

论海外军事基地人员之刑事管辖权的冲突及其解决

李伯军

内容提要:在国际法上,国家在其域内外行使刑事管辖权是其行使主权的最直接的体现。自第二次世界大战结束以来,随着国家之间交往和人员跨国流动性的不断增加,有关刑事管辖权的冲突不断增多,特别是在涉及对一国海外军事基地人员的刑事管辖权冲突时,一般国际法并没有给予明确规定,有关国家大多通过缔结驻军地位协定的方式予以解决。由于受领土主权原则的深刻影响,基地派遣国依据旗国法原则对其海外军事基地人员所行使的刑事专属管辖权开始受到基地接受国法律更多的限制。因此,对于海外军事基地人员刑事管辖权冲突的解决主要涉及基地接受国的属地刑事管辖权与基地派遣国属人刑事管辖权之间的协调与分配。

关键词:海外军事基地 刑事管辖权 驻军地位协定

李伯军,广西师范大学法学院教授。

自国家产生后,基于保障国家安全的需要,军事基地也就随之诞生。一般而言,海外军事基地是指一国出于某种政治和军事战略之目的,在其本国领土之外的他国领土上建立的一种配有一定军事人员、军事装备、军事机构和后勤设施的固定场所。海外军事基地最先肇始于古希腊时期,为了与斯巴达争夺地中海霸权,雅典组建了“提洛同盟”,在其盟国领土上修建了许多海外军事基地。但是,一国在海外大规模建立军事基地主要还是随着近代西方国家向海外殖民扩张时才开始的。为了保护海外利益和维护殖民统治,西方国家纷纷在其殖民地上建立海外军事基地。这种基于殖民统治需要而建立的海外军事基地一般并不存在所谓的刑事管辖权冲突问题,因为殖民地国家基本上已经失去了刑事司法主权,宗主国对其海外军事基地拥有几乎全部的刑事管辖权。第二次世界大战后,由于非殖民化运动的兴起,西方国家在其殖民地领土上建立的海外军事基地基本上被当地国家收回。20世纪40年代,随着冷战的开始,在美苏两个超级大国的主导下,许多大国基于共同的军事防御和区域集体安全的考虑,又纷纷重新开始在海外设立军事基地。

冷战结束以来,由于海盗威胁、恐怖袭击、地区动乱、国际犯罪等非传统安全威胁不断涌现,一国海外军事基地被赋予了维护国际社会和平与安全的新使命。然而,令人忧虑的

是,一国海外军事基地人员在基地接受国经常实施走私、抢劫、凶杀、贩毒、强奸、斗殴等刑事犯罪行为。在这方面,美国海外军事基地驻军人员的犯罪现象尤为突出。这些犯罪行为不但损害了基地派遣国在国际上的国家形象,导致其与基地接受国关系趋于紧张,也给其在海外执行相关任务造成阻碍。事实上,一国海外军事基地人员在基地接受国犯罪频发的现象与基地派遣国和基地接受国针对基地人员竞相行使刑事管辖所产生的冲突问题密切相关。一国海外军事基地人员刑事管辖权的冲突问题,不但涉及一国刑事法律的域外效力问题,也关涉到一国刑事司法主权问题,更与国际法上的管辖权问题密不可分。因此,研究一国海外军事基地人员之刑事管辖权的冲突及其解决问题具有较为重要的学术价值和现实意义。

一 海外军事基地人员之刑事管辖权冲突的产生

早期由于交通工具和信息传播媒介的落后,各国法律的效力基本上都严格限制在本国领土范围内,刑事属地管辖权原则一直处于绝对统治的地位。近代以来,随着西方资本主义国家海外殖民扩张和工业革命的兴起,各国国内大量的人员、商品、资本、企业都开始不断向海外输出。为了保护其海外的侨民安全和维护殖民利益,西方国家开始在海外建立军事基地,并希望扩大本国刑事法律的适用范围,使其具有域外效力。1927年9月7日,常设国际法院在“荷花号案”(The Lotus Case)^[1]的判决中认定土耳其对法国邮船荷花号行使刑事管辖权并不违反国际法,也就没有必要考虑对法国海军上尉戴蒙(“荷花号”上的值班人员)的赔偿问题。尽管领土主权原则是国际法的基本原则,但刑法的属地管辖并不是绝对的。因此,国际法也不禁止国家把他们的立法或司法管辖权延伸适用到其领域之外的人、物和事。在这方面,各国拥有广泛的自由裁量权。我国著名的国际法学家、国际法院大法官倪征燠先生也曾经指出,依据各国国内法以及某些国际公约的规定,刑事案件虽然基本由犯罪地管辖,但实际上,各国对本国公民在国外的犯罪也在不同程度上行使管辖权。^[2]因此,当一国在海外他国领土上建立有军事基地时,国家之间的刑事属地管辖权和刑事属人管辖权会不可避免地产生冲突,一方面,基地派遣国与基地接受国各自拥有司法主权的独立性;另一方面,各国又在一定条件和范围内承认他国刑事法律的域外效力。在这种情况下,基地派遣国与基地接受国对于基地人员所享有的刑事管辖权显然会发生冲突。

考虑到一国的海外军事基地及其军事人员在一定程度上也代表了一个国家,基于国家豁免理论,我们需要排除一国海外军事基地可能不受基地接受国刑事法律管辖的情形。因为如果存在这种情形,那么,基地派遣国和基地接受国之间的刑事管辖权就不大可能存在冲突,也没有继续探讨的必要。

[1] See *The Case of the S. S. "Lotus", France. v. Turkey.*, 1927, P. C. I. J. (Ser. A), No. 10 (Sept. 7), http://www.worldcourts.com/pcij/eng/decisions/1927.09.07_lotus.htm, 最近访问时间[2019-01-09]。

