

《联合国海洋法公约》视阈下管辖海域刑法空间效力

童伟华

内容提要:国家管辖海域关系到一国经济和国防安全,其法律地位不同于陆地,该区域的刑事管辖权是维护海洋权益和秩序的重要手段,因此,有必要建构适应各类海域特点的刑法空间效力制度。可以借鉴相关国家立法经验并结合我国实际情况,在《领海及毗连区法》中确定刑法与《联合国海洋法公约》等国际法的适用关系,在《刑法》中明确对外国船舶在我国领海非无害通过行为犯罪化,并通过司法解释明确在我国毗连区违反安全、海关、财政、卫生、出入境管理法律和法规的行为所涉罪名。在《专属经济区和大陆架法》中建构完善的专属经济区和大陆架刑法空间效力制度,借鉴他国的立法经验,以刑法修正案方式健全侵犯我国主权权利和特定管辖权的罪刑规范,并在实践中充实和完善专属经济区和大陆架刑事管辖权适用规则,有效防治外国船舶在我国主权权利海域实施侵犯我国利益的犯罪。

关键词:管辖海域 刑法空间效力 海洋法公约 大陆架法

童伟华,海南大学法学院教授。

一 建构适应国家管辖海域特点的刑法空间效力制度的意义

21世纪是海洋的世纪,人类社会的生存和发展必将越来越多地依赖海洋。1996年5月15日全国人大常委会正式批准被誉为“海洋宪章”^[1]的《联合国海洋法公约》(以下简称《公约》),标志着我国将按照《公约》规定对海洋行使权利以及履行义务。海洋包括国际海域和国家管辖海域。国家管辖海域又包括沿海国享有主权的海域和享有主权权利的海域。享有主权的海域包括内水、领海,享有主权权利的海域包括专属经济区以及大陆架等。我国内水及领海面积至少38万平方公里,按照《公约》规定的划界方案至少可拥有

[1] 参见 T. B. Koh, A Constitution for the Oceans, in *UN, the Law of the Sea—Official Text of the United Nations Convention on the Law of the Sea with Annexes and Index*, New York, 1983, p. xxiii.

260 万平方公里以上的专属经济区。依据我国法律规定和政府主张,我国拥有的大陆架面积至少 300 万平方公里。^[2]

国家管辖海域关系到国防安全和经济安全,当前海权斗争激烈、海上治安形势严峻,在管辖海域行使刑事管辖权是维护海洋权益和海洋秩序的重要手段。一方面,我国海上邻国都非常重视海洋刑事立法,例如,韩国《领海法》共 8 条,有 3 条是刑事法规范;印度《领水、大陆架、专属经济区和其他海洋区域法》的 16 个条款中,有 4 条涉及刑事立法;马来西亚《专属经济区法》的 10 个部分中有 2 个部分是刑事法规范。有的国家比如俄罗斯,则在刑法典中专门规定了维护海洋权益的罪刑规范。另一方面,有的国家在海权争端中不惜滥用刑事管辖权,以宣示领土主权与海洋权益。例如,2010 年 9 月 8 日在中日钓鱼岛主权争端中,日本海上保安厅巡逻船在我钓鱼岛附近海域,以妨害执法名义抓扣我国福建籍“闽晋渔 5179 号”渔船及船长,并顽固坚持履行所谓国内刑事司法程序处理这一事件,引发中日之间激烈的外交对抗,两国关系一度剑拔弩张,为中日邦交正常化以来罕见。后因我国据理力争,日本冲绳县那霸地方检察厅才决定以“保留处分”形式放还非法抓扣的中国渔船和船长。日本试图利用其国内刑事法来处理这一事件,形成所谓的“裁判案例”,从而迫使中国接受“既成事实”,^[3]我国当然不可能接受日方在我国管辖海域的非法刑事管辖。

相比之下,我国有关海洋权益的刑事立法明显不足,也很少通过刑事管辖维护海洋权益。我国为营造良好的周边环境,对管辖海域的海洋权益维护主要依靠行政执法。但是,“从完成维护国家海洋权益的内容上看,要想完全执行和处罚非法进入我国管辖海域的非法行为,依靠行政机关的执法力量也是难以完成的,比如,对非法人员的逮捕、刑罚尚需要司法机关予以配合”。^[4]刑法是维护海洋权益和海洋秩序的最后法律保障,通过刑事管辖维护海洋权益和海洋秩序,建构适应国家管辖海域特点的刑法空间效力制度具有重大意义。

第一,我国刑法空间效力制度的现行规定与《公约》缺乏衔接,且往往难以为在管辖海域行使刑事管辖权提供明确充分的法律依据。也许有人认为,我国现行刑法典的空间效力问题已经比较完善,基本已经涵括了海域刑法空间效力。诚然,我国《刑法》第 6 条规定了属地管辖权(同时确定了对我国船舶的船旗国管辖原则)、第 7 条规定了属人管辖权、第 8 条规定了保护管辖权、第 9 条规定了普遍管辖权,但基本上以陆地为中心。这些制度或是与《公约》相冲突,或是缺乏对应性规定。例如,根据《公约》沿海国对无害通过领海的外国船舶,除少数几种情况外原则上不能行使刑事管辖权,但根据我国《刑法》中的属地管辖原则几乎可不受限制地行使管辖权,这样两者就发生了冲突。又如,对于外国船舶在我国专属经济区实施的侵犯我国国家或国民利益的犯罪(如交通肇事犯罪),我国

[2] 参见吴继陆:《中国海洋执法的制度与实践——以大陆架权益维护为视角》,载高之国等主编:《国际海洋法问题研究》,海洋出版社 2011 年版,第 39 页。

[3] 参见吴怀中:《应该吸取的教训》,《人民日报》2010 年 9 月 27 日第 2 版。

[4] 周兰领、宋艳慧著:《我国域外海洋执法问题研究》,中国民主法制出版社 2013 年版,第 17 页。

应基于何种依据行使管辖权也不是很明确。现行刑法空间效力制度不能适应海上刑事管辖的问题存在于多个方面。除《刑法》之外,我国海洋立法对海洋刑法空间效力也只作了极为原则性的规定。2016 年 8 月最高人民法院施行的《关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定》,主要是对少数海上犯罪所涉罪名的构成要件作了规定,没有就管辖海域刑事管辖做出针对性规定。

第二,从司法实践来看,《公约》对某些管辖权规定不明确,国内立法未能积极应对,不能很好地适应我国海上打击犯罪的需要。例如,一些外籍船舶经常游弋在我国专属经济区从事走私活动,又不进入我国领海和毗连区,以此逃避我国管辖。由于外籍船舶的走私行为并未侵犯我国在专属经济区的主权权利和特定管辖权,我国能否行使刑事管辖权,围绕《公约》规定存在激烈争议,成为海上执法的重大难题。

第三,国家管辖海域刑法空间效力制度有相当的特殊性,不能将适用于领陆的刑法空间效力制度照搬到国家管辖海域适用。相比陆地,国家管辖海域刑法空间效力至少有如下几个特点:(1)在海洋上一国所享有的管辖权通常由国际法明确定义与限制,^[5]国家管辖海域刑法空间效力制度具有国际性。如国家管辖海域中专属经济区和大陆架既是国家管辖海域,又是“一国领域”之外的海域,许多方面适用“公海自由”原则,^[6]刑事管辖权的行使受制于《公约》。(2)尽管有观点认为沿海国管辖权与船旗国管辖权之间维持着一种“精巧的平衡”,^[7]但国家管辖海域易发生刑事管辖权的竞合从而引发管辖冲突。例如,一国船舶处于外国的内水、领海、专属经济区时,既应遵守沿海国的法律,也应遵守船旗国的法律。^[8]该种情形下发生在船舶上的犯罪,船旗国和沿海国可能都有管辖权,发生管辖的积极冲突。(3)国家管辖海域刑事管辖的对象以“船舶”为主。这是由于海上犯罪虽然由人实施,但一般发生于船舶内,船舶是重要的连接点,确定船舶的国籍至关重要,确定了对船舶的管辖也就确定了对人的管辖。

第四,从国外刑法空间效力立法情况来看,很多国家都根据《公约》规定充实了刑法空间效力制度。例如《公约》制定以后,《俄罗斯联邦刑法典》分别规定了领水、大陆架和专属经济区的刑法空间效力,以及船旗国管辖权,还规定了侵犯专属经济区和大陆架权益的罪名。日本则在《领海与毗连区法》《专属经济区和大陆架法》中,对各类管辖海域的刑事管辖作了针对性规定。

综上所述,虽然我国《刑法》规定了四项刑事管辖原则,但主要以陆地为适用对象。由于“海”“陆”之间差异较大,我国《刑法》规定的空间效力制度还不能适应海上刑事管辖的需要。因此,借鉴相关国家经验,在我国建立符合《公约》要求且适应管辖海域特点

