

我国大陆与台湾地区刑事管辖权冲突 及其处理原则

——兼论我国大陆刑法的空间效力

万志鹏*

The Conflict of Criminal Jurisdictions between China's Mainland and Taiwan and Its Solution

——On the Spatial Effect in the Criminal Law of China's Mainland

Wan Zhipeng

摘要: 在目前我国大陆与台湾地区分属于不同法域的情况下, 两岸刑法应定位为一国之内区际刑法的关系。海峡两岸的刑事管辖权冲突反映在属地管辖、属人管辖、保护管辖这几个方面。从我国大陆刑法关于空间效力的规定来看, 台湾地区并不属于“法律有特别规定的”情况。对于两岸刑事管辖权冲突的解决办法, 只能是在坚持国家主权原则的前提下, 奉行尊重现实、保障人权以及有利于惩治跨区跨境犯罪等原则。

关键词: 大陆 台湾地区 刑事管辖权冲突 刑法的空间效力

Abstract: The mainland and the region of Taiwan in China are different territorial legal units now, so the relationship between the criminal laws of the two legal units is inter-district criminal law, which belong to one country. The conflict of criminal jurisdictions between China's

* 作者简介: 万志鹏(1976—), 男, 湖北黄陂人, 法学博士, 湘潭大学法学院副教授、湘潭大学战争与武装冲突法研究中心、湘潭大学通程刑事法研究中心研究人员, 主要从事刑法学研究。

s mainland and Taiwan is reflected in the field including territorial jurisdiction, personal jurisdiction and protective jurisdiction. Judging from the provisions of the spatial effect in China's mainland criminal law, the situation "unless the law directs otherwise" does not include Taiwan. The only way resolving the conflict is that subject to the principle of sovereignty, the two parts should recognise the principles of respecting the reality, protecting the human rights and punishing the cross - boundary crimes.

Keywords: the Mainland the Region of Taiwan the Conflict of Criminal Jurisdictions
the Spatial Effect in the Criminal Law

我国“一国两制多法域”的现实决定了区际刑事法律之间的冲突不可避免。在区际刑事法律关系中，核心问题是要解决刑事管辖权冲突的问题。但是，迄今为止我国学术界关注的重点主要集中在我国内陆与港澳特别行政区之间的区际刑法冲突，对于祖国大陆与台湾地区的刑事管辖权冲突问题却鲜见深入研究。在两岸交流日益频繁和深入的今日，跨区跨境犯罪的现象也逐渐增多。而且，在国际上也屡屡发生了包括台湾居民在内的中国公民在外国犯罪或受害的案件。因此，如何妥善地处理大陆与台湾地区在刑事管辖权上的冲突，是关系到海峡两岸人民共同福祉、关系到如何维护祖国的主权统一以及应对“台独”分裂活动的重大问题。

一、我国大陆与台湾地区刑事管辖权的冲突表现

由于台湾地区目前施行的“刑法”是国民党在大陆统治期间制定的以《中华民国刑法》名义颁布的旧刑法（后经不断修订），而我国大陆适用的刑法是在推翻了国民党“六法”后由新中国的立法机关制定的《中华人民共和国刑法》（下文简称《刑法》），使得海峡两岸在刑事管辖权方面不可避免地出现了冲突。这主要表现在如下几个方面。

（一）属地管辖权的冲突

属地管辖权是基于属地管辖原则而产生的。其基本含义是指凡发生在本国领域内的刑事案件均为本国司法机关所管辖，均应适用本国刑事法律。我国《刑法》第6条规定：“凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。”“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法。”“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”由于目前我国宪法和

