

论香港与内地移交逃犯的先例模式

高铭暄 马正楠

摘要 香港与内地在逃犯移交问题上长期处于无法可依且不对等的状态。先例模式从两地移交逃犯的现状出发,将遵循先例原则引入移交逃犯模式的构建中,以个案协商为基础,并赋予协商结果以先例效力。先例模式利用现有法律,实现“事实移交”。它是一个过渡的模式,为两地最终签订双边协议创造条件。先例模式的内容主要包括三个方面:先例的确立机制、先例的适用机制和谈判主体的构建。

关键词 先例模式 逃犯 谈判 司法协助

作者高铭暄,中国人民大学法学院教授;马正楠,中央政府驻港联络办法律部,中国人民大学法学院博士研究生。

香港与内地之间的逃犯移交问题是两地区际刑事司法协助的重要内容,直接关系到对跨境犯罪^①的打击效果。随着两地经贸往来的日益频繁,联系日趋紧密,该问题的解决对维护两地的社会秩序、营造良好的投资环境具有更为重要的意义。然而,目前两地之间没有移交逃犯的固定模式和法律依据,使某些逃犯逍遥法外,公平正义无法得到及时伸张。早在十年前,两地已经就移交逃犯问题进行协商,但一直未取得实质性突破。近期,两地相关部门频繁接触,就香港与内地间移交逃犯问题达成原则性共识,使该问题再次引起人们的关注。^② 本文从该问题现状出发进行若干讨论。

一、香港与内地移交逃犯的现状评析

从法律层面看,两地在逃犯移交问题上存在法律空白,实践运作处于无法可依的状态。虽然我国已经与一些国家缔结了引渡条约,香港特别行政区政府也与一些国家签订了引渡协定,^③ 但内地

^① 有学者将跨境犯罪分为实质的跨境犯罪和形式的跨境犯罪两类。“前者是指犯罪的主体或行为事实因素带有跨境因素,后者是指犯罪在实质上看不具有跨境因素,但是犯罪人实施犯罪之后逃避到另一个法域的情况。”王仲兴、郭天武主编:《内地与香港刑事司法合作研究》,北京大学出版社2008年版,第8页。本文所称“跨境犯罪”是形式的跨境犯罪。

^② 2010年10月20日,香港保安局局长李少光访问北京,与公安部部长孟建柱、最高人民法院副院长张军会面。双方谈到内地与香港之间移交逃犯的问题,均表示会积极推动两地在移交逃犯问题上的协商,争取尽早签署相关安排。参见《李少光晤公安部长》,载香港《成报》,2010年10月22日;赵昕:《张军会见香港保安局局长李少光一行》,载《人民法院报》,2010年10月23日。2010年9月20日,香港廉政专员汤显明与最高人民检察院检察长曹建明会面,两人均认同未来会继续在追踪逃犯方面加强协作。参见《未来香港与内地将加强反贪合作》,载中国新闻网<http://www.chinanews.com.cn/ga/2010/09-22/2550365.shtml>,2010年10月27日访问。

^③ 目前,我国与30多个国家签订了引渡条约,香港特别行政区与18个国家签订了移交逃犯的双边协定。

与香港之间迄今还没有对逃犯移交问题达成任何协议。1999年至2000年间,内地与香港的法律专家组曾就逃犯移交问题进行了四轮会谈(分别于1999年3月、8月、11月和2000年3月举行)。双方专家就制定有关移交逃犯安排的各项主要事宜,包括保障措施、共同司法管辖权的情况和程序,进行了深入讨论,但最终并未取得实质性的进展。^④在会谈中,香港方面坚持将以下五项原则作为制定移交逃犯安排的依归:^⑤第一,采用的办法必须符合《中华人民共和国香港特别行政区基本法》(以下简称“香港《基本法》”)第95条的规定。^⑥第二,移交安排必须以香港的法例为依据。第三,移交安排必须获得香港与内地接受。第四,移交安排必须顾及一国两制的原则和两地法律及司法制度上的差异。移交安排须在打击犯罪和保障人权之间保持平衡。香港与其它司法管辖区签署的移交逃犯协议内所载的惯常保障,包括双重犯罪、指定罪行、不得再移交第三个国家的保障、死刑以及一般豁免涉及政治罪行和政治迫害的保障,会是有用的参考资料。第五,移交安排必须符合香港《基本法》第19条的规定。^⑦移交安排应确定一些原则去处理两地同时具有司法管辖权情况下的移交,以及如何决定移管跨境罪案。时任香港保安局局长叶刘淑仪曾表示,上述五项原则是“政府当局与内地当局就移交安排磋商的底线”。^⑧

