

三、强权阻却

(一) 领事裁判权对国家刑事管辖权的阻却

领事裁判权是帝国主义国家通过不平等条约在殖民地、附属国取得的一种非法特权。其主要内容是，帝国主义国家在其殖民地、附属国的公民不受当地国的法律管辖。对犯有罪行的帝国主义国家的公民，当地国无权审判，只受帝国主义国家的领事或者帝国主义国家设在殖民地、附属国的法院依照本国法律审判。

中国人民深受领事裁判权之害。帝国主义国家在旧中国攫取了领事裁判权之后，他们无视中国法律，横行霸道、胡作非为，肆无忌惮地侵害旧中国人民的生命和财产。领事裁判权在中国出现始于1843年7月22日在香港签订的《中英五口通商章程》，推广于清政府1858年与帝国主义列强签订的《天津条约》。1857年6、7月间，英、法联军开始侵略广东，同年12月攻陷广州，1858年1月俘虏总督叶名琛。1858年5月，英、法联军占领大沽。在强大的军事压力下，清政府不得不与英、法、美、俄的领事在天津进行谈判，分别签订了中英《天津条约》、中法《天津条约》、中美《天津条约》和中俄《天津条约》。凡此种条约，均使英、法、美、俄等四个国家在中国取得了领事裁判权。以中英《天津条约》为例。该条约共56款。其中的第15—17款规定了领事裁判权。第15款规定：“英国属民相涉案件，皆归英官查办。”第16款规定：“英国国民人有犯事者，皆由英国惩办；中国人欺凌扰害英民，皆由中国地方官自行惩办。两国交涉事件彼此均须会同公平审断，以昭允当。”第17款规定：“凡英国国民人控告中国国民人事件，应先赴领事官衙门投禀；领事官即宜查明根由，先行劝息，使不成讼。中国国民人有赴领事官告英国国民人者，领事官亦应一体劝息。间有不能劝息者，即由中国地方官与领事官会同审办，公平审断。”^①

帝国主义国家在中国攫取了领事裁判权以后，开始在中国设立他们自己的法院。英国在华设立的法院有：领事法院、警事法庭、驻华高等法院和上诉法院。美国前后在中国的厦门、广州、天津等地设立18个领事法院和一个驻华高等法院。法国、日本也在中国设有审理其侨民的领事法院。这些法院的终审法院都是他们本土的司法机关。

根据清政府与帝国主义列强签订的不平等条约中有关领事裁判权的内

^① 此三个条款转引自周谷城：《中国通史》，383页，上海，上海人民出版社，1957。

容，领事裁判权的范围可以概括为以下几点：第一，原、被告如果都是有约国人（依不平等条约在中国享有领事裁判权国家的人），由其驻华领事审判，中国官员不得过问。第二，原、被告一方是有约国人，另一方是第三国人，由有约国领事按照其与第三国订立的条约办理，中国无须过问。第三，原告为中国人，被告是有约国人，由该被告所属国设在中国的领事法院审判，中国只能派员观审。第四，有约国人犯罪的，皆由其所属国领事法院依照他们的法律惩办，中国不得过问。

通过上面的叙述可以看出，帝国主义列强的领事裁判权，严重侵害了中国的主权，它使中国对外国人犯罪的案件失去了刑事管辖权。领域管辖权是最主要的刑事管辖权，是一个国家司法主权的主要内容，古今中外的国际法都将它作为国家主权的核心予以保护，其他国家必须尊重。而帝国主义国家的领事裁判权，居然排斥像旧中国那样的贫弱国家对帝国主义列强的公民行使领域刑事管辖权，这是对有些国家主权的粗暴践踏。对殖民地、附属国来说，其刑事管辖权在自己的领土上受到了阻却，这种阻却是这些国家所不情愿的，是迫于武力和强权的，因此是最典型的“强权阻却”。随着各国人民民族解放事业的胜利，领事裁判权已经成为历史的陈迹，但是，“强权阻却”还以其他方式存在着，帝国主义国家的霸道行径还在阻碍着一些国家在自己的领域内行使刑事管辖权。

