

【国际刑法】

普遍管辖权在《灭种罪公约》下的实践与发展

——以约基奇案为出发点

宋 杰 杨 烨

【摘 要】在《灭种罪公约》第6条的制定过程中,各国对是否赋予缔约国针对灭种罪的普遍管辖权存有争议,在最终文本中并没有写入任何有关普遍管辖权的内容,只是赋予了犯罪地国和国际法庭以相应的管辖权。但是,《灭种罪公约》也不禁止缔约国基于犯罪者国籍原则对发生在他国的灭种罪行行使管辖权。约基奇案是德国针对灭种罪行行使普遍管辖权的一个重要案件。冷战结束后,采取与德国类似做法的国家越来越多。国际刑事法庭和国际法院的相关实践与国家实践已经并将继续推动国家对灭种罪行行使普遍管辖权规则的发展。

【关键词】约基奇案;灭种罪公约;普遍管辖权

【作者简介】宋杰,浙江工商大学法学院教授,法学博士;杨烨,浙江工商大学国际法学硕士研究生。

【原文出处】《武大国际法评论》(武汉),2019.1.127~143

在制定《防止及惩治灭绝种族罪公约》(以下简称《灭种罪公约》)的过程中,围绕该公约所规定罪行与普遍管辖权间关系的问题,谈判国曾讨论关于赋予缔约国针对灭种罪的普遍管辖权问题。但因为存在分歧,公约最后没有载入相关规定。但鉴于《灭种罪公约》的特殊性,^①以及“灭种”这种罪行的严重性,^②对于灭种罪的管辖尤其是普遍管辖问题,国际社会的相关实践一直在发展和演变。此种发展与演变,对于我们理解普遍管辖权的行使,提供了一个非常重要的视角,因而具有极为重要的意义。本文的目的是从一个个案即约基奇案入手,讨论《灭种罪公约》的适用与普遍管辖权间的关系问题。选择约基奇案为出发点的原因在于:尽管本案并非第一起针对灭种罪行行使普遍管辖权的案件,但在有关针对灭种犯罪行使普遍管辖权的相关案例中,相较于他国实践而言,一方面,德国法院针对自身的普遍管辖权进行了较为详细的讨论和论证,此种论证,在类似案例中具有“承上启下”性;另一方面,本案既涉及国家

实践,也涉及国际法庭即欧洲人权法院的相关实践,具有一定的综合性,因此,本案的典型性是比较突出的,从而既有利于我们理解其他国家的实践,也有利于他国以此论证为基础的进一步实践。

文章共分四部分。第一部分将主要以普遍管辖权为视角对约基奇案进行介绍和分析。为便于对公约适用与普遍管辖权间关系有更好理解,第二部分将回头从《灭种罪公约》制定过程入手,对国家在公约制定过程中围绕普遍管辖权问题的讨论进行回顾。此种回顾有利于我们更好地认识和评价德国法院和欧洲人权法院在前述案件中的实践,以及第三部分中所介绍的其他国家和国际法庭的相关嗣后实践。第三部分是本文重点,将对国家对灭种犯罪的普遍管辖权实践进行梳理和讨论,并在此基础上讨论影响国家实践的相关因素。第四部分是结论。

一、普遍管辖权视角下的约基奇案

尼古拉·约基奇(Nicola Jorgic)是波斯尼亚塞族人。他从1969年开始即在德国合法居住。在前南斯

拉夫地区冲突期间,他于1992年初返回其出生地,即波斯尼亚的科斯塔伊尼察。1995年12月16日,他在进入德国时遭到逮捕,理由是他被高度怀疑犯有灭种罪行。

(一)杜塞尔多夫上诉法院的初审

1997年2月28日,德国杜塞尔多夫上诉法院对约基奇一案进行了审理。经审理,法院认定被告的犯罪事实为:被告建立了一准军事团体。借助于此团体,他参与了波斯尼亚塞族政治领导人与多博伊地区塞族军队首领下令进行的种族清洗行动。在1992年5月和6月间,被告涉嫌参与了对波斯尼亚三个村庄男性穆斯林的逮捕、拘留、殴打等行动。被告被控在该行动中枪杀格拉布斯卡村的22名村民。被告也涉嫌同其领导的准军事团体一起,追赶与虐待40名男性村民,其中6名被枪杀。被告还被控于1992年9月涉嫌杀害了一名囚犯。^③

关于自身管辖权,杜塞尔多夫上诉法院认为,根据德国刑法典第6条第1款^④和第220条a,^⑤法院有权审判被告。该法院还强调,它同意一位国际法专家的结论,即德国审理本案在国际法上并不存在障碍。无论是《灭种罪公约》第6条,^⑥还是《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第9条,^⑦都不排除德国对发生在他国的、由外国人针对外国人实施的灭种罪行行使管辖权。法院还强调,由于前南斯拉夫问题国际刑事法庭(以下简称“前南刑庭”)已经明确表达了不愿意介入本案的立场,德国法院不存在同前南刑庭管辖冲突的问题。^⑧

1997年9月26日,杜塞尔多夫上诉法院认定被告犯有11项灭种罪行、谋杀罪行和攻击他人及剥夺他人自由的罪行,判处被告终身监禁,并判定其罪行特别严重。^⑨被告随后上诉到德国联邦法院。联邦法院于1999年4月30日作出判决,认定被告犯有1项灭种罪,30项谋杀罪,同样判处其终身监禁并认定其罪行特别严重。

