

论国家官员外国刑事属事豁免权

——以卡舒吉事件为视角

史新祥*

摘要：卡舒吉事件触及到了国际法关于领事豁免权和外国官员属事豁免权的一些争议性问题。前者的难点在于执行职务过程中附带行为的性质认定。鉴于豁免权的“功能性”特征，判断关键应当在于附带行为和被执行职务之间的关系，而非行为本身的严重性。后者的认定则要区分行为发生地：当一项公务行为发生在法院地国时，该国对外国官员执行公务资格的认可是豁免权的必要前提条件；而当该行为发生在法院地国以外时，即使其涉嫌国际罪行，豁免权也应当被承认。

关键词：领事豁免权 国家官员豁免权 国际罪行 《维也纳领事关系公约》 属事豁免权

一 卡舒吉事件背景

2018年底发生的沙特阿拉伯记者贾迈勒·卡舒吉（Jamal Ahmad Khashoggi）事件在国际上引起了轩然大波。作为《华盛顿邮报》的专栏作者，卡舒吉因其对沙特政府的批判态度而闻名。2018年10月2日，卡舒吉前往位于土耳其伊斯坦布尔的沙特领事馆办理离婚证明，此后便一直消失。数日后，土耳其检方证实卡舒吉已于当日在沙特领馆内遇害。^① 2019年6月19日，联合国特别报告员卡拉马德（Agnes Callamard）向联合国人权理事会提交了关于卡舒吉事件的调查报告。^② 该报告详细列举了该事件前后的各种细节和证据。报告结论指出：第一，杀害卡舒吉的行为是由一个沙特方面派遣的15人小分队实施的。该小分队主要由沙特情报部门官员和沙特军官构成；^③ 第二，有可靠证据证明沙特王储穆罕默德·本·萨勒曼（Mohammed bin Salman）和其他沙特高级别官员可能涉案；^④ 第三，包括沙特驻土耳其伊斯坦布尔总领事奥塔比（Mohammad al-Otaibi）在内的多

* 大连海事大学法学院讲师，法学博士。

① 《土耳其检方公布卡舒吉案最新调查结果》，央视网，<http://news.cctv.com/2018/11/01/ARTIDw9yvHMUIRdFU8M1GiCx181101.shtml>，最后访问时间：2020年2月8日。

② Agnès Callamard, *Report of the Special Rapporteur on extrajudicial, summary or arbitrary executions: Investigation into the unlawful death of Mr. Jama Khashoggi*, A/HRC/41/CRP.1 (2019).

③ Agnès Callamard, A/HRC/41/CRP.1 (2019), Table A.

④ Agnès Callamard, A/HRC/41/CRP.1 (2019), para. 4.

名沙特领馆官员参与了行为预备、实施和掩盖罪行的全过程；^① 第四，该案是对卡舒吉生命权的公然侵犯。同时，涉案沙特官员的行为涉嫌国际法上的酷刑罪和强迫失踪罪。^②

沙特方面承认部分政府官员参与了卡舒吉事件，但否认萨勒曼涉及其中。^③ 例如，在2019年9月接受美国哥伦比亚广播公司采访时，萨勒曼自己承认其作为领导人应当为沙特政府官员的行为负责，尽管他本人对此事并不知情。^④ 然而，即使事实如沙特所说，该行为在国际法上也应当被认定为沙特的国家行为。根据2001年国际法委员会《国家对国际不法行为的责任条款》草案中关于责任归因的规定，一名国家官员的行为只要具备了“表面上的权威性”（*apparent authority*）即可被归于该国，无论该官员的职位高低或权力范围。^⑤

鉴于涉案沙特官员的身份和行为的“国家”属性，卡舒吉事件反映出了当前国际法关于国家官员豁免权的一些争议性问题。豁免权可以保护一个国家的官员在外国法院免受起诉。然而，根据一名官员的身份不同，其享有的豁免权也不尽相同。卡舒吉事件中涉及的豁免权主要有两种：沙特领事官员享有的领事豁免权和其他涉案的沙特官员享有的习惯法上的国家官员属事豁免权。因此，在接下来的论述中，笔者将重点回答三个问题：第一，领事豁免权是否能够保护严重的犯罪行为；第二，本案中杀害了卡舒吉的沙特官员是否在土耳其享有属事豁免权；第三，如果本案的罪行构成国际法上的强迫失踪罪或酷刑罪，属事豁免权是否必须被排除。

二 领事豁免权与行为严重性的关系

沙特领事官员享有的领事豁免权和本案中其他沙特官员享有的豁免权的最大区别在于前者是由《维也纳领事关系公约》（以下简称《公约》）明确规定的，而后者是基于习惯国际法。《公约》于1967年正式生效，目前已得到了几乎所有国家的批准。^⑥ 根据《公约》第43条的规定，领事官员及领馆雇员对其为执行领事职务而实施之行为不受接受国司法或行政机关之管辖。《公约》第5条列举了13项“领事职务”，但除此之外，《公约》并未定义何为“为执行领事职务而实施之行为”。学者们通常将领事豁免权的保护范围统称为“公务行为”^⑦ 或“职务行为”。^⑧ 但这种统称忽略了《公约》对于领事豁免权范围更为细致的规定。根据《公约》第71条第1款，如果一名领事官员是接受国国民或永久居民，他的领事豁免权将保护“其为执行职务而实施之

① Agnès Callamard, A/HRC/41/CRP.1 (2019), paras. 77 – 88.

② Agnès Callamard, A/HRC/41/CRP.1 (2019), para. 3.

③ 沙特检方最初声称该案是由沙特情报部门副部长阿西里（Ahmed al-Asiri）和萨勒曼顾问卡赫塔尼（Saud al-Qahtani）共同策划并下令实施的。卡赫塔尼后因证据不足未被指控。2019年12月，利雅得刑事法庭同样以证据不足为由释放阿西里。法庭同时判处5人死刑，3人有期徒刑。沙特并未公开该8人的身份和姓名。该案目前正由沙特最高法院复核。参见：《沙特判处卡舒吉遇害案5名涉案人员死刑》，新华网，http://www.xinhuanet.com/world/2019-12/23/c_1125379801.htm，最后访问时间：2020年2月8日。

④ 《沙特王储：没有下令杀害卡舒吉，但对他的死“负有全责”》，央视网，<http://news.cctv.com/2019/09/30/ARTI8y2Uz95HXoNSIUdiw6l190930.shtml>，最后访问时间：2020年2月8日。

⑤ “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries (2001)”, Yearbook ILC 2001, Vol. II, Part Two, pp. 40 – 41, paras. 6 – 7.

