

柯葛壮 / 著

涉外、涉港澳台

刑事法律

问题研究

上海社会科学院出版社



柯葛壮 / 著

刑事法律

涉外

涉港澳台

问题研究

上海社会科学院出版社

NGSHIFALV WENTIYANJIU

责任编辑 周 河

封面设计 闵 敏

涉外、涉港澳台刑事法律问题研究

柯葛壮 著

上海社会科学院出版社出版

(上海淮海中路 622 弄 7 号)

新华书店上海发行所发行 上海新文印刷厂印刷

开本 850×1168 1/32 印张 7.5 插页 2 字数 179 千字

1999 年 8 月第 1 版 1999 年 8 月第 1 次印刷

印数 1—1200

ISBN 7-80618-587-9/D·189

定价:15.00 元

前 言

近几年来,随着我国改革、开放的深入发展,我国与外国、内地和港澳台地区的交往日益频繁,涉外、涉港澳台刑事案件逐渐增多,因而一系列诉讼程序上的法律问题和实体处理上的法律问题也日趋突出和复杂。探讨和研究涉外、涉港澳台刑事法律问题成为很具现实意义和理论意义的重要课题。

涉外、涉港澳台刑事案件不同于国内一般刑事案件,并且,涉外刑事案件与涉港澳台刑事案件也有很大区别。涉外刑事案件涉及到外国因素,如刑事被告人或犯罪嫌疑人是外国人,或者被害人是外国人,或者犯罪行为或结果发生于外国等等。处理涉外刑事案件,除适用国内法外,还要遵守国际条约和协定的有关规定,执行国家的外交路线、方针和政策,考虑外交关系和国际影响。而涉港澳台刑事案件,并不涉及外国因素,只涉及国内不同地区及不同地区的居民。从主体因素而言,港澳台地区居民除少数为非中国籍人外,大多数是中国公民,而不是外国人;从地域因素而言,港澳台地区都是中国领土,而不是外国领土;在法律关系上,也不涉及国际条约或国际司法协助问题,因而涉港澳台案件的性质不同于涉外案件。

涉港澳台刑事案件中,涉港、涉澳或涉台的关系又存在各自的特殊性,这些特殊性是由港澳台地区所处的地位不同和实行的法律制度不同所决定的。

香港在1997年7月1日之前由英国统治。1997年7月1日起

已回归祖国，成为中华人民共和国的一个特别行政区。“一国两制”的创造性构想已在香港付诸实现。香港特别行政区享有高度的自治权，保留原有的资本主义制度和法律制度，即原有的普通法、衡平法、条例、附属立法和习惯法，除同香港特别行政区基本法相抵触或经香港特别行政区立法机关修改外，均予保留。因而香港实施的法律制度同内地统一实施的全国性法律制度依然存在重大差异。香港的刑事诉讼仍沿用原有模式和程序进行运转，遵循原有判例或条例进行判决，具有独立的司法权和终审权；香港司法机关同内地省市司法机关或中央司法机关也无任何隶属关系，在内地和香港互涉案件中，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。

澳门也即将于1999年12月20日回归祖国，按照“一国两制”方针，成立中华人民共和国澳门特别行政区。但在目前，澳门仍由葡萄牙占据，施行的是葡萄牙法律和澳葡政府制订的法律。遵循中葡两国签署的关于澳门问题的联合声明的精神，澳门法律正在加快本地化和现代化的步伐。在刑事法律方面，现已相继制订完成适用于澳门本地的新的刑法典和新的刑事诉讼法典。新刑法典于1996年1月1日起开始生效，新刑事诉讼法典于1997年4月1日起开始生效，并且这两部新法典于澳门回归祖国后将继续有效。澳门法律因受葡萄牙法律的影响，具有浓厚的大陆法系的色彩，这与英美法系的香港法律形成明显的区别，因而即使在不远的将来，澳门在成为中国的特别行政区之后，澳门法律与香港法律的这一显著差别依然存在。目前，澳门的地位不同于香港特别行政区，涉澳刑事案件的法律适用、管辖冲突、司法协助等问题也显与涉港案件不同。

