

〔中国刑法〕

关于外国人犯罪的刑事管辖权研究

赵秉志* 杜 逸**

目 次

- 一、前言
- 二、关于外国人犯罪的属地管辖
 - (一) 如何理解“中华人民共和国领域内”
 - (二) 如何认定外国人在中华人民共和国领域内犯罪
 - (三) 外国人在我国领域内犯罪但不知或误解我国刑法规定的,应如何处理
- 三、关于外国人犯罪的属人管辖
 - (一) 如何理解“中华人民共和国公民”
 - (二) 我国是否能够依据属人原则对外国人犯罪进行管辖
- 四、关于外国人犯罪的保护管辖
- 五、关于外国人犯罪的普遍管辖
 - (一) 如何理解普遍管辖的含义
 - (二) 如何认识普遍管辖与外交豁免权的关系

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、长江学者特聘教授、法学博士、博士生导师,中国法学会刑法学研究会会长,国际刑法学协会副主席暨中国分会常务副主席。

** 中国政法大学博士后研究人员,北京市人民检察院第二分院干部,法学博士。

(三) 如何处理外国人犯罪的普遍管辖权冲突

六、结语

一、前言

在全球化进程加快的时代背景下,我国与其他国家的经济和社会交流更加频繁,外国人犯罪案件也不可避免地呈现增长趋势。外国人犯罪的管辖权是指主权国家为充分行使和维护自己国家的主权,依据国际社会所认可的一些原则,在立法上确认本国司法机关对外国人刑事案件的管辖权限。目前,我国以国内立法的规定为依据,严格遵循我国缔结或参加的国际公约之相关规定,遵循属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖原则对外国人犯罪进行管辖。然而,立法上的应然并不表明司法上的实然;在实践中,由于受到涉外因素的影响,对外国人犯罪行使刑事管辖权仍存在诸多疑难问题。因此,准确理解和行使外国人犯罪的刑事管辖权,有利于我国依法管理和处置外国人犯罪案件,有利于有效维护国家安全和公共利益,促进我国积极参与国际事务。

二、关于外国人犯罪的属地管辖

属地管辖是指国家基于其属地权威,对国家领域内的一切人、物 and 事享有完全的和排他的管辖权。1949年,联合国大会通过的《国家权利和义务宣言草案》第2条规定:“各国对其领土以及境内之一切人与物,除国际法公认豁免者外,有行使管辖权之权。”^①我国1997年《刑法》第6条明确规定了绝对适用我国刑法的属地排他原则,该条第1款规定:“凡在中华人民共和国领域内犯罪的,除法律有特别规定的以外,都适用本法。”对外国人在我国领域内的犯罪,该规定可以理解为我国司法机关适用属地管辖的法律依据。应该说,我国的刑事管辖权是一个没有地域限制的概念,因为我国的刑事管辖权不仅包括属地管

^① 王铁崖、田如莹编:《国际法资料选编》,法律出版社1982年版,第45页。

辖,而且也包括属人管辖、保护管辖、普遍管辖;除属地管辖外,后三种管辖的范围都与特定的地域没有必然的联系。但是,尽管我国还可依据其他原则对外国人犯罪进行管辖,但与属地管辖权相比其他管辖权均属于派生的或次要的管辖权,并且要受属地管辖权的限制。因此,外国人在我国境内实施的为我国刑法所禁止的行为构成犯罪的,除享有外交特权和豁免权的人以外,我国对之均享有充分的不受任何阻碍的刑事管辖权,这是属地原则及其背后的国家主权的必然体现。

为正确理解我国刑法中的属地原则,更好地追究外国犯罪人的刑事责任,需要对以下问题进行重点分析:

(一) 如何理解“中华人民共和国领域内”

国家的领域是一个国际法中的概念,其内涵是“国家主权管辖下的地球表面的特定部分”。^①在通常情况下,一国能够完全行使排他性的主权管辖的地域范围,就是该国领域的范围。所谓中华人民共和国领域内,是指我国国境以内的全部空间区域,具体包括我国的领陆(即国境线以内的陆地及其地下层,这是国家领土的最基本和最重要的部分)、领水(即国家领陆以内与陆地邻接的一定宽度的水域,包括内水、领海及其地下层)和领空(即领陆、领水的上空)。只要是外国人在我国上述空间区域内犯罪,不管被害人是否为我国公民、是与其国籍相同或不同的外国人或者无国籍人,均应适用我国刑法。

1. 如果外国人在我国领海的毗邻区或专属经济区内犯罪的,应如何处理?严格来说,毗邻区或专属经济区并不属于一国领域内之范畴,但是基于国际海洋法和国际惯例,一国有权在此区域内行使一定的管制权。根据1992年《中华人民共和国领海及毗连区法》规定,中华人民共和国毗连区为领海以外邻接领海的一带海域。毗连区的宽度为12海里。同时,我国有权在此毗连区内,为防止和惩处在其陆地领土、内水或者领海内违反有关安全、海关、财政、卫生或者入境出境管理的

^① 参见王献枢主编:《国际法》,中国政法大学出版社1994年版,第137页。

法律、法规的行为而行使管制权。因此,对于外国人在我国毗连区海域实施的组织他人偷越国(边)境,运送他人偷越国(边)境,偷越国(边)境,走私、贩卖、运输毒品和走私制毒物品等犯罪的,我国应有权管辖。根据1998年《中华人民共和国专属经济区及大陆架法》规定,专属经济区不属于公海,也不是我国领海,而是介于两者之间的一个区域。根据该法规定,我国对专属经济区并不必然地享有刑事管辖权,而是对专属经济区和大陆架的人工岛屿、设施和结构行使包括有关海关、财政、卫生、安全和出境入境的法律和法规方面的专属管辖权。但是,这并不意味着我国不能对专属经济区内发生的外国人犯罪进行管辖。正如有学者指出:“沿海国不应对其专属经济区内正常通过和航行的外国船舶行使管辖权,以逮捕与在该船舶通过期间船上所犯任何罪行有关的任何人或进行与该罪行有关的任何调查,但是在罪行的后果及于沿海国行使其勘探开发、养护和管理该区自然资源的主权权利时,或罪行是在领海内发生且后果及于该国者,沿海国得行使刑事管辖权。如果犯罪行为是在其内水发生而通过其专属经济区的外国船舶,沿海国有进行逮捕或为检查目的而采取其法律所授权的任何步骤的权利。”^①

