

论海上恐怖主义对国际法的挑战与应对

张湘兰 郑 雷

[摘 要] 海上恐怖主义是一种旨在引起公众恐慌或胁迫政府而从事的危及国际海运安全或利用国际海运危害国家安全的行为。海上恐怖主义应当和海盗罪一样,使用普通管辖权原则。SUA 公约 2005 年议定书建立了新的登临权机制,这对预防海上恐怖主义具有重要意义。国际社会还应继续努力,合作打击海上恐怖主义。

[关键词] 海上恐怖主义;普遍管辖权;登临权

[中图分类号] DF9 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2009)02-0152-06

世界经济正在向全球化发展,国际贸易这一古老的对外经济交往形式在世界经济中占有举足轻重的地位,而国际贸易必须经由国际运输才能实现,海上货物运输由于其运输量大、费用低廉的特点,一直是国际货物运输的主要手段,据统计国际贸易量的 90 %以上都是通过港口和海运业来完成的^[1](第 48 页),一旦海上恐怖活动打乱了海上运输的正常进行,将对国际贸易产生灾难性的影响。

尽管保护海运安全的价值得到了国际社会的普遍重视,但海运安全却一直是困扰各国的难题,不仅海盗这一古老的犯罪活动威胁着海上运输的安全,而且自 9·11 事件之后,恐怖活动日益猖獗,海上运输正成为恐怖分子的新目标,如何在 21 世纪建立安全有效的海上反恐机制成为国际法亟待解决的问题。

一、海上恐怖主义的范围

(一)海上恐怖主义的定义

由于海上恐怖主义出现的历史较短,每年海上恐怖主义引起的损失并不大^[2](第 110-111 页),因此海上恐怖主义长时间没有得到国际社会的重视,《公海公约》和《联合国海洋法公约》都没有对此进行界定。直到 Achille Lauro 案后国际社会才真正开始重视海上恐怖主义,鉴于该案的恶劣影响,国际海事组织(IMO)通过了《制止危及海上航行安全非法行为公约》(Convention on the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation,简称 SUA 公约)以打击海上恐怖主义,但由于国际社会对海上恐怖主义的范围存在着许多分歧,该公约及其 2005 年的议定书中都没有明确海上恐怖主义的含义,只是列举了 3 类危害海上安全的行为,为国际社会打击海上恐怖主义埋下了隐患。

一些学者对海上恐怖主义进行了界定,有学者指出^[3](第 644 页),海上恐怖主义是政治性的海盗罪,是旨在影响政府或群体的任何针对船舶、货物、船员或港口的非法行为;有学者认为^[4](第 149 页),海上恐怖主义是具有政治目的的海上恐怖组织,或海上恐怖分子以暴力手段,从事危害海洋安全,危害船舶以及船上财产和人命安全,危害港口设施安全的恐怖活动。笔者认为,对海上恐怖主义的界定不仅仅是一个学理问题,更是一个实际问题。只有在国际社会现实状况的基础上进行界定,才能够得到各国最大限度的支持,从而有效的打击海上恐怖主义。海上恐怖主义之所以需要国际法的规制,其原因在于:首

先,海上恐怖主义是一个跨国问题,单个国家无力控制海上恐怖主义。由于海上恐怖主义具有流动性的特点,在打击恐怖主义时需要各国的配合,在涉及主权的问题上尤其需要各国的合作。其次,打击海上恐怖主义必须满足各国的现实需要。例如,严重破坏国际海运秩序的行为,利用船舶非法走私大规模杀伤性武器或危险物质以危害国家安全的行为等都是各国共同关注的违法行为,这类行为构成了海上恐怖主义的主要部分。因此,笔者认为,海上恐怖主义不妨定义为——“旨在引起公众恐慌或胁迫政府而从事的危及国际海运安全或利用国际海运危害国家安全的行为”。

