

吉林大学
跨世纪法学
研究文库

国际刑法论要

GUO JI XING FA LUN YAO

张 旭 / 著

吉林大学出版社

序

国际刑法是一个重要的研究领域,尤其是随着我国对外开放的扩大和与国际社会联系的进一步加强,在刑法上也存在一个与国际社会接轨的问题。张旭博士长期从事国际刑法的教学与研究,并有在国外进修访问的背景,积数年之功,完成了《国际刑法论要》一书。付印之前,嘱我为之作序。盛情难却,故有此序之作。

国际刑法虽然重要,然而过去并没有受到应有的重视。除思想认识上的原因以外,主要问题在于国际刑法的学科定位没有得到圆满解决。换言之,国际刑法属于国际法还是属于刑法,抑或是国际法与刑法的交叉学科?正是由于国际刑法在国际法与刑法之间的这种边缘性,使得国际刑法既不受宠于国际法,又不受惠于刑法。据我观察,目前我国从事国际刑法研究的绝大多数是刑法学人。张旭博士就是其中的一位。关于国际刑法的定性,张旭博士强调了国际刑法的国际性与刑法性的统一与协调,并侧重以刑法为视角挖掘国际刑法的性质。在本书中,张旭博士指出:国际刑法是存在于国际法和国内法之中,旨在同国际性犯罪和跨国性犯罪做斗争,规定国际犯罪和国际禁止行为,调整国家之间、地区之间刑事司法协助方面的规范、原则和制度的总称。这是一个大国际刑

法的概念,容纳了狭义的国际刑法、国际刑事司法协助等内容。尤其值得注意的是,本书提出了“两重性”的命题,这种“两重性”包括组成结构的两重性——国际法的刑法方面和国内刑法的涉外方面、体现意志的两重性——各国独立意志和国际共同意志的协调、法律内容的两重性——兼容实体法与程序法、表现形式的两重性——国际性文献和国内刑事法以及执行模式的两重性——直接执行模式和间接执行模式并存。“两重性”特征象一条主线贯穿在她的国际刑法的研究中,并成为本书的基本理论线索。可以说,国际刑法的“两重性”是本书的精彩之笔,并为国际刑法理论的体系化提供了逻辑支撑,因而使本书具有创新意义。

理论研究是为现实服务的,国际刑法研究也是如此。我国是世界上的一个重要国家,在预防和惩治国际犯罪,进行国际刑事司法协助方面也应当发挥积极作用。张旭博士在国际刑法研究中,始终强调中国的本位,以中国为视角去研究国际刑法问题,力图找到既与国际普遍认同的国际刑法理论接轨,又不失我国原则和立场的结合点,并以此为基础,直面我国国际刑事司法实践遇到的问题,进而提出建立和完善我国与国际刑事立法和惩治国际犯罪相关的刑事立法建议。可以说,张旭博士的研究体现了一个中国学者的使命感。

国际刑法具有刑法的属性,与国内刑法理论存在相同之处,这是不言而喻的。但也不可否认,国际刑法又具有其独特的理论范畴与研究范式。因此,并非每一个研究刑法的学者都能胜任国际刑法的研究,对于我来说就是如此。当然,从大刑法观念出发,国际刑法作为刑法的一个分支,应当纳入到我们的理论视野之中,予以更多的关注。唯有如此,刑法学科才是齐备的,刑法理论才是全面的。我高兴地看到,目前我国刑

法学界对于国际刑法研究越来越重视,许多学者,尤其是年青学者,投身国际刑法的研究,并不断地有学术成果推出。张旭博士就是其中杰出的一位。她师从于我国著名刑法学家何鹏教授,专攻比较刑法,奠定了深厚的理论基础。获得博士学位以后,又负笈赴欧从事博士后研究,开始钻研国际刑法,开拓其一个研究新领域。现在,张旭博士完成了本书的写作,因此本书是集其数年研究心血之作。我作为一个刑法同仁,为之欢欣,并祝张旭博士在国际刑法研究领域不断有新作问世。以上数语不一而足,是为序。

