



国际法委员会

第六十七届会议

2015年5月4日至6月5日和
7月6日至8月7日，日内瓦

关于国家官员外国刑事管辖豁免的第四次报告

由特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯编写*

目录

	页次
一. 导言	3
二. 属事豁免：规范要素(续).....	6
A. 一般考虑	6
B. “以公务身份从事的行为”概念	7
1. 一般考虑	7
2. “以公务身份从事的行为”与“以私人身份从事的行为”	9
3. “以公务身份从事的行为”的识别标准	10

* 特别报告员谨向研究项目“La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho internacional contemporáneo”(国际社会价值保护：当代国际法中的豁免、正义和有罪不罚)(DER2013-45790-P)的研究团队成员，包括西班牙国立远程教育大学的 Fanny Castro-Rial Garrone 教授、Carmen Quesada Alcalá 教授、Claribel de Castro Sánchez 教授、Fernando Val Garijo 教授、Teresa Marcos Martín 教授和 Nuria Pastor Palomar 教授，以及坎塔布里亚大学的 Rosario Ojinaga Ruiz 教授、Yael Cacho Sanchez 教授和 José Antonio Valles Cavia 教授表示感谢，同时还感谢日内瓦国际人道主义法和人权学院学生 Marko Sjekavica 提供协助。



(一) 国际司法实践	10
(二) 国家司法惯例	15
(三) 条约实践	23
(四) 国际法委员会的其他工作	31
4. “以官方身份实施的行为”的特征	37
(一) 行为的刑事性质	37
(二) 行为归于国家	42
(三) 主权和政府权力要素的行使	45
5. 结论：“以官方身份实施的行为”定义	47
C. 时间要素	48
D. 属事豁免的范围	49
三. 今后的工作计划	49
附件	
拟议条款草案	51

一. 引言

1. 国际法委员会在 2006 年第六十八届会议上根据委员会该届会议工作报告附件 A 所载提议,将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入长期工作方案。¹ 在 2007 年第五十九届会议上,委员会决定将本专题列入工作方案,并任命罗曼·阿纳托列维奇·科洛德金为特别报告员。² 同届会议还请秘书处编写一份关于本专题的背景研究报告。³

2. 特别报告员科洛德金提交了三次报告,其中确定了本专题的审议范围,并分析了与国家官员外国刑事管辖豁免有关的实质性和程序性问题的各个方面。⁴ 委员会分别在 2008 年第六十届和 2011 年第六十三届会议上审议了特别报告员的报告。大会第六委员会在审议国际法委员会报告期间,特别是在 2008 年和 2011 年,讨论了本专题。

3. 在 2012 年 5 月 22 日第 3132 次会议上,委员会任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯为特别报告员,接替已不再是委员会成员的科洛德金先生。⁵

4. 在同届会议上,特别报告员提交了关于国家官员外国刑事管辖豁免的初步报告(A/CN.4/654)。初步报告是一份“过渡报告”,特别报告员在其中设法帮助澄清了截至当时的辩论情况,并查明了仍然存有争议、委员会今后不妨继续研究的要点。该报告还确定了委员会需要审议的问题,建立了研究的方法依据,并阐述了本专题的审议工作计划。

5. 委员会在 2012 年第六十四届会议上审议了初步报告,并核准了特别报告员提议的方法依据和工作计划。⁶ 第六委员会在大会第六十七届会议期间审议国际法委员会报告之际,审查了特别报告员关于国家官员外国刑事管辖豁免的初步报告,并欢迎其中所载提议。⁷

¹ 见 A/61/10, 第 257 段和附件 A。

² 见 A/62/10, 第 376 段。

³ 见 A/62/10, 第 386 段。秘书处的研究报告,见 A/CN.4/596 和 Corr.1。

⁴ 特别报告员科洛德金的报告,见 A/CN.4/601、A/CN.4/631 和 A/CN.4/646。

⁵ 见 A/67/10, 第 84 段。

⁶ 该次辩论的摘要,见 A/67/10, 第 86-189 段。另见 A/CN.4/SR.3143、A/CN.4/SR.3144、A/CN.4/SR.3145、A/CN.4/SR.3146 和 A/CN.4/SR.3147 号文件所载的委员会工作临时简要记录,所有这些文件都可在委员会网站上查阅。

⁷ 第六委员会在该届会议期间的第 20 至 23 次会议上审议了国家官员的外国刑事管辖豁免专题。此外,有两个国家在第 19 次会议上提到本专题。各国在这些会议上所作的发言,载于 A/C.6/67/SR.19 至 SR.23 号简要记录。另见 A/CN.4/657, C 节,第 26-38 段。

6. 在委员会第六十五届会议上，特别报告员提交了关于国家官员外国刑事管辖豁免的第二次报告(A/CN.4/661)，其中审查了本专题及条款草案的范围、豁免和管辖的概念、属人豁免与属事豁免的区别、以及属人豁免的规范要素。报告载有六项拟议条款草案，分别述及条款草案的范围(第1条和第2条草案)、定义(第3条草案)、以及属人豁免的规范要素(第4条、第5条和第6条草案)。

7. 国际法委员会在第3163至3168次和第3170次会议上审议了第二次报告，⁸并决定将上述六项条款草案送交起草委员会。根据起草委员会的报告，⁹国际法委员会暂时通过了三项条款草案，分别述及条款草案的范围(第1条草案)和属人豁免的规范要素(第3条和第4条草案)。这些条款草案包含特别报告员提议的五项重订条款草案的基本要素。国际法委员会还核准了对已暂时通过的三项条款草案的评注。起草委员会决定继续审查关于定义的条款草案，并在晚些时候采取行动。¹⁰

8. 第六委员会在大会第六十八届会议期间审议国际法委员会年度报告之际，审查了特别报告员关于国家官员外国刑事管辖豁免的第二次报告。各国普遍欢迎该报告以及委员会工作取得的进展，并赞扬委员会向大会提交三项条款草案。¹¹

9. 委员会在年度报告中请各国“在2014年1月31日之前提供资料，说明本国机构在国家官员外国刑事管辖豁免背景下界定‘公务行为’和‘以公务身份从事的行为’的做法，特别是司法裁定”。¹²有10个国家应要求提交了书面意见：比利时、捷克共和国、德国、爱尔兰、墨西哥、挪威、俄罗斯联邦、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

10. 在委员会第六十六届会议上，特别报告员提交了关于国家官员外国刑事管辖豁免的第三次报告(A/CN.4/673)，其中首先分析了属事豁免的规范要素，特别是与主体要素有关的方面。报告随后详细审查了“国家官员”的一般概念，列出了在确定此类人员时应予考虑的标准。报告还分析了属事豁免的主体范围，确定了哪些人可享有此类豁免。最后，考虑到在使用“国家官员”一词以及该词在其他语文版本中的对等词方面提出的术语问题，报告审查了最适合用来称呼享有豁免

⁸ 对讨论中所提问题和委员会成员所持立场的详细分析，见 A/CN.4/SR.3164 至 A/CN.4/SR.3168 和 A/CN.4/SR.3170，所有这些文件都可在委员会网站上查阅。

⁹ 见 A/CN.4/SR.3174。

¹⁰ 国际法委员会第六十五届会议对本专题的处理情况，见 A/68/10，第40-49段。尤其见委员会报告第49段所载条款草案及相关评注。委员会对条款草案评注的讨论情况，见 A/CN.4/SR.3193 至 A/CN.4/SR.3196。

¹¹ 见 A/C.6/68/SR.17 至 SR.19。参加辩论的各国代表的发言全文，可查阅 <http://papersmart.unmeetings.org/en/ga/sixth/68th-session/agenda>。另见 A/CN.4/666，其中载有秘书处编写的大会第六十八届会议期间第六委员会辩论情况专题摘要，特别是 B 节。

¹² A/68/10，第25段。

人员的词语，特别报告员提议使用更具普遍意义的“国家机关”一词。报告根据对国家和国际司法实践、相关条约、以及委员会以往相关工作的分析，列出了分别关于本条款草案中“国家官员”一般概念和属事豁免主体范围的两项条款草案。

11. 委员会在第 3217 至 3222 次会议上审议了特别报告员的第三次报告，¹³ 并决定将上述两项条款草案送交起草委员会。根据起草委员会的报告，¹⁴ 委员会暂时通过了关于“国家官员”一般概念的条款草案(第 2 条(e)草案)和关于“享有属事豁免的人员”的条款草案(第 5 条草案)。委员会还通过了对这两条草案的评注。¹⁵

12. 第六委员会在大会第六十九届会议期间审议国际法委员会年度报告之际，审查了国家官员的外国刑事管辖豁免专题。各国欢迎特别报告员的第三次报告和委员会暂时通过的两项新的条款草案。大多数代表团赞成在条款草案中列入对“国家官员”的一般定义，并表示支持委员会提出的定义，同时强调需要确定国家与官员之间存在联系。关于这一定义，一些国家要求委员会澄清“代表国家或行使国家职能”一语的适用范围。大多数国家赞成在涉及属事豁免时考虑“国家官员”的概念，因为外国刑事管辖豁免适用于个人(“国家官员”)，但也强调国家与官员之间必须有联系。此外，他们支持委员会处理这一专题的方式和第 5 条草案的措辞。一些国家表示应澄清“如此行事”的表述，但大多数国家表示欢迎，认为这一表述明确强化了豁免的职能性质。不过，有少数国家对涉及属事豁免时考虑“国家官员”概念是否明智持有疑问，他们认为此类豁免的定义应只基于所从事的行为具有什么性质，而不是谁从事这些行为。普遍观点是，今后报告应论述“以公务身份从事的行为”这一概念和豁免的时效问题。各国着重提到了本专题取得的显著进展。¹⁶

13. 委员会在第六十六届会议工作报告中，请各国“在 2015 年 1 月 31 日之前提供资料，说明述及以下事项的国内法律和实践，特别是司法实践：(a) 在国家官员外国刑事管辖豁免背景下给予‘公务行为’和‘以公务身份从事的行为’的含义；以及(b) 国家官员外国刑事管辖豁免的任何例外情况”。¹⁷ 在本报告完成编

¹³ 对讨论中所提问题和委员会成员所持立场的详细分析，见 A/CN.4/SR.3217 至 A/CN.4/SR.3222，所有这些文件都可在委员会网站上查阅。

¹⁴ 见 A/CN.4/L.850 和 A/CN.4/SR.3231。起草委员会主席的发言，可查阅委员会网站。

¹⁵ 国际法委员会第六十六届会议对本专题的处理情况，见 A/69/10，第 123-132 段。尤其见委员会报告第 132 段所载条款草案及相关评注。委员会对条款草案评注的讨论情况，见 A/CN.4/SR.3240 至 A/CN.4/SR.3242。

¹⁶ 见 A/C.6/69/SR.21 至 SR.26。参加辩论的各国代表的发言全文，可查阅 <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/69th-session/agenda>。另见 A/CN.4/678，其中载有秘书处编写的大会第六十九届会议期间第六委员会辩论情况专题摘要，D 节，第 37-51 段。

¹⁷ A/69/10，第 28 段。

写之时，已收到下列国家的书面答复：奥地利、古巴、捷克共和国、芬兰、法国、德国、秘鲁、西班牙、瑞士和联合王国。此外，有几个国家在第六委员会发言时谈到了在委员会的要求中提出的问题。特别报告员感谢提出意见的国家，这些意见对委员会的工作非常宝贵。她还欢迎各国不妨在晚些时候提出任何其他意见。收到的这些意见，以及各国在 2014 年提出的意见¹⁸ 和各国代表在大会第六委员会口头发言时发表的意见，都已在本报告编写过程中作了适当考虑。

14. 按照在上届会议公布的工作计划，第四次报告将继续分析属事豁免的规范要素，论述实质性和时效问题。作为分析结果提出的两项条款草案，已在本报告相关部分列出。此外，为便于委员会开展工作，报告增加了载有拟议条款草案的附件。最后，特别报告员希望指出的是，本报告在阅读时应结合以往提交的与本报告构成一个整体的历次报告，以及委员会迄今为止暂时通过的条款草案和相关评注。

二. 属事豁免：规范要素(续)

A. 一般考虑

15. 正如特别报告员在以往报告中所述，“属人豁免与属事豁免的区别是委员会讨论本专题期间已达成广泛共识的少数几个事项之一”。¹⁹ 此外，委员会此前已对国家官员的这两类外国刑事管辖豁免作了审议，秘书处的备忘录²⁰ 和特别报告员科洛德金的初步报告²¹ 对此都有反映，虽然两者都是纯粹从描述和概念的角度进行分析。

16. 关于委员会在当前五年期的工作，需要提醒的是，委员会 2013 年就已开始从规范的角度论述属人豁免与属事豁免的区别，目的是为每一个类别建立单独的法律制度。不过，这并不意味着两类豁免没有共同要素，特别是就广义豁免的功能层面而言。²² 这一规范办法在委员会暂时通过的条款草案、相关评注、以及迄今为止暂时通过的条款草案本身结构中都有反映。²³

¹⁸ 见前文第 9 段。

¹⁹ 见 A/CN.4/661，第 47 段，末尾；以及 A/CN.4/673，第 10 段。

²⁰ 见 A/CN.4/596，第 88 段起。

²¹ 见 A/CN.4/601，第 78-83 段。

²² 见 A/CN.4/661，第 53 和 48 段；以及 A/CN.4/673，第 10 段，末尾。

²³ 需要指出的是，条款草案单独分列属人豁免(第二部分)和属事豁免(第三部分)(见《国际法委员会第六十六届会议工作报告》，A/69/10，第 131 段)。此外，委员会 2013 年暂时通过的第 4 条第 3 款草案也是按照这一区别进行表述，规定“终止属人豁免不妨碍适用有关属事豁免的国际法规则”(见委员会对第 4 条草案的评注，特别是第(7)段，《国际法委员会第六十五届会议工作报告》，A/68/10，第 49 段)。相关内容，见特别报告员的第三次报告，A/CN.4/673，第 11 段。

17. 根据以往报告，属事豁免的基本特点可确定如下：

- (a) 给予所有国家官员；
- (b) 只适用于可描述为“以公务身份从事的行为”的行为；
- (c) 不受时间限制，即使享有豁免者不再是官员，属事豁免仍继续。²⁴

18. 构成此类豁免的规范要素必须从这三个特点推动得出，即：

- (a) 属事豁免的主体范围：哪些人享有豁免？
- (b) 属事豁免的实质范围：豁免涵盖这些人从事的哪些类型行为？
- (c) 属事豁免的时间范围：在多长时间可援引和适用豁免？²⁵

19. 虽然上述三个规范要素应作为整体进行分析，但其多样性和复杂性意味着要在特别报告员的报告中单独论述。第一个要素(主体范围)已在第三次报告中讨论，²⁶ 而本次即第四次报告将分析属事豁免的实质范围(“以公务身份从事的行为”概念)和时间范围。

20. 最后，需要提醒的是，正如以往报告所指出，²⁷ 将这三个方面描述为“属事豁免的规范要素”，并不意味着它们是界定可适用于此类豁免的法律制度时唯一考虑的要素。特别报告员尤其希望强调的是，这一描述不应被解读为宣告豁免有例外，或者确认豁免有绝对或无限性质。

B. “以公务身份从事的行为”概念

1. 一般考虑

21. 正如第三次报告所述，如果在某个案件中符合下列三个条件，个人即可享有属事管辖豁免：(a) 该人可被视为国家官员；(b) 该人由此以公务身份行事；以及(c) 该人是在任职期间行事。另一方面，有一种情况可能会出现，即虽然个人属于本条款草案所指的国家官员，而且是在任职期间行事，但其所从事的行为不能被视为“以公务身份从事的行为”。在这种情况下，外国刑事管辖豁免的可能性将不予考虑。

²⁴ 见 A/CN.4/661，第 50 段；以及 A/CN.4/673，第 12 和 13 段。这三个要素对应了在法律文献和判例法中以及在委员会以往工作中对属事豁免的不同定义。见 A/CN.4/673，特别是与该报告第 13 段对应的脚注 21 和 22。

²⁵ 属事豁免和属人豁免使用同样的方法，因为两类豁免都拥有被确定为规范要素的这三个要素。见 A/CN.4/661，第 55 段；以及 A/CN.4/673，第 13 段。

²⁶ 见 A/CN.4/673，特别是第 28-110 和 145-151 段。

²⁷ 见 A/CN.4/661，第 55 和 73 段；以及 A/CN.4/673，第 15 段。

22. 鉴于上述，在属事豁免的背景下，对“以公务身份从事的行为”显然必须十分重视，委员会所有成员和各国对此都已作了强调。有些人将其提升到排他程度，认为在确定属事豁免适用性时的唯一相关考虑因素是有关行为是否为“以公务身份从事的行为”，而不论行为由谁实施。国际法委员会没有采用这一办法，²⁸ 但这并未减弱官员举止(“以公务身份从事的行为”)在属事豁免一般结构中的重要作用。这一作用源于此类豁免不同寻常的功能性质，其中国家的存在体现为两种互有区别但互为补充的联系：一种联系将官员与国家挂钩，另一种联系将国家与某些代表主权表述和行使政府权力职能的行为挂钩。

23. 因此，这两个要素(主体和实质)相互紧密关联，但又构成不同的概念类别，必须单独进行分析和论述。两个要素的独立性质是委员会上届会议的讨论主题，在第六委员会也有提出，特别报告员在第三次报告中作了如下阐述：

145. ……确定属事豁免对谁适用，是此类刑事管辖豁免的规范要素之一。确定这些人员的第一项标准是存在与国家的联系，以此证明给予他们刑事管辖豁免符合国家利益，目的在于保护国家的主权特权。因此，与国家的这一联系是界定“官员”概念的中心要素。

146. 这一联系牵涉到“以公务身份从事的行为”概念，后者构成属事豁免的第二个规范要素，但两者不能等同或混淆。相反，为界定此类豁免的主体范围，在提到与国家的联系时只能说，个人可代表国家或以国家之名行事，履行包括行使政府权力在内的职能。因此，在界定属事豁免中的“官员”概念时，对个人所从事的行为的具体内容将不作考虑；上述内容牵涉到“以公务身份从事的行为”的概念和范围，所以将在下一次报告中进行分析。简言之，享有属事豁免者与国家之间存在联系，应理解为是指当事人有能力从事包括行使政府权力在内的行为。官员从事的某一具体行为是否享有豁免，将取决于……所涉行为能否被视为“以公务身份从事的行为”，以及该行为是否在此人担任国家官员时实施。²⁹

24. “国家官员”与“以公务身份从事的行为”这两个概念之间的关系，是委员会第六十六届会议热烈辩论的主题。委员会一些成员的理解是，第 2(e)条草案、特别是其中第(二)分段提出的“官员”定义，同时包含了外国刑事管辖属事豁免的主体和实质要素。特别报告员认为，这个问题可通过上文所引用的第三次报告相关段落的措辞加以解决，但委员会选择避免在“官员”与“行为”这两个概念之间出现任何可能的混淆，将第 2(e)条中的“行为”移除，取而代之以“代表国家或行使国家职能的个人”。这些中性术语界定了官员与国家的联系，对豁免所涵

