

中韩刑法比较研究系列之三

中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

合作项目

中韩国际刑事司法协助及相关犯罪研究

『第二届中韩刑法学学术研讨会』学术文集

主编 赵秉志

中国人民公安大学出版社



D(9)74-53
5

中韩刑法比较研究系列之三

中国法学会刑法研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

合作项目

中韩国际刑事司法协助及 相关犯罪研究

——“第三届中韩刑法学术研讨会”学术文集

顾问：高铭暄 马克昌
主编：赵秉志
副主编：陈忠林
主编助理：阴建峰

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中韩国际刑事司法协助及相关罪犯研究/赵秉志主编. —北京:
中国人民公安大学出版社, 2006. 11

(中韩刑法比较研究系列; 3)

ISBN 7-81109-496-7

I. 中… II. 赵… III. 刑法—对比研究—中国、韩国—文集
IV. D924.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 119881 号

中韩国际刑事司法协助及相关犯罪研究

ZHONGHAN GUOJIXINGSHI SIFAXIEZHU JI

XIANGGUAN FANZUIYANJIU

赵秉志 主编

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京市泰锐印刷厂

版 次: 2006 年 11 月第 1 版

印 次: 2006 年 11 月第 1 次

印 张: 10.75

开 本: 880 毫米×1230 毫米 1/32

字 数: 290 千字

印 数: 0001~2000 册

ISBN 7-81109-496-7/D·471

定 价: 26.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public.bta.net.cn

www.phcpps.com.cn

www.jgclub.com.cn

前 言

根据中国法学会刑法学研究会与韩国比较刑事法学会 2002 年 12 月在北京签订的学术交流合作协议,由中国法学会刑法学研究会和西南政法大学主办、北京师范大学刑事法律科学研究院和西南政法大学毒品犯罪与治理对策研究中心承办的“第三届中韩刑法学术研讨会”,于 2005 年 8 月 21~22 日在中国著名山城重庆市隆重召开。来自中韩两国的专家学者共计 60 余人出席了研讨会。

“中韩刑法学术研讨会”是由中国法学会刑法学研究会和韩国比较刑事法学会发起并在中韩两国每年轮流举办的中韩两国刑法学界学术交流合作的主要形式。第一、二届研讨会已分别于 2004 年 1 月和 2004 年 8 月在中国北京和韩国汉城召开,并在中韩两国产生了良好而广泛的影响。第三届研讨会如期在中国重庆举行,主要议题包括两个方面:一是国际暨区际刑事司法协助问题;二是有组织犯罪(包含毒品犯罪、偷渡犯罪、黑社会犯罪等)的惩治暨中韩相关刑事司法合作问题。会议收到中韩两国学者提交的论文 21 篇。韩国方面有 10 位专家学者与会,他们是:许一泰(韩国东亚大学法学院院长、教授,韩国比较刑事法学会会长)、文採圭(韩国釜山大学教授,韩国比较刑事法学会常务理事)、千镇豪(韩国庆北大学教授,韩国比较刑事法学会常务理事)、李东熹(韩国警察大学教授)、金振焕(韩国法务法人忠正代表律师)、卞钟弼(韩国东国大学教授)、姜东汜(韩国梨花女子大学教授)、吴庆植(韩国江陵大学教授)、李兴洛(韩国大检察厅检察官)、韩相敦(中国延边科技大学东北亚企业发展研究院院长、教授)。原定与

会的韩国仁荷大学元惠郁教授因病未能来华，但提交了书面论文。中国方面与会专家学者中较具代表性的有：赵秉志（北京师范大学刑事法律科学研究院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长）、龙宗智（西南政法大学校长、教授、法学博士、博士生导师）、陈忠林（西南政法大学法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会常务理事）、张智辉（最高人民检察院检察理论研究所所长、研究员，北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会理事）、贾宇（西北政法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会理事，国际刑法学协会中国分会常务理事，北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授）、黄风（北京师范大学刑事法律科学研究院国际刑法研究所所长、教授、博士生导师）、刘宪权（华东政法学院法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会副会长）、莫洪宪（武汉大学法学院副院长、教授、法学博士、博士生导师）、徐岱（吉林大学法学院教授、法学博士、博士生导师）、黄芳（中国社会科学院法学所教授、法学博士）、李永升（西南政法大学教授、博士生导师）、梅传强（西南政法大学法学院教授）、高绍先（西南政法大学教授）、余捷（重庆市人民检察院检察长）、朴宗根（大连海事大学法学院副教授、法学博士）等。中韩两国与会专家学者具有较高的层次和较广泛的代表性。

