

首届“中国区际刑事法论坛”论文集

中国区际 刑事司法协助

新探

◎赵秉志 / 主编

ZHONGGUO QUJI
XINGSHI SIFA
XIEZHU XINTAN



中国人民公安大学出版社

中国“双边刑事司法协助”立法研究

中国区际 刑事司法协助



杨建忠 / 主编

CHINA'S CROSS-REGIONAL
CRIMINAL JUSTICE ASSISTANCE

YANG JIANZHONG

Editorial Board

中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLICE SCIENCE PRESS

中国区际刑事司法 协助新探

赵秉志 主编

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

中国区际刑事司法协助新探/赵秉志主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 1

ISBN 978 - 7 - 81139 - 836 - 6

I. 中… II. 赵… III. 刑事诉讼法—司法协助—研究—中国—文集 IV. D925.204 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 216924 号

中国区际刑事司法协助新探

ZHONGGUO QUJI XINGSHI SIFA XIEZHU XINTAN

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: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2010 年 1 月第 1 版

印 次: 2010 年 1 月第 1 次

印 张: 17.875

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 482 千字

印 数: 1~1800 册

ISBN 978 - 7 - 81139 - 836 - 6/D · 685

定 价: 45.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

前 言

虽然中国香港、澳门地区已回归祖国，但由于香港曾长期实行英国法律制度，澳门曾长期实行葡萄牙法律制度以及港澳回归祖国后实行“一国两制”的原因，两个特别行政区形成了与中国内地不同的法律制度。就刑事法律而言，三地立法背景不同，法律内容相异，运行机制有别，因而在解决跨法域刑事法律问题方面存在诸多法律障碍。对此，内地与港澳特别行政区的法律理论界与实务界都给予了充分的重视，并在十余年来进行了深入的研究。我们北京师范大学刑事法律科学研究院学术团队的主要成员，长期以来对此问题也给予了相当大的关注，并积极进行研讨，竭力推动我国区际刑事法理论的深化以及相关司法实务问题的解决。这种努力得到了内地与港澳法律界同仁的积极呼应及大力支持。例如，2002年4月，我本人当时担任主任的中国人民大学刑事法律科学研究中心与澳门特别行政区检察院合作，在澳门联合举办了“中国区际刑事司法协助探索”的学术研讨会，并在会后出版了会议论文集，即《中国区际刑事司法协助探索》（赵秉志、何超明主编，中国人民公安大学出版社2002年版）。正是在内地与港澳特别行政区法律各界的共同努力下，刑事法学研究领域得以不断拓宽，区际刑事法研究已成为我国刑事法学研究的一个重点领域。

为了将中国区际刑事法研究推向深入,促进各法域刑事法律的研究与完善,探求各法域刑事合作的渠道与途径,建立富有中国特色的区际刑事司法协助机制,以有效惩治和预防跨地区犯罪,北京师范大学刑事法律科学研究院与香港大学法律学院、澳门大学法学院共同商定发起“中国区际刑事法论坛”,每年举办一届,作为刑事理论界乃至司法实务界交流和沟通的学术平台,充分、全面地研讨三法域刑事法理论与实务问题。联合发起并共同举办“中国区际刑事法论坛”的三家单位都拥有一流的学术团队和雄厚的学术实力,与法律实务界保持着密切的合作交流关系,在国外也有相当的学术影响力。更关键的是,三家单位之间也具有长期的学术合作关系,对推进中国区际刑事法的理论研究与司法合作有着共同的学术追求。

经过精心筹备,“首届中国区际刑事法论坛”于2008年12月16日至17日在广东省深圳市隆重举行。此次论坛由北京师范大学刑事法律科学研究院与香港大学法律学院、澳门大学法学院联合主办,由广东省深圳市中级人民法院承办。本次论坛共收到论文33篇。60余位来自最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部和国务院港澳事务办公室等中央和地方法律实务机关的领导、专家,内地政法院校学者,香港特别行政区、澳门特别行政区的刑事法理论界与实务界的专家,就区际刑事司法协助等问题进行了热烈而深入的研讨,主要内容有:(一)中国区际刑事司法协助的宏观问题,具体包括中国区际刑事司法协助的原则、模式、机制以及刑事管辖权冲突解决等;(二)中国区际警务合作问题,具体包括跨境侦查或者搜查、跨境调查合法性、协助调查取证、警务合作与刑事司法协助等;(三)逃犯与被判刑人移管问题,具体包括区际被判刑人移管的机制、死刑犯的移管、逃犯移管、区际逮捕令的承认与执行等;(四)反腐败合作与其他问题,具体包括区际追赃机

