

中山大學 港澳研究文丛

内地与香港 刑事司法合作研究

王仲兴 郭天武 主编

RESEARCH ON CRIMINAL
JURIDICAL COOPERATION
BETWEEN HANGKONG
AND MAINLAND OF CHINA

034 01



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

中山大學 港澳研究文丛

内地与香港 刑事司法合作研究

王仲兴 郭天武 主编

RESEARCH ON CRIMINAL
JURIDICAL COOPERATION
BETWEEN HANGKONG
AND MAINLAND OF CHINA

图书在版编目(CIP)数据

内地与香港刑事司法合作研究/王仲兴,郭天武主编. —北京:北京大学出版社,2008.12

(中山大学港澳研究文丛)

ISBN 978-7-301-14598-2

I. 内… II. ①王…②郭… III. 刑法-司法协助-研究-中国
IV. D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 180454 号

书 名:内地与香港刑事司法合作研究

著作责任者:王仲兴 郭天武 主编

责任编辑:恽 薇

标准书号:ISBN 978-7-301-14598-2/D·2202

出版发行:北京大学出版社

地 址:北京市海淀区成府路 205 号 100871

网 址:<http://www.pup.cn>

电 话:邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62117788

出版部 62754962

电子邮箱:law@pup.pku.edu.cn

印刷者:北京宏伟双华印刷有限公司

经销者:新华书店

650 毫米×980 毫米 16 开本 17 印张 248 千字

2008 年 12 月第 1 版 2008 年 12 月第 1 次印刷

定 价:29.00 元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

总序

香港和澳门在中国的改革开放和经济发展中扮演了重要角色,港澳回归祖国使“一国两制”的伟大构想从理论变为现实,在实践中日益丰富。香港和澳门回归祖国以来,经济发展,社会稳定,民生改善。香港国际金融、贸易和航运中心的地位进一步提升,作为内地对外开放的中介和桥梁作用得到充分发挥。总结“一国两制”在港澳的实践及其经验,探讨实现香港和澳门长期繁荣稳定的良策,研究港澳在中华民族伟大复兴和祖国和平统一中的作用,思考港澳与内地以及粤港澳大湾区合作的前景,是人文社会科学工作者义不容辞的责任。

由于地缘关系和岭南文化的共同背景,广东与港澳、中山大学与港澳的高等学校之间,在历史上一一直具有紧密的联系。中山大学历来十分重视对港澳问题的研究,发展到今天,港澳研究已经成为中山大学的优势研究领域和特色学科之一,在境内外都产生了广泛的影响。2000年,“中山大学港澳珠三角研究中心”成为教育部人文社会科学百所重点研究基地之一。2004年,经教育部审批立项,“中山大学港澳研究哲学社会科学创新基地”成为中山大学“985工程”二期哲学社会科学创新基地之一。港澳研究哲学社会科学创新基地整合了中山大学港澳珠三角地区研究中心、法学院、政治与公共事务管理学院的研究力量,吸纳了香港城市大学、广东省社会科学院、广州市社会科学院、深圳大学的相关学者,设立了“港澳经济研究”、“港澳政治研究”、“港澳法律研究”、“港澳社会研究”四个研究方向,开展系统的港澳研究。

港澳研究哲学社会科学创新基地由梁庆寅教授负责组织研究工作。其中,“港澳经济研究”由陈广汉教授主持,主要研究香港经济的转型和发展、香港资本市场的微观结构、香港与内地的经贸关系发展以及泛珠三角区域合作等问题;“港澳政治研究”由郭正林教授主持,主要研究港澳政党社团、政治生态、公共治理与公共政策等问题;“港

II 内地与香港刑事司法合作研究

澳法律研究”由刘恒教授主持,主要研究 CEPA 协议实施的法律问题、区际民商事法律冲突与协调、粤港刑事司法合作、基本法解释权属和运行机制等问题;“港澳社会研究”由刘祖云教授主持,主要研究香港社会的弱势群体及其社会支持、香港的社会分层、香港人口迁移、港澳与内地的社会福利模式比较等问题。

