



国际法委员会

第六十届会议

2008年5月5日至6月6日和
7月7日至8月8日，日内瓦

关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告

特别报告员罗曼·阿·科洛德金先生

目录

	段次	页次
一. 导言	1-2	3
二. 初步报告的目的	3-5	3
三. 国际法委员会和国际法学会审议“国家官员的外国刑事管辖豁免” 问题的历史	6-26	4
A. 委员会的工作	6-24	4
B. 国际法学会的工作	25-26	10
四. 初步议题	27-102	11
A. 渊源	27-42	11
1. 国际条约	27-29	11
2. 习惯国际法	30-34	13
3. 国际礼让	35-36	15
4. 国际法和国内法的作用	37-41	16



5. 可用资料.....	42	18
B. 豁免和管辖.....	43-101	18
1. 管辖.....	43-47	18
2. 刑事管辖.....	48-50	20
3. 刑事管辖和民事管辖.....	51-55	21
4. 豁免.....	56-63	23
5. 刑事管辖豁免及其程序性.....	64-70	25
6. 豁免、不可审理原则和国家行为原则.....	71-77	28
7. 官员的属人管辖豁免和属事管辖豁免.....	78-83	31
8. 国家官员享有外国刑事管辖豁免的理由.....	84-97	33
9. 国家官员的豁免；外交和领事豁免.....	98-101	41
C. 摘要.....	102	43
五. 确定本专题范围时应予审议的问题.....	103-130	43
A. 本专题的范围.....	103-105	43
B. 涵盖的人员.....	106-129	44
1. 所有官员；“国家官员”这一概念的定义.....	106-108	44
2. 享有属人管辖豁免的官员.....	109-121	47
3. 本专题范畴内的承认问题.....	122-124	52
4. 家庭成员.....	125-129	53
C. 摘要.....	130	55

一. 引言

1. 国际法委员会在其第五十八届会议上根据规划小组的建议，¹ 认可在其长期工作方案中纳入“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题。² 委员会第五十八届会议报告附件载有这一专题的简介以及参考书目选编。³

2. 在大会第六委员会对纳入委员会长期工作方案的新专题的讨论中，这个专题得到了普遍的支持。在这方面，“有意见表示，总结当前做法并争取就这个问题制定出普遍规则的时机看来已经成熟。还有人指出，为了保持国家之间的稳定关系，应该对国家官员享受这种豁免的必要性予以应有的重视”（A/CN.4/577，第126段）。在第五十九届会议上，委员会决定将这一专题列入当前工作方案。⁴ 大会2007年12月8日第62/66号决议中注意到这个决定。

二. 初步报告的目的

3. 初步报告简要叙述国际法委员会和国际法学会审议“国家官员的外国刑事管辖豁免”问题的历史，并介绍提出供委员会在处理这一专题初期阶段审议的各种问题。委员会就这些问题表达的意见对于进一步对本专题进行实质性审议将很重要。这些问题包括：

(a) “国家官员的外国刑事管辖豁免”的来源问题；

(b) “豁免”和“管辖”、“刑事管辖”和“刑事管辖豁免”概念的内容问题以及豁免和管辖之间的关系；

(c) 国家官员豁免的类型问题（属人管辖豁免和属事管辖豁免）；

(d) 国家官员豁免的理由问题以及官员豁免与国家豁免、外交及领事豁免和特别使团成员豁免之间的关系；

(e) 为了确定本专题的范围而需要审议的问题。

4. 后者包括：

(a) 委员会将来在审议本专题后可能编写的指导原则草案或条款草案是否应涵盖所有国家官员或仅仅是他们当中的一部分（例如，只涵盖国家元首、政府首脑和外交部长）；

¹ 规划小组则是根据长期工作方案工作组向其提交的报告提出的这项建议的。该报告建议在委员会的长期工作方案中列入包括本专题的六个新专题（见 A/CN.4/L.704，第4段）。

² 《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》（A/61/10），第257段。

³ 同上，附件A。

⁴ 同上，《第六十二届会议，补编第10号》（A/62/10），第376段。

(b) 审议中的本专题将涵盖的现任和卸任国家官员所享受豁免的范围；

(c) 国家官员豁免的放弃（以及可能是豁免的其他程序部分的放弃）。

5. 因此，初步报告的目的是大致勾勒出两类问题：首先是原则上应由委员会作为对“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题审议之一部分进行分析的那些问题；其次是那些也许应由委员会在审议本专题后可能拟订某种文书（例如指导原则草案或条款草案）加以解决的问题。

三. 国际法委员会和国际法学会审议“国家官员的外国刑事管辖豁免”问题的历史

A. 委员会的工作

6. 在委员会于 1948 年举行首次会议之前秘书处编写的国际法概览中载有题为“对外国的管辖”一节，据称涵盖了“国家及其财产、公共船只、其君主，及其武装部队管辖豁免的整个领域”（着重部分由作者标明）。⁵

7. 1949 年，委员会在起草《国家权利义务宣言》时触及了这个问题。草案第 2 条规定：各国对其领土以及境内之一切人与物，除国际法公认豁免者外，有行使管辖之权。⁶ 对这一条款草案的评注指出：“此一结语是对保护外交官和国际组织官员等之豁免的一种保障”。⁷ 此处并未直接提及国家官员。

8. 在编撰由委员会于 1950 年通过的“《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决中所承认的国际法原则”草案过程中，这个问题得到了审议。根据草案原则三，“如果一个人以国家元首或政府负责官员的身份实施国际法规定的罪行，则不能免除其根据国际法应当承担的责任”。⁸ 正如委员会的评注指出的那样，这一案文基于《纽伦堡法庭宪章》第 7 条。⁹ 根据委员会的见解，该法庭判决的以下段落也表达了同样的观点：“如果国家在授权行动时超出了国际法规定的权限，行使国家权力而违反了战争法的人不能得到豁免。”¹⁰

⁵ 联合国出版物，出售品编号：1948.V.1(I)，第 50 段。

⁶ 《国际法委员会的工作》，第 6 版，第一卷，第 262 页。

⁷ 《国际法委员会给大会的报告》，大会 1949 年 12 月 6 日第 375(IV)号决议附件，第 287 页。

⁸ 《1950 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 375 页。

⁹ “不应认为，被告的官职，无论是国家元首还是政府部门的负责官员，可使被告免除责任或减轻处罚”。联合国《条约汇编》，第 82 卷，第 251 号，见第 288 页。

¹⁰ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 375 页。正如 O. Triffterer 指出的那样，委员会通过的原则与纽伦堡法庭文件的规定只在措辞上有细微的差别，“除了‘减轻处罚’的字样不再包括在内之外，差别只存在于措辞上而不在实质中”。Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article (Baden-Baden: Nomos, 1999), p. 503.

9. 委员会在讨论 1954 年危害人类和平及安全治罪法草案时也审议了这个主题。根据与“《国际军事法庭宪章》和法庭判决中所承认的国际法原则”第三条草案类似的治罪法第 3 条草案，“如果一个人以国家元首或政府负责官员的身份行事，不能免除其对实施本法所述罪行的责任”。¹¹

10. 委员会 1996 年通过的危害人类和平及安全治罪法第 7 条草案对这一观点以略有不同的措辞作出了表述：“实施危害人类和平及安全罪行的个人，即便是以国家元首或政府首脑的身份行事，其官职也不能使其免除刑事责任或减轻处罚。”¹² 1988 年提出、后在治罪法定稿中成为第 7 条草案的第 11 条草案没有用“即便是以国家或政府首脑的身份行事”的字样，而是使用了“特别以国家或政府首脑的身份行事时”的措辞。¹³ 对这一条的评注除其他外指出，这种措辞含有《纽伦堡法庭宪章》和《东京法庭宪章》、委员会 1950 年通过的《纽伦堡原则》以及委员会 1954 年通过的治罪法草案相应规定的一些要素。¹⁴

11. 应当指出，“《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决中所承认的国际法原则”草案和危害人类和平及安全治罪法草案在概念上都与国际刑事管辖的观念相互关联（尽管治罪法草案的本意是适用于国内和国际法院）。委员会通过对纽伦堡原则的评注，主要依据是纽伦堡法庭的结论。¹⁵ 关于危害人类和平及安全治罪法，委员会指出：“关于治罪法的实施，有些成员认为，治罪法……如无主管刑事管辖的机构负责执行，将难以奏效。有鉴于此，委员会请大会明示是否将委员会的任务扩大至拟订一份适用于个人的主管国际刑事管辖的机构规约”。¹⁶ 委员会根据大

¹¹ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 152 页。

¹² 《1996 年……年鉴》，第二卷，第 26 页。

¹³ 《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 71 页。

¹⁴ 同上。此外，委员会还指出，“虽然明示提及国家元首或政府首脑，因他们拥有最大决定权，但‘其官职……特别’等字显示，此条也关系到其他官员。该原则的真正用意是，防止实施危害和平与安全罪的个人援引其官职作为赦免其责任或取得任何豁免的客观借口，即使他声称构成犯罪的行为是履行其职务的行为”。在对第 7 条草案定稿的评注中，委员会指出，“对于从某些方面看负有治罪法下最大罪责的个人，如果允许他们援引国家主权，利用其官职赋予的豁免逃避惩处，将是极为荒谬的……”（《1966 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 27 页）。不过，J. Verhoeven 就 1996 年治罪法草案这一规定的专题指出，“……这样一条规定依照事实并不暗示到底应该保留还是放弃豁免：它与豁免根本无关”。《*Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international*》，载于 J. Verhoeven (dir.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (Brussels:Larcier, 2004), p. 92。

¹⁵ 《1950 年……年鉴》，第二卷，第 191 页，第 42 段。

¹⁶ 《1988 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 55 页，第 198 段。在这方面，委员会成员 McCaffrey 先生在讨论惩罚或起诉的义务时的一段典型发言可以作为例证。他说，除其他外，他认为普遍管辖权并不比一个国际刑事法院更能容易令各国接受——实际上，可能还更不容易被接受。因此，他不能肯定委员会在甚至尚未打算起草一个国际刑事法院的规约之前就着手起草有关普遍管辖权的条款是否明智。《1988 年……年鉴》，第一卷，第 273 页。另见《1989 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 65 和 66 页，第 211 至 216 段。

会的要求在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内拟订的国际刑事法院规约草案¹⁷ 成为一份单独文件时，有人在第六委员会表示遗憾，因为“根据最初设想，该法院是适用治罪法的法律机构”。¹⁸ 在这方面，1996 年治罪法第 7 条草案的评注的脚注很重要。委员会注意到“就有关司法诉讼中的起诉或惩罚而言，没有任何程序性豁免的情形，是没有任何实质性豁免或辩护理由的一个基本必然结果”，并认为应加上这样一个脚注：“国际刑事法庭的司法程序是个人不能以其官职援引任何实质性或程序性豁免来逃避起诉和惩罚的正常司法诉讼的典型实例”。¹⁹

12. 还应该记得，委员会在审议治罪法草案的这项规定时考虑到，一些国家提出了包括国家元首和政府首脑在内的国家官员能够享受豁免的相关问题。在这方面，起草委员会主席在介绍委员会在全体会议中经二读通过的治罪法草案时指出，起草委员会认为豁免问题是一个执行该草案的问题，因此不应在“一般性原则的准则”部分中处理。²⁰

13. 委员会在拟订关于国家及其财产的刑事豁免的条款草案时审议了国家官员的外国管辖豁免问题。根据第 2 条第 1 款 (b) (v) 的规定，“国家”是指“以国家代表身份行事的国家代表”。²¹ 这些代表包括国家元首和政府首脑、各部委负责人、大使、使团团长、外交代表和领事官员。²² 第 2 条第 1 款 (b) (v) 结尾的“以国家代表身份”几个字，意在澄清这种豁免是根据属事管辖而给予这种人的代表身份的。²³ 条款草案并不涉及委员会所指出的国家元首和大使“享有”的属人管辖豁免。²⁴

¹⁷ 大会 1989 年 12 月 4 日第 44/39 号决议“请委员会第四十二届会议于审议题为‘危害人类和平及安全治罪法草案’项目时，讨论设立国际刑事法庭或其他国际刑事审判机构的问题，这种机构应对被指控犯下可能为这类罪行法典规定的罪行的人具有管辖权”（着重部分为作者标明）。大会 1991 年 12 月 9 日第 46/54 号决议请委员会“在危害人类和平及安全治罪法草案的框架内进一步审议和分析在其第四十三届会议报告中提出的关于国际刑事管辖权问题的各项论点，包括设立国际刑事法院或其他国际刑事审判机制的建议……”（着重部分为作者标明）。

¹⁸ A/CN.4/472，第 42 段。有人说，“国际刑事法院比国家法院能更好地执行治罪法”（第 43 段）。有观点认为“治罪法与未来的法院有一个共同的目的，这就是使国家法院或某一国际机构能够惩治国家或个人实施的特别令人憎恶的罪行”（第 45 段，着重部分为作者标明）。

¹⁹ 《1996 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 27 页。

²⁰ 《1995 年……年鉴》，第一卷，第 202 页，第 36 段。

²¹ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 144 页。

²² 同上，第 18 页，第 17 段。第 2 条草案的评注指明，该清单并非详尽无遗。委员会认为，受权代表国家的所有自然人享有国家豁免。

²³ 同上。

²⁴ 同上，第 18 页，第 19 段。

14. 最初的建议是委员会在审议该问题时应审议各种形式和表现的豁免；例如民事、行政和刑事管辖豁免。这项建议载于委员会为审议其关于该专题的未来工作所设立的工作组的报告。²⁵ 特别报告员素差伊库先生的第七和第八次报告中除其他外载有关于“君主和其他国家元首”的属人管辖豁免的草案第 25 条，其中包括另一国刑事管辖权的豁免。²⁶ 该条款草案在委员会第三十一届会议上受到批评，未列入向大会提交的条款草案之中。²⁷ 这些条款草案没有再提到国家元首（或其他国家代表）的刑事管辖豁免。

15. 委员会仅将“不妨碍”条款列入条款草案。第 3 条第 2 款规定，这些条款“不妨碍国际法规定按照属人管辖给予国家元首的特权和豁免”。该款的评注指出，“本条款草案不妨碍各国给与外国君主或其他国家元首、其家属或家庭雇员的豁免的范围。这一范围实际上还可包括其地随从人员。同样，本条款不妨碍各国给与政府首脑和外交部长的豁免范围。然而，这类人并未明确列入第 2 款，因为很难列出一份详尽无遗的清单，而且这样还会引起他们行使管辖豁免的基础和范围的问题。在某一阶段曾建议在第 2 款中‘国家元首’之后加上政府首脑和外交部长，但未被委员会所接受”。²⁸ 评注的另一个值得注意的部分表示：“因此，第 3 条第 2 款的保留仅指私人行为或在国家行为中给与的个人豁免，并未说明其地位应受本条款的任何影响。对现行习惯法未作任何改动。”²⁹

16. 国家官员不受另一国刑事管辖的豁免以及国家官员的地位，是委员会在拟订关于如下方面的条款草案时所审议的问题：外交和领事关系；特别使团；防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行；国家在其对国际组织关系上的代表权。

17. 关于外交关系、领事关系、特别使团和国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案提到国家官员的特殊类别，包括“外交代表”、“领事官员”、“派遣国代表”和“代表”，他们经一个国家授权代表其在对另一国或国际组织关系上履行某种职能。条款草案规定，这类国家官员享受接受国的刑事管辖豁免。³⁰

²⁵ 《1978 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 154 页，第 22 段。

²⁶ 《1985 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 44 和 45 页；《1986 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 31 页。

²⁷ 委员会讨论特别报告员第八次报告中提交的草案第 25 条的情况，见《1986 年……年鉴》，第一卷，第 9 至 28 页。

²⁸ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 22 页，第 7 段。

²⁹ 同上，第 6 段。

³⁰ 尤其见关于外交关系的条款草案第 27、29、30、37、38、39 和 40 条及其评注（《1958 年……年鉴》，第二卷，第 97 至 99 页和第 102 至 104 页）；关于领事关系的条款草案第 41、43、45、53、54 和 55 条及其评注（《1961 年……年鉴》，第二卷，第 115 至 119 页和第 122 和 123 页）；关于特派团的条款草案第 29、31、41 和 44 条及其评注（《1967 年……年鉴》，第二卷，第 361、

18. 一个尤其引人注意的问题是委员会在拟订关于特别使团的条款草案时审议了国家元首和其他高级别人员的地位问题。委员会最初审议了可否在条款草案中加入关于所谓高级特别使团的一节的问题，其中包括由国家元首、政府首脑、外交部长和其他部长率领的使团。³¹ 特别报告员在委员会第十七届会议上提交了关于这种特别使团的条款草案。³² 这些条款草案（“规则”）构想率领特别使团的国家元首、政府首脑、外交部长和其他部长享有绝对不可侵犯性以及对接受国管辖的完全豁免。³³ 委员会本身并未讨论这些条款草案，但审议了是否应为这种使团规定特殊规则的问题。³⁴ 委员会考虑到各国对该问题的看法，建议特别报告员不起草有关所谓高级别使团的规定草案，而是将一项关于作为特别使团团长的国家元首的地位的规定列入条款草案，并考虑是否应当在关于某些豁免的规定中提到这些特派团的特殊情况。³⁵ 在这方面，1967 年委员会向大会提交的条款草案包括关于国家元首和高级人员地位的第 21 条草案，条文如下：

1. 率领特别使团的派遣国元首在接受国或第三国除享有这些条款所规定的待遇外，还应享受国际法给与从事正式访问的国家元首的便利、特权和豁免。

2. 政府首脑、外交部长和其他高级别人员作为派遣国特别使团成员，在接受国或第三国除享有这些条款所规定的待遇外，还应享受国际法给与的便利、特权和豁免。³⁶

19. 该条草案的评注指出，“在国际法中……级别会赋予拥有这一级别者在作为特别使团成员时所享受的特殊的便利、特权和豁免”，而“委员会并未说明这些“其他人员”要享受更多便利、特权和豁免而必须拥有的称号和级别，因为这种

362、365 和 366 页)；关于国家在其对国际组织关系上的代表权的草案第 28、30、31、37、38、59、61、62、68 和 69 条及其评注（《1971 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 302 至 305 页、308、309 页、319 至 321 页和 323 页）。

³¹ “国际法委员会第十六届会议决定请其特别报告员在下一届会议上提交一个关于所谓高级特别使团、特别是由国家元首、政府首脑、外交部长和内阁部长率领的特别使团法律地位的条款”。《1967 年……年鉴》，第二卷，第 393 页。

³² 《1965 年……年鉴》，第二卷，第 143 和 144 页。在这方面，特别报告员巴尔托什先生指出：“特别报告员尽管竭尽全力制定专门适用于这种特别使团的规则，却未能在实践和文献中找到这种规则。”同上，第 143 页。

³³ 同上，第 143 和 144 页，草案第 2 条(i)和(j)；第 3 条(e)和(g)；第 4 条(f)和(h)；第 5 条(d)和(f)。

³⁴ 《1966 年……年鉴》，第一卷（第二部分），第 259 至 261 页。报告员对讨论做了总结、除其他外指出：“毫无疑问，对于由国家元首率领的特别使团已经有一般国际法的规则，因此没有必要规定任何特别的规则。”同上，第 261 页。

³⁵ 《1966 年……年鉴》，第二卷，第 277 页，第 69 段。

³⁶ 《1967 年……年鉴》，第二卷，第 359 页。

称号和级别在各国根据宪法和现行礼仪而各不相同”。³⁷ 因此，委员会没有清楚说明哪些人属于“高级别人员，在第 21 条第 2 款中仅举两个受广泛接受的例子：政府首脑和外交部长。在这些条款草案范围之外，国际法给与国家元首、政府首脑、外交部长和其他高级别官员的豁免的程度，也仍然不清楚。

20. 在委员会 1971 年向大会提交的关于国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案中列入了同样的条款。³⁸ 委员会在该条草案的评注中指出，若干国家在其书面意见中认为整个第 50 条没有必要，因为不论是否在草案中列入这一条，有关人士均“享受国际法给与他们的便利、特权和豁免”。³⁹ 但委员会决定保留该条款草案，在评注中指出该条反映了“一种既定做法”。⁴⁰

21. 同样引人注意的是委员会为拟订关于防止和惩处侵害应受国际保护人员的罪行的条款草案而审议了“应受国际保护人员”一词的定义。在为条款草案目的而确定该词的含义时，委员会还确定了根据属人管辖而适用条款草案的范围。根据委员会 1972 年向大会提交的条款草案第 1 条第 1 款的规定，“应受国际保护人员”在条款草案中是指：“(a) 身处外国的国家元首或政府首脑及其随行家庭成员；(b) 为了或由于代表国家或国际组织履行职能，而根据一般国际法或国际协定有权得到特别保护的国家或国际组织的任何官员及其有权得到特别保护的家庭成员。”⁴¹

22. 该条草案的评注指出，(a) 项中特别提到国家元首或政府首脑，因为国际法规定给与这种地位以特殊保护。⁴² 委员会强调，国家元首或政府首脑“只要身处外国，不论其访问的性质如何，无论是正式访问、非正式访问还是私人访问，均有权得到特别保护”。⁴³

23. 有人提议在该条草案行文中说明，内阁成员或其他类似高级别人员身处外国时，也应当在任何时候和任何情况下都受到国际保护。委员会不接受这一提议。

³⁷ 同上。

³⁸ 第 50 条。国家元首和高级别人员的地位

1. 率领特别使团的派遣国元首在东道国或第三国除享有本条款所规定的待遇外，还应享受国际法给与国家元首的便利、特权和豁免。

2. 政府首脑、外交部长和其他高级别人员作为派遣国特别使团成员，在东道国或第三国除享有本条款所规定的待遇外，还应享受国际法给与这种人的便利、特权和豁免。《1971 年……年鉴》，第二卷（第一部分），第 315 页。

³⁹ 同上。

⁴⁰ 同上。

⁴¹ 《1972 年……年鉴》，第二卷，第 312 页。

⁴² 同上。

⁴³ 同上。

首先，委员会决定，关于这类人员有权得到国际保护的原则尽管受到某些人支持。但“不能以任何广泛接受的国际法规则为依据，因此不能作为提议提出”。⁴⁴其次，反对该提议的人指出：委员会在其关于特别使团和国家在其对国际组织关系上的代表权的工作中已经审议了可否使用类似措辞（如“其他高级别人士”）的问题，但决定不采用这种措辞，因为其含义不够准确。⁴⁵