(二)联邦法院的立场

在管辖权问题上,德国联邦法院认为,根据德国刑法典第6条第1款,德国法院拥有管辖权。法院指出,国际法中并无规则禁止德国刑事法院根据普遍管辖原则对被告行使管辖。尽管《灭种罪公约》第6

条并没有明文规定普遍管辖权,然而,该条也不禁止除灭种罪行发生地以外的国家法院对涉嫌犯有灭种罪行的人进行审理。由于国家基于《灭种罪公约》第1条所承担的义务具有“对一切”性质,如果认为只有行为发生地国法院才有权审理,此解释是无法与国家基于《灭种罪公约》第1条所承担义务的性质相协调的。德国联邦法院认为,自身关于《灭种罪公约》第6条和第1条的解释也为《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第9条第1款有关“并行管辖”的规定所确证。^⑩下面是它有关行使普遍管辖权的详细论证。

法院首先援引了与此问题相关的公约规定,主要是《灭种罪公约》第1条、^⑪第6条和《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第9条。

其次,法院检视了前南斯拉夫问题国际刑事法庭的相关实践。法院指出,1995年10月2日,在塔迪奇案有关管辖权上诉判决中,前南刑庭上诉庭曾指出,“在涉及国际犯罪的案件中,普遍管辖权的行使现在已经获得了国际上的承认”。1998年12月10日,在福荣季亚案判决中,前南刑庭指出,“本庭发现,一旦国际犯罪发生,无论它发生在何处,均会受到普遍的谴责。对于此类犯罪,每个国家都有权起诉并惩治之……‘正是由于这些犯罪的普遍性,……而授予了每个国家起诉和惩治相应犯罪行为人的权利。’”^⑫

最后,法院还考察了相关国家实践。法院认为,同德国一样,很多《灭种罪公约》当事国对灭种罪的起诉也是建立在普遍管辖权基础之上。这些国家在行使普遍管辖的时候,相应犯罪并未发生在本国,犯罪嫌疑人和受害者也不具有本国国籍;它们行使普遍管辖的唯一联系,就是犯罪嫌疑人出现在本国境内。法院特别提到了西班牙法院在审理皮诺切特案时,就《灭种罪公约》的适用范围问题所作阐述:“公约第6条并不排除国际法庭和犯罪发生地以外国家司法机构的管辖……如果公约的此条限制了公约当事国对灭种罪行行使管辖权,排除了除公约允许的管辖权以外的管辖权,那么,基于避免此种严重罪行出现有罪不罚的目的,此种解释将有违公约精神。在缔结公约的过程中,公约缔约国没有就普遍管辖权达成一致,这并不意味着排除某一公约当事国针

对灭种罪行确立普遍管辖权。由于灭种犯罪关涉整个世界……允许公约当事国确立这样的管辖权就是必要的……”^⑬通过对他国实践的援引,德国联邦法院认为,自身针对灭种犯罪的普遍管辖权不存在问题。^⑭

(三)联邦宪法法院的立场

本案被上诉到德国宪法法院后,宪法法院于2000年12月12日作出了判决,驳回了被告有关德国法院此前相关裁判违宪的主张。在该判决中,对于德国法院的管辖权问题,宪法法院认为,德国法院根据《灭种罪公约》第6条和德国刑法典第6条确立普遍管辖权是没有问题的,并没有违反《灭种罪公约》和德国刑法典。《灭种罪公约》尽管没有明确规定普遍管辖权,缔约国没有义务起诉应对发生在他国的灭种罪行负责者,但缔约国有权这样做。事实上,灭种罪是普遍管辖权适用的主要罪行之一。该法院同时还强调,德国行使普遍管辖权并没有构成对波黑主权的侵犯,因为波黑并没有向德国提出引渡被告的请求。^⑮

(四)欧洲人权法院的立场

2001年5月23日,被告将德国诉至欧洲人权法院,认为根据《欧洲人权公约》第5条第1款a项和第6条第1款,德国法院是没有管辖权的。2007年7月12日,欧洲人权法院作出了判决,驳回了被告的相关主张。在判决中,对于德国法院的管辖权问题,欧洲人权法院认为,尽管在议定《灭种罪公约》的过程中,各国围绕普遍管辖权的问题存有争议,导致普遍管辖权没有被规定进该公约,但是,根据《灭种罪公约》第1条,缔约国承担的预防和惩治灭种的义务是对一切义务,禁止灭种构成了强行法的一部分。基于此,德国法院在解释《灭种罪公约》的时候认为,考虑到《灭种罪公约》的宗旨,该公约并没有排除国家行使域外管辖权(普遍管辖权),应该说,德国法院的这一解释是合理的。据此,可以得出一个合理和无可争辩的结论:在解释《灭种罪公约》第6条时,应该按照同该公约宗旨相符的方式进行解释,而没有必要借助于该公约的准备资料。毕竟,根据1969年《维也纳条约法公约》第31条第1款和第32条的规定,在解释条约的过程中,准备资料仅起到补充作用。^⑯欧洲人

权法院还强调,德国对《灭种罪公约》第6条的解释,既符合其他国家对公约解释的相关实践,也符合前南斯拉夫问题国际刑事法庭的相关实践。德国法院的解释并非任意的、武断的。德国法院对被告管辖权的确立是建立在合理的依据和基础之上的。^⑰