⑥ Vienna Convention on Consular Relations, UNTS, vol. 596, p. 261.

⑦ Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System* (New York: Oxford University Press, 2nd edn, 2015), p. 253.

⑧ 熊安邦：《道路交通安全执法中的领事特权与豁免》，载《法学评论》2015年第5期，第166页。

公务行为”。^① 此处的“公务行为”说明“为执行职务而实施之行为”还可以进一步分为“公务行为”和“非公务行为”。因此，国际法委员会在就该条的评论中指出：“‘公务行为’一词说明本款项下的豁免权范围比第43条中的‘为执行领事职务而实施之行为’更窄”。^② 在学界，此种“非公务行为”有时被称作“附带行为”（incidental acts）或“辅助行为”（ancillary acts）。^③ 例如，一名领事官员审查并授予签证的行为是一项严格的公务行为；而他驾车前往审查地点的行为则是一项附带行为。这项附带行为是否享有豁免取决于其是否可以被认定为“为执行领事职务而实施之行为”。换言之，附带行为的豁免权取决于其是否可以被正在执行的公务行为所吸收。

领事豁免权在实践中的最大意义就是保护领事官员在执行公务中的违法行为。^④ 但是，由于严格的公务行为通常是合法行为，^⑤ 因此，自《公约》生效以来，理论和实务界就领事豁免权存在的最大争议往往在于哪些附带行为可以被认作“为执行领事职务而实施之行为”。^⑥ 其中，一个很重要的观点认为附带行为的严重性应当作为领事豁免权的判断标准。例如，《奥本海国际法》认为严重的犯罪行为不应当享受领事豁免权。^⑦ 相似地，米尔霍普主张犯罪行为，尤其是自然犯（*malum in se*），不得被认作“为执行领事职务而实施之行为”。^⑧ 比库尼亚则主张违反人权的行为不得被外交及领事豁免权保护。^⑨ 在“萨拉米案”中，美国伊利诺伊州上诉法院则认为，即使一个单一的犯罪行为可以被领事豁免权保护，长期的、连续的犯罪行为也不可能被定义为“为执行领事职务而实施之行为”。^⑩ 类似的观点在外交豁免权领域也不乏支持者。^⑪

上述观点的合理之处在于它很好地契合了《公约》的精神。《公约》的序言强调领事特权及豁免之目的不在于给予个人以利益而在于确保领馆能代表本国有效执行职务。^⑫ 同时，《公约》

① 《公约》第71条第1款。

② Yearbook of the International Law Commission (1961), vol. II, p. 127, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1961_v2.pdf&lang=EFS (last visited February 8, 2020)。在其就第43条的评论中，国际法委员会也声明，“本条并未使用‘公务行为’一词，因为该词会削弱领事官员的地位”。

③ Bhagevatula S. Murty, *The International Law of Diplomacy: the Diplomatic Instrument and World Public Order* (New Haven: New Haven Press, 1989), p. 435.

④ 正如希金斯（Higgins）指出，豁免权的作用恰恰就在于保护违法行为。Rosalyn Higgins, “The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: Recent United Kingdom Experience”, (1985) 79 *American Journal of International Law* 641, p. 649.

⑤ 理论上说，由于《公约》第5条中的领事职务并非全部要求符合当地法律（例如第5条d款就没有合法性的要求），因此严格的公务行为有可能违反当地法律。但是，实践中出现的争议几乎都是涉及附带行为而非公务行为本身。

⑥ 例如，在“杰雷兹案”（*Commonwealth v. Jerez*）中，一名多米尼加领事在前往执行公务的路上被一名警察误认为私闯领馆的嫌疑人。为了及时前往办公地点，该领事和警察发生了肢体冲突并打伤了警察。法院认为该领事的目的是为了顺利执行职务，因此承认了领事豁免权。*Commonwealth v. Rafael Jerez* (1983), 390 Mass. 456, 457 N. E. 2d 1105. 又如，在“赫塞案”（*Hesse v. Prefect of Trieste*）中，意大利最高法院认为，在执行公务途中违法停车的行为应当被领事豁免权保护。*Hesse v. Prefect of Trieste* (1977), 77 ILR 610.

⑦ Robert Jennings and Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law* (Harlow: Longman, 9th edn, 1992), p. 1145, also see Luke T. Lee, *Consular Law and Practice* (Oxford: Clarendon Press, 2nd edn, 1991), p. 497.

⑧ Curtis J. Milhaupt, “The Scope of Consular Immunity under the Vienna Convention on Consular Relations: towards a Principled Interpretation”, (1988) 88 *Columbia Law Review* 841, p. 861. 又见：*Gerritsen v. de la Madrid Hurtado* (1987), 819 F.2d 1511, p. 1517.

⑨ 弗·奥·比库尼亚：《外交及领事豁免权与人权》，载《环球法律评论》1991年第5期，第11页。

⑩ *Illinois Commerce Commission v. Salamee* (1977), 54 Ill. App.3d 465, 474.

⑪ 领事豁免权实质上是基于《维也纳外交关系公约》第39条第2款。该款规定一名外交官在卸任以后依然就执行职务行为享有豁免权。英国政府在1984年关于外交豁免权的研究报告中指出，恐怖主义和其他刑事犯罪行为不得被认定为执行职务的行为。参见：Foreign Affairs Committee, *The Abuse of Diplomatic Immunities and Privileges*, 1984/85 HC 127, para. 16.

⑫ 《公约》序言。

第 55 条规定领事官员有尊重驻在国法律的义务。领事官员并不需要严重违反当地法律来顺利执行职务，因此，领事豁免权不应该保护严重的违法行为。

然而，该观点也有其不可避免的缺陷。第一，以行为的严重性来判断豁免权有可能使豁免权彻底失去意义。^① 一个行为的严重性往往需要法庭对案件实体进行审理之后才能得出结论，但是豁免权本身的意义恰恰在于禁止法庭对案件进行实体审理。也正因为如此，国际法院在“国家管辖豁免案”（德国诉意大利，希腊介入）中将豁免权定义为一种“程序性权利”。^② 虽然该案涉及的是国家豁免权，但其背后的逻辑却是一致的：如果领事豁免权是基于一个行为表面上的严重性（alleged seriousness），那原告只需声称被告的行为是严重违法行为即可规避豁免权；相反，如果领事豁免权是基于一个行为事实上的严重性（actual seriousness），那么法庭则需要对案件实体进行审理并以此结论来判断其是否有资格审理该案实体。这是典型的循环论证。与此同时，将行为严重性作为判断豁免权的标准也会与刑事审判中的无罪推定原则相冲突。

