

□全球化与法律治理

国际刑法视野下的中国刑法之评判

张 旭

〔摘 要〕国内刑法与国际刑法是相互观照、共同发展的。在经济全球化、法律国际化趋势日益走强的当代国际社会，以国际刑法为视角去检视中国刑法是必要的。当下，中国刑法的基本理念与国际刑法发展的潮流还不够契合；某些犯罪的入罪范围和入罪标准与国际刑法规范不尽一致；立法技术从便利刑事司法合作角度考量也不尽成熟。因此，中国刑法的发展需在因应国内客观情势发展需要的同时，关注国际刑法的发展和要求，在兼顾内外的基础上不断完善。

〔关键词〕国际刑法；中国刑法；法律国际化

〔基金项目〕教育部人文社会科学重点研究基地研究课题（2009JJD820004）

〔收稿日期〕2013-10-20

〔作者简介〕张 旭，吉林大学法学院教授，法学博士。（长春 130012）

刑法的制定源于社会的需要，社会政治、经济形势变化与发展也必然要求刑法适时修改，以回应变化了的社会客观需要。我国《刑法修正案（一）》到《刑法修正案（八）》的出台就是适时修改刑法的范例；理论界与实务界关于修改和完善刑法的讨论也彰显出适应客观情势变化修改和完善刑法的必要性。然而，仔细研读晚近十几年来有关完善和修改刑法的讨论，论者更多的是从刑法适用的角度或比较刑法的角度展开，而以国际刑法视角，从国际刑法与中国刑法接轨的角度去审视中国刑法则属阙如。笔者认为，在全球化的背景下，仅从刑法适用的角度，或者仅仅着眼于国内的情势去探寻完善、修改刑法的问题，可能会限制我们的视野，影响甚至阻碍我国参与国际刑事司法合作。鉴于此，笔者拟以国际刑法为视角，以法律全球化为背景，谈谈完善中国刑法的看法。

一、问题的提出

在经济全球化、法律国际化趋势日益走强的当下，国际刑法在保护国际共同利益、维护世界和平与发展方面扮演着越来越重要的角色。因此，全球化背景下的一国刑事立法不仅要因应本国社会发展和变化的需要，也要顺应国际刑法的发展趋势，关注国内刑法与国际刑法的接轨。如此，刑法才能在有效惩治国内犯罪的同时，借助国际刑事司法合作，遏制跨国性犯罪和国际性犯罪的侵蚀和蔓延。那么，我国刑法修正的实践以及相关讨论是否充分关注到与国际刑法的呼应？中国刑法的修改能否仅仅“盯着国内”？^{〔1〕}显然，对这些问题的思考，不仅有助于我们合理把握

刑法修正的基调,明确刑法修改的方向,也有助于我们拓展研究视野,找寻新的完善我国刑法的路径。循着这样的思路延展我们的思考,我们就必须全面认识、合理评价近年来我国刑法的修改实践以及围绕刑法修改、完善所展开的讨论。

首先,从我国晚近十几年来的刑法修改实践看。不可否认,以 1997 年刑法的全面修订为重要标志的刑法修正实践,在顺应国际刑法发展趋势、回应我国缔结或参加的国际公约要求方面做出了相当的努力,在国际犯罪国内立法化方面有明显的进展。1997 年我国对刑法进行了全面的修订,在回应国际社会发展趋势方面最明显的表现就是明确规定了罪刑法定原则,强化了人权保护的观念。此外,1997 年刑法在将“洗钱罪”纳入刑法典、完善毒品犯罪的相关条款等方面也体现了国际刑法发展的要求。刑法全面修订后先后颁行的 8 个刑法修正案,在体现国际刑法的精神方面也有明显的进步。如回应国际社会打击恐怖主义犯罪的需要,在 2001 年《刑法修正案(三)》中增设了“资助恐怖活动罪”,提高了相关犯罪的法定最高刑,同时还将在恐怖活动犯罪列为洗钱罪的上游犯罪;2003 年我国加入《联合国打击跨国有组织犯罪公约》后,为落实公约精神,更好地履行国际义务,我国在《刑法修正案(六)》中再次扩展洗钱罪上游犯罪的范围,将破坏金融管理秩序犯罪、金融犯罪以及贪污贿赂犯罪列入其中。再如,因应《联合国反腐败公约》的要求,对贿赂犯罪进行了一系列的修改和完善:首先在《刑法修正案(六)》中对商业贿赂行为的规制进一步明确化。其次,在《刑法修正案(七)》中增设了“利用影响力受贿罪”,从而将国家工作人员的近亲属或者其他关系密切的人以及离职的国家工作人员及其近亲属或者关系密切的人也纳入刑法的视野。再次,《刑法修正案(八)》又将向外国公职人员、国际公共组织官员行贿的行为规定为犯罪,增设了专门的罪名。这一系列的修改,极大提升了反腐败的力度,也较好地实现了国内刑法向国际刑法的转化。特别值得一提的是,《刑法修正案(八)》废除 13 个死刑罪名,明确规定审判的时候已满 75 周岁的人一般不适用死刑等死刑制度方面的调整,在顺应国际社会的发展趋势、扭转刑法观念、进一步强化人权保障方面树立起新的里程碑。但是我们必须看到,尽管我国刑法在回应我国缔结或加入的国际公约的要求、注意国际刑法的国内化方面有所体现,但“立足于中国国内新的历史时期经济社会发展过程中出现的新情况和新问题,是对危害经济社会发展的犯罪行为的法律遏制和回应”^[1]则是刑法修改和发展的主基调。用一些学者的话来说,“8 个刑法修正案对国内因素的考量远远多于对相关国际公约的回应”^[1]。这从危险驾驶罪、大型群众性活动安全事故罪等新罪名的增设、部分犯罪法定刑的调整中也可得到充分的说明。刑法修正的基调实际上折射出我国刑法的修正实践更多着眼于“国内”,国际化视野不够,其在顺应国际刑法发展趋势、及时回应我国缔结或参加的国际公约方面存在明显不足。

