



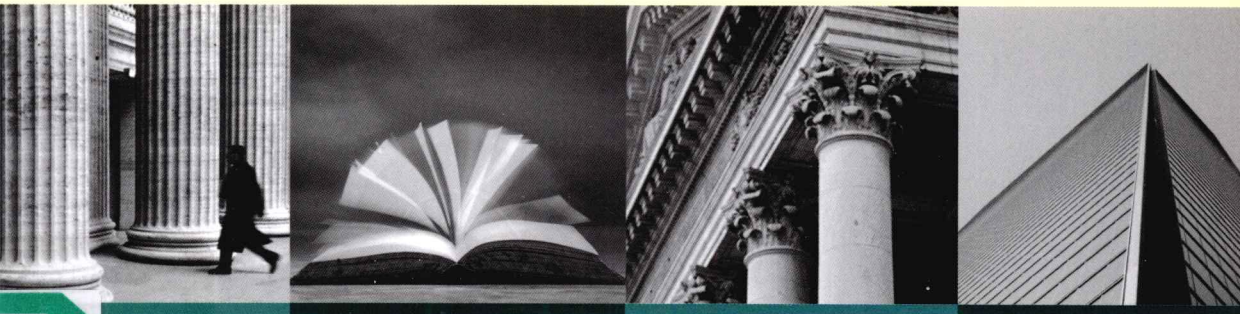
国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

刑事管辖制度适用

XINGSHI GUANXIA ZHIDU SHIYONG

时延安 著



中国人民公安大学出版社



国家出版基金资助项目

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

刑事管辖制度适用

时延安 著

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑事管辖制度适用 / 时延安著. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2012. 4
(中国刑事法制建设丛书 / 陈国庆, 孙茂利主编. 刑法系列)

国家出版基金资助项目

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0825 - 3

I. ①刑… II. ①时… 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 (2012) 第 063353 号

中国刑事法制建设丛书·刑法系列 总主编 陈国庆 孙茂利

刑事管辖制度适用

时延安 著

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: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2012 年 4 月第 1 版

印 次: 2012 年 4 月第 1 次

印 张: 15.25

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 300 千字

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0825 - 3

定 价: 36.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn

www.porclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com

zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: 010 - 83903254

读者服务部电话 (门市): 010 - 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): 010 - 83903253

公安业务分社电话: 010 - 83905641

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

本书咨询电话: (010) 63485228 63453145

中国刑事法制建设丛书·刑法系列

编 委 会

总 顾 问 高铭暄 马克昌 陈光中

总 主 编 陈国庆 孙茂利

编 委 (以姓氏笔画为序)

于志刚	王 晋	王宏勇	王茂华
曲新久	刘国祥	孙茂利	李希慧
李睿懿	杨万明	周光权	陈兴良
陈国庆	陈泽宪	赵学颖	高 峰
高憬宏	黄 河	黄京平	黄海龙
韩耀元	裴显鼎		

总 策 划 赵学颖 王宏勇

前 言

我国第一部刑法典诞生至今已三十余年，1997 年进行了全面修正，尤其最近对刑法又进行了较为全面的修改，刑事法网日渐严密。刑法为惩罚犯罪，保护人民，维护社会和谐稳定发挥了重要作用。与之相应，刑法学可谓是我国法学领域里起步最早的学科之一，也是研究相对成熟的学科，涌现了大量的研究成果。随着我国市场经济的发展，各种社会关系愈加错综复杂，刑法学的研究日渐深入，但包括刑法学的基础理论问题仍需要进行深入研究，大量实践中出现的复杂疑难案件亟待从理论上加以解决。这就要求刑法学研究在积极吸取国外优秀成果的同时努力实现与本国刑事立法和司法实践的对接，在致力于对现行刑法规范进行注释解读的同时综合运用哲学、社会学、政治学、经济学等手段，从刑事政策、犯罪学、国际刑法学等多角度拓展刑法学研究视野，并最终服务于刑法目的的实现。

受国家出版基金的资助，中国人民公安大学出版社启动了《中国刑事法制建设丛书》出版项目，将“刑法系列”作为丛书的重要组成部分。为了给广大从事刑法学研究的专家学者提供一个高层次的交流平台，也使广大读者系统和全面地了解刑法理论和实践研究的成果，本丛书力求兼顾以下几方面特点：

