

江西省社科规划一般项目研究成果
江西省高校人文社会科学重点研究基地南昌大学立法研究中心基金资助

刑法全球化及 相关问题研究



法律出版社
LAW PRESS·CHINA



周光清 著

XINGFA QUANQIUHUA
JI
XIANGGUAN WENTI YANJIU

刑法全球化及 相关问题研究

江西省社科规划一般项目研究成果
江西省高校人文社会科学重点研究基地南昌大学立法研究中心基金资助



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

周光清 著

XINGFA QUANQIUHUA
JI
XIANGGUAN WENTI YANJIU

图书在版编目(CIP)数据

刑法全球化及相关问题研究 / 周光清著. —北京:
法律出版社, 2013. 12.

ISBN 978 - 7 - 5118 - 5878 - 8

I. ①刑… II. ①周… III. ①刑法—研究—中国
IV. ①D924. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 319174 号

刑法全球化及相关问题研究
周光清 著

编辑统筹 政务出版分社
策划编辑 齐梓伊
责任编辑 齐梓伊
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任印制 吕亚莉

开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16
印张 15.5
字数 213 千
版本 2013 年 12 月第 1 版
印次 2013 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

电子邮件/ info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

北京分公司/010 - 62534456

上海公司/021 - 62071010/1636

深圳公司/0755 - 83072995

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

第一法律书店/010 - 63939781/9782

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5878 - 8

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

序言

刑法学研究的新领域

改革开放后刑法学研究取得了令人鼓舞的成就,近年来更是突飞猛进。但是囿于研究者的兴趣或者研究者的其他一些个人因素,我国刑法学者大都集中在刑法学总论尤其是犯罪论的研究,以期能谋取学界的“一席之地”。对于刑法学的其他领域,如国际刑法、刑法国际化、刑法全球化等问题,就较少有学者去“劳心费神”展开有效研究。而放眼整个国际社会,对刑法国际化、刑法全球化问题的关注与研究,却与国内是大相径庭的(至少从我参加的一些国际学术会议来看是这样的)。尽管国内可能有学者否定刑法全球化问题,但从近年来我们与国际刑法学会所展开的一些合作来看,也主要与刑法的全球化问题有关。因此,加强刑法全球化问题的研究,是刑法学理论研究中一片值得拓展的新领域。

光清同志自刑法专业硕士研究生毕业后长期在南昌大学法学院从事教学科研工作,2010年又考取我在中国人民大学指导的博士生。作为老师,我对他很了解,他为人忠厚实在,做事扎实认真。他的家人我也见过,妻子贤惠而落落大

方,女儿健康而聪明伶俐。在攻读博士学位的三年里,光清同志克服了夫妻两地分居、女儿幼小孱弱、母亲年老多病各种现实困难,撰写了不少有价值的学术论文,如期提交出博士学位论文、及时参加论文答辩并顺利获得通过,这在我指导的在职博士生中是较少的。他的博士学位论文《刑法全球化及相关问题研究》,从选题到开题都是征得我的同意并与我反复商量后进行的。在论文写作过程中,他也经常就某些细节问题征求过我的意见,论文初稿完成后,及时提交给我审阅,之后他顺利通过了预答辩。在论文定稿之前,适逢我血糖偏高在二炮总医院住院,我在那段时间认真阅读并修改了他的论文。可以说,这篇论文,从写作开始到答辩,我始终是参与者、见证者。现在,这篇论文已经成为一部著作,在我来看,以下这几个方面可以对此著予以概括:

一是选题新颖。现在由于博士招生规模不断扩张,招生人数不断增大,博士论文选题已经成为博士生们的一个非常纠结而且异常无奈的问题。到底写什么,怎样写,首先就是一个选题的问题。而大多数人都是从刑法总论中特别是犯罪论中反复“发掘”,试图寻找出一片他人未曾开垦的“处女地”。当然这也是一种好方法,这比较符合“小题大作”。但是反过来,一味的小题大作,明显会使我们变得小家子气。因此,从宏观上对一些热点问题、难点问题作为博士论文选题进行有效研讨,应该是有益的。光清博士撰写的《刑法全球化及相关问题研究》,从宏观的视野对刑法全球化这一全新领域进行了系统研究,可以说是关于刑法全球化研究的第一本专著,其新颖性自不待言。

