

教育部人文社会科学研究项目（批准号：08JA820020）

国际刑法 国内化研究

冯殿美 等著

Guoji Xingfa Guoneihua Yanjiu

山东大学出版社

教育部人文社会科学研究项目(批准号:08JA820020)

国际刑法国内化研究

冯殿美 侯艳芳 著
王 芳 朱海波

山东大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

国际刑法国内化研究/冯殿美等著.

—济南:山东大学出版社,2014.4

ISBN 978-7-5607-5015-6

I. ①国… II. ①冯… III. ①国际刑法—研究
IV. ①D997.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第 079920 号



责任编辑:尹凤桐

封面设计:牛 钧

出版发行:山东大学出版社

社 址 山东省济南市山大南路 20 号

邮 编 250100

电 话 市场部(0531)88364466

经 销:山东省新华书店经销

印 刷:山东泰安金彩印务有限公司印刷

规 格:880 毫米×1230 毫米 1/32

9.875 印

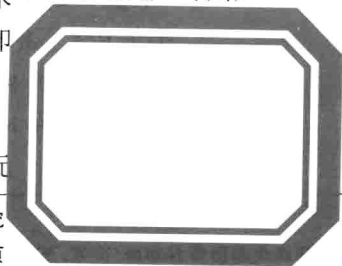
版 次:2014 年

印 次:2014 年

定 价:28.00 元

版权所有,盗印必究

凡购本书,如有缺页



目 录

导 论	(1)
一、国际刑法国内化的现状分析	(1)
二、国际刑法国内化的必要性	(4)
三、国际刑法国内化的概念	(8)

第一部分 国际刑法的基本理论

第一章 国际刑法与国际犯罪	(13)
一、国际刑法概述	(13)
二、国际犯罪的概念及其与相关概念的区别	(21)
第二章 国际犯罪的刑事责任与国际刑事司法协助	(31)
一、国际犯罪的刑事责任	(31)
二、国际刑事司法协助	(40)

第二部分 国际刑法国内化的原则、理念和模式

第三章 国际刑法国内化的原则	(47)
一、主权原则	(48)
二、人权原则	(51)
三、合法性原则	(57)
四、恪守条约原则	(61)
第四章 国际刑法国内化研究的理念基础	(62)
一、主权主义与人权主义	(62)
二、人权保障原则与国际刑法的国内化	(65)
三、法律全球化与国际刑法的国内化	(67)
第五章 国际刑法国内化的模式选择	(70)
一、实体国际刑法国内化的模式	(71)
二、程序国际刑法国内化的模式	(74)

第三部分 国际刑法国内化的实体侧面

第六章 国际刑法国内化与国内刑法基本原则的关系	(81)
一、罪刑法定原则的含义	(81)
二、国际刑法中罪刑法定原则的地位确立	(82)
三、国际刑法中罪刑法定原则的特殊内涵	(85)
四、国际刑法国内化与罪刑法定原则的中国适用	(88)
第七章 国际刑事实体规范与国内刑法的衔接	(91)
一、犯罪构成立法设计与协调	(91)

二、刑罚配置立法设计与协调·····	(98)
第八章 国际犯罪典型个罪研究·····	(101)
一、灭绝种族罪·····	(101)
二、危害人类罪·····	(113)
三、战争罪·····	(123)
 <u>第四部分 国际刑法国内化的程序侧面</u>	
 第九章 对国际犯罪的管辖问题·····	(147)
一、国际条约中的管辖条款·····	(147)
二、国际刑法管辖的共同原则·····	(150)
三、国际刑法与国内刑法对国家犯罪管辖立法的冲突与协调 ·····	(153)
四、刑事管辖权的国际转移·····	(158)
 第十章 对国际犯罪的引渡·····	(161)
一、引渡的概念及历史沿革·····	(161)
二、现代引渡原则及其发展·····	(168)
三、我国引渡国际合作的法律渊源·····	(189)
四、我国引渡制度的完善——国际引渡制度的国内化·····	(207)
 第十一章 外国刑事判决的承认与执行·····	(215)
一、外国刑事判决的承认与执行制度在国际刑法上的确立·····	(215)
二、承认与执行外国刑事判决制度的国内立法:模式与内容 ·····	(217)
三、我国立法的反省与重构·····	(219)

