

doi:10.16060/j.cnki.issn2095-8072.2020.05.002

进取型管辖权体系的功能及其构建

宋杰

(浙江工商大学法学院, 杭州 310018)

摘要: 管辖权具有理论性和实践性, 既是主权的象征, 也界定着主权的形象, 确定着主权适用的边界。管辖权同时也承担着打击国际犯罪、填补传统管辖基点不足的功能, 和在对等的国际关系中反制与报复的功能。管辖权的不同功能, 反映着国际关系的不同维度。一国在其国内法体系中所确立的管辖权体系, 反映的是该国对于自身主权的定位, 确定的是该国对于国际关系的认知和自身在国际关系中的角色定位。我国目前的管辖权体系, 具有明显的保守性特征。随着国力的增强和需要保护的海外利益的增多, 以及有效应对他国针对我国的司法干涉行为, 我国有必要改造现行法律中被动的管辖权体系, 将其改造为积极进取型管辖权体系。

关键词: 进取型外交战略; 介入国际事务; 管辖权功能; 积极进取型管辖权体系; 长臂管辖

中图分类号: D911 **文献标识码:** A **文章编号:** 2095 — 8072(2020)05 — 0022 — 13

随着中美贸易摩擦的渐次升级, 美国法的域外适用及其应对问题, 目前正引起了国内学者的高度关注。就对策性研究而言, 廖诗评博士和李庆明博士的相关论文,^①无疑属于其中的佼佼者: 二者在各自文章中均提出了有关我国法域外适用的建议。从技术角度来看, 重视通过我国法的域外适用来应对挑战, 这既具有建设性, 也具有可操作性, 确实是我国当前应重点考虑的问题。但从长远和根本角度来看, 有关我国法域外适用的应对建议, 主要还是停留在技术层面, 侧重的是防守, 而没有考虑到我国未来战略的进攻需求。同时, 此种建议也没有从理论层面解释我国相关应对的正当性, 没有为我国的应对构建必要的理论基础。因此, 有必要为我国法的域外适用提供适当的理论构架。而此种构架, 并不需要在理论上“另起炉灶”, 只需要通过对管辖权功能的解构, 即可技术性地达成。

管辖权既是一个重要的基础性和技术性概念, 也蕴含着一个相应的理论体系, 既涉及到一国主权权威和主权形象, 也涉及到其在国内和国际关系中的功能, 能够为国家在国际关系中的行为提供合法性依据。一国确立何种类型的管辖权, 是保守型还是进取型, 不仅取决于该国的实际发展状况和发展程度, 还取决于该国对于自身在国际关系中地位和作用的认知与定位。

我国目前所确立的管辖权体系, 尤其是公法中所确立的管辖权体系, 呈现出较为明显的保守型特征。一方面, 无论是属地管辖权还是属人管辖权, 我国在确立相应管

^① 廖诗评. 国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例[J]. 环球法律评论, 2019(3):166-178; 廖诗评. 中国法域外适用法律体系: 现状、问题与完善[J]. 中国法学, 2019(6):20-38; 李庆明. 论美国域外管辖: 概念、实践及中国因应[J]. 国际法研究, 2019(3):3-23.

管辖权的时候,对于域外联系因素的考虑都比较少。另一方面,对于他国针对我国所挑起的法律行动,我国相关国内法并没有规定充分的应对措施,尤其是应对措施的国内管辖基础。同时,刑法中的普遍管辖权适用机制存在严重不足,基本不具可操作性。保守型管辖权体系既导致我国在通过法律方式应对外在挑战和保护自身利益的时候,相应行动缺乏适当的管辖依据,也不能充分适应我国有效保护遍布全球的国家利益和国民利益的需求。我国有必要改造目前的管辖权体系,使之呈现出进取型特征。本文将从管辖权功能的角度,分四个部分来讨论在我国法律体系内构建进取型管辖权体系的意义与路径。

一、管辖权的逻辑分类及其功能

在讨论进取型管辖权体系之前,有必要先讨论管辖权的逻辑分类及其功能,因为管辖权的此种分类和功能直接构成了构建进取型管辖权体系的必要和适当基础。

(一) 管辖权的逻辑分类

管辖权是主权的象征。国家通过其来对自身主权形象与内容进行塑造,具体表现则是有权机关制定本国法律,以确定其所适用的人、地域范围和事项,并通过司法机关等来执行该法律。^①管辖权既具有对国家权力进行分配的功能,^②也划定着国家主权权力行使的边界,^③确定着国家主权利行使的范围和程度,^④能够反映国家主权原则和不干涉原则。^⑤借助于管辖权,每个国家成为一个相对独立的、确定的社会体系。^⑥管辖权既具有法律性,同时也具有政治性,会对国际政治和外交关系产生重要影响。

管辖权有不同的分类。出于研究主题的原因,这里仅从管辖权的内在逻辑和先后顺序的角度展开讨论。就此角度而言,管辖权分为立法性管辖权与执行性管辖权。^⑦二者的区别主要在于:(1)立法性管辖权解决的是“有权”管辖的问题,具有原则性,^⑧执行性管辖权解决的是管辖权“行使”问题,具有一定的灵活性。立法性管辖权在先,管辖权的行使在后。(2)在没有获得另一国同意前,一国不能在另一国领土上行使任何管辖权,否则即构成了对另一国领土主权的侵犯。立法性管辖权却不同,一国有权在本国法律体系内确立某些域外立法性管辖权而无需他国同意。^⑨(3)立法性管辖权具有兼容性,执行性管辖权具有排除性。两个甚至两个以上的国家,有权基于不同的立法基点如领土等,而确立对同一个人的立法性管辖权。而就执行性管

① 宋杰,《国际法上的司法干涉问题研究》[M],北京:中国政法大学出版社,2018:275。

② Malcolm N. Shaw, *International Law (sixth edit.)*, Cambridge University Press, 2008:645.

