



国际法委员会

第六十三届会议

2011年4月26日至6月3日和

7月4日至8月12日，日内瓦

关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第三次报告

特别报告员罗曼·阿纳托列维奇·科洛德金

目录

	页次
一. 导言.....	2
二. 豁免的程序问题.....	5
A. 审议豁免的时间.....	5
B. 豁免的援引.....	7
C. 放弃豁免.....	17
D. 官员所属国放弃豁免后能否援引豁免.....	27
三. 官员的豁免与官员所属国的责任.....	28
四. 总结.....	31



一. 引言

1. 国际法委员会(下称“委员会”)第五十九届会议(2007年)决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入其工作方案,并任命一位专题特别报告员。¹在同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于该专题的背景研究报告。²
2. 委员会第六十届会议(2008年)审议了关于本专题的初步报告(下称“初步报告”)。³委员会还收到秘书处编写的关于本专题的备忘录(下称“秘书处备忘录”)。⁴由于未收到进一步报告,委员会第六十一届会议(2009年)未能审议本专题。
3. 委员会第六十二届会议(2010年)期间,特别报告员向秘书处提交了第二次报告(下称“第二次报告”),委员会未能审议该报告。⁵
4. 初步报告简要叙述委员会和国际法学会(下称“学会”)审议国家官员的外国管辖豁免问题的历史,并概述提出供委员会在处理这一专题初期阶段审议的各种问题。这些问题包括:国家官员的外国刑事管辖豁免的渊源问题;“豁免”和“管辖”、“刑事管辖”和“刑事管辖豁免”概念的内容问题以及豁免和管辖之间的关系;国家官员豁免的类型问题(属人豁免和属事豁免);国家官员豁免的理由问题,以及官员豁免与特别使团成员豁免之间的关系。⁶
5. 初步报告还列出特别报告员认为确定本专题的范围而需要审议的问题。这些问题包括:委员会将来在审议本专题后可能编写的指导原则草案或条款草案是否应涵盖所有国家官员或仅一部分国家官员(例如,只涵盖国家元首、政府首脑和外交部长);“国家官员”这一概念的定义问题;本专题范畴内的承认问题;国家官员家庭成员的豁免问题。⁷

¹ 2007年7月20日第2940次会议(《大会正式记录,第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第376段)。大会在2007年12月6日第62/66号决议第7段中注意到委员会决定将此专题列入其工作方案。根据委员会报告附件A中的提议,此专题在第五十八届会议上列入委员会长期工作方案(《大会正式记录,第六十一届会议,补编第10号》(A/61/10),第257段)。

² 《大会正式记录,第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第386段。

³ A/CN.4/601。

⁴ A/CN.4/596和Corr.1。

⁵ 《大会正式记录,第六十五届会议,补编第10号》(A/65/10),第343段。

⁶ 初步报告,第27-101段。

⁷ 同上,第125-129段。

6. 特别报告员认为为确定本专题的范围而需要审议的其他问题为：将来任何指导原则草案或条款草案将涵盖的现任和卸任国家官员所享受豁免的范围问题；豁免的放弃(可能还有豁免的其他程序方面)问题。⁸

7. 特别报告员根据对初步报告所作分析得出的结论载于该报告第 102 和 130 段。⁹

⁸ 同上，第 4 段。

⁹ “102. ……

- (a) 国家官员享有的外国刑事管辖豁免的基本来源是国际法，特别是习惯国际法；
- (b) 管辖与豁免既有关联，又有不同。就当前讨论的专题而言，对豁免的审议应是有限的，不应审议管辖权问题本身的实质；
- (c) 一国的刑事管辖权，就象国家的整体管辖权一样，是以立法、行政和司法管辖权的形式(或立法和行政管辖权的形式，如果后者理解为包括行政和司法管辖权两者)行使的；
- (d) 行政(或行政和司法)刑事管辖权有与民事管辖权共同的特点，但与后者不同，因为许多刑事诉讼措施是在司法进程的预审阶段采取的。因此，国家官员享有的外国刑事管辖豁免问题在预审阶段更重要；
- (e) 官员享有的外国管辖豁免是国际法和相应司法关系的一项规则，在这样的司法关系中，享有豁免者不受外国管辖的司法权利反映了外国不得对有关人员行使管辖权的司法义务；
- (f) 刑事管辖豁免意味着仅仅享有行政和司法管辖豁免(或仅仅是行政管辖豁免，如果行政管理理解为包括行政和司法管辖两者)。因此，这是享有刑事诉讼或刑事诉讼措施豁免，而不是享有对外国实体法的豁免；
- (g) 国家官员享有的外国刑事管辖豁免是程序性的，而非实质性的。这是刑事责任的一个障碍，但在原则上并不排除刑事责任；
- (h) 一个官员以官方身份从事的行动归于国家。因此，该官员因属事管辖豁免而享有外国刑事管辖豁免保护。但这并不排除将此类行动同时归于实施行动者；
- (i) 最终而言，站在官员豁免背后的是国家，无论这是属人豁免还是属事豁免，站在享有豁免者背后的也是国家，惟有国家有权放弃官员的豁免；
- (j) 官员的外国刑事管辖豁免有一些相辅相成和相互关联的理由：职务理由和代表性理由；国际法有关国家主权平等和不干涉内政的原则；确保国际关系稳定以及各国独立开展活动的必要性。”

“130. ……

- (a) 这个专题只涉及一国国家官员不受另一国(非该官员所服务的国家)的国内(非国际)刑事(非民事)管辖的豁免；
- (b) 有人建议这个专题应涵盖所有官员；
- (c) 或可设法为本专题确定“国家官员”的定义，或为本专题之目的确定此概念所涵盖的官员；
- (d) 因其职位而享受个人豁免的高级官员主要有国家元首、政府首脑和外交部长；
- (e) 除了上面提到的三位体外，或可设法确定享受属人管辖豁免的其他高级官员。如果能够确定这类高级官员享有特殊地位的标准，那么就可以把这些官员从所有高级官员中单列出来；
- (f) 在此专题框架内进一步审议承认问题以及高级官员家庭成员的豁免问题是否可取，值得怀疑。”

8. 第二次报告审议的事项如下：官员的外国刑事管辖豁免的一般范围，包括所有现任和卸任官员一般享受的属事豁免¹⁰以及仅某些高级官员享受的属人豁免的问题；¹¹因豁免而被排除的管辖权行使国的行为的问题；¹²国家官员豁免的领土范围问题；¹³豁免规则是否有例外的问题，特别是在某官员实施国际法范畴内的严重罪行时这一规则是否有例外的问题。¹⁴

9. 特别报告员根据对第二次报告中所作分析得出的一般结论载于该报告第 94 段。¹⁵

¹⁰ 第二次报告，第 21-34 段。

¹¹ 同上，第 35-37 段。

¹² 同上，第 38-51 段。

¹³ 同上，第 52-53 段。

¹⁴ 同上，第 54-93 段。

¹⁵ “94.

- (a) 总体而言，国家官员享有外国管辖豁免与国家本身享有外国管辖豁免权一样，是一项一般规则，而在具体案件中不存在豁免是这一规则的例外；
- (b) 国家官员享有外国刑事管辖的属事豁免，即以官方身份所施行为的豁免，因为这些行为是官员所服务的国家本身的行为；
- (c) 区分为界定责任目的和为豁免目的对行为所作的归属，这种做法缺乏客观依据。没有什么理由能断言，官员的同一行为在确定国家责任时被归于国家并被视为国家的行为，但在考虑管辖豁免时则不归于国家，而被认为只是官员的行为。按照逻辑，应先审议一个官员的行为性质应被确定为官方行为还是个人行为，以及相应地是否应将该行为归于国家的问题，然后再审议与该行为有关的官员豁免权问题；
- (d) 将官员的行为归为官方行为不取决于行为人的动机和行为的实质内容。决定性因素是该官员是以官方身份行事。“作为官员的行为”，即“官方行为”的概念，必须与“公务范围内的行为”这一概念加以区分。第一个概念更宽泛并涵盖第二个概念；
- (e) 国家的豁免权范围与其官员的豁免权范围不完全一样，尽管实质上只有同一个豁免权。如果官员履行的商业性质行为归于国家，则该官员享有外国刑事管辖豁免权；
- (f) 属事豁免延伸至官员的越权行为和非法行为；
- (g) 属事豁免不适用于官员在就职之前从事的行为；前官员就其在担任官员期间以官方身份从事的行为受属事豁免的保护；
- (h) 官员或前官员在国外、包括在行使管辖的国家境内停留的性质，几乎不影响属事豁免。很显然，无论该人是因公务访问出国还是以私人身份停留国外，就其以官方身份从事的行为而言，都享有外国刑事管辖豁免权；
- (i) 属人豁免权仅由少数高级别国家官员享有，延伸至官员以官方身份和私人身份从事的非法行为，包括在就职之前的行为。这被称为绝对豁免；
- (j) 因与确定的高级职位相关联，属人豁免属于临时性质，在官员离职时中止。即便管辖所涉及的行为是官员超越其职能范围实施的，属人豁免也不受影响；并且，官员在国外、包括在行使管辖的国家境内停留的性质，不影响属人管辖；

10. 因此，初步报告和第二次报告审议了国家官员的外国刑事管辖豁免的实质方面。第三次报告将审议此专题的程序方面。此外，如对此专题的审议所示，另一个问题也值得关注：一国关于其官员享有豁免的主张与该国对该官员引出豁免问题的不法行为的责任之间的关系。本报告也审议这个问题。

二. 豁免的程序问题

A. 审议豁免的时间¹⁶

11. 在实践中，只有在一个国家的主管当局准备采取相关行动时，才会遇到外国官员的刑事管辖豁免问题。在这一阶段，此人所服务的国家通常并不知道事态发展。在许多情况下，刑事程序的初步行动与因豁免而排除的措施无关。¹⁷ 在这种情况下，刑事管辖权行使国没有必要审议豁免问题，而且不能将此视为其义务。然而，关于国家官员享受外国刑事管辖豁免的问题，原则上应在司法程序的初期阶段审议，甚至更早一些，在预审阶段，当管辖权行使国就针对一个官员采取豁免所排除的刑事程序措施作出决定时，予以审议。正如国际法院在其“关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议”的咨询意见中所表示：“豁免问题

-
- (k) 在职官员享有的外国刑事管辖豁免权范围取决于其担任职务的级别。所有在职官员都就其以官方身份从事的行为享有豁免权。只有某些在职的高级别官员能额外就其以私人身份从事的行为享有豁免权。无论曾担任什么级别的职务，前官员的豁免权范围完全相同：就其任职期间以官方身份从事的行为享有豁免权；
 - (l) 对外国官员(作为被指控的罪犯、嫌疑人等)提出指控的情况下，如果该官员享有(a) 属人豁免或(b) 属事豁免，则不能针对其在履行公务行为过程中犯下的罪行，采取属于限制性且通过对该官员施加法律义务来阻止其履行职务的刑事诉讼措施。作为证人出席刑事诉讼程序的外国官员如果享有(a) 属人豁免或(b) 属事豁免，且案件涉及传唤该官员就其本人履行的公务行为作证或者就其因履行公务职责而获知的行为作证，则不能对该官员采取上述刑事诉讼措施；
 - (m) 官员在外国停留期间及在其任职或曾任职的国家境内居留期间，豁免权都有效。对外国官员施加义务的刑事诉讼措施侵犯该官员享有的豁免权，无论该人在国外还是在其本国境内。一国在对外国官员采取刑事诉讼措施之时，便违反了不得采取此等措施的义务，而不仅仅是在被采取措施之人出国之时方构成违反；
 - (n) 认为国家官员的外国刑事管辖豁免存在例外的各种理由均不能令人充分信服；
 - (o) 很难说豁免例外已发展成一项国际法规范，同样，不能确定地断言已经存在确立这一规范的趋势；
 - (p) 如果被指控的罪行发生在行使刑事管辖权的国家境内，且该国并未同意在其境内实施导致罪行的活动，或者该国并未同意犯下被指控罪行的外国官员在其境内居留，则这种情况在这方面是一个特例。在这种情况下，似乎有充分理由提出豁免不存在。”

¹⁶ 见秘书处备忘录，第 220-225 段。

¹⁷ 见第二次报告，第 38-51 段，关于因豁免而在行使刑事管辖时无法采取的措施。

是……初步问题，必须在诉讼开始立即决定。这是程序法普遍公认的原则”¹⁸ 英国地方法院法官在考虑关于向以色列国防部长沙乌尔·莫法兹将军发出逮捕令的申请时，指出：“申请人辩称，如果该将军享有任何豁免，……那么提出豁免的适当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。”¹⁹ 原则上，有必要早日审议豁免，以实现其基本目标：确保各国间的正常关系和维护各国主权。²⁰ 考虑豁免也需要在诉讼刚开始的初始阶段，因为其结果决定法院地国能否继续对官员行使刑事管辖权。²¹ 如果法院在诉讼开始时未能考虑到豁免问题，可能导致法院地国违反由豁免规则产生的义务。此外，在预审期间不考虑豁免问题则可能被视为违反这一义务。在上述咨询意见中，国际法院指出，马来西亚法院有责任将特别报告员豁免权的问题作为一个初步事项来考虑。²²

12. 后者还涉及在行使刑事管辖权的预审阶段审议豁免的情况，此时要解决采取因豁免而被排除的措施(例如，以犯罪嫌疑为依据的逮捕)的问题。有关当局如果在这方面未考虑到官员的豁免权问题，管辖权行使国就有可能违背由豁免而产生的义务，未考虑豁免的做法本身可被视为违背义务。

¹⁸ “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(下称“……法律程序豁免的争议”)，《1999年国际法院案例汇编》，第63段。初步报告第67-68段提及早期考虑豁免问题的必要性。