[5] 参见 Alfred H. A. Soons, Law Enforcement in the Ocean-An Overview, *WMU Journal of Maritime Affairs*, Vol. 3, No. 1, 2004, pp. 3-16。

[6] 参见 Yoshifumi Tanaka, *The International Law of the Sea*, Cambridge University Press, 2012, p. 199。

[7] 参见 Ahmed Adham Abdulla, *Flag, Coastal and Port State Jurisdiction over the Prevention of Vessel Source Pollution in International Law: Analysis of Implementation by the Maldives*, 2011, Doctor of Philosophy Thesis, Australian National Center for Ocean Resources and Security, Faculty of Law, University of Wollongong, p. 202。

[8] 参见赵建文:《海洋法公约对国家管辖权的界定和发展》,《中国法学》1996 年第 2 期,第 114 页。

的刑法空间效力制度具有重要意义。本文拟先结合《公约》规定就各类管辖海域刑事管辖权进行分析,在对国外相关立法进行比较的基础上,对我国各类管辖海域刑法空间效力规定及存在的问题进行探讨。

二 国家拥有主权海域的刑法空间效力制度

沿海国拥有主权的海域包括内水和领海,毗连区在地理位置上属于专属经济区,但《公约》第二部分将“领海和毗连区”规定在一起,赋予沿海国在毗连区对特定事项的管制权,我国也与多数国家一样制定了《领海及毗连区法》,将领海、毗连区一并规定,故本文将其纳入“国家拥有主权海域的刑法空间效力”部分一并研究。

(一)《公约》有关内水、领海、毗连区的刑事管辖规定

1. 《公约》有关内水、领海的刑事管辖

《公约》规定的内水,是指“领海基线向陆一面的水域”。^[9]内水属于一国领域,法律地位基本等同于陆地。国际法上公认的也是一旦船舶进入港口,不论船舶为何种类都需要遵守沿海国内水的管理规定。^[10]但是,对于外国船舶上发生的犯罪,国际法及其实践对沿海国的管辖权则予以了较多限制。

其一,对特殊内水的管辖限制。《公约》规定,沿海国划定直线基线致使原本不属于内水的水域成为其内水的,外国船舶有无害通过权。^[11]换言之,在该种情形下,外国船舶在内水享有的权利和承担的义务与领海相同,对于外国船舶的刑事管辖应参照领海的规定。

其二,关于国际习惯法和双边领事条约的限制。根据国际习惯法规则和国家间签订的双边领事条约,对位于内水的外国船舶上的人员所实施的犯罪,沿海国管辖范围主要限于:(1)沿海国国民遭遇损害的犯罪;(2)对沿海国安宁和安全予以破坏的犯罪;(3)违反沿海国有关海上安全、海上事务、检疫、出入境管理、水域污染或者禁止贩毒的法律所涉及的犯罪;(4)其他性质严重的犯罪。对于船舶内发生的轻微犯罪一般由船旗国管辖。^[12]

领海是从其领海基线量起不超过12海里的海域。领海与内水虽同属沿海国领土,但领海的法律地位与内水有所不同,对领海的主权行使受到《公约》以及其他国际法规则的限制。^[13]《公约》的限制首先体现在第17条规定的“无害通过”上,即外国商船通过一国领海时,只要无害于沿海国的秩序和安宁就可自由航行。依据《公约》沿海国对位于领海的外国船舶的刑事管辖主要限于下列情形:(a)罪行的后果已经及于沿海国;(b)罪行属于扰乱当地安宁或者领海良好秩序的性质;(c)经船长或者船旗国外交代表或者领事官

[9] 参见《联合国海洋法公约》第8条,群岛国的特殊情况除外。

[10] 参见 John Hare, Port State Control: Strong Medicine to Cure a Sick Industry, *Georgia Journal of International and Comparative Law*, Vol. 26, 1997, p. 573。

[11] 参见《联合国海洋法公约》第8条。

[12] 参见邵唯国、邵晓帆:《位于他国内水外国船舶上之刑事管辖权》,《中国海商法年刊》2010年第4期,第106页。

[13] 《联合国海洋法公约》第2条第3款。

员请求地方当局进行协助；(d) 取缔违法贩运麻醉药品或者精神调理物质所必要的措施。^[14] 对于外国商船通过期间发生的仅侵害船舶内部秩序的犯罪，如不涉及沿海国的秩序安全或后果不及于沿海国，沿海国一般不行使刑事管辖权。

《公约》规定的沿海国可行使管辖权的四种情形中(c)和(d)应无争议，可能发生争议同时也是司法实践中常见的两种情形是(a)和(b)。对其含义如何理解，影响沿海国在领海对外国船舶行使刑事管辖权的范围。关于(a)即“罪行的后果已经及于沿海国”是指犯罪结果发生在沿海国，还是指只要犯罪的影响及于沿海国即可？对此鲜有论著论及。本文认为，应当将其解释为“犯罪结果”发生于沿海国，即法益损害的现实结果发生在沿海国。如将“罪行的后果已经及于沿海国”解释为“罪行的影响及于沿海国”，可能会与(b)发生冲突，有违体系解释原则。例如，位于领海的外国船舶发生沿海国公民被杀害的刑事案件，就应当认为“罪行的后果已经及于沿海国”，因为被害人死在沿海国领域内，属于法益损害的现实结果发生在沿海国；而诸如在沿海国领海开设赌场的行为，因为并未在沿海国发生现实的法益损害结果，不应属于“罪行的后果已经及于沿海国”，应属于情形(b)。

关于情形(b)，本文初步认为包括但不限于如下二种情况：一是妨害沿海国社会经济和管理秩序、影响地方安宁的犯罪，例如外国船舶在沿海国领海的走私行为、开设赌场聚众赌博的行为；二是外国船舶上发生的严重暴力犯罪。例如，2004年7月29日夜，瓦努阿图共和国亿发号捕鱼船航行至日本领海时，受雇于该船的2名我国大陆船员，捆绑我国台湾地区船长、大副等人，威胁其使用卫星电话让家人准备美金汇款，后因被害人与船上其他人合力将该2名船员制服，犯罪未得逞。^[15] 本案发生于日本领海，就该案情形来看日本是否可以对其主张管辖权呢？也许有人认为，本案犯罪后果未及于日本，也未对日本造成影响，日本没有管辖权。本文认为，如果罪行的后果及于本土，自当属于《公约》第27条之“罪行的后果已经及于沿海国”，本案显然不属该情形。那么，本案是否属于“罪行属于扰乱当地安宁或者领海良好秩序的性质”？这主要应当从对领海秩序本身的影响来判断。在领海发生的严重暴力犯罪，往往会影响人们的安全感，危害一方海域治安，对领海的安宁和秩序造成很大的破坏。本案是绑架案，是严重的暴力犯罪，完全具有“扰乱当地安宁或者领海良好秩序的性质”，日本可以行使刑事管辖权。瓦努阿图共和国作为船旗国有刑事管辖权，我国也可以行使属人管辖权。在“一个中国”原则下台湾地区司法机构可以行使属人管辖权，但不能行使保护管辖权。^[16] 由此也可见，领海发生的犯罪管辖权的竞合实为常态。

综上，领海虽然也属于一国领土，但与陆地甚至与内水的刑事管辖有所不同。总体来看，《公约》努力在沿海国的领海主权和外国船舶在领海的无害通过之间维持某种平衡，

[14] 参见《联合国海洋法公约》第27条。

[15] 参见周成瑜著：《国际刑法暨海事刑法专论》，台湾瑞兴图书股份有限公司2010年版，第86-87页。

[16] 该案于2007年5月9日最终由我国“台湾高等法院”以绑架罪分别判处我国大陆船员有期徒刑八年及七年六个月。参见周成瑜著：《国际刑法暨海事刑法专论》，台湾瑞兴图书股份有限公司2010年版，第86-87页。

承认沿海国刑事管辖权同时又施加了诸多限制^[17]。

2. 毗连区的刑事管辖

毗连区是领海以外从领海基线量起不超过 24 海里以内的海洋区域。《公约》规定,在该海域范围内,沿海国对以下事项可予以必要的管制:(1)防止在其领土或者领海内违犯有关海关、财政、移民或者卫生的法律与规章;(2)惩治在其领土或者领海内违犯上述法律与规章的行为。^[18] 毗连区作为一种缓冲区域或“检查区”,是为维护沿海国领陆、内水和领海秩序的需要而设立的预防性、监视性和惩治性管制措施的功能性海域。^[19] 沿海国在毗连区的管制权应该包括刑事管辖权,沿海国对在其领土(包括领陆、内水和领海)内发生相关犯罪的外国船舶,即使已经驶离领海,也可以在毗连区行使刑事管辖权予以逮捕。^[20]