24. 委员会认为，第 1 条草案(b)中所述官员不同于国家元首或政府首脑，应否享受特别保护取决于他们是否履行官方职能。⁴⁶

B. 国际法学会的工作

25. 该学会在十九世纪首次审议国家元首的外国法院管辖豁免的问题。1891 年通过了关于法院在针对外国、君主或国家元首的诉讼中的管辖权的国际规则草案。⁴⁷国家元首的豁免在国家豁免的范围内得到审议。该条款未将外国刑事管辖豁免单列出来，只是泛泛地提到豁免。草案第 4 至 6 条规定，国家法院只能考虑对外国元首采取非常有限的民事法律行动。⁴⁸

⁴⁴ 同上，第 313 页。

⁴⁵ 《1972 年……年鉴》，第一卷，第 237 页。我们知道，最后的论点并不反映委员会关于上述两个专题的工作的最后结果：关于特别使团和国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案中除国家元首和外交部长外还提及“其他高级人员”。

⁴⁶ 同上，第二卷，第 313 和 314 页。因此，一名在东道国或接受国以外的国家休假的外交代表通常不享受特别保护（同上，第 313 页）。

⁴⁷ *Yearbook of the Institute of International Law*, 1889-1892, vol. XI, pp. 426-432. 该文本草案（只有法文）另见该学会网站：www.idi-iil.org/idiF/resolutionsF/1891_harm_01_fr.pdf。若要了解该学会对该专题的审议情况，另见 J. Verhoeven 所著 “*Les immunités de jurisdiction et d'exécution. Rapport provisoire*” (2000 年 12 月)，vol. 69 (2000-2001)，p. 487。

⁴⁸ “第 4 条

只有对外国的下列行动是允许的：

1. 对物行动，包括对领土上的动产和不动产的占有行动；
2. 根据作为有领土一国民的继承人或受遗赠人、或在领土上享有已公开的继承权的某外国的地位采取的行动；
3. 针对某外国在有关领土上经营的商业或工业公司或铁路采取的行动；
4. 某外国明示承认……法院对其管辖权的行动；
5. 由某外国在有关领土订立的合同引起的行动，即可能根据某一明示条款或行动的性质而要求在同一领土上全部实施；
6. 由于在有关领土上的犯罪或准犯罪引起的损失索赔。

第 5 条

不可采取因主权行为引起的行动、由于索赔者以国家官员的身份订立的合同引起的行动以及公共捐款造成的某外国的债务有关的行动。

26. 该学会于本世纪之初第二次审议国家元首豁免的问题，此时该专题开始引起很大的公众、政治和专业兴趣。⁴⁹ 由此导致该学会于 2001 年通过了题为“国际法规定的国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免”的决议。⁵⁰ 该决议规定：现任国家元首和政府首脑无论其实施的罪行严重程度为何，均享有外国法院刑事管辖豁免。⁵¹ 根据该决议，前国家元首和政府首脑所享受的外国刑事管辖豁免只适用于其在行使官方职能时实施的行为。然而，这种豁免是有限的，因为无论如何他们在如下情况下均可能受到刑事起诉：其受到指控的行为属于国际法规定的犯罪，其行为的实施只是为了满足个人利益，或其行为构成非法占有国家财产。⁵²

四. 初步议题

A. 渊源

1. 国际条约

27. 在委员会编写的条款草案基础上，通过了一系列国际条约：1961 年《维也纳外交关系公约》；⁵³ 1963 年《维也纳领事关系公约》；⁵⁴ 1969 年《特别使团公约》；⁵⁵ 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》；⁵⁶

第 6 条

针对外国君主或国家元首的行动应遵守第 4 和第 5 条规定的规则。国际法学会，Tableau général des résolutions (1873-1956), Basel, 1957, pp. 15 和 16。

⁴⁹ 特别是大不列颠及北爱尔兰联合王国当时正在审理奥古斯托·皮诺切特的重大案件。

⁵⁰ Yearbook of Institute of International Law, vol. 69 (2000-2001). Pp. 680-692. 报告员 Verhoeven. 也可在以下网站查阅：www.idi-ii.org/idiE/resolutionsE/2001_van_02.en.pdf。

⁵¹ “第 2 条。

在刑事事项中，国家元首无论其实施的罪行严重程度为何均享有外国法院管辖豁免。

第 15 条

外国政府首脑享有……本决议所确认的国家元首……的管辖豁免。”

⁵² “第 13 条

他们在刑事……诉讼中也不享有管辖豁免，除非其行为是在行使官方职能时所实施，或与行使官方职能有关。然而，他们可能在如下情况下受到起诉和审判：其受到指控的行为属于国际法规定的犯罪，其行为的实施只是为了满足个人利益，或其行为构成挪用国家资产和资源。”

⁵³ 联合国，《条约汇编》，第 500 卷，I-7310 号。

⁵⁴ 同上，第 596 卷，第 8638 号。

⁵⁵ 同上，第 1400 卷，I-23431 号。

⁵⁶ 同上，第 1035 卷，第 15410。

1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》；⁵⁷ 以及 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。⁵⁸ 这些条约中包含了关于国家官员地位和（或）其外国管辖豁免问题的规定，有时甚至是逐字抄录委员会编写的条款草案中的上述规定。⁵⁹

28. 其他国际条约也对国家代表的豁免问题作出了规定。例如，在关于国际组织在会员国或东道国领土上的特权和豁免问题的条约中即有相应的条款。下列条约的有关条文宣称国家代表享有豁免，包括刑事管辖豁免：1946 年《联合国特权和豁免公约》第四条；⁶⁰ 1947 年《专门机构特权和豁免公约》第五条；⁶¹ 1949 年《欧洲委员会特权及豁免总协定》第四条⁶² 以及其他条约条款。领事官员的豁免，包括刑事管辖豁免，则由双边领事协定作出规定。⁶³

29. 有一种观点认为，某些不专门针对豁免问题的国际条约也对国家官员的豁免问题作出规定。例如，A. Borghi 指出，“若干关于制止国际犯罪的公约中含有取消国家元首豁免的规定”。⁶⁴ 这些是旨在打击国际犯罪的条约——特别是 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》⁶⁵ 和 1984 年《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》。⁶⁶ 不过，还有另一种观点。如 J. Verhoeven 认为，迄今为止，没有任何条约明确排除通常适用于各国法院审理的国际法罪行案件的豁免规定，无论是给国家还是给国家机关的豁免。⁶⁷ 他进一步指出，无可否认，

⁵⁷ 1975 年 3 月 14 日在维也纳订立。尚未生效。见《联合国关于国家在其对国际组织关系上的代表权问题会议正式记录》，第二卷（联合国出版物，出售品编号：E. 75. V. 12）。

⁵⁸ 大会第 59/38 号决议，附件。尚未生效。

⁵⁹ 在 2004 年国家及其财产管辖豁免公约草案工作的结束阶段，达成了一项最后谅解，即这种豁免并不扩大到刑事诉讼。其后，这一谅解又体现在 2004 年大会通过该公约的第 59/38 号决议第 2 段。

⁶⁰ 大会第 22 A(I) 号决议。

⁶¹ 大会第 179(II) 号决议。

⁶² 欧洲委员会条约第 002 号；可查询 <http://conventions.coe.int>。

⁶³ 例如，见 1994 年 6 月 14 日《俄罗斯联邦和马尔代夫共和国领事公约》第三节（特权和豁免）。案文可查阅 www.businesspravo.ru/Docum/DocumShow_DocumID_45519.html。

⁶⁴ Borghi, L'immunité des dirigeants politiques en droit international, Helbling & Lichtenhahn, 2003, p. 66。

⁶⁵ 大会第 250 A(III) 号决议，附件。

⁶⁶ 联合国，《条约汇编》，第 1465 卷，第 24841 号。

⁶⁷ Verhoeven, 同前，p. 123。他指出：“必须……注意到，正如有人已经指出的那样，这些（关于种族灭绝、酷刑等问题的）公约中并未包含以明示方式排除[豁免权]的规定，而且在其准备工作文件或其他文件中也没有任何内容显示这些条约的谈判国或缔约国有此默示意图”。同上，p. 125。

确有一些公约试图组织有效制止这种罪行的行动。然而，从中似乎看不出任何签署国希望（以默示的方式但的确希望）减损豁免权。⁶⁸

2. 习惯国际法

30. 现有国际条约对某类国家官员的外国刑事管辖豁免问题的一些重要却单独的方面作了规定：履行外交和领事职能的国家官员（外交代表和领事官员）在东道国的刑事管辖豁免，以及在某些情况下在过境国的刑事管辖豁免；国家派往国际组织的代表在东道国的刑事管辖豁免；特别使团成员在东道国的刑事管辖豁免。这表明，享有外国刑事管辖豁免的人员并不限于国家元首。不过，这些条约并未对国家官员外国刑事管辖豁免的一般问题作出规定，也没有对许多具体情形以及享有豁免的一类官员的确切定义等等作出规定。没有一项普遍性的国际条约对所有这些问题以及与现任和前任国家官员的外国刑事管辖豁免有关的问题作出全面的规定。此外，并非关于这一问题的所有国际条约都已生效，⁶⁹ 而且即便已生效，各国也没有广泛参加。⁷⁰ 值得注意的是，其中一些条约中实际上还规定，其有关规则仅是对该领域现有国际法的补充。⁷¹ 这证实在这个问题上习惯国际法的存在。此外，即使上述国际条约将习惯国际法关于国家官员的外国刑事管辖豁免问题的某些方面编入条文，这并不排除习惯国际法的有关准则依然存在，继续对这一主题起规管作用。

31. 国际习惯是这一领域的基本国际法渊源。正如H. Fox所指出的那样，“如果没有任何关于国家元首地位和豁免问题的公约，则由习惯国际法提供这些规则”。⁷² 在国家元首以及其他国家官员的外国刑事管辖豁免问题上，都是如此。

32. 2002 年，在确定刚果民主共和国外交部长在比利时的刑事管辖豁免问题应适用的法律渊源时，国际法院在“逮捕证”一案的判决中，就各方援引的文书中包括的外交关系、领事关系和特别使团公约指出：“这些公约对豁免问题的某些方面提

⁶⁸ 同上。

⁶⁹ 例如，1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》和 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》尚未生效。

⁷⁰ 例如，1969 年《特别使团公约》有 38 个缔约国。

⁷¹ 例如，1969 年《特别使团公约》第 21 条和 1975 年《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第 50 条。

⁷² H. Fox, *The law of State Immunity* (New York: Oxford University Press, 2002), p. 426. 又见 A. Watts, “The legal position in international law of Heads of States, Heads of Government and Foreign Ministers”, *Recueil des Cours*, vol. 247 (1994-III), p. 36; A. Borghi, 同前, pp. 71 和 72; Y. Simbeye, *Immunity and international criminal law* (Aldershot, England and Burlington, Vermont: Ashgate, 2004), p. 94; M. A. Summers, “Diplomatic Immunity Ratione Personae: Did the International Court of Justice Create a New Customary Rule in *Congo v. Belgium*?”, *Michigan State Journal of International Law*, vol. 16 (2007), p. 459, at p. 466; H. Altman, “The Future of Head of State Immunity: the Case against Ariel Sharon”, 2002 年 4 月, p. 4 (可查询 www.indictsharon.net/heidialtman-apr02.pdf)。

供了有益的指导。但是，其中并未包含任何明确定义外交部长所享有豁免的条文。因此，法院必须根据习惯国际法来裁定本案中提出的关于外交部长豁免的问题”。⁷³

33. 各国法院在裁决中也指出，外国管辖豁免的渊源是习惯国际法。⁷⁴ 例如，法国最高法院在其 2001 年对所谓“卡扎菲”一案的裁决中，指出：“如果没有对当事方具有约束力的与此相反的国际规定，那么，按照国际惯例，不得在一外国刑事审判机构对现任国家元首进行诉讼”。⁷⁵

34. 各国以其行政部门为代表，也将习惯作为这一领域的国际法渊源。例如，“2000 年 4 月 11 日逮捕证”一案的当事方（刚果民主共和国和比利时）便主要按照习惯国际法，就刚果外交部长在比利时是否享有刑事管辖豁免问题，论证了各自的立场。⁷⁶ 美国政府在其向审理外国国家官员豁免案件的美国法院提交的“豁免建议”中，将习惯国际法称为豁免的一个法律渊源。⁷⁷ 法国的检察长在其

⁷³ Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Judgment of 14 February 2002, I. C. J. Reports, 2002, p. 21, para. 52.

⁷⁴ 正如 A. Borghi 所指出的那样，“许多司法判决，包括在瑞士、法国、美国和德国的司法判决也将……习惯法，确立为豁免权的渊源”。同前 P. 71. 又见 Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (“Pinochet No.1”), House of Lords, 25 November 1998, 刊载于《国际法案例汇编》，vol. 37, p. 1302, at pp. 1309–1311; Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet (“Pinochet No.3”), House of Lords, 24 March 1999, 刊载于 International Law Review, vol. 38, p. 581, at p. 621–622, 641 和 644; Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, US District Court, Northern District of Illinois (2003), p. 5; Bouzari v. Iran, 2004, CanLII 871 (Court of Appeal for Ontario), paras. 40 和 85(可查阅 <http://www.canlii.org/en/on/onca/doc/2004/2004canlii871/2004canlii871.pdf>)。

⁷⁵ Court of Cassation, Criminal Chamber, 13 March 2001, 00–87. 215, 刊载于 Bulletin criminel, 2001, N° 64, p. 218 (可查询 www.legifrance.com)。后又刊载于 Gaddafi, France, Court of Cassation, Criminal Chamber, 13 March 2001, 《国际法案例汇编》，vol. 125, p. 508, at p. 509.

⁷⁶ Case concerning the Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium), Application Instituting Proceedings, 17 October 2000, p. 13, Part IV(B) (保留原文中的斜体): “……不承认现任外交部长的豁免权, ……是违反……国际判例法、习惯法和国际礼让的”; 又见刚果民主共和国 Memorial, at paras 6, 55 和 97(1); Belgian Counter-Memorial, paras 3.4.6, 3.5.144 etc. (可查阅 www.icj-cij.org)。

⁷⁷ 例如, 2001 年国务院其在 Tachiona v. Mugabe 一案的“豁免建议”中, 指出: “根据在美国得到承认和适用的习惯国际法规则, [……]穆加贝总统, 身为—外国国家元首, 在本案中享有法院管辖豁免”。AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 95, (October 2001), p. 874. 2005 年, 就教皇本笃十六世的豁免问题, 美国国务院指出: “国家元首豁免权的原则作为国际习惯法适用于美国。R. Crook, “Contemporary practice of the United States relating to international law: State jurisdiction and immunities: US Brief suggests Pope’s immunity as a head of State”, AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW, vol. 100, (January 2006), p. 219. 又见张贴在美国国务院网站 (www.state.gov) 上关于下列案件的“豁免建议”第 3 段: Li Weixun v. Bo Xilai (“further suggestion”, cc.2–8); Hartmann v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayhan; Gladys M. Lafontant v. Jean-Bertrand Aristide; First American Corporation v. Sheikh Zayed Bin Sultan Al-Nayhan; Josephine Alicog and Spiyani Marian Fernando v. Kingdom of Saudi Arabia, His Royal Highness King Fahd Bin Abdulaziz Al-Saud, Majid Afifi, Salim Afifi; Guardian F. v. Archdiocese of San Antonio.

关于“卡扎菲”一案的结论中称，“在传统上，国家元首豁免原则被视为是一项必要的国际习惯规则，有利于维护各国间的友好关系”。⁷⁸

3. 国际礼让

35. 有人曾表示，外国管辖豁免不应作为一种权利给予，而应作为国际礼让。⁷⁹然而，这一理论是难以让人接受的。豁免首先是一个权利问题，即国家司法权利和义务问题。法院将国家官员豁免问题的争端视为关于侵犯司法权利和违背司法义务问题的争端，这是自然的。2006年在“Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia)”一案中审议了国家及其官员的豁免问题。在此案中，霍夫曼勋爵指出：“正如米利特勋爵在“Holland v. Lampen - Wolfe[2000]1 WLR 1573, 1588”一案中所说的那样，国家豁免不是‘联合王国选择自我施加的对其法院管辖权的限制’，而是作为一个可酌情处理的事项，可以放松或放弃的。国家豁免是国际法施加的不对任何国

⁷⁸ Gaddafi, Submissions of the Advocate General, 《国际法案例汇编》，第125卷，第498页，见第500页。

⁷⁹ 这一理论既见于判决书中，又见于有关学说之中。在美国的法律诉讼中，这也是众所周知的理论。例如，早在1812年，美国的最高法院就在其关于The Schooner Exchange v. McFaddon一案的判决中指出：“……作为礼让，国际社会成员以默示的方式同意在特定案件，如涉及外长或元首的的案件中放弃对其他主权国家行使管辖权”。The Schooner Exchange v. McFaddon, 11 U.S. 116, 137 (1812). 哥伦比亚特区法院在其1998年3月11日对Flatow v. the Islamic Republic of Iran一案的判决中，指出：“外国主权豁免，无论是按照普通法，还是按照现在的《外国主权豁免法》，都一直是一项恩惠和礼让之举，而不是一项根据美国法律赋予的权利”。999F.Supp.1, U.S.District Court, District of Columbia (可查阅<http://www.uniset.ca/islamicland/999FSupp1.html>)。在Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Ziang Zemin and Falun Gong Control Office一案中，请愿人律师指出，“豁免权是给予国家元首的一项礼让，旨在确认相互需要避免因法院对来访国家元首施加阻碍及处罚而干预外国政府的适当运作”（见第5页）。

Judge van Den Wyngaert法官在他就关于“2000年4月11日逮捕证”一案的判决提出的反对意见中，也指出：“并没有证据可以支持这样一种提法，即一个国家根据国际习惯法有义务给予一现任外交部长对刑事诉讼的豁免。通过发出逮捕令和通缉，比利时采取的行动可能有违国际礼让。但是，并没有违反一项国际义务”。《2002年国际法院案例汇编》，第139页，第1段。；还可查阅www.icj-cij.org。不过，人们会记得，在这一问题上，绝大多数法官支持与之相反的意见。

正如Oppenheim's International Law一书所述，“在给予国家元首的特殊待遇的依据问题上，仁者见仁，智者见智，被归因于国际礼让和礼遇等渊源”。R. Jennings和A. Watts, Oppenheim's International Law, 9th ed., 1992, p. 1034. L. M. Caplan写道：“有两个主要理由可解释[外国国家豁免]论的法律渊源。一种理由主张，国家豁免是依据国家主权平等原则而赋予的一项基本权利。另一理由则认为国家豁免是从国家管辖原则的一个例外演变而来的，即外国中止其审判管辖权，以此作为实际上的礼遇之举，以促进国家间关系”。“State immunity, human rights, and jus cogens: a critique of the normative hierarchy theory”, American Journal of International Law, vol. 97, No. 4 (October 2003), p. 741, at p. 748. 应该指出的是，引用的一些关于礼让问题的意见并未将之称为一个渊源，而是称为豁免的一个理由。

家歧视的规定”。⁸⁰ 国际法院在其对“逮捕证”一案的判决中认为，比利时违反了其对刚果民主共和国的一项国际法律义务，因为对耶罗迪亚·恩东巴希先生发出逮捕令并进行国际通缉，这违反了刚果民主共和国现任外交部长根据国际法的规定享有的刑事管辖豁免。⁸¹ 这一案件涉及习惯国际法规定的一项义务。更清楚的是，在上述有关条约义务方面，官员的外国刑事管辖豁免来自国际法。

36. 但是，首先，任何情况都无法阻止一国依据国际法规定的义务或出于国际礼让，给予其他国家官员，尤其是高级官员管辖豁免。⁸² 其次，这还涉及另一个问题。在理论上和实践上，有时均会出现高级官员家属及直接随行人员的外国管辖豁免的问题。至于这一类人员，如果认为外国管辖豁免的渊源不是国际法，而是国际礼让，这种看法的理由会充分得多。⁸³ 最后，有观点认为，当国家高级官员并不是以官方身份，而是以私人身份到国外旅行时，东道国没有给予他们豁免的法律责任，但在这种情况下可出于礼让而给予豁免。⁸⁴（这一问题将在关于豁免的范围问题的一节中加以论述。）

4. 国际法和国内法的作用

37. 有些国家的立法已提到外国官员豁免问题，但基本上只涉及国家元首。例如，联合王国、新加坡、巴基斯坦、南非、加拿大和澳大利亚通过的关于外国豁免问题的法律都将官方身份的外国国家元首列入国家的概念，⁸⁵ 这与 2004 年《国家及其财产管辖豁免公约》⁸⁶ 的情况相同。在这方面，根据联合王国立法，官方身

⁸⁰ Jones v. Ministry of Interior Al-mamlaka Al-Arabiya AS Saudia (the Kingdom of Saudi Arabia, House of Lords, Appellate Committee, 14 June 2006 (“Jones No. 2”), [2006]UKHL 26, para. 101 (可查阅 www.parliament.uk/)。)

⁸¹ 《2002 年国际法院案例汇编》，第 33 页。

⁸² “无论是公约规定还是习惯法，[给予豁免]的义务并不排除国家机关给予外国国家元首比国际法……规定的更优惠的待遇”。J. Verhoeven, 《Les immunités de jurisdiction et d’ exécution. Rapport provisoire (2000)》，Yearbook of the Institute of International Law, vol. 69 (2000-2001), p. 509。

⁸³ 参看下文第 128 段。

⁸⁴ A.Cassese 认为，“当他们[国家高级官员]正在进行私人访问，但没有以不透露身份的方式旅行时，东道国则须给予他们特别的保护；也可出于礼让，即出于礼貌和善意，给予他们特权和豁免；不过，并没有这样做的义务”。International Law (Oxford, 2001), p. 96。

⁸⁵ 例如，见联合王国 1978 年《国家豁免法》第 14 条；新加坡 1979 年《国家豁免法》第 16 条；巴基斯坦 1981 年《国家豁免法令》第 15 条；南非 1981 年《外国主权豁免法》第 1 条；加拿大 1982 年《国家豁免法》第 2 条；澳大利亚 1985 年《外国豁免法》第 3 条。这些法律的相关条款的引述见 E. K. Bankas, *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts* (Berlin-Heidelberg: Springer, 2005), pp. 431-459, 和 A. Dickinson, R. Lindsay 和 J. Loonam, *State Immunity: Selected Materials and Commentary* (New York: Oxford University Press, 2004), pp. 469-523。

⁸⁶ 大会第 59/38 号决议，附件。

份的国家元首享有与外交使团团长相同的豁免。⁸⁷ 根据《澳大利亚外国豁免法》第 36 条第 1 款，“在符合本节后续条款的情况下，1967 年《外交特权和豁免法》经必要修改，扩大适用于现任(a)外国国家元首或(b)外国国家元首之配偶”。⁸⁸

38. 俄罗斯联邦立法载有关于所有外国官员豁免问题的规定。根据《俄罗斯刑事诉讼法》第 3 条第 2 款，可以依照国际法公认准则或俄罗斯联邦缔结的国际条约对享有豁免的外国官员提起刑事诉讼，但需经该官员现在或过去工作的国家同意。在这方面，关于当事人是否享有此类刑事诉讼豁免以及此类豁免有多大范围的资料，将由俄罗斯联邦外交部提供给相关的俄罗斯法院或执法机构。⁸⁹ 在这种情况下值得注意的是，依照国内法，对于外国官员在俄罗斯的刑事管辖豁免问题，以国际法为准。

39. 关于有些国家法律体系中出现普遍管辖制度的问题，在这些国家的立法中出现的有关规定，可以被解释为行使普遍刑事管辖的当事国拒绝向外国官员提供豁免。例如，比利时 1993 年关于对严重违反 1949 年保护战争受害者问题日内瓦四公约的行为提起刑事起诉的法律在 1999 年修正后，列入了防止利用豁免来避免刑事起诉的规定：“凭个人官方身份拥有的豁免不妨碍适用本法”。⁹⁰ 有了这一规定，就有可能对刚果民主共和国外交部长提起刑事诉讼。但在国际法院作出“逮捕证”案的判决之后，这项法律于 2003 年修正⁹¹ 为“……只有在国际法准许的情况下才取消豁免”。⁹² 因此，比利时法律中外国官员战争罪的刑事管辖豁免范围，实质上已开始根据国际法予以确定。

⁸⁷ 联合国《国家豁免法》第 20 条引述了 1964 年《外交特权法》。E. K. Bankas, 同前注, p. 440.

