

# 现代国际法特权与豁免制度 理论依据的比较研究

黄德明

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

**摘要:** 本文通过评介国家豁免、国家元首特权与豁免、国际组织特权与豁免的理论依据, 重点阐述外交特权与豁免的理论依据, 深刻分析各种学说, 认为欲全面解释现代国际法赋予特权与豁免的理由, 在注重代表性说和职务/职能需要说的同时, 必须综合考虑各种因素, 对具体问题进行具体分析。

**关键词:** 国际法; 特权; 豁免

**中图分类号:** D9 **文献标识码:** A

国际法上的特权与豁免, 是指有关国际法主体及其机关、官员以该国际法主体代表身份在接受国为执行职务/职能所享有的一切优惠权利和豁免。特权与豁免两个概念不易作出精确区分, 大体上前者指所享有的超越接受国赋予其法人与自然人的权益, 后者指所享有的免除当地法律条款的待遇。两者针对的分别是东道国的实体法与程序法<sup>1</sup>。现代国际法上的特权与豁免制度, 与其说是国家管辖权的一种例外, 毋宁说是国际法的一项原则。这一点已经为联合国国际法委员会绝大多数委员所承认<sup>[1]</sup>。特权与豁免不仅不是一种绝对的权利, 而且是一个矛盾统一体。它包括着相互对立、互为矛盾的两个方面: 一方面是侵犯特权与豁免, 这严重损害了派遣国的利益; 另一方面是滥用特权与豁免, 从而违背了有关人员对东道国应负的义务, 严重侵害了接受国的主权和国家利益。两者均严重影响到正常的国际交往。因此, 国际法上的特权与豁免制度既涉及到两种管辖权之间的关系, 又涉及到权利与义务之间的关系。

传统国际法上的特权与豁免制度包括国家豁免、国家元首的特权与豁免、外交特权与豁免; 除此之外, 现代国际法上的特权与豁免制度还包括国际组织的特权与豁免。本文通过评述各种特权与豁免制度的理论依据, 重点论述外交特权与豁免的理论依据, 认为欲全面解释现代国际法特权与豁免制度的理论依据, 在注重代表性说和职务/职能需要说的同时, 必须综合考虑各种因素, 对具体问题进行具体分析。

## 一、国家豁免、国家元首特权与豁免的理论依据

从历史渊源来看, 国际法上各项特权与豁免制度之间存在密切联系。由于“平等者之间无统治权”(par in parem non habet imperium)、“平等者之间无管辖权”(par in parem non habet jurisdictionem), 国家豁免深深地影响着外交特权与豁免并进而对其他特权与豁免制度产生影响, 直到现在, 这种影响依然存在。

### (一) 国家豁免同外交特权与豁免之间的关系

早在1954年, 劳特派特在考察联合国国际法委员会编纂外交交往与豁免的题目时就指出: “如果编纂使命仅限于整理和重申传统实践而对诸如国家、政府和外国武装力量等其他豁免领域出现的新发展不加以考虑, 那么这不仅会对编纂使命产生误解而且会将之引入歧途, 因为实践表明这些豁免不可能对外交豁免没有影响。”<sup>2</sup> 尽管国家豁免和外交特权与豁免之间存在联系, 然而, 对于两者之间究竟有着什么样的实质关系, 特别是在现代国际法上它们之间是否存在互动关系等问题, 却存在严重争议。联合国国际法委员会委员、“国家及其财产的管辖豁免”题目

特别报告员苏查利特库尔认为，从严格意义上讲，由于职务需要说是外交特权与豁免的主要基础，因此它并不受与国家豁免同样原则的支配<sup>3</sup>。但是，就代表性说继续作为外交特权与豁免的理论依据之一而言，国家豁免与外交特权与豁免的基础以错综复杂的方式联系在一起。换言之，从定义上看，赋予“作为国家代表”的外交人员的特权与豁免的限度，应仅限于与赋予派遣国的同样的特权与豁免，除非职务需要说可以作为给予特权与豁免的专门理由<sup>4</sup>。近期国家实践表明，国家豁免领域的新发展与外交特权与豁免具有内在联系。

从外交特权与豁免的代表性说理论的发展来看，它与国家豁免产生于同一渊源，即派遣国或其君主的主权。这种观点早在16、17世纪已为国际法学家所采用。1758年，瓦泰尔写道：“对主权者的适当尊重应反映在其代表尤其是大使身上”<sup>5</sup>。18、19世纪的国家实践也反映出，外交代表的特权与豁免在很大程度上归于主权、独立、平等和享有尊严原则。1812年，美国法官马歇尔在Schooner Exchange v. McFaddon案中认为，尽管国家在其领土上的管辖权必须是专属的和绝对的，但是，这一原则也存在例外。而任何例外必须溯源于国家本身作出的同意，除此之外，不可能存在其他的渊源。充分的和绝对的领土管辖权是每一主权者的属性，一国在行使这种权利时不应忽视其他主权者及其主权权利。主权者在任何方面都不从属于其他主权者，且负有维护国家尊严的义务。马歇尔进一步阐述，完全的、绝对的领土管辖权是每一个主权者的固有属性，因此它不得忽视其他主权者及主权权利。主权者在任何方面都不从属于另一主权者；不得通过将其本身或其主权权利置于另一国家法院的管辖而承担有损于其国家最高属性的任何义务。它只有在对方明示或默示同意给予其属于独立主权国家豁免的情形下才得以进入另一个国家领土。因此，主权者之间的完全平等与绝对独立、主权者之间进行交往的共同利益及其相互之间的斡旋，使东道国放弃完全为其专有的领土管辖权，而不得对外国君主行使管辖，这是由国家主权属性所决定的。其结果是：主权者享有在外国领土上不受逮捕或拘留的权利；外交部长同样如此；如果同意外国军队过境，则有关国家对其领土管辖权也进行了限制<sup>6</sup>。辛克莱尔认为，马歇尔法官考虑的最主要问题是主权者之间的完全平等与绝对独立，这决定着“国家通过对外国君主或主权权利行使管辖而将领土管辖权强加于后者并不合适”<sup>7</sup>。

普通法系随后的判决遵循了上述推理。1880年，英国法官布利特在Parlement Belge案中认为，君主本人的豁免、大使的豁免以及外国国家公共财产的豁免源于同一规则，即主权权威的绝对独立性，此外还有主权者享有的尊严：“这一原则是每一主权者绝对独立的结果，也是引导主权国家相互尊重独立和尊严的国际礼让的结果。它表现为：任何国家不得通过其法院对主权者本人、任何其他国家大使、作为公共用途的国家财产、大使的财产行使任何领土管辖权，尽管上述人员或财产位于该国领土之内”<sup>8</sup>。据此，苏查利特库尔认为，“尽管从严格意义上来讲，外交豁免远在国家豁免之前已确立为国际法原则，但是，两者可以说 是基于共同的国际法基本原则，即与国家平等与尊严相联系的主权和独立”。

## （二）国家豁免的理论依据

国家享有主权、平等、独立与尊严不仅是国家豁免的基础，而且也是国家元首豁免、外交豁免、武装部队豁免的基础。从以上两个案例可以看出，这四种要素可以交替使用。1938年，英国法官麦克米兰在Christina案<sup>9</sup>中也提到尊严、主权与独立是外国国家豁免的基础。苏查利特库尔得出结论：以上四种要素“构成国家豁免的坚实的国际法基础”<sup>10</sup>。

但是，一些学者则对主权、平等、独立与尊严一起综合构成国家豁免的基础提出质疑。劳特派特认为，外国国家享有管辖豁免的理论显示它“可能并不是独立与平等原则为国家管辖豁免原则的孕育提供了生长的土壤”，而是具有其他不同的因素。这些因素是：第一，对主权国家尊严的考虑；第二，国内法上传统的权利主张移植到国际法上的结果，因为主权国家在国内法上高于法律并拥有比其臣民优惠的地位以在国内法院主张权利<sup>11</sup>。他争辩说，许多司法判例将马

歇尔法官在 *Schooner Exchange v. McFaddon* 案中的意见视为权威解释而倾向于外国国家管辖豁免的僵化理论是错误的。劳特派特注意到这一案件并不是依赖于国家豁免，而是依赖于对领土国完全管辖权的明示或默示放弃问题。独立与平等原则并不排除一国对另一国行使管辖，“一个很难解释的问题是：只要行使管辖的国家仅仅适用其正常法律，其中包括国际私法规则，只要它不以……违背拒绝司法和无视外国国家立法和行政主权的方式适用法律，为什么独立与平等原则应该排除一国法院对另一国及其财产行使管辖？”