成为问题的是,外国船舶不是在领海而是在毗连区内实施走私等犯罪的,沿海国能否行使刑事管辖权?有论者认为,立法机关制定海关、财政等方面的法律与法规是为了能够适用于领陆、内水以及领海,无论如何该法律与法规都不能够在毗连区的水域内适用。^[21] 按照这种观点,外籍船舶在毗连区走私而未进入领海的沿海国即无管辖权,我国司法实践中甚至有人认为本国船舶在毗连区走私的亦无管辖权。

例如下列案例:被告人吴某某与邱某等人合伙购买一艘油船走私,由吴某某进行管理。吴某某招募被告人蔡某等 6 人为船长和船员。吴某某多次指使蔡某等 6 人,驾驶该船在位于我国毗连区的某海域向外籍油轮购买柴油,后驶往我国另一毗连区海域,将柴油全部卖给多艘国内渔船。所收取款项汇入被告人吴某某的银行账户。经海关核定,走私柴油共偷逃税款计人民币 68.95 万余元。一审以走私普通货物罪判处被告人吴某某等人有期徒刑。二审辩护人提出:本案走私行为均发生在毗连区,且货物未进入我国境内,吴某某的行为不构成走私罪,即使构成走私罪也不受我国刑事管辖。二审法院认为:尽管本案走私货物柴油从购买到销售是在毗连区(公海)完成,但被告人准备走私是在我国境内,购买柴油的也是我国渔船,收款也在我国境内完成,部分犯罪行为发生地和犯罪人实际取得财产的犯罪结果发生地均在我国境内,应适用我国法律。^[22] 本文认为,第一、二审法院回避了毗邻区的管辖问题,用传统的属地管辖原则进行回应。毗连区的设置主要是为了授权沿海国就某些特定事项对外国船舶实施的犯罪行使管辖权,对于本国船舶完全可以基于我国《刑法》第 6 条规定的“船旗国管辖原则”进行管辖。需要特别说明的是,即使外籍船舶在我毗连区走私,我国也有管辖权,因为《公约》第 33 条第 1 款授权沿海国在

[17] 参见 Luke T. Lee, Jurisdiction Over Foreign Merchant Ships in the Territorial Sea: An Analysis of the Geneva Convention on the Law of the Sea, Vol. 55 *American Journal of International Law*, 1961, pp. 85-86。

[18] 参见《联合国海洋法公约》第 33 条第 1 款。

[19] 参见高智华:《论实施国家海洋管辖权的若干国际法问题》,《东南学术》2009 年第 3 期,第 94 页。

[20] 参见 Sir Gerald Fitzmaurice, Some Results of Geneva Conference on the Law of the Sea, Vol. 8 *International and Comparative Law Quarterly*, 1950, p. 113。

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

[22] 参见浙江省高级人民法院刑事裁定书(2011)浙刑二终字第 5 号。

毗连区内有“防止在其领土或者领海内违犯其海关、财政、移民或者卫生的法律与规章”的权限,这里就包含以刑事手段进行防止。诚如有的学者所言,哪怕是对于在毗连区内利用船舶意图对沿海国从事走私、偷渡等犯罪行为的,都可以行使刑事管辖权,以走私和偷越国边境的未遂犯追究行为人刑事责任。^[23] 总之,沿海国的管制权既包括在毗连区内以刑事手段惩治外国船舶实施特定犯罪的权力,也包括在毗连区内以刑事手段防止外国船舶实施特定犯罪的权力。

(二) 国外内水、领海、毗连区刑法空间效力立法比较

内水和领海属于一国领域,即便在刑法中未明确规定对内水和领海的刑事管辖,但几乎所有的国家都规定了属地管辖,本国刑法当然可以适用于内水和领海。成为问题的是,《公约》等国际法规范对沿海国在内水特别是领海的刑事管辖作了一些限制性规定,当国内刑法和国际法冲突时如何处理? 对此,国外立法有三种类型。

第一种是明确规定国际法优先适用。如《菲律宾刑法典》第 2 条规定:“除非国际条约和应优先适用之法律另有规定,本法典的规定不仅适用于菲律宾群岛(包括领空、内水和领海),而且适用于在菲律宾领域外的以下犯罪……”。这就意味着菲律宾刑法典在确立内水和领海刑事管辖权的同时,也承认《公约》等相关国际条约对内水与领海的刑事管辖权进行限制。有的国家虽未明确规定内水和领海刑事管辖,但明确规定国际法优先适用。如《意大利刑法典》规定对处于意大利国家领域之内的所有公民或外国人,意大利法律均具有约束力,同时又规定“国际法规定的例外情况除外”^[24]。

第二种是既未明确规定内水和领海的刑事管辖,也未明确国际条约是否优先适用。如《法国刑法典》规定,在共和国领域内实施的犯罪行为,以及在悬挂法国国旗的船只上所实施的犯罪,或无论处于何地,针对此种船只实施的犯罪,均适用法国刑法。^[25] 《俄罗斯联邦刑法典》规定,所有在俄罗斯联邦境内实行犯罪的人,均应当按照该法典承担刑事责任。^[26] 法俄两国的刑法典虽未直接规定内水和领海的刑法空间效力,但内水和领海属于一国领域,在该水域实施犯罪的当然适用属地管辖。法俄两国也均未专门规定刑法与国际条约的关系。

第三种是未在刑法典中对内水和领海的刑法空间效力作规定,但在海洋立法等涉海法律中有所规定。例如,《印度尼西亚水域法》规定,“对通过印度尼西亚领海和群岛水域的外国船舶行使主权和执法法律规定的管辖权,应按照《公约》、其他国际法和现行立法的规定执行”^[27]。据此印尼在行使刑事管辖权时必须优先考虑《公约》和其他国际法的规定。

上述三种立法类型,第二种未就国内刑法和国际条约适用关系进行规定,当《公约》等国际法与国内法发生冲突时,会造成司法适用困境,甚至易于导致罔顾国际条约规定的

[23] 参见周成瑜著:《海上犯罪与国际刑法》,台湾五南图书出版有限公司 2007 年版,第 12 页。

[24] 参见《意大利刑法典》第 3 条第 1 款。

[25] 参见《法国刑法典》第三章“刑法的空间效力”第 113 条规定。

[26] 参见《俄罗斯联邦刑法典》第 11 条第 1 款。

[27] 《印度尼西亚水域法》第 24 条第 2 项。

情形。第一种类型在刑法典中直接或间接规定了内水和领海的刑事管辖,同时规定了国内法和国际条约的关系,明确而具体。第三种类型在海洋立法中规定了国际法与国内刑法的关系,也值得肯定。到底是在刑法典还是在海洋立法中规定国际法与国内刑法的适用关系,要根据各国立法传统而定,无所谓优劣。

至于毗连区,一般国家都未在刑法典中就其刑事管辖进行特别规定,而是在《领海和毗连区法》等涉海立法中予以了规定。多数国家将管制范围限定在《公约》规定的四类法律规章范围内,如日本《领海及毗连区法》。^[28]有的国家则超出《公约》规定管制范围,另增加了“安全”事项。^[29]例如,印度《领水、大陆架、专属经济区和其他海洋区域法》规定,印度中央政府就印度的安全以及移民、卫生、海关和其他财政事项,可对毗连区行使必要的权力。^[30]由于《公约》没有明确禁止国内立法将其他严重事项列为毗连区管制事项,且相比《公约》规定的4类管制事项,“安全”具有更为重要的地位,增列“安全”为毗连区管制事项有合理性。

(三)我国内水、领海、毗连区的刑法空间效力规定及其完善

1. 我国内水、领海、毗连区刑法空间效力规定及其问题

如前所述,我国《刑法》第6条规定的属地管辖,未就内水和领海刑事管辖作专门规定。但内水和领海属于我国领域,对内水和领海发生的犯罪我国当然可以行使属地管辖权。我国《刑法》也未就国际条约和国内法的适用关系作规定,《领海及毗连区法》只是规定,“外国船舶通过中华人民共和国领海,必须遵守中华人民共和国法律、法规,不得损害中华人民共和国的和平、安全和良好秩序”,^[31]“中华人民共和国有权采取一切必要措施,以防止和制止对领海的非无害通过”。^[32]2007年9月发布的《公安机关海上执法规定》,明确对发生在内水、领海、毗连区的“涉嫌犯罪的行为”由我国海警行使管辖权。^[33]上述立法规定都未对国内刑法和《公约》等国际条约的适用关系做出规定。