中山大学港澳研究哲学社会科学创新基地建立以来,在多个领域与港澳地区开展合作研究与学术交流,探索和回答港澳研究中的重大问题。创新基地目前已承担国家和省部级研究课题五十多项,多次举办区域性或国际性关于港澳研究的学术会议,如“香港回归十周年的回顾与展望国际学术研讨会”、“中国区域经济发展与泛珠三角区域合作学术研讨会”,“海峡两岸暨港澳地区法律发展学术研讨会”等。基地的研究成果,特别是政策建议方面的研究成果为国家和地方政府提供了多方面的决策参考和支持。

奉献给读者的这套“中山大学港澳研究文丛”,是中山大学港澳研究哲学社会科学创新基地的学者从经济、政治、法律、社会几个方面研究港澳问题的系列成果。在丛书中,作者探讨了港澳社会经济发展、粤港澳存在的法域冲突、区域行政协作的机制、区域经济深度整合、社会的有效治理等问题,表达了对港澳,特别是对香港问题的见解。分析和总结了实行“一国两制”以来港澳建设与发展取得的宝贵经验。对保持香港和澳门的长期繁荣稳定,进一步推动港澳与内地以及粤港澳区域合作进行了建设性的探讨。今天,港澳社会经济发展和港澳与内地的合作进入了一个新阶段,希望这套丛书能对国家实施区域经济发展战略、促进粤港澳的新型合作、深化港澳问题的研究有所启迪。

这套丛书是中山大学“985 工程”二期哲学社会科学创新基地项目,得到了“985 工程”经费资助。

在丛书付梓之际,谨向参与了资料、编务等工作的基地科研助理、老师和博士生表示衷心感谢。

对丛书的不足之处,期待读者给予指正。

梁庆寅

2008 年 8 月 20 日

前言

由于内地与香港之间特殊的地理位置以及不同的法律制度,两地之间的跨境犯罪一直没有停止过。1997年之前,为了香港主权的平稳过渡以及两地的社会稳定,内地司法机关与港英政府就开展过各种形式的刑事司法合作,多次联手打击两地的跨境犯罪。1997年以后,随着内地与香港的交往日益深入,两地的关系更加紧密。尤其是从2004年开放内地赴香港个人自助游以来,内地与香港居民因公或因私出入境人数不断增加。与此同时,内地与香港(尤其是广东省与香港)之间的跨境犯罪也大量涌现,其中以走私、贩毒、诈骗、制贩假币、抢劫等犯罪尤为猖獗。这些犯罪活动直接影响了内地与香港的治安状况及社会稳定。为促进两地经济和社会良性发展,以利于两地更有效地打击跨境犯罪,内地与香港开展了新的刑事司法合作。

一直以来,内地的公安部与香港特别行政区政府保安局在内地与香港的区际刑事司法协助中发挥着重要作用。1997年以后,这种协助与合作日益加强,例如,2000年10月内地与香港在北京签署《内地公安机关与香港警方相互通报机制的安排》,自2001年1月1日开始,保安局与公安部建立了相互通报机制。从香港回归至2007年,内地警方与香港警方建立的相互通报机制在打击两地跨境犯罪方面发挥了重要作用。

1999年4月,最高人民检察院下发了《最高人民检察院关于进一步规范港澳个案协查工作的通知》。该通知规定,地方各级人民检察院办理的案件需要请香港、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请最高人民检察院审批。香港特别行政区廉政公署、澳门特别行政区反贪公署和检察院办理的案件需要请内地有关检察机关协助的,直接与最高人民检察院个案协助办公室联系安排。这一规定是最高人民检察院对内地检察机关与香港、澳门特别行政区开展个案协查的审批,形成了最高人民检察院统揽全

