

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2018.02.012

建立海外军事基地的国际法规制研究

司玉琢, 袁 曾

(大连海事大学 法学院, 辽宁 大连 116026)

摘 要: 海外军事基地对于保障国家战略利益具有重要作用。当代海外军事基地属于国际地役的特殊形式,不存在无限的治外法权,不具有使馆“拟制领土”的法律地位。建立海外军事基地需有硬法、软法作为支撑的国际法维度依据,除需国内法授权外,国家间通过协议明确权利、义务边界。海外军事基地享有有限的自治权、豁免权,东道国享有一定的管辖权,但权利的范围以尊重东道国主权并支付相应对价为前提。通过制定完善《海洋基本法》等国内法、承认有限国家豁免原则,为中国建设海外军事基地提供法律指导。

关 键 词: 海外军事基地; 国际地役; 有限豁免

中图分类号: DF 961.9

文献标志码: A

文章编号: 1008-3758(2018)02-0189-08

On the International Law Regulation of Overseas Military Base Construction

SI Yu-zhuo, YUAN Zeng

(Law School, Dalian Maritime University, Dalian 116026, China)

Abstract: Overseas military bases play an important role in safeguarding national strategic interests. As a special form of international servitude, modern overseas military bases do not have the infinite legal rights of extraterritorial powers and the legal status of an embassy's fictitious territory. Overseas military base construction should be based on the international law supported by hard and soft laws. In addition to the domestic law authorization, countries should sign clearly the rights and obligations via mutual agreements. Overseas military bases have limited autonomy and restrictive immunity, but the receiving countries enjoy some sovereignty and the corresponding price of the premise should be paid punctually. Through the establishment of the basic law of the sea and other domestic laws and the recognition of the principle for restrictive national immunity, it may provide the legal basis for the construction of China's overseas military bases.

Key words: overseas military base; international servitude; restrictive immunity

根据新华网 2017 年 7 月 11 日报道,中国首个海外军事基地当日在吉布提投入使用。海外军事基地,是指主权国家在本土以外的他国或地区领土驻扎武装力量、进行特定军事活动、建有相应

组织机构和设施的地区^[1]。派出军队的国家被称为派遣国,接收他国军队的被称为东道国。当代海外军事基地主要具备战略威慑、补给休整、情报搜集、反恐合作等平台化功能。各大国均积极谋

收稿日期: 2017-10-28

基金项目: 国家社会科学基金资助项目(14BFX128)。

作者简介: 司玉琢(1937-),男,辽宁朝阳人,大连海事大学教授,博士生导师,主要从事海商法研究;袁 曾(1988-),男,湖北孝感人,大连海事大学博士研究生,主要从事海商法研究。

求本国军力布局海外,2009年日本通过《海盗对策法》为自卫队出境扫清国内法障碍,随后迅速在吉布提建立海外军事基地。印度近年执行外向型海洋战略,在安达曼群岛建立了军事基地。俄罗斯国力虽大不如前,但仍出于战略目的保留了塞瓦斯托波尔和塔尔图斯两个海外海军基地。

即便在吉布提已建立我军保障基地的情况下,法学界对于海外军事基地的研究仍较少,对于海外军事基地的特征、法律地位等基础性研究缺位。而建立海外军事基地的依据是什么?其他大国的实践怎样影响国际公法的发展,其权利与义务的边界阈值在哪里,又对中国建立海外军事基地后的法律适用有何借鉴?上述问题亟待论证,以期与实践提供导向。

一、国际法语境下的海外军事基地法律地位辨析

海外军事基地应具备以下几个要素:一是在本土范围以外建立,二是遂行派遣国军事任务,三是驻扎派遣国武装力量,四是建立常备军事设施,五是派出武装力量的须为主权国家。具备以上所有特征即符合海外军事基地的完整特征。上述构成要素决定了海外军事基地的国际法地位——当代海外军事基地不同于租界,也非浮动领土,而属于国际地役。

1. 无“租界”的治外法权

租界具有鲜明的殖民色彩,如殖民国家通过武力强迫清政府签订不平等条约,在中国主权领土上强制性划定长期占用区域,且宗主国享有领事裁判权等完全的治外法权。租界是被殖民国家受胁迫而将本国领土根据条约“让与”(concede)宗主国,而海外军事基地是一国将其部分领土“出租”给另一国进行军事使用。目前世界范围内的海外军事基地绝大多数为法律地位平等的主权国家通过签订协议产生,并约定租用费率、年限。海外军事基地仅受主权国家委托而在基地范围内享有一定的裁判权与豁免权,这种有限的权利来自于东道国的授权,因而具有与租界根本不同的法律地位。