从实践层面看,香港与内地通常以个案协助的方式处理逃犯移交问题,处理依据是两地之间一个单方面的行政安排。根据这项行政安排,内地有关部门会把只在香港犯罪的香港居民移交香港相关部门进行调查或审讯。若该香港居民在内地也有犯罪行为,那么会待内地的法律程序结束后再移交香港。1990年至1998年间,内地共向香港移交逃犯128名。^⑨但是,由于该行政安排没有对其他情形作出规定,香港从未把任何逃犯移交内地。^⑩这就使得两地在逃犯移交问题上长期处于不对等的地位。这一现象既不符合“一国两制”下各法域平等、相互承认的原则,也不利于双方司法协助的深入和有效打击犯罪。而且,个案协助是以一种“便宜行事”的态度处理逃犯移交问题,无法保证前后个案处理结果的一致性,且缺乏稳定性和制度性约束力。

目前,香港与内地之间移交逃犯的障碍主要来自两个方面:一是双方法律界(尤其是司法机构)缺少充分的互信。互信是协商谈判的基础和前提,是谈判双方达成共识的必要条件。由于两地实行不同的社会制度,有着不同的历史经历,双方在政治制度及司法制度方面缺乏充分的了解和必要的信任。这一点在香港法律界表现得尤为明显。如香港法律界议员吴靄仪^⑪表示,香港政府在

④ 香港立法会保安事务委员会:《香港特别行政区与内地的移交逃犯安排》,立法会CB(2)688/00-01(01)号文件。

⑤ 香港立法会CB(2)748/98-99(02)号文件,第3页。

⑥ 香港《基本法》第95条:“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。”

⑦ 香港《基本法》第19条:“香港特别行政区享有独立的司法权和终审权。香港特别行政区法院除继续保持香港原有法律制度和原则对法院审判权所作的限制外,对香港特别行政区所有的案件均有审判权。香港特别行政区法院对国防、外交等国家行为无管辖权。”

⑧ 《立法会保安事务委员会特别会议纪要》(2000年4月13日),香港立法会CB(2)2606/99-00号文件,第7页。

⑨ 《立法会保安事务委员会会议纪要》(1998年12月3日),香港立法会CB(2)1258/98-99号文件。

⑩ 香港立法会资料研究及图书馆服务部、法律事务部:《中港移交逃犯协定研究》(2001年3月)第61页。

⑪ 香港法律界作为一个独立的功能界别,在立法会中有一个席位。根据香港《立法会条例》(第542章)第20F条的规定,法律界功能界别由以下人士组成:(a)有权在香港律师会的大会上表决的该会会员;(b)有权在香港大律师公会的大会上表决的该会会员;(c)《律政人员条例》(第87章)所指的律政人员;(d)根据《法律援助条例》(第91章)第3条获委任的人;(e)根据《破产条例》(第6章)第75(3)条或《知识产权署署长(设立)条例》(第412章)第3(3)条被当作就《律政人员条例》(第87章)而言的律政人员的人;(f)立法会秘书处的法律顾问及该法律顾问的任何助理,而该助理是全职受雇于立法会行政管理委员会并属《法律执业者条例》(第159章)所界定的大律师或律师。上述人员一人一票选举法律界的议员。因此,法律界议员吴靄仪的观点很大程度上代表着香港法律界的看法。

移交逃犯会谈中坚持的五项原则对香港是危险的。因为根据国际惯例,移交协议必须是双边对等的。但她认为如一旦有了该协议,内地可向特区政府要求移交所有他们认为是犯了罪的人。如此一来,便会对港人十分不利。因为两地的司法、执法和法制等均大不相同。“港人一向享有各种基本人权和自由,但内地就是罪犯可否自行聘用辩护律师、家人能否往监狱探访及定罪率等已与香港差别甚大。”^⑫ 香港律师李柱铭也认为:“香港的法制比内地的要健全得多,这也是为何很多国家不愿与内地签署引渡协议的原因。”^⑬ 在这些观念的影响下,双方往往心存戒备和抵触,难以形成互信、互谅的协商氛围。二是在重大法律问题上存在争议。香港立法会对此问题的研究报告指出:“在拟定中港内地移交逃犯协定时,其中一项很重要的考虑要点,是这项协定应否采纳国际间认可的原则和标准。”^⑭ 所谓“国际间认可的原则和标准”即国际刑事司法协助中适用的引渡法原则,包括双重犯罪原则、特定罪名原则、政治犯不移交原则、军事犯不移交原则、本国公民不移交原则、死刑犯不移交原则等。对于香港与内地移交逃犯是否应遵循这些原则,两地一直存在争论。总体而言,香港方面主张应采纳上述原则作为两地移交逃犯协定的基础,以保障香港市民的基本权益。^⑮ 内地方面则主张两地间移交逃犯属于区际司法协助,不同于国际间的引渡,应以维护国家主权为原则,而不应适用某些国际间的原则和惯例。^⑯ 上述法律问题的分歧反映出两地在解决移交逃犯问题上存在两种不同的思维模式和政策取向。香港方面重在强调“两制”的差异性,认为国际刑事司法协助原则具有普适性;内地方面重在突出“一国”的主权性,主张区际刑事司法协助具有特殊性。这一分歧短期内难以消除,已成为阻碍两地间移交逃犯的深层次原因。