结语 国际刑法国内化研究前景之展望·····	(222)
一、已经加入的有些国际刑事实体条约没有及时转化为国内法 的规定·····	(223)
二、我国与他国(他区域)签订的国际刑事司法协助协定还 不够普遍·····	(225)
三、该加入国际刑法公约的应适时加入——以《罗马规约》 该加入为视角·····	(227)
附录 国际刑事法院罗马规约·····	(232)
参考书目·····	(302)
一、中文书目·····	(302)
二、外文书目·····	(304)
后 记·····	(306)

导 论

一、国际刑法国内化的现状分析

随着各种形式的国际犯罪日益频繁,尤其是跨国犯罪、有组织犯罪、恐怖活动犯罪的日渐增多,国际社会近几十年来,陆续通过一系列的国际刑事条约,预防、遏制和惩治国际犯罪,开展国际刑事司法协助,旨在维护国际和平、秩序和发展。因此,如何履行国际条约义务,加强国际合作,联手预防和惩治国际犯罪,就成为国际社会和各国亟待深入研究并予以落实的重大课题。由于大量的国际刑事条约只规定对国际犯罪的罪名、罪状、预防原则,没有规定具体的刑罚措施,没有完备的执行机制(虽然国际社会成立了国际刑事法院,缔结了国际刑事法院规约,但该法院、该规约仅仅对四种国际犯罪予以追究,仍不能对大量国际犯罪行使管辖权),因而要求缔约国或加入国将条约规定的内容转化为国内刑法的规定,并依靠国内的司法机关追究国际犯罪。如果不能将国际刑法规范在国内法中刑事化,国内刑法就难以实现对国际犯罪的刑事制裁。随着犯罪行为国际化色彩的增强,各国的刑事立法也日益注意与国际刑法接轨,以便及时惩治各种国际犯罪。

我国自上世纪 50 年代起,陆续加入了一系列的国际刑事条约。如,中华人民共和国成立后,我国不仅明确承认 1946 年 12 月 11 日联合国大会关于禁止和制裁反和平罪、战争罪和危害人类罪的决议,而且为此作出了积极的努力,其中包括根据该决议的精神对在华日本战犯

的审判和惩处。1956年11月,全国人大常委会批准了《改善战地武装部队伤者病者境遇的日内瓦公约》,70年代末我国加入了《关于在航空器内的犯罪和其他某些行为的公约》(简称《东京公约》)。80年代批准了打击空中劫持的《海牙公约》、《蒙特利尔公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、《防止及惩治灭绝种族罪公约》、《禁止酷刑公约》、《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、《禁止非法贩运麻醉药品和精神药品公约》。90年代批准了《制止危及海上航行安全非法行为公约》、《反对劫持人质国际公约》。21世纪初,我国先后加入了《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》、《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》,等等。经过几十年来的不懈努力,据不完全统计,我国共加入30多个典型的刑事条约。我国是联合国安理会常任理事国,是一个负责任的大国,如何树立大国形象,认真履行国际义务,如何行使对国际罪行的普遍管辖权,这不仅是理论界亟待深入探讨的问题,也是司法实务界十分关注的问题。

从理论研究的角度看,从上世纪80年代开始,我国著名的刑法学家高铭喧、马克昌亲自组织我国的国际刑法学研究工作,高铭喧教授、赵秉志教授先后担任国际刑法协会中国分会主席,组织国内学者参加国际刑法学术会议,推动国际刑法学的研究活动。刘亚平、黄风、赵永琛、邵沙平、贾宇、张智辉、张旭、林欣、马进保、王秀梅等学者较早地投入国际刑法的研究活动,出版了高质量的专著,发表了大量学术论文。大多数高校法学专业开设了国际刑法学课程,甚至培养这方面的研究生。可以说,三十多年来,国际刑法学的研究得到长足发展,取得令人欣慰的成绩,但对国际刑法如何转化为国内刑法的规定方面的研究,只能说仅仅处于起步阶段。从能收集到的资料来看,仅有少数学者涉及这方面的研究。如,张智辉研究员的《国际刑法的国内立法研究》(《现代法学》2009年第6期)就“国际刑法的国内立法及其必要性”、“国际刑法的国内立法及其主要内容”、“国际刑法的国内立法及其基本途径”等内容作了较为深刻的探讨。黄芳博士的《国际犯罪国内立法研究》只是系统地论证国际犯罪的国内立法问题,而没有全面论及国际刑法的国内化问题。李翔博士的《国际刑法中国化问题研究》就国际刑法中国

