

普遍管辖权的概念、逻辑和现状[译稿版]

易显河*著 易显书 译

摘要

2009年联大以来关于普遍管辖权的辩论表明人们对普遍管辖权的概念、范围和适用的认知存在很大的混乱。真正或纯粹的普遍管辖权是一种仅以所涉罪行的受普遍关注性质为根据的管辖权。普遍管辖权的概念和逻辑是合乎情理的，因为每个国家均对受普遍关注之事拥有权益。普遍管辖权可成为国际体系维护其权益，保护人权和对抗有罪不罚的强有力工具。然而，一国行使普遍管辖权可能会侵犯另一国的国家主权和主权平等，亦有可能滥用，从而破坏国际关系的稳定。这些正反两面以及其他方面的因素对国际法的形成过程产生了这样或那样的影响，以致迄今为止只有针对海盗罪的普遍管辖权已为国际法所接受。针对其他罪行的“‘纯粹的普遍关注’型管辖权”，目前还不存在。“‘普遍关注加现身’型管辖权”的国家实践证据尚不足以充分证明一项习惯国际法规则已因此形成。允许“‘普遍关注加条约、现身并体制内属地或属人’管辖权”，或者“‘普遍关注加条约、现身’型管辖权”的条约实践只局限于特定的条约体制。鉴于这种局面，“荷花号案”论调（the *Lotus dictum*）及现身条件（the presence requirement）的潜在适用--尤其是关于其要求轻微、程序性观点，可能具有重要意义而值得关注。国际法院在其2002年判决的“逮捕令案”中对普遍管辖权合法性问题保持引人注目的沉默，自那以来，追求“纯粹的普遍管辖权”的进程一直呈“下降趋势”。此后的下降趋势

* 武汉大学国际法研究所所长江学者特聘教授，国际法研究院院士。本文系第08&ZD055号国家社会科学基金重大项目的组成部分，英文原文首次发表为：Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality, 10 Chinese Journal of International Law (2011), 503-530. 非常感谢 William Schabas 和《中国国际法论刊》审稿人对文稿的提的意见评论。本文仅代表个人观点。本文于2011年9月12日完成。除非另有说明，本文引用的网络资料均截止该日。文末的后记是在应 Edward Elgar Publishing 重印本文时而作，特此鸣谢。鉴于翻译是天大难事，如有疑问，请查阅英文原文。

可能缘于该案的审慎判决。该判决可被认为以一种巧妙的方式，帮助将某些冷静元素注回国际关系之中。随着比利时和西班牙现已通过收窄其法律适用范围从而放弃纯粹的普遍管辖权，追求纯粹的普遍管辖权的进程似乎成了一列正在行驶的没了机车头的列车。

一、普遍管辖权的概念和逻辑

1. 近年对普遍管辖权的援引，特别是针对非洲官员的时候，有被滥用之嫌，促使非洲国家联盟于2009年2月请求在63届联合国大会会议议程内增列一项题为“普遍管辖原则的滥用”的临时项目。联大接受了该请求，从此，普遍管辖权在联大成为一个被热烈讨论的议题。2009年秋天对该专题进行了辩论。联大接着要求各会员国政府提交有关国家实践的评论和信息。2010年秋天再次对该专题进行了辩论。更多的信息得以挖掘，进一步的工作被列入2011年工作议程。¹

2. 联合国会员国政府提交的评论和声明显示，人们对于普遍管辖权的概念、范围和适用的认知，极为混乱。为恰当理解普遍管辖权，重温一下对管辖权的通行理解将对我们有所帮助。通常，管辖权具有三个维度：立法管辖权、裁判管辖权和执行管辖权。国家刑事管辖权²被认为一般以领土、国籍、受害人国籍，或国家重大利益的保护，来证明其正当性。有时，某一活动对一国产生的效果也被吸收进其中的一些原则。有时，条约可被认为是主张管辖权的一项独立依据--但未将正常的联系因素，例如领土，纳入其中的条约是否构成一项充分的依据，还是一个有争议的问题。每一项管辖依据都可能贯穿于管辖权的行使过程从而导致产生一项类型不同的管辖权。以上列举的这些不同的依据于是引发不同类型的管

¹ 有关该请求书和解释性备忘录，参见 A/63/237 (3 February 2009) and annex (“African Union memo”)。有关相关发展概览和文献资料，参见联合国第六委员会网 <http://www.un.org/en/ga/sixth/64/UnivJur.shtml>;

<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri.shtml>。

² 本文只探讨刑事普遍管辖权。

管辖权，一般被描述为属地管辖权、国籍管辖权、受害人国籍管辖权和保护管辖权。

3. 考虑到这些因素以及目前并无一个国际规范化的普遍管辖权定义的事实，所提的很多定义和评论似乎将普遍管辖权定义为一种在控罪与企图行使管辖权的国家法律系统之间“缺乏”（absence）正常的管辖联系因素的管辖权。例如，[世界]国际法研究院在其 2005 年有关普遍管辖权的决议的第一节称：

刑事方面的普遍管辖权，是一种补充性的管辖依据，意指一国具有起诉和惩罚犯罪嫌疑人（如被定罪）的权能，不问被控罪行犯于何地，亦不问是否存在国际法承认的加害人国籍或被害人国籍，抑或其他管辖依据等任何联系因素。³

在[世界]国际法研究院上述项目的报告人看来，“正是控罪与起诉国家之间缺乏联系因素，‘捕捉’了普遍管辖权的本质”⁴。相似地，非盟-欧盟关于该专题的专家报告认为：

刑事普遍管辖权是一国对被控犯于他国领土，由非本国国民针对非本国国民而犯，而又未对该主张管辖权的国家之重大利益造成威胁的罪行进行管辖的主张。换言之，普遍管辖权其实就是被控罪行犯下之时并不存在传统的属地、国籍、受害人国籍或保护原则等任何联系因素的情形下，一国对被控罪行进行起诉的权利要求。⁵

4. 然而，在“缺乏联系因素”的门面后面，搁着支持管辖权主张的基础，通常这样阐述：被控罪行损害了国际社会整体的基本利益（即违反国际强行法（*jus cogens*）或与之非常接近的某种法律，不论其实际称谓如何，例如对世义务（*erga omnes obligations*）），因此该罪行受国际社会整体的普遍关注（*universal*

³ 国际法研究院《关于灭绝种族罪、反人类罪和战争罪的刑事普遍管辖权决议》（2005 年克拉夫科通过，下称“国际法研究院决议”）第 1 节；（http://www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/2005_kra_03_fr.pdf）， para.1。

⁴ Christian Tomuschat, Rapporteur of the IDI Commission on Universal Criminal Jurisdiction, as quoted in IDI, 71(II) Annuaire de l'Institut de droit international (2006), 257;也可参见上注出处 261。

⁵ AU-EU Expert Report (http://ec.europa.eu/development/icenter/repository/troika_ua_ue_rapport_competence_universelle_EN.pdf), para.8.

concern), 而世界上的每个国家均对起诉犯罪者享有权益。⁶另一相当重要的理由, 在某些既定情况下, 比在其他情况下, 可能适用起来更加有效, 即: 为确保某些特定的罪行受到惩罚, 行使普遍管辖权是必要的。例如, 海盗罪, 通常犯于公海, 如果不存在普遍管辖权, 可能会逃脱惩罚。同样地, 这些罪行, 也许属稍有不同的一类, 亦受普遍关注。作如是理解, 将普遍管辖权表述为“‘普遍关注型’管辖权”⁷, 可能更为恰当, 以和其他类型的管辖权, 例如“属地管辖权”、“国籍管辖权”、“国家利益保护管辖权”, 形成一定的对照。这些术语可令每一管辖权主张后面的依据立刻呈现在眼前。对普遍管辖权或普遍关注型管辖权的一种解释, 或该为: 它是以受普遍关注为依据, 针对侵犯国际社会基本利益的罪行的国家管辖权的一种具体运用。⁸

5. 普遍关注型管辖权的逻辑理解起来并不费劲。受普遍关注作为国家行动的驱动力是被国际法院于 1970 年在著名的“巴塞罗那牵引力公司案”(Barcelona Traction)⁹中提出来的。该案所解决的是外交保护问题, 国际法院的著名判决因此不可被主张为直接的先例或是对普遍管辖权的直接支持。¹⁰不过, 判决关于这一问题的观点明显具有普遍适用性, 可被认为是对普遍管辖权基本原理的具体阐释。在其中的第 33、34 节, 国际法院分别指出:

33. 当一国许可外国投资和外国国民, 不论自然人抑或法人, 进入其领土时, 其即有责任为之提供法律保护和当予待遇的义务。然而, 该义务既非绝对, 亦非不受限制。尤其应当在一国对国际社会整体的义务与

6 一般参见 ALI, Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States (ALI, Restatement Third), § 404, 和相关评论和注释; IDI Resolution, 上注 3; 以及 the IDI deliberations, IDI, 71(II) Annuaire, 上注 4, 199-284; International Association of Penal Law (AIDP), XVIII Congress in 2009, Resolution on Universal Jurisdiction(http://www.penal.org/?page=mainaidp&id_rubrique=24&id_article=95).

7 参见 ALI, Restatement Third, § 404 (一国有权对被国际社会确认为受普遍关注之某些罪, 如海盗、贩卖奴隶、攻击或劫持航空器、灭绝种族、战争罪行, 或某些恐怖主义行为行使管辖权, 对这些行为定罪量刑, 即使缺乏第 402 条所列之任何管辖依据)。

8 参见 ALI, 出处同上。

9 Case concerning the Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Second Phase, Judgment, ICJ Reports 1970, 3.

10 参见 Rosalyn Higgins, Problems and Process: International Law and We Use it (1994), 57-58.