(五)小结

根据上述介绍,无论是杜塞尔多夫上诉法院,还是德国联邦法院,都认定对本案享有普遍管辖权。为证明自身行使普遍管辖权的正当性与合法性,两个法院不仅从德国立法的角度进行了解释,还从前南刑庭、其他国家实践的角度加强论证,并在此过程中注重对公约相关条文规定如《灭种罪公约》第1条、第6条等的解释和适用。德国法院特别强调,该公约第6条并不构成其行使普遍管辖权的障碍。欧洲人权法院不仅支持了德国法院的上述解释,还认为,由于该公约的准备资料在条约解释过程中仅起到补充作用,因此,在解释《灭种罪公约》第6条的问题上,重点应该考虑的是《灭种罪公约》第1条,是充分实现《灭种罪公约》的宗旨,没有必要诉诸第6条的准备资料。

德国法院的上述解释,尽管并不完全符合《灭种罪公约》制定过程中缔约国的相关意图,尤其是《灭种罪公约》第6条,但从其他国家和国际法庭的嗣后实践角度来看,却与这些实践保持了比较好的一致性。对于德国法院的解释,欧洲人权法院不仅高度认同,而且还认为,为了充分实现《灭种罪公约》的宗旨,在对《灭种罪公约》第6条进行解释时,没有必要求助于准备资料。正因如此,从下文可以看出,无论是国家还是相关国际法庭,在解释和适用《灭种罪公约》的过程中,基本上都没有受该公约第6条的限制与制约,相反,主要考虑的是公约的目的与宗旨,以及该公约的第1条,积极地行使针对灭种犯罪的普遍管辖权。国家和国际法庭的相关嗣后实践在很大程度上构成了《灭种罪公约》适用的新发展,新突破。

二、《灭种罪公约》制定过程与普遍管辖权

在《灭种罪公约》第6条制定过程中,围绕灭种罪与普遍管辖权关系问题,不同国家有不同立场。

(一)最初草案的规定

沙特阿拉伯1946年递交的草案涉及针对灭种罪

的普遍管辖权问题。具体案文为:任何国家都应根据本国法律来对灭种行为进行起诉和惩治,而不考虑罪行发生地,也不考虑犯罪人的国籍。^⑩联合国秘书处最初准备的案文中同样有类似规定。^⑪参与公约议定的联合国秘书处专家们认为,“由于灭种依其本质是国际法上的一种罪行”,秘书处草案中的规定符合联合国大会通过的96(I)号决议。^⑫

对于上述草案,美国第一个表示反对。美国主张,一国要对发生在本国领土以外的灭种罪行进行起诉,只能建立在罪行发生地国家同意的基础之上。^⑬苏联对于普遍管辖权议题也比较消极,认为应主要由国家法院根据国内立法进行起诉。^⑭对于联合国秘书处草拟的案文中的相关规定,递交评论的国家中似乎只有泰国表示支持。^⑮

联合国秘书处在递交的备忘录中考虑了两个问题。一个问题是,如果灭种罪行是由政府成员实施的,一旦行为人落入敌人之手,他会受到审判;或者在由安理会组织的国际刑事警察行动之中,他会被逮捕;或者,如果他逃亡,会在国外被抓捕。另外一个问题则涉及缺席审判的方式问题。秘书处认为,对被告的审判,可由像纽伦堡国际军事法庭这样的国际法庭进行,也可由根据公约组织的国际法庭进行。无论是抓捕犯罪嫌疑人的国家法院,还是决定对该灭种犯罪进行惩治的相关国家,都可以确立自身的管辖权。^⑯对于秘书处的上述路径,中国代表团持认同立场。^⑰

(二)经社理事会临时委员会讨论阶段

到了经社理事会临时委员会磋商和起草阶段,苏联对有关起诉灭种犯罪的国际化草案明显持反对立场。它既反对针对灭种犯罪的普遍管辖权的建议,也反对设立相关国际法庭的建议。相反,它提供的替代性方案是:公约应规定,对于那些涉嫌灭种者,应被作为涉嫌犯罪者予以起诉;在一国领土内所实施的灭种犯罪,应交由该国法院根据其国内法进行审判。^⑱显然,苏联的建议既不支持普遍管辖权,也不支持设立国际法庭。

不同于苏联,法国尽管对普遍管辖权的提议不热衷,却支持设立国际法庭。法国认为,允许针对灭种罪行行使普遍管辖权将可能在全球范围内激发大

规模的敌对意识。^⑲美国同样反对有关普遍管辖权的提议。^⑳支持普遍管辖权的国家除中国外,还有波兰、委内瑞拉、黎巴嫩等。^㉑

在国家存在分歧的背景下,临时委员会主席提出了一个被称为“补充性规则”的折中方案:在国家管辖权中,属地国的管辖权应具有优先性;只有在国家管辖权无法发挥作用时,国际法庭的机制才会发挥作用。^㉒主席的提议被临时委员会所采纳。^㉓

针对中国提出的案文,美国建议修改为:灭种应由犯罪行为发生地国家的主管法院或有管辖权的国际法庭进行惩处。^㉔

在对临时委员会主席和美国的上述建议进行讨论后,临时委员会以5票赞成、2票弃权的方式决定,为了强调惩治的义务,案文中的“应”(shall)应保留。^㉕经过讨论,临时委员会最终以4票赞成、3票反对的表决方式,通过了最终案文:被控灭种或第3条所列行为之一者,应交由行为发生地国的主管法院或有管辖权的国际法庭审理。^㉖

(三)大会第六委员会讨论阶段

上述案文被提交到联合国大会第六委员会进行讨论时,伊朗建议加入普遍管辖权的概念,但强调普遍管辖权的行使应建立在属地国不寻求引渡的基础上。它建议增加如下规定:被控灭种或犯有第3条所列行为之一者,也可以由行为发生地国以外的国家法院审判,前提是相关国家主管当局已将其逮捕,而又没有其他国家提出引渡请求。^㉗伊朗的解释是:尽管原先的规定里提到了提交国际法庭审理,但到目前为止,该法庭尚未设立;即使它被设立,也只会将有统治者或大规模组织卷入的严重案件提交它审理。^㉘换言之,对于另外那些不太严重的案件,似乎在审理上出现了“空白”。