（二）对外国驻军的管辖不能

第二次世界大战以后，世界局势发生了较大的变化，一些殖民地、附属国纷纷独立，帝国主义势力受到了极大的打击。美、苏两国为了称霸世界，各自纠集一些国家组成军事联盟，进行了长达近半个世纪的对抗。为了巩固其军事联盟，美国、苏联分别与有关盟国签订了国家间的共同防御条约，根据这些条约，美国、苏联分别在其盟国驻有大量军队。苏联解体后，世界性的两极对抗已经不存在了，但是，美国为了实现称霸世界的野心，仍然在欧洲的一些国家以及日本、韩国等地保留大量的驻军，据媒体报道，“美国在世界 100 多个国家有军事基地或驻军”^①。不论美国、苏联标榜的理由如何冠冕堂皇，在他国驻军，都对驻在国的主权构成了一定程度的侵害。

外国军队在驻在国的法律地位，尤其是外国军队的人员在驻在国实施

^① 青木、纪双城、李志伟等：《美军强推“治外法权”一百年》，载《环球时报》，2012-03-20。

的犯罪，由哪个国家行使刑事管辖权，曾经引起过激烈的争论。美国的国际法学家在 20 世纪 40 年代的《美国国际法杂志》上发表文章，认为友好的外国军队应该享有接受国（即驻在国）关于管辖权的豁免，除非派遣国放弃这种豁免。英国的国际法学家则在 50 年代的《英国国际法年刊》上发表文章，认为根据国际法，外国驻军应该服从接受国的刑事管辖权，除非接受国明白表示放弃这种管辖权。^①

关于美国在其盟国驻军人员的刑事管辖权问题，美国同其盟国通过谈判达成妥协，先后与欧洲盟国签订了《北大西洋公约缔约国关于其军队地位的协定》，同韩国达成了《根据大韩民国和美利坚合众国之间的共同防御条约第 4 条关于军事设施和基地以及大韩国内美利坚合众国军队的地位的协定》（以下简称《韩美协定》）。此外，美国同日本等盟国也有同样的协定。《北大西洋公约缔约国关于其军队地位的协定》对外国驻军规定了并行的刑事管辖权原则，其主要内容是：第一，派遣国的军事当局在接受国境内，对于应受其军法约束的人员，有权行使派遣国法律赋予他们的一切刑事和纪律的管辖权。第二，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以其法律可以处罚的犯罪行为有管辖权。第三，派遣国的专属管辖权。派遣国的军事当局对于其军法约束的人员的犯罪行为，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罪行为，有行使专属管辖的权力。第四，接受国的专属管辖权。接受国当局对于外国驻军的人员（包括文职人员）以及彼等家属的犯罪行为，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罪行为，有专属管辖权。第五，当出现管辖权冲突时，采取以下办法处理：（1）派遣国军事当局对军事人员（包括文职人员）的下列犯罪有优先管辖权：单纯对派遣国的财产或安全的犯罪行为；对部队其他人员或家属的人身、财产的犯罪；因履行职务而作任何行为或不行为时发生的犯罪行为。（2）接受国当局对于其他任何犯罪有优先管辖权。（3）如有优先管辖权的国家决定不行使管辖权时，应尽快通知对方国家当局。没有优先管辖权的国家如认为有优先管辖权的国家放弃其管辖权为特别必要时，可以请求其放弃。

从上述规定来看，欧洲盟国对于美国驻军人员的犯罪，在以下情况下发生刑事管辖权阻却：其一，美国驻军人员、家属之间的犯罪；其二，美

^① 参见林欣：《国际法中的刑事管辖权》，32 页，北京，法律出版社，1988。

国驻军人员的职务犯罪；其三，美国驻军人员对美国的财产、安全实施的犯罪；其四，被要求放弃刑事管辖权的其他犯罪。应当看到，接受国受到阻却的刑事管辖权，是领域刑事管辖权，也即刑事管辖权中最核心的内容，是最应该无条件实现的管辖权。

