



赵永琛
著

涉外刑事司法解析

SW XINGSHI
SIFAJIEXI

吉林人民出版社

涉外刑事司法解析

赵永琛 著

吉林人民出版社

图书在版编目(CIP)数据

涉外刑事司法问题解析/赵永琛著. —长春:吉林人民出版社, 2001.7

ISBN 7-206-03758-5

I. 涉… II. 赵… III. 国际法:刑法—研究
IV. D997.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 046454 号

涉外刑事司法问题解析

著 者 赵永琛
责任编辑 刘树炎

封面设计 张 迅
责任校对 晓 君

出 版 者 吉林人民出版社 0431—5649710
(长春市人民大街 124 号 邮编 130021)

发 行 者 吉林人民出版社 010—63475245 0431—5638605

制 版 吉林人民出版社激光照排中心 0431—5637018

印 刷 者 长春市东新印刷厂

开 本 850×1168 1/32 印 张 11.25

版 次 2001 年 9 月第 1 版

印 次 2001 年 9 月第 1 次印刷

字 数 270 千字 印 数 1—3 000 册

标准书号 ISBN 7-206-03758-5/D·950

定 价 18.00 元

如图书有印装质量问题,请与承印工厂联系。

前 言

进入 20 世纪 90 年代以来,随着国际经济一体化的加快,交通通讯的高速发展,各国之间的人员往来越来越频繁,跨国境、跨边境进行各种活动的情况已成为极为平常的事。国家主权观念也越来越受到前所未有的冲击,国家对国民活动的控制力正在减弱,由此引发出许许多多新的问题。在刑事法律领域里,许多过去未曾遇到的问题,正在迫使各国不得不采取新的立法行动,不得不更新司法观念,否则就根本无法适应已经变化了的世界情势,当然也无法更好地维护本国的根本利益。因此,对这些新问题就要用新的观察视角去探索,用新的理念去看待,用新的方案去解决,而不能墨守成规,因循守旧,以不变应万变。新的刑事问题呼唤新的刑事观念,已经成为当今时代的潮流。

在国际范围内,跨国贩毒、走私、跨国盗窃国家珍贵文物、国际恐怖活动、侵犯人权、国际经济犯罪、破坏国际和平和安全、危害国际社会的秩序等犯罪行为层出不穷。原有的法律机制已经越来越难以对付这些新的犯罪。这就需要国际社会重新创造出新的法律机制,建立起新的国际法律秩序,才能适应新的实际需要。在一国范围内,涉外犯罪、跨国境、跨边境犯罪早已不再是什么新鲜事物。但是,许多国家对此显得无能为力,几乎是放任自流。究其根本原因,这恐怕和这些国家不能适时调整刑事法律政策,建立新的法律机制有密切关系。如果要想真正对本国国家

和社会负起责任的话，那么，尽快研究这些新问题，更新观念，就成为当务之急。

本书作者正是在这种历史和现实背景下着手开始研究国际和区际刑事司法问题的。这本书收集了作者在这些领域的部分研究成果。作者围绕本书的主题从他所发表的大量论文中挑选出相关的文章，按照内在的逻辑顺序进行编排，力求使书中的结构和体系具有某些内在的科学性，以便读者阅读。这些论文基本上反映了作者在这些问题上的一些重要思想和立场。它们绝大多数都曾在相关学术刊物上发表过，出于尊重历史的考虑，这次出版时基本保持了原貌，只根据法律条文对个别论文作了一些修改。书中还有少量文章是首次发表，这是必须予以说明的。

目 录

前言·····	(1)
---------	-------

第一部分 涉外刑事程序

关于我国建立国际刑事司法协助制度的设想·····	(3)
关于制定《中华人民共和国国际刑事协助法》的建议·····	(14)
关于涉外警务的法律基础·····	(37)
涉外刑事案件的管辖权归属问题·····	(61)
关于外国人犯罪的立案问题·····	(75)
涉外刑事诉讼中的强制措施·····	(82)
涉外刑事案件侦查中的几个问题·····	(90)
外国被告人在刑事诉讼中的法律地位问题·····	(101)
中国引渡立法中的若干理论问题·····	(108)
我国建立引渡罪犯制度势在必行·····	(126)
我国沿边省区与周边国家罪犯引渡问题·····	(132)
论驱逐出境·····	(141)