巴西赞同伊朗的建议,认为自中世纪以来,普遍惩罚原则就被国际社会接受,这也反映在19世纪相关国家的立法之中。^㉙印度则认为,将针对灭种罪的普遍管辖权与针对海盗的普遍管辖权进行类比毫无益处。针对海盗的普遍惩处之所以被国际社会承认,是因为它发生在公海上,而非某一国家领土内。^㉚苏联代表也认为,人们之所以认为针对贩卖妇女和海盗的普遍惩治是正当的,是因为要确定这些

犯罪的发生地往往非常困难;而就灭种犯罪而言,却不存在这种困难。^⑨美国代表则指出,有关灭种犯罪的普遍惩治原则的主张不可接受,希望委员会能否决此类提议。^⑩英国也以本国刑法是建立在属地原则之上为由,反对针对灭种犯罪的普遍管辖权。^⑪最终,经表决,伊朗的建议未被采纳。^⑫

在伊朗的建议被否决之后,针对灭种犯罪的其他管辖权问题,即是否能基于犯罪者和受害者的国籍进行管辖,第六委员会有进一步的讨论。

印度在其修正案中建议,应承认国家有权审判本国国民,即使相关犯罪发生在他国。^⑬对于此建议,起草委员会认为,这只需在自身报告中增加一句解释性陈述即可,即“国家法院针对本国国民的管辖权并未被排除”。^⑭类似表述最后被加入到了起草委员会的报告中。^⑮

瑞典则建议,受害者国籍国法院也应有权管辖。^⑯美国和英国表示反对,认为任何除犯罪地国家法院和犯罪者国籍国法院管辖外的管辖机制,对于公约而言都非常危险。^⑰比利时则认为,瑞典的主张并没有获得国家的普遍接受,只有少数国家的立法有此实践。^⑱

在此背景下,临时委员会主席建议增加如下内容:第6条前半部分包含了灭种发生地国的义务。然而,它并不影响他国针对本国国民在本国领土以外所实施的灭种罪行进行审判的权利。经表决,此建议最终以20票赞成、8票反对、6票弃权的方式获得通过,被采纳。^⑲

(四)小结

通过前述介绍可以看出,一方面,针对灭种罪行的普遍管辖权的类似建议,因相关大国如法国、美国、苏联等的反对,而没有被载入《灭种罪公约》第6条中;另一方面,正如美国代表在联合国大会第六委员会发言中所指出的,该公约第6条也不禁止国家基于犯罪者国籍原则而确立对发生在他国的灭种罪行的管辖权。从义务角度来看,该公约第6条赋予国家的唯一义务就是:国家有义务对发生在本国领土内的灭种罪行进行审判。除此之外,它并没有其他限制。^⑳大会第六委员会临时委员会主席的最终建议被采纳则表明,第6条并不完全排除更多管辖权的可

能。缔约国在议定《灭种罪公约》第6条过程中所达成的这一共识,在一定程度上为国家的嗣后普遍管辖权实践实际上已经提供了一定的基础和可能。

三、国家和国际法庭的嗣后实践

尽管针对灭种罪的普遍管辖权提议在制定《灭种罪公约》的过程中遭到否决,在《灭种罪公约》生效之后,国家和国际法庭的相关实践却提供了另外的答案。

(一)国家立法与实践

以色列在艾希曼案中的实践是国家“偏离”《灭种罪公约》制定过程中对普遍管辖权持排斥立场的第一个重要实践。

以色列于1950年制定了《纳粹和纳粹合作者(惩治)法》,规定了针对灭种罪等的普遍管辖权,且具有溯及力。艾希曼案是适用该法的第一个重要案例。在该案中,艾希曼依赖《灭种罪公约》第6条和联合国大会第六委员会的前述辩论记录,对以色列的管辖权提出了质疑:如果联合国并不支持一国对发生在本国领土以外的灭种犯罪的普遍管辖权,相反,却明确规定,在缺乏一个相应的国际法庭的背景下,相关犯罪应该由“行为发生地国家之主管法院”来进行审判,那么,以色列能审判一个被控犯有灭种罪行的人吗?^㉑为了反驳艾希曼的质疑,以色列地方法院援引了国际法院在《灭种罪公约》保留咨询意见案中的阐述,即“公约所规定的原则是为所有文明国家所公认的原则,对所有国家都有约束力。一国即使没有承担公约义务,这些原则也对其有约束力”。地方法院认为,早在联合国大会于1946年通过第96(I)号决议启动《灭种罪公约》制定之前,以及在《灭种罪公约》第6条规定制定之前,这些原则就已经存在并为国家所承认,因此,这些原则“就构成了《灭种罪公约》缔约国承担的一个特别条款,基于此条款,而对未来即将发生的灭种罪行进行审判”。^㉒

关于《灭种罪公约》第6条,该法院认为,第6条的起草者们无意将起诉灭种罪的权利仅限于属地国,原因在于:大会第六委员会在其报告中明确宣称,《灭种罪公约》第6条无意限制国家对本国国民在国外的灭种犯罪进行审判的权利。它强调,尽管第6条施加了惩处的义务,却并不影响不同国家不同管