¹⁹ 地方法院——Bow Street，“请求对沙乌勒·莫法兹将军签发逮捕证”案，2004年2月12日，第5段，转录于《国际法和比较法季刊》，第53卷(2004年)，第772页。另见G.P.Buzzini，“Lights and Shadows of Immunities and Inviolability of State Officials in International Law: Some Comments on the Djibouti v. France Case”，*Leiden Journal of International Law*, 22(2009), p. 473。从本质上讲，以下裁定中提到在诉讼初期同样有必要考虑豁免问题：检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒一案，管辖豁免的裁定，塞拉利昂问题特别法庭，上诉分庭，案件号SCSL-2003-01-I，2004年5月31日，第30段。另见美国上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭在Belhas el al.诉Moshe Ya’alon案，2008年2月15日，第7页。（“当一方声称它有权享有外国主权豁免时，法院有义务‘在预审阶段就事实和法律作出充分认定，以使其具备审理案件的权威性’”。可查阅：<http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1066141.html>。

²⁰ 见A.Gattini的意见，认为“要保持最低限度的程序秩序以确保主权国之间的和平交往，以及避免可能的不公平和(或)歧视性的解决方案”，国家豁免是必要的，而且“为取得效果，只能在诉讼开始阶段提出”。A.Gattini，“The Dispute on Jurisdictional Immunities of the State before the ICJ: Is the Time Ripe for a Change of the Law?”，*Leiden Journal of International Law*, 24(2011), p. 192。

²¹ 见秘书处备忘录第220页J.Verhoeven的相关评论。事实上，作为确定有能力或无能力行使外国管辖权的一项重要内容，豁免如果在司法程序的最初阶段得不到充分重视，则失去了作为一种法律现象的实质意义。然而，正如第二次报告所述，承认一个官员的个人豁免和职务豁免并不排除在行使刑事管辖时可能采取的所有措施，只是那些将义务强加于官员或具有胁迫性的措施(见第二次报告第38-51段，94(1))。

²² “……法律程序豁免的争议”，同前，第67段(2)(b)。

13. 然而，审议上述问题应参考援引豁免权和援引豁免权的责任的情况，这些问题将予以进一步考虑。特别是，如果享有属事豁免的官员的所属国在诉讼初始阶段不援引这一豁免，那么这个诉讼可以继续，也不存在违反由豁免而产生的义务问题。

B. 豁免的援引²³

14. 为让管辖权行使国法院或有关当局考虑一位外国官员的豁免问题，必须有人提出这个问题。现在的问题是，应该由谁提出这个问题：由该官员还是该官员所(或曾)服务的国家？还是应该由管辖权行使国对自己提出这个问题？²⁴

15. 初步报告指出，豁免权不属于官员本人，而属于官员服务(或曾服务)的国家，即官员所属国。²⁵ 严格地说，官员只是“享受”豁免权，这一豁免权在法律上属于国家。因此，固有的豁免权是国家的权利。在坚持官员的外国刑事管辖豁免所固有的权利时，国家是维护其自身的权利，而不是官员的权利。²⁶ 在这方面，可以说，只有当官员所属国援引或宣布豁免时，所援引或宣布的豁免才具有法律上的意义，这就是说，只有在这种情况下，豁免才具有法律后果。如果一个官员自己宣布他享有豁免，这似乎并不具有法律意义，因为官员仅仅是豁免的受益人。这并不意味着该官员所做声明在涉及本人的法律程序方面毫无意义。正在对该官员提出刑事诉讼的国家不可能对此置之不理。该国可根据这一声明，考虑豁免权

²³ 秘书处备忘录，第 215-229 段。

²⁴ 在提出一个类似问题时，GP Buzzini 写道，“对这一问题可能没有明确的答复。” GP Buzzini，同前，第 473 页。

²⁵ “站在官员的外国管辖属人豁免和属事豁免背后的是国家。国家有权放弃官员享有的豁免，无论是属人豁免还是属事豁免(对现任高级官员而言)或只是属事豁免(对已卸去政府职务的任何官员而言)。归根结底，国家官员的外国管辖豁免权属于国家本身，因此只有国家有权放弃这一豁免权。”初步报告，第 94 段(脚注省略)。

²⁶ 这适用于前官员的豁免。在 2000 年 4 月 11 日逮捕令一案中，比利时明确表示，耶罗迪亚已不再是外交部长，刚果民主共和国并不是维护国家权利，而是在维护该个人的权利，也就是说，是在行使外交保护，所以此前本应用尽当地补救办法(见 2000 年 4 月 11 日逮捕令(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2000 年国际法院案例汇编》，第 37-38 段)。刚果民主共和国的理解是，这不是一项外交保护行动，而是在其外交部长的豁免权受到侵犯问题上维护刚果国家的权利(见同上，第 39 段)。法院基本上同意刚果的立场(同上，第 40 段)。正如美利坚合众国政府在 Samantar 案中指出，“一名前官员的剩余豁免不是一项个人权利。这是官员所属国的利益”，美国弗吉尼亚州东区联邦地区法院，亚历山大部，Bashe Abdi Yousuf, et. al.，诉 Mohamed Ali Samantar，美利坚合众国的利益陈述，2011 年 2 月 14 日，第 13 段，可查阅 http://www.cja.org/downloads/Samantar_Stmt_of_Interest.pdf。(自 2004 年以来，此案已在美国法院在索马里侨民对前索马里国防部长和副总统 M. Samantar 使用酷刑、法外处决和其他侵犯人权行为提出起诉的民事案件中处理问题的先例。有关此案件的意见，见诸如 S. V. Shatalova, “The United States Supreme Court decision in the case of Samantar v. Yousuf, and the immunities of foreign officials” (仅有俄文), Moscow Journal of International Law, No. 1(81) (2011), pp. 111-130 以及 B. Stephens, “The Modern Common Law of Foreign Official Immunity”, Fordham Law Review, 79(2011), pp. 2669-2719。

问题。不过，这一声明如得不到官员所属国相关意见的证实，则似乎缺乏足够的法律份量和意义。²⁷

16. 一个官员的所属国要能够宣布该官员享有豁免权，就必须知道针对该人正在采取或计划采取的有关刑事诉讼措施。因此，一个国家如果正在实施或计划此类措施则必须就此告知这个官员所属国。当然，只有获知或有理由认为一名外国官员涉案，才能这样做。因此，行使管辖权所涉之人如声明他是(或曾是)一个外国的官员，管辖权行使国才有理由相应告知官员所属国。在“刑事事项互助的若干问题案”(吉布提诉法国)的判决中，国际法院除了论及其他事项外，指出，“吉布提政府没有在任何阶段通知法国法院(通常会在此对管辖权提出异议)以及国际法院，法国政府指控的行为是吉布提政府的行为，共和国检察官和国家安全负责人是实施这些行为的机关、机构或部门。寻求为国家机构提出豁免的国家应通知另一个相关国家的当局。”²⁸

17. 因此，法院指出，援引豁免的责任在于要防止其官员受外国刑事管辖的国家。如果该国不这样做，那么管辖权行使国就没有义务自行考虑豁免问题，因此可以提出刑事起诉。²⁹ 与此同时，官员所属国似乎也可以在刑事诉讼后期提出此人的豁免。不过在这种情况下，在援引豁免之前，管辖权行使国对该官员采取的措施不能视为侵犯豁免权(但自然有一项谅解是，官员所属国知道外国正在对其官员行使刑事管辖权，但并未援引豁免权)。

18. 我们注意到，从上下文来看，上文第 16 段提到的国际法院的判决针对的是享有属事豁免权而非属人豁免权的官员的情况。以这种办法处理涉及属事豁免权享有者的情况，似乎合乎逻辑。³⁰ 这一豁免权的享有者系非高级官员及前官员，且仅在其以官方身份行事时方可享有。这一豁免权不包括现任国家元首、政府首脑和外交部长。与下文所述“三位体”的情况不同，对这一类人行使管辖权的国家并无义务从一开始就知晓或推定这些人是外国官员或前官员，也无义务知晓或推定这些人在违反法律时是以其官方身份行事的。³¹ 因此，若某官员所属国家要

²⁷ 放弃豁免权时，同样的逻辑也适用。见下文第 33 段。另见初步报告第 94 段。美国法院在审议未能执行数项逮捕令的事项时，费迪南德·马科斯(菲律宾前总统)说，作为国家首脑，他享有有关管辖的豁免权。在此基础上，美国国务院向菲律宾使馆发出照会，提供了根据法院判决可能对马科斯所采取措施的信息。该使馆在答复照会中表示，菲律宾政府已放弃其前总统的任何豁免权(载于 Grand Jury Proceedings, Doe No. 700, 5 May 1987, 817 F. 2d 1108, C. A. 4 (Va.), 1987)。

²⁸ “刑事事项互助的若干问题案”(吉布提诉法国)，判决，《2008 年国际法院案例汇编》，第 196 段。

²⁹ 本报告进而研究了不援引豁免权的后果，见下文第 53-55 段。

³⁰ 然而，G. P. Buzzini 对国际法院的这一立场提出质疑。见 G. P. Buzzini, 同前，第 472-473 页。

³¹ 虽然在大多数情况下，案件档案有可能会表明这一点。

援引豁免权以防该官员受外国刑事起诉，则应将以下情况通知管辖权行使国：此人是其官员，享有豁免权，因为此人是以官方身份实施涉嫌犯罪的行为的。³²

19. 若将同样的逻辑应用于对享有属人豁免的最高级别在任官员“三位体”（国家元首、政府首脑和外交部长）行使外国刑事管辖权的情况，则上文所提问题的答案似乎就会不同。首先，至少在绝大多数情况下，现任国家元首或政府首脑和外交部长是广为人知的。故而，对这类人行使刑事管辖权的国家通常知晓有一位外国高级官员涉案。³³ 其次，得到公认的是，这些现任高级官员享有外国刑事管辖的属人豁免权，也就是说，在以官方身份以及以个人身份行事时均享有豁免权。因此，刑事管辖权行使国并不需要先知晓或确定某外国官员是以何种身份行事的，便可判定该官员是否享有豁免权。因而在一外国国家元首、政府首脑或外交

³² 因此，例如，在 *Matar and ors v. Dichter* 案中，以色列援引了以色列安全部门前负责人 A. Dichter 的豁免权。（“2006年2月，Dichter 请求撤案，理由是（1）按照《外国主权豁免法》，他享有豁免权；（2）该诉讼提出了法院无权审理的政治问题；（3）该诉讼牵涉到国家行为原则。大约在同一时间，以色列驻美国大使 Daniel Ayalon 致函美国国务院，宣称“Ditcher 先生与该事件有关的任何行为……均是在其执行公务和推行以色列国官方政策过程中进行的”。地区法院请国务院就撤案请求中提出的问题，或就国务院认为与案件相关的其他问题“表明意见”。国务院2006年11月提交的说明认为，《外国主权豁免法》给予豁免权的对象是国家而非个人，但是仍要求法院撤销该诉讼，理由是，根据普通法，Ditcher 作为一外国官员享有豁免权”。*Matar and ors v. Dichter*, U.S. Court of Appeals for the Second Circuit, Appeal decision, 563 F3d 9 (2d Cir 2009); ILDC 1392(US 2009) 16 April 2009, para. 6)。可查阅：<http://caselaw.findlaw.com/us-2nd-circuit/1002600.html>。以色列驻美国大使在 *Belhas et. al. v. Moshe Ya'alon* 案中所作关于以色列国防军前将军（担任军事情报负责人）M. Moshe Ya'alon 的表态与此完全相同。United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit, *Belhas et. al. v. Moshe Ya'alon*, 15 February 2008, 可查阅：<http://caselaw.findlaw.com/us-dc-circuit/1066141.html>。前文所述美国国务院在 *Samantar* 案中就豁免的援引问题的说明称：“国务院已确定，被告不享有对民事诉讼的官方豁免权……本案案情中特别重要的几点而且对本利益说明而言也非常关键的几点是：（1）Samantar 是一国的前官员，但目前没有一个获得承认的国家政府代其请求豁免权，包括就其是否以官方身份作出有关行为的问题表达立场，（2）政府评估认为，鉴于此案的案情，适当的做法为，象 Samantar 这样受美国法律保护的美国居民通常应受我国法院的管辖，在诉讼者为美国居民的情况下尤其如此”（同前，见上文注 26，第 9 段）。

³³ 的确，鉴于国际关系中业已确立的惯例，世界各国属于“三位体”的人士为所有（或几乎所有）其他国家当局所知，因此，若要求必须将有关人士的法律状况及固有豁免权告知管辖权行使国的规定有点欠妥。若一国提出将这一规定作为承认豁免权的条件，或若在客观上已知晓一外国国家元首（政府、外交部长）的身份，则很难认为该国在认真履行其国际义务。

但是，对这一问题可通过不同的方式加以考虑。国际法学会 2001 年在编写题为“国际法中国家元首和政府首脑对司法管辖和行政措施的豁免权”的决议过程中，审议了将向外国法官提交国家元首或政府首脑身份证据的规定纳入其有关条款是否可取的问题。该学会的成员得出结论认为，这没有必要。其主要论点是，不同国家的法律制度对这一问题的处理方式不同（见国际法学会年鉴，第 69 卷，2000-2001，温哥华会议，2001，学会的准备工作 and 审议情况，第 452-485 页）。因此，该决议第 6 条规定：“一国当局一旦获悉一外国元首或政府首脑的身份，就应尊重后者所享有的不可侵犯性、管辖豁免及行政措施豁免”。换句话说，管辖权行使国当局若知晓一国家元首的身份，就足以据此认为应履行关于外国元首豁免权的固有义务。但是，我们注意到，该学会成员 Jacques-Ivan Morin 在其关于决议草案的评论意见中称，“实践似乎表明，关于豁免权应提出要求”。同上，第 584 页。

部长涉案时，刑事管辖权行使国应自行提出此人的豁免权问题，并确定该国在国际法框架内可采取的进一步行动。在这种情况下，若要求该官员所属国家仅仅放弃豁免权，则也许是适当的。因此，该官员所属国家无义务向刑事管辖权行使国当局提出豁免问题。³⁴