在外交保护领域面对另一国的义务之间作本质的区分。正因其这一性质，前者事关所有国家。鉴于所涉权利的重要性，所有国家均可对外交保护主张法律上的权益；此为对世义务(*obligations erga omnes*)。

34. 此等义务源自现代国际法，如禁止侵略和灭绝种族行为，亦源于有关基本人权的原則和规定，包括禁止奴隶制和种族歧视。与之相对应的所保护权利中，有的已构成一般国际法的主要内容（《关于〈防止及惩治灭绝种族罪公约〉保留问题的咨询意见》（《国际法院 1951 年的报告》第 23 页），有的则由具有普遍或准普遍性质的国际法文件所赋。

6. 为落实这一理念，¹¹国际法委员会在《关于国家责任条款草案》（2001 年通过）第 48 条（“受害国以外的国家援引责任”规定：“1.受害国以外的任何国家有权在下列情况下依照第 2 款对另一国援引责任：（a）被违背的义务是包括该国在内的一国家集团承担的，且为保护该集团的集体权益而确立的义务；或者（b）被违背的义务是对国际社会整体的义务。”¹²

7. 如此，总的来说，世上存在一些受普遍关注之事，而此等普遍关注足以构成国家采取一定行动的正当理由。本文要探讨的是，这一基本原理单独，或者这一基本原理加其他因素，或会如何证明一国行使普遍管辖权的正当性。但是，普遍管辖权并非受普遍关注的必然产物，即使这样的关注已经达到国际强行法要求的程度。¹³仅有违反某一达到国际强行法地位的规则或违背对世权利义务（*erga omnes rights or obligations*）的事实，并不导致产生国际法院或者别的国际法庭的管辖权，前者如国际法院在“刚果诉卢旺达案”¹⁴（*Democratic Republic of the Congo v. Rwanda*）中所裁定，后者如国际法院在“东帝汶自决案”¹⁵（*East Timor*）所裁

¹¹ LC Draft Articles on State Responsibility, art. 48, commentary, para.(8), in ILC Report 2001, A/56/10, 321.

¹² LC Report 2001, 出处同上, 56。

¹³ 参见 Paolo Picone, *The Distinction between Jus Cogens and Obligations Erga Omnes*, in Enzo Cannizzaro (ed), *The Law of Treaties beyond the Vienna Convention* (2011), 411, 421-422;但一般参见 Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (2006)。

¹⁴ *Armed Activities on the Territory of the Congo (New Application: 2002) (Democratic Republic of the Congo v. Rwanda)*, ICJ Reports 2006, 31, para.64.

¹⁵ *East Timor (Portugal v. Australia)*, ICJ Reports 1995, 102, para.29.

定。而单单同意（consent）则可使国际管辖权或国际法院（法庭）的管辖权得以创立。尽管我们在此所探讨的，某一国家法律系统行使管辖权的正当理由，在上述两案中未被提及，我们仍可得出相同的结论--违反具有国际强行法性质或对世性质的规范的行为本身并不导致产生国家法律系统的普遍管辖权。受普遍关注证明国家行使管辖权的正当性的潜能是否已经实现，或者达到了何种程度，取决于哪些罪行可能被各国普遍认定为受普遍关注的罪行，以及此等受普遍关注是否事实上亦已被各国认定为足以构成行使这样的管辖权的正当理由。如何回答这些问题，将取决于国际法形成过程的现状。这是一个需要运用《国际法院规约》第38条所确立的标准法律渊源去评估的问题。那样的运用将在本文第二部分进行尝试。现在，让我们扼要思考一下一些一般性问题，这些问题能够构建起这样的一个评估框架，并帮助我们理解何者或已作为重要因素计入那一现状。

8. “普遍管辖权”这一术语已被各种不同的人士使用来在不同的紧密或宽松程度上表示各种不同的意思，有鉴于此，对可被视作普遍管辖权的情形，确切地说，或是与之类似的情形，按其类型作出一定的分类，将会对我们的探讨有所帮助。为把事情弄清楚，我们可按其“普遍性”强度的顺序，对这些类型作界定如下：

（1）“‘纯粹的普遍关注’型管辖权”（“pure universal concern jurisdiction”）。这一类型的管辖权是仅以罪行受普遍关注这一性质，再无他物，作为依据的一种管辖权主张。也就是“纯粹的普遍管辖权”（“pure universal jurisdiction”）或者“真正的普遍管辖权”（“true universal jurisdiction”）。如具合法地位，这种类型的管辖权可授予起诉国将犯罪嫌疑人引渡至该国进行审判的资格，如果其他条件获得满足的话。¹⁶有时，该类型管辖权被称之为“缺席的普遍管辖权”（“universal jurisdiction in absentia”），但该术语可能会和“缺席审判”（“trial in absentia”）相混淆，在此弃之不用。该类型管辖权包含以下两种情形在内：（1）一国单方主张纯粹的普遍管辖权；（2）假设存在允许缔约国对非缔约国国民在缔约国以外的第三国领土上所犯的罪行主张纯粹的普遍管辖权的条约。后一种情形下，在涉及第三

¹⁶ 参见 AIDP, 上注 6, para.II(2); 但亦请参见 IDI 2005 Resolution, 上注 3, para.3(b)。

国问题上，条约体制整体并不比其某一特定缔约国拥有更大的权限，而授管辖权予条约体制缔约国的条约对于我们的评估意义不大。

(2) “‘普遍关注加现身’型管辖权” (“universal concern plus presence jurisdiction”)。表述为：一国单方对现身于该国的非本国国民就其在本国以外的国家所犯之受普遍关注罪行行使管辖权的主张。此非严格意义上的普遍管辖权，因为犯罪嫌疑人的现身可能会使此种管辖权被认定为“属地管辖权”，而当现身持续至其归化取得国籍时，还大有可能被认定为“属人管辖权”。在犯罪嫌疑人的现身匆匆而过（如度周末）或只是短暂露面（如看病）的情况下，此时对管辖权的运用则会引起不同的界定：有人称之为普遍管辖权，有人则主张这是带有联系因素的管辖权。若控罪与起诉国之间缺乏联系因素是普遍管辖权的本质所在，那么犯罪嫌疑人在起诉国的短暂现身，可能不能否定此时主张的管辖权即普遍管辖权。然而，只要关于一国基于短暂现身主张管辖权的法律足够清晰，任何一个潜在的犯罪嫌疑人均有可能已有所察觉。如果此人继续前来该国，自动创设那样的联系因素，那么此时行使的管辖权可能会被认为不具有普遍性，无疑不是“纯粹的普遍管辖权”。

(3) “‘普遍关注加条约、现身’型管辖权” (“universal concern plus treaty and presence jurisdiction”)。这种情形与第二种情形相近，但主张管辖权的依据，除上述第二种情形外，增加了条约规定的义务或权利。可描述为：条约允许其缔约国针对现身于起诉国的第三国国民就其在第三国所犯的受普遍关注的罪行行使管辖权。

(4) “‘普遍关注加条约、身现并体制内属地或属人’管辖权” (“universal concern plus treaty, presence and intra-regime territoriality or nationality jurisdiction”)。这与第三种情形相近，但适用范围较第三种情形窄，增加了如下条件：犯罪嫌疑人或罪行必须与创设条约体制的某一条约缔约国之间存在领土、国籍或被害人国籍等联系因素。体制内属人联系因素可表述为：条约允许缔约国 A 对现身于其领土的缔约国 C 之国民 B，就其被控犯于非缔约国 D 的受普遍关注罪行进行起诉。体制内属地联系因素可表述为：条约允许缔约国 A 对现身于其领土的第三

国（非条约缔约国）国民 B，就其被控犯于缔约国 C 领土上的受普遍关注罪行进行起诉。

上述情形中，只有第一种情形属于纯粹的或纯正的普遍管辖权。第二种情形偏离了纯粹的普遍管辖权的轨道，但比其他情形更接近纯粹的普遍管辖权。第三、四种情形并非真正意义上的普遍管辖权。情形二至情形四中，普遍关注（universal concern）在证明行使管辖权的正当性过程的角色，严格说来，是多余的。确切地说，若现身引发行使管辖权的条约义务，那么这样的管辖权可被认为，正如 Higgins、Kooijmans、Buergenthal 等法官在“逮捕令案”（Arrest Warrant）中的联合个别意见¹⁷所言，“实际上是一种义务性的对人属地管辖权（“really an obligatory territorial jurisdiction over persons”）。”如果我们将这些情形称之为“普遍管辖权”的话，那么“普遍管辖权”的价值被稀释和贬损了。我们这是在玩文字游戏。

9. 其次，种种因素都可能贯穿于与普遍管辖权有关的国际法的生成过程，导致出现目前对普遍管辖权的接受度现状。首先，普遍管辖权可被合理解释为：为保护国际体系的权益，包括保护人权和对抗有罪不罚，但由于我们经常号称的“国际社会”缺乏一个中央政府，故不得已而求其次，设立这样的一种制度安排性质的管辖权，运用国家法律系统并在此过程中去完成那一任务。从某种意义上说，国家法律系统可被认为处于一种执行“双重功能”（*dédoublement fonctionnel*）¹⁸的状态。因此，期望保护国际体系的权益并对其维持和促进发挥作用的 国家均有动力去促进普遍管辖权原则的确立和实施。再者，基于这一系统性考虑的普遍刑事管辖权对于另一系统性因素--国际强行法的执行或实施，似乎是必要的。否则，那一概念就没有实质意义了。那些认可国际强行法理念的国家可能同样具有乐于接受普遍管辖权的动力。

10. 另一方面，行使普遍管辖权可能会侵犯，或者说，至少有损国家主权和

¹⁷ Arrest Warrant, Joint Separate Opinion of Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, ICJ Reports 2002, 74-75, para.41.

¹⁸ Georges Scelle 提出这一术语。参见 Antonio Cassese, Remarks on Scelle's Theory of "Role Splitting" (*dédoublement fonctionnel*) in *International Law*, 1 EJIL (1990), 210.

