

刑事法律适用与指导丛书

丛书主编 / 郭立新 黄明儒

刑法总则

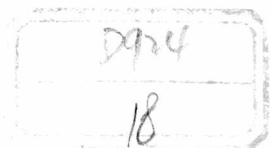
典型疑难问题

适用与指导

主 编 / 黄明儒

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

刑事法律适用与指导丛书



刑法总则

典型疑难问题 适用与指导

主 编 / 黄明儒



中医学院

0552725

中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法总则典型疑难问题适用与指导 / 黄明儒主编.

—北京: 中国法制出版社, 2011. 7

(刑事法律适用与指导丛书)

ISBN 978 - 7 - 5093 - 2932 - 0

I. ①刑… II. ①黄… III. ①刑法 - 总则 - 法律适用 - 中国

IV. ①D924. 105

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 119037 号

策划编辑 袁笋冰

责任编辑 东湖

封面设计 周黎明

刑法总则典型疑难问题适用与指导

XINGFA ZONGZE DIANXING YINAN WENTI SHIYONG YU ZHIDAO

主编 / 黄明儒

经销 / 新华书店

印刷 / 三河市紫恒印装有限公司

开本 / 787 × 1092 毫米 16

版次 / 2011 年 11 月第 1 版

印张 / 46 字数 / 868 千

2011 年 11 月第 1 次印刷

中国法制出版社出版

书号 ISBN 978 - 7 - 5093 - 2932 - 0

定价: 118.00 元

北京西单横二条 2 号

网址: <http://www.zq>

市场营销部电话: 66017



中医学院

0552725

传真: 66031119

编辑部电话: 66065672

邮购部电话: 66033288

序

正如德国著名法学家古斯塔法·拉德布鲁赫所言：“法不只是评价性规范，它也将是有实效的力量。而从理念王国进入现实王国的门径，则是谙熟世俗生活关系的法官。正是在法官那里，法才道成肉身。”这就是说法律作为一种规则，适用是其生命，只有得到切实执行的法律才是真正具有效力的法律。为使刑法得以普遍遵守，从本本上的条文法走向行为中的实践法，我国立法机关不但在1997年修订刑法时增强了刑法内容上的明确性和可操作性，还进一步加强了其自身的立法解释功能。全国人大常委会先后对司法机关争议较大的刑法第93条第2款“其他依照法律从事公务的人员”、第294条第1款“黑社会性质的组织”、第313条“对人民法院的判决、裁定有能力执行而拒不执行，情节严重”、第384条第1款“挪用公款归个人使用”、刑法第九章渎职罪的主体等问题，以立法解释的形式予以明确。同时，最高人民法院和最高人民检察院根据司法实践的需要，也加强了其司法解释的功能，对司法实践中问题比较集中的罪名相继各自或联合发布了多部司法解释，对司法机关及时查处和正确认定案件，准确适用法律，统一刑事司法起到了重要作用。但是，在实践中仍有诸多疑难问题是不能仅靠立法解释和司法解释予以解决的，现实中的司法困惑仍需要刑法理论研究者予以理性的关注和正确的解析。特别是全国人大常委会根据社会经济活动的发展变化，先后通过三个决定和八个刑法修正案，特别是刑法修正案（八）对有关刑法总则和分则条文进行了诸多修改和完善。如何准确地理解和适用这些刑事法律，成为司法实务部门极为关注的问题。基于此，郭立新教授、黄明儒教授主编了本套“刑事法律适用与指导丛书”。该套丛书选择了司法机关认定中存在争议的一些总则、分则问题和疑难的案例，以现行的刑事立法、立法解释、司法解释为依据，通过理论阐释和规范分析，并结合实践，力图寻求解

决问题的合理方案，从而帮助其正确地适用刑法，有效惩治犯罪，维护法制的统一。

这套丛书最为显著的特点是“实用性”。其一，丛书分为三个部分：一是刑法总则适用中的疑难问题。二是刑法分则适用中的疑难问题。三是典型疑难案例分析。刑法总则、分则内容十分丰富。基于为司法实践服务的目的，丛书在体例和内容上强调“实用性”，并不苛求体系上的完整和内容上的面面俱到，而是紧紧抓住总则和分则罪名适用中难点、疑点集中的问题作了精辟剖析，对司法实践中存在问题较少的罪名或对司法操作意义不大的问题则不予论述。其二，丛书的作者除了高校教师外，还有许多是司法实务部门的法官、检察官或者是从事司法实务培训的教官。他们既了解实务，有丰富的司法经验，能准确地找到问题，又有扎实的理论功底，对问题的分析解决有理有据。这就保证了本丛书的内容对于司法实务部门正确适用刑法具有较强的借鉴和参考价值。

