

五、結論

在香港“行政主導”(executive-led)的管理體制下，法官的特點和技能（理性以及對預先規定的準則進行獨立運用）最好是在行政政府之外使用，而不是和政府合夥使用。但是，在行政性審裁處和申訴委員會、調查委員會、選舉事務委員會和判決覆核委員會任用法官，以及授予慣常的法院系統之外的機構以司法權，這些都意味著權力和人員的融合。法官被指派進入法人公共管理體制，成為包羅萬象的政體的“一個可轉讓的部分，而這種政府體制是置身於、通過並凌駕於相對無權的公民整體來運行的⁶²。”但是，法官們中立、公正和客觀的品質有助於建立一個公平的政府，只有真正獨立以及和行政機關分開，這些品質才能夠得以保持。法官越是讓別人這樣使用自己，司法獨立就顯得越空洞——《基本法》所推廣的法治精神越會遭到破壞。這就是為甚麼《基本法》裏的三權分立原則應該予以認識和尊重的原因；這也是為甚麼這項原則不該被司法指定人和非司法機關行使司法權而沖淡的原因。

⁶² Brown（註釋30），第88頁。

兩案引起的司法管轄權 重合問題及解決

王晨光

香港城市大學法學院教授

大陸法院對張子強案和德福花園案的審理引起了香港各界的關注，一時輿論沸沸揚揚、見仁見智、莫衷一是。撇開政治層面上的爭執不論，不少見解對大陸司法管轄權的理解有誤。本文試圖從法律角度對此進行分析。

一、大陸司法管轄權體制是一個完整的體系

大陸司法管轄權的原則包括四項：1)屬地原則；2)屬人原則；3)保護原則；4)普遍原則。這四項原則並非相互獨立或隔絕，而是共同構成了大陸的刑事司法管轄權體制。

屬地原則是以地域為劃分管轄權的標準。大陸刑法第6條規定：“凡在中華人民共和國領域內犯罪的，除法律有特別規定的以外，都適用本法。”

屬人原則是以人的國籍為劃分管轄權的標準。大陸刑法第7條規定：“中華人民共和國公民在中華人民共和國領域外犯本法規定之罪的，適用本法。”

保護原則以保護本國國家和公民利益為劃分管轄權的標準。大陸刑法第8條規定，外國人在中華人民共和國領域外對中華人民共和國公民犯罪的，可以適用該法。

普遍原則則以保護國際社會的共同利益為主張管轄權的標準。其法律基礎不是本國刑法，而是國際公約、條約，針對的是劫持航空器或劫持人質等國際犯罪。大陸刑法第9條規定：中華人民共和國在所締結或參加的條約規定的義務範圍內行使管轄權。

上述4種管轄權原則以屬地原則為基礎，兼採其他原則，即以其他原

則為補充。從而從不同層次和方面構成了精密完整的刑事管轄權體制。如果僅採用其中一種原則而不顧其他，就會使大陸的刑事管轄權出現漏洞。

當代各國的刑事管轄權基本上也都如是規定，採用由幾種原則構成一個完整管轄權體制方法。香港刑事管轄權也不例外，除採用屬地原則外，也同時採用屬人原則等其他原則。

二、管轄權明確由一方行使的情況

根據上述管轄權體制，大多數刑事案件的管轄權是明確的，即刑事案件僅在一個獨立的司法區域內發生，其疑犯為該區域的公民或居民。例如，香港居民在香港領域的犯罪或大陸居民在大陸領域內的犯罪，就應分別由香港或大陸的法院行使相應管轄權。

儘管兩地間尚無司法互助協議，在發生這類管轄權明確的案件時，移送涉案疑犯給對方的實例也並不罕見。在過去3年內，大陸已向港方移交了128名疑犯。只是港府並未爭取任何相應手法或作出回饋。在今後的司法互相協議的談判中，這一問題顯然無法回避。

三、管轄權重合的情況

由於各司法制度採用的管轄權體制都有超出其地域和實際管轄區域的域外效力，管轄權重合現象也就必然出現。就香港而言，隨著香港和大陸在經濟、文化等方面交流的擴展，香港和大陸法院同時對一個案件擁有管轄權的情況，即跨境犯罪、疑犯在兩地分別犯罪、兩地居民勾結共同犯罪或一地居民到對方區域內犯罪又逃離的情況，勢必日益增加。由於對上述情況，兩地法院可以依各自法律規定的屬人原則及保護原則等補充原則主張管轄權，故管轄權重合的問題將無法避免。

張子強案就屬於這種涉及跨境犯罪和兩地居民勾結犯罪的實例。按照前述大陸刑法第6條之規定，犯罪行為地在大陸區域內的犯罪，大陸法院對該案據有管轄權乃有充分法律根據。況且此案並未在香港起訴立案，更談不上移送的問題。