II 内地与香港刑事司法合作研究

局、指导内地与港澳地区开展个案协查的高层协调机制。

最高人民法院与香港特区政府十分重视两地法律界的交流与合作,两地司法界交流也不断加强。从香港回归至2007年,内地法院九百余名法官应邀访问、考察过香港特区;一百五十余名内地法官在香港法学院学习,并取得了香港普通法硕士学位。香港法律界法官、律师及法学院学生近八百人来内地法院参观、学习。通过学习,香港司法人员对内地的法律制度有了一个全新的感受,对内地法律体系与普通法系不同的建立背景有了较为深刻的认识,为开展两地的刑事司法合作提供了认识基础。

“一国两制”是我国政府处理涉港事务的基本方针,也是我们面对两地刑事法律冲突与合作时所坚持的首要原则。“一国两制”意味着:

(1) “一国”强调的是,内地和香港都是中华人民共和国领土不可分割的组成部分,香港特别行政区的自治权力是中央人民政府授予的,而并非其自身固有。香港行政区不拥有独立的主权,而只是中国的一部分,因而在面对两地刑事法律冲突与合作时,应将维护国家主权置于首要地位,不能片面强调自身的独立性,而忽略了国家的统一性与完整性。

(2) “两制”强调的是,各法域都具有自身独特的法律制度、法律体系与法律文化,各法域所遵循的立法原则、立法形式、法律内容以及价值取向都存在着较大的差异。各法域都处于平等的法律地位,没有哪一个法域可以凌驾于其他法域之上,各法域互不隶属,相互平行,平等共存。因此,在区际刑事司法合作过程中,应充分考虑各地的独特性,尊重其独立性与差异性,不得照搬或套用内地同一法制下各地方司法机关之间进行刑事司法协助的模式和做法。

(3) 内地与香港的刑事法律冲突与合作是在一个统一的单一制国家中,由于存在不同的法域背景而产生的,因此,这种冲突的解决以及两地的合作,应当有别于国际刑事法律冲突与合作。虽然我们可以参考、借鉴国际刑事法律冲突与合作中的原则及具体措施的成功经验,但是带有强烈主权色彩的原则和做法不符合我国情况。各法域的司法机关应当以维护国家的主权独立和领土完整,维护国家的统一为首要也是最高宗旨,不允许任何违背这一精神的司法行为发生。

基于两地之间刑事司法合作的现状以及对上述问题的考虑,课题

组成员着手对本课题进行了研究。期间,我们走访了内地的各级司法机关,尤其是广东的各级司法机关,获取了两地跨境犯罪的第一手资料。在此基础上,我们又走访了香港的各级司法机关,并在香港开展过多次问卷调查。可以说,本书是在广泛搜集有关资料以及对香港司法机关进行深入调查研究的基础上撰写而成的。

本书从筹划、撰写、修改至定稿,历时两年多,可谓一波三折。共有七位作者参与写作与修改,全书由王仲兴、郭天武拟定写作大纲、对初稿提出修改意见,并统改全稿。具体各章写作分工如下:

第一章由王仲兴、李志坚撰写;

第二章由王仲兴、潘庸鲁撰写;

第三章由王仲兴、田坤撰写;

第四章由李文丽、郭天武撰写;

第五章由周娅、郭天武撰写。

本书的撰写是一项繁复的工作,需要作大量的调查研究并具备广博的香港法律专业知识。在此,对所有参加撰稿的人员以及北京大学出版社的恽薇编辑付出的努力表示由衷的感谢!由于水平有限,在写作的过程中,错漏舛误之处在所难免。我们期待读者的批评指正。