第二，“行为严重性”是一个非常模糊的概念。同一个行为在 A 国可能是刑事犯罪但在 B 国只是普通的违法。即使是针对同一个罪名，不同的国家也可能规定不同的刑罚。这导致实践中很难区分严重的行为和非严重的行为。例如，英国对“严重犯罪”的定义是“可能导致超过 12 个月的监禁的犯罪”；^③ 美国的定义则是“一切暴力犯罪，诸如以枪支或其他危险武器进行的袭击，或在药物或酒精作用下驾驶汽车造成的人员伤亡”；^④ 澳大利亚在其 1972 年的《领事特权与豁免法案》中将“严重犯罪”规定为“一切可能导致五年及以上监禁或其他更严厉刑罚的犯罪”。^⑤

事实上，《公约》第 41 条第 1 款的起草历史也从侧面说明了定义“严重犯罪”的困难程度。该款规定领事官员在从事“严重罪行”时不享有人身不受侵犯权（personal inviolability）。在 1960 年起草该条款的时候，国际法委员会内部曾分立为两派：其中一派认为应当明确定义“严重罪行”，并主张该罪行包括“一切可能导致五年及以上监禁的行为”；另一派则反对作出明确的定义。^⑥ 国际法委员会之后选择了第二种方案，因为大多数对草案发表意见的国家认为，鉴于各国立法的不同，一个精确的定义既不可能也不必要。^⑦ 在 1963 年的维也纳会议上，部分国家提出的定义“严重罪行”的方案也未能获得与会国家的多数赞同。^⑧ 简言之，由于各国无法就何为

① 值得注意的是，行为严重性或违法性与豁免权并非完全无关。《公约》第 5 条规定的部分领事职务有明确的“合法性”要求。因此，在判断涉及这些职务的领事豁免权时，法院不可避免地要讨论案件实体，亦即涉案行为的合法性。此时，领事豁免权是否仍然属于“程序性权利”值得商榷。限于本文的篇幅和主题，此处不对该问题展开分析，而是使用“可能”一词表明此观点并非绝对。

② *Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy; Greece intervening)*, Judgment, I. C. J. Reports 2012, p. 140, para. 93.

③ Jacques Hartmann et al. (eds), “United Kingdom Materials on International Law (2014)”, (2016) 85 *British Yearbook of International Law* 301, p. 530.

④ Margaret S. Pickering et al. (eds), *Digest of United States Practice in International Law (1989 – 1990)*, pp. 327 – 328, <https://www.state.gov/documents/organization/139393.pdf> (last visited September 15, 2019).

⑤ Consular Privileges and Immunities Act 1972, Section 5 (2) (d), <https://www.legislation.gov.au/Details/C2016C01068> (last visited September 10, 2019).

⑥ *Yearbook of the International Law Commission (1960)*, vol. II, pp. 167 – 168, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1960_v2.pdf&lang=EFS (last visited February 8, 2020).

⑦ 参见荷兰、瑞士和美国的评论，*Yearbook of the International Law Commission (1961)*, vol. II, pp. 147, 162, 167, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_1961_v2.pdf&lang=EFS (last visited February 8, 2020).

⑧ 例如，巴西政府认为“严重罪行”应该是“最大刑期 5 年的犯罪”；南斯拉夫政府则提议最大刑期 2 年更为合适。*Official Records of the United Nations Conference on Consular Relations*, vol. II, A/CONF.25/16/Add.1 (1963), pp. 80, 86.

“严重罪行”达成合意,《公约》第41条第1款最终没有对此概念进行定义。

对于“严重罪行”定义的模糊相应地影响了“行为严重性”标准的有效性。如果该标准被用于判断领事豁免权,同一个附带行为有可能在一国享有豁免而在另一国却不享有。这样的结果实质上是与《公约》的精神相悖的。因为如果该行为是执行领事职务所必须,那它应该在任何地方都受到同等保护。毕竟,《公约》下规定的特权与豁免的最终目的是为了保护领事职务的顺利执行。

从方法论上来说,“行为严重性”标准的最大问题在于其过分强调了接受国的利益。领事豁免权和外交豁免权本质上都是派遣国和接受国两国利益的平衡。用格劳秀斯的话来说:“保障一名大使安全所带来的利益高于在国内法院惩罚他带来的利益”。^①然而在这两种利益当中《公约》更加强调的是派遣国的利益,亦即保证领事职务顺利完成的利益。因此,尽管《公约》第55条要求领事官员尊重当地法律法规,但是这种尊重义务却不影响《公约》下规定的特权与豁免。从宏观上说,确保派遣国领事顺利完成职务同样有利于接受国,因为每一个接受国同时也是派遣国,而《公约》第72条第2款明确规定了对等原则。这意味着,保证一个外国领事官员顺利完成职务对一个接受国来说,就是保证自己的领事官员在该外国可以顺利地执行职务。诚然,该保证并非无条件无限制,但是这种对完成领事职务重要性的强调说明在判断豁免权的时候,首先应当考虑的不是一个附带行为的严重性,而是该行为与正在执行的领事职务之间的关系。因此,美国联邦上诉法院在审理一起韩国驻美领事与其雇佣的家政人员发生的劳动纠纷时指出,只有当领事职务直接(而非间接)地受益于一个雇佣关系时,领事豁免权才可以被承认。^②相似地,在“南斯拉夫领事豁免案”中,德国巴伐利亚州最高法院认为,如果一名领事可以就其造成的交通事故享有豁免权,那么他驾驶汽车的行为必须密切且实质地(closely and materially)和正在执行的领事职务相关。^③

值得注意的是,在一些情况下,采用“行为严重性”标准和采用“行为间关系”标准会得出同样的结果。例如在卡舒吉事件中,如果沙特领事官员确实参与了对卡舒吉的犯罪行为,那么无论采用哪个标准,他们都不应当享有领事豁免权——谋杀和肢解行为的严重性无须多言,而该行为和执行领事职务行为(办理离婚手续)之间也明显没有任何实质联系。但是,在其他情况下,采用不同的标准可能产生不同的结果。“斯特努姆案”就是一个典型。^④本案中,一名瑞典公民林德布拉德(Lindblad)在美国因为斗殴被捕。瑞典驻芝加哥总领事斯特努姆(Ström)在前往法院交纳保释金后带走了林德布拉德,并向法院保证其会按时参加数周后的庭审。然而保释之后,斯特努姆从各种线索了解到林德布拉德由于得罪了当地黑帮而性命堪忧。因此,在未告知法院的情况下,他将林德布拉德的护照退还并放任其离开美国回到瑞典。由于林德布拉德是以联邦重罪被起诉的,斯特努姆协助其离境的行为也构成了重罪。然而美国政府在利益声明书(Statement of Interest)中却认为斯特努姆的行为应当享有领事豁免权,原因在于该行为和《公约》第5条(d)款“为派遣国公民提供旅行相关证件”和(e)款“帮助派遣国公民”中规定的领事职务有密切联系。法庭认可了这份声明并相应地判决斯特努姆享有豁免权,尽管其行为已

① Hugo Grotius, *De Jure Belli ac Pacis*, translated by FW Kelsey (Oxford: Clarendon Press, 1925), p. 443.