郭立新教授、黄明儒教授是我在武汉大学教书时教授过的学生，现在已经成为刑法学研究事业的中坚力量，我和他们在刑法学研究上也有过不少合作，见证了他们的不断进步与成长。他们这次作为主编出版这套丛书，邀请他们学生时代的指导老师刘明祥教授和我作为本套书的学术顾问，并请我为本套丛书说几句话，我为他们的不断进步感到由衷的高兴。希望他们在刑法理论和实务领域研究中取得更大的成果，作出更大的贡献。

是为序。

李希慧

2011年10月于北京师范大学刑事法律科学研究院

目 录

第一章 刑法的效力	(1)
第一节 刑法的空间效力	(1)
一、属地原则的理解	(2)
二、属人原则的理解	(12)
三、保护原则的理解	(13)
四、普遍原则的理解	(16)
第二节 刑法的时间效力	(18)
一、刑法的生效与失效时间	(19)
二、刑法的溯及力	(21)
三、限时法	(36)
四、刑法的时间效力与司法解释的时间效力	(44)
第二章 犯罪的客观方面	(52)
第一节 不作为与不作为犯的认定	(52)
一、不作为的性质	(52)
二、不作为犯的类型及其区分	(55)
三、不真正不作为犯的成立要件	(56)
第二节 因果关系	(68)
一、因果关系在刑法中的定位与机能	(69)
二、因果关系认定的理论依据之争	(71)
三、因果关系认定的出路——客观归责论	(77)
四、客观归责理论的具体适用	(81)
第三章 犯罪主观方面	(91)
第一节 犯罪故意	(92)
一、犯罪故意的构成	(93)
二、犯罪故意的类型	(100)
三、犯罪故意在司法实践中的具体判断	(106)
第二节 犯罪过失	(110)
一、犯罪过失的构成	(110)
二、违反注意义务的认定	(114)

三、犯罪过失的种类·····	(124)
四、过失犯罪的处罚原则·····	(127)
第三节 主观罪过的排除·····	(130)
一、意外事件的理解·····	(131)
二、不可抗力的理解·····	(132)
第四节 刑法上的认识错误·····	(134)
一、法律认识错误·····	(134)
二、事实认识错误·····	(135)
第四章 犯罪主体·····	(144)
第一节 刑事责任年龄与刑事责任·····	(144)
一、刑事责任年龄的概念·····	(145)
二、刑事责任年龄与刑事责任能力的关系·····	(146)
三、刑事责任年龄的起点、阶段与计算·····	(148)
四、相对负刑事责任年龄规定的理解与适用·····	(152)
五、跨年龄实施危害行为的刑事责任问题·····	(162)
六、未成年人犯罪的处罚·····	(163)
第二节 精神病人与刑事责任·····	(166)
一、精神病人无刑事责任能力的判断标准·····	(166)
二、精神病人应承担的刑事责任·····	(169)
三、精神病人刑事责任能力的判断·····	(176)
四、关于无责任能力精神病人的强制治疗·····	(178)
第三节 醉酒人与刑事责任·····	(180)
一、醉酒人责任能力判断·····	(180)
二、醉酒人犯罪刑事责任的几个问题·····	(181)
三、醉酒人犯罪承担刑事责任的根据·····	(184)
四、醉酒人犯罪的处罚·····	(186)
第四节 特殊群体人与刑事责任·····	(186)
一、老年人犯罪的刑事责任·····	(186)
二、又聋又哑的人的刑事责任·····	(191)
三、盲人的刑事责任·····	(193)
第五节 单位的刑事责任·····	(195)
一、单位犯罪的概念与特征·····	(196)
二、单位犯罪与自然人犯罪的区别·····	(200)
三、单位犯罪主体的认定·····	(201)
四、单位犯罪的共犯认定·····	(209)