目 录

第一章 香港回归后内地与香港跨境犯罪的现状与特征

- 第一节 内地与香港跨境犯罪的概念 2
- 第二节 香港回归后内地与香港跨境犯罪的现状分析 15

第二章 内地与香港刑事实体法的比较

- 第一节 香港刑法的特点及与内地刑法冲突的原因 41
- 第二节 内地与香港刑法总则比较 46
- 第三节 内地与香港个罪的比较 81

第三章 内地与香港刑事程序法比较

- 第一节 内地与香港刑事诉讼制度的宏观比较 105
- 第二节 内地与香港刑事诉讼制度的差异 109
- 第三节 内地与香港刑事诉讼程序的冲突 130

第四章 内地与香港刑事司法合作基础问题分析

- 第一节 内地与香港刑事司法合作的历史回顾 163
- 第二节 内地与香港刑事司法合作的必要性与可行性 173
- 第三节 内地与香港刑事司法合作存在的问题 180

第五章 未来内地与香港刑事司法合作基本制度的构建

- 第一节 区际刑事司法比较研究 203
- 第二节 内地和香港刑事司法合作的基本原则 216
- 第三节 内地与香港刑事司法合作的模式分析 232
- 第四节 构建内地与香港刑事司法合作具体制度的设想 246

第一章 香港回归后内地与香港跨境 犯罪的现状与特征

2007年是香港回归祖国暨香港特别行政区成立10周年。10年来,“一国两制、高度自治、港人治港”等一系列开创性的方针、政策、原则在香港得到了成功实践。回首这波澜壮阔的10年,无论是内地还是香港都有太多的东西需要思考、总结。毫无疑问,香港回归10年来,内地与香港随着各方面关系的紧密化,行政、司法、经济、社会、文化等各领域的合作也正全方位积极推进着。其中,刑事司法领域的合作是内地与香港之间司法合作的重要领域之一,也是内地与香港间全方位合作的重要组成部分。目前,我们欣喜地看到内地和香港10年来在刑事司法领域已经进行了一些卓有成效的合作,有力地推动了共同打击跨境犯罪的行为。

为了研究内地与香港之间的刑事司法合作,我们首先需要探讨内地和香港之间何以需要进行刑事司法合作,这种合作的必要性何在。显而易见,冲突是合作存在的前提,有关各方是为了解决冲突才需要合作。具体到内地与香港刑事司法合作而言,“一国两制三法系四法域”的特殊国情现状决定了内地和香港之间存在着广泛的刑事司法冲突,为了解决这些刑事司法冲突,内地和香港必须进行合作,这是香港和内地需要进行刑事司法合作的根本原因。那么,内地与香港的刑事司法冲突又是怎样产生的呢?笔者认为,内地与香港刑事司法冲突的产生条件有两点:(1)内地和香港分属不同的独立法域,各自有自己的一套独立的司法体系和刑事法律制度,各自享有独立的刑事管辖权且双方的刑事管辖权平等,各方对跨境案件都可以以己方法律为依据主张管辖权并依照本方法律进行处理,且一方的警察机关和司法机关在一般情况下都不能直接进入另一方办案,这是刑事司法冲突产生的法

2 内地与香港刑事司法合作研究

律原因;(2)在内地和香港之间现实地发生了跨境犯罪案件,从而在事实上引起了刑事管辖权冲突以及移交犯罪嫌疑人和证据的需要,这是刑事司法冲突产生的事实原因。因此跨境犯罪的发生是内地和香港进行刑事司法合作的事实动因,没有跨境犯罪的发生,内地与香港的刑事司法合作就几乎没有存在的必要,可见,研究内地与香港之间的跨境犯罪对于研究两地之间的刑事司法合作具有基础性意义。因为从理论上厘清跨境犯罪的内涵、现状、特征将有助于我们科学地明晰内地与香港究竟在何种程度上需要刑事司法合作、需要怎样的刑事司法合作,所以本书以“香港回归后内地与香港跨境犯罪的现状与特征”为全书的第一章,作为全书研究内地与香港刑事司法合作的出发点。

