



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

香港与内地 刑事法制冲突问题研究

Research on Conflicts of Criminal Legal Systems between
Hongkong S.A.R. and Mainland

马正楠◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会后期资助项目文丛

BOOK SERIES FUNDED BY CHINA LAW SOCIETY

香港与内地 刑事法制冲突问题研究

Research on Conflicts of Criminal Legal Systems between
Hongkong S.A.R. and Mainland

马正楠◎著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

香港与内地刑事法制冲突问题研究 / 马正楠著. --

北京: 法律出版社, 2018

(中国法学会后期资助项目文丛)

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2966 - 0

I. ①香… II. ①马… III. ①刑法—对比研究—中国

IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 288441 号

香港与内地刑事法制冲突问题研究
XIANGGANG YU NEIDI XINGSHI FAZHI
CHONGTU WENTI YANJIU

马正楠 著

责任编辑 屈 瑶
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

印刷 北京玺诚印务有限公司

责任校对 李景美

责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

印张 15.5

字数 195 千

版本 2018 年 12 月第 1 版

印次 2018 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-83938336

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-83938334/8335

上海分公司/021-62071639/1636

西安分公司/029-85330678

深圳分公司/0755-83072995



书号: ISBN 978 - 7 - 5197 - 2966 - 0

定价: 59.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

顾问：王乐泉
主任：陈冀平
副主任：鲍绍坤 张鸣起 张文显（常务） 王其江 张苏军
委员：（按姓名拼音排序）
卞建林 蔡守秋 陈卫东 陈兴良 陈泽宪 付子堂
公丕祥 韩大元 何勤华 胡建淼 黄 进 怀效锋
贾 宇 李 浩 李 林 李 龙 李明德 李仕春
梁慧星 林 嘉 刘春田 马怀德 莫纪宏 沈国明
沈四宝 孙宪忠 王利明 王振民 吴汉东 吴志攀
应松年 赵秉志 赵旭东 郑成良 张庆福 张守文
张卫平 张新宝 朱孝清 朱 勇

编辑部主任：李仕春

编辑部副主任：李存捧 彭 伶 张 涛

编辑：孙立军

中国法学会后期资助项目文丛

出版说明

为进一步落实中央《关于加强中国特色新型智库建设的意见》，充分发挥中国法学会作为党和政府联系法学法律界桥梁和纽带的作用，着力实现中国法学会作为国家法治建设领域核心智库的发展目标，为专家学者开展法学研究和成果转化提供支持，不断丰富和发展中国特色社会主义法治理论体系，中国法学会特决定设立后期资助项目，对具有重要理论和实践价值的优秀法学研究成果予以后期资助，纳入“中国法学会后期资助项目文丛”出版。2015年中国法学会后期资助项目设立以来，累计立项60余项成果，已交付出版40余部。今后每年我们还将评选确定一定数量的后期资助项目并予以出版。

中国法学会

2018年7月

序一 一个值得深入探索的刑法领域

“一国两制”在香港特区实践超过 20 年，香港与内地在法律领域的关系早已不是“井水不犯河水”，特别是当涉及刑法问题时，两地关系往往表现出紧张或冲突的一面。从 2003 年《香港特别行政区基本法》第 23 条立法到 2017 年《国歌法》在特区实施，都在香港社会，尤其是法律界引发许多争议。其中涉及的刑法问题已非传统区际刑法范畴所能涵盖，对这些问题的研究具有重要的理论和实践意义。但内地在这方面的研究既不系统也不深入。马正楠博士将香港与内地刑事法制冲突问题作为其博士论文选题，在内地具有其原创性与填补空白的意义。而且，他直接从事港澳工作，既有香港一线工作经历，又熟悉中央对港方针政策，研究这一问题具有得天独厚的优势，也体现了他“问题导向、学以致用”的学术品格。