2005年8月21日上午的研讨会开幕式由陈忠林教授主持，龙宗智校长、许一泰会长、余捷检察长和赵秉志会长先后在开幕式上致辞，对中韩两国刑法学界近年来蓬勃开展的学术交流尤其是对“第三届中韩刑法学术研讨会”的召开，表示充分的肯定和赞扬。在开幕式上，中国法学会刑法学研究会会长赵秉志教授还作了题为“中国刑事法治一年来的新进展”的学术演讲，评述了自2004年8月第二届中韩刑法学术研讨会以来一年间中国刑事立法、刑事司法解释及刑法理论研究领域的主要发展内容。此后，研讨会分十个单

元展开了研讨，中韩两国与会的 20 位专家学者围绕相关议题作了大会发言，与会专家学者进行了即席讨论。2005 年 8 月 22 日下午的大会闭幕式上，韩国比较刑事法学会会长许一泰教授和西南政法大学毒品犯罪与治理对策研究中心主任陈忠林教授分别代表韩中两国专家学者对会议研讨进行了总结，他们充分肯定了本届研讨会的学术成果，并一致认为研讨会圆满而成功。与会专家学者们都相信，第三届研讨会进一步密切和深化了近年来规范化展开的中韩刑法界的学术交流，而且随着会议成果的出版，还会产生更加广泛与久远的学术影响。

而本书正是在此次研讨会学术文集的基础上修改完善而成的。本书将作为北京师范大学刑事法律科学研究院与中国法学会刑法学研究会合作项目之成果，纳入研究院主办的“中韩刑法比较研究系列”，交付法律专业出版社予以公开出版。本书聘请高铭暄（北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会名誉会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席）、马克昌（武汉大学法学院资深教授、博士生导师，北京师范大学刑事法律科学研究院特聘顾问教授，中国法学会刑法学研究会名誉会长）两位刑法学界泰斗共同担任顾问，并由赵秉志（北京师范大学刑事法律科学研究院院长、教授、博士生导师，中国法学会刑法学研究会会长，国际刑法学协会中国分会常务副主席）担任主编，由陈忠林（西南政法大学法学院院长、教授、法学博士、博士生导师，中国法学会刑法学研究会常务理事，国际刑法学协会中国分会常务理事，北京师范大学刑事法律科学研究院兼职教授）担任副主编，并由阴建峰（北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士）担任主编助理。由于编辑水平有限，论文选编未必精当，不妥之处，尚祈学界同人和广大读者不吝赐教。

本书的出版得益于中国人民公安大学出版社暨有关领导的大力支持，责任编辑为本书的编辑和及时出版付出了辛勤而卓有成效的

劳动，在此我们深表敬意与谢忱！此外，中国人民大学法学院博士生武小凤副教授、北京师范大学法学院朝鲜族学生姜大川同学为本书做了诸多编务工作，在此一并致谢！

北京师范大学刑事法律科学研究院院长
中国法学会刑法学研究会会长

赵秉志 谨识

2006年6月

目 录

前言	(1)
中国刑事法治一年来的新进展(2004.8~2005.8)	
..... 赵秉志 阴建峰	(1)
冲突与解决——国际刑事司法协助的国际法与国内法依据	
..... 陈忠林	(34)
国际刑事司法共助在国内法与国际法上的根据与现况	
..... 许一泰	(40)
国际刑事司法协助的新发展	张智辉 (57)
国际刑事司法共助的主要形式	文採圭 (68)
中国引渡制度的实践困境与对策研究	贾 宇 (83)
韩国的罪犯引渡和国际受刑者遣送制度概论	千镇豪 (105)
资产的追回:对中国相关法律制度的分析与思考	黄 风 (122)
犯罪所得的追缴	元惠郁 (129)
中国区际刑事司法协助若干问题研究	刘宪权 (140)
韩国与朝鲜刑事司法互助的现状和课题	李东熹 (158)
中国禁毒立法的回顾与展望	梅传强 (183)
毒品类犯罪的现状和对策	金振焕 (196)
偷渡犯罪新透视研究	徐 岱 (206)
偷渡犯罪的现况和对策	卞钟弼 (216)
我国刑法中黑社会性质组织犯罪研究	李永升 (232)
韩国组织暴力犯罪的现状和对策	姜东沆 (246)