主权平等原则，也容易遭受政治滥用，包括出现在选择性诉讼中的差别待遇，从而破坏国际关系的稳定。正因如此，这种管辖权被认为是“危险的”。作如此描述的正是 Henry Kissinger。¹⁹当然，对普遍管辖权的任何行使，均最有可能对大国和强国有利。²⁰若如某些国家和“逮捕令案”(Arrest Warrant) 专案法官 van den Wyngaert 所言，这是一个“事关面对那些滔天罪行之受害人的控诉，国际法要求或允许各国以国际社会的‘代理人’身份去如何行动”的问题，²¹人们可能会立刻质疑这样的代理人应否由一个特定的国家自己来“自我任命”。如果“荷花号案”论调 (the *Lotus dictum*) 得以取胜，这种担忧会进一步加大。²²再者，当各国行使普遍管辖权的尝试实际上可能被用来作交易时，普遍管辖权的政治性质将暴露无遗。面对北约总部迁离的威胁，比利时于 2003 年放弃其法律对普遍管辖权的强悍授权，就是一例。²³另一案例，至少在某种程度上让人蒙羞不已，在笔者看来，是在西班牙，当 Garzon 法官开始深入调查西班牙内战遗下的不可告人的秘密的时候，西班牙于 2009 年废止其法律对普遍管辖权的强悍授权。²⁴

11. 显然，普遍管辖权的机制将给国家和解努力，如南非后种族隔离时代和一些拉丁美洲国家的尝试，带来严峻的挑战。如 Kissinger 所言：

¹⁹ Henry Kissinger, *The Pitfalls of Universal Jurisdiction*, *Foreign Affairs* (July-August 2001).

²⁰ 如 Shahabuddeen 所指, in *IDI Annuaire*, 上注 4, 228.

²¹ *Arrest Warrant*, diss. op., *ICJ Reports* 2002, 141, para.5.

²² 参见本文第三部分，第 44-49 节。

²³ 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law. 正好由作出威胁的拉姆斯菲尔德宣布: *Known and Unknown: A Memoir* (2011), 596-598. 拉姆斯菲尔德宣布其与比利时国防部长德克雷姆进行了“直率和全面”的交流；交流中，拉姆斯菲尔德明确指出，在东道国怀有敌意的情形下，北约将考虑再次将其总部迁离，就像曾经迁离法国一样。“如果比利时政府不迅速改变其立场，美国对北约总部新址建设的支持将顷刻人间蒸发。”出处同上，598。拉姆斯菲尔德似乎对此感兴趣：“一个生于芝加哥的美国人 and 欧洲外交使团成员之间的风格差异，在会谈中暴露无遗。从他的神态看，我想他完全明白我的意思。会谈后两个月内，比利时政府即废止其相关法律。”出处同上，598。

²⁴ 参见 Jaclyn Belczyk, *Spain parliament passes law limiting reach of universal jurisdiction statute*, 16 Oct 2009, <http://jurist.law.pitt.edu/paperchase/2009/10/spain-parliamentpasses-law-limiting.php>; Daniel Woolls, *Baltasar Garzon, Spanish Super Judge, Suspended Over Alleged Abuse*, AP News (05/14/10), http://www.huffingtonpost.com/2010/05/14/baltasar-garzon-spanish-s_n_576872.html; Scott Horton, *The Poet, the Judge, and the Falangists*, <http://harpers.org/archive/2010/04/hbc-90006895>.

犯下战争罪行和系统地侵犯人权者应当承担责任，这是一个重要的原则。但一个争取就野蛮历史问题达成妥协的国家的法律、国内和平，以及代议制政府的巩固，也享有权利要求。惩罚的本能必须，如同每一个宪政民主政治架构一样，和包括对民主的生存和壮大起关键作用的其他要素在内的分权制衡制度相联系。²⁵

12. 这些因素以及未在此讨论的其他因素²⁶无疑在国际法的形成过程中留下了深刻的印记，导致出现我们将在以下章节中进行讨论的当前局面。

二、国际法中的普遍管辖权现状

13. 尽管普遍管辖权的理念听起来似乎很有道理，其逻辑似乎也有说服力，但我们一定不能忘记一个智训：“法律的生命在于经验而非逻辑”。²⁷从国际关系的经历和现状看，针对海盗罪以外的其他罪行的普遍管辖权还没有被确立为国际法的一部分。

14. 相关主要官方文件的表述不够清晰，对其的现有分析也不够客观和严谨，这给我们探讨国际法中的普遍管辖权带来了障碍。表示支持普遍管辖权的过甚其词的评论经常可在不同作者的作品中找出。不过，如果考查得更加严密和细致一些，可能会得出不同的结论。²⁸鉴于人们对依照国际法对海盗罪行使普遍管

²⁵ Kissinger, 上注 19。

²⁶ 一般参见 Luc Reydam, *The Rise and Fall of Universal Jurisdiction*, Leuven Centre for Global Governance Studies, Working Paper No. 37 (http://ghum.kuleuven.be/ggs/publications/working_papers/new_series/wp31-40/wp37.pdf, January 2010) (“Leuven Working Paper”); papers by George Fletcher, Louise Arbour, Antonio Cassese and Georges Abi-Saab, in 1 *J Intl Criminal Justice* (2003), 580 - 602.

²⁷ O.W. Holmes, *The Common Law* (1886), 1.

²⁸ 一般参见 Luc Reydam, *Leuven Working Paper*, 上注 26; Luc Reydam, *Universal Jurisdiction: International and Municipal Legal Perspectives* (2003); William Schabas, Foreword, 出处同上注; Zdzislaw Galicki, ILC Special Rapporteur, Fourth report on the obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare), A/CN.4/648 (31 May 2011), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N1/358/84/PDF/N1135884.pdf>. 有关对普遍管辖权在国际法中的地位的一个乐观评估，参见 V.D. Degan and Vesna Baric Punda, *Universal*

管辖权的合法性不存争议，本文将不对海盗罪进行分析。

（一）条约实践

15. 针对受普遍关注罪行行使管辖权的条约不胜枚举，这给任何一个苦心孤诣的学者均提出了一个艰巨的任务。关于这些条约应当如何归类 and 评价的文献也汗牛充栋。²⁹确切地说，围绕何者构成普遍管辖权的争论使这一任务变得更加困难。笔者首先将简要总结一下针对这些条约的现行讨论（同时附带笔者自己的评论），接着将根据笔者的分类总结对这些条约进行归整。

1. 对条约实践的现行评价

16. 头号和最有可能成为纯粹的普遍管辖权适用对象的现代犯罪大概是灭绝种族罪。相信笔者无须再为证明灭绝种族罪的受普遍关注性质浪费笔墨。然而，针对该罪适用普遍管辖权的提议曾两次被专门辩论并遭拒。第一次在联合国大会起草和通过第 96（I）号决议时（1946），另一次则是起草和通过《防止及惩治灭绝种族罪公约》时（1948）。³⁰该公约的第六条最终采纳依赖于传统的属地管辖和一个有待成立的国际法庭。

17. 那些声称已发现普遍管辖权存在的人士常常利用大量条约中的各种“引渡或起诉”（Extradite or prosecute）条款来作为证据，主张这些条款体现了普遍管辖权的存在。这种主张经不起条约实践的认真检验：虽然所针对的罪行的受普遍关注性质可能对这些条约的缔结起到了促进作用（很少有人不同意这一观点），但行使管辖权可能还有其他依据。“引渡或起诉”是行使管辖权的一种方式，并非管辖权本身。³¹行使管辖权的方式方法，不应与管辖权本身混为一谈。“引渡或起诉”义务可能适用于基于任何因素的管辖权，或是领土、国籍、国家重大利益，或者甚至是受普遍关注。因此，采取这一方式行使管辖权，并不表示这一方式本身必然导致产生某一特定的管辖权或管辖权基础，此时所有可能被运用的管

Jurisdiction: An Option or a Legal Obligation for States, 13 International Law Review of Wuhan University (2010), 66-92.

²⁹ 参见 ILC Special Rapporteur, 出处同上; Reydams, 出处同上。

³⁰ 参见 William Schabas, Genocide in International Law: The Crime of Crimes (2d edn 2009), 49-116, 411-416。

³¹ 有关这一差别的另一阐述，参见 AU-EU Expert Report, 上注 5, para.11。

管辖权或管辖权基础均有产生的可能。

18. 关键点是识别这一方式（“引渡或起诉”）被运用来实施何种管辖权。这一努力显示，并无条约明确规定使用“引渡或起诉”原则实施纯粹的普遍管辖权，因此没有明确的条约实践支持纯粹的普遍管辖权理念。在指责多数意见不处理管辖权问题，并对几份重要的条约进行考察后，Higgins、Kooijmans 和 Buergenthal 法官在其联合个别意见第 41 节³²得出结论称：

41. 这些条约的缔约国就管辖权的依据以及就采取必要措施确立这样的管辖权的义务达成一致。这些具体的依据取决于犯罪者国籍、有关的船舶、航空器国籍或受害人国籍等联系因素。例如参见《海牙公约》第 4 条第（1）款，《东京公约》第 3 条第（1）款，《反对劫持人质国际公约》第 5 条，《反酷刑公约》第 5 条。这些被描述为基于充分的条约基础的域外管辖权可能更加准确。但除此之外，还存在一些类似的规定，根据这些规定，缔约国在行使管辖权过程发现这些罪行的犯罪嫌疑人时，有义务将其起诉或引渡。由于措辞宽松，后者达到了可被视为“普遍管辖权”的程度，尽管其实际上只是一种义务性的对人属地管辖权，即使该人的罪行犯于他处。

19. 在这样的一种情形，即犯罪嫌疑人仅现身于起诉国，而起诉国拒绝对其引渡，其受争议的行为又与起诉国之间并无联系因素，构成行使管辖权之正当理由的情况下，那么，这种情形仅仅是如 Higgins 等法官在前所述，还是事实上构成了普遍管辖权或者限制性的普遍管辖权，似乎还是一个悬而未决的问题。控罪发生后的这一“仅有现身”情形明显就是《日内瓦公约》（1949）关于遏制“严重破坏”公约行为的相关规定（《第一公约》第 49 条，³³《第二公约》第 50 条，

³² Joint Separate Opinion, 上注 17, 74-75, para.41.