第一，本丛书入选书目的内容全面覆盖我国现行刑法中各项重要制度和刑法学中若干重大理论问题。本丛书对刑法理论研究和司法实

践中的热点问题予以充分关注，着力推荐针对刑法学中某一具体制度或理论进行系统深入研究的作品。近年来，我国刑法学者对德日刑法理论进行了更为细致的研究，引起了对犯罪论体系进行改造等诸多关于刑法基础理论问题的争鸣，这些争论有助于进一步深化刑法学研究的根基和深层次解决当前司法实践中遇到的重大疑难问题。因此，本丛书吸纳了一批介绍国外刑法理论，并能对我国司法实践作出积极回应的具有开创性的作品。

第二，本丛书的出发点是在现行刑法典的基础上，深入研究刑法学的基本原理、刑法的基本制度和刑法解释方法，以期对刑法立法的完善起到积极作用，帮助广大司法工作者正确理解法律精神，在办案中准确解释法律。为此，本丛书选择了一批对我国现行刑法及其相关司法解释的制定背景、具体内容进行解读或者阐释的作品。希望这些成果能直接服务于刑事立法和司法工作，尤其是对公检法机关的司法工作人员规范执法、提高办案质量发挥指导作用。

第三，本丛书由最高人民检察院、公安部等长期从事刑事业务指导工作的专家担任总主编，选择了具有前瞻性、创新性、实用性和建设性的刑法领域的优秀研究成果收入本丛书。

希望在国家出版基金的资助下，《中国刑事法制建设丛书》为我国的刑事法制建设发挥积极的推动作用。

欢迎广大读者批评指正。

中国刑事法制建设丛书·刑法系列编委会

2011年5月

目 录

第一章 刑事管辖制度概述	(1)
第一节 刑事管辖权的基本特征和原则	(1)
一、刑事管辖权的基本特征	(2)
二、刑事管辖权的原则	(8)
第二节 刑事管辖权与刑法的空间效力	(10)
一、刑法的空间效力概述	(10)
二、刑法的空间效力与刑事管辖权的联系与区别	(12)
第三节 刑事实体法中的管辖与刑事程序法中的管辖	(15)
一、刑事程序法中的管辖的含义	(15)
二、刑事实体法中的管辖与刑事程序法中的管辖的联系与区分	(15)
第二章 属地管辖原则的适用	(18)
第一节 属地管辖原则的一般理论	(18)
一、属地管辖原则理论与实践的发展历程	(18)
二、属地管辖原则的法理根据	(19)
三、有关属地管辖原则的立法例	(20)
四、国际条约中有关属地管辖原则的规定	(23)
第二节 《刑法》第6条的理解与适用	(26)
一、对“中华人民共和国领域”的理解	(26)
二、对“法律有特别规定”的理解	(32)
三、对“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪”的理解	(44)

四、犯罪地的确定——《刑法》第6条第3款规定的 理解与适用	(54)
第三节 与属地管辖相关的其他问题	(63)
一、在我国驻外使馆内实施的犯罪应适用我国刑法	(63)
二、在我国的外国使馆内犯罪的,在特定情形下, 我国亦可行使刑事管辖权	(66)
三、在处于我国领域的外国船舶、航空器内犯罪的, 在某些情况下,我国司法机关有权调查和追诉	(67)
四、外国公司、企业、事业单位在我国领域内犯罪的 法律适用	(69)
五、网络犯罪的犯罪地确定	(70)
六、跨国危害行为的刑事违法性判断	(73)
七、根据《刑法》第6条确定适用我国刑法后的刑事诉讼管辖	(83)
第三章 属人管辖原则的适用	(84)
第一节 属人管辖原则的一般理论	(84)
一、属人管辖原则理论与实践的发展历程	(84)
二、属人管辖原则的法理根据	(85)
三、有关属人管辖原则的立法例	(89)
四、国际条约中有关属人管辖原则的规定	(94)
第二节 《刑法》第7条的理解与适用	(95)
一、“中华人民共和国公民”的内涵	(96)
二、“中华人民共和国领域外”的界定	(102)
三、对“本法”的理解	(103)
四、对“按本法规定的最高刑为三年以下有期徒刑的, 可以不予追究”的理解	(106)
五、“国家工作人员”和“军人”的界定	(107)
第三节 与属人管辖相关的其他问题	(109)
一、行使属人管辖权是否以该行为被行为地国规定为犯罪为 必要条件	(109)

