

# 国民对国家的忠诚与国家对国民的保护

## ——属人主义的理解与适用

张明楷

**摘 要：**以忠诚义务说为理论基础的无限制的属人主义，缺乏合理性与可行性，属人主义应与保护主义相结合，当中国公民在国外的行为，侵犯了中华人民共和国国家或者公民法益时，即使行为地的法律没有规定为犯罪，也应适用我国刑法，追究行为人的刑事责任；当中国公民在国外的行为，并未侵犯中华人民共和国国家与公民法益时，如果行为地的法律没有规定为犯罪，就应当类推适用刑法第 8 条的但书规定，不适用我国刑法，不追究行为人的刑事责任。

**关键词：**国民忠诚；国家保护；属人主义；保护主义

**中图分类号：**D924.1 **文献标识码：**A **文章编号：**0257-5833(2008)04-0067-12

**作者简介：**张明楷，清华大学法学院教授（北京 100084）

### 一、问题的提出

现行刑法第 7 条第 1、2 款分别规定：“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三年以下有期徒刑的，可以不予追究。”“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。”与旧刑法第 5 条不同，本条没有设置“按照犯罪地的法律不受处罚的除外”的但书规定。这便产生了如下问题：中华人民共和国公民在国外实施了中国刑法规定为犯罪、而国外刑法并未规定为犯罪的行为时，应当如何适用法律？

例一：日本刑法第 177 条规定：“以暴行或者胁迫手段奸淫十三岁以上的女子的，是强奸罪，处三年以上有期徒刑；奸淫未满十三岁的女子的，亦同。”而我国刑法第 236 条第 2 款规定：“奸淫未满十四周岁的幼女的，以强奸论，从重处罚。”日本刑法与我国刑法对奸淫幼女构成要件的规定，除了幼女年龄不同以外，其他方面均相同（如行为主体必须已满 14 周岁；客观方面有奸淫行为即可，不以暴力、胁迫手段为前提；主观方面必须出于故意）。于是产生了以下问题：中国公民甲在日本与已满 13 周岁不满 14 周岁的日本籍 X 女自愿发生性交（没有实施暴力、胁迫等强制行为）的，中国司法机关能否适用刑法第 7 条，对甲以强奸罪追究刑事责任？

例二：我国刑法第 303 条第 2 款规定：“开设赌场……情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金。”但在摩纳哥，赌博与开设赌场均为合法行为。中国公民乙在摩纳哥开设了规模庞大的赌场，而且经营时间长，营利数亿元后回国。中国司法机关能否适用刑法第 7 条，对乙以开设赌场罪论处？

收稿日期：2008-01-20

随着社会的不断发展，国际交往的日益频繁，中国公民出境旅游、留学、就业的机会越来越多。另一方面，由于制度不同、国情不同、刑事政策不同，中国刑法与外国刑法的处罚范围存在很大差异。于是，中国公民在国外实施的行为，在国外不成立犯罪、依照中国刑法构成严重犯罪的现象，会越来越多。对于这种行为应当如何处理，亟待刑法理论界展开讨论，寻找妥当的解决方案。

## 二、国民对国家的忠诚

根据刑法第 7 条的字面含义，对于例一中甲的行为与例二中乙的行为，应适用中国刑法，分别以强奸罪和开设赌场罪论处。首先，甲的行为完全符合我国刑法第 236 条规定的奸淫幼女犯罪的构成要件，其法定最低刑为 3 年有期徒刑，不属于“最高刑为三年以下有期徒刑的，可以不予追究”的情形，故完全具备适用刑法第 7 条的条件，应依照我国刑法第 236 条的规定，以强奸罪追究甲的刑事责任。其次，乙的行为完全符合开设赌场罪的构成要件，且可以评价为情节严重，其法定最低刑为 3 年有期徒刑，故完全具备适用刑法第 7 条的条件，应按照我国刑法第 303 条的规定，以开设赌场罪追究乙的刑事责任。

众所周知，刑法第 7 条规定的是积极的属人主义原则，即本国公民在国外犯罪的（国民的国外犯），应适用本国刑法（本文以下所称属人主义，均指积极的属人主义）。刑法处罚国民的国外犯的根据是什么？对此，刑法理论上主要有代理处罚说与忠诚义务说。

代理处罚说（国家间防止犯罪的连带性说）以国际协同思想为根据，认为本国公民在国外，也应作为该国的“好国民”遵守该国法律；如果违反该国刑法，便应在该国受刑罚处罚。“如果没受处罚就回国时，该国便要求我国‘引渡犯罪人’。但是，如果实行引渡，在诉讼程序、刑罚执行以及其他方面，可能对行为人产生不利。因此，一方面采取‘本国国民不引渡的原则’，另一方面代替引渡请求国，暂且适用我国刑法予以处罚。”代理处罚说引申的做法是有限制的属人主义，即以本国公民在外国的行为触犯了外国刑法为前提，否则没有替代处罚的必要。显然，根据代理处罚说，我国司法机关不应追究例一中甲与例二中乙的刑事责任。换言之，代理处罚说不能为我国司法机关追究甲与乙的刑事责任提供理论根据，也不能为刑法第 7 条的字面含义提供理论根据。

能够为我国司法机关追究甲、乙的刑事责任提供理论根据的是忠诚义务说。忠诚义务说以国家固有的刑罚权为根据，认为本国公民即使身处国外，也负有遵守祖国法律的忠诚义务，应以本国刑法为其行为准则。所以，如果本国公民在国外违反了本国刑法，也应受本国刑法的处罚。要求本国公民在外国也忠诚祖国的刑法，是祖国对身处国外的本国公民也予以保护的反面（gegenst ück），这是中世纪以来就存在的一种学说。显然，忠诚义务说完全以国家利益为根据。不可否认的是，“这种观点的背后也有预防的理由，即如果这样的违反者，回国后不予处罚而放任不管，就有可能再反复实施相同的犯罪。”例如，法国刑法第 113-6 条规定：“法国人在法国领域外实行的任何重罪，适用法国刑法。法国人在法国领域外实行的轻罪，如此种行为受其实施地国家之法律惩处，适用法国刑法。”这一规定与我国刑法第 7 条的规定有相似之处。法国刑法理论提供的理由是：“从先验的角度看，法国法律不应当具有管辖在共和国领域外实行的犯罪的使命，因为法国的社会秩序并未受到此种犯罪的危害。如果犯罪行为人是法国人，情况则另当别论，因为行为人在其返回以后仍有可能表现出这种恶行。”

与忠诚义务说相一致的是国家利益符合说。此说认为，处罚本国公民在国外的犯罪，符合本

当然，如果以乙的行为发生在外国，因而不能评价为“情节严重”则是另一回事，不影响本文对类似问题的讨论。

〔日〕平野龙一：《刑法总论》，有斐阁 1975 年版，第 437 页。

Oehler, Internationales Strafrecht, 2. Aufl., Carl Heymanns Verlag KG 1983, S. 456.