2. 如果外国人在船舶或航空器内犯罪的,应如何处理? 具体又包括两种情况:一是外国人在我国船舶或航空器内犯罪。我国1997年《刑法》第6条2款规定:“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的,也适用本法。”该规定表明,我国船舶或飞机航行于公海或公海上空,甚至于外国领海或领空航行,只要外国人的犯罪行为是在我国船舶或飞机内实施的,我国都可以行使属地管辖权。至于因犯罪时我国船舶或飞机正处于外国领土上,而该国因主张领土管辖而要求行使刑事管辖,从而导致该国刑事管辖权与我国刑事管辖权的冲突,则可以通过两国互相协商,并采取国际刑事司法协助的形式,或者将案件移转该国管辖,或者要求该国给予司法协助而由我国行使刑事管辖。二是外国人在我国领域内的外国船舶或航空器内犯罪。我们认为,我国有权依照属地原则对此类案件进行管辖,因为我国刑法并未放弃对此类犯罪的管辖权,且此类

^① 周忠海:《国际海洋法》,中国政法大学出版社1987年版,第58~59页。

犯罪很可能危及我国国家、公民的安全和利益。但是,我国应考虑所参加的国际条约和应遵循的国际惯例。例如,根据我国参加的《联合国海洋法公约》规定,对无害通过我国领海的外国船舶、合法停留在我国港口的外国军舰和非商用政府船舶上发生的犯罪案件,只要没有影响我国的“良好秩序”,就享有一般不受我国属地管辖的豁免权;根据国际惯例,对航行于我国内水、停留在我国港口的外国民(商)用船舶中发生的刑事案件,只要没有干扰我国的“良好秩序”,我国也一般不行使属地管辖权。^①

3. 如果外国人在我国驻外使领馆或外国驻我国使领馆内犯罪的,应如何处理?关于驻外使领馆的法律地位问题,可以从相关国际公约和国内立法中找到答案。从国际法的角度来看,根据我国承认的《维也纳外交关系公约》之规定,派遣国使馆仍位于接受国境内,但享有不得侵犯之特权,非经使馆馆长许可,不得进入使馆馆舍;使馆馆舍及设备,以及馆舍内其他财产与使馆交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行。从国内法的角度来看,1986年《中华人民共和国外交特权与豁免条例》与1990年《中华人民共和国领事特权与豁免条例》都规定了类似内容,肯定了外国使领馆馆舍不受侵犯的权利;中国国家工作人员进入领馆馆舍,须经派遣国使领馆馆长等人员同意。由此可见,各国驻外大使馆、领事馆仍属于驻在国的领土,只是驻在国基于尊重他国主权之考虑,对国家主权进行一定的让渡,规定各国使领馆免受驻在国的司法管辖而受本国的司法管辖,从而形成了事实上与法律上的不对称。因此,外国人在外国驻我国使领馆内犯罪的,我国不宜基于属地原则对其行使管辖权,但可根据保护原则、普遍原则等进行管辖;外国人在我国驻外使领馆内犯罪的,我国则可以基于属地原则对其进行管辖。

4. 如果外国人在我国位于南极、北极的科学考察站,或我国位于公海上的大陆架固定平台上犯罪的,应如何处理?我们认为,这些区域是全人类共同拥有的地区,而我国刑法并未对此类地区的管辖权问题做出明确规定,这有待于将来对相关条款进行修改完善。目前,只能根据

^① 参见陈忠林:“我国刑法属地原则的理解、适用与立法完善”,载《现代法学》1998年第5期。

相关的联合国海洋法公约和国际惯例,对“中华人民共和国领域内”做出扩大解释。对这些区域内发生的外国人犯罪案件,也应视同发生在我国领域内而适用我国刑法。

(二)如何认定外国人在中华人民共和国领域内犯罪

就外国人犯罪而言,针对犯罪行为与犯罪结果在时间或地点方面存在跨国界等情况,我国刑法又进一步明确了属地管辖的具体标准。我国1997年《刑法》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。”在实践中,通常会出现三种情况:一是外国人的犯罪行为与结果均发生在我国领域内的,适用我国刑法,这是较常见的情况;二是外国人在我国领域内实施犯罪行为,但犯罪结果发生于国外,比如外国人在我国境内邮寄装有炸药的包裹,在境外发生爆炸;三是外国人在我国领域外实施犯罪行为,但犯罪结果发生于我国境内,比如外国人在我国境外开枪,打死了我国境内的居民。

在当今跨国犯罪日益猖獗的情况下,外国人参与的犯罪行为可能跨越多个国家,其结果可能蔓延至多个国家。这种犯罪行为或结果发生在我国境内的,不仅存在于单独犯罪的情况下,更存在于共同犯罪的情况下。在单独犯罪的场合,仅行为的一部分或结果的一部分发生在我国领域内的,也适用我国刑法;在共同犯罪的场合,共同犯罪行为有一部分发生在我国领域内,或共同犯罪结果有一部分发生在我国领域内的,就认为是在我国领域内犯罪,无论这些行为是实行行为、教唆行为或帮助行为。从罪数形态来看,对数行为作为一罪处理的连续犯,只要任何一个行为发生在我国境内,就应按全部犯罪发生在我国境内来处理;对存在牵连关系的牵连犯来说,只要外国人实施的手段行为或结果行为、目的行为或原因行为发生在我国境内,就应视为全部犯罪发生在我国境内;对犯罪的侵害状态在时间上有持续状态的持续犯来说,只要这种持续状态的任何一段发生在我国境内,也应根据属地原则适用我国刑法。例如,1985年12月19日,前苏联人阿利穆拉多夫·沙米