五、单位刑事责任的确定·····	(213)
第五章 排除犯罪性的行为 ·····	(221)
第一节 正当防卫·····	(221)
一、正当防卫的前提条件·····	(222)
二、正当防卫成立的合法条件·····	(233)
三、防卫过当及其刑事责任·····	(246)
第二节 紧急避险·····	(252)
一、紧急避险的前提·····	(252)
二、紧急避险的目的·····	(257)
三、紧急避险的对象·····	(259)
四、紧急避险的限制·····	(260)
五、紧急避险的限度·····	(266)
六、避险过当的认定·····	(269)
七、如何在适用上区分紧急避险与正当防卫·····	(275)
第三节 其他排除犯罪性行为·····	(279)
一、法令行为·····	(280)
二、被害人的承诺·····	(284)
三、正当业务行为·····	(287)
四、自救行为·····	(289)
五、自损行为·····	(289)
六、义务冲突·····	(289)
第六章 犯罪停止形态 ·····	(291)
第一节 犯罪未遂·····	(292)
一、未遂犯的处罚根据·····	(292)
二、犯罪未遂的成立要件·····	(295)
三、未遂犯的刑事责任·····	(319)
第二节 犯罪中止·····	(329)
一、犯罪中止的存在范围·····	(329)
二、犯罪中止的成立要件·····	(334)
三、中止犯减免处罚的根据·····	(361)
第七章 共犯形态 ·····	(365)
第一节 共犯的成立条件·····	(365)
一、共同犯罪成立的条件·····	(365)
二、不构成共同犯罪的几种情形·····	(372)
三、共同犯罪认定的特殊问题·····	(376)

第二节 共犯的范围	(380)
一、共同正犯	(381)
二、间接正犯	(387)
三、片面共犯	(395)
四、承继共犯	(407)
第三节 共犯的类型及其刑事责任	(411)
一、主犯及其刑事责任	(412)
二、从犯及其刑事责任	(421)
三、胁从犯及其刑事责任	(425)
四、教唆犯及其刑事责任	(429)
第四节 共犯的特殊问题	(436)
一、共犯与身份	(436)
二、共犯与停止形态	(443)
三、共犯与认识错误	(453)
四、共犯与单位犯罪	(459)
第八章 罪数形态	(467)
第一节 罪数形态概述	(467)
一、“罪数”的两层涵义	(467)
二、现有司法习惯下罪数疑难问题真正所在	(467)
三、对司法习惯的质疑及解决的路径	(469)
四、罪数评价标准	(470)
五、罪数评价原则	(475)
六、“数罪一罚”的存在及其适用条件	(485)
第二节 评价的一罪·处断的一罪	(487)
一、法条竞合犯	(487)
二、选择犯	(494)
第三节 评价的数罪·处断的数罪	(498)
一、想象竞合犯	(498)
二、牵连犯	(507)
第四节 评价的数罪·处断的一罪	(516)
一、吸收犯	(516)
二、同种数罪	(528)
第九章 刑罚与非刑罚处罚措施的适用	(539)
第一节 主刑的适用	(539)
一、管制的适用	(539)

二、拘役的适用	(549)
三、有期徒刑的适用	(557)
四、无期徒刑的适用	(566)
五、死刑的适用	(574)
第二节 附加刑的适用	(584)
一、罚金刑的适用	(584)
二、剥夺政治权利的适用	(592)
三、没收财产	(599)
第三节 非刑罚处罚措施的适用	(605)
一、非刑罚处罚措施的适用主体	(606)
二、非刑罚处罚措施的具体适用对象	(608)
三、非刑罚处罚措施的具体适用条件	(609)
四、非刑罚处罚措施的具体适用范围	(611)
五、非刑罚处罚措施的具体类别	(613)
第十章 刑罚的具体适用	(631)
第一节 刑罚裁量规则	(631)
一、刑罚裁量方法	(631)
二、刑罚裁量情节	(651)
第二节 刑罚裁量制度	(657)
一、累犯	(657)
二、自首、坦白与立功	(667)
三、数罪并罚	(697)
四、缓刑	(704)
第三节 刑罚执行制度	(711)
一、减刑	(711)
二、假释	(718)
第四节 刑罚消灭制度	(721)
一、追诉时效	(722)
二、赦免	(725)
三、前科制度	(726)

