

中国特色刑法域外适用规则的问题与完善

蒋 娜^{*}

内容提要 近年来,西方个别国家频繁利用其刑法追诉外国公民或实体,使刑法的域外适用和效力问题成为焦点,也凸显出我国刑法域外效力规则不足、管辖范围过窄、责任模糊等问题。同时,我国已缔结或加入的国际条约之域外效力条款在本土刑法中转化滞后,远未满足国内日益增长的依托刑法调整对外关系之需,还导致刑法效力范围拓展受阻或域外执行缺位、错位等后果。对此,我国亟需立足国情“对症下药”,加快完善中国特色的刑法域外适用规则,在联合国文件框架下,基于国际法规则,适度扩张刑法的域外效力范围,以利于依法惩治域外侵犯我国国家利益和公民权益之犯罪,切实履行我国承诺的国际条约义务。

关键词 刑法域外适用 域外效力范围 域外犯罪 多重管辖 增设连接点

目 次

- 一、我国刑法域外适用规则的形成与发展
- 二、现行刑法域外适用规则中存在的问题
- 三、刑法域外效力的局限性
- 四、中国特色刑法域外适用规则之完善
- 五、结语

^{*} 北京师范大学刑事法律科学研究院教授。本文系 2021 年度国家社科基金后期资助项目“域外制裁措施与我国刑法域外适用”(项目批准号: 21FFXB005)的阶段性成果。

一国刑法的空间效力,分为域内和域外的效力。后者作为例外,在我国的规定较为粗疏。而个别西方国家频繁利用刑法域外效力推行对外制裁。尽管我国《反外国制裁法》赋予相关机关回击一些国家违反国际法或国际关系基本准则、歧视对待我国公民或组织等制裁措施之权,但我国刑法域外适用效力之缺憾仍为反制裁体系中的短板。近年来,面对个别西方国家严重侵犯我国主权与核心利益的制裁挑战,我国亟需检视刑法域外效力问题,加快完善中国特色刑法域外适用规则,充实反制长臂管辖的法律工具箱,筑牢对外制裁体系中的刑法屏障。

一、我国刑法域外适用规则的形成与发展

我国刑法域外适用规则于1979年初现雏形,并在1997年刑法及其多部修正案中得以发展。有关规则包括以属地和属人为主、保护和普遍为辅的管辖体系,消极承认外国判决和排除管辖外交代表及分则中涉外的罪刑条款。我国刑法域外适用规则在管辖连接点、承认外国判决上有别于一些西方国家,我国依据刑法对外制裁的实践也较少,且不针对外国实体。

(一) 属人管辖

现行《刑法》第7条中属人管辖以行为人的国籍或其他身份标准为连接点,对我国公民的域外犯罪进行管辖。管辖对象限于自然人,并排除以居住国为标准的连接点。与1979年刑法相比,现行刑法通过全罪名覆盖与严惩特定人,拓宽了属人管辖下的刑法适用范围,管辖对象的界定标准从单一的国籍标准扩展到可选择的国籍或其他身份标准。详言之,基于前者管辖公民的域外重罪,基于后者管辖国家工作人员和军人犯下的所有域外罪,不限于本法中最高刑为3年以上有期徒刑的重罪。

在连接点、对象或法定刑上,这有别于一些欧美国家的属人管辖范畴。后者以行为主体或受侵害对象的国籍、定居国、身份或注册国等标准为连接点,管辖公民、公务员、非公民的定居者、特定外国公民、本国企业及其员工或代理、本国船舶的船员等的域外犯罪,及针对公民、无国籍定居者、公务员、军人或国际受保护人员等的域外犯罪。其中,行为主体不限于上述自然人,还包括依法被判处6个月以上监禁的境内外国人、本国或外国公司、企业法人等。如,《荷兰刑法典》规制船长和船员的国外犯罪^①;《瑞典刑法典》惩治公民、外国居民、可判处6个月以上监禁的境内外国人之域外犯罪^②;美国《反海外腐败法》规制境内违法的外国公司或个人、境外违法的美国企业及其员工或代理等^③。而且,受侵害对象也涵盖国际受保护人员、有永久居留或合法居住权的外国人、注册成

① 参见《荷兰刑法典》,颜九红、戈玉和译,北京大学出版社2008年版,第4页,第7条。

② 参见《瑞典刑法典》,陈琴译,北京大学出版社2005年版,第2页,第2条。

③ See The Criminal Division of the U.S. Department of Justice and the Enforcement Division of the U.S. Securities and Exchange Commission, *A Resource Guide to the FCPA U.S. Foreign Corrupt Practices Act*, U.S. Department of Justice, <https://www.justice.gov/sites/default/files/criminal-fraud/legacy/2015/01/16/guide.pdf> (Last visited on June 12, 2022).

立地或主要活动地点和经营地点在本国的商业实体,且不受制于行为地法是否处罚的约束。如,《俄罗斯联邦刑法典》管辖针对常驻本国的无国籍人之犯罪;《澳大利亚刑法典》规制针对本国或地区的法律所包含或规定的法人之犯罪;《荷兰刑法典》规范侵害在本国工作的国际受保护人员或其家属之犯罪。^④又如,美国法中,属人管辖原则下的美国人包括自然人和实体,指美国公民、合法获准在美国永久居留的外国人、合法居住在美国的外国人,或在美国注册成立或其主要活动地点和经营地点在美国的商业实体等。^⑤

(二) 属地管辖

现行《刑法》第6条要求所涉域外罪行对我国领域有一定的影响。属地管辖的连接点是客观的,即:犯罪的行为地或结果地在我国领域或船舶、航空器内,拓展了以发生在船舶或航空器内为例外之范畴。与西方国家不同,我国未明示属地管辖适用于境外领土。与美国的属地管辖相比,我国管辖范围未及外国船只、境外使团住所或使领馆之外的境外土地。美国法上,包括作为国民犯罪地或侵犯国民的犯罪地且如期离开或抵达美国的外国船只,国民在境外的外交使团、领事馆、军事和其他使团及相关住所,保留或征用给美国使用并在其专属或共管下的土地,及任何国家管辖范围外的地方等。^⑥澳大利亚《1995年刑法典法令》第3A条,言明扩展属地原则适用于境外领土。^⑦一些西方国家的属地管辖范围还从行为地、结果地扩展至犯罪发现地、推定犯罪地以及在该国境内、飞机、海外航空器或船舶等受主权支配的一切地点或境内外领土。如,《法国刑法典》第113-6条第3款规定,其适用于欧洲议会、理事会2006年《第561/2006号条例》言明的,在其它欧洲成员国实施但在法国发现的罪行。^⑧《瑞典刑法典》第1条明确规定,本法管辖国内的犯罪或犯罪地不确定却有理由推定是在国内的犯罪。^⑨

同时,我国属地管辖不受制于涉嫌罪名的法定刑影响。如,2019年内蒙古自治区满洲里市人民法院认定俄罗斯某公民犯有危险驾驶罪,判处其拘役4个月、罚金5千元并驱逐出境。^⑩无论行为人为国籍或涉罪法定刑轻重,我国都有权管辖在境内发生的罪案。

(三) 保护管辖

现行《刑法》第8条沿用了1979年《刑法》第6条中的保护管辖范围,以非中国籍行为人与犯罪对象的中国化为连接点,基于国家主权的立场与保护公民的义务,对外国人侵犯我国或国民之重罪产生域外效力。该条仅管辖外国人在我国领域外侵害我国利益或公民权益的重罪案件,而排除本法中最低刑为3年或以下有期徒刑之域外轻罪案

④ 参见《俄罗斯联邦刑法典》,黄道秀译,北京大学出版社2008年版,第4页,第12条;《澳大利亚联邦刑法典》,张旭等译,北京大学出版社2006年版,第47页,第72.4条;前注①,《荷兰刑法典》,第2-3页,第4条。

⑤ See 28 U.S.C. § 4101 (2010).