²⁸ 见对第 5 条草案的评注第(3)段，《国际法委员会第六十六届会议工作报告》，A/69/10，第 132 段。

²⁹ 见 A/CN.4/673。脚注已自引文中略去。另见第 12 和 13 段。

盖行为的类别不作暗示判断。³⁰ 无论如何，正如第三次报告所述，此类行为的划分都仍有待在今后的研究中确定。³¹ 本报告就完成了这项任务。

25. 界定“以公务身份从事的行为”的概念和特点，对作为整体来理解的国家官员外国刑事管辖豁免专题而言是一个相当重要的事项。不过，这只对属事豁免有实际效果，因为在属人豁免情况下，国家元首、政府首脑和外交部长从事的所有行为都已适用豁免，不论这些行为是以私人身份、还是以公务身份实施。因此，“以公务身份从事的行为”这一概念就成了属事豁免的特有和基本要素，分析这一概念对于本专题有着极为重要的意义。

26. 鉴于上述，接下来将对以下问题进行分析：使用“以公务身份从事的行为”这一表述，相对于“以私人身份从事的行为”；“以公务身份从事的行为”的识别标准；以及“以公务身份从事的行为”、责任与豁免之间的联系。分析的目的是确定“以公务身份从事的行为”所具备的特点，并将其用于陈述对该术语的拟议定义。

2. “以公务身份从事的行为”与“以私人身份从事的行为”

27. 委员会第六十五届会议在暂时通过第4条第2款草案时，决定采用“以公务身份从事的行为”的表述，相对于国家元首、政府首脑或外交部长“以私人身份从事的行为”，从而遵循了国际法院在“逮捕证”案中的用法。³² 自那时以来，委员会一直使用“以公务身份从事的行为”这一表述来指称原则上由属事豁免涵盖的行为。本报告将使用同一术语。

28. 然而，对实践和专业法律文献所作的分析显示，有许多短语被用来指称官员所从事的可能导致属事豁免的行为，例如“公务行为”、“代表国家的行为”、“以国家名义的行为”、“公行为”、“政府行为”、甚至“国家行为”。这些短语往往互换使用，并因此被视为同义，但应当指出，它们在使用中并不总是含义相同。不过，本报告无需对上述不同短语进行详细分析，因为这与本专题关系不大。此外，特别是在法律文献中，“以公务身份从事的行为”这一表述似乎是最常见用语。

29. 尽管如此，应当指出，对其中一些短语在某些背景下的使用必须进行极为谨慎的分析，因为它们所指的现象可能与本报告所审议的不同。“国家行为”的表述尤其如此，在一些普通法国家，特别是美国和联合王国，该短语用在“国家行为学说”的背景之下。正如文献中经常指出，该学说在其他法律体系中不被承认，

³⁰ 见对第2(e)条草案的评注第(9)、(10)和(11)段，《国际法委员会第六十六届会议工作报告》，A/69/10，第132段。

³¹ A/CN.4/673，第152段。

³² 见对第4条草案的评注，特别是第(3)和(4)段，《国际法委员会第六十五届会议工作报告》，A/68/10，第49段。

与管辖豁免不完全契合，而且也不以习惯国际法为基础。不过，其实际后果有时与管辖豁免的后果相似，这导致两个概念有一定程度的混淆。³³

30. 还必须注意到，“以公务身份从事的行为”与“以私人身份从事的行为”之间的区别并不等同于国家豁免所特有的统治权行为与管理权行为之间的区别，两者也不应混淆。“以公务身份从事的行为”的范围比“统治权行为”更广，因为前者可能涵盖国家官员在履行任务和行使国家职能时从事的某些管理权行为。

31. 此外，应当指出，“以公务身份从事的行为”与“以私人身份从事的行为”之间的区别同合法行为与违法行为之间的区别没有任何关系。相反，在国家官员外国刑事管辖豁免的背景下，按照定义，前两类行为都被认为是刑事违法行为。如果不违法，豁免主张所针对的法院地国就没有理由行使刑事管辖。

32. 无论如何，应该强调指出，“以公务身份从事的行为”这一表述是作为“以私人身份从事的行为”的对立面而获得含义。但在上述否定性或排他性含义之外，“以公务身份从事的行为”这一表述还是有些模糊。当代国际法没有对此类行为作出定义，考虑到不同国家的立法可能存在重大差异，国内法对于本讨论也意义不大。此外，在界定条款草案中“以公务身份从事的行为”这一表述的范围和含义时，国内立法不应作为决定性因素，因为条款草案的目的是确定适用于国家官员外国刑事管辖豁免的国际法律框架；国内立法应当仅仅作为补充解释工具。

33. 简言之，将“以公务身份从事的行为”作为“以私人身份从事的行为”的对立面来考虑可能有益于抽象理解某一行为是否由属事豁免所涵盖，但将这两种表述当成相互排斥的用语却无助于确定此类豁免实质要素的范围和内容。为实现这个目标，有必要确定以公务身份从事的行为的识别特征。

3. “以公务身份从事的行为”的识别标准

34. 鉴于上述，确定“以公务身份从事的行为”的识别标准显然很重要。为了做到这一点，需要遵循第三次报告中分析“国家官员”概念时采用的办法和结构，对实践进行分析。³⁴ 下文将连续分析国际及国家司法实践、条约实践和国际法委员会以往与本专题特别相关的工作。

(一) 国际司法实践

35. 国际法院、欧洲人权法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭所发布的判决以这样或那样的方式提到在豁免背景下“以公务身份从事的行为”这一概念。

³³ Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, 3rd edition, Oxford University Press, 2013, p. 53-72. Rubén Carnerero Castilla, *La inmunidad de jurisdicción penal de los Jefes de Estado extranjeros*, Iustel, 2007, pp. 36-44.

³⁴ 见 A/CN.4/673, 第 29-110 段。

36. 需要提醒注意的是，国际法院在“2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)”和“刑事事项互助若干问题案”中提到国家官员的豁免，在两案中都对国家高级官员从事的各种行为的性质发表了意见。此外，“国家管辖豁免案”虽然只提及国家豁免，但也考虑到以公务身份从事的行为这一概念。最后，“与起诉或引渡义务有关的问题案”也源自被指称以公务身份从事的行为，尽管法院最终无须就这些行为发表意见。

37. 在上述第一个案件中，申请事由与刚果民主共和国外交部长阿卜杜拉耶·耶若迪亚·恩多姆巴西实施的一系列严重违反日内瓦四公约及其附加议定书并构成危害人类罪的行为有关。在判决书中，法院表示外交部长享有刑事管辖豁免，并申明“给予豁免并非为其个人利益，而是为了确保他们切实代表各自国家履行职能。”³⁵

法院对这些职能作了详细分析，描述如下：

外交部长负责本国政府的外交活动，通常代表政府参加国际谈判和国际会议。大使和其他外交代表根据外交部长的授权履行职责。外交部长的行为可能对其所代表的国家具有约束力，而且有一种推定是，外交部长仅凭其所任职务，即全权代表国家行事(例如，见1969年《维也纳条约法公约》第七条第二款(a)项)。[……]通常由外交部长确定对外交代表的授权，并会签外交代表的委任书。最后，代办是向外交部长委派。³⁶

38. 可以看到，此类活动产生于行使最高级别政府权力所固有的特权；因此，在确定何种行为构成以公务身份从事的行为的识别标准时，必须考虑到上述例子。不过，需要注意的是，希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官在他们的联合个人意见中质疑

“[可否将]严重国际犯罪视为公务行为，因为这些行为既不是正常的国家职能，也不是国家(相对于个人)能够单独履行的职能”。

他们补充表示，

“人们越来越认识到，与国家有关的动机不是确定何种行为构成国家公行为的适当测试标准”。³⁷

39. 上述提交国际法院的第二个案件，起源于法国在借调到吉布提司法部的法国法官贝尔纳·博雷尔先生无故死亡后启动的各种司法程序。司法程序中启动了调

³⁵ 2000年4月11日逮捕证案(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51和53段。

³⁶ 同上，第53段。

³⁷ 同上，“希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的联合个人意见”，第85段。

查，基于两名吉布提官员的陈述，调查提供间接证据表明启动调查时的共和国总统伊斯梅尔·奥马尔·盖莱先生与博雷尔先生的死亡有牵连。法院据此向他发出传票，要求他为案件作证。另两名吉布提高官，贾马·苏莱曼·阿里先生(共和国检察官)和哈桑·赛义德·卡里赫先生(国家安全局长)被传唤作为受法律援助的证人作证，法国法院发出了对他们的欧洲逮捕令。这两人最终被起诉并判定犯有威胁证人罪。上述两案对本报告有特别意义。国际法院没有裁决这两名高官是否享有属事豁免，但在分析这种可能性时，该法院的陈述牵涉到界定“以公务身份从事的行为”这一概念。法院尤其明确提到被认定为以公务身份从事的行为需要满足的条件，即归罪的行为

“确实是[这些官员]作为国家机关的职责范围之内行为”。³⁸

此外，国际法院指出，吉布提从未告知法国“受指控的行为[……]是其自身行为，共和国检察官和国家安全局长是其实实施这些行为的机关、机构或部门”，³⁹ 法院以此暗示，将行为归于国家是确定豁免可能性的要件。

40. 在“国家管辖豁免案”中，引发案件的事由是第二次世界大战期间，德意志第三帝国武装部队及其他机关在意大利和希腊针对持意大利或希腊国籍者实施的谋杀、监禁和剥夺战俘地位的行为。虽然法院裁决的是德国的豁免问题而非德国官员的豁免问题，但法院在判决书中提到上述行为，认定这些行为应被视为统治权行为，这意味着行使主权权力，因此是在国家管辖豁免所涵盖的范围之内。⁴⁰ 为得出上述结论，法院分析了统治权行为与管理权行为的区别，虽然这与本报告的目的无关，但其中所含论证可用于辨明以公务身份从事的行为的一些特点。例如，法院表示：

“法院认为，‘统治权’和‘管理权’的措辞并不意味着所涉行为具有合法性，而是指对所涉行为是参照规范行使主权权力的法律(*jus imperii*)来评判，还是参照关于国家非主权活动、特别是私人 and 商务活动的法律(*jus gestionis*)来评判。”⁴¹

41. 上述行为也被科罗马法官⁴² 和加亚专案法官⁴³ 称为“主权行为”。另一方面，坎卡多·特林达德法官则在其反对意见中认定，不能在提到构成国际犯罪的

³⁸ 刑事事项互助若干问题案(吉布提诉法国)，判决书，《2008年国际法院案例汇编》，第191段。

³⁹ 同上，第196段。

⁴⁰ 国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决书，《2012年国际法院案例汇编》，第60和61段。

⁴¹ 同上，第60段。

⁴² 同上，“科罗马法官的个人意见”，第4段：“决定调遣国家武装部队参与武装冲突是典型的主权行为。”

行为时援引主权，因为“国际犯罪不是国家行为，也不是‘私人’行为；犯罪就是犯罪，不论实施者是谁”。⁴⁴

42. 最后，“比利时诉塞内加尔案”的起因是侯赛因·哈布雷先生被指称在担任乍得总统期间实施了灭绝、酷刑、迫害和强迫失踪行为。然而，国际法院并没有就这些行为的性质以及能否为豁免所涵盖作出裁定，而是仅仅保留各当事方在比利时和塞内加尔进行的国内诉讼中提出的论点。⁴⁵

43. 就欧洲人权法院对本报告所议专题的贡献而言，首先应当指出，一般来说，欧洲法院的判决书不会提及国家官员的外国刑事管辖豁免，而会提到国家的民事管辖豁免；⁴⁶ 而且法院在所有案件中都宣布，民事管辖豁免与 1950 年 11 月 4 日通过的《欧洲保护人权与基本自由公约》第六条确认的获得公平审判的权利保持一致。不过，欧洲法院也确实在判决书中提到过国家官员从事的具体行为，因此，该法院的宣判有助于确定“以公务身份从事的行为”的特征。

44. 提交欧洲人权法院的“*McElhinney* 诉爱尔兰案”的起因是一名爱尔兰公民在穿越北爱尔兰与爱尔兰共和国之间一个边境检查站时的行为所导致发生的事件。英国士兵追赶该公民到了当时的爱尔兰领土上，申诉人称其间他受到了虐待和人身攻击，而英国士兵也没有正确履行职责。尽管该判决书对外国刑事管辖豁免提出了其他有意思的论点，但这里值得强调的是，欧洲法院认为，“士兵在外国领土上的行为与国家主权的核心理域密切相关。[……]就其本身的性质而言，可能牵涉到影响国家之间外交关系及国家安全的问题”。因此，判决书将申诉至法院的行为归为统治权行为，属于豁免所涵盖的国家行为。⁴⁷

⁴³ 同上，“加亚专案法官的反对意见”，第 313 页。加亚法官指出，一项活动若要被说成统治权，必须“[是]在国家行使主权时[发生]”。还需要注意的是，加亚专案法官提出了一个有趣的细微差别，他认为统治权行为与管理权行为之间的区别同针对蓄意伤人或类似行为提出的索赔无关（第 313 页）；他的结论是，“[……]即使豁免通常涵盖与法院地国境内军事活动所致损害有关的索赔，豁免也不会延伸到在同一国境内与屠杀平民或酷刑有关的索赔”（第 319 页）。

⁴⁴ 同上，“坎卡多·特林达德法官的反对意见”，第 181 段。一般而言，见第 178 段起。

⁴⁵ 与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 20 和 22 段。

⁴⁶ 欧洲人权法院在 2001 年 11 月 21 日关于 *Al-Adsani* 诉联合王国案(第 35763/97 号诉状)的判决中(第 34、61 和 66 段)，特别提到民事和刑事诉讼的区别。然而，投票反对该判决的法官们拒绝承认这种区别(见 *Rozakis* 法官和 *Caflich* 法官的联合反对意见，*Wildhaber* 法官、*Costa* 法官、*Cabral Barreto* 法官和 *Vajić* 法官支持该反对意见)。2014 年 1 月 14 日，欧洲人权法院在 *琼斯等人诉联合王国案*(第 34356/06 号和 40528/06 号诉状)的判决书第 207 段中再次强调这种区别。*Kalaydjieva* 法官在反对意见中也批评了这种区别。但是，联合王国政府认可上述区别(见判决书第 179 段)。

⁴⁷ 见 *McElhinney* 诉爱尔兰案(第 31253/96 号诉状)，大审判庭，判决书，2001 年 11 月 21 日，特别是第 38 段。

45. 在“*Al-Adsani* 诉联合王国案”中，诉状所基于的事实是申诉人据称在科威特国家安全部门监狱以及被政府车辆运至科威特埃米尔兄弟的宫殿后，遭到酋长贾比尔·萨巴赫·阿勒沙特·萨巴赫及其他两人的拘禁和酷刑。由于英国法院已经审理了对三名涉事人的案件，在缺席的情况下对酋长作出判决并允许申诉人对其他两人采取行动，⁴⁸ 因此欧洲人权法院没有就实施酷刑行为的人员是否享有豁免权进行裁决，但隐含地评价了所涉行为的性质。在这方面，法院认定这种行为构成强制法所禁止的酷刑；⁴⁹ 但又指出，不可能在当时适用的国际法中找到任何例外来剥夺国家在与此类行为有关的民事诉讼中的豁免权。⁵⁰ 诚然，法院没有明确将酷刑行为描述成国家行为或以公务身份从事的行为，但上述论点也就等于承认酷刑是可归于国家的行为，因此，这从表面上就可被视为实施者以公务身份从事的行为。

46. 在“*Jones* 等人诉联合王国案”中，欧洲人权法院必须就沙特阿拉伯官员在申诉人被拘于沙特阿拉伯期间实施的酷刑行为的豁免问题作出裁定。第三次报告已经提到，该案判决书从各个角度看都非常有意义，委员会在工作中应继续予以分析。⁵¹ 关于“以公务身份从事的行为”这一概念，该法院的下列陈述值得注意：

“国家豁免原则上是为代表国家行事的外国雇员或官员个人提供保护。”⁵²

以及

“个人只能享有国家属事豁免，而且受质疑的行为必须是在执行公务时实施”。⁵³

此外，该法院提到《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》，指出：

“《禁止酷刑公约》将酷刑界定为由‘公职人员或以公务身份行事的其他人’施加的行为。该定义似在支持这样一个论点，即为国家豁免的目的，酷刑行为可以‘公务身份’实施”。⁵⁴

⁴⁸ 见 *Al-Adsani* 案判决书，第 14 和 15 段。

⁴⁹ 同上，第 58 和 61 段。

⁵⁰ 同上，第 66 段。

⁵¹ 需要注意，该案的一个特点是，申诉到欧洲人权法院的司法行为最初并未指向国家豁免，而是指向单独被起诉的沙特阿拉伯官员的管辖豁免。还应补充一点，英国法院进行了冗长的诉讼程序，在此过程中，英国法院关于上述官员被控实施酷刑行为有关的民事管辖豁免问题的立场随后被提起上诉，实质性意见发生了改变。

⁵² 同上，第 204 段。

⁵³ 同上，第 205 段。

因此，看来这些行为至少从表面上可被视为以公务身份从事的行为。

47. 在分析欧洲人权法院的判例法时，最后还应提及该法院最近发布的一项判决，虽然该判决涉及受国内法规范的豁免，但其所含要素对于界定以公务身份从事的行为的特点也可能有意义。该判决是在“*Urechean 和 Pavlicenco 诉摩尔多瓦共和国案*”中作出，⁵⁵ 其中提到摩尔多瓦总统于 2004 年和 2007 年发表公开讲话，指责两名申诉人分别创设了一个黑手党式的腐败系统并与国家安全委员会(克格勃)有关联。当事人在摩尔多瓦法院提起的污蔑或诽谤诉讼被驳回，因为法院认为上述讲话是总统在履行公务时作出，属于豁免所涵盖的范围。申诉人则辩称，总统的诽谤性言论不是以其总统身份作出，而是在这之外以政党领袖的身份作出。法院考虑到，在绝对意义上，国家元首的言论可以被豁免涵盖，因此没有去认定该案中的发言是公务行为还是私人行为，但法院的确也强调国内法院有必要确证受指摘的言论是否是在履行公务时作出，特别是要考虑到对摩尔多瓦共和国总统在履行公务时从事的行为给予的豁免是永久性的，不会在其离职时终止。从这个角度看，法院已经就是否需要确立行为的公务或私人性质，包括行为是否自始明确表现为公务性质，启动了重要辩论。本报告应将这一辩论情况考虑在内。