二、现有模式的评析及先例模式的构建

基于对现实情况的判断,我们认为,当前条件下构建逃犯移交模式应当遵循以下五项原则:一是协商原则,即移交模式应为双方提供一个协商、谈判的平台,且具有一套动态、开放的机制保障双方的协商能够持续进行。二是有法可依,即两地移交逃犯必须有相关的规范性文件作为法律依据,但该规范性文件的形式可以灵活确定。这就要求移交模式应将移交逃犯的运作纳入法治化的轨道,改变目前个案处理中出现的随意性、不确定性的现象。三是求同存异,即移交模式应当最大限度地凝聚共识,不能因某些问题存在争议而导致整个协商停滞不前。对于国际社会普遍认可的引渡原则是否适用的问题,移交模式暂时不必作出完整、确定的回答,优先处理不涉及这些法律问题的移交案件。四是法域平等,即在协商谈判过程中,双方作为“一国”之下的两个不同法域,具有平等的谈判主体地位。法域平等不仅体现在谈判的过程中,更要落实到谈判的结果上。谈判双方应当相互尊重,承担对等的权利和义务。五是切实可行,即移交模式应以现有的立法、实践条件为基

^⑫ 同注⑧,第5页。

^⑬ 同注⑧,第6页。

^⑭ 同注⑩,第66页。

^⑮ 香港立法会保安事务委员会在讨论香港与内地移交逃犯问题时,所有发言的议员都直接或间接地表达出应采纳国际刑事司法协助原则的意见。部分议员表示,与内地达成的任何移交逃犯协定,不应偏离联合国引渡条约的协定范本。李柱铭更是认为,与内地订立的移交逃犯协定内所有条文,包括酌情条文在内,均须严格遵照该条约的协定范本订定。鉴于内地与香港特区的法律制度存有重大差异,他不接纳对协定范本所作出的任何修改。参见注⑨。

^⑯ 代表性观点参见赵秉志:《关于祖国大陆与香港建立刑事司法互助关系的研讨》,载《现代法学》2000年4月期。

础,能够打破僵局,为双方所接受,切实解决两地逃犯移交问题。

若以此五项原则为标准,内地学者提出的区际刑事司法协助模式均不符合要求。有学者将现有模式概括为十一种,即中央统一立法模式、示范法模式、中国大陆(内地)最高人民法院指导模式、分片中心模式、民间协助模式、委托模式、直接协商模式、第三方协助的模式、借助国际刑事司法协助进行的模式、统一机构模式、分阶段模式等。^{①⑦}其中,有些模式只是阐释了区际刑事司法协助的工作机制,而没有涉及如何确立区际刑事司法协助的依据。^{①⑧}若以刑事司法协助依据为标准,可将上述模式大体分为两类:立法模式和协议模式。立法模式主张通过中央统一立法或单方面立法的方式解决移交逃犯问题。这种简单化处理问题的方式忽视了“两制”的差异性,违反了香港《基本法》第95条所确立的协商原则和法域平等原则。此外,中央统一立法的模式需要增加列入香港《基本法》附件三的全局性法律。根据香港《基本法》第18条的规定,任何列入附件三的法律,限于有关国防、外交和其他按基本法规定不属于香港特区自治范围的法律。但区际司法协助是否属于香港特区自治范围的事项并不明确,^{①⑨}需要全国人大常委会对此予以解释。然而全国人大常委会的释法行为很可能会引起香港社会的反对,甚至造成宪政危机。^{②⑩}由此可见,立法模式成本较高、周期较长,而且存在较高的政治风险,在当前不具有可行性。协议模式由于现状使然,目前很难有所推进。此外,如果采用这一模式,香港很可能会修订《逃犯条例》,要求对移交协议予以司法确认。^{②⑪}根据香港《逃犯条例》的规定,移交请求必须经过司法审查,法院有权决定对某个案不予移交,对司法审查的结果还可以提起上诉。因此,协议模式很有可能在香港产生旷日持久的司法程序,从而降低司法协助的效率。而且,由于香港司法独立且实行不同于内地的证据规则,内地的移交请求能否在香港法院获得通过仍存在较大的风险。综上,现有模式在当前的条件下均不具有可行性。