我国大陆与台湾地区刑事管辖权冲突及其处理原则

法律没有就台湾地区法律效力作出任何特别规定，并且结合宪法关于台湾是我国领土一部分的声明（参见《宪法》序言），完全可以得出结论认为台湾地区并不属于《刑法》第6条所指的“法律有特别规定的”情况。也就是说，《刑法》在空间上的适用效力不仅及于中国大陆，也及于中国台湾地区。或者说，即使在台湾地区发生的刑事案件，大陆司法机关在法理上也拥有刑事管辖权。正因为属地管辖是“国家主权”的重要象征，台湾地区“刑法”第3条也宣称：“本法于在中华民国领域内犯罪者，适用之。在中华民国领域外之中华民国船舰或航空器内犯罪者，以在中华民国领域内犯罪论。”其第4条称：“犯罪行为或结果，有一在中华民国领域内者，为在中华民国领域内犯罪。”结合台湾地区关于疆域之规定，^①自然也可得出凡在大陆及台湾地区犯罪者，台湾当局在法理上都有刑事管辖权的结论。另外，台湾当局于1992年7月还公布了“台湾地区与大陆地区人民关系条例”，其第1条宣称：“国家统一前，为确保台湾地区安全与民众福祉，规范台湾地区与大陆人民之往来，并处理衍生之法律事件，特制定本条例。”紧接着第2条规定：“一、台湾地区，指台湾、澎湖、金门、马祖及政府统治权所及之其他地区。二、大陆地区，指台湾地区以外之中华民国领土……”由此可见，按照台湾当局的理解，大陆地区不过为“中华民国”尚未“行使统治权”之领土。但是，大陆地区毕竟不在台湾当局实际控制范围内，面对在大陆地区犯罪且受过大陆刑法惩处的人，台湾当局采取原则上不承认大陆刑法效力的做法。上述“条例”第75条规定：“在大陆地区或在大陆船舰、航空器内犯罪，虽在大陆地区曾受处罚，仍得依法处断。但得免其刑之全部或一部之执行。”可见，正是两岸对属地管辖原则的分别坚持和各自表述，使两岸刑事管辖权面临直接的冲突。另外，由于双方在属地管辖方面都坚持行为地与结果地择一原则，有些跨区案件的管辖权冲突便不可避免。如20世纪90年代发生了多起大陆居民劫持大陆民航客机飞往台湾的案件，大陆方面一直主张根据属地管辖原则行使刑事管辖权，而台湾方面则始终置之不理。由此可见，由双方奉行的属地管辖原则产生的刑事管辖权冲突十分对

^① 台湾地区目前施行的“中华民国宪法”并未明确领土之范围，但该“宪法”之前身——1935年《中华民国宪法草案》（即“五五宪草”）则明确列举了民国各省份，不过当时并未包括台湾，这是由于当时台湾仍处于日本殖民统治时期。在抗战胜利后1946年国民政府颁布的《中华民国行政区域简册》中，再次确认“台湾原为我国行省之一，甲午之役，沦于日本，直至胜利后，始复归祖国，仍建台湾省，辖……”。

立和尖锐。

(二) 属人管辖权的冲突

属人管辖原则的基本含义是指凡拥有一国国籍的公民,即使身在外国都受本国刑法的约束。我国《刑法》第7条规定:“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是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。”根据我国宪法,台湾同胞属于中国公民,因而没有理由认为台湾居民不受《刑法》第7条的约束,即只有台湾居民在其他国家或者地区犯罪,原则上都可以依照大陆《刑法》追究刑事责任。相比之下,台湾地区“刑法”对属人管辖采取了更为谨慎的态度。根据其“刑法”第6条、第7条规定,“中华民国人民”在海外犯罪,仅有部分罪行受“刑法”约束,且该罪行最低刑应为3年以上有期徒刑,并且“依犯罪地之法律不罚者,不在此限”。不过,“中华民国公务员”在域外犯某些类型的罪行(如渎职、脱逃、侵占等)没有法定最低刑与双重处罚的限制。这样一来,大陆与台湾地区在属人管辖权上的争执也不可避免。如果一名在台湾具备公职的台湾居民在海外犯有行贿、受贿等职务罪行,按照大陆与台湾的法律都会得出可以适用的结论。如果我们以此来请求他国将该犯引渡到我国大陆进行审判,则必然会与台湾当局产生刑事管辖权的冲突。事实上,虽然目前绝大多数国家依据“一个中国”的原则将台湾居民登记为中国国籍,但对持台湾护照者仍然给予了不同于持大陆护照者的区别对待。对于台湾居民在海外犯罪的刑事案件,大陆司法机关发出引渡请求是面临困难的。1999年在毛里求斯发生的“金庆号”事件中,“台湾籍”船长在“台湾籍”渔船上枪杀数名大陆船员,中国外交部发言人随即指出该案犯罪嫌疑人和受害人都是中国公民,中国司法机关对此案拥有管辖权,而台湾当局同样也声明对此案的管辖权。即使不涉及外国,如果海峡两岸的居民有一方在对方区域内犯罪后逃到本方区域,也会产生一方主张属人管辖与另一方主张属地管辖而产生的冲突。