关于毗连区的刑事管辖,我国《领海及毗连区法》规定我国有权在毗连区内,为防止与惩处在其陆地领土、内水或者领海内违反有关安全、海关、财政、卫生或者出入境管理的法律、法规的行为行使管制权。^[34]尽管该法就毗连区的刑事管辖权作了规定,但除走私类、偷越国边境类犯罪外,我国刑法规定的罪名中到底哪些与违反安全、海关、财政、卫生或者入境出境法律法规有关并不明确,对我国执法部门在毗连区行使刑事管辖权造成了困扰,客观上影响了对海上刑事犯罪的防止和惩处。

2. 我国内水、领海、毗连区刑法空间效力制度的完善建议

基于我国内水、领海、毗连区刑法空间效力制度中的上述问题,有必要借鉴其他国家

[28] 参见日本《领海及毗连区法》第4条。

[29] 增加“安全”事项的除我国外,至少还有孟加拉、缅甸、柬埔寨、埃及、海地、印度、尼加拉瓜、沙特阿拉伯、斯里兰卡、苏丹、叙利亚、阿联酋、委内瑞拉、越南、也门等18个国家。

[30] 参见印度《领水、大陆架、专属经济区和其他海洋区域法》第5条第4款。

[31] 参见《中华人民共和国领海及毗连区法》第8条第1款。

[32] 参见《中华人民共和国领海及毗连区法》第8条第3款。

[33] 参见《公安机关海上执法工作规定》第4条。

[34] 参见《中华人民共和国领海及毗连区法》第13条。

的经验,完善相关制度,在与《公约》保持衔接的同时,保障我国在相关区域依法充分行使刑事管辖权。

第一,在我国《领海及毗连区》法中规定国内刑法与《公约》等国际法的适用关系。如前文所述,我国刑事立法规定的属地管辖原则与《公约》规定的内水和领海刑事管辖存在不协调之处,因而建议在《领海及毗连区法》中对国际条约与刑法适用关系进行规定。^[35]之所以要在《领海及毗连区法》而不是在刑法典总则中进行规定,一是考虑到 1997 年刑法制定以后,我国既有的九次刑法修正案主要是针对刑法分则的修订而尽量维持了总则的稳定,如果在《刑法》总则中新增内水和领海的刑事管辖权,与我国刑事立法传统不符。二是关于内水、领海、毗连区的刑法空间效力制度涉及很多内容,不可能都在刑法总则中作规定。三是很多国家也都在海洋立法中规定海上犯罪的刑事管辖,如日本、韩国、印度、马来西亚等国家。鉴于此,可以在《中华人民共和国领海及毗连区法》第 8 条第 4 款中新增规定:《联合国海洋法公约》等我国缔结或参加的国际条约有不同规定的,依照国际条约处理。^[36]

第二,在《刑法》分则中对外国船舶在我国领海非无害通过的行为犯罪化,以有效行使刑事管辖权。“非无害通过不一定是非法通过,它可以是也可以不是”。^[37]《公约》第 19 条第 2 款规定了 12 种非无害通过的具体情形,一些国家将这类行为在国内法中犯罪化,以便于刑事管辖。例如,韩国《领海法》在《公约》规定的 12 种非无害通过行为基础上增加了“水下潜行”作为非无害通过行为^[38],并将非无害通过的 13 种行为全部作为犯罪处理。^[39]当前某些国家故意采取敌对行为挑战我国主权和海洋权益,一些海洋争端国为宣示主权派遣船只进入我领海恶意指衅,或是收集情报或是开展相关科研活动,危及我国和平、安全与秩序,但根据我国现行刑法对此多难以追究刑事责任,鉴于其严重的社会危害性,可借鉴韩国立法将该类行为犯罪化。由于我国事实上不存在附属刑法规范,不宜如

[35] 我国民事立法就有相应规定。如《中华人民共和国民事诉讼法通则》第 142 条第 2 款规定:“中华人民共和国缔结或参加的国际条约同中华人民共和国的民事法律有不同规定的,适用国际条约的规定,但中华人民共和国声明保留的条款除外。”

[36] 《中华人民共和国领海及毗连区法》第 8 条第 4 款的规定是“外国船舶违反中华人民共和国法律、法规的,由中华人民共和国有关机关依法处理”。按照本文所提修改建议,修正后内容为:外国船舶违反中华人民共和国法律、法规的,由中华人民共和国有关机关依法处理。《联合国海洋法公约》等我国缔结或参加的国际条约有不同规定的,依照相关国际条约处理。

[37] [英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第一卷第二分册),王铁崖译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 34 页。

[38] 根据《联合国海洋法公约》第 19 条第 2 款,下列 12 种行为是损害沿海国的和平、良好秩序或安全的非无害通过行为:(a)对沿海国的主权、领土完整或政治独立进行任何武力威胁或使用武力,或以任何其他违反《联合国宪章》所体现的国际法原则的方式进行武力威胁或使用武力;(b)以任何种类的武器进行任何操演或演习;(c)任何目的在于收集情报使沿海国的防务或安全受到损害的行为;(d)任何目的在于影响沿海国防务或安全的宣传行为;(e)在船上起落或接载任何飞机;(f)在船上发射、降落或接载任何军事装置;(g)违反联合国海关、财政、移民或卫生的法律和规章,上下任何商品、货币或人员;(h)违反本公约规定的任何故意和严重的污染行为;(i)任何捕鱼活动;(j)进行测量或研究活动;(k)目的在于干扰沿海国任何通讯系统或任何其他设施或设备的行为;(l)与通过没有直接关系的任何其他活动。

[39] 韩国《领海法》第 7 条第 1 款规定:对外国船舶上违反第 5 条第 2 款或第 3 款(即“非无害通过的规定”——作者注)的船员或其他乘客,可处以 5 年以下监禁或 2 千万元以下的罚款,情节严重者可没收船舶、船上设备、其余获物和其他物品。该条其他款还规定了相关刑事处罚。

同韩国一样在《领海及毗连区法》中进行规定,可以在《中华人民共和国刑法》分则第六章第三节“妨害国(边)境管理罪”中增加“领海非无害通行罪”,这一罪名的确立对我国海洋维权具有重要意义。

第三,明确我国毗连区五类事项所涉罪名。如前所述,《领海及毗连区法》规定我国在毗连区可行使管制权的五类事项包括哪些犯罪在实践中还不明确。本文认为,违反安全、海关、财政、卫生或者出入境管理的法律、法规的犯罪是法定犯,根据我国《刑法》分则可在毗连区行使刑事管辖权的犯罪包括但不限于如下情形:(1)违反海关法律、法规的犯罪。主要是逃避海关监管的走私类犯罪,例如《刑法》分则第三章第二节“走私罪”中的10个罪名。(2)违反财政法律、法规的犯罪。基于财税一体的理念,违反“财政”法律、法规的犯罪包含税收犯罪,例如《刑法》分则第三章第六节“危害税收征管罪”中的14个罪名,此外也包括其他违反财政税收法律规范的罪名。(3)违反卫生法律、法规的犯罪。主要是涉及公共卫生和健康类犯罪,包括《刑法》分则第六章第五节“危害公共卫生罪”中的10个罪名,也涉及其他危害公共健康的罪名,例如污染环境类犯罪。(4)违反出入境管理法律、法规的犯罪。主要是我国《刑法》分则第六章第三节“妨害国(边)境管理罪”中的8个罪名,其中的“破坏界桩界碑罪”和“破坏永久性测量标志罪”是否可归入“违反出入境管理法律法规”的行为,还需要进一步研究。(5)危害安全法律、法规类犯罪。违反“安全”的行为并不是《公约》明文规定的沿海国可以在毗连区行使刑事管辖权的犯罪,一些沿海国认为违反“安全”的行为侵犯其主权和重大利益而将其作为毗连区可行使管制权的事项,故解释上应将“安全”理解为涉及重大国家利益的国家安全、军事安全等。例如,我国《刑法》第一章规定的“危害国家安全罪”(12个罪名)、第七章规定的“危害国防利益罪”(23个罪名)中可由外国人实施的犯罪,当属此类犯罪。《刑法》第二章规定的“危害公共安全罪”则不应包含在内。当然,上述理解只是初步的观点且属于不完整的分类,其他在性质上涉及违反上述五类法律、法规的犯罪,也可以包含在内。毗连区是我国的海上“国门”,是维护我国领海和领陆主权和安全的重要屏障,对于《公约》授予沿海国在毗连区管制的事项,特别是沿海国可行使刑事管辖权的犯罪事项,建议由执法部门会同最高人民检察院和最高人民法院出台相应的司法解释,明确相关的具体管辖罪名,以强化在毗连区的管治。

三 国家拥有主权权利海域的刑法空间效力制度

如果说内水和领海还属于沿海国领域,专属经济区和大陆架则是处于沿海国领域之外的海域,沿海国对其不拥有主权,因而一般认为其不属于传统意义上的“领土”或“领域”。^[40]与公海不同的是,沿海国对专属经济区与大陆架享有“主权权利”,它仍然属于沿海国的“管辖海域”。在法律性质上是介于领海和公海之间的具有特殊法律地位的“第

