

[文章编号] 1672-7320(2010)03-0434-06

## 论刑法空间效力的法律性质 ——兼论效力冲突之协调

杨 彩 霞

[摘 要] 刑法的空间效力规定一方面可作为处罚条件而把握,另一方面可作为指引刑法适用的冲突规范而把握。特别值得一提的是,采取后一种理解,可以促使我们以国际私法学为借鉴,运用“直接适用法”的理论,突破不适用外国公法的传统,为刑法空间效力冲突的协调找到新的途径,现实意义极为重大。

[关键词] 刑法空间效力;法律性质;冲突规范

[中图分类号] DF6 [文献标识码] A

刑法空间效力的法律性质,主要是指刑法空间效力的规定在刑法中所处的地位和刑法理论上所具有的特征。它直接影响到国外犯规定的存在时期、国外犯中国籍的判断基准以及行为地的国内外性是否故意的内容等重要问题。然而,对此国内学者却少有关注。许多刑法论著都简单地以“刑法空间效力就是要解决刑事管辖权的范围问题”一笔带过<sup>[1]</sup>(第 33 页),甚至将国际法学界对刑事管辖权的论述如数照搬。有鉴于此,笔者拟就刑法空间效力的法律性质问题作开创性探讨,并在借鉴国际私法学有关理论的基础上,兼论刑法空间效力冲突的协调问题,以印证结论之实践价值。

### 一、国外有关刑法空间效力法律性质的学说介绍

和国内研究的空白状态形成鲜明对照的是,国外就刑法空间效力的法律性质已经形成了几种相当有代表性的论争观点。

#### (一)诉讼条件说

按照该说,刑法空间效力的规定只不过是进入诉讼程序的条件,如果不符合规定就会构成诉讼上的障碍,但在实体法上犯罪可能依然是成立的,即对行为国内外性有无认识并不影响犯意的认定。同时,也正因为是诉讼条件,所以这种规定只要在裁判时存在就够了,对国外犯规定中是否本国人的判断也应以裁判时为基准,即只要在追诉时符合了刑法空间效力的规定,比如是犯罪后成为本国人的新入籍者也能适用本国刑法。这种观点在英美法系国家比较盛行,但在大陆法系的日本和德国则不占主流地位。

#### (二)构成要件说

该说是将刑法空间效力的规定,特别是国外犯规定作为实体法上行为类型的构成要件要素的一部分来理解的见解,即将国内外性理解为构成要件的场所要素。按照这一观点,对于没有国外犯处罚规定的犯罪,在国外的正犯行为欠缺构成要件符合性,也就不能处罚共犯者。例如,对公务员的行贿行为并没有发生在日本国内,而国外犯的处罚规定中并没有列举贿赂罪。因此,如果在日本国内教唆行为人在国外对公务员行贿的,由于正犯者的行为不能处罚,因此国内的教唆者也不能处罚。同时,既然行为地

的国内外性属于构成要件要素,所以对它的认识属于故意的内容,在发生认识错误的情况下会影响故意的成立。至于国外犯的规定和国籍的判断时期,则以行为时为基准。这一观点同诉讼条件说相比,明显是希望转而站在实体法角度阐明刑法空间效力的法律性质,但似乎并不受学者青睐。

### (三)处罚条件说

该说将行为符合刑法空间效力的规定作为处罚条件来考虑,即国内刑法中效力范围的规定,不涉及构成要件的内容,而只是对具有涉外因素的犯罪行为的客观处罚条件。所谓客观处罚条件,也就是在犯罪事实之外刑罚权的发动需要具备的外部客观事实情况或条件。它虽然是可罚的实质前提,但它同构成要件没有直接的关系,也就是说,客观处罚条件成就与否,与行为人的故意或过失无涉。因此,行为人没有必要对行为的国内外性、刑法空间效力的规定存在认识。处罚条件说的另一个特征是认为,即便正犯的行为发生在国外而无法予以处罚,但仍然存在构成要件该当性,从而根据共犯从属性的理论,可以对国内的共犯予以处罚。甚至认为,处罚条件说原本就是为了处罚这种情况的共犯行为而立论的。另外,刑法空间效力规定的存在时期和国籍的判断基准,因与犯罪和刑罚存在密切不可分的关系,一般采用行为时说。这种学说和构成要件说的出发点其实一样,但它却受到了截然不同的礼遇,在德国和日本学界均为通说。