二、在中国登记的单位在中国领域外实施的危害行为， 应否适用我国刑法	(114)
第四章 保护管辖原则的适用	(116)
第一节 保护管辖原则的一般理论	(116)
一、保护管辖原则理论与实践的发展历程	(116)
二、保护管辖原则的法理根据	(117)
三、有关保护管辖原则的立法例	(118)
四、国际条约中有关保护管辖原则的规定	(122)
第二节 《刑法》第8条的理解与适用	(123)
一、对“外国人”的理解与界定	(123)
二、“对中华人民共和国国家或者公民犯罪”的界定	(124)
三、对“按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑”的理解	(127)
四、对“按照犯罪地的法律不受处罚”的理解	(127)
第三节 与保护管辖相关的其他问题	(128)
一、外国籍单位在中国领域外针对中国国家或公民犯罪的情形	(128)
二、外国人在中国领域外针对中国籍单位的犯罪	(129)
三、合理区分《刑法》第8条与《刑法》第6条第3款的 适用范围	(130)
第五章 普遍管辖原则的适用	(131)
第一节 普遍管辖原则的一般理论	(131)
一、普遍管辖原则理论与实践的发展历程	(132)
二、普遍管辖原则的法理根据	(134)
三、有关普遍管辖原则的立法例	(136)
四、国际条约中有关普遍管辖原则的规定	(140)
第二节 《刑法》第9条的理解与适用	(142)
一、《刑法》第9条的适用范围	(142)
二、对“中华人民共和国缔结或者参加的国际条约”和 “中华人民共和国在所承担条约义务的范围内”的理解	(143)

第三节 与普遍管辖相关的法律问题	(144)
一、如何处理适用我国刑法与履行国际条约义务的关系	(144)
二、行使普遍管辖权是否受到双重犯罪的限制	(146)
三、行使普遍管辖权之事实条件限制	(147)
四、与行使普遍管辖权相关的刑法溯及力问题	(148)
五、我国行使普遍管辖权时的量刑问题	(149)
第六章 外国刑事裁判的承认	(150)
第一节 外国刑事裁判的承认的一般理论	(150)
一、外国刑事裁判的承认的理论及发展过程	(150)
二、外国刑事裁判的承认的立法例	(152)
三、外国刑事裁判的承认的国际条约	(154)
第二节 《刑法》第10条的理解与适用	(155)
一、对“在中华人民共和国领域外犯罪”的理解	(155)
二、对“依照本法应当负刑事责任”的理解	(156)
三、对“经过外国审判”的理解	(157)
四、对“可以依照本法追究”的理解	(157)
五、对“在外国已经受过刑罚处罚”的理解	(158)
六、对“可以免除或者减轻处罚”的理解	(159)
第三节 与适用《刑法》第10条相关的法律问题	(160)
一、外国刑事裁判之效果能否构成我国刑法规定的累犯	(160)
二、被判刑人移管与外国刑事裁判的承认	(160)
第七章 中国领域内四法域间刑事管辖权冲突问题	(161)
第一节 中国区际刑事管辖权冲突的形成原因和类型	(161)
一、中国区际刑事管辖权冲突的形成原因	(161)
二、中国区际刑事管辖权冲突的类型	(165)
第二节 解决中国区际刑事管辖权冲突的原则	(170)
一、一般原则：地域管辖权优先行使	(172)

二、对于一法域居民在他法域侵犯本法域或同一法域居民的 刑事案件,可采居民管辖权优先行使的原则	(177)
三、特定情形下本法域保护管辖权优先行使的原则	(178)
四、补充原则——先理为优原则	(178)
第八章 刑事管辖权与国际刑事司法合作	(180)
第一节 引 渡	(180)
一、引渡的概念	(180)
二、引渡的要件	(182)
三、引渡的种类	(194)
四、引渡的基本原则	(199)
五、引渡的程序	(201)
第二节 刑事司法协助	(207)
一、刑事司法协助的概念	(207)
二、刑事司法协助的法律要件	(208)
三、刑事司法协助的原则	(212)
四、刑事司法协助的一般程序	(213)
五、刑事司法协助的具体形式	(218)
第三节 被判刑人移管	(224)
一、被判刑人移管概述	(224)
二、被判刑人移管的基本原则	(226)
三、被判刑人移管的条件	(228)
四、被判刑人移管的程序	(229)