制、跨境追赃合作、反贪污合作以及区际背景下的死刑废止、惩治知识产权犯罪等。可以发现，本次论坛主题鲜明，内容充实，既密切地关注区际刑事司法协助的重大现实问题，又一如既往地对区际刑事司法协助的基础理论问题给予重视。在论坛上，与会代表积极、热情地对上述问题进行了深入、充分的研讨，气氛友好但不沉闷乏味，不断出现的热烈争议多次将会议推向高潮。总之，此次论坛对当前中国的区际刑事法问题作了较为深入的研讨，在新的时代背景下将中国区际刑事法理论研究进一步推向深入。

为了使此次会议的学术信息及时地传播于社会各界，有助于法律理论界、实务界全面了解此次论坛的优秀研究成果，“中国区际刑事法论坛”的三家合作单位共同商定，将论文结集出版。个别代表在会后对论文进行了修改调整。我们又对全部论文进行了全面的审阅与校改，对个别论文在字句、段落方面作了一定的修正，但绝大多数论文保持了提交论坛时的原貌。北京师范大学刑事法律科学研究院院长助理、中国刑法研究所副所长刘志伟教授以及北京师范大学刑事法律科学研究院讲师黄晓亮博士协助本人进行了有关编务工作。

本书的出版得到了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进行了辛勤而卓有成效的劳动，对此我们深表敬意与谢忱！

北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长
中国法学会刑法学研究会会长

赵秉志教授 谨识

2009年4月

目 录

上编 中国区际刑事司法协助的基本问题

论中国区际刑事司法协助的机制与模式的构建

..... 高铭暄 孙 晓(3)

“一国两制”下的中国区际刑事司法协助 赵国强(17)

法律文化视野中的区际刑事司法协助原则思考 齐文远(34)

中国区际刑事司法协助:问题与应对 张 旭(49)

再论中国区际刑事司法协助制度的原则 焦艳鹏(59)

中国区际刑事司法协助的机制与模式 种松志(68)

论中国区际刑事司法协助模式之构建 聂立泽 何文苑(77)

国际刑事司法协助与区际刑事司法协助比较研究

..... 宣炳昭 王远伟(90)

属人原则作为司法互助的替代 傅华伶(103)

论双重犯罪原则在我国区际刑事司法协助的适用

..... 苏彩霞(115)

论香港特别行政区区际刑事司法协助的发展方向 ... 陈沛林(129)

澳门检察院在刑事司法协助中的职能 徐京辉(156)

从区际刑事司法协助看澳门《维护国家安全法》

司法管辖权 陈轩志(173)

区际刑事管辖权冲突:协调的基本原则与具体路径分析

——以刑事实体法的视野和角度 蒋慧玲(200)

中国区际刑事司法协助模式浅析	杜文俊 李雅璇(217)
----------------------	--------------

下编 中国区际刑事司法协助的具体问题

内地与港澳刑事案件调查取证协助中的冲突及解决	刘广三 廖立萍(231)
内地司法机关派员在港澳地区“隐身”取证合法性 问题研究	王俊民(239)
从警务的视角看国际刑事司法协助到区际刑事司法协助	刘耀强(249)
论跨境侦查犯罪的搜查/搜索问题	邱庭彪(269)
我国内地与港澳特别行政区之间被判刑人 移管机制构建探讨	赵秉志(289)
论内地与港澳特别行政区之间的死刑犯移交问题 ...	时延安(316)
《澳门特别行政区政府与香港特别行政区政府关于 被判刑人移交的安排》之考察与启示	赵秉志 黄晓亮(327)
中港两地囚犯移交问题初探	蔡迪云(345)
内地与香港关于逃犯移交问题研究	李希慧 徐光华(361)
澳门与内地移交逃犯的若干法律问题 ——从三个个案及两份裁判出发	方 泉(374)
一国内不同法域逃犯移交问题的解决思路	胡陆生(387)
关于建立区际逮捕令承认与执行制度的设想	王君祥(399)
“一国两制三法系四法域”语境下的死刑废止前景展望	卢建平(433)
区际追赃机制的理论与实践初探	姜新蕾 石 磊(446)
从温庆巍受贿境外追赃取证案的办理看“一国两制”下的 区际司法合作	陈 雷(462)
关于内地与澳门反贪污合作问题的探讨	方 明(473)
我国大陆惩治知识产权犯罪的路径	龙光伟(482)

香港和内地民商事司法协助的经验

——以两地商事仲裁裁决互相承认和执行为例 … 顾维遥(497)

