

—— 北京外国语大学法学院 主办 ——

北外法学

—— 2019 年第 1 期 总第 1 期 ——

BFSU
LEGAL SCIENCE

米良 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)



集人文社科之思 刊专业学术之声

刊 名：北外法学

主办单位：北京外国语大学法学院

主 编：米 良

副 主 编：王文华 郑 曦（执行）

BFSU LEGAL SCIENCE

编辑委员会

顾 问：姜兴长 黄 进 王利明 崔亚东 由 嵘 朱苏力

主 任：米 良

副主任：王文华

委 员：米 良 万 猛 王文华 张海征 姚金菊 闫 冬 傅宏宇
姚艳霞 万 方 刘丽娟 姚 琦 冀 诚 刘 静 陈明涛
顾 宾 张燕龙 叶桂峰

编 辑：米 良 王文华 郑 曦 张燕龙 金晓文

总第1期

集刊序列号：PIJ-2018-336

中国集刊网：<http://www.jikan.com.cn/>

集刊投约稿平台：<http://iedol.ssap.com.cn/>

北京外国语大学法学院 主办

北外法学

2019 年第 1 期 总第 1 期

BFSU
LEGAL SCIENCE

米良 主编



社会科学文献出版社
SOCIAL SCIENCES ACADEMIC PRESS (CHINA)

创刊词

《北外法学》创刊了，总得写几句话，说明一下前因后果，这既是形式，也不完全是形式，的确有几句话要说，说说我们办这件事情的目的、愿望、遵循等。

关于创办《北外法学》的目的，可以从宏观层面和微观层面来讲。宏观层面有二：一是丰富社会主义法治理论，为建设社会主义法治国家服务；二是为培养社会主义法治的建设者和接班人服务。也许你会问，一个小小集刊，能有这么大作用吗？你要这么问，可能还真没有这么大，但中国古人有“不积小流，无以成江海”“不积跬步，无以至千里”的古训，因此我们这个小集刊也愿意成为无数“小流”“跬步”之一。微观层面有三：一是为北外法学院师生及国内外法学家们提供一个研究平台；二是为北外法学院与国内外法学家们提供一个交流平台；三是，毫不隐瞒，我们希望扩大北外法学院在国内外的知名度，扩大北外法学院的影响力，让大家知道中国有个北外，北外有个法学院，这个法学院挺好的。

习近平总书记指出：“要坚定不移走中国特色社会主义法治道路。要突出中国特色、实践特色、时代特色。要总结和运用党领导人民实行法治的成功经验，围绕社会主义法治建设重大理论和实践问题，不断丰富和发展符合中国实际、具有中国特色、体现社会发展规律的社会主义法治理论，为依法治国提供理论指导和学理支撑。”关于传承中华法治文化传统与中外法律文化的互鉴，习近平也指出，我国古代法制蕴含着十分丰富的智慧和资源，中华法系在世界几大法系中独树一帜。要注意研究我国古代法制传统和成败得失，挖掘和传承中华法律文化精华，汲

取营养,择善而用。坚持从我国实际出发,不等于关起门来搞法治。法治是人类文明的重要成果之一,法治的精髓和要旨对于各国国家治理和社会治理具有普遍意义,我们要学习借鉴世界上优秀的法治文明成果。但是,学习借鉴不等于简单的拿来主义,必须坚持以我为主、为我所用,认真鉴别、合理吸收,不能搞“全盘西化”,不能搞“全面移植”,不能照搬照抄。习近平总书记的上述重要论述,应当成为我们办好这个集刊的指导思想 and 政治遵循。

北外法学院是一个年轻有为的法学院。其前身系北外英语学院法律系,2001 年 9 月开始招生。2006 年 9 月正式成立法学院。拥有法学一级学科硕士点。目前主要招生方向为国际法、民商法、知识产权法、国际司法与执法合作、区域与国别法 5 个。拥有“国际法与区域治理”二级学科博士点,自 2016 年起开始招生,2019 年将有第一批博士生毕业。拥有知识产权研究中心、一带一路国家法律研究中心、英美法研究中心、中东欧法律研究中心、国际廉政法治研究中心、中非法律研究中心、中外教育法律研究中心、中国企业走出去战略中心、中外财经法研究中心、个人破产法研究中心 10 个研究中心。近 20 年来,法学院已经为国家培养出近万名有国际视野、中国情怀、法学水平高、外语好的法律人才,为国家的法律人才培养作出了应有的贡献;逐步培养出一支政治合格、法学水平高的教师队伍;积累了一批法学研究成果;逐步形成了自己的学科特色。这些都为法学院今后的发展打下了坚实基础。