48. 在本节结束时，需要提请注意的是前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉分庭 1997 年 10 月 29 日在“*检察官诉蒂霍米尔·布拉斯基奇案*”中的判决，该判决在述及属事豁免时经常被引用。⁵⁶ 法庭发布该判决是因为克罗地亚请求审查第二审判分庭 1997 年 7 月 18 日的裁定，该裁定命令一名克罗地亚官员到庭应讯并出具某些官方文件供法庭使用(传唤)。上诉分庭的结论是，被传唤的官员是在行使国家公务职能时行事，其行为不归于其本人，而是归于国家(以公务身份从事的行为)；⁵⁷ 因此，这些行为不属于“以私人身份行事的个人”所从事的行为(以私人身份从事的行为)。⁵⁸

(二) 国家司法惯例

49. 国家法院的惯例对于界定“以官方身份实施的行为”的概念特别重要，因为国家法院是必须对可能受国家官员的外国刑事管辖豁免影响的案件作出裁决的司法机构。国家法院裁决所涉某些行为，从属事豁免的角度来看，可能属于豁免范围。下文将讨论这种惯例，其方法是审视处理与确定“以官方身份实施的行为”的基本

⁵⁴ 同上，第 206 段。

⁵⁵ 见 *Urechean 和 Pavlicenco 诉摩尔多瓦共和国案*(第 27756/05 和 41219/07 号诉状)，判决书，2014 年 12 月 2 日。

⁵⁶ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，上诉分庭，*检察官诉蒂霍米尔·布拉斯基奇案*，IT-95-14-AR 108，1997 年 10 月 29 日。

⁵⁷ 同上，第 38 段。

⁵⁸ 同上，第 49 段。

特征有关的问题的刑事程序和民事案件的结果,这种方法与第三次报告中所用方法相同。这种分析有两个目的。第一,确定哪些行为形式在实践中被声称应属于豁免范围,从而可被视为“以官方身份实施的行为”的初步证据。第二,设法找出这种行为形式有哪些共同特点,可被视为用以确定以官方身份实施的行为的准则。

50. 关于刑事程序,首先,值得注意的是,援引豁免仅仅针对少数几类刑事犯罪行为。在多数案件中,这类行为是国际法范畴内的犯罪行为,包括酷刑、大规模杀戮、灭绝种族、法外处决、强迫失踪、强迫怀孕、驱逐、剥夺战俘地位、奴役和强迫劳动、恐怖行为等。⁵⁹ 有时提及这些罪行时采用具体罪名,而在其他案件中则笼统地提及危害人类罪、战争罪以及系统地严重侵犯人权行为。⁶⁰ 其次,法院也审理由武装部队或安全机构成员实施、不属于上述类别的其他行为,包括虐待、滥用权力、非法拘留、绑架、无视司法的行为以及与警务和执法有关的其他行为。⁶¹ 最后,涉及转移和非法挪用公共资金、洗钱和其他与腐败有关的行为、贩毒等行为时,也有人声称自己享有豁免。⁶² 关于民事程序,应该指出,在多数案件中,援引豁免涉及关于上文提及的一些犯罪行为造成的损害的指

⁵⁹ 关于 *Rauter* 案,荷兰,特别上诉法院,1949年1月12日判决,16,国际法案例汇编,553(德国在丹麦的占领部队犯下的罪行)。以色列检察长诉 *Adolf Eichmann* 案,耶路撒冷地区法院(案件号 40/61),1961年12月11日判决以及上诉法庭 1962年5月29日判决;36,国际法案例汇编,18和277(第二次世界大战期间犯下的罪行,包括战争罪、危害人类罪和灭绝种族)。亚西尔·阿拉法特(*Carnevale re. Valente-Imp. Arafat e Salah*)案,意大利,上诉法院,1985年6月28日判决; *Rivista di diritto internazionale* 69 (1986)(销售武器及与赤军勾结从事恐怖行为)。 *R. v. Mafart and Prieur* (“彩虹勇士”号案),新西兰,高等法院,奥克兰登记处,1985年11月(法国武装部队和安全部队成员用水雷炸“彩虹勇士”号船的行为,结果导致船只沉没,数人死亡;这些行为被称为恐怖行为)。叙利亚驻德意志民主共和国前大使案,德国联邦最高法院,德国宪法法院,1997年6月10日判决(案件审查了针对一名前大使的法律行动,据称该大使曾在外交房舍内藏有武器,这些武器后来被用于恐怖行为)。 *Bouterse* 案, R 97/163/12 Sv 和 R 97/176/12 Sv,阿姆斯特丹上诉法院,2000(酷刑、危害人类罪)。卡扎菲案,巴黎上诉法院,2000年10月20日判决,以及最高上诉法院 2001年3月13日判决;125,国际法案例汇编,490和508(下令用炸药使一架飞机坠毁,造成170人死亡,被认为是恐怖行为)。检察官诉侯赛因·哈布雷案,达喀尔上诉法院(塞内加尔),2000年7月4日判决,以及最高上诉法院 2001年3月20日判决;125,国际法案例汇编,571和577(酷刑行为和危害人类罪)。 *Sharon and Yaron* 案,布鲁塞尔上诉法院,2002年6月26日判决;127,国际法案例汇编,110(战争罪、危害人类罪和灭绝种族)。A. 诉联邦检察官办公室(*Nezzar* 案),瑞士联邦刑事法院(案件号 BB.2011.140),2012年7月25日判决(酷刑和其他危害人类罪)。

⁶⁰ 关于 *Doe* 案,美国,860, F.2d 40(第二巡回法庭,1988年)(侵害法轮功友人权的行为)。

⁶¹ 边界卫兵案,德国联邦刑事法院,1992年11月3日裁决(第5号案件, StR 370/92); 100,国际法案例汇编,364(一名年轻德国人试图越过所谓柏林墙时被德意志民主共和国边界卫兵开枪打死)。 *Norburt Schmidt* 诉联合王国政府内政大臣案,最高法院(爱尔兰),1997年4月24日判决(原告被国家官员拘留的非正常情形)。 *Khurts Bat* 诉德国案,联合王国[2011] EWHC 2029 (Admin)(绑架和非法拘留)。

⁶² 美国诉诺列加,美国上诉法院,第十一巡回法庭,1997年7月7日判决(诺列加担任巴拿马武装部队司令时,将国际毒品贩运到美国)。巴黎上诉法院,2013年6月13日和2015年4月16日判决。

控，⁶³ 但在一些案件中，民事管辖豁免也用于非刑事性质的行为，例如不还债务、不履行个人义务、因事故造成人身伤害等。⁶⁴ 在所有案件中，豁免问题都与被告作为国家官员的实际地位或所称地位有关。⁶⁵

51. 国家法院对豁免问题的反应各不一样。根据所分析的司法裁决无法得出结论认为国家法院统一采用一致的做法。相反，这些裁决是以不同的法律方法和推理为依据的，国家法院在这些裁决中考虑到被告作为国家官员的地位、援引豁免所针对的行为的性质以及在一些情况下法院地国或官员所属国政府当局的立场。

⁶³ 菲律宾共和国诉马科斯等人。美国上诉法院，第二巡回法庭，1986年11月26日判决(利用权力挪用大笔属于菲律宾政府和人民的资金)。Saltany 诉里根等人，美国哥伦比亚特区地区法院，1988年12月23日判决(美国空军对利比亚目标进行轰炸，造成人员伤亡、财产损失；英国当局允许使用其境内的基地进行轰炸，因而也受起诉)。Herbage 诉 Meese，美国 747 F. Supp. 60 (DDD 1990)；98，国际法案例汇编，101(引渡一名英国公民到美国；被告声称，执行引渡的国家官员实施了非法行为)。Hilao 等人诉马科斯，美国上诉法院，第九巡回法庭，1994年6月16日判决(1971年情报官员在执行马科斯总统宣布的军法时实施酷刑、即决处决、造成失踪等行为)。Lafontant 诉阿里斯蒂德，美国纽约东区地区法院，1994年1月27日判决(关于海地安全部队执行阿里斯蒂德总统的命令法外杀戮一名海地国民的指控)。McElhinney 诉 Williams，爱尔兰，1995年，104，国际法案例汇编，691(一名爱尔兰公民越过北爱尔兰与爱尔兰共和国边界时被一名英国士兵迫害、拘留和虐待)。Kadic 诉 Karadžić，美国上诉法院，第二巡回法庭，1995年10月13日判决(波斯尼亚内战期间，以系统性侵犯人权的方式，作为灭绝种族活动的一部分实施的绑架、强迫卖淫、强迫怀孕、酷刑、即决处决等行为)。Voiotia 区诉德意志联邦共和国，Livadia 一审法院(希腊)，1997年10月30日判决(德国占领部队在第二次世界大战期间在 Voiotia 区 Distomo 镇对平民及其财产实施的罪行)。Jaffe 诉 Miller 等人，安大略上诉法院，1993年6月17日判决(美国政府官员在企图引渡原告失败后在加拿大进行绑架并将被绑架者转到佛罗里达)。A, B, C, D, E, F 诉江泽民，美国，2002年(对法轮功功友实施酷刑、灭绝种族、侵犯生命权、自由和人身安全、思想自由、良心自由和宗教自由等行为。美国法院接受了国务院提出的豁免意见，没有作出裁决)。Ferrini 诉德国，意大利上诉法院，2004年3月11日判决(一名意大利公民被递解到德国，被强制劳动，被剥夺战俘地位)。Bouzari 等人诉伊朗伊斯兰共和国；加拿大检察长等人参加诉讼，安大略上诉法院，2004年6月30日判决(绑架、非法拘留、酷刑和死亡威胁)。Ali Saadallah Belhas 等人诉 Moshe Ya'alon，美国上诉法院，哥伦比亚特区巡回庭，2008年2月15日判决(1996年轰炸 Qana 时在联合国驻地造成的人员伤亡)。

⁶⁴ Mellerio 诉西班牙前女王 Isabelle de Bourbon 案，巴黎上诉法院，1872年6月3日判决(被告获得珠宝而不付钱)。Seyyid Ali Ben Hammond, Prince Rashid 诉 Wiercinski, Seine 民事法庭，1916年7月25日判决(拒付按摩费)。埃及前国王 Farouk 诉克里斯汀·迪奥案，巴黎上诉法院，1957年4月11日判决(前国王 Farouk 拿到衣服而不付钱)。Ali Ali Reza 诉 Grimpel，巴黎上诉法院，1961年4月28日判决(以私人身份租房)。Chiudian 诉菲律宾国家银行和另一方，美国上诉法院，第九巡回法庭，1990年8月29日判决(有争议的行为是欠原告的钱没付，原因是菲律宾政府在马克斯总统的统治结束后设立的善治委员会发出命令阻止付款)。Jungquist 诉 Sheik Sultan Bin Khalifa al Nahyan，美国哥伦比亚特区地区法院，1996年9月20日判决(邀请原告的女儿参加一次私人郊游，原告的女儿在郊游时受脑损伤，被告曾经承诺支付医药费，但结果没有付)。

⁶⁵ 特别报告员在第三次报告中分析了在外国法院对国家官员提起诉讼的各类情况。见 A/CN.4/673，第 31-33 段。

52. 关于国家法院允许属事豁免的案件，大多数司法裁决都以官员的地位及该官员的行为归于国家行为的性质为依据。在这方面，有必要转载特别报告员在第三次报告中的意见：⁶⁶

34. ……在给予外国官员属事刑事豁免的情况下，国家法院将这种管辖豁免与其作为国家代理人的身份相联系。例如，上议院在对沙特阿拉伯一些官员提起的诉讼中认为，“所有被告个人在有关时刻担任或声称担任公务员或代理人”，“他们的行为因此归属于该王国”。⁶⁷ 在德国联邦最高法院裁决的另一个案件中，争议问题是英国警察的行为，法院称“就有关条约的履约情况而言，伦敦警察厅，因此其负责人，是在担任明确任命的英国国家代理人。(……)此类代理人的行为构成直接的国家行为，不能归属为授权实施这些行为的人员的私人活动。⁶⁸ 爱尔兰最高法院采取了类似的立场，认为警察“打算和有意履行并事实上在履行其职位的职责和职能”。⁶⁹ 法国法院评论了被起诉官员与国家之间的关系，就海事当局执行主任指出，“他正在因作为代表马耳他和受其控制的公职人员职能的一部分而实施的行为被追究责任。⁷⁰ 关于塞内加尔前国防部长的刑事管辖豁免，他们认为，“[该部长，]由于其职能的特殊性，以及主要是国际范围，必定能够以其代表的国家的名义自由活动”。⁷¹

35. 国内法院受理对官员的民事诉讼的推理过程中，也考虑到了官员与国家之间的关系。在美国给予管辖豁免的一些先例中可以看到这方面的例子，官员代表国家行事，即“根据(他的)官方身份”⁷² 和“作为国家的代理人或手段行事”。⁷³ 根据这个原则，相反，美国法院认为，“对在权限范围以外行

⁶⁶ 见 A/CN.4/673，第 34 和 35 段。原文脚注予以保留，但在本报告里予以重编号码，并予以简化。

⁶⁷ *Jones* 诉沙特阿拉伯王国内政部，上议院(联合王国)，2006 年 6 月 14 日的判决(Lord Bingham of Cornhill, paras. 11 and 13)。

⁶⁸ 科学教教会案，联邦最高法院(德国)，1978 年 9 月 16 日的判决(国际法案例汇编第 65 卷，第 198 页)。

⁶⁹ 施密特诉联合王国内政部，最高法院(爱尔兰)，1997 年 4 月 24 日的判决。

⁷⁰ 财政部法官诉马耳他海事当局及 *Carmel X*，最高法院刑事庭(法国)，2004 年 11 月 23 日的判决。

⁷¹ *Joola* 受害者家属协会案，最高上诉法院刑事庭(法国)，2010 年 1 月 19 日的判决。

⁷² *Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar* 等人诉 *Avraham Dichter*，美国纽约南区地区法院，2007 年 5 月 2 日的判决。

⁷³ *Ali Saadallah Belhas* 等人诉 *Moshe Ya'alon* 案，美国上诉法院哥伦比亚特区巡回法庭，2008 年 2 月 15 日的判决。

事的外国官员提起诉讼，并不意味着在美国法院对另一国政府进行起诉涉及的任何外交关切”。⁷⁴

53. 在一些案件中，法院不仅依据有关行为是代表国家行使的事实作出裁决，而且也就行为的性质作出裁决，强调这些行为是行使政府权力时实施的，或者是主权行为，并指出这些行为是执行公务。⁷⁵ 在这方面，美国一法院裁定，参与规划和执行轰炸利比亚的行动文职官员和军事官员是执行总司令(里根总统)的命令以官方分身行事，因此享有豁免。⁷⁶ 瑞士法院审理一个案件时裁定，属事豁免只能用于“行使官方职能的行为”。⁷⁷

54. 在一些案件中，国家法院对“国家主权活动”的含义作了裁决，甚至将其与“统治权行为”概念相联系。在德国一个案件中，联邦最高法院认为，“根据德国公法，警察权力的行使无疑是国家主权活动的一部分，应被称为统治权行为。因此，这种权力的行使不能被排除在豁免范围之外。”⁷⁸ 在另一案件中，德国宪法法院认为，与对外事务和军事权力、立法、警察权力的行使以及司法有关的活动是属于“国家权力范围”的行为。⁷⁹ 同样，被美国一法院列为“严格意

⁷⁴ *Rukmini S. Kline* 等人诉 *Yasuyuki Kaneko* 等人，最高法院，纽约郡(美利坚合众国)，1988年10月31日判决；*Chiudian* 诉菲律宾国家银行和另一方，美国上诉法院，第九巡回法庭，1990年8月29日判决；*Maximo Hilao* 等人诉、*Vicente Clemente* 等人、*Jaime Pio pongco* 等人诉费迪南德·马科斯家，美国上诉法院，第九巡回法庭，1994年6月16日判决；*Teresa Xuncax, Juan Diego-Francisco, Juan Doe, Elizabet Pedro-Pascual, Margarita Francisco-Marcos, Francisco Manuel-Méndez, Juan Ruiz Gómez, Miguel Ruiz Gómez 和 José Alfredo Callejas 诉 Héctor Gramajo* 以及 *Diana Ortiz 诉 Héctor Gramajo*，美国马萨诸塞地区法院，1995年4月12日判决；*Bawol Cabiri 诉 Baffour Assasie-Gyimah*，美国纽约南区地区法院，1996年4月18日判决。

⁷⁵ 在这方面，在卡扎菲案中，巴黎上诉法院在2000年10月20日判决中提及“政府当局或公共行政的行为”，并认为由于所指控的罪行构成国际罪行，因此不属于“国家元首职能”的范围。法院以这一论点为基础，认为这种行为构成豁免的例外。随后，最高上诉法院在2001年3月13日的判决中允许豁免，其裁决的依据是所援引的例外是不存在的。然而，最高上诉法院对巴黎上诉法院先前对这些行为的定性则保持沉默。关于 *Erika* 号船和马耳他海事当局案件中，使用了“政府权力行为”和“以国家主权为基础的行为”的术语，与简单的“管理行为”相对照(所举的行使国家职能的例子有让船只悬挂旗子、签发和保持航行执照——这些都是国家的行政行为——以及监测悬挂本国国旗的船只的情况的义务)。

⁷⁶ *Saltany* 诉里根等人，美国哥伦比亚特区地区法院，1988年12月23日判决。

⁷⁷ 瑞士联邦刑事法院在 *A. 诉联邦检察官办公室(Nezzar 案)* 中使用了“行使公务的行为”一语，瑞士联邦刑事法院(案件号 BB.2011.140)，2012年7月25日判决。

⁷⁸ 科学教教会案，德国联邦最高法院，1978年9月16日的判决；65，国际法案例汇编，193。在 *Propend Finance Pty Ltd. 诉 Sing* 案(英国上诉法院，1997年；111，国际法案例汇编，611)中，法院作了类似的裁决，认为警察行使职能的行为从本质上来说是政府活动的一种形式。美国一个法院也认为，警察活动是公务行为，无论多么蛮横，见 *沙特阿拉伯诉 Nelson*，美国最高法院，100，国际法案例汇编，544。

⁷⁹ *伊朗帝国案*，德国联邦宪法法院，1963年，45，国际法案例汇编，57。在 *Lozano 诉意大利*(案件号 31171/2008, ILDC 1085)中，武装部队成员的活动也被界定为公务行为，2008年7月24日判决。

义上的政治行为或公共行为”的有：国内行政行为，例如驱逐外国人；立法行为，例如国有化；与武装部队有关的行为；与外交活动有关的行为；公共贷款。⁸⁰ 法国法院将司法行为⁸¹ 以及与船只悬挂国旗有关的某些行政行为⁸² 界定为主权行为。其他法院将下列行为界定为行使主权的行爲：与以色列在被占领土设定居点的政策有关的行为、⁸³ 驱逐外国人、⁸⁴ 警察部队没收财产、⁸⁵ 发布关于在外国军事基地服务的人员的活动的报告，⁸⁶ 甚至还有雇佣打手恐吓某一宗教团体成员的行为。⁸⁷