第一节 内地与香港跨境犯罪的概念

就犯罪学的传统研究范式而言,研究某一类犯罪首先是研究该犯罪的现状和特征,然后以此为依据研究该犯罪的成因,进而提出防治该犯罪的对策。^①然而,在开始以传统研究范式进行研究之前还有一项前提性工作必须完成,即必须科学地界定该犯罪的概念,明确该犯罪的内涵和外延,从而避免研究的盲目性和随意性,保证研究沿着科学的轨道、正确的方向前行。如果论者对犯罪概念的界定存在不足,后续研究的质量就无法得到保证,如果学界未能就犯罪概念的界定取得共识,就很难在同一平台上对问题展开深入的讨论,甚至有些讨论可能完全是“各说各话”,无法对话和交流。因此我们在研究内地与香港的跨境犯罪的现状和特征之前,必须对“内地与香港跨境犯罪”这一概念加以明确。然而目前在对跨境犯罪进行的理论研讨中,学界对“跨境犯罪”这一概念尚未取得完全共识,不同学者之间对此概念还存在一些原则性的分歧,如何消除这些分歧并取得共识已经成为跨境犯罪研究中亟需解决的课题。因此要明确“内地与香港跨境犯罪”这一概念,首先要科学合理地界定“跨境犯罪”这一概念。如何科学合理地界定“跨境犯罪”这一概念呢?笔者认为,应当从明确“跨境”和“犯

^① 参见严励:《再论犯罪学研究的路径选择——以中国犯罪学研究为视角》,载《法学论坛》2007年第3期。

罪”的含义入手。其中明确界定“跨境”的含义是明确内地与香港跨境犯罪这一概念的一个关键点。

一、“跨境”和“犯罪”的含义

(一)“跨境”的文义解释

《汉语大词典》和《现代汉语辞海》是目前比较权威的汉语类辞书,然而查阅厚厚的《汉语大词典》和《现代汉语辞海》二书,均无对“跨境”这一词条的记载,所以我们只能分别理解“跨”和“境”的含义。根据《汉语大词典》的解释,“跨”有抬起一只脚向前或向左右迈之意^①,根据《现代汉语辞海》的解释,“跨”的含义由前述的本意延伸出跨过、迈过之意;而“境”有疆界、地域的意思^②,因此,根据《汉语大词典》和《辞海》的解释,“跨境”可以理解为跨过、迈过疆界或地域的意思。

以上是对“跨境”含义的字面解释,一般地看这样的解释已经比较充分了,但是如果将“跨境”一词作为一个法学或犯罪学上的用语来看待,上述解释就显得十分不足。因为根据上述字面解释,在法律语境下“境”的解释余地依然很大,小到村与村之间的疆界,逐步扩大到乡与乡之间的疆界,县与县之间的疆界,省与省之间的疆界,国家与国家之间的疆界,甚至扩大到大洲与大洲之间的疆界都可以解释为“境”。那么,法律语境下的“跨境”究竟是指迈过了哪一层级或哪几个层级的疆界呢?上述字面解释并未能解决这一问题。正是由于“跨境”的字面意义伸缩余地较大,不同论者在使用“跨境犯罪”这一概念时,对概念外延的理解也存在较大不同,从而导致在概念的使用过程中出现了混乱现象。

(二)“跨境”的刑法解释

既然从字面意义上看,“跨境”的含义具有多元性难以统一,而我们研究“跨境”含义的目的又在于界定跨境犯罪这一概念,不妨通过探

① 参见罗竹风主编:《汉语大词典》(第10卷),汉语大词典出版社2001年版,第458页。

② 参见范庆华主编:《辞海》(第3卷),黑龙江人民出版社2003年版,第561页。

求以规定犯罪和刑罚为基本内容的刑法文本的相关规定来发现刑法语境“跨境”的含义。尽管我国1997年新《刑法》中没有直接使用“跨境”一词,但是在1997年《刑法》中直接含有“境”字并且具有独立含义的法律词语出现过四种:“境”、“国境”、“边境”、“国(边)境”。而“跨境”、“跨国境”、“跨边境”、“跨国(边)境”都可以简称为“跨境”,因此我们可以通过探求刑法典中上述四种“境”的用法来分析刑法语境下“跨境”的含义。