### (四)准据法说

该说将刑法空间效力的规定解释为具有与刑法适用有关的准据法特征的规定。根据这种观点,国外犯规定并非与属于实体法的犯罪和刑罚问题无关,但应当强调作为准据法的技术性或政策性的一面。这种学说影响不大,但有学者认为这是一种“最直接的理解”<sup>[2]</sup>(第82页)。

## 二、刑法空间效力法律性质的理论反思

关于刑法空间效力的法律性质,国外迄今也无定论。但仔细推敲上述几种观点,也不难发现其中存在的问题:

首先,构成要件说的缺陷是最明显的。其一,该说对于在国外的正犯欠缺构成要件符合性的情况下,否定了在国内的共犯的处罚,它将共犯理论与刑法空间效力的法律性质问题联系到了一起,即依据共犯从属性说,因国外的正犯行为不构成犯罪,在国内的共犯也不具有可罚性。但是,其实这里提出共犯从属性理论是十分不合时宜的。因为提出共犯的从属性本身,首先要在依据遍在说肯定国内法的适用之基础上,援用本国的犯罪论。在还没有肯定对国内共犯能够适用本国刑法时,就依据共犯从属性理论来得出否定共犯处罚的结论,就将先决问题与适用刑法后的共犯问题混同了起来。退一步讲,抛却前提问题,按照该说得出的对共犯不处罚的结论显然也是不合理的,因为看不出这种教唆或帮助的共犯行为与通常情况有什么不同。其二,采取该说,如果行为人对作为构成要件的行为地的国内外性缺乏认识或者存在认识错误,就否定一国刑法的适用,则刑法适用的阻却会成为一种常例,行为人可以随意以自己所预想的犯罪发生之地与实际发生地不一致来作为逃避罪责的借口;而且,这还意味着要将主观方面的考察同作为先决条件的刑法适用问题颠倒,不仅会导致主观方面的认定提前,还会存在重复评价主观故意的可能。其三,从立法上看,刑法空间效力的规定通常是先于犯罪构成要件而规定的。如就日本刑法而言,有学者明确指出,场所要素不能作为犯罪的成立要件,因为在“法例”这章中,就已经设置了关于场所的适用关系的规定,所以,构成要件说在现行刑法上是难以采用的<sup>[2]</sup>(第82页)。

其次,诉讼条件说和处罚条件说各有相当的支持者,这表明它们各有一定的道理又各自存在不足,以至于很难形成压倒性的优势意见。

德日之所以不赞成诉讼条件说,其主要理由在于,诉讼条件是一个程序法意义上的概念,如果将符合刑法空间效力的规定作为诉讼条件看待,那么很难解释这种规定为什么直接规定在实体法中。换言之,诉讼条件说将本应由实体法解决的问题转移到程序法上解决,从方法论上看是存在错误的。但是也有人反驳说,实体法与程序法相互延伸的状况也不是没有。亲告罪就是一个例子,亲告罪的告诉权确实是程序法

上的问题,但是亲告罪是否成立如果脱离实体法就很难决定,故亲告罪是规定在刑法之中的<sup>[3]</sup>(第 58 页)。由此看来,将刑法空间效力在刑法中规定并无不妥。事实上通常而言,行为不符合刑法空间效力的规定就不能作为追诉的对象,故从这一意义上看,刑法空间效力的规定应当说附有诉讼条件的性质。