(三) 保护管辖权的冲突

保护管辖原则的基本含义是指对于发生在一国领域之外的针对该国国家或国民权益的侵犯,无论犯罪行为由谁实施,该国都有刑事管辖权。我国《刑法》第8条明确规定了这一原则,但附加了罪行必须达到“最低刑为三年以上有期徒刑”和“按照犯罪地的法律不受处罚的除外”两项条件。由于台湾居民同属中国公民,则在海外发生的针对台湾居民攻击的刑事案件,

有可能也应当适用大陆《刑法》。而台湾地区“刑法”第5条则采用了列举罪名的方式确认了保护管辖的原则。按照其规定,涉及内乱、外患、伪造文书、毒品、海盗等严重犯罪的刑事管辖权,台湾当局并不放弃。这无疑也给两岸刑事管辖权的冲突带来了可能。如,在亚丁湾公海上,索马里海盗针对由大陆船员驾驶的在台湾注册的货船进行的抢劫、绑架人质、勒索赎金等犯罪行为,究竟该由大陆还是台湾方面的司法机关行使管辖权?又如,台湾居民在海外进行刺探中国国家机密的犯罪活动,按大陆刑法应属危害国家安全的犯罪,按台湾地区“刑法”却不构成犯罪,应如何处理?

二、对我国大陆刑法空间效力的理解

如果要找到我国大陆与台湾地区刑事管辖权冲突的解决之径,则首先必须正确理解刑事管辖权与刑法空间效力的关系,以及我国大陆刑法中属地管辖的例外究竟包含哪些情况。我国传统理论认为:“刑法的空间效力,就是指刑法对地对人的效力,也就是解决刑事管辖权的范围问题。”^①但理论界越来越多的人倾向于区分刑事管辖权与刑法的空间效力这两个概念的内涵,然而关于这两个概念的关系大致有三种不同观点。有学者认为,刑事管辖权一词通常在两种含义上使用:“第一,是指根据主权原则国家所享有的对其主权权力范围内所发生的一切刑事犯罪进行起诉、审判和处罚的权力,这是从动态角度对该词所作的概括;第二,是指国家刑事实体法律适用的地域和主体的法定范围,这是从静态的角度对刑事管辖权所作的概括。”^②并且,“在后一种意义上使用刑事管辖权,与刑法的空间效力的概念,无论在内涵或者外延上都是相同的,只是表述的角度有所不同。”^③也有学者认为,一国是否享有刑事管辖权不是仅凭国内法就可以决定的,还要根据国际法所允许的限度,因而刑事管辖权主要应从国际法角度探讨;而刑法的空间效力主要是国内刑法学的问题,仅仅根据国内刑法的规定就能确定其范围。^④还有一种观点认为,刑事管辖权是国家主权的重要组成部分,它是指“一国在本国主权范围内独立自主地制定刑事法律,决定刑事法律的适用范围,并

① 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2011年版,第32页。

② 高铭喧主编:《刑法学原理》(第一卷),中国人民大学出版社2005年版,第276页。

③ 同上注。

④ 杨彩霞:《刑法空间效力研究》,中国社会科学出版社2007年版,第17页。

根据刑事法律追究犯罪人刑事责任的权力”。^① 进而可以认为，一国的刑事管辖权是一个没有地域限制的概念，而作为刑法效力的内容之一的刑法的空间效力，是以国家的刑事管辖权为根据的，其中又包括对地域的效力和对人的效力两方面内容。^②

从上述几种观点可以看出，我国学者对于刑事管辖权与刑法的空间效力之间的关系有共识的一面，但也存在分歧。其共识之处主要是都同意不应将刑事管辖权与刑法的空间效力混为一谈，但在刑事管辖权的来源、刑法空间效力的依据以及二者的范围等方面都有不同的解读。几种观点之间不一定存在实质的冲突，而是从不同的方面阐释刑事管辖权与刑法的空间效力之间的关系。第一种观点强调国家主权原则，注意到了管辖与管辖权的区别；第二种观点兼顾了国际法，注意到了刑事管辖权与刑法空间效力在国际法与国内法上的侧重点不同；第三种观点表明了刑法的空间效力来源于刑事管辖权，但将刑法的空间效力作为刑法的地域效力的上位概念有失妥当。刑法的地域效力仍然讲的是刑法在什么地方、对什么人具有效力，在实质上与刑法的空间效力没有什么差别。只不过用“空间”效力一词能更好地与“时间”效力相对应。笔者认为，刑事管辖权与刑法的空间效力虽然是可以区分的两个概念，但只是从不同侧面对同一事态的描述，事实上不可能出现某国宣布对某刑事案件拥有刑事管辖权而该国刑法却对此无空间效力的情况。如果说二者确有区分的必要，那就是区分刑事管辖权本身与刑事管辖权的范围问题。刑事管辖权是一国根据主权原则所享有的、通过本国刑法的规定所宣示的在一定空间范围内适用该国刑事法律的权力。也可以说，它是在全球存在众多主权国家以及无主领域的背景下，一个主权国家可以在多大的空间范围对一定行为按照本国刑法关于犯罪、刑罚及相关规定予以追究。^③ 值得说明的是，从绝大多数国家的刑法规定来看，一国的刑事管辖权或者说刑法的空间效力的范围除了覆盖本国领域外，往往还延伸至别国领域或者无国界领

