



## 宣炳昭、何伟龙：海峡两岸刑事司法合作现状研究

发布时间：2014-04-01 浏览次数：

### 海峡两岸刑事司法合作现状研究 ——《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》之解读 宣炳昭<sup>[1]</sup> 何伟龙

**摘要：**2009年4月26日签署的《互助协议》在协议的性质、适用范围、实施主体、内容、遣返原则、遣返方式、司法互助模式、协议行文特征等方面继承和发展了《金门协议》。但是，由于受到两岸政治关系的影响，结合一年多来的执行情况来看，该协议仍存在诸多问题亟待解决。这些问题主要包括容易受到两岸政治因素和法律冲突的影响以及协议自身的缺陷等，其中协议自身的缺陷主要体现在《互助协议》的法律效力、体系和措词、双重犯罪原则之例外、协助侦查和人员遣返、预审合作、罪犯移管（接返）以及其他相关问题。这些问题的存在可能会在一定程度上制约和影响了两岸刑事司法合作的正常开展。两岸有必要尊重历史、正视现实，秉持法域平等原则，本着最大诚意和信任，善意地解释和履行该协议。

**关键词：**互助协议 金门协议 突破 问题 解决

二十世纪八十年末以来，随着海峡两岸经贸活动和人员往来日益频繁，一些不法分子利用海峡两岸的地理优势和人文资源以及两岸刑事司法方面的联系和协作处于零星分散的状态，实施一系列的违法犯罪活动，严重危害着两岸人民生活和社会治安。为了共同有效打击跨法域犯罪，两岸在继1990年9月12日《海峡两岸红十字组织在金门商谈达成有关海上遣返协议》（即《金门协议》）后，于2009年4月26日签署了《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》（下称《互助协议》）。《互助协议》的签署，对于两岸司法机关共同打击跨法域犯罪，开展刑事司法合作提供了重要依据，但同时由于受到两岸政治关系的影响，从一年多来的执行情况来看，该协议存在诸多问题亟待解决。鉴此，本文拟结合现实情况，就该协议之具体内容作一剖析。

#### 一、《互助协议》的突破发展

《金门协议》是1949年以来两岸分别授权民间团体签订的第一个书面协议，它在两岸没有实现直接三通的情况下，开启了两岸刑事司法合作的新局面，具有特定的历史意义。《金门协议》从遣返原则、遣返对象、遣返交接地点以及遣返程序等几个方面作了规定。它的签署，“表明即使在两岸尚未开辟官方沟通管道的情况下，经由两岸红十字组织和海基会、海协会等民间团体居间传递信息、资料与提供遣返见证，两岸在刑事司法领域能够展开卓有成效的合作”。<sup>[2]</sup>2009年4月26日，海协会和海基会经两岸官方授权，在《金门协议》的基础上，根据90年代以来两岸间跨法域犯罪的新情况，共同签订了《互助协议》。该协议分五章二十四条，详细规定了两岸合作事项、协助侦查、人员遣返、预审合作、罪赃移交、罪犯移管、人道探视及请求程序等内容，为两岸全面合作打击跨法域犯罪构建了制度性的蓝图。作为一份区际协议，《互助协议》在许多方面继承和发展了《金门协议》。

第一，从协议的性质来看，《金门协议》“只是民间协议，对‘官方’没有约束力”，<sup>[3]</sup>它的落实，只能依赖于两岸的自愿配合与协调，而不是协议本身的效力。《互助协议》则属于“由两岸官方授权机

构签署的综合性的区际司法合作协议”。<sup>[4]</sup>有学者认为，“该协议同样具有民间性质，对两岸公权机构并没有当然之约束力。不过，由于‘两会’（海协会、海基会）在签订协议时均经过两岸官方的授权，而且协议内容都已由两岸相关机构以各自的法律程序予以确认，因此，它较之‘金门协议’具备更



