



国际法委员会

第六十二届会议

2010年5月3日至6月4日和

7月5日至8月6日，日内瓦

关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第二次报告

特别报告员罗曼·阿纳托列维奇·科洛德金

目录

	页次
一. 导言	2
二. 国家官员的外国刑事管辖豁免范围	8
A. 初步考虑	8
B. 属事豁免	10
C. 属人豁免	18
D. 行使管辖权的国家因官员豁免而无法采取的行动	19
E. 豁免的属地范围	24
F. 豁免规则是否应有例外?	26
1. 初步考虑的问题	26
2. 例外的理由	28
3. 关于例外的结论	50
G. 摘要	51

* 由于技术原因于2011年2月15日重新印发。



一. 引言

1. 根据本报告撰写者编写的提案，“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题在国际法委员会(下称“委员会”)第五十八届会议(2006年)上被列入委员会的长期工作方案。¹ 在第五十九届会议(2007年)上，委员会决定将本专题列入其目前的工作方案。² 在同届会议上，任命了关于本专题的特别报告员，³ 并请秘书处编写一份有关背景研究。⁴
2. 在委员会第六十届会议上，提交了关于本专题的初步报告(更准确的说是报告第一部分和第二部分的开头)⁵ 和秘书处编写的备忘录。⁶
3. 初步报告第一部分和第二部分的开头简要叙述委员会和国际法学会(下称“学会”)审议“国家官员的外国管辖豁免”问题的历史，并概述提出供委员会在处理这一专题初期阶段审议的各种问题。这些问题包括：“国家官员的外国刑事管辖豁免”的来源问题；“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；国家官员豁免的类型问题(属人管辖豁免和属事管辖豁免)；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。⁷
4. 同时，在委员会第六十届会议上提交的这部分初步报告列出了特别报告员认为为确定本专题的范围而需要审议的问题。这些问题具体包括：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)；“国家官员”这一概念的定义问题；本专题范畴内的承认问题；国家官员家庭成员的豁免问题。⁸
5. 此外，特别报告员认为为确定本专题的范围而需要审议的问题包括：将来任何指导原则草案或条款草案将涵盖的现任和卸任官员所享受豁免的范围问题；豁免的放弃(以及可能是豁免的其他程序部分的放弃)问题。⁹

¹ 载于委员会第五十九届会议报告附件 A，《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 257 段。

² 《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 10 号》(A/62/10)，第 376 段。

³ 同上。

⁴ 同上，第 386 段。

⁵ 《关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告》(A/CN.4/601)(下称“初步报告”)。

⁶ A/CN.4/596 和 Corr.1(下称“秘书处备忘录”)。

⁷ 初步报告，第 27 至 101 段。

⁸ 同上，第 125 至 129 段。

⁹ 同上，第 4 段。

6. 特别报告员根据所提交的这部分初步报告中所作分析得出的结论载于该报告第 102 和 130 段。¹⁰

¹⁰ “102.

(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；

(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。”

“130.

(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。”

7. 这些结论大多数得到委员会的支持。特别报告员在结束讲话中指出所取得的广泛一致，具体而言：

- (a) 国家官员享有的外国刑事管辖豁免的主要来源是习惯国际法；
- (b) “豁免”的概念以法律关系及相应权利和义务之间的相关性为前提；
- (c) 豁免是程序性的；
- (d) 国家官员的外国刑事管辖豁免意味着享有行政和司法管辖豁免，但不是立法管辖豁免；
- (e) 此种豁免问题在刑事诉讼的预审阶段即产生；
- (f) 对属事管辖豁免和属人管辖豁免作出区分有助于进行分析；
- (g) 本专题不涉及国际刑事管辖的问题；
- (h) 关于本专题涵盖哪些人的问题，应考虑所有国家官员的地位；
- (i) “国家官员”一语是应使用的术语，应作出定义；
- (j) 至少国家元首和政府首脑以及外交部长享有属人管辖豁免。

8. 在大会第六委员会于 2008 年讨论委员会第六十届会议报告期间，许多代表团就所审议的专题发了言。¹¹

9. 在大会第六委员会于 2009 年讨论委员会第六十一届会议报告期间，若干代表团的发言提及继续处理该专题的重要性，尽管特别报告员没有继续提交初步报告，并且委员会因此未在其第六十一届会议上审议该专题。¹² 特别是，南非代表团强调，鉴于目前就行使国家普遍管辖权的问题进行的讨论，本专题较为重要，并重点指出它认为委员会应回答的问题。¹³

¹¹ 见国际法委员会第六十届会议(2008 年)工作报告。秘书处编制的关于大会第六十三届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/606, 第 17 和 18 页)。

¹² 具体见 2009 年 10 月 26 日奥地利和南非代表团的发言(A/C.6/64/SR.15, 第 30、69 和 70 段)、2009 年 10 月 27 日匈牙利和葡萄牙代表团的发言(A/C.6/64/SR.16, 第 35、41 段)及 2009 年 10 月 28 日加纳和利比亚代表团的发言(A/C.6/64/SR.17, 第 6、16 段)。

¹³ 南非代表在委员会目前面临的问题中具体强调了下列问题：外交部长和其他高级国家官员是否根据习惯国际法享有全面的豁免；这类豁免是否适用于灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪；这种豁免是否有时间限制，如果有，这一限制是否对所有类型的官员都是一样的；上述罪行可能属于强制法规范下的犯罪类型，这一事实是否会以任何方式影响到豁免。南非代表团还对豁免与国家当局为根据国际法庭的要求逮捕高级官员而采取措施的权力之间的关系问题表示出兴趣。见 2009 年 10 月 26 日南非代表在联合国大会第六委员会中的发言(A/C.6/64/SR.15, 第 69 和 70 段)。

10. 在非洲联盟与欧洲联盟关于普遍刑事管辖的讨论中，豁免问题也占据重要位置。¹⁴ 根据该讨论的结果编写了一份专家报告。在 2009 年大会第六委员会关于普遍刑事管辖问题的讨论中，也是这种情况。¹⁵

11. 在审议初步报告以来的期间，国际法院已开始审议与本专题有某种关联的案件：关于涉及起诉或引渡义务问题的案件(比利时诉塞内加尔)¹⁶ 和关于国家管辖豁免的案件(德国诉意大利)。¹⁷ 关于法国某些刑事诉讼程序的案件(刚果共和国诉法国)¹⁸ 也涉及资深和高级国家官员的外国刑事管辖豁免的问题。该案仍在法院审议之中。

12. 在审议初步报告以来的期间，这些问题数次成为国家管辖权范围内的考虑对象。¹⁹

¹⁴ 见非洲联盟-欧洲联盟关于普遍管辖原则的特设技术专家组报告。欧洲联盟理事会，8672/1/09 Rev. 1 号文件，2009 年 4 月 16 日(下称“非洲联盟-欧洲联盟专家报告”)。

¹⁵ 见 2009 年 10 月 20 日和 21 日突尼斯、伊朗伊斯兰共和国、哥斯达黎加、斯威士兰、南非、中国、秘鲁、奥地利、芬兰、苏丹、印度尼西亚、俄罗斯联邦、列支敦士登、卢旺达、塞内加尔和埃塞俄比亚等国代表团的发言(A/C. 6/64/SR. 12 和 SR. 13)。各代表团特别强调普遍管辖权的想法和关于国家及其官员的豁免的国际法准则之间的关联，指出需要以经过深思熟虑的办法解决犯下违反国际法罪行的人员的责任问题。

¹⁶ 关于涉及起诉或引渡义务问题的案件(比利时诉塞内加尔)，(参见 <http://www.icj-cij.org>)。

¹⁷ 关于国家管辖豁免的案件(德国诉意大利)，(参见 <http://www.icj-cij.org>)。

¹⁸ 关于法国某些刑事诉讼程序的案件(刚果共和国诉法国)，(参见 <http://www.icj-cij.org>)。

¹⁹ 2008 年 11 月在法兰克福(德国)，卢旺达总统礼宾主任 Rose Kabuye 根据一名法国法官发出的逮捕令被逮捕，并被控与卢旺达前总统在 1994 年遭谋杀有关。这起谋杀标志该国流血的开始。2009 年 3 月，她被释放。(BBC 新闻，2008 年 12 月 23 日，<http://news.bbc.co.uk/go/pr/fr/-/2/hi/africa/7797024.stm>)。据新闻报道，现已放弃有关案件(The New Times，<http://www.newtimes.co.rw/index.php?issue=14030&article=20425>)。2009 年 12 月，西敏寺治安官法庭发出逮捕以色列反对派领导人齐皮·利夫尼的逮捕令，指控其在加沙犯有战争罪。在齐皮·利夫尼被指控的事件发生期间，她担任以色列外交部长一职。据媒体报道，逮捕令不久后被撤销，因为确定齐皮·利夫尼未在联合王国境内。(《卫报》，2009 年 12 月 15 日，<http://www.guardian.co.uk/world/2009/dec/15/tzipi-livni-arrest-warrant-israeli>)。先前曾试图在联合王国逮捕以色列国防部长埃胡德·巴拉克，但他被承认具有外交豁免权。(《卫报》，2009 年 9 月 29 日，<http://www.guardian.co.uk/world/2009/sep/29/ehud-barak-war-crimes-israel>)。在西班牙，于 2008—2009 年期间开始就对中国高级官员和政治人物(前中国国家主席江泽民、国防部长梁光烈和其他人)提出的在西藏犯有危害人类罪和灭绝种族罪的指控进行调查。鉴于西班牙的立法变化限制了“普遍管辖权”的范围，这些案件被放弃。(《国家报》，2010 年 2 月 27 日，http://www.elpais.com/articulo/espana/Pedraz/archiva/investigacion/genocidio/Tibet/elpepuesp/20100227elpepinac_7/Tes)。2009 年 12 月，也在阿根廷发出了逮捕江泽民和安全部门首脑罗干的逮捕令，指控是其在迫害法轮功运动方面犯有危害人类罪(阿根廷法官要求就法轮功问题逮捕中国人士，2010 年 2 月 22 日，<http://www.reuters.com/assets>)。

13. 关于就普遍管辖权进行的上述讨论和对有关外国管辖豁免的国际法院案件范围内和其他案件中的外国官员国家管辖豁免问题的审议，各国政府最近已在多个场合表示其立场。²⁰ 一些国家的立法也已作出改变。²¹

14. 在秘书处编写的备忘录和初步报告印发之后，国际法学会于 2009 年通过了关于国家和代表国家行事的个人在国际罪行中的管辖豁免的决议。²² 此外，发表了关于所审议专题的新著述。²³

15. 事实情况对委员会审议本专题较为重要。如果我们想在我们的工作中取得现实结果，我们必须将现实作为出发点，而不要将理想情况描述为实际情况。《起诉国家元首》²⁴ 一书载有关于所审议专题的非常有趣的事实材料。如该书所述，1990 年至 2008 年 6 月期间，在各管辖范围内试图对至少 67 名国家元首和政府首脑进行刑事起诉，在其中约 65 起案件中，有关管辖属于国家管辖。这 65 起案件

²⁰ 见上文注 12 和 15。联合国和以色列高级代表就在伦敦发出的逮捕齐皮·利夫尼的逮捕令作出此种评论。另见就关于涉及起诉或引渡义务问题的案件(比利时诉塞内加尔)中临时措施问题进行的国际法院听讯的材料，口头诉讼，2009 年 4 月 6 日至 8 日。参见：<http://www.icj-cij.org>。

²¹ 因此，对规范普遍管辖权适用问题的西班牙立法作出了修正。规定了所审议的案件与西班牙国家之间存在“关联”的要求(西班牙国会通过法案限制西班牙的普遍管辖权，www.cja.org/artcile.php?id=740&printsafe=1；《纽约时报》，2009 年 5 月 21 日(www.nytimes.com)。

²² 关于国家和代表国家行事的个人在国际罪行中的管辖豁免的决议，国际法学会，那不勒斯会议，2009 年(参见：www.idi-iil.org/)，下称“学会 2009 年决议”。

²³ 例如，K.R.O'Donnell, “Note: Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable should the Immunity Veil Remain?”, *Boston Univ. Int'l Law Journal* 375 (2008); M.M.Penrose, “The Emperor's Clothes: Evaluating Head of State Immunity Under International Law”, 7 *Santa Clara J. Int'l L.* 85 (2010); *Prosecuting Heads of State*, ed. by E.I. Lutz and C. Reiger. Cambridge Univ. Press, 2009; G.Buzzini, “Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case”, *Leiden Journal of International Law*, 22 (2009), pp. 455–483; Th. Rensmann, “Impact on the Immunity of States and their Officials” in *The impact of human rights law on general international law*, Oxford Univ. Press, 2009, P. 151-170; A.J.Colangelo, “Universal jurisdiction as an international ”false conflict" of laws”, 30 *Mich. J. Int'l L.* 881 2008-2009, p. 885-925; N.Roht-Arriaza, “Making the State Do Justice: Transnational Prosecutions and International Support for Criminal Investigations in Post-Armed Conflict Guatemala”, 9 *Chi. J. Int'l L.* 79 (2008-2009), p.79-106; M.Summers, “Diplomatic Immunity *ratione personae*: did the International Court of Justice create a new customary law rule in Congo v. Belgium, ”16 *Mich. St. J. Int'l L.* 473 (2007-2008), p. 459-473; K.Ambos, “Prosecuting Guantanamo in Europe: can and shall the masterminds of the "torture memos" be held criminally responsible on the basis of universal jurisdiction?”, 42 *Case W. Res. J. Int'l L.* 405 (2009) p.405-447; W. Kaleck, “From Pinochet to Rumsfeld: Universal Jurisdiction in Europe 1998-2008”, 30 *Mich. J. Int'l L.* 927 2008-2009, pp. 927-980; M.Alderton, “Immunity for Heads of State acting in their private capacity—Thor Shipping A/S V The Ship ‘Al Duhail’”, *ICLQ* vol 58, July 2009, p.702–711; K.Gallagher, “Efforts to hold Donald Rumsfeld and other high-level United States officials accountable for torture”, *Journal of International Criminal Justice* vol. 7 (2009), pp.1087-1116。

²⁴ 《起诉国家元首》，前注 23。

中有大约 10 起是试图对外国前国家元首和政府首脑进行刑事起诉。有关案件为试图在西班牙(5 起)和在意大利和德国(1 起)对阿根廷;在西班牙对智利(1 起);在塞内加尔和比利时对乍得(1 起)和在荷兰对苏里南(1 起)前国家元首和政府首脑进行刑事起诉。²⁵ 这一事实清单远没有穷尽。其中至少可以加上在西班牙²⁶ 和阿根廷²⁷ 对中国前领导人提出的起诉书,以及初步报告中提到的案件。²⁸ 同时,在绝大多数案件中,这些追究前国家元首和政府首脑及前任较低级别官员罪责的尝试未获成功。这些事实本身就说明问题。²⁹

16. 一方面,不断有对外国高级官员进行刑事起诉的尝试,而另一方面,这是发生在非常少的国家中,在实践中只是针对前任此类官员,而且只有当受到刑事起诉的官员所属的国家同意这种起诉时,这些尝试方能取得成果。同时,这种同意极其少见。在最近的时期,人们或许仅仅记得乍得同意在塞内加尔对乍得前总统侯赛因·哈布雷进行刑事起诉,³⁰ 以及阿根廷同意在西班牙对阿根廷前军事官员 Adolfo Scilingo(被裁定在 1976 年至 1983 年的“肮脏战争”中犯有危害人类罪)进行刑事起诉。³¹ 有人指出,到目前为止,行使普遍管辖权的尝试仅在有关国家表示同意的案件中取得成功。³² 在其他案件中,对于针对其国家元首和政府首脑、甚至是前国家元首和政府首脑行使外国刑事管辖的尝试,各国通常反应消极,但是对于针对其他高级官员的尝试,各国也是这种反应。如果缺乏与案件涉及的官

²⁵ 同上。

²⁶ 见上文注 19。

²⁷ 同上。

²⁸ 见《初步报告》,例如注 219。

²⁹ 这些尝试未能顺利发动,例如,在法国和德国起诉美国国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德的尝试(“法国检察官提起拉姆斯菲尔德酷刑案”,路透社,2007 年 11 月 23 日(www.reuters.com/article/idUSL238169520071123); K.Gallagher, 前注 23, 第 1109 至 1112 页)。另外值得注意的是在西班牙提出的所谓“布什六”案(布什政府六名高级官员,包括前总检察长和副国防部长)(同上)。尽管西班牙总检察长提出建议,但国家法院第五初步刑事诉讼中央法院(马德里)在 2010 年 1 月确认西班牙对该案管辖权的存在,并批准继续调查对美国官员的指控(该案是建立在西班牙一些非政府人权组织自诉的基础上。这些组织代表美国军事人员所施酷刑和其他类型残忍和有辱人格待遇的受害者的利益。尽管西班牙在 2009 年对适用普遍管辖权作出限制,但该国在此案中的管辖权已得到确认,因为法院认为,受害者之一拥有西班牙国籍的事实已经足够)。

³⁰ 值得注意的是,第一,虽然乍得放弃了侯赛因·哈布雷的豁免权,塞内加尔法院仍提到该前国家元首的豁免权,其次,塞内加尔在行使其对该案的刑事管辖时,依据非洲联盟的相应决定(见:关于侯赛因·哈布雷案的决定和非洲联盟文件 Assembly/AU/3(VII),2006 年 7 月 2 日,Assembly/AU/Dec.127(VII),参见:<http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/summit.htm>)。另见:关于涉及起诉或引渡义务问题的案件(比利时诉塞内加尔),临时措施,指令,2009 年 5 月 28 日(参见:www.icj-cij.org)。

³¹ 阿根廷承认西班牙审判践踏人权者的管辖权,国际新闻通讯社,2005 年 4 月 18 日, (<http://ipsnews.net>)。

³² Chandra Lekha Sriram, The "Pinochet Precedent": A Mixed Legacy for Human Rights, Jurist Legal News and Research, <http://jurist.law.pitt.edu>。

员所属的国家的合作，对这种人员进行适当和法律上正确的刑事起诉实际上是不可能的。因此，总体而言，这样的尝试最终只是使国与国之间的关系复杂化。³³

二. 国家官员的外国刑事管辖豁免范围

A. 初步考虑

17. 作为考虑与豁免范围有关的问题的出发点，有必要回顾《初步报告》第一部分所述某些规定。特别是，根据第 56–59 段、第 64–70 段和第 84–96 段中的分析，得出了第 102 段(e)–(j)分段中的结论。为审议与豁免范围有关的问题，下列几点十分重要：

- “官员享有的外国刑事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”；³⁴
- “刑事管辖豁免……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体法律的豁免]”；
- “豁免……是刑事责任的一个障碍，但在原则上并不排除刑事责任”；
- “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行动实施者”；

³³ 作为威胁逮捕齐皮·利夫尼的结果，以色列高级代表对联合王国的一系列访问被取消，双边关系的复杂化成为一系列出版物和官员讲话所针对的问题(联合王国的利夫尼逮捕令激怒了以色列，BBC 新闻，2009 年 12 月 15 日，<http://news.bbc.co.uk>)。中国抗议在西班牙和阿根廷作出的侵犯该国领导层的决定(《纽约时报》，2006 年 6 月 6 日，www.nytimes.com/2006/06/06/world/europe/06iht-briefs.1904656.html?scp=1&sq=China%20warns%20Spain%20over%20Tibet&st=cs)；美国之音新闻，2009 年 12 月 24 日，www1.voanews.com/english/news/asia/China-Criticizes-Argentina-for-Arrest-Request-of-Jiang-Zemin-Support-of-Falun-Gong--80053822.html)。在比利时作出的逮捕刚果民主共和国外交部长的尝试导致一场国家间争端，该争端被提交国际法院审议(关于涉及起诉或引渡义务问题的案件，见：<http://www.icj-cij.org>)。在法国发出的逮捕卢旺达一些高级军事官员的逮捕令导致卢旺达在 2006 年与法国断绝外交关系(《纽约时报》，2006 年 11 月 24 日，www.nytimes.com)。

³⁴ 由此可见，讨论一个人曾经任职或正在任职的国家的权利比讨论个人的权利更为准确。豁免主要是由一个国家而不是个人享有的权利。关于侵犯豁免所产生的权利和义务的争议是在要求豁免的国家和行使管辖权的国家之间产生的。例见“逮捕证”一案的判决书第 40 段：“尽管耶罗迪亚先生的职业状况发生了变化，但是通过本诉讼提交法院的争议的性质并未改变：该争议仍然涉及对时任刚果外交部长的人所签发的逮捕证的合法性以及该逮捕证有没有违反刚果的权利的问题”，可在 www.icj-cij.org 上查阅。在“法国某些刑事诉讼程序”(刚果共和国诉法国)一案中，刚果共和国请求指示临时措施，其依据是刚果有权享有“法国对国际法所给予的刚果国家元首的豁免的尊重”，临时措施，2003 年 6 月 17 日的指令，第 28 段。另见 Worth Matravers 的菲利普斯法官在“Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席”一案(第 3 号)(下称“皮诺切特三”案)中的评论：“所要求的豁免的依据是对智利而不是对参议员皮诺切特的义务，这一点是普遍共识。所主张的豁免是智利的豁免”(可在：<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino8.htm> 上查阅)。

- “最终而言，站在官员豁免背后的是国家，无论是属人豁免还是属事豁免，站在享有豁免者背后的也是国家……”；
- 豁免的理由有一些相互关联的组成部分，包括国际法有关国家主权平等和不干涉内政的原则，必须确保国际关系的稳定和国家活动的独立执行。³⁵