劳特派特随后解释主权概念的内涵：

“如果一国在其领土对于外国国家有关契约或侵权行为主张管辖，那么没有侵犯（外国）主权者的合法权利。相反，如果外国国家主张作为国际法上的权利事项高于其依据另一个国家法律而与之从事法律交易或承诺行为的领土国的法律，那么该外国国家的主权、独立和平等就会遭到否定”<sup>12</sup>。劳特派特视尊严为国家豁免发展中的决定性因素，并注意“对外国国家行使管辖不符合外国国家的尊严，因此也不符合国际礼让与国际关系的和睦原则”的假定<sup>13</sup>。然而，他随后又对尊严的概念提出批评，认为它是一种“无政府主义的残余表现”，不能继续成为国家豁免的基础。如果外国国家就其所缔结的契约或承诺的侵权行为受领土国法律的正常运作的制约，只要这样做是基于平等和受到适当的国际与国内法的保护，那么国家的尊严并未受到损害：“正如服从于其本国法律的制约一样，外国国家服从于领土国法律的制约并不损害外国国家的尊严。”劳特派特得出结论，认为，现在是应该抛弃尊严概念的时候了，因为它“与现代社会中国内与国际的法治概念、以及国家的真实立场不相符合。”<sup>14</sup>

劳特派特的结论反映了国家豁免法的近期发展趋势，这种趋势就是从绝对豁免向限制豁免的发展。1952年的“泰特信函”的回顾表明，许多西方国家长期以来坚持国家豁免的相对理论，而在诸如比利时与意大利等国从来没有采取过国家豁免的绝对理论，它们在较早阶段更倾向于限制豁免理论。法国、奥地利、希腊等国从20世纪早期开始采用限制豁免理论，罗马尼亚、秘鲁和丹麦似乎也属于此类国家。自“泰特信函”公布之后，美国开始放弃国家绝对豁免理论<sup>15</sup>。

1976年英国法官怀特在 *Alfred Dunhill of London Inc. v. Republic of Cuba* 案的考察表明，加拿大、埃及、德国、巴基斯坦、菲律宾、南斯拉夫等国也逐渐开始采用限制豁免理论<sup>16</sup>。20世纪70年代末期，英国通过颁布《1978年国家豁免法》也放弃绝对豁免理论。颁布这一法令的目的一方面在于为批准1972年《欧洲国家豁免公约》做准备；另一方面也反映出上诉法院在 *Trendtex Trading Corporation v. Central Bank of Nigeria* 案和上议院在 *I Congresso Del Partido* 案中判决<sup>17</sup>后普通法立场的发展趋势。

现在，关于限制豁免显然为国际习惯法的一部分的事实，反映在1991年联合国国际法委员会“关于国家及其财产的管辖豁免”题目的编纂工作之中<sup>18</sup>。条款草案吸取了许多国内与国际法律文件采用的限制豁免理论的一般方法和经验，首先对国家豁免的一般原则予以陈述，随后列举这一原则的例外情形，其中包括雇用合同、所有权、财产所有权与使用权、专利、商标、知识与工业产权、仲裁等。此外，还包括非商业侵权，即由国家及其官员对个人或财产造成的伤害或损害。

### （三）国家豁免法的发展对外交特权与豁免的影响

现在我们考察一下关于代表性说在外交特权与豁免理论依据发展历程中的地位问题。

《维也纳外交关系公约》采用代表性说和职务需要说两种理论作为现代外交特权与豁免的理论依据，其中职务需要说的发展历程相对较晚，而代表性说一直与现代外交特权与豁免的理论依据联系在一起。主权国家的尊严概念不仅是国家豁免的基础，也是外交特权与豁免代表性说的基础。纵观国际法学的发展历程，不少学者坚持外交特权与豁免代表性说的基石是外交人

员所代表的国家或君主的尊严，赋予外交人员以特权与豁免正是为了维护国家或君主的尊严。

从历史上看，使节被视为君主的个人代表，对使节的侮辱或伤害被视为是对君主本人尊严的侮辱。即使东道国有权行使领土管辖权，使节也享有管辖豁免，否则会危及派遣国或君主的尊严。17、18世纪的司法判例继续强调赋予使节以特权与豁免对于维护派遣国或君主的尊严至关重要。20世纪初期的司法判例和学者学说确认，保留代表性说作为外交特权与豁免理论基础的惟一目的在于继续维护派遣国的尊严，确保外交代表自由、不受妨碍地执行职务<sup>19</sup>。

1961年的维也纳会议不仅继续依赖于代表性说理论，而且一些国家代表团甚至对职务需要提出质疑。这表明，继续保留代表性说的主要目的在于确保派遣国尊严要继续得到保障。

总之，继续采用代表性说作为外交特权与豁免的理论依据之一，是为了维护派遣国的尊严，尽管存在这样一个事实，即国际法其他领域，尤其是国家豁免领域已经开始放弃国家尊严的概念。尽管丹泽认为代表性说在习惯外交法中的地位尚未过时是毋庸置疑的，同样认为代表性说像治外法权说一样危险或包含不现实的含义也是错误的<sup>[2]</sup>，但是，这种观点在制定《维也纳外交关系公约》时可能是一种有效的结论，它未能考虑到现代国际法中减少豁免的趋势。国家豁免法的最近发展已经使代表性说的继续适用不能再满足外交特权与豁免的理论需要，因此，应该放弃代表性说作为外交特权与豁免的理论依据之一<sup>20</sup>。对此，本文拟在后面进行论述。

#### （四）国家元首特权与豁免的理论依据

国家元首的特权与豁免、便利与尊严与其说是赋予其本人还不如说是赋予派遣国的。这种特权与豁免的理论根据，过去是基于统治君主的尊严，在现代国际法上则是基于主权国家平等和享有尊严的原则。

从外交法的演变来看，关于国家元首特权与豁免规则远不如外交特权与豁免规则的发展完善。但是，对于国家元首的适当待遇，国际法上显然存在普遍接受的规则；在实践中，违反这种规则的事例极其罕见。国家元首特权与豁免涵盖着所有的外交特权与豁免。其享有的刑事管辖豁免是绝对的，从来没有出现东道国对于进行访问的国家元首行使刑事管辖的案例。但是，关于民事管辖豁免问题，国家实践并不一致。一方面，在出现有关诉讼时，各国法院一般无需对案情作进一步调查而倾向于赋予国家元首以豁免<sup>21</sup>。另一方面，一些国家仅对外国国家元首、政府首脑的主权行为赋予豁免。这种对豁免的限制性解释，在国家本身的豁免方面表述更为强烈，它反映在西方一系列案例之中，如1921年罗马最高法院关于 *Nobili v. Emperor Charles I of Austria* 案的判决<sup>22</sup>。英国法院在若干情形下对国家元首的民事管辖豁免也予以否认。例如，在新山苏丹案（*Sultan of Johore v. Abubakar Tunku Aris Bendahara*）中，该苏丹在第二次世界大战日本占领新加坡期间提起诉讼并胜诉而取得对争议中的不动产的所有权。战争结束后，苏丹的儿子作为被告被提起上诉，他声称拥有主权豁免而要求终止诉讼。新加坡法院驳回该项请求，这得到英国上诉法院的支持。英国上诉法院西蒙法官认为：

“上诉人本身在日本法院提起诉讼，从而具有服从法院管辖的效果。作为原告，他成功地取得宣告他是有关财产所有人的法院法令。因此，如果被告……就此提起上诉，他就不能在此诉讼中作为被告提出反对意见，因为他服从于原来法院的管辖决定着 he 受上诉法院管辖权的约束。”法院认为，在此情形下不能适用外国独立的君主不得被诉的绝对规则<sup>23</sup>。法院显然认为，通过提起诉讼，外国君主至少默示地放弃其原来享有的豁免。

不过，一旦国家元首提出主张豁免并向法院显示被告的适当身份，大多数国家法院不允许继续进行有关诉讼。这种立场的基本理论反映在1926年美国财政部长关于对罗马尼亚王后玛利亚在美国演讲所得收入征税案的信函之中：

“赋予外国外交官员以特权与豁免的前提是此类官员为其君主的代表。毫无疑问，玛利亚王后享有的待遇不低于最高级别的外交官员，而试图将我们的法律适用于她将会构成对其人身或财产的干涉，这不仅与国家实践不相符合，而且与我国法令的有关条款不相符合。”<sup>24</sup>

如果一个国家同意外国国家元首进行正式或非正式访问，那么该国有义务对国家元首的个人安全和尊严提供保护。许多国家的法律对此有明确规定。1852年12月20日的《比利时刑法典》规定对针对外国国家元首的犯罪加以处罚。1881年7月29日《法国刑法典》还将这一规定扩大到对外交部长的保护。《美国刑法典》关于对针对外国大使、公使的犯罪施加严厉的惩罚的规定，显然也适用于针对外国国家元首的此类犯罪<sup>25</sup>。即使是在缺乏特别立法的情形下，各国均采取积极措施以保护国家元首的人身安全和尊严。这可谓源于国家元首的代表性质，而实践中也很难将国家元首的公务行为与私人行为作出区分。