新时代、新起点。法学院将充分发挥北外语言优势,培养出更多具有国际视野、中国情怀、法律强、外语好的国际化法律人才,为培养社会主义建设事业接班人服务。我们将通过《北外法学》这个平台,同国内外同行开展广泛、深入的学术交流;同国内同行认真总结中国共产党领导中国人民建立中华人民共和国以来特别是改革开放以来社会主义法治建设的经验与不足;研究新时代下我国法治建设中遇到的新问题;研究如何传承我国 5000 年法治文化,从中汲取营养;研究世界各国法律文化、制度,做到文明互鉴。通过上述交流、研究工作,为国家治理提供智力支持,丰富

我国社会主义法学的内容，为法学院学生提供政治方向正确、法学理论深厚的学习资料，这是我们这个集刊的努力方向。

最后，我以北外法学院党总支书记和教授的名义，祝愿我们这个集刊越办越好！

朱良

2019年1月11日

目 录

刑事法律研究

- 003 中国《刑事诉讼法》对有组织犯罪和恐怖主义犯罪的规制 / 刘 玫
020 儿童刑事辨认错误的原因及应对 / 彭海青 赵雨惠
043 制度变体视角下的退回补充调查制度 / 初殿清 王晋彦
054 刑事审前检察监督论要 / 田力男 杨振媛

宪法与行政法研究

- 073 北京城市副中心的功能定位及其立法保障研究 / 刘小妹
097 监察法学学科建设若干问题初探 / 卢希起
108 行政决策信息公开 / 纳 璘
129 论宪法与刑事诉讼法的关系
——美国法角度的考察 / 郑 曦

国际法与国别法研究

- 147 非洲国家 PPP 法律制度评述及启示 / 傅宏宇
165 亚投行豁免权研究 / 顾 宾
184 “总的正义原则”之辩：论战后审判的基础和机能 / 徐 持
203 印度尼西亚《反恐法修订案》：变化、争议与特点 / 孙云霄

民商事法律研究

- 221 沙箱监管制度对中国互联网金融监管的启示 / 闫 晗
233 论未成年人民事审判制度的发展与创新 / 俞 亮 郭思雨
249 从案卷的视角对法院运行的逻辑分析 / 薛 鸿
263 著作权公益诉求机制研究 / 孙登科

创刊词

刑事法律研究



北外法学 (2019 年第 1 期 总第 1 期)

中国《刑事诉讼法》对有组织犯罪和恐怖主义犯罪的规制

刘 玫*

摘要：我国《刑事诉讼法》自 2012 年修改以来，对有组织犯罪和恐怖主义犯罪进行了更为严格的规定，试图对此类严重犯罪加大打击力度，保障国家和公民的安全。相关制度实施过程中取得了较好的效果，但也存在一些问题，需要在实践中注意，并通过立法修改和法律解释的途径予以完善。

关键词：《刑事诉讼法》 有组织犯罪 恐怖主义犯罪

一 《刑事诉讼法》规制有组织犯罪和恐怖主义犯罪的历史演进

（一）1996 年《刑事诉讼法》的相关规定

中国《刑法》中没有关于“有组织犯罪”的具体规定。但是中国刑法学者通常认为有组织犯罪实质上在组织形式上符合中国《刑法》第 26 条规定的犯罪集团的特征，并以阶梯性类型划分将犯罪集团分为一般犯罪集团、黑社会（性质）组织和恐怖组织。^① 根据此种认识，《刑事诉讼法》中规制犯罪集团的相关内容即应被视为对有组织犯罪的规定。

* 刘玫，女，国家“2011 计划”司法文明协同创新中心研究人员，中国政法大学教授、博士生导师。

① 于志刚：《我国刑法中有组织犯罪的制裁体系及其完善》，《中州学刊》2010 年第 5 期，第 87 页。

在 2012 年修改之前,1996 年《刑事诉讼法》关于有组织犯罪的规定极其有限,仅在审理期限的问题上允许针对有组织犯罪做适当的放宽。该法第 126 条规定:“下列案件在本法第一百二十四条规定的期限届满不能侦查终结的,经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定,可以延长二个月:(一)交通十分不便的边远地区的重大复杂案件;(二)重大的犯罪集团案件;(三)流窜作案的重大复杂案件;(四)犯罪涉及面广,取证困难的重大复杂案件。”除了此条之外再无其他规定。

