

美中法学会
在基奥波尔案 (Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co., No. 10-1491) 中
在美国最高法院提交的法院之友状词[译稿版]

易显河* 著 王佳** 译

主张概述

提交进一步论证的问题是[美国]《外国人侵权法》(28 U.S.C. 1350)是否及在何种情况下允许法院认可以在美国以外的主权领土内发生的违反国际法之行为作为诉因。该法规定：“地区法院对外国人针对侵权行为违反国际法或美国缔结的条约提起的任何民事诉讼具有初审管辖权。”

本法庭之友[美中法学会]¹认为，不应认可以发生在美国之外的主权领土内的违反国际法之行为作为诉因，原因是《外国人侵权法》必须按排除域外适用性推定(presumption against extraterritoriality)来解释为在美国之外

* 武汉大学长江学者国际法教授, [世界]国际法研究院院士。此状词英文原文由作者以个人身份起草, 并以美国最高法院律师会会员身份代理美中法学会于 2012 年 8 月 8 日在美国最高法院提交(原文在此: <https://ssrn.com/abstract=2347223>)。美国最高法院律师会由美国最高法院正式吸收的有出庭资格的律师组成。此中文翻译从“主张概述”开始, 略去前面部分; 为了避免混淆, 本译文把所有的正文中的注解都放到圆括号内; 原文的脚注保留; 另外, 注释的内容和脚注一般不翻译, 以便有心人查找。法律文书的翻译乃天大难事, 有心人请看原文。

** 外交学院国际法系讲师。

¹ [略去不译的“本法院之友的权益”一节里有注解 1, 是关于当事方同意本法院之友提交此状词的一项声明, 此处略去]。

无法得到适用。申请方提交的证据试图证明国会具有有关域外适用性的明确意图是不具说服力的。特别是，申请方的论证依据 1789 年《司法法》第 9 条其它条款中明确的地理限制来反推，如果得逞，将会颠倒美国立法适用的默认地理范围和排除域外适用性推定，并将整个世界当成默认范围。然而，适当的默认范围是美国领土。

本法庭之友进一步指出，如果《外国人侵权法》域外适用于在外国主权领土范围内发生的违法行为，则其应该被解释为纳入了有关违法行为的整套国际法规范，即包括实体、救济和管辖问题的规范，而且根据《外国人侵权法》认可诉因必须满足上述整套国际法规范的条件。若采用上述条件，则不应认可公司责任作为诉因，因为国际法不认可违反习惯国际法的侵权行为的公司责任，并且因为任何此类国际法规范都不能达到索萨（Sosa）案给出的明确定义要求。同样，对于美国与之不存在直接或实质联系的诉因也不应予以认可，因为《外国人侵权法》管辖权无法对其行使。另外，《外国人侵权法》管辖权也不能够建立在普遍管辖权的基础上，因为国际法既不承认除海盗行为以外的普遍刑事管辖权，也不承认普遍民事管辖权。最后，《外国人侵权法》的管辖权不能建立在追身侵权理论之上，因为这是一项十分特殊的理论，不具有普遍适用性，并违反国际法。

论证

本案中，申请方寻求维护其根据《外国人侵权法》所享有的权利，其所针对的是由被申请方支持和煽动的，完全发生在尼日利亚领土内的严重违反国际法的行为，包括尼日利亚政府所实施的违反人权法的行为。进一步论证中的决定性问题是，法院是否应，并根据何种条件，认可《外国人侵权法》下上述违法行为作为诉因。争论的问题只是《外国人侵权法》中第一，即 law of nations，部分。本状词因此仅谈论这个问题，并为此目

的将 law of nations 的含义等同于“国际法”(international law)。本状词将首先分析《外国人侵权法》是否应该具有域外适用性，如果答案是肯定的，将继续分析适用时应满足哪些条件。

