

LEGISLATIVE PROPOSAL AND ITS PROOFS
ON THE LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA
ON INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE
IN CRIMINAL MATTERS



—— 中华人民共和国 ——
国际刑事司法协助法
立法建议稿及论证

黄 风 / 著



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

司法部法治建设与法学理论研究科研项目成果

LEGISLATIVE PROPOSAL AND ITS PROOFS
ON THE LAW OF THE PEOPLE'S REPUBLIC OF CHINA
ON INTERNATIONAL JUDICIAL ASSISTANCE
IN CRIMINAL MATTERS

中华人民共和国
国际刑事司法协助法



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中华人民共和国国际刑事司法协助法立法建议稿及论证/黄风著. —北京:北京大学出版社,2012.3

ISBN 978-7-301-20108-4

I. ①中… II. ①黄… III. ①刑法-司法协助-立法-研究-中国 IV. ①D925.204

中国版本图书馆CIP数据核字(2012)第009878号

书 名: 中华人民共和国国际刑事司法协助法立法建议稿及论证

著作责任者: 黄 风 著

责任编辑: 王建君

标准书号: ISBN 978-7-301-20108-4/D·3039

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.yandayuanzhao.com>

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: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

890毫米×1240毫米 A5 12.25印张 324千字

2012年3月第1版 2012年3月第1次印刷

定 价: 30.00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

前 言

关于国际刑事司法合作的对外缔约工作,我国基本上是从1987年开始的,在迄今差不多25年的时间中,缔结或者参加的包含狭义刑事司法协助、引渡、被判刑人移管、刑事诉讼移管条款的国际条约(公约)已经上百项,可以说是我国对外缔约历史上的一大奇观。

为了承担并具体履行相关的条约义务,必须有配套的国内执行程序 and 标准,而这方面的国内立法工作大约是从1996年开始的^①,当时在新修订的《刑事诉讼法》中加进一个关于刑事司法协助的条款(第17条),而且这个条款所说的“刑事司法协助”后来被法律实务部门和学术界作出广义的解释,认为涵盖狭义刑事司法协助、引渡、相互承认和执行刑事裁决、刑事诉讼移管等各合作事项。2000年我国出台了《引渡法》,这是我国涉外刑事司法走向现代化和法制化的一个里程碑。从2003年起,随着我国对《联合国反腐败公约》的签署和批准,制定一部全面、系统的国际刑事司法协助法的计划被提上议事日程。目前,有关部门正在紧锣密鼓地研究和起草我国《国际刑事司法协助法》,并将该法律的制定纳入近年的立法规划。

笔者从二十年前就开始关注国际刑事司法合作的国内立法问题。结合1996年《刑事诉讼法》的修订工作,笔者起草了“第五编国

^① 从更广的意义上讲,相关国内执行程序 and 标准的制定工作可以向前追溯到1992年,当时外交部、最高人民法院、最高人民检察院、公安部 and 司法部共同研究并制定了《关于办理引渡案件若干问题的规定》这一重要的内部规章。

际刑事司法合作(学术研究稿)”。^①2000年《引渡法》的出台了却了笔者的一大心愿。2008年笔者尝试着起草了《中华人民共和国国际刑事司法协助法(立法建议稿)》并提交给国家主管机关。^②2009年笔者提交的《国际刑事司法协助国内立法问题比较研究》科研申请得到立项,由此产生了这部新的“立法建议稿”和相关的论证作品。

如果说在这部立法建议稿中有什么是笔者比较看重的东西,那就是笔者所设计的三项国内法律程序:第一个是对外国狭义刑事司法协助请求的双重审查程序;第二个是对外国执行罚没裁决请求的司法审查程序;第三个是对被判刑人移管请求的联合审查程序加刑罚转换程序。

本立法建议稿为对外国狭义刑事司法协助请求所设计的双重审查制,不同于我国《引渡法》所规定的双重审查制,不表现为行政审查和司法审查的相互配合与制约,而是表现为“初步审查”和“执行中审查”的分工与协调。^③“初步审查”由刑事司法协助的中央机关或者其他联系机关进行,由于现行国际条约可能将这类联系机关指定为我国司法机关(最高人民检察院或者最高人民法院),因而难以将由其进行的审查活动称之为行政审查。根据同样的道理,负责刑事司法协助具体执行工作的机关在我国也存在着多种类型,甚至可能会以行政执法机关为主,因而也难以将相关的审查活动统称为司法审查,而称之为“执行中审查”则比较恰当。由初步审查和执行中审查构成的双重审查制实行的是一种动态的和讲求“协商一致”原则的审查机制,这也不同于现行《引渡法》中的一票否决制。

