刑事管辖权这种管辖权应由谁来具体操作可以通过双方或三方协商,从便利诉讼和最佳审理效果出发,决定管辖权行使的主体。

在策(3)种情形中,主要是犯罪地原则的实际运用是否受行为人的居所地身份的制约?我们认为,在这种情形中存在两种可能:一是,行为人的居所地身份不制约刑事管辖权的行使。当国际性的刑事管辖权发生冲突刑法属地原则的运用受到阻滞时作为辅助性的属人原则在确认刑事管辖权的归属时应当起到一定的积极作用。但是在区际性的刑事管辖权冲突中刑法的属人原则应该说是失效的。因为我国内地与我国香港、澳门特别行政区的公民同属于中华人民共和国公民,彼此之间不存在国籍不同的问题(除非当地居民加入外国国籍)如果承认属人原则的有效性那么也就承认了我国内地居民与香港等特别行政区的居民具有不同的国籍如此便违背了《宪法》与《香港基本法》、《澳门基本法》的规定。因此,当出现策(3)种情形时,行为人居所地的身份可以予以忽视而主要应考察行为人的行为实施地与结果发生地作为选择

指犯罪行为跨越了我国内地和香港、澳门特别行政区。

管辖权和适用法律的依据，此时行为人的居所地身份不能制约刑事管辖权的行使。二是，行为人的居所地身份影响刑事管辖权的行使。例如某地居民在其他地区实施犯罪后逃回本地，且由本地司法机关发现并抓获，依照犯罪地原则，该案管辖权应由犯罪地司法机关行使。但是，如果犯罪地司法机关认为审理该案存在一定的困难而未提出移转案犯的请求，实际上是将案件的管辖权让与案犯居所地司法机关行使。此时，案犯居所地司法机关行使管辖权的主要依据是居所地身份原则。因此，行为人的居所地身份可以成为影响刑事管辖权行使的因素。目前已经审结的“德福花园”杀人案，便是一个较好的例证。

至于第 4) 种情形中，共同犯罪行为人身是否影响管辖权行使问题呢？前苏联著名刑法学家 A·H·特拉伊宁指出：“共同犯罪并不变更刑事责任的根据，不论是单独行动的人，还是共同犯罪中的行为人，都只是在他们的行为中包含了相当的犯罪构成的全部因素，特别是包含了像因果关系和罪过这样一类必要的构成因素时，才负刑事责任。”

据此，在共同犯罪的情形下，只要各行为人的行为符合犯罪构成的全部要素，就应承担刑事责任。对承担刑事责任的主体便可依据犯罪地原则行使管辖权。如《德意志联邦刑法典》第 9 条第 (2) 款规定：正犯行为地、共同正犯中各人的行为地，在不作为犯罪情况下，共同正犯应有所作为地，或行为人希望结果发生之地，皆为共同正犯的犯罪地。共同正犯在国内协助国外的犯罪，即使依犯罪地法律不为罪，仍适用德国刑法。意大利刑法学者认为，意大利刑法典所规定的“部分”在意大利实行的犯罪行为，是指作为构成客观要件的行为，即“典型行为”在共同犯罪的情况下，任何参

与共同犯罪的行为(如教唆、共谋、帮助行为等)都足以构成犯罪行为的一部分,即使犯罪本身完全是在国外实施的。但由于共同犯罪具有多主体的特点,每一个共犯的行为都是典型行为。而按照意大利刑法典的规定,对这种“典型行为”应适用意大利刑法。《法国刑法典》第 113-5 条明确规定:“在共和国领域内作为在国外实行的重罪或轻罪的共犯而犯罪”的任何人均适用法国刑法。我国刑法典总则中没有关于共同犯罪人异地犯罪应适用何地法律的规定,上述国家在此方面的有关规定可以作为我国实践中解决共同犯罪人异地犯罪刑事管辖冲突的参考。

但是,根据我国目前区际刑事法律管辖冲突的现状,我们认为,共同犯罪行为人的犯罪行为分别在两地、三地或与结果地不一致的,或者犯罪行为的预备行为地与实行行为地分别在两地的情形下,所面临的问题是应以何人实施的行为地确认犯罪地。可以说实践中并无明确的界定标准,只要两地或三地之中任何一地先行抓获了共同犯罪人之一,无论是主犯还是从犯,无论其居所地是否一致,先行抓获地的司法机关可以行使管辖权,而另一方应将其抓获的其他共同犯罪嫌疑人移交先行抓获方,以便合并审理这一共同犯罪案件。相反,如后抓获共同犯罪嫌疑人之一的一方认为审理此案更有利于诉讼和打击跨地区犯罪,经过协商先行抓获方亦可将其已经取得的案件相关材料移交给对方。如果共同犯罪的行为地与结果地一致的,只是共同犯罪人分别为两地的情形,原则上由犯罪行为地和结果地的司法机关管辖,而不根据共同犯罪人中主犯居所地身份或从犯居所地身份的归属性来决定管辖权。

(意)杜里奥·帕多瓦尼著 陈忠林译:《意大利刑法学原理》法律出版社 1996 年版 第 52—53 页。

此处的异地,是指我国内地与香港特别行政区、澳门特别行政区、台湾地区以及其他国家和地区。