



北京师范大学刑事法律科学研究院
刑法学研究总整理文库

总主编 赵秉志

刑事管辖权

专题整理

XINGSHI GUANXIAQUAN
ZHUANTI ZHENGLI

高秀东 编著
黄风 审定



北京师范大学刑事法律科学研究院

刑法学研究总整理文库

总主编 赵秉志

刑事管辖权专题整理

高秀东 编著

黄 风 审定

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事管辖权专题整理/高秀东编著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010.7

(北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学研究总整理文库/赵秉志总主编)

ISBN 978-7-5653-0113-1

I. ①刑… II. ①高… III. ①刑法—管辖权—研究—中国

IV. ①D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 129299 号

刑事管辖权专题整理

XINGSHIGUANXIAQUAN ZHUANTI ZHENGLI

高秀东 编著

黄 风 审定

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京蓝空印刷厂

版 次: 2010 年 7 月第 1 版

印 次: 2010 年 7 月第 1 次

印 张: 10.625

开 本: 880 毫米 × 1230 毫米 1/32

字 数: 302 千字

书 号: ISBN 978-7-5653-0113-1/D·0075

定 价: 32.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.porclub.com.cn

电子邮箱: cpep@public.bta.net.cn zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话 (批销): (010) 83903254

警官读者俱乐部电话 (邮购): (010) 83903253

读者服务部电话 (书店): (010) 83903257

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905637

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

刑法学研究总整理文库

编 委 会

学术顾问 高铭暄 马克昌 王作富
储槐植

主 任 赵秉志

副 主 任 卢建平 李希慧

编 委 (按姓氏音序排列)

黄 风 李汉军 刘志伟

王秀梅 王志祥 吴宗宪

张远煌

刑法学研究总整理文库

编辑部

主 任 刘志伟（兼）

副主任 黄晓亮 张 磊

成 员 刘 科 袁 彬 李山河
苏明月 蒋 娜 彭新林

总 序

新中国刑法学在新中国成立初期创建之后，虽然曾因政治运动出现过一段时间的停滞，但在党的十一届三中全会后开始复苏，并逐步走上繁荣发展的道路。尤其是晚近 20 多年来，刑法学研究更是突飞猛进，成果迭出，成绩斐然，从而成为公认的我国法学领域最为发达的主要学科之一。在新中国刑法学创建以来的近 60 年间，共出版著作近 3000 部，发表论文数万篇。面对如此丰硕的研究成果，总结其成就，反思其得失，从而为刑法学的进一步开拓发展提供导向，就显得异常迫切。这就需要加强对数十年来刑法学研究成果的系统整理，将体现刑法学发展和具有重要学术价值的代表性研究成果，从发表在数以百计的报刊和文集上的浩如烟海的论文中精选出来按照专题汇集成册，从而为今人的研究、学习提供便利，也为后人保留有代表性的研究资料。

以高铭暄、赵秉志教授为首的北京师范大学刑事法律科学研究院的刑法学研究团队，在潜心研究刑法理论的同时，历来都非常重视刑法学研究资料的整理和汇集，多年来在此方面曾推出了数部非常有影响的学术资料荟萃书籍。例如，《新中国刑法学研究综述（1949—1986）》（高铭暄主编，河南人民出版社 1986 年版），《刑法修改研究综述》（赵秉志

主编，中国人民公安大学出版社 1990 年版），《刑法争议问题研究》（赵秉志主编，河南人民出版社 1996 年版），《新中国刑法学五十年》（高铭暄、赵秉志主编，中国方正出版社 2000 年版），《新中国刑法学研究历程》（高铭暄、赵秉志主编，中国方正出版社 2002 年版），《刑法学的新动向》（刘志伟主编，中国人民公安大学出版社 2005 年版），等等。“删繁就简三秋树，标新立异二月花”，这些书籍简明扼要地概括了中国刑法学理论研究的实际状况，反映出刑法学理论研究的最新动态，揭示了刑法学术研究的前沿问题，既为刑法学理论研究提供了资料方面的便利，免除了研究者披沙拣金、查找适合资料这一皓首穷经的辛苦，又汇集各家学说，避免了研究者冥思苦想的观点却是前人已有之说的无谓劳动，从而有利于研究者激发学术思想的火花。