第二部分 跨国跨境犯罪的控制机制

关于跨国有组织犯罪的若干理论问题·····	(155)
-----------------------	---------

跨国犯罪对我国国家安全的影响及对策·····	(176)
中国非法移民问题及其法律控制·····	(192)
北约轰炸中国驻南大使馆违反国际法·····	(206)
国际侦查协助是遏制跨国犯罪的重要途径·····	(214)
国际刑警组织在反国际恐怖主义斗争中的地位和作用·····	(222)
关于中俄哈吉塔建立五国联合司法区的设想·····	(232)
论我国区际司法协助的宪政基础·····	(247)
我国内地与香港警务合作问题研究·····	(264)
一国两制下大陆与香港侦查协助初探·····	(285)
中国内地与香港反洗钱合作问题研究·····	(297)
海峡两岸警务联系与合作问题初探·····	(310)

附录

I. 中华人民共和国国际刑事协助法草案

(学术稿) ·····	(322)
-------------	-------

II. 国际刑法的不倦探索者——访中国人民公安

大学赵永琛教授·····	(350)
--------------	-------

第一部分 涉外刑事程序

关于我国建立国际 刑事司法协助制度的设想^①

国际刑事司法协助是国与国之间在刑事事务方面通过协商互助，代为一定的司法行为的一种活动。它是国际司法合作的重要组成部分，是刑事诉讼国际化的反映，又是国家间联合采取司法行动，惩处国际性犯罪的一种途径和手段，也是国家司法权的域外延伸。本文根据国际司法实践，结合我国的具体情况，探讨在我国建立国际刑事司法协助的历史必然性和现实要求，并就建立和完善我国刑事司法协助制度提出一些设想。

一、建立国际刑事司法协助制度的必要性

国际刑事司法协助，可以追溯到远古。但真正意义上的国际刑事司法协助制度的建立则始于近代。17世纪，一些法学家就研究了有关引渡海盗等问题，各国据此而初步建立了罪犯的引渡制度。到18世纪，在欧洲各国所签订的多边条约和双边条约中就经常出现刑事司法协助的内容。进入19世纪后，欧洲各国之间签订了大量的双边引渡条约。1833年比利时通过国内法形式率先制定了引渡法，标志着国际刑事司法协助制度的确立并进入了新的发展阶段。20世纪以后，随着国际交往的增多，各国刑

^① 原载《中国法学》1990年第6期。

事诉讼制度的不断发展和完善，国际刑事司法协助制度有了很大的发展。而且，不同的意识形态、不同社会制度的国家互相合作，进行刑事司法协助越来越普遍。

在我国，几十年来一贯是把司法协助问题作为外交问题来处理。早在 20 世纪 50 年代，我国通过与苏联、东欧社会主义国家互相合作，解决过若干刑事司法协助问题，也曾和邻国处理过有关罪犯引渡、调查取证、文书送达等案件。但在处理这些事务过程中，基本上是把些活动视为国际合作或国际斗争的事务处理的，较少从司法的角度去考虑解决刑事司法协助问题。1984 年我国加入国际刑警组织后，这种做法有所改变。但是国际上普遍建立的若干刑事司法协助制度，在我国尚未建立起来。这和我国的国际地位极不相称，亟待改变。