〔法〕卡斯东·斯特法尼克：《法国刑法总论精义》，罗结珍译，中国政法大学出版社 1998 年版，第 178 页。

国利益。其一，“拥有善良臣民对于国家至关重要”（*Interst civitatis habere bonos subditos.*）。本国公民在国外犯罪，表明其并不善良，故有必要通过刑罚处罚使其成为善良臣民。其二，如果本国公民在国外犯罪后回国，而本国不予处罚，本国就成为在外国犯罪的本国公民的避难所。其三，本国公民在国外犯罪后适用本国刑法，有利于唤醒其规范意识，使其在本国不触犯刑法，从而维护本国的法秩序。显然，这种国家利益符合说与上述忠诚义务说基本上只是表述不同，实质上均着眼于国家利益，而不注重对行为人自由的保障，故没有本质区别（以下将国家利益符合说并入忠诚义务说中展开讨论）。

根据忠诚义务说，只要行为主体是本国公民，即使身处国外，只要其行为违反了本国刑法，不管是否侵犯了本国刑法所保护的法益，无论国外刑法是否将该行为规定为犯罪，都应当适用本国刑法。换言之，对于国民的国外犯，按照犯罪地的法律不受处罚的，也不除外，所以，忠诚义务说引申的做法是无限制的属人主义。根据忠诚义务说，例一中的甲与例二中的乙没有忠诚我国刑法，故应受我国刑法处罚。这一结论刚好与我国刑法第 7 条的字面含义相吻合。但是，忠诚义务说存在诸多缺陷，不能认为我国刑法第 7 条采取了忠诚义务说。

第一，忠诚义务说强调国民对国家的忠诚，主张本国公民不管身居何国，都必须效忠母国，具有遵守本国刑法的义务。然而，这是权威主义国家观与权威刑法的观点。

迄今为止的国家论，可细分为五种学说：其一，国家并不是个人的单纯的总和，而是具有超越个人的最高价值的共同体，因而可以要求个人为了国家而献身；其二，国家虽然不是个人单纯的总和，而是具有自身的价值，但国家必须既尊重个人，又重视其共同性；其三，国家是为了全体成员生活利益而存在的工具，是全体成员共同事务的处理者；其四，国家是统治阶级进行阶级统治的工具；其五，国家是君主的家、君主的所有物。严格地说，只有第一、五种国家观无条件要求国民对国家负担忠诚义务。但在当今时代“国家只不过是为了国民而存在的机构，是为了增进国民的福利才存在的。”换言之，“社会团体之所以长久存在，乃是为了它的成员的利益，而不是为了对他们的惩罚。国家本身就是这样的团体。”人们通常将法益分为国家法益、社会法益与个人法益，但这是就眼前而言，事实上它们最终都是人的法益。换言之，国家法益、社会法益都是可以还原为个人法益的，不应存在不能还原为个人法益的所谓国家法益、社会法益。我们经常可以看到，一个国家为了一个国民的生命、身体等法益而不惜与另一国家发生各种冲突，这是“国家为国民而存在”的最好证明。我国宪法明文肯定“人民掌握了国家的权力，成为国家的主人”（宪法序言第 5 自然段），这是对权威主义国家观的彻底否定。既然如此，我们就不能认为国家具有超越人民的价值，否则便与我国宪法精神相冲突。概言之，在依法治国的民主体制下，“刑法规范只能遵循保障公民在维护人权前提下和平自由的共处目的”，而不能以侵犯国民自由为代价维护国家权威。

权威刑法（*Autoritäres Strafrecht*）是与自由刑法（*Liberales Strafrecht*）相对立的刑法。“权威刑法基于全体主义的立场，以刑法保护国家或者全体的权力，极度限制个人的自由，使刑罚严厉化，使国家权力成为可视物，特别强调死刑的重要性。”权威刑法要求本国公民无条件地服从本国刑法。但是，当今的刑法都不是权威刑法，而是自由刑法。“尽管在历史上刑法和刑罚的根据不断地得到启蒙的理性法思想的合法化，而这种思想是民主国家形式的基础。根据社会契约的

[日] 森下忠：《刑法适用法の理论》，成文堂 2005 年版，第 119 页。

[日] 仓秀夫：《法哲学讲义》，东京大学出版社 2002 年版，第 209 页以下。

[日] 前田雅英：《刑法各论讲义》，东京大学出版社 1995 年版，第 476 页。

[英] 柏克：《法国革命史》，何兆武、许振洲、彭刚译，商务印书馆 1998 年版，第 184 页。

参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社 2003 年修订版，第 240 页以下。

[德] 克劳斯·罗克信：《刑法的任务不是法益保护吗？》，载陈兴良主编《刑事法评论》第 19 卷，北京大学出版社 2007 年版，第 151 页。

[日] 木村龟二：《刑法总论》，有斐阁 1978 年增补版，第 73 页。

思想理念，只是为了达到自由与和平的共同生活必要的时候，并且这种生活在程度上只是不能通过其他更轻的手段达到时，作为国家权力所有者的公民才把如此之多的刑法干预权转让给了立法者。这种理念的思想背景是，国家的干预权和公民的自由必须达到平衡，这种平衡提供个人尽可能必要的国家保护，同时又给予尽可能多的个人自由。我们启蒙——自由主义的这个传统目标绝没有过时，而必须总是日久弥新地、不断地抵御各个领域限制自由的趋势。”换言之，刑法虽然处罚侵犯法益的犯罪行为，从而保护法益，但同时通过罪刑法定原则、罪刑相适应原则的贯彻，保障行为人的自由。在保护法益与保障自由相冲突的情况下，需要寻求一种平衡，而不是使公民的自由一概绝对地服从国家的干预权。在行为人虽然侵犯了法益，但可以通过其他轻微的干预手段即可实现保护法益的目的时，就不能以刑法保护该法益；倘若行为没有侵犯法益，则必须绝对保障行为人的自由。在例一与例二中，甲与乙的行为既没有侵犯我国刑法所保护的法益，也没有侵犯国外刑法所保护的法益。既然如此，就没有理由对甲与乙的行为适用我国刑法追究其刑事责任。

第二，忠诚义务说导致无限制的属人主义，其结论不具有现实合理性。

当今世界，国界已成为相对的概念，本国大量公民长期生活在国外，已是相当普遍的事实。国家让本国一切公民在任何地方都遵守、忠诚本国刑法的观念，明显缺乏现实可能性。从一般层面来说，那些出生、成长在国外的中国公民，以及长期生活在国外的中国公民，根本不可能在国外也完全遵守中国刑法。从具体层面来说，要求身处国外的中国公民同时遵守外国刑法与中国刑法，不仅不现实，而且会侵害中国公民在国外应当享有的权益。