55. 在一些案件中情况相反，国家法院认为，所涉行为超越了公务职能或国家职能的界限，因此不属豁免涵盖范围。例如，法院认为，谋杀政治对手⁸⁸ 或与贩毒有关的行为⁸⁹ 不构成官方行为。更笼统地来看，美国一法院认为，“如果官员的权力受规章的限制，超越此限制的行动即被视为个人行动，而非主权行动。官员所作所为不是主权国家授予的”。该法院指出，“外国主权豁免法并不豁免政府官员的非法行为”，因此，“官员虽具有权力身份，但没有在官方授权范围内行事，这就违反了国际法，无权享有外国主权豁免法规定的豁免。”⁹⁰ 美国另一法院甚至更加明确地指出，越权行为不能有主权豁免，因为行为侵犯原告人权的行爲是在权力之外实施的。如果官员实施未经国家官方授权的行为，即如果他们不是“在其权力范围内以官方身份行事”，那么他们就不能享受豁免。⁹¹ 如论如何，

⁸⁰ *Victory* 诉 *Comisaria*, 美国 336 F.2d 354(第二巡回法庭, 1964 年); 35, 国际法案例汇编, 110。

⁸¹ 12-81.676 号案件, 最高上诉法院刑事庭, 2013 年 3 月 19 日判决, 13.80.158 号案件, 最高上诉法院刑事分庭, 2014 年 11 月 23 日判决。瑞士法院在涉及西班牙一名法官发出的国际拘留令的 ATF 130 III 136 案中作了类似的裁决。

⁸² 马耳他海事当局案, 案件号 04-84.265, 最高上诉法院刑事庭, 2004 年 11 月 23 日判决。

⁸³ *Doe I* 诉以色列, 美国, 400 F. Supp. 2d 86, 106 (DDC 2005)。

⁸⁴ *Kline* 诉 *Kaneko*, 美国, 685 F. Supp. 386 (SDNY 1988); 101, 国际法案例汇编, 497。

⁸⁵ *First Merchants* 诉阿根廷, 美国, 190 F. Supp. 2d 1336 (SD Fla. 2002)。

⁸⁶ *Holland* 诉 *Lampen-Wolf* (联合王国), [2000] 1 WLR 1573。

⁸⁷ *Youming* 案, 美国, 557 F. Supp. 2d 131 (DDC 2008)。

⁸⁸ *Letelier* 诉智利, 美国, 748 F. 2d 790 (第二巡回法庭, 1984 年); 79, 国际法案例汇编, 561。

⁸⁹ *Jimenez* 诉 *Aristeguieta*, 311 F. 2d 547 (美国上诉法院第五巡回法庭, 1962 年); 美国诉诺列加。

⁹⁰ *Hilao* 等人诉马科斯, 美国上诉法院第九巡回法庭, 1994 年 6 月 16 日判决。法院认为, 酷刑、处决、造成失踪等行爲是马科斯在官方授权范围之外实施的; 这些行爲不能被视为外国国家机构的行为或外国国家从事的行为。

⁹¹ 关于 *Doe I* 等人诉 *Liu Qi* 等人、*Xiao Deren* 等人, 美国加利福尼亚北区地区法院(C-02-0672 CW, C-02-0695 CW)。

这种越权行为应有别于非法行为；若干法院认为，非法行为不受豁免，仅仅是因为这种行为是非法的，⁹² 甚至在所涉行为违反国际法的案件中也是如此。⁹³

56. 然而，应该指出，以上各段提及的论点并非总是统一适用于单一类别的犯罪行为。相反，在一些情况下，法院承认属事豁免对于特定犯罪行为适用，而在另一些情况下，法院则裁定同样的犯罪行为不符合豁免的要求。此外，在一些案件中，同一国家的法院作出的裁决中就有这种情况。判例中这一出入的重要例子是英国法院对酷刑的反应。上议院在皮诺切特第 3 号案件中指出，智利前总统不能享受属事豁免，因为法院认为《禁止酷刑公约》规定缔约国有义务起诉酷刑行为，因此任何形式的豁免都不可能适用于酷刑行为。⁹⁴ 但这并不构成法院关于酷刑是否作为“以官方身份实施的行为”的性质的最终裁决，因为上议院司法委员会七人中只有两人认为这种行为不构成官方行为，而其他人认为皮诺切特将军被指控的行为含有官方地位的某些要素，其中四人认为这些行为无论如何属犯罪行为。⁹⁵ 上议院在 *Jones 诉沙特阿拉伯王国内政部* 一案中承认若干沙特公民享有属事豁免，理由是被告的行为是作为沙特阿拉伯公务员或官员履行或意在履行职责的行为，因此他们的所有行为，包括酷刑，都是国家行为，属豁免范围。⁹⁶ 最后，最近在 *FF 诉检察署署长(Nasser 王子案)* 中，英国一法院应用审理皮诺切特第 3 号案件时所用的同一理念，认为巴林国王之子、皇家卫队指挥官 Nasser bin Hamad Al Khalifa 王子在酷刑罪中不享受属事豁免。⁹⁷ 鉴于皮诺切特案和 *Nasser 王子案* 诉讼程序的刑事性质以及 *Jones 案* 诉讼程序的民事性质，英国法院似乎对有关案件作出了不同的裁决。

⁹² *Jaffe 诉 Miller 等人*, 安大略上诉法院, 1993 年 6 月 17 日判决。阿根廷共和国诉 *Amerada Hess*, 81, 国际法案例汇编, 658; *McElhinney 诉 Williams*, 爱尔兰, 1995 年, 104, 国际法案例汇编, 691。

⁹³ *I Congreso del Partido 案*, 英国, 1981 年, [1983] 1 AC 244; 64, 国际法案例汇编, 307。在 *Jones 诉沙特阿拉伯案* 中, *Hoffman 勋爵* 不接受关于违反强制法的行为不能被视为官方行为的论点。

⁹⁴ *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate ex parte Pinochet Ugarte (No. 3)*, UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147。裁决由六票对一票作出；只有 *Goff 勋爵* 认为这种行为是豁免范围内的官方行为。

⁹⁵ 只有 *Brown Wilkinson 勋爵* 和 *Hutton 勋爵* 认为，酷刑不是“公共职能”或“政府职能”。*Goff 勋爵* 在反对意见中指出，这是“政府职能”，其他人也提出类似的看法：*Hope 勋爵* (“这是犯罪行为，但也是政府行为”)、*Saville 勋爵* (提及“官方酷刑”)、*Millett 勋爵* (“公共官方行为”)、*Philips 勋爵* (“这是犯罪行为，也是官方行为”)。

⁹⁶ *Jones 诉沙特阿拉伯王国内政部*, 上议院(联合王国), 2006 年 6 月 14 日判决。

⁹⁷ *FF 诉检察署署长(Nasser 王子案)*, 高等法院, 王座庭, 分院, 2014 年 10 月 7 日判决[2014] EWHC 3419 (Admin)。这次裁决的重要意义是，裁决是作为“同意命令”发布的，即是以原告与检察署署长达成的一致意见为基础的。在一致意见中，检察署署长同意对 *Nasser 王子* 提出的酷刑指控不在属事豁免范围之内。

57. 这些案件凸显了围绕酷刑的特殊问题，该问题在其他法院也提出过。在比利时法院审理的一个案件中，酷刑被界定为不能被视为属于正常行使国家元首职能范围内的行为，国家元首的任务之一是确保本国公民得到保护。⁹⁸ 荷兰一个法院表达了类似意见。⁹⁹ 上述关于某种形式的行为是否属于以官方身份从事的行为的分歧一般出现在有关国际犯罪的情况中。在若干案件中，法院认为，国际法范畴内的犯罪并不属于国家职能，因此不承认豁免。然而，在其他案件中，法院认为即使这些行为非法，属滥用权力，但它们都是以官方身份明确行使的行为，并因此给予豁免。希腊一个法院认定，武装部队犯下的罪行在国际责任中可归为国家行为，但在国家豁免中则不能被视为主权行为。¹⁰⁰ 还应当指出，在一些案件中，法院将国际法范畴内的犯罪视为豁免的例外，所依据的理由各不相同。¹⁰¹

58. 然而，值得着重指出的是，在与腐败有关的案件中，无论是转用或挪用公款、洗钱还是任何其他类型的腐败行为，国家法院一般都拒绝给予豁免权。在这方面，请注意特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼格案，其中法国法院两次就豁免作出裁决，确认挪用公款和洗钱“有别于按照主权原则和外交豁免原则受到国际惯例保护的履行国家职能的行为”，¹⁰² 恩圭马·奥比昂·曼格先生被指控的行为性质上与行使主权和政府权力无关，也不符合公共利益。¹⁰³ 根据同样的逻辑，法院不可接受的是，国家官员从事的与私人活动密切联系、谋求官员个人致富而非主权利益的行为可以得到豁免。¹⁰⁴

⁹⁸ 皮诺切特案，布鲁塞尔预审法官，1998年11月6日令。

⁹⁹ *Bouterse* 案，R 97/163/12 Sv and R/97/176/12 Sv，阿姆斯特丹上诉法院，2000年。

¹⁰⁰ *Voiotia* 区诉德意志联邦共和国，Livadia(希腊)一审法院，1997年10月30日判决。

¹⁰¹ 安大略省上诉法院，*Bouzari* 和其他人诉伊朗伊斯兰共和国案，2004年6月30日的裁决从豁免例外情况的角度审视酷刑问题，但认为此类例外情况无法成立。佛罗伦萨上诉法院在 *Ferrini* 案中认定，对构成国际犯罪的行为不能援引“职能豁免”。在 *Nezzar* 案中，瑞士联邦刑事法院指出，“很难承认有悖于国际法律秩序基本价值观的行为能够得到这一法律秩序规则的保护”。

¹⁰² 巴黎上诉法院，*Pde 7*，第二调查庭，2013年6月13日判决。

¹⁰³ 巴黎上诉法院，*Pde 7*，第二调查庭，请求废止2015年4月16日判决。引用的意见是法院在重新审查2013年6月13日判决的论据和意见后发表的。

¹⁰⁴ 美国诉诺列加，美国第十一巡回上诉法院，1997年7月7日判决。*Jungquist* 诉 *Sheikh Sultan Bin Khalifa Al Nahyan*，美国哥伦比亚特区地区法院，1996年9月20日判决。*Mellerio* 诉西班牙前女王 *Isabelle de Bourbon*，*Seyyid Ali Ben Hammoud*，*Prince Rashid* 诉 *Wiercinski*，Seine 民事法庭，1916年7月25日判决。埃及前国王 *Farouk* 诉克里斯汀·迪奥案，巴黎上诉法院，1957年4月11日判决。*Ali Ali Reza* 诉 *Grimpel*，巴黎上诉法院，1961年4月28日判决。*Trajano* 诉 *Marcos*，美国，978 F. 2d 493(第九巡回法庭，1992年)，103，国际法案例汇编，521。*Doe* 诉 *Zedillo Ponce de León*。*Jimenez* 诉 *Aristeguieta* (1962)，32，国际法案例汇编，353。*Jean-Juste* 诉 *Duvalier*(1988)，No. 86-0459 Civ(美国地区法院)，SD Fla. *Adamov* 诉联邦司法部，2005年12月22日判决。菲律宾共和国诉马科斯等人(1986)，81，国际法案例汇编，581。菲律宾共和国诉马科斯等人(No.2)(1987，1988)，81，国际法案例汇编，609。海地共和国诉 *Duvalier* [1990]

59. 在一些案件中，这一问题已在所谓“国家行为原则”的框架下在国内法院提出。如上文所述，“国家行为原则”在实践中有时与严格意义上的豁免相混淆。例如，在德国联邦最高法院审理的一个案件中，被告方援引“国家行为原则”，认为该原则不允许对他们进行起诉，因为他们一直在执行某一外国的命令，为其行事。¹⁰⁵ 另一法院认为，根据国家行为原则，“法院通常不对某一外国在其领土内的行为作出判决”；尽管如此，法院仍然认为，该原则在任何情况下都不意味着“甚至连国家官员违反国家基本法律并且完全不能得到本国政府批准的行为也有适当理由被称为国家行为。”¹⁰⁶ 此外，在一些案件中，法院裁定，被看作是为官员开脱责任的理由的“国家行为”原则无论在什么情况下都不能适用于国际犯罪。¹⁰⁷

60. 最后，应当指出，在美国法院审理的若干案件中，批准或拒绝给予豁免所依据的不是对国家官员从事行为的评估，而仅仅是美国当局根据普通法原则提出的豁免“建议”。¹⁰⁸ 在其他情况下，法院出于不同的原因没有对豁免作出裁定，如官员任职的国家已不复存在或所涉国家已不被视为一个国家。¹⁰⁹ 因此，此类案件与确定“以官方身份从事的行为”标准的界定无关。

(三) 条约实践

61. 一系列多边条约的条款以不同的措辞并从不同的角度提及“以官方身份从事的行为”。其中一类文书包括直接或间接提及豁免的各项联合国公约。另一类文书包括国际刑法范围内的普遍性和区域性条约，这些条约阐明国际法所禁止的行为，并在某些情况下在行为的定义中提及其官方性质。

1 QB 202(联合王国)。伊朗伊斯兰共和国诉 *Pahlavi* (1984), 81, 国际法案例汇编, 557(美国): 在该案中, 正是美国政府通知法院, 申诉不应由于适用主权豁免原则或国家行为原则而受阻。

¹⁰⁵ 边界卫兵案, 德意志联邦共和国, 1992年11月3日判决(案件号 5 StR 370/92)。被告方所指的外国系德意志民主共和国, 该国在刑事诉讼开始时已不复存在。联邦最高法院认为, 由于“德意志民主共和国已不复存在”的简单理由, 该原则不能适用, 上诉不予批准(272-273页)。

¹⁰⁶ *Kadic* 诉 *Karadžić*, 美国第二巡回上诉法院, 1995年10月13日判决。被告援引“国家行为原则”和“政治问题”作为例外情况, 以争取驳回案件。

¹⁰⁷ *Eichmann* 案。这一裁定也与纽伦堡审判、法庭的判决和大会申明的纽伦堡原则密切相关。

¹⁰⁸ *Lafontant* 诉阿里斯蒂德, 美国纽约东区地区法院, 1994年1月27日判决。A, B, C, D, E, F 诉江泽民, 2002年10月: 该案很重要, 因为2003年江泽民主席的任期一结束, 美国国会一群民主党议员即试图重开此案, 但由于国务院坚持豁免的建议而没有成功。同样, 在菲律宾共和国诉马科斯等人案中, 法院并不甄别事实, 而只是申明被告不再担任国家元首时已失去豁免, 该国政府才是原告。在 *Ya'alon* 案中, 法院考虑了以色列驻华盛顿大使的一封信, 信中证实有关官员从事的行为系其在履行公务过程中所实施的。

¹⁰⁹ 边界卫兵案, 德国联邦最高法院, 1992年11月3日判决(案件号 5 StR 370/92)考虑了国家消失的问题。此外, 在1985年6月28日关于亚西尔·阿拉法特案(*Carnevale re. Valente - Imp. Arafat e Salah*)的判决书中, 意大利最高法院认为巴勒斯坦解放组织(巴解组织)不能被视为国家, 因此没有就豁免作出裁决。

62. 1961年4月18日《维也纳外交关系公约》属于第一类文书，其根据的理解是，外交代表的管辖豁免系属人豁免，适用于其在任职期间以官方身份和个人身份从事的一切行为；因此，《公约》没有载列关于以官方身份从事的行为的定义。¹¹⁰ 然而，《公约》还规定了关于使团的行政、技术和事务职员豁免的规则，这些规则将属人豁免和属事豁免结合起来。¹¹¹ 《公约》还载列了关于严格意义上的属事豁免的某些规定。在这方面，应注意《公约》中可以帮助确定本报告中“以官方身份从事的行为”概念的若干规定：

(一) 虽然外交代表的管辖豁免被理解为属人豁免，因此是完全豁免，但《公约》规定了某些例外情况，据此民事和行政管辖豁免不应适用于下列情况：

“(a) 关于接受国境内私有不动产之[物权诉讼]，但[外交代表]派遣国为使领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；(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。”¹¹² 因此，此类行为是属人豁免的例外情况，此类例外情况是合理的，因为它们涉及外交代表以私人身份为自己的利益从事的行为。基于同样的逻辑，此类行为不能被视为“以官方身份从事的行为”适用《公约》也提及的外交代表属事豁免。这一条款应与第42条所载的禁止规定一并解读，该条规定“外交代表不应在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动。”

(二) 行政和技术职员豁免的范围有所限制；《公约》规定他们的民事及行政管辖豁免“不适用于执行职务范围以外之行为”。¹¹³

(三) 事务职员仅“就其执行公务之行为享有豁免”。¹¹⁴

(四) 外交代表为接受国国民或在该国永久居留者，仅就其“执行职务之公务行为”享有豁免，¹¹⁵ 其目的正如国际法委员会当时所指出的，是确保所述的外交代表应当“至少享有使[其]满意地履行职责的最低限度的豁免”。¹¹⁶ 显然，此类豁免属于属事豁免的范畴，此类豁免所涵盖的行为是“以官方身份从事的行为”。

¹¹⁰ 见第31条。

¹¹¹ 见第37条的一般规定。

¹¹² 见第31条第1款。

¹¹³ 见第37条第2款。应当指出，豁免只适用于非接受国国民且不在该国永久居留者的行政和技术职员。

¹¹⁴ 见第37条第3款。应当指出，豁免只适用于非接受国国民且不在该国永久居留者的事务职员。

¹¹⁵ 见第38条第1款。

¹¹⁶ 《1958年国际法委员会年鉴》，第二卷，第102页(联合国出版物，出售品编号：E.58.V.1)。见第(3)段对第37条的评注。

(五) 外交代表及行政、技术和服务职员任期结束时，豁免即告终止，尽管《公约》规定“关于其以使馆人员资格执行职务之行为，豁免应始终有效”。¹¹⁷ 此类豁免是属事豁免，仅适用于使馆人员行使职能的具体行为，因此应被视为本报告中“以官方身份从事的行为”。

63. 因此，可以得出结论认为，根据《维也纳外交关系公约》，“以官方身份从事的行为”是使团人员“执行职务”的行为。然而，《公约》没有说明哪些具体行为应被视为“以官方身份从事的行为”，但从相反意义上来看，唯一的例外情况是第 31 条第 1 款和第 42 条所述的行为，此类行为应被视为私人行为。在其他情况下，“以官方身份从事的行为”则通过参照使团本身的职务和使团内官员的职务加以界定，这意味着某一行为是否属于这一行为类别必须逐个确定。《公约》除了在第 3 条第 1 款提及外交使团的职能和使团成员的活动外，并未为此规定明确的规则。应该记得，《公约》并不明确说明使团成员的具体职能，没有列出确定这些职能的一般因素，只用含糊的措辞提到“使馆行政及技术事务”和“使馆仆役”。¹¹⁸ 然而，《公约》在提到外交使团的职能时采用的措词就更为明确，外交使团的职能如下所列：“(a) 在接受国中代表派遣国；(b) 于国际法许可之限度内，在接受国中保护派遣国及其国民之利益；(c) 与接受国政府办理交涉；(d) 以一切合法手段调查接受国之状况及发展情形，向派遣国政府具报；(e) 促进派遣国与接受国间之友好关系，及发展两国间之经济、文化与科学关系。”使团还可以执行领事职务。¹¹⁹ 虽然这份清单列入了属于“以官方身份从事的行为”的一系列性质非常不同的具体行为，但毫无疑问，此类行为必须是履行上述职能所必需的，必须具有明确的公共和官方性质，而且在行为人系外交代表的情况下，必须与主权的概念和行使政府权力的内容密切相关。