## 二、国际组织特权与豁免的理论依据

从广义上讲，国际组织的特权与豁免不仅包括国际组织机构本身、国际组织职员、国际组织专家的特权与豁免，而且包括与国际组织行使积极与消极使节权有关的驻外使团及其人员的特权与豁免。

### （一）国际组织特权与豁免制度的演变

与外交特权与豁免相比，国际组织的特权与豁免是一种新型的特权与豁免。国际组织特权与豁免的有关规则不仅是与国际组织的产生相伴而行，而且是在外交特权与豁免的基础上逐渐发展起来的。给予国际组织以特权与豁免的实践始于19世纪初期。最早的一个例子是，根据1826年巴拿马会议签订的《应变和约》，设立大西洋联合海军指挥委员会专门机构，而为了确保该委员会完全独立、自由地行使职务，其委员无论居于何处，都享有外交代表的全部特权与豁免<sup>26</sup>。19世纪后半期建立国际河流委员会和行政联盟的基本文件均含有特权与豁免的条款<sup>27</sup>。

然而，詹克斯认为，“从历史上来看，国际组织特权与豁免现在的内容则源于国际联盟的经验，这又经国际劳工组织通过加拿大战时安排协定得到进一步的发展”<sup>28</sup>。《国际联盟盟约》第7条第4款规定：“（国际）联盟会员国之代表及其办事人员当服务于（国际）联盟时，应享有外交特权与豁免。”第5款确认有关房舍和财产不得侵犯。国际联盟秘书长与瑞士政府于1921年签订的、经1926年修改的暂时协定（*modus vivendi*）规定国际联盟豁免于瑞士法院管辖，除非前者明示放弃豁免；承认国际联盟档案与房舍不得侵犯；国际联盟财产免除关税，完全免除其银行账户与证券的税赋；确认国际联盟官员的不得侵犯权、民事与刑事管辖豁免，尽管不同类型官员所享有的待遇有所差异。

1940年，当国际劳工组织总部从日内瓦迁往蒙特利尔时，双方之间关于国际劳工组织及其职员的特权与豁免的安排反映在加拿大1941年8月14日法令之中：“根据《国际联盟盟约》第7条和《国际劳工组织章程》第6条，作为国际联盟组成部分的国际劳工局（*International Labour Office*）享有外交特权与豁免。”

联合国成立以后，雨后春笋般出现的各种国际组织频繁的活动与日俱增，以前规定的享有外交特权与豁免的笼统提法已经赶不上时代发展的需要，从而需要一种新的、专门适用于国际组织的特权与豁免制度。以后有关国际组织特权与豁免协定中仅使用“特权与豁免”这一一般性的提法而避免使用“外交”一词，因为这可以包括联合国及其专门机构为履行其宗旨、行使其职能所可能需要的一切特权与豁免；同时，又可以避免预先承担给予有关人员以外交特权与豁免的义务<sup>[2]</sup>。目前，关于国际组织特权与豁免的法律制度主要体现在国际组织的基本文件、《联合国特权和豁免公约》和《联合国专门机构特权和豁免公约》等多边国际公约和总部协定或东道国协定之中。

1958年12月5日联合国大会通过第1289（XIII）号决议，建议对国家与普遍性国际组织之间关系题目进行编纂。在完成《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》草案之后，联合国国际法委员会于1976年决定开始关于国家与普遍性国际组织之间关系题目的第二部分即关于国际组织及其官员、专家等地位、特权与豁免的编纂工作。在1985年国际法委员会第37次会议上，联合国秘书处向国际法委员会提交关于联合国、联合国各专门机构、国际原子能机构地位、特权与豁免实践的报告<sup>29</sup>。从1977~1991年期间，特别报告员先后提交了八次报告。其中包括：1977年由埃尔·埃里安提交关于该题目的背景、国际法规则的演变、近期发展和一般问题的初步报告；1985年由迪亚斯·冈萨雷斯（Leonardo Diaz Gonzalez）提交关于国际组织的概念、确定条款草案范围的方法、国际组织的法律人格、国际组织的权限等问题的报告；1989~1991年由迪亚斯·冈萨雷斯提交的第1条至第22条的草案报告。1992年，国际法委员会第四十四次会议决定暂时中止对该题目的工作。联合国大会于11月25日通过第47/33号决议，赞同国际法委员会的决定<sup>30</sup>。

区域性国际组织与普遍性国际组织一样，不仅存在关于特权与豁免的大量实践，而且在其基本文件中含有关于特权与豁免的条款，且一般签订有详细的特权与豁免协定，如1963年5月25日《非洲统一组织特权与豁免公约》<sup>31</sup>。关于欧洲联盟特权与豁免的条款主要体现在欧洲联盟各基础条约特别是作为1965年4月8日在布鲁塞尔签订的《关于建立欧洲共同体单一理事会与单一委员会条约》的附件《欧洲共同体特权与豁免议定书》之中，尽管后者含有欧洲联盟“在成员国领土内”享有履行其使命所必需的特权与豁免<sup>32</sup>，但是这并不妨碍欧洲联盟与第三国或其他国际组织就相关特权与豁免达成协议。

## （二）理论依据

1961年《维也纳外交关系公约》兼采代表性说与职务需要说作为主权国家之间交换的外交使团及其人员的特权与豁免的主要依据。关于国际组织特权与豁免的理论依据，则主要存在职能/职务需要说、代表性说和公平受益说三种理论的争论。

职能需要说认为，给予国际组织以特权与豁免的理由和目的在于保障国际组织在法律上和实践上的独立性，以便它们能履行职能。国际法委员会在起草《维也纳外交关系公约》时坚持国际组织的特权与豁免只能建立在职能需要的基础之上<sup>33</sup>。有关国际组织的基本文件明确使用职能需要的措辞。《联合国宪章》第104条规定：“本组织于每一会员国之领土内，应享受于执行其职务及达成其宗旨所必需之法律行为能力。”依据第105条，“1、本组织于每一会员国之领土内，应享受于达成其宗旨所必需之特权与豁免。2、联合国会员国之代表及本组织之职员，亦应同样享受于其独立行使关于本组织之职务所必需之特权与豁免。3、为明确本条第1项和第2项之施行细则起见，大会得作成建议，或为此目的向联合国会员国提议缔约。”联合国各专门机构以及其他国际组织的基本文件中关于国际组织特权与豁免的条款均明确规定这种特权与豁免是为实现国际组织的宗旨和职能所必需的。

代表性说认为，国际组织的特权与豁免源于外交特权与豁免，至少与外交特权与豁免存在密切联系：第一，国际组织是主权国家协议的产物，它虽不具有国家主权性质，却是由主权国家组成并独立参与国际交往。国际组织不但不能离开其赖以建立的基础，而且通过实现其宗旨与原则体现出成员国的意志。因此，国际组织在实现其宗旨和原则的范围内，可以说是在一定程度上代表着成员国的愿望和利益<sup>34</sup>。第二，国际组织代表着众多主权国家的共同意志，是按照主权国家的集体意志行事的。既然主权国家作为国际法主体享有外交特权与豁免，那么，国际组织作为主权国家的集合体，亦应享有相应的特权与豁免<sup>35</sup>。这特别适用于成员国常驻国际组织的代表团及其人员。

公平受益说认为，国际组织特权与豁免尽管在形式上与外交特权与豁免一致，但是，其理

论根据却截然不同。外交关系的平等互惠性质意味着任何国家最终不能在使他国受损的情况下获益；而对国际组织而言，不仅国际组织与其总部所在地国之间并不存在真正的互惠，而且它还涉及国际组织总部所在地国与国际组织其他成员国之间关系。这种学说实际上是职能需要说的另一种表述而已。公平受益说开始针对的是国际组织对东道国国内税收和关税豁免而言的。如果东道国由于国际组织位于自己领土上而对拥有各成员国共同捐献基金和预算的国际组织征税，那么就会损害其他成员国的利益而使自己获益，这不仅违反主权平等原则，造成东道国与其他成员国在财政上的不平等，而且还可能将国际组织纳入到东道国国内财政体制中，损害国际组织职能的独立性。同样，如果国际组织职员向其国籍所属国政府纳税，由于各国税率之间的不一致，又会造成新的不平等。因此，在税收和关税方面必须赋予国际组织以特权与豁免<sup>[7]</sup>。公平受益说同样适用于国际组织的其他权益。由主权国家组成的国际组织的权益也是各成员国的共同权利，“如果允许东道国行使司法管辖权，允许东道国不给予国际组织以特权与豁免，那么受损害的是国际组织的权利，也就是各成员国的共同权利”。换言之，“如果东道国不给予国际组织以特权与豁免，而对其行使管辖权，只能使东道国单方面受益，而使所有其他会员国的利益受到损害”<sup>[8]</sup>因此，必须在东道国给予国际组织以特权与豁免。