18. 虽然理论界有一种不同观点，³⁶ 但得到相当普遍承认的一点是，外国管辖豁免是惯例，即一般规则，正常情况，在特定情况下不实行这一规则属于例外情况。在这方面重要的不是一国需不需要援引其官员的豁免，以便行使管辖权的国家考虑豁免问题(有关程序的一节将进一步考虑这类援引的对象问题)。重要的是，如果一个案件涉及高级官员、其他现任官员或前官员在任职期间以官方身份实施的行为，那么这一规范的豁免或例外情形的存在，即豁免的缺失则需要加以证明，而这一规范的存在，也即豁免的存在是无须证明的。由于豁免是基于一般国际法，它的缺失(当然是在特定案件中放弃豁免时)可以通过存在一项特别规则或存在惯例和法律意见加以证实，这种存在表明该一般规则的例外情形已经出现或正在出现。国际法院在“逮捕证”一案的判决中的逻辑似乎正是基于这一点。³⁷ 因此无法同意对这项判决的批评，即法院没有证明豁免的存在，而是开始研究各国的做法、法院的裁决、国际条约等等，以找寻关于豁免缺失的证据。³⁸ 法

³⁵ 《初步报告》，第 102 段。

³⁶ 按照同一思路，《秘书处备忘录》(第 88 段)谈到需要特别考虑国际法是否承认豁免的任何例外或限制的问题。1972 年《欧洲国家豁免公约》和 2004 年《国家及其财产管辖豁免公约》反映了国家豁免的一般原则，随后又制定了这个原则的例外规定，这一做法也很有特点。关于豁免不作为一项一般规则存在的观点，例见《秘书处备忘录》第 215 段注 608。

³⁷ “逮捕证”一案判决书，第 58 段。

³⁸ 范·登·韦恩加尔特法官在“逮捕证”一案中不同意大多数法官的意见，她在一份独立意见书中表述了这种批评意见(“逮捕证”一案判决书，范·登·韦恩加尔特法官的不同意见，第 143 页第 11 段)。M. Frulli 在她的文章中对此作了分析。她认为，外交部长对于外国管辖的绝对豁免的存在仍然是一个争议问题，而国际法院“没有将其结论充分建立在给予各国外交部长的这种绝对豁免的习惯法规则的存在上”，“……它没有通过国家惯例或是法律意见的证据证实其结论，而它在以往案件中一直是严格这样做的”。M. Frulli, “The ICJ Judgment on the Belgium v. Congo Case(14 February 2002): a Cautious Stand on Immunity from Prosecution for International Crimes”, in *German Law Journal*, Vol.3, No.3(2002), paras.3-4(可在 <http://www.germanlawjournal.com/article.php?id=138> 上查阅)。D.S. Koller 也质疑是否存在承认外交部长的“绝对”豁免的理由，他指出，国际法院没有提出国际法中存在相应规则的证据。(“为何外交部长的职能使这种绝对豁免成为必要，特别是在对外国进行私人访问的情况下，法院的决定在这一点上很不明确。国家元首在外国法院的豁免源自一国的尊严，而不是该职位的职能。法院必须确定给予外交部长这种豁免的职能依据，然而不清楚是否存在这种依据”。D.S. Koller ‘Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment as it Pertains to the Security Council and the International Criminal Court’, 20 *Am.U.Int’l L.Rev.*(2004)7, at p.15)。

院也没有被迫找寻外交部长的豁免的证据，因为根据一般看法，它是现行规范。法院找寻的是关于存在豁免规则的例外情形的规范的证据，但是没有找到。

19. 上述结论所导致的另一项初步考虑是，一名官员，不论是现任还是前任官员，其豁免不属于该官员，而是属于有关国家。举例来说，一个已不存在的国家的官员很难说拥有豁免权。³⁹

20. 最后，最后一项初步考虑如下。特别报告员尚不认为有必要在整体刑事管辖豁免之外，单独考虑审前保护措施豁免或执行豁免。⁴⁰ 从一开始，在本研究中就对刑事管辖解释为当局可对外国官员提起的全部刑事诉讼措施。

B. 属事豁免⁴¹

21. 国际法院在“关于刑事司法互助中的某些问题（吉布提诉法国）”一案中探讨了除所谓的“三种人”以外的国家官员的属事豁免问题。⁴² 该案涉及吉布提检察长和国家安全局局长的豁免问题。法院没有将这些官员列为享有属人豁免的高官。法院指出，“在国际法中没有理由能够说明这些官员享有属人豁免，因为他们不是1961年《维也纳外交关系公约》意义上的外交官，而1969年《特别使团公约》在本案中也不适用”。⁴³ 因此法院确定，根据一般国际法和专项国际法，本案中的被告不享有个人豁免，同时法院没有直接表明他们享有职能豁免。此外，似乎按照法院判决书第195至196段的逻辑，如果吉布提当初及时通知法国，法国当局所审查的这些人员的行为系以官方身份实施的行为，即吉布提国家本身的行为，并且这些人员就这些行为相应享有法国刑事管辖豁免，那么这就可能变成是法国确保遵守豁免所带来的义务的问题。法院甚至在这方面制订了一项一般规定，将一国官员视为其代表。⁴⁴ 《秘书处备忘录》引述了承认官员的公务行为享有豁免的一系列法院

³⁹ 例见1992年联邦宪法法院在德意志民主共和国前领导人昂纳克一案以及1996年在被认定犯有谋杀罪的前德意志民主共和国政府官员一案中的判决书，以及1992年德国联邦最高法院在边防警卫一案中的判决书。（《秘书处备忘录》，第179段注497）。

⁴⁰ 在国际法学会2001年关于国际法中国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免的决议中，有一项单独规定（第1条）专门涉及执行豁免。“国际法中国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免”，温哥华会议，2001年（参见 www.idi-iil.org），下称“学会决议-2001年”。然而，该决议的主题不仅是刑事管辖豁免，还有其他类型管辖的豁免。《秘书处备忘录》（第230段）也指出，这种区分是在涉及其他类型管辖的情况下作出的，但同时表示，将执行豁免与管辖豁免加以区分会产生一些具体问题，并且使将执行豁免区分为法院通过实质裁决之前阶段的执行豁免和法院通过实质裁决之后阶段的执行豁免的做法值得研究（第234段）。

⁴¹ 见“吉布提诉法国”一案判决书，第194段。

⁴² “关于刑事事项互助中的某些问题（吉布提诉法国）”一案，2008年6月4日的判决书（下称“吉布提诉法国”一案）（可在 <http://www.icj-cij.org> 上查阅）。

⁴³ 见“吉布提诉法国”一案判决书，第194段。

⁴⁴ “试图为其国家代表之一要求豁免的国家应通知另一有关国家的当局。这将使法院地国能够确保其尊重任何所享豁免，并可能因此使该国对此负责。”同上，第196段。

判决。⁴⁵ 显然理论界在享有属事豁免的人员类别问题上也有意见：所有国家官员都包含在内，而不论其在国家权力机关架构中的职位。⁴⁶

22. 如假定国家官员享有外国刑事管辖的属事豁免，就需要回答有关这种豁免的范围的若干问题。必须确定：哪些行为可被视为以官方身份实施的行为，以区别于私人性质的行为；这种豁免是否是国家豁免，以及这种豁免是否与国家豁免的范围一致（特别是官员的官方事务权行为是否享有豁免）。必须明确，越权行为和非法行为是否可被视为官方行为，因而受属事豁免保护。必须回答关于官员在任职之前的行为和在职期间及离职之后的行为是否享有属事豁免的问题。必须明白，属事豁免是否取决于在对其人行使外国刑事管辖的问题上作出决定时享有此种豁免的人员在国外逗留的性质。我们强调，我们在这里所讨论的是不享有属人豁免的官员。换句话说，这些官员不享有以个人身份实施的行为的外国管辖豁免。与此同时，对这些问题的回答也适用于那些享有属人豁免的高级别官员。此外，我们在此还将作为一般规则考虑到实际情况。另外还将进一步讨论可能的例外情形问题。

23. 在讨论官员的豁免问题时，“吉布提诉法国”一案中的双方同意，总体而言，国家官员享有外国刑事管辖的属事豁免，即以官方身份实施的行为的豁免，因为这些行为是他们所服务的国家本身的行为。⁴⁷ 双方实际上将这种豁免等同于国家豁免。⁴⁸ 本案中，似乎法院本身在其判决中也是基于这一假定，法院指出，“这一要求[吉布提重新提出的检察长和国家安全局局长职能豁免要求]实质上是关于吉布提国家的豁免的要求，检察长和国家安全局局长可以说是受益于此”。⁴⁹ G. P. Buzzini在其对这份判决书的详细分析中指出了这一点。⁵⁰ 委员会在将近 50 年前在就一项关于领事官员豁免问题的条款草案发表评论时谈到同样问题：“领事馆成员对其在执行公务时实施的行为(官方行为)，无须服从驻在国的管辖，这一规则是习惯国际法的一部分。这种豁免属于承认派遣国对主权国家行为拥有的豁免。这种行为就其性质而言不属于驻在国的管辖范围，不论是民事、刑事还是

⁴⁵ 见《秘书处备忘录》，第 169 段。

⁴⁶ 见《秘书处备忘录》，第 166 段(注 471)。

⁴⁷ 见《初步报告》，第 89 段，脚注 173。

⁴⁸ “吉布提对法院的请求是承认一国不能认为拥有另一国代表地位的人员对以该官方身份实施的行为，即履行其职务的行为负有个人刑事责任”，“吉布提诉法国”一案，口头诉讼，逐字记录，CR 2008/3，第 24 段。法国法律顾问也谈到这一点(见《初步报告》，第 89 段，脚注 173)。

⁴⁹ “吉布提诉法国”一案判决书，第 188 段。

⁵⁰ G. Buzzini，前注 23，第 462-463 页。

行政管辖。由于官方行为不属于驻在国的管辖范围，因此不得对这些行为提起刑事诉讼。”⁵¹

24. 特别报告员认为应当采用将一名官员的行为归属于国家的标准，以确定该官员是否享有属事豁免以及豁免的范围。⁵² 与此同时，特别报告员不认为有任何客观理由须在为责任目的进行行为归属与为豁免目的进行行为归属之间进行区分。为国家责任的目的将官员的行为归属于该国，视其为国家行为，而另一方面，又为管辖豁免的目的不对同一行为作出这样的归属，而仅将其视为该官员的行为，这种主张没有什么道理。

25. 在逻辑上，关于确定一名官员的行为性质为官方行为还是个人行为以及相应地该行为应否归属于国家的问题，必须在考虑该官员这一行为的豁免问题之前进行考虑。E. Denza在评论 1961 年《维也纳外交关系公约》第三十九条第二款关于职能豁免问题的规定时指出，“正确的检验标准应是可归属性。如有关行为可

⁵¹ 委员会提交大会的报告，《国际法委员会年鉴》，1961 年，第二卷，第 117 页，第 2 段。这种观点在理论界也十分普遍。例如，E David 指出，“国家代理人的豁免只是国家豁免原则的适用……”。David E., *Éléments de Droit International Pénal et Europeen*, Bruylant, Bruxelles, 2009, p. 58。“可以直接归属为国家行为的行为即视为国家行为。由于有关人员实施这类行为并非为其个人利益，外国国内法院必须给予这类行为以豁免。尽管有关人员实施了这一行为，他的这一行为仍被视为可免于起诉，因为实施行为的主体是其国家。行为本身无限期不受外国法院的管辖”，Y. Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot, England; Burlington, Vt.: Ashgate, 2004, p.109。R. van Alebeek 指出，“(前)外国国家官员的职能豁免通常被视为国家豁免规则的引申。”她同时提及英国上诉法院在“Propend Finance 诉 Sing”一案中的著名宣判，“如果雇员、官员或……‘工作人员’可因其所服务的国家享有豁免的国家行为事项而作为个人受到起诉，[《国家豁免法》] 所给予各国的保护就会受到损害。[《国家豁免法》的有关规定] 必须理解为给予外国个人雇员或官员以保护，就如同对国家本身的保护一样(UK Court of Appeal, Propend Finance Ltd. v. Sing (1997), 111 ILR 611, at p.669)。R. van Alebeek, *The Immunity of States and their Officials in the light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, p. 153。不过，该作者认为，“国家豁免规则对外国国家官员的适用可以有不同的解释。作为一项规则，外国国家官员不对其根据本国授权实施的行为承担个人责任。……国家官员对代表国家实施的行为不负有个人责任可被视为一项独立原则，这一原则对案件事实的适用优先于国家豁免规则的适用。”同上，第 156-157 页。特别报告员对这种并列不同做法的正确性不十分确定，而且由于它们导致相同结果就更为不确定(R. van Alebeek 在其书中进一步写道：“总之，外国国家官员的官方行为享有豁免。仅作为某一外国的臂膀或喉舌实施的行为属于该国的行为，而不是官员个人的行为。因此，不应当要求国家官员以个人身份对这些行为负责。”同上，第 163 页)。此外，我们在谈及“外国官员的非责任”时必须是有条件的(作为一项原则就更是如此)。在法律上，正如《初步报告》所指出的，豁免和责任是相当不同的两个概念。官员的官方行为当然归属于国家，但这并不意味着该行为不能同时归属于该人。例如，该人服务的国家只须放弃豁免，该外国即可对该人行使刑事管辖。(不过见 Alebeek, 第 188 页。她指出，在一些情况下无法撤销豁免。首先，豁免不能宣布。其次，根据国际法利用国际刑事管辖对同一行为追究责任的问题该如何处理？这难道不会改变该行为作为官方行为的归属或分类吗?)。

⁵² 见《初步报告》第 89 段以及第 102(h) 段所载结论。在这方面，特别报告员同意《秘书处备忘录》第 156 段所述秘书处对归属的含义的处理办法。

归于派遣国，即使该国没有明确命令或批准该行为，那么就应适用连续的属事豁免”。⁵³

26. 以官方身份行事的官员的行为应归于国家，这一点得到普遍承认。⁵⁴ 正如国际法院在“与人权委员会一名特别报告员的法律程序豁免有关的区别”一案中所述，“根据公认的国际法规则，一国任何机关的行为必须视为该国的行为。这一规则是惯例……”⁵⁵ 因此，这一问题是关于官员的哪些行为可(必须)视为以官方身份实施的行为，因而可归于国家，即视为国家行为，哪些行为不能视为此种行为，而可(必须)视为以个人身份实施的行为。因此这是判定国家官员是以官方身份行事，而不是以个人身份行事所依据的标准问题。

27. 国际法委员会也已审议了这一问题。⁵⁶ 《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 4 条的评注中指出：“为此目的，有关人员是否有隐蔽的或不适当的动机或者是否滥用政府权力，并不相干。在该人以明确的官方名义或以当局作为幌子行事时，其行为应归于国家。”⁵⁷ 因此委员会认为，为使官员的行为被视为以

⁵³ E. Denza, *Diplomatic Law, A commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations*, 2nd ed., 1998 p. 363. 另见 E. Denza, *Ex parte Pinochet: Lacuna or Leap?*, 48 ICLQ(1999)949, p. 951.

⁵⁴ 见国际法委员会对《国家对国际不法行为的责任条款草案》第 4 条的评注。《国际法委员会第五十三届会议工作报告》，《国际法委员会年鉴》，2001 年，第二卷，第二部分，第 40-42 页。

⁵⁵ “与人权委员会一名特别报告员的法律程序豁免有关的区别”一案，咨询意见，国际法院 1999 年报告，第 87 页，第 62 段。

⁵⁶ “一个特别的问题是确定国家官员是否以该身份行事。”对《国家责任条款草案》第 4 条的评注，第 13 段。《国际法委员会第五十三届会议工作报告》，前注 54，第 41 页。

⁵⁷ 同上，见国际仲裁裁决书中在“国家官员未经授权的行为与纯粹私人行为”之间作出区分的例子。日本法院在审理对在该国境内服役的美国士兵提起的刑事案件的过程中采用了有所不同的标准，以确定所审理的行为是以官方身份还是以个人身份实施的。他们分析了这些行为是否是职务行为。因此在关于对造成严重伤害并导致死亡的一名美国服役人员提起的指控的“日本诉 William S. Girard”一案中，法院指出，“尽管法院能够确认，本案发生时被告正在执行公务，并且案件发生在公务执行地，但是本案与执行一名高级军官所命令的守卫一挺轻机枪等职责并无任何直接联系。……该行为并非在执行公务的过程中实施”，并且：“该行为只能视为过度伤害，……该行为只是为了满足被告本人的一时冲动”。“日本诉 William S. Girard”一案，前桥地区法院，1957 年 11 月 19 日，抄录于《日本国际法年鉴》，第 2 号(1958)128, 第 132-133 页。在审议对大阪高等法院在另一名美国服役人员(他被指控在一次强奸未遂中造成严重伤害)案件中的判决提出的上诉时，日本最高法院维持原判，指出“初审法院的法律解释正确，《行政协定》第十七条(日本与美国间《协定》的这一条确立了在一旦发生美国服役人员因执行公务期间所实施的行为导致犯罪的情况下美国管辖权的优先地位—特别报告员)第 3(a)(ii)款中的‘执行公务期间’的规定应当解释为意指‘执行公务过程中’，而不是‘在执行公务的时间内’。适用到目前的案件，被告尽管是在执行公务的时间内实施的行为，但是这一行为是与其公务无关的私人行为，因此不构成‘由于执行公务期间所发生的行为或不行为所产生的’犯罪。”“日本诉 Dennis Cheney”一案，日本最高法院，1955 年 3 月 3 日，同上，第 137 页。

理论界有人支持这一标准。例如 Y. Simbeye 指出，“为以官方身份作为国家代表行事，国家元首和政府首脑必须遵循其本国在特定事项上的立场，或者在该国行为界限范围内行事。这样，也只有这样，其行为才能被视为官方行为”。Simbeye, 前注 51, 第 128 页。

官方身份实施的行为，即官方行为，这些行为必须是明确以官方身份或“以当局作为幌子”实施。⁵⁸ 因此，将官员的行为归为官方行为不取决于该人的动机或行为的实质。决定因素是该官员是否以官方身份行事。有必要取决于具体情形判断官员的行为是官方行为还是私人行为。⁵⁹

28. 这方面所产生的一个问题是，对于国家豁免十分重要的统治权行为与事务权行为之间的区别是否适用于涉及国家官员豁免的情形。秘书处注意到理论界在此问题上的不同观点，在《备忘录》中得出的结论是，“看来有合理理由认为履行归于国家的事务权行为的国家代表的确是以官方身份行事，因此应就该行为享有属事豁免”。⁶⁰ 似乎很难不同意这一点。正如委员会已经指出的，在将行为归于国家的问题上，“国家机关的行为是否可归于‘商业’行为或事务权行为……与此并不相干。”⁶¹ 在这种情况下，国家的豁免范围与其官员的豁免范围并不相同，尽管在实质上⁶² 豁免是同一个豁免。实施商业行为的官员，如该行为可归于国家，则享有外国管辖豁免，但是国家本身就这一行为而言，不享有豁免（对于该官员而言，应适用民事和刑事管辖，而对于国家而言，只适用民事管辖）。⁶³

29. 另一个问题是，越权行为和非法行为是否可被归于国家，从而相应地适用豁免。“官员以该身份实施的行为”，即“官方行为”的概念必须区别于“属于官方职能范围内的行为”的概念。前者包括后者，但是范围更广。早在 1961 年，委员会曾评论关于领事官员豁免的条款草案，根据这一豁免，“领事馆成员在履行领事职能时实施的行为无须服从驻在国的管辖”，⁶⁴ 当时委员会指出：“委员会一些成员认为，该条本应规定，只有属于领事职能范围内的官方行为才享有管辖豁免”。

⁵⁸ 见前脚注。如 R. van Alebeek 所指出的：“一般而言，可以说名义授权可被接受为实际授权。”前注 51，第 164 页。另见 A. Watts, *The legal position in international law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers*, 247, RdC, 1994-III, 13, p. 56-57。

⁵⁹ “当然，在适用这一检验标准时，每个案件都必须根据案件本身的事实和情况加以处理”。第 4 条草案评注。《国际法委员会第五十三届会议工作报告》，前注 54，第 42 页，第 13 段。与此同时，必须考虑到与以往一样，在这一问题上理论界并不一致。有人认为至少必须将行为的实质考虑在内，以便确定这类行为的官方性质，并解决将其归于国家的问题，这种观点得到相当普遍的接受。在这方面，见关于国际法规定为犯罪的行为作为排除官员豁免的事实讨论。见本报告第 57 段脚注。

⁶⁰ 《秘书处备忘录》，第 161 段。

⁶¹ 《关于国家对国际不法行为的责任的条款草案》第 4 条评注第 6 段。前注 54，第 40 页。

⁶² 很明显的是，在本报告第 25 段所引述的“吉布提诉法国”一案的判决书的段落中，国际法院使用了“实质上”的限制词。另见上文脚注 51。

⁶³ 这里值得回顾的是，正如在《初步报告》第一部分（第 89 段）所指出的，这不意味着该行为不能同时被归于该官员。

⁶⁴ 委员会提交大会的报告，《国际法委员会年鉴》，1961 年，第二卷，第 117 页。

免。委员会无法接受这一观点。”⁶⁵ 官员在其职能范围以外但以其官方身份实施的行为不构成私人行为。这种行为属于职能范围以外的行为，具有例如越权性质，但是仍然是官方行为，因此可归于国家。《国家责任条款草案》第 7 条专门涉及这一问题。⁶⁶ 正如委员会在对条款草案第 5 条的评注中所指出的，“纯属私人行为的情况不应该与超越其权限行事或违反其作业规则的国家机关行为混淆起来。在后一情况下，该机关却是以国家名义行事的”。⁶⁷ 因此，对这些行为而言，外国刑事管辖的属事豁免延伸至实施这些行为的官员。正如 G. P. Buzzini 所指出的，“笼统地将越权行为排除在外国刑事管辖的属事豁免范围之外将产生问题，因为这可能导致破坏这种豁免的根本目的；在大多数情况下，导致刑事犯罪的官方行为也许也应视为越权行为”。⁶⁸

30. 有一种观点是，官员在国家职能范围以外实施的行为可视为国家行为，但因该行为超越了国家职能的界限，不享有国家所享有的豁免。这种观点也令人难以苟同。⁶⁹ 这种观点的理由是，国家及其官员的豁免的目的是保护国家的主权职