^① 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法解释》（上卷），中国社会科学出版社 2005 年版，第 84 页。

^② 高铭暄、马克昌主编：《中国刑法解释》（上卷），中国社会科学出版社 2005 年版，第 84—85 页。

^③ 这里需要指出的是，像台湾这样国际社会普遍不予以承认为主权国家的地区，其辖区内的刑事管辖权却在事实上得到承认。从某种意义上说，台湾当局的刑事管辖权也是以中国国家主权为法理依据的，可以看作类似中国中央政府“托管”的性质。

域，这便是各国普遍奉行的以属地管辖为主，兼顾属人管辖、保护管辖和普遍管辖的刑事管辖权原则。由此引申到本文所讨论的话题，我国大陆与台湾地区在刑法空间效力上都奉行上述混合管辖原则，难免会发生刑事管辖权的冲突。尤其是我国《刑法》在属地管辖原则中规定了“法律有特别规定的”作为不“适用本法”的例外情况，引起了理论上很大的争议。

“法律有特别规定的”究竟包括哪些情况？我国权威教科书的解释是：这些特别规定主要包括：（1）《刑法》第11条关于“享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任，通过外交途径解决”的规定；（2）《刑法》第90条关于“民族自治地方不能全部适用本法规定的，可以由自治区或者省的人民代表大会根据当地民族的政治、经济、文化的特点和本法规定的基本原则，制定变通或者补充的规定，报请全国人民代表大会常务委员会批准施行”的规定；（3）修订的《刑法》施行后国家立法机关所制定的特别刑法的特别规定；（4）我国香港特别行政区和澳门特别行政区基本法的特别刑法的特别规定。^①另一种观点认为，这里的特别规定应该仅指《刑法》第11条关于享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任和港、澳、台地区不适用中国刑法的情况。^②还有一种观点认为，这里的特殊规定可分为根据国内法规定对我国公民不进行刑事法律追究和根据国际法我国对外国人不行使管辖权两种情况。具体而言就是指根据我国各级人大代表组织法规定的人大代表在人大各种会议上的发言“不受法律追究”和享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任以及其他我国参加的国际条约和应遵守的国际惯例所规定的情况。除此之外，所谓特别行政区、民族自治地区以及特别刑法的规定都不是刑法属地管辖上的特殊情况。^③笔者认为，要弄清我国刑法属地管辖原则所指的例外情况，关键因素有两个：一是正确理解该条中使用的“本法”的含义；二是以法律（包括我国国内法和我国签署的国际条约）有特别规定为准绳。如果认为该条中“本法”仅是指1997年由全国人大修订的《中华人民共和国刑法》即中国大陆的狭义刑法典，当然可以得出第一种结