例三：我国刑法第 154 条规定：“下列走私行为，根据本节规定构成犯罪的，依照本法第一百五十三条的规定定罪处罚：（一）未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将批准进口的来料加工、来件装配、补偿贸易的原材料、零件、制成品、设备等保税货物，在境内销售牟利的；（二）未经海关许可并且未补缴应缴税额，擅自将特定减税、免税进口的货物、物品，在境内销售牟利的。”中国公民丙生活在 A 国，A 国允许将免税进口的货物、物品在其境内销售，毋需征得任何国家机关批准。显然，一方面，倘若丙意欲将其免税进口的货物、物品在 A 国境内销售牟利时，我国没有丝毫理由要求丙征得 A 国海关的许可并补缴应缴税额，更没有理由要求丙征得我国海关的许可并补缴应缴税额。另一方面，如果我国禁止丙在 A 国实施上述行为，则剥夺了丙在 A 国享有的合法权益。事实上，存在许多类似情形，即某种行为在我国需要征得国家机关的批准，否则成立犯罪，但在外国不需要征得国家机关的批准。倘若采取忠诚义务说，要求身处国外的中国公民在实施这类行为时，必须征得外国国家机关或者中国国家机关的批准，必然贻笑大方。

无限制的属人主义在事实上也难以贯彻落实。例如，倘若例一中的甲在日本与已满 13 周岁不满 14 周岁的日本籍 X 女自愿发生性交后，仍生活在日本时，即使中国政府以甲触犯强奸罪为由，要求日本政府引渡甲，日本政府也不会同意引渡。因为引渡有一个前提。“这个前提也被称为‘双重犯罪化原则（*principio della doppia criminalizzazione*）’或‘行为被双方规定为犯罪原则（*principio della previsione bilaterale del fatto come reato*）’。这个前提是引渡制度存在之基础的反映，作为国际合作的一种形式，引渡国之间必须有一个共同的基础，这个基础就是两国的法律对犯罪的规定有共同的认识。所谓共同的认识并不指两国的法律对犯罪的规定必须完全一样，不论是 *nomen juris*（罪名）或是法定刑，都允许存在差异。但都规定‘为犯罪’，除了意味着行为必须同时符合两国立法规定的犯罪构成外，还意味着不存在使行为正当化的理由或者排除行为人罪过的原因

[德] 克劳斯·罗克信：《刑法的任务不是法益保护吗》，载陈兴良主编《刑事法评论》第 19 卷，北京大学出版社 2007 年版，第 150 - 151 页。

等足以消除所有刑法后果的情况。”然而，根据双重犯罪原则，只有当甲的行为在日本也是犯罪时，日本才有可能引渡甲。不难看出，在应当尊重国家主权和必须遵守国际法的今天，无限制的属人主义已经走投无路。

第三，认为本国公民在国外实施本国刑法规定的犯罪后，若不受处罚就会在回国后犯罪，是忠诚义务说的重要理由。但是，这一理由并不成立。

一般公民都具有一定的规范意识。我们完全有理由相信，例一中的甲之所以在日本与已满 13 周岁不满 14 周岁的日本籍 X 女自愿发生性交，是因为他知道该行为并不构成犯罪。当他回国后，因为知道与不满 14 周岁的中国幼女自愿发生性交构成犯罪，便不会实施该行为。例二中的乙之所以在摩纳哥开设赌场，也是因为他知道其行为并不构成犯罪。当他回国后，因为知道在国内开设赌场是犯罪，他便不会开设赌场。对例三中的丙，也可以得出相同结论。换言之，我们没有理由认为，中国公民甲在日本与已满 13 周岁不满 14 周岁的日本籍 X 女自愿发生性交没有受到刑罚处罚，其回国也会与不满 14 周岁的幼女发生性交。没有理由认为，中国公民乙在摩纳哥国开设赌场没有受到刑罚处罚，其回国后也会继续开设赌场。“想当然”地认为甲、乙、丙回国后会实施相同的行为，是没有任何根据的“先验论”。而且，这种理由的背后，依然是权威刑法的观念。

第四，避免本国成为本国公民在外国犯罪后的避难所，是理所当然的。但这一点不能成为忠诚义务说的理由。

如果中国公民身处外国时并没有触犯外国刑法，外国司法机关并不追究中国公民的刑事责任。即使中国公民仍然身处外国，外国司法机关也不可能适用中国刑法追究其刑事责任。既然如此，在中国公民回国后，即使中国司法机关不追究其刑事责任，外国政府与民众也不可能认为中国成为本国公民在外国犯罪后的避难所。换言之，有理由认为，即使例一至例三中的甲、乙、丙回国后，中国司法机关不适用中国刑法追究其刑事责任，任何外国政府与民众都不可能据此认为中国成为本国公民在外国犯罪后的避难所。相反，只有当中国公民在外国触犯了外国刑法构成犯罪回到本国，中国不予处罚时，外国政府与民众才会认为中国成为本国公民在外国犯罪后的避难所。所以，避免本国成为本国公民在外国犯罪后的避难所，是以本国公民的行为触犯外国刑法为前提的，而忠诚义务说不以本国公民的行为触犯外国刑法为前提。

第五，我国刑法第 7 条所规定的属人主义，也并非无限制的属人主义。

忠诚义务说所导致的是无限制的属人主义，即我国公民在外国所实施的行为，只要触犯我国刑法的，均应适用我国刑法。但是，我国刑法第 7 条规定：“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。”这表明，我国刑法采取的是有限制的属人主义，而没有采取无限制的属人主义。这从一个角度说明了我国刑法并没有采取忠诚义务说。

第六，忠诚义务说不利于处理新国民犯罪现象。

当今世界，改变国籍的现象已相当普遍，于是新国民不断增加。即原本是他国国民，现在成为本国国民的现象并不罕见。然而，忠诚义务说不利于处理新国民原本的犯罪问题。

例四：丁原本为外国人，取得我国国籍后（新国民），发现其以前在国外曾经犯罪（符合双重犯罪原则），并且没有超过追诉时效的，应如何处理？根据忠诚义务说，对丁不能适用我国刑法，因为新国民在行为当时并不负有忠诚我国刑法的义务。但是，这种做法会形成处罚的空隙，其结论也难以被人接受。根据代理处罚说，对丁能够适用我国刑法。所以，对于我国刑法第 7 条中的“中华人民共和国公民”，不必限定为“行为时的中华人民共和国公民”，而是可以解释为“裁判时的中华人民共和国公民”，故对丁的行为应适用我国刑法。

[意] 杜里奥·帕多瓦尼：《意大利刑法学原理》，陈忠林译，法律出版社 1998 年版，第 60 - 61 页。  
参见张明楷《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第 68 页。