20. 在涉及刑事互助的若干问题案(吉布提诉法国)的口诉程序中，法国法律顾问Alain Pellet谈到，关于在任国家元首或外交部长外国刑事管辖豁免的推定是“绝对的并且可能是不可否定的”，而其他政府官员则不同，不能适用该推定，其豁免问题须根据每次的情况而定。³⁵ 吉布提法律顾问Luigi Condorelli不同意将推定论适用于属人豁免权，他特别指出，

“首先应强调，对外国现任元首适用真正意义上的“推定”，不应有任何疑问，因为很简单，他们的所有行为，包括私人行为，均享有完全的豁免。³⁶

21. 国际法院对该案的判决以及对逮捕证案的判决似乎基于这样一个想法，即一国元首(吉布提诉法国案)以及整个“三位体”(逮捕证案)的属人豁免权无需任何推定而直接存在，管辖权行使国应履行其由此产生的义务。而针对涉及两名不享有属人豁免权的吉布提官员的情况，法院则指出，吉布提应以适当方式将这两名人员的身份告知法国当局。³⁷ 然而，在判决书涉及吉布提共和国元首的部分，并未提到吉布提应以某种方式提出豁免问题(不过，在收到法国当局提出的询问后，吉布提即提醒法国该元首享有豁免权³⁸)。正如在逮捕证案的判决中指出的那样，法院在该案中是以下列立场为出发点的：“在国际法中业已牢固确立的一点

³⁴ G. P. Buzzini 得出一类似结论，尽管他列举的论点有所不同。他写道：“关于国家豁免和属人豁免，可找到似乎可支持如下一种观点若干因素：在适用时，法院地国当局应遵守豁免义务，而无论豁免有无得到具体援引……关于赋予外交人员和特别使团成员的属人豁免权，有关公约只涉及此类豁免权的放弃问题(放弃必须始终是明示的)而非其援引问题。关于国家元首和政府首脑的豁免权问题，国际法学会在其于 2001 年温哥华会议上通过的决议措辞中也似乎暗示了同样的解决方案。”(G. P. Buzzini, 同前, 第 470-471 页。)但应该指出，在这方面，对该学会的决议可有不同解释(见上文注 33)。在另一支持其立场的论述中，G. P. Buzzini 提到，国际法院在关于逮捕证案的判决中，“认为比利时侵犯了刚果……外交部长的豁免权，但没有提到……刚果或该部长本人在向比利时当局援引这一豁免权时是否有欠妥之处的。”同上，第 471 页。

³⁵ ……如果是在任国家元首(或外交部长)，“豁免推定”是绝对的并且可能是不可否定的。他们享受豁免别无他论；另一方面，对其他政府官员不能适用该推定，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官方职能之内处理所实施的行为。”刑事司法互助的若干问题案(吉布提诉法国)，口诉程序，CR 2008/5，2008 年 1 月 25 日，第 51 页，第 77 段。

³⁶ 同上，口诉程序，CR 2008/5，2008 年 1 月 25 日，第 46 页，第 7 段。

³⁷ 见上文第 16 段。

³⁸ 刑事司法互助的若干问题案(吉布提诉法国)，判决书，第 32 页，同前。

是，……一国某些高级官员，如国家元首……，在其他国家享受民事和刑事管辖豁免权，”而且“特别是国家元首，享有对刑事管辖的完全豁免权。”³⁹同时，在逮捕证一案的判决书中也没有提到刚果当局应将其外交部长享有豁免权一事告知比利时当局，以便豁免问题得以考虑。⁴⁰

22. 为什么仅仅应讨论豁免推定问题，而不是更宽泛地讨论豁免问题，这一点的确实不甚明了。无论我们谈论“三位体”属人豁免的“绝对的并且可能是不可否定的”推定问题，还是仅谈论他们的属人豁免权本身，大概均可断言，鉴于豁免权固有的限制，对外国国家元首或政府首脑或外交部长行使刑事管辖权的国家应自行就有关人员的豁免问题以及可对有关人员采取的措施问题得出结论。⁴¹而享有属人豁免权的官员所属国无须为了让管辖权行使国得出这一结论而将该官员享有豁免权一事告知该国。

23. 初步报告指出，除了“三位体”，还有一些其他“高级官员”⁴²享有属人豁免权。国际法中并不存在一份此类官员清单。在初步报告中，特别报告员建议审议用以确定不属于“三位体”的高级官员是否享有属人豁免权的标准问题。⁴³报告具体指出，除了确保国家参与国际关系外，高级官员履行确保国家主权职能的重要程度⁴⁴可以是将所涉官员纳入享有属人豁免权官员之列的一个标准。开始对某一不属于“三位体”的外国高级官员行使刑事管辖权的国家不需要知晓或推定此人符合上述标准并享有属人豁免权。该国只需要将其采取的措施告知该官员所属国家。似乎可以合乎逻辑地推定，若该官员所属国家认为该官员符合上述条件并享有属人豁免权，那么援引豁免权的负担应由该国承担。就这一程序意义而言，不属于“三位体”的高级官员的属人豁免权同属事豁免权类似。

24. 在应由管辖权行使国处理的国家元首、政府首脑或外交部长属人豁免权问题上，可合乎逻辑地推定，该官员所属国家没有义务提供豁免证据或为其权利主张

³⁹ 同上，第 170 段。

⁴⁰ 关于这一点，见 G. P. Buzzini，上文注 34。

⁴¹ 这正是在实践中通常会发生的事情。法官或独立考虑一外国国家元首的豁免权问题，或就这一事项征求本国行政机关的意见，行政机关可发出一项结论或建议，描述赋予特定个人的特权和豁免权。*Cour de Cassation, Affaire Ghaddafi, Decision no. 1414., 13 mars 2001, Cass Crim.1.* 例如，见关于在荷兰对印度尼西亚总统 Yudhoyono 发出逮捕证一事的决定(法院独立确定，印度尼西亚总统享有作为国家元首的豁免权，并拒绝签发逮捕证。*Rechtbanken' Gravenhage, Sector civiel recht, 377038/KG ZA 10-1220, 6 October 2010, 可查阅: <http://www.rechtspraak.nl>)。另见比利时最高法院对 A.Sharon, A.Yaron et al 案的判决关于 A.Sharon 的部分。*Court of Cassation of Belgium: H.S.A. et al v. S.A. et al. (Decision related to the indictment of Ariel Sharon, Amos Yaron and others), 12 February 2003, 42 ILM(2003) 596.**

⁴² 初步报告，第 117-121 段。

⁴³ 同上，第 121 段。

⁴⁴ 同上。

提出依据。在有关人员的官方身份不明确时，⁴⁵ 仅须予以确认即可。可通过外交途径予以确认，即使此事正在法院审理也无妨。⁴⁶ 援引不属于“三位体”的官员属事豁免权或高级官员属人豁免权的国家应否参与在外国法院对某一官员进行的诉讼程序，以便豁免权问题得以考虑，并提供豁免权证据？

25. 关于刑事司法协助的若干问题案，法国坚持认为官员的属事豁免问题在外国法庭应当视个案情况处理。法国指出，“不这样做会造成严重后果，并会表明一名官员不论级别或职务如何，所要做的就是申明他是在职务范围内行事，以便逃避外国的刑事起诉”。法国认为，“由于职务豁免并不是绝对的，在对个人启动刑事诉讼程序时，每个国家的司法系统都根据公共权力机构在此人职责范围内的行为，评估他作为国家代理人应否享有赋予外国的刑事管辖豁免”。⁴⁷ 国际法院在这方面注意到，吉布提政府并没有告知法国法院：吉布提官员的行为是政府自己的行为。更一般而言，“设法为本国国家机关要求豁免的国家理应通知另一有关国家当局”。⁴⁸ 因此，国际法院的判决书仅提及把豁免问题“告知”或“通知”另一国，并没有提到为豁免“提出依据”，也没有说明可以声称官员以官方身份从事的行为是国家机关行为的原因。国际法院在就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，也没有提到联合国必须为其官员的职务豁免提出依据。⁴⁹ 在刑事司法协助的若干问题案(吉布提诉法国)判决书中，国际法院还指出，“关于法国发出出庭作证传票所针对的行为是否的确为国家机关在其职责范围内的行为，在国际法院尚未得到‘具体核实’”。⁵⁰

26. 在这方面，我们要指出以下几点。首先，在上述引文中，国际法院仅提及吉布提官员行为的公务性质并没有在特定法院得到“具体核实”。国际法院在这方

⁴⁵ 撇开承认对豁免权的重要性(特别报告员对相关因素的论述载于初步报告第 124 段)，似乎在高级官员的身份问题上也存在不明确之处，例如在一过渡政府运行过程中(当一新的政府首脑已被任命，但前一政府首脑仍在履职之时)，或在进行宪法改革，对政府各主要职位进行职责重新分配之后。

⁴⁶ 本报告第 27 和第 28 段提及豁免的援引方法。

⁴⁷ 刑事司法协助的若干问题案(吉布提诉法国)，判决书，第 189 段，同前。

⁴⁸ 同上，第 196 段。美国国务院谈到萨满塔尔案的声明时指出，“典型做法是外国代表其官员提出请国务院豁免的建议……。豁免属于国家，而不是属于个人，只有前官员以官方身份从事的行动才有权根据习惯国际法获得豁免，因此，行政部门确定前官员豁免或不豁免时要考虑到外国是否了解其官员以官方身份行事的情况”(同前，上文注 26，第 11 段)。换句话说，一方面这是“了解”的问题，而不是一国证明其官员以官方身份行事的问题；另一方面，虽然从各方面来看，这并非被视为强制性的，但是美国当局在处理豁免问题时考虑到这种“了解”。

⁴⁹ 咨询意见仅仅表示，秘书长作为本组织的最高级别官员，应通知行使管辖权的国家政府，为本组织服务的人员以官方身份行事并享有豁免权。这些理由确立了规定管辖权行使国有义务的法律立场。由于国际法院承认这个立场为“推定的”，它不需要证据，只有最令人信服的理由才能将其推翻。

⁵⁰ 刑事司法协助的若干问题案(吉布提诉法国)，判决书，第 191 段。

面没有提及法国法院。其次，我们重申，严格来说，国际法院即使回顾没有具体核实的状况，也没有提到吉布提有义务为豁免提出依据或证明豁免所根据的官员行为的公务性质。G. P. Buzzini评论判决书的这段话时写道：“可以认为，特别就所谓作证豁免而言，希望行使这种豁免权的国家不能因为提供有可能挫败豁免的一切目的的详细信息或证据，而被视为有义务为其主张提出依据。⁵¹ 这种逻辑似乎一般适用于援引职务豁免权，而不仅仅适用于作为证人提供证据的豁免。为了在外国法庭或外国其他机关证实一国官员的行为具有公务性质，官员所属国可能需要为此提供极为敏感的信息，披露与其内部主权事务相关的数据。然而，外国刑事管辖豁免恰恰是用来在这个领域提供保护。⁵²

27. 我们还要指出，国际法院在关于刑事司法协助的若干问题案中提到要通知管辖权行使国“有关当局”，而不是仅限于通知法院。国际法院提到可以通知管辖权行使国“有关当局”而不是仅限于通知法院的情况似乎表明，国际法院认为官员所属国并没有义务为了外国法院可以考虑有关官员的豁免问题，而就其豁免事宜通知外国法院。官员所属国可通过外交途径为官员援引豁免权，从而把有关情况通知管辖权行使国。为使外国法院考虑豁免问题，这样做应是足够的。⁵³ 一国没有与外国法院直接联系的义务，这一点来源于国家主权和主权平等的原则。⁵⁴

⁵¹ G. P. Buzzini, 同前, 第 467 页。

⁵² 在这些意见的基础上，在贝勒哈斯等诉亚隆案中(因美国地区法院拒绝接受关于考虑被告是否具有职务豁免的民事诉讼而提出上诉时)，美国哥伦比亚特区巡回上诉法院指出，证实被告经以色列国适当授权实施归咎于他的行为的文件的“发现”，会彻底损害豁免的根本目的(如该法院在法德勒案中所认定，“根据[被告]递交给地区法院的证据以及[原告]没有提出任何证据证明[被告]没有以官方身份行事的情况，有关文件的发现将有损于诉讼豁免的意义和利益”)。“贝勒哈斯等诉摩西·亚隆案”，同前(见上文注 32)。

⁵³ 关于……法律程序豁免的争议的咨询意见也得出类似的结论，同前，第 60 和 61 页。此外，还可以谈一下收到通知的一国当局提请审理有关官员豁免问题的国家法院注意此事的义务。不论怎样，国际法院在上述咨询意见中指出：“[《联合国特权和豁免公约》]缔约国政府当局有义务把这类信息传递给有关国家法院，因为国家法院要适当适用该公约，就需要有这些信息”。同上，第 61 段。在这种情况下，管辖权行使国当局的有关义务产生于国际条约中的联合国官员豁免规则所规定的义务。国家官员的外国刑事管辖豁免以一般国际法为基础。因此，一般国际法也构成管辖权行使国政府履行上述义务根据。

⁵⁴ 关于国家及其财产管辖豁免的条款草案第 6 条的评注指出：“在外国法院出庭援引豁免权需要提出异议的国家耗费很多资金，因此不一定列为确定国家豁免问题的条件。另一方面，现有规定并不打算阻止提出异议的国家出庭抗辩，因为这将为获得满意结果提供最佳保证”。1991 年关于国家及其财产管辖豁免的条款草案及其评注，《1991 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 24 页。