笔者以为，对于国际组织特权与豁免的理论依据，应视具体情形进行分析，不宜单采一种理论作为赋予特权与豁免的理由。以欧洲联盟为例，如前所述，由于国际组织的特权与豁免是一个集合体，关于欧洲联盟特权与豁免的理论依据，在实践中不同的国际协议作了不同处理。《欧洲共同体特权与豁免议定书》在序言中规定，欧洲联盟“在成员国领土内”享有履行其使命所必需的特权与豁免<sup>[9]</sup>。这一规定表明：职能需要说是欧洲联盟特权与豁免的理论依据。而1985年5月21日《中华人民共和国和欧洲共同体委员会关于在中华人民共和国设立欧洲共同体委员会代表团及其特权与豁免协定》中没有提到赋予欧洲联盟驻华代表团特权与豁免的依据，仅在第2条中规定：三个欧洲共同体“在中华人民共和国具有法律人格。在这方面，欧洲共同体委员会代表团是其在中华人民共和国的代表”。第3条第1款中含有“为有效地执行职务”的措辞。因此，就欧洲联盟驻华代表团<sup>32</sup>特权与豁免而言，协定第2条和第3条默示采用与外交特权与豁免相同的理论基础，即职务需要说与代表性说理论。从以上例子可以看出，仅职能需要说不足以构成欧洲联盟特权与豁免的理论依据，对于欧洲联盟机构及其职员的特权与豁免，必须视具体情况进行分析，而不能笼统采用一种或两种理论作为依据，因为适用于驻外使团的代表性说所适用的平等互惠原则一般不适用于国家与欧洲联盟之间的关系；而公平受益说不能解释只有第三国向欧洲联盟派遣常驻使团的情形。总之，有关学说只有有机地结合起来，才能共同构成欧洲联盟特权与豁免的理论依据。但是，应该指出的是，职能需要说仍是欧洲联盟特权与豁免最重要的理论依据，正如塞德尔·霍亨菲尔德·恩所言：“有关国际组织的所有规则背后的主要目的在于保证国际组织能够履行职能。这其中所包含的一个重要的亚目标就在于确保国际组织不受任何成员国干预的独立。因此，这种亚目标隐含着赋予国际组织豁免于任何成员国的国内管辖和相应的执行措施。”<sup>33</sup>

### 三、外交特权与豁免的理论依据

奥康奈尔认为：“外交特权与豁免的基础是出于一种必要性。倘若外交使节不能自由地代表派遣国，那么就不能达到派遣使节的目的。”<sup>34</sup>那么，这种必要性到底为何？仅归属于国家的代表性质能否成为现代外交特权与豁免的惟一理论依据？笔者以下将对16世纪中期开始盛行过的三种主要理论即代表性说、治外法权说和职务需要说进行分析、评介。

#### （一）代表性说

关于外交特权与豁免的理论依据最早的学说为代表性说理论（Theory of Representation; Representative Character Theory）<sup>35</sup>，它认为，使馆及其人员之所以享有外交特权与豁免，

是因为他们是国家的代表，而国家彼此之间是平等的，相互之间没有管辖权<sup>[10]</sup>。代表性说显示着外交使节的“豁免可以溯源于派遣该使节的国家”<sup>36</sup>，因而这一学说以前又 称为“个人代表性说”（Theory of Personal Representation; Personal Representative Theory）。远在设立常驻外交使馆成为一种惯例之前，已存在各国君主间相互派遣使节的实践。使节被视为君主的个人代表，他们对接受国没有效忠的义务，不受后者的法律管辖。格老秀斯（H. Grotius, 1583~1645年）得出结论：“使节……被视为代表着派遣他们的 君主。”<sup>37</sup> 孟德斯鸠（C. Montesquieu, 1689~1755年）认为：“不允许使臣受任他国的 元首和法院的管辖。使臣是派遣国君主的喉舌，这个喉舌应该有自由，不应该有任何东西阻碍他们的行动。”<sup>[11]</sup>

而接受国同意接受他们，就意味着默示同意赋予他们其君主希望他们 享有的特权与豁免，即对维护君主的尊严和使节履行职责所必不可少的特权与豁免。换言之，使节在东道国被视为其君主的化身：犹如君主本人莅临接受国进行谈判、结盟、媾和和从 事其他外交活动<sup>38</sup>。外交使节享有特别的待遇和礼遇，其人身不得侵犯，他们可以随时返 回本国向本国君主进行汇报和请示。

在实践中，代表性说成为外交特权与豁免法律制度发展中的一个重要因素<sup>39</sup>。奥格登注意到，在文艺复兴时代，“每一个君主视其使节为自己的个人代表”，而对使节个人的任何冒犯被视为是对其君主本人的不敬<sup>40</sup>。1707年的马特维夫（Andrew A. Mattueoff）事件直接导致英国《1708年外交豁免法》即《安妮法》的制定。这一法令显然是以代表性说为基础的，它不仅明确宣布任何针对外国使节及其仆人的命令与程序都是无效的，而且规定对于有关人员应予以惩罚<sup>41</sup>。上述法令又为美国《1790年法令》所接受。在当时君主国家林立的时代，代表性说为外交代表享有特权与豁免提供了理论依据。今天，代表性说理论依然具有重要的现实意义。在现代外交法中仍然可以寻觅到个人代表性 说的痕迹。如今，使馆馆长同样被认为是派遣国国家元首或国家本身的化身，而使馆馆长中最重要的两级也是向接受国的国家元首派遣的<sup>42</sup>。

如果说使馆及其人员的使命是代表派遣 国并保护其利益的话，那么，外交特权与豁免的目的就在于保护使馆及其人员本身的安全与 自由行使职务。

应该注意的是，与以前不同，今天的外交代表是代表国家而非统治者本人。因此，仅仅代表性说不足以成为现代外交特权与豁免的理论依据。这是因为：

第一，如果说使馆馆长是派遣国的代表，那么代表性说可以解释其公务行为享有外交特权与 豁免。但是，它却不能够解释为什么对于外交代表，特别是非使馆馆长的其他外交人员的私人行为也给予外交特权与豁免。何况今天即使是使馆馆长也不能够被视为主权国家及其元首 的化身，更不用说使馆行政与技术人员和领事官员。

第二，使节权是从作为国际法主体的主权国家固有的独立权和平等权两大基本权利所派生出来的一种权利。不论是国家元首的积极使节权抑或是其消极使节权都是国家元首作为国家机关的行为而非个人的行为。在现代国际法上，主权是国家的固有属性，君主个人却不再被视为主权者<sup>43</sup>。

总之，代表性说理论在现代外交法中仍然具有重要地位，并与职务需要说一起构成现代外交 特权与豁免的理论根据。1958年，在起草外交关系公约时，联合国国际法委员会指出，在目前实践不明确的情况下，它将以职务需要说为指导，同时也将考虑到使馆本身和使馆馆长的代表性的特征来确定外交特权与豁免的理论依据<sup>44</sup>。在历史上，关于外交特权与豁免的另外一种相关的理论是主要盛行于18世纪的主权替代说（the theory of sovereign substitution）<sup>45</sup>。这种理论认为，外交人员的豁免是其主权 者转移的豁免，是主权尊严的一种表现。由于外交人员代表着主权者，是主权者的代理人， 取代国家而从事谈判，所以享有与君主在谈判时所享有的同等的特权与豁免。只有在他屈服 的情况下才从属于东道国的管辖。这种理论的逻辑后果是，



外交豁免的范围也将涉及主权属性和非主权属性、统治权行为与事务权行为之间的区别。这些区别对于外交人员的情形极为荒谬，因为其履行职能的自由不得取决于接受国内法对于这些复杂问题的解决方法。奥康奈尔认为：“实际上，除最一般方法外（*except in the most general way*），各国法院从未接受过主权豁免与外交豁免之间的类推适用。”<sup>46</sup>

## （二）治外法权说

治外法权说（*Theory of Exterritoriality; Extraterritoriality*）出现于16世纪的欧洲。依据这一学说，尽管使馆及其外交人员处于接受国而非派遣国的领土之内，但是，他们处于接受国的领土管辖之外。治外法权说是一种拟制性学说（*legal fiction*），从理论上说，它包括两个内容：

- （1）就使馆而言，驻外使馆是派遣国领土的一种延伸，因此处于接受国领土之外；
- （2）就外交代表而言，他们处于接受国领土管辖之外，犹如没有离开派遣国领土<sup>[12]</sup>。