③ Rosalyn Higgins, *Problems and Process: International Law and How We Use It*, Oxford: Clarendon Press, 1994:56.

④ F.A.Mann, *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, Recueil des cours, 1964:9-13.

⑤ Malcolm N. Shaw, *International Law (sixth edit.)*, Cambridge University Press, 2008:645.

⑥ Vaughan Lowe, Jurisdiction, in: Malcolm D. Evans (ed.), *International Law (first edition)*, Oxford University Press 2003:330.

⑦ Roger O' Keefe, "Universal Jurisdiction: Clarifying the Basic Concept", *Journal of International Criminal Justice* 2004,3(2):736; Roman Anatolevich Kolodkin, Special Rapporteur. Preliminary Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction (Document A/CN.4/601, para.45, pp.170-171). UN官网[2018-08-07]. http://legal.un.org/docs/?path=../ilc/documentation/english/a_cn4_601.pdf&lang=ESX.

⑧ Malcolm N. Shaw, *International Law (sixth edit.)*, Cambridge University Press, 2008:649.

⑨ Marko Milanovic, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties: Law, Principles, and Policy*, Oxford University Press, 2011:24.

管辖权而言,原则上只有一个国家能实际有效行使之。

在实践中,管辖权的此种逻辑分类所带来的“结果”就是:一方面,国家立法主要解决的是管辖权的确立问题,从而确保本国对相关人、物和行为“有权”管辖。体现在规范性措辞的使用上,就是管辖权条款中的“适用本法”或“本国有权管辖”的措辞。另一方面,考虑到立法性管辖权具有兼容性,一国在基于某一基点,如领土、国籍等来确立本国的立法性管辖权的时候,所使用的措辞原则上应该是“本国有权管辖”或“适用本法”,而应避免使用“必须适用本法”或“本国应该管辖”的措辞。此外,考虑到现实生活的复杂性,有关执行性管辖权的内容,应尽量从有关立法性管辖权的条文中剥离出来。

(二) 管辖权的四大功能

管辖权在国际法和国内法中的功能主要体现在四方面:作为主权象征的功能;防止与终结有罪不罚的功能;填补国家利益保护中传统管辖基点“空隙”的功能,以及对等的国际关系中对他国进行反制、报复的功能。其中,主权象征功能是管辖权最重要的功能,是其他功能的前提和基础。第二项功能是合作国际法时代对国家的新要求,主要目的是为了实现全球法治。第三项功能主要是为了适应国家利益扩张性保护的需要,体现在部分国家基于“效果”等基点而确立自身管辖权方面。第四项功能是在第二和第三项功能基础上发展出来的。国家在追求全球法治和保护自身扩张性利益的过程中如果过于激进,恣意针对他国行使普遍管辖权和效果管辖等,势必会对管辖权的第一项功能带来侵蚀,严重损害国家主权平等原则等国际法基本原则,危及国家间正常关系。为了维护主权,在不同功能之间维持适当平衡,国家有权借助管辖权来对另一国进行合法反制或报复。

1. 共存国际法中作为主权的象征

传统国际法强调的是国家的共存,是国家互相尊重主权和对各自事务的不干涉,而这,主要是通过管辖权的功能来实现和体现的。在这方面,管辖权的功能主要体现在:国家有权基于自身利益考虑来确定自身的管辖权体制,决定自身管辖权的适用对象、适用空间和适用事项。只要没有违背国际法,确定何种管辖体制都是国家自身决定的事项。^①在主权国家林立的国际社会中,管辖权就像街区,把不同国家适当隔离,从而确保国家能和平共存。^②

管辖权是国家主权的象征,而主权具有原则性和不可减损性,这就要求国家基于某一基点确立本国立法性管辖权的时候,应避免使用“可以适用本法”之类的措辞。

2. 合作国际法中预防和终结有罪不罚

管辖权所承担的预防和终结有罪不罚的功能主要始于冷战后,是合作国际法时代

^① 在“荷花号案”中,常设国际法院明确地指出,除非受到国际法的明确禁止,在确定自身管辖体制上,国家享有相当程度的自由裁量权。国家有权确定最适合自身的管辖体制。See PCIJ, Series A. No.10, p.19.

^② Cedric Ryngaert, *Jurisdiction in International Law*, Oxford University Press, 2008:6.

国际刑法和国际人权法发展的结果。长期以来,犯有国际法上的严重罪行而未被有效惩治,曾经是国际关系中的常态。冷战结束后,为确保“法网恢恢,疏而不漏”,国际社会先后设立了临时性的国际刑事法庭和常设性的国际刑事法院,“终结有罪不罚”获得了充分的国际共识。^①而要真正实现此目标,就需要各国通力合作。各国不仅要与国际刑事法庭合作,而且也要在国家层面积极合作,在管辖权的确立和行使上持积极的扩张性立场,实现各国在管辖权上“无缝对接”。于是,传统上作为补充性的普遍管辖权就获得了快速发展。而随着普遍管辖权实践的发展,其既给传统的管辖权理论带来了重大冲击,也给与管辖权理论密切相关的国际法重要原则和制度带来了重大冲击,例如,其给不干涉原则和国家豁免制度带来了冲击,同时还发展出了义务性管辖权的概念。^②