台湾的问题比港澳更为敏感和复杂，台湾地区实行的政治、法律制度与港澳地区有着显著区别。港澳问题是殖民主义的产物，是

英国、葡萄牙强加于中国的不平等条约的结果；而台湾问题是国内战争、政治原因造成的。两者性质不同，解决的条件也不同。对港澳是恢复行使主权的问题，要同外国政府谈判解决；而台湾是内政问题，要通过海峡两岸谈判解决。在祖国大陆和台湾实现和平统一之前，台湾地区实行的法律并非外国法律，也不是获得确认的特别行政区法律，而是新中国成立之后在祖国大陆已被废除的旧中国的法律和台湾当局修改、制定的法律。台湾法律的地位、效力、内容、性质均与港澳法律不同。台湾司法机关和刑事管辖权的属性、台湾与祖国大陆的司法协助关系等等也显与港澳地区不同。处理涉台案件时应慎重考虑对台政策和对台关系，注意这些差别性和特殊性，既有效地惩治犯罪，又积极地推进两岸的正常交往与和平统一。

我国在处理涉外、涉港澳台刑事案件方面曾相继制定过一些法规、司法解释及规范性文件，在涉外刑事领域签署过一些国际条约和协定，但总体上说，这方面的立法工作还相当滞后，有关的法律、法规不够健全、完备。司法机关在具体办理涉外、涉港澳台刑事案件时往往无所适从。并且随着形势的发展变化，原有的法规、政策也应作相应的调整。尤其是涉外、涉港澳台刑事司法实践中面临的操作程序问题、管辖冲突问题、司法协助问题等均有待于作出明确的、具体的规定。

作为法学理论工作者，不仅要准确地诠释现行法律和政策，而且要勇于探索法制的创建和健全问题，为加强法制建设提出有益的建议和设想。本书的写作正试图作这方面的努力，企望本书的出版能对我国的涉外、涉港澳台刑事立法和司法工作有所裨益。本书的写作，得到上海社会科学院法学研究所吕继贵研究员、《政治与法律》主编林荫茂副研究员的具体指导和帮助。他们提供了大量宝贵文献资料，其中部分有关的法律、法规及司法解释经选编已附录于后，以便查阅使用。林荫茂副研究员对第四章的内容作

了重要修改和补充。书稿完成后，上海社会科学院外事处处长李轶海先生又提出了详尽的修改意见。在此一并表示衷心的感谢。需要说明的是，本书稿在香港回归祖国之前亦已写就，书中提出的一些观点和见解，纯属学术讨论范畴，仅供参考。由于作者学识有限，尽管征求有关方面意见，作了相应修改，但书中难免疏漏错误之处，敬请法学界同仁和广大读者不吝指正。

作 者

1998年3月11日

目 录

前言	(1)
第一章 处理涉外刑事案件的基本原则	(1)
一、适用我国法律的原则	(1)
二、信守国际条约的原则	(3)
三、诉讼权利义务同等的原则	(4)
四、使用我国通用的语言、文字的原则	(5)
五、委托或指定我国律师参与诉讼的原则	(6)
第二章 处理涉外刑事案件的特殊程序	(9)
一、关于拘留、逮捕外国人犯的特殊程序	(9)
二、关于限制出境的程序	(13)
三、关于向外送达司法文书的程序	(14)
四、关于审判涉外刑事案件的核准权限	(16)
第三章 涉外、涉港澳台刑事案件的管辖	(18)
一、我国刑事管辖原则及其在涉外刑事案件中的应用	(18)
二、对国际犯罪的普遍管辖	(27)
三、对涉外刑事案件的级别管辖和地域管辖	(30)
四、对劫机案件的管辖	(33)
五、对涉港澳台刑事案件的管辖	(40)
第四章 国际刑事司法协助概述	(51)
一、刑事司法协助的概念和范围	(51)
二、国际刑事司法协助的一般原则	(54)
三、国际刑事司法协助的程序	(59)

第五章 国际刑事司法协助中的调查取证	(65)
一、提供司法机关已掌握的证据	(65)
二、代为询问证人	(66)
三、代为搜查、扣押证据	(67)
四、移送证人出国作证	(68)
五、境外取得的证据的证明效力	(69)
第六章 协助执行外国法院的刑事判决	(71)
一、执行外国法院刑事判决的争议和意义	(71)
二、执行外国法院刑事判决的条件	(73)
三、对外国法院判决刑罚的转换执行	(74)
四、执行外国法院刑事判决的程序	(75)
第七章 转移诉讼	(78)
一、转移诉讼的概念和特征	(78)
二、转移诉讼的条件和程序	(79)
三、转移诉讼的意义	(80)
第八章 引渡	(82)
一、引渡的概念和特征	(82)
二、引渡的法律基础	(83)
三、引渡的基本原则	(87)
四、引渡的程序	(96)
五、制定和健全我国引渡法律制度	(104)
第九章 两岸刑事司法协助	(114)
一、协助缉捕和移交案犯	(115)
二、协助调查取证和移送证人	(117)
三、移交赃款、赃物及犯罪物品	(118)
四、互通犯罪情报和诉讼结果	(118)
五、代为送达司法文书	(119)
六、互相承认和执行对方的刑事判决	(120)