第七，忠诚义务说不符合我国刑法的任务与犯罪的本质，按照忠诚义务说作出的处理结论，不可能令人满意。

刑法第 2 条规定：“中华人民共和国刑法的任务，是用刑罚同一切犯罪行为作斗争，以保卫国家安全，保卫人民民主专政的政权和社会主义制度，保护国有财产和劳动群众集体所有的财产，保护公民私人所有的财产，保护公民的人身权利、民主权利和其他权利，维护社会秩序、经济秩序，保障社会主义建设事业的顺利进行。”据此，刑法的任务是保护法益。根据刑法第 13 条的规定，犯罪的本质是侵犯法益。一方面，在中国公民的行为既没有侵犯外国刑法保护的法益，也没有侵犯我国刑法保护的法益的情况下，没有理由根据忠诚义务说适用我国刑法。在例一中，中国公民甲在日本与已满 13 周岁不满 14 周岁的日本籍 X 女自愿发生性交的行为，在日本也不被认为侵犯了其刑法保护的法益，日本的司法机关知道真相后也不可能适用日本刑法追究甲的刑事责任。另一方面，根据刑法第 7 条的规定，法定最低刑为 3 年以下有期徒刑的犯罪，可以不予追究。但是，这并不意味着行为人在国外实施的、法定最高刑为 3 年以上有期徒刑的行为，必然侵犯了我国刑法所保护的法益。在例一中，甲的行为也不可能危害我国的国家主权、领土完整和安全，不可能分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，不可能破坏社会秩序和经济秩序，不可能侵犯国有财产、劳动群众集体所有的财产与公民私人所有的财产，更没有侵犯我国公民的人身权利、民主权利和其他权利。既然如此，我国刑法就没有必要保护连日本刑法都不保护的日本国民的法益。对于例二中的乙与例三中的丙，都可以得出相同的结论。

由上可见，忠诚义务说存在重大缺陷，属人主义也存在缺陷，无限制的属人主义更是存在缺陷。正因为如此，属人主义在各国刑法中都受到了一定限制（犯罪性质的限制、法定刑的限制、行为地法律亦受处罚的限制等）。例如，“美国法基本上只采取属地主义，而不承认属人主义”；德国刑法第 5 条至第 7 条则将属人主义与保护主义相结合；瑞士刑法第 6 条规定的属人主义以行为在行为地也被认为是犯罪、行为人在瑞士或者被引渡到瑞士为前提。

### 三、国家对国民的保护

如前所述，国家为国民而存在，国家为了保护国民而存在。刑法所具有的法益保护机能与自由保障机能，也说明了这一点。一方面，刑法具有保护法益不受犯罪侵害与威胁的机能。犯罪是侵害或威胁法益的行为，刑法禁止和惩罚犯罪，就保护了法益。虽然刑法不仅保护国民的法益，而且保护国家法益与社会法益，但对后者的保护最终也是为了保护国民的法益。另一方面，刑法具有保障国民个人的人权不受国家刑罚权不当侵害的机能。在国民的行为没有侵犯法益的情况下，刑法保障国民的自由不受国家刑罚的干预；在国民的行为侵犯了法益构成犯罪的情况下，刑法要保护犯罪的国民仅受刑法之内的制裁，而不受法外的制裁。在此意义上说，刑法是保护国民的法律。

在刑法的适用效力上，与其他国家的法律一样，我国刑法与相关法律也注重对国民的保护，其中的国民便包括了具有中华人民共和国国籍的“犯罪人”。

例如，我国刑法采取了有限制的保护主义。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；但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”这一规定，显然是为了保护我国的国家利益与国民利益。在外国人于国外实施的行为侵犯了我国的国家利益或者国民利益时，以保护我国的国家利益与国民利益为任务的我国刑法。另一方面，在适用范围上不仅有法定刑的要求，而且

参见张明楷《法益初论》，中国政法大学出版社 2003 年修订版，第 269 页以下。

[日]平野龙一：《刑法总论 II》，有斐阁 1975 年版，第 437 页。

参见张明楷《法益初论》，中国政法大学出版社 2003 年修订版，第 305 页以下。

设置了“按照犯罪地的法律不受处罚的除外”的但书规定。这又表明，不能要求一个人在任何地方遵守一切国家的法律，否则便不当限制了国民的自由。既然如此，当中国公民身处国外时，也不能要求其在遵守外国刑法的同时，也一概遵守我国的刑法。

又如，关于外国刑事判决的效力，许多国家采取了积极承认的态度，即在本国具有刑事管辖权的行为，受到外国确定的有罪判决时，将该犯人移至本国后，执行外国所确定的有罪判决；如果犯罪人在外国已将确定的刑罚执行完毕，或者外国法院虽宣告有罪但免除刑罚，或者对行为人做出无罪判决，则本国不再追诉。采取积极承认的理由是，既然进行国际协作，承认普遍管辖原则，就没有必要对在外国已经受过刑罚处罚的人再发动刑罚权；为了尊重外国刑事立法与司法，为了使犯罪人顺利地重返社会，必须避免使犯罪人受到双重处罚，故应实行积极承认。从现实上看，随着国际交往的增进，国际性犯罪不断增加，犯罪人常常出现在犯罪地以外的国家，有关证据也往往见之于犯罪地以外的国家，犯罪地国难以对居住在他国的犯罪人执行刑罚，这些事实也要求实行积极承认。应当认为，积极承认有利于保障被告人的自由。我国刑法虽然没有实行积极承认，但也并没有完全不承认。刑法第 10 条规定：“凡在中华人民共和国领域外犯罪，依照本法应当负刑事责任的，虽然经过外国审判，仍然可以依照本法追究；但是在外国已经受过刑罚处罚的，可以免除或者减轻处罚。”这一规定所采取的便是消极承认的做法，即外国确定的刑事判决不制约本国刑罚权的实现，即不管外国确定的是有罪判决还是无罪判决，对同一行为本国可行使审判权，但对外国判决及刑罚执行的事实，给予考虑。我国刑法理论的通说认为，作为一个独立自主的国家，理当不受外国判决效力的约束；但同时又要照顾实际情况，考虑行为人在外国已经受刑罚执行的事实。不难看出，消极承认既强调国家主权原则，又反映出刑法对国家与国民利益的保护态度。因为当中国公民或者外国人在外国对我国国家或者公民实施了犯罪行为时，即使其在外国受到了刑罚处罚也适用我国刑法，正是为了保护我国国家与国民利益。另一方面，消极承认也充分考虑行为人在国外受到刑罚处罚的事实，事实上也能够避免双重处罚，从而保障行为人的自由。