第一章 刑事管辖制度概述

刑事管辖制度，是一个主权国家、具有独立司法权之地区或者特定国际机构依照本国或本地区刑事实体法、国际条约或者其他特定国际法律文件而对一定范围的刑事案件进行追诉、审判的法律制度。《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第6~11条对我国刑事管辖制度作出了规定，其中第6条是有关属地管辖的规定，第7条是有关属人管辖的规定，第8条是有关保护管辖的规定，第9条是有关普遍管辖的规定，这四条又可概称为有关刑法空间效力的规定。《刑法》第10条并非有关刑事管辖权的直接规定，而是对外国刑事裁判的消极承认问题的规定。不过，该规定一方面表明对外国刑事裁判的基本态度，另一方面，实质性地兼顾了对于出现刑事管辖权重叠的案件的行為人的利益。《刑法》第11条是关于在中国领域内犯罪但具有外交特权和豁免权的外国人处理的规定，对于这类犯罪，我国仍具有刑事管辖权，只是基于有关国际条约的特别要求，而放弃了对这类刑事案件的管辖。本书论述的重点是围绕我国刑法典（即《刑法》）有关刑事管辖制度的规定予以分析、论述，聚焦于其解释与适用问题，并对与刑事管辖制度紧密相关的国际刑事司法合作问题，就我国的法律实践进行介述。

本章论述的主要内容是有关刑事管辖权的基本问题。

第一节 刑事管辖权的基本特征和原则

刑事管辖制度的核心是刑事管辖权（Criminal Jurisdiction）。管辖权通常被称为主权国家的一般法律权限的特定方面。^①

对于一个主权国家而言，刑事管辖权是国家基于国家主权而派生的一项基本权力；^② 对于一个不为国际社会所承认的、非主权国家的地区而言，其对所实际

① [英] 伊恩·布朗利著，曾令良等译：《国际公法原理》，法律出版社2003年版，第330页。

② 赵秉志主编：《刑法基础理论探索（第一卷）》，法律出版社2003年版，第481页。

控制的区域的刑事案件的管辖，可视为其治权的组成部分，在不违反基本人权规则的情况下，对这种刑事管辖权应予以认可；依据国际条约（规约）等国际法律文件而设立的国际刑事审判机构，如国际刑事法院、前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际法庭等，对特定的国际罪行具有刑事管辖权。不同国际法主体因行使的刑事管辖权的法理依据不同，相应地，在制度设计、具体运作以及法律效果上存在一定的差异。

一、刑事管辖权的基本特征

一个主权国家的刑事管辖权具有以下六个特征：

（一）刑事管辖权是一国司法权的重要内容

司法是一国司法机关对一定范围的、因各种类型纠纷而形成的案件予以处理并形成具有权威性和强制性的裁判的权力行为；而司法权即指，一个主权国家为实现并保障其主权，由其专职机关具体行使，对一定范围的案件予以处理的权力。作为整体意义上的司法权，是国家主权的一个组成部分，国家基于统治的需要和现实的考虑，根据地域和案件重要性的差异，在其内部对司法权所及管辖事项进行了划分，同时，又根据司法权的具体权能的差异，出于分工与效率的考虑，而将司法权的不同权能交由不同的专职机关行使。以我国为例，按照通常的理解，我国的司法权由最高人民检察院和各级人民检察院、最高人民法院和各级人民法院行使，进言之，按照我国现行法律体制和司法体制，司法权一般包括审判权和检察权，审判权由人民法院行使，检察权由人民检察院行使，因此，人民法院和人民检察院即为我国的司法机关。^① 刑事管辖权，对于一个主权国家而言，是对一定范围的刑事案件主张由该国司法机关处理的权力，是一国事实上对一定范围的刑事案件予以处理的前提和基础。换言之，刑事管辖权是一国司法权在刑事领域得以实现的先决条件，因而属于一国司法权的重要内容。