具体而言,先例模式以个案协商为基础,并赋予协商结果先例效力,即通过双方协商确立起来的先例,对今后类似情况的处理具有约束力,可直接予以适用。当无先例可循时,双方就新出现的问题再行协商,以此确立起新的先例。久而久之,两地在移交逃犯的司法实践中遇到的问题将以个案协商的方式被逐个解决,其解决方案通过先例的形式予以确定化,并逐渐实现制度化。先例模式以一种迂回的策略解决两地间的逃犯移交问题,即利用现有法律,实现“事实移交”。此处作为实现途径的“现有法律”主要指香港和内地有关出入境管理的法律、法规。因此,先例模式主要从非法入境和违法滞留的角度解决逃犯的移交问题。我们主张,构建中国区际刑事司法协助模式必须分阶段、有步骤地进行。在这一构建过程中,先例模式发挥着承上启下的作用,它作为由个案模式到协议模式的过渡,为内地和香港最终签订移交逃犯协议准备资料,积累经验。先例模式的内容主要包括三个方面:先例的确立、先例的适用和谈判主体的构建。

^{①⑦} 参见赵秉志、黄晓亮:《中国区际刑法问题研究综述》,载赵秉志主编《中国区际刑法问题专论》,中国人民公安大学出版社2005年版,第388-392页。

^{①⑧} 如中国大陆(内地)最高人民法院指导模式、分片中心模式、民间协助模式等,对上述模式的论述参见黄进、黄风:《区际司法协助研究》,中国政法大学出版社1993年版,第50-94页。

^{①⑨} 结合香港《基本法》第95条来理解,似乎难以对该问题作出否定的回答。

^{②⑩} 1999年,全国人大常委会对基本法第24条(居港权)的解释曾在香港引发巨大的政治和法律争议。而区际司法协助关系到公民人身自由和权利,与居港权问题相比更为敏感,更易引起社会的关注。

^{②⑪} 香港与其他国家签订的移交逃犯协议,都作为《逃犯条例》的附属法例予以确认。但《逃犯条例》目前不适用于香港与内地间移交逃犯问题。

三、先例的确立——以内地居民犯罪后逃往香港为例

（一）确立先例的机制

确立先例的过程就是双方协商谈判的过程。这里的谈判包括两个阶段：一是就具体个案展开谈判，目的在于解决此个案中的逃犯移交问题；二是就先例中的必要事实^②展开谈判，目的在于解决日后类似案件出现时的先例适用问题。第一阶段的谈判是基础性谈判，为第二阶段的谈判创造前提；第二阶段的谈判是核心性谈判，是第一阶段谈判的延伸。下面以内地居民犯罪后逃往香港为例，阐述先例确立机制的运行过程。

在第一阶段的谈判中，双方主要围绕个案中的具体问题进行协商。首先遇到的问题是：该逃犯是否可以被移交？如果对此问题双方谈判的结果是否定的，那么谈判就此终结，也就无法进入到第二阶段的谈判。但双方可以将谈判中的争议焦点予以整理、备案，待今后条件成熟时再议。如果双方就此问题做出了肯定回答，那么谈判将涉及第二个问题：如何移交该逃犯？此轮谈判主要涉及移交是否附加条件、移交的时间、双方负责移交事宜的机关、移交的程序等内容。至此，第一阶段的谈判就已完成。在第二阶段的谈判中，双方将就如何区分必要事实和非必要事实进行谈判。本轮谈判关系到先例的最终确立，关系到日后类似案件的处理。因此，它处于先例确立过程中的核心地位。

上述机制能否有效运行很大程度上取决于谈判双方能否在“原则”与“妥协”之间形成平衡。谈判双方在原则即谈判底线之上都有一个浮动的利益范围，同时也存在着利益的冲突，都希望在谈判中尽可能多地体现自身的利益乃至价值上的诉求，对于他方与己方相冲突的提议都尽量压制，谋求自身利益的最大化。在这对矛盾体的运动中，先例就在双方的互相妥协中不断完善、充实。这种妥协是先例确立过程中的润滑剂，使双方能够最大限度地达成共识，推动谈判顺利进行。为此，我们认为，双方在谈判中应坚持以下三条原则：第一，严格限定谈判内容。谈判内容仅限于本案范围，对本案未涉及的内容暂不讨论，以避免不必要的争议，也有利于及时解决现有问题。如个案中的逃犯不属于政治犯、军事犯、死刑犯，那么双方没有必要就政治犯、军事犯、死刑犯是否移交问题进行谈判。对逃犯移交问题，不能期待一劳永逸地予以彻底解决，而应采取循序渐进的方式逐步推进。第二，互相尊重刑事管辖权。移交逃犯的目的是为确保请求方刑事管辖权的行使，但不能因此而侵犯被请求方的刑事管辖权。如香港司法机关对该内地居民在港罪行享有管辖权，则应待香港的司法程序完结后再行移交。第三，使用恰当的表述。如何使用恰如其分的措辞及语言表达双方意图往往在谈判的后期起到一锤定音的作用。准确的用语可以巧妙地避开争议焦点，使条文表述既不违反基本原则，又在双方可以接受的范围之内。

