

**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

**国家官员的外国刑事管辖豁免****秘书处备忘录****摘要**

本研究报告是秘书处应国际法委员会的要求编写的，意在为委员会审议“国家官员的外国刑事管辖豁免”这一专题提供背景说明。研究报告从古典和当代视角，审查了本专题所涉及的主要法律问题，并审议了国际刑法领域内可能对国家官员的外国刑事管辖豁免产生影响的新发展。

需要重点说明的是本研究报告仅讨论三个方面的问题。首先是国家官员个人的豁免，不涉及根据国际法也享有豁免的其他个人——例如国际组织人员。另外，研究对象不涵盖某类国家官员，例如外交和领事人员，因为有关这类官员特权和豁免的规则已在编纂之中。不过，在本研究报告所涉个人的某些问题没有得到实际解决的情况下，可以适当援引这方面的规则，这可能有助于问题的解决，其次是刑事管辖豁免，不涉及其他类型的管辖豁免，例如民事管辖豁免。但是，在民事管辖领域，国家惯例的某些内容，包括国内司法判决书，已被纳入考虑，它们对从某些方面处理法律制度中刑事管辖豁免的问题也具有重要意义。第三是外国刑事管辖豁免，即国家官员在外国当局管辖下所享有的豁免，而不是他们在本国所享有的豁免，也不是在国际法院或国际法庭上所享有的豁免。关于这一点，本研究报告在处理外国国内管辖豁免之前，已从历史发展和对法律豁免制度的潜在影响的角度，阐明了国家官员在国际法院或国际法庭应享有的豁免待遇问题。



本研究报告分为两部分。第一部分主要从历史的角度，概述了国家官员豁免权产生和行使的一般背景 and 情况。这一部分分为四节，A 节主要是给“国家官员”一词的使用规定一个范围，B 节则全面概述管辖——包括刑事管辖——的概念，管辖概念与豁免概念密切相关。C 节专门从豁免的多种表现形式上论述豁免概念。为了界定本研究报告的范围，C 节特别对外交豁免和国家豁免学说作了区分，并在详细介绍国家及其财产管辖豁免条款草案时，概述了委员会处理“主权和国家元首豁免”问题的方式。本节还涉及了一些概念，例如不可裁判性和国家行为学说，这些概念似乎与豁免有关——至少在某种程度上是这样，因为它们可能会在处理涉及某外国或者其官员的纠纷时，妨碍裁决管辖权的行使。最后，D 节结合建立国际刑事管辖方面的工作，审议了处理豁免问题的进展情况。

第二部分是实质性部分，包含三节。它根据国际条约、国家惯例的相关内容（包括国内立法和司法裁决）、国际法学以及法律文献，描述了国家官员所享有的外国刑事管辖权豁免的范围和行使情况。这一部分首先对似乎已得到公认的属人豁免权和属事豁免权作了区别。

A 节处理与属人豁免权有关的问题。这种豁免权似乎涵盖以官员身份从事的行为以及私人行为，包括任期之前的行为，仅给予国家机构中的在任高级官员——主要是国家元首或政府首脑，但也可能给予其他官员，例如外交部长，正如国际法院在“逮捕状”案的判决中所确认的那样。所以，这一节处理属人豁免权所涵盖的个人问题，包括由此赋予的个人地位的认定；承认或者不承认国家或政府在给予属人豁免权方面的潜在作用；使属人豁免权生效的情境（尤其是，个人在外国领土上作私人访问时，这种豁免权是否适用的问题）；流亡国家元首的特殊状况；以及是否有可能给予有关个人的家属或者随员属人豁免权。本节还讨论了当被指控的罪行依据国际法构成犯罪时，属人豁免权是否有例外情况。虽然国际法院已在“逮捕状”案中否认在任外交部长所享有的外国刑事管辖豁免存在这种例外，而国家惯例中的某些内容——包括国家司法裁决——似乎支持法院的裁决。但是，有些学者建议规定一些可能的例外，特别是在给予属人豁免有可能导致有罪不罚的严重问题时。

B 节审议了属事豁免权，即与国家官员履行职责的行为而不是与私人行为有关的豁免权。这一部分述及了若干问题，包括：区分官方和私人行为的标准；越权行为的处理；区分统治权行为和管理权行为的意义；属事豁免是否涵盖一国官员在外国领土上的行为；可能享有属事豁免权的个人，包括前官员、未获承认的国家或政府的官员，以及已不存在的国家的官员情况。这一部分还处理了就国际法所涉罪行而言是否存在属事豁免例外的问题，并提请人们注意国际刑法领域的最新发展（特别是触犯国际刑法者其官方地位不能免除其刑事责任的原则）、国际和国内法院的裁决，以及关于这种例外的逻辑依据、性质和程度的原则争论。

最后，本研究报告针对受到国际关注、但不属于国际法规定的罪行，探讨了可能的属事豁免例外问题。

最后 C 节着重论述了给予国家官员外国刑事管辖豁免权的程序。这一节处理了若干问题，如豁免权的行使和终止；豁免权生效的法律效果（包括司法豁免和行政豁免与不可侵犯权之间的关系，本人未被指控有犯罪行为的国家官员的豁免问题，对豁免权行使所排除的行为的认定）。C 节还讨论了与放弃豁免权有关的问题，诸如放弃的形式是明示放弃还是默示放弃，放弃豁免权的法定权限和法律后果。鉴于有关这些问题的国家惯例相对匮乏，这一节多次援引适用于外交豁免和国家豁免领域的解决方案。

## 目录

	段次	页次
一、导言	1-4	7
二、第一部分：背景情况：研究范围的定义问题和围绕这一主题的相关发展	5-87	8
A. 国家官员	5-6	8
B. 管辖的概念	7-13	10
1. 刑事管辖权	9-12	11
2. 行使刑事管辖权的国际合作	13	15
C. 豁免权概念及相关问题	14-66	16
1. 不同的豁免权	17-33	17
(a) 外交豁免权与“主权和国家元首”豁免权	19	18
(b) 豁免权的基本理论	20-23	18
(c) 国内的豁免权	24-26	20
(d) “主权和国家元首”豁免权与国家豁免权	27-33	21
2. 联合国关于国家及其财产的管辖豁免公约	34-47	23
(a) 委员会审议特别报告员萨默宠·苏查里特克尔提出的第 25 条草案的情况	37-41	24
(b) 委员会对第 4 条草案的二读审议	42-44	27
(c) 未定案的问题	45-47	28
3. 其他限制行使审理管辖权的技术	48-66	30
(a) 不可裁判性	49-52	31
(b) 国家行为学说	53-66	32
D. 个人的刑事责任和豁免的取消	67-87	36
1. 国际刑事管辖	70-73	37
2. 委员会审议《纽伦堡原则》的情况	74-76	40
3. 委员会审议危害人类和平及安全治罪法草案的情况	77-83	41
4. 《国际刑事法院罗马规约》	84-87	44
三、第二部分。国家官员外国刑事管辖豁免的范围和执行	88-269	49
A. 属人豁免	94-153	53
1. 所涵盖的个人	96-136	54
(a) 国家元首	99-117	55
(一) 确定一实体是否为主权国家	105-106	60

(二) 确定个人是否拥有国家元首职位 .....	107-108	61
(三) 对国家和政府的承认所起的作用 .....	109	63
(四) 出现在法院地国的无关性 .....	110	65
(五) 参加特派使团的国家元首 .....	111	66
(六) 流亡国家元首 .....	112-113	67
(七) 家属和随行人员 .....	114-117	69
(b) 政府首脑和外交部长 .....	118-131	71
(一) 确定个人是否为政府首脑或外交部长 .....	130	78
(二) 家庭成员和随行人员 .....	131	78
(c) 其他高级官员 .....	132-136	78
2. 涵盖的行为 .....	137-140	82
3. 基于犯罪行为性质的可能例外 .....	141-153	85
B. 属事管辖权豁免 .....	154-212	93
1. “官方”对“私人”行为 .....	155-165	93
(a) 一般性考虑 .....	155-161	93
(b) 在外国领土内实施的官方行为 .....	162-165	98
2. 属事管辖权豁免适用的个人 .....	166-179	99
(a) 官员类别 .....	166-169	99
(b) 前任官员 .....	170-173	102
(c) 未获承认的国家或政府的官员或前任官员 .....	174-177	104
(d) 不复存在的国家官员 .....	178-179	105
3. 根据刑事犯罪行为性质确定的可能例外 .....	180-212	106
(a) 国际法所涉及的罪行 .....	180-207	106
(一) “非官方”行为的界定 .....	191-192	113
(二) 排除属事管辖权豁免作为国际法承认的例外 .....	193-207	115
(b) 国际关注的其他罪行 .....	208-212	124
C. 程序问题 .....	213-269	125
1. 豁免的援引 .....	215-225	126
(a) 是否应援引豁免, 如果是, 由谁援引豁免 .....	215-219	126
(b) 援引和审议的时间 .....	220-225	129
2. 豁免裁决 .....	226-229	131
3. 行使外国刑事管辖豁免权的法律效力 .....	230-245	134

---

(a) 管辖豁免与执行豁免不同.....	230-236	134
(b) 没有因从事犯罪行为而受到指控的国家官员豁免.....	237-241	138
(c) 执行豁免排除的行为 .....	242-245	142
4. 放弃豁免 .....	246-269	145
(a) 放弃的形式 .....	250-264	147
(一) 明示放弃 .....	251-255	147
(二) 默示放弃 .....	256-264	150
(b) 有能力放弃豁免的机构 .....	265-268	156
(c) 放弃豁免的法律效力 .....	269	158
附件		
参考书目选编 .....		160

## 一、 导言 \*

1. 在当今相互依存的世界，随着数百万人穿越国境进入其他国家，威斯特伐利亚区域性民族国家体系内部形成了一种刑事管辖模式，它的作用在于防止罪行的发生，并为国际社会大力检举犯罪者提供适用的框架。这样一种体系以独立自主、主权平等和国家尊严为基础。根据古典国际法，一个国家借助领土主权，在一定限度内拥有对其领土和领水<sup>1</sup>内的人员和外国财产的管辖权，这一点至今仍然如此。另外，也是在一定限度内，它对于其领土范围内影响外国或者外国国民的行为拥有管辖权。同时，有一些特殊的法规和做法，据以免除对外国国民及其财产实行管辖的一般权利。<sup>2</sup>从不同角度讲，在某些情况下赋予国籍国的权力可以说超出了属地管辖权的限度，特别是在有关其国民或财产的问题上。

2. 委员会讨论的专题是“国家官员的外国刑事管辖豁免权”，对该专题题目的诠释，部分揭示了研究范围。为分析起见，本研究报告着重讨论三项基本内容：

(a) **属人**，研究对象限于身为国家官员的个人；(b) **属事**，主题事项是这类个人在刑事管辖方面的豁免权；(c) 也占大量篇幅：**属地**，这种豁免涉及外国管辖权。近年来，“皮诺切特”案和“逮捕状”案以及“吉布提诉法国”案吸引了人们对这一法律领域的特殊兴趣，<sup>3</sup>包括需要解决的不确定性问题，与这种不确定性有关的法规特别适用于那些占据领导职位并有可能对严重罪行负有责任者的豁免。<sup>4</sup>

\* 在其第五十八届会议（2006年）上，国际法委员会将“国家官员的外国刑事管辖豁免”这一专题列入它的长期工作方案；《大会正式记录，第六十一届会议，补编第10号》(A/61/10)，第257段。在第五十九届会议（2007年）上，委员会决定将这一专题列入工作方案，并任命罗曼·阿纳托利耶维奇·科洛德金先生为特别报告员；《大会正式记录，第六十二届会议，补编第10号》(A/62/10)，第376段。委员会还要求秘书处编写这一专题的背景研究报告；同上，第386段。

<sup>1</sup> William Edward Hall, 《国际法条约汇编》，由A. Pearce Higgins编辑，第八版，（克拉伦登，牛津大学出版社，出版商Humphrey Milford, 1924年），第48条。

<sup>2</sup> 同上，第48条。1949年国家权利义务宣言草案第2条，通过下述规定申明：

“各国有权对本国领土以及领土上的所有人和物行使管辖权，服从国际法承认的豁免。”

《1949年国际法委员会年鉴》。另见大会1949年12月6日第375（IV）号决议。委员会《年鉴》见：<http://www.un.org/law/ilc/index.htm>。

<sup>3</sup> 上议院，**Regina 诉 Bartle 和市政警署专员及与皮诺切特案有关的其他人**，1999年3月24日，摘录于《国际法材料》第38卷，1999年，第581-663页（以下称“皮诺切特案（第3号）”）。案例涉及2000年4月11日“逮捕状案”（刚果民主共和国诉比利时），《判决书》，《2002年国际法案例汇编》，第3页。

<sup>4</sup> 例如，见国际法学会在2001年温哥华会议上通过的关于国际法中国国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免的决议，学会《年鉴》第69卷（2000-2001年），第742-755页。

3. 本研究报告分两部分。第一部分概要介绍了国家官员豁免权产生和行使的一般背景和情形。它主要从历史的角度强调豁免权问题的处理方式，从而按研究范围确定研究参数。这部分包括四节。前两节是初步论述。A 节主要确定“国家官员”一词的使用范围，B 节则从它与豁免权的密切关系的角度，概述了包括刑事管辖在内的管辖这一概念。C 节专门介绍豁免权概念的多种表现形式和相关概念，特别是将外交豁免和国家豁免学说与本研究报告的主题事项作了区分。这一节还概述了委员会在审议国家及其财产管辖豁免条款草案时，是如何处理“主权和国家元首豁免问题的”。C 节还探讨了管辖豁免以外的其他技术性问题，包括非正当性和国家行为学说，借以避免对与其他国家或者外国官员有关的纠纷做出裁决。最后，D 节结合确立国际刑事管辖的工作，审议了处理豁免的情况。

4. 第二部分是实质性部分，分为三节。它根据国际条约、国家惯例的相关内容（包括国内立法和司法裁决）、国际法学以及法律文献，描述了国家官员外国刑事管辖豁免权的范围和行使情况。这一部分首先对属人豁免权和属事豁免权作了区别。A 节处理与属人豁免权有关的问题，审查这种豁免权涵盖的个人和行为，以及可能的例外。B 节审议了属事豁免权，描述了此类豁免的属事范围（特别是，按照官方行为和个人行为的区别）、此类豁免所涵盖的个人以及可能的例外。C 节以国家官员的外国刑事管辖豁免程序为重点，审查了豁免权的行使和终止、外国刑事管辖豁免生效的法律后果，以及与放弃豁免权有关的问题。

## 二、第一部分：背景情况：研究范围的定义问题和围绕这一主题的相关发展

### A. 国家官员

5. 习惯国际法没有以此界定“国家官员”。正如将在第二部分详细探讨的，在豁免权的范围内，对属事豁免和属人豁免作了区分。前者甚至在官员任期结束之后也继续存在并可行使，而后者则在官员任期结束后即终止，并且依附于相关官员。<sup>5</sup>从理论上讲，享有属事豁免权的国家官员是一个广泛的群体，其中包括很多类官员，实际上有评注者认为这个群体包括所有国家官员，<sup>6</sup>但是属人豁免权受益者的范围似乎较为有限。这类人的范围如何有限，将在第二部分A节予以探讨。然而，第一部分所使用的现行定义，在其内核中包含“主权和国家元首的豁免权”所涵盖的那些豁免，如古典国际法所理解的那样，将被用来与其他类型的豁免作比较，例如外交和领事豁免以及国家豁免。从执行刑法的角度讲，有一些体现这

<sup>5</sup> 见下文，第二部分。

<sup>6</sup> 见下文，第二部分，B.2(a)节。



种狭义方法的工具。首先，《国际军事法庭宪章》第7条宣称，被告不论是作为国家元首还是作为政府部门的负责官员，其官职不能免除他们的任何责任。委员会在制订《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决所确认的国际法原则时，按《纽伦堡宪章》第7条的措词调整了原则三的内容，按理解，“负责官员”这一词是指那些占据高位，担负“真正责任”的官员。而原则四所指的那些官员，级别较高，担负的责任较小。<sup>7</sup>另外，“公共官员”一词，指从属于其本国政府的负责官员。因此，原则三主要针对“政府负责官员”。《防止及惩治灭绝种族罪公约》第四条在可能承担刑事责任的人员中包括了“……继续负责的统治者，公共官员……”。<sup>8</sup>另外，《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1条将应受国际保护人员定义为包括国家元首、政府首脑或者外交部长，以及依据国际法有权获得对其人身、自由和尊严的特别保护的国家任何代表或者官员。<sup>9</sup>

6. 在更宽泛的层面上，国家国际不法行为责任法涵盖了类别更为广泛的官员，以确定责任归属。任何国家机关的行为，都被认为是国家依据国际法从事的行为，不管该机关行使立法、行政、司法还是任何其他职能，也不管它在国家体制中居于什么位置，作为中央政府一个机关或者国家的一个领土单位扮演何种角色。<sup>10</sup>国际法院在关于《人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议》的咨询意见中，确认了一项公认的习惯国际法规则，即一国的任何机关的行为都必须被视为该国的行为。<sup>11</sup>由于一个机关包括根据国家的国内法律拥有此种地位的任何人员和实体，因此，从国家责任的角度讲，“国家官员”一词不仅在事实上包含那些组成国家正式机关的人员或实体，也包含那些行使政府权力的人员或实体。这个措

<sup>7</sup> 第46次会议简要记录，1950年6月14日，第93-102段，《1950年……年鉴》，第一卷。

《纽伦堡法庭宪章》以及法庭裁决所确认的国际法原则三和四：

“原则三

“从事构成国际法所涉犯罪行为的人是作为国家元首或政府负责官员而采取行动的事实，不能免除其根据国际法承担的责任。

“原则四

“根据政府或上级命令采取行动的事实，如属此人实际上可能进行道义上的选择者，不能免除其在国际法上的责任。”

<sup>8</sup> 联合国，《条约汇编》，第78卷，第277页，《防止及惩治灭绝种族罪公约》第四条：“从事种族灭绝或者第三条所列举的其他行为者，应受到惩处，无论他们是负责任的民选统治者、公共官员还是私人个人”。

<sup>9</sup> 联合国，《条约汇编》，第1035卷，第167页。

<sup>10</sup> 见关于国家对国际不法行为的责任条款第4(1)条，《2001年……年鉴》第二卷(第二部分)，第76段。

<sup>11</sup> 《1999年国际法案例汇编》第62页，第62段。

词也可以涵盖事实上按照政府指令行事或是在政府指导或控制下行事的人员或者人群，或是那些在没有得到正式授权的情况下行使政府权力的人员或者人群。<sup>12</sup>本研究报告第二部分B节详细探讨了围绕这一宽泛类别的各种问题。

## B. 管辖的概念

7. 国家官员为行使外国刑事管辖豁免权，最初必须服从另一国家的管辖。在“逮捕状”案中，国际法院承认，从逻辑上讲，一旦确定了管辖权，<sup>13</sup>就必须处理豁免问题，虽然法院本身在处理豁免权时遵从各当事人的意见，不以任何形式限定管辖权。在一个法律体系中，不管是国家的还是国际的，国家行使管辖权是主权利力的表现；是法律发挥功能<sup>14</sup>并付诸实施的方式。从分析的角度讲，这种权力包括三种管辖权，即：(a) 立法管辖权；(b) 执行管辖权；及(c) 裁定管辖权。<sup>15</sup>这三种管辖权之间有细微区别。<sup>16</sup>

<sup>12</sup> 一般见国家对国际不法行为的责任条款第4-11段，[同前](#)，第76段。

<sup>13</sup> [逮捕状案](#)，第46段。在独立意见中，纪尧姆法官指出：“……法院的管辖权是它在考虑被告的豁免权之前必须确定的问题。换言之，只有在拥有管辖权的情况下才能有管辖豁免”（第1段）；雷塞克法官说，如果法院首先考虑了管辖权问题，它就不必再就豁免问题做出裁决（第10段）；希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔三位法官在联合发表的单独意见中指出，“豁免”是“管辖豁免”通常的缩写形式。“如果没有原则上的管辖权，在其他情况下存在的管辖豁免就不会产生……虽然在概念上，‘豁免’这一概念依赖一种先存在的管辖权，但是两者各自适用于一些不同的法律。”（第3段和第4段）

<sup>14</sup> Covey T. Oliver、Edwin B. Firmage、Christopher L. Blakesley、Richard F. Scott 和 Sharon A. Williams, 《国际法律制度：案例和材料》(纽约韦斯特伯里，基金会出版社，1995年)，第133页。关于管辖权有多种资料来源；早期来源，例如见：Michael Akehurst, “国际法中的管辖权”，《英国国际法年鉴》，第46卷(1972-1973年)，第145页；Frederik Alexander Mann, “国际法中的管辖权理论”，《国际法案例汇编》，第111卷(1964年-I)；第1页；及Frederik Alexander Mann, “20年后重温国际法管辖权理论”，《……案例汇编》，第186卷(1984年-III)，第9页。

<sup>15</sup> (a) 立法管辖权必定意味着规则的制订：国家制订适用于具体人员、行为和环境的实体法的权威。(b) 执行管辖权涉及国家对具体人员，特别是针对具体环境或者事物的执法能力，并动用资源，引导或者迫使人们遵守其法律，或者对不遵守其法律的行为予以矫治。(c) 裁断管辖包括使特定人员、事件或者事物服从其司法程序。要进行裁断就需要声明权利并证明私人利益的合理性。这三种管辖权常常被描述为立法的、司法的和执行的。一般见：美国法学会，《法律重述：美国外交关系法》，(1987年)(第三版)，说明和第1-3章。

<sup>16</sup> 一般见：Vaughan Lowe, “管辖权”，Malcolm D. Evans (编辑)，《国际法》，第二版(牛津，牛津大学出版社，2006年)，第335-360页，Vaughan Lowe 对立法管辖权和执行管辖权分别进行了分析。裁定管辖权被认为是执行管辖权的细化。国家借助司法程序和其他方式采取行动，以此执行其法律。然而裁定管辖权并不总是在严格执法的情况下并为此目的使用，Oliver, Firmage 等人，[同前](#)，第134页。通常，受一国内部裁断管辖的事务，属于已有规定的事务。一个人因特定罪行受审，是因为有法律规定了此种行为。一国如果不首先规定管辖权，就不能在其领土范围内执行其管辖权。值得强调的是，执行管辖权原则上限于一国自己的领土范围之内。虽然一国或许不能对其领土范围之外的个人有效主张其管辖权，但不妨碍它通过其他途径，包括寻求任何其他有关或者拥有管辖权的国家的合作，提出执行管辖权的要求，[同上](#)。

8. 但是这些区别具有实践和法律意义。为了豁免权的目的，确定一个问题有时取决于有关的管辖权是规定性的、裁定的还是强制性的。<sup>17</sup>第二部分C节将进一步审查了实施的程序方面。

## 1. 刑事管辖权

9. “刑事”或者“民事”的称谓不能准确表明一个立法国为控制特定行为而行使特权在程度上的真正区别。<sup>18</sup>在国际法规定的犯罪引起国内民事求偿的情况下，就有可能出现这种问题。在民法体系中，私人当事人可以在刑法程序中申请民法赔偿。在其他情况下，“民事”立法，例如反托拉斯立法，其效力可能是刑罚性的和强制性的。<sup>19</sup>本研究报告涉及了“外国刑事管辖权”。然而，形式主义的描述也许不能全面而清晰地反映所涉及的问题。实际上，产生于民事诉讼程序的案例法可能会提出在刑事诉讼程序中或许同等重要的问题，在本研究报告中已适当地援引了此案例法。不过，本研究报告主要涉及个人因刑事犯罪而在外国管辖权之下可能受到起诉的各种情形。<sup>20</sup>

10. 尽管国际法认为刑事管辖权通常为属地管辖权，这未能阻止几乎所有国内法律体系将刑事管辖权的适用延伸到域外罪行。<sup>21</sup>国际法表明了作为刑事管辖依据的五项原则：(a) 属地原则；<sup>22</sup> (b) 国籍（主动属人）原则；<sup>23</sup> (c) 被动属人

<sup>17</sup> 2004年《关于国家及其财产的管辖豁免公约》，见下文第一部分，C.2节，对管辖豁免和执行豁免（执行措施）作了明确划分。

<sup>18</sup> D. W. Bowett, “管辖权：改变活动和资源管理的模式”，Charlotte Ku 和 Paul F. Diehl (编辑)，《国际法：古典和现代的解读》(科罗拉多和伦敦：Lynne Rienner 出版公司，1998年)，第208页。

<sup>19</sup> 例如见《美国外国民事侵权索赔法》，1789年颁布，并被编纂为《联邦法典》第28编第1350节。根据该法律，“地区法院拥有对外国人仅就违反《万国公法》或者美国签署的条约的侵权行为而采取的民事诉讼的初审管辖权。”

<sup>20</sup> 在 *Bouzari 等人诉伊朗伊斯兰共和国案* (2004年) 中，上诉人依靠《加拿大国家豁免法》不适用于刑事诉讼程序或者刑事诉讼性质的程序的例外，并主张因绑架、非法拘禁、袭击、酷刑折磨和死亡威胁要求伊朗给予损害赔偿的诉讼程序，其性质是刑事诉讼程序，因为他是在谋求罚金性的损害赔偿。受理此案的法官和安大略上诉法院驳回了这种主张，认为只有在判定民事责任和裁定赔偿金额后，才能在民事程序中获得所谋求的补救。虽然罚金性的损害赔偿旨在阻止上述行为，但它仍是民事诉讼中的一种补救措施；摘录于《国际法案例汇编》，第128卷(2006年11月)，第586页，第44段。

<sup>21</sup> 法官在 *S. S. Lotus* 案中阐明了国际法对行使域外管辖权的态度：“刑法的属地原则，……，不是国际法的一项绝对原则，也决不与领土主权相一致。”*S. S. Lotus 案 (土耳其诉法国)*，《1927年国际常设法庭(案例汇编A)》，第10期第19页。

<sup>22</sup> (a) 属地管辖权根据犯罪发生地确定管辖权。这种管辖权可以是主观的也可以是客观的；前者涵盖一个起始于一国领土范围之内但完成于此领土范围之外的事件；而后者指一个起始于一国领土范围之外但完成于此领土范围之内的事件。关于这一主题的早期工作，一般见：哈佛大学

原则；<sup>24</sup> (d) 保护原则；<sup>25</sup> 及 (e) 普遍原则。<sup>26</sup> 虽然这些依据在各国的实践中

际法研究所，“刑事管辖研究，犯罪问题公约草案”，《美国国际法学报》，第 29 卷（[补编](#)）（1935 年），第 435-651 页。

- <sup>23</sup> 民族原则将管辖权建立在原籍国和检控国之间现有的个人联系上，虽然原籍国民的罪行有可能是在外国犯下的。
- <sup>24</sup> 被动属人管辖原则通过援引受害人的国籍确定管辖权：这项原则，“长期以来被认为有争议——今天遭到的反对较少，至少是对一种特定类型的罪行而言”，逮捕状案，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔三位法官在联合发表的单独意见，第 47 段。该原则特别是在最近通过的反恐文件中找到了自己的位置。
- <sup>25</sup> 保护原则预言了对受国外犯罪伤害的国家利益的管辖权。对领土范围内经济后果而不是对某些域内行为的依赖，使保护（“效果”）原则在其纯粹形式上不同于客体属地管辖。Lowe, [同前](#)，第 345 页。
- <sup>26</sup> 普遍原则通过援引受到普遍关切的罪行的性质确定管辖权，而不管犯罪地点和罪犯及受害人的国籍。海盗行为是典型例子。Henry Wheaton, 《国际法要素》（由 Richard Henry Dana 对 1866 年版本的文字进行更新，并由 George Grafton Wilson 对注释部分进行编辑）（牛津，伦敦克拉伦多出版社，伦敦：Humphrey Milford, 1936 年）主张，“按照《万国公法》，不论海盗的民族属性或者从事海盗行为时所乘船只、所打劫的船只，或者所来自的船只的民族属性为何，他们可以被任何国家抓获和审判的理由是，这种行为是所有国家都拥有同等管辖权的一种行为。”第 124 节，脚注。

普遍管辖权也在其他意义上被使用。古典注释者，诸如 Grotius、Heineccius、Burlamaqui、Vattel、Rutherforth、Schmelzing 和 Kent 指出了不仅在犯罪发生地国家，而且在罪犯寻求庇护的国家，对某些特别严重罪行的罪犯者提起诉讼的可能性，但遭到 Puffendorf、Voet、Martens、Klüber、Leyser、Kluit、Saalfeld、Schmaltz、Mittermeyer 和 Heffter 的反对。基于这种观点，一国义务根据“起诉或引渡的义务”这一格言，逮捕，然后进行引渡或起诉。见 Wheaton, [同上](#)，第 115 节，脚注。另见纪尧姆法官在“逮捕状案”中的独立意见，第 3 段至第 12 段。目前对这种方法的适用见若干多边文书，特别是那些涉及国际恐怖主义的文书。《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》，联合国，《条约汇编》，第 860 卷，第 105 页。《公约》第 4 (2) 条规定：“当被指称的罪犯在缔约国领土内，而该国未按第 8 条的规定将此人引渡给本条第 1 款所指的任一国家时，缔约国应……采取必要措施，对这种罪行实施管辖权”，也就是，那些可以根据《公约》建立管辖权的措施。类似的条款或者稍加变化的条款存在于在蒙特利尔签署的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，蒙特利尔，1971 年（第 5 (2) 条），联合国，《条约汇编》，第 974 卷，第 177 页；《关于防止和惩处应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，纽约，1973 年（第 7 条），[同上](#)，第 1035 卷，第 167 页；《反对劫持人质国际公约》，纽约，1979 年（第 10 条），[同上](#)，第 1316 卷，第 205 页；《核材料实物保护公约》，维也纳，1980 年（第 8 条），[同上](#)，第 1456 卷，第 127 页；《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》（第 7 (1) 条），[同上](#)，第 1465 卷，第 85 页；《制止危及海上航行安全非法行为公约》，罗马，1988 年（第 10 (1) 条），[同上](#)，第 1678 卷，第 221 页；《联合国人员和有关人员安全公约》，纽约，1973 年（第 14 条），[同上](#)，第 2051 卷，第 363 页；《制止恐怖主义爆炸的国际公约》（第 8 (1) 条），[同上](#)，第 2149 卷，第 256 页；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》（第 10 (1) 条），大会第 54/109 号决议；以及《制止核恐怖主义行为国际公约》（第 11 条），大会第 59/290 号决议。另见国际法委员会通过的《治罪法草案》（1996 年）（第 9 条），以及根据大会第 51/210 号决议（第 11 条）成立的恐怖主义问题特设委员会正在谈判的《打击恐怖主义全面公约》。这些规定在一个层面上使缔约国承担根据一种或数种规定管辖依据建立管辖权的义务，在另一个层面上，通过是罪犯托庇于其领土的国家承担引渡或者起诉的义务，弥合可能出现的漏洞。这种形式被称为准普遍管辖，见 Malcolm N. Shaw, 《国际法》，第五版，（剑桥，剑桥大学出版社，2003 年），第 598 页。



获得了不同程度的认可，但是一国可能会发现它的管辖权以这些原则中的任何一项，或者这五项原则的任何一种组合为依据。例如，各种反恐公约提供了若干依据，一国可据此采取措施，建立其管辖权。<sup>27</sup>在*Eichmann*案中，以色列的管辖权以被动属人原则，以及保护原则和普遍原则为依据。<sup>28</sup>如果不能按国内宪令要求，对承认以任何相关依据建立管辖权的刑法做出相应的改变，那么，根据所承担的国际义务修改实体刑法，可能不足以使一个国内法院受理管辖权。<sup>29</sup>

11. 在这五项原则中，普遍性原则引起与豁免权有关的实施问题；人们有时会提出这样的观点，即承认此种管辖权事实上会使豁免权对于某些特定罪行变得无关

也有几种关于缺席普遍管辖的意见。外国人对外国人在国外犯下罪行，当犯罪者不在某国领土内时，该国是否可以对此种罪行建立管辖权，比利时在逮捕状案中谈到这一问题，但没有予以追究。Guillaume 法官在逮捕状案的独立意见中，声明国际法仅承认一种真正的普遍管辖案例：关于海盗行为的案例。罪犯不在某国领土内，而缺席普遍管辖权适用于该国法庭，这种缺席普遍管辖权未见于国际法，第12-13段。在联合发表的独立意见中，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔三位法官（第52段）赞同作者Robert Jennings和Arthur Watts的意见（编辑），《奥本海国际法论》，第九版，（伦敦和纽约，Longman，1992年），第1卷，第998页：

“虽然至今还没有可以主张的实在国际法一般规则给予国家权利，使之能够比如说像有权惩处海盗行为那样，惩处犯危害人类罪的外国国民，但是有明显迹象表明，一项重要的国际法原则在向这样的目标逐渐演进。”

为澄清普遍管辖权的范围和含义，也进行了研究工作。例如，见国际法学会，2000年7月25日至29日在伦敦举行的第69次会议的报告，（伦敦，2000年），第403-431段。另见国际法学会在2005年克拉科会议上通过的关于对种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪的普遍刑事管辖的决议；《国际法学会季刊》，第71卷，第一和第二部分，以及《关于普遍管辖的普林斯顿原则》，2001年（见<http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html>）。另见大赦国际，“普遍管辖权：国家颁布和执行立法的义务”，2001年9月（AI Index IOR53/002/2001）。

<sup>27</sup> 例如，见《制止恐怖主义爆炸的国际公约》第6条；《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》第7条；以及《制止核恐怖主义行为国际公约》第9条。另见《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》第5(1)(c)条，联合国，《条约汇编》，第1465卷，第85页。

根据1986年《外交安全和反对恐怖主义混合法案》（《联邦法典》第18编），在美国领土之外杀害、或企图或共谋杀害美国国民，或对其造成严重肢体伤害，属犯罪行为。但是依据这一节，只有经司法部长或其代表确认他认定此种罪行意在强迫、恐吓或者报复美国政府或者平民，才能提起诉讼。

<sup>28</sup> 以色列政府检察长诉 Adolf Eichmann 案，耶路撒冷地区法院，1961年12月12日，摘录于《国际法案例汇编》，第36卷，第5-276段，及以色列政府检察长诉 Adolf Eichmann 案，最高法院（充当刑事上诉法院），1962年5月29日，摘录于《国际法案例汇编》，第36卷，第277-344段。

<sup>29</sup> Hissène Habré 案，达喀尔上诉法院，2000年7月4日，最高上诉法院，2001年3月20日，摘录于《国际法案例汇编》，第125卷，第569-580段。

紧要。<sup>30</sup> 一国建立的普遍性管辖权，对于特别是与国际法规定犯罪的豁免权的影响程度，将在第二部分中加以讨论。

12. 本研究报告使用“国际法规定的罪行”这一术语和同义词“国际犯罪”，指性质特别严重的犯罪，例如种族灭绝、反人类罪、战争罪和滥施酷刑。国际刑法有三个主要内容，即（a）国家刑法的国际方面；<sup>31</sup>（b）国际法的刑事方面；<sup>32</sup>及

<sup>30</sup> 例如，见《关于普遍管辖的普林斯顿原则》第5条，2001年，[同前](#)：

“豁免权

“对于原则2（1）规定的国际法所载的严重罪行（（1）海盗行为；（2）蓄奴；（3）战争罪；（4）危害和平罪；（5）危害人类罪；（6）种族灭绝；及（7）酷刑折磨），任何被告，无论是作为国家元首或政府首脑或政府负责官员，其官职不能免除其刑事责任或宽减其刑罚。”

立法规定普遍管辖权的例子，见加拿大《危害人类罪和战争罪法》（2000年，c.24）：

“管辖权

“8. 任何人被指控犯下第6条或第7条规定的罪行，均可在下述条件下因此种罪行被起诉：

“（a）所犯罪行被指控时，

“（一）此人为加拿大公民或以平民或军人身份受雇于加拿大，

“（二）此人为与加拿大发生武装冲突的国家之公民，或以平民或军人身份受雇于该国，

“（三）所指控罪行的受害者为加拿大公民，或

“（四）所指控罪行的受害者为加拿大在武装冲突时的盟国之公民；或

“（b）所犯罪行被指控后，此人在加拿大。”

与联合国东帝汶过渡行政当局（东帝汶过渡当局）有关的情况，另见关于设立严重刑事犯罪专属管辖合议庭的2000年6月6日第2000/15号决议规定：

“第2节

“管辖权

“2.2 为本法规的目的，‘普遍管辖’意味着不论是否出现下述情况的管辖：

“（a）所议严重罪行发生在东帝汶领土范围内；

“（b）此严重罪行是东帝汶公民所为；或

“（c）此严重罪行的受害者为东帝汶公民。”

<sup>31</sup> 与外国罪犯成分有关的问题，即国内刑法的跨国适用，允许国家法院行使域外罪行管辖权的限度，适用法律的选择或者对外国刑事判决的承认等，见Edward M. Wise和Ellen S. Podgor，《国际刑法：案例和材料》（纽约，Matthew Bender公司，2000年），第1页。

<sup>32</sup> 涉及刑事审判的国际标准，使各国承担与其国内刑法内容有关的义务，诸如要求各国尊重被指控或涉嫌犯罪的个人的权利或者惩处包括劫机和劫持人质的“国际关心的罪行”的国际法原则和规则；[同上](#)，第3页。

(c) 严格意义上的国际刑法，有人主张“国际法规定的罪行”属于最后一类。国际法的法规将这些罪行的刑事责任直接加诸个人。<sup>33</sup>国际犯罪这一术语，在其历史语境中，被某些作者用以广泛指代“违反国际法的罪行”和使犯罪者与多于一国的法律相冲突的罪行。<sup>34</sup>有人主张，“违反国际法的罪行”可以涵盖“国际法规定的罪行”以及“有国际利害关系的犯罪”。<sup>35</sup>对此，委员会在审议《国际刑事法院罗马规约》时，似乎必须区分一般国际法规定的罪行（“核心罪行”）和依据某些条约的罪行（“条约”规定罪行）。<sup>36</sup>根据本研究报告的目的，“国际法规定的罪行”或者“国际罪行”构成豁免权可能的例外时，这两个术语被用以指代一般国际法规定的犯罪以及条约规定的犯罪。<sup>37</sup>第二部分将讨论这些问题，并讨论其他有国际利害关系的问题——例如贪污、腐败或者侵吞国家财产——是否属于这种可能的例外。

## 2. 行使刑事管辖权的国际合作

13. 对某种特定的行为可能不足以确立管辖权。在一个拥有192个联合国会员国的全球化世界，国际合作对于管辖权在另一外国管辖之内的有效行使是不可或缺的。引渡和司法事务互助构成各种机制，各国借助这些机制相互合作，谋求将罪犯或者逃犯绳之以法。联合国始终提请各国注意在拘押、逮捕、引渡和惩处被指控犯罪人员方面进行国际合作的重要意义，特别是犯下诸如种族灭绝罪、战争罪和危害人类罪的人员，但是那些与获取和交流信息和证据有关的问题，以及与引渡有关的问题，再强调也不为过。<sup>38</sup>

<sup>33</sup> 涉及使承担国际刑事责任的适用法律，包括承担国际法直接规定的罪行的责任，[同上](#)，第4-5页。

<sup>34</sup> [同上](#)，第496页，援引 John Fischer Williams,《现行国际法章程和国际联盟》(纽约, Longmans, Green 公司, 1929年), 第243页。

<sup>35</sup> [同上](#)，第5页。

<sup>36</sup> 国际刑事法院罗马规约草案和评注，《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分）。

<sup>37</sup> 1923年国际联盟起草的互助条约草案使用“国际罪行”的概念来描述“侵略罪”，一般见特别报告员里卡多·J. 阿尔法罗的报告(A/CN.4/15和Corr.1),《1950年……年鉴》，第二卷。在国家责任语境中对“国际罪行”这一概念的分析，见特别报告员 Roberto Ago 关于国家责任的第5次报告(A. CN.4/291和Add.1和2),《1976年……年鉴》第二卷（第一部分）。委员会一读通过了关于国家所犯“国际罪行”的第19条，对该条和“国际不法行为”作了明确区分。国际法规定的这种处罚证明具有争议性，有的国家通过援引“严重违反对整个国际社会的义务”这一概念予以否定，一般见 James Crawford,《国际法委员会关于国家责任的条款：导言、全文和评注》(剑桥, 剑桥大学出版社, 2002年), 第1-60页。

<sup>38</sup> 见大会1973年12月3日第3074(XXVIII)号决议。另见大会1946年12月11日第95(I)号决议，该决议确认了《纽伦堡国际军事法庭宪章》及其判决所确认的原则，关于引渡和惩处战犯的1946年2月13日第3(I)号决议和关于引渡战犯的1947年10月31日第170(II)号决议。另见秘书长的研究报告，题为“切实逮捕、引渡和惩罚战争罪及危害人类罪责任人”

### C. 豁免权概念及相关问题

14. 如果管辖权关乎一国立法权、裁决权或者执法权的行使，豁免权的概念则似乎是要取得一种相反的结果，即避免行使管辖权，拒绝满足一种在正当管辖权之内的本来合法的可强制执行的权利要求。关于各国法院管辖权的法规，应该与管辖豁免的法规有所区别。现行国际法有两种不同规范。<sup>39</sup> 建立了管辖权，并不一定意味着没有豁免权。反过来，没有豁免权也并不意味着有管辖权。在“逮捕状”案中，国际法院宣称，虽然各种关于防止和惩处某些严重犯罪的国际公约规定各国负有起诉或者引渡的义务，从而要求他们扩大刑事管辖权，但是这种管辖权的扩大并不影响根据习惯国际法的豁免；外国法院仍然可以反对豁免权，即使所在国的这些法院根据这类公约行使这样的管辖权。<sup>40</sup>

15. 豁免权是一国行使管辖权的阻碍或者障碍，特别是裁决管辖权和执行管辖权。这些法规虽然相互关联，但是在技术上，必须与那些提供保护使保护对象不受侵害的法规区分开，后者涉及不可侵犯性问题。<sup>41</sup>

16. 虽然国际法没有规定任何规则，借以要求国家结构遵循任何特定模式，<sup>42</sup> 但是经过一段时间之后，大多数国家都已经建立了一种包括下述机关的结构，这些机关的地位对于豁免权尤其重要：(a) 国家元首；(b) 政府；(c) 外交部门；(d) 领事部门；及 (e) 国家武装力量。<sup>43</sup> 作为一种抽象的法律现象，国家行为是通过

---

题研究和文献资料交换”(E/CN.4/983和Add.1和2,A/8345)。另见《根据经社理事会关于国际合作拘留、逮捕、引渡和惩罚战争罪及危害人类罪犯罪人的第1691(LII)号决议编写的分析调查报告》(A/8823)。1943年10月《莫斯科会议宣言》规定，犯有战争罪和危害人类罪的德国军队成员和纳粹党员“将被送往他们曾犯下恶行的国家，以便根据这些被解放的国家及由此产生的自由政府的法律，对他们进行审判和惩处。”《宣言》包含一个附件，涉及“其罪行不限于特定地理位置并将通过盟国政府的联合决定受到惩处”的德国主要战犯。

<sup>39</sup> 希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在“逮捕状案”中联合发表的独立意见，第5段。

<sup>40</sup> “逮捕状案”第59段。另见哈佛国际法研究所，罪行司法管辖公约草案第11条，[同前](#)，第592页：

“一国在依据此公约行使管辖权时，须尊重国际法或国际公约给予其他国家或根据国际公约设立的机构的这类豁免权。”

国际法学会2005年关于对种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪的普遍刑事管辖的决议，[同前](#)，宣布决议中的规定不妨碍依据国际法确立的各种豁免权。

<sup>41</sup> 不可侵犯性和豁免权重叠。(《维也纳外交关系公约》第22条(1)和(3)以及第29-31条)。然而，前者更多涉及的是侵害问题，而后者则适用于管辖权问题，包括法院程序豁免和税务豁免，D. J. Harris, 《国际法案件和材料》，第五版(伦敦，Sweet和Maxwell, 1998年)，第347页。

<sup>42</sup> 西撒哈拉，咨询意见，《1975年国际法案例汇编》，第12页，第94段。

<sup>43</sup> N. A. Maryan Green, 《国际法》(Bath出版社，Avon, Pitman出版公司，1987年)，第126页。



个人行为实施的。<sup>44</sup>作为依据古典国际法行使管辖权的例外情况，加之与这些结构合为一体的国家本身的例外情况，使个人可以代表国家行使职能。<sup>45</sup>

## 1. 不同的豁免权

17. 国际法规定了不同形式的豁免权，涵盖多个方面，其中包括：(a) 外交豁免权；(b) 领事豁免权；(c) “主权和国家元首豁免权”；(d) 国家豁免权；及 (e) 国际组织及其相关官员豁免权。所有这些豁免权都对国家及其机关的行为具有影响，并构成“外交法”的部分法规。<sup>46</sup>但是，各种豁免权都遵循不同的却又互相关联的历史轨迹，国际组织的豁免权是最新的来源。给予国际官员而不是给予国家官员的国际组织豁免权，不在本研究报告讨论的范围。虽然领事豁免权法长期适用，但它具有很强的针对性，因此，外交豁免权法对“主权和国家元首”豁免及国家豁免的影响更大。<sup>47</sup>

18. 在编纂和逐步发展国际法的工作中，委员会制订了外交和领事豁免权与特权规则，以便从实质上落实适用于外交和领事人员的国际法规则。委员会在审议“国家及其财产的管辖豁免”这一专题时，还全面审议了国家元首、政府和国家武装力量的豁免权问题。<sup>48</sup>

<sup>44</sup> 见国际不法行为责任条款第 4 (2) 条，[同前](#)，第 76 段。

<sup>45</sup> Wheaton, [同前](#)，第 95-111 条，从这类例外中确定外国君主、外交部长、大使或其他政府使节，以及外国军队或舰队。“外交部长”或“政府使节”一词似乎被用作“大使”的同义词，并且可以互换。Oppenheim, 《国际法》(伦敦: Longmans, Green 公司, 1905 年)《威斯特法利亚和约》第 1 卷, 第 414-415 页中称外交[秘书] [部长]为外交[部门][部]首脑, “自 1648 年《威斯特法利亚和约》通过以来, 每个文明国家都设立了这一职位”。“他是一国所有大使、公使和其他国际事务代表的首领……”。

<sup>46</sup> Chanaka Wickeremesinghe, “国家和国际组织官员享有的豁免权”, Evans (编辑), 《国际法》, [同前](#), 第 396 页。

<sup>47</sup> 例如, 联合王国 1978 年《国家豁免法》第 20 条规定, 《1964 年外交豁免法》适用于外交使团首脑, 作必要的修改后也适用于君主和其他国家元首。在[吉布提诉法国案](#)中, 国际法院回顾了《维也纳外交关系公约》第 29 条所体现的习惯国际法规则, 该规则针对外交机构, 同时也必然适用于国家元首。第 29 条内容如下:

“外交代表人身不得侵犯。外交代表不受任何方式之逮捕或拘禁。接受国对外交代表应特示尊重, 并应采取一切适当步骤以防止其人身、自由或尊严受到任何侵犯。”

<sup>48</sup> 外交交往与豁免; 领事交往与豁免及各国的管辖豁免, 都在委员会选定议题的临时清单上, 见 A/CN.4/13 和 Corr. 1-3 号文件, 以及《1949 年……年鉴》, 第一卷。委员会已经制订的法律涉及 (a) 1961 年《维也纳外交关系公约》关于外交使团的规定; (b) 1963 年《维也纳领事关系公约》关于领事使团的规定; (c) 1969 年《特派使团公约》关于特派使团的规定; (d) 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》, 关于应受国际保护人员的规定; (e) 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》关于国家代表的规定。

### (a) 外交豁免权与“主权和国家元首”豁免权

19. 外交豁免权与主权和国家元首豁免权之间的协同作用，在包括Grotius、Burlamaqui、Bynkershoek和Vattel在内的经典作家的著述中占有突出地位。Grotius提到，大使扮演的不是普通个人的角色，他们代表的是作为派遣方的主权国的权威，主权国的权力不受限于地方管辖。<sup>49</sup>Burlamaqui强调说，万国公法赋予大使特权的依据是，大使代表君主本人，他当然应享有君主作为最高统治者本人如果来到其他君主国处理自己的事务时享有的所有特权和权利。<sup>50</sup>Vattel宣称，“最高统治者必须保护他统治下的所有人”，不管是本国人还是外国人，保护他们不受暴力侵害：但是在更大程度上，这种关怀是给予外国使节的。“暴力行为……如果加诸政府使节，……就是一种国家罪行，一种违反万国公法的犯罪。”<sup>51</sup>在强调最高统治者即使不是享有更多也是享有与大使同等的豁免权时，Bynkershoek 谈诸事理，他提到，如果代表君主的大使们，其契约或者犯罪之事不受驻地国的管辖，那么换成最高统治者，不可能得出相反的结论。正如大使们（实际上还有更充分的理由）那样，国王和君主享有豁免权，不会被逮捕，这一点不同于所有个人。<sup>52</sup>

### (b) 豁免权的基本理论

20. 关于给予豁免权的问题，提出了三种基本理论。根据“治外法权理论”，创造了一种法律拟制，在此基础上，使团在外国管辖范围内的住所或者最高统治者在外外国管辖范围内的临时住所，被视为派遣国领土的延伸。在Westlake的词汇中，“有一种为业已享有的特权寻求法律依据的欲望导致这一拟制：即大使馆的住所是派遣国的一部分，并由此产生了‘治外法权’这一术语，它说明治外法权不在地理领土之内或者被排除在地理领土之外。”<sup>53</sup>

<sup>49</sup> Grotius, 《战争与和平法》。第二册，第十八章，第4节。

<sup>50</sup> Jean-Jacques Burlamaqui, 《自然法和政治学原理》(两卷(1747年, 1752年)), 由Thomas Nugent译成英文, (电子版, Lonang 研究所, 版权2003年, 2005年), 第二卷, 第四至十一部分。

<sup>51</sup> Emmerich de Vattel, 《普通法》, (全四册, 1758年), 由Joseph Chitty译成英文(1833年)(电子版, Lonang 研究所, 版权2003年, 2005年), 第四册, 第7章, 第82节。另见: 第92节“无法设想一位派遣大使或者其他使节的君主, 会有意让他服从外国的权威; 这种想法提供了额外的论据, 充分确立了政府使节的独立地位。如果无法合理假定他的君主有意让他服从接受国君主的权威, 则后者在接待使节时, 同意将他作为拥有独立地位的一方加以接受; 这样双方君主之间就存在一种心照不宣的惯例, 这种惯例巩固了自然义务。”

<sup>52</sup> Cornelius van Bynkershoek, 《个人事实上所享有的管辖豁免权》, 由James Brown Scott编辑(包含Jan de Louter撰写的导言, 1744年文本的影印版, 带有Gordon J. Laing的翻译, 一个勘误表和索引), (伦敦, 牛津大学出版社), 第20-21页。

<sup>53</sup> John Westlake, 《国际法》(剑桥, 剑桥大学出版社, 1904年), 第一部分, 第263页。

21. 外交使团治外法权的必要性得到了合理解释，外交使团为了完成其使命，必须独立于接受国的管辖和控制，而君主的治外法权，其依据是地位平等者之间不存在统治权<sup>54</sup>或者地位平等者互不支配原则。因为国家之间地位平等，没有哪个国家可以拥有对其他国家的管辖权。<sup>55</sup>豁免权源自独立原则和国家尊严<sup>56</sup>原则以及不干涉<sup>57</sup>原则。

22. “代表理论”将豁免权建立在使团是派遣国化身的设想之上。关于君主或国家元首，他本身体现了国家的集体力量，<sup>58</sup>被认为是国家的主宰，以及国家所建整个国际关系的代表；他采取的所有具有重要法律意义的行动均被视为国家的行动，他采取这些行动的权限是全权代表权。<sup>59</sup>这些特权和豁免权归具有代表身份的国家元首所有。随着时间的推移，国家元首亲自与外国谈判的情况变成了偶尔为之的事，外交部长开始代表国家元首并元首同意的情况下指导外交事务；他是一位中间人，“所有与外交事务有关的交易都必须由他经手。”<sup>60</sup>

23. “职能必要性理论”认为豁免权是合理的，是外交使团履行职能所必须的。在制订《维也纳外交关系公约》时，委员会以职能理论为指导，“解决实践没有给出明确答案的问题，同时考虑到外交使团团长的代表身份和使团本身的代表身份”。<sup>61</sup>职能必要性理论似乎是对豁免权的更具当代性的合理解释。<sup>62</sup>在“逮捕状”案中，人们认识到，赋予外交部长豁免权，是为了确保他们代表各自的国家有效履行职能。<sup>63</sup>

<sup>54</sup> 奥本海，同前，第 441 页。

<sup>55</sup> Robert Jennings 和 Arthur Watts (编辑)，《奥本海国际法论》，第九版（伦敦和纽约，Longman, 1992 年），第 1 卷，第 341 页。

<sup>56</sup> 同上，第 342 页。

<sup>57</sup> 皮诺切特案（第 3 号），Newdigate 的萨维尔大法官，第 642 页；Millet 法官，第 645 页；以及 Worth Matravers 的菲利普法官，第 658 页。

<sup>58</sup> Robert Phillimore，《国际法评注》，第二版（1871 年）第二卷，第 127-128 页。另见 Arthur Watts，“国家元首、政府首脑和外交部长在国际法中的法律地位”，《……案例汇编》，第 247 卷（1994 年 - III），第 9-136 页。

<sup>59</sup> 奥本海，同前，第 341-343 页。

<sup>60</sup> 同上，第 414-415 页。

<sup>61</sup> 《1958 年……年鉴》第二卷，一般评论第二部分，第（1）-（3）段。

<sup>62</sup> 同上。委员会提到，这种理论似乎“在现代越来越有影响”。

<sup>63</sup> 逮捕状案，第 53 段。

### (c) 国内的豁免权

24. 目前可以说，为便于履行职能而产生的豁免权，常常通过国家立法，赋予国家元首、政府首脑或者行政部门的其他成员，例如内阁成员，或立法部门成员，包括议长和立法会议成员，特别是针对它们在履行官方职能时的言论。这种豁免权的逻辑依据可以在宪令，特别是分权原则中找到。<sup>64</sup>使官员能够在无遭受迫害之忧或偏袒的情况下行使各自的职能或忠实地表达意见，对于政府各部门履行职能是必要的。

25. 习惯国际法似乎没有载入任何法规，要求国家无视可能为本国官员提供豁免权的国家立法而承担一般义务。<sup>65</sup>然而，任何这样的国家立法，都可能与一项条约法规相冲突，该法规规定了对违反国际法所犯罪行的个人进行审判和惩处的义务。<sup>66</sup>法国修正了其宪法中与豁免权有关的规定，以确保宪法与法国根据《国际刑事法院罗马规约》承担的义务并行不悖。<sup>67</sup>

26. 本研究报告没有过多地涉及根据国家立法为国家官员依照国内法令履行职能赋予其豁免权的问题。但是，对于对罪行提起有效诉讼，这种豁免权的影响微乎其微。在国家一级可能存在妨碍及时有效的诉讼或合作处理刑事案件的其他障碍，包括准予大赦的国家法律；国家诉讼时效法规；以及一罪不二审规则的适用。<sup>68</sup>

<sup>64</sup> Antonio Cassese, 《国际刑法》(牛津, 牛津大学出版社, 2003年), 第264页。

<sup>65</sup> 同上, 第273页。

<sup>66</sup> 同上, 第273-274页。在2002年颁布的《国际刑事法院罗马规约》(《1938年政府公报》第45015号, 2002年11月30日)的第2764号法令中, 哥伦比亚发表了批准《罗马规约》的如下声明:

“1. 《罗马规约》中关于国际刑事法院刑事管辖权的规定, 均不妨碍承认哥伦比亚国家对政治犯罪实行的大赦, 或者行政或者司法赦免, 只要这种承认符合宪法, 并符合哥伦比亚所认可的国际法的原则和规范。”

<sup>67</sup> 在《关于制订国际刑事法院罗马规约的条约》的决定中, 宪法委员会发现, 《罗马规约》第27条与《法国宪法》下述条款所规定的刑事责任具体制度相冲突: 第68(1)条(政府成员在履行官方职能时犯下罪行, 只能由共和国法院进行审判); 第68条(共和国总统履行职责的行为享有豁免权, 严重叛国行为例外); 第26(1)条(议员在履行职责时所表达的意见和他们的投票享有豁免权); 第26(2)条(他们不可受到刑事或者简易诉讼, 除非犯下严重罪行, 也不可在行使其自由权时遭到逮捕或者受到褫夺或者限制, 除非经他们所任职的议会的大会主席团授权), 第98-408 DC号决定 - 1998年1月22日, 见: <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a98408dc.pdf> (2008年2月21日访问)。

<sup>68</sup> 一般见 Cassese, 《国际刑法》, 同前, 第17章。

### (d) “主权和国家元首”豁免权与国家豁免权

27. 虽然外交豁免权对主权和国家元首豁免权具有影响，但后一种类型和国家豁免权的关系甚至更为密切。委员会的《国际法概况》指出了在将各国及其财产的管辖豁免编纂成法的努力中，将国家元首豁免权以及军舰和国家武装力量的豁免权纳入其中的恰当性。<sup>69</sup>

28. 这样一种联系并非巧合。在历史上，国家豁免权原则作为19世纪的一个发展，其来源可以追溯到君主或者国家元首个人的豁免权。<sup>70</sup> 其理由是绝对的。对于17和18世纪的主权国家来说，君主在其绝对形式上，是国家的化身，传说中路易十六的口头禅“朕即国家”就说明了这一点。<sup>71</sup> 国王不会犯错；君主不会在他们自己的法院中被起诉。在他们自己的法院现身，被认为有失帝王尊严。自然，这种姿态进入了与其他君主的关系。如果他在另一个君主知情并且许可的情况下，进入这另一个君主的领土，这种许可，即使没有明确规定他的人身可免于逮捕，也被普遍认为暗示了这种规定。人们不会认为一位君主有意服从一种与他的尊严以及他的国家尊严不相容的管辖。<sup>72</sup> 部分是出于礼节上的考虑，部分是出于对近乎必要性的恰当性考虑，对这种豁免权的认可得到了加强。<sup>73</sup> 人们一般认为，对于外国或者君主行使管辖权，有损他们的尊严，因此不合乎国际礼仪和国际和睦关系。<sup>74</sup>

29. 在美国，有人敦促给予捍卫“美国各州”尊严的行为以国家豁免权。<sup>75</sup> 屈服于美国最高司法机关，被认为有损各州主权。<sup>76</sup> 在 *Schooner 交易所诉Mc Faddon* 案中，绝对豁免权被阐释如下：

<sup>69</sup> 《与国际法委员会的编纂工作有关的国际法调查》，秘书长提交的备忘录（A/CN.4/1/Rev.1），联合国出版物，出售品编号：1948.V.I（1）。

<sup>70</sup> Ian Sinclair, “《主权豁免法》：最新发展”，《……案例汇编》，第167卷（1980年 - II），第121页。

<sup>71</sup> 同上。

<sup>72</sup> Wheaton, 同前，第97节。

<sup>73</sup> William Edward Hall, 同前，第48节。

<sup>74</sup> Hersch Lauterpacht, “外国管辖豁免问题”，《英国国际法年鉴》，第28卷（1951年），第230页。

<sup>75</sup> 同上。

<sup>76</sup> *Chisholm 诉 Georgia* 案，2 Dall 412，第425页（美国）1793年，在 Lauterpacht 的书中援引，同上。

“一位君主，完全不必服从另一位；不受任何最高义务的约束，不使自己或者他的主权权利受另一君主管辖从而损害其国家尊严，只有在获得明确许可或者确信他的独立主权地位也拥有豁免权的情况下，才有可能进入一外国领土，而这种豁免权即使没有明确规定，也会通过暗示为其保留，并将加诸其身。”<sup>77</sup>

30. 在英格兰上诉法院审理的*Parlement Belge*案中，“尊严”、“独立”或者“独立和尊严”有多种不同用法，旨在推导出这样的结论：管辖权的行使与君主的主权尊严——也就是他相对于每一个最高权威的绝对独立地位——不相容：<sup>78</sup>

“从所有……案件中推导出的原则是，由于每个主权当局具有绝对独立的地位，也由于国际社会劝导每个国家尊重其他所有主权国家的独立和尊严，因此，每个国家都不应借其法院对任何国家的主权……施行领土管辖，除非有共同约定，否则不应服从其管辖”。<sup>79</sup>

31. 19世纪末，意大利和比利时法院首先区分开了**统治权行为**，也就是国家的主权或公共行为，以及**管理权行为**，即涉及商业活动的行为。<sup>80</sup> 因此，在第一次世界大战结束后，绝对国家豁免权理论开始日益向一种在商业行为增加影响下的更具限制性的豁免权形式倾斜，而国家也是这些商业行为的重要参与者。

32. 对国家豁免的合理性解释并不总是令人满意，已经受到批评。据说国家在服从普通司法程序时，其平等权或独立或尊严并未受到明显损害。<sup>81</sup> Lauterpacht 强调指出：

“国家豁免的整个概念——无论是外国在它自己的法院中的讼案豁免还是领土所属国的豁免——都是从一个时期流传下来的，在那个时期，如果君主为臣民伸张正义，他这样做即是出于义务，也是一种恩典……它与其说是体现着奥斯丁的国家概念，不如说是体现着霍布斯的国家概念——霍姆斯法官在*Kawananakoa*诉 *Polyblank*案的一个经常被引用也经常受到批评的段落中表达了这一概念，在此他为国家豁免找到了‘逻辑的和事实的理由，即没有一种法定权利可以否定这些权利所赖以存在的制法权威。’”<sup>82</sup>

<sup>77</sup> (1812年) 7 Cranch 116, 第136-137页。

<sup>78</sup> (1880年) LR 5 PD 197。

<sup>79</sup> 同上, Brett. L. J., 第207和214-215页。

<sup>80</sup> 关于外国法院权限的哈佛项目,《美国国际法学报》, 补编第26号(1932年), 第451-649页。

<sup>81</sup> Jennings 和 Watts, 同前, 第342页。

<sup>82</sup> Lauterpacht, 同前, 第236页。



他呼吁根据规定的保护条款和例外，通过国际协议或单边法律采取行动，取消外国豁免权法规。<sup>83</sup>

33. 在其现代表现形式中，国家豁免的理由可以在对一外国提起诉讼程序的情况下用到。据认为，在程序开始时提出的是一个初步理由。<sup>84</sup> 提出这一理由的目的是阻止法院地国法院行使管辖权，并阻止它对权利要求作进一步调查，本质上是阻止法院地国的诉讼程序。<sup>85</sup>

## 2. 联合国关于国家及其财产的管辖豁免公约

34. 最近向限制性豁免权的转变，借助大会基于委员会的工作通过的《联合国关于国家及其财产的管辖豁免公约》<sup>86</sup>得到了最好的体现。<sup>87</sup> 《公约》涵盖了国家的司法和执法豁免问题。<sup>88</sup> 为了豁免的目的，根据《公约》第2条，国家的定义具有特殊含义。它广泛包含了所有种类和类型的主体和个人的豁免权：(a) 国家及其各种政府机关；(b) 被授权从事行使主权权威的行为，或者以这种身份行事的联邦国家的组成单位或者国家的政治区分单位；(c) 国家的机构或者部门或者其他实体；它们有权从事或者实际从事行使国家的主权权威的行为；及 (d) 以这种身份行事的国家代表。君主和国家元首的公共身份包含在 (a) 和 (b) 之内；

<sup>83</sup> 同上，第 237 页。他指出豁免权将为以下目的存在：(a) 一外国的立法行为或为此采取的措施；(b) 一外国在其领土范围内的行政和管理行为；(c) 涉及与一外国或者外国订立的契约，在契约适用审判地法的地方例外；及 (d) 针对在外交事务中违反公认的国际法原则的外国的行动或者执行，同上，第 237-240 页。

<sup>84</sup> Hazel Fox, 国际法和对国家法院行使管辖权的限制，引自 Evans 的《国际法》一书，同前，第 384 页。

<sup>85</sup> 同上。对有关的形式主义的新批评，见 Lorna McGregor, “酷刑与国家豁免：对免罪的曲解，对主权的破坏”，《欧洲国际法期刊》，第 18 卷（2007 年），第 903-919 页。

<sup>86</sup> 编纂国家豁免法律的早期工作：1891 年国际法学会关于法院对外国、外国君主和国家元首采取法律行动的权限的决议，《国际法学会年鉴》（1891 年），第 436 页；1954 年学会关于外国的管辖和执行措施豁免的决议；1952 年国际法学会决议，第五十五届会议报告，Lucerne 1952 年，第 viii 页；关于外国法院权限的哈佛项目，同上。在区域一级，亚非法律协商委员会设立了一个商业和其他私人交易国家豁免委员会，《最后报告》，1960 年。M.M. Whiteman, 《国际法文摘》，第 6 卷（1968 年），第 572-574 段。欧洲委员会举行的第三届欧洲司法部长会议（1964 年）就一项倡议达成了一致，导致制订 1972 年《欧洲国家豁免公约和附加议定书》。另见《关于国有船只的某些规则的统一问题的公约》，布鲁塞尔，1926 年，第 13 页。另见在古巴哈瓦那举行的第九届美洲国家会议通过的《国际私法公约》（《布斯塔曼特法》），国际联盟，《条约汇编》，第 86 卷，第 111 页。

<sup>87</sup> 2004 年 12 月 2 日大会第 59/38 号决议，附件。

<sup>88</sup> 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），委员会通过的第 1 条草案评注第（2）段。

其他政府首脑、部长、大使、外交使团团长、外交人员和领事官员各自的代表身份，涵盖在（d）之内。<sup>89</sup>

35. 《公约》第3条规定了保护条款。<sup>90</sup>第1款明确规定，《公约》无损于国家根据国际法享有的有关行使下列职能的特权和豁免：（a）其外交代表机构、领事机构、特别使团、驻国际组织代表团，或派往国际组织的机关或国际会议的代表团的职能；及（b）与上述机构有关联的人员的职能。

36. 第2款不预先判断各国给予外国君主或者其他国家元首、或者也可能在实际包括他们其他随行人员的家属和家庭工作人员的豁免范围。后一种类型在第2款中没有做出明确说明，因为很难拟定一份详尽无遗的名单。而且，任何此类名单都会产生与给予此类人员管辖豁免的依据和范围有关的问题。<sup>91</sup>

#### **（a）委员会审议特别报告员萨默宠·苏查里特克尔提出的第25条草案的情况**

37. 第3条第2款的保留性规定，来自委员会一次富有启发性的辩论。起初，负责这个主题的特别报告员在他的第7次报告（1985年）中，提出了第25条草案，在他看来，有必要以这条草案完全涵盖国家豁免，<sup>92</sup>包括事实上是而且最终属于国家豁免的外交和领事豁免，以及“君主个人和其他国家元首”的豁免。<sup>93</sup>

<sup>89</sup> 同上。委员会通过的第2条草案评注第（17）段。

<sup>90</sup> 第3条全文如下：

##### “不受本公约影响的特权和豁免：

“1. 本公约不妨碍国家根据国际法所享有的有关行使下列职能的特权和豁免：

“（a）其外交代表机构、领事机构、特别使团、驻国际组织代表团，或派往国际组织的机关或国际会议的代表团的职能；和

“（b）与上述机构有关联的人员的职能。

“2. 本公约不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免。

“3. 本公约不妨碍国家根据国际法对国家拥有或运营的航空器或空间物体所享有的豁免。”

<sup>91</sup> 《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），委员会通过的第2条草案评注第（7）段。

<sup>92</sup> 《1985年……年鉴》第二卷（第一部分）。关于导言，见S. Sucharitkul，第1942次会议简要记录，1986年5月7日，《1986年……年鉴》第一卷，第11段。关于辩论，见：同上，第1942次至第1944次会议简要记录。条款草案全文如下：

##### “第25条。君主和其他国家元首的个人豁免

“1. 君主或国家元首个人在任期内免于另一国家的刑事和民事管辖。他在下述情况下不需要另一国家给予刑事和行政管辖豁免：



38. 为说明这样一种规定的合理性，特别报告员强调司法实践，这些司法实践显示出对在位君主作为国家元首的行为和以私人身份从事的行为所作的区分。<sup>94</sup>关于退位后未被起诉的君主的司法实践很少，他归因于他们的任期长。<sup>95</sup>至关重要是，为了本研究的目的，Lacleta Muñoz认为第25条草案是必要的，因为它处理国家元首的**属人**豁免权。鉴于第3条第1款(a)(现在为第2条第1款(a))，规定了国家元首的**属事**豁免权，第25条草案显得多余，如果因此删去，将意味着不会在任何地方再提及君主和国家元首的刑事管辖豁免原则；这项原则不遵从条款草案的任何其他规定。<sup>96</sup>对此，Reuter想知道，如果国家法院必须对反人类罪进行审判，君主和国家元首是否将享有豁免；他认为必须处理这个问题，即使仅仅在评注中处理。<sup>97</sup>另一方面，Ushakov认为第25条草案是不必要的，也是危险的。它违背了公认的法规，包括委员会制订的法规，例如《纽伦堡原则》。<sup>98</sup>Thiam有着相似的思路，他赞成删去这一条款草案，因为看来不可能在不作任何保留的情况下宣布国家元首享有刑事管辖豁免。如果不删去，他建议委员会考虑对这种豁免的可能性做出一项保留，因为它也影响到了《危害人类和平及安全治罪法》。<sup>99</sup>

39. 为了容纳不同观点，Mahiou建议在第4条草案(现在为第3条)中插入一条引文，引述根据“外交公约和现行国际法的其他法规”认可的君主和国家元首个人的豁免和特权。<sup>100</sup>因此，Sinclair提出，这一问题应该在第4条草案中处理，这样就将实体性第25条草案——提出了将这一待遇扩大到政府首脑和外交部长这

“(a) 在涉及位于法院地国家领土范围内的私人不动产的诉讼中，除非他代表国家为政府目的持有；或

“(b) 在涉及他以私人个人身份作为执行者、管理者、或遗产继承人卷入的动产和不动产继承权诉讼中；或

“(c) 在涉及其君主或政府职责以外的任何职业或商业行为的诉讼中。

“2. 如果对君主或国家元首的个人财产采取扣押或执行措施必然侵犯其个人或居所的不可侵犯权，则不得采取任何此种措施。”

<sup>93</sup> 同上，第12段。

<sup>94</sup> 同上，第13段和第14段。

<sup>95</sup> 同上，第13段。Hall，*同前*，第50节，指出，由于君主很少访问外国，发生诉讼的情况更为罕见，因此涉及国家元首的法律至今是一项一般原则，有争议的适用这些法律的机会即使有，也很少。

<sup>96</sup> 同上，第1942次会议简要记录，1986年5月7日，Lacleta Muñoz，第53段。

<sup>97</sup> 同上，Reuter，第56段。

<sup>98</sup> 同上，第1943次会议简要记录，1986年5月12日，Ushakov，第29-31段。

<sup>99</sup> 同上，第1944次会议简要记录，1986年5月13日，Doudou Thiam，第39-40段。

<sup>100</sup> 同上，Mahiou，第12-18段。

个有争议的问题，以及君主或者国家元首的家庭工作人员或者私人工作人员的问题——转变成“一个程序性条款或者保护条款”。<sup>101</sup>因为在第3条草案第1款(a) (一) (现在是第2条) 中，“国家”被定义为包括“君主或者国家元首”，意即以公共身份行事时的君主或者国家元首，所以做出一项保留，通过对根据习惯国际法规以私人身份行事的情况或者与私人财产有关的情况提供保护，就可以解决这个问题。<sup>102</sup>

40. 特别报告员赞同Sinclair 的提案。但是他警告说不要忽视委员会已经着手发展和编纂的国际法中的一部分，即一般国家豁免，不管这些豁免的称谓如何。因此，除了Sinclair 的提议，有必要另外增加两项规定：(a) 君主和国家元首以公共身份行事时享有草案条款规定的豁免权；及(b) 他们以私人身份行事时，根据国际法，或者作为国际法规定的惯例，在其任期内享有民事和刑事豁免权。他认为是否应该涵盖政府首脑的问题，应该在评注中作简短讨论，这样就有可能为委员会作进一步研究奠定基础。他不认为第25条草案的内容能够完全体现在第3条或者第4条草案中。<sup>103</sup>

41. Sinclair 的提议构成了委员会一读通过的第4条草案第2款的基础。<sup>104</sup>第4条草案只是一个保护条款，并没有给予任何豁免权，这一点得到了强调；没有触及关于这个问题的现行习惯法。<sup>105</sup>因为第25条草案的某些内容已经包含在第3条第1款(a) 和(d) (现在的第2条) 之中，这一段是泛泛说明，没有深入细节。

<sup>101</sup> 同上，Sinclair，第23-26段。

<sup>102</sup> 同上，Sinclair在第26段中主张如下：

“目前的条款不妨碍君主或者国家元首根据国际法享有的以私人身份行事的豁免，不管是管辖豁免还是私人财产限制措施豁免。”

<sup>103</sup> 同上，特别报告员，第50段至第52段。委员会已经完成了一系列项目，处理国家豁免的各种不同方面，例如外交和领事关系，特派使团，预防和惩处侵害应受国际保护人员的罪行，及国家代表权。

<sup>104</sup> 同上，第1968次会议简要记录，1986年6月16日，Riphagen，起草委员会主席，第24-27段。第4(2)条草案案文如下：

“目前的条款同样不妨碍依据国际法给予国家元首的属人特权和豁免权。”

<sup>105</sup> 一读通过的第4条草案评注：

“(6) 第2段旨在为现行国际法给予外国君主和其他国家元首以私人身份行事的属人豁免权提供明确参照。作为国家机关或者国家代表行事的君主或其他国家元首的管辖豁免，由第3条处理。第3条第1款(a) 和(b)，涵盖包括国家元首在内的一国政府不同机关和国家代表，而不管其政府制度为何。因此，第4条第2款的保留，专指国家惯例所承认并给予的私人行为和个人特权，其地位决不影响目前条款。现行习惯法未被触及。”

## (b) 委员会对第4条草案的二读审议

42. 特别报告员Motoo Ogiso 此后取代了Sompong Sucharitkul, 他在初步报告中审查政府的评论时, 观察到一读通过的第4条草案获得了普遍支持。<sup>106</sup>在关于第4条草案第2款的具体评论中, 德国声称这一段除了国家元首的豁免之外, 没有提及某些类型的豁免, 认为最好包含进一个条款, 大致澄清这一事实, 即除国家管辖豁免之外, 其他类型的豁免均未受到影响。西班牙利用1969年《特别使团公约》第21条第2款, 建议不仅将国家元首的特权包含在内, 而且将政府首脑、外交部长以及高级别人员被认可的特权包含在内。大不列颠及北爱尔兰联合王国也表示希望将某些与国家元首有联系的人员包含在内, 即他的家庭内成员和私人工作人员。提及关于其军队地位的《北大西洋公约缔约国协定》, 它还建议制订关于一国武装力量经另一国同意后进入该国所享有的特权和豁免的保护条款。<sup>107</sup>

43. 导致豁免的义务的来源, 在委员会中是一个莫衷一是的主题。对于特别报告员来说, 政府首脑和外交部长根据国际法是否享有和国家元首同样的特权与豁免权, 这一点尚未明确。国家元首的家属、外交部长和高级别人员的特权和豁免权, 是依据国际礼让而不是依据国际法给予的。同样, 一国出现在另一国的武装力量, 其特权和豁免取决于相关国家间的协议, 而不是取决于习惯国际法。因此, 特别报告员认为, 没有必要对第2款作任何修改。Tomuschat、<sup>108</sup>Rao、<sup>109</sup>Koroma、<sup>110</sup>Solari Tudela、<sup>111</sup>Pawlak、<sup>112</sup>Roucounas<sup>113</sup>和哈苏奈<sup>114</sup>赞成扩大第2款的范围,

“（7）目前条款不预先判断国家给予外国君主或其他国家元首、其家人和家庭工作人员, 并且也可能在事实上给予他们的其他随行人员的豁免权范围。”《1986年……年鉴》, 第二卷（第二部分）。

<sup>106</sup> 特别报告员小木曾本雄编写的初步报告（A/CN.4/415和Corr.1）,《1988年……年鉴》, 第二卷（第一部分）, 第42段。

<sup>107</sup> 同上, 第46段和第47段。关于政府的评论和主张, 见A/CN.4/410和Add.1-5号文件,《1988年……年鉴》, 第二卷（第一部分）。

<sup>108</sup> 第2116次会议简要记录, 1989年6月9日,《1989年……年鉴》, 第一卷。Tomuschat 主张在“国家元首”后面加上“或其他政府官员”一语, 目的是将国际法的可适用规则考虑在内, 并保留给予其他人员某些特权和豁免的可能。

<sup>109</sup> 同上, 第2117次会议简要记录, 1989年6月13日。

<sup>110</sup> 同上, 第2118次会议简要记录, 1989年6月13日。

<sup>111</sup> 同上。

<sup>112</sup> 同上。

<sup>113</sup> 同上。

<sup>114</sup> 同上, 第2119次会议简要记录, 1989年6月15日。哈苏奈主张将某些与国家元首有联系的人员包括在内, 诸如家庭成员和为其提供个人服务的工作人员, 或许也将与总理和外交部长有联系的人员包括在内。

将政府首脑、外交部长以及高级官员包含在内。Rao、Koroma、Solarí Tudela和Roucounas认为特别报告员关于这些特权是“依据国际礼让而不是依据国际法给予的”观点没有根据。