为承袭前述著作的成功经验，汇集近年刑法学术的前沿论述，赵秉志教授等学者在中国人民大学刑事法律科学研究中心工作时，即曾酝酿编撰一套系统整理新中国成立以来刑法学研究成果的著作，但因故未能付诸实施。2005 年 8 月，赵秉志教授、卢建平教授等数位学者首批加入北京师范大学并创建了全国首家实体性的刑事法律科学研究院。随后，经过多次研究和论证，决定组织精干队伍，编撰出版“刑法学研究总整理文库”。该文库将刑法学各个重要问题的有关内容分别编辑成册，系集专题述评、代表性论文精选、研究论著索引为一体的大型学术工具书。它既是全面展示新中国刑法学研究成果的重要窗口，也是刑法学研究者、学习者从事刑法学研究和学习的捷径，还将为刑事法实务工作者集中提

供权威或有价值的指导或参考。为保证本文库高质量地及时出版，北京师范大学刑事法律科学研究院刑法学研究团队给予了高度的重视，并精诚团结，投入了大量的时间和精力。并聘请研究院名誉院长高铭暄教授，研究院特聘顾问教授马克昌、王作富、储槐植先生担任本文库的学术顾问，组成了由院长赵秉志教授担任主任，常务副院长卢建平教授、中国刑法研究所所长李希慧教授为副主任，黄风教授、张远煌教授、吴宗宪教授、刘志伟教授、王秀梅教授、李汉军教授、王志祥教授等为成员的编委会，负责文库的策划、作者的确定以及指导解决编写过程中遇到的重要问题。设立由刘志伟教授兼任主任，讲师黄晓亮博士、张磊博士为副主任，刘科博士、袁彬博士、李山河博士、苏明月博士、蒋娜博士、博士研究生彭新林为成员的编辑部，负责协调有关编辑与出版事宜。文库的编写队伍主要由北京师范大学刑事法律科学研究院的研究人员和部分博士后、博士研究生以及中国人民大学法学院刑法专业部分博士研究生组成。其每一册均由对相应专题有研究专长或研究兴趣的教师、博士研究生或近年毕业的博士担任编著者。考虑到本文库涉及刑法学总论、各论中的数十个专题，编著工程浩大，耗费时间也长，经与中国人民公安大学出版社协商，决定根据各个专题的性质、完成的进度、文稿的规模分批出版，成熟一批出版一批。近两年来，基于各位编著者、审定者的辛勤工作，在中国人民公安大学出版社的大力支持下，刑法学研究总整理文库已有十八本付梓问世，成为刑法学理论研究的重要参考，受到了刑法学界诸多专家学者以及读者朋友的热烈欢迎与好评。我们将

以此为动力，一如既往地勤勉工作，不断推出高质量的专题整理作品。

最后，需要说明的是，“刑法学研究总整理文库”是以公开发表的论文和出版的著作作为基础编写而成的，没有广大论文与著作原作者的辛勤劳动，就不会有本书的问世，在此向他们表示衷心的感谢与崇高的敬意；受编写者的学术素养、概括与总结能力以及编写和出版时间等因素的限制，本丛书对原作者观点的概括和介绍难免有不准确、不妥当之处，尚祈广大作者和读者谅解。同时，也欢迎广大读者多提宝贵意见，以便我们在今后的编写修订工作中不断改进。

北京师范大学刑事法律科学研究院

“刑法学研究总整理文库”编委会

2008年8月18日

目 录

上编 研究述评

一、刑事管辖权立法历史概述	(3)
(一) 鸦片战争之前	(3)
(二) 鸦片战争以后至中华民国成立以前	(6)
(三) 中华民国时期	(7)
(四) 1979 年刑法实施以后至 1997 年刑法修订以前	(9)
(五) 1997 年刑法颁行以后	(11)
二、刑事管辖权研究述评	(13)
(一) 研究概况	(13)
(二) 争议问题及观点介绍	(19)
(三) 对研究状况的整体评价	(88)

下编 代表性论文精选

关于我国刑法空间效力的几个问题	于齐生	(95)
论涉外刑事管辖权	向 党	(106)
域外刑事管辖权及其实现	谢望原	(113)
关于我国刑法属地原则的理解、适用及立法完善	陈忠林	(120)

略论使馆不是“派遣国领土的延伸”