⑥ See 18 U.S.C. § 7 (2010).

⑦ See Australia Criminal Code Act 1995.

⑧ 参见《最新法国刑法典》,朱琳译,法律出版社2016年版,第5页。

⑨ 参见前注②,《瑞典刑法典》,第2页。

⑩ 参见马宏伟、李玮:《内蒙古满洲里:涉外危险驾驶罪案件开庭 检法两长出庭》,载正义网, http://news.jcrb.com/jszx/201901/t20190125_1956898.html, 2022年6月12日访问。

件、针对我国组织的所有域外罪案、以及犯罪地法不处罚的任何域外罪案。这有别于西方国家的保护管辖范围,即:外国人针对国家、法人、境外的政府设施或个人等实施的一切域外犯罪。如,《意大利刑法典》规制外国人域外实施的政治犯罪或关涉国家利益的普通犯罪;《澳大利亚刑法典》规制针对联邦的境外设施、法人或迫使立法、执法或司法机关为或不为之域外犯罪。^①

所以,外国自然人针对我国或公民实施的域外犯罪中,只要涉嫌罪名的最低法定刑期达3年以上,即在原则上属于上述保护管辖的范畴。故我国法院有权依法管辖外国自然人而非单位涉嫌严重侵犯我国公民合法权益的域外罪案。

(四) 普遍管辖

现行《刑法》第9条普遍管辖条款以我国缔结或参加的国际条约中的罪行为基础,管辖外国人非针对我国或国民的有关域外罪案,如行为人在我国领域且不被引渡至外国受审等,具有补益属地、属人和保护管辖原则的作用。而对我国加入条约时的有效保留条款,其中罪行并非承诺的条约义务,故而不属于普遍管辖的范畴。普遍管辖一般以国际社会整体利益为连接点,而《刑法》第9条中普遍管辖适用于国际条约之犯罪,不要求对我国领域产生影响。这有别于西方国家的普遍管辖,后者广泛适用于条约和习惯法中罪行。

鉴于罪刑法定原则,刑法分则中国际罪行的国内化程度,制约了法院依法进行普遍管辖的范围。如,在印尼海盗劫持油轮案中,我国法院审理10名印度尼西亚被告人在马来西亚海域劫持泰国油轮的域外罪案后,以抢劫罪分别判处被告人10至15年有期徒刑;因为我国是《联合国海洋法公约》和《制止危及海上航行安全非法行为公约》的成员国,有权管辖外国人在我国领域外的海上罪行。^②同时,由于我国刑法未规定海盗罪,人民法院才认定海盗劫持油轮的行为成立抢劫罪并判处相应刑罚。

(五) 多重管辖

多重管辖关涉中外刑事管辖冲突的调适、各类管辖原则之关系调整等,表现如下:
(1) 外国判决之承认。现行《刑法》第10条中蕴含着中外管辖积极冲突的解决方案。据此,我国对外国刑事判决的法律立场是,以不积极的方式予以认可而非拒绝,不仅有权管辖经外国法院审判后作出判决的上述域外管辖冲突案,并可通过承认针对外国服刑人员的该刑事判决来减免相应的处罚。这与西方国家立场有所不同。如,《意大利刑法典》第12条从正面规定,所承认的外国判决主要包括:为认定累犯或处罚的其他刑事后果,或为宣告犯罪的惯常、职业性等倾向的,以及基于该法应对境内被判刑人或被释放人予以保安处分的判决。^③又如,《匈牙利刑法典》第6条从反面明示,不承认关涉政治罪或

^① 参见《最新意大利刑法典》,黄风译,法律出版社2007年版,第7-9页,第7、8、10条;前注④,张旭等译书,第47页,第72.4条。

^② 参见赵令蔚、黄孝钿:《印尼海员抢劫泰国油轮案宣判》,载中国法院网, <https://www.chinacourt.org/article/detail/2003/03/id/41448.shtml>, 2022年6月12日访问。

^③ 参见前注①,黄风译书,第9页。

军事罪的外国判决之效力,^⑭即承认不关涉这些罪名的外国判决之效力。(2)外交代表之豁免。根据《维也纳条约法公约》,有关主体包括来访我国的外国国家元首、政府首脑、外交部长与其他身份同等的官员。我国作为公约缔约国认可豁免权,并把领事官员的豁免限于职务行为范畴,而未厘清刑法对外国人豁免与追责之间的法定边界。(3)分则中的域外条款。聚合多重管辖的域外规则也存在于刑法分则条款。由于《刑法》第102、104、107、111、181、431条等条款中规定的犯罪对象可能在我国领域外,我国有权基于保护与属地原则进行管辖。

在分则各罪的对象位于领域外时,我国可同时兼采属人与保护管辖。如,2015年中国籍被告人在公海上故意伤害中国公民案中,我国多重管辖基础为属人与保护。^⑮进而,在犯罪对象跨越中国领域内外的域外罪案中,管辖的基础或涉及属地、属人和保护之竞合。如,2019年我国法院基于三者竞合,依法驳回伍国伟对绑架案管辖异议的申诉,因为我国是犯罪结果地,且行为人和被害人均为中国公民。^⑯

实践中,我国刑法域外适用中多重管辖竞合,在共犯的域外罪案中多发且行为人仅为自然人。根据管辖基础不同,有关竞合可分三大类:一是属人管辖与保护管辖的竞合,如我国公民在公海上故意伤害另一中国公民致死案,即属此类;二是属地管辖与保护管辖的竞合,如外国人跨境向我国领域内中国公民贩毒案等;三是属地、属人与保护之竞合,如中国公民和外籍公民向我国领域内中国公民跨国贩毒案。

二、现行刑法域外适用规则中存在的问题

总体上,现行刑法域外适用规则趋于保守,防御的底色浓厚,而进攻能力和战术组合有所欠缺。中国特色刑法域外适用规则发端于改革开放初期,以被动防御或保守制裁为时代特征,不同于一些西方国家采取主动进攻型的刑事制裁,^⑰但面对当下个别西方国家的反华制裁,我国刑法日渐凸显出域外效力规则不足、管辖范围过窄、责任模糊等问题。

(一) 域外效力规则不足

此缺憾一定程度上反映出我国刑法域外适用与效力的保守性。从制定主体或法律传统等特点来看,我国刑法域外适用规则的渊源仅为以总则中管辖原则为基础的成文法,故最高立法机关为上述规则的制定主体。

^⑭ 参见《匈牙利刑法典》,陈志军译,中国人民公安大学出版社2008年版,第2-3页。

^⑮ 参见柴安东、陶遵臣:《中国渔船在公海发生血案 轮机长被刺身亡》,载搜狐网, <http://news.sohu.com/20151121/n427422533.shtml>,最后访问时间:2022年6月12日。

^⑯ 参见广东省高级人民法院(2019)粤刑申585号驳回申诉通知书;广东省高级人民法院(2017)粤刑终378号刑事裁定书。

^⑰ See Anthony J. Colangelo, *A Unified Approach to Extraterritoriality*, Virginia Law Review, Vol.97:1019, pp.1092-1093 (2011).