28. 在实践中，各国的行为可以各不相同。⁵⁵ 它们如果愿意，就有机会在外国法院为其官员行使豁免权。其他国家可以仅通过外交途径援引豁免权，但前提是管辖权行使国有关当局自己把官员所属国提出行使管辖权所针对的官员享有豁免权的情况通知法院。⁵⁶ 一国也可以不采取其中任何立场，并可以视具体情况行事：在有些情况下，直接向法院宣布其官员的豁免权；在其他情况下，仅通过外交途径行事；在另外情况下，利用各种可能性。此外，应该牢记，在行使刑事管辖权时，豁免问题就可能在预审阶段出现。在这种情况下，在法院援引豁免权的问题一般不会出现。

29. 为援引职务豁免，官员所属国应表明，该官员被指控的行为乃其以官方身份所为，即为国家本身的行为。这样做正好是官员所属国的特权，因为这是该国的内部组织事务，涉及国家与其官员的关系。正如前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在“检察官诉布拉斯基奇”案的判决中指出的那样，“习惯国际法保护每个主权国家的内部组织：习惯国际法让每个主权国家决定其内部结构，尤其是指定以国家人员或机关资格行事的个人。每个主权国家都有权向在国内和在国际关系中运作的机关作出指示，并且规定对不遵守指示行为的制裁或其他补救办法。这种专有权力的必然结果是，每个国家都有权声称，国家某个机关以官方身份实施的行为或进行的交易归于该国家，因此，不得追究该机关对这些行为或交易的责任……这里讨论的一般性规则已经在国际法中得到确立，其基础是国家主权平等(平等者之间无统治权)。……这个一般性原则在许多情况下得到了执行，但主

⁵⁵ 有人对罗马教廷提起民事诉讼，而菲律宾早先不承认梵蒂冈主权豁免，因此罗马教廷向菲律宾最高法院提出申诉，要求承认这一主权。菲律宾最高法院在审理罗马教廷的申诉的判决书中有一段话很好地说明了援引豁免权做法的差别。在考虑菲律宾国际关系部能否作为第三方参加此案时，法院叙述了在外国法院援引国家豁免的做法：“一个国家或国际机构如果在外国法院要求主权豁免或外交豁免，那就是请诉讼所在国外交部把有关被告享有豁免权的情况转告法院”。在提到美国和联合王国的这种做法的某些方面时，法院则指出：“菲律宾的做法是外国政府或国际组织首先让行政部门认可其关于主权豁免或外交豁免的要求。不过菲律宾外交部向法院转告其认可的方式各不相同。在国际天主教移民委员会诉卡列哈案中，……外交部长直接写信给劳动和就业部长，通知他说，被告——雇主享有外交豁免权，因此不能被诉讼。在世界卫生组织诉阿基诺案中……，外交部长向审判法庭发了一份大意如此的电报。在贝尔诉蒂松案中……，美国大使馆要求外交部长请首席检察官代表驻三描礼士省奥隆阿波市美国海军基地司令向被告国法官提出一项“建议”。首席检察官作为法庭之友在一份说明和备忘录中列入了这项“建议”……。在有些情况下，被告通过私人律师直接向当地法院提出主权豁免的抗辩……。在外国绕过外交部的情况下，法院可以就所涉行为和事项的性质调查事实，作出自己的裁决”。申诉者罗马教廷诉被告马卡迪地区审判法庭第 61 分庭主审法官小埃里贝托·罗萨里奥阁下和斯塔布莱特销售企业公司。1994 年 12 月 1 日菲律宾共和国最高法院第 G. R. 101949 号案。可查阅：www.chanrobles.com/scdecisions/jurisprudence1994/dec1994/gr_101949_1994.php。

⁵⁶ 在上述贝勒哈斯等诉亚隆案(见上文注 32)中，以色列驻美国大使丹尼尔·阿亚隆给美国副国务卿尼古拉斯·伯恩斯的信中说指出以色列国防军前将军摩西·亚隆(曾担任军事情报部门负责人)在美国享有民事管辖豁免。请求撤销诉讼时，摩西·亚隆将此信提交初审法院，后来又提交上诉法院。以色列安全部门前负责人阿维·迪希特的行为同样被视为具有公务性质。迪希特先生也提出一项撤销诉讼的请求。马塔尔等人诉迪希特案，同前(见上文注 32)。

要是与其推论有关，即国家有权为其机关要求不受外国管辖的职务豁免……这一规则毫无疑问适用于国家间关系。”⁵⁷ “给予国家官员的这一特权来源于国家主权。”⁵⁸

30. 但是，似乎也值得注意Rosanne van Alebeek的著述：“职务豁免规则……并不要求法院盲目接受外国国家关于其官员是根据其授权行事的声称。法院可以独立调查此类声称的合理性。”⁵⁹ 确实，外国法院(或管辖权行使国任何其他主管部

⁵⁷ 前南问题国际法庭，检察官诉布拉斯基奇案，IT-95-14-AR 108 之二，上诉分庭，“关于克罗地亚共和国请求复核第二审判分庭 1997 年 7 月 18 日裁决的请求的判决书”，1997 年 10 月 29 日，第 41 段(可查阅 <http://www.icty.org/x/cases/blaskic/acdec/en/71029JT3.html>)。国际法院在其关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案件的咨询意见中，对于联合国秘书长就本组织官员享有的特权问题采纳了同样立场：“法院注意到，秘书长作为本组织的行政主管官员，负有保卫本组织利益的首要责任；为此应由秘书长来评估自己的工作是否在其职权范围内行事，并且在做出肯定判断时有责任通过主张豁免权来保护这些工作人员，包括特派专家。”前注，第 60 段。

⁵⁸ 检察官诉布拉斯基奇案，“关于克罗地亚共和国请求复核第二审判分庭 1997 年 7 月 18 日裁决的请求的判决书”，前注第 41 段。正如 Finn Seyersted 指出的那样，“一个国家的整体管辖权意味着，该国与其机关和官员之间的所有此类关系以及其机关与官员之间和内部的所有关系均受该国公法制约并由该国的行政和司法机关管辖，而不受任何其他国家的公法、私法或任何机关制约”(见“Jurisdiction over Organs and Officials of States, the Holy See and Intergovernmental Organisations”, 14 ICLQ 1965, p. 33)。Malcolm N. Shaw 在提及国家元首的地位(尤其是放弃豁免权)时，还提到官员任职国的宪政秩序(“首先，国内法院确定国家元首地位的问题主要是相关个人的国内级别事项。例如，在菲律宾共和国诉马科斯(1号)案中，美国第二巡回审判区上诉法院裁定，马科斯一家，即被罢免的菲律宾领导人及其妻子，无权主张主权豁免权。在之后的一份裁决中(见 In re Grand Jury Proceedings Doe No. 770)，第四巡回审判区上诉法院裁定，国家元首的豁免权主要具有国家主权属性，而不是一项个人权利，因此，菲律宾政府对马科斯一家豁免权的撤销应被赋予完全效力。”M. N. Shaw, *International Law*, 6th ed., 2008, Cambridge Univ. Press, p. 736。Mizushima Tomonori 提到这一点：“曾有人无可争辩地指出，‘应由国内法律秩序和国家法律来决定个人在何种情况下作为国家机关行事’。”(作者此处提到的是 Hans Kelsen, *Principles of International Law* (1952), p. 117; M. Tomonori, “The Individual as Beneficiary of State Immunity: Problems of the Attribution of Ultra Vires Conduct”, 29 *Denver Journal of Int’l Law and Policy*, 2001, p. 276。为回应报告员在起草国际法学会 2009 年决议时提出的问题，Jacques-Yvan Morin 回顾了以下既定原则：“每个国家可自由决定将其权能的行使授予其指定作为代理人的个人”，*Travaux préparatoires, The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law, Annuaire de l’Institut de droit international, Session de Naples, Vol. 73 (2009), p. 19.*

⁵⁹ Van Alebeek, Rosanne, *The Immunity of States and their Officials in the Light of International Criminal Law and International Human Rights Law*, 2006, p. 166。Van Alebeek 接着指出，“某些行为是固有的个人行为，无法合理地声称是根据国家授权实施了这些行为。例如，国家元首在盛怒之下谋杀了一位知名园丁，很难反驳这不是一起纯粹的个人犯罪。同样，国家授权的面纱无法令人信服地覆盖完全是为私人利益而进行的麻醉物品交易。即便此类纯粹的私人行为是在官员行使职务时实施的，也没有什么不同。总之，外国不应轻率地依赖官员所属国为保护其国家官员所作的相关行为应归于国家而非国家官员个人的声称。”同上。第二次报告也讨论了将国家官员的行动或行为归于国家自身的标准问题(A/CN.4/631, 见第 26 段及之后各段)。国际法委员会在审议国家对国际不法行为的责任条款草案时，详细审查

门)没有义务“盲目接受”官员任职国所作的此类声称。但法院不得无视此类声称,除非案件的情形明确显示不同情况,因为,正如上文所指出的,只有官员所属国而非管辖权行使国才有权将其官员的行为划归国家自己的官方行为。也许应在此考虑是否存在以下推定,即如果一个国家任命某人为官员,则该官员的行动或行为就产生于其所代表的国家的授权。至少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案件中也作了类似推定。该案件审议的情形中的一个主要要素是,代表秘书长行事的联合国法律顾问通知马来西亚政府,人权委员会特别报告员在马来西亚遭到诉讼的行为是以官方身份实施的,因此就这些行为而言,他享有豁免权。⁶⁰ 该案件因此与联合国官员的属事豁免权有关,其根据是该官员以官方身份实施这些相关行为。联合国已就此通知了马来西亚。在这方面,法院指出,“如果国家法院受理的案件中对联合国人员的豁免存有争议,秘书长就应立即将关于豁免的定论通知该国家法院。对基于这些定论及其书面表述所作的推定,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最高度的重视。”⁶¹ 显然,此处所指的不仅是推定职务豁免,而且推定当本组织将官员以官方身份行事的情况通知管辖权行使国时,该官员的行为即具有公务性质。⁶²

31. 上文提到官员所属国没有义务参加享有职务豁免权的官员所牵涉的法庭诉讼,包括没有义务为促使外国法院考虑豁免问题而将该官员的豁免权直接告知法院。这些考虑因素似乎也适用于不属于“三位体”的高级官员的个人豁免权案件。在此类案件中,官员所属国也没有义务参与法庭诉讼,并且,为了让行使管辖权国家的适当机关(包括法院)考虑豁免问题,官员所属国可以将其官员享有豁免权一事仅通知外国政府,不一定通知法院。但是,考虑到本报告第 23 段讨论的情

了这一问题(《2001 年国际法委员会年鉴》,第二卷,第二部分。特别见第 4 条和第 7 条及其评论。同上,第 40 至 42 和第 45 至 47 页)。

⁶⁰ “作为秘书长代表的法律顾问考虑了采访的情形以及该文章受到质疑的段落,然后确定帕拉姆·库马拉斯瓦米酋长是以法官和律师独立性问题特别报告员的官方身份接受的采访,文章明确提到了他的联合国官方身份以及联合国授予特别报告员的全球任务,即调查与司法机构独立性有关的指控,并且,被引述的段落与这些指控有关。因此,法律顾问在 1997 年 1 月 15 日给马来西亚常驻联合国代表的普通照会中‘请马来西亚的主管部门立即将特别报告员的法律程序豁免权告知马来西亚法院’。关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议,“根据 1998 年 8 月 5 日经济及社会理事会第 1998/297 号决定向国际法院转递的发表咨询意见的请求”(关于“人权委员会法官和律师独立性问题特别报告员享有的特权和豁免权”的秘书长的照会,第 6 段)。可查阅 <http://www.icj-cij.int>。

⁶¹ 关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议,前注,第 61 段。

⁶² 美国地区法院和哥伦比亚特区上诉法院显然也考虑到类似的因素,所以确认亚阿隆(Ya'alon)将军在以色列武装部队军事行动受害人提起的民事诉讼中享有豁免权。上诉法院在其 2008 年 2 月 15 日的裁决中指出,“鉴于诉状没有表明亚阿隆将军的行事超出其权力范围,并且,鉴于以色列大使已声明将军的行动是在以色列国给予其的授权之内,亚阿隆将军有资格享有《外国主权豁免法》规定的豁免权。”

形，官员所属国必须说明理由，才能声称其官员虽然不是国家元首、政府首脑或外交部长，但地位或职务符合主张个人豁免权的标准。官员的地位、职务及其对行使国家主权的重要性问题，以及个人是否以官方身份行事的问题，属于官员所属国的内部权限。⁶³ 为此，管辖权行使国不得无视对官员个人豁免权的援引，即便该官员不是“三位体”的一员。但是，如同在将官员行为描述为官方行为的情况下一样，管辖权行使国没有义务“盲目接受”官员所代表的国家所作的此类声称。

C. 放弃豁免⁶⁴

32. 委员会在国家及其财产管辖豁免条款草案评注中指出，如一国同意另一国对其行使管辖，则不适用国家豁免。⁶⁵ 没有这种同意是豁免的一个要素。⁶⁶ 一国同意另一国对其行使管辖是放弃豁免的实质所在。⁶⁷ 秘书处的备忘录指出，“放弃豁免的根本理由，如同豁免一样，是基于国家主权平等和平等者之间不存在统治权的原则”。⁶⁸

33. 本报告第 15 段回顾了初步报告中提出的意见，即豁免不属于官员个人，而属于官员所属的国家。因此，只有国家才能从法律上对其官员援引豁免。同样的逻辑也适用于放弃豁免。人们普遍认为，不论是属人豁免还是属事豁免，放弃国家官员豁免的权力都属于国家，而不属于官员。⁶⁹ 委员会早在编写外交关系条款

⁶³ 正如国际法委员会委员 Hmoud 先生在国际法委员会第六十届会议上指出的那样，“官员的地位是由享有豁免权的国家根据其国内法决定的事项，而不是由管辖权行使国的主管部门裁定的事项。” A/CN.4/SR.2985, 2008 年 7 月 25 日，第 15 页。

⁶⁴ 秘书处备忘录，第 246-269 段。

⁶⁵ 如有关国家已经同意另一国法院行使管辖，“国家豁免……就不适用，一国将没有义务……按照权限规则不对另一个同意对自身行使管辖权的国家行使管辖权。避免迫使他国接受管辖的义务不是绝对义务。很明显，这项义务的条件是，谋求行使的管辖权所针对的国家没有同意或不表示同意。”国家及其财产司法豁免条款草案(带评注)，第 7 条评注，1991 年。《1991 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 26 页。

⁶⁶ 同上。

⁶⁷ 关于国家元首的豁免，Arther Watts 写道，“如果存在豁免，可以放弃豁免，并同意行使管辖权……”。Arther Watts, “The legal position in international law of Heads of State, Heads of Government and Foreign Minister”, RdC, 1994-III, p. 67.