44. 在对辩论进行总结时，特别报告员表示，关于这一点他准备接受多数人的意见，但是关于“高级别人员”，他犹豫不决，因为不存在确定一个人是高级别人员还是普通级别人员的公认标准，因此，这项规定在适用时可能会产生一些异议。虽然在第三次报告中，特别报告员建议新增添一段，将政府首脑和外交部长包含在内，<sup>115</sup>但是起草委员会更支持使用最低限度的方法，委员会表示，第2款涉及给予国家元首的**属人**特权和豁免，而不涉及他们作为国家机关所享有的特权和豁免。在起草委员会看来，这个问题因此不应在关于国家豁免的条款草案中被提及。但是，因为没有政府建议删除这一段，所以在二读阶段将其删除是不明智的。为了强调保护条款所附的含义，将删除“特权和豁免”两词前面的“冠词”，使该案文更具灵活性。<sup>116</sup>

### (c) 未定案的问题

45. 《公约》对豁免的处理，至少还存在四个方面的问题：首先，《公约》没有处理刑事管辖豁免。<sup>117</sup>其次，《公约》仅在国家豁免的范围内解决国家元首和其他国家代表以此种身份行事的**属事**管辖豁免问题。《公约》的一般方法，并不适用于存在包括**属人**豁免在内的特别豁免制度的情况。第3条明确提及国家元首，这并不意味着其他国家官员的**属人**豁免权受到了《公约》影响。<sup>118</sup>第三，关于《公

<sup>115</sup> 特别报告员小木曾本雄编写的第三次报告（A/CN.4/431和Corr.1），《1990年……年鉴》，第二卷（第一部分）。所提交正文如下：

“2. 目前的条款同样不妨碍依据国际法给予国家元首、政府首脑和外交部长的特权和豁免权。”

这一提案是在起草委员会已经援引条款草案之后提交的。

<sup>116</sup> 国家及其财产管辖豁免条款草案（A/CN.4/L.444）。起草委员会二读通过的法律名称及正文：第1条至第10条和第12条至第16条——摘录于第2191次会议简要记录，1990年7月11日，第23段以及其后的条款，《1990年……年鉴》，第一卷。

<sup>117</sup> 在第59/38号决议第2段中，大会赞同特设委员会达成的普遍谅解，即《公约》不涵盖刑事诉讼程序。特设委员会主席在他提交第六委员会的说明中，提请注意特设委员会在其报告第13段和第14段提出的建议，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第22号》（A/59/22），大会应该通过公约草案；大会应在通过公约草案的决议中，载入关于不涵盖刑事诉讼程序的普遍理解（A/C.6/59/SR.13，第32段）。最初，这项普遍谅解构成《公约》附件普遍谅解的一部分，《同上》，第五十八届会议，补编第22号》（A/58/22），附件二。后来人们觉得将该问题列入大会决议更适当（《同上》，第五十九届会议，补编第22号》（A/59/22），第11段）。

<sup>118</sup> 国家及其财产管辖豁免问题特设委员会主席向第六委员会提交的说明（A/C.6/59/SR.13，第37段）。他还指出，一般而言，应将《公约》和委员会编写的评注一起研读，至少到委员会所提案文仍未予更改的程度。委员会的评注、特设委员会的报告以及通过《公约》的大会决议

约》所涵盖的一国武装力量享有管辖豁免的程度，各种观点众说纷纭。<sup>119</sup>第四，《公约》没有解决与国家违反人权规范的行为有关的民事求偿产生的豁免问题，这些人权规范具有强行法的特征，特别是禁止酷刑。

46. 当委员会建立了一个工作组，<sup>120</sup> 根据大会第53/98号决议，针对与国家及其财产的管辖豁免条款草案有关的尚未解决的问题，拟定初步评注时，它提请大会注意与国家管辖中的民事求偿有关的国家实践和立法中的发展。这类求偿依据这一有力的论点：即国家违反具有强行法特征的人权规范，特别是禁止酷刑折磨的人权规范，其行为造成死亡或者人身伤害，在这种情况下，应拒绝给予豁免。<sup>121</sup>皮诺切特案也受到关注，该案强调了对国家官员粗暴侵犯人权行为的豁免限度。虽然该案以涉及刑事诉讼为由，其不豁免的结论不同于那些坚持君主的民事求偿豁免请求的判决书，但是委员会注意到，该案使下述观点获得了支持，即国家官员无权为他们在本国境内民事和刑事行动中所施行的酷刑请求豁免。委员会指出，

---

将构成《公约》拟订材料的重要部分。若在解释上仍有问题，共同研读《公约》案文和评注定会澄清案文的内容，（同上，第35段）。

<sup>119</sup> 特设委员会主席在他提交第六委员会的说明中，指出现有问题之一是军事活动是否属于《公约》的规定范围。一般的理解是军事活动不包括在内。无论如何应当提到委员会关于第12条的评注，说明根据第3条的规定该条不影响外交豁免问题，而且不适用于涉及武装冲突的情况”（A/C.6/59/SR.13，第36段）。人们还认为，《公约》中为现有机制提供保障的第26条，必然暗示诸如《欧洲国家豁免公约》（1972年）这类文书至少在同时签署了上述两个公约的国家之间占优势。《公约》第31条规定：“本公约不影响缔约国享有的关于其武装力量在另一缔约国领土上已完成、未完成、或者与之有关系的任何事情的豁免或特权。”在2005年10月5日于Chatham House举行的一次关于国家豁免和联合国新公约的研讨会上，特设委员会主席Hafner先生的发言不太明确，他说委员会的评注已经确认，武装冲突情况下的军事活动被《公约》排除在外。问题是这一例外是否涵盖所有军事活动。他回顾了特设委员会主席的说明，复述了委员会的说法，并说他感觉所有军事活动都应包括在内，但留待各国自己作结论。在同一次研讨会上，Andrew Dickinson说“军事活动”这一概念比“涉及武装冲突的情况”更为宽泛。战时事件的因果联系要求必须采用不同的原则处理民事诉讼程序的国家豁免。研讨会摘要，见：[http://www.chathamhouse.org.uk/files/3280\\_ilpstateimmunity.pdf](http://www.chathamhouse.org.uk/files/3280_ilpstateimmunity.pdf)，（2008年2月21日访问）。日本在其提交的关于这个专题的评论中，认为外国武装部队的管辖豁免问题，应以双边方式处理，一国驻扎在别国的武装部队问题，应不属于本条约草案的范围，（见A/48/464号文件，附件）。

<sup>120</sup> 在第53/98号决议中，大会邀请委员会就涉及国家及其财产的管辖豁免条款草案中未解决的实质性问题发表评论，同时顾及自条款草案通过以来与这一问题有关的国家惯例新发展和其他因素。

<sup>121</sup> 例如在美国，1976年《外国主权豁免法》（《主权豁免法》）经过修订，对豁免规定了一个新的例外情况：1996年《反恐主义和有效死刑法》第221节规定，“因酷刑、法外处决、破坏飞行器、扣留人质……造成的人身伤害或死亡向外国提出索赔要求”的任何案件都没有豁免。美国，《公法》104-132，110 Stat. 1214（1996年）。



在解决悬而未决的问题时，并未对这种情况进行研究，但它却是不应忽视的一种新情况。<sup>122</sup>不过，《公约》没有涉及这一问题。

47. 最后，或许可以做出如下评注：

(a) 《公约》没有定义“程序”一词。但是，它明确指出，在任何被授权行使司法职能的国家机关，不管其级别和名称如何，这个词语应被理解为不涵盖刑事诉讼程序。<sup>123</sup>附有《公约》的相关大会第59/38号决议确认了这一点；

(b) 在制订国家及其财产的管辖豁免条款草案时，曾试图解决至少是君主和国家元首的属人豁免问题。总之，这个问题因包含了一个作为《公约》第3条保留下来的保护条款而没有定案。委员会在1949年的概况报告中，从这样一个假设出发：“在编纂国家及其财产的管辖豁免法律时”加入“国家元首的豁免”，在条款草案中除了一个保护条款之外，不加入关于国家其他财产的管辖豁免问题的任何实体规定，是一种比较方便的做法；

(c) 特别报告员Sucharitkul 建议将国家官员是属人豁免权纳入管辖豁免条款范围内，这个建议在很大程度上借鉴了《维也纳外交关系公约》第31条，这似乎与一些国家在国内层面上的做法并行不悖。<sup>124</sup>关于豁免义务的渊源，观点不一，特别是涉及除君主和国家元首以外的官员时；

(d) 根据《公约》，国家包括以公共身份行事的君主和国家元首——以及以代表身份行事的政府首脑、部长、大使、使团团团长，这一事实有可能使依据《公约》建立的制度与依据习惯法享有的属人豁免发生重叠，特别是出现涉及国际法规定罪行的属事豁免权问题时。下文第二部分进一步述及了这些问题；

(e) 国际法规定罪行的刑事管辖豁免问题，对于委员会审议危害人类和平及安全治罪法的工作有重要影响，在进行辩论时应注意这一点，另外，人们认识到，关于这些问题的工作不应有先入之见。委员会这方面的审议情况将在本部分D节加以阐述。

### 3. 其他限制行使审理管辖权的技术

48. 审议了在上文C节1(d)款中被视为程序性障碍的管辖豁免的不同方面之后，仍存在其他相关技术，有可能限制法院对一特定事由行使管辖权。这一小节处理

<sup>122</sup> 国家及其财产的管辖豁免问题工作组的报告，(A/CN.4/L.576)，《1999年……年鉴》，第二卷（第二部分），附录，第3-13段。

<sup>123</sup> 第2条(1)(a)评注。

<sup>124</sup> 例如，见《联合王国国家豁免法》。

不可裁判性问题以及国家行为学说。不是所有提交法院的案件都要经过司法裁决。一个事由，只有在依法审判时才是可以裁判的。<sup>125</sup>在一些遵循三权分立的宪政原则的国内法体系中，某些法院不可裁判的事务，据说在政府行政部门的权限之内。从这种程度很高的普遍性来看，国家豁免和国家行为学说，作为裁判规避技术，均被纳入了可裁判性概念。

#### (a) 不可裁判性

49. 在诉讼程序中可以提出不可裁判性抗辩，不管是否有一外国为当事方，<sup>126</sup>这可以在初期或者实质性阶段发生。<sup>127</sup>在涉及外国行政行为的诉讼程序中提出这样的抗辩时，法院通常会拒绝对主权权利的行使做出裁决，例如发动战争、实现和平、签署国际条约或者割让领土。<sup>128</sup>

50. 在Buttes燃气和石油公司诉Hammer案（第3号）中，<sup>129</sup>Wilberforce爵士至少从英国法律的角度概述了这一原则的内容：

“所以我认为实质问题是，是否……在英国法律中存在一项更为普遍的原则，规定法庭不得对外国主权国家的事务进行裁决。虽然我反对在术语上争论不休，但我仍认为最好将这一原则（如果有的话）作为另一种司法限制或规避行为，而不是作为另一种‘国家行为’来考虑。”<sup>130</sup>

51. 有关的案例表明，如果法庭能将诉讼程序向前推进，就可以对下述问题做出裁定：(a) 哪个国家对一个特定区域拥有主权；(b) 该区域领水的宽度；及(c) 国家间大陆架的划界。在深入研究这一问题时，要考虑到所发表并行声明的意义和影响，即这类声明是否相当于国家间协定；以及根据国际法它们是否具有“非法性”。法院赞同这些不是国内法院可以判决的问题，从而拒绝这样做。除了引发对外关系中的尴尬状况的所有可能，“不存在据以裁决这些问题的司法或者可操作的标准。法院将处于司法上的真空地带。”<sup>131</sup>

<sup>125</sup> Malcolm N. Shaw, 同前, (2003年), 第162页。

<sup>126</sup> Fox, “国际法和限制因素……”, 同前, 第384页。

<sup>127</sup> 同上。

<sup>128</sup> Shaw, 同前, (2003年), 第384页。

<sup>129</sup> [1982年] A.C. 888. 另见《国际法案例汇编》, 第64卷, 第331页。

<sup>130</sup> 同上, 第344页。

<sup>131</sup> 同上, 第351页。

52. 因此，不可裁判性，至少如在英美法律传统中被理解的那样，以缺少据以裁决这些问题的司法或者可操作的标准为由，阻止了法院裁决某些问题，例如国家间的国际关系。<sup>132</sup>不可裁判原则并不意味着法院因为不承认国际法或者不考虑已发生的违反国际法的行为就会受到阻碍。例如，在适当情况下，法院在决定是否承认一部外国法律时，对国际法的内容加以考虑是合法之举。<sup>133</sup>

### (b) 国家行为学说

53. 国家行为学说与不可裁判原则有关，但它的确定特征以及它在国际法中的地位，尚不明确。有些评注者声称它在本质上是冲突法；<sup>134</sup>而另外一些人坚称它不是国际公法的一条法规。<sup>135</sup>一位评注者找出了至少 7 种在法律环境下使用“国家行为”这一表达方式的情况。<sup>136</sup>为了本研究报告的目的，可能需要对两种类型的“国家行为”加以区分。上文C节 1 (d) 款已经处理了给予一外国政府自身及其

<sup>132</sup> Fox, “国际法和限制因素……”, 同前, 第 364 页。

<sup>133</sup> 见科威特航空公司尼克尔斯大法官诉伊拉克航空公司某些人案 (第 2 号), 2002 年 5 月 16 日, [2002 年]。UKHL 19, 第 26 段。

另见: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm> (2008 年 2 月 5 日最后访问)。霍普大法官, 在第 140 段中, 说:

“在我看来，公共政策的例外情况，其实质是它不太具有强制性。谨慎地不使它的适用性突破原则的真正限制，是一条黄金定律。由于这些限制，在存在任何疑点的情况下，必须从司法上加以约束。但需要的是约束，不是规避。在显然已确立的国际法准则毫无争议地遭到违反的情况下，约束措施无须以公共政策为理由。”

<sup>134</sup> 各种不同观点，一般见：Louis Henkin, “当今的国家行为：对稳定形势的反思”，《哥伦比亚跨国法期刊》，第 6 卷（1967 年），第 175 页。另见：上议院，Regina 诉 Bartle、市政警察署专员及与皮诺切特案有关的其他人，1998 年 11 月 25 日，摘录于《国际法律材料》，第 37 卷，1998 年（援引为“皮诺切特案（第 1 号）”）尼科尔大法官，第 1331 页：

“国家行为学说是一项适用性不确定的普通法律原则，它禁止英国法院审查在一外国境内，或偶尔在该外国之外，行使主权权威的某些行为的合法性”，19 世纪法官的意见（例如，在不伦瑞克的 Duke 诉汉诺威的 King 案（1848 年）2 H.L. Cas. 1 和 Underhill 诉 Hernandez 案（1897 年）169 U.S. 456 中）认为国家行为学说反映了国际法的一项法规。现代观点是，这是一项国内法原则，反映了法院承认某些外交事务问题不可裁判，(Buttes 燃气和石油公司诉 Hammer [1982 年] A.C. 888) 而且，特别是在美国，对外交关系的司法干预可能会侵入政府其他两个部门的职权范围（古巴国家银行诉 Sabbatino 案，376 U.S. 398）”。

<sup>135</sup> Ian Brownlie, 《国际公约原则》，第六版，（牛津和纽约，牛津大学出版社，2003 年）第 483 页。另见：古巴国家银行诉 Sabbatino 案，307F 2d 845（1962 年），第 855 页：

“国家行为学说简要说明了美国法院不会对外国政府在其本土以主权身份从事的行为是否合法进行裁判……这一学说是美国法院所适用的一项体现法律冲突的法规；它本身不是一项国际法规……它源自因为‘君主不会做错’而产生的君主豁免这一概念”。

<sup>136</sup> Philip Allott, “法院和行政机构：上议院的四项决定”，《剑桥法律杂志》第 36 卷（1977 年），第 270 页。



财产法律程序豁免的“国家行为”。这被认为是真正的国家豁免。然而，还有另外一种“国家行为”，暗示一国政府的行为，例如其法律，不受另一国法院的法律程序的调查。在一位私人或者一个外国为当事人的程序中，可以提出这种申辩。<sup>137</sup> 根据Underhill诉Hernandez案被认为最有权权威性的章节：

“每一个主权国家都有义务尊重每一个其他主权国家的独立，一国的法院不得裁判另一国政府在其本国领土范围内的行为。纠正这些行为必须通过主权国家可在相互之间使用的手段。”<sup>138</sup>

54. 虽然国家行为学说是普通法体系中一个公认的学说，但它很少被用于民事法庭。<sup>139</sup> 国家行为学说是实体法的一个申辩。<sup>140</sup> 它不同于豁免申辩，不是程序性的。<sup>141</sup> 这一学说不是绝对的。它可以有例外。<sup>142</sup> 卡多佐法官在Loucks诉纽约Standard石油公司案中发表了如下著名的论断：只有当外国法令“违反某些基本的正义原则，某些普遍性的良好道德观念，某些根深蒂固的公益传统”时，<sup>143</sup> 法院才可以弃置不理，因此，外国政府的行为若违背公共政策，法院地国可以不执行。Oppenheimer诉Cattermole案涉及德国国家社会主义党政府的1941年法令，该法令剥夺了犹太移民的德国国籍，随之产生的后果导致他们的财产被没收。在该案中，Chelsea的Krosas法官说，这种种族歧视性的没收法，严重侵犯了人权，联合王国法院应该完全拒绝承认它是一部法律。<sup>144</sup>

55. 在科威特航空公司诉伊拉克航空公司（第2号）案中，尼克尔斯大法官这样评述：

“在援引外国法律对一事件做出判决时，本国法院必须拥有一种剩余权力，例外地并且是以最谨慎的方式行使这种权力，在其他做法违反法院在本国司法工作中谋求实施的公平正义原则时，不应按外国法律的规定处理。对人权

<sup>137</sup> Fox, “国际法和限制因素……”, 同前, 第364页。

<sup>138</sup> Underhill 诉 Hernandez 案, 168 U.S. 250, 18 S.Ct. 83, 42 L.Ed. 456 (1897年)。

<sup>139</sup> Oliver, Firmage 等人, 同前, 第624页, 指出民事法律体系法庭利用这项原则阻止审查从另一个角度可适用的外国法律规则的合法性。违反法院地国公共秩序的外国法规, 不会得到适用。然而, 国家行为这一术语很少被采用。

<sup>140</sup> Fox, “国际法和限制因素……”, 同前, 第364页。另见Brownlie, 《……原则》, 同前, 第50页。

<sup>141</sup> 见某些学者的立场, 他们认为属事豁免是一种实体性申辩; 下文, 脚注213。

<sup>142</sup> 一般见Fox, “国际法和限制因素……”, 同前, 第384页。

<sup>143</sup> (1918年) 120 NE 198, 第202页。

<sup>144</sup> [1976年] AC 249 第277-278页。

的粗暴侵犯是这种法规的一个例证，也是一个重要的例证。但是公平正义原则不应受限于一种特定类型的不可接受的法律。那样既不合情理，也不符合逻辑。法律有可能因为侵犯人权以外的原因而从根本上不可接受。”<sup>145</sup>

56. 关于这个问题可以做出最后一点说明。“国家行为”申辩尚未在刑事诉讼程序中使用。<sup>146</sup>然而，“国家行为”的这一变种，以[地位平等者之间不存在统治权](#)这一格言为依据，影响着[属事豁免权](#)。它假定一个国家未经另一国同意，不得因为某个人的构成另一国“国家行为”的犯罪行为而审判此人。根据Kelsen的观点，“机关”（统治者或者官员）行事时所代表的国家应该单独对通过这样的行为违反国际法的事件负责，而犯罪者本人，除了犯间谍罪和战争叛逆罪之外，不承担责任。<sup>147</sup>据认为，这条普通法规在国际法中得到了普遍认可。<sup>148</sup>在Eichmann案中，<sup>149</sup>有人主张，被告被指控的反犹太人民的罪行、危害人类罪和战争罪是在履行职责的过程中犯下的，构成了“国家行为”，德国国家应单独为此承担责任。地区法官基于数条理由，驳回了这种主张。首先它指出，“国家行为”理论已经因《万国公法》关于国际犯罪的规定而失效。其效力已经被纽伦堡国际军事法庭<sup>150</sup>否定，随后被联合国大会否定，联合国大会在其1946年12月11日第95（I）号决议中确认了《纽伦堡原则》。大会在其1946年12月11日第96（I）号决议中，还确认了种族灭绝是国际法规定的犯罪行为。国际法委员会制订的《纽伦堡原则》三和《灭绝种族罪公约》第四条就是针对恶性罪行驳回这种申辩的例证。

57. 其次，地区法院驳回了Kelsenian的理论，指出策划并实施“最终解决方案”的国家不能被视为平等者，而只能被视为由一伙罪犯组成的实体。

<sup>145</sup> 第18段。在该案中，霍普大法官作了下述结论：

“……我认为外国公然违反显然已确立的国际法所采取的立法行为，不应被这个国家承认为该国物所在地法的一部分。”

<sup>146</sup> 哈德利的希尔恩法官在[皮诺切特案](#)（第1号）中声明，“对国家行为学说的涵盖面虽然众说纷纭，……但是，一旦确定前国家元首如我所说的那样有权得到逮捕和引渡方面的豁免，联合国法院将不裁判据以逮捕的事实，不过，用威尔伯福斯大法官（引自Buttes Gas的文章）的话说，它们不会行使司法限制或者规避。”

<sup>147</sup> Hans Kelsen, “国际法中特别针对首恶战犯规定的集体和个人责任”, 《加利福尼亚法律评论》, 第31卷（1942-1943年）, 第530页。

<sup>148</sup> [检察官诉Blaškić案](#), (IT-95-14), 上诉分庭, 根据克罗地亚关于审查第二审判分庭1997年7月18日裁决的要求做出的判决（判决的传票）, 第41段, 一般另见Akehurst, [同前](#), 第240段及后文。

<sup>149</sup> [以色列政府检察长诉Adolf Eichmann案](#), 第28段和[以色列政府检察长诉Adolf Eichmann案](#), 最高法院（作为刑事上诉法院）, 第14段。

<sup>150</sup> [同上](#)。

58. 最高法院也驳回了这一申辩。最高法院同意地区法院的观点，声称不管国家行为学说对审理其他案件有何种价值，根据《国际军事法庭宪章》第 7 条、《纽伦堡原则》和《灭绝种族罪公约》，它不能作为辩护理由。该宪章的核心实质是，个人具有超越个别国家规定之国民服从义务的国际义务。如果国家在授权行为时超出了在国际法之下的权限范围，按照国家授权采取行动而违反了战争法的人不能得到豁免。

59. 法院还认为，“主权”并非绝对的，从“主权”概念引申出的“国家行为”学说在适用时应遵循同样的方式；它本身不是绝对的。而且，当事情涉及《万国公法》所禁止的行为，特别是当它们属于“危害人类罪”这类国际罪行时，这种学说缺少依据。国家行为，从国际法的角度看，完全处在命令或者批准执行它们的国家的“主权”管辖范围之外，因此，那些参与这些行为的人必须以个人身份对此负责，不能以这些任务或者使命的官方特征为护身符，或者以借以蓄意行事的国家“法律”为护身符。国际法假定一国不可能批准一项违反严格禁令的行为。

60. 纽伦堡法庭也提出了类似的观点：<sup>151</sup>辩方的观点是，首先，个人不能依据国际法承担刑事责任，因为只有国家才是《万国公法》的主体；只有它们才能对一项“国际法定罪行”负责。其次，某些被认定为被告所为的行为，诸如危害和平罪行，是国家行为，只能归罪于国家和作为国家机关从事这些行为的个人。为了事关战争与和平的决定而惩罚个人，将会破坏国家这一概念。然而，辩方承认，战争的使用，特别是涉及某些战争罪行时，取消了“国际法从国家主权方面对行为者个人和外国强权之间所作的划分”。

61. 反过来，控方否认存在只能让国家而不能让个人依国际法负责的任何国际法原则；海盗行为、突破封锁、间谍行为和战争罪行指向国际法直接加诸个人的义务。<sup>152</sup>《纽伦堡宪章》所涉及的罪行毋宁说是证明了一种必要性，即有必要确认国家的权利和义务是人的权利和义务，除非“它们对个人有约束力，否则它们对任何人都无约束力”。

<sup>151</sup> Goering 等人；纽伦堡国际军事法庭，1946 年 10 月 1 日，《国际公法案例年度摘要和汇编》，第 13 卷，第 203 和 221 页。一般见秘书长提交的备忘录：《纽伦堡法庭宪章和判决：历史和分析》A/CN.4/5 号文件（联合国出版物，出售品编号：1949.V.7）。另见秘书处的研究报告，《侵略事件的历史回顾》（联合国出版物，出售品编号：E.03.V.10）。

<sup>152</sup> 关于间谍行为，见《陆战法规和习惯章程》（《海牙第四公约》），1907 年 10 月 18 日，所附条例第 29-31 条。

《陆战法规和习惯章程》（《海牙第二公约》），1899 年 7 月 29 日，所附条例第 41 条：

“个人自主地违反停战协定时，只带来要求惩处违反者的权利，如果有必要，带来对所承受损失索取赔偿金的权利。”

62. 驳回国家行为学说之后，控方进一步声明，通过一系列决定确认一国不具有凌驾于另一主权国家或者其元首或其代表之上的权威，其依据是国际礼让和国际和平顺利交往训令。这样的决定并不能够使下述提议具有权威性，这一提议是：那些构成机关的人——那些在背后操纵国家的人——当国家按照他们的指令开始破坏国际法规赖以存在的礼让做法之时，有权以他们建立并控制的这种形而上的实体为靠山。

63. 法庭果断地申明了个人依据国际法所应承担的刑事责任；国际法规定个人和国家都具有义务和责任，这一点长期以来一直得到认可。法庭在一个常被援引的段落中断言：

“触犯国际法的行为是由人而不是抽象的实体犯下的，惟有惩罚犯下此种罪行的个人才能执行国际法的规定”。<sup>153</sup>

64. 关于国家行为学说，法庭宣布：

“在某些情况下对国家代表实行保护的国际法原则，不可适用于被国际法判定为罪行的行为。这些行为的肇事者不能躲在其官职的背后逃避通过适当诉讼给予的惩罚”。<sup>154</sup>

65. 它还依据《宪章》第7条，宣布：

“……本宪章的核心实质是，个人具有超越个别国家规定之国民服从义务的国际义务。如果国家在授权行为时超出了在国际法之下的权限范围，按照国家授权采取行动而违反了战争法的人不能得到豁免”。<sup>155</sup>

66. [Eichmann](#)案和纽伦堡对于“国家行为”学说的处理方式，影响了与[属事](#)豁免有关的问题，对此在下文第二部分将作进一步探讨。

#### D. 个人的刑事责任和豁免的取消

67. 为了推断给予在任外交部长刑事管辖豁免的法规是否存在任何形式的例外，国际法院在“逮捕状”案中研究了据以设立国际法庭的法律文书中所载的涉及有官方身份的人员的豁免或者刑事责任的法规，以及其他法规，发现很难判定涉及国家法庭的习惯国际法中存在任何例外。<sup>156</sup>它还认为，刑事管辖豁免和个人刑

<sup>153</sup> “纳粹的阴谋和侵略行径”，意见书和判决书，（华盛顿：美国政府印刷局，1947年），第53页，秘书长提交的备忘录引用，《纽伦堡国际军事法庭宪章和判决……》，[同前](#)，第41页。

<sup>154</sup> [同上](#)，第41-42页。

<sup>155</sup> [同上](#)，第2页。

<sup>156</sup> [逮捕状](#)案，第58段。

事责任是各不相同的概念。通过两者之间的对比，法院指出，前者在性质上是程序性的，而后者是一个实体法的问题。<sup>157</sup>

68. 不过，这种二分法中的形式主义，往往模糊了可能存在的动态关系的性质。国家刑事管辖和国际管辖之间的这种关系，<sup>158</sup>对于豁免问题依然具有重要意义。正如三位法官各自在“逮捕状”案意见书中断言的那样：“进一步了解将国际罪行重犯真正绳之以法的重要性，会对国家高级官员依据传统习惯法所享有的豁免权产生影响。”<sup>159</sup>

69. 豁免和个人刑事责任之间关系密切。特别是，20世纪国际刑法在两个方面取得了进展，一是确立了国际刑事管辖权，二是在官职无关性的问题上实体法有了新的发展，这两个方面有效提高了对严重罪行问责制的限制性规定，并促进了关于豁免权发展问题的讨论。为了使人们具体了解本研究报告第二部分所讨论的豁免问题，本节提供了国际刑法发展演变的历史背景，并从刑事责任的角度概述了该项法律中关于官职无关性的规定。<sup>160</sup>

## 1. 国际刑事管辖

70. 在国内权力结构中，议会的立法职能与法院的司法职能和执法行动相辅相成，但是国际法律体系并没有沿着与此相似的路径发展。根据古典国际法，在将罪行作为“违反国际法的罪行”予以禁止的同时，不需要或不可能相应地将这类罪行的管辖权让与国际法院或国际机构。实际上，诸如国际罪行这类特定行为的定性是从国际刑事管辖发展而来的，但又有着明显的不同，直至后者在第一次世界大战（1914年至1919年）结束后成为人们认真探讨的一个课题。<sup>161</sup>国际体系的发展取决于国内法的执行。将国际罪行的管辖权授予国家管辖机构成为一种普遍的趋势，甚至有不少人主张这种管辖权应由国家管辖机构来行使。战争和一些促动因素使有关问题的讨论转向了国际刑事管辖。这样一个体系与战胜国在国内采取的措施相比，更有利于法定诉讼程序的执行。

<sup>157</sup> 同上，第60段。

<sup>158</sup> 见史院长（国际法院前院长）2003年10月23日在马达加斯加总理来访之际就“国际法中的豁免问题发表的声明，载在国际法法理学刊物上”，见：<http://www.icj-cij.org/presscom/index.php?p1=6&p2=1&pr=97&search=%22owed%22>。

<sup>159</sup> 希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔联合发表的独立意见，第74段。

<sup>160</sup> 国际刑法的扩编和国家官员的国家管辖豁免之间的互动关系的实质，在下文中与属人豁免（下文，第二部分，A节）和属事豁免（下文，第二部分，B节）联系起来探讨。

<sup>161</sup> 一般见秘书长提交的备忘录，《国际刑事管辖问题历史研究》，（A/CN.4/7/Rev.1），（联合国出版物，出售品编号：1949.V.8）。另见：特别报告员里卡多·J.阿尔法罗编写的《国际刑事管辖问题报告》（A/CN.4/15和Corr.1），《1950年……年鉴》，第二卷。



71. 另外，对于那些犯有战争罪的君主、国家元首和挑起内战的领导人，惩治规则不很明确，这或许是本研究报告应着重探讨的问题。<sup>162</sup>当时的主流观念是，国家元首完全是不可审判的，或者说，他们不必为下属的行为负责。对于只在本国境内从事过犯罪活动的文官，完全可以按属地原则处理，根据该原则，他们在属地国法律规定的限度内承担责任。<sup>163</sup>

72. 在两次世界大战期间<sup>164</sup>及之后，<sup>165</sup>主流观点开始让位于对目前国际刑法体系的性质和结构具有影响的各种安排。如果说放弃国内刑事管辖权和出于义务将本国国民交由外国管辖不符合古典主权原则，那么，妥善建立的国际法庭或许是

<sup>162</sup> 秘书长提交的备忘录 (A/CN.4/7/Rev.1)，[同前](#)，第 2 页。

<sup>163</sup> [同上](#)。

<sup>164</sup> 在1919年的巴黎和会上，一些提案建议不顾敌国非军事和军事当局等的反对，以“严重违反国际法基本原则的暴行”为由，由国际法院审判战败国人员，不管他们的职位或级别有多高，其中包括下达命令或者在知情并有干预能力的情况下没有防止或者采取措施防止、制止或者弹压违反战争法或战争习惯行为的国家元首（人们认为，此种不作为不得成为实际犯罪者的申辩理由）；“[战争策动者责任和执行惩罚问题委员会，提交初步和平会议的报告](#)”，《[美国国际法学报](#)》，第14卷（1920年），第95-154页。然而，由于战胜国之间的分歧，只就《凡尔赛和约》第227条达成了共识，根据该条款，协约国和参战各国“以对国际道德和条约神圣不可侵犯性的最大侵害为由”，在特别法庭上公开审判前德国皇帝霍亨索伦王室的威廉二世；见“[美国代表根据责任问题委员会的报告提交的保留意见备忘录](#)”，[同上](#)。审判始终没有举行。霍亨索伦王室的威廉二世流亡荷兰，荷兰政府援引“法无明文不为罪”原则，拒绝向协约国和参战各国引渡这位前皇帝。

其他创制，见：经国际法学会常设国际刑事法院委员会修改的国际刑事法院罗马规约草案，第34次报告，维也纳（1927年），第133-125页；议会联盟就发动侵略战争和实施镇压措施的犯罪行为通过的决议（1925年），议会联盟第二十三届会议报告（华盛顿，1925年），第46-50页和第801页。“国际刑法大会关于建立国际刑事法院的设想”（布鲁塞尔，1926年），《国际刑法大会议案》，第634页；国际刑法协会通过的设立国际法院刑事法庭的规约草案，巴黎，1928年1月16日，1946年修订，摘录于《秘书处备忘录》，附录7；《创立国际刑事法院公约》，在日内瓦开放供签署，1947年11月16日，见《防止及惩处恐怖主义公约》附件，[同上](#)，附录8；1943年6月21日伦敦国际会议通过的结论在第3段规定，将创立国际刑事法庭，该法庭将拥有对下述类型的战争犯罪的管辖权……（d）国家元首犯下的罪行，[同上](#)，附录9；创立国际刑事法院公约草案，伦敦国际会议，1943年，[同上](#)，附录9.B；建立联合国战争罪行法院公约草案及其解释性备忘录，在第1条规定成立联合国战争罪行委员会，审判和惩处被指控违反战争法和习惯的人员，拥有审判和惩处任何人的管辖权，不论其级别和职位如何，[同上](#)，附录10。

<sup>165</sup> 创立国际刑事法院建议草案，法国代表向委员会提交的国际法逐步发展和编纂备忘录，《国际刑事管辖问题历史回顾》，[同上](#)，附录11；秘书长拟订的灭绝种族罪公约草案（E/447），附有两个关于创立惩处灭绝种族行为常设国际刑事法院的附件。据设想，如果种族灭绝行为是个人作为国家机关或者是受到国家的支持或者纵容犯下的，国家有义务将此种行为提交国际刑事法院。法院因此将审判国家的统治者或者与这些统治者共谋的人；法国代表团提交给第六委员会的灭绝种族罪公约草案，[同上](#)，附录15。纽伦堡法庭判定，卡尔·邓尼茨作为德国1945年5月1日至9日的国家元首，“积极参与发动侵略战争”，这是他以国家元首身份下达的命令的一部分，德国武装部队继续进行东线战争，他犯有起诉书所涉第二项和第三项罪行，被判刑10年，见《侵略事件的历史回顾》……[同前](#)，第51-53页。

国际社会做出的适当反应，以消除任何关于政府或者代表政府的个人所犯的某些罪行几乎不可能受到属地法院审判的误解。通过建立这样一个法院，各国将按照本国的主权意志与其他国家共同采取经双方同意的行动，以维护国际法的至高权威。<sup>166</sup>塞拉利昂问题特别法院上诉分庭在关于查尔斯·泰勒管辖豁免的判决中指出，国家豁免原则的依据是主权国家平等——据此一国不可裁判另一国的行为，因此不适用于国际刑事法庭，国际刑庭不是国家机关，其授权来自国际社会。<sup>167</sup>

73. 《国际刑事法院罗马规约》的结论，是 20 世纪初开始向正统观念提出上述挑战的产物。刑事管辖的国际化使国际社会得以克服主权的种种限制。同时，还使各国能够继续采取国内措施履行国际义务。<sup>168</sup>所有这些发展均可视为是对国家刑事管辖权的补充而不是取代；实际上，《罗马规约》与国家管辖权互补。<sup>169</sup>

<sup>166</sup> 一般见，特别报告员里卡多·J. 阿尔法罗《关于国际刑事管辖问题的报告》，[同前](#)。

<sup>167</sup> 上诉分庭，检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒，《关于管辖豁免的裁决》，案例编号：SCSL-2003-01-I，2004 年 5 月 31 日。

<sup>168</sup> 在 1973 年 12 月 3 日关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则的第 3074 (XXVIII) 号决议中，大会考虑到采取行动以确保战争罪犯和危害人类罪犯受到起诉和惩处的特殊需要，宣布下述关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则：

“1. 凡战争罪和危害人类罪，无论发生于何时何地，均应加以调查，对有证据证明犯此类罪行的人应加以追踪、逮捕、审判，如判定有罪，应加以惩治。

“2. 各国有权审判本国国民所犯下的危害人类罪。

“3. 各国应在双边和多边基础上相互合作，以期制止并防止战争罪和危害人类罪，并应为此目的采取必要的国内和国际措施。

“4. 各国应相互协助，以便侦察、逮捕和审判有此类罪行初步证据的嫌疑犯，如判定有罪应加以惩治。

“5. 作为一般原则，有证据证明犯有此类罪行的个人应在犯罪地国家接受审判，如判定有罪，由犯罪地国家加以惩治，为此各国应在引渡此类罪犯的问题上进行合作。

“6. 各国应就收集有助于使上文第 5 段所指人员接受审判的情报和证据进行合作，并应交流这类情报。

“7. 根据 1967 年 12 月 14 日的《领土庇护宣言》第 1 条，各国不应向有重要理由被认为犯下危害和平罪、战争罪或者危害人类罪的任何人提供庇护。

“8. 各国不应采取任何有碍就侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯所承担的国际义务的立法或其他措施。

“9. 各国为侦察、逮捕、引渡有初步证据证明其犯有战争罪和危害人类罪的个人并在判定有罪后惩治这类犯罪而进行合作时，应遵守《联合国宪章》和关于各国依《联合国宪章》建立友好关系及合作之国际法原则的宣言的规定。”

<sup>169</sup> 《国际刑事法院罗马规约》前言和第 1 条。

## 2. 委员会审议《纽伦堡原则》的情况

74. 除了确立国际刑事管辖权，委员会还为解决一个至关重要的问题做出了各种努力，从而在使个人实际承担刑事责任方面取得了一定的进展。这个至关重要的问题是指君主、国家元首或挑起内战的领导人是否会凭借其官职逃脱个人的刑事责任，这个问题的解决关系到另一个悬而未决的问题，即个人受到国际管辖后能否获得豁免。

75. 委员会在制订《纽伦堡原则》时，曾讨论过它在“制订《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决书中所确认的国际法原则”方面所拥有的权限，大会第177（II）号决议提及了这一点。问题是委员会是否应确定《宪章》和判决书所载原则在多大程度上构成了国际法原则。委员会的结论是，《纽伦堡原则》业已得到大会第95（I）号决议的确认。因此，它的任务不是将这些原则作为国际法原则表示赞同，而主要是要加以阐释，将重点更多地放在实质性内容上——特别是第6、第7和第8条所包含的内容——而不是放在程序性内容上。<sup>170</sup>

<sup>170</sup> 《1949年……年鉴》，第一卷，第17次会议简要记录，1949年5月9日，第35段。Scelle, [同上](#)，第28次会议简要记录，1949年5月26日，更赞同制订作为《宪章》和判决书基础的国际法一般原则。在他看来，首先，纽伦堡法庭和判决确认，个人受国际法管辖，包括国际刑法，并可能因任何违法行为受到惩处；其次，它驳回了免除统治者和官员代表国家所从事的所有行为的个人责任的旧理论。国家元首、统治者或公务员的职位，不能给予任何刑事豁免，也不能宽减其责任。Scelle提出的下述草案被委员会以对大会授权的理解比较狭窄为基本理由予以驳回：“纽伦堡法庭及法庭判决所确认的国际法原则内容如下，[同上](#)：

“1. 个人受国际法管辖，包括国际刑法。

“2. 国家元首、统治者或公务员的职位，不能给予任何刑事豁免，也不能宽减其责任。

“3. 国家元首、统治者和代理人的主观刑事责任，不同于国家的客观责任，国家的客观责任可以成为一个附带问题。

“4. 国际法，包括国际刑法，优先于国内法。因此统治者和国家代理人对国际罪行和违法行为负有直接责任，不论这些违法行为依据其国内刑法是否构成犯罪。所以，任何人犯下违反国际法的罪行，不论是作为还是不作为，都要为此负责，并应受到惩处。

“5. 上级命令不构成充分的辩护理由，而只是在合乎司法公正要求时的一个宽减刑罚的条件。

“6. 国际管辖法院特别适合审判国际罪行和违法行为，特别是国家元首、统治者或高级公务员的国际罪行和违法行为。

“7. 在国际法的目前状态下，这类法院不必受罪与罚不追溯既往原则的约束；这以国际刑法的筹备和起草为先决条件。

“8. 按照《纽伦堡宪章》和判决书，下述罪行现已成为国际罪行：

危害和平罪；

战争罪；



所通过的第三原则以《纽伦堡法庭宪章》第7条为基础。<sup>171</sup>根据《宪章》和判决书，个人以国家元首或者负责的政府官员身份行事这一事实，并不能免除他的国际责任。“如果国家在授权行为时超出了在国际法之下的权限范围，按照国家授权采取行动而违反了战争法的人不能得到豁免。”<sup>172</sup>

76. 委员会在阐述第三原则时，并没有保留《宪章》关于“减刑”的第7条最后部分。委员会认为这个问题在法院的裁量权限之内。<sup>173</sup>

### 3. 委员会审议危害人类和平及安全治罪法草案的情况

77. 在1949年和1954年的初步审议之后，<sup>174</sup>委员会应大会的要求，于1982年恢复了关于危害人类和平及安全治罪法草案的工作。<sup>175</sup>在其第四十三届会议（1991

危害人类罪。

“9. 危害和平罪是……”

<sup>171</sup> 另见管制委员会第10号令第二4条(a)，颁布此令是为了使1943年10月30日《莫斯科宣言》和1945年8月8日《伦敦协议》以及为此发表的《宪章》生效，以便在德国设定统一的法律依据，起诉除国际军事法庭处理的罪犯以外的战犯和其他类似罪犯：

“不论是国家元首还是政府部门的负责官员，任何人的官职都不能免除其罪责，也不能使之有权得到刑罚之宽减。”

《远东国际军事法庭宪章》第6条有所不同，但原则是相同的：

“在任何时候，被告的官职或被告奉政府或上级之命令行事这一事实，本身均不足以使被告免于承担任何被指控罪行之责任，但如果法庭认为合乎司法公正的要求时，可考虑因此类情况而减免刑罚。”

这一阐述也出现在其他文件中，例如，见为起诉对1991年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的《国际法庭规约》第7(2)条，(S/25274号文件。遵照经后来的决议修改的安全理事会第827(1993)号决议，于1993年5月25日通过)：

“任何被告人的官职，不论是国家元首、政府首脑还是政府负责官员，不得免除该被告的刑事责任，也不得宽减刑法。”

类似的规定摘录于起诉应对1994年1月1日至12月31日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者及对邻国境内的种族灭绝和其他此类犯罪负责的卢旺达公民的国际刑事法庭章程第6(2)条。

<sup>172</sup> 《1950年……年鉴》，第二卷，A/136号文件，第103段。

<sup>173</sup> 同上，第104段。

<sup>174</sup> 1954年通过的案文包含下述内容：

#### “第3条

“个人以国家元首或政府首脑的身份行事的事实，不能免除其犯下本法案所规定的任何罪行的责任。”

《1954年……年鉴》第二卷。关于评注，见同上，1951年，第二卷，第59段及其各段。

<sup>175</sup> 1981年12月10日大会第36/106号决议。

年)上,委员会一读通过了危害人类和平及安全治罪法草案,包括第13条草案,<sup>176</sup>内容如下:

“第13条(官方职位与责任)

犯有危害人类和平及安全罪行的个人的官方地位,特别是其以国家或政府首脑的身份行事的事实,并不免除其刑事责任。”

该条款草案是根据《纽伦堡原则》原则三形成的。不过,该案文是以现在时起草的,因为它处理了许多有可能在未来发生的情况。通过强调(a)“不因被告的职位给予法案适用上的任何豁免”;(b)“为履行官方职责而行使的被告的申辩,不会免除其刑事责任,根据治罪法,可以在国家以外,起诉那些事实上对代表国家这个抽象实体所犯罪行负有责任的人。”<sup>177</sup>最初的措辞“其担任国家或政府首脑的事实”被修改为“其以国家或政府首脑的身份行事的事实”,目的是强调治罪法以犯罪时间为重点。<sup>178</sup>

78. 条款草案在一读时没有引起各国政府的任何异议。但是,哥斯达黎加<sup>179</sup>强调,有必要考虑到起诉这类官员的各种不同情况,而不是使条款草案成为这样一条可能无法适用的原则条款。出于同样的考虑,联合王国指出,有必要解决这类官员可能的司法程序豁免问题。<sup>180</sup>另一方面,北欧各国主张,必须假定,如果所作的行为构成了危害人类和平及安全罪,即使国家元首也不能免除此种行为的国际责任;即使某一国家的宪法另有规定,这一条款仍应适用。<sup>181</sup>波兰认为条款草案是“对国家元首完全豁免的一项严肃却是符合逻辑而且合理的限制。此种豁免不能成为使其超越或者逃脱危害人类和平及安全罪的刑事责任的手段。”<sup>182</sup>

<sup>176</sup> 特别报告员杜杜·锡亚姆提交的第十二次报告, A/CN.4/460和Corr.1号文件,《1994年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

<sup>177</sup> 起草委员会主席克里斯蒂安·托穆沙特的声明,第2084次会议(A/CN.4/SR.2084),《1988年……年鉴》,第一卷,第72段。

<sup>178</sup> 同上,第71段和第72段。

<sup>179</sup> A/CN.4/448号文件,《1993年……年鉴》,第二卷(第一部分),哥斯达黎加,第39段。

<sup>180</sup> 同上,联合王国,第17段:“如要有效地执行治罪法,包括国家或政府首脑在内的官员显然不得因其官方职位而被免除刑事责任。但是,国际法委员会在这一条和第9条都没有处理这些官员可能免于起诉的问题,国际法委员会应审议根据国际法官员可能有权免受管辖的问题,并审议这一草案与关于这个主题的现行规则之间的关系。”

<sup>181</sup> 同上,北欧国家第23段。

<sup>182</sup> 同上,波兰第37段。

79. 特别报告员赞成保留一读时拟定的条款草案：很难对国家元首或政府首脑应被起诉的各种不同情况做出详细规定。重要的是强调这一原则，即国家元首或政府首脑无论何时犯下危害人类和平与安全的罪行，都应受到起诉。因此，该条款旨在提请注意这一事实：犯下违反治罪法规定的罪行的个人，其官职不能免除其刑事责任。即使是在个人拥有最高官职的案例中，例如担任国家元首或政府首脑，他仍然要承担刑事责任。<sup>183</sup>

80. 这是起草委员会接受的一种观点，起草委员会指出，对包括国家元首和政府首脑在内的官员的可能的司法程序豁免，是一个执行问题，因此不应在涉及一般原则的治罪法中处理。程序性问题不应影响国家元首或政府首脑无论何时犯下危害人类和平与安全的罪行都应被起诉这一原则。<sup>184</sup>

81. 随后，起草委员会插入两个改动之处。将“特别是他……行事这一事实”改为“即便他……行事”，以强调即使在其他情况下，个人凭借他在政府中的高位有权获得豁免，也不能免除根据治罪法他应承担的刑事责任。其次，在条款最后增加了“或宽减其刑罚”这一实质性措词，以使条款的内容更加明确，从而避免产生误解。<sup>185</sup>将第13条草案调整为第7条草案，内容如下：

**“第7条：官方职位和责任**

“有危害人类和平及安全罪行的个人，即便他是以国家元首或者政府首脑的身份行事，其官方地位并不免除其刑事责任或宽减其刑罚。”

82. 委员会强调，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是没有任何实质性豁免或者辩护理由的必然结果。<sup>186</sup>不允许个人援引其官职逃避罪行责任，却允许他援引同样的理由逃避这一责任的后果是自相矛盾的。<sup>187</sup>

83. 然而，由于没有在二读时处理某些政府提出的问题，因此该项规定不足以从实质上解决与从国内司法程序中取消程序性豁免有关的问题。<sup>188</sup>

<sup>183</sup> 《1994年……年鉴》，A/CN.4/460号文件，第二卷（第一部分），第133和134段。

<sup>184</sup> 第2408次会议简要记录（A/CN.4/SR.2408），《1995年……年鉴》，第一卷，第36段。

<sup>185</sup> 第2439次会议简要记录（A/CN.4/SR.2439），《1996年……年鉴》，第一卷，第16段。

<sup>186</sup> 委员会指出，国际刑事法院的司法诉讼是一个正常司法诉讼的典型实例，个人不能在诉讼中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。《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），脚注69。

<sup>187</sup> 同上，第7条草案评注第（6）段。

#### 4. 《国际刑事法院罗马规约》

84. 《国际刑事法院罗马规约》第27(2)条用下述文字在某种程度上处理了国内司法程序中的程序性豁免：

“根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则，不妨碍本法院对该人行使管辖权。”<sup>189</sup>

85. 早在1995年，创立国际刑事法院问题特设委员会就在其工作中确认，有可能将刑法的一般原则编入《规约》。当时它就拟讨论的项目，包括官职无关性，制订了有关的指导原则。<sup>190</sup>它特别说明，进一步审议关于外交或其他逮捕豁免问题和关于法院或以法院名义采取的其他程序措施的豁免问题很有必要。<sup>191</sup>随后，在创立国际刑事法院问题筹备委员会的范围内，提出了处理这一问题的若干意见，最后案文由这些意见综合而成。<sup>192</sup>有一个问题几乎是在同时留作讨论，但直到在

<sup>188</sup> 在1996年12月16日第51/160号决议中，大会对危害人类和平及安全治罪法草案最后条款草案和关于国家责任的暂定条款草案的完成表示赞赏，并提请参加创立国际刑事法院筹备委员会的国家注意治罪法草案对其工作的相关意义。

<sup>189</sup> 第27(1)条规定：

“本规约对任何人一律平等适用，不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或政府官员的官方身份，在任何情况下都不得免除个人根据本规约所负的刑事责任，其本身也不得构成减轻刑罚的理由。”

另见关于建立严重刑事犯罪专属管辖合议庭的2000年6月16日第2000/15号条例，第15条：

“15.1 本条例对任何人一律平等适用，不得因官方身份而差别适用。特别是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或政府官员的官方身份，在任何情况下都不得免除个人根据本条例所负的刑事责任，其本身也不得构成减轻刑罚的理由。”

“15.2 根据国内法或国际法可能赋予某人官方身份的豁免或特别程序规则，不妨碍合议庭对该人行使管辖权。”

<sup>190</sup> 《大会正式记录，第五十届会议，补编第22号》(A/50/22)，附件二，B.1。另见由国际刑法协会、国际犯罪学高级研究所、马克斯·普朗克外国和国际刑法研究所组成的专家委员会拟定的锡拉库萨国际刑事法院罗马规约草案，Siracusa/Freiburg/Chicago, 1995年7月31日。

<sup>191</sup> 《同上》，第五十一届会议，补编第22号》(A/51/22)，第一卷，第193段。

<sup>192</sup> 筹备委员会会议记录摘要(A/AC.249/1)，1996年5月7日，第77页。奥地利的提案全文如下：

“豁免

“法院进行或应法院要求进行调查或诉讼时，任何人不得请求管辖豁免，不论是以国际法或国内法为根据与否。”

后来，经筹备委员会讨论，拟定提案如下：

“提案1.

罗马会议上才以第98条<sup>193</sup>的形式得到解决的问题是，是否有必要考虑《规约》缔约国同法院合作的义务与其现有义务之间的关系，例如那些从双边引渡条约和《维也纳外交关系公约》衍生出的义务。<sup>194</sup>特别是，人们承认有必要结合诉讼程序和国际司法合作，对第2段进行更详细的讨论。<sup>195</sup>《罗马规约》第98条没有给

“ [1. 本规约无任何差别地适用于所有人。] 犯本规约规定罪行的人，特别是，不论此人以国家或政府首脑身份行事，还是以政府负责官员的身份行事，其官方职位不会免除其刑事责任，亦不宽减其惩罚。

“2. 豁免

“法院进行或应法院要求进行调查或诉讼时，任何人不得请求管辖豁免，不论是以国际法或国内法为根据与否。”

“提案2

“1. 被告无论是作为国家元首或政府首脑、政府成员或议会议员、选任代表或国家代理人，其官方身份在任何情况下都不得免除他的刑事责任，也不得构成减轻刑罚的理由。

“2. 被告人的官方身份所享有的、由国际法或者由国际公约或条约确立的特别程序规则、豁免和保护，不得在法庭上用作辩护理由。”

A/AC.249/CRP.13 和 A/AC.249/CRP.9。另见《筹备委员会报告》，第二卷，《大会正式记录，第五十一届，补编第22A号》(A/51/22，第二卷)。

Per Saland协调了关于《罗马规约》一般原则的部分，他指出这项原则“在整个讨论过程中无人提出异议，比较容易就其阐述方式达成一致”。墨西哥对于第27条第2款的语言提出了一些反对意见，但这些反对意见被驳回了。西班牙也提出了一些问题。见：Per Saland，“国际刑法原则”，Roy S. Lee（编辑），国际刑事法院：《罗马规约》的制定、问题、谈判、结果（海牙、伦敦、波士顿、Kluwer，《国际法》，1999年），第202页。

<sup>193</sup> 《国际刑事法院罗马规约》第98条：

“在放弃豁免权和同意移交方面的合作

“1. 如果被请求国执行本法院的一项移交或协助请求，该国将违背对第三国的个人或财产的国家或外交豁免权所承担的国际法义务，则本法院不得提出该项请求，除非本法院能够首先取得该第三国的合作，由该第三国放弃豁免权。

“2. 如果被请求国执行本法院的一项移交请求，该国将违背依国际协定承担的义务，而根据这些义务，向本法院移交人员须得到该人派遣国的同意，则本法院不得提出该项移交请求，除非本法院能够首先取得该人派遣国的合作，由该派遣国同意移交。”

<sup>194</sup> 新加坡的提案，A/AC.249/WP.40。另见 Kimberly Prost 和 Angelika Schlunck，“第98条”，Otto Triffterer（编辑），《国际刑事法院罗马规约》评注，（Baden-Baden，德国，Nomos，1999年），第1131-1133页。

<sup>195</sup> 见 A/AC.249/1997/L.5，B.e 条，脚注 14。

“1. 本规约应绝无任何歧视地适用于所有人；任何人不得因其官方身份，无论是国家元首或政府首脑，政府或国会议员、民选代表，或政府官员而免除其根据本规约所负的刑事责任，也不得（仅仅）以其官方身份构成减刑理由。

“2. 不得援用根据国内法或国际法的规定而对任何人的官方身份适用的任何豁免或特别程序规则，使法院无法对该人行使其管辖权。”

予法院意欲起诉的个人以诉讼豁免权。<sup>196</sup>它责成法院不要将国家置于不得不违反豁免方面国际义务的境地。<sup>197</sup>《罗马规约》第27条第1款似乎是要重申关于这一专题的习惯法，<sup>198</sup>而第2款主要是确立一条约定规则。

86. 国家立法采取各种形式落实《罗马规约》关于豁免的内容，但可能无法囊括正出现的任何特定趋势。<sup>199</sup>第一套立法强调执行机构与国际刑事法院之间应举行协商。<sup>200</sup>第二套将《罗马规约》第5条所规定的罪行诉讼豁免排除在外。<sup>201</sup>第三

另见第 18 [B.e] 条，1998 年 1 月 19 日至 30 日闭会期间会议报告，荷兰聚特芬，A/AC.249/1998/L.13。同时，只有第 2 段关于司法合作的讨论保留下来。关于《罗马规约》第 27 条的评注，见 Otto Triffterer，“第 27 条，官职无关性”，Otto Triffterer（编辑），《罗马规约》评注……，*同前*，第 501-514 页。另见 Paola Gaeta，“官方身份和豁免”，Antonio Cassese、Paola Gaeta 等人（编辑），《国际刑事法院罗马规约》评注，第一卷（牛津，牛津大学出版社，2002 年），第 975-1001 页。

<sup>196</sup> Prost 和 Schlunck，*同前*，第 1132 页。

<sup>197</sup> *同上*，第 1131 页。

<sup>198</sup> Gaeta，*同前*（2002 年），第 990 页。

<sup>199</sup> 见国际刑事法院建立的国家立法数据库：<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

<sup>200</sup> 例如，见澳大利亚公布的 2002 年《国际刑事法院法》第 12 条，2002 年第 41 号：

“……（2）如经过协商，检察总长满意地认为执行此种请求不与那些义务中的任何一项发生冲突，检察总长必须签署一份证明，宣布执行此种请求不与那些义务中的任何一项发生冲突。

“（3）根据第（2）小节签署的证明是证明书所指的事项的充分证据。

“（4）如经过协商，检察总长如第（2）小节所提及，未能满意，检察总长须推迟执行此请求，除非而且直到外国做出必要的放弃，或者给予必要的同意。”

根据《格鲁吉亚关于国际刑事法院与格鲁吉亚合作法》第 5 条，负责代表机关有权就涉及《规约》规定的请求之事与国际法院进行协商，若对请求的执行涉及下述情况，则协商是强制性的：……

“（d）违反国内或外交豁免。”

根据第 13 条：

“若法院的请求涉及对格鲁吉亚给予豁免的人员的刑事诉讼行为，负责代表机关应通知适当国家机关是否存在启动与该人员有关的刑事诉讼程序的理由，并为根据《格鲁吉亚宪法》和其他法律采取与豁免有关的行动提供便利。”

2001 年 6 月 22 日《瑞士联邦与国际刑事法院合作法》第 4 条规定，中央机构应进行《规约》第 97 条所指的协商，特别是当执行一项请求：……（d）可能违反国家或外交豁免（《规约》第 98 条及第 27 条）。而且，第 6 条规定，在联邦司法部门和警察（部门）提出申请时，联邦委员会将就执行请求时出现的、涉及《规约》第 98 条以及第 27 条的豁免问题做出决定，并且，在适用本条款的情况下，联邦部门可命令实施逮捕或其他预防措施。

根据《2004 年 10 月 20 日列支敦士登与国际刑事法院及其他国际法庭合作法》，所产生的问题将通过与国际刑事法院协商解决，特别是当执行国际刑事法院的一项请求时发生下述情况：

“（c）违反他国人员或财产的国家豁免或者外交豁免（《罗马规约》第 98（1）条）；



“(2) 在协商期间，将考虑用其他方式或者根据具体条件执行该项请求。

“(3) 如果事件不能通过协商解决，国际刑事法院将被要求修正其请求。如果国际刑事法院对此种修正不予考虑，请求将被驳回。

“(4) 所有驳回请求之事由政府决定。应将驳回请求之事及其理由告知国际刑事法院。”  
(第 10 条)

联合国《2001 年国际刑事法院法》第 23 条规定：

“(1) 因与《国际刑事法院罗马规约》缔约国的关系而给予一个人的任何国家或者外交豁免，不能阻止依据本部分提起的与该人有关的诉讼。

“(2) 当出现下述情况时：

“(a) 因与《国际刑事法院罗马规约》缔约国之外某个国家的关系而给予有关个人国家豁免或者外交豁免，和

“(b) 国际刑事法院争取到移交国放弃与移交该人有关的豁免，

“移交国对豁免的放弃将被视为延伸至依据这一部分提起的与移交请求有关的诉讼程序。

“(3) 国务大臣签发证明——

“(a) 证明某国不是《国际刑事法院罗马规约》缔约国，或

“(b) 证明已有第 (2) 小节所提及的放弃豁免之举，

是为本部分的目的的事实充分证据。

“(4) 国务大臣可以在任何具体案件中，经过与国际刑事法院和相关国家协商，依据本部分，命令不依据本部分对某人提起若没有第 (1) 或 (2) 小节将会被给予此人的国家或外交豁免阻止的诉讼程序（或者后续程序）。

“……

“(6) 在本节，“国家或外交豁免”指一个人因其作为国家元首，或作为议员、官员或者国家代表的地位原因或其他原因，依据下述法律享有的特权或者豁免——

“(a) 《1964 年外交特权法》(C. 81)，《1968 年领事关系法》(c. 18)，《1968 年国际组织法》(c. 48)，《1978 年国家豁免法》(c. 33)，

“(b) 为履行一项国际义务的任何其他法律规定，或

“(c) 从习惯国际法衍生出的任何法律规则。”

<sup>201</sup> 《2001 年南非外交豁免和特权法》第 4 条，结合第 15 条，规定国家元首不受共和国法院的刑事和民事管辖，享有国家元首按照习惯国际法规则享有的特权，任何人随意或者不经斟酌对依据本法现有豁免的人发起、取得或者执行任何法律程序，均为违法行为。然而，关于《2002 年南非实施国际刑事法院罗马规约》的《2002 年第 27 号法律》第 4 条对种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪做出了规定；对南非法院起诉在南非境内并在某些情况下在南非境外犯有上述罪行的人员做出了规定；对逮捕被指控犯有上述罪行的人员并在某些情况下将他们移交上述法院做出了规定，声明：

“(1) 不论共和国的其他法律有何种与之相左的规定，任何犯下罪行者均有罪，并有可能被处以罚金或者监禁，包括终身监禁，或者被处以此种监禁但不得选择被处以罚金，或者同时被处以罚金和此种监禁。

套阻止对享有豁免的个人在职期间的诉讼，<sup>202</sup> 或者无限期阻止此类诉讼，除非明确宣布放弃豁免。<sup>203</sup>

87. 其他创建刑事法庭的协定处理了豁免问题。此类协定的混合性质可能会影响在这些法庭行使豁免权的方式，但在**泰勒**案中，上诉法庭将刑事法庭看做国际性的法庭，从而使豁免请求不能得到适用，以此解决了这个问题。塞拉利昂最高法院还认定，虽然官员在其所属国法院或者第三国法院拥有诉讼程序豁免（除非放弃豁免），但在国际法院，不存在要求豁免的先验权利，特别是涉及国际罪行的刑事诉讼程序豁免权。<sup>204</sup>

“（2）不论有何种与之相左的其他法律，包括习惯国际法和惯例国际法，一旦某人被宣判有罪，此人：

“（a）是或曾是国家元首或政府首脑，政府或国会成员，民选议员或政府官员；或

“（b）作为安全部门或武装力量成员，曾承担服从政府或上级明显不法命令的法律义务的事实，既不构成（一）对罪行的申辩理由；也不构成（二）任何可能的减刑理由。”

克罗地亚2003年11月4日《适用国际刑事法庭规约和起诉违反战争和国际人道主义法罪行法》第6（3）条规定：

“关于依法所预见的豁免和特权的法规，将不适用于本法第1条所规定罪行的诉讼程序。”

<sup>202</sup> 荷兰 2003 年 6 月 19 日《国际罪行法》第 270 号法案第 16 条关于严重违反国际人道主义法（《国际罪行法》）的规则规定：

“本法所指的对其中一种罪行的刑事诉讼不针对：

“（a）外国在任国家元首、政府首脑和外交部长，以及其豁免权依据习惯国际法得到承认的其他人员；

“（b）根据在荷兰王国适用的任何公约享有豁免的人员。”

<sup>203</sup> 波兰法律关于国际关系中刑事案件的诉讼程序（第十三部分）第 578 条规定：

“波兰刑事法院的管辖权不延伸至：

“（1）被委派到波兰共和国的外国外交使团长，

“（2）此类使团的外交人员，

“（3）此类使团的行政和技术人员，

“（4）第（1）至第（3）小节列举的人员家属，和

“（5）依据规约、协议或普遍认可的国际习惯享有外交豁免的其他人员。”

另见荷兰立法，[同上](#)。

<sup>204</sup> *Issa Hassan Sesay (aka Issa Sesay)、Allieu Kondewa 和 Moinina Fofana*，以及特别法庭庭长、特别法庭书记官长、特别法庭检察官以及总检察长和司法部长，S. C.，第 1/2003 号，塞拉利昂最高法院强调了对依据国内法律的诉讼豁免和依据国际法的诉讼豁免做出区分的重要意义，见 [http://news.sl/drwebsite/uploads/specialcourtjudgment\\_scl\\_2003.htm](http://news.sl/drwebsite/uploads/specialcourtjudgment_scl_2003.htm)。

### 三、 第二部分。国家官员外国刑事管辖豁免的范围和执行

88. 在考虑国家官员的外国刑事管辖豁免问题时，要处理三个主要问题，即：(a) 哪些国家官员享有外国刑事管辖豁免；(b) 此种豁免涵盖哪些行为；及 (c) 国际法承认哪种豁免有例外和限制（特别是在犯下国际罪行的情况下）。根据所考虑的不同类型的豁免，这些问题看来得到了不同的答案。按照一种被国家、<sup>205</sup> 司法机关<sup>206</sup> 和学者<sup>207</sup> 广为接受的理解，涉及受益人、所涵盖的行为和可能的例外

关于条款内容，例如，见《塞拉利昂特别法院规约》第6条，该规约是按照联合国和塞拉利昂政府依据安理会2000年8月14日第1315（2000）号决议达成的协议制订的，它规定：

“……2. 任何被告人的官方职位，无论他是国家元首或政府首脑，还是政府负责官员，都不能免除此人的刑事责任，也不能宽减其刑罚。

“……

“5. 个人为第5条所指的罪行承担的刑事责任，将根据塞拉利昂各项相应法律判定。”

《设立起诉在民主柬埔寨时期实施的罪行的柬埔寨法院特别法庭法》第29条在2001年1月2日的第二立法机关第5次会议上获得国民大会通过，并在2001年1月15日的第一立法机关第4次会议上获得参议院无保留的批准。该条款谋求审判民主柬埔寨高级领导人和那些对1975年4月17日至1979年1月6日期间所犯的罪行和严重违反柬埔寨刑法、国际人道主义法和习惯法，以及柬埔寨所承认的国际公约的行为负有最大责任的人。它规定：

“任何嫌疑人的职位和级别都不能免除此人的刑事责任或宽减其刑罚。”

2003年12月10日公布的《伊拉克特别法庭规约》第15（c）条规定：

“任何被告人的官方职位，无论是作为总统、总理、内阁成员、革命指挥委员会委员、阿拉伯复兴社会党地区领导机构或政府成员（或两者之一的工具），还是作为伊拉克负责官员或复兴党员或以其他身份，均不能免除此人的刑事责任，也不能宽减其刑罚。没有人有权获得关于第11条至第14条规定的罪行的任何豁免[涉及种族灭绝、危害人类罪、战争罪和违反约定的伊拉克法律的行为]。”

<sup>205</sup> 在国际法院涉及刑事互助的若干问题案（吉布提诉法国）的口头诉讼程序中，双方均承认这一区分：CR 2008/3，第15页（Condorelli代表吉布提）；CR 2008/5，第50页（Pellet代表法国）。

<sup>206</sup> 这一区分最初用于外交豁免的情形，并在此种豁免的背景下被广泛认可。（例如，见 Yoram Dinstein，“外交管辖豁免的属物理由”，《国际法和比较法季刊》，第15卷（1966年），第76至第89页）。另见，例如，德国联邦法院，驻德意志民主共和国前叙利亚大使，案件编号：2 BvR 1516/96，摘录于《国际法案例汇编》，第115卷，第606页）。关于在其他国家官员豁免的背景下的使用，见，例如，欧洲人权法院，*Al-Adsani 诉联合王国*，申请编号：35763/97，判决书，2001年11月21日判决书，第65段；瑞士联邦法庭，*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*，ATF 115 Ib 496，第501-502页（摘录于 Lucius Caflisch，“La pratique suisse en matière de droit international public 1980”，*Revue suisse de droit international et droit européen*（1991年），第535-536页）；皮诺切特案（第3号），第581页（特别是：布劳恩-威尔金森大法官，同上，第592页；奇夫利的 Goff 大法官，第598页；Craighead 的 Hope 法官，第622页；Hutton 法官，第629页；及 Newdigate 的萨维尔大法官，第641页，米特利法官，第644和645页）。然而，应该指出，在“逮捕状案”的判决中，国际法院审查了在任外交部长的豁免问题，与卸任外交部长的豁免问题作了比较，没有提及这种分类（根据这一方面对法院论据的批评，见：Antonio

问题，常常从国家官员的两种不同类型的豁免方面受到审查，这两种类型就是**属人豁免**和**属事豁免**。<sup>208</sup>本部分采用反映这一根本区别的结构。<sup>209</sup>

89. 但是，从一开始就应说明，使用这种区分方法只是为了阐述事实，不影响有关豁免的依据和性质是否存在任何差异的问题。关于依据，最新的司法判决和学术研究倾向于认同这样的观点，给予国家官员豁免权，不是为了他们本身的利益，而是意在“确保他们代表各自的国家有效履行职能”。<sup>210</sup>不仅**属事豁免**如此，**属人豁免**也是如此。<sup>211</sup>然而，显而易见，确保有效履行国家职能的必要性，来自不同方面，这取决于有关官员的归属的性质和重要性，以及后者是在履行职能还是已经离任：这些因素的组合，似乎可以解释两种豁免范围的不同。实际上，国家官员在任时，由外国管辖权提起的刑事诉讼程序可以导致该官员被逮捕，这样就在实际上妨碍了他继续履行职能的能力。国家高级官员和承担着因其性质而在国外履行的职能（特别是外交和代表性质的职能）的官员，保持这种能力的必要性尤其迫切。就机构的性质而言，多数人的设想是，**属人豁免**和**属事豁免**似乎都是

---

Cassese, “何时可以审判犯有国际罪行的国家高级官员？关于刚果诉比利时案的某些评论意见”，《欧洲国际法期刊》，第13卷（2002年），第862-864页。

<sup>207</sup> 委员会在国家及其财产的管辖豁免条款第2条草案的评注第(19)段中使用了这一区分方法（《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第18-19页）。另见，包括：Cassese, “何时可以审判犯有国际罪行的国家高级官员”，*同前*，第862-864页；Vanessa Klingberg, “受到国际刑事法院审判的（前）国家首脑：交由塞拉利昂问题特别法庭审理的查尔斯·泰勒案”，《德国国际法年鉴》，第46卷（2003年），第544页；Andrew D. Mitchell, “能永远享受特权吗？国家元首的豁免和皮诺切特案”，《莫纳什大学法律评论》，第25卷，1999年，第230-231页；Geoffrey Robertson, 危害人类罪：为实现全球公正而奋斗（伦敦，Allen Lane, Penguin出版社，1999年），第402页。在国际法学会关于国家元首和政府首脑在国际法中的管辖和豁免执行的文件中，苏查里特克尔明确使用了这种区分方法（《国际法学会年鉴》，第69卷（2000-2001年），第467页），Verhoeven, “临时报告”，*同上*，第488页），Salmon（*同上*，第563页），Fox（*同上*，第579页）和Dinstein（*同上*，第624页）；这种区分贯穿了大多数辩论。

<sup>208</sup> 司法判决和法律文献偶尔使用不同的用语，**属人豁免**也被称为“个人”或“绝对”豁免，**属事豁免**有时被称为“职能”或“组织”豁免。然而，案文中使用的表达方式，似乎是最普遍采用的，如在后文解释的那样，以便更好地说明区分这两种豁免的标准。

<sup>209</sup> 所提出的结构似乎更准确地反映了关于国家官员在国际法中的豁免的辩论情况，因此适合本研究的目的。它特别避免了对所涵盖的行为和不同类型国家官员例外情况的重复阐述。然而，可以设想在编纂工作中使用另一种不同方式（例如，阐述不同类型国家官员的豁免的范围：国家元首、政府首脑、外交部长，其他高级别官员、其他国家官员）。

<sup>210</sup> **逮捕状案**，第53段。

<sup>211</sup> 在这种意义上，可以说**属人豁免**是为“职能”目的给予受益人的，与**属事豁免**很相似（这不利于使用“职能豁免”描述后者）。关于国家元首的**属人豁免**的正当理由看来继续在国际法中发挥的作用，见下文A.1(a)节。

程序性的。<sup>212</sup>但仍然有人表达了这样的观点，**属人**豁免的确与程序法有关，而**属事**豁免却是一种“实质性申辩”，<sup>213</sup>因为构成一种官方行为的国家代理人行为不归咎于他，而归咎于国家。<sup>214</sup>但是应该看到，后一项原则已经受到批评，<sup>215</sup>或

<sup>212</sup> 换言之，**属人**豁免和**属事**豁免均构成对外国法庭行使管辖权的阻碍，而不是对排除有关国家刑事责任的法律依据的辩护。例如，塞拉利昂特别法院上诉庭，*检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒*，第 27 段，以及希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔三位法官联合发表的对“逮捕状案”的独立意见，第 74 段，确认了豁免问题的程序性。

<sup>213</sup> Gaetano Morelli, *Nozioni di diritto internazionale*, (第 7 版), (Padova, 安东尼奥·米拉尼博士出版社, 1967 年), 第 215-216 页; Cassese, “何时可以审判……国家高级官员……”, *同前*, 第 862-863 页, 特别阐述了这样的观点。

<sup>214</sup> 后一种设想可以在法律学说中找到。例如, 见 Cassese, “何时可以审判……国家高级官员”, *同前*, 第 862 页 (“[**属事**豁免]的依据是国家官员不必为他以官方身份从事的因而必须归咎于国家的行为对其他国家负责的观念”); Hans Kelsen, 《国际法原则》(纽约, Holt, Rinehart 和 Winston, 1952 年), 第 358-359 页 (“因此, 这项原则不仅适用于一国在别国法院被起诉的案件, 也适用于个人作为被告或者受指控而且该人被起诉的民事或刑事不法行为具有国家行为性质的案件。从这个角度讲, 不法行为应归咎于国家而不是个人。”); Gaeta, *同前*, (2002 年), 第 976 页; 及 Salvatore Zappalà, “在任的国家首脑犯下国际罪行享有管辖豁免吗? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation”, 《欧洲国际法期刊》, 第 12 卷 (2001 年), 第 598 页 (他认为这种类型的豁免涵盖以官方身份从事的行为, 因为它们被认为归咎于国家本身)。伯威克的劳埃德大法官, *皮诺切特案* (第 1 号), 第 1328 页, 表达了同样的观点: “前国家元首继续享有针对他作为国家元首从事的政府行为的豁免, 因为在这两种情况下这些行为都被归咎于政府本身。”这种方法明显以下述先例为依据。Emer de Vattel 在他的 *Droit des gens* 中指出, “如果一个国家, 或者其元首, 同意或者批准个人的行为, 尔后成为一个公共关心的事件, 受害方将认为国家是真正的加害人, 而公民只是实施加害行为的工具。”(第二册, 第 6 章, 第 74 段)。McLeod 案援引了这种权威论断, 在该案中, 一名英国人在美国被捕, 罪名是谋杀罪和纵火罪, 与正在镇压 1837 年加拿大叛乱的英国人摧毁“*Caroline*号”船事件有关。英国政府要求释放 McLeod, 理由是, 攻击行动是女王陛下的军人奉上级命令从事的公共行为, 不能成为在美国提起诉讼的依据。美国政府接受了该项原则, 但将“不予起诉”问题提交给了纽约最高法院, 法院在考虑这一论点时, 决定将被告押候以普通法律形式审判。(《*人民诉 McLeod*》, 1 Hill (NY) 377 1841; 后来判决被告无罪)。事件发生后 (1942 年 7 月 28 日) 英国政府发出照会, 要求 “论争中从未被否定的原则, 即依合法职权行事的个人, 对于执行其政府的命令不承担个人责任的原则”, 在今后能够得到贯彻执行, 美国政府在答复中确认了所提到的原则 (对于案件的描述, 见 R. Y. Jennings, “*Caroline* 和 *McLeod* 案”, 《美国国际法学报》, 第 32 卷 (1938 年), 第 82-99 页, 特别是第 92-96 页)。另见美国司法部长关于 1797 年针对法国瓜德罗普岛总督 Collot 的民事案件的声明 (摘录于 J. B. Moore, 《国际法文摘》, 第二卷, (1906 年), 第 23-24 页)。在 *Blaškić* 案中, 前南国际法庭上诉分庭 (安东尼奥法官, 审判长) 驳回了法庭向以官方身份行事的国家官员发出传票的可能性, 并指出 “国家官员代表国家行事, 他们不能为不归咎于他们个人而归咎于国家的不法行为承担后果: 他们享有所谓的 ‘职能豁免’ ” (《*检察官诉 Blaškić*》, 判决的传票, 第 38 段 (脚注从略))。上诉分庭进一步援引了法国政府在“彩虹勇士”号案中的论点和以色列最高法院对“*Eichmann* 案”的判决 (对 *Blaškić* 案判决及后两个案例的进一步审查, 见本部分 B 节)。

<sup>215</sup> 见霍夫曼大法官在琼斯案中的意见:

“我谨认为, 说官员的行为 ‘不归咎于他们个人’ 有点装腔作势, 这种用法可能会导致思维混乱, 特别是在那些个人豁免的某些方面被条约撤销的案件中, 正如在刑事诉讼程序中被《禁止酷刑公约》撤销那样。例如, 说皮诺切特将军下令实施的酷刑为刑事责任的目的归咎于他个人, 而仅仅为民事责任的目的归咎于智利这个国家, 这是一种奇谈怪论。说《禁止酷刑公约》撤销



者被以一种不同的方式解读。<sup>216</sup>那些法律文献，不论它们对于这些豁免的性质问题采取何种立场，一般都属人豁免视为一种自主型的豁免，<sup>217</sup>而常将属事豁免与国家豁免联系起来，<sup>218</sup>这毫无价值。