(二)海上恐怖主义的构成要件

海上恐怖主义的构成要件包括:(1)目的要件,旨在引起公众的恐慌或胁迫政府。海上恐怖主义是一种政治性的犯罪,但“政治性”是一个模糊的概念,因此SUA公约2005年议定书采取了相对具体的表述,这是较为可取的。(2)行为要件,采用暴力的方式试图造成人员伤亡和财产损失。海上恐怖主义的行为分为三类:一是对他人船舶或船上人员或船上货物进行攻击和劫持的行为;二是利用自己船舶对目标进行攻击的行为;三是用来走私危险物质或武器,为下一步攻击做好准备的行为。这些行为中都包含着暴力性和危险性,构成对国际社会和平秩序的威胁。(3)主体要件,非国家主体。由于国家的武力行为受战争法的约束,国际社会对国家行为豁免权是否适用仍然存在争议,因此应该排除国家行为构成海上恐怖主义。SUA公约第2条也规定,本公约不适用于政府船舶和军舰。(4)后果要件,对公共航运造成危害,构成对整个人类社会的威胁。由于海上恐怖主义或者直接对航运安全构成了危害,或者滥用了航海自由原则,因此有规制的必要。

二、海上恐怖主义中的管辖权

犯罪行为只有得到有效的惩治才能起到震慑犯罪的作用,但海上恐怖主义经常以跨国犯罪的形式出现,这不可避免的涉及到国家管辖权的冲突和协调,因此在国际法中如何建立对海上恐怖主义的管辖权就具有重要的意义。管辖权既是一个国内法的概念又是一个国际法的概念,“国际法决定国家可以采取各种形式的管辖权的可允许的限度,国内法则规定国家事实上行使它的管辖权的范围和方式”^[5](第327页)。国际法的管辖权决定着国家在行使管辖权在国际上被承认的可能性和正当性,国内法的管辖权则主要是指国家行为在国内的合宪性问题。本文探讨的管辖权仅限于国际法意义上的管辖权。

(一)采用不同管辖权机制对海上反恐的意义

现行国际法主要有四种管辖权:领域管辖权、国籍管辖权、保护性管辖权和普遍管辖权。采用不同的管辖权机制对海上恐怖主义具有不同的法律意义,领域管辖权是指国家对其领域内的一切人和物及事件有权进行管辖,虽然领域管辖权是优先性管辖权,但却要求恐怖分子必须在受害国的境内才能主张管辖,由于恐怖分子的跨国流动性,主张领域管辖权在海上反恐中往往是不现实的;国籍管辖权是指国家对本国人的管辖权,它要求恐怖分子必须与受害国具有同一国籍才能主张管辖,但是实践中许多恐怖活动是由外国人进行的,因此国籍管辖权也只能作为海上反恐的一种补充性机制;保护性管辖权是指国家对于外国人在该国领域外对该国的国家或公民的犯罪行为有权行使管辖,虽然保护性管辖权有一定的域外效力,但必须得到他国的承认和配合,而且在引渡罪犯时受到一系列的限制。相比而言,普遍性管辖权才是最有效的管辖权机制。

普遍性管辖权是指,“根据国际法的规定,对于普遍地危害国际和平与安全以及全人类的共同利益的某些特定的国际犯罪行为,各国均有权实行管辖,而不问这些犯罪行为发生的地点和罪犯的国籍”^[6](第73页)。建立对海上恐怖主义的普遍性管辖权的意义在于:(1)确定海上恐怖主义是危害整个人类社会的暴行,肯定海上恐怖主义在国际法上的非法性,各国应保证本国有合适的刑法机制对海上恐怖主义进行惩处;(2)任何国家不得为恐怖分子提供庇护,在抓获恐怖分子后,应该或引渡或起诉;(3)任何国家不得支持或参与这类犯罪,一旦发现国家从事这类活动应该承担国家责任;(4)授权各国对海上恐怖主义进行拿捕,但在他国领域内拿捕时应该尊重他国的国家主权。