陈兴良

2000年5月23日谨识于北大

前 言

在法学领域中,刑法学可谓是一个大家族。尽管其只以犯罪、刑事责任和刑罚为核心,它的内容也相当庞杂。当我们选择不同的切入点,按照相应的范围、方法从事本学科的研究时,可以发现其包含着沿革刑法学、比较刑法学、中国刑法学、外国刑法学等分支学科。然而,我们无论从历史的角度去揭示,以纵横比较的方法去探求,用逐条分析的方法去推导,还是以一国刑法或其他国家刑法为研究基点,甚至将刑法学扩展到广义刑法学,都会发现还有一部分有关犯罪、刑事责任和刑罚的问题不能包括在国内刑法学、外国刑法学或比较刑法学中。比如,一个国家在积聚了足够的力量,为获得某方面重要权益向另一个国家非法使用武力时,是不是构成犯罪?如果构成犯罪,应由谁、怎样去处罚这样一种犯罪?再如,虽然国内刑法中有相关犯罪的规定,但当犯罪主体、犯罪地或犯罪侵害的利益具有涉外因素时,如何去保障犯罪的人受到刑事追究?《法苑》1998年第2期登载的一个案例就涉及到这些问题。意大利警方在米兰捕获了三名持日本护照的贩卖人口犯罪嫌疑人,被拐卖的对象为一个12岁的中国女孩。此时,

究竟是意大利,还是日本或是中国享有对三名罪犯的审判权?如果是我国享有管辖权,又怎样实现对三名罪犯的审判?审判以后在哪儿执行判决更有利?回答和解决这些问题,就要涉及一个新的领域,那就是国际刑法学。

二

国际刑法学作为一门独立的学科虽不及国内刑法学那样古老、悠久,却也有较为漫长的历史。从我国的情况来看,国际刑法的专门研究则起步较晚。尽管80年代初有人开始对这一问题进行研究,但应和者寥寥,差不多到80年代末、90年代初才引起学界的关注。国际刑法之所以在当时没有引起众多学者的瞩目,一方面是受传统思维模式的限制,另一方面则是受改革后致力于有效遏制国内日益增长的犯罪所影响。但是,随着改革开放的不断深入,我国与其他国家在人员、货物、资金及服务方面的往来日趋频繁,高科技的通讯媒介和网络系统使得世界各国的联系更加密切;同时,国际性犯罪和跨国犯罪也逐渐渗透到我们国家并造成极大的危害。而由于我们长期忽视国际刑法的研究,与此相关的刑事立法也极其匮乏,以致在需要引渡罪犯、进行刑事司法协助时,许多问题亟待解决,而哪一个方面处理不好,都会影响我国的主权。特别是随着1997年香港和1999年澳门的回归,我国与世界的交往会进一步扩大;加入世界贸易组织也即将成为现实,这无疑都会使我国面临更多、更广泛的与其他国家的刑事司法合作问题。我们惟有积极加入并展开国际刑事司法合作,才能有效抵御国际性犯罪和跨国性犯罪对我国的侵害。进而言之,随着我国国力的增强和在世界范围内地位的提高,对国际上

或国家之间的重大法律问题我们应该有发言权,并应有适合于我们的价值观念和国情的原则与立场,而这也必须以深入研究国际刑法方面的问题为前提。可见,客观形势要求我们必须进一步重视和展开国际刑法的研究。

三

虽然我国的国际刑法研究还处在方兴未艾的高潮,但由于其发展历史较短,研讨尚未完全展开,国际刑法领域有太多需要探讨的问题。本书立足于国际刑法基本理论的研究,以为形成具有我国特色的国际刑法学体系及我国刑法的涉外适用提供借鉴。为达此目的,本书从建构国际刑法学大厦的基点入手,提出现代国际刑法兼具的国际法的刑法方面和国内刑法的涉外方面的两重性特征是我们认识国际刑法的关键。“两重性”特征就像一条主线贯穿在笔者的国际刑法研究中,并以此为中心形成国际刑法学的基本框架。

二战以后,人权保护受到国际社会的极大关注,以致人权从国内法领域进入国际法领域,人权原则也成为国际法中的一项重要原则。很显然,作为国际法的刑法方面和国内刑法的涉外方面汇集而成的国际刑法,必然接受人权的影响和洗礼。事实上,在国际刑法研讨和国际刑事司法实践中,人权考虑已经注入其中。借用一些国外学者的观点,探讨国际刑法中的人权问题已成为时尚。抓住国际刑法的前沿问题,以人权为视角对国际刑法的诸多问题,如人权在国际刑法中的地位,人权标准的评断,人权对引渡和其他国际刑事司法协助的影响进行思考,提出不失我国立场与国情,又与世界普遍认同的理念相接轨的主张,也是笔者努力追寻的目标。就目前而

言,关于国际刑法学这个学科究竟包含哪些内容,其研究范围有多宽,还没有形成共识。但有关国际刑法的起源与发展,国际刑法基本原则的认识与内容,国际刑事法院的设立与前景,国际犯罪的界定和范围,国际犯罪刑事责任的追究与承担,国际刑事司法协助的操作与实施等问题无疑应是国际刑法研究中必不可少的内容。故对这些问题,本书都有涉猎,并力求提出自己的认识和主张。不过,本书不以体系完整为目标,重在澄清、探讨一些问题。如能引起学界对国际刑法的进一步重视和研讨,吾心足矣。