1. 确认域外效力规则之欠缺

刑法中不少重要领域的域外效力规则依然缺位。以直接或间接的方式确认刑法规则的域外效力,是激活国内刑法调整对外关系功能的基本前提。而对于刑法域外适用范围覆盖不到的罪刑条款,司法机关难以依托刑法进行域外刑事管辖;即使在现行刑法分则的重点章节中,确认域外效力的罪刑条款仍然偏少。如,作为刑法域外适用之重要依据的危害国家安全罪一章中,并非每一条款中的罪刑条款都关涉境外机构、组织或个人,虽将其纳入规制范畴,却未真正赋予域外适用效力。又如,刑法中第三章之第三节,即妨害对公司、企业的管理秩序罪,或第四章侵犯公民人身权利、民主权利罪,通常适用于中国境内针对公司、企业或我国公民的犯罪行为,而未明示能否规制此类域外罪行,因此,并不当然具有域外适用的效力。随着中国公民和企业海外交流合作的机会增多,我国经济发展对外国组织、企业来华经营的吸引力增强,我国行政或司法机关势必面临着对这些组织、企业行为的管辖问题,如管辖中国公民、中资企业或外国组织之域外罪案。现行刑法中有关域外效力规则的缺失,无疑使域外管辖或跨境监管困难重重。此外,在国(边)境管理、公共卫生、环境资源保护、反贪污贿赂等重要领域,也缺乏直接确认域外适用效力的刑法规则,而这类域外效力规则对于国家依法进行域外刑事管辖却尤为重要。

2. 保证域外适用规则之缺憾

无论是现行刑法采用消极防御中外管辖冲突的模式,还是该法总则中确保惩治大部分域外罪行的规定,都不足以全面或充分保证该法域外适用的实际效力。当我国依据刑法追惩行为人在域外实施的罪行时,通常是以该行为人位于或进入我国领域内为前提,而对于追诉在我国领域外行为人之刑事责任的,则往往需要诉诸刑事司法合作以引渡其回国。加之,我国域外刑事管辖的连接点不多,签订中外引渡协议的合作国也较少,故难以惩治不在我国境内或合作国的犯罪行为。刑事缺席审判虽有助缓解这一状况,但实际适用率却极低。因此,以财产刑弥补人身刑的域外适用缺憾,对保证我国刑法域外适用的实效尤为重要。

然而,我国刑法在域外适用中仍以人身刑为主,对罚金、没收财产等财产刑的重视不足。如,尽管现行刑法明确规定对单位犯罪判处罚金,但实践中尚无以罚金刑制裁外国实体的先例。我国若继续依赖判处人身刑的传统方式制裁我国领域外的犯罪行为人,则对违反刑法却不在明示的域外管辖范畴内的单位犯罪案件有放纵之嫌,也难以将其实际纳入刑法域外效力范围。加之,中外刑事司法协助条约或资产返还分享协定的利用率低,未能充分发挥弥补有关刑法疏漏的补充作用。尤其是,当个别西方国家单边否决上述条约的效力时,其中保证刑法域外适用的措施也会失效,更凸显我国财产刑域外适用之缺陷。若刑法中引入加强财产刑域外适用的保障条款,则有助于提高刑法的域外执行力和有效惩治外国组织针对我国之犯罪。

(二) 域外管辖范围限缩

现行刑法的总则中,这一问题尤为突出。它集中于总则中连接点的数量不多、作为域外管辖原则之例外的情况增多、缺少中外管辖冲突调适规则等方面,进而削弱分则条

款的域外适用效力。这与一些西方国家扩张的管辖范围相反,后者从宽泛角度扩大解释各类管辖连接点,也以单行法的模式拓展刑法域外适用范围。^⑮

1. 管辖原则的连接点不多

与一些西方国家域外管辖的连接点相比,我国刑法中管辖原则的具体连接点较少。例如,《刑法》第6条中属地管辖以行为地或结果地为法定的连接点,排除西方国家属地管辖中与行为的发现地^⑯、推定犯罪地^⑰等合理联系之连接。实际上,我国法院基于刑法总则规定的属人管辖、保护管辖或普遍管辖等原则审理的“公海上的故意伤害案”、“伍国伟绑架案”与“印尼海盗劫持油轮案”,都包含犯罪发现地或犯罪嫌疑人被发现地或被抓获地在我国领域内的特征。而这些连接点却被该条排除了,有限制域外刑事管辖拓展之嫌。相反,西方国家宽泛的域外管辖范围,以诸多连接性因素为管辖基础。如,美国《反海外腐败法》以美元为连接点,管辖全球范围内涉嫌用美元交易的罪案。又如,《刑法》第7条中属人管辖的连接点仅为行为人的中国国籍,第8条中保护管辖只与针对我国或公民的犯罪相连接。这些管辖在西方国家分别被称为积极和消极的属人管辖,前者主要包括本国公民、永久居民、长期居住在本国境内的人或准公民,^⑱以及总部设在本国境内的企业^⑲等,从而域外管辖的连接点突破了单一的国籍标准,扩展至居住地或总部设立地等多重标准;后者至少涵盖针对本国居民、市政当局、议会或公共机构等的域外罪,^⑳与针对国家^㉑、政府设施^㉒或本国的公民、法律实体或永久居住的外国人之域外罪有连接^㉓。可见,我国上述管辖原则的连接点数量之和,明显少于西方国家属人管辖原则或其积极管辖。再如,《刑法》第9条中普遍管辖的连接点为我国条约义务下之罪行而非习惯法之罪。它未列明我国承担的国际条约义务下的罪行清单,但实践中仅有惩治海盗的先例,故而事实上排除了管辖习惯之国际法下的奴役、强迫劳动、贩运人口、招募儿童兵、酷刑、灭绝种族等罪案。这不同于西方国家范围极为广泛的普遍管辖。

2. 管辖原则之例外情况多

管辖原则之例外情况,大多直接反映在刑法总则的条文中,以除外或但书条款的方式明示表达。有些处于我国未规定的模糊地带,或为个别西方国家对华单边制裁的重灾区。

^⑮ See *United States of America v. BNP Paribas, S. A.*, 14 Cr.460 (S. D. N. Y., 2014). 该案中,美国司法部认定法国巴黎银行,违反《国际经济紧急权力法》和《对敌贸易法》,向美国的制裁国实体提供了美元账户等金融服务。

^⑯ 参见前注^⑧,《最新法国刑法典》,第5页,第113-6条。

^⑰ 参见前注^②,《瑞典刑法典》,第2页,第1条。

^⑱ 参见前注^②,《瑞典刑法典》,第2页,第2条第2款;前注^④,《俄罗斯联邦刑法典》,第4页,第12条第1款;前注^⑧,《最新法国刑法典》,第7页,第113-13条。

^⑲ See *United States of America v. Clifton S. Corey*, 232 F.3d 1166 (9th Cir. 2000); *In Re Royal Ahold N. v. Securities & Erisa Litigation*, 351 F. Supp. 2d 334 (D. Md. 2004).

^㉑ 参见前注^②,《瑞典刑法典》,第2页,第3条第4款;U.S. v. Yousef, 327 F.3d 56 (2nd Cir. 2003).

^㉒ 参见前注^④,《俄罗斯联邦刑法典》,第4页,第12条第3款。

^㉓ 参见前注^④,《澳大利亚联邦刑法典》,第47页,第72.4条第1款。

^㉔ See *Com. v. Beneficial Finance Co.*, 275 N.E.2d 33, 52 A.L.R.3d 1143 (Mass. 1971).