第一章 刑法的效力

刑法的效力，简言之即刑法在适用上的范围。尽管从广义上看，刑法规范对其所指向的人们的强制力或约束力也当属它的效力范畴，但此类强制力或约束力乃一种与“规范”本身所具有的强制力密切相关的效力，在本质上更主要属于刑法规范论的研究对象。^① 故这里仅采取狭义解释将刑法的效力认定成它在适用上的范围，即指刑法适用于什么地方、什么空间、什么人和哪些事。应该说，准确把握刑法的效力对司法实践中进行正确定罪量刑，有效打击、规制犯罪和保护各类法益具有着重大现实意义。毕竟倘若具体实行行为超出了刑法效力所及范围，那就根本谈不上刑法的动用。

不过，考虑到地、时、人、事诸因素之间并非一种平列关系，且事实上刑法关于这几个因素往往是交叉规定的。例如，属人原则实际是就在国外犯罪的中国公民而言的，由此，判断对人效力时，一定要同时考虑对地效力（是否为领域内）及对事效力。^② 反过来同样如此。正是它们之间这种密不可分、相互从属的关系，决定了如果将之截然分开进行论述，许多问题根本无法阐述。因此，对于其中有些因素的研究必须从属在对其他因素的探讨之中。鉴于刑法效力内的人、事因素更多乃抽象概念，用行为人的犯罪行为一词就可基本概括，加上时间和空间本身就是哲学上的一对范畴，以这样一对纵横交错的概念为坐标，更便于厘清头绪。故就刑法效力司法适用展开探讨，仅需从空间效力与时间效力两方面出发即可。

第一节 刑法的空间效力

刑法的空间效力系刑法对一定地域范围内的人们的犯罪行为能够予以适用的效力。它主要解决的是一国刑法适用于什么地方的犯罪以及适用于什么人犯罪的问题。倘若不属于国家现行刑法可适用的地区和行为人，则该刑法典对其并无任何拘束力。在当前我国司法实践中，涉及刑法空间效力的疑难问题主要是属地、属人、

① 参见创作俊：《刑法效力范围比较研究》，人民法院出版社2004年版，第5页。

② 参见林钰雄：“刑法之适用与解释”（下），载《月旦法学教室》2003年第3期。

保护以及普遍管辖几大原则的理解。

一、属地原则的理解

刑法对国内犯的适用原则,简单地说,即属地原则,因为它乃刑法对国内犯适用的唯一基本原则。而属地原则,又称为属地主义、领域原则或领土原则,多指一国对于发生在其领域内的犯罪,无论犯人的国籍如何,一律适用本国刑法。它在维护主权国家法律秩序需要、实现刑罚目的及功能、搜集犯罪证据推动刑事诉讼进行等方面无不有着重大价值。具体而言,该原则在司法适用中的疑难问题多包括如下几方面:

(一) 属地原则的适用领域

1. 关于“领域”语词的理解

属地原则的适用领域,一般认为是指国家主权行使的空间范围。换言之,虽然称之为属地原则,但在判断刑法效力的有无时,“领域”这一语词就并非以通常所谓的“地”为限,而是以国家主权所及的“三度空间”——包括领陆、领水、领空^①为范围的。

首先在领陆方面,它必须是指国家疆界以内的陆地,包括岛屿。根据《中华人民共和国领海及毗连区法》,我国的陆地领土包括我国大陆及其沿海岛屿、台湾及其包括钓鱼岛在内的附属各岛、澎湖列岛、东沙群岛、西沙群岛、中沙群岛、南沙群岛以及其他一切属于中华人民共和国的岛屿。

其次在领水方面,它应当是指位于一国领陆之内的水域和与其陆地边界相邻接的一定宽度的水域,换言之,领水是由一国的内水和领海等构成的全部水域。其中内水从广义上可包括一国境内的河流、湖泊、运河、河口、港口、内海湾、内海峡,以及领海基线之内的海域。内水在法律上与领陆完全相同,完全受一国主权的支配。领海则是指一国海岸或内水向外扩展到一定宽度(我国规定为12海里)、受国家主权支配和管辖的海水带。

最后在领空方面,它是指一国领陆和领水之上一定高度的空间。每一国家对其领土之上的空间具有完全的和排他的主权。但对于领空的高度,即领空与外层空间界限的划分,目前尚无相关的国际立法。俄罗斯刑法学者认为,“国际惯例和实践主张享有国际待遇的宇宙空间高度应为自海平面起的100公里-110公里起算。”^②