³³ 该条相关部分规定：各缔约国担任制定必要之立法，俾对于本身犯有或令人犯有下条所列之严重破坏本公约之行为之人，处以有效之刑事制裁。各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。该国亦得于自愿时，并依其立法之规定，将此种人送交另一有关之缔约国审判，但以该缔约国能指出案情显然者为限。“搜捕”一词可被恰当地解释为“搜捕据传现身于其领土之人”。参见 Jean S. Pictet's commentary, Convention (I) for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field. Geneva, 12 August 1949 (1952), 365-366 (<http://www.icrc.org/ihl.nsf/COM/365-570060?OpenDocument>)。

《第三公约》第 129 条，《第一附加议定书》第 85 条）所注视的情形。国际红十字会在各种不同的声明中均明显将这一体制视作普遍管辖权的一种。³⁴国际红十字会关于习惯国际人道法的研究似乎也如此认为。³⁵在其他场合下，³⁶或以其他方式，³⁷某些政府似乎也将这种情形视作“普遍管辖权”。

20. 这一观点明显也得到了国际法研究院的背书。在关于普遍管辖权议题的辩论过程中，国际法研究院的项目报告人强调把罪行与起诉国之间缺乏联系因素作为查明普遍管辖权的标准。³⁸这一“仅有现身”情形明显不被认为构成这样一个联系因素。国际法研究院 2005 年决议的最终文本在第二节声称：

普遍管辖权主要基于习惯国际法。其亦可依调整缔约国之间关系的多边条约，尤其根据条约中规定在自己领土上发现犯罪嫌疑人的缔约国有义务将犯罪嫌疑人引渡或审判的条款而确立。³⁹

上述第二句在包括 Higgins 和 Abi-Saab 在内的部分成员的反对声中被通过。⁴⁰

21. 再者，一些条约要求控罪与一特定条约的某些缔约国之间存在重要的联系因素，例如领土或者国籍，这些与条约体制整体之间的联系因素明显否定“仅有现身”情形属于真正意义上的普遍管辖权的运用。此即上文重点描述之“‘普遍关注加条约、身现并体制内属地或属人’型管辖权”。这一情形属于典型的条

³⁴ 《国际红十字会代表在联合国第六委员会的发言》，A/C.6/65/SR.12 (15 Oct. 2010), 6, para.42; 《国际红十字会 2003 年 8 月 27 日关于〈日内瓦禁止生物和有毒武器公约〉缔约国专家会议第一会议（2003 年 8 月 18 至 29 日）的官方声明》，<http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/htmlall/5qkdpf>（“应当记起的是，各国已被要求对日内瓦公约（1949）及第一议定书（1977）的‘严重破约’行为行使普遍管辖权，这些行为指针对武装冲突中受保护人员的故意杀害、酷刑和不人道待遇，包括生物学实验、对平民人群和个人身体的严重伤害”，使用生物武器等同于这样的‘严重破约’行为，因此需要对其主张普遍管辖权。”）。

³⁵ 参见 Jean-Marie Henckaerts & Louise Doswald-Beck (eds), 1 Customary International Humanitarian Law (“ICRC Study”), Rule 157 and the associated support in vol. 2.

³⁶ 参见成员国政府就《反酷刑公约》议案所阐述的观点：E/CN.4/1983/63, paras.22 & 23。

³⁷ 一般参见英国政府的观点，引述于 Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (7th ed., 2008), 305-306。

³⁸ IDI Annuaire, 上注 4, 257; 261 (Rapporteur)。

³⁹ IDI Resolution, 上注 3。

⁴⁰ IDI, 71(II) Annuaire, 上注 4, 209-210 (Abi-Saab); 257 (Higgins)。

约体制内部的协作事务，其意指，至少条约体制内的某一缔约国可以基于某一传统标准合法地行使管辖权，起诉国不过是在代替另一缔约国履行职责，不管该缔约国出于何种原因没有履行职责（例如无能力管辖或不愿管辖）。这一条约体制实质上允许缔约国分享其传统的管辖权力，或者允许某一缔约国行使另一缔约国的管辖权。《日内瓦公约》则使用宽松的措辞（“不问国籍如何”）来描述“引渡或起诉”的义务，但那些公约的适用可能--尽管不是很清晰--要求控罪犯于公约某一缔约国的领土，因此要求控罪至少与被援引条约的某一缔约国之间存在基层的联系因素（例如国籍，领土，受害人国籍，或者重大利益）。无论如何，此后，有关公约，例如《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》（1984），对此的规定已更加清晰，其规定：犯罪嫌疑人“仅有现身”于某一缔约国的领土具有第二层级的性质；欲将犯罪嫌疑人置于一定的程序，控罪或犯罪嫌疑人必须与公约的某一缔约国之间具有某一基层的联系因素，如领土，国籍。这至少是对《反酷刑公约》第5条的一种合理解读。该条规定如下：

第5条

1. 每一缔约国均应尽可能采取各种措施，以确保在下列情况下，对第4条所述之罪行行使管辖权：

(a) 被控罪行发生于其管辖的任何领土内，或者发生在注册于该国的船舶或航空器上；

(b) 被控犯罪嫌疑人为该国国民；

(c) 受害人为该国国民，而该国认为适宜管辖。

2. 每一缔约国亦应尽可能采取各种措施，确保在下述情况下，对此种罪行行使管辖权：被控罪行发生于该国管辖的任何领土内，而该国不依第8条规定将被控犯罪嫌疑人引渡至本条第1款所述之任何国家。

3. 本公约不排除依国内法行使的任何刑事管辖权。

本条第1款规定以领土、国籍，或受害人国籍为基础确立管辖权的义务。第2款规定在犯罪嫌疑人没有被“引渡至本条第1款所述之任何国家”时对其起诉的义务。对这一规定的解读之一，是：适用第2款的前提是，第1款必须已具潜

在适用性，但被请求国不愿引渡被控犯罪嫌疑人。也就是说，犯罪嫌疑人或者被控罪行必须与某一缔约国（第 1 款所述之每一缔约国，该款只针对缔约国）之间存在基层的联系因素--领土、国籍或受害人国籍--以确立这一潜在适用性。如此解读，第 5 条第 2 款则不处理本条约体制本职之外的事务。

22. 对这一条约体制作更进一步和更清晰阐述的是《国际刑事法院罗马规约》。该规约第 12 条规定国际刑事法院--一个可被视为缔约国家的合作组织--以被控罪行与缔约国之间的领土联系因素，或被控犯罪嫌疑人于缔约国之间的国籍联系因素为基础取得管辖权。

23. 有人或会争辩说，对《日内瓦第一公约》第 49 条和日内瓦其他公约相应条款以及《反酷刑公约》条款第 5 条第 2 款，可能还有一个可供选择的更为宽松的解读版本。这一可供选择的解读版本或不要求以犯罪嫌疑人或控罪与缔约国之间存在基层的联系因素作为触发“引渡或起诉义务”的条件。确实，《日内瓦第一公约》的措辞如此宽松，以致作出这种版本解读，是有可能的。再者，对于《反酷刑公约》第 5 条第 2 款，人们可以设想这样的一种解读：不论何种原因，不论何时，只要犯罪嫌疑人不被引渡至任何缔约国，第 2 款即可援引。根据这一解读，第 1 款是否具有潜在适用性并不重要，不过，如果不可适用，这也将是因为，被控在第三国针对第三国的国民并在第三国领土犯下控罪的犯罪嫌疑人是第三国的国民，而又没有被引渡至任何缔约国。不过，这种解读似乎使第 5 条第 2 款的部分措辞变得累赘和不自然。如果选择接受这一版本，那么这一情形该属上文重点描述的“‘普遍关注加现身’型管辖权”。

24. 这一情形的其他实例包括《关于制止非法劫持航空器的公约》（1970）

第4条第2款⁴¹和《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第5条。⁴²两者皆可被理解为授权对现身于起诉国（被援引公约的缔约国）的犯罪嫌疑人就其发生于第三国的控罪行使管辖权。我们不能确定这一解读是否准确；这些规定被如此适用的记录，不管行政上的还是司法上的，似乎还不存在。

25. 然而，即便是这一“‘普遍关注加条约、现身’型管辖权”也不是真正的或纯粹的普遍管辖权，因为它以条约许可或义务以及犯罪嫌疑人现身作为行使管辖权的条件。只有当条约宣布授权其缔约国对与条约的任何缔约国之间无任何联系因素的罪行和犯罪嫌疑人行使管辖权的时候，人们才有可能看到纯粹的普遍管辖权。例如，假如《海牙公约》（1970）授权起诉国（公约缔约国）对未现身于该国之缔约国以外的第三国国民就发生于第三国的控罪行使管辖权，这就创作了一个纯粹的普遍管辖权剧本。然而，要找出这样的条约并非一件轻松的事情，

⁴¹ 参见 Joint Separate Opinion, ICJ Reports 2002, 73, para.35; President Guillaume, Separate Opinion, 出处同上, 38, para.7。Guillaume 院长个别意见强调确立管辖权的义务，于是“起诉的义务不再以管辖权的存在为条件，而是管辖权本身必须被确立，以使起诉成为可能”。其似乎将此称为“强制性普遍管辖权，尽管具有附属性”。其认为《制止非法劫持航空器的公约》第4条第2款是这方面的先驱。如果确立管辖权的义务不能被认为是“引渡或起诉”这一术语的逻辑引申或已包含在这一术语之内，那么人们可能赞同这一强调内容。起诉意味着起诉的必备条件的存在，即管辖权的确立。不管怎样，采取必要措施遏制犯罪的总体承诺应已包含这一义务。这是对《日内瓦第一公约》（1949）措辞宽松的第49条，尤其是第1款，以及其他日内瓦公约的相应条款的理解。再者，《关于制止非法劫持航空器的公约》（1970）第4条第2款明文规定犯罪嫌疑人在缔约国的现身为条件，而《日内瓦第一公约》（1949）第49条亦被解释为要求相同的条件。也就是说，1970年《海牙公约》可能并非第一份规定以此作为确立管辖权条件的文件。