① 高铭喧主编：《刑法学原理》（第一卷），中国人民大学出版社2005年版，第33页。

② 高铭喧、马克昌主编：《中国刑法解释》（上卷），中国社会科学出版社2005年版，第68页。

③ 参见陈忠林：《关于我国刑法属地原则的理解、适用及立法完善》，载《现代法学》1998年第5期，第15-16页。

论,即特别刑法、特别行政区刑法、民族自治地区关于刑法的变通或补充规定、享有外交特权和豁免权的外国人的刑事责任问题都是适用 97 刑法典的例外。并且,在此回避了台湾地区的刑法适用问题也是实属无奈——台湾地区的刑法适用问题迄今为止没有任何法律有特别规定;如果将“本法”理解为包括刑法典和特别刑法在内的广义中国大陆刑法,则会得出第二种结论,即在中国领域内不适用“本法”的是一国两制下的港、澳、台地区和根据国际条约规定的享有外交特权和豁免权的外国人。显然,民族自治地区的变通或补充规定、97 刑法典生效后的特别刑法都属于广义的中国大陆刑法范畴,因而不属于刑法属地管辖的例外;如果像有些学者所说的“本法”的用语本身就不妥当,而应用“中华人民共和国刑法”来代替的话,^①就会得出类似于第三种观点的结论。持这种论点的人认为无论是全国人大制定的刑法典还是包括单行刑法、附属刑法在内的 1997 年后新制定或继续生效的特别刑法,无论是中国大陆立法机关制定的刑法还是港、澳、台地区立法机关制定的刑法,都是广义的“中华人民共和国刑法”。^②然而,这种观点难以成立。我国人大代表在各级人大会议上的发言不受法律追究的规定,同样是我国法律针对狭义刑法典的特别规定,从性质上讲,与单行刑法、附属刑法及民族自治地区的变通或者补充规定一样属于广义上的中华人民共和国刑法。论者一方面主张“本法”应在广义“中华人民共和国刑法”的视野里看待,另一方面却认为各级人大代表的会议发言属于“本法”不予管辖的例外情况,实在是自相矛盾。如果将这种观点贯彻到底,只会得出除非我国参加并签署的国际条约和公约有特别规定在我国领域内的犯罪不适用我国刑法,^③任何在我国领域内的犯罪都没有特殊情况不适用我国刑法^④的结论。

笔者认为,刑法典第 6 条中的“本法”只能按照狭义刑法典——即 1997 年修订的《中华人民共和国刑法》的方式来理解。对刑法用语的解释

^① 参见齐文远、刘代华:《完善我国刑法空间效力立法的思考》,载《法商研究》2005 年第 1 期,第 111 页。

^② 高铭喧、马克昌主编:《中国刑法解释》(上卷),中国社会科学出版社 2005 年版,第 92 页。

^③ 从目前我国参加并签署的国际条约和公约来看,涉及约束我国刑法属地管辖权的仅有《维也纳外交公约》和《联合国海洋法公约》等极少数条约和公约。

^④ 这里所说的“我国刑法”是指广义的“中华人民共和国刑法”而非中国大陆刑法或者刑法典。

可能有多种角度和方法,但“当不同的解释方法得出多种结论或者不能得出妥当结论时,就要以目的论解释为最高准则”。^①从立法者创设本条的目的来看,显然是在规定我国刑法的属地管辖权范围。世界各国都以属地管辖为原则,希望在自己国界以内享有绝对的、不受任何外来干涉的刑事管辖权,这是主权原则的象征,我国当然也不例外。除了遵从国际条约的特别限制外,我国还有历史因素造成的“一国两制”和领土未统一的特殊情况。也就是说,在实际存在“一国两制四法域”的情况下,虽然代表全中国的唯一合法政权——中华人民共和国在法理上享有在全中国领域内的刑事管辖权,但事实上对外代表中国刑法的、由中国全国人大制定的刑事法律仅仅能够在中國大陸地区适用。^②但基于“一国”的政治立场,又绝不能否认在中国其他几个法域适用生效的刑法也是“中华人民共和国刑法”。正因如此,《刑法》第6条才刻意使用了“本法”一词而不是“中华人民共和国刑法”。相反,如果按照上述第三种看法将“本法”理解甚至置换成“中华人民共和国刑法”,则将造成难以自圆其说的矛盾。以香港特别行政区为例,如果采用“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用中华人民共和国刑法”的规定,则会非常经不起推敲:香港特区毫无疑问属于中华人民共和国领域,而香港刑法当然也属于广义上的中华人民共和国刑法。那么这样一来,岂不成了“凡在香港领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用香港刑法”?这样的结论,不仅会使人无所适从,恐怕也与“一国两制”的基本精神和特区《基本法》的规定背道而驰。从区际刑法的角度,香港刑法与大陆刑法都是一国之内地位平等的刑法,两法域的司法机关也不存在谁管辖谁的问题。这种刑事管辖权在性质上是属于一国主权范围内不同法域之间的平等刑事管辖权关系。也就是说,在特别行政

^① 张明楷:《刑法格言的展开》,法律出版社2003年版,第11页。

^② 有人认为,作为全国统一刑法代表的大陆刑法在香港特区原则上是适用的,不适用是有条件的,理由是香港《基本法》第18条。这恰恰是把情况说反了。香港《基本法》第18条第2款明确规定:“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。”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。”这就是说,作为特别行政区的“特别”之处,绝大部分全国性法律包括《刑法》在香港特区不适用是常态,而适用的仅仅是“紧急状态”下,这才是原则与例外的关系。否则便违背了国家设立特别行政区的目的。