3. 国家利益扩张背景下“弥补”传统管辖基点之不足

如果说普遍管辖权的发展是基于打击国际犯罪的目的,构成管辖权的新发展,那么,填补功能的发展则属于传统管辖权理论的适当延伸,目的在于更好地保护一国国家利益。管辖权承担的此种功能的含义是指,为了更好地保护自身国家利益,在属地管辖和属人管辖等传统的管辖基点之外,国家基于相关行为的“效果”等基点而确立其对于相关行为的管辖权。同普遍管辖权属于域外管辖类似,基于“效果”等基点所确立的管辖权,同样也是一种域外管辖。^③但国家基于此种管辖所确立的基点,却既不同于基于“领土”“国籍”基点所确立的属地管辖和属人管辖,也不同于基于保护国际社会利益所确立的普遍管辖。此种管辖的基点,主要考虑的是相关行为所及于本国的“效果”等。而对于“效果”等的认知与判断,国家拥有非常大的裁量权,从而导致相应管辖权具有非常大的弹性。

以效果管辖为例,效果管辖首先来源于美国的相关实践。在反垄断领域,根据《谢尔曼反托拉斯法》第1条的规定和美国联邦法院的解释,如果发生在美国境外的商业行为的效果及于美国并产生了有害的影响,美国同样有权管辖。基于此,美国就对发生在他国的某些商业行为拥有管辖权,进而能对他国商业行为进行法律干涉。^④同样,根据《国际经济紧急权力法》和《对敌贸易法》,对使用美元支付系统而向被制裁国提供金融服务等行为,美国也有权管辖。^⑤美国1998年对《反海外腐败法》的修改同样如此。通过修改,使其具有域外效力,能同样适用于外国公司。^⑥

美国最初基于效果原则而主张管辖权时,相关实践遭到了外国的普遍反对。^⑦但随着情势的发展,部分国家如欧盟大部分国家,看到了此种管辖实践对于本国利益保

① 有关防治有罪不罚运动的相关信息,参见如下两个相关网站: <http://endimpunity.com/> 和 <http://end-impunity.org/>。《罗马规约》序言也规定,“对于整个国际社会关注的最严重犯罪,绝不能听之任之不予处罚,为有效惩治罪犯,必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”,缔约国“决心使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外,从而有助于预防这种犯罪”。

② 宋杰:《国际法上的司法干涉问题研究》[M],北京:中国政法大学出版社,2018: 277-282。

③ 此种域外管辖,也有学者称之为“长臂管辖”(王中美:《美国反托拉斯法域外管辖权研究》[J],《美国研究》,2007(4):56-66)。但明显地,域外管辖是比长臂管辖更广泛的概念。长臂管辖主要是在民事领域,域外管辖则既包括民事,也包括刑事和行政领域。

④ 王中美:《美国反托拉斯法域外管辖权研究》[J],《美国研究》,2007(4): 56-66。

⑤ 廖诗评:《国内法域外适用及其应对——以美国法域外适用措施为例》[J],《环球法律评论》,2019(3):170。

⑥ [法]弗雷德里克·皮耶鲁齐, [法]马修·阿伦:《美国陷阱》[M],法意,译,北京:中信出版集团,2019: 186-187。

⑦ 这也催生了部分国家的相关阻却立法实践。参见:李庆明:《论美国域外管辖:概念、实践及中国因应》[J],《国际法研究》,2019(3): 16-17。

护的积极意义,便开始效仿。^①此种管辖在一定程度上填补了传统的属人、属地管辖在国家利益保护上所留下的“空白”。

4. 对等国际关系中反制和报复

国家如果基于终结“有罪不罚”的目的,在行使普遍管辖权的过程中过于激进,恣意地针对他国行使普遍管辖权,或者为了保护自身利益,过分扩展基于效果等基点的管辖权,在此背景下,他国如何反应和应对此种挑战?

恣意行使管辖权的案例在实践中并不罕见。例如,根据1993年制定的《关于惩治严重践踏国际人道法行为的法律》,比利时不仅启动了针对以色列在任总理沙龙的普遍刑事管辖程序,还启动了针对美国在任总统布什和刚果在任外交部长等的普遍刑事管辖程序。^②同样地,根据《司法组织法》第23.4条的规定和宪法法院2005年的司法裁决,西班牙曾经启动过针对美国、以色列等国在任高官的普遍刑事管辖程序。^③美国在实践中频繁地对他国进行单边制裁,其管辖权的确立,大多是基于效果等相关管辖基点。

由于管辖权是主权象征,体现着国家平等、不干涉等原则,比利时和西班牙的上述实践,尽管目的在于终结“有罪不罚”,却由于罔顾他国管辖权,违背了国家平等和不干涉原则,必然会给管辖权的主权象征功能造成侵蚀。在此背景下,为确保他国在尊重管辖权的主权象征功能这一前提和基础上发挥其终结“有罪不罚”等功能,相关国家不仅有权在外交等层面采取施压等行动,还有权在法律层面通过借助于管辖权来采取对等的报复和反制措施。

利用管辖权对他国进行“反制、报复”的含义是指:一国如果在行使管辖权上过于激进,严重侵犯了另一国的主权,该另一国有权利用管辖权来对对方进行反制和报复。国家在对等、互惠的国际关系中利用管辖权来进行反制和报复,主要目的在于保护自身的重要利益,体现了国际关系的对等性、国家平等原则和不干涉原则。最新典型例证就是,当美国基于对伊朗进行“恣意”制裁的时候,伊朗作为报复,宣布签发了针对美国总统特朗普等的逮捕令。^④

二、进取型管辖权之“进取性”及其功能

所谓进取型管辖权体系,是指一国在本国法律体系内确立尽可能广泛的管辖联系,尤其是域外管辖联系和适当的普遍管辖权,并在遵循一定要求和程序的情形下,通过充分发挥管辖权功能的方式,来满足自身履行国际义务的需要、保护本国国家利益和国民利益的需要,以及对他国事务和国际事务进行适当的、合法性介入的需要。

① 李庆明.论美国域外管辖:概念、实践及中国因应[J].国际法研究,2019(3):18.