高的法律效力”。<sup>[5]</sup>第二，从协议的适用范围来看，《金门协议》“仅仅是有关遣返问题的单项协议，不但难以有效解决走私、偷渡等传统跨海犯罪问题，更是无法因应洗钱等新型有组织跨海犯罪问题”。<sup>[6]</sup>《互助协议》则专门在第1条“合作事项”和第4条“合作范围”做出了详细的规定，其中，在刑事方面不仅涉及普通刑事犯罪、经济犯罪、职务或贪腐犯罪，还涉及到国际犯罪，甚至包括其他可通过个案协商解决的犯罪问题。另外，在《金门协议》实施过程中，“台湾地区方面始终将海峡两岸的遣返移交等同于国与国之间的引渡，坚持‘己方人民不遣返’、‘政治犯不遣返’、‘已进入司法程序不遣返’等原则，使遣返制度未能完全得到执行”。<sup>[7]</sup>从《互助协议》第1条和第4条第2款第5项来看，并未排除政治、军事、宗教、财税等案件之司法互助，同时第6条“人员遣返”第2款“受请求方已对遣返对象进行司法程序者，得于程序终结后遣返”之规定也突破了“己方人民不引渡”、“已进入司法程序不遣返”等原则，可以说体现了两岸最大的善意和信任。

第三，从协议的实施主体来看，依《金门协议》规定，在实施遣返事宜时只能通过两岸红十字组织，两岸司法部门则无法直接建立起常态联系。虽然在实践中，两岸司法部门曾经因需要而直接联系共同打击犯罪，但这种联系只是暂时的、不稳定的，随时可能因两岸政治局势的变化而中断。为解决这个问题，《互助协议》第3条“联系主体”明确规定两类联系主体：对于“本协议议定事项，由各方主管部门指定之联络人联系实施。必要时，经双方同意得指定其他单位进行联系。”这表明对于议定事项，两岸政府官员可以洽谈甚至合作。对于“本协议其他相关事宜，由财团法人海峡交流基金会与海峡两岸关系协会联系。”基于此，海协会与海基会可以负责联系解决“其他相关事宜”，值得注意的是，这里只规定海协会和海基会负责联系，并非限制只能由海协会和海基会解决，言外之意似并不排斥两岸主管部门自行协商解决。

第四，从协议的内容来看，在刑事司法协助方面，《金门协议》仅仅涉及两岸人员遣返程序，内容十分单薄，难以有效应对日益复杂的跨法域犯罪。《互助协议》之内容则明显丰富许多。“《协议》既包含为共同打击犯罪而进行的刑事司法协作，也包含了为解决民事纠纷所进行的民事司法互助。……这种司法互助的综合性不仅体现在司法性质与内容上的综合（如民事与刑事），而且体现了实体与程序的综

合。”<sup>[8]</sup>除了上文所述之外，该协议还规定了交换情报、协助侦查、预审合作（包括文书送达和调查取证）、罪犯移管、人道探视、保密义务、刑事证据资料之互免证明、协助费用等等内容。这些事项对于两岸日后开展刑事司法互助无疑具有重大的指导意义。<sup>[9]</sup>另外，第18条“互免证明”表明两岸力争避开政治、互相信赖，共同打击犯罪的决心，同时“使海峡两岸的刑事证据调查工作实现了直接合作，

并将提高各自刑事调查及诉讼程序的效率，实现对犯罪行为的有效打击”。<sup>[10]</sup>第五，从遣返原则来看，《金门协议》仅在第1条规定“应确保遣返作业符合人道精神与安全便利的原则”。《互助协议》则在此基础上，分别于第6条“人员遣返”和第11条“罪犯移管（接返）”增加规定“迅速原则”和“互惠原则”。迅速原则对于及时侦破案件、保障罪犯权利等方面的意义自不待言。在当前背景下，互惠原则之重要性更为突出。由于两岸政治制度和法律冲突的存在，要开展司法互助活动，必须兼顾双方利益，“允许各法域对明显抵触本地区法律秩序的协助请求持必要的保留态度，并在

经费、人员等一系列问题上，协调双方的利益”。<sup>[11]</sup>第六，从遣返方式上看，《金门协议》规定遣返刑事嫌疑犯或刑事犯只能依循“马尾——马祖”和“厦门——金门”两条海上线路，难以满足两岸共同打击犯罪的实际需要。事实上，实践中已有突破《金门协议》这一限定的实例。<sup>[12]</sup>《互助协议》第6条规定：“在原有基础上，增加海运或空运直航方式。”这表明，《互助协议》突破了《金门协议》限定的遣返方式，有助于双方直接、及时、灵活、便利地遣返罪犯，避免因中途转运而出现罪犯逃亡等变数发生。