化的基本理论、相关国际公约、相关国际罪行与中国刑法的衔接问题作了独到的分析。高秀东博士的《国际刑事条约在中国的适用》和张磊博士的《中国与国际刑事法院：现状、展望》都对国际刑事条约与中国刑法的衔接、适用问题作了深入研究。苏彩霞教授的《中国刑法国际化研究》对我国刑法的规定如何与国际刑法接轨问题，作了颇有见地的论证。另有冯锐的《中国刑法与国际刑法的接轨》、邹善梅的《国际刑法的内国化》均对国际刑法国内化问题作了有益的研究。但总体上来看，对该问题的研究还缺乏系统性和深度性，尚未形成共识性的研究成果。

从我国立法实际情况看，在我国加入多个国际刑事条约的情形下，我国也不得不考虑国际刑法与国内刑法的衔接问题，立法实践在管辖原则上、某些罪名的设置上确实体现了“国内化”问题。如我国1979年刑法没有规定普遍管辖原则，待我国加入多个国际条约之后，1997年修改后的刑法规定：“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，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。”其中增设了普遍管辖原则。1979年刑法没有规定劫持航空器罪，由于我国先后加入了《东京公约》、《海牙公约》和《蒙特利尔公约》，承担了制裁国际劫持航空器罪的义务，因而在1997年刑法中增设劫持航空器罪、暴力危及飞行安全罪。美国“9·11”恐怖事件发生后不久，我国及时加入了《制止恐怖主义爆炸事件的国际公约》，并签署了《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》。为了与上述公约相衔接，履行我国的国际义务，我国1997年《刑法》和《刑法修正案（三）》规定了组织、领导、参加恐怖活动组织罪、资助恐怖活动组织罪。我国对于参加的《防止及惩治灭绝种族罪公约》、《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》和《消除一切形式种族歧视国际公约》中规定的灭绝种族罪、种族隔离罪和种族歧视罪具有管辖权，虽然现行刑法没有具体规定灭绝种族罪、种族隔离罪、种族歧视罪，但1997年刑法却规定了与这三种罪名相关的煽动民族仇恨、民族歧视罪，出版歧视、侮辱少数民族作品罪。同时，对种族隔离行为可以依照非法拘禁罪论处。我国加入《禁止非法贩运麻醉药品和精神药品公约》后，为了有力及时地惩治国际、国内毒品犯罪，我国刑法详细规定了制造、运输、贩卖、走私毒品罪，非法持有

毒品罪,非法种植毒品原植物罪,引诱、教唆、欺骗他人吸毒罪,强迫他人吸毒罪,容留他人吸毒罪,还规定了非法提供麻醉药品、精神药品罪等,这些关于毒品犯罪的方方面面的规定,可以说在某种程度上是国际禁毒公约的规定与国内法的衔接。我国《刑法修正案(七)》新增设的利用影响力受贿罪也是在我国加入《联合国反腐败公约》之后,国际刑法规定的罪名转化的国内刑法的罪名。另外,关于环境犯罪、军人违反职责罪中的相关犯罪均涉及国际刑法内容转化为国内刑法的规定。从上述列举“转化”的情况可以看出,我国刑事立法只是将少数国际刑法规定的国际犯罪转化为国内法的规定,而对于我国已经缔结或加入的国际刑事条约规定的、国内刑法尚未明文规定的国际犯罪,根据我国刑法罪刑法定的基本原则,就不能定罪处刑,因而我国刑法规定的普遍管辖原则仅是纸上谈兵,既不能承担有关条约的义务,也不能真正行使对国际犯罪的刑事管辖权。况且,我国已加入的国际条约中规定了侵略罪、反和平罪、灭种罪、危害人类罪、种族隔离罪、海盗罪等国际犯罪,但我国刑法对于发生在我国境内的上述犯罪行为,没有专门加以规定,虽然可以将上述罪行以杀人、放火、决水、爆炸、伤害、抢劫、劫机、绑架等犯罪进行追究,但上述国际犯罪的内涵远非这些国内刑法中的罪名所能涵盖的,而且有些行为也无法归入这些犯罪中,因而成为“法无明文规定”的情形,难以追究、惩罚。