利·哈吉·奥格雷在前苏联境内劫持 47845 号安 - 24 型民航客机,逼迫机长改变航向,使飞机飞入我国领空,降落在黑龙江省甘南县长吉岗乡农田里。司法机关经审查认为,由于奥格雷的劫机行为延续至我国境内,我国依据属地原则对该案享有管辖权。^①

事实上,还有下述几类特殊的外国人犯罪需要进一步探讨:

1. 外国人实施的网络犯罪

当今世界,随着科技的进步和社会的发展,在网络犯罪中确认属地管辖的难度日益加大,全球性和虚拟性使得传统属地管辖中的行为地、结果地等因素变得模糊,犯罪地的确认往往成为司法实践的难点。我们认为,就行为地而言,外国人实施网络犯罪行为需通过一定的计算机设备进行,应当以行为人为中心,以实施犯罪行为的核心设备进行认定。如果外国人实施网络犯罪的服务器、计算机终端等设备在我国领域内或者在我国船舶、航空器内的,应根据属地原则适用我国刑法。就结果地而言,如果外国人所侵入、破坏、连接的系统局域网、计算机终端等设备位于我国领域内或我国船舶、航空器内的,我国享有刑事管辖权亦无异议。例如,对于 A 国人在我国境外设立淫秽网站,我国公民可以在网络上下载、观看淫秽物品的,应如何处理? 我们认为,尽管网络数据的传输并无明显地域性,但传播行为使我国公民受到了不良影响,故我国可基于结果发生地在我国境内而对行为人进行属地管辖,以避免其逃避法律制裁。^② 但是,网络犯罪的无地域性和信息媒介的无体

^① 参见《中华人民共和国最高人民法院公报》1986 年第 2 期。

^② 目前,从国际网络立法趋势来看,各国开始竞相争夺网络犯罪管辖权,将网络犯罪管辖权的范围从传统的国家领域之内,扩大到整个网络空间之中。例如,德国的《多媒体法》规定,只要部分犯罪行为是在德国境内实施的,德国法院即取得司法管辖权。也就是说,只要网络行为的发生使得德国的关系人能够受到不良影响,就可以适用德国法律。英国 1990 年《滥用计算机法》规定,非法访问某个计算机系统属于犯罪行为,即使犯罪人在英国以外的国家,只要与英国有重大关系,受到侵入的计算机又在英国,英国法院就有管辖权。马来西亚国会通过的《资信及多媒体法令》规定,不受国籍限制的任何人在世界任何地方,只要与马来西亚的计算机相连实施了犯罪,即认为是在马来西亚境内犯罪。参见苏海:“浅论网络犯罪管辖权”,载《中国法院网》2006 年 7 月 31 日。

性特点,使得行为人在特定国家实施犯罪行为,其结果却可能在世界范围内产生。对于网络犯罪的司法管辖权问题,尚没有任何国家能够单独制定出好的解决方案,我们建议,可将“主要犯罪地原则”或者“犯罪后果最严重地原则”作为网络犯罪司法管辖权确立的依据。当然,在司法实践中,对于网络数据的传输所通过、到达的节点(中途经过的路由器和目标计算机)和数据放在网络上由他人自由下载的浏览数据网页等地点的法律性质还有待深入研究。

2. 外国人实施的“过境犯罪”

所谓过境犯罪,是指外国人实施的主要犯罪行为和犯罪结果都发生在外国,仅部分行为发生在我国境内的情况。例如,缅甸人封某伙同缅甸人腊某在缅甸购得鸦片8500克,封某和腊某将鸦片背入我国云南境内广蚌寨农民徐某家中。由徐某带路,三人将鸦片运往缅甸洋人街贩卖。同年12月,封某将10000克鸦片从缅甸运入我国广蚌寨,藏在徐某家中,二人准备将鸦片运往缅甸洋人街时,被我公安机关抓获。被告方辩称:封某系外国人,且其行为对中国国家和社会没有造成危害,只是将在国外购买的鸦片,途经我国,再运到外国去贩卖,由于没有对中国公民的身体和健康造成实际的危害后果,故不应以犯罪论处。^①我们认为,只要外国人实施的“过境”行为符合我国刑法分则规定之构成要件,就应根据属地原则适用我国刑法。在该案中,如果分割封某走私毒品的整体犯罪行为,可见我国仅仅是其实施犯罪行为的一个中间站,属于部分行为在我国发生,而结果则在我国领域外发生的情形。然而根据我国刑法的规定,除全部的犯罪发展阶段都在我国境内实施的犯罪外,那些“部分”在中国境内实施的行为也应视为“在中华人民共和国领域内犯罪”。尽管“过境”行为只有部分在我国境内实施,但在处理时,应该按照整个犯罪都是在我国境内实施的来确定刑事责任,而不是仅根据在我国境内实施的那一部分行为(如预备行为或部分实行行为)来处罚。事实上,“过境犯罪”的情况不仅包括单独犯,也包括共