第一,《刑法》第6条第1款规定了属地管辖原则的例外,即:对法律特别规定的我国领域内犯罪不适用本法。尽管该条第2款明示本法适用于我国船舶内犯罪,但船舶作为浮动领土,缺失在我国领域内的法律属性,因此,对我国船舶内犯罪的管辖规则,根据船舶是否在领域内而有别。详言之,我国有权基于属地原则管辖领域内的本国船舶内犯罪;对于公海上与他国领海内的本国船舶内犯罪,我国也有权依法进行管辖,并同时遵守公海航行的国际法或领海上的沿海国法。

第二,属人管辖原则之例外也有在实践中增多之嫌。基于现行《刑法》第7条,该原则受制于最高刑为3年以下有期徒刑之罪的约束,我国可依法对涉嫌上述域外轻罪的普通公民不追究刑事责任。这一例外情况或助长我国海外公民遵从外国法或制裁措施,在外国制裁压力下不惜违反我国刑法。同时,刑法虽未言明是否管辖我国法人等组织的域外犯罪,但实践中鲜有追诉其域外实施的单位犯罪之责。如,我国从未追究中资企业在外国作证涉嫌犯罪之责,表明事实上我国倾向将其单位犯罪作为例外予以排除。

第三,保护管辖原则的例外,不仅包含《刑法》第8条中犯罪地法不处罚的除外情形,也关涉最低刑为3年以下有期徒刑之罪的排除条款。实践中,我国从未基于保护原则管辖上述域外轻罪案,也难以惩治外国实体针对我国或国民的犯罪,甚至有排除管辖此类罪案使之成为例外之嫌。因为,双罚制下,针对单位犯罪适用的罚金,显然未达3年以下有期徒刑的标准;即使我国依法追究外国实体的刑事责任,也终将落实在对其直接负责人的判刑上。而该负责人进入我国领域的概率小,无论其是否位于我国引渡合作圈内,都难以基于保护原则进行管辖。可见,限制最低刑期所致的更多例外,不利于惩治外国实体的犯罪。

第四,普遍管辖原则的例外情形,在《刑法》第9条中未予明示,却隐于所承担的条约义务中。对刑法分则未言明的上述国际条约中罪行,难以在管辖中仍坚持罪刑法定原则。加之,我国在外交上仅承认海盗罪为普遍管辖范围内的罪行,在实践中基于国际条约进行管辖的罪案也仅限于海盗罪。如,劫持油轮案中,直接适用《制止危及海上航行安全非法行为公约》追惩劫持者,尽管将条约中海盗罪类推而非转化为刑法罪名,有悖于罪刑法定、禁止类推等原则。故条约中规定的其它罪行实际上都被排除在该管辖原则之外,即事实上成为刑法中普遍管辖原则未言明的例外情形。

3. 对管辖冲突的调整不足

现行刑法中管辖冲突的解决,仅依据《刑法》第10条、第11条的规定。其中,消极承认外国判决与对外交代表的刑事豁免,排斥以积极防御或主动进攻应对管辖冲突,远不能满足有效化解矛盾或调整对外关系之需。这表明,双边或多边条约并非解决上述冲突的法定基础,而且国内刑法缺少中外各类管辖冲突的调适规则。详言之,现行刑法域外适用规则从未涉及在我国属地管辖和外国其它类型的管辖相冲突时,是否优先适用前者及其绝对性或排他性等问题。同样,该法也未提及如何调适我国的属人管辖、保护管辖或普遍管辖与外国不同类型的刑事管辖之冲突,以及各类刑事管辖原则之间的关系等。加之,含有上述冲突调适规则的中外条约之效力受制于国际关系变化或缔约国之间

的合作等因素,从而执行条约的难度与不稳定性势必增加,更需依托刑法化解冲突以调整对外关系。

(三) 域外刑事责任虚化

受制于消极防御与被动管辖,我国域外刑事责任尚有虚化之嫌,有别于西方国家积极扩张域外管辖,主动依托本国法制裁外国个人或实体的管辖规定。具体表现如下:

1. 域外效力不明

关于刑事责任的域外效力不明,主要集中在现行刑法中外国人的外延不够清晰、部分主体或行为的域外刑事责任之边界模糊上。详言之,刑法总则从未明确是否基于属人管辖追诉单位犯罪之责,是否基于保护管辖追诉针对我国组织的域外罪责或外国实体针对我国或公民的域外罪责等。而且,该法也未言明在分则与总则有冲突时,可否追究中资企业的境外单位犯罪之责、外国个人或组织针对中资企业的域外罪责。由此招致不少境外罪行未被纳入刑法域外适用的范畴中。这不同于诸多西方国家在刑法域外适用中扩展外国人外延,涵盖作为域外罪主体的外国自然人和法人,或基于保护管辖追诉针对本国法人等组织的域外罪责。如,《刑法》分则第161条第3款规定的违规披露、不披露重要信息罪,仅关涉作为单位的控股股东或实际控制人所实施的此罪行,有别于《刑法》总则第7条中属人管辖原则的适用范围,即我国公民而非中资企业等单位在境外实施的有关罪行。由于总则并未明示与分则冲突时可否拓展域外管辖,我国难以基于属人管辖惩治中资企业的境外单位犯罪。因此,对在美上市的中资企业财务造假之类不成立单位犯罪的,我国可基于保护管辖追究涉罪外国人的刑事责任,即域外欺诈我国投资者的外籍高管之责;但无从基于属人管辖或保护管辖追究单位的刑事责任,即使外国个人或组织针对中资企业的域外罪行干涉我国或国民,也被排除在保护管辖之外。

2. 追责效果不佳

我国刑法忽视以主动进攻或积极防御方式追究犯罪人域外刑事责任。中国特色刑法域外适用规则中的消极被动性,有别于西方国家的对外主动进攻,也招致其面对域外管辖冲突时无力全面应对,多以片面退让或消极追责进行被动防御。

一方面,我国刑法中反外国单边制裁的措施有所欠缺,惩治针对我国或国民的域外犯罪之实效不太理想。从反制范围或有关案例看,我国适用保护管辖的限制条件多、实际追责少,且对外国实体侵犯我国核心利益或私人权益的域外轻罪等不追责。这不利于全面维护国家主权、安全、发展利益或公民和企业的海外权益。如,在外国法院强制中资银行作证案中,^{②⑦}即使外国组织的域外行为非法侵犯了我国的国家利益或公民权益,也不属于《刑法》第8条中保护管辖的范畴。尽管《刑法》第219条之一和第220条提高了外国单位犯下有关域外罪的法定刑,但第8条排除管辖外国实体的所有域外罪却成为我国对其追责的瓶颈。

^{②⑦} See In Re Grand Jury Investigation of Possible Violations of 18 U. S. C. § 1956 and 50 U. S. C. § 1705, 381 F. Supp. 3d 37 (D.D.C. 2019).

另一方面,我国刑法对长臂管辖的制衡不足,未能制约或阻断个别西方国家的对外扩张管辖权,更无从与其保持相对平衡之态势。从刑法域外适用的实践来看,其制衡不力主要集中在:消极抵制外国管辖侵犯、片面制约外国单边制裁、以非对等方式给予超国民待遇等方面。如,现行刑法宣示了各类管辖原则的域外效力,但有关原则性规定多于解决问题的具体规范,不仅易于招致消极应对而非积极防御外国管辖侵犯,也难以筑牢有效追究域外刑事责任的防御屏障。又如,部分域外犯罪的追责范围仅限于最高刑为3年以上有期徒刑之重罪,而在目前的国际态势下,片面追责有放纵域外轻罪责任之嫌,不利于多维全域平衡外国刑事制裁。这有别于西方国家细化域外管辖规则、严惩外国公民或企业的积极做法^{②8}。

三、刑法域外效力的局限性

由于刑法总则中域外效力范围规定的主导,我国刑法域外效力的局限性和片面性也蔓延到分则更多领域。而司法实践表明,国际条约在刑法中转化滞后,影响其有效调整对外关系。随着有域外效力的国内法增多,刑事责任的覆盖面愈加广泛,刑法更难满足国内日益增长的反单边制裁之需。这主要源于如下原因:

(一) 刑法立法的“供给”有限

1. 立法与执法的域外效力范围混淆

我国刑法总则中域外效力范围,以属地、属人、保护和普遍为原则,而立法与执法的域外管辖之间边界模糊,致使二者范围在一定程度上混同。立法管辖旨在确立主权权威,以确定式固守国家的原则立场,并反对减损或让渡国家主权,如《刑法》第6条、第7条第1款之前段和第9条;执法管辖权允许灵活与弹性,便于增加管辖冲突之国际谈判中的刑事制裁筹码,如《刑法》第7条第1款之后段、第8条和第10条。由于刑事管辖代表国家主权,而该法中“可以不予追究”或可“适用本法”的规定,作为域外执法管辖的规定,有可能因其不确定性而贬损国家主权权威。特别是,《刑法》第7条第1款兼顾两种管辖,有混淆二者之间分野的弊端,难以制衡个别西方国家的反华制裁。

执法管辖的非确定性作为域外规则短板,缩小了立法管辖的实际域外效力范围,也凸显出作为例外的不管辖规范的滞后。《刑法》第7条、第8条中酌定不管辖于1979年制定、1997年修订,当时的立法背景与目前的法治环境有别,而相同的排除内容落后于国际形势发展,制约我国有效应对个别西方国家的长臂管辖。

2. 刑事管辖条款的保守性与散乱性

我国设立刑事管辖条款的时代背景相对封闭,已与当前国际化与全球化的法治发展渐行渐远,而制度理念上的保守,日益成为我国有效应对国际管辖冲突的制约因素。这种保守性集中体现在:(1)孤立看待刑法的域外适用效力,限制扩张刑事管辖的域外效

^{②8} See Nike Inc. v. Wu, 349 F. Supp. 3d 310 (S.D.N.Y. 2018).