第七，从司法互助的模式来看，囿于两岸政治因素的影响，刑事司法协助范围一直采取个案协助的模式。《金门协议》仅笼统规定通过双方红十字组织遣返刑事嫌疑犯或刑事犯，实践中这种司法互助也停留在个案协助的层面，没有形成常态性的、制度化的协助管道，影响了遣返的规范性和效率性。而且，这种协助模式“政策性极强，司法协助十分不稳定，只宜作为补充方式”。<sup>[13]</sup>《互助协议》则突破《金门协议》，确立类案协助与个案协助相结合的模式。《互助协议》第4条“合作范围”明确了“两岸采取措施共同打击双方均认为涉嫌犯罪的行为”，还提出“一方认为涉嫌犯罪，另一方认为未涉嫌犯罪但有重大社会危害，得经双方同意个案协助”。

第八，从外在特征上看，二者也不尽相同。在协议行文方面，《互助协议》充分考虑到两岸法律文化上的差异，“为避免因对同一行为的法律表述不同而造成歧义的误解，在该行为后都以括号的形式保留另一方的法律表达习惯”。<sup>[14]</sup>比如，移管和接返、被判刑人与受刑事裁判确定人、仲裁裁决与仲裁判断、证据与卷证等四种不同表达方式。由于历史原因，《金门协议》较少或没有涉及到两岸法律文化的差异，故没有做出如此规定。在协议名称方面，《金门协议》重点涉及有关遣返之程序问题，《互助协

议》则重点包括共同打击犯罪和司法互助两方面内容。相比较而言,《互助协议》涉及的问题更深入、更细微。在语言风格方面,《互助协议》“在用语上总体上倾向于台湾方面的使用习惯,同时兼顾了大陆的使用习惯,并没有强求一致”。<sup>[15]</sup>《金门协议》之语言风格则更接近大陆习惯。这或许与《金门协议》签订时的背景有所关联吧。<sup>[16]</sup>

## 二、《互助协议》的存在问题

### (一) 政治因素影响

相比较于其他领域而言,刑事司法合作具有显著的公权力色彩。在《互助协议》签订之前,两岸关于刑事司法互助问题的历史互信较少,“一些纯粹涉台经济犯罪,都实行司法审查和行政审查的‘双重审查’制”<sup>[17]</sup>,导致许多犯罪案件难以得到有效处理。《互助协议》虽然尽力避开政治敏感区,但在这个问题上同样难以有效解决。比如《互助协议》第1条“合作事项”看似范围十分广泛,但在刑事司法互助方面仍然顾虑重重,对于刑事判决之认可与执行、假释、缓刑、刑事诉讼的移转等广义刑事司法互助仍避而不谈,而代之以“双方同意之其他合作事项”,给日后留下回旋的余地。另外,对于“遣返”一词,两岸有着不同的理解。《互助协议》也并未阐明其确切含义,这必然导致两岸“对于适用‘遣返’的原则往往是双方根据相互关系的走势并结合个案的情况最终决定”。<sup>[18]</sup>还有,第6条第3款“受请求方认为有重大关切利益等特殊情形者,得视情决定遣返”之“有重大关切利益等特殊情形”也很容易成为任何一方拒绝遣返依本协议应该遣返的政治犯、军事犯、宗教犯甚至重大经济犯等。在没有明文规定的情况下,上述诸多问题只能靠两岸的诚意和良知去践行了。

### (二) 两岸法律冲突

海峡两岸分属不同的法系,属于两个不同的法域。两岸要顺利合作打击跨法域犯罪,亟需解决的首要问题,就是如何协调好两岸在适用法律尤其是司法管辖权的冲突。作为一份框架性协议,《互助协议》属于程序规范范畴,它是以两岸实体规范为前提条件的,但是,由于两岸刑法在罪名设置、刑罚种类和量刑幅度等方面规定不一,如果“不首先解决某种行为的定性问题,就无法最终解决诉讼问题,两岸的司法协助就难以实现”。<sup>[19]</sup>而且在案件管辖上,两岸也遵循不同的管辖原则<sup>[20]</sup>,这些因素都会成为两岸开展刑事司法互助活动的障碍。因此,笔者认为,要顺利落实《互助协议》之各项内容,则必须解决两岸之法律冲突问题。