附 录

首届中国区际刑事法论坛综述 …………… 赵秉志 王君祥(541)

上 编

中国区际刑事司法协助的基本问题

论中国区际刑事司法协助的 机制与模式的构建

高铭暄* 孙 晓**

中国区际刑事司法协助的机制与模式^①问题，实际上是中国区际刑事司法协助制度化、法律化的问题。如何将现实中存在的中国区际刑事司法协助事务以及客观上对中国区际刑事司法协助的需要制度化和法律化，关涉到中国区际刑事司法协助能否建立在一个科学有效的现代化的法律制度基础之上，影响到中国区际刑事司法协助各项工作的顺利开展。有鉴于此，本文对中国区际刑事司法协助机制和模式的构建问题作一探讨，以有助于我国区际刑事司法协助工作的顺利进行。

一、中国区际刑事司法协助机制和模式构建的目标

构建一个什么样的中国区际刑事司法协助的机制和模式，直接取决于这一机制和模式构建所要达到的目标。只有确定了合理的中国区际刑事司法协助机制和模式的目标，才能对中国区际刑事司法协助机制和模式做出科学的构建。

在我们看来，中国区际刑事司法协助机制和模式的构建目标有三点：

* 北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘顾问教授，中国人民大学法学院教授，中国法学会学术委员会副主任，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。

** 中国人民大学法学院博士研究生。

① 本文中，“机制”和“模式”两词的含义不作严格意义上的区分。

(一) 直接目标：建立顺畅高效的刑事司法协助机制和模式

中国区际刑事司法协助机制和模式构建的直接目标，应是确立一个顺畅高效的刑事司法协助的科学机制。如果区际刑事司法协助的机制不畅，模式不佳，区际刑事司法便难以开展，或者难以高效地开展。而刑事司法活动是一个时效性很强的活动，如果因为刑事司法协助机制不畅，案件久拖不决，或者根本不能得到解决，刑事司法便没有严肃性、公正性可言。

(二) 间接目标：促进中国各法域的刑事司法工作

科学的中国区际刑事司法协助机制和模式构建的间接目标是要促进中国各法域的刑事司法工作。区际刑事司法协助工作，不仅有利于请求协助方，同时也有利于提供协助方，因而最终有利于开展刑事司法协助的各方。开展好区际刑事司法协助，是一件于中国各区域都有利的事情。这些工作的顺利开展，将最终有利于促进中国各法域的刑事司法工作。

(三) 最终目标：促进中国整体的刑事法治建设

科学的刑事司法协助机制和模式构建的最终目标是促进中国整体刑事法治建设。因为如果中国各法域刑事司法协助工作不能顺利开展，不仅直接影响到各法域的刑事司法工作，而且最终影响到中国整体的刑事法治的协调统一。

二、中国区际刑事司法协助机制和模式构建的原则

中国区际刑事司法协助机制和模式构建的原则是在构建区际刑事司法协助机制和模式时必须遵守的基本准则。在我们看来，中国区际刑事司法协助机制和模式构建的基本原则如下：

(一) “一国两制”原则

我国的区际刑事司法协助是在“一国两制”的情况下产生的，“一国两制”是我国区际刑事司法协助的前提和基础，因此我国的区际刑事司法协助不能背离“一国两制”的方针，而只能在坚持“一国两制”的原则下进行。就区际刑事司法协助而言，坚持“一

国两制”的原则，就是坚持区际刑事司法协助是在统一的中华人民共和国内的不同法域间的刑事司法协助。中华人民共和国是一个统一的多民族国家，是单一的国际法主体，是具有统一主权的国家。这是绝对不能动摇或有丝毫怀疑的。因此，区际刑事司法协助只能维护祖国的统一，不能有损国家的统一，更不能制造分裂。坚持“一国两制”的原则，还要求我们承认两种不同的社会制度在各自法域的合法存在，按照和平共处的精神开展社会制度根本不同的法域间的刑事司法协助。^①

“一国两制”原则既是一项国策，也是统揽整个区际刑事司法协助机制和模式的设计和构建的原则。应对“一国两制”作出全面正确的理解。“一国”是实行“两制”的基本前提和政治基础；“两制”是对“一国”内两种不同社会制度和平共处的高度概括，体现为维护国家统一的策略。如果缺少“一国”这个前提，就不存在有实际意义的“两制”，同时，倘若没有“两制”的存在，没有特别行政区的高度自治和司法独立，也就不会产生法域间的司法协助问题。^②