2. 并非“浮动领土”或“拟制领土”

使领馆被认为属于一国的“浮动领土”或“拟制领土”,与之具有类似性质的是一国的航空器与船舶。如1961年《维也纳外交关系公约》第30条

规定,在驻外使领馆发生的犯罪适用派出国刑法。根据我国《刑法》第6条的规定,在我国的船舶或航空器内犯罪的适用该法。笔者认为,海外军事基地与上述主体具有显著的不同。首先是设立的依据不同,设立使领馆依据的是法律文件,世界范围内已形成复杂的外交规范、礼仪、准则,而海外军事基地则依据国家间的协议建立,无统一的法律规制;其次,从事实上看,使领馆是国家间平等设立的,需遵循“外交对等原则”,而海外军事基地一般是强国派驻弱国,不存在相互设立海外军事基地的对等关系。从物权角度分析,船舶与航空器的所有权属于主权国家或其法人、个人所有,但海外军事基地使用领土的所有权仍属东道国,派遣国仅享有占有、使用的权利。目前没有主权国家将海外军事基地的地位等同于本国船舶或航空器,或将其解释为本国领土。因此,海外军事基地的法律地位并非浮动或拟制领土。

3. 属于积极的国际地役

地役,源自罗马法中的 Servitude 术语^[2]¹²⁷,指土地所有人、使用人为了满足自己的某种便利,而使用他人土地的权利。国内民法上的地役关系,以土地的相邻为产生基础,例如在相邻的土地上开凿水渠等。地役包括供役地和使役地,由于早期国际法认为领土主权与土地所有权属同类概念,主权等同于所有权,因此地役的概念得以在国际法上应用^[3]。国际地役的主体只有国家,指供地国根据条约或协定,为另一国的利益而对自身领土主权设置特殊限制,例如“二战”期间缅甸允许我国远征军过境至印度。按照奥本海的观点,国际地役属于物权,即使拥有领土主权的主体变更,也并不改变供役国领土的法律地位及主权,但可由相关条约予以变更或废止^[4]。例如菲律宾议会在1991年否决了有关允许美军继续驻防菲律宾的提案,决定不再与美国签订新的租借条约^[5]。东道国自愿提供地役的土地,是国际地役形成的基础。若东道国基于武力胁迫等不平等原因提供用地,则供役土地属于租界。国际地役分为积极与消极两种。积极的国际地役指用地国有权从事特殊行为,如驻扎军队;消极的国际地役指东道国要求其他国家不得从事某些行为,如美国要求与加拿大的边界地区互不设防。中国在吉布提设立海外保障基地,依据的是与他国签订的条约或协定,属于积极的国际地役,并未侵犯他国主权。

二、建立海外军事基地的法律依据与适用

1. 硬法提供法律渊源

硬法是指由国际社会广泛接受的、具有普遍影响力的国际法规范。《国际法院规约》第39条列明了属于硬法的国际法渊源,包括普通或特别国际协约、能证明为被接受为法律的国际习惯、一般法律原则、在其第59条规定之下的司法判例及各国权威最高之公法学家学说^[6]。对于建立海外军事基地,国际法缺少广泛性的支持或否定。笔者认为,这种缺少规制的情形有其特殊原因,首先是能够建立海外军事基地的是为数不多的大国,不具备形成国际法的一致基础;其次是已有的有关法律文件对于其法律地位也未形成统一认识。《南极条约》《外空条约》等基于人类共同利益反对建立军事基地,而《联合国宪章》《北大西洋公约》则支持海外军事基地的建立。《联合国宪章》第82条规定,联合国有权在托管领土内设立军事基地开展维和任务,直接赋予了联合国在他国领土上建立海外军事基地的合法性权利。判例对于国际法的形成具有现实的张力。学界认为国际常设仲裁法院对于1910年“北大西洋渔业案”的裁决拒绝了国际地役的概念,但1929年智利与秘鲁间的阿利卡议案又明确地使用了国际地役的概念,国际法院在1960年“印度领土过境案”中,承认了国际地役的存在,并且认为国际地役只存在于国家之间。