（二）确立先例的核心

确立先例的核心在于将个案中的具体事实区分为必要事实和非必要事实。其中，必要事实是适用先例的前提和条件，对以后类似案件的处理具有约束力，同时也界定了移交案件的类别。其他对

^② 必要事实，指对先例结论有必要的决定性事实，当本案事实与先例的必要事实相类似时，先例的结论就可适用于本案。

适用先例无决定性影响的事实为非必要事实。双方谈判的焦点就在于如何划定必要事实的范围。相关必要事实的取舍决定着此先例适用范围的大小,从中体现出谈判双方的利益博弈和妥协让步。双方在选取必要事实的过程中,会面临一对矛盾的诉求:其一,避免因必要事实的限制而对己方今后移交要求造成障碍;其二,避免因必要事实的缺失而使己方丧失管辖权,司法利益受损。这对矛盾的诉求和先例的约束力共同作用,使谈判结果趋向双方利益平衡,实现公平正义。

内地居民犯罪后逃往香港存在四种情形:一是没有合法的出入境证件偷越边境至香港;二是伪造出入境证件进入香港;三是持港澳通行证进入香港;四是持单程证^②进入香港。根据香港《入境条例》第18条和第24条的规定,^③入境事务主任或总入境事务助理员可将第一、二种情形下的内地逃犯遣离香港,移交内地。在这两种情况下最主要的必要事实是“非法入境”。第三种情形下,该逃犯虽合法进入香港,但其在香港的停留时间有限。若通行证载明的期限届满时,该逃犯仍滞留香港,则根据《入境条例》第19条的规定^④可将其遣送回内地。因此,内地司法机关应及时将相关情况通报香港入境事务处和海关,防止其脱离监控或逃往第三地。此种情形下最主要的必要事实是“违法滞留”。第四种情形较为复杂,下文将以假设的个案为例,阐释如何从个案中选取必要事实。

假设案情:内地居民A在内地进行金融票据诈骗活动。案发后,他通过隐瞒身份、作虚假陈述的手段骗取赴香港定居的单程证,并持单程证进入香港,但尚未取得香港永久性居民资格。之后,内地公安机关对其发出通缉令,并函告香港入境事务处,A的单程证是通过非法手段获得,已被撤销,^⑤要求入境事务处将其遣送回内地。单程证是A向香港当局申请永久性居民资格的重要证明文件,若单程证被撤销,则A就丧失了申请的事实基础和在香港停留的法律依据。此外,A被通缉说明其人格具有瑕疵,存在危害社会的风险。内地的通缉令对于香港入境事务处而言,虽然不能作为将A遣送回内地的直接依据,却是作出是否给予A居留权决定的重要参考。

在该案中可能被双方提出的必要事实有:(1)A是内地居民;(2)犯罪地在内地;(3)A在香港没有犯罪;(4)A被内地通缉;(5)A的单程证被撤销;(6)A尚未取得香港永久性居民资格;(7)金融票据诈骗行为在两地都被认为是犯罪。当然,不可能有两个案件事实情节完全相同,因此,“事实情节唯有限定在一定范围内相比较,才能得出相似或不相似的结论”。那么,什么是可以比较的事实性内容呢?按照英国权威的普通法学者古德哈特的观点,“人物、时间、地点、种类和数量方面的事实,不能看成是可以比照的案件事实,只有那些抽象的,但又是从具体案件中概括出

^② 《中国公民因私事往来香港地区或澳门地区的暂行管理办法》第12条:“经批准前往香港、澳门定居的内地公民,由公安机关出入境管理部门发给前往港澳通行证。持证人应当在前往香港、澳门之前,到所在地公安派出所注销户口,并在规定的时间内前往香港、澳门。经批准短期前往香港、澳门的内地公民发给前往港澳通行证。持证人应当在规定时间内前往按期返回。”单程证即指发给赴港澳定居的内地公民的港澳通行证。

^③ 香港《入境条例》第18条:“(1)在第(2)款的规限下,入境事务主任或总入境事务助理员可按照第24条将下述的人遣离香港——(a)在接受根据第4(1)(a)条进行的讯问后,根据第11(1)条被拒绝准许在香港入境的人;(2)被拒绝准许在香港入境的人,在他入境当日起计满2个月,即不可根据第(1)(a)款将他遣离香港。”第24条:“(4)根据第18或13E条被遣离香港的人,可经由陆路遣往某个指明国家;而为达此目的,该人可在入境事务主任、入境事务助理员或警务人员的羁押下被带往遣送离境的地点。”