其次,从我国刑法修改完善的相关讨论来看。刑法施行后遭遇的诸多问题,特别是刑法修正案的频繁出台,也引起了人们对我国刑事立法的关注,分析我国刑法存在的问题并针对问题提出完善建议成为一个时期以来的研究热点。从研讨的情况看,更是内容丰富,触角广泛:有的人站在刑法哲学的高度,分析我国刑法理念存在的问题并呼吁要进一步更新观念,调整刑法的指导思想;有的人从刑法实际运行角度,发现刑法的立法漏洞,进而提出完善建言;有的人从中国刑法与其他国家刑法对比的角度,评论利弊得失,在比较的基础上表明自己完善刑法的主张;也有的人以立法技术为着眼点,探讨现行立法中存在的不足并提出改善建议。毫无疑问,这些讨论对于全面认识中国刑法、提升中国刑法的理论品格与适用效果具有十分重要的意义。不过,透过这些研讨,笔者也发现其中的问题,即尽管学者们研讨的内容不同、关注重点各异、具体涉及的问题域也有别,但同样凸显着眼国内、回应中国社会发展面临的现实问题的特点,表现出明显的以解

决现实犯罪问题为重心的倾向。虽然关于刑法修改、完善的讨论亦有与国际公约条款对照,进而提出我国应贯彻公约精神的内容,但就讨论的总体情况来看,国际化视野不够的情况下展开的刑法问题研讨,眼界和视野势必受到制约,进而对我国参与国际刑事司法合作的实践产生影响。

我国刑法修改实践及相关研讨以关注国内现实问题为重心的同时,从国际刑法角度展开的讨论是比较匮乏的。而从国际形势来看,犯罪的国际化趋势增强则日益彰显出顺应国际刑法发展趋势的重要性。现代科学技术的发展和交通、通讯媒介的发达,使得我们居住的地球变得越来越小,国家之间的交往和联系也变得越来越频繁。全球化和科技革命在给人类的生活和经济活动带来极大便利的同时,也不可避免地为跨国犯罪和国际犯罪的实施提供契机。日益趋重的跨国性犯罪和国际性犯罪向传统的国内刑事司法系统提出了严峻的挑战,因为犯罪的国际性和跨国化使得个别国家的局部打击和单一防范变得无能为力。面对新形势、多元化的国际性犯罪和跨国性犯罪,各国必须在超国家的层次上做出反应,联手对付犯罪。^{[2]268} 由于主权因素的限制和影响以及国际刑事法院管辖范围的局限,纯粹超国家层面的惩治与防范国际性犯罪与跨国性犯罪的能力非常有限,国际刑事司法协助成为当代惩治与防范国际性犯罪和跨国性犯罪的重要手段。在现代社会中,每一个国家都不可能生活在“真空”中,中国当然也不可能远离国际犯罪和跨国犯罪的渗透与侵害。客观的犯罪现实要求我们必须加入到国际刑事司法合作的队伍中来。而要与其他国家开展国际刑事司法合作,就必须遵从国际刑法的基本原则,实现中国刑法与国际刑法的有效对接。这就要求我国刑法的修改站在国际高度,在全面了解和把握国际刑法发展趋势的基础上,积极寻求既与世界普遍认同的国际刑法原则接轨,又不失我国立场,不脱离我国国情的结合点,对我国缔结和加入的国际刑法公约尽量及时、全面地体现在我国刑事立法中,确保我国能够实现对相关国际性犯罪和跨国性犯罪的刑事管辖。

综上,顺应国际刑法的发展趋势,充分关注国内刑法与国际刑法的有效衔接,是中国刑法发展和完善的必然要求;而我国刑法修正实践及相关研讨对国际刑法层面的关注不足,又使得我国刑法对国际刑法的转化和回应乏力。因此,在不断修改、完善中国刑法的进程中,强调国际刑法的视角,对于提升中国在国际刑事司法中的地位,全面维护国家的主权和尊严,具有特别重要的意义。

二、国际刑法视野下的中国刑法检视

法律是社会正常运转的基础,刑法在维护社会稳定方面发挥着不可替代的作用。抵御跨国性犯罪和国际性犯罪对我国的侵蚀,增强国际刑事司法合作的有效性,同样离不开法律的调整,其中,不断完善刑事立法,回应打击国际性犯罪和跨国性犯罪的客观要求是非常重要的方面。完善中国刑法,必须有的放矢,因而,检讨我国现行刑法与国际刑法有效衔接方面存在的问题就成为需要探讨的问题。以国际刑法为视角,现行刑法存在的问题主要有三:

(一) 我国刑法的基本理念与国际刑法发展的潮流还不够契合

1. 从对死刑的态度和刑法修改、发展轨迹上看,仍有明显的重刑色彩

人权保护是现代国际社会备受关注的方面。它不仅要求各国政府运用宪法、刑法、刑事诉讼法等法律手段对人权保障做出明确规定,而且要求国际社会在立法和处理国际关系时将保护人权作为一项重要的原则。作为国际法的刑法方面与国内刑法的涉外方面汇集而成的国际刑法,与人权的关系更为密切。诚如有学者所说,国际刑法的萌芽虽然在一百多年以前就已经出现,但一直到第二次世界大战之前并未有较大的发展。恰恰是第二次世界大战期间德、意、日法西斯肆意践

