

论普遍管辖原则

高秀东*

内容提要：普遍管辖原则近年来的发展引人注目。普遍管辖原则一直备受争议。普遍管辖原则的实践表明，绝对的普遍管辖有被否定或弱化的趋势，而有限的普遍管辖仍然有继续存在的生命力。普遍管辖原则在个别国家的民事诉讼领域得到扩大适用。我国应确立有限的普遍管辖原则，但对该原则应持谨慎态度，并应通过完善实体法和程序法来保证该原则的贯彻执行和限制其适用。

关键词：普遍管辖原则 绝对的普遍管辖 有限的普通管辖

随着刑事立法和司法中涉外因素的增加和国际社会对惩罚国际犯罪达成的共识，国家对域外管辖权的行使呈上升趋势，其中，最有争议的普遍管辖权的适用也在增加，特别是最近十几年来，运用普遍管辖权对发生在其他国家的违反国际人道法的行为进行追诉的案件时有发生，通过普遍管辖来惩治国际犯罪已成为当代国际法最引人注目的发展之一。一方面，普遍管辖现已成为防止国际犯罪得不到惩罚的首选法律途径，是通过增加起诉和惩治国际犯罪分子的可能性来防止国际犯罪的最有效的方法之一〔1〕；另一方面，由于普遍管辖权的行使涉及到他国的主权和内政、涉及到国与国之间的关系，涉及到一个国家的首脑、外交人员和政府官员可能被他国的法院追究刑事责任等问题，有时还不可避免地沦为政治斗争的工具，所以国际社会对该原则的认识在短期内不可能统一。本文试图通过对该原则的现状、发展趋势以及有关该原则的争议的分析，理清我国对该原则应有的态度，并通过完善我国的实体法和程序法来保证该原则的限制性适用。

一、普遍管辖原则的现状

（一）普遍管辖原则的形成

普遍管辖原则，最早产生于中世纪意大利各城邦，当时是针对海盗罪提出来的。〔2〕“根据国际法，海盗行为使海盗失去他的国民属性，因而失去他的本国的保护；……海盗行为是一种所谓‘国际

* 外交学院副教授。

北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

〔1〕 M. Cherif Bassiouni, *Universal Jurisdiction for International Crimes: Historical Perspectives and Contemporary Practice*, Virginia Journal of International Law, Vol. 42, 2001, p. 82.

〔2〕 参见林欣、李琼英：《国际刑法新论》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 53 页。

犯罪行为’；海盗被认为是每一个国家的敌人，在任何地方都可以被法办。”〔3〕后来地中海沿岸个别国家在国内刑法中确立了该原则。到17世纪它已成为惩治海盗罪的国际习惯法。〔4〕该原则与传统的属地原则和属人原则相比，其合理性在于和影响到世界各国的犯罪行为共同作斗争的需要，它的基础在于保护世界各国的共同利益。世界各国在对海盗行为进行审判时，一方面保护了本国的利益，同时也保护了其他国家的利益。19世纪后期，该原则开始在一些成文法中得到体现。如1878年《建立国际私法统一规则的利马条约》就规定了对海盗罪可以实行普遍管辖。1958年订于日内瓦的《公海公约》确认了这一习惯国际法规则。〔5〕1949年的《日内瓦公约》和1984年12月10日联合国大会通过的《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》（以下简称《禁止酷刑公约》）都包含了普遍管辖原则。一系列的反恐公约，如1963年的反劫机公约第3.3条、1970年的海牙反劫机公约第4.3条、1971年蒙特利尔反劫机公约第5.3条、1988年蒙特利尔反劫机公约第3条都隐含了普遍管辖原则。而另一些公约则明确规定了普遍管辖原则，如1988年《制止危及海上航行安全非法行为公约》第7.4条和第7.5条、1988年《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》第3条、1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第3条和1979年《反对劫持人质国际公约》第5条。但是，在这些公约中，行使普遍管辖的基础与对海盗罪行使普遍管辖的基础是不同的。各国不再是基于保护共同利益的目的而行使普遍管辖权，而是为了维护全世界的利益代表国际社会对犯有战争罪、酷刑罪和恐怖罪的个人进行起诉和惩罚。例如，《禁止酷刑公约》的缔约国被授权审判那些发生在外国的、行为人在他们自己国家对本国公民犯有酷刑行为的人。它的目的不是为了阻止那些人对起诉国的公民施行酷刑，而主要是为了防止犯罪地国不对酷刑行为予以惩罚。缔约国被授权扮演世界卫士的角色，以防止以酷刑形式对人类进行的攻击。〔6〕

在这些国际规则的强烈影响和作用下，有些国家开始在国内立法中规定普遍管辖原则，如加拿大2000年的《反人道罪和战争罪法》，德国2002年的《国际刑法典》，瑞士1968年的《军事法典》和尼加拉瓜1974年的《刑法典》。〔7〕据2007年10月在西安召开的国际刑法学协会第18届大会第四专题预备会议的总报告介绍，根据参会各国提交的报告，普遍管辖原则在参会各国得到了普遍承认，大多数国家以成文法的形式，或规定在刑法典中（如德国、荷兰、日本、匈牙利、芬兰、克罗地亚和土耳其），或规定在刑事诉讼法典中（如法国），或规定在其他形式的法律文件中（如比利时、西班牙）。

（二）普遍管辖原则的含义及其立法和司法实践

普遍管辖原则，是指当一个国家〔8〕既不是犯罪行为的发生地国，也不是行为人和受害人的国籍国，甚至也不是犯罪行为的受害国时，该国仅仅基于行为人所犯的罪行是严重的国际罪行而对该案件具有刑事管辖权。当一个国家以属地原则、属人原则或保护原则对犯罪行使管辖权时，最重要的要素是该国必须是犯罪行为的发生地国，或是行为人和受害人的国籍国，或是犯罪行为的受害国，该国与犯罪之间存在的这些连接点或联系因素（link 或 nexus 或 connection）是其行使管辖权的前提或基础。而普遍管辖原则的特殊性恰恰在于一个国家与犯罪没有这些连接点或联系因素时基于“绝对实质正义”的追求而对犯罪进行管辖。该原则的设置理念是：最大限度地使实施了危害人类共同利益、撼动了国际社会公众良知的行为人受到惩罚，不能因某个国家不是行为地国、行为入

〔3〕 See Oppenheim, *International Law*, Vol. I, London: Longmans, Green & Co., 1905, p. 326, 转引自前引〔2〕, 林欣等书, 第8页。

〔4〕 Antonio Cassese, *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2003, p. 284.