因此，对使馆及其人员的治外法权地位的侵犯，就是对派遣国领土主权的侵犯。

奥格登认为，管辖权中的属地概念（*territorial concept of jurisdiction*）显然是与近现代意义上的民族国家同时出现的，而对这种概念的依赖是治外法权说产生的基本前提和区别于代表性说的重要因素<sup>47</sup>。由于当时的一般观点是国家拥有绝对的属地管辖权，因此，解释外交特权与豁免的简单方法似乎是假定一种理论，即外交特权与豁免的受益者并不处于接受国的属地管辖权之内<sup>48</sup>。

在实践中，治外法权说曾盛行一时。阿德尔（*Adair*）在1929年得出结论：“从现有资料来看，在整个16~17世纪中，还没有任何一位大使因为犯罪而被（接受国）处以死刑，或者处以长期监禁”，除非他是接受国的国民<sup>49</sup>。治外法权说流行于复杂的马基雅维尼式外交非常普遍的上述时期，而当时使节的主要职能就是“除战争以外的手段”搜集情报<sup>50</sup>。这种工作总是使使节冒着被指控从事间谍活动的风险，而叛国罪一般会受到死刑的处罚。虽然大多数使节并未从事颠覆接受国政府的活动，然而，有相当多一部分的使节却参与了这种活动。治外法权说为这一充满神秘和复杂外交现象时期的、从15世纪开始出现的常驻使馆享有外交特权与豁免提供了可靠的理论依据，它甚至流行到19世纪<sup>51</sup>。这就解释了为什么新教或天主教使节在驻持相反宗教信仰的接受国领土上的使馆内享有的礼拜权（*droit de chapelle*）。英国、法国，然后是天主教的西班牙、新教的斯堪的纳维亚国家和荷兰陆续采用这一实践，最后，“异端”宗教的礼拜权也逐渐获得承认。当然，由于当时对宗教信仰问题极为敏感，因此，对礼拜权的容忍采用的是默示而非明示的方式。

虽然治外法权说现在已为人们所摒弃，然而，在过去，治外法权说长期得到司法判例和国际法学者的支持。早在1620年，格老秀斯就提出治外法权的概念。1753年，瑞士国际法学家瓦泰尔（*E de Vattel, 1714~1767年*）写道，“至少在一般的、正常的情况下，大使的寓所，如同其人身一样，被视为是处于接受国领土之外的”。1883年，国际法研究院创始人之一，首次使用“国际组织”（*international organizations*）这一术语的英国学者洛里默（*J Lorimer, 1818~1890年*）<sup>[13]</sup>。在其国际法著作中更明确地指出，“英国大使及其家庭成员和随员在国外执行职务时就是在英国居住”<sup>52</sup>。

然而，治外法权即使在其盛行之时也未能对一些问题提供令人满意的解释，如外交人员尊重接受国法律秩序的义务、抛弃豁免的可能以及接受国保护外交人员的义务等。从20世纪开始，作为外交特权与豁免理论依据的治外法权说在国际法学界和司法判例中的价值降得越来越低。究其原因，主要有以下两个：

一方面，从实践上来说，治外法权总是与强权政治联系在一起的。在19世纪末、20世纪初

期，西方国家逐渐把治外法权作为其在北非和亚洲国家设置的所谓的“国际区域”（international zones）中的“领事裁判权”、“混合法庭”和“国际飞地”的法律依据。更有甚者，对于东道国中发生的只要有当事者一方为派遣国国民的案件，派遣国的领事就享有管辖权。治外法权理论影响极其恶劣，日益受到人们的唾弃。

另一方面，从理论上来说，这一拟制性学说未能为外交特权与豁免提供充分的理论依据，而按照治外法权说理应享有的豁免的程度在实践上从未为人们所接受；相反，现实的情况是：使馆馆舍和外交代表在许多方面都是处于东道国的领土管辖之下的<sup>[14]</sup>。例如，即使是使馆馆舍，通常也应支付当地所提供的特定受益服务费<sup>53</sup>；如果外交代表拥有不动产或以私人身份从事贸易或商业活动，则不享有当地法院的管辖豁免，并应缴纳税捐<sup>54</sup>；尽管外交人员不会因违法而被起诉，但仍应遵守接受国的法律和规章制度<sup>55</sup>。

由此，学者们逐渐使用“危险的假定”、“明显的拟制”、“不过是一种假定而已”、“过时的理论”、“别致的比喻”诸如此类的言语来描述治外法权说<sup>56</sup>。由于治外法权说不仅为使节及其仆人的私人行为提供豁免，而且为在使馆周围形成庇护罪犯的特权区域（franchise du quartier）找到借口，故而阿德尔评价说：“实践对于使节的待遇过于慷慨，而这是理论所不能及的。”<sup>57</sup>国际法研究院在其1891年和1929年的公约草案中亦摒弃了治外法权理论<sup>58</sup>。现在，该学说一般被视为一种法律拟制且多用于历史的意义。

不过，笔者认为，治外法权说在今天并非已完全过时，它依旧具有某种实用价值，并且在一定程度上仍然为人们所引证。至少在两种情况下，使馆及其人员仍被当作不在接受国的领土上一样来对待，由此我们仍然可以寻觅到治外法权理论残留下来的痕迹。其中一种情况是使馆内的政治庇护。尽管现代国际法并不承认外交庇护，但是，外交庇护的确存在，在拉丁美洲特别普遍。而有的国家在特殊情况下也采用类似实践。在20世纪早期，美国对1928年《美洲国家间关于庇护的公约》（即《哈瓦那公约》）和1933年《美洲国家间关于政治庇护权的公约》（即《蒙得维的亚公约》）两个拉丁美洲政治庇护多边公约持有保留，声称美国不承认庇护权的存在；然而，从20世纪50年代起，美国在实践中却开始接受在其使馆和领事馆中予以庇护的观念，只要寻求庇护的人处于明显的公众暴力危险之中或者声称基于政治理由受到迫害的危险之中<sup>59</sup>。1956年，美国驻匈牙利使馆以后者为由，曾给予明曾蒂红衣主教（Cardinal Mindszenty）以外交庇护达19年之久而创外交庇护史上的最高纪录，直至1975年在匈牙利政府的同意下，明曾蒂才飞往罗马<sup>60</sup>。然而，这种庇护与其说是一项法律权利，不如说是一种人道主义实践。另外一种情况是对于使馆内所发生的事件，适用的是派遣国而非接受国的法律，而这也是适用治外法权理论的结果<sup>61</sup>。

以上两种情况目前仍然存在，并且都是从治外法权理论中推论出来的，尽管人们已经逐渐抛弃其原来的理论依据即治外法权理论。治外法权说的进一步衰落是在联合国成立以后。大多数国际法学者与学术团体在对国际法进行编纂时都摒弃了这一学说。同样，联合国国际法委员会在起草外交关系公约时对治外法权说也采取了拒绝的态度。

### （三）职务需要说

职务需要说（Theory of Functional Necessity）理论亦非一种新的理论。格老秀斯、宾刻舒克（K Bynkershoek, 1673~1743年）等学者虽然间接提到使节职务的重要性，但并不认为保护使馆职能的需要是法律的基石所在。瓦泰尔则是促使外交法向现代方向发展的最有影响的国际法学家之一，他对外交职务的需要给予极大重视。瓦泰尔在其著作中写道：“大使和其他公使是维持国际社会存在及国际社会成员交往的必要工具。他们无法完成使命，除非享有安全、自由、忠实、成功地行使职务所必要的特权。其结果是，调整各国拥有接受外国使节自由的万国法显然规定，各国在接受使节时，有义务赋予他们需要的所有权利和履行职务所必需的所有

特权。”<sup>62</sup>瓦泰尔进一步认为，使节的独立“不应变成一种毫无拘束的许可证；这并不解除他在与其作为使节毫无联系的对外行为中遵守接受国关税规定和法律的义务；使节是独立的，然而并没有权利去做任何他想做的事。”

职务需要说的实践至少可以追溯到18世纪早期，它很可能是对治外法权说和代表性说滥用的一种反映<sup>63</sup>。1737年，英国法院在巴比特案（Barbuit's Case）中指出，外交特权与豁免“根源于国家之间可能进行相互交往的需要”<sup>64</sup>。这句话包含着职务需要说的另一个更深的侧面，即外交特权与豁免的互利和互惠性质。与其他两种学说相比，职务需要说更有活力、更符合现代国际社会的现实。因此，它作为现代外交特权与豁免的理论根据的有机组成部分已经得到广泛的接受。

职务需要说认为，使馆及其人员享有特权与豁免的原因在于，如果没有这些特权与豁免，他们就不可能有效执行职务。换言之，就是根据职务需要来给予使馆及其人员以特权与豁免。使馆的职务，除其他事项外，包括：

- “（甲）在接受国中代表派遣国；
- （乙）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；
- （丙）与接受国政府办理交涉；
- （丁）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；