⁶⁵ 同上。国际法委员会在此进一步指出，“事实上通常很难在领事官员在领事职能范围内实施的行为与超出这些职能的私人行为或来往之间划出一道明确的界限。”该信只是强调必须评估每个具体情况的具体情形。

⁶⁶ “第 7 条. 逾越权限或违背指示

一国的机关或经授权行使政府权力要素的任何人或实体，若以此种资格行事，即使在特定事件中逾越权限或违背指示行使，其行为仍应视为国际法所指的国家行为。”

《国际法委员会第五十三届会议工作报告》，前注 54，第 45 页。

⁶⁷ 同上，第 41 页，第 13 段。另见对第 7 条的评注。同上，第 46 页，第 7 和第 8 段。

⁶⁸ G. Buzzini，前注 23，第 466 页。与此同时，必须考虑到存在基于对越权行为的相反做法的国家司法惯例。一个例子是菲律宾最高法院在“美利坚合众国等诉 Luis R. Reyes 等”一案中的判决（G.R. No. 79253，1993 年 3 月 1 日）。在此案中，就拒绝满足美国关于驳回对被告（在联合美国军事援助团一个下属部门工作的美国公民）的民事告诉的请求向法院提出了异议。该请求是由美国和被告提出的，美国对此诉讼拥有管辖豁免，被告也对她在执行公务时所实施的行为拥有诉讼豁免。与此同时，原告坚持认为，被告所实施的行为（在有外部目击证人的情况下不分青红皂白地搜查她本人及其汽车）超出其公务的范围，属于越权行为，必须视为个人行为。美国提交的辩词称，“……即使后者[被告]的行为属于越权，她仍将享有诉讼豁免，因为关于公共官员或雇员可因越权或不法行为以个人身份受到起诉的规定属于‘国内法’，而不适用于国际法。美国主张，豁免理论的适用并不取决于可归于外国人的行为或不行为是否合法，因为如果这样的话，豁免概念就将毫无意义，因为在考虑豁免问题之前将必须首先对行为或不行为的不法性或非法性进行调查；换句话说，只有在这类行为或不行为被认定合法的情况下才适用豁免。”不过法院并不认为美国的辩词令人信服，并拒绝了其请求，指出，“一旦政府官员和代表以其个人身份受到起诉，给予他们的保护即告丧失。这种情况通常在公职人员未经授权或越权行事时发生。公认的法律原则是，公职人员应以私人身份为其恶意和欺骗性实施或在其授权或管辖权范围以外实施的行为所可能造成的任何损害承担责任。”（可在 http://www.lawphil.net/judjuris/juri1993/mar1993/gr_79253_1993.htm 上查阅）。

⁶⁹ 见《秘书处备忘录》，注 456。

能，而不属于国家职能范围的行为不适用豁免。⁷⁰ 不过，豁免并不是保护国家职能本身，这只是与现实毫无关联的一种抽象观念。如上所述，豁免所保护的是主权本身及其持有者——国家，使其不受外国干涉。⁷¹

31. 属事豁免还延伸至官员以官方身份实施的非法行为。似乎此处的逻辑与适用于官员的越权行为的逻辑相同。官员以官方身份实施的非法行为是官方行为，即国家行为。正如安大略省上诉法院在“Jaffe诉Miller等人”一案(涉及美国官员的行为)的判决中所指出的，“所指称行为的非法和恶意性质本身不能将有关行为排除在被告的公务范围以外”。⁷² 正如A. Watts就前国家元首的豁免问题所指出的，“国家元首显然可以以个人身份实施犯罪；但同样显然的是，他可以在担任国家元首的公职期间实施具有犯罪性质的行为或其他形式的不法行为。关键的检验标准似乎是该行为是否以国家元首的公共授权为藉口或在名义上行使国家元首的公共授权。如果是，该行为必须视为官方行为，因而不受其他国家管辖权的节制，而不论该行为根据其本国法律是否为不法或非法行为。”⁷³ 关于豁免不延伸至这类行为的主张使得豁免的概念毫无意义。对任何人(包括外国官员)行使刑事管辖权的问题只在怀疑其行为属非法，而且应加刑事处罚的情况下才会发生。因此正是在这种情况下，外国刑事管辖豁免才是必要的。正如《秘书处备忘录》所述，“如果作为一项原则，为了属事豁免的目的而将非法或犯罪行为视为

⁷⁰ 例如 B. Stern 写道：“国家及其代表的豁免或其他保护理论的建立是为了保护主权职能，而非其他；因此，一切与主权职能无关的均不应享受这种保护。” B. Stern, *Vers une limitation de l' "irresponsabilité souveraine"*, in: Marcelo G. Cohen (ed.), *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law/La promotion de la justice, des droits de l' homme et du règlement des conflits par le droit international*, Liber Amicorum Lucius Caflish, 2007, Koninklijke Brill NV, Leiden, p. 516.

⁷¹ 在确定有关行为是以官方身份实施还是以私人身份实施时谁起决定性作用的问题十分重要。由该官员所服务的国家来通知行使管辖权的国家所实施的行为为官方行为是否足够？是否有必要在法庭上对此加以证明，以及相应地，在这种情况下决定性作用是否属于法院？是否在所有情况下，这些问题都有一个一般性答案，还是答案取决于每个案件的具体情况？在《初步报告》关于豁免的程序问题的部分将更详细审议这些问题。

⁷² Canada, Ontario Court of Appeal, *Jaffe v. Miller and Others* (1993), 95 ILR 446, at p. 460.

⁷³ A. Watts, 前注 58, 第 56-57 页(脚注省略)。所引述的 A. Watts 的观点也全部适用于其他国家官员。

“非官方”的，“豁免”概念本身就将流于空洞。”⁷⁴

32. 由于属事豁免只就官员以[官方]身份实施的行为为官员提供保护，这种豁免并不延及该人在就职以前以私人身份实施的行为。那些行为不是国家行为，在该人担任政府职务后也不因此具有国家行为的特点。

33. 与此相反，前官员在其以官方身份行事期间所实施的行为享有属事豁免的保护。这些行为并不因为该官员终止官方职务而不再是国家行为，因此这些行为一如既往地适用豁免，实质上就是国家豁免。⁷⁵

34. 根据这一逻辑还可以得出，属事豁免很少能受到官员或前官员在国外(包括在行使管辖权的国家境内)逗留的性质的影响。显然，不论该人在国外逗留时是

⁷⁴ 《秘书处备忘录》，第 160 段(注 457)。另见美国在“美利坚合众国等诉 Luis R. Reyes 等”一案中的立场(见前注 68)。不过应当指出，大部分主张官员实施非法行为不应享有豁免的观察家都将这类行为限制为国际法规定的犯罪行为，即最严重的非法行为形式。例见 Y. Simbeye, 前注 51: “国家官员(包括国家元首和政府首脑)在职期间有可能实施犯罪。不过可以说，某些行为的实施应使个人不能被归为国际法意义上的国家代表之列。如个人实施了国际犯罪，则不论根据国内法或国际法，他都不得被视为作为国家代表行事”，(第 127 页)。Simbeye 还写道：“在涉及国际刑法时，作为抽象实体的国家不得命令或批准根据刑事司法应予惩处的行为，一国本身也不得实施这类行为。……在习惯法禁止某些行为或存在有关国家已批准的条约的情况下，即无法将行为归于国家”。同上，第 129 页。B. Stern 也认为，“在实施了国际犯罪的情况下，不应允许豁免被用来保护刑事案件或民事案件中的国家或其代表，因为这类行为应被视为大大超出一国的职能之外”，Can a State or a Head of State Claim the Benefit of Immunities in Case an International Crime Has Been Committed?, in *ILSA Journ. of Int'l & Comp. Law*, 14(2008), pp. 448-449。不过她又解释说，“在我们考虑享有豁免的官方行为时，必须承认，并非因为其非法，因此依事实该行为才没有资格成为官方行为；如果是这样，豁免制度将毫无意义，因为建立豁免制度就是为了保护国家元首，使其免受起诉”，Immunities for Heads of State: Where Do We Stand? in *Justice for Crimes Against Humanity*, ed. by M. Lattimer and Ph. Sands QC, Hart Publ., Portland, Oregon, 2006, p. 99。

但似乎即便在上述情况下，个人以官方身份实施的这类行为也将归于国家，国家也须承担由此而来的一切后果。在这方面见 Ch. Dominice: “一些法官(在皮诺切特案中——特别报告员)宣称，命令实施酷刑并非国家元首的职能，这显然违背国际法。[……]这意味着国际法可以对一国元首的宪法权利进行矫正。但是依据怎样的标准？根据该行为符合还是违背国际法？这种解释不能令人满意。职能行为就是职能行为，即便其违背国际法。在这种情况下，这将导致国家的国际责任，但不影响个人代表的责任”，*Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat*, RGDIP No. 2, 1999, pp. 304-305。

⁷⁵ 见 Cassese A: “在国家代表终止履行官方职能时[豁免]并未停止(原因是该行为在法律上归于国家，因此其所导致的任何法律责任也只能由国家承担)”，*When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case*, *EJIL* (2002), vol. 13 No. 4, p. 863。O' Donnell K. 指出：“一旦[外交]代表离职，属人豁免下的私人行为即不再享有豁免，但其官方行为仍然享有豁免。给予官方行为的有限属事豁免(或职能豁免)保护源自‘大使的行为归于其政府而非个人选择’的观念”，*Certain Criminal Proceedings in France (Republic of Congo v. France) and Head of State Immunity: How Impenetrable Should the Immunity Veil Remain?*, 26 *Boston Univ. Int'l Law Journ.* (2008), pp. 384-385 (citing Michael A. Tunks, *Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity*, 52 *Duke L. J.* (2002), p. 293)。

公务访问还是以私人身份逗留，他以官方身份实施的行为都享有外国刑事管辖豁免。⁷⁶

C. 属人豁免⁷⁷

35. 本报告这一部分只涉及此种豁免的范围，并不涉及享有属人豁免的人员类别问题。特别报告员的工作基于一项假定，即属人豁免属于所谓的三种人(国家元首、政府首脑和外交部长)以及某些其他高级别国家官员。

36. 正如《初步报告》所指出的，“属人豁免的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实施的行为。”⁷⁸ 这一豁免的存在可以以有关职位对国家、其主权的行使及其在国际关系中的代表的重要性来解释。⁷⁹ 从这个角度看，在现代世界中，政府首脑、外交部长和可能某些其他官员的职位的重要性与国家元首的重要性完全一致。因此，至少在关于这一专题的现有工作阶段，似乎不必分别考虑国家元首、政府首脑、外交部长或这种豁免的其他可能持有人⁸⁰ 的属人豁免范围。

37. 正如《秘书处备忘录》所指出的，这一豁免的实质范围在司法裁决和法律文献中已有定论，它们在表述这一概念时往往用“完全”、“充分”、“完整”或“绝对”等字眼描述属人豁免。⁸¹ 就范围而言，这一外国刑事管辖豁免与外交使团团长或其他外交代表根据 1961 年《外交关系公约》⁸² 和习惯国际法所享有的驻在国刑事管辖豁免或派遣国代表和特别使团外交人员根据 1969 年《特别使团公约》所享有的豁免是相同的。这种豁免可被看作属事豁免的补充，或包含属事豁免，因为当一人担任高级别职位时，该豁免除覆盖该人以官方身份实施的行为以外，还覆盖他在任职期间和就职以前以私人身份实施的行为。由于这种豁免与特定高级别职位相关

⁷⁶ 除属事豁免以外，在国外进行正式访问的官员当然还可以享有其他国际法规则(例如关于驻国际组织机关的特别使团或代表团成员地位的国际法规则)所规定的豁免。显然，对于前官员而言，并不存在其访问外国的性质的问题，因为该访问不可能是官方性质的。这同样也不影响属事豁免。

⁷⁷ 见《秘书处备忘录》，第 94-153 段。

⁷⁸ 《初步报告》，第 79 段。《秘书处备忘录》，第 137 段。

⁷⁹ 《初步报告》，第 93 段。

⁸⁰ 秘书处在其《备忘录》(第 138 段)中提及国际法院在“逮捕证”一案中对适用于外交部长的属人豁免范围的描述，并指出，这一描述“稍作修改即可用于描述和解释国家元首、政府首脑或任何其他享有相同豁免的官员的地位”。

⁸¹ 同上，第 137 段。

⁸² 同上，第 139 段。在“关于刑事司法互助中的某些问题”一案中，国际法院回顾，“《维也纳外交关系公约》第二十九条所体现的习惯国际法规则尽管是针对外交代表的，但也必然适用于国家元首。”“吉布提诉法国”一案判决书，第 174 段。

联，属人豁免是临时性质的，将在离职后终止。⁸³ 因此，属人豁免似乎既不受与行使管辖权有关的行为是在该官员职能范围以外实施的这一事实的影响，也不受他在国外（包括在行使管辖权的国家境内）逗留的性质的影响。⁸⁴

D. 行使管辖权的国家因官员豁免而无法采取的行动

38. 在本专题框架内，刑事管辖被理解为并非仅指刑事程序的审判阶段，而是指国家对外国官员采取的所有刑事程序措施。正如初步报告所述，“外国刑事管辖豁免使拥有管辖权的外国司法和执法机构不能对……有关人员……采取刑事诉讼和刑事程序行动。（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回答这个问题。）”⁸⁵ 因此，这一专题与民事管辖豁免问题有实质上的区别。

39. 关于豁免是使官员免于外国行使刑事管辖权时可采取的所有措施，还是只使其免于这些措施的一部分，这个问题必须与另一个问题同时考虑，即对于在刑事案件中并非嫌疑人而是另一种身份的官员，特别是作为证人的官员，可以采取哪些措施。

40. 在“逮捕证”案的判决中，国际法院认定，“鉴于其职能性质，外交部长在其整个任期内，在国外享有充分的刑事管辖豁免和不可侵犯权”，并指出：“这种豁免和不可侵犯权使有关个人在履行职责时不受另一国家任何权力行为的妨碍。”⁸⁶ 法院继而指出，“因此，如果一位外交部长在另一国家因刑事指控而被捕，他或她显然将无法履行职能。……而且，如果一位外交部长在前往另一国家或在该国过境时可能会面临法律诉讼，仅仅是这种风险就可能使他或她不敢进行履行

⁸³ 见《初步报告》，第 79-83 段。

⁸⁴ 关于这一问题还提出了其他一些意见。因此，在“逮捕证”一案中三名法官的联合独立意见指出：“他[外交部长]在私人旅行期间是否也享有豁免，这种豁免的范围是什么，都远不明确。”不过作者在此提出了一项附带条件：“当然，外交部长不得受制于妨碍其有效履行职能的措施”。“逮捕证”一案(联合独立意见)，第 84 段。A. Watts 从豁免范围的角度提出国家元首对国外的正式访问与私人访问之间的区别。除其他外，他质疑在被排除在《维也纳外交关系公约》第三十一条第一款所规定的外交代表豁免之外的三起案件(与私人不动产有关的行为、在继承事项上的行为和与公务以外活动有关的行为)中，国家元首在私人访问期间享有豁免。他还指出，尽管“[国家元首]不得在任职期间甚至离职后因公务行为受到起诉，并且在私人旅行期间也必须就此获得豁免”，“……只要国家元首在外国进行某种正式访问期间或在外国受到缺席起诉时被拒绝给予私人行为的豁免，那么他在私人访问期间也可能被拒绝给予豁免”。A. Watts, 前注 58, 第 74 页。

⁸⁵ 初步报告，第 66 段。着重部分由作者标明。

⁸⁶ “逮捕证”案，判决，第 54 段。

职能所需的国际旅行。”⁸⁷ 因此，根据该案的情况（要提请注意的是，该案涉及对另一国家外交部长签发逮捕证的合法性问题），国际法院就是否可以对外国官员采取某种具体的刑事程序措施问题制定了判断标准：行使或打算行使对该官员的刑事管辖权的国家，不得采取妨碍或阻止此人履行职能的刑事程序行动。（应该指出的是，法院是针对该案所涉的一位外交部长确定的这一标准。）

41. 这一标准在国际法院“关于刑事互助中的某些问题”一案的判决中有所发展。在该案判决中，对于邀请或传唤国家元首出庭为刑事案件作证是否构成违反国家元首豁免规范的问题，法院在审议时提及上文引述的“逮捕证”案判决的立场，作出裁定：“评判国家元首豁免权是否受到了侵犯的决定因素，在于国家元首是否受制于强制性权力行为。”⁸⁸ 根据这一标准，法院认定，“法国调查法官向吉布提共和国总统发出的传唤……不涉及强制性措施……；该传唤实际上只是邀请作证，国家元首可自由决定接受或拒绝。因此，法国未侵犯国家元首的刑事管辖豁免权，因为未对国家元首强加与调查“博雷尔”案有关的义务”。⁸⁹ 这样，法院明确裁定，对外国官员采取的刑事程序措施如果因为对此人强加约束而妨碍或阻止此人履行职能，则构成侵犯此人的豁免权。⁹⁰

⁸⁷ 同上，第 55 段。根据这一标准，法院认定逮捕证侵犯了刚果民主共和国外交部长的豁免权。法院对此案的结论在很多方面合乎刚果民主共和国就此案提出的争辩，尽管法院似乎通过采用所述标准，缩小了妨碍豁免的措施的范围。刚果民主共和国在诉状中另外指出：“实际上，不可侵犯权和豁免权是职能性的，因为其享有者是由于所行使的官方职能而根据一般国际法自动获得这些权利的，并且目的是通过使这些职能免受未经此人代表的国家授权的任何外国干涉来使其得到正常履行”（第 47 段）。刚果民主共和国直接就“逮捕证”案指出：“仅恐于被执行逮捕令，实际上就可能限制被起诉的外交部长的行动，因而有碍他的国家正常开展不可侵犯原则和豁免原则所要保障的国际关系”（第 52 段）。“逮捕证”案，刚果民主共和国的诉状，2001 年 5 月 15 日。

⁸⁸ “吉布提诉法国”案，判决，第 170 段

⁸⁹ 同上，第 171 段。着重部分由作者标明。法国采取了基本相同的立场，表示：“只有限制外国元首履行职能所需的行动自由，才构成无视他所享有的刑事管辖豁免权和不可侵犯权”（“吉布提诉法国”案，判决，第 167 页）。法国在辩诉状中指出：“一般而言，向外国代表发出的作证要求……不具约束性，仅仅构成邀请，因而并不影响外国国家元首所享有的刑事管辖豁免权和不可侵犯权——法国完全认可这些权利”——“吉布提诉法国”案，法兰西共和国辩诉状，2007 年 7 月 13 日，第 4.41 段。吉布提虽然承认作证邀请在性质上不同于逮捕证（参照“逮捕证”案），但认为出庭传讯本身已经构成侵犯豁免权（“当然，传讯作证本身并不是与逮捕证相当的强制行为，但不可否认的是，它仍然带有约束性，因为向被传讯的人发出了出庭传讯：这种传讯也是违背管辖豁免权的。上述两项传讯都是针对吉布提共和国总统的，目的是迫使他就“博雷尔”案作证，因而侵犯了他的豁免权，尽管它并不是类似于逮捕证的胁迫行为。”）。“吉布提诉法国”案，吉布提共和国的诉状，2007 年 3 月 15 日，第 135 页。

⁹⁰ 关于豁免权阻止对国家元首具体采取胁迫性和规定性措施的问题，国际法院“法国某些刑事诉讼程序”（刚果共和国诉法国）一案所涉各方曾进行讨论。例如，见“法国某些刑事诉讼程序”（刚果共和国诉法国）案，刚果的诉请书，2003 年 4 月 11 日，第 15 页；法国代表 R. Abraham 的陈述：“在任何情况下，外国元首所享有的豁免权都不允许对他们采取强制措施”。2003 年 4 月 28 日，CR 2003/21，第 15 页。

42. 相较于 1984 年德意志联邦共和国法院对“昂纳克”案的判决等而言，国际法院采用这种标准是缩小了豁免的范围或限度。根据“昂纳克”案的判决，“警方或检察官所做的任何查问或调查……均不能允许”。⁹¹ 显然，在运用国际法院制定的标准时，豁免权远远不等于阻止所有针对外国官员的刑事程序措施，而只是阻止那些对当事人规定法律义务的措施，即可能附带对于不履行措施的制裁的措施，或制约措施，或具有胁迫性质的措施。例如，无论是对被指称犯罪事实还是对当事人开始初步调查或提起刑事诉讼，如果并未根据适用的国家法律对此人规定任何义务，即不可被视为侵犯豁免权。⁹²

43. 基于处理豁免权的这种做法，一国如果有理由认为一位外国官员做出了按该国立法应加以刑事处罚的行为，可以采取不对该外国官员造成约束或制约的措施，只进行最初的案情证据收集(收集证词、文件、物证等)。⁹³ 这一阶段过后，可以或高或低的确定性判断此人是否参与实施了所指称的犯罪(以及参与程度)，其行为是否应被视为公务行为，等等。如果有充分理由认为该外国官员参与了犯罪，那么，根据具体情况，行使管辖权的国家可以选择采取不侵犯当事人豁免权的进一步措施。例如，可向有关外国告知案情并建议该国放弃该官员的豁免权；可请求对该刑事事项给予协助；可将初步调查范围内收集的材料或提起的刑事案件移交该国，建议该国对此人提起刑事诉讼。如果案件所涉的被控犯罪属于国际