1.不应认可发生在美国之外的主权领土上违反国际法之行为作为诉因，因为《外国人侵权法》必须按排除域外适用性推定来解释为不能在美国边界之外得到适用

在莫里森诉澳大利亚国民银行案(130 S. Ct. 2869 (2010))中，贵法院对排除域外适用性推定进行了全面总结：

“在美国法中久经适用的一项原则是‘国会立法只应适用于美国的领土管辖范围内，除非有相反的意图表示。’”[EEOC v. Arabian American Oil Co., 499 U.S. 244, 248, 111 S.Ct. 1227, 113 L.Ed.2d 274 (1991) (Aramco) (quoting *Foley Bros., Inc. v. Filardo*, 336 U.S. 281, 285, 69 S.Ct. 575, 93 L.Ed. 680 (1949))]. 这项原则代表了解释的标准，或立法意图的推定，而不是对国会立法权的限制 [see *Blackmer v. United States*, 284 U.S. 421, 437, 52 S.Ct. 252, 76 L.Ed. 375 (1932)]. 其立足点是国会一般就国内事务而非国际事务立法。[*Smith v. United States*, 507 U.S. 197, 204, n. 5, 113 S.Ct. 1178, 122 L.Ed.2d 548 (1993).] 因此，“除非国会清晰地表示了确切的意图”要赋予一项立法以域外适用的效力，“我们必须推定立法主要是与国内事务相关。”[*Aramco*, supra, at 248, 111 S.Ct. 1227 (internal quotation marks omitted).] 无论是否存在美国立法与外国法冲突的风险，都应适用上述标准或推定[see *Sale v. Haitian Centers Council, Inc.*, 509 U.S. 155, 173–174, 113 S.Ct. 2549, 125 L.Ed.2d 128 (1993)]. 当一项立法未明确规定域外适用性时，其便不具备。

(Morrison, *ibid.*, 2877-2878.)

此外，“与其在每一案件中重新猜测，我们在所有案件中都适用这一推定，以维持一种稳定的背景，国会据此立法可以有可预测的效果。”(*Ibid.*, 2881.) 正如法院早先所判定的，“我们认为国会在排除域外适用性推定的背景下立法。”(*Aramco*, 499 U.S., at 248.) 因此，当国会试图对国际关系施加影响时，适用这一推定会促进主权决策的慎重作出与明确表达。

作为一项语言上具备庄重的简约性和普遍性，且具有极大的域外适用潜力的立法，《外国人侵权法》尤其适合适用排除域外适用性推定。为赋予排除域外适用性推定的各方面以完全的效力，《外国人侵权法》必须被解释为不能在域外适用。而且，国会并未明确表达推翻上述推定的意图。

申请方的意图(see *Petitioners' Supplemental Opening Brief*, at 34)是给以《外国人侵权法》为代表的管辖权立法创造一个对上述推定适用的例外，但是却不具有说服力。首先，法院判定推定适用于“所有案件”(Morrison, *supra*, 130 S.Ct. at 2881), 从而排除了上述可能性。虽然“所有案件”究竟指的是与莫里森案中审议的那项立法有关的所有案件，还是一般性的所有案件，措辞有些模糊，但后者似乎与上文所述的后一段话的主旨更加吻合，也就是“以维持一种稳定的背景，国会据此立法可以有可预测的效果”(ibid.).

无论如何，所提例外没有理由。提议所基于的论证是，当在域外适用管辖权条款时，实体法并不被涉及，从而区分了立法管辖权和司法裁判管辖权。正如布朗利曾解释的，“实体（或立法）管辖权与执行（或属人，或特权）管辖权之间在法律基础和限制方面并不存在显著区别。一方面是另一方面的功能。”(*Ian Brownlie, Principles of Public International Law* 311 (7th ed. 2008).) 重要的是法院地国和所指控的违法行为之间的连接关系。此外，美国法院认可发生在域外的违法行为作为诉因将至少投射有关违法行为的救济的美国立法。不管诉因完全来自于联邦普通法而非国际法的部分，还是诉因来自于国际法却已被法院作为联邦普通法（正如下文所论证的）而

纳入美国法律体系，都会得到这样的结果。纳入的做法使国际法转变为美国法，是美国使其生效。²

将排除域外适用性推定适用于“所有案件”也将排除美国首席代理律师所提出的逐案审理的方法。(Supplemental Brief for the United States as Amicus Curiae in Partial Support of Affirmance filed on June 13, 2012.) 此外，美国首席代理律师所称，美国政府本身曾经几次改变立场，证明了逐案审理的方法从本质上讲是危险且行不通的，也证明了将推定适用于所有案件的重要性。而立场变化的潜在原因可能只是人事变动，或者如斯图尔特法官所描述的，是行政部门的“风向变化”。(Zschernig v. Miller, 389 U.S. 429 (1968), at 443 (Stewart, J., concurring).)