相互执行针对犯罪资产的没收裁决是相互承认和执行刑事裁决的重要内容,考虑到这种合作将赋予外国的没收裁决和罚金裁决以

① 参见黄风:《中国引渡制度研究》,中国政法大学出版社1997年版,第324—332页。

② 参见《中华人民共和国国际刑事司法协助法(立法建议稿)》,载《法学评论》2008年第1期。

③ 参见立法建议稿第11条、第12条和第13条以及对这些条款的论证。

我国刑事裁决相同的效力,本立法建议稿为其设计的主要程序是由财产所在地高级人民法院进行的司法审查,同时保留着联系机关对外国相关请求的形式要件审查环节,但司法审查是基本的和实质性的程序。^①在本立法建议稿完成并打印出初稿后,全国人大常委会法制工作委员会公开发布了《中华人民共和国刑事诉讼法修正案(草案)》,其中引进了新的一章,即“第五编第三章犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序”,这是笔者一直呼吁建立并期待创建的不经定罪的“独立没收程序”。为了配合这一新制度的建立,作者立即在本立法建议稿中增补了新的一条,即现在的第31条,提出以下立法建议:“对于来源于外国犯罪并且处于中华人民共和国领域内的违法所得,人民检察院可以根据外国提出的没收请求和相关的证据材料向财产所在地高级人民法院提出没收申请。人民法院参照《中华人民共和国刑事诉讼法》第五编第三章的相关规定审理有关的没收申请。”

本建议稿设计的第三个重要的国内法律程序是关于被判刑人移管请求的审查和决定程序。由于被判刑人移管合作涉及相互承认和执行刑事裁决、国民保护、监狱管理等方方面面的问题,笔者为此设计了“联合审查”程序,将最高人民法院、最高人民检察院、司法部、公安部和外交部均列为主管机关,要求这五家机关从不同的角度进行审查和把关,共同作出决定。^②这种联合审查制并非笔者的创造,而是对我国现行关于被判刑人移管国内审查机制的接受和肯定。笔者的创新之处在于,除上述联合审查程序外,为移入式被判刑人移管设计了刑罚转换程序^③,该程序的创建将有助于从技术上为国内行刑活动提供具体的依据,确立我国法院具体负责对外国法院科处的刑罚实行转换的司法职责。为避免发生刑罚转换裁决被架空的情况,笔者

① 参见立法建议稿第30条、第31条和第32条以及对这些条款的论证。

② 参见立法建议稿第39条、第40条和第49条以及对这些条款的论证。

③ 参见立法建议稿第41条以及对该条的论证。

建议,将移入式被判刑人移管的刑罚转换程序安排在实际移交被判刑人之后开展。

面对数量繁多的国际条约和自成体系的国内法制度,拟议中的我国《国际刑事司法协助法》担负着协调国际条约义务和国内法律制度间关系的使命和责任。从这一使命和责任出发,本建议稿作者认为,需要在这部法律当中确立两项基本原则:第一项是“国际条约规范优先适用”原则;第二项是“一事不再理”原则。

关于“国际条约规范优先适用”原则,在制定《引渡法》时本来已经写入草案当中,后来有人提出,这个原则可以写入民事类法律,但不宜写入刑事类法律,因为这后一类法律更与政治和主权相关。这种似是而非的理由让人拿捏不定,省事的做法就是先把它拿下来。拟议中的《国际刑事司法协助法》再不能犹豫彷徨了。笔者在论证中列举了一些实例,以证明“国际条约规范优先适用”原则对国际刑事司法合作的重要意义^①,实际上,在引渡案件的处理中,凡当《引渡法》或其他国内法规与相关的引渡条约或其他国际条约发生歧义时,后者一概会被严格遵守,无论是我们的司法工作者还是外交工作者都表现出这样的美德。事实证明:遵守这个原则不仅没有发生任何麻烦和问题,而且有助于树立诚信和法治的国际形象。

“一事不再理”可以说是贯穿整个立法建议稿的基本原则。在狭义刑事司法协助问题上,“已决案”被列为拒绝协助请求的理由之一^②;在相互执行罚没裁决问题上,“请求国的没收裁决不与任何已获得中华人民共和国司法机关承认的外国司法裁决相冲突”被列为基本条件之一^③;在被判刑人移管问题上,本建议稿采纳了《中华人民共和国和西班牙王国关于移管被判刑人的条约》对一事不再理原则的表述,明确规定:“在实行被判刑人移管后,中华人民共和国将不