《韩美协定》中有关刑事管辖权的规定，对韩国刑事管辖权的侵害，尤甚于欧洲。其表现是：第一，《韩美协定》第 22 条第 1 项规定，除了美军人员以外，美军军属、亲属等平民犯有罪行时，也受美军管辖。第二，《韩美协定》尽管规定了韩国对于仅违反了韩国法律，而不违反美国法律的美国军人犯罪有专属管辖权，但根据《韩美协定》第 22 条第 2 项的谈判记录，关于韩国专属管辖权的行使，因美军的行政处罚和惩治更为有效，在美军当局请求之下，韩国可以放弃。^① 第三，美国对侵害美国财产和安全的犯罪、侵害美国驻韩其他成员、军属、亲属的人身、财产的犯罪、美国军队成员执行公务中的作为和不作为犯罪，拥有刑事管辖权的第一行使权。判断何种行为是执行公务行为由美国当局提出证明。第四，对于韩国拥有刑事管辖权第一行使权的犯罪，韩国在知道犯罪发生后的 15 日内，如果不以书面通报美国当局，即视为韩国放弃第一行使权。第五，对在韩国法院被判刑，且在韩国服刑的美军成员，在美方请求引渡时，韩国应予以善意的考虑。并对美军军属和亲属等平民也做了相同的规定，在美方请求下，以在美国服刑代替在韩国服刑。^② 这些规定及其法律实践，将韩国对美国驻军人员及其家属、亲属的刑事管辖权剥夺殆尽。其恶果是美军人员大量犯罪，韩国能行使刑事管辖权的微乎其微。“据韩国法务部统计，1967 年至 1991 年间，美军犯罪案件平均每年为 1 100 件至 2 300 件。1992 年开始，美军犯罪案减少，但每年平均仍达到 770 件。”^③ “《驻韩美军犯罪现状》显示，2007 年至 2011 年 6 月，在韩国犯罪的驻韩美军士兵达 1455 人，平均每年作案 323 起。”^④ 尽管韩国对美军官兵在韩国犯罪案件享有部分的管辖权，但“1991 年以来，韩国司法机构能对美军犯罪行使审判权的平均每年只有 27 件，只占全部案件的 3%。”^⑤ 也有媒体

① 参见 [韩] 柳炳华：《国际法》（下卷），318～319 页，北京，中国政法大学出版社，1997。

② 参见 [韩] 柳炳华：《国际法》（下卷），322 页，北京，中国政法大学出版社，1997。

③ 朴明国：《韩国美军“基地村”女招待》，载《北京晚报》，2000-03-19。

④ 王刚：《韩发布驻韩美军犯罪受害人索赔指南》，载《法制日报》，2012-06-26。

⑤ 朴明国：《韩国美军“基地村”女招待》，载《北京晚报》，2000-03-19。

披露,“直到 2001 年协定修改前这种审判权一次也未能成功运用过”^①。

从表面上看,美国在欧洲、韩国、日本等地驻军是为了“共同防御”,实际上是美国自身利益的需要。苏联解体后,欧洲没有受到任何军事威胁,欧洲各国已经不再需要美国的保护了。亚洲的日本、韩国都是发达或相对发达的国家,现在也没有受到军事威胁,美国也没有在那里驻军的理由。近几年来,日本、韩国人民反对美国在日、韩驻军的呼声一浪高过一浪,但是美国当局置若罔闻,我行我素,仍然强行在那里驻军,这既是霸权主义的行径,也是强权政治的体现。美国驻军接受国刑事管辖权受到的阻却,也是“强权阻却”。

^① 青木、纪双城、李志伟等:《美军强推“治外法权”一百年》,载《环球时报》,2012-03-20。