〔5〕 参见朱文奇:《国际刑法》, 中国人民大学出版社2007年版, 第290页。

〔6〕 前引〔4〕, Antonio Cassese书, 第285页。

〔7〕 前引〔5〕, 朱文奇书, 第295页。

〔8〕 这里的国家不是严格国际法意义上的国家概念, 而泛指某个国家或法域。

和受害人国籍国或受害国而对犯下国际罪行的人束手无策，也不能让该国成为罪犯躲避法律追究的避难所。

根据普遍管辖原则调查、起诉和审判的犯罪只能是国际社会公认的国际犯罪，而且往往限于严重的或重大的国际犯罪。国际条约上规定的国际犯罪有几十种，但综观各国和国际刑事法院行使普遍管辖权管辖的犯罪往往只限于几种严重的犯罪。巴西奥尼教授认为，海盗、奴役、战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪、种族隔离罪、酷刑已上升为国际强行法意义上的国际犯罪，当然可以进行普遍管辖。此外，有些犯罪，如劫机、危害海上航行安全、劫持人质以及侵害国际受保护人员等，虽然还没有上升到强行法的层面，但在有关国际条约中明示或隐含了可以对其行使普遍管辖权。^{〔9〕} 普林斯顿普遍管辖原则确立的可以适用普遍管辖的严重犯罪包括：海盗、奴役、战争罪、危害和平罪、危害人类罪、灭绝种族罪和酷刑，但并不限于此。^{〔10〕} 在国内法层面，规定普遍管辖原则的国家，一般都把可以适用普遍管辖原则的犯罪限于本国参加或缔结的国际公约中规定的国际罪行，而且往往在此基础上又做了若干限制，尽量缩小适用范围。如西班牙1995年刑法典第609—614条把可以适用普遍管辖权的“武装冲突中侵犯受保护的人和财产的犯罪”的条件严格限定在国际人道法规定的“严重违反”的罪行，并且必须同时符合三个条件：该行为必须发生在武装冲突中；必须是针对第608条中规定的受保护人（如战俘、平民或其他受保护的人）所进行的犯罪；必须是已经引起损害结果的犯罪。^{〔11〕}

普遍管辖原则有广义和狭义之分。

1. 狭义的普遍管辖原则，又称有限普遍管辖原则（conditional universal jurisdiction），^{〔12〕} 也即行为人所在地国的管辖原则（forum deprehensionis）或控制地国管辖原则（jurisdiction of custodial state）。根据较普遍的看法，狭义的普遍管辖原则是指，一个和犯罪没有任何具体连接点或联系因素的国家如果要对犯有国际罪行的罪犯进行调查、起诉和审判，只有当该人出现在该国或在该国被拘捕或控制起来后，该国才可以起诉他。被告在该国领域内是行使普遍管辖权的先决条件。

该意义层面上的普遍管辖在对海盗罪行使管辖权时为国际习惯法所承认。在条约法的层面上，在对1949年《日内瓦公约》及其1977年的第一附加议定书规定的“严重违反”的罪行、酷刑和一系列惩治恐怖犯罪的条约中得到贯彻。但是，这些条约并没有把缔约国的权力限于起诉和审判被告人，而是规定了“或起诉或引渡”的义务。

该意义层面上的普遍管辖也在一些国家的国内立法中得到适用。比如，法国1994年修改刑法，把灭绝种族罪和危害人类罪规定在刑法中，1995年和1996年通过两部立法，对联合国安理会成立前南和卢旺达特别刑事法庭的决议予以执行。这两个立法允许起诉严重违反《日内瓦公约》以及关于战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪的法律和国际习惯法的罪行，只要犯罪人在法国境内。1998年，在卢旺达犯罪的 Wenceslas Munyeshyaka 被起诉后，法院认为可以对被告犯下的战争罪和灭绝种族罪行使普遍管辖权。1998年法国基于刑事诉讼法和1994年的刑法修正案，签署了两张国际逮捕令，只要被告出现在法国，就可行使普遍管辖权。加拿大《危害人类罪法案》规定：“曾被指控犯罪，而且犯罪已经实施以后，行为人出现在加拿大境内，加拿大应依照国际法的规定，根据有关的人出现在加拿大境内，加拿大有理由对有关犯罪行使管辖权。”

〔9〕 前引〔1〕，M. Cherif Bassiouni文，第85页。

〔10〕 参见《国际社会普遍管辖原则的最新规定》，高铭暄、王秀梅译，《中国刑事法杂志》2002年第1期。

〔11〕 José B. Acosta_ Estévez, *The Principle of Universal Jurisdiction and the Punishable under Articles 609—614 of the 1995 Spanish Criminal Code*, in Pablo Antonio Fernández—Sánchez (ed.), *The New Challenges of Humanitarian Law in Armed Conflicts*, Martinus Nijhoff Publishers, 2005, p. 267. 并参见《西班牙刑法典》，潘灯译，中国政法大学出版社2004年版，第212页以下。

〔12〕 前引〔4〕，Antonio Cassese书，第285页。

对于要求嫌疑人出现在领域内的行使普遍管辖权的国家来说，在实践中，要求嫌疑人何时出现在本国领域内是一个问题。刑事诉讼包括调查、起诉和审判等各个阶段，是要求被害人控诉时就要承担证明该人在境内的举证义务，还是在开始调查时检察官就必须证明该人在本国领域内，还是可以先开展调查，然后再满足该人在境内的条件呢？以法国为例，因为法国刑事诉讼法第 689 条明确规定了有限的普遍管辖原则，所以这个问题也是困扰司法工作的一个难题。根据其近年来司法实践的经验，当进行起诉前的调查时，不必要证明犯罪嫌疑人在法国境内，而如果要提起诉讼时，则检察官必须证明该人在法国境内。在国际法院关于法国国内的若干刑事诉讼（刚果共和国诉法国）第一次听讯时，法国外交部法务司司长罗尼·亚布拉罕（Ronny Abraham）强调“只有当犯罪嫌疑人在起诉的开始阶段在法国境内时，法国的法官才有权对由外国人在法国境外针对外国被害人实施的犯罪进行审判。”^{〔13〕}

有限的普遍管辖的实践典型当属西班牙法院审理的阿道夫·希林格（Adolfo Scilingo）案。希林格在 1976 年到 1983 年阿根廷军人统治时期任海军机械学校官员。检察官指控他曾两次参与了“死亡飞行”，即将 30 多名持不同政见的政治犯从飞机上推进大西洋，因而犯下了酷刑罪、恐怖主义罪和灭绝种族未遂罪。希林格于 1997 年自愿来西班牙为另一案件作证时被捕。西班牙法院于 2005 年 4 月 19 日以反人道罪判处其 640 年徒刑，40 年内不得假释。

2. 广义的普遍管辖原则，也称为绝对的普遍管辖原则（absolute universal jurisdiction）或纯粹的普遍管辖原则（pure universal jurisdiction）或被告人缺席的普遍管辖原则（universal jurisdiction in absentia），它是指：当一个国家既不是犯罪地国，也不是行为人和被害人的国籍国，犯罪行为也没有损害到该国的公共利益，甚至行为人也没有在该国被拘捕或出现在该国（藏匿或公开居住在该国），这个国家仍可以对该人犯下的国际罪行进行管辖。该国可以在行为人不在于该国境内时，开展调查、签署逮捕令、甚至起诉该人。但是，由于许多国家的法律制度不承认缺席审判，所以如果要在该国提起审判程序，必须要求该人随后被引渡到该国或采取其他措施使该人出现在该国。显然，广义的普遍管辖原则允许国家的司法机关得到有关刑事犯罪的信息就可以对怀疑犯有严重国际罪行的人进行刑事调查，收集犯罪证据。他们行使刑事管辖权，不以行为人在该国出现为前提。行使这样的普遍管辖，往往以犯罪地国、国籍国或法益被侵害国不能或不愿对此行为提起诉讼为前提，并且只要犯罪地国或国籍国发动了诉讼程序，以普遍管辖为依据行使管辖权的国家就不能启动诉讼程序，即使启动了诉讼程序，也应该马上停止。

