

国际刑事司法合作的 规则与实践

Rules and Practices of International Juridical
Cooperation in Criminal Matters



司法法学
Elisor Law Study

黄风 著

国际刑事司法合作对于维护国家的法制、正义、经济利益和人道精神具有重要的意义，它的成功必定以尊重国际通行规则和被请求国基本法律制度为条件，并且需要我们特别讲求合作策略和技巧……



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

国际刑事司法合作的 规则与实践

Rules and Practices of International Juridical
Cooperation in Criminal Matters

黄 风 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

国际刑事司法合作的规则与实践/黄风著. —北京:北京大学出版社,2008.7
(司法法学)

ISBN 978 - 7 - 301 - 13629 - 4

I. 国… II. 黄… III. 国际刑法 - 司法协助 - 国际合作 - 研究
IV. D997.9

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 051240 号

书 名: 国际刑事司法合作的规则与实践

著作责任者: 黄 风 著

责任编辑: 恽 薇

标准书号: ISBN 978 - 7 - 301 - 13629 - 4/D · 2032

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

650mm × 980mm 16 开本 17.75 印张 278 千字

2008 年 7 月第 1 版 2008 年 7 月第 1 次印刷

定 价: 35.00 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

陈兴良

北京大学出版社的蒋浩先生为其组织出版的《司法法学》丛书邀我作序,我欣然命笔。之所以“欣然”,是因为我对“司法法学”这个概念或曰命题感兴趣,并有一种似曾相识的熟悉感,因而有话想说。

去年,强世功教授在三联书店出版了一本书,书名为《立法者的法理学》,其中第一章是“迈向立法者的法理学”。收到强世功的赠书,我很自然地“从立法者的法理学”联想到是否也存在“司法者的法理学”?由此又联想到从“统一的法理学”是否会走向“分化的法理学”。这些问题都关系到法理学,实际上也是法学的发展方向。对于强世功的“立法者的法理学”命题中的“立法者”一词,是不能望文生义的,因为在该书,强世功明确指出:

“立法者的法理学”绝不是目前流行的“立法学”,这里所说的“立法者”也不是现代法意义上的法律制定者(law-maker),而是古典意义上创造政体的立国者或者立法者(legislator)。^①

在这个意义上的“立法者的法理学”,实际上是一种政治学或者政治哲学。强世功是把“立法者的法理学”与“法律人的法理学”相对应的:“法律人的法理学”是在法律之中研究法律,是对法规范与法技术的研究。而“立法者的法理学”思考的不是仿佛自足的法律秩序,而是法律秩序作为其有效组成部分的政治秩序。它从法律世界出发重返到法律世界,并由此来理解法律。^②因此,“立法者的法理学”是在法律之前、之上、

① 参见强世功:《立法者的法理学》,三联书店2007年版,第24页。

② 同上注。

之外研究法律。如果有“立法者的法理学”,那么是否也有“司法者的法理学”呢?“立法者的法理学”中的“立法者”不是指法律制定者,那么“司法者的法理学”中的“司法者”是否指法律的适用者呢?这些问题都值得我们思考而不必马上有答案。

从“立法者的法理学”这个命题,促使我对法学自身进行反思。什么是法学?关于这个问题,经典定义是古罗马的查士丁尼给出的:“法学是关于神和人的事物的知识;是关于正义和非正义的科学”。^①在这一定义中,查士丁尼甚至没有提及法或者法律。我们现在的法理学教科书虽然仍然引用查士丁尼关于法学的定义,但已经不再直接采用为法学的概念。现在的法理学认为,法学是以法律观念为研究对象的各种科学活动及其认识成果的总称。^②这里的“各种科学活动”,当然是可以把立法活动与司法活动包含进去的。至于这里的“法律观念”及其对“法律观念”的研究如何理解,美国法学家帕特森关于“of law”与“about law”的二元区分的观点是可以参考的。当然,这些观点都是从法理学层面考虑的,它注重的是法的一般原理,是在整体意义上理解法。如果从部门法意义上来说,法学在一定程度上或在主体意义上是法教义学。法教义学,又称为或译为法信条学或者规范法学,这是德国学者采用的概念。例如德国学者拉伦茨将法学定义为:

以处理规范性角度下的法规范为主要任务的法学,质言之,其主要想探讨规范的“意义”。它关切的是实证法的规范效力、规范的意义内容;以及法院判决中包含的裁判准则。^③

这种以法规范为中心的法学,就是规范法学。尽管拉伦茨是从法学方法论角度论及法学的定义,但它对于我们理解法学还是具有启迪的。法教义学是法学知识中十分重要的一种形态,它采取的是“信条论”的思维方式。对此,德国学者考夫曼曾经做过深刻的阐述:

依据 Kant 的说法,法律信条论是“纯粹理性在现有理论框架上

^① 参见〔罗马〕查士丁尼:《法学总论——法学阶梯》,张企泰译,商务印书馆1989年版,第1页。

^② 参见张文显:《法理学》,高等教育出版社、北京大学出版社1999年版,第1页。

^③ 参见〔德〕卡尔·拉伦茨:《法学方法论》,陈爱娥译,商务印书馆2003年版,第77页。

运作,而未先行批判它自身的能力”。信条论者以未经检验即视为真实的条件为前提,他“在现有的情况下”来思考。信条论者不问法律“究竟”是什么,也不问是否、在何种情况下、在什么范围内、以何种方式会有法律的认识。这并不必然意味着,法律信条论毫不批判地运作,但即使在它批判地思辨时,例如批判地检验一条法律规范,法律信条论者是在体系范围内论证,也就是说,先行有效的体系并未被碰撞。^①

显然,法教义学是一种“of law”的理论而并非“about law”的理论。法学具有多个向度,可以采用多种方法进行研究,这是我们重新审视法学这个概念的时候得出的结论。但现在的问题是:如何把各个向度的法学知识及其方法论加以适当地区隔,使各种理论都能够保持逻辑上的自治自足,这正是我们所关注的。在部门法中,这一点尤其值得重视。以刑法学为例,我国目前还没有形成各自独立的刑法知识形态,没有区分立法者的刑法学与司法者的刑法学,而是将上述各种刑法知识混为一谈,发生语境上的混乱。在一般的刑法学论文中,总是按照这样的线索展开:历史沿革、概念特征、具体内容(因题而异)、司法适用、立法完善,这可以说成为一种标准的刑法论文格式,尤其在硕士论文中通行。对于这样的论文,我们无法对它进行归类:是规范刑法学的论文还是其他。在这样的论文中,从叙述口吻中反映出来的作者身份也是变换不定的:忽而是法学者,忽而是司法者,忽而又成为立法者。在这种情况下,难以保持理论观点的内在统一性和逻辑推理的前后一贯性。法学以及刑法学的发展,应当从其自身知识形态的反思开始,这是我的切身体会。

法学研究具有多种向度。我认为,应当从以立法为中心的法学向以司法为中心的法学转变,这也是我赞同“司法法学”这一概念的原因。我国法治的发展,经历了从无法可依到有法可依的转变。在解决了有法可依以后又将依法必依提到议事的日程上来,因而进入一个更高的法治发展阶段。有法可依的关键是立法,而有法必依的关键则是司法。法学界的有识之士在10年前就开始关注司法问题,例如以贺卫方、张志铭、朱苏力为主持人,北京大学法学院司法研究中心于1998年9月在中国政法大

① 参见〔德〕考夫曼:《法律哲学》,刘幸义等译,法律出版社2004年版,第15页。

学出版社出版了《司法文丛》。其宗旨是：

中心倡导对司法制度进行跨学科、多角度的综合研究。在运作以及成果上强调学术研究与司法实践之间的沟通、对话以及互动，强调成果的多层次和多侧面，强调项目参与者的广泛性和多样性，力求通过中心的研究成果以及学术活动本身既推进司法研究领域的学术进度，又对于中国司法制度的改进有所贡献。^①

《司法文丛》的出版，对于法学的学术注意力从立法向司法的转移是具有标志性意义的。当然，《司法文丛》出版的背景是对司法改革的研究，为当前开始起步的司法改革提供学术资源，并且注重的是对司法制度的研究。而现在北京大学出版社的《司法法学》文丛，是在法学框架内，对司法实践问题的全方位、多学科的研究。例如对判例的研究，就是司法法学的题中之义。判例是司法活动的结果，裁判理由是法条之一般适用于案件之个别的逻辑推理的陈述，因此应当成为法学研究对象。以规范为中心的法学当然是重要的，但以裁判规则为中心的法学也是应当提倡的。可以说，随着判例制度在我国的逐渐形成，判例研究必将成为我国法学知识的增长点。《司法法学》文丛以司法为号召、以法律适用中的疑难问题为内容、以实证分析与规范分析为方法，采取开放性的态度，面向各个法学学科，形成我国法学研究的有生力量，以此推动法学向前发展。这是《司法法学》文丛所期望的，也是我所期待的。

是为序。

谨识于北京海淀锦秋知春寓所

2008年5月30日

① 参见：《司法文丛·编纂说明与志谢》，中国政法大学出版社1999年版。

前 言

截至2007年8月31日,我国已经与57个国家缔结了90项包含司法合作内容的双边条约(协定),其中涉及刑事司法协助的条约40项,引渡条约31项,移管被判刑人条约5项。除此之外,我国还加入了《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、《联合国反腐败公约》等大约二十项包含刑事司法合作内容的多边国际公约。在我国,近若干年来,借助国际合作处理的刑事案件呈快速增长的趋势,其中涉及不少大案要案;国际刑事司法合作在打击犯罪、维护人权和保障公正司法方面发挥着日益重要的作用。