1996 年《刑事诉讼法》中缺乏对有组织犯罪的规制内容,尤其是对恐怖主义犯罪没有任何规定,是有一定历史原因的。在 1996 年《刑事诉讼法》修改时,有组织犯罪对中国的社会秩序尚未构成严重危害,特别是当时中国很少受到恐怖主义犯罪的威胁,加之立法者尚未形成通过程序法规制有组织犯罪的意识,使得《刑事诉讼法》在规制有组织犯罪方面存在严重缺失。此种缺失在日后的司法实践中导致了诸多弊端,对有效打击有组织犯罪特别是恐怖主义犯罪造成了困难,从而迫使立法者不得不重新审视在程序法中规制有组织犯罪的问题。

(二) 中国加入联合国《打击跨国组织犯罪公约》及《刑法》修改带来的影响

面对日益严峻的有组织犯罪,尤其是跨国有组织犯罪的威胁,2000 年 12 月包括中国在内的一百多个国家签署了联合国《打击跨国组织犯罪公约》,2003 年 8 月中国正式批准了该公约。联合国《打击跨国组织犯罪公约》设立了一系列与诉讼程序相关的制度,例如规定了没收犯罪所得财产程序、明确了执法合作和联合调查等国际合作机制、加强了对证人和被害人的保护、允许使用特殊侦查手段等等。加入联合国《打击跨国组织犯罪公约》对中国《刑事诉讼法》修改时加强对有组织犯罪的规制产生了重大的影响,尤其是在打击有组织犯罪中加大保护证人和被害人的力度、允许使用特殊侦查手段、设置违法所得没收程序等建议,均在 2012 年《刑事诉讼法》修改中得到了采纳。

除了加入联合国《打击跨国组织犯罪公约》之外,《刑法》的修改

也对《刑事诉讼法》规制组织犯罪和恐怖主义犯罪制度的完善起到了重要的促进作用。2001年12月《刑法修正案（三）》提高了组织、领导恐怖活动组织罪的刑期，增加了对资助恐怖活动行为追究刑事责任的规定，并且将恐怖活动犯罪增加为洗钱罪的上游犯罪。2011年2月《刑法修正案（八）》完善了惩处黑社会性质组织等犯罪的法律规定，明确了黑社会性质组织犯罪的特征，加大了惩处力度并增加规定了财产刑；此外还规定危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪的犯罪分子在刑罚执行完毕或者赦免以后，在任何时候再犯的都以累犯论处。2015年8月《刑法修正案（九）》加大了对恐怖主义犯罪的惩治力度，对组织、领导、参加恐怖组织罪增加规定了财产刑；将宣扬恐怖主义、极端主义，煽动实施暴力恐怖活动，持有宣扬恐怖主义、极端主义的物品、图书、音频视频资料，拒不提供恐怖主义、极端主义犯罪证据，以暴力、胁迫等方式强制他人在公共场所穿着、佩戴宣扬恐怖主义、极端主义服饰、标志等行为规定为犯罪。《刑法》对恐怖主义犯罪打击力度的加大进一步促使立法者在程序法中也做出相应的调整，从而实现《刑事诉讼法》与《刑法》规定的对接。

（三）2012年《刑事诉讼法》在规制组织犯罪和恐怖主义犯罪方面的变化

2012年全国人大通过了修改后的《刑事诉讼法》，新《刑事诉讼法》采纳了联合国《打击跨国有组织犯罪公约》中的部分制度性规定，大幅增加了规制组织犯罪尤其是恐怖主义犯罪的内容，从而实现了与《刑法》的协调，以满足现实的需要。

修改后的《刑事诉讼法》在规制组织犯罪尤其是恐怖主义犯罪方面的变化首先体现在通过程序方面的严格控制增强对此类犯罪的打击力度。例如规定侦查阶段律师会见在押的恐怖活动犯罪嫌疑人时须经侦查机关批准，允许对恐怖主义犯罪嫌疑人或被告人采取指定居所的监视居住，肯认针对恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪的技术侦查制度，设置针对恐怖活动犯罪的犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得没收程序等