从我国当前的形势和未来发展趋势来看，国际刑事司法协助问题已变得越来越突出。首先，外国人或无国籍人进入我国犯罪后逃往他国，我国需要依法追究其刑事责任的情况日益增多。依照属地管辖原则，我国有权对在华犯罪的外国人进行刑事管辖。为了惩处这些罪犯，我国除了依法调查其在华期间所犯罪行的事实以外，还有必要调查其在外国的行为，以便对其进行起诉、审判，并能及时地将审判结果通知罪犯所在国及其家属。为此，我国需争取得到该犯所属国在调查取证、文书送达、引渡等方面的合作。第二，外国人在外国犯罪后逃到中国，外国依照本国法向我国提出引渡请求的情况亦日渐增多，我国主管机关有必要依照国际法和国内法审查决定是否给予引渡。由于我国至今尚无相应的引渡制度，给我国主管部门在处理此类事务时带来诸多不便。第三，中国人在外国犯罪而受外国司法机关追究刑事责任的情况时有发生。对这些人，外国司法机关通常要依照本国法对其进行刑事管辖。为此，外国司法机关往往会要求我国协助调查犯罪人

在国内的有关情况，以便定罪量刑。根据属人管辖原则，我国亦有权对这些人行使刑事管辖权，依法可以要求罪犯所在地国把他引渡回本国，接受本国司法机关的审判。在某种特殊情况下，外国司法机关可能先对罪犯判刑后，再将其遣送回我国。这就涉及到我国对外国刑事判决的承认和执行问题。第四，中国人在国外实施危害本国的犯罪案件亦时有所闻。依照我国刑法的规定，我国可对其追究刑事责任。办理此类案件，我国也需要向外国请求协助侦查、取证，逮捕和引渡罪犯。第五，外国人在我国境外实施危害我国国家利益和公民权益的犯罪案件常有发生。除了依犯罪地的法律不受处罚者外，我国依保护原则可以追究其刑事责任。在办理此类案件时，也必须解决有关刑事司法协助问题。总之，从惩罚国际性犯罪，维护我国国家利益、社会安全、公共秩序以及依照国际法和国际礼让维护他国的合法利益，进而维护国际社会的和平与安宁的角度来讲，都迫切需要我国建立和完善国际刑事司法协助制度。

二、建立和健全我国国际刑事司法协助制度的若干具体设想

国际刑事司法协助的种类繁多，我国需要建立的相应制度也很多。有关引渡问题，以及协助侦查中的讯问被告人、询问证人、勘验、扣押物证书证、通缉、扣留和逮捕、情报交换等问题，本文不再赘述。下面仅就文书送达、证人出庭作证、承认和执行外国刑事判决、囚犯的遣送、刑事诉讼移转管辖等问题，谈些初步设想。

（一）关于刑事诉讼文书送达

刑事诉讼文书的送达是刑事诉讼过程中的一个重要程序。在涉外诉讼活动中，它是国家寻求刑事司法协助的重要形式之一。

我认为,在我国建立涉外刑事诉讼文书送达制度,应着重解决两个问题:一是如何把文书送达外国,二是如何接受外国委托代为送达文书。

要解决如何把文书送达外国的问题,首先,必须明确在何种情况下才需要把司法文书送达外国。一般说来,在下述情形下需要把有关文书送达有关人员:外国人在中国犯罪后逃到他国;中国人在中国犯罪后逃到外国;在中国被捕的外国人的亲属;在外国侵犯中国国家利益或公民利益的外国人;在中国目睹犯罪案件发生,了解情况的外国人;在中国目睹犯罪案件发生,了解情况而现居住在外国的中国人;附带民事诉讼中适用民事诉讼程序需要送达文书的各种情形。

其次,要确定送达文书的方式。在有司法协助条约的情况下,涉外刑事诉讼中的文书送达毫无例外地按条约规定送达。因此,如何把刑事诉讼文书送达给外国是个具体而繁琐的问题。根据各国的司法实践,有关文书送达的方式主要有外交送达、使领馆送达、法院直接送达、委托外国法院送达、委托外国主管部门送达、邮递送传等。总之,因为送达文书被国际上普遍认为是行使国家司法权的行动,因此应选择受送达国法律所允许的方式送达。