第十章 涉台刑事案件的审判	(122)
一、涉台刑事案件法律适用问题	(122)
二、特定犯罪的免于追究	(123)
三、涉台疑难案件定性问题	(126)
附录	(136)
一、我国有关法律、法规和司法解释.....	(136)
1. 中华人民共和国刑法(节录).....	(136)
2. 中华人民共和国国家安全法(节录).....	(136)
3. 中华人民共和国国家安全法实施细则(节录).....	(137)
4. 中华人民共和国刑事诉讼法(节录).....	(140)
5. 中华人民共和国香港特别行政区基本法(节录).....	(141)
6. 中华人民共和国澳门特别行政区基本法(节录).....	(143)
7. 中华人民共和国外交特权与豁免条例.....	(145)
8. 中华人民共和国领事特权与豁免条例.....	(150)
9. 中华人民共和国公民出境入境管理法.....	(154)
10. 中华人民共和国公民出境入境管理法实施细则 ...	(156)
11. 中国公民因私事往来香港地区或者澳门地区的 暂行管理办法	(161)
12. 中华人民共和国外国人入境出境管理法(节录) ...	(165)
13. 中华人民共和国外国人入境出境管理法实施细则	(167)
14. 中华人民共和国看守所条例(节录)	(175)
15. 全国人大常委会关于对中华人民共和国缔结或者 参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的 决定	(175)
16. 国务院关于提请作出《中华人民共和国对于其缔结 或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权 的决定》的议案.....	(176)

17. 中共中央办公厅转发最高人民法院等五党组《关于
改变处理涉外刑事案件审批办法的请示报告》…… (178)
18. 外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、
国家安全部、司法部《关于处理涉外案件若干问题的
规定》
..... (180)
19. 最高人民法院关于处理外侨案件应随时与当地外
事部门联系的通知 (187)
20. 最高人民法院关于法院不得与外国政府直接联系
的通知 (187)
21. 最高人民法院关于人民法院公开审判非涉外案件
是否准许外国人旁听或采访问题的批复 (187)
22. 最高人民法院关于中、日两国之间委托送达法律文
书使用送达回证问题的通知 (189)
23. 最高人民法院关于执行中外司法协助协定的通知
..... (189)
24. 最高人民法院印发《处理涉台刑事申诉、民事案件座
谈会纪要》的通知(节录)..... (190)
25. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部关于对非
法越境去台人员的处理意见 (192)
26. 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 (194)
27. 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 (194)
28. 最高人民检察院关于侵犯中外合资企业合法权利
的刑事案件是否属于涉外案件的批复(节录) (195)

29. 公安部、外交部、最高人民法院、最高人民检察院 关于处理会见在押外国籍案犯以及外国籍案犯与 外界通信问题的通知	(195)
30. 最高人民检察院、最高人民法院、公安部、安全部、 司法部、外交部关于对驻华使、领馆探视被羁押本国 公民的安排机关进行调整的通知	(198)
31. 最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全 部印发《关于依法限制外国人和中国公民出境问题 的若干规定》的通知	(199)
32. 最高人民检察院、公安部、中国人民银行、海关总署 关于查处携款潜逃的经济犯罪分子的通知(节录)	(202)
33. 最高人民法院关于严厉打击偷渡犯罪活动的通知	(203)
34. 最高人民检察院关于严格执行《全国人大常委会关 于严惩组织、运送他人偷越国(边)境犯罪的补充 规定》和《台湾同胞投资保护法》的通知	(204)
35. 最高人民法院关于执行《中华人民共和国刑事诉 讼法》若干问题的解释(节录)	(205)
36. 人民检察院刑事诉讼规则(节录)	(210)
37. 公安机关办理刑事案件程序规定(节录)	(213)
二、港澳台地区有关规定	(218)
1. 台湾地区与大陆地区人民关系条例(节录)	(218)
2. 澳门刑法典(节录)	(220)
3. 澳门刑事诉讼法典(节录)	(221)
4. 香港关于刑事法院司法管辖权的规定	(224)