⁴² 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第5条规定：“被控犯有本公约第二条所列举的行为的人，得由对被告取得管辖权的本公约任何一个缔约国的主管法庭或对那些已接受其管辖权的缔约国具有管辖权的一个国际刑事法庭审判。”“对被告取得管辖权”的表述不是很清晰，不过在笔者看来，其意明显是指被告的现身。从公约通过当时的环境和流行的外交气候看，该公约显得颇为特别。参看 John Dugard 的评论 http://untreaty.un.org/cod/avl/pdf/ha/cspca/cspca_e.pdf, 2（“《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》允许缔约国对非缔约国国民就其被控犯于非缔约国领土上的罪行进行起诉，如果被告的人身处在某一缔约国的管控之下（公约第4、5条）。……尽管种族隔离在南非存在已久，但没有人因种族隔离罪被起诉。自从公约通过以来，还没有人因该罪被起诉。”）。但 Reydams 似乎将公约第5条阐述为授予普遍管辖权（参见 Leuven Working Paper, 上注 26, 18）。

不过，笔者也还没有对此作透彻的研究。已对普遍管辖权进行深度研究的“逮捕令案”中的法官们（尤其是那些就普遍管辖权问题发表意见的法官）和各类学者也还没有宣称找到了这样的一份条约。

26. 某些条约的条款的措辞可能会给人带来这样的印象或论调：该条约以某种方式默认普遍管辖权。例如，《关于发生武装冲突时保护文化财产公约第二议定书》（1999）在 16 条第 2 款第（a）项⁴³规定该议定书“不妨碍依据有关国内或国际法承担个人的刑事责任和行使管辖权，也不影响根据国际习惯法行使管辖权”。国际红十字会的习惯国际法专家持这样的观点：

《关于发生武装冲突时保护文化财产公约第二议定书》（1999）规定其“不影响根据国际习惯法行使管辖权”，这是缔约代表们在缔结议定书的过程中提出来的，旨在赋权缔约国援引这一规定来授权其国内法庭对战争罪行行使普遍管辖权。⁴⁴

但专家们并未提出来自于起草历史方面的证据。

27. 最好不要对这一规定作如是解读；将之理解为一项防止对 16 条作反向解释（即该规定禁止行使未在本条列出的其他类型管辖权）的规定，更为恰当。如果将之理解为这是在支持行使某一特定类型管辖权譬如普遍管辖权，则进行了一次大跃进了。这一意思需要条约文本本身有肯定性的支持。这一更为恰当的解释得到类似解释--对《反酷刑公约》第 5 条第 3 款的通行解释的支持。⁴⁵

2. 对条约实践的总结

28. 当我们试图从习惯国际法中提炼出任何规则的时候，我们并未能从凌乱的条约实践和学术讨论中获得多大的自信。那些被列入考虑范围的罪行之受普遍关注性质业已促进大量条约的缔结，不过，且不管我们如何谈论这些条约，牢记一条是明智的，那就是条约的权利或义务只适用于条约的缔约方，并取决于条约

⁴³

http://portal.unesco.org/en/ev.php-URL_ID=15207&URL_DO=DO_TOPIC&URL_SECTION=201.html

⁴⁴ ICRC Study, 上注 35, vol.1, 605, & n.198.

⁴⁵ 参见 Joint Separate Opinion, 上注 17, paras.34, 38.

所定之一系列具体条件。⁴⁶然而，数据确实还没显示存有任何条约授权行使“‘纯粹的普遍关注型’管辖权”的具体实例。某些条约授权或者可被解释为授权行使“‘普遍关注加条约加现身’型管辖权”。实际上更多的条约授权行使“‘普遍关注加条约、身现并体制内属地或属人’型管辖权”。但后两种类型皆不能被准确地称之为“普遍管辖权”。

（二）国际习惯法

29. 把目光转向普遍管辖权在国际习惯法中的地位，自然会令人想起根据《国际法院规约》第38条第1款（b）项规定去发掘出这样的一项规则：习惯国际法由经接受为法律（即法律确信，*opinio juris*）之各国普遍实践所证明。

30. 从这个角度看，令人印象深刻的，是明确行使“纯粹的普遍关注”型管辖权的证据的匮乏，以及种种宣言和声明的宽松描述中所表现出来的貌似对“普遍管辖权”的广泛支持。若按表面价值去理解后者，似乎存在可被宽松用以针对灭绝种族罪、反人类罪和严重的战争罪行的普遍管辖权概念的法律确信。例如，早在1971年，联大的一项决议就措辞宽松，以和普遍管辖权的理念保持一致。在这项决议中，联大“申明各国在逮捕、引渡、审判和惩治战争罪犯和反人类罪犯过程中拒绝合作违背联合国宪章的宗旨和原则以及公认的国际法准则。”⁴⁷很多西方国家也发表声明支持普遍管辖权理念。⁴⁸非洲联盟在其关于在63届联大会议议程增列有关普遍管辖权问题项目的请求书所附之备忘录中称：“普遍管辖权原则已为国际法所充分确立”，“非盟尊重这一原则，该原则已被‘蕴含’于《非洲联盟宪法性文件》第4条第（h）款”，但非盟对这一原则的范围和适用的含糊不清及其滥用感到担忧。⁴⁹美国法律学会，一个由法律专家组成的国家级学术团

⁴⁶ 参 见 中 国 的 声 明 （ 中 文 原 文：<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuriStatesComments/China.pdf>；联合国英译本在：http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuriStatesComments/China_E.pdf）；有关评论，第6节。

⁴⁷ UNGA Res 2840 (1971).

⁴⁸ 有关进一步的信息，参见 AU-EU Expert Report, 上注5; ICRC Study, 上注35。

⁴⁹ A/63/237, annex (Explanatory memorandum), para.1. 不结盟运动国家的态度似乎更加模糊。参见：A/C.6/64/SR.12 (25 November 2009), paras.20-21; A/C.6/65/SR.10 (13 October 2010),

体,早在 1986 年就发现针对数种罪行的普遍管辖权存在于习惯国际法之中。⁵⁰[世界]国际法研究院,一个由法律专家组成的世界级学术团体,也在 2005 年对普遍管辖权概念或原则给予支持。⁵¹

31. 无论如何,有关主张普遍管辖权的国家活动数据并未表明,除海盗罪的情形外,有足够的证据证实纯粹的普遍管辖权已被确立。这或多或少也是包括“逮捕令案”(2002 年) Higgins, Kooijmans, Buergenthal 法官和 Guillaume 院长在内的西方法官的结论。Higgins, Kooijmans 和 Buergenthal 法官在“逮捕令案”的联合个别意见⁵²支持《奥本海国际法》(1996 年第 9 版, 998 页)作者的见解,即:

虽然迄今为止还没有一项可被用来主张各国已被赋权,例如如同被赋权惩治海盗行为那样去惩治犯有反人类罪的外国国民之实在国际法一般规则,不过有明显的迹象表明,带有此意的一项重大国际法原则在逐步发展当中。如下文,尤其是第 34 段,所述,此后的发展态势不仅没有加强,反而削弱了普遍管辖权的法律地位。从某种意义上说,当 2002 年“逮捕令案”判决之时,普遍管辖权的运气已达顶峰。

32. 尽管某些国家,例如英国,⁵³在其以手册形式展示的军事法律或条例中主张对战争罪行行使普遍管辖权,但这一主张似乎未在各国间引起普遍追随,也没有扩至其他罪行或其他控诉场合。实际上,甚至英国军事手册连说服英国自身的立法机构通过立法实施那一理念也还存在困难。⁵⁴而解决《罗马规约》实施问题的知道通过一个“聪明”的办法来解决。在对战争罪行行使普遍管辖权问题上,

paras.55-56。

⁵⁰ ALI, Restatement of the Law, Third, the Foreign Relations of the United States, § 404 以及据此进行的评论和注释。有关原文复制在上注 7。

⁵¹ IDI Resolution, 上注 3。

⁵² Joint Separate Opinion, 上注 17, para.52。

⁵³ British Manual of Military Law, III (1956), para.637, as quoted in Rosalyn Higgins, Problems and Process (1994), 59-60; see discussion of id., 56-61; Ian Brownlie, Principles of Public International Law (7th ed., 2008), 305-306; UK Ministry of Defence, The Manual of the Law of Armed Conflict (2004), para.16.30.

⁵⁴ 参见 Ian Brownlie, Principles of Public International Law (7th edn, 2008), 305-306; Rosalyn Higgins, Problems and Process (1994), 59-61。

国际红十字会的研究似乎持一个更为宽松的观点。⁵⁵若对所示数据进行严格的分析，其判断可能得不到支持。

33. 一位评论家经过一番复杂的考察，认为包括《违反国际法的罪行法典》在内的德国立法已考虑到适用纯粹的普遍管辖权的可能性，⁵⁶但受种种条件限制。不过，时至今日，这一可能性仍然停留在可能性之上，因为还没有作出过这样的控诉。

34. 国家立法对纯粹的普遍管辖权的有限支持，近来被进一步削弱了。分别于2003、2009年，比利时⁵⁷和西班牙⁵⁸，被普遍认为曾经对主张纯粹的普遍管辖权有明确法律依据和曾经实际上行使过该管辖权的仅有的两个国家（不包括德国，因为德国立法模糊，亦无实施记录），修改其法律，规定行使管辖权应以与法院地国之间存在各种联系因素为条件。

35. 来自西方国家的有限案例几乎全部显示，普遍管辖权在被试图实施或实际实施时，被描述为“表明法院在援引普遍管辖权问题上大都表现谨慎”。⁵⁹此外，Reydams在2010年对这一情形描述如下⁶⁰：

⁵⁵ 参见 ICRC Study, 上注 35, Rule 157 以及相关资料。

⁵⁶ 参见 Luc Reydams, *Universal Jurisdiction* (2003), 141 - 147 的描述和分析。

⁵⁷ August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law (Belgium). 参见 Luc Reydams, *Belgium Reneges on Universality: 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law*, 1 *J Intl Criminal Justice* (2003), 679-689。

⁵⁸ Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre complementaria de la Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo1-2009.html) (Spain). 这一新法的实质，如西班牙政府代表在联大的发言所称(A/C.6/65/SR.11 (13 Oct. 2010), 4, para.21): “法官只有在如下情况下才能对在世界上犯下严重罪行者进行起诉：没有国际法庭或第三国法庭已经启动针对这些人的诉讼程序，以及这些人现身于西班牙领土或者受害人为西班牙国民。”

