

论外交人员间谍行为的处理

柳华文

《萨道义外交实践指南》一书中有这样的话：“人们称大使为体面的间谍，因为他的主要使命之一是获悉驻在国的秘密。”^① 是的，在实践中外交官与间谍，往往如钱币的两面结合在一起。

1996年初在我国即出现了某驻华武官非法窃取我军事情报的案例。某国驻华使馆空军副武官和另一国驻华使馆武官在我国海南省擅自闯入中方军事禁区，并进行拍照、摄像活动，被中方有关部门发现并予以制止。他们接受中方没收其胶卷和录像带的处理，并将其所从事的活动以文字形式作了交待并签名确认。二人不思悔改，又于三日后潜入我国广东省湛江市附近一军用机场再次刺探军事情报，当即被中方有关部门发现并对其予以调查。两人对其擅入中方军事禁区的事实供认不讳，并以书面形式承认其进入中国军事禁区是错误的，保证今后不再从事此类活动。

对此，中国外交部分别召见该两国驻华使馆负责人，向该两国政府表示强烈不满并提出抗议，要求两国政府限期将两位外交官调回本国。该两国中，其中一国外务省的外务报导官就此举行记者招待会，“抗议”中国“拘留和审问”外交官违反了《维也纳外交关系公约》；另一国国务院发言人在新闻发布会上说：“我们认为，在这件具体的事情上，中国政府的行动不符合《维也纳公约》第 29 条的规定。”^②

1961年《维也纳外交关系公约》第 29 条规定了外交人员的人身不可侵犯权。它有两方面的含义：即一方面外交代表不受任何形式之逮捕、拘禁，另一方面接受国对外交代表应特别尊重，并应采取一切适当步骤，以防止其人身、自由或尊严受到侵犯。那么，外交人员在从事间谍行为时，驻在国可否采取措施，可以采取何种措施呢？这实际上是要处理好外交人员的间谍行为与其人身不可侵犯权的关系。

间谍行为有战时和平时之分。间谍活

动在战时是交战双方的合法行为，并不违反战争法规；按照 1977 年《〈日内瓦公约〉第一附加议定书》，其定义是：通过虚构口实或有意识隐蔽方式行动，收集或企图收集具有军事价值的情报。^③ 而对和平时期的间谍活动，国际法实质上并没有制定有关的明确规范。一种观点认为和平时期的间谍活动是合法的，因为各国有一致的实践，同时这也是出于自卫和保持力量平衡的需要；就法律的现状来看，尚无足够的理由成为国际法禁止此种行为的根据。另一种观点则认为：在战争时期间谍行为的合法性产生于缺乏要求交战国尊重敌国的领土主权和政府的一般性义务，缺乏禁止间谍活动的任何明确公约；然而在平时，间谍活动违反了为国家创设的尊重他国领土完整和政治独立的义务的规则，而这一规则是国际法的一条基本原则，也是《联合国宪章》的柱石；因此，间谍活动是非直接的，或者说是颠覆性的干涉，正如武装入侵等直接或公开干涉一样，都是非法的。^④

无论如何，各国一般都在自己的国内法中把间谍行为规定为一种犯罪，属于严重的违法行为。举例来说，根据美国的联邦法律，间谍罪是指故意收集、传送或者出卖国防情报，行为人知道或者有理由相信该情报会被用来损害美国或者有利于任何外国的行为。而且，本罪的主体可以是任何人，不一定是对美国有效忠义务的人。^⑤ 根据我国新刑法第 110 条、111 条，间谍罪包括以下行

① (英)戈尔·布思主编、杨立义等译：《萨道义外交实践指南》，上海译文出版社 1984 年版，第 630 页。

② 见《参考消息》，1996 年 1 月 9 日。

③ 中山大学法学研究所国际法研究室编译：《国际公法百科全书第三专辑：使用武力、战争、中立、和约》，中山大学出版社 1992 年版，第 37—39 页。

④ 中山大学法学研究所国际法研究室编译：《国际公法百科全书第三专辑：使用武力、战争、中立、和约》，中山大学出版社 1992 年版，第 40 页。

⑤ 储槐植：《美国刑法》，北京大学出版社 1996 年版，第 266—267 页。

为:参加间谍组织或者接受间谍组织及其代理人的任务;为敌人指示轰击目标以及为境外的机构、组织、人员窃取、刺探、收买、非法提供国家秘密或者情报。

1961 年的公约为什么未规定有关的间谍行为呢?笔者认为有以下几个原因:首先,该公约的主要目的是编纂和发展外交特权与豁免的国际法规则(这一点从公约的序言可见),它的目的不在于限制或杜绝外交人员的负面行为和影响,因此不规定有关外交人员间谍行为的内容也说得过去。其次,很多国家的驻外使馆都进行了间谍活动,这是一个不太可能以法律加以杜绝的现实问题;如果公约明确规定杜绝间谍行为,有关条款恐怕是难以实施的,会出现法律规定与现实生活相脱节的情况。再次,对间谍行为的法律调整也还没有相当迫切的现实需要。由于使馆的间谍活动而引起的国家间的纠纷的情事并不多,且不严重。一方面,很多国家的驻外使馆都进行着间谍行为,彼此尔尔,心照不宣;另一方面,有关当事国被揭露以后,自觉理亏,也不愿意将事态扩大。

1961 年《维也纳外交关系公约》第 29 条规定:“外交代表人身不得侵犯。”应如何理解该条款呢?