踏基本人权、灭绝种族的暴行，引发了世界范围内用刑事手段制裁反人道行为的强烈要求，并促使国际刑法在 20 世纪四五十年代得到迅速发展。可以说，国际人权法已经成为国际刑法的主要渊源。^{[3][21]}而“国际人权法对死刑的态度是从限制死刑到废除死刑。发展到 20 世纪，刑法开始取得重大突破，死刑的适用不断减少，特别是二战后，多数国家的刑法趋于轻缓，许多国家甚至废除了死刑制度。近年来，限制、废除死刑已经成为国际社会刑法制度改革的趋势。”^[4]

近几年来，围绕我国死刑存废的论争也是非常热烈，保留死刑，但严格限制死刑的适用也成为基本的共识。特别是《刑法修正案（八）》向废除死刑的方向上迈出了重要一步。但我们必须看到，《刑法修正案（八）》对死刑制度的调整，其象征意义大于实际意义，因为，从废除的 13 个死刑罪名来看，基本上是“备而少用或基本不用”的，从免死的年龄限制来说以往司法实践中也极少有 75 周岁以上的人被判处死刑的，况且还附加了例外规定，因而其在减少死刑适用方面的作用是非常有限的。可以说，《刑法修正案（八）》对死刑制度调整折射出我国在废除死刑的观念上还是相对消极和保守的。

从另一个方面说，我国刑法的修改基本上呈现出犯罪圈越来越大、法定刑越来越重的轨迹，这从 1997 年刑法分则条文的大幅增加、从 8 个刑法修正案对罪名的增设以及一些罪的法定刑调整上看，不言自明。即便是被许多学者给予极高评价的《刑法修正案（八）》，亦是如此。的确，我们在《刑法修正案（八）》中看到了关于未成年人与老年人犯罪宽大处理等条款的新增、看到了 13 个死刑罪名的死刑的废止、坦白作为法定从宽情节的确认、绑架罪的法定刑的下调等等体现了刑法的效益、公正与人道的要求的内容，“但是，我们也能感觉到以往刑法修改的严刑轨迹，除死刑的扩大适用得到遏制与进一步矫正外，几乎均在《刑法修正案（八）》中得到了延伸。以增设危险驾驶罪与恶意欠薪罪为内容的新增入罪条款，延伸着扩大刑法调控范围之‘严密’的轨迹；以加重诸如寻衅滋事之类所谓涉黑犯罪的法定刑、提高数罪并罚情况下的合并执行刑期等为内容的修正或增补条款，延伸着加重刑罚分量的‘严厉’的轨迹；以限制缓刑对象、提高死刑缓期两年执行的减刑上限并授权法官对被减为无期徒刑或者 20 年有期徒刑后可以决定不得再减刑等为内容的修正条款，延伸着限制有利于犯罪人的制度的适用的‘严格’的轨迹”^[5]。

2. 重打击、轻防范的观念没有得到扭转

《联合国反腐败公约》是联合国历史上通过的第一项指导国际反腐败斗争的法律文件。《联合国反腐败公约》注重预防是反腐败的基本理念，始终贯彻和强调对腐败犯罪有效打击的同时，要坚持多学科、广领域的综合预防战略。《联合国反腐败公约》还对预防腐败的措施做了系统规定，要求缔约国根据本国法律制度的基本原则，制定、执行预防性反腐败政策，以促进社会参与，体现法治，妥善管理公共事务和公共财产，促进廉正、透明度和问责制并要求各缔约国定期评估有关法律文件和行政措施是否能够有效预防和打击腐败。《联合国打击跨国组织犯罪公约》也在明确对跨国组织犯罪进行严厉打击和惩处的同时，注重有组织犯罪的预防并将其视为控制有组织犯罪的基础。例如，《联合国打击跨国组织犯罪公约》不仅在第 1 条将预防、打击跨国组织犯罪作为公约的宗旨，而且规定了建立公共记录、剥夺资格等一系列预防跨国组织犯罪的措施，以强化国际刑法预防犯罪的功能。^[6]

事实上，治理犯罪如同治理腐败一样，需要妥善处理“刑事打击”和“综合预防”的关系。虽然在理论上人们也认识到二者目标一致，相辅相成，不可偏废，在实践中也开始采用一些措施，如试行财产申报制度、颁行未成年人保护法等，但从实际运行的情况看，始终存在“重打轻防”倾向，始终难以彻底改变过分依赖刑事打击作用的现象。每当社会中出现新的问题时，

往往直观地反应为列入刑法的调整视野，借助于刑事打击遏制某一行为的趋重和蔓延。酒驾入刑、恶意欠薪行为可以构成犯罪就是这种观念的明显体现。

我国刑法所反映出来的重刑观念和重打击轻防范的观念，都是与国际刑法的总体发展趋势不尽吻合的。中国刑法基本观念与国际刑法的偏离，必然会影响控制犯罪的综合法律机制的形成，影响控制犯罪的实际效果，而且会导致立法上和法律适用上的价值取向与国际刑法的冲突，进而给我国参与国际刑事司法合作带来阻碍。

（二）我国刑法的入罪范围和入罪标准与国际刑法规范不尽一致

国际犯罪日渐严重的态势，世界各国惩治国际犯罪、维护国际社会共同利益的诉求，都要求各国协调立场、相互配合、密切合作，建立和谐一致的世界性法律反应机制。^{[7]105}正是国际共享利益的扩大以及对共同理念的追求，促使国际刑法规范，特别是以国际公约为表现形式的国际刑法规范在晚近的几十年中获得了飞速的发展。为有效抵御犯罪的侵害，维护国家的主权和安全，我国也以积极的姿态先后批准加入了《联合国打击跨国组织犯罪公约》、《联合国反腐败公约》以及《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》等一系列重要的国际刑事公约。根据国际法的一般原则，我国对已经批准加入的国际公约应该适时进行相应的转化，使之成为国内刑事立法的组成部分，以便更好地履行国际公约所规定的义务。