### (三) 协议自身缺陷

1.关于《互助协议》的法律效力问题。笔者认为,从协议的签订主体看,《互助协议》在形式上为民间团体签订,但其实质内容又涉及公权力的运作,但若以此进而认为其具有法律效力则似嫌过于草率。在目前两岸现行的法律体系中,如何为其定位对其能否顺利实施则更为重要。从法理上讲,一项规范要取得法律效力有两种方式:一是由有权机关制定而发生法律效力;一是得到有权机关认可与批准而取得法律效力。从《互助协议》制定过程来看,签订主体海协会和海基会是在两岸相关主管机关授权下协商制定的,而且该协议最终又获得了两岸相关部门的认可,因此,《互助协议》对两岸而言具有法律拘束力是无疑的,但是这种拘束力之位阶如何,在两岸存有分歧。1993年7月9日台湾“法务部”大陆法规委员会通过这样一个决议:“两岸所签订之协议,其法律地位应依其协议内容而定,协议内容如与人民权利义务有关,或依‘宪法’第63条规定属‘国家重要事项’,经‘立法院’审议通过者,为相当于‘准条约’;其与人民权利义务无关者,经主管机关许可,为相当于‘准行政协定’。”<sup>[21]</sup>而在大陆法律体系中,《互助协议》的法律效力“只相当于部委规章或最高法院司法解释的效力……但是,出于两岸协议是对两岸现有规定的一种变通或者补充,因此,在祖国大陆的有法规与实施协议的部委规章或司法解释不一致时,应当以实施协议的规定为准”。<sup>[22]</sup>由此可见,在两岸看来,《互助协议》之法律效力位阶并不一致,甚至存在冲突。《互助协议》法律效力认识上的差异容易导致两岸在对待协议的态度随着双方政治关系的变化而发生改变,进而影响到协议的实施。

2.关于《互助协议》的体系和措词问题。首先,从体系上看,《互助协议》共5章,分别为总则、共同打击犯罪、司法互助、请求程序和附则。第5条“协助侦查”和第6条“人员遣返”均规定在第2章“共同打击犯罪”之下,这似乎表明两岸共同打击犯罪之司法互助合作项目仅限于协助侦查和人员遣返。但是第3章“司法互助”又规定了送达文书、调查取证、罪赃移交、裁判认可、罪犯移管(接返)和人道探视等6项内容。因此,从协议之编排体系来看,第2章和第3章有所冲突,宜将第2章之第5条和第6条直接归入第3章中,这样一来,既可以准确表达司法互助合作之内容,又可以保证协议体系的规范性。其次,从措词上看,协议中出现“双方”多达33处。若从协议签订主体看,“双方”应指海协会和海基会。但某些条文中所透露出来的信息是:双方有时指海协会和海基会,有时似乎指代两岸相关主管部门,即“双方”之意含混不清。比如第21条“协议变更与履行”和第22条“争议解决”中的“双方”指向是否相同存在疑问。按理说,在实践中遵守协议之双方与具体履行司法互助之双方极有可能系不同主体,即第21条遵守协议之双方应该指具体履行司法协助义务的主体,有时可能是两岸相关主管部门,有时可能是主管部门指定之联络人,有时指海协会和海基会。而第22条所指案件当事人之争



议是指请求方与受请求方在处理具体案件时产生的争议，还是指案件当事人或其家属在请求主管部门为其提出司法互助时产生的争议并无明确说明，即第22条之“双方”可能指请求方、受请求方和案件当事人或其家属。诚然，模糊“双方”之具体指代具有缓和两岸紧张的政治氛围，但同时也可能成为阻碍协议顺利实施的因素。另外，条文中多次出现“不违反己方规定”、“依己方规定”等词，其中何谓“规定”，是指法律规定还是政策规定，成文规定还是不成文规定，协议中均未予以明确化，恐怕对于日后两岸之合作会带来更多的争议。另外，如果受请求方不愿意予以协助时，在听闻请求方欲提出相关请求时立即制定相关规定，那么，这“不违反己方规定”和“依己方规定”就等于赋予受请求方拒绝协助时冠冕堂皇的藉口了。