64. 1969 年 12 月 8 日《特别使团公约》¹²⁰ 和 1975 年 3 月 14 日《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》¹²¹ 采用类似于上文概述的模

¹¹⁷ 见第 39 条第 2 款。

¹¹⁸ 见第 1 条(f)和(g)。

¹¹⁹ 见第 3 条第 1 款和第 3 款。

¹²⁰ 1969 年《公约》将“行为的官方性质”与行为是为行使使团和使团成员特定的职能而施行的这一事实联系在一起，包括上述有关禁止国家代表及该团外交职员“在接受国内为私人利益从事任何专业或商业活动”的限制性规定(第 48 条)，以及关于特别使团内派遣国代表及该国外交职员为接受国国民或在该国永久居留者仅就“其执行职务之公务行为”享有豁免(第 40 条)的限制性规定。但是，与《维也纳外交关系公约》的情况一样，《特别使团公约》没有载列一份“公务行为”清单。此外，对特别使团职能的界定比对外交使团职能的界定更加笼统，更不明确；只说明特别使团“[由]一国经另一国同意派往该国交涉特定问题或执行特定任务而具有[代表]国家性质”(第 1(a)条)。因此，结论必然是，根据该公约的规定，“以官方身份从事的行为”也必须采用“官方性质”和“职务性质”的标准逐个确定。由于特别使团本身的性质，这两项标准的界定更不明确，尽管此类行为仍需与履行公务和国家主权联系在一起。

式。同时，1963年4月24日《维也纳领事关系公约》更清楚地反映了豁免与代表国家行使具体职能之间的联系，因为该公约规定，豁免只涵盖“为执行领事职务而实施之行为”。¹²² 此外，管辖豁免并不适用于“因领事官员或领馆雇员并未明示或默示以派遣国代表身分而订契约所生”之民事诉讼。¹²³ 虽然该《公约》与上述两项公约一样，没有列出应被视为“以官方身份从事的行为”的行为，也就是说，这些行为还必须参照第5条所列的领事职能逐个确定，¹²⁴ 但事实仍然是，由于该条列出了更为具体的领事职能，因此有可能更确切地界定应属于“以官方身份从事的行为”的某些行为。无论如何，毫无疑问的是，这些职能是政府权力的表现，与国家主权相联系。最后，应当指出，《公约》不承认对领事官员的刑事管辖豁免，¹²⁵ 但这并不排除上文概述的因素作为界定“以官方身份从事的行为”概念的指导性要素。

¹²¹ 1975年《公约》考虑到与上述相同的因素，从中可以得出结论，在履行使团或代表团职能过程中的从事公务行为是承认属事豁免的前提(第30、36(2)、36(3)、60、66(2)和66(3)条。《公约》禁止团长和外交职员“在东道国从事任何私人营利的专业或商业活动”，更突出了可以被此类豁免涵盖的行为的官方和职务层面(第39条)。该公约还规定，为东道国国民或永久居民的人员仅得就其“执行职务时的公务行为”享有不受管辖的豁免(第36和37条)。然而，1975年《公约》与1969年《公约》一样，并未载列何为“以官方身份从事的行为”的清单，这意味着必须采用上述“官方性质”和“职务性质”标准逐个确定这些行为。

¹²² 见第43条第1款。

¹²³ 见第43条第2款。

¹²⁴ 1963年《公约》第5条列出如下领事职务：“(一) 于国际法许可之限度内，在接受国内保护派遣国及其国民——个人与法人——之利益；(二) 依本公约之规定，增进派遣国与接受国间之商业、经济、文化及科学关系之发展，并在其他方面促进两国间之友好关系；(三) 以一切合法手段调查接受国内商业、经济、文化及科学活动之状况及发展情形，向派遣国政府具报，并向关心人士提供资料；(四) 向派遣国国民发给护照及旅行证件，并向拟赴派遣国旅行人士发给签证或其他适当文件；(五) 帮助及协助派遣国国民——个人与法人；(六) 担任公证人，民事登记员及类似之职司，并办理若干行政性质之事务，但以接受国法律规章无禁止之规定为限；(七) 依接受国法律规章在接受国境内之死亡继承事件中，保护派遣国国民——个人与法人——之利益；(八) 在接受国法律规章所规定之限度内，保护为派遣国国民之未成年人及其他无充分行为能力人之利益，尤以须对彼等施以监护或托管之情形为然；(九) 以不抵触接受国内施行之办法与程序为限，遇派遣国国民因不在当地或由于其他原因不能于适当期间自行辩护其权利与利益时，在接受国法院及其他机关之前担任其代表或为其安排适当之代表，俾依照接受国法律规章取得保全此等国民之权利与利益之临时措施；(十) 依现行国际协定之规定或于无此种国际协定时，以符合接受国法律规章之任何其他方式，转送司法书状与司法以外文件或执行嘱托调查书或代派遣国法院调查证据之委托书；(十一) 对具有派遣国国籍之船舶，在该国登记之航空机以及其航行人员，行使派遣国法律规章所规定之监督及检查权；(十二) 对本条第(十一)款所称之船舶与航空机及其航行人员给予协助，听取关于船舶航程之陈述，查验船舶文书并加盖印章，于不妨害接受国当局权力之情形下调查航行期间发生之任何事故及在派遣国法律规章许可范围内调解船长船员与水手间之任何争端；(十三) 执行派遣国责成领馆办理而不为接受国法律规章所禁止、或不为接受国所反对、或派遣国与接受国间现行国际协定所订明之其他职务。”

¹²⁵ 但是，《公约》规定所有刑事诉讼进行时，“应顾及[领事官员]所任职位予以适当尊重，且……应尽量设法避免妨碍领事职务之执行”(第41条第3款)。《公约》对受刑事管辖的“名誉领事官员”作出同样的规定(见第63条)。

65. 在结束对第一组多边公约的分析时，应该指出，在界定“以官方身份实施的行为”时可以考虑到2004年12月2日《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，特别是因为如国际法委员会阐明的那样，应从属事豁免角度理解该公约第2条第1款提及的“国家及其政府的各种机关”和“以国家代表身份行事的国家代表”。¹²⁶但在本报告中，应对2004年公约条款作细致入微的分析，同时特别考虑到两个方面，即：(一) 该公约不适用于刑事管辖；¹²⁷ (二) 统治权行为与事务权行为之间的根本区别与本报告所审视的“以官方身份实施的行为”和“以私人身份实施的行为”之间的区别不具有可比性。即便如此，2004年公约对我们的分析也有意义，因为该公约中确定国家豁免时注重国家官员所实施的国家行为的归属问题，要求在行为与国家行使主权之间有明显联系，该行为才能享受豁免。

66. 在国际刑法方面，首先应注意1984年12月10日《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》，其中将行为的官方性质作为界定酷刑本身的要素之一，规定受害人的“疼痛或痛苦”必须是“公职人员或以官方身份行使职权的其他人所造成或在其唆使、同意或默许下造成的”(第1条第1款，末尾)。该公约第2条第3款提到，上级命令是指来自“上级官员或政府当局”的命令。最后，在确立国家有义务在本国法律中将酷刑定为犯罪时，《公约》再次明确提到“公职人员或以官方身份行使职权的其他人”(第16条第1款)。¹²⁸禁止酷刑委员会在其一般性意见中对这些规定作出解释时表示，¹²⁹被禁止的行为是由“在法律上或事实上以缔约国的名义……行事的所有人”、¹³⁰由“其官员和代表其行事的人”¹³¹或由“国家当局或以官方身份行事的其他人”¹³²实施

¹²⁶ 在这方面，委员会关于1991年二读通过的国家及其财产管辖豁免条款草案第2条(第(6)、(8)和(17)段)及第3条(第(1)段)的评述具有相关性。见《1991年国际法委员会年鉴》，第二卷，第2部分(联合国出版物，出售品编号：E.93.V.9(Part 2))。

¹²⁷ 在这方面，见国际法委员会对2013年暂时通过的条款草案第3条，特别是第(4)段和脚注274(“国际法委员会第六十五届会议报告”，A/68/10，第49段)。

¹²⁸ 除这些地方明确提及官员和政府当局外，关于采取培训措施防止酷刑的第10条第1款还提到下列类别的人员：“可能参与拘留、审讯或处理以任何形式被逮捕、扣押或监禁的人的民事或军事执法人员、医务人员、公职人员及其他人员”。

¹²⁹ 在1997年11月21日通过的关于参照《公约》第22条执行第3条规定的一般性意见第3段和第8(b)段中，禁止酷刑委员会提到“公职人员或以官方身份行事的其他人”(见“禁止酷刑委员会报告”，《大会正式记录，第五十三届会议，补编第44号》(A/53/44)，附件九)。在2008年1月24日关于缔约国执行第2条规定的第2号一般性意见中，该委员会提到“官员和以官方身份行事的其他人”(第15段)和“官员”(第18段)(见CAT/C/GC/2)。在2012年12月13日关于缔约国执行第14条规定的第3号一般性意见中，该委员会提到“国家当局或以官方身份行事的其他人”(第7段)和“公职人员”(第18段)(见CAT/C/GC/3)。

¹³⁰ 见第2号一般性意见，第7段。

¹³¹ 见第2号一般性意见，第7段。

¹³² 见第2号一般性意见，第18段；第3号一般性意见，第7段。

的，指出这些人是“负责执行国家的职能，因而……是以官方身份行事”。¹³³ 此外，该委员会还在其第 3 号一般性意见中使用了国家“代理人”一词，¹³⁴ 表示给予特定人员豁免权有违《公约》。因此，行为的官方性质是一种初步证据，显示不可否认的酷刑要素。

67. 1985 年 12 月 9 日《美洲防止和惩处酷刑公约》也含有“官方性质”的要素，让人注意到国家与所涉行为官方性质之间的联系，尽管该公约并未将公职人员的参与作为犯罪要件之一。¹³⁵ 然而，有可能犯下酷刑罪的人员清单显示了公职人员参与是将行为确定为酷刑所需的要件：

- a. 公务员或以公务员身份行事的雇员命令、唆使或诱导使用酷刑，或者直接实施酷刑，或者有能力防止酷刑却未这样做。
- b. 受(a)项所述之公务员或雇员唆使的人命令、唆使或诱导使用酷刑，直接实施酷刑，或者是其共犯。¹³⁶

68. 公职人员与酷刑行为之间的必要联系似乎在国际刑事法院《罗马规约》中被打破。《规约》将酷刑行为划分为危害人类罪¹³⁷ 和战争罪，¹³⁸ 但没有具体说明什么人可以被视为实施酷刑罪的主体，这有可能导致得出这样的结论，即与国家关系以及行为的官方性质不再是认定酷刑罪的需要要素。¹³⁹ 但是，要想该结论立得住，必须对其作出限定。在酷刑作为危害人类罪时，应当注意该行为必须是“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，……作为攻击的一部分而实施的”。¹⁴⁰ 与此相似，在酷刑作为战争罪时，必须是“作为一项计划或政策的一部分所实施的行为，或作为在大规模实施这些犯罪中所实施的行为”。¹⁴¹ 下文将讨论这两种情形的影响。¹⁴²

69. 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》也与此有关。该公约采取与《罗马规约》同样的办法，将强迫失踪定义为：

¹³³ 见第 2 号一般性意见，第 17 段。

¹³⁴ 见第 2 号一般性意见，第 42 段。

¹³⁵ 见第 2 条。

¹³⁶ 见第 3 条。

¹³⁷ 见第七条第(一)6 款。

¹³⁸ 见第八条第(二)款 1(2)项和 3(1)项。

¹³⁹ 同样，《犯罪要件》中提及这些犯罪的章节未提到犯罪行为人的公职身份。

¹⁴⁰ 见《罗马规约》第七条第(一)款起首部分、第七条第(二)1 款和《犯罪要件》第 7 条引言部分第 3 段。

¹⁴¹ 见第八条第(一)款。

¹⁴² 见第 72 段。

由国家代理人，或得到国家授权、支持或默许的个人或组织，实施逮捕、羁押、绑架，或以任何其他形式剥夺自由的行为，并拒绝承认剥夺自由之实情，隐瞒失踪者的命运或下落，致使失踪者不能得到法律的保护。¹⁴³

70. 这类犯罪行为的“官方性质”也反映在《美洲被迫失踪人士公约》中，该公约将强迫失踪定义为：

国家的代理人或得到国家授权、支持或默许行事的个人或群体以任何方式剥夺一人或多人自由，并且不提供信息或者拒绝承认剥夺自由的事实或拒绝提供关于失踪者下落的信息，从而阻碍其获得适用的法律救济和程序保障的行为。¹⁴⁴

71. 1948年12月9日《防止及惩治灭绝种族罪公约》没有将行为人的“官方身份”作为犯罪构成要件。但是，该公约第四条明确规定，罪行可能由“统治者、公务人员或私人”实施。因此可以认为，在特定情形下，这种犯罪可以视为“以官方身份实施的行为”。此外，毋庸置疑，正如委员会自己的工作所表明的那样，如果没有国家的参与、支持或同意，灭绝种族罪所涉及的一系列行为难以实施。¹⁴⁵

72. 对国际刑事法院1998年7月17日《罗马规约》的分析也有助于将某些犯罪归类为“以官方身份实施的行为”。正如上文所示，《规约》规定，被认定为危害人类罪的行为必须是“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击……的一部分而实施的”，而这种“攻击”是指“根据国家或组织攻击平民人口的政策，或为了推行这种政策，针对任何平民人口多次实施[危害人类罪]的行为过程”。¹⁴⁶ 这种政策要求“国家或组织积极推动或鼓励这种攻击平民人口的行为。”¹⁴⁷ 因此，实施《罗马规约》第七条第(一)款所列犯罪可以被视为本报告意义上“以官方身份实施的行为”。

73. 然而，行为的官方性质在《罗马规约》第八条之二关于侵略罪的定义中体现得最为明显。根据该条款，侵略罪是“领导人犯罪”，只能由“能够有效控制或指挥一个国家的政治或军事行动的人”实施，并且涉及指挥官或领导人实施的与“侵略行为”有关的一系列行为，¹⁴⁸ 根据《规约》，这些行为是指“一国使用武力或以违反《联合国宪章》的任何其他方式侵犯另一国的主权、领土完整或政

¹⁴³ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第2条。

¹⁴⁴ 1994年6月9日《美洲被迫失踪人士公约》，第二条。

¹⁴⁵ 见下文第91和93段。

¹⁴⁶ 见第七条第(一)款起首部分和第七条第(二)1款。

¹⁴⁷ 见《犯罪要件》第7条引言部分第3段。

¹⁴⁸ 见第八条之二，第(一)款。与此相似，见《犯罪要件》，侵略罪，第2款。

治独立的行为。”¹⁴⁹ 总之，看起来唯一可能的结论是，《罗马规约》所界定的侵略罪必须被视作“以官方身份实施的行为”。

74. 最后，有必要提及各种普遍性和区域性反腐败公约。2003年10月31日《联合国反腐败公约》针对国家官员有可能实施的各种腐败行为作出规定。所有此类行为都与这些人的公务职能直接有关，但实施的目的在于“公职人员为其本人或者其他人员或实体”获取“不正当好处”。¹⁵⁰ 还应指出，虽然是从内部角度，但该公约提到了国家官员豁免问题。在这方面，公约对每个缔约国施加了以下义务：

根据本国法律制度和宪法原则采取必要措施以建立或者保持这样一种适当的平衡：即既照顾到为公职人员履行其职能所给予的豁免或者司法特权，又照顾到在必要时对根据本公约确立的犯罪进行有效的侦查、起诉和审判的可能性。¹⁵¹

75. 1996年3月29日《美洲国家反腐败公约》也处理由“履行公职的政府官员或个人”实施的与国家委托其履行职责有关的腐败行为。同样，实施这样的行为必须是为“其本人或其他人或实体”获取“具有金钱价值的物品或其他利益，如礼品、优待、承诺或好处”之目的，或者就是简单地“非法为其本人或第三方获取利益”。¹⁵² 还应当指出，美洲国家的公约明确规定，任何此类行为都不能单纯因为获取的财物是用于政治目的或行为的实施是出于政治动机或目的而构成“政治犯罪或与政治犯罪有关的普通犯罪”。¹⁵³

76. 1999年1月27日《欧洲委员会反腐败刑法公约》也将某些腐败行为界定为各国必须作为犯罪惩处的行为。实施这些行为的是本国或外国“公职人员”、本国或外国议会成员或国际大会成员、国际性法院的法官或官员。与上述两部公约的规定一样，这些行为涉及履行公务职能和犯罪意图要件，即实施腐败行为的目的是“为其本人或任何其他人员”获取“不当好处”。¹⁵⁴ 欧洲委员会的公约还提及豁免问题，这次是从国际角度规定“在撤回豁免方面，《公约》条款不影响任何条约、议定书或规约及其执行文本的条款。”¹⁵⁵ 欧洲委员会将这项模糊规定

¹⁴⁹ 见第八条之二，第(三)款。《犯罪要件》中重申了该定义，规定“侵略行为”必须已经实施(见第3款)。

¹⁵⁰ 提到了下列犯罪：(一) 贿赂本国公职人员(第十五条)；(二) 贿赂外国公职人员和国际组织官员(第十六条)；(三) 公职人员贪污、挪用或以其他方式侵犯财产(第十七条)；(四) 影响力交易(第十八条)；(五) 滥用职权(第十九条)；(六) 资产非法增加(第二十条)；(七) 私营部门内的贿赂(第二十一条)。

¹⁵¹ 第三十条第2款。

¹⁵² 见第六条，其中包含腐败行为的定义。对题为“逐渐发展”的第十一条中所列若干犯罪，也设定了同样的意图条件。见第八条(交易贿赂)和第九条(资产非法增加)。

¹⁵³ 见第十七条。

¹⁵⁴ 见第2、3、4、5、6、9、10和11条。

¹⁵⁵ 见第16条。

解释为承认缔约国在试图对《公约》所述的犯罪行使管辖权时有义务执行该国不管是基于条约还是习惯法而应遵循的关于特权和豁免的规定，涉及“公共国际组织或超国家组织……国际议会大会成员……以及各国际性法院的法官和官员。”时尤其如此。¹⁵⁶