马正楠博士对两地刑事法制冲突问题的探讨给我留下深刻印象，其成功之处在于：

首先，结构合理，资料翔实。作者由表及里，从典型案例入手，对两地刑事法制冲突的代表性问题作了系统梳理，在此基础上分析原因、总结规律，提出针对性的解决方案。文章使用了大量资料，包括不少英文文献、判例及来自特区的原始资料，从而使立论奠基于一翔实可靠的资料之上，也为读者提供了丰富的资料线索。

其次，角度新颖，有所创见。作者从中央、特区两个层面权力主体博

弈的角度，揭示两地刑事法制冲突现象的实质，并以政治分析的方法研究冲突原因，触及问题核心，提出了一些新观点，如两地刑事法制冲突的根源在于“一国两制”下的宪制转型以及由此产生的特区自治权的自觉或不自觉地扩张。在“一国两制”框架下研究两地刑事法制冲突问题，无法回避宪法和政策问题。作者的不少探讨超出刑法范畴，是跨学科研究的有益尝试。

最后，贴近实务，对策可行。作者提出的问题源于香港实务工作中面临的困难和挑战，相关对策建议着眼于服务香港工作实际需要，具有较强的现实可行性，如构建行为惯例的对策建议立足于在现有的宪制及法律体系内探索一种低成本、有弹性、可复制的冲突问题解决之道。

“一国两制”是个伟大的历史创举，也是个在实践中不断丰富发展的理论体系，港澳特区与内地的刑事法制冲突问题作为其中的重要内容值得深入研究。希望本书能激发更多学者对这个领域的兴趣并予以关注，也祝愿马正楠博士取得新的进步和突破。

高铭暄

2018年7月4日于北师大寓所

序二 “一国两制” 框架下的 刑事法制互动与整合

“一国两制”在香港特区 21 年的实践证明，不同社会制度完全可以同处于同一主权国家之内，相互依存、共同繁荣。“一国两制”的提出，突破既有国家结构形式的类型，开创性地在单一制国家结构形式中嵌入联邦制的特色。毫无疑问，“一国两制”是国家结构形式的创新，这一模式为尚未统一的国家提供了一个充分可行的选择。不过，与发展成熟的国家结构形式相比，“一国两制”实践过程中也出现了不少障碍，其中主要表现在不同法域之间的法制互动与整合方面。

目前出现大大小小的法律问题，可能是当年制定基本法时想象不到的，毕竟基本法要解决的是宪法层面的问题，对实践中出现的各种具体问题无法提前给出答案。但是，基本法确定的基本法理，在解决这类具体问题中须予以贯彻，不能因为不同法域所属法系存在差异或者基于其他政治考量而回避甚至违背基本法所确定的法理。过去的 21 年里，在涉及“一国两制”的各种法律问题中，有些得到较好的处理，有些至今十分棘手、难以突破。可以说，但凡得到较好处理的法律问题，在处理过程中都充分遵循基本法所确定的规则及其法理。有些法律问题之所以比较“艰难”，很大程度上是因为没有在基本法法理上达成共识，过多地强调“两制”的差异性，而忽视“一国”这一根本前提。

基本法的法理,核心要义就是阐释“一国两制”的基本内涵,并确定“一国之内”特别行政区的各项权力边界和法律义务。香港与内地之间的法制及法律冲突问题,也必然要遵循基本法的法理予以分析并逐步解决。香港法制按照基本法的规定仍沿袭普通法传统,不过,在被纳入以中国宪法为中心的法治框架后,在解决法律问题时显然不能脱离宪法体制。特别行政区法制的特殊考量,不应与现行宪法体制相冲突。作为中国的组成部分,香港特区具有维护国家领土完整、主权统一、国家安全等基本义务,这些义务并不因为香港法制历史和现状的特殊性而有所改变。作为“两制”中的“一制”,香港法制受到国家宪法体制的承认与保护,并得到其他法域的尊重;同样,香港特区各类机构也应遵守宪法和基本法,尊重其他法域的法制。“一个中国”原则,不同制度相互承认、相互尊重原则,是为基本法所认可的,也是基本法法理的重要内容。