.....	黄 风 徐吉童	(138)
我国刑法应增加几个管辖原则	侯国云	(149)
论我国刑法空间效力的立法完善	李恩慈	(152)
完善我国刑法空间效力立法的思考	齐文远 刘代华	(162)
刑事管辖权含义辨析	邵维国	(180)
劫持航空器罪的特征和刑事管辖权问题	叶高峰	(190)
论被动属人原则	马呈元	(195)
国家域外刑事管辖的保护原则	李鸿举	(201)
论普遍管辖原则	高秀东	(219)
因特网上的犯罪及其遏制	屈学武	(246)
关于网络空间中刑事管辖权的思考	于志刚	(275)
论刑事外逃人员管辖权冲突的解决	陈 雷	(296)
附录 论著索引		(311)
一、著作		(311)
二、论文		(312)
三、博硕论文		(323)

上编 研究述评

一、刑事管辖权立法历史概述

刑事管辖权的立法历史，大致可分为以下几个阶段。

（一）鸦片战争之前

1. 立法概况

鸦片战争之前，中国保持着司法主权的独立完整。早在唐代，对于涉外案件，《唐律疏议·名例篇》就规定，“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗法”，但对于“异类相犯者”，即不同国籍之间，包括中外混合案件，则明确规定，“皆以国家法律，论定刑名”，即以唐朝法律审断。这实际上是规定了外国人在中国实施犯罪的两种情形：一种是犯罪人与被害人都是同一国家的外国人，如果在中国犯罪，不适用属地管辖原则，中国不对其行使刑事管辖权；另一种是外国人对中国国民或者其他国家的国民犯罪的，都适用唐律。《唐律疏议》卷四“平赃及平功庸”条“疏议曰”有这样的问答：“在蕃犯罪，断在中华；或边州犯赃，当处无估：平赃定罪，从何取中？”该条是涉外犯赃的规定，疏议作了解释：“外蕃既是殊俗，不可牒彼平估，唯于近蕃州县，准估量用合宜。无估之所而有犯者，于州府详定作价。”对于在境外犯罪，在境内审判的犯赃案件，因外蕃与国内习俗不同，又不能让外蕃对其受赃的数目估价，所以只能参考近蕃州县，酌情评估。^①

宋代沿袭了唐代法律中关于涉外案件的审理原则，据《宋刑统》卷六“化外人相犯”条云：“诸化外人，同类自相犯者，各依本俗

^① 参见郑显文：《唐代涉外法律初探》，载法律思想网：<http://www.law-thinker.com/news.php?id=3565>。

法。异类相犯者，以法律论。”《刑统释文》卷六对此作了明确的解释：“此谓蕃夷之国，同其风俗，习性一类。若是相犯，即从他俗之法断之；异类相犯，此谓东夷之人，与西戎之人相犯，两种之人，习俗既异，夷戎之法，各又不等，不可以其一种之法断罪，遂以中华之政决之。此物皆为去王化辽远，各有君长之故。圣人但抚之教外，不以中华强之不能也，故许听其俗。”

元朝建立后，仍沿用传统的属人法主义的原则。据《元史·刑法志》记载：“然其弊也，南北异制，事类烦琐。”这里的“南北异制”，即针对不同的民族适用不同的法律。元朝时期，曾将境内的民众分为四个等级，即蒙古人、色目人、汉人、南人。其中蒙古人地位最高，色目人次之，汉人、南人地位最低。若蒙古人居官犯法，“论罪既定，必择蒙古官断之，行杖亦如之。诸四怯薛及诸王、驸马、蒙古、色目之人，犯奸盗诈伪，从大宗正府治之。”禁止汉族官员审断，极力维护蒙古贵族的司法特权。而对于汉人、南人，法律上给予了歧视。不同民族之间同罪异罚。

《大明律》规定：“凡化外人犯罪者，并依律拟断。”没有分别对待。但在实践中，明朝皇帝为了维护与周边国家的正常往来，采取了灵活的变通方法，有时并未按旧有的成规制度来处理，对外国人在华犯罪的，一般不行使刑事管辖权。明成化四年，日本使臣清启来贡，伤人于市，“有司请治其罪，诏付清启，奏言犯法者当用本国之刑，容还国如法论治。且自服不能钤束之罪，帝俱赦之。”明宪宗未按属地原则处理此案件的后果也可想而知，“自是，使者益无忌”，在明朝境内犯法的现象也更加频繁。另据《明史》卷三百二十三《琉球传》记载，明成祖时，“山南使臣私赍白金诣处州市瓷器，事发，论当罪。帝曰：‘远方之人，知求利而已，安知禁令。’悉贯之。”^①

