

刑法研究系列 **4**

• 中国人民大学国际刑法研究所文库⑤

• 国家教委博士点项目

外向型刑法 问题研究

上卷

赵秉志 著

Xingfa yanjiu Xilie

● 中国法制出版社

刑法研究系列

4

中国人民大学国际刑法研究所文库⑤

国家教委博士点项目

外向型刑法问题研究

(上 卷)

赵秉志 著



中国法制出版社



西安政院201 2 0160465 3

刑法研究系列

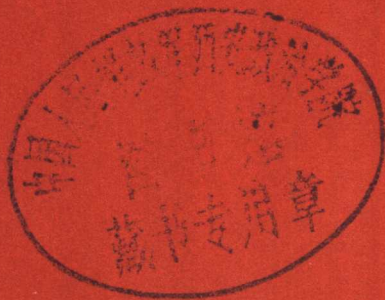
4

• 中国人民大学国际刑法研究所文库⑤

外向型刑法问题研究

(下 卷)

赵秉志 著



中国法制出版社



西安政院201 2 0160474 5

序 言

刑法是以犯罪、刑事责任和刑罚为其基本内容的国家基本法律。由其调整领域之广泛性、保护利益之重要性和违法制裁手段之严厉性等特点所决定,刑法及其运作在现代社会之法治中具有特殊的重要性。刑法学是以刑法立法、司法及其发展变化规律为主要研究内容的法学学科,其理论源远流长、博大精深,其内容丰富多彩、错综复杂。新中国的刑法学研究在五十年代已初步开展,后来由于此伏彼起、连绵不断的政治运动之冲击而基本停滞。中国共产党第十一届三中全会作出全面建设社会主义法制之决策以后,随着1979年新中国第一部刑法典的颁布,尤其是随着改革开放十七年来社会前进步伐的刑法立法与刑法实务之发展变化,刑法学研究也繁荣发展,长足进步,成为公认的中国法学领域进展显著、成果丰硕的几个主要法学学科之一。由于刑法学所研究的诸多理论与实务问题,乃现代法治社会至关重要的问题,与公民的基本权利息息相关,所以刑法学研究及其成果不但为广大刑法实务与理论工作者所关注,为其他法律实务与理论工作者所注意,近年来也逐渐引起普通公民了解与研习的兴趣。这是一个可喜的现象。可以说,刑法与刑法学的发达和普及程度,是现代社会法治化程度的重要标志之一。

我学习研究刑法学的历程几乎与改革开放新时期中国的刑法建设同步。尤其是自相继攻读刑法专业硕士学位、博士学位而步入刑法学研究之路十多年以来,我从事刑法学研究的学术兴趣一直浓厚,并常常在注意思考和探索治学之道,力图确立正确的研究方向,形成科学的研究方法,在此方面略有心得并努力体现在我的研

究活动和科研成果中。

在我看来,不同类型的学科应当有不同的治学特点,一门学科科学的治学之道,应当受其性质和内容的制约,并有助于促进其价值之实现。刑法学是应用性突出的实体部门法学,是研究罪刑规范(最基本的禁止性的社会行为准则)的设置、运用及其发展变化规律的理论。因此,刑法学研究之第一要义,是要坚持理论联系实际、探讨和解决实践问题的研究道路与学风,应当力戒脱离国家法治发展现实、脱离刑法立法与司法实务的经院哲学式的研究道路与方法。这样,刑法学研究才能切实担当起引导和促进国家刑事法治建设与社会进步的使命。脱离实践的刑法理论研究必将是灰色的,而根植于实践的刑法理论研究才会生机盎然。

我认为,刑法学研究中的理论联系实际,有其丰富而合理的内涵,值得努力挖掘和大力弘扬。择其要者,至少应当正确地把握以下关系:

第一,刑法实务与刑法理论。刑法学研究中的理论联系实际,要求研究刑法具体规范的含义及其运用问题,但决不意味着可以轻视刑法理论的研究。而是要求研究刑法理论应当结合实务问题,并且应当注意把具体的实务问题上升到刑法理论的高度来研究来认识。可以说,刑法实践问题的科学解决和完善,需要刑法基本理论的指导与促进;而刑法基本理论的深化和开拓,也需要刑法实践问题的丰富与启迪。刑法学研究中的理论联系实际,首先就是要求把刑法理论与刑法实务结合起来进行研究。