这三部分以及领陆和领水的底土,共同构成一个整体,统一处在国家主权的管辖之下。除了根据国际法的特别规定,国家在领海的管辖权受到外国船舶无害通过

^① 参见王铁崖主编:《国际法》,法律出版社2004年版,第166-167页;殷啸虎:“宪法关于领土问题规定研究”,载《上海行政学院学报》2009年第4期。

^② [俄] H. Ф. 库兹涅佐娃、И. М. 佳日科娃主编:《俄罗斯刑法教程》(上卷),黄道秀译,中国法制出版社2002年版,第98页。

权的限制之外,国家在上述“三度空间”内均可行使刑事管辖权。

此外,与领海相连的还有毗连区、专属经济区和大陆架。其中毗连区、专属经济区为领海以外邻接领海的一带海域(我国毗连区宽度为12公里,专属经济区从测算领海宽度的基线量起,不超过200海里);而大陆架是领海以外依其陆地领土的全部自然延伸,扩展到大陆边外缘的海底区域的海床和底土。它们虽然不属于一国领域,但是,根据国际法的一般原则与1982年《联合国海洋公约》,国家对于上述区域享有一定的主权权力,包括在一定范围内行使刑事管辖权。^①因此,一般认为属地原则的领域还应当延伸到这些区域。

2. 船舶、航空器是否应视为我国领域的延伸而根据属地原则适用我国刑法?

我国刑法规定,凡在我国船舶或航空器内犯罪的,适用我国刑法。理论上多认为这是本国的浮动领土或领土的延伸。但是,“浮动领土”的说法在许多方面难以自圆其说。既然是一国领土的延伸,则在该范围之内应具有完全的、排他主权的效果,然而实际上当船舶停靠在他国领海或内水时,又受到沿岸国的管辖,即沿岸国在港口的和平和安宁受到影响时,也可以行使其管辖权。有学者进而指出,如果承认一国船舶是旗籍国领域的延伸,无疑是说在我国的内海和领海范围内,将会出现“将存在着不断变化着”外国的领域,难免有侵害我国的主权和领土完整之嫌。这不仅在理论上不符合国际法的基本原则和我国参加的有关国际法条约,从实践角度看,也会使我国政府和我国的司法机关处于十分尴尬的地位。^②此外,船舶、飞机有国有的,也有私人所有或集体所有的,但是私人或某个集体绝不可能拥有领土主权;也有租来不带机组的,对租来的飞机、船舶仅有使用权和占有权而没有所有权,当然就更不能说是我国领土了。^③有鉴于此,理论上又出现了两种主张:一种认为这是属人原则的特殊情况,即认为机籍国和船籍国管辖的根据是国籍管辖原则,因为机籍国和船籍国并非无从归属。^④另一种认为机籍国和船籍国管辖应成为一项单独的原则,即它是国家专属管辖权的体现。^⑤

笔者认为,承认对本国船舶或航空器的管辖应遵照属人原则,会出现几个新的问题:一是按属人原则的本意,那么刑法适用的对象“只能是作为一个单位的船舶或航空器本身”,^⑥而不能及于船舶、航空器上的人员实施的犯罪;二是当船舶、航空器位于他国领域内时,如果对其上犯罪的管辖依据的是属人原则,就应当让位

① 参见高铭暄主编:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第287页。

② 陈忠林:“关于我国刑法属地原则的理解、适用及立法完善”,载《现代法学》1998年第5期。

③ 参见吕继贵:“论我国刑事管辖原则及其在涉外刑事案件中的应用”,载《政治与法律》1995年第1期。

④ 参见高铭暄主编:《刑法学原理》(第1卷),中国人民大学出版社1993年版,第296-297页。

⑤ 参见陈忠林:“关于我国刑法属地原则的理解、适用及立法完善”,载《现代法学》1998年第5期。

⑥ 陈忠林:“关于我国刑法属地原则的理解、适用及立法完善”,载《现代法学》1998年第5期。

于所在国的属地管辖,而事实上,除非犯罪扰乱了当地的良好秩序时,该国一般不予干涉。这就说明,机籍国和船籍国的这种管辖具有不同于一般属人管辖的性质。因此,对我国船舶或航空器内发生的犯罪适用我国刑法,实际上依据的是独特的国旗原则。从该原则的适用来看,一国刑法适用于其船舶、航空器上发生的犯罪,其以空间为管辖范围的特征仍然存在。但是它并不认为船舶、航空器就是一国领域的延伸,从而回避了领土主权的纷争。同时,它强调只有机籍国和船籍国才能进行管辖,具有类似于属人原则的特性。既然这是一种专属管辖权,机籍国和船籍国就不能随意放弃,沿岸国和飞越国也不能妄加干涉。故今后立法有必要将在我国船舶或航空器内犯罪的,适用我国刑法,从属地原则的规定中独立出来,以显体系上的严密性。