管辖规则的适用。在不同的管辖权中,属地管辖权仅仅是最低限度的强制性管辖权。《灭种罪公约》没有规定普遍管辖权条款(以及未能成功设立一个国际法庭),这是《灭种罪公约》的一个严重缺陷。这一缺陷削弱了国际社会预防和惩治灭种这种犯罪的共同努力。然而,《灭种罪公约》的这一缺陷却不能让我们据此推断出,《灭种罪公约》的某一规定禁止国家针对灭种犯罪行使普遍管辖权。很明显,尽管《灭种罪公约》第6条提到了犯罪行为地国家的管辖权,以及尚未成立的国际法庭的管辖权,但此规定并非穷尽性的。^⑤

除了将自身管辖权建立在普遍管辖权的基础之上外,该地方法院还将管辖权建立在保护性管辖的基础之上。但在艾希曼上诉之后,以色列最高法院只将自身管辖权建立在普遍管辖权之上,而没有坚持援引保护性管辖,因为受害者并非仅限于犹太人,还包括波兰人等。^⑥

虽然有以色列这样的国际实践,但另一方面,部分国家在批准或加入公约的过程中,依旧对普遍管辖权问题持强烈反对的立场。例如,阿尔及利亚在1963年加入公约时,就明确宣称,《灭种罪公约》第6条不应被解释为赋予他国法院以普遍管辖权。^⑦缅甸和摩洛哥在加入该公约时也发表了与上述声明类似的声明。^⑧对于这些国家的声明,另外一些国家如英国和荷兰等,则明确地表示了反对。

冷战终结之后,随着卢旺达灭种性的大屠杀和前南斯拉夫解体时的种族清洗和灭种屠杀的发生,很多国家对基于《灭种罪公约》的普遍管辖权立场,都开始改变:一方面,很多国家在本国法律体系内确立了针对灭种罪的普遍管辖权,另一方面,部分国家在实践中也在积极行使针对灭种罪的普遍管辖权。

《灭种罪公约》第5条规定:“缔约国承允各依照其本国宪法制定必要的法律以实施本公约各项规定,而对于犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者尤应规定有效的惩治。”一国批准或加入公约后,即承担了公约义务。为了履行公约义务,就有必要采取相应的立法措施来确立自身对于灭种罪的管辖权(包括普遍管辖权),这是预防和惩治灭种犯罪的必要国内法律基础。

从普遍管辖权的角度来看,确立对灭种罪普遍管辖权的国家除前述德国和以色列外,还包括诸多欧洲、美洲、非洲国家。

根据1985年西班牙《司法组织法》第23.4条的规定,西班牙高等刑事法院有权针对西班牙公民或外国人在西班牙境外所犯的灭种罪等罪行行使管辖权。^⑨基于此规定,西班牙法院拥有对包括灭种罪等在内的国际罪行的普遍管辖权。

1993年6月,比利时议会颁布了《关于惩治严重践踏国际人道法行为的法律》,并于1999年进行了修改。根据修改后的法律,比利时法院拥有对战争罪、灭种罪等罪行的普遍管辖权。

同样的,为了确立对乍得前总统哈布雷所犯罪行的普遍管辖权,塞内加尔于2007年先后修改了本国的刑法和刑事诉讼法,确立对灭种罪、战争罪和反人道罪的普遍管辖权。

2007年1月4日,美国国会通过修改美国刑法典的法案,决定在法案第1091节中增加(d)部分,该部分是关于美国对灭种罪行的管辖权。增加内容中最具实质性意义的是最后一项:即使灭种行为并没有发生在美国,只要犯罪嫌疑人进入美国或在美国被发现,美国对此即拥有管辖权。该法案在布什总统于2008年1月签署后正式生效。^⑩

法国虽然不能针对灭种罪行使一般意义上的普遍管辖权,但根据1995年的第95-1号法案和1996年的第96-432号法案,为了执行安理会决议,法国同前南刑庭和卢旺达刑庭合作,对于这两个法庭管辖范围内的罪行,如灭种罪等,有权行使绝对的普遍管辖权。

在实践方面,除了德国和以色列的前述实践外,比利时和西班牙等国也有针对灭种犯罪的普遍管辖实践。

比利时有关普遍管辖权的第一起案件是2001年审理的布特兰案,^⑪针对的正是灭种犯罪。该案涉及的是4个在比利时申请难民的卢旺达人。这4人被指控在1994年卢旺达大屠杀期间犯有谋杀及暗杀罪行。在对这4人提出指控和审理的过程中,他们均没有对比利时行使管辖权提出反对;卢旺达国际刑事法庭和卢旺达也没有要求比利时将他们移交或释

放。此起案件指控、审理的顺利进行对比利时此后的普遍管辖实践产生了很重要的影响。

1999年12月2日,针对危地马拉总统蒙特(Jose Efraim Rios Montt)在1962年至1996年间所犯下的灭种等罪行,曾获诺贝尔和平奖的曼楚(Rigoberta Menchú)在西班牙对他提出指控。对于曼楚的指控,西班牙初审法院宣称有权受理。初审法院作出决定后,检察官提出了上诉并获得了高等刑事法院的支持。此案随后被上诉至宪法法院。宪法法院在2005年9月26日的裁决中首次强调,西班牙法院在行使普遍管辖权时,不需要“直接联系”。^④