[2] 参见倪征燠著:《国际法中的司法管辖问题》,世界知识出版社1985年版,第21页。

一般认为,国家管辖豁免理论可追溯到公元13世纪罗马教皇格里高利九世所颁布的关于“平等者(王权)之间无管辖权”的教谕。后来,1812年美国联邦最高法院对“斯库诺交易号案”(Schooner Exchange Case)^[3]的判决对于这一国际习惯法规则的最终确立起到了巨大的推动作用。在该案中,美国联邦最高法院法官马歇尔在判决中确认,外国主权者及其财产、外交人员以及外国军队人员等在他国领土上享有管辖及执行豁免权。从此,国家主权豁免理论逐步在国际上流行开来,并最终确立为一项国际习惯法规则。后来,这一规则在1949年《国家权利义务宣言草案》(The Draft Declaration on Rights and Duties of States)第2条中予以确认。英国学者希利尔(Timothy Hillier)认为,“国家被承认对在其领土内的人、物和事件拥有权力,因而可以对他们行使管辖权。然而,国际法确实承认某些人、物和事件有权免受国内法的强制。……传统上,这种例外包括外国国家和外国的外交官两种受益者,后来扩大到外国国家的武装部队、外交代表和领事以及国际组织等主体。”^[4]这种理论所依据的法理基础是,一个主权国家固然原则上只能在其领土范围内行使排他性的管辖权,但其在海外的国家船舶、航空器、使领馆等应该可以被看成是国家领土的延伸,是一个国家的“浮动岛屿”,因而这些特定领域内的人、物和发生的事件仍然应继续受其所属国家法律的管辖,而非由实际所在的东道国管辖。这就是建立在国家豁免理论基础之上的“旗国法理论”,具体是指一国对在悬挂本国国旗的船舶或航空器内部发生的违法犯罪行为有权进行专属管辖。因此,旗国法常用于解决一国船舶、航空器在海外运输过程中发生涉外民商事及海事案件纠纷时的法律适用冲突问题。后来,旗国法又扩大到了涉外刑事案件纠纷领域,其主体也从船舶、航空器扩大到了一国的海外军事基地。

依据旗国法理论,在相当长的一段时间内,一国对其海外军事基地及其军事人员享有专属的刑事管辖权。但是随着国家主权观念的强化,旗国法理论日渐衰微。对此,莱珀少校(Steven J. Lepper)就曾指出,在第二次世界大战结束之前,包括美国在内的许多国家都接受了旗国法原则,国际习惯法也逐步地承认了这一原则,该原则的实践在当时达到高峰。第二次世界大战结束后,旗国法原则开始崩溃,越来越多的民族国家开始意识到主权的重要性,并对其加以保护。今天,大多数人已经同意,在缺乏诸如驻军地位协定等文件的情况下,东道国对于外国军队拥有管辖权。^[5]

因此,解决基地接受国和基地派遣国之间关于刑事管辖权的冲突主要围绕基地接受国的属地管辖和基地派遣国的属人或旗国法管辖之间的协调问题展开。现有国际法的相关规定主要见于有关国家达成的驻军地位协定(the status of force agreement, SOFA)。所谓驻军地位协定是指,“一个东道国与一个外国之间就该外国军事力量驻扎在该国的问题所达成的一个协议”^[6]。这类协定的主要内容包括:派遣国基地人员出入境管理问题、基地的使用年限及租金问题、对基地人员的税费征收或豁免问题、对基地人员的民事管辖

[3] See *The Schooner Exchange v. McFaddon*, 11 U. S. (7 Cranch) 116 (1812).

[4] [英]蒂莫西·希利尔著:《国际公法原理》,曲波译,中国人民大学出版社2006年版,第139页。

[5] See Steven J. Lepper, A Primer on Foreign Criminal Jurisdiction, *Air Force Law Review*, Vol. 37, 1994, p. 171.

[6] See Daehoon Han, From Guardian Angels to Pests to Korean: The United States Forces and Their Criminal Acts in Korean Society, *Advances in Applied Sociology*, Vol. 4, No. 6, 2016, p. 161, Note 1.

权和刑事管辖权问题等等,构成了解决海外军事基地人员刑事管辖权冲突最主要的国际法律框架。针对海外军事基地人员之刑事管辖权冲突的解决问题,下文将主要结合冷战期间美国与有关国家缔结的有关驻军地位协定之实践以及冷战结束以来解决海外军事基地人员之刑事管辖权冲突的最新发展及其对我国的启示加以梳理和分析。

二 多边驻军地位协定下刑事管辖权冲突的解决—— 以《北大西洋公约缔约国关于其军队地位的协定》为例

第二次世界大战结束后,西方国家在海外庞大的军事基地及驻军规模需要有合法性依据。仅以美国为例,其控制着超过 2000 个海外军事基地和 3000 个站点,堪称世界历史上由单一国家所掌控的最大规模。^[7] 此外,东西方冷战的爆发导致美苏基于共同的军事防御与安全的目的是在他国领土上长期驻军的行为有了现实存在的理由。在这种情形下,有关多边驻军协定的谈判在当时已经变得非常紧迫,这主要是因为,“在和平时期,不再有任何一个国家的法律或国际法的一般性规则的例外之规定可以支持这种在他国领土内驻军或建立军事基地的行为;一国武装力量不是临时性驻扎,而是永久性驻扎在海外;因此,这种驻军协定里涉及到的管辖权、征税问题、关税问题以及劳工问题等都将不得不进行讨论和解决”。^[8] 在这样的背景下,1951 年北约各国签订了《北大西洋公约缔约国关于其军队地位的协定》(*The NATO Status of Forces Agreement*) (下称“《1951 年协定》”)。该协定是有关解决海外军事基地人员之刑事管辖权冲突的驻军地位协定的实践里最早、也是最重要的一个多边驻军地位协定,协定第 7 条规定了解决基地或驻军人员的刑事管辖权冲突的具体方式和途径。对此,美国海军陆战队准将蒂加登(C. Claude Teagarden)给出的评价是:“《1951 年协定》成为了后来大多数驻军地位协定的一个“模板”,该协定第 7 条确立了一个关于北约国家驻扎在另一个北约国家的军队人员之刑事司法管辖权的处理公式。”^[9] 有鉴于此,笔者下文将主要结合《1951 年协定》第 7 条,就协调和解决基地派遣国与基地接受国之间针对基地人员行使刑事管辖权所产生的冲突的方法进行分析。

(一) 通过设置一般刑事管辖权协调有关刑事管辖权的冲突

关于基地派遣国和基地接受国之间所确立的一般刑事管辖权问题,《1951 年协定》第 7 条第 1 款作出明确规定:“在本条规定的限制下:(甲)派遣国军事当局有权在接受国境内依派遣国法律对受其军事法律约束的人员的所有犯罪和纪律问题行使管辖权;(乙)接受国当局对于某一部队人员或文职人员以及彼等家属在接受国领土内所犯并依其法律

[7] 参见[美]大卫·韦恩著:《美国海外军事基地:它们如何危害全世界》,张彦译,新华出版社 2016 年版,第 22 - 24 页。

[8] See R. J. Erickson, Status of Forces Agreements: A Sharing of Sovereign Prerogative, *Air Force Law Review*, Vol. 37, 1994, p. 139.