为了推翻排除域外适用性推定，申请方试图提供他们所称的国会赋予《外国人侵权法》域外适用性的意图的证据。他们所提供的证据包括《外国人侵权法》的文本、历史和目的。(Petitioners' Supplemental Opening Brief, at 34-36.) 但是所有的证据都不能完成其被赋予的使命。

《外国人侵权法》的文本，以及 1789 年《司法法》的文本，并没有显示赋予《外国人侵权法》以域外适用性的明确意图。申请方的论证看似相当复杂，可以分解为以下几个部分。第一，《外国人侵权法》采用的是“任何诉讼”（最初是“所有诉讼”），因此在范围方面没有暗示的限制。(Petitioners' Supplemental Opening Brief, at 22.) 但是，像“任何”、“所有”这样的术语只不过是公式化的术语，它们是模糊的，所以不能够处理当下的问题，也不能够推翻排除域外适用性推定。(See Aramco, 499 U.S. 250-253.)

² 最后，申请方试图将《外国人侵权法》类比于《美国法典》第 28 卷第 1332 或 1331 节(Petitioner's Supplemental Opening Brief, at 34), 这是更难处理的，但是看起来上述两节作为可适用的实体法，都应该具有同样的适用地理范围，因此不能只通过条款中的文字予以确定。《外国人侵权法》（排除条约因素外）是与之不同的，因为国际法与可适用的美国法（包括州的立法）是有微妙的区别的，鉴于它并不来源于美国。

第二，申请方似乎辩称，自从第一届国会在 1789 年《司法法》第 9 条的其它部分规定了地理限制后，当国会未在外国侵权条款中明确规定地理限制时，该条款就不存在限制。(Petitioners' Supplemental Opening Brief, at 21-22.) 这样的解读将完全颠覆地理范围的默认规则和排除域外适用性推定：对申请方来说，默认的地理范围就是整个世界。但是，美国立法在正常用语中的适当默认地理范围，及在排除域外适用性推定的合理解读下的结果都应该是在美国领土上。任何进一步的说明是为了在有特殊目的的情况下确定特定的地理范围，比如具体说明发生地点，究竟是在默认领土之内还是之外。事实上，当国会希望某一项立法适用的地理范围是在美国之外的话，它会通过明确说明而非保持沉默来做到这一点。比如说，《美国法典》第 18 卷第 2340A 节规定，“在美国境外实施或企图实施酷刑行为的，应根据本条处以罚金或处以不超过 20 年的监禁……”（强调为后加）。而 1991 年《酷刑受害人保护法》((TVPA), 106 Stat. 73 (28 U.S.C. 1350 note))，明确界定了可能的被告是依照“另一国”授权或法律行事的个人。因此，以美国领土为默认范围是更好的选择，且不会与 1789 年《司法法》第 9 条的其它条款相冲突，那些条款的地理限制是用来明确地区法院的管辖范围的。

第三，申请方还诉诸《外国人侵权法》的历史背景和目的，以及 1795 年的布拉德福德意见(1 Op. Att'y Gen. 57 (1795)). 但是由于缺乏起草过程的材料和历史背景的不确定性，上述方面不能提供任何帮助。申请方称《外国人侵权法》显然针对的是新国家在国际社会中的作用以及国际社会关注的问题，所以不应该局限于美国的范围。(Petitioners' Supplemental Opening Brief, at 36.) 人们肯定同意《外国人侵权法》针对的是新国家的角色和国际问题，但没有明确的证据表明《外国人侵权法》针对的是新国家边界以外的问题。事实上，这个新国家，在经历其争取独立的战争后仍然薄弱，不可能希望在境外事务上适用其法律，因为它知道这可能导致国际摩擦。(See Supplemental Brief for the United States, supra at 15.) 布拉德福德意见同