第二,法治现实与法治发展。刑法学研究当然要阐释现行的刑法规范,反映和总结当前的司法实务,但不能以此为满足,更不能无论立法科学与否、司法正确与否均予以论证。刑法学研究中的理论联系实际,要求结合刑事法治的现实来开展理论研究,对科学的立法予以阐释论证,对正确的司法实务进行分析总结;同时,还要

求在论证科学、正确的刑事法治现实之基础上,注意理论联系实际地检讨立法缺陷和司法弊端,并进而引导和促进立法的科学与司法的完善,即担当起促进刑事法治发展的使命。

第三,刑法实践与社会实践。刑法学研究中的理论联系实际,不仅仅是要联系刑法的立法实践和惩治与防范犯罪的司法实践,而且还要注意适当联系国家和社会的政治、经济、文化、生活的现状及其发展变化的实际,乃至适当联系境外、国外和当今国际社会政治、经济、法治等方面的情况及其发展趋势。惟有如此,刑法学才能脚踏实地而且目光远大地发展进步。

为此,我在十多年的刑法学研究中,除承担刑法学、刑法总论、台湾刑法问题、香港澳门刑法问题等课程讲授的本职工作并努力使教学与研究互相促进外,还积极参与了一系列有关的实践和学术活动,包括自1988年以来作为全国人大常委会法制工作委员会刑法修改小组成员参与刑法的修改及其研讨工作,作为专家学者应邀参与国家最高司法机关关于司法解释文件制定的研讨和一些疑难案件的研究、咨询,作为专家学者参与国家有关部门关于台港澳刑事法律实务与理论的研究、咨询,作为兼职律师参与刑事案件的辩护、代理和咨询工作,到司法实务部门调查研究,以及同国内外刑法实务界和理论界多种形式的学术交流与合作,等等。通过内容丰富的专业活动和理论联系实际的学术研究与探索,我逐渐形成了自己的研究风格和特点,即:注重根据刑事法治的现实及其发展需要,结合实际研究刑法及其运用中的实务问题,尤其是基本问题、重点问题、热点问题和疑难问题,力求对刑法理论研究和刑事法治实践有所裨益;注意结合国家改革开放和法制建设的需要,并参考借鉴当代世界刑法和刑法学发展进步的趋势,努力开拓研究新领域和新课题,力争站在学科最前沿,对刑法改革、特别刑法、台港澳地区刑法、中国区际刑法问题和国际刑法问题等新领域或新

课题均较早投入开拓性研究,期望对我国刑法科学的发展和刑事法治的进步有所引导与促进。

在此基础上,我除撰著、主编、合著、合译刑法书籍外,还在国内外报刊上发表了三百多篇专业论文和文章,其中绝大多数是刑法学方面的。这些刑法学论文和文章,从个人研究的角度,在一定程度上,反映了我国刑法理论、刑法立法与司法实务的发展历程,以及我国刑法学研究中的若干重要领域和课题。从研究内容上看,这些论文所涉及的几个领域的特色与彼此界限亦很明显:一是中国刑法理论与实务的研究;二是中国刑法改革问题的研究;三是台港澳刑法、中国区际刑法问题、国际刑法和外国刑法等外向型刑法问题的探讨。几年来,我一直打算以这些发表的刑法学文章为主,再适当增添一些未发表的或专门另行撰写的专题文章,结合我国刑法理论与司法实务近年来的进展,以几个主要领域为专题范围,经过认真筛选和科学的整理编辑,形成一个系列的几本兼具广度、深度和新意的专题研究著作,并为此进行了必要的准备。但在目前我国出版行业面临很多困难、尤其是经济困难的情况下,这一计划能否顺利实现?我未敢抱太大的希望。值得庆幸的是,经过考察和研究,国务院法制局直属的中国法制出版社毅然同意不要代价地独家出版我这几本书。该社不仅是认为我这几本书具有一定的理论和实务水平而会有一定的社会需求量,更是把出版这套书作为扶持中青年法律学者和繁荣法学研究成果的一个义举。中国法制出版社的这种眼光和魄力,是颇为值得称道的。