[9] See C. Claude Teagarden, Status of Forces Agreements: An International and Domestic Obligation to Return Military Personnel from the United States to Foreign Countries for Criminal Prosecution and Confinement, *Air Force Law Review*, Vol. 26, 1987, pp. 21 - 22.

可以处罚的犯法行为具有管辖权。”^[10] 上述条款只是从基地派遣国属人管辖权和基地接受国属地管辖权的角度出发,为两国刑事管辖权冲突的解决提供了一个大体的框架。如果从保护基地接受国主权的角度出发,当基地派遣国针对其派遣部队的内部组织、纪律事项及其人员在执勤时所犯罪行行使排他性管辖权时,基地接受国则完全可以对其行使司法监督权。对此,德雷伯(G. I. A. D. Draper)指出,基地接受国当地法院行使的这种司法监督权很少被人提及,也没有在驻军地位协定里引起足够的关注,在这方面,似乎没有相关的国际法原则对于接受国针对派遣国管辖权的限制进行阻止,只要接受国当地法院没有在实质性的范围内因为行使司法监督权而导致派遣国来访部队的管辖以及纪律的遵守陷入瘫痪即可。^[11] 另外,依据该协定第7条第1款乙项之规定,基地接受国可以针对基地派遣国所有人员在接受国领土内所犯并依其法律可以处罚的犯罪行为行使管辖权;另一方面,依据该协定第7条第1款甲项之规定,即便基地派遣国非军事人员触犯的是其本国刑事法律的犯罪行为,基地接受国也可行使管辖权。换句话说,“派遣国对于其文职人员没有刑事管辖权,因为伴随的文职人员并不属于美国军事法的管辖对象。更为重要的是,该条款关于管辖权的规定与后续条款的规定存在重叠之处”。^[12] 对接受国来说,1951年协定第7条第1款的规定意味着,只要是派遣国人员违反了接受国的刑事法律,那么,接受国就有权对其进行管辖。而如果接受国在行使这类管辖权的过程中与派遣国所享有的管辖权发生冲突,两国就需要依据1951年协定第7条第1款以下其它有关条款的规定进行协调,这就涉及到了两国行使有关专属管辖权、共同管辖权以及优先管辖权的条件问题。

(二) 通过设置专属刑事管辖权减少刑事管辖权的冲突

《1951年协定》第7条第2款甲项和乙项分别就基地派遣国和基地接受国所享有的专属刑事管辖权问题做出了规定。

就基地派遣国所享有的专属刑事管辖权而言,依据《1951年协定》第7条第2款甲项的规定,“派遣国军事当局有权对受其军事法律约束的人员的犯法行为,包括涉及派遣国安全且根据派遣国法律可以处罚而根据接受国法律不可以处罚的犯法行为,有行使专属管辖权的权利”。^[13] 也就是说,如果派遣国军事人员只违反了派遣国的军事法律和纪律以及关涉派遣国安全方面的法律,则派遣国拥有专属刑事管辖权。针对这种罪行提出管辖权的依据是派遣国的法律,而不是接受国的法律。这样的规定清楚地表明:派遣国所享有的专属刑事管辖权只涵盖其军事武装力量成员违反其本国法律时的情形,而并没有将其文职人员或家属在犯下刑事罪行时的情形也包括在内。^[14] 这就意味着,基地派遣国所

[10] 参见《国际条约集(1950-1952)》,世界知识出版社1959年版,第285-288页。

[11] See G. I. A. D. Draper, *The Exercise of Criminal Jurisdiction under the Agreement regarding the Status of Forces of Parties to the North Atlantic Treaty, 1951, Proceedings (American Bar Association. Section of International and Comparative Law)*, 1957, pp. 56-58.

[12] Yoon-Ho Alex Lee, *Criminal Jurisdiction under the U. S. -Korea Status of Forces Agreement: Problems to Proposals*, *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 13, No. 1, 2003, pp. 222-223.

[13] 参见《国际条约集(1950-1952)》,世界知识出版社1959年版,第285-288页。

[14] See Daniel L. Pagano, *Criminal Jurisdiction of United States Forces in Europe*, *Pace International Law Review*, Volume 4, Issue 1, 1992, pp. 204-205.

享有的专属刑事管辖权只针对其派驻的军事人员或武装部队人员,并没有包括非武装部队人员。《1951 年协定》第 1 条第 1 款就军事人员与非军事人员的区分做出了规定:本协定所表述的“武装部队人员”是指缔约一方在北大西洋公约地区缔约另一方领土内所有执行公务的陆、海、空三军人员,但有关的缔约双方可以协议某些人员、单位或编队不得包括在为本协定的目的而派驻的“部队”之内或成为其组成部分(甲项)。^[15] 实际上,区分武装部队人员与非武装部队人员的标准就是该人员是否受派遣国军事法律约束。