⁹¹ “昂纳克”案，德意志联邦共和国，联邦最高法院(第二刑事分庭)，1984 年 12 月 14 日的判决，80 I.L.R. 365，第 366 页。

⁹² 如 E. David 所指出，“开始诉讼这一事实本身并不妨碍履行职能，因此这种诉讼与管辖豁免并不矛盾”。同前，第 123 页。“逮捕证”案的联合独立意见指出，“开始一项可能会成为以后签发逮捕证的根据的调查本身并不违反这些原则 [当事人的不可侵犯或豁免原则——特别报告员]。国际豁免法律所起的作用并不意味着国家不能了解实情。”“逮捕证”案，(联合独立意见)，第 80 页，第 59 段。这里出现的问题在于，豁免权是否阻止那些并不直接约束享有豁免的人、而是以某种方式对他施加限制的行为。例如，扣押他的个人财产，特别是银行账户(例如用于非法操作的账户)或汽车(例如作为被指罪行实施场所的汽车)是否合法？这些行为看来是合法的。

从“刚果诉法国”案也可看出法院对这一原则的支持，在此案中，法院在考虑了临时措施问题后，否决了这些措施，认为具体情况并不要求禁止法国继续对刚果官员包括刚果总统进行调查。做出这一结论的具体根据是，刚果没有提出证据证明国家元首豁免权因正在进行的调查而受到了侵犯(法国在调查时，未采取任何具约束性或阻止总统履行其职责的措施)。虽然这一裁定并不预先决定法院对该案的实质裁决，但它仅在不否决继续进行调查程序的可能性这一点上，就已具有重要意义。见“法国某些刑事诉讼程序”(刚果共和国诉法国)案，“指示临时措施的请求”，2003 年 6 月 17 日的指令。

但是再看 A. Watts 的立场：“政府首脑或外交部长如果在正式访问另一国家时受制于该国的法律程序，他履行职能的能力就可能受到严重损害。仅仅是他在访问另一国家时可能会被提起诉讼这种风险，就可能使他根本不敢进行访问，从而妨碍他处理本国的国际事务”。A. Watts, 前注 58, 第 106 至 108 页。

⁹³ K. O' Donnell 就国际法院在“刚果诉法国”案中对临时措施问题的裁决作了如下评论：“国际法院在谨慎确认国家元首在任期间不得受到起诉的同时，也使人权受害者有更多机会趁证据仍较新且证人仍在世或可以找到之时，成功收集针对官员的证据。因此，一旦当事官员离职并不再享有不可触犯的豁免权，即可根据有关诉讼请求和证据对其进行起诉。”同前，第 396 页。

刑事法庭或国际刑事法院的管辖范围，那么按照这种办法，可将所收集的材料移交行使国际刑事管辖权的相关组织。最后，在收集证据后，可不采取豁免权所阻止的进一步措施，而是等到豁免权停止适用后再对当事人提起刑事诉讼(如果所涉行为是享有属人豁免的人在就职以前或在职期间以私人身份所为)。

44. G. Buzzini正确地指出，“法院确定的标准看来是令人信服的”。⁹⁴ 法院认为，“‘强制性权力行为’这一概念不仅包括针对本人被控犯罪的国家官员的行为，还包括可就某一诉讼通知未被控犯罪或尚未被控犯罪的个人的某些行为，例如证人传讯或其他指令”，法院这一意见在他看来也是可以信服的。⁹⁵ 就享有属人豁免的官员涉嫌或被传唤作证的刑事案而言，国际法院制定的标准看来完全令人信服。但是，在适用于享有属事豁免的官员时，这个问题还需要进一步澄清。

45. 享有属事豁免的官员以公务身份所施行为免于刑事程序措施。由此可推定，不得仅因此人在从事这种行为时犯有被指罪行而对其采取限制性措施。

46. 当然，前任官员已不再履行公职。就此而言，这时不能说他所继续享有的属事豁免使他免于妨碍/阻止他履行职务的刑事程序措施，而只能说官员离任后缺乏这种保护会妨碍他在任职期间独立履行职能。国际法院指出，有关的保护是指不对刑事程序措施所涉的人采取规定义务的刑事程序措施，这一澄清在此非常重要。对国家而言，为维护自身的主权和平等起见，不能让本国官员因公务活动而被外国采取这种对官员规定义务的刑事程序措施，无论是在履行公务活动期间还是在此之后。因此，前任官员同享有属事豁免的现任官员一样，免于因履行公职活动期间犯有被指罪行而被采取规定义务的刑事程序措施。当然，这里的问题在于具体免于被传唤作证。与传唤不同的是，邀请提供证人证言不对被邀请的官员规定任何法律义务，因此可以拒绝邀请而不会造成任何损害性的法律后果，这种邀请不侵犯官员的豁免权，属于正当的程序措施。⁹⁶

47. 涉及享有属事豁免的官员免于被传唤作证的情况，还需要进一步评注。显然，如果需要就其他人的行为或享有属事豁免的官员本人以私人身份所施行为作证，原则上可以传唤该官员作证(当然，前提是这种传唤不限制该官员履行公务活动)。但是，如果涉及就现任或前任官员本人或其他人所施行为作证，情况又应如何？

⁹⁴ G. Buzzini, 前注 23, 第 476 页。

⁹⁵ 同上。

⁹⁶ 见上文第 41 段和注 90。

48. “关于刑事互助中的某些问题”（吉布提诉法国）一案涉及享有属事豁免的吉布提官员是否应免于被传唤作证的问题。⁹⁷ 吉布提指出，为了确证这两名吉布提官员是以公务身份行事，因而应免于被传唤就此种行为作证，有必要具体证实这些行为是以什么身份——私人还是公务身份——所为。⁹⁸ 国际法院就这一点指出，“未向法院‘具体证实’法国签发的协助证人传唤所涉的行为确实是其国家代表职责范围内的行为”。⁹⁹ 这成为法院不承认吉布提共和国检察长和吉布提国家安全局局长应免于被传唤到法国法庭作证的理由之一。因此，按照法院在该案中的逻辑，享有属事豁免的官员应免于被传唤就本人在国家代表职责范围内所施行为作证。

49. 这一标准在国际法院审理的案件中得到理解，也具有充分性。然而，如果事关传唤享有属事豁免的官员作为证人到外国法庭出庭，但不是就该官员职责范围内的行为，而是就越权行为或其他人的行为作证，这一标准是否充分？

50. 关于是否可以传唤一名官员就本人越权行为作证，这一问题的逻辑与官员这类行为是否享有豁免的逻辑似乎是相同的。因此可以推定，既然存在豁免，就必须使此人免于这种证人传唤。

⁹⁷ 对于法国有关立法的特殊性问题，该案所涉双方及法院都作了详细分析，在此不予触及。

⁹⁸ “吉布提诉法国”案，判决，第190段。

⁹⁹ 同上，第191段。

51. 而且,如果案件涉及就官员因履行公务而了解的他人行为、事件或事实作证,属事豁免似乎也应使该官员免于被外国规定这方面的义务。¹⁰⁰

E. 豁免的属地范围¹⁰¹

52. 在“逮捕证”案的判决中,国际法院认为,外交部长在国外享有外国刑事管辖豁免。¹⁰² 同一判决还指出,“在国际法中已牢固确立……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,在其他国家境内享有民事和刑事管

¹⁰⁰ G. Buzzini 写道:“可以说, [与国际法院用于“吉布提诉法国”案的标准相比而言]更为适当的标准是,所需证词是否有可能涉及就国家官员在履行其作为国家代表的公务时了解到的事实提供信息或证据。”G. Buzzini, 前注 23, 第 468 页。《秘书处备忘录》中引述了这样一项民事判决:1988 年,德意志联邦上诉法院拒绝传唤印度国防部长就印度部队对斯里兰卡泰米尔人采取行动问题作证,认定国家豁免权使国家及其官员免于被传唤就涉及包括武装部队行为在内的国家主权行为的问题作证。见《秘书处备忘录》,第 238 段,注 684。前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭在“检察官诉布拉斯基奇”一案中的立场与此相似,该庭裁定,不得对克罗地亚国防部长发出出庭提供官方文件的传票(携带证件到庭作证的传票)。“检察官诉布拉斯基奇”案,案件号 IT-95-14,上诉分庭对克罗地亚共和国关于复核审判分庭 1997 年 7 月 18 日裁决(签发携带证件到庭作证的传票)的请求的裁决,1997 年 10 月 29 日(可查阅 <http://www.icty.org/case/blaskic/4>)。《秘书处备忘录》中指出,“尽管案件涉及国际法庭而非国家刑事法院的豁免,上诉分庭仍认为国际法庭行使司法权应遵守与国家法院规定相同的规则”(见第 237 段,注 683)。而在“检察官诉拉迪斯拉夫·克尔斯蒂奇”一案中,同样是前南斯拉夫问题国际法庭上诉分庭,却作出了不同的裁决,该庭认为,上诉分庭在“布拉斯基奇”案中就上述问题所依据的官员职能豁免不包括免于“被强迫提供该官员在履行公务时所见所闻的证据”,并认为“不存在这种豁免”。“检察官诉拉迪斯拉夫·克尔斯蒂奇”案,案件号 IT-98-33-A,上诉分庭对传票请求书的裁决,2003 年 7 月 1 日,第 27 段。分庭在裁决中解释说,“与出具国家文件不同的是,国家本身不能提供只有该证人才提供的证据”。同上,第 24 段。这一裁决的逻辑显得不能完全让人理解。沙哈布丁法官的反对意见似乎更令人信服。他认为,官员所享有的传票豁免并不只限于要求出具官方文件的情况,而是包括某人在履行公务时获得的所有信息。“……不应将信息的定义缩小为在国家授权下的某个中心地点收集的信息,例如国家档案。国家通过其官员行事;它拥有官员在该国整个国家和国际活动领域所掌握的信息,包括涉及官员所见所闻事件的信息”。就“布拉斯基奇”案,他指出“该案确定的检验标准是,有关材料是否由所提议的证人以国家官员身份所获”。“检察官诉布拉斯基奇”案,案件号 IT-98-33-A,对传票请求书的裁决,沙哈布丁法官的反对意见,2003 年 7 月 1 日,第 15 至 16 段。G. Buzzini 写道:“仍然难以理解的是,就属事豁免而言,对一份要求国家官员作为证人就其在履行职能时所了解的事实提供证据的传票,与一份要求出具官方文件的传票,为什么予以不同的处理”。Buzzini G., 同前,第 468 页,注 79。然而,例如在“检察官诉博加索拉等人”一案中,卢旺达问题国际刑事法庭援引前述“克尔斯蒂奇”案的裁决,在关于作证传票问题的裁决中未加进一步说明地指出:“政府官员不享有传票豁免,即使其证词内容是在履行政府公务过程中所获”,“检察官诉博加索拉等人”案,案件号 ICTR-98-41-T,第一审判分庭,关于对雅克·比奥少校发出传票的请求的裁决,2006 年 7 月 14 日。

¹⁰¹ 见《秘书处备忘录》第 153 段。

¹⁰² “鉴于其职能性质,外交部长在其整个任期内,在国外完全享有刑事管辖豁免权和不可侵犯权。”(着重部分由本人标明——特别报告员)。“逮捕证”案,判决,第 54 段。

辖豁免”。¹⁰³ “逮捕证”案¹⁰⁴ 和“关于刑事互助中的某些问题”案¹⁰⁵ 所涉各方都提到国家官员在国外旅行时享有豁免。这一立场在这两个案件的情况中都是可以理解的。但是，主张豁免权只在官员身处国外时起作用，这在原则上的准确性有多大？

53. 当然，如果官员在国际关系中代表国家，就必须确保外国不能妨碍其行使这一职能。因此，在官员身处国外时，豁免权尤其重要。而且，如果不能免于被外国采取刑事程序措施，官员不在本国时，恰恰也是其最脆弱之时。但是，在官员身处其为之服务或曾为之服务的国家境内时，外国管辖豁免似乎也应有效。由上文所述可看出，豁免是一种基于国家主权的程序性保护，它使国家官员免于被外国采取对其规定某种义务的刑事程序措施。在这一意义上，这种保护为什么只在当事人身处国外时生效，从法律角度而言并不十分清楚。豁免作为一项法律规则，其内容包括行使管辖权的国家有义务不采取(可能也应阻止)因对官员规定义务而妨碍或阻止其履行公务活动的刑事程序措施。不十分清楚的是，为什么只有在官员身处本国境外时，这种义务才生效或可视为被违反。此外，不在国际关系中代表国家或不担任构成这种代表的职务的官员同样也享有豁免。例如，只履行“国内”职能的检察官、法官或其他官员，不也应享有同样的属事豁免，免于被外国签发逮捕证或规定作为刑事案件证人出庭的义务的传票，如同该官员在国外享有的豁免一样吗？对外国官员规定义务的刑事程序措施可能会侵犯该官员所享有的豁免权，从而也侵犯其国家主权，不论此人是在国外还是在本国境内。只要对外国官员采取这类措施，即构成违反不采取这类措施的义务，而并非只是在被采取措施的人身处国外时才构成违反。因此，是否应该废除这种措施、而不是在官员身处国外期间中止这种措施，提出这个问题也是正当的(如果这种措施只是在官员身处国外期间才侵犯其豁免权，中止该措施才会更合乎逻辑)。¹⁰⁶

¹⁰³ 同上，第 51 段，着重部分由作者标明。法院在“关于刑事互助中的某些问题”案(吉布提诉法国)中的判决也引用了这一规定判决，判决，第 170 段。法院没有说其他国家的管辖权，而是说在其他国家“境内”的管辖权。

¹⁰⁴ 例如，见刚果民主共和国的诉状(“逮捕证”案，刚果民主共和国政府提交的诉状)。

¹⁰⁵ 例如，见判决第 164 段，以及法兰西共和国的辩诉状(“吉布提诉法国”案，法兰西共和国的辩诉状)第 4.21 和第 4.34 段。

¹⁰⁶ 在国际法委员会第六十届会议审议该专题期间，G. Gaja 先生谈及官员的第三国管辖豁免问题，表示希望下次的报告对这一问题予以考虑(A/CN.4/SR.2983，第 16 至 17 页)。特别报告员尚不确定是否需要考虑这一问题，因其并不(至少是尚未)认为有理由推定豁免(豁免范围)取决于外国官员是在本国境内还是在第三国境内。需要进一步审议的问题是，豁免是否应以当事人身处(或当事人被指所犯罪行发生在)行使刑事管辖权的国家境内为条件。这一问题今后将予以考虑。

F. 豁免规则是否应有例外？¹⁰⁷

1. 初步考虑的问题

54. 我们提出以下初步考虑的问题。首先，我们在此处理的是基于习惯国际法的豁免例外。毫无疑问的是，可以通过缔结国际条约确定豁免的不适用或例外情况。正如本报告本部分开头所述，豁免是普通习惯国际法中存在的规则。因此，关于习惯国际法中存在豁免例外——即存在甚或有可能出现相应的习惯国际法律规范——的假设必须根据各国的实践和法律确信予以证明。第二，特别报告员依循这样的假定：豁免规则的例外不同于一般的无豁免。例如，对于所有不享有属人豁免的官员（即绝大多数现任和所有前任官员）而言，在以私人身份所施行为中犯下的罪行无外国刑事管辖豁免，这属于正常情况，而不是规则例外。因此，如果已知（已证明）一位前任官员是在以私人身份行事时犯下罪行，那么无豁免是不言而喻、无需证明的。在本专题范围内，豁免例外被视为官员按一般规则享有豁免、但由于某些情况而没有豁免的情形。例如，按一般规则，官员在履行公务行为时所犯罪行应予豁免。但有一种观点认为，如果这些罪行极其严重而且被确认为国际法规定的犯罪，那么就属于无外国管辖豁免。这种情形在本报告中被视为豁免例外。

55. 豁免规则的例外问题主要涉及享有属事豁免的现任和前任官员。普遍的看法是，至少现任高级官员——国家元首、政府首脑和外交部长——所享有对外国刑事管辖的属人豁免不应有例外。在“逮捕证”和“关于刑事互助中的某些问题”两案中，国际法院主张无一例外的所谓绝对属人豁免，¹⁰⁸ 各国法院的判决¹⁰⁹ 以

¹⁰⁷ 见《秘书处备忘录》，第 141 至 153 段，第 180 至 212 段。

¹⁰⁸ “逮捕证”案，判决，第 51、54、56、58 段；“吉布提诉法国”案，判决，第 170、174 段。

¹⁰⁹ “卡扎菲”案，2001 年最高上诉法院的判决公告，第 218 页；“阿里埃勒·沙龙”案，比利时最高法院，2003 年 2 月 12 日判决（见 <http://www.indictsharon.net>）；“Wei Ye 诉江泽民”案，383 F.3d 620, 2004 U.S. App. LEXIS 18944（第七巡回审判区，2004 年 9 月 8 日）；“塔奇欧纳诉美国”（穆加贝案），386 F.3d 205, 2004 U.S. App. LEXIS 20879（第二巡回审判区，2004 年 10 月 6 日），W. v Johannes (Hans) Adam, Furst von Liechtenstein 案，奥地利最高法院，2001 年 2 月 14 日判决；琼斯诉内政部 Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya（沙特阿拉伯王国）案，英国上诉法院 2004 年 10 月 28 日判决，EWCA Civ 1394；琼斯诉内政部 Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya（沙特阿拉伯王国）案，上议院 2006 年 6 月 14 日判决，[2006] UKHL 26；“塔切尔诉穆加贝”案，英国地区法院 2004 年 1 月 14 日判决，“请求对沙乌勒·莫法兹将军签发逮捕证”案，英国地区法院 2004 年 2 月 12 日判决，两案均在目前的案件中被引述，《国际法和比较法季刊》，第 53 卷，第 769 至 774 页。在西班牙和比利时提起的追究菲德尔·卡斯特罗罪行的程序也因确定其豁免权而中止（见 http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/fidel_castro_425.html）。

及国际法学会的决议¹¹⁰也如此主张。这也是理论界的普遍观点。¹¹¹因此，M. Frulli指出，“国家实践一再表明，不能在国家一级减损属人豁免规则”。¹¹²但是，也有一种观点认为，属人豁免规则不能没有例外。¹¹³有多位作者持这种观点。¹¹⁴例如在“逮捕证”一案中，比利时正是基于这一立场诉诸国际法院的。¹¹⁵那些对法院以大多数法官通过的裁决持异议的法官在其意见中支持这一立场，¹¹⁶该案三位法官的联合独立意见也在一定程度上反映这一立场。¹¹⁷

¹¹⁰ “在刑事事项中，国家元首应享有豁免权而免于外国法院对其可能犯有的任何罪行的管辖，无论罪行是否严重”（该案涉及一位在任的国家元首——特别报告员）。国际法学会 2001 年决议，前注 40，第 2 条。“国际法规定的管辖豁免不适用于国际犯罪，但属人豁免除外”（该案涉及代表国家行事的个人的豁免权——特别报告员）。国际法学会 2009 年决议，前注 22，第三条，第 1 段。

¹¹¹ 见《秘书处备忘录》，第 137 段，注 375。A. G. Hamida（“……国家官员在职期间即使犯有国际罪行，也仍然享有属人豁免（个人或身份豁免）……他在整个在职期间都享有不可侵犯权和起诉豁免权”）。A. G. Hamida、K. M. Sein 和 H. A. Kadouf，“豁免与国际犯罪：皮诺切特案和逮捕证案的影响”，《印度国际法学报》，2006 年，第 46 卷，第 4 期，第 511 页。K. Parlett：“毫无争议的是，豁免适用于对享有属人豁免者的诉讼所涉的酷刑”（“酷刑民事诉讼中的豁免权：新出现的例外情况”，《欧洲人权评论》，2006 年，第 1 期，第 60 页）。

¹¹² M. Frulli，属人管辖豁免。载于：《牛津国际刑事司法指南》，A. Cassese 主编，2009 年，第 369 页。

¹¹³ 见《秘书处备忘录》，第 151 段；“普林斯顿普遍管辖权原则”中的第五项原则（“……任何被告人的官职，无论是国家元首、政府首脑还是政府负责官员，均不应使此人免于刑事责任或减轻处罚”）的拟定人如此评论：“实质性的起诉豁免会使国家元首、外交官员和其他官员免于为其以公务身份犯下的国际法规定的严重罪行承担刑事责任。第五项原则否认这种实质性豁免……”见 S. W. Becker 编写的“普林斯顿原则评注”，《普林斯顿普遍管辖权原则》，第 48 页（可查阅：http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf）。但该评注进一步指出，这项原则并不影响“程序性”豁免，国家元首或其他官员在任期间，程序性豁免仍然有效：“根据现有国际法，在任的国家元首、派驻外交官和其他官员在职期间不得因其以公务身份所犯行为受到起诉”，同上，第 49 页。

¹¹⁴ 见《秘书处备忘录》，第 151 段。

¹¹⁵ 比利时在辩诉状中特别指出，“……国家元首或其政府成员如被控犯有国际人道主义法规定的罪行，则不享有豁免，国际上不乏对这一点的佐证”，“逮捕证”案，比利时王国的辩诉状，2001 年 9 月 28 日，第 3.5.13 段。另见“逮捕证”案，判决，第 56 段。

¹¹⁶ 见《秘书处备忘录》，第 149 段。哈苏奈法官在“逮捕证”案的独立意见中指出：“对严重犯罪行为的有效打击可以说具有强制法的特点，这反映了国际社会对它试图保护和促进的重要社会利益和价值的认识。因此，当这一等级较高的规范与豁免规则发生冲突时，应以该规范为准”。“逮捕证”案，判决，哈苏奈法官的反对意见，第 98 页，第 7 段。范登韦恩加尔特法官也采取了强硬立场，她认为“豁免根本不应该适用于国际法规定的犯罪，无论是在国际法庭还是在国家法院”，“逮捕证”案，判决，范登韦恩加尔特法官的反对意见，第 161 页，第 36 段。

¹¹⁷ 同上，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合独立意见。在联合独立意见中，三位法官对法院判决书第 61 段列述的无豁免的情况表示怀疑。特别是，提出意见的作者遗憾地指出：“看来……唯一可信的替代办法……是在嫌疑人不再担任外交部长职务以后，有可能在外国法院提起诉讼”，第 78 段。