香港与内地刑事法制冲突,是目前两地之间法制冲突中最为棘手的部分。香港回归已21年,内地与香港刑事法制之间的协调和融合仍处于较低水平。两地至今也没有就刑事司法合作签订任何协定。这种现象,在“一国”法治之内存在,是让人感到沮丧的。在过去21年里,我国与很多国家签订了刑事司法协助条约(协定)、引渡条约等刑事司法合作文件,在国际追逃、追赃方面也取得突破性进展,然而在一国范围内推动不同法域之间刑事司法合作却显得步履维艰。究其原因,还是在于未能真正践行基本法的要求,过于强调本法域的特殊性和差异性。内地与香港刑事法制的协作与融合,并不存在结构性的问题,个别棘手的问题,如死刑问题,实际上都可以找到较为妥当的解决方案。目前,两地在刑事法制领域的关系难有实质性进展,其症结恐怕还是要到法制之外寻找原因。

面对如此棘手的法律问题,就更需要扎实且具有创新性的研究成果,为解决问题提供“路线图”。马正楠博士的专著《香港与内地刑事法制冲突问题研究》就属于这样的研究成果。探讨两地刑事法制问题,在香港回

归前后曾达到一个高峰,但最近十余年里,研究成果乏善可陈。而这部专著出版无疑是最近十余年来探讨这一领域问题最为重要的成果之一。作者曾在香港工作数年,曾近距离观察、洞悉香港法律界对这一问题的态度和思路,因而其论述具有很强的针对性,其论证的可信度也更高。可以说,这部作品具有明确的问题意识,因而提出的解决方案也具有可行性。

本书最大的亮点在于全方位地提出了解决香港与内地刑事法制冲突的具体方案,尤其从宪制层面提出颇为中肯且具有可行性的完善建议。作者的分析和建议,完全从宪法和基本法的法理出发进行论述,有关宪制层面的完善意见符合宪法基本原理,为更好地解决两地刑事法制冲突问题提供了指引。作者提出的这些因应之道,是经过深思熟虑的,也给出了充分的论证。如此使其研究成果能够直接转化为政策建议。当然,香港与内地刑事法制冲突的解决,最终还是要落在实践上。正如作者在书中反复提到的,要建立香港与内地、香港与中央的政治互信。这一判断,可谓切中肯綮。政治互信的建立,虽属于法制之外的话题,但却是不同法域法制之间建立协调、融合机制的基础。

通读全书,从作者冷静客观的文字中,可以看到作者尊崇法治、爱国爱港的拳拳之心。我相信,本书的问世会为尽快解决香港与内地刑事法制冲突问题提供极大的助力。

是为序。

时延安

2018年7月1日于人大明德法学楼

目 录

Contents

序 一 一个值得深入探索的刑法领域	1
序 二 “一国两制”框架下的刑事法制互动与整合	1
导 论	1
第一节 香港式冲突引发的思考	1
第二节 概念及问题的界定	4
一、“刑事法制冲突”的概念	4
二、“法制冲突”与“法律冲突”	5
三、问题的提出	7
第三节 研究思路、视角及方法	8
第一章 香港与内地刑事法制冲突的典型案列	10
第一节 张子强案和李育辉案	11
一、案情简介	11
二、争议观点	13
三、个案价值——以刑事法制冲突为视角	17
第二节 侮辱国旗、区旗案	23
一、案情简介	23

二、争议焦点	25
三、个案价值——以刑事法制冲突为视角	28
第三节 《基本法》第 23 条立法案	33
一、情况简介	33
二、争议焦点	37
三、个案价值——以刑事法制冲突为视角	40
第二章 香港与内地刑事法制冲突的一般问题	48
第一节 刑事法制冲突的形式	48
一、司法冲突	49
二、立法冲突	51
三、宪制冲突	57
四、小结	60
第二节 刑事法制冲突的内容	61
一、两地刑事管辖权的冲突	61
二、内地刑事条款在香港的实施	72
三、香港对危害国家安全行为的自行立法	81
第三节 刑事法制冲突的主体	90
一、全国人大及其常委会	91
二、中央人民政府	93
三、内地法院	94
四、香港立法会	96
五、香港政府	98
六、香港法院	100