⁸⁸ A. Dickinson, R. Lindsay 和 J. Loonam, 同前注, 在第 483 页。

⁸⁹ 见俄罗斯联邦关于修订《刑事诉讼法》第 3 条的 2008 年 3 月 4 日第 26 号联邦法。可查阅 <http://document.kremlin.ru>。

⁹⁰ 关于惩治严重违反国际人道主义法行为的 1993 年 6 月 16 日法律, 经 1999 年 2 月 10 日法律修订。可查阅 www.ulb.ac.be/droit/cdi/Site/Accueil/Accueil.html。

⁹¹ 关于严重违反国际主义法行为的 2003 年 8 月 5 日法律, 可查阅 www.juridat.be/。

第 13 条

在《刑事诉讼法》前编第 1 章中插入以下第 1 条之二：

“第 1 条之二第 1 款 依照国际法，不可对下列人员提起诉讼：

- 现任国家元首、政府首脑和外交部长，以及国际法承认享有豁免的其他人员；
- 根据对比利时有约束力的条约享有全部或部分豁免的人员。

第 2 款 依照国际法，对于应比利时当局或设在比利时境内并与比利时签有总部协定的国际组织正式邀请在王国境内逗留的任何人，在其逗留期间不可采取与提起公诉有关的任何强制措施。”

⁹² S. Smis 和 K. Van der Borcht, “Belgian Law concerning The Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law: A Contested Law with Uncontested Objectives”, 《美国国际法协会观察报》，2003 年 7 月，可查阅：www.asil.org/insights/insigh112.htm。

40. 国际法和国内法在国家法院及其他执法机构审议外国官员豁免问题时发挥什么作用，主要取决于国际法在有关国家法律体系中占据的地位、有关国家的法律文化以及法律和执法传统。众所周知，国家法院在审议外国官员豁免问题时广泛适用国际法（当然是结合国内法），但在实际审理此类案件时不会提到国际法。

41. 国家官员的外国刑事管辖豁免问题以及国家的管辖豁免问题是涉及国家间关系的问题。因此，这个问题中的基本和首要法律依据是国际法。理想的情况是通过有关这个问题的国际法确定国家法院及其他执法机构可适用的国内法内容，或者由国家法院及其他执法机构在审议豁免问题时直接适用。⁹³ 国内法在这方面最好应当发挥辅助作用，使国际法中关于豁免问题的各项规定得到实施。⁹⁴ 由于国家法院通常难以确定应予适用的国际法习惯规则的内容，编纂有关这个问题的国际法就会非常有用。

5. 可用资料

42. 在研究本报告所议专题以及可能拟订相关规范条款草案之时，似宜采用下列资料：国家实践，包括国内立法和国家法院裁定，特别是在世纪之交通过的反映当前对该专题理解情况的立法和裁定；行政当局在国家和国际司法机关的陈述，国家代表关于这个问题的发言；与这个专题有关的国际条约；国际法院在“逮捕证”案以及当前案件“法国某些诉讼程序（刚果共和国诉法国）”和“刑事事项互助的若干问题（吉布提诉法国）”等案件中的判决书及其他文件；国际刑事法庭的相关裁定；上文所述国际法委员会的资料及其他关于该专题的资料；1997-2001 年期间国际法学会审议国家元首和政府首脑豁免问题的资料；该领域的学术研究；关于该专题的其他资料。⁹⁵

B. 豁免和管辖

⁹³ 在这方面，可提及法兰西共和国官员 R. Abraham 在国际法院审理“法国某些诉讼程序（刚果共和国诉法国）”案件时对法国国情的描述：“依照国际法，法国法律采纳了外国国家元首豁免的原则。任何关于国家及其代表豁免的立法都没有衍生书面规则。明确且有力坚持这些豁免原则的，是提及习惯国际法并直接予以适用的法国法院的判例”。CR 2003/21 号文件（译文），2003 年 4 月 28 日星期一下午 4 时，第 32 段。

⁹⁴ 如 J. Verhoeven 所述，“毫无疑问，豁免首先提出的是一个国际法问题，因此应由国际法来处理豁免产生的问题。而国内法应用来确定如何在每一个国内法律秩序中切实遵守这项规则，并且知道同其他领域一样，只要有缺陷，就会产生国家的国际责任。”《Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets de droit international》，in J. Verhoeven (ed), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (Brussels: Larcier, 2004), atp. 82.

⁹⁵ 例如，国际刑警组织请求各国分发针对外国官员的国际逮捕令。

1. 管辖

43. 本报告所议专题的标题本身就是以“豁免”和“管辖”两个概念之间存在相似点和不同点为前提。正如Higgins、Kooijmans和Burgenthal法官在“逮捕证”案中另行发表的共同意见所言,“‘豁免’是‘管辖豁免’的常用缩略语”。⁹⁶ 有管辖才有豁免。如果没有管辖,就没有理由提出或审议管辖豁免的问题。⁹⁷ 国际法院在“逮捕证”案判决书中写道,“只有在一国依照国际法管辖某一事项的情况下,才会出现针对行使这一管辖的任何豁免问题”。⁹⁸

44. 本报告所议专题涉及国家管辖而非国际管辖,也就是说,是一个国家而不是国际机关的管辖。M. Shaw认为:“管辖是国家对人民、财产和形势施加影响的权力,反映了国家主权、国家间平等和不干涉内政的基本原则”。⁹⁹ 管辖通常被描述为是一个国家的权力或权限。¹⁰⁰ 管辖是国家主权¹⁰¹ 及其官方特权的一种表现形式,在国家行使主权的领土之内特别如此。Igor I. Lukashuk认为,管辖“指的是国家作出行为规定并确保使用现有一切合法手段执行这些规定的权力”。¹⁰²

⁹⁶ 《2002年国际法院案例汇编》,第64页,第3段。

⁹⁷ 如J. Brohmer所述,“从逻辑上讲,有管辖问题才有主权豁免问题,因为如果没有管辖,豁免问题就不能提出。” State immunity and the violations of human rights (The Hague: Kluwer Law International, 1997), p. 34。“在能够分析豁免是不是一个切实可行的防卫手段之前,有管辖……是必须的。管辖必须先有,因为从定义上看,豁免是管辖豁免的缩略。” P. J. Toner, “Competing Concepts of Immunity: Revolution of the Head of State Immunity Defense”, Penn State Law Review, vol. 108 (2004), p. 903。

⁹⁸ 《2002年国际法院案例汇编》,第20页,第46段。时任院长的纪尧姆法官曾表达同样的观点:“法院的管辖问题是法院在审议管辖豁免之前必须作出决定的问题。换句话说,只有在存在管辖的情况下才会出现管辖豁免”。同上,第35页,第1段。Higgins、Kooijmans和Burgenthal法官也同意这一看法:“如果从理论上讲没有管辖,那么,就绝对不会出现以其他方式存在的管辖豁免问题”,同上,第64页,第3段。

⁹⁹ M. Shaw, *International Law*, fifth ed. (Cambridge University Press, 2003), p. 572。

¹⁰⁰ “‘管辖’一词使人联想到权力的概念,在一系列表述中当作职权使用,在另一系列相关表述中当作裁决权使用”。J. Salmon (dir.), *Dictionnaire de droit international public* (Brussels: Bruylant, 2001), p. 624。V. Lowe认为:“‘管辖’一词指的是一个国家或其他管理当局(例如欧洲共同体)制订、适用和执行行为规则的法律职权范围。” “Jurisdiction”, in M. D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd ed. (Oxford University Press, 2006), p. 335。H. B. Oxman认为:“从最广义上讲,国家管辖指的是国家采取行动的合法权力以及国家决定是否采取行动、在决定采取行动的情况下如何采取行动的权力。虽然法学家们通常较为狭义地将‘管辖’一词用来指制订和执行规则的合法权力,但记住最广泛的含义还是有好处的。” “Jurisdiction of States”, *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (Amsterdam: Elsevier Sciences Publishers, 1992), p. 55。

¹⁰¹ D. W. Bowett, “Jurisdiction: Changing Patterns of Authority over Activities and Resources”, *British Year Book of International Law*, vol. 53 (1982), No. 1。《Юрисдикция государства (или национальная юрисдикция) — проявление суверенитета государства》[“国家管辖作为国家主权的一种表现形式”]。Chernichenko S. V., *Теория международного права* [国际法理论], vol. 2 (Moscow: Independent Institute of International Law, 1999), c. 126。

¹⁰² I. I. Lukashuk, *International Law*, General section (third ed., Wolters Kluwer, 2007), pp. 330 和 331。

I. Brownlie认为,“至少可以推定,管辖具有域内属性”。¹⁰³ 不过,管辖还可以其他理由(例如公民身份¹⁰⁴)行使,也可以在域外行使。

45. 管辖通过政府的立法、行政和司法机关行使。立法、行政和司法管辖之间通常有区分。¹⁰⁵ 立法或立规(造法)管辖包括由政府当局颁布法律及其他法律规定。行政管辖包括由国家、国家行政当局和官员实施和执行国家法律及其他法律规定的行动。司法管辖包括国家司法当局的活动,主要是案件审理方面的活动。行政和司法管辖具有共同特点,都涉及法律的适用和执行。因此,有些学者提到只存在两种管辖形式—立法(立规)管辖和行政管辖。¹⁰⁶

46. 特别报告员颂蓬·素差伊库在其关于“国家及其财产的管辖豁免”的第二次报告中提出下列管辖定义:“‘管辖’是指领土国家启动法律程序、解决争端、或裁夺争讼的权限或权力,以及在所有方面的司法权力”(第2条草案,第1款(g)项)。这一定义在解释性规定草案中作了扩充,说明了“管辖”概念的要件:

第3条解释性规定

1. 在本条款中,除非另有规定,……:

(b)第2条第1款(g)项定义中的“管辖”,……包括:

- (一) 裁夺的权力,
- (二) 确定法律和事实问题的权力,
- (三) 司法和在法律程序的所有阶段采取适当措施的权力,及
- (四) 领土国家司法或行政和警察当局通常行使的其他此类行政和执行权力。¹⁰⁷

47. 从这一定义和解释性规定中可得出两个结论。首先,为了关于国家管辖豁免的条款草案的目的,特别报告员认为应只审议管辖的行政和司法方面。立法(立规)管辖不包含在这一定义中。其次,为了条款的目的,管辖的概念包含程序行动的所有方面。¹⁰⁸

¹⁰³ I. Brownlie, *International Law*, sixth ed. (Oxford University Press, 2003), p. 297. Igor I. Lukashuk 指出,管辖的基本原则是域内管辖,但管辖范围既可以域内也可以域外。同前。

¹⁰⁴ M. Shaw, 同前,第572页。

¹⁰⁵ 同上第576-578页; I. I. Lukashuk, 同前。

¹⁰⁶ 例如,见 S. V. Chernichenko, 同前, PP. 112-117。

¹⁰⁷ 《1980年……年鉴》,第二卷(第一部分),第206和211页。

¹⁰⁸ 特别报告员本人在解释定义草案时指出,为了条款草案的目的,管辖的概念“包含整个司法进程,从启动或提出诉讼、送达令状、调查、审查、审判、构成临时或暂行措施的命令,到决定

2. 刑事管辖

48. 管辖可分为民事、行政和刑事管辖，取决于当局颁发的法律（命令）的实质内容、当局的行为以及当局的命令所涉或当局审理的问题或案件。刑事管辖包括颁布法律和其他命令，把所涉个人行为定为犯罪行为，确定并使行为人承担对这些行为的责任，并包括实施这些法律和命令的政府机构的活动。¹⁰⁹ 值得一提的是，司法机关、某些行政机关，还有一些不属行政或司法系统的机关均可负责适用和执行刑事法律，也就是说，这些机关行使国家的行政管辖权或行政和刑事司法管辖权。国家的法律制度决定了哪个政府主管当局和司法当局参与行使刑事管辖权。¹¹⁰ 国内法中将特定个人行为定为犯罪行为并确定对这些行为应负责任的规则系刑法实质性规则。确定刑法实质性规则实施的做法和程序的规则则为刑法程序规则。一般而言，政府主管当局根据刑法程序规则适用或执行刑法实质性规则的活动与刑事诉讼相关，包含在刑事程序的概念中。

49. 如上所述，管辖基本上是域内性质，但也有域外性质，对刑事管辖权而言尤其如此。国家可在以下情况下将其刑事管辖权延伸至本国领土边界之外：(a) 事关本国公民在境外实施、被本国法律定为犯罪的行为；(b) 事关在境外实施、被本国法律定为犯罪、且伤及本国公民的行为；(c) 事关在境外实施、被本国法律定为犯罪、且伤及本国的行为；(d) 事关在境外实施、被国际法定为犯罪的行为。例(a)涉及域外刑事管辖的“主动属人”原则；例(b)涉及“被动属人”原则（有时，这两种形式合二为一，成为一种域外刑事管辖形式，被称为“属人管辖”）；例(c)涉及“保护”原则；例(d)涉及“普遍”原则。¹¹¹

50. 外国行使域外刑事管辖权或根据被动属人原则、保护原则或普遍原则行使域外刑事管辖权时，即有可能产生官员的豁免问题。当若干国家试图对同一人行使刑事管辖权时，也可产生豁免问题。

3. 刑事管辖和民事管辖

51. 不同于民事行政管辖和民事程序，刑事行政管辖和刑事程序可能在远未实际进入审判阶段便已开始。刑事起诉包括一个相当长的预审阶段。在执法机构收到（据称）犯罪行为报告后至案件进入审判阶段前这一段时间内有多项刑事程序行动。警

作出各种判决和执行以此方式作出的判决、或者中止和进一步免除这类判决”。同上，第 206 页。

¹⁰⁹ 广义上，国家刑事管辖是指根据适用的刑法起诉和处罚的权限，也指确定实施刑法的管辖秩序的权限。A. Fournier, “Compétence pénale”, *Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international*, 1998, p. 1。

¹¹⁰ 例如在俄罗斯联邦，法院和内务主管当局负责执法，但检察官办公室也负责行使部分执法职能，而后者不隶属行政部门系统。

¹¹¹ 见秘书处关于国家官员的外国刑事管辖豁免的备忘录（A/CN.4/596），注 22 至 26。

方和其他执法机构在初步调查中采取的行动,如起草犯罪现场检查报告、收集物证、询问证人、启动刑事诉讼程序等等,都不需要或至少在许多国家都不需要司法决定。此类行动可影响到某个外国官员。因此,刑事管辖权的行使可能在此预审阶段便已引出豁免问题。这对确定当前所审议专题的界限及豁免的范围具有重要意义。

52. 民事管辖的行使既可涉及个人,也可涉及国家。不过,举例而言,根据 2004 年《国家及其财产管辖豁免公约》,对以一国代表身份行事的个人提出的民事诉讼构成为对该国的诉讼。¹¹² 因此,法院审理这样一个案件等于是在行使对一个国家的民事管辖权。

53. 刑事管辖的行使仅针对个人而言,不涉及国家。不同于个人,国家不产生刑事责任问题。正如宾汉姆勋爵在 2006 年关于 Jones 诉沙特阿拉伯王国内务部一案的一项裁决(其中说明了刑事管辖与民事管辖的区别)中指出,“在国际法或英国法中,国家不承担刑事责任,因此不得在刑事起诉中直接指控国家”。¹¹³ 此意见的一个要素是“直接”一词。显然,对一国官员行使刑事管辖权,即便是间接的,也影响到该官员所服务的国家。尤为明显的例子是对国家高官的刑事起诉,特别是国家元首或政府首脑、外交部长或是在国际事务中代表国家和(或)为国家履行保障主权和安全的重大职能的其他政府成员。另一明显例子是对任何一级国家官员提出的刑事起诉事关该官员在履行公务时所从事的行为。正如 2004 年 Ronald Grant Jones 和其他人诉沙特阿拉伯王国内务部和 Anor 一案的一项裁决中指出,“对一个被指控为施酷刑者的刑事诉讼可以说是对这一外国的间接指控。难以看出为何对某一被指控为施酷刑者的个人的民事诉讼应被视为在更大程度上干涉某一外国的内务或被视为一种更难接受的裁决外国内务的形式”。¹¹⁴ 而且,针对某外国官员进行刑事调查的国家很有可能得到有关该官员所服务国家的主权和安全的情报。在这些情况下,尽管从法律上讲,这是对自然人的刑事起诉,但在本质上却是一国对另一国行使主权特权的问题。同时,这另一国的主权利益也受到影响。刑事管辖权的行使往往涉及极为侵入性的调查行动,因此,在此过程中,主权利益所受影响可能远远大于在民事管辖权行使过程中所受的影响。正

¹¹² 这沿用了《公约》中的“国家”定义。根据《公约》第 2 条第 1 款(b)项第四目,“国家”的含义包括“以国家代表身份行事的国家代表”;根据第 6 条第 2 款(b)项,“在一国法院中的诉讼应视为对另一国提起的诉讼,如果该另一国……未被指名为该诉讼的当事一方,但该诉讼实际上企图影响该另一国的财产、权利、利益或活动”。

¹¹³ Jones No. 2 (见上文脚注 80), para. 31。

¹¹⁴ Jones v. Ministry of Interior Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (the Kingdom of Saudi Arabia), 上诉法院, 2004 年 10 月 28 日 (“Jones No. 1”), [2004] EWCA Civ 1394, para. 75。

如瑞士联邦法院在Adamov一案的裁决中所指出，“根据国际法普遍原则，一国国内刑事司法系统应避免干涉其他国家的事务”。¹¹⁵

54. 最后，在有些情况下，刑事管辖与民事管辖较难区别。比如，在有些法律体系中，可在刑事诉讼程序中启动一项民事行动。¹¹⁶

55. 总之，尽管第一眼看去，对某一外国官员行使刑事管辖与行使民事管辖，两者之间似乎有明确区别，但两者确有足够多的共同特点，值得我们在审议本专题时考虑到国家官员的豁免及国家本身的外国民事管辖豁免方面的现行做法。

4. 豁免

56. 国家有权对其领土内所有个人行使管辖权，包括刑事管辖权，除非所涉个人享有豁免。¹¹⁷ 豁免概念没有定义，至少在普遍性国际协定中没有定义，尽管这些协定经常使用这一名词。豁免通常被理解为：享有豁免的实体、个人或财产被作为例外情况或排除在国家管辖权范围之外；管辖权行使的一个障碍；管辖权的局限性；用于阻止对实体、个人或财产行使管辖权的一个辩护理由；最后，实体、个人或财产免受管辖的权利，即不受管辖的权利。¹¹⁸

¹¹⁵ Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice, 瑞士联邦法庭, 2005 年 12 月 22 日的裁决, ATF 132 II 81, para. 3.4.3.

¹¹⁶ 根据俄罗斯联邦《刑事诉讼法典》第 44 条第 2 款, “如果刑事案件系由一审法院审理, 便可在刑事诉讼程序启动后至法院调查结束前这段时间内提出民事主张”。

¹¹⁷ 见上文第 7 段有关委员会起草的《国家权利义务宣言》草案第 2 条。

¹¹⁸ 例如, K. Stefko 把豁免理解为“免受地方当局的管辖”。Diplomatic Exemption from Civil Jurisdiction (Lwow, 1938), p. 30 (波兰文), 援引于: F. Przetacznik, Protection of Officials of Foreign States according to International Law (Hague-Boston-London, 1983), p. 10. The Dictionnaire de droit international public 提供了如下的豁免定义: “享有豁免的人、车辆或财产(国家、国家元首、外交代表、领事官员、国际组织及其人员、外国武装部队、外国船只和飞机以及以前在投降国的外国人)免于这种程序, 也不承担普通法义务”。J. Salmon (dir.), Dictionnaire de droit international public (Brussels: Bruglant, 2001), p. 558. 这一字典所定义的管辖豁免是“豁免是指允许某些实体和个人(国家、国家元首、外交代表、领事官员、国际组织及其人员、外国武装部队等等)不受所在国或第三国管辖”。同上, p. 559. 如 C. Kessedjian 所指出, 管辖豁免的概念包含“防止一国或一国际组织受另一国管辖当局的起诉”。“Immunité”, Encyclopédie Dalloz. Répertoire de droit international, 1998, p. 5. 根据 H. Steinberger, “在国际法和国家法律的框架内, 豁免是指外国可据以主张免于、中止或不服从另一国管辖的法律原则和规则”。“State Immunity”, in Encyclopedia of public international law, vol. 4, Amsterdam, 2000, p. 615. S. Wirth 认为, “国家豁免是不受外国管辖的权利”。“Immunity for core crimes? The I.C.J.’s Judgment in the Congo v. Belgium Case”, 《欧洲国际法学报》, vol. 13, No. 4 (2002), p. 882. 根据 I.O. Khlestova, «иммунитет государства предполагает неподчинение его юрисдикции другого государства» [国家豁免意味着不受另一国管辖]。Проблемы юрисдикционного иммунитета иностранного государства (законодательство и практика) [外国管辖豁免的问题(立法和实践)], Moscow, 2002, p. 9.