其他的刑事管辖权都是建立在管辖国和案件有各种具体的联系因素上的，属地管辖的连接点是犯罪地，属人管辖的连接点是行为人或被害人的国籍国，保护管辖的连接点是该犯罪行为直接侵犯了该国的公共利益，有限的普遍管辖的连接点是行为人出现在该国，而绝对的普遍管辖是这些联系因素都不存在时，仅仅依据犯罪的性质对该案件行使管辖权。当一国与案件有这样或那样的连接点时，该国行使管辖权的依据就是建立在该连接点上的属地管辖、属人管辖、保护管辖或有限的普遍管辖权，而不是既可以依据绝对的普遍管辖原则，也可以依据其他的管辖原则行使管辖权。当存在连接点时，应当优先适用其他管辖原则进行管辖，而不是绝对的普遍管辖和其他的管辖原则都可适用。虽然普遍管辖原则的特点是只能对国际犯罪适用，但当一国是行为地国或行为国籍国或受害人国籍国或法益受侵害国时，它只能依据属地原则、属人原则或保护原则行使管辖权，即使行为性质是国际罪行，也不能适用普遍管辖原则进行管辖。不能说，只要涉案罪行属于国际罪行，就是在适用普遍管辖原则，而是只能在没有其他的连接点时，才能适用普遍管辖。如果该案和行使管辖权

〔13〕 Jeanne Sulzer, *Implementing the Principle of Universal Jurisdiction in France*, in Wolfgang Kaleck, Michael Ratner, Tobias Singelstein and Peter Weiss (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer 2007, p. 125.

的国家具有属地、属人或保护的连接点,那么这个国家就是在运用属地原则、属人原则或保护原则行使管辖权,而不是在行使普遍管辖权。普遍管辖原则是对其他原则的补充,就一个国家来说,它是在其他原则都不能适用的情况下才能适用的一个原则。^[14]

绝对的普遍管辖原则虽然也称作被告人缺席的普遍管辖原则,但它和缺席审判是两个截然不同的概念。缺席审判是指依据传统管辖权原则如属地、属人或保护原则而具有管辖权的国家,在被告缺席时对其进行审判。这些国家在行使管辖权时,可以先要求引渡被告人,如果引渡没有成功,犯罪地国、国籍国或公共利益受侵害的国家可以依据国内法对其进行缺席审判(如果该国的法律制度允许缺席审判的话)。例如,法国1990年对阿根廷上尉 Alfredo Astiz 对两名法国修女犯下的绑架罪进行缺席审判并宣告有罪,它基于的是法国刑法典中的被害人国籍国原则,它的法律依据是国内法,而不是国际习惯。同样,意大利依据犯罪地国或船旗国原则对劫持意大利邮轮的恐怖分子 Abu Abbas 提起诉讼。基于属地或属人原则进行的缺席审判很少有争议,但对国际犯罪的缺乏属地或属人因素的被告人缺席的普遍管辖却争议很大。

绝对的普遍管辖原则是否已在国际法中得到确立,学界基本持否定态度。首先,从海盗罪来看,它虽然是最早适用普遍管辖的罪行,但从当前情况来看,海盗罪是否还能被列入国际罪行的范围存在着争论,因为海盗罪主要是以抢劫财物为特征,这种行为是否危害了全体人类的根本利益是存在着疑问的。^[15]其次,在现阶段的国际法中,没有一个条约对《罗马规约》规定的四种核心罪行(种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪)规定国家有绝对普遍管辖的权利或义务,习惯国际法也不存在一项授权或要求国家这样做的规则。^[16]最后,在其他的国际公约中,都没有明确规

[14] 有学者认为普遍管辖原则是与属地原则、属人原则、保护原则并列的一种刑事管辖原则(“并列说”),有学者认为普遍管辖原则在国际刑法中的效力高于其他原则(“优先说”),而且实际还包容了其他原则(“包容说”),(参见甘雨沛、高格:《国际刑法新论》,北京大学出版社2000版,第86页);有人认为是其他原则的一种补充性原则(“补充说”),还有学者认为从国内法层面来看,普遍管辖原则是其他原则的补充性原则,但从国际法层面来看,则具有优先地位,实际上还包容了其他原则。(参见张智辉:《国际刑法通论(增补本)》,中国政法大学出版社1999版,第91页以下)。笔者赞同“补充说”。在运用普遍管辖对案件进行管辖时,必然会产生与属地管辖权、属人管辖权或保护管辖权的竞合和冲突。在这种情况下,应确立优先管辖的顺序规则。哪个国家与犯罪之间的联系最紧密,哪个国家就具有优先管辖权。一般而言,因为行为发生地与犯罪存在着最紧密的联系,应排在首位;其次是行为人国籍国、受害人国籍国、法益受侵害国和行为人所在地国。如果持“并列说”,有管辖权的各国都平等地享有管辖权,则必然无法解决管辖的先后顺序;如果持“优先说”,则当一国的国内法规定了普遍管辖原则时,必然把自己的管辖权凌驾于他国的管辖权之上,主张本国优先对案件进行管辖,势必会造成各国之间的关系紧张。而实际上,属地优先的原则已得到国际社会的普遍承认。“属地性是管辖权的首要根据;即使另一个国家同时有行使管辖权的根据,如果它行使管辖权的权利是与具有属地管辖权的国家的权利相冲突的,该另一个国家行使管辖权的权利就受到了限制。”(〔英〕詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法(第一卷第一分册)》,中国大百科全书出版社1995年版,第328页以下)。国际常设法院在“荷花号”案的判决中也指出了这一点。“包容说”的依据是当犯罪分子在本国领域内实施国际犯罪时,该国实际同时享有属地、属人、保护和普遍管辖权,从而认为普遍管辖原则包容了其他管辖原则。(参见甘雨沛、高格:《国际刑法新论》,北京大学出版社2000版,第86页)实际上,在这种情况下,如果该国行使管辖权,那么它的依据只能是属地管辖权,而不能同时依据这四种原则行使管辖权。因为按照属地优先的原则,如果该国具有了属地管辖的因素,优先适用属地管辖就可以了,谈不上再适用其他原则的问题。如果缺乏属地因素,则应优先考虑其他因素,只有当其他因素都不存在时,才能考虑适用普遍管辖原则。

[15] 参见刘大群:《论国际刑法中的普遍管辖权》,《北大国际法与比较法评论》第4卷第2辑(2006年)。

[16] 关于侵略罪的定义还没有任何条约作出规定。1948年的《灭种公约》并没有规定普遍管辖的义务,第6条只规定:“凡被诉犯灭绝种族罪或有第3条所列其他行为之一者,应交由行为发生地国家的主管法院或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审理。”由于几乎世界上所有的国家都是《日内瓦公约》的缔约国,所以对该公约规定的犯罪行使普遍管辖权是毫无疑问的,但有争议的恰恰在于该公约是否规定了绝对的普遍管辖原则。《日内瓦四公约》第146条第2款规定:“各缔约国有义务逮捕被控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。”国际红十字会早在1952年对该款的评注中指出:“一旦其中一国知道在它领土上的某人实施了此种犯罪,它就有义务毫不迟疑地逮捕该人,并提起公诉。”绝大多数国家的实践也不支持缺席的普遍管辖。参见朱利江:《从国际法看对国际犯罪的缺席的普遍管辖》,《西安政治学院学报》第20卷第3期(2007年6月)。

定可以在没有任何联系的基础上对犯罪行使绝对的普遍管辖权。^{〔17〕} 国际法院前院长纪尧姆法官在刚果诉比利时逮捕令案的独立意见中也曾指出：“成文国际法尚不知道本案中适用的被告缺席的普遍管辖权。”“国际法并不接受普遍管辖权，更不接受被告缺席的普遍管辖权。”

