

无损检测技术丛书

无损检测自动化与信息处理

方志成 编著

国防工业出版社

突理论的研究给予更多的关注，希望这一领域能出现更优秀的研究成果。如果我们所作的成熟甚至是幼稚的探讨和研究，能得到法学界前辈、同仁的指教或批评，我们将不胜感激！如果能对我国刑事立法、刑事司法有所启示和帮助，那更是我们所期望的。

本书由陈正云组织撰写，并统稿、定稿。

中国法制出版社的同志们为本书的出版作了大量工作，他们支持学术著作的出版，重视学科领域的完善，这种可贵精神，我们表示衷心的感谢和敬意！

我攻读博士学位期间的导师，我国著名的刑法学家高铭暄教授在百忙中为本书作序，并且担任本书顾问，予以审阅指导，在此我致以衷心的感谢！

陈正云

一九九七年夏于北京

责任编辑：王淑敏 张 宏

中国刑事法律冲突论

ZHONGGUO XINGSHI FALU CHONGTULUN

主编/陈正云

经销/新华书店

印刷/涿州市新华印刷厂

开本/787×1092毫米 印张/7 字数/150千

版次/1997年9月北京第1版 1997年9月北京第1次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN7-80083-339-9/D·321

(北京文津街9号 邮政编码 100017) 定价：11.00元

序

陈正云同志在攻读博士学位期间，十分注意将学习与科研加以密切结合，撰写了近百万字的专著、译著和论文。摆在读者面前的《中国刑事法律冲突论》就是其中有代表性的一种。

这部专著是我国第一部比较系统深入地研究刑事法律冲突理论和实践问题的学术著作，在一定意义上说，它填补了我国刑法学在这方面理论研究的空白。

这部书体系完整，结构合理。全书共八章。首先阐述刑事法律冲突一般问题特别是我国刑事法律冲突的一般问题；继而各类刑事法律冲突包括国际刑事法律冲突、我国区际刑事法律冲突、我国区域刑事法律冲突以及国际犯罪、跨国犯罪、涉外因素的刑事犯罪等相关问题都进行了系统的论述；最后还探讨了我国刑事法律冲突的立法完善问题。全书逻辑严密，层次清楚。

本书内容丰富，论证充分。全书对刑事法律冲突的概念、特征、种类、产生的原因、解决冲突应遵循的原则和具体途径等，都有比较深入的分析和充分的论证，其中不乏新意，凝聚了作者潜心研究的心得体会。

当前，离我国对香港恢复行使主权的时间已日益临近。涉港或内地与香港互涉的刑事案件如何解决的问题也愈来愈突出地呈现在我们面前。对这些问题解决得是否正确、妥当，不仅关系到刑法适用的严肃性问题，而且更重要的是关系到国

家稳定的大局问题。陈正云同志不惜花费大量时间进行研究、探讨并提出自己的观点和建议，我相信这样做对于立法司法实践和刑法学理论研究，都将是一个可贵的贡献。是为序。

高铭暄

1996年6月于中国人民大学

前 言

我国法学界，过去不承认在我国刑事法律领域内存在着法律冲突的可能性，因而其直接后果便是导致了法学界对刑事法律冲突的理论几乎没有系统的探讨和研究。这种情况，在目前我国的法学界，尤其是刑法学界还存在着。

我们几位年轻的法学研究者，怀着对刑法学理论的探求之心，立足于冲突法的一般理论，着眼于国际间刑事法律冲突实际存在的现实和祖国统一大业完成后的我国刑事法律冲突将必然存在的未来，尝试性地对我国刑事法律冲突理论问题进行系统、全面地探讨和研究。

我们的探讨涉及刑事法律冲突的一般理论，包括概念、成因、种类以及解决法律冲突时应遵循的原则和具体方法；还涉及国际刑事法律冲突、国际犯罪、跨国犯罪以及具有涉外因素的刑事犯罪、区际刑事法律冲突、区域刑事法律冲突问题等构成刑事法律冲突的最基本内容，并对各种刑事法律冲突的刑法适用原则和具体方法进行了论述，提出了我们自己的观点。最后，我们就解决刑事法律冲突的刑事立法完善问题作了基本的论述。