如前所述，虽然我国在刑法修订过程中，也在一定程度上注意到了国际刑法规范内化为中国刑法的问题，但基于多种因素的考虑和影响，国际刑法转化为国内刑法的进程较慢，而且不够彻底，以致在入罪范围和入罪标准上都存在明显的差异。

1. 入罪范围的差异

与国际刑事公约相比较，现行中国刑法在入罪范围上与国际刑法的差异比较明显。比如，根据《联合国打击跨国组织犯罪公约》第6条，各缔约国均应寻求范围最为广泛的洗钱罪的上游犯罪。尽管我国刑法经过几次修改，将洗钱罪的上游犯罪扩展为七类，还是与公约要求的上游犯罪范围具有很大差距。再如，根据《联合国反腐败公约》的相关条款，贿赂被描述为“不正当好处”。尽管公约并未就此词语的含义进行界定，但其应该包括能满足认定生活需要和精神欲望的物质利益与非物质利益则应该没有异议。如此说来，我国刑法关于贿赂范围的规定就明显窄于公约的规定。中国刑法与公约规定的国际犯罪的入罪标准不一致，意味着有相当一部分行为按照国际刑法构成犯罪，而按照我国刑法无法追究刑事责任。这样，一旦有相关行为发生并应该由我国行使管辖权时，我国则很难根据自己的法律行使刑事管辖权，这无疑蕴含着国家主权受侵犯的危险。进而言之，根据《联合国打击跨国组织犯罪公约》第34条之3，为预防和打击跨国组织犯罪，各缔约国均可采取比本公约的规定更为严格或严厉的措施。我国刑法规定的相关犯罪的入罪范围小于公约，也必然会影响到我国对公约义务的履行，从而不利于我国在国际刑事司法中的地位 and 形象。

2. 入罪标准的差异

国际社会制定国际刑法规范就是要明确哪些行为危害人类共同利益，需要国际社会联手做出反应，明确需要国际社会做出反应的行为构成犯罪的的基本标准。因此，国际刑法规范应该成为各国打击相应犯罪的范本。就国际公约的缔结者和加入者来说，更需要在将国际公约转化为内国法时，保持与公约一致的入罪标准。但从我国的刑事立法来说，一些犯罪的入罪标准也有出入。这方面被论及最多的是我国刑法关于行贿罪的规定。根据《联合国反腐败公约》，在主观上，只要行贿人明知是公职人员而故意直接或间接向公职人员许诺给予、提议给予或者实际给予不正当好处，即可以成立犯罪。而在我国刑法第389条明确规定“为谋取不正当利益，给予国家工作人

员以财物的，是行贿罪。”这一规定表明，我国刑法规定的行贿罪是以行为人“谋取不正当利益”为成立条件的，缺少这个条件，行贿罪就不能成立。这样，相当一部分按照公约构成行贿罪的行为被排除在中国刑法规定的行贿罪之外而无法受到追究。此外，我国刑法中关于受贿罪成立需要以“为他人谋取利益”为成立条件、外国公职人员或国际公共组织官员在中国境内受贿的行为没有加以规定等方面，与《联合国反腐败公约》的规定亦有明显的出入。入罪标准的不一致，放纵了相当数量的贿赂犯罪行为，从而在整体上影响反腐败的力度。同时，入罪标准的不同，也为反腐败的国际合作带来一定困难。

（三）我国刑法的立法技术从便利刑事司法合作角度考量不尽成熟

“一般讲，立法技术是指关于制定、修改和废止法律的规程和方法的总称。立法技术有狭义、广义之分。狭义的立法技术指关于法律内部结构和外部结构的形式、法律修改和废止的方法、法律的系统化以及法律条文的修辞、逻辑结构和文字表达的规则等。”^[8]我国学者对刑法立法技术的研究是十分匮乏的，这可能与我国刑法发展的历史具有直接关系。我国在制定 1979 年刑法时，就以“宜粗不宜细”为立法指导理念，对一些技术性的细节问题没有给予太多的考虑。1997 年刑法的修订以及其后的 8 个刑法修正案出台，都带有回应现实要求的应答性，技术层面的考量可能无暇顾及而被忽略。事实上，刑事立法技术层面的问题也可能直接影响国际刑事司法合作实践。以国际刑法为视角，我国刑法在立法技术方面的问题主要有：

1. 缺少法律体系的整体考量

任何一个国家中，法律都是一个整体，因此，在制定和完善某一部门法律时，要注意到法律体系内的一致和协调。但从我国现行刑法的规定来看，与其他法律之间协调性不够，刑法体系内部的逻辑也不十分明晰，从而影响法律的整体效果。一是不注意刑法与其他法律以及客观情势的变化，以致个别法律条文失去实际意义，成为虚置条款。如我国刑法第 10 条规定“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究，但在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或减轻处罚。”本条实际上是关于域外刑事判决我国是否承认的问题，其实质涉及刑事领域中我们是否遵从事不再理原则。本条规定延续了 1979 年刑法的规定。

笔者认为，在 20 世纪 80 年代，我国开放程度不高，与其他国家展开刑事领域的合作不多的情况下，不接受“一事不再理”原则，保有我国刑法的独特性，有其合理性。但在 1997 年全面刑法修订时，我们所面临的形势已经发生了重大变化，此时还固守拒绝“一事不再理”原则的立场，未免落伍了。从国际社会来看，“一事不再理”原则是国际刑事领域一项普遍接受的原则，这也是人权保护的当然要求。一个时期以来，我国的国际刑事司法协助实践一直在遵循着“一事不再理”原则，我国 2000 年 12 月颁行的《中华人民共和国引渡法》第 8 条第 2 款明确规定“在收到引渡请求时，中华人民共和国的司法机关对于引渡请求所指的犯罪已经作出生效判决，或者已经终止刑事诉讼程序的”是拒绝引渡的事由，从而肯定了“一事不再理”原则。这样，刑法第 10 条的规定不仅有违我国刑法保障人权的精神，而且由于与我国的国际刑事司法实践相悖，与引渡法等法律规范不一致而成为虚置条款。