(二) 现行国际法的局限性

目前海上恐怖主义还不属于普遍管辖权的范围,《联合国海洋法公约》只把海盗罪列为普遍管辖权的范围,却没有给予海上恐怖主义相同的地位,习惯法也没有承认对海上恐怖主义的普遍管辖权。SUA 公约虽然确立了或引渡或起诉原则,但这并不意味着确立了普遍管辖权。首先,或引渡或起诉原则不能与普遍管辖权划等号。由于普遍管辖权是对管辖权的重大转变,因此,国际法的普遍管辖权只限于各国明示承认的严重犯罪,在“美国诉约瑟夫案”中,美国第 2 巡回法院的判决表明,约瑟夫在飞机上装置炸弹的行为应该适用保护性管辖权而非普遍性管辖权,尽管蒙特利尔《制止危害民用航空安全非法行为的公约》也是采用或引渡或起诉的原则。其次,SUA 公约将自己的管辖权限定在下列几类国家中,即犯罪分子的国籍国,船旗国,犯罪发生地国,犯罪分子无国籍时的居所地国,犯罪目标国和船东所在地国等,而且 SUA 公约特别说明本公约不影响现行国际法,这表明 SUA 公约并无建立普遍管辖权的“野心”;再次,SUA 公约在起草中曾对公约管辖权的基础是否采用普遍管辖权发生争论,最后回避了这一问题,而并没有确立普遍管辖权^[7](第 295-303 页);最后,SUA 公约只对签署国生效,而不能约束所有国家,公约的实际效果有待检验,而普遍管辖权能约束所有国家。

(三) 在海上反恐中建立普遍管辖权的可行性

建立对海上恐怖主义的普遍管辖权不仅是现实的需要,而且与海盗罪具有同样的法理基础,海上恐怖主义与海盗罪适用同样的管辖权机制是完全可行的:第一,在犯罪形式上,海盗罪与海上恐怖主义有许多相似之处。海盗罪与海上恐怖主义都是非国家主体对国家的犯罪,都是有着严密组织的犯罪,甚至海盗罪与海上恐怖主义的区分在许多情况下不是绝对的,例如海盗罪与海上恐怖主义最主要的区别在于目的不同,海盗罪要求有私人目的,而海上恐怖主义要求有政治目的,但在历史上海盗曾长期被作为政治工具使用,英国女皇伊丽莎白一世曾为海盗签署特许状以授权本国的海盗船袭击西班牙舰队,法国和英国也曾纵容海盗袭击对方的舰队。第二,在本质上,海盗罪与海上恐怖主义都是反人类的罪行。海盗罪与海上恐怖主义都让自己的行为变成不受法律约束的状态,践踏了国际法的尊严。16 世纪著名法学家真提利斯说,“海盗是公敌,所有人都有权对其进行攻击,因为他们不在法律的疆域内。他们蔑视法律,因此不能得到法律的保护”^[8](第 37 页)。第三,在危害性上,海上恐怖主义和海盗行为都会伴随着非法剥夺人命和财产,都会扰乱航运的正常秩序,是对航运自由的威胁,而且由于航运在国际交往中的重要意义,海上恐怖主义对航运的破坏也阻碍了人类社会整体化的进程,因此需要国际法确定海上恐怖主义是反人类的罪行。第四,相关国际决议为普遍管辖权的建立奠定了政策基础,早在 1934 年国际联盟就通过决议,“每个国家都有义务不得在其领土上为了政治目的而鼓励或容忍恐怖主义的发生”^[9](第 368 页)。在“9·11”发生后,联合国大会和安理会通过了一系列的决议谴责恐怖主义,例如 1373 号决议就要求各国通过条约加强合作,共同打击恐怖主义。这些决议表明,国际社会在事实上已经普遍承认了恐怖主义包括海上恐怖主义的非法性,确立对海上恐怖主义的普遍管辖权正是落实这些决议的要求。第五,如果没有建立对海上恐怖主义的普遍管辖权,会造成国际法的逻辑缺陷。海上恐怖主义和海盗罪一样,都会造成国际航运正常秩序的破坏,都会阻碍人类和平交往的进行,如果仅仅因为海上恐怖主义的政治性而非私人性就放弃对其实行普遍管辖,会造成国际法对破坏航运安全行为具有政治目的时就可以免责的错误暗示。