综上所述,由于缺乏系统的理论研究,大多数国际罪名没有融合在国内刑法之中,即使有少数国际犯罪转化为国内刑法罪名的,转化得也不够彻底,在犯罪主体、行为方式上还有差别,因而还需要全面系统地对国际刑法的国内化问题进行研究。

二、国际刑法国内化的必要性

(一)保护国际社会稳定、促进经济发展的需要

在经济全球化的时代浪潮下,尽管世界各国在经济、法律制度等方面出现了趋同化的趋势,但是各国之间在历史背景、文化传统、意识形态、民族结构、经济发展水平等方面的差异仍然存在,表现在各国国内

刑法的规定上既有相同之处,又有不同之点,在防治国际犯罪上也各具特色。国际犯罪作为严重侵害国际共同利益的行为,随着国际贸易的扩大,各国边境的逐渐开放,以及技术和通信的不断进步、不断发展,国际犯罪分子轻而易举地跨越国界扩大他们的活动范围和操纵领域,国际犯罪的犯罪额和危害性也不断加大,如索马里海盗案件、美国“9·11”恐怖案件等。面对日益严重的国际犯罪,尤其是国际恐怖主义犯罪、劫持人质犯罪、危害国际航空安全犯罪、污染环境犯罪、海盗犯罪、有组织犯罪和跨国犯罪愈演愈烈,严重危害国际社会的安全、人类生存空间和世界经济和谐有序发展,为世界人民所深恶痛绝。要防治国际犯罪,严密国际刑事法网,一方面,国际社会要不断完善惩治国际犯罪的国际刑事立法,加强国际刑事司法合作;另一方面,也是最重要的方面,就是各主权国家应不断地将国际刑法规定的内容转化为国内法的规定,借助国内的司法机关予以追究,才能及时有力地惩治国际犯罪,才能维护良好国际社会秩序,确保国际社会的安全、和平,才能使国际社会和谐发展。

(二)履行国际条约义务的需要

各主权国家在惩治国际犯罪和开展刑事司法协助达成共识的基础上,缔结或参加了国际刑事条约,而且主动承担起惩治和防范国际犯罪的义务。只有各主权国家认真履行条约义务,国际刑事条约才能得到实施,取得预期的效果,否则,国际刑事条约就是纸上谈兵,被束之高阁。由于国际刑事条约的执行机制以间接执行为主、直接执行为辅,大量的国际犯罪需借助于国内的司法机关予以追究,这势必需要将国际刑事条约规定的罪名、罪状、惩罚原则,以及管辖权等转化为国内刑法的规定,国内司法机关才能依据国内刑法的规定,予以追究。从不同法系国家的规定来看,基本上有两种情形:一是英美法系国家,把国际法作为国内法的组成部分,凡是国会批准缔结或参加的国际条约,其中设定的法律规范,只要不与本国法律相抵触,则没有明示或暗示需进一步立法并使之生效的限制。它自然成为本国法律的组成部分,可直接由国内司法机关依职权予以适用。有的国家甚至赋予国际法高于国内法的地位。如《美国宪法》第4条第2款规定:条约是“美国最高法律”,它