有关接受国所享有的专属刑事管辖权的条款却没有上述限制。就基地接受国当局所享有的专属刑事管辖权而言,《1951 年协定》第 7 条第 2 款乙项明确规定,“接受国当局对于某一部队的人员或文职人员以及彼等家属的犯法行为,包括涉及接受国安全且根据接受国法律可以处罚而根据派遣国法律不可以处罚的犯法行为,有行使专属管辖权的权利”。^[16] 据此,基地接受国针对基地人员行使刑事专属管辖权包括两个方面:一是针对派遣国武装部队人员的违法行为,二是针对派遣国的文职人员以及文职人员和派遣国武装部队人员的家属的违法行为,具体包括只是侵犯了接受国安全且根据接受国法律可以处罚而依据派遣国法律不可以处罚的违法行为,或者虽然同时侵犯了派遣国和接受国安全但依据接受国法律可以处罚而依据派遣国法律不可以处罚的违法行为。通过比较上述基地接受国针对基地人员行使专属刑事管辖权的两种情形可见,对于基地接受国而言,除派遣国可能行使的专属刑事管辖权以外,为了尽可能获取更多专属刑事管辖权,界定文职人员的身份非常重要,因为在非武装部队人员(包括文职人员和文职人员及武装部队人员家属)中,文职人员数量所占的比重最大。当然,为了平衡基地接受国与派遣国(如美国)的利益,《1951 年协定》第 1 条第 1 款乙项对于文职人员身份的界定采用了从严标准。尽管如此,该协定中仍有许多条款因模棱两可而饱受争议,而大多数的争议正是源于接受国与派遣国关于管辖权发生冲突,却一直没有得到解决之故。^[17] 例如,《1951 年协定》第 7 条第 2 款乙项中“接受国当局”(Authorities of the Receiving State)一词并没有明确指明是“民事当局”(The Civilian Authorities),这就产生一个可能性,即派遣国(美国)的军事人员、文职人员或其家属在有些情况下可能受到外国(接受国)军事法庭的审讯。^[18] 不过,在实践中,美国作为派遣国与接受国已经达成的默契是:基于美国军事当局与北约缔约国等接受国当局的紧密合作关系,几乎没有任何疑问的是,在外国军事当局针对美国驻军人员进行管辖的情况下,接受国军事当局将会把被告移交给美国军事法庭进行军事审判。^[19]

(三) 通过设定共同管辖权的限定条件来缓和刑事管辖权的冲突

在基地接受国和派遣国所各自享有的专属刑事管辖权之外,可能存在两国都享有刑事管辖权的情形,这就是刑事管辖权冲突最为激烈的共同管辖权问题。“当罪犯同时违

[15] 参见《国际条约集(1950—1952)》,世界知识出版社 1959 年版,第 285—288 页。

[16] 参见《国际条约集(1950—1952)》,世界知识出版社 1959 年版,第 285—288 页。

[17] See Daniel L. Pagano, *Criminal Jurisdiction of United States Forces in Europe*, *Pace International Law Review*, Volume 4, Issue 1, January 1992, p. 216.

[18] See Joseph M. Snee & A. Kenneth Pye, *Status of Forces Agreement and Criminal Jurisdiction*, Oceana, 1957, p. 21.

[19] See Joseph M. Snee & A. Kenneth Pye, *Status of Forces Agreement and Criminal Jurisdiction*, Oceana, 1957, pp. 22—23.

反了两国的法律时,共同管辖权就产生了,在这种情况下,额外的限定性条件将被用来确定哪一个国家对罪犯具有管辖权。”^[20]这种额外的限定性条件主要体现在《1951年协定》第7条第3款之中:“如发生双方均有权行使管辖权的场合,应适用下列规定:(甲)派遣国的军事当局有行使对其部队人员和文职人员关于下列事项的管辖权的优先权利:1.单纯对于派遣国的财产或安全的犯法行为或单纯对部队人员或文职人员或家属的人身或财产的犯法行为。2.因履行职务而作的任何行为或不行为所发生的犯法行为。(乙)对于任何其它犯法行为,接受国当局应有行使管辖权的优先权。”^[21]可见,第7条第3款甲项对于共同管辖权之下派遣国管辖权的行使给予了优先考虑。而依据该条款乙项,对于接受国的优先管辖权采用的则是除外条款。不过,很明显的是,派遣国基于共同管辖权之下的优先管辖权并没有包括派遣国武装部队人员和文职人员这两类人员的家属。这就意味着,对于家属的优先管辖权仅存在于接受国,此时,如果美国想对其派遣人员的家属行使管辖权,就必须依赖于接受国针对该家属的优先管辖权的放弃。^[22]

值得注意的是,依据《1951年协定》第7条第3款丙项的规定,拥有优先管辖权的国家如果放弃或不愿意行使管辖权,则另一国可对其提出申请进行补充管辖。即便拥有优先管辖权的国家还未决定是否放弃这种管辖权,只要另一国认为需要主张这种管辖权就可向拥有这种优先管辖权的国家提出申请。考虑到基地派遣国和基地接受国所享有的刑事管辖权基本上都是针对派遣国的基地人员,显然,这一规定是更有利于基地派遣国的。当然,对于这种基于共同管辖权下基地接受国放弃优先管辖权的情况,虽然可以认为是基地接受国和基地派遣国在政治和军事上达成某种妥协或默契的表现,但也不可避免地引发一个法律后果,即如果基地接受国放弃优先管辖权,可能会对第三方不公平。在著名的“艾奇逊诉惠特利案”(Aitchison v. Whitley)^[23]中,由于美国驻法国空军基地的军事人员惠特利承认接受国所决定的共同犯罪管辖原则,在派遣国坚持申请管辖豁免的情况下,受害者可以直接向侵权行为人或者保险公司寻求侵权赔偿。该决定证明了北约驻军地位协定的制定者的明确意图是允许放弃管辖权,而不是服从于公正的审判。^[24]而且,为了防止派遣国滥用其优先管辖权的行使,《1951年协定》还设置了基于某种特定情形(如死刑)的例外限制。在1988年“肖特诉荷兰政府案”(Short v. The Kingdom of the Netherlands)^[25]中,美国政府和荷兰政府虽然基于《1951年协定》关于优先管辖权的规定,一再坚持要将在美国驻荷兰索斯特堡空军基地服役的美军参谋军士肖特移交给美国当局,但荷兰刑事法院最终以“死刑犯不引渡”为由拒绝引渡肖特。

[20] See R. Chuck Mason, Status of Forces Agreement (SOFA): What is It, and How Has It Been Utilized? in Jeffrey R. Webb ed., *Status of Forces Agreement: Foreign Jurisdiction and Congressional Oversight*, Nova Science Publishers, Inc., 2012, Summary, p. 6.

[21] 参见《国际条约集(1950-1952)》,世界知识出版社1959年版,第285-288页。

[22] See Joseph H. Rouse & Gordon B. Baldwin, The Exercise of Criminal Jurisdiction under the NATO Status of Forces Agreement, *The American Journal of International Law*, Vol. 51, No. 1, 1957, pp. 37-38.

[23] See *Aitchison v. Whitley*, Tribunal Correctionnel de Corbeil, April 6, 1954, *Revue Critique de Droit International Privé*, 43 (1954), p. 602.