^① 参见王秀梅:“跨国犯罪与刑事管辖权——一起走私毒品案引发的法律思考”,载《法学家》1999年第4期。

同犯罪的教唆、帮助行为等。例如,甲国人在中国教唆乙国人前往丙国杀害丁国人的,后来甲国人、乙国人又进入我国境内时,我国均可根据属地原则进行管辖。

3. 外国人实施的不作为犯罪

就行为的实施方式而言,要注意不作为犯罪在犯罪地问题上的特殊性。因为,对以不作为方式实施的犯罪行为来说,犯罪行为的实施地应是行为人法定义务的履行地,与行为人在应履行法定义务时的地理位置无关。例如,某外国人为了逃避在我国纳税,在纳税期限截止时潜逃至国外,但其犯罪行为仍应视为发生在我国领域内,应对其根据属地原则进行管辖。

(三)外国人在我国领域内犯罪但不知或误解 我国刑法规定的,应如何处理

这种情况属于刑法意义上的法律认识错误,即行为人对自己的行为在法律上是否构成犯罪、构成何种犯罪或者应受怎样的处罚,有着不正确的理解。具体又分为两种情况:一是外国人对自己行为性质的误解,其行为在我国刑法上规定为犯罪而外国人却认为不是犯罪。例如,外国人甲在我国领域内向多人传播淫秽物品,甲认为根据其本国法律不成立犯罪,却不知道我国1997年《刑法》第364条规定传播淫秽物品情节严重的,成立犯罪。二是外国人对自己行为罪名和罪刑轻重的误解,即外国人认识到自己的行为已构成犯罪,但对其行为触犯了刑法所规定的何种罪名,应当被处以怎样的刑罚,存在不正确的理解。例如,外国人乙知悉我国刑法的相关规定,但不了解刑事立法的最新发展,在《刑法修正案(六)》颁布之后,乙为谋取不正当利益,仍给予国家机关、公司、企业之外的单位工作人员财物,数额较大。我们认为,上述情况均不影响我国根据属地原则行使管辖权。在法律认识错误的场合,行为人希望并追求他所认识的行为结果的发生,但是欠缺违法性认识,对此能否成立犯罪故意,在刑法理论上存在争议。然而,法律认识错误与刑事管辖权是两个不同层面的问题,刑事管辖权探讨的是能否对外国

人适用我国刑法的问题,这是对其定罪量刑的前提,与行为人是否构成犯罪并不相同。在决定刑法适用之后,最终能否认定外国人的行为构成犯罪,还有待于考察行为人的主客观方面才能得出结论。正如有学者指出:“如果一开始就以行为人对行为的国内外性有认识为适用刑法的前提,那么刑法适用的阻却就会成为一种常例。”^①因此,即使某外国人不知或误解我国刑法规定,无论他认为其行为在我国是否构成犯罪与构成何种犯罪,均不影响对其适用我国刑法。例如,也门人侯赛因·也哈雅·阿西尔(Hussein. Yahyaal. Asri)于2006年6月在广州白云机场将总价值350万元人民币的14根象牙走私进境,侯赛因在经过海关时完全未对象牙进行包装或藏匿。据侯赛因辩解,象牙在也门市场上可以自由买卖,每公斤只有30美元,因此他认为这在中国属于合法行为。事实上,尽管迄今已有包括我国在内的166个国家加入了《濒危野生动植物种国际贸易公约》(CITES),但非洲及东南亚地区部分国家未加入该公约,濒危野生动植物制品的买卖在也门当地并不违法。但是,该因素并不影响我国司法机关根据我国刑法对其进行审判。^②

概言之,在外国人对自己行为性质存在误解的情况下,我们不能因外国人的法律认识错误而使其不受管辖,以防止外国人在我国领域内实施犯罪后,以不知我国法律为借口来逃避司法制裁。司法机关应当按照其实际构成的犯罪及其危害程度定罪量刑,只是可以因为主观恶性较小而酌情从轻处罚。但例外的情况是,行为人确实不了解我国刑法的某种规定,从而影响行为人对行为及其危害结果的社会危害性的认识,这种情况下应当排除犯罪故意。

三、关于外国人犯罪的属人管辖

刑法的属人管辖权又称国籍管辖,是本国刑法对本国公民的管辖

^① 杨彩霞:《刑法空间效力研究》,中国社会科学出版社2007年版,第32页。

^② 参见舒静:“外国人不懂法律携带象牙涉特大走私案”,载《新华网》2007年4月10日。

权,通常认为它是基于国籍而产生的管辖权。我国1997年《刑法》第7条规定:中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法,但是按本法规定的最高刑为3年以下有期徒刑的,可以不予追究。该法条同时规定,中华人民共和国国家工作人员和军人在中华人民共和国领域外犯本法规定之罪的,适用本法。由此可见,我国刑法采用的是有限属人管辖权,只管辖本国公民在本国领域外的较严重犯罪,乃是我国刑法中属人管辖权的应有之义。从外国人犯罪的视角来看,需要着重探讨以下问题:

(一)如何理解“中华人民共和国公民”

通常而言,属人管辖的根据或连结因素是国籍,而国籍则是由国内法决定的。一个人是否取得或丧失一国国籍,应根据该国国籍法及相关法律所确定,因而判断一个人是否具有中华人民共和国国籍,完全可以根据我国立法予以认定。根据《中华人民共和国国籍法》第3条之规定,我国并不承认中国公民具有双重国籍,定居外国的中国公民,自愿加入或取得外国国籍的即自动丧失中国国籍。这就为属人管辖的适用限定了条件。在采用属人管辖原则时,应明确:中国公民是指已经取得中华人民共和国国籍的自然人。已经取得我国国籍的外国民族血统的人,也是中国公民;已经取得外国国籍的中华民族血统的人,则是外国公民。