我的这套书定名为《刑法研究系列》,依次包括下述几种:(一)《刑法总论问题研究》;(二)《刑法各论问题研究》;(三)《刑法改革问题研究》;(四)《外向型刑法问题研究》。将已发表的专题文章编入书中时,原则上不修改观点和基本内容,而主要是进行合并、调整、增设文内标题、必要的少量增删等侧重技术性的编辑整理;对

个别因法律修改或制定了新的司法解释而本人亦认为论述应有所改变之处(此种情况很少),则一般采用加注释的办法标明。编入书中的专题文章,有部分是与师长、同仁或者我指导的研究生合写的,我深深感谢他们的合作、智慧与劳动,并在文章之后均注明合作者的姓名。

本书《外向型刑法问题研究》为这套系列著作的第四部,因篇幅和专题的关系而分为上下卷,包含四编,计四十六个专题。上卷是作者承担的国家教委博士点项目《“一国两制”中互涉刑法问题研究》的最终成果。法学博士赫兴旺、顾茂昆和博士研究生杨正根、刘志伟、肖中华等参加了本项目的研究与写作,他们与作者合著的有关论文收入了本书上卷。上卷包括第一、二两编、二十四个专题:第一编为台港澳地区刑法问题,以十三个专题对中国台湾、香港和澳门地区现行刑法的宏观问题、基本内容以及一些重要问题进行了论述,并择要与中国大陆刑法进行了比较研究;第二编为中国区际刑法问题,以十一个专题对中国大陆与台港澳地区现阶段已经产生以及未来“一国两制”时期会面临的一系列刑法问题进行了探讨。下卷包括第三、四两编、二十二个专题:第三编为国际刑法问题,该编在探讨跨国跨地区犯罪及其惩治的基本问题之基础上,对酷刑罪、危害国际航空安全罪、危害海上航行安全罪和毒品犯罪等几类危害严重且常见多发的国际犯罪进行了论述;第四编为外国刑法问题,包含了对外国刑法思想、基本刑法制度以及若干具体犯罪的研讨,其中有几篇比较研究的专题还论及了我国香港、台湾地区刑法的同类问题。近年来中国着力实行改革开放,我国刑法学界也逐渐开拓与重视中国区际、国际和外国等外向型刑法问题的介述与研究,本人较早开始关注与涉足这一领域,尤其是台港澳地区刑法和中国区际刑法问题,更是我近年来学术研究和教学的一个重点,因而也写作、发表了较多的这一方面的论著。本书即较为集

中地反映了我在外向型刑法特别是台港澳刑法和中国区际刑法问题方面的耕耘与见解。期望本书在繁荣我国刑法学的外向型刑法之述论与研究方面能略作绵薄贡献,并能为有关的实务与理论工作提供参考借鉴。由于本书的领域为外向型刑法研究,符合本人任副所长的中国人民大学国际刑法研究所文库之宗旨和范围,经本人申请,研究所所长高铭暄教授同意,将本书也同时纳入中国人民大学国际刑法研究所文库出版。在本书下卷正文专题之后,经责任编辑提议或同意,还收入了几份资料作为本书、也是这套书的附录:一是我应邀所作的关于如何从事社会科学尤其是法学研究的一篇演讲,这是我这方面的一些心得体会;二是同仁整理的介述我见诸于出版发表之论著的一系列学术见解的文章;三是我从事刑法学研究十多年来出版发表的论著目录。将它们收入书中,既希望能藉此来促进自己与师长同仁、读者朋友们的学术切磋和思想交流,更想以此作为既往的总结来激励自己在学术道路上开始新的跋涉、攀登。

谨将这套系列著作献给生育我、爱我并始终催我上进的刚刚辞世的父亲、年迈的母亲和关心我的家人;献给引导我走上刑法学研究之路并给我以悉心指导培养和着力扶持的两位恩师高铭暄教授和王作富教授;献给一切关心、爱护、帮助、信任与鼓励我的师长、同仁与朋友们;献给国家的法治事业和刑法学研究。