[24] See Serge Lazareff, *Status of Military Forces under Current International Law*, A. W. Sijthoff, 1971, pp. 203, 264.

[25] See *Shorter v. Kingdom of Netherlands*, *International Legal Materials*, Vol. 29, 1990, pp. 1388-1389.

三 双边驻军地位协定下刑事管辖权冲突的解决 ——以《日美行政协定》和《驻日美军地位协定》为例

《1951 年协定》关于基地刑事管辖权问题的规定为后来几乎所有多边或双边的驻军协定提供了一个指导性的框架,比如美国与其亚洲盟友所订立的双边驻军地位协定就基本都参照了前者的做法,通过设置专属管辖权和共同管辖权的条款来协调或解决彼此之间刑事管辖权的冲突。本部分将主要以 1952 年《日美行政协定》及在此基础上经过后续修订而达成的 1960 年《驻日美军地位协定》为例就基地人员刑事管辖权冲突的解决问题进行讨论。

(一) 1952 年《日美行政协定》关于基地人员刑事管辖权冲突的解决

考虑到日美关系的特殊性,1952 年《日美行政协定》为解决日美两国关于基地人员的刑事管辖权的分配问题设定了过渡期。即,依据 1952 年《日美行政协定》第 17 条第 1 款和第 2 款的规定,在《1951 年协定》对美国生效之时,美国应立即与日本缔结类似包含有上述《1951 年协定》中关于刑事管辖权规定的协定。而在《1951 年协定》对美国生效之前,美方对于驻日基地的军事人员、文职人员及其家属(只有日本国籍的家属除外)在日所犯的一切违法犯罪行为有权在日境内行使专属刑事管辖权。对于日本而言,只有在依据 1952 年《日美行政协定》第 17 条第 4 款的规定,驻日美军基地人员有违反日本法律的行为,且经日本政府提出请求,美国愿意主动放弃上述这种专属刑事管辖权的情况下,才有机会行使刑事管辖权。显然,上述规定几乎剥夺了日本本应享有的所有可能的刑事管辖权,因为其行使前提是美国愿意主动放弃且日本政府提出请求。相反,美国依据 1952 年《日美行政协定》的规定获得了大量在日本的治外法权。

在该协定的执行过程中,由于在日本境内连续发生了驻日美军对当地民众的暴力犯罪事件,引发了日本国内民众的反对和不满,强烈要求修改 1952 年《日美行政协定》。1953 年 7 月 24 日,《1951 年协定》正式对美国生效,依据 1952 年《日美行政协定》第 17 条第 1 款和第 2 款的规定,日方向美方提出修改协定的请求。1953 年 9 月 29 日,日美两国修改了《日美行政协定》第 17 条中关于基地人员刑事管辖权的条款,达成了《美国与日本关于修改“美国与日本行政协定”第十七条的议定书》。依据该议定书第 17 条第 3 款乙项的规定,对驻日美军在“执行公务期间”之外所犯的刑事犯罪案件,日本享有优先管辖权。不可否认,新修订的《日美行政协定》虽然较之前协定有所进步,但相对于《1951 年协定》的有关规定,日本依据该协定所能享有的刑事管辖权依然有限。而且,新修订的协定对于所谓“执行公务期间”这个术语并没有给出明确的解释,在实践中可能导致日美双方因此而发生争议。在 1957 年“威尔逊诉吉拉德案”(*Wilson v. Girard Case*)^[26] 中,日本政府坚持认为,美国驻日基地士兵吉拉德(William S. Girard)在射杀坂井时并没有在执行公务。因此,吉拉德不受《日美行政协定》的保护,日本应享有优先管辖权。相反,美国则提出了一个新概念,认为吉拉德当时虽然可能没有在执行公务,却是在值班期间,而坂井等

[26] See *Wilson v. Girard*, U. S. Supreme Court, 354 U. S. 524, 77S. Ct. 1409, 1 L. Ed. 2d 1544 (1957).

日本是在进入军事禁区后被打死的,因此,吉拉德应受美国法律的管辖。后经过协商,美国做出妥协。1957年5月18日,日本检察厅开始对吉拉德提起刑事诉讼。然而,1957年6月18日,吉拉德的家属和律师向美国联邦上诉法院申请人身保护令,主张美国军人在值班期间的犯罪行为不应被移交给基地接受国,从而试图阻止将吉拉德移交给日本当局。美国联邦上诉法院审理后认为,将吉拉德移交给日本当局将侵犯吉拉德依据美国宪法所应享有的权利,裁定不将吉拉德引渡给日本。后来,该案又被上诉至美国联邦最高法院。1957年7月11日,美国联邦最高法院经过审理后推翻了美国联邦上诉法院的判决,最终裁定将吉拉德移交给日本当局受审。

(二)1960年《驻日美军地位协定》关于基地人员刑事管辖权冲突的解决

从性质上看,1952年《日美行政协定》只是日美政府间订立的行政协定,其法律层次不高,不需要各自国会批准。并且,该协定中因有许多损害日本主权的条款而受到日本民众的强烈反对。虽然1953年针对该协定第17条进行了修订,但并没有全面解决美国驻日本军事基地的矛盾。1960年1月19日,日美又签署了《新日美安全条约》,依据该条约第6条规定,日美两国同时修订并重新签署了1952年《日美行政协定》,并重新命名为1960年《根据日本和美利坚合众国之间的共同合作和安全条约第6条签订的关于设施和地区以及驻在日本的美国军队地位的协定》(下称“《驻日美军地位协定》”)(*The Japan-US Status of Forces Agreement*)。相对于之前的《日美行政协定》,《驻日美军地位协定》虽然剔除了某些严重损害日本主权的“内乱条款”,但还是保留了诸多的治外法权条款,在涉及两国针对美军基地人员的刑事管辖权方面大体上维持了之前《日美行政协定》(1952年)及其后续修正议定书(1953年)的规定。例如,第17条第2款赋予了美国和日本分别的专属刑事管辖权,第3款规定了共同管辖权下各自的优先管辖权问题。^[27]需要注意的是,依据该条款的规定,虽然日本对于美军公务以外的犯罪行为享有优先管辖权,但如果美方先于日本警察扣押嫌疑人,则该嫌疑人在正式被起诉之前原则上应由美方看管。此外,该协定还规定,美方在驻日美军基地内拥有依据美国法律进行审判的权力。因此,由上述《驻日美军地位协定》第17条的规定可见,日本在该协定的框架之下获得专属刑事管辖权的范围严重缩水,日美围绕基地人员刑事管辖权冲突解决的核心焦点在于对优先管辖权的协调。因此,对于日本而言,为了在最大限度和许可的范围内维护基地接受国应有的主权和尊严,对共同管辖权下之优先管辖权的争取变得尤为重要。然而,受1957年“威尔逊诉吉拉德案”的影响,1960年《驻日美军地位协定》第17条第3款之规定依然强调了美军针对其基地人员或驻军人员“执行公务时”的犯罪行为享有优先管辖权。