再如，我国法律坚持引渡时的双重犯罪原则，并实行本国公民不引渡的原则。我国《引渡法》第 7 条第 1 项规定：“引渡请求所指的行为，依照中华人民共和国法律和请求国法律均构成犯罪。”倘若请求国要求引渡的人所实施的行为，并不被我国刑法规定为犯罪，我国就不能引渡。这一原则，反过来间接说明了不以双重犯罪为原则的无限制的属人主义，不具有可行性。至于本国公民不引渡的原则，便更直接地表明了刑法对国民的保护。之所以不引渡本国公民，其中的重要理由之一是，“因为担心将本国人一旦移交给请求国，该本国人在请求国就处于外国人的地位，其在请求国被追诉和受处罚的过程中会面临一系列困难，容易遭受不公正的审判和处罚。”我国《引渡法》第 8 条第 1 项规定：“根据中华人民共和国法律，被请求人具有中华人民共和国国籍的”，应当拒绝引渡。显然，这一规定也旨在保护具有中华人民共和国国籍的“犯罪人”。

由上可见，刑法关于犯罪与刑罚的规定，以及刑法关于适用范围的规定，其核心都是为了保护本国国家与国民的法益。由于法益的表现形式主要存在于本国领域内，法秩序首先是指本国领域的法秩序，故各国刑法在适用范围上所采取的基本原则是属地主义。即发生在本国领域内的犯罪，均适用本国刑法。而属人主义，只是属地主义的补充与例外。换言之，属人主义是为了弥补属地主义的不足。例如，德国 1871 年的刑法典，仅对极少数例外情况采取属人主义。但纳粹

参见〔日〕町野朔《刑法总论讲义案》，信山社 1995 年版，第 106 页。

参见〔日〕森下忠《国际刑法の动向》，成文堂 1977 年版，第 199 页。

贾宇：《国际刑法学》，中国政法大学出版社 2004 年版，第 398 页。

从国家主权寻找属地主义的根据，也是没有疑问的。但既然是刑法的适用范围，从与刑法的任务和犯罪的本质相联系的角度寻找属地主义的根据，具有合理性。

H.Jescheck/ T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 169.

政府为了将独裁统治延伸到国外的德国人，而于 1940 年将属人主义扩展到所有犯罪。然而，任何生活在国外的人都有权适应当地的法秩序。于是，德国现行刑法回到了属地主义，仅在极个别情况下保留适用属人主义。再如，“普通法以属地主义为基本的大原则，只是在极为例外的场合补充性地采取属人主义。”我国刑法第 6 条首先规定了属地主义，其后的条文才分别规定了属人主义、保护主义与世界主义，这也表明，属地主义是我国刑法适用的基本原则。概言之，作为刑法适用法的基本原则的属地主义，其核心是保护本国国家与国民的法益。既然如此，作为对属地主义的补充，属人主义也不能脱离对本国国家与国民法益的保护。

#### 四、解决的途径

由上可见，仅从字面意义理解和适用刑法第 7 条，对例一与例二中的甲、乙适用我国刑法以强奸罪、赌博罪追究刑事责任，在理论上与实践上都是不合适的。

笔者认为，对于现行刑法第 7 条的理解与适用，应当以下述两个原则为指导：其一是国家对国民的保护，其二是国际协同。刑法在国外的适用受到国际法的制约。在尊重国家主权和遵从国际法的今天，不承认一个国家对发生在任何地方的任何犯罪都有行使刑罚权的权力，特别不允许为了行使刑罚权而侵害他国主权。刑法适用法历来被认为是国际刑法，刑法在空间上的适用范围，就必须服从国际法的原则。上述制约刑法在空间上的适用范围的国际法原则，就是国家自己保护与国际协同。当行为与本国具有场所的、人的、物的关系，侵犯了本国或其国民的利益时，才有适用本国刑法的权力。另一方面，防止犯罪和保障犯罪人的权利，是现代国际社会所共同关心的事项，是各国在刑事司法活动中相互协力所追求的目标。基于国际协同原则的要求，在一定条件下，一国对于与本国没有直接关系的国际犯罪，也可能行使管辖权。

从属人主义的发展来看，也应如此。属人主义，在历史上曾是国际刑法的最初联结点。因为根据古代法的见解，人的法律状态由其出身（种属）决定并且永远受其拘束（leges ossibus inhaerent）。属人主义强调个人受国家的拘束，因而迎合了权威主义的国家思想。权威主义的国家思想被摒弃后，属人主义仍然保留。这是因为当今的属人主义主要是以国际间的连带思想为基础的，即犯罪人的祖国，不允许其国民在国外犯罪后不受处罚地回到祖国。即使如此，属人主义也受到了限制，只是属地主义的补充。显然，当今各国的属人主义，基本上是以行为在行为地也是犯罪为前提的，否则不存在所谓国际间的连带问题。

一方面，虽然人们可能难以接受代理处罚说，但代理处罚说的内容与实质具有合理性。换言之，在笔者看来，人们之所以难以接受代理处罚说，是因为“代理处罚”的表述不当，而不是因为其内容存在缺陷。如果将代理处罚说表述为“国家间防止犯罪的连带性说”，或许很容易被人接受。不过，无论是否承认代理处罚说，应当肯定的是，国家必须保护国民，其中的国民既包括一般国民，也包括“犯罪”的国民。所以，当中国公民在外国的行为，既触犯了外国刑法，也触犯了我国刑法时，基于国际协同主义的思想，对中国公民可以适用我国刑法。当中国公民回国后，不将中国公民引渡到国外，而直接适用中国刑法定罪量刑，既是为了保障中国籍行为人的合法权益，避免其在国外受到不公正的处罚；也是为了间接保护中国的国家利益与国民利益。因为

参见〔德〕冈特·施特拉腾韦特、洛塔尔·库伦《刑法总论 I——犯罪论》，杨萌译，法律出版社 2006 年版，第 169 页。

参见〔日〕森下忠《刑法适用法の理论》，成文堂 2005 年版，第 56 页。

参见〔日〕町野朔《刑法总论讲义案》，信山社 1995 年版，第 91 页以下。

瑞士刑法第 6 条不仅对属人主义进行了限制，而且规定“如果行为地法律对行为人的处罚较轻的，适用行为地的法律”（属人主义中的“轻法原则”），这是代理处罚说的典型立法例。“轻法原则”源于普鲁士邦法，是基于正义与衡平的观念而得到认可的。因为属人主义具有代理处罚的性质，如果犯人没有回国而被犯罪地国抓获，或者犯人回国后将犯人引渡到犯罪地国，无疑由犯罪地国适用犯罪地国的法律；但在犯人回国后没有将犯人引渡到犯罪地国的情况下，如果本国的法律重于犯罪地国的法律，而依然适用本国的法律，便对犯人不公。所以，如果犯罪地国的法律处罚较轻，本国便适用犯罪地国的法律，而不适用本国法律。这一见解在国际上得到了广泛认同（参见〔日〕森下忠《刑法适用法の理论》，成文堂 2005 年版，第 127 页）。显然，属人主义中的“轻法原则”是着眼于对国民的国外犯的保护。