② Naomin Roht-Arriaza, “Universal Jurisdiction: Steps Forward, Steps Back”, *Leiden Journal of International Law*, 2004,17(2):385-386; Maivina Halberstam, “Belgium’s Universal Jurisdiction Law: Vindication of International Justice or Pursuit of Politics”, *Cardozo Law Review*, 2003-2004, 25(1):250-252.

③ Angel Sánchez Legido, “Spanish Practice in the Area of Universal Jurisdiction”, *Spanish Yearbook of International Law*, 2001-2002, 8(1):21-22; Wolfgang Kaleck, “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, *Michigan Journal of International Law*, 2008-2009, 30(3):954.

④ 伊朗向特朗普发逮捕令 国际刑警组织:不会考虑伊朗任何请求[EB/OL].环球网[2020-07-16]<https://baijiahao.baidu.com/s?id=1670841076232908194&wfr=spider&for=pc>.

作为一种“进取”的管辖权体系，其特征主要体现在：

第一，进取型管辖权体系主要是在公法体系内确立的。虽然在私法体系内，国家也有权确立进取型管辖权体系。但考虑到管辖权体系在国际关系中的作用和功能，公法领域的进取型管辖权体系，其对国际关系的影响显然更大，也更明显。

第二，进取型管辖权体系主要通过两种方式建立和体现出来：在本国法律体系尤其是公法体系中确立尽可能广泛的管辖联系，为本国提供尽可能广泛的立法性管辖权，确保本国对相关事务“有权”管辖，以及在本国法律体系内确立较广泛的普遍管辖权范围，并对其行使条件予以适当放松。

第三，进取型管辖权体系的构建，是建立在充分发挥管辖权不同功能的基础之上的。一个充分有效的进取型管辖权体系，不仅能有效地保护本国的主权权威和本国利益，还能承担起预防和终结有罪不罚的职责，同时，对于他国针对本国的严重不法行为，还能借助于管辖权来进行合法的反制和报复。一旦能很好地发挥管辖权的四项功能，本国所构建的主权形象，即是一个积极进取型而非保守型的主权形象。

第四，进取型管辖权的主要目的在于为国家保护国际社会的利益和本国的国家利益、国民利益而提供相应的国内管辖基础，使国家对他国、国际事务的介入和对他国的反制、报复等行为在本国法律体系内具有合法性。国家行为，无论其性质如何，都需要首先保证具有相应的管辖依据。进取型管辖权体系的构建，目的即在于为上述各种行为提供管辖基础。

那么，进取型管辖权有哪些功能呢？其与管辖权的功能之间，关系为何？

进取型管辖权的功能，主要体现在四方面：

第一，进取型管辖权的进取功能。此种功能主要体现在：本国所确立的管辖权体系，应该与本国的国家利益和国民利益“如影随形”。国家利益扩展到哪里，本国国民利益在他国遭受到侵犯、用尽当地救济也无法得到有效救济时，本国的管辖权，即应延伸到哪里，从而为保护本国国家利益和国民利益提供“无缝衔接”的管辖保障。而为了满足管辖权的此种“进取”功能，就既需要在属地管辖权、属人管辖权方面确立与本国尽可能广泛的管辖联系要素，对“领土”“国籍”的考虑要能适应更多的相关情形，也需要考虑更多的基于效果等的非传统管辖基点。同时，为便于对国际事务进行适度介入，还需要在普遍管辖权的范围上确立尽可能广泛的范围，在普遍管辖权的行使上适当降低行使“门槛”的要求。一旦本国没有针对相应情形确立自身的管辖权，即使存在着相关国家利益和国民利益的保护需求，以及介入国际事务的需求，本国也将无法实际行使相应的管辖权，从而提供相应的保护和国际介入。在此情形下，国家即使勉强介入进行相应管辖，也将不具有合法性。所以，广泛覆盖的进取型管辖权，其本质，在于为本国的进取型行动提供国内合法依据。

第二，进取型管辖权的防卫功能。此种功能的含义是指，对于他国通过其本国管辖权所发起的“合法”挑战行为，本国应该同样有权通过对等地行使管辖权来予以反制和报复。很显然，进取型管辖权的防卫功能，本质上是建立在管辖权的反制、报复

功能基础之上的。但与管辖权单纯的反制、报复功能不同在于：进取型管辖权的此种功能，能够充分地体现出其“进可攻、退可守”的特性。惟有同时具有此种可进可退的功能，进取型管辖权的“进取”功能才能得以充分实现。

第三，进取型管辖权的合法性功能。其实，无论是本国为了有效保护自身国家利益也好，还是为了保护本国国民也好，抑或是为了保护作为整体的国际社会的共同利益也好，或者是为了反制、报复他国也好，国家在采取相应行为的时候，相应行为，首先需要满足“合法”的要求，即国家的行为，要么具有国际法上的合法性，要么具有国内法上的合法性，或者二者同时具备。进取型管辖权构建的重要目的，即是为了解决本国相关行为国内法上的合法性问题。一旦国家的相应行为没有或缺乏国内法上的管辖权依据，将即使该行为在国内法上缺乏合法性，也将使国家无法合法有效地保护本国的国家利益和国民，更遑论保护作为整体的国际社会了。