⁶⁸ 秘书处备忘录，第 249 段。

⁶⁹ 见秘书处备忘录，第 265 段。如国际法院对“逮捕证”一案的裁决中所述，“国家官员将停止享受外国管辖豁免，如果其现在或曾经代表的国家决定放弃这项豁免”，《2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)》，判决，2002 年国际法院案例汇编》，第 61 段。美利坚合众国在“Samatar”一案的利益陈述中表示，“因为归根结底豁免属于国家，外国可以放弃现任或前任官员的豁免，甚至是以官方身份采取的行动”。美国政府提及 *In re Doe* 一案(此案涉及对审判法庭向菲律宾前总统费迪南德·马科斯及夫人发出传票提出异议。United States Court

草案时就已对外交使团工作人员作出这一结论，⁷⁰ 委员会随后在编写领事关系、特别使团和国家对普遍性国际组织关系的代表权条款草案时采用了这项结论。⁷¹ 各国表示同意这项结论，并把相关条款列入了在根据这些条款草案通过的各项公约。⁷² 没有理由假定，这项结论不对所有国家官员适用。⁷³

of Appeals for the Second Circuit, 860 F.2d 40)。此案的裁决指出，“由于国家赋予领导权力及所有权力的象征——包括豁免——因此国家可以收回赋予前任领袖的权力”。美利坚合众国在“Yousuf v. Samantar”一案中的利益陈述，同前，(见前注 26)，第 10 段。另见国际法学会 2001 年决议，第 7 条，第 1 款(“如果国家放弃其国家元首的利益，国家元首可能不再享有不可侵犯权、司法豁免或国际法赋予的执行措施的豁免。这种放弃或可明示或可默示，但前提是放弃是肯定的。有关国家的国内法确定哪个机构有权表示这种放弃”。)关于放弃豁免问题，学会在 2009 年关于在国际犯罪情形中的国家管辖豁免和代表国家行事的人的豁免的决议中认为，“如果指称国家人员实施了国际罪行，国家就应考虑放弃豁免。”“(第 2 条(3)。但是，显然这里设想的不仅是作为豁免受益方的国家放弃这一豁免的权利，同时也是建议国家正是在发生罪行的情况下才放弃豁免。)比如，另见 Ian Brownlie, *Principles of International Law*, 6th ed., Oxford University Press, 2003, p. 335; Buzzini, Gionato Piero, *op. cit.*, p. 474. Dominice, Christian, “Quelques observations sur l’immunité de juridiction pénale de l’ancien chef d’Etat”, RGDIP No. 2, 1999, pp. 297-308 (“Les immunités, leurs contours et leurs limites, sont fixées par le droit international. Lorsqu’elles existent, c’est effectivement l’Etat qui peut renoncer a son immunité ou a celle de l’un de ses organes”, p. 306)。“豁免的真正受益方是国家，可以放弃豁免的是国家，而不论主张豁免的个人的意愿”，见 *An Introduction to Intenational Criminal Law and Practice*, 2nd ed., 2010, Cambridge Press, Robert Cryer et al., p. 534. Malcom Shaw 在审视外交代表放弃豁免问题时指出，“在 ‘Fayed 诉 Al-Tajir’ [1987 2 All ER 396] 一案中，上诉法院提及一个大使因提出辩护而显然放弃了豁免。”Kerr LJ 正确指出，“根据国际法和英国法律，豁免属于派遣国的权利，因此 ‘只有君王才能够放弃其外交代表的豁免。他们本人不得自行其事。’”Malcom N. Shaw, 同前，第 771 页。

⁷⁰ 见国际法委员会第九届会议关于外交往来和豁免条款草案审议期间对放弃豁免进行的讨论，1957 年 5 月 27 日，《1957 年国际法委员会年鉴》，第一卷，第 111-113 页。委员会一致通过第 21 条第 1 款，规定放弃豁免为国家行为。在委员会通过的条款草案中，这项规定载于第 30 条第 1 款：“外交代表管辖豁免可由派遣国家放弃”。《1958 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 99 页。

⁷¹ 委员会对领事关系条款草案第 45 条的评注具有典型意义：“放弃豁免的能力是派遣国的专属权力，因为国家拥有这些条款赋予的权利。领事官员本人没有这种能力”。《1961 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 118 页。

⁷² 1961 年《维也纳外交关系公约》，(第 32 条)；1963 年《维也纳领事关系公约》，(第 45 条)；1969 年《特别使团公约》，(第 41 条)；以及 1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》，(第 31 条和第 61 条)。

⁷³ 在审查国家放弃国家元首豁免的合法性问题时，美国上诉法院还采用了与外交豁免的类比：“相关的外交豁免原则支持这一结论，即国家元首的豁免可通过君主放弃……显然，个人是否享有外交豁免，完全由国家确定。的确，《维也纳外交关系公约》的这项规定仅对外交官适用，但是我们不认为这一理由不应同样适用于国家元首。如果说国家有权放弃外交豁免，但无权放弃国家元首的豁免”，这的确具有类比性。载于 *In re Grand Jury Proceedings, John Doe #700*, United States Court of Appeals, Fourth Circuit, 5 May 1987, 817 F.2d 1108。

34. 关于哪个国家部门有权放弃官员的豁免，应由国家本身在其内部组织框架内确定，并且似乎不受国际规则的约束。⁷⁴ 但是，在这方面应特别注意属于“三位一体”（当然是指在位者）的国家官员的豁免放弃。⁷⁵

35. 国家元首以及在很多情况下的政府首脑是最高国家官员。国家元首、政府首脑和外交部长被认为是国家在国际关系中的代表而无需出具其他证书。在这方面，就会产生这样的问题——他们本人是否能够放弃其享有的外国管辖豁免。

36. 在一定程度上，这个问题具有假设性。Michael A. Tunks指出，“实际上，在位国家元首放弃豁免的情况极为罕见，因为国家元首往往掌握是否放弃豁免的权力”。⁷⁶ 在法律学说中，有两种观点值得注意。关于国家元首，Arther Watts指出，“放弃国家元首的豁免……因其为本国最高当权者而变得复杂”。⁷⁷ 他认为，鉴于国家元首为国家最高权威，放弃豁免将是具有效力的。⁷⁸ 但是，Joe Verhoeven认为，国家元首本人不能放弃自己的豁免，因为国家元首要“捍卫其

⁷⁴ 学会 2001 年决议第 7 条第 1 款(见前注 33)明确指出，“通过有关国家的国内法来确定哪个机关有权表示这种放弃”。

⁷⁵ Joe Verhoeven 指出，“如果存在问题，那么问题首先涉及这个身处官僚机构但又没有直属上级的个人，主要就是外国国家元首”。Joe Verhoeven(ed.), *Droit international des immunités: contestation ou consolidation?* 2004, Larquier, p. 114.

⁷⁶ Michael A. Tunks, “Diplomats or Defendants? Defining the Future of Head-of-State Immunity”, 52, *Duke Law Journal*(2002) 651, p. 673, fn. 123. 他接着提及“*Lafontant* 诉 *Aristide*”一案，就这一假设提出明确的说法：“这种左右为难的情况在‘*Aristide*’一案中得到说明。海地事实政府支持诉讼，并试图放弃阿里斯蒂德的豁免，但又无法放弃，因为阿里斯蒂德仅代表为美国承认的海地政府；因此，只有阿里斯蒂德能够放弃自己的豁免”。同上。在审查 *Howland v. Resteiner* 一案中的放弃豁免的假设能力时，美国联邦地区法院指出，“即使国家元首豁免权适用于前国家元首，那么可通过米切尔博士目前以格林纳达国家元首身份或通过米切尔博士任期结束后执政的任何政府随时放弃豁免”（此案涉及对包括格林纳达总理基思·米切尔及夫人玛丽埃塔·米切尔在内的三名被告提起民事诉讼；根据美国国务院提出的豁免主张和没有放弃豁免的事实，法院承认这两人的豁免权，但不影响提出诉讼的可能性）。*Charles C. Howland v. Eric E. Resteiner et al.* United States District Court, E. D. New York, No. 07-CV-23332, 5 December 2007. Available at: <http://www.westlaw.com>. 毫无疑问，国家元首的豁免可以放弃。比如，见学会 2001 年决议(第 7 条第 1 款)。此外，比如 Yoram Dinstein 在学会 2009 年决议草案的审议中指出，“放弃豁免权的能力属于国家，而不属于作为豁免受益方的个人。即使在豁免被贴上“个人豁免”标签时都是如此，因为从这个词的完整意义上讲豁免从来不具有个人属性。如果国家选择放弃这一“个人豁免”，有关个人(不论其意愿如何)都将接受其本人试图避免的管辖权的行使”。《国际法学会年鉴》。那不勒斯会议，第 73 卷(2009)，第 119 页(可查阅：<http://www.idi-iil.org>)。

⁷⁷ Arther Watts, 同前，第 67 页。

⁷⁸ 同上，第 68 页。Arther Watts 分别研究了国家元首就其以官方身份和个人身份行事放弃豁免的情况。他在两种情况中都认为，可以由国家元首本人放弃豁免，但认为国家元首放弃豁免的能力在其以个人身份行事方面更为明显。同上。

作为国家元首专门为国家利益而履行的职能”。⁷⁹ Verhoeven表示，放弃国家元首豁免的特权掌握在本国主管部门手中。⁸⁰ 关于放弃其他官员豁免的问题，应通过本国的国内法来确定哪个部门具有放弃豁免的权力。⁸¹

37. Watts 显然是根据官员和国家机构的等级作出推断，外交部长不能放弃本人的豁免，因为外交部长职位不是国家机构中的最高职位，可以放弃外交部长豁免的更高一级的官员或机构始终存在。如果采用这一办法，政府首脑的情况就不明确；在一些国家政府首脑为最高官员，而在另一些国家则不是。

38. 考虑到所有三位官员都因其职位而被认为是国家在国际关系中的代表，审议这个问题或许有用。如果除等级外还考虑到这个情况，就可以假设一国如对这样一位官员行使刑事管辖，而且其本人也同意放弃豁免，这个国家就有权推定这反映了这位官员所代表的国家的意愿，至少在这个国家作出相反表示之前是这样。

39. 在考虑谁有权放弃官员豁免的问题的同时，必须考虑这种放弃可以采取的形式。⁸² 放弃官员豁免是否必须明示，抑或默示放弃就已足够？或者，不论明示还是默示，只要放弃是明确的，就应该认为是充分的？

40. 委员会在拟订关于外交往来、领事关系、特别使团、国家在其对国际组织关系上的代表权以及国家及其财产的管辖豁免的条款草案时审议了这一问题。委员会在关于外交往来的条款草案中对这一问题的处理对前四个方面的条款草案都具有确定意义。委员会关于放弃外交人员豁免权的条款草案规定，“在刑事诉讼中，放弃概须明示”。⁸³ 在对此项规定的评注中，委员会指出，“应区别刑事诉讼和民事诉讼。就前者而言，放弃必须明示。在民事诉讼中，与行政诉讼一样，放弃可以明示或默示……”。⁸⁴ 但各国另有决定，它们认为 1961 年《维也纳外交关系公约》第 32 条第 2 款中关于放弃豁免概须明示的规定对刑事和民事管辖豁免都适用。⁸⁵ 有关放弃豁免权的类似措辞的规定在 1963 年《维也纳领事关系公约》

⁷⁹ 《国际法学会年鉴》，第 69 卷，2000-2001 年，温哥华会议，2001 年，Travaux préparatoires et délibérations de L'Institut, p. 550。

⁸⁰ 同上。

⁸¹ 见上文提及的学会 2001 年决议第 7 条第 1 款第二项的注(前注 74)。另见 Joe Verhoeven, Rapport Provisoire, para. 34, 同上, p. 534。

⁸² “放弃国家官员豁免的一个重要问题是，这种放弃可以采取何种形式。”秘书处备忘录，第 250 段。

⁸³ 《1958 年……年鉴》，第二卷，第 99 页(第 30 条第 2 款)。

⁸⁴ 同上。

⁸⁵ 一些与会代表团认为，只有明示放弃才是表明派遣国放弃豁免的真实意向的充分证据。由于豁免权主要是保护国家(而外交人员只是从中受益)，因而不需要为确定放弃豁免而区分刑事管辖和民事管辖。见《联合国外交往来和豁免会议正式记录》，第一卷(A/CONF. 20/14)，第 174 页以下。

(第 45 条第 2 款)、1969 年《特别使团公约》(第 41 条第 2 款)和 1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(第 31 条第 2 款和第 61 条第 2 款)中也可找到。⁸⁶ 应当指出的是,放弃豁免必须明示的规定适用于享有外国刑事管辖豁免权的个人,但《维也纳领事关系公约》中规定的除外。而且,在所有情况下,这些人的身份和地位在居住国是众所周知的。领事官员和只享有职务豁免权的领馆雇员即属于这一类。

41. 国家法院做出的一些裁决认为,放弃国家元首的豁免权必须明示。秘书处编写的备忘录列举了此类裁决的例子,其中包括瑞士联邦法院在 *Ferdinand et Imelda Marcos* 诉 *Office fédéral de la police* 一案、⁸⁷ 美国纽约东区地区法院在 *Lafontant* 诉 *Aristide* 一案⁸⁸ 和英国上诉法院在 *Ahmed* 诉沙特阿拉伯王国政府一案⁸⁹ 中所做的判决。