然而不追诉,进而也就意味着该行为人不会受到刑罚处罚,因此行为是否符合刑法空间效力的规定同样也可视为是进行处罚的先决条件,从这一点上看,处罚条件说也是成立的。但是处罚条件说认为即便正犯的行为发生在国外而无法予以处罚,但仍然存在构成要件该当性,从而根据共犯从属性的理论,可以对国内的共犯予以处罚,这里犯了和构成要件说同样的错误,过早地提出了共犯的理论而忽略了对刑法是否适用这一问题的回答。而且,处罚条件说没有说明这样一个问题:为什么没有国外犯处罚规定的发生于国外的犯罪能理所当然地取得本国刑法所预定的构成要件符合性?另外处罚条件说与立法规定的精神并不完全吻合。这主要与属人原则中成为本国国民的时点相关联。如按照处罚条件说,对本国人的国外犯处罚的前提是,行为人在实施行为时已经具有本国国籍,但是在处罚条件说为通说的德国,其刑法第 7 条明文规定,犯罪后成为德国人的,即对在被追诉时是本国人的新入籍者,也能适用德国刑法。这充分表明,处罚条件说的观点还有待与立法进一步协调。

最后,不被大多数学者关注的准据法说跳出了刑法的窠臼,不再局限于用既存的刑法术语而是借助国际私法中的“准据法”这一概念来界定刑法的空间效力规定,这可以说为我们提供了崭新的视角。不过“准据法”,顾名思义应当是作为基准、依据的法律,即从性质上讲,它应当是指的实体法。但很明显,刑法空间效力的规定本身并不是用来解决是否构成犯罪、构成何种犯罪和如何适用刑罚的实体准据性规范,所以准据法说至少提法是不准确的。

### 三、我国刑法空间效力法律性质的界定

刑法的适用应当是依据构成要件认定犯罪之前先行解决的问题,无论从刑法空间效力的规定在刑法的体例安排上先于犯罪和刑罚以及具体罪名的规定上,还是从逻辑上推论都是如此。由此对共犯的处罚不应成为理解刑法空间效力规定法律性质的关键,行为人对行为的国内外性缺乏认识也不应阻碍刑法的适用。既然构成要件说不足为取,那么诉讼条件说与处罚条件说相对而言要合理一些。

事实上,很多学者都深感划分处罚条件和诉讼条件的界限是一个非常棘手的问题,只有个别学者尝试对此做了回答,认为“作为(刑罚)请求前提要件的属于实体法的处罚条件与所谓的诉讼条件,其概念与效果,必须特别区分开来考虑。因为诉讼条件不过是允许裁判上事实认定的程序上的要件。区别两者的最重要的效果在刑事诉讼程序方面可求之于以下之点。即,欠缺处罚条件就无法行使(刑罚)请求权(即这样的请求会被忽视,因此结果上是无罪),诉讼条件的欠缺则带来放弃诉讼”<sup>[3]</sup>(第 44-45 页)。简言之,如果只是诉讼条件,那么不具备这一条件只能导致一个程序性的裁决,并不排斥今后对该犯罪提起诉讼的可能,这样一来,关于是否处罚给人的感觉是缺乏安定性的。所以如果只能二者取其一的话,那么笔者更倾向于将刑法空间效力的规定理解为处罚条件,亦即不符合该规定,行为人最终不会受到刑法规范的处罚。但必须注意,就处罚条件的本意来说,它可能于行为时就已存在,也可能于行为后才发生,所以像采取处罚条件说的日本那样将国外犯规定的存在时期和国籍的判断基准一概界定为行为时是不太妥当的。我国刑法中暂时没有类似德国刑法的规定,所以当我们在将刑法空间效力的规定作为客观的处罚条件对待时,应当在解释上将这一观点贯穿始终,肯定对于犯罪后成为我国公民的国外犯或者在行为时本无国外犯的规定而之后作了规定的情况都可以适用我国刑法管辖案件。