国际习惯法在实际运用中能够产生一定作用,但只适用于国家普遍接受、承认的法律义务与共同利益。在没有协议特殊规定的情形下,对于海外军事基地的规制存在一些国际习惯法。如派遣国人员不受东道国的出入境管理制度与签证制度的规制,依照东道国与派遣国的协议对派遣国人员进行特殊手续管理,而海外军事基地对于使用的领空无特殊规定时,一般认为派遣国军队只能使用最少范围的必要领空^{[2]13}。关于海外军事基地人员犯罪的管辖权等问题,无国际法作出具体规定,但习惯法认为东道国享有独立的法治地位。例如,有关维和部队人员犯罪的管辖权问题,联合国国际法委员会曾指出由东道国对其境内的犯罪行为行使优先管辖权,仅当东道国不能或不愿行使管辖权时,才由维和人员所属国管辖^[7]。

2. 用软法间接形成适用规则

硬法具备一些天然的缺点,如通过的程序复杂、形成规范性法律文件的过程久远,由于利益方博弈而经常夭折,硬法虽在强制力上优于软法,但后者弥补了硬法的不足。软法概念出自国际法院首位英国法官麦奈尔勋爵^[8],指原则上没有法律约束力,但有实际效力的行为规则。软法的制订者一般不是正式的国家立法机关,如WTO等国际组织间的规则。软法有着快速、灵活、方便的优势,软法简便的制定程序可迅速达成协议、有效控制情势。当议题涉及军事基地等高敏感性领域时,适用软法有助于解决争端。如美国与苏联间的战略武器限制谈判所签订的系列文件,精确规定了双方导弹的数量、种类。从宏观维度分析,被广泛接受的国际人道法规范,最初在军队中使用,属于软法的范畴,反映了国际交往中的共同愿望,成为海外军事基地中需要适用的软法。当今世界认同的禁止武力打击和武力威胁等理论性规则^[8],同样需要在实践中运用。从微观的维度分析,海外军事基地的军人及家属禁止利用免税的地位从事海外代购等行为也属于软法的调节范围。

3. 国内法提供法律授权

关于能否建立海外军事基地,除了需要国际法的规定外,最主要的依据是东道国与派遣国的国内法规定。如菲律宾1987年《宪法》规定:任何外国军事基地、军队或设施都不允许在菲律宾存在,除非就此问题签订的条约得到菲参议院三分之二多数批准^[9]。从我国现行法律体系的规定分析,他国在我国建立军事基地的请求是无法得到法律支持的。为了寻求对于海外驻军的法律突破,日本于2001年通过《反恐特别措施法》,授权自卫队协助美军海外军事行动并使用武力^[10]。2008年安理会通过决议授权有关国家向索马里海域派军打击海盗,2009年6月,日本众议院通过《海盗对策法》,向索马里海域派遣海上自卫队。日本为突破和平宪法以便在吉布提建立首个海外基地,接连通过《有事法制三法案》《七项有事相关方案》等法案,在派遣武装力量程序、使用武力程度等作出实质性突破,相关法规赋予日本政府为打击海盗而先行决定派遣武装力量的权力,政府可以在用兵结束后再向国会报告。建立海外军事基地需要派遣国的国内法授权,除参与安理会授权的维和行动外,我国法律对于在他国派驻海外

军事基地无明确的成文法支持。当前我国缺少对于建立海外军事基地的国内法支持,不利于为迅速建立海外军事基地提供法律授权与保障。

4. 国家协议提供合作法律框架

实践中关于海外军事基地的设立、管理等相关法律问题,多由相关国家订立的条约规定,但只有主权国家才具有当然和完全的缔约能力。从形式上看,协议必须是缔约国双方的意思表示一致。根据美国派驻海外武装力量的经验,其建立海外军事基地的基本路径为同其他国家签订《部队地位协定》,作为管理在东道国主权领土美方武装力量的法律依据,如《日美安全保障条约》《驻日美军地位协定》《韩美部队地位协定》等。《部队地位协定》一般分为核心条款与普通条款,核心条款主要涉及刑事管辖权,普通条款则规制行政、管理、交往等日常事务。由于大型航空器、船舶等机械会造成较大污染,目前的协定还会涉及环境污染与赔偿问题。

三、海外军事基地的 权利与义务阈值

阈值,是指边界范围。同其他任何法律主体一样,海外军事基地同样享有权利并承担义务,其权利与义务的来源为国际条约、习惯法及双边或多边协议。若有关海外军事基地的协议能够将有关主权、刑事、民事等相关问题均清晰规定,实践中将很少产生争议。但从现实情况分析,任何协议都无法将所有事宜均界定清晰。因此,厘清现行法律体系下的海外军事基地权利与义务的边界,对我国建立海外军事基地具有重要意义。