除了我国在审理涉外案件过程中需要把我国文书送达外国之外,随着我国与世界各国的密切交往,外国请求我国协助送达文书的事务将会越来越多。本着尊重“政府间的请求”的国际礼让原则,我国应在互惠的基础上协助外国送达刑事诉讼文书。由于涉外诉讼文书的送达不同于一般的国际司法合作,涉及国家主权问题,所以凡是外国请求我国代为送达刑事诉讼文书的,一律由主管部门予以审核,确定给予或不给予协助。经过审查,凡具有下列情形的则不予协助送达:该项请求涉及政治性质或军事性质

的；按照我国法律，该项请求所指控对象的行为不构成犯罪的；该请求的协助可能危及我国主权和司法管辖权，损害我国公共秩序的；该项请求以我国法律禁止的方式提出的；该项请求是由无权提出该项请求的机关提出的；该项请求未履行该国法律手续的。

至于如何送达，一般国际司法惯例是按本国刑事诉讼法的规定办理。在某种特殊情况下，则采用外国文书专送制度，即由主管部门直接将文书转到受送达人所在区域的法院，再由该法院派专人直接送交受送达人，由他在执行送达回照上签收。

（二）关于证人或鉴定人出庭作证

在各国刑事诉讼中，有关证人或鉴定人出庭作证的规则各不相同，特别是在涉外刑事诉讼中，出国作证涉及公民出入境护照和签证的申领、往返旅费、作证期间生活费用、翻译证词、证人人身安全等一系列问题。因此，我国有必要建立一套出国作证规则，以便规范我国公民应邀到外国出庭作证的法律关系。

该规则内容至少应包括：①外国请求我国公民出庭作证的条件。诸如要求我国公民出庭作证时不得损害我国主权和国家利益，外国请求须有正式书面请求和安全保证，证人出庭作证过程中不得以任何理由被拘留或逮捕等。②我国公民出国作证应遵守的规则，诸如尊重请求国的法律和习惯，如实陈述证词，不作伪证。③证人出国作证的审查。审查项目大致有：外国法院的请求是否合乎法律程序，我国公民有无出国作证的必要和可能，证人出庭作证的法律后果，证人的作证资格等。④证人出国作证的权利和义务。如我国证人出国作证的旅费、住宿费、津贴由请求国负担；证人人身自由不受限制，证人出庭作证终结不得寻求逗留他国；证人出庭作证不得泄露任何国家机密，不得损害本国国家利益，不得在外国实施任何违法行为等。

外国人应邀来华作证也应有相应的制度来约束。出于对等考虑,可以在和外国签订刑事司法协助条约时载明上述各项内容。除了特殊情况需要特殊处理外,外国人来华出庭作证应适用我国刑事诉讼法。鉴于邀请外国人来华作证牵涉到的问题比较多,应从严限制。似应只在审理特别重大的涉外刑事案件时,除了请该证人出庭作证外别无他途的情况下,或者按互惠条件必须给予协助的,方可考虑适用该程序。

(三) 关于合作执行刑事判决和移送被判刑人

国与国之间互相协助执行刑事判决,并移送被判刑人,是国际刑事司法协助的一种新形式,正确地开展这种国际司法合作,对有关各方都有实际意义。既有利于维护该公民的合法权益,实现国家对本国人的刑事管辖权,也有利于被判刑人接受教育、改造,更容易使其改邪归正。

由于各国的法律制度不同,在合作执行刑事判决和移送被判刑人方面常会引起适用法律上的冲突,特别在执行范围、执行方式、刑期转换、囚犯交换、罪犯假释等问题上更是如此。因此,我国在开展这些活动时,应以条约为基础,并在互惠的前提下,尽可能地避免法律适用上的冲突。

1. 我国对外法院刑事判决的执行问题

承认外国法院刑事判决是执行外国刑事判决的前提,只有我国认为外国法院的刑事判决认定事实清楚、证据确凿、适用法律准确,且该判决具有与我国的刑事判决同等效力,并可据此对被判刑人执行已决刑罚,才能接受外国法院委托,接受被判刑人回国并对其执行刑罚。承认外国刑事判决是有条件的,这是各国公认的原则。