3. 关于双重犯罪原则之例外问题。《互助协议》第4条“合作范围”确立了折衷之双重犯罪原则，即两岸刑事司法互助所指向的罪犯的行为，原则上须两岸刑法皆认为构成犯罪，但对于“一方认为涉嫌犯罪，另一方认为未涉嫌犯罪但有重大社会危害”的特殊案件，须由双方个别协商。这样的规定打破了双重犯罪原则之适用，彰显两岸竭尽全力共同打击犯罪之高度诚意。但是该条文中也存在以下几个问题：第一，第2款第1-4项中分别列举多项犯罪，但在各项犯罪之后又添加一个“等”字，另外，该款第5项规定“其他刑事犯罪”，二者似乎有重复之嫌。在法律性条文中，“等”字通常包含两种含义：一是表示列举未尽（可以叠用）；二是表示列举后煞尾。<sup>[23]</sup>从条文表述可以看出，该条第1-4项中“等”字应指列举未尽而非列举后煞尾之意。<sup>[24]</sup>既然如此，这个“等”字所涵盖的范围就很广，但是这样一来第5项“其他刑事犯罪”就没有多大的实质意义了，充其量只是重复宣示第1-4项之各种犯罪而已。第二，该条第3项之“重大社会危害”亦存在不少问题。首先，这里所谓“重大社会危害”之标准是由请求方还是受请求方来认定，或者是双方共同磋商后一致认定，从条文中无法得出答案。其次，若是受请求方单独认定，那么当两岸政治关系再度紧张时这会不会成为受请求方拒绝合作的一个藉口，进而导致某些本应受到惩罚的罪犯逍遥法外的情况发生呢？因此，第4条之表述仍显得十分粗疏，为原本扑朔迷离的两岸关系增添了极大的不确定性因素。

4. 关于协助侦查和人员遣返问题。第5条和第6条分别对协助侦查和人员遣返作了规定，但对两者之具体程序并未作出具体规定，容易导致实践中无法依据协议开展合作。虽然，《互助协议》的签署和生效并未导致《金门协议》失去效力，实践中可以借鉴适用《金门协议》之遣返程序，但后者本身也存在程序复杂、操作效率低下等诸多弊端。面对越来越多的跨法域犯罪，两岸有必要根据“人道、安全、迅速、便利原则”对此做出一些完善。第5条前半段用“双方同意”表明对双方共同合作侦查就没有不同意的余地，但在后半段却规定“于必要时合作协查、侦办”，似乎表明前半段“交换涉及犯罪有关情报，协助缉捕、遣返刑事犯与刑事嫌疑犯”并非双方共同合作，而是单独行动，前后两段表述上似有矛盾。另外，“于必要时合作”似乎表明前半段之合作并非必要，这显然与实际不符。第6条之遣返对象应解释为第4条和第5条所共同打击犯罪与协助侦查范围，此无异议。但是该条第3款规定“受请求方认为有重大关切利益等特殊情形者，得视情决定遣返”却为受请求方在特殊时期提供了又一个拒绝遣返的藉口。如前所述，《互助协议》不排斥政治犯、军事犯、宗教犯、经济犯等特殊罪犯的遣返，甚至依据第4条和第5条对一些重大经济犯都应该被遣返回请求方，但若受请求方拒绝遣返，则尽可依照该款“有重大关切利益等特殊情形”推卸责任。因为何谓“有重大关切利益等特殊情形”原本就是一个十分不确定的概念，可解释的空间太大了，而且协议并未对受请求方使用该款作出任何限制。

5. 关于预审<sup>[25]</sup>合作问题。协议第7条和第8条分别针对送达文书和调查取证作出规定。在两岸刑事司法互助中，文书送达和调查取证都是极为重要的内容，对于及时有效地惩治跨法域犯罪具有重要意义。