即使假定此案已在香港起訴，按照各自法律規定，兩地法院對此案也同時擁有管轄權。在這種情況下，由先逮捕疑犯的司法機構和首先受理

案件的法院按照通行的“先理原則”對案件行使管轄權。此案的逮捕、起訴和審理均先由大陸司法機構進行，故其管轄權進一步得到實際落實。

當然，如果兩地已有司法互相協議，雙方則應當根據協議判斷由哪一個法院行使管轄權更為有利，並作出相應是否移交的決定。在沒有司法互助協議的情況下，談論哪一方行使管轄權顯然不是在現行法律基礎上的討論，而是不具備法律效力的有關應當如何的理論討論。

四、內地居民在港作案引起的管轄權重合

德福花園案涉及的管轄權問題更為棘手。大陸居民來港犯罪並在港被抓獲的，當然由香港法院行使管轄權。香港法院已經實際處理了不少這類案件。

但是，如果大陸居民在港作案後逃回大陸，而後在大陸被抓獲的，大陸法院是否對其有管轄權呢？多數報章觀點認為大陸法院應不具有管轄權。其根據是：基本法第18條規定：除列於基本法附件三者外，全國性法律不在香港實施。大陸刑法第6條也規定，除法律另有規定外，在中華人民共和國領域內犯罪的適用大陸刑法。該法第7條的屬人原則則定了中國居民在中華人民共和國領域外犯罪時的管轄權。基本法又規定香港是中華人民共和國的一部分，故香港不是外國。因而大陸居民在香港時也不受大陸法律根據屬人原則所具有的管轄權。

按照這一解釋，就會產生一種極特殊的情況，即大陸的刑法及其他全國現行法律都不適用於持大陸證件來到香港的大陸居民。儘管大陸居民在其他國家時要受到大陸法律根據屬人原則的管轄，儘管其他國家的公民在香港要同時受到香港法律和他本國法律的雙重管轄，但大陸居民到了香港就只受香港法律的管轄，大陸法律針對大陸居民規定的屬人原則在香港驟然失效。

應當承認，這類問題在此前從未被如此突出地提出。大陸刑法的規定確有模糊之處。但上述解釋並未解決這一難題，反而得出了與大陸刑法管轄權體制有諸多背離的答案，其解釋也不免有不少牽強之處。在此，且試分析如下。

1. 基本法所言“香港是中華人民共和國的一部分”，是在國家主權意義上的論述；而全國性法律“不在香港特別行政區實施”則是

指法律管轄權而言。就主權而言，香港當然是中國的一部分。但就司法管轄權而言，香港則又是一個與大陸各項制度，包括法律制度，相隔離的獨立司法區域，即處於大陸司法管轄權的區域外。在絕大多數情況下，司法管轄權的區域與國家領土的概念相重合。但在涉及香港、澳門和台灣時，它的涵蓋面則小於國家領土的外延。這裏，坦承香港處於大陸的司法管轄區域外，與在國家主權意義上所言香港是中國的一部分，是在不同意義上的論述，因而並不矛盾，更不會有把香港劃歸外國的意思。事實上，港人在大陸投資或從事經貿活動時，享受大陸給予外商的優惠待遇，按照外國公民或法人對待，也從一個側面表明了大陸法律將香港視為其司法管轄區以外法域的含義。這種處理實際上堅持了一國兩制的原則，賦予香港以高度自治權。

2. 大陸刑法中規定的屬人原則為屬地原則的補充。它和其他原則與屬地原則共同構成了大陸的刑事管轄權體制。其目的在於保證大陸刑法根據其公民的國籍，在其離開大陸法律的管轄空間時，仍可繼續對他行使管轄權。而上述解釋僅拘泥於條文的字義及單一的屬地原則，沒有考慮並違背了大陸刑法的立法意圖，也沒有把管轄權體制作為一個整體對待，從而抹煞了本來對屬地原則起補充作用的屬人原則的適用性和補缺性，在大陸原本周全的管轄權體制中開出了一個真空地帶。
3. 當代通行的法律解釋，無論是黃金原則(golden rule)、弊端原則(mischief rule)、還是建設性解釋論(constructive interpretation)，都已在早期的字義原則(literal rule)的基礎上，更加重視立法意圖、法律規定中隱含的原則等因素在法律解釋中的作用。機械地適用字義原則解釋，甚至不惜帶來與法律原意的衝突，並非所應爭取的解釋方法。
4. 從實際而言，機械的字義解釋會導致一些更為混亂的情況出現。例如，如果屬人原則不適用於大陸在港公民，由於香港不實行社會主義公有制度，那麼大陸對在港國有公司內部的侵佔財產、隱瞞境外存款、逃匯等犯罪就無權管轄。而香港法律又不認為這些行為是犯罪或不予過問。那麼中資公司豈不成了侵吞國家資產的洞天福地嗎？長遠看，這對大陸和香港經濟都不會是好事。再如，作為前北京市領導之一的鐵英，在訪港時收受賄賂，後被大