1. 权利的边界受限

(1) 派遣国不拥有军事基地的主权

主权问题是设立军事基地的核心问题,笔者认为,海外军事基地所占用领土或领海的主权仍归属于东道国所有的基本原则不变。人类文明史上关于海外军事基地的主权地位有三种类型,第一种是派遣国拥有绝对主权,此种基地随着历史的进步已无发展的空间。第二种是派遣国与东道国共享使用,但主权仍归东道国所有。例如北约各国的军事基地,可以为北约其他国家的军队所使用。第三种是东道国拥有绝对主权,而派遣国被授权部分权利,由派遣国管理使用。现今大多数海外军事基地均属第三种,东道国拥有的主权

优于协议规定的其他项权利。美军在百慕大群岛驻扎时明确约定,美军基地在此拥有的权利是基于英国的统治地位与主权。海外军事基地不能成为派遣国领土或领海划界的依据,派遣国必须严格遵守东道国的边界范围认定,不得据此适用《联合国海洋法公约》等公约规定的划界规定。

(2) 自卫权与有限的自治权

由于海外军事基地的敏感特性,派遣国具有在军事基地地区内拒绝东道国公民或其他人员进入的权利。派遣国有权在东道国同意的范围内建立识别区,以应对可能发生的威胁。派遣国军队在紧急情况或训练时,有权在营区范围内使用必要的武器。海外军事基地在营区范围内享有一定的自治权,根据1951年《北约组织成员国驻军地位协定》第10条及有关行政管理的规定,当地驻扎的派遣国部队官兵与军属可以享受税收减免、免登记使用私人车辆等优惠政策。一般而言,海外军事基地享有行政管理、税收征缴等方面的独立性,但海外军事基地属于国际地役,其享有的权利来自东道国的授权,海外军事之地并非法外之地,东道国可使用合理手段对授权进行限制,从而在事态发生变化时终止派遣国利用授权从事严重违反国际法或东道国国内法律的活动。

(3) 有限的管辖权

随着租界等殖民产物的消亡,列强拥有完全治外法权的时代已过去,现有海外军事基地涉及的管辖权问题基本由平等国家主体依协议约定。由于签订海外军事基地租用协议的一般为友好国家,因此对于争端的解决一般按照外交方式解决。如《北约组织成员国驻军地位协定》第11条规定:仅当协议没有约定时,成员国才可将争议提交北约委员会裁决,否则按照外交途径解决争议。从现实维度分析,海外军事基地涉及的活动可能引起管辖权争议的主要有两种,一种是海外军事基地所属人员的个人活动,另一种是海外军事基地军事活动与日常活动造成的环境污染。第一种类型容易引发裁判权适用的民、刑事争议;第二种主要涉及海外军事基地所引起环境污染问题。在美国与多国签订的《部队地位协定》中,民事、行政基本规定是由东道国优先行使管辖权,而刑事管辖权则因涉及到军人的敏感身份而纷繁复杂。《北约组织成员国驻军地位协定》第7条规定,当派遣国军事人员仅违反军事法时,由派遣国行使当然管辖权。

从美国现行海外军事基地刑事管辖权模式分析,其主要采取以下三种模式:第一种是某些类型案件由美国军事法庭专属管辖,排除东道国的管辖权。1996年《美蒙军事交流与互访协定》第10条规定,美军士兵在蒙古的犯罪行为由美国法律规制,嫌疑人交由美军当局控制,实际排除了蒙古对于美军士兵涉及刑事案件的管辖权。第二种模式是由东道国法院行使管辖权进行审判。例如20世纪90年代,泰国是按照其国内法审判来访美军士兵的犯罪行为。第三种模式是美国和东道国对刑事案件均享有管辖权,并按照约定对特殊案件分别进行优先管辖。现行海外军事基地的管辖权模式中,采取第三种模式的较多。《北约组织成员国驻军地位协定》第7条规定:派遣国可依照其国内法,优先管辖其军事人员在从事公务时所犯罪行,东道国可依照其国内法对派遣国士兵在非执行公务期间的不法行为优先行使排他的管辖权。

海外军事基地受其本身军事设施特性影响较易引发环境污染,从而引发管辖权争议。目前,国际社会依然缺乏对于国际环境污染犯罪的统一法律法规。欧洲理事会《1998年刑法公约》采用分类列举的方式列明了环境犯罪,确立了涉及多国的环境污染案件由污染发生地国家管辖的原则。从美国在处理其海外军事基地所引起的环境污染案件时案例分析,其原则上承认该类纠纷依据东道国国内环境法规处理。美军于1986年、1988年分别两次造成日本嘉手纳基地环境污染,最终将受污染土壤运回国内处理。另外美、韩在2000年修改《驻韩美军地位协定》的协议中加入环保条款,美国尊重韩国的环境法规并在造成污染后承担相应的经济赔偿及相关责任。