90. 对受益人来说，这两种豁免的差异在于，属人豁免只给予少数在任的高级官员，而属事豁免似乎从总体上涵盖国家官员，<sup>219</sup>而且其期限超出后者履行职能的时间段。因此，特别是高级官员，诸如国家元首，在任期内将获得广泛的属人豁免。

---

了刑事诉讼豁免但不影响民事责任豁免，这样的说法更明确。因此我宁愿像 Leggatt LJ 在 *Propend 金融控股有限公司诉 Sing* 案（1997 年）111 《国际法案例汇编》611, 669 中那样，说国家豁免为外国雇员或者官员个人提供‘在用来保护国家的同一个幌子下的保护’。但这是表达方式上的差异，而不是这条规则实质上的差异。”

联合国，上议院，*Jones 诉内政部的 Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* 案（沙特阿拉伯王国），*Mitchell 等人诉内政部的 Al-Dali 等人案*（沙特阿拉伯王国），*Jones 诉内政部的 Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya* 案（沙特阿拉伯王国（以下称 Jones 案）），2006 年 6 月 14 日，[2006 年] UKHL 26, 第 68 段。

最近对形式主义语言的批评，见 McGregor, *同前*，第 903-919 页。

<sup>216</sup> 见 Alain Pellet 代表法兰西共和国在刑事互助若干问题案中发表的意见（CR 2008/5, 第 51 页）中，本部分 B 节作了援引。

<sup>217</sup> 委员会说明，“从历史角度讲，君主豁免和大使豁免的确立，甚至早于国家豁免。它们是国际法的各套不同原则所规定的国家做法。”但是委员会也指出，“有人提出这样的观点，在严谨的理论中，一切管辖豁免都可以追溯到国家主权的基本准则”（第 2 条的评注第（19）段，《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 14 页，脚注 47）。

<sup>218</sup> 将官员的属事豁免等同于国家豁免，似乎是民事诉讼程序中的惯常做法。委员会在涉及《2004 年联合国国家及其财产管辖豁免公约》的工作中对这一问题的处理方式，见第一部分。正如在第 2 条的评注中所作的解释：“因这类外国政府代表或者代理人的官方行为而对其提起的诉讼程序，在实质上是对他们代表的国家提起的诉讼程序。该外国通过其代表行事，享有属事豁免……目前所讨论的豁免，不仅属于国家，而且以行为的主权性质和官方性质为依据，是属事豁免”（第 2 条的评注第（18）段，*同上*，第 18 页）。在法院的裁定中，例如见：联合国，*Jones* 案，第 10 段（康希尔的比格姆大法官，援引了不同管辖的其他案例），第 30 段（康希尔的比格姆大法官）和第 66 段（Hoffmann 法官）。在美国，有的法庭依据《1976 年外国主权豁免法》将个人视为外国的“工具”：*Kline 诉 Kaneko*, 685 F. Supp. 386（纽约南区，1988 年）（主张墨西哥政府秘书可以以官方身份被起诉，并有权获得《外国主权豁免法》保护）；*Mueller 诉 Diggelman*, 案件编号：82 Civ. 5513, 1983 年 WL 25419（纽约南区，1983 年 5 月 13 日）（认为瑞士法院是国家的一个“机关”）；*Rios 诉 Marshall*, 530 F. Supp. 351（纽约南区，1981 年）（主张外国劳资委员会是《外国主权豁免法》所指的“工具”，因此委员会官员有权要求得到保护）。

国家官员的属事豁免与国家豁免的关系，也在涉及刑事诉讼程序时被援引（例如见：Hazel Fox, “第 3 号皮诺切特案”，《国际法和比较法季刊》，第 48 卷（1999 年），第 695-696 页；Pasquale De Sena, “国家机关的豁免权以及维护最高命令对在国内落实国际人权的限制”，Benedetto Conforti 和 Francesco Francioni（编辑），*在国内法庭加强国际人权*（海牙：Martinus Nijhoff 出版社，1997 年），第 371 页。

<sup>219</sup> 关于这个问题，见本部分 B 节。



免，<sup>220</sup>而且其任期结束后，仍继续享有一定的**属事**豁免。<sup>221</sup>但是，一些问题出现了。例如，一个有争议的问题是，**属人**豁免是只给予国家元首，还是扩大至其他高级官员（国际法院认为，政府首脑和外交部长也应享有此种豁免，其他法庭甚至将此种豁免的范围进一步扩大，将其他高级官员也包括在内）。

91. 从内容上讲，应注意的是**属人**豁免有更广泛的实质性范围，因为它延伸至涵盖有关官员的一切行为，<sup>222</sup>而**属事**豁免仅限于履行官方职能的行为。换言之，前一种豁免是根据有关人员的地位给予的（**属人**），而后者则是根据待裁决行为的性质给予的（**属事**）。这一上下文中产生的若干主要问题，涉及**属事**豁免所涵盖的“官方行为”的定义，以及如何将这些行为与国家官员以私人身份从事的行为区分开。

92. 审查不同类型的豁免，对可能的例外的处理方式也不同。关于这一点的主要争议，涉及国际法规定的罪行。将这类罪行作为**属事**豁免的例外所依据的论点，似乎已被广泛接受（尽管关于这种例外的确切动机和范围，仍存在不同的解读方式）。与此相反，大多数人的观点（国际法院在“逮捕状案”中以及国家判例法明显持这种观点，但受到一些学者的批评）是，上文所说的例外不适用于行使**属人**豁免的案件。

93. 下文将详细审查这些问题。

## A. 属人豁免

94. **属人**豁免的特点是它涵盖广泛的实质性范围，并依据国际法被给予少数官员，最主要的是在任国家元首。关于这一问题，尽管国家在民事诉讼方面有相当多的实践（包括许多国家司法裁决），但对国内管辖豁免问题予以考虑的刑事诉讼也经常发生。民事诉讼判决从技术上说不在目前专题的范围之内，但人们可能对它们有特别的兴趣，它们可能解决与本研究的有关的一些问题。因此，这些案例常常被用作参考材料。无论如何，刑事管辖豁免问题近来被置于法学辩论

<sup>220</sup> 正如 Cassese 所指出的，高级官员甚至在任期内也将享有履行官方职能行为的**属事**豁免。在这种意义上，可以说两种豁免并存，有时互相重叠（见 Cassese，“何时可以审判犯有国际罪行的国家高级官员”，*同前*，第 864 页；另见 Dinstein，*同前*，第 82 页）。然而，这种并存现象没有任何暗含之意，除非人们认为这两种豁免的性质不同，在这种情况下，**属人**豁免可以给外国法院行使管辖权设置程序上的障碍，而**属事**豁免可以提供实质性申辩理由（关于这一理论，见上文脚注 213 和 214 及相应正文）。

<sup>221</sup> 为此，有时使用“剩余豁免”这一短语指代任期结束后享有的**属事**豁免（例如，见 Andrea Bianchi，“豁免与人权：*皮诺切特案*”，《欧洲国际法期刊》，第 10 卷（1999 年），第 254 页，脚注 73）。

<sup>222</sup> 正因如此，**属人**豁免常常被描述为“绝对的”或“完全的”。

的前沿，特别是由于针对在任国家元首和其他高级官员涉及国际法规定的犯罪的刑事控告增多。

95. 可以看出，与这个问题直接相关的司法宣判和相关学术文章数量剧增。<sup>223</sup> 值得注意的是，**属人**豁免问题是国际法院对“逮捕状案”的判决的核心，涉及比利时以比利时法律规定的战争罪和危害人类罪向刚果民主共和国在任外交部长发出并在国际上流传的逮捕状引起的争议。虽然法院对于外交部长享有的豁免范围做出了明确宣判，但围绕**属人**豁免的争论看来仍未休止。

### 1. 所涵盖的个人

96. 要确定**属人**豁免的人员范围，实质上必须确定此类豁免所涵盖的国家官员的种类，并说明此类豁免的正当性。还要解决一些相关问题，主要涉及在何种情况下给予此种豁免。

97. 根据国家的实践和法律文献，有可能享有**属人**豁免的国家官员可以分为三个不同类型：(a) 国家元首；(b) 政府首脑和外交部长；及(c) 其他高级官员。除了在不非常特殊的情况下，看来没有主张低级官员享有此种豁免的例子。有三种较低级官员享有此种豁免的情况已经是法律编纂的主题，即根据 1961 年《维也纳外交关系公约》第 31 条第 1 款，享有接受国刑事管辖豁免的外交代表；根据 1969 年《维也纳特别使团公约》第 31 条第 1 款，也享有接受国刑事管辖豁免的特别使团中的派遣国代表及使团中的外交人员；根据 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 30 条，向普遍性国际组织派遣的使团团团长和使团外交人员。<sup>224</sup>

98. 从一开始就应强调的是，这种豁免仅限于有关国家官员在任期间：其实质性范围很宽广，保护豁免权享有者使之完成其官方职责的目标为此提供了正当性理由。<sup>225</sup> 一旦该个人不再履行职能，其所享有的**属事**豁免将更加有限。**属人**豁免被

<sup>223</sup> 显而易见，围绕从技术上说在**属人**豁免范围内的涉及前高级官员的案例（最引人注目的是在西班牙和联合王国的**皮诺切特案**），也引起人们对于**属人**豁免更强烈的兴趣，促使对在任官员提起司法诉讼程序，并在法律文献中更认真地处理**属人**豁免问题。

<sup>224</sup> 也有一些领事协定规定，受命履行领事职能的外交人员将继续享有其外交地位给予他们的权利、特权和豁免权，还规定领事官员在接受国享有除在民事诉讼案中以外的刑事、民事和行政管辖豁免；例如，见苏维埃社会主义共和国联盟和中华人民共和国之间的领事协定第 23 条和第 32 条，联合国，《条约汇编》，第 1477 卷，第 210 页。

<sup>225</sup> 此种豁免与依据“使馆不受妨碍”原则给予在任外交使团团长的豁免相似。（见：Fox，“第 3 号**皮诺切特案**”，*同前*，第 494-496 页）。

限定在严格的时限内，在有关学说<sup>226</sup>中得到公认，并得到了国家司法裁决的认可。<sup>227</sup>西班牙国家刑事法院的立场充分体现了这一原则，该法院在针对相似指控分别提起的刑事诉讼程序中，拒绝给予智利前国家元首奥古斯托·皮诺切特豁免权，但在针对菲德尔·卡斯特罗的诉讼案中，却承认卡斯特罗作为古巴现任国家元首享有豁免权。<sup>228</sup>

### (a) 国家元首

99. 承认在任国家元首个人享有外国刑事管辖豁免的做法似乎受到了质疑。《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第3条第2款规定，它“不妨碍根据国际法给予国家元首个人的特权和豁免”。<sup>229</sup>国际刑事法院在“逮捕状案”中声明，“在国际法中牢固确立的是……某些担任国家高级职务者，诸如国家元首……享有其他国家民事和刑事管辖豁免。”<sup>230</sup>在国际刑事法院审理的“吉布提诉法国案”中，

<sup>226</sup> 见：Cassese，“何时可以审判犯有国际罪行的国家高级官员”，同前，第864页；Michel Cosnard，“1998年11月25日和1999年3月一些法官对法庭有关皮诺切特案的裁决发表的评论意见”，《国际公法综合评论》季刊，第104卷（1999年），第314页；Michael A. Tunks，“外交官还是被告？未来国家首脑豁免定义”，《杜克法律期刊》，第52卷（2002年），第663页；Zappalà，同前，第600页。

<sup>227</sup> 见各种不同司法实例，特别是民事诉讼中前国家元首被驳回私人行为豁免（因此不享有属人豁免）的实例，例如巴黎上诉法院，Mellerio 诉 Isabelle de Bourbon, ex-Reine d'Espagne 案，1872年6月3日（关于购买私人用首饰的行为）；塞纳河民事法庭，Seyyid Ali Ben Hammond, Rashid 王子诉 Wiercinski 案，1916年7月25日（关于由桑给巴尔前苏丹支付通讯费）；巴黎上诉法院，埃及前国王诉 s. a. r. l. Christian Dior 案，1957年4月11日，摘录于《国际法期刊》，1957年，第716-718页；塞纳河大诉讼法庭，Jean Dessès 公司诉 Farouk 王子和 Dame Sadek 案，1963年6月12日，摘录于 *Clunet*，1964年，第285页；摘录于《国际法案例汇编》，第33卷，第37-38页（关于埃及前国王为其妻子购置服装）；美利坚合众国诉 Noriega 案，（1990年）746 F. Supp. 1506（关于贩运毒品）；及费迪南德·马科斯的资产，25 F.3d 1467，1471（第九巡回法庭，1994年）。

<sup>228</sup> 关于皮诺切特案，见1998年11月3日发出的引渡请求（《引渡皮诺切特的请求》，马德里，1998年11月3日，第4段，5（d），内有对现任国家元首的豁免和前国家元首的豁免的明确区分，摘录于 <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>）。关于卡斯特罗案，见国家刑事法院刑事分庭的整个判决书，1999年3月4日（法庭认为外国国家元首的豁免不以《维也纳外交关系公约》和《领事关系公约》为依据，而以双边条约和习惯国际法为依据）。

<sup>229</sup> 在相应条款草案评注第（6）段中，委员会声明如下：

“第2款旨在明确提及根据现行国际法给予外国君主或其他国家元首个人以私人身份所享有的豁免权。作为国家机关或国家代表行为的君主或其他国家元首的国家管辖豁免适用第2条。第2条第1款（b）（一）和（五）适用于国家政府各种机关和国家代表，包括国家元首。因此，对第3条第2款的保留专指私人行为或国家惯例所承认和给予的个人豁免和特权，但这并不意味着其地位受到本条款的任何影响。现行习惯法仍未被触及”（《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第22页（脚注从略））。

<sup>230</sup> 逮捕状案，第20-21页，第51段。

双方均承认国家元首的**属人**豁免权。<sup>231</sup>在最近对此案的判决中，法院重申了国家元首的“完全刑事豁免和不可侵犯性”。<sup>232</sup>此种豁免有时是根据国内立法明确给予的，例如 1978 年《联合王国国家豁免法》第 20 条，适用于“君主或其他国家元首”。<sup>233</sup>

100. 在国家判例法中有一些强制执行此种豁免的判例。<sup>234</sup>例如，德意志联邦共和国最高法院在 1984 年驳回了一项关于确定针对德意志民主共和国国家元首昂纳克先生的刑事诉讼主管法院的申请，其依据是根据国际法规则，昂纳克享有外国刑事管辖豁免。<sup>235</sup>法国上诉法院在 2000 年推翻了巴黎上诉法院在涉及 1989 年攻击飞行器诉讼案中拒绝给予阿拉伯利比亚民众国元首卡扎菲上校豁免权的一项裁决，它声明：

“根据国际惯例，在缺少与之相反的对有关各方具有约束力的具体国际规定的情况下，不得在外国刑事法院对现任国家元首提起诉讼。”<sup>236</sup>

<sup>231</sup> 见，例如《吉布提共和国备忘录》，2007 年 3 月 15 日，第 133 段；《法兰西共和国对备忘录的回驳》，2007 年 7 月 13 日，第 4.6 段；CR 2008/1，第 35-37 页。（van den Biesen，代表吉布提）；CR 2008/5，第 25 页（Pellet，代表法国）。本研究报告完成之时，该案件正在审理之中。

<sup>232</sup> 吉布提诉法国案，第 53 页，第 170 段。

<sup>233</sup> 1978 年 7 月 20 日，摘录于《国际法材料》，第 17 卷，1978 年，第 1123 页。《澳大利亚外国国家豁免法》（1985 年第 196 号法案）第 36 条也将实施《维也纳外交关系公约》的国家立法（《1967 年外交特权和豁免法》）“和必要的修改”，适用于国家元首。在其他国家，关于国家豁免的国内法将“外国”定义为包括以公职身份行事的国家元首；见《加拿大国家豁免法》第 2（a）条（最初颁布于 1980 年，后经过修订）；1981 年第 6 号《巴基斯坦国家豁免条例》第 15（1）（a）条；1979 年《新加坡国家豁免法》（1985 年修订）第 16（1）条；1981 年第 87 号《南非外国国家豁免法》（全文摘录于 Andrew Dickinson, Rae Lindsay 和 James P. Loonam - Clifford Chance（编辑），《国家豁免》。《材料和评注选编》（牛津，牛津大学出版社，2004 年），第 469-522 页）第 2（a）条。在美国，对于是否以《1976 年外国主权豁免法》取代关于国家元首豁免的普通法规则，在判例法中存在争议：关于这一问题，见下文脚注 247。

<sup>234</sup> 关于传统判例法给予的主权豁免，见：特别报告员萨默宠·苏查里特克尔的第二次报告，他的结论是：“外国君主享有管辖豁免，包括在他国领土的人身逮捕和拘押豁免，这已经在国家惯例中得到公认”（《1980 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/331 号文件，第 207 页，第 36 段）。除了所述案例，还可以参考瑞士的民事诉讼案，*费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局案*，第 535-536 页，联邦法院在诉讼中考虑了前国家元首的**属事**豁免问题，同时确认了在任国家元首的外国刑事管辖**属人**豁免的习惯法性质。

<sup>235</sup> 联邦最高法院（第二刑事法庭），*Honecker案*，第 2 号，ARs 252/84，1984 年 12 月 14 日判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第 80 卷，第 365-366 页。

<sup>236</sup> 上诉法院，*Affaire Kadhafi案*，2001 年 3 月 13 日第 1414 号判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第 125 卷，第 508-510 页（原法文本内容如下：“la coutume internationale s’oppose à ce que les chefs d’Etat en exercice puissent, en l’absence de dispositions internationales contraires s’imposant aux parties concernées, faire l’objet de

101. 2004 年，一名英国地区高级法官拒绝签发逮捕状，反对逮捕受到酷刑指控的穆加贝先生，理由是作为津巴布韦现任总统，他有权依据《国家豁免法》第 20 条得到豁免。<sup>237</sup> 在最近的案例中，西班牙国家刑事法院在 2008 年援引德国和比利时的判例以及逮捕状案，判定西班牙法院不拥有以种族灭绝罪、危害人类罪、战争罪和恐怖主义行为的罪名起诉卢旺达现任国家元首卡加梅先生的管辖权。<sup>238</sup> 那些审查过（有时拒绝给予）前国家元首豁免权的法庭，也已重申了现任国家元首的**属人豁免权**：例如，皮诺切特（第 3 号）案中的上议院高级法官，在判定皮诺切特将军享有有限的酷刑刑事罪豁免的同时，承认如果他仍是智利总统，情况会截然不同。<sup>239</sup> 法律文献也确认国家元首所享有的**属人豁免权**的有效性。<sup>240</sup>

102. 至于给予国家元首的特殊待遇，特别是给予他们的**属人豁免**，国际法中给出了各种合法理由。从传统上看，这种特殊待遇是根据国家元首作为君主的个人地位确定的，**地位平等者之间不存在统治权**的原则已对这一逻辑依据作了解释。<sup>241</sup>

---

poursuites pénales d'un Etat étranger”（摘录于《国际法综合评论》季刊，第 105 卷（2001 年），第 474 页）。

<sup>237</sup> 博街地区高级法官，*Tatchell 诉 Mugabe*，2004 年 1 月 14 日的判决，摘录于《国际法和比较法季刊》，第 53 卷（2004 年），第 769-770 页：“普通法中的习惯国际法目前规定所有国家元首均享有绝对豁免权”。

<sup>238</sup> 国家刑事法院，Juzgado 上将诉讼案第 4 号判决书，2008 年 2 月 6 日，第四段，第 1 号，第 151-157 页。法庭以《司法权组织法》第 21 条为裁决依据，这一条规定西班牙管辖权受到国际法承认的管辖豁免权的限制（“国际公法所规定的豁免情况除外”）。正如裁决中指出的，国家刑事法院就针对摩洛哥国王和赤道几内亚共和国总统的刑事诉讼案做出了相似的声明（*国家法院审判厅的判决书*，1998 年 12 月 23 日）。

<sup>239</sup> 见：*皮诺切特案*（第 3 号），特别是：魁格海的霍普大法官，第 624 页；霍顿大法官，第 637-638 页；Newdigate 的萨维尔法官，第 642 页；米利特大法官，第 651 页；以及 Worth Matravers 的菲尔浦法官的默示，第 660-661 页。检方确认了这项原则（*同上*，第 637 页）。

<sup>240</sup> 例如见，Verhoeven，“临时报告”，*同前*，第 516 页（和其中所提到的作者）；Christian Dominicé，“关于国家元首刑事管辖豁免问题的评论”，《国际公法综合评论》季刊，第 103 卷（1999 年），第 301-302 页；Virpi Koivu，“国家元首的豁免与个人依据国际法所应承担的刑事责任”，《芬兰国际法年鉴》，第十二卷（2001 年），第 312 页；Charles Pierson，“皮诺切特与豁免的终结：英格兰上议院认为前国家首脑施行酷刑不应给予豁免”，《国际法和比较法季刊》，第 14 卷（2000 年），第 273-274 页；Charles Rousseau, *Droit international public, Tome IV: Les relations internationales*（巴黎：Sirey，1980 年），第 125-126 页；Ernest Mason Satow, *Satow 的《外交惯例指南》*，戈列-布思大法官（编辑），第五版（伦敦：Longmans Green，1979 年），第 9-10 页；Xiaodong Yang，“欧洲人权法院的国家豁免：重申和误解”，《英国国际法年鉴》，第 74 卷（2003 年），第 352-353 页；及 Zappalà，*同前*，第 599-600 页。见：Jerrold L. Mallory，“澄清国家元首的豁免问题：君主的实际权利”，《哥伦比亚法律评论》，第 86 卷（1986 年），第 176-179 页，他在 1986 年指出：“虽然关于国际社会处理国家元首豁免的方法的一项调查揭示，对于国家元首有权获得某些豁免存在广泛一致，但是对于豁免的范围并不存在共识”（*同上*，第 177 页）。

<sup>241</sup> 例如，见：纽约南区地方法院，*Tachiona 诉 Mugabe 案*，169 F. Supp. 2d（纽约南区，2001 年），第 264 页。



尊重作为国家主权象征的国家元首尊严的必要性，也说明了它的正当性。<sup>242</sup>这些理论表明，国家元首所享有的豁免和国家主权豁免<sup>243</sup>之间没有明显的差别（后者当时被认为是绝对的豁免<sup>244</sup>）。有时也在这一背景下援引礼让原则，其基本理念是，每个国家都应尊重豁免权，以使其本国元首在国外受到同样的待遇。<sup>245</sup>

103. 当代国际法已不再以这些理由阐释豁免权的正当性，而是坚称有必要确保元首有效代表国家履行职能。<sup>246</sup>这特别是国际法学会所采取的立场，<sup>247</sup>也是委员会在关于国家及其财产的管辖豁免草案评注中所采取的立场。<sup>248</sup>因此，国家元首的豁免现被认为是依据国际法确立的一种自主制度，有其自身的逻辑依据，并属于一种独立的体系。<sup>249</sup>但是，上文提到的古典的正当理由似乎没有完全消失，仍

<sup>242</sup> 见同上，第268-269页。另见联合国，*De Haber 诉葡萄牙女王*：“引述一位外国君主在国内法院中的话，对他的公共身份的任何指控，都违反《万国公法》，是一种他有权感到憎恶的冒犯之举”（特别报告员苏查里特克尔引述，《1980年……年鉴》，第二卷，第一部分，第207页，脚注28）。另见上文第一部分，C.1节。

<sup>243</sup> 正如特别报告员苏查里特克尔在他的第二次报告中所指出的，“大多数作者用外国国家豁免来处理外国主权豁免”（《1980年……年鉴》，第二卷（第一部分），第207页，第36段）。另见：美国，*Tachiona 诉 Mugabe*，地区法院指出，在1976年（美国在这一年通过了《外国主权豁免法》）之前，“没有一种公认的国际惯例确认一项独立的国家元首豁免原则”（同前），第276页；另见J. W. Dellapenna.， “国家元首豁免 - 外国主权豁免法 - 国务院的建议”，《美国国际法学报》，第88卷（1994年），第529-530页；S. V. George，“国家元首在美国法院所享有的豁免权：多年之后这个问题依然不确定”，《福德姆法律评论》，第64卷（1995年），第1055页。

<sup>244</sup> 关于依据这一古典理论的外国主权绝对豁免，见常被援引的美国最高法院对 *Schoone 交易所诉 McFaddon* 案的判决书，特别是第136-137页。

<sup>245</sup> 例如，见最高法院，*Hilton 诉 Guyot* 案，159 U.S. 113, 163-64, 16 S.Ct. 139, 143 L.Ed. 95（1895年）：“既不是一个绝对的义务问题……也不仅仅是礼节和善意的问题……而是一国在本国领土内所容许的对另一国的立法、执行和司法行为的承认，既适当考虑到国际义务和便利，也适当考虑到本国公民和受其法律保护的其他人员的权利”（纽约东区地方法院，*Lafontant 诉 Aristide*，844 F.Supp. 128, 1994年1月27日判决书，第132页）。另见哥伦比亚特区地方法院，*Flatow 诉伊朗伊斯兰共和国*，76 F. Supp. 2d 28 (D.D.C. 1999年)，第24页：“像外国主权豁免一样，国家元首豁免是一个善意和礼让的问题，而不是一个权利问题”。

<sup>246</sup> 见 Verhoeven，“临时报告”，第16段，摘录于《国际法学会季刊》，同前，第507-508页。

<sup>247</sup> 国际法学会在关于这一专题的温哥华会议上通过的决议前言中确认：“给予作为一国之代表的国家元首或政府首脑特殊待遇，不是为了其个人利益，因为这对于其独立而有效地行使职权和履行职责是必要的，既符合以其为首脑的国家和政府的利益，也符合整个国际社会的利益”（2001年8月26日决议，前言第3段）。

<sup>248</sup> 委员会在对后来成为《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条草案的评注第(19)段中指出，君主和大使的属人豁免“……有利于他们所代表的国家，使他们能够完成其代表职能或有助于她们有效履行其官方职责”（《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第18-19页）。

<sup>249</sup> 国家法院经常会考虑到国家元首豁免制度的自立性问题。在美国，所出现的问题是元首（和其他官员）的豁免是否符合1976年《外国主权豁免法》的规定：在这一点上，有两类法院对判例法似乎持不同观点，一类法院认为《外国主权豁免法》适用于外国官员个人（见，特别是



被某些作者用来解释国家元首**属人**豁免的某些方面。<sup>250</sup>无论如何，给予豁免的总体目标是为了保持国际关系的稳定，<sup>251</sup>鉴于国家元首的高级代表职能<sup>252</sup>及其在国家内部组织中的作用，这种必要性在国家元首的豁免上表现得尤为明显。

104. 给予**属人**豁免，须以确定被告是在位国家元首为先决条件。不过，确定这一点需要弄清两个不同的问题，即：争议中的实体是否为主权国家；有关个人是否在该实体的机构内担任国家元首之职。<sup>253</sup>虽然这方面的结论常常是由司法部门自行做出的，<sup>254</sup>但是有些国家（主要是具有普通法传统的国家）规定，行政部门应

---

上诉法院，第九巡回法庭，*Chuidian 诉菲律宾国家银行*，912 F.2d 1095（第九巡回法庭，1990年）（摘录于《国际法案例汇编》，第92卷，第480-493页），随后的是，例如：加利福尼亚南区地方法院，*Doe 诉 Qi*，349 F.Supp.2d 1258，另一类法院将国家元首豁免视为根据普通法提出的一种自主学说，这种学说迫使法院接受国务院的豁免建议，视之为最终意见（例如见 *Lafontant 诉 Aristide*，或 *Tachiona 诉 Mugabe*）。关于这个问题，例如，见 Tunks，*同前*，第666-675页。在联合王国，《1978年国家豁免法》对外国豁免（其规定在第一部分之下，不适用于刑事诉讼程序）和国家元首豁免（列入第三部分第20条）作了区分：相应地，审理 *皮诺切特案*（第3号）的上议院高级法官审查了以后一种规定为依据的前国家元首的豁免权，他们认为后一种规定符合一般国际法（见 *皮诺切特案*（第3号）），特别是布劳恩-威尔金森大法官，第593页；奇夫里的戈夫大法官，*同前*，第598页；以及魁格海的霍普大法官，第621-622页）。

<sup>250</sup> 例如，Watts 指出，国家元首享有豁免权“是承认他作为国家最高职位拥有者的极特殊地位”（Watts，*同前*（1994年），第53页）。他后来借助君主或后者的个人权威证明国际法给予国家元首（而不是政府首脑和外交部长）特殊待遇的正当性（*同上*，第102-103页；希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔三位法官在联合发表的独立意见中援引了这一观点，“逮捕状案”，第80段，哈苏奈法官在其不同意见中也援引了这一观点，*同上*，第2段）。米利特大法官在 *皮诺切特案*（第3号）中表明了类似的观点（现任国家元首享有**属人**豁免权，“理由是他作为国家最高职位拥有者的特殊地位。他被当作国家的化身”（《国际法材料》，第38卷，第644页））。另见 Robertson，*同前*，第402页；Rémy Prouvèze，“L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (République démocratique du Congo c. Belgique) : quelle contribution de la Cour internationale de Justice au droit international pénal? ”，*L'Observateur des Nations Unies*, No. 12 (2002年)，第296-297页；及 Tunks，*同前*，第654-657页。

<sup>251</sup> Zappalà，*同前*，第611页。在 *Re Honecker* 案中，德意志联邦共和国联邦最高法院指出，国际法所规定的国家元首豁免“主要是为了各国拥有不受干扰的双边关系这一共同利益而给予的”，如果法院就诉讼管辖法庭做出裁定，就“有可能损害”这种共同利益（联邦最高法院（第二刑事法庭），*Re Honecker*，*同前*，第366页）。

<sup>252</sup> 对依据国际法享有豁免的国家元首的代表地位的强调，见印度最高法院，*H.H. Raja Sir Harinder Singh Barar Bans Ahadur 上校诉税收专员*，1971年10月15日的判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第64卷，第528页：“在国际法中，国家元首代表国家，而不是作为个人代表其自身的权利。他以元首身份和他所代表的国家一起，在友好、和平的其他国家——通常被称为接受国，享有一定的域外特权。”

<sup>253</sup> Watts 指出了与承认国家元首有关的两个问题（*同前*（1994年），第33页）。

<sup>254</sup> 然而，即使在这些情况下，司法部门也可以在保留其裁定权的同时，征求政府的意见，特别是外交部门的意见（例如，见 Broms 对芬兰惯例的评论，《国际法学会季刊》，第69卷（2000-2001年），第475页）。

与司法部门一起提交豁免权证明或者建议，它们应被视为关于这些问题的最后证据。<sup>255</sup>

### （一）确定一实体是否为主权国家

105. 在大多数情况下，第一个问题不会引起任何异议（或诉讼方之间的任何争议），而确定一实体是否为国家，是司法裁决论证过程中固有的。但是，应该指出，在某些情况下，法庭不得不特别重视这一问题。例如，意大利上诉法院在 1985 年被要求确定意大利当局对其签发了逮捕状的阿拉法特先生，作为巴勒斯坦解放组织的领袖和代表，以其身份是否享有豁免权。<sup>256</sup> 法院确认，习惯国际法仅给予等同于国家的主权组织（它将其定义为对建立在一处领土上的群体完全独立、有效地行使治理权的实体）领导人刑事管辖豁免的不可侵犯权，而考虑到巴解组织缺少领土主权，不符合这种条件。<sup>257</sup> 法院指出，意大利政府在其与巴解组织的关系上所持有的立场，正如外交部的报告所言，进一步肯定了这一裁决。<sup>258</sup> 不过，它还声称，某些政府给予后者的法律上或事实上的承认，不具有法律效力，不足以赋予巴解组织以国家的性质。<sup>259</sup>

<sup>255</sup> 例如，见 1978 年《联合王国国家豁免法》第 21 (a) 条（国务大臣或其代表提供的证明，是下述所有问题的充分证据：(a) 一国是否为本法第一部分所规定的国家，一领土是否为该部分所规定的联邦国家的一部分，或人员是否被认为是该部分所规定的国家元首或政府首脑……）；《澳大利亚外国豁免法》第 40 条 (1) (c)；《加拿大国家豁免法》第 14 条 (1) (c)；《巴基斯坦国家豁免条例》第 18 (a) 条；《新加坡国家豁免法》第 18 条 (a)；《南非外国豁免法》第 17 条 (c)。应该强调的是，这些规定通常是为了适用于民事诉讼程序；例如根据《联合王国国家豁免法》，“应为第一部分”之目的提供证明，该证明不用于刑事诉讼程序（第 16 条 (4)）。然而，在最近的一个刑事案件中，一个分区法院指出，“如果这样一份证明在民事诉讼程序中是充分证据，而在刑事诉讼程序中却毫无价值，会令人疑惑不解”，该法院还判定，甚至在刑事案件中，“国务大臣的证明，在国家豁免权的裁定过程中，也应被认为是具有决定意义。”（联合王国，王座庭（分庭），*R (关于 Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha 的上诉申请) 诉刑事起诉处*，2005 年 11 月 25 日判决书，特别是第 31-34 段；不过，正如下文所描述的，法院在具体案件中对豁免权做出裁定时，也考虑到了其他相关因素）。

<sup>256</sup> 最高上诉法院（第一刑事庭），*Arafat e Salah*，1985 年 6 月 28 日判决书（案件编号：1981 年），摘录于 *Rivista di diritto internazionale*，第 LXIX 卷，第 884-889 页。在另一个案例中，法院考虑过类似的问题，见最高上诉法院，*Bacchelli 诉 Comune di Bologna*，1978 年 2 月 20 日判决书（案件编号：804）摘录于《意大利国际法年鉴》，第四卷（1978-1979 年）（Luigi Condorelli 的说明），第 137-145 页（拒绝给予荣耀圣母堂教团团长豁免权）。

<sup>257</sup> 同上，第 885 页。法院依据《意大利宪法》第 10 条第 1 款，法院可以直接适用习惯国际法。法院的确承认巴解组织是一个民族解放运动，享有有限的国际人格（同上），但发现国际法并没有强迫意大利承担给予此种组织的领袖豁免权的义务，意大利法律给予巴解组织领袖超出国际法规定的豁免权（同上，第 887-888 页）。

<sup>258</sup> 同上，第 886-887 页。

<sup>259</sup> 同上，第 887 页。

106. 最近，但在黑山于 2006 年成为独立国家之前，意大利上诉法院依据习惯国际法拒绝给予黑山总统国家元首豁免权，认为上述实体不能被称为主权国家。法院在做出这一裁决之前，审查了相关（黑山和塞尔维亚与黑山联盟的）宪法规则、其他国家在其与该实体的关系上所采取的立场、后者与其他国家达成的协议、它在国际组织中的成员地位以及外交部关于这一问题的看法。<sup>260</sup>在美国，判例法显示，在司法上确定一位国家元首是否享有豁免权，取决于行政机构对有关实体的承认。<sup>261</sup>在联合王国，一个分区法院在涉及贪污罪刑事指控的案件中，被要求确定巴耶尔萨州州长兼首席行政官是否享有豁免，法院考虑到英国国务大臣出具的证明确认“巴耶尔萨州是尼日利亚联邦共和国领土的一部分”，该个人“不被认为……是尼日利亚联邦共和国国家元首”，这是拒绝给予此种豁免的“确证”。然而，法院还考虑到巴耶尔萨州不具有进入国际关系的法定资格和“其他可能的相关要素”，诸如授权成员州履行的职能和联邦司法部门的意见。<sup>262</sup>

## （二）确定个人是否拥有国家元首职位

107. 第二个问题——一个人是否为国家元首——很复杂，因为国际法既没有定义“国家元首”这一概念，也没有确定以何种方式取得这一地位或（除少数例外）这一地位一般具有的职能。<sup>263</sup>因此应提及各国的内部机构，它们之间可能有相当大的差异。<sup>264</sup>这可能需要对国内法律和实践进行审查。<sup>265</sup>国际法学会的观点是，

<sup>260</sup> 最后上诉法院（第三刑事分庭），公诉人（那不勒斯法庭）诉 Milo Djukanovic，案件编号：49666，2004 年 12 月 28 日的判决书，特别是第 16-35 段。

<sup>261</sup> 这来自上诉法院（第二巡回法院）对涉及塞尔维亚共和国领导人卡拉季奇的 *Kadic 诉 Karadzic* 案（70 F. 3d 232）的论证。虽然卡拉季奇在该案中的主要论点是，“他在访问美国期间，作为受联合国邀请的客人，其地位给予他送达诉讼文件的豁免权”，但法院不是依据《总部协定》，就是依据联邦普通法（这一主张被驳回；同上，第 246-247 页），附带提及了国家元首的豁免问题。例如，法院声称，虽然在国际法中取得国家地位并不需要他国的承认，但“获得承认的国家享有与司法程序有关的某些特权和豁免”，包括国家元首的豁免（同上，第 244 页）。它还判定，基于美国政府未来会承认塞尔维亚共和国这样一种推测而由它给予卡拉季奇国家元首豁免权，是完全不恰当的（同上，第 248 页）。

<sup>262</sup> *R (关于 Diepneye Solomon Peter Alamieyeseigha 诉刑事起诉处的申请)*，特别是第 37-48 段。

<sup>263</sup> 见 Verhoeven，“临时报告”，同前，第 497-498 页。他指出国家元首概念是“仅仅表明他是国家机构的最高领导者”（同上，第 497 页；另见 Alain Fenet，“国家元首应负的国际刑事责任”，《国际法综合评论》季刊，第 32 卷（2002 年），第 597 页）。Verhoeven 还声称，《维也纳条约法公约》第 7 条包含一个也许是不容置疑的推定，国家元首（以及政府首脑和外交部长）代表国家，目的是完成所有与缔结条约有关的行为。正如下文将要进一步阐述的，国际法院在审查通常由外交部长履行的职能时也利用这一规定（见 *逮捕状案*，第 53 段）。

<sup>264</sup> 具体地说，国家元首在某些国家有可能作为行政权力首脑，拥有重要的制度性职能，也有可能其职位是象征性的。正如 Verhoeven 所指出的（“临时报告”，同前，第 498 页），考虑到为确保有效行使官方职能的目的而证明属人豁免的正当性的现代倾向，人们可能期望不将此种豁免

特别是由法庭进行这种确定，必然引出与在国内法律之下可适用的证据规则有关的问题，因此决定放弃对这一事件的进一步审查。<sup>266</sup> 温哥华会议通过的决议第 6 段强调，国家当局“一俟知悉其地位”，应尽快给予外国元首管辖豁免权。<sup>267</sup>

108. 对判例法的审查表明，某些法庭在确定其审理的个人的国家元首地位时，既参考后者在国家内部结构中的职能（依据法律和实践），也参考此人在该国国际关系中的职能。<sup>268</sup> 换言之，在援引国内法律的同时，这些法庭认为权力的有效行使是确凿的证据。例如在昂纳克案中，德意志联邦最高法院审查了是否可以将担任德意志民主共和国国务委员会主席的被告视为该国元首的问题，其方式是参考被告根据宪法承担的职能，以及德意志联邦共和国在其与该国外双边关系上的做法。<sup>269</sup> 法国上诉法院在“卡扎菲案”中指出，被告作为革命指挥委员会主席，根据宪法宣言，是阿拉伯利比亚民众国的最高权威，他还以这一身份参加国际会议（例如阿拉伯或者非洲国家元首会议），接见外国代表并接受其大使递交的国书。<sup>270</sup> 与之相反，在美国，某些法庭认为行政部门所作的决定对它们具有约束力，行政部门通过对外国政府予以承认的做法，或是在针对国家元首的司法案件中提出的豁免建议做出规定：即使所作的裁定在诉讼时与有效行使官方职能不符，也必须予以服从。因此，地区法院在 *Lafontant 诉 Aristide* 案中声明，“豁免权仅给予美国政府承认其为正式国家元首的人”，由于“对取得国家元首资格的人的确定

---

给予仅行使有限的形式上或礼仪性职能的国家元首，但这没有得到实践的确认。从这一点可以看出，在承认国家元首的豁免权方面，其他考虑仍然很重要。

<sup>265</sup> 关于这一点，人们可能会在确定国家机关的地位以划分国际不法行为的责任归属时，与国内法律的重要性问题作一番比较。正如委员会对国家责任条款第 4 条的评注第 (11) 段中所指出的：“国家的法律要将一实体称为机关并不难。另一方面，援引国内法律不足以证明国家机关的地位。在某些制度中，各种实体的地位和职能不仅是由法律确定的，也是由实践确定的，单单援引国内法的做法将导致错误的结论。”（《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 42 页）。

<sup>266</sup> 该问题是在报告员分发的问卷第 2 点中提出的（见《国际法学会季刊》，*同前*，第 452 页），审查这一问题的委员会一般认为，由它研究这一问题并不合适（*同上*，第 485 页）。

<sup>267</sup> 国际法学会决议第 6 段。报告员提出的初步草案有所不同：“国家元首当其向司法机构表明身份时…他有权享受…管辖豁免权”（*同上*，第 552-553 页）。

<sup>268</sup> Verhoeven 指出，对于国家元首资格的司法确定，在民法法系国家最常见的是由法庭来完成，根据传统，法庭没有征询或遵循行政部门意见的义务。而在普通法系国家，法庭往往具有这种义务，并遵从外交部长或国务部门所表示的意见（“临时报告”，*同上*，第 500-501 页；另见第 496 页）。关于美国的判例法，见下文。

<sup>269</sup> *同前*，Honecker 案，第 365-366 页。

<sup>270</sup> 巴黎上诉法院，*Affaire Kadhafi* 案，2000 年 10 月 20 日判决书（《国际法案例汇编》英文版，第 125 卷，第 495 页）。因此给予作为利比亚事实上的国家元首的卡扎菲上校豁免权，其依据是他行使与国家元首相适应的权力（见 Zappalà，*同前*，第 596-597 页）。



是由行政部门做出的，所以它不是一个由法院来确定事实问题”。<sup>271</sup>法院指出，“美国政府始终承认让·贝特朗·阿里斯蒂德是海地共和国现任的法定国家元首”，即使是在军事政变后的流亡时期。法院判定国务院在该案中提出的豁免建议是“对阿里斯蒂德总统而言具有决定作用”，他因此享有了豁免权。<sup>272</sup>另一个不同法院适用同一原则，拒绝给予阿布扎比统治者的孙子也是阿布扎比王储的长子豁免权，声称行政部门没有确定被告的国家元首地位，也没有提出豁免建议。<sup>273</sup>

### （三）对国家和政府的承认所起的作用

109. 所有这些考虑都提出了与对国家和政府的承认在给予属人豁免方面所起的作用相关的问题。<sup>274</sup>从前几段中可以看出，某些国家（特别是美国和联合王国）的司法实践认为承认问题是不可裁判的，要由行政部门来决定，因此，对国家和政府的承认在给予豁免方面起着决定作用。<sup>275</sup>在其他国家，法庭认为这样的“决

<sup>271</sup> *Lafontant 诉 Aristide*, 第 132-133 页（应该指出，这不是主要依据《美国外国民事侵权索赔法》和《酷刑受害者保护法》提起的民事诉讼案）。

<sup>272</sup> 同上，第 130-139 页。应该指出，在审查海地是否已放弃阿里斯蒂德的豁免问题时，法庭也从这一立场推出符合逻辑的结论，声称“美国不承认[海地]事实上的政府，因此该政府无权放弃阿里斯蒂德总统的豁免”（同上，第 134 页）。

<sup>273</sup> 哥伦比亚特区地方法院，*Jungquist 诉 Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*, 940 F Supp. 312 (1996 年)，摘录于《国际法案例汇编》，第 113 卷，第 531 页（因没有管辖权而驳回一项民事诉讼的动议）。

<sup>274</sup> 对国家和政府的承认在给予属事豁免方面所起的作用，引发了同样的问题，关于这种作用，见下文 B.2 (c) 节。

<sup>275</sup> 上文的阐述说明，美国法庭一般认为国务院递交的豁免建议对此起着决定作用，但是关于对国家和政府的承认在给予豁免权方面所起的决定作用，其裁决模棱两可。例如，见 *Flatow 诉伊朗伊斯兰共和国*，第 24 页（“只有美国承认其为国家元首的个人有资格”获得国家元首豁免）或美国，*Jungquist 诉 Sheikh Sultan Al Nahyan*，第 531 页（“国家元首豁免……仅给予美国政府承认其为正式国家元首的人。对政府及其官员的承认是行政部门的专有职能，对此法院必须遵从”）（援引 *Lafontant 诉 Aristide*，第 131-134 页）。在联合王国，法庭明确确认它们遵从行政部门的决定（例如见，上议院，*西班牙共和国政府诉 SS “Arantzazu Mendi”*，1939 年，AC 256，第 264 页：“[在对外国政府的承认问题上]我们的国家不能用两种声音说话，司法部门这样讲，行政部门那样讲……我们的君主必须决定他将承认谁为国际大家庭中的同等君主；在国家豁免问题上该外国与我们的关系只能出自这个决定”。英国法院在对豁免问题做出决定时，也考虑了其他因素（包括个人行使的权力或有关外部的内部结构）（见第 106 段提到的 *R*（关于 Diepneye Solomon Peter Alamieyeseigha 诉刑事起诉处的判决申请）。在 *皮诺切特案*（第 1 号）中，国务大臣没有出具豁免证书，Hadley 的 Slynn 法官认定，虽然皮诺切特将军没有以智利宪法所承认的某种方式得到任命，但他以国家元首身份行事，正如他签署智利驻联合国大使递交女王的国书这一事实及其他事实显示的那样（*皮诺切特案*（第 1 号），第 1305 页；在该案中，其他上议院高级法官只是假定他在相关时期担任智利国家元首；在 *皮诺切特案*（第 3 号）中，上议院高级法官没有深入考虑这一问题）。正如 Michel Cosnard 所指出的，Hadley 的 Slynn 法官认为，皮诺切特将军作为智利国家元首，其权力的有效行使和所获得的事实上的承认，足以初步证明他享有豁免权，这与他取得权力的合法性无关（Cosnard，



定”涉及司法案例的一个实际问题，他们依据对相关国内法、国家和国际惯例的自主研究解决这个问题：在这种情况下，对有关国家和政府的承认（特别是法庭所在地国政府的承认）只是在做出“此种决定”时被纳入考虑的多个因素之一（尽管有一定的权威性）。<sup>276</sup>然而，从国际法角度来看，关于国家所承担的给予外国元首豁免权的义务是否取决于对有关国家和政府的承认，仍然是个问题。<sup>277</sup>国际法学会在温哥华会议上提出了这个问题，<sup>278</sup>并引发了一场有趣的辩论：一些会员指出了“承认”对给予豁免的重要性，还有一些会员甚至认为承认构成了给予豁免的一个先决条件。<sup>279</sup>但是学会通过的最后决议将它对这一问题的考虑限定在“规定在适用时不妨碍对一外国或政府

[同前](#)，(1999年)，第313页)。应当强调的是，联合王国是那些放弃对外国政府予以承认的做法的国家之一（见[下文](#)脚注）。

<sup>276</sup> 与这类实际规定有关的承认既可以是明示的，也可以是默示的。从上述判例中可以明显看出，法庭往往十分重视本国政府在它与有关实体（例如，意大利政府在阿拉法特案中与巴解组织，或者在 *Djukanovic* 案中与 2006 年前的黑山）和/或作为外国元首的个人（例如，德意志联邦共和国政府与作为德意志民主共和国元首的昂纳克）的关系中的做法。关于明示的承认，意大利上诉法院明确声明，它认为这种承认（即使是意大利政府给予的承认）不是一实体为豁免的目的被看作主权国家的必要条件，但它会考虑意大利外交部关于黑山的国际法人资格的观点（*公诉人（那不勒斯法庭）诉 Milo Djukanovic*，第13段）。应当指出，有一些国家（如法国、比利时、联合王国等）遵循对新国家而不是新政府予以正式承认的做法，因此司法部门不能依靠明示的承认来确定国家元首身份。

<sup>277</sup> 有些作者对这一问题给予肯定的回答，他们依据受保护的利益来证明这种答案的合理性；见 Watts，[同前](#)（1994年），第34页；Zappalà，[同前](#)，第599-600页（“存在一种推定，根据这种推定，认为其他国家应当认可[国家元首]为对外关系中的对等者……对国家和政府的承认，即使以默示的方式，也起着与接受外交代表递交的国书同样的功能”）；Tunks，[同前](#)，第672页（“当两国政府不再相互承认，它们之间就不必在维持双边外交，因为外交关系已经彻底破裂了。政府对一个它甚至不承认其为主权国家的实体，也同样没有必要以允许其领导人逃避私人不法行为和国际罪行的方式，采取步骤促进该主体的主权平等。在美国和一外国领导人之间不存在外交关系的情况下，国家元首豁免的目标不会被认为重要到足以超过司法利益”）。关于相反的观点，根据这种观点，依据国际法给予豁免权的义务不以承认与否为转移，见特别报告员 Verhoeven 在国际法学会中所表明的立场，如[下文](#)所述。

<sup>278</sup> 见特别报告员所分发的问卷第2点（见《国际法学会季刊》，[同前](#)，第452页）。

<sup>279</sup> 在委员会第十三届会议的初步辩论中，Salmon 强调说，一国可能会认为它不适合与一个自封的总统合作，在谈及豁免时，他提出了对于一个建立了新政府的国家是否应拒绝给予豁免的问题（[同上](#)，第456页）。Fox 和苏查里特克尔指出，对国家和政府的承认可以构成在确定国内准据法时的一个重要因素（[同上](#)，第459-470页）。Tomuschat 说，“许多国家都是在对有关国家和政府予以正式承认的基础上尊重外国主权。给予一个对与之从未建立或者已经断绝外交关系的政府，国际社会当然不会给予尊重和声援”，“妨碍有关个人执掌权力的不正当行为值得仔细审查”（[同上](#)，第477页）。报告员对委员会辩论的总结，见[同上](#)，第484-485页。随后，在委员会中，Salmon 指出，“对于声称代表国家或政府的人，承认其国家元首的身份，甚至其作为现任政府领导者的身份，显然先于给予他的任何特权和豁免权”（[同上](#)，第555页）。Fox 评论说，“最近的做法考虑到了新上任者的合法性和与‘好政府’标准的相符性，这说明对国家和政府的承认所起的作用或许比[报告员]所认为的还要大（[同上](#)，第579页）。

予以承认或不承认的效力”。<sup>280</sup> 报告员在对这一条款的评论中，表示严重怀疑对外国或政府不予承认能免除一国依据国际法所应承担的义务。<sup>281</sup> 还有人指出，该规定可能留下了一个“无意的漏洞”，因为有可能发生下述情况，即“一个国家，通过拒绝承认某人为另一国元首或某政府为该另一国政府，使决议的意旨落空”。<sup>282</sup>

#### （四）出现在法院地国的无关性

110. 在任国家元首享有外国刑事管辖属人豁免，不论他是否出现在法院地国领土范围内，<sup>283</sup> 也不论他出现在法院地国领土范围内时，是在何种情形之下进行的访问（或为官方、私人访问，或为隐匿身份的访问）。<sup>284</sup> 这可以依据豁免的传统原

<sup>280</sup> 第 12 条。根据 Fox 和 Salmon 的建议，报告员在最后报告中列入了这一规定（见同上，第 594 页）。

<sup>281</sup> 同上，第 594 页（“这既涉及到国际法对这种不承认所产生的效力，又涉及到国内法对这种不承认所产生的效力。在这方面提到了不同的效力。委员会不准备对此进行讨论。报告员认为，这种不承认决不能免除一个国家遵守国际法在这方面及其他方面规定的义务。”）。在初步报告中，报告员就获取权力时的不正当行为可能对给予豁免的影响，表明了他的观点：

“[仅]仅因为通过不正当行为获取的国家元首身份似乎并不会引起国际上的争议。当然，我们希望能对违反法律的行为进行惩罚。然而，否认实际行使权力的政府的全部国际代表性，很难达到此要求。当一个国家元首没有按“有关”政体的要求成为国家元首或行使权力时，我们认为取消其所有豁免权是对的，然而，似乎没有国际惯例证实这一点。这表明，上述处罚可以是或可能是因为拒绝给予国家元首某一特权身份。这并不意味着实际行使职权的人不能被视为国家元首，除非混淆这两个问题。当不了解宪法规定而导致的‘不正当行为’并不违反国际法的规定，或不构成违法时，更有理由如此。在这种情况下，不知道第三国是以何种名义对违反外国公法的行为进行处罚的”（同上，第 499-500 页）。

<sup>282</sup> Hazel Fox, “国际法学会的决议，关于国家元首和政府首脑的豁免问题”，《国际法和比较法季刊》，第 51 卷（2002 年），第 119-125 页，第 123 页。

<sup>283</sup> 因此，在上述判例中，例如，德国联邦最高法院针对昂纳克案件和法国上诉法院针对卡扎菲上校案件分别给予两人豁免权时，完全没有考虑他们是否出现在法院地国的问题（两位有关国家元首均没有出现在法院地国）。Watts 指出，关于国家元首的诉讼豁免，以国家元首是否出现在法院地国及其他理由为依据“谋求差别待遇的倾向几乎没有”，从实际角度讲，这两种情形可以一并处理（Watts, 同前，（1994 年），第 52 页）。

<sup>284</sup> 见：*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, 同前，第 535 页（习惯国际法规定的豁免权“也给予以私人身份访问外国的国家元首”（英文版，同前，第 201 页）——即使所涉及的是一位前国家元首）；*Tatchell 诉 Mugabe*（地区高级法官给予国家元首豁免权，而不在意穆加贝先生在何种情况下出现在联合王国）。Watts 指出，国家元首对外国进行私人访问时，在国际法中的地位“基本上是不确定的”，不过，他似乎看不出在国家元首进行私人访问和没有出现在法院地国这两种情况之间，国家元首的豁免（更不用说外国刑事管辖豁免）有任何不同（Watts, 同前，第 72-74 页）。

隐匿身份的访问带来的特殊问题是，法院地国当局可能对国家元首的身份一无所知。国际法学会决议第 6 段解决了这个问题，它规定这些当局“一俟知悉其地位”，有义务立即给予外国元

理（管辖权的行使，即使在缺席情况下，也构成对外国君主统治权的一种维护）说明其正当性，也可以从确保国家元首有效履行其职能的必要性上证明其正当性，目前这种正当性常被用以促成此种豁免，因为对一位正在对法院地国进行官方访问的国家元首行使管辖权，直接妨碍了该元首在访问期间履行其官方职能。<sup>285</sup>但是，不论国家元首身在何处，不论他在何种情况下出访，这种被逮捕和被送上法庭的危险，就其旅行的可能性受到限制而言，也妨碍了他履行一般代表职责和维护本国国际关系的能力。<sup>286</sup>国家元首在官方访问期间，享有他在私人访问时不能享有的若干便利和特权，<sup>287</sup>这是事实；但是，在两种情况下他都享有外国刑事管辖属人豁免权。<sup>288</sup>

### （五）参加特派使团的国家元首

111. 1969年12月8日《特派使团公约》特别提到国家元首在率领特派使团时的地位。《公约》第21条第1款规定：

“派遣国国家元首为特派团团团长时，在接受国或第三国享有国际法给予正在进行官方访问的国家元首的便利、特权和豁免权。”

在对相应草案条款的评注中，委员会解释说，它考虑过将关于“高级特派使团”的规定纳入公约草案的可能，但是，在仔细研究了这一问题之后，它得出结论认为，特派使团团团长或一般成员的级别不会给予使团任何特殊地位。<sup>289</sup>但它声称，

首不可侵犯权和管辖豁免权。关于这一原则的适用情况，见：Migheíl 诉在柔佛的苏丹王案（一旦苏丹公开其真正身份，立即在诉讼案中给予他国家元首豁免），Watts 引述，[同前](#)，第 75 页。

<sup>285</sup> 例如，见 Watts，[同前](#)，第 53 页。

<sup>286</sup> 例如，见 Verhoeven，他确认给予国家元首豁免权而不论该元首在何种情形之下访问法院地国领土，这符合其地位所具有的职能理由，随后他解释说，“既然国家元首其行使（国际）职能可能受到司法机关的妨碍，我们不明白为何他在进行‘正式’访问时，不能享有相同的豁免权。”（“临时报告”《国际法学会季刊》，[同上](#)，第 535 页）。他又补充说：“因此，当外国元首没有进行‘官方’访问时，我们没有理由限制其所享有的豁免权，即使其知道在这种情况下某些合乎礼节的规定并不适用”（[同上](#)，第 536 页）。另见 Watts，[同前](#)，（1994 年），第 73 页（“国家元首的总代表性意味着他在某种程度上总是代表他的国家……即使当他在外国作私人访问时，因国家事务，他的国家机构可能需要与他保持及时、通畅的联系”）；Zappalà，[同前](#)，第 598 页（在执行官方使命期间，属人豁免为使命的范围和完成所涉及的具体任务提供了保障，而在私人访问期间，给予属人豁免是为了保护被代表的国家的总体利益）。

<sup>287</sup> 但是，如 Watts 所指出的，即使在私人访问的情况下，“被访问国家也应给予正在进行访问的国家元首礼遇和特别保护措施，以及可能通过外交渠道达成的共识——甚至协议”（Watts，[同前](#)，（1994 年），第 73 页）。

<sup>288</sup> 国家元首在官方访问期间，所主张的属人豁免例外在国际罪行刑事诉讼案中是否应予撤销（并保留豁免权），关于这一点的讨论见下文 A.3 节。

<sup>289</sup> 第 21 条草案评注第（1）段，摘录于《1967 年……年鉴》，第二卷，第 359 页。在第十六届会议上，委员会决定请其特别报告员提交关于所谓“高级使团”法律地位的条款。特别报告员

“在国际法中……级别可能给予拥有者特殊便利、特权和豁免权，他成为特派使团一般成员时继续享有这些便利、特权和豁免权。”<sup>290</sup>因此，此规定旨在具体说明，当派遣国元首为特派使团团团长时，他将享有国际法给予他在进行官方访问时所享有的一切便利、特权和豁免权，此外还有其他条款草案给予他的那些权利（包括刑事管辖豁免）。<sup>291</sup>不过，《公约》或委员会的评注均未对另外这些便利、特权和豁免权做出界定。在某些情况下，国家元首在进行官方访问时也可以依据国际法的特别规则（包括惯例规则）享有特权和豁免权，例如，适用于参加国际会议或在国际组织总部从事公务活动的国家代表的那些规则：判例法显示，在这种情况下，国家法庭已经考虑到了这些特权和豁免权，以及依据一般国际法和可适用的国内规则给予国家元首的特权和豁免权。<sup>292</sup>

## （六）流亡国家元首

112. 国家惯例显示，流亡国家元首在寻求庇护的国家可获得属人豁免。例如，英国法庭依据普通法和习惯国际法，承认第二次世界大战期间在其国家被占领时期居住在伦敦的外国元首（例如波兰总统和挪威国王）享有“完全豁免”。<sup>293</sup>最近，

---

Milan Bartoš 在其报告中告知委员会，他在实践中和文献中均没有发现可适用于这类使团的特殊规则。他提出一套规则，其中特别提到作为特别使团团长的外国元首、政府首脑、外交部长和内阁成员的管辖“完全豁免”（见 A/CN.4/179 号文件，摘录于《1965 年……年鉴》，第二卷，第 143-144 页）。要求国家发表评论意见，根据评论意见，特别报告员得出这样的结论：国家不鼓励将这类规定纳入草案（见特别报告员 Milan Bartoš 的第 3 次报告（A/CN.4/189 和 Add.1 和 2），摘录于《1966 年……年鉴》，第二卷，第 271-286 段）。

<sup>290</sup> 《1967 年……年鉴》第二卷，第 359 页（第 21 条草案评注第（1）段）。

<sup>291</sup> 同上。（第 21 条草案评注第（2）段）。根据《公约》，派遣国在特派使团中的代表将享有接受国的刑事管辖豁免等（第 31 条，该条以《维也纳外交关系公约》第 31 条为基础（见委员会对相应条款的评注，摘录于《1967 年……年鉴》，第二卷，第 362 页）。

<sup>292</sup> 例如，在 *Tachiona 诉 Mugabe* 案中，鉴于向穆加贝送达令状时，他作为津巴布韦出席联合国千年首脑会议的代表出现在美国，国务院为穆加贝总统提交了一份豁免建议，依据《联合国特权和豁免公约》第 11 节第六条和《维也纳外交关系公约》第 31 条，实行国家元首豁免和外交豁免（*Tachiona 诉 Mugabe*，第 267-268 页）。经审查，法院认可了穆加贝先生享受国家豁免的权利（判定豁免建议在这个问题起决定作用），并按国务院的意见，开始审查穆加贝先生的外交豁免问题，而且也认可了基于这些理由的豁免（同上，第 297-302 页）。另美国，*Kadic 诉 Karadzic*，第 246-248 页（在该案中，考虑到卡拉季奇依据《联合国总部协定》和联邦普通法作为受联合国邀请者的地位，法庭在驳回卡拉季奇的豁免请求之后，也否决了给予他国家元首豁免的可能）。

<sup>293</sup> 例如，见 François de Kerchove d'Exaendre, “Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du Gouvernement belge en exil à Londres (1940 年 10 月至 1944 年 9 月)”, *Revue belge de droit international*, 第 23 卷（1990 年），第 123 页。1941 年 3 月 6 日《外交特权（延伸法案）》将外交特权延伸至流亡政府成员，但不适用于国家元首，国家元首在普通法的涵盖范围之内（该法案文本，见同上，附件一，第 144-145 页）。



如上文所述，阿里斯蒂德总统被海地发生的政变推翻之后居住在美国时，在一场针对他的民事诉讼案中获得了豁免权。<sup>294</sup> 法律文献也认可流亡国家元首的**属人豁免**。<sup>295</sup>

113. 然而，此种地位的确定带来了一些难题。在理论上，这一类别已得到确认，包括那些因在战争中国家被占领，或是内部发生动荡或动乱而被迫离开本国的国家元首，但他们仍然被认为拥有元首职位。但问题在于是否应将国家元首个人的流亡视为失去职位，并因此只能享有与卸任国家元首相称的**属事豁免**？<sup>296</sup> 作者们就此强调了流亡的暂时性，据说这种暂时性可以揭示流亡者是否已不再拥有国家元首职位，但即使是这种确定方式也要根据每个案件的情况来解读。<sup>297</sup> 因此，由法院地国的行政部门（正式或默示）承认某人仍为某外国的国家元首，这种承认看来起着特殊的决定性作用。<sup>298</sup> 然而，有人指出，对这一点的确定可能会受到政治动机的影响，它仅对做出这种确定的当局具有约束力。根据这一看法，国家当局给予外国流亡国家元首豁免，应被理解为是“一种在本质上具有双边性的做法，类似于礼遇地位，原则上对第三国没有约束力”，因此，应将它与依据一般国际法给予有效行使其权力的国家元首的待遇区分开。<sup>299</sup>

<sup>294</sup> 见：Lafontant 诉 Aristide；正如上文第 108 段所指出的，法庭给予豁免权，是依据国务院在案件中提交的豁免建议，并考虑到美国政府即使在发生政变之后仍承认阿里斯蒂德为海地合法的国家元首。

<sup>295</sup> Stefan Talmon, 《国际法中对政府的承认》：特别是对流亡政府的提法（牛津，克拉伦多出版社，牛津，1998 年），第 259-261 页；Philippe Cahier, *Le droit diplomatique contemporain*（巴黎，Droz，1962 年），第 343 页；Verhoeven, “临时报告”，[同前](#)，第 542-543 页；以及 Watts, [同前](#)（1994 年），第 85-86 页。

<sup>296</sup> Verhoeven, “临时报告”，[同前](#)，第 542 页。另见 Watts, [同前](#)（1994 年），第 87 页。后一位作者确认了另一类个人，“觊觎者”，这类个人是由前君主的后代组成的，他们自己从来未曾掌过权，但一直声称对王位有索求权：他指出，根据国际法，这些个人无权享受任何特殊待遇，应被视为私人（[同上](#)，第 87 页）。

<sup>297</sup> 特别是，见 Verhoeven, “临时报告”，[同前](#)，第 542-543 页；及 Watts, [同前](#)（1994 年），第 85-87 页。在学会委员会第十三届会议举行辩论时，Salmon 指出，“这类身份不一定必须是‘暂时的’。当这种特许是基于国际非法行为（如非法占领），那么只要非法情况所导致的特许存在，这种特许的理由也会持续存在。如果这种特许是建立思想信仰的基础上，政权的合法性就会迫使国家元首流亡，只要收容国拒绝承认新政权，流亡的国家元首仍能享受豁免”（《国际法学会季刊》，[同前](#)，第 577 页）

<sup>298</sup> 特别是，见 Verhoeven, “临时报告”，[同前](#)，第 542-543 页，以及 Salmon 的干预行动，第 577 页。另见 Watts, [同前](#)（1994 年），第 85-87 页。

<sup>299</sup> Verhoeven, “临时报告”，[同前](#)，第 543 页。[由秘书处翻译]



## （七）家属和随行人员

114. 依据国际法给予国家元首的家属和随行人员**属人**豁免，仍是一个不确定的问题。<sup>300</sup>此种豁免在那些明确提及国家元首豁免的国内法律中得到确认，尽管这些法律确定受益人的方式各有不同：英国《国家豁免法》第 20（1）条规定，给予“与[国家元首]构成同一户口之家属”和“私人工作人员”此种豁免；《澳大利亚外国豁免法》第 36（1）条规定，获得此种豁免的仅限于“外国元首的配偶”。<sup>301</sup>国家判例法（大多数是民事诉讼方面的<sup>302</sup>）有限，而且仍然不确定，既是因为不同诉讼地的法庭关于这一问题的观点各异，也是因为有关的家属常常拥有他们自己的官方职位。因此，例如瑞士联邦法庭给予菲律宾前总统夫人伊梅尔达·马科斯豁免权，措辞如下：

“习惯国际法始终给予出访外国的国家元首，以及他们的家属和家庭，人身的不可侵犯性特权和刑事诉讼豁免……此种管辖豁免也给予以私人身份出访的国家元首，并在此种情况下，延伸至与其关系最紧密的家属及其家庭工作人员中的高级成员。”<sup>303</sup>

115. 1945 年，印度一高等法院拒绝给予卡拉斯亚土邦统治者的妻子在英属印度的征税豁免，辩称它不能“在国际公法所认可的国际人格的完整意义上，将对她丈夫的主权的承认延伸至每一位印度土邦统治者的妻子”，这样就暗示出，如果她是一位外国元首的亲属，法院的判决会有所不同。<sup>304</sup>在一个因财产转移的索赔

<sup>300</sup> Verhoeven（“临时报告”，[同前](#)，第 530 页）和 Watts（[同前](#)（1994 年），第 76 页）在处理这一问题时强调了这种不确定性。但是更早期的作者承认君主及其侍从的地方管辖豁免，见 Hall，[同前](#)，第 48 节；T. J. Lawrence，《国际法原则》，由 Percy H. Winfield 修订（第七版）（伦敦，MacMillan 公司，1924 年）第 105 节：“如果他的侍从中间出现严重而紧急的案件，须将他们送回本国受审。”

<sup>301</sup> 如上文所指出的，这两种规定都以给予外交使团团长的豁免的延伸为基础，并作了必要的修改。对此，应回顾《维也纳外交关系公约》第 37 条第 1 款的规定，“外交代表之与其构成同一户口之家属，如非接受国国民，享有”给予外交代表的“特权和豁免”，包括第 31 条第 1 款规定的刑事管辖豁免。

<sup>302</sup> 前面已笼统地提到在本研究报告中使用民事判例的问题。虽然民事案件的判决可能有助于理解国家元首家属和随从人员可能享有的豁免范围（[下文](#)将为此提及这一点），但必须注意的是，关于外国刑事豁免，特别是如果采用了此种豁免的功能理由，这些判决不能被视为结论性的。与民事诉讼程序相反，刑事诉讼的结果有可能导致影响家庭成员人身自由的惩罚，并可能因此对国家元首独立履行其职能产生严重影响，这一事实有可能在确定是否依据国际法给予豁免时被纳入考虑。

<sup>303</sup> 费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局，第 535 页（英文版，[同前](#)，第 201 页）。但是，应该指出，马科斯夫人也在菲律宾政府中任职（担任社会福利部长和大马尼拉市市长）。联邦法庭在判决中偶尔将申请人称为“外国前领导人”，并称菲律宾为“他们曾经管理的国家”。

<sup>304</sup> 安拉阿巴德高等法院，Rani Amrit Kunwar 诉税收专员，1945 年 12 月 21 日，摘录于《国际法案例汇编》，第 22 卷，第 73-75 页。Malik J. 在他的独立判决中援引了《奥本海国际法论》，

案中，布鲁塞尔民事法院判定，扎伊尔总统已故的妻子和子女均无权享有豁免，法院指出，关于后者，子女“已经成年”，因此将被视为“独立于其父亲的人”。<sup>305</sup> 在一个涉及从属关系适用问题的案件中，奥地利最高法院肯定了下级法院的判决：列支敦士登在任国家元首有权得到豁免，但是鉴于其妹妹和两个兄弟不再被视为依据习惯国际法有权获得豁免的“与国家元首构成同一户口之最亲近的家属”，判定他们无权获得豁免。<sup>306</sup> 在关于国家元首的家属的案件中，美国法院再次遵从行政机构的意见。例如，1988年，美国一法院依据一份豁免建议，驳回了针对墨西哥总统妻子的因非法拘禁和绑架引起的赔偿请求诉讼，指出“依据国际法的一般原则，国家元首及其直系亲属享有诉讼豁免”。<sup>307</sup> 正如上文所阐述的，在没收到行政部门的任何建议的一个民事讼案中，阿布扎比统治者的孙子，也是阿布扎比王储的长子，被拒绝给予豁免权。<sup>308</sup> 一个地区法院也根据一项建议，驳回了针对威尔士亲王的一场诉讼，提交该项建议的依据是，威尔士亲王显然是王位继承人，也是联合王国女王的“直系家庭”成员，而且，他在事实上所进行的那次出访中，被认为是作为特派外交使团成员来到美国的官方外交使节。<sup>309</sup> 关于这个问题，法律文献中似乎也存在分歧。<sup>310</sup>

116. 国家元首家庭成员和随行人员的豁免权，依据国家元首的功能性豁免，其理由可能不十分充分，但其动因仍可能是保持国家元首独立地位的需要。<sup>311</sup> 无论如

---

根据该著作，“君主的妻子必须同样享有治外法权，但君主的其他家属不享有”，但他更赞同 Bluntschli 的观点，认为君主的妻子在国际法中不应得到此种特殊待遇（同上，第 75 页）。

<sup>305</sup> 布鲁塞尔民事法院（财产保全之管辖），*Mobutu 诉 Cotonni 公司*，摘录于《国际法案例汇编》，第 91 卷，第 260 页（蒙博托的一位女儿是未成年人，法院判定，就遗产管理人代表那位女儿的利益而言，财产保全是可以接受的）。

<sup>306</sup> 最高法院，*W. 诉列支敦士登王子*，2001 年 2 月 14 日的判决书，7 Ob 316/00x，第 11 段。特别援引了《维也纳外交关系公约》第 37 条。

<sup>307</sup> *Kline 诉 Kaneko*，第 788 页。

<sup>308</sup> *Jungquist 诉 Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*，第 531 页。

<sup>309</sup> 俄亥俄州北区地方法院，东部分区，*Kilroy 诉 Windsor*，Civ. No. C-78-291（1978 年）。文中所提及的论点包含在国务院法律顾问致司法部长的信函中，该信函要求司法部递交一项关于王子的豁免建议（摘录于《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 605 页）。

<sup>310</sup> 见：支持家庭成员享有豁免权：《奥本海国际法论》，H. Lauterpacht（编辑），第八版，（伦敦，Longmans, Green 公司，1955 年），第 349 段（仅针对君主的妻子）；Watts，*同前*，第 76 页（但是，另见*同上*，第 80-81 页，他们以私人身份而不是陪同国家元首出国时有权享有豁免，他对此表示怀疑）；Cahier，*同前*，第 337 页；F. Deák，见 M. Sørensen（编辑），《国际公法手册》（纽约，St. Martin 出版社，1968 年），第 387 页。Mallory，*同前*，第 188 页；Mitchell，*同前*，第 230-231 页。见反对家庭成员享有豁免权：Catherine Kessedjian，“豁免”，*Repertoire international*，第二版（1998 年），第 46 号；Verhoeven，“临时报告”，*同前*，第 550 页；Fox，“国际法学会的决议”，*同前*，第 120 页（评论下文所引述的国际法学会决议）。

<sup>311</sup> Verhoeven，“临时报告”，*同前*，第 531 页，援引 Cahier，*同前*，第 437 页。

何，从上文阐述的国家惯例的内容来看（也是通过与外交使团团长的类比），似乎只有国家元首家最亲近的家属，才有权获得此种豁免（甚至有人主张只有配偶拥有此项权利）。<sup>312</sup> 然而，从零散的实践来看，权威性的观点认为，给予国家元首家庭成员特权和豁免权是依据国际礼让而不是依据国际法的既定规则。这是委员会国家及其财产管辖豁免问题特别报告员的立场，<sup>313</sup> 也是国际法学会的立场，国际法学会就国际法中国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免专题通过的决议规定：

“国家元首的家庭成员和随从人员面对外国当局时均不享有豁免权，除非作为一种礼让的表示，给予他们这种豁免权。这不妨碍他们陪同国家元首出国时以其他身份，特别是作为特派使团的成员，可能享有的任何豁免权。”<sup>314</sup>

117. 根据 1969 年《特派使团公约》第 39 条，派遣国代表（在第 21 条第 1 款规定的情况下，包括国家元首）在特派使团内的家属，如果他们陪伴特派使团的此类成员，并且不是接受国国民或者常住居民，他们将享有《公约》第 31 条第 1 款规定的特权和豁免，包括外国刑事管辖豁免。<sup>315</sup>

#### **(b) 政府首脑和外交部长**

118. 国际法院在对逮捕状案的判决中明确宣布，赞成给予政府首脑和外交部长**属人豁免权**：

“在国际法中公认的一点是，同外交和领事代表一样，国家中某些占据高级职位的人，诸如国家元首、政府首脑和外交部长，享有其他国家的民事和刑事管辖豁免。”<sup>316</sup>

<sup>312</sup> 见 Watts, *同前* (1994 年), 第 77-78 页, 他指出“提到与某人构成同一‘户口’之人时, 其含义在涉及国家元首的家庭成员时与涉及大使的家庭成员时不同。”大使的家属如果要获得外交使团成员地位, 据认为可能需要有对大使的依附性, 并且居住在一起。而国家元首的情况可能迥然不同; 如果是一位君主, 他的家庭很可能被认为包括王室直系成年成员, 他们尽管居住在与其不同的住所中, 但分担和协助行使王室的宪政和代表职能。虽然如此, 见上文第 115 段关于奥地利最高法院对 *W. 诉列支敦士登王子案* 的判决。

<sup>313</sup> 见特别报告员小木曾本雄的初次报告 (A/CN.4/415 和 Corr.1), 第 49 段, 《1988 年……年鉴》, 第二卷 (第一部分), 第 103 页。另见委员会的评注, 《1989 年……年鉴》, 第二卷 (第二部分), 第 102-103 页, 第 446 段。关于委员会的辩论, 见第一部分, 上文 C.2 节。

<sup>314</sup> 国际法学会决议第 5 条。

<sup>315</sup> 正如委员会在相应条款的评注中所解释的, 这一规定以《维也纳外交关系公约》第 37 条第 1 款为依据, 但省略了“与其构成同一户口”这一句 (《1967 年……年鉴》, 第二卷, 第 364 页), 因为委员会认为, 考虑到特派使团的特点, 陪伴使团成员的有可能是其家属个人, 他们通常不构成同一户口的人员” (同上, 第 363 页)。

<sup>316</sup> *逮捕状案*, 第 51 段。

119. 在该案中，虽然法院认为，各方在诉讼程序中援引的《维也纳外交关系公约》和《特派使团公约》的规定，在豁免问题的某些方面提供了有益的指导，但法院也指出，这两个公约在对外交部长所享有的豁免权做出界定方面没有任何具体的规定。因此，法院需要依据习惯国际法裁定这一问题。<sup>317</sup> 它在这一点上的动机说明值得全文引述：

“在习惯国际法中，给予外交部长豁免权不是为了他们个人的利益，而是为了确保他们代表各自的国家有效履行自己的职能。为了确保这些豁免的范围，法院应首先考虑到外交部长所履行的职能的性质。外交部长负责其政府的外交活动，通常在国际谈判和政府间会议上充当其政府的代表。大使和其他外交代表在外交部长管辖下完成自己的职责。外交部长的行为可能对所代表的国家具有约束力，有一种推定是，外交部长仅凭其职位，就有权代表国家行事（例如，见1969年《维也纳条约法公约》第7条第2款（a））。在履行这些职能时，外交部长经常需要出国访问，因此必须能够在有此需要的任何时候自由地这样做。外交部长还必须时时与政府保持联系，由于其在世界范围内的外交使命，必须有能力在任何时候与其他国家的代表沟通。法院进一步指出，外交部长负责处理本国与所有其他国家的关系，外交部长的职位决定了其同国家元首或政府首脑一样，完全可以在其职位上代表国家行事，这符合国际法的规定。外交部长不必递交国书。相反，一般是由外交部长决定对外交代表的授权并签署外交代表的国书。最后，代办是向外交部长委派的。

“法院因此得出结论认为：外交部长的职能是，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。这种豁免权和不可侵犯权保护有关人员，使其在履行职责时不受其他国家任何机关的妨碍。”<sup>318</sup>