区内的犯罪与刑罚问题，只能由特别行政区自行立法解决，^① 而不属于全国性刑法在刑事管辖权中解决的问题。这进一步说明了作为大陆刑法属地管辖条款中的“本法”，是不能包括特别行政区刑法的。而特别行政区内不适用“本法”，正是有法律明文规定的。那么，我国民族自治地方的特别规定和 97 刑法修订后立法机关制定的特别刑法是否也在“本法”之内？答案依然是否定的。无论是民族自治地方制定的对全国性刑法的变通或补充规定，还是 1997 年刑法生效后全国人大常委会颁布的单行刑法、刑法修正案或刑事立法解释，在性质上都属于“法律有特别规定的”刑法，与 1997 年刑法典都是一种特别法与普通法的关系。并且，同属于广义中国大陆刑法的上述特别刑法，其本身并没有刑事管辖权的规定，如果依照第二种理解方式同样将出现逻辑上自相矛盾的尴尬情况。

综上所述，我国《刑法》第 6 条规定的是我国大陆刑法空间效力中的属地管辖权，这一管辖权的范围是以我国主权覆盖面积为基本依据的。但是由于存在“一国两制”、民族区域自治以及国际条约的约束等原因，在我国主权领域内的，由中央立法机关制定的全国性刑法典并不适用于特定的人、特定的事或特定的区域。正因如此，本条中规定的“本法”只能是全国人大 1997 年颁布的《中华人民共和国刑法》。不“适用本法”的基本内涵，就是指司法机关不能依据 1997 年《中华人民共和国刑法》对某种行为予以裁判。具体情况包括：我国加入并签署的国际条约或公约中有关限制我国在主权范围内行使刑事管辖权的规定；香港、澳门特别行政区基本法中关于全国性法律在港、澳地区不予适用的规定；我国民族自治地区依法对全国性刑法作出的变通或者补充规定；1997 年刑法典生效后全国人大及其常委会颁布的特别刑法。很显然，正如前文所分析，台湾地区不属于《刑法》第 6 条所称属地管辖原则的例外情况，这也正是两岸间产生刑事管辖权冲突的重要原因。

三、处理大陆与台湾区际刑法冲突的原则

我们面临的不可回避的问题是：如何处理台湾地区的刑法适用问题或者

^① 具有特别规定的是关于危害国家安全的立法，《基本法》要求特区政府应自行立法禁止。但到目前为止，港、澳特区政府也没有颁布相关法律禁止危害国家安全的犯罪行为。在此情况下，如何处理在港、澳特区进行的危害国家安全的犯罪，确实是一个值得研究的问题。

说大陆与台湾地区之间刑事管辖权的冲突？迄今为止，我国没有任何法律对台湾地区如何适用法律作出任何特别规定。然而，目前在台湾地区实际遵循的仍然是国民党在撤离大陆之前制定的“中华民国”法律体系，而“伪宪法、伪法统”早在1949年2月便由中共中央在《关于废除国民党六法全书与确定解放区司法原则的指示》中宣布废止。这就造成了目前的困境：作为我国主权领域范围内的台湾地区，现在适用的法律是被我国中央机关曾经明令“废除”的。以今日的现状来说，是否应当把台湾地区作为在我国主权领域内中央司法机关行使刑事管辖权的例外，从而与港、澳地区一样不予适用全国性刑法？如果认可这一点，又如何处理两岸之间的刑事管辖权冲突？