力范围,模糊刑事责任与其它法律责任之间的边界;(2)片面重视消极防御与被动制衡,忽视主动反制,缺失中外刑事管辖的冲突调适规则,反制外国刑事制裁无力且制衡不足;(3)以静止的眼光对待刑法的衍生功能拓展,不仅未正视刑法调整对外关系的新功能,也通过总则限缩了分则条款的域外适用。

域外管辖的适当限制,固然有助于减少与外国管辖权之冲突,但却难以避免中外管辖之竞合或冲突。一味退让或放弃扩张管辖,将有损国家安全与海外国民或企业的权益:(1)《刑法》第8条将外国人之外延限于外国自然人,忽略了域外犯本法规定之罪的无国籍人和外国组织;(2)刑法仅明示犯罪对象为我国企业或公民,但实际上中资企业在海外受犯罪侵害的情况频发。故机构或组织处于非受管辖、豁免或保护之困,刑法总则掣肘了分则中的域外适用效力范围,无形中助长了个别国家刑事长臂管辖的反华气焰,也陡增中资企业依法维权之难度。同样,《刑法》第9条限定普遍管辖的适用范围,在我国条约义务下、本法中罪之内,而基于《刑法》第3条罪刑法定原则,对分则未规定的不管辖。上述限制缩小了我国刑法域外适用的有效管辖范围,也割裂了中外域外管辖之联系,模糊了不同法律责任的边界。

关于模式固化。我国管辖以国家之间无积极冲突为预设前提。由于刑法未言明冲突,其域外适用中管辖范围萎缩,不足以调整对外关系。如,分则中域外效力条款因制度缺憾而被实际适用的难度极大,无力于保护我国公民的海外权益。当下,一些国家扩张管辖的现实挑战,加剧了我国被动应对域外管辖侵犯之困;而刑法未涉中外管辖冲突的解决机制,增加了我国坚守管辖原则或主动预防外国反华制裁的难度。故消极防御式的管辖已经不合时宜,主动反制与积极制衡有利于维护我国的国家利益和国民、企业权益。

关于定位偏差。刑法域外适用规则未专设功能定位作为指导原则。从刑法的宗旨或任务看,规则旨在惩罚犯罪、保护国家和人民的利益。而总则限制域外管辖效力范围,分则中域外管辖效力条款又偏少,不利于惩治域外犯罪、保障国家利益或国民权益,更勿论拓展其对外关系功能。排斥适度扩张域外管辖范围,难以调适中外刑事管辖冲突,也违背了惩治犯罪的国际公约义务,甚至偏离刑法的宗旨与目标。

散乱性主要集中在:刑法总则未明确各类管辖之间的关系,涉及防御制衡与进攻反制的组合、分则中域外效力条款条理不清晰等方面。尤其是,普遍管辖的适用范围不明、条约下罪名条款分布在各章、国际条约的国内转化的迟滞等。这些因素制约了我国拓展管辖范围的潜能。域外刑事管辖的结构失衡,表现在罪名少、刑罚重、无罚金刑、可能排除单位犯罪、与条约要求有别等方面。这使刑法打击域外犯罪与保护人民利益的精准射程范围被限缩,并大幅削减了我国进行域外管辖的罪行范围。

在罪名上,刑法分则对单位犯罪或酷刑等国际犯罪的打击面过小,关于境外组织或个人的涉外罪名偏少。其中,明示管辖境外机构、组织或个人罪案的条文,仅限于《刑法》第106条、第107条、第111条、第219条之一和第431条等。对个人或单位向境外组织或个人非法提供非国家秘密、情报、军事秘密或商业秘密等其他保密和敏感信息的,不在域外刑事管辖的范围之内。同时,酷刑罪等国际罪行在分则中散见于多个具体罪中,打

击面小于有关公约中此罪的外延,妨碍我国充分拓展域外管辖范围。加之,最高刑重、财产刑少、罪刑配置失衡,又可能误导国际社会形成我国重刑主义的负面印象,制约我国扩大管辖范围与引渡合作圈,^{②9}进而影响我国应对外国单边制裁的效能。

与我国刑法的相对保守有别,西方国家或地区法律在制衡外国刑事制裁中,以国内刑法积极扩张域外管辖,或以单行法加强对外拓展刑事管辖权,进而实际限制或削减外国制裁的效力:(1)直接阻断外国域外制裁措施,保护其国家利益和私人权益。如,欧盟2018年《阻断法令》^{③0}、加拿大2001年《外国域外措施法》^{③1},拓展域外适用范围,提高阻止美国制裁法的实效,保护境内个人和法人免受其害。(2)以单行法和刑法中的罪刑条款制衡或抵消外国法的域外制裁。如,法国《萨宾二》第21条在海内外扩张管辖企业腐败罪案的范围^{③2}。同时,西方国家刑法中的国际罪名体系多以专章或专节形式出现,布局结构相对有条理。

3. 承认外国判决的条件过低

若是基于国际法上的对等原则承认外国刑事判决,则蕴含中外刑事管辖的冲突协调规则,处理不当可能成为调适中外管辖冲突的障碍。如,《刑法》第10条未涉判决中定罪部分效力,而保留对经过外国审判的域外罪案之管辖权;未明示对刑罚部分是否认可,仅宣示可免除或减轻处罚的酌处权;承认执行外国判决中刑罚而非定罪部分,这有别于多数西方国家主张的积极或附条件的承认立场。据此,当海外公民面对程序滥用和证据不足、被迫在辩诉交易等制度下认罪时,我国仍可能承认外国法院对其作出的不公正判决。加之该条未明确拒认含外国反华刑事制裁内容的外国判决之条件,因此增加了对其排查、拒认或不执行的难度,无力适时阻断或抵消其负价值。

而且,以轻程序的宽松条件消极承认立场,在违反国际法且双方未达合意时,更不利于阻断外国不公正判决的效力。因为《刑法》第10条要求以审判为前提的形式要件,而非实际确保程序正义或排除非法证据。当判决有程序或证据上的争议时,即使经外国审判也不应被我国承认,否则有悖于我国刑法宗旨与法治原则。故低门槛难以阻挡外国误判的流入,更遑论预防、减少或调适中外管辖冲突。鉴于刑法未言明拒认违法的外国不公正的刑事判决,无论外国判决是否公正,我国都无权依据刑法拒认其刑事制裁效力,^{③3}故此,要阻断外国判决中不公正制裁的效力,应以刑法赋予人民法院阻断外国判决中不公正制裁之效力的权力,以利于救济和防范我国海外权益受损,减少外国对华制裁的负效应。

^{②9} 参见黄风:《不适用死刑承诺面临的困境及相关应对建议》,载《法律适用》2019年第21期,第98页。

^{③0} See Commission Delegated Regulation (EU) 2018/1100 of 6 June 2018 amending the Annex to Council Regulation (EC) No 2271/96 protecting against the effects of extra-territorial application of legislation adopted by a third country, and actions based thereon or resulting therefrom, C/2018/3572.