首先,单纯从该条规定来看,外交人员的驻在国不能使其人身、自由和尊严受到限制和影响,它似乎是一种绝对的权利。无论如何,我们必须完整地认识和理解这个权利。为此,应该结合公约的其他有关条款。

公约第 41 条规定:在不妨碍外交特权与豁免的前提下,外交人员有尊重接受国法律规章的义务。即只要尊重此种法律规章不妨碍外交特权与豁免的享有,则应尊重此种义务(公约用“尊重”一词而不用“遵守”一词,是为了显示派遣国与接受国之间的平等)。在实践中,对一般法律规章的违反,如交通规则等,驻在国一般不必采取关系到有关外交人员人身、自由或尊严的措施。而驻在国的法律有着层次性,存在着一般法和强行法。前者如交通规则等利害关系相对较小、效力等级相对为低的法律;后者则指那些于国家主权、安全和重大利益密切相关的法律,它们意义重大、效力等级相对为高,对此种法律规则的违反,驻在国有权依据公约第 41 条采取必要措施。

根据公约第 3 条第 1 款(丁)项,使馆的职务之一是“以一切合法手段调查接受国之状况及发展情形,向派遣国政府具报”。既然间谍行为为国内法所否定,被规定为犯

罪,显然不属于合法的调查手段,反过来说,间谍行为不是外交人员的合法职务,从事此种行为不仅不是尊重,而且是严重违反了接受国的法律规章。

公约第 26 条又明确规定:“接受国应确保所有使馆人员在其境内行动及旅行自由,但接受国为国家安全设定禁区或限制进入区域另订法律规章除外。”这也是外交人员享有外交特权与豁免的同时而负有的义务。

可见,外交特权与豁免不是绝对的。外交人员应该遵守的是整个公约,而不能仅是利用第 29 条。只有在遵守有关公约义务的前提下,他的不可侵犯权才具有一种相当的绝对性。

其次,按照现代国际法,外交特权与豁免的根据是代表说和职务需要说,正如公约序言所说:“确保代表国家之使馆能有效执行职务”。这无疑是正确的。但我们还可以进一步、更精确地认识外交特权与豁免的根据。我们不应仅从一国的角度来考察,实际上,外交特权与豁免乃至整个国际法也是国际社会正常运作和发展的需要,它不仅满足派遣国的需要,而且满足接受国的需要。很明显,接受国有必要与派遣国进行联系、发展两国的合作关系,它给予外交人员以优遇不仅是出于对派遣国的尊重和对外交人员执行职务的需要的满足,同时也是接受国自身发展对外关系的需要。国际法院在美国驻德黑兰外交和领事人员案中称:“外交机构及其伴随的特权与豁免,这是经受了多少世纪以来的考验,并证明是在国际社会中有有效合作的一种重要工具……”^①既然是合作的一种工具,那么利用外交特权与豁免从事敌对行为、侵犯和破坏一国主权、安全和重大利益的行为可以认为是违背其依据和宗旨的。而间谍行为正是此种行为。

那么,对外交人员的间谍行为应该如何处理呢?

首先,我们注意到,在公约的产生过程中,联合国国际法委员会对《外交来往与豁免条款草案》第 27 条(即后来公约的第 29 条)的评论中认为:“外交代表免除……直接胁迫的措施并不排除自卫的措施或在特别例外的情况下阻止他们犯罪的措施。”^②要解释条约的条款,起草者的意见当然是很重要的。

^① 黄惠康:《国际法教程》,武汉大学出版社 1989 年版,第 167 页。

^② 《国际法委员会年刊》,1958 年,第 2 卷,第 97 页。

其次,让我们来看一下公法学家们的意见。

由劳特派特修订的《奥本海国际法》一书中说:“外交使节不可侵犯原则是一般所承认的。但是,这个原则有一个例外。如果一个外交使节作了一个暴力行为,扰乱驻在国的内部秩序,以致必须对他加以拘束以防止同类行为的发生,或者,如果他阴谋反对驻在国,而只有对他加以拘束才能使这阴谋不能为害,那么驻在国可以把他暂时逮捕起来,虽然必须在相当时间内把他平安地遣送回国。”^① 根据此种解释,对于外交人员具有同种危害性的间谍犯罪,接受国可以采取适当措施予以制止、排除影响。