根据国际协同原则，在不引渡本国犯人的情况下就必须起诉本国犯人（或引渡或起诉原则）。于是，当外国人在我国犯罪后回国，其行为不仅侵犯我国的国家利益或者国民利益，而且也触犯了该外国刑法时，该外国便适用其刑法对行为人定罪量刑，这就保护了我国的国家利益与国民利益。

另一方面，作为主权国家，我国的刑法必须保护我国的国家利益与国民利益。当中国公民在外国的行为，虽然触犯了我国刑法的规定，但既为外国刑法所允许，也没有侵犯我国的国家利益与国民利益时，就不应适用我国刑法。其一，该行为没有侵犯我国的国家利益与国民利益，故不存在为了保护国家与国民利益而追究行为人刑事责任的问题。其二，该行为在外国并不构成犯罪，不存在为了国际协同而追究行为人刑事责任的问题。

由此看来，将属人主义与保护主义有机结合，是贯彻国家自己保护与国际协同原则的最好办法。德国刑法正是如此。德国刑法第 5 条与第 6 条均规定：“德国刑法与行为地的法律无关，适用于在国外所实施的下列行为……”。表面上看，即便行为地的法律不认为是犯罪，但也适用德国刑法。但事实上并非如此。德国刑法第 5 条所规定的是“针对国内法益的国外行为”，第 6 条所规定的是“针对国际法所保护的法益的国外行为”。换言之，德国刑法第 5 条与第 6 条并不是以行为人的国籍为标准的，而是以行为是否侵犯了德国的国内法益与国际法所保护的法益为标准的。可以认为，德国刑法第 5 条与第 6 条所采取的基本上是保护主义，其中的部分规定（如第 5 条的第 3 项 a、第 5 项 b、第 8 项、第 9 项、第 12 项）则是保护主义与属人主义的结合。德国刑法第 7 条第 1 款规定了保护主义，第 2 款规定了积极的属人主义，但两款均规定了适用德国刑法的前提，即不管是外国公民还是德国公民，其在国外所实施的刑法第 5 条与第 6 条规定之外的行为，要么被行为地的法律规定为犯罪，要么该行为在行为地不处于任何刑罚权之下时，才可能适用德国刑法。这也体现了属人主义与保护主义的有机结合。现在要讨论的问题是为什么现行刑法没有像旧刑法第 5 条那样，设置“按照犯罪地的法律不受处罚的除外”的但书规定？换言之，为什么现行刑法修改旧刑法关于属人主义的规定？考察这一问题也有利于得出合理结论。

旧刑法第 4 条规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯下列各罪的，适用本法：（一）反革命罪；（二）伪造国家货币罪（第一百二十二条），伪造有价证券罪（第一百二十三条）；（三）贪污罪（第一百五十五条），受贿罪（第一百八十五条），泄露国家机密罪（第一百八十六条）；（四）冒充国家工作人员招摇撞骗罪（第一百六十六条），伪造公文、证件、印章罪（第一百六十七条）。”本条虽然规定的是属人主义，但由于其规定的犯罪都是危害我国国家安全与国家利益的犯罪，所以，即使按照行为地的法律不受处罚，也应适用我国法律。显然，该条实际上是属人主义与国家保护主义的结合。旧刑法第 5 条规定：“中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外犯前条以外的罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，也适用本法；但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。”据此，中国公民在国外所实施的行为，虽然被旧刑法规定为严重犯罪，但只要行为地的法律没有将该行为规定为犯罪，那么，行为就不受刑罚处罚。但是，这一规定具有缺陷，即当中国公民在国外实施了侵犯中国国民利益的犯罪行为时，如果外国刑法没有将这种行为规定为犯罪，便不能适用中国刑法追究行为人的刑事责任。这便不利于保护中国国民的利益。由此可见，现行刑法删除旧刑法第 5 条关于“按照犯罪地的法律不受处罚的除外”的但书规定，是为了更好地保护中国国家与国民利益。现行刑法第 7 条第 2 款，更明显地表明其规定的属人主义是为了保护国家利益。既然如此，我们就需要以保护中国国家与国民利益为出发点，理解和适用刑法第 7 条。

根据以上讨论的原则与原理，可以就本文的例一与例二得出如下结论：对于甲与乙的行为不应适用中国刑法追究刑事责任。但这只是从理论上得出的结论，问题是，如何在解释论上使刑法

但是，删除“按照犯罪地的法律不受处罚的除外”的但书规定后，便产生了本文所讨论的问题。

第 7 条符合上述结论。

倘若以例一与例二中的甲与乙缺乏违法性认识的可能性为由，不追究甲与乙的刑事责任，或许具有一定的说服力。刑法通过对法益侵害行为的预告、制裁，使国民产生不犯罪的动机（对犯罪产生反对动机），只有当国民能够产生不犯罪的动机，即只有当国民在行为的当时可以选择其他合法行为而不实施违法行为时，对犯罪的预防才是有效的。反之，如果国民在行为的当时不可能选择其他合法行为，而对其给予法的非难，国民就只是因为运气不佳、命运不好而受到处罚。这不仅违背国民的法感情，而且不能实现刑罚的目的。一方面，具有违法性认识的可能性时，才能产生遵从法的动机，才具有非难可能性；对于不可能知道自己的行为被法律禁止的人，不能从法律上要求他放弃该行为，因而不能追究其责任。唯有如此，才能保障行为人的行动自由。另一方面，刑法具有不完整性，且实行罪刑法定原则，侵犯法益的行为并不一定被刑法规定为犯罪。因此，即使行为人认识到自己的行为侵犯了某种法益，但合理地相信自己的行为并不被刑法所禁止时，即违法性的错误不可回避时，就不具有非难可能性。这一道理，不仅适用于故意犯，也适用于过失犯。换言之，违法性认识的可能性，是独立于故意、过失之外的，故意犯与过失犯共同的责任要素；缺乏违法性认识的可能性时，便阻却责任。当身处国外的中国公民，明知自己的行为在国外是合法的，却不知道也不可能知道其行为违反中国刑法时，当然能够以行为人缺乏违法性认识的可能性为由，不追究其刑事责任。