一个主权国家对其刑事管辖权的规定属于国内法的权力事项。对此，德国刑法理论也认为，对本国刑罚权范围的决定是每一个主权国家自己的事情（国家裁判权，Eigene Straf Gewalt）。“国家在刑罚权范围方面虽然要考虑有关的国际法规定，但国际法对刑法的进一步解释权留给了各主权国家。如果案件事实与本国的司法利益无关，则没有哪一个国家会对该案件适用本国刑法；如果适用，即违反了国际法的‘禁止权利滥用’原则。”需要提及的是，德国刑法理论将涉及外国法秩序的犯罪事实是否属于其刑罚权调整的问题称之为“国际刑法”，其调整的问题就是，“鉴于行为人或被受害人的国籍或行为地在国外，犯罪事实具有国际

^① 参见张文显主编：《法理学（第三版）》，法律出版社2007年版，第237页。

特征,是否仍适用本国刑罚权。”^① 这里的“国际刑法”实际上即对应着刑事管辖权的规定。^② “国际刑法属于国内法范畴,而不属于国际法范畴,尽管它涉及将国家的刑罚权适用于外国人、对外国人实施的犯罪和对外国法益进行刑法保护的法规。”^③

(二) 刑事管辖权具有对内、对外双重属性

对于一个主权国家而言,其对内主权即表现为对处于其领域内的事务具有排他的管理权,对其领域内发生的各种纠纷具有优先的司法管辖权。就刑事管辖权来说,其对内属性即表现为,国家对发生在其领域内的各种刑事案件具有绝对优先予以处理的权力。

一般而言,主权国家对发生在其领域外的事务并无管理权限,换言之,一国应主要限定于其在领域范围内行使各项管理权力,但是在一些特殊情况下,其管理权力会延伸至其领域外。这些特殊情况主要包括三个方面:(1) 对其公民的管理。“个人都是从属于一个以领土为基础的政治共同体,由此产生某些法律后果。自封建社会以来,尽管用以描述或解释二者关系的理论有所变化,但是这些法律后果本身并没有多少改变。个人效忠于一国,拥有一国的公民资格,或者拥有一国国籍,这些都构成国家的法律共同体的基础。”^④ 国家与其公民个人具有的这种纽带关系,在法律上即形成国家与其公民个人之间的权利义务关系。一国公民依据其国籍国宪法和法律享有权利并履行其义务,当一国公民违反其法律义务时,一国依据其法律即有权强制其承担法律责任,即便该公民处于其领域之外。(2) 为维护其国家和公民的利益。无论出于自卫还是报复的考虑,国家为维护其自身和公民的利益,对侵犯这些利益的行为在一定范围和程度上作出回

^① 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著,徐久生译:《德国刑法教科书》,中国法制出版社2001年版,第202、200页。

^② 关于国际刑法的概念,有诸多观点。详见张旭著:《国际刑法论要》,吉林大学出版社2000年版,第4~6页。实际上在德语中,Internationales Strafrecht虽可翻译为国际刑法,但是当特指国际习惯和国际条约中的刑法规范时,则用Voelkerstrafrecht。参见[德]沃尔夫冈·格拉夫·魏智通主编,吴越等译:《国际法》,法律出版社2002年版。我国一些学者即从国际公约中刑事法规范来界定国际刑法,如张智辉博士认为:国际刑法是国际公约中旨在制裁国际犯罪、维护各国共同利益的各种刑事法规范的总称。参见张智辉著:《国际刑法纲要》,中国政法大学出版社1999年版,第1页。我国理论界往往是在后一种用法上理解国际刑法的。

^③ 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著,徐久生译:《德国刑法教科书》,中国法制出版社2001年版,第203页。

^④ [英]伊恩·布朗利著,曾令良等译:《国际公法原理》,法律出版社2003年版,第577页。

应，并在可能的情形下对行为人（个人、组织乃至其他国家）予以制裁。对侵犯其本国公民的利益而言，从某种意义上说，国家负有义务为本国公民提供保护，并在可能的情况下惩罚侵犯其公民的行为人。“一国公民都代表着本国一定的合法利益，如果有加害公民的行为发生，加害人可能就必须对保护受害公民的国家承担责任。追究这种责任可以采取一种特定方式，即，将国内刑法域外适用于加害其公民的行为。不过，更为重要的是一国行使对其公民的外交保护。”^①