但在国内法层面上，绝对的普遍管辖原则在个别国家的国内立法中得到承认。意大利刑法第7条第5款规定，外国人在外国实施了意大利加入的国际条约中规定的犯罪，意大利可以行使管辖权。该款规定并不以行为人在意大利为限。而第10条规定的外国人在外国的普通犯罪，是以行为人处于意大利领域内为行使管辖权的条件的。^{〔18〕} 所以该款规定实际上包含了绝对普遍管辖原则。德国2002年《国际刑法典》第1条明确规定，对于本法所规定的一切严重违反国际法的犯罪行为，即使行为是在国外实施并且与本国没有任何联系，本法也应适用。1993年6月，比利时议会颁布《关于惩治严重违反国际人道法行为的法律》，在行使普遍管辖权方面作出突破性规定。该法律规定，比利时法院对战争罪拥有管辖权，1999年2月19日对该法律进行修正后，又将管辖权扩大到灭绝种族罪和反人类罪，而无论此种罪行是在何时何处犯下、被告是否在比利时领土上、被告或受害者是否具有比利时国籍或以该国为居所地。由此可见，该法律从传统的“有限的普遍管辖”向前迈进了一大步，从而被人们称为“万国管辖权法”。

比利时自“万国管辖权法”实施以来，陆续有超过30名的外国现任领导人或前领导人在比利时遭到起诉，有500多个案件雪花般地飞向比利时^{〔19〕}。特别是阿富汗和伊拉克战争后，美国总统布什、英国首相布莱尔、以色列总理沙龙等在任政要纷纷在比利时法院受到起诉，使比利时当局面临巨大的外交压力。2003年4月，比利时议会通过对该法的第一次修正案，限制了普遍管辖原则的适用。新法规定，如果犯罪行为没有发生在比利时境内，或者被指控的犯罪者不是比利时公民或不在比利时领土上，或者受害人不是比利时公民或没有在比利时居住至少3年，则须由比利时的联邦检察官运用自由裁量权决定是否起诉。对于那些根据司法程序的需要和比利时的有关国际义务应提交国际法庭、或犯罪地国、或罪犯国籍国法庭、或罪犯所在国法庭管辖的事项，比利时法院也不应行使管辖权。据此，2003年5月，比利时决定把起诉指挥伊拉克战争的美军司令弗兰克斯犯有“战争罪”的案件移交给美国司法部门。

修正案虽然可以避免美国官员在比利时受审，但不能避免他们被起诉。在美国的压力下，2003年8月5日，比利时议会再次通过对该法的修正案，将其法院管辖范围限制在与比利时的公民或定居在比利时的外国人有关的案件上，且调查和追诉只能根据总检察官的请求进行。修正案还规定，不得对在任的国家元首、政府首脑和外交部长以及根据国际法或基于与比利时有关的条约享有豁免权的个人进行追诉；对于受比利时当局或总部设在比利时的国际组织正式邀请来访的个人，在其停留期间也不得采取任何刑事措施。至此，普遍管辖原则被彻底废除。2003年9月，布鲁塞尔地方法院拒绝受理一件起诉布什犯有战争罪的诉讼案，同时还拒绝受理对以色列总理沙龙及以国防部官员亚龙的诉讼，理由都是该法院不再拥有审理此类案件的权力。^{〔20〕}

被国际社会称为“普遍管辖原则急先锋”的西班牙在1985年《司法权力法》（1985 Law on Judicial Power）第23条第4款规定：“西班牙法院对西班牙人或外国人在国外的行为具有管辖权，如果这些行为根据西班牙法律构成下列犯罪：1、灭绝种族罪；2、恐怖主义罪；3、海上或空

〔17〕 前引〔15〕，刘大群文。

〔18〕 参见《最新意大利刑法典》，黄风译注，法律出版社2007版，第7页。

〔19〕 根据比利时法律，被害人在刑事法官面前享有无限的司法救济权，他们有权直接向调查法官申诉，而调查法官必须对申诉采取行动。由于这些案件通常都得不到行为地国家的合作，所以大部分情况下调查并没有真正展开，而真正被起诉到法院的只有极个别案件。参见〔比利时〕Stijn Deklerck：《普遍性管辖原则：比利时的〈反暴行法〉》，朱利江译，载《北大国际法与比较法评论》第3卷第1辑（2004年），第297页。

〔20〕 参见《比利时“万国管辖权法”现状》，香港律师网一时事快讯，2006年10月23日。

中的海盗罪；4、造假罪；5、有关未成年人与无行为能力人的卖淫和腐败罪；6、贩卖毒品罪；7、以及西班牙根据国际条约或国际公约有义务进行起诉的其他罪行。”这表明西班牙已确立了普遍管辖原则，且并不以行为人在西班牙为限，包含了绝对的普遍管辖。但近年来各级法院在能否适用绝对普遍管辖原则的问题上分歧突出，摇摆不定。这种状况可以从危地马拉“将军案”中一窥全豹。

西班牙高等法院于2003年2月25日在危地马拉“将军案（generals）”中对普遍管辖原则作了严格解释。它强调，普遍管辖原则只能作为其他原则的附属原则行使，也即只有当另一个与犯罪相关的国家（行为地国或国籍国）不行使管辖权时西班牙才可行使。并且认为西班牙对外国人在外国实施的犯罪行使管辖权需要和犯罪之间有一个连接点，这个连接点可以是被害人的国籍国，也可以是行为人在西班牙。这个解释把西班牙的普遍管辖限定在有限的普遍管辖范围内。为了避免在普遍管辖上走得太远，2004年12月，西班牙最高法院的判决认为行使域外管辖权的基础是犯罪行为侵害了本国的利益，试图以此来收窄西班牙的普遍管辖权。2005年10月5日，西班牙宪法法院撤销了这个判决，认为西班牙的域外管辖权不需要这个连接点，从而否定了最高法院的意见。西班牙后来的司法实践表明^{〔21〕}，宪法法院的判决被认为是对绝对普遍管辖权的承认。在宪法法院的判决之后，一位西班牙治安法官对两名危地马拉前军事统治者和五名将军签发了国际逮捕令。欧洲议会赞成投票支持就此作出的引渡努力。^{〔22〕}

由于绝对的普遍管辖是建立在行使管辖权的国家与行为人没有任何实质联系的基础之上的，所以各国在行使该原则时都予以严格限制。比如在德国，可以适用绝对的普遍管辖的国际罪行范围受到严格的限制。德国对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪才享有绝对的普遍管辖，对国际条约规定的其他犯罪必须和德国有连接点才可行使管辖权。此外，国内有权机关虽然可以起诉在国外实施的灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪，即使它和德国没有任何联系（是绝对普遍管辖权），但是在刑事诉讼法修正案中，赋予了检察官在法定条件下不起诉的自由裁量权。根据刑事诉讼法第153.1条和第153.2条，在两种情形下，检察官拥有对发生在域外的国际犯罪不予追诉的自由裁量权：犯罪人不在德国并且也不会德国停留；如果德国仅以犯罪的普遍性为基础并且国际刑事法院、受害人所在地国法院或行为人所在国法院或行为地国法院正在对行为人进行审判。德国立法机关认为，第三国基于普遍原则的管辖权必须被理解为一种辅助的管辖权，与案件有较强联系的国家应该被给予优先的管辖权。^{〔23〕}