57. 特别报告员在关于国家及其财产的管辖豁免专题的第二次报告中，在条款草案第2条第1款中提出了“豁免”和“管辖豁免”的以下定义：“(a) ‘豁免’是指免受、中止或不遵从领土国主管当局管辖的特权；(b) ‘管辖豁免’是指不受领土国司法或行政当局管辖的豁免”。¹¹⁹ 正如特别报告员在介绍条款草案时所指出：“‘豁免’是一个法律概念，可通过法律关系加以表述”；“某人或某国有权享有的‘豁免’与相应主管当局的‘无权力’相关联”；“‘豁免’一词意味着领土国主管当局的无权力或不服从其管辖权”。¹²⁰

58. 从这一“豁免”定义及素差伊库的评注中显然可以看出，尽管他把豁免定义为一种法律关系，但在此法律关系中享有豁免者的权利并不对应于某一外国的任何义务（唯一对应于这一权利的要素是不服从管辖）。但在任何一个法律关系中，一人的权利与另一人或多人的义务相对应。就此意义而言，豁免也不例外。如果管辖豁免被视为一项法律原则，（与相对应的法律关系一起）建立了某种权利和对应的义务（似乎是这样的情况），那么，一方面，享有豁免者有权使国家不对其行使管辖权，另一方面，拥有管辖权的国家有义务不对享有豁免者行使管辖权。¹²¹

59. 对豁免还有一种观点。豁免又被视为东道国对外国官员的管辖权的减损。这一豁免概念并不强调享有豁免者的权利与拥有管辖权的国家的对应义务，而是强调拥有属地管辖权的国家出于对其他国家及因此而对其他国家代表的尊重而不对该国行使管辖权的协议或意愿。在本质上，这一豁免概念并非以国际法、而是以国际礼让为基础。¹²² 如果不折不扣地适用这一概念，豁免便不成为权利问题，而成为拥有管辖权的国家的酌处权问题。但在实践中并不是纯粹地适用这一概念，而是把它理解为根据国际法对豁免的诠释和理由的补充。正如M. Shaw所述，“虽说构成为东道国管辖权的减损，例如，联合王国不能对其领土内的外国使节行使管辖权，但还是被视为对外国主权的承认的主要内容以及所有国家法律平等的一个方面”。¹²³

¹¹⁹ 《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/331和Add.1号文件，第33段。

¹²⁰ 同上，第17段。

¹²¹ 根据 I. Sinclair，“豁免可在法理学上被定义为领土国不得对外国行使管辖权这一义务的对主体”。“The law of sovereign immunity: recent developments”，Recueil des Cours, vol. 167 (1980-II), p. 113, at 199.

¹²² 见上文第35和36段。

¹²³ 同前，p. 621。素差伊库也写道：“待遇互惠、国家间礼让、国际礼让，这些都是紧密相连的概念，可以说为主权豁免理论提供了一个附属或补充依据”。“Immunities of Foreign States before National Authorities”，Recueil des Cours, vol. 149, (1976-I), p. 119.

60. 委员会通过的条款草案和 2004 年《国家及其财产管辖豁免公约》均未载列“豁免”和“管辖”的定义及相应的解释条款，但它们确实在很大程度上反映了普遍接受的“豁免”和“管辖”概念的内容。就正在审议的专题而言，如果要起草规范条款，或许应尝试拟订“豁免”和（或）“刑事管辖豁免”的定义。

61. 豁免与管辖彼此相关，而且域外管辖以及，尤其是普遍管辖做法的发展，对豁免问题的思考有着重大影响。尽管如此，审议和研究豁免问题时可不审议管辖问题的实质，反之亦然。正如国际法院在“逮捕证”一案的裁决中所述，“必须审慎区别国家法院管辖原则与管辖豁免原则：管辖并不意味着不存在豁免，不存在豁免也不意味着管辖。因此，虽说若干关于防止和惩罚某些重罪的国际公约规定了国家的起诉或引渡义务，从而要求国家延伸刑事管辖权，但这种管辖权延伸丝毫不影响习惯国际法规定的豁免……这些豁免在外国法院仍可加以反驳，甚至是在法院根据这些公约行使管辖权的国家”。¹²⁴

62. 希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在就“逮捕证”案的裁决联合提出的个别意见中指出，“豁免”与“管辖”密不可分，在任何情况下，豁免的存在不仅取决于个人地位，而且取决于管辖的类别及国家当局行使这一管辖权的依据。¹²⁵他们还指出，“虽说‘豁免’概念在理论上取决于先行存在的管辖权，但两者各自适用一套特有的法律”，而法院绕过管辖权问题，“也就鼓励了当前这种令人遗憾的倾向……即混合这两个问题”。¹²⁶

63. 围绕这一专题，有必要审议国家官员相对于外国刑事管辖的豁免问题，或许有必要制定关于这一问题的条款草案或指导原则。特别报告员认为在此情况下不适宜进一步审议管辖权问题本身的实质，尤其是域外管辖和普遍管辖问题。因此，无需在此项专题范围内制定有关管辖问题的任何条款草案。与此同时，在审议豁免范围这一问题时，包括在审议豁免原则是否有任何免除或例外时，显然必须审议管辖问题。

5. 刑事管辖豁免及其程序性

64. 上述关于豁免与管辖的观点，也与在这个专题下“刑事管辖豁免”概念的审议有关。重要的是，管辖豁免，特别是刑事管辖豁免，并不能使享有这种豁免的人不受国家立法（规范）管辖。值得注意的是，素差伊库提议的关于管辖豁免的定义只谈到对司法和行政当局管辖的豁免。从上述关于国家及其财产管辖豁免条款的“管辖”概念的定义草案来看，显然只是指行政和司法管辖豁免，而不是国

¹²⁴ 《2002 年国际法院案例汇编》，第 24 和 25 页，第 59 段。

¹²⁵ 《2002 年国际法院案例汇编》，第 64 页，第 3 段。

¹²⁶ 同上，第 4 段。

家立法（规范）管辖豁免，即程序豁免、诉讼行动豁免。¹²⁷ 因此，享有豁免的人不能免于服从拥有管辖权的国家制定的法律（适用于该国领土的法律）。¹²⁸ 然而，拥有管辖权的国家不能保证将其法律适用于享有豁免的人。对享有豁免的人来说，在有管辖豁免的国家，豁免为其提供保护，使其免于执法程序，但不能免于服从该国法律。这种观点在理论上受到广泛。¹²⁹ 应指出，关于外交和领事关系及特别使团的各项公约一方面授予某一类人对东道国管辖的豁免权，同时也规定这些人有义务尊重东道国的法律。¹³⁰

65. 应指出，关于豁免的性质有另一种观点。有时不仅提及程序豁免，而且提及实质或实际豁免，即享有豁免的人可以不受法律管束，从而也不受国家立法管辖。¹³¹ 不过，就这个问题著书的大多数人并不赞同这种观点。

¹²⁷ 素差伊库写道：“所讨论的豁免〔外国在本国当局面前的豁免〕主要是免受管辖，或不受制于地方权力或领土当局，而不是对实体法或基本法律条款享有豁免”。它们是对程序法的豁免，或最多是对法律程序或诉讼豁免，但不是对当地法律的豁免。援用国家豁免，可以中止地方管辖。但可以许多不同方式在任何时候放弃这种豁免，从而能够启动法律程序，完全恢复施行当地实体法。” 同前，第 96 页。

¹²⁸ “管辖豁免并不等于可以不遵守领土国家的法律秩序。在不涉及外国的诉讼中，或由第三国法院审理时（而该国根据关于法律冲突的规则，可能必须适用（第一）领土国家的实体法，如侵权行为地法），这个问题可能会作为一种有偏见的事项而出现。H. Steinberger, 同前，第 616 页。

¹²⁹ 例如，“豁免这个词主要用来表示不受到法律诉讼。因此，豁免并不默示或涉及无服从义务或无责任属物理由，理解了为什么总是可以放弃豁免，就必然很清楚这一点”（Parry and Grant, *Encyclopaedic dictionary of international law*, New York-London, Rome, 1986, p. 165）；“……管辖豁免并不意味着对有关领土国法律制度的豁免”；M. N. Shaw, 同前，P. 623）；“〔以豁免为由〕抗辩是要求诉讼豁免，而不是免于遵守法律。因此，如果放弃了豁免，就可以用普通方式适用法律判案。在被告国法院不提供补救措施的情况下可以看出，诉讼豁免可能导致回避责任。尽管如此，被告国的内在责任或国家责任不受影响”（H. Fox, “International law and Restraints on the Exercise of Jurisdiction by National Courts of States”, in: M. D. Evans (ed.), *International law*, Oxford University Press, 2006, 2nd ed., p. 363）；“国际法规定的国家豁免只是对国内法院法律诉讼的豁免，并不能使国家免于本国法律诉讼或免于承担任何种类责任。也就是说，授予国家国际法规定的豁免并不意味着终止法治”（M. Tomonori, “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (Summer/Fall, 2001), p. 261, at p. 274)。

¹³⁰ 1961 年《维也纳外交关系公约》第 41 条、1963 年《维也纳领事关系公约》第 55 条和 1969 年《特别使团公约》第 47 条。国际法学会 2001 年决议（见上文脚注 50）序言部分也提及“授予国家元首或政府首脑豁免权绝不意味着他们没有义务尊重法院地国领土上实行的法律”。

¹³¹ 例如，见 B. Stern, “Immunités et doctrine de l'Act of State: Différences théoriques et similitudes pratiques de deux modes de protection des chefs d'État devant les juridictions étrangères”, *Journal de droit international*, No. 133 (1) (Jan./Feb./March 2006), p. 63, at p. 64. “在国际法中，国家豁免是指确定在何种状况下外国可要求不受另一国（通常称为法院地国）的管辖（立法、司法和行政权力）的法律规则和原则”。P. Malanczuk,

66. 这对于刑事管辖范围尤其重要。享有刑事管辖豁免的人尤其不得免于遵守将某种行为定为犯罪并确定对其惩罚的实体法规则。外国刑事管辖豁免只是使拥有管辖权的外国司法和执法机构不能对有关人员提出刑事诉讼和采取刑事程序行动（如果不谈国家官员的外国刑事管辖豁免或刑事诉讼豁免，而谈对外国某些刑事程序措施和刑事诉讼的豁免，可能更准确一些。然而，在审议豁免范围问题之前无法答复这个问题）。外国刑事管辖豁免属于程序法范围，而不属于实体法范畴，是程序性质的。¹³² 因此，原则上不能免除享有豁免的人的刑事责任；只是要追究这种责任更困难一些。国际法院在其逮捕状案的判决中强调，“现任外交部长享有管辖豁免并不意味着他们在可能实施罪行后不受惩罚……。刑事管辖豁免和个人刑事责任是两个完全分离的概念。管辖豁免是程序性质的，刑事责任则是实体法问题。管辖豁免可能阻止在某一时期或对某些罪行提出起诉；但不能免除享有豁免的人的所有刑事责任”。¹³³

67. 在刑事诉讼程序的初期阶段，甚至在把刑事案件送交法院进行实质性审理之前，就可能已出现官员豁免问题。例如，在国际法院目前审理的[法国国内的若干刑事诉讼程序案（刚果共和国诉法国）](#)中，刚果对在与据称刚果实施的罪行相关的调查和刑事诉讼的初始阶段法国对包括国家元首在内的若干刚果官员采取的某些刑事诉讼措施的合法性提出质疑（除其他外，提及国家元首的外国刑事管辖豁免）。¹³⁴ 在国际法院目前审理的另一案件（[刑事事项中的若干互助问题（吉布提诉法国）](#)）中，法国对包括国家元首在内的某些吉布提官员采取的类似措施的合法性也受到质疑。¹³⁵ 在[皮诺切特案](#)中，在审议西班牙关于引渡皮诺切特的要求时，出现了前国家元首对联合王国刑事管辖享有豁免的问题。¹³⁶ 在Adamov案中，在审议将他引渡至第三国的问题时，也出现了俄罗斯联邦前能源部长对外国刑事管辖享有豁免的问题。¹³⁷

Akehurst's Modern Introduction to International Law, 7th revised ed., London and New York, 1997, p. 118; I. O. Khlestova, *op. 同前*, p. 9.

¹³² 例如，俄罗斯联邦在关于刑事诉讼的《刑事诉讼法》中载有关于外国官员对刑事诉讼措施豁免的规定，但在载有实体刑事法的《刑法》中却没有此种规定。

¹³³ 《2002年国际法院案例汇编》，第25页，第60段。

¹³⁴ [法国国内的若干刑事诉讼程序（刚果共和国诉法国）](#)，www.icj-cij.org。

¹³⁵ [刑事事项中的若干互助问题（吉布提诉法国）](#)，www.icj-cij.org。

¹³⁶ 1998年10月和11月，在西班牙最高法院裁定西班牙法院对奥古斯托·皮诺切特拥有管辖权后，西班牙司法当局发出了对该参议员的国际逮捕状，并要求将他引渡至西班牙。根据这些命令和1989年《引渡法》，都市专职治安官于1998年10月16日和23日发出了对智利前独裁者的两项预先逮捕状。见《国际法材料》，第37（1998）卷，第1302和1303页，以及第38（1999）卷，第432页。

¹³⁷ 2005年5月，根据美国的要求，俄罗斯联邦前能源部长E. Adamov在伯尔尼被捕，受防范性拘留，以便随后引渡至美国。美国当局指控他犯下严重金融罪，包括大量盗用和为个人目的使

68. 在国家法院开始审理一个刑事案件时，豁免被视为在审理案情之前的一个初步问题。¹³⁸ 国际法院在其关于[人权委员会特别报告员法律诉讼豁免的不同情况](#)的咨询意见中说，国家法院必须把管辖程序豁免视为“一开始就应迅速作出裁决的一个初步问题”。¹³⁹

69. 此外，有关官员服务的国家往往既反对由外国法院审理豁免问题，也反对外国对该官员试图采用和采用其他非司法刑事程序措施。在这种情况下，该官员服务的国家往往通过外交途径与采用刑事程序措施的外国接触，指出必须尊重该官员的豁免权，或甚至提出该外国将对违反国际法豁免规则产生的义务承担责任。如上文所述，这是因为国家官员的外国刑事管辖豁免是一个国家间关系问题，豁免权以及尊重豁免权和不享有豁免的人行使管辖的相应义务主要产生于国际法规则。

70. 行使刑事管辖还包括采取临时保护措施或执行措施。关于豁免问题的一些国际法律文书载有关于管辖豁免以及执行措施或临时保护措施豁免的各种规定（例如 1961 年《维也纳外交关系公约》第 31 条第 1 和第 3 款、1969 年《特别使团公约》第 31 条第 1 和第 4 款、1915 年《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第 30 条第 1 和第 2 款）。然而，1963 年《维也纳领事关系公约》没有此种规定（《公约》第 43 条只提及管辖豁免）。至少在本阶段，最好只是讨论国家官员的外国刑事管辖豁免，而不涉及对临时保护措施或执行措施的豁免问题。

6. 豁免、不可审理原则和国家行为原则

71. 除豁免外，对国家管辖还有其他限制，例如不可审理原则和国家行为原则。这两种原则都是在盎格鲁-撒克逊法律系统内发展起来的，主要在英美法系国家的法院中使用。然而，如 B. Stern 指出，在大陆法系国家中也看到类似的做法。

¹⁴⁰

用分配给俄罗斯核能源项目的资金。俄罗斯联邦也要求瑞士引渡 E. Adamov，以便能对其提出刑事诉讼。

¹³⁸ M. Shaw 指出，“主权豁免是一个程序问题，一个初步问题”。同前，P. 623 和 624。“英格兰法把豁免作为一个在诉讼的最早阶段就应考虑到的一个程序问题；国际法似乎也这样要求”。H. Fox, *The law of State immunity* (New York: Oxford University Press, 2002), p. 13。

¹³⁹ 1999 年 4 月 20 日关于[人权委员会特别报告员法律诉讼豁免的不同情况的咨询意见](#)，《1999 年国际法院案例汇编》，第 67 段。

¹⁴⁰ 同前，第 64 页。

72. 这两种原则没有确切的定义。如H. Fox指出,“不可审理是一种范围不确定的原则。不论某外国本身是否诉讼当事方,均可用“不可审理”原则为由诉辩,并可将其作为初步诉辩提出,或在确定实体法的过程中提出”。¹⁴¹ C. Wickremasinghe写道,从根本上说,不可审理原则意味着“所提主张的标的事项应按国际法(或可能按外国公法)处理,因此国家法院没有对其作出裁决的权限”。¹⁴² 根据不可审理原则,国内法院可裁定它不能审理诸如国家间关系等问题。¹⁴³

73. I. Sinclair指出,必须把豁免概念与“不可审理”概念区分开来。¹⁴⁴ “‘平等者之间无统治权’论所体现的豁免权,是一种涉及所有独立国家主权地位平等的原则。如果国家放弃豁免,这项原则的要求将得到满足,因为同意地方法院管辖,将维护主权平等状况。不可审理,即由于标的事项的原因地方法院没有管辖权,是一种虽然可能相关、但却不相同的概念。因此,法院可能拒绝宣布某外国法律对该外国境内的事项适用的有效性。理由是如果这样做就等于对该国内部事务行使管辖”。¹⁴⁵

74. 国家行为原则也基本上是限制对主权国家的管辖。应用该原则与法院审理以下问题密切相关:在外国境内的财产权利由于该国采取的有关行动而受到损害。¹⁴⁶ 在这种诉讼中,外国采取的行动(规范行动或执行行动)的有效性,可能有争议。H. Fox写道,实体法要求法院不对与外国在其领土界限内的立法行为或其他政府行为相关的争端作出裁决,国家行为原则成为支持这种实体法的理由”。¹⁴⁷ 通常应用不可审理原则的结果是法院确认外国行为有效。由于所涉及的是另一主权国家行为,国家法院不应审议其有效性问题,而只是正式承认该行为。

¹⁴¹ “International law...” (见上文脚注 129), p. 377。

¹⁴² “Immunities enjoyed by officials of States and International Organizations”, in: M. D. Evans (ed.), *International Law*, Oxford University Press, 2006, 2nd ed., p. 390. 同上, p. 390。

¹⁴³ “根据不可审理原则,国家法院不得对某些事项作出判决,特别是国家关系,因为没有可用来裁定这些事项的任何司法标准或易处理的标准”。H. Fox, 同前,第 359 页。

¹⁴⁴ 同前,第 198 页。

¹⁴⁵ 同上,第 198 和 199 页。

¹⁴⁶ “国家行为原则已在美国适用,主要是在据称政府行为违反了适用的国际法准则的外国没收行为的情况下”。J.-P. Fonteyne, “Acts of State”, in: *Encyclopedia of Public International Law*, vol. I (Amsterdam: Elsevier, 1992), p. 17。

¹⁴⁷ 同前,第 358 页。

75. 至少在这种形式上，国家行为原则似乎比不可审理原则的范围要窄。以这种方式适用国家行为原则，法院确实审议（尽管程度有限）外国的行为是否有效这个问题的实质。在同样的情况下适用不可审理原则时，法院则根本不考虑这个问题的实质。¹⁴⁸ 然而，可以认为这两种原则视为非常相似，尤其是如果应用国家行为原则，法院根本不对外国行为的合法性作出裁决，例如美国法院就是这样做。例如，在 1962 年关于 *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino* 的裁决中，Waterman 法官指出：“简而言之，国家行为原则认为美国法院不能就外国政府作为主权国家在其自己领土内采取的行动的合法性作出裁决。……这项原则是美国法院适用的一项冲突法规则；它本身不是一项国际法规则。……国家行为原则产生于君主豁免概念，因为‘君主不可能犯错’”。¹⁴⁹

76. 值得注意的是，后一项裁决直接提及国家行为概念和豁免概念之间的联系。¹⁵⁰ 如果考虑国家官员以官方身份实施的行为对外国刑事管辖享有豁免的问题，这两种概念之间有着惊人的相似之处。然而，豁免与国家行为原则之间也有着重要差异。“主权豁免法属于法院管辖范围。国家行为原则却不是管辖问题。……而是一项谨慎原则，目的是避免在敏感领域采取司法行动。主权豁免是一项国际法原则，在美国得到成文法的承认。作为被告的国家本身可以要求主权豁免。国家行为原则是一项国内法律原则，产生于美国法院的一种特殊作用。该原则不仅承认外国的主权，而且承认我国政府中平等分立的三个分支的权力范围”。¹⁵¹

¹⁴⁸ Wilberforce 爵士在 *Buttes Gas & Oil Co. V. Hammer* [1982] 案中指出，“英格兰法中有一项更普遍的原则，即法院不对外国主权国家的交易事务作出裁决。尽管我希望避免就用语进行争论，但看来宜审议这项原则（如果它存在），不是将其作为‘国家行为’的一种变异，而作为司法自制或司法回避”。《国际法案例汇编》，第 64 卷，第 331 页，见第 344 页。

¹⁴⁹ *Banco Nacional de Cuba v. Sabbatino*, U.S. Court of Appeals, 2nd Circuit, July 6, 1962, 307 F.2d 845, reproduced in *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, vol. 56 (1962), p. 1085, at pp. 1090 and 1091. 如 E. Denza 指出，用现在的“适宜法院原则”来取代“国家行为”和“不可审理”可能更为适当。前者与国际私法中的“非适宜法院原则”类似。“*Ex Parte Pinochet: Lacuna or Leap?*”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), p. 946, at pp. 957-995.