120. 换言之，法院采用了给予外交部长**属人**豁免的功能理由：根据后者仅凭其职位就能获得国际法认可的外交和代表功能，判定他需要经常出国访问，并始终需要与其政府和其他国家的代表沟通。

121. 法院的裁决构成了在外交部长**属人**豁免方面对习惯国际法状况的权威评估，经过适当修改，可用于说明在任政府首脑豁免的正当性。它们的确被用于随后的

<sup>317</sup> 同上，第52段。

<sup>318</sup> 同上，第53和54段。

国家司法判决。尤其是，比利时上诉法院驳回了针对以色列在任总理沙龙先生的刑事诉讼，理由是后者在比利时法院享有刑事管辖豁免权。<sup>319</sup>

122. 但是，应当强调的是，在国际法院宣判之前，对于一般承认国家元首享有的豁免权是否可以延伸至政府首脑，人们有些疑虑。某些法官在逮捕状案判决所附的意见中也有同样的疑虑。<sup>320</sup>在他们联合发表的独立意见中，法官希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔指出，国家元首在传统上因其地位而有望获得豁免权，其依据是他被视为主权国家的象征，<sup>321</sup>他们还认为“外交部长有权获得与国家元首同样豁免的论点缺乏依据”。<sup>322</sup>援引委员会和国际法学会的著作，这些法官同意法院的观点，即“依据国际法给予外交部长豁免权的目的是确保他们代表各自国家自由履行自己的职能”，但认为外交部长仅“有权在履行职能期间进行官方访问时”或“无论何时何地从事其职位所要求的职能和因此而在途中时享有完全豁免”。<sup>323</sup>但是他们认为，“他是否有权在私人旅行时享有豁免和任何此种豁免的范围远不够明确”，并判定“外交部长可以不受制于影响其有效履行职能的措施”，例如居留或者逮捕。<sup>324</sup>

123. 哈苏奈法官在他的不同意见中，表达了这样的观点：关于刑事诉讼程序豁免，外交部长的地位“远非明确”，特别是考虑到“完全没有判例”，<sup>325</sup>既不能将它与

<sup>319</sup> H. S. A. 等人诉 S. A. 等人，与起诉 Ariel Sharon 有关的裁决，Amos Yaron 等人，第 P. 02. 1139. f 号，2003 年 2 月 12 日是，摘录于《国际法材料》，第 42 卷，第 3 号（2003 年），第 596-605 页。依据《法院规约》第 59 条，国际法院关于逮捕状案的判决对比利时具有约束力，就此而言，比利时当局确实处于一种特殊状况，但本案实际上适用了一项更宽泛的原则，因为它援引了政府首脑的刑事管辖豁免权。上诉法院在其裁决中没有提及国际法院的判决。

<sup>320</sup> 有的评注者也基于这些理由批评了法院的判决书，见 Maurice Kamto，“外交部长享有完全豁免权令人不安”，《比利时国际法期刊》第 35 卷（2002 年），第 519-523 页；Jean Salmon，“对 2000 年 4 月 11 日该总理任期结束后国际刑事法院于 2002 年 2 月 14 日发出逮捕状一案自由发表的评论意见”，《比利时国际法期刊》，2002 年，第 513 页；Jan Wouters，“国际法院对逮捕状案的判决：某些批评意见”，《Leiden 国际法期刊》，第 16 卷（2003 年），第 256-258 页。

<sup>321</sup> 法官希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔联合发表的独立意见，第 80 段。

<sup>322</sup> 同上，第 81 段。

<sup>323</sup> 同上，第 83 段。正如法官们所指出的，参与审理 2000 年 4 月 11 日逮捕状案的比利时预审法官也承认这一点，这在当时是有争议的。

<sup>324</sup> 同上，第 84 段。因此这些法官认为，鉴于“2000 年 4 月 11 日的逮捕状案在比利时可以直接采取强制办法进行处理，警方有义务在耶罗迪亚先生以非官方理由访问该国时逮捕他……因此，只要耶罗迪亚先生还担任刚果外交部长职务，逮捕状的发出，必须被视为对耶罗迪亚先生有权利享有的不可侵犯权的侵害”（同上）。

<sup>325</sup> 哈苏奈法官的不同意见，同上，第 1 段。



外交代表（其豁免取决于东道国的自主确认）<sup>326</sup>的地位相比，也不能将它与国家元首的地位相比（被视为国家的象征）。<sup>327</sup>根据哈苏奈法官的意见，

“外交部长在履行官方使命时有权享有强制执行的豁免，因为如果不这样，不受妨碍的外交行为将受到干扰，但是开始对他进行刑事调查之举，按照任何标准都不能说是构成了对其外交行为的干扰。”<sup>328</sup>

124. 特设法官范登韦恩加尔特得出了相似的结论，她认为“没有证据”支持这样一种假设，即存在一条保护在任外交部长免于刑事诉讼的习惯国际法规则。<sup>329</sup>她还批评法院将外交代表（被委任后，在接受国领土居住并履行职能）的豁免权<sup>330</sup>与国家元首（是国家的“人格化”和国家的“化身”）的豁免权<sup>331</sup>进行比较。她指出，“提出外交部长应享有与国家元首同样的豁免权的主张，这其中或许有某种政治智慧，但也可能是个礼节问题”。在她看来，由于1969年《特派使团公约》第21条所载原则的实施，当外交部长进行官方访问时，不能执行针对他的逮捕令（执行豁免权），但国际法并不排除对他提起刑事诉讼。<sup>332</sup>

125. 如上文所指出的，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》载有一项规定，该规定依据国际法，保护给予国家元首个人的特权和豁免权，但对其他官员的豁免权未置一词。在筹备工作中就这项规定举行的讨论，在第一部分<sup>333</sup>已有阐述，讨论显示委员会对这一问题未有定论。《特派使团公约》似乎主张依据一般国际法给予政府首脑和外交部长某些便利、特权和豁免权。《公约》第21条第2款规定：

<sup>326</sup> 同上，第1段。

<sup>327</sup> 同上，第2段。

<sup>328</sup> 同上，第4段。哈苏奈法官还将下述事实作为其论点的依据：根据定义，豁免是人应对其行为负法律和道义责任这一普遍规则的例外，就其本身而论，应该狭义地界定（同上，第3段）。他的结论是，对耶罗迪亚先生发出逮捕状，并没有违反比利时应对刚果民主共和国承担的义务，因为逮捕状明确表达了这样的意思：如果此人在比利时领土履行官方使命，逮捕令不会被强制执行（同上，第4段）。

<sup>329</sup> 特设法官范登韦恩加尔特的不同意见，同上，第10-11段。更具体地讲，该法官认为，“关于假定的外交部长‘完全’享有的豁免权，不存在固定做法（惯例）”，国家的“消极做法”本身，不能被视为法律意见的证据（同上，第13段）。

<sup>330</sup> 同上，第15段。

<sup>331</sup> 同上，第16段。

<sup>332</sup> 同上，第18段和第22段。为支持她对法院关于外交部长豁免权的立场的批评，她进一步援引了1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员公约》（同上，第19段），法律学说（同上，第20段）和国际法学会的著作（同上，第21段）。

<sup>333</sup> 见上文第一部分，C.2节。

“政府首脑、外交部长和其他高级别人员，当他们参加派遣国的特派使团时，在接受国或第三国应除享有本《公约》给予的一切，还享有国际法给予的便利、特权和豁免权。”

126. 然而《公约》没有确切说明它所提到的便利、特权和豁免权（尤其是没有具体说明它们是否包括刑事管辖豁免），委员会在对相应草案条款的评注中，没有提供关于它们的性质和范围的解释。<sup>334</sup> 在拟定草案的过程中，特别报告员声称，除了“那些不仅是在给予他们的礼遇方面，而且是在特权和豁免权的范围方面，与他们本国显要人物的待遇有关”的规则，他没有发现特别适用于“高级特派使团”的规则。<sup>335</sup> 无论如何，显而易见，政府首脑和外交部长在参加（或率领）一个特派使团时，应该享有接受国的刑事管辖豁免，这一点在《公约》第 31 条里得到了承认。

127. 政府首脑和外交部长豁免权方面的国家惯例的例子很少。那些明确考虑给予国家元首豁免权的国内法律，都不含有适用于政府首脑和外交部长的类似规定。<sup>336</sup> 另一方面，《美国对外关系法重述（第二版）》认为，政府首脑和外交部长的官方和私人行为，均享有与国家元首同样的豁免。<sup>337</sup> 国内判例法限于而且主要关注民事案件。<sup>338</sup> 1961 年，法国一法院在一件民事讼案中驳回了一位沙特阿拉伯国务部长的豁免请求，但似乎暗示，如果此人是外交部长，就会得到豁免权。<sup>339</sup> 1963 年，美国一法院驳回了针对韩国外长 Kim Yong Shik 先生的一场民事诉讼，当时他正对美国进行官方访问，经过夏威夷州。驳回此案的依据是行政部门递交的豁免建议，行政部门声称，“根据美国承认并且适用的习惯国际法，外国政府首脑、

<sup>334</sup> 第 21 条草案评注第 (3) 段，《1967 年……年鉴》，第二卷，第 359 页，该段仅指出该条第 2 款规定了一项相似的规则，适用于作为使团（涵盖于第 1 款之下）团长的国家元首。

<sup>335</sup> 特别报告员米兰·巴尔托什的第三次报告（A/CN.4/189 和 Add.1 和 2），《1966 年……年鉴》，第二卷，第 272 段。

<sup>336</sup> 见：1978 年《联合王国国家豁免法》第 20 条和 1985 年《澳大利亚外国豁免法》第 36 条。

<sup>337</sup> 见《美国外交关系法重述（第二版）》（St. Paul，美国法律学会，1962 年），第 66 段，第 200-202 页。美国法院即使在最近也援引了《重述》：见 *Lafontant 诉 Aristide*，第 133 页。

<sup>338</sup> *Schooner 交易所诉 McFaddon* 案中提到，“一切文明国家都允许外交部长享有豁免权”，有时这被用来论证外交部长豁免权的正当性（例如，见行政部门在 *Tachiona 诉 Mugabe* 案中递交的豁免建议，摘录于《美国国际法学报》，第 95 卷，第 874 页）。然而，对判决的阐释揭示，美国最高法院在该案中使用“外交部长”一词，实际上是指居住在外国的主权的外交代表，第 138-139 页。

<sup>339</sup> 巴黎上诉法院，*Ali Ali Reza 诉 Grimpel* 案，1961 年 4 月 28 日的判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第 47 卷，第 275-277 页（原法文版摘录于 *Revue Général de Droit International Public*（1962 年），第 418 页），正文中的引述者和解释者为 Watts，同前，第 106 页。法院指出，“Ali Ali Reza 作为国务部长而非外交部长，其地位不足以使他”作为外国政府的使节享有豁免权；第 276 页。

外交部长及其指定的官方随员，免于美国联邦和州法院的管辖”，“国务院承认 Kim Yong Shik 阁下在访问美国时的外交地位”。<sup>340</sup>1988 年，另一个美国法院驳回了因空袭利比亚造成死亡、人身伤害和财产损失而对联合王国在任首相撒切尔夫人等人提出的索赔要求，判定国务院为她递交的豁免建议在这方面是决定性的。<sup>341</sup>2001 年，美国一地区法院在一场依据《外国民事侵权索赔法》及其他法律提起的集体诉讼案中，批准了行政部门为津巴布韦在任总统等人递交的豁免建议。<sup>342</sup>如上所述，国际法院的一些法官认为，因缺乏这种实践，无法为一项习惯国际法规则的存在所必需的惯例和法律提供证据。然而，在国际法学会的报告员给出了一种不同的解读，他指出，虽然没有多少判决确认政府首脑和外交部长的豁免权，“但是也没有一项判决反对此种豁免权，因此人们相信这种豁免得到了普遍承认”。<sup>343</sup>

128. 法律文献看来在这个问题上存在分歧。但是，有一种解决方案似乎得到了广泛认可，政府首脑和外交部长在进行官方访问时，享有**属人**豁免权，或者至少是绝对的不可侵犯权。上文所提到的《特派使团公约》第 31 条进一步确认了这个结论。<sup>344</sup>除此之外，各种见解莫衷一是。那些认为在私人访问时（或者个人不在法院地国时）也享有豁免权的人，尤其倚重国家元首豁免的功能理由，看不到将同一种豁免权延伸至涵盖政府首脑和外交部长会面临任何障碍，政府首脑和外交

<sup>340</sup> 第一巡回法庭（夏威夷州），Chong Boon Kim 诉 Kim Yong Shik 和 David Kim，第 12565 号民事诉讼，1963 年 9 月 9 日的判决。豁免建议正文摘录于《美国国际法学报》，第 58 卷（1964 年），第 186-187 页，标题为“司法程序豁免 - 特派使团”。

<sup>341</sup> Saltany 诉 Reagan，摘录于《国际法案例汇编》，第 80 卷，第 21 页。撒切尔夫人被要求承担责任，因为联合王国政府允许基地设在联合王国的美国空军飞机往返基地，参加此次行动。

<sup>342</sup> Tachiona 诉 Mugabe，第 297 页。这次集体诉讼也涉及津巴布韦总统穆加贝先生、津巴布韦非洲民族联盟-爱国阵线和其他津巴布韦高级官员。

<sup>343</sup> Verhoeven，“临时报告”，[同前](#)，第 69 卷（2000-2001 年），第 546 页[由秘书处翻译]。Verhoeven 在 2002 年判决之后仍保持这一立场，支持法院的推论：“在这种情况下，习惯国际法规则不需要十分明确，对此无人有异议。然而，事实上，我们没有听说哪个外交部长受到了刑事起诉，并在国外受到了审判，在我们所了解的一些情况中，有些人曾试图这样做。大量事实表明给予外交部长管辖豁免的情况确实存在。而且，如果外交部长在国外随时有可能受到刑事起诉，那么其职能的行使有可能受到严重影响。因此，法院在原则上对其管辖豁免不提出异议是不足为奇的”（Joe Verhoeven，“关于 2000 年 4 月 11 日**逮捕状**案的反思”，第 35 卷（2002 年），第 532 页）。另见 Gionata P. Buzzini，《普通国际法习惯法》。关于从理论上阐释当今动荡形势的学术论文，博士学位论文，第 741 号，日内瓦大学（国际研究生院），2007 年，第 266-268 页和 292-294 页。作者认为国际法院在逮捕状案中所采用的演绎推理是合理的，因为它推导出的结论与国际实践没有冲突。

<sup>344</sup> 如前面正文中所阐述的，在法院对逮捕状案的判决中，甚至少数法官也持此论，但对是否应仅仅承认不可侵犯权，还是也承认刑事管辖豁免权，似乎存在某些分歧。另见 Watts，[同前](#)（1994 年），第 106 页；Wouters，[同前](#)，第 256 页（逮捕状案判决之后）。

部长的职能通常与国家元首的职能一样重要（即使不是更重要）。<sup>345</sup>与之相反，那些拒绝将**属人**豁免权扩大至这两类国家官员的人，更愿意强调国家元首的特殊代表性，以及他作为国家本身的象征的独特地位。<sup>346</sup>

129. 国际法学会在这个问题上的工作应单独予以审查。委员会第十三届会议和报告员都认为，国际法给予政府首脑和外交部长与国家元首相似的不可侵犯权和管辖豁免权，他们提出了做出相应规定的条款草案。<sup>347</sup>但后者随后经过修订，仅明确提及了政府首脑，并引进了一个针对政府其他成员（包括外交部长）的保护条款。<sup>348</sup>在全会的讨论中，出现了几种声音，都支持给予一类或两类国家官员以豁免权。<sup>349</sup>国际法学会的最后决议规定：

<sup>345</sup> 尤其是 Verhoeven, “临时报告”, 同前, 第 543、544-546 页。另见 Chanaka Wickremasinghe, “国家官员和国际组织所享有的豁免权”, Malcolm D. Evans (编辑), 《国际法》, 第二版 (牛津, 牛津大学出版社, 2006 年), 第 408 页 (逮捕状案判决之后)。

<sup>346</sup> 尤其是 Watts, 同前 (1994 年), 第 102-103 页 (“政府首脑和外交部长, 虽然是高级和重要人物, 但不像国家元首那样充当他们国家的象征或者化身。因此, 他们在国际法中无权享有凭借主权地位或者君权才能享有的任何个人特殊待遇”)。另见 Michael Bothe, “Die Strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane”, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 第 31 卷 (1971 年), 第 264-265 页; Adam Day, “危害人类罪与个人和国家责任的关系: 为何国际法院审理比利时的 Got 诉刚果的 Wrong 案”, 《伯克利国际法期刊》, 第 22 卷 (2004 年), 第 498-499 页 (逮捕状案判决之后); Prouvèze, 同前 (2002 年), 第 296-297 页 (批评法院的推论); Wouters, 同前, 第 257 页 (批评法院的推论)。在皮诺切特案 (第 3 号) 中 (第 644 页), 米利特大法官表达了这样的观点: 在任国家元首 “因其作为国家最高职位占据者的特殊地位” 享有**属人**豁免权。他被视为国家本身的象征; 因此, 根据米利特大法官的观点, “不是国家元首的在任政府首脑, 不享有” 此种豁免。

<sup>347</sup> 关于特别报告员的立场, 见: Verhoeven, “临时报告”, 《国际法学会季刊》, 同前, 第 543-547 和 550 页 (第八点) (另见 Verhoeven, “最后报告”, 同上, 第 595 页)。在委员会第十三届会议随后的辩论中, 报告员的观点受到 Valticos (同上, 第 555 页)、Salmon (同上, 第 577-578 页)、苏查里特克尔 (同上, 第 582 页) 和 Morin (同上, 第 584-585 页) 的明确支持。Tomuschat 告诫在这种情况下不要使用 “做出必要修改” 这个短语 (同上, 第 587 页)。提交给全会的条款, 鉴于超越了委员会的权限, 仍在括号之内。该条款规定:

“外国政府首脑和外交部长在法院地国享有不可侵犯权, 以及管辖豁免权和执行措施豁免权, 与本决议所承认的给予国家元首的那些权利相似” (同上, 第 610-611 页; 法文版第 606 页)。

<sup>348</sup> 见第 1 号决议草案修正案第 15 条 (同上, 第 646 页; 法文版第 640 页), 该条文与下文所载的最后决议案文相差无几 (但它承认政府首脑的执行豁免权: 这一提法后来被删掉, 可能是考虑到了 Gaja 在全会中的言论)。《年鉴》中没有正式说明在实质性部分第 15 条中将外交部长排除在外的理由, 但 Salmon 在全会辩论时提供的解释, 得到了报告员的确认, 根据这一解释, 所说的修订, 是在委员会权限范围内提出的, 而不是因为确信外交部长不应享有与政府首脑相提并论的豁免权 (同上, 第 677-678 页)。

<sup>349</sup> 关于那次讨论, 见同上, 第 674-679 页。特别是, 见 Morin/Sahovic (此规定的做出有些质疑)、Gaja (认为不应给予政府首脑和政府其他成员任何执行豁免权)、McWhinney/Lalive/Salmon/Shahabuddeen (指出如果没有这样一项规定, 决议对世界若干地方, 如加勒比、加拿大和联合国王国, 将没有任何功能意义; 但是他还说, 条款正文的内容事实上与国家惯例中通常出现的情

“1. 外国政府首脑享有不可侵犯权和管辖豁免权，与本决议所承认的给予国家元首的那些权利相同。本规定不妨碍政府首脑享有的任何执行豁免权。

2. 第 1 段不妨碍政府其他成员因其官方职能而可能有权享有的此种豁免权。”

### (一) 确定个人是否为政府首脑或外交部长

130. 为给予豁免的目的而确定有关个人是否为另一国的政府首脑或外交部长，似乎不会导致任何特别的法律问题。上述关于确定国家元首地位的意见（特别是涉及对其地位予以承认的作用），对另外这两类官员也是适用的。<sup>350</sup>

### (二) 家庭成员和随行人员

131. 关于给予政府首脑和外交部长的家属和随行人员豁免权，似乎没有这方面的国家惯例。<sup>351</sup>有人提出，上述关于国家元首家属和随行人员的意见，在这种情况下是适用的。<sup>352</sup>《特派使团公约》第 39 条规定特派使团中派遣国代表的家庭成员可享有豁免权（只要他们陪同这些代表，并且不是接受国的国民或者常住居民），无论如何，这一条也可适用于参加此类特派使团的政府首脑和外交部长的家属与随行人员。

### (c) 其他高级官员

132. 有人建议，其他高级官员（特别是其他部长或者内阁成员）在任职期间可享有外国刑事管辖属人豁免。根据上文提到的国际法院的一般声明，“某些占据国家高级职位的个人，如国家元首、政府首脑和外交部长，在其他国家享有管辖豁免”，<sup>353</sup>在声明中，国际法院没有排除其他高级官员享有此种豁免的可能。但它后来关于外交部长的推论清楚地表明，在法院看来，判断“高级”与否的标准，就其本身而言是不确定的，国家官员所履行的职能的性质和在何种情形之下完成

况不符)和 Torres Bernárdez 的看法。Franck 认为，国际法学会不应在国际法院的逮捕状案结案之前确定立场。

<sup>350</sup> 要确定一位国家元首，通常很简单，而要确定某人是否为国家元首以外的国家官员，事实证明，比较困难。因为它需要更深入地考察有关国家的内部结构。不过，关于政府首脑和外交部长的情况资料通常很容易得到，应该不会出现特别的问题。在那些司法部门遵从行政部门的豁免建议给予国家元首豁免权的国家，法庭也会将关于政府首脑和外交部长的此类豁免建议视为决定性的：关于美国的情况，见上述 *Saltany 诉 Reagan* 案以及 *Chong Boon Kim 诉 Kim Yong Shik 和 David Kim* 案。

<sup>351</sup> Verhoeven, “临时报告”，同前，第 547 页。

<sup>352</sup> 同上。

<sup>353</sup> 逮捕状案，第 51 段（新加的着重号）。



这些职能，对给予豁免起着决定作用：在得出结论时，法院坚持外交部长在国际一级负有外交和代表职责及其经常需要出国访问这一事实。<sup>354</sup>

133. 关于政府首脑和外交部长，正如上文指出的，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规定，保障国家元首享有属人管辖豁免，但丝毫没有提及及其他官员，而筹备材料显示，委员会对此问题未作定论。<sup>355</sup>一般来说，那些明确考虑给予国家元首豁免权的国内法律，都没有将类似豁免延伸至其他国家官员。<sup>356</sup>《美国对外关系法重述（第二版）》承认政府首脑和外交部长的属人豁免权，但认为其他部长、官员或国家代表的豁免仅限于他们以官方身份从事的行为。<sup>357</sup>在国际法院的吉布提诉法国案口头式诉讼程序中，诉讼双方似乎都同意，检察官和吉布提共和国国家安全主管依据国际法都不享有属人豁免。<sup>358</sup>法院在2008年7月4日的判决中明确确认了这一点。<sup>359</sup>

134. 在这方面，判例法看来也不是决定性的。例如，据报道，法国法院拒绝给予外国政府一位国务部长<sup>360</sup>和一位内政部长<sup>361</sup>豁免权。1987年，美国一地区法院采取不寻常的步骤，拒绝接受国务院为菲律宾副司法部长Ordonez先生递交的豁免建议。法院已经向他下达令状，要求他在一个民事诉讼程序中出庭作证。法院指出，政府声称Ordonez先生“有权享有国家元首豁免权，尽管他既不是君主，也不是外交部长，而这两者是获得承认或给予国家元首豁免权的传统依据，”谋求“将国家元首原则延伸至包括国务院愿意使之享有豁免权的所有外国政府官员”，法院还指出，“没有这样的与过去的传统断然决裂的先例”。<sup>362</sup>2004年，意

<sup>354</sup> 同上，第53-55段。

<sup>355</sup> 见上文第一部分，C.2节。

<sup>356</sup> 见1978年《联合国国家豁免法》第20条和1985年《澳大利亚外国豁免法》第36条。

<sup>357</sup> 见《美国对外关系法重述（第二版）》，第66段，第200页。

<sup>358</sup> 见CR 2008/3，第15页（但代表吉布提的Condorelli主张上述两位官员均享有属事豁免权（同上，第15-17页））；CR 2008/5，第42-47页（Pellet代表法国）。本报告完成时，案件正在审理之中。

<sup>359</sup> 吉布提诉法国案，第58页，第194段：“法院首先指出，国际法中没有可以据以宣称有关官员，若非1961年《维也纳外交关系公约》含义中的外交官，有权享有个人豁免，而1969年《特派使团公约》不适用于本案。

<sup>360</sup> 见Ali Ali Reza诉Grimpel案，摘录于《国际法案例汇编》，第47卷，第275-277页，上文已述及到。

<sup>361</sup> 见Ben Barka案，涉及摩洛哥内政部长，如Bothe所报告的，同前，第264页，脚注86。

<sup>362</sup> 加利福尼亚北区地方法院，菲律宾共和国诉马科斯案，665 F. Supp. 793，1987年2月11日判决书，第797-798页。尽管法院承认Ordonez是“菲律宾共和国一位级别非常高的官员”，但它仍得出了该结论。国务院在其豁免建议中，援引了上述Chong Boon Kim诉Kim Yong Shik案和Kilroy诉Windsor案，法院认为这两个案件对于确定副司法部长的豁免权没有说服力。另

大利上诉法院在上述的一次判决中，认为依据习惯国际法给予在任国家元首、政府首脑和外交部长的豁免权，不应延伸（不能通过类比实施）至在一个未取得主权国家地位的实体内担任此类职务的个人，例如在联邦内部的一个成员国内（特别是黑山总统）。<sup>363</sup>2005年，英国一分区法院同样拒绝给予尼日利亚联邦共和国内部一个州的州长兼首席行政官豁免权，其中指出，上述州不参与国际关系，其拥有的权力十分有限，此权力还要服从联邦政府的最高权威。<sup>364</sup>但在2005年一个涉及引渡俄罗斯联邦前原子能部长的案件的附带意见中，瑞士联邦法庭似乎认可豁免权范围的扩大，指出刑事管辖豁免的目标是使政府在履行职能时，免受以政治为动因的针对其在国外的“高级官员”的刑事诉讼程序妨碍。<sup>365</sup>在上述给予卢旺达现任国家元首刑事管辖豁免的2008年判决中，西班牙国家刑事法院认可了针对在任高级军事指挥官的刑事控告，包括对卢旺达现任陆军参谋长的控告，而没有提出他们的豁免问题。<sup>366</sup>

135. 联合王国法院最近做出的两个判决值得予以特殊考虑，因为它们在给予高级官员豁免权时，依靠的是逮捕状案的推论。在2004年关于向以色列代理国防部长Shaul Mofaz将军发出逮捕状申请的裁决中，博街区治安官法庭解释说，2002年判决第51段暗示，其他类型的高级官员——除国家元首、政府首脑和外交部长之外——如果他们的职能包括代表国家旅行或从事外交使命，可以享有豁免权。在一份附带意见中，法院表达了这样的观点：被委任为大臣，诸如内政大臣、就业大臣、环境大臣、文化传媒和体育大臣，就自动获得国家豁免，这种可能性微乎其微，同时，法院认为，与此相反，鉴于“许多国家保持着海外驻军，而且联合国有许多访问任务，其中军事问题的确在某些国家之间扮演重要角色”这一事实，“防务和外交政策相互纠结”。法院因此断定“国防部长应像外交部长那样，

见 *Tachiona 诉 Mugabe* 案，第 289 页（指出“虽然法院一致认可给予美国所承认的国家元首和政府首脑以 [国家元首豁免] 的要求，但问题始终是，在法律上这种保护可以沿着等级链向下延伸多远”，另外，还援引了上述案例）和 *El Haddad 诉阿拉伯联合酋长国大使案*，69 F. Supp. 2d 69 (D.D.C. 1999 年)，第 82 页，脚注 10（指出国家元首论“仅限于现任正式国家元首……”法院拒绝将国家元首豁免权延伸至涵盖国家元首的所有代表）。

<sup>363</sup> 公诉人（那不勒斯法庭）诉 Milo Djukanovic 案，第 10 段。

<sup>364</sup> *R*（关于 Diepneye Solomon Peter Alamiyeseigha 诉刑事起诉处的申请，第 37-48 段（上文已说明）。此判决附带提及逮捕状案（同上，第 22 段），但此案似乎不是其推论的主要依据。

<sup>365</sup> *Evgeny Adamov 诉联邦司法办公室案*，第一公法分庭，案件编号：1A. 288/2005，作为联邦上诉法院分庭发表的部分判决书 132 II 81，第 3.4.2 段。

<sup>366</sup> Juzgado 上将诉讼案第 4 号判决（2008 年），第 157-181 页。

自动获得国家豁免”，并因此拒绝应要求发出逮捕状。<sup>367</sup>同样，在2005年对向中华人民共和国在任商务部部长薄熙来发出逮捕状要求的裁决中，博街区治安官法庭判定该商务部长的“职能与外交部长履行的职能相当，采取了国际法院在逮捕状案中的推论……，依据习惯国际法，薄熙来先生享有诉讼程序豁免权，因为除非他可以自由旅行，否则就无法履行其职能”。<sup>368</sup>

136. 在2002年以前，法律文献一般都不考虑国家元首、政府首脑和外交部长以外的官员是否享有属人豁免的问题；这种做法，似乎倾向于拒绝给予此种豁免。<sup>369</sup>然而，在逮捕状案判决之后，评注者将法院的推论解释为，容许存在高级官员享有属人豁免的可能，至少在特殊情况下，并适当考虑所履行的职能。<sup>370</sup>国际法学会的著作也提出了这一问题，<sup>371</sup>并导致通过一项规定，该规定虽然承认政府首脑的不可侵犯权和管辖豁免权，但声明它仍然“不妨碍政府其他成员因其官方职能而可能有权享有的此种豁免权”。<sup>372</sup>讨论记录揭示，这项规定旨在将除政府首

<sup>367</sup> 地区法院（博街区），前上将 *Shaul Mofaz*，2004年2月12日判决书，摘录于《国际法和比较法季刊》，第53卷（2004年），第771-773页。另见 Warbick 此处的评注，其中特别批评了上述附带意见（同上，第773-774页）。

<sup>368</sup> 博街区地方法院，*Re Bo Xilai*，2005年11月8日判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第128卷，第713-715页。但应当注意的是，法官后来指出，在相关时间内，薄熙来先生是中华人民共和国主席国事访问官方代表团成员，因此也是依据1969年《特派使团公约》所载习惯国际法享有此种豁免的特派使团成员。判决结论清楚地表明，后一个论点十分重要：“因此我同意，薄熙来先生享有诉讼豁免权，主要理由是他具有特派使团成员的身份，对此，我拒绝签发逮捕状”。

<sup>369</sup> 例如，见 Bothe，同前，第264-265页；及 Robertson，同前，第402页（特别提到了将军、警察总长和部长）。

<sup>370</sup> 例如见：Cassese，“何时可以对国家高级官员……”，同前，第864页（属人豁免权“仅适用于某些类别的国家官员，即外交代表、国家元首、政府首脑，也许（在符合法院[在逮捕状案]中所订原则的情况下）还适用于外交部长，甚至有可能适用于内阁其他高级成员”）；Wouters，同前，第265页（但他指出，“判决的语气在整体上给人这样的印象：法院不太愿意认可其他官员绝对豁免规则的任何例外”）；Wickremasinghe，同前（2006年），第409页（“此种豁免向其他部长和官员延伸的幅度，可能取决于依据这些人员对国际关系的参与的类比推论”）。

<sup>371</sup> 虽然这个问题超出了国际法学会确定的专题范围（限于国家元首和政府首脑的豁免权），但报告员仍询问委员会第十三届会议是否愿意将其审议范围扩大至所有公共官员的豁免权（见《国际法学会季刊》所载问卷第3点，同前，第453页）。在辩论中（同上，第453-482页；关于这一点报告员作了摘要记录，见：同上，第485-486页），委员会大多数成员主张不审议这个问题，这或是因为它不太重要，或是因为它会使委员会进入“未知领域”（然而，见 Bedjaoui，他建议审查部长的豁免权；同上，第473页）。

<sup>372</sup> 2001年8月26日国际法学会决议第2段。

脑和外交部长以外在国际上履行代表职能的政府成员有可能获得的豁免权纳入考虑。<sup>373</sup>

## 2. 涵盖的行为

137. 外国刑事管辖**属人**豁免权涵盖有关国家官员以官方和私人身份从事的所有行为，并包括其任期之前的行为。在司法判决<sup>374</sup>和法律文献中，此种豁免的实际范围已经确定，<sup>375</sup>这些文献常用“完全”、“完整”、“整体”或“绝对”等措词

<sup>373</sup> 如上所述（见：脚注 346），最初做出的规定，承认政府首脑和外交部长享有与国家元首相似的豁免权，没有提及政府其他成员。该规定经修订后，仅承认政府首脑的豁免权，而以正文中的一项保险条款涵盖政府其他成员。虽然《国际法学会季刊》没有对这一修订的正式解释，但全会做出了下述评论。Sahovic 指出，第 15 条第 2 款“国际关系中国家代表性的基本演变表明，在这些国际关系中，外交部长并不是唯一的国家代表，其他政府成员也代表国家，如经济领域。”（国际法学会，《年鉴》第 69 卷（2000–2001 年），第 676 页）。Gaja 认为该条款没有提供正当理由，因为决议草案没有从其他方面提及政府其他成员（同上）。Salmon 解释说委员会成员“审议了布鲁塞尔部长会议的情况，欧洲一些国家的财政部长，农业部长或经济部长出席了会议。他们审查了决议草案是否针对此类情况。委员会成员将国家元首和政府首脑列入该草案的范围，认为有必要说明，这样做并不意味着国际公法中也允许政府其他成员享有特权和豁免权。举例来说，问题并不在于适用于特殊职权的规则”（同上，第 677 页）。Torres Bernárdez 指出，在国际法中，虽然外交部长的作用已牢固确立，但政府其他成员的作用仍不确定（同上，第 678 页）。报告员 Verhoeven 确认了 Salmon 关于该规定的准备工作的言论（同上）。在后来对决议的评注中，Fox 声称该规定的政党理由是下述事实：国际法学会已“断定，在现代实践中，其他部长和政府成员，例如财政部长，在[与外交部长]相同或更大的程度上在国际事务中代表国家”（Fox，“国际法学会决议”，同上，第 120 页）。

<sup>374</sup> 见刑事管辖豁免专论：Arafat 和 Salah，《国际法期刊》，第 LXIX 卷（1986 年），第 886 页；费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局，英文版，同上，第 202 页（“与民事管辖豁免相比，国家元首的刑事管辖豁免是绝对的……这种豁免，从理论上讲，似乎也毫无保留地涵盖国家元首的私人活动”）；皮诺切特案（第 3 号），第 592 页（“执政的国家元首所享有的这种豁免……是国家元首个人享有的完全豁免……使之免于一切诉讼，无论它们与为了国家利益而做的事情是否有关”（布劳恩-威尔金森大法官））；法国，Gaddafi，《国际法案例汇编》，第 125 卷，第 509 页（“在没有对有关各方有约束力的相反规定的情况下，国际惯例排除了任国家元首成为外国刑事法院诉讼程序主体的可能”）；H. S. A. 等人诉 S. A. 等人，《国际法材料》，第 42 卷，第 599 页（“习惯国际法反对下述看法：在国际法没有相反的对相关国家具有约束力的规定的情况下，国家元首和政府首脑可能会成为外国刑事法庭的诉讼主体”）；Tatchell 诉 Mugabe，《国际法和比较法季刊》，第 53 卷，第 770 页（“习惯国际法……向所有国家元首提供绝对豁免权”）；塞拉利昂最高法院，Issa Hassan Sesay a. k. a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana 诉特别法庭庭长，特别法庭书记官长，特别法庭检察官、总检察长和司法部长，2005 年 10 月 14 日判决书，安理会，第 1/2003 号（“在任国家元首有权享有国家法院以及第三国国家法院的诉讼程序绝对豁免权，除非相关国家放弃这种豁免”）；西班牙，Juzgado 上将诉讼案第 4 号判决（2008 年），第 156–157 页。

<sup>375</sup> 在解释《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 3 条第 2 款的立法理由时，委员会提到“依据现有国际法给予以私人身份行事的外国君主或其他国家元首的**属人**豁免权”，并提到此项规定所含有的保留“专指私人行为或国家惯例承认和给予的个人豁免权和特权”（《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 22 页）。另见：Cahier，同前，第 338 页；Klingberg，同前，第 544 页；Pierson，同前，第 273–274 页；《重述》（第二版）……，同前，第 202 页，第 66 段（“报告员的说明”）；Rousseau，同前，第 124–126 页；Jean Salmon，《外交法手册》（布

修饰**属人**豁免，以此表达此种设想。在逮捕状案中，国际法院用下述措词阐述了在任外交部长的豁免权范围，并论述了其正当性：

“在这方面，无法区分外交部长以‘官方’身份从事的行为和据称以‘私人’身份从事的行为，或者在这个问题上，无法区分有关人员担任外交部长职务之前的行为和任职期间的行为。因此，如果一位外交部长在其他国家因刑事指控而被捕，他或她显然将无法履行职能。无论外交部长被捕时是因‘官方’访问还是因‘私人’访问出现在逮捕国境内，也无论逮捕行动是否被指控的以‘官方’身份或‘私人’身份从事的活动有关，妨碍其履行这些职能所造成的后果同样严重。另外，即使是外交部长前往或经过另一国家时可能只面临诉讼程序的风险，也仍会妨碍其为履行职能需要进行的国际旅行。”<sup>376</sup>

138. 这类说法在做出必要的修改后，可用于阐述和解释对享有相同豁免权的国家元首、政府首脑和其他官员的安排。

139. 国家官员享有外国刑事管辖**属人**豁免的实际范围，常被用来与外交使团团长依据习惯国际法享有类似豁免的范围相比较，如《维也纳外交关系公约》第 31 条第 1 款所体现的那种豁免。<sup>377</sup>这种方法可能有助于采取合理手段解决目前产生的各种问题，特别是考虑到给予除外交代表之外国家官员豁免权的国家惯例不多。<sup>378</sup>例如，用于规范国家元首**属人**豁免的《联合国国家豁免法》就采取了这种做法，将实施《维也纳公约》的国内法也适用于国家元首，但这类国内法要做

鲁塞尔：Bruylant，1994 年），第 596-599 页（另见：Salmon，[同前](#)（2002 年），第 513 页）；Sato 的《外交惯例指南》，[同前](#)，第 2 章，第 2.2-2.4 段；Gilbert Sison，“不会给君主更多的豁免：皮诺切特案的判决对国家元首豁免学说的影响”，《华盛顿大学法律季刊》，第 78 卷（2000 年），第 1588 页；Alfred Verdross 和 Bruno Simma，《普通国际法》，第三版（柏林：Duncker 和 Humblot，1984 页），第 640-641 页；Verhoeven，“临时报告”，[同前](#)，第 516 页（“毋庸置疑，国家元首在外国的法院享有绝对的**属人**豁免。豁免的绝对性排除所有例外，例如指控其违法的性质或者违法的日期”）；Watts，[同前](#)（1994 年），第 54 页；及 Zappalà，[同前](#)，第 598 页，等等。Mallory（[同前](#)，第 177-178 页）认为，“对国际社会处理国家元首豁免权方式的一次调查显示了这方面达成的广泛共识：国家元首有权得到某些豁免，但对于豁免范围还存在分歧意见”。国际法院对外交部长享有绝对豁免的实际范围所采取的重要立场，见 Kamto，[同前](#)，第 524 页。

<sup>376</sup> [逮捕状案](#)，第 55 段。

<sup>377</sup> 这项规定内容如下：“外交代表享有接受国的刑事管辖豁免权……”。1969 年《特派使团公约》第 31 条第 1 款有类似规定：“特派使团中的派遣国代表和外交人员享有接受国的刑事管辖豁免”。

<sup>378</sup> Verhoeven，“临时报告”，[同前](#)，第 511 页。



“必要的修改”。<sup>379</sup>司法判决和法律文献有时也会对这两类豁免的相似性加以比较，时常利用这种方法阐释国家元首豁免的范围。<sup>380</sup>这种推理方法不是进行简单的类比，而是以下述事实为依据：鉴于国家元首作为国家最高代表的职能及其作为外交代表的高级职位，他应享有至少可以与《维也纳公约》所给予的豁免相似的豁免权。<sup>381</sup>国际法院在审查外交部长的豁免权时，附带提及了这同一论点，<sup>382</sup>该论点经过必要修改，可以很容易地延伸至政府首脑；与此相反，它不能直接适用于其职责与处理国家外交关系的一般行为无关的其他部长。无论如何，为豁免的目的不应将国家元首的地位（这同一论点可适用于前面提到的其他官员）视为与外交代表的地位完全相同，这一点已得到强调。国家元首的代表权不以任何接受国的认可为条件，也不受所有第三国的管辖。<sup>383</sup>另外，“大使暂时居住在某外国，而国家元首是偶尔的访问者；……国家元首的代表身份既在质的方面，也在内容、时间和地理范围方面超过大使，而大使的代表身份仅局限在接受其国书的国家”。<sup>384</sup>

<sup>379</sup> 1978年《联合王国国家豁免法》第20条就属于这种情况。该法提及了1964年《外交特权法》。1985年《澳大利亚外国豁免法》第36条将1967年《外交特权和豁免法》“经必要修改后”延伸至国家元首。

<sup>380</sup> 见Verhoeven，“临时报告”，[同前](#)，第510-511页。在法律文献中，他援引了F. Berber, *Lehbruch des Völkerrechts*, 1960年，第269页；Benedetto Conforti, 《国际法》，（第三版），（那不勒斯《科学评论》，1987年）第222页；Deák, [同前](#)，第388页；Salmon, [同前](#)（1994年），第596页（刑事管辖豁免权）；及Zappalà, [同前](#)，第598页。在判例法中，见：*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police*, [同前](#)，第535页（英文版，[同前](#)，第202页）；见《大陪审团诉讼程序》，*Doe案第700号*, 817.2d 1108, 1987年5月15日判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第81卷，第599和602页；*皮诺切特案*（第3号），第592页（布劳恩-威尔金森大法官）。

<sup>381</sup> Verhoeven，“临时报告”，[同前](#)，第510-511页，他特别引述了加拿大外交部法律司1981年1月31日的一份备忘录，根据备忘录，“这样说实际上更好：应该向正在进行访问的君主或国家元首致以更崇高的敬意，因为，他本国在东道国的外交使节，地位显然低于他”（摘录于《加拿大国际法年鉴》，1981年，第325页）。另见：Watts, [同前](#)，第40页。另见：Bynkerschoek, 上文第一部分，C.1(a)节。

<sup>382</sup> 见*逮捕状案*，第53段（“通常是由外交部长决定对外交代表的授权并会签他们的国书”）。

<sup>383</sup> Verhoeven，“临时报告”，[同前](#)，第511页。

<sup>384</sup> Watts, [同前](#)（1994年），第40页。在*皮诺切特案*（第3号）中，奇夫里的戈夫大法官解释说，“1978年《联合王国国家豁免法》的立法史……最初只打算适用于应该国政府邀请或获其同意来到这个国家的君主或其他国家元首，但经过了修订，以便为没有到该国来的国家元首的地位做出规定……因此，我们必须坚持将经过必要修改的《维也纳公约》适用于”国家元首。就国家元首的情况而言，不存在将第39条(1)或第39条(2)与接受国领土联系起来的问题……在采取此种做法的情况下，应尽量将国家元首按该法规定所享有的豁免理解是按习惯国际法规定所享有的豁免，因为习惯国际法提供了制订本法的背景（*皮诺切特案*（第3号），第598页）。

140. 在国际法学会就国际法中国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免开展工作期间，报告员支持给予在任国家元首绝对的刑事管辖豁免权。他这样做就是拒绝接受特别是此种豁免不涵盖法院地国法律规定的不法行为的观点，在他看来，这一例外有可能使此种豁免的目的落空。<sup>385</sup>他还指出，虽然就特别严重的侵权行为而言，撤销此种豁免的做法可能是可取的，但国家惯例没有确认即使在这种情况下的例外的存在。<sup>386</sup>其他成员同意报告员<sup>387</sup>的观点，而且国际法学会因此通过了一个决议，决议第 2 条规定：“在刑事案件中，国家元首享有对其可能犯下的任何罪行的外国法院管辖豁免，无论罪行严重程度如何”。这一条至关重要，因为它对国家元首豁免的规定很独到，似乎比 1961 年《维也纳公约》第 31 条第 1 款更准确，按这一条的规定，不论罪行的严重程度如何，豁免均有效。

### 3. 基于犯罪行为性质的可能例外

141. 虽然属人豁免所涵盖的行为范围很广，但一直没有受到质疑。不过，特别是近年来，已出现了此种豁免的绝对性对国际法规定的罪行而言是否有例外这一问题。<sup>388</sup>换言之，特别是在联合国发生皮诺切特案之后，接踵而至的问题是，外国法庭是否仍不能对被指控犯下灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪或其他依据国际法必须为之承担刑事责任的罪行的在任高级官员，例如国家元首、政府首脑或者外交部长，行使管辖豁免。

142. 关于这方面，必须预先说明两点。第一，关于外国国内管辖的刑事诉讼程序，这一例外仍有争议：一般认为，即使是在任高级官员，在具有管辖权的某些国际刑事法庭上面临相似的指控时，也不享有豁免。逮捕状案确认了这一点。<sup>389</sup>它是《国际刑事法院罗马规约》中一项具体规定要达到的目标，<sup>390</sup>过去针对享有属人豁免权的在任官员提起的实际国际诉讼程序说明了这一点。<sup>391</sup>第二，由于下述原因，讨论此事时，前国家官员的属事豁免是否存在例外问题备受重视。因此，各

<sup>385</sup> Verhoeven, “临时报告”, 同前, 第 513 页。在第 516 页, 他解释说: “毋庸置疑, 国家元首在外国的法院享有绝对的属人豁免。豁免的绝对性排除所有的例外, 例如指控其违法的性质或者违法的日期”。关于这方面, 见不伦瑞克的大公诉汉诺威君主, 2 H.L.C. 1 (1848 年), 认为不得要求外国君主在另一国家为在他本国家的主权行为承担责任, 无论这一行为是对还是错。

<sup>386</sup> 同上, 第 513-514 页。

<sup>387</sup> 关于国际法规定的罪行的可能例外, 见下一个小节。

<sup>388</sup> 关于为本研究目的对“国际法规定的罪行”这一概念的定义, 见上文第一部分, B.1 节。

<sup>389</sup> 特别是, 见逮捕状案, 第 61 段。

<sup>390</sup> 第 27 条, 第 2 款。正文见上文第一部分, D.4 节。

<sup>391</sup> 特别是, 前南国际法庭递交了对米洛舍维奇的第一份起诉书, 米洛舍维奇当时是南斯拉夫联邦共和国在任国家元首 (见关于科索沃问题对斯洛博丹·米洛舍维奇等人的起诉书, 1999 年 5 月 22 日, 案件编号: IT-99-37)。

种被用于说明此种例外正当性的理论，将在本研究报告下一部分详加审查，而后的段落将阐述属人豁免方面的具体问题。

143. 在逮捕状案中，属人豁免的例外问题被提交给国际法院，轰动一时。在依据国际法论证 2000 年 4 月 11 日向耶罗迪亚先生发出和递送逮捕状的合法性时，比利时称，“在任外交部长涉嫌犯下战争罪或危害人类罪时，给予他们的豁免无论如何不能为他们提供保护”，并为支持此一立场援引了建立国际刑事法庭的各种法律文书，国内立法以及国内和国际法院的判例法中的例子。<sup>392</sup> 在判决中，法院驳回了比利时的论点：

“法院仔细审查了国家惯例，包括国家立法和国家高等法院为数不多的判决书，例如上议院[在皮诺切特案中]或者法国上诉法院[在卡扎菲案中]的判决。无法从这种惯例中推出这样的结论：在任外交部长涉嫌犯下战争罪或危害人类罪时，依据国际法，给予他们刑事管辖豁免和不可侵犯权的规则不存在任何形式的例外。”<sup>393</sup>

144. 法院同样不相信，从建立国际刑事法庭的法律文书关于国家官员豁免或刑事责任的规则，或是比利时所援引的国际法庭判决中，可以推出在国家法院存在此种例外的结论。<sup>394</sup> 因此法院断定，逮捕状的发出和递送，未能尊重耶罗迪亚先生作为刚果在任外交部长所享有的刑事管辖豁免权和不可侵犯权。<sup>395</sup> 但是，法院又在附带意见中明确说明，<sup>396</sup> 所讨论的豁免权，在四种情况下不妨碍刑事诉讼：(a) 如果该个人自己本国提起诉讼；(b) 如果该个人所代表的国家决定放弃豁免权；(c) 如果个人离任后，外国对他在任期前或任期后所犯罪行或在任期内以私人身份所犯罪行提起诉讼；及 (d) 如果在具有管辖权的某些国际刑事法院提起刑事诉讼。<sup>397</sup>

145. 法院提出的解决方案得到包括国家司法裁决在内的国家惯例某些内容的证实，并在此后得到了进一步确认。在国家立法中，例如在联合王国和澳大利亚承认国家元首豁免权的相关法律中，没有明确提及此种豁免权的任何例外。<sup>398</sup> 相反，

<sup>392</sup> 逮捕状案，第 56 段。

<sup>393</sup> 同上，第 58 段。

<sup>394</sup> 同上。

<sup>395</sup> 同上，第 78 段 (D) (2)。

<sup>396</sup> 同上，第 61 段。

<sup>397</sup> 同上。

<sup>398</sup> 见 1978 年《联合王国国家豁免法》第 20 条和 1985 年《澳大利亚外国豁免法》第 36 条。似乎没有人建议将所提及的外交豁免权经“任何必要的修改”后的实施，解释为需要对豁免权进

1993 年比利时关于惩治严重违反国际法行为的法律，于 1999 年经修改后，似乎承认该法律规定的侵权行为的一项豁免权例外：<sup>399</sup>第 5 条第 2 款，最初规定“给予个人官方身份的豁免权不妨碍本法的实施”。<sup>400</sup>然而，比利时于 2003 年进一步修改了这项法律，目的是使之与国际法院的判决保持一致，经修改的这项法律申明，“根据国际法，对于国家元首、政府首脑和外交部长，以及国际法承认其豁免权的任何其他人员，不得提起诉讼”。<sup>401</sup>

146. 本研究报告中所述及的一些国内刑事案件也具有相关性，因为它们涉及对违反国际法的罪行的指控。例如在 2001 年，法国上诉法院在卡扎菲案中，撤销了下级法院以前的判决并给予卡扎菲上校豁免权。下级法院曾判定，“导致人员死亡并涉及恐怖主义活动的爆炸活动导致财产遭到破坏时，没有一种豁免权可以涵盖此种破坏活动中的共谋关系”。<sup>402</sup>甚至在 1993 年法律的最后一次修改之前，比利时上诉法院就宣布，不认可针对以色列在任总理沙龙先生的以灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪为由的刑事诉讼，理由是“习惯国际法反对下述设想：在国际法中没有相反的对相关国家具有约束力的规定的情况下，国家元首和政府首脑可以成为外国刑事法庭的诉讼主体”。法院特别判定，原 1993 年法律第 5 条第 3 款“如果被解释为其目的是撤销习惯国际法原则所认可的管辖豁免，将违反此原则”，“这项国内法律不能有这样的目的，相反，它必须被理解为仅使一个人的官方身份不能免除他对本法所列罪行承担的刑事责任。”<sup>403</sup>2004 年，津巴布韦总统穆加贝先生在英国法院以酷刑指控为由提起的讼案中获得了豁免权。<sup>404</sup>与之相似，两个英国法院按照国际法院的解释援引豁免权，拒绝对以色列国防部长（被指控严重违反《日内瓦第四公约》）和中国商务部长（被指控酷刑同谋罪）发出

---

行任何形式的限制。然而，对任何例外绝口不提的做法应慎重对待：如布劳恩 - 威尔金森大法官在皮诺切特案（第 3 号）中所说的，在通过《国家豁免法》第 20 条时，“议会无意给予国家元首和前国家元首比他们依据国际法已经享有的权利更大的权利”（《国际法材料》，第 38 卷（1999 年），第 593 页）。实际上，在该案中，尽管法律对这个问题未置一词，但大多数法官将英国法律解释为，依据国际法，如果发生施用酷刑现象，应承认前国家元首的豁免权有例外。

<sup>399</sup> 然而，见下述比利时上诉法院关于沙龙先生的推论。

<sup>400</sup> 按照 1999 年 2 月 10 日法律经修改的 1993 年 6 月 16 日《关于惩处严重违反国际法行为的法律》，（摘录于《国际法材料》，第 38 卷（1999 年），第 921-925 页）。

<sup>401</sup> 见于 2003 年 4 月 23 日经过进一步修改的比利时《关于惩处严重违反国际法行为的法律》第 13 条（连同法文原版，摘录于《国际法材料》，第 42 卷（2003 年），第 1258-1283 页）。

<sup>402</sup> *Affaire Kadhafi*，第 509 页（法文原版，同前，第 474 页）。有一种观点认为这一判决可能被解释为默示认可属人豁免例外，关于这一观点，见下文。

<sup>403</sup> *H. S. A. 等人诉 S. A. 等人*，同前，第 600-601 页。

<sup>404</sup> *Tatchell 诉 Mugabe*，同前，第 770 页。

逮捕状。<sup>405</sup>国际法院的推论还构成了西班牙国家刑事法庭最近的判决的依据，该判决给予卢旺达被指控犯下灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪以及恐怖主义行为的在任总统卡加梅先生豁免权。<sup>406</sup>如上文所指出的，参与审理皮诺切特案（第3号）的上议院高级法官也申明，皮诺切特将军如果在诉讼发生时在任，将享有酷刑方面的刑事豁免权。<sup>407</sup>

147. 国际法院在逮捕状案中所持的立场，还得到了部分法律文献的支持。<sup>408</sup>在国际法学会的工作中，报告员指出，虽然他认为对犯下国际罪行或其他特别严重罪行的在任国家元首的豁免权规定一项例外是合适的，但是目前不得将此种例外视为理所当然。<sup>409</sup>因此，他主张对在任国家元首的绝对刑事管辖豁免权不规定任何例外。<sup>410</sup>国际法学会成员普遍接受了这一主张，<sup>411</sup>因此，国际法学会最后通过的决议第2条没有提及在任国家元首刑事管辖豁免权的任何可能的例外。

<sup>405</sup> 分别见 Shaul Mofaz 上将案，同前，第 771-773 页，及薄熙来案，同前，第 713-715 页。在对前一案例的评注中，Colin Warbick 指出，法官虽然援引了皮诺切特案（第 3 号），但没有审查那个被证明在该案中对法官具有决定性影响的论点，是否将被延伸至属于严重违反《日内瓦公约》的行为。他进一步指出，法官“没有提及豁免权可能会受到所指控罪行的性质的限制（严重违反），毫不怀疑地认为国际法院已经解决了该问题”（《国际法和比较法季刊》，第 53 卷（2004 年），第 773-774 页）。

<sup>406</sup> Juzgado 上将诉讼案第 4 号判决（2008 年），第 151-157 页。如判决中所指出的（同上，第 152-153 页），国家刑事法院在以构成国际犯罪的侵权行为为由，对古巴总统（*Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*，同前）、摩洛哥国王和赤道几内亚总统提起的刑事诉讼中，得出了同一结论。

<sup>407</sup> 见上文脚注 237 所援引的段落。关于法官对这方面判决的评注，见：Cosnard，同前（1999 年），第 322-323 页；以及 Santiago Villalpando，“皮诺切特案：无事生非？1999 年 3 月 24 日法庭大法官根据国际法做出的裁决”，《国际公法综合评论》季刊，第 104 卷（2000 年），第 418-420 页。

<sup>408</sup> 一些作者也持这一立场，他们认为，恰恰相反，属事豁免不应妨碍对国际罪行的诉讼。例如见：Dapo Akande，“国际法豁免和国际刑事法庭”，《美国国际法学报》，第 98 卷（2004 年），第 411 页；Cassese，“国家高级官员何时可以……”，同前，第 855 和 864-865 页；Klingberg，同前，第 551 页；Mary Margaret Penrose，“当这样的君主真是好！根据国际法起诉国家元首和前国家元首”，《哥伦比亚国际法期刊》，第 39 卷（2000 年），第 200 页；Salmon，同前（1994 年），第 596-599 页（国家元首在进行官方访问时，会公开在外国逗留或不到法院地国）；Tunks，同前，第 678 页；及 Verhoeven，“Quelques réflexions sur l'affaire...”，同前，第 533 和 536 页。

<sup>409</sup> Verhoeven，“临时报告”，同前，第 519 页：“当然，我们可以认为，对于违反国际法的行为或其他特别严重的罪行，在豁免方面也是有例外的。目前还不能认为这种例外是适用的。在对此进行评价时应当‘慎重’。目前只能说出现了一个新的规则”。

<sup>410</sup> 同上，第 548-549 页。

<sup>411</sup> 见 Salmon 在委员会第十三届会议上的发言，（《国际法学会季刊》，同前，第 563-567 页）和 Fox（同上，第 580-581 页）。在全会讨论第 2 条时，（同上，第 649-654 页），该规定正文中所体现的绝对豁免得到认可，但这一讨论还有另一个重点，即第 11 条是否应按委员会第十三届会议所建议的那样，包含一项保障“对国际刑法进行必要编纂的条款，尤其是确保惩治国际性罪



148. 即使是国际罪行方面的属人豁免，其实施的正当理由也通常是确保有关官员代表其本国有效履行职能的需要（当此人是高级官员并且在任职期间，这种需要就显得特别迫切）和多国间关系网络正常运作的需要。<sup>412</sup>这种思想特别体现在国际法院逮捕状案的推论中，但在国家法庭的某些文告<sup>413</sup>或法律文献中也可以找到。<sup>414</sup>

149. 但这种立场，即使在国际法院的 2002 年判决之后，仍有争议。在某些法官的附加意见中，可以找到对法院这一立场的批评。法官希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔虽然同意判决的主文，但指出，在推论中，“法院削弱了比利时的论点的意义”，并对法院在第 61 段中着重强调的豁免权不妨碍刑事诉讼的情况的实际意义表示怀疑。<sup>415</sup>哈苏奈法官在他的不同意见中持这样的观点：“对严重罪行的有效打击可能已经具有了强行法的性质，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承认。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”。<sup>416</sup>特设法官范登韦恩加尔特在其不同意见中，发现法院的一般做法中存在一个“根本问题”，即它“不顾现代国际刑法最近已开始朝着承认个人对国际法所涉核心罪行负责的趋势发展”，宁愿“采取一种极为简单的做法，对国际文书中‘不豁免条款’做出十分狭义的解释”。<sup>417</sup>

---

行的法律”（决议最后文本删除了这一提法）。在一般性辩论中，Abi-Saab（同上，第 626 页）持这样的立场：如果发生国际罪行，不实施属人豁免：“国家元首豁免在涉及国际罪行时，即涉及一般国际法规定的罪行时，不予实施。目前，这类罪行仅有三个“核心”类型，即战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪。涉及这些罪行时，任何人都不能得到豁免，而且从一开始就不能得到，不仅仅是在被指控者的官方职能结束后”。

<sup>412</sup> 逮捕状案，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官联合发表的独立意见，第 75 段。正如三位法官所指出的，豁免权可能的例外问题使利益平衡开始发挥作用：一方面，存在“人类社会的利益，即预防和制止针对其成员的严重犯罪者有罪不罚现象”，另一方面，是“国际社会的利益，即允许它们在国家间一级自由行事，不受无正当理由的干预”（同上）。

<sup>413</sup> 见：在皮诺切特案（第 3 号）中，Worth Matravers 的菲利浦大法官，第 657 页。在同一案件中，魁格海的霍普大法官提出了不同的解释，其依据是给予在任国家元首属人豁免的规则被指称的强行法性质（同上，第 624 页）；对这一见解的批评，见 Villalpando，同前，第 419 页。

<sup>414</sup> 例如见：Verhoeven，“临时报告”，同前，第 519 页（“特别是，当国家元首对外国进行访问期间，仅凭本国或外国某人指控其犯有罪行，不管有无道理，就对其提起刑事诉讼和羁押，这种做法是令人难以接受的，而且良好的国际关系有可能因此受到严重损害。”）。

<sup>415</sup> 希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官联合发表的独立意见，逮捕状案，第 78 段。

<sup>416</sup> 哈苏奈法官的不同意见，同上，第 7 段。他还批评了他认为法院在作为实质性申辩理由的豁免和作为程序性申辩理由的豁免之间所作的人为区分（同上，第 5 段）和法院在判决书第 61 段中所强调的情况（同上，第 6 段）。

<sup>417</sup> 特设法官范登韦恩加尔特的不同意见，同上，第 27 段。在接下来的几页中，范登韦恩加尔特法官支持哈苏奈法官对上述趋势的评估，并援引了各种不同材料。然后她批评了法院判决中的

150. 属人豁免不妨碍关于国际法规定罪行的刑事诉讼程序，这一立场可以在一些国家惯例中得到验证。从上文可以看到，虽然人们普遍承认《罗马规约》第 27 条被解读为仅在国际刑事法院排除豁免抗辩，<sup>418</sup>但许多国家实施《规约》的法律中包含了这样的规定，这些规定看来要在关于国际法规定罪行的国内刑事诉讼程序中撤销豁免权。<sup>419</sup>就死于以色列境内自杀式炸弹爆炸事件的大学生的财产问题对伊朗伊斯兰共和国及其某些官员提起的损害赔偿诉讼中，美国一个地区法院判定，在依据《外国主权豁免法》中的国家恐怖主义例外提起的诉讼中，不能使用国家元首豁免这一申辩理由。<sup>420</sup>1998 年 11 月 6 日的一份法院指令，以国际法规定的罪行为由，要求对皮诺切特提起刑事诉讼。在该指令中，一位比利时预审法官声称，在也涵盖在任国家元首的一般用语中，国家元首获得承认的豁免权似乎不适用于国际法规定的罪行，例如战争罪、危害和平和危害人类罪。<sup>421</sup>评注者也将 2001 年法国上诉法院在卡扎菲案中的判决解读为默示承认，国际法不承认在任国家元首因其他罪行的豁免例外，尽管这些例外的确切范围尚未确定。<sup>422</sup>实际上，上述判决中给予卡扎菲上校豁免权的依据是，“在国际法现阶段，被指称的罪行，无论多么严重，都不构成在任国家元首豁免原则的一个例外”。<sup>423</sup>

151. 属人豁免的这一例外得到一些法律文献的支持。例如，这些法律文献指出，国际法的一般趋势是认可个人刑事责任原则，不管所涉及的人员官方职位如何。这种趋势也将对豁免权产生影响，包括在任高级官员的豁免权。承认国家元首、

---

两种主张，即对实质性申辩和程序性申辩的区分，及豁免不妨碍诉讼的想法（见判决书第 61 段）。

<sup>418</sup> 例如，见 Gaeta，*同前*（2002 年），第 996 页。

<sup>419</sup> 例如，见 2002 年《关于实施国际刑事法院罗马规约的南非第 27 号法律》第 4 条，或 2003 年 11 月 4 日《克罗地亚关于实施〈国际刑事法院罗马规约〉和起诉违反国际战争法和人道法的法律》第 6 条第 3 款（另见上文第一部分，D 节）。

<sup>420</sup> Flatow 诉伊朗案，第 24-25 页。然而，应当强调的是：(a) 这一判决似乎仍是一个孤立的判决；(b) 它涉及民事诉讼程序；及 (c) 它依赖“国家元首豁免是一个善意和礼让问题，而不是一个权利问题”的理论（*同上*，第 24 页）。

<sup>421</sup> Vandermeersch 预审法官的命令，皮诺切特案，1998 年 11 月 6 日，（摘录于《刑法和犯罪学杂志》，布鲁塞尔法院，1999 年，第 278 页），第 3.2 条，为支持这一观点，援引了 Eric David，《国际刑法要素》，布鲁塞尔大学出版社（布鲁塞尔，1997-1998 年），第 36-37 页，以及纽伦堡国际军事法庭的判决。

<sup>422</sup> 例如，见 Marco Sassòli，“Yerodia 逮捕案：对两种违反国际法行为案的评论意见”，《比利时国际法期刊》，第 106 卷（2002 年），第 808 页；及 Zappalà，*同前*，第 600-601 页。

<sup>423</sup> *Affaire Kadhafi*，*同前*，第 509 页。法文原文如下：“根据现行的国际法，被指控的罪行，无论多么严重，都不构成在任国家元首豁免原则的一个例外”（《国际公法综合评论季刊》，第 105 卷，2001 年，第 474 页）：“当不存在与相关规定相反的条款时，在外国对现任国家元首提起刑事诉，这不符合国际惯例。”（英文译文摘录于《国际法案例汇编》，第 125 卷，第 508-510 页）。

政府首脑和其他官员若犯下国际法规定的罪行应承担责任的各種法律文献和判决被提及，包括《凡尔赛和约》第 227 条；<sup>424</sup> 纽伦堡和东京国际军事法庭宪章和判决；<sup>425</sup> 针对前南斯拉夫和卢旺达的《国际刑事法庭规约》；<sup>426</sup> 《国际刑事法院罗马规约》，等等。<sup>427</sup> 在这一方面，还应提及危害人类和平及安全治罪法草案。<sup>428</sup> 这一观点的支持者，还从豁免与一种法律主张的不相容性之中，找到了另一个关于此种类外的正当理由。根据该主张，严重国际罪行应服从旨在对此类罪行实施普遍惩罚的普遍管辖或其他机制。<sup>429</sup> 有的作者则坚持这一事实：禁止某些国际罪行

<sup>424</sup> 关于这一判例的特殊意义，见战争策动者责任和执行惩罚问题委员会，1919 年 3 月 29 日，卡内基国际和平基金会，国际法司，活页文章第 32 号：“在人的权力等级结构中，级别，不管有多高，在任何情况下都没有理由保护其拥有者免于承担已被合法组成的法庭所确认的责任。这甚至延伸至涉及国家元首的情况。有一种相反的观点已经被提出，其依据是被指称的一国君主的豁免权，尤其是被指称的一国君主的不可侵犯权。但这种特权，尽管得到了承认，但它是国内法律中实践上的权宜之计，而不是根本性的。不过，即使某些国家的君主在他自己国家的国内法院免于被起诉，但从国际角度看，情形会相当不同……如果主张将君主的豁免权延伸至突破上述限制，它将涉及制订这样的原则：最严重的违反战争法律和惯例和违反人道法律的暴行，即使被证明是他犯下的，也不能在任何情况下受到惩处。这一结论将会使文明人的良心感到震撼。（摘录于《美国国际法学报》，第 14 卷（1920 年），第 116 页）。

<sup>425</sup> 最主要的是，见纽伦堡法庭的法官意见：“在某些情况下保护一国之代表的国际法的原则，不能适用于被国际法判定为罪行的行为。这些行为的发起者，不能因在其官职而免于适当诉讼程序的惩罚。”（审判德国主要战犯国际军事法庭的判决（苏联成员的不同意见）- 纽伦堡，1946 年 9 月 30 日和 10 月 1 日，Cmd. 6964, Misc. 第 12 号（伦敦：H. M. S. O 1946 年），第 42 页。罗伯特·H. Jackson 法官在向 Truman 庭长提交的关于审判战犯的法律依据的报告中声称：“这一申辩作为过时的国家元首免于承担法律责任的学说，不应得到承认。这种思想带有君权神授说的遗迹，对此人们已经不仅仅是怀疑。无论如何，它与我们对本国官员所采取的立场不一致，这些官员常被声称自己的权利受到侵犯的公民告上法院。我们不接受那种关于权力最大者责任最小的悖论。我们坚持大约三个世纪以前首席法官柯克向詹姆斯国王宣布的责任政府原则，柯克宣称即使国王也应‘服从上帝和法律’”（见：[www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jackson/jack08.htm](http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/jackson/jack08.htm)）。

<sup>426</sup> 分别为第 7 条和第 6 条。

<sup>427</sup> 尤其是，见 Watts，[同前](#)（1994 年），第 54 页（国家元首的豁免权，“虽然至少在涉及其他国家的国内普通刑法时是绝对的，但在涉及诸如战争罪等某些国际罪行时，必须受到限制”；这一段提及了在任国家元首，在脚注 198 中重申了涉及前国家元首的同样例外）或者 Rousseau，[同前](#)，第 125-126 页（“这种[国家元首]豁免的绝对性在传统理论中并不会引起争议，根据传统理论，国家元首，同其家庭的任何成员或其随行人员一样，无论在任何情况下都不应受到外国刑事法院的审判。然而，当今，在国家元首违反国际法的情况下，这个原则不应再适用”，随后特别提及《凡尔赛和约》第 227 条）。这也是大赦国际在“联合王国：皮诺切特案，普通管辖和危害人类罪没有豁免”（1999 年 1 月 1 日）中采取的立场，第 16-25 页）。另见：例如，Kerry Creque O'Neill，“关于国家元首豁免的新的习惯法？Hirohito 和 Pinochet”，《斯坦福国际法期刊》，第 38 卷（2002 年），第 295-298 页；Wouters，[同前](#)，第 259-261 页。

<sup>428</sup> 特别是治罪法草案第 7 条和委员会对该法的评注第 7 段：（《1996 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 27 页）。条款草案案文见上文第一部分 D 节。对这一说法的详细审查，见下文 B.3 (a) (二) 节。

<sup>429</sup> 例如，见国际法学会关于对严重侵犯人权罪实施普遍管辖的最后报告，《2000 年 7 月 25 日至 29 日在伦敦举行的第 69 次会议的报告》（伦敦，2000 年），第 416 页。

被奉为一条强行法的规则，因此，应胜过给予高级国家官员豁免权的那条规则。<sup>430</sup> 另一种观点基于应对国际法体系演变的系统措施，也基于这样一种论点，即禁止某些犯罪行为的目的保护整个国际社会的根本利益。从这个角度讲，国际罪行概念本身，与用官方职位这一挡箭牌将个人保护起来的任何形式的豁免都不协调。

<sup>431</sup> 后文将进一步审查这些关于属人豁免的各种不同理论。<sup>432</sup>

152. 关于这一问题的某些解决方案已被提出，目的是在保留属人豁免和起诉国际罪行的两种互相冲突的利益之间寻求平衡。例如，有人提出，在那些不存在有罪不罚的危险案件中（特别是当官员本国愿意并准备对此人行使刑事管辖时），应重视豁免规则，而出现其他情况时，应允许行使外国刑事管辖权。例如，当个体机关所属国的法院不具有对该机关被指称所犯罪行的管辖权，或存在令人信服的理由，使人相信该国不会起诉这些罪行，或与所讨论的个人的特殊地位有关的国家特别规则将妨碍主管机关实施逮捕或起诉时，属人豁免将失效。<sup>433</sup>

153. 根据有人提出的另一种理论，只应在进行官方访问的情况下给予属人豁免，因为官方访问对于处理国际关系至关重要。与此相反，在私人旅行时，可以拒绝给予属人豁免。<sup>434</sup> 与这些理论同一思路的更复杂一点的理论主张，如果是私人访问，可以拒绝给予属人豁免，但除非可以证明实施管辖的主管机关（或合格的国际机构，例如国际刑事法庭或依据第七章行事的安理会）不（或不再）认为该官员是国际关系中的合适的对等者。<sup>435</sup>

<sup>430</sup> 例如，见 Kamto，同前，第 526–529 页；及 Robertson，同前，第 408–409 页。

<sup>431</sup> Bianchi，同前（1999 年），第 260–262 和第 276–277 页。另见：Rosanne van Alebeek，“皮诺切特案：国际人权法的审判规则”，《英国国际法年鉴》，第 LXXI 卷（2000 年），第 49 页。

<sup>432</sup> 见下文，B 节。

<sup>433</sup> 见 Gaeta，同前（2002 年），第 986–989 页。但是，作者作了具体说明，所提出的理解方式不适用于履行重要且敏感的宪政功能的在任国家元首，因为它会危及该外国结构和运作。

<sup>434</sup> Leen De Smet 和 Frederik Naert，“遵守还是违背国际法？从国际法的角度分析比利时对严重违背国际法的行为予以惩处的做法”，*Revue belge de droit international*，第 35 卷（2002 年），第 503–504 页。

<sup>435</sup> 见 Zappalà，同前，第 600 和第 605–606 页。根据作者的观点，在国家认可外国元首的官方访问之后拒绝给予属人豁免权，将严重破坏国际关系。在进行私人访问的情况下，对拒绝给予豁免权之举做出补充规定，目的是确保国家元首不至措手不及，并避免滥用这种拒绝：为此，“应告诫进行私人访问的国家元首其在某外国可能不受欢迎”（同上）。作者还指出，“国家法院也可适用自我约束原则”，特别是在那些私人当事方可以启动刑事诉讼的国家。他进一步声称，虽然这种方法“有将政策考虑引入司法活动的不良反作用”，但它“因涉及十分敏感的问题而证明是正当的”（同上）。



## B. 属事管辖权豁免

154. 与前一节所述的属人管辖权豁免不同的是，属事管辖权豁免仅适用于官方行为，即国家官员履行其职能的行为。属事管辖权豁免的范围限制在法律著述中是无可置疑的，<sup>436</sup>并且获得了各个国内法院的确认。<sup>437</sup>国际法院在最近对吉布提诉法国一案做出的判决中就这种情形提及“相关官员在作为国家机关的职责范围内的行为”。<sup>438</sup>关于这一点，围绕着以下三个主要问题而产生了一系列的疑问：

(a) 国家官员履行其职能的行为与以私人身份行事的区分标准；(b) 享受属事管辖权豁免的人；以及 (c) 根据被控告的犯罪的性质，属事管辖权豁免可能存在的例外。

### 1. “官方”对“私人”行为

#### (a) 一般性考虑

155. 确定属事管辖权豁免的法律制度需要解决的首要问题是确定国家机关的“官方”行为和“私人”行为的区分标准。

156. 问题是此类标准是否符合国际不法行为的国家责任中对于行为归属的规定。有人可能认为这一问题与更一般性的属事管辖权豁免的基础问题相关联。<sup>439</sup>事实上，如果属事管辖权豁免被视为“国家机关在履行职能时的行为归于国家”这一

<sup>436</sup> 具体同前，脚注 207。

<sup>437</sup> 该限制已经获得各个国内法院在刑事和民事诉讼程序中的承认。例如见：联邦法院，菲迪南·马科斯和夫人伊美黛诉联邦警署案，同前（行政法上诉），同前；联邦上诉法院第二巡回审判庭，菲律宾共和国诉马科斯及其他人案，1986年11月26日，806 F.2d 344（1986年），第360页，摘录于《国际法案例汇编》，第81卷，第581-599页，第597页（承认前国家元首的豁免权，但不及于私人行为）；联邦上诉法院第五巡回审判庭，希门尼斯诉阿里斯特杰塔等人案，311 F.2d 547（1962年），摘录于《国际法案例汇编》，第33卷，第353-359页（不包括对私人行为的国家行为抗辩）；以及巴黎上诉法院，*Ex-Roi Farouk d'Egypte c. Christian Dior*，1957年4月11日，同前（不包括对私人行为的国家行为抗辩）。另同前，脚注 206。

<sup>438</sup> 吉布提诉法国案，第58页，第191段。然而，应当注意，法院在判决中看起来似乎将国家官员的属事管辖权豁免（即职能豁免）与国家本身的豁免等同起来了，第57页，第187至188段：

“187. 在法庭口头答辩中，吉布提第一次重新阐述了其就共和国检察官和国家安全首脑的主张。后来声称共和国检察官和国家安全首脑有权享受职能豁免：

‘吉布提请求法院承认一国不能令享有另一国国家机关地位的人对以公务身份，也就是说在其履行职责的时候所实施的行为承担个人刑事责任。实际上，此类行为被国际法视为应归于该行为机关所代表的国家而非作为机关行事的个人。’

“188. 法院评述说，此类主张实质上是主张吉布提国家豁免，而共和国检察官和国家安全首脑据称将从中获益。”

<sup>439</sup> 见上文第88至92段，第二部分的介绍性论述。



原则的推论，<sup>440</sup>那么出于国家责任的目的是将豁免制度与行为归属规则统一起来的做法就有了更充分的理由。<sup>441</sup>然而，无论对国家官员**属事**管辖权豁免的基础采取何种态度，<sup>442</sup>在就该豁免确定某种行为属于“官方”或“私人”性质时，国家责任情况下的行为归属标准可能仍然要看相关的授意来源。

157. 有关不法行为的国家责任的条款并没有明确规定确定国家机关行为是否属于履行该机关官方职能的标准。第7条的内容是关于逾越权限的行为，<sup>443</sup>只是简单地规定要求“机关、人或实体”必须“以此种资格”行事。然而，委员会对第4条的评注中包含了对这一问题的一些说明。<sup>444</sup>关于这一问题，评注规定，限定性的考虑因素为个人的“明确授权”，而不是其行为动机或该行为可能会产生滥用之特征：

“为了这个目的，该人是否有隐蔽的或不适当的动机或者可能滥用政府权力，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。[……] 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：第7条中确认了这个原则。当然，在进行这种检验时，每一案件

<sup>440</sup> 见上文，脚注214。

<sup>441</sup> 见关于此问题，**琼斯案**，霍夫曼大法官，第74段：

“一直到现在，仍然一般性地假设：一个国家需要根据国际法对官员的行为承担责任的情况反映了官员依据外国国内法将会获得豁免的情况。这一假设中的逻辑是，如果国际法院有针对国家的救济措施，那么国内法院不会同时有针对官员本人的救济措施。有关国家责任的案件和其他材料清楚地说明：国家应当对以公共当局为幌子的行为承担责任，无论这些行为根据国内法或国际法是否经过实际授权或合法与否。”