此外,我们还应注意行为人实施犯罪和国籍变更的先后顺序,这就引申出两种情况:一是中国公民在国外实施犯罪,后加入他国国籍或成为无国籍人,我国能否依据属人原则进行管辖?二是外国公民或无国籍人在国外实施犯罪,后成为我国公民,我国能够依据属人原则进行管辖?我们建议,应对我国刑法规定的属人管辖权做扩张理解,即“中华人民共和国公民”包括行为时的“中华人民共和国公民”和裁判时的“中华人民共和国公民”。因此,行为人实施犯罪时是我国公民(包括具备特定职务之我国公民),犯罪后又放弃了我国国籍的,我国对该犯罪享有刑事管辖权;行为人实施犯罪时是外国公民或无国籍人,但在实

施犯罪后加入我国国籍的,我国同样对该犯罪享有管辖权。例外的情况是,行为人原本属于中国公民,在成为外国公民或无国籍人后实施犯罪,没有再次恢复中国国籍的,这属于刑法意义上的“外国人”,不能对其适用属人管辖。我们提出这种建议,主要是为了避免国际刑事司法体系存在漏洞,使外国犯罪人逃避处罚。例如,甲国人实施犯罪后成为我国公民,而甲国可能出现分立、合并或消失等情况,如果以行为时国籍确定属人管辖权,则有放纵犯罪分子之虞。此外,《德国刑法典》亦存在属人管辖的类似规定:“对在国外实施的其他犯罪,依犯罪地法律应当处罚或不予处罚的,在下列情况下适用德国刑法:犯罪时为德国人或犯罪后成为德国人的……”^①

(二)我国是否能够依据属人原则 对外国人犯罪进行管辖

属人管辖是指以国籍为基础而确立的刑事管辖权,即一个主权国家有权对拥有本国国籍的国民进行管辖。根据属人原则的应有之义,我国不能依据属人原则对外国人犯罪进行管辖。但是,实践中经常会出现我国公民与外国人在境外共同实施犯罪的情况。例如,我国公民与外国人在境外合谋贩运毒品,从境外将毒品贩运至其他国家。在这种情况下,如果外国同案犯进入我国境内,是否能够按照我国刑法追究外国人的刑事责任?我们认为,上述情况属于特殊的牵连案件,其管辖权应当采取合并的原则,即我国依据属人原则对我国公民享有管辖权,亦可以合并管辖与之相关的外国人犯罪案件。在刑事诉讼活动中,牵连案件是引起法院管辖权法定扩张的情形,即刑事管辖权将扩张至依据管辖权的正常规则本不应管辖的犯罪。在中国公民和外国人在我国领域外共同犯罪的情况下,如由各国采取严格的国籍主义分别管辖,既不利于查明案件的事实真相、发现客观真实,也不利于节约司法资源、实现诉讼经济。

^① 徐久生、庄敬华译:《德国刑法典》,法律出版社2000年版,第43页。

此外,为了避免各国刑事管辖权产生不必要的冲突,应对这类案件的“牵连性”进行严格限制,即“牵连”意味着案件的不可分割性,而不是案件的互有关联性:第一,在我国公民与外国人于境外共同实施犯罪的情况下,我国可在进行属人管辖的同时对外国同案犯一并管辖。无论该外国人是教唆犯、帮助犯或实行犯,我国一旦抓获该外国人,均应当合并行使刑事管辖进行审理。例如,某中国公民伙同乙国人在丙国共同杀害了丙国人,当乙国行为人进入我国境内时,我国有权按照刑法对其进行管辖。需要明确的是,这并不属于我国对本国公民的属人管辖,而是由属人原则衍生出的一种特殊管辖权,即为了便利刑事诉讼活动的开展,而对同案的外国人一并审理。因为这种犯罪发生在外国,外国也可能会以属地管辖、属人管辖为由提出诉讼主张,这并不妨碍我国司法机关追究该外国犯罪人的刑事责任。我国可以要求其他国家将共同犯罪的外国犯罪人引渡回国接受审判;如果该外国人已被外国判刑,我国仍可以要求将囚犯移送至我国。第二,在我国公民于境外实施犯罪,外国人于境外实施关联犯罪的情况下,我国不宜对外国行为人行使管辖权。例如,某中国公民在境外实施抢劫,外国人为其进行洗钱、销赃,或者予以窝藏、包庇的,从犯罪构成来看,上述犯罪分属不同的犯罪构成,两者并非密不可分。因为,要考察是否存在合并管辖的必要,必须符合诉讼经济、高效的需要,考虑到诸如调查、取证及外国司法机关的实际情况,对于不宜合并管辖、合并审理的案件应当分离管辖、分离审判。对于没有必要管辖的牵连案件,从刑事诉讼的实际情况考虑,应当采取分离的管辖方式,即我国管辖中国公民的犯罪案件,将外国人案件移交相关国家处理。当然,在这种情况下,还存在诸如调查取证等方面的困难,需要我国和外国司法机关之间互相协调与合作,对于一些能共同使用的证据,可以合理地分享使用。

四、关于外国人犯罪的保护管辖

保护管辖又称安全原则,是指外国人在国外实施犯罪危害本国的国家利益或国民利益,本国有权进行管辖。保护原则的确立是国家自

卫权在涉外刑事法律领域的体现,每个国家都有权维护本国国家和国民的利益不受侵犯。这一原则最早是欧洲大陆法系国家于19世纪提出的,现已为世界各国所普遍采用。例如,日本现行《刑法典》第2条规定:“外国人在外国对日本犯有内乱、外患,伪造文书、有价证券和伪造印章的罪行,日本有权对其行使刑事管辖。”^①我国刑法也规定了保护管辖原则,但对适用范围做了刑期上的限制,根据我国1997年《刑法》第8条规定:“外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按犯罪地法律不受处罚的除外。”根据该条规定,外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪,我国刑法有权管辖,但是这种管辖权有两点限制:一是这种犯罪按照我国刑法规定的最低刑必须是3年以上有期徒刑;二是按照犯罪地的法律也应受刑罚处罚。