3. 驻外使领馆是否应视为我国领域的延伸而根据属地原则适用我国刑法?

关于这一问题,首先必须考察驻外使领馆的法律地位。对此,学界见解不一。历史上曾出现过“治外法权说”,认为驻外使领馆是派遣国领土的延伸而处在驻在国的领土之外,故凡在驻外使领馆内犯罪的,都应适用驻在国法律。但正如学者指出的,“治外法权只是一种虚构,因为外交使节实际上是在接受国的国境以内。”^①因此,“治外法权说”实质是对驻在国主权的破坏,是强权政治在法律上的反映。1961年的《维也纳外交关系公约》便彻底否定了“治外法权说”,它在序言中明确规定:“确认此等特权和豁免的目的,不在于给予个人利益,而在于确保代表国家之使馆能有效地执行职务。”因此,驻外使领馆并不具有治外法权,应受驻在国的法律管辖。

我国是《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》的参加国,秉承公约的精神,理所当然不应将一国使领馆解释为派遣国领土的延伸,但国内一些学者却指出:根据我国承认的《维也纳外交关系公约》的规定,各国驻外大使馆、领事馆不受驻在国的司法管辖而受本国的司法管辖。这些地方亦视同我国领域内,在其内发生的任何犯罪都适用我国刑法。^②笔者认为,上述观点之所以将驻外使领馆视为我国领域,首先是对使领馆馆舍的特权和豁免作了曲解。按照《维也纳外交关系公约》,所谓使馆馆舍不受侵犯,是指接受国官员非经使馆馆长许可,不得进入使馆馆舍;使馆馆舍及设备,以及使馆内的其他财产与使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行;此外,接受国负有特殊责任,采取一切适当步骤保护使馆馆舍免受侵入或伤害,并防止一切扰乱使馆安宁或有损使馆尊严之情事。^③领馆馆舍不受侵犯亦大体相同。这表明,驻在国并非不能进入使领馆、管辖有关案件,只是

① [英] 詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第1卷第2分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年版,第499页。

② 参见赵秉志、吴振兴主编:《刑法学通论》,高等教育出版社1993年版,第48页。

③ 参见《维也纳外交关系公约》第22条。

这种进入或管辖必须以较为和平的方式,以体现对派遣国的尊重,故使领馆馆舍不得侵犯不能成为使领馆就是我国领土的借口。其次是对外交代表的特权和豁免作了不适当的扩大理解。外交代表等人员的确享有刑事豁免权,对于其刑事责任问题,我国刑法规定通过外交途径解决,但这是按照国际公约由国家基于对等原则确定的,因此并非使领馆内的任何人员都享有刑事豁免权,更不用说其他非法进入使领馆馆舍的人员了。故当使领馆内有犯罪发生时,若犯罪者不是享有外交特权和豁免的人,就须交驻在国处理。假设按照驻外使领馆视为我国领域的主张,则这类案件不受驻在国司法管辖而受我国的司法管辖,实际上就将外交特权扩大到了使领馆内的任何人员,包括偶然进入的人员。由此可见,将驻外使领馆看成我国领土的延伸在理论上站不住脚,同时既不符合国际公约,也不符合国际实践。因此,对于使领馆内的犯罪,只有当犯罪者是享有特权和豁免的人,才通过外交途径,最终适用我国刑法处理,除此之外的其他人,以及我国明示放弃豁免时,都应由驻在国依属地原则进行管辖。

4. 网络空间是否应成为刑法效力所及的新的领域?