国际刑事司法合作,是一个比较宽泛的概念,根据在国际刑法学中占主导地位的“四分法”^①,它包含四个范畴:(1)引渡;(2)狭义的刑事司法协助;(3)刑事诉讼移管;(4)相互承认和执行刑事判决。这种“四分法”似乎也在国际法律文件中得到体现,联合国于1990年通过的一套关于国际刑事司法合作的条约范本恰恰是:《引渡示范条约》、《刑事司法协助示范条约》、《刑事诉讼移管示范条约》、《关于移管外籍囚犯的模式协定》和《有条件判刑或有条件释放罪犯转移监督示范条约》(后两项文件所调整的事项正是相互承认和执行刑事判决)。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》,在国际合作问题上,也分别采用独立的条款特别调整引渡、刑事司法协助、刑事诉讼移管以及承认和执行外

^① 参见 Paolo Laszloczky, La cooperazione internazionale negli atti d'istruzione penale, Edizioni Cedam-Padova, 1980, 第27,28页。

国裁决四大问题。^①

事实证明,关于国际刑事司法合作理论体系的“四分法”是比较科学与合理的。本书力图采用这样一种体系展开论述。在上述四个范畴中,引渡自然是最占篇幅的议题,这不仅是因为它曾是国际刑事司法合作的主要形式,同时还因为,它所涉及的规则对于国际刑事司法合作的其他范畴具有指导和参考意义,可能产生举一反三的效果。狭义的刑事司法协助也构成本书的主体部分。从一定意义上讲,狭义的刑事司法协助近几年的发展大有向引渡的传统主导地位挑战的意味,在《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》中,“司法协助”条款的篇幅已经大大超过了“引渡”的篇幅。相比之下,本书关于刑事诉讼移管以及相互承认和执行刑事判决的两编则篇幅有限,这种篇幅上的差异实际上也体现着上述四大范畴的主从关系。

国际刑事司法合作是一个实务性较强的领域,因此,本书在评述其基本理论和规则的同时也穿插了一些案例解析,并且专门设置了第五编,通过6个典型案例介绍相关的具体实践。这是6个令笔者难忘和振奋的案例,它们向读者证明:国际刑事司法合作对于维护国家的法制、正义、经济利益和人道精神具有何等重要的意义,它的成功必定以尊重国际通行规则和被请求国基本法律制度为条件,并且需要我们特别讲求合作策略和技巧,认真、细致和全面地做好各种准备及铺垫工作,包括以互惠为基础的付出性工作。

撰写和出版一部全面论述国际刑事司法合作制度的专著,这是笔者酝酿多年的愿望,这一想法最初是在我的老领导、司法部前部长张福森同志的提议和鼓励下形成的。提到张福森同志,我可以毫不夸张地说,他为中国的国际司法合作事业做出了非常卓越的贡献。张部长在司法部任职期间始终把国际司法合作工作当作一件大事亲自过问和督办。他曾经面对面地与美国司法部长阿什克罗夫特、法国司法部长佩尔贝恩商谈一些

^① 以《联合国反腐败公约》为例,上述四大问题分别由该公约第44条(引渡)、第46条(司法协助)、第47条(刑事诉讼的移交)、第45条(被判刑人的移管)和第55条(没收事宜的国际合作)加以调整。

重大刑事案件的合作问题;他曾经针对具体案件数次给南非两任司法部长写信阐释有关的法律意见;他曾经亲笔签署了数项向外国移管被判刑人的司法部长令;他曾经通过司法部长间的高层磋商使中法刑事司法协助条约谈判摆脱僵局获得成功;就在卸任之前,他还通过与西班牙司法部长的商谈促成两国在一年中缔结了刑事司法协助条约、引渡条约和移管被判刑人条约三项双边条约,创造了中国缔约史上的记录……就我个人而言,张福森同志的指导、教诲、支持、鼓励和提携,也给予我的工作、学习和研究以宝贵动力。我希望能够以这本书完成张部长交给我的研究任务。