⁵⁹ 参见 *Joint Separate Opinion*, 上注 17, para.21 的分析。

⁶⁰ Luc Reydams, *Leuven Working Paper*, 上注 26, 22 (internal footnotes omitted). See also the description of State judicial practice in: *The Scope and application of the principle of universal jurisdiction: Report of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments*, A/65/181 (29 July 2010), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/467/52/PDF/N1046752.pdf?OpenElement>, paras. 55-65; 94-107。

总计起来，共有 24 名个人被澳大利亚、加拿大、德国、丹麦、比利时、英国、荷兰、芬兰、法国、西班牙和瑞士的法庭对其犯于国外的“战争罪行”进行了审判。毫无例外地，这些被告人均在法院地国取得了永久居留权--以难民、流亡者或者移民身份取得--且对被“遣返至其恶行发生国”实行抵制。大多数情况下，其他有关国家都默许，或者甚至支持起诉。此外，不要忽略一个事实，即这些案件中大部分均与发生在前南斯拉夫和卢旺达的暴行有关。专为这些国家而设的国际刑事特别法庭的检察官和联合国安理会鼓励所有国家在其领土上搜捕和审判（参看《日内瓦公约》义务）犯罪嫌疑人。最后，引渡常常成为不可能，不是法律上就是实践上不可行。

此外，明确主张普遍管辖权的罕有案例，还来自以色列（Eichmann 案⁶¹）和美国（Demjanjuk 案⁶²，承认以色列的普遍管辖权构成引渡的基础），但由于针对的是来自纳粹时代的犯罪嫌疑人，这些控诉具有特殊背景，更有以色列对运用普遍管辖权针对其本国官员的行动进行威胁以及美国主张其他国家对其国民“甚至不应考虑”起诉⁶³，两案的价值被稀释了。

36. 最后，应当指出的是，非洲国家还没有行使过普遍管辖权。⁶⁴

37. 不过，[世界]国际法研究院似乎认为普遍管辖权存在于习惯国际法之中，但发现，如下所述，须以犯罪嫌疑人“现身”为条件。⁶⁵人们可以发现，[世界]国际法研究院的决议很反常，因为它是在“逮捕令案”判决抑制了人们对普遍管辖权的过分热情，⁶⁶以及比利时，普遍管辖权的领航员，于 2003 年修改法律将

⁶¹ AG of Israel v. Eichmann, 36 ILR 5 (District Court of Jerusalem, 1961), and 277 (Supreme Court of Israel, 1962).

⁶² In re Demjanjuk, 603 F.Supp. 1468 (ND Ohio), affirmed, 776 F.2d 571 (6th Cir. 1985), cert. denied, 457 US 1016 (1986).

⁶³ Reydam, Leuven Working Paper, 上注 26, 22。

⁶⁴ AU-EU Expert Report, 上注 5, paras.19, 26, 40。

⁶⁵ IDI Resolution, 上注 3。

⁶⁶ 刚果重新提交诉求后，国际法院并没有在“逮捕令案”中对普遍管辖权的合法性问题作出裁定，反而认定不能发现习惯国际法存在排除在职外交部长所享有的国家管辖豁免和不可侵犯性之例外，即使当外交部长被控犯有战争罪或反人类罪。关于“逮捕令案”的影响，参见：

纯粹的普遍管辖权从其法律中剔除⁶⁷从而放弃领航的背景下，反其道而行之，于 2005 年通过的。也就是说，支持纯粹的普遍管辖权（如果真的存在的话）的趋势在逆转。无论如何，[世界]国际法研究院的决议没有阻止住目前的逆势，而西班牙则在 2009 年重蹈比利时 2003 年的覆辙。⁶⁸

38. 一个一个地对这些案例进行分析会更理想，那些苦心孤诣的法官和学者们已对此作出努力，不过给出的记录却是相互冲突的评估。仅此即可反映普遍管辖权在国际法中的不确定状态。

39. 对于这一局面，似乎可作几种解释。首先，纯粹的普遍管辖权实际实施的匮乏，可作为表明对这一概念的悦耳支持其实是政治性支持的证据，而不被认为是证明法律确信的证据。

40. 因非盟明文依赖其宣称已将普遍管辖权“蕴含”⁶⁹其中的《非洲联盟宪法性文件》第 4 条第 (h) 款⁷⁰，其在 2009 年的备忘录中对这一概念所表示的支持因此被进一步弱化了。该条确认“在发生战争罪行、灭绝种族和反人类罪的严峻情况下，联盟有权根据首脑会议的决定对某一缔约国进行干预”。该条实际上蕴含一种体制内的集体政治行动机制：其授权联盟，而不是授权个体缔约国，在相关情形下采取行动的权利；被授权的行动是政治性的集体执行行动，而不是司法执行行动。其并没有提及联盟有权行使普遍管辖权，就更不用说个体缔约国了。在非洲联盟制定这一规定时，这些因素可能还没有获得关注。

41. 有关普遍管辖权的议题被增列进联大会议议程后至今，普遍管辖权的

Alain Pellet, *Shaping the Future of International Law: The Role of the World Court in Lawmaking*, in: Mahnoush H. Arsanjani et al. (eds), *Looking to the Future: Essays on International Law in Honor of W. Michael Reisman* (2011), 1065, 1080 (“国际法院‘逮捕令案’的判决表明法院亦可减慢或足以持续危害现行法律的极其可喜的进化”)；Antonio Cassese, 上注 26, 1 *J Int'l Criminal Justice*, 589 - 595. 有关豁免权的论述（未在本文讨论），例如参见 the reports of the ILC Special Rapporteur Roman Anatolevich Kolodkin 以及其他资料，可在如下网页获取：http://untreaty.un.org/ilc/guide/4_2.htm。

⁶⁷ 参见上注 57。

⁶⁸ 参见上述 58。

⁶⁹ African Union memo, 上注 1, para.1。

⁷⁰ 原文随上注 49。

地位并不因联合国缔约国之间的意见交换而得到加强。此文付梓时（2011 年）已向联大提交声明的缔约国总共只有 44 个，约为联合国全体会员国的 25%。⁷¹由于宽松模糊的措辞似乎继续处于上风，这些意见交换并未将问题解释得有多清楚。更有可能的是，这一活动似乎还减弱了对这一概念本已微薄的支持。若干国家指出“普遍管辖权的范围和适用仍是一个在政治和法律上存在巨大争议的问题”。⁷²一些国家，如泰国，则明确反对针对海盗罪和奴役罪以外的其他罪行行使普遍管辖权。⁷³甚至原本在 2009 年明文支持普遍管辖权“原则”的非盟，似乎在 2010 年也撤回了原有立场。2010 年 10 月提交第六委员会的非盟声明说：

迄今为止，普遍管辖权还没有一个获普遍接受的定义，除海盗罪和奴役罪外其应涵盖何种罪行以及适用条件如何，也还没有取得一致意见。若很少国家提交其普遍管辖权实践信息，那是因为这一原则在大多数国内管辖中几乎还不存在。⁷⁴

另外，不但没有重申《非洲联盟宪法性文件》“蕴含”普遍管辖权原则，该声明现在反而宣称“《非洲联盟宪法性文件》授权联盟在发生战争罪行、灭绝种族和反人类罪的情况下，对其缔约国的事务进行干预”。⁷⁵

42. 其次，少得可怜的实际实施记录即为不存在支持针对海盗罪以外的罪行

⁷¹ 这些声明可在如下网页获取：<http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri.shtml> . 关于这些声明的概览，参见 *The Scope and application of the principle of universal jurisdiction: Report of the Secretary-General prepared on the basis of comments and observations of Governments*, A/65/181 (29 July 2010), <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N10/467/52/PDF/N1046752.pdf?OpenElement>. 中国于 2010 年提交声明(Statement of China, 上注 46). 也可参见 ZHU Lijiang, *Chinese Practice in Public International Law*: 2009, 9 *Chinese JIL* (2010), 607, 647, para.75.

⁷² 例如参见马来西亚的声明， A/C.6/65/SR.12 (15 Oct. 2010), 5, para.26.

⁷³ 例如参见泰国的声明， A/C.6/65/SR.11 (13 Oct. 2010), 3, para.12 (“除海盗罪外，各国间还没就习惯国际法允许对何种罪行行使普遍管辖权问题普遍达成一致”); 苏丹的声明， A/C.6/65/SR.12 (15 Oct. 2010), 4, para.20; 中国的声明， 上注 46.

⁷⁴ A/C.6/65/SR.10 (13 October 2010) (<http://daccess-ods.un.org/access.nsf/Get?Open&DS=A/C.6/65/SR.10 &Lang=E>), para.60.

⁷⁵ 出处同上， para. 61。

行使纯粹的普遍管辖权的实在国际习惯法规则之证据。⁷⁶事实上，甚至没有足够的证据证明存在一项允许行使“‘普遍关注加现身’型普遍管辖权”的国际习惯法规则。

43. 最后，另一解释，由 Higgins 等法官在“逮捕令案”联合个别意见中提出，即：这只是表明各国还没有将该管辖权立法至国际法所允许的最大限度，以及：

虽然这些法官所援引的国家案例法无一恰好立足于严格意义上的普遍管辖权的行使，但该案例法同样不能证明存在认定此种管辖权为非法的法律确信。简言之，国家立法和案例法--也就是国家实践--对于普遍管辖权的行使，态度是中立的。⁷⁷

三、“荷花号案”论调（the *Lotus dictum*）的潜在适用

44. 如此定论，Higgins 等法官在“逮捕令案”中所附的联合个别意见实质上主张，在支持国家自由的“荷花号案”论调的适用中，关键不在于真正的或纯粹的普遍管辖权的行使是否得到实在国际法的支持，而在于该行使是否为禁止性规范所排除。因没有发现存在这样的禁止性规范，这些法官得出结论说一国可以行使纯粹的粹普遍管辖权（或者被告缺席的普遍管辖权）。⁷⁸

45. 对比之下，Guillaume 院长则直接挑战那一论调，至少是它在刑事管辖领域的适用。“逮捕令案”中，Guillaume 院长在其个别意见第 14、15 段⁷⁹说：

⁷⁶ 中国的声明，上注 46，有关评论，paras.4-5。

⁷⁷ Joint Separate Opinion, 上注 17, para.45. 英国的解释可在此找出：Rosalyn Higgins, *Problems and Process* (1994), 59-61。

⁷⁸ Joint Separate Opinion, 上注 17, paras.49-54, etc.