第四，进取型管辖权的选择功能。此种功能的含义是指，一国在确定了具有进取性质的管辖权体系之后，是否实际行使、如何具体行使，都具有相应的选择性。管辖权的确立与管辖权的行使是完全不同的事情。确立进取型管辖权的体系，并不在于让国家立即取得相应的行为能力，立即行使之，而主要在于：一旦国家有意愿，也有能力，国家即可通过行使此种管辖权的方式，合法地来保护相关利益，满足自身主权形象构建的需求，把自身进取型的主权形象具象化，使之具有可触摸感、可体会感。

从上述描述可以看出，进取型管辖权的功能，虽然主要也是建立在管辖权功能的基础之上，但又有非常大的区别。对于不同国家而言，囿于本国力量与现实，其倚重的管辖权功能自然会有所不同。不会出现一个国家同时均衡地倚重管辖权的四种功能的情形。而进取型管辖权就不同，它首先是作为一个体系性概念存在的，是国家积极主动选择的产物，即国家积极主动地通过自身法律体系中的所有管辖权条款，构建出自身进取的饱满主权形象。作为进取的管辖权，尽管同样具有选择性和偏好性，但其偏好是建立在“偏好”管辖权功能中能够满足此种“进取”特性的功能基础之上的，是刻意和主动选择的结果。当然，由于管辖权的四项功能的不同维度都会体现出某种进取的特性，进取型管辖权体系的构建，同样需要建立在这些功能的特定维度之上。因此，进取型管辖权的功能与管辖权的功能，二者既有联系又有区别。

三、我国进取型管辖权体系的构建：以刑法为例

从进取型管辖权体系的角度来看，我国当前法律中所规定的管辖权主要限于本国境内，既甚少主动针对发生在他国的犯罪确立并行使本国的管辖权，也在构建管辖权的“连接点”上比较保守，主要局限于被动的属人管辖等；对于在争议海域的管辖权，海外军事行动所应适用的法律等，则更是没有任何规定；同时，对于与进取型管辖权“息息相关”的普遍管辖权，我国法律的规定也有着非常明显的缺陷。要构建积极进取型管辖权体系，就有必要对相应法律中的管辖权条款进行逐一检视，对其进行相应修正。下文将以刑法为例，来讨论在我国法律体系内进取型管辖权体系的构建问题。

（一）刑法中现行管辖权体系的保守型

刑法中的管辖权条款，主要体现在第6、7、8、9这四个条款之中。这四个条款，无论是在属地管辖方面，还是在属人管辖方面，抑或是在普遍管辖方面，都存在程度不同的缺陷，呈现出明显的保守型特征。具体而言，主要体现在三方面：

1. 忽视了立法性管辖权与执行性管辖权之间的区别，有损主权权威

从刑法管辖权条款的实际功能来看，立法中的管辖权条款本身应当是确立中国基于不同基点如国籍等的立法性管辖权的，并以此来体现中国的主权权威和主权适用边界。既然确立的是立法性管辖权，从措辞的使用来看，应是“本国有权管辖”或“适用本法”等措辞，并应避免使用“本法可以适用”或“可以适用本法”等措辞。因为一旦使用了类似措辞，就意味着主权权威的减损和让渡，有损立法性管辖权的原则性和严肃性。

遗憾的是，上述本应避免或禁止出现的瑕疵，却在刑法中出现了。一方面，尽管刑法第6条和第9条使用的措辞均是“适用本法”，体现的好像是确立本国基于领土等基点的立法性属地管辖权和立法性普遍管辖权，第7条和第8条中的“可以不予追究”和“可以适用本法”的措辞却减损了“适用本法”所本应具有规范性内涵，并导致不能得出第6条和第9条中的“适用本法”体现的是我国基于属地和普遍性这两个基点而确立相应的立法性管辖权的结论。无论是“可以不予追究”还是“可以适用”的措辞，由于实际上含有“斟酌”和“可以让与”的含义，对于确立立法性管辖权的任何条款而言，是应当禁止使用的。因为一旦使用，就在很大程度上意味着主权权力的让与和主权权威的减损。

2. 属地、属人管辖权规定的“连接点”过少，缺乏“进取型”

刑法第6条是有关属地管辖权的规定，第7条是有关属人管辖权的规定。而无论是从立法性属地管辖权的确立来看，还是从立法性属人管辖权的确立来看，这两个条款，都不能满足确立进取型管辖权的需求。

立法性属地管辖权的确立，是基于“领土”这个基点。但如何界定“领土”的含义，则直接关系到基于“领土”基点所确立的管辖权是保守型的还是进取型的。就刑法第6条而言，其所构建的“领土”概念，主要包括：物理意义上的“领土”，即“在中华人民共和国领土内犯罪的，都适用本法”；适当的“延伸”领土，即基于主观属地原则和客观属地原则所确立的立法性属地管辖权，反映在第6条中，即“犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪”；和“浮动”领土，即“凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，也适用本法”。

在上述所构建的“领土”概念中，其忽视了如下与“领土”密切相关的诸种情形：第一，我国驻他国使领馆内的犯罪问题。由于使领馆一向被视为派驻国领土的延伸，在很大程度上与航空器等有一定的类似，因此，对于使领馆内犯罪的管辖权问