最后,在本书即将付梓之时特别要对支持我完成《“一国两制”中互涉刑法问题研究》的国家教委和课题组其他成员,对中国法制出版社的鼎力支持和有关同志所付出的辛勤劳动,衷心表示我诚挚而深切的谢意。

赵秉志

1997年1月于中国人民大学静园

目 录

第一编 台港澳地区刑法问题	(1)
一、台湾刑法及其修改趋势要论	(1)
(一)台湾现行刑法的沿革	(1)
(二)台湾现行刑法的体系结构和基本内容	(5)
(三)台湾现行刑法的主要特点	(23)
(四)台湾现行刑法的修改趋势	(25)
二、台湾刑法中的毒品犯罪研究	(34)
(一)台湾毒品犯罪概况及其特点	(34)
(二)台湾刑法典中的毒品犯罪及其惩治	(42)
(三)台湾单行刑法中的毒品犯罪及其惩治	(58)
(四)台湾附属刑法中的毒品犯罪及其惩治	(74)
(五)台湾对毒品犯罪的综合防范	(80)
三、台湾刑法中的妨害司法活动犯罪研究	(88)
(一)台湾刑法中的妨害司法活动犯罪概览	(88)
(二)台湾刑法典中的妨害司法活动犯罪	(95)
(三)台湾特别刑法中的妨害司法活动犯罪	(135)
四、海峡两岸刑法典总则的比较研究	(154)
(一)关于刑法典总则的体系和结构	(154)
(二)关于罪刑法定原则	(156)
(三)关于刑法的空间效力	(158)
(四)关于犯罪构成的一般要件	(160)

(五)关于故意犯罪的未完成形态	(163)
(六)关于共同犯罪	(165)
(七)关于刑罚体系	(166)
(八)关于量刑制度	(168)
五、海峡两岸刑法典分则的比较研究	(171)
(一)关于体系结构	(171)
(二)关于立法技术	(174)
(三)关于处罚方面的立法内容	(180)
(四)关于罪种之异同	(185)
六、海峡两岸刑法中犯罪故意的比较研究	(191)
(一)两岸犯罪故意的立法沿革与现状	(192)
(二)两岸犯罪故意的概念之比较	(193)
(三)两岸犯罪故意的构成因素之比较	(197)
(四)两岸犯罪故意的法定类型之比较	(209)
(五)两岸犯罪故意的处罚之比较	(218)
七、海峡两岸刑法中犯罪过失若干问题的比较研究	(221)
(一)两岸犯罪过失的立法比较	(221)
(二)两岸犯罪过失中注意能力和注意义务问题 之比较	(229)
八、海峡两岸刑法中侵害商标犯罪立法的比较研究	(241)
(一)罪名之比较	(241)
(二)犯罪构成要件之比较	(244)
(三)刑罚处罚之比较	(249)
九、海峡两岸刑法中妨害司法活动犯罪的比较研究	(254)
(一)立法方式之比较	(254)
(二)犯罪种类之比较	(257)

(三) 处罚原则之比较·····	(261)
(四) 修改趋势之比较·····	(264)
十、香港刑法述论 ·····	(267)
(一) 香港刑法的立法形式和特点·····	(268)
(二) 犯罪方面的基本内容·····	(269)
(三) 影响刑事责任的因素·····	(286)
(四) 刑罚方面的基本内容·····	(293)
(五) 香港刑法中犯罪的分类排列问题·····	(299)
(六) 香港刑法中的具体犯罪种类·····	(302)
十一、香港毒品犯罪及其惩治防范 ·····	(330)
(一) 香港毒品犯罪的状况和特点·····	(330)
(二) 香港刑法中的毒品犯罪及其惩治·····	(337)
(三) 香港毒品犯罪的综合防范·····	(349)
十二 澳门新刑法典述论 ·····	(355)
(一) 澳门法律本地化与澳门新刑法典的创制·····	(355)
(二) 澳门新刑法典的总则规范·····	(359)
(三) 澳门新刑法典的分则规范·····	(392)
(四) 澳门新刑法典的主要特点·····	(407)
十三、澳门新刑法典基本原则之探讨 ·····	(417)
(一) 罪刑法定原则·····	(418)
(二) 刑法效力不溯及既往原则·····	(422)
(三) 罪刑相适应原则·····	(423)
(四) 人道主义原则·····	(425)
(五) 中国内地刑法与澳门新刑法典在基本原则方面之 比较·····	(428)
第二编 中国区际刑法问题 ·····	(437)
十四、两岸交往中的刑法问题 ·····	(437)