② *Park v. Shin* (2002), 313 F.3d 1138, p. 1143.

③ *Yugoslav Consul Immunity Case* (1973), 73 ILR 689.

④ *State of Indiana v. Ström*, No. 45G03-8801-CF-00010, Superior Ct., Criminal Div., Lake County, Indiana, reprinted at Marian N. Leich (ed.), *Cumulative Digest of United States Practice in International Law* (1981-1988) (Washington: US Government Printing Office, 1993), pp. 1140-1154.

明确构成美国联邦重罪。在“瑞斯克诉哈沃森案”中，美国联邦上诉法院就数名挪威领事的豁免权作出了类似的判决。^①

综上，“行为严重性”并不是判断领事豁免权的一个合理标准。领事特权与豁免的最终目的是保证领事职务的顺利执行。因此，在判断豁免权时，主要的考量应当在于一个附带行为和正在执行的领事职务之间的关系。

三 习惯法上属事豁免权与犯罪行为发生地的关系

卡舒吉事件还提出了另一个豁免权问题。与沙特领事官员不同，具体实施谋杀的沙特官员因不具备领事官员身份而不享有《公约》赋予的领事豁免权。根据《国家对国际不法行为的责任条款》草案中关于责任归因的规定，该犯罪行为应当被认定为沙特的国家行为。^②那么，这是否意味着这些沙特官员在土耳其境内享有习惯国际法上的国家官员豁免权呢？

要回答这个问题，首先需要明确的是国家官员刑事豁免权的性质。在目前习惯国际法上，个人享有的豁免权大致可以分为两种：属人豁免权（immunity *ratione personae*）和属事豁免权（immunity *ratione materiae*）。属人豁免权一般由少数具有代表国家职能（function of representation）的高级别官员所享有。^③此种豁免权不考虑具体行为的性质。只要一个主体具备了特定的身份，那他的一切行为都享有刑事豁免。在2002年国际法院的“逮捕令案”（刚果诉比利时）中，国际法院列举了国家元首、政府首脑和外交部长三类人作为属人豁免权的主体。^④但是在实践中其他的高级别政府官员是否享有属人豁免权尚存争议。^⑤就卡舒吉事件而言，如果沙特王储萨勒曼牵涉其中，那么他很显然属于属人豁免权的主体范围。此时豁免权的适用就取决于当前国际法上是否存在属人豁免权的例外。虽然在学界有观点认为属人豁免权在涉嫌严重国际罪行的案件中不适用，^⑥但目前无论是国家实践还是国际法院的判例都一致指向该豁免权的绝对性。^⑦即使是当

① *Risk v. Halvorsen* (1991), 936 F. 2d 393.

② “Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with Commentaries (2001)”, Yearbook of the International Law Commission (2001), Vol. II, Part Two, pp. 40–41, paras. 6–7, https://legal.un.org/docs/?path=../ilc/publications/yearbooks/english/ilc_2001_v2_p2.pdf&lang=ENFSRAC (last visited February 8, 2020).

③ 例如，《维也纳条约法公约》第7条第2款规定，国家元首，政府首脑，外交部长，在接受国代表派遣国的外交使馆长等人无需授权即可代表国家。Vienna Convention on the Law of Treaties, UNTS, vol. 1155, p. 331.

④ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3, para. 51.

⑤ 例如，在“巴拉克案”（*In re Ehud Barak*）中，英国威斯特敏斯特地区法院认为以色列国防部长也享有属人豁免权。*In re Ehud Barak* (2009), 163 ILR 619.

⑥ Kerry C. O'Neill, “A New Customary Law of Head of State Immunity? Hirohito and Pinochet”, (2002) 38 *Stanford Journal of International Law* 289, pp. 295–298; Arthur Watts, “The Legal Position in International Law of Heads of States, Heads of Governments and Foreign Ministers”, (1994) 247 *Recueil Des Cours* 9, p. 53.

⑦ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 2008, p. 177, para. 170; *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3, para. 58. 值得注意的是，该案过后，比利时修改了其国内法中关于外国官员在涉嫌严重违反国际人道法罪行时不享有豁免权的规定。新规定明确表示外国元首、政府首脑和外交部长在职期间不得被起诉。在“皮诺切特案”中，多名大法官在判决中也明确指出，如果皮诺切特还在职，那么他将享有豁免权。*Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary Magistrate and Others, Ex parte Pinochet Ugarte* (No. 3), [2000] 1 AC 147.

前在国家官员豁免权问题上采取相对进步性 (progressive) 立场的国际法委员会, 在其通过的国家官员外国刑事管辖豁免条款草案第4条第2款也承认不存在国际罪行的属人豁免权例外。^① 因此, 无论萨勒曼是否涉案, 他都不会在土耳其法院被起诉, 除非沙特放弃他的豁免权。其他涉案的沙特官员则不应被认定为享有属人豁免权。虽然该豁免权的主体范围存在一定争议, 但即使是扩大解释也至少要求部长级别的官员或内阁成员且通常需要行使一些对外职能,^② 而从目前沙特官方和国际社会的调查情况来看, 卡舒吉事件中可能涉案的最高级别沙特官员是情报部门副部长阿西里和萨勒曼的顾问卡赫塔尼, 因此, 他们在国际法上不享有属人豁免。

与属人豁免权不同, 属事豁免权不关注行为主体的身份, 而是取决一个具体行为的性质。一般来说, 该豁免权保护的是公务行为 (official acts)。换言之, 如果一名国家官员从事了一项公务行为, 那他就应当在外国法院被诉。本质上, 国家官员的刑事属事豁免权就是国家本身享有的国家豁免权 (State immunity)。^③ 当一名官员从事了一项公务行为时, 他实质上是在为其国家行事。在此情况下, 刑事起诉该官员实质上是在间接起诉其代表的国家, 因为一旦判决作出, 该国家行为就会被贴上“犯罪”的标签。而根据平等者之间无管辖权原则 (*par in parem non habet imperium*), 一国在外国法院是享有绝对的刑事豁免权的。因此, 当一国的官员因公务行为而被刑事起诉时, 国家豁免权必须延伸至该官员以确保国家本身不被卷入诉讼。