据统计，截止2009年底，两岸法院相互委托送达文书、调查取证数千件。<sup>[26]</sup>这两条分别规定“尽最大努力”和“应尽量”展现出两岸预审合作之高度诚意。另外，第18条对“依本协议请求及协助提供之证据资料、司法文书及其他资料，不要求任何形式之证明”也彰显双方之高度信赖，是一个巨大的进步。但是，由于两岸刑事证据制度存在很大差异，导致调查取证的方法和程序，以及对证据效力的认定有所不同，所以第18条之互免证明能否顺利实施存在很大疑问。在此，要消除此种疑惑，笔者认为，两岸应尽快协商，结合现实情况，对相互代为调查取证的条件、范围、程序、方式等作出明确规定。另外在文书送达上，台湾地区秉持发邮主义，大陆则持收信主义，而这种冲突依本协议也无法解决。

6. 关于罪犯移管（接返）问题。一般情况下，罪犯经法院判决或裁定生效后，应当归裁判地的监狱执行。但是，考虑到两岸的实际情况，基于人道与执行刑罚的有效性和便利性等因素考虑，协议第11条规定双方同意进行罪犯移管（接返）。“开展这方面的刑事司法协助，根本目的无非是为服刑人员创造一个有利于改造的环境，以更好地实现刑罚的目的，使其刑满释放后以一个正常公民的心理重新回归社会。”<sup>[27]</sup>同时，在目前两岸互不承认对方刑事裁判的背景下，移管罪犯可以让双方掌握罪犯的犯罪记录，有助于双方建立刑事档案，更好地维护社会秩序。但该条也存在一些问题。如本条所使用的“互惠原则”系指在两岸司法互助活动中要兼顾双方的利益，这双方的利益是着重于请求方与被请求方的利益

考量，还是罪犯之利益考量？同时，本条约笼统规定罪犯可以移管，缺乏操作性。比如移管罪犯时，该罪犯所剩刑期至少是多少？有无刑种之限制？移管未成年罪犯是需要未成年罪犯的同意还是其法定代理人的同意？同意的形式是什么？提出移管请求的主体是否包括罪犯本人？两岸刑种不尽相同，移管时是否需要转换，如何转换？另外，若移管后发现不适合移管，该如何救济？这些问题，协议中均没有涉及。

7.其他相关问题。第12条“人道探视”规定通报的情形限于对方人员被限制人身自由、非病死或可疑为非病死等重要讯息。这里有一些疑问：首先，病死、大量财物被没收等情形是否属于重要讯息？该不该通报？其次，通报应采取何种方式更为妥当？最后，若不及时通报甚至不通报，则有何责任？这些问题依协议也无法解决。依第16条“保密义务”规定，保密对象限于与执行请求的相关资料，但若在其他案件中检察院、法院依法要求提供这些资料并需要公开时，则双方是否还有保密义务？事实上，该保密条款并无法确保绝对保密。而且，对于第2条业务交流中的某些讯息可能更为重要却没有规定应该保密。这里似乎应该对保密义务条款做一些细化规定。另外，第20条对协助费用采取不收取为原则，但该条第4项中又概括可以收取“其他双方约定之费用”，而这似乎互相矛盾。既然原则上不向请求方收取费用，一旦收取就应当以列举方式明确规定出来。另外，第1-4项所列项目之收费标准是依请求方还是受请求方确定？

### 三、互助协议的实现途径

尽管受到更多现实政治因素的限制，但两岸刑事法律的冲突与刑事犯罪行为跨法域的现实，决定了两岸开展刑事司法互助的必要性，因此，如何构建一个科学、合理并具有可操作性的刑事司法互助制度是两岸共同面对的重要课题。由于篇幅限制，对于上述问题，本文仅从宏观角度提出一些解决办法，期许日后提出详细方案。笔者认为，解决上述问题，消除其对两岸共同惩治跨法域犯罪的消极影响是一个循序渐进的过程，我们至少应该在以下几个方面努力：