四 《北大西洋公约缔约国关于其军队地位的协定》与《驻日美军地位协定》关于管辖权冲突解决之比较

通过对以上《1951年协定》与1960年《驻日美军地位协定》关于管辖权冲突解决的比

[27] 参见《国际条约集(1960-1962)》,商务印书馆1975年版,第60-67页。

较分析,我们可将二者的异同简要概括如下:

(一) 相同之处

通过以上分析不难发现,《1951 年协定》中关于刑事管辖权的基本条款都已经被包含在了美国与其亚太地区盟友所订立的双边驻军地位协定之中。^[28]《驻日美军地位协定》中关于基地人员之刑事管辖权冲突的解决方式和途径与《1951 年协定》的做法相仿,都设置了基本相同的专属管辖权和共同管辖权条款。而且就专属管辖权条款的设置而言,二者都增加了派遣国(美国)行使专属管辖的机会。有学者指出,对于美国来说,在《1951 年协定》中并不希望强调接受国享有过多的专属管辖权,这主要是出于以下两点考量:一方面,北约军事联盟内部的安全具有不可分割的性质,美国驻扎在北约各国的军人将军事机密传递给充满敌意的第三国很可能会损害每个成员方的安全。另一方面,美国作为数目最大的海外军事力量派遣国,其一贯奉行的政策是尽可能地减少受接受国管辖的美国军事人员。在这样的考虑下,美国希望将每一个犯罪行为都转移到共同管辖权的类别下。^[29]就共同管辖权条款的设置来说,基于基地接受国对于优先管辖权的放弃条款,无论是《1951 年协定》还是《驻日美军地位协定》,美国作为派遣国往往享受到了更多的优先管辖权。如此一来,美国通过请求基地接受国放弃其优先管辖权就可以在最大限度上确保其基地人员豁免于基地接受国法律的管辖。美国推动基地接受国放弃其所享有的优先管辖权的行动实际是美国在第二次世界大战后的一项既定的外交策略,反映出美国作为西方盟友的军事保护伞在政治和军事层面确实需要凝聚更多资源和掌握主动权的现实情况,并以此有效应对来自东方国家集团的军事威胁。

(二) 不同之处

《1951 年协定》是在北大西洋公约组织成员方之间缔结的,这种北约内部盟友之间的驻军关系基本上是平等的,而与此不同的是,第二次世界大战后初期,美国与韩国、日本等其他非北约盟友国家或地区之间订立的双边驻军协定往往呈现明显的非平等性。因此,不同的驻军协定针对美军管辖权的限定程度往往是不同的,一方面,美军所享有的专属管辖权使得美军士兵豁免于当地的法律诉讼程序,基地接受国还必须签署一份正式的引渡令确保美国获得针对美国派遣人员的羁押权;另一方面是竞争管辖权或共同管辖权,但是在不同的情况下,共同管辖权的权属关系比较模糊。^[30]刑事管辖权程序及其实施在各种驻军协定中变化多样,在广义上,一个更具有等级制意味的驻军协定中经常规定有专属管辖权;而一个弱化等级制意味的驻军协定,如北约驻军协定中则规定有共同管辖权。^[31]可以说,相对于《1951 年协定》,《驻日美军地位协定》关于基地人员之刑事管辖权冲突解

[28] See William J. Norton, United States Obligations Under Status of Forces Agreements: A New Method of Extradition? *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 5, Issue 1, 1975, pp. 1 - 10.

[29] See John Woodliffe, *The Peacetime Use of Foreign Military Installations under Modern International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 176 - 177.

[30] See Andrew I. Yeo, Security, Sovereignty, and Justice in U. S. Overseas Military Presence, *International Journal of Peace Studies*, Volume 19, Number 2, Winter 2014, p. 50.

[31] See Alexander Cooley, *Base Politics: Democratic Change and the U. S. Military Overseas*, Cornell University Press, 2008, p. 46.

决的规定赋予了美国更多治外法权。^[32] 这主要是因为,日美之间关于基地人员之刑事管辖权冲突的解决模式基本上是在以日本国家刑事司法主权换取美国提供的安全保障以及经济和军事援助基础之上的。从而美方通过这种双边驻军地位协定成功地获取到了针对美军基地人员的更多刑事专属管辖权和优先管辖权。

事实上,1952年《日美行政协定》及后续1960年《驻日美军地位协定》关于刑事管辖权冲突解决的实践并不是一个孤立的个案,而是一个比较普遍的现象,美国与其他亚洲盟友也存在类似的情形。例如,从1966年《驻韩美军地位协定》(ROK-U. S. States of Forces Agreement)中关于刑事管辖权的规定来看,韩国应行使的管辖权在许多方面也被变相剥夺了,甚至比日本更为严重。有论者认为,“《驻韩美军地位协定》的实质性规定与《1951年协定》的规定有诸多不同,如其中第22条第1款(a)项、第2款和第3款不但适用于军事人员或者文职人员,也适用于他们的家属。因此,韩国几乎从来没有针对军事人员的家属违反其刑事法律的行为行使过专属刑事管辖权。”^[33]可见,领土主权国和派遣国间的管辖关系取决于历史条件,相互间的政治实力以及各缔约国国内政治情况等诸多因素。^[34]

五 海外军事基地人员之刑事管辖权冲突解决的新发展及启示

冷战期间,围绕美国海外军事基地人员之刑事管辖权冲突的解决方式在很大程度上受制于东西方之间形成的国际政治格局。然而,冷战的结束打破了在此期间基地派遣国和接受国基于国家安全和司法主权之间的交换形成的平衡,海外军事基地人员的刑事管辖权冲突的解决出现新发展。