题, 似乎应在“领土”项下进行考虑; 第二, 海外军事基地内的犯罪问题。海外军事基地, 在很大程度上类似于使领馆的地位, 对于发生在此类基地内的犯罪, 同样应由我国基于“领土”基点而确立相应的管辖权; 第三, 海外军事行动中的刑法管辖问题。从英美实践来看, 英美无论是参与伊拉克军事行动也好, 还是参与阿富汗的军事行动也好, 都提前做好了刑法管辖权的确立准备, 从而能很好地对发生在相应情势中的刑事问题进行管辖。^①一旦我国在今后的实践中参与了相应的海外军事行动, 也需提前在本国刑法内确立对相应情势的立法性属地管辖权。

而从立法性属人管辖权的确立来看, 刑法第7条所规定的不足, 同样非常明显。立法性属人管辖权的确立, 是基于“国籍”这个基点。既然是基于国籍而确立, 实际上意味着, 只要是具有我国国籍者, 无论是作为犯罪嫌疑人还是受害者, 也不考虑犯罪行为发生地, 我国都有权基于“国籍”这一基点而确立本国的立法性属人管辖权。遗憾的是, 第7条的规定并没有完全遵循此逻辑, 它只是确立了对“中国公民在境外犯罪”这一连接点的管辖权, 而没有确立对“中国公民在境外为受害者”这一连接点的管辖权, 相应的管辖权, 被放置在第8条有关“保护性管辖”的规定中。实际上, 这样的立法体例, 一方面同其他各国的立法体例完全不同, 另一方面, 由于这两种情势的连接点都是基于“国籍”, 将其分散立法, 从立法逻辑的一致性角度看, 是有问题的。

此外, 第7条中对于“国籍”这一连接点的界定非常狭窄, 即严格地基于拥有我国国籍且限于自然人, 既没有考虑将其扩展适用于法人, 也没有考虑与国籍问题有关的其他相关人如双重国籍、无国籍、难民等自然人, 从而不利于我国基于同“国籍”有关的连接点而确立本国较为广泛的立法性管辖依据。而一旦考虑将“国籍”这一连接点扩展适用于“法人”, 基于何种标准确定法人的“国籍”, 同样需要认真考虑。

3. 有关普遍管辖权的规定过于保守, 不具可操作性和体系性

相较于其他的管辖权, 普遍管辖权具有特殊性: 普遍管辖权不是一个单一的管辖权条款, 相反, 其具有体系性; 而在国际关系和国家利益的维护上, 其又具有进可攻退可守的特性, 在国际关系中既可为矛, 也可为盾。普遍管辖权既可在国际关系中承担预防和终结“有罪不罚”的功能, 又可以在对等的国际关系中发挥反制和报复的功能; 其既能有效地扩展国家利益, 在国际关系中充当“世界警察”, 又能通过对他国的反制和报复来捍卫国家主权尊严; 其既能为国家提供介入他国和国际事务的合法性管辖基础, 又能维持适当克制, 在捍卫主权上发挥关键性作用。如果从这一角度看刑法第9条有关普遍管辖权的规定,^②至少存在三个问题: 首先, 第9条没有遵循管辖权的基本逻辑, 颠倒了立法性管辖权和执行性管辖权间的关系, 将执行性普遍管辖权置

① 根据美英联合临时权力机构 (Coalition Provisional Authority in Iraq) 2003年所发布的第17号命令的规定, 多国部队成员应“排他性地由其派遣国管辖”。See CPA/ORD/26 June 20013/17, section 2 (1)(4)。在斯密斯诉验尸官案中, 英国高等法院据此确立了本国的刑事管辖权。R (Smith) v. Oxon Asst Dep. Coroner, Elihu Lauterpacht, Christopher Greenwood, Karen Lee, *International Law Reports* (Volume 156), Cambridge University Press, 2014: 441。

② 国内学者普遍都认为, 此条规定是有关普遍管辖权的。参见: 高铭喧, 马克昌主编, 赵秉志执行主编. 刑法学 (第五版) [M]. 北京: 北京大学出版社、高等教育出版社, 2011:35-36。

于立法性普遍管辖之前,这在逻辑上是存有严重缺陷的。其次,需要增强其可操作性,明确其具体适用范围。联合国大会正在讨论的议题即“普遍管辖权原则的范围及其适用”表明,普遍管辖权的适用范围问题非常重要。在没有明确普遍管辖权的适用范围之前,第9条的适用价值将明显受到制约。最后,现有规定还欠缺体系性视野。普遍管辖权并不仅仅是一个单纯的管辖权条款,相反,它是一个体系。在管辖权所承担的所有功能中,惟有普遍管辖权能全面地承担起“进可攻、退可守”的功能,最能体现进取型管辖权的大部分特点。但要让普遍管辖权发挥其体系性作用,体现“进可攻退可守”的功能,就至少要做到两点:(1)要求“刑事化”普遍管辖权所适用的犯罪,即应将国际公约中所规定的犯罪转化为本国刑法中构成要件清楚、明确的具体犯罪。多国在批准《罗马规约》之后对本国刑法的修正实践清楚地表明了此点。^①(2)普遍管辖权包括实体法意义上的普遍管辖权和程序法意义上的普遍管辖权。仅有实体法意义上的普遍管辖权是不充分的,还需要程序法上的普遍管辖权予以配合,惟有如此,普遍管辖权才具有可实施性。^②

正因为存在上述三方面不足,事实上导致我国刑法中的普遍管辖权呈现出保守型特征。而此种保守性,既导致我国在实践中很难有效执行,也导致普遍管辖权所承担的“进可攻退可守”的功能难以有效地发挥。而一旦普遍管辖权的功能不能全面地得以发挥,就将在很大程度上影响到进取型管辖权体系的有效构建。