<sup>442</sup> 不干涉他国内政的原则也被提出作为**属事**管辖权豁免的理由。例如见**皮诺切特案**（第3号），纽迪吉特的萨维尔大法官，第642页；米勒大法官，第645页；以及沃斯麦特勒佛的菲利普斯大法官，第658页。

<sup>443</sup> 第7条，标题为“逾越权限或违背指示行使的国家机构的行为归于国家”，规定：

“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。”（着重部分由作者标明。）《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分）第76段。

<sup>444</sup> 第4条，标题为“国家机关的行为归于国家”，规定：

“1. 为本条款的目的，任何国家机关，不论它行使制宪、行政、司法或任何其他职能，不论它在国家组织中具有何种地位，也不论它具有该国中央政府机关或一领土单位机关的特性，凡是以其资格行事的，其行为应视为国际法所指的国家行为。

“2. 为了第1款的目的，一机关包括依该国国内法具有此种地位的任何人或团体。”**同上**。

的审理都必须以其事实和情况为依据。”<sup>445</sup>（着重部分由作者标明；脚注省略。）

158. “明确授权”在为国家官员的**属事**管辖权豁免而确定某种作为或不作为属于“官方”或“私人”性质中的相关性在法律著述中找到了一些支撑依据。<sup>446</sup>然而，在忽视相关人士的个人动机的情况下，这一标准看来随着国际法学会2001年决议中通过的有关前国家元首或前政府首脑职能豁免的观点而有变化。<sup>447</sup>尽管承认前国家元首在职时的官方行为享有豁免，<sup>448</sup>但是决议第13条对此类豁免规定了一项例外，即在有关行为“完全是为满足个人利益”的情况下不适用豁免。<sup>449</sup>在法律著述中也有人认为，完全或主要出于个人原因而行为不应适用**属事**管辖权豁免。<sup>450</sup>魁格海的合普大法官在**皮诺切特**案中也表达了类似的观点。<sup>451</sup>

159. 一个相关的问题是国家官员的越权行为是否适用**属事**管辖权豁免。各个国内法院对有关越权行为豁免的一般性问题采取了矛盾的做法。虽然在此类案件中，援引豁免的抗辩有时会遭到驳回，<sup>452</sup>但同时认为，国家官员履行其职能行为的豁

<sup>445</sup> 第4条的评注第(13)段，《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第77段，第42页。“明确授权”的决定性性质在委员会对第7条的评注第(8)段中予以重申，指出：国家机关的作为（或不作为）即使超越了该机关的权限或者违背了该机关收到的指示，但仍然归于国家行为，只要该机关“意图行使或明显地在行使其官方职能。[……] 总之，问题在于他们[该国家官员]是否明确授权行事”（着重部分由作者标明；脚注省略）；[同上](#)，第46页。

<sup>446</sup> 具体见瓦兹，[同前](#)（1994年），第56页：“关键性检验在于确定所从事的行为是否是以国家公共当局首脑为幌子或以其名义行事”。

<sup>447</sup> 根据决议第16条，第13条和14条还应适用于前政府首脑。

<sup>448</sup> 见决议第13条，第2段，规定：前国家元首不享有“[……]刑事、民事或行政诉讼的司法管辖豁免，除非其行为是为履行职务或与履行职务有关[……]”；摘录于国际法学会，[同前](#)，第753页。

<sup>449</sup> [同上](#)。

<sup>450</sup> 具体见，罗伯逊，[同前](#)，第402页（“[……]前元首以及代理人诸如将军、警察局长和部长，仅享受限制性豁免（**属事**管辖权），覆盖其所履行的全部官方行为，但不包括为满足私人利益而采取的行动。”）。

<sup>451</sup> **皮诺切特**案（第3号），第622页。在这一方面，魁格海的合普大法官提到了**属事**管辖权豁免在“国家元首以其国家元首的权限为幌子而实际上为满足自己的意愿或利益而从事犯罪行为”情况下的例外。这一观点被霍夫曼大法官在上议院中援引用于**琼斯**案（第92段）。

<sup>452</sup> 见美国若干法院有关民事诉讼程序的案例法；例如见，加利福尼亚州北区地方法院，**珍·多伊一世等人（原告）诉 Liu Qi 等人（被告）；原告 A 等人（原告）诉 Xia Deren 等人（被告）**，案件编号：C 02-0672 CW、C 02-0695 CW，349 F. Supp. 2d 1258，第1285页（将美国的《外国主权豁免法》适用于法轮功练习者对中华人民共和国地方政府提起的诉讼案中，地方法院认为：“行为以法律或当局为幌子的事实，可以构成国家责任的归责基础，但仅有该事实不足以使官员获得主权豁免”。法院认为，该法律问题是“官员从事的违反其国家的官方法律但经该国秘密的非官方政策授权的行为，按《外国主权豁免法》是否能被视为在该官员在 FSIA 下的权限范围内”，然后驳回被告的豁免主张，因为被控的侵犯人权行为“不符合中国法律”（[同](#)

免并不取决于此类行为合法与否。<sup>453</sup>属事管辖权豁免在逾越权限的行为方面仍然适用的观点早在 1797 年就显然已经被美国检察长在 Collot 总督一案中接受。<sup>454</sup>这一观点可能建立在下列原则的基础上——委员会在关于国家责任的第 7 条中明确承认——逾越权限的行为仍然可以归于国家，由国家承担责任。<sup>455</sup>然而，也有人在法律著述中认为，属事管辖权豁免不应包含官方授权范围以外的行为。<sup>456</sup>

前，第 1287 至 1288 页)。除了该地方法院判决中提到的其他案件(同前，第 1282 至 1283 页)，另见：联邦上诉法院第九巡回审判庭，*In re Estate of Ferdinand Marcos*，人权诉讼。Maximo Hilao 等人(集体原告)；Vicente Clemente 等人(集体原告)；Jaime Piopongco 等人(集体原告)(原告-被上诉人)诉 *Estate of Ferdinand Marcos* (被告-上诉人)案，1994 年 6 月 16 日，25 F.3d 1467，第 1472 页，摘录于《国际法案例汇编》，第 104 卷，第 199-133 页(法院认为，酷刑行为、处决和失踪并不包含于总统马科斯的权限范围内，即使是其在职期间，因此不能适用豁免)；地方法院(马萨诸塞州地方法院)，*Teresa Xuncax 等人(原告)诉 Hector Gramajo (被告)；Dianna Ortiz (原告)诉 Hector Gramajo (被告)*，1995 年 4 月 15 日判决书，886 F.Supp. 162，第 175 页(地区法院拒绝向前危地马拉国防部长给予豁免权，因为被告行为(即处决；失踪；酷刑；任意拘留；残酷、不人道和有辱人格的待遇)“超出了 Gramajo 合法的官方职权范围”)；纽约州南区地方法院，*Bawol Cabiri(原告)诉 Baffour Assasie-Gyimah (被告)*，1996 年 4 月 18 日，921 F.Supp. 1189，第 1198 页(地区法院在拒绝给予被告——一位加纳的警卫官豁免权时指出：“Assasie-Gyimah 并没有主张他被控实施的酷刑行为在他的权限范围内。他并没有争辩说这些行为未被加纳法律所禁止；他也不能[……]法院认定 Assasie-Gyimah 被控实施的酷刑行为超出了其作为加纳国家安全副首脑的权限范围。因此，根据 Cabiri 的主张，他并不受《外国主权豁免法》中规定的主权豁免保护。”)

<sup>453</sup> 例如见，在民事案件中，康希尔的宾咸大法官在上议院对琼斯案做出的判决中所持观点，第 12 段；安大略省上诉法院对 *贾菲诉米勒等人案* 的判决(由 Finlayson J. A. 做出)，摘录于《国际法案例汇编》，第 95 卷，第 446-467 页，第 460 页(“我认为，使用形容词来描述相应被告的行为不能剥夺他们行使外国主权职能的地位。被控行为的非法和恶意性质本身并不将行为划至相应被告的官方职责范围之外”)以及第 461 至 462 页(“由此，即使允许对豁免提出新的限制，当豁免存在于普通法或《国家豁免法》下时，它都是绝对的。我认为，被控的不法行为并不剥夺被告在普通法或《国家豁免法》下的豁免权。”)。又见伊利诺伊州北区地方法院，东部分庭，原告 A、B、C、D、E、F 以及具有类似地位的人、Wei Ye 和 Hao Wang (原告)诉 *江泽民和法轮功管制办公室 (A. K. A. Office 6/10) (被告)* 案，编号 02 C 7530，2003 年 9 月 12 日，282 F.Supp. 2d 875，第 883 页(“国家对产生于所谓的‘滥用[国家]警察权力’的主张享受豁免，因为‘无论这种滥用确定有多大，外国国家对警察权力的行使一直以来均作为特别主权性质为限制性理论的目的进行理解。’沙特阿拉伯诉纳尔逊，507 U.S. 349，361，113 S.Ct. 1471，123 L.Ed.2d 47 (1993 年)。更何况，对国家元首而言也一样。”)。

<sup>454</sup> 关于对法属瓜德罗普岛总督 Collot 提起的民事诉讼，美国检察长认为：“我比较倾向于认为，如果扣押船只的行为被承认为官方行为，由被告做出，并且依靠或凭借授予总督的权力实施，那么其本身即对原告的诉讼做出了答辩；被告不应在我们法院仅仅就任何在行使权力中不合规的行为进行答辩；在适当和便利的情况下，他的权限范围只能由其本国的合法当局确定”(着重部分在原文标明)，摘录于 J. B. 穆尔，《国际法文摘》(1906 年)，第二卷，第 23 页。

<sup>455</sup> 关于这一点，见 Mizushima Tomonori，《国家豁免的个人受益人：逾越权限行为的归属问题》，《丹佛国际法和政策杂志》，第 29 卷(2000-2001 年)，第 276 页：“使这一明显直接的问题出现争议的部分原因来自国家在国际法下的责任领域的争论，内容是国家官员逾越权限的行为至少在某种程度上可归于国家。”又见霍夫曼大法官在琼斯案中的观点，第 78 页：“似乎很明显，如果国家官员以其权限为名义对他国国民实施酷刑，即使该行为非法且未经授权，该国也将招

160. 如果作为一项原则，为了属事管辖权豁免的目的而将非法或犯罪行为认为是“非官方”的，“豁免”本身的名义将失去其主要含义。<sup>457</sup>然而，评论员争辩的是，严重违反国际法的行为——特别是导致该个人在国际法下的刑事责任的行为——是否仍然属于国家官员就此享受属事管辖权豁免的“官方行为”。这一问题将在以下专门讨论属事管辖权豁免和确立国际罪行的规则之间的相互影响的分款中进一步讨论。

161. 另一个有待考虑的问题是，统治权行为和事务权行为之间的区别看起来与国家豁免有关，<sup>458</sup>是否也适用于国家官员的属事管辖权豁免。尽管只是偶然和粗略的提出，<sup>459</sup>这个问题已经引起了法律著述中观点的冲突。虽然已经暗示统治权行

致国际法中的责任。出于国家豁免的目的认为他并非以官员身份行事将会导致责任和豁免规则的不对称。”

<sup>456</sup> 见 van Alebeek, 同前, 第 66 页: “国家官员可以——据传——在行使其官方职能的时候实施其公务范围以外的行为, 该行为不得享受属事管辖权豁免的保护”(脚注省略)。

<sup>457</sup> 在其他方面, 正如魁格海的合普大法官的陈述(皮诺切特案(第 3 号), 第 622 页), “援引豁免不要求行为必须合法。”奇夫里的戈夫大法官也表达了类似的看法, 同上, 第 599 页。另见维尔霍文, “临时报告”, 同前, 第 538 页, 第 39 段: “[……]无论在什么情况下, 国家元首——或其他官员——都不能非法行使其职权。但如果因此认为已犯下的违法行为应被视为‘个人行为’是完全没有意义的。[……]”(脚注省略)。关于非法行为是否可以被认为是“官方”行为的问题, 另见 Sison, 同前, 第 1586 页: “官方行为与个人行为之间的区别有时候很不明确。例如, 国家元首的行为可能是非法行为或犯罪行为。这样, 关注点就转移到这些行为是否应当划为官方行为或者这些行为是否应当被视为以个人身份实施。在一种观点下, 非法行为或犯罪行为仅仅是以个人身份实施的普通犯罪, 而不是享受豁免的官方行为[脚注提及瓦兹, 同前, 2006 年, 第 56 页以及希门尼斯诉阿里斯特杰塔案, 同前, 第 353 页]。然而, 国家元首同样可能在使用办公机构履行其作为国家元首的职能时实施一项罪行。根据这一观点, 如果犯罪行为以公共当局为幌子, 国家元首将享受管辖豁免, 而无论该行为根据其本国法律是否合法。”(脚注省略); 福克斯, 同前(“皮诺切特案第 3 号”), 第 688 页, 注明皮诺切特案的判决意味着“除米勒大法官以外, 均接受这样的观点, 即授权谋杀行为属于公事, 对此, 前国家元首可以主张豁免”; 以及瓦兹, 同前(1994 年), 第 112 页: “然而, 对于政府首脑和外交部长而言, 也会产生与国家元首相同的问题, 即犯罪行为是否能被认为是他们的官方职能的一部分。对此并没有简单而直接的答案; 有人建议对于国家元首, 关键的检验应当是该行为表面上是否为行使政府首脑或外交部长的职能, 在这种情况下, 持续向官方行为提供保护将使其受益。”(脚注省略。)然而, 作者提到“根据国际法, 涉及犯罪行为的官方行为存在个人责任的情况下”的“持续豁免的例外”; 同上, 第 113 页。

<sup>458</sup> 虽然 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》并没有明确提及统治权行为和事务权行为之间的区别, 但是它列举了若干案例, 在这些案例中, 国家豁免无法援引(见第 10-17 条, 分别关于“商业交易”、“雇用合同”、“人身伤害和财产损失”、“财产的所有、占有和使用”、“知识产权和工业产权”、“参加公司或其他集体机构”、“国家拥有或经营的船舶”、“仲裁协定的效果”)。这些案件中多数在法律著述中通常被视为属于事务权行为的范围。

<sup>459</sup> 盖塔, 同前(2002 年), 第 977 页(脚注 4), 间接提到这一问题, 但是有关国家元首、总理和外交部长的属人管辖权豁免的问题。关于国家元首的豁免, 另见瓦兹, 同前(1994 年), 第 61 页, 他严重怀疑此类豁免恐怕仅局限于统治权行为。



为和事务权行为之间的区别也与国家官员的豁免有关，<sup>460</sup>但是也有人认为，这种区别与后者无关，<sup>461</sup>并且国家机关从事的事务权行为仍然属于“官方”行为。<sup>462</sup>后一种观点为澳大利亚最高法院所采纳，该法院认为，与国家豁免相反，国家元首的豁免还包括以官员身份履行的事务权行为。<sup>463</sup>在国家官员的属事管辖权豁免范围内排除事务权行为的理由似乎并不明确，特别是考虑到这些行为可以如同统治权行为一样归于国家。<sup>464</sup>综上所述，认为履行归于国家的事务权行为的国家机关实际上是履行其公务职能，因此就该行为应当享受属事管辖权豁免。

### (b) 在外国领土内实施的官方行为

162. 就一国官员在他国领土内为履行其职能所实施的行为是否在行为地国享有刑事管辖豁免一事产生了问题。在这一点上的国家实践显得不足。<sup>465</sup>

<sup>460</sup> 见 Mirella Bojic, “对高级国家代表国际罪行的豁免：国家元首、政府首脑和外交部长仍然是不可管辖的吗？” 隆德大学法律系，硕士论文，2005 年，第 23 页；以及 Bothe, 同前，第 257 页，提出属事管辖权豁免很可能不适用于事务权行为。

<sup>461</sup> 见卡塞塞，“高级国家官员何时可以……”，同前，第 869 页，脚注 42。

<sup>462</sup> 具体见 van Alebeek, 同前，第 48 页，讨论前国家元首属事管辖权豁免的范围：“离职的国家元首就其在履行自己作为国家元首的职能时所为的官方行为仍然受到豁免保护。关于这一官方行为剩余豁免问题达成的一致多少具有一些欺骗性，因为哪些行为属于这一类的问题仍然存在争议[脚注提到对外交官剩余豁免问题的争论]。前国家元首的豁免范围超出了国家属事管辖权豁免范围内的行为，因为‘履行其职能时所为的官方行为’的概念大于‘主权行为’。例如，国家元首代表国家缔结的商业合同不属于统治权意义上的‘主权’行为，但是属于履行国家元首职能中实施的官方行为。”

<sup>463</sup> 最高法院，X 王子公路事故案，1964 年，摘录于《国际法案例汇编》，第 65 卷，第 13 页。

<sup>464</sup> 见委员会对第 4 条关于国家对国际不法行为的责任条款草案的评注第 (6) 段（摘录于《2001 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 77 段，第 40-41 页）：“为了将行为归于国家的目的，是否将某一国家机关的行为归类为‘商业’或‘行政法规’，是不相关的。”（同上，第 41 页）。

<sup>465</sup> 在“彩虹勇士”号事件中，在当地警察逮捕了少校 Mafart 和船长 Prieur 以及将“彩虹勇士”号沉于新西兰的两名法国代理人后，“考虑到，特别是他们的行为依据军事命令并且法国已经准备向新西兰进行道歉和支付其遭受的赔偿”，法国认为他们在新西兰进行的拘留行为是合理的；见联合国秘书长 1986 年 7 月 6 日的裁定，《联合国国际仲裁裁决书》，第十九卷，第 213 页。然而，在 1985 年 11 月 22 日 R. 诉 Mafart 和 Prieur 案判决（本事件的国际阶段诉讼）中，新西兰的奥克兰高级法院谴责了两名军官的过失杀人和故意损害行为。应当注意，在刑事诉讼程序中，两名军官已经对该指控认罪。法官接受了“为实现案件的正义性，军事人员根据命令行事的事实应当构成对可能已经实施的刑事罪减刑的考虑因素”（《国际法案例汇编》，第 74 卷，第 250 页）。然而，他认为，“在本案中，我并不认为被告根据命令行事的事实更有分量”（同上，第 251 页）。该两名军官没有豁免问题或不负责任一事在该阶段被提出。此外，在秘书长对“彩虹勇士”号案件做出裁决前的谈判过程中，法国在其提交秘书长的备忘录中特别声明：“法国准备代替其行事的人对新西兰以及事件的受害者承担其全部责任，正如由联合王国政府在联合王国突击队摧毁了“卡罗琳”号（参照：穆尔，《国际法文摘》（1906 年），第 127 段，第 409 页）时对美国政府所做的一切。”它进一步认为：“新西兰政府理应释放这两名军官”（《国际法案例汇编》，第 74 卷，第 269 页）。应当指出，在谈判过程中，并没有提到涉及的两名军官的任何指称的豁免。



163. 有人建议，在确定国家官员在外国领土内实施的行为是否在**属事**管辖权豁免的范围内时，关键的考虑因素应当是领土所属国是否同意外国国家机关在其领土内履行官方职能。<sup>466</sup>在这一方面，有人认为**属事**管辖权豁免并不包含严重侵害他国领土主权的行为，诸如破坏、绑架、外国特勤局实施的谋杀或空中入侵行为。<sup>467</sup>

164. **吉布提诉法国案**在国际法院进行口头答辩时，吉布提的辩护人指出，国家官员的**属事**管辖权豁免存在某些例外——但是这些与待审理的案件无关——例外情形为当在外国领土内实施战争罪行以及间谍和破坏行为时。<sup>468</sup>

165. 此外，**属事**管辖权豁免不适用于某些类个人（如间谍）这一点也被前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在 1997 年 10 月 29 日的**布拉斯基奇案**的判决中间接提及。<sup>469</sup>

## 2. 属事管辖权豁免适用的个人

### (a) 官员类别

166. 广泛的学说支持下列观点，即：与**属人**管辖权豁免只适用于有限的国家高级官员相反，<sup>470</sup>**属事**管辖权豁免一般性地适用于国家官员，而无论他们在国家权力

<sup>466</sup> 见保拉·盖塔，“外交官在国外的刑事管辖例外”，《国际法回顾》，第 89 卷（2006 年），第 126-130 页。作者讨论了若干中情局代理人于 2003 年 2 月 17 日借米兰绑架事件而在意大利逮捕了阿布·奥马尔一案。在绑架之时，代理人之一为美国驻米兰领事。然而，到他实施逮捕之时，他的领事职能已经届满。这位前领事就争论的行为主张领事豁免。他的主张被米兰“预审法官”拒绝，理由是根据 1967 年《维也纳领事关系公约》列举的内容，绑架并非领事职能的组成部分。法官并没有调查该前领事是否还享有作为中情局代理人的公务豁免的问题。根据盖塔的观点，这尤其将取决于意大利是否同意中情局在其领土内开展行动；如果没有给予同意，根据国际法，领土所属国就没有义务承认在其领土内行事的外国代理人的任何公务豁免；**同上**，第 127-128 页。又见 Mario Giuliano、Tullio Scovazzi 和 Tullio Treves，《国际法》，第二卷，（第二版），（米兰，Giuffrè，1983 年），第 537 页，认为：一国对外国代理人在其领土内实施官方行为给予豁免的义务应取决于该国是否对该行为进行了授权。

<sup>467</sup> Bothe, **同前**，第 252 页和第 257-261 页。

<sup>468</sup> 口头答辩，2008 年 1 月 22 日，ICR 2008/3（孔多雷里）第 24 段。另见纽伦堡审判，上文第一部分 C.3 节。

<sup>469</sup> **检察官诉布拉斯基奇案**，传票判决书，第 41 段：“同样，其他类别的人（比如间谍，定义见《陆战法规和习惯章程》第 29 条，附于 1907 年《海牙公约》第四部分后），虽然作为国家机关行事，但是可能需要对错误的行为承担个人责任。”一般对于间谍行为，人们可能还会关注德国联邦宪法法院的一项判决书，该判决拒绝就前德意志民主共和国的间谍在德国统一之前在其领土内实施的反对德意志联邦共和国的行为给予豁免权；见联邦宪法法院，1995 年 5 月 15 日联邦宪法法院判决书，第 92 卷，第 277 页及其后各页，在欧洲理事会国际公法法律顾问委员会（公法顾委）关于国家豁免的国家惯例数据库中进行了概括（[http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities)）。

<sup>470</sup> 见上文，第二部分，A 节。

层级中地位如何。<sup>471</sup>在这种情况下，有人认为**属事**管辖权豁免“涵盖任何法律上或事实上的国家代理人的官方行为”。<sup>472</sup>

167. 国家官员一般性地享有**属事**管辖权豁免的原则在前南斯拉夫问题国际刑事法庭的判例中找到了根据。在**布拉斯基奇**案中，上诉分庭在其中提到，一项“可以回溯至十八和十九世纪的建立完善的习惯国际法规则，自产生起已经被重申多次”：

“上诉分庭否决了国际法庭向以公务身份行事的国家官员送达传票的可能性。这些官员仅仅是国家的工具，他们的官方行为只能归于国家。他们不能因为代表国家的非私人行为受到制裁或惩罚。换句话说，国家官员不能对不可归于其个人而应归于其所代表的国家的不法行为承担后果：他们享有所谓的‘职能豁免’。这是一项建立完善的习惯国际法规则，可追溯至十八和十九世纪，自产生起已经被重申多次。最近，法国在‘**彩虹勇士**’号案件中采纳了以该规则为基础的立场。该规则还被以色列最高法院在**希曼**案中明确加以规定。”<sup>473</sup>

“[……]众所周知，习惯国际法保护每个主权国家的国内组织：它将决定国内结构的权利留给每个主权国家，特别是指定个人作为国家代理人或机关行事的权利。每个主权国家均有权向其机关发出指示，无论该机关是在国内层面上行事还是在国际关系领域行事，并可以在出现不遵守指示的情况下规定制裁或其他救济。这一专有权力必然推导出每个国家有权主张该国机关以公务身份实施的行为或进行的交易归于该国家，因此，个人机关不应对这些行为或交易承担责任。所讨论的一般规则在国际法中已经建立完善，并以**各国主权平等为基础（平等者之间不存在统治权）**。”<sup>474</sup>

<sup>471</sup> 例如，见盖塔，**同前**（2002年），第975页（**属事**管辖权豁免“包括每一位国家官员在行使其职能时的活动，而不论它们履行的地点”（楷体字是作者的原话））；凯尔森，**同前**，1966年，第358至359页；克林伯格，**同前**，第552页（“根据习惯国际法，前国家元首与其他国家官员一样，就其官方行为享受所谓的职能豁免。”）；米切尔，**同前**，第231页；罗伯逊，**同前**，第402页（“绝对豁免（**属人**管辖权豁免）给予体现或代表国家的人（即国家元首和外交使团团长），但是仅限于他们的任期内。前元首以及代理人，如将军和警察局长和部长，仅能享有限制性豁免（**属事**管辖权豁免），该豁免包含一切官方行为，但不包含为满足私人需求而实施的行为。”）；以及维克勒马辛哈，**同前**（2006年），第397页（**属事**管辖权豁免“[……]潜在地适用于一切国家官员的官方行为[……]”；**同上**，第410页：“……至少根据其他国家法院的民事管辖，诉讼程序的效力将削弱或使雇主国家的豁免无效。”）。

<sup>472</sup> 卡塞塞，“高级国家官员何时可以……”，**同前**，第863页。另见Bothe，**同前**，第255页。

<sup>473</sup> 检察官诉布拉斯基奇案，传票判决书，第38段（脚注省略）。

<sup>474</sup> **同上**，第41段。

168. 属事管辖权豁免一般性地适用于国家官员的观点还被吉布提的辩护人在**吉布提诉法国案**中加以表述。在提到**属人管辖权豁免**和**属事管辖权豁免**的区别时，他主张后者与前者不同，应一般性地适用于国家官员，并以国家机关的官方行为归于国家本身而非实施机关的原则为基础。<sup>475</sup>在这一方面，值得注意的是，法国的辩护人似乎已经原则性地承认了一般性地授予国家官员**属事管辖权豁免**的规则。<sup>476</sup>国际法院在2008年6月4日的判决中并没有将吉布提共和国检察官和国家安全首长作为国家机关享有**属事管辖权豁免**（即职能豁免）的可能性原则性地加以否定，<sup>477</sup>尽管法院似乎将此类豁免视同国家本身享有的豁免。<sup>478</sup>

169. 此外，国家官员一般性地享有**属事管辖权豁免**所依据的原则在各国法院的判例法中获得了支持。在刑事案件中，人们可能会关注瑞士联邦法院在**阿达莫夫案**中的判决。<sup>479</sup>布劳恩-威尔金森大法官、<sup>480</sup>奇夫里的戈夫大法官、<sup>481</sup>米勒大法

<sup>475</sup> 口头答辩，2008年1月22日，ICR 2008/3（孔多雷里），第12页，第17段，以及第14至18页，第21至31段（还提及无数学说权威都支持“规定国家机关就其职能履行行为享有外国司法管辖豁免的国际法原则”；另见，口头答辩，2008年1月28日，ICR 2008/6（孔多雷里），第50至53页，第1至12段。

<sup>476</sup> 口头答辩，CR 2008/5（佩莱），第50页，第74段：“但是从法律角度讲，孔多雷里提出的主要论点（与诉状中提出的论点相比较新颖）更加奇怪。它的基础是‘任何国家都必须将外国国家机关以公务身份实施的行为归于该国，而不是拥有该机关地位的人，该人不承担个人刑事责任’这一原则。事实上，就其本身来说，这一命题并不过分，并且我很谨慎地不违背主张这一点的当局，对此，我的学识渊博的对手曾经充分引用。值得辩论的并非这一原则；而是他从中推出的结论令人无法接受——此外，通过暗示的途径多于明示的”（脚注省略。）法国的辩护人进一步认为，所争论的行为是否是由相关机关在履行官方职能时所为的问题是由主管当局决定的，在此之前，任何情况均不能阻止相关个人援引豁免；**同上**，第50至53页，第75至80段，特别是第79段：“在教唆他人作伪证的本案件中，明显没有任何情况阻止——或者现在阻止——相关人士援引吉布提在法国刑事法院以自己的名义所享有的豁免。但是要这么做的话，他们必须使其能够为此而评价他们的论点。这两点都不能使其本身享有这些豁免——即使是通过书面文件。[……]相关人员并没有这样做，而是集中关注据称法国行为形成的所谓的非互惠原则。”又见口头答辩，2008年1月29日，CR 2008/7（佩莱），第45至53页，第17至30段。

<sup>477</sup> **吉布提诉法国案**，第181-200段。然而，法院的结论认为，法国并没有违反此类豁免。一方面，“并没有[在国际法院]提出‘确凿的证明’证实法国签发的作为 *témoins assistés* 的传票所针对的行为实际上是国家机关职责范围内的行为。”；第191段，另一方面，吉布提国家并没有在法国当局援引此类豁免；见第196-197段。

<sup>478</sup> **同上**，第187-188段。

<sup>479</sup> **叶夫根尼·阿达莫夫诉联邦司法部案**，**同前**。

<sup>480</sup> **皮诺切特案**（第3号），第594页：“**属事管辖权豁免**不仅仅适用于前国家元首和前大使，而且适用于所有参与履行国家职能的国家官员。”

<sup>481</sup> **同上**，第606页：“国家**属事管辖权豁免**适用旨在保护前国家元首，以及（在主张豁免之时）公职人员，甚至保护少数公职人员就其行使职能的行为免受外国国家的法律诉讼程序，包括就指控的罪行被起诉和逮捕。”

官、<sup>482</sup> 沃斯麦特勒佛的菲利普斯大法官<sup>483</sup> 就皮诺切特案（第 3 号）在参议院表达的观点也会被提及。此外，应当注意各个国内法院已经向各类国家官员给予了属事管辖权豁免，包括给予低级别的官员在非刑事性质的案件中的属事管辖权豁免。<sup>484</sup>

### (b) 前任官员

170. 在逮捕状案中，国际法院似乎已经含蓄地承认了前外交部长就其在任时以公务身份实施的行为享有豁免权。法院指出：

“[……]当某人不再担任外交部部长一职后，他或她就不再享有国际法给予其在其他国家的一切豁免权。一国法院只要根据国际法享有管辖权，就可以就另一国前外交部长任期之前或之后实施的行为对其进行审判，也可就其在任期中以私人身份实施的行为对其进行审判。”<sup>485</sup>（着重部分由作者标明。）

<sup>482</sup> 同上，第 644 页：“属事管辖权豁免[……]适用于前国家元首和外交使团团长，以及任何行使国家权力的行为事后遭到争议的人，无论他是作为政府首脑、政府部长、军事指挥官或警察局长，或是下级公职人员。无论任职官员职位等级高低，这种豁免都一视同仁。”

<sup>483</sup> 同上，第 657 页：“这种国家豁免的适用旨在排除他国法院对就一国的官员或其他代理人（无论是现任的还是前任的）在职时所作的国家商业行为所提起的诉讼声明管辖权。”

<sup>484</sup> 具体见，参议院，琼斯案（指控沙特阿拉伯王国以及该王国军事警察官员和内政部长实施虐待的民事诉讼案），特别是，康希尔的宾汉姆大法官，第 11 段，以及霍夫曼大法官，第 66 段。另见，德意志联邦共和国，联邦最高法院，科学派教会案，案号：VIZR267/76，1978 年，摘录于《国际法案例汇编》，第 65 卷，第 193 及其后各页（对苏格兰场负责人的行为给予豁免）；贾菲诉米勒等人案（由 Finlayson J. A. 提交），同前，（原告在申请引渡未果后，对部分佛罗里达州的官员（总检察长、州检察长、两名助理州检察长、一名调查员以及一名州律师）提起了损害赔偿诉讼，指控他们应当对错误地对其提出刑事指控并联合绑架他的行为承担责任。上诉法院认为，被告就其履行的“佛罗里达州职能的职责范围内的”行为享有豁免：“我认为，在这个问题上，根据普通法和《国家豁免法》得出的观点一致。无论申诉书中指控的侵权行为是在《国家豁免法》生效前或生效后发生，个人应答方所实施的行为未超出他们作为佛罗里达州职能部门的职责范围，因此在佛罗里达州可以适用豁免的情况下有权享受国家豁免。该法案在外国国家雇员的适用方面无声无息的事实仅仅意味着议会对有权依据普通法确定哪些雇员有权享受豁免感到满意。由法庭在每起案件中判决履行特定职能的特定人员是否为外国国家官员将成为事实。”；同上，第 459 页）；爱尔兰，最高法院，诺伯特·施密特诉联合王国内政大臣案，1997 年 4 月 24 日，认定联合王国伦敦警察局的代理人有权在爱尔兰法院援引主权豁免（摘要见欧洲委员会关于国际公法法律顾问委员会（公法顾委）的国家豁免的国家惯例数据库（[http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/)））；以及美国，纽约州南区地方法院，Ra' Ed Mohamad Ibrahim Matar 等人（原告）诉前以色列安全总局局长 Avraham Dichter（被告）案，2007 年 5 月 2 日，500 F. Supp. 2d 284，第 288–292 页。

<sup>485</sup> 逮捕状案，第 61 页。另见希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合独立意见，第 85 段：“尽管如此，该种豁免仅仅适用于[外交]部长在职期间，而在他离任后仅仅继续保护其‘官方’行为。”

171. 学者们几乎一致认为——与仅适用于有限的现任国家官员的**属人**管辖权豁免不同——**属事**管辖权豁免在国家官员职能终止后将继续适用。<sup>486</sup>事实上，看起来，提出相反观点或质疑这一原则的情况极少。<sup>487</sup>在这一方面，有人认为，在国家官员职能终止后继续适用**属事**管辖权豁免的理由是：这种豁免是基于行为而不是行为实施者。<sup>488</sup>

172. 前国家元首和前政府首脑继续适用**属事**管辖权豁免，豁免外国刑事管辖，这已经获得了国际法学会的明确承认。<sup>489</sup>

173. 而且，一些国内法庭已承认前国家官员仍有权就其在职时以公务身份实施的行为享有**属事**管辖权豁免。<sup>490</sup>

<sup>486</sup> 见, *ex multis*, 卡塞塞, “高级国家官员何时可以……”, *同前*, 第 863 页; 盖塔, *同前* (2002 年), 第 975 页; 坎贝尔·麦克劳兰, “重访皮诺切特”, 《国际法和比较法季刊》, 第 51 卷 (2002 年), 第 961 页; 米切尔, *同前*, 第 231 页; 以及武泰, *同前*, 第 256 页 (指出对外交部长的职能豁免的支持观点可在国家惯例和法律意见中发现)。关于前国家元首, 具体见多米尼斯, *同前*, 第 302 至 303 页; 克林伯格, *同前*, 第 552 页; 米切尔, *同前*, 第 231 页 (“关于[联合国王国《国家豁免法》(1978 年), 第 20 (1) 节]连同《1964 年外交特权法》第 39 (2) 条, 很明显, 前国家元首就其个人或私人行为并不享有豁免 (属人管辖权豁免), 但是继续就其作为国家元首职能范围内的公务行为享有豁免 (属事管辖权豁免)。”); 肖, *同前* (2003 年), 第 657-658 页; 梅琳达·怀特, “皮诺切特, 普遍管辖权和有罪不罚”, 《美洲西南法律与贸易期刊》, 第 7 卷 (2000 年), 第 219 页; 札巴拉, *同前*, 第 596 页; 以及维尔霍文在学会, *同前*, 第 536 页。

<sup>487</sup> 具体见, 安德烈亚·比安奇, *同前* (1999 年), 第 259 页。作者询问现有的规定高低级国家官员职能豁免的惯例规则, 或者关于国家元首的特别规则。在这方面, 他做出了如下评论: “正如最近的研究所声称的, 除了外交官和领事的官方 (并经领土所属国授权) 行为豁免案以外, 很难确定习惯国际法下高低级外国国家官员就其履行职能时行为的其余豁免或者职能豁免的一般制度或者关于国家元首的特别规则的存在 [脚注引用帕斯卡尔·德塞纳, *Diritto internazionale e immunità funzionale degli organi statali* (1996 年)]。”另见在 A、B、C、D、E、F 诉 *Zemin* 案中由 23 名美国民主党国会成员提交给美国地区法院的法庭之友, *同前*, 对向“全能主义政权且不给公民机会对政府提出不满或对政府的不当行为进行申诉……的国家前元首”授予豁免权提出了反对意见。根据法庭之友的意见, “国际法指明, 可以对严重违反人权的责任者个人提起诉讼, 即使在违法之时他们担任国家元首。见, 例如, 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(规定‘犯有灭绝种族罪的人’必须受到惩罚, ‘无论他们是宪法规定的负有责任的统治者、公职人员还是私人个人’)。”

<sup>488</sup> 见克林伯格, *同前*, 第 544 页, 根据他的观点“职能豁免[……]的授予是基于任何国家代理人的官方行为均归于国家并视为国家行为。因为国家主权平等, 各国都会排除由其他国家对其行为进行判断 (平等者之间不存在统治权)。因为职能豁免取决于行为的特性, 而不是行为人作为国家代理人的身份, 因此职能豁免不会在该代理人的官方职能结束时终止。”

<sup>489</sup> 2001 年决议, 第 13 条, 第 2 段, 摘录于《国际法学会季刊》, *同前*, 第 753 页 (以及第 16 条关于政府首脑的规定)。

<sup>490</sup> 具体见, 联邦法院, *菲迪南·马科斯和夫人伊美黛诉联邦警署案* (行政法上诉), *同前*, 第 501 至 502 页, 部分摘录于瑞士联邦法院认为, 前国家元首在外国的刑事管辖中享有**属事**管辖权豁免, 除非其本国放弃该豁免。另见, 民事案件, 巴基斯坦最高法院, *Qureshi 诉 URSS*, 1981



### (c) 未获承认的国家或政府的官员或前任官员

174. 关于承认或不承认国家或政府对给予国家官员豁免权的可能影响，已就一些现任高级国家官员所享有的**属人**管辖权豁免问题进行了讨论。<sup>491</sup>同样的问题可能出现在低级国家官员和前任国家官员的**属事**管辖权豁免之中。

175. 对于后一种情况，不得不提及在美国地区法院对巴拿马事实上的前任统治者曼纽尔·诺列加提起的诉讼。该地区法院驳回了诺列加关于国家元首豁免的主张，理由是：美国从未承认诺列加将军为巴拿马的国家元首。<sup>492</sup>该地区法院的判决在上诉中得到了确认。<sup>493</sup>

176. 此外，在比利时对奥古斯托·皮诺切特提起的诉讼中，范德梅尔斯法官在1998年11月6日发出的命令中指出，在调查过程中需要检查比利时在多大程度

---

年7月8日，摘录于《国际法案例汇编》，第64卷，第586至653页，第617页（援引一些法律著述——萨道义，《外交实践指南》——支持对前国家元首以官方身份实施的行为继续给予豁免）；**哈奇诉巴埃萨案**，1876年，7 Hun. 596，第600页（一家美国法院在一起涉及圣多明各前市长的案件中认为：“被告已经不再担任圣多明戈市市长的事实不能影响他的豁免权。这种豁免权源自实施行为所具备的身份，用于保护行为个人，因为它们来自善意的外国政府。”）；联邦上诉法院第二巡回审判庭，**菲律宾共和国诉马科斯等人案**，1986年11月26日，806 F.2d 344（1986年），第360页，摘录于《国际法案例汇编》，第81卷，第581-599页，第597页（承认前国家元首的豁免权，但不及于私人行为）；**原告A、B、C、D、E、F以及具有类似地位的人、Wei Ye和Hao Wang（原告）诉江泽民和法轮功管制办公室（A.K.A. Office 6/10）（被告）**，同前，第883页，摘录于《美国国际法学报》，第97卷，2003年，第977页（“原告没有引用任何法院的如下观点，即对统治者任期内实施的行为给予的国家元首豁免权于领导人下台时即消失。第二巡回审判庭在判词中声称‘相当高的权威拒绝将国家元首豁免权给予前国家元首。’*Doe*案，1988年10月19日上诉法院第二巡回审判庭的判决书，860 F.2d 40，第45页。然而，法院引用以支持这一主张的案例仅仅暗示了前国家元首（1）就其私人行为可能无权享有豁免，见交易号案，第145页；菲律宾共和国诉马科斯案806 F.2d 344，360（2d Cir. 1986年）在法官意见中指出，国家元首的豁免权不会‘过分到使前国家元首就其私人行为也获得豁免’（着重部分由作者标明），或者（2）在外国国家放弃其前领导人豁免权的情况下可能无权享有豁免，见**大陪审团的诉讼**，817 F.2d 1108，1111（上诉法院第四巡回审判庭，1987年）。这里没有提出任何一种情况。此外，外国主权豁免、礼让和各国彼此维护国家尊严的基础并没有通过在*Doe*引用的这种类型的事件中拒绝给予豁免权而体现出来——在第一种情况下，由于国家元首以私人身份的行为被诉，而在第二种情况下，由于外国国家不承认其前元首的豁免权。相比而言，在前国家元首就其在任时的所为在美国法院被起诉时国家元首豁免权基本原理所产生的效力并不比对于现任国家元首被起诉时所产生的效力要小。”）

<sup>491</sup> 见上文，第二部分，A.1（a）节。

<sup>492</sup> 佛罗里达州南区地方法院，**美利坚合众国诉诺列加案**，1990年6月8日，746 F.Supp. 1506，摘录于《国际法案例汇编》，第99卷，第151-183页，第161-163页。

<sup>493</sup> 联邦上诉法院第十一巡回审判庭，**美利坚合众国诉诺列加案**，1997年7月7日，117 F.3d 1206（1997年），摘录于《国际法案例汇编》，第591-599页，第595-596页。

上承认皮诺切特为智利“合法的国家元首”，从而确定他是否有权在比利时当局依据该地位要求享受豁免权。<sup>494</sup>

177. 关于承认对给予法律上或事实上国家官员的豁免权的影响，还应当回顾美国最高法院早在 1897 年针对负责委内瑞拉革命政府当局内行动的军事指挥官某些做法采取的立场。最高法院认为：

“[……]被控的行为是军事指挥官代表作为一个政府的革命党当局实施的行为，革命党后来继承了该国政府并获得了美国的承认。我们认为，巡回上诉法庭认定‘被告的行为属于委内瑞拉政府的行为，因此不适宜作为其他政府的法院的判决对象’是合理的[……]”。<sup>495</sup>

#### (d) 不复存在的国家官员

178. 对于已不复存在的国家官员就其以该国国家机关人员身份履行的行为是否仍对外国刑事管辖享有属事管辖权豁免这一点，可能存在一些问题。从这个角度讲，国家惯例似乎不足，而解决办法也不确定。<sup>496</sup>

179. 例如，德意志联邦共和国司法部门拒绝给予前德意志民主共和国官员包括前国家元首埃里希·昂纳克豁免权，理由是该国已经不复存在。<sup>497</sup>考虑到德国重新统一的特殊情况，这一基本观点可以在一定程度上获得解释。<sup>498</sup>

<sup>494</sup> 布鲁塞尔第一上诉法庭预审法官，Damien Vandermeersch，1998 年 11 月 6 日令，同前，第 3.1 节。见 Anne Weyembergh 的重要评论，“1998 年 11 月 6 日预审法官就皮诺切特案发布的审判令”，《比利时国际法期刊》，第 32 卷（1999 年），第 182-184 页，评述说，与美国的司法管辖权相反，比利时的司法管辖权并不依赖这一论点，因为比利时只承认新国家而不是新政府。作者还主张，无论如何，各国对政府的承认以相对正当性或合法性的有效性为基础。

<sup>495</sup> 昂德希尔诉赫南德兹案，同前，第 254 页。本案涉及有关原告被拘留的损害赔偿请求，原告之所以被拘留据称是因为赫南德兹将军拒绝向原告授予离境护照。

<sup>496</sup> 见《国际法学会季刊》，“临时报告”，同前，第 540 页：“但是，当一个不复存在的国家仅从自身利益出发请求给予基本的属人豁免时，现在仍难以确定是否应给予它这种豁免”（脚注省略）。

<sup>497</sup> 具体见联邦宪法法院，1992 年 2 月 21 日，拒绝德意志民主共和国前国家元首昂纳克的豁免辩护（发表于德国 *Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht*，1986 年至 1993 年，柏林，施普林格，1997 年，第 129-130 页），所附英文批注为：“国家元首的豁免不能超过其所代表的国家的存续期限。当一个国家消失后，其他国家即可对其代表进行刑事管辖。”另见联邦最高法院，边境守卫诉讼案，1992 年 11 月 3 日的判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第 100 卷，第 372-373 页（“[……]被告不被视为外国国家的代表，理由仅仅是德意志民主共和国已不复存在。”）；同样，联邦宪法法院，1996 年 10 月 24 日判决书，第 95 卷，第 96 页及其后各页，在欧洲理事会国际公法法律顾问委员会（公法顾委）关于国家豁免的国家惯例数据库作了概述（[http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/)）。

<sup>498</sup> 见瓦兹对德国 1992 年针对埃里希·昂纳克进行的刑事诉讼的评论（同前（1994 年），第 89 页），该诉讼于 1993 年初因昂纳克患病而中止。根据作者的观点，“看起来基本观点很可能是：因为

### 3. 根据刑事犯罪行为性质确定的可能例外

#### (a) 国际法所涉及的罪行

180. 属事管辖权豁免是否也涵盖国际法所涉及的罪行这一问题由此产生。<sup>499</sup>

181. 正如先前提到的，<sup>500</sup>在逮捕状案中，国际法院认为，在发生国际法所涉罪行的情况下，现任外交部长的刑事管辖权豁免并不附带任何例外。然而，法院并没有直接解决可能存在前外交部长属事管辖权豁免之例外的问题。不过，法院判决包含了下列附带意见，其内容被解释为含蓄地否定了这种例外的存在：<sup>501</sup>

“一国法院只要根据国际法享有管辖权，就可以就另一国前外交部长任期之前或之后实施的行为对其进行审判，也可就其在任期中以私人身份实施的行为对其进行审判”<sup>502</sup>（着重部分由作者标明。）

182. 实际上，因为这里根本没有提及一国就国际法罪行起诉前外交部长的权利，所以法院的判词可以被解释为否定了这种权利，不过，考虑到此类罪行根据定义超越了国家机关的职能从而应被划分为“私人”行为，因此可以得出不同的结论。<sup>503</sup>

---

德意志民主共和国有权起诉其本国的元首，在德意志民主共和国并入德意志联邦共和国后，对其本国元首起诉的资格就转移给了联邦共和国，而联邦共和国可以根据先前在民主共和国适用的法律提起诉讼。其他相关因素为，随着德意志民主共和国并入德意志联邦共和国，后者可以被认为已经继受了前者放弃国家元首豁免的权利，依据必然推断，其可以提起诉讼的方式行使该权利；并且由于设置国家元首豁免是为了保护国家利益而不是为了保护在位的个人，国家的消亡也就使该种豁免丧失了继续存在的理由。”

<sup>499</sup> 为了进行目前的研究，对“国际法所涉罪行”的概念作了定义，关于该定义，见上文第一部分，B.1节。

<sup>500</sup> 见上文第二部分，A.3节。

<sup>501</sup> 例如，见武泰，[同前](#)，第267页：“很遗憾，法院的判决……被理解为人们在终止其部长级任职后可以继续享有起诉豁免。”另见保拉·盖塔，“前国家元首的属事管辖权豁免和国际罪行：侯赛因·哈布雷案”，《国际刑事管辖期刊》，第1卷（2003年-1），第189页：“总而言之，法院认为，属事管辖权豁免的一般规则——因其存在，国家不能对外国国家官员以公务身份实施的行为行使司法管辖，除非该国家官员所属的国家同意——同样适用于所指控的国际罪行。”

<sup>502</sup> [逮捕状案](#)，第61段。

<sup>503</sup> 关于这一点，见让·萨尔蒙发表的重要评论，[同前](#)（2002年），第516至517页：“通常的说法是，对此人行使其职能时的行为予以的豁免，在其职能届满后继续存在。这个规则的法学依据很简单：当国家官员不是以个人名义而是以国家名义行事时，其行为不应受到起诉。对这一经典的阐述本身有多种解释。[……]这种表达引发的一个典型问题是，（从国际法的角度讲）非法行为是否属于在行使职能时做出的一种行为，包括在特殊情况下，为了国家的政治目的，在其行使职能时犯下战争罪和危害人类罪是否属于非法行为，这是一个至关重要的问题。尽管如此，法院采用的并不是经典学说，而是一种相反的学说，即以‘私人身份’行使职能期间做出的行为不享有豁免权。如果要取消对战争罪和危害人类罪的豁免，这种学说比前一种学说更不适用。如果坚持认为，种族灭绝的政策，强迫失踪的政策或者种族清洗的政策不属于在行使国家职能过程中做出的行为（言外之意属于正常行为），那么，就不能说这是一种私人行为，除

法院的判词在可能被解释为否定了**属事**管辖权就国际法罪行存在任何例外的范围内，已经遭到数位作者的批评，指责其与当前国际法的规定背道而驰。<sup>504</sup>就国际法所涉罪行的**属事**管辖权豁免而言，法院的判词还被视为各国不能确定国际法现状的一个潜在原因。<sup>505</sup>

非证明我们面对的是一个背着国家机关行事的危险的精神病患者，一个邪恶的人！法院采用的学说完全不能体现习惯国际法，这令人十分遗憾。如果这种学说认为战争罪和危害人类罪应被视为私人行为的话，那就必须说出道理。由于它对这个问题避而不谈，因此对它的争议很大。”另见肖，[同前](#)（2003年），第659页（关于国际法院的判词）：“这使得对违反国际法的行为（例如，酷刑）进行起诉的问题悬而未决，除非这些行为被纳入私人行为的类别中。”

<sup>504</sup> 具体见卡塞塞，“高级国家官员何时可以……”，[同前](#)，第866至870页，特别是第868页（“因此，如果逐字逐句地解释法院的法律主张，就无法或者很难对一些外交部长在在职时所犯下的国际罪行进行起诉。然而，还要提出如下一个更为基本的问题，即为什么要限制外国法院对‘以私人身份’实施的行为进行审判？哪一条国际规则可以排除官方行为？”（着重部分在原文标明。））；大卫·S. 科勒，“外交部长的豁免权：耶罗迪亚判决第61段关于安全理事会和国际刑事法庭”，《美国大学国际法评论》，第20卷（2004年），第16-17页，对逮捕状案的提法，第61段（“法院详细说明了不存在豁免权的四个例子，明确表示在此详细清单之外的任何情况下，外交部长保留绝对的豁免权。”；以及[同上](#)，第18页：“法院有意在第61段中详细列举了不适用豁免的情况，这方面陈述的明显后果是，豁免权保护了前任外交部长以官方身份实施的所有行为。这些行为涉及严重的国际罪行，包括危害人类罪、战争罪、灭绝种族罪和酷刑罪，由此使法院的判决与公认的国际法原则发生了分歧。”）；以及萨索利，[同前](#)，第800-801页（“既然Yerodia先生被指控的行为是在其成为部长之前实施的，因此，对于此人在任期间以私人身份实施的行为是否应受到起诉，[国际法院]没有必要再作说明。然而，这种过渡明确意味着政府对因其行使职能做出的行为依然可以免于第三国法院的起诉。法院没有对这种豁免的暂时延长进行解释。[……]这方面的限制很可能基于过去的一种理论，这种理论包含在各国所适用的国际法逻辑中，而且至少在57年以前就已失去作用。事实上，该理论涉及的是在纽伦堡主要纳粹战犯辩护人的抗辩，根据这些辩护人的抗辩，归因于国家，甚至应由国家承担的行为不能由实施这种行为的个人来负责。[……]，在实践中，允许对‘平等者之间无统治权’的原则提出严重质疑。国家和法院都认为，当它们确信政府的立场不能免除个人的刑事责任时，可以将个人与国家区分开，甚至是地位很高的个人。这种做法不仅适用于国际法庭的诉讼，也适用于国家法庭的诉讼。但就此做法而言，不适合将‘平等者之间无统治权’的原则扩大到为国家行事的个人。”）。另见Buzzini，[同前](#)，第294页，脚注933，他认为法院的判词几乎不符合最近国际刑法的发展。

<sup>505</sup> 根据盖塔的观点（[同前](#)（2003年），第195页），法院判词造成的不确定性也许可以解释比利时当局在对乍得前总统侯赛因·哈布雷的刑事诉讼中所采取的立场。作者说明了这样一个事实，即在对危害人类罪和酷刑罪提起诉讼方面，比利时调查法官“认为有必要解决乍得当局有可能给予前任统治者豁免的问题”。然后作者论述了2002年10月7日乍得司法部长寄致比利时调查法官的信函的法律性质，信中指出哈布雷“不得向乍得当局要求任何豁免”（信函文本可在<http://hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm>浏览）。在这方面，作者注意到“[……]这一弃权是以相关的国内法规为依据的，根据该法规，侯赛因·哈布雷因被控在担任国家元首期间在乍得犯下有关罪行而被取消了国家司法管辖豁免。[……]因此，乍得政府似乎把在乍得国家法院的豁免，即根据国内公法给予某些国家官员的豁免和在外国国家法院的豁免，即国际法给予某类国家官员在外国法院的豁免权混淆了。”放弃豁免的问题将在本部分C节讨论。



183. 相反，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭明确声称，在布拉斯基奇案的传票判决中，对于国际法所涉的多种罪行，如战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪等，不存在**属事**管辖权豁免。判决的相关段落内容如下：

“[给予国家官员职能豁免的习惯规则]的这些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，此类罪行的责任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了此类罪行。[……]”<sup>506</sup>

184. 对国际罪行不能适用**属事**管辖权豁免，这一点在各国的国内法院判例法中也得到了证实。在这种情况下，经常会参照以色列最高法院对艾希曼案的判决。<sup>507</sup>应当注意的是，最高法院从“国家行为”理论的角度审查了这一问题，并规定了“国家行为”的定义，该定义与当前研究中审查的**属事**管辖权豁免概念相一致。<sup>508</sup>既然最高法院规定了“国家行为”定义，它对艾希曼案的判决就应按此定义做出。<sup>509</sup>最高法院在确认耶路撒冷地区法院关于这一点的判决后，<sup>510</sup>驳回了艾希曼关于“国家行为”的抗辩，认为此类辩护并不适用于国际法罪行。最高法院采取这种做法时，特别以《纽伦堡法庭宪章》第7条和《纽伦堡原则》中的原则三为依据。<sup>511</sup>最高法院的观点明确反映在判决的下列段落中：

“无论如何，一旦事件涉及各国法律所禁止的行为，特别是当行为属于‘危害人类罪’的国际罪行（广义上）时，这一理论没有任何基础。对于此类恶劣行为，必须指出，从国际法角度来看，它们完全超出了命令或批准其实施的国家之‘主权’管辖的范围，因此，参与此类行为的人必须对此承担个人责任，不得以其任务的官方特征或者以据以实施该行为的国家‘法律’为抗辩理由。他们的地位相当于为所代表的公司利益而犯罪的个人，这类个人不

<sup>506</sup> 检察官诉布拉斯基奇案，传票判决书，第41段。

<sup>507</sup> 援引如上，第一部分，C.3节。维拉潘多，*同前*，第424页，将艾希曼案视为一个先例，为就国际法所涉罪行拒绝提出**属事**管辖权豁免答辩规定了附加的论据。

<sup>508</sup> 艾希曼案（以色列最高法院），第308-309页，第14段：“‘国家行为’理论是指某人作为国家机关所实施的行为——无论他是国家元首还是依照国家政府命令行事的责任官员——都必须被视为国家自身的行为。只有后者需要承担由此产生的责任，而另一个国家无权惩罚行为人，除非经行为人的授权国同意。否则，一外国即干涉了另一国的内部事务，这违背基于国家主权而产生的国家平等观念”（脚注省略）。

<sup>509</sup> 见德塞纳的评论，*同前*，第383页：“在艾希曼案中，以色列最高法院拒绝‘国家行为’答辩的中心观点实际上是国家机关豁免的例外不适用，尽管艾希曼所犯的罪行可以追究到德国”（着重部分在原文标明）。

<sup>510</sup> 1961年12月12日判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第36卷，第18-276页，第44-48页。

<sup>511</sup> 见最高法院判决书第14(c)段。



能以公司的集体责任为由推脱罪责。换言之，国际法假定一国无法制裁违反其严格禁止规定的行为，由此产生了对‘国际罪行’概念的核心看法，即此类罪行的一方当事人必须为此承担个人责任。否则，国际法的刑事处罚条款将落人笑柄。”<sup>512</sup>

“[……]

“[……]邪恶国家的歧视性和掠夺性政令以及独揽国家权力的独裁者的谋杀令不在国际法考虑的法律范围之列，无论如何不能使这些可怕的罪行发生，也不能使参与实施这些行为的人免于承担个人责任。”<sup>513</sup>

185. 还应当注意上议院在皮诺切特案（第 3 号）中的决定。上议院从国际公法的角度审查了豁免问题，在此问题上，英国立法经必要修改后简单提及了承认给予外交使团团长的豁免。<sup>514</sup>然而，大法官给出的理由是，因皮诺切特被控在任总统期间犯下有关罪行而取消其属事管辖豁免权，这种做法的公正性主要基于 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》的实施，<sup>515</sup>因此不同于习惯法就国际法所涉罪行规定的一般性例外。<sup>516</sup>

<sup>512</sup> 同上，第 14 (b) 段。

<sup>513</sup> 同上，第 14 (d) 段。

<sup>514</sup> 联合王国 1978 年《国家豁免法》第 20 条 (1)。1964 年《外交特权法》将 1961 年《维也纳外交关系公约》纳入其中，后者第 39 条 (2) 关于已停职外交官的豁免的规定得到适用。

<sup>515</sup> 皮诺切特案（第 3 号）。具体见布劳恩 - 威尔金森大法官的观点，第 594-595 页；魁格海的合普大法官，第 623-627 页；以及纽迪吉特的萨维尔大法官，第 642-643 页。比较奇夫里的戈夫大法官的不同意见，第 600 及其后各页（认为没有通过批准《酷刑公约》的方式“放弃”豁免权的）。关于对大法官各种理由的评注，见维拉潘多，同前，第 412 及其后各页。作者强调，1999 年 3 月 24 日上议院拒绝给予皮诺切特豁免权的决定仅限于 1988 年 12 月 8 日后的酷刑行为以及共谋实施酷刑的行为（即，在联合王国批准了《酷刑公约》后，自此，联合王国法院有权在域外起诉这些罪行）。作者进一步注明（第 414-416 页），为了排除对酷刑的豁免，七位大法官采纳了七条不同的理由，要想协调一致有点困难。他还指出（第 417-418 页），大法官们的理由完全以《酷刑公约》为基础，因此有许多属事管辖权（即对于罪行）、属人管辖权（即对《公约》的缔约国）以及属时管辖权（即对《公约》的生效日期）的限制。另见奥尼尔，同前，第 317 页（“皮诺切特案的判决开创了一个先例，它只在某些情况下才拒绝给予国家元首豁免，即根据适用于国家元首且经元首本国和纠纷审理国签署的管辖条约指控前国家元首犯下了国际法所涉罪行。”）；克莱夫·尼克尔斯，“对皮诺切特案的反思”，《弗吉尼亚大学国际法杂志》（《弗吉尼亚国际法期刊》，第 41 卷（2000 年），第 146 页（“对第 3 号皮诺切特案的判决是：前国家元首就酷刑这一项国际罪行不享有豁免权。联合王国的豁免法为 1978 年《国家豁免法》第 20 条，连同 1964 年《外交特权法》附则 1 第 39 条 (2)。上诉委员会多数人认为，一般的说，国家元首根据属人管辖权条款（根据其作为国家元首的地位）享有豁免权，而前国家元首根据属事管辖权条款（就其官方或政府行为）享有豁免权。然而，根据多数人意见对皮诺切特案（第 3 号）的判决表明，1988 年 12 月 8 日（在该日期，西班牙、智利和联合王国批准了《酷刑公约》），因为他们不希望前国家元首的豁免在《公约》批准后续适用。”）之后，

186. 各国国内法院的其他判决或诉讼看来都支持对于国际法罪行不适用**属事**管辖权豁免。例如，在1998年11月3日请求引渡皮诺切特时，西班牙当局明确表示他们认为前国家元首犯下国际法所涉罪行不能享有豁免权。<sup>517</sup>与此类似，在最近的一起判决中，西班牙国家法院含蓄地承认，前国家元首犯下灭绝种族罪不能享有**属事**管辖权豁免。<sup>518</sup>意大利最高上诉法院在**费里尼**案中也支持对犯下国际法所涉罪行的国家官员不适用**属事**管辖权豁免。<sup>519</sup>

187. 还有必要一提的是乍得前总统侯赛因·哈布雷案，他被控在任期间犯有国际法所涉罪行。2006年，非洲联盟授权塞内加尔共和国“代表非洲”起诉哈布雷。<sup>520</sup>

前国家元首就酷刑行为或共谋进行酷刑的行为不能再享有豁免权；以及科斯纳德，**同前**（1999年），第314至320页。

<sup>516</sup> 见，魁格海的合普大法官在**皮诺切特案**（第3号）中的观点，第625至627页。正如维拉潘多所注（**同前**，第416页），魁格海的合普大法官在拒绝就1988年后发生的系统或普遍酷刑行为给予豁免时，以批准《酷刑公约》时联合国就国际罪行承担的习惯义务作为其论据基础，而不是以《公约》本身为基础。

<sup>517</sup> 1998年11月3日提交的引渡请求（对皮诺切特引渡请求的判决），马德里，1998年11月3日（摘录于 <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>），第四段，5(d)，陈述前国家元首的地位在这方面与现任国家元首相去甚远（“前国家元首在这方面的境遇与之大相径庭。《国际法》并不责成对其进行保护，而在《国家行为》理论所倡导之同等原则却并不扩展应用于《国际法》界定之罪行。从这个意义上说，一切现代国际刑法典都以直接或间接的方式明确拒绝以官方行为理论、国家元首享有豁免权理论或其他类似理论为依据为前国家元首提供保护。”）。

<sup>518</sup> **国内法庭，Juzgado 上将诉讼案第4号判决**（2008年），第157页。尽管该案涉及卢旺达现任国家元首卡加梅先生，并因此关系到**属人**管辖权豁免，但中央刑事法院似乎有不同的看法，它认为前国家元首因犯有1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》所涉罪行而不得享有属事管辖权豁免：“《防止及惩治灭绝种族罪公约》规定被控犯有此罪行者应由案发地法庭或相应的国际法庭予以审判，而在本案中西班牙相应的审判厅却不具备以上任何一项条件，因而，如果被控者没有卸任，则其享有的豁免权将阻碍相关的审判进程”（着重部分由作者标明）。

<sup>519</sup> 最高上诉法院，费里尼诉德意志联邦共和国案，2004年3月11日的判决（第5044号），见《国际法评论》，2004年，第二卷，第540-551页，第11段。在就德国军队在第二次世界大战期间对原告实施逮捕、驱逐和强制劳动而导致的损害对德国提起的民事诉讼案中，意大利最高上诉法院认为，“毫无疑问”这些国家官员犯有国际所涉罪行，因此不能享有职能豁免，它还认为没有任何理由使国家豁免情形下的解决方案有所不同。在本判决中，见安德里亚·比安奇，“**费里尼诉德意志联邦共和国案**（意大利最高上诉法院；2004年3月11日判决）；一点评论”，《美国国际法学报》，第99卷（2005年），第242-248页。

<sup>520</sup> 见：非洲联盟国家和政府首脑会议，第七届常会，2006年7月1日至2日，班珠尔，冈比亚，侯赛因·哈布雷案的决定和非洲联盟（非洲联盟大会第127(VII)号决定），第5(二)段，网址：[http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/doc/Decisions\\_and\\_Declarations/Assembly-AU-Dec.pdf](http://www.africa-union.org/root/au/Conferences/Past/2006/July/summit/doc/Decisions_and_Declarations/Assembly-AU-Dec.pdf)。在该决定第5(四)段中，国家和政府首脑会议“请求全体成员国在此事上与塞内加尔政府合作”以及第5(五)段，国家和政府首脑会议“号召国际社会向塞内加尔政府提供支助”。《非洲联盟组织法》第4(h)条规定了联盟根据国家和政府首脑会议的决定，就严重情况，即：战争罪、灭绝种族罪和危害人类罪干预成员国事务的权利：[http://www.africa-Union.org/root/au/AboutAU/Constitutive\\_Act\\_en.htm](http://www.africa-Union.org/root/au/AboutAU/Constitutive_Act_en.htm)。

非洲联盟为审查侯赛因·哈布雷起诉案而成立的非洲法理学家委员会认为，“侯赛因·哈布雷不得受到前国家元首豁免权的保护，目的是为了维护大会通过的彻底拒绝有罪不罚的原则”。<sup>521</sup>

188. 然而，应当注意，各国国内当局，即使到了最近，都还没有就拒绝给予因犯有国际罪行而被起诉的国家官员属事管辖权豁免问题达成一致。<sup>522</sup>因此，巴黎地区检察官在一起指控国际法所涉罪行的刑事诉讼中给予了美国前国防部长属事管辖权豁免。<sup>523</sup>而且，联合王国上议院在对琼斯案的裁决中，许可实施过酷刑的沙特阿拉伯王国及其部分官员享有民事管辖豁免权，其主要理由是：与皮诺切特案的情形不同，针对酷刑行为没有可以适用的条约取消民事管辖豁免权。<sup>524</sup>

<sup>521</sup> 见著名非洲法理学家委员会对于侯赛因·哈布雷案的报告第13段，提交2006年7月非洲联盟首脑会议，在以下网址可以浏览：[http://www.hrw.org/justice/habre/CEJA\\_Repor0506.pdf](http://www.hrw.org/justice/habre/CEJA_Repor0506.pdf)。如前所述（上述脚注505），乍得当局已经放弃了在比利时对哈布雷提起的刑事诉讼中哈布雷的豁免权。

<sup>522</sup> 关于荷兰当局对皮诺切特的态度，见 van Alebeek, 同前，第69页：“当皮诺切特1994年访问荷兰时，荷兰检察官没有根据请求逮捕这位将军。在皮诺切特安全离开该国后，有人以检察官未对这位前任统治者提起控诉为由对检察官提起索赔。法院驳回了这一主张，声称‘很明显，起诉皮诺切特……可能遇到太多的法律和实践问题，检察官在权利范围内最好的处理办法就是不起诉’（Gerechsthof Amsterdam, Chili Komitee Nederland 诉公证人案（1995年），摘录于《荷兰国际法年鉴》，第28卷（1997年），第363-365页）”。

<sup>523</sup> 2007年10月25日，四个人权组织（国际人权联合会、宪法权利中心、人权及公民权联盟以及欧洲宪法权利及人权中心）向巴黎地区检察官递交了诉状，起诉美国前国防部长唐纳德·拉姆斯菲尔德，指控其犯有酷刑罪，因为其在关塔那摩湾和阿布格莱布直接和亲自实施和命令采用严厉的审讯技术构成了酷刑，违反了1984年《酷刑公约》，该公约在法国被批准和实施。在起诉时，唐纳德·拉姆斯菲尔德正在法国访问。在2007年11月16日的信（<http://www.fidh.org/IMG/pdf/reponseproc23nov07.pdf>）中，巴黎地区检察官让-克劳德·马林通知双方律师撤销该案，解释如下：

“外交部有关人员[……]指出，在实施国际法院认可的习惯国际法规则时，给予国家元首，政府首脑和外交部长的，其以官方名义实施的行为刑事豁免权在其卸任后继续存在，而且由于延伸，作为国防部长的拉姆斯菲尔德先生应享有与其在行使职能时所做出的行为相应的豁免权。此外，当事人在法国居留的期限到2007年10月27日止（后续诉讼程序编号为P0729908132）。”

<sup>524</sup> 琼斯案，特别是霍夫曼大法官的意见，第71段。大法官们解释的基础是，实质上禁止酷刑和司法管辖豁免是不同的问题，正如霍夫曼大法官明确指出的那样（第44段）：“绝对法是对酷刑的禁止。但是联合王国给予沙特阿拉伯王国国家豁免并无意建议向任何人实施酷刑。沙特阿拉伯王国在主张豁免时也没有对其酷刑的使用做出合理解释。”见，关于本案，Carlo Focarelli, “I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente”, 《国际法回顾》（*Rivista di diritto internazionale*），第90卷（2007年），第637-656页，第642-646页。

189. 尽管围绕这个问题仍然存在着不确定性，<sup>525</sup>但是法律著述中开始越来越多地议论属事管辖权豁免不适用于国际法所涉罪行的问题。<sup>526</sup>这一原则已经由国际法学会在其 2001 年决议第 13 条第 2 款中予以明确肯定，规定前国家元首（以及前政府首脑<sup>527</sup>）“[……]当被指控的行为构成国际法所涉罪行时，可以被起诉和审判[……]”。<sup>528</sup>除了战争罪、危害人类罪、灭绝种族罪和酷刑罪以外，属事管辖权豁免的不适用范围还延及“严重人权罪”<sup>529</sup>、飞行器轰炸<sup>530</sup>、非常规引渡<sup>531</sup>和“严重国际法罪行、国家支持的恐怖主义”。<sup>532</sup>

190. 法律著述和司法判决依据了一些观点和因素，以支持对国际法所涉罪行不适用属事管辖权豁免的主张。尽管观点和因素各异，但是可以确定两大主要的理由。第一依据的是国际法罪行被划为“非官方”行为，因此被排除出属事管辖权豁免的自然范围。第二依据的是假定国际法罪行无论是官方行为与否，都根据国际法承认的例外而排除出属事管辖权豁免的范围。<sup>533</sup>

<sup>525</sup> 见福克斯，“国际法学会的解决方案”，同前，第 125 页，关于学会的解决方案评论：“国家元首一旦离职便取消其就其履行官方职能过程中犯下国际罪行享有的刑事管辖豁免，这种取消是不确定的，但是在皮诺切特案中得到了支持，然而，可能存在对该决定的争议。”另见魁格海的合普大法官的评论，皮诺切特案（第 3 号），第 622-623 页：“[……]即使在此类重罪根据习惯国际法已经上升到绝对法的地位，仍然不存在总括协定将它们排除于前国家元首有权享有的外国国家法院司法管辖豁免权范围之外。”

<sup>526</sup> 具体，见比安奇，同前（1999 年），第 259 页；戴，同前，第 499 页及其后各页（关于“核心罪行”）；多米尼斯，同前，第 305 至 306 页（具体涉及前国家元首的豁免）；克林伯格，同前，第 552 页（“根据习惯国际法，前国家元首像任何其他国家官员一样，就其官方行为享有所谓的职能豁免。然而，在对人豁免的情况下则不同，很可能有人认为给予职能豁免的规则已经发展出例外规则，适用于前国家官员被怀疑犯下了战争罪或危害人类罪的情况。”）；以及本节下文提到的作者，还有维拉潘多引用的人，同前，第 414 页，脚注 138。

<sup>527</sup> 见决议第 16 条。

<sup>528</sup> 《国际法学会季刊》，同前，第 753 页。

<sup>529</sup> 国际法学会，《最后报告……》，同前，第 423 页，结论和建议，第 4 号：“对属于普遍管辖范围内的严重侵犯人权罪不适用任何豁免，因为这些罪行是以官方身份实施的。”

<sup>530</sup> 札巴拉，同前，第 611 页：“有人认为飞行器轰炸（导致大量杀害无辜平民）应视为国际法所涉罪行，而且不应以官方行为豁免作为抗辩理由，这种观点似乎较为合理。”

<sup>531</sup> 具体见盖塔，同前（2006 年），第 129 页，关于 2003 年 1 月中情局代理人在意大利米兰诱拐阿布·奥马尔一事，作者认为，此类非常规引渡将使个人面临酷刑的危险（禁止这种酷刑似乎已获得绝对法的地位）并有可能导致严重的蓄意侵犯人权事件。

<sup>532</sup> 卡塞塞，“高级国家官员何时可以……”同前，第 864 页。

<sup>533</sup> 在范德梅尔斯法官于 1998 年 11 月 6 日就在比利时对皮诺切特提起刑事诉讼发布的命令中，他强调，皮诺切特被控的行为不属于豁免的范围，理由有两个：1) 因为它们不属于通常国家元首职能的行使范围；2) 因为国家元首享有的豁免并不适用于国际法下的罪行；同前，第 3.1 节。Weyembergh，同前，第 185 页，批评范德梅尔斯法官的命令，并评论说所引用的两个理由



### (一) “非官方”行为的界定

191. 关于第一条理由，一些作者建议，国际法罪行不应归于“官方行为”，因为它们不属于国家的“正常”职能。<sup>534</sup>这一观点还被希金斯、科艾曼斯和比尔根塔法官在逮捕状案中的联合独立意见所提及。<sup>535</sup>对于酷刑和共谋实施的酷刑，上议院司法委员会一些成员在上议院 1998 年 11 月 25 日对皮诺切特案的判决中也采纳了此观点，<sup>536</sup>随后，部分大法官在 1999 年 3 月 24 日对同一起案件的判决中间接地提及了此观点，但不够明确。<sup>537、538</sup>国内法院的其他判决看来也予以支持。<sup>539</sup>

可以简单归结为一项：根据该作者的观点，正是由于国际法下的罪行不能被视为国家元首的职能行为，这些罪行才不属于前国家元首享有的豁免权的范围。

<sup>534</sup> 具体见安德烈亚·比安奇，“拒绝给予侵犯人权者国家豁免权”，《澳大利亚公法与国际法期刊》，第 46 卷（1994 年），第 227 至 228 页；吉尔·M. 西尔斯，《面对“有罪不罚的文化”：皮诺切特案中纽伦堡的国家元首豁免》，《德国国际法期刊》，第 42 卷（1999 年），第 126 页（“在这起酷刑指控案中产生的‘皮诺切特悖论’令人费解：国际法要求将公职人员以官方身份实施的酷刑构成一项罪名，但同时规定最大的责任官员——指示实施非法酷刑的国家元首——享有其官方行为豁免。问题在于国际法下的刑事行为是否可以合理地视为‘官方行为’。联合王国上议院在皮诺切特将军案中认定，这种结果是不能容许的”）；肖，同前（2003 年），第 658 页（“官方行为的定义有些不明确，但是有人建议，它应当排除明显违反国际法的行为。至少可以从皮诺切特案（第 3 号）的判决中得出这样的结论：争议的罪行如果根据《公约》属于国际法所涉罪行，当存在普遍或域外强制执行机制时，至少应在涉及相关条约缔约国的范围内，排除属事管辖豁免权抗辩。这可能是对该判决的一种审慎的解读，这一领域的法律很可能会有进一步的发展”）；唐克斯，同前，第 659 页（对皮诺切特案的评论，作者指出：“虽然前国家元首就其掌权时所实施的官方行为仍然保留有豁免权，但是就其所犯的国际罪行而言，他们不享有任何保护，因为此类严重滥用职权的行为不属于国家元首的合法职能。尽管皮诺切特当时担任国家元首，但是国际法认为酷刑行为已远远超出了合法国家行为的限度，在该行为中，必须将其视为私人行为主体。”作者后来补充说：“取消对前国家元首的私人行为包括对任何情况下所犯国际罪行的豁免，这种做法与国家元首豁免理论的双重目的相一致：尊重国家主权平等和提升外交职能。”）；以及怀特，同前，第 216 至 222 页（认为酷刑行为以及危害人类罪根据国际法不能被视为国家元首的官方行为，只要国际法将其定为刑事罪）。另见本努纳，《国际法学会季刊》，同前，第 616 页。

<sup>535</sup> 联合独立意见，第 85 段。关于这一提议的重要评论，见柯勒，同前，第 29-30 页。

<sup>536</sup> 皮诺切特案（第 1 号），斯泰恩大法官，第 1337 页（“[……]我觉得很难将这样的重罪列为国家元首履行职能的行为”）；以及尼克尔斯大法官，第 1332 页（“不言而喻：对自己的臣民或外国人实施酷刑依照国际法不被视为国家元首的职能。所有国家都抵制使用酷刑这种令人憎恶的做法，不过有些国家时不时地还会采用。与此类似，挟持人质和酷刑一样，也被国际社会宣布为一项罪行。当然，国际法承认，根据国家元首的本国法或外国法，国家元首的职能可能包含不法行为，甚至是非法行为。但是国际法明确规定了某些类型的行为，包括酷刑和挟持人质，对任何人而言都是不可接受的行为。这适用于国家元首如同适用于其他每个人，甚至更多；相反的结论则是对国际法的一种嘲讽。”）

<sup>537</sup> 见科斯纳德，同前（1999 年），第 319 页。

<sup>538</sup> 见霍顿大法官的明确观点，皮诺切特案（第 3 号），第 639 页：“我的结论是，皮诺切特不享有豁免权这一点是以酷刑行为不属于国家元首职能这一观点为基础的，因此在本案中，上议员皮



192. 然而，认为国际法罪行根据性质不属于官方行为的观点已经遭到批评，包括在各国国内法院<sup>540</sup>和法律著述中。<sup>541</sup>有人评论说“在多数案件中，[国际]罪行正是由高级官员实施或由高级官员支持实施的，作为国家政策的一部分，因此可以归为官方行为”。<sup>542</sup>特别法官范登韦恩加尔特在逮捕状案中表达的不同意见也指出了这一点。<sup>543</sup>此外，认为国际法罪行根据性质属于“私人”行为的看法可能