绝对的普遍管辖原则在国际社会的首次适用有各种说法。有人认为是以色列审判纳粹头目艾希曼案，有人认为是西班牙向英国提出引渡前智利领导人皮诺切特案，^{〔24〕}还有人认为比利时2001年对被指控在卢旺达境内的大屠杀中犯下了战争罪行的4名卢旺达人的判决是第一次适用。^{〔25〕}以色列是犹太人居住国，可以看作是被害人所在国，不是绝对的普遍管辖。英国和西班牙都是《禁止酷刑公约》和《欧洲引渡公约》的缔约国，《禁止酷刑公约》第5条第2款规定了行为人所在地国的管辖权，皮诺切特正好出现在英国的领土上，而西班牙对皮诺切特的管辖权是建立在被害人国籍国的基础上，所以英国与西班牙的管辖权都不是建立在被告人缺席的普遍管辖权的基础上的。比利时诉卢旺达人的案件从严格意义上讲也不是绝对的普遍管辖权。在该案中，虽然行为地和被告国籍国都是卢旺达，但被害人中有10名比利时籍维和人员、3名比利时人道主义援助人员和几十名比利时国民，且4名被告已逃到比利时，所以该案的管辖权是基于受害人国籍国原则或行为人所在地国原则。

〔21〕 在此之后，西班牙又受理了若干与其没有任何联系因素的案件，被普遍认为是行使了绝对的普遍管辖权。

〔22〕 See Mugambi Jouet, *Spain's Expanded Universal Jurisdiction to Prosecute Human Rights*, Georgia Journal of International and Comparative Law, Spring, 2007, pp. 511-512.

〔23〕 参见范红旗：《从〈德国国际刑法典〉看国际犯罪的国内追诉》，《法学杂志》2006年第1期。

〔24〕 See Chandra Lekha Sriram, *Globalizing Justice for Mass Atrocities*, Routledge, 2005, p. 35.

〔25〕 参见前引〔5〕，朱文奇书，第302页。

比利时 2000 年诉刚果外长案和 2001 年哈加兹诉以色列总理沙龙案是绝对普遍管辖原则国内运用的经典案例。前一个案件，国际法院以普遍管辖不能适用于外交部长为由支持了刚果的诉求，基本上否定了一国单独行使普遍管辖权的可能性。后一个案件，布鲁塞尔议会在美国与以色列强大的压力下于 2003 年 6 月 23 日作出不能受理此案的决定，因为被告不在比利时的领土内。法院随后认为行使普遍管辖权违反了国际公约和国家主权平等原则。^[26]

总的来说，“从过去三十多年来世界各国的司法实践中可以看到，虽然国内法院就若干国际罪行的普遍管辖权已经逐步得到确立，但这种管辖权被实际应用的案例却是罕有的”，“始终未能成为气候”。^[27]

二、普遍管辖原则的争议及发展趋势

（一）普遍管辖原则的争议

作为最富争议的管辖原则，普遍管辖原则在其形成与发展过程中一直毁誉参半。

弗莱彻教授认为，普遍管辖既不聪明，也不公正。被告是不公正审判的最大受害方——不公正的有罪判决，失去自由，在有些国家甚至失去生命。^[28]巴西奥尼教授认为，它有负面影响……当出于无理取闹的用途，以政治原因的方式放肆地使用普遍管辖能引起世界秩序的中断和个人权利的剥夺。甚至在最好的愿望下，普遍管辖也能被轻率地使用，以致制造出不必要的国家之间的磨擦，法律程序的滥用，并因对个人的起诉造成不必要的骚扰。^[29]

总的来看，对普遍管辖原则的争议主要集中在以下几个方面：

1. 普遍管辖原则是否是对国家主权的侵犯？是否在实质上否认和取消了国家主权？

肯定论者认为，一个国家的法院运用普遍管辖原则审理和本国毫无关系的案件，是对别国内部事务的干涉，违反了“主权平等”、“不干涉别国内部事务”的国际关系的基本原则。相对于传统的在国家主权基础上行使的管辖权来说，超出了国家主权的范畴而高于国家主权。否定论者认为，普遍管辖原则是国家主权的产物，是基于国家主权而产生的，因为该原则是在各国平等自愿的前提下为了维护世界各国的共同利益通过缔结条约的形式确立的。^[30]

笔者认为，普遍管辖原则之所以备受质疑，就是因为它不同于传统的在国家主权范围内的管辖权理论，是一种超越国家主权的管辖权理论，客观上造成了对别国内部事务的干涉。但近年来该原则不仅没有消亡，反而得到了进一步的发展，究其原因在于该原则形成的理论基础和全球化发展趋势对国家主权原则带来的严重影响。传统国际法上的绝对不干涉别国内政原则可能朝着相对性方面发展。但毋庸置疑，国家主权原则仍然是国际法中的重要原则和国际关系中应信守的原则。近年来，国际刑法发展呈现出一个重要的特征，就是在打击国际犯罪时特别注重强调保护主权。如《联合国打击跨国组织犯罪公约》第 4 条和《联合国反腐败公约》第 4 条都前所未有地专门规定了“保护主权”条款：“在履行其根据本公约所承担的义务时，缔约国应恪守各国主权平等和领土完整原则和不干涉别国内政原则。本公约的任何规定均不赋予缔约国在另一国领土内行使管辖权和履行该另一国本国法律规定的专属于该国当局的职能的权利。”对严重危害国际社会的犯罪行使普遍管

[26] 参见前引 [15]，刘大群文。

[27] 陈弘毅：《从“皮诺切特案”看国际刑法和国际人权法的发展》，载赵秉志、陈弘毅主编：《国际刑法与国际犯罪专题探索》，中国人民公安大学出版社 2003 版，第 38 页。

[28] George P. Fletcher, *Against Universal Jurisdiction*, Journal of international Criminal Justice, December, 2003, p. 581.

[29] 前引 [1]，M. Cherif Bassiouni 文，第 82 页。

[30] 参见张智辉：《国际刑法通论（增补本）》，中国政法大学出版社 1999 年版，第 87 页以下。

管辖已成为国际社会的共识,但由于该原则固有的缺陷,大多数国家在行使该原则时都应在合法的前提下将其限制在合理的范围内。

2. 普遍管辖原则是否适用于传统的管辖豁免原则?

因为适用普遍管辖原则审理的案件常常会涉及到一个国家的高层领导,甚至是国家元首或外交部长,所以在此类案件中,传统的管辖豁免原则能否适用也成为争论的焦点。

基于传统的管辖豁免理论,国家元首、外交部长对其在任期间实施的公务行为同时享有“程序豁免”和“实体豁免”,即不应基于此类行为追究其刑事责任,无论其是否卸任。而在任期间进行的私人行为只享有暂时的“程序豁免”,待其卸任后可以对此行为进行追究。那么,甄别哪些行为是公务行为、哪些行为是私人行为就成为关键。随着国际人权保护的加强,享有刑事豁免权的人员在任期内即使以公务身份从事的严重侵犯人权的行为逐渐被排除在“公务行为”之外。在1999年的“皮诺切特案”中,英国上议院认为皮氏作为智利前国家领导人对其任内的酷刑等行为不享有“实体豁免”。但对国际核心罪行不享有“实体豁免”,并不意味着他在任期内不享有“程序豁免”。在刚果诉比利时“逮捕令案”中,国际法院的13名法官一致确认:“国家元首、政府首脑和外交部长……在他国享有民事和刑事管辖豁免,这是国际法中所牢固确立的规则”,而普遍管辖权的“扩大没有在任何方面影响习惯国际法所规定的豁免,包括外交部长的豁免。”从而认定比利时无权起诉当时正在任上的外交部长;而当他卸任后,则可以对他在任上不享有“实体豁免”的行为进行追诉。面对比利时法院扩大适用普遍管辖原则的倾向,国际法院为了避免其在现有国际法体系下走得更远,表现出一种保守谨慎的、给其降温的态度。

但是,即使从理论上来说通过跨国性诉讼追究别国前领导人暴行的法律行动是可行的,但因其涉及复杂的外交和政治问题及多元的考虑,也不宜简单化地把追求法律意义上的正义视为唯一的价值和目标。^[31]

3. 普遍管辖权的行使是否必然会带来管辖冲突?