¹⁵⁰ 人们注意到这两种概念的相似之处，例如在国际技师和航天工作人员协会诉石油输出国组织（欧佩克）等案中，上诉法院的裁决说：“主权豁免原则与国家行为原则相似，因为它也代表必须尊重外国的主权”。U.S. Court of Appeals, Ninth Circuit, 6 July 1981 (1981 年 8 月 24 日修正)，649 F.2d 1354, 1359; reproduced in 《国际法案例汇编》，第 66 卷，第 413 页，见第 418 页。

¹⁵¹ 同上。从这个意义上说，国家行为原则似乎与不可审理原则、以及与政治问题原则接近。在上述裁决中提及后者：“国家行为论与国内法的政治问题原则相似。该原则要求在立法和行政部门能够更好地解决政治敏感问题时，法院遵从这些部门的决定。”同上，第 417 页。

77. 还值得注意的是，国家行为原则和不可审理原则不同于国家官员的外国刑事管辖，只在法院适用，因此可能只能限制外国的司法管辖，而不能限制其行政管辖。这在审前阶段这两项原则没有被用来作为阻止外国刑事管辖（阻止刑事诉讼行动）的理由。¹⁵²

7. 官员的属人管辖豁免和属事管辖豁免

78. 国家官员的豁免通常分为两个类型：属人管辖豁免和属事管辖豁免。¹⁵³ 属人管辖豁免，或个人豁免，来自官员的地位及其在为政府工作时担任的职位，并

¹⁵² 关于豁免与国家行为原则和不可审理原则之间的相似之处和差异的详情，见 I. Brownlie, *Principles of International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, pp. 320 和 321; H. Fox, *The Law of State Immunity* (New York: Oxford University Press, 2002), pp. 477-502; P. J. Meagher, "Act of State and Sovereign Immunity: The *Marcos* Cases," *Harvard International Law Journal*, vol. 29, No. 1 (Winter 1988), pp. 127-134; H. F. Van Panhuys, "In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities," *International Comparison Law Quarterly*, Vol. 13 (1964), pp. 1193-1213; L. Y. Parseghian, "Defining the 'Public Act' Requirement in the Act of State Doctrine," *University of Chicago Law Review*, vol. 58 (1991), pp. 1151-1180; B. Stern, 同前, pp. 63-87; Zander, M., "The Act of State Doctrine," *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, vol. 53 (1959), pp. 826-852.

¹⁵³ 例如，Pinochet No. 3 案（*International Law Review*, 第 38 卷（1999 年），第 580 页、第 600-601 页、第 605-606 页、第 644-645 页等）详细讨论了这两个类型的豁免。法国和吉布提在国际法院关于“关于刑事事项中的若干互助问题”一案（吉布提诉法国）的口头陈诉中也确认存在着两个类型的官员豁免：国际法院，CR 2008/3 号文件，第 15 页，第 23 段；CR 2008/5 号文件，第 50 和 51 页，第 75-77 段。国际法委员会在对关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案第 1 条(b)(ii)款发表的评注中提到了这两个类型的豁免：《1991 年……年鉴》第二卷（第二部分），第 18 和 19 页。其他例子还见：A. Cassese, *International criminal law*, (New York: Oxford University Press (2003)) p. 265-273; A. Day, "Crimes against humanity as a nexus of individual and State responsibility: why the ICJ got *Belgium v. Congo* wrong", *Berkeley Journal of International Law*, vol. 22 (2004), p. 489, at p. 493; M. Frulli, "The question of Charles Taylor's immunity. Still in search of balanced application of personal immunities?", *Journal of international criminal justice*, 2 (2004), pp. 1125 和 1126; S. Wirth, "Immunity for core crimes? The ICJ's Judgment in the *Congo v. Belgium* case", *European Journal of International Law*, vol. 13, No. 4 (2002), p. 877, at pp. 882 和 883; M. A. Summers, "Immunity or impunity? The potential effect of prosecutions of State officials for core international crimes in States like the United States that are not parties to the Statute of the International Criminal Court", *Brooklyn Journal of International Law*, vol. 31:2 (2006), p. 463, at p. 464; P. J. Toner, "Competing concepts of immunity: revolution of the head of State immunity defense", *Penn State Law Review*, vol. 108 (2003-2004), p. 899, at p. 902; A. Borghi, 同前, pp. 53-56; C. J. Barker, "The future of former Head of State immunity after *ex parte Pinochet*", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), p. 937, at pp. 939-944; Y. Simbeye, 同前, pp. 109-111, 123; A. G. Hamida, K. M. Sein 和 H. A. Kadouf, "Immunity Versus International Crimes: the Impact of *Pinochet* and *Arrest Warrant Cases*", *Indian Journal of International Law*, vol. 46, No. 4 (October-December 2006), p. 495, at pp. 510 和 511.

来自官员在这个职位上需要为国家履行的职能。担任重要或高级政府职位¹⁵⁴的官员以及东道国认可的外交代表（根据习惯国际法和 1961 年《维也纳外交关系公约》第 31 条第 1 款）享有这种类型的外国刑事管辖豁免。¹⁵⁵ 属人豁免看来是形式最老的豁免。国家元首过去而且时至今日仍然享有这种豁免。人们认为，国家元首被赋予主权，是国家本身的象征和化身。这是国家元首绝对豁免的依据，这种豁免也推及国家。随着时间的推移，人们开始把国家的豁免和国家元首的豁免分开考虑，但国家元首的属人管辖豁免在今天仍然得到广泛承认。

79. 属人管辖豁免范围覆盖国家官员以官方身份和私人身份在担任其职位之前和期间的行为。这种豁免由于和官员在为政府工作时担任的职位有关，属于临时性质，在官员任职时生效，离职时失效。

80. 国家官员无论职位高低，均由于履行国家的官方职能而享有属事管辖豁免。属事管辖豁免有时也称为公务豁免。这种类型的豁免仅涉及国家官员以官方身份采取的行动，即，为行使国家职能所采取的行动。因此，这类豁免不覆盖以私人身份采取的行动。即便不再为政府工作，官员仍然对以官方身份服务时所采取的行动享有属事管辖豁免。¹⁵⁶

81. 如果采用对豁免的这种分类，那么根据推论，某些国家官员（确切是哪些官员不详）会同时享有外国管辖的属人豁免和属事豁免，而且所有国家官员均享有属事管辖豁免。¹⁵⁷

¹⁵⁴ 关于是否有可能（以及如果有可能，通过何种办法）把那些与其他高级官员不同，享有个人豁免的高级官员单独区分出来的问题，将在关于本专题所涉官员范围的一节讨论。

¹⁵⁵ 其他国家官员，例如特别使团中的派出国代表（根据 1969 年《特别使团公约》第 31 条第 1 款），也可能在国际条约下享有这样的豁免。

¹⁵⁶ 当然，问题在于，应该把何种行为视为“以官方身份”实施的行为。这个问题的答案对于确定豁免的范围和限度来说至关重要。对于这个问题，将在关于豁免范围的一节中讨论。

¹⁵⁷ 属人管辖豁免有时被称为程序性豁免，属事管辖豁免有时被称为实质性豁免。例如，A. Cassese 认为，属事管辖豁免“与实体法有关，也就是说，它是一项实质性辩护”，而属人管辖豁免“与程序法有关，也就是说，该项豁免使国家官员享有民事或刑事管辖豁免（是一项程序性辩护）”。同前，at p. 266。然而，他承认，“在国外行事的国家官员如果违反了外国的刑事规则，有可能引起刑事责任，并在外国刑事管辖下承担责任”（同上，注 6）。D. S. Koller 持有同样的观点：“Immunity of Foreign Ministers: paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it pertains to the Security Council and International Criminal Court”，*American University International Law Review*, vol. 20 (2004), p. 7, at pp. 25 和 26。例如，还见 A. Day, 同前，at p. 490; M. Frulli, 同前，at pp. 1125 和 1126。以下案件的原告提出了同样的意见：Wei Ye, Hao Wang, Does A, B, C, D, E, F, and others similarly situated v. Jiang Zemin and Falun Gong Control Office, a/k/a Office 610, Supreme Court of the United States, Petition for a writ of certiorari, p. 7。然而，出于上述理由，看来任何案件中的豁免都属于程序性质。塞拉利昂特别法庭上诉分庭的意见也反映了这一论点：“主权豁免问题是一个程序性问题”，见检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案，关于管辖豁免的裁决，2004 年 5 月 31 日，第 27 段。

82. 如果涉及的是在政府中担任高级职位的现任官员，则这两个类型的国家官员豁免之间的区别很小。国家元首、政府首脑、外交部长和其他一些高级官员享有的属人管辖豁免基本上涵盖了属事管辖豁免。出于这个原因，为了在涉及高级官员时更为准确地区分这两种类型的豁免，人们有时称，属人管辖豁免仅覆盖高级官员以私人身份采取的行动（高级官员以官方身份采取的行动属于属事管辖豁免的范围，无论有关官员正在职位上还是已经离职）。¹⁵⁸

83. 为了服务于研究这个问题时的分析目的，并有助于表明国家官员享有豁免的过程，把官员豁免分为属人管辖豁免和属事管辖豁免以及使用这两个术语的做法是适当的。¹⁵⁹ 然而，问题是，为了在国家官员的外国刑事管辖豁免这个问题上做出法律规定，这样的区分到底有多么必要。国际法院在“逮捕证”一案的判决措辞中没有对豁免进行这样的分类，因此，没有使用“属人管辖豁免”和“属事管辖豁免”这两个术语。国际法院裁决外交部长是否享有外国刑事管辖豁免的依据是，他实施有关行为是在任职期间还是在离职以后，是以官方身份还是以私人身份。¹⁶⁰ 关于外交和领事关系、特别使团以及国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的各项公约也没有进行这样的分类。国际法学会的决议没有使用属人管辖豁免和属事管辖豁免的概念。¹⁶¹

8. 国家官员享有外国刑事管辖豁免的理由

84. 可根据国家官员享有豁免的理由来决定哪些官员享有豁免及其豁免程度。1961 年《维也纳外交关系公约》、1963 年《维也纳领事关系公约》和 1969 年《维也纳特别使团公约》的序言都载有规定，说明为什么给予有关个人以豁免。¹⁶²

¹⁵⁸ 例如，见委员会关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案的评注：“除了由于代表的活动或官方职能而给予的属事管辖豁免之外，作为个人的国家元首和大使在某种程度上本身便有权对其人身以及对那些对他们来说属于个人性质，与官方职能无关的活动享有属人管辖豁免”（《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 18 页）。

¹⁵⁹ 例如，*Pinochet* No. 1 和 No. 3（见上文脚注 74）案以及 *Jones* No. 1（脚注 114）和 *Jones* No. 2（脚注 80）案采用了这个分类方法，来证实豁免的存在或不存在。

¹⁶⁰ 除其他外，见判决书第 54、55 和 61 段。

¹⁶¹ 2004 年《国家及其财产管辖豁免公约》直接和间接地使用了这一分类办法：第 3 条第 2 款规定，该公约不妨碍国家元首的属人管辖豁免。该公约没有直接提到属事管辖豁免，但从第 1 条（把《公约》适用于国家的豁免）和第 2 条第 1(b) 款（从该款推论，“国家”包括以国家代表身份行事的代表）看来，它确实受该公约的制约。

¹⁶² 国际法学会的决议在序言中也载有一项规定，说明为什么必须给予国家元首和政府首脑特别待遇，为什么给予他们外国管辖豁免：“给予作为国家代表的国家元首或政府首脑的特别待遇并不是为了他或她的个人利益，而是因为这是他或她独立和有效地行使职能和履行责任所必需，既符合他或她所领导的国家或政府的考虑周密的利益，也符合整个国际社会的这种利益”（*Yearbook of the Institute of International Law*, vol. 69 (2000–2001), p. 743）。

85. 1961 年《维也纳外交关系公约》的序言除其他外申明：“……此等特权与豁免之目的不在于给予个人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务”。1963 年《维也纳领事关系公约》和《特别使团公约》载有类似规定。¹⁶³ 国际法院关于“逮捕证”一案的判决书几乎用同样的措辞解释了给予外交部长豁免的理由：“在习惯国际法中，给予外交部长的豁免不在于给予个人以利益，而在于确保他们代表各自国家切实履行职能”。¹⁶⁴ 然而，在国际法院提出的理由中，关于之所以给予外交部长豁免，是为了保证他们“代表各自国家”切实履行职能的这段话没有引起任何注意。

86. 关于国际法院判决书所载这条规定的评论通常强调，国际法院把职能需要作为外交部长享有豁免的理由。¹⁶⁵ 正如上文所述，国际法院给予外交部长豁免的依据与上述各项公约中的豁免依据相同。但是，在这些公约对豁免的解释中，有意使用了“代表国家”、“代表各自国家”和“代表本国”的字样，以强调，给予豁免不仅是为了保证履行外交和领事代表以及特别使团成员的实际职能，而且是因为这些职能是外交使团、领事馆和特别使团（视情况而定）作为国家的代表，为国家行使。¹⁶⁶ 对于上文援引的国际法院判决书中“代表各自国家”这几个字，看来也应该这样考虑和解释。

87. 这些公约为豁免提出的理由反映了两个基本理论，其中解释了给予国家官员外国管辖豁免的理由，它们是“职能需要”理论和代表性特点理论。¹⁶⁷ 委员会

¹⁶³ 《1963 年维也纳公约》在序言部分第五段中说：“此等特权及豁免之目的不在于给予个人以利益而在于确保领馆能代表本国有效执行职务”。1969 年《特别使团公约》在序言部分第七段中说：“特别使团享有特权与豁免，其目的非为个人谋利益，而在确保代表国家之特别使团能有效执行职务”。

¹⁶⁴ 《2002 年国际法院案例汇编》，第 22 页，第 53 段。

¹⁶⁵ A. Cassese 说：法院“……从关于重要国家官员，例如国家元首、政府首脑或外交代表的个人豁免规则所依据的理由当中合乎逻辑地推论，这些豁免必需强制防止对“有效履行”其职能构成的任何妨碍”“When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on *Congo v. Belgium Case*”, *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), No. 4, p. 855, at p. 855)。D. Koller 指出，“法院争论说，由于这些职能，外国部长必须得到外国法院管辖绝对豁免，即使在对这些国家进行私人访问时也是如此”（同前，p. 11）。M. Sassoli 写到：“法院明确指出……根据外交部长在国际关系中的职能推论，他在履行职能期间应享有绝对的外国刑事管辖豁免”（《Les immunités internationales》，in *L'arret Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international*, *Revue Generale de Droit International Public*, Vol. 4 (2002), p. 791, at p. 797)。

¹⁶⁶ 例如，见 E. Denza, *Diplomatic Law: A Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed., Oxford, 1998, pp. 11 和 12。

¹⁶⁷ 关于这个问题，即治外法权问题的第三个基本理论是，置身于东道国内的国家首脑、大使或外交使团是派出领土在它们于东道国内所处地点的某种延伸。但这一理论早已不再成立，也不

对关于外交关系的条款草案发表的评注指出，代表性理论向我们提出的给予外交豁免的理由是这一观念：外交使团是派遣国的化身；“职能”理论向我们提出的理由是，为了使外交使团能够履行其职能，必须给予其豁免。此外，委员会指出，它是按照“职能需要”理论来“解决那些从实践中得不到任何指导的问题，同时铭记使团领导人和使团本身的代表性特点”。¹⁶⁸ 因此，在为根据上述各项公约编纂的国际法规则给予的豁免提出的理由中，可以同时发现这两个理论方法的痕迹。其中每个方法在使用当中都不是排他的。鉴于以上所述，“逮捕证”一案的判决书也是如此。¹⁶⁹

88. 正如委员会在对关于国家及其财产的条款草案第 2 条第 1(b)(v)款发表的评注当中所指出的那样，给予属事豁免“的理由是[国家]代表的活动或官方职能”。¹⁷⁰ 以官方身份行事的国家官员所采取的是国家行动。换言之，国家是通过其代表（以代表身份采取行动）来行事。委员会在这方面指出：“因为一个外国政府的代表或代理人的官方行为而对其……采取的行动在本质上是对他们所代表的国家采取的行动。通过其代表行事的外国政府享有属事管辖豁免。之所以给予被定为属事的这种豁免，是为了国家的利益……”。¹⁷¹ 国家官员以官方身份实施的行为实际上是国家本身的行为，同样，他们为这些行为所享有的豁免事实上是对国家的豁免。官员如果不再为国家工作，他从前以官方身份实施的行为所享有的豁免仍然有效，因为该项豁免事实上是对国家的豁免。事实上，“有关代表的任务结束或不再任职之后，国家豁免仍然有效。这是因为，有关豁免不仅属于国家，而且作为属事管辖豁免，还是以有关活动的主权性质或官方特点为依据”。¹⁷² 这看来同时适用于民事和刑事管辖豁免。¹⁷³

再被采纳。关于这个理论，详见 L.Strisower, “L’extraterritorialité et ses principales applications”, *Recueil des Cours*, vol. I (1923), pp. 233 et seq.

¹⁶⁸ 《1958 年……年鉴》，第二卷，第 95 页。关于解释官员豁免的理论，详见其他文献，A.Borghi, *同前*, pp. 42-57, S.Sucharitkul, *同前*, pp. 115-121。

¹⁶⁹ 在适用职能理论时，如果提出，为了使官员能够不仅履行职能，而且能够具体履行代表国家的职能或代国家行事的职能，豁免是必要的，那么，这两个理论之间没有明显不同。

¹⁷⁰ 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 18 页。

¹⁷¹ 同上。

¹⁷² 同上。

¹⁷³ 在最近以此作为理由，说明为什么应使国家官员享有外国刑事管辖豁免的例子中，可以提到吉布提的法律顾问 L. Condorelli 与法国的法律顾问 A. Pellet 之间的一次讨论，这次讨论发生在国际法院关于“关于刑事事项中的若干互助问题”一案（吉布提诉法国）的口头听证期间。L. Condorelli 对吉布提国家检察官和国家安全局首脑享有的豁免描述如下：“吉布提向法院提出的要求是确认，一个人如果享有国家工具的地位，另一国家则不得认为，他应该为自己以此种身份实施的行为承担刑事责任。实际上，国际法应该把这样的行为归于该工具代表其行事的国家，而不是归于作为该工具行事的个人[第 24 段]。被告不能无视这一事实：如果查阅对这个问题进行了分析的著名专家们的著作，会得出这一结论：绝大多数专家都持同样的意见。Kelsen、Fox、Morelli、Quadri、Dahm、Bothe、Akehurst、Cassese 以及其他许多学者[脚注

89. 如果把一个国家官员(即某个个人)的非法和应受刑事处罚的行为归于国家,是否意味着不能把该行为也归于个人自己?看来不是如此。一个以官方身份行事的国家官员的行为并非只能归于国家本身。¹⁷⁴ 如果一个官员以官方身份实施的非法行为只能归于该官员为之服务的国家,那么,就永远不会出现该官员的刑事责任问题。然而,情况并非如此。如果国家放弃该官员享有的豁免,该官员将为其自己的行为引起刑事责任(当然,放弃豁免本身并不足以产生责任,但因此能够对该官员充分行使外国刑事管辖,包括刑事定罪)。官员享有的属事管辖豁免源自这一事实:他的行为是官方行为,归于他代表其行事的国家。但是,属事管辖豁免并不排除把官员的行为也归于他本人。¹⁷⁵ 豁免并不改变为使享有豁免的个人引起刑事责任所必须存在的主要条件。而这看来恰恰提供了更多的证据,表明属事管辖豁免是程序性的,不是实质性的。

略]全都确信,存在这样一条国际法原则,其中规定,一个国家的工具为在履行这一职能时所实施的行为享有外国管辖豁免”(CR 2008/3 号文件(译文),2008 年 1 月 22 日下午 3 时,第 9 和 10 页,第 23 和 24 段)。A. Pellet 并不反对 L. Condorelli 的意见。他说:“国家工具如果以官方身份行事,并不牵涉自己的责任,而是牵涉国家的责任;因此,他们的行为享有国家豁免”。CR 2008/5 号文件(译文),2008 年 1 月 25 日上午 10 时,第 42 页,第 74 和 75 段。在如何实施这项原则的问题上,法国的法律顾问并不同意其对立面的意见(同上,第 43 页,第 76 和 77 段)。

¹⁷⁴ 前南问题国际法庭在 *Blaskic* 一案中说:“官员不过是国家的工具,他们的官方行为只能归于国家”。见“检察官诉 Blaskic 案”,上诉分庭,关于克罗地亚共和国请求复核第二审判分庭 1997 年 7 月 18 日裁决的请求的判决书,1997 年 10 月 29 日,第 38 段。该文提出的理论看来与这一观点相抵触。然而,法庭在该判决书的后面确认:“每个国家均有权要求把其工具之一通过官方身份实施的行为或办理的事务归于国家,从而不得使该个别工具为这些行为或事务承担责任”(同上,第 41 段)。因此,该法庭看来其实是说,国家有权要求把其官员以官方身份实施的行为视为国家自己的行为,但是不排除不仅把这些行为归于国家,而且将其归于该官员的可能性,除非有关国家坚决主张不这样做。

¹⁷⁵ 正如 J. Verhoeven 指出的那样:“根据国际法把一个行为归于国家本身并不意味着,作为中介实施该项行为的个人一定可以不在外国管辖之下或根据本国法律承担责任。正是因为如此,才会有某些“工具”享有豁免”。«Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international», in Verhoeven J. (dir.), *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?* (Brussels: *Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence*, 2004), p. 68。虽然这个问题不在本专题的范围内,但也值得指出,尽管放弃某个官员享有的豁免,也并不改变把该官员实施的行为归于放弃豁免的国家的情况。这些行为将继续不仅归于实施它们的个人,而且归于国家。因此,如果一个国家放弃豁免,该官员作为个人承担的责任依然存在,提出由国家本身为这些行为承担责任的依据也依然存在。

90. 属人管辖豁免的理由也同时兼具职能/代表性成分。¹⁷⁶ 正如已经指出的那样，只有在政府中担任重要或高级职位的人员才享有属人管辖豁免，豁免与这些职位直接挂钩。那些对属人管辖豁免的职能理由进行描述的作者通常说，得到这种豁免的不仅包括担任重要或高级职位的人，而且包括那些在国际关系中直接参与行使代表国家的职能的人。¹⁷⁷ 然而，此处出现的一个问题是：是否能够把需要履行在国际关系中代表国家的职能作为个人豁免的唯一理由？如果假设有关官员是国防部长，这是否成立？国防部长通常履行在国际关系中代表国家的职能。但是，他主要是在国内行使其职能。然而，国防部长直接参与确保国家的主权和安全。在这方面，如果有关官员担任重要或高级政府职位，在这个职位上履行对于确保国家主权来说至关重要的职能，难道不成其为属人管辖豁免的另一个理由？

91. 虽然“职能需要”理论比较流行，但国家元首豁免的理由往往是因为国家元首是国家的化身，也就是“代表”理论。在Pinochet案¹⁷⁸的审议过程中，国家元首豁免的这个理由格外明显。但是，法院裁决也提供了国家元首豁免“倾向于职能”理由的例子。例如，美国法院裁决中提请注意这样一个事实：国家元首需