^④ 香港《入境条例》第19条:“(1)规定某人离开香港的遣送离境令可由处长发出,如处长觉得该人(ii)已在香港非法入境,或正违反或已违反向他施加的逗留条件。”

^⑤ 内地《行政许可法》第69条第2款:“被许可人以欺骗、贿赂等不正当手段取得行政许可的,应当予以撤销。”而且,根据《中国公民因私事往来香港地区或澳门地区的暂行管理办法》第13条的规定,刑事案件的被告人和公安机关或人民检察院或人民法院认定的犯罪嫌疑人的申请前往香港、澳门的,不予批准。

来的内容,才具有甄别是否相似的价值,因为这种一般性事实才具有重复发生的可能性。”^⑦ 根据这一要求,谈判双方对上述个案中选取的必要事实还需进一步抽象化、固定化,阐述上述事实的实质内涵,才能保证先例的适用效果。

相对应地,上述个案中一般性、抽象化的必要事实包括:(1)犯罪嫌疑人为请求移交方的居民;(2)犯罪地在请求移交方的法域;(3)犯罪嫌疑人在被请求方没有犯罪;(4)犯罪嫌疑人被通缉;(5)犯罪嫌疑人进入被请求方的证件被撤销;(6)犯罪嫌疑人未取得被请求方居留权;(7)两地对犯罪嫌疑人涉嫌的行为均认为是犯罪。必要事实的抽象化程度决定了因此确立的先例的适用范围和对等程度。谈判结果可以通过相关部门内部工作指引的形式予以固化,赋予其法律效力,从而约束谈判双方。至此,一个先例确立完毕,今后若某个案具备了该先例中所有的必要事实,则负责移民事务的机关不得批准给予该犯罪嫌疑人本地居留权,从而实现事实上的移交。

四、先例的适用

先例模式在先例的适用过程中主要包括两方面的内容:遵循先例机制和先例修正机制。

(一) 遵循先例机制

遵循先例机制是先例模式得以运行的关键。它要求两地在处理与先例必要事实相同或类似的案件时,自觉接受先例约束,对逃犯予以移交。先例对以后案件的影响力具体体现在两个方面:其一,先例的约束力。这是指先例具有必须遵照执行的内在强制力,其主要体现在先例的结论上,即对逃犯实行移交。如果双方决定就本案适用先例,那么对本案中逃犯是否移交问题的回答必然是肯定的。经过谈判协商最终未实现移交的案例将不被确认为先例,因此这些不予移交的案例对以后案件不具有约束力。当以后再遇到类似案件时,双方可以重新谈判,在新的形势和条件下,调整立场和态度,对以前的分歧重新予以认识和考量,争取形成新的先例。其二,先例的说服力。这是指先例的某些内容虽然不具有约束力,但可为双方在执行先例结论的过程中提供参考。此种说服力主要体现在先例对移交程序的规定上。案件与案件之间的情况千差万别,很难就所有类型的移交案件做出统一的程序要求,双方应秉持灵活务实、有效惩治犯罪的原则,在做出移交决定后,尽量提供便利,及时移交犯罪嫌疑人。先例中关于移交的时间、移交的地点、执行的机构、提交的文件等规定可以作为以后处理该问题时的参考和借鉴。待条件成熟后,双方可以签订协议,将有关移交程序的经验和习惯予以稳定化、规范化。

遵循先例的实现还有赖于程序上的保障。如果一方认为本案与先例的必要事实类似,应当遵循先例予以移交,那么该方就可向对方提出申请,并提供相应案件材料予以证明。被请求方在接到申请后,进行独立的事实审查和比较判断。若被请求方认为应当适用先例的,则协调、安排己方相关机构予以协助,与请求方协商移交具体事宜;若其认为本案与先例在必要事实上相异,不应适用先例,则应向请求方说明理由。此时,我们不难发现,区分和识别必要事实涉及主观判断,因此双方可能在是否适用先例问题上出现分歧。当此种情形出现时,先例模式提供了何种调节、修正机制,

^⑦ 徐卫东:《普通法“遵守先例原则”研究》,载《吉林大学社会科学学报》1992年第4期。

以确保该模式能够持续发展?