(一) 冷战结束以来海外军事基地人员之刑事管辖权冲突解决的新发展

在冷战期间,基于国家安全的考虑,基地接受国对美国海外军事基地人员所享有的治外法权的容忍反而导致美军基地人员在基地接受国的刑事犯罪,造成了基地环境污染并引发了民间反基地运动,这些问题已经对美国海外军事基地的形象和法律地位造成了难以估量的消极影响。因此,对于基地派遣国和接受国而言,如何平衡基地派遣国的特权和豁免及与基地接受国刑事司法主权之间的关系至关重要。冷战的结束使得东西方紧张局势得以大幅度缓和,基地接受国对国家安全的担心开始让位于国家的刑事司法主权。其结果是,基地接受国开始日益收紧对基地派遣国军事人员的属地刑事管辖权,同时最大限

[32] 第二次世界大战后,美军在海外设立的军事基地因一直谋求所谓的治外法权,从而导致美国与基地接受国在关于军事基地的刑事管辖权问题上经常牵扯不清。美军获得海外驻军治外法权始于1898年,古巴、菲律宾成为美国保护国,美国开始在当地驻军,并享有治外法权。从此后,“治外法权”成为美国在海外驻军前与驻在国必须签署的协议。参见吴炎编译:《治外法权,美军的犯罪特权?——美军士兵贝尔斯屠杀阿富汗平民引发民愤》,《深圳特区报》2012年3月26日第C08版。

[33] See Yoon-Ho Alex Lee, Criminal Jurisdiction under the U. S. -Korea Status of Forces Agreement: Problems to Proposals, *J. Transnational Law & Policy*, Vol. 13, No. 1, 2003, pp. 228 - 229.

[34] 参见[德]马克斯·普朗克比较公法及国际法研究所主编:《国际公法百科全书第三专辑:使用武力、战争、中立、和约》,中山大学法学研究所国际法研究室译,中山大学出版社1992年版,第525页。

度地减少基地派遣国的专属管辖权。

首先,在前述吉拉德案中引发的对基地派遣国基地人员“执行公务时”(Performing official Duties)和“值班期间”(On Duty)这两个术语的争论并没有结束。为了限制基地派遣国行使专属管辖权的范围,国际社会的趋势是,针对有关驻军地位协定中“执行公务时”这个术语的解释倾向于从严解释,而不是单方面作出有利于派遣国的扩大化解释。例如,有学者就指出,由“执行公务时”这个术语可能引发以下争议:“如果犯罪是任何失职行为或者玩忽职守行为,可以将对该犯罪行为的首要管辖权移交给派遣国。那么,什么情况可以认定该武装部队成员的犯罪行为是‘玩忽职守’呢?而且,谁能说了算呢?”^[35] 2009年5月26日,法国和阿拉伯联合酋长国达成的《法兰西共和国政府和阿拉伯联合酋长国政府关于防务合作协议》(*Accord entre le Gouvernement de la République Française et le Gouvernement des Emirats Arabes Unis relatif à la Coopération en matière de Défense*)第11条第2款专门就“值班期间”一词进行过解释:一国向该国派遣的工作人员,当他们在接受国领土上时,就视同在该国特定地点执行他们的使命或为执行公务时的行程当中或执行与本协议有关的活动时的值班状态,而如果他们是在执行与本协议任何不相干的活动时应被视为“不在值班期间”。^[36] 对于上述协议的解释,瓦特林克(Joop Voetelink)提出了批评。他认为,该协议中有关值班状态的表述太过于宽泛,而且,这也只是法国和阿联酋之间双边协议的一个特定实践,顶多只能算是驻军协定在这方面的一个例外而已。鉴于“值班期间”这个词含义范围的模糊性,在驻军地位协定中,一个能充分反映职务本质属性的更精确的定义应更为可取。^[37] 日本曾出现过一种严格的观点,认为个人执行公务以外的行为,是指不属于一个人通常在执勤期间或在执行公务过程中所做的、在完成特定职务时所要求的行为。^[38] 而且,是否属于在执行公务中犯罪的问题一般是由派遣国出示证明书来确定,尽管根据英国法,这点可以用证据来推翻。^[39] 但无论如何,有一点可以肯定,即如《奥本海国际法》中所强调的,接受国通常有权对客军成员在其基地或营地以外下班后所犯的罪行进行管辖,虽然接受国对客军成员在执行公务时所犯的罪行行使这种权利尚有疑问。^[40]

其次,冷战结束以来,由于来自苏联的威胁消失以及国际民间反基地运动的兴起,基地接受国政府开始不断要求收回对派遣国基地人员的刑事司法主权。例如,2011年1月,一名美军基地工作人员在驾车回家途中撞死了一名冲绳市民,当时日本冲绳那霸市地

[35] See R. R. Baxter, *Criminal Jurisdiction in the NATO Status of Forces Agreement*, *International and Comparative Law Quarterly*, Volume 7, Issue 1, 1958, p. 77.

[36] Voir *Accord entre le Gouvernement de la République française et le Gouvernement des Emirats arabes unis relatif à la coopération en matière de défense*, signé à Abou Dabi le 26 mai 2009, http://fothman.free.fr/Accbitxt/Pol/ae_pol/ae-pol260509def/ae-pol260509def.pdf, 最近访问时间[2019-09-09]。

[37] See Joop Voetelink, *Status of Forces: Criminal Jurisdiction over Military Personnel Abroad*, T. M. C. Asser Press, 2015, p. 207.