二是语言平实。关于全球化的研究,由于观点的不同,在学界产生了较为明显的论争。不同的学者基于个性或文风的差异,出现过一些较为犀利甚至是较为偏激的语言。光清从事教学科研多年,具备较为扎实的语言文字功底与较为洒脱的常人心态,不博取眼球、寻求看点,以客观平和的语言语态,深入阐释了刑法全球化的基本内涵,阐释了刑法全球化与刑法国际化、刑法现代化、刑法趋同化的联系与区别,阐释了刑法全球化所需要遵循的一些基

本原则,阐释了中国刑法全球化中的基本实践。这种平实语言既是其扎实学术风格的体现,也是其端正的科研态度的表征。

三是论证全面。从本书结构上来看,既有刑法全球化的基本理论问题,又包含刑法全球化的我国实践,还对我国刑法全球化寄予展望。可以说,刑法全球化应予考虑、关注的问题,基本上在本书中都有体现。作者最后在结语提到的“增强民族刑法自尊心、树立民族刑法自信心、彰显民族刑法成就感、提升民族刑法自豪感”,确实为我国今后的刑法全球化实践指明了努力方向。

光清在本书出版之前,邀请我为他作序,作为他的老师,我为我的学生成果的问世而由衷地感到高兴!同时,我也希望光清能以此为起点,努力学习、扎实工作,多出成果、出好成果。我期待着光清下一部佳作问世!