⁷⁹ President Guillaume, *Separate Opinion in Arrest Warrant*, ICJ Reports 2002, 35, 43. 对“荷花号案”论调的进一步批判，参见 Judge Simma, *Declaration, in Accordance with International Law of the Unilateral Declaration of Independence in Respect of Kosovo (Request for Advisory Opinion)*, ICJ Reports 2010, <http://www.icj-cij.org/docket/files/141/15993.pdf>; Sienho Yee, *Notes on the International Court of Justice (Part 4): The Kosovo Advisory Opinion*, 9 Chinese JIL (2010), 763, paras. 22-26。

14. 这一论调几乎不具说服力。其实，国际常设法院自身已确立比利时所援引的那一基本原则，接着却自问“前述因素是否真正适用于刑事管辖权”。它认为，情况可能如此，不然则是，“这一领域法律的全盘的地域性质所确立的一个原则--除非另有明文规定，法律本质上禁止一国将其法院的刑事管辖权扩至其境外”。在这一特定案件中，国际常设法院认为其无须对争议焦点作出裁定。在法国船舶与土耳其船舶发生碰撞的情况下，国际常设法院专门强调所涉犯罪行为的后果可被当作发生在土耳其领土上，因此土耳其的刑事控诉“可从有关这一所谓地域原则的观点中找到正当理由”。

15. 在 1927 年当时条约法极其罕有的情况下，国际常设法院不对争议焦点作裁定是可以理解的。不过今天情况不同了，对我来说--则完全不同了。宣扬国家主权平等的《联合国宪章》被通过，新兴国家登上历史舞台，非殖民化运动的诞生，强化了地域原则。国际刑法本身已经经历了非常大的发展且形成了一个令人印象深刻的法律体系。在很多情形下，它都确认犯罪行为地以外的国家授权其法院对现身于其领土的犯罪者进行起诉的可能性（或实质上是义务）。但是决不可想象，世界上任何一个国家均应授权其法院对这些犯罪进行起诉，不管作案者和受害者是谁，也不管犯罪者将被发现于何地。再说，如此行事，将令司法陷于完全混乱的境地，还将鼓励强国为其利益而故意打着界限模糊的“国际社会”之代理人的旗号肆意妄为。与某些国际法学家所提倡的相反，这样的发展方向并不代表法律的进步，反倒是一种倒行逆施。

46. Guillaume 院长的观点很有说服力。“荷花号案”的论调在该案中是没有必要的，其生命力来源于对其不加批判的复述和随从。

47. 从某种程度上说，这一争论似乎关乎哪项隐含规则是否适当。在国际常设法院作出判决当时，各国仍然坚持使用武力解决国际争端这一古老权利法则。国家自由被认为至高无上因此应当优先考虑，这大概是自然的事。这就是“荷花号案”论调的适用后面所隐含的规则。不管怎样，自 1927 年作出判决之日以来，发展态势不再支持随从这一观点。自从 1928 年《凯洛格—白里安巴黎公约》首

次表示放弃使用武力作为国家政策的工具以及联合国宪章第2条第4款重申这一立场以来，国家自由现被置于领土完整和国家政治独立的从属地位。这是当今整个国际法律体系最重要的隐寓规则。用 Guillaume 院长的话说，这些新发展强化了属地原则。“荷花号案”论调因此可被认为已经过时，至少在刑事管辖权方面如此。这也是[世界]国际法研究院一些成员在其 2005 年有关该专题的决议的审议至通过过程中提出来的观点。⁸⁰事实上，在某些领域，各国已通过条约的方式积极推翻国际常设法院在“荷花号案”中有关刑事管辖权的裁决。⁸¹

48. 在这样的背景下，中国也反对“荷花号案”论调。其于 2010 年向联大提交的有关普遍管辖权问题的声明中明文表示：“

管辖权是国家主权的重要组成部分。根据国家主权平等的原则，一国确立和行使管辖权不应损害其他国家的主权。因此一国管辖权的确立应当以该国与所涉案件之间存在有效和充分的联系因素为前提条件，并应将其限于一个合理的范围。⁸²

49. 人们不由得充分期待在这一方面能够得到进一步的发展。在“荷花号案”论调在这一领域被打败之前，可以想象，各国可能会以反对普遍管辖权为由阻止其适用，因为“荷花号案”论调的适用基础，根据“逮捕令案”的联合个别意见，是这样的一个事实--不存在可表明普遍管辖权为非法的法律确信的证据。一国仅是无声地不支持普遍管辖权未必能够阻止其国民被适用普遍管辖权，因为适用“荷花号案”论调的后果是，它可能允许国际法虽未授权但也亦未禁止其管辖的国家行使管辖权。这意味着，就“荷花号案”论调的适用而言，作出明确的反对会有所裨益，“外交风味”的模糊或者沉默可能存在风险。

四、实施普遍管辖权（如允许）的潜在限制

⁸⁰ 参见 IDI, 71(II) *Annuaire*, 上注 4, 245 (The Rapporteur); 258 (Frowein)。

⁸¹ 例如，1952 *Brussels Convention for the Unification of Certain Rules Relating to Penal Jurisdiction in Matters of Collision or other Incidents of Navigation*, art. 1; UNCLLOS, art. 97.

⁸² 中国的声明，上注 46，有关评论，para.1，联合国英译本。该译本将“管辖权”译为“sovereignty”。本文原文使用“Jurisdiction”代替“sovereignty”。

50. 通过以上分析，我们可以发现，普遍管辖权可能是维护国际社会基本价值，促进和保护人员，以及对抗有罪不罚的积极工具。其消极方面则是普遍管辖权的行使与主权和主权平等原则相冲突，且容易遭政治滥用，包括出现在选择性诉讼中的差别待遇，从而破坏国际关系的稳定。⁸³如果我们假定法律允许出于某些原因运用这一原理或原则，并试图在减少这一工具的副作用的同时收获其果实，我们可以设想将普遍管辖权的行使置于一系列条件之下，或者这些条件是否应当构成普遍管辖权“定义”的一部分，例如：（1）将普遍管辖权的行使限于最严重的罪行，例如，除海盗罪外，还包括奴役罪、灭绝种族罪、反人类罪和严重的战争罪行；（2）领土所属国具有优先权；（3）适用“清白原则”⁸⁴；（4）要求有最高国家当局启动行使的决定；（5）尊重可适用于官员和国家的豁免权；（6）能够获得某一国际甄别机制的认可；（7）犯罪嫌疑人现身。笔者对此不一一作讨论，只对现身要求或条件作些评论。

51. 似乎这一观点获得广泛的支持--不存在一项允许在缺乏现身条件的情况下行使普遍管辖权的习惯国际法规则。⁸⁵在缺乏条约支持的情况下，犯罪嫌疑人现身可使“普遍管辖权”的行使合法化的观点并无充分的理据支持。再者，基于某种理由被允许行使普遍管辖权时，现身条件在哪一时间点被触发，也还取得一致意见。似乎对大概仍依赖于“荷花号案”论调的“逮捕令案”法官 Higgins 等人来说，关于现身角色的这一发现本身并没有显示犯罪嫌疑人的现身因此成为行使普遍管辖权的条件；对于试图行使普遍管辖权的国家，只需要没有针对它的禁止性规范即可。这样的现身条件在种种关于引渡或起诉的条约条款中的存在--在他们看来，“清楚地，这预想在有关领土上现身”--没有理由得出相反的结论，因此现身是必要的。⁸⁶对这些法官来说，“如果认为某人在审判当时人身须被置

⁸³ 参见 Henry Kissinger, 上注 19。

⁸⁴ 参见 Sienho Yee, *The Tu Quoque Argument as a Defence to International Crimes, Prosecution, or Punishment*, 3 *Chinese JIL* (2004), 87-133。

⁸⁵ 参见以色列的声明, A/C.6/65/SR.12 (15 Oct. 2010), 3, para.9 (“很多国家同意被告应当在法院地国现身”)。

⁸⁶ 参见 *Separate Opinion*, 上注 17, 尤其是第 57 节(原文的强调)。

于管辖，那将是一个保证公平审判的审慎的保证，但与国际法认可的管辖根据没有多大关系。”⁸⁷必须指出的是，这一观点，将现身条件贬低至仅是保证公平审判的一个审慎的程序性要求，后果具有深远的影响，且与规避缺席审判的国际刑法的趋向大相庭径。实际上，这一趋向能够反映对我们安身立命的世界所持的一种态度或观点，而不仅只是一种对更为公正的审判的追求。将现身条件视为程序性要求之观点的深远影响将会更加持久--或呈倍数增长--当其与“逮捕令案”的联合个别意见极力赞成的“荷花号案”论调（因两者皆偏向起诉国的自由权）⁸⁸的适用扭在一起捆绑使用的时候。

52. 根据[世界]国际法研究院以及其他人士的观点，该触发点出现得更早一些。[世界]国际法研究院决议第3段（b）款称：

除调查行动和引渡请求外，行使普遍管辖权也要求被控犯罪嫌疑人现身于起诉国领土或悬挂该国国旗的船舶或依其法律注册的航空器上，或者犯罪嫌疑人为其他合法形式所控制。

根据报告人，该节：

反对绝对普遍管辖权的理论，坚持犯罪嫌疑人现身于起诉国领土这一条件。不过，与逮捕令的签发不同，它的确允许任何一国开展对个体不造成实质损害的调查活动。同样地，各国应享有请求引渡的自由，尽管被请求国并无义务满足这样的要求。⁸⁹

这一路径具有一定的合理性，但仍然存在三个主要问题。第一，如果犯罪嫌疑人在被请求国拥有一个官方职位，那么被请求国需要作出一个艰难的决定，否则不大可能会满足请求国的引渡要求。如果被请求国非犯罪嫌疑人本国（犯罪嫌疑人或官员在外旅行），那么考虑可能会有所不同，引渡请求完全有可能获得满足。