诺切特作为前国家元首所享有的豁免权并不产生于或附着于酷刑行为。”更加含混不清的问题，另见布劳恩-威尔金森大法官，[同上](#)，第 593 页：“必须回答的问题是上议员皮诺切特被控组织国家酷刑（如经证实）是否构成上议员皮诺切特作为国家元首的官方职能行为的一部分。实施犯罪就不构成国家元首的职能组成部分这种说法远远不够。当地法律规定的刑事犯罪行为仍然可以由官方实施，从而产生属事管辖权豁免。本案需要进一步的分析。”

<sup>539</sup> 例如，在起诉苏里南前国家元首德西·鲍特瑟的刑事案件中，阿姆斯特丹上诉法庭根据“此类非常严重的刑事罪不能被视为国家元首官方职责的一部分”，驳回了鲍特瑟主张豁免的请求；2000 年 11 月 20 日的判决书，第 4.2 段，部分摘录于英文版《荷兰国际法期刊》，第三十二卷（2001 年），第 276 至 282 页，第 277 页。（关于评论，见利斯贝特·塞哥菲尔德，“鲍特瑟案”，[同前](#)，第 97 至 118 页，特别是第 113 至 116 页）。另见地区法院（马萨诸塞州地区法院），*Teresa Xuncax*，1995 年 4 月 15 日的判决书，886 F. Supp. 162（民事案件）。

<sup>540</sup> 见皮诺切特案（第 1 号）中的反对意见：哈德利的史琳大法官，第 1309 页，以及贝里克郡的劳埃德大法官，[同上](#)，第 1323 至 1324 页。关于评论，见皮尔森，[同前](#)，第 291 页（特别注明“虽然反对者并没有不得体地表达，但他们的理由却是以压制政府仍然是一个政府为前提的”）。另见下列案例（虽然不是刑事诉讼）：加利福尼亚州北区地方法院，*珍·多伊一世等人（原告）诉 Liu Qi 等人（被告）；原告 A 等人（原告）诉 Xia Deren 等人（被告）*，第 1285 页及其后各页（在将美国《外国国家豁免法》适用于法轮功练习者对中华人民共和国地方政府官员提起的诉讼案时，地区法院驳回了原告认为“在本案中，被告行为越权，违反了国际法，因而无权根据《外国国家豁免法》享有豁免权”的主张（[同上](#)，第 1280 页）；相反，地方法院认为“官员的权限范围”要由“外国国家的国内法裁量”（[同上](#)，第 1283 页）；纽约州南区地方法院，*Ra' Ed Mohamad Ibrahim Matar 等人（原告）诉前以色列安全总局局长 Avraham Dichter（被告）*，第 292-293 页（地方法院驳回了原告的观点，即：因为诉状所指控的法外处违反了国际法的绝对法原则，根据《外国国家豁免法》的目的，这些行为必然超越了官员的合法权限）；联邦上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭，*Ali Saadallah Belhas 等人（上诉人）诉前以色列陆军情报部部长 Moshe Ya'alon（被上诉人）*，编号 07-7009，2008 年 2 月 15 日（驳回了上诉人的观点，即 Ya'alon 将军违反了国际法的绝对法规范，他的行为“超越了能够提供诉讼保护的任何权限范围”）。关于酷刑，又见康希尔的宾咸大法官（第 19 段）和霍夫曼大法官（第 72 段）就琼斯案在联合王国上议院采纳的观点。

<sup>541</sup> 具体见多米尼斯，[同前](#)，第 304-305 页，他强烈批评这样的观点：根据定义，与国际法冲突的行为（例如酷刑）不应被视为以公务身份实施的行为。阿坎德也表达了批评，[同前](#)，第 414 页；科斯纳德，[同前](#)（1999 年），第 315 页（关于多数法官对皮诺切特案 1998 年 11 月 25 日的判决的看法）；De Smet 和 Naert，[同前](#)，第 505 页；以及萨索利，[同前](#)，第 802-803 页（述及就提交国际法院审理的逮捕状案单独提出的不同意见，这些意见涉及国际罪行是否应被视为官方行为的问题，并最终赞同哈苏奈大法官的观点，认为国际罪行依据定义属于官方行为）。另见维尔霍文，“临时报告”，国际法学会，[同前](#)，第 514 页。

<sup>542</sup> 武泰，[同前](#)，第 262 页。作者然后批评了法院“采用‘官方/私人行为’模糊而有争议的标准而不是前国家元首在国际罪行中的豁免权例外”。

<sup>543</sup> 不同意见，第 162 页，第 36 段：“法院可以也确实应当补充说明，战争罪和危害人类罪不得列入私人行为的范畴。国际法所涉及的某些罪行（例如某些灭绝种族和侵略行为）出于实务的目

很难与国家须对其机关犯下的国际法所涉罪行承担责任这一原则协调。<sup>544</sup>在这方面，有必要提及前南斯拉夫问题国际刑事法庭审判分庭在**检察官诉库纳拉茨**案中采纳的观点。该审判分庭非但不认为国际法罪行不应划为“官方”行为，并且做出如下评论：

“[……]国际刑法中并无特权以保护国家代表或代理人免于承担个人刑事责任。相反，以公务身份行事可以构成判决时考虑的加重处罚情节，因为该官员非法使用和滥用了为合法目的而授予其的权力。”<sup>545</sup>

## (二) 排除**属事**管辖权豁免作为国际法承认的例外

193. 部分法律著述并没有否定国际法所涉罪行可以为**属事**管辖权豁免的目的而被视为公务行为，但是仍然认为这种豁免由于国际法承认的一项例外而并不涵盖此类罪行。这一建议也获得了国际法学会 2001 年决议第 13 条的认同。<sup>546</sup>国际法学会避开对国际法罪行是否可被视为官方行为这一问题的争论，而是简单地将此类罪行排除出前国家元首或政府首脑**属事**管辖权豁免的实施范围。<sup>547</sup>

194. 在证实国际法罪行的**属事**管辖权豁免存在例外时，依据的因素各不相同。一些作者依据的是确立此类罪行的规则的所谓绝对法性质。其结果就是这些规则必

的，只能通过国家手段和机制并作为国家政策的一部分实施。从这个角度看，它们当然就是‘官方’行为”。

<sup>544</sup> 在这方面，见 Rao 发表的评论意见，《皮诺切特案后：在严重侵犯人权方面的外国主权豁免——欧洲人权法院对**阿尔阿德萨尼**案的判决》，《德国法律期刊》，第 3 卷（2002 年），第 7 页：“事实上，美国联邦法院虽然经常，甚至在严重侵犯人权的案件中，根据《外国国家豁免法》给予外国国家主权豁免，但是仍然倾向于将酷刑、即决处决和其他严重侵犯人权的行为视为超出了官员的权限范围，从而不属于《外国国家豁免法》规定的个人豁免范围。作必要的更改后，这一点被上议院对皮诺切特案的判决所否定，因为它很难与如下假设相一致，即个人行为作为不可归于主权的‘私人行为’仍然违反国际法。不过，由于欧洲人权法院没有对个人豁免问题发表意见，对国家官员提起的法律诉讼作为事实问题，仍然可以为侵犯人权问题提供解决的机会。”

<sup>545</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，第一审判分庭，**检察官诉德拉戈留布·库纳拉茨、拉多米尔·科瓦奇和佐兰·武科维奇案**，2001 年 2 月 22 日判决书，第 494 段。

<sup>546</sup> 见上文脚注 528。

<sup>547</sup> 塞尔蒙，**同前**（2002 年），第 517 页，对国际法学会旨在将国际法所涉罪行从前国家元首的**属事**管辖权豁免范围内排除的表述进行评论：“根据该提法，国际法学会准备明确取消不在任的受益人某些非法行为（“违反国际法的罪行和挪用国家资产或资源的行为”）的豁免权，从而在这种行为是否属于行使职能时的行为这一点上避免了争议。”另见维尔霍文，“最后报告”，《国际法学会季刊》，**同前**，第 594 页，第 14 段；以及**同上**，第 575 页（塞尔蒙）和第 671 页（加亚）：“[……]国际法某些条款虽处理了外交人员或领事人员的职能，但在某种程度上，却将国家元首的职能留给了国内法处理，这引起了异议。委员会为慎重起见，对这个方面避而不谈，但接受了违反国家法罪行的一个例外。”

然优先于豁免规则，而豁免规则看起来并不具有绝对法的地位。<sup>548</sup>这种观点还被哈苏奈法官在逮捕状案中所表达的不同意见所引用。<sup>549</sup>虽然绝对法的观点得到了国内法院案例法的支持，<sup>550</sup>但是其他国家法院对此拒绝接受。<sup>551</sup>

<sup>548</sup> 例如，见比安奇，*同前*（1999年），第265页（关于**属事**管辖权豁免和**属人**管辖权豁免：“作为国际法问题，无疑绝对法规范由于其更高的地位，必须高于其他国际法规则，包括管辖豁免。”）；van Alebeek，*同前*，第49页（“对国际法律制度的豁免规则的一致解释默示无论是**属事**管辖权豁免还是**属人**管辖权豁免，都不应延及违反国际社会公共秩序的行为”，正如具体规定在绝对法中的那样[具体涉及比安奇脚注]；*同上*，第64页：“违反国际法的绝对法规范的罪行不受**属事**管辖权豁免的保护。”）；H. F. van Panhuys，“国家行为理论与管辖豁免问题的交集”，《国际法和比较法季刊》，第13卷（1964年），第1213页（“国际法专门关于个人问题的某些规则，认为**属事**管辖权豁免抗辩完全不合理，这恰到好处。这就是所谓的‘国际法罪行’案。可能会出现一些情况，在这些情况下，地方法院或国家集团创设的国际法院必须被视为对这些犯罪人享有管辖权，即使这些人是根据‘国家命令’实施的罪行。”）；以及Alberto Luis Zuppi，“豁免权与普遍管辖权：国际法院对耶罗迪亚·恩东巴西的判决”，《路易斯安娜法律评论》，第63卷（2003年），第323页（“看起来国际法不能承认其同时谴责的行为享有豁免权。因此，很难理解国际法将对某些丑恶罪行的禁止确认为极为重要——上升到绝对法的水平，但同时又接受当犯罪人担任官方职务时的主权豁免保护。因此，当我们说到这些违反国际法的犯罪行为时，这些违反行为不应受国家豁免的保护。”）关于禁止酷刑，见坎托，*同前*，第528-529页：“既然解决了法院管辖权限的问题，豁免权的问题就不那么重要了。外交部长违反1969年条约法公约第53条强制性规定的行为要受到起诉，这一点似乎是无可争议的。从某种程度上讲，自著名的夫伦基亚被捕案构成绝对法标准以来，法理学界一致认定禁止酷刑方面亦应如此。然而，如果认为外交部长豁免权原则同样属于绝对法的范畴——这一点令人十分怀疑——那么，禁止酷刑——假定这是人权方面绝对法的唯一标准——就应优先于豁免权方面的规定”。

<sup>549</sup> 不同意见，第7段。这位持不同意见的法官也就在外交部长的豁免问题发表他的看法。有人认为，“从绝对法的角度讲，有效打击严重罪行反映了国际社会对其所期望保护和促进的重大社会利益和价值观的承认，但他认为这一点存在争议。因此，当体系中更高级的规范与豁免规则发生冲突时，就应以这一更高级的规范为准。即使我们希望就两套规则的协调性发表意见，我也仍认为这是对高层官员的豁免做出的比判决所描述的更具限制性的解释。顺便提一下，这种限制性的方式与目前公认的限制性国家豁免概念的发展更趋一致，这种趋势消除了常被提到的对一些国家向另外一些国家管辖机构提交诉讼案的限制（平等者之间不存在统治权）。很难看出为什么国家接受外国对本国重要发展领域的行为而不是本国官员的刑事行为进行司法管辖程序。”

<sup>550</sup> 关于酷刑，米勒大法官在**皮诺切特案**（第3号）中的观点值得注意，第651页：“大法官，智利共和国是《酷刑公约》缔约国，必须视为已接受由外国国家法院对官方酷刑行为采取和实施刑事管辖这一义务。我不认为这意味着由此放弃了其豁免权。我认为，根本不存在要放弃的豁免权。这种罪行所能实施的情况通常都会产生豁免权。国际社会确立了一项**属事**管辖豁免根本不能适用的罪行。不能应认为国际法在确立了一项具有绝对法特征的罪行的同时，又规定了与其所施加的义务同样广泛的豁免。”另见，对德国提起的一起民事案件：意大利，最高上诉法院，**费里尼诉德意志联邦共和国案**，第547页，第9.1段，认为，确立国际罪行的规则具有“更高的等级”，必须比国家豁免外国管辖的规则更优先适用。

<sup>551</sup> 具体见，联邦上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭，**Hwang Geum Joo 等人诉日本案**，2003年6月27日判决书，332 F.3d 679。本案涉及15名前“慰安妇”就第二次世界大战前及期间受到的性奴役和酷刑向日本提出的损害赔偿要求，地方法院驳回了原告的观点，即据称受到违犯的绝对法规则的性质可能意味着日本对其管辖豁免权的放弃（*同上*，第686-687页）。

195. 绝对法观点的影响力似乎取决于豁免规则与确立国际罪行的规则之间是否存在真实冲突；在这方面，似乎将某种行为规定为刑事犯罪的国际法实体规则与在特定情形下防止该行为在外国刑事管辖下被起诉的规则无法并存的观点并非不证自明。对于国家豁免，法律著述<sup>552</sup>和欧洲人权法院在阿尔阿德萨尼案中已经否定了存在这种冲突的看法。<sup>553</sup> 联合王国上议院在琼斯案中已经表达了类似的观点，该案涉及国家豁免和国家官员对外国民事管辖的豁免。<sup>554</sup> 产生的问题是确立国际罪行的规则和国家官员豁免外国刑事管辖的规则之间是否确实存在此种冲突。<sup>555</sup> 在这方面，有人认为，国际法罪行的豁免将很难与国际社会对此类罪行的严正谴责相一致。<sup>556</sup>

<sup>552</sup> 见福克斯，《国家豁免法》，（牛津大学出版社，2002年），第525页：“国家豁免是归国家法院管辖的一项程序规则。它不属于实体法的范畴；它与绝对法规范包含的禁止并不矛盾，而仅仅是将对其的任何违反引入不同的解决方法。存在争议的是，在程序性的国家豁免抗辩中不存在绝对法命令可以钻研的实体内容。”

<sup>553</sup> 阿尔阿德萨尼诉联合王国案，第52-67段，特别是第61段：“[……]尽管国际法中禁止酷刑具有专门的特征，但是法院无法从国际文书、司法典据或其他材料中辨别出任何有力的证据，从而得出：根据国际法，一国不再就被指控的酷刑行为享有在其他国家法院的民事诉讼豁免。[……]”；以及第66段：“法院虽然注意到禁止酷刑的最高重要性被越来越多地承认，但是并没有由此认定国际法已经接受了这样的建议，即国家就被指控的在法院地国以外实施的酷刑不再享有民事损害赔偿诉讼豁免。1978年法案授予国家在个人损害赔偿方面的豁免权，除非损害发生在联合王国境内，该法案与各国普遍接受的国家豁免主义的限制内容并不矛盾。”比较罗扎基斯法官和卡夫利施法官的联合的不同意见，并加入维尔德哈伯、科斯塔、卡布拉尔·巴瑞托和 Vajić 法官的意见，特别是第4段：“[……]并非诉讼的性质决定绝对法规则对其他国际法规则的效力，而是作为强制性规范的特征以及其与体系中较低等级规则的相互作用。禁止酷刑作为绝对法规则，在国际范围内有效并且在国际范围内使主权豁免规则丧失了全部的法律效力。国内诉讼属于刑事或是民事性质不是实质性问题。正是相关国际规则的相互作用取消了管辖限制，国家法官不能认可由被告国家提出的豁免抗辩从而阻止他对案件行使法律权力和处理申请人就所指控对其造成的损害的索赔[……]”。

<sup>554</sup> 琼斯案，霍夫曼大法官，特别是第45-44段：“绝对法就是禁止酷刑。但是联合王国给予王国豁免并不是建议对任何人实施酷刑。王国主张豁免也不是要证明酷刑的正当性。[……]因此，要证明与国家豁免的冲突，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，使国家有权或可能要求国家对其他国家被指控犯有酷刑罪的案件中承担民事管辖。这样一项规则可能是值得的，而且随着国际法的变迁，可能已经发展完善。但是，与[欧洲人权法院]阿尔阿德萨尼案中的少数声明相反，它并不为酷刑之禁止所必然附带。”

<sup>555</sup> 阿坎德否定了此类冲突的存在，[同前](#)，第414页。

<sup>556</sup> 具体见，维拉潘多，[同前](#)，第424页：“[……]一方面是对危害人类罪严加谴责，另一方面是基于豁免权方面的辩护适用消除危害人类罪的普遍原则，这两者是不相容的”（脚注省略）。另见比安奇，[同前](#)（1999年），第260-261页：“国际法罪行的概念与将个人隐藏在官方地位下的任何形式的豁免之间的矛盾十分明显。豁免作为国际法给予的一种保护形式，在某些情况下对于特定类别的个人而言，不能与违背国际法律制度的根本原则的行为共存。争论是逻辑的争论。国际法不能对被国际法谴责为刑事犯罪且危害国际社会整体利益的行为给予起诉豁免。”



196. 鉴于国际法所涉罪行犯罪人所担任的官方职务不能使其免于承担刑事责任的原则正在得到越来越多的人承认,这个问题至关重要。委员会在1954年和1996年危害人类和平及安全治罪法草案中对这一原则予以明确承认。<sup>557</sup>委员会在对1996年草案第7条的评论中认为,实体法的这一原则不同于对国际法所涉罪行实行程序上豁免的主张,不过,委员会在该情形下是否是指对外国国家司法管辖的豁免这一点并不十分明确<sup>558</sup>:

“纽伦堡法庭在判决中进一步确认,国际法所涉罪行行为人不能以其官方职务为借口逃避相应诉讼程序的惩罚。在相当的司法诉讼程序中,起诉或惩罚缺乏任何程序上的豁免,这是缺乏实体豁免或辩护的必然结果。[脚注69:国际刑事法庭的司法诉讼程序将成为相应的司法诉讼程序的典型例子,其中,个人不能根据其官方职务援引任何实质或程序上的豁免以逃避起诉和惩罚。]”<sup>559</sup>

197. 根据犯罪人官方职务提出的抗辩无相关性也被法律著述所引用,这一点连同其他因素,证明习惯法特殊规则是存在的,该规则规定了属事管辖权豁免对于国际法罪行的例外。<sup>560</sup>

198. 卡塞塞在对国际法院在逮捕状案中的判决进行评论时,批评该法院没有提到“取消被起诉犯下国际罪行的国家官员的职能豁免的习惯规则”。<sup>561</sup>卡塞塞指出,

“这样一项规则得到国际社会的明确承认,其涉及面很广:不仅涵盖了有关国际法院的各种条约或其他国际文书相关条款,而且还述及了国际和国内案例法”。<sup>562</sup>

关于同样的问题,另一位作者<sup>563</sup>得出了类似的结论:

<sup>557</sup> 1954年危害人类和平及安全治罪法草案,以及1996年危害人类和平及安全治罪法草案。关于这些草案案文,见第一部分,D.3节。

<sup>558</sup> 见上文第一部分,D.3节。

<sup>559</sup> 《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第27页,第7条评注第(7)段。

<sup>560</sup> 在认为存在该种习惯规则的作者中,具体见卡塞塞,“高级国家官员何时可以……”,同前,第864-866页和第870-874页;盖塔,同前(2002年),第979-982页;札巴拉,同前,第601-602页;以及Weyembergh,同前,第186-191页(确认存在一项习惯法规则,规定对前国家元首在危害人类罪、战争罪和违反和平罪方面存在豁免原则的例外;指出此项例外适用于国际和国内法庭;并认为此类例外的存在不能以其在实践中并未导致对国家元首的谴责为由加以否定(第189-190页))。另见阿坎德,同前,第414页(对关于“在对国际罪行的相关诉讼程序中取消属事管辖权豁免的独立规则”)。

<sup>561</sup> 卡塞塞,“高级国家官员何时可以……”,同前,第870页及其后各页。

<sup>562</sup> 同上,第864至865页。



“[……]可以争论的是，习惯法规则在国际社会已经发展到这样的地步：所有国家官员，包括最高层官员，如果被诉犯有战争罪和危害人类罪（无论后一种罪行是否在战争时期犯下）都无权在（国内或国际）刑事诉讼中享有职能豁免。显然，这一习惯法规则构成了一般规则的例外，一般规则允许给予国家机关以公务身份行事的职能豁免。很明确的一点是，两项规则之间的关系是特别法与一般法之间的关系。较不明确的是特别规则的基本原理。有人认为，待审理的罪行实际上是对国际社会认为极为重要的价值观的攻击。因此，许可起诉和审判未成年罪犯，而对有关领导者不予惩罚，这种做法似乎不合理，主要理由是未成年人犯罪通常是与高级国家官员的教唆、纵容，至少是默许有关。根据一般情形，国家当局不会就所指控的罪行将本国高级官员推上审判台，因此这些官员所犯的罪行也就不会受惩罚，只要关于职能豁免的习惯法规则继续保护高级国家官员免遭在外国法院或国际刑事法庭起诉和审判”<sup>564</sup>（脚注省略）。

199. 在法律著述中，有些人援引了习惯国际法的若干内容，他们坚持习惯国际法的一项规则要求取消对国际法所涉罪行适用的**属事**管辖权豁免。这些内容不仅包括国内案例法（特别是法院在**艾希曼案**<sup>565</sup>和**皮诺切特案**<sup>566</sup>中的判决），而且还包括各种文书，如设立国际军事法庭并确定其法官的1945年8月8日《伦敦协定》；<sup>567</sup>《远东国际法庭宪章》；<sup>568</sup>1945年《监督委员会第10号法案》；<sup>569</sup>1948年《防止及惩治灭绝种族罪公约》；<sup>570</sup>《纽伦堡原则》原则三，该原则得到联合国大会1946年12月11日第95（I）号决议的确认，后由委员会作了陈述；<sup>571</sup>1973年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；<sup>572</sup>前南斯拉夫问题国际刑事法庭<sup>573</sup>和卢

<sup>563</sup> 盖塔，**同前**（2002年），第979至983页。

<sup>564</sup> **同上**，第982页。

<sup>565</sup> 见**上文**第184段。

<sup>566</sup> 见**上文**第185段。

<sup>567</sup> 该协定第7条规定：“被告人的官职，无论是国家元首还是政府部门的负责官员，不得被视为可以免除其责任或减轻对其的刑罚。”另见第一部分，C.3节。

<sup>568</sup> 第6条。关于该案文，见上文第一部分，D节。脚注171。

<sup>569</sup> 第二条（4）（a）规定：“任何人的官职，无论是国家元首还是政府部门的负责官员，不得免除其罪责或减轻对其的刑罚。”

<sup>570</sup> 第4条。关于该案文，见上文第一部分，A节，脚注8。

<sup>571</sup> 原则三。关于该案文，见上文第一部分，A节，脚注7。

<sup>572</sup> 第三条规定：“任何个人、组织或机构的成员、或国家代表，不论出于什么动机，如有下列行为，即应负国际罪责，不论是住在行为发生国境内还是其他国家：

“（a）触犯、参与、直接煽动或共同策划本公约第二条所列举的罪行；

旺达问题国际刑事法庭<sup>574</sup>规约；以及《国际刑事法院罗马规约》第 27 条。<sup>575</sup>关于《国际刑事法庭规约》第 7 条和《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》第 7 (2) 条规定的原则含有习惯法的性质，关于这一点，应当注意以色列最高法院对艾希曼案中的判决书，<sup>576</sup>以及前南斯拉夫问题国际刑事法庭案例法。<sup>577</sup>

200. 要求取消对国际法所涉罪行属事管辖权豁免的规则具有习惯法的地位，为了证明这一点，还可以参考大量案例。在这些案例中，外国法院否定国家官员就战争罪、危害人类罪或灭绝种族罪享有豁免。<sup>578</sup>在这方面，可以说许多案例涉及的是军事官员，但有人认为：

“ (b) 直接教唆怂恿或协同触犯种族隔离的罪行。”

<sup>573</sup> 第 7 (2) 条。关于该案文，见第一部分，D 节，脚注 171。关于本条款的基本原理及其对国家官员豁免的影响，见：秘书长根据安全理事会第 808 (1993) 号决议第 2 段提交的报告，S/25704 号文件：

“第 55 [段]。事实上，秘书长收到的所有书面意见都建议国际法庭规约应将国家元首、政府官员和执行公务的个人的刑事责任列为条款。这些建议引用了第二次世界大战后的先例。因此，《规约》应在有关条款中具体规定，以国家元首豁免权为辩解或以被告人是执行公务犯罪为辩解均不能构成辩护理由，也不能减轻刑罚。

[……]

第 57 [段]。奉政府或上级命令实施的行为不能使犯罪者免除刑事责任，也不构成辩护理由。但是，如果国际法庭裁定此行为合乎正义要求，则可将服从上级命令视为一个减刑因素。例如，国际法庭可以将上级命令这一因素与其他辩护理由，如被胁迫或道德上无选择余地等一同考虑” (着重部分由作者标明)。

<sup>574</sup> 第 6 (2) 条规定：“任何被告人的官职，不论是国家元首、政府首脑、或政府负责官员，不得免除该被告的刑事责任，也不得减轻刑罚。”

<sup>575</sup> 关于第 27 条案文，见上文第一部分，D. 4 节，第 84 段及相应的脚注。

<sup>576</sup> 《国际法案例汇编》，第 36 卷，第 311 页。

<sup>577</sup> 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，审判分庭，检察官诉卡拉季奇等人案，1995 年 5 月 16 日的判决书，第 22 至 24 页；审判分庭，检察官诉夫伦基亚案，1998 年 12 月 10 日的判决书，第 140 段；以及审判分庭，检察官诉斯洛博丹·米洛舍维奇案，2001 年 11 月 8 日的判决书，第 28 段。

<sup>578</sup> 卡塞塞提到了如下案例：艾希曼案；最高上诉法院（刑事分庭），Fédération Nationale des déportés et Internés Résistants et Patriotes 等人诉 Barbie 案，1985 年 12 月 20 日，摘录于《国际法案例汇编》，第 78 卷，第 124-148 页；荷兰，特别最高上诉法庭，Rauter 案，1949 年 1 月 12 日，摘录于《国际公法案例年度摘要和汇编》，1949 年，案号 193，第 526-548 页；特别最高上诉法庭，Ahlbrecht 案，1949 年 4 月 11 日，摘录同上，案号 141，第 397-399 页；联合王国，不列颠驻威尼斯军事法庭（意大利），阿尔伯特·凯塞林审判案，1947 年 2 月 17 日至 5 月 6 日，摘录于《战犯审判法律报告》，第 9 卷（1949 年），第 9-14 页；联合王国，不列颠驻汉堡军事法庭（德国），von Lewinski 案，1949 年 12 月 19 日，摘录于《国际公法案例年度摘要和汇编》，1949 年，案号 192，第 509-525 页；联合王国，上议院，皮诺切特案（第 3 号）；美国最高法院，山下奉文诉斯泰耶，西太平洋美国军队司令案（1946 年 2 月 4 日，327

“如果一项习惯规则仅针对军事人员，而不针对犯有国际罪行的所有国家代理人，则毫无道理。”<sup>579</sup>

201. 另外，应确定习惯法规则中是否有一项规则规定了国际法所涉罪行的外国刑事管辖属事管辖权豁免例外，在这方面，可能需要考虑一些因素。

202. 所涉及的一方面是国际刑事司法领域发展的相关性问题。<sup>580</sup>在这方面，有人认为，豁免问题甚至不是在国际法庭产生的。<sup>581</sup>无论如何，已经有人询问外国刑事管辖的豁免规则是否也适用于国际法庭。<sup>582</sup>此外，在国际法庭规约或实践与已经建立的关于豁免的习惯法规则产生分歧的情况下，需要评估这些发展是否构成对习惯法<sup>583</sup>的贬损或与其他因素共同决定法律发展的因素。关于《国际刑事法院罗马规约》第 27 条与习惯国际法之间的相互影响，有人认为，就《罗马规约》涉及的罪行取消属事管辖权豁免仅仅反映了习惯国际法领域发生的一种演变。<sup>584</sup>

U.S. 1, 66 S. Ct. 340; 以及波兰，国家最高法庭，Buhler 案，1948 年 7 月 10 日，摘录于《国际公法案例年度摘要和汇编》（1948 年），第 680-682 页。

<sup>579</sup> 卡塞塞，“高级国家官员何时可以……”，同前，第 871 页。在这种情况下，作者提及了《美国陆军战场手册》（《陆战法》）1956 年 7 月。他指出，第 510 段规定：“实施了构成战争罪罪行的人身为国家元首或政府责任官员的事实不能免除其对自身行为的责任。”盖塔也表达了相同的看法，同前（2003 年），第 190 页。

<sup>580</sup> 关于这一点，见克林伯格，同前，第 552-556 页，在国际法院就逮捕状案做出评论：“为了证明其观点[豁免不能使战争罪或危害人类罪免于被起诉]，比利时依据特别是纽伦堡国际军事法庭和东京国际军事法庭的实践。然而，不确定的是，根据法院的实践，是否能够推论出：第三国国民的豁免可能在其被控犯下国际罪行的地方遭到贬损。当成立纽伦堡国际军事法庭时，协约国对德国实施着有效统治这一点可以并且已经遭到争论。关于东京国际军事法庭，已经有人主张日本在投降书中同意在法庭上起诉日本国民：在该文书中，日本承诺执行所谓的波茨坦声明，该声明特别规定‘所有战犯必须严惩’。”然而，作者后来总结说，尽管依赖纽伦堡和东京军事法庭不太合适，但是“在越来越多的案件中，国内法院都倾向于为前国家元首和其他国家官员的国际罪行提供豁免。”（引用皮诺切特案、鲍特瑟案、哈布雷案和卡扎菲案）。

<sup>581</sup> 具体见，多米尼斯，同前，第 307 页（“[……]管辖豁免概念和国际法庭的无关性”）。

<sup>582</sup> 见塞拉利昂特别法庭上诉分庭的否定判决书，上文第一部分 D.1 节提及。比较凯西和利夫肯的观点，《罗马规约之非法适用于非国家当事方》，《弗吉尼亚大学国际法期刊》，第 44 卷（2003-2004 年），第 82 页，他们认为《国际刑事法院罗马规约》不能忽视关于豁免问题的公认的习惯规则，但这不会影响未批准《罗马规约》的国家的法律地位，除非他们接受法院在特定案件中的管辖。

<sup>583</sup> 相关内容，特别是前南斯拉夫问题国际刑事法庭和卢旺达问题国际刑事法庭，见戴的论述，同前，第 502 页。

<sup>584</sup> 盖塔，同前（2002 年），第 990 页：“第 27（1）条并没有背离习惯国际法，只要涉及国际规则中制定的职能豁免。它重申了有关的习惯规则，即为了确立刑事责任，以公务身份行事的抗辩无效。”（脚注省略。）另见上文第一部分，D.4 节。

203. 可能还存在某个问题：证明个人官方地位与国际法罪行不相关原则的各种因素是否必然导致对外国刑事管辖属事管辖权豁免不适用于此类罪行。<sup>585</sup>如果属人管辖权豁免和属事管辖权豁免均仅被视为对外国国家行使管辖权的程序限制，那么这个问题似乎未得到解决。<sup>586</sup>与此相反，如果根据国家机关的官方行为归于国家而非个人这一点断言，对外国刑事管辖的属事管辖权豁免是一种实质性辩护，<sup>587</sup>那么就完全有理由认为，这种辩护不能适用于已被国际法定为刑事犯罪的行为。<sup>588</sup>

204. 无论如何，在评估习惯法规则是是否已就国际法所涉罪行取消了属事管辖权豁免时，还需适当考虑上述司法的发展情况，<sup>589</sup>据此可以了解这方面的趋势。

205. 还有人认为，就某些国际罪行而言，给予属事管辖权豁免并不等于是承认域外管辖权或普遍管辖权。在皮诺切特案中，一些上议院司法委员会委员就 1984 年《酷刑公约》引入的制度，已经明确了对国际罪行确立普遍管辖权以及对该罪行不适用属事管辖权豁免之间的联系。<sup>590</sup>与此类似，纽迪吉特的萨维尔大法官从《酷刑公约》所涉“引渡或审判”制度中推论出前国家元首属事管辖权豁免的一

<sup>585</sup> 关于这方面，一些大法官在皮诺切特案（第 3 号）中已表示了怀疑；见奇夫里的戈夫大法官（不同意），第 596、599 和 609 页；魁格海的合普大法官，第 622-623 页；以及沃斯麦特勒佛的菲利普斯大法官，第 660 页。

<sup>586</sup> 见维克拉马辛哈，同前（2006 年），第 397 页：“可能有人注意到，两种豁免[属人管辖权豁免和属事管辖权豁免]仅仅是作为管辖的程序性限制，可以由派遣国主管机构放弃，由此使接受国可以主张管辖权。”

<sup>587</sup> 这特别是莫瑞利所采取的立场，同前，第 215 至 216 页，以及卡塞塞，“高级国家官员何时可以……”，同前，第 863 页。

<sup>588</sup> 阿坎德表达了类似的观点，同前，第 414 至 415 页：“此类诉讼程序中不适用本豁免，因为授予此类豁免的原因不适用于对国际罪行的起诉。首先，只有国家而非官员个人应对官员以公务身份实施的行为承担责任的一般性原则不适用于属国际罪行的行为。相反，已经确立个人的官方地位这一点并不能免除他们因犯下国际法所涉罪行而要承担的个人责任，因此，官方地位的确定不构成一项实体答辩。[……]”（脚注省略）。

<sup>589</sup> 见上文第 183-187 段。

<sup>590</sup> 皮诺切特案（第 3 号）。概括见，沃斯麦特勒佛的菲利普斯大法官，第 661 页：“国际罪行及与其有关的域外管辖都是国际公法领域新出现的问题。我不相信国家属事管辖权豁免可以与之共存。域外管辖跨过了一国不得干涉他国内政的原则。因为在涉及国际罪行时，该原则不具有优先性。国际罪行在以公务为幌子实施也同样是对国际社会的攻击。一旦确立了域外管辖，从中将以官方身份实施的行为排除出去的做法就失去了意义。”与此类似，布劳恩-威尔金森大法官，同上，第 594 至 595 页，强调，如果属事管辖权豁免在这些罪行方面被承认适用于国家官员，那么 1984 年《酷刑公约》确立的“普遍管辖权的精密结构”将会夭折。又见魁格海的合普大法官，同上，第 625 至 627 页。

项明确例外。<sup>591</sup>与此相反，国际法院在**逮捕状**案中认为，各项国际公约对缔约国就特定罪行行使管辖权的要求不影响习惯国际法下的豁免权。<sup>592</sup>

206. 一些学者和科学协会都认为普遍管辖权和**属事**管辖权豁免不能共存。<sup>593</sup>**属事**管辖权豁免与对严重违反人权的行为适用的普遍管辖权“根本上不能共存”，国际法学会委员会专门阐述了这一观点。<sup>594</sup>有人建议，普遍管辖权为所有国家创设了平等的管辖权。<sup>595</sup>因此，创设国际罪行普遍管辖权的国家即有效创设了一个

<sup>591</sup> 同上，第 642 至 643 页。

<sup>592</sup> **逮捕状**案，第 59 段。关于引用的内容，见下文脚注 766。

<sup>593</sup> 具体见，阿坎德，**同前**，第 415 页（“[……]**属事**管辖权豁免逻辑上不能与给予[普遍]管辖权的情况共存。事实上，先前授予豁免权的规则要适用于此类案件，将取消实际上全部的管辖规则。这就是对英国上议院在**皮诺切特**案（第 3 号）中的决定的最佳解释。该案中，多数法官认为，因为《酷刑公约》限制了以公务身份实施酷刑罪，授予**属事**管辖权豁免将必然违反公约对该罪行给予普遍管辖权的条款。由此，**属事**管辖权豁免必须被视为已被就酷刑行为给予普遍管辖权的规则所取代。与此类似，因为严重违反 1949 年《日内瓦四公约》的行为以及在国际武装冲突中实施的其他战争罪行，根据定义，几乎全部是由军事官员或其他国家官员实施，所以就此类罪行给予普遍管辖权的条约规则逻辑上不能与授予国家官员**属事**管辖权豁免的情况共存。然而，因为灭绝种族罪、危害人类罪和在国内武装冲突中的战争罪可能由非国家行为者实施，就这些罪行许可进行普遍管辖的规则实际上与**属事**管辖权豁免的范围并不一致（这就是国际武装冲突中实施酷刑和战争罪的情况）。不过，可能有人认为，这些管辖规则旨在对国家官员提起国内诉讼，并且为了这一目的而优先于先前授予**属事**管辖权豁免的规则。因此，**属事**管辖权豁免在《国际刑事法院罗马规约》中规定的国际罪行的国内刑事诉讼中并不存在。”（脚注省略。)); De Smet 和 Naert，**同前**，第 505 至 506 页（在证明国际罪行的职能豁免方面存在例外时，依靠个人刑事责任概念以及这样的事实，即：此类罪行“是所有国家关注的事务，可以由任何一个国家进行审判，即使这些罪行是由另一个国家或另一个国家的代理人所实施的。后一个原因也解释了为什么就这些罪行许可进行普遍管辖。事实上，普遍管辖权并非无视豁免问题的重要性：在国内法院有权对这些根据定义以公务身份实施的罪行进行域外审判的范围内，它无法与**属事**管辖权豁免相容。存在争议的是：这对于并非必然但主要是以公务身份实施的罪行，诸如危害人类罪，也是一样的。”（脚注省略。)); 科勒，**同前**，第 21 页（注释：“正如[国际法学会]最近宣布的，以公务身份（无论是前任还是现任官员）犯下违反国际法罪行的刑事责任之豁免的概念，从根本上来讲，是无法与对严重的人权罪行应适用普遍管辖权这一建议相兼容的。”); 维拉潘多，**同前**，第 424 页；以及怀特，**同前**，第 216 至 222 页（认为国际法已经承认普遍管辖权对于危害人类罪已成为一项绝对法规则，因此，危害人类罪行为的豁免应予否定。）

<sup>594</sup> 国际法学会，“最后报告”，**同前**，第 416 页：“[……]看起来，以公务身份（无论是前任还是现任官员）犯下国际法罪行的刑事责任之豁免的概念，从根本上来讲，是无法与对严重的人权罪行应适用普遍管辖权这一建议相兼容的。”（脚注省略。); **同上**，第 423 页[结论和建议]：“4. 适用普遍管辖权的严重人权罪行不得以这些罪行是以公务身份实施的为理由而适用豁免。”又见《普林斯顿原则》第 5 条，**同前**。

<sup>595</sup> 惠顿，**同前**，第 124 章，关于海盗行为论证的脚注。



横向管辖关系网，这种关系网使确认豁免抗辩非常困难。这种情况可能还远远未被意识到，尽管国内实施《国际刑事法院罗马规约》或许暗示了一种趋势。<sup>596</sup>

207. 普遍管辖权和外国刑事管辖豁免之间所谓的不兼容性同时遭到了质疑<sup>597</sup>或者说该问题仍未解决。国际法学会在其 2005 年关于“对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪的普遍刑事管辖权”的决议中并没有解决这些罪行的豁免权的问题。根据该决议第 6 段，后者规定“[……]不损害国际法确立的豁免权”。<sup>598</sup>

### (b) 国际关注的其他罪行

208. 可能有人会问，对于某些国际关注的、但尚未确定为“国际法罪行”的罪行，外国刑事管辖的属事管辖权豁免是否也应当被排除在外。法律著述中频频提到这个问题，有些观点认为“豁免只有在罪行被确认为国际法罪行时才应被否定”。<sup>599</sup>

209. 然而，国际法学会 2001 年的决议规定了前国家元首或政府首脑外国刑事管辖豁免的一项附加例外。根据该决议第 13 条，第 2 款，当行为“[……]构成挪用国家资产和资源”时，不适用豁免。<sup>600</sup>福克斯在对此条款进行评论时说：

“新的控诉定义非常宽松。看起来只要可以作为城市犯罪而加以起诉（并且国内立法可能需要使其生效），就适用免责规则；只有大规模挪用国家资产可以取消元首就行使官方职能时处置国家资产或资源所享有的豁免。”<sup>601</sup>

210. 该作者认为，该决议第 13 条中取消挪用公款罪行的豁免是“根据拟议法”的条款。<sup>602</sup>

<sup>596</sup> 纠正报告，《欧洲的普遍管辖权、1990 年以来欧洲对战争罪、危害人类罪、酷刑罪和灭绝种族罪刑事诉讼》，1999 年 6 月 30 日，注明根据普遍管辖权起诉此类罪行正在成为大家接受的做法，但是要完全确立这一做法还需要很长时间（第 2 页）。特别是，在许多情况下，实施还缺乏充分的法律基础（第 5 页）；查询网址：[www.redress.org/publications/UJEurope.pdf](http://www.redress.org/publications/UJEurope.pdf)。

<sup>597</sup> 见 Jean-Yves de Cara, “L’affaire Pinochet devant la Chambre des Lords”, 《法国国际法期刊》，第 45 卷（1999 年），第 99 页：“最后，国家元首的豁免权不能使外国的管辖权失去作用，另外，国家元首的豁免权不能缺少普遍性。”

<sup>598</sup> 关于决议案文，见《国际法学会季刊》，第二卷，第 71 页（克拉科夫届会），2006 年，第 296–301 页。这一条款被引入该决议草案并附带福克斯的一份提案（同上，第 214 页），新段落获得一致通过（同上，第 282 页）。

<sup>599</sup> 比安奇，同前（1999 年），第 261 页。

<sup>600</sup> 《国际法学会季刊》，同前，第 753 页。这一附加例外被纳入了决议草案并附带部分成员的建议；具体见福克斯，同上，第 615 页；柯林斯，同上，第 617 页；以及菲利西阿诺，同上，第 619 页。

<sup>601</sup> 福克斯，“国际法学会决议……”，同前，第 123 页。

<sup>602</sup> 同上，第 124 页。

211. 与此类似，有人建议某些行为（例如盗用公款或贩毒），即使与权力行使有关，也不得被视为公务行为而享有外国管辖豁免权。<sup>603</sup> 在这种情况下，有人提到<sup>604</sup> 美国法院在涉及被控贩卖麻醉品或犯有金融罪行的前国家元首的案件中的判决。<sup>605</sup>

212. 还应当注意最近的一起判决书，在该判决中，瑞士联邦法庭认为，前任部长的属事管辖权豁免不得影响就腐败进行起诉或就以私人身份实施的普通罪行进行起诉。<sup>606</sup>

### C. 程序问题

213. 虽然在外国刑事管辖中，有关国家官员豁免的理论主要涉及豁免的实质性概念，但委员会或许认为，在工作中有必要处理援引和适用这种豁免时所产生的大量程序问题。本节考虑到了这类问题。首先，本节审查了援引豁免的问题，包括是否应充分援引豁免，如果是，应由谁且在何时援引。其次，本节审查了豁免决定，并强调指出，在授权哪些主管机构来决定是否给予外国官员管辖豁免的问题上，各国采取的做法不同。第三，本节审查了行使刑事管辖豁免权的法律效力，包括管辖豁免与执行豁免的区别、没有受到犯罪行为指控的国家官员的豁免，以

<sup>603</sup> 多米尼斯，同前，第 304 页：“虽然国家元首在任时的私人行为享有法院刑事管辖豁免权，但其卸任后便不再享有此种权利。有人认为，在国家元首行使其职权时明确实施的官方行为之间，毫无疑问存在着一种中间区域，涉及权力行使时的行为和表现，但是这不是公务行为，对这种看法至少应提出异议。可以举例说明，有的国家元首为了个人发财而挪用公款或应付给国家的税款。这些行为是在存在着各种机会，或在其行使职能时做出的。但在是否应给予前国家元首刑事管辖豁免的问题上，不应将其在行使职能时做出的行为视为公务行为。还可以举毒品交易的例子，这种活动可能是在权利的掩盖下，或是打着官方的招牌进行的，从管辖豁免的角度讲，这类行为不能被视为公务行为”（脚注略去）。

<sup>604</sup> 同上。

<sup>605</sup> 美利坚合众国（原告）诉曼纽尔·安东尼奥·诺列加等人（被告）案，同前，第 1519 页，脚注 11（“被告被起诉的刑事犯罪活动例如麻醉品走私，几乎不能被视为推进主权国家利益的官方行为或政府职责，特别是在据称专门为外国领导人的个人利益而实施的情况下。然而，根据法院在其他方面的意见，它为被告的国家行为辩护保留了对这一问题的讨论权，见下文。”在不考虑国家行为辩护的情况下，地区法院认为，该调查“并非诺列加是否使用其官方地位参与了被质疑的行为，而是这些行为是否是代表诺列加而不是巴拿马实施的”（同上，第 1523 页）；在这一方面，诺列加未能证明“他与麻醉品相关的活动实际上是国家行为而非增进其私人利益的措施”（同上）；*马科斯·佩雷斯·希门尼斯（上诉人）诉诉讼参与人曼努埃尔·阿里斯特杰塔（被上诉人）以及约翰·E. 马奎尔（被上诉人）案*，同前（否定了国家行为辩护对于前委内瑞拉统治者的金融罪行的可适用性）。

<sup>606</sup> *Evgeny Adamov 诉联邦司法机关案*，同前。关于腐败，它并没有完全明确联邦法庭是否总体上将腐败行为排除在属事管辖权豁免的范围之外，或者仅将由国家官员以私人身份实施的腐败行为排除在属事管辖权豁免的范围之外。

及不给予某些行为豁免的问题。最后，本节审查了放弃豁免的问题，包括放弃的明示和默示形式、放弃豁免的主管当局、放弃豁免可能具有的法律效力。

214. 由于没有从理论和实践的角度较为详细地处理程序问题，因此，本节将提出一些需要引起注意的可能性问题。虽然本研究报告旨在突出那些与国家官员豁免尤为相关的程序惯例，但是，委员会可能会认为，由于有关该豁免形式的程序惯例有限，因此应酌情<sup>607</sup>对其他形式的豁免（如外交人员豁免和国家管辖豁免）适用的程序惯例。

## 1. 豁免的援引

### (a) 是否应援引豁免，如果是，由谁援引豁免

215. 关于国家官员豁免的第一个程序问题在于是否有必要援引豁免，如果是，则谁有权援引豁免（个人、个人所代表的政府、法院所在政府或法官自行豁免）。一方面，一些人认为没有必要援引豁免，因为假定在没有明确放弃有关该豁免的情况下，仍可适用该豁免，而无需特别加以援引。也就是说，与其通过援引的方式来促成国家豁免，不如说是无豁免的国家需要通过放弃来控制豁免。对此，De Cara指出，除非国家政府官员明确表示放弃豁免权，否则法庭应自动提出对豁免权进行辩护。<sup>608</sup>这与本研究报告的调查结论相吻合，因为目前的研究更多地是针对放弃豁免的惯例，而不是援引豁免的惯例。<sup>609</sup>这也与国际法学会的决议相一致，决议规定外国刑事管辖应在“获知[个人][作为国家元首]的身份后立即提供豁免”，而不是仅提供援引豁免的方式。<sup>610</sup>同样在*Doe*案中，美国上诉法院第二巡回审判法官意见称，“在缺少行政部门的指导时，……由法院决定一名国家元首

<sup>607</sup> 尤其是，应始终注意民事和刑事诉讼程序的区别。

<sup>608</sup> De Cara, *同前*, 第 76 页 (“关于公共秩序的例外，法院应按规定予以驳回，但是当急需放弃豁免权的时候，委派国家可以表示享有豁免权的人放弃豁免权。”)。另见 Rousseau, *同前*, 第 17 页 (“法官应按规定提出国内法院对外国无管辖权”)。Shaw 似乎也接受适用豁免无须专门加以援引的观点，并注意到在国家豁免的情况下，“举证责任显然是落在原告身上，以确定这是适用豁免的一个例外情况” Shaw, *同前* (2003 年), 第 666 页 (援引 J. Slaughter, *Raynier 诉贸易和工业部案* (1987 年) BCLC 667)。比较 Pierson, *同前*, 第 280-281 页 (“斯库诺交易所的修正解释认为这并不代表绝对豁免，而是代表一种立场，即法院地国对于其境内的所有人和事物都拥有管辖权，除非它放弃管辖权。这种解释的影响是巨大的，因为它将举证的责任转移到人权侵犯者身上，要求他们说明为何采用豁免而不是假定豁免，除非认定惯例法或法定规定否认豁免。如果非豁免被认为是缺席立场，那么很难认为国家元首犯下国际罪行可以豁免。……Hersch Lauterpacht 还认为国际习惯法的一般规则是非豁免。Jordan Paust 宣布在侵害人权的情况下，国际习惯法的一般规则是非豁免的规则。”)。

<sup>609</sup> 下文详细讨论放弃豁免问题。

<sup>610</sup> 国际法学会决议，第 6 条。

是否或是否有权得到豁免。”<sup>611</sup> 该论断表明，即便个人或其政府没有援引豁免，法庭所在政府或法院仍然可以自行提出豁免。认为适用豁免无需特别援引豁免的立场似乎也符合其他形式的豁免（如外交豁免、领事豁免以及特派团豁免）惯例，而这些惯例的编纂汇集在很大程度上没有考虑援引豁免的具体说明。<sup>612</sup>

216. 另外，有人认为豁免必须由一方当事人援引，方可适用。<sup>613</sup> 例如，在国际法院吉布提诉法国案中，法国辩护律师主张在口头诉讼中，寻求豁免的一方须援引豁免：“在本案中……，显然过去或现在都不能阻止有关当事方援引吉布提现以其名义在法国刑事法院行使的豁免权。但是为了这样做，双方当事人必须相互赞同对方这方面的论点，即使在信件中都没有适用这些豁免权。”<sup>614</sup> 法国辩护律师似乎将这种观点仅限于属事管辖豁免，认为虽然享有属人管辖豁免权的个人得益于豁免推定，但是仅享有属事管辖豁免权的个人却不能得益于此类推定，而且该豁免必须视情况而定（假定在辩护之后）：

“如果是在任国家元首（或外交部长），‘豁免推定’是无条件的并且可能是不可剥夺的。它包括在豁免之内，仅此而已；另一方面，就其他政府官员而

<sup>611</sup> 见 Doe 案，同前。该陈述为附带意见，因为国家法院判定马科斯享有的任何豁免可能已完全放弃；同上，第 44 页。

<sup>612</sup> 见《维也纳外交关系公约》第三十一条；《维也纳领事关系公约》第四十三条；《特别使团公约》第四十一条。根据 Denza 关于外交豁免的观点，程序问题“应在每个缔约国的法律中做出规定。”Eileen Denza, 《维也纳外交关系公约评论》（第二版），（牛津，牛津大学出版社，1998 年），第 253 页。

<sup>613</sup> 《国际法学会季刊》，同前，Jacques-Yves Morin 的发言，第 584 页（认为“应对豁免进行辩护”）。关于外交豁免问题，另见 J. M. T. Labuschagne, “外交豁免：管辖还是实质性的法律辩护？”，《南非国际法期刊》，第 27 卷（2002 年），第 294 页；（“外交豁免必须得到辩护；这不仅仅是一方当事人表达立场或履行职能的结果。”）（分析 Athol 控股有限公司诉 Rodrigues 案情节 15 第 20 部分，2001 1 SA 1285 (W)）。在国际法学会的讨论中，Morin 认为豁免是否应得到辩护的问题与程序的性质有关，具体来说是管辖还是受理的问题。Morin 特别认为，如果豁免是一个管辖问题，则需要由当事方进行辩护，并由法院援引，但是，在他看来应采取更常见的方式进行豁免辩护，因此，这是一个受理问题；《国际法学会季刊》，同前，Morin 的发言，第 584 页（“[如]果豁免涉及到法院的管辖权，那么不应对豁免进行辩护，如有必要，法院应按规定先声明自身有无管辖权。然而，我认为，按惯例应对豁免进行辩护，这增强了不可接受性这一题目。”）。认为豁免是一个受理问题的立场也得到了评论员的支持，尤其是 Rousseau，他注意到“il s’agi[t] beaucoup moins d’incompétence que d’irrecevabilité.”；Rousseau，同前，第 17 页（援引 Cass. Civ., 1958 年 4 月 22 日，D. 1958. I. 633, 注意 Malaurie, 《国际法期刊》（1958 年），第 788 页，注意 Sialelli et Rev. critiq., 1958 年，第 591 页；Nancy, 1961 年 5 月 18 日，J. C. P., 1961. II. 12421, 注意 J. A., 《国际法期刊》，1962 年，第 436 页）。虽然在国际法中管辖和受理之间的这种区别很普遍（如，见 Hugh Thirlway, 《1960-1989 年国际法院的法律和程序》（第十一部分），《英国国际法年鉴》，第 71 卷（2000 年），第 73-83 页）以及民法（Georges Abi-Saab, 《国际法院诉讼程序的例外》（巴黎，Pedone, 1967 年），第 9 页），习惯法中似乎没有完全对等之处。

<sup>614</sup> 吉布提诉法国案，CR 2008/5，2008 年 1 月 25 日，第 79 段（Pellet）（翻译）。

言，不能适用该推定，准予（或拒绝准予）豁免必须视情况和根据每种情况的所有要素而定。这是假设由国家法院评定我们是否在职务之内处理已行使的行为。”<sup>615</sup>

217. 吉布提辩护律师反对推定的概念，他认为“确实不能以任何方式先验且抽象地倾向于某一范围的假定。”<sup>616</sup>但是即使在做出这种评述时，他似乎仍然支持下述观点，即为了审议豁免而必须提出豁免：“问题不在于假定什么事情，而是切实地核实出现问题的行为，当然这时豁免问题必须已经提出。”<sup>617</sup>但是辩护律师并没有指出谁（即当事方或法院自行）有权或必须提出豁免，他指出“宣称两名吉布提高级官员在法国受到不公正的教唆他人做伪证罪的调查时不得利用豁免的行为使吉布提共和国无法要求法院宣判，并且宣称法国正在损害国际法豁免原则的言论是荒谬的。”<sup>618</sup>

218. 国际法院在其 2008 年 6 月 4 日的判决中解决了传唤吉布提共和国检察官和国家安全首脑出庭作证的相关豁免的援引问题。对此，国际法院认为“各种有关豁免的要求是反对发出存在争议的传唤的理由，但并没有通过外交交流或法国任何司法机构使法国知晓。”<sup>619</sup>部分由于没有在法国主管机构援引豁免，因此，国际法院拒绝考虑吉布提关于其共和国检察官和国家安全首脑的豁免要求。<sup>620</sup>

219. 如果豁免确实需要援引，则随之产生了谁有权加以援引的问题。如上所述，在吉布提诉法国案中，国际法院提到了吉布提国家本身及其相关官员没有援引豁免。由于国际法院似乎视国家官员的职能豁免等同于国家本身的豁免，因此这种

<sup>615</sup> 同上，第 77 段。

<sup>616</sup> 吉布提诉法国案，CR 2008/6，2008 年 1 月 28 日，第 7 段 (Condorelli) (翻译)。

<sup>617</sup> 同上，(着重部分由作者标明)。

<sup>618</sup> 同上，第 8 段。

<sup>619</sup> 吉布提诉法国案，第 195 段。国际法院回忆“法国权力机关宁可被告知，吉布提共和国检察官和国家安全首脑不会答复向他们发出的传唤，因为法国拒绝将 Borrel 文档转交给吉布提司法机关的请求。”另见第 196 段：

“吉布提政府没有在任何阶段通知法国法院以及国际法院，法国政府抗辩行为是其本身的行为，并且共和国检察官和国家安全首脑是其实实施这些行为的机构、政府或部门代表。寻求为其国家机构提出豁免的国家必须通知另一个相关国家的权力机关。这有助于法院地国法院确保尊重享有豁免的任何权利，从而完成该国的职责。此外通知外国法院由于豁免，针对本国机构的司法程序不能继续进行的国家要承担该机构实施的所有存在争议的国际不法行为的责任。”

<sup>620</sup> 同上，第 197 段。法院拒绝这些请求的另一个原因与职能豁免的范围有关。见判决书第 191 段：“法院认为在此之前没有具体核实法国发出传唤出庭作证的行为确实在其作为国家机构的职责范围之内。”



方式很容易理解。<sup>621</sup>在瑞士诉费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯案中，法院质疑马科斯代表他本人及其妻子行使豁免权的能力，法院判定不再掌管一个国家的个人不能行使与其个人利益有关的豁免权。<sup>622</sup>Denza 报告称，根据外交法，在美国行使外交豁免权须由个人或本国政府援引，并须得到美利坚合众国政府的证实。<sup>623</sup>

### (b) 援引和审议的时间

220. 关于请求豁免的时间问题，一般认为必须在诉讼之初提出和审议豁免，例如在申请引渡之时。在其针对《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议》提出的咨询意见中，国际法院明确指出，“豁免问题是……先决问题，必须在诉讼开始立即决定。这是程序法普遍认可的原则”。<sup>624</sup>国际法院以 14 票对 1 票判决“马来群岛法院有责任解决豁免法律程序问题，并将其作为在诉讼开始需要立即决定的先决问题。”<sup>625</sup>Verhoeven 持同样的观点，他认为豁免需要在诉讼开始时提出，因为它关系到行为是否得到受理的问题。<sup>626</sup>

221. 塞拉利昂特别法院上诉分庭在其关于查尔斯·泰勒管辖豁免的判决中得出了相同结论。对申请人过早申请豁免产生了初步反对意见，因为“它没有提出‘一个有关管辖的问题’……[而是]一个‘有关豁免的问题’，一旦泰勒先生亲自到庭，这应该由审判分庭判定”，<sup>627</sup>对此异议上诉分庭判决称：

<sup>621</sup> 同上，第 187-188 页。

<sup>622</sup> 费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局，同前，第 534 页（“当时涉及到在实行豁免时，前国家元首及其妻子想要获得其之前执掌的国家的豁免权，他认为这一特权是为了他国家本身的利益而公认的特权。”）。

<sup>623</sup> Denza，同前，第 254-255 页。

<sup>624</sup> 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，同前，第 63 页。

<sup>625</sup> 同上，第 67 (2) (b) 段。在推理中进一步注意到，由于马来西亚在程序之初没有裁决豁免问题，因此它“废除了第 22 条 (b) [《联合国特权和豁免公约》] 中豁免规则的实质内容”。同上，第 88 页，第 63 段。

<sup>626</sup> Verhoeven，“临时报告”，同前，第 514 页（“豁免会使对自称享有豁免权的人提起的诉讼不被受理，这说明了为什么享有豁免权的人没有在诉讼中提出豁免要求，而是回避豁免问题。各种论点都不支持以下看法，即提交的豁免申请的可接受性虽然受到质疑，但是向其提交豁免申请的法院的管辖权更受质疑。换言之，禁止审理对外国（元首）提起的诉讼表明，法院对于外国主权行为一般无管辖权。就这一原理而言，早就有先例，而且在二战结束之后，某些国家，主要是法国重新开始明确采用这一原理，不过，此前尼布瓦耶已使该原理系统化。”）（援引 Niboyet，“Immunité de juridiction et incompétence d’attribution”，*Rev. Crit. Dip*（1950 年）第 139 页等等；Michel Cosnard，*La soumission des Etats aux tribunaux internes*（1996 年））。

<sup>627</sup> 上诉分庭，检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案，关于管辖豁免的判决书，同前，第 21 段。

“法律上规定，没有初次出庭的被告不能提出初步申请……并且在通常情况下，这种申请可能由于提出过早而被驳回。然而本案不属于一般情况。有人坚持认为现任国家元首必须在提出豁免问题之前首先接受监禁，这种观点不仅在很大程度上违背了主权豁免概念的整体目标，而且在没有审议案情的情况下，就假定了如下观念的例外问题，即在审理要求豁免的案情之后完全需要做出裁决。”<sup>628</sup>

222. 因此上述分庭驳回了初步异议，“行使其固有权利和任意决定权准许申请人提出申请，不管他是否初次出庭。”<sup>629</sup>

223. 国家法院得出同样的结论。在联合王国地方法官审理的Peter Tatchell 诉 Robert Mugabe案中，豁免问题在申请引渡时经过了审议。<sup>630</sup>在Honecker案中，该问题在将此案交由一个主管法院审理的最初阶段审议，不考虑根据豁免决定主管法院的申请，而是将案件交由审议豁免问题的法院。<sup>631</sup>在皮诺切特案（第3号）中，在审查皮诺切特的逮捕状阶段提出了该问题，逮捕状是在西班牙提出引渡之后，检查自身引渡请求之前发出的。在联合王国申请对Shaul Mofaz 将军的逮捕状的判决中，地方法院指出：

“申请人坚持认为，如果将军享有申请人不接受的任何豁免，那么，提出豁免的最佳时机应该是在逮捕状发出后的第一次预审之时。恐怕我不同意此提议，我认为国家豁免是我必须考虑的问题之一[已经在逮捕状签发阶段]。”<sup>632</sup>

224. 虽然普遍认为在诉讼之初应该解决豁免问题，但是据观察就国家豁免而言，被告国家可能在诉讼的任何阶段提出豁免，即便是在案情宣判之后。<sup>633</sup>

225. 援引豁免的时间问题在实践中极为重要，因为如上所述，按照特定个人是现任国家官员或前任国家官员而使用的豁免实质性规定是不同的。例如在Silme G. Domingo不动产诉菲律宾共和国案中，原告于1981年提起诉讼，而当时马科斯政府仍然当权，因此国务院提出豁免建议并得到批准，针对马科斯政府的索赔被驳

<sup>628</sup> 同上，第30段（注意到“尽管现申请人不再是现任国家元首，一般原则的陈述必须包括申请人仍为国家元首的情况。当申请人为国家元首时做出与该裁决相关的申请”）。

<sup>629</sup> 同上。

<sup>630</sup> Tatchell 诉 Mugabe 案，同前。

<sup>631</sup> 联邦最高法院（第二刑事庭），Honecker 案，同前，第365-366页。

<sup>632</sup> 地区法院—波尔街，申请 Shaul Mofaz 将军逮捕状。

<sup>633</sup> Rousseau，同前，第18页（“辩护国可在诉讼的任何时候提出法院无管辖权的抗辩，甚至是在案子被判之后”）。

回。然而到了 1987 年马科斯卸任，原告申请恢复此前被驳回的索赔，法院批准了该申请并强调，“尽管国务院在马科斯担任总统期间提出了豁免建议，但是在马科斯卸任后并未提出新的豁免建议，”并且“在 1982 年提出豁免建议有意义，但是如果情况发生了变化，就没有意义了。”<sup>634</sup>塞拉利昂特别法院上诉分庭在判决查尔斯·泰勒豁免管辖案时也遇到了类似的情况。<sup>635</sup>特别法院对泰勒的起诉与他本人申请撤销起诉都是在他担任国家元首期间进行的，但是直到他卸任总统职位之后上诉分庭才审议该申请。<sup>636</sup>因此上诉分庭注意到，如果要继续申请撤销逮捕状，“则由此会出现泰勒先生可能作为前国家元首被扣押。”<sup>637</sup>尽管上诉分庭认为国家法院上的豁免不能在国际法庭中提出，从而最终驳回了撤销逮捕状的申请，<sup>638</sup>但是它注意到其判决的最后一段指出，“据说申请人在初次申请时已不再担任国家元首。因此他所要求的属人豁免权不再有效。即便是他申请成功，结果也是迫使检察官发出新的逮捕状。”<sup>639</sup>

## 2. 豁免裁决

226. 各国由于判决外国官员豁免的授权机构不同而采取的方式各有不同。一方面大陆法系国中，裁决通常仅由司法机构进行，一般外交部长或行政部门不参与。<sup>640</sup>相反，英美法系国家的法院更倾向于依赖行政部门来裁决豁免。<sup>641</sup>然而这一区别通常并不明显，例如在联合王国，O'Neil注意到，“《联合王国国家豁免法》把国家元首豁免同外交豁免视为等同。因此英国法院有明确的国家元首豁免法定指南

<sup>634</sup> 华盛顿西区地方法院，*Domingo 不动产公司诉菲律宾共和国案*，694 F.Supp. 782，1988 年 8 月 29 日判决书，第 782 页（援引华盛顿西区地方法院，*Domingo 不动产公司诉菲律宾共和国案*，808 F.2d 1349，1987 年 1 月 26 日判决书，第 1351 页（“国务院和菲律宾政府都不能在目前对马科斯免职的争论中代表其本人”））。

<sup>635</sup> 检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案，管辖豁免裁决。

<sup>636</sup> 同上，第 20 段。应该注意的是，利比亚政府起初与泰勒一起共同申请取消控告。检察官在提出反对时认为利比亚不是诉讼的一方，利比亚政府被排除，上诉分庭由此得出结论认为，“最终不能说利比亚政府在本法院主张泰勒先生无需接受特别法庭的刑事诉讼。”同上，第 56 段。尽管上诉分庭对此得出了结论，但是利比亚在其他法庭为泰勒要求豁免：在查尔斯·泰勒辞职之后，利比亚向国际法院提出了类似的诉讼，质疑以豁免为理由的逮捕状。见国际法院，2003/26 新闻稿：利比亚同塞拉利昂就特别法庭为塞拉利昂发出针对利比亚总统的国际逮捕状一事发生争端，因此请求国际法院做出裁决（2003 年 8 月 5 日）。尚未就此案采取行动，因为塞拉利昂还没有同意国际法院的管辖。同上。

<sup>637</sup> 同上。

<sup>638</sup> 同上，第 53 段。

<sup>639</sup> 同上，第 59 段。

<sup>640</sup> Verhoeven，“临时报告”，同前，第 496 页。

<sup>641</sup> 同上。

可遵循。虽然政府科恩那个试图影响司法诉讼，但是政府最终不负责裁决国家元首豁免。”<sup>642</sup>其他英联邦国家，如加拿大、澳大利亚、南非、巴基斯坦和新加坡按照《国家豁免法》的模式采取同样的方式。<sup>643</sup>

227. 即使是在同一个国家，司法和行政部门在裁决豁免时的权力均衡可能产生异议，如美国的案件所示。虽然美国法院在历史上通过国务院下发的具有极高说服力的“豁免建议”将所有豁免裁决（包括国家豁免和国家元首豁免）归由行政部门负责，<sup>644</sup>但是《外国主权豁免法》仍赋予司法部做出主权豁免裁决的权力，采取这种方式的目的是“裁决将主权豁免的职责仅交给司法部，从而消除对该问题的政治影响。”<sup>645</sup>美国法院根据《外国主权豁免法》是否也赋予司法部对国家元首豁免进行独立裁决而划分：一些法院认为《外国主权豁免法》将裁决所有外国豁免申请（包括代表国家元首提出的申请）的职责从国务院转移给了司法部，<sup>646</sup>而其他法院认为《外国主权豁免法》不涉及国家元首坚持的豁免要求，而且该法颁发以前的普通法遵守国务院豁免建议的做法仍然有效。<sup>647</sup>后者法院认为“司

<sup>642</sup> O'Neil, *同前*, 第 312 页。

<sup>643</sup> Verhoeven, “临时报告”, *同前*, 第 495 页。

<sup>644</sup> O'Neil, *同前*, 第 312-313 页。

<sup>645</sup> George Kahale, III 和 Matias A. Vega, “豁免与管辖：在对外国采取行动时遵循一套统一的法律”, 《哥伦比亚大学跨国法期刊》, 第 18 卷 (1979 年), 第 219-220 页 (援引众议院代表, 第 1487 号, 议会第 94 次会议, 第二届会议, 7[1976 年]再版, 美国议会和新闻管制 6604, 6605)。”

<sup>646</sup> 见如上诉法院第九巡回审判庭, *Chuidian 诉菲律宾国家银行案*, *同前*, 第 1101 页; 美国上诉法院第五巡回审判庭, *Byrd 诉 Corporacion Forestal y Industrial de Olancho S. A.* 182 F. 3d 380, 1999 年 8 月 10 日判决书 (认为一国政府企业的两位官员同在美国具有国家实体资质的当事方进行业务往来, 并且《外国主权法》赋予他们的公务行为豁免权); 加利福尼亚北区地方法院, *Doe 诉 Qi 案*, *同前*, 第 1287 页 (认为“根据 Chuidian 解释的《外国主权法》以及国会政策, 一位官员只有在一个有效且宪法准许的机构下行事时才能作为该国机构或手段享有主权豁免”)。

<sup>647</sup> 上诉法院第七巡回审判庭, *Wei Ye、Hao Wang、Does、A、B、C、D、E、F 和其他处境类似的人诉 Zemin 案*, 383 F.3d. 620, 2004 年 9 月 8 日判决书, 第 625 页 (“《外国主权豁免法》没有……说明外国元首豁免。《外国主权豁免法》提到外国, 但没有述及其领导人。该法对外国的定义是包括一个政治区分单位、外国机构或手段, 但是没有提到国家元首。因为该法不适用于国家元首, 因此关于外国国家元首豁免的裁决仍然授予 1976 年前授予的执行机构”); 加利福尼亚中心区地方法院, *Gerritsen 诉 de la Madrid 案*, 第 CV-85-5020-PAR 号, 1986 年 2 月 5 日意见原文单行本, 第 7-9 页 (接受国务院建议代表墨西哥总统豁免, 注意到《外国主权豁免法》“没有提到外国政府的个人代表”); 上诉法院第十一巡回审判庭, *美国诉 Noriega 案*, 117 F. 3d 1206, 1997 年 7 月 7 日判决书, 第 1212 页; 哥伦比亚特区地方法院, *Saltany 诉 Reagan 案*, 702 F. Supp. 319, 1988 年 12 月 23 日判决书, 第 320 页 (按照政府对现任政府首脑的豁免建议要求英国首相马格丽特·撒切尔), 部分确认, 部分修改, 哥伦比亚特区上诉法庭, 886 F. 2d 438; 纽约东区地方法院, *Lafontant 诉 Aristide*, *同前*, 第 137 页; 哥伦比亚特区地方法院, *First 公司诉 Al-Nahyan 案*, 948 F. Supp. 1107, 1996 年 11 月 26 日判决书, 第 1119 页 (“制定《外国主权豁免法》并不是要影响国务院的权力……也不是要维护国家元首外交和领事人员的豁免……美国已经代表 H. H. Sheikh Zayed 提出了豁免建议, 美国法院准备接受这

法部门不是最适合界定国家元首豁免范围的部门。……行政部门在这方面自然有更丰富的经验和专业知识。此外，当个人的私人权利同国际礼让利益发生冲突而产生敏感问题时，行政裁决可以灵活迅速地做出应对措施，而司法部门则不能。”<sup>648</sup>一家法院甚至在涉及绝对法的案件中也遵从行政部门。<sup>649</sup>这种由行政部门控制国家官员豁免判决的方法受到了一些评论员的批评。<sup>650</sup>

228. 美国法院一致遵守行政部门发出的“豁免建议”，<sup>651</sup>应该注意的是，即使没有豁免建议，这些法院仍然有可能认定外国官员享有豁免权。在这方面，Tunks 指出，“人们会看到，即使行政部门没有提出豁免建议，但是如果满足以下三个条件，美国法院仍会承认外国国家元首的私人非官方行为的不受管辖：(a) 寻求豁免的个人是现任国家元首；(b) 美国承认此个人为合法的国家元首；以及 (c) 外国没有放弃豁免权”。<sup>652</sup>换言之，美国关于遵守行政豁免裁决的做法在某种程度上缺乏均衡性：如果行政部门发布了豁免建议，美国法院几乎从未驳回过豁免申请，<sup>653</sup>“如果行政部门没有给予指导，……法院则自行裁决国家元首是否有权享有豁免。”<sup>654</sup>

---

样的国家元首判决作为决定性的判决”); 纽约南区地方法院, *Tachiona 诉 Mugabe* 案, 同前, 第 288 页 (“*Tachiona I*”) (“在制定《外国主权豁免法》时, 国会没有打算提出豁免建议, 并且赋予认可的国家元首免受该国法院行使管辖的绝对保护, 而扰乱国务院的传统惯例”), 南部地方法院, 部分确认, 部分修改, 上诉法院第二巡回审判庭, 同前 (没有再次回到国家元首豁免的结果上)。一位评论员承认那些遵守豁免执行建议的人与那些认为《外国主权豁免法》含有国家官员豁免的人之间存在巡回分歧, 同时他提议制定一个折衷的法令框架, “授予总统在法规规定范围内的任意权利。” Bass, 同前, 第 312 页。

<sup>648</sup> 上诉法院第二巡回审判庭, *Doe* 案, 同前, 第 45 页。

<sup>649</sup> 上诉法院第七巡回审判庭, *Wei Ye, Hao Wang, Does, A, B, C, D, E, F 和其他处境类似的人诉 Zemin* 案, 同前, 第 627 页 (“执行机构判定一位外国领导人应该豁免于诉讼, 即便是该领导人因为犯下违背强制法规定的行为而受到指控, 此判定仍然适用。”)。

<sup>650</sup> 尤其是, Mallory 认为, 首先国务院的豁免决定可能是武断的, 因为在做出豁免决定时缺乏明确的标准; 同前, 第 183-184 页。其次, 国务院缺乏必要的审判机制, 无法做出公平一致的豁免决定, 国务院还缺乏进行司法听证的机制, 也没有强制作证、保护证人或允许上诉的权力; 同上, 第 184-186 页。第三, Mallory 认为国务院在做出豁免决定时, 容易受到过度的外国政治压力的影响, 因此在这种情况下它会“面临令人不愉快的选择”, 或者拒绝建议豁免而得罪某外国, 或者为了保持良好的外交关系而对案情做出可能不公正的豁免决定; 同上, 第 183-187 页。

<sup>651</sup> 相反, 在某些案例中美国政府发出了一份类似于法庭之友书状的无约束力的“利益声明”, 而不是一份有约束力的“豁免建议”。见美国 *Tachiana I*, 第 283 页, 脚注 91。如果对利益声明而不是豁免建议存在争议, 美国法院有时会拒绝予以遵从。如, 见美国, *Chuidian 诉菲律宾国家银行* 案, 第 1101 页; 美国, *Tachiona I*, 第 284 页, 脚注 106。

<sup>652</sup> Tunks, 同前, 第 669 页。

<sup>653</sup> 最高法院, *墨西哥共和国诉 Hoffman* 案, 324 U.S. 30, 1945 年 2 月 5 日判决书, 第 35 页 (“法院不应如此行事而妨碍执行机构行使外交事务……因此如果我国政府认为可以允许豁免, 则法



229. 对联合国人员的豁免也存在做出豁免裁决的权力问题。在其针对《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议》提出的咨询意见中，国际法院认为：

“秘书长作为本组织的主要行政长官，其首要职责是捍卫本组织利益；为此他理应评估联合国人员是否履行了份内的职能，如果他的结论是，则应保护这些人员（包括特派专家），维护他们的豁免权……如果国家法院受理是一起对联合国人员豁免存有争议的案件，则应立即向它们说明秘书长关于联合国人员豁免的所有定论。对这些定论及其书面语言只有在提出最令人信服的理由时方可不予考虑，因此，国家法院应给予极高的重视。”<sup>655</sup>

国际法院得出以上结论是因为马来西亚政府没有将秘书长的定论传达给本国法院，马来西亚没有履行《联合国宪章》第一百零五条以及《联合国特权和豁免公约》规定的义务。<sup>656</sup>因此，在联合国人员豁免的特定情况下，国际法院认为秘书长关于联合国人员是否有权享有豁免的定论应得到国家法院极高的重视。

### 3. 行使外国刑事管辖豁免权的法律效力

#### (a) 管辖豁免与执行豁免不同

230. 国家官员所享有的外国法院管辖豁免权必须与对执行措施的豁免权区别开，包括判决前执行措施（如判决前扣押或逮捕）以及判决后措施（如没收该官员财产）。虽然委员会的议题主要是关于其先前的管辖豁免，但是在议题的初步纲要中委员会可能会审议执行或执法豁免的相关问题。<sup>657</sup>对于其他豁免形式的这种区别十分明确。例如，对委员会关于国家及其财产管辖豁免的条款草案的评注说明，“从理论上讲，免于强制措施的豁免是同国家管辖豁免分开的，因为后者专指免

院不应驳回”）；Tachiana I，第 271-282 页，脚注 91（意味着美国法院未曾忽视一项豁免建议）。但是比较加利福尼亚北部地区地方法院，[菲律宾共和国诉马科斯案](#)，[同前](#)，第 797-798 页（代表菲律宾首席检察官拒绝国务院提出的豁免建议）。

<sup>654</sup> Doe 案，[同前](#)，第 45 页。

<sup>655</sup> 《人权委员会特别报告员豁免于法律程序的相关区别》，[同前](#)，第 60-61 段。

<sup>656</sup> [同上](#)，第 62 段。

<sup>657</sup> Roman A. Kolodkin, “国家官员的外国刑事管辖豁免”，见《大会正式记录，第六十一届会议》(A/61/10)，附件 A，第 443 页。

于诉讼裁判的豁免”，<sup>658</sup>评论还指出，在实践中将执行豁免与管辖豁免加以区别得到了大力支持。<sup>659</sup>

231. 在谈到国家执行豁免时，Jennings 和Watts 都强调了执行豁免与管辖豁免的不同，并说明“按规则，即使在当地法院对一个外国实行适当管辖的情况下，也不应在对该国的任何判决中规定扣押其财产”。<sup>660</sup>同样，Brownlie 注意到（也是在国家豁免的情况下）：