我们还应当注意到,我国刑法空间效力的规定最终都落脚到“适用本法”上,直观地理解,这些规定的存在就是为了解决在何种情况下才能适用本国刑法的问题。这和其他的部门法,如民法中有涉外民事法律关系的法律适用,其规定的宗旨是完全相同的。而民事法律中的这些规定,常常被引用为冲突规范的法律依据。也就是说,它们是用来指引准据法的。因此笔者认为准据法说有一定道理,只是称谓不太准确,从本质上讲它应当是指引本国刑法适用的冲突规范。

需要指出的是,如前所述,我国刑法学界在刑法空间效力的问题上长期以来只重视其解决刑事管辖权的机能一面而忽视其指引法律适用的一面,似乎管辖就等同于法律适用,这和涉外民事领域中的管辖规范和冲突法规范截然分开的做法显然不同。为什么会出现这种现象呢?究其根源,恐怕大多源于公法严格属地性的传统。因为必然地存在于法律制度与国家独立及主权这二者之间的联系决定了公法的严格属地性,因此在公法领域内,只有属地法才能得到适用,法官无须就是否适用或适用哪一外国法以代替法院地法而庸人自扰<sup>[4]</sup>(第92页)。由于国家拥有刑事管辖权就当然适用本国刑法,反之即是说,在指引本国刑法适用之时也就意味着本国对案件有刑事管辖权。这也正是我国刑法理论界将刑法空间效力等同于刑事管辖权致使刑法空间效力在法律适用层面意义被忽略的原因。事实上,刑事管辖权是刑法适用的前提,它是一种国家权力,主体是国家,客体是一定的犯罪,内容是国家对一定犯罪的管辖,即逮捕、起诉、审判、执行等权力,其诉讼程序上的意义更为明显。故笔者认为,涉外刑事案件的管辖在刑事诉讼法中规定予以较为合适,这正如涉外民事诉讼管辖是规定在民事诉讼法中一样。至于以刑法为主体、以一定的犯罪为客体,以刑法对一定犯罪的适用为内容的刑法的空间效力规定,有必要还其冲突规范的本来面目。

总而言之,单从刑法学的角度看,不符合刑法空间效力的规定就不能处罚犯罪人,所以刑法空间效力的法律性质可以作为客观处罚条件来把握;如果从规范比较的角度看,则它也可被视为指引本国刑法适用的冲突规范。

#### 四、余论:刑法空间效力冲突的协调

将刑法空间效力规定理解为广义的处罚条件,主要解决的是本文开篇提到的对某一行为是否适用本国刑法、是否构成犯罪的传统理论问题;而将其视为冲突规范,笔者认为可以促使我们以国际私法学为借镜,为刑法空间效力冲突的协调找到新的途径,其现实意义更为重大。

##### (一)冲突规范的模式选择——来自国际私法学的参照

由于绝大多数国家刑法空间效力的规定系属均为单一,即都是明确指向本国刑法,所以这实际上是冲突法理论上所谓的单边冲突规范。由此当各国就同一涉外犯罪案件主张并行不悖的管辖权时,亦会竞相指引本国刑法的适用,刑法空间效力的冲突亦随之发生。而各国刑法规定不免存在差异,这就使得适用何国刑法对案件的处理至为关键,这也正是各国对于刑事管辖权的争夺达到白热化的根源所在!如何协调这一冲突呢?笔者认为,既然可以将刑法空间效力的规定归结为冲突规范,那么不妨借鉴国际私法学,向冲突法方向寻找出路。事实上,“自来国际私法学者,讨论国际私法之范围时,有将刑法及刑事诉讼法,亦于列入者,而彼等所认之理由,无非国际私法乃解决一切法律之抵触,虽刑法与私法之性质有别,但如其案件含有涉外因素,而其应解决之抵触则一,是其方法亦不致大相径庭”<sup>[5]</sup>(第109页)。而1928年第六届泛美会议通过的国际私法典——《布斯塔曼特法典》,为了解决刑事法律冲突也专门规定了“国际刑法”卷。因此,笔者认为,在探讨现行刑法应对空间效力冲突的方式时,可将之与国际私法学中的方法相比照。