(二)国际法庭的实践

从国际法庭的实践来看,有三个维度值得我们关注。

第一个维度是特别国际刑事法庭的维度。

前南刑庭是根据安理会1993年第808号决议和第827号决议而设立的。1993年2月22日,安理会通过了第808号决议,“决定设立一个国际法庭来起诉应对1991年以来前南斯拉夫境内所犯的严重违反国际人道法行为负责的人”。^⑤在随后通过的第827号决议中,安理会决定正式设立前南斯拉夫问题国际刑事法庭,并批准了《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》。^⑥在决议主文第4段中,还“决定所有国家应根据本决议和《规约》同国际法庭及其机关充分合作,因此所有国家应根据国内法,采取任何必要的措施来执行本决议和《规约》的规定”。在有关设立卢旺达国际刑事法庭的决议中,也有类似措辞。由于安理会有约束力的决议属于会员国承担的“宪章义务”,为了履行同这两个法庭合作的义务,国家就需要在本国法律体系内确立针对法庭所管辖罪行的普遍管辖权。因为一旦不确立相应的管辖权,国家在合作的过程中就会缺乏适当的法律基础。例如,一个被国际法庭逮捕的嫌犯到了本国,国际法庭要求本国将该嫌犯移交给法庭审理,本国如果没有确立针对该嫌犯所犯罪行的普遍管辖权,就缺乏将其逮捕并移交给国际法庭的国内法基础。正因如此,在前南斯拉夫问题国际刑事法庭的网站上可以发现,有超过20个国家专门制定了本国同法庭合作的法律,在其中确立了对法庭所管辖的包括灭种罪在内

的普遍管辖权。^⑦

第二个维度是《国际刑事法院罗马规约》和国际刑事法院的维度。

一方面,一国在批准或加入《国际刑事法院罗马规约》之后,为了同国际刑事法院合作,就有必要在本国法律体系内确立对法院所管辖罪行的普遍管辖权。因为如果不确立此种管辖权,一旦被国际刑事法院签发逮捕令的他国嫌犯出现在本国境内,本国将无法将其逮捕并移交给国际刑事法院。因此可以发现,很多国家在批准或加入《国际刑事法院罗马规约》之后,都专门制定了与法院合作的法律,并在其中确立了对法院所管辖罪行的普遍管辖权。

另一方面,国际刑事法院管辖权的特质也会刺激国家行使并有助于国家有效行使针对灭种罪等罪行的普遍管辖权。国际刑事法院的管辖权具有“补充性”特点。相对于国家行使普遍管辖权而言,“补充性”有两重含义:其一,对于国际刑事法院所管辖的四类犯罪,国家应居于主导地位。只有在国家“不能或不愿”的情形下,国际刑事法院才能介入;其二,“补充性”反过来又有利于刺激国家针对相应罪行行使“充分而有效”的管辖权,特别是普遍管辖权。原因很简单:一旦国家给国际刑事法院留下“不能”或“不愿”行使管辖权的印象,国际刑事法院就有权直接介入,国家显然不期望如此。国际刑事法院管辖权的“补充性”实质上把调查和指控国际犯罪的首要责任赋予给了国家。

第三个维度是联合国国际法院的维度。

在2007年波黑诉塞尔维亚《灭种罪公约》适用案中,在解释该公约第1条所规定的预防义务的具体含义时,国际法院指出,预防义务是一种直接义务,是对国家行为的要求而不是对结果的要求。在承担预防义务上,公约要求国家采取一切合理措施预防。当国家没有采取一切有效措施预防灭种的发生时,就应承担相应责任。^⑧此阐释表明:只要是《灭种罪公约》当事国,即使没有实施或参与灭种罪,基于公约依然承担预防的义务。^⑨国家为了履行这一预防义务,就有必要在本国法律体系内确立针对灭种犯罪的普遍管辖权,并在灭种行为实际发生时,积极地行使之。在比利时诉塞内加尔或引渡或起诉义务案

中,国际法院的相关阐述可以为国家此种实践的必要性增加一个有力的注释:在该案中,国际法院明确指出,为了履行《禁止酷刑公约》中所规定的“或引渡或起诉义务”,国家首先有义务在本国法律体系中确立对酷刑罪的普遍管辖权。^⑥

通过上述三个维度可以看出,无论是特别国际刑事法庭及其规约,还是国际刑事法院及《国际刑事法院罗马规约》的具体规定,或是联合国国际法院的相关实践,都会对国家就灭种罪确立和行使普遍管辖权产生积极的正面推动作用。此种推动作用,对于国家基于《灭种罪公约》的普遍管辖实践,包括立法实践与司法实践,将产生非常重要的影响。

(三)小结

通过上述对国家相关实践的考察可以看出,这些实践都把灭种作为一种严重国际犯罪对待,并在此基础上赋予了《灭种罪公约》第1条以充分的法律效果。只要国家愿意,《灭种罪公约》第6条的规定并不能成为它行使普遍管辖权的法律障碍。在解释上,这些国家倾向于对该公约第6条的规定进行严格的限制性解释,在适用上赋予其最小效力;相反,对于公约目的与宗旨,以及该公约第1条,国家则倾向于在解释和适用上赋予其充分的效果。

就国际法庭而言,不同国际法庭对《灭种罪公约》的解释实践,对相关国家针对灭种犯罪行使普遍管辖权的肯定和支持,以及法庭自身规约性文件相关规定所产生的规范性效应,都已经并将继续影响、推动国家在实践中进一步确立和行使针对灭种罪的普遍管辖权。国家和国际法庭的实践,一方面已经影响了其他国家的相关实践,另一方面,此种影响将会继续并将进一步扩大。

四、结论与启示

通过前述讨论可以看出,在《灭种罪公约》第6条的制定过程中,各国围绕是否赋予缔约国以针对灭种罪的普遍管辖权存有争议,在最终文本中没有写入任何有关普遍管辖权的内容,而只赋予了犯罪地国和国际法庭以相应的管辖权。但是,它也不禁止缔约国基于犯罪者国籍原则而确立对发生在他国的灭种罪行的管辖权。从义务角度来看,该公约第6条赋予国家的唯一义务就是:国家有义务对发生在本国领土内的