（戊）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。”<sup>65</sup>此外，使馆还可以在不违反国际法的前提下，执行其他职务，其中包括执行领事职务；经接受国同意可以受委托保管与接受国断绝外交关系或使馆长期或暂时撤退的第三国的使馆馆舍以及使馆财产与档案、保护第三国及其国民利益；经接受国同意可以受托保护未在接受国派有代表的第三国及其国民的利益<sup>66</sup>。正是为了履行上述职能，接受国负有义务给予使馆执行职务之充分便利，应确保所有外交人员在其境内的行动与旅行自由<sup>67</sup>。不仅如此，由于外交代表随时需要自由地执行职务，其私人行为亦享有免除当地管辖与税收的豁免。从20世纪开始，使馆及其人员的职务开始增多，他们在特定情况下随时可能执行新的职务，因此有必要给予新职务以特权与豁免。职务需要说具有极大的实用价值，它既适应了外交职务的扩大和变化的需要，又成为防止过度谋求新特权与豁免的内在的安全保护机制。这种实用性质不仅可以解决对外交特权与豁免能否进行必要限制的问题，而且可以确定扩大或增加外交特权与豁免是否必要，而如果必要，又可以确定新的外交特权与豁免在实践上是否可行<sup>68</sup>。

不过，职务需要说也未能对外交特权与豁免提供一个令人十分满意的理论依据。首先，这一理论未能顾及一个事实，即为了接受国的有效管理和自身的利益，应该限制外交特权与豁免。设置常驻使馆、派遣外交人员是为了帮助其有效执行职务而非授权其凌驾于东道国的法律规章之上。因此，即使在行使外交职务时，外交人员享有的特权与豁免也绝不能达到破坏接受国的公共秩序、妨碍其正常的社会秩序的程度。用更通俗的话来说，外交人员虽是客人，但毕竟是外人：应该“入乡随俗”，“客随主便。”

其次，外交人员应该恪守诚实信用的原则，不得干涉接受国的内政，危及后者的国家安全。因此，基于职务需要说的特权与豁免理论至少应该含有一项假定，即派遣国不得向使馆及其人员委以对东道国的安全造成威胁的任何职务<sup>69</sup>。外交特权与豁免不应该是一种绝对的特权与豁免。

第三，关于接受国的哪些行为构成对外交职务干预的问题，各国的立场与态度并非总是一致。一些学者试图根据职务需要的标准来对外交代表享有的各种特权与豁免加以区别，而一些国家在实践上也已经接受了这种区别，结果就造成各国关于外交特权与豁免的内容与程度存在

不同的做法，甚至《维也纳外交关系公约》也未能完全消除国家实践中的这种差别。英美法系认为，只要是外交代表，其一切行为就享有完全的豁免。大陆法系各国历来区分外交使节以外交官身份所从事的行为与其他具有私人性质的行为。当然，根据职务需要说，接受国作出这种区分在理论上是可能的，事实上也是允许的，虽然从实践上来看，人为地将外交特权与豁免限制在所谓的外交官适当履行职务所需的范围内是不明智的<sup>[15]</sup>。

第四，职务需要说不足以解释在同一接受国中存在差异的使馆及其人员却享有相同的特权与豁免。使馆之间存在职务上的差异，有的使馆比较重要，他们工作负荷沉重，日程安排紧凑。可是，职务需要理论却不可能区分其职务需要特权与豁免的外交人员与其职务不需要特权与豁免的外交人员，它是同等地适用于所有的使馆及其人员，而对于由于职能的紧迫程度或重要性而产生对特权与豁免的需要在所不问。基于派遣国的地位或者外交人员的工作负荷等原因而拒绝赋予同样的特权与豁免将会严重违反主权国家平等原则。因此，职务需要说不能解释为什么不同的使馆享有相同的特权与豁免，这里所适用的是代表性说理论<sup>70</sup>。

#### （四）结论

通过以上对代表性说、治外法权说和职务需要说三种理论的分析，我们可以得出一个结论：现代外交特权与豁免不能仅以某一种学说为理论根据。这正是20世纪初期以来关于外交特权与豁免理论基础的发展趋势<sup>71</sup>。

一般认为，职务需要说与代表性说共同构成现代外交特权与豁免的理论基础<sup>[16]</sup>。印度国际法学者兴戈兰尼（R Hingorani）认为治外法权说与职务需要说是赋予外交特权与豁免的基础。笔者以为，这种结论是不正确的。然而，在起草“外交交往与豁免”公约草案的过程中，联合国国际法委员会秘书处应在特别报告员、瑞典人桑德斯特罗姆的请求而准备的备忘录却抨击代表性说理论，认为“尽管外交交往对于国际社会生活来讲是一种必要，因而相关的特权与豁免必不可少，但是，显然这些特权与豁免的法理学基础是建立在主权国家平等基础之上的”。备忘录对职务需要说的适用性也提出质疑，用它引用赫斯特的话来讲：“该原则与有关便利、各国政府实践一样将导致一种结论，即由学者们来断定哪些特权与豁免是外交职务所必需的，从而对外交豁免施以人为的限制，这种理论并不合乎逻辑。”不过，备忘录也承认，在制定“外交代表因随时行使其困难职能而需要享有的不可减少的最低限度的豁免公约”时，职务需要说“可能成为该国际公约的基础”<sup>72</sup>。

对于外交特权与豁免理论依据的意义，国际法委员会存在着分歧。一方面，横田喜三郎认为，委员会的任务只是“确认国家间承认的现存的原则、规则和实践”，因此，关于理论依据的讨论“在很大程度上是一个学术问题”。童金认为，“委员会必须记住其正在准备的草案是需要各国政府接受并在实践中予以适用的。委员会尽管不能够绕开理论问题，在草拟公约的过程中一旦遇到此类问题必须加以解决，但是应该集中于取得实际效果”。另一方面，菲茨莫里斯、埃尔·艾里安和巴尔托斯等则认为委员会在草案中应该对理论根据问题明确表明态度<sup>73</sup>。正是由于这种分歧，委员会未能在草案中包括对外交特权与豁免的理论依据作出特别声明的条款，仅在其草案评述中含有一个声明，称对于国家实践不明确的领域将适用职务需要说。不过，评述也特别提及委员会一直注意到的使馆及其馆长的“代表性质。”这种立场显然与外交特权与豁免的习惯基础是相一致的<sup>74</sup>。

《维也纳外交关系公约》在序言中兼采职务需要说和代表性说作为现代外交特权与豁免的理论依据。这里有必要考察一下1961年外交会议确立这种理论依据的经过。

采取以上两种理论的讨论是以墨西哥代表团的建议为契机的。墨西哥代表团提议在联合国国际法委员会草案第二部分开头加入一段话：“给予外交特权与豁免的目的在于享有此等特权与豁免的人员更好地履行职务而非在于给予个人以利益。”在1961年3月17日第二十次会议上，

墨西哥代表迪亚斯表示这一条款是对国际法委员会草案评述中关于“现代理论认为给予外交特权与豁免的理由在于职务需要”给予足够的重视，他认为公约应该对此予以编纂。参加会议的各国代表团在随后的讨论中对此建议分为三种态度。一种赞同墨西哥代表团的建议。这其中包括阿根廷、巴拿马、瑞士、委内瑞拉和西班牙等国。阿根廷代表团认为“新条款有助于对公约条款，特别是第30条（经正式确定的文本的第32条）关于放弃豁免的解释”。瑞士代表团的观点更为明确，它认为随着外交使馆数量的日益增加和规模的不断扩大，事实上还有许多人坚持治外法权说，因此有必要在公约中作出相反的声明，而“墨西哥代表团建议中的原则性声明有助于通过和解或仲裁机构解决争端”。瑞士代表团确信建议对法律规则作了陈述，所以应该将此条款包含在公约条款而不是序言之中。加纳、联合阿拉伯共和国、美国、南斯拉夫、突尼斯和英国则持另外一种态度。它们同意在公约中明确陈述外交特权与豁免的理论依据，但却认为将这种声明放在序言中更为合适。美国代表卡麦隆表示：“鉴于本次外交会议的目的旨在对外交惯例予以编纂，因此本代表团倾向于在序言中对墨西哥代表团建议中的原则予以陈述，这样有可能制约整个公约。”南斯拉夫代表团认为将此条款放入公约的操作性部分将会产生“在违反东道国法律或规章的情形下放弃外交特权与豁免的义务”，因此最佳办法是将之放入序言之中。突尼斯代表团进一步认为，在序言中陈述外交特权与豁免的理论依据时应该加上代表性说理论。第三种态度完全反对在公约中对理论依据问题予以陈述，认为仅仅职务需要说并不能充分解释外交特权与豁免的理论依据。苏联代表童金认为，“墨西哥代表团的建议提到职务需要说理论。但是，国际法委员会声明……其起草工作的指导思想不仅是职务需要说，而且同时也考虑到使馆馆长及使馆本身的代表性质”，所以最好不提理论依据问题。联邦德国代表哈克之所以反对墨西哥代表团的建议，是因为它“旨在削弱外交代表的地位，弱化对其职能的尊敬”。罗马尼亚代表则认为“由接受国单独调查以确定外交代表的违法行为是否发生于执行职务之中，这本身就会导致严重的争端”。经过辩论，墨西哥代表团也表示第二种态度最为可取。会议主席宣布将在斟酌序言的措辞时加入与墨西哥代表团建议相一致的条款。童金则抓住最后一点时间提醒会议“国际法委员会在其草案评述中明确提到代表性说理论”，从而为公约在序言中解决理论依据问题起到关键性作用<sup>75</sup>。