按照冲突法的有关理论,冲突规范除了单边冲突规范,还有双边冲突规范、重叠适用的冲突规范以及选择适用的冲突规范。在后几种情况下,都存在适用外国法的可能。由此可见,在冲突规范的模式选择上,单边冲突规范虽是最能显示一国主权的规范,但却在冲突的协调上是最为机械和缺少余地的一种方式。那么,刑法领域能否借鉴冲突法的一般理论,突破不适用外国刑法的传统呢?

国际私法学界的传统观点认为,国际私法只涉及到私法领域的问题,而不涉及公法。在法律选择规范指向了外国法的适用时,仅指外国私法的适用,而非外国公法。然而这一观点在晚近得到了较大的突破。其理由在于:第一,现代理论倾向于认为公法和私法的区分已经过时了。既然公私法之间不存在严格的界限,在解决国际私法问题时,外国公法也是往往需要适用的,因此不能将它们一概排除在外。第二,国际私法虽然是规范国际私人间法律关系的,但其决定与运用,均操之于国家,而国际公法,亦以国

家为最重要主体。公法和私法某种程度的共通性决定,“国家以立法或判决创制或形成冲突法则时,倘各国能以比较宽大之国际主义观点,则可从私关系以影响公关系,使国际公法在与国际私法之若干接触及连结关系上:如外国判决之承认与执行及国际诉讼管辖,作改进与发展”<sup>[6]</sup>(第 10-11 页)。第三,不适用外国公法的这个所谓原则是先验的,并无令人信服的理论或实际上的理由作为基础,它时常同公共秩序原则重复,而且可能发生不便和同当代国际合作的需要不相容的结果<sup>[7]</sup>(第 20 页)。据此,一法域公法不能在另一法域被适用的观念现在已逐渐被改变。

这种改变鲜明地反映在国际立法中。例如国际法协会 1975 年在威斯巴登召开会议,专门就公法规范在国际私法中的地位问题形成了一个重要决议,该决议规定:由冲突规范指向的外国法条款具有公法性质并不阻碍该条款的适用,但需受一般的公共秩序保留的限制。此外,《瑞士联邦国际私法法规》规定了同样的条款:本法对外国法的指定,包括所有依该外国法适用于该案件的法律规定。不得仅以该外国法律规定被认为具有公法性质而排除其适用。这些规定都为克服陈旧的外国公法不可适用的观念提供了有力的立法支持。

### (二)指引外国刑法适用之理由论证

笔者认为,如果刑法空间效力的规定能够指引外国刑法的适用,那么国家间刑法空间效力的冲突就能在很大程度上得到缓和。因为内国依据其刑事管辖权对案件主张了管辖,首先使其国家主权地位得到了彰显,而后在具体适用刑法问题上,即使承认可以适用外国刑法,也是本国在深思熟虑后的选择,并不意味着国家主权的弱化,所以这种做法被内国接受的可能性较大。而对外国而言,虽然其管辖的主张可能最后未能实现,但是如果取得了管辖的国家并不完全适用自己本国的刑法,而是在一定程度上兼顾了该外国的刑法,也就表明其国际主体地位受到了尊重,所以外国排斥该做法的可能性也较小。而且承认可以适用外国刑法,可以增强人们在各各国间往来的信心,减少因不了解他国刑法而对可能在他国遭到的无妄之灾的担忧,特别是还有利于保障犯罪人的人权。例如,我国公民在国外犯罪,直接受到犯罪侵害的并非我国,但是犯罪人逃回国内,最后我国行使管辖,对犯罪人判刑的结果竟然比犯罪地国可能判处的刑罚还要重,这就失之过苛。而外国人在我国犯罪后适用刑法以内国刑法为限,虽其结果可能较适用其本国法更轻,但犯罪人和其国籍国也会心存疑虑,这样不利于对犯罪人的改善。