“管辖豁免问题（程序豁免）区别于执行管辖而产生的制约措施豁免问题。这些措施包括为了执行判决或判决前扣押而针对外国财产（包括银行账户基金）的所有制约措施。‘管辖豁免’和‘执行豁免’的区别说明，国家在对其资产的强制执行措施上十分敏感，因为执行措施有可能导致外交领域产生严重争端。同时应仔细考虑有利于以下观点的原则，即如果在国内法律制度下能够行使管辖权和做出判决书，那么该判决的执行管辖也应是可实行的。”

<sup>661</sup>

232. 另外，Kahale 和 Vega从美国的做法中注意到，“[《外国主权豁免法》]颁布之前的主权豁免法律有一个鲜明特点，这就是诉讼豁免规则和执行豁免规则明显不同。”<sup>662</sup>对外交豁免进行分析也得出了同样的结论。例如，《维也纳外交关系公约》第三十一条第三款规定，除某些例外，“对外交代表不得为执行之处分。”<sup>663</sup>

<sup>658</sup> 国家及其财产司法豁免条款草案，以及1991年评注，《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第56页。

<sup>659</sup> 同上。（援引特别报告员萨默宠·苏查里特克尔第七次报告中报告的判例，《1985年……年鉴》，第二卷（第一部分），第21页，A/CN.4/388和Corr.1号文件，第73-77段；Motoo Ogiso的第二次报告，《1989年……年鉴》，第二卷（第一部分），第59页，A/CN.4/422和Corr.1和Add.1和Corr.1号文件，第42-44段）。

<sup>660</sup> Jennings 和 Watts，*同前*，第350-351页（注意到根据“1972年《欧洲国家豁免公约任择议定书》规定，允许执行针对一国财产的判决书，以在本公约规定没有管辖豁免的情况下针对该国的诉讼中执行一项最终判决书，只要诉讼与该以同个人相同的方式所参与的工业及商业活动有关，并且引起争议的财产仅用作此类活动相关的用途。”）。

<sup>661</sup> Brownlie，*同前*，第338页。

<sup>662</sup> George Kahale 和 Matias A. Vega，“豁免和管辖：在对外国的诉讼中适用一套统一的法律”，《哥伦比亚跨国法期刊》，第18卷（1979-1980年），第217页。

<sup>663</sup> 《维也纳外交关系公约》第三十一条。本法则的一些例外适用于如下情况：

“(a) 关于接受国境内私有不动产之物权诉讼，但其代表派遣国为使馆用途置有之不动产不在此列；

“(b) 关于外交代表以私人身份并不代表派遣国而为遗嘱执行人、遗产管理人、继承人或受遗赠人之继承事件之诉讼；

Denza在有关该条款的评注中指出，外交代表的执行豁免“一直是在习惯国际法中规定的”并且“源于外交人员的人身、居所和财产不可侵犯以及其享有民事管辖豁免权。”<sup>664</sup>

233. 国家官员的管辖豁免和执行豁免之间也似乎存在同样的区别。例如，国际法学会2001年通过的决议对现任国家元首、<sup>665</sup>前任国家元首<sup>666</sup>以及政府首脑<sup>667</sup>的管辖豁免和执行豁免分别做了规定。另外，在大陪审团的诉讼中，法院将管辖豁免与诉讼文书的送达豁免区别开来。<sup>668</sup>在评论法国上诉法院判决的 Ghaddafi 案时，Zappalà发现该法院对管辖豁免与执行豁免也作了区分，他还注意到，Ghaddafi 作为事实上国家元首所享有的属人豁免权，“使法国法院在对受害者家属提起的民事诉讼行使管辖权的同时，也能够对缺席刑事诉讼行使管辖权（法国法律允许这样做）。尽管如此，正式访问期间不得执行任何措施，更不能逮捕 Ghaddafi 将军。”<sup>669</sup>

234. 当国家官员面对刑事诉讼时，将管辖豁免同执行豁免区分开会产生特殊问题，因为在考虑适用管辖豁免之前，有可能对个人采取某种“判决前执行措施”（如逮捕或预防性拘留）。因此，在国家管辖豁免案件中采用的将执行豁免分为判决前和判决后制约措施是值得探讨的一种方式。<sup>670</sup>这样可以产生三种程序上分

---

“(c) 关于外交代表于接受国内在公务范围以外所从事之专业或商务活动之诉讼。同上，第三十一条第一款。”

<sup>664</sup> Denza, 同前, 第 263 页 (指出“只要曾经实际处理过或由作者作为不同于民事管辖豁免的问题处理过, 通常要适用关于放弃管辖豁免并不意味着放弃执行方豁免这一规则 (如今在第 32.4 条中规定)”)。另见同上, 第 284 页 (怀疑在刑事诉讼中是否要求一个单独的放弃)。

<sup>665</sup> 比较国际法学会决议, 第 2 条 (涉及到管辖豁免), 同上, 第 4 条 (1) (涉及执行管辖)。

<sup>666</sup> 比较同上, 第 13 条 (2) (涉及管辖豁免), 来自同上第 13 条 (3) (涉及执行豁免)。

<sup>667</sup> 同上, 第 15 条 (1) (“外国政府首脑享有同样的……在本决议中得到国家元首认可的管辖豁免。本规定不妨碍政府首脑的任何执行豁免。”)。

<sup>668</sup> 见大陪审团诉讼程序, 同前, 第 602 页 (“但是本案的问题不在于马科斯是否负有民事责任, 而在于他们是否完全享有程序豁免。”)。

<sup>669</sup> Zappalà, 同前, 第 612 页。

<sup>670</sup> 比较《联合国国家及其财产管辖豁免公约》, 2004 年, 第 18 条 (判决前豁免) 与同上, 第 19 条 (判决后豁免)。事实上, 工作组主席已在其报告中指出, 这一区分是针对一些代表的, 其“依据是在判决前强制措施方面, 国家豁免应当宽于为执行判决的强制措施。” A/C.6/54/L.12 号文件, 第五十四届会议, 第六委员会, 工作组主席的报告, 《国家及其财产管辖豁免公约》, 第 35 段。但是其他代表不支持判决前和判决后强制措施之间的区别, 这个问题有待于工作组进一步讨论。见 A/C.6/55/L.12 号文件, 第五十五届会议, 第六委员会, 工作组主席的报告, 《国家及其财产管辖豁免公约》, 第 53-83 段。

开的豁免：判决前制约措施豁免、管辖豁免（个人是否享有判决前制约豁免）以及判决后制约措施豁免（如果管辖豁免被驳回并且判决正式宣布）。

235. 执行豁免也有别于国家官员不可侵犯的概念。在国际法学会的工作中，执行豁免这一术语常用于财产或国家元首或政府首脑，<sup>671</sup>而不可侵犯一词常用于人身。<sup>672</sup>但是这两个概念是密切关联的，因为扣押或执行也可能侵犯国家官员的豁免权。特别报告员萨默宠·苏查里特克尔提交的关于国家及其财产管辖豁免问题的条款第 25 条草案（2）中承认了上述两个概念的内在关联性，并说明，“如果扣押或执行措施有可能损害个人或住所的不可侵犯性，则不得对个人主权财产或国家元首采取扣押或执行措施。”<sup>673</sup>在逮捕状案件中，专案法官范登韦恩加尔特注意到，虽然国际法院在其答复中认为比利时没有遵守刑事管辖豁免以及现任外务部长官的不可侵犯性，但是“判决没有解释‘不可侵犯’一词的含义，而只是简单地讲该词与‘豁免’一词并列。”<sup>674</sup>她对这一观点并不认同。她试图对二者加以区分，并注意到在外交豁免的案件中，“发出指控或传票可能有悖于外交豁免，而执行指控或传票也可能损害代表的不可侵犯性。”<sup>675</sup>在最近吉布提诉法国案的判决中，国际法院提到了《维也纳外交关系公约》第二十九条，该条涉及不可侵犯性，这与吉布提的主张有关，即“同法国通讯社的信息交换违背了调查以及向该国国家元首发出证人传唤的相关信息的机密性，因此应视为损害了国家元首的信誉或尊严。”<sup>676</sup>

<sup>671</sup> 国际法学会 2001 年通过的决议，第 4 条（“国家元首私人拥有且位于一个外国领土内的财产可以免于任何执行措施，除非是执行针对该国家元首的最终判决。”）。

<sup>672</sup> 同上，第 1 条（“在一个外国领土内，国家元首本人不可侵犯。”）。

<sup>673</sup> 第 25 条（2），特别报告员萨默宠·苏查里特克尔在其第七次报告中提交的，同前，第 45 页。如前所述，第一部分，本条款最终版本没有保留第 25 条草案。Sinclair 原本提议将该草案替换成一份保障条款，其中虽然没有明确使用‘不可侵犯’，但是该保障条款直接提及了对私人财产的约束：“现有条款没有损害个人主权或国家元首根据国际法律而享有的关于其个人能力范围内的行为豁免（不论是管辖豁免还是约束私人财产措施的豁免）。”第 1944 次会议简要记录，同前，Sinclair，第 26 段。一读通过的版本省略了该项援引，用更为普遍的术语称“现有条款不妨碍国际法赋予国家元首个人特权豁免。”一读通过的第 4 条第（2）款草案，《1986 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 9 页。条款草案最后版本保留了本用语——成为委员会 1991 年通过的第 3 条（2）草案。《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 21 页。

<sup>674</sup> 法官，尤其是范登韦恩加尔特的不同意见，第 75 页（援引逮捕状，判决书，第 78（2）段）。

<sup>675</sup> 同上（援引 J. Brown，“外交豁免：《维也纳外交关系公约》下的国家惯例”，《国际法和比较法季刊》，第 37 卷（1988 年），第 53 页。）比较 Cosnard，同前（1999 年），第 312 页（审议前国家元首的不可侵犯性只用于当其管辖豁免不能防止针对其提起的刑事诉讼时）。

<sup>676</sup> 吉布提诉法国案，第 174 段和第 175 段：

“[……]法院认为如果吉布提表示出了该机密信息已经从法国司法办公室传给了媒体，那么在吉布提国家元首对法国进行官方访问期间，这种行为不仅违反了法国法律，同时法国

236. 在一些案件中，执行豁免似乎被视为比管辖豁免更为宽泛的豁免形式。Rousseau 强调对于根据主要实践和理论而实行的国家豁免来说，执行豁免比管辖豁免的应用更为宽泛，因为后者对外国主权的潜在危害更大。<sup>677</sup> Kahale 和 Vega 指出，（也是对于国家豁免来说）即便是在关于诉讼豁免的国家豁免限制理论通过之后，绝对豁免理论仍非常适用于执行豁免，因此“[一位]私人诉讼当事人虽有可能完全以商业行为的方式使为一个外国的诉讼豁免辩护败诉，但判决结果会使其一败涂地。”<sup>678</sup> 国家管辖豁免条款草案评注称执行豁免是“国家豁免的最后堡垒”，并指出“任何主权国家不得对同样也是主权国家的国家施以主权力量，如果该观点得到认可，则更应遵守一个国家的机构不得对其他国家及其财产执行或强迫执行制约措施。”<sup>679</sup> 这一更加广泛的执法豁免的基本趋势也同样适用于国家官员的豁免。例如在逮捕状案中，国际法院注意到，尽管存在争议的逮捕状称，“被告仍然担任外交部长一职，但是该职位并不含有管辖豁免和执法豁免”，可是对于“比利时准许入境的所有国家代表除外（在‘正式访问’期间）”，他们享有执法豁免权。<sup>680</sup>

#### **(b) 没有因从事犯罪行为而受到指控的国家官员豁免**

237. 必须考虑政府官员是否仅在受到犯罪行为指控，或在刑事诉讼中做证等其他情况时享有豁免权。尽管实践极为有限，但是普遍的趋势似乎是将外国刑事司法

---

也违背了其国际义务。但是国际法院必须承认它并不具有任何证据证明法国司法机关是出现问题的机密信息传播的来源。”

比较优素福专案法官的个别意见（尤其是第 54-55 段），他认为当吉布提总统在法国参加一个国际会议时，传唤的附属及其发出损害了吉布提总统尊严和荣誉。同样的结论见科罗马法官的个别意见，第 13 段。相比之下，斯科特尼科夫法官在其个别意见中认为《维也纳外交关系公约》第二十九条与人员的不可侵犯性有关，但没有规定“受到免于负面媒体报道的保护”（第 20 段）。

<sup>677</sup> Rousseau, *同前*, 第 16 页（“根据国际法原则和习惯法的主要规定，在外国主权受到严重侵害的情况下，执行豁免的范围要大于管辖豁免，对于一个国家采取限制措施，这从任何一个角度来讲都与国家主权独立不相容”）。另见 Shaw, *同前* (2003 年) 第 659 页（“明示放弃管辖豁免……并不意味着也放弃执行豁免。”）。

<sup>678</sup> Kahale 和 Vega, *同前*, 第 217 页。又见 *同上*, 第 221-222 页以及脚注 53（注意到美国的《外国主权豁免法》“修改了执行豁免的规则，以更加符合限制性理论中涉及的诉讼豁免”，但是“在外国可能接受诉讼的所有案例中仍不允许执行。”他们提出了一个当事方的例子，该当事方立约粉刷一座使馆，但是，根据《外国主权豁免法》第 1605 条 (a) (2) 中有关商业活动例外的规定，这可能会因违反合约而对外国提起诉讼，但可能不会在没有放弃豁免权的情况下受到判决书，因为第 1610 条 (a) (2) 的执行只限于为进行商业活动所使用的财产，而权力要求的提出以这些商业活动为依据）。

<sup>679</sup> 《1991 年……年鉴》，第二卷（第二部分），第 56 页，第 18 条评注第 (2) 段。

<sup>680</sup> *逮捕状案*，第 68 段。



制度的执行权豁免也扩展到那些本身没有直接受到犯罪行为指控的国家官员。在 **检举人诉 Blaškić** 案中，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭审议了它是否能向克罗地亚共和国国防部长发出携带证件到庭作证的传票，以令他出示一些与被告案件有关的文件。上诉分庭一致认为，它不会向以公务身份行事的国家官员出具有约束力的命令，<sup>681</sup> 并在其推论中特别指出，国家官员的职能豁免使分庭不能向这类官员发出携带证件到庭作证的传票，无法命令其出示有关文件。<sup>682</sup> 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管辖权应遵守与国家法院规定相同的规则。<sup>683</sup>

238. 同样，德国联邦行政法院的一次民事判决质疑政府拒绝一名来自斯里兰卡的泰米尔人提出的庇护申请，<sup>684</sup> 寻求庇护人宣称印度军队参与滥杀斯里兰卡的泰米尔人，因此移居逃避印度国防部长的交叉询问。联邦行政法院拒绝了该请求，认为主权国家享有的无限制豁免权可以扩大到这些国家的公务行为，具体来说无限制豁免权有碍于发出传票，而这些传票可以使他们在条约没有明确规定的情况下就主权行为出庭作证。尽管国防部长本人没有因从事犯罪行为受到指控，法院认为他对印度部署在斯里兰卡的军队、其动机和公务行为做出的证词无疑涉及主权行为。因此法院认为部长没有法律责任作证，根据国际礼让规定他也无须这样做。<sup>685</sup>

239. 外交法也赞同这一原则。尤其是《维也纳外交关系公约》规定，“外交代表无以证人身份作证之义务。”<sup>686</sup> 同样，1969年《特别使团公约》规定，“特别使团内派遣国代表及该团外交职员无以证人身份作证之义务。”<sup>687</sup>

240. 尽管在提交本研究报告之时，法院不得不做出判决书，但是最近在刑事事项互助的若干问题中，书面和口头诉状相当详细地讨论了本人没有受到犯罪行为指

<sup>681</sup> 检察官诉 Blaškić 案，裁决的传票，判决书第 2 段。

<sup>682</sup> 同上，第 38 段。法庭判决“如果法官或分庭打算命令编写文件、没收证据、逮捕嫌疑人等做出涉及国家、其机构或官员行为的行动时，他们必须求助于相关国家。”同上，第 43 段。

<sup>683</sup> 同上，第 54 段（认为在主权平等国家的一个“横向”范例中，“一个缔约国申请的任何调查或司法活动（取证、没收文件、问讯证人等）形式只能由申请国的相关机构执行，尽管国际法庭具有《规约》规定的首位地位和‘纵向’地位，这些国家仍对国际法庭采取了同样做法”）。

<sup>684</sup> 联邦行政法院，1988 年 9 月 30 日判决书，《1989 年德意志行政周刊》，第 261 页和下页，摘自欧洲理事会文献，[同上](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/)，国际公法顾问委员会，关于国家豁免的国家惯例数据库，在线见 [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/)（2008 年 3 月 3 日最后一次访问）。

<sup>685</sup> 同上。

<sup>686</sup> 第三十一条（2）。

<sup>687</sup> 第三十一条（3）。

控的国家官员的豁免问题。<sup>688</sup>特别是目前讨论的相关问题是由法国司法机构向吉布提共和国政府发出两份作证传票，要求后者在“指控X谋杀Bernard Borrel案”中，针对X教唆他人作伪证的刑事指控提供证词。吉布提认为，吉布提总统具有证词豁免权，因为国家元首的豁免权不仅适用于诉讼结果，也适用于治安法官采取的其他行为，包括强迫国家元首作证。<sup>689</sup>在逮捕状案中法院认为“仅仅出具[逮捕状]违反了”关系国家官员的“豁免”，<sup>690</sup>提到此案，吉布提认为虽然传讯证人并不是一种与逮捕状同级别的制约行为，但是这种行为确实是对被传讯人员的一种制约行为，因此豁免可以适用。<sup>691</sup>法国似乎承认有约束力的传讯证人可以使用国家元首豁免，并认为存在争议的传讯证人是一种不具有约束力地请求提供证词的行为，因此可能被不顾后果地驳回。<sup>692</sup>为此，法国认为豁免仅适用于以下行为，即可能导致逮捕某人，或更普遍地说，限制他或她在国际上完成其职能的自由（从而影响他或她的国家国际关系的行为）。<sup>693</sup> 法国认为：

“邀请吉布提共和国总统作证没有损害他的豁免权及其尊严，他完全可以自由地接受或拒绝；

<sup>688</sup> 吉布提共和国的诉状，2007年3月15日，第133-138段；法兰西共和国辩诉状，2007年7月13日，第4.6-4.27段；吉布提，CR 2008/1（2008年1月21日）（van den Biesen），第36-37页，第50-51页；法国，CR 2008/5（2008年1月25日）（Pellet），第25-40页；吉布提，CR 2008/6（2008年1月28日），（van den Biesen），第18-26页；法国，CR 2008/7（2008年1月29日）（Pellet），第40-45页。

<sup>689</sup> 吉布提共和国的诉状，[同前](#)，第134段（“[这]种理念不仅适用于诉讼结果，也适用于治安法官采取的其他行动，包括强迫国家元首作证。”）。

<sup>690</sup> 逮捕状案，第70段。

<sup>691</sup> 吉布提共和国诉状，[同前](#)，第135段（“应注意的是，法院在逮捕状案中，以此身份审查了这类证书的性质和影响，以及它给豁免造成的障碍。对此法院指出，出具的逮捕状“是比利时司法机构的文书，可用于逮捕犯罪人”。然而，传唤作证本身不是类似于逮捕状的强制性文件，但是它要求被传讯的证人到庭这一事实本身，仍然不可争议的具有强制性，这种传讯本身与管辖豁免相矛盾。”）。

<sup>692</sup> 法兰西共和国的辩诉状，[同前](#)，第4.6-4.12段，尤其是第4.11段（“通过外交途径向外国主管机构代表提出的传唤作证请求只是一种邀请，并不是对相关人员的强制做法”；法国，CR 2008/5（2008年1月25日）（Pellet），第28-31页，第33-35页，尤其是第28页，第15段（“国际法律……当然不排除邀请国际受保护人员在刑事调查中作证”）；第30页，第21段（“负责调查的法官无意强迫威胁这些来自吉布提的高级人物”）；第31页，第23段（“以此类推，可能对于英美法体系下的律师更为熟悉，一位‘普通’证人……必须证明传票，而大使和总统可以受邀自由而不受威胁地这样做。”）；第33页，第26段（“Clément法官邀请吉布提共和国总统作为一名普通证人而不是一名 *témoign assisté* [法律上代表的证人] 作证；这意味着她没有考虑到会有任何控诉归咎于他，并且事实上没有发出普通证人传唤，而是发出了一份作证邀请，不带有任何强迫性威胁。”）；第35页，第31段（“很难看出一份不带有任何执行威胁的简单作证邀请会以任何方式损害国家元首的尊严。”）。

<sup>693</sup> 法兰西共和国的辩诉状，[同前](#)，第4.9段。

“该邀请不带有任何强制性和威胁，因此完全符合外交习惯以及适用于外国元首的国际法原则；

“盖莱总统拒绝给予书面证词不需要也没有提供正当理由，他的拒绝为该事件画上了句号，国际法院对此做出的任何判定都是无异议的”。<sup>694</sup>

241. 为了本次研究，当事双方就传讯证人行为根据法国法律是否具有约束力的问题展开了公开辩论。<sup>695</sup> 双方似乎都认为，根据国际法规定，国家元首所享有的豁免权适用于具有约束力的传讯证人行为（即使是向不直接受到犯罪行为指控的国家元首发出传讯时），因为这是对其行为的一种外在制约，又由于国家元首可以不受约束地忽视传讯，因此与不具有约束力的传讯证人行为并不相关。在其判决中，法院承认如果证人传唤使国家元首的管辖豁免隶属于一种“权力机构的约束行为”，那么前者可能会损害后者。<sup>696</sup> 但是法院认为这不是法国调查法官向吉布提国家元首发出证人传唤的案件。法院指出2005年5月17日的传唤：

“与《法国刑事诉讼法典》第 109 条规定的约束措施无关；事实上它仅是一个作证邀请，国家元首可以自由接受或予以拒绝。因此，法国没有损害国家元首享有的刑事管辖豁免，因为他没有调查Borrel案的责任。”<sup>697</sup>

<sup>694</sup> 法国，CR 2008/5（2008年1月25日）（Pellet），第40页，第47段。

<sup>695</sup> 例如，见吉布提，CR 2008/6（2008年1月28日）（van den Biesen），第18-26页；法国，CR 2008/7（2008年1月29日）（Pellet）第40-45页。

<sup>696</sup> 吉布提诉法国案，第170段。

<sup>697</sup> 同上，第171段。根据法院，该传唤命令不符合《法国刑事诉讼法典》第656条规定的正式程序，但这一点并没有上升到法国损害了关于外国国家元首的刑事管辖豁免和不可侵犯方面的国际义务。（第173页）。然而，国际法院认为法国调查法官“没有按照外国国家元首应得的礼节行事”（第172段）并且法国外交部长应该向吉布提总统道歉（第172和173段）。

不同判决见科罗马法官的个别意见，第13段：

“因此国际法院承认国际法律规定接受国有义务尊重国家元首的不可侵犯、信誉和尊严。不可侵犯已经被理解为豁免于任何干涉，无论是法律还是权利表面拥有的权利或其他，并且也意味着一种特殊的保护职责，无论是免受接受国家的干涉还是仅仅免受侮辱的保护。但是国际法院发现，法国通过发传真以及在无协商的情况下规定较短期限而‘邀请’国家元首到调查长官办公室作证，法国没有按照外国国家元首应得的礼节行事。我认为，控诉的做法不仅仅涉及理解问题，也事关尊重国家元首不可侵犯、信誉和尊严的义务，以及其豁免于法律程序问题，当向他发出证人传唤时已经违反了上述的任何形式，而将此泄露给媒体无疑更是雪上加霜。这种意图显然没有给予国家元首应有的尊重、蓄意地侵犯了国家元首的尊严和信誉。因此国际法院应该审议国家元首的不可侵犯性以及其作为国家元首有权享有的尊重是否遭到损害；如果国际法院判决是遭到了损害（无论何种形式的损害，正式过失或其他），法院则认为法国应该对此致歉，并作为法院一个裁定在执行部分体现。”

另见优素福专案法官的个别意见（第42-51段），他认为吉布提总统由于没有服从传唤而可能被迫按照《法国刑事诉讼法典》第101和109条出现在调查法官面前，并且可能遵守

关于2007年2月14日的传唤，法院认为：

“该作证请求明确要求国家元首的同意，这是通过权力机关调解者以法律规定形式传达的。该措施不能损害吉布提国家元首享有的管辖豁免权”<sup>698</sup>

### (c) 执行豁免排除的行为

242. 一旦规定某个国家官员享有豁免权，必须明确该豁免权是否会使外国无法执行与此人相关的刑事程序，或仅仅是某些程序，如限制其迁移自由的程序或限制其履行公务职能的能力的程序。<sup>699</sup> 在近日 [吉布提诉法国案](#) 的判决中，国际法院重申了其在逮捕状案中对国家元首的判决书，大意是“刑事管辖豁免和不可侵犯性”<sup>700</sup> 意味着[一个国家的官员]不受另一个国家权力机关可能妨碍其行使职能的任何行为。因此，根据国际法院的意见，“评判国家元首的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权力机关的强制行为。”<sup>701</sup> 尽管实践相对受限，但是似乎凡是豁免适用之处，都规定个人普遍豁免于刑事司法系统行使的所有权力。例如，在 [Honecker案](#) 中，法院判定豁免不仅禁止对国家元首提出正式诉讼，也“不允许警察或检察官进行问讯和调查。”<sup>702</sup> 同样，在 [Doe案](#)（涉及被告免于携带证件到庭作证，以提供口头和书面例证、掌印、指纹和财务记录的传票）中，法院最终判决菲律宾政府明确放弃了被告所享有的所有豁免权。法院推理说明，如果他们享有豁免，那么该豁免权会妨碍此类传票的有效性。<sup>703</sup> 同样在 [Lasidi公司诉 Financiera Avenida公司案](#)（一种民事诽谤行为）中，原告试图废黜阿布扎比独裁统治者Shaikh Zayed bin Sultan al Nahayan殿下，后者根据

---

《法国刑事诉讼法典》第 434-15-1 条的金钱制裁（尤其见第 44-45 段），因此传唤事实上是一个权力约束行为。

<sup>698</sup> [吉布提诉法国案](#)，第 179 段。不同判决见优素福专案法官的个别意见第 53 段。

<sup>699</sup> 本小节与上一个小节相关，因为所调查的辅助行为（如传票或证人传讯）在大量案件中同涉及没有受到犯罪指控的个人的行为是同种类型。然而本小节又与上一个小节不同，因为虽然上一个小节审议的是按照个人分类豁免是否完全适用的问题（对于那些没有受到犯罪指控的个人，本小节首先从有争议的个人享有豁免这一前提出发，检查了豁免的范围，尤其是它包含多少受到另一个国家刑事司法系统约束的辅助行为）。

<sup>700</sup> [吉布提诉法国案](#)，第 170 段。另见 [逮捕状案](#)，第 22 页，第 54 段。

<sup>701</sup> [吉布提诉法国案](#)，第 170 段。

<sup>702</sup> [Honecker案](#)，1984 年 12 月 14 日判决书，[同前](#)，第 365-366 页。

<sup>703</sup> [Doe案](#)，[同前](#)，第 43-46 页。另见大陪审团诉讼的 [Doe案](#) 第 700 号，[同前](#)，第 1111 页，摘录于《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 602 页（“然而本案中的问题不是马科斯是否具有民事责任，而是他们是否完全豁免于诉讼程序”）。另见 [Mallory](#)，[同前](#)，第 196 页（“在某些案件中，国家元首成为法律诉讼当事方，法院应以一种符合国家元首职位尊严的方式实施预审要求告知。”）。

国家元首所享有的豁免权抵抗对他的废黜。<sup>704</sup>美利坚合众国国务院提出“利益参考”，将对Shaikh Zayed办公室尊严的侵犯降至最低，“美国认为，在没有明显需要的情况下，美国法院不会要求对外国国家元首本人进行调查。”<sup>705</sup>国际法院最终以放弃豁免权为由对此案做出判决书，即“干预反诉的自愿行为导致放弃证据豁免，而如若不予干预，Shaikh反而会享有证据豁免权。”<sup>706</sup>然而，该判决的暗含意思是，如果该豁免权没有被放弃，则会应用在罢黜上。

243. 豁免的适用范围很广，涉及到刑事司法系统所有可能违反个人不可侵犯性的行为，在外交法实践中也支持在某些方面广泛适用豁免。但是应该注意的是，《维也纳外交关系公约》第三十一条（2）旨在实质性豁免外交代表作证之义务，这并不是一个程序性的豁免，国际法委员会对此进行了详尽讨论。<sup>707</sup>这一实质性豁免已在实践中得到了反复验证。例如，1856年荷兰部长在美国目击到杀人事件时，他拒绝在美国法院为此作证。美国政府在同荷兰政府提出了这一事件时强调说，“无论是从各国惯例还是美国法律来说，Dubois先生都无疑是有法律权利拒绝作证的”，但是请求他作证完全是为了正义考虑。荷兰部长最终没有为此事作证，<sup>708</sup>随即被视为不受欢迎的人。<sup>709</sup>在1864年，关于通过英国外交部向法国大使转交出庭作证的传票问题，英国法律官员建议：

“根据国际法规定的原则，大使没有义务服从他所驻国家法院无论是传唤作证还是为其他目的而行使的司法权；……当然，大使所驻任何国家的政府在任何情况下都有权在可能有理由认为在大使自愿出庭作证并做出他认为合适的陈述是有助于维护公正的案件时这样做，以使他同意放弃他毋庸置疑的特权，当然是在不需要传票的情况下作证。”<sup>710</sup>

<sup>704</sup> 纽约州上诉法庭，*Lasidi 公司诉 Financiera Avenida 公司*案，538 N.E. 2d 332，1989年3月28日判决书，第948-951页。

<sup>705</sup> 同上，第949页。关于在美国法律中与具有约束力的“豁免建议”相比，该“利益建议”（“利益陈述”）不具有约束力的特点，见前述，脚注642。

<sup>706</sup> 同上，第950页。

<sup>707</sup> 《1985年……年鉴》，第一卷，第147-152页；Denza，*同前*，第259-260页。马来西亚最高法院在*公诉人诉 Orhan Ormez*案中支持该区分（1987年），讨论如下，脚注736及附文。

<sup>708</sup> Denza，*同前*，第258页。

<sup>709</sup> 同上，第260页。

<sup>710</sup> 同上，第258-259页。



因此，法官对自愿邀请作证同强制传唤出庭加以区别，前者是国际法规定的，而后者不符合国家官员所享有的豁免。<sup>711</sup>

244. 国家官员取得豁免权的预期前提是为了完成公务，必须能够自由旅行、工作以及在外国管辖下互动，而不受到干扰其工作的威胁，因此认为豁免的范围不仅应包括那些直接妨碍国家官员行使公务的行为，也应包括在刑事司法系统中对个人行使的所有权力是合情合理的。例如，国际法院在逮捕状案判决中强调，“一名外交部长在前往或途径另一个国家的过程中可能会面临诉讼程序，而即便是仅仅这种风险也会有碍于该部长为了完成公务而进行国际差旅。”<sup>712</sup>换言之，预期的干预或限制威胁尽管没有直接妨碍国家官员履行公务，但是却可能限制其有效实施公务的能力。<sup>713</sup>逮捕状案也说明了这一点，当时国际法院驳回了比利时的争辩，即“在第三方国家中执行授权令是‘依靠一些已经采取的初步步骤’，如果认为第三方国家的授权令‘不完善’，也并不破坏[刚果]的主权。”<sup>714</sup>国际法院驳回这一立场，并做出判决书，该问题以及授权令的下达“严重损害了Yerodia先生作为刚果现任外交部长的豁免权，并影响了刚果的国际关系。”<sup>715</sup>法院还强调说，由于Yerodia作为外交部长经常出访，“即便是比利时没有采取‘进一步措施’，仅授权令在国际的发布就足以使他在国外受到逮捕”，因此这违反比利时对刚果的义务。<sup>716</sup>因为一种不成熟的行为（如发出逮捕状或传票）会影响国家官员行使

<sup>711</sup> Denza 注意到国际法学会在 1985 年和 1929 年关于外交豁免的决议载有一项规定，即“享有法律豁免的个人可能拒绝在领土所属国法院作为证人出庭，条件是如果是通过外交途径要求他们这样做，他们应该在外交居留地为派遣他们的国家的治安法官提供证词”，但是决议还补充，该规定并不是完全说明习惯国际法，因为尽管许多国家在本国法律中都规定外交官按照具体情况提供证词，但是“没有迹象表明外交官在作证方面的强制豁免曾是以其同意使用该特殊工具为条件的，并且在许多法律体系中，如英国和美国法律体系，在这种情况下提供的证据是不被承认的”。[同上](#)，第 259 页。

<sup>712</sup> [逮捕状案](#)，第 53-55 段（着重部分由作者标明）。

<sup>713</sup> 然而，只有在存在问题的行为干涉了个人的官方职能时，才能运用豁免。例如《维也纳领事关系公约》第四十三条第一款规定“领事官员及领馆雇员对其为执行领事职务而实施之行为不接受国司法或行政机关之管辖”，该规定确实在为可能干预其官方职能的案件作证的责任这一有限范围内限制豁免。[同上](#)，第四十四条第三款（“领馆人员就其执行职务所涉事项，无担任作证或提供有关来往公文及文件之义务。”）另见同上第四十四条第二款（“要求领事官员作证之机关应避免对其执行职务有所妨碍。于可能情形下得在其寓所或领馆录取证言，或接受其书面陈述。”）。关于没有妨碍其行使官方职能的作证，本公约规定这些官员“不得……拒绝作证。”[同上](#)，第四十四条第一款。

<sup>714</sup> [逮捕状案](#)，第 71 段（原文括号）。

<sup>715</sup> [同上](#)。

<sup>716</sup> [同上](#)（着重部分由作者标明）。

其公务，因此豁免应该包括这些行为，而不是仅仅包括那些直接或间接妨碍官员履行公务的行为。<sup>717</sup>相比之下，哈苏奈法官持有不同意见，他认为：

“外交部长在公差期间有权豁免于强制执行……但是如果仅仅是对其进行刑事调查，按照客观标准很难说是对其行使外交构成了干扰。一名怯懦或过于敏感的部长可能会限制其私人旅行或感到不快，但是这是主观因素，不应考虑。”<sup>718</sup>

245. 特别是范登韦恩加尔特法官立即提出不同意见，他认为指控应该作为一项一般事务而进行调查，而不损害国家官员的豁免权，但是豁免权可能会有碍于直接命令国家官员作证或出庭接受审讯。<sup>719</sup>

#### 4. 放弃豁免

246. 各类豁免的一个共同点是受益者可以放弃豁免。例如，关于国家豁免，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规定：

“一国如以下列方式明示同意另一国对某一事项或案件行使管辖，则不得在该法院就该事项或案件提起的诉讼中援引管辖豁免：(a) 国际协定，(b) 书面合同；或 (c) 在法院发表的声明或在特定诉讼中提出的书面函件。”<sup>720</sup>

247. 该原则在地区条约<sup>721</sup>、国家法院判决<sup>722</sup>以及关于国家豁免的国家法律<sup>723</sup>均有体现，并得到了评论员的支持。<sup>724</sup> 同样，关于外交豁免问题，《维也纳外交关

<sup>717</sup> 同上，第 54 段（“[外交部长的]豁免权和……不可侵犯使相关个人免受另一个国家机关做出的可能有碍于其行使职能的行为的影响。”）。逮捕状案的判决对规定外国官员起诉的国家法律的影响仍不明确。见 Wouters，同前，第 264-265 页（注意到比利时法律第 5 条第（3）款（修订版）规定的针对享有豁免权的个人采取的行为仍有含糊之处）。

<sup>718</sup> 哈苏奈大法官的反对意见，第 4 段。

<sup>719</sup> 特别是范登韦恩加尔特法官的反对意见，第 75 段。这些不同立场在 Wouters 中作了讨论，同前，第 258-259 页（注意到，严格地说国际法院仅宣布发出和传送逮捕状，但尚未执行，同时比利时需要进一步采取措施在第三方国家执行逮捕状，但是这些因素没有阻止国际法院做出判决书，判定发出逮捕状损害了 Yerodia 的豁免权。而后他考虑了这样一个问题，即仅仅是调查针对外交部长的刑事指控的这一行为是否传达了国际法院所支持的功能性标准。）另见 Verhoeven，“对案件的反思……”，同前，第 534 页（审理逮捕状案并得出结论：“由于这个原因，对外国外交部长的刑事诉讼和公开审判在原则上是违背国际法的。首先是应提供信息或开展调查，并慎重地得出结论。这是外交法长期规定的做法”）。

<sup>720</sup> 第 7 条（1）。

<sup>721</sup> 如，见《欧洲国家豁免公约》，1972 年，第 2 条。

<sup>722</sup> 如，见 2003 年 5 月 29 日布加勒斯特上诉法庭判决（判决罗马法院没有资格审议一个外国或其外交代表为被告的任何争论，除了各自国家放弃豁免的案件），欧洲理事会摘要，国际公法顾问委员会，关于国家豁免的国家惯例数据库，在线见 [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/)

系公约》规定，“外交代表及依[本公约]享有豁免之人对管辖之豁免得由派遣国抛弃之。”<sup>725</sup>

248. 同外交和国家豁免的情况一样，人们普遍认为国家官员的豁免权也可以放弃。<sup>726</sup> 国际法院判定，如果国家官员将代表的或已代表的国家放弃外国管辖豁免权国家官员“将不再享有此种豁免权”，<sup>727</sup> 各国家法院都明确认可了这一立场。<sup>728</sup> 同样，国际法学会认为，“如果一个国家放弃国际法律规定的不可侵犯权、管辖豁免权或执行措施豁免权，则该国元首不再享有这些受益。”<sup>729</sup> Watts明确判定，“当存在豁免时，可以放弃豁免或表示同意行使管辖权”。<sup>730</sup> 在大陪审团诉讼中，一家联邦巡回法院批准得到认可的菲律宾政府放弃其前总统费迪南德·马科斯及其妻子伊梅尔达，根据民法规定该二人最终对没有遵守联邦大陪审团的传票负

---

legal\_co-operation/public\_international\_law/State\_Immunities/ (2008年3月3日最后一次访问)。

<sup>723</sup> 如，见《联合王国国家豁免法》，1978年，第2条(1)和(2)；美国《外国主权豁免法》，第1605条(a)(1)。

<sup>724</sup> 如，见 Jennings 和 Watts，*同前*，第351页（“一个国家尽管原则上有权实行豁免，但也可以放弃豁免。”）

<sup>725</sup> 第三十二条(1)。

<sup>726</sup> 事实上，许多国家法院都特别注意到了各种豁免之间的密切关系，同时国家官员豁免由外交和国家豁免发展而来并与此类似，最终也可能放弃豁免。如见瑞士，*费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局案*，*同前*，第536页（“因此，根据类推，《维也纳公约》第32条和第39条应适用于国家元首。根据第32条，委派国家应放弃其官员的管辖豁免，但是在结论性文件不充分时，国家应明示放弃管辖豁免。”）；*Lafontant 诉 Aristide案*，*同前*，第587页（“放弃国家元首豁免类似于放弃《维也纳外交关系公约》第三十一条(a)，第三十一条(2)和第二十九条的规定，即外交人员豁免可能由派遣国放弃。”）；见大陪审团的诉讼，*Doe案*第700号，*同前*，第602页（讨论《维也纳外交关系公约》规定的放弃豁免问题，并得出结论，“《维也纳外交关系公约》的这条规定实际上只适用于外交官，但是我们看不出该原则有什么理由不适用于国家元首。如果一个国家有权取消外交豁免，而无权取消国家元首的豁免，这是不正常的。”）；*Doe案*，*同前*，第45页（结论是国家元首的豁免由“外交豁免和外国主权豁免的相关理论”发展而来，同时由于这两个理论允许放弃豁免，因此“从逻辑上讲，有关国家元首豁免的相关理论同样允许放弃豁免”）。

<sup>727</sup> *逮捕状案*，第61段。

<sup>728</sup> 如，见西班牙国内法庭，*Juzgado 上将诉讼案*第4号判决书，*同前*。

<sup>729</sup> 第7条(1)。

<sup>730</sup> Watts，*同前*（1994年），第67页。

责。<sup>731</sup>同样，在Paul诉Avril案中，据认为海地政府放弃了海地武装部队前中将和海地前军事领袖的豁免权，包括被告所拥有的国家元首“剩余”豁免权。<sup>732</sup>

249. 放弃豁免的理由（如同豁免本身的理由一样）是建立在国家主权平等以及平等者之间无统治权的原则之上的。<sup>733</sup>换言之，“从放弃的角度取消豁免违背了促进主权平等和外交权力完整性的目标，因为它准许在未经有关国家同意的情况下行使管辖权”。<sup>734</sup>虽然普遍认为各国在放弃其官员的豁免权时可以自由决定，这是各国主权的一项职能，但是国际法学会决议规定“应该在怀疑某个国家元首犯下重罪或在其职能的行使不会受到法庭权威可能必须采取的措施的阻挠时放弃豁免。”<sup>735</sup>

### （a）放弃的形式

250. 关于放弃国家官员豁免权的一个重要问题就是采取何种方式放弃。首先，放弃必须是明示还是只需默示。其次，如果可以默示放弃，就要考虑另一个问题，即这种放弃必须明确包含哪些方面。以下小节将依次介绍明示和默示放弃。

#### （一）明示放弃

251. 很多人支持明示放弃国家官员豁免权的立场，事实上有些法庭已判定只有明示放弃有效。例如，瑞士联邦法庭判定放弃国家元首豁免权必须明示（“明示放弃”）。<sup>736</sup>在Lafontant诉Aristide案中，法院判定国家元首豁免权的放弃“必须明示”。<sup>737</sup>在Ahmed诉沙特阿拉伯王国政府案中，法院认为放弃豁免（国家豁免）必须通过预先的书面协定，该协定必须是明确而完整的，并须呈交给管辖法院。<sup>738</sup>一些评论员也认为放弃豁免必须明示。<sup>739</sup>

<sup>731</sup> 见大陪审团诉讼程序，Doe案第700号，同前，第602页。另见Doe先生和夫人诉美国案，同前，第46页。

<sup>732</sup> 佛罗里达南部地区地方法院，Paul诉Avril案，1993年1月14日判决书，812f. Supp. 207，第211页。

<sup>733</sup> 见大陪审团诉讼程序，Doe案第700号，同前，第602页（结论是，豁免的基本原理基于“各国礼仪的需要以及对其他国家主权的尊重……[而且]只应用于这些目标。”）。

<sup>734</sup> Tunks，同前，第673页。

<sup>735</sup> 第7条（2）。

<sup>736</sup> 费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局案，同前，第536页。

<sup>737</sup> Lafontant诉Aristide案，同前，第587页。

<sup>738</sup> Ahmed诉沙特阿拉伯王国政府案，1995年7月6日判决书，摘录于欧洲理事会判例，国际公法顾问委员会，关于国家豁免的国家惯例数据库，在线见[http://www.coe.int/t/e/legal\\_](http://www.coe.int/t/e/legal_)

252. 实践中也可以找到一些明示放弃豁免的例子。首先在 [Paul 诉 Avril 案](#) 中，海地共和国司法部长说：

“Prosper Avril 是海地武装部队前中将，也是海地前军事领袖，他完全不享有任何形式的豁免，无论是统治者、国家元首还是前国家元首的豁免；无论是外交、领事或证明书豁免，还是其他所有豁免（判决或程序豁免，或执法豁免以及在审讯中和判决后出庭的豁免）。”<sup>740</sup>

253. 在该案中，法院注意到海地共和国司法部长实施了放弃，由司法部长对文件盖章，而且“放弃的措辞非常严谨。”<sup>741</sup> 同样，在 [费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局案](#) 中，菲律宾明示放弃豁免，如下所示：

“[菲]律宾政府在此放弃全部豁免（1）国家豁免，（2）国家元首的豁免或者（3）外交豁免，因此，放弃前菲律宾总统费迪南德·马科斯及其夫人伊梅尔达·马科斯根据美国法律或国际法可以享受的或已经享受的豁免……放弃豁免涉及上述诉费迪南德以及伊梅尔达·马科斯案（纽约南部地区进行的调查），以及与他们行使其豁免权有关的其他诉讼文书或相关案件。”<sup>742</sup>

法院认为，这次普通照会就是菲律宾明示放弃豁免。<sup>743</sup> 最后在 [布鲁塞尔诉 Hissein Habré 案](#) 中，乍得共和国司法部长在以下条款中明确表示放弃豁免：

---

affairs/legal\_co-operation/public\_international\_law/State\_Immunities/（2008年3月3日最后一次访问）。

<sup>739</sup> 如，见 Fox，[同前](#)（“[皮诺切特案](#)第3号”），第697页（“正如戈夫法官在其有关判决的反对意见中有力证实的那样，按国际法规定放弃国家豁免须明示。美国高等法院在 [Amerada Hess 案](#) 中进一步确认了这一点，在该案中最高法院驳回了地方法院的裁定并认为是错误的，即苏联在成为1961年[《维也纳外交关系公约》]以及1973年《国际受保护人员公约》缔约国时，不给予一名外交官豁免权是默示放弃国家豁免……我们也不明白某外国如何会……通过签署一份并没有提及在美国法院诉讼中放弃豁免的国际协定而放弃其豁免权。为此她批评一些大法官在 [皮诺切特案](#) 中在对此没有明确规定的情况下而依赖于《禁止酷刑公约》的放弃理论”）；和 Fenet 案，[同前](#)，第593-594页（认为放弃不能假定而需明示）。

<sup>740</sup> [Paul 诉 Avril 案](#)，[同前](#)，第210页。

<sup>741</sup> 同上。

<sup>742</sup> [费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局案](#)，[同前](#)，第537页。

<sup>743</sup> 同上。[Doe 诉美国案](#)一起在美国联邦法院上涉及马科斯的民事诉讼，菲律宾政府发出了一份外交照会，其中载有如下明示放弃国家元首豁免：“菲律宾政府因此放弃菲律宾前总统费迪南德·马科斯和夫人伊梅尔达·马科斯根据国际和美国法律（包括但不限于《维也纳外交关系公约》第三十九条（2））借助于其在菲律宾政府的前任办公室而享有所有拘留主权、国家元首或外交豁免权。该放弃仅包括作证、指令和其他在上述大陪审团调查中来自费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯的资料，不包括菲律宾政府本身或其任何现任或前任官员……”。[Doe 先生和夫人诉美国案](#)，[同前](#)，第43页。法院判决“继任的 Aquino 政府已经放弃了马科斯作为



“1993年4月7日在恩贾梅纳召开的主权国家会议正式取消了Hissein Habré先生的全部管辖豁免权。1995年6月9日第010/PR/95号法律加强了这一做法，这项法律使政治犯和政治流亡者，以及反对派武装人士得以赦免，但将共和国前总统Hissein Habré及其共犯和/或同谋排除在外。从那时起，即在主权国家会议结束之后，很明确的是Hissein Habré先生不能再以乍得权力机构的名义援引任何豁免了。”<sup>744</sup>

254. 问题是为了构成一次明示放弃，一个国家是否必须明确说明放弃政府官员的豁免权，或是否有一个明显打算放弃豁免的意图就足已。例如在 [利比亚银行控股有限公司诉哥斯达黎加国家银行案](#)中，哥斯达黎加国家银行是 <http://www.westlaw.com/Find/Default.wl?rs=dfal.0&vr=2.0&DB=350&FindType=Y&ReferencePositionType=S&SerialNum=1982118898&ReferencePosition=49> 哥斯达黎加的一个部门，因此原则上有权享有法庭法律规定的主权豁免，该银行为四个原告银行开出了四份期票，每个原告银行都说，“借款人因此不可改变且无条件地放弃所有权利或法律诉讼豁免权，包括根据其或其财产现在或以后享有的主权而进行的诉讼判决和执行。”<sup>745</sup>在针对判决前查封银行资产的民事诉讼中，这四家原告银行认为期票并不构成一个明示放弃判决前查封豁免，因为期票没有明确提到判决前查封豁免。法院判定，《外国主权豁免法》规定，豁免必须“明示放弃”，<sup>746</sup>这意味着“在外国意向不明确的情况下，排除无意中做出的、默示的或推定的放弃……根据对该法的这种解释，国家银行的豁免放弃显然是明示的。”<sup>747</sup>因此法院认为，表示放弃“任何权利或豁免”的意向是需要强制执行的；明示放弃不需要详细列出豁免的每一个可能类型。<sup>748</sup>法院在与这种管辖有关

国家元首所拥有的豁免权。”[同上](#)，第44页（假定没有判决书，马科斯夫人作为菲律宾前第一夫人按本理论为国家元首）。

<sup>744</sup> 2002年10月7日乍得共和国司法部长致布鲁塞尔行政区预审法官的信函，在线见 [www.hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm](http://www.hrw.org/french/press/2002/tchad1205a.htm)。进一步讨论见 Paola Gaeta 案，“前国家元首的属事管辖豁免权……”（2003年）第186-196页；及 Bruce Baker，“非洲总统刑事豁免的边缘”，《第三世界季刊》，第25卷（2004年），第1491页。

<sup>745</sup> 上诉法院第二巡回审判庭，[利比亚银行控股有限公司诉哥斯达黎加国家银行控股有限公司](#)，676 F.2d 47，1982年4月12日判决书，第49页。

<sup>746</sup> 28 U.S.C.，第1610条(d)(1)（“如本章第1603条(a)所定义的，在美国用于商业活动的外国财产不应在美国或一个国家法院审理任何行为进入判决前豁免于扣押……如果外国已经在判决前明确表示放弃其扣押豁免……”）。

<sup>747</sup> [利比亚银行控股有限公司诉哥斯达黎加国家银行控股有限公司](#)，第49页。

<sup>748</sup> 相比之下，审理本案的地方法院和提起上诉的被告提出了一些处理美国和伊朗友好条约的案例，伊朗放弃“课税、诉讼、执行判决或其他责任”豁免，[利比亚银行控股有限公司诉哥斯达黎加国家银行控股有限公司](#)，第50页（援引1955年8月15日《美国和伊朗友好、经济关系和领事权利条约》，第六条，第4款，U.S.T. 第8卷，第899页，第909页，T. I. A. S. 第3853

的另一案件中进一步阐明了这一规定，它认为在一份禁止国有当事方“要求或享有诉讼或判决执行或其他责任豁免”的贸易协定中做出的陈述不是放弃判决前查封豁免，因为“判决前查封属于责任不明。”<sup>749</sup>因此采用广义用语的放弃（“任何权利或豁免”）足以说明放弃没有明确列出的责任形式的意向，但是缺少这种广义用语且仅包含一份详单的放弃不足以说明放弃没有明确说明的责任。然而这些趋势与刑事诉讼的关联程度还不明确。

255. 最后，产生的问题还包括关于迫使国家官员在诉讼中作证<sup>750</sup>方面的豁免是否遵守明示放弃，或是针对作证的放弃或一般的放弃。这一问题一直是一些外交法惯例的主题。在**检察官诉 Orhan Ormez**案中，马来西亚最高法院认为，一次为了授权土耳其大使馆一秘仅为证明法律文件而作证的外交照会不是一次放弃豁免，因为外交法律没有规定其有义务作证。因此基于如上论述，《维也纳外交关系公约》第三十一条第二款是实质性豁免作证的义务，而不是从程序上放弃现有的实质性义务。<sup>751</sup>

## （二） 默示放弃

256. 国家官员放弃豁免最受争议的方面是默示放弃该豁免是否有效，如果有效，这种放弃可能采取何种形式。对默示放弃的担忧是源自这样一个事实，即根据国

---

号），认为这些先前的案例没有将“其他责任”这一措词解释为一种明示放弃判决前扣押豁免（援引加利福尼亚中心区地方法院，**安全太平洋国家银行诉伊朗发电和输电公司**案，513 F. Supp. 864, 1981年，第879-880页；纽约南部地区地方法院，**新英格兰国家商业银行诉伊朗发电和输电公司**案，502 F. Supp. 120, 1980年，第126-127页，发回重申，646 F. 2d 779 (Zd Cir. 1981)；得克萨斯北部地区地方法院，**E-系统有限公司诉伊朗伊斯兰共和国**案，491 F. Supp. 1294, 1980年，第1301-1302页；纽约南部地区地方法院，**Reading & Bates 公司诉伊朗国家石油公司**案，478 F. Supp. 724, 1979年，第728页；新泽西地区地方法院，**Behring 国际有限公司诉伊朗皇家空军**案，475 F. Supp. 383, 1979年，第392-393页。比较纽约南部地区地方法院，**Reading & Bates Drilling 公司诉伊朗国家石油公司**案，1979年11月29日法庭裁决书；纽约南部地区地方法院，**电子数据系统公司诉伊朗政府社会安全组织**，1979年5月23日法庭裁决书，发回重申，610 F. 2d 94（第二巡回审判庭1979年。）利比亚银行法院最后指出，“有人会说这些案件可能说明，一个外国对所有豁免的放弃并不是明示放弃判决前扣押豁免，我们不同意这一种说法，而且我们还注意到这种说法在本法院影响并不大。”同上。

<sup>749</sup> 上诉法院第二巡回审判庭，**S & S 机械公司诉 Masinexportimport 公司**案，706 F. 2d 411, 1983年4月26日判决书，第417页（按照在美国上诉法院第二巡回审判庭，O'Connell 机械有限公司诉 M. V., “Americana” 和 Italia Di Navigazione, S. p. A., 734 F. 2d 115, 1984年5月4日判决书，第115-118页；纽约南部地区地方法院，**ICC 化学公司诉中国工商银行**案，886 F. Supp. 1, 1995年5月9日判决书，第1-2页）。

<sup>750</sup> 见上述关于“执行豁免而排除的行为”的C.3(c)节。

<sup>751</sup> **检察官诉 Orhan Ormez**案，1987年，摘录于《国际法案例汇编》，第87卷，第212页（在Denza的评论中有论述，同前，第261页）。这同委员会采取的立场相一致，见上述讨论，脚注692及附本。

家主权以及豁免本身平等者之间无统治权的原则，任何放弃必须准确地阐释做出放弃的国家的意向。在这方面Watts 认为，“在涉及国家元首豁免的情况中，没有法院会轻易默示放弃，但是显然明示放弃还是极为需要的。”<sup>752</sup>然而，在一些案件中，可以从一个国家的言语或行为辨别出放弃豁免的明确意向，而不需要一个明确放弃。对此国际法学会说，“如果放弃是确定无疑的，可以明示或默示放弃。”<sup>753</sup>同样，国际法学会该主题报告员说“为防止在确认默示决定时滥用这项决定，原则上放弃豁免必须明示，如果不是明示放弃豁免，那么，主管机构的意向就不能引起任何质疑。”<sup>754</sup>应该注意的是这种方法与外交豁免采用的方法不同，正如《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款明确指出的，“豁免之抛弃，概须明示。”<sup>755</sup>

257. 为了更好地决定默示放弃在目前国家法律中接受的范围，有必要区别两种截然不同的现象。虽然某些法院和评论员都认为这两种现象都属于默示放弃，但是其中一种显然比另一种受到的支持更多。首先，有一种默示放弃的形式得到了更有力的支持，即一个有权放弃豁免的机构可以通过提起诉讼默示放弃豁免。<sup>756</sup>例如在Lasidi公司诉 Financiera Avenida公司案中，纽约州法院的一个民事诽谤行为牵连到阿布扎比最高统治者Shaikh Zayed bin Sultan al Nahayan 殿下，法院认为，“在提出反诉的自愿行为导致放弃所有证据豁免，否则Shaikh是可以获得这种豁免的。”<sup>757</sup> 在外交豁免的背景下，虽然《维也纳外交关系公约》中提到：“豁免……概须明示”，<sup>758</sup>法院进一步说，“由根据 [本公约] 享有管辖豁免的外交代表或个人提起的诉讼应该防止他援引与主诉直接相关的反诉方面的管辖豁免。”<sup>759</sup>因此《维也纳外交关系公约》认为提起诉讼为明示豁免的一种形式，或者认为这是默示放弃的有限形式。<sup>760</sup>Watts 指出，事实上，《特别使团公约》与《国家责任条款》第7条持同一立场，他断定，“所有三个文本都普遍存在的

<sup>752</sup> Watts, 同前, (1994年), 第68页。

<sup>753</sup> 第7条(1)。

<sup>754</sup> 国际法学会, 同前, 第593页, 第8段。

<sup>755</sup> 第三十二条(2)。

<sup>756</sup> 关于哪一个机关有权放弃豁免的问题在以下小节中讨论。

<sup>757</sup> Lasidi公司诉 Financiera Avenida公司案, 同前, 第950页。

<sup>758</sup> 第三十二条(2)。

<sup>759</sup> 第三十二条(3)。

<sup>760</sup> 应该注意的是委员会关于该问题的条款草案允许在民事(但非刑事)诉讼中实施明示和默示放弃。该规定最终更改为要求在民事和刑事诉讼中都要实施明示放弃, 因为委员会和维也纳会议都认为当豁免属于派遣国而不属于外交使团个别成员时, 允许默示豁免是不合逻辑的。见Denza对《维也纳外交关系公约》的评论, 同前, 第278页。

唯一例外包括国家元首自己提出诉讼的案件：这不仅是接受法院地国的管辖，而且也排除了与反诉直接有关的豁免主张。”<sup>761</sup>在这方面，Verhoeven在其提交国际法学会的报告中评论说，如果一个国家明确表示打算放弃其现任或前任官员的豁免权，则不必以书面形式表达，而是可以通过主管机构做出决定来默示放弃，以使一位在国外的前任国家元首重新得到他被怀疑侵吞的财产。<sup>762</sup>

258. 其次，相反在一些案件中，豁免是从一个国家接受文书或协定而推论出的，而该文书或协定必要地暗示了其现任或前任官员将在另一个管辖内接受刑事诉讼，在这些案件中产生了一种更受争议的默示放弃形式。<sup>763</sup>例如，在皮诺切特案（第3号）中，放弃问题围绕智利对《禁止酷刑公约》的批准，在某个层面是由七位法官提出的。<sup>764</sup>虽然一位大法官认为这是一种明示放弃案件，并且其他六位大法官甚至没有人认为这是默示放弃案件，但是其中五位大法官认定，智利最终执行了放弃，以表明它同意对前国家元首实行管辖。<sup>765</sup>因此问题是到底是否执行了某种默示放弃。<sup>766</sup>魁格海的霍普大法官注意到，“《美国联邦主权豁免法》第1605条(a)(1)对默示放弃做出了规定，但是对于本章的解释很狭隘。”<sup>767</sup>事

<sup>761</sup> Watts, 同前 (1994年), 第68页。

<sup>762</sup> Verhoeven, “临时报告”, 同前, 第550页(“如果放弃豁免的意向明确, 则不须以书面形式表达; 而可以通过主管机构做出决定来默示放弃, 以使一位在国外的(前任)国家元首重新得到他受怀疑侵吞的财产。”)。同样, Watts 和 Jennings, 同前, 对于国家豁免问题规定“一个国家可能因为提出或干预诉讼或在诉讼中采取了某些与案情实质有关的行动而被认为是默示放弃其豁免权”, 但是注意到“如果一个国家在针对它的诉讼中出庭以维护其豁免, 或维护成为该国不是诉讼当事方的诉讼对象的财产利益, 但如果诉讼是针对该国, 则它享有豁免权”(第354-355页)。

<sup>763</sup> 评论员根据《外国主权豁免法》, 从美国国家豁免法的角度阐述了默示放弃的接受和争议形式之间的区别。参照本法第1605条(a)(1)(规定如果外国“明示或默示”放弃豁免, 则无权享有豁免), Kahale 和 Vega 在对立法史的分段分析中研究了该条款, 其规定“关于默示放弃, 法院认定在外国同意在另一个国家仲裁或外国同意某一国家法律应该约束一份合约的案件中存在这种放弃。默示放弃也包括外国迅速提起起诉, 而没有提出主权豁免辩护的情况。Kahale 和 Vega, 同前, 第232-233页(援引H. R. Rep. 第1487号, 第94次大会, 第二届会议, 第18页)。作者认为分段分析似乎夸大了关于默示放弃的现有法律。虽然基于一般出庭的放弃原则很明确, 但是法律选择或仲裁条款是先于豁免法放弃了豁免的说法是否正确令人怀疑。”同前, 第233页。

<sup>764</sup> 见O’Neil的论述, 同前, 第314-316页。

<sup>765</sup> 如下讨论, 包括Newdigate的萨维尔大法官、米利特大法官、Worth Matravers的菲利浦大法官、布劳恩-威尔金森大法官和霍顿大法官。

<sup>766</sup> 至少还有一个案件采取了相同的方式。讨论Von Dardel诉USSR案(一起哥伦比亚地区美国联邦法院的民事案件), Koivu注意到法院得出的结论, 即“法理学家都认为主权国家可以通过批准人权协定明确放弃其对侵犯人权行为的豁免。因此批准人权公约可以视为放弃对侵犯人权行为的豁免, 这种行为在外国受到刑事诉讼。”Koivu, 同前, 第318页。

<sup>767</sup> 皮诺切特案(第3号), 第623页(援引Siderman de Blake诉阿根廷共和国(1992年)965 F.2d 699, 第720页; Princz诉德意志联邦共和国(1994年)26 F.3d 1166, 第1174页; 阿根廷

实上，在**阿根廷共和国诉Amerada Hess 船运公司**案中，美国最高法院解释了这条默示放弃的规定并认为，“一个外国不能通过签署一份没有提到在美国法院诉讼放弃豁免的国际协定，或者甚至是在美国一种行为原因的有效性而放弃其豁免……。”<sup>768</sup>同样评论员认为“若一个国家在合约中同意将合约引起的争议提交仲裁，则法院一般会拒绝该国在仲裁程序或在诉讼中的豁免要求，以执行不利于该国的仲裁裁决。”<sup>769</sup>因此，人们似乎不愿意接受一种以认可有关协定为基础的默示豁免，因为该协定只表明了放弃豁免由于豁免在某种程度上与它的一些规定相悖，但该协定没有明示放弃豁免。<sup>770</sup>

259. 由于普遍不愿意接受以认可一项协定为依据的默示豁免，**皮诺切特案**（第3号）中大部分以智利批准《禁止酷刑公约》为依据的判决结果似乎不同寻常。虽然7位大法官中有6位否认涉及放弃豁免的案件属于上述情况，但是仍需要作进一步的分析，以了解这些大法官是如何避免将此案归类为一种默示放弃案件的。了解他们的论证有助于弄清这种默示放弃是否存在，因此准备在此作一些详细分析。至于明示放弃的可能性问题，只有两位法官提到了这种可能性。一方面，Newdigate 的萨维尔大法官认为批准《禁止酷刑公约》构成了对豁免的一种明示放弃：

“就《公约》缔约国而言，我从酷刑的角度看不出这种豁免与《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受指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，我认为要求同时给予被指控施行了酷刑的官员以引渡豁免权或起诉豁免权很难。……有人说各国放弃的任何豁免都必须明示，至少不能含糊。我

**共和国诉 Amerada Hess 船运公司**案，488 U.S.，428，109 S.Ct 683，1989年1月23日判决书，第693页）。

<sup>768</sup> 最高法院，**阿根廷共和国诉 Amerada Hess 船运公司**案，**同前**，第442-443页。

<sup>769</sup> Jennings 和 Watts，**同前**，第352页。

<sup>770</sup> 一些学者也审议了《国际刑事法院罗马规约》的签署是否在国家法院构成放弃豁免的问题。比较 Koller，**同前**，第40-41页（“《国际刑事法院罗马规约》的内容一般不会使人认为在国家法院可以放弃豁免，但是至少一位学者主张《国际刑事法院罗马规约》在国际刑事法院和国家法院中放弃豁免。此外，刚果民主共和国关于执行国际刑事法院罗马规约的立法草案第9条（对国内审判做了规定）指出，‘根据本国法或国际法，与具有官方身份的个人有关的豁免或特别程序规则不妨碍法官对有关个人行使管辖权。’”）和 Klingberg，**同前**，第549-550页（“按《罗马规约》第27条规定，国际刑事法院可以不考虑缔约国国民所享有的其他豁免；从这一点上讲，该规定构成了此种豁免的放弃。但是，如果将该规定解释成也剥夺了第三个国家的豁免权则会与第27条与《维也纳条约法公约》第34条相冲突，并且成为习惯国际法的一部分。……《特别法院规约》第6条第2款也是如此”）。



不反对将这一说作为一种普遍立场，但是我认为《禁止酷刑公约》的条款明确而不含糊，因此符合任何这类要求。”<sup>771</sup>

260. 相反，唯一持反对意见的大法官，奇夫里的戈夫大法官在《禁止酷刑公约》中没有找到任何明示放弃国家元首豁免的规定，也没有在准备工作中发现关于此方面的任何讨论。他反对默示放弃国家豁免的概念，<sup>772</sup>并因此认定说皮诺切特享有属事豁免权。<sup>773</sup>

261. 其他大法官一般认为智利批准《禁止酷刑公约》既不是明示也不是默示放弃豁免。魁格海的霍普大法官认为，争论的焦点并不是豁免的放弃，因为它推进了禁止国际酷刑犯罪的传统，而不是智利批准《禁止酷刑公约》，这是与国家元首豁免相矛盾的。纳入到联合王国法律并适用于国家元首豁免案件的《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款的前提要求任何豁免放弃“概须明示”，<sup>774</sup>他总结说：

“我不认为这是个放弃的案例，我也不接受是《禁止酷刑公约》的一个默示条款规定，前任国家元首将被剥夺其关于第 1 条规定的所有官方酷刑行为的属事豁免。正是到智利批准本公约之时，这些严重的国际犯罪案件中习惯国际法确认的义务如此严格，以至于不考虑基于属事豁免反对对联合王国批准日期后的罪行执行管辖的任何意见。”<sup>775</sup>

262. 智利批准《禁止酷刑公约》时借助于其他法官采取的一种方法取消了国家元首豁免权，但是这种方法不是一种程序性放弃，它在禁止酷刑标准和国家元首豁免权之间造成了一种实质性的差异。一些法官认为通过定义，酷刑构成了国家元首的一种官方职能，他们还利用这种假设认为放弃不是争论的焦点。<sup>776</sup> 相比之

<sup>771</sup> 皮诺切特案（第 3 号），第 642-643 页。

<sup>772</sup> 同上，第 602-604 页。

<sup>773</sup> 同上，第 604-609 页。

<sup>774</sup> 同上，第 623 页。

<sup>775</sup> 同上，第 626 页。但是在其论证的其他要点中，魁格海的霍普大法官似乎确实有些依赖于国内公约制度的发展。如，见同上，第 626 页（“我认为，一旦能够使对此类犯罪的管辖权可以在外国法院实施的机制得到落实，如果在《公约》签字国法院针对其官员或其他行使官方职能的人员的指控之日后发生蓄意或普遍酷刑指控，则不再适用于《公约》签字国”）。此外，霍普大法官“认为属事管辖豁免权丧失的日期为 1988 年 10 月 30 日，这又是智利 1988 年 9 月 30 日批准的《禁止酷刑公约》生效的日期。”同上。然而霍普大法官最终承认智利批准的《禁止酷刑公约》没有直接影响他赞同的豁免问题，然而重点是“智利被剥夺了不受领土外管辖的权利，而联合王国可以在本部分生效时针对这些违法行为维护此种权利。”同上。

<sup>776</sup> 例如，米利特大法官断定，由于本公约第 1 条规定的酷刑“只能是由公职人员或其他行使官方职能的人员犯下或在上述人员的鼓动、同意或默许下犯下”，因此对于联合王国，“没有能放弃

下，其他法官认为酷刑不能构成国家元首的一种职能，并利用这种假设认为放弃不是争论的焦点。<sup>777</sup>

263. 总之，在皮诺切特案（第3号）中，大部分法官没有严格区分程序性放弃（他们否认这是争论的焦点）与酷刑禁止标准和国家豁免的实质性冲突（他们认为这是争论焦点）。这种区分受到了一些评论人员的抨击。例如O'Neil 认为，“尽管一些法官明确说明这不是一个放弃豁免案件，但是他们所做的分析却背叛了他们……如果一个国家由于决定签署一项条约而不再享有某种权利，那么很显然这个国家放弃了该权利。”<sup>778</sup> O'Neil 总结说，“大部分法官不愿意说这个案件事实上就是一个放弃案件”，其原因是“他们担心如果取消明示放弃豁免的习惯规定，会造成‘一项条约不同缔约国在面对放弃豁免是否是默示的问题上得出不同结论’，从而有可能造成‘国际混乱’。”<sup>779</sup> 同样，McLachlan 认为，“这种国际公认的做法有一个很大的好处，那就是它依赖于或被视为依赖于国家同意。问题是这种同意从本质上来说是假定的。正如戈夫法官在其反对意见中恰当地指出的：‘如果国家豁免可以在私下条约中放弃，那将是多么不可思议，事实上会不经意间制造一个多么大的陷阱’”。<sup>780</sup> 但是 McLachlan 和 O'Neil 都认为，国际法院

的豁免[因为]违法行为是仅能在名义上产生豁免的情况下实施的。”皮诺切特案（第3号），第651页。因此他推断说，“国际社会确立了一种属事豁免不可能适用的罪行”，因为“国际法没有以一种带有强制性质的犯罪的同时，又提供一种与其寻求强加的义务共存的豁免。”同上。Worth Matravers 的菲利普大法官采用了类似的方法。同上，第661页（“本公约涉及的唯一行为是如果豁免适用，则应该遵守属事豁免的行为。因此本公约与属事豁免的适用性是相矛盾的。只有两种可能，一种是《公约》缔约国继续假定不存在关于酷刑方面的属事豁免，也没有违反国际法律的犯罪。另一种可能是《公约》缔约国明确同意属事豁免不应该应用于酷刑案件。我认为第一种可能是正确的，而另一种可能必然不利于智利的声明”）。

<sup>777</sup> 通过这一逻辑，而非产生一次程序性放弃，《禁止酷刑公约》的批准必定宣告酷刑违法，因此不可能构成一种属事豁免适用的官方职能。例如，布劳恩-威尔金森大法官断定，“如果皮诺切特参议员如所指控的那样，在1988年12月8日后组织并授权执行酷刑，他不是产生属事豁免的身份下行事，因为这些行为违背了国际法而且智利已经同意宣布该行为违法”。同上，第595页。另见同上，第594页（“官方职能怎么会为国际法而做出国际法本身禁止且视为犯罪的事呢？”）。霍顿大法官也认为，虽然皮诺切特无权享受豁免，但是“在他作为国家元首的职能方面，没有放弃前任国家元首的豁免”而是“犯下酷刑行为不是国家元首的职能，因此在这种情况下，皮诺切特参议员作为前任国家元首有权享有的豁免与酷刑行为无关，并且也不隶属于酷刑行为。”皮诺切特案（第3号），第639页（“1988年9月29日后犯下的酷刑行为根据国际法不是智利国家元首的一种职能，这一判决与认为智利将被视为默示放弃前任国家元首的豁免的观点无关。我认为在他作为国家元首的职能方面，没有放弃前任国家元首的豁免。我的结论是皮诺切特无权享有豁免，因为酷刑行为不是国家元首的职能，因此在本案中皮诺切特作为前任国家元首而有权享有的豁免与酷刑行为无关并且也不隶属于酷刑行为”）。

<sup>778</sup> O'Neil, 同前, 第314-315页。

<sup>779</sup> 同上, 第316页（援引皮诺切特案（第3号），奇夫里的戈夫大法官的反对意见，第604页）。

<sup>780</sup> McLachlan (2002年), 同前, 第961页（援引皮诺切特案（第3号），奇夫里的戈夫大法官的反对意见，第608页）。

“果断地驳回了”这种在皮诺切特案中大多数法官采用的实质性放弃方法，同时在逮捕状案中判定：

“尽管关于防止和惩处某些严重犯罪的各种国际公约都规定了各国起诉或引渡的义务，并要求各国扩大其刑事管辖权，但该管辖权的扩大不会影响习惯国际法规定的豁免，包括外交部长的豁免。不过，这些规定在外国法院依然会遇到反对，即便是在这些法院根据上述公约行使此种管辖的情况下。”<sup>781</sup>

国际法院的这一判决看起来确实与皮诺切特案（第3号）中上议院大部分议员采取的态度针锋相对。

264. 总之，虽然人们几乎普遍认为各国可以通过明示放弃来放弃其现任或前任官员的豁免，但是默示放弃的概念更受争议。同时法院和评论员已经将两种截然不同的现象界定为默示放弃，这就使此问题更加复杂化。另外，如果一个国家接受可能暗示其现任或前任官员将在另一个管辖法院受到刑事诉讼的文书或协定，那么放弃由此给予的豁免就会引起更大的争议。虽然上议院在皮诺切特案（第3号）中似乎承认这种放弃，但是所有议员都明确否认行使默示放弃，<sup>782</sup> 国际法院虽后判定，批准关于防止和惩治严重犯罪的国际公约不影响习惯国际法规定的豁免。

#### **(b) 有能力放弃豁免的机构**

265. 关于主管机构是否有权放弃国家官员的豁免问题，普遍认为只有外国官员所服务的现任政府可以放弃这种豁免。<sup>783</sup> 为此，Verhoeven 在提交国际法学会的报告中说明：

“个人放弃豁免不属于外国元首的权利，根据国际法外国元首拥有豁免权，这种豁免只是为了使其作为国家首脑行使职能。如果权利机构认为适宜，就应由其来放弃豁免。”<sup>784</sup>

266. 关于该规定背后的理由问题，Tunks 注意到在国际法中，一般认为“国家元首的豁免是授予一个外国的特权，目的是促进国际尊重、外交和礼让，这不是单

<sup>781</sup> 逮捕状案，第59段。

<sup>782</sup> 一位大法官认定这是一起明示放弃案，其他六位法官认为根本没有实施放弃。如上，脚注750以及附本。

<sup>783</sup> 逮捕状案，第61段。

<sup>784</sup> Verhoeven，“临时报告”，第550页。

个领导人所具有的权力。”<sup>785</sup> 因此是国家本身，而不是国家元首或其他国家官员有权放弃这种特权。

267. 如果某官员所在政府受到质疑，只能由该官员的现任政府行使放弃国家官员豁免权的原则会更加复杂。例如在Lafontant诉 Aristide案中，Aristide声称下令执行的构成诉讼基础的谋杀发生两天之后，一场军事政变免除了Aristide的权力，他流亡至美国。<sup>786</sup> Joseph Nerette 根据《海地宪法》成为海地的临时总统，随即按照海地法律发出了Aristide 逮捕状。<sup>787</sup> Aristide还声称签署了一份放弃海地共和国总统头衔的信函。<sup>788</sup> 尽管如此美国执行部门仍然承认Aristide为国家合法元首。<sup>789</sup> 原告认为Nerette政府没有遵守其此前与Aristide 签署的允许其返回海地的协定，因此默示放弃Aristide的豁免权。<sup>790</sup> 国际法院拒绝接受这种放弃观点，认为尽管一般来说“一个得到执行部门承认的外国政府可以放弃其国家元首豁免，”<sup>791</sup> 但是在此案中，“由于美国没有承认事实上的政府，因此该政府没有权力放弃Aristide总统的豁免权。”<sup>792</sup>

268. 最后，必须说明国家官员得到认可的现任政府中的哪个机构有能力放弃官员豁免权。国际法学会的决议认为，“由该国本国相关法律决定哪一个机构有能力实施放弃。”<sup>793</sup> 瑞士联邦法庭在费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局案中并没有仔细分析哪位部长或哪个部门执行放弃的具体细节，而是得出了一个一般性结论，认为有关声明是菲律宾政府机构发布的，并认为这是一个有资格

<sup>785</sup> Tunks, 同前, 第 672-673 页。

<sup>786</sup> Lafontant 诉 Aristide 案, 同前, 第 130 页, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 103 卷, 第 583 页。

<sup>787</sup> 同上, 第 584 页。

<sup>788</sup> 同上。

<sup>789</sup> 同上, 第 583-584 页。

<sup>790</sup> 同上, 第 584、587 页。

<sup>791</sup> 同上, 第 586 页。

<sup>792</sup> 同上, 第 587 页。尽管在决定哪个政府有权放弃豁免时采用查看法院地国法律的方式会引起主权方面的顾虑（因为如本案所示，这同国家官员的国家宪法程序相矛盾），但是，如果有人认为豁免原则主要是为了确保政府之间的良好外交关系，这确实合乎逻辑，因为法院地国承认的是它同政府之间的外交关系。

<sup>793</sup> 国际法学会 2001 年决议, 第 7 条 (1)。在这方面, Kahale 和 Vega 注意到 (在国家豁免方面): “问题主要出现在一个外国的宪法或法律禁止放弃外国政府主权豁免的案件中。如果在宣布放弃时仍存在对外国法律这样的解释并且很明确, 则有人会认为放弃是越权且无效的, 尤其是在私人当事方得知外国法律禁止放弃豁免的情况下。只要关于权力问题的传统选择法规则仍然是这种分析的一个潜在因素, 出于谨慎, 依赖于契约豁免放弃的私人当事方就应认真研究外国法律……以确定所规定的放弃是否有效”。Kahale 和 Vega, 同前, 第 231-232 页。

代表菲律宾的机构。<sup>794</sup>在Paul 诉 Avril案中，海地前任军事领导人豁免权的放弃是由海地共和国司法部长完成的。<sup>795</sup>在诉诸国家豁免惯例方面，Kahale 和 Vega 注意到，美国的《外国主权豁免法》没有涉及“是否准许个人或机构在美国法院放弃豁免的问题。”<sup>796</sup>相比之下，《联合王国国家豁免法》规定，“在联合王国的国家外交使团负责人，以及目前行使其职能的个人均应被视为有权代表其国家提起诉讼”。<sup>797</sup>此外，尽管在实践中问题并不普遍，Watts 担心，“由于国家元首是其本国的最高权威……而且通过他在本国的地位，人们可能认为他可以放弃他本人的豁免权，从而使国家元首豁免的放弃更加复杂化。”<sup>798</sup>在注意到国家及其财产管辖豁免条款第2(b)(1)条草案对“国家”一词的定义后，他认为由于定义将国家元首和国家政府作为国家的一部分包含在内，因此“这两者中无论由谁放弃该豁免都符合条款草案的规定。”<sup>799</sup>关于针对国家元首私人能力的诉讼问题，Watts 认为“显然国家元首本人可以有效地实施放弃豁免，”<sup>800</sup>但他还认为国家元首本国也可以这样做。<sup>801</sup>