2. 例外的理由

56. 豁免例外之所以有必要存在，首先是因为需要保护人权，使其不受最严重和大规模的侵犯，并且需要打击有罪不罚现象。在此讨论的问题是，必须保护整个国际社会的利益，而正是出于这些利益，并出于必须打击常常由国家官员所犯的最严重的国际罪行，有必要在任何拥有管辖权的国家追究他们的罪责。¹¹⁸ 因此，官员所享有的外国刑事管辖豁免应该存在例外。享有属事豁免的现任和前任官员的豁免例外有多方面的理由。主要理由可归结如下。首先，如前所述，有一种观点认为，根据国际法，官员所犯的最严重罪行不能被视为以公务身份所施行为。¹¹⁹ 第二，有人认为，由于官员以公务身份所犯的国际罪行不仅归咎于国家，也归咎于官员本人，因此他在刑事诉讼中不受属事豁免权的保护。¹²⁰ 第三，有人指出，国际法中禁止某些行为并视其为犯罪的强制性规范高于豁免规范，所以豁免对这类犯罪无效。¹²¹ 第四，还有人指出，国际法中产生了一种习惯国际法规范，规定官员犯有国际法规定的严重罪行的案件属于属事豁免例外。¹²² 第五，针对最严重罪行的普遍管辖权的存在与豁免对这类犯罪的无效之间有某种关联。¹²³ 第六，“引渡或起诉”的义务与豁免对这种义务所涉犯罪的无效之间存在类比关系。¹²⁴ 所有这些例外理由都在某些方面相当接近。

¹¹⁸ 例如，见 K. O' Donnell：“一旦离职……一国即应可以追究某一国家元首的国际罪行责任。不应侵犯人权行为的受害者漠然置之，不予补救。理想的情况是，如果在任国家元首知道离职后将不再享有豁免，这足以对其形成威慑，使其避免犯下国际罪行”。同前，第 416 页。

¹¹⁹ 见《秘书处备忘录》，第 191 和 192 段。另见上文注 74。

¹²⁰ 例如，在 2010 年提起的“琼斯诉联合王国”和“米切尔等人诉联合王国”两案中，三个非政府组织——补偿基金、大赦国际和正义组织——在提交欧洲人权法院的呈件中采取了类似的立场。（可查阅：<http://www.interights.org/jones>，第 10 至 17 段）。

¹²¹ 这一视角是建立在“规范等级”理论的基础上，它所依据的观点是：禁止酷刑和其他某些行为的规范属于强制法规范，而国家及其官员的豁免权不具有强制性。例如，见 Bassiouni Ch. “Searching for Peace and Achieving Justice: The Need for Accountability” in *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights: Proceedings of the Siracusa Conference 17–21 September 1998*, sp. ed. Ch. J. Joyner, Association International de droit penal, 1998 (“危害人类罪、灭绝种族罪和战争罪……及酷刑是已上升到强制法层次的国际罪行。因此产生下列职责：有义务引渡或起诉，……以消除直至并包括国家元首在内的上司的豁免权”。第 56 页)。

¹²² 见《秘书处备忘录》，第 197 至 204 段。

¹²³ 见“普林斯顿普遍管辖权原则”第五项原则（可查阅：http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf）。“事实上，无论是现任还是前任官员，如果免于对其以公务身份所犯的国际法规定的罪行承担刑事责任，这种豁免概念与严重侵犯人权行为应受普遍管辖的主张从根本上是相抵触的”，国际法协会，国际人权法和惯例委员会，《关于对严重侵犯人权行为行使普遍管辖权的最后报告》，伦敦会议（2000 年），第 14 页（可查阅：<http://www.ila-hq.org>）。

¹²⁴ 见《秘书处备忘录》，注 26 和第 205 段。

57. 国际法规定的最严重罪行¹²⁵不能被视为以官方身份从事的行为，因此，属事豁免不能阻止外国对此类罪行行使刑事管辖权，这种观点相当普遍。¹²⁶因此，如果遵循这种观点，豁免的保护作用仅仅是不对享有属人豁免的个人(即“三种人”以及可能某些其他高级官员)在其任职期间适用外国刑事管辖权。根据这个观点，其他在职官员和所有前任官员(包括“三种人”)如犯下此种罪行都须接受外国行事管辖。在原则上，国际法院为对其“逮捕证”案的判决作出类似解释保留了可能。法院列举了豁免权不能阻止外国行使刑事管辖权的各种情况，除其他外指出：“一国法院如果拥有国际法规定的管辖权，可以对另一国前外交部长在任期前后实施的行为以及在任期内以个人身份实施的行为进行审判。”¹²⁷这个观点使三位在总体上同意法院判决的法官有理由在其联合独立意见中强调，外交部长离职后仅“官方”行为享有豁免保护，并进一步指出：“法律文献现在越来越多地主张……严重国际罪行不能视为官方行为，因为它们既不是正常国家职能，也不是国家(相对于个人)可以单独行使的职能……。这个观点现在更加突出，因为人们越来越多地认识到，国家动机不是确定是否构成国家公共行为的适当检验方法。这个观点也逐渐体现在国家实践中，见于司法裁定和司法意见。”¹²⁸

¹²⁵ 很难列出这个立场的支持者一般确认为不能视为官方行为的罪行的清单。他们通常谈到属于国际刑事法院管辖范围的罪行——灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪。正如 J. Verhoeven 在其关于学会第十三委员会的豁免权问题《最后报告》(Rapport Definitive)中指出的那样，“困难在于就哪些罪行可以减损豁免权的问题达成一致。委员会倾向于在这个问题上保持相对的模糊。这些罪行肯定是《国际刑事法院规约》规定的罪行(侵略罪、战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪)”。国际法学会，《年鉴》，第 69 卷，2000-2001 年，温哥华会议，2001 年，第 594-595 页。“委员会不愿负责对这些罪行的定义，以便可以按照情况的发展，将目前不属于国际刑事法庭或国际刑事法院管辖范围的不法行为视作严重违反国际法的罪行。”同上，第 615 页。

¹²⁶ 见上文，注 119。

¹²⁷ “逮捕证”案，判决书，第 61 段。着重部分由作者标明。

¹²⁸ 同上，希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官的联合独立意见，第 85 段。三名法官提到 Andrea Bianchi 的文章，“Denying State Immunity to Violators of Human Rights”，46 *Austrian Journ. of Publ. and Int’l Law* (1994)，第 227-228 页、以色列最高法院对 Eichmann 一案的判决，《最高法院判决书》，1992 年 5 月 29 日，36 *I. L. R.*，第 312 页和阿姆斯特丹上诉法院对 Bouterse 一案的判决(*Gerechtshof Amsterdam*，2000 年 11 月 20 日，第 4.2 段)。另外，他们还提到在“皮诺切特一”和“皮诺切特三”两案中发表意见的国家法院法官(分别为 Steyn 和 Nicholls 勋爵、Hutton 以及 Phillips of Worth Matravers 勋爵)的意见。

58. 这个观点是在作出“逮捕证”案判决以前由“皮诺切特一”案主审法官Steyn和Nicholls以及“皮诺切特三”案主审法官Hatton和Phillips提出的。¹²⁹ 2000年阿姆斯特丹上诉法院对Bouterse案的判决书特别指出，“实施此类非常严重的犯罪行为不能被视为国家元首官方职能的一部分”。¹³⁰

59. 同时，如《秘书处备忘录》所证实的那样，这个观点在国家法院和理论界中受到批评。¹³¹ 特别是Goff法官在“皮诺切特三”案中指出，国家元首实施的行为只要不是以私人身份行使的，都不因其非法而丧失其“国家”行为特征，并强

¹²⁹ Steyn 勋爵：“因此，有利于前国家元首的法定豁免权显然不是绝对的。豁免权需要同时具备两个条件：(1) 被告是前国家元首(国际法词汇中的属人)；(2) 他因在行使国家元首职能过程中所实施的官方行为受到指控(属事)。就第二个条件而言，仅涉及官方行为是不够的：此种行为还必须在被告行使国家元首职能期间实施”。“……第二次世界大战以来国际法的发展证明了这样一个结论，即到 1973 年政变时，当然自那时以来，国际法一直谴责(武装冲突期间或和平时期的)灭绝种族、酷刑、劫持人质和危害人类罪，将它们视为应予惩罚的国际罪行。鉴于这种国际法状态，在我看来，很难把实施这种严重罪行视为行使国家元首职能的行为。”“Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席”一案(第 1 号)(下称“皮诺切特一”案)(可查阅：<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino09.htm>)。

Nicholls of Birkenhead 勋爵：“我认为，根据 1978 年法第 20 节规定修改并适用于前国家元首的《维也纳公约》第 39.2 条，倾向于对行使国际法承认属于国家元首职能的行为给予豁免，而无论其国内宪法规定如何。……国际法没有要求给予任何更广泛的豁免权。而且几乎无须指出，对本国国民或外国人实施酷刑不能被国际法视为国家元首的职能。……国际法明确表明，某些类别的行为(包括酷刑和劫持人质)无论由何人所为，都是不能接受的行为。这适用于每个人，更适用于国家元首；如果得出与此相反的结论就是对国际法的嘲弄。”同上。

Hutton 勋爵：“因此，考虑到《禁止酷刑公约》的规定，我认为参议员皮诺切特或智利不能声称在 1988 年 9 月 29 日以后实施的酷刑行为属于国家元首的职能。指控皮诺切特参议员犯下的酷刑行为是在其国家元首职位的幌子下实施的，但是不能将它们视为国际法规定的国家元首职能，因为国际法明确禁止国家在任何情况下将酷刑作为一种可以采取的措施，并规定酷刑属于国际罪行”。“实施酷刑行为不属于国家元首的职能，根据这个观点，我的结论是，皮诺切特参议员不享有豁免权，因此，就此案而言，皮诺切特参议员作为前国家元首享有的豁免权对酷刑行为无效，也不与酷刑行为挂钩。”(“皮诺切特三”案)(可查阅：<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino6.htm>)。

Phillips of Worth Matravers 勋爵：“就 1978 年法第三部分规定前国家元首履行官方职能享有豁免权而言，我认为这些职能的法定解释不包括国际法禁止的犯罪行为。”(“皮诺切特三”案)，同上。

¹³⁰ 见注 539 和《秘书处备忘录》第 191 段。苏里南前领导人被控在 1982 年 12 月对 15 人实施酷刑并将其谋杀。该案评注：L. Zegfeld. Bouterse 案。《荷兰国际法年鉴》，2001 年，第 97-120 页。

¹³¹ 见国家法院判决书清单：《秘书处备忘录》，第 192 段，注 540-545。另见 R. van Alebeek, 前注 51, 第 286ff 页。

调任何性质的犯罪都是这样。¹³² 有些专家对Bouterse案中提及的判决书表示怀疑。¹³³ 专案法官Van den Wyngaert在其关于“逮捕证”案的独立意见中批评国际法院在其豁免权限制清单中指出前外交部长在任职期间以私人身份实施的行为没有豁免权，并指出法院在判决书中“本可而且确实本应补充一点，即战争罪和危害人类罪绝不可能属于这一类别。”¹³⁴ 他进一步强调指出：“国际法规定的一些罪行(如某些灭绝种族和侵略行为)实际上只能通过国家手段和机制及作为国家政策的一部分实施。从这个角度看，这些罪行只能是‘官方’行为。”¹³⁵ 外国官员职能豁免所保护的是他们所服务国家的行为，这个想法“在司法和学术思维中日趋得到反映”，对此持批评态度的作者也承认这个事实。¹³⁶

60. 在这方面还指出，如果不把官员实施的国际法罪行视为可归于该人或前官员所服务的国家的行为，那么就不可能追究国际法规定的该国对这一罪行的责任。¹³⁷ 这个论点合乎逻辑，可能也比较恰当，不过，它是基于权宜考虑，而非以法律为依据。

61. 如果完全从法律角度审视这个情况，就会出现以下考虑。尚不完全清楚犯罪行为的严重性为何造成其归属的改变，无论是出于追究责任的目的还是出于豁免目的。如果作为一般规则把官员实施的非法官方行为归于国家，并继续视之为官方行为，那么为什么最严重的行为不再归于国家并失去其官方特征？相应地，为什么由于指称外国官员实施的行为十分严重，而不再适用国家主权平等原则，给予外国官员属事豁免？当然，不属于政府官员的人员(如非国际性武装冲突期间

¹³² Goff of Chieveley 勋爵：“例如，国家元首的职能属于政府职能，而不是私人行为；国家元首实施不属于私人行为的犯罪行为这一事实不剥夺该行为所具有政府特征。谋杀或酷刑等严重罪行以及较轻的犯罪都是如此。”(“皮诺切特三”案，可查阅：<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>)。“皮诺切特一”案的法官 Slynne 勋爵也指出：“显然，国际法不承认实施酷刑或灭绝种族罪是国家元首的一个具体职能。但是，国家元首在行使职能时实施非法行为并不意味着他不应再被视为正在履行其职能。如果是这样，犯罪行为的豁免权就没有多少内容了。我认为不应为此目的对具有不同程度犯罪和不义性质的行为进行区分。”(“皮诺切特一”案法官 Slynne of Hadley 勋爵，可查阅：<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd981125/pino02.htm>)。

¹³³ “我认为，国家元首以军队指挥官身份向其下属发出的任何命令都不能视为具有“非官方”性质。因此，阿姆斯特丹上诉法院作出的关于 12 月屠杀行为是“非官方”行为因而不属于豁免权要求范围的裁决应予驳回。”，L. Zegfeld. 同前，第 115 页。

¹³⁴ “逮捕证”案，判决书，Van den Wyngaert 法官的反对意见，第 161 页，第 36 段。

¹³⁵ 同上。

¹³⁶ 例见 R. van Alebeek, 前注 51, 第 303-304 页。虽然该作者持有相反的观点。

¹³⁷ 例见 D. S. Koller: “首先，这种行为往往是官方行为，即国家行为者以国家名义实施的行为。……第二，这种法律假设会有效排除国家责任，因为以个人身份实施的行为不再归于国家。”，同前，第 29 页。另见 S. Wirth, “Immunity for Core Crimes? The ICJ’s Judgment in Congo v. Belgium Case”, 《欧洲国际法学报》第 13(2002)877 号, 第 891 页。

非政府当事方的代表)有时也犯下严重国际罪行。但是,在这些情况中并不产生豁免权问题。只有对于国家官员才会产生这个问题。同时,他们一般只有得到国家支持、代表国家行事、动用相关执法机构、发布命令和采取其他办法,才有可能从事大规模非法行为。在这种情况下,断言此类行为属于私人而非官方性质或许看来像是一种人为的而不完全合法的尝试,旨在试图克服官员的外国刑事管辖属事豁免带来的障碍。

62. 另一个理由是,犯罪行为不仅归于国家,也归于实施该行为的官员,因此,属事豁免不适用。¹³⁸ 在这方面可以指出,《初步报告》还表明,将官员以官方身份实施的非法行为归于国家并不排除可将同一行为归于这名官员。¹³⁹ 不过,此类行为的官方性质并未因此而改变。在这方面,尚不完全清楚为什么当一个案件不仅仅涉及非法行为而且涉及到国际法罪行时,这将官员受到的属事豁免保护(实质为国家豁免)排除在外。¹⁴⁰

63. 在职和前任官员实施国际法规定的严重罪行不享有属事豁免的另一个理由,是认为一般国际法强制性规范已将这些非常严重的侵犯人权行为定为犯罪并予以禁止。因此,这种观点的支持者认为,这些强制法规范优先于属事豁免的习惯性处分规范。¹⁴¹ 欧洲人权法院Al-Adsani 案的少数法官尤其持有这种立场。¹⁴² Rosakis法官、Caflish法官、Costa法官、Wildhaber法官、Cabral Barreto法官和Vajic法官在《反对意见》中特别指出:“由于关于禁止酷刑的强制法规则与国家豁免规则的相互作用,国家豁免的程序性障碍自动被解除,因为这些规则与更高等级的规则相冲突,不产生任何法律效果。同样,也不能援引旨在使国家豁免方面的国际规则产生国内效力的国家法律,制造管辖方面的障碍,而必须根据和依照必要的强制法准则解释国内法。”¹⁴³ Millett法官在“皮诺切特三”案中提出大致相同的观点。¹⁴⁴ 在Ferrini案中,意大利最高法院指出,实施国际罪行

¹³⁸ 见前注 120。

¹³⁹ 见《初步报告》第 89 段。

¹⁴⁰ 原则上,如果采用该观点支持者的逻辑,那么官员享有的外国刑事管辖属事豁免就根本不必存在,而且不仅仅是在国际罪行方面,因为官员以官方身份实施的任何非法行为(不仅仅是严重的非法行为)都不仅可归于国家,而且也可归于官员本人。

¹⁴¹ 尽管豁免权所依据的是国际法基本原则之一——国家主权平等原则,但将豁免规范视为国家可以通过彼此间协议而不予遵守的处分规范显然是正确的。

¹⁴² 欧洲人权法院 2001 年 11 月 21 日判决书,Al-Adsani 诉联合王国案(App No. 35763/97), <http://hudoc.echr.coe.int>。

¹⁴³ Al-Adsani 诉联合王国案,同前,Rozakis 和 Caflisch 法官联合 Wildhaber、Costa、Cabral Barreto 和 Vajić 法官的《联合反对意见》,第 3 段(可查阅: <http://hudoc.echr.coe.int>)。

¹⁴⁴ Millett 勋爵:“国际社会创造了一种不可能适用属事豁免的罪行,不能指望国际法一方面规定具有强制性性质的罪行,另一方面却提供与其设法规定的义务具有共同空间的豁免”(“皮诺切特三”案)。

是严重侵犯基本人权和国际社会普遍价值观的行为，这些价值观受到国际法强制性规范的保护，因此国家法院对这些罪行拥有普遍刑事和民事管辖权，这些强制性规范优先于豁免原则。¹⁴⁵ 在Lozano案中，着重审理的是一名美国士兵被指在伊拉克所犯罪行是否享有意大利刑事管辖豁免的问题，最高法院在该案中指出，“正在形成一个习惯规则，即国家豁免不包括国际法规定属于犯罪的行为。支持这一豁免例外的理由是，如果豁免规则与确立国际罪行的规则发生冲突，后者作为强制法规则必须优先”。¹⁴⁶ 这个观点是在理论界提出的，¹⁴⁷ Al-Kasawneh

¹⁴⁵ Ferrini 诉德意志联邦共和国，最高法院，联合开庭，2003年11月6日判决书——2004年3月11日，第5044号，第9、9.1段。此案与欧洲人权法院 Al-Adsani 案一样都涉及国家豁免而非国家官员豁免。同时，法院还考虑了某些其他国家法院对外国官员刑事案件的判决书，认为这表明这些人员的职能豁免在被控犯下国际罪行的情况下无效。意大利最高法院在 Milde 民事案的判决书 (Corte di Cassazione - First Section Judgment 21 October 2008-13 January 2009, n. 1072) 中发展了这个立场。(见 F. Moneta, 国际罪行的国家豁免：提交国际法院的德国诉意大利案，可查阅：www.haguejusportal.net。另见希腊最高法院 Voiotia 区诉德国案，第11/2000号，2000年5月4日，http://www.haguejusticeportal.net/Docs/NLP/Greece/Voiotia_SupremeCourt_4-5-2000.pdf；《美国国际法学报》，第85卷，第198页)。

Bingham of Cornhill 勋爵认为，“Ferrini 案的裁决不能……被视为对一般理解的国际法的准确表述”(Jones 诉 Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (沙特阿拉伯王国)内政部，《上诉法官意见》，2006年6月14日，第22段，可查阅：<http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200506/ldjudgmt/jd060614/jones.pdf>)。

¹⁴⁶ Lozano 诉意大利，《上诉判决书》，案件第31171/2008号。这里使用了牛津国际法报告 ILDC 1085 (IT2008) 引述的判决书英语措辞，可查阅：<http://ildc.oxfordlawreports.com>。在这一判决中，尽管有这样的措辞，但法院确认意大利法院不能对 Lozano 被控犯下的罪行行使管辖权，因为它不是战争罪行，因此所述例外不适用这种情况，外国士兵享有国家代表根据习惯国际法享有的属事豁免权。关于属事豁免，判决书指出(从使用的表述中判断)：“根据普遍存在的法律文献以及国内和国际司法判决普遍接受的公认习惯国际法规则，……国家代表在行使职务时实施的统治权行为享有豁免，因此不受外国民事或刑事管辖。属事豁免规则必须与某些国家官员享有的属人豁免规则相区别，前者仅仅是确立国家就其代表的统治权行为享有外国管辖豁免的习惯国际规则的必然结果。鉴于每个主权国家都可自由决定其内部结构并指定个人作为国家代表行事，因而国家代表实施的行为就是行使国家职能，因此这些行为应归于国家。因此，只能追究国家对此类行为的责任。”同上。

¹⁴⁷ 例见 R. Taylor：“由于酷刑违反强制法规范，因此可能意味着放弃豁免权。强制法规范是国际公认的主权国家行为规则，在国际法中享有最高地位。另一方面，主权豁免来自习惯国际法，不是强制法规范。因此，主权豁免可能不适用违反强制法的人员——实际上，违反强制法可能就意味着放弃豁免”。Taylor R. H. “Pinochet, Confusion, and Justice: the Denial of Immunity in U. S. Courts to Alleged Torturers Who Are Former Heads of State”, Thomas Jefferson Law Review 24 (Fall 2001), 第114页。K. Parlett 这样解释这一立场的依据：“虽然主要论点没有得到普遍接受，但其背后的推理具有一定的有效性。首先，强制法规范的效力不局限于条约，而是延伸到习惯国际法以及国内法律和惯例。其次，为使强制法规范产生适当效力，它必须凌驾于与之相抵触的实质规则乃至阻止其执行的规则之上。就酷刑而言，这意味着强制法禁令不仅凌驾于允许实施酷刑的国内法律之上，而且也凌驾于为阻止实行与规范本身有关的权利而采取的豁免行动之上。豁免规则由于不属于强制法，必须屈从于等级更高的规范的效力”。载于“Immunity in Civil Proceedings for Torture: the Emerging Exception”，《欧洲人权评论》，2006年，第1号，第51页。