### (三)重叠适用的冲突规范与轻法原则

然而,在一国领域之内适用外国刑法,迄今为止都被视为是不可思议之事。原因主要来自两方面:一是来自国家牢不可破的主权观念的障碍,二是适用外国刑法在立法技术上的障碍。笔者认为,当前全球化浪潮席卷整个世界,国家间的相互依赖和共生关系日益加强,国家主权观念也不应再固守绝对,因此关键是如何克服立法技术上的困难。一概直接指向外国刑法的适用肯定是不行的,因为这会使国家在想要适用本国刑法审理案件时也缺乏回旋的余地。贸然采用这种办法,必将招致极大非议。

在笔者看来,重叠适用外国刑法是一种较为妥当的方式,它可以既照顾到本国的利益,又兼顾到外国刑法的效力。其实我国刑法第 8 条保护原则要求采取双重犯罪原则即是这一主张的体现。但是它只考虑了依外国刑法是否同时也构成犯罪这一点,而没有进一步考虑最后可能的处刑结果孰轻孰重,这样对国外犯的处罚比其在犯罪地受到的处罚可能还要重,对犯罪者来说是不利的。有鉴于此,笔者主张,原则上还应指向本国刑法的适用,但可以考虑以外国轻法所规定的刑罚上限来自我约束。具体而言,应适当采用轻法原则,比较中外刑法中相对应罪名的法定最高刑,如果相关有管辖权的国家的刑罚比本国轻,则我们在量刑时不能超过该外国刑罚的上限。对于我国无期徒刑与外国有期徒刑的比较,考虑到无期徒刑减刑后实际执行的刑期不能少于 10 年,其假释考验期为 10 年,而它理论上应重于有期徒刑的最上限 15 年,因此,我们可以在技术上认为它相当于 20 年刑期。这样对于国外可能判处 30 年有期徒刑的,自然以我国刑法为轻。对于刑罚种类不同的,如国外规定应判处附加刑或保安处分的,而我国规定为自由刑的,或我国规定有死刑,而国外已废除死刑的,则以外国刑法为轻。这样就既有条件地考虑了外国刑法的效力,又保证了我国刑法的基本适用(至少在判断是否构成犯罪、构成何罪的定性问题上是如此)。

## [参 考 文 献]

- [1] 高铭喧、马克昌:《刑法学》,北京:北京大学出版社、高等教育出版社 2007 年版。
- [2] [日] 古田佑纪:《国外犯与共犯》,载《刑法基本讲座》第 1 卷,东京:法学书院 1992 年版。
- [3] [日] 香川达夫:《场所的适用范围的法的性格》,东京:学习院大学 1999 年版。
- [4] 胡永庆:《论公法规范在国际私法中的地位——“直接适用的法”问题的展开》,载《法律科学》1999 年第 4 期。
- [5] 蔡墩铭:《现代刑法思潮与刑事立法》,台北:翰林出版社 1977 年版。
- [6] 柯泽东:《国际私法》,北京:中国政法大学出版社 2003 年版。
- [7] 韩德培:《国际私法的晚近发展趋势》,载《中国国际法年刊》(1988 年),北京:法律出版社 1989 年版。

(责任编辑 车 英)

## Research on the Legal Nature of the Spatial Effect of Criminal Law

Yang Caixia

(School of Political Science & Law, Central China Normal University, Wuhan 430079, Hubei, China)

**Abstract:** On one hand, the provisions of the spatial effect of criminal law can be treated as the punishment conditions, on the other hand, they can be regarded as the conflict rules to guide the application of the criminal law. In particular, based on the latter understanding, we can use the theory of law of direct application in private international law to breakthrough the tradition of not using foreign criminal law and find new ways to coordinate the spatial effect conflict of the criminal law.

**Key words:** the spatial effect of criminal law; legal nature; conflict law