上述关于刑事法律冲突理论问题全面、系统地探讨和研究，在我国刑法学界尚属首次。作为尝试性的研究，加上我们水平有限，书中可能有不妥、甚至谬误之处，但我们愿意将我们的研究作为引玉之砖，引起刑法学界能对刑事法律冲

目 录

序.....	高铭暄 (1)
前言	(1)
第一章 刑事法律冲突概述	(1)
第一节 法律冲突	(1)
第二节 刑事法律冲突	(6)
第二章 中国刑事法律冲突概述	(13)
第一节 中国刑事法律冲突的概念和特征	(13)
第二节 中国刑事法律冲突的种类	(15)
第三节 研究刑事法律冲突的意义	(19)
第三章 国际刑事法律冲突	(23)
第一节 国际刑事法律冲突的概念和种类	(23)
第二节 国际刑事法律冲突产生的原因	(27)
第三节 国际刑事法律冲突的表现形式	(32)
第四节 解决国际刑事法律冲突应遵循的 原则	(39)
第五节 解决国际刑事法律冲突的方法	(46)
第四章 国际犯罪	(56)
第一节 国际犯罪的概念和种类	(56)
第二节 国际犯罪的一般构成	(60)
第三节 具体的国际犯罪	(65)
第四节 国际犯罪刑事责任承担	(83)
第五章 跨国犯罪和涉外因素的刑事犯罪	(89)

第一节	跨国犯罪的概念和构成特征	(89)
第二节	常见的跨国犯罪	(93)
第三节	跨国犯罪刑事责任的承担	(105)
第四节	涉外因素的刑事犯罪	(109)
第六章	中国区际刑事法律冲突	(114)
第一节	中国区际刑事法律冲突概述	(114)
第二节	中国区际刑事法律冲突产生的原因	(117)
第三节	中国区际刑事法律冲突的特征	(123)
第四节	中国区际刑事法律冲突内容	(128)
第五节	解决中国区际刑事法律冲突的原则	(143)
第六节	中国区际刑事法律冲突解决途径	(146)
第七章	中国区域刑事法律冲突	(180)
第一节	中国区域刑事法律冲突概述	(180)
第二节	中国区域刑事法律冲突产生的原因 和法律依据	(182)
第三节	中国区域刑事法律冲突的表现	(186)
第四节	中国区域刑事法律冲突解决的基本 原则和途径	(191)
第八章	中国刑事法律冲突立法完善	(200)
第一节	中国刑法国际化的刑事立法完善	(200)
第二节	中国关于区际刑事冲突法规的立法 完善	(209)
第三节	中国关于区域刑事冲突规范的立法 完善	(211)

第一章 刑事法律冲突概述

第一节 法律冲突

一、法律冲突的含义

什么是法律冲突？国际私法学界认为，所谓“法律冲突（Conflict of Laws）又称法律抵触。指内容相互歧异的不同国家的法律竞相要求对同一涉及民事关系实施管辖而形成的法律适用上的矛盾冲突状态”。^① 这一定义在一定程度上揭示出法律冲突的含义，即法律冲突实质上就是效力和法律适用上的冲突，但这一概念却有诸多不足。

第一，这一概念大大缩小了法律冲突的范围。其所指法律冲突仅仅存在于一国与它国之间法律冲突的范围，从而排除一国内区际法律冲突和区域法律冲突的存在。

第二，将法律冲突的存在限制于涉外民事法律关系领域，从而排除在其他法律关系领域中也存在着法律冲突的事实。

笔者认为，我们在研究法律冲突问题时，不能仅仅局限于国与国之间，而应该从整个法律规定的法域本身，大至国家与国家之间，小至一国内的某地域与另一地域之间来研究；也不应该把法律冲突人为地局限于私法领域或仅限于涉外民事法律领域，事实上法律冲突是普遍存在的，无论是私法领

^① 参见丁伟、陈治东：《冲突法论》，河海大学出版社，第4页。

域还是公法领域。笔者认为，所谓法律冲突是指独立的法域由于各自的法律对同一法律关系的规定上的差异，而又竞相对该同一法律关系来适用各自的法律，从而形成法律效力的抵触和法律适用的矛盾冲突。