[38] 参见日本国际法学会编:《国际法词典》,外交学院国际法教研室总校订,世界知识出版社1985年版,第200页。

[39] 参见[德]马克斯·普朗克比较公法及国际法研究所主编:《国际公法百科全书第三专辑:使用武力、战争、中立、和约》,中山大学法学研究所国际法研究室译,中山大学出版社1992年版,第514-518页。

[40] 参见[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法(第一卷·第二分册)》(第9版),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年版,第584页。

方检察厅以该人员属于“执行公务时”为由决定对其不予以起诉,但同年5月,日本冲绳那霸市地方检察厅重新作出了应当起诉的认定,于是,日方向美方提出了对该美军基地工作人员行使审判权的要求。同年11月21日,日美两国政府就修改《驻日美军地位协定》达成协议:对于军人以外的美军基地工作人员“执行公务时”造成人员伤亡的,在美方不审判的情况下,日方可以要求对其进行审判。2016年7月5日,日美两国政府再次就修改《驻日美军地位协定》达成一致,修改后的协定缩小了美方依据地位协定享有优先管辖权的美军基地文职人员的范围。双方一致同意将驻日美军工作人员划分为以下四类:一是受美国政府雇用,在驻日美军工作或在美军指导下工作的文职人员;二是搭乘美军船舶和航空器的文职人员;三是尽管不是美军雇用,但是受美国政府雇用而基于与美军相关的正式目的在日本逗留的人员;四是作为技术顾问或咨询顾问受驻日美军邀请而在日本逗留的人员。关于第四类人员,双方今后将制定相关标准,将其限定于拥有高技术的人员。这样,根据修订后的协定的规定,今后不属于上述四类人员的美军人员,即使在执行公务时犯罪,也将接受日本法律的制裁。^[41]

(二) 启示与解释路径

与西方大国不同的是,中国历来没有在国际关系中与他国争夺世界霸权的传统。相反,中国对外奉行的一直是独立自主的和平外交政策,因而也不大可能如美国那样在全世界大规模地建立海外军事基地。然而,进入21世纪以来,随着中国综合国力的不断上升和全球化的不断发展,中国作为一个负责任的大国开始承担比以往更多的国际责任和义务。在这种时代背景下,为了更好地履行打击海盗的国际义务以及出于维护国际航运秩序与安全之目的,2017年8月1日,中国首个海外军事基地——中国人民解放军驻吉布提后勤保障军事基地正式投入使用。毫无疑问,中国作为海外军事基地的派遣国,也面临着与基地接受国就基地人员之刑事管辖权冲突进行协调的问题,这同样需要通过协商和谈判,与基地接受国对解决有关刑事管辖权冲突的事项在双方订立的驻军地位协定的文本中加以约定。基于基地人员之刑事管辖权的分配问题,《奥本海国际法》指出,现在一般承认接受国对客军的内部纪律事项没有管辖权,派遣国对此有专有的管辖权,至于其他事项,往往就没有理由认为接受国无权对客军成员行使管辖权,即使当派遣国也有权行使管辖时。^[42]从国家实践来看,尽管有少数驻军地位协定依然有派遣国对其武装部队有专属管辖权的规定,但通过规定并行管辖权、专属管辖权、优先管辖权以及管辖权的放弃来平衡两者之间的矛盾已经成为主流规则。^[43]

总结冷战结束以来海外军事基地人员之刑事管辖权冲突解决的新发展,大致对中国可有两方面启示。其一,基于当代国际法上对国家主权平等原则的现实要求和日益重视以及中国奉行的和平外交政策,中国不可能像美国那样通过从基地接受国手中获取治外

[41] 参见冀勇:《日美磋商修订驻日美军地位协定,将缩小美军优先审判权适用范围》,《法制日报》2016年7月7日第01版。

[42] 参见[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法(第一卷·第二分册)》(第9版),王铁崖等译,中国大百科全书出版社1998年版,第584页。

[43] 参见田士臣:《“客军法”初探》,载《中国国际法年刊(2007年卷)》,世界知识出版社2008年版,第255页。

法权的方式来解决基地人员的刑事管辖权冲突;其二,解决基地人员之刑事管辖权的冲突,要综合采用法律和政治的方法。针对驻军地位协定中有关管辖权冲突的条款,要依据条约法上的一般解释性原则进行善意的解释。对此,既要参照与派遣国有关的“权利滥用学说”与“暗含权利原则”,同时也要参考国际习惯法的一般规则。^[44] 另外,由于基地协定的特殊性质,在处理外交关系时,允许缔约国之间优先采用不同方式而非诉讼或仲裁方式进行解决,一些条约的实践也强调了这种优先性。^[45]

一国军队的友好入境(过境或驻扎)需要得到东道国的同意。武装部队体现了一个国家的主权,一国武装部队在和平时期,若要合法出现在另一国国境内(过境、短期访问、驻扎),需要得到接受国的同意。^[46] 同样,关于一国海外军事基地人员之刑事管辖权的冲突问题,需要基地派遣国和接受国在国家主权平等原则的基础上通过签署有关驻军地位协定的方式来予以解决。而且,考虑到驻军地位协定的特殊性质,有关国家还可以通过外交的方式来协调彼此之间有关基地人员之刑事管辖权的冲突,以弥补法律规则本身的僵化和司法程序的繁琐等缺陷所带来的消极影响。

[**Abstract**] In international law, the exercise of criminal jurisdiction by a state within or outside its territory is the most direct embodiment of its exercise of sovereignty. Since the end of the Second World War, with the increase in the exchange between states and in the transnational mobility of personnel, conflicts of criminal jurisdiction have been increasing, and the question of how sovereign states coordinate and resolve such conflicts in their international relations has become increasingly prominent. In particular, the general international law does not provide a clear solution to conflicts arising from the criminal jurisdiction over the personnel of a state's overseas military bases. The states concerned generally resolve this issue by concluding status-of-forces agreements. However, due to the profound influence of the principle of territorial sovereignty, the exclusive criminal jurisdiction of the base-sending states over the personnel of their overseas military bases in accordance with the principle of flag state law is subject to more and more restrictions by the laws of the base-receiving states. Therefore, the settlement of the conflict of criminal jurisdiction over personnel in overseas military bases mainly involves the coordination and distribution of the territorial criminal jurisdictions between the receiving state and the sending state.

(责任编辑:贾元)

[44] See Adrian A. Barham, *The Establishment and Conduct of Extra-Territorial Military Bases in Peacetime: Some International Law Considerations*, *Bracton Law Journal*, Vol. 31, No. 5, 1999, p. 13.

[45] See John Woodliffe, *The Peacetime Use of Foreign Military Installations under Modern International Law*, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, p. 139.

[46] See Mette Prassé Hartov, *NATO Status of Forces Agreement: Background and a Suggestion for the Scope of Application*, *Baltic Defense Review*, Vol. 2, No. 10, 2003, p. 49.