笔者认为，无论从历史还是从现实情况出发，都应该承认台湾地区现有“刑法”的有效性。从历史上看，台湾在1945年抗战胜利后回归祖国至今，适用的都是“中华民国”法律体系。这套法律制度对于台湾人民摆脱日本殖民统治的文化阴影，树立中华民族的认同感发挥了巨大的作用。从现实来看，台湾地区的人民长期以来遵从的都是这套法律制度，且包括刑法在内的各法都在长期的实践中逐步完善和修订，在适合台湾地区特殊情况方面已经做到了相当成熟，而台湾居民长期以来也一直以这套法制作为日常的行为规范，不可能以大陆的法律法规作为自己的行动指南，现在仍坚持台湾地区的法统是“伪法统”显然不合时宜。况且我国政府早就提出以“一国两制”的方针解决祖国统一问题，在香港、澳门地区也成功将这一设想变成现实。台湾地区更具有不同于港澳地区的特殊性，没有理由一定要全盘否定其现行法律。台湾与大陆、香港、澳门之间的法律关系都是一国之内的区际法律关系。理论界有一种观点认为，我国是在1997年香港回归祖国后才成为多法领域国家，从而产生区际刑法冲突的。^①笔者并不同意这种说法。因为台湾问题不同于香港问题，在1997年之前，我国政府已多次宣布台湾是中国不可分割的一部分，我国在法理上享有对台湾地区的主权，这在国际上也是得到普遍承认的。因此，台湾地区与祖国大陆的区际刑事法律关系由来已久。在如何界定我国区际刑事管辖权的问题上，理论界也是众说纷纭。有的学者提出界定中国区际刑事管辖权的原则是以“属地原则为主，有限的属人原

^① 参见陈正云：《中国刑事法律冲突论》，中国法制出版社1997年版，第118页。

则为补充, 协商原则具有终局决定权”。^① 但正如我国著名刑法学家赵秉志教授指出的那样: “具有严格国际法意义的体现主权国家及其相互关系的属地原则、属人原则、保护原则和普遍管辖原则这些刑事管辖原则, 是不应当适用于中国国内区际刑事管辖权冲突的合理划分的确认的。”^② 这一论述虽然是针对港、澳地区而言, 但对于台湾地区同样应该适用。还有学者虽然同意不能以国际法意义上主权管辖原则作为国内区际刑法冲突的解决原则, 却又提出了所谓居住地原则和犯罪地原则。^③ 实际上不过是属人原则和属地原则的变通说法。在此基础上, 有学者另辟蹊径, 认为处理我国区际刑事管辖冲突的原则应分为一般原则与具体原则两个层面, 前者包括“一国两制”原则, 平等、自愿、协商、尊重原则, 合法、合理原则; 后者包括最初受理原则与一部受理全部受理原则。^④ 与此类似, 有学者提出以政治原则与法律原则两个层面处理我国区际刑事管辖权的冲突。^⑤ 笔者认为, 上述原则总的来说是以我国内地与港澳特别行政区之间刑事管辖权冲突为基本出发点的, 有些内容不宜适用于海峡两岸这种特殊的情况。况且港澳地区有中央机关制定的《基本法》作为宪法性依据, 而台湾地区与大陆之间却不存在任何共同的“母法”。笔者认为, 在处理两岸区际刑法冲突时, 应当遵从下列原则:

第一, 国家主权原则。

这一原则的含义是, 在处理大陆与台湾地区刑事管辖权关系上, 首先要坚持两个地区都是中国领土范围内的地域, 两岸刑法在维护祖国统一和领土完整方面具有共同的职责和任务。虽然台湾地区认同的政治国家概念与大陆

^① 参见成良文:《中国区际刑事司法协助中刑事管辖权的界定》, 载《现代法学》2002年第4期, 第47页。

^② 赵秉志:《中国内地与港澳特别行政区刑事管辖权的合理划分》, 载赵秉志主编:《当代刑法理论探索(第四卷): 国际区际刑法问题探索》, 法律出版社2002年版, 第486页。

^③ 参见高铭暄、王秀梅:《试论我国区际刑事管辖冲突的内涵及其解决原则》, 载高铭暄、赵秉志主编:《中国区际刑法与刑事司法协助研究》, 法律出版社2000年版, 第9-14页。