在大多数情况下,国际条约规定的都是并行管辖权原则,并没有规定管辖权行使的顺序,这就必然会产生管辖权的冲突问题。从国际实践来看,解决刑事管辖权冲突的途径大致有以下几种:其一是提交常设国际法院解决。其二是通过单边体制解决,即国家通过各种有效措施自我限制行使管辖权以及阻止他国过分管辖请求的实现。其三是通过多边或双边协定或通过当事国之间互相磋商来解决。^[32]笔者认为,在行使绝对普遍管辖权时,必然带来管辖权的冲突,可依上述原则处理。而在行使有限普遍管辖权时则不然。从规定有普遍管辖原则的国际刑事公约的规定来看,大多数公约规定,如果一缔约国在其领域内发现了犯罪人或被指控为犯罪的人,首先要对该人进行必要的控制以将其留在该国境内,然后进行初步的调查,在履行完初步调查的义务后,就可以自由裁量是将案件交由本国主管当局起诉,还是引渡给其他国家。这实际上不是通常意义上的并行管辖权,而是规定了控制地国有优先选择“是引渡还是起诉”的权利。如《禁止酷刑公约》第6条第4款和1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第9条第6款都规定了控制地国应“说明是否打算行使管辖权”。所以,当犯罪嫌疑人在某个缔约国被发现或被控制后,控制地国实际上就有了优先管辖的权利。不过,作为一种补充性的管辖原则,行使普遍管辖权的国家应尊重和犯罪有连接点的国家的管辖权,当这些国家提出引渡请求时,应将疑犯移交给相关国家审判,以减少国家之间的摩擦和降低诉讼成本,应当尽量将普遍管辖权的适用情形限制在这些国家的法院不能或不愿行使管辖权时。

(二) 普遍管辖原则的发展趋势

从近年来国际和国内的立法与司法实践来看,普遍管辖原则的发展表现出两大趋势:

[31] 前引〔27〕,陈弘毅文,第38页。

[32] 参见张景:《国际刑法综述》,人民法院出版社2004版,第233页。

第一大趋势是，两种普遍管辖原则的发展呈分化趋势。

1. 绝对普遍管辖原则的前景不容乐观。

虽然极少数人认为，绝对的普遍管辖实际上能加强国家之间的关系，可以使国家在对付国际犯罪时有更多的选择，为各国应对国际犯罪提供了一个模式。它在被告缺席的情况下为各国沟通提供了一种办法，当一国宣告对某个案件行使普遍管辖权时，其他和案件有利害关系的国家就会做出积极反应。这种管辖比行为人所在地的普遍管辖原则对国家主权更为尊重。^[33]但不可否认，绝对普遍管辖原则在国际社会的实践中更多地体现为被否定或弱化的倾向，具体体现为：

(1) 尽管国际法并没有明文禁止一国行使被告人缺席的普遍管辖原则，但这种普遍管辖权并没有成为习惯国际法的一部分，也没有得到成文国际法的支持，更谈不上已成为国际社会的“法律共识”。它只能在一些特殊的情况下作为补充性原则加以运用。而且由于该原则在某些方面超越了当今国际社会以众多主权国家平等共存为特征的基本结构，也超越了国际法发展的现状，难以得到其他国家的接受，甚至面临着被一些团体或个人滥用的危险。

(2) 虽然该原则作为威慑犯罪的一种制度可能有其存在的积极意义，但实际上其起到的作用并不大，且缺乏可操作性。因为在被告缺席的普遍管辖的情况下，如果被告永不进入法院所在国，或没有被引渡到该国，则很可能出现这种情形：法官将不得不裁定终止对案件的调查，因为他什么也不能做。而如果一个法官不顾被告缺席而进行审判，那么他可能面临违反被告基本权利的批评。而且，被告的缺席往往和被告国籍国不引渡有关，缺席审判必然会导致被告和其国籍国对取证不合作的进一步恶化。另外，在绝对普遍管辖的情形下，要求引渡被追诉人和调查取证的国际司法合作可能困难重重，尤其当犯罪行为是代表该国的国家机关或在其命令下实施时。

(3) 绝对普遍管辖原则的实践也充分表明，适用该原则困难重重，会给一个国家带来外交上的巨大压力，影响国与国之间的关系。

被誉为“普遍管辖之都”的比利时的两次备受世人瞩目的绝对普遍管辖权的实践均遭国际法院的否定和国内法院的否决，国内法院运用绝对普遍管辖的热情降低到冰点。

在大国威胁下，比利时 2003 年 4 月和 8 月两度修改规定了绝对普遍管辖原则的《关于惩治严重违反国际人道法行为的法律》，4 月份的修正案对该原则进行了限制，而 8 月份的修正案完全取消了绝对的普遍管辖原则。

西班牙国内法院虽然在司法实践中确立了绝对的普遍管辖原则，但“危地马拉将军案”中一波三折的判决说明法官们在此问题上的意见严重分歧。

以规定了绝对普遍管辖原则而备受关注的德国《国际刑法典》自生效以来，联邦检察官还没有依据该原则起诉一起案件。显然在理想和现实之间还有一道鸿沟。^[34]

近年来在比利时和西班牙以绝对普遍管辖提起诉讼的不少，但最终能够提起审判者寥寥。

正如有的学者指出的，绝对普遍管辖原则的丧钟已经敲响，“假如不是在垂死挣扎，就是已行将就木”。^[35]

2. 有限的普遍管辖原则的未来仍然被看好。

与绝对的普遍管辖原则相比，有限的普遍管辖原则不仅继续有生命力，而且有重要发展。

[33] Anthony J. Colangelo, *The New Universal Jurisdiction: in Absentia Signaling Over Clearly Defined Crimes*, *Georgetown Journal of International Law*, Winter, 2005.

[34] Wolfgang Kaleck, *German International Criminal Law in Practice: From Leipzig to Karlsruhe*, in Wolfgang Kaleck, Michael Ratner, Tobias Singelstein and Peter Weiss (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer 2007, pp. 581-593.

[35] Antonio Cassese, *Is the Bell Tolling for Universality? A Plea for a Sensible Notion of Universal Jurisdiction*, *Journal of International Criminal Justice*, December, 2003, p. 589, 595.