77. 最后，2003年《非洲联盟预防和打击腐败公约》也设想公职人员有可能在履行其职责时“为其本人或第三方”获取“利益”的目的实施腐败行为。¹⁵⁷

(四) 国际法委员会的其他工作

78. 正如特别报告员第三次报告已经提到的，国际法委员会以往开展的若干专题工作涉及对豁免有关问题的审议，对于界定“以官方身份实施的行为”概念有意义。虽然委员会关于国家对国际不法行为的责任的工作肯定最具有相关性，但导致“纽伦堡法庭宪章和法庭判决书确认的国际法原则”（纽伦堡原则）以及“1954年危害人类和平及安全治罪法草案”和“1966年危害人类和平及安全治罪法草案”得到通过的委员会审议工作也有参考价值。此外，分析委员会在国际组织责任条款方面的工作也有助益。

79. 国家对国际不法行为的责任条款¹⁵⁸ 与本报告的目的特别相关。一种假设是，如果要把一项行为视为“以官方身份实施的行为”，那么这种行为与国家职能或活动的实施必须有可识别的关联。根据这一假设，必须适当考虑到第4至11条中将行为归于国家的相关规定，其中包含与“国家官员”和“以官方身份实施的行为”两个概念都有关系的要素。鉴于第三次报告已经论述了与“国家官员”概念有关的要素，¹⁵⁹ 本报告仅重点论述可用于界定行为具体特征的要素。这些特征从本质上来看是在行使“政府权力要素”¹⁶⁰ 或“立法、行政、司法职能或任何其他职能”¹⁶¹ 过程中代表国家实施相关行为。

80. 委员会对上述条款的评注也有益于确定如何将一项行为归于国家并得出个人是代表国家行事的结论。例如，对第二章的介绍性评注阐述了下列通则：“国际上唯一可归于国家的行为是其政府机关或在这些机关指挥、唆使或控制下行事的其他人即国家代理人的行为。”¹⁶² 而且，有关系的不是该代理人在国内履行

¹⁵⁶ 见《解释性报告》，第77段。《解释性报告》的文本可查阅：conventions.coe.int。

¹⁵⁷ 见第4条。

¹⁵⁸ 《国际法委员会第五十三届会议工作报告》，A/56/10，第29页及之后各页。

¹⁵⁹ 见A/CN.4/673，第106至110段。

¹⁶⁰ 见第5条。

¹⁶¹ 见第4条，第1款。

¹⁶² 同上，第80页，第(2)段。

的内部职能，而是他履行的是“公职”并行使“公职权力”这一事实。¹⁶³ 正如委员会在对第7条的评注中指出，核心问题是“该机构的行为是否以官方身份作出”。¹⁶⁴ 委员会认为，此种行为包括“明确以公务身份或以当局为幌子”这两种不同情形下实施的行为。¹⁶⁵

81. 委员会还认为，将行为归于国家的关键要素是官员必须作为国家的机关或代理人行事，不管该官员出于何种具体动机。应补充的是，依照第7条，“国家机关或经授权行使政府权力要素的个人或实体，若以此种资格行事，即使逾越权限或违背指示，其行为仍应视为国际法所指的国家行为。”因此，即便是经授权行使政府权力要素的个人或机关的越权行为，就责任而言，也可以归于国家。然而，正如委员会指出的那样，“必须区别以下两种不同情况，一种是官员以其官方身份行事，尽管其行为是违法或违背指示的；另一种是官员的行为与其官方职责范围相去甚远，应等同于个人私人行为，而不能归责于国家。”¹⁶⁶

82. 另应记得，这些条款也涵盖非国家机关或代理人所为的特定类型的行为，在这种情况下事先不可能确认或者很难认定他们行使了政府权力要素。设想的情形主要是：(一) 行为是由国家指挥或控制的(第8条)，(二) 行为是在正式当局不存在或缺席时实施的(第9条)，(三) 行为得到国家的确认并当作其本身的行为(第11条)。此外，叛乱运动实施的行为也应予以考虑，因为这些行为在特定情形下可以追溯地归于国家。最终，这些条款试图尽可能宽泛地界定就责任而言可以直接或间接归于国家的行为，目的是避免国家欺诈性地逃避责任，不对那些毫无疑问是为其利益甚至有时是在其控制下或经其默示同意而采取的行为承担责任。

83. 无论如何应当指出，虽然委员会表示在国际法中主要一点是将所实施行为视为“政府”官方行为，但却没有界定这个概念。事实上，在审议此类政府权力的范围时，委员会在对第5条的评注中指出，“政府”一词必然不够精确。然而，在对有关条款的评注中，委员会举出了一些孤立的例子来说明什么是政府权力，包括警察职能、¹⁶⁷ 依照司法判决或监狱条例而行使的拘留和处分权力¹⁶⁸ 或移民控制和检疫。¹⁶⁹ 对“政府权力”概念缺乏定义的原因也许是实践中可能存在各种情

¹⁶³ 同上，第82页，第(6)段。

¹⁶⁴ 同上，第102页，第(7)段。

¹⁶⁵ 《国际法委员会第五十三届会议工作报告》，A/56/10，第91页。

¹⁶⁶ 同上，第102页。委员会还引用伊朗-美国索赔法庭的论述申明，问题是行为是否由“披着政府权力外衣的人实施。”

¹⁶⁷ 见《国际法委员会第五十三届会议工作报告》，A/56/10，第82页，第(6)段；第94页，第(5)段；第111页，第(6)段。

¹⁶⁸ 同上，第92至93页，第(2)段。

¹⁶⁹ 同上。

景，需要逐案分析。“特别重要的不仅是权力的内容，还有赋予权力的方式……行使权力的目的以及实体对政府行为负责的程度。”¹⁷⁰ 无论如何，毫无疑问的是，“政府权力”的概念必须作广义诠释，包括立法、司法和行政权力的行使。

84. 在这方面应当记得，委员会曾经表示，“就行为归于国家而言，将国家机关的行为归类为‘商业行为’或‘事务权行为’，是不相关的……国家违反合同本身不会导致违反国际法……但国家机关订约或违约仍然是第4条意义上的国家行为，在特定情形下有可能成为国际不法行为。”¹⁷¹

85. 在结束对该文书的分析时应当指出，委员会在第58条中表示，国家责任条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题。委员会因此同意，从同一个行为中可能会产生两种不同类型的责任：即国家责任和个人责任。下文论述了这个问题。¹⁷²

86. 虽然国际组织责任条款没有直接提及“国家官员”“以官方身份实施的行为”，但委员会关于该专题的工作也提出了与本报告相关的问题。特别是在维持和平行动背景下出现了“有效控制”问题。就此，委员会指出：

把行为归于派遣国显然与该国对其国家特遣队保留一些权力从而在有关方面拥有控制权有关……当一机关或代理人交由一国际组织处置时，在既定情况下与行为归属有关的关键问题似乎是谁对有关行为具有有效控制。¹⁷³

87. 国际法委员会在论述“执行职务的行为”概念时提到“机关或代理人‘履行该机关或代理人职务’的行为”，因为在这个背景下提及“行使政府权力要素”没有意义。委员会因此在其评注中提到“与公职……有关的……行为”或“‘执行职务’的行为”。特别是委员会在其对第8条将越权行为归于一组织问题的评注中表示：

国际组织的实践证实，当行为与机关或代理人的官方职能有关时，该机关或代理人的越权行为可归于组织……一国特遣队成员“在履行职务之外”的行为不归于组织，但“履行职务”的行为则可归于组织，尽管我们不得不考虑越权行为与授予此人的职能之间是否有关系。¹⁷⁴

¹⁷⁰ 同上，第94页，第(6)段。委员会当时指出，“什么才被视为是‘政府的’取决于特定的社会、其历史和传统。”

¹⁷¹ 同上，第87页。

¹⁷² 见下文第98至101段。

¹⁷³ 见对第7条的评注第(7)段，《国际法委员会第六十三届会议工作报告》，A/66/10，第88页。

¹⁷⁴ 同上。见对第8条的评注，第(9)段。

88. 最后，应该注意，与国家责任条款一样，国际组织责任条款包含关于个人责任的“不影响”条款(第 66 条)，以此方式承认同一个行为有可能导致两种不同类型的责任。¹⁷⁵

89. 在“纽伦堡法庭宪章和法庭判决书确认的国际法原则”¹⁷⁶中，国际法委员会没有讨论其中所述犯罪行为的官方性质或行为是否归于国家的问题，而是重点界定国际法范畴内的罪行，并确定实施这种罪行的个人的国际责任。但这并不意味着委员会这样做没有考虑到所界定的犯罪行为的内在的国家要素。恰恰相反，从委员会的工作中可以得出结论认为，解释所述原则时应参照产生这些原则的文书，特别是设立纽伦堡法庭的《伦敦宪章》和法庭的判决。从这个角度来看，委员会起草、随后由大会通过的这套原则的下列要素应值得注意：

- (一) 界定原则六所列罪行(危害和平罪、战争罪和危害人类罪)时明确指出构成这类犯罪的行为与国家的活动的关联。¹⁷⁷
- (二) 委员会在这类犯罪的潜在行为人中列入了“以国家元首或政府负责官员的身份行事”的人，即本专题含义内的国家官员。¹⁷⁸
- (三) 委员会还考虑了某人“依据政府或其上级命令行事”的可能性，在这种情况下，根据关于国家的国际不法行为的条款确立的归属规则，罪行也可归于国家。¹⁷⁹

¹⁷⁵ 第 66 条的措辞与国家责任条款第 58 条的措辞几乎一致，唯一的区别是增加了“国际组织或”。

¹⁷⁶ 大会第 488(V)号决议，1950 年 12 月 12 日编订纽伦堡原则。

¹⁷⁷ 原则六的措辞如下：“下列罪行为国际法上应受处罚之罪行：

(a) 危害和平罪：

- (一) 计划、准备、发动或实施侵略战争，或违反国际条约、协定或保证之战争；
- (二) 参与为实现上列(一)款所称任何行为之共同计划或阴谋。

(b) 战争罪：

违反战争之法律或惯例，包括屠杀，虐待，为迫令从事奴隶劳动或为任何其他目的而放逐属于占领区或在占领区之平民，屠杀或虐待俘虏或海上人员，杀死人质，劫掠公私财产，肆意毁坏城镇乡村或作军事上非必要之破坏，但不以此为限。

(c) 危害人类罪：

对任何一地平民之谋杀、灭绝、奴役、放逐及其他非人道行径，或基于政治、种族或宗教原因之迫害，且随实施任何危害和平罪或战争罪而发生或与之有关。”

¹⁷⁸ 见原则三。委员会在该原则的评注中强调，提及以官方身份行事的人，依据的是纽伦堡法庭关于“国家代表”和“根据国家权力行事”的人的提法。见《1950 年国际法委员会年鉴》，第二卷(联合国出版物，出售品编号：1957.V.3，第二卷)，国际法委员会报告(A/1316)，第 103-104 段。

¹⁷⁹ 见原则四。

因此，也许可以得出结论认为，纽伦堡原则中所述罪行可被视为“以官方身份实施的行为”，至少在一些案件中是如此，尽管纽伦堡原则规定了实施这类行为者的个人责任。¹⁸⁰

90. 在结束对国际法委员会工作的分析时，有必要审议委员会在 1954 年危害人类和平及安全治罪法草案和 1966 年危害人类和平及安全治罪法草案中处理“以官方身份实施的行为”问题的方式。关于这两个草案，首先应该指出，与纽伦堡原则的情况一样，委员会没有必要具体说明某一特定罪行应被视为“以官方身份实施的行为”。尽管如此，从这两个草案本身以及从委员会对一些条款的评注中可以就此问题得出有意义的结论。

91. 在 1954 年的治罪法草案中，第 2 条载有危害和平及安全的罪行列表。¹⁸¹ 评注(1)至(9)提及只能由“国家当局”实施的行为，评注(10)和(11)设想了行为“由国家当局或由私人”实施的可能性。尽管如此，特别报告员杜杜·提阿姆先生后来针对这种罪行(评注(10)和(11)里提及的罪行)指出，

“个人的参与，从理论上说是不可想象的，似乎事实上也是不可能的。灭绝种族是有系统地、大规模地摧毁一个种族、民族或宗教群体的结果。在现代世界，个人很难单独做这样的事。而且，对所有危害人类罪而言都是如此，因为实施这类罪行需要动员利用破坏性手段，而犯罪者只有通过行使权力才能获得这种手段。其中一些罪行，如种族隔离，只能是国家的行为。简言之，个人是否可能是危害人类和平及安全罪的主犯，这似乎是有疑问的。”¹⁸²

92. 1996 年的治罪法草案确定了下文所列危害人类和平及安全罪行的实施者的个人责任：侵略(第 16 条)、灭绝种族(第 17 条)、危害人类罪(第 18 条)、危害联合国人员和有关人员罪行(第 19 条)以及战争罪行(第 20 条)。该草案虽然没有提出界定这些罪行时关于这类行为的“官方”性质要素，但包含若干与本报告相关的条款：

(一) 第一，第 5、6 和 7 条分别提及政府或上级的命令、上级的责任及罪行实施者的官方地位与确定责任无关的事实，反映了这类行为的官方性质。

(二) 第二，第 2 条第 2 款连同第 16 条指出，实施侵略罪的，只能是作为国家代理人的人，他们为实施这一罪行利用其权力发出命令并利用国家提供的

¹⁸⁰ 应该记得，在纽伦堡审判时，辩方称，被告的行为纯粹为“国家行为”，因此自动排除了个人责任，但法庭不接受这一论点。

¹⁸¹ 委员会 1954 年在第六届会议上通过的治罪法草案全文转载于《1985 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分(联合国出版物，出售品编号：E.86.V.5(Part II)，第 8 页。

¹⁸² 见 A/CN.4/387，第 13 段。

手段。¹⁸³ 但其他形式的犯罪行为可能原则上是私人所为，或从广义上来说是国家代理人所为。

(三) 根据危害人类罪的定义，所涉行为的实施必须是系统性或大规模的，“并受一国政府或任何组织或团体煽动或唆使”。

93. 特别报告员和委员会都指出，这些罪行即使可能是被认为以个人身份行事的人实施的，实际上也需要具有官方地位的人的参与。例如，应该记得，委员会在第 5 条评注中指出，“国际法确定的罪行经常需有一批人直接或间接参与，其中至少有一些人担任政府官职或军事指挥职务”。¹⁸⁴ 特别报告员杜杜·提阿姆先生采取的立场也很重要，他在第三次报告中确认，危害一国的独立、安全或领土完整的罪行“所涉及的手段之巨大只有国家实体方能实施。此外，如果把侵略、吞并领土或殖民控制视为私人行为，那是难以理解的。实施这些罪行的，只能是被授予指挥权的人，即国家当局，这些人在政治、行政或军事当局身居高位，他们发出或接受命令，执行政府的决定或使这些决定获得执行。这些人是个人，也代表机关。对他们所犯的罪行的分析通常是从滥用主权或滥用权力的角度出发。因此，个人不可能是这些罪行的实施者”。¹⁸⁵

94. 最后，题为“国家的责任”的第 4 条也与此有关。该条规定，“本治罪法规定了个人对危害人类和平及安全罪行的责任这一事实不妨碍国家依国际法应有之责任的任何问题”。因此，该条重申了单一行为可能引起双重责任的原则，本报告前面已提及这一点。委员会在该条评注中指出，“的确有可能发生这样的情况：实施危害人类和平及安全罪行的人是‘国家的代理人’、‘代表国家’、‘以国家的名义’、甚至只具有与国家的实际关系而不具有任何法定权力”。¹⁸⁶ 此外，这一提法应与委员会对第 2 条的评注一并阅读。第 2 条评注虽然承认治罪法草案属人适用范围仅限于自然人，但明确指出，“的确，在该人是‘国家的代理人’、‘代表国家’、‘以国家的名义’或作为没有任何法律权力的实际代理人行事的情形下个人所应负责的行为可能也归于国家”。¹⁸⁷

¹⁸³ A/51/10，第 2 条评注第(5)段。另见第 16 条评注。

¹⁸⁴ 同上，第 5 条评注，第(1)段。

¹⁸⁵ 见 A/CN.4/387，第 12 段。

¹⁸⁶ A/51/10，第 30 页(中文第 24 页)。

¹⁸⁷ 同上，第 20 页(中文第 18 页)。几年前，有人曾强调某一行为的直接实施者的个人责任与国家的潜在责任的关系。例如，1983 年 3 月根据委员会第三十四届会议工作报告第 256 段的要求编写的分析文件(A/CN.4/365，特别是第 117-125 段)反映了一些国家代表的意见，他们虽然强调个人责任原则，但认为不应忽视国家责任问题。一些代表甚至认为，今后的案文应列入明确的条文，规定个人刑事责任的提出不得影响国家的国际责任。

4. “以官方身份实施的行为”的特征

95. 据上述分析，可总结认为，“以官方身份实施的行为”具有如下特征：

- (一) 该行为具有刑事性质；
- (二) 该行为是代表国家实施的；
- (三) 该行为涉及行使主权和政府权力要素。

下文将逐项分析上述特征。

(一) 行为的刑事性质

96. 国际法委员会在界定这一专题的适用范围时，已明确表示它指的是刑事管辖豁免。委员会暂时通过的条款草案第3条和第5条明确规定国家官员“享有……免于外国刑事管辖的豁免权。”因此，本报告所述以官方身份实施的行为必须具有刑事性质。这意味着这些行为具有某些特点，须加以分析，以确定其是否属于本报告的讨论范围。

97. 犯罪行为的主要特点是高度个人性以及行为与其实施者之间的直接联系。因此，该行为造成的责任显然具有个人性质，归因于行为实施者，不能以第三方责任替代所涉个人责任。即使可因同一行为而对第三方施加单独(独立或附属)的法律义务，情况亦是如此。此义务可源于个人的主要刑事责任，但不可与之混为一谈。正是出于这一原因，将政府官员的犯罪行为归因于其国家的做法十分有限，只能理解为一种基于为追究国际不法行为责任的目的而将个人行为归咎于国家的传统模式的法律拟制。不过，严格地讲，属事豁免所涵盖的犯罪行为都非国家行为，而是行为实施者的个人行为。

98. 因此，行为的刑事性质首先引起的后果是，该行为可导致两类不同的责任。一类是刑事性质的责任，归于实施该行为的个人。另一类是民事性质的责任，归于实施该行为的个人或归于第三方。在本研究范围内，这意味着国家官员实施的行为可能既引起仅由该官员本人承担的刑事责任，又引起由该官员及其国家承担的附属民事责任。¹⁸⁸ 这一关于行为与其责任关系的模式出现于相对较近的时期的国际法内，并在第二次世界大战后出现的个人刑事责任原则定义的基础上，尤其是在二十世纪最后十年国际刑事法的制度化的基础上，而得以巩固。但这一现象对国内法来说并不陌生。相反，本报告分析的法律惯例显示，针对同样的行为，有人在刑事和民事法院提起了诉讼，有的被告为国家，有的是个人。

¹⁸⁸ 关于这方面，见 J. Foakes, 同前, 第 141-150 页; R. Van Alebeek, 同前, 第 103 页及其后各页; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (Cambridge University Press, 2012), p. 427.