[40] 参见 Stuart Kaye, Threats from the Global Commons: Problems of Jurisdiction and Enforcement, *International Law Studies*, 83 (1), 2007, p. 72。

三种海域”^[41]其刑法空间效力制度也具有相应特点。

(一)《公约》有关专属经济区、大陆架刑法空间效力规定及其问题

专属经济区是邻接领海外侧至距离领海基线 200 海里之间的海域,是第二次世界大战后,由拉丁美洲国家带头兴起的维护 200 海里海洋权斗争的重要成果。^[42] 在专属经济区内,沿海国拥有自然资源的主权权利与特定事项的管辖权,实际上与它在领海内对自然资源的权利以及管辖方式并无差异。^[43] 其中,资源权利包括以勘探、开发、养护和管理海床上覆水域和海床及其底土的自然资源为目的的主权权利,以及在该区内从事经济性开发和勘探,如利用海水、海流和风力生产能等其他活动的主权权利。管辖权包括人工岛屿、设施和结构的建造和使用,海洋科学研究,以及海洋环境的保护和保全。^[44] 《公约》建立专属经济区的主要目的,是为了使沿海国在该海域所享有的主权权利和主要利益得以确立。^[45] 根据《公约》沿海国在专属经济区内至少对下列案件有刑事管辖权:(1)生物资源类案件,如渔业和珍稀海洋生物资源案件;(2)非生物资源类案件,如矿产和水能风能资源案件等;(3)破坏、损毁人工岛屿和设施类案件;(4)非法开展海洋科学研究类案件;(5)污染、破坏海洋环境类案件;(6)违反沿海国适用于人工岛屿、设施的海洋、财政、卫生、安全和移民法律、法规类案件。^[46]

《公约》还要求沿海国依据本公约行使权利与履行其义务时,应对其他国家的权利与义务予以适当顾及,^[47] 各国在专属经济区内依据《公约》行使其权利与义务时,也应当对沿海国的权利与义务予以适当顾及。^[48] 根据公约的这一规定,沿海国在条件具备时亦可采取适当措施,对他国在其专属经济区内航行的船舶予以适当限制。^[49] 此外须注意的是,在与《公约》第五部分(即专属经济区制度部分)规定不相冲突的情况下,公海相关制度仍然适用于专属经济区。

除专属经济区之外,大陆架也属于沿海国享有主权权利的海域,沿海国对大陆架上的全部自然资源拥有主权权利。^[50] 沿海国有权在大陆架建造人工岛屿、设施和结构,围绕这些设施建立 500 米的安全区,对其享有专属管辖权利,^[51] 还有授权与管理为一切目的在大陆架上开展钻探的专属权利。^[52] 其他国家拥有的权利包括船舶和飞机在大陆架上

[41] 季国兴著:《中国的海洋安全和海域管理》,上海人民出版社 2009 年版,第 52 页。

[42] 参见陈德恭著:《现代国际海洋法》,海洋出版社 2009 年版,第 139 页。

[43] 参见 Shigeru Oda, *International Law of the Resources of the Sea*, Sijthoff & Noordhoff, 1979, p. 38。

[44] 参见《联合国海洋法公约》第 56 条。

[45] 参见[英]詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》(第一卷第二分册),王铁崖等译,中国大百科全书出版社 1998 年版,第 215 页。

[46] 参见 ITLOS. The M/V “SAIGA” (2) Case. Judgment, para. 132 - 136。

[47] 参见《联合国海洋法公约》第 56 条第 2 款。

[48] 参见《联合国海洋法公约》第 58 条第 3 款。

[49] 参见 Michel Bourbonniere, Louis Haeck, *Military Aircraft and International Law: Chicago Opus 3, Journal of Air Law and Commerce*, Vol. 66, 2001, pp. 912 - 914。

[50] 参见《联合国海洋法公约》第 77 条第 4 款,自然资源具体包括“海床和底土的矿物和其他非生物资源,以及属于定居种的生物”。

[51] 参见《联合国海洋法公约》第 77 条第 2 款、第 3 款。

[52] 参见《联合国海洋法公约》第 80 条。

覆水域和上覆水域上空航行和飞越的自由,以及在大陆架上铺设海底电缆和管道的权利。^[53] 尽管《公约》对于沿海国在大陆架的刑事管辖未作任何具体规定,但是《公约》规定了沿海国基于勘探与开发自然资源之目的,对大陆架可行使主权权利。^[54] 这意味着沿海国可以对违反勘探、开采自然资源、污染海洋环境等行为进行刑事处罚,为维护对大陆架上人工岛屿、结构、设施等以及特定事项的管辖权,也可对相关的妨碍、破坏行为等设置或适用相应的罪刑规范。如马来西亚《大陆架法》就规定:除持有按规定发放的许可证,并遵守许可证的各项条件外,任何人勘探、勘察、钻探、开采或从事任何活动以获取大陆架海床或底土的任何矿藏均属非法,并将依法处以不超过2万美元的罚款或不超过2年的监禁,或并处罚金或监禁。^[55]

但是,专属经济区和大陆架法律制度还不是很成熟,除了《公约》授予沿海国的主权权利和特定管辖权之外,在专属经济区还存在诸多未明确的“剩余权利”。包括刑事管辖权在内,“《公约》并未解决涉及专属经济区内管辖权的所有问题”。^[56] 当前一个突出的问题是,如果外国船舶在专属经济区虽未侵犯沿海国的主权权利或特定管辖权,但是却严重侵犯了沿海国国家或国民利益,沿海国是否有权管辖? 例如,2016年5月7日凌晨3时34分许,马耳他籍货轮“卡塔利娜”轮在途经中国象山县沿海南韭山岛东偏北约72海里附近水域(位于我专属经济区)时,驾驶货轮的被告人艾伦在海面起雾、能见度不良的情况下,违反我国《海上交通安全法》等规定,未采取有效的雾航措施,导致与我国船舶“鲁荣渔58398”轮发生碰撞,致使“鲁荣渔58398”轮14名船员死亡,5名船员失踪,造成人民币507.88万元财产损失。宁波海事法院以交通肇事罪判处被告人艾伦有期徒刑3年6个月。^[57]

也许有人认为,按照《公约》明确授予沿海国的管辖事项来看,我国对本案没有管辖权,其原因在于:一是本案中的交通肇事犯罪发生在专属经济区,不属于《公约》第56条和第60条明确授予沿海国行使刑事管辖权的范围;二是《公约》规定适用于“公海”的第88条至第115条及其他国际法规则,与专属经济区规定不抵触的均适用于专属经济区。^[58] 《公约》第97条“关于碰撞事项或任何其他航行事故的刑事管辖权”规定:遇有船舶在公海上碰撞或任何其他航行事故涉及船长或任何其他为船舶服务的人员的刑事或纪律责任时,对此种人员的任何刑事诉讼或纪律程序,仅可向船旗国或此种人员所属国的司法或行政当局提出……^[59] 据此本案似乎应由马耳他管辖。但是根据我国《刑法》,凡在我国船舶内犯罪的适用我国刑法,犯罪的行为或结果有一项发生在我国领域内的就认为是我国领域内犯罪。本案被害船舶为我国国籍船舶,船舶上人员为我国公民,犯罪结果主

[53] 参见《联合国海洋法公约》第78条第2款。

[54] 参见《联合国海洋法公约》第77条第1款。

[55] 参见《马来西亚大陆架法》第4条第7款。

[56] Daniele Fabris, *Crimes Committed at Sea and Criminal Jurisdiction: Current Issues of International Law of the Sea Awaiting the “Enrica Lexie” Decision*, *Amsterdam Law Forum*, 9 (2), 2017, p. 22.