样可以有多种解释，其中之一可以以潜在的被告应具有美国国籍为基础。

最后，申请方希望从索萨诉阿尔瓦雷斯-马洪案(507 U.S. 349 (1993))中得到帮助，辩称因为“索萨案确定海盗行为是根据《外国人侵权法》可诉的典型侵权行为之一”(Petitioners' Supplemental Opening Brief, at 25)，而且因为排除域外适用性推定并不区分公海上发生的行为和外国主权领土内发生的行为(ibid. at 35)，因此，将此推定适用于《外国人侵权法》会产生与索萨案不一致的结果。这是申请方的观点。然而，上述立场是有问题的。首先，它贸然得出的结论是索萨案已经确定海盗行为是根据《外国人侵权法》可诉的典型侵权行为之一。但是如果正确地进行分析会发现索萨案并未做出如此结论。海盗行为并非是该案处理的问题，而只是被作为一种具有明确内容并为文明国家所接受的规范的例子。匆匆下结论认为法院已经认可了《外国人侵权法》下海盗行为作为诉因是毫无依据的。人们不应该过度解释法院在该案中的决定。最后，海盗行为可以更好地置于 1789 年《司法法》第 9 条规定的海事管辖权的范围内。这将允许所有与海盗有关的问题都在同一项司法管辖授权内提起诉讼，从而消除潜在的不便。

无论如何，即使有人同意申请方提出的推论是可能的推论，也不足以推翻排除域外适用性推定。正如贵法院在莫里森案所判定的那样，“对立法语言的可能解释不能超越排除域外适用性推定”。(130 S.Ct. at 2883.) 也正如贵法院在阿美石油公司案所教导的那样，“如果我们允许对这里所涉及的语言进行可能的，甚至是合理的解释来推翻排除域外适用性推定，那么推定就没有什么意义了。”(499 U.S. at 253.)

2.如果《外国人侵权法》域外适用于在外国主权领土内发生的违法行为，则其应被解释为已纳入关于该特定违法行为的整套国际法规范，包括实体、救济和管辖问题的规范，而且基于《外国人侵权法》的诉因必须符合该套规范的要求

《外国人侵权法》用简练的语言规定，“地区法院对外国人针对侵权行为违反国际法或美国缔结的条约提起的任何民事诉讼具有初审管辖权。”(28 U.S.C. § 1350.) 这在索萨案中被判定为管辖授权。对上述条文语言的自然解读会将涉及的 the law of nations（在本案中其被视为国际法）或条约定为判决依据规则(rules of decision)。因此，《外国人侵权法》必须被理解为己纳入有关该特定违法行为的整套国际法规范，包括实体（即主要行为规则）、救济和管辖问题的规范，而且认可诉因必须满足整套规范的要求。只有当这套规范不能为所申请的问题提供适当的规则时，才应适用联邦普通法来打造适当的解决方案，并给予相关的国际情况以适当的考量。

人们可能想知道为什么不能适用某种分割的方法，以便法院只适用国际法的实体性规范，而不涉及与违法行为有关的国际法规范的其它部分。这种分割的方法看来会与上述条款的措辞背道而驰。只要问一下这个问题，即如果适用的条约规定了关于违法行为的一整套规则，是否必须适用条约的规范整体，就能明白这个问题。答案显然是肯定的。该条款在同一位置对这两个组成部分进行可比的处理，也要求法院适用与违法行为有关的整套国际法规范。

其次，整套的国际法规范经常包含着对国际形势的复杂评估、艰难的政策选择以及微妙的国际妥协的结果。分割方法会干扰这种评估、选择和妥协。有时，国际法只规定了实体法规范，但不对违反的行为提供任何救济措施。这种在执行国际法规范方面存在的一定程度的模糊在国际法中是