二是刑法体系内逻辑不畅，主要表现为罪名设置重叠、繁多、分散，为法律的实际适用造成困难。关于刑法内部的体系性问题，我国不少学者发表了自己的主张。如由于立法技术的原因，新刑法典及其有关司法解释所确定的罪名、罪种竟达 412 个之多，而且显得繁琐、复杂。新刑法典实施后的司法实践证明，过多的罪名、罪种具有严重的弊端：它不易于广大群众学习、理解和记忆，不便于司法人员执法，增加了法学教育的难度。^[9]再如，在刑事立法的内部体系编排

上,不仅存在内部章节繁简失当的不足,更重要的是法律内部的排列比较分散,使得法律整体结构不紧凑,导致适用的难度加大。例如,在我国刑法中有相当一部分罪名分散于许多条款中,如刑法对贪污罪的规定就分别规定在第183条、271条、382条、383条、394条之中。从节约条文的角度,同时考虑法典的明确性便于公众理解及法律适用,应当加大法律内部结构的研究与探讨。^[10]

2. 立法用语不够精当而容易引发歧义

“对于立法者而言,语言的运用水平将直接决定立法的质量,并对法律的施行产生重要影响。作为重要的和最为基础性的立法技术,语言在法律(刑法)之适应性机制的建构过程中当然也发挥着重要的作用。语言既塑造刑法的确定性,也赋予刑法以某种灵活性,正是在语言所构筑的确定性与灵活性之间,刑法的各种价值得以兼顾,规范与事实之间的距离得以拉近。”^[11] 语言使用不精当,立法者良好意图和深刻思想的体现都会受到影响。我国刑法立法用语不够精当主要表现在罪名的设计和犯罪成立条件的表述上。从罪名设计上看,我国《刑法》第242条第2款规定的“聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪”就值得探讨。严格来说,聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童,本质上仍然是一种妨害公务的行为,仅因为行为方式上具有聚众的特点,就单独设立罪名,其必要性需要探究。从犯罪成立条件的表述看,问题更多。如《刑法》第249条规定“煽动民族仇恨、民族歧视,情节严重的,构成犯罪。”但“仇恨”、“歧视”都是概括性特别强、涵盖面十分广的词语,实践中很难把握。再如,《刑法修正案(七)》增设了“利用影响力受贿罪”,该罪的增设无疑进一步契合了《联合国反腐败公约》的要求,对严密刑事法网具有重要意义。然而,我国刑法将该罪的主体规定为“国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人”,这一限定不仅造成我国刑法规定的影响力交易罪的主体范围明显小于《联合国反腐败公约》的规定,而且,“关系密切”如何把握也引起很多争议,实践中确实难以界定。

应该说,罪名是对犯罪本质特征的表述,犯罪成立条件是对违法行为类型的刻画,其表述精确,对刑法在实践中运用至关重要。在国际刑事司法协助领域,作为请求事由的行为必须是请求国和被请求国法律都认为是犯罪,这就是国际刑法规范确认、各国在实践之中遵行的“双重犯罪”原则。我们在罪名设计和犯罪成立条件方面用语不当、语义模糊,就很难为其他国家所理解。尽管现在国际刑事司法活动实践多采用“实质类似”方法,我国刑法中的一些犯罪还是很难符合“双重犯罪”标准。这样,罪名及犯罪成立条件中存在的问题,势必影响我国与其他国家刑事司法协助的实现。

三、国际刑法视野下的中国刑法的完善

国际社会的现状和发展表明,要求国家之间不断加强刑事领域里的合作仍是当今世界进一步的发展趋势;国际刑法作为世界各国利益博弈的结果,是各国打击跨国性犯罪和国际性犯罪的法律指南和行为准则。因此,中国刑法的发展在因应国内客观情势发展需要的同时,也要关注国际刑法的发展和要求,在兼顾内外的基础上不断完善。

(一) 进一步转变刑法理念

晚近一个时期以来,特别是以1997年刑法的修订和《刑法修正案(八)》为标志,中国刑法的基本理念发生了明显转变,很多学者对此有过深入的分析 and 全面的论证,笔者在这里不想赘述。然而,从国际社会发展的总体趋势观之,对照国际刑法规范的要求,中国刑法还需要进一步

转变刑法理念。

首先是进一步强化刑法中的人权保障理念。如前所述, 尽管我国刑法在强化刑法的人权意蕴方面有了重大的进步, 人权保障的价值取向在现行刑法中得到了一定程度的确立和集中体现, 但刑法是“惩罚、打击、专政工具的认识”仍有较大市场, “重刑法的社会保护机能、轻刑法的人权保障机能”的价值取向仍占据主导地位。^[12] 观念是实践的先导, 要逐步减少和废除死刑, 改变依赖重刑的习惯, 需要从进一步转变观念开始。我们应该借助多种途径宣传和强调, 尊重和保护人权, 包括生命权, 既是一国应该遵守的基本的国际准则, 也是国家应该履行的义务。同时, 我们应客观地看待人权对国际刑事司法协助的影响。人权保护是现代法的机能之一, 国际刑法作为现代法的组成部分, 承认人权并对人权予以保护, 乃是当然的结论。人权保护与运用国际刑法惩治犯罪并不矛盾, 二者互相依赖, 相互促进。尽管我们接受并践行人权保护观念, 并不意味着我们必须全面接受以西方价值观念为指导而建立或形成的既存规则, 但在立足我国国情的基础上, 尽力与世界通行的原则接轨还是我们努力的方向。如对待死刑问题, 我们虽短期内不能在刑法中废除死刑, 但在坚持严格控制死刑适用的同时, 还是要有计划、有步骤地消减死刑条文, 严格限制适用死刑的条款, 不断向废除死刑的方向迈进。