第一种“境”在《刑法》中的表现形式有:“境外”(第102、106、109、111、240、294、339、395、431条),“境内”(第107、294、350条),“境内外”(第107条),“进境”(第339条),“出境”(第35条),“进出境”(第337、350条),“出入境”(第320条、第415条)等,一共有22处。在这22处中,“境”的含义基本上是统一的,即这里的“境”包括前述的一国之内的法域与法域之间的疆界或界限,还包括国与国之间的疆界或界限。因此根据这些条文,跨境既指越过一国之内的法域与法域之间的界线,又指越过国与国之间的界线。

第二种用法为“国境”,表现在《刑法》第322条,根据这一条文,这里的“境”是指国与国之间的边界,因此,跨境是指跨越国与国之间的界线。

第三种用法为“边境”,表现为《刑法》第323条,根据这一条文,这里的“境”包括前述的一国之内的法域与法域之间的疆界或界限,还包括国与国之间的疆界或界限。因此根据这些条文,跨境既指越过一国之内的法域与法域之间的界线,又指越过国与国之间的界线。

第四种用法为“国(边)境”,表现为《刑法》第318条、319条、321条、322条和415条,根据这一条文,国境和边境是两个平行的概念,国境是国与国之间的边界,边境是一国之内法域与法域之间的边界,因此,有时跨境仅指跨越国与国之间的边界,有时又仅指跨越一国之内的法域与法域之间的边界。

由此可见,在同一部刑法典中,“境”的含义存在比较大的差别,有时仅指国与国之间的边界,有时仅指一国之内法域与法域之间的边界,但有时又同时指称上述两者,因此我们很难以刑法条文为依据来给“跨境”规定一个统一的含义,在刑法语境中,“跨境”的含义仍然是多元的。

示多 (三) “跨境犯罪”概念中“跨境”的含义

如前所述,无论是从文义角度还是从刑法文本角度来理解,“跨境”的含义都是多元的,因此目前不同论者在使用“跨境犯罪”这一概念时,对“跨境”的含义也存在两种不同的理解:第一种理解认为“跨境”既指越过一国之内的法域与法域之间的界线,又指越过国与国之间的界线;第二种理解认为“跨境”仅指跨越一国之内的法域与法域之间的界线,不包括跨越国与国之间的界线。换言之,目前理论界对“跨境犯罪”这一概念中“跨境”一词的含义仍未取得共识,第一种理解被称为“广义跨境论”,第二种理解被称为“狭义跨境论”。基于以上两种不同认识,人们对“跨境犯罪”这一概念也有以下两种不同用法:一是将“跨境犯罪”理解为上位概念,该上位概念包括“跨边境犯罪”和“跨国境犯罪”这两个下位概念,这里的“境”包括一国之内法域和法域之间的疆界和国与国之间的疆界,如有论者指出:“跨境犯罪中的境应包括国境和边境,国境是指一个国家行使主权的领土范围,边境则一般是指由于历史等因素形成的一个主权国家内部的特殊边界,在我国特指内地与港澳台之间的地域界限。跨境犯罪包括跨国犯罪,是跨国犯罪的上位概念。”^①二是将“跨境犯罪”理解为与“跨国犯罪”并列的概念,即将“跨境犯罪”局限于“跨越一国之内的法域的犯罪”。如赵秉志教授认为,跨境犯罪是跨越一国之内的不同法域的犯罪,如跨越内地和港澳台地区的犯罪。^②使用这种用法的论者将边境和国境作为两个并列而没有从属关系的概念。

持“广义跨境论”观点的论者认为,“狭义跨境论”的观点既没有法律依据也没有事实依据,不当缩小了“境”的含义,而持“狭义跨境论”观点的论者则认为,“广义跨境论”者认为的“跨境犯罪包括跨国境犯罪和跨边境犯罪”的观点不能准确反映社会反犯罪斗争实践的需要。如何看待这种争论呢?笔者认为,从字面意义和《刑法》文本角度看,部分论者对“境”作广义的理解有其一定的合理性,毕竟从《汉