(二) 先例修正机制

双方对案件事实是否属于必要事实产生分歧的原因在于双方对必要事实的内涵和外延认识不一。因此这类分歧的解决过程实质是对先例中的必要事实进行解释的过程。当分歧出现时,双方就争议问题展开协商,对案件的具体情况进行分析讨论,以决定此事实是否属于必要事实。协商的结果将被赋予约束力,成为今后理解必要事实的依据。通过双方的补充性谈判,必要事实的概念得到进一步地明确,先例也因此获得补充和完善。

其实,修正机制的作用更多地体现在对新情况的反应上。社会现实的不断变化和先例的相对滞后必然存在矛盾,这可能导致先例不适应社会发展的现实需要。而修正机制可以解决这一问题,使先例模式始终充满生机。当新情况出现时,如果一方认为这种“新情况”对先例造成了实质性的影响,继续适用先例将导致不适宜的结果,则该方可以向他方提出申请,要求重开谈判,根据新情况对先例做出适当的修正。此处“新情况”主要有两种类型:一是新的事实,即先例中必要事实所没有涵盖,但具有替代性的事实。由于该事实的存在,使本案虽不具备先例的全部必要事实但也应适用先例。二是新的形势和条件,即政治形势和社会条件发生变化,因而需要对先例中的必要事实进行删减或改变。

任何一方启动先例修正程序,都应当有合理的理由,否则会使先例的稳定性受到破坏。这些理由包括:(1)先例违反《宪法》、香港《基本法》的规定;(2)先例违反公平、正义的要求;(3)适用先例无法有效地惩治犯罪;(4)先例中的必要事实界定不明确。因此,修正先例的申请中应包含证明上述理由的材料。相应地,双方在谈判过程中,主要围绕两个问题展开讨论:修正先例的理由是否充分?对先例应作何种修正?若双方经谈判决定对先例做出修正,那么修正后的先例具有优先适用的效力。

五、谈判主体的构建

先例模式中的谈判主体不仅参与个案谈判,确立先例,而且还是适用先例、接受或提出移交逃犯请求的主体。先例模式能否有效运行也取决于能否确定合适的谈判主体。

(一) 构建谈判主体的根据

我们认为,构建主体需要考虑两方面的根据:

其一,法律根据。根据香港《基本法》第95条的规定,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。对该条中“司法机关”的范围宜结合各地刑事司法实际做广义理解。根据内地刑事诉讼法的规定,公安机关、国家安全机关、检察机关和法院均具有立案管辖权。^⑧因此,上述机关在行使立案管辖权时,都可能涉及逃犯移交问题。司法行政机关虽然没有立案管辖权,但是具有对监狱和服刑人员的行政管理权。若香港请求移交的逃

^⑧ 内地立案管辖具体规定参见《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部、全国人大常委会法制工作委员会关于刑事诉讼法实施中若干问题的规定》第1-4条。

犯正在内地服刑,那么就需要司法行政机关提供具体的司法协助。因此,内地可以进行刑事司法协助的机关为公安机关、国家安全机关、检察机关、法院和司法行政机关。仅从香港《基本法》第95条的文字表述,无法确定代表香港参与谈判的机关。该条规定在第四章第四节“司法机关”之中,似乎将谈判主体理解为“司法机关”亦无不当。但根据香港《基本法》第80条规定,香港特别行政区的司法机关仅指法院。可见,对第95条如此解读明显与两地刑事司法协助的实际情况不符。该法条主语措词为“香港特别行政区”,因此对香港的谈判主体可以广义地理解为“相关职能部门”。“从香港有关法律可以看出,香港的司法管辖一般可以分为侦查管辖、控诉管辖和法院管辖,其中可以行使刑事侦查管辖权的机关为廉政公署、海关和警务处等,控诉管辖的机关分别是律政司、廉政公署和警务处。”^②此外,香港也存在刑事自诉,对此法院可以直接受理而不需经过检控机关的立案程序,但律政司可以根据实际需要随时介入其中。^③由此可见,移交犯罪嫌疑人可能涉及到的香港职能部门包括:警务处、廉政公署、海关、律政司、法院。

其二,事实根据。谈判主体的构建还必须符合现实需要,使先例模式在实践中具有现实性和可操作性。这就要求谈判主体具备两方面的特征:权威的代表性和广泛的包容性。前者要求谈判主体能够代表本法域司法机关或相关职能部门对谈判中所涉及的事项进行利益表达和妥协让步,在谈判中的行为及谈判结果能被本法域司法机关或相关职能部门所认可和接受。后者要求谈判主体的构成应涵盖移交犯罪嫌疑人过程中可能涉及的所有机关。这样既可保证先例具有普遍适用的效力,又有利于节约谈判成本,提高司法效率,避免不同机关就同一问题重复协商。其实,这两个特征互为表里,相辅相成。只有具备了广泛的包容性,谈判主体才能获得权威的代表性。从这一根据出发,香港入境事务处也应包括于谈判主体之内。因为,它是向内地移交逃犯的具体操作机关,在移交逃犯过程中发挥着举足轻重的作用。