(1) 虽然习惯国际法没有授予一个国家治外法权,但针对侵犯整个国际社会共享的价值观念的犯罪行为允许有例外,如最早对海盗罪的普遍管辖原则就在习惯国际法中得到确立。成文国际条约明确规定或隐含了有限的普遍管辖原则,奠定了该原则现实生存的基础。

(2) 主权原则和属地原则的弱化倾向使该原则在国际社会有了生存空间。比较典型的是欧洲,各国越来越注重国与国之间的共同利益,不再执着于一国的主权和领土范围。这也决定了普遍管辖原则不仅在大多数欧洲国家的立法中得到确立,而且针对它们参加的国际条约下规定的国际罪行,有过普遍的司法实践。20世纪90年代,法国、德国、奥地利、瑞士、比利时、荷兰、丹麦和瑞典的法院都曾处理过在前南斯拉夫和卢旺达的动乱中犯下侵犯人权暴行的人的调查、起诉、审讯或判刑。^[36]

(3) 国际刑事法院的建立给有限普遍管辖原则的发展带来了重要机遇。国际刑事法院确立的补充性管辖原则,实际上鼓励各国对国际犯罪进行充分的和公正的国内起诉。国内法院为了避免让国际刑事法院审判和它们有关的案件,必然会积极行使普遍管辖权,因此导致该原则在适用上的增加。相信在不久的将来,国际刑事法院的检察官会建立有效的监督机制,对国内法院的起诉行为进行监督,对那些不能或不愿行使普遍管辖权的国家的案件予以补充性管辖。^[37]

第二大趋势是,与刑事诉讼中普遍管辖原则运用的小心谨慎相比,在侵犯人权的问题上,普遍管辖原则通过民事诉讼途径得到扩大适用。

在酷刑等侵犯人权问题上,许多国家谋求通过民事诉讼程序适用普遍管辖权。这种情形在美国较为普遍,在加拿大等国也有实践。由于美国在海外驻有55万军队,所以美国坚持反对在刑事领域适用普遍管辖原则,但是,在民事案件中,美国却表现出了异常积极的态度。1980年美国法院在菲拉提哥诉皮纳—依纳拉案(*Filatiga v. Pena-Irala*)中激活了被久置不用的《1789年外国人侵权赔偿法》。该法规定美国“地区法院对违反万国法和美国参加的条约所造成的侵权行为由外国人提出诉讼的民事案件具有管辖权。”^[38]菲拉提哥案引出了一长串外国人侵权案,涉及都是酷刑和非法处决,如针对阿根廷实施酷刑者提起的“福尔蒂(Forti)及其党徒案”和控告菲律宾前总统菲迪兰德·马科斯实施酷刑案。根据该法提起的人权诉讼中,行使普遍管辖权的基础非常狭窄,在菲拉提哥案中,“万国法”被理解为是指习惯法,而且不是指所有的习惯法,而仅指“强行法”。这个层面上的犯罪仅包括一组很窄的犯罪,诸如灭绝种族罪以及一般的反人道罪。其次,这些案件涉及的实体性规范来自于民事诉讼中的普遍性观念而非刑事诉讼。^[39]严重侵犯人权行为的受害者在美国进行民事索赔的权利,在1992年的《酷刑受害者保护法》下得到进一步确认。这部立法适用于外国官员的酷刑行为和司法途径以外的杀人。^[40]

民事起诉有以下好处:(1) 起诉简便,受害人或其亲属就是原告,不用说服公诉人起诉,由此,普遍管辖原则在民事领域也被称为“自我救济的普遍管辖”;(2) 可以免除政治因素对此类案件的干扰,在证据的使用上也不像检察官那样有政治方面的顾虑;(3) 受害人或其亲属可以获得赔偿。以外,民事诉讼是目前唯一可以对法人提起诉讼的途径。在美国,已经有人权组织对跨国公司在发展中国家实施的奴役、酷刑、环境污染等犯罪提起了民事诉讼。^[41]

[36] 前引〔27〕,陈弘毅文,第35页。

[37] See Louise Arbour, *Will the ICC Have an Impact on Universal Jurisdiction?*, *Journal of International Criminal Justice*, December 2003, p. 585.

[38] *Filatiga v. Pena-Irala*, US District Court, Judgment of 10 January 1984, 575 F Suppl. 860 (1984), 转引自前引〔15〕,刘大群文。

[39] 参见鲁蒂·泰特尔:《外侨侵权与全球法治》,《国际社会科学杂志(中文版)》2006年第3期。

[40] 前引〔27〕,陈弘毅文,第42页。

[41] Peter Weiss, *The Future of Universal Jurisdiction*, in Wolfgang Kaleck, Michael Ratner, Tobias Singelstein and Peter Weiss (eds.), *International Prosecution of Human Rights Crimes*, Springer 2007, pp. 35-36.

三、我国如何面对普遍管辖原则

(一) 我国有关普遍管辖原则的实然性分析

1. 对我国刑法第9条的重新审视。

我国刑法第9条规定：“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，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。”我国刑法学界普遍认为该条规定确立了我国刑法中的普遍管辖原则。笔者认为该观点值得重新审视。

首先，中国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权，不一定是依照普遍管辖原则行使刑事管辖权，国际条约上规定的对国际犯罪的管辖义务主要还是通过各缔约国的属地管辖、属人管辖和保护管辖来行使的，普遍管辖只是一个补充性的管辖原则。其次，并不是所有的国际条约都规定了普遍管辖原则，缔结或参加了国际条约并不意味着该国就一定有普遍管辖的权利或义务。第三，对我国缔结或参加的国际条约中规定的国际罪行行使普遍管辖权必须符合以下条件：（1）该罪行由外国人在中华人民共和国领域外实施；（2）该罪行没有侵害到我国公民或我们国家的利益；（3）规定该罪行的国际条约规定了缔约国普遍管辖的权利或义务；（4）我国已批准了该公约。鉴于还没有国际条约对绝对普遍管辖原则进行规定，所以我国依据条约行使的普遍管辖权，必然还有一个条件，即（5）被追诉人要在我国出现。

由此可见，与其把刑法第9条的内容看作是普遍管辖原则的规定，还不如把它看作是在刑法中对我国承担的国际条约义务的郑重承诺；或者说，即使把它看作是普遍管辖原则的条款，也不是一个准确到位地表述普遍管辖原则的规定。

2. 对于国际犯罪，中国只承认由国内司法机关在中国所承担的国际条约义务的范围内行使普遍管辖权，而不承认国际刑事法院的普遍管辖权。

1998年，中国在罗马外交大会上以国际刑事法院的普遍管辖权为由对《罗马规约》投了反对票，至今也没有成为《罗马规约》的缔约国，但在联合国安理会根据《联合国宪章》第7章向检察官提交显示一项或多项犯罪已经发生的情势中，或行为地国和犯罪人国籍国有一个是《罗马规约》缔约国的情况下，国际刑事法院的管辖效力仍然可能及于我国。^[42]我们虽然可以不加入《罗马规约》，但对国际刑事法院可能受理我国案件的情况必须考虑如何应对。

3. 从实体法上来看，我国刑法并没有把国际条约所规定的大部分国际罪行“国内法化”的事实，^[43]使得国内司法机关别说依据普遍管辖原则审理国际犯罪的规定基本上形同虚设，即使依据属地原则、属人原则或保护原则也无法对国际罪行进行管辖，其后果是：在我国对某些罪行“不能”审理的情况下，国际刑事法院或其他国家就有了管辖这些案件的正当理由。国际刑事法院规约第17条规定的补充性管辖原则，就是指在一个国家的国内司法机关“不愿”或“不能”行使管辖权时，才由国际刑事法院对此进行管辖。国际社会对普遍管辖原则的实践也表明，如果国际罪行的发生地国、国籍国或权利被侵害国不能或不愿行使管辖权，有普遍管辖权的国家就可对该案件进行管辖。当国际刑事法院向我们提出移交嫌疑人的请求或其他国家依照“或引渡或起诉”原则，向我们提出引渡请求时，也许我们都找不出拒绝的理由。