¹⁷⁶ 正如法院在“Tachiona 诉 Mugabe”一案中所指出的那样：“……对外国领导人或外交人员直接施加的法律强制行动无论采取任何形式，都不仅妨碍该外国官员履行职能，而且构成对统治者的人身和尊严以及对派遣他的外国构成的公开侮辱”（U.S. District Court, Southern District of New York, 30 October 2001）。还可以比较以下意见：“习惯国际公法给予国家元首这样的属人特权，这既是考虑到他们在国际关系中的代表性质，也是考虑到他们的职能和他们是主权的体现”（Marcos and Marcos v. Federal Department of Police, Swiss Federal Tribunal, 2 November 1989, reproduced in 《国际法案例汇编》，第 102 卷，第 198 页，见第 201 页）。

¹⁷⁷ “……必须考虑在内的职能是国际性质的职能，即必然涉及与一个或多个国家之间关系的职能（是国际法的主体）”（J. Verhoeven，同前，p. 89）。

¹⁷⁸ 见 Pinochet No. 3 案，*International Legal Materials*，vol. 38 (1999)，P. 580。Lord Millet：“在任国家元首享受豁免是因为作为国家最高职务担任者，他享有特殊地位。他被视为国家的化身。无论是因为国家元首的公职行为，还是因为其个人私事，如果让他接受另一个国家国内法院的管辖，则是对其代表的国家的尊严和主权的冒犯，就是否认主权平等”（p. 644）；Lord Brown-Wilkinson：“国际法的一项基本原则是，一个主权国家（法院地国）不得裁决外国的行为。对于法院地国的诉讼程序，外国享有程序豁免。这种豁免范围覆盖刑事和民事责任。国家豁免或许产生于历史上的君主个人豁免。无论如何，国家元首的个人豁免一直延续到今天：国家元首享有与国家本身同样的豁免。……在任国家元首享有的这种豁免[……]是附属国家元首个人的完全的豁免……，无论对其采取的行动和诉讼是否涉及为国家谋利的事项，他对所有这些行动和诉讼都享有豁免权。这种豁免叫做属人豁免”（p. 592）；Lord Goff of Chieveley：“拉丁语名言平等者之间不存在统治权体现了国家豁免原则，其意思是，一个主权国家不得裁决另一个主权国家的行为。该原则适用于国家之间，而国家元首享有与国家本身同样的豁免[……]”（p. 598）。

要得到豁免，以便能够自由行使国家职责（见 *In re Grand Jury Proceedings and Lafontant v. Aristide*）。¹⁷⁹

92. 国际法院在逮捕证案中引用的外交部长豁免理由主要是职能理由，也可以推断，这些理由适用于享有属人豁免权的其他人。¹⁸⁰ 国际法院在其裁决第 51 段将外交部长与国家元首和政府首脑等其他高级国家官员同等看待，因此，国际法院自己为此提出了理由。¹⁸¹ 国家元首、政府首脑和外交部长等高级官员享有的豁免不仅使其公务行动、而且使其以个人名义采取的行动也免受外国管辖。后者或许不能直接归于国家。有人认为，有关官员享有的属人豁免（即个人豁免）“在某种程度上是其自有的权利”。¹⁸² 如果这种说法成立，那么，也仅仅是因为其中使用了“在某种程度上”一语。委员会在关于国家及其财产的管辖豁免权条款草案第 2 条第 1(b)(v) 款的评注中，几乎紧接着该用语指出，“事实上，即使这种豁免权也不是为了使君主和大使得利，而是为了使其代表的国家得利，使他们能够履行代表职能或有效履行官方职责。”¹⁸³ 这绝非偶然。

93. 即使一如国际法院和国际法委员会所述，有关官员的属人豁免权存在职能理由，这种豁免权与这些官员所服务的国家之间的联系也是显而易见的。他们所享有的豁免，即使以个人身份实施的行为（包括上任前的行为）也享有的豁免为他们提供了保护，这只是因为他们担任政府要职，必须保证其活动不受外国干涉，

¹⁷⁹ “与相关的主权豁免理论一样，国家元首豁免的理由是促进国际礼让，其方法是确保领导人不受外国法律制度拘留、逮捕或为难，使其能够履行职责”。*In re Grand Jury Proceedings*, Doc. No. 700, US Court of Appeals, Fourth Circuit, 5 May 1987, 转载于《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 599 页，在第 601 页。（另见 *United States v. Noriega and Others*, United States District Court, Southern District of Florida, 8 June 1990, 转载于《国际法案例汇编》，第 99 卷，第 143 页，在第 161 页）。在 *Lafontant v. Aristide* 一案中，地区法院指出：“国家元首必须能够在不受外国法律制度民事和刑事责任威胁的情况下在国内外自由履行职责。” United States District Court, Eastern District of New York, 27 January 1994, 转载于《国际法案例汇编》，第 103 卷，第 581 页，在第 585 页。

¹⁸⁰ D. Akande 认为：“如果享有属人豁免权的国家元首、外交官和其他官员在外国遭到逮捕和拘留，则将妨碍他们履行职责，因此，这些官员对外国刑事管辖享有绝对豁免。” “International Law Immunities and the International Criminal Court,” *AMERICAN JOURNAL OF INTERNATIONAL LAW*, vol. 98 (2004), p. 407 页，at pp. 409 和 410。S. Wirth 指出，“……国际法院认为，国家元首和外交部长享有豁免权的理由是让他们能够履行职责。” 同前，para. 879。S. De Smet 指出，“属人豁免概念的理由是基于保证不受妨碍地履行公务职责的必要性。” “The Immunity of Heads of States in US Courts after the Decision of the International Court of Justice,” *Nordic Journal of International Law*, vol. 72 (2003), p. 313, at p. 319。

¹⁸¹ 如果该案涉及的对象是国家元首，而不是外交部长，那么，我们只能推测豁免的理由是什么。在这方面，应该指出国际法院罗莎琳·希金斯院长援引的国家元首豁免理由：“一般国际法关于在任国家元首的规定是明确的。国家元首被视为主权国家的化身，其享有的豁免权是以此地位为基本理由的。” “皮诺切特案之后：国家元首和部长豁免权的发展”，*The Incorporated Council of Law Reporting, Annual Lecture 2006*, p. 12, 可在以下网址查阅：www.lawreports.co.uk。

¹⁸² 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 18 页。

¹⁸³ 同上，第 18 和 19 页。应该指出，这些措词与上文第 85 段引用的国际法院在逮捕证案裁决第 53 段使用的措词非常相似。

也就是说，只是出于其服务的国家的需要。给予这种豁免的唯一原因是，个人在国家中的职责对于这个国家的主权和独立运作非常重要。从这个意义上说，属人豁免只能有条件地称为“个人”豁免。

94. 国家官员不受外国管辖的属人豁免权和属事豁免权背后都是国家。¹⁸⁴ 只有国家才有权放弃官员（在任高级官员）的属人豁免权或属事豁免权，或仅仅放弃（离开政府公职的官员的）属事豁免权。¹⁸⁵ 归根结底，国家官员免受外国管辖的豁免权属于国家，因此，只有国家才有权放弃这种豁免权。

95. 可以说，国家官员豁免权的职能理由、代表理由或职能/代表理由都是直接理由。一个国家在对另一个国家官员行使刑事管辖权时，不得阻碍这些官员履行政府职能，干扰其履行公职的活动，或给在国际关系中代表另一国的人士的活动制造障碍，因为这些活动实质上是另一个主权国家的活动。一如多年前的情形，国家间关系基本原则是职能理由、代表理由或混合理由的依据。除国际礼让外，*The Schooner Exchange v. McFaddon*（1812）案和*The Parlement Belge*（1880）案的裁决已经引用了在行使国家管辖权方面适用的平等者之间不存在统治权的名言所体现的君主和主权国家完全平等和绝对相互依存原则，¹⁸⁶ 作为豁免权理由，包括国家、国家元首和国家外交代表的豁免权的理由。在当代国际法中，这些原则已经转化为国家主权平等和不干涉内政原则，仍然是国家官员不受外国刑事管辖的豁免权的法律理由。¹⁸⁷ 在*Pinochet*案中，国家主权平等

¹⁸⁴ Lord Saville of Newdigate 在谈到 *Pinochet* 案时说，“这些豁免权（属人和属事豁免权）并不属于个人，而是属于涉及的国家”。*Pinochet No. 3* 案，*International Legal Materials*, vol. 38(1999), p. 580, at p. 642。

¹⁸⁵ 一如国际法院在*逮捕证*案的裁决中指出，“如果国家官员代表的或曾经代表的国家决定放弃豁免权，”那么，这些国家官员“不再对外国管辖享有豁免权。”逮捕证案（裁决），第 61 段。关于只有官员所服务的国家才有权放弃该官员享有的豁免权问题，请参看 I. Brownlie, *op cit.*, p. 335 和 S. Wirth, *op cit.*, p. 882 等。以下文书分别规定，国家有权放弃外交人员、领事官员和特别使团成员的豁免权：1961 年《维也纳外交关系公约》（第 32 条）、1963 年《维也纳领事关系公约》（第 45 条）和 1969 年《特别使团公约》（第 41 条）。

¹⁸⁶ 在 *Parlement Belge* 案中，Lord Justice Brett 说，“从这些案件中可以归纳的一项原则是，由于每个主权当局具有绝对独立地位，由于国际礼让促使每个主权国家尊重所有其他外国的独立和尊严，每个国家都拒绝通过其法院对任何主权个体行使属地管辖权”。*Court of Appeal (United Kingdom)*, 27 February 1880, *The Law Reports, Probate Division*, vol. 5, p. 203, at p. 214。在 *The Schooner Exchange v. McFaddon* 案中，C.J. Marshall 说：“世界由不相隶属的主权体组成，它们拥有平等权利和平等独立地位，它们相互往来，进行人类要求和需要的斡旋和交往，符合共同利益，因此，所有主权体都同意，在实践中，对于某些特殊情形下的案件，放宽主权授予的领土内绝对和完全的管辖权。”*Supreme Court of the United States*, 1812, 7 Cranch, p. 116, at p. 136。

¹⁸⁷ “在国家惯例和实践中可以看出，国际法中的国家豁免权实质理由是国家主权、独立、平等和尊严。所有这些概念似乎糅合在一起，共同构成了主权豁免的坚实国际法律基础。一如这个词语所示，‘国家’或‘主权’豁免来自主权原则……。在两个平等者之间，一方不得对另一方行使主权意志或权力，即平等者之间不存在统治权，这已经成为一项公认规则。” S. Sucharitkul, *op cit.*, p. 117。

和平等者之间不存在统治权的原则被用来作为国家元首豁免权的理由。¹⁸⁸ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭在Blaskic案中审议它是否可以传唤国家官员的问题时提到了这些原则：“讨论的这项一般规则已是国际法的公认规则，其理由是国家主权平等（平等者之间不存在统治权）”。¹⁸⁹ 在Adamov案的裁决中，关于俄罗斯联邦政府一名前成员（前原子能部长）的豁免权问题，瑞士联邦法庭裁定，根据国际法，豁免权旨在防止一个国家缩减另一个国家的豁免权，防止一个国家对另一个国家的主权行为和机构行使管辖权。¹⁹⁰ 在许多其他法院裁决中，这些原则都已被确认为豁免权的理由，¹⁹¹ 而且，各国包括在向法院提交的呈件¹⁹² 中也这些原则引为官员豁免权的理由，在理论上，这些原则已获得广泛支持。¹⁹³

¹⁸⁸ 例如，见上文脚注 178。

¹⁸⁹ Prosecutor v. Blaškić, Appeals Chamber, Judgment on the request of the Republic of Croatia for review of the Decision of Trial Chamber II of 18 July 1997, 29 October 1997, para. 41.

¹⁹⁰ Federal Tribunal, *Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice*, Judgment of 22 December 2005, ATF 132 II 81, para. 3. 4. 2.

¹⁹¹ 例如，在 *Charles Taylor* 案的裁决中，塞拉利昂问题特别法庭上诉分庭裁定，国家豁免原则来自主权国家平等，因此，一个国家不得裁决另一个国家的行为。 Appeals Chamber, *The Prosecutor v. Charles Ghankay Taylor*, Decision on Immunity from Jurisdiction, Case No. SCSL-2003-01-I, 31 May 2004, para 51. 欧洲人权法院一再裁定，“国家主权豁免是国际法的一个概念，来自平等者之间不存在统治权的原则，根据这项原则，一个国家不受另一个国家的管辖。” Decision of 12 December 2002 on the inadmissibility of *Kalogeropoulou and Others v. Greece and Germany*, p. 8. 另见欧洲人权法院 2001 年 11 月 21 日关于以下案件的三项裁决：*Al-Adsani v. the United Kingdom* (Application No. 35763/97, para. 54)、*McElhinney v. Ireland* (ECHR, Application No. 31253/96, para. 35) 和 *Fogarty v. the United Kingdom* (Application No. 37112/97, para. 34)。根据美国司法实践：“国家元首豁免的理由是国家间需要礼让，尊重其他国家的主权。” *In re Grand Jury Proceedings*, John Doe No. 700, 817 F.2d 1108, 1110, Judgment of 5 May 1987, 转载于《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 599 页，见第 601 和 602 页。

¹⁹² 刚果民主共和国在向国际法院提交的关于逮捕证的备忘录中抱怨，“其政府一名成员体现的主权受到了伤害”，并表示打算“维护对于文明国家间建立有秩序的关系至关重要的原则，即：尊重负责处理这些关系的人的豁免权”（第 16 段）。吉布提在向国际法院提交的关于刑事事项中的若干互助问题案（*Djibouti v. France*）的备忘录中表示，法国对伊斯梅尔·奥马尔·盖莱总统采取的行动”可以视为对吉布提国家元首人格和荣誉的攻击以及对吉布提主权的攻击。”（第 41 段）。

¹⁹³ 正如 Charles Rousseau 指出，“不受外国管辖的理由通常是国家独立原则[……]。但也可以认为这是国家平等原则的结果[……]：只要所有国家管辖当局在法律上是平等的，那么，任何管辖当局都不得侵犯另一个管辖当局的权力，根据偏离普通法律规则的公约采取的行动除外。” *Droit international public*, vol. IV, Paris, 1980, pp. 9 和 10. Antonio Cassese 认为，个人豁免“理由的概念是，国家元首或政府首脑或外交人员或外交部长的任何活动都必须免受外国管辖，以避免外国以处理纯属个人的行为为借口，侵犯他国主权特权或干扰外国国家人员履行公职”。同前，第 862 段。P. J. Toner 指出，“必须捍卫国家不受外国干涉的权利，这是属人豁免权和属事豁免权的政策基础。” “Competing concepts of immunity: the revolution of the Head of State immunity defense”, *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004) para. 902. 另见 I. Bantekas,

96. 引为国家官员免受外国刑事管辖的豁免权的国际法理由又是以各国和国际社会根本政治考量为理由的。应以国家主权平等和不干涉他国内政原则为基础，承认必要的豁免权，使国家能够正常运作，并在国际关系中具有代表性，这是因为需要确保国际关系的稳定性和可预测性。¹⁹⁴ 法院裁决、国家立场文件和理论学说经常把确保国家间关系稳定的必要性与这些国际法原则一并援引为豁免的理由。在前面提到的关于 *The Schooner Exchange v. McFaddon* 和 *The Parlement Belge* 案的裁决中，法院已经提到，支持正常国家间关系的必要性是豁免的理由。¹⁹⁵ 一如在 *Adamov* 案中指出，给予在任政府成员免受刑事管辖和执法及行政程序的豁免权的主要目的是维护政治稳定。免受刑事起诉是为了防止官员因受到出于政治目的的指控而使其公务活动陷入瘫痪。¹⁹⁶ 而且，美国地区法院在 2001 年关于 *Tachiona v. Mugabe* 案的裁决中指出：“这种案件实质上是让外国统治者回答关于其个人恶劣罪行的指控，使其受辱……，极有可能伤害所涉主权国家间的外交关系。”¹⁹⁷ 美国国务院在给美国法院的呈件中，例如，在关于外国官员豁免权的案件中，通常会指出，确保豁免权是出于外交政策考虑。¹⁹⁸

“普遍意义上的豁免维护了所涉国家的政治独立。” “Head of State immunity in the light of multiple legal regimes and non-self-contained system theories: theoretical analysis of ICC third party jurisdiction against the background of the 2003 Iraq war”, *Journal of Conflict & Security Law*, vol. 10 (Spring, 2005), p. 21, at p. 32.

¹⁹⁴ 正如 Charles Pierson 指出：“国家元首豁免是国家豁免的逻辑延伸，而国家豁免又来自民族国家的平等和独立地位。豁免权是伴随国家主权产生的。主权的实质就是，国家权力至高无上（平等者之间不存在统治权）。让一个国家接受另一个国家的管辖是对这个国家‘尊严’的冒犯。除这些理论因素外，国家豁免的实际理由是，豁免权促进国家互相尊重，有助于维持国际关系的平稳运作。关键因素是对等。法院地国给予其他国家豁免权，反过来，这些国家也尊重法院地国的豁免权。” [脚注从略。] “Pinochet and the end of immunity: England’s House of Lords holds that a former Head of State is not immune for torture”, *Temple International & Comparative Law Journal*, vol. 14 (Fall 2000), at pp. 269-270.

¹⁹⁵ 见上文第 95 段。

¹⁹⁶ Federal Tribunal, *Evgeny Adamov v. Federal Office of Justice*, Judgment of 22 December 2005, ATF 132 II 81, para. 3.4.2.。

¹⁹⁷ United States District Court for the Southern District of New York, *Tachiona v. Mugabe*, 30 October 2001, No. 00 CIV. 6666 (VM), p. 20.

¹⁹⁸ 美国地区法院关于 *the former Director of the Israeli General Security Service, Avraham Dichter* 案的裁决有一段关于美国政府利益的陈述：“如果违背这种国际共识，外国管辖当局就会以牙还牙，因而可能严重损害美国利益。鉴于美国肩负的全球领导责任，美国官员尤其可能成为国外出于政治目的的诉讼对象——包括因指控的战争罪行而提出的损害赔偿诉讼对象。豁免抗辩是一种重要的手段，可以排除这些诉讼，避免这种诉讼必然产生的困扰和外交紧张局面。因此，美国法院必须承认外国官员援引的同样的豁免抗辩，这一点非常重要，因为如果拒不承认这种抗辩，则很可能导致外国管辖当局同样拒绝为美国官员提供这种保护。” United States District Court for the Southern District of New York, *Ra’ed Mohamad Ibrahim Matar, et al., Plaintiffs, v. Avraham Dichter, former Director of Israel’s General Security Service, Defendant*,

97. 因此，可以说，国家官员免受外国刑事管辖的豁免权各种理由是相辅相成和相互关联的。至少，法院在许多案件中是这样适用这些理由的，国家行政部门是这样运用这些理由的，理论学说中也是这样引用这些理由的。

9. 国家官员的豁免：外交和领事豁免

98. 外交代表、领事官员、特别使团成员以及各国驻在和派至国际组织的代表是国家官员。他们还有着特殊地位，并履行特别职能——在与其他国家和国际组织的关系中代表本国。这一特殊地位以及这些官员在组织国家间关系中的作用，成了拟定规定这类官员享有东道国管辖豁免的特殊规则的基础。这些官员的豁免一般称为外交和领事豁免，尽管严格来说，上述四类官员中的每一类官员的豁免是由各种来源中所载规则规定的。外交代表的豁免是由习惯国际法规则以及 1961 年《维也纳外交关系公约》条款规定的；领事官员的豁免是由习惯国际法规则和 1963 年《维也纳领事关系公约》以及双边领事协定条款规定的；特别使团成员的豁免是由 1969 年《特别使团公约》条款规定的。¹⁹⁹ 最后，国家驻国际组织的代表的豁免是由关于相关组织的特权或豁免的公约或其总部协定的条款规定的。国际条约中规定的各类国家官员的豁免无疑比其他国家官员的豁免的分量要重得多。

99. 显然，可以说，身为外交代表、领事官员、特别使团成员以及国家驻国际组织代表的国家官员既享有所有官员通用的豁免，又享有国际法给予这些特别类别的官员的特别豁免。通常，这些官员享有相应的特别豁免。但有时会出现这些官员不享有特别豁免，而是享有国家官员通常的外国刑事管辖豁免的情况。例如，委任国派遣驻一国的外交代表出席在第三国领土上举行的活动的情况。在此类情况下，该人员不享有外交豁免，但作为官员享有免于该第三国管辖的通常豁免。²⁰⁰

100. 通常一个国家元首享有的豁免相当于外交豁免。因此，一个外国元首的豁免问题有时是通过参照国内法律来决定的。²⁰¹ 在其他情况下，行使管辖权的国家当局会在一个外国国家元首的豁免与外交豁免之间进行类比。²⁰²

2 May 2007, 500 F.Supp. 2d 284. 美国政府利益陈述可在美国国务院网站查阅；裁决案文可在以下网站查阅：<http://www.nysd.uscourts.gov/courtweb/pdf/D02NYSC/07-01987.PDF>, p. 10。

¹⁹⁹ 是否存在规定特别使团成员地位的国际法惯例规则问题，需要进一步研究。正如已经指出的那样，该公约的参加国很少。此外，特别使团成员要享有该公约给予的豁免，必须满足其中规定的若干条件。

²⁰⁰ 正如 S. Wirth 指出的那样，“外交官和领事代表是国家官员，因此不仅受到外交豁免的保护，且还受到国家豁免（属事管辖豁免）的保护。这种保护对不受外交或领事豁免条例约束的第三国来说是必要的”。同前，第 883 和 884 页。

²⁰¹ 联合王国和澳大利亚关于这一主题的立法，参考上文第 37 段。

101. 上文讨论了外交和领事豁免的职能/代表理由。²⁰³ 关于这些豁免的国际法理由和政治理由，M. Shaw指出，“有关各类外交人员的特别特权和豁免部分源自于国家主权豁免及独立和平等，部分是由于这是国际制度的一项基本要求。国家必须相互以及同国际组织进行谈判和协商，要这样做就需要外交人员。由于这些人员以各种方式代表其国家，因此，他们受益于国家主权法律原则”。²⁰⁴ 所以，外交和领事豁免与国家官员的豁免基础相同。²⁰⁵