三、海上恐怖主义中的登临权

事前的检查在许多情况下能起到预防犯罪的作用,尤其是恐怖分子可能利用船舶来运送大规模杀伤性武器和危险物质,或在船舶上安装破坏性装置来破坏船舶安全,因此对船舶的登临检查权对预防海上恐怖活动的发生具有重要的意义。但是,船舶是流动的,一国不可能总在自己国家内对船舶进行登临检查,在公海上对他国船舶进行检查时会侵犯他国主权,如何协调登临权和他国主权的冲突成了国际社会必须解决的问题。

(一)海上恐怖主义对公海自由原则的挑战

自1609年荷兰著名国际法学家格劳秀斯在《海洋自由论》中提出公海自由原则以来,公海自由原则就成了建构海洋法的基石,《公海条约》和《联合国海洋法公约》都肯定了公海自由原则在海洋法的核心地位。公海自由原则是指,公海是所有国家共有的,任何国家不得声明将公海的任何部分置于其领土主权的支配之下。公海自由原则的依据在于:首先,“海洋不能成为国家的财产,因为海洋是不能通过占领而被占有的,从而海洋在本质上是受任何国家国家主权控制的”^[10](第154页)。其次,公海自由原则对于维持国际交往具有重要的意义。由于海洋一直以来都是货物和人员流动的主要通道,在资本主义发展的初期,海洋还是国家与其海外殖民地联系的主要途径,公海自由原则能够保证货物和人员在不受国家主权的干预之下自由流动,从而促进国际贸易的繁荣。

公海自由原则不是绝对的,国际法委员会在评论《公海公约》时指出,“为了共同的利益,任何自由在被授予之时都必须得到规范。因此,海洋法中包括一些规则,大部分是国际法明确承认的,它们被设计出来是为了保护整个国际社会的利益而不是为了限制公海的自由”^[11](第295页)。这说明,公海自由可以为国际社会利益的需要作出一定的调整。公海自由是建立在公海的秩序能得到维持的前提之下的,而海上恐怖主义的出现打破了公海的平静。由于海上恐怖主义可能会对船舶进行袭击或利用船舶危害国家安全,因而破坏了公海自由赖以产生的秩序条件。虽然海上恐怖主义并不会从根本上动摇公海自由原则,但却要求公海自由原则作出必要的调整,这种调整要求各国加强对公海船舶的登临检查,这种调整既与海上安全形势相联系,也有赖于各国共同合作的意愿。

(二)海上恐怖主义对船旗国登临权的挑战

为了保持公海最大限度的自由,与之相对应的是船旗国在公海上对本国船舶的专属管辖权,包括登临检查权。“浮动主权说”认为,“船舶被视为国家领土的延伸,是广义的国家领土。一主权国家可以在船舶上行使国家主权,包括平等权、管辖权、独立权、自卫权等”^[12](第21页)。《联合国海洋法公约》在公海船舶管辖权的问题上也采纳了“船舶浮动领土说”的观点,第92条、第94条第1款规定:“船旗国对其在公海上航行的船舶具有专属的管辖权。”“每个国家应对悬挂该国旗帜的船舶有效地行使行政、技术及社会事项上的管辖和控制。”根据《联合国海洋法公约》和《公海公约》的规定,在常规状况下,一国军舰不得对另一国商船进行登临检查,除非有正当理由怀疑被登临的商船从事以下行为:(1)海盗行为;(2)贩卖奴隶行为;(3)拒不展示国旗的行为;(4)无国籍;(5)进行非法广播的行为。而这些例外中不包括进行海上恐怖主义活动。