(4) 执行公务时的豁免权

豁免(immunity),又称主权豁免,包括国家豁免与外交豁免两种。实践中常体现在司法豁免中,指一国法院非经他国同意,不得就对该国提起的诉讼行使管辖,不得对该国外交官员或其国家财产采取强制措施。主权豁免经历了从绝对主权豁免至有限主权豁免的发展。绝对主权豁免中对派遣国君主在另外一国的财产、行为,东道国法院均采取尊重他国主权而予以不予受理的态度。有限主权豁免区分管理行为和私法行为,当派遣国人员履职时仍享受豁免,而当派遣人进行个人私法行为时,不存在豁免。美国法院早期持有的观

点是绝对主权豁免,当一国允许另外一国军队过境时,即根据这一事实承认了另一国军队的豁免权。这个观点来自于经典案例——1812年 *The Schooner Exchange v. McFadden* 案,该案由美国联邦最高法院的裁判确认,军舰作为国家武装部队的组成部分,在他国领土内享有管辖豁免。英国法院则持有限主权豁免的态度,认为除非东道国放弃,否则一国武装力量自然接受东道国法律的管辖。美国法院在 *Wilson v. Girard* 案后接受了英国法院的观点,即东道国自然享有管辖权,外国军队并不自然拥有豁免。

笔者认为,军队作为国家权力机构的代表,在对外关系中应享有一定程度的特权与豁免。如1919年《关于管理空中航行的公约》第32至第33条规定,军用航空器享有主权豁免。海外军事基地在东道国也应享有一定的特权与豁免,例如合法进入他国领海或内水的外国公用船舶包括军舰,具有一定的特权与豁免。外国驻军在东道国能享受到的豁免权,须视军队派遣国和东道国的约定,东道国与派遣国之间须订立有关豁免的特别协定才能使外国的军事力量在接受国享有主权豁免。1982年《联合国海洋法公约》第32条规定了军舰和其他政府船舶的豁免权,军舰常被视为“船旗国的浮动部分”,按照船旗国管辖原则,派遣国可以在船舶上行使公权力并提起诉讼。但是军舰成员在外国登陆后的法律地位问题一直存在争议。通说认为,如果军舰成员是为了执行公务而登陆,则其继续处于本国法律的管辖下,享有豁免权。若其仅仅为娱乐或消费的目的上岸,则其应当受东道国国内法的管辖,不享有豁免权。1998年2月,一架美军侦察机在意大利境内执行任务,其飞行路线、计划均得到了意大利当局的批准,但由于飞行员未按要求高度飞行,致1部缆车失事、20人死亡。这起案件牵扯到刑事责任与民事赔偿两个方面,虽然意大利方面表示了强烈不满,但美国法院裁判由于飞行员在执行职务因而享有豁免权。根据《联合国特权及豁免公约》《联合国各专门机构特权及豁免公约》《维也纳外交关系公约》《维也纳领事关系公约》《联合国特别使团公约》《维也纳关于国家在其对国际组织关系上的代表权公约》等公约的条文内容分析,尽管对外交官员的特权与豁免作出了规定,但是上述条约并没有对海外军事基地的成员作出排他的管辖豁免规定。海外军事基地中的军队人员,从身份上不具

有外交使节的属性,不应享有外交豁免权。《北约组织成员国驻军地位协定》第8条对于驻军人员、文职人员及其家属的特权与豁免作了规定:除军队成员执行公务以外,派遣国不得要求任何形式和程度的豁免。迄今为止,我国没有关于主权豁免理论的专门法律规定,我国在主权豁免方面的立法尚属空白。

2. 建立海外军事基地需要承担相应义务

(1) 军事基地取得方式应合法

在海外部署军事基地,其代表的是派遣国意志,但派遣国必须努力增强其建立海外军事基地的国际合法性,以求符合《联合国宪章》与相关国际法准则。根据1969年《维也纳条约法公约》、1986年《关于国家和国际组织间或国际组织相互间条约法的维也纳公约》对条约有效性的规定,要使为设立军事基地而达成的条约合法有效,须至少满足三个条件:①缔约主体需是能够承担国家责任的国际法主体;②从形式上分析,必须是缔约国双方的意思表示一致;③从内容上看,缔约国双方所创设的国际法上的权利和义务不得违反国际法。以武力征服手段获取海外军事基地的方法已为以《联合国宪章》的原则和宗旨为代表的现代国际法所禁止,大国谋求在主权平等原则指导下,通过谈判、协商等友好方法使得相关政治意愿合法化已成为常态^[11]。