国际法学家菲德罗斯认为:“对于外交代表虽然原则上免除限制行为,然而对于他们所企图的犯罪性攻击可以用力量予以防御和阻止。这个正当防卫权既属于私人,也属于国家机关。所以许可使用力量以阻止外交代表实施一个被禁止的行为。为了这个目的,也可以把外交代表拘留。”^②

日本国际法学家寺泽一、山本草二主编的《国际法基础》一书在解释公约第 29 条时说:“外交代表进行犯罪和不法行为时,可以采取临时性措施加以防止”。^③

中国的国际法著作在此问题上看法也颇为一致。王铁崖教授主编的《国际法》中认为:“外交人员人身不可侵犯,并不排除对这种人员的行凶进行防卫,或者在他破坏法律规章或者进行犯罪的场合,于情况需要时,采取必要的措施加以制止。”^④ 黄惠康教授在《国际法教程》一书中更加明确地说:“在外交代表进行间谍活动、闯入禁区时,可以采取临时性措施加以制止。”^⑤

值得指出的是,上述著述均产生于 1961 年公约产生以后,所以可以说它们代表了公法学家们对公约第 29 条的一般解释。

再次,让我们看一下国际法院的观点。

1980 年 5 月 24 日,国际法院在美国驻德黑兰外交与领事案的判决中,认为使馆成员的不得侵犯权“并不表示……一位外交代表正在从事攻击或其他犯罪行为时,不能被接受国的警察短暂地予以逮捕以阻止他犯某一特定罪行。”^⑥

最后,实践中对外交人员的间谍行为采取临时措施的例子并不少见。

1971 年,苏联驻东京使馆的空军副武官,从一个美国军士手中收买美国在日本的导弹和雷达系统计划,双方在交接时当场被日本警厅破获,并予以了制止,排除了影响。

1984 年 6 月,两名意大利驻以色列使馆武官因为拍摄一些照片被以色列警方扣留。

另外,1986 年,当美苏两国互相指责对方使馆的外交官进行间谍活动时,都曾声称要进行传讯或扣留审讯,只是因为后来达成了妥协,双方被指控人员各自出境回国才算了事,没有采取声称的这些措施。

可见,对外交人员的间谍行为,作为违反驻在国法律的犯罪行为,驻在国有权采取临时性措施加以制止并排除影响。

首先,严格说来,此种临时性措施在名义上不能称为“拘留”或“逮捕”。按照各国刑法、刑事诉讼法的通例,外交人员刑事责任的追究,通过外交途径进行,而不适用这两个法律。因此拘留、逮捕等刑事强制措施不适用于外交代表。外交人员又享有行政豁免权,因而行政拘留亦不适用。

其次,临时性措施不同于法律责任的追究。对于从事间谍行为的外交人员,事后接受国一般是宣告其为不受欢迎的人或将其驱逐出境并向派遣国政府抗议。

第三,临时性措施在法律性质上属于正当防卫的行为。它的目的在于制止正在发生的外交人员的间谍行为对驻在国利益的不法侵犯。它绝不具有惩罚性。因此,实施此种措施应注意:1. 采取措施的方式要适当,尽可能地尊重外交代表的人身、自由和尊严,但不排除貌似拘留和逮捕的扣留。2. 时间上要适时,不允许超前或滞后。只能对正在发生的间谍行为采取,不能在事前或事后采取。3. 如果实施了扣留措施,则不应在期间上有不适当的延长。虽然尚无国际法规则规定扣留期间的具体时限,但应当尽可能短暂。否则,派遣国政府便可能以此为由进行抗议。前述以色列警方扣留意大利武官的案例中,意大利政府便是以扣留期间不适当的被延长为由而提出了抗议。

只要符合上述要求,接受国对正在发生的外交人员的间谍行为采取临时性措施就是合法的,派遣国政府根据《维也纳外交关系公约》第 29 条等提出抗议是不适当的。

① 苏特派特修订,王铁崖等译:《奥本海国际法》上卷第二分册,商务印书馆,1989 年版,第 247 页。

② 阿尔弗雷德·菲德罗斯等著,李浩培译:《国际法》下册,商务印书馆,1987 版,第 400 页。

③ (日)寺泽一、山本草二主编,朱奇武等译:《国际法基础》。中国人民大学出版社,1983 年版,第 345 页。

④ 王铁崖:《国际法》,法律出版社 1995 年版,第 373 页。

⑤ 王铁崖:《国际法》,法律出版社 1995 年版,第 166 页。

⑥ 《国际法院报告》,1980 年,第 40 页。