^{③1} See Foreign Extraterritorial Measures Act, R.S.C., 1985, c. F-29.

^{③2} See Article 21 of the Loi Sapin II.

^{③3} 参见黄风:《刑法应增加承认与执行外国判决的制度》,载《现代法学》2007年第2期,第139页。

（二）现行刑事司法制度的欠缺

在司法层面,刑事诉讼法、引渡法等现行法中的制度短板,是目前刑事司法域外适用机制不畅的原因。与刑法中域外适用规则类似,我国刑事程序法总体上重宣示立场,未涉及中外管辖冲突的解决方案。而缺席审判等引渡替代措施又受制于管辖范围。我国签署或批准的双边协定或多边条约少,履行引渡或刑事司法协助义务的合作国有限,难以全面缓解冲突所致的困境。当我国与合作圈之外的国家发生管辖冲突时,就缺乏必要的争端解决机制来调整对外关系。

从诱捕引渡国民的系列案件来看,我国属人管辖或保护管辖与外国属地管辖之间的冲突频发,国民即使身处国内也难以避免被诱骗至海外逮捕及引渡至第三国之险,在逮捕之后还可能遭遇权利侵犯、程序不当或司法不公。^③我国虽有权依法管辖上述罪案,但由于缺少刑事司法域外适用机制,且有关国内法、双边多边条约不足,导致在应对域外管辖冲突中处于被动地位,不足以及时主张刑事管辖或有效海外维权。且大多数西方国家未与我国签署刑事司法协助条约,^④协助我国进行域外刑事管辖的案件少^⑤。为避免我国国民或企业海外权益受损,有必要完善我国刑事司法域外适用机制,该机制的建立也有助于履行我国加入的《联合国反腐败公约》,以便成员国之间相互配合调查取证。

四、中国特色刑法域外适用规则之完善

针对现行刑法域外适用规则中的突出问题,我国亟需立足国情,着力完善反外国刑事制裁的薄弱环节,以消除刑法域外适用的瓶颈障碍,为筑牢海外权益保障的防火墙奠定基础。完善中国特色刑法域外适用规则的整体轮廓与具体对策如下:

（一）整体框架

中国特色刑法域外适用规则的整体架构,其定位应为有域外适用效力、防御外国反华刑事制裁的刑法规范。由于域外适用规则的范围与效力是对本土管辖领域的边界之延伸与效力之扩张,其在涉外刑事司法实践中将产生实际效力,即:以对外扩张管辖范围激发调整对外关系的潜能,赋予法定机关积极防御外国反华刑事制裁之权,为及时阻断或抵消外国制裁效力提供正当理由。只有依法适度扩张刑法域外效力,才能筑牢防御外国刑事制裁的屏障,以便有效惩治针对我国企业或公民的域外犯罪,阻断外国域外刑事长臂管辖,切实履行我国承诺的国际条约义务。

基于此,中国特色刑法域外适用规则的“特色”主要体现为:以刑法总则中各类管辖原则为基础、以联合国框架下的国际法规则为边界、以最高立法机关为完善规则的主体、以中国式反外国制裁体系为制度背景、以防御与阻断外国反华刑事制裁为重点、以解

^③ 参见黄风、齐建平:《美国出口管制中的诱惑侦查》,载《浙江工商大学学报》2011年第2期,第11-12页。

^④ 参见黄风:《制定我国〈国际刑事司法协助法〉的几个问题》,载《中外法学》2011年第6期,第1151页。

^⑤ 参见黄风:《刑事没收与资产追缴》,中国民主法制出版社2017年版,第123页。

决制度上的“供需”矛盾为主线、以平衡外国制裁和保障国家权益为支柱、以拓展对外关系功能为突破口、以健全有域外效力的刑事法治为目标。

为加快健全有域外效力的刑事法治,我国应转变被动应对与消极防御域外管辖冲突的传统观念,系统完善以积极主动防御外国制裁为核心的刑法机制,加强有关刑法立法对严格执法与公正司法的正面引导,促进多机关统筹配合。立法上,无论如何完善有关刑法,都应以行为与我国有最低限度联系为前提,以联合国框架下国际法规则为边界,并立足我国国情地借鉴域外经验。如,《刑法》第9条中普遍管辖所示,我国有义务信守签署或批准的生效条约中未保留条款。实践中,司法或执法机关应依法主张管辖,扩展管辖时须阐述管辖是否正当合理,不以国际法未明令禁止为扩张底线。详言之,我国刑法域外适用与国际法基本原则的一致性,主要集中在两点:(1)应在联合国框架内依据国际法基本原则进行管辖,以切实履行我国所缔结或参加的国际条约中的有关义务。如,在完善消极承认外国判决制度中,确认各国有不受他国干涉的权利和义务,包括明确规定承认或拒绝外国刑事判决的标准和条件等。(2)刑法域外适用规则之完善不得违反国际法规则。若在条约法标准下扩大刑事管辖,厘清与外国刑事管辖之界限,则有助于依法惩治域外针对我国、公民或企业之犯罪,并有效阻断或及时抵消外国域外刑事制裁的侵犯。如,基于对等互惠扩展域外管辖,可减少个别西方国家域外刑事制裁的冲击与我国海外国民、企业的权益受损。

关于立足国情,我国刑法在域外适用中无需与欧美国家做法保持一致。如,在美国长臂管辖的最低管辖联系下,任何人或企业,无论在何处违反美国刑法,凡有美证交所上市、美元交易、邮箱或美国产元器件等联系,即使行为在发生地合法也将受其制裁。而目前我国执法能力与人民币地位难以与美国抗衡,无法全域借鉴最低管辖联系原则,赋予本国法域外适用效力。又如,我国刑法不同于欧美国家阻断法,未赋予任何机关严惩个人或企业遵从外国制裁的权力,或创设拒认关涉上述制裁的外国判决之效力的机制。若加强反制与全力阻断,或令中资企业左右为难。

(二) 完善建议

我国刑法域外适用规则仍处在起步状态,亟待最高立法机关以修正案或立法解释的方式完善。反外国制裁体系建构更需拓展刑法对外关系功能,以解决规则上的“供需”矛盾,平衡外国制裁与保障权益之间的关系,健全有域外效力的刑事法治。

1. 增加域外效力规则

完善不必拘泥于域外经验,而应基于刑法总则中各类管辖原则,突破掣肘域外管辖发挥实效的瓶颈。为此,我国需充分运用国际法主张权益,积极防御外国制裁,以刑法修正案方式增加域外效力规则。

第一,增设确认型域外效力规则。一方面,我国应在未来修改刑法总则时,明确各类管辖权的具体边界、每一管辖权与其它管辖权之关系、中外管辖冲突的调适规则等条款,以消除刑法域外效力范围的内部掣肘,消除刑事责任与其它法律责任的衔接阻滞和影响化解管辖冲突的制度障碍等。为匡正有关认识误区与积极主动防御外国制裁,笔者认为,

应增补《刑法》第6条之第2款、第4款之后段和第5款,以厘清属地管辖权的法定边界,明确属地管辖与其它管辖权之关系和化解冲突的操作细则。细言之,《刑法》第6条第2款应修改为:任何机构、组织或个人在我国领水或领空内犯罪的,适用本法。在我国大陆架和专属经济区内犯罪的,也适用本法。相应地,现行《刑法》第6条第2款可修改为第3款,增设第4款之后段为:犯罪的发现地或推定发现地在我国领域内的,视为在我国领域内犯罪;增设第5款为:本条的规定有排他性,原则上优先于本法第7条至第9条与有关外国法的规定,除非法律或加入的条约中未保留条款有特别规定。这样修改,可以明确我国属地管辖相对于他类或外国的管辖权之优先性。