陸法院判刑。依字義原則解釋，大陸法院顯然無權對此案進行審理，而香港法院也不會受理此案。這種結果恐怕會起到鼓勵犯罪的惡果，遠非人們的期望。

無論從法理和實際角度看，大陸法院對大陸居民在港作案後逃回大陸的案件具管轄權是有法律根據的。當然，大陸的管轄權並沒有否定香港法院的管轄權。大陸根據屬人原則所具有的管轄權也不可能在香港區域內直接行使，而只能在有關涉案人員回到大陸後，由大陸司法機構在大陸領域內行使。因此，在沒有兩地司法互助協議的情況下，將此類案件作為管轄權重合的情況處理是適宜的。如有這種互助協議，則應按協議辦理。

還應看到，在不同法域之間出現管轄權的重合是一種正常現象。認為允許管轄權重合就是允許對國家主權或一地的高度自治權的侵犯的觀點，顯然是一種有意無意的誤解。

五、大陸居民在港的身份

此處所指大陸居民為沒有香港身分證的暫時來港大陸居民。

一種意見認為：大陸刑法第7條中的“中國公民”同時包括大陸和香港的居民；他們應當是平等的；既然大陸刑法不在港實施，香港居民在港犯罪不受大陸刑法管轄，那麼大陸居民在港時也就不受制於大陸刑法的屬人原則。

這一觀點聽起來堂而皇之。但卻混淆了“法律面前的平等”和“法律上的平等”這兩個不同的概念。基本法第25條規定的是“香港居民在法律面前一律平等”。它並未包括大陸居民，也非指在法律規定的權利上的平等。實際上，大陸居民和香港居民在法律上的區別對待是香港法律承認的。比如，自由進出香港的權利、在港居留權、工作權、選舉權，大陸居民和香港居民當然不同。如果相同，香港的高度自治也就名存實亡了。

上述第7條的規定是在管轄權意義上對如何對中國公民進行屬人管轄的問題。既然基本法已經規定大陸刑法不適用於香港。當然也不存在該法中的條文所言及的中國公民概念包不包括香港居民的問題。但是，該條包括大陸居民的意思則再清楚不過了。不容否認，該條同樣不是在國

家主權層面上的規定，而純粹是在刑事管轄權層面上的規定。混淆了這兩種意義和層面上的公民概念的用法，就無法對第7條的規定作出正確理解和解釋。而堅持這種區分恰恰是貫徹了一國兩制的精神。故大陸刑法的屬人原則仍對在港的大陸居民有效。

即便是持有大陸有效護照或證件（不包括香港特別行政區護照），同時又有香港身分證的大陸居民而言，大陸刑法中的屬人原則也仍然有效。上述中資中的人員有不少就屬於這一類別。需要說明的是，大陸刑法的屬人原則並不排除和減弱香港法律對在港大陸居民的管轄權，只是他們比香港居民更多了一層法律管轄。這種情況並沒有甚麼奇怪。其他國家在港的公民也要受雙重的法律管轄。香港居民到大陸或其他國家同樣也要受雙重法律管轄。

六、兩地司法互助的必要性

大陸和香港作為兩個不同的司法區域，發生兩地管轄權重合現象也並非意外。最近發生的案件不過是使這一問題更為突出，使傳媒和輿論，乃至政府，對這一問題更為關注。這也不失為一件好事。

管轄權重合就需要通過司法互助協議來解決。由於種種原因，現在並沒有一個現成的協議。致使許多更為合理地解決管轄權重合的問題無法得到妥善處理。無庸贅言，當前按照“實際控制”或“先理原則”處理管轄權重合帶有不少弊端，如取證困難、移送只是大陸單向移送、受理法院並非是與案件有最密切聯繫的法院，等等。但司法互助是雙向互惠的，具有雙刃劍作用。不可能達成雙方權利義務不對等的協議。如果只想著獲取而不想付出，這一協議將會難產。

在達成互助協議的談判中，有許多難題需要解決。這些難題源於兩地政治制度、經濟制度、觀念、文化，特別是法律制度的不同。這裏僅舉一個例子為證。德福花園案尚未審理，大陸公安當局就已把“贓款”送交港方。從香港法律角度講，沒有判決哪來甚麼“贓款”。從大陸公安角度講，這筆錢是從疑犯處查出，按慣例先交付受害人或其家屬，用心不可謂不好。但恰恰與香港的法治原則相抵觸。這種觀念、制度上的差異需要被認識到，然後才會有如何協調的問題。可見，達成一個雙方都滿意並實際可行的協議還需要雙方的艱苦努力。