其次要由“重打击、轻防范”向“打防并重”的方向转变。控制犯罪主要手段是打击还是防范, 抑或是打防并重? 对这个问题的回答与对刑罚功能的认识密切关联。长久以来, 人类社会一直完全依赖刑罚来治理犯罪, 正如菲利在《犯罪社会学》一书中指出的那样 “在犯罪现象产生或增长的时候, 立法者、法学家和公众只想到容易但引起错觉的补救办法, 想到刑法典或者新的镇压性法令”^{[13]70}。然而, 借助于犯罪学的研究, 我们可以看到, 对刑罚的依赖充分反映了人们的原始复仇心理, 其虽然可以满足被害人和普通公众对犯罪和犯罪人的仇恨心理, 有助于平息社会矛盾, 但在预防犯罪方面, 刑罚的效果是十分有限的。刑罚效果在某种程度上是心理学观念的错误。因为刑罚的轻与重只对社会上的一部分人具有影响。另外, 刑罚的确定性比之严厉性更重要, 刑罚的实际效果比人们期望的要小。著名犯罪学家菲利曾举过一个典型的例子, 即信奉天主教的欧洲希望用刑罚扑灭新教之火, 结果却起到了相反的作用。“严打”的实践也说明刑法的实际效果不尽如人意。我们应该在强化刑罚的及时性和确定性上下功夫。这样, 借助于对刑罚功能的正确认识, 我们就可以慢慢改变对刑罚的依赖, 对刑罚的依赖慢慢减弱, 防的观念就会慢慢形成。打防并重的观念形成之后, 也会反过来推进我们对死刑的认识。

(二) 进一步完善刑法, 努力与国际刑法规范接轨

国内立法把公约中规定的国际犯罪确认为国内刑法中的犯罪的过程实际上是国际刑法内国化的过程。借助于这种转化, 国际刑法就获得了国内法的效力。国际刑法的内国化, 既是公约缔约国应当承担的国际义务, 也是国际刑法得以适用的重要途径。我国《刑法》第9条规定 “对于中华人民共和国缔结或参加的国际条约所规定的罪行, 中华人民共和国在承担条约义务范围内行使刑事管辖权的, 适用本法。”可见, 如果国际刑法规定的犯罪没有转化到我国刑法当中或者转化后的内容与国际刑法规定不一致, 我们就无法行使对某些国际犯罪的刑事管辖权。因此, 在国际刑法内国化时, 我们在坚持国家利益与国际社会整体利益相结合原则的基础上, 应尽可能地体现国际刑法的要求, 与国际刑法保持一致。鉴于我国现行刑法在入罪范围和入罪标准上与国际刑法还有很大差距, 我们需要根据国际刑法规范的内容, 进一步完善刑法。

首先, 梳理我国批准加入的国际公约所规定的犯罪种类、罪名和犯罪成立条件, 然后对比我国刑法相关规定, 找出其间的差距, 进而比照我国现行刑法与国际刑法的差距, 在不影响我国根本利益的前提下, 对我国刑法加以全面修改。理论上讨论较多的对照国际公约的修改建议, 如进

进一步扩大洗钱罪上游犯罪的范围; 扩大酷刑罪的主体和对象范围; 将“贿赂”规定为一切物质利益和非物质利益; 取消行贿罪“为谋取不正当利益”的限定; 将外国公职人员和公共组织人员在中国境内的受贿行为也纳入刑法调整范围等等, 都可以归入这个方面。

其次, 未雨绸缪, 《国际刑事法院规约》所规定的犯罪, 我们暂时没有加入, 但具有较大国际影响的国际刑事公约中所规定的犯罪也按照上述步骤, 亦有计划地纳入我国刑法或进行相应的修改。国际刑事法院从产生到现在, 已经显现出对整个世界的巨大影响。尽管我们现在还没有加入《国际刑事法院规约》, 但我们不可能永远徘徊在这样一个给国际社会以重大影响的永久性、全球性机构的大门之外, 加入国际刑事法院可能只是时间的问题。因此, 我们在现阶段就要着手刑法的修订与完善, 为加入《国际刑事法院规约》做好准备。那么, 在把《国际刑事法院规约》规定的犯罪转化为国内刑法时, 哪些行为要纳入我国刑法? 罪名是否要与《国际刑事法院规约》保持一致? 将《国际刑事法院规约》规定的犯罪引入国内法的形式如何, 即是采用特别法的形式专门规定, 还是作为独立的一部分置入刑法典, 抑或是通过增设专门条款分别纳入不同的章节中? 此外, 我国对环境保护、对知识产权保护方面的国际刑法规范亦应该认真研读, 努力缩小与国际刑法规范的差距, 通过中国刑法与国际刑法规范的有效对接, 确保我们在应该行使刑事管辖权时能够行使。

(三) 进一步提升立法技术, 强化刑法的适用性

“立法技术成熟与否及其发达程度在很大层面上制约着立法目的功能的实现, 最终影响法律实施的效果。”^[10] 因此, 提升立法技术水平, 有助于强化刑法的适应性, 使之更便于国际刑事司法协助活动的进行。