① 参见马进宝:《跨境犯罪概念质疑》,载王牧主编:《犯罪学论丛》(第3卷),中国检察出版社2005年版,第228页。

② 参见马进宝:《跨境犯罪概念质疑》,载王牧主编:《犯罪学论丛》(第3卷),中国检察出版社2005年版,第228页。

语大词典》和1997年《刑法》对“境”的解释来看,境的含义都是多元的,我们没有理由把“境”的含义限定为一国之内的法域与法域之间的疆界,而不包括国与国之间的疆界即国境。但是这并不表明我们赞同将跨境犯罪中的“跨境”一词做广义的理解,既然我们是从犯罪学的角度来研究跨境犯罪,我们界定“跨境”的含义时就完全不必拘泥于“跨境”的文义解释和刑法解释,而可以在犯罪学的视角下界定“跨境”的含义,对“跨境”的字面含义或刑法含义作必要的限制,这就如同虽然刑法学和犯罪学中都有犯罪这一概念,但是犯罪学语境下的犯罪概念不同于刑法学语境下的犯罪概念,犯罪学语境下犯罪概念的含义要宽于刑法学语境下犯罪概念的含义。综上所述,既然我们将“跨境犯罪”作为一个犯罪学领域或刑事侦查学领域的专门词汇来理解,就可以通过约定适当缩小其字面含义,以便学术研究和对话的顺利进行。因此,我们赞同将跨境犯罪中的“跨境”狭义理解为“越过一国之内的不同法域”,而不包括“越过国与国之间的疆界”,即我们赞同跨境犯罪和跨国犯罪是两个并列的概念,而非跨境犯罪是跨国犯罪的上位概念。具体而言,理由有以下两点:

1. 事实依据

港澳回归祖国前和回归后,无论是国家的官方文件、党和国家领导人的讲话,还是主要新闻媒体的报道,都是把跨越内地与台港澳之间边境的罪行称为跨境犯罪,而将跨越国与国之间的边界的犯罪称为跨国犯罪,也就是说社会实践已经习惯于将“跨境”理解为跨越一国不同法域边界的犯罪。^①既然实践中已经约定俗成,那么我们理论上的研究也应当尊重并适应社会实践中形成的习惯。

2. 理论依据

将跨境狭义理解为仅指跨越一国之内不同法域的边界,进而将跨境犯罪规定为与跨国犯罪并列的概念,有利于明晰概念,便于概念的使用。若将跨境犯罪中的“跨境”作广义理解,为了描述那些只跨越一国之内不同法域的犯罪,只好再行创制一个“跨边境犯罪”的概念,这样徒增概念,反而容易引起概念之间的混淆,不利于学术研究和对话

^① 参见马进宝:《跨境犯罪概念质疑》,载王牧主编:《犯罪学论丛》(第3卷),中国检察出版社2005年版,第229页。

的进行。相反,将跨国犯罪与跨境犯罪这两个概念并列,既同当前社会实践中形成的习惯相符,也简便易行。因此,为了防止概念之间的混淆,明晰相关概念,我们主张以“国界”这一概念取代“国境”这一概念,“境”则专指作为一国之内的不同法域之间界限的边境。

综上所述,笔者认为有必要约定对“跨境”一词从狭义上进行理解,即仅指跨越一国之内的不同法域,进而约定跨境犯罪是与跨国犯罪并列的概念。本书也是在这一意义上使用跨境和跨境犯罪这两个概念的。明确了这一点,就明确了本书研究的一个基础。

(四)“跨境犯罪”中“犯罪”的含义

从形式上看,“跨境犯罪”一词由“跨境”和“犯罪”这两要素组成,通过前面的分析,“跨境”的含义已经明确,然而,如何理解“犯罪”的含义呢?