这一概念表明法律冲突的特征：第一，法律冲突存在于独立的法域之间。所谓法域是指实施各自法律制度的特定范围，法律冲突就是某个法域与另一个法域的法律之间的冲突。第二，法律冲突实质上是法律效力的冲突和法律适用的矛盾状态。第三，法律冲突存在的范围不限于民法。在刑法、刑事诉讼法、行政法等领域中也存在着法律冲突，因为这些法律关系也照样存在着效力的抵触和适用时的冲突状态。第四，法律冲突是由于各法域的法律，对同一法律关系作了不同的规定，且又竞相要求适用各自的法律，从而产生的法律冲突。如果各法域的法律不是对同一法律关系作了规定或者虽是对同一法律关系作了规定，规定相同或规定虽不相同但某一法域不要求对该法律关系适用自己的法律，则不会产生法律冲突。

二、法律冲突产生的原因

作为法学理论界所用的“法律冲突”一词，有其特定的含义，并非我们平时简单所称的什么法律规定不协调这一含义，因此法律冲突的产生也有其特定的原因和条件。

其一，独立的法域存在。如前文所述，法域就是实施独特的法律制度的特定范围。表明法域具有两大特征。首先，法域具有独特的法律制度。其次，法域为特定的范围。法域内的独特法律制度有时包括各个法律部门，有时只包括某些法律部门或某个法律的某个方面，法域的特定范围既可以是空间范围，也可以是成员范围或时间范围。因此法域具有属地

性或属人性或属时性。法律冲突也便由此而划分为地域法律冲突、人际法律冲突或时际法律冲突三大类型。

其二，各法域所辖的成员相互交往并建立法律关系。法域的存在是法律冲突产生的前提，但法域的存在并不一定就产生法律冲突。各法域所辖的成员只有相互交往，并由此建立法律关系，这样原来没有相互联系的各法域的法律制度才能发生联系，才有可能因对同一法律关系的竞相调整而产生效力的抵触和适用上的冲突。

其三，各法域承认外法域成员在其域内具有法律地位。如果一法域法律制度不允许外法域成员在本法域内具有一定法律地位，外法域成员则无法参与本法域法律所确定和调整的法律关系，因而也就无法产生法律冲突。如在罗马帝国时期，其国内法不承认外来人在罗马境内享有罗马“市民法”上的各种权利，因此当时不存在什么法律冲突。

其四，各法域承认外法域法律的域外效力。所谓域外效力，是指一法域的法律对该法域的一切人有效，不管该当事人是在域内还是在域外；域内效力，是指一法域的法律对域内的一切人、物、行为都有效，不管这个人是本域内成员还是域外成员（无国籍人或者外国人）。法律冲突一般就是法律的域外效力与域内效力之间的冲突，如果某一法域的法律根本上不承认另一法域法律的域外效力，即使两法域的法律规定上有何不同，也根本谈不上什么法律冲突。

三、法律冲突的种类和解决的一般方法

法律冲突涉及的范围较广，发生冲突的层次也很复杂，法律冲突通常被认为主要有以下几种：

（一）国际法律冲突，是以国家为法域单位的法律在空间上的冲突。

(二) 区际法律冲突,是指一个主权国家内实施不同性质的政治,社会制度和法律的某个地区(一般是行政区划单位)为法域单位的法律之间的冲突。

(三) 区域法律冲突,是指一个主权国家内,实施同一性质的政治制度、社会制度和法律的以某地区为法域单位的法律之间的冲突。

(四) 人际法律冲突,是指同一国家内,适用于不同宗教种族甚至不同阶级的人的法律之间的冲突。如在印度、土耳其、叙利亚等国,信奉不同宗教的当事人适用不同的婚姻法。

(五) 时际法律冲突,是在同一国家内,可能同时发生效力的新法与旧法之间的冲突、这是一种“动态”法律冲突。

法律冲突的解决方法,在各国冲突法的立法和实践中通常采取下列几种方法加以解决。

其一,只适用本国法,即当产生法律冲突时,冲突规范指出这种冲突只运用本国法来加以解决,排除外国法的适用。如我国《刑法》第7条第2款规定:中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯我国刑法规定之罪的,一律适用我国刑事法律,排除外国刑事法律的适用。