#### （一）平等协商

平等协商是指各法域之间在进行刑事司法合作时，法律地位是平等的，而不是指主权的平等。平等协商既是两岸签订《互助协议》的基础，也是协议顺利实现的前提。平等协商意味着两岸相互尊重，对于协议执行中出现的问题应当通过协商解决，确保协议的有效实施。“两岸的政治制度、法律制度包括刑事诉讼制度均有很大差别，我们必须在互相尊重对方政治、法律制度的前提下，以平等相待的方式共同营造有利于两岸合作打击犯罪的氛围和条件，求同存异，着眼于解决问题，寻找刑事司法合作的有效途径。”<sup>[28]</sup>《互助协议》中多处透露出双方平等协商、诚信合作的意愿，应该说，两岸联手打击犯罪是符合双方利益和需要的。今后在贯彻协议内容时两岸必须尊重历史，正视现实，两岸应该先抛开政治争议，求同存异，秉持法域平等原则，互相尊重、彼此互利的原则开展合作。因政治分歧而导致纵容犯罪的现象应当尽量避免乃至最终杜绝。

#### （二）互助双赢

刑事司法合作从来都是相互的行为，不允许双方单独通过自身的法律来解决跨法域犯罪。《互助协议》虽然构建了两岸刑事司法合作的基本框架，为今后两岸携手共同打击跨法域犯罪提供了一个良好的合作基础，但是它只有24条，内容过于原则，缺乏操作性。比如两岸法律冲突的存在，必然导致两岸对于一些法律问题往会出现争相管辖的现象。惩治跨法域犯罪是两岸的共同利益所在，为更有利于双方共同打击犯罪，两岸有必要通过对现实情势的权衡，在开展刑事司法互助活动过程中可以逐步细化《互助协议》各项内容，就共识部分分别签订对双方具有法律拘束力的协议。“法制从某种意义上说是政治分歧的正规体现。”<sup>[29]</sup>为避开政治争议，两岸在签订协议时可声明各自仅代表一个法域，这样更有利于两岸刑事司法合作的深入开展。

#### （三）诚信合作

当前两岸微妙的政治局面，既是两岸签订《互助协议》不可避免的政治背景，也会直接影响双方司法机关在共同打击犯罪和刑事司法互助方面的正常合作。由于刑事司法合作是双向的，其具体运作有赖于两岸的相互配合。如果缺乏诚信的配合，将会引发一系列的负面结果，进而影响到两岸的正常交往。可以说，诚信合作是解决两岸法律冲突，加强两岸刑事司法合作的基本保证。在《互助协议》的具体操作中，“司法机关是司法实践中对所需要协助事项的直接参与主体，具有专业性强、对案件把握深刻的优势”，<sup>[30]</sup>两岸之间的法律冲突有赖于司法机关在开展司法互助活动中发现和解决。因此，两岸在现阶段均应诚信合作，淡化司法机关交往的官方色彩，为两岸司法实务界提供更多的交往、交流机会，使处理一些敏感法律问题的做法转化为两岸司法实务界的技术性共识。另外，两岸司法机关也应当站在表明互相尊重、无意侵犯对方司法管辖权的立场上，努力建立互信机制，本着最大诚意和信任的原则，根据现实条件，积极、善意地履行《互助协议》。