[57] 宁波海事法院刑事判决书(2017)浙72刑初1号。

[58] 参见《联合国海洋法公约》第58条。

[59] 参见《联合国海洋法公约》第97条。

要发生在我国船舶内,也可以视为发生在我国领域内。我国可以适用船旗国管辖原则或属地管辖原则,马耳他也可以基于船旗国管辖原则行使管辖权。由此就发生了我国和马耳他刑事管辖权的冲突。

针对这种情况,本文认为即便根据《公约》等国际法我国对本案进行刑事管辖也有充分的依据。其一,本案不能适用公海上的船舶碰撞管辖规则,因为这一规则的适用前提是与《公约》有关专属经济区的规定不相抵触。而《公约》既未明确也没有排除沿海国在专属经济区对此类交通肇事刑事案件的管辖权,沿海国是否有管辖权要结合《公约》剩余权分配规则确定,只有绝对排除沿海国的管辖权后才能适用公海的船舶碰撞规则。其二,《公约》规定,“在本公约未将在专属经济区内的权利或管辖权归属于沿海国或其他国家而沿海国和任何其他一国或数国之间的利益发生冲突的情形下,这种冲突应在公平的基础上参照一切有关情况,考虑到所涉利益分别对有关各方和整个国际社会的重要性,加以解决”。^[60] 本条虽然未提供解决冲突的实质方案,但规定了专属经济区内主权权利和管辖权归属冲突解决的原则标准。^[61] 《公约》并未明确在专属经济区发生此类案件应由加害方还是被害方船旗国管辖,这时应根据《公约》第 59 条规定的“公平”原则确定管辖权归属。其三,本案 19 名被害人均为中国人,被害船舶亦为中国籍,与我国关系最为重要。犯罪嫌疑人在中国境内出现,且本案发生地在我国近海,由我国侦查和追诉较为便利。此外由我国管辖对国际社会也没有不利影响。鉴此,由我国对此案进行刑事管辖既合法又合理,符合《公约》第 59 条关于剩余管辖权分配的“公平”原则。当前国际法学界一种有力的观点也认为,国际犯罪中国家行使刑事管辖权的本质原因在于国家与案件之间的密切联系,通过比较国家与案件的犯罪地、受害者国籍、被告人国籍、被告人被发现地等连接因素之间的关系,考虑刑事管辖对各国的重要性,参考犯罪所涉及的一切情况加以解决。^[62] 这一原则也称为“最密切联系原则”,与《公约》第 59 条所确立的“公平原则”本质上亦同,故根据“最密切联系原则”本案也应由我国管辖。

(二) 专属经济区、大陆架刑法空间效力立法比较与属性分析

1982 年《公约》制定以来,为维护专属经济区和大陆架权益,有的国家在《刑法典》中就专属经济区和大陆架的刑法空间效力作了规定,有的国家则是在海洋立法中就刑法空间效力作了规定。

如前所述,在刑法典中直接规定专属经济区及大陆架刑法空间效力的国家有俄罗斯。2007 年 4 月 9 日修订的《俄罗斯联邦刑法典》专门规定:“在俄罗斯联邦领水或领空实施的犯罪,是在俄罗斯联邦境内实施的犯罪;本法典的效力亦及于俄罗斯联邦的大陆架和经济区的犯罪。”^[63] 该法典还设专条规定了“违反俄罗斯联邦关于俄罗斯联邦大陆架和专属

[60] 《联合国海洋法公约》第 59 条。

[61] 参见 Felipe H. Paolillo, *The Exclusive Economic Zone in Latin American Practice and Legislation*, *Ocean Development and International Law*, 26 (2), 1995, p. 110.

[62] 参见王玫黎、袁玉进:《最密切联系原则在专属经济区刑事管辖权冲突中的适用:以“卡特利娜”轮案为视角》,《西南政法大学学报》2018 年第 1 期,第 56-57 页。

[63] 参见《俄罗斯联邦刑法典》第 11 条第 2 款。

经济区的立法”：(1)在俄罗斯联邦的大陆架非法建造构筑物,在其周围或在俄罗斯联邦的专属经济区非法建立安全区,以及违反保证航海安全的构筑物和设施的建造、使用、保护和拆除规定的;(2)未经有关部门的许可对俄罗斯联邦大陆架或俄罗斯专属经济区的自然资源进行调查、勘探和开采的。菲律宾则是由第 1599 号总统令《设立专属经济区及其他事项》规定了对侵犯专属经济区主权权利的各种犯罪,处以 2 千比索以上 10 万比索以下罚款或 6 个月至 10 年的监禁。^[64]

日本和韩国等国在海洋立法中规定了专属经济区和大陆架的刑法空间效力。《日本专属经济区和大陆架法》规定,日本《刑法》应适用于下列事项:人工岛屿、设施与结构的设立、建造以及使用,自然资源的勘探与开发、养护与管理,海洋环境的保护与保全以及在专属经济区内或大陆架上的海洋科学研究;专属经济区的经济勘探和开发活动;大陆架上的钻探。日本公务员在有关专属经济区或大陆架的海洋区域内对前述事项的公务执行以及妨碍这些执行的行为。^[65]《韩国专属经济区法》规定:为行使或保护韩国专属经济区的主权权利与管辖权以及《公约》所明确规定的其他权利之目的,韩国的法律和规章可适用于专属经济区,倘有侵犯上述权利或者涉嫌违反专属经济区法律与规章者,可以对其采取包括通知、登临、检查、逮捕以及司法程序等在内的必要措施。《韩国专属经济区法》还规定韩国法律(包括刑法)可适用于在上述区域建造的人工岛屿、结构和设施等。^[66]日韩两国与俄罗斯相关法律的不同之处主要在于,俄罗斯立法规定了管辖权和具体罪名,日韩两国立法则只规定了可管辖事项。

那么,沿海国在专属经济区和大陆架的刑事管辖到底属于何种性质的管辖呢?对此有不同立场。第一种观点可称为“专属管辖说”。如俄罗斯有学者指出,根据俄罗斯刑法典,只有在俄罗斯专属经济区非法建立安全区、研究和开采自然资源等行为才应受刑事处罚。在专属经济区杀人的,就不受俄罗斯管辖。^[67]根据这种观点沿海国在专属经济区、大陆架只针对专门事项进行管辖,故称为“专属管辖”。第二种观点是“属地管辖说”。例如《法国刑法典》规定,“共和国领域包含与之相连的陆上、海上空间”“在共和国领域内实施的犯罪,适用法国刑法”。^[68]法国学者认为法国领域包括法国专属经济区和大陆架,在法国专属经济区和大陆架犯罪的属于在法国领域内犯罪,是属地管辖。^[69]第三种观点是“保护管辖”。如根据《德国刑法典》,在德国专属经济区实施的国际条约允许对其作为犯罪行为追诉的妨害环境的犯罪,属于适用国内法的国外行为,按照外国犯中的保护管辖

[64] 参见《菲律宾设立专属经济区及其他事项》第 3 条、第 5 条。

[65] 参见《日本专属经济区和大陆架法》第 3 条第 1 款。

[66] 参见《韩国专属经济区法》第 5 条。

[67] 参见[俄]H·Φ·库兹涅佐娃、И·М·佳日科娃著:《俄罗斯刑法教程》,黄道秀译,中国法制出版社 2002 年版,第 97 页。

[68] 《法国刑法典》第 113-1 条、113-2 条。

[69] 《法国刑法典》第 113-2 条规定,在法国领域内实行的犯罪适用法国刑法。该条还规定,法国领域包括与之相连的陆上、海上空间。法国刑法学解释一般认为,所谓海上空间包括,“自海岸开始,按 12 海里计算的领海,但也可能是享有捕捞权与开发自然资源的海上经济区(确定为 200 海里)”。参见[法]卡斯东·斯塔法尼著:《法国刑法总论精义》,罗结珍译,中国政法大学出版社 1998 年版,第 175 页。

对待。^[70]

上述三种观点中的“属地管辖说”将专属经济区、大陆架视为一国领域,与其法律地位不相符。“保护管辖说”认识到专属经济区、大陆架法律地位不同于一国“领域”,根据德国刑法适用“保护管辖”原则也不存在法律障碍。因为《德国刑法典》第 5 条规定保护管辖的目的,是保护国内法益免受外国犯罪行为侵害,而不管该行为依据犯罪地法是否应受处罚。^[71]我国学者也认为,我国对专属经济区和大陆架只能行使保护管辖权。^[72]但问题是,我国《刑法》规定,外国人在我国领域外对我国国家或者公民犯罪,而按本法规定的最低刑为 3 年以上有期徒刑的,可以适用本法,但是按照犯罪地的法律不受处罚的除外。基于我国《刑法》这一规定,“犯罪地”至少应是一个政治实体,否则无权制定刑法。但专属经济区并非政治实体,也不能制定法律。根据我国《刑法》在专属经济区和大陆架实际上无法行使保护管辖权,因为缺乏“犯罪地法律”的评判标准,适用保护管辖存在法律障碍。

“专属管辖说”基于专属经济区以及大陆架法律地位的特殊性,在传统的刑法空间效力原则之外对专属经济区、大陆架的刑事管辖性质进行新的定位,较为合理。根据“专属管辖说”,其一,沿海国对相关犯罪的管辖限于侵犯其专属经济区和大陆架主权权利及相关管辖权等几类犯罪;其二,对这几类犯罪的管辖不是属地管辖、属人管辖,也不是保护管辖,更不是普遍管辖,是在上述管辖原则之外的一种专门管辖;其三,专属管辖主要适用于外国船只和人员。因为对本国船只上的人员在专属经济区犯罪的,可以适用船旗国管辖原则。总之,沿海国在专属经济区以及大陆架的“专属管辖”是一种基于主权权利和特定管辖权所形成的特别管辖。诚如《印度尼西亚专属经济区法》所称,“‘印度尼西亚主权权利’不同于或不能等同于印度尼西亚对其领海、内水和内陆水道所享有和行使的完全主权。基于上述事实,在印度尼西亚专属经济区内施加的处罚不同于在印度尼西亚共和国主权下的水域内实施的处罚”。^[73]