C. 摘要

102. 总结初步报告的第一部分（第一至第四节），除其他外，可指出以下各点：

(a) 国家官员享有的外国刑事管辖豁免的基本来源是国际法，特别是习惯国际法；

(b) 管辖与豁免既有关联，又有不同。就当前讨论的专题而言，对豁免的审议应是有限的，不应审议管辖权问题本身的实质；

(c) 一国的刑事管辖权，就象国家的整体管辖权一样，是以立法、行政和司法管辖权的形式（或立法和行政管辖权的形式，如果后者理解为包括行政和司法管辖权两者）行使的；

²⁰² 例如，纽约区法院在 *Tachiona 诉 Mugabe* 案的判决中表示：“……保护范围所给予一个国家元首的属地管辖豁免程度至少要与条约和普遍接受的国际习惯法给予外交和领事官员的豁免相称……正如某个法院指出的那样，国家给予外派特使的外交特权和豁免超出它们所承认的给予国家元首的豁免是不正常的。”2001年10月30日，美国纽约南区法院。还有如何通过给予外交豁免和适用1961年《维也纳公约》来解决其他高级官员的豁免问题的实例。R. Higgins 特别描述了下列情形：“谈到所有各类高级官员的豁免问题，瑞士联邦检察长办公室最近的一项部长令有点意思。2003年5月8日的法令拒不允许‘声援对伊拉克战争受害者协会’对乔治·布什、迪克·切尼、唐纳德·拉姆斯菲尔德、科林·鲍威尔、康多莉扎·赖斯、比尔·克林顿、托尼·布莱尔、杰克·斯特劳以及其他进行危害人类罪、种族灭绝和战争罪的起诉。该法令特别指出，没有一个国际法院或法庭的授权令，布什总统享有绝对豁免。该法令然后谈及1961年《维也纳外交关系公约》并援引第三十一条第一款给予部长和高级官员的豁免，并指出，国际法在关于高级官员的情形方面不很精确，判例在不断演化。”“After Pinochet: developments on head of state and ministerial immunities”, The Incorporated Council of Law Reporting Annual Lecture 2006, P.4, 可查阅 www.lawreports.co.uk。

²⁰³ 见上文第86和87段。

²⁰⁴ International Law, fifth ed., Cambridge, 2003, pp. 668 和 669。

²⁰⁵ 归根结底，所有国家官员享有的一切外国管辖豁免的背后是国家豁免本身。国际法委员会在关于国家及其财产的管辖豁免条款草案的评注中提请注意此点：“政府代表所享有的豁免，不论其是以何种专门资格获得豁免，外交或领事或其他形式的资格，归根到底，是国家的豁免，对这一事实从未怀疑过。只不过这一直被不恰当地忽略了”。《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第18页，注44。

(d) 行政（或行政和司法）刑事管辖权有与民事管辖权共同的特点，但与后者不同，因为许多刑事诉讼措施是在司法进程的预审阶段采取的。因此，国家官员享有的外国刑事管辖豁免问题在预审阶段更重要；

(e) 官员享有的外国管辖豁免是国际法和相应司法关系的一项规则，在这样的司法关系中，享有豁免者不受外国管辖这项司法权利反映了外国不得对有关人员行使管辖权这项司法义务；

(f) 刑事管辖豁免意味着仅仅享有行政和司法管辖豁免（或仅仅是行政管辖豁免，如果行政管辖理解为包括行政和司法管辖两者）。因此，这是享有刑事诉讼或刑事诉讼措施豁免，而不是享有对外国实质性法律的豁免；

(g) 国家官员享有的外国刑事管辖豁免是程序性的，而非实质性的。这是刑事责任的一个障碍，但在原则上并不排除刑事责任；

(h) 一个官员以官方身份采取的行动归于国家。因此，该官员因为属事管辖豁免而享有外国刑事管辖豁免保护。但这并不排除将此类行动同时归于实施行动者；

(i) 最终而言，站在官员豁免背后的是国家，无论这是属人管辖豁免还是属事管辖豁免，站在享有豁免者背后的也是国家，惟有国家有权放弃一个官员的豁免；

(j) 官员享有的外国刑事管辖豁免有一些相辅相成和相互关联的组成部分：职能和代表权部分；国际法有关国家主权平等和不干涉内政的原则；确保国际关系稳定以及各国独立开展活动的必要性。

五. 确定本专题范围时应予审议的问题

A. 本专题的范围

103. 在确定本专题范围时应考虑以下几点。首先，本专题仅涉及国家官员的外国刑事管辖豁免。这意味着当前所审议的问题并非国际刑事管辖豁免或国家民事管辖豁免或国家行政管辖豁免的问题。国际刑事管辖豁免似乎在本质上不同于国家刑事管辖豁免。国际刑事管辖权具有不同的法律性质，因为它是由国际法院或法庭行使。国际法院或法庭根据国际协定或主管国际组织的决定而设，因此拥有并行使管辖权。这就是说，国际法院或法庭的受权来源于国家本身，或是如塞拉利昂问题特别法庭在检方诉查尔斯·甘凯·泰勒一案的裁定中所述，来源于国际社会。²⁰⁶ “平等者之间不存在统治权”所体现的国家主权平等原则是国家官员的外国管辖豁免的国际法基本理由，不能成为国际管辖豁免的理由。²⁰⁷ 据以行

²⁰⁶ 上诉分庭，检方诉查尔斯·甘凯·泰勒，关于管辖豁免的裁决，SCSL-2003-01-1 号案子，2004 年 5 月 31 日，第 51 段。

²⁰⁷ “在此方面，对国家法院与国际法院加以区别的一个理由，虽然不很明显，但似乎是出于这一原则，即一个主权国家不对另一主权国家的行动作出裁定；国家豁免原则源自主权国家平等，

使国际刑事管辖权的国际法文书中不存在国家官员的国际刑事管辖豁免，不能据此而主张国家官员因此也不享有国家管辖豁免或以此证明国家官员不享有此类豁免。至于国家官员的民事和行政等其他国家管辖形式的豁免，虽说此类豁免本身并不在当前讨论范围之内，在国家实践和在理论上对它们的分析，这方面的例子与当前所审议专题完全相关，因为国家官员相对于各种形式外国管辖权的豁免的国际法理由是唯一和相同的。

104. 第二，本专题事关国家官员的豁免，其基础是国际法。也可根据国内法给予另一国官员豁免。不过，根据国内法给予豁免与本专题之所以相关的唯一原因是，相关国内法规定可能被视为表明在此领域内存在习惯国际法原则的一个佐证。

105. 第三，本专题事关一国官员相对于另一国管辖的豁免。这意味着不打算审议一国官员相对于其本国管辖的豁免问题。

B. 涵盖的人员

1. 所有官员：“国家官员”这一概念的定义

106. 对于在本专题范围内应审议的豁免问题所涉及以及根据审议结果可能拟订的指导原则或条款草案所涵盖的人员这一群体有多种不同定义。具体而言，第一个定义仅涵盖国际法院在“逮捕证”一案的判决中及1969年《特别使团公约》中直接提及的三类官员，即国家元首、政府首脑和外交部长；第二个定义包含所有高级别国家官员，他们因自身职位而享有豁免；第三个定义包含所有在职和前任国家官员。最后一个定义似乎最适合、最利于本专题的讨论。

107. 在国家实践中，尤其是在国家法院裁决和在理论中，普遍公认的是，所有国家官员以公职身份实施的行为享有外国刑事管辖豁免，也即属事管辖豁免。正如布朗-威尔金森勋爵在皮诺切特3号案中所述，“属事管辖豁免不仅适用于前国家元首和前使节，而且也适用于参与行使国家职能的所有国家官员。这样的豁免是必要的，以便防止出现相关问题，例如，当针对国家元首的索偿因豁免原则而被排除时，绕过国家豁免而对（比如说）实际实施酷刑的官员提出起诉的现象”。²⁰⁸ 国

因此无关国际刑事法庭，因为国际刑事法庭并非国家机关，他们的受权来源于国际社会”。同上。这显然指以下这些情况：根据相关国际法院或法庭的组成文件，国家承担有国际义务，剥夺了国家官员相对于该法院或法庭的管辖豁免的权利。与此同时，主权平等原则在有些情况下也可成为国际刑事管辖豁免的理由，例如，一个并非《国际刑事法院规约》缔约方的国家的官员在另一个为规约缔约方的国家领土内，有要求将该官员移交国际刑事法院。如H.Fox所述，“国家豁免可能成为国际法庭诉讼程序的一个障碍——例如，《罗马规约》……规定，如果在一国领土内的某个个人作为另一国的代表享有外交豁免，便没有义务将此人移交国际刑事法院审判；但国家豁免的主要意义事关它对国家法院管辖权的影响”。“International law and restraints on exercise of jurisdiction by national courts of States”, in M. D. Evans (ed.) 同前, p.363。

²⁰⁸ Pinochet No. 3, International Legal Materials, vol. 38(1999), p. 580, at p. 594. 英国一个法院在Propend Finance Pty Ltd诉Sing一案中就属事管辖豁免范围扩至所有国家官员的必要性提出

家官员不论职位级别，都享有此类豁免。例如，2006 年，在 *Belhas et al v. Moshe Ya'alon* 一案中，美国哥伦比亚特区地区法院承认 M. Ya'alon 的豁免权，²⁰⁹ 在据以对他提起诉讼的事件发生时，他是以色列军队情报部门的头目；法国最高上诉法院在 2004 年承认马耳他船舶注册局主管以公职身份实施的行为享有刑事管辖豁免。²¹⁰

108. “国家官员”一词在实践中使用广泛，包括在司法裁决和理论中。但它在国际法中却没有定义，至少在普遍的国际协定中没有定义。至于理论，举例而言，F. Przetachnik 提出了这一定义：“外国官员是指以下人员：根据该国法律享有作为该国官方代表（国家元首、政府首脑或外交部长）行事的法律权力，由派遣国授权在接受国以派遣国代表（外交代表或特别使团的外交成员）的身份行事，或正式代表派遣国行事（领事官员、常驻某国际组织代表团的外交官或是参加某国际会议的代表团的外交成员）”。²¹¹ 在此定义中，国家官员实际上局限于在国际关系中代表国家的那些人。而国家官员据以享有豁免的公职职能却并不局限于上述代表职能。在此方面，上述作者还指出，“‘外国官员’这一概念的基本要素

了类似理由：“如果雇员、官员（或如某个主管当局所称的‘职能人员’）因他们所服务的国家享有豁免而被作为个人因国家行为而受到起诉，1978 年法给予国家的保护便将受损。必须将第 14(I) 节理解为给予外国雇员和官员个人与国家同样的保护”。High Court, Queen's Bench Division, 1996 年 3 月 14 日，转录于《国际法案例汇编》，第二卷，第 611 页。在 *Jones No. 1* 一案中，Lord Philipps 指出，“如果一国在职和前官员因执行国务而在另一国法院被起诉，前者的国家尊严也可能因此而受冒犯。在这种情况下，国家通常可将国家豁免范围覆盖至这些官员。对这些官员的起诉可以说是对国家的非直接起诉”（第 105 段）。最后，在 *Jones No. 2*（见上文脚注 80）一案中，Lord Bingham of Cornhill 指出，有“充分权威证据表明，在此情况下，外国有权为其公务员伸张豁免权，如同它自己面临起诉时可做的那样。不得绕过国家豁免权而起诉其公务员或代表”（第 10 段）。根据 C. Wickremasinghe，“看来，根据国家豁免原则，[国家元首、政府首脑和外交关系部长]以外的其他国家官员的公务行为在其他国家的法院享有属事管辖豁免，因为对此类公务行为的诉讼将有损雇主的豁免或使雇主的豁免失效”。同前，p. 403。另见 C. Forcece, “Deimmunizing Torture: Reconciling Human Rights and State Immunity”, *McGill Law Journal*, vol. 52 (Spring, 2007), p. 127, at pp. 138 和 139。

²⁰⁹ 美国哥伦比亚特区地区法院, *Belhas et others v. Moshe Ya'alon*, 2006 年 12 月 14 日, 466 F. Supp. 2d 127。法官确定，袭击发生时，M. Ya'alon 是以公职身份行事，其行动出自维护以色列国利益的需要，这“无可争辩”。得出这一结论的依据主要是以色列驻美国大使给美国国务院负责政治事务副国务卿的一封信。此信特别指出，M. Ya'alon 所做的任何事情都是履行公务时所为，他的行动是“以色列国的主权行动，得到以色列政府的批准，旨在保护以色列公民不受恐怖袭击”，“允许对[这名前官员]提起诉讼便是允许对以色列本身提起诉讼”。法官确定 Ya'alon 是以公职身份行事，因此认为，根据上述的《外国主权豁免法》，其行动可以被视为国家机关/机构的行动。

²¹⁰ 根据法国最高上诉法院，“……一国不受外国刑事管辖，这一国际惯例延伸至作为国家衍生物的机关和实体以及代表，因为他们以此身份实施的行为事关国家主权”。*Arret de la cour de Cassation, chambre criminelle*, 2004 年 11 月 23 日，发表于 *Bulletin Criminel* 2004, No. 292, p. 1096。此项裁决的案文可通过以下网址查阅：www.legifrance.com。

²¹¹ “Basic Principles of International Law concerning the protection of the officials of foreign states”，在第 31 次国际研究协会年会上的演讲稿，1990 年 4 月 11 日，华盛顿特区，p. 52。

是，他必须是代表国家或正式代表国家行事或两者兼备”。²¹² 官员不仅在外交关系领域，而且在国家行使主权特权的所有领域代表国家行事。国家给予他们全权，以便他们代表国家或根据国家法律或实践代表国家行事。除“国家官员”外，使用的其他称谓还有“国家代表”、²¹³ “国家人员”、²¹⁴ “国家机关”²¹⁵ 等。最后一词被用在关于国家对国际不法行为的责任条款内，而且，根据第 4 条第 2 款，包括“依该国国内法具有此种地位的任何人或实体”。²¹⁶ 在关于这一条款的评注中，委员会指出，“国家机关”的所指“并不限于中央政府机关、高级官员或负责国家对外关系者，还包括任何种类、行使任何职能和任何级别的政府机关”。²¹⁷ 鉴于“国家机关”包括但不限于官员，为本专题之目的而使用此词似乎是妥善的。至少在目前阶段可继续使用“国家官员”一词。如果委员会今后认为应定义这一词语或以其他方式表明其含义，起草关于国家责任的条款第 4 条第 2 款所用的办法也可比照用于本专题。

2. 享有属人管辖豁免的官员

109. 如上所述，所有国家官员都享有外国刑事管辖的属事管辖豁免，仅有一些官员享有属人管辖豁免。尚无法界定这后一类官员。不妨回顾委员会在处理关于特别使团、关于国家在其与国际组织关系中的代表权及关于防止和惩处侵害受国际保护人员的犯罪行为的条款草案时在此方面面临的难题。²¹⁸

²¹² 同上。

²¹³ 例如，见《国家及其财产管辖豁免公约》第 2 条第 1 款(b)项(四)。在关于这一条款的评注(载于关于条款草案 2 第 1 款(b)项(五)的章节内)中，委员会指出，以国家代表身份行事者这一类国家代表“包含所有受权在国家一切事务中代表国家的自然人”。《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 18 页。

²¹⁴ 例如，见 J. Verhoeven, 《Les immunités propres aux organes ou autres agents des sujets du droit international》, 载于: J. Verhoeven (ed.), *Le Droit International des Immunités: Contestation ou Consolidation?* (Brussels, Librairie générale de droit et de jurisprudence, 2004), p. 64. A. Borghi 使用了“政治领导人”一词，包括用作一本书的书名(见上文脚注 64)。

²¹⁵ 例如，涉及吉布提国家检察官和国家安全主管的关于刑事事项中的若干互助问题一案的当事方便使用了“国家机关”一词。法国的辩护律师 A. Pellet 在口头辩护中同意吉布提辩护律师 L. Condorelli 的意见，即“在以官方身份行事时，国家机关并不参与个人责任，而是国家责任”。不过，他认为，“除了 5 个手指能数清的某些机关或某几类机关(国家元首、外交部长、政府首脑和外交官——而且是在不同程度上)，完全排除的一个情况是，‘可以主张，享有国家机关地位者，即便是高级别的，得益于可与国际法给予最高国家机关的豁免相比的个人豁免(也称为属人管辖豁免)’”。国际法院，CR2008/5 号文件，口头辩论，2008 年 1 月 25 日，第 75 段。

²¹⁶ 《2001 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 40 页。

²¹⁷ 同上，第 6 段。

²¹⁸ 见上文，第 18 至 20 段和第 23 段。

110. 首先,享有属人管辖豁免的这一类人员自然包括国家元首。他们相对于外国刑事管辖权的属人管辖豁免在实践和理论中得到了最广泛的确认。²¹⁹ 但国家元首并非唯一一类在考虑之列的人员。过去,享有个人豁免的只有国家元首(和大使),但享有此类豁免的官员范围已开始扩大。²²⁰ 这有其客观原因。²²¹ 国家管理的性质和结构发生了变化。管理一个当代国家,保障其主权及在国际关系中的代表权,这些职能过去都集中在国家元首一个人身上,如今却在很大程度上属于政府首脑、政府成员、尤其是外交部长的职责。在许多国家,政府首脑在国家管理中比国家元首发挥着更大作用。因此,需要确保不仅是国家元首、而且还有对国家非常重要的其他一些官员的活动的最大独立性,最大限度地保障他们不受其他国家的干涉,从而保护国家本身在与其他国家关系中的主权。首要一点是,享有属人管辖豁免的官员范围已开始扩大,除国家元首外,还包括政府首脑和外交部长。

111. 国家元首、政府首脑和外交部长可以说是享有属人管辖豁免的国家官员基本三位体。根据国际法,只有他们因其职能及与之相应的职位而被视为国家在国际关系中的代表。例如,只有他们才可代表国家签署国际条约而无需出具全权证书(《维也纳条约法公约》第七条第2款)。1969年《特别使团公约》第21条、

²¹⁹ “国家元首……在任何外国从事的通常受外国管辖的一切行为都享有绝对的管辖豁免,无论这些行为是在什么情况下发生的”。Marcos and Marcos v. Federal Department of Police, 瑞士联邦法庭, 1989年11月2日, 转载于《国际法案例汇编》, 第102卷, 第198页, 在第203页。“美国政府承认的一国元首在美国法院享有绝对的属人管辖豁免, 除非这一豁免已被规约或被美国所承认的外国政府放弃”。Lafontant v. Aristide, 美国地区法院, 纽约东区, 1994年1月27日, 转载于《国际法案例汇编》, 第103卷, 第581页, 在第584-585页。“植根于习惯国际法的国家元首豁免原则规定, 一国元首不受外国法院的管辖, 至少是其在任期内的公务行为不受外国法院的管辖”。United States v. Noreiga and others, 美国地区法院, 佛罗里达南区, 1990年6月8日, 转载于《国际法案例汇编》, 第9卷, 第143页, 在第161页。“习惯国际法反对在没有对所涉国家作出相反的国际规定的情况下把在职国家元首和政府首脑作为外国刑事管辖机构的起诉对象……”Kaddafi案, 最高上诉法院的判决, 刑事分庭, 2001年3月13日, 发表于Bulletin criminal 2001 No. 64, p. 218。“国际法随着时间而变化, 但体现于英美法系的国际习惯法目前为任何一国元首提供绝对豁免”。Mugabe, Bow Street, 2004年1月14日, 转录于《国际法和比较法季刊》, 第53卷(2004年7月), 第770页。

A. Watts认为, “就刑事诉讼而言, 国家元首的豁免被普遍视为是绝对的……”。同前, p. 54。Y. Simbeye也指出, “在职国家元首, 作为国家最高级别的公职人员和代表, 享有外国法院法律诉讼豁免”。同前, p. 94。如Verhoeven所述, “无论围绕国家代表刑事责任问题有何不确定因素, 无可争辩的是, 国家元首对外国管辖享有绝对的刑事管辖豁免。这一豁免的绝对性质意味着无论罪行为何或何时实施, 都无例外地享有豁免”。《Les immunités de juridiction et d' execution. Rapport provisoire》(2000年12月), 《国际法学会年鉴》第69卷(2000-2001年), 第516页。另见希金斯, 同前, pp. 12-13。

²²⁰ “趋向于把特别保护, 包括任何豁免的惠及范围扩大至‘高级别人员’(借用1969年12月16日在纽约签订的《特别使团公约》所用的一词)”。J. Verhoeven, 同前, p. 65。

²²¹ 如P. Toner所述, “民族国家活动所处的现代政治现实环境不再使人能够严格区分政府部长的权力和责任。外交部长及许多其他重要的部长职位目前所代表的地位与国家元首相同。因此, 在超出过去所承认的程度上, 给予国家元首豁免的理由可扩大适用于其他部长”。同前, pp. 912和913。

1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》第一条第 1 款(a)项和 1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第 50 条在确认国家元首的特殊地位及豁免的同时也确认了政府首脑和外交部长的特殊地位及因此而产生的豁免的特殊性。国际法院在“逮捕证”一案的判决中，在提到享有外国管辖豁免的高级国家官员时除国家元首外也提及政府首脑和外交部长。不妨回顾国际法院在此项判决的第 51 段中指出，“在国际法中已牢固确立的是，如同外交和领事代表，某些担任国家高级职务者，诸如国家元首、政府首脑和外交部长，享有其他国家民事和刑事管辖的豁免”。²²²

112. 国家法院裁决中也有承认政府首脑的外国管辖豁免的例子。1988 年，在 *Saltan and Others v. Reagan and Others* 一案中，美国地区法院同意美国国务院关于这一问题的意见，承认联合王国首相马格丽特·撒切尔的管辖豁免权。²²³ 2003 年，比利时最高上诉法院在 *A. Sharon* 案中指出，“习惯国际法反对在没有对所涉国家作出相反的国际规定的情况下把在职国家元首和政府首脑作为外国刑事管辖机构的起诉对象”。²²⁴ 由此看出，继国际法院后，比利时法院也确认，不仅是国家元首，还有政府首脑的外国刑事管辖豁免均以习惯国际法为依据。

113. 在俄罗斯联邦有一个广为人知的在刑事诉讼程序预审阶段便承认外国政府首脑豁免权的例子。2005 年，当时的乌克兰总理尤莉亚·季莫申卡计划访问俄罗斯联邦，而在她被任命担任这一职务前，在俄罗斯联邦对她提起了一桩刑事诉讼。在访问前一天，俄罗斯联邦总检察长宣布，乌克兰总理如欲访问俄罗斯联邦，不会有任何问题，因为国家高级官员，包括政府首脑，享有豁免。²²⁵

114. 除了逮捕证案，触及外交部长豁免权问题的案件，鲜有任何资料。我们确实知道，1963 年，在美国政府提出“豁免的建议”之后，一个美国法院拒绝受理起诉韩国外交部长的案件。不过，值得注意的是，国务院的“建议”说，根据习惯国际法，各国外交部长享有豁免，不受美国法院管辖，除此之外，还提到承认大韩民国外交部长的外交地位，因为当时他正对美国进行正式访问。²²⁶ 2001 年，