但是，违法性认识可能性的解决途径存在局限性。其一，当身处国外的中国公民明知自己在国外的行为不违反国外刑法却违反中国刑法时，不能认为其缺乏违法性认识的可能性，因而仍然必须追究其刑事责任。但如此所述，这是不合理的。例如，在例一中，倘若甲明知自己在日本与已满 13 周岁不满 14 周岁的日本籍 X 女自愿发生性交的行为，并不违反日本刑法但违反中国刑法第 236 条时，不可能以其缺乏违法性认识的可能性为由不追究刑事责任。因为甲不仅具有违法性认识的可能性，而且现实地认识到了其行为的违法性。其二，本文所讨论的例一、例二及其类似问题，属于刑法适用范围问题，或者说是如何理解和适用属人主义的问题，而违法性认识的可能性不可能解决属人主义问题。概言之，属于刑法适用范围的属人主义问题，只能在刑法适用法的范围内解决。

如前所述，刑法适用法所必须遵循的原则是国家自我保护与国际协同，属人主义应当与保护主义相结合，故笔者主张，对刑法第 7 条的规定应当分清两种情形采取不同的解决途径：

第一种情形，当中国公民在外国的行为，侵害了中华人民共和国国家或者公民法益时，即使行为地的法律没有规定为犯罪，也应适用我国刑法第 7 条，追究行为人的刑事责任（当然，法定最高刑为 3 年以下有期徒刑的，可以不予追究）。换言之，当中国公民在外国实施的行为侵犯了我国国家或者公民法益时，按照刑法第 7 条的字面含义理解和适用即可（对刑法第 7 条进行文理解释即可）。因为此时不只是采取了属人主义，而且同时采用了保护主义。

例五：中国公民戊与中国公民 Y 女（已满 13 周岁不满 14 周岁）一同去日本旅游，在此期间，戊与 Y 女自愿发生了性交。中国司法机关应当适用刑法第 7 条，对戊以强奸罪追究刑事责任。显然，这是属人主义与保护主义的结合。

第二种情形，当中国公民在外国的行为，并未侵犯中华人民共和国国家与公民法益时，如果行为地的法律没有规定为犯罪，就应当类推适用刑法第 8 条的但书规定（“但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外”），即不应适用我国刑法第 7 条。换言之，当中国公民在外国实施的行为没有侵犯我国国家或者公民法益时，不能按照刑法第 7 条的字面含义理解和适用，而应进行论理解释，将刑法第 8 条的但书规定类推适用于刑法第 7 条，使“按照犯罪地的法律不受处罚”成为适

参见〔日〕西田典之《刑法总论》，弘文堂 2006 年版，第 191 页。

参见张明楷《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第 266 页以下。

用我国刑法第 7 条的前提条件。例如，前述例一、例二中的甲与乙的行为，虽然触犯了我国刑法，但因为并没有侵犯我国的国家与公民法益，其行为也没有被行为地的法律规定为犯罪，故应当类推适用刑法第 8 条的但书规定，不适用我国刑法，不以强奸罪、赌博罪追究甲、乙的刑事责任。这里有必要对类推适用第 8 条的观点作三点说明：

其一，禁止类推原本只是从罪刑法定主义的形式侧面提出的要求，意在禁止对刑法做出任何类推解释与类推适用。但是，如果同时从形式法治与实质法治出发，对类推应当作两个方面的补充与发展。一方面，不仅应禁止类推解释，而且应禁止一切违反民主主义、违反预测可能性的不合理的解释。另一方面，禁止类推的要求经历了由禁止一切类推到只是禁止不利于被告人的类推的过程。之所以允许有利于被告人的类推，是因为刑法中存在一些有利于被告人的规定；而这些规定因为文字表述以及立法疏漏的缘故，按照其文字含义适用时会造成不公平现象。所以，允许有利于被告人的类推，正是为了克服形式侧面的缺陷，实现刑法的正义。而在上述第二种情形下类推适用刑法第 8 条的但书规定，正是有利于被告人的类推，故并不违反罪刑法定原则。

其二，就本文所讨论的问题而言，类推适用并不意味着对刑法第 7 条中的某句话、某个用语作类推解释，而是将刑法第 8 条的但书规定，适用于上述第二种情形。这样的类推适用，在国外刑法理论与审判实践上并不少见。例如，德国刑法第 16 条第 1 款规定：“行为人在实施行为时没有认识属于法定构成要件的情况的，不是故意行为。因为过失而实施的可罚性，不受影响。”德国刑法理论现在的通说认为，作为犯罪要素的构成要件，不仅包括客观构成要件，而且包括故意、过失等主观构成要件，但故意的成立只要求认识到属于构成要件的客观情况，而不可能要求行为人认识到自己的主观情况；不仅如此，部分客观情况也不需要行为人认识。所以，刑法第 16 条中的“构成要件”是仅指成立故意所要求认识到的客观的构成要件。这个意义上的构成要件称为错误构成要件（Irrtums Tatbestand）或法律构成要件（Gesetlichen Tatbestand）。这个构成要件是从体系构成要件中分离出来的一部分。正是这个意义上的构成要件具有故意规制机能。问题是，除了法定构成要件以外，行为人没有认识到其他要素时，能否类推适用德国刑法第 16 条第 1 款的规定，认定行为人不是故意行为？德国的通说采取了肯定回答。例如，在行为人没有认识到犯罪目的要素中的客观事实时，没有认识到法定构成要件之外的特别严重情节以及其他量刑情节时，以及假想防卫中没有认识到对方并未进行不法侵害时，会类推适用德国刑法第 16 条第 1 款的规定，认定行为人对没有认识到的事实缺乏犯罪故意。与德国刑法相比，我国刑法可能存在更多的疏漏。所以，我国的刑法理论与司法实践应当善于运用有利于被告人的类推适用方法。

其三，将第 8 条的但书规定类推适用于第 7 条规定的部分情形（即上述第二种情形），也可谓对第 7 条的限制解释。详言之，当中国公民在外国的行为，并不侵犯中华人民共和国国家与公民法益时，我们应当对刑法第 7 条第 1 款附加一个限制条件：按照行为地的法律应受处罚。换言之，刑法第 7 条第 1 款所规定的“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”中的“本法规定之罪”，应当限制解释为“本法规定的侵犯中华人民共和国国家或者公民法益之罪或者按照行为地的法律亦受处罚之罪”。显然，这一限制解释既有利于保护我国国家与公民的法益，也有利于保障行为人的自由，没有侵害国民的预测可能性，因而并不违反罪刑法定原则。

参见高鸿钧等《法治：理念与制度》，中国政法大学出版社 2002 年版，第 639 - 640 页。

Vgl. ,H.Jescheck/ T. Weigend, Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil, 5. Aufl., Duncker & Humblot 1996, S. 291ff.; C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., C. H. Beck 1997, S. 254ff.; K. Kühl, Strafrecht Allgemeiner Teil, 3. Aufl., Verlag Vahlen 2000, S. 67ff.

因为故意的成立条件与认识错误是一个问题的两个方面。

Vgl. ,C. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band I, 3. Aufl., C. H. Beck 1997, S. 427ff.