等。这些规定为针对恐怖主义犯罪的侦查、起诉提供了便利,增强了国家打击有组织犯罪特别是恐怖主义犯罪的能力。这一方面的修改是立法在当前有组织犯罪特别是恐怖主义犯罪给国家社会造成重大威胁的现实下的应对性举措,符合世界各国严厉打击恐怖主义犯罪这一违反人类文明社会良知犯罪的基本共识。

除了增强对有组织犯罪尤其是恐怖主义犯罪的打击力度之外,修改后的《刑事诉讼法》也重视对此类犯罪中涉及的诉讼参与人的权利的保护。例如,规定恐怖活动案件的第一审由中级人民法院管辖,从而将其管辖级别设置得高于普通刑事案件,通过提高审级确保此类案件的审慎审理;再如,针对恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪规定了专门的证人、鉴定人、被害人作证保护制度,保护其本人及亲属人身和其他方面的安全。这些规定体现了《宪法》“国家尊重和保障人权”^①的精神,也符合《刑事诉讼法》“尊重和保障人权”^②的原则性规定。

二 《刑事诉讼法》规制有组织犯罪和恐怖主义犯罪的具体制度

(一) 管辖

修改后的《刑事诉讼法》第 20 条规定:“中级人民法院管辖下列第一审刑事案件:(一)危害国家安全、恐怖活动案件;(二)可能判处无期徒刑、死刑的案件。”相较于 1996 年《刑事诉讼法》,修改后的法律将恐怖活动案件明确规定由中级人民法院一审,从而区别于普通刑事案件。

立法者做出这样的规定,是考虑到恐怖活动犯罪往往涉及人员较多,且常具有跨国犯罪的特征,相较于普通刑事案件,其案件复杂程度更高、审理难度更大。而中级人民法院相较于基层人民法院,其法官在法律素养、审理技能、业务水平等方面具有一定优势。由中级人民法院审理恐怖

^① 《宪法》第 33 条。

^② 《刑事诉讼法》第 2 条。

活动犯罪的一审，能够较好地查明案件事实、正确适用法律。

此外，根据《刑事诉讼法》第172条关于检察机关提起公诉按照审判管辖规定之要求^①，将恐怖活动犯罪的一审管辖权提高至中级人民法院，意味着对恐怖活动犯罪行使公诉权的检察机关以及行使侦查权的侦查机关的级别都随之提高，且被告人在一审判决之后还能向高级人民法院提起二审，从而一方面能保证有效打击恐怖主义犯罪，另一方面也能充分保障包括被告人在内的诉讼参与人的各项诉讼权利。

（二）律师会见

《刑事诉讼法》第37条第3款规定：“危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件，在侦查期间辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人，应当经侦查机关许可。上述案件，侦查机关应当事先通知看守所。”而根据该条第1、2款的规定，在普通刑事案件中，辩护律师会见在押的犯罪嫌疑人、被告人只需持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函即可，看守所应当48小时内安排会见，无须侦查机关或其他机关的批准。^②

因此相较于普通刑事案件，恐怖活动犯罪案件中的律师会见受到了一定的限制，即辩护律师无法持“三证”直接要求会见而须经侦查机关批准。但是值得注意的是，这种限制本身又是受到“限制”的，即针对恐怖活动犯罪案件的辩护律师之会见限制仅限于侦查阶段，而在审查起诉或审判阶段，辩护律师会见在押的恐怖活动犯罪嫌疑人或被告人则无此种限制，可以根据第37条第1、2款持“三证”直接要求会见。

《刑事诉讼法》做出此种有限之限制，是基于两方面的考量。其一，

① 《刑事诉讼法》第172条规定：“人民检察院认为犯罪嫌疑人的犯罪事实已经查清，证据确实、充分，依法应当追究刑事责任的，应当作出起诉决定，按照审判管辖的规定，向人民法院提起公诉，并将案卷材料、证据移送人民法院。”

② 《刑事诉讼法》第37条第1款规定：“辩护律师可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。其他辩护人经人民法院、人民检察院许可，也可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信。”第2款规定：“辩护律师持律师执业证书、律师事务所证明和委托书或者法律援助公函要求会见在押的犯罪嫌疑人、被告人的，看守所应当及时安排会见，至迟不得超过四十八小时。”