- (一)处理两岸互涉刑事法律问题的原则…………… (437)
- (二)两岸互涉刑事案件管辖权的归属…………… (441)
- (三)关于台胞历史刑事问题的处理…………… (445)
- (四)大陆非法去台人员的刑事责任问题…………… (449)
- (五)现阶段大陆涉台犯罪的刑事责任问题…………… (450)
- (六)关于完善两岸互涉刑事法律问题处理
的建言…………… (454)

十五、试论台湾《两岸人民关系条例(草案)》

- 中的刑事法律问题…………… (456)
- (一)重婚等规定具有合理和进步意义…………… (457)
- (二)以刑罚限制和禁止台湾人民与大陆交往有悖
法理情理…………… (458)
- (三)以政治因素阻碍大陆人民赴台荒谬不当…………… (459)
- (四)关于刑法效力范围方面的规定之不妥…………… (460)
- (五)两岸间应逐步建立司法协作关系…………… (462)

十六、评析台湾《两岸人民关系条例》中的刑

- 事规范…………… (464)
- (一)《条例》中的刑事规范概览…………… (464)
- (二)关于两岸人民往来于对岸地区…………… (465)
- (三)关于两岸人民互涉的历史重婚问题…………… (472)
- (四)关于两岸通航和通商问题…………… (475)
- (五)关于两岸人民在对岸交往之自由…………… (482)
- (六)关于两岸文化教育之交流…………… (485)
- (七)关于大陆人民著作权等权利在台湾的司法保
护…………… (486)
- (八)关于在大陆犯罪之刑事管辖权…………… (489)
- (九)关于《条例》的总体评估及其缺陷…………… (493)

十七、关于两岸合作惩治海上犯罪的初步研讨

..... (496)

(一)两岸合作惩治海上犯罪的意义..... (496)

(二)两岸合作惩治海上犯罪的原则..... (500)

(三)两岸合作惩治海上犯罪的协议探略..... (504)

十八、从台湾的“刑事法律”看“七·二一闽

狮渔事件”..... (507)

(一)关于台湾军方在此事件中的责任..... (507)

(二)关于台湾警方对大陆渔民的移送罪名..... (508)

(三)关于台湾检控机构对大陆渔民的起诉罪名..... (508)

(四)关于台中“地方法院”对大陆渔民的“判
决”..... (509)

附:台中地方法院“七·二一闽狮渔号”案判决理

由..... (511)

十九、关于建立海峡两岸刑事司法协作关系的

研讨..... (526)

(一)建立两岸刑事司法协作关系的急迫性和可行
性..... (526)

(二)两岸刑事司法协作的原则..... (529)

(三)两岸刑事司法协作的机构和步骤..... (535)

(四)两岸刑事司法协作的事项..... (538)

(五)两岸刑事司法协作的犯罪范围..... (541)

(六)建立和完善两岸刑事司法协作关系的构想..... (547)

二十、海峡两岸间刑事案件移交和已决犯移管

问题研究..... (550)

(一)刑事案件移交和已决犯移管的国际国内立法
概览..... (550)