同时,笔者认为,我国也应在《刑法》第7条中增设一款,以补充说明该条中未明示的属人管辖权的法定边界以及我国属地管辖权与外国属人管辖权之间的关系调适。具体为:不具有我国公民身份的居民即居住在我国的外国人或无国籍人,或在我国注册成立的公司、团体等法人或非法人组织等,在我国领域外实施本法规定之罪的,适用本法。这不仅可以突破我国属人管辖权的边界仅基于国籍和个人的局限,也凸显出我国属地管辖权在适用中优先于外国属人管辖权的地位。而且,为弥合立法与执法的域外效力范围混淆和有悖于国际法原则的缺憾,我国还应在《刑法》第8条中增设第2款。此款内容可拟定为:无国籍人、外国机构、组织或其雇员,在我国领域外对我国国家以及公民或在我国注册成立的公司、团体等法人或非法人组织实施本法规定之罪的,适用本条的规定,但是本法分则和其他法律另有规定的除外。这样修改符合国际法上平等、对等或互惠等原则,也划清了有关立法与执法的边界,有助于突破我国域外刑事管辖的瓶颈。

另一方面,我国在未来完善刑法分则时,可以通过直接修法方式确认新增罪名或拓展既有罪名的域外效力,并明确其在维护国家主权、安全和发展利益等重要领域发挥域外效力的方式、范围与后果。随着我国国际地位的提升,以及与国际社会共同利益的契合增多及和平外交政策的持续推行,法治中国对依托刑法全面保障外溢的国家利益和私人权益之现实需求有增长之势,其域外管辖范围也应当从传统的国土安全延伸至总体国家安全观下国民安全等新领域。前者包括国家安全、反恐、反间谍、网络安全、对外贸易、国边境管理等,后者涵盖公共卫生、环境资源保护、核安全等非传统的共同安全领域。有域外效力的传统罪名,如抢劫、诈骗、贪污贿赂等,也有待于通过修正案方式,明示涉外因素,以加强其域外适用效力。详言之,在修改刑法分则多个章节时,确认条款域外效力的方式有三种:

(1) 以补充说明在域外犯下本章之罪的处罚方式,明确本章规定之罪的域外效力之范围与后果。如,在《刑法》危害国家安全罪一章中增加第113条之一^{③7};并在分则第二章至第九章之末尾,分别增设与第113条之一中内容类似的第139条之二、第231条之一、第262条之三、第276条之二、第367条之二、第381条之一、第396条之一、第419条之

^{③7} 该条内容可规定为:为实施本章规定的犯罪,任何机构、组织或人员在境内外与外国或境外机构、组织、人员串谋,或直接或间接接受外国或境外机构、组织、人员的指使、控制、资助或其他形式的援助的,或针对我国机构、组织或人员实施本章规定之罪的,依照本章的规定从重处罚。

一等条款。这样修改,有利于拓展分则中罪刑条款的域外效力,消除其与总则中域外范围的掣肘,畅通域外刑事责任与其它法律责任之衔接,进而匡正域外效力误区并全面提升防御个别西方国家制裁的能力。

(2) 在非传统的共同安全等领域,以新增罪名的方式,直接确认罪刑条款的域外效力范围与法律后果。如,基于我国1984年加入的《禁止生物武器公约》之规定,在《刑法》第112条之一中增设发展、生产、储存、取得或协助取得生物武器罪。该条第1款可拟定为:任何机构、组织或人员在我国领域内或领域外发展、生产、储存、取得除和平用途之外的微生物制剂、毒素及其武器,或协助、鼓励、引导他人或组织机构取得这些制剂、毒素及其武器的,处10年以上有期徒刑或无期徒刑,并处没收财产;情节较轻的,处5年以上10年以下有期徒刑。该条第2款可拟定为对有关单位适用双罚制,内容上与《刑法》第162条之一第2款相同。从而使域外管辖效力范围覆盖到在我国领域外实施上述行为的任何机构、组织或人员。又如,在《刑法》第313条之一中增设拒绝提供执行外国判决的证据罪。该条第1款可以规定为:任何机构、组织或人员在我国境内外,明知对外国法院的判决、裁定有能力拒不执行,而在司法机关向其调查或收集有关证据时拒绝提供,情节严重或造成严重后果的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处罚金或没收财产。由此,域外管辖效力范围限于全球内拒绝提供执行外国判决的证据之实体或个人,而非因遵从外国制裁而执行外国判决的行为人,以降低战略性中资企业的海外风险。这样修改的必要性在于,尽管我国《反外国制裁法》禁止个人或实体遵行外国制裁,但违法者并不必然成立犯罪。刑罚上,我国可以对有关个人判处有期徒刑、罚金或没收财产,对有关单位的处罚实行双罚制,故该条第2款可拟定为与第162条之一的第2款相同。再如,基于我国1991年加入的《防止核扩散条约》之规定,在《刑法》第370条之一中可以增设核扩散罪之条款。该条第1款可拟定为:任何机构、组织或人员在我国领域内或领域外,明知不得转让核武器、核武器爆炸装置,或不得制造核武器或接受其他国家核武装的转让,而参与转让、制造或接受的,处5年以上10年以下有期徒刑。同时,该条第2款可参照第162条之一中对单位适用的双罚制。由此,域外效力范围涵盖了在我国领域外实施核扩散行为的所有个人和实体。此外,为加强国防安全与积极防御外国干扰我军维和行动,在《刑法》第378条之一可增设散布虚假信息、诋毁武装力量罪,其第1款可规定为:战时或武装冲突期间,任何机构、组织或人员在我国境内外散布我国维和军人的虚假信息或诋毁我国维和武装力量,情节严重的,处5年以上10年以下有期徒刑,并处罚金;其第2款也可适用双罚制,与《刑法》第370条第3款的规定相同。

(3) 我国也可基于所承诺的国际条约中惩治国际犯罪的义务,在刑法分则中增设关于有域外效力的国际罪行条款之专章。首先,在新增罪刑条款之专节中,以《防止及惩治灭绝种族罪公约》《联合国反酷刑公约》《联合国海洋法公约》等条约法中禁止性规定为基础,明确灭绝种族罪、酷刑罪、海盗罪等罪名的罪状与法定刑。前者源于条约法规定,如,依据《防止及惩治灭绝种族罪公约》第2条规定灭绝种族罪,并明示其适用于我国领域外;后者为3年以上有期徒刑至无期徒刑,与传统国内罪名的刑罚标准基本持平。

其次,根据《禁止生物武器公约》《防止核扩散条约》《联合国反腐败公约》等,设专节列举既有国际罪名及法定刑,作为新增国际罪名条款的适用参考。这有助于缓解罪名体系混乱和域外效力的法网疏漏等难题。

第二,保证域外适用规则。为保障有关规则的运行实效与筑牢反制裁的刑法防线,我国应加大财产刑的制裁力度,消除调整对外关系的障碍。(1)在修改刑法时,强调以适用罚金刑作为执行域外管辖的标准,并提高对贪腐或经济犯罪判处罚金的额度。如,在《刑法》中增设第9条第2款,通过明示酌定不追责范围,即犯罪地不属于任何国家,且依法不能判处比罚金更重刑罚的域外罪,来弥合人身刑域外适用的缺憾。又如,增设第52条第2款,言明对域外罪适用罚金的最高额可依法提升至现有标准的10倍以上,加强域外追责的执行力与反外国刑事制裁的覆盖面。(2)明确化解中外管辖冲突的原则与方案,以拓展我国刑法调整对外关系的衍生功能。如,增设第11条第2款,以确认冲突调适规则,即:我国和外国按照对等原则开展刑事合作,在符合我国主权、安全和社会公共利益、遵守我国法律的前提下,双方基于条约或协定的规定协商处理。据此,中外条约或协定为域外管辖争端的化解依据,即使缺少依据也不得违反上述禁令。同时,在拟增的第3款言明总则与分则中域外适用规则之关系,以消除二者域外管辖范围或效力的掣肘。如,本法第6条至第11条的规定适用于所有罪名,除非刑法分则和其他法另有规定。这突破了管辖原则局限,助力依法化解中外分歧。