① 参见立法建议稿第2条第2款以及对该条款的论证。

② 参见立法建议稿第8条第(5)项。

③ 参见立法建议稿第30条第2款第(6)项。

再对经过判刑国审判的、由同一被判刑人实施的同一犯罪行为重新进行审判。”^①在刑事诉讼移管问题上,笔者将“一事不再理”原则的适用理解为刑事诉讼移管合作区别于单方面行使普遍管辖权做法的基本特征,并在相关条款中对此原则作出表述。^②实际上,这些规定算不上笔者的创新,更应说是对国际刑事司法合作通行规则的确认和表达。

关于本书内容的介绍可以到此打住。这部作品的撰写花费了笔者一年多的时间,然而,立法建议稿的拟定和论证却可以说是笔者二十余年从事国际司法合作实务与研究的结晶,凝聚着笔者对我国涉外刑事法治诸多制度和问题的思索和设想。笔者力图采用比较研究的方法,结合我国二十多年的实践经验,通过对相关法律条文的拟定和论证,全面、系统地梳理并论述国际刑事司法协助的国内法程序问题。这种梳理和论述,如果置于立法建议稿的各个条款之后,可以称之为“论证”;如果把那些条款拿下去,它们可以构成一部自成体系的学术专著,而且其体系带有教科书的特点。

黄风

2011年12月12日

于太仆寺街

① 参见立法建议稿第43条以及对该条的论证。

② 参见立法建议稿第54条和第55条以及对这些条款的论证。

目 录

001	中华人民共和国国际刑事司法协助法(立法建议稿)
-----	-------------------------

条 文 论 证

019	第一章 总则
019	一、《中华人民共和国国际刑事司法协助法》的宗旨
021	二、国际刑事司法协助的法律依据
030	三、国际条约规范优先适用原则
035	四、与国际刑事审判机构的合作问题
042	五、国际合作的基本准则:相互尊重主权、安全和公共秩序
046	六、国际刑事司法协助的不同联系途径
053	七、执行刑事司法协助请求的程序规则
057	八、刑事司法协助的“中央机关”和“主管机关”
065	九、某些概念在本法中的特殊含义
069	十、我国《国际刑事司法协助法》立法模式的选择
073	第二章 送达文书和调查取证
073	第一节 向中华人民共和国请求送达文书和调查取证
074	一、送达文书和调查取证的一般特点
079	二、拒绝提供协助理由的任性性
086	三、拒绝提供协助的主要理由
099	四、送达文书和调查取证协助请求需载明的事项
104	五、互惠原则的适用
107	六、对外国协助请求的初步审查

111	七、对外国协助请求的执行中审查
115	八、附条件协助和协商一致机制
119	九、关于派员调查取证
123	十、关于解送在押人员出庭作证或者协助调查
128	十一、关于远程视频听证
132	十二、执行费用的承担与分摊
135	十三、禁止未经准许的送达文书或调查取证
138	第二节 向外国请求送达文书和调查取证
138	一、向外国提出协助请求的基本程序
141	二、在我国作证或者协助调查人员享有的豁免权
143	三、关于协助条件的承诺与遵守
147	四、狭义刑事司法协助中的“死刑限用”及其承诺
150	五、协助拘留外国在押人员
154	第三章 扣押、冻结和没收财物
154	第一节 向中华人民共和国请求扣押、冻结和没收财物
154	一、作为犯罪所得、收益或者供犯罪使用的“财物”
159	二、为追缴资产的扣押和冻结:相对严厉性
163	三、外国为扣押和冻结资产提出的协助请求
165	四、对外国资产扣押和冻结请求的审查与执行
168	五、协助扣押和冻结财物的期限
172	六、合理费用的补偿与分摊
174	七、为追缴犯罪资产而作出的没收裁决
180	八、对外国执行没收裁决请求的审查
183	九、执行外国没收裁决的条件
187	十、外国为没收犯罪资产而提出的请求
190	十一、对被没收财物的处置和返还
193	十二、以分享方式处置资产的情况
196	十三、对外国罚金裁决的执行