(2) 武装部队及附属人员遵守东道国法律

德国由于“二战”后的特殊地位,涉及海外军事基地的活动比其他北约国家更为频繁,1959年《北约组织成员国驻军地位协定补充协定》第45条、第46条对军事活动作了明确规定,派遣国的军事活动必须通知德国当局,即使协定无约定时,派遣国的武装力量根据习惯法也必须遵守德国的法律。英国下议院规定,美军在英国的军事基地的变动、调整武装部队数量及军事基础设施建设须征得英国同意。由于《北约组织成员国驻军地位协定》对于法律问题规定较为合理,许多国家间缔结有关海外军事基地协定时均以此为蓝本。有关民事管理的内容,《北约组织成员国驻军地位协定补充协定》作了明确说明,例如,海外军事基地内的人员虽不用遵循一般旅客的出入境、边检程序,但须随身携带能证明派遣国身份的文件(第5条)、将驾照向派遣国注册获取能够在东道国驾驶机动车的证明(第9条)、遵守东道国交通法规(第10条)等义务。海外军事基地并不是法外之地,

其人员与装备除协议有特别约定外,须遵守东道国内法。

(3) 禁止在人类共同遗产上建立军事基地

目前,国际法呈人本化趋势发展,国际法的理念、价值、原则、规则、规章、制度等内容朝着注重人类整体权利、利益的方向发展。当今国际社会对在南极、月球、外太空等人类共同遗产上建立军事基地持反对态度,如1959年《南极条约》第1条规定:南极应只用于和平目的。一切具有军事性质的措施,如建立军事基地、建筑要塞、进行军事演习及任何类型武器的试验等均予禁止。1966年《外层空间条约》第4条规定:禁止在天体上建立军事基地、设施、工事及试验任何类型的武器和进行军事演习。1979年《月球协定》第3条规定:禁止在月球上建立军事基地、军事装置及防御工事,试验任何类型的武器及举行军事演习。人类共同遗产不是某一特定国家或民众专属享有,而是属于全人类共同所有,各主权国家没有依靠强权或协议在此建立军事基地的权利。

(4) 支付租金义务

海外军事基地属于国际地役,使用他国土地应当支付对价货币或其他补偿。俄罗斯、乌克兰于2010年签署《哈尔科夫协议》,俄罗斯以低于市场价三成的价格向乌供给天然气以换取俄黑海舰队驻扎在塞瓦斯托波尔,俄罗斯按年租金1.5亿美元使用位于哈萨克斯坦的拜科努尔航天基地。日本于2012年在吉布提建成可以起降大型运输机的军事基地并投入使用,租金为每年3千万美元。2015年5月,美国与吉布提就莱蒙尼尔军营达成续租协议,租期10年,租金为每年6千万美元。派遣国无法按时全额支付租金时,东道国有权中止双边协议并采取留置等措施减少损失。

四、建立海外军事基地的法律规制建议

纵观我国邻国的扩张路径,无不推行海洋强国战略,积极开拓布局海外军事基地,保障本国战略要道安全。当前我国大力推行“一带一路”倡议,为维护日益庞大的海外利益,首先需要确保战略要道安全。过去受国力限制,我国对于海外战略采取保守态度,但随着我国成为世界第二大经济体及国际情势的变化,中国将需要布局更多与吉布提类似的海外军事基地,如何依据法律规制

妥善维护中国利益并与其他国妥善相处,需要明确的立法导向。建立海外军事基地,需要有国内法作为派遣军事力量的依据。美国在其国内法中明确规定了获取海外军事基地的法律程序要件,其1972年《扎布洛茨基法案》规定了国会的知情权及国务院的商议权,美国国务院据此制定了第175巡回程序规则,对有关海外军事基地的条约签订限定了包括相关机构审查、签约的主体有效性等强制性要求。日本于2007年通过了《海洋基本法》,要求建立综合海洋政策本部,并由该部门制定中长期海洋政策。目前,有关海外军事基地的建立等相关内容在我国立法中尚属空白,在近期制定《海洋基本法》及相关成文法的过程中,应积极考虑增加取得海外军事基地的方式、明确军队权利义务范围、引入有限主权豁免等内容,为海外军事基地的建立提供法理依据与法律支撑。