清朝建立到19世纪40年代鸦片战争爆发以前，清朝沿用了明代对于外国人管辖的规定，实行属地主义原则。据《大清会典事例》

^① 参见郑显文：《唐代涉外法律初探》，载法律思想网：<http://www.law-thinker.com/news.php?id=3565>。

卷七百三十九记载：“凡化外来降人犯罪者，并依律拟断。”与明律相比，清代法律增加了“来降”二字。关于“来降”二字，著名的法制史专家戴炎辉指出，清代在对外国人管辖权的规定上加上了一个必要的条件，即外国人在服从《大清律例》之前，必须加入中国国籍（归化）并放弃其外国国籍。清朝较明朝更严格地行使司法管辖权。两广总督阮元曾上过一个奏折，内容是他处置1821年涉及“陀巴士号（Topaze）”战舰几名英国水手的杀人案。奏折毫不含糊地宣称，中国法律可以适用于欧洲人：“夷兵在内地犯事，即系化外人有犯，应遵内地法律办理。”同样，清朝政府对于朝鲜人、日本人、越南人、俄罗斯人在中国境内的犯罪行为，也实行属地管辖的原则。据《清史稿·属国一·朝鲜》记载，康熙二十五年（1686年），朝鲜居民韩得完等28人越境到清朝境内刨人参，并枪杀中国官役，清朝当地官府将首犯6人斩首，余皆免死减等发落。^①1773年，有一英国人在澳门杀死了一个中国人，被葡萄牙法庭判为无罪。中国方面坚持要自己审判，迫使葡萄牙官员移交罪犯。经过重新审讯，该英国人被处以死刑。即使是外国人之间的案件，清政府也未放弃司法管辖权，如1780年，一名法籍海员杀死一名葡萄牙水手，被清政府处决。清政府对于维护司法主权的态度是坚决的，在对方不交出罪犯的情况下，常常采取停止贸易、扣发出港执照，甚至逮捕大班等手段迫使对方就范。中国政府对于在帝国领土领水内的一切人等都要行使完全排他的管辖权。^②

不过在鸦片战争以前，有些外国人在中国境内的犯罪案件也由双方协商解决。1689年，东印度公司商船“防御号”的官员和随从，就归还该船的主桅与中国人发生争吵，随后向中国军官开了枪。该船的主桅是由中国人依据成规卸掉的，而制定这一规定的目的则是控制

① 郑显文：《中华法系的属人法主义和属地法主义》，载法律思想网：<http://www.law-thinker.com/news.php?id=3297>。

② 参见李育民：《近代中国的领事裁判权制度》，载《湖南师范大学社会科学学报》1995年第4期。

外国水手的行为和确保交纳关税。在事件中，一名中国士兵被打死，8名英国人，包括船上的医生，被监禁起来。最后，英国派了一名名叫沃茨（Watts）的商务负责人来与当地官府商量赔偿解决。虽然解决的结果没有记录，但对于外国人在清朝境内的犯罪案件，清朝政府还是掌握着司法管辖权。^①

2. 立法特点

在立法中有关刑事管辖权的规定既不全面，也不系统，只有为数不多的涉外案件的管辖规定。涉外刑事管辖权的行使一般只限于外国人在华犯罪的场合，也有在外国犯罪后来到中国的情形。在我国领域内犯罪的，兼采属地原则和属人原则。在某些时期，对本国内部的臣民，区分不同民族，适用不同的刑法。对外国人犯罪的管辖体现了原则性与灵活性相结合的特征。

（二）鸦片战争以后至中华民国成立以前

1. 立法概况

鸦片战争以后，随着帝国主义列强的入侵，旧中国开始沦为半殖民地半封建的国家，领事裁判权在华得到了普遍确立。

1843年《中英五口通商章程》的规定可以说是领事裁判权制度在中国的开端。其中第13条对领事裁判权作了规定：“倘遇有交涉词讼……其英人如何科罪，由英国议定章程、法律发给管事官照办。”这是西方列强在华取得领事裁判权的第一个条约依据，它的订立标志着领事裁判权制度在中国的产生。1844年《中美望厦条约》规定，中美人民间的刑事案件，依被告主义办理；中美民事混合案件，由“两国官员查明，公议察夺”；美国人之间的案件由美领事办理，美国人与别国人之间涉讼，由有关国家官员自行办理，中国官员不得过问。1844年中国与法国订立的条约，1847年中国与瑞典、挪威订立的条约以及1858年中国与俄国订立的条约均有类似规定。

^① 郑显文：《中华法系的属人法主义和属地法主义》，载法律思想网：<http://www.law-thinker.com/news.php?id=3297>。