(二)两岸刑事案件移交和已决犯移管的性质·····	(571)
(三)两岸刑事案件移交和已决犯移管的必要性与 可行性·····	(574)
(四)两岸刑事案件移交和已决犯移管的基本原则·····	(578)
(五)两岸刑事案件移交和已决犯移管的渠道与进 程·····	(584)
(六)两岸刑事案件移交的具体情形和程序·····	(586)
(七)两岸已决犯移管的情形、内容和程序·····	(593)
二十一、现阶段港澳人犯罪的刑事责任问题 ·····	(598)
(一)问题的界定和研究意义·····	(598)
(二)港澳人在大陆犯罪的刑事责任问题·····	(601)
(三)港澳人在大陆以外犯罪的刑事责任问题·····	(604)
二十二、“一国两制”时期港澳台人犯罪的刑 事责任问题 ·····	(609)
(一)“一国两制”及港澳台地区的刑事法制·····	(609)
(二)“一国两制”时期港澳台人犯罪的刑事责任·····	(612)
二十三、香港特别行政区与内地间互涉刑事法律问 题研究 ·····	(615)
(一)两地互涉刑事法律问题的界定和研究意义·····	(615)
(二)两地刑法的差异与协调·····	(619)
(三)两地互涉刑事案件的管辖和法律适用·····	(624)
(四)驻港特别人员犯罪的刑事管辖和法律适用·····	(629)
二十四、中国内地与港澳特别行政区的刑事司法协 助问题研究 ·····	(633)
(一)中国内地与港澳特别行政区刑事司法协助的 性质·····	(634)

(二)中国内地与港澳特别行政区刑事司法协助的 基本原则·····	(635)
(三)中国内地与港澳特别行政区刑事司法协助的 主要内容·····	(643)
(四)中国内地与港澳特别行政区刑事司法协 助的途径与模式·····	(648)
第三编 国际刑法问题 ·····	(653)
二十五、跨国跨地区犯罪及其惩治原则 ·····	(653)
(一)跨国跨地区犯罪的含义和特征·····	(653)
(二)跨国跨地区犯罪的类型和现状·····	(656)
(三)跨国跨地区犯罪的惩治原则·····	(661)
二十六、国际公约中酷刑罪的惩治与防范 ·····	(672)
(一)酷刑罪的概念和构成要件·····	(672)
(二)酷刑罪的刑事惩治·····	(674)
(三)酷刑罪的防范和补偿措施·····	(676)
二十七、危害国际航空犯罪的惩治与防范 ·····	(679)
(一)危害国际航空犯罪的历史与现状简述·····	(679)
(二)惩治危害国际航空犯罪的国际公约·····	(680)
(三)危害国际航空罪的构成·····	(682)
(四)惩治和防范危害国际航空犯罪的措施·····	(685)
二十八、国际刑法中的劫机犯罪 ·····	(692)
(一)劫机犯罪的定义和构成·····	(693)
(二)劫机犯罪的管辖·····	(694)
(三)劫机罪犯的引渡·····	(696)
二十九、略论危害海上航行安全犯罪的惩治与防范 ·····	(700)
(一)危害海上航行安全犯罪的历史与现状·····	(700)
(二)惩治危害海上航行安全犯罪的国际公约·····	(702)

(三)危害海上航行安全罪的构成·····	(703)
(四)国际公约中惩治危害海上航行安全罪的规 定·····	(706)
(五)各国惩治危害海上航行安全罪的国内法罪刑规 范·····	(707)
(六)防范危害海上航行安全犯罪的措施·····	(708)
三十、国际刑法中的毒品犯罪 ·····	(711)
(一)国际毒品犯罪与国际禁毒立法概览·····	(711)
(二)国际刑法中的毒品犯罪及其惩处·····	(719)
(三)国际刑法中惩治毒品犯罪的程序规范·····	(732)
三十一、国际贩毒罪及其惩治与防范 ·····	(738)
(一)国际禁毒活动和禁毒公约·····	(738)
(二)贩毒罪的构成·····	(740)
(三)惩治和防范贩毒罪的措施·····	(742)
第四编 外国刑法和比较刑法问题 ·····	(747)
三十二、贝卡里亚及其关于犯罪的思想 ·····	(747)
(一)贝卡里亚及其名著《论犯罪与刑罚》·····	(747)
(二)关于犯罪的原因·····	(749)
(三)关于犯罪的概念·····	(751)
(四)关于犯罪的分类·····	(753)
(五)关于犯罪未遂的理论·····	(754)
(六)关于共犯的理论·····	(757)
三十三、简析罗伯斯比尔的刑法思想 ·····	(760)
(一)反对惩罚自由思想和言论·····	(760)
(二)关于刑罚目的·····	(762)
(三)定罪与证据·····	(764)
(四)废除死刑的思想·····	(765)