1. 适用积极的国际地役

对于我国海外军事基地的获取方式,国内法应明确适用积极的国际地役。目前存在的海外军事基地主要通过签订协议或订立条约的形式取得,用地国有权在协议范围内将土地用于特殊目的,属于积极的国际地役。对于我国海外军事基地的建立,明确适用积极的国际地役包含着下述实质性要件:一是有关国际地役的协议或条约必须在主权国家间签订。根据《维也纳条约法公约》第46条至第53条的规定,条约具有相对和绝对无效的两种情况。派遣国为获取海外军事基地而与东道国签订的条约,不得违反公约的规定,否则条约将失去国际法依据。同时,排除了在人类共同遗产上建立军事基地的可能性。二是取得军事基地的方式应当符合国际法的要求。禁止国家在国际关系上使用武力已成为包括《联合国宪章》在内的国际法一般法律原则,通过恃强凌弱的丛林法则获取他国土地以作本国军事基地的做法在现代社会已无适用的空间。我国历来遵守《联合国宪章》,主张以和平的方式维护国际秩序,适用积极的国际地役将有效消除“中国威胁论”可能存在的法理依据。三是国际地役属于物权,使用他国土地应当支付对价。例如我国使用吉布提土地建设海军后勤保障基地,应当支付土地租金或提供其他有利于吉布提发展的对价形式。因此,国内法尽早根据海外军事基地的相关国际法阈值范围明确我国建立海外军事基地的权利义务,将有助于更快更好地布局我国海外战略利益。

2. 明确军队的权利义务范围

根据美国、德国等国的经验,其在建立海外军事基地时需与东道国签订《驻军地位协定》或《军事合作协定》,以明确军队在他国的权利义务阈值边界^[12]。驻军协定的核心条款一般涉及以下内容:一是主权问题。例如东道国仍拥有无可争议的主权,但派遣国可与东道国就军事基地的其他相关权利进行磋商让渡。二是司法审判程序。包括相关案件的管辖权划分、重大刑事案件的程序性要件等。三是驻军的权利义务问题。具体包括海外军事基地的使用权、有限自治权、自卫权等权利及支付租金、按照协议要求规模部署军队及武器装备、遵守东道国法律等义务。驻军享有使用海外军事基地的权利,同时在海外军事基地内部享有有限的自治权,与军队有关的行政管理、税收征缴、设施建设等方面的内容,均需要在平等协商的前提下作出明确的规定。由于海外军事基地从事军事活动的敏感性与保密性,驻军有权拒绝包括东道国国民在内的无关人士进入基地的权利,并在营区范围内使用必要的武器。但海外军事基地属于积极的国际地役,东道国可使用合理手段对驻军的权利进行限制,以防止驻军从事严重违反国际法或国内法律的活动。

3. 引入有限主权豁免原则

我国在海外用兵方面已有丰富经验,自1990年参加维和行动以来,累计向20多个国家派出维和部队。但我国在主权豁免立法上仍是空白,中国有关主权豁免理论的立场散见于建国以来我国政府的声明、司法实践、著作及参加的国际条约中,从我国《民事诉讼法》《民法通则》《外交特权与豁免条例》的相关规定分析,我国仍持绝对主权豁免原则^[13]。我国持绝对主权豁免的理由基于国家平权理论,任何一个国家均无义务受制于另一国的管辖,若一国对他国进行管辖,可能被视为司法对于外交与主权的干预,以绝对主权豁免可确保国家间的独立地位以反对霸权主义。但绝对主权豁免存在弊端,若中国需要在他国领土设立军事基地,那么譬如国家主权责任的承担,由部队士兵引起的刑事、民事诉讼等司法纠纷的解决将无从谈起。笔者认为,当前法律规定对我国在海外设立军事基地形成了法理上的阻力。在当今全球一体化形势下,有限国家主权豁免理论已占主导地位。国际环境下法学研究不应片面化,而应放在整体国际环境进行考量^[14]。近年来,《联合国

国家及其财产管辖豁免公约》《美国外国主权豁免法》均反映了有限主权豁免原则的趋势。在派遣国军事人员非执行公务时违反东道国法律,其受制于另一个国家的法律是可以理解的。从欧美国家实践看,如果部署驻军极少的军事基地,主权层面与东道国发生法律冲突的几率极小。2009 年美国同平等国家波兰签订《美国驻军地位协定》,驻波美军士兵在美军基地之外触犯法律,将接受波兰法律的制裁。若驻波美军士兵在美军基地之外涉及税务问题,也须遵守波兰的税务规定,保障了波兰法律在波兰国土上的首要地位。在 2005 年签署的《中俄联合军演临时协定》及 2007 年签署的《上合联合军演协定》中,对于派遣国军事人员在东道国所享有的一系列民事权利及有限豁免权作了详细规定。根据《中俄联合军演临时协定》第 20 条、《上合联合军演协定》第 22 条的规定,当派遣国的军事人员在东道国境内触犯东道国法律法规时,由东道国行使司法管辖权优先原则。因此,应通过国内法的明确规定,在海外军事基地的相关事务上适用有限豁免原则。除军队成员执行公务以外,派遣国不得要求任何形式和程度的豁免,为建立海外军事基地清除法理障碍。