从表面上看, 卡舒吉事件中的沙特官员符合属事豁免权的构成要件。首先, 该豁免权对主体资格没有限制; 其次, 如上所述, 这些官员的行为是可归责于沙特的公务行为。然而, 这个结论忽略了认定属事豁免权时的一个关键点, 即犯罪行为的发生地。在实践中, 国家官员属事豁免权问题的出现往往存在三种模式。第一, A国在其自己的法院起诉B国官员在B国从事的公务行为; 第二, A国在其自己的法院起诉B国官员在C国从事的公务行为; 第三, A国在其自己的法院起诉B国官员在A国从事的公务行为。卡舒吉事件中沙特官员, 如果在土耳其法院被诉, 他们的豁免权问题属于第三种模式。而在这种模式下, 授予属事豁免权的一个重要前提是一国官员在法院地国行使职权的行为得到了该国的许可。在没有这种许可的情况下, 各国法院在实践中几乎从不认可外国官员的刑事豁免权, 即使涉案行为是明显的公务行为。例如, 英国的“玉素甫案”^④ 和意大利的“奥马尔案”。在“奥马尔案”中, 数名美国情报官员因在米兰秘密绑架了一名被意大利政治庇护的埃及神职人员而在当地遭到刑事起诉。在终审判决中, 意大利最高法院认为, 虽然绑架行为受政府指使, 但这些情报官员在意大利不享有任何豁免权, 因为习惯法上的属事豁免权仅授予“执行特定职务的特定官员”。^⑤ 同样, 在“彩虹勇士号案”中, 新西兰奥克兰高等法院拒绝赦免两名根据命令在奥克兰港从事了恐怖袭击的法国士兵, 虽然法国政府反复强调

① Report of the International Law Commission, Sixty-eighth session, A/71/10 (2016), p. 352.

② 例如, 卡塞斯指出属人豁免权的主体范围“可能”包括一些内阁高级官员。Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, (2002) 13 *European Journal of International Law* 853, p. 864.

③ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 2008, p. 177, para. 188.

④ *R v. Lambeth Justices, ex parte Yusufu* (1985), 88 ILR 232.

⑤ ‘Abu Omar’ Case, *General Prosecutor at the Court of Appeals of Milan v Adler and ors*, Final appeal judgment, No 46340/2012, ILDC 1960 (IT 2012), para. 23. 7.

会为该公务行为承担全部责任。^①也正因为如此,国际法委员会特别报告员科洛德金(Kolodkin)在其就“国家官员在外国刑事诉讼中的豁免权”项目的第二份报告中指出:“如果一国没有同意一名外国官员出现在其领土上并行使职权,那么该国应有足够理由认为该官员不享有任何的刑事属事豁免权”。^②第二任特别报告员埃尔南德斯(Hernández)也持同样的观点。在其第五份报告中,埃尔南德斯指出,虽然相关国家实践并不丰富,但却一致地显示此种情况下外国官员不享有属事豁免权。^③在此基础上,她在草案第7条第1款第3项中加入了一个“领土犯罪”的豁免权例外。^④虽然此规定被排除在最终的第7条之外,但国际法委员会承认该结论的有效性——排除的原因并非豁免权适用,只是此种情况不属于“(已存在的)豁免权的例外”,而是“根本就不存在豁免权”。^⑤

这种现象的背后实质上是法院地国对自己主权利益的考量。从本质上说,豁免权是法院地国对自己司法主权的一种放弃行为。^⑥但是,基于行为发生地的不同,这种放弃行为背后的原因也是不尽相同的。当一个公务行为发生在外国领土上时,认可豁免权更多的是出于不干涉外国国家行为的考量。例如,如果A国在其自己的领土上通过了一部立法,那么该立法行为应当在B国法院享有豁免权。因为B国法院对该行为的审查会构成对A国国家行为的干涉。而当一个公务行为发生在法院地本国领土上时,情况则有所不同。此时,认可豁免权更多的是为了方便外国官员在本国领土上行使“被本国所认可”的官方职务。在学界,该原理通常被表述为豁免权的职务需要说(functional necessity theory)。^⑦外交豁免权、领事豁免权、国际组织官员豁免权等都是这方面典型的例子。在没有这种认可的情况下,法院地国没有义务放弃对发生在本国领土上的行为的司法主权。另一方面,外国官员在未经许可的情况下在法院地国领土上行使主权权力,如上述“奥马尔案”,这一行为本身就是对该国主权的侵犯。因此,如果一名外国官员未经许可在法院地国从事了一项违反当地法律的公务行为,法院有权按其正常的司法程序对案件进行审理。用阿勒比克的话来说,此种情形下该外国官员并非在行使国际法所认可的国家权力,因此其行为不受属事豁免权保护。^⑧

① *R. v. Mafart and Prieur* (1985), 74 ILR 241. 又参见: *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court* (2011), 147 ILR 633 和 *Letelier v. Republic of Chile* (1980), 488 F. Supp. 665.

② Roman A. Kolodkin, *Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, A/CN.4/631 (2010), para. 85.

③ Concepción E. Hernández, *Fifth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, A/CN.4/701 (2016), para. 229. 值得注意的是,此处所说的国家实践是有关刑事犯罪的豁免权问题的实践。虽然在理论上所有国家官员的豁免权本质上都是国家豁免权,但是刑事诉讼中属事豁免权的范围和民事诉讼中国家豁免权的范围是不同的。无论是对《联合国国家及其财产管辖豁免公约》还是对当前的“国家官员在外国刑事诉讼中的豁免权”项目,国际法委员会都明确区分了刑事和民事诉讼。埃尔南德斯在其报告中也明确区分了涉及民事诉讼中国家豁免权的实践。

④ Concepción E. Hernández, *Fifth Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, A/CN.4/701 (2016), p. 99, art. 7 (1) (iii).

⑤ United Nations, *Report of the International Law Commission, Sixth-ninth session*, A/72/10 (2017), p. 188, para. 24.

⑥ Ian M. Sinclair, “The Law of Sovereign Immunity-Recent Developments”, (1980) 167 *Recueil Des Cours* 113, pp. 214–216; Xiaodong Yang, *State Immunity in International Law* (New York: Cambridge University Press, 2012), p. 50.