其二,一定范围内适用外国法,即当产生法律冲突时,冲突规范指出这种冲突的法律适用时必须同时考虑域外法律的规定情况,同时考虑域外法律的效力,即解决这一法律冲突时,必须同时适用本国法和外国法。但考虑外国法时法院地国不得损害本国利益,不得违反本国法律的基本原则和公共秩序。如我国《刑法》第8条规定:外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪,而按我国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑的,可以适用我国刑事法律,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。第10条还规定,凡在我国领域外犯

罪的，依照我国刑事法律应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照我国刑事法律来处理，但是在国外已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。

上述二种方法都是援用冲突规范来解决法律冲突的方法，除此以外还有依靠统一实体法规范的方式来解决法律冲突。

其三，适用统一实体规范。所谓统一实体规范是指国际条约和国际惯例中调整涉外法律关系的实体规范。凡是属于国际条约的缔约国或加入该条约的国家或承认该条约效力的国家，在处理属于该条约规定范围之内的法律关系时，即可直接按照条约的规定从而解决法律冲突。就国际犯罪或国际性罪行方面加以规定有关的国际条约，协定有：《防止及惩办灭种罪公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、《禁止酷刑公约》、《禁止非法贩运麻醉品公约》；反对空中劫持的《东京条约》、《海牙公约》、《蒙特利尔公约》、《禁奴公约》、《禁止贩卖妇女、儿童国际公约》、《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行公约》、《禁止发行和买卖淫秽出版物公约》、《战争罪和反人类罪不受法定时效规定的公约》。我国陆续加入了一系列同国际犯罪作斗争的国际公约。为此，我国《刑法》第9条明确规定：对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用我国刑事法律。即对我国负有追究义务的国际罪行，我国都有权依据我国所缔结或参加的国际条约的规定行使普遍管辖权，而不管罪犯是否为本国人，罪行是否发生在本国境内。

第二节 刑事法律冲突

一、刑事法律冲突的概念

在法学界，由于长期以来，人们认为法律冲突只是存在于私法领域，具体地说只是存在于涉外民事法律关系中，忽视甚至是否认公法领域尤其是刑法领域也存在着法律冲突，因此对于刑事法律冲突的研究一直没有起步，即使在当前我国实行“一国两制”的统一政策，人们的注意力仍较多地放在民商法、经济法领域中法律冲突问题的研究上，对于统一前、过渡时期和统一后我国现实存在的刑事法律冲突仍是注意不多，这不能不令人感到遗憾。

事实上，刑事法律与其他民商法、经济法一样，照样存在着法律冲突，既存在着国际刑事法律冲突，也存在着区际法律冲突、人际法律冲突、时际法律冲突，此外刑事法律领域中还存在着国际犯罪和国际性罪行的法律适用问题。可见，刑事法律冲突不但存在，而是相当复杂。

所谓刑事法律冲突，是指某行为可以为各法域所管辖，但各法域对同一行为性质和处理的规定不同，而又要求适用各自的刑事法律来适用和评价该行为，因此所发生的效力上的抵触和适用的冲突。

二、刑事法律冲突客观存在性的论证

在我国，大多数学者都认为公法领域不存在法律冲突，他们指出：刑法、行政法、财政法、程序法等都属于公法范畴，在这些领域中，由于世界各国（包括复合法域国家的各法域）历来从严格的属地主义出发，根本不承认外国法（或外域法）在本国（本法域）的域外效力，而只适用自己的刑法，

行政法、财政法、程序法，虽然也有法律冲突问题，但这种冲突不涉及外国法（域外法）的适用，只是一般隐存的冲突。他们认为，区际法律冲突应称为区际民事法律冲突或者区际私法中突。笔者认为上述观点欠妥，刑事法律冲突是客观存在的，不承认这一点，对于我国法学理论的研究和司法实践是不利的。

其一，从法学理论上讲，只要独立的法域的刑事法律，对同一个行为的规定不同，对该行为事实上也享有管辖权，并且同时要求适用各自的刑事规范，则就发生冲突，就会产生效力的抵触和适用时的冲突，这就是刑事法律冲突。正如萨瑟认为：在发生冲突的法律制度内，可能含有民事、商事，劳动法，民事或刑事诉讼法，政治或行政法，刑法以及财政法的法律规则之间的冲突。