我国相关的司法解释，也证实了本文上述观点的妥当性。例如，最高人民法院、最高人民检察院 2005 年 5 月 11 日《关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第 3 条指出：“中华人民共和国公民在我国领域外周边地区聚众赌博、开设赌场，以吸引中华人民共和国公民为主要客源，构成赌博罪的，可以依照刑法规定追究刑事责任。”这一妥当的解释正是将属人主义与保护主义相结合的有力例证。本来，按照对刑法第 7 条的文理解释，中国公民在国外开设赌场的，只要情节严重，就应适用中国刑法以犯罪论处。但上述司法解释将“吸引中华人民共和国公民为主要客源”作为适用我国刑法的条件，正是为了保护我国的社会法益。因为我国刑法将赌博罪规定在扰乱公共秩序罪中，赌博罪侵犯的法益是以法律认可的途径（如劳动）取得财产这一国民健全的经济生活方式与秩序。虽然在某种意义上说，聚众赌博、以赌博为业以及开设赌场的行为，也是一种脑力或者体力的活动，但这种活动并不被法律认可，不是一种健全的经济生活方式。相反，赌博行为违反了以法律认可的途径取得财产的健全的经济生活方式与秩序。以吸引中华人民共和国公民为主要客源的开设赌场的行为，正是使我国公民的经济生活方式与秩序遭受破坏的行为。所以，上述规定不只是着眼于属人主义，而是同时考虑了保护主义。此外，上述司法解释第 5 条规定：“组织国家工作人员赴境外赌博的”，以赌博罪论处。这也是属人主义与保护主义的有机结合，具有合理性。

此外，我国有学者意识到了刑法第 7 条字面含义产生的问题，于是提出了修改刑法第 7 条的建议：“我国刑法对主动属人原则的规定，没有采用双重犯罪原则，而直接采用我国刑法规定的犯罪构成来判别对行为人是否应当适用我国刑法。这样规定最明显的缺陷是既不利于保护我国境外公民的合法权益，也有损我国刑法的国际声誉。……因此，建议将《刑法》第 7 条第 1 款修改为：‘中华人民共和国公民在中华人民共和国领域外或在我国登记的船舶或航空器外，犯本法规定之罪的，如果按照犯罪地法律也构成犯罪的，或当犯罪地不属于任何国家或地区时，适用本法，但是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’。”这一立法建议具有一定的合理性。但是，其一，在立法机关还没有修改刑法第 7 条的情况下，需要对第 7 条作出合理解释，否则不能妥当处理司法实践中已经面临的问题。况且，解释刑法是完善刑法的最好途径。“解释紧随法典之后，修正紧随解释之后，这一工作永无尽头。”详言之，刑法完善的路径为，立法机关制定法律后，解释者根据正义理念与文字表述，并联系社会现实解释法律；在许多情况下，为了实现社会正义，解释者不得不对法律用语做出与其字面含义不同的解释；经过一段时间后，立法机关会采纳解释者的意见，修改法律的文字表述，使用更能实现正义理念的文字表述；然后，解释者再根据正义理念与文字表述，联系社会现实解释法律；再重复上面的过程。这种过程循环往复，从而使成文法更加完善，使司法不断地追求和实现正义。所以，解释刑法本身也同样甚至更有利于完善成文刑法，刑法理论应当将重点置于刑法的解释。其二，这一建议存在片面性，即不利于保护我国的国家与公民的法益。换言之，这一建议仅考虑了国际协同原则，而没有注重国家自己保护原则。根据这一建议，对上述例五中的戊的行为也不能适用我国刑法追究其刑事责任，但这一结论恐怕不符合国民的法感情，也是本文难以接受的结论。

（责任编辑：刘迎霜）

参见张明楷《刑法学》，法律出版社 2007 年版，第 777 页。

齐文远、刘代华：《完善我国刑法空间效力立法的思考》，《法商研究》2005 年第 1 期。

[美] 本杰明·N·卡多佐：《法律的成长 法律科学的悖论》，董炯、彭冰译，中国法制出版社 2002 年版，第 74 页。

investigation and analysis on damage of their rights and benefits, the paper indicates that it owes much to imperfect compensation systems for land expropriation and ignorance of peasants' rights during compensation. Therefore, it makes some proposals that land management system should be carried out strictly and compensation systems for land expropriation suitable for minority regions should develop. Additionally, social security system of those peasants losing land as well as other long term mechanism ought to be built.

Keywords: Peasants losing land; Urbanization; Security of rights and benefits

### **On People's Loyalty to Nation and State's Protection: Comprehension and Application of the Principle of Nationality**

Zhang Mingkai (67)

Abstract: The absolute principle of nationality, which is theoretically based on the doctrine of loyalty obligation, lacks rationality and feasibility. The paper makes a study on its comprehension and application and argues that the principle of nationality and of protection should be combined together. Domestic criminal law should be applied and the actor should be bound to hold criminal liability even if the act, which is taken by Chinese people in other countries and violates the legal interest of PRC or of its people, is not stipulated as a crime according to the law of the place where the act is taken.

Keywords: Nation's loyalty; State's protection; Principle of nationality; Principle of protection

### **On Registration of Real Right and Protection of State-Owned Property**

Zhang Guoyan (79)

Abstract: The registration management of state-owned enterprises' properties and its implementing rules by the State Council and the Treasure Department can not make the state-owned properties achieve effectiveness of real right, therefore properties should be registered and protected in accordance with the Real Right Law. The essay points out that the idea that state-owned properties belong to the state and should not be registered will make them out of law's protection, and will let properties stay instability. Furthermore, it proposes that as registration of state-owned properties still face much difficulties, loosening registration policy and simplifying serving windows may be necessary.

Keywords: Registration of real right; Protection of state-owned property

### **Current Operational Situation of China's Collegiate Bench System: Case Study on a Grass roots Court's Civil Trial in an Undeveloped Area**

Liao Yongan Li Shifeng (85)

Abstract: Being affected and restricted by lots of factors, collegiate bench system, a fundamental system of China's civil litigation, has been developing abnormally in some special circumstance. By taking an example of grass-rooting court's civil trials in an undeveloped area, the essay makes a deep analysis on abuse of collegiate bench system and concludes that reform and promotion of such system is hard and needs for a long time. Additionally, its rational operation relies on equipment of a series of related systems.

Keywords: Civil Trial; Collegiate Bench System; Trial Committee; Conflict and game

### **On Dr. Hunters from Perspective of Marx's Aesthetics: Reread Capital**

Lu Xiaoguang (95)

Abstract: In *Capital*, the materials quoted with the highest frequency, longest length, and highest comment are Dr. Hunter's "epoch-making report". And as Marx praised doctors, scholars, priests, baronages, officials and even some merchants, Dr. Hunter