高铭暄

二〇一三年十二月

目 录

导 言:刑法全球化:观念上的创新与现实中的践行 1

第一章 全球化与法律全球化 6

一、全球化基本理论 6

(一)全球化概述 6

(二)全球化的含义 7

(三)全球化与反全球化的论争 16

二、法律全球化 19

(一)法律全球化的基本论争 19

(二)法律全球化的概念的理解 25

(三)法律全球化呼唤刑法的全球化 31

第二章 刑法全球化的概念与特征 33

一、刑法全球化的概念 33

(一)关于刑法全球化的学说 33

(二)刑法全球化概念之理解 35

二、刑法全球化的特征 38

(一)刑法全球化特征之一:被动性与主动性并存 38

(二)刑法全球化特征之二:静态性与动态性兼具 39

(三)刑法全球化特征之三:一致性与差异性共生 40

第三章 刑法全球化的表现及其与刑法趋同化、刑法现代化的界定 43

一、刑法全球化的表现 43

(一) 刑法移植 43

(二) 刑法国际化 46

二、刑法全球化与刑法趋同化的界定 49

三、刑法全球化与刑法现代化的界定 52

第四章 刑法全球化的理论基础与路径选择 55

一、刑法全球化的理论基础 55

(一) 刑法全球化是经济发展与人权保障的直接要求 57

(二) 刑法全球化是打击犯罪全球化的现实要求 59

二、刑法全球化的路径选择 61

第五章 中国刑法全球化的原则 67

一、国家主权原则 67

(一) 国家主权之缘起 67

(二) 国家主权原则之坚持 68

二、尊重与保障人权原则 70

(一) 人权思想的历史演进 70

(二) 人权概念的基本理解 72

(三) 尊重与保障人权在刑法全球化中的基本要求 73

三、符合国情原则 75

(一) 刑法全球化要符合我国的刑法立法国情 76

(二) 刑法全球化要符合我国的刑事司法环境 76

四、循序渐进原则 77

第六章 中国刑法全球化的具体实践 80

一、刑法总则方面的具体实践 80

(一) 罪刑法定原则的实践 80

(二) 刑事管辖权的实践 82

(三) 特殊主体刑事责任的实践 83

(四) 单位犯罪的实践 84

(五) 刑罚中的实践 85

二、刑法分则方面的具体实践 86

(一) 危害国家安全犯罪方面的实践 86

(二) 危害公共安全犯罪方面的实践 89

(三) 社会主义市场经济秩序犯罪方面的实践 92

(四) 公民权利犯罪方面的实践 98

(五) 财产犯罪方面的实践 101

(六) 有组织犯罪方面的实践 102

(七) 贪污贿赂犯罪方面的实践 104

(八) 军人违反职责犯罪方面的实践 109

第七章 中国刑法全球化的不足与展望 111

一、中国刑法全球化存在的不足 111

(一) 全球化进程过于谨慎,未能及时有效应对新型犯罪 111

(二) 注重吸收借鉴域外经验,缺乏有效全球推介我国刑法 112

二、中国刑法全球化的展望 115

(一) 完善刑法修正模式,灵活应对新型犯罪 115

(二) 加强刑法领域全球交流,确立我国刑法全球应有地位 116

结 语:民族自信心的树立是中国刑法走向全球的根本所在 120

主要参考文献 121

附 录 135

- 一、《联合国反腐败公约》 135
- 二、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的公约 175
- 三、反对劫持人质国际公约 180
- 四、公民权利与政治权利国际公约 185
- 五、联合国预防少年犯罪准则(利雅得准则) 201
- 六、联合国少年司法最低限度标准规则(北京规则) 210
- 七、预防和惩处侵犯受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约 231

后 记 236

导言：

刑法全球化：

观念上的创新与现实中的践行

在当今社会,历经全球政治中的东欧剧变、苏联解体,全球经济中的欧美等主要发达国家的增长放缓,中国的突飞猛进、一枝独秀,全球化理论也经历了发生、发展、高潮乃至回落的跌宕起伏的理论研讨,到如今已不再是个时髦的话题。刑法领域尤其是刑法学界对全球化的看法几乎是凝声屏气、悄无声息,没有开展随波逐流般跟风式的狂热研讨,鲜有学者提及刑法全球化问题。但是,如同经济全球化、法律全球化一样,作为一种潮流,一种趋势,刑法全球化问题始终是一个不应回避、应于直面的话题。在全球化研究日渐平静、日趋理性的今天,刑法全球化问题的提出,应该是合乎时宜的。

刑法全球化问题并不是一个横空出世的谬语,刑法全球化现象始终贯穿于人类社会历史发展的整个过程,只不过我们以前没有视之为刑法全球化而已。在刑法的发展史上,中外刑法的全球化例证可谓比比皆是。最早的可见诸古罗马法对古希腊法律文明的继受。按照古罗马流行的法律谚语“法学家创造罗马法”的说法,古罗马法的思想源头应当来自于古希腊的自然法思想。古希腊的自然法思想在罗马的传播推动

了古罗马法律的迅速发展。《十二表法》“把罗马法古老而野蛮的规定同受希腊影响的较先进的规定加以集中与混合”,^[1]《十二表法》的出台是古罗马人对古希腊法律制度充分考察后的结果,“古罗马法的法律文件中到处都能找到自然法思想的影子”,^[2]这种说法也就不足为奇了。这里的古希腊的自然法思想,可以说是理论法学、部门法学思想的综合,自然也包括刑法学思想。例如,《十二表法》中第8表关于“私犯”共27条的规定,可以说是最早的关于刑法移植的表现。在以后的历史发展中,刑法移植现象就更多了,古代中国的李唐时代,中华法系的发展正处于登峰造极的地步,中国的近邻日本、高丽等国对中华法系刑事法律甚至整个法律体系的移植,日本明治维新后于1880年和1907年分别对法国、德国刑法的移植等都说明了这一问题。总体而言,刑法的全球化是从刑法发展文明程度较高的国家或地区流向刑法发展文明程度较低的国家或地区。