论中国实施《联合国打击跨国组织犯罪公约》的

具体步骤与措施 黄 芳 刘 阳(264)

欧洲对国际组织犯罪制定的协约和韩国的对应方案研究

..... 吴庆植(280)

中韩打击跨国组织犯罪的司法协助问题 莫洪宪(294)

对组织暴力犯罪的调查和与中国共助方案的探索 ... 李兴洛(309)

中韩国际刑事司法协助诸问题研究

——第三届中韩刑法学术研讨会综述 武小凤(318)

Contents

Preface	(1)
The new headway of the rule of criminal law in China in the past year (2004.8 ~ 2005.8) Zhao Binzhi & Yin Jianfeng (1)	
The conflict and the solution—the law ground of international and national law on the international criminal judicial cooperation Chen Zhonglin (34)	
The national and international law base and the status quo of international criminal judicial cooperation Huh Il-Tae (40)	
The new development of the international criminal judicial cooperation Zhang Zhihui (57)	
The main forms of international criminal judicial cooperation Moon Chae-Kyu (68)	
The research on practical plight and the countermeasures to the extradition system in China Jia Yu (83)	
The conspectus On South Korean extradition system and the international transfer system on the sentenced person Cheon Jin-Ho (105)	

The analysis to certain legal system about the assets recovery	Huang Feng(122)
On the recovery against crime possessions	Won Hae-Wook (129)
On the problems of regional criminal judicial cooperation	Liu Xianquan(140)
The status quod and new programs of the criminal judicial cooperation between South and North Korea	Lee Dong-Hee(158)
The retrospect and the prediction about the legislation of the drug crime in China	Mei Chuanqiang(183)
On the status quod and the countermeasures to the crime of drug	Kim Jin-Huan(196)
The new microly study on the crime of illegal immigration	Xu Dai(206)
The status quo and the countermeasures to the crime of illegal immigration	Byun Jong-Pil(216)
On the organized crime with gangdom character in China	Li Yongshen(232)
The status quo and the countermeasures against the organized violent crime in South Korea ...	Kang Dong-Sa(246)
The material steps and measures to implement The United Nations Convention Against Transnational Organized Crimes in China	Huang Fang & Liu Yang(264)

The research on the European agreement against the international organized crime and the countermeasures in South Korea	Oh Kyung-Sik (280)
On the Sino-South Korea judicial cooperation against the transnational organized crime	Mo Hongxian (294)
The research on investigation and the measures of mutual cooperation against the organized crime between China and South Korea	Lee Hueng-Rak (309)
The research on international criminal cooperation in China and in Korea	
—Summary of the third Sino-South Korea Criminal Law Symposium	Wu Xiaofeng (318)

中国刑事法治一年来的新进展

(2004. 8 ~ 2005. 8)

赵秉志* 阴建峰**

一、前言

2004年8月17~18日,由韩国比较刑事法学会与韩国高丽大学法学院联合主办的“第二届韩中刑法学术研讨会(暨韩国比较刑事法学会2004年度国际学术研讨会)”如期在位于韩国首都汉城的高丽大学举行。中国法学会刑法学研究会派出了以苏惠渔教授为团长,以刘家琛大法官等9位专家学者组成的学术代表团出席了此次会议。中韩两国学者围绕“中韩刑事制裁的新动向”这一会议主题进行了深入的研讨。时隔一年后的今天,由中国法学会刑法学研究会与西南政法大学共同主办,并由中国人民大学刑事法律科学研究中心和西南政法大学毒品犯罪与治理对策研究中心共同承办的“第三届中韩刑法学术研讨会”再次在中国重庆市召开。这一中韩刑法学界共同搭建的学术交流平台,不仅有助于促进中韩两国刑法学界的交流与合作,而且对于推进两国刑事法治进步亦颇有助益。值此机会,我们谨向韩国同行们简要介绍一下中国刑事法治一年来所取得的新进展。回顾一年来中国刑事法治进程,可以发现,

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、法学博士、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,国际刑法学协会中国分会常务副主席。