参考文献:

[1] Harkavy R E. Strategic Basing and the Great Powers 1200

-2000[M]. New York: Routledge, 2007:2-9.

- [2] Cooley A, Spruyt H. Contracting States Transfers in International Relations [M]. Princeton: Princeton University Press, 2009.
- [3] 凯尔逊. 法与国家一般理论[M]. 北京:中国大百科全书出版社, 2003:258.
- [4] 奥本海. 国际法(上卷第 2 分册)[M]. 8 版. 北京:中国大百科全书出版社, 1998:60.
- [5] 张敏,王新辉. 南海海事安全国际合作的困境与出路[J]. 中国海商法研究, 2016(1):114.
- [6] 胡玉婷. 论软法与硬法在多境界分中的渐变——以《巴塞罗那协议》为视角[J]. 东方法学, 2014(2):106-108.
- [7] Davidson M J, Korroch R E. Extending Military Jurisdiction to American Contractors Overseas [J]. Procurement Law, 2000(1):17.
- [8] 韩书立. 国际合作中的制度选择:以软法为视角的分析[J]. 暨南学报(哲学社会科学版), 2016,38(5):121.
- [9] 张磊. 加强对黄岩岛有效控制的国际法依据[J]. 法学, 2012(8):70-72.
- [10] Miyagi Y. Japan's Middle East Security Policy: Theory and Cases[M]. London: Routledge, 2008:51-52.
- [11] Woodliffe J. The Peacetime Use of Installations Under Modern International Law [M]. Rotterdam: Springer Netherlands, 1992:69-71.
- [12] 陈敬根. 论海上防空识别区划设的合法性[J]. 政法论丛, 2015(6):110.
- [13] 何志鹏. 主权豁免的中国立场[J]. 政法论坛, 2015(3):65-75.
- [14] 李海滢,刘洁. 国际刑法学研究范式初探[J]. 东北大学学报(社会科学版), 2016,18(1):77.

(责任编辑:王 薇)

(上接第 188 页)

参考文献:

- [1] 李克强. 政府工作报告——2015 年 3 月 5 日在第十二届全国人民代表大会第三次会议上[M]. 北京:人民出版社, 2015:4-17.
- [2] 曹会勤,储小平. 地方政府规制、企业家能力与地区经济发展[J]. 制度经济学研究, 2009(4):88-108.
- [3] Meunier S. The French Exception[J]. Foreign Affairs, 2005,84(5):104-105.
- [4] Aronson M H. The Boston Redevelopment Authority Quasi Public Authority [J]. Boston University Law Review, 1963,1(1):42-43.
- [5] 曹玉书. 美国的国有企业[J]. 中国软科学, 1996(1):40.
- [6] 桑斯坦. 权利革命之后:重塑规制国[M]. 钟瑞华,译. 北京:中国人民大学出版社, 2008:11.
- [7] Port Compact of 1921: Authorized by C. 154[J]. Law of

New York, 1921(1):150-151.

- [8] Kooijman Q J. Port Authority of New York and New Jersey: An Appraisal of the Public Authority Device in State Government [J]. International Review of Administrative Sciences, 1974,40(3):255-272.
- [9] 张浩. “壮士断腕”的勇气——对田纳西河流域管理局诉希尔案环境价值观的思考[J]. 法制博览, 2014(4):212.
- [10] 姜明安. 行政法与行政诉讼法[M]. 北京:北京大学出版社, 2000:247.
- [11] 刘宁. 论行政合同中的行政优益权[J]. 法制与社会, 2007(1):460.
- [12] 孙启平. 我国行政规制理念的改进研究[J]. 重庆科技学院学报(社会科学版), 2014(10):35.
- [13] 崔卓兰,蔡立冬. 非强制性行政行为——现代行政法学的新范畴[M]//罗豪才. 行政法论丛(第 4 卷). 北京:法律出版社, 2001:127-159.

(责任编辑:王 薇)