有意且有利的。(See Oscar Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 227-229 (1991).) 有时国际法有意地呼唤赦免特定违法行为。比如, 1949年8月12日《日内瓦公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(第二议定书)(1125 U.N.T.S. 609) 在第6条第5款中规定, “在敌对行动结束时, 当权当局对参加武装冲突的人或基于有关武装冲突的原因而自由被剥夺的人, 不论被拘禁或被拘留, 应给以尽可能最广泛的赦免。” 这可能反映了目前的习惯国际法。有时, 国际法可能会提供多边机制的救济措施, 例如来自区域人权法院或条约机构的救济措施。有时, 国际法则将为违反国际法的行为提供救济的任务留给国家自己。有国家已经设计了纠正过去违法行为的创造性方法。在种族隔离结束后, 南非促进和解的努力就是一个很好的例子。正如他人说过, 在对谁都毫无恶意, 对所有人施予仁慈的情况下, 创伤后的国家设法继续前进并从过去的困境中恢复过来。适用国际法规范整体的任何分割方法都会扰乱这种安排, 使社会的大规模和和解和恢复变得不可能。

即使不认为国际法整套规范被纳入《外国人侵权法》, 该套规范也仍将为《外国人侵权法》下管辖权的行使设定限制, 产生相同的结果。正如沙赫特所称(Schachter, *supra*, at 250), “国际公法对国家立法、裁决和执行其国内法的权力设定了限制, 对该一般性主张并不存在异议。” 又如布朗利在其《国际公法原理》(第7版, 2008年, 第300页) 中所指出的那样, “过度滥用民事管辖权可能会导致越权行为的国际责任或抗议。” **Charming Besty** 理论(*Murray v. Schooner Charming Betsy*, 6 U.S. (2 Cranch) 64 (1804)) 要求把《外国人侵权法》解释得不违反国际法, 并且由可适用的国际法规范整体划定其范围。在这种情况下, **Charming Besty** 理论的适用具有类似于排除域外适用性推定的应用效果, 即迫使国会作出更加审慎的决定, 并在有意影响国际关系时以更明确的方式表达该决定, 从而最终促进在外交事务中作出更好的主权决策。

进行这些考量, 法院面对是否应该认可某项诉因的问题, 应首先考虑

在国际法中寻求答案，并应考虑适用于所指控的违法行为的整套规范。索萨案中贵法院使用的方法看起来有些不同，但是与在此所提出的方法是大体一致的。贵法院在索萨案中确实没有适用整套规范，但这是因为法院已经可以根据部分分析，即所指的被违反的实体规范的性质，决定终止诉讼并无须继续分析。通过以“不管认可第 1350 节的管辖权下的诉因的最终标准是什么”开始其判决，贵法院清晰表明，它只考虑认可诉因的一项标准，而不是所有标准。(542 U.S. at 732.)

贵法院对实体规范的分析与这里提出的论点大体一致，尽管法院的分析不是那么直截了当，且难以描述。法院首先宣布了一项标准，即“联邦法院不应认可根据联邦普通法的违反任何国际法规范的私人诉讼，如果相较于第 1350 节制定时熟悉的历史范式，该国际法规范内容更不明确且为文明国家所普遍接受的程度更低”(ibid.). 其次，法院通过适用其先前适用的国际法渊源框架³来继续确认所称的规范，并发现申请方没有证明任何明确具有约束力的国际法规范。(Ibid., 736-738.) 然后法院得出结论：“只进行了一次不足一天的非法拘禁，随后将监禁移交给合法当局进行并迅速提审，不足以证明违反了明确界定的习惯国际法规范，从而以支持创设联邦救济。”(Ibid., 738.) 很明显，国际法是分析进程中的第一站，这与在此提出的论点大体一致。也要公平地说，贵法院的标准透露出了对国际法的一些怀疑，并对该法律体系采用了更为严格的内容标准以作为创设联邦救济的基础。在这种程度上，索萨标准比起国际法来说，对被告更加友好。然而，分析表明，至少在那一案件中，国际法本身已经给申请方带来了不可逾越的障碍，因此更加严格的内容标准是不必要的。

索萨案无须走得更远，但是如果贵法院认为国际法规范已经达到了严格的内容要求，那么它不应该只依据于此而即刻认可诉因；法院应该继续考虑是否可以根据国际法认可这种诉因并且是否能够满足国际法上的管辖

³ The Paquete Habana, 175 U.S. 677, 686 (1900).