由于《海洋法公约》没有将海上恐怖主义列入登临权的范围,这给打击海上恐怖主义带来的问题有:首先,由船旗国对海上恐怖主义进行登临检查在许多情况下是不现实的。船旗国可能没有能力对自己登记的船舶进行监控;如果海上恐怖主义的袭击目标不是船旗国,船旗国可能不愿对其船舶进行监控,甚至纵容或支持对敌对国家进行恐怖袭击;船旗国离船舶太远,而不能及时登临。其次,海上恐怖主义是危害国际社会共同利益的行为,将海上恐怖主义的登临权局限于船旗国,会导致海上反恐的“地方化”。

(三)SUA公约2005年议定书的新发展

事实上,国际社会已经意识到传统登临权机制对海上恐怖主义的应对不足,国际海事组织在SUA公约2005年议定书中对第8条作了重大修订,为登临权提供了三种可能:第一,取得船旗国的临时性同意,这种同意是“逐案(case by case)”进行的;第二,双方签订其他条约,得到对方的授权;第三,登临国在向国际海事组织通报后四小时内没有得到船旗国的明确答复,从而推定得到船旗国的同意。但是登临权的行使必须遵守一定的程序,登临国必须向国际海事组织通报,并且在通报的内容中应该尽可能包括船舶的名称、船舶的登记号、登记港、船舶的始发港与目的港和其他任何相关信息;登临国必须有正当理由怀疑被登临的船只正在从事或准备从事本公约第3条范围内的行为,如果没有合理的正当理由而贸然登临需赔偿损失;登临国必须慎用武力,非到不得已不得采取暴力措施。

(四)对 SUA 公约 2005 年议定书的评价

1.SUA 议定书为登临权创造了新的可能,在一定程度上弥补了登临权机制的空白。议定书的通过具有重要的象征意义,它表明国际社会已经逐步意识到落实海上反恐机制的重要性,国际社会已经开始了打击海上恐怖主义的合作,这为日后海上反恐的展开创造了良好的开端。

2.SUA 议定书并没有对现行的登临权机制进行根本的变革,船旗国仍然在登临问题上享有主动权,船旗国不仅可以决定是否与登临国进行新的条约合作,有权决定同意登临国的临时性请求,而且有权拒绝登临国的请求。SUA 议定书采用的是渐进的方法来进行登临检查,是比较务实的。

3.SUA 议定书并没有从根本上改变公海自由原则,SUA 议定书努力在公海自由原则与国际社会的安全需要间进行平衡,登临权的有限扩展仅仅是公海自由原则的例外情况。国际海事组织的法律委员会在解释 SUA 议定书时说明,“登临权条款构成对公海航行自由原则与船旗国的专属管辖权的重大背离,承认船旗国管辖原则应该得到最大限度的尊重,由另一个国家进行登临仅限于例外,而这些例外应该是准确的、清楚的和国际承认的”^[1](第 329 页)。

4.SUA 议定书并不是完美的,它还存在着一些执行上的问题。例如公约没有规定当登临国有确切证据表明船舶正在从事海上恐怖主义时的强制登临权,公约没有规定在他国船舶上对船员进行生物检测时该如何进行,公约也没有规定登临国在等待答复的过程中是否有权对船舶采取临时性的控制措施等,这些问题有待 SUA 公约进一步完善。

四、对未来建立国际海上反恐机制的展望

(一)为了有效地打击海上恐怖主义,国际法应该尽快对海上恐怖主义进行界定,明确海上恐怖主义的范围

虽然 SUA 公约及其 2005 年议定书已经对危害船舶安全的行为进行了扩展,囊括了海上恐怖主义的主要形式,但由于公约是以维护航运安全为中心的,并没有对海上恐怖主义进行直接界定和防治,国际社会应该积极合作,以弥补这方面的不足。