新中国成立之初,由于当时新中国所处的国内国际环境,在外交上实行向苏联老大哥“一边倒”的基本政策,在法制领域,新中国着手制定保护人民的法律法令,在此基础上建立符合当时我国实际的司法制度,同时,废除国民党反动政府一切压迫人民、剥削人民的法律法令和与之配套的司法制度,即推翻旧体制、废除伪法统、效法新兴的社会主义国家苏联的社会主义法律体系。刑法学研究也是“全面批判、彻底否定剥削阶级的旧法观念,介绍和引进前苏联的刑法理论”。^[3]以苏联刑法理论为基础,结合我国1979年《刑法》规定的实际,建立了我们今天称之为“通说”的刑法学体系。高铭喧教授于1982年领衔主编的全国第一部《刑法学》统编教材即属“通说”之源头。

改革开放以来三十余年,我国刑法学基础理论研究虽然涉及刑法总论的方方面面,但是对于犯罪构成理论的研讨,却是每一个刑法学者的情有独钟,甚至形成他们终身难以离弃的研究情结。因此,围绕犯罪构成理论研讨的展开,成

[1] 张丽、宋宏飞:《法律移植及本土化研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第43、44页。

[2] 张丽、宋宏飞:《法律移植及本土化研究》,中国人民公安大学出版社2010年版,第44页。

[3] 高铭喧:“新中国刑法学60年的简要历程和基本经验”,载《新中国刑法60年巡礼》,中国人民公安大学出版社2009年版,第4页。

了中国刑法学理论研究的一大亮点、一大特点、一大重点与一大难点。特别是对传统四要件犯罪构成理论体系的质疑、追问、反思与颠覆，形成了一个尖锐的理论争论，并由此形成了大量的学术论文、出版了不少专著来论证四要件犯罪构成理论体系的不足与缺陷，有学者甚至主张对中国刑法“去苏俄化”，并以日本刑法中构成要件该当性、违法性、有责性这种所谓的“三阶层”理论体系来取代四要件的犯罪构成理论体系。最引人注目且具代表性的教材和专著主要有陈兴良主编《刑法学》（复旦大学出版社 2003 年版）、周光权《犯罪论体系的改造》（中国法制出版社 2009 年版）以及付立庆《犯罪构成理论比较研究与路径选择》（法律出版社 2010 年版），^{〔1〕}以及系列文章，如陈兴良《四要件犯罪构成的结构性缺失及其颠覆——从正当行为切入的学术史考察》（《现代法学》2009 年第 6 期）、《四要件：没有构成要件的犯罪构成》（《法学家》2010 年第 1 期），其核心观点主张对现有四要件的犯罪构成体系推倒重来，代之以大陆法系德日刑法学中三阶层的犯罪论体系在中国刑法学中的直接适用。对于这种现象，持反对意见、赞成四要件犯罪构成理论体系不必重构的学者也大有人在，^{〔2〕}已故著名刑法学家马克昌先生就非常直接地指出，我国有学者极力赞成德日刑法学中三阶层犯罪论体系，指出这种犯罪论体系巨大的作用是定罪功能明显，主要由于这种犯罪论体系是递进型的体系，分析犯罪成立问题上层层递进，是一种开放型的体系，各个阶层逻辑性强，前后顺序严密，并认为是这些学者对该体系分析的欠缺。马先生进而指出，古典的三阶层体系和新古典三阶层体系都存在其自身难以克服的不足，而且其内部构成要件要素的位置也并非一成不变，前后可能是不同的。就古典的三阶层体系而言，构成要件很难成为犯罪的类型，因为构成要件是客观的、中性的，一般不包含规范的和主观的

〔1〕 需要说明的是，最引人注目的原因是付立庆在其《犯罪构成理论比较研究与路径选择》的“代后记”中提出颇具“革命”意味之“三枪”说法：陈兴良 2003 年复旦版《刑法学》吹响了系统清算四要件理论的号角，视为向传统四要件理论正面、集中宣战的第一枪；周光权《犯罪论体系的改造》为第二枪；而付立庆之成果为第三枪。