(二) 重构刑法中的管辖权条款,构建体现主权权威与尊严的进取型管辖权体系

要构建既能体现本国主权权威与尊严,又能有效满足管辖权其他功能需求的积极进取型管辖权体系,就应重点解决如下三个问题:

1. 从立法性管辖权角度进行定位并剥离执行性管辖权规定

法律中管辖权条款的主要功能是体现本国主权的适用空间,本国主权的尊严和权威,主要目的,则是基于某一基点来确立本国的立法性管辖权。对于刑法中的管辖权条款而言,同样应该如此。而从立法性管辖权确立的角度来看,“适用本法”是最适宜的措辞,“可以适用”则是应严格禁止的;与此同时,执行性管辖权的内容原则上也应该从中剥离。刑法中的管辖权条款一般不应该具体处理管辖权的实际执行问题。在实践中,此类问题主要是通过双边司法合作的方式来解决的。而从双边司法合作的角度来看,由于实践中具体碰到的情形千差万别,个案各有不同,对不同个案的处理与司法协助,当然也是“各有千秋”,不可能有提前制定好的统一预案。在这个意义上,事先规定有关管辖权的实际执行,实际上是不适当的,也没有实际意义。

^① 例如,韩国在2002年批准《罗马规约》后,于2007年修改了本国刑法,将国际刑事法院所管辖的罪行在本国法律体系内刑事化了。See Young Sok Kim, “The Korea Implementing Legislation on the ICC Statute”, *Chinese Journal of International Law*, 2011, 10(1): 161-170.

^② 例如,塞内加尔为了确立对乍得前总统哈布雷所犯罪行的管辖权,就先后修改了本国的刑法、刑事诉讼法和宪法。修改刑事诉讼法的目的,就是为了确立程序法上的普遍管辖权。参见:宋杰,多维视野中的哈布雷案:问题与挑战[J],国际法研究,2016(1):87.

2. 在属地管辖和属人管辖条款中增加尽可能多的管辖连接点

正如前文所指出的, 进取型管辖权体系, 主要通过管辖连接点的广泛和具有可操作性的普遍管辖权“体系”体现出来。而就管辖连接点的广泛而言, 则主要体现在重构属地管辖中“领土”概念和属人管辖中的“国籍”概念上。

就第6条中“领土”概念的重构而言, 重点需要考虑的事项主要有两类: 一类是属于对“领土”的扩张性解释, 主要是我国驻外使领馆。使领馆的地位, 在很大程度上属于一国领土的“延伸”, 对于发生在我国驻外使领馆内的犯罪, 我国有必要确立立法性属地管辖权。另外一类是我国行使排他性控制区域内的管辖权问题。对于发生在此类区域内的犯罪行为, 如海外军事基地、海外军事行动区域等, 我国有必要确立本国的立法性属地管辖权。

就第7条中“国籍”概念的重构而言, 一方面, 有必要将第8条中涉及到我国国民的相关规定整合进第7条之中, 将有关“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”的规定进行删除, 因为该类人员同样属于具有我国国籍的人员, 已经被包括在该条第1款之中, 没必要再次重复, 另一方面, 还要考虑确立对双重国籍、无国籍、难民等的属人管辖权问题, 以及对法人的管辖权问题。

3. 增强普遍管辖权的可执行性和体系性

由于普遍管辖权承担的功能具有复合性, 具有“进可攻退可守”的特性, 因此就有必要同时从体系性和可执行性这两个角度来对刑法中的普遍管辖权规定进行重构。

从体系性角度来看, 主要是要将实体性普遍管辖权和程序性普遍管辖权结合起来的问题。因此, 除了在刑法中规定实体性普遍管辖权规定之外, 在刑事诉讼法中也应增加程序性普遍管辖权的规定。只有实体法与程序法均完备, 普遍管辖权条款具有可操作性, 才能有效地发挥其相应功能。

从增强可执行性的角度来看, 主要是明确普遍管辖权的适用范围问题, 以及将相应的国际罪行刑事化的问题。在适用范围方面, 一方面要注意将严重国际法院纳入普遍管辖权的适用范围, 另一方面要注意保持其适当的弹性和可开放性, 要将国际社会高度关注的犯罪如酷刑、海盗罪等同样纳入适用范围, 并保留定期更新适用范围的空间。而在相关国际犯罪刑事化方面, 则要注意二者构成要件的一致性, 不要因为考虑到国际犯罪构成要件的复杂及与刑法立法体例有差异等原因, 而轻易地对相关犯罪构成要件“删繁就简”, 或者选择性地部分刑事化。

从管辖权所承担的反制报复功能的角度看, 在刑法中将普遍管辖权所适用的具体犯罪“完整”“刑事化”是非常有必要的。尽管在前文中提到, 基于对等的原则, 一国有权利用管辖权对他国针对本国的不法行为进行反制和报复, 但问题的关键是, 相关反制和报复, 不仅应该在管辖权的层面具有“合法性”, 在其他层面如具体的犯罪构成层面, 也应该具有合法性。只有这样, 相应的报复与反制措施才能在国际关系层面赢得他国的理解、认同和尊重。这实际上意味着, 由于普遍管辖权主要承担着管辖权的反制报复功能, 如果不能在刑法中将普遍管辖权所适用的犯罪完整地“刑事

化”，而是以本国特有的犯罪去追诉他国犯有国际犯罪的嫌疑人，这样一种方式，既不能为他国所认同和理解，也不能获得他国的接受和配合。相反，如果能有效地“刑事化”，按照国际社会公认的相关国际犯罪的概念、程序去进行追诉，通过此种方式来对相关国家进行反制和报复，此种做法既能获得相关国家的认同，也能获得其他国家的理解、支持和配合。