要求。

A.不应认可公司责任作为诉因，因为国际法不认可违反习惯国际法的侵权行为能引起公司责任，而且因为所指的此类国际法规范不能达到索萨案的明确定义标准

目前，习惯国际法不认可违反国际法的侵权行为的公司责任。国际法委员会关于《国家对国际不法行为责任的条款草案》的第五位亦即最后一位特别报告员在本法院审理的另一个案件已经明确指出了这一点(see Brief of Amicus Curiae Professor James Crawford in Support of Conditional Cross-Petitioner, in *Presbyterian Church of Sudan v. Talisman Energy*, No. 09-1418, filed June 23, 2010). 本案的第一轮书面辩词和口头辩论也摆明了这一点。

针对人权条约，约翰·鲁杰在一份重要报告中称，“这里讨论的国际人权条约目前似乎并未对公司创设直接的义务。”(Report of the Special Representative of the Secretary-General on the Issues of Human Rights and Transnational Corporations and Other Business Enterprises, U.N. Doc. A/HRC/4/035, para. 44 (Feb. 9, 2007).)

此外，在所有国内法律体系中都存在公司责任这一事实并不一定导致公司责任可以作为“一般原则”适用的结论。“一般原则”是在《国际法院规约》第 38 条第 1 款 c 项范围内的国际法类别之一。并非所有普遍适用的国内法律原则都构成该条款下该术语含义范围内的一般原则。只有那些在适用范围方面“可国际化”的原则才能构成。正如阿诺德·麦克奈尔爵士法官在其西南非洲国际地位案的个别意见中所述（*International Status of South West Africa, Advisory Opinion*, 1950 I.C.J. 128, 148 (1950)）：

《国际法院规约》第 38 条第 1 款 c 项证明[国际法借鉴私法]这一方法仍然活跃，本条授权法院“适用……（c）得到文明国家承认的一

般法律原则”。国际法从这一渊源借鉴的方式不是一股脑、一成不变地硬搬现成的私法制度。要将这一方法与“一般法律原则”的适用相协调是很困难的。我认为，对国际法庭在这个问题上的责任的正确看法是将形似私法规则和制度的内容或术语视为政策和原则的体现，而不是要直接引入这些规则和制度。

如何识别“可国际化”的原则并将其移位至国际领域可能是一项艰巨的任务；幸运的是，国际社会如此难以接受公司责任作为国际法或人权法原则，这表明国际社会已经认定公司责任不是这样的原则。

有鉴于此，即使公司责任可以被视为国际法原则，它也永远无法满足索萨的“明确定义”要求。毫无疑问，根据国际法，这种所谓的公司责任规范“相较于第 1350 节制定时熟悉的的历史范式，内容更不明确且为文明国家所普遍接受的程度更低”。(542 U.S., at 732.)

B.不应认可与美国不存在直接和实质的联系因而不能对其行使《外国人侵权法》管辖权的违法行为作为诉因

如上所述，认可违反国际法作为诉因必须符合国际法规定的管辖权要求。国家实践和学术观点都表明，只有当一个国家与该问题有直接和实质的联系时，一个国家才可以对某一事项行使管辖权。有时这种关系被称为合理关系。(Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, §421 and Reporters' Note 1 (介绍国家实践，包括条约实践).) 显然，如果一个国家不能对违法行为行使管辖权，则不应认可其作为诉因。