99. 这一模式可概括为“单一行为，双重责任”，并在国际法委员会的若干案文中得到了明确承认，特别是《危害人类和平及安全治罪法草案》第4条、¹⁸⁹关于国家对国际不法行为的责任的条款第58条¹⁹⁰以及关于国际组织的责任的条款第66条。¹⁹¹这一模式的使用方式见委员会的如下评注：

(一) “《危害人类和平及安全治罪法草案》第4条中的‘不影响’条款显示，该法不影响一国依照国际法因本国人员犯罪所负责任的问题。委员会在对关于国家责任的草案第19条的评注中已经强调，对代表国家机关的个人的惩罚‘毫不妨碍追究一国因本国机关的行为而在这类案件中承担的有关国际不法行为的国际责任’。因此，该国可能依然负有责任并无法以犯罪的人遭到起诉或处罚为由免除自身责任”。¹⁹²

(二) “当国家官员实施违反国际法罪行时，经常是国家本身对此行为负责，或对未能防止或惩处此种行为承担责任。在某些情况下，特别是侵略发生时，国家势必卷入。即便如此，个人责任问题在原则上与国家责任问题是有区别的。国家不能因实施国际不法行为的国家官员受到起诉和惩处，而免除对该国际不法行为的责任。这些官员也不能以国家为挡箭牌而逃避自身违反相关适用国际法规则的行为的责任。反映前项原则的文书包括《国际刑事法院罗马规约》，其中第25条第4款规定：“本规约关于个人刑事责任的任何规定，不影响国家依照国际法所负的责任。后者的体现之一是如下既定原则，即个人不能因自身的官方职位而免除自身依照国际法所负有的刑事责任”。¹⁹³

(三) “(……)个人的行为被归因于一个国际组织或一个国家的事实，并不免除个人由于其行为可能引起的国际刑事责任。另一方面，当一个国际组织或一个国家实施了国际不法行为的时候，不能把参与实施国际不法行为的人的国际责任视为不言而喻的。然而，在某些情况下，很可能会出现某些个人的

¹⁸⁹ 第4条内容如下：“国家责任。本法规定的犯有危害人类和平及安全罪行的个人的责任并不影响国家依照国际法所负责任的问题”。

¹⁹⁰ 第58条内容如下：“个人责任。本条款不影响以国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题”。

¹⁹¹ 第66条与关于国家对国际不法行为的责任的条款第58条相同，唯一区别是明确提及了国际组织：“个人责任。本条款不影响以国际组织或国家名义行事的任何人在国际法中的个人责任问题”。

¹⁹² 《1996年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分(联合国出版物，出售品编号：E.98.V.9 (Part 2))，第23页，对第4条第(2)款的评注。

¹⁹³ 《2001年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分(联合国出版物，出售品编号：E.04.V.17 (Part 2))，第142-143页，对第58条第(3)款的评注。另见第(2)款。

国际刑事责任，例如他们在第 41 条设想的情况下严重违反了强制性规范所规定的一项义务”。¹⁹⁴

100. 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塞尔维亚和黑山)一案中也承认，灭绝种族行为可能产生双重责任。在该案中，法院认定，同一行为可引起通过可能不同的法律程序确定的两种不同类型的责任。¹⁹⁵ 这一双重效力体现在法院的如下意见中：

“如果要追究一国因自身违反不实施灭绝种族罪义务而负有的责任，则必须证明该国实施了《公约》所界定的灭绝种族行为”。¹⁹⁶

无论如何，应指出，法院在最终结论中表达了这一论点，在判决中认定，在斯雷布雷尼察大屠杀案件中，塞尔维亚和黑山没有实施或共谋实施灭绝种族罪，但未能履行防止和惩罚灭绝种族罪的义务。此外，判决书中对双重责任的承认也与用于确定某项行为应归于国家的检验相关，本报告将进一步探讨这个问题。

101. 上述考虑表明，当某一行为具有刑事性质时，不能推定适用以下原则，即官员实施的任何行为自动成为国家行为，并且仅涉及国家责任。相反，“一种行为，双重责任”模式产生了下述若干备选方案：

- (一) 对于无法将行为归于实施者的案件，仅认定国家责任；
- (二) 当行为可归于国家和个人时，认定国家以及个人责任；
- (三) 当行为完全归于个人时，仅认定个人责任，即使上述人员是作为国家官员行事。

102. 行为的刑事性质及其可能产生的双重责任还对豁免造成影响，尤其涉及界定国家官员享有的属事豁免与严格意义上的国家豁免之间关系的现有模式。应当记得，国家官员的管辖豁免历来被视为一种国家豁免，并与国家豁免概念并为一谈。不难发现法律实践中提及关于国家官员享有与国家相同的豁免权的观点。¹⁹⁷ 这种观点产生的结论认为，国家官员的管辖豁免并非一种个人豁免，因为其源自国家豁免，国家豁免法律制度完全适用。产生这一结论的论点包括：(一) 国家官员享有的管辖豁免源自“平等者之间不存在统治权”所表述的各国主权平等

¹⁹⁴ A/66/10，第五章 E 节，对第 66 条第(2)款的评注。

¹⁹⁵ 《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塞尔维亚和黑山)，判决书，2007 年国际法院案例汇编，第 43 页，第 180-182 段。

¹⁹⁶ 同上，第 180 段。法院在 2015 年 2 月 3 日关于《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)的判决书中表达了相同意见。

¹⁹⁷ 例如，见 *Propend 金融控股有限公司诉 Sing* 案，英格兰，上诉法院(1997 年)，111，国际法案例汇编，611；*Jones 诉沙特阿拉伯案*，UKHL [2006] 2 WLR 1424；*Chiudian 诉菲律宾国家银行案*，美国第九巡回上诉法院，912 F.2d 1095 (1990)，92，国际法案例汇编，480。

原则；(二) 承认豁免是为了保护国家主权并确保能和平、持续地开展国际关系；(三) 国家官员的豁免实际上并不是官员的豁免，而是国家的豁免，这表现在国家对这种豁免有自由选择权，包括自由取消或放弃豁免；(四) 鉴于无法在第三国法院起诉任何国家，在外国法院对国家官员提起诉讼是对国家提起诉讼的间接方式，这意味着官员的管辖豁免是防止轻率挑战国家豁免的一种保障，因此等同于国家豁免。¹⁹⁸

103. 这些论点当然蕴含着无法否认的合理观点，特别是给予官员管辖豁免的确是考虑到国家利益，旨在保障仅与国家相关的价值观和原则。即便如此，上述论点没有考虑到为确定国家官员的外国刑事管辖豁免与国家豁免之间的关系而必须顾及的其他因素，换言之，未能解答一位法学家形象地提出的问题，“先有鸡还是先有蛋？国家豁免是职能豁免的结果，而非职能豁免源自国家豁免”。¹⁹⁹

104. 为了寻找适当的答案，需要再次审视行为的刑事性质，这产生了两个主要后果：(一) 此类案件的管辖主张直接涉及的对象是个人，(二) 刑事诉讼程序的任何后果关乎个人并严格限于个人。这使个人与外国刑事管辖豁免之间产生了一种直接关联，有鉴于此，国际法委员会决定在条款草案中载列关于“国家官员”概念的明确定义，甚至在“国家官员”定义中使用“个人”一词以表明此类豁免适用于自然人。²⁰⁰ 还应当指出，绝对无法在国家刑事法院上对任何国家提出起诉，因为国家对其官员实施的犯罪行为可承担的任何责任始终是民事性质，只能通过就此类行为所致伤害提出索赔主张的方式在民事法院进行裁决。²⁰¹ 这意味着民事管辖豁免与刑事管辖豁免之间存在区别，必须予以适当考虑。

105. 特别报告员认为，根据上述两个要素可得出结论认为，国家官员的外国刑事管辖属事豁免是个人性质，不同于严格意义上的国家豁免。虽然事实如此，文献和实践并未始终足以清晰地对此进行区分，其主要原因是国家(以及其权利和利益)历来被强调为豁免保护的受益者。尽管国家毋庸置疑地在豁免机制中占据核心位置，但保护其权利和利益并不是最终将国家豁免等同于国家官员豁免的充分理由，正如就国家豁免和外交豁免而言，相同的目标认定并不意味着这两类豁免完全相同。²⁰² 相反，为了正确认识国家官员的外国刑事管辖属事豁免机制，

¹⁹⁸ 关于这些论点的分析，除其他外，见 J. Foakes，同前，第 137-139 页。

¹⁹⁹ R. Van Alebeek，同前，第 105 页。

²⁰⁰ 见第 2(e)条草案评注(A/69/10，第 132 段)第(1)和(4)段。

²⁰¹ 在这方面，见 J. Brähler，同前，第 29 和 45 页；J. Foakes，同前，第 140-141 页；H. Fox 和 P. Webb，同前，第 555 页；R. Van Alebeek，同前，第 103 页及其后各页；Xidong Yang，同前，第 427 页。

²⁰² 例如，见 M.G. Kohen，“La distinction entre l’immunité des Etats et l’immunité diplomatique”，in *La pratique des Etats concernant les immunités de l’Etat*, G. Hafner, M. Kohen and S. Breau, eds. (Council of Europe/Martinus Nijhoff, 2006), 第 48 页。

必须区分豁免的直接受益者(国家官员)以及间接或最终受益者(国家)。承认属事豁免是考虑到主权国家的利益,但其直接受益者是为表达主权而采取行动的官员。

106. 国家豁免与国家官员外国刑事管辖豁免之间的区别并不仅是一种理念;国家法院和国际性法院所作的一些司法裁决也体现了这种区别。就国家法院裁决而言,只需回顾上议院在处理皮诺切特(第3号)、纳赛尔王子和琼斯案时采取的不同方法,其依据是援引豁免的诉讼的不同性质(刑事或民事)以及这种差异对豁免的影响。*Samantar* 诉 *Yousuf* 案特别具有相关性,美国最高法院在该案中认定,不能认为《外国主权豁免法》范畴内的“国家”概念涵盖国家官员,适用于国家官员豁免的规则有别于国家免于在该国法院遭受起诉所适用的规则。²⁰³

107. 明示或暗示区分国家豁免和国家官员豁免的各个国际性法院的裁决最具相关性。国际法院在国家管辖豁免一案中承认这一区别,指出:

“[……]法院必须强调,[在判决书中]它仅处理国家本身的外国法院管辖豁免;关于对国家官员的刑事诉讼是否以及在何种程度上可适用豁免的问题并非本案所涉事项”。²⁰⁴

国际法院在提及国家和国际法院处理民事与刑事管辖之间区别的方式及其对豁免的影响,²⁰⁵ 以及提及其自身判例时,还表示接受国家豁免与国家官员豁免之间的区别。²⁰⁶

108. 欧洲人权法院就琼斯等人诉联合王国案发布的判决与此高度相关,因为正如法院所指出的,请求书中提及一件豁免案,而这个提交到英国法院的豁免案与 *Al-Adsani* 案不同,它针对的是个人而非某个外国。尽管如此,法院适用了“国家豁免也适用于个人”的传统原则。²⁰⁷ 不过,需要细致入微地看待这个结论,因为法院在解释其判决的法律依据时明确指出,法院的决定仅针对民事案件中的

²⁰³ *Samantar* 诉 *Yousuf* 案,美国 130 S.Ct. 2278 (2010)。*Samantar* 诉 *Yousuf* 案特别重要,因为美国法院此前认定《外国主权豁免法》适用于外国官员,从而将两类豁免混为一谈。关于这些法院此前所持立场,见 *Chiudian* 诉菲律宾国家银行案,美国第九巡回上诉法院,912 F. 2d 1095 (1990), 92, 国际法案例汇编, 480。

²⁰⁴ 《国家管辖豁免》(德国诉意大利:希腊参加诉讼),判决书,2012年国际法院案例汇编,第91段。应当记得,法院在作出此声明前认定,“根据现行习惯国际法,不得以国家被指称严重违反国际人权法或国际武装冲突法为由,剥夺该国豁免权”。另见本努纳法官的个别意见(第35段)和优素福法官的反对意见(第40段)。

²⁰⁵ 同上,第87段及以下各段。

²⁰⁶ 同上,第100段。

²⁰⁷ 见琼斯等人诉联合王国案,第200和202-204段。

豁免权，这就意味着，如果涉及的是刑事案件中的豁免权，则有可能可以采取不同的办法。²⁰⁸

109. 如此将国家官员外国刑事管辖豁免与严格意义上的国家豁免区分对待，在属人豁免的情形下尤其明显，因为享有这种豁免的官员(国家元首、政府首脑或外交部长)即使是以私人身份行事、因而归结不到国家、也不涉及国家责任时，仍可享有豁免。在这种情况下，担任这三种职务的官员以私人身份犯下刑事罪行而免受外国刑事司法管辖的豁免权无论如何在国家豁免范畴内找不到等同情形。不过，即便在这些案件中，这种行为还是得到了某种形式的外国刑事管辖豁免，大家承认，这种豁免有利于国家，而非国家官员。

110. 从上述考虑中可以得出以下结论：

- (一) 一般假定国家豁免适用于仅归于国家、且只能追究国家责任的行为。
- (二) 如果某个行为既归于国家，也归于个人，且可追究两者的责任，则需区分两类豁免：一方面是国家豁免，另一方面是官员豁免。
- (三) 国家豁免与官员豁免之间的区分在国家官员外国刑事管辖豁免方面是最清楚的，因为国家与国家官员负有不同类型的责任，分别为民事和刑事责任，其援引豁免权所针对的司法管辖性质不同。

(二) 行为归于国家

111. 只有在国家与国家官员所实施行为之间存在关联时，才有理由行使属事豁免权。正是由于这种关联，有关行为才是代表国家从事的行为。因此，为了做出“存在这种关联”的结论，上述行为首先必须可归于国家。鉴于这种归结必须遵从国际法规则，上文讨论过的关于国家对国际不法行为的责任的条款第 4 至 11 条中所载的归结规则就具有了特殊的重要性。然而不应忘记的是，委员会是在国际责任的框架内制定上述归结标准的，其目的很明确，就是防止国家采用间接形式的行动，或使用不构成国家机关、没有被明确授权行使政府权力要素的个人，以欺诈地逃脱某些行为的国际责任，而这些行为是代表国家实施的，受国家指示、控制或指导，或在使之成为国家行为的环境中实施的，因为这些行为是惠利国家或为国家利益而实施的。²⁰⁹ 因此，应当对关于国家责任的条款第二章中所载所有准则进行分析，以确定它们是否支持下述结论，即为国家官员外国刑事管辖豁免的目的，可归结于国家的行为是指“以官方身份实施的行为”。

²⁰⁸ 同上，第 207 和 212-214 段。法院就 *Al Adsani* 案表述了同样的观点(第 65 段)。见上文注 48。

²⁰⁹ 见关于草案条款第二章的一般评注，特别是第(4)和第(9)段。《2001 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分(联合国出版物，出售品编号 E.04.V.17(Part 2))。

112. 在这方面，应当考虑到归结标准所适用行为的刑事性质以及豁免的性质，因为豁免本身是法院地国行使管辖权方面一般规则的一个例外。根据这两个要素的要求，在解释归结标准时，应确保豁免制度不会变成一个逃避责任的机制，因而更改了它的根本性质。²¹⁰ 有鉴于此，值得疑问的是，就豁免的目的而言，关于国家对国际不法行为责任的条款中所载的所有归结规则是否都有用。第 7、8、9、10、11 条中规定的标准尤其不合适，见下文分析。

113. 第 7 条中所载标准针对的是一般的越权行为问题和官员出于特定动机从事的行为的问题。国际法委员会宣布这些行为与确定国家责任的目的无关。可是，在豁免的问题上，官员行为的动机及其越权性质却可能是至关重要的。在此只需指出，上文讨论的司法实践显示，在若干案例中，国家法院考虑到了行为人的动机，因而将其行为定性为私人行为，不在豁免范围之内。同样，法院也在若干案例中谈到官员不履行职责、越权行事的情况，并认为，他们这样做，就不得享有豁免权。在所有这些案例中，官员显然是出于自身利益行事，或其行事方式与国家交付的任务不符合或超出任务权限，因而就豁免问题而言，不能将他们的行为合理归结到国家。然而需要指出的是，虽然各个案例中都将自利动机作为不能将官员行为定性为代表国家行事的原因，但在判例中对越权行为的处理却不尽一致。

114. 第 8 和第 9 条所载的归属标准笼统地提出了“事实上的官员”的现象。就第 8 条而言，委员会指出，“最经常出现的是这种情况，国家机关通过招募或煽动以‘辅助人员’行事而又置身于官方机构之外的私人或团体来补充自己的行动。”²¹¹ 根据这一提法，很难在为豁免的目的将行为归于国家时适用上述标准，原因是虽然行为的职能性质已得到显示，但其官方性质却更加难以确定，特别是考虑到国际法院对国家直接控制下行事的个人和只是在国家的煽动和指示下行

²¹⁰ 还应当指出，国际法院自身在适用这些归结标准时，一直采用的是限制性做法。在这方面，有关《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塞尔维亚和黑山)案(国际法院，2007 年 2 月 26 日判决)和有关《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(克罗地亚诉塞尔维亚)案(国际法院，2015 年 2 月 3 日判决书)尤其意义重大，因为在这两个案件中，确定国家责任时所涉及的都是含有无可置疑的刑事要素的行为：灭绝种族。在这两个案件中，国际法院都是狭义地、限制性地解释归结标准，将个人基于此前与国家有关联而从事的行为与同国家不存在此种关联、但其行为仍可归结到国家的人所从事的行为加以区分。对于第一种情形，法院认为，其行为可自动归结到国家，无需任何特定证据。但对第二种情形，法院认为，除非国家对所述个人实行直接控制，否则不能将其行为归结到国家。法院还对最后这种归结形式进行了狭义解释，确认它是一种异乎寻常的情形。此外，有意思的是，对个人受国家挑动、或根据国家命令或指示行事的情形，法院结论认为，国家可能要为这类行为之结果承担责任并不等同于将此种行为定性为严格意义上的国家行为。相反，在这种情形下，国家责任源于其自身的行为，即国家机关或获得法律授权行使政府权力要素的人发布了违反国际法的指示或命令。国家责任还可能源于国家未能采取《防止及惩治灭绝种族罪公约》中要求的预防和惩治措施。最后，应当指出，法院对国家与实施灭绝种族行为的个人和团体之间的关联性进行了严格的、限制性的分析，特别见《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塞尔维亚和黑山)案，第 385 至 389、392 至 397、406、412、438 和 449 段。

²¹¹ 同上，第 47 页。

事的个人所作的区分。该法院在灭绝种族案(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)中所作关于责任的结论²¹² 似乎同样适用于豁免; 这将意味着, 只有在国家直接控制下行事的人从事的行为, 才可为豁免的目的被视为归于国家的行为。这样, 国家官员概念可更加精确, 不涵盖那些通常被视为事实上的官员的人。只有这一结论才与豁免的性质一致, 因为对于国家没有主动授予其作为受权行使政府权力要素的机关或个人地位的人, 或在构成豁免实质要素的行为施行时并未与其确立特定的依赖联系和有效管制的人, 国家为其要求豁免似乎不合理。