其二，以刑法学理论来考察，也存在着刑事法律冲突。各独立法域的刑事法律都规定各自的效力范围即刑法的适用范围，也即刑法在什么地方、对什么人及其行为和在什么时间内具有效力。一个独立自主的国家，无不在《刑法》中对刑法的空间效力即刑事管辖权的范围问题作出规定，但由于各国社会政治情况和历史、传统、习惯的差异，在解决刑事管辖权范围问题上所主张的原则不尽相同。主要有以下几种原则：

1. 属地原则，即以地域为标准，凡在本法域内犯罪，无论本法域成员还是外国人，都适用本法域法，反之，不适用本法域法；

2. 属人原则，即以人的国籍为标准，凡是本法域成员犯罪，不论是在本法域内还是在外法域，都适用本法域法。

3. 保护原则，即以保护本法域的利益为标准，凡侵害本

法域整体或其成员利益的，不论犯罪人是本法域成员还是外法域成员，也不论犯罪地在本法域内还是在外法域，都适用本法域刑法。

4. 普遍原则，即以保护各国共同利益为标准，凡发生国际条约所规定的侵害各国共同利益的犯罪，不论犯罪人是本法域成员还是外法域成员，也不论犯罪地在本法域内还是在外法域，都适用本法域刑法。

到了近代，世界大多数国家的刑法，都不是孤立地采用某一原则来解决、确定其刑事管辖权，而都是以属地原则为主，兼采取其他原则为补充的综合原则，来确定刑事管辖权。^①由于各法域是以属地原则为主，其他原则为补充的综合原则来确定各自刑事法律的管辖范围，就不可避免地产生刑事法律冲突。如：同时适用属地原则的法域的刑事法律与属人原则的法域的刑事法律就必然产生刑事管辖上的冲突。

其三，现代各国刑事法律的规定也反映出刑事法律存在冲突，并一定限度内承认外国刑法的效力。现代各国刑事法律在规定各自刑事管辖权时，不能一厢情愿地只根据本国的情况出发，必须做到既维护本国的主权，又要有利于同犯罪行为作斗争，同时要兼顾其它国家和国际社会的情况。只有这样，各国的刑法才会有较强的生命力。这一观念已被各国刑事立法所接受并且在刑事法律中有所体现。从这一点出发，则现代各国刑事法律的规定就必然产生冲突，并附一定条件地对外国刑事法律效力加以承认。如我国《刑法》第8条规定：外国人在中国领域外针对我国国家或者公民犯罪的，只要当该犯罪依我国刑法规定的最低刑为3年以上有期徒刑，

^① 参见高铭暄、马克昌：《中国刑法学》，中国人民大学出版社，第47—48页。

同时按犯罪地的法律规定应该受到处罚的时候，才能按照我国的刑法来处理。由此可见，外国人在国外针对我国国家或公民的犯罪，能否适用我国刑法，必须视犯罪地法律规定的情况和对这些行为的评价。我国《刑法》第10条规定：凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照我国刑法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判的，仍然可以依照我国刑法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判的，仍然可以依照我国刑法处理，但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。这一规定也可以看出，我国刑法在一定情况下承认外国判决一定程度的效力。

其四，世界冲突法统一运动也证实刑事法律冲突实际存在。由于刑事法律的存在是不容否认的客观事实。因此世界上全球或区域性的旨在缩小或协调刑事法律冲突的会议、条约便相继产生，形成一场世界刑事法律冲突统一运动。如1989年2月18日在乌拉圭首都蒙得维的亚举行的统一拉美各国冲突法的蒙得维的亚会议，大会共通过9个公约，其中便有《国际刑法公约》，1928年在哈瓦那举行的第六届泛美会议，以古巴法学家布斯塔曼特的名字命名的《布斯塔曼特法典》，全文共437条，分四卷，即国际民法，国际商法，国际刑法和国际诉讼法等，这些涉及到刑事法律刑事诉讼法律的条约，实际上就是解决刑事法律冲突方面有关问题的规定。

三、刑事法律冲突产生的原因

作为法律冲突的一种和组成部分，刑事法律冲突的产生首先是因为存在法律冲突产生的共同原因。除此以外，刑事法律冲突的产生还有其较为特别的原因。

第一，各国刑事法律在确定刑事管辖权时所遵循的原则具有交叉性、重叠性和冲突性。正如前文指出，现代各国在