我国刑法的保护管辖是一种专门针对外国人的管辖原则。当然,由于我国公民散居海外的人数较多,外国人在境外侵犯我国公民的案件频发,加上犯罪时证人和证据绝大多数在外国,因而实际行使保护管辖权存在一定的困难。因为犯罪人是外国人,犯罪地点又是在国外,如果该犯罪人不能引渡过来,或者没有在我国领域内被抓获,我们就无法对其进行刑事追究。但是,如果刑法对此不加以规定,就等于放弃本国的管辖权,外国犯罪人就可以肆无忌惮地对我国国家或者公民的利益进行侵害。因此,确立保护管辖权是为了在法律上表明我国的立场,这对于保护我国国家利益,保护我国驻外工作人员、商务人员、留学生和侨民的利益是完全必要的。同时,我国刑法对保护管辖进行限制也是合理的,因为,世界各国的刑事法制差异较大,外国人在国外只需遵守所在国的法律,我们不能要求外国人在我国领域外也要遵守我国的法律规定。

确立保护管辖权之后,在实践中就可能出现以下情况:首先,对于外国人侵犯我国国家或我国公民利益的刑事案件,具有恶劣影响、在当地华人中引起巨大反响的,我国应积极主张刑事管辖权,或者通过外交

^① 张明楷译:《日本刑法典》,法律出版社2006年版,第13页。

或领事途径予以外交保护,向外国主管当局提出严正交涉;或者由我国最高司法机关向犯罪地国司法机关提出刑事司法协助请求,要求外国予以司法协助以实现我国的刑事管辖。对于一般的刑事案件,我国驻外使领馆可以采取告诉乃理的原则,即只有当被侵害的中国公民或其代理人向我国派驻犯罪地国的大使馆或领事馆提出要求我国出面干预时,我国外交机构才受理并给予适当的外交保护。^①其次,外国人在我国境外实施的针对我国国家或公民的犯罪,当该犯罪嫌疑人进入我国境内的时候,就可根据保护原则行使不受妨碍之管辖权。根据最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第13条规定,外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民犯罪,依照《中华人民共和国刑法》应受处罚的,由该外国人入境地的中级人民法院管辖。

需要注意的是,如何理解“对中华人民共和国国家或者公民犯罪”?我们认为,保护管辖原则是以侵害我国国家或者公民利益为管辖前提的,即我国国家或者公民是该犯罪行为的侵害对象,而不是因犯罪受到不利影响。例如,外国人在我国领域外杀害、抢劫、绑架我国公民或盗窃我国国家财产的,可以认定为对中华人民共和国国家或公民犯罪,从而进行保护管辖。但是,如果外国人在我国领域外对外国人实施犯罪,严重影响我国公民的工作、生活或造成其财产损失的,可以通过当地的诉讼程序解决,而不应由我国行使刑事法的保护管辖权。

五、关于外国人犯罪的普遍管辖

普遍管辖权是现代国际社会有效惩治与防范国际犯罪的重要法律措施,是指各国以保护国际社会的共同利益为标准,认为凡是国际公约或者条约所规定的侵犯各国共同利益的犯罪,只要发现犯罪人在其领域之内时即可行使刑事管辖权。我国刑法也规定了对外国人犯罪适用

^① 参见赵永琛:“涉外刑事案件的管辖权归属问题”,载《公安大学学报》1994年第1期。

普遍管辖的依据,我国1997年《刑法》第9条规定:“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约规定的罪行,中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的,适用本法。”应当明确的是,只有与某一国际犯罪或犯罪人不存在任何关联因素(犯罪地、罪犯国籍国、被害人国籍国及被害国)的主权国家对该罪行进行的刑事管辖,才是普遍管辖原则的本来之意。^① 如果我国能够依据属地原则、属人原则、保护原则对外国人犯罪进行管辖,就不必适用普遍管辖,从这个意义上看,普遍管辖也可称为外国人犯罪的“无关联管辖”或“补充性管辖”。由此可见,普遍管辖原则与国家主权、利益并无直接联系,而是各国为了维护共同利益之需要,进行的互惠和主权让渡。在对外国人犯罪行使普遍管辖时,管辖国并不是出于功利的动机,而是为了维护共同的国际社会正常秩序不受国际犯罪之破坏,维护不特定国家的利益免受侵害。在对外国人犯罪进行普遍管辖时,还有以下问题需要重点研究:

(一) 如何理解普遍管辖的含义

普遍管辖原则的确立,是我国参与反国际犯罪斗争、行使捍卫整个人类权益之职责和履行国际法义务的必然要求。

第一,适用普遍管辖的前提是:首先,追诉的外国人犯罪是我国缔结或者参加的国际条约所规定的国际犯罪,该犯罪在我国所承担条约义务的范围之内,不属于有关国际条约中我国声明保留的条款。同时,我国刑法需要对追诉的犯罪有明文规定。因为,国际刑法间接适用的前提是国际刑法规范的国内化,该问题是国际刑法从规范到实践的一个关键性的中间环节。^② 目前,我国适用国际刑法的基本模式是间接

^① 参见黄俊平:《普遍管辖原则研究》,中国人民公安大学出版社2007年版,第25页。

^② 参见黄京平、石磊、蒋熙辉:“论普遍管辖原则及其实践”,载《政法论坛》2001年第2期。

适用模式。具体来说,国际公约的刑法条款如要在我国适用,必须经过国内立法和刑事司法系统的媒介作用,才能适用于外国犯罪人。

第二,适用普遍管辖的条件是:就犯罪发生的空间而言,该犯罪系发生在我国领域之外,如果发生在我国领域之内,则应依据属地原则对外国人适用我国刑法,不需要依据普遍管辖原则;就犯罪人的国籍而言,犯罪人必须是外国人或者无国籍人,如果犯罪人是我国公民,则应依照属人原则适用我国刑法,也不需要适用普遍管辖原则;就犯罪侵犯的利益而言,被指控的犯罪不能是属于我国1997年《刑法》第8条规定的侵犯我国国家利益或者公民利益的犯罪,否则应依照保护原则进行管辖。