(二) 主体的组织形式

为使谈判主体既符合法律规定又适应现实需要,我们认为,可以借鉴最高人民检察院“个案协查办公室”^④的做法,在两地最高一级设立个案协助委员会。具体而言,内地的个案协助委员会可以由公安部、国家安全部、最高人民检察院、最高人民法院和司法部的相关人员构成;香港的个案协助委员会可以由保安局、^⑤廉政公署、律政司和终审法院的相关人员构成。请求方提出移交申请时,先在其内部逐案报批,再由该司法机关在个案协助委员会中的代表以个案协助委员会的名义向被请求方提出移交申请。

在个案谈判中还可引入首席代表制,即由与该案具有最密切利益联系的部门人员担任此轮谈判的首席代表。因为他们对案情最为熟悉,直接掌握证据材料,便于在谈判中更好地代表己方利益。首席代表有权向己方委员会提出申请,启动个案谈判程序;在谈判过程中,负责召集委员会其他成

② 李海滢、吕岩峰:《试论中国区际刑事司法协助的职能机关》,载《时代法学》2005年第4期。

③ 参见王仲兴、郭天武主编:《内地与香港刑事司法合作研究》,北京大学出版社2008年版,第112页。

④ 根据《最高人民法院关于进一步规范涉港澳个案协查工作的通知》的规定,地方各级人民检察院办理的案件需请香港、澳门特别行政区有关部门协助的,由所在省、自治区、直辖市人民检察院逐案报最高人民检察院审批。香港特别行政区廉政公署、澳门特别行政区检察院办理的案件需请内地有关检察机关协助的,与最高人民检察院个案协查办公室联系。内地检察机关请香港、澳门特别行政区有关部门代为调查取证时,经审批后,由最高人民检察院个案协查办公室同香港、澳门特别行政区有关部门联系落实。需派员赴港、澳调查取证时,由最高人民检察院个案协查办公室同香港、澳门特别行政区有关部门联系,并派员指导,或者委托广东省人民检察院派员协助。该通知性质属于检察院系统的内部工作指引,对其他机关并无效力。

⑤ 在香港的政府架构中,警务处、海关、入境事务处属于负责执行保安局政策的纪律部队,因此保安局可以代表它们参与谈判。

员,协调己方立场,组织统一行动,代表己方表达利益诉求或做出妥协。

个案协助委员会最好为常设机构,专门负责处理两地逃犯移交问题。但如果当前条件不成熟,该委员会亦可为非常设机构,仅设秘书处作为联络机构。当遇到具体案件时,由所涉部门向己方秘书处提出申请,再由两地秘书处负责联络召集各自委员会成员。此种非常设的个案协助委员会可在实践中不断发展完善,为今后各法域设立统一的区际刑事司法协助委员会做准备。

六、结 语

先例模式是一个开放的动态模式,它一方面将个案抽象化、固定化,另一方面又能适应社会现实的变化,实现了稳定性和灵活性的统一。该模式不仅可以作为解决逃犯移交问题的方案,而且可以推广到区际刑事司法协助的其他领域。同时,它又是一个过渡的模式,为刑事司法协助协议的最终签订积累经验、提供借鉴。

在此模式的运行过程中,谈判发挥着举足轻重的作用,为先例的确立和适用提供了有效保障。谈判的过程就是双方利益博弈,游走于原则和妥协之间的过程。在此,妥协的灵活运用值得我们给予更多的关注。如果说原则是刚性的,为谈判的启动确定基调和前提,为谈判结果划定底线,那么妥协就是柔性的,在谈判中起着润滑剂的作用,有助于各方求同存异,排除谈判中的障碍,保证先例模式成功运行。因此,在不触及各自根本原则的前提下,香港和内地应当相互信任,尊重和理解对方的现实,调整谈判立场,以实现建立顺畅高效的刑事司法协助模式的目标。

【主要参考文献】

1. 王仲兴、郭天武主编:《内地与香港刑事司法合作研究》,北京大学出版社2008年版。
2. 香港立法会保安事务委员会:《香港特别行政区与内地的移交逃犯安排》,立法会CB(2)688/00-01(01)号文件。
3. 香港立法会资料研究及图书馆服务部、法律事务部:《中港移交逃犯协定研究》,2001年3月。
4. 赵秉志:《关于祖国大陆与香港建立刑事司法互助关系的研讨》,载《现代法学》2000年第2期。
5. 赵秉志主编:《中国区际刑法问题专论》,中国人民公安大学出版社2005年版。
6. 黄进、黄风主编:《区际司法协助研究》,中国政法大学出版社1993年版。
7. 徐卫东:《普通法“遵守先例原则”研究》,载《吉林大学社会科学学报》1992年第4期。

(责任编辑:时延安)