198	第二节 向外国请求扣押、冻结和没收财物
198	一、请求外国扣押、冻结和没收财物的程序
203	二、对外国没收财物分享方案的接受
205	第四章 移管被判刑人
205	第一节 向中华人民共和国移管被判刑人
205	一、被判刑人移管的法律性质和特点
208	二、向我国移管被判刑人的条件
212	三、向我国移管被判刑人时需提供的材料
215	四、对向我国移管被判刑人请求的审查程序
218	五、对移入式移管请求的同意及相关的解送安排
220	六、移交后的刑罚转换程序
226	七、转换外国刑罚时应遵守的规则
230	八、“一事不再理”原则
233	九、移管后执行刑罚的法律依据和相关程序
235	十、主动请求移入式被判刑人移管
236	第二节 向外国移管被判刑人
237	一、向外国移管被判刑人的法律依据
238	二、妨碍向外国移管被判刑人的情形
243	三、被判刑人对移出式移管的同意及其意愿核查
246	四、对移出式移管请求或建议的审查与决定
248	五、向外国移交被判刑人的行政命令的执行
250	六、移出式移管后的申诉、改判、减刑和赦免
252	七、移管后执行国行刑活动对我国的拘束力
254	第五章 刑事诉讼移管
254	一、建立刑事诉讼移管制度的必要性
257	二、移入式刑事诉讼移管的根据和条件
262	三、诉讼移管中的相互协助和“一事不再理”
264	四、向外国移管刑事诉讼的条件和效力

267	第六章 附则
267	一、我国执行安理会资产冻结措施的现状和问题
273	二、借助刑事司法协助制度执行安理会资产冻结要求的可行性
277	参考法律文献
281	附录一 澳门特别行政区刑事司法互助法
337	附录二 匈牙利国际刑事司法协助法
359	附录三 联合国刑事司法协助示范法(2007)

中华人民共和国国际刑事司法协助法

(立法建议稿)

第一章 总 则

第1条 为了保障国际刑事司法协助的正常进行,加强惩罚犯罪方面的国际合作,促进公正司法,保护个人和组织的合法权益,维护国家利益和社会秩序,制定本法。

第2条 中华人民共和国和外国之间的刑事司法协助,依照本法以及中华人民共和国与外国缔结或者共同参加的相关国际条约进行。

中华人民共和国缔结或者参加的国际条约同本法有不同规定的,适用该条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。

依据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约或者根据中华人民共和国政府就个案作出的合作承诺,中华人民共和国司法机关依照本法与国际刑事审判机构相互开展刑事司法协助;上述国际条约或者合作承诺另有规定的,遵循该规定。

第3条 中华人民共和国和外国在平等互惠的基础上进行刑事司法协助。

国际刑事司法协助,不得损害中华人民共和国的主权、安全和社会公共利益。

第4条 中华人民共和国和外国之间的刑事司法协助,通过双

方缔结或者共同参加的国际条约所确定的方式进行联系;在没有上述条约关系的情况下,通过外交途径进行联系。

为了以快捷方式开展刑事司法协助,经最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部、海关总署批准和授权,边境地区司法机关可以根据协议或者惯例与邻国司法机关进行直接联系;有关的执行活动应当严格遵循相关国际条约和本法规定的规则。

第5条 在中华人民共和国境内执行外国的刑事司法协助请求,应当适用中华人民共和国法律规定的或者相关国际条约明确列举的程序规则。在不违反中华人民共和国法律的基本原则的情况下,也可以适用请求国在请求书中明确提出的特殊程序规则。

第6条 本法下列用语的含义是:

(一)“中央机关”是指在中华人民共和国与外国缔结或者参加的国际条约中列举的、负责接收和提出刑事司法协助请求的机关。

(二)“其他联系机关”是指中华人民共和国外交部,或者中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所列举的、除前项所说中央机关以外的联系机关。

(三)“主管机关”是指根据中华人民共和国法律负责对刑事案件进行侦查、预审、公诉和审判的机关。

(四)“调查取证”是指为刑事诉讼的目的查找和辨认有关人员、询问有关人员、安排有关人员赴请求国作证或者协助调查、调取物证和书证、查询金融账户记录、搜查和扣押物证和书证、司法鉴定、勘验和检查、远程视频听证、联合侦查等获取证据材料的行为。

(五)“没收裁决”是指由请求国法院或其他拥有刑事司法管辖权的机关针对犯罪所得、犯罪收益或者供犯罪使用的财产作出的剥夺财产所有权的决定。

第7条 中华人民共和国与外国之间的引渡合作适用《中华人民共和国引渡法》,不在本法调整的范围之内。

第二章 送达文书和调查取证

第一节 向中华人民共和国请求送达文书和调查取证

第8条 外国向中华人民共和国提出的关于送达文书或者调查取证的请求,有下列情形之一的,可以拒绝执行:

(一) 依照中华人民共和国的法律,请求所针对的行为不构成犯罪的;

(二) 请求所列举的犯罪属于政治犯罪的;

(三) 根据中华人民共和国或者请求国的法律,请求所列举的犯罪纯属军事犯罪的;

(四) 有理由认为,请求的目的是基于某人的种族、宗教、国籍、性别、政治见解或者身份等方面的原因而对该人进行侦查、起诉、处罚或者其他诉讼程序的;

(五) 在收到有关请求时,中华人民共和国司法机关对于请求所指控的人员以及所列举的犯罪已经作出生效判决,或者已经依法终止刑事诉讼程序的;

(六) 请求协助的事项与案件缺乏实质性联系的。

第9条 外国向中华人民共和国请求送达文书和调查取证的,应当出具请求书,请求书应当根据具体的请求事项载明:

(一) 请求机关的名称;

(二) 请求所涉及的案件的性质和事实,关于案件所适用的法律规定的说明;

(三) 请求协助的事项及其目的,希望请求得以执行的期限;

(四) 受送达人或者被询问人的身份和居住地址;

(五) 需查找或者辨认人员的身份、居住地址、外表特征、身份证件的种类及号码和其他有助于查找或者辨认该人的资料;

(六) 需向被询问人提出的问题清单,必要时针对具体问题作出

的说明；

（七）保存需调取物品或文书的单位、人员或者地点的说明；

（八）需勘验或者检查的场所或者物品的说明；

（九）被邀请前往请求方境内作证或者协助调查的人员有权得到的费用补偿和津贴的说明；

（十）希望在执行请求时适用的特殊程序规则及其理由的说明；

（十一）保密的需要及其理由的说明；

（十二）有助于执行请求的其他资料。

请求国根据本条提交的请求书和其他有关文件，应当由请求国主管机关正式签署或者盖章，并附有中文译本或者有关国际条约规定的或者双方商定的其他文字的译本。

第10条 在没有条约关系的情况下，可以要求请求国作出互惠的承诺。

第11条 收到请求国提出的送达文书和调查取证的请求后，中央机关或者其他联系机关应当对请求书及其所附文件和材料是否符合有关国际条约中的规定或者本法第8条、第9条和第10条的规定进行审查，并分别作出以下处理：

（一）认为请求国的请求符合有关国际条约或者本法规定的，应当将请求书及其所附文件和材料转交最适宜执行请求事项的主管机关，以便予以进一步的审查和执行；

（二）认为明显存在有关国际条约或者本法第3条和第8条列举的拒绝理由之一，并且不能提供协助的，予以拒绝，退回请求书及其所附的文件和材料；

（三）认为请求国的请求不符合有关国际条约或者本法第9条和第10条的规定的，可以要求请求国在合理确定的期限内提供补充材料。

第12条 收到转来的关于送达文书和调查取证的请求及其所附文件和材料后，主管机关经审查认为符合有关国际条约或者本法

规定的条件的,应当立即安排执行,并充分考虑请求书中关于执行期限的要求。

主管机关为执行的目的需要获得补充材料的,可以通过中央机关或者其他联系机关要求请求国在合理确定的期限内提供补充材料。

主管机关经审查或者在执行过程中发现存在有关国际条约或者本法第8条列举的拒绝理由之一,并且认为不能提供协助的,通过中央机关或者其他联系机关予以拒绝,退回请求书及其所附的文件和材料。

第13条 在特殊情况下,中央机关和主管机关经协商一致后可以同意不援引有关国际条约或者本法第8条列举的拒绝理由,有条件地为请求国提供本章所调整的司法协助,只要请求国适当地承诺接受中华人民共和国提出的条件。

第14条 请求国希望派员参加关于调查取证的执行活动的,主管机关可根据情况作出适当安排,并通过中央机关或者其他联系机关协商确定参加执行活动的时间、地点、人员和方式。

获准在中华人民共和国领域内参加执行活动的请求国人员,应当遵守中华人民共和国法律,听从中华人民共和国主管机关的安排,未经该主管机关许可或者授权,不得实施或者参与实施任何具有强制性的行为。

第15条 对于解送在押人员前往请求国出庭作证或者协助调查的请求,由中央机关或者其他联系机关会同监狱主管机关或者未决案办理机关共同进行审查。

提出解送在押人员出庭作证或者协助调查请求的外国应当作出以下保证:

(一) 不对被解送的在押人员离开中华人民共和国以前的任何行为进行追诉、审判或者处罚,也不利用解送之机要求其在请求国参加民事诉讼;