⑦ Craig Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities—A Necessary Evil?* (Dartmouth, 1996), p. 221.

⑧ Rosanne V. Alebeek, “Functional Immunity of State Officials from the Criminal Jurisdiction of Foreign National Courts”, in Tom Ruys et al. (eds.), *The Cambridge Handbook of Immunities and International Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), p. 508.

值得注意的是，“是否具有被认可的官方职务”强调的是一名外国官员在法院地国履职的资格。“是否具备该资格”和“某一具体行为是否属于官方职务的范畴”是两个不同的问题。前者是享有豁免权的前提，而后者则是属事豁免权的具体认定。例如，如果A国接受B国官员张三为外交官员，^①那么其就认可了张三有资格在其领土上行使外交职务。因此，即使张三任期结束，他依然就职务行为享有属事豁免权。^②假设张三在职期间在A国从事了间谍行为，且离任后被A国检察机关公诉，此时他是否享受属事豁免权就取决于他的行为是否可以被认定为行使《维也纳外交关系公约》第3条第1款第4项中规定的“调查和报告职能”。^③但如果A国从一开始就拒绝接受张三，那么他在A国的任何行为都不享有豁免权，因为他没有在A国领土上执行官方职务的资格。换言之，一名官员就其在外国领土上的违法行为享有属事豁免必须满足两个条件：第一，他在该外国有行使被认可的官方职务的资格；第二，该违法行为属于官方职务的范畴。就第二个条件而言，当前理论和实践一般认为豁免权应当由主审法院进行认定，但鉴于部分官方职能（尤其是外交职能和驻外军队的军事职能）的政治敏感性和秘密性，该认定过程应当充分尊重官员本国的意见。^④就卡舒吉事件而言，很显然涉案的沙特官员第一个条件即无法满足。

综上，当一名国家官员在外国领土上从事了一项涉嫌犯罪的公务行为时，其是否享有属事豁免权取决于法院地国是否认可了该官员在本国领土上行使官方职务。在没有此种认可的情况下，法院地国有权将该官员视作一名普通的外国公民予以对待。因此，虽然卡舒吉事件中沙特官员的行为是沙特的国家行为，土耳其法院并没有义务承认他们的属事豁免权，因为他们在土耳其境内没有任何“被认可的”官方职务需要行使。

四 国际罪行和习惯法上属事豁免权的关系

关于卡舒吉事件的最后一个有意思的点是本案中的行为可能会被认定为强迫失踪罪和酷刑罪。根据《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，强迫失踪罪是指“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”。^⑤

① 虽然派遣国根据《维也纳外交关系公约》第7条可以自由委派外交官员，但由于接受国有权依据公约第9条在一名官员履职前即宣布其为不受欢迎人员，因此，接受国不行使该权利的行为实质上是对该官员成为外交人员的默示许可。实践中，履职的外交人员通常也需要在接受国完成一定的注册或认证程序。

② 参见《维也纳外交关系公约》第39条第2款。Vienna Convention on Diplomatic Relations, UNTS, vol. 500, p. 95.

③ 国际法院在“德黑人质案”(Teheran Hostages)中指出，《维也纳外交关系公约》第9条第1款之所以赋予接受国驱逐外交官的权利，就是因为在实践中难以区分“调查和报告职能”和间谍行为。United States Diplomatic and Consular Staff in Tehran, Judgment, I. C. J. Reports 1980, p. 3, para. 85.

④ Jean Salmon, *Manuel de Droit Diplomatique* (Bruxelles: Bruyant Delta, 1994), p. 478; Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on the Diplomatic Relations* (Oxford: Oxford University Press, 3rd edn, 2008), pp. 446, 448. 类似地，国际法院在1999年的一份咨询意见中指出，成员国法院认定人权委员会特别报告员的属事豁免权时，应当最大程度地参考联合国秘书长的意见。该意见只有在具备“最难以抗拒的理由时”才可以被忽视。Difference Relating to Immunity from Legal Process of a Special Rapporteur of the Commission on Human Rights, Advisory Opinion, I. C. J. Reports 1999, p. 62, para. 62.

⑤ International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance, UNTS, vol. 2716, p. 3, art. 2.

根据《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》(以下简称《酷刑公约》),酷刑是指“为了向某人或第三者取得情报或供状,为了他或第三者所作或涉嫌的行为对他加以处罚,或为了恐吓或威胁他或第三者,或为了基于任何一种歧视的任何理由,蓄意使某人在肉体或精神上遭受剧烈疼痛或痛苦的任何行为,而这种疼痛或痛苦是由公职人员或以官方身分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”。^① 简言之,强迫失踪罪和酷刑罪的定义本身就带有“公务”的属性。虽然本案中的沙特官员在土耳其不享有属事豁免权,但如果受害人家属去第三国起诉,这些官员在第三国是否享有豁免权呢?

本质上,这个问题的关键在于国际罪行和属事豁免权的关系。这也是当前国际法上的一个争议焦点。^② 这个问题的难点在于国际罪行几乎一定是公务行为。正如卡塞斯所说:“个人往往是通过其官方职位和身份来命令、煽动、帮助、纵容国际罪行的”。^③ 但同时,当前的国际法体系往往会导致从事国际罪行的人得不到任何惩罚。^④ 国际法院在“逮捕令案”中区分“个人刑事责任”和“豁免权”两个概念时指出,即使豁免权被承认,个人刑事责任依然有四种实现途径:第一,犯罪嫌疑人在其本国可以被起诉;第二,犯罪嫌疑人本国有可能放弃他的豁免权;第三,犯罪嫌疑人在卸任以后只享有属事豁免权;第四,犯罪嫌疑人在国际法庭面前不享有任何豁免权。^⑤ 但就属事豁免权而言,这四种途径在实践中都很难实现。由于一项国际罪行通常是一个公务行为,因此犯罪嫌疑人的本国往往会尽力保护自己的官员。这意味着该国既不会放弃豁免权,也不会在本国起诉他。同时,设立一个国际法庭的政治和经济成本也使得上述第四个选项的有效性大打折扣。而且,属事豁免权通常会因为国际犯罪的“公务”属性而被承认。因此,上述四个选项事实上很难达到惩治国际罪行的效果。

为了限制豁免权,学术界和实务界提出了各种理论。其中最具影响力的三个理论是普遍管辖权理论、国际法上个人刑事责任理论、以及强行法理论。普遍管辖权理论认为,由于承认豁免权的做法会与一些国际罪行公约中的行使管辖权条款相冲突,根据后法优于先法的原则(*lex posterior derogat legi priori*),豁免权应当被取代。^⑥ 个人刑事责任理论认为,通常情况下承认属事豁免权意味着一个公务行为的责任完全归于国家。但是当国际法就一些罪行明确规定了个人刑事

① Convention against Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment, UNTS, vol. 1465, p. 85, art. 1 (1).