42. 明示放弃豁免(即派出官员的国家明确同意由另一国家对该官员行使刑事管辖权)的形式可以是派遣国单方面发表声明或发出通知,或该国与管辖权行使国家订立国际协定。可以针对刑事诉讼所涉及的某一具体官员或多名官员明示放弃豁免,也可以更为笼统地明示放弃。这两种类型的明示放弃豁免在 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 7 条第 1 款中做了规定。⁹⁰

43. 皮诺切特案件涉及对前国家元首放弃豁免权的形式问题。秘书处备忘录对该案件的这一方面做了相当详尽的分析,并载有相关学术评注。⁹¹ 特别是,备忘录指出,“在皮诺切特(第 3 号)案件中,放弃问题围绕智利对《禁止酷刑公约》的

⁸⁶ 但显然,这些公约都允许默示放弃民事管辖豁免。特别是,上述所有条款都包含相同规定,即如果享有豁免权的官员提起诉讼,则其不得援用与主诉直接相关的反诉方面的管辖豁免。见下文脚注 109。

⁸⁷ 秘书处备忘录,第 251 页。

⁸⁸ 同上。

⁸⁹ 同上。

⁹⁰ 在对关于国家及其财产的管辖豁免条款草案的评注中,委员会特别阐述了其对随后纳入 2004 年《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 7 条第 1 款的各项规定的态度(“似乎有若干种被认可的表达或示意同意的方法……。不应将同意视为理所当然的或是自然默示的。关于‘默示同意’的任何理论作为本部分概述的国家豁免普遍原则的一种可能例外,都不应仅被视为是例外,而是对其他有效和普遍接受的例外情况的一种附加解释或正当理由。因此,对未以清楚和被认可的方式、包括以第 8 条规定的方式表示同意的没有意愿的国家,不可认为其默示同意……。表示同意的简单和不容置疑的证据是,在纠纷已产生后,由国家以书面形式专门向权力机构就一项具体诉讼表示同意。……如果是以国家订立的条约中某一项规定的形式表示同意,则其当然对同意国有约束力,有权援引条约规定的缔约国可以明示这种同意。条约法认可明示同意接受管辖的有效性以及条约中其他规定的适用性”)。关于国家及其财产的管辖豁免条款草案及评注,《1991 年……年鉴》,第二卷,第二部分,第 27 页。委员会提出的第三种表示方法,即书面合同,显然不适用于刑事管辖豁免的放弃。

⁹¹ 秘书处备忘录,第 258-264 页。

批准，七位大法官都在一定程度上谈到了放弃豁免问题。一位大法官认为这是一种明示放弃的情况，其他六位认为这甚至连默示放弃都算不上；但七位大法官中有五位认为，归根结底，批准该文书表明智利同意其前国家元首接受管辖”。⁹² 正如萨维尔大法官所指出的：“有人说……，各国放弃任何豁免都必须明示，至少不能含糊。对这一普遍主张我没有异议。但在我看来，《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”。⁹³ 戈夫大法官持不同意见，他认为，《公约》既没有明示放弃豁免、也没有默示放弃豁免的规定。除其他外，他指出：“在我看来，很显然，根据国际法和在这一点上反映了国际法的本国法律，国家以条约的形式放弃豁免权概须……明示。事实上，如果不这样，就很可能引起国际混乱，因为一项条约的不同缔约国的国内法院就放弃豁免是否是默示的问题会得出不同的结论。”⁹⁴ 因此，从本质上讲，两位大法官似乎都认为，放弃豁免权，至少以国际协定的形式做出的放弃，必须明示。⁹⁵

44. 法理文献中表达的一种观点认为，不包含关于放弃豁免的规定的一些国际协定与豁免不相容。这些协定包括将某些行为定为刑事罪并规定对这种行为行使普遍刑事管辖权的人权条约。⁹⁶ 因此，如果一个国家同意接受此类协定的约束，则

⁹² 同上，第 258 页。

⁹³ *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(皮诺切特案第 3 号)。可查阅 <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino7.htm>。

⁹⁴ 同上；可查阅 <http://www.parliament.the-stationery-office.co.uk/pa/ld199899/ldjudgmt/jd990324/pino3.htm>。

⁹⁵ 在审议根据《外国主权豁免法》默示放弃国家豁免的问题时，美国地区法院在 Doe 及其他人诉以色列及其他人一案(Motion disposition, 400 F Supp 2d 86, 95-96(DDC 2005); ILDC 318 (US 2005))中认为，“要依据这一规定做出默示放弃，需要外国君主‘曾在某一时刻表示反对诉讼’，并且在主观上有此意向”。

⁹⁶ R. O' Keefe 认为，默示放弃豁免原则“假定当国家缔结一项国际协定，设立或承认某一国际罪行并规定惩罚该罪行的义务时，从逻辑上讲，这与在被指控者是外国官员时维持其豁免权的规定不相容。因此，必要的含义是，如果被指控的行为不符合协定，则这些国家选择事先放弃其对这些行为推定享有的所有国家豁免权。简而言之，就可能的官方行为建立普遍的强制性刑事管辖，这意味着事先同意由外国法院行使该管辖权，而不考虑国家豁免原则”。R. O' Keefe, “The European Convention on State Immunity and International Crimes”, *The Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. 2, 1999, p. 513. 作者根据其对 1972 年《欧洲国家豁免公约》第 2 条(a)款的理解支持这一理论，除其他外，他指出该条款“至少有可能支持以不相容的国际协定方式默示放弃的观点”(同上，第 517 页)。但他也认为，不能由协定推断出存在默示放弃，除非各缔约方毫不含糊地明确表示有意向同意外国法院就协定规定为刑事犯罪的行为行使刑事管辖权。他认为，行使管辖权的义务的存在(包括根据引渡或起诉原则行使管辖权)即构成了这种意向的证据(同上)。V. Koivu 指出，为了确定存在默示放弃，国际协定必须“与豁免的适用规定明鲜抵触”。V. Koivu, “Head-of-State Immunity v. Individual Criminal Responsibility under International Law”, *Finnish Yearbook of International Law*, vol. XII (2001), p. 318.

在其官员侵犯受该协定保护的人权或施行被协定定为刑事罪的行为时，该国事实上默示放弃这些官员的豁免权。⁹⁷ 初次报告和第二次报告讨论了管辖权与豁免权之间的差异，以及实体的、在某些情况下是强制性的禁止各种行为并将其定为刑事罪的人权规范和准则与豁免权的程序性之间的差异。⁹⁸ 第二次报告认为，普遍管辖权和此类准则都不排除豁免。⁹⁹ 这些意见也适用于本案。出于类似原因，一国同意接受这种国际协定的约束，并不意味着同意对其官员行使外国刑事管辖权，即放弃其豁免权。此外，不能将国际协定理解为默示放弃缔约国官员的豁免，除非有证据表明，该国有此意向或愿望。同时，正如J. Verhoeven 在谈到有关国际法范畴内的罪行的协定时所指出的：“但根据这些协定无法看出协定签署国有默示但确定的放弃豁免的意愿”。¹⁰⁰

45. 在对逮捕状案的判决中，国际法院就各国订立一项将某些行为定为刑事罪并要求各国对这些行为行使刑事管辖权的国际条约是否意味着这些国家放弃其官员的豁免权这一问题表达了最明确的意见。法院说：“管辖权并不意味着没有豁免，而没有豁免也不意味着管辖权。因此，虽然关于防止和惩罚某些严重罪行的各种国际公约规定各有国起诉或引渡的义务，从而要求他们扩大刑事管辖权，但管辖权的这种扩大绝不影响习惯国际法规定的豁免，包括外交部长的豁免。在外国法院，豁免仍是据以抗辩的理由，即便这些法院是依据上述公约行使管辖权”。¹⁰¹ 这一意见似乎也完全适用于人权条约与放弃豁免之间的关系。

⁹⁷ 尽管同意受此类协定的约束通常不被看作是放弃豁免，而只是在可能放弃豁免的同时存在的一种豁免例外或不存在豁免。例如见 Curtis A. Bradley 和 Jack Landman Goldsmith, “Foreign Sovereign Immunity, Individual Officials, and Human Rights Litigation”, Green Bag 2D, vol. 13, p. 9, 2009; Harvard Public Law Working Paper No. 10-05, p. 22. 可查阅 <http://ssrn.com/abstract=1485667>。第二次报告详细阐述了这一问题(第 63 段以下)。

⁹⁸ 初次报告，第 64-70 段；第二次报告，第 64-77 段。

⁹⁹ 第二次报告，第 64 和 77 段。

¹⁰⁰ *Droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Joe Verhoeven (dir.) 2004, Larcier, p. 123. 作者还指出，“这些公约(种族灭绝、酷刑等公约)中没有明确区分此类情况的条款，无论在草拟过程中还是在其他情况下，都不能认为这曾经是已经谈判达成公约或者已经成为公约缔约国的国家的默示意向”。

¹⁰¹ 逮捕状案，判决书，第 59 页。关于《禁止酷刑公约》，Xiaodong Yang 指出，“……《禁止酷刑公约》未提到国家豁免问题。这种未提及可能是一种假设，但有一点是明确的，即在没有关于国家豁免的具体规定时，对《禁止酷刑公约》的解释和适用应遵从有关这一问题的现有国际法规则。正如国际法院明确指出的，普遍管辖权的存在并不一定意味着丧失豁免”，“Jus Cogens and State Immunity”, *New Zealand Yearbook of International Law*, Vol. 3, 2006, pp. 144-145. 比利时最高上诉法院在审议对阿里埃勒·沙龙的战争罪指控的豁免问题时指出，“1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约及公约附加议定书一和二不包含任何阻止被告在比利法院援用管辖豁免的规定。” H. S. A. 等人诉 S. A. 等人案，(有关对阿里埃勒·沙龙、Amos Yaron 和其他人的起诉的裁决)，比利时最高上诉法院，见上文注 41。

46. 总之，秘书处备忘录指出，“大家普遍不愿意接受以认可一项协定为依据的默示放弃”。¹⁰²

47. 学会的决议未在明示或默示放弃豁免权之间作选择，而是强调放弃豁免权的明确性和不模糊性。关于放弃对国家元首的豁免权，决议第 7 条规定：“这类放弃可以是明示或默示的，只要是确定的即可。”¹⁰³ 正如 Joe Verhoeven 在其报告中就这一点所指出的：“在这里重要的是：[国家的]意愿是确定的”。¹⁰⁴ 作为一国不模糊地表达其意愿的一个例子，作者提到了一国政府审判前国家元首的情况；国家的意愿虽未得到明示表达，但仍可被认作是默示的放弃豁免权。¹⁰⁵

48. 但是，这样就很明显吗？例如，一国可以审判其前国家元首(或其他官员)，该国甚至可以要求将他从另一国引渡过来。¹⁰⁶ 这类要求明显意味着放弃了该人员在外国采取引渡他的程序行动时所享有的豁免权。但同时，该国可继续要求其前国家元首在一外国为其对有关人员提起刑事起诉的目的或将他引渡到第三国的目的而采取行动时享有豁免权。¹⁰⁷ 总之，一国起诉其前官员的愿望似乎并不意味该国已停止认为有关行动是以官方身份采取的，不等同于同意外国可对该官员行使刑事管辖权，即放弃豁免权。更可能的是恰恰相反：该国不想让其前任官员在国外受到起诉，而想自己将他绳之以法。¹⁰⁸

¹⁰² 秘书处备忘录，第 259 段。

¹⁰³ 《国际法学会年鉴》，第 69 卷，2000-2001 年，2001 年温哥华会议，《学会的准备工作和审议情况》，第 689 页。

¹⁰⁴ 同上，第 534 页。

¹⁰⁵ 同上，第 534 页。

¹⁰⁶ 因此，几年来秘鲁一直试图引渡前独裁者阿尔贝托·藤森，开始是从日本(没有成功，因为他具有日本国籍)，然后是从智利。在秘鲁领导人的要求下，藤森到达智利后立即被逮捕，之后不久于 2007 年被引渡到秘鲁，遭到刑事起诉。从这个案例的叙述中可以确定，在决定是否逮捕他和考虑引渡要求时，没有出现藤森是否享有豁免的问题。例如，见 M. Haas, “[F]ujimori Extraditable!: Chilean Supreme Court Sets International Precedent for Human Rights violations”, *39 University of Miami Inter-American Law Review*, Winter 2008, pp. 373-407.

¹⁰⁷ 在 *Lafontant 诉 Aristide* 的案件中，美国巡回法院驳回了如下说法：在海地发出的对让-贝特朗·阿里斯蒂德的逮捕令可被认作是放弃了对国家元首的豁免权。此外还指出，在海地驻美国大使的信中没有放弃豁免权。但是，美国国务院表示，阿里斯蒂德享有豁免权，这对法院在这个案件中的判决具有决定性作用。由此可见，美国不承认海地政府，因为美国仍然承认当时流亡在外的阿里斯蒂德为唯一合法的国家元首。*Lafontant 诉 Aristide*, 844 F. Supp. 128, 137 (EDNY 1994), 103 ILR 581.