(3) 为维护国际社会的共同利益。当某些行为危及国际社会的共同安全和利益时，一国基于国际条约而负有义务对特定事项进行管辖，即便这些行为并未在其领域内发生，也未直接侵害其国家及公民的利益。一国刑事管辖权的域外性，即是一国主权项下之管理权的重要内容，与上述三种情况相适应，一国刑事管辖权的域外性也主要表现为三个方面：（1）对其公民犯罪的刑事管辖权，即属人管辖权（又称国籍管辖）。即一国司法机关依据其法律，对其公民在其领域外犯罪予以管辖。（2）对在其领域外针对其国家和公民的犯罪行使管辖权，即保护管辖权。（3）依据国际条约行使刑事管辖权，即普遍管辖权。

与刑事管辖权的对内、对外属性相联系，有学者提出，刑事管辖权就其国际法中的性质而言，可分为两类：一类是国际法承认的、根据国内法行使的刑事管辖权，其对象是发生在其国内的犯罪行为。国际法明确承认，每个主权国家除了受到国际法的限制外，有权采取其认为是最好的、最合适的原则来行使刑事管辖权。另一类是根据国际法行使的刑事管辖权，其对象是国际犯罪行为，规定这类犯罪行为的定义以及对它们的起诉和惩罚，是国际刑法的组成部分。^② 这一分类，对于理解刑事管辖权在国际法上的意义具有一定的理论价值。当然，该分类也存在不足，即忽略了一国根据其国内法对域外犯罪刑事管辖权的情形，进言之，一国对于在其领域外发生的本国公民犯罪和针对其国家与公民犯罪行使刑事管辖权，即主张属人管辖权和保护管辖权，系根据其国内法，而非国际法，当然如此不应与国际法所确立的基本准则相冲突。

（三）对特定刑事案件行使刑事管辖权的根据在于一国司法权与特定案件之间存在连接点

一国只能对一定范围的刑事案件行使刑事管辖权。这一范围的确定根据在于，刑事案件中的事实要素能够与一国司法权之间建立连接点。德国刑法理论认为，“对与外国有关之案件行使本国刑罚权，必须有一个‘有意义的连接点’

^① [英] 伊恩·布朗利著，曾令良等译：《国际公法原理》，法律出版社2003年版，第578页。

^② 参见林欣著：《国际法中的刑事管辖权》，法律出版社1988年版，第2页。

(Sinnvoller Anknuepfungspunkt), 此等连接点将事实与行使本国刑罚权联系在一起。”^① 作为能够构成如此连接点的依据, 可以考虑的因素首先是行为人实施地 (Begehungsort = 属地原则)、行为人或受害人国籍 (Staatsangehoerigkeit = 积极或消极的属人原则)、要保护一定的本国法益 (Inlaendische Rechtsgueter = 保护原则), 或者要保护具有共同性质的利益 (Interessen Universalen Charakters = 普遍原则或世界法原则), 以及代为行使刑事管辖权原则。^②

受上述观点启发, 结合我国《刑法》规定, 一国司法权与特定案件之间的连接点包括: (1) 地的要素, 即刑事案件发生在一国领域或者其他可视为其领域的空间范围之内。除了一国之领域 (包括领陆、领水、领空) 之外, 一国驻他国外交机构所在地的空间范围之内、一国之航空器、船舶的空间范围之内都属于地的要素。进言之, 在这些空间内的行为与在该国领域内同类的行为, 在法律效果上基本相同。此外, 当一个犯罪的行为虽不在本国, 但犯罪结果对本国具有影响时, 同样视该行为发生在本国领域内。换言之, 这类案件因具有地的要素而使本国具有刑事管辖权。(2) 人的要素, 即刑事案件的行为人或者被害人为本国公民。当刑事案件的行为人为本国公民时, 尽管该人处于本国领域之外, 但本国仍可基于属人管辖权处理该案件。而当刑事案件的被害人为本国公民时, 尽管对其侵害的行为发生在本国领域外, 本国仍可基于保护管辖权处理该案件。(3) 事的要素, 即除地的要素和人的要素外, 因案件本身的特征而使本国具有刑事管辖权。这一连接点的建立, 主要包括两种情形: 一是在本国领域外的行为危害本国的国家利益, 本国为维护其利益而将该行为规定为犯罪并行使刑事管辖权。二是特定危害行为被国际条约规定为国际罪行, 本国作为国际条约的缔约国或者参加国而对这类罪行负有义务行使刑事管辖权。不过, 本国在行使这一管辖权时, 以该行为人处于本国控制下为限。