53. 第二，现行司法协助制度或者引渡条约实际上可能实行强制性引渡，因为这些条约中至少有部分规定，如果请求国能证实管辖权和案件证据已表面成立

⁸⁷ 参见 Joint Separate Opinion, 上注 17, para.56。

⁸⁸ 这存在导致出现起诉国自由最大化--某一类型的“荷花号案最高自由”的危险，参见 Sienho Yee, 上注 79, Chinese JIL (2010), 763, para.26。

⁸⁹ IDI Annuaire, 上注 4, 208 (报告人对决议草案的说明)。

以及普遍管辖权可被认为已足以满足行使管辖权的条件，被请求国则有义务移送犯罪嫌疑人。如何解释[世界]国际法研究院报告人的观点--被请求国无义务（源自普遍管辖权法本身）去满足这样的请求，以及被请求国需要遵守的其他类型法律规定的义务，成为一个十分重要的问题。换言之，在主张普遍管辖权的场合下，依其他类型法律负有满足请求之一般义务，该一般义务是否应当存在例外？

54. 第三，在某些国家，除逮捕和引渡外，调查的启动可能会引发一系列强制性司法程序。这一低层次的强制性司法程序依然会带来严重问题。主张为针对犯罪嫌疑人现身的调查之启动设定条件，可能是过分的要求，很多国家将极可能予以拒绝。或者一个折中方案可为，犯罪嫌疑人在起诉国现身可被设定为强制司法程序发动的条件。

55. 这一讨论应给每个行事谨慎的国家发出警号，即普遍管辖权的潜在实施与所有司法和警务合作条约之间的关系，以及现身条件与这一关系的牵连，是一个呼唤紧急考察的议题。它或希望通过修改这些条约，以确保一个宽松的现身条件不会为其国际关系活动带来问题。

五、结语

56. 真正或纯粹的普遍管辖权是一种仅以所涉罪行的受普遍关注性质为根据的管辖权。普遍管辖权的概念和逻辑合乎情理，因为每个国家均对受普遍关注之事拥有权益。普遍管辖权可成为国际体系维护其权益，保护人权和对抗有罪不罚的强有力工具。然而，一国行使普遍管辖权可能会侵犯另一国的国家主权和主权平等，亦有可能滥用，从而破坏国际关系的稳定。

57. 这些正反两面以及其他方面的因素对国际法的形成过程产生了这样或那样的影响，以致迄今为止只有针对海盗罪的普遍管辖权已为国际法所接受。针对其他罪行的“‘纯粹的普遍关注’型管辖权”，目前还不存在。“‘普遍关注加现身’型管辖权”的国家实践证据尚不足以充分证明一项习惯国际法规则已因此形成。允许“‘普遍关注加条约、现身并体制内属地或属人’型管辖权”，或者“‘普

遍关注加条约、现身’型管辖权”的条约实践只局限于特定的条约体制。鉴于这种局面，“荷花号案”论调及现身条件的潜在适用--尤其是关于其要求轻微、程序性观点，可能具有重要意义而值得关注。

58. 在 2002 年，当 Higgins 等法官的联合个别意见发现普遍管辖权的某种演化趋向之时，⁹⁰国际法院却在“逮捕令案”中对普遍管辖权合法性问题保持引人注目的沉默，自那以来，追求“纯粹的普遍管辖权”的进程一直呈“下降趋势”。此后的下降趋势很大程度上可能缘于该案的审慎判决。该判决可被认为以一种巧妙的方式，帮助将某些冷静元素注回国际关系当中⁹¹。随着比利时和西班牙现已通过收窄其法律适用范围从而放弃纯粹的普遍管辖权，追求纯粹的普遍管辖权的进程似乎成了一列正在行驶的没了机车头的列车。

六. 后记

59. 本文于2011年首次发表。自2009年以来，联合国大会大关于普遍管辖权的辩论表明，人们对普遍管辖权的概念、范围和适用的认知很混乱，这是促使笔者发表本文的动机。本文试图提出一个笔者自认为是对普遍管辖权的恰当理解，并指出针对某一罪行的普遍管辖权是否存在，取决于正常的造法过程或法律形成过程，而非取决于任何实体规范的先验逻辑延伸。这就需要在这方面的国家实践作更加严格的考量。

60. 自本文首次发表以来，关于这些问题的后续发展似乎使笔者的观点，还有笔者的观察--纯粹普遍管辖权呈“下降趋势”，得到了进一步的支持。国际法院2012年2月3日关于“德国诉意大利案”（*Germany v Italy*）的判决⁹²认定（虽然不是很明确，但实质如此）普遍管辖权并不以主行为的性质为根据，而是取决于正常的造法或法律形成过程。联大的辩论尚未消除混乱；事实上，在2018年12月20日通过的一项决议中，联大仍称其“认识到各国所表达的意见各式各样，包

⁹⁰ Joint Separate Opinion, 上注 17, paras.45-52。

⁹¹ 关于“逮捕令案”影响的更充分的评估，参见 Alain Pellet,上注 66。

⁹² Jurisdictional Immunities of the State (Germany v Italy: Greece intervening), Judgment, ICJ Reports 2012, 99.

括对滥用或误用普遍管辖权的关切，并承认若要取得进展，需在第六委员会继续讨论普遍管辖权的范围和适用问题”。⁹³ 此外，学术界也愿接受笔者所表达的观点。2012年，本文被翻译成俄文发表于《俄罗斯法学论刊》。⁹⁴ 接着，一个重要的组织邀请笔者和这一领域的少数专家召开闭门咨询会，可以看出笔者论点的影响受到了关注。2013年4月，笔者应美国国际法学会邀请，将本文以“需对普遍管辖权作更加严格的评估”为题在该学会年会做报告。⁹⁵

61. 就“下降趋势”而言，西班牙已通过立法加以延续。⁹⁶这一趋势如此，以致一位评论人士在捍卫普遍管辖权时把他的文章题目定为“普遍管辖权并非在消失：从‘全球强制者’型普遍管辖权（‘globe enforcer’ universal jurisdiction）到‘无安全港’型普遍管辖权（‘no safe haven’ universal jurisdiction）的转换”。⁹⁷ 他说：按“全球强制者”型普遍管辖权概念，各国可行使普遍管辖权，因为其扮演着这样的角色--预防在世界任何地方发生国际核心罪行并惩罚在世界任何地方所犯的国际核心罪行；按“无安全港”型普遍管辖权概念，各国可行使普遍管辖权以避免国际核心罪行参与者有藏身之处。⁹⁸如此看来，他似乎中意“‘普遍关注加现身’型管辖权”，即如笔者在本文第8段第（2）小段以及本文其他地方所述。但如同笔者所指出的那样，这一类型的管辖权并非真正的普遍管辖权；法院地国这一联系因素即足以构成管辖的基础。即使如此，如上所述，尚无足够的国家实践支持其成为一项习惯国际法。

⁹³ A/RES/73/208, 20 December 2018 (“Noting the constructive dialogue in the Sixth Committee, including in the context of its working group, recognizing the diversity of views expressed by States, including concerns expressed in relation to the abuse or misuse of the principle of universal jurisdiction, and acknowledging, in order to make progress, the need for continuing discussions on the scope and application of the principle of universal jurisdiction in the Sixth Committee”).

⁹⁴ Сиенхо Ёии (Вухан, Китай) Универсальная юрисдикция: понятие, теория и практика, 4 РОССИЙСКИЙ ЮРИДИЧЕСКИЙ ЖУРНАЛ [*Russian Juridical Journal*] (2012), 7.

⁹⁵ Sienho Yee, ‘A Call for a More Rigorous Assessment of Universal Jurisdiction’, 107 *ASIL Proceedings* (2013), 242.

⁹⁶ See Ashifa Kassam, Spain regressing on human rights, says judge who pursued Pinochet, *The Guardian*, 14 Feb. 2014, available at <http://www.theguardian.com/world/2014/feb/14/spain-human-rights-judge-baltasar-garzon>.

⁹⁷ Maximo Langer, Universal Jurisdiction is Not Disappearing: The Shift from ‘Global Enforcer’ to ‘No Safe Haven’ Universal Jurisdiction, 13 *J. Int’l Crim. Justice* (2015), 245-256.

⁹⁸ 同上注, 249.

62. 有意思的是，在其 2012 年 7 月 20 日关于“与起诉或引渡义务有关的问题案（比利时诉塞内加尔）”（*Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v Senegal)*）的判决⁹⁹中，国际法院看似并不满意《反酷刑公约》本身的效力--案子只涉及公约，且公约本身足以解决案子所涉问题--觉得还需要借助普遍管辖权概念的力量。它这样做了，但未对其含义作出任何解释，也没有就针对所涉罪行的普遍管辖权的存在给出任何支持性分析。在判决的第 74、75、84、91、118 段，国际法院只是亮出普遍管辖权一词，而不顾如下事实：“逮捕令案（*Arrest Warrant*）”联合个别意见是把《反酷刑公约》作为不构成普遍管辖权的例证来使用的，且批评把公约第 5 条称作“普遍管辖权”是对“该用语的不严谨的使用”。¹⁰⁰ 结果，我们不知道，在该案中，国际法院心目中的普遍管辖权概念究竟是哪一种版本。于是，国际法院以这样的一种方式使用该术语，考虑到这一使用属附带性论调（*obiter dicta*），这可能是在给人们带来混乱和误导--当然没有必要如此。

63. 不管怎样，世人所能期望相关决策者的，是他们严格遵循这方面的造法或法律形成运作机制，而所有审慎决策者能够而且应当做的，是审慎、严格地运用这样的运作机制。其余则取决于作为国际社会主要造法者的各国。¹⁰¹

⁹⁹ ICJ Reports 2012, 422.

¹⁰⁰ Joint Separate Opinion, 上注 17, para. 41.

¹⁰¹ 本后记(第 59-63 段)最先发表在: Alexander Orakhelashvili (ed.), *Research Handbook on Jurisdiction and Immunities in International Law* (Edward Elgar Publishing 2015), 106-109. 联合国大会的谈论稍做了更新。