(二)海上恐怖主义的出现要求对国际法的管辖权机制进行相应的变革,建立对海上恐怖主义的普遍管辖权

由于国际法中其他管辖权机制在打击海上恐怖主义时具有不同程度的局限性,因此属地管辖权、国籍管辖权、保护性管辖权只能作为普遍管辖权的补充性机制。对海上恐怖主义建立普遍管辖权不仅是现实的需要,而且有着法理和政策基础,因此海上恐怖主义借用海盗罪的管辖权机制完全可行。

(三)SUA 公约 2005 年议定书为海上恐怖主义建立了新的登临权机制,对预防海上恐怖主义具有重要的意义

SUA 议定书在对公海自由原则和传统登临权机制进行变革时采用谨慎的立场,仍然维持船旗国专属管辖权的中心地位,又兼顾了安全形势的需要,这表明了 SUA 议定书是非常务实的,为日后海上反恐的展开创造了良好的开端。当然,SUA 议定书的登临权机制仍然有一些缺陷,应该在日后的实践中不断完善。

(四)海上恐怖主义的出现对国际法提出了严峻的挑战,国际法应该在充分调查研究的基础上积极应对,建立便捷有效的海上反恐机制以保护国际航运的安全

社会法学派认为,法律是社会控制的手段,当法律的社会基础已经发生变化时,法律也应该作出相应的变革。在建立海上反恐机制的过程中,应该特别注意维持安全与效率的平衡,防止矫枉过正。

[参 考 文 献]

[1] 蔡小勇:《经济全球化时代的国际海上运输安全:中国面临的挑战和对策》,载《国际经济与市场》2007 年第 6 期。

[2] Harrington, Caitlin A. 2007. "Heightened Security: The Need to Incorporate Articles 3bis(1)(A) and 8bis(5)(E)

- of the 2005 Draft SUA Protocol into Part Vii of the United Nations Convention on the Law of the Sea,” *Pacific Rim Law and Policy Journal* Jan.
- [3] Xu, Jingjing. 2007. “Piracy as a Maritime Offence: Some Public Policy Considerations,” *Journal of Business Law* 644.
- [4] 张丽娜:《海上反恐与国际海运安全制度研究》,载《河北法学》2008年第2期。
- [5] 詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第一分册,王铁崖等译,北京:中国大百科全书出版社1995年版。
- [6] 梁西:《国际法》,武汉:武汉大学出版社2003年第2版。
- [7] Halberstam, Malvina. 1988. “Terrorism on the High Seas: The Achille Lauro, Piracy and the IMO Convention on Maritime Safety,” *American Journal of International Law* 82.
- [8] Douglas, R. & Burgess Jr. 2005. “How Thinking of Terrorists as Pirates can Help Win the War on Terror,” *Legal Affairs* July/Aug.
- [9] Mellor, Justin S. C. 2002. “Missing the Boat: The Legal and Practical Problems of the Prevention of Maritime Terrorism,” *American University International Law Review* 18.
- [10] 詹宁斯、瓦茨修订:《奥本海国际法》第一卷第一分册,王铁崖等译,北京:中国大百科全书出版社1998年版。
- [11] Klein, Natalie. 2007. “The Right of Visit and the 2005 Protocol on the Suppression of Unlawful Acts against the Safety of Maritime Navigation,” *Denver Journal of International Law and Policy* Spring.
- [12] 张湘兰:《海商法论》,武汉:武汉大学出版社2001年版。

(责任编辑 车 英)

On Responses to Challenges of Maritime Terrorism to International Law

Zhang Xianglan, Zheng Lei

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072, Hubei, China)

Abstract: This essay first introduces the definition of maritime terrorism, then analyses the composition of maritime terrorism and the difference between maritime terrorism and other relevant problems. Due to many similarities between maritime terrorism and piracy, the international society should have universal jurisdiction over maritime terrorism. This essay also analyses the expansion of the right of visit in 2005 protocol to Convention on the Suppression of Unlawful Acts Against the Safety of Maritime Navigation. Last it forecasts how to make rules of international law to solve the problem of maritime terrorism.

Key words: maritime terrorism; universal jurisdiction; right of visit