黄 风

2008年1月9日

于太仆寺街

目 录

第一编 引 渡

第一章 引渡的义务	3
一、互惠原则与条约前置主义	3
二、对条约前置主义的放弃和变通	5
三、双重犯罪原则	7
四、可引渡犯罪:递进的条件	9
五、特定性原则	12
六、或者引渡,或者起诉	13
七、请求竞合时的选择	16
第二章 引渡的种类	19
一、主动引渡和被动引渡	19
二、提议引渡和应允引渡	20
三、诉讼引渡和行刑引渡	21
四、诉讼引渡和行刑引渡 新的三分法	22
五、简易引渡	24
六、附带引渡	26
七、部分引渡和附条件引渡	27
八、补充引渡	29
九、再引渡	31
十、重新引渡	32
十一、暂缓引渡	34
十二、临时引渡	36
十三、过境引渡	38

十四、事实引渡 遣返非法移民和驱逐出境	40
十五、伪装引渡	43
第三章 拒绝引渡的理由	45
一、本国国民不引渡	45
二、政治犯罪例外	49
三、政治犯罪例外 例外中的例外	52
四、不正当的追诉目的	54
五、军事犯罪	56
六、财税犯罪	57
七、死刑不引渡	59
八、酷刑	62
九、正当程序和特别法庭	64
十、时效与赦免	66
十一、一事不再理	68
十二、缺席审判	69
十三、管辖权欠缺	70
十四、人道主义考虑	71
十五、豁免权	72
第四章 为引渡而羁押	74
一、一般情况下的引渡羁押	74
二、紧急情况下的临时羁押	76
三、引渡监视居住	78
四、过境引渡中的羁押措施	79
第五章 引渡请求的审查程序	82
一、联系途径	82
二、引渡请求及其所需的文件	84
三、对证据材料的不同要求	86
四、对引渡请求的双重审查制	89
五、司法审查程序	91
六、行政审查程序	93
七、上诉和申诉	95

八、对被请求引渡人的权利保障	97
----------------------	----

第二编 刑事司法协助

第一章 刑事司法协助的概念和特点	103
一、刑事司法协助的广义和狭义概念	103
二、刑事司法协助的形式	105
三、刑事司法协助的新中心	107
四、服务性和中立性	109
五、开放性和消极协助	110
六、司法协助与执法合作	112
第二章 可能妨碍协助的情形	114
一、双重犯罪原则	114
二、政治犯罪和军事犯罪	116
三、死刑的适用	118
四、对本国国民的保护	120
五、禁止双重危险	121
六、缺乏直接的关联 特定性规则	122
第三章 刑事司法协助的请求与执行	125
一、联系方式	125
二、司法协助中央机关的职能	127
三、司法协助中央机关的指定	128
四、请求书的制作	130
五、司法协助的执行	132
第四章 文书送达	134
一、传唤有关人员出庭作证	134
二、对证人和鉴定人的保护	136
三、传唤被告人出庭	137
四、外交和领事官员送达和取证	138

第五章 调查取证	140
一、查找或辨认有关人员	140
二、调取书证材料	141
三、委托询问证人	143
四、派员调查取证	144
五、解送在押人员出庭作证	146
六、搜查、扣押和冻结	147
七、远程视频听证	149
八、联合调查	151
九、特殊侦查手段	153
第六章 资产的追缴	157
一、直接追回的措施	157
二、简易返还	159
三、执行外国的罚没裁决	161
四、通过在财产所在地开展刑事追诉实行没收	163
五、不经定罪的没收、民事没收制度	164
六、被没收资产的处置与分享	168
七、澳大利亚关于犯罪收益追缴的最新立法	170

第三编 刑事诉讼移管

第一章 刑事诉讼移管的概念和特点	181
第二章 刑事诉讼移管的条件	184
第三章 刑事诉讼移管的程序	186
第四章 刑事诉讼移管的效力	189
一、诉讼移管对移出国的约束效力	189
二、诉讼移管对移入国的约束效力	190

第四编 相互承认和执行刑事判决

第一章 概述	193
--------------	-----

第二章 被判刑人移管	196
一、被判刑人移管的概念和意义	196
二、被判刑人移管的基本原则	197
三、被判刑人移管的条件	200
四、被判刑人移管的程序	203
五、移管执行中的法律适用问题	205
第三章 对外国财产刑的执行	208
第四章 关于资格刑的承认和执行	211
第五章 关于完善我国相关立法的建议	213
一、我国急需关于承认和执行外国刑事判决的立法	213
二、需要确立的基本原则	215
三、承认和执行外国刑事判决的主要条件	218
四、承认和执行外国刑事判决的基本程序	219

第五编 从案例看国际刑事司法合作的成功实践

案例之一 张振海引渡案	227
案例之二 余振东遣返案	231
案例之三 100 亿美元备用信用证诈骗案的国际刑事司法协助	238
案例之四 邵军贪污受贿案的国外调查取证	245
案例之五 余振东非法转移到美国的 355 万美元追回案	251
案例之六 中国首次向乌克兰移管被判刑人	259



第一编

引渡