1961年4月4日召开的第三十九次会议讨论了公约序言问题。会上共提出了五项建议，其中三项附在一个联合声明之中，其要旨与墨西哥的建议一致，即认为职务需要说构成现代外交特权与豁免的惟一理论依据。最支持墨西哥代表团建议的当属瑞士代表团，它宣称“由于赋予外交特权与豁免的惟一目的在于确保使馆自由执行职务，因此公约应该依据职务需要说的标准进行解释”。由五个国家联合提出的建议则“意识到此等特权与豁免的目的在于确保外交使馆有效地执行职务而非在于给予使馆人员个人以利益”<sup>76</sup>。

此时在会议上明显呈现出一种趋势，即在序言中陈述职务需要说构成外交特权与豁免的惟一理论依据。然而，也有一股强有力的势力支持苏联代表团提出的建议。后者认为，由于国际法委员会已经宣称考虑到代表性说理论，因此公约应该将这一理论包括在内，以使“约文与国际法委员会的意图一致”。童金建议在五国建议中加入“作为代表国家之使馆”之类的措辞，从而成为会议所接受的草案<sup>77</sup>。

对于苏联代表团提出的修正案，许多国家代表团表示支持。西班牙代表团认为，“尽管对于理论依据问题予以陈述比较困难，但是在序言中提及外交使馆的代表性质是正确的，因为这符合国际法赋予外交使馆外交特权与豁免的事实”。伊拉克代表亚森认为应该依据国际法委员会起草工作赖以指导的两种理论而不是仅仅一种理论来解释外交特权与豁免问题。惟一反对将代表性理论包含在序言之中的是爱尔兰代表团，它之所以反对苏联代表团的建议，是因为“这将具有因强调代表性质而放弃职务需要说的效果”。

接着，童金正式提出其对五国建议的修正案。会议对此进行表决，而此时会议主席明确表示这实际上要各个代表团作出选择：要么是在序言中仅仅提及一种理论，要么是两种理论都要提到。表决的结果是39票赞成、5票反对、23票弃权。英国代表瓦莱特（Vallat）随后请求对修改序言第4段的措辞进行表决，表决结果是49票赞成、9票反对、14票弃权。会议最后以66票赞成、0票反对、4票弃权通过经修正后的五国提出的序言草案。《维也纳外交关系公约》序言有关段落的最后措辞如下：

“深信关于外交往来，特权及豁免之国际公约当能有助于各国间友好关系之发展——此等关系对于各国宪政及社会制度之差异，在所不问”，从而“确认此等特权与豁免之目的不在于给予人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务”<sup>78</sup>。

从以上辩论可以看出，一方面，1961年维也纳会议决定在公约序言中提及使馆的代表性质并兼采两种理论来解释公约是正确的。另一方面，一些国家代表团提出的不应将职务需要说理论放在公约的操作部分之中也是有道理的。由于公约草案是由联合国国际法委员会完成的，因此童金不仅提醒外交会议国际法委员会在起草过程中并没有忽略代表性理论。如果会议决定在公约序言中仅仅提到职务需要说，那么将会对解释公约有关条款造成困难。进而论之，如果会议同意墨西哥代表团的意见而将此放入公约的操作性条款部分之中，将会制造更大的难题<sup>79</sup>。国际法委员会委员、参加1961年维也纳会议的南斯拉夫代表巴尔托斯对此早有预见。他在会议就墨西哥代表团建议进行辩论时意识到，将此条款放入公约之中将完全改变豁免条款的含义。巴尔托斯争辩说，如果公约中加入职务需要说为外交特权与豁免的惟一理论依据的条款，那么这将意味着在出现违反接受国法律规章的情形时，派遣国负有放弃有关外交人员豁免的义务。也就是说，在上述情形之下，仅仅依据职务需要说来解释豁免条款，就意味着在不损害外交使馆履行正常职能时派遣国具有放弃豁免的默示义务<sup>80</sup>。这种结果既不是国际法委员会也不是1961年会议所期望的，两者均不赞同在出现违反东道国法律规章的情形下派遣国负有放弃豁免的明示或默示义务，甚至也没有讨论过这种可能性<sup>81</sup>。因此，对公约条款应该依据两种理论进行解释。

综上所述，《维也纳外交关系公约》中兼采职务需要说与代表性说作为现代外交特权与豁免理论根据，这客观地反映了当今国际社会的现实，有助于我们分析解释有关问题。不过，笔者认为，欲全面透彻理解现代外交特权与豁免的实质与内涵，也应该从历史的角度加以分析，对治外法权说给予适当的注意。只有这样，才能够全面解决外交特权与豁免的理论根据问题。

#### 参考文献

- [1] 周忠海.皮诺切特案析[M].北京：中国政法大学出版社,1999.26.
- [2] E Denza. Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations[M]. New York: Oceana Publications Inc,1976.9.
- [3] 孙林.国际组织的特权与豁免[J].中国国际法年刊(1982年).北京：法律出版社,1982.171.
- [4] 苏明忠.欧共体基础法[M].北京：国际文化出版公司,1992.470-476.
- [5] 同[2]174.
- [6] 饶戈平.国际组织法[M].北京：北京大学出版社,1996.237.
- [7] 同[5]238-239.
- [8] 同[5]23.
- [9] 同[3].

- [10] 梁西.国际法(修订第2版) [M].武汉: 武汉大学出版社,2000.388.
- [12] 孟德斯鸠.论法的精神(下册) [M].北京: 商务印书馆,1994.195.
- [12] B 森.外交人员国际法与实践指南[M].北京: 中国对外翻译出版公司,1987.76.
- [13] 余敏友.二十世纪的國際組織研究與國際組織法學[J].法學評論,1999(2):5.
- [14] 同[12]77.
- [15] 同[12]78-79.
- [16] 兴戈兰尼.现代国际法[M].重庆: 重庆出版社,1987.179-180.

## Comparative Study on the Theoretical Bases of Privileges and Immunity Regimes in Modern International Law

Huang De-ming

(Institute of International Law,Wuhan University,Wuhan 430072,China)

**Abstract::** This paper evaluates the theoretical bases of state immunity, privileges and immunities of head of state and of international organizations, enunciates the theoretical basis of diplomatic privileges and immunities, draws the conclusion that while theories of representation and of functional necessity should be stressed, every issue should be dealt with in each context in order to explain the reasons of conferring privileges and immunities in modern international law.

**Key Words:** international law;immunity;privilege

**收稿日期:** 2003-01-15;

**作者简介:** 黄德明(1964-),男,湖北老河口人,武汉大学国际法研究所副教授,法学博士。

<sup>1</sup>在本文中,除对国家使用“豁免”外,对国家元首、国际组织、驻外使团均使用“特权与豁免”。

<sup>2</sup>E Lauterpacht,The Codification of the Law of Diplomatic Immunity, 40 Grotius Transaction 65 (1954).

<sup>3</sup> S Sucharitkul,149Recueil des cours de L'Academie de Droit Internationale de la Haye,116-117(1976)

<sup>4</sup> J Barker, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil? 65 (1996)

<sup>5</sup> Vattel, Le Droit Des Gens, Classics of International Law, VolIII, Chapter 7, 371 (1916).

<sup>6</sup> Schooner Exchange v. McFaddon, 7 Cranch, 135-136 (1812).

<sup>7</sup> I Sinclair, The Law of Sovereign Immunity: Recent Developments,167 Recueil des cours Academie de Droit International de la Haye 113 (1980).

<sup>8</sup> 5 P D, 214-215 (1880).

<sup>9</sup> Compania Naviera Vascongado v. Cristina A C 498 (1938).

<sup>10</sup> S Sucharitkul,op.cit.,214-215

<sup>11</sup> H Lauterpacht, The Problem of Jurisdictional Immunities of Foreign States,28 British Yearbook of International Law 230 (1951).

<sup>12</sup> Ibid.,pp.228-229

<sup>13</sup> Ibid.,p.230

<sup>14</sup> Ibid.,p.231

<sup>15</sup> See The Tate Letter (the letter from J Tate, Acting Legal Adviser, Department of State to the Department of Justice, May 19, 1952), 26 Dept of State Bulletin 984 (1952).