七、 余 论	103
第三章 香港与内地刑事法制冲突的原因	104
第一节 宪制维度	104
一、 基本法缺乏在国家法律体系中的明确定位	105
二、 基本法缺乏合理的分权和有效的控权机制	110
三、 小 结	116
第二节 立法维度	116
一、 香港立法会的转型	117
二、 两地刑事法律的差异性	123
第三节 司法维度	134
一、 香港法院的转型	134
二、 两地法律解释的差异性	143
第四章 香港与内地刑事法制冲突的协调	151
第一节 规范性的协调机制	153
一、 修改宪法	153
二、 修改基本法	159
三、 解释基本法	164
四、 两地刑法规范的对接	169
五、 完善内地刑事诉讼法	179
第二节 行为惯例	182
一、 构建行为惯例的必要性和可行性	183
二、 刑事管辖权冲突领域的行为惯例	187
三、 内地刑事条款在香港实施的行为惯例	191

四、香港国家安全立法领域的行为惯例	195
五、基本法解释领域的行为惯例	198
六、司法审查领域的行为惯例	199
第三节 协商机制	201
一、个案协商机制	201
二、协议协商机制	206
三、余论	210
结 语	212
参考文献	215

导 论

第一节 香港式冲突引发的思考

香港回归 20 余年,在各方面与内地的联系都日趋紧密,尤其在经贸领域,这种趋势更为明显。^①与经贸领域相比,香港与内地在政治、法律领域则呈现出较为紧张的态势,以致许多问题的解决都举步维艰。^②当出现涉及内地与香港或中央与香港关系的问题时,香港社会往往表现出抵

① 2003 年 6 月 29 日,中央政府与香港特区政府签署《内地与香港关于建立更紧密经贸关系的安排》(CEPA)。2004 年、2005 年、2006 年、2007 年、2008 年、2009 年、2010 年和 2011 年,两地又分别签署了 CEPA《补充协议》《补充协议二》《补充协议三》《补充协议四》《补充协议五》《补充协议六》《补充协议七》《补充协议八》。这些协议为香港业界开拓内地市场提供了前所未有的机遇,进一步加强了内地与香港的经贸合作与交流。此外,“十二五”规划已将香港经济的发展纳入其中。中央将继续支持香港巩固提升竞争优势、培育新兴产业以及深化与内地的经济合作。参见《中华人民共和国国民经济和社会发展第十二个五年规划纲要》,人民出版社 2011 年版,第 139 ~ 141 页。

② 例如,内地与香港之间至今未签署刑事司法协助协议,也未就该问题的解决形成制度化的安排;《香港特别行政区基本法》第 23 条规定的香港自行制定国家安全立法的宪制责任至今未得到落实;围绕行政长官和立法会产生办法的政制改革屡屡受挫,普选问题被迫搁置悬而未决。部分问题将在下文中作进一步阐述。

触、排斥的情绪。^①甚至有极端势力在游行中打出港英旗帜,宣扬“去中国化”。^②2013年12月26日,更有“港独”组织“香港人优先”成员,强行闯入驻港部队总部,手持港英旗帜,高呼“港独”口号。^③2014年“占领中环”运动之后,“港独”势力完成了从学术理论、社会思潮向现实政治力量的转变。在2016年香港第六届立法会选举中,公然标榜“港独”的梁颂恒和游蕙祯当选立法会议员,并在宣暂时公然传播“港独”言论、侮辱国家,最终被香港法院判决取消议员资格。正如香港首任律政司司长梁爱诗所言,港人对国家民族认同、国民身份接受方面,仍存在不足,“思想回归”任重道远。^④如此的政治生态和社会环境逐渐形成一种具有香港特色的冲突模式。在此种模式下,任何议题都有可能被转化为政治议题,甚至形成政治争拗。而香港又是一个法治社会,法律途径往往被认为是解决争议最为有效、权威的方式。因此,许多政治议题、社会议题都被纳入到法制轨道中,最终冲突形式演变为法制冲突。