面对这一问题,人们不禁要问:“犯罪”的含义还有讨论的必要吗?1997年《刑法》不是已经明确界定了犯罪这一概念了吗?

“跨境犯罪”这一概念中“犯罪”的含义还是有必要进行探讨的,因为“跨境犯罪”不是一个规范刑法学上的概念,而是犯罪学上的概念,因此刑法典条文对犯罪的定义并不完全适用于犯罪学对犯罪的定义,换言之,“跨境犯罪”这一概念中“犯罪”的含义完全没有必要拘泥于《刑法》的规定。正是基于这一点,本书将单纯偷越国(边)境、境外卖淫等在刑法看来不属于犯罪的行为也归为跨境犯罪的具体类型,就突破了刑法典对“犯罪”含义的界定。此外,“跨境犯罪”这一概念中的“犯罪”不仅包含犯罪的预备行为和实行行为,还包括犯罪学的谋划,犯罪后的犯罪人潜逃藏匿和赃款赃物转移等,这也突破了刑法典对犯罪概念的界定。

总之,“跨境犯罪”这一概念中“犯罪”的含义不同于刑法典规定的“犯罪”的含义,这里的“犯罪”是指较刑法学语境下的含义更为广泛的犯罪学语境下的“犯罪”的含义。

二、“跨境犯罪”的概念

在明确了“跨境”和“犯罪”的含义后,跨境犯罪的概念本应是明确的。然而事实并非如此,理论界对跨境犯罪的认识仍然没有取得统

一,因为对于“犯罪的哪些要素跨境方能成立跨境犯罪”这一问题尚有不同认识。基于对该问题的不同认识,在目前跨境犯罪的理论研究中,人们对跨境犯罪这一概念至少有三大类不同的理解。第一种观点是一元论的观点,即行为或结果跨境说。该说认为,跨境犯罪是指犯罪行为本身具有跨境性的犯罪。如有论者认为,跨境犯罪是指犯罪行为的准备、实行或犯罪结果跨越了一国之内两个或两个以上不同的法域,使得两个或者两个以上不同的法域的法院都可以依照其各自的法律对其进行刑事处罚。该观点实际上将本身不具有跨法域性的犯罪行为排除在跨境犯罪之外。第二种观点是二元论的观点,即犯罪主体或者犯罪行为、结果择一说。如有论者认为,跨境犯罪可以分为实质的跨境犯罪和形式的跨境犯罪。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。第三种观点是统一的二元论观点,该观点认为,跨境犯罪是指“凡是发生在拥有多个独立司法区域的国家内并对社会造成严重危害的不法行为,只要行为的主体、具体行为的策划、实施和危害手段的采用、危害结果的发生,以及行为人的事后逃逸与赃款赃物的转移等诸多环节中,有一项跨越了不同法域的边界,或者需要通过区际司法协助的途径才能实现有效惩罚的罪行都属于跨境犯罪”。^①

上述第二类观点和第三类观点在本质上没有分歧,只是表述的形式不同而已,但是第一类观点和第二、三类观点之间则存在显著的区别。按照第一类观点,某人在A法域犯罪,然后潜逃到同一国之内的B法域,其犯罪行为不属于跨境犯罪,而按照第二和第三类观点,上述行为因犯罪嫌疑人的遣返仍需要通过区际刑事司法合作进行而属于跨境犯罪。简而言之,以上两大类概念的根本区别在于对以下问题的不同回答:仅有犯罪主体具有跨境性或有移交犯罪嫌疑人的需要,但是犯罪行为和结果都不具有跨境性的情况下,是否成立跨境犯罪?第一类观点认为这不属于跨境犯罪,而第二类、第三类观点则认为这也属于跨境犯罪。

^① 参见马进宝:《跨境犯罪概念质疑》,载王牧主编:《犯罪学论丛》(第3卷),中国检察出版社2005年版,第224—229页。