灭种罪行进行审判。此外,它没有其他限制。

由于灭种犯罪属于严重国际犯罪,甚至被认为是“犯罪中的犯罪”,位列最严重的国际犯罪之列,同时,根据国际法院在《灭种罪公约》保留咨询意见案中的阐释,“在这样的公约中,缔约国是没有自己的任何利益的,它们有且仅有一个共同利益”,要预防和惩治灭种这种严重国际犯罪,实现公约的崇高目的,仅仅依靠该公约第6条所提供的限制性机制,显然很难成功。一方面,国际法庭,无论是临时性的还是常设性的,都有自身的局限性与不足;另一方面,犯罪地国家往往会出现不能管辖或不愿管辖的情形。为了有效地预防和惩治灭种犯罪,真正终结有罪不罚,鼓励和支持《灭种罪公约》当事国积极确立并行使普遍管辖权,应该成为实现《灭种罪公约》目的有效途径和重要方式。

自冷战终结以来,无论是国家实践,还是国际法庭的相关实践,都倾向于支持、鼓励国家基于公约行使普遍管辖权。国家在实践中并没有受到《灭种罪公约》第6条规定的限制,相反,更注重的是该公约第1条,考虑的是实现《灭种罪公约》的目的与宗旨,即对灭种犯罪的有效预防和惩治。而从国际法庭的角度来看,一方面,《国际刑事法院罗马规约》的规定为国家基于公约的普遍管辖权创立了一个适当的规范性环境;另一方面,国际法院在波黑诉塞尔维亚《灭种罪公约》适用案中有关该公约第1条中预防义务的阐释,更是为相关实践提供了一个普遍性的法理基础。国家和国际法庭的这些“嗣后”实践,都已经并将继续对《灭种罪公约》第6条的解释与适用产生重要影响,并进一步推动其他国家基于《灭种罪公约》的普遍管辖实践,包括立法与司法实践。《灭种罪公约》在此方面的解释与适用的既有实践,以及它未来进一步的发展趋势,值得我们在研究《灭种罪公约》的过程中高度重视。

国家基于《灭种罪公约》所承担的义务具有对一切的性质,禁止灭种属于强行法义务。在现有国际法体系内,类似于《灭种罪公约》这样的公约还有很多,如《禁止酷刑公约》《消除一切形式种族歧视国际公约》等。国家基于此类公约承担的义务,都具有对一切的性质。在《灭种罪公约》第6条没有明文规定

普遍管辖权、普遍管辖权条款在《灭种罪公约》议定过程中被放弃的背景下,国家和国际法庭有关灭种犯罪的普遍管辖权实践以及对《灭种罪公约》第6条和第1条的解释与适用实践,对其他类似公约而言,无疑具有很大的启示性和诱惑力。国家和国际法庭的这些实践,可能会吸引或推动国家基于其他类似公约的普遍管辖权实践。普遍管辖权议题是国际社会正在高度关注的一个议题,联合国大会正围绕“普遍管辖原则的范围及其适用”议题进行辩论。在讨论和研究相关议题时,国家和国际法庭的前述实践及其影响,无疑值得我们关注并认真思考。

注释:

①在《灭种罪公约》保留咨询意见案中,国际法院指出,“在这样的公约中,缔约国是没有自己的任何利益的,它们有且仅有一个共同利益(common interest),即实现这些崇高的目的,而这些目的正是公约存在的理由。因此,在这样的公约中,既不能论及它给国家自身所带来的利弊问题,也不能说在权利和义务之间维持完全的契约上的平衡”。See *Reservations to the Convention on Genocide, Advisory Opinion*, ICJ Reports 1951, p. 23.

②灭种罪被称为“犯罪中的犯罪”(the crime of crimes),位列国际刑事法院管辖的四种严重国际犯罪之列。

③See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 241–243 (Cambridge University Press 2012).

④该条规定:“(发生在国外的危害国际保护法益的行为)对于发生在国外的下述行为,无论罪行发生地的法律是否适用,德国刑法应予以适用:(1)灭种(第220条a)……”

⑤此款规定了灭种罪的犯罪构成,具体规定同《灭种罪公约》第2条的规定保持了一致性。值得注意的是,第220条a是德国根据1954年8月9日关于加入《灭种罪公约》的法律(Act of 9 August 1954 on Germany's Accession to the Genocide Convention)被并入到其刑法典之中的,并自1955年开始生效。2002年6月30日,德国新制定的《违反国际法罪行法典》(Code on Crimes against International Law)生效。根据该法典第1条的规定,对于像灭种这样的违反国际法的罪行,即使相关罪行发生在外国,同德国没有任何关系,该法典依然适用。

⑥该条规定:“凡被诉犯灭种罪或有第3条所列行为之一者,应交由行为发生地国家之主管法院,或缔约国接受其管辖权之国际刑事法庭审理之。”

⑦该条标题为“并行管辖权”,具体规定为:“1. 国际法庭

和国内法院对起诉自1991年1月1日以来,在前南斯拉夫境内犯有严重违反国际人道主义法行为的人有并行管辖权。2. 国际法庭应优于国内法院。在诉讼程序的任何阶段,国际法庭可根据本公约及《国际法庭诉讼程序和证据规则》正式要求国内法院服从国际法庭的管辖。”

⑧See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 243 (Cambridge University Press 2012).