法官在“逮捕证”案的《反对意见》中也持有这种观点。¹⁴⁸

64. 然而，欧洲人权法院Al-Adsani案和Kalogeropoulou等人诉希腊和德国案的大多数法官都不同意这个立场。在这方面，Al-Adsani案判决书指出：“尽管国际法禁止酷刑的规定具有特殊性质，但法院无法在国际文书、司法权威或其面前的其他材料中找到任何可靠依据作出这样的结论，即就国际法而言，国家在提出酷刑行为指控的另一国法院中不再享有民事诉讼豁免。”¹⁴⁹ 欧洲人权法院在这些案件中的立场得到了理论界的支持。¹⁵⁰ 同时，还必须铭记，在上述案件中，欧洲人权法院所处理的是国家的民事管辖豁免，而不是国家官员的外国刑事管辖豁免。¹⁵¹ 《秘书处备忘录》指出，“国际法将某些行为定为犯罪的实质性规则与某些情况下阻止外国刑事管辖权起诉该行为的规则相抵触的情况看来可能并非不言而喻”。不过，看来这种情况确实更加明确。将国际罪行定为犯罪的强制性规范属于实体法范围。如上所述，豁免规范具有程序性质，并不影响将有关行为定为犯罪，没有废除此类行为的责任，也没有完全排除对外国官员实施这些行为的刑事管辖权（豁免权仅对某些行为提供保护）。鉴于一方面与豁免有关的规范和另一方面将某些行为定为犯罪或规定其责任的规范涉及不同的问题，属于不同的法

¹⁴⁸ “逮捕证”案，判决书，Al-Khasawneh 法官的反对意见，第 98 页，第 7 段。（“有效打击严重犯罪可以说具有强制法特征，表明国际社会确认它谋求保护和促进的重大共同利益和价值。因此，如果这个等级更高的规范与豁免规则发生冲突，前者应予优先。”）。

¹⁴⁹ Al-Adsani 诉联合王国，欧洲人权法院判决书，2001 年 11 月 21 日，第 61 段。这一立场也反映在 Karogelopoulou 案的判决书中：“但法院认为尚没有确定国际法接受这样一个主张，即如果在一国就危害人类罪对另一国提起民事损害求偿，后者不享有豁免”。

¹⁵⁰ 例见 L. M. Caplan, 下注 152; Markus Rau, After Pinochet: Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations—The Decision of the European Court of Human Rights in the Al-Adsani Case, 3 德国法律年鉴第 6(2002) 号(可查阅: <http://www.germanlawjournal.com>)。

¹⁵¹ 见《秘书处备忘录》，第 195 段。

律领域(分别属于程序法和实体法),因此尽管一个是强制性规范,另一个是处分性规范,但它们几乎不会相互冲突。¹⁵²

65. 大不列颠及北爱尔兰联合王国最高申诉庭在 2006 年的 Jones 案(此案涉及国家及其官员的外国管辖豁免)中,不同意禁止酷刑的强制性规范优先于关于外国豁免的规范。¹⁵³ 在该案中, Hoffmann 勋爵特别指出:“绝对法即禁止酷刑。……要证明与国家豁免相抵触,就必须显示禁止酷刑已经产生了一项附属的程序规则,该规则作为国家豁免的例外,使各国有权或可能要求各国在提出酷刑指控的案件中对其他国家行使民事管辖。这样一项规则或许是可取的,而且由于国际法的变化,可能已经发展形成。但是,与 *Al-Adsani* 案中的少数主张相反,它并非为禁止酷刑所导致。”¹⁵⁴

66. 德国认为, *Ferrini* 案中对它的判决,以及其他意大利法院的若干同类裁决,为意大利侵犯其豁免权的行为,因而不符合国际法,并向国际法院提出上诉。德国在向国际法院提交的上诉申请中除其他外指出:“在 *Ferrini* 案及后来的案子中,上诉法院公开承认并未采用现行的国际法,而是希望发展法律,其依据的是‘正在形成的’规则,但该规则并非作为一项实在国际法规范而存在。该法院通过自己的阐述,承认了它由于自己对管辖豁免的限制性解释,即扩大意大利的管辖权,侵犯了德国源于主权平等基本原则的权利。”¹⁵⁵ 加拿大安大略省高级法院在 2002

¹⁵² 例如, A. Zimmermann 在这方面指出,“将这两个问题视为涉及彼此没有互动的两类不同规则似乎更适合。” A. Zimmermann, *Sovereign immunity and violations of international jus cogens—some critical remarks*, 16 密歇根国际法学报第 433 和 438(1995)号。这里也许还应该比拟提及国际法院在其东帝汶案判决书中提出的意见。就此案而言,葡萄牙除其他外主张,“指称澳大利亚违反的权利是普遍适用的权利,因此葡萄牙可以单独要求该国尊重这些权利,无论另一国是否已经以类似的非法方式行事。”对此,法院指出:“法院认为,规范的普遍性和同意管辖的规则是两回事。无论援引的义务性质如何,法院都无法就国家行为的合法性作出裁决,因为其判决可能意味着对非本案当事方的另一国的行为是否合法作出评价。如果情况是这样,即使有关权利是一项普遍适用的权利,法院也不能采取任何行动。”东帝汶(葡萄牙诉澳大利亚)案,判决书,《1995 年国际法院案例汇编》,第 29 段。B. Stern 在同一个上下文中提到国际法院的这个意见。见 B. Stern, 前注 70, 第 546-547 页。L. M. Caplan 也对“规范等级”理论提出批评,但基调有所不同,他指出:“基本上,人权规范和国家豁免规范虽然相辅相成,但适用于国际法律秩序中不同的专门方面。一方面,人权规范保护的是个人“不受国家干涉和政府滥用权力影响的不可剥夺和法律上可实行的权利”。另一方面,国家豁免规范使国家官员能够“有效履行公共职能,……确保有序开展国际关系。为了说明国际法规范的冲突,规范等级理论必须证明存在禁止豁免外国侵犯人权行为的强制法规范。然而,规范等级理论没有提出此类强制性规范的证据”。L. M. Caplan, *State Immunity, Human Rights, and Jus Cogens: a Critique of the Normative Hierarchy Theory*, 《美国国际法学报》,第 97(2003)741 卷,第 772 页。

¹⁵³ *Jones 诉 Al-Mamlaka Al-Arabia as Saudiya*(沙特阿拉伯王国)内政部案,上议院判决书 14.06.2006, [2006]UKHL 26。

¹⁵⁴ 同上, Hoffmann 勋爵,第 44 至 45 段。

¹⁵⁵ 管辖豁免案(德意志联邦共和国诉意大利共和国),德意志联邦共和国的申请书,2008 年,第 13 段,可查阅: www.icj-cij.org。

年*Bouzari*案的判决中表示，“对国家法院和国际法庭的裁决以及国家关于主权豁免的立法的审查显示，并没有任何习惯国际法原则规定在管辖地以外实施酷刑、甚至违反绝对法的行为的情况下国家豁免的例外。实际上，这些来源和其他来源所显示的国家实践的证据，导致以下结论：存在一项现行的习惯国际法规则，它规定对在法院地国以外实施的酷刑行为的国家豁免”。¹⁵⁶ 另外，在*Ferrini*和*Bouzari*两案中，法院行使了民事管辖权。由此，在*Bouzari*案中区分了涉及外国管辖豁免的情况与涉及酷刑罪的情况，视行使民事还是刑事管辖权而定。上诉法院在第一个案子中坚持国家豁免，指出可追究个人对在国外实施的酷刑的刑事责任，而不使某个国家受制于另一国家的管辖权。¹⁵⁷ 这一判决为以下推定提供了明确的依据，即可以根据以下因素在加拿大起诉一名实施酷刑的外国官员：加拿大根据 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》所承担的义务，或(尽管是高度假设)酷刑不能被视为一种国家功能的事实，但绝不是根据存在一项优先于关于豁免的处分规范的国际法习惯强制性规范。¹⁵⁸ 由此引起的问题是，是否可以原则上认定：绝对法规范对严重国际犯罪的禁止给豁免造成的后果，会因行使何种管辖权(民事或刑事)而不同。实践或逻辑看来均未显示这种后果会有不同。¹⁵⁹

67. 在所审议的豁免例外的理由方面出现了另外一个问题。如果将某些行为定为刑事罪并加以禁止的规范由于是绝对法规范而优先于国家和(或)官员的豁免，那么为什么只是优先于属事豁免？属人豁免也是处分性的。¹⁶⁰ 可以合乎逻辑地认定，它也会由于与之冲突的强制性规范的效力而失效。然而，甚至主张在涉及严

¹⁵⁶ *Bouzari* 诉伊朗[2002] O. J. No. 1624, 安大略省高级法院, 判决书, 第 63 段(可查阅: www.haguejusticeportal.net)。安大略省上诉法院于 2004 年维持这一判决。*Bouzari* 诉伊朗[2004], 安大略省上诉法院, 判决书, 第 95 段(可查阅: <http://www.canlii.org>)。该案的主题变成因在伊朗境内对其公民实施酷刑造成的损害而对伊朗提出的民事索偿。

¹⁵⁷ *Bouzari* 诉伊朗[2004], 安大略省上诉法院, 判决书, 第 91、93 段。

¹⁵⁸ 特别见上诉法院判决书第 69 至 81、第 89 至 91 段, 同上。

¹⁵⁹ 两类管辖的性质相同——即一国行使特权。如果一项强制性规范优先于豁免, 对哪类管辖(民事还是刑事)享有豁免的问题就毫无意义。反之亦然。由于有时所行使的两类管辖权非常相近, 例如在刑事案范围内提出和审议民事诉讼, 则更是如此。

¹⁶⁰ 还可能看到这种主张, 即现任国家元首的豁免(即属人豁免)是强制性的(例如下文参考中所提 Hope 勋爵的意见), 但这种主张难以赞同。似乎各国当然可以缔结一项国际协定, 其现任国家元首据此协定将不享有该协定任何缔约国的刑事管辖豁免。好像没有任何依据可认定这种协定将是无效的。见国际法学会 2001 年决议第 8 条(1)款, 前注 40: “各国可经协定, 在它认为适当的程度上克减赋予其国家元首的不可侵犯性、管辖豁免和执行措施豁免。”

重国际犯罪的情况下撇开属事豁免者，通常也不想走此“极端”，不对最高级别现职官员属人豁免的有效性提出争辩。¹⁶¹

68. 属事豁免例外的另一个理由是认为已经发展形成一条国际法习惯规范，按照这一规范，这种豁免在一名官员实施了国际法规定的严重罪行情况下不起作用。¹⁶² 为证实这种规范的存在援引了国际刑事法庭、首先是纽伦堡和东京国际法庭的组织章程和判决书规定¹⁶³ 以及将灭绝种族和种族隔离等行为定为刑事罪的国际条约。《秘书处备忘录》相当详细地阐述了这些论点。¹⁶⁴ 比利时也在国际法院审理“逮捕证”案时加以援引。¹⁶⁵ 众所周知，国际法院确认其存在，但不同意这些

¹⁶¹ 在这方面，B. Stern 的一篇文章中的下面一节是很有意义的：“另一项调查涉及现任国家元首的身份，对他们在刑事事项上的绝对豁免作了重申。如果针对前国家元首采取的解决办法是基于优先于对罪行给予豁免的规则禁止此类罪行的规则的强制性性质，就很难理解为什么这一解决办法不能同样适用于现任国家元首，除非他们的绝对豁免也被视为强制法规则，而这一点远不明确。不过，这却是 Hope 勋爵在第二项裁定中采取的立场[皮诺切特案——特别报告员]，因为他援引‘现任国家元首所享有的豁免的强制性性质’正是为了说明，现任国家元首的豁免在各级规范中占有很高等级，不可轻易剥夺。”

“但相反的论点也可能成立，而且已经有人认为，由于前国家元首的某些行为已被取消豁免，不明白为什么现任国家元首的豁免就不能取消。当然，消除有罪不罚必须予以鼓励，但并非不惜一切代价。一些非政府组织要求下一阶段准许向无论哪个行使普遍管辖的国家司法机关起诉现任国家元首，我个人认为这个阶段不可冒然推进。例如，2000年9月21日贝尔格莱德一家法院因北约在南斯拉夫的行动而判处比尔·克林顿、托尼·布莱尔和雅克·希拉克等14名西方领导人有期徒刑20年，就显示出一些可能产生的相反效果，这条路或许已经开得太宽。”B. Stern, 前注70，第525-526页。

¹⁶² 见《秘书处备忘录》，第197至204段。意大利上诉法院本身在先前所述的判决中也提到一项规定属事豁免例外的习惯规则，但含义较为狭窄——所讨论的是在法院看来是一项国际法习惯规则的形成，根据这一规则，禁止国际犯罪的强制性规范优先于属事豁免。

¹⁶³ 在这方面所引述的国际法庭比较近期的判决中，前南问题国际法庭在布拉斯基奇案的判决中特别指出，国际法关于国家官员职能豁免的习惯规范的例外“产生于国际刑法中禁止战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的规范。根据这些规范，对此类罪行负有责任者不能援引国家或国际管辖豁免，即使他们是在以公务身份行事时犯下此类罪行。”检察官诉布拉斯基奇，案件号：IT-95-14，上诉分庭关于克罗地亚共和国关于复核1997年7月18日审判分庭所作裁决的请求的判决（发出携带证件到庭作证的传票），1997年10月29日，第41段（可查阅：<http://www.icty.org/case/blaskic/4>）。该裁决并未指出国际法中已形成规定属事豁免例外的习惯规范，也未提出任何关于为什么存在例外的解释。如果要推测法庭的这条意见与哪条理由最接近，那么或许是上文所考虑的理由，根据这一理由，判决书中提及的禁止犯罪的规范属绝对法性质。否则，从该判决书中很难看出它们为什么优先于豁免。

¹⁶⁴ 见《秘书处备忘录》，第197至204段。

¹⁶⁵ 见“逮捕证”案，比利时的辩诉状，第3.5.13及之后各段。值得注意的是，比利时一方在辩诉状第3.5.84段中，针对可能提出的反对，实质上将适用它所表明的例外规范在属事豁免和属人豁免方面的后果等同看待，从而在此意义上采取了激进的立场（“在1999年3月24日[皮诺切特三案——特别报告员]的判决中，……其他法官……在认为皮诺切特不受益于属事豁免的同时，却保留了属人豁免即当政国家元首的豁免的立论。在比利时，由于上文所回顾的关于违反国际人道主义法犯罪的豁免免除的国际规则，这种保留没有任何依据，因为该规则根本不区分属事豁免和属人豁免。”）。

论点适用于现任外交部长(和其他享受此种豁免的官员)的属人豁免、¹⁶⁶ 或适用于前任官员的属事豁免。¹⁶⁷ 然而, 存在上述习惯规范的想法不断被提出来。除了那些已列举的论点外, 对其有利的主要论点之一, 就是援引范围广泛的国家法院判决, 而这种观点的支持者认为, 这些判决就是证据, 说明豁免并非是对外国官员行使刑事管辖权的障碍。作为这一立场的最近阐述之一, 我们引用三个非政府组织——矫正基金、大赦国际和国际人权法律保护中心——在 *Jones* 诉联合王国及 *Mitchell* 和他人诉联合王国案中向欧洲人权法院提交的呈件。¹⁶⁸ 这些呈件中中提到了一些支持所述观点的国家法院的判决。具体而言, 这些判决涉及到国家对在第二次世界大战期间实施犯罪的外国官员的刑事起诉、皮诺切特案及在法国、意大利、荷兰、西班牙、瑞典、塞内加尔和美利坚合众国起诉外国官员的案子。¹⁶⁹ 为了评估这些判决在何种程度上可被视为显示了所指习惯国际法规范的存在, 需要更详细地研究这些判决, 并研究有关国家在其中某些判决之后的反应。

69. 呈件中提到的“数以千计因在第二次世界大战期间实施犯罪而遭到起诉的前轴心国官员”,¹⁷⁰ 依照“纽伦堡法律”受到惩罚(众所周知,《纽伦堡法庭宪章》第 7 条指出,“被告不论是作为国家元首还是作为政府部门的负责官员, 其官职不能成为免除其责任或减轻惩罚的理由”。¹⁷¹ 《东京法庭宪章》和管制委员会第 10 号法令载有相似的规定),¹⁷² 由此通过的国内法亦如此。特别报告员了解到的关于对第二次世界大战期间实施战争罪和危害人类罪的官员的刑事诉讼的资料, 并未提供证据说明这些人所效力的国家坚称他们作为前官员而享有外国刑事管辖豁免。¹⁷³ 这一点可以看作是行使管辖权的国家与这些人所效力的国家之间达成以下一般性协议的证据: 即对轴心国官员所实施的特定犯罪不适用豁免。然

¹⁶⁶ “逮捕证”案, 判决书, 第 58 段。

¹⁶⁷ 同上, 第 61 段。当然, 国际法院也知道上文所指前南问题国际法庭在布拉斯基奇案中的判决(见注 163)。

¹⁶⁸ *Jones* 诉联合王国案(申请号: 34356/06), *Mitchell* 和他人诉联合王国案(申请号: 40528/06), 2010 年 1 月 14 日和 25 日矫正基金、大赦国际、国际人权法律保护中心和正义组织向法院提交的书面意见, 可查阅: <http://www.interights.org/jones>, references 40 and 41)。

¹⁶⁹ 同上, 第 18 至 21 段。

¹⁷⁰ 同上, 注 37。

¹⁷¹ 《国际军事法庭宪章》, 1945 年 8 月 8 日(可查阅: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imtconst.asp>)。

¹⁷² 管制委员会第 10 号法令, 1945 年 12 月 20 日(可查阅: <http://avalon.law.yale.edu/imt/imt10.asp>)。《远东国际军事法庭宪章》(可查阅: http://www.unifi.it/off_form/allegati/uploaded_files/2009/200011/B009965/Tokyo%20Statute.pdf)。

¹⁷³ 豁免问题作为 *Eichmann* 案中的一条辩护理由提出。然而, 此处涉及的豁免不是官员的豁免, 而是源于 A. Eichmann 作为逃犯身处阿根廷, 但其行为不属于正式引渡法范围(考虑到“特定原则”的“在逃犯的豁免”)。见 <http://www.nizkor.org/ftp.cgi/people/e/eichmann.adolf/transcripts/Judgment>。

而，这似乎尚未证实存在一项有关其他官员在第二次世界大战后实施的这类罪行没有外国刑事管辖豁免的国际法一般习惯规范：¹⁷⁴

(a) 2008年在法国的*Ben Said*(一位前突尼斯领馆雇员)案中，没有证据显示考虑到他的属事豁免(他身为警务专员被指实施了酷刑罪行)。判决在缺席情况下做出，没有任何实际后果；¹⁷⁵

(b) 2000-2001年期间意大利起诉被指控谋杀和绑架意大利公民的包括G. Suarez将军在内的7名前阿根廷军人的案子，涉及到“肮脏战争”时期。阿根廷并未通过要求豁免而请求意大利不要对这些人行使刑事管辖。¹⁷⁶ 已知阿根廷也计划在自己的管辖下审判参与“肮脏战争”的军人，对此已援引了有关大赦的相关法律，但在这些人的案子中，现在的问题是优先管辖权，而不是豁免；¹⁷⁷

(c) 2008年在荷兰审理的阿富汗前情报局长兼前国家安全部副部长(军事情报局局长KhAD-e-Nezami)的案子，¹⁷⁸ 确实触及到豁免的问题(对他的指控涉及战争罪)。¹⁷⁹ 然而，必须铭记的是，被告人是在1980年代阿富汗境内的军事行动中实施了这些罪行，而阿富汗现政府没有主张其豁免。本报告已谈到西班牙的Scilingo案(阿根廷前海军军官Adolfo Scilingo的定罪)。¹⁸⁰ 此处可谈及阿根

¹⁷⁴ R. van Alebeek 写道：“一些国家在第二次世界大战后颁布的立法仅限于在这场战争中实施的犯罪，并未赋予法院审理在国外实施的违反国际法犯罪的普遍管辖权。国家法院只是在屈指可数的几个案子中实际行使了普遍管辖权，这些审判(如以色列的Eichmann案、法国的Barbie案、加拿大的Finta案和澳大利亚的Polyukhovich案)都涉及到纳粹罪行。” R. van Alebeek, 前注51, 第279页。

¹⁷⁵ 见《审判观察》中Khaled Ben Said的文章(http://www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/khaled_ben-said_449.html)。

¹⁷⁶ 见“Disappeared, but not forgotten”, Guardian.co.uk, 2006年6月15日(<http://www.guardian.co.uk/world/2006/jun/15/worlddispatch.argentina>)。

¹⁷⁷ 例见《Argentina holds 'Dirty War' trial》, BBC News, 2006年6月21日(<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/5099028.stm>)。

¹⁷⁸ LJN:BG1476, Hoge Raad, 07/10063 (E), 上诉裁决及英文译文——<http://zoeken.rechtspraak.nl/resultpage.aspx?snelzoeken=true&searchtype=ljn&ljn=bg1476>)。

¹⁷⁹ 辩方的上诉除其他外指出，法院“未能(自行)认定起诉因缺乏管辖权而不可受理，因为被告当时作为阿富汗的当权者享有豁免[第7.1段]”。荷兰最高法院对此的答复为：“光是由于下列原因，上诉理由便不成立：被告无论是以其阿富汗前国家情报部门负责人还是国家安全部副部长的身份，均不享有上文第6.6段所述管辖豁免[6.6段中除其他外指出：“尽管[荷兰]《刑法》第8条确实规定荷兰关于管辖权的规定适用性受国际法所承认的例外的限制，但这不过是对源于国际法的管辖豁免的法律承认。]。[第7.2段]”同上。