提升立法技术水平, 首先需要有整体性思维。恰如人们所看到的, 每次修正案的出台, 基本都是被动立法的结果, “头痛医头, 脚痛医脚”^[8]。比如关于洗钱罪上游犯罪范围的修改。1997年《刑法》在第191条中创设了洗钱罪, 并规定毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪和走私犯罪为其上游犯罪。为了配合“911事件”后国际反恐斗争以及惩治恐怖活动犯罪的需要, 2001年出台的《刑法修正案(三)》将恐怖活动犯罪也列为洗钱罪的上游犯罪。其后, 我国加入《联合国反腐败公约》, 该公约也要求把一切犯罪所得视为洗钱罪的上游犯罪。受公约影响, 加之当时社会犯罪情势的变化, 2006年《刑法修正案(六)》将洗钱罪的上游犯罪扩展为毒品犯罪、黑社会性质的组织犯罪、恐怖活动犯罪、走私犯罪、贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪。贿赂犯罪方面的修改也分别体现在《刑法修正案(三)》、《刑法修正案(六)》和《刑法修正案(八)》中, 情形大体如上。如果我们在修订刑法时有整体考虑, 着手修订某一方面条款时就全面考量国际刑法的有关规定和犯罪演变形势, 可能就不会对同一内容频繁修改, 而选择相对弹性或一步到位的立法方式。

提升立法技术水平, 其次要注意罪名的设计和犯罪成立条件的表述。刑法条文的语言表述, 不仅仅是个立法技术的问题也是罪刑法定的要求。刑法条文本身的语词内涵对于刑法规范的确定化具有重要影响。准确的语言文字有助于清晰表达立法意图, 并对司法实践发挥有效的指导作用。^[8] 所以, 对于并不关涉立法的思想, 也不涉及立法意图的评价^[14] 的法律条文的修辞、逻辑结构和文字表达, 也必须仔细斟酌。在这方面, 我国应该合理采纳学界的相关研究成果, 在罪名和罪名体系设计、刑法分则的体系性协调以及法律语言表述方面加以调整, 使之更加符合刑法立法明确性、必要性的要求。具体来说就是, 一是针对罪名繁琐、分散的情况予以梳理、合并, 从而删减一些不必要的罪名。如对于现有有些罪种的犯罪构成诸要素(犯罪客体、犯罪时间、犯罪地点、犯罪方法、犯罪对象、犯罪主体、犯罪的故意、过失)中个别因素有异, 而大多数要

素是一致的,可以根据实际情况将现有的两个或几个或十几个罪种合并为一个罪种。将刑法第 305 条伪证罪、第 307 条第 1 款妨害作证罪、第 307 条第 2 款帮助毁灭、伪造证据罪等几个罪种合并为一个罪种“妨害证据罪”^[9],将“聚众阻碍解救被收买的妇女、儿童罪”纳入妨害公务罪可以归为此类。二是对于表述含混、容易产生歧义的话语予以调整,如对“利用影响力受贿罪”主体中的“关系密切”,“煽动民族仇恨、民族歧视罪”中的“仇恨”、“歧视”借助于相对详细的罪状描述做进一步的说明,等等。

总之,国内刑法与国际刑法是相互观照、共同发展的。借助国际刑法的视角,有助于我们从全球刑事法律发展的层面去认识、分析中国法律,从而在法律国际化的背景下寻求中国刑法与国际刑法有效对接的路径。这对于中国刑法走向世界,对于中国在国际刑事司法的舞台上发挥自己应有的作用都具有深远的意义。

[参考文献]

- [1] 蔡雅奇 《晚近八个刑法修正案与相关国际公约关系论》,《湖南警察学院学报》,2012 年 5 期。
- [2] 张旭 《国际刑法论要》,长春:吉林大学出版社,2000 年。
- [3] 张旭主编 《国际刑法——现状与展望》,北京:清华大学出版社,2005 年。
- [4] 吴轩 《国际人权法视野下对中国刑事法律的透视》,《社科纵横》,2010 年 5 期。
- [5] 邢馨宇、邱兴隆 《刑法的修改:轨迹、应然与实然——兼及对〈刑法修正案(八)〉的评价》,《法学研究》,2011 年 2 期。
- [6] 蔡军 《我国反有组织犯罪刑事政策观念的检讨与重塑——基于对〈联合国打击跨国组织犯罪公约〉立法精神的解读》,《刑法论丛》,2012 年 3 卷。
- [7] 米海依尔·戴尔玛斯—玛蒂、高铭喧主编 《刑法国际指导原则研究》,北京:中国人民公安大学出版社,1998 年。
- [8] 郭泽强 《从立法技术层面看刑法修正案》,《法学》,2011 年 4 期。
- [9] 欧锦雄 《罪名、罪种的合理数量及其立法反思》,《国家检察官学院学报》,2001 年 1 期。
- [10] 刘文 《我国刑事立法技术的反思与完善》,《黑龙江社会科学》,2009 年 1 期。
- [11] 周少华 《立法技术与刑法之适应性》,《国家检察官学院学报》,2011 年 3 期。
- [12] 晋婷婷 《论中国人权保障制度的完善》,《学理论》,2012 年 6 期。
- [13] 恩里科·菲利 《犯罪社会学》,郭建安译,北京:中国人民公安大学出版社,1990 年。
- [14] 李洁 《罪与刑立法规定模式》,北京:北京大学出版社,2008 年。

[责任编辑:高 玥]

Keywords: HULV Guang; the Eastern Wei and Northern Qi regime; political warfare

A New Interpretation of “Liao” State Title

JIANG Wei-gong , JIANG Wei-dong (46)

Abstract: The title as a symbol of the country or dynasty , usually has named distinct and the use of stability. Liao Dynasty does not , it has repeatedly in “Liao” , “Qidan” for the title ,Why will appear this kind of phenomenon of contrary to common sense ,for a long time without the illustration of the solution. For this kind of phenomenon ,scholars usually more to speculation of the solution , the deficiency of slightly due to history books recorded rate can be took , and hard to become a community consensus. The author in the study of the Liao history , geography , found the Qidan once with Jizi orthodox themselves , the change of name , is closely related to the orthodoxy of the original. Cover the Liao from Shuomo , the establishment of the feudal dynasty , is bound to for ethnic origin , kingship to undertake reasonable theory , with anaerobic takes public opinion.