第一章 处理涉外刑事案件的基本原则

一、适用我国法律的原则

在处理涉外刑事案件中,对于外国人犯罪的案件,除案犯系享有外交特权和豁免权的外国人而通过外交途径解决外,一律适用我国的法律。这一原则是维护国家司法主权独立性和完整性的最基本的要求。它要求我国司法机关在处理涉外刑事案件中,必须以我国的法律为准绳,独立地行使刑事管辖权,而不受外国法律或外国势力的干扰;不仅在实体问题的处理上,应完全依照我国刑法作出判决,并且在办案程序上,也必须严格执行我国刑事诉讼法和其他法律的各项规定。

我国刑事诉讼法第16条^①明文规定:“对于外国人犯罪应当追究刑事责任的,适用本法的规定。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。”所谓外交特权和豁免权,是指按照国际法或有关协议,在国家间互惠的基础上,为使一国外交代表在驻在国能够有效地执行任务,而由驻在国给予的特别权利和优惠。我国于1975年加入的《维也纳外交关系公约》对外交特权和豁免权的法律原则和规则作了规定。其主要内容为:使馆馆舍和外交代表的私人寓所不受侵犯;通讯自由;外交代表人身不受侵犯,不受任何方式的逮捕或拘留;外交代表享有刑事、民事和行政管辖的豁免权;使馆馆舍和外交代表享有免除捐

^① 本书所引刑事诉讼法条文均系1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议修订的新条文。

税、免纳关税等权利。

根据 1986 年全国人大常委会通过的《中华人民共和国外交特权与豁免权条例》的规定,享有外交特权与豁免权的人员有:(1)外交代表,包括大使、公使、代办、参赞、武官、秘书、随员等;(2)与外交代表共同生活的配偶和未成年子女系外国人的;(3)使馆的行政技术人员和与其共同生活的配偶及未成年子女,不是中国公民并且不是在中国永久居留的;(4)途经中国的外国驻第三国的外交代表和与其共同生活的配偶及未成年子女;(5)持有中国外交签证或者持有外交护照(仅限互免签证的国家)来中国的外国官员;(6)经中国政府同意给予所规定的特权与豁免权的其他来中国访问的外国人士;(7)来中国访问的外国国家元首、政府首脑、外交部长及其他具有同等身份的官员;(8)按中国已加入的有关国际公约和中国与有关国际组织签订的协议应享受外交特权和豁免权的来中国参加联合国及其专门机构召开的国际会议的外交代表、临时来中国的联合国及其专门机构的官员和专家、联合国及其专门机构驻中国的代表机构和人员。

享有刑事司法豁免权的外国人,除非经其派遣国政府明确表示放弃,不得对其行使刑事管辖权,也不得强制他们以证人身份作证,更不得对其采取拘留和逮捕等强制措施。这类外国人的刑事责任问题,只能通过外交途径解决,其方法通常为:将案犯的犯罪情况通报派遣国让其召回,或者宣布为不受欢迎的人,令其限期离境;最严重的,也可以由我国政府宣布驱逐出境。至于具体采取何种方法,由外事部门根据国与国之间的关系,依照有关的方针、政策作出决定。

对享有外交特权和豁免权的外国人犯罪案件,通过外交途径解决,是对外国人犯罪案件行使管辖权的例外,这是基于国与国之间互相尊重主权和互惠原则的产物,并不损害或削弱我国对涉外刑事案件的管豁权和我国司法主权的尊严。除此之外,所有外国人

犯罪案件,均得适用我国法律追究其刑事责任。

二、信守国际条约的原则

在处理涉外刑事案件或调整与外国的司法关系时,信守国际条约,是国际社会普遍确认的一项司法原则。如意大利 1988 年新刑事诉讼法典第 696 条就规定有“条约和一般国际法优先”原则。我国也不例外,在处理涉外刑事案件中,同样应坚持信守国际条约的原则。当然,信守国际条约原则,并不是指所有的国际条约或者条约中的所有规定,我国都必须遵守执行,而只是指信守我国签订或参加的国际条约。我国没有签订或批准加入的国际条约,或者我国虽已加入国际条约但声明保留的条款,对我国司法机关没有约束力,也没有履行的义务。任何外国国家、组织或者个人不得以任何形式将其强加于我们。

信守国际条约,必须保证国际条约的有关规定在国内司法活动中得到贯彻执行。其途径为:一是将国际条约规定转化为国内立法。例如,1987 年 6 月 23 日全国人大常委会通过《关于对中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行行使刑事管辖权的决定》,从立法上明确:“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内,行使刑事管辖权。”这样,就便利我国司法机关依据国际条约的有关规定对某种罪行行使刑事管辖权。二是当国内法同国际条约的某项规定相冲突时,优先适用国际条约的规定。我国民事诉讼法第 238 条明文规定:“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”这一规定也同样可适用于涉外刑事诉讼。