〔2〕 如清华大学黎宏教授就直接赞成犯罪构成体系不必重构，参见黎宏：“我国犯罪构成体系不必重构”，载《法学研究》2006 年第 1 期。

要素,故意或过失存在于责任阶段,而构成要件理应包括行为的客观要素和主观的内心的要素。韦尔策尔曾经指出,古典犯罪论体系中的谬误是由于主观的不法要素理论的不断发展和后来的目的行为论的发展才得到修正。就新古典犯罪论体系而言,在构成要件阶段包含故意或过失,而责任能力则放在责任阶段;所以,一个明显的问题就是,没有确定有无责任能力的情况下如何去认定故意或过失?对于这个问题,“赞成三阶层体系的学者显然没有给出合理的解释……三阶层犯罪论体系并不是完美无瑕的”。^[1]

马克昌先生一番简洁明了的分析,向刑法学界还原了三阶层理论体系的本质,对“推倒重来”论者无疑是致命一击。即使抛开马先生对那些学者的质疑,如果我们转换刑法学研究的思维方式,将这种尖锐的“革命”般的犯罪构成理论论争置于全球化这种大背景下来进行分析,也许问题也不会变得如此之复杂。因为在全球化大背景下,刑法的全球化也是不可避免的,是一种必然趋势。从我国犯罪构成理论的论争来看,集中体现在是对现有四要件构成理论进行内部完善还是直接引进日本的所谓的三阶层犯罪论体系。置于刑法全球化视野,如果要引进日本的三阶层犯罪论体系,实际上就是对日本刑法中的犯罪论体系的移植问题,主要涉及刑法犯罪论的移植与我国刑法犯罪论的本土化问题,这主要考察刑法移植的方式、移植的过程,考虑犯罪论移植后所产生的法律效果等问题。如果上述问题能够基本妥当解决的话,就不会出现这种高雅的刑法理论研究沦为令人费解的颇具火药味的争论,更没有必要出现所谓的“第一枪”、“第二枪”、“第三枪”的令人震惊的荒诞论调。

因此,单从犯罪论这一部分内容我们就可以看出,转换我国刑法理论研究思维范式,实现刑法理论研究的观念创新,顺应刑法全球化的社会发展客观潮流,理性面对刑法全球化问题,已经是摆在我们面前的现实选择。也就是说,我们不是要不要刑法全球化,而是怎样实现刑法全球化的问题。换言之,我们观念上要创新,现实中要践行刑法全球化。

[1] 马克昌:“刑法六十年反思”,载《新中国刑法60年巡礼》,中国人民公安大学出版社2009年版,第22页。

众所周知,全球化理论研究虽然不是一个时髦的话题,但全球化理论研究可以说还是方兴未艾的。西方社会关于全球化理论的研究存在诸多不同的流派与不同的观点,我国学者在借鉴西方学者研究的基础上又形成自己不同的学说,可以说关于全球化的理论研究既有见仁见智的一面,更存在民族主义全球化理论的一面。以美国部分学者所倡导的全球化理论无疑具有很强的全球化即“美国化”的论调,而广大的发展中国家包括我国的不少学者则从客观上秉持全球化既要反对大国主义化、霸权化,又要兼具民族国家的民族特色。总体而言,全球化理论的研究源于经济的全球化,即伴随着全球科技的不断发展、社会生产力的不断提高而出现的全球各国各地区经济交往的加强与频繁,全球经济的互利互惠满足并催生和刺激了经济全球化的发生、发展。由于经济全球化的发展,对经济全球化予以规范与保障的法律全球化便应运而生。就本质上而言,法律的全球化是经济全球化之后的事情,即法律全球化具有滞后性的天然特性,但往往二者可能交织在一起。在不少学者看来,法律全球化最早主要体现于私法的全球化,即在合同法或契约法、商法等领域的全球化,而后在部分公法领域中出现全球化,如宪法、行政法领域以及一些社会保障法中的全球化问题,而刑法的全球化始终是一个讳莫如深的问题。但是,全球社会深受共同的犯罪现象所侵扰的事例不断涌现的当前社会,全球社会在这一共同的刑事领域加强合作与交流似乎是历史车轮运动的自然法则。因为刑法的全球化不是要在全球社会建立一部通行全球的统一的超国家刑法典,而是全球社会在刑法领域的相互借鉴、相互吸收、相互融合。本书正是基于全球化理论与法律全球化的时代需要这一背景而展开研讨的。