- [1] 宣炳昭 海研会理事，西北政法大学教授。
- [2] 唐荣智、陶旭东、李阿吉：《海峡两岸司法协助课题研究——之可行性研究》，载《福建政治管理干部学院学报》1999年第2期，第72页。
- [3] 王新清：《大陆与台湾刑事管辖权的冲突及刑事司法协助》，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3月版，第269页。
- [4] 陈雷、王君祥：《从〈金门协议〉到〈海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议〉》，载《福建法学》2009年第3期，第54页。
- [5] 刘南男、郝宏奎：《关于在〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉架内两岸合作打击犯罪机制构建的研究》，载《公安研究》2010年第2期，第19页。持相同观点的还有：孙运利：《海峡两岸合作打击跨境犯罪研究——以刑事法律制度差异为视角》，载《吉林公安高等专科学校学报》2010年第2期，第76页；时延安：《海峡两岸刑事合作新时代的来临——〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉的解读》，载《法制日报》，2009年5月20日，第12版，等。
- [6] 高铭暄、徐宏：《海峡两岸互涉犯罪管辖协调问题探讨》，载《中国刑事法杂志》2010年第1期，第13页。
- [7] 李智：《〈海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议〉对两岸司法协助制度的影响》，载《长安大学学报（社会科学版）》2009年第4期，第59页。
- [8] 陈茂华：《关于〈海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议〉的法律解读》，载《福建警察学院学报》2009年第6期，第55页。
- [9] 据报道，《海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议》生效后，截至2010年4月底，大陆方面已遣返台方通缉犯30名；另截至3月底，两岸已合作侦破诈欺、毒品、掳人勒索共计16案，逮捕犯罪嫌疑人389人；双方相互提出的司法文书送达、调查取证、协缉遣返等方式请求案件已达7100余件（载《人民日报》，2010年7月2日，第19版）。
- [10] 李智：《〈海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议〉对两岸司法协助制度的影响》，载《长安大学学报（社会科学版）》2009年第4期，第56页。
- [11] 谢望原主编：《台、港、澳刑法与大陆刑法比较研究》，中国人民公安大学出版社1998年10月版，第614页。
- [12] 比如，在两岸联手打击犯罪的默契下，台湾警方2002年4月2日从澳门搭乘长荣班机，将头号要犯“穿山甲”詹龙栏押解返台，突破了“金门协议”海上押解的不便（《两岸联手扫黑见成效台头号要犯押解返台》，载<http://news.jxnews.com.cn/system/2002/04/07/000127995.shtml>，访问时间：2010年7月23日）。
- [13] 游劝荣主编：《两岸法缘》，法律出版社2008年12月版，第245页。
- [14] 陈茂华：《关于〈海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议〉的法律解读》，载《福建警察学院学报》2009年第6期，第57页。
- [15] 时延安：《海峡两岸刑事合作新时代的来临——〈海峡两岸共同打击犯罪及司法互助协议〉的解读》，载《法制日报》，2009年5月20日，第12版。
- [16] 1990年前后，面对大量的私渡、走私等犯罪和不法行为，台湾当局顽固坚持“三不”，拒绝“三通”，单向强行遣返大陆私自渡海入台人员政策，导致一系列本该可以避免的惨案频发。其中较为重大的是1990年“闽平渔5540号闷死”事件和“文山舰撞沉闽平渔5202号”事件，其所带来的舆论谴责迫使台湾当局不得不同意签订《金门协议》，通过两岸红十字组织协同遣返活动。
- [17] 贾庆军：《浅议涉台犯罪的刑事司法协助》，载《北京人民警察学院学报》2008年第4期，第43页。
- [18] 李智：《〈海峡两岸共同打击犯罪和司法互助协议〉对两岸司法协助制度的影响》，载《长安大学学报（社会科学版）》2009年第4期，第59页。
- [19] 张光宇：《两岸司法协助制度的构想——刑事诉讼部分》，载黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社1993年2月版，第251页。
- [20] 具体内容请参见陈光中、田力勇：《海峡两岸刑事管辖冲突及解决路径》，载《法学杂志》2010年第3期，第29-31页。
- [21] 《海基与海协两会签署协议法律效力确定》，载台湾《中国时报》，1993年7月10日，转引自王建源：《两岸授权民间团体的协议行为研究》，载《台湾研究集刊》2005年第2期，第45页。
- [22] 王建源：《两岸授权民间团体的协议行为研究》，载《台湾研究集刊》2005年第2期，第44页。
- [23] 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编：《现代汉语词典》，商务印书馆（第5版）2005年6月版，第287页。

[24] 若是后者，应类似表述为“……等九项犯罪”形式。

[25] 预审是指侦查阶段对刑事被告人的询问以及有关的调查取证活动，一般从逮捕开始，到移送检察院审查起诉时结束。

[26] 薛少林：《海峡两岸跨境毒品犯罪的刑事司法协助问题》，载《比较法研究》2010年第3期，第89页。

[27] 赵国强：《论中国区际刑事司法协助协议之签订》，载赵秉志、何超明主编：《中国区际刑事司法协助探索》，中国人民公安大学出版社2003年3月版，第271页。

[28] 刘道伦：《两岸共同打击犯罪存在的问题及对策》，载《福建法学》2009年第1期，第64页。

[29] 王建源：《在事实与规范之间——论国家统一前的两岸交往秩序》，载《台湾研究集刊》2001年第2期，第85页。

[30] 蔡杰、娄超：《海峡两岸刑事司法协助再研究——写在〈反分裂国家法〉施行后》，载《福建公安高等专科学校学报》2006年第1期，第92页。