第三,适用普遍管辖的现实基础是:考虑到将普遍管辖权的行使扩展到域外行为人,可能会产生主权冲突以及增加不必要的国际义务,很多国家都在本国的刑事立法中坚持了“实际控制原则”,甚至是在其他国家已经向本国提出了引渡要求并被拒绝的情况下,才能行使普遍管辖权。因此,外国人在我国领域内居住或者进入我国领域内,才能对其行使刑事管辖权。否则,我国既没有行使普遍管辖权的义务,也没有依据普遍管辖原则适用我国刑法的现实可能性。

(二) 如何认识普遍管辖与外交豁免权的关系

此外,我们应当明确普遍管辖与外交豁免权何者优先的问题。例如,某国外交代表在外国实施了国际犯罪,又进入我国境内,我国是否能够对其进行普遍管辖?我们认为,对此仍应通过外交途径解决,而不应由我国贸然行使普遍管辖权。因为,普遍管辖与外交豁免权的关系,实质上体现了国际利益与国家主权的冲突。从现行国际法律文件来看,尽管一系列国际刑法公约中规定了国家承担的“或起诉或引渡”的义务,而且扩大了国家的刑事管辖权,但管辖权的扩大并不意味着放弃豁免。例如,比利时议会于1993年通过了著名的《万国管辖权法》,该法规定,凡涉及战争罪、反人类罪和种族大屠杀罪,不管当事人是否为比利时公民,也不管事件发生在哪个国家,比利时法院都有管辖权并可

审理案件。该法在国际社会引起广泛争议,在付诸实施过程中也困难重重。自《万国管辖权法》实施以来,美国前总统布什、英国前首相布莱尔、以色列前总理沙龙等政治人物,均在比利时法院受到起诉。迫于压力,比利时对该法进行了数次修改,首先授权政府可以把案件移交给被告人所在国处理,随后又限定该法只适用于与比利时有明确关系的案件,即当案件受害者或嫌疑人是比利时人时才适用,亦不适用于起诉外国领导人。^①由此可见,在主权国家林立的国际社会里,国家主权、国家利益依然高于一切,过分强调普遍管辖权,显然超越了当今国际社会仍是由主权国家组成的现状。

(三)如何处理外国人犯罪的普遍管辖权冲突

在外国人实施国际犯罪的情况下,还容易引发普遍管辖权的冲突,具体包括两种情况:

第一,国家之间的普遍管辖权冲突。如果严格按照普遍管辖原则,各国都享有对国际罪行有刑事管辖权,在两个以上国家均主张对同一国际罪行有刑事管辖权的情况下,应如何确定管辖权?例如,两名甲国人在非洲实施了国际犯罪,又分别潜逃至我国和韩国领域内,分别被中韩两国的司法机关抓获,如果我国和韩国同时主张普遍管辖,就引发了国家间的管辖权冲突。作为一种独具特色的管辖体系,普遍管辖原则能够克服世界各国基于国家主权与国际罪行作斗争的漏洞,但在这种特殊的管辖体系内,是存在优先次序还是并行管辖、不分先后,国际刑法未对此做出专门规定。虽然国际公约规定当有关国家之间不能以谈判方式解决时,其中任何一方可以交付仲裁或者提交国际法院裁决,但有些国家在加入国际条约时对这些条款加以保留,从而形成刑事管辖争端,妨害了对国际罪行的及时惩治。我们建议,对国际罪行享有普遍管辖权的数国可以按照便利诉讼的原则,协商决定管辖权的归属。

^① 参见黄志雄:“比利时‘万国管辖权法’现状”,载《法制日报》2004年11月15日第4版。

第二,国家与国际刑事法院之间的普遍管辖权冲突。通常而言,普遍管辖原则应该不会与其他管辖原则产生冲突,因为从权力优先的角度分析,应当优先适用属地管辖权、属人管辖权和保护管辖权。然而,国际刑事法院的建立改变了这一局面。1998年6月16日至7月18日,联合国设立国际刑事法院外交全权代表会议在罗马举行,会议通过了《国际刑事法院规约》(以下简称《罗马规约》),这标志着人类历史上第一个常设性国际刑事司法机关——国际刑事法院的建立。按照《罗马规约》之规定,国际刑事法院对2002年7月1日以后由个人实施的灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪等严重国际犯罪享有普遍管辖权,而且这种管辖权既包括《罗马规约》缔约国的国民,也包括非《罗马规约》缔约国的国民。因此,如果外国人实施上述四种国际犯罪,而被国际刑事法院主张管辖的,应如何处理?我们认为,应根据《罗马规约》缔约国和非缔约国的不同情况,分别得出结论:

在缔约国与国际刑事法院形成冲突的情况下,应由国际刑事法院进行普遍管辖。迄今为止,世界上有139个国家签署、104个国家批准了《罗马规约》。^①这些国家认为,《罗马规约》最大的特点是国际刑事法院建立了普遍管辖权,这是国际刑法的重大发展,也是对传统国际法的重大突破,在联合国安理会以外为和平解决国际争端另外开辟了一条道路。根据《罗马规约》第12条规定,一国成为本规约缔约国,即接受国际刑事法院对特定国际犯罪的管辖权。如果外国人在缔约国国境内或者船舶、航空器上实施上述4种国际犯罪,国际刑事法院均可对其进行普遍管辖,无论其是否因官方身份获得豁免。同时,根据《罗马规约》第86条规定,缔约国应在法院调查和起诉即法院管辖权内的犯罪方面与法院充分合作,包括逮捕或拘押有关犯罪嫌疑人或被告人;向法院移交犯罪嫌疑人或被告人或其他人员;提供相关的证据和送达文书等。如果缔约国抓获了在其境外实施上述4种国际犯罪的外国人,应根据国际刑事法院的要求向其移交犯罪嫌疑人,并且提供相关的司