② 实践中,一些欧洲国家明确支持国际罪行不享有豁免。例如,在对国际法委员会“国家官员在外国刑事诉讼中的豁免权”项目的评论中,西班牙表示其国内法不再承认种族灭绝罪、强迫失踪罪、战争罪和危害人类罪的豁免权;荷兰和波兰主张属事豁免权不保护一切国际罪行;英国认为酷刑不得受属事豁免权保护。相关评论参见:http://legal.un.org/ilc/guide/4_2.shtml#govcoms (last visited February 2, 2020);其他国家则表示反对,例如,*Giraldo v. Drummond Co., Inc.* (2011), 808 F. Supp. 2d 247, 又如 *Dogan v. Barak* (2016), 2016 WL 6024416.

③ Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, (2002) 13 *European Journal of International Law* 853, p. 868.

④ 冷新宇:《国家官员刑事豁免问题引起的法律冲突及解决途径》,载《西安政治学院学报》2008年第5期,第88页。

⑤ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3, para. 61。“逮捕令案”涉及的是享有属人豁免权的外交部长。

⑥ Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes, and Foreign Domestic Courts”, (2011) 21 *European Journal of International Law* 815; Leen D. Smet and Frederik Naert, “Making or Breaking International Law? An International Law Analysis of Belgium’s Act concerning the Punishment of Grave Breaches of International Humanitarian Law”, (2002) 35 *Revue belge de droit international* 471.

责任时,这些罪行既会被归于国家也会被归于个人。^①此时,属事豁免权不再适用。强行法理论则认为,由于国际罪行通常都具有强行法性质。承认属事豁免权的做法会与强行法的内容相冲突。鉴于强行法的高位阶效力,豁免权必须被限制。^②

上述三个理论的一个共同问题是它们假设属事豁免权和一个其他的国际法规则存在冲突,并以此主张豁免权应当让位于这些规则。但是这种冲突实质上是不存在的。首先,就豁免权与管辖权的关系来说,前者只是后者的例外情况。换言之,关于豁免权的讨论只有在法院具备管辖权的前提下才有意义。这意味着法院是否具有管辖权并不影响一个行为是否享有豁免权。因此,在“逮捕令案”中国际法院指出“虽然各种惩治国际罪行的公约要求缔约国扩张其刑事管辖权,这种扩张并不影响豁免权。因为有管辖权不代表没有豁免权,而没有豁免权也不代表有管辖权”。^③其次,豁免权与个人刑事责任也是两个概念——一名官员是否负有刑事责任是一个刑事诉讼程序的“终点”,而他是否享有豁免权是该诉讼的“起点”。如果一名官员享有豁免权,那么法庭根本就无权对他是否负有刑事责任作出判断。因此,这种以个人刑事责任来否定豁免权的观点在逻辑上是不成立的。同理,豁免权与强行法之间也不存在直接的冲突,因为一项公务行为是否违反了强行法是法庭审理的结论,而豁免权关注的是法庭审理的资格。正如福克斯所述:“豁免权并不会否定一项强行法规范,它只是将一项违反强行法的行为交由另一种争端解决方式处理而已”。^④

在实然法层面,同样无法证明当前国际法上存在着属事豁免权的“国际罪行例外”。虽然国内法院起诉外国官员的案件并不少见,但是这些案件有的已被更高级别的国内法院撤销,^⑤有的则根本就没有考虑豁免权问题而直接作出判决。^⑥根据国际法院在“刑事事项互助的某些问题案”(吉布提诉法国)中的判决,国内法院在外国官员属事豁免权未被援引的情况下根本无需考虑豁免权,^⑦国际法委员会在“国家官员在外国刑事诉讼中的豁免权”项目上的第一任特别报告员科洛德金将这种不援引的行为归为豁免权的默示放弃。^⑧由于不援引豁免权行为本身就可以导致无豁免权,因此这些案例无法证明存在所谓豁免权的例外。事实上,不止上述两类案件,在埃尔南德斯援引的支持其草案第7条,关于规定国际罪行不享有属事豁免权的9个国内法判例中,几乎每一个都存在较为明显的相关性问题。^⑨即使是最明确支持其结论的“皮诺切特案”,英国上议院的判决也是严格依据的《酷刑公约》条文因而很难类推适用至其他国际罪行,并且该案虽然判决结果一致,但在说理上法官们各执一词,并未形成合意。而另一方面,国家实践中同样

① Antonio Cassese, “When May Senior State Officials Be Tried for International Crimes? Some Comments on the Congo v. Belgium Case”, (2002) 13 *European Journal of International Law* 853, p. 864. 又如, Rosanne V. Alebeek, “National Courts, International Crimes and the Functional Immunity of State Officials”, (2012) 59 *Netherlands International Law Review* 5, p. 36.

② Alexander Orakhelashvili, *Peremptory Norms in International Law* (Oxford: Oxford University Press, 2008), p. 367; Andrea Bianchi, “Immunity versus Human Rights: The Pinochet Case”, (1999) 10 *European Journal of International Law* 237.

③ *Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, p. 3, para. 59.

④ Hazel Fox, *The Law of State Immunity* (Oxford: Oxford University Press, 2nd edn, 2008), p. 525.

⑤ *Bouterse*, Judgment on Appeal, Case No. HR 00749/02 CW2323, ILDC 80 (NL 2001).

⑥ *Barbie*, 78 ILR 125 (Court of Cassation of France 1983 - 1985).

⑦ *Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters (Djibouti v. France)*, Judgment, I. C. J. Reports 2008, p. 177, paras. 195 - 196.

⑧ Roman A. Kolodkin, *Second Report on Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction*, A/CN.4/631 (2010), paras. 69 - 71.

⑨ United Nations, *Report of the International Law Commission, Sixty-ninth session*, A/72/10 (2017), p. 179, fn. 762.