** 北京师范大学刑事法律科学研究院副教授、法学博士。

无论是在刑法理论方面,还是在刑事立法与刑事司法方面,均取得了显著进展,并呈现出诸多创新之处。

二、刑法理论的新进展

从整体上说,中国刑法理论界一年来可谓学术著述成果丰硕、学术研讨活动频繁、国际交流规模空前。据我们粗略统计,近一年来共出版刑法学著作近 200 部,在各类报纸杂志上发表刑法学术论文近 2000 篇,显现出中国刑法学研究持续繁荣的势头。同时,一年来中国刑法学界在中国法学会刑法学研究会、国家重点研究基地中国人民大学刑事法律科学研究中心、中国社会科学院法学研究所等学术机构的组织下,举行了多次重要的学术研讨活动,对于死刑、腐败犯罪、侵犯知识产权犯罪、网络犯罪、未成年人犯罪和贩卖妇女儿童犯罪等理论与实务问题进行了广泛而深入的研讨。而且,一年来中外刑法学界学术交流活动呈现出极为频繁之态势。尤其值得一提的是,中国法学会与国际刑法学协会于 2004 年 9 月 12~19 日在北京联合主办了第 17 届国际刑法学大会。这是国际刑法学协会成立 100 多年来首次在亚洲国家召开大会。本次大会的主题是“全球化时代刑事犯罪的挑战与对策”。来自 68 个国家和地区的 1000 余名刑事法律专家、学者、司法官员和其他法律工作者参加了此次大会。此类国际交流,不仅有助于开拓中国刑法学界之理论视野,借鉴国际相关先进经验,而且对于促进中国刑事法治的发展无疑也具有非常重要的意义。

进而言之,一年来中国刑法学界在基础理论研究方面逐步深入,对司法实践中新近涌现出的实务问题进行了全面探讨,对国外有关刑法理论的比较与借鉴及中国刑法与有关国际公约的衔接等问题也进行了较为深入的研究。现就研讨比较集中、深入或有所创新之处,依刑法学科体系顺序略予介述。

(一) 刑法总论问题

一年来,学者们除对刑法学理论体系建设、刑法解释、刑法基

本原则、犯罪构成等基础性问题继续加强研究并有所深入或创新外,还集中对刑事政策、死刑的限制与废止等问题进行了前所未有的热烈研讨。

1. 刑法基础理论问题

(1) 刑法学理论体系的建设问题。有论者认为,传统的以社会危害性为起点的理论体系已经不能很好地符合中国法治的发展要求和刑法学体系发展的需要,而以刑罚目的为起点的刑法学体系强调刑法的理性运作和规范性特征,更有利于实现理性的法治。在这一逻辑结构中,刑罚目的的选择是刑法学体系的核心;中国刑法学理论可以选择分刑种分阶段以预防为基础的综合理论作为刑罚目的理论。^① (2) 刑法学研究进路问题。有学者从法律文本注释、立法建议、刑法案例、基础理论等不同方面,对刑法学研究的具体路径与步骤选择进行了专门研究。论者认为,刑法学研究应根据研究对象和研究角度的不同,采取不同的进路。^② (3) 刑法哲学问题。有学者认为,刑法哲学是对刑法价值内容的探寻,是对刑法本源与根基的探究,因而具有对刑法规范的批判性。刑法哲学与规范刑法学之间存在着方法论上的重要差别:在刑法哲学领域中,可以对刑法进行反思或者批判,它所考虑的是刑法具体内容上的正当性;而在规范刑法领域中,刑法不是被嘲笑的对象,而是被尊崇、信仰的对象,它以假定刑法规范是正确的作为其逻辑演绎的起点,它所关注的是刑法规范形式上的合理性。^③ 也有学者就刑法的理性问题进行了深入的研究。论者指出,刑法在其历史发展的各个阶段,始终表现出理性色彩,或者说它始终是受特定时代的人类理性支配的。尽管在不同的刑法制度中,理性的表现形式不尽相同,理性化的程度