¹⁸⁰ 见上文第16段。

廷放弃豁免的问题。¹⁸¹

70. 就三个非政府组织给欧洲人权法院的呈件在这方面提到的逮捕证¹⁸²而言，可注意到以下情况：

(a) 法国和西班牙对一批卢旺达高级官员发出的逮捕证，引起了卢旺达和非洲联盟的抗议。尤其是非洲联盟第十一届首脑会议的一项决定宣布，这些事态侵犯了卢旺达的主权和领土不可侵犯性，是对普遍管辖权的滥用。¹⁸³ 2006年11月，卢旺达因这一事件而与法国断绝外交关系，直到2009年11月才恢复，¹⁸⁴并威胁作为回应要对法国公民采取法院行动。¹⁸⁵与此同时，这些事态只是导致了国家间关系的紧张，¹⁸⁶而各方正试图加以缓和(法国总统萨科齐在2010年2月正式访问卢旺达期间的讲话即为证据)。¹⁸⁷非政府组织呈件中提到的法国诉卢旺达总统首席礼宾官Rose Kabuye的案子，¹⁸⁸已经停止；¹⁸⁹

¹⁸¹ “阿根廷人权秘书 Eduardo Duhalde 在与国际新闻通讯社的访谈中说，西班牙法院拥有审判因灭绝种族罪和酷刑而在西班牙受审的阿根廷前海军上尉 Adolfo Scilingo 的管辖权”，见《阿根廷承认西班牙审判侵犯人权者的管辖权》一文，国际新闻通讯社，2005年4月18日，(<http://ipsnews.net>)。

¹⁸² *Jones 诉联合王国案*(申请号: 34356/06), *Mitchell 和其他人诉联合王国案*(申请号: 40528/06), 2010年1月14日和25日矫正基金、大赦国际、国际人权法律保护中心和正义组织向法院提交的书面意见，可查阅：<http://www.interights.org/jones>, 参考41)。

¹⁸³ “普遍管辖权原则的政治性质及一些非非洲国家的法官对非洲、特别是卢旺达的领导人滥用这种原则的行为，明显侵犯了这些国家的主权和领土完整”，关于委员会有关滥用普遍管辖权问题的报告的决定 Assembly/AU/14(XI)号文件，第5段(三)(Assembly/AU/Dec. 199(XI)，可查阅：<http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/2008/june/summit/summit.htm#>)。可以认定，这种情况成为非洲联盟和欧洲联盟之间开展关于普遍管辖权的讨论的原因之一。

另见“African Presidents Condemn Western Indictments”，Radio Nederland Wereldroep 02.07.2008 (<http://static.mw.nl/migratie/www.mw.nl/internationaljustice/specials/Universal/080702-rwanda-redirceted>)。

¹⁸⁴ 见《On Visit to Rwanda, Sarkozy Admits ‘Grave Errors’ in 1994 Genocide》，纽约时报，25.02.2010(<http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>)。

¹⁸⁵ 《Rwandan president Kagame threatens French nationals with arrest》，guardian.co.uk, 12.11.2008 (<http://www.guardian.co.uk/world/2008/nov/12/rwanda-france>)。

¹⁸⁶ 见 <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>; <http://hungryoftruth.blogspot.com/2009/10/smear-against-rwanda-unfounded-spanish.html>, http://www.expatica.com/be/news/community_focus/Rwanda-and-Spain-discuss-genocide-warrants_57334.html。

¹⁸⁷ <http://www.nytimes.com/2010/02/26/world/europe/26france.html>。

¹⁸⁸ *Jones 诉联合王国案*(申请号: 34356/06), *Mitchell 和其他人诉联合王国案*(申请号: 40528/06), 2010年1月14日和25日矫正基金、大赦国际、国际人权法律保护中心和正义组织向法院提交的书面意见，可查阅 <http://www.interights.org/jones>, 参考47)。

¹⁸⁹ 见上文注19。

(b) 西班牙向被控实施国际法所定严重罪行的阿根廷、危地马拉和其他国家的前官员发出的逮捕证¹⁹⁰的执行工作，碰到了管辖权相互冲突的复杂情况而不是豁免问题；

(c) 瑞典的逮捕证涉及到阿根廷人A. Astiz,他是阿根廷的前军事情报上尉，被控在“肮脏战争”期间实施犯罪，在法国被判无期徒刑。¹⁹¹ 阿根廷拒绝将其交给法国¹⁹² 或瑞典。¹⁹³ 阿根廷打算独立审判此人，在该案中不考虑豁免的问题。就涉及“肮脏战争”时期以来的犯罪的案子而言，整体来看尽管试图在各国审理这些案子，但原则问题始终是优先管辖权的问题；¹⁹⁴

(d) 非政府组织呈件中提到的美利坚合众国的 Alvarez 案(Sosa 诉 Alvarez-Machain)不涉及外国官员的豁免问题，在上文所述(第 16 段)塞内加尔的 Hissein Habré案中，放弃了豁免。

71. 所引用的三个非政府组织向欧洲人权法院提出的呈件中中提到的一些刑事案件的分析结果，自然远非全面彻底。然而，它们确实为以下实质性怀疑提供了理由：这些案子是否证实存在一种确定属事豁免例外的习惯国际法规范(结合直接主张豁免的国家法院和执法机构的裁决以及有关国家的反应，则更为如此)。相反，它们证实了对国际法所定某些罪行行使普遍或域外国家刑事管辖权的意图，以及这些意图远非总是有成效的事实。

72. 然而，另一种观点认为，在那些相关罪行属外国对其行使普遍或类似域外国家刑事管辖权的罪行的案子中，一名官员的属事豁免不起作用。¹⁹⁵ 不存在任何普遍承认的普遍管辖权的定义。就本报告的目的而言，没有必要研究和界定何为普遍国家刑事管辖权，并确定它是否不同于域外国家管辖权以及有何不同。以理论界或非政府组织文件中现有的定义之一为依据，似乎就够了。例如，在 2005 年的决议中，国际法学会提出以下定义：“刑事事项上的普遍管辖权作为管辖权的另一理由，指的是一国有权起诉被指控的罪犯，如果罪名成立，并加以惩罚，

¹⁹⁰ “西班牙法院向阿根廷、智利、危地马拉的现任和前任官员发出逮捕证，Audiencia Nacional, Juzgado Central de Instruccion Uno, D. Previas 331/1999 (2008)”，注 41。

¹⁹¹ 见维基百科 Alfredo Astiz (http://en.wikipedia.org/wiki/Alfredo_Astiz)。

¹⁹² 见《Argentina rejects French Astiz bid》,BBC News, 21.09.2003 (<http://news.bbc.co.uk/2/hi/americas/3126260.stm>)。

¹⁹³ 见« Astiz Freed: Extradition bid fails », MercoPress, 29.01.2002 (<http://en.mercoPress.com/2002/01/29/astiz-freed-extradition-bid-fails>)。

¹⁹⁴ 一个引人注意的例子是在西班牙审理的阿根廷军官 Ricardo Cavallo 案(他被控犯有灭绝种族罪和恐怖主义罪)。他于 2008 年 3 月 31 日被移交给阿根廷，见 www.trial-ch.org/en/trial-watch/profile/db/legal-procedures/ricardo-miguel_cavallo_48.html。

¹⁹⁵ 见《秘书处备忘录》，第 205 至 207 段。

不论犯罪实施地点为何地，也不论有无任何主动或被动国籍联系，或国际法公认的其他管辖权理由。”¹⁹⁶ 决议同时指出，普遍刑事管辖权的主要依据是习惯国际法，对国际法所定的如灭绝种族罪、危害人类罪、严重违反国际人道主义法等国际犯罪行为行使，除非另外达成协定。¹⁹⁷ 因此，有关罪行与那些引用其他属事豁免例外理由的罪行一样。

73. 一种观点特别指出，对最严重国际犯罪的普遍或域外管辖权与官员的外国刑事管辖豁免之间相互抵触。Phillips、Brown-Wilkinson和Hope勋爵在皮诺切特三案中谈到这一点(其中的问题是依据1984年《酷刑公约》的管辖权)。¹⁹⁸ 在理论界中出现了这种观点。¹⁹⁹ 它还见于国际法协会2000年编写的《关于对严重侵犯人权犯罪行为行使普遍管辖权的最后报告》。其中特别指出“看来无论是前任还是现任官员以公务身份实施违反国际法犯罪的刑事责任豁免概念，从根本上讲，与应对严重侵犯人权罪行适用普遍管辖权这一主张相抵触”。²⁰⁰ (我们要就所引用的协会报告中的规定指出，问题也不是与刑事责任豁免有关，因为根本就没有任何这种责任。如前所述，豁免仅仅是对某些刑事程序措施的程序障碍。)

74. 乍看之下，就严重国际罪行而言，行使普遍管辖权的可能性体现在许多国家的立法之中。与此同时，仔细的审视却往往显示这是不完全的普遍管辖权，因为

¹⁹⁶ 国际法学会，Krakow会议，2005年，第十七委员会，对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的普遍刑事管辖权，决议，第1段，可查阅www.idi-il.org。2009年，非洲联盟和欧洲联盟的专家们提出以下定义：“普遍刑事管辖权指一国宣明对另一国国民被指在另一国领土上对另一国国民实施的犯罪的管辖权，被指控的犯罪不构成对宣明管辖权的国家的重要利益的直接威胁。换言之，普遍管辖权相当于一国在被指控犯罪实施时属地原则、国籍、被动属人原则或保护原则的传统联系无一存在的情况下要求对犯罪提出起诉。”非洲联盟-欧洲联盟专家报告，前注14，第8段。

¹⁹⁷ 见2005年国际法学会决议，第2、3(a)段，上文脚注196。前述非洲联盟和欧洲联盟专家的报告还讨论了对同样犯罪和海盗行为实施普遍刑事管辖权的问题。非洲联盟-欧洲联盟专家报告，第9段。F. Jessberger指出，“可依据普遍性原则起诉的犯罪的范围，至少从理论上来说，远远超过那些国际法所定的核心犯罪”。F. Jessberger, *Universal jurisdiction*, in *The Oxford companion to international criminal justice*, Editor-in chief A. Cassese, 2009, 第556页，同上，第558页，见关于普遍管辖权的文献的不完全清单。

¹⁹⁸ 见《秘书处备忘录》，第205段，注590。

¹⁹⁹ 同上，注593。

²⁰⁰ 关于对严重侵犯人权犯罪行为行使普遍管辖权的最后报告，国际法协会，国际人权法和惯例委员会，伦敦会议(2000)，第14页(可查阅：<http://www.ila-hq.org>)。

为了行使这种管辖权，需要某种与行使管辖权国家的关联。²⁰¹ 具体而言，通过此种立法是为了执行《国际刑事法院规约》和(或)确保互补性原则的应用。诚然，也存在着极少数这些立法直接否认外国官员豁免权的情况。²⁰² (出现的问题是，这些否认豁免权的立法在何种程度上符合国际法。)²⁰³ 虽然并非在所有情况下都如此，但这种拒绝豁免的立法却经受了实践的检验。例如在比利时，为顾及依国际法而存在的外国官员豁免权，这一法律特地作了修改。官员依国际法而拥有的豁免权是行使普遍刑事管辖权的一个障碍，不仅在比利时的法律下如此，而且在其他若干国家的法律之下也是如此。²⁰⁴

75. 以上审议的是行使普遍或域外管辖权而产生的若干国内刑事案例，援引这些案例是为了支持这样一种观点，那就是：存在着规定了豁免例外的国际法习惯规范。《非洲联盟-欧洲联盟特设技术专家组关于普遍管辖权原则的报告》提到了一系列对外国官员行使普遍刑事管辖权的案例。²⁰⁵ 这些案例中的一些人享有属人

²⁰¹ 例如，关于非洲联盟成员国和欧洲联盟成员国规定普遍刑事管辖权及其限制的立法，见《非洲联盟-欧洲联盟专家报告》第 16-18 段和第 22-25 段。K. Ambos 在提及马克斯·普朗克外国和国际刑法研究所的研究(见 *Nationale Strafverfolgung Völkerrechtlicher Verbrechen* (Albin Eser et al. Eds., 2003-2006)) 时指出，“基于普遍管辖权的域外管辖权‘实际上总是受到这样或那样的限制。’它要么依赖于起诉的国际(基于条约的)责任(在奥地利、白俄罗斯、中国、克罗地亚、英格兰和威尔士、埃斯特兰爱沙尼亚、波兰、希腊、俄罗斯)，要么依赖于嫌疑人在法院地国的存在(加拿大、克罗地亚、塞尔维亚[、黑山]、西班牙、荷兰、瑞士、美国)。只有在特殊情况下，普遍管辖权才适用于所有的国际核心罪行(澳大利亚、德国、斯洛文尼亚)或其中的一些罪行(芬兰、意大利、以色列、瑞典)。” K. Ambos., *Prosecuting Guantanamo in Europe: Can and Shall the Masterminds of the“Torture Memos”Be held Criminally Responsible on the Basis of Universal Jurisdiction?* 42 *Case W. Res. J.Int'l L.*, 2009, p. 445-446, fn. 230.

²⁰² 《非洲联盟-欧洲联盟专家报告》(前注 14)第 17 段至少提到了非洲 3 个这样的国家——刚果(金)、尼日尔和南非。特别报告员没有关于应用这一立法的案例和有关国家对其反应的资料。

比利时 1999 年《关于惩治严重违反国际人道主义法行为的法律》所载第 5(3)条规定：“一人的官方身份所带来的豁免不防止本法的适用”。但是，2003 年，在国际法院就逮捕证案作出判决后，该法被修改。新的第 5(3)条规定：“一人的官方身份所带来的国际豁免在国际法规定的限制范围内不防止本法的适用”。(见 Pierre d'Argent, *Les nouvelles règles en matière d'immunités selon la loi du 5 aout 2003*, <http://www.law.kuleuven.be/jura/art/40nl/dargent.html>)。同年，这一法律也被修改，其规定被列入比利时《刑事和刑事诉讼法》，后者第 1 条之二载有关于豁免的下述规定：“根据国际法，下列人员不在可被起诉之列：现任外国国家元首、政府首脑和外交部长以及国际法承认其豁免权的其他人员，即根据对比利时有约束力的条约拥有全部或部分豁免权的人员。”(可查阅：<http://www.ejustice.just.fgov.be>)。

²⁰³ 见前注。

²⁰⁴ 《非洲联盟-欧洲联盟专家报告》，第 18 和 25 段。范围除其他外涵盖国际刑院管辖权所涉罪行的 2002 年《欧洲逮捕令》也载有一项关于特权和豁免以及放弃这些特权和豁免的条款。2002 年 6 月 13 日《理事会关于〈欧洲逮捕令〉和成员国之间移交程序的框架决定》(2002. 584/JHA)，第 20 条。可查阅：<http://www.eur-lex.europa.eu>。俄罗斯联邦的立法也直接规定了外国官员对刑事诉讼的豁免权(《俄罗斯联邦刑事诉讼法》第 3(2)条。见《初步报告》第 38 段)。

²⁰⁵ 《非洲联盟-欧洲联盟专家报告》，前注 14，第 24 和 26 段。

豁免，另一些人则享有职能豁免(包括国家元首和政府首脑、外交、国防等部的部长，以及前任官员)。报告指出：“这些法律程序产生了不同的结果。有些起诉导致了定罪。大多数案例因故中止，原因包括承认国际法给予的豁免。”²⁰⁶

76. 不难看出，在绝大多数情况下，行使普遍刑事管辖权的尝试都是在发达国家中针对发展中国家的现任或前任官员作出。在后者看来，这不是行使司法权，而是为解决各种问题使用一种政治工具，是双重标准政策的体现，无法取得所求的司法结果，而是会令国家间关系变得更加复杂。²⁰⁷ 正因为如此，非洲联盟和欧洲联盟开展了关于普遍管辖权的对话，其成果之一就是本节所引用的报告。该报告的建议之一是：“考虑对国际关注的严重犯罪嫌疑人行使普遍管辖权的那些国家刑事司法当局，必须依法考量外国官员根据国际法规定可能有资格享有的所有豁免权，并因此有义务不起诉有资格享有这些豁免权的外国官员。”²⁰⁸ 这一建议规避了这样一个问题，即：如果对一名官员行使外国刑事管辖权，他的属事豁免权是否得到了保全？然而，无论是报告的内容(其中总结了许多非洲和欧洲国家的做法和忧虑)，还是这项建议，都未表示赞成普遍刑事管辖权排除这种豁免。

77. 如果说，豁免权与普遍管辖权相抵触，那就不是完全清楚为什么这不应不仅关系到职能豁免，还关系到属人豁免。在审议普遍管辖权与豁免权作为一个整体之间的关系或仅与属事豁免权之间的关系时，还应回顾国际法院在这方面的立场，这一立场已在提交给委员会第六十届会议的《初步报告》中引述过，但在本报告讨论的情况下也很重要：“应当进一步指出，必须小心地将适用于国家法院管辖权的规则与适用于管辖豁免权的规则区分开来：有管辖权并不意味着没有豁免权，而没有豁免权也不意味着有管辖权。因此，虽然关于防止和惩治特定严重罪行的各种国际公约对各国施加了起诉或引渡的义务，从而要求它们扩大刑事管辖权，但管辖权的这种扩大丝毫不影响习惯国际法规定的豁免权，包括外交部长的豁免权。这些豁免权仍是在外国法院提出抗辩的理由，即使那些法院是按照这些公约行使此种管辖权。”²⁰⁹

78. 据上述情况看来，就审议中豁免例外的理由而言，目前尚未提出令人满意的赞成论点。至少，国际法学会在 2005 年通过了一项《关于灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的普遍刑事管辖权问题的决议》(此前 4 年通过了一项《关于国际法中国家元首和政府首脑管辖豁免和执行豁免问题的决议》，否认前国家元首和政府首

²⁰⁶ 同上，第 26 段。

²⁰⁷ 例如，见《非洲联盟-欧洲联盟专家报告》中“非洲的关切”一节，第 33-38 段，及上文注 14、196；K. Ambos，前注 201，第 444-445 页。

²⁰⁸ 《非洲联盟-欧洲联盟专家报告》，第 46 段，R. 8。

²⁰⁹ 逮捕证案，判决书，第 59 页。

脑在其犯有国际法规定的严重罪行时享有不受外国管辖的属事豁免权)，²¹⁰ 在其中最后一段作出了自我限制的下述申明：“上述规定以不妨碍国际法确立的豁免权为限。”²¹¹

79. 审议中的普遍管辖权豁免例外的理由，类似于另一个可以说流行面不那么广的理由。根据该理由，在一名外国官员被控犯罪时，如果引渡或起诉原则发挥作用，则豁免权就不起作用。《秘书处备忘录》指出，这一立场在皮诺切特三案中得到萨维尔勋爵的赞同。²¹² 在特别报告员兹齐斯瓦夫·加利茨基 2006 年提交给国际法委员会的《关于引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)的义务的初步报告》中，豁免权被说成是起诉制度对国际法所定罪行有效性的种种障碍之一，而这种障碍对此类罪行是不适当的。²¹³ 与此同时，大会第六委员会在讨论这一专题时有人指出，这一义务的适用“不得……影响国家官员刑事起诉豁免权”。²¹⁴ 特别报告员手头没有掌握关于国家间广泛实践、包括司法实践或其法律确信的证据，可以用来确认就依据“引渡或起诉”规则对外国官员行使国家刑事管辖权而言，存在着外国官员豁免权的例外。上文(第 77 段)在讨论普遍管辖权问题时引述的国际法院在逮捕证案判决中拟订的立场似乎完全令人信服，它不仅适用于豁免权与普遍管辖权之间的关系，也适用于豁免权与“引渡或起诉”义务的关系。

80. 在实践中，为证明国家官员外国刑事管辖豁免权的例外(行使这种管辖权所针对的是国际法规定的严重犯罪行为)，习惯上会同时使用数个上面列举的理由。这样做可能是考虑到，事实上它们中的每一个都绝非无可争议。更重要的是，例

²¹⁰ 2001 年国际法学会决议，前注 40，第 13 和 16 条。

“第 13 条

1. 前国家元首在外国领土上不享有不可侵犯权。

2. 他或她在刑事、民事、行政诉讼程序中也不享有管辖豁免权，除非涉及到为执行公务而实施的并与执行公务有关的行为。即使如此，如果被控行为构成了国际法规定的一种罪行，或当行为的实施完全是为了满足个人利益，或当行为构成了对国家资产和资源的侵吞，他或她仍可被起诉和审判。

3. 他或她也不享有执行豁免权。”

²¹¹ 国际法学会，克拉科会议，前注 196，第 6 段。

²¹² 见《秘书处备忘录》，第 259 段。萨维尔勋爵特别指出：“就《公约》缔约国而言，我从酷刑的角度看不出这种豁免的存在与《公约》条款有何一致之处。每个缔约国都同意其他缔约国可以对其领土内发现的被控施行酷刑的官员行使管辖权，引渡或将他们送交其本国主管机构接受起诉；因此，我认为很难必定基于被指控酷刑的官方性质同时要求给予引渡或起诉豁免”，皮诺切特三案(<http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>)。

²¹³ A/CN.4/571，第 14 段。

²¹⁴ A/CN.4/588，第 161 段。

外的主张者之间对某一个或另一个理由的正确性也远未做到总是意见一致。律师和非政府组织继续提出在涉及国际法规定的严重罪行的案件中属事豁免权的例外问题。这一立场已反映在国际法学会的两项决议中。如前所述，2001年决议载有第13和16条，就此类例外对前国家元首和政府首脑的适用问题作出了规定。国际法学会2009年通过的《关于国际罪行案件中国家和以国家名义行事者管辖豁免问题的决议》指出，根据国际法，在国际罪行方面，对以国家名义行事者而言，适用的只有属人豁免，没有其他豁免，而享有属人豁免者在其职务或任务结束时，此种豁免权即告终止。²¹⁵ 不过，我们可以看出，这不仅不是理论界中的普遍观点，而且看来也未对各国的实践和立场产生决定性的影响。