4. 从程序法上来看，我国的立法现状也与行使普遍管辖权的要求有一定差距。具体体现为：

（1）与案件没有实质联系因素的国家要行使普遍管辖权，每一步都需要复杂的刑事司法协助。

[42] 刘大群法官把国际刑事法院的管辖权称为混合式的管辖权，既有普遍管辖的成份，也有非普遍管辖的成份，参见前引[15]，刘大群文。

[43] 参见赵秉志、黄芳：《论中国刑法典中的国际刑法规范》，《法学》2003年第9期。

在规定普遍管辖原则的国际条约中,大多规定了“缔约国对于条约所规定的罪行所提出的刑事诉讼,应相互给予最大程度的司法协助”,而目前我国尚无完备的国际刑事司法合作法。在刑事诉讼法中,只有第17条规定:“根据中华人民共和国缔结或参加的国际条约,或者按照互惠原则,我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助。”尽管我国已与近50个国家签订了双边司法协助条约,但仍远远不能满足涉外案件中国际刑事司法合作的需要。

(2) 普遍管辖原则建立在多个国家对案件具有管辖权的基础之上,所以,为了防止行为人因同一罪行被不同的国家一再追诉,各国在行使普遍管辖权时确立了保障被追诉人权利的“一罪不二审”原则,该原则在我国刑事诉讼法中没有规定,而与此相悖地在刑法第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”。

(3) 绝大多数国际条约并不要求各缔约国必然要用普遍管辖权自行起诉来履行条约义务,而是规定了“或引渡或起诉”的义务以供缔约国自行选择。我国应在刑事诉讼法的涉外程序中明确规定“或引渡或起诉”原则,以表明我国履行条约义务的多重途径。

(4) 许多国际条约对缔约国行使普遍管辖权在程序上给予了特别规定,这些规定可能因条约而异,不尽相同。如:《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》第6条规定,行为人所在地的缔约国应将该人拘留或采取其他措施以保证该人留在境内;当一国根据本条规定将某人拘留时,它应将此情况通知行为地国、航空器登记国、降落地国、航空器承租人的营业地国(或永久居所国)和被拘留人的国籍国,如果认为适当,并通知其他有关国家;该国应立即对事实进行初步调查,并应尽快将调查结果通知上述各国,并说明它是否意欲行使管辖权。第13条规定,各缔约国应尽快向国际民用航空组织理事会报告它掌握的各种情况,包括犯罪的情况、对旅客和机组提供方便、将航空器和所载货物不迟延地交还给合法所有人、对罪犯予以引渡或采取的其他法律程序的结果。这些条约规定在我国刑事诉讼法中还付之阙如。

(二) 我国对待普遍管辖原则的应然性分析

1. 我国对待普遍管辖原则的应有态度

世界各国对普遍管辖原则的态度主要有三种:一是希望最大化地适用普遍管辖原则,认为只要是国际犯罪,各国都有管辖权。二是希望最大限度地限制该原则的适用,认为适用该原则会影响到自己国家的主权。最具代表性的是美国。三是中间派的观点,一方面主张要应用普遍管辖对犯罪分子加以处罚,使其难逃法网;另一方面又主张对普遍管辖原则进行限制。这也是大多数国家的态度。^[44]

我国在对待普遍管辖原则上也应和大多数国家一样持第三种态度。

首先,我国刑法应确立普遍管辖原则。在全球化的大背景下,通过对严重的国际罪行进行普遍管辖来维护世界共同利益已成为世界各国的责任和义务,尤其是许多国际条约都隐含了或明确规定了条约义务下的普遍管辖原则,所以我国应在此大前提下明确规定我国也承认该原则。

其次,我国在对待该原则时应持谨慎态度。由于该原则固有的缺陷,其长期以来一直停留在理论层面,实践很少。我们在确立该原则的同时应将其限制在较小范围内。正如巴西奥尼教授所言,该原则必须被谨慎使用,把消极后果减小到最低程度。它必须和其他原则和谐一致。^[45]

2. 我国落实普遍管辖原则的具体措施

(1) 我国应排除绝对普遍管辖原则,确立有限的普遍管辖原则。

应在我国刑法中明确规定有限的普遍管辖原则,可把原第9条作为第1款,专门增加第2款规定有限的普遍管辖原则,将刑法第9条修改为:

[44] 参见贾宇、宣炳昭、舒洪水:《第18届国际刑法学大会第四专题西安预备会议综述》,《法律科学》2007年第6期。

[45] 前引[1], M. Cherif Bassiouni文,第82页。

“对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，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。

对于外国人在中华人民共和国领域外针对外国人或者其他国家实施前款规定的犯罪的，当行为人在中华人民共和国领域内时，中华人民共和国在条约规定的义务范围内行使刑事管辖权。”

(2) 应明确规定适用普遍管辖原则时应遵守的若干原则，将该原则限制在较小的范围内适用：

①合法性原则：除非依照法律所确定的根据和程序，任何人不得被调查、起诉和审判。

②适当执法原则：行使管辖权必须视犯罪行为的严重性和所要达到的合法目的而行事，所采取的措施一定要适当，要有所克制。

③避免管辖权冲突原则：尊重属地国、属人国和受侵害国的管辖优先权，只有当它们不能或不愿行使管辖权时，我们才可依据普遍管辖原则进行管辖。当案件移交给其他国家或国际刑事司法机构更合适时，应将案件移送。

④主权平等、不干涉他国内政原则：把普遍管辖权的行使建立在条约依据下的平等互利基础上，尊重主权国家优先行使管辖权。

⑤无区别对待或公平原则：1988年的《制止危及海上航行安全非法行为公约》第10条第1款规定，在其领土内发现罪犯的缔约国，如不将罪犯引渡，则应由主管当局通过其国内法律规定的程序起诉，并应以与处理本国法中其他严重犯罪案件相同的方式作出决定；第2款规定，应保证被起诉之人在诉讼的所有阶段均能获得公平对待，包括享有所在国法律就此类诉讼规定的一切权利与保障。

⑥在刑事诉讼法中规定“或引渡或起诉”的原则，作为履行国际条约义务的并列选择，同时也限制适用普遍管辖原则。

⑦在刑事诉讼法中规定“一罪不二审原则”，以保障被追诉人的权利。

(3) 完善我国的刑事立法，实现国际犯罪的“国内法化”，积极应对国际刑事法院和其他国家的普遍管辖权，避免由于国内法上的障碍导致国际刑事法院依据补充性原则或其他国家以我国“不能”实际行使管辖权为由受理涉及我国国民的案件，确保此类案件的被告能在我们本国受审。

(4) 对国际条约规定的行使普遍管辖权在程序上的特别要求，可以直接适用条约规定。

我国最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第317条规定：“中华人民共和国缔结或参加的国际条约中有关于刑事诉讼程序具体规定的，适用该国际条约的规定，但是，我国声明保留的条款除外。”因此，在运用普遍管辖原则审理案件时，对于我国没有声明保留的条约规定的特别程序，应直接适用条约规定。