此外,“一国两制”的制度设计前所未有的。香港是第一个试验场,无先例可循,在实践中容易因为新问题的出现而产生争议。《香港特别行政区基本法》(以下简称《基本法》)是实践“一国两制”的主要法律保障。它由来自不同法系的法学专家共同起草,融合了大陆法系和普通法系的法律技术,本身就体现了两种法律制度的冲突和妥协。而且,考虑到起草《基

① 例如,香港特区政府在推行旨在增强香港学生对祖国认知度和认同感的“德育及国民教育科”课程指引时,遇到重重阻力,被批评对香港学生“洗脑”,危害香港核心价值观。最终,特区政府不得不搁置该项课程指引。参见《德育及国民教育科事件簿》,载《大公报》(香港)2012年10月9日,要闻A1版。再如,香港大学民意研究计划的民调显示,62%受访港人对中国国民身份不感自豪,而感自豪者为34%;在18岁至29岁年轻人组别,80%受访者对中国国民身份不感自豪,感到自豪者有16%。参见载《明报》(香港)2017年7月1日,专页A8版。

② 参见陈振东:《极端势力在港“去中国化”已图穷匕见》,载《文汇报》(香港)2012年10月6日,文汇论坛A13版。

③ 参见《文汇报》(香港),载 <http://paper.wenweipo.com>,最后访问日期:2014年2月24日。

④ 参见《梁爱诗:“思想回归”未做足》,载《明报》(香港)2012年10月7日,港闻A10版。

本法》时的国内外形势，不难看出某些《基本法》条文带有明显的政治妥协色彩，这种政治妥协基于对未来（如香港回归后 10 年、20 年、50 年等时间节点）内地与香港在政治、经济、文化、社会等各方面差距会不断缩小的预判，从某种意义上讲是一种具有鲜明时代特点和历史远见的制度自信。以此为基础处理涉香港与内地间关系的法律问题，冲突在所难免。由于香港法制的相对成熟且港人对法治及司法独立的重视，因实践“一国两制”而对香港原有法律体系的冲击，极易引起香港社会的高度关注，成为舆论焦点和政治热点。因此，以香港与内地法制冲突为研究对象和逻辑起点，不仅具有充实“一国两制”法学^①的重要理论意义，而且可以为实践中出现的具体法律问题提供解决路径。

在此背景下，研究两地刑事法制冲突问题具有更为重要的意义。其一，刑事法制涉及内容敏感而重要，是两地法制冲突的核心部分。刑事法制既关系到保障公民基本人权，如生命权、人身自由、言论自由等，又关系到维护国家安全、社会稳定。此两项功能的平衡与即时的社会形势及当局的刑事政策、利益关注重点、法益保护的优先方向等因素密不可分。香港与内地在此方面的差异使得刑事法制冲突的解决较之民商事法制冲突更为复杂。其二，符合“一国两制”下刑事法制实践的客观需要。香港回归后，以“一国两制”为基础构建的香港法制在处理涉及两地的刑事法律关系时，表现出与内地法律制度的激烈冲突，以至于成为两地刑事法律关系的常态。随着“一国两制”法治实践的深入，此种冲突必将长期存在，并趋于激烈和频繁。许多问题已经到了不得不解决的关键阶段，无法回避。其三，具有拓展中国区际刑法学科领域的理论价值。两地刑事法制冲突作为一种法治现象，在两地刑事法律的动态碰撞中会产生一系列法律问题，

① 关于将“一国两制”法学作为一个独立法学学科的问题，参见陈友清：《论一国两制法学及其形成和发展》，载《中国法学》2006 年第 2 期。