目 录

序	(1)
前 言	(1)

第一编 国际刑法概论

第一章 国际刑法概说	(3)
第一节 国际刑法的概念分析	(3)
第二节 国际刑法溯源	(16)
第三节 国际刑法的发展	(23)
第四节 国际刑法的展望	(37)
第二章 国际刑法的基本原则	(45)
第一节 国际刑法基本原则概说	(45)
第二节 罪刑法定与国际刑法	(48)
第三节 人权与国际刑法	(53)
第四节 国际刑法基本原则的内容	(73)
第三章 国际刑事法院	(82)
第一节 国际刑法现有适用模式的局限	(82)
第二节 建立国际刑事法院的历史必然性	(85)
第三节 国际刑事法院的作用分析	(91)

第二编 国际犯罪与国际犯罪的刑事责任

第四章 关于国际犯罪的一般认识	(99)
第一节 国际犯罪的概念	(99)
第二节 国际犯罪的一般构成	(103)
第三节 国际犯罪的分类	(117)
第五章 国际犯罪类型选论	(121)
第一节 战争犯罪	(121)
第二节 国际恐怖主义犯罪	(137)
第三节 危害国际航空犯罪	(156)
第四节 国际毒品犯罪	(172)
第六章 国际犯罪的刑事责任	(193)
第一节 国际犯罪刑事责任的概述	(193)
第二节 国际犯罪刑事责任的追究	(205)
第三节 国际犯罪刑事责任的承担	(213)

第三编 国际刑事司法协助

第七章 国际刑事司法协助概述	(225)
第一节 国际刑事司法协助的概念	(225)
第二节 国际刑事司法协助的类型	(228)
第八章 引渡	(232)
第一节 引渡中的主权与人权	(232)
第二节 死刑与引渡	(241)

第三节	“政治犯罪不引渡”原则探析·····	(251)
第九章	关于国际刑事司法协助几个问题的探讨·····	(267)
第一节	国际犯罪现状赋予国际刑事司法协助以 特殊使命·····	(268)
第二节	国际刑法面临的问题呼唤展开对国际刑事 司法协助的理论研究·····	(271)
第三节	关于国际刑事司法协助的若干思考·····	(282)
后 记	·····	(290)

第一编 国际刑法概论

国际刑法学的发源地在西方发达国家,因此,世界国际刑法的研究基点与一些基本原则和规范的考虑基本以西方的价值观念为标准。而由于世界各国的经济发展程度和传统文化不同,国与国之间在行为标准和价值观念上相差悬殊,现有的世界国际刑法模式无疑不能完全适合我国的国情。我国作为世界大国之一,对国际上或国家之间的重大法律问题应该有发言权,而且应该有我们自己的原则和立场。因此,进行国际刑法研究,应侧重从我国的经济现状和外交政策出发,建构我国国际刑法研究的基点和体系。其中,确定国际刑法的概念和特征,反思国际刑法的本质和基本原则,总结国际刑法的历史,分析国际刑法的现状,展望国际刑法的发展前景,特别是国际刑事法院的发展前景,尤为重要。



第一章

国际刑法概说

正确认识国际刑法,是展开国际刑法研究的基础,也是建构国际刑法学体系的前提。界定国际刑法的概念,把握其“两重性”是核心和关键。国际刑法源头的探寻,国际刑法发展轨迹的回溯,国际刑法未来的展望,都需要从国际刑法的“两重性”入手。

第一节 国际刑法的概念分析

概念的解析往往是进行科学研究的前提。在国际刑法的研究中,对国际刑法概念的认识尤为重要。

一、国际刑法诸认识基点概览

汉语中的“国际刑法”直接源于英文“international criminal law”。这一名称在 18 世纪以前几乎不为人知,在法律文献中亦未曾出现过。有人认为,是英国的哲学家边沁首先在 1780 年使用这一名称,用以表示规范国内刑法的国际效力规则。19 世纪下半叶,欧美一些刑法学家在从事各国刑法的比

较研究时,开始正式使用这一名称^①。尽管国际刑法这一名称从正式使用到现在已经有一百多年的历史,但由于研究、使用者的运用角度不同,价值取向各异,至今没有一个为国际上所普遍接受的确切定义。概括起来,学者们对国际刑法的解释主要有以下几种:

(一)空间效力说

这种学说反映了人们对于国际刑法的早期看法。其基本内容是将国际刑法看成是国内刑法的相对物,认为国际刑法是国内刑法在该国领土范围以外的适用。早期资本主义制度在西欧确立之后,为了彻底摆脱封建擅断,实行罪刑法定,法、德等国开始着手编纂刑法典。在立法过程中,人们发现由于管辖原则所限定,常常会出现国内刑法的域外适用问题。自此,有关国内刑法在域外适用的理论得以发展,并在国内刑法中规定了域外适用的内容。十八九世纪的刑法学家为了将纯粹在国内适用的刑法和国内刑法中有关域外效力部分的规则相区别,就将后一部分命名为国际刑法。