① 参见王世洲、刘孝敏:“关于中国刑法学理论体系起点问题的思考”,载《政法论坛》2004年第6期。

② 参见曾粤兴:“刑法学研究进路论略”,载《刑事法学》2005年第6期。

③ 参见陈兴良:“部门法学哲理化及其刑法思考”,载《人民法院报》2004年12月29日。

相差悬殊，但是刑法始终具有限制刑罚、遵循目的、追求公正这样一些理性特征。统治者们也总是为刑法的合理性寻找根据。这是因为，刑法本身是理性的产物。刑法正是在惩罚与保护的理性选择中实现自己的存在价值，并不断为自己的前进开辟道路的。^①

2. 刑事政策问题

近年来学者们对刑事政策问题给予了较多的关注，研究的深入性和实证特征比较明显。有学者集中探讨了刑事政策的概念与范围。论者认为，所谓刑事政策，是指代表国家权力的公共机构为维护社会稳定、实现社会正义，围绕预防、控制和惩治犯罪所采取的策略和措施。^② 有论者则通过对截至 2003 年 12 月的 566 个关于犯罪问题的刑事司法解释的实证分析，对中国的刑事政策的运作规律进行了研究，得出以下结论：中国几十年来刑事政策总体上不断趋于严厉；刑事政策主体对违反传统道德规范的犯罪的容忍程度相对较大，而对破坏社会主义市场经济秩序以及违反现行行政管理规范并导致宏观秩序破坏的犯罪的容忍程度相对较小；刑事政策的被动性呈现出不断下降的不良趋势，司法解释有逐渐变为行政命令的危险，最高审判机关的主导力与司法解释的被动性成一定的正比关系；宽宥的刑事政策立场更多地表现出刑事评价的规范逻辑，而且刑事政策宽宥时法治化程度就相对较高。^③ 此外，还有论者就刑事

① 参见张智辉：“论刑法理性”，载《中国法学》2005 年第 1 期。

② 参见刘仁文：“论刑事政策的概念与范围”，载《中国人民公安大学学报（社科版）》2005 年第 1 期。

③ 参见白建军：“刑事政策的运作规律”，载《中外法学》2004 年第 5 期。

政策的学科建构^①、刑法的刑事政策化^②、刑事政策的路径选择^③、刑事政策在刑法有权解释中的功能^④等问题进行了探讨。

3. 刑法基本原则

(1) 罪刑法定原则。近来学者们开始注意从罪刑法定原则研究入手来探讨刑法的补充性立法问题。有论者认为,行政犯及空白刑法规范数量繁多并继续增加,是现代刑法所特有的、不可避免的客观过程和现象。将犯罪构成要件的一部分或全部委托给行政管理法规来补充,可以克服成文法典的稳定性与社会生活变化所导致的行政管理法规及行政违法的变化之间的矛盾,而且这种空白刑法规范与罪刑法定主义之间具有内在的一致性。^⑤ 还有论者指出,罪刑法定之明确性要求和刑法系统的开放性之间的冲突与大陆法系刑法理论体系性的建构思路存在根本关联,概念性体系很难成为解决价值冲突的理想工具,而引入判例制度是走出这一困境的唯一出路。^⑥ 此外,也有论者从个案公正^⑦、司法化途径^⑧等角度对罪刑法定原则展开论述。(2) 罪责刑相适应原则。一年来关于罪责刑相

① 参见陈兴良:“刑事法视野中的刑事政策”,载《法学研究》2004年第5期。

② 参见黎宏:“论‘刑法的刑事政策化’思想及其实现”,载《清华大学学报(哲社版)》2004年第5期;张永红:“刑法的刑事政策化论纲”,载《法律科学》2004年第6期。

③ 参见蔡道通:“后现代理论及其对中国刑事政策选择的可能意义”,载《法律科学》2004年第4期;吕欣、韩宁:“恢复性正义——当代刑事政策的新理念”,载《山东公安专科学校学报》2004年第9期等。

④ 参见时延安、阴建峰:“刑事政策在刑法有权解释中的功能”,载《南都学坛》2005年第2期。

⑤ 参见刘艳红:“空白刑法规范的罪刑法定机能——以现代法治国家为背景的分析”,载《中国法学》2004年第4期。

⑥ 参见劳东燕:“罪刑法定的明确性困境及其出路”,载《法学研究》2004年第6期。

⑦ 参见王瑞君:“罪刑法定与个案公正”,载《东岳论丛》2004年第6期。

⑧ 参见王振生:“论罪刑法定司法化的几个问题”,载《安阳师范学院学报》2004年第6期。