第三,明示不承认外国法院判决的条件和例外。为阻断或抵消关涉外国制裁的不公判决之效力,我国亟需增设《刑法》第10条之第2款,明示不承认外国法院判决的条件和例外。以意大利、匈牙利等国有益经验为参考^⑧,该款可拟定为:我国不承认外国法院违反国际法基本原则作出的刑事判决,或关涉政治罪、军事罪的外国判决,但承认符合如下目的之一的外国公正判决:(1)包括认定累犯等其它刑事后果的判决;(2)含有对境内被判刑人或被释放人予以保安处分等内容的判决。通过充分运用国际法原则主张域外管辖,有助于推动主动防御外国刑事制裁、及时排查、全面识别与充分应对外国不公判决,并持续提高以协商合作化解管辖冲突的能力。

2. 扩张域外管辖范围

针对域外管辖的立法限制,我国需通过修正案方式扩大管辖根据的外延,以拓展刑法域外效力范围与丰富制衡外国制裁的工具。为此,至少应做到如下三点:

第一,增设管辖原则连接点。如,在《刑法》第6条第4款中增设连接点,即:与主权支配下一切地点或境内外领土有合理联系。又如,在《刑法》第7条第1款中增设非国籍的连接点,即:满足居住地在我国领域内的个人、注册登记地或总部设立地在我国领域内的机构或组织,在域外犯本法之罪等多重标准之一即可。再如,在《刑法》第8条中增加关于行为人或行为对象的更多连接点,以便与外国实体或个人针对国家、公民或政府使团等组织的域外犯罪有连接。该条前半部分可修改为:外国机构、组织或个人在

^⑧ 参见前注^⑪,黄风译书,第9页,第12条;参见前注^⑭,陈志军译书,第2-3页,第6条。

我国领域外对我国国家、机构、组织或公民实施犯罪。这利于弥补刑法域外效力范围上的短板,全面而充分地保障我国企业与国民的利益。

第二,减少管辖原则之例外。如,应删除《刑法》第6条第1款首句中的除外情形,并在该条中增设把船舶或航空器内犯罪视为我国领域内犯罪的新条款。因为对第1款中法律特别规定的领域内犯罪,不适用该条即排除属地管辖,但仍适用本法的其它规定。而且,管辖公海上与他国领海内的本国船舶内犯罪时,还须同时遵守有关国际法。又如,应删除《刑法》第7条和第8条中的但书,并修改刑罚限制为罚金或6个月有期徒刑。因为目前我国司法实践实际上已经突破第7条但书的约束,单边放弃管辖犯罪地法不罚之罪,违反国际法上的对等原则。再如,在《刑法》第9条中补充规定,对分则未言明的条约下国际罪行,也适用本法,以坚持管辖原则与尽量减少例外。故,慎用例外有助于拓展域外刑事管辖范围,为对等制衡外国扩张域外管辖奠定基础。

第三,有效调适管辖权冲突。如,在《刑法》第6条第1款中明示,我国领域内犯罪涉及领域外的,应适用本条,除非我国与外国依据本法和国际法上对等原则达成解决域外管辖争议的协定。故,我国在中外管辖竞合或本国不同管辖冲突时,优先适用该条中的属地原则,并基于对等互惠以中外协定化解分歧与充分尊重外国管辖,以在合作共赢中降低海外风险。^⑨又如,在《刑法》第10条但书中减免处罚后,增补不承认外国判决效力的选项,以调整域外管辖竞合,助力积极防御外国刑事制裁,提升制衡外国单边制裁的域外执行力,弥补关涉冲突调适的中外合作协议之缺憾,进而以惩治域外罪与保障海外权益为基础拓展刑法衍生功能,加强域外刑事管辖的实效,降低海内外利益受损之险;同时,也利于切实履行我国承诺的条约义务。

3. 明确域外刑事责任

为多机关联动应对外国刑事制裁,还需厘清立法、执法和司法上的责任边界。

第一,划清域外效力边界。如,删除《刑法》第7条第1款、第8条和第10条中的但书,及第8条和第10条中适用或依照本法之前的“可以”,以强调立法管辖的刚性与摒弃执法管辖的不确定。又如,在《刑法》第7条第1款中增补与我国公民并列的域外犯罪主体,即在我国依法注册的机构、组织或其雇员等;并在第8条中增设犯罪对象,即在我国注册的机构或组织,与作为新犯罪主体的外国实体并列,以明晰扩大域外管辖的边界。再如,在《刑法》第8条中增加外国人外延,即非中国籍的自然人和未在我国注册的机构或组织。解决刑法总则与分则中域外效力冲突的具体方案是,刑法分则与其他法的域外效力不同的,依照分则规定,从而不影响域外效力范围扩展。

第二,落实追责效果。针对域外适用规则的保守与实效不足,我国应树立积极防御的司法和执法观,依法主动扩展刑法的域外效力以全面落实追责效果。司法上,人民法院应继续坚守管辖原则与突破例外的限制,以解释等方式与多机关共同应对外国制裁。执法机关宜将非商业目的歧视中资企业且涉嫌危害国家安全的外国人列入反制裁清单,

^⑨ 参见黄风:《反腐败国际追逃合作:困难、问题与对策》,载《人民论坛》2015年第25期,第67页。

并全面审查其行为是否构成犯罪。立法机关应明确在华经营的协助外国制裁我国重点行业企业的外国实体之责任。如,以解释或修正案方式,明确在华经营却绕开属地管辖,协助外国制裁我国重点行业企业的外国实体之责任与豁免。进而,多部门有权联合解释,细化管辖原则的域外效力规定,以增强解决被动追责问题的实效,并摒弃片面域外追责等不当措施,以重罚反制,增大个别国家对华制裁的成本。

五、结 语

刑法立法“供给”的有限、刑事司法制度的欠缺等,致使刑法域外适用规则的制度瓶颈与反制裁需求之间的关系紧张。对此,我国有必要采用支柱性措施反制个别国家的无理制裁,以保障我国的海外权益。同时,应加快完善我国有域外效力的刑法规则,重点是充分运用国际法规则主张权益保障,立足国情完善以积极主动防御外国制裁为核心的刑法机制,并以管辖冲突调适为基点,全面制衡、理性反制与阻断个别国家的无理制裁。为此,我国应适度扩张刑法域外效力范围,切实发挥罚金刑域外适用的优势与刑法调整对外关系的作用。

Abstract: In recent years, several western countries have frequently used their criminal laws to prosecute foreign citizens or entities, which makes the problems of the extraterritorial application and effect of criminal law become the focus, and also highlights the problems of insufficient extraterritorial effect rules, narrow jurisdiction and ambiguous liability of the criminal law in our country. At the same time, the transformation of extraterritorial provisions of international treaties that China has concluded or acceded to lags behind in domestic criminal law, which does not meet the ever-growing need to adjust foreign relations relying on criminal law and leads to the consequences such as the blocked expansion of the scope of criminal law effectiveness and absence of extraterritorial enforcement. In this regard, it is urgent for China to adopt measures based on national conditions, promote the improvement of extraterritorial application rules of criminal law with Chinese characteristics, and appropriately expand the extraterritorial scope of criminal law based on the rules of international law under the framework of UN documents, so as to punish extraterritorial crimes against China's national interests and citizens' rights and interests according to law, and earnestly fulfill international treaty obligations.

(责任编辑:白岫云)