(二)冲突说

这种学说产生于19世纪末,其基本内容是将国际刑法看成是国际私法的相对物,认为各国在处理跨国犯罪或涉外犯罪时必然面临不同国家国内刑法适用上的冲突现象,而解决这种冲突现象必然借助于冲突规范。所以,解决各国刑法域外适用时造成的冲突的冲突规范就是国际刑法。

(三)合作说

这也是产生于19世纪末的一种主张。这种主张侧重于各国刑法域外适用时的程序性规范,认为国家之间就刑事案

^① 参见赵永琛著:《国际刑法与司法协助》,1页,法律出版社,1994。

件提供相互协助的法律规范总和就是国际刑法。

(四)限制说

这种主张仍然是以国内刑法为基点,认为国际刑法不具有独立性,而是赋予国内刑法国际意义后而形成的。所以,国内刑法在受到国际法的某种限制后,就成为国际刑法。从这一角度给国际刑法下定义的,又有授权说、制约说及共同说等主张。授权说认为,国际刑法实际上是经国际法授权的国内刑法。比如,海盗罪是一种国际法上公认的犯罪。为了有效遏制和打击这种犯罪,各个国家都有权在其管辖范围内行使刑事管辖权,并依据其国内法加以制裁。制约说认为,国际刑法实际上是国内刑法受到国际法的约束后形成的。比如,各国在运用本国刑法对跨国犯罪和国际上公认的犯罪加以制裁时,要受到国际法的约束。一国不能到他国领域内去逮捕人犯,就是国际法对一国刑法域外行使的限制。国际法对国内刑法的限制通常是根据条约、公约或国际惯例所规定的国家义务。共同说则认为,各国刑法和刑事诉讼法中普遍存在着一些相同的内容,由于各国均遵行相同的规则,使其具有了国际性。因此,各国刑法、刑事诉讼法中带有普遍性的原则和内容就是国际刑法。如政治犯不引渡原则。

(五)超国家说

这种主张出现较晚,其基本内容是在国际意义上认识国际刑法。超国家说是在第二次世界大战后,随着国际刑法的内容和调整对象发生了根本性的改变以及制裁犯罪的国际公约逐渐增多,国际刑法日益成为一种国际社会不容忽视的法律制度这一客观形势而呼声渐高的。它认为有关刑事方面的国际条约或国际习惯规则所组成的特殊法律规范的总和为国际刑法。由于国际条约或国际习惯规则均是在超国家的意

义上形成的,这种主张又排斥了站在国内刑法基础上认识国际刑法的主张,故笔者将其称之为超国家说。

(六)二元说

这是由著名国际刑法学家巴西奥尼提出的主张。他认为,国际刑法是国际上各国内刑法和国际法中刑法方面内容的汇集,因此,国际刑法具有二元性。所以,确定国际刑法定义应从两个方面进行,即分别从国内刑法的涉外方面和国际法的刑法方面确定定义。从国内刑法的涉外方面提出的定义是调整关于个人违犯某个特定国家刑法的犯罪问题上实行国际合作的国际法规和国内法规。而从国际法的刑事方面提出的定义则是调整由个人或集体实施的违反某种应予刑罚处罚的国际禁止规范的行为的国际法律规范。^①

综观学者们对国际刑法所作的定义,无非是从三个方面着眼:一是以国内刑法为基点,从国内刑法的涉外方面界定国际刑法。如法国学者德·瓦伯尔认为国际刑法是国内刑法的一部分,只不过它们的适用超越了该国的领土范围而已^②。我们所列举的空间效力说、冲突说、合作说、限制说基本属于此类。二是以国际法为基点,从国际法的刑事方面界定国际刑法。如高格在其《比较刑法学》一书中认为,国际刑法是指国际上有关刑事实体法和程序法的法律规范。这些法律规范一般是通过国际公约、条约、规章制度和一些惯例来表现^③。前述列举中的超国家说当归此类。三是同时着眼于国内刑法和国际法,从国内刑法的涉外方面和国际法的刑法方面两个

^① M. Chief Bassiouni, "An Appraisal of the Growth and Developing Trends of International Criminal Law", *Revue Internationale de Droit Penal*, 1974, P428.

^② 参见黄肇炯著:《国际刑法概论》,2页,四川大学出版社,1992。

^③ 参见高格著:《比较刑法学》,5页,长春出版社,1991。