(四) 刑事管辖权具有法律性和事实性

对于主权国家而言, 对一定范围的刑事案件予以处理是其固有权力。不过, 现代国家行使任何权力都要受到限制。就刑事管辖权而言, 其确认和行使要有国内法的根据, 即由其立法机关以法律的形式予以确认, 同时要符合国际社会所公认的法律准则。换言之, 不能违反国际法所确认的基本规则。这就是刑事管辖权的法律性一面。而就刑事管辖权的事实性而言, 即表现为一国行使其刑事管辖权应以事实上存在与该国司法权具有连接点的刑事案件为前提。易言之, 只有当特

^① 参见 [德] 汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著, 徐久生译:《德国刑法教科书》, 中国法制出版社 2001 年版, 第 205 ~ 206 页。

^② [德] 约翰内斯·韦塞尔斯著, 李昌珂译:《德国刑法总论》, 法律出版社 2008 年版, 第 29 页。

定刑事案件出现时，一国才能根据其法律对该案件主张刑事管辖权，进而启动刑事司法程序予以处理。

有学者对刑事管辖权的动态性和静态性进行了论述：从动态角度看，刑事管辖权是指根据主权原则，国家所享有的对其主权权力范围内所发生的一切刑事犯罪进行起诉、审判和处罚的权力；从静态角度看，刑事管辖权是指国家刑事事实法律运用的地域和主体的法定范围。^① 在笔者看来，刑事管辖权的静态性即对应着刑事管辖权的法律性，而刑事管辖权的动态性则对应着刑事管辖权的事实性。

对刑事管辖权法律性和事实性所涉及的问题，还可以运用抽象和具体这对范畴予以描述：刑事管辖权的抽象性，即一国基于其固有主权，在不违背国际法所确立基本准则的前提下，在国内法中确立一般的刑事管辖原则来确定刑事管辖权行使的条件和范围；刑事管辖权的具体性，即当出现符合一国有关行使刑事管辖权条件的案件时，一国根据其法律主张对案件行使管辖权，并根据现实情况，由本国专职司法机关启动刑事程序予以追究。

（五）刑事管辖权为一国之固有权力，但在特定情形下可予以放弃或者转移

一国对一定范围的刑事案件主张并行使刑事管辖权是其主权的具体表现。不过，在特定情形下，一国为实现更高利益而放弃或者转移其刑事管辖权，依据现代国际法理念，如此而为并不损害国家主权。对此，德国刑法理论提出，要将国内刑罚权的界限问题与国内的刑事裁判权加以区分。前者属于实体国际刑法领域，后者则属于国际刑事诉讼领域。“一般而言，刑罚权与刑事裁判权是一致的，因为每一个国家都愿意并追求以自己的法院来行使本国的刑罚权，这是因为它对其主权范围内的社会秩序具有国际责任。但如果国家间在原则上维护其实体刑罚权的情况下，就各自的行使裁判权以国际条约加以限制，则是该原则的例外。”^② 从这个意义上讲，对于依据国际条约而限制或放弃其刑事裁判权，并非对本国刑罚权的放弃，也无损国家主权。

一国放弃行使刑事管辖权的情形，是指对具有外交特权和豁免权的人员在其国内实施的、依照其刑法已经构成犯罪的刑事案件放弃刑事追诉的权力，而转由通过外交途径予以解决。一国放弃行使刑事管辖权，是基于国际条约的遵守。这一条约即是1961年《维也纳外交关系公约》。外交特权与豁免是指外交代表机构及其人员在接受国所享有特殊权利和优惠待遇的总称，其中即包括刑事管辖豁

^① 参见李海东：《论刑事管辖权》，载赵秉志主编：《刑法新探索》，群众出版社1993年版，第137页。

^② 参见〔德〕汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著，徐久生译：《德国刑法教科书》，中国法制出版社2001年版，第203页。