### (c) 放弃豁免的法律效力

269. 关于放弃豁免的法律效力问题——包括不属于放弃范围的所有剩余豁免——在明示豁免时，应该通过放弃本身明确的术语澄清这一问题。如上所述，明示豁免一般相当宽泛，需要解释的地方不多，例如个人“绝对不享有豁免”，<sup>802</sup>或废除“所有豁免(1)国家豁免，(2)国家元首豁免(3)外交豁免”。<sup>803</sup>默示放弃的法律范围是根据引起争论的默示放弃的种类。如果是上述讨论的第一种形式（通过有能力放弃豁免的机构提起诉讼而默示放弃），这种放弃只局限于这些诉讼之中。如果是有争议的第二类默示放弃（通过接受一项国际协定而默示放弃，在该国际协定中含有必要的暗示，即其现任或前任官员将在另一管辖区受到刑事

<sup>794</sup> 费迪南德·马科斯和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局案，同前，第537页（“从正式的角度讲，这一声明显然是由菲律宾政府机构做出的，它认为这是一个有资格代表菲律宾的机构”。）

<sup>795</sup> Paul 诉 Avril 案，同前，第210页。

<sup>796</sup> Kahale 和 Vega，同前，第231页。

<sup>797</sup> 《联合王国国家豁免法》，1978年，第2条(7)，引自Kahale 和 Vega，同前，第231-232页，脚注102。

<sup>798</sup> Watts，同前，第67页。

<sup>799</sup> 同上。

<sup>800</sup> 同上（援引X王子道路事故案，同前，第13页）。

<sup>801</sup> 同上。

<sup>802</sup> 海地武装部队前中将 Prosper Avril 豁免权的放弃，如前述，脚注725及附本。

<sup>803</sup> 菲律宾前总统 Ferdinand Marcos 豁免权的放弃，如前述，脚注727及附本。



诉讼), 则效力没那么明显, 如上述皮诺切特案(第3号)中法官之间的分歧。<sup>804</sup> 但无论是如何放弃豁免, 至少外交豁免<sup>805</sup>和国家豁免<sup>806</sup>方面是明确的, 放弃管辖豁免并不意味着放弃执行豁免, 后者需要单独放弃。但还不明确的是, 要求单独放弃的这条规则在多大程度上完全适用于刑事诉讼。<sup>807</sup>

<sup>804</sup> 如前述, 脚注 749-762 及附本。

<sup>805</sup> 《维也纳外交关系公约》第三十二条(4)。Denza 详细论述了本条款, 同前, 第 284-286 页。

<sup>806</sup> 如, 见 Rousseau, 同前, 第 16 页(“将两种豁免分开的一个重要结果是, 放弃豁免权不一定会导致放弃执行豁免。对此, 法国法院一直认为放弃豁免权不会导致放弃执行豁免: 执行豁免带有‘绝对性’, 外国的主权和独立在任何情况下都不能因执法而受到损害”)。

<sup>807</sup> 例如, 在对《维也纳外交关系公约》的评述中, Denza 指出: “第三十二条(4)仅涉及民事和行政诉讼程序。没有提到有关刑事诉讼程序的立场。因此有人可能会认为, 该条款的含义是, 在刑事诉讼方面, 任何处罚的实施都不需要单独放弃豁免, 而且在刑事案件中, 放弃豁免不能局限在判定有罪的诉讼程序中。” Denza, 同前, 第 284 页。然而, 她进一步指出:

“第三十二条忽略了刑事诉讼程序可能是偶然的。特别报告员起草的第三十二条第 4 款原草案规定‘放弃法律程序方面的管辖豁免不能视为默示放弃执行判决豁免。’国际法委员会主席对此评论说, 本条款‘放弃了一项他认为是公认的原则’, 对此没有作进一步讨论。然而, 国际法委员会起草委员会规定该条款限制只能适用于‘民事诉讼’, 这可能是因为条款的前部分经过修改作了新的规定, 即如果在刑事诉讼中放弃必须明示, 则在民事诉讼中可以默示放弃。因此, 没有必要说明在刑事诉讼中, 诉讼豁免的放弃并不意味着默示放弃执行豁免, 因为明示放弃已经充分说明了这一立场。但是由于民事诉讼允许默示放弃, 因此弄清民事诉讼中不能默示放弃执行豁免是非常重要的。会议推翻了委员会关于默示放弃问题的决定, 但是似乎忽视了第 4 款提法的含义。” 同上, 第 284-285 页。

“根据有关要求, 在执行方面须单独放弃豁免, 或只能将放弃豁免适用于裁决有罪或无罪, 有人反对这一要求, 认为刑事诉讼是一个不可分割的整体, 而且处罚前必须裁定是否有罪”, 但 Denza 认为“在实践中刑事诉讼并不是这样实施的。” 同上, 第 285 页。

## 附件

### 参考书目选编

#### 一、 条约和类似文件

《陆战法规和惯例公约》(《海牙第二公约》)(1899年7月29日),载于《1776-1949年美国条约和其他国际协定集》(在国务院助理法律顾问 Charles I. Bevans LL. B 的指导下汇编),第一卷:1776-1917年多边,国家出版部 8407,哥伦比亚特区华盛顿,政府出版办公室,1968年。(另见 <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/lawofwar/hague02.htm>。)

《统一关于国有船舶豁免的某些规则的公约》(布鲁塞尔,1926年4月10日),国际联盟,《条约汇编》,第176卷第199页。

《远东国际军事法庭宪章》,《美国外交政策十年:基本文件》,1941-1949年,对外关系议会委员会和国务院的工作人员应对外关系议会委员会的要求编制,哥伦比亚特区华盛顿,政府出版办公室,1950年。(另见 <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imtfech.htm>。)

1945年8月8日《伦敦协议》,见: <http://www.yale.edu/lawweb/avalon/imt/proc/imtchart.htm>。

《防止及惩治灭绝种族罪公约》(纽约,1948年12月9日),联合国《条约汇编》,第78卷第277页。

《维也纳外交关系公约》(纽约,1961年4月18日),联合国《条约汇编》,第500卷第95页。

《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日),联合国《条约汇编》,第596卷第261页。

《特别使团公约》(纽约,1969年12月8日),联合国《条约汇编》,第1400卷第231页。

《关于制止非法劫持航空器的公约》(海牙,1970年12月16日),联合国《条约汇编》,第860卷第105页。

《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(蒙特利尔,1971年9月23日),联合国《条约汇编》,第974卷第177页。

《欧洲国家豁免公约》和《补充议定书》(巴塞尔, 1972年5月16日), 《欧洲条约汇编》, 第74号。另见 <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Treaties/Word/074.doc>。

《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》(纽约, 1973年12月4日), 联合国《条约汇编》, 第1035卷第167页。

《联合国人员和有关人员安全公约》(纽约, 1994年12月9日), 联合国《条约汇编》, 第2051卷第363页。

《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》(1975年3月14日), 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)。

《反对劫持人质国际公约》(纽约, 1979年12月17日), 联合国《条约汇编》, 第1316卷第205页。

《核材料实物保护公约》(纽约和维也纳, 1980年3月3日), 联合国《条约汇编》, 第1456卷第124页。

《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》(纽约, 1984年12月10日), 联合国《条约汇编》, 第1465卷第85页。

《制止危及海上航行安全非法行为公约》(罗马, 1988年3月10日), 联合国《条约汇编》, 第1678卷第221页。

《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日), 联合国《条约汇编》, 第2187卷第3页。

《联合国和塞拉利昂政府根据2000年8月14日安全理事会第1315(2000)号决议签署的的协定》, 联合国《条约汇编》, 第2178卷第138页。

《塞拉利昂问题特别法庭规约》, 见: [www.sc-sl.org/Documents/scsl-statute.html](http://www.sc-sl.org/Documents/scsl-statute.html)。

《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(纽约, 1997年12月15日), 联合国《条约汇编》, 第2149卷第256页。

《联合国国家及其财产管辖豁免公约》, 2004年12月2日, 第A/59/508号文件; C.N. 141. 2005号保存通知。2005年2月28日的TREATIES-4。另见大会第59/38号决议, 附件。

《制止核恐怖主义行为国际公约》(纽约, 2005年4月13日), 大会第59/290号决议。

《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》(纽约,1999年12月9日),大会第54/109号决议。

## 二、 国际判例

### A. 常设国际法院

S. S. “Lotus” 案 (土耳其诉法国), 1927 年常设国际法院 (汇编 A), 第 10 号, 第 4 页。

### B. 国际法院

西撒哈拉, 咨询意见, 《1975 年国际法院案例汇编》, 第 12 页。

关于美国驻德黑兰的外交和领事工作人员 (美利坚合众国诉伊朗) 案, 《1980 年国际法院案例汇编》, 第 3 页。

《人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议》, 咨询意见, 《1999 年国际法院案例汇编》, 第 62 页。

2000 年 4 月 11 日逮捕状案 (刚果民主共和国诉比利时), 判决书, 《2002 年国际法院案例汇编》, 第 3 页。

刑事事项刑事互助的若干问题案 (吉布提诉法国), 2008 年 6 月 4 日的判决书, 见: [www.icj-cij.org](http://www.icj-cij.org)。

### C. 纽伦堡法庭

审判德国主要战犯国际军事法庭的判决书, 纽伦堡, 1946 年 9 月 30 日和 10 月 1 日, Cmd. 6964, Misc. No. 12, 伦敦: H. M. S. O 1946 年。

### D. 前南斯拉夫问题国际法庭

检察官诉卡拉季奇等人案 (案件编号: IT-95-5/18), 审判分庭, 1995 年 5 月 16 日的判决。

检察官诉 Blaškić 案, (案件编号: IT-95-14), 上诉分庭, 根据克罗地亚关于第二审判分庭 1997 年 7 月 18 日裁决的要求做出的判决。

检察官诉 Furundžija 案, (案件编号: IT-95-17/1), 审判分庭, 1998 年 12 月 10 日的判决书。

检察官诉 Dragoljub Kunarac、Radimir Kovac 和 Zoran Vukovic 案, (案件编号: IT-96-23 和 IT-96-23/1), 审判分庭, 2001 年 2 月 22 日的判决书。

检察官诉 Slobodan Milosevic 案(关于初步动议的裁决), (案件编号: IT-02-54), 审判分庭, 2001 年 11 月 8 日的裁决书。

#### E. 欧洲人权法院

Al-Adsani 诉联合王国案, 申请编号: 35763/97, 2001 年 11 月 21 日的判决书。

#### F. 塞拉利昂问题特别法庭

上诉分庭, 检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒案, 案件编号: SCSL-2003-01-I, 关于管辖豁免的裁决, 2004 年 5 月 31 日。

### 三、联合国文件

#### A. 大会决议

1946 年 12 月 11 日第 95(I) 号决议, 确认《纽伦堡法庭宪章》所认可的国际法原则。

1946 年 2 月 13 日第 3(I) 号决议, 引渡和惩处战犯。

1947 年 10 月 31 日第 170(II) 号决议, 移交战犯和叛国者。

1949 年 12 月 6 日第 375 (IV) 号决议, 国家权利义务宣言草案。

1973 年 12 月 3 日第 3074 (XXVIII) 号决议, 关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则。

#### B. 安全理事会决议

1993 年 5 月 25 日第 827 (1993) 号决议, 通过《起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际法庭规约》。

1994 年 11 月 8 日第 955 (1994) 号决议, 附件载有《起诉应对 1994 年 1 月 1 日至 12 月 31 日期间在卢旺达境内的种族灭绝和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内种族灭绝和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭规约》。

#### C. 国际法委员会的文件

《纽伦堡法庭宪章》和法庭判决所确认的国际法原则, 见 1950 年《国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 374-378 页, 第 97-127 段。

特别报告员里卡多·J. 阿尔法罗先生编写的《国际刑事管辖问题报告》, (A/CN.4/15和Corr.1号文件), 见 1950 年《国际法委员会年鉴》, 第二卷, 第 1-18 页。



《危害人类和平与安全罪法典草案》，《国际法委员会第六十届会议工作报告》（1954年6月3日至7月28日），见1954年《国际法委员会年鉴》，第二卷，第54段。

特别报告员 Milan Bartoš 编写的《关于特派团的第二次报告》，A/CN.4/179号文件，见1965年《国际法委员会年鉴》，第二卷，第109-144页。

特别报告员 Milan Bartoš 编写的《关于特派团的第三次报告》，A/CN.4/189和Add.1和2号文件，见1966年《国际法委员会年鉴》，第二卷，第125-168页。

特别报告员萨默宠·苏查里特克尔编写的《关于国家及其财产的管辖豁免的第二次报告》，A/CN.4/331和Add.1号文件，见1980年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第199-230页。

特别报告员萨默宠·苏查里特克尔编写的《关于国家及其财产的管辖豁免的第七次报告》，A/CN.4/388和Corr.1和2号文件，见1985年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第21-47页。

特别报告员小木曾本雄编写的《关于国家及其财产的管辖豁免的第一次报告》，A/CN.4/415和Corr.1号文件，见1988年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第96-123页。

特别报告员小木曾本雄编写的《关于国家及其财产的管辖豁免的第二次报告》，A/CN.4/422和Corr.1及Add.1和Corr.1号文件，见1989年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第59-73页。

特别报告员小木曾本雄编写的《关于国家及其财产的管辖豁免的第三次报告》，A/CN.4/431和Corr.1号文件，见1990年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第一部分），第3-22页。

《国际法委员会第四十八届会议工作报告》（1996年5月6日至7月26日），A/51/10号文件，见1996年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第17-56页。

《国家及其财产的管辖豁免条款草案》，附评注，1991年，见1991年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第28段，第13-62页。

危害人类和平及安全治罪法草案，《国际法委员会第四十八届会议工作报告》（1996年5月6日至7月26日），A/51/10号文件，载于1996年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第17-56页。

国家及其财产的管辖豁免问题工作组的报告，A/CN.4/L.576号文件，见1999年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），附件。

国家对国际不法行为的责任条款，附评注，见 2001 年《国际法委员会年鉴》，第二卷（第二部分），第 77 段，第 31-143 页。

#### D. 秘书长或秘书处编制的研究报告

秘书长提交的备忘录，《纽伦堡法庭宪章和判决：历史和分析》，A/CN.4/5 号文件（联合国出版物，出售品编号：1949.V.7）。

《根据经社理事会关于国际合作挽留、逮捕、引渡和惩罚战争罪及危害人类罪犯罪人的第 1691（LII）号决议编写的分析调查报告》，秘书长的报告，A/8823 号文件，1972 年 10 月 17 日。

秘书处的研究报告，《侵略事件的历史回顾》（联合国出版物，出售品编号：E.03.V.10）。

秘书长编写的研究报告，《切实逮捕、引渡和惩罚战争罪及危害人类罪责任人问题研究和文献资料交换》，E/CN.4/983 和 Add.1 和 2 号文件及 A/8345 号文件。

秘书长提交的备忘录，《国际刑事管辖问题历史研究》，A/CN.4/7/Rev.1 号文件（联合国出版物，出售品编号：1949.V.8）。

#### E. 其他

联合国东帝汶过渡行政当局，2000 年 6 月 6 日关于设立严重刑事犯罪专属管辖合议庭的第 2000/15 号决议第 15 节。

### 四、 其他国际组织的文件

#### 非洲联盟

非洲联盟大会，第七届常会，2006 年 7 月 1 日至 2 日，冈比亚班珠尔，侯赛因·哈布雷案的决定和非洲联盟（非洲联盟大会第 127(VII)号决定）。

著名非洲法理学家委员会关于侯赛因·哈布雷案的报告，提交 2006 年 7 月的非洲联盟首脑会议，见：[http://www.hrw.org/justice/habre/CEJA\\_Repor0506.pdf](http://www.hrw.org/justice/habre/CEJA_Repor0506.pdf)。

#### 欧洲委员会

国际公法法律顾问委员会（公法顾委），《国家和政府首脑及某些类别高级官员的豁免与国家起诉国际罪行犯罪人的义务之比较》第 23 次会议报告，2002 年 3 月 4 日至 5 日。

## 五、 国家立法和国家判例

### A. 国家立法和相关材料

#### 澳大利亚

《1967 年外交特权和豁免法》。

《外国国家豁免法》(1985 年第 196 号法案)(全文摘录于 Andrew Dickinson、Rae Lindsay 和 James P. Loonam (编辑)的《国家豁免:材料和评注选编》(牛津,高伟绅律师事务所,牛津大学出版社,2004 年),第 469-487 页。

2002 年《国际刑事法院法》,第 41 号,见国际刑事法院建立的国家立法数据库:<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

#### 比利时

按照 1999 年 2 月 10 日的法律经过修订的 1993 年 6 月 16 日《关于惩处严重违反国际人道主义法行为的法律》(摘录于《国际法材料》,第 38 卷(1999 年),第 921-925 页)。

2003 年 4 月 23 日经过进一步修订的《关于惩处严重违反国际人道主义法行为的法律》,摘录于《国际法材料》,第 42 卷(2003 年),第 1258-1283 页,附法文原文。

#### 加拿大

《国家豁免法》,摘录于 Andrew Dickinson、Rae Lindsay 和 James P. Loonam (编辑)的《国家豁免:材料和评注选编》(牛津,高伟绅律师事务所,牛津大学出版社,2004 年),第 488-495 页。

《危害人类罪和战争罪法》(2000 年, c. 24)。

#### 哥伦比亚

2002 年颁布了《国际刑事法院罗马规约》的第 2764 号法令,《1938 年政府公报》第 45015 号,2002 年 11 月 30 日。

#### 克罗地亚

2003 年 11 月 4 日《适用国际刑事法院罗马规约和起诉违反战争和国际人道主义法罪行法》,见国际刑事法院建立的国家立法数据库:<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

### 格鲁吉亚

《国际刑事法院与格鲁吉亚合作法》，见国际刑事法院建立的国家立法数据库：  
<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

### 列支敦士登

《2004年10月20日与国际刑事法院及其他国际法庭合作法》，见国际刑事法院建立的国家立法数据库：<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

### 巴基斯坦

1981年第6号《巴基斯坦国家豁免条例》，摘录于 Andrew Dickinson、Rae Lindsay 和 James P. Loonam（编辑）的《国家豁免：材料和评注选编》（牛津，高伟绅律师事务所，牛津大学出版社，2004年），第496-503页。

### 新加坡

《1979年国家豁免法》，摘录于 Andrew Dickinson、Rae Lindsay 和 James P. Loonam（编辑）的《国家豁免：材料和评注选编》（牛津，高伟绅律师事务所，牛津大学出版社，2004年），第504-512页。

### 南非

1981年第87号《外国国家豁免法》，摘录于 Andrew Dickinson、Rae Lindsay 和 James P. Loonam（编辑）的《国家豁免：材料和评注选编》（牛津，高伟绅律师事务所，牛津大学出版社，2004年），第513-522页。

《2001年第37号外交豁免和特权法》，见国际刑事法院建立的国家立法数据库：  
<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

《2002年关于国际刑事法院罗马规约执行情况的第27号法律》，见国际刑事法院建立的国家立法数据库：<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

### 瑞士

2001年6月22日《联邦与国际刑事法院合作法》，见国际刑事法院建立的国家立法数据库：<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

### 大不列颠及北爱尔兰联合王国

1978年7月20日《国家豁免法》，摘录于《国际法材料》，第17卷，1978年，第1123页。

《国际刑事法院法》，2001年，见国际刑事法院建立的国家立法数据库：  
<http://www.icc-cpi.int/legaltools/>。

## 美利坚合众国

《外国民事侵权索赔法》，1789 年颁布，并被编纂为《联邦法典》第 28 编第 1350 节。

《外国主权豁免法》（《主权豁免法》），《联邦法典》第 28 编第 1602-1611 节（1976 年）。

1986 年《外交安全和反对恐怖主义混合法案》，《联邦法典》第 18 编（现被编纂为《联邦法典》第 18 编第 2332 节）。

1996 年《反对恐怖主义和有效死刑法》，第 221 节，《公法》104-132，110 Stat. 1214（1996 年）。

## B. 与国家刑事诉讼有关的国家判例和文件

### 奥地利

最高法院，[X 王子公路事故案](#)，1964 年，摘录于《国际法案例汇编》，第 65 卷，第 13-15 页。

最高法院，[W 诉列支敦士登王子](#)，2001 年 2 月 14 日的判决书，7 Ob 316/00x。

### 比利时

布鲁塞尔第一上诉法庭预审法官，Damien Vandermeersch，1998 年 11 月 6 日令，第 3.1 节，摘录于《比利时国际法期刊》，第 79 卷，第 2 号（1999 年），布鲁塞尔，司法宫，第 278 页。

布鲁塞尔民事法院（财产保全之管辖），[Mobutu 诉 Cotoni 公司](#)，摘录于《国际法案例汇编》，第 91 卷，第 259-263 页。

最高上诉法院，[H. S. A. 等人诉 S. A. 等人](#)，与起诉 Ariel Sharon 有关的裁决，Amos Yaron 及其他人，第 P. 02. 1139. f 号，2003 年 2 月 12 日，摘录于《国际法材料》，第 42 卷，第 3 号（2003 年），第 596-605 页。

### 加拿大

[Bouzari 等人诉伊朗伊斯兰共和国案](#)（2004 年），摘录于《国际法案例汇编》，第 128 卷，第 586 页。

安大略省上诉法院，[贾菲诉米勒等人](#)（由 Finlayson J. A. 做出），摘录于《国际法案例汇编》，第 95 卷，第 446-467 页。



## 法国

巴黎上诉法院, *Mellerio 诉 Isabelle de Bourbon* 案, *ex-Reine d'Espagne*, 1872 年 6 月 3 日。

塞纳河民事法庭, *Seyyid Ali Ben Hammond, Rashid 王子诉 Wiercinski* 案, 1916 年 7 月 25 日。

巴黎上诉法院, *Ex-Roi Farouk d'Egypte 诉 克里斯汀·迪奥有限公司* 案, 1957 年 4 月 11 日, 摘录于《国际法期刊》(1957 年), 第 716-718 页。

巴黎上诉法院, *Ali Ali Reza 诉 Grimpel* 案, 1961 年 4 月 28 日的判决书, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 47 卷, 第 275-277 页 (原法文版摘录于 *Revue Générale de Droit International Public* (1962 年), 第 418 页), 正文中的引述者和解释者为 Watts, 同前, 第 106 页 (《国际法案例汇编》, 第 47 卷第 276 页)。

塞纳河大诉讼法庭, *Jean Dessès 公司诉 Farouk 王子和 Dame Sadek* 案, 1963 年 6 月 12 日, 摘录于 *Clunet* (1964 年), 第 285 页 (英文版摘录于《国际法案例汇编》, 第 33 卷第 37-38 页)。

最高上诉法院 (刑事分庭), *Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes 等人诉 Barbie* 案, 1985 年 12 月 20 日, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 78 卷, 第 124-148 页。

宪法委员会, 1998 年 1 月 22 日关于制订国际刑事法院罗马规约的条约的第 98-408 DC 号决定, 见 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/langues/anglais/a98408dc.pdf>。

巴黎上诉法院, *Affaire Kadhafi*, 2000 年 10 月 20 日的判决书, 部分摘录于《国际公法概览》, 第 105 卷, 2001 年, 第 475-476 页; 英文版摘录于《国际法案例汇编》, 第 125 卷第 493-498 页。

最高上诉法院, *Affaire Kadhafi*, 2001 年 3 月 13 日第 1414 号判决书, 摘录于《国际公法概览》, 第 105 卷 (2001 年), 第 474 页; 英文版摘录于《国际法案例汇编》, 第 125 卷第 508-510 页。

## 德意志联邦共和国

联邦最高法院, *科学派教会* 案, 案件编号: VIZR267/76, 1978 年, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 65 卷, 第 193 页。

联邦最高法院 (第二刑事法庭), *Re Honecker*, 案件编号: 2 ARs 252/84, 1984 年 12 月 14 日的判决书, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 80 卷, 第 365-366 页。

联邦管理法院, 1988年9月30日的判决书, 1989年 *Deutsches Verwaltungsblatt*, 摘自欧洲委员会文献, 国际公法法律顾问委员会(公法顾委)/, 关于国家豁免的国家惯例数据库, 见: [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/) (2008年3月3日最后一次访问)。

联邦宪法法院, 1992年2月21日, *Honecker*, 发表于德国 *Deutsche Rechtsprechung zum Völkerrecht und Europarecht, 1986-1993年*, (柏林, 施普林格, 1997年), 第129-130。

联邦最高法院, [边境守卫诉讼案](#), 1992年11月3日的判决书, 摘录于《国际法案例汇编》, 第100卷, 第372-373页。

联邦宪法法院, 1995年5月15日的裁决, *Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts*, 第92卷, 第277页及其后各页, 在欧洲委员会国际公法法律顾问委员会(公法顾委)关于国家豁免的国家惯例数据库中进行了概括, 见: [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_co-operation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_co-operation/public_international_law/State_Immunities/)。

联邦宪法法院, 驻德意志民主共和国前叙利亚大使, 案件编号: 2 BvR 1516/96, 摘录于《国际法案例汇编》, 第115卷, 第596-618页。

## 印度

安拉阿巴德高等法院, [Rani Amrit Kunwar 诉税收专员案](#), 1945年12月21日, 摘录于《国际法案例汇编》, 第22卷, 第73-75页。

最高法院, [H. H. Raja Sir Harinder Singh Barar Bans Ahadur 上校诉税收专员案](#), 1971年10月15日的判决书, 摘录于《国际法案例汇编》, 第64卷, 第523-534页。

## 爱尔兰

最高法院, [Norburt Schmidt 诉联合王国内政大臣案](#), 1997年4月24日。

## 以色列

最高法院(充当刑事上诉法院), [以色列政府检察长诉 Adolf Eichmann 案](#), 1962年5月29日的判决书, 摘录于《国际法案例汇编》, 第36卷, 第277-343页。

耶路撒冷地区法院, [以色列政府检察长诉 Adolf Eichmann](#), 1961年12月12日的判决书, 摘录于《国际法案例汇编》, 第36卷, 第5-276页。

## 意大利

最高上诉法院, *Bacchelli 诉 Comune di Bologna* 案, 1978 年 2 月 20 日的判决 (案件编号: 804), 摘录于《意大利国际法年鉴》, 第四卷 (1978-1979 年) (Luigi Condorelli 的说明), 第 137-145 页。

最高上诉法院, *Arafat e Salah*, 1985 年 6 月 28 日的判决 (案件编号: 1981), 摘录于《国际法评论》, 第 LXIX 卷, 第 884-889 页。

最高上诉法院, *Ferrini 诉德意志联邦共和国* 案, 2004 年 3 月 11 日的判决 (案件编号: 5044), 摘录于《国际法评论》, 2004 年, Fasc. II, 第 540-551 页。

最高上诉法院, *公诉人(那不勒斯法庭)诉 Milo Djukanovic* 案, 案件编号: 49666, 2004 年 12 月 28 日的判决书。

## 荷兰

特别最高上诉法院, *Rauter*, 1949 年 1 月 12 日, 摘录于《国际公法案例年度摘要和汇编》(1949 年), 案件编号: 193, 第 526-548 页。

特别最高上诉法院, *Ahlbrecht*, 1949 年 4 月 11 日, 摘录于《国际公法案例年度摘要和汇编》(1949 年), 案件编号: 141, 第 397-399 页。

## 新西兰

奥克兰高级法院, *R. 诉 Mafart 和 Prieur* 案, 1985 年 11 月 22 日的判决书, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 74 卷。

## 巴基斯坦

最高法院, *Qureshi 诉 URSS* 案, 1981 年 7 月 8 日, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 64 卷, 第 586-653 页。

## 波兰

国家最高法庭, *Buhler*, 1948 年 7 月 10 日, 摘录于《国际公法案例年度摘要和汇编》(1948 年), 第 680-682 页。

## 塞内加尔

达喀尔上诉法院, *Hissène Habré* 案, 2000 年 7 月 4 日, 最高上诉法院, 2001 年 3 月 20 日, 《国际法案例汇编》, 第 125 卷, 第 569-580 页。

### 塞拉利昂

最高法院, *Issa Hassan Sesay a.k.a. Issa Sesay, Allieu Kondewa, Moinina Fofana 诉特别法庭庭长、特别法庭书记官长、特别法庭检察官、检察长及司法部长*, 2005年10月14日的判决书, 安理会第1/2003号。

### 西班牙

1998年11月3日发出的引渡请求 (*Auto de solicitud de extradición de Pinochet*), 见: <http://www.ua.es/up/pinochet/documentos/auto-03-11-98/auto24.htm>。

国家刑事法院, *Auto del Pleno de la Sala de lo Penal*, 1999年3月4日, 第1999/2723号 (关于菲德尔·卡斯特罗)。

国家刑事法院, Juzgado 上将诉讼案第4号判决书, 2008年2月6日 (关于卢旺达现任国家元首卡加梅先生)。

### 瑞士

联邦法院, *Ferdinand et Imelda Marcos 诉联邦警察局 (行政法上诉)*, 1989年11月2日的判决书 (ATF 115 Ib 496), 部分摘录于 *Revue suisse de droit international et de droit européen* (1991年), 第534-537页 (英文版摘录于《国际法案例汇编》, 第102卷, 第198-205页)。

联邦法院, *Evgeny Adamov 诉联邦司法局*, 2005年12月22日的判决书, ATF 132 II 81。

### 联合王国

上议院, *西班牙共和国政府诉 SS “Arantzazu Mendi” 和其他人案*, 1939年2月23日, 《美国国际法学报》, 第33卷, 第3号, 第583-588页。

上议院, *Regina 诉 Bartle、市政警察署专员及与皮诺切特案有关的其他人案*, 1998年11月25日, 摘录于《国际法材料》, 第37卷 (1998年), 第1302-1339页 (援引为“皮诺切特案 (第1号)”)。

上议院, *Regina 诉 Bartle、市政警察署专员及与皮诺切特案有关的其他人案*, 1999年3月24日, 摘录于《国际法材料》, 第38卷 (1999年), 第581-663页 (援引为“皮诺切特案 (第3号)”)。

上议院, *科威特航空公司诉伊拉克航空公司某些人 (第2号) 案*, 2002年5月16日, [2002年] UKHL 19, 另见: <http://www.publications.parliament.uk/pa/ld200102/ldjudgmt/jd020516/kuwait-1.htm>。

上议院, Jones (被告) 诉内政部的 Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (沙特阿拉伯王国) (上诉人) 案; Mitchell 等人 (被告) 诉 Al-Dali 等人和内政部的 Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (沙特阿拉伯王国) (上诉人) 案; Jones (上诉人) 诉内政部的 Al-Mamlaka Al-Arabiya AS Saudiya (沙特阿拉伯王国) (被告) (联合上诉) 案, 上诉委员会, 2006 年 6 月 14 日, [2006 年] UKHL 26。

上诉法院, *Parlement Belge*, (1880 年) LR 5 PD 197。

上议院, 不伦瑞克的大公诉汉诺威君主案, 2 H. L. C. 1 (1848 年)。

不列颠驻汉堡军事法庭 (德国), *von Lewinski (called Von Manstein)*, 1949 年 12 月 19 日, 摘录于《国际公法案例年度摘要和汇编》(1949 年), 案件编号: 192, 第 509-525 页。

不列颠驻威尼斯军事法庭, 阿尔伯特·凯塞林审判案, 1947 年 2 月 17 日至 5 月 6 日, 摘录于《战犯审判法律报告》, 第 9 卷 (1949 年), 第 9-14 页。

上诉法院, Ahmed 诉沙特阿拉伯王国政府案, 1995 年 7 月 6 日的裁决, 摘录于欧洲委员会判例, 国际公法法律顾问委员会 (公法顾委), 关于国家豁免的国家惯例数据库, 在线见: [http://www.coe.int/t/e/legal\\_affairs/legal\\_cooperation/public\\_international\\_law/State\\_Immunities/](http://www.coe.int/t/e/legal_affairs/legal_cooperation/public_international_law/State_Immunities/) (2008 年 3 月 3 日最后一次访问)。

博街地区高级法官, Tatchell 诉 Mugabe 案, 2004 年 1 月 14 日的判决书, 摘录于《国际法和比较法季刊》, 第 53 卷 (2004 年), 第 769-770 页。

(博街区) 地区法院, 前上将 Shaul Mofaz, 2004 年 2 月 12 日的判决书, 摘录于《国际法和比较法季刊》, 第 53 卷 (2004 年), 第 771-774 页。

CL Pratt, 博街区地方法院, 申请对 Shaul Mofaz 上将的逮捕状, 2004 年 2 月 12 日的判决书 (Bow St. Mag. Ct. Feb. 12, 2004) (per Pratt, Dist. J.)。

博街区地方法院, *Re Bo Xilai*, 2005 年 11 月 8 日, 《国际法案例汇编》, 第 128 卷, 第 713-715 页。

王座庭 (分庭), R (关于 Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha 的上诉申请) 诉皇家检察署案, 2005 年 11 月 25 日的判决书。

## 美国

最高法院, Schooner 交易所诉 McFaddon 案, 11 U.S. 116 (1812 年)。

最高法院, Hilton 诉 Guyot 案 (1895 年), 159 U.S. 113, 16 S.Ct. 139, 143 L. Ed. 95。

最高法院, Underhill 诉 Hernandez 案, 1897 年 11 月 29 日, 168 U.S. 250。



最高法院，[墨西哥共和国诉 Hoffman](#) 案，1945 年 2 月 5 日，324 U.S. 30。

最高法院，[Yamashita 诉西太平洋美国军队司令 Styer](#) 案，1946 年 2 月 4 日，327 U.S. 1, 66 S. Ct. 340。

最高法院，[阿根廷共和国诉阿美拉达赫斯船运公司](#)案，1989 年 1 月 23 日的判决书，488 U.S. 428。

上诉法院第二巡回审判庭，[古巴国家银行诉 Sabbatino](#) 案，1962 年 7 月 6 日，307F 2d 845。

上诉法院第五巡回审判庭，[Marcos Perez Jimenez \(上诉人\) 诉 Manuel Aristeguieta, Intervenor \(被上诉人\) 和 John E. Maguire \(被上诉人\)](#) 案，1962 年 12 月 12 日，311 F.2d 547，摘录于《国际法案例汇编》，第 33 卷，第 353-359 页。

上诉法院第二巡回审判庭，[利比亚银行控股有限公司诉哥斯达黎加国家银行控股有限公司](#)案，1982 年 4 月 12 日的判决书，676 F.2d 47。

上诉法院第二巡回审判庭，[S & S 机械公司诉 Masinexportimport](#) 案，1983 年 4 月 26 日的判决书，706 F.2d 411。

上诉法院第二巡回审判庭，[O'Connell 机械有限公司诉 M.V. "Americana" and Italia Di Navigazione, S.p.A.](#) 案，1984 年 5 月 4 日的判决书，734 F.2d 115。

上诉法院第二巡回审判庭，[菲律宾共和国诉马科斯及其他人](#)案，1986 年 11 月 26 日，806 F.2d 344 (1986 年)，第 360 页，摘录于《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 581-599 页。

上诉法院第四巡回审判庭，[大陪审团的诉讼, Doe 700](#)，817 F.2d 1108，1987 年 5 月 5 日的判决书，摘录于《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 599-604 页。

上诉法院第二巡回审判庭，[Doe](#)，1988 年 10 月 19 日的判决书，860 F.2d 40。

纽约州上诉法院，[Lasidi 公司诉 Financiera Avenida 公司](#)案，1989 年 3 月 28 日的判决书，538 N.E.2d 332。

联邦上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭，[Saltany 诉 Reagan](#) 案，1989 年 9 月 29 日，886 F.2d 438，摘录于《国际法案例汇编》，第 80 卷，第 19-21 页。

上诉法院第九巡回审判庭，[Chuidian 诉菲律宾国家银行](#)案，912 F.2d 1095 (第九巡回，1990 年) (摘录于《国际法案例汇编》，第 92 卷，第 480-493 页)。

上诉法院第九巡回审判庭，[Siderman de Blake 诉阿根廷共和国](#) (1992 年) 案，965 F.2d 699。

联邦上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭，[Princz 诉德意志联邦共和国案](#)，1994 年，26 F. 3d 1166。

上诉法院第九巡回审判庭，Estate of Ferdinand Marcos，人权诉讼。Maximo Hilao 等人（集体原告）；Vicente Clemente 等人（集体原告）；Jaime Piopongco 等人（集体原告）（原告-被上诉人）诉 Estate of Ferdinand Marcos（被告 - 上诉人）案，1994 年 6 月 16 日，25 F. 3d 1467，摘录于《国际法案例汇编》，第 104 卷，第 199-133 页。

上诉法院第二巡回审判庭，[Kadic 诉 Karadzic 案](#)，1995 年 10 月 13 日的判决书，70 F. 3d 232。

第十一区上诉法院，[美利坚合众国诉 Noriega 案](#)，1997 年 7 月 7 日，117 F 3d 1206（1997 年），摘录于《国际法案例汇编》，第 591-599 页。

上诉法院第五巡回审判庭，[Byrd 诉 Corporacion Forestal y Industrial de Olancho S.A. 案](#)，1999 年 8 月 10 日的判决书，182 F. 3d 380。

联邦上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭，[Hwang Geum Joo 等人诉日本案](#)，2003 年 6 月 27 日的判决书，332 F. 3d 679。

上诉法院第七巡回审判庭，[Wei Ye、Hao Wang、Does、A、B、C、D、E、F 和其他处境类似的人诉 Zemin 案](#)，2004 年 9 月 8 日的判决书，383 F3d. 620。

联邦上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭，[Ali Saadallah Belhas 等人（上诉人）诉前以色列情报部部长 Moshe Ya'alon（被上诉人）案](#)，案件编号：07-7009，2008 年 2 月 15 日。

第一巡回法庭（夏威夷州），[Chong Boon Kim 诉 Kim Yong Shik 和 David Kim 案](#)，民事诉讼第 12565 号，1963 年 9 月 9 日的判决书，摘录于《美国国际法学报》，第 58 卷（1964 年），第 186-187 页。

俄亥俄州北区地方法院，东部分区，[Kilroy 诉 Windsor 案](#)，Civ. C-78-291，1978 年，摘录于《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 605 -607 页。

纽约南区地方法院，[电子数据系统公司诉伊朗政府社会安全组织案](#)，1979 年 5 月 23 日的法庭裁决书，发回重审，610 F. 2d 94（第二巡回，1979 年）。

纽约南区地方法院，[Reading & Bates Drilling 公司诉伊朗国家石油公司案](#)，1979 年 11 月 29 日的法庭裁决书，478 F. Supp. 724。

新泽西地区地方法院，[Behring 国际有限公司诉伊朗皇家空军案](#)（1979 年），475 F. Supp. 383。

得克萨斯州北区地方法院, [E-系统有限公司诉伊朗伊斯兰共和国案](#), 491 F. Supp. 1294, 1980 年。

纽约南区地方法院, [New England Merchants National Bank 诉 Iran Power Generation & Transmission Co. 案](#), 502 F. Supp. 120, 1980 年, 发回重审, 646 F.2d 779 (第二巡回, 1981 年)。

加利福尼亚中区地方法院, [安全太平洋国家银行诉伊朗案](#), 1981 年, 513 F. Supp. 864。

纽约南区地方法院, [Mueller诉Diggelman案](#), 82 Civ. 5513, 1983 年 5 月 13 日, 1983 WL 25419。

加利福尼亚中区地方法院, [Gerritsen 诉 de la Madrid 案](#), 1986 年 2 月 5 日的意见原文单行本, CV-85-5020-PAR。

华盛顿西区地方法院, [Domingo 诉菲律宾共和国案](#), 1987 年 1 月 26 日的判决书, 808 F.2d 1349。

加利福尼亚北区地方法院, [菲律宾共和国诉 Marcos 案](#), 1987 年 2 月 11 日的判决书, 665 F. Supp. 793。

哥伦比亚地区法院, [Farag M. Mohammed Saltany诉Reagan案](#), 1988 年 12 月 23 日的判决书, 702 F. Supp. 319。

华盛顿西区地方法院, [Estate of Domingo 诉菲律宾共和国案](#), 1988 年 8 月 29 日的判决书, 694 F. Supp. 782。

佛罗里达州南区地方法院, [美利坚合众国 \(原告\) 诉 Manuel Antonio Noriega 等人 \(被告\) 案](#), 1990 年 6 月 8 日的总括命令, 746 F. Supp. 1506, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 99 卷, 第 151-183 页。

佛罗里达州南区地方法院, [Paul诉Avril案](#), 1993 年 1 月 14 日的判决书, 812 F. Supp. 207。

纽约东区地方法院, [Lafontant 诉 Aristide 案](#), 844 F. Supp. 128, 1994 年 1 月 27 日的判决书, 摘录于《国际法案例汇编》, 第 103 卷, 第 581-593 页。

马萨诸塞州地区法院, [Teresa Xuncax 等人 \(原告\) 诉 Hector Gramajo \(被告\) 案](#), 1995 年 4 月 12 日, 886 F. Supp. 162。

纽约南区地方法院, [ICC 化学公司诉中国工商银行案](#), 1995 年 5 月 9 日的判决书, 886 F. Supp. 1。

马萨诸塞州地区法院, [Dianna Ortiz \(原告\) 诉 Hector Gramajo \(被告\) 案](#), 1995 年 4 月 15 日的判决书, 886 F. Supp. 162。

纽约南区地方法院，[Bawol Cabiri \(原告\) 诉 Baffour Assasie-Gyimah \(被告\)](#) 案 1996 年 4 月 18 日，921 F. Supp. 1189。

哥伦比亚地区法院，[First American Corp. 诉 Al-Nahyan](#) 案，1996 年 11 月 26 日的判决书，948 F. Supp. 1107。

哥伦比亚地区法院，[Jungquist 诉 Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan](#) 案，1996 年 9 月 20 日的判决书，940 F. Supp. 312 (1996 年)，摘录于《国际法案例汇编》，第 113 卷，第 522-533 页。

哥伦比亚地区法院，[Flatow 诉伊朗伊斯兰共和国](#) 案，76 F. Supp. 2d 28 (D. D. C. 1999 年)。

纽约南区地方法院，[Tachiona 诉 Mugabe](#) 案 (“*Tachiona P*”)，2001 年 10 月 30 日的判决书，169 F. Supp. 2d 259。

伊利诺伊州北区地方法院，东部分庭，[原告 A、B、C、D、E、F 以及其他处境类似的人、Wei Ye 和 Hao Wang \(原告\) 诉江泽民和法轮功管制办公室案 \(A. K. A. Office 6/10\) \(被告\)](#)，案件编号：02 C 7530，2003 年 9 月 12 日，282 F. Supp. 2d 875，节录摘录于《美国国际法学报》，第 97 卷，2003 年，第 977 页。

加利福尼亚北区地方法院，[原告 A 等人 \(原告\) 诉 Xia Deren 和 Liu Qi \(被告\)](#) 案，案件编号：C 02-0672 CW、C 02-0695 CW，2004 年 12 月 8 日的判决书，349 F. Supp. 2d 1258。

纽约南区地方法院，[Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar 等人 \(原告\) 诉前以色列安全总局局长 Avraham Dichter \(被告\)](#) 案，2007 年 5 月 2 日，500 F. Supp. 2d 284。

纽约州最高法院，[Hatch 诉 Baez](#) 案 (1876 年)，7 Hun. 596。

纽约州最高法院，纽约县，[Kline 诉 Kaneko](#) 案，1988 年 10 月 31 日的判决书，141 Misc. 2d 787。

## 六、学术机构

### A. 国际法研究院

“关于法院对外国、外国君主和国家元首采取法律行动的权限”，《国际法学会年鉴》(1891 年)，第 408-438 页。

“外国的管辖和执行豁免”，摘录于国际法学会的 *Tableau général des résolutions*，1873-1956 年 (巴塞尔，1957 年)，第 14-18 页。

国际法学会在 2001 年温哥华会议上通过的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,《国际法学会年鉴》,第 69 卷(2000-2001 年),第 742-755 页。

国际法学会在 2005 年克拉科会议上通过的关于对种族灭绝罪、危害人类最和战争罪的普遍刑事管辖的决议,《国际法学会年鉴》,第 71-II 卷,第 296-301 页。

“国际法中国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免”(“*Rapport provisoire*”),报告员 Joe Verhoeven, 摘录于《国际法学会年鉴》,第 69 卷(2000-2001 年),第 441-709 页。

## B. 国际法学会

经国际法学会常设国际刑事法院委员会修正的国际刑事法院罗马规约草案,第三十四次会议报告(维也纳,1926 年 8 月 5 日至 11 日)(1927 年),第 106-225 页。

国际人权法和惯例委员会,“关于对严重侵犯人权罪实施普遍管辖的最后报告”,2000 年 7 月 25 日至 29 日在伦敦举行的第 69 次会议的报告(伦敦,2000 年),第 403-431 页。

## C. 美国法学会

《法律重述:美国外交关系法》(第三版)(1987 年)。

## D. 哈佛大学

哈佛国际法研究会,“外国法院的权限”,《美国国际法学报》,第 26 卷(补编)(1932 年),第 451-649 年。

哈佛国际法研究会,“刑事管辖研究,犯罪问题公约草案”,《美国国际法学报》,第 29 卷(补编)(1935 年),第 435-651 年。

## E. 普林斯顿大学

普林斯顿大学法律与公共事务项目,《关于普遍管辖的普林斯顿原则》28,2001 年,见 <http://www1.umn.edu/humanrts/instree/princeton.html>。

## F. 其他

国际刑法协会、国际犯罪学高级研究所、马克斯·普朗克外国和国际刑法研究所组成的专家委员会拟定的锡拉库萨国际刑事法院罗马规约草案,锡拉库萨/弗赖堡/芝加哥,1995 年 7 月 31 日。



## 七、 非政府组织

大赦国际, “联合国: 皮诺切特案, 普通管辖和危害人类罪没有豁免” (1999年1月1日), 第16-25页。

## 八、 文献

### A. 专著

Abi-Saab, Georges, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale* (Paris, Pedone, 1967).

Ascensio, Hervé, Decaux, Emmanuel and Pellet, Alain (eds.), *Droit international pénal* (Paris Pedone, 2000).

Bankas, Ernest K., *The State Immunity Controversy in International Law: Private Suits Against Sovereign States in Domestic Courts* (Heidelberg/Berlin, Springer, 2005).

Bassiouni, Cherif, *Introduction to International Criminal Law* (Ardsey, New York, Transnational Publishers, Inc, 2003).

Bynkershoek Cornelius van, *De Foro Legatorum Liber Singularis*, edited by James Brown Scott (containing an introduction by Jan de Louter, a photographic reproduction of the text of 1744, with a translation by Gordon J. Laing, a list of errata and indexes) (London: Oxford University Press, 1946).

Borghi, Alvaro, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, (Geneva, Helbing & Lichtenhahn, 2003).

Brohmer, J., *State Immunity and the Violation of Human Rights*, (The Hague, Kluwer Law International, 1997).

Bojic, Mirella, “*Immunity of High State Representatives with regard to International Crimes: are Heads of State, Heads of Government and Foreign Ministers still Untouchable?*”, Master thesis, Faculty of Law, University of Lund, 2005.

Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, (6th edition) (Oxford and New York, Oxford University Press, 2003).

- Burlamaqui, Jean-Jacques, *The Principles of natural and politic law* (in two volumes (1747, 1752)), translated into English by Thomas Nugent, (Electronic edition, Lonang Institute, copyright 2003, 2005).
- Buzzini, Gionata P., *Le droit international général au travers et au-delà de la coutume. Essai de conceptualisation d'une réalité aux contours fluctuants*, Doctoral Dissertation, No. 741, University of Geneva (Graduate Institute of International Studies), 2007.
- Cahier, Philippe, *Le droit diplomatique contemporain* (Paris, Droz, 1962).
- Cassese, Antonio and Delmas-Marty, Mireille, *Juridictions nationales et crimes internationaux*, (Paris, Presses Universitaires de France, 2002).
- Cassese, Antonio, *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003).
- Conforti, Benedetto, *Diritto internazionale*, (3rd edition) (Naples, Editoriale Scientifica, 1987).
- David, Eric, *Eléments de Droit pénal international*, (Brussels, Presses Universitaires de Bruxelles), 1997-1998.
- Giuliano Mario, Scovazzi, Tullio and Treves, Tullio, *Diritto internazionale*, vol. II, 2nd edition (Milan, Giuffrè, 1983).
- Green, N. A. Maryan, *International Law* (Bath Press, Avon, Pitman Publishing, 1987).
- Grotius, *De jure belli ac pacis*. Book II , Chap. XXI. sect. 4, Translated by A. C. Campbell London, 1814.
- Hall, William Edward, *A Treatise on International Law*, edited by A. Pearce Higgins, (8th edition) (Clarendon, Oxford University Press, Humphrey Milford Publisher to the University, 1924).
- Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, 5th Edition, (London, Sweet and Maxwell, 1998).
- Jennings, Robert and Watts, Arthur (eds.), *Oppenheim's International Law*, 9th edition, (London and New York, Longman, 1992).
- Kelsen, Hans, *Principles of International Law* (New York, Holt, Rinehart and Winston, 1952).

- Kittichaisaree, Kriangsak, *International Criminal Law* (New York, Oxford University Press, 2001).
- Knoops, Geert-Jan Alexander, *Defences in Contemporary International Criminal Law* (Ardsley, New York, Transnational Publishers, 2001).
- Kofele-Kale, Ndiva, *International Law of Responsibility for Economic Crimes: Holding Heads of State and Other High Ranking State Officials Individually Liable for Acts of Fraudulent Enrichment* (The Hague/Boston, Mass., Kluwer Law International, 1995).
- Morelli, Gaetano, *Nozioni di diritto internazionale* (7th edition) (Padova, CEDAM, 1967).
- Oliver, Covey T., Firmage, Edwin B., Blakesley, Christopher L, Scott, Richard F. and Williams, Sharon A., *The International Legal System: Cases and Materials* (Westbury, New York, Foundation Press, 1995).
- Phillimore, Robert, *Commentaries upon International Law*, 2nd edition (Philadelphia, T & J.W. Johnson, 1871).
- Przetacznik, Franciszek, *Protection of officials of foreign states according to international law* (The Hague Boston London, Martinus Nijhoff Publishers, 1983).
- Robertson, Geoffrey, *Crimes against Humanity: The Struggle for Global Justice*, (London, Allen Lane, The Penguin Press, 1999).
- Rousseau, Charles, *Droit international public. Tome IV: Les relations internationales* (Paris, Sirey, 1980).
- Salmon, Jean, *Manuel de droit diplomatique* (Brussels, Bruylant, 1994).
- Satow, Ernest M., *Satow's Guide to Diplomatic Practice*, Lord Gore-Booth (ed.), 5th edition, (London, Longmans Green, 1979).
- Shelton, Dinah, *Remedies in International Human Rights Law* (New York, Oxford University Press, 1999).
- Simbeye, Yitiya, *Immunity and International Criminal Law* (Aldershot, Ashgate, 2004).
- Shaw, Malcolm N., *International Law*, 5<sup>th</sup> edition, (Cambridge, Cambridge University Press, 2003).

Société française pour le droit international, *Colloque de Clermont-Ferrand: le Chef d'Etat et le droit international* (Paris, Pedone, 2002).

Talmon, Stefan, *Recognition of Governments in International Law: With Particular Reference to Governments in Exile* (Oxford, Clarendon Press, 1998).

Triffterer, Otto (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observer's Notes, Article by Article* (Baden-Baden, Nomos, 1999).

Van Alebeek, Rosanne, *The Immunity of States and Their Officials in International Criminal Law and International Human Rights Law* (Oxford, Oxford University Press, 2008).

Vattel, Emmerich de, *Droit des Gens* (in four books, 1758), translated into English by Joseph Chitty (1833) (Electronic edition, Lonang Institute, copyright 2003, 2005).

Verdross, Alfred, and Simma, Bruno, *Universelles Völkerrecht*, 3rd edition, (Berlin, Duncker und Humblot, 1984).

Westlake, John, *International Law* (Cambridge, Cambridge University Press, 1904).

Wheaton Henry, *Elements of International Law* (the Literal reproduction of the edition of 1866 by Richard Henry Dana, Jr. edited with Notes by George Grafton Wilson), Oxford, The Clarendon Press; London, Humphrey Milford, 1936.

## B. 文章

Akande, Dapo, "International law immunities and the International Criminal Court", *The American Journal of International Law*, vol. 98 (2004), pp. 407-433.

Akehurst, Michael, "Jurisdiction in International Law", *British Year Book of International Law*, vol. 46 (1972-1973), pp. 145-217.

Allott, Philip, "The Courts and the Executive: Four House of Lords Decisions", *Cambridge Law Journal*, vol. 36 (1977), pp. 255-283.

Ambos, Kai, "Impunity and International Criminal Law: A Case Study on Colombia, Peru, Bolivia, Chile and Argentina", *Human Rights Law Journal*, vol. 18 (1997), pp. 1-15.

Baker, Bruce, "Twilight of Impunity for Africa's Presidential Criminals", *Third World Quarterly*, vol. 25 (2004), pp. 1487-1499.

Barker, J. Craig, "State immunity, Diplomatic Immunity and Act of State: A Triple Protection Against Legal Action?", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 47 (1998), pp. 950-958.

Bass, Peter Evan, "Note: Ex-Head of State Immunity: A Proposed Statutory Tool of Foreign Policy", *Yale Law Journal*, vol. 97 (1987), pp. 299-319.

Bianchi Andrea, "Denying State Immunity to Violators of Human Rights", *Austrian Journal of Public and International Law*, vol. 46 (1994), pp. 195-229.

Bianchi, Andrea, "Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case", *European Journal of International Law*, vol. 10 (1999), pp. 237-277.

Bianchi, Andrea, "Serious Violations of Human rights and Foreign States' Accountability Before Municipal Courts", in *Man's Inhumanity to Man. Essays on International Law in Honour of Antonio Cassese* (The Hague/London/NewYork, Kluwer Law International, 2003), pp. 149-181.

Bianchi Andrea, "Ferrini c. Repubblica federale di Germania (Italian Court of Cassation; Judgment of 11 March 2004); a Comment", *American Journal of International Law*, vol. 99 (2005), pp. 242-248.

Boister, N. and Burchill R., "The Implications of the Pinochet Decisions for the Extradition or Prosecution of Former South African Heads of State for Crimes Committed Under Apartheid", *Revue Africaine de droit international et compare/African Journal of International and Comparative Law*, vol. 11 (1999), pp. 619-637.

Bothe, Michael, "Die Strafrechtliche Immunität fremder Staatsorgane", *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, vol. 31 (1971), pp. 246-269.

Boutruche, Théo, "L'affaire Pinochet ou l'internationalisation balbutiante de la justice", *L'Observateur des Nations Unies*, vol. 6 (1999), pp. 77-103.



Bowett, D.W., “Jurisdiction: Changing Patterns of authority over activities and resources”, in Charlotte Ku and Paul F. Diehl (eds), *International Law: Classic and Contemporary Readings* (Colorado and London, Lynne Rienner Publishers Inc, 1998), pp. 210–217.

Brown, Jonathan, “Diplomatic Immunity: State Practice under the Vienna Convention on Diplomatic Relations”, *International and Comparative Law Quarterly*, 1988 (vol. 37), pp. 53–88.

Bullier Antoine J., “Y a-t-il encore une immunité pour les chefs d’Etat et chefs de guerre en Afrique?”, *Afrique contemporaine*, vol. 194 (2000), pp. 47–51.

Caflisch, Lucius, “Immunité de juridiction et respect des droits de l’homme”, in Boisson de Chazournes Laurence and Gowlland-Debbas Vera (eds.), *The International Legal System in Quest of Equity and Universality, Liber Amicorum Georges Abi-Saab* (The Hague/London/Boston, Kluwer, 2001), pp. 651–676.

Callan, E., “In re Mr. and Mrs. Doe: witnesses before the grand jury and the head of state immunity doctrine”, *New York University Journal of International Law and Politics*, vol. 22 (1989), pp. 117–139.

Caplan, Lee M., “State Immunity, Human Rights, and *Jus cogens*: A Critique of the Normative Hierarchy Theory”, *The American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), pp. 741–781.

Cara, Jean-Yves de, “L’affaire Pinochet devant la Chambre des Lords”, *Annuaire français de droit international*, vol. 45 (1999), pp. 72–100.

Casey, L.A. and Rivkin, D.B., “The New York University – University of Virginia Conference on Exploring the Limits of International Law: The Limits of Legitimacy: The Rome Statute’s Unlawful Application to Non-State Parties”, *Virginia Journal of International Law*, vol. 44 (2003–2004), pp. 63–89.

Cassese, Antonio, “Immunities”, in *International Criminal Law* (Oxford, Oxford University Press, 2003), pp. 264–274.

Cassese, Antonio, “When May Senior State Officials be Tried for International Crimes? Some Comments on The Congo v. Belgium Case”, *European Journal of International Law*, vol. 13 (2002), pp. 853–875.

Cassese, Antonio, “Peut-on poursuivre des hauts dirigeants des Etats pour des crimes internationaux? A propos de l’affaire Congo c/Belgique (C. I. J.)”, *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*, vol. 3 (2002), pp. 479–500.

Carrasco Márquez, del Carmen María, and Alcaide Fernández, Joaquín, “In Re Pinochet”, *The American Journal of International Law*, vol. 93 (1999), pp. 690–696.

Cosnard, Michel, “Les immunités du chef d’Etat” in *Le chef d’Etat et le droit international*, Société Française pour le Droit International, *Colloque de Clermont-Ferrand* (Paris, Pedone, 2002), pp. 189–268.

Cosnard, Michel, “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (1999), pp. 309–328.

Cot, Jean-Pierre, “Éloge de l’indécision, la Cour et la compétence universelle”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 546–553.

Danilenko, G. M., “The Statute of the International Criminal Court and Third States”, *Michigan Journal of International Law*, vol. 21 (2000), pp. 445–494.

Day, Adam, “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), pp. 489–512.

De Kerchove d’Exaëdre, François, “Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l’activité du Gouvernement belge en exil à Londres (October 1940–Septembre 1944)”, *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), pp. 93–151.

De Sena, Pasquale, “Immunity of State Organs and Defence of Superior Orders as an Obstacle to the Domestic Enforcement of International Human Rights”, in: Conforti Benedetto and Francioni Francesco (eds), *Enforcing International Human Rights in Domestic Courts* (The Hague, Martinus Nijhoff Publishers, 1997), pp. 367–403.

De Sena, Pasquale, “Italian practice relating to International Law. Judicial decisions”, *Italian Yearbook of International Law*, vol. VIII (1988–1992), pp. 43–57.

De Smet, Leen and Naert, Frederik, "Making or breaking international law? An international law analysis of Belgium's act concerning the punishment of grave breaches of international humanitarian law", *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 471-511.

De Smet, S., "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), pp. 313-339.

Defarges, Ph.M., "Punir les tyrans", *Défense nationale*, vol. 55 (1999), pp. 46-54.

Dellapenna, J.W., "Head-of-state immunity - Foreign Sovereign Immunities Act - suggestion by the Department of State", *The American Journal of International Law*, vol. 88 (1994), pp. 528-532.

Dinstein, Yoram "Diplomatic Immunity from Jurisdiction *Ratione Materiae*", *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 15 (1966), pp. 76-89.

Dominicé, Christian, "Quelques observations sur l'immunité de juridiction pénale de l'ancien chef d'Etat", *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), pp. 297-308.

Du Plessis, Max and Bosch Shannon, "Immunities and Universal Jurisdiction - The World Court Steps In (or On?)", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), pp. 246-262.

Dubber, Markus Dirk, "Comparative Criminal Law", in Mathias Reimann and Reinhard Zimmermann, *The Oxford Handbook of Comparative Law* (New York, Oxford University Press, 2006), pp. 1287-1325.

Dupuy, Pierre-Marie, "Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l'exercice des secondes", *Revue générale de droit international public*, vol. 103 (1999), pp. 289-295.

Fenet, Alain, "La responsabilité pénale internationale du chef d'Etat", *Revue générale de droit*, vol. 32 (2002), pp. 585-615.

Fitzgerald, Amber, "The Pinochet case: Head of State Immunity Within the United States", *Whittier Law Review*, vol. 22 (2001), pp. 987-1028.

Flauss, Jean-François, “Droit des immunités et protection internationale des droits de l’homme”, *Revue suisse de droit international et de droit européen*, 2000, pp. 299-324.

Focarelli Carlo, “I limiti dello jus cogens nella giurisprudenza più recente”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 90 (2007), pp. 637-656.

Fox, Hazel, “International Law and Restraints on the exercise of jurisdiction by national courts of States”, in Malcolm D. Evans (ed), *International Law* (2nd edition), Oxford, University Press, 2006, pp. 361-394.

Fox, Hazel, “Shorter Articles, Comments and Notes – The Resolution of the Institute of International Law on the Immunities of Heads of State and Government”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), pp. 119-125.

Fox, Hazel, “Some Aspects of Immunity from Criminal Jurisdiction of the State and its Officials: The Blaskic case”, in L. C. Vohrah, F. Pocar *et al.*, *Man’s Inhumanity to Man: Essays in International Law in Honour of Antonio Cassese* (The Hague, Kluwer International Law, 2003), pp. 297-307.

Fox, Hazel, “The First Pinochet Case: Immunity of a Former Head of State”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), pp. 207-216.

Fox, Hazel, “The Pinochet Case No. 3”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 48 (1999), pp. 687-702.

Gaeta, Paola, “*Extraordinary renditions* e immunità dalla giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso *Abu Omar*”, *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), pp. 126-130.

Gaeta, Paola, “Official Capacity and Immunities” in Antonio Cassese, Paola Gaeta and others (eds.), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, vol. I, (New York, Oxford University Press, 2002), pp. 975-1002.

Gaeta, Paola, “*Ratione Materiae* Immunities of Former Heads of State and International Crimes: the *Hissène Habré* Case”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 1 (2003-1), pp. 186-196.

Garnett, R. L., “State Immunity Triumphs in the European Court of Human Rights”, *Law Quarterly Review*, vol. 118 (2002), pp. 367-373.

George, Shobha Varughese, “Head of State immunity in the United States courts: still confused after all these years”, *Fordham Law Review*, vol. 64 (1995), pp. 1051–1088.

Grosscup, Scott, “The Trial of Slobodan Milosevic: The Demise of Head of State Immunity and The Specter of Victor’s Justice”, *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 32 (2004), pp. 355–381.

Henkin, Louis, “Act of State today: Recollections in Tranquility”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 6 (1967), pp. 175–189.

Henzelin, Marc, “L’immunité pénale des chefs d’Etat en matière financière. Vers une exception pour les actes de pillage de ressources et de corruption?”, *Revue suisse de droit international et de droit européen* (2002), pp. 179–212.

Hickey, C., “The dictator, drugs and diplomacy by indictment: head of state immunity in US v. Noriega”, *Connecticut Journal of International Law*, vol. 4 (1989), pp. 729–765.

Hopkins, John, “Former Head of Foreign State – Extradition – Immunity”, *Cambridge Law Journal*, vol. 58 (1999), pp. 461–465.

Hopkins, John, “Immunity – Head of Foreign State”, *Cambridge Law Journal*, vol. 57 (1998), pp. 4–6.

Hopkins, Kevin, “The International Court of Justice and the Question of Sovereign Immunity: Why the Yerodia case is an Unfortunate Ruling for the Development of Public International Law”, *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), pp. 256–263.

Jackson, Vicky C., “Suing the Federal Government: sovereignty, immunity, and judicial independence”, *George Washington International Law Review*, vol. 35 (2003), pp. 521–609.

Jennings, Robert Y., “The *Caroline* and *McLeod* Cases”, *American Journal of International Law*, vol. 32 (1938), pp. 82–99.

Kahale, George and Vega, Matias A., “Immunity and Jurisdiction: Toward a Uniform Body of Law in Actions against Foreign States”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 18 (1979–1980), pp. 211–258.



Kamto, Maurice, « Une troublante 'Immunité totale' du Ministre des affaires étrangères », *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 518-530.

Kelsen, Hans, "Collective and individual responsibility in international law with particular regard to punishment of war criminals", *California Law Review*, vol. 31 (1942-1943), pp. 530-571.

Kerchove d'Exaedre, François de, "Quelques questions en droit international public relatives à la présence et à l'activité du Gouvernement belge en exil à Londres (October 1940-Septembre 1944)", *Revue belge de droit international*, vol. 23 (1990), pp. 93-151.

Kessedjian, Catherine, "Immunités", *Repertoire Dalloz, Droit international*, 2nd edition, (1998), No. 46.

Klingberg, Vanessa, "(Former) Heads of State before international(ized) criminal courts: the case of Charles Taylor before the Special Court for Sierra Leone", *German Yearbook of International Law*, vol. 46 (2003), pp. 537-564.

Koivu, Virpi, "Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law", *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), pp. 305-330.

Koller, David S., "Immunities of Foreign Ministers: Paragraph 61 of the Yerodia Judgment As It Pertains to the Security Council and the International Criminal Court", *American University International Law Review*, vol. 20 (2004), pp. 7-42.

Labuschagne, J.M.T., "Diplomatic Immunity: A Jurisdictional or Substantive-law Defence?", *South African Yearbook of International Law*, vol. 27 (2002), pp. 291-295.

Lansing, Paul and Perry, Julie King, "Should Former Government Leaders Be Subject to Prosecution After Their Term in Office? The Case of South African President P.W. Botha", *California Western International Law Journal*, vol. 30 (1999), pp. 91-115.

Lauterpacht, Hersch, "The problem of jurisdictional immunities of foreign States", *British Year Book of International Law*, vol. 28 (1951), pp. 220-272.

- Lloyd Jones, David, "Article 6 ECHR and Immunities Arising in Public International Law", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52 (2003), pp. 463-472.
- Lowe, Vaughan, "Jurisdiction", in Malcolm D. Evans (ed), *International Law*, 2nd edition (Oxford, University Press, 2006), pp. 335-360.
- Mallory, Jerrold L., "Resolving the Confusion Over Head of State immunity: The Defined Rights of Kings", *Columbia Law Review*, vol. 86 (1986), pp. 169-197.
- Mangu, André M. B., "Immunities of Heads of State and Government: A comment on the Indictment of Liberia's President Charles Taylor by the Special Court for Sierra Leone and the Reaction of the Ghanaian Government", *South African Yearbook of International Law*, vol. 28 (2003), pp. 238-245.
- Mann, Frederik Alexander, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law Revisited after Twenty Years", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 186 (1984-III), pp. 9-116.
- Mann, Frederik Alexander, "The Doctrine of Jurisdiction in International Law", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 111 (1964-I), pp. 1-162.
- McLachlan, Campbell, "Pinochet Revisited", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 51 (2002), pp. 959-966.
- McLachlan, Campbell, "The Influence of International Law on Civil Jurisdiction", *Hague Yearbook of International Law*, vol. 6 (1993), pp. 125-144.
- Mitchell, Andrew D., "Leave Your Hat On? Head of State Immunity and Pinochet", *Monash University Law Review*, vol. 25 (1999), pp. 225-256.
- Murphy, Sean D. (ed.), "Contemporary Practice of the United States Relating to International Law", *The American Journal of International Law*, vol. 95 (2001), pp. 873-877.
- Murphy, Sean D., "Head-of-State Immunity for Former Chinese President Jiang Zemin", *The American Journal of International Law*, vol. 97 (2003), pp. 974-977.

- Neier, Aryeh, "Accountability for State Crimes: The Past Twenty Years and the Next Twenty Years", *Case Western Reserve Journal of International Law*, vol. 35 (2003), pp. 351-362.
- Nicholls, Clive, "Reflections on Pinochet", *Virginia Journal of International Law*, vol. 41 (2000), pp. 140-151.
- O'Neill, Kerry Creque, "A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet", *Stanford Journal of International Law*, vol. 38 (2002), pp. 289-317.
- Orrego Vicuña, Francisco, "Diplomatic and Consular Immunities and Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 40 (1991), pp. 34-48.
- Penrose, Mary Margaret, "It's Good to Be the King!: Prosecuting Heads of State and Former Heads of State Under International Law", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 39 (2000), pp. 193-220.
- Pierson, Charles, "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 and Comparative Law Journal*, vol. 14 (2000), pp. 263-326.
- Prost, Kimberly and Schlunck, Angelika, "Article 98" in Otto Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden-Baden, Germany, Nomos, 1999), pp. 1131-1133.
- Prouvèze, Rémy, "L'affaire relative au mandat d'arrêt du 11 avril 2000 (*République démocratique du Congo c. Belgique*): quelle contribution de la Cour internationale de Justice au droit international pénal?", *L'Observateur des Nations Unies*, No. 12 (2002), pp. 285-309.
- Prouvèze, Rémy, "Les tribunaux pénaux internationaux à l'aube du XXIème siècle : L'affaire Milosevic ou la difficile recherche d'un véritable rôle de juridiction pénale internationale", *L'Observateur des Nations Unies*, No. 11 (2001), pp. 201-221.
- Przetacznik, Franciszek, "Basic principles of international law concerning the protection of officials of foreign States", *Revue de droit international, de sciences diplomatiques et politiques*, vol. 69, 1991, pp. 51-81.

Rau, Markus, “After *Pinochet*: Foreign Sovereign Immunity in Respect of Serious Human Rights Violations – The Decisions of the European Court of Human Rights in *Al-Adsani* Case”, *German Law Journal*, vol. 3 (2002).

Rodley, Nigel S., “Breaking the Cycle of Impunity for Gross Violations of Human Rights: The Pinochet Case in Perspective”, *Nordic Journal of International Law*, vol. 69 (2000), pp. 11–26.

Saland, Per, “International Criminal Law Principles”, in Roy S. Lee (ed), *The International Criminal Court: The Making of the Rome Statute, Issues, Negotiations, Results* (The Hague London Boston, Kluwer Law International, 1999), pp. 189–216.

Salmon, Jean, “Libres propos sur l’arrêt de la C. I. J. du 14 février 2002 dans l’affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000, R.D.C. c. Belgique”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 512–517.

Salmon, Jean and David, Eric, “Chef d’Etat, Chef de Gouvernement, ministre des Affaires étrangères. Pratique du pouvoir exécutif et contrôle des chambres législatives”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 122–126.

Sands, Philippe, “International Law Transformed? From Pinochet to Congo...?”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 37–53.

Sands, Philippe, “What is the ICJ for?”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 537–545.

Sands, Philippe, “After Pinochet: The Role of National Courts”, in Ph. Sands (ed.), *From Nuremberg to The Hague. The Future of International Criminal Justice* (Cambridge University Press, 2003), pp. 68–108.

Sarkar, Lotika, “The Proper Law of Crime in International Law”, *The International and Comparative Law Quarterly*, vol. 11 (1962), pp. 446–470.

Sassòli Marco, “L’arrêt Yerodia: quelques remarques sur une affaire au point de collision entre les deux couches du droit international”, *Revue belge de droit international*, vol. 106 (2002), pp. 791–818.

Sears, Jill M., “Confronting the ‘Culture of Impunity’: Immunity of Heads of State from Nuremberg to *ex parte Pinochet*”, *German Yearbook of International Law*, vol. 42 (1999), pp. 125–146.

- Shaw, Malcolm N., "The Personality Issue – Immunity for Government Figures", in: *International Law*, 5th edition (Cambridge University Press, 2003), pp. 655–667.
- Shaw, Malcolm N., "The *Yerodia* case: Remedies and Judicial Functions", *Revue belge de droit international* (2002), pp. 554–559.
- Sison, Gilbert, "A King No More: The Impact of the Pinochet decision on the Doctrine of Head of State Immunity", *Washington University Law Quarterly*, vol. 78 (2000), pp. 1583–1602.
- Sinclair, Ian, "The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments", *Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 167 (1980-II), pp. 113–287.
- Stone, C., "Head of State Immunity. New Standard on a Narrow Issue", *Suffolk Transnational Law Journal*, vol. 12 (1989), pp. 491–502.
- Summers, Marc A., "The International Court of Justice's Decision in *Congo v. Belgium*: How Has It Affected the Development of a Principle of Universal Jurisdiction that Would Obligate All States to Prosecute War Criminals?", *Boston University International Law Journal*, vol. 21 (2003), pp. 63–100.
- Thomas, Katherine Reece and Small, Joan, "Human Rights and State Immunity: Is There Immunity From Civil Liability For Torture?", *Netherlands International Law Review*, vol. 50 (2003), pp. 1–30.
- Tomonori, Mizushima, "The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of *Ultra Vires* Conduct", *Denver Journal of International Law and Policy*, vol. 29 (2001), pp. 261–287.
- Tomuschat, Christian, "Ensuring the Survival of Mankind on the Eve of a New Century", in *General Course on Public International Law, Recueil des cours de l'Académie de droit international de la Haye*, vol. 281, 1999, pp. 9–483.
- Toner, Paul J., "Competing Concepts of Immunity: The Revolution of the Head of State Immunity Defense", *Penn State Law Review*, vol. 108 (2004), pp. 899–927.
- Triffterer, Otto, "Article 27, Irrelevance of Official Position", in Otto Triffterer (ed), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court* (Baden–Baden, Germany, Nomos, 1999), pp. 501–514.



Tunks, Michael A., “Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity”, *Duke Law Journal*, vol. 52 (2002), pp. 651–682.

van Alebeek, Rosanne, “The Pinochet case: International Human Rights Law on Trial”, *British Year Book of International Law*, vol. LXXI (2000), pp. 29–70.

van Panhuys, H. F., “In The Borderland Between The Act of State Doctrine and Questions of Jurisdictional Immunities”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 13 (1964), pp. 1192–1213.

Verhoeven, Joe, “Quelques réflexions sur l’affaire relative au mandat d’arrêt du 11 avril 2000”, *Revue belge de droit international*, vol. 35 (2002), pp. 531–536.

Villalpando, Santiago, “L’affaire Pinochet: beaucoup de bruit pour rien? L’apport au droit international de la décision de la Chambre des Lords du 24 mars 1999”, *Revue générale de droit international public*, vol. 104 (2000), pp. 393–427.

Warbrick, Colin, “Immunity and International Crimes in English Law”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004), pp. 769–764.

Watts, Arthur, “The Legal Position in International Law of Heads of States, of Governments and Foreign Ministers”, *Recueil des cours de l’Académie de droit international de la Haye*, vol. 247 (1994–III), pp. 9–136.

Weller, Marc, “On the Hazards of Foreign Travel for Dictators and Other International Criminals”, *International Affairs*, vol. 75 (1999), pp. 599–617.

Weyembergh, Anne, “Sur l’ordonnance du juge d’instruction Vandermeersch rendue dans l’affaire Pinochet le 6 novembre 1998”, *Revue belge de droit international*, vol. 32 (1999), pp. 178–204.

White, Melinda, “Pinochet, Universal Jurisdiction, and Impunity”, *Southwestern Journal of Law and Trade in the Americas*, vol. 7 (2000), pp. 209–226.

Whomersley, C. A., “Some Reflections on the Immunity of Individuals for Official Acts”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 41 (1992), pp. 848–858.

- Wickremasinghe, Chanaka, "Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 49 (2000), pp. 724-730.
- Wickremasinghe, Chanaka, "Immunities Enjoyed by Officials of States and International Organizations", in Malcolm D. Evans (ed.), *International Law*, 2nd edition, (Oxford, Oxford University Press, 2006), pp. 395-421.
- Wilson, Robert A., "Diplomatic Immunity from Criminal Jurisdiction: Essential to Effective International Relations", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 7 (1984), pp. 113-138.
- Wilson, Richard J., "Prosecuting Pinochet: International Crimes in Spanish Domestic Law", *Human Rights Quarterly*, vol. 21 (1999), pp. 927-979.
- Wouters, Jan, "The Judgment of the International Court of Justice in the Arrest Warrant Case: Some Critical Remarks", *Leiden Journal of International Law*, vol. 16 (2003), pp. 253-267.
- Yang, Xiaodong, "Immunity for International Crimes: Reaffirmation of Traditional Doctrine", *Cambridge Law Journal*, vol. 61 (2002), pp. 242-246.
- Yang, Xiaodong, "State Immunity in the European Court of Human Rights: Reaffirmations and Misconceptions", *British Year Book of International Law*, vol. 74 (2003), pp. 333-408.
- Zappalà, Salvatore, "Do Heads of State in Office Enjoy Immunity from Jurisdiction for International Crimes? The Ghaddafi Case Before the French Cour de Cassation", *European Journal of International Law*, vol. 12 (2001), pp. 595-612.
- Zegveld, Liesbeth, "The Bouterse case", *Netherlands Yearbook of International Law*, vol. XXXII (2001), pp. 97-118.
- Ziman, G. Michael, "Holding Foreign Governments Accountable for Their Human Rights Abuses: A proposed Amendment to the Foreign Sovereign Immunities Act of 1976", *Loyola of Los Angeles International and Comparative Law Journal*, vol. 21 (1999), pp. 185-213.
- Zuppi, Alberto Luis, "Immunity v. Universal Jurisdiction: The Yerodia Ndombasi Decision of the International Court of Justice", *Louisiana Law Review*, vol. 63 (2003), pp. 309-339.