Keywords “Liao”; “Qidan”; Jizi orthodox

Social Construction and the Building up a Moderately Prosperous Society

REN Yuan (59)

Abstract: Social construction is not only one of the five major constructions in building up the socialism with Chinese characters , but also the driving force in promoting the construction of an overall moderately prosperous society and a new level of reform and development. This article points out four challenges to the current social construction , which are , the rapid growth of material wealth and the lack of progress in social areas , the expanding diversity in social structure and the lack of harmonization in social interests , the gradual growth of social forces and shortage of using the social dynamics , the gradual growing of social domain and the shortage of social management support. Based on the conclusion , the paper raises four options for the social construction reform , such as , to enhance welfare for people’s living and realize scientific development , to coordinate the social interests and complete social integration , improve social function and stimulate social dynamics , to make innovation in social management and improve social governance structure.

Keywords: social construction; social reform; wellbeing society

Does Education Impact Happiness? A Study Based on Questionnaire Survey in China

ZHAO Xin-yu , FAN Xin (68)

Abstract: This paper examines the impact of education to the subjective well-being in public and the transmission mechanism based on questionnaire survey made in 2012 in China through a constructive model of education and subjective well-being. The survey shows that there is a positive correlation between education and subjective well-being , but the impacts are different between absolute and relative incomes , and the transmission channels is diversified and the transmit variables have different results where education has the obvious positive result transmitted by non-economic factors. Therefore , to improve the subjective well-being of public , the government needs to use policy tool to strengthen investment in education and to lower the cost of private investment and to make education as the effective channel for public to income promotion and subjective well-being improvement.

Keywords: subjective well-being; education level; years of education; absolute income; relative income

Analysis of the Chinese Criminal Law: In the Perspective of International Criminal Law

ZHANG Xu (77)

Abstract: Domestic criminal law and International Criminal Law should be compared with each other on the common pace of development. In the contemporary international community in which the trend of the economic globalization and the legal internationalization is from strength to strength , it is necessary to view Chinese Criminal Law from the per-

spective of International Criminal Law. The basic idea of Chinese Criminal Law doesn't catch pace with the development of International Criminal Law; the conviction scopes and the conviction standards of certain crime in Chinese Criminal Law are not consistent with that in International Criminal Law; the legislative technique of Chinese Criminal Law is not mature enough to benefit the criminal justice cooperation. To promote the development of Chinese Criminal Law, it needs to pay attention to the requirement and the development of International Criminal Law while the development needs of domestic objective situations is met.

Keywords: International Criminal Law; Chinese Criminal Law; internationalization of law

A Study of the Legal Issues of China's Overseas Pursuits from GAO Shan Case: Comparison with LAI Chang-xing Case

ZHANG Lei (87)

Abstract: Although GAO Shan experienced immigration repatriation process in Canada for a long period, he was finally persuaded to return to China. GAO Shan Case and LAI Chang-xing Case have some similarities, but there were many differences existed between the two cases, such as, statuses in running away, suing procedures in Canada, and the ways of returning China, etc. We found out that there were many factors contributing to GAO Shan's return, which showing that China's international cooperation in criminal justice is growing, but we still should open up new areas of extradition, to strengthen the international criminal judicial cooperation with western developed countries.

Keywords: GAO Shan Case; immigration repatriation; persuade to return; LAI Chang-xing Case; overseas pursuit

An Exploration of the International Rule of Law on Intellectual Property

LIU Ya-jun, YANG Jian (95)

Abstract: Although there have been controversial opinions concerning the international rule of law, the explorative areas have existed. The ultimate pursuit of the rule of law is the good order, the establishment and implementation of good rule is an effective way to achieve this purpose. Rules can be derived from the sovereign state legislation, it can also be formed in the international contracts. The global sharing of knowledge and information determines the rule of international intellectual property more convergence in probability. We need keep confidence and positive attitude to make great efforts for the implementation of international rule of law current international intellectual property protection system as well as to cautious to avoid extreme imbalance of benefits and to prevent the lack of relative fairness. With the new emerged international strong protection practices in intellectual property, we need rational thinking and make good judgment and cope calmly.

Keywords: intellectual property; international rule of law; rules in international intellectual property

On the Improvement of Non-Judicial Expert System in Chinese Criminal Prosecution

LONG Zong-zhi, SUN Mo-fei (102)

Abstract: New criminal procedure law firstly established new expert institution besides judicial expertise institution, which is the significant progress of expert system. But there are some contradictions and omissions in the provisions which should be corrected in judicial practice. The experts appear in court shall be termed as expert assessor in face of judicial appraisal items. But experts are permitted to support independent and complete opinion as a reference. The experts can act as expert witness when work on professional issues which are not judicial appraisal items. survey report supported from experts can be regarded as evidence in trial. Avoidance system shouldn't apply to the Non-judicial experts. The expert eligibility shall be confirmed by court in concrete cases. The aspects of necessity of testifying at the trial include professional, significance and controversy. There are some problems with the code which provided "the relevant provisions concerning the judicial expert shall apply to the Non-judicial experts". Avoidance system shouldn't apply to the Non-judicial experts.