- 
- <sup>16</sup> 48 L Ed 2d 301(1976).
- <sup>17</sup> See [1977] Q B 529 and [1983] 1A C 244 respectively
- <sup>18</sup> Yearbook of the International Law Commission Vol II, pt I, 12 (1991).
- <sup>19</sup> See Introduction to Harvard Draft Convention on Diplomatic Privileges and Immunities, 26 American Journal of International Law 26 (1932).
- <sup>20</sup> J Barker, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil? 202 (1996).
- <sup>21</sup> see Duke of Brunswick v. King of Hanover, [1844] 6 Beav 1; Mighell v. Sultan of Johore, [1894] 1 Q B 149; Sayce v. Amer, Ruler of Bahawalpur State, [1952] 2 Q B 390
- <sup>22</sup> AD, 1919-1922, Case No. 90; Giurisprudenza Italiana, Vol I, 4 72 (1922).
- <sup>23</sup> A C 341-343 (1952).
- <sup>24</sup> Hackworth, Digest of International Law, Vol 2, 404
- <sup>25</sup> 22 U.S.C., Section 2 52-255
- <sup>26</sup> J L Kunz, Privileges and Immunities of International Organizations, 41 American Journal of International Law 828 (1947).
- <sup>27</sup> L Secretan, The Independence Granted to Agents of the International Community in their Relations with National Public Authorities, 26 British Yearbook of International Law 59 (1935).
- <sup>28</sup> C Jenks, International Immunities, 12 (1961).
- <sup>29</sup> UN Doc A/CN.4/L.383 and Add13, see Yearbook of the International Law Commission (1985), Vol II (1), addendum
- <sup>30</sup> Available at (visited May 6 2000) <http://www.un.org/law/ilc/guide/5-2.htm>
- <sup>31</sup> See International Legal Material, Vol 2, p.766.
- <sup>32</sup> 其正式名称为欧洲联盟委员会驻华代表团 (European Union Delegation of the European Commission, 其网站为<http://www.delchn.cec.eu.nt>).
- <sup>33</sup> I Seidel Hohenveldern, Failure of Controls in the Sixth International Tin Agreement, in N Blokker and S Muller (ed), Towards more Effective Supervision by International Organizations: Essays in Honor of Henry G Schermers, Vol1, Kluwer Academic Publishers, 270 (1994).
- <sup>34</sup> D P O'Connell, International Law, 2nd Edition, 887 (1970).
- <sup>35</sup> 有的学者则认为最早出现的理论是治外法权说。参见B 森:《外交人员国际法与实践指南》,周晓林等译,中国对外翻译出版公司1987年版,第76页。
- <sup>36</sup> M Ogdon, Judicial Bases of Diplomatic Immunity 105 (1936).
- <sup>37</sup> H Grotius, De jure belli ac pacis (The Rights of War and Peace), translated by A C Campbell, Westport, Connecticut: Hyperion Press Inc., Vol II, Chapter 18, 443 (1925).
- <sup>38</sup> E Vattel, Le Droit Des Gens, Scott (ed), Classics of International Law, Vol III, Chapter 7, 371 (1916).
- <sup>39</sup> J Barker, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil? 38 (1996).
- <sup>40</sup> M Ogdon, Judicial Bases of Diplomatic Immunity 105 (1936).
- <sup>41</sup> Sections 3-5, Order of 1708.
- <sup>42</sup> 《维也纳外交关系公约》第14条第1款规定:“使馆馆长分为如下三级:(甲)向国家元首派遣之大使或教廷大使,及其他同等级位之使馆馆长;(乙)向国家元首派遣之使节、公使及教廷公使;(丙)向外交部长派遣之代办。”
- <sup>43</sup> 有人认为,美国政府在19世纪末以前没有任命大使级外交代表的原因在于美国根深蒂固的共和观念,他们视大使为君主的个人代表而拒绝接受这一实践。
- <sup>44</sup> C Wilson, Diplomatic Privileges and Immunities 5 (1967).
- <sup>45</sup> See Barbuit's Case Cas t Talbot 281 (1735); Musurus Bey v. Gadban 2 Q B, 252 (1894).
- <sup>46</sup> D P O'Connell, International Law, 2nd Edition, 888 (1970).
- <sup>47</sup> M Ogdon, Judicial Bases of Diplomatic Immunity 63-64 (1936).
- <sup>48</sup> J Barker, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil? 39-40 (1996).
- <sup>49</sup> Adair, The Extritoriality Ambassadors in the Sixteenth and Seventeenth Centuries 64 (1929).
- <sup>50</sup> Hatton and Aderson, Studies in Diplomatic History 361 (1970).
- <sup>51</sup> J Barker, The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil? 44 (1996).
- <sup>52</sup> C Wilson, Diplomatic Privileges and Immunities 6 (1967).
- <sup>53</sup> 《维也纳外交关系公约》第23条第1款。



- 
- <sup>54</sup> 《维也纳外交关系公约》第 31 条第 1 款。
- <sup>55</sup> 《维也纳外交关系公约》第 41 条第 1 款。
- <sup>56</sup> See 20 American Journal of International Law, Supplement, 153 (1929).
- <sup>57</sup> Adair, *The Extraterritoriality of Ambassadors in the Sixteenth and Seventeenth Centuries* 223 (1929).
- <sup>58</sup> M Ogdon, *Judicial Bases of Diplomatic Immunity* 94 (1936).
- <sup>59</sup> D P O'Connell, *International Law, 2nd Edition*, 735-737 (1970).
- <sup>60</sup> 具有讽刺意味的是美国和英国却坚决拒绝外国使馆在其首都行使外交庇护。
- <sup>61</sup> 森则认为，对在使馆馆舍内发生的犯罪应根据接受国的法律进行审判。参见 B 森：《外交人员国际法与实践指南》，周晓林等译，中国对外翻译出版公司 1987 年版，第 77 页。司法判例显示国家在此问题上的实践并不一致，虽然倾向于依据派遣国法律予以审判。笔者以为，这取决于多种因素。只要不妨碍正常的外交职务和存在良好的国家关系，根据接受国的法律对普通刑事罪行进行审判似乎是可行的。
- <sup>62</sup> Vattel, *Le Droit Des Gens*, Scott (ed), *Classics of International Law*, Vol III, Chapter 7, 376(1916).
- <sup>63</sup> J Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil?* 46 (1996).
- <sup>64</sup> *Buvot v. Barbuit (1737)* Cas Temp Ld Talb 281.
- <sup>65</sup> 《维也纳外交关系公约》第 3 条第 1 款。
- <sup>66</sup> 参见《维也纳外交关系公约》第 3 条第 2 款、第 45 条、第 46 条。这与公约第 6 条规定的几个国家合派同一人为驻另一国之使馆馆长即合派使团 (joint missions) 不同，第 46 条使用了“暂时”一词，行使保护职能的使团仅仅负责处理日常工作，它并不代表第三国，既不能以其名义进行谈判也不能缔结协定。第三国可以随时派遣特别使团，也可以与东道国建立直接的外交联系。此外，第三国与保护国一般需要签订协定来确定保护的方式与范围。
- <sup>67</sup> 《维也纳外交关系公约》第 25 条，第 26 条。
- <sup>68</sup> G McClanahan, *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems* 32- 33 (1989).
- <sup>69</sup> C Wilson, *Diplomatic Privileges and Immunities* 25 (1967).
- <sup>70</sup> G McClanahan, *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems* 33- 34 (1989).
- <sup>71</sup> J Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil?* 55 (1996).
- <sup>72</sup> *Yearbook of the International Law Commission Vol II*, 159 (1956). 秘书处指出，1929 年美国国际法学会公约草案和 1929 年哈佛研究草案等实际上不仅均摒弃了治外法权理论，而且“似乎很勉强接受”代表性说理论。
- <sup>73</sup> *Yearbook of the International Law Commission, Vol I*, 2-7 (1957).
- <sup>74</sup> *Yearbook of the International Law Commission, Vol II*, 136 (1957).
- <sup>75</sup> See UN Doc A/Conf 20/14, United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Official Records, Vol I, UN Doc A/Conf 20/14
- <sup>76</sup> See United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Official Records, Vol II, UN Doc A/Conf 20/C 1/L322
- <sup>77</sup> See UN Doc A/Conf20/14, United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Official Records, Vol I, UN Doc A/Conf 20/14
- <sup>78</sup> 对照《联合国特权和豁免公约》第 4 条第 14 节。
- <sup>79</sup> J Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil?* 64 (1996).
- <sup>80</sup> See UN Doc A/Conf20/14, United Nations Conference on Diplomatic Intercourse and Immunities, Official Records, Vol I, UN Doc A/Conf 20/14.
- <sup>81</sup> J Barker, *The Abuse of Diplomatic Privileges and Immunities: A Necessary Evil?* 65 (1996).