²²² 《2002 年国际法院案例汇编》，第 20 和 21 页，第 51 段。

²²³ *Saltan and Others v. Reagan and Others*，美国地区法院，哥伦比亚特区，1988 年 12 月 23 日。转录于《国际法案例汇编》，第 80 卷，第 19 至 24 页。

²²⁴ *H. S. A. et al. v. S. A. et al.*，有关对 Ariel Sharon、Amos Yaron 和其他人的起诉的决定，比利时最高上诉法院，No. P. 02. 1139. f.，2003 年 2 月 12 日，转录于《国际法材料》，第 42 卷，2003 年，第 596 至 605 页。

²²⁵ 这一声明的案文可查看网址 <http://www.newsru.com/russia/15feb2005/timoshenko.html>。

²²⁶ *Chong Boon Kim v. Kim Yong Shik and David Kim*，夏威夷州第一巡回法院，1963 年 9 月 9 日，转载于《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 604 和 605 页。此案“豁免的建议”提及习惯法规定的豁免，不仅提到外国外交部长，而且提到外国国家元首。

在Tachiona诉Mugabe案，一个美国地区法院同意政府提交的有关津巴布韦外交部长的“豁免的建议”。²²⁷

115. 由于关于这种作法的资料很少，有关外交部长豁免问题的法院裁定资料也很少，所以，在逮捕证案中，Van den Wyngaert法官在反对意见中说：“有人主张，根据习惯国际法，一国义务给予在职外交部长免于刑事程序的豁免权，这种看法没有证据。比利时签发了逮捕证，其行为或许有悖国际礼仪，但并没有违反国际法律义务。”²²⁸ 即使是在逮捕证案判决之后，这个理论也陈述了外交部长不具个人豁免权的看法。²²⁹ 同时，一些著者也同意国际法院在这项判决中阐述的得到压倒多数法官投票赞成的意见。²³⁰

116. 上述国际法院有关外交部长豁免的裁决，是刚果共和国在就法国国内若干刑事诉讼案件向法院提出的呈文中以及吉布提和法国在关于刑事事项中的若干互助问题案件中提及的。在这些案件中，当事方同意法院的看法。²³¹

117. 如前所述，1969年《特别使团公约》第21条和1975年《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第50条，除了国家元首、政府首脑和外交部长以外，还单独提出根据国际法具有特殊地位的另一类人：“高级人士”。除了国家元首、政府首脑和外交部长以外，还有其他高级官员，根据习惯国际法，享有免于外国刑事管辖的个人豁免，这个事实在上文第11段所述的国际法院逮捕证案判决第51段得到确认。显然，尽管法院也没有准确地说，除了国家元首、

还应当指出，以当时的措词，1962年《美国对外关系法重述》宣布，国家的政府首脑和外交部长的公务和私人行为，享有与国家元首相同的豁免权。《美国对外关系法重述》(第二版)，St. Paul, 美国法律研究所，1962年，第66、第200和第202段。

²²⁷ 纽约南区地方法院，Tachiona诉Mugabe，2001年10月30日判决，169 F. Supp. 2d 259，2001年10月30日判决，第297页。

²²⁸ 《2002年国际法院案例汇编》，第139页，第1段。

²²⁹ 例如，见D. S. Koller，同前，第16页：“对外交部长豁免权最全面的研究显示，在私人访问时给外交部长豁免权的理由比国家元首弱得多，主要出自于礼仪，而不是法律。私人访问中豁免权的必要性是难解的实证问题，法院仓促处理以及缺乏现有国家实践，因而没有给予适当的处理。由于简单地模糊外交部长、国家元首和外交官之间的区别，法院造成了概念上的混乱。”

²³⁰ A. Cassese说，“必须赞扬法院澄清和阐明了现行法律的一个模糊问题。法院这样做，大大扩展了国际法对外交部长的保护”。同前，第855页。又见，例如，S. Wirth，同前，第889页：“……似乎很合理，外交部长的职位很重要，因此足以给其与国家元首相同的豁免权：外交部长维持国家的对外关系，因此在管理国家间冲突方面发挥重要作用；在这方面，外交部长比大使重要，后者至少在驻在国享有属人豁免权”。

²³¹ 除其他外，见刚果共和国2002年12月9日对法国提起诉讼(第11页)和吉布提2007年3月15日在关于刑事事项中的若干互助问题案件(吉布提诉法国)中的一份谅解备忘录(第51页)。

政府首脑和外交部长以外，哪些高级官员享受免于外国管辖的豁免，但是法院明确证实，这类官员不限于上述三种。

118. 对于逮捕证案判决的这个解释，至少在英国法庭的两项裁定中得到确认。2004 年地区法官在沙乌尔·穆法兹将军（以色列国防部长）案的裁定中指出：“采用‘例如’国家元首、政府首脑和外交部长这样的措辞，在我看来说明还包括其他类别。换言之，这些类别并非排他的。”²³² 这样，英国法庭与国际法院的裁决保持距离，拒绝对以色列国防部长签发逮捕证并承认他的豁免权，提出的功能理由与国际法院对外交部长豁免提出的理由相似。²³³ 同样援引上述国际法院判决，2005 年薄熙来案承认了中国商务和国际贸易部长薄熙来的豁免权。高级地区法官拒绝对这位部长签发逮捕证，申明，“根据习惯国际法规则，薄先生有免于被起诉的豁免权，因为除非能够自由旅行，否则他将无法履行职务”。²³⁴

119. 这个理论审慎地承认，除了“基本三人”，还有其他高级国家官员享有免于外国管辖的权利。²³⁵ 在关于刑事事项中的若干互助问题案件中，当事方也原则上承认，外交部长享有的豁免权，某些其他高级国家官员也可以享有。不过，他们同意，关于刑事事项中的若干互助问题（吉布提诉法国）案件所涉当事方，即吉布提国家检察官和吉布提国家安全主管，不在其中。²³⁶ 还可以提及一些实例，说明其他国家官员享有或可能享有属人豁免（例如，国防部长、外贸部长）。然而，特别报告员不知道什么地方存在有关此种官员的毫无遗漏的名单。如前所述，

²³² 地区法院（Bow 街），关于沙乌尔·穆法兹将军 2004 年 2 月 12 日的判决，转载于《国际法和比较法季刊》，第 53 卷（2004 年），第 773 页。

²³³ 英国法院特别指出：“虽然旅行[就国防部长而言]与外交部长不是同一层次，但是许多国家有海外部队，有很多联合国特派团要去访问，在某些国家之间，军事问题确实发挥突出作用，我觉得国防和外交政策的作用相互紧密交织，特别是在中东”。同上。

²³⁴ 关于薄熙来，英格兰，Bow 街治安法庭，2005 年 11 月 8 日，转载于《国际法案例汇编》，第 128 卷，第 714 页。应该指出，法官还提到薄先生作为特别使团成员的豁免权。同上，第 715 页。

²³⁵ 如 J. Verhoeven 所指出，“对于政府其他成员，更不确定这种办法是否可行。在其他部长行使国际职责时，无论是进行条约谈判或是在国外代表国家，要求采用这种办法不可否认是符合逻辑的。然而，当今国际惯例并没有明确确认这种做法。”同前，第 65 页。A. Cassese 还指出，属人豁免权保护的“只是一些类别的国家官员，即外交代表、国家元首、政府首脑，也许还有（无论如何根据法院阐述的理论）外交部长，甚至可能包括内阁其他高级成员”。同前，第 864 页。B. Carter 的看法相同：“如今在美国，国家元首豁免似乎提供给了外国的国家元首、外交部长，可能还有其家人，也许还有其他高级官员……。部分由于其在案例法中的基础，该理论对于究竟包括哪些人并不明确”。“外国官员的豁免权：也许太多太乱”，美国国际法学会程序第 99 卷（2005 年 3 月 30 日至 4 月），第 230 页。

²³⁶ 如吉布提法律顾问 L. Condorelli 2008 年 1 月 22 日在海牙的口头辩护时所说：“这里没有人要求法院确认，像国家元首或外交代表那样，检察官和国家安全主管在任职期间应免于外国管辖，并且在国外不可侵犯，并扩展到其私人行为。”国际法院 CR 2008/3，2008 年 1 月 22 日，第 9 页，第 23 段。

没有拟订享有特殊地位和豁免权的其他高级官员名单。在有关特别使团条款草案的工作中，委员会恰如其分地认为，官员或职位需由国家的国内法确定。²³⁷

120. 似乎只有能够确定这些官员享有此种豁免权必须符合的一条或数条标准，才能确定哪些其他高级官员享有个人豁免，免于外国刑事司法管辖，虽然仅仅是概括而言。在承认国防部长和外贸部长豁免权的上述国家法院裁定中，法院推断认为，这些官员的职能在很大程度上与外交部长的职能相似，所以他们需要豁免权，正是为了履行这类职能。有意思的是，根据这个推理，在沙乌尔·穆法兹将军案中，法官说，他认为“把内政部长、就业部长、环境部长、文化媒体和体育部长归类为自动获得国家豁免的部长级职位”是非常不可能的。²³⁸ 只有不可或缺的和首要的职能是在国际关系中代表国家的那些其他高级国家官员才能享有属人豁免权，法国的法律顾问A. Pellet在关于刑事事项中的若干互助问题案件的口头辩护中曾提到这个事实。²³⁹ K. Parlett说，“属人豁免权通常给予其职能对于维护国际关系极为重要因而需要授予广泛豁免权的职位。”²⁴⁰ 另外一些著者还提到，能够发挥作用，确保国家参与国际关系，是可能给予外交部长以外的其他政府成员个人豁免的一个理由。²⁴¹

121. 然而，无可否认，确保国家参与或有代表参与国际关系，很难说是国防部长或是外交部长以外的其他政府成员的基本职能（尽管在当今全球化的世界，几乎所有内阁成员都不同程度地参与国际事务，在国际关系的专门领域代表自己的国家）。同时，与某些其他高级官员一样，国防部长的基本职能通常也包括专门参与解决影响国家主权的最重要问题。外国对这类在职官员行使刑事管辖权，将会妨碍这些官员的独立活动，因此妨碍他们所服务国家行使其主权所固有的特权。这些高级官员履行的职能对国家至关重要，对他们行使外国刑事管辖，行使管辖权的国家很可能会干涉基本属于这些官员所服务国家职权范围内的事务。在这方面，问题是，除了确保国家参与国际关系，高级官员履行确保国家主权职能的重要程度，是否是将所涉官员纳入享有属人豁免权官员之列的一个额外标准。

²³⁷ 见上文第 19 段。

²³⁸ 地区法院（Bow 街），关于沙乌尔·穆法兹将军，2004 年 2 月 12 日的判决，转载于《国际法和比较法季刊》，第 53 卷（2004 年），第 773 页。

²³⁹ A. Pellet 认为：“给予国家官员豁免权，不单是由于在行使其职能时，他们相当经常、甚至定期出国旅行。适用这一点的条件是，这种豁免权对于正在执行的任务是不可或缺的，而且这些任务是有关职能所固有的”。国际法院 CR 2008/5，2008 年 1 月 25 日，第 38 页，第 63 段。

²⁴⁰ “酷刑民事诉讼中的豁免权：新出现的例外情况”，《欧洲人权法律评论》，第 1 期（2006 年），第 59 页。作者因而提出，享有此种豁免的其他高级官员，也许可以包括国防部长或外交部副部长。同上。

²⁴¹ 例如，见 P. J. Toner，同前，第 912 和 913 页；C. Forcese，同前，第 137 页。M. Du Plessis 和 S. Bosch，“豁免权和普遍管辖权-世界法庭介入（或登场？）”，《南非国际法年鉴》，第 28 卷（2003 年），第 246 页；C. Wickremasinghe，同前，第 401 页。

3. 本专题范畴内的承认问题

122. 豁免问题的审议通常涉及被承认的国家以及这类国家的官员、被承认的国家元首和政府首脑。但是，也可能出现需要审议没有得到行使管辖权国家承认的某国的豁免权、或一个未得到承认国家的官员的豁免权、或不被承认为国家元首或政府首脑的人的豁免权（在这种情况下，这个国家已得到承认，但其国家元首和政府首脑未被承认）的问题。在这些情况下，承认问题便与豁免问题的审议有关。正如Watts所指出的，“只要提到豁免问题，承认的问题就显得特别重要”。²⁴² 这个主张得到特别是美国法院一些裁定的确认。例如，在1995年Kadic 诉Karadzic案中，第二巡回法庭的上诉法庭指出，“被承认的国家享有与司法程序有关的特权和豁免”。²⁴³ 由于美国政府不承认拉多万·卡拉季奇为国家元首，所以该法庭不承认他作为国家元首应享有的豁免权。1990年，在United States诉Noriega and Others案中，地区法院指出，“为了维护国家元首应享有的豁免，一名政府官员必须要么根据《巴拿马宪法》、要么被美国宪法承认为巴拿马国家元首”。²⁴⁴ 由于美国政府不承认诺列加为国家元首，因此法院拒绝承认他享有国家元首应享有的外交豁免权。另一方面，在1994年的Lafontant诉Aristide案中，美国地区法院同意行政当局的“豁免建议”，承认让·贝特朗·阿里斯蒂德享有国家元首应享有的豁免权，因为美国政府承认在美国流亡的阿里斯蒂德先生为海地的合法国家元首。²⁴⁵

123. 不被承认国家的官员以及不被承认的国家元首和政府首脑的豁免权问题可能会在不同场合出现。例如，一位其豁免权仍在讨论之中的官员所服务的实体不被任何国家，包括行使管辖权的国家，承认为独立国家。从国际法角度来说，国家官员的豁免权是以国家主权平等原则为依据的。这项原则并不指导行使管辖权的国家与不被承认为国家的实体之间的关系。由于这个原因，很难谈论该实体官员的豁免权，以及与这个权利相对应的行使管辖权的国家不给予豁免权的义务。一个国家被国际社会大多数国家承认、但不被某个国家（其政府正在审议豁免权问题）承认时，前者的官员的豁免权问题就变得更加复杂了。上述关于一个

²⁴² 同前，第34页。

²⁴³ Kadic 诉 Karadzic，第二巡回法庭的上诉法庭，1995年10月13日的判决，70 F.3d 232, 64 USLW 2231，第244页。

²⁴⁴ United States 诉 Noriega and Others，美国佛罗里达南部地区地区法院，1990年6月8日，转录于《国际法案例汇编》，第99卷，第143至第183页。

²⁴⁵ Lafontant 诉 Aristide，美国纽约东区地区法院，1994年1月27日，转录于《国际法案例汇编》，第103卷，第581至593页。应当指出，就承认问题而言，特别是在审议豁免权问题时，美国和英国法院倚重行政当局的意见。例如，在英国上诉法院对 Sayce 诉 Ameer Ruler Sadig Mohammad Abbasi Bahawalpur State 案的判决中，Somervell 法官指出：“我们国家在这个问题上不能以两种声音讲话，司法机构一种意见，行政机构一种意见。我们的国家元首必须决定主权大家庭中谁将被承认为国家元首；在国家豁免权问题上，外国与我国的关系必须服从这项确定。” Sayce 诉 Ameer Ruler Sadig Mohammad Abbasi Bahawalpur State，英格兰上诉法院，1952年5月20日，转录于《国际法案例汇编》，第19卷，第215页。

不被承认国家的官员豁免权主体所涉承认问题的评论也适用于不被承认的国家元首和政府首脑的豁免权主体所涉的承认问题。

124. 在此专题范围内对承认作用问题的任何考量显然必须考虑到承认问题的实质，例如包括考虑承认的宣示或宪法含义的问题。这并不是委员会关于这个专题的讨论任务的一部分。因此，问题是，承认问题今后是否应列入审议中专题的框架内，以及是否应当起草关于承认相对于官员豁免问题的作用的任何条款。应当指出，国际法学会决议在此问题上仅限于申明，决议“无损承认或不承认一个外国或外国政府对适用决议规定的影响。”²⁴⁶

4. 家庭成员

125. 在实践中，常常会出现涉及到国家元首家庭成员的豁免权问题（很自然，这种豁免只能是个人性质的）。1991年，在*Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*案件中，瑞士联邦法院承认菲律宾前总统夫人伊梅尔达·马科斯享有豁免权：“习惯国际法一贯给予访问外国的国家元首及其家庭成员和家人人身不受侵犯权和刑事管辖豁免。这种管辖豁免也给予以私人身份访问外国的国家元首，并在这种情况下，延伸给予随行的最近家庭成员以及随从中的高级人员。”²⁴⁷ 同样，但这次是民事案件，即在1988年*Kline 诉 Kaneko*案件中，墨西哥总统夫人的豁免权得到美国法院的承认。该法院指出，“根据国际法的一般原则，国家元首及其最近家庭成员免于起诉。”²⁴⁸ 1978年，在*Kilroy 诉 Windsor (Prince Charles, the Prince of Wales) and Others*案件中，另一家美国法院也承认英格兰女王的儿子查尔斯王子享有管辖豁免。²⁴⁹

126. 当然了，也有国家元首家庭成员的豁免权得不到法院承认的情况。*Mobutu 诉 SA Cotoni*案就是例子。²⁵⁰ 1988年，比利时民事法院就这个案件作出的裁决中特别指出，扎伊尔总统的子女已经成年，因此“独立于其父亲，在任何情况下都不能享受他父亲应享受的同样的豁免。”²⁵¹ 同样，2001年，在*W. 诉 Prince of Liechtenstein*案件中，奥地利最高法院不承认列支敦士登公国国家元首的姐姐

²⁴⁶ 《国际法学会年鉴》，第69卷（2000年至2001年），第680至692页，第12条，第685页。

²⁴⁷ *Marcos et Marcos c. Office fédéral de la police*, *Revue suisse de droit international et européen*, 1991年，第535页（英文见《国际法案例汇编》，第102卷，第201页）。

²⁴⁸ 高级法院（纽约郡），*Kline 诉 Kaneko*, 1988年10月31日判决，141 Misc.2d 787，第788页

²⁴⁹ 美国俄亥俄州北部地区东区法院，1978年12月7日，《国际法案例汇编》，第81卷，第605至607页）。

²⁵⁰ 布鲁塞尔民事法庭（附判决书），1988年12月29日，转录于《国际法案例汇编》，第91卷，第259至263页。

²⁵¹ 同上。

和两位兄弟享有豁免权，因为他们不属于构成国家元首家庭之组成部分且根据习惯国际法应享受豁免权的最近家庭成员。²⁵²

127. 首先应指出，在上面提到的两个案件中，法院拒绝承认国家元首家庭成员享有豁免权，这些裁决是以有关人员不属于国家元首最近家庭成员、并非国家元首的受抚养人这一事实为依据的。如果这些家庭成员与国家元首的关系更加密切，而且构成其家庭的一部分，那么法院也许可以承认这些人的豁免权。奥地利法院通过上述裁决时就明确表明了这一点。第二，在所提五个裁决的三个裁决中，法院指出，豁免权是根据习惯国际法给予国家元首家庭成员的。在为数不多的记录在案的案件中，国家法律在规定国家元首享受豁免权（联合王国、澳大利亚）的同时还规定构成其家庭的家庭成员²⁵³及其配偶²⁵⁴也享受豁免。还应当指出，1961年《维也纳外交关系公约》第37条第1款、1963年《维也纳领事关系公约》第53条第2款、《特别使团公约》第39条第1款以及1975年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第36条第1款分别规定了作为外交官家庭之组成部分的家庭成员、领事官员家庭之组成部分的家庭成员、派遣国在特别使团中的代表家庭之组成部分的家庭成员以及一国派往国际组织的代表家庭之组成部分的家庭成员享有的接受国管辖豁免。

128. 这个原则反映了不同的观点。《奥本海国际法论》指出，对国家元首家庭成员的地位与外交官家庭成员的地位进行比较，可以看出，构成国家元首家庭之组成部分的家庭成员享有东道国管辖豁免。²⁵⁵ P. Gully-Hart也承认国家元首和政府首脑的家庭成员享受豁免保护。²⁵⁶ A. Watts认为，国家元首的最近家庭成员可以享有豁免，但这种豁免是以礼让而非国际法为依据的。²⁵⁷ S. Sucharitkul也赞同这种观点。²⁵⁸ 有人认为，如果一个国家元首的家庭成员也享有豁免权，那只是以国际礼让而非国际法为依据的，这种观点得到国际法学会决议的支持。²⁵⁹

²⁵² 最高法院，2001年2月14日判决，7 Ob 316/00x，第11段。

²⁵³ 1978年7月20日，《英国国家豁免法》，第20(1)条，转录于《国际法材料》，第17卷，1978年，第1123页。

²⁵⁴ 1985年《澳大利亚外国豁免法案》第36(1)(b)条，reproduced in A. Dickinson, R. Lindsay and J. P. Loonam (eds.), 同前，pp. 269-522。

²⁵⁵ R. Jennings 和 A. Watts, 同前，p. 1039 和 1040。

²⁵⁶ “The Function of State and Diplomatic Privileges and Immunities in International Cooperation in Criminal Matters: The Position in Switzerland”, 《Fordham International Law Journal》，1999-2000年，第23期，第1335页

²⁵⁷ A. Watts 提到国家元首家庭成员与政府首脑和外交部长家庭成员的区别，以及这些人地位之间的区别，均视其在东道国是公务还是私人访问而定。同前，第75至80页和第110至112页。

²⁵⁸ 《大会正式记录，第四十四届会议，补编第10号》(A/44/10)，第446至450段。

²⁵⁹ 《国际法学会年鉴》，第69卷(2000至2001年)，第680至692页，文章5，第682页。

129. 委员会是否需要在本专题下审议国家元首家庭成员（可能还包括其他享受个人豁免的人员）的豁免问题？特别报告员对此表示怀疑，因为从严格意义上来讲，官员家庭成员的豁免问题不在本专题范围之内。

C. 摘要

130. 本初步报告第二部分（第五节）的内容可以摘要如下：

（a）这个专题只涉及一国国家官员不受另一国（非该官员所服务的国家）的国内（非国际）刑事（非民事）管辖的豁免；

（b）有人建议这个专题应涵盖所有国家官员；

（c）或可设法为本专题确定“国家官员”的定义，或为本专题之目的确定此概念所涵盖的官员；

（d）因其职位而享受个人豁免的高级官员主要有国家元首、政府首脑和外交部长；

（e）除了上面提到的三种人外，或可设法确定享受属人管辖豁免的其他高级官员。如果能够确定这类高级官员享有特殊地位的标准，那么就可以把这些官员从所有高级官员中单列出来；

（f）在此专题框架内进一步审议承认问题以及高级官员家庭成员的豁免问题是否可取，值得怀疑。