81. 提出下述问题则另当别论：在一个行使管辖权国家的领土上犯下罪行是否没有属事豁免权？²¹⁶ 在这里，案件并不一定涉及严重的国际罪行。在其境内发生犯罪行为的国家的管辖权优先于豁免权的情况在理论上可以是另一个因素，即根据主权原则，一国在其自己的领土上拥有绝对和最高的权力及管辖权。不过，应当记住，在行使这种至高无上的权力时，还需顾及国际法确立的不适用情况，尤其是外国及其官员的豁免权。²¹⁷

82. 正如《秘书处备忘录》中指出的那样，“有人提议，在确定国家官员在外国领土内实施的行为是否在属事豁免的范围内时，关键的考虑因素应当是领土所属国是否同意外国代表在其领土内履行官方职能”。²¹⁸ 接受国不仅对履行职能、而且对一名外国官员在其领土上存在的同意也许是重要的。在所审议的专题内，可

²¹⁵ 国际法学会2009年决议，前注22，第三条。

（“第三条以国家名义行事者的豁免：

1. 根据国际法，在国际罪行方面，适用的管辖豁免只有属人豁免，没有其他豁免。
2. 享有属人豁免者在其职务或任务结束时，其属人豁免即告终止。”）

与此同时，根据该决议第四条，上述规定“以不妨碍下述问题为限，即一个国家是否以及何时在另一个国家的国家法院审理的与前一个国家一名代表所犯国际罪行有关的民事诉讼中享有管辖豁免权”。

在本报告编写时，载有本可说明2009年决议编写情况的资料的《国际法学会年鉴》尚未发表。

²¹⁶ 见《秘书处备忘录》第162-165段。关于一国在另一国领土上开展活动并造成损害是否在受损害国享有民事管辖豁免权的分析，例见X.Yang, *State immunity in the European court of human rights: reaffirmation and misconceptions*, *British Journal of International Law*, vol. 74 (2003), pp. 375-408。

²¹⁷ 见《国家权利和义务宣言》草稿，第2条：“各国有权对本国领土以及领土上的所有人……行使管辖权，但须遵守国际法承认的豁免。”《国际法委员会的工作》，第6版，第二卷，第262页。

²¹⁸ 见《秘书处备忘录》，第163段。

以区分出几种情况。²¹⁹ 例如，一名外国官员可能是在一个行使管辖权国家的同意之下存在于该国并在该国领土上从事一项导致了犯罪的活动。此外，还可能有一种类似的情况，但区别在于接受国没有同意导致了犯罪的活动。最后，在有些情况下，不仅是活动，就连一个外国官员在行使管辖权国家领土上的存在也未获得该国同意。

83. 应用于第一种情况，似乎不会产生特别的问题。本质上，在其境内发生了被指控的罪行的国家，事先已同意在其领土上并在那里活动的外国官员在以官方身份从事的行为方面将享有豁免权。例如，一名前来会谈的外国官员如果在前往会谈途中违反交通规则而应受接受国刑事处罚时，看来此人必须享有豁免权。

84. 在第二种情况中，问题似乎是，如果事先已确定当事官员的活动范围，且接受国也对这种活动给予了同意，但该国并未同意导致了犯罪的活动，这种案件中是否存在豁免权。例如，一名官员如果前来进行农业谈判，但在谈判范围之外从事了间谍或恐怖活动，那么，就这种非法行为而言，他是否享有接受国的刑事管辖豁免，就存在种种疑问。不过，在这里，重要问题的显然是：导致了犯罪的活动与接受国所同意的活动有何种程度的关联。在此情况下，一方面，该名官员的行为具有官方性质并且归于该人现在(或过去)所服务的那个国家的行为，因此，基于该国的主权，有理由提出该人的豁免权问题。另一方面，这个国家通过它的这名官员本人，在另一国领土上从事了后者并未同意的活动，也就是侵犯了后一个国家的主权。²²⁰

85. 如果一个国家对一名外国官员在其领土上的存在和他在其领土上导致了应受刑事处罚的行为的活动没有予以同意，看来就有足够的理由推定该名官员对该国的管辖不享有属事豁免权。在前几段考虑的情况中，一个国家若同意一名外国官员在其领土上存在和活动，就是事先同意了此人在公务活动方面享有豁免权。但是，如果没有这样的同意，并且该人不仅是在这个国家领土上非法行动，而且是非法存在，那就很难要求豁免权。这种情况的例子包括间谍、破坏行为、绑架，等等。在涉及这类案件的司法程序中，要么是要求豁免遭到拒绝，²²¹ 要么是根

²¹⁹ 我们要强调指出，这里讨论的只是官员的属事豁免。领事官员或特别使团人员的豁免不属于本专题讨论之列，虽然某些类比可能是有用的。

²²⁰ 根据 R. van Alebeek 的见解，为了评估涉及一名外国官员豁免权的情况，还应判明，他的活动根据在其领土上实施这种活动的国家的法律是否具有应受刑事处罚的性质。（“但是，能否有效追究一名外国官员的责任，取决于一种特定的行为是否确实违反了领土主权受到侵犯的国家的国家法律，或者仅仅是违反了一种国与国之间的准则。”（见 R. van Alebeek，前注 51，pp. 181-183。同上，第 167-183 页，其中列举了一些涉及在行使管辖权国家领土上犯罪的外国官员的案件中国家法院判决的案例）。

²²¹ 见美国中央情报局特工人员 2003 年因被控绑架一人而在意大利被捕一案（《秘书处备忘录》，注 446）。

本就不要求豁免。²²² 在此还应当指出，Distomo²²³ 和Ferrini²²⁴（希腊和意大利的法院不承认德国对意大利的管辖享有豁免权）这类案件涉及到在行使管辖权国家的领土上所犯罪行。²²⁵ 在Bouzari案中，一个加拿大法院不顾强制性规范禁止酷刑的事实而承认了豁免权。从相反角度解释该案判决书所载的一些内容，就可以得出结论认为，如果是在行使管辖权国家的领土上实施酷刑，判决就可能不同。²²⁶

86. 这里审视的情况可能发生在任何国家官员身上，包括军事人员。此外，军事冲突期间在一个行使管辖权国家的领土上犯下罪行的军事人员的刑事起诉和豁免问题，看来主要适用人道主义法，并且是一种特例，不应在本专题的框架内审议。

87. 2001年的学会决议说，一个前任国家元首（和相应地一个政府首脑）可以受到刑事起诉，如果他的行为“完全是为了满足个人利益而实施，或构成了对国家资产和资源的侵吞。”²²⁷ 由此在犯有最严重国际罪行的情况外加上了一个前国家元首（和相应地一个政府首脑）不享有属事豁免的另两种情形。因此，该决议的作者们认为，即使一名拥有属人豁免的官员是在以官方身份行事，但如果出于个人敛财目的而偏离职守，他就失去了属事豁免的保护。理论界中另一些作者表达了一种类似的观点，涉及执行公务时其他相似的个人敛财方式。²²⁸ 如果一名官员的这种活动不被认为是官方的，那么，这种立场是可以理解的。但是，既然它仍被认为是一名官员的官方活动，并相应地是一个国家的官方活动，那么关于这一立

²²² 例如，“彩虹勇士”号案（同上，注 465）。但可能出现这种情况，即一名官员在执行公务活动时，无意间进入了一个外国的领土，但未获该国同意。这名官员在此情况下唯一应受刑事惩罚的活动就是非法越境。在这样一种案件中，看来有理由提出豁免权的问题。例如，2005年，一架俄罗斯军用飞机在训练中无意间进入立陶宛领空并坠毁。立陶宛对幸存的飞行员提起了刑事诉讼。俄罗斯联邦提出了该名在执行任务时误入外国领土的飞行员是否对该国的管辖享有豁免权的问题（见 2005 年 9 月 19 日俄罗斯联邦外交部与此案有关的评论，可查阅：http://www.mid.ru/brp_4.nsf/）。

²²³ Prefecture of Voiotia v. Germany in Supreme Court of Greece, no 11/2000 of 4 May 2000, *ibid*。

²²⁴ Ferrini v. Repubblica Federale di Germania, Corte di Cassazione, Joint Sections, Judgment 6 November 2003-11 March 2004, n.5044。

²²⁵ 理论界提出一种意见，认为正是这种情况构成了不承认德国在这些案件中享有豁免权的理由（见 X. Yang, *Jus cogens and state immunity*, *New Zealand Yearbook of International Law*, 2006, pp. 164-169）。

²²⁶ 例如：“对于在法院地以外所犯酷刑行为，习惯国际法中没有任何原则对国家豁免提出例外，对有悖于绝对法的行为也是如此。事实上，国家实践的证据……得出的结论是，对于在法院地国境外所犯酷刑行为，习惯国际法向来的规则都是提供国家豁免权。” *Bouzari v.Iran* [2002] O.J.No. 1624, Court file No. 00-CV-201372, Ontario Superior Court of Justice, Judgment, para. 63。

²²⁷ 决议第 13(2)条。见上文注 210。

²²⁸ 见《秘书处备忘录》，第 211 段。

场的周全性就会出现一些疑问。现在已有一系列专门打击腐败和官员非法取得个人财富的国际条约。²²⁹ 它们把官员的这类行为(包括仅利用职务或职衔实施的行为)定为刑事罪,并规定了国家在事关官员的此种行为方面确立和行使刑事管辖权的义务和权利。在一些条约中,外国官员的刑事管辖豁免权问题未被触及。²³⁰ 其他一些则载有条款,规定它们的规定不妨碍其他国际条约中关于这些人放弃豁免权的规定。²³¹ 看来,在官员为个人敛财目的而犯罪的案件中,决定这些官员外国刑事管辖豁免权问题的最简单方法,将是在专门打击这些罪行的一项国际条约中列入适当的规定。不过,这种情况还没有出现。当然,如果这些条约被认为是提供了隐含的放弃豁免规定,那就另当别论了。

88. 但是,为了解决一名官员在所审议的案件中是否享有外国刑事管辖豁免权的问题,显然有必要考虑在每宗具体的案件中,导致非法敛财等的行为是该人以官方身份还是以私人身份实施的问题。对这类罪行行使外国管辖权而一个国家并未为其官员要求豁免的情况已为人所知。例如,在美利坚合众国的关于菲律宾前总统的马科斯案,就是这种情况。²³² 同时,在俄罗斯联邦原子能部前部长阿达莫夫案中,瑞士联邦法庭审议了将他引渡到美国还是到俄罗斯联邦的问题。俄罗斯联邦主张,其前任官员有不受美国刑事管辖的豁免权,并专门指出,阿达莫夫被控的非法敛财行为发生在俄罗斯联邦,是他公务活动的结果(滥用职衔)。²³³

²²⁹ 例如,2003年《联合国反腐败公约》(可查阅:http://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-r.pdf)、1996年《美洲国家反腐败公约》(可查阅:<http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-58.html>)、1999年《反腐败刑法公约》(《欧洲条约汇编》,第173号)、2003年《非洲联盟防治腐败公约》(可查阅:<http://www.africa-union.org/root/AU/Documents/Treaties/Text/Convention%20on%20Combating%20Corruption.pdf>)。

²³⁰ 与此同时,遇到了与本国官员豁免权有关的规定(例如,见《联合国反腐败公约》第30条第2款和2003年《非洲联盟防治腐败公约》第9条第5款)。

²³¹ 例如,见1999年《反腐败刑法公约》第16条和1997年5月26日《打击涉及欧洲共同体官员或欧洲联盟成员国官员的腐败行为公约》第4(4)条(可查阅:<http://eur-lex.europa.eu/>)。

²³² 在马科斯案的判决(Tribunal Federal, Affaire Marcos, 2 Novembre 1989, ref. ATF 115 Ib 496 consid 5 b)中,瑞士最高法院在依据菲律宾拒绝承认他的活动为官方性质的事实确定他不享有豁免权后,并未具体分析该人行为的性质。他的案件在美国判决的情况也差不多(In re Grand Jury Proceedings, 817 F.2d at 1111):菲律宾政府通知美国国务院在此案范围内放弃马科斯的豁免权。在美国诉诺列加案(117 F.3d 1206; 1197 U.S. app. LEXIS 16493, 见《秘书处备忘录》第211段,注605)中,美国一个法院拒绝给予巴拿马前国家元首曼纽尔·诺列加豁免权,理由是诺列加在实施有关行为时,美国政府不承认他是国家元首。巴拿马未主张诺列加的豁免权。换言之,在此案中,他所实施行为的性质并非一个决定因素。如果美国当局承认诺列加权力的合法性,他的豁免权显然也会得到承认。例如,见 Heidi Altman, *The Future of Head of State Immunity: The Case against Ariel Sharon*, April 2002, p.6, <http://www.indictsharon.net/heidialtman-apr02.pdf>。

²³³ *Adamov gegen Bundesamt für Justiz*, Urteil vom 22. Dezember 2005, 1. Öffentlichrechtliche Abteilung (1 A. 288/2005/gij), para. 3.4.2.; 另见2005年5月18日俄罗斯联邦外交部新闻司的评论, http://www.mid.ru/Brp_4.nsf/arh/61C69CBAC851731AC3257006003264A0?OpenDocument。

89. 以上内容没有提供根据，以断言上文提及的国际法学会 2001 年决议的规定反映了习惯国际法规范。²³⁴ 同时，在官员被指控犯有以个人敛财为目的的罪行时，属事豁免似乎不能保护该官员免于外国就此在刑事诉讼程序范围内采取的与其个人资产(例如在外国银行的资金)有关的刑事诉讼措施。这些措施不能被视为限制其官方行为。

3. 关于例外的结论

90. 特别报告员认为，以上论点表明，官员外国刑事管辖豁免例外的各种理由经仔细审视后证明都不足以让人信服。理论界在继续探讨这些理由。各国在这方面的实践也大相径庭。尽管皮诺切特案的判决推动了对这一问题的讨论，但并未导致建立起统一的法院实践。在这方面，很难说豁免例外已经发展成一项习惯国际法规范，同样也不可能肯定地断言存在建立这一规范的趋势。但如果被指控的罪行发生在行使刑事管辖权的国家境内，而该国并未同意在其境内实施导致罪行的活动，或者该国并未同意犯下被指控罪行的外国官员在其境内的存在，这种情况在这方面则另当别论。在这种情况下，似乎有充分理由提出不存在豁免。

91. 问题在于根据拟议法进一步限制豁免的适当程度。在这方面，我们不妨回顾非洲联盟-欧洲联盟专家报告所载某些建议，其中部分建议已在上文中提及：“在对国际关切的严重罪行行使普遍管辖权时……各国应铭记，必须避免损害友好的国际关系。……考虑对涉嫌犯下国际关切的严重罪行者行使普遍管辖权的国家刑事司法当局，在法律上有义务考虑到外国官员根据国际法可能享有的所有豁免，并且因此有义务不予起诉享有此等豁免的官员。……各国在起诉国际关切的严重罪行时，作为一项政策事宜，应优先考虑将属地作为管辖依据，因为尽管这些罪行因侵害普遍价值而成为针对整个国际社会的犯罪，但主要伤害的是犯罪实施地的社会，并且不仅侵犯了受害者的权利，而且还妨碍了该社会对秩序与安全的普遍要求。此外，大部分证据通常是在被指控罪行实施地国境内发现的。”²³⁵

92. 一般国际法中出现此类例外是否合适也存在争议，并且，与此相应，为打击有罪不罚，如果外国官员任职(或曾经任职)的国家不对其进行刑事起诉，作为国际刑事管辖或该国管辖的补充，对该官员行使外国刑事管辖的可能性是否合适，也有争议。²³⁶ 某些国家的法律规定了这一辅助性刑事管辖。²³⁷ 但是，正如以

²³⁴ 见秘书处在备忘录(第 209 段)中引述的 Hazel Fox 的意见，即有问题的是关于拟议法的决议第 13 条规定所采用的措辞。

²³⁵ 非洲联盟-欧洲联盟专家报告，前注 14，第 42 页。

²³⁶ 见国际法委员会第六十届会议上 Donald McCrae 的发言(A/CN.4/SR.2984，第 9 页)、Edmundo Vargas-Carreño 的发言(A/CN.4/SR.2987，第 11 页)和 Marie Gotton Jacobsson 的发言(A/CN.4/SR.2985，第 5-6 页)。

²³⁷ 见 K. Ambos，前注 23，第 414、423 和 440 页。

上陈述所表明的，国内立法规定有行使管辖权的可能性还不能构成外国官员豁免权的例外。

93. 毫无疑问，各国有权通过缔结国际条约，对其官员在各缔约国的刑事管辖豁免设定限制，这是另外一个问题。²³⁸ 在这方面，委员会可以考虑，在编纂现行习惯国际法的同时，起草自愿议定书或示范条款，对国家官员的外国刑事管辖豁免权作出限制或排除。

G. 摘要

94. 本报告的内容可以摘要如下：

(a) 总体而言，国家官员享有外国管辖豁免权与国家本身享有外国管辖豁免权一样，是一项一般规则，而在具体案件中不存在豁免是这一规则的例外；

(b) 国家官员享有外国刑事管辖的属事豁免，即以公务身份所施行为的豁免，因为这些行为是官员所服务的国家本身的行为；

(c) 区分为界定责任目的和为豁免目的对行为所作的归属，这种做法缺乏客观依据。没有什么理由能断言，官员的同一行为在确定国家责任时被归于国家并被视为国家的行为，但在考虑管辖豁免时则不归于国家，而被认为只是官员的行为。按照逻辑，应先审议一个官员的行为性质应被确定为公务行为还是个人行为，以及相应地是否应将该行为归于国家的问题，然后再审议与该行为有关的官员豁免权问题；

(d) 将官员的行为归为公务行为不取决于行为人的动机和行为的实质内容。决定性因素是该官员是以官方身份行事。“作为官员的行为”，即“公务行为”的概念，必须与“公务范围内的行为”这一概念加以区分。第一个概念更宽泛并涵盖第二个概念；

²³⁸ 2006年《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪以及一切形式歧视的议定书》第12条涉及打击灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪的有关规定对“官方机构”的适用问题。这些规定“应平等地适用于所有涉嫌犯有本议定书所适用罪行之人，不论该人的公务身份如何。尤其是决不能用国家元首、政府首脑、政府或议会的官方成员、或经选举产生的国家代表或代理人的公务身份来避开或排除刑事责任。”大湖区问题国际会议。《防止和惩治灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪以及一切形式歧视的议定书》，可查阅 <http://www.icglr.org/key-documents/0of%20the%20Crime%20of%20Genocide,%20War%20Crimes%20and%20Crimes%20against%20Humanity%20and%20All%20forms%20of%20Discrimination.pdf>。

该条约的缔约国有可能将这一条款视为排除其官员对任何一个缔约国刑事管辖的豁免权，尽管该议定书并未直接规定限制或排除豁免（遗憾的是，特别报告员不知道各成员国的法院在实践中适用所引述议定书规定的情况）。

(e) 国家的豁免权范围与其官员的豁免权范围不完全一样，尽管实质上只有同一个豁免权。如果官员履行的商业性质行为归于国家，则该官员享有外国刑事管辖豁免权；

(f) 属事豁免延伸至官员的越权行为和非法行为；

(g) 属事豁免不适用于官员在就职之前从事的行为；前官员就其在担任官员期间以官方身份从事的行为受属事豁免的保护；

(h) 官员或前官员在国外、包括在行使管辖的国家境内停留的性质，几乎不影响属事豁免。很显然，无论该人是因公务访问出国还是以私人身份停留国外，就其以官方身份从事的行为而言，都享有外国刑事管辖豁免权；

(i) 属人豁免权仅由少数高级别国家官员享有，延伸至官员以官方身份和私人身份从事的非法行为，包括在就职之前的行为。这被称为绝对豁免；

(j) 因与确定的高级职位相关联，属人豁免属于临时性质，在官员离职时中止。即便管辖所涉及的行为是官员超越其职能范围实施的，属人豁免也不受影响；并且，官员在国外、包括在行使管辖的国家境内停留的性质，不影响属人管辖；

(k) 在职官员享有的外国刑事管辖豁免权范围取决于其担任职务的级别。所有在职官员都就其以官方身份从事的行为享有豁免权。只有某些在职的高级别官员能额外就其以私人身份从事的行为享有豁免权。无论曾担任什么级别的职务，前官员的豁免权范围完全相同：就其任职期间以官方身份从事的行为享有豁免权；

(l) 对外国官员(作为被指控的罪犯、嫌疑人等)提出指控的情况下，如果该官员享有(a) 属人豁免或(b) 属事豁免，则不能针对其在履行公务行为过程中犯下的罪行，采取属于限制性质且通过对该官员施加法律义务来阻止其履行职务的刑事诉讼措施。作为证人出席刑事诉讼程序的外国官员如果享有(a) 属人豁免或(b) 属事豁免，且案件涉及传唤该官员就其本人履行的公务行为作证或者就其因履行公务职责而获知的行为作证，则不能对该官员采取上述刑事诉讼措施；

(m) 官员在外国停留期间及在其任职或曾任职的国家境内居留期间，豁免权都有效。对外国官员施加义务的刑事诉讼措施侵犯该官员享有的豁免权，无论该人在国外还是在其本国境内。一国在对外国官员采取刑事诉讼措施之时，便违反了不得采取此等措施的义务，而不仅仅是在被采取措施之人出国之时方构成违反；

(n) 认为国家官员的外国刑事管辖豁免存在例外的各种理由均不能令人充分信服；

(o) 很难说豁免例外已发展成一项国际法规范，同样，不能确定地断言已经存在确立这一规范的趋势；

(p) 如果被指控的罪行发生在行使刑事管辖权的国家境内，且该国并未同意在其境内实施导致罪行的活动，或者该国并未同意犯下被指控罪行的外国官员在其境内的存在，则这种情况在这方面是一个特例。在这种情况下，似乎有充分理由提出豁免不存在。²³⁹

²³⁹ 特别报告员感谢 S. S. Sarenkova 女士和 M. V. Musikhin 先生为编写本报告提供的协助。