¹⁰⁸ 一国在对其前任元首提起刑事诉讼时可同时表明该国同意某一外国对该人员行使管辖权(例如，见玻利维亚前总统贡萨洛·桑切斯·德洛萨达的案例)(在玻利维亚对他提出刑事指控的同时，玻利维亚政府在美国考虑对他提起民事诉讼方面放弃了一切剩余豁免权。*Mamani, et al. 诉 Jose Carlos Sanchez Berzain and Gonzalo Daniel Sanchez de Lozada Sanchez Bustamante*, 美国地方法院，佛罗里达南部地区，迈阿密处，2009 年 11 月 9 日，可查阅：<http://www.>

49. 也许可以设想这样一种情况：一国要求某外国针对其某一在任高级官员——国家元首或政府首脑或外交部长——采取某些刑事诉讼措施。这种要求当然可假设为放弃该人员在有关措施方面的豁免权。但是，这类情况似乎仅属假设性质。

50. 在关于外交关系、领事关系、特别使团、国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权和关于国家及其财产的管辖豁免的公约中有类似的规定，即享有豁免的主体提起诉讼时，不得就与主诉直接相关的任何反诉援引管辖豁免权。¹⁰⁹ 很明显，这里涉及民事管辖权。但是，在许多国家的刑事诉讼法中存在着对受害人以各种形式主动参与刑事诉讼的规定。是否可以据此认为这是放弃了某一官员（若他是某一刑事案件中的受害方）在对其采取的刑事诉讼措施方面所享有的豁免权，包括就案件被告方采取的反措施采取的措施方面所享有的豁免权？

51. 一般情况下，将涉及民事管辖的豁免情况与受害方启动或参与一刑事案件的情况作类比似乎不十分恰当。在以司法调查或国家起诉的方式进行的刑事审判中，不管受害方或有关国家当局是否参与，都将采取诉讼措施。在这种情况下，重要的是，这名官员仅仅是属于该官员所属国家的豁免权的受益者。利益得到豁免权保护的该国不能因其官员的行动而被认为放弃了豁免。¹¹⁰

52. 同时有这样的情况，某一官员在刑事案件的审判阶段以唯一检察官的身份行事，在没有任何国家检察官参与的情况下享有检察机关的所有诉讼权利。在这种情况下，出现的问题是：这是否会导致放弃在与推定犯罪有关的反指控方面的豁免权？在所谓的私诉案件中就可能出现这类情况，而在一些国家的立法中对数目有限的犯罪行为（通常是未造成严重后果的犯罪行为，如造成轻微伤等）作了私诉方面的规定。¹¹¹ 在私诉中没有国家检察官，受害方¹¹² 行使通常由国家检察官

law.harvard.edu/programs/hrp/documents/Mamani_Sanchez_Berzain_Sanchez_de_Lozada.pdf)。这只能证明，把启动刑事起诉的企图等同于默示的放弃豁免权的做法可能是不合法的

¹⁰⁹ 见 1961 年《维也纳外交关系公约》第 32 条第 3 款、1963 年《维也纳领事关系公约》第 45 条第 3 款、1969 年《特别使团公约》第 41 条第 3 款、1975 年《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第 31 条第 3 款和 2004 年《国家及其财产管辖豁免公约》第 8 条（可查阅 <http://untreaty.un.org>）。

¹¹⁰ 同样，如果国家元首或政府首脑或外交部长启动一刑事诉讼案，这一假设案例就会产生不太清晰的局面。

¹¹¹ 例如，见《俄罗斯联邦刑事诉讼法》第 43、第 318 条，可查阅 <http://www.consultant.ru/popular/upkrf/>；《德国刑事诉讼法》第 374 至第 394 条，可查阅 http://www.gesetze-im-internet.de/englisch_stpo/englisch-stpo.html；《乌克兰刑事诉讼法》第 27 条，可查阅 <http://zakon.rada.gov.ua/cgi-bin/laws/main.cgi?nreg=1001-05>；《奥地利刑事诉讼法》第 71 条，可查阅 [http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_\(StPO\).html](http://www.jusline.at/Strafprozessordnung_(StPO).html)。有些规则规定，涉及某种形式犯罪行为的刑事案件只能以私诉的形式提起——政府检察官无这种权利，即政府在刑事起诉中不具有管辖权或从根本上说没有法律利益，见《俄罗斯联邦刑事诉讼法》第 2 部分第 20 条（这类犯罪行为包括造成轻微伤、没有造成严重后果的击打、诽谤或侮辱）。

¹¹² 例如，见《奥地利刑事诉讼法》第 5 部分第 71 条和《俄罗斯联邦刑事诉讼法》第 2 部分第 43 条，同上。

享有的所有权利，因此受害方实际上与被告争执，由法院作为该争端的仲裁方。为此，在这类审判中允许反诉。¹¹³ 换言之，就其程序方面来说，这类案件与民事法律案件非常接近。当然，基于管辖国刑事诉讼法的细微差别，其接近程度的高低，¹¹⁴ 在涉及“私诉”案件的放弃豁免权情况中事实上起着决定作用。

53. 在有关“刑事事项互助的某些问题”的案件中，国际法院在审议法国就吉布提的共和国检察官和国家安全局负责人采取的行动问题时，得出如下结论：法国没有违反这些官员可能享有的职务豁免，因为吉布提没有援引这类豁免。同时，法院亦没有指出：吉布提没有援引豁免权就是放弃了豁免权。但是，似乎有理由问一下：一国不为某一官员援引豁免权的做法是否可以认作是默示的放弃豁免权？¹¹⁵

54. 上文提到这样一种情况：在涉及“三位体”时，援引豁免权的责任在于行使刑事管辖权的国家；当涉及享有职务豁免权的官员或不属于“三位体”但享有个人豁免权的官员时，这种责任就在于该官员所属的国家。¹¹⁶ 如果可以这样理解，那么在针对其国家元首或其政府首脑或其外交部长行使外国刑事管辖权时，如果该官员所属国家不援引豁免权，这并不意味着该国同意对该人员行使外国刑事管辖权，因此也并不意味放弃豁免权。依同样的逻辑推论，在针对享有职务豁免权或个人豁免权但不属于“三位体”的官员行使外国刑事管辖权的案件中，可以作如下假设：该官员所属国家不援引豁免权的做法可被认作该国同意管辖权的行使，因而也放弃了豁免权。¹¹⁷ 同时，没有任何东西可以防止行使管辖权的国家本身不就外国的在位或前任官员采取行使行动和承认他享有豁免权。

¹¹³ 见《德国刑事诉讼法》第 388 条，同上。

¹¹⁴ 在某些国家，私诉可有各种形式，有时还混合了几种形式。例如，德国有“协作性私诉”（《德国刑事诉讼法》第 395 至第 402 条，同前），在这类诉讼中，国家检察机关在审判中发挥主要作用，而私人起诉方则起辅助作用。

¹¹⁵ 见 G. P. Buzzini，同前，第 474 页。

¹¹⁶ 见上文第 18 至第 24 段。

¹¹⁷ 但是，特别报告员不知道有任何法院判决、惯例、国家意见或学说明确确认或有别于对这个问题的这类做法。上文提及的美国国务院有关 *Samantar* 案件的声明中的规定（见上文脚注 32）表明，在未援引豁免权和外国对某一原则上可能享有豁免权的人员行使刑事管辖权之间存在联系。有不少法院拒绝或根本不考虑豁免权的判决例子，因为该（前任）官员所属国家未援引豁免权。这些例子包括美国马萨诸塞州地方法院对 *Xuncax 诉 Gramajo* 案所作判决和西班牙的一个类似案件，危地马拉种族灭绝罪案，西班牙最高法院，2003 年 2 月 23 日，42 ILM 686 (2003)，以及比利时最高法院对 *H. S. A. 诉 S. A. 等人*，：（《有关起诉阿里埃勒·沙龙、阿莫斯·亚龙及其他人的决定》），2003 年 2 月 12 日，42 ILM 596 (2003)。美国政府在意大利法院未就美国特工人员被指控劫持涉嫌参与恐怖活动和别名叫 Abu Omar 的 Italy Nasr Osama Mustafa Hassan 而提起的刑事诉讼案中援引豁免权（见 2009 年 11 月 4 日米兰法庭第四刑事科判决书，其中包括美国领事馆一些工作人员在内的 23 名前中情局雇员被缺席判决。公诉人诉 Adler 及其他人。初审判判决书，第 12428/09 号，意大利米兰法庭第四刑事科，据 Oxford Reports on International Law in Domestic Courts 的报告，ILDC 1492 (IT2010)）。美国总领馆一名雇

55. 因此，关于国家官员放弃外国刑事管辖豁免形式问题的一般性结论大致如下：在适用于在位的国家元首、政府首脑或外交部长时，放弃豁免权应作明示说明。一个可能的例外是，假定有这种情况：这类官员所属的国家要求外国对该官员采取某些刑事诉讼措施。这类要求将毫不模糊地意味着放弃了对这类措施的豁免权，在这种情况下，放弃是默示的。在适用于“三位体”之外但享有个人豁免权的在位官员、享有职务豁免权的其他在位官员和同样享有职务豁免权的所有前任官员时，放弃豁免权可以是明示的，也可以是默示的。在这种情况下，该官员所属国家在采取不援引豁免权的做法时可具体表明默示的放弃。

D. 官员所属国放弃豁免后能否援引豁免？¹¹⁸

56. 一国如果同意另一国对其官员行使刑事管辖权，明示放弃豁免，则在法律上似乎就不可能援引豁免。这样做尤其不符合诚信原则。¹¹⁹ 同时，明示放弃豁免可能在某些情况下只影响有关某些措施的豁免。例如，一国可以放弃其外交部长前往听证会作证的豁免。似乎这一放弃豁免不能视为在出现传唤他作证的国家后来打算对他进行刑事起诉的情况下放弃他的豁免。¹²⁰

57. 如前所述，对不属于“三位体”之一的某人不援引豁免时，可能会发生默示放弃豁免的情况（当然，一项谅解是，该官员所属国知道外国在对此人行使刑事管辖权，但没有援引豁免）。¹²¹ 特别报告员不能肯定的是，在出现此类默示放弃豁免的情况下，在刑事审判后期是否也不能援引豁免。¹²² 一方面，如前所述，¹²³

员甚至因未在这个案件中援引领事豁免权而起诉了美国政府，要求援引这类豁免权（见 *Sabrina De Sousa* 诉国务院及其他人，第 09-cv-896 (RMU) 号案件，投诉人和被告的驳回动议，可查阅 <http://jurist.law.pitt.edu/papershase/2009/09/doj-seeks-dismissal-of-diplomatic.php>）。但是，不能肯定地说，在这些案件中，官员所属国家未援引豁免权就是豁免权被拒绝的原因。

¹¹⁸ 这是上文（本报告第 11-13 段）开始的对援引豁免时机问题的审议的继续。

¹¹⁹ 国际法委员会在关于外交往来与豁免的条款草案的第 30 条的评注中说，在一定程度上，“不言而喻，不论在何法院，有关诉讼程序被视为一个不可分割的整体，如果在初审法院明确表示或默示放弃豁免，不可在上诉时援引豁免。”关于外交往来与豁免的条款草案及其评注，《1958 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 99 页。另见，例如，关于领事关系的条款草案第 45 条的评注：“一旦放弃豁免，不可在诉讼的以后阶段（例如上诉时）要求豁免。”关于领事关系的条款草案及其评注，《1961 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 118 页。

¹²⁰ 秘书处的备忘录 (A/CN.4/596) 指出，一定程度上，“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，应该通过放弃本身的明确术语来澄清这一问题。”秘书处的备忘录，第 269 段，第 158 页（中文）。

¹²¹ 本报告第 54 段。

¹²² 当然，此处所涉问题是，官员所属国知道某外国正在（或打算）对其官员行使刑事管辖，在一段时间内没有援引豁免。正如 G.P. Buzzini 指出的那样，“……尚不完全清楚的是，直至诉讼程序中哪个时间点仍能提出豁免[问题]。” Buzzini, G. P., 同前，第 474 页。

¹²³ 本报告第 11-13 段。

豁免问题应在这一程序的早期阶段加以考虑。另一方面，在一种情况下，例如，官员所属国在预审阶段没有援引此人的豁免，从而可被视作已放弃在该阶段所采取的措施的豁免，当案件进入审判阶段时，该国决定援引豁免是否非法？似乎在此种情况下，援引豁免仍然是可能的。然而，行使管辖权的国家在援引豁免前对该官员已经采取的诉讼行动，不能被视为非法的，因为，如前所述，在这种情况下，行使刑事管辖权的国家并不需要考虑自行豁免的问题，援引该官员的豁免的责任得由其所属国承担。¹²⁴ 与此同时，对此种办法是否适用于下列情况也有怀疑：在一审法院没有援引豁免，但在上诉阶段官员所属国决定援引豁免。¹²⁵

三. 官员的豁免与官员所属国的责任

58. 如果官员所属国放弃其豁免，这就为外国对该官员充分行使刑事管辖权打开了通道。这也涉及对该官员以官方身份从事的行动的管辖权问题(即使是放弃属事豁免，也不一定需要同时称推定的非法行动是以个人身份进行的)。如初次报告所述，将官员以官方身份从事的行动归于国家，并不意味着不再将这些行动归于该官员。¹²⁶ 外国对此人提起刑事诉讼唯一的障碍是他享有豁免。放弃豁免就

¹²⁴ 见上文第 17 段。

¹²⁵ 见上文脚注 119 引述的委员会在关于外交往来与豁免的条款草案的评注中所表示的意见。

¹²⁶ 初次报告，第 89 段。然而，在这一理论中也表示了截然相反的观点。例如，见 Dapo Akande 和 Sangeeta Shah 是如何描述这一立场的：“此类豁免构成(或也许更确切地说，实际引起)实质性辩护，因为这表明，鉴于有关行为实际上是国家的行为，官员个人的法律责任将不予追究。此类行为仅可归罪于国家，属事豁免是将有关责任转给国家的机制。前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭在检察官诉 Blaškić 案中对这一理由做了贴切的阐述：

[国家]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“职务豁免”。这是一项普遍公认的习惯国际法规则，可追溯至十八和十九世纪，自产生起已经被重申多次。

(Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, EJIL (2010), Vol. 21, No. 4, 815, pp. 826-7)。另一方面，他们提及另一做法：“但是，在“彩虹勇士号”(74 ILR(1986)241)案中，法国政府认为，一旦法国接受了国际责任，其军官就不应在新西兰受审判。被新西兰不接受这一说法。”同上，脚注 51。在这方面，另见 Roseanne Van Alebeek(同前，上文脚注 59)。将一个官员的官方行为完全归于国家的可能性是在国际法院审议关于刑事司法互助中的某些问题(吉布提诉法国)一案期间吉布提提出的论点之一(“吉布提向法院提出的要求是确认，一个人如果享有国家工具的地位，另一国家则不得认为，他应该为自己以此种身份实施的行为承担刑事责任。实际上，国际法应该把这样的行为归于该工具代表其行事的国家，而不是归于作为该工具行事的个人。”关于刑事司法互助中的某些问题(吉布提诉法国)一案，口述程序，2008 年 1 月 22 日，CR 2008/3，第 23 段)。

在学会 2009 年的决议中，有一条关于官员没有豁免与行动可能归于国家之间的关系问题的“不妨碍”条款，尽管学会成员对这一问题也有一些评注。(“上述规定应不妨碍：(a) 上述段落中所述人根据国际法所承担的责任；(b) 将任何此类人的构成国际罪行的行为归于一个国家。”学会 2009 年决议，第三(3)条)。

消除这一障碍。与此同时，在一名官员以官方身份从事的行动方面，放弃其豁免并不意味着这一行为丧失了其官方性质。按此，这一行为仍然不仅归于该官员，也归于他正在或曾服务的国家。这是双重归属。因此，放弃豁免不仅为确立该官员的刑事责任创造了条件，而且如果有关行动违反该官员所属国根据国际法所承担的义务，也不会对根据国际法追究该国的责任形成障碍。¹²⁷ 因此，尽管该官员所属国放弃了该官员的豁免，但并不能免除该国根据国际法对此官员以官方身份从事的行动所承担的责任。¹²⁸

¹²⁷ 国际法院法官肯尼斯·基思将国家责任与官员责任之间的关系叙述如下：“即使国家不能实施国际罪行，它们可能会... 被要求接受与个人同样的义务，这些义务无需是刑事性质的；这就是说，义务可能是双重性的，对国家和个人均具约束力”。“*The International Court of Justice and Criminal Justice*”，国际法和比较法季刊……第 896 页。他还进一步写道：“许多法律和实践表明，主体(例如，雇主、国家)和代理人(如雇员、官员)的(刑事或民事)责任通常是双重的。”同上，第 900 页。国际法院还提及个人和国家的多重责任：“责任的双重性继续是国际法的一个不变特点”，关于刑事司法互助中的某些问题(吉布提诉法国)一案，判决，第 173 段。Andre Nollkaemper 评论道：“国家责任既不取决于个人的法律责任也不意味着个人的法律责任”(“*Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law*”，国际法和比较法季刊 2003 年第 52 期(52 ICLQ(2003))，第 616 页)。他还进一步写道：“有人认为，如果责任已归于个人，就没有将责任归于国家的空间，但这种说法在国家实践中没有依据”(同上，第 619 页)。“对被视为利比亚的代理人的对洛克比空难负有责任的个人的起诉和定罪，并未排除联合王国和美国后来对利比亚提出的索赔要求。……前南问题国际法庭和国家法院责成南斯拉夫的代理人对在 1991 年至 1995 年武装冲突期间的行为承担责任，并未排除波斯尼亚-黑塞哥维那和克罗地亚在国际法院提出的索偿要求。在所有这些案件中，被索偿的国家均未辩称，这些案件不可归于国家，因为它们已被归于代理人个人。……谈到个人责任，并不一定意味着国家可化整为零，可将责任转给某国家机关而推卸自身的责任——国家责任与个人责任并存。”(同上，第 619-621 页，脚注略)。但是，值得牢记的是，某官员没有豁免并不预先确定此人本人有责任或国家有责任(关于后者，该官员享有豁免权的保护其实并没有意义。见下文第 60 段。(“我们应该牢记的是，作为实体法事项，不予管辖豁免并不意味着等同于存在责任”，M Tomonori，同前，第 266 页)。

¹²⁸ 关于国家对国际不法行为的责任的条款草案中没有说明国家的责任在一定程度上取决于诸如对直接实施各种行为的人的起诉情况等情形。除其他情况外，对个人进行的国家程序可大大有助于对该国的起诉。正如 H. van der Wilt 所说的那样，“人们可以推断，对行为人个人的刑事诉讼程序中取得的证据可以用作评估国家责任的弹药，国际法院最近的判决说明了这一点。”(作者提及国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉南斯拉夫)案中在未要求提供进一步实质性证据的情况下，接受了前南斯拉夫问题国际刑事法庭在 Krstic 案中所确立的实施灭绝种族罪的情形。见国际法院在这一案件中的判决，第 296 段，2007 年国际法院案例汇编)。“*The Issue of Functional Immunity of Former Heads of State*” in *Criminal Jurisdiction 100 Years After the Hague Peace Conference. 2007 Hague Joint Conference on Contemporary Issues of International Law*, Willem J. M. van Genugten, M. P. Scharf, S. E. Radin eds., ……p. 105。另一方面，A. Nollkaemper 写道：“最终，与洛克比爆炸案有关的个人责任的结论支持后来关于国家责任的主张。另一方面，如果设在荷兰的苏格兰法庭认定，被起诉的人与爆炸案根本没什么关系，认为利比亚应承担国家责任的事实基础就站不住脚。很难设想的是，如果负责确定个人责任的法庭忽略了个人参与的证据，负责确定国家责任的法庭在后来的诉讼中将如何查找这些证据(同前，第 622 页)。与此同时，他还说：“如果一个法院或法庭认定不存在个人责任的事实基础，这并不排除对国家责任的认定。(同上，第 630 页)。

59. 虽然放弃一名官员对其以官方身份采取的行动的豁免权，并不能免除该官员所属国根据国际法承担的责任，但根据官员受指控的国际不法行为属于以官方身份实施的这一事实来援引该官员的豁免权，则确立了这种责任的依据。在审议关于刑事司法互助中的某些问题一案中吉布提官员的属事豁免(或无属事豁免)权的问题时，国际法院指出，“如果一国通知外国法院说，由于豁免的原因，针对其国家机关的司法程序不能继续进行，该国即承担了对该机关实施的相关国际不法行为的责任”。¹²⁹ 在本案范围内，这意味着如果吉布提共和国已通知法国法院(或法国其他主管机关)，表示其官员的行为是(公务)行为，且这些人是以官方身份(作为吉布提共和国的机构或类似单位)行事，并在此基础上援引这些官员的豁免权，吉布提就已承担对这些国际不法行为的责任。

60. 或许可以更准确地说，依据其官员受指控的行为属于公务性质的理由而援引此人的豁免权的国家，即承认这一行为是国家本身的行为，但仍未承认其对该行为负有责任。将一个行为归于一个国家绝对是一个重要因素，是国际法所规定的责任基础，但仍不是承认这一责任。众所周知，国家责任的另一个必要因素是归于国家的行为应是违反其国际法规定的义务的行为。¹³⁰ 在这方面应该牢记，在刑事诉讼中，一个国家通常在法庭尚未证明其官员的行为的不法性的时候援引该官员的豁免权，且援引豁免本身并不意味着该国同意援引豁免的行为是国际不法行为。同时，承认该官员被控的行为是国家本身的行为，即国家将该行为归于自己，当然是它可能承担责任的重要一步。无论如何，这为有权对这个国家提起国际法律诉讼的行为体提供了这样做的依据。¹³¹ 值得注意的是，在许多情况下，一个官员的所属国家如果希望援引该官员的豁免权，则必须承认该官员的行为属于公务、属于国家的行为这一点，为该国提出了一个艰难的抉择。国家在指出其官员的行动属于公务性质且他享有豁免权时，是为该官员进行辩护，但却为自己对此人的行为负有潜在的责任设立了重要的前提。然而，该国如果不援引该官员的豁免权，就会使此人可能在外国受到刑事起诉，从而造成其内政可能受到一个外国有时是会很严重的干涉。

¹²⁹ “关于刑事司法互助中的某些问题(吉布提诉法国)”一案，判决书，同前，第196段。

¹³⁰ 见关于国家对国际不法行为的责任的条款草案，第2条，国际不法行为的要素：“一国国际不法行为在下列情况下发生：(a) 由作为或不作为构成的行为依国际法归于该国；并且(b) 该行为构成对该国国际义务的违背。”大会2001年12月12日第56/83号决议。

¹³¹ 在委员会第六十届会议期间，Yakobson先生在发言中提出一个问题，即在某一案子中援引官员的外国刑事管辖豁免权的国家如后来未能对该官员进行刑事起诉，则可能为此承担责任(A/CN.4/SR.2985，第6页)。这种责任似乎只有在该国具有类似以下国际法规定的义务时才产生：放弃其官员的外国刑事管辖豁免权，或者在援引豁免权的情况下自己对其官员进行刑事起诉。特别报告员不知道有任何证据显示一般国际法中存在这种义务。委员会如果愿意，当然可考虑在这方面发展国际法。

四. 总结

61. 本报告的内容可总结如下：

(a) 国家官员享有外国刑事管辖豁免问题原则上必须在法庭程序的初始阶段或甚至在预审阶段的更早时候考虑，即在管辖权行使国就针对该官员采取豁免所排除的刑事诉讼措施的问题做出决定的时候。

(b) 如在诉讼开始时不考虑豁免的问题，则可能被认为违反了法院地国根据关于豁免的准则所承担的义务。这还涉及在就采取豁免所排除的措施的问题做出决定时，要在行使刑事管辖权的预审阶段考虑豁免的问题。然而，这并不涉及享有属事豁免权的官员所属国不援引其豁免权或在诉讼程序稍后阶段援引豁免权的情况。

(c) 只有由官员所属国而不是由官员本人援引豁免权或声明豁免，才构成合法的援引豁免或声明豁免，即它们具有法律效果。

(d) 为了能够援引官员的豁免权，官员所属国必须知道正对此人采取或计划采取相应的刑事诉讼措施。因此，实施或计划这些措施的国家必须就此事告知官员所属国。

(e) 就外国国家元首、政府首脑或外交部长而言，刑事管辖权行使国自己必须考虑相关人员的豁免权问题，并根据国际法确定其关于进一步行动的立场。在这种情况下，恰当的做法或许是只询问官员所属国是否放弃豁免。因此，官员所属国在这种情况下不承担向刑事管辖权行使国当局提出豁免问题的责任。

(f) 如果官员享有职务豁免，援引豁免的责任由官员所属国承担。官员所属国如果希望通过援引豁免而使其官员免于外国刑事起诉，就必须告知管辖权行使国如下：有关人员为其官员并享有豁免权，因为他是以官方身份实施他被指控的行为。如果不这样做，管辖权行使国就没有义务自行考虑豁免问题，因此可继续展开刑事起诉。

(g) 如果官员享有个人豁免但不属于“三位体”，援引豁免的责任由官员所属国承担。官员所属国如果希望通过援引豁免而使该官员免于外国刑事起诉，就必须告知管辖权行使国如下：有关人员为其官员并享有个人豁免权，因为他除参与国际关系外还位居高职，需要履行对确保该国主权至关重要的职能。

(h) 无论官员职位高低，其所属国都没有义务为外国法院考虑豁免问题而将官员享有豁免的情况告知外国法院。官员所属国可通过外交途径援引豁免权，从

而告知管辖权行使国。这足以使该国法院有义务考虑豁免问题。一国没有义务直接与一外国法院交涉，其依据是主权原则，即国家主权平等。

(i) 援引其官员豁免权的国家没有义务提供上文第(f)和(g)段所提依据之外的豁免依据。管辖权行使国(包括其法院)似乎没有义务“盲目接受任何”由官员所属国就豁免提出的要求。然而，一个外国不得无视这种要求，除非案情明显有其他迹象。将某一官员的行为定为公务性质，或确定一名高级官员履行的职能对于确保国家主权至关重要，属于官员所属国的特权，而不是管辖权行使国的特权。

(j) 放弃官员豁免权的权利属于其所属国，而不是官员自己。

(k) 如果一个国家元首、政府首脑或外交部长放弃自己的豁免权，对该官员行使刑事管辖权的国家有权假定这是官员所属国的愿望，至少在该国另有通知之前如此。

(l) 在任国家元首、政府首脑或外交部长放弃豁免权必须是明示的。这类官员的所属国请外国对官员采取某种刑事诉讼措施的假设情况，可能构成一种例外。这种请求明显意味着放弃对这些措施的豁免权，在这种情况下，放弃是默示的。

(m) 对于“三位体”以外但享有个人豁免的官员、享有职务豁免的官员以及也享有职务豁免的前官员，放弃豁免可以是明示的或默示的。默示豁免在此可以以官员所属国没有援引豁免等方式表示之。

(n) 似乎在明示放弃豁免后，在法律上就不可能援引豁免。同时，明示放弃豁免在某些情况下可能只涉及对特定措施的豁免。

(o) 如果最初因未援引官员的职务豁免或“三位体”以外的官员的个人豁免而默示放弃豁免，似乎可在刑事诉讼程序的稍后阶段(如案件提交法院时)援引豁免。同时，对于没有在一审法院援引豁免的国家可否在上诉程序阶段援引这种豁免尚有疑问。无论如何，管辖权行使国在这样的情况下，于援引豁免时已经对该官员采取的程序措施，可能不被视为非法。

(p) 官员所属国放弃该官员的豁免，使针对他的外国刑事管辖权得以充分行使。这事关针对官员以官方身份实施的行为的管辖权等事项。

(q) 官员所属国无论是否放弃该官员的豁免，都不能免除对此人以官方身份实施的行为的国际法律责任。

(r) 一国如果因认为其被指控的官员的行为属官方性质而援引豁免权，即承认该行为构成该国本身的行为。这确立了该国承担国际法律责任及有权对其提起国际法律诉讼的行为体提起诉讼的先决条件。¹³²

¹³² 特别报告员感谢 S. S. Sarenkova 女士和 M. V. Musikhin 先生为编写本报告提供的协助。