（三）具体建议

从构建进取型管辖权的目的出发，建议对刑法第6、7、8、9条重构如下：

第六条 凡在中华人民共和国领域内犯罪的，除法律有特别规定的以外，都适用本法。

凡在中华人民共和国船舶或者航空器内犯罪的，以及我国驻外使领馆内犯罪的，也适用本法。

犯罪的行为或者结果有一项发生在中华人民共和国领域内的，就认为是在中华人民共和国领域内犯罪。

本法中所称的“中华人民共和国领域”，是指中华人民共和国能够排他性控制的区域，如我国在他国的军事基地，以及我国在他国所控制的军事行动区等。

第七条 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。

外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国公民犯罪，适用本法。

凡是在我国注册，或者实际经营地在我国境内的法人，一旦涉嫌犯罪，适用本法。

事实上具有双重或多重国籍的中华人民共和国公民，一旦犯本法规定之罪，适用本法。

在中华人民共和国境内合法居留的无国籍人或者难民，一旦犯本法规定之罪，适用本法。

第八条 外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家犯罪，而按本法规定的最低刑为三年以上有期徒刑的，适用本法。

第九条 对于战争罪、反人道罪、灭种罪、侵略罪，无论罪行发生在何地，一旦犯罪嫌疑人出现在本国领土之内，中华人民共和国即有权管辖。

对于酷刑罪、种族隔离罪、海盗罪等中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，以及习惯国际法上的国际犯罪，无论罪行发生于何地，只要犯罪嫌疑人出现在本国领土之内，中华人民共和国均有权管辖。

对于依据安理会决议所设立的国际刑事法庭所管辖的罪行，只要相关犯罪嫌疑人出现在中华人民共和国领土内，本法即应适用。^①

四、结论

管辖权具有理论性和实践性，既是主权的象征，也界定着主权的形象，确定着主权适用的边界。这是管辖权最重要的功能，是平等国际关系的本质反映。管辖权的其他功能，都是在此功能的前提和基础上发展出来的。管辖权的不同功能，反映着国际关系的不同维度。一国在其国内法体系中所确立的管辖权体系，反映的是该国对于自身主权的定位，确定的是该国对于国际关系的认知和自身在国际关系中角色的定位。

^① 宋杰：我国刑事管辖权规定的反思与重构——从国际关系中管辖权的功能出发[J]。法商研究，2015(4):158。本文提出的建议与该论文中的建议有部分不同，尤其是在第6条和第7条的重构方面。本文的修正建议着眼点是从构建“进取型管辖权”的角度出发，因而在“领土”“国籍”概念的重构上采取了更扩张的方法。

国家如果关注的是自身主权的安全,固守“不干涉原则”,其所构建的管辖权体系,往往是保守的。反之,国家如果需要充分保护其利益,保持对国际事务的适度介入,保持拥有对他国法律挑衅的合法报复与反制权利与能力,就需在本国法律体系内构建积极进取型的管辖权体系。

就我国而言,一方面,我国海外利益众多,迫切需要保护。另一方面,我国也已经发展到了需要适度介入国际事务的阶段。在此情势下有必要改造目前的管辖权体系,将其由被动、防卫型体系改造为积极进取型体系。一方面,对于肆意对我国进行司法干涉的他国,我国应重视利用管辖权的反制和报复功能加以应对,另一方面,我国还需要重视管辖权的新功能和传统功能,通过它来“合法”地介入他国事务和国际事务,保护国家和国民利益。在对管辖权体系进行重新构造的同时,还需要对相关的实体法律规则等进行“配套”改造。一旦管辖权体系改造完成,而相应的实体法律体系不进行任何配套性改造,还是会导致所构建的进取型管辖权体系的功能无法有效地发挥。

当然,进取型管辖权体系的构建,绝不会一蹴而就,在短时间内就可完成。一方面,作为一种体系,意味着所涉及到的法律众多,需要在本国法律体系内衡量和决定。另一方面,相应体系的构建,需要满足系列前置性和基础性条件,如对管辖权认知的转变,需要遵循先后次序,并且,还需要立法与司法的配合,以及相应的技术支撑等。这是一项任重道远的工程,需要脚踏实地、循序渐进地推进和完成。

【作者简介】宋 杰:浙江工商大学法学院国际法教授,博士生导师,法学博士。研究方向:国际法基础理论,国际争端解决机制。

The Functions of Proactive Jurisdiction System and Its Construction in China's Legal System

SONG Jie

(School of Law, Zhejiang Gongshang University, Hangzhou 310018, Zhejiang, China)

Abstract: Jurisdiction is theoretical and practical. It is not only a symbol of sovereignty, but also defines the image of sovereignty and determines the boundary of sovereignty application. Jurisdiction also undertakes the functions of combating international crimes, filling the deficiencies of traditional jurisdictional basepoints, and other functions of countermeasures and retaliation in reciprocal international relations. The different functions of jurisdiction reflect different dimensions of international relations. The jurisdiction system established by a state in its domestic legal system reflects her position of its own sovereignty and determines the country's perception of international relations and its own role in international relations. China's current jurisdiction system has obvious conservative characteristics. With the strengthening of national power and the increase of overseas interests that need to be protected, as well as effective response to other states' judicial interference against China, it is necessary for China to reform the passive jurisdiction system in the current law and transform it into a proactive jurisdiction system.

Keywords: proactive foreign policy; intervention in international relation; functions of jurisdiction; proactive jurisdiction system; long-armed jurisdiction

(责任编辑:黄志瑾)