随着科学技术日新月异的发展,人类正在进入高度信息化的时代。其显著特征就是,网络作为时代的新宠儿,以迅雷不及掩耳之势覆盖全球,将原本散落于世界各地的计算机连为一体,实现了资源共享。于是一个包罗万象、瞬息万变、精彩纷呈的网络空间应运而生。这一空间虽然以虚拟性、无国界性和非中心性为特征而有别于传统的物理空间,但身处其中的人们有远近不同的感受,因此说它是人类生存的新的空间毫不为过。那么这种虚拟空间是否也应包含在属地原则所说的领域之中呢?有学者认为,传统刑法的“地域”(即领域)仅含领陆、领水、领空、浮动领土,不包括“第五空间”(即虚拟空间)。因此,构想超前性的刑法新“领域”,宜于有所限制地扩大到第五空间。^①笔者认为,网络空间的形成和发展事实上必须借助存在于现实空间的一定设备,网络空间中的各种行为的后果也总是及于现实空间。换言之,网络空间与现实空间并不是完全隔绝的,网络空间对现实空间的依赖性决定适用于现实空间的刑法完全有可能适用于网络空间,只是在适用传统的刑法空间效力原则,特别是其中犯罪地的解释上应当结合网络犯罪的具体特点。

(二) 犯罪地的认定基准

历史地看,犯罪地的认定基准,是随着实践的发展而逐步变化的。最初受国家刑事管辖权是一国主权权能之一,原则上应仅限于领域内方可主张行使的观念影响,认为只有当犯罪发生于国内时,才能视为国内犯使用本国刑法进行管辖。但现代科学技术发达,交通运输便利,犯罪行为往往牵涉二个以上之国家。实践中常常

^① 参见屈学武:“因特网上的犯罪及其遏制”,载《法学研究》2000年第4期;陈龙鑫:“网络犯罪刑事管辖问题研究”,载《吉林公安高等专科学校学报》2010年第5期。

出现这样的情况：行为发生于本国，但结果发生或影响及于他国；或在他国国内犯罪，但其结果却发生或影响本国。对于这种犯罪从行为开始到结果发生牵涉两个以上国家的案件，就发生了如何确定犯罪地在国内的问题。相应地，属地原则便产生了行为地说或称主观领土说，与结果地说或称客观领土说之间的对立，进而在此基础上还出现了中间地说、遍在说等主张。

其一是行为地说。该说认为，行为发生在本国领域内才认为是在本国领域内犯罪，目的在于强调本国刑法的一般预防功能。该说在国际法上多被称为主观领土说，其意味着对一个在本国的领土开始，而在外国的领土内完成的犯罪案件，本国可以行使刑事管辖权。例如，甲在A国邮寄一包毒药给B国人乙，致使乙服食后死亡。按照行为地说，尽管犯罪结果发生在B国，但A国作为行为实施地，可以依照属地原则适用本国刑法审理该案。行为地说的理论依据，按照有学者的概括，是因为犯罪的意思必赖行为而为表现，而犯罪的结果，也是由行为而产生的，故犯罪行为是构成犯罪事实的基本，且行为人只能支配自己的行为，至于行为的结果，往往不能支配，因此犯罪地应以行为地为准。^①

其二是结果地说。此说与行为地说相反，以结果地作为属地原则中“地”之认定的唯一标准，旨在发挥刑法的保护作用。该说主张即使构成犯罪之作为或不作为全部发生在一国领域外，但只要该作为或不作为之结果或效果发生在该国领域内，该国即得依属地原则适用本国刑法。典型的例子是：甲国人在甲国境内开枪，打死了身处乙国境内的乙国人，此时乙国可主张管辖。国际法上将这种对于始于他国领土而完成于本国领土或结果呈现于本国领域的犯罪，或对本国秩序造成影响或危害后果的犯罪行为行使管辖的主张，亦称为客观领土说。持结果说的学者认为，犯罪的实质是侵害或威胁法益，故该种结果发生在本国领域内才能认为是在本国领域内犯罪。^② 1927年常设国际法院审理荷花号案时支持了这种学说。^③

其三是中间地说。此说认为，行为的中间影响地或中间结果地为犯罪地。^④ 又被称为中间效力主义、中间现象主义。如杀人行为与死亡结果之间的伤害结果发生之地，诈骗罪中欺诈行为与交付行为之间的被害人产生错误认识的场所等等。之所