“优于国内法”。对于这些国家来说,国际刑法既然是国内刑法的组成部分甚至高于国内法,国内司法机关直接适用它来惩治国际犯罪。二是“包括中国在内的大多数国家,国际刑法规范在国内刑事司法中得以适用的基本前提是国际刑法在国内刑法中的确认和体现。对于这些国家来说,它在有关国际公约中承诺的制裁国际犯罪的义务,必须通过立法的形式在国内加以确认和体现,使之成为国内刑法的一部分,才能为国内刑事司法系统所适用”^①。之所以要求国际刑法规范要转化为国内刑法的规定,是因为国际刑法规范规定的国际罪行或多或少地与国内刑法的规定存在差异(不论是罪名、犯罪构成,还是处罚原则方面),况且,国际刑法规范对国际犯罪只规定罪名、罪状、犯罪构成和笼统的处罚原则,不规定具体的法定刑。有鉴于此,只有通过国内立法把国际公约中规定的国际犯罪确认为国内刑法中的犯罪并对之规定相应的法定刑,使之取得与国内相关法律规范同等的法律效力,才能保障国际刑法的国内适用,国内的司法机关才有法可依,追究国际犯罪的刑事责任。国际刑法规范的国内化,既是各主权国家的权利,也是有关国际公约的缔结国根据公约应当承担的国际义务。我国《刑法》第9条规定:“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,中华人民共和国在所承担条约的范围内行使管辖权的,适用本法。”这就是规定了普遍管辖原则,对于一部分国际犯罪,我国刑法中已经规定的情况之下,如组织、领导和参加恐怖组织罪,劫持航空器罪,暴力危及飞行安全罪,洗钱罪等,适用我国刑法的规定,予以追究,履行了条约义务。对于大量的国际犯罪,如灭绝种族罪、危害人类罪、酷刑罪等,在我国刑法没有明确规定的情况下,虽然可以相关罪名如故意杀人、放火、爆炸、抢劫、刑讯逼供罪等予以追究,但国际犯罪的构成与国内犯罪的构成总是存在差异,两者不存在等同关系,况且有些国际犯罪(如侵略罪)找不到相关或者说相近的罪名予以处罚,势必导致对国际犯罪不能全面履行管辖义务。要执行罪刑法定原则,就必须将国际犯罪转化为国内立法,只有如此,才能体现恪守条约,认真履行条约义务。

① 张智辉:《国际刑法的国内立法研究》,《现代法学》2009年第6期,第120页。

(三) 联合打击国际犯罪、跨国犯罪与潜逃他国罪犯的需要

国际刑法规范不仅包括国际刑事实体规范(即关于国际犯罪和刑罚的规范),而且包括国际刑事程序规范(即关于追究国际犯罪的程序和开展国际刑事司法协助的规范)。要惩治国际犯罪单靠国际刑事实体规范转化为国内刑法规范是不够的,还必须将国际刑事司法协助的程序规范转化为国内刑事程序法的规定。随着高科技的发展、交通的便捷、信息化的到来,国际犯罪、跨国犯罪、犯罪后潜逃他国的罪犯越来越多,如果各主权国家不联合行动、开展广泛的司法协助,对这部分危害国际政治秩序、经济秩序和人类安全的犯罪就无法及时地予以追究,既损害了国际刑法规范的尊严,又损害了国内刑法的尊严。我国远华公司赖昌星走私案,赖昌星作案后畏罪潜逃于加拿大,经过十几年的外交谈判、协商,最终才将其引渡回国,接受审判。原因就是我国与加拿大之间没有签订双边或多边引渡条约,加拿大没有义务给予司法协助。这一典型案例则说明,国际社会要和谐、稳定发展,一要联合制定有关国际刑事司法协助的条约或者区域性的条约,二要将条约的内容转化为国内刑事程序法的规定,各主权国家才能依照国际程序法和国内程序法的规定,联手惩治国际犯罪、跨国犯罪和潜逃罪犯。否则,没有相关国家的司法协助,主权国家是很难对付上述犯罪的。