^④ 参见杨凯:《当代中国区际刑事管辖冲突解决原则检讨》, 载《湘潭大学学报(哲学社会科学版)》2004年第3期, 第107页。

^⑤ 参见时延安:《中国区际刑事管辖权冲突及其解决研究》, 中国人民公安大学出版社2005年版, 第129-170页。

不同,但至少在法统上仍未脱离中国主权框架。立足于“一国”的这项原则,决定了两岸刑事管辖权冲突的根本性质只能是我国主权范围内不同司法区域之间的区际冲突,其解决原则不可照搬国际刑事管辖权冲突处理原则。因此,国际上通行的刑事管辖及协助惯例如死刑犯、政治犯不引渡、本国公民不引渡、双重犯罪原则等均不适合作为处理大陆与台湾地区刑事管辖冲突的原则。这一原则也决定了无论是中国大陆居民还是台湾居民,无论在中国大陆还是在台湾地区或者海外,只要是侵犯了作为整体中国的国家利益从而构成犯罪的行为,都应该以大陆刑法的相关规定予以处罚,大陆司法机关享有当然的刑事管辖权。也就是说,台湾居民身为中国公民,同样负有维护中国主权和统一的义务,如果其在台湾地区乃至外国犯有危害中国国家安全的行为,同样要受全国性刑法的惩罚。强调这一点,对于维护祖国统一,威慑“台独”分裂分子具有极大的现实意义。同时我们也应注意到,台湾现行“刑法”中对于侵犯国家法益的规定与大陆刑法有所不同,其根源在于台湾地区对于“国家”的定位不同,这就造成了在判断是否危害国家安全的问题上会出现根本分歧。处理这样因为政治原因而产生的刑事冲突,的确考验两岸政治家的政治智慧,但只要以“一中”共识为基础,以维护中华民族整体利益为共同原则,就有解决的途径。在不动摇基本共识的前提下,对于侵犯台湾地区安全与利益的犯罪行为,应该尊重台湾“刑法”的相关规定,承认台湾当局对此类犯罪行为的刑事管辖权。

第二,尊重现实、保障人权原则。

该原则的内涵在于,对于海峡两岸分治的现状,应在追求统一的过程中尊重因历史原因造成的双方各自行使刑事管辖权的现实,以保障两岸人民基本人权作为处理刑事管辖冲突的基本出发点。这一原则要求两岸司法机关应尽量尊重对方在各自法域内的刑事裁判,不得因刑事管辖权的争执而使各自居民的基本权益受到侵犯。因此,大陆司法机关在面对管辖权冲突时,应尽量采用灵活的方针,在不损害国家主权的前提下与对岸司法机关进行积极协商来解决刑事案件的管辖问题。例如,台湾当局开放大陆居民赴台旅游后,对于大陆居民在台湾地区进行的普通刑事犯罪,应承认并尊重台湾司法机关根据台湾“刑法”对案件的管辖权和最终裁判结局,犯罪人回到大陆地区后不得因同一事由受到大陆司法机关的再次追究;相应的是,台湾居民在大陆地区实施的普通刑事犯罪,台湾司法机关也必须尊重大陆司法机关依据大陆刑法作出的判决。对于在外国主权领域内发生的大陆居民侵犯台湾居民利

益的或者台湾居民侵犯大陆居民利益的刑事案件，双方司法机关都应该尊重案件发生地国家的刑事管辖权，对于各自因属人管辖或保护管辖原则产生的刑事管辖权冲突，应该建立积极协商的渠道来处理犯罪人的引渡问题。至于关系到国家根本利益的危害国家安全方面的犯罪行为，则应当服从国家主权原则，以在国际上代表中国刑法的大陆刑法来进行惩处。

第三，利于惩治跨区跨境刑事犯罪原则。

这一原则的内容在于，两岸间刑事管辖权冲突的解决应以最大程度上有利于惩治跨越国内不同区域以及跨越国内与国外领域的刑事犯罪为宗旨，以维护法益，保障两岸人民群众的生命财产安全。在这方面，《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》走出了重要的一步。《协议》实施以来，两岸在打击走私、贩毒、贩卖人口、强迫卖淫、制造假币、洗钱以及跨境发展黑社会组织等犯罪方面有诸多成功的合作，产生了良好的效果。值得注意的是，不能让犯罪分子利用两岸刑法在认定犯罪以及量刑上的差异逃避惩罚，避重就轻。例如，大陆刑法没有乱伦罪的规定，而台湾“刑法”规定了相当于禁止乱伦的“血亲性交罪”，此种犯罪的法定刑是五年以下有期徒刑，按照台湾“刑法”关于空间效力的规定是可以在国外适用的。因此，对于发生在国外的这类行为，如果行为人是台湾居民而当地法律同样处罚这种乱伦行为，就应该承认台湾“刑法”的管辖效力，而不应以行为人是公民为由适用对此不作为犯罪的大陆刑法。即使行为人在国外受到处罚后回到祖国大陆，大陆司法机关也应该及时将其遣送到台湾地区，由台湾司法机关对其行为进行裁决。当然，由于双方刑法在属地管辖上都采取犯罪行为或犯罪结果择一说，必然会导致在认定犯罪地上的冲突。解决的途径，应当以何地司法机关管辖最为有利实现打击跨区犯罪为原则。这些都有赖于两岸将来在不断深化司法合作过程中签署更为深层、全面的协议来实现。