信守国际条约原则,已为我国司法实践肯定和确认。我国外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于 1987 年 8 月 27 日联合发布的《关于处理涉外案件若干问题的规定》第 1 条规定:“当国内法以及某些内部规定同我国所承担的

条约义务发生冲突时,应适用国际条约的有关规定。根据国际法的一般原则。我国不应以国内法规定为由拒绝履行所承担的国际条约规定的义务。这既有利于维护我国的信誉,也有利于保护我国国民在国外的合法权益。”

三、诉讼权利义务同等的原则

这一原则是指外国人在我国参加刑事诉讼时,应与我国公民同样遵守我国法律规定的程序和规则,依法享有与我国公民同等的诉讼权利,承担同等的诉讼义务。既不允许外国人享有超越我国公民的诉讼特权,也不允许司法机关随意剥夺或限制外国人依法享有的诉讼权利;既不允许外国人逃避应承担的诉讼义务,也不允许司法机关将份外的诉讼义务强加于他们头上。我国司法实践对这一原则已给予充分肯定。1994年3月21日最高人民法院印发的《关于审理刑事案件程序的具体规定》第208条规定:“外国籍被告人在刑事诉讼中,享有我国法律规定的诉讼权利并承担义务。”在司法实践中,我国司法机关对于外国人的各项诉讼权利,应同我国公民一样给予切实的保护,同时,对于他们的诉讼义务,也应同样要求其全面履行。不因外国人的国籍不同、身份不同,而在诉讼待遇上有所差别。

例如,根据我国刑事诉讼法第69条规定,对于公安机关或者人民检察院没有按照法定期限办理批捕手续的,被拘留的人或者他的家属有权要求释放。这是保障公民免受延期羁押的重要措施。外国人同样享有这项诉讼权利。因而对于外国人拘留时,也必须在同法定期限内作出批准逮捕与否的决定,而不能因涉外案件有特殊性而许可延期羁押。又如,有的外国籍犯罪嫌疑人,在侦查阶段就要求律师提前介入并提供帮助,虽然这依其本国法可能是可行的,但在我国刑事诉讼法修改之前提出这样的要求却于法无据。因而不能因其是外国人或外国法有此类规定而给予其超越我国公民之上的特权。在我国刑诉法修改之后,则根据第96条规定,无论中

国公民还是外国人,均可在侦查阶段聘请律师为其提供法律帮助。

对于外国法律或外国司法机关对我国公民在该国的刑事诉讼权利加以限制,与其本国公民区别对待的,我国不宜对该国公民采取报复性的对等措施,也限制其在我国的诉讼权利,而仍应坚持实行诉讼权利义务同等原则,以利保障我国刑事诉讼法和其他法律的统一实施。对于我国公民在外国的刑事诉讼中因诉讼权利受到限制而可能影响案件正确处理或损害我国公民合法权益的,我国政府可当即通过外交途径或国际舆论要求他们改正和补救。而针对外国公民个人实施报复性措施,一则无益于恢复我国公民在外国的同等诉讼权利;二则将强化两国之间的差别待遇,使之固定化、永久化;三则在我国法律上难以找到依据,对我国司法程序公正性形象不利。

四、使用我国通用的语言、文字的原则

在处理涉外案件中,使用本国通用的语言、文字是世界各国普遍采用的一项诉讼原则。它既是国家司法主权独立和尊严的体现,又是保障诉讼活动、诉讼文书合法性、准确性、有效性的客观需要。我国民事诉讼法第240条明文规定:“人民法院审理涉外民事案件,应当使用中华人民共和国通用的语言、文字。”这一规定对于涉外刑事诉讼应是同样适用的。我国刑事诉讼立法上虽对此未作专门规定,但在刑事诉讼实务中是奉行这一原则的。最高人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》第211条明确规定:“人民法院审判涉外刑事案件,使用中华人民共和国通用的语言、文字。”

我国通用的语言文字,一般是指汉语。因此涉外刑事诉讼一般也都使用汉语。但不排斥在个别场合下使用我国少数民族的语言、文字进行诉讼。我国刑事诉讼法总则第9条规定:“各民族公民都有用本民族语言文字进行诉讼的权利。人民法院、人民检察院和公安机关对于不通晓当地通用的语言文字的诉讼参与人,应当为他们翻译。在少数民族聚居或者多民族杂居的地区,应当用当地通用