(三)我国专属经济区和大陆架刑事管辖规定及其完善

1. 管辖规定及存在的问题

我国《刑法》目前未对专属经济区和大陆架的刑事管辖做出明确规定,就外国船舶实施的针对我国国家和国民的犯罪,我国《刑法》规定的属人管辖和普遍管辖原则都无法适用(普遍管辖原则仅适用于国际犯罪)。本来依法理可适用保护管辖原则,但如前所述,根据我国《刑法》规定存在法律障碍。专属经济区和大陆架不是我国领域,属地管辖原则一般不能适用于外国船舶在我国专属经济区实施的犯罪,当然,如果犯罪结果发生或视为发生在我国领域内,则有属地管辖原则适用的机会。《最高人民法院关于审理发生在我国管辖海域相关案件若干问题的规定》,也没有对专属经济区和大陆架的刑事管辖进行

[70] 参见《联邦德国刑法典》第 5 条。

[71] 参见[德]汉斯·海因里希·耶赛克、托马斯·魏根特著:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 212 页。

[72] 参见邹立刚:《论船旗国刑事管辖权》,《法治研究》2011 年第 11 期,第 77 页。

[73] 《印度尼西亚专属经济区法》第 4 条第 1 款。

相应规定。一言以蔽之,我国《刑法》及司法解释并未就专属经济区和大陆架的刑事管辖问题做出专门规定,对外国船舶在我国专属经济区犯罪如何行使刑事管辖权还不是很明确。

我国《专属经济区和大陆架法》规定,中华人民共和国在专属经济区为勘探、开发、养护和管理海床上覆水域、海床及其底土的自然资源,以及进行其他经济性开发和勘探,如利用海水、海流和风力生产能等活动,行使主权权利。为勘查大陆架和开采大陆架的自然资源,对大陆架行使主权权利。对专属经济区和大陆架的人工岛屿、设施和结构的建造、使用和海洋科学研究、海洋环境的保护和保全,行使管辖权。^[74] 我国《专属经济区和大陆架法》还规定:“中华人民共和国在行使勘探、开发、养护和管理专属经济区的生物资源的主权权利时,为确保中华人民共和国的法律、法规得到遵守,可以采取登临、检查、逮捕、扣留和进行司法程序等必要的措施。”“中华人民共和国对在专属经济区和大陆架违反中华人民共和国法律、法规的行为,有权采取必要措施,依法追究法律责任,并可以行使紧追权”。^[75] 尽管我国《专属经济区和大陆架法》已经作出上述规定,但刑事管辖规则仍不明确,且有的规定与《公约》也不一致。

总体来看,我国现行专属经济区和大陆架的刑法空间效力制度还存在如下几方面问题。

一是现行立法没有基于专属经济区和大陆架属性就其刑法空间效力作专门规定,有的方面还与《公约》冲突。例如,《专属经济区和大陆架法》规定我国“对在专属经济区和大陆架违反中华人民共和国法律、法规的行为,有权采取必要措施,依法追究法律责任,并可以行使紧追权”,这一规定与《公约》不一致。如果一艘位于我国专属经济区的美国籍船舶上发生了第三国公民之间的杀人案件,由于“杀人行为”违反了我国法律,按照本条规定似乎可由我国管辖,但根据《公约》应由船旗国管辖。

二是现行立法缺乏有针对性地维护主权权利和特定管辖权的罪刑规范,主权权利和特定管辖权的维护在实践中无法全面落实。例如,外国人在我专属经济区和大陆架非法勘探自然资源、建造人工岛屿、开展科学研究等活动的,根据我国现行立法多难以追究其刑事责任。

三是现行立法未涉及专属经济区和大陆架的剩余权利,特别是就外籍船舶针对我国国家和国民利益犯罪的刑事管辖尚未做出规定。譬如,外国船舶在我国专属经济区实施的走私犯罪、交通肇事犯罪等,我国现行立法也未明确规定。法律的不明确也使具体问题的解决陷入困境。例如,犯罪嫌疑人某甲(我国台湾人)、某乙(印度尼西亚人)等人驾驶巴拿马籍轮船,到达北部湾海域中国专属经济区内与我国船舶从事柴油走私交易,数额特别巨大。经事先约定,2018年1月某日该巴拿马籍轮船在我国专属经济区给我国公民陈某等人驾驶的中国船只过驳柴油。陈某驾驶的船只在我国领海被拿获,随后巴拿马籍轮船在北部湾中国和越南海上专属经济区分界线的越方一侧海域被海警查获。走私犯罪不

[74] 参见《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第3条、第4条。

[75] 参见《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》第12条。

是侵犯专属经济区主权权利和特定管辖权的行为,《公约》没有明确规定沿海国是否有管辖权,我国立法也未对此做出规定。就本案,我国对巴拿马籍船舶是否能行使管辖权曾发生过争议,一度影响了案件的处理。^[76]

2. 制度完善及建议

为有效维护我国专属经济区和大陆架海域的海洋权益和海洋秩序,必须明确专属经济区和大陆架刑法空间效力,建立相应的刑事管辖制度。

第一,参照日本等国立法例在《专属经济区和大陆架法》中完善专属经济区、大陆架刑法空间效力制度。如前所述,之所以建议在海洋立法中规定这一制度,首先是考虑到维持《刑法》总则稳定和我国刑法修订传统;其次是在海洋立法中规定管辖海域刑法空间效力,是日本、韩国、印度、马来西亚等多数国家的做法;最后,对于管辖海域的执法管辖权和司法管辖权不宜在相关实体法和诉讼法领域分割规定,由专门的海洋立法统一规定更为合适。那么,在《专属经济区和大陆架法》中如何规定专属经济区和大陆架的刑法空间效力制度的内容呢?比较上述俄罗斯和日本、韩国的立法,本文认为日韩模式相对可取。《俄罗斯联邦刑法典》总则只是规定其刑法效力及于专属经济区和大陆架,没有规定相应的管辖范围,难以与属地管辖区分。相比之下,日本和韩国的专属经济区和大陆架立法明确规定了本国法律或刑法在该海域的适用或管辖事项,体现了该海域“专属管辖”的特点和要求。就日、韩两国比较而言,日本的立法更为具体,规定了刑法等法律适用的各具体事项,操作性也更强,值得借鉴。

建议对《中华人民共和国专属经济区和大陆架法》进行如下修改:

一是在本法第 12 条中增加下列内容作为第 2 款:我国行政法、刑法等法律适用于专属经济区和大陆架人工岛屿、设施与结构的设立、建造以及使用,自然资源的勘探与开发、养护与管理,海洋环境的保护与保全以及在专属经济区内或大陆架上的海洋科学研究,专属经济区、大陆架的勘探、钻探和开发活动,我国公务人员在专属经济区、大陆架对前述事项的公务执行活动,以及其他基于公平原则可以由我国管辖的事项。

将刑法、行政法等合并规定,是考虑到实践中海上行政执法和刑事执法由海警统一开展,便于在工作中相互衔接。须说明的是,本款特别增加规定“以及其他基于公平原则可以由我国管辖的事项”,是《公约》第 59 条的国内法化。既然《公约》第 59 条关于剩余权利的规定为我国行使管辖权提供了相应依据,就必须充分利用。如果国内法中有了这一规定,对外国船舶在专属经济区从事走私等犯罪管辖就有了明确的国内法依据。

这样修改以后原 12 条第 2 款相应变为第 3 款,可将其内容调整为:“中华人民共和国对在专属经济区和大陆架违反上述法律、法规的行为,有权采取必要措施,依法追究法律责任,并可以行使紧追权。”即,将“违反中华人民共和国法律、法规”修改为“违反上述法律、法规”以与第 2 款衔接的同时,在具体范围和指向上更明确,也可以避免与《公约》发生冲突。

二是对于外国船舶在专属经济区、大陆架针对我国船舶实施犯罪,明确规定我国有刑

[76] 这是笔者在海南省检察系统调研中了解到的案件。

事管辖权。可以在本法第12条中增加相关内容作为第4款:在专属经济区、大陆架针对我国船舶实行的犯罪,适用我国刑法。^[77] 国外也有这样的先例。如前所述,《法国刑法典》第113-3条就规定,“在悬挂法国国旗的船只上实行的犯罪,或者无论其处于何地,针对此种船只的犯罪,适用法国刑法……”,这一规定值得借鉴。这样规定,可以视为是船旗国管辖原则在我国主权权利海域(甚至包括公海)的另外一种形式,是对我国《刑法》第6条属地管辖和船旗国管辖原则的完善,可以为司法实践提供更明确的执法依据。这样一来,类似于“卡塔利娜”号交通肇事案的管辖不但有《公约》为据,而且有国内法上的明确依据。