关于什么构成直接和实质性联系或合理关系可能存在争议。确定这种联系或关系可能是一项困难的工作。由于本案中涉嫌违法行为显然与美国无关，因此法院无需详细开展这项工作。

C. 《外国人侵权法》管辖权不能建立在普遍管辖权之上，因为国际法不认可除针对海盗行为以外的普遍刑事管辖权更不用说普遍民事管辖权

为了克服管辖权要求的障碍，申请方大致辩称存在着针对多种罪行的普遍管辖权，因此对上述罪行可行使《外国人侵权法》管辖权。(Petitioners' Supplemental Opening Brief, at 48-52.) “普遍管辖权”一词通常用于表示“普遍刑事管辖权”。这种宽泛的主张常常将普遍管辖权与条约产生的域外管辖权混为一谈。真正的普遍管辖权是完全基于对犯罪的普遍关注的管辖权。但是，普遍关注加上另外的因素（例如嫌疑人的现身或根据条约有义务主张管辖权）而产生的管辖权通常不是真正的普遍管辖权。⁴ 也就是说，“普遍管辖权”一词的使用往往存在一定程度的松散。(See Judges Higgins, Kooijmans and Buergenthal, Joint Separate Opinion in the Arrest Warrant of 11 April 2000 (D.R. Congo v. Belgium) case, 2002 I.C.J. 63, 76, para. 45.)

此外，这一宽泛的主张并非建立在根据《国际法院规约》第 38 条的框架对各种规范进行可靠的立法现状评估的基础上。可靠的评估表明，目前对海盗以外的任何犯罪都没有普遍管辖权。经过对条约和国家实践的严格分析，希金斯、科伊曼斯和比尔根塔尔法官在逮捕令案的联合个别意见中 (ibid., para. 45), 以及院长纪尧姆在他的个别意见中 (ibid., at 35), 都大致认为，除了对海盗行为之外，不存在普遍管辖权。当然，贵法院若要寻求普遍管辖权的规范，也必须根据国际法渊源框架进行同样严格的分析。

确实，希金斯、科伊曼斯和比尔根塔尔法官在国家实践中发现了某种在危害人类罪中确立普遍管辖权的趋势，但是这种趋势尚未形成习惯国际

⁴ See Sienho Yee, *Universal Jurisdiction: Concept, Logic, and Reality*, 11 *Chinese Journal of International Law* 503-530 (2011).

法规则。(Joint Separate Opinion, *ibid.* at 76, para.52.)

如果说在逮捕令案发生的时候存在这种尚未形成习惯国际法的趋势，那么，自那时以来，主张普遍管辖权的国家实践便一直呈下降趋势。作为仅有的两个明确声称对某些罪行拥有纯粹普遍管辖权的国家，比利时⁵和西班牙⁶都通过废除或修改其立法以及通过与法院地国进行某些联系来限制行使管辖权的方式以放弃纯粹的普遍管辖权。正如人们所观察到的那样，“普遍管辖权运动似乎是一辆没有火车头的行驶中的列车”。⁷这种趋势的下降可能是由于国际法院在逮捕令案中的谨慎或许也巧妙的判决，以及美国官员在这方面的努力。⁸

基于普遍管辖权的实际起诉很罕见而罕见案件⁹又不具代表性，证明可能根本不存在任何真正的趋势。在联合国大会第六（法律）委员会最近的

⁵ 5 August 2003 Act on Grave Breaches of International Humanitarian Law (Belgium).

⁶ 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). The essence of this new law, as stated by representative of Spain in the UNGA, A/C.6/65/SR.11 (13 Oct. 2010), 4, para.21, is: “judges could only prosecute perpetrators of serious crimes committed anywhere in the world when no other international or third-country court had initiated proceedings against them and when they were present in Spanish territory or when the victim was a Spanish national”.

⁷ Sienho Yee, *supra* n. 4, 11 Chinese Journal of International Law, at 530.

⁸ Donald Rumsfeld, *Known and Unknown: A Memoir* (2011), 596-598. Rumsfeld reported a “frank and full exchange” with Mr. Andre Flabaut, Belgium’s minister of defense and that “Within two months of that conversation, the Belgian government repealed their law.” *Ibid.*, 598.

⁹ Luc Reydams, *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), p. 22.