115. 第 9 条所载的标准需要更细致的分析, 以评估其对豁免的适用性。在这种情况下, 这些条款提出了官方当局已经消失或正在逐步恢复的实际情形。正如委员会所指出的, 这将是“紧急处分的代理”的一种形式。²¹³ 在这种情况下委员会要求的确定归属的附加条件(行为必须与行使政府权力要素切实相关, 行为必须在官方当局不存在或缺席的情况下实施, 行为必须在实际情况要求行使政府权力要素时实施)会产生与履行公共职能极为相似的情形。正如委员会所指出, 动词“要求”系指需要的逻辑: 由于实际情况, 有必要在“一定程度上行使政府职能”。第 9 条引出的代理形式还包含规范性的要素, 将这些情形与私人当事方(包括叛乱部队)的行为不归于国家的一般规则相区别。²¹⁴ 在例外情况下, 为本报告讨论的属事豁免的目的, 此类行为有可能被界定以官方身份从事的行为。但是, 此类行为得以实施的情形非常特殊, 为所述行为提出豁免要求的可能性极小。在上文讨论的实践中, 没有一个案件可以适用这一情形。

116. 第三, 关于将后来执政的叛乱运动所实施的行为追溯性地归于国家(第 10 条)的问题, 应该指出的是, 从事此种行为的人在开展所述活动时并不具有国家官员的身份。因此, 很难得出结论认为: 某一行为在发生时无论如何都不能被视为“以官方身份实施的行为”, 而在事后却可获得这种地位, 该行为发生时不能适用的属事管辖豁免可以在事后产生。如果所涉行为实施的背景, 是与当时无疑是代表国家行事的当局对抗, 包括武装对抗, 情况就更是如此。与前一种情况一样, 实践中没有为叛乱运动实施的行为援引外国刑事管辖属事豁免的案例。因此, 可以认为, 在关于国家对国际不法行为的责任的条款第 10 条所设想的活动背景下可能发生的此类行为不能看作是与本专题相关的“以官方身份实施的行为”。

117. 最后, 第 11 条规定, 若一国自由地承认某一行为是其本身的行为, 该行为应归属于该国, 行为和国家之间事先不必存在任何类型的关系。这一归属标准用来确定国家责任非常合理, 但它与属事豁免的性质不相容, 因为要援引属事豁免, 则此类豁免所涵盖的行为在实施时是以官方身份从事的。如果认为这一归属

²¹² 见上文脚注 210。

²¹³ 同上, 第 49 页。

²¹⁴ 同上, 第 49 页。

标准适用于豁免，那就等于让国家有权单方面且不受任何限制地宣布，任何人无论在何时施行的任何行为，都能够得益于国家官员免受外国刑事管辖的豁免。这无疑与豁免的性质本身以及豁免制度的基础和宗旨不相容。因此可以认为，这一归属标准与本专题确定以官方身份从事的行为的目的无关。

(三) 主权和政府权力要素的行使

118. 如上所述，一项行为归于国家，是为外国刑事管辖属事豁免的目的将此行为视为“以官方身份实施的行为”的先决条件。然而，即使根据上文提出的限制性解释，这一条件的满足并不足以作出这一认定。相反，将一项归于国家的行为认定为“以官方身份实施的行为”，需要适用一项关于目的的附加标准。既然属事豁免的目的在于确保尊重平等者之间不存在统治权这一准则所体现的各国主权平等原则，这种豁免涵盖的行为也必须与最终要保障的主权有联系。这种联系不能只是形式上的，而是反映这一要求：以官方身份从事的行为不但是归于国家和代表国家施行的，而且还必须体现主权，构成行使政府权力要素的形式。此外，这项要求反映了国家责任与豁免之间的区别，这就排除了将所有为前者界定的标准和法律范畴自动适用于后者的可能。²¹⁵

119. 然而，主权的概念仍然难以界定。此外，很难说明“行使政府权力要素”的含义，国际法委员会没有提供该用语的定义，判例法和法律文献中也没有对该用语作出界定，即说明了这一点。尽管如此，对上述实践的分析可以推断出与这一概念近似的一系列因素。借鉴委员会以往的工作²¹⁶和若干国家法院所作的司法裁决，²¹⁷可以认为，“行使政府权力要素”的定义应基于两个因素，即：(一) 某些活动，就其性质而言，被视为主权的表达或主权所固有的(警察、司法、武装部队的活动、外交)；(二) 某些活动发生于执行涉及行使主权的国家政策和决定的过程中，因此在职能方面与主权有联系。这些肯定性标准可辅以同样重要的否定性标准：国家法院已将私人利益和动机超越国家利益和动机的行为明确排除在豁免的范围之外，即使官员所实施的所涉行为有一定的官方性质也不例外。²¹⁸ 此类标准应以符合逻辑的方式是具体情况适用，以便考虑到在特定行为实施时汇集在一起并需要进行评估的所有因素，以根据行为的性质或职能确定其是否构成行使政府权力要素的行为和主权的表现。所作裁决在本报告中得到分析的法院也采用这一逐案确定和具体情况具体分析的做法。

²¹⁵ 与这一论点相反的观点，见 R. O'Keefe: 《国际刑法》，牛津大学出版社，2015 年，特别是第 10.60 段。特别报告员在编写本报告过程中使用了作者赠送的该著作第 10 章草稿，谨对作者表示感谢。O'Keefe 采用前任特别报告员科洛德金先生提出的理由(见 A/CN.4/631，第 24 段)。

²¹⁶ 见上文第 83 段。

²¹⁷ 见上文第 54 段。

²¹⁸ 见上文第 58 段。

120. 上述基于惯例的标准为负责就豁免问题作出裁定的法院提供了一些指导。还应当指出，国家法院在若干案件中提到了统治权行为与事务权行为的区别，以支持它们的论证。²¹⁹ 在这方面，应该记得，这两个类别是在国家豁免的背景下作为有关国家豁免限制理论的分析要素设立的。因此，关注的重点放在为每个类别定性的公共和私人或商业层面，很难自动应用这一区别来确定适用国家官员外国刑事管辖豁免的“以官方身份实施的行为”。尽管如此，涉及统治权行为基本特征的法律概念已逐渐形成，提供了一些有用的内容，或可被法律行为者在为本报告的目的对某一行为定性时纳入考虑。

121. 就国际罪行适用这些标准构成了特别挑战。正如司法惯例分析所展示的那样，在定义适用豁免的“以官方身份实施的行为”方面，法院尚未采取一致立场。²²⁰ 在一些裁判中，有人认为，国际罪行在任何情况下都不应被视为“以官方身份实施的行为”或享有豁免。相反的意见认为，国际罪行是以官方身份实施的行为，因此受到豁免保护。一种中间立场是，虽然国际罪行被视为以官方身份实施的行为，但根据其性质，这些罪行不能被视为享有豁免。最后，在有些案例中，有人认为，在未就国际罪行是否属于以官方身份实施的行为作出某种宣判时，这些罪行不属于豁免范围。学术文献反映了同样的解释方面的差异。²²¹ 因此，委员会的工作需要处理豁免和国际罪行之间的关系问题。在现阶段，仅从定义以官方身份实施的行为的角度讨论这种关系。

122. 根据上文提到的第一种立场，国际罪行不能被视为一种主权的表现，或者一种行使政府权力要素的行为，因此必须排除在适用豁免的“以官方身份实施的行为”这一概念之外。人们提出了各种赞成这种解释的论证思路，不过可以归纳为两个基本观点，有时这两个观点被一并阐述：(一) 实施国际罪行不是国家的职能；(二) 国际罪行构成国际法所禁止的行为，破坏国际法体系的核心价值和原则。在这两种情况下，都是从豁免限制的角度看待国际罪行：这些罪行不能被视为以官方身份实施的行为，因此豁免不适用于这些罪行，因为它们不具有属事豁免重要要素的特性。这一立场往往和以下见解一起提出，即需要巩固和加强打击有罪不罚现象，这是国际法在二十一世纪伊始的一个显著特点。

123. 这些论点的确发人深省，具有维护作为当代社会和国际法基础的价值观和原则的引人注目特性。但是，有关这种将国际罪行视为限制属事豁免的一种理由的见解存在两个重大问题。第一个问题涉及适用豁免的以官方身份实施的行为这

²¹⁹ 见上文第 54 段。

²²⁰ 见上文第 56 和 57 段。

²²¹ 关于国际罪行，见 R. Pedretti: *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Brill/Nijhoff, 2015。

一概念本身。第二个挑战涵盖的范围更广，涉及这种方法在国际罪行的国家责任方面可能产生的后果。

124. 国际罪行不能被视为以官方身份实施的行为这一结论所依据的假设是，这种罪行不是为行使政府权力要素或显示主权和国家政策而实施的。然而，如果说酷刑、强迫失踪、法外杀戮、族裔清洗、灭绝种族、危害人类罪和战争罪行不具有任何与国家有关的官方或职能层面，那么这种论点是不符合事实的。事实上，这种罪行的实施动用了国家机构，得到了国家支持，目的是实现国家政治目标，无论这些目标是否道德。在许多场合，包括在国际法委员会的工作中，这一点已得到强调。在许多情况下这种罪行由“国家官员”实施，“国家官员”符合在正在审议的本专题下赋予该术语的含义。此外，国家官员的参与是界定被当代国际法定性为国际罪行的某些行为的一项基本要素。另外，关于国际罪行违反国际法的论点没有为以官方身份实施的行为定性提供任何额外的相关要素，因为，如上文所述，行为的犯罪性质及由此导致的非法性是什么可能援引外国刑事管辖豁免的以官方身份实施的行为的一个特点，无论这种行为是根据国内法还是国际法认定为非法的。

125. 上述两个问题中的第二个同样重要。要充分了解这一问题，必须考虑到以下事实，即一项行为要被定性为适用豁免的以官方身份实施的行为，就必须归于国家。因此，认为国际罪行不能被视为以官方身份实施的行为的主张可能不当地、无疑是无意地导致这样的理解，即国际罪行是不归于国家、只能归于犯罪人的行为。这样的主张在责任方面的潜在重大后果几乎不需要解释：如果该行为不可归于国家，该国将免于承担任何与该行为有关的国际责任，刑事责任将归于个人，而不是将国际责任归于国家。这一结论与豁免的本质以及在国际法责任领域的最新动态不相容，责任领域引人注目的一点是双重责任(国家和个人)模式的采用。²²²因此，从这个角度来看，也不能认为国际罪行不是适用豁免的以官方身份实施的行为。

126. 不过，将国际罪行定性为“以官方身份实施的行为”并不意味着国家官员可以自动享有对实施此类罪行的属事豁免。相反，鉴于这些罪行的性质以及当代国际法赋予其的特别严重性，有义务对其加以考虑，以便为确定外国刑事管辖豁免的范围。不过，在豁免例外的框架下可以更全面地探讨分析国际罪行在豁免方面的影响。特别报告员提议在其第五次报告中采取这种办法。

5. 结论：“以官方身份实施的行为”定义

127. 根据前几页所述分析，提出以下条款草案：

²²² 见上文第 96 至 110 段。

第 2 条草案

定义

为本条款草案的目的：

(f) “以官方身份实施的行为”是指国家官员在行使政府权力要素时实施的、其性质构成法院地国可对其行使刑事管辖权的罪行的行为。

C. 时间要素

128. 属事豁免的时间要素在理论或实践上都没有争议；对这类豁免的无限期性质存在广泛共识。“无限期性质”一词指的是，属事豁免可适用于实施该行为后的任何时间，无论有关官员是仍在职还是已离职。

129. 为了解属事豁免时间要素的真正含义，必须区分两个时间点：可能产生豁免的行为实施的时刻以及援引豁免的时刻。前者必须发生在国家官员任期内，后者则在对行为人提起刑事诉讼时出现，无论援引豁免的时间是在官员任期内还是在任期结束后。因此，属事豁免的时间要素在性质上与其说是有限制的不如说是有条件的：如果在给定时间该条件得到满足，适用豁免根本没有时间限制。这类豁免的本质以及在“以官方身份实施的行为”概念中的首要地位证实了这一点，后者的性质在官员离职时并不改变或消失。

130. 因此，对于属事豁免时间要素的这一理解有别于对在本质上有限制的属人豁免时间要素的理解。按照委员会暂时通过的第 4 条第 1 款草案规定，属人豁免在国家元首、政府首脑或外交部长完成其任期时终止。这种豁免不能随后援引，有关人员必须在任才能从中受益。

131. 然而，对属人豁免权的时间要素和属事豁免权的时间要素之间的概念区分，并不意味着这两种豁免权是相互排斥的。相反，属事豁免权可以适用于任何官方官员，因此，前国家元首、前政府首脑和前外交部长在离任之后不再享有属人豁免权，但却仍然享有属事豁免权。在这种情况下，适用于属事豁免权的一般机制将适用于前国家元首、前政府首脑和前外交部长，时间要素也将充当其条件之一，因为必须能够证明援引豁免权的任何行为均可归结为以官方身份实施的行为，而且是在涉事官员在国家机构中担任有关职务时实施的行为。但是，如果涉事官员曾经担任的职务为国家元首、政府首脑或外交部长，那也绝不会改变属事豁免权的实质性机制，这一点已为条约和司法实践所确认。司法实践没有提供任何实际案例表明：任何一位前国家元首、政府首脑或外交部长受益的机制要比适用于任何其他官员的属事豁免权机制更为有利。根据国际法研究所通过的关于豁免权的各项决议，特别是 2001 年和 2009 年通过的决议，可以得出同样的结论。

D. 属事豁免的范围

132. 上文中分析的属事豁免的两个规范性要素无论在概念上还是在法律上都十分不同，因此本报告有必要作出分别考察。不过，这两个要素相互关联，有助于界定属事豁免的(重要和实质)范围。此外，委员会在暂时通过条款草案 4(属人豁免的范围)时采取的做法是在同一项条款草案中论及这两个要素。因此，根据本报告中关于属事豁免权实质要素和时间要素的分析，拟提出以下条款草案：

第 6 条草案

属事豁免的范围

1. 国家官员以官方身份行事时享有属事豁免，无论在其任期之内还是任期届满后。
2. 此种属事豁免仅适用于国家官员在任期之内以官方身份实施的行为。
3. 属事豁免适用于符合本条款草案第 1 条和第 2 条所述条件的前国家元首、前政府首脑和前外交部长。

133. 第 6 条草案采用与委员会于 2014 年通过的关于属人豁免的范围的条款草案(第 4 条草案)相同的模式。拟议的条款草案应与委员会暂时通过的其他条款草案及其评注一并通读，特别是应当与第 5 条草案一并通读。最后值得一提的是，第 6 条草案不涉及其他问题，不应被理解为是处理豁免的限制和例外情况问题的意见。

三. 今后的工作计划

134. 特别报告员在 2016 年提交委员会的第五次报告中拟分析国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外的问题。

135. 自国际法委员会开始研究国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外的问题以来，豁免的限制和例外的问题就一直是委员会的工作领域之一。秘书处的备忘录²²³和前特别报告员科洛德金先生的第二次报告中²²⁴均论及该问题。毫无疑问，这是委员会应当应对的主要问题之一，同时也无疑是条款草案涉及的最敏感的政治问题之一。因此，限制和例外的问题一直是委员会辩论的主题，也就不足为奇。事实上，委员会一些成员认为该问题是这一专题存在的根本目的，甚至是唯一的目的。各位代表在大会第六委员会的发言也反映出对这一问题的重视，各国在一再坚称，处理国家官员外国刑事管辖豁免专题时，不能有损于或有违于国

²²³ 见 A/CN.4/596。

²²⁴ 见 A/CN.4/631。

际社会打击有罪不罚现象的持续努力。尽管如此，另一些国家则认为，应慎重稳妥地处理豁免的限制和例外的问题。

136. 特别报告员的第一次报告²²⁵指出，在完成属人豁免和属事豁免的规范性要素分析之后，应着手处理豁免的限制和例外的问题。其原因显而易见：只有在对界定抽象适用于外国刑事管辖豁免的一般机制的基本要素作出考察之后，才有可能着手处理一般机制是否容许限制和例外这个复杂的问题。此外，豁免的限制和例外的问题必须结合上文分析的两种豁免予以综合分析。

137. 豁免的限制和例外的问题一直主要是从豁免权可能涵盖的行为这个角度来考察的。因此，其重点一直放在外国刑事管辖豁免、国际罪行、严重和系统侵犯人权行为、打击有罪不罚现象和强制法之间的关系上。近年来，大量关于国家及国家官员豁免权问题的法律文献相继问世，突出表明前述关系是法律界的重大关注点之一。然而，这种关注并不完全是理论性或学术性的。恰恰相反，欧洲人权法院对阿德萨尼诉琼斯案的判决所引发的讨论表明，主权豁免的限制和例外的问题具有十分重要的实际意义。最后，国际法院关于国家管辖豁免案的裁决将豁免权与当代国际法的若干重要范畴之间的紧密关系推向了这场辩论的风口浪尖，而意大利宪法法院最近裁定国际法院这一裁决适用于意大利，更是加深了这一问题的复杂性。因此，若不能适当考虑此类豁免的限制和例外，委员会关于国家官员外国刑事管辖豁免的任何工作都将是不完整的。

138. 此类分析不应限于国际罪行与外国刑事管辖豁免之间的关系，尽管它确实是这一议题的最有争议的核心方面。相反，首先必须考察的是限制和例外之间的区别，以及这些范畴在国家官员外国刑事管辖豁免法律制度中可能发挥的不同的作用。此类分析还必须系统地开展，适当考虑到这样一个事实：国际法是一整套法律系统，其规则相互关联，并彼此互动。

139. 在提交关于豁免的限制和例外的报告并就其展开讨论之后，委员会可以在本五年期内完成关于界定这种关系的法律地位的实质性问题的研究。程序性问题应在第六次报告中论述，第六次报告将在下一个五年期第一届会议期间提交委员会。但是，提交拟议报告以及如何开展今后的工作，将取决于大会 2016 年选出的新国际法委员会作出的决定。

²²⁵ 见 A/CN.4/654。

附件一

拟议条款草案

第 2 条草案

定义

为本条款草案的目的：

(f) “以官方身份实施的行为”系指国家官员行使政府权力要素的行为，而此种行为就其性质而言构成了法院地国能够行使刑事管辖权的罪行。

第 6 条草案

属事豁免的范围

1. 国家官员以官方身份行事时享有属事豁免，无论在其任期之内还是任期届满后。
2. 此种属事豁免仅适用于官方官员在任期之内以官方身份实施的行为。
3. 属事豁免适用于符合本条款草案第 1 条和第 2 条所述条件的前国家元首、前政府首脑和前外交部长。