存在着明确承认涉嫌国际罪行的外国官员属事豁免权的案例。^① 在此情况下，习惯法对国家实践“一致性”的要求显然难以达到。

然而，更为重要的是，这些理论只考虑了对国际罪行的惩罚，而没有考虑限制豁免权对国际关系带来的负面影响。如果豁免权被限制，那么一国的官员将会在他国被任意起诉，这会严重影响国家间的交往并带来国际关系的混乱。^② 也正因为如此，在针对上述草案第7条的讨论中，来自中国、英国、美国、俄罗斯、德国等国的委员都明确反对因国际罪行而限制属事豁免权。^③ 虽然该条目前已被国际法委员会暂时通过，但通过的前提是该条并非习惯法编纂，而是在一定程度上代表了国际法的进步性规定（progressive development）。^④ 换言之，目前的第7条是应然法而非实然法——实际上，部分委员甚至反对将该条认定为应然法，而认为其完全就是国际法委员会在主观创造新法，^⑤ 同样的观点在第六委员会也得到了一些代表团的明确支持。^⑥ 虽然理论上国际法委员会起草的应然法有可能通过公约的形式转化为实然法，但就目前该条在第六委员会遭到的反对来看，该过程绝非易事。如果一个国家的法院可以对外国官员任意派发逮捕令，或者一国的检察院可以任意对外国官员提起公诉，那么这种“惩治国际罪行”的美好愿景很快就会演变为一种向他国施压的政治工具。^⑦ 这不但不会带来所谓的国际正义，反而会加剧国际形势的紧张和国家间的敌对态度。

无论从理论上还是从实践上考虑，目前更为合理的做法都是承认属事豁免权，并在国际法层面积极寻求其他惩治国际罪行的方法。因此，如果卡舒吉事件中的沙特官员在第三国以“强迫失踪罪”或“酷刑罪”被诉，本文认为属事豁免权应当得到承认。

五 结论

本文以2018年底的卡舒吉事件为视角，探讨了当前国际法上关于国家官员刑事属事豁免权的一些颇具争议性的问题。根据以上论述，本文认为：

- ① 例如，在“拉姆斯菲尔德案”中，法官巴黎地区检察官在撤销针对美国前国防部长拉姆斯菲尔德的酷刑指控时就明确表示酷刑罪受属事豁免权保护。转引自：International Law Commission, *Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Memorandum by the Secretariat*, A/CN.4/596 (2008), p. 122, fn. 523.
- ② 例如，美国前总统小布什就曾因在瑞士可能被人权团体以战争罪和酷刑罪起诉而取消行程，参见：《小布什取消前往瑞士参加慈善晚宴计划》，新浪网，<http://news.sina.com.cn/w/2011-02-07/032621921264.shtml>，最后访问时间：2020年2月8日。邓华：《国家官员外国刑事管辖豁免问题最新进展述评》，载《国际法研究》2016年第4期，第127页。王秀梅：《国家官员的外国刑事管辖豁免探析》，载《西安交通大学学报》（社会科学版）2010年第4期，第87页。
- ③ International Law Commission, *Provisional Summary Record of the 3378th Meeting*, A/CN.4/SR.3378 (2017); International Law Commission, *Provisional Summary Record of the 3361th Meeting*, A/CN.4/SR.3361 (2017).
- ④ Report of the International Law Commission, Sixth-ninth session, A/72/10 (2017), p. 181, para. 7.
- ⑤ International Law Commission, *Provisional Summary Record of the 3378th Meeting*, A/CN.4/SR.3378 (2017), pp. 9-10.
- ⑥ International Law Commission, *Topical Summary of the Discussion Held in the Sixth Committee of the General Assembly during Its Seventy-Second Session, prepared by the Secretariat*, A/CN.4/713 (2018), para. 32.
- ⑦ 卢旺达和法国在2016年的外交争端就是最好的例子。法国于2016年10月重启了对卢旺达前总统哈比亚利马纳（Habyarimana）坠机事件的调查并暗示该坠机事件是卢旺达时任总统卡加梅（Kagame）策划的。作为应对，卢旺达政府在2016年11月正式起诉多名法国官员在卢旺达内战中犯有种族灭绝罪。参见：《卢旺达再次宣称法国涉入卢旺达大屠杀》，搜狐网，http://www.sohu.com/a/210773496_201960，最后访问时间：2020年2月8日。

第一,“行为严重性”不是判断领事豁免权的一个恰当标准。虽然在《公约》下领事官员有尊重驻在国法律的义务,但这种义务却不影响领事官员享有的豁免权。“行为严重性”标准不仅在实践中难以认定,而且会使领事豁免权彻底失去意义。《公约》下的特权与豁免的最终目的是方便领事职务的行使。因此,判断领事豁免权的关键应当在于一个行为与正在被执行的领事职务之间的关联程度。

第二,当一个公务行为涉嫌犯罪时,属事豁免权不仅取决于该行为的“公务”性质,还取决于行为的发生地。如果该行为发生在法院地,那么获得属事豁免权的一个前提是法院地国已经同意了该官员在其领土上从事官方职务。在没有这种同意的情况下,法院地国在国际法上没有承认该外国官员的豁免权的义务。这意味着他将被法院当作一名普通的外国公民进行对待。由于卡舒吉事件中的沙特官员明显没有得到土耳其的承认,他们在土耳其法院将不享有任何豁免权,虽然涉案行为是明显的公务行为。

第三,如果上述沙特官员在土耳其和沙特以外的第三国被诉,那么他们的属事豁免权应当得到尊重,即使他们的行为涉嫌国际法上的强迫失踪罪或酷刑罪。国际罪行通常的“公务”属性意味着它们天然地会被属事豁免权所保护。虽然这种保护有可能导致犯罪人逃脱处罚,但是完全否认属事豁免权的做法将会引起国际关系的混乱并加剧国家间的敌对态度。因此,更为合理的做法是承认属事豁免权并在国际法层面积极寻求其他惩治国际罪行的方法。毕竟,国际关系的稳定和国家间的合作才是解决国际法问题的最好途径。

Functional Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: An Analysis in Light of the Khashoggi Incident

Shi Xinxiang

Abstract: The murder of Khashoggi touches upon some controversial issues pertaining to consular immunity and immunity *ratione materiae* of State officials in general international law. The difficulty with the scope of the former lies in the determination of acts incidental to the performance of consular functions. In light of the “functional” basis of the immunity, determination should be made by reference to the relationship between an incidental act and the functions performed, rather than the seriousness of the act per se. The determination of immunity *ratione materiae* in general international law, on the other hand, hinges upon the place where an official act is performed: If an official act is performed on the territory of the forum State, the prior recognition by that State of the official function performed is the precondition for the recognition of immunity *ratione materiae*; If an official act is performed outside the territory of the forum court, immunity *ratione materiae* should be granted, even if the act may have constituted international crimes.

Keywords: Consular Immunity, State Officials Immunity, International Crimes, Vienna Convention on Consular Relations, Immunity *Ratione Materiae*

(责任编辑:何田田)