第二,借鉴俄罗斯立法增加规定侵犯我国主权权利和特定管辖权的罪刑规范。因我国迄今没有真正的附属刑法规范,不宜在海洋立法中规定罪刑规范,可采取刑法修正案形式。至于具体罪名,如前所述,《俄罗斯联邦刑法典》确立了两项犯罪,即针对在俄罗斯联邦大陆架、专属经济区的构筑物非法营建、使用等行为,及针对俄罗斯联邦大陆架、专属经济区的自然资源调查、勘探和开采行为,该法典根据行为侵犯的法益不同确立相应的罪名,值得借鉴。菲律宾总统令《设立专属经济区及其他事项》只是笼统规定对侵犯专属经济区主权权利的各种犯罪处以相应刑罚,缺乏明确性。可以将专属经济区和大陆架侵犯我国主权权利的行为,以及对妨害我国在专属经济区和大陆架行使相应管辖权的行为,在刑法修正案中作为相应罪名规定。

第三,围绕专属经济区和大陆架刑事管辖在司法实践中充实和完善相关制度和法律适用原则。例如,前面提到在《专属经济区和大陆架法》中纳入《公约》第59条的公平原则,但“公平”原则的适用也需要通过实践不断充实其内容,可以通过司法解释、典型案例指导等方式完善、阐发管辖海域刑事管辖制度。当前一个突出的问题是,外籍船舶在我专属经济区的走私行为异常猖獗,对其刑事管辖是困扰我国刑事司法实践的重大突出问题。虽然针对外籍船舶在专属经济区的走私犯罪,《公约》没有明确规定管辖权,但《公约》要求“在公平的基础上参照一切有关情况,考虑到所涉利益分别对有关各方和整个国际社会的重要性,加以解决”。我国对外籍船舶在我国专属经济区的走私犯罪行使管辖权符合“公平”原则。

首先,这类案件与我国存在重大利益关系,犯罪结果也发生在我国,与船旗国的关系则没有那么紧密。特别是现在走私船舶多悬挂方便旗,船东只是在船旗国登记而无实质关系,由船旗国管辖这类案件缺乏实质合理性。“方便旗带来的重大争议已经在一系列重大事件中得到警示……这些事件清楚地表明,当船东与船旗国只有名义上的联系时会带来更多突出的问题”。^[78] “事实上,自从方便旗注册诞生之日起,船旗国不能承担国际

[77] 是在《刑法》第6条增加这一规定还是在《专属经济区和大陆架法》中规定,可以进一步斟酌。事实上,除专属经济区和大陆架外,我国船舶在公海其他领域受到攻击,也应规定可以适用我国刑法。从这个角度来说,在刑法典中作类似于法国那样的规定,可以更全面地维护我国权益。

[78] Awni Behnam, Ending Flag State Control? in *International Marine Environmental Law*, edited by Andree Kirchner, Kluwer Law International, Vol. 64, 2003, p. 126.

法下的责任就一直是个问题”^[79] 其次,在专属经济区查缉此类走私犯罪对国际社会的航行自由也不会造成太大影响,因为只有存在确凿证据并且符合《公约》规定的法定程序前提下才能查缉。再次,这类案件发生在我国近海海域,从调查取证等刑事侦查措施来看,由我国管辖更为方便。鉴此,上述巴拿马籍轮船在我北部湾海域中国专属经济区走私案,由我国行使管辖权,符合《公约》规定的公平原则。至于对该类走私犯罪管辖的性质,可以视为犯罪结果发生在我国,是属地管辖,同时对该类犯罪又有专属管辖性质。最后,国际社会所主张的最密切联系原则与《公约》第 59 条的“公平”原则本质上相似,都可以用来作为我国管辖此类案件的依据。在国际刑事司法实践中被采用过的“推定存在”原则,在某些案件中也可以作为我国在专属经济区管辖相关案件的依据。^[80] 总之,如何拓展我国在专属经济区、大陆架的刑事管辖权存在不少可资适用的原则和原理,应当在司法实践中学习、适用和总结,定期或不定期发布指导性案例,条件成熟时制定相应的司法解释。

综上,在符合《公约》要求的前提下,无论是立法还是司法方面,都应尽可能更好地解决海上犯罪管辖中的突出现实问题,最大限度地维护我国国家利益,这应当是确立和适用专属经济区和大陆架刑法空间效力制度的基本指导思想。

结 语

党的十九大报告明确提出,“坚持陆海统筹,加快建设海洋强国”。建设海洋强国的前提是能够依法维护我国海洋权益和海洋秩序,在国家管辖海域依法行使刑事管辖权,是维护我国海洋权益和海洋秩序的必要手段。上述研究表明,我国《刑法》所规定的空间效力制度与《联合国海洋法公约》缺乏应有衔接,不能适应海上犯罪刑事管辖和海上维权的需要。由于国家管辖海域刑法空间效力制度有其特殊性,不能完全照搬适用于领陆的刑法空间效力制度,很多国家也都根据《公约》完善了管辖海域刑法空间效力制度。我国应在《领海及毗连区法》中规定刑法与《公约》等国际法的适用关系,在《刑法》分则中对外国船舶在我国领海非无害通过的行为予以犯罪化,通过司法解释等明确我国毗连区五类事项所涉罪名。专属经济区和大陆架的刑事管辖在属性上是“专属管辖”,可以在《专属经济区和大陆架法》中完善专属经济区和大陆架刑法空间效力制度,特别是纳入《公约》第 59 条规定的公平原则。通过刑法修正案方式,将在专属经济区和大陆架妨害我国主权权利和相应管辖权的行为作为两项新增罪名。司法实践也应充分利用《公约》规定,并吸纳借鉴国际社会相关主张或做法,有效应对外国船舶在我国主权权利海域实施侵犯我国

[79] 参见 K. X. Li and J. Wonham, Registration of Vessels-New Developments in Ship Registration, *International Journal of Marine and Coastal Law* (IJMCL), Vol. 14, No. 1, 1999.

[80] 国际海上法中的“推定存在”是指,受母船支配的船舶的存在就视为其母船也存在于相应的海域,被母船支配的船舶的行为也被视为母船的行为。例如,在专属经济区走私的外籍母船,派遣受其支配的船舶运输走私货物到我国领海,视为母船的走私行为发生在我国领海,我国可据此行使刑事管辖权。具体参见刘文宗:《我国有权对“鹰王”后走私船行使主权管辖》,《外交学院学报》1992 年第 1 期,第 46 页。

国家或国民利益的犯罪。

国家管辖海域的刑法空间效力制度无论在理论上还是实务上都是崭新的课题,上述研究和建议都只是初步的观点,还需要完善,某些论证也需要进一步的实证调查支撑。在国家管辖海域积极行使刑事立法管辖权和司法管辖权,不但是有效维护我国海洋权益和海洋秩序的紧迫现实需要,对于推动我国刑法的现代化和国际化也有一定的意义,因此对这一问题还有继续深入研究的必要。

[本文为作者主持的教育部人文社会科学基金项目“国家管辖海域刑事管辖权研究”(13YJA820045)的研究成果。]

[**Abstract**] The legal status of sea areas under national jurisdiction, related to a country's economy and national defense, is different from that of the land, and the criminal jurisdiction in this region is an important means of safeguarding maritime rights and order, so it is necessary to construct a system of spatial validity of criminal law adapted to the characteristics of various sea areas. By basing itself on the reality in China and comparing and drawing lessons from the relevant foreign legislative experiences, this paper suggests that China should stipulate applicable rules on the relationships between Chinese Criminal Law and international law, such as the United Nations Convention on the Law of the Sea, in the Law of the Territorial Seas and Contiguous Zones. It should criminalize non-innocuous conducts of foreign ships in Chinese territorial waters in the Criminal Law, and clarify the crimes involved in five kinds of matters violating customs law, fiscal law, health law and rules entry and exit management, etc. in China's contiguous zones through judicial interpretation; construct a system of spatial validity of the criminal law in the continental shelves of exclusive economic zones in the Law on Exclusive Economic Zones and Continental Shelves, and by drawing on the legislative experience of other countries, adopt a criminal law amendment to improve the norms on crimes of violating China's sovereignty and specific jurisdiction; and enrich and improve the rules on the application of criminal jurisdiction in the exclusive economic zones and continental shelves in legal practices so as to effectively prevent foreign vessels from committing crimes against China's interests in waters under the sovereign power of China.

(责任编辑:王雪梅)