(四) 完善我国刑事立法,彰显大国形象的需要

中国作为联合国的发起国和联合国安理会常任理事国,有责任同国际社会一起,加强合作,惩治国际犯罪,维护世界和平。早在1945年联合国成立大会上,中国共产党的代表董必武就承认了联合国维持国际和平的宗旨。1946年,中国派出法官参加远东国际军事法庭审理二战时期的日本战犯。中华人民共和国成立后,中国还遵循纽伦堡和东京法庭国际审判所确立的国际法原则,通过国内法庭于1956年6~7月,先后在沈阳、太原对日本战犯进行了审判,为国际刑法在国内的实施提供了成功的范例。20世纪70年代以来,中国先后加入30多个国际刑事条约,承担了对多种国际犯罪的普遍管辖义务,同部分国家缔结了刑事司法协助协定或引渡条约。对于1998年7月联合国通过的《国

际刑事法院规约》(以下简称《罗马规约》),“尽管我国由于对一些具体问题的考虑还没有批准加入,但我国自始至终地参加了关于成立国际刑事法院谈判的整个过程.为了能保证国际刑事法院被所有国家接受,我国在谈判过程中提出了不少有益的建议,为《罗马规约》草案的完成作出了积极的贡献”^①。可以说,中国对国际刑法规范的形成和发展、国际刑事审判的开展、国际刑事法院的成立等,发挥了重要的作用。但由于我国法治建设和改革开放起步较晚,致使相当多的国际法规范未能容纳在国内法之中,国际刑法规范与国内刑法尚未很好地衔接起来,这与我国是联合国安理会常任理事国的国际地位极不相称,同时也反映出我国刑法的不完善之处。我国领导人胡锦涛、温家宝曾多次在国际公务活动中,一再强调,中国是一个负责任的大国,要极力为世界和平、稳定、发展作出贡献。在惩治国际犯罪和开展国际刑事协助上,“负责任”就应将国际刑事规范转化为国内刑法的规定,不断完善国内立法,尽快促使我国刑法与国际刑事规范的衔接,认真发挥安理会常任理事国的作用,进一步树立大国形象,彰显大国风度,为人类和平、发展继续作出更大贡献。

三、国际刑法国内化的概念

在分析了国际刑法国内化的研究状况、国内立法状况及其必要性的基础上,应该首先界定国际刑法国内化的概念。

国际公约订立之后,各缔约国或条约加入国遵照“条约必须遵守”的国际法原则,负有履行公约的国际义务,“往往就会直接采用公约规定或者通过修改国内法来适应公约要求,从而使国际公约所规定的原则、规则和制度成为国内法的原则、规则和制度”^②。这种使国际法原则、规则和制度成为国内法的原则、规则和制度,就是国际法的国内化。“国际法国内化的直接后果就是导致各国国内法日益同国际公约、国际

① 朱文奇:《国际刑事法院与中国》,中国人民大学出版社2009年版,第5页。

② 苏彩霞:《中国刑法国际化研究》,北京大学出版社2006年版,第3页。

惯例接轨,在内容上更加具有国际性与趋同性。”^①而国际刑法国内化的问题,实质上是将国际刑法规范所规定的原则、规则和制度如何转化为国内刑法规范的问题,或者说国际刑法如何融合在国内刑法中。这首先表现在通过国内刑法规定国际犯罪与承担刑事责任的原则,其次表现在通过国内刑法规定刑事管辖权与刑事合作原则。具体而言,应将国际刑法规定的罪名、罪状、处罚原则、刑事司法协助方式、程序等转化为国内刑法的规定。只有各缔约国或加入国履行国际刑事条约所规定的义务,将国际刑法规范转化为国内刑法的规定,并遵循其规定,才能及时有力地追究国际犯罪,并较好地开展国际刑事司法合作。否则,国际刑法的规定很难付诸实施,甚至说相当于一纸空文。那么,在研究这一课题之前,首先应当界定国际刑法的概念、国际犯罪的概念,以及它们与国内刑法、国内刑法规定的犯罪关系问题,国际犯罪的刑事责任问题、国际刑事司法协助问题,才便于深究“国内化”问题。

① 苏彩霞:《中国刑法国际化研究》,北京大学出版社2006年版,第4页。