从有关的国际公约和各国双边条约来看,承认和执行外国法院刑事判决的条件主要有:应被接受的罪犯必须是接受国的国

民；被接受的罪犯所犯的罪行属于双重犯罪；该判决是由有管辖权的法院作出的终审判决；该判决不是基于种族、宗教、民族或政治、军事理由而做出的；执行该判决不违反执行国的法律；执行该判决不损害执行国的国家利益和公共秩序；应被接受的罪犯在移交国不存在任何与该罪行或其他罪行有关的未决的法律诉讼；按照执行国的法律，处罚未超过时效；等等。这些原则规定和我国开展刑事司法协助的宗旨和基本精神是相一致的。因此，我国今后在建立该项制度并与外国缔结合作执行刑事判决条约时，可以借鉴国际上的上述做法。

承认外国刑事判决效力后，接下来的便是具体执行问题，首先应确定执行范围和执行方式。

按照我国刑法规定，刑罚分为主刑和附加刑。主刑是管制、拘役、有期徒刑、无期徒刑和死刑；附加刑有罚金、剥夺政治权利、没收财产。在执行外国刑事判决时，死刑无需执行，管制刑为我国独有亦无需执行，拘役的刑期太短、罪行较轻需诸复杂的司法协助程序，因而在主刑中只剩下有期徒刑和无期徒刑两种。在附加刑中，剥夺政治权利（包括各种荣誉）刑，因其涉及政治问题不能给予协助，只剩下罚金和没收财产两种。这就是说，外国委托我国执行的刑事判决只能有两类，即剥夺自由刑（主刑中的有期徒刑和无期徒刑）和财产刑（附加刑中的罚金和没收财产）。除此之外，其他刑种如流放、剥夺国籍等不能给予协助。

在执行剥夺自由刑方面，除了无期徒刑不需要转换刑期外，有期徒刑需要转换刑期方能执行。因为我国有期徒刑的上限是15年，而有些国家的徒刑没有上限，如果罪犯在某国被判处超过我国有期徒刑的上限规定，移交给我国执行时，我国还必须重新裁定，将其刑期转换成我国可执行的刑期，或者改为无期徒刑

(如果罪犯的罪行依照我国法律应判处该刑罚的话),或者改为15年以下。在执行罚金方面,我国法院在接到委托后,应根据具体情况,或者执行原判罚金数额及货币种类,或者由法院按当时人民币对外汇的汇率换算成我国货币数额后再予执行。在执行没收财产方面,是动产的,直接上缴国库;属不动产的,则分别情况予以处置。凡不动产处在我国境内则应全部没收;凡不动产处在外国境内,则需与移交国协商解决。在执行财产刑终了后,我国主管部门尚需与移交国协商解决财产的处分事宜。

2. 我国委托外国执行我国法院刑事判决问题

在司法实践中,我国亦可能委托外国执行我国法院的刑事判决,实现我国司法管辖权。通常有两种委托方式:一种是受动委托,即外国要求我国将被我国判刑的罪犯移交其执行,我国依法移交并委托其执行我国法院的刑事判决。这种委托是应邀进行的。对于这种委托请求,除了必须合乎引渡程序的要求外,还应具备下列的条件:①被移交的罪犯是请求国的公民且在中国无永久住所的;②被移交的罪犯所犯的罪行不涉及危害我国国家主权和重大利益,而只属于普通犯罪的;③罪犯应在我国服过一定刑期,至少应服刑一半以上;④请求国必须保证执行我国刑事判决;⑤被移交的罪犯在我国不存在未了的民事诉讼等。第二种是主动委托,即由我国主动向外国提出要求协助执行我国法院刑事判决。我国刑法第35条明确规定:“对于犯罪的外国人,可以独立适用或附加适用驱逐出境。”在司法实践中,我国法院将犯罪的外国人判刑后驱逐出境的案例较多,但尚没有委托外国执行我国刑事判决的先例。我认为,为了维护我国法律的尊严,防止放纵罪犯,我国应加强这方面的司法协助。在下列情况下,应考虑实行此类司法协助:依照我国缔结或参加的国际条约,我国承担有某种国际义务的;按照互惠原则,应从事这种司法协助的;为