恐怖活动犯罪往往涉及人员众多、案情复杂、牵涉甚广,因而侦查难度较大,特别是在一些案件中尽管部分犯罪嫌疑人已经在押,但有部分犯罪嫌疑人尚未归案,因此为保证侦查的秘密性、避免泄密,要求辩护律师在会见在押犯罪嫌疑人之前经过侦查机关批准是具有合理根据的,符合恐怖活动犯罪这类有组织犯罪侦查之需要。其二,对于恐怖活动犯罪案件中辩护律师会见在押犯罪嫌疑人的限制仅限于侦查阶段,是因为侦查阶段结束进入审查起诉或审判阶段后,已不再有侦查阶段紧急性、秘密性的需求,故而无再行限制辩护律师会见权之必要,以充分保护犯罪嫌疑人或被告人的辩护权实现。《刑事诉讼法》针对恐怖活动犯罪案件中的辩护律师会见权做出上述有限之限制,体现出刑事诉讼中犯罪控制价值和保障人权价值妥协与平衡的理念。

(三) 证人、鉴定人、被害人保护

《刑事诉讼法》第 62 条规定:“对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、毒品犯罪等案件,证人、鉴定人、被害人因在诉讼中作证,本人或者其近亲属的人身安全面临危险的,人民法院、人民检察院和公安机关应当采取以下一项或者多项保护措施:(一)不公开真实姓名、住址和工作单位等个人信息;(二)采取不暴露外貌、真实声音等出庭作证措施;(三)禁止特定的人员接触证人、鉴定人、被害人及其近亲属;(四)对人身和住宅采取专门性保护措施;(五)其他必要的保护措施。证人、鉴定人、被害人认为因在诉讼中作证,本人或者其近亲属的人身安全面临危险的,可以向人民法院、人民检察院、公安机关请求予以保护。人民法院、人民检察院、公安机关依法采取保护措施,有关单位和个人应当配合。”从而确立了对有组织犯罪,特别是恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪案件中的证人、鉴定人、被害人保护制度。

根据该条规定,恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪案件中的证人、鉴定人、被害人保护制度有以下几方面特征:一是行使保护权的机关包括人民法院、人民检察院、公安机关,三机关均有保护之权责,不得推诿责任;二是被保护的对象不限于证人,而是扩展至证人、鉴定人和被害

人三类诉讼参与人；三是启动保护程序的原因不限于本人人身安全受威胁，而是涵盖了本人或者其近亲属的人身安全面临危险的情形；四是启动保护程序的方式既包括公检法机关主动行使职权，也包括被保护对象申请公检法机关采取保护措施；五是保护方式多样，规定了信息保密、秘密作证、禁止特定人员接触、专门性保护措施等诸多保护措施；六是将保护范围扩大到住宅。

修改后的《刑事诉讼法》增加了针对恐怖活动犯罪和黑社会性质的组织犯罪的证人、鉴定人、被害人的保护制度，加强了对相关诉讼参与人的权利保障，是一项重大的立法进步。但目前的规定尚存在较为粗疏的问题，使得实践中运用此项制度时出现权责不清等情形，需要通过进一步细化规定予以完善。

（四）指定居所的监视居住

《刑事诉讼法》第73条第1款规定：“监视居住应当在犯罪嫌疑人、被告人的住处执行；无固定住处的，可以在指定的居所执行。对于涉嫌危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪，在住处执行可能有碍侦查的，经上一级人民检察院或者公安机关批准，也可以在指定的居所执行。但是，不得在羁押场所、专门的办案场所执行。”根据该条的规定，对恐怖活动犯罪的犯罪嫌疑人、被告人采取监视居住的强制措施，原则上应在其住处执行，但亦可在指定居所执行。

对恐怖活动犯罪的犯罪嫌疑人、被告人执行指定居所的监视居住是为了保证对此类犯罪的有效打击，不得已适当限制犯罪嫌疑人、被告人的权利，因此根据法律规定在实施中需注意几个问题。第一，指定居所的监视居住是例外而非原则，即便在恐怖活动犯罪案件中，监视居住原则上仍应在其住处执行。第二，采取指定居所监视居住的原因有两类：一是恐怖活动犯罪的犯罪嫌疑人、被告人无固定住处；二是其尽管有固定住处，但在固定住处执行可能有碍侦查，例如可能使得其同伙发现犯罪败露、逃避侦查等。第三，指定居所的监视居住必须经过严格的审批程序，经上一级人民检察院或者公安机关批准。由于恐怖活动犯罪案件的一审管辖是中级人