第一章

全球化与法律全球化

一、全球化基本理论

(一) 全球化概述

关于全球化问题,诚如戴维·赫尔德所言,“并不是什么新鲜的事情”。^{〔1〕} 全球化之理念或谓之全球化思想早已有之。中国早期的“丝绸之路”及后来的“郑和七下西洋”、大蒙古国的西征以及哥伦布等寻找“新大陆”,都属于早期全球化的开始。“过去的两千年,就存在着许多全球化阶段:世界宗教的发展、大发现时代、帝国的扩张。”^{〔2〕} 全球化(globalization)作为一个名词,尽管在全世界各地已经获得时髦语言的地位,但作为概念本身并不新颖。当代意义上的全球化,有人认为其起源可以追溯到19世纪和20世纪初的许多学者的著作,认为那一时期的一些地缘政治学者都认识到现代化是如何促使世界走向一体化的。全球化这一术语在学术界广泛流行,那已经是20世纪六七十年代的事情了。经由美国学者 Theodore Levitt 1985 年在其《市场全球化》一文中广泛使用,到20世纪

〔1〕 [英]戴维·赫尔德、安东尼·麦克格鲁:《全球化与反全球化》,社会科学出版社2004年版,第123页。

〔2〕 [英]戴维·赫尔德、安东尼·麦克格鲁:《全球化与反全球化》,社会科学出版社2004年版,第123页。

90年代,随着东欧剧变、苏联解体,世界两极对立的消解,全球化的知名度急剧上升,后即为人所广为传播,现可谓家喻户晓。

20世纪80年代以来,全球化问题已然成为国内外学界研究的一个热点、重点与焦点。最早是围绕经济全球化问题而展开的。全球化首先表现为经济的一体化,经济生活的全球化一方面对人类的生產方式、消费方式和交换方式进行了翻天覆地的改变,另一方面也对人类的思维方式和行为方式进行了彻头彻尾的影响,甚至对某些方面造成深刻而巨大的冲击,特别是某些民族所固有的传统民族文化。诚如英国著名社会学家安东尼·吉登斯所言,“我们有更充分的更客观的理由认为,我们正经历一个历史变迁的重要时期。而且这些对于我们产生影响的变迁并不局限于世界的某个地区,几乎延伸到世界的每个角落。”^[1]“全球化就是以一种非常深刻的方式重构我们的生活方式。”^[2]全球化不仅是一种经济政治现象,还是一种文化与学术现象。客观来讲,全球化时代的到来是不可逆转的客观历史进程,是当代社会重要的特征之一。当然,全球化要求我们进行纵向思维的同时,更强调重视横向的比较思维。因为片面的纵向思维容易把自己局限于狭隘的历史经验中,容易对自己的过去经验与现实进行比较,容易走向两个极端,要么夜郎自大,要么自暴自弃。但是,“全球化的趋势已经出现并将继续增强,则是无可怀疑的事实”。^[3]

(二)全球化的含义

什么是全球化?一直是个值得研讨的问题。中外学者可谓仁者见仁、智者见智,学说纷呈。在众多的学说中形成不同的学派,有学者将全球化理论划分为极端全球主义论、怀疑论与变革论,有学者将全球化理论划分为马克思主义流派、当代西方新左派以及西方主流学派三个流派,也有学者将全球化划分为

[1] [英]安东尼·吉登斯:《失控的世界——全球化如何重构我们的生活》,周红云译,江西人民出版社2001年版,第2页。

[2] [英]安东尼·吉登斯:《失控的世界——全球化如何重构我们的生活》,周红云译,江西人民出版社2001年版,第4页。

[3] 徐立志:“法律全球化时代的制度与文化冲突”,载信春鹰主编:《全球化与多元法律文化》,社会科学文献出版社2007年版,第54页。