⑨See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 242 (Cambridge University Press 2012).

⑩See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 244 (Cambridge University Press 2012).

⑪该条规定:“缔约国确认灭种行为,不论发生于平时或战时,均系国际法上之一种罪行,承允防止并惩治之。”

⑫See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 254 (Cambridge University Press 2012).

⑬See *Pinochet [Spain]* 05/11/98 (National Court, Criminal Division), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 119, 335–336 (Cambridge University Press 2012).

⑭See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 254–255 (Cambridge University Press 2012).

⑮See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 254–255 (Cambridge University Press 2012).

⑯See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 259 (Cambridge University Press 2012).

⑰See ECHR, *Jorgic v. Germany* (Application No. 746/3/01) (Fifth Section), in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), *International Law Reports*, Vol. 148, 260 (Cambridge University Press 2012).

⑱See UN, A/C. 6/86.

⑲该规定的标题是:国内刑法的普遍性实施。具体案文

为：“缔约国承诺在自身管辖的领土内对公约规定的犯罪行为进行惩治，而不考虑犯罪者的国籍，也不考虑犯罪行为是在何地实施。”See UN, E/447, pp. 5-13.

⑳See UN, E/447, p. 18.

㉑See UN, E/623, Art. V.

㉒See UN, E/AC. 25/7.

㉓See UN, E/623/Add. 4.

㉔See UN, E/AC. 25/8.

㉕这主要体现在中国代表团1948年4月16日递交的草案案文第3条中。该条规定：“灭种罪行的惩治，要么由罪行发生地国家的有关法院进行，要么由罪犯发现地国家有关法院进行，要么由设立的相关国际法庭进行。”See UN, E/AC. 29/9.

㉖See UN, E/AC. 25/9, Principle IX; UN, E/AC. 25/SR. 7, pp. 3-4.

㉗See UN, E/AC. 25/SR. 7, pp. 7-9.

㉘See UN, E/AC. 25/SR. 7, p. 11.

㉙See UN, E/AC. 25/SR. 1, pp. 4-8; UN, E/AC. 25/SR. 8, pp. 3-6; UN, E/AC. 25/SR. 3, pp. 3-5.

㉚See UN, E/AC. 25/SR. 20, p. 3.

㉛See UN, E/AC. 25/SR. 20, p. 15.

㉜See UN, E/AC. 25/SR. 18, p. 10.

㉝See UN, E/AC. 25/SR. 20, p. 2.

㉞See UN, E/AC. 25/SR. 24, p. 10.

㉟See UN, A/C. 6/218.

㊱See UN, A/C. 6/SR. 100.

㊲See UN, A/C. 6/SR. 100.

㊳See UN, A/C. 6/SR. 100.

㊴See UN, A/C. 6/SR. 100.

㊵See UN, A/C. 6/SR. 100.

㊶伊朗建议在第六委员会进行表决的时候，只有6票赞成，有29票反对，10票弃权。

㊷See UN, A/C. 6/SR. 129.

㊸See UN, A/C. 6/SR. 130.

㊹See UN, A/C. 6/SR. 131.

㊺See UN, A/C. 6/SR. 131.

㊻See UN, A/C. 6/SR. 131.

㊼See UN, A/C. 6/SR. 132.

㊽See UN, A/C. 6/SR. 134.

㊾See UN, A/C. 6/SR. 100.

㊿See Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), International Law Reports, Vol. 36, 15(Cambridge University Press 1968).

㊿See Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), International Law Reports, Vol. 36, 15(Cambridge University Press 1968).

㊿See Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), International Law Reports, Vol. 36, 15(Cambridge University Press 1968).

㊿See Attorney-General of the Government of Israel v. Adolf Eichmann, in Elihu Lauterpacht & Christopher Greenwood (eds.), International Law Reports, Vol. 36, 15(Cambridge University Press 1968).

㊿See UN, E/CN. 4/Sub. 2/416, para. 197.

㊿See William A. Schabas, Genocide in International Law: The Crime of Crimes, 363(Cambridge University Press 2000).

㊿根据西班牙刑法典第607(2)条的规定，西班牙有权对反人道罪行行使普遍管辖权。此外，由于西班牙于1987年10月21日批准了《禁止酷刑公约》，于1977年6月8日批准了1949年《日内瓦公约》，因此，根据这些已经对西班牙生效的国际条约，西班牙拥有对酷刑罪和严重违反《日内瓦公约》的犯罪的普遍管辖权。

㊿See Genocide Accountability Act of 2007, <http://www.gov-track.us/congress/billtext.xpd?bill=s110-888>, visited on 25 July 2018.

㊿See Luc Reydam, Belgium's First Application of Universal Jurisdiction: The Butare Four Case, 43 Journal of International Criminal Justice 433(2003).

㊿See Angel Sánchez Legido, Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction, 8 Spanish Yearbook of International Law 21-22(2004); Naomi Roht-Arriaza, Guatemala Genocide Case, 100 American Journal of International Law 207(2006).

㊿See UN, S/RES/808.

㊿See UN, S/RES/827.

㊿相关数据参见 http://www.legal-tools.org/en/go-to-database/ltfolder/0_4277/#results, 2018年7月20日访问。

㊿See Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro), Judgment, ICJ Reports 2007, pp. 181-187, paras. 428-438.

㊿参见宋杰：“保护的责任”：国际法院相关司法实践研究》，《法律科学》2009年第5期，第59-60页。

㊿See Questions relating to the Obligation to Prosecute or Extradite (Belgium v. Senegal), Judgment, ICJ Reports 2012, p. 451, para. 74.