① 参见韩忠谟：《刑法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第270页。

② 参见〔日〕町野朔：《刑法总论讲义案I》，信山社1995年版，第97页。

③ 该案案情如下：1926年8月2日法国轮船“荷花号”在公海上同一土耳其轮船发生碰撞，结果土耳其轮沉没，八名土耳其人死亡。当法轮事后驶抵土耳其的康斯坦丁堡时，土耳其政府对土耳其船长和“荷花号”上值班守望的法籍职员一并提出刑事控告。法国政府提出抗议。后经土、法两国政府协议，将此争议提交国际常设法院解决。国际常设法院在其1927年9月7日判决中认为土耳其对“荷花号”上法籍职员行使刑事管辖权“并不违反国际法原则”，因为“荷花号”上的行为在土耳其船舶上发生效果，也就像在土耳其领土上发生效果一样。参见倪征燠：《国际法中的司法管辖问题》，世界知识出版社1985年版，第35页；何铁军：“国际法上的管辖权制度刍议——以‘荷花号案’为视角”，载《齐齐哈尔大学学报》（哲学社会科学版）2008年第4期。

④ 参见郑健才：《刑法总则》，我国台湾地区三民书局1982年版，第38页。

以认为中间地也是犯罪地，主要是考虑到许多犯罪的实行行为与法定结果之间常常存在着各种中间场所，而犯罪地，往往不易由行为地或结果地决定，故“惟有以此中间现象之地为决定之标准，较属正确”。^①

其四是遍在说。此说又被称为折衷说、混合说、^② 行为结果地择一说等，主张行为实施地、结果发生地都是犯罪地，行为或结果只要有一项发生在本国领域内，即可适用本国刑法。其理论根据，一是行为与结果作为犯罪构成要件的对等（等价值性），二是重视法益保护与秩序维持的刑法的机能面。德、法、意大利等国均采取了这一立场。我国现行刑法也是如此，其第6条第3款规定：“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。”不过遍在说的具体见解，理论上还有一定分歧。一种主张行为地与结果地均是犯罪地，另一种则主张行为地与结果地，以及中间结果地，皆为犯罪地。

以上诸说中，行为地说没有考虑犯罪结果地所遭受的侵害，不利于结果发生地国维护本国的利益。结果地说同行为地说也有类似的缺陷，容易造成管辖上的空隙。至于中间地说，问题就更突出了：一是虽然犯罪行为与结果中间，常有中间地，但是也有不少犯罪行为一经实施，结果就发生，不存在中间地或中间地难以确定，据此认定犯罪地就成为问题。二是当中间地所受的危害比行为地或结果地所受危害小时，以中间地作为犯罪地不利于维护受侵害较大的行为地或结果地的国家利益。^③ 三是从刑法理论上，究竟什么叫“中间地”还有争议，有人认为“中间地”是“中间结果地”的简称，有人则认为“中间地”是“中间影响地”的简称。^④ 如果持前一见解，则中间地说完全可以涵盖在结果地说之中。相较而言，只有遍在说因反映了国家主权的扩张倾向，有利于维护各国的利益，因而更容易为各国接受。

（三）犯罪地的具体认定

1. 行为地与结果地认定的一般要求

这里的关键是如何理解犯罪的“行为”与“结果”。就前者而言，究竟是仅指犯罪的实行行为，还是也包括非实行行为呢？笔者认为，我国刑法第3条只是规定了犯罪的行为，而不是实行行为，而且在我国，构成要件的行为并不限于刑法分则所规定的行为，还包括刑法总则所修正的行为，因此实施符合刑法分则的基本构成要件的行为之地和实施符合刑法总则的修正构成要件的行为之地，都应当认为是犯

① 韩忠谟：《刑法原理》，中国政法大学出版社2002年版，第271页。

② 有的学者区分混合说与折衷说，认为混合说是指主张犯罪行为的实施地和犯罪结果发生地在同一地域内，才为犯罪地的主张，又称为同一或结合的犯罪地说。参见甘雨沛、何鹏：《外国刑法学》（上），北京大学出版社1984年版，第242页。但这种学说不能适应隔地犯日渐增多的形势，故主张者较少，一般均认为混合说就是折衷说。

③ 参见赵秉志主编：《海峡两岸刑法总论比较研究》，中国人民大学出版社1999年版，第52页。

④ 参见张明楷：《刑法的基础观念》，中国检察出版社1995年版，第266页。