（二）平等协商、相互尊重原则

香港和澳门特别行政区基本法都对港澳与全国其他地区通过协商进行司法协助作了规定，如《香港特别行政区基本法》第95条关于香港特别行政区可以与全国其他地区的司法机关通过协商进行司法方面的联系和相互提供协助的规定，是两地区际刑事司法协助中确立平等协商原则的法律依据。这一规定包含了两层含义：第一，与中国内地法域开展区际刑事司法协助，是香港特别行政区自治范围内的事务；第二，中国内地与香港作为两个独立的法域，在

^① 参见邵沙平：《一国两制下的区际刑事司法协助初探》，载《法学评论》1990年第5期。

^② 参见马进保：《中国区际刑事司法协助论纲》，载《甘肃政法学院学报》2003年第3期。

开展刑事司法协助时其地位是完全平等的，两地要本着宽容的态度，实事求是地尊重他法域的法律制度，在平等协商的基础上积极进行刑事司法协助。因此，在中国区际刑事司法协助机制和模式的构建中，必须坚持平等协商、互相尊重的原则。

（三）现实性和可操作性原则

中国区际刑事司法协助的机制和模式建构须坚持现实性和可操作性原则，即我们必须使所设计和构建的中国区际刑事司法协助机制和模式具有现实性和可操作性。因为中国区际刑事司法协助的机制和模式实际上就是区际刑事司法协助活动的操作规程，如果该种机制和模式不具有现实性和可操作性，那么，即使从形式上看我们的机制和模式设计得再美，也只是一个好看不好用的花瓶，难以在现实中发挥实效。

（四）有效地惩治犯罪的原则

中国区际刑事司法协助关系的建立，应当以有利于共同惩治与防范各区域尤其是互涉的犯罪活动，有效维护两地社会治安为基本出发点，防止因区际刑事管辖冲突的发生，而使犯罪分子有机可乘。贯彻有效惩治犯罪的原则应注意以下两点：第一，简便性。简便性主要是就协助程序而言。区际刑事司法协助是一国内部不同法域之间的司法协助，在协助程序上务必以简便为主，不必像国际刑事司法协助程序那样复杂。第二，及时性。在协助程序方面不仅要简便，而且要迅速、及时、果断，尽可能地提高工作效率。^①

三、中国区际刑事司法协助的具体机制和模式

要构建一个什么样的中国区际刑事司法协助机制和模式，是中国区际刑事司法协助法律制度建设的核心问题。

^① 参见赵秉志：《关于中国内地与香港建立刑事司法互助关系的研讨》，载《现代法学》2000年第2~3期。

（一）中国区际刑事司法协助的机制和模式的争议和评析

在该问题上，刑事法学界存在不同的主张，有学者将其概括为十一种模式主张，即中央统一立法模式、示范法模式、中国大陆（内地）最高人民法院指导模式、分片中心模式、民间协助模式、委托模式、直接协商模式、第三方协助模式、借助国际刑事司法协助进行的模式、统一机构模式、分阶段模式等。（参见赵秉志、黄晓亮：《中国区际刑法问题研究综述》，载赵秉志主编《中国区际刑法问题专论》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 388 ~ 392 页。）有些模式内部还有不同的主张。

从整体上看，学者们的探讨揭示了中国区际刑事司法协助具体机制和模式构建的主体、方式、方法等方面的问题。但这些探讨也存在一些不足，具体说来有：

其一，有些模式包含的要素不完备。有些模式仅仅是对如何制定区际刑事司法协助协议、法律法规的方式或者其制定机关的揭示，如中央统一立法模式，即是指由全国人民代表大会根据本国的情况来专门制定适用于各个法域之间的统一的区际刑事司法协助法。^① 示范法模式，即是指先由全国各个法域公认的权威机构制定各法域之间司法协助的“示范法”，然后由各个法域的有关机关签字后生效。^② 上述两种模式其实仅是对如何制定签署区际刑事司法协助法的设计模式。有些模式仅是对中国区际刑事司法协助具体工作活动和机制的揭示，如中国大陆（内地）最高人民法院指导模式，即由大陆（内地）最高司法机关行使其职能，并以其名义对各个法域法院的司法协助问题进行指导和协调。^③ 分片中心模式，

① 参见樊成玮：《论中国内地与港澳台区际司法协助的几个问题》，载黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 62 ~ 64 页。

② 参见樊成玮：《论中国内地与港澳台区际司法协助的几个问题》，载黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 50 ~ 52 页。

③ 参见刘振江：《中国区际司法协助的问题探讨》，载黄进、黄风主编：《区际司法协助研究》，中国政法大学出版社 1993 年版，第 50 ~ 52 页。