^① 王秀梅等译:《澳大利亚国际刑事法院法及其修正案》,中国人民公安大学出版社2007年版,第2页。

法协助。在这种情况下,缔约国的管辖权应让渡于国际刑事法院的普遍管辖权。

在非缔约国与国际刑事法院形成冲突的情况下,应通过双方协商确定最终管辖权。自《罗马规约》通过之后,其中的重要条款一直引起广泛争议,中国、美国、以色列、日本等国尚未签署或批准这一文书。一些国家除了反对国际刑事法院的普遍管辖权外,还对将国内武装冲突中的战争罪纳入国际刑事法院的普遍管辖范围持保留意见,并认为《罗马规约》没有明确规定安理会在判定侵略行为问题上的作用,而检察官根据个人和非政府组织等提供的资料进行犯罪调查,可能导致有关国家或个人“滥诉”情况的发生。^①事实上,《罗马规约》并未对非缔约国设置强制性义务。尽管《罗马规约》第87条第5款规定,国际刑事法院可以邀请非缔约国根据特别安排、与该达成的协议或其他适当基础向法院提供协助。但是,如果非缔约国不愿意让外国人接受国际刑事法院的管辖,它们完全可以不与国际刑事法院达成任何特别安排或协议,从而拒绝国际刑事法院提出的提供协助的任何请求。也就是说,只有在非缔约国自愿与国际刑事法院签订协议或达成特别安排的前提下,它们才负有与法院进行合作和提供司法协助的义务。因此,就包括我国在内的非缔约国而言,可以在与国际刑事法院签订协议,或达成特别安排的情况下,将外国人交由国际刑事法院审理;也可以按照我国1997年《刑法》第9条之规定,依据普遍管辖原则对该外国人适用我国刑法。

六、结 语

在国际法上,主权是国家的最高权力,也是国家独立自主地处理其对内对外事务的能力,是国家在国际法上享有的最重要、最基本的权利。主权具有最高性的特点,它是一种绝对的权力,对任何其他权力具有排他的性质。尽管主权应受国家缔结的条约和国际习惯法的限制,

^① 参见陈泽亮:“国际刑事法院管辖权的性质”,载《法学研究》2003年第6期。

但这是国家的自愿行为,并不影响主权作为最高权力具有不受限制的特点。事实上,无论对外国人犯罪适用属地管辖、保护管辖还是普遍管辖,均与国家主权理论密切相关。从本质上看,属地管辖体现了对一国领土完整的尊重和保护,保护管辖是为了本国利益或公民免受侵害,这些均与国家利益密切相关;而普遍管辖则是主权国家基于全人类利益之考虑,自行承担相应的义务,对各自主权进行限制和相互的让渡。

近年来,日益增多的外国人犯罪已成为危害我国安全和利益乃至国际和平与稳定的重要因素。跨国贩毒、拐卖人口、走私、国际经济诈骗、恐怖活动等在全球各地频繁发生,犯罪分子作案后为了逃避法律的追究,往往利用现代交通条件和出入境制度,迅速逃亡至其他国家。在犯罪人具有外国国籍或无国籍的情况下,预防和惩处上述犯罪更是困难重重。为此,世界各国纷纷强化对外国人犯罪的制裁意识,扩张管辖权以寻求对此类案件的控制与处理,因此出现外国人犯罪的管辖权竞合与冲突。我们认为,只有通过各国之间的密切合作,才能解决外国人犯罪的管辖权冲突问题,确保使外国犯罪人受到应有的制裁。具体而言,可从两个方面考虑:在立法层面,要防止产生管辖冲突之可能性,应以国际社会的共同利益为前提,通过接触和磋商达到求同存异之目的。在此基础上制定出切实可行的国际公约,或者签订多边及双边协定,以避免管辖权冲突的产生,以便在发生争议时能够迅速妥善地解决。在司法层面,应遵循在长期实践的基础上形成的行使管辖权的若干原则,并根据这些管辖原则对外国人犯罪进行管辖。在出现管辖权冲突的情况下,可依照“利益衡量原则”评估本国在此案所具有的利益来决定是否实施管辖,或透过第三者——中立国际司法机制决定管辖权归属。同时,确定本国对外国人犯罪享有管辖权,并不必然引发刑事诉讼程序,我们还可基于互惠、协调及合作精神而暂且搁置主权主张,对外国犯罪人予以引渡或开展各种国际刑事司法合作,这不仅可有效避免管辖权冲突,亦可达到有效打击外国人犯罪之目的。

On jurisdiction over foreigner's crime

Zhao Bingzhi & Du miao

[内容摘要]我国以国内法的规定为依据,严格遵循我国缔结或参加的国际公约之相关规定,遵循属地管辖、属人管辖、保护管辖、普遍管辖原则对外国人犯罪进行管辖。外国人犯罪的刑事管辖权与国家主权理论密切相关。在外国人犯罪日益增多的情况下,各国应采取有效的立法及司法措施,解决外国人犯罪的刑事管辖权冲突问题。

[关键词]外国人犯罪 刑事管辖权 国家主权

Abstract: China has jurisdiction over foreigner's crime according to territorial jurisdiction, global jurisdiction, protective jurisdiction and principle of generality of national legislation which follows related international instruments. Jurisdiction over foreigner's crime is related to theory of national sovereignty. Each country should take effective legislative and judicial measures to resolve problem of conflict between jurisdictions because of increasingly serious foreigner's crime.

Key words: foreigner's crime; jurisdiction; national sovereignty