辩论¹⁰中，体现了对普遍管辖权概念和原则的认知存在极大混淆和多样化，这证实普遍管辖权的想法笼罩在如此多的争议中，以至于它不能得到国际社会普遍接受从而成为习惯国际法规范，但海盗行为除外。例如，2010年10月非洲国家集团代表在第六委员会上发言称：

目前还不存在得到普遍接受的普遍管辖权定义，也没有就除了海盗和奴隶制之外的哪些罪行应该涵盖或适用的条件达成协议。如果很少有国家回应有关其普遍管辖权的国家实践的信息，那是因为该原则几乎不存在于大多数国内司法管辖范围内。¹¹

在国际法立法框架下对普遍管辖权的民事部分（有时也称为普遍的民事管辖权）的地位进行检验的结果也不乐观。事实上，其习惯国际法地位更加不稳定。早在2002年的逮捕令案中，希金斯、科伊曼斯和比尔根塔尔法官就在他们的联合个别意见中指出，“美国依据其1789年的法律，对由非国民在海外从事的侵犯人权和重大违反国际法的行为主张管辖权”，“虽然这种单方面行使国际价值守卫者的功能得到很多评论，但它并没有得到国家的普遍赞同。”(2002 I.C.J. 63, 77, para. 48.)

从那以后，国家实践中没有发生任何事情使人们能对普遍民事管辖权的地位给出更好的评估。相反，它的前景可能会越来越暗淡。例如，最近有人说，“世界上没有任何其他国家允许其法院对所指控的与其无任何联系的域外侵犯人权行为行使普遍民事管辖权。而且在整个国际法律体系中备

¹⁰ For documents on the debates, see UN Websites, <http://www.un.org/en/ga/sixth/66/ScopeAppUniJuri.shtml>; <http://www.un.org/en/ga/sixth/65/ScopeAppUniJuri.shtml>; <http://www.un.org/en/ga/sixth/64/UnivJur.shtml>.

¹¹ 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.

受尊敬的权威，那些致力于人权事业的权威，视《外国人侵权法》诉讼为违反国际法的。” (Brief of Chevron Corporation, et al., as Amici Curiae in Support of Respondents, in *Kiobel*, filed Feb. 3, 2012, at 6.) 令人印象深刻的国家实践和学者观点的数据已经被整理出来以支持其立场(*ibid.*, at 6-10)，在此不再赘述。

普遍民事管辖权比普遍刑事管辖权具有更弱吸引力的原因之一是，前者的行使只能由私人引发，而后者的行使通常由政治当局控制。(See *Sosa*, 542 U.S. at 277.) 当事关国际关系时，赋予私人这种权力是对主权权威观念的诅咒。私人行使权力有时被生动地描述为“原告的外交”。如果司法部门认为有必要在外交事务方面听信国会和行政部门，那么人们就会问它是否能对私人原告处理外交事务有信心。

鉴于普遍管辖权和普遍民事管辖权尚未被认可为习惯国际法之部分，任何将《外国人侵权法》的管辖权标记为普遍管辖权（无论是刑事还是民事）来使用的企图都必然会失败。

D. 《外国人侵权法》的管辖权不能建立在追身侵权原则之上，因为该原则十分特殊，没有普遍适用性，而且违反了国际法

《外国人侵权法》的管辖权也不能建立在传统的追身侵权原则之上。这种学说是一种十分特殊的学说；它没有普遍的适用性，也从未成为国际法的规则。目前，它通常被认为违反国际法。因此，1978年修订的1968年《欧洲经济共同体民事和商业事务管辖权和执行判决的布鲁塞尔公约》第3条(18 Int'l Leg. Mat. 21 (1978))明确排除了爱尔兰和英国针对在其他缔约国居住的人适用该原理。《关于管辖和执行民事和商业事务判决的卢加诺公约》(Oct. 30, 2007, 2007 O.J. (L 339) 3)也有类似的规定。这种排除显然表明在该共同体的其他国家都不适用追身侵权原则。因此，美国学术权威得出

结论认为，“仅基于暂时现身于一个国家而送达令状就行使管辖权，而该送达为管辖权的唯一依据且涉事行为与该国没有任何联系，这种管辖权的行使不再为国际法所接受。”(Restatement of the Law, Third, Foreign Relations Law of the United States, §421, Reporters' Note 5.)

结论

基于上述理由，上诉法院的判决应予维持。

此致

易显河

美中法学会备案律师

[...]