

《塔林手册2.0版》第七章外交和领事法评析

黄德明* 李廷康**

内容摘要:《网络行动国际法塔林手册2.0版》第七章“外交和领事法”,是探索“适用于网络空间国家行为的外交和领事关系国际法”的最新成果。第七章依据现有外交和领事法规范特别是《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》,对这些规则如何适用于网络空间进行重述,主要包括网络基础设施所在使领馆馆舍和电子档案、文件及通信的不可侵犯性以及外交代表和领事官员的外交特权与豁免三个部分。受限于该手册所运用的“法律类推”方式和对实然法、应然法的态度等原因,该手册第七章规则仍然存在一些不足,从而对该手册的适用和影响力形成一定限制,需要各国在实践中予以澄清和确定并发展有关规则。尽管新领域规则编纂具有复杂性,但是该手册对更加普遍的问题有必要进行进一步规制,而不应过于局限。

关键词:塔林手册2.0版 外交关系法 领事关系法 网络法 网络空间治理

国际社会和国际关系的快速发展促使国际法律规范作出相应调整来适应环境变化。对于外交和领事关系法这一古老的部门法来说,虽然它所遭到的公然违反较少,但是在经济全球化、社会信息化的今天,网络信息技术在外交活动中的应用越来越广泛,而目前国际社会缺乏针对网络行动的国际协定法和明确的国际习惯法,该领域需要专门的国际法律规制。近年来,网络空间治理的国际法治进程取得了一定进展,《网络行动国际法塔林手册2.0版》(以下简称《塔林手册2.0版》)第七章“外交和领事法”,就是探索“适用于网络空间国家行为的外交和领事关系国际法”的最新成果。作为国际法非官方编纂的重要尝试,第七章依据现有外交和领事法规范特别是《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》,对这些规则应当如何适用于网络空间进行重述,^①包括第39~44六条规则,主要围绕网络基

* 武汉大学法学院、中国边界与海洋研究院教授,博士生导师。

** 武汉大学中国边界与海洋研究院博士研究生。

① See Michael Schmitt, Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations 2-3 (Cambridge University Press 2017).

基础设施所在使领馆馆舍和电子档案、文件及通信的不可侵犯性以及外交代表和领事官员的外交特权与豁免等问题,是新增的适用于“低烈度”网络行动的国际法的重要部分。根据外交和领事关系协定法和习惯法的规定,本文将探讨《塔林手册 2.0 版》相关规则的法律依据及其存在的问题。

一、网络基础设施所在馆舍的不可侵犯

《塔林手册 2.0 版》在规则 2“对内主权”的阐述中指出,习惯法或协定法可对一国行使领土主权权利施以限制,主权豁免和不可侵犯性、外交和领事特权与豁免以及国家管辖豁免等对内主权的限制在网络空间同样适用。^①其中,外交特权与豁免是一种为使一国外交代表机关及其人员在接受国能够有效地执行任务、排除接受国管辖的特别权利和优惠待遇。正如国际法院在在德黑兰的美国外交和领事人员案中所指出的那样,外交豁免对于维持国家间关系是必不可少的,并且全世界范围内均已接受。外交特权与豁免是外交法的实质内容和核心所在,《塔林手册 2.0 版》第七章也主要阐述网络空间外交特权与豁免。从广义上说,外交特权与豁免包括外交使馆及使节的特权与豁免、领事特权与豁免以及特别使团的特权与豁免;从狭义上说,外交特权与豁免仅指使馆及其相关人员的特殊权利。^②《塔林手册 2.0 版》从广义出发,主要着眼于外交和领事馆舍及其人员的特权与豁免,首先是从外交和领事馆舍不可侵犯延伸到网络基础设施所在馆舍不可侵犯(规则 39)。外交使馆馆舍不可侵犯是外交法的根本原则,在常驻使馆制度形成以后即已确立,成为外交特权与豁免的基本内容之一,同时也延伸适用于领馆馆舍。

(一)不得侵入馆舍内网络基础设施

馆舍不可侵犯的第一个要素是接受国官员及一般公众没有随意进入的自由。在这一点上,进入使馆需要经过使馆馆长的许可,而领馆的保护范围仅包括馆舍中专供领馆工作之用的部分,如果理由充分,接受国官员可以在没有得到同意的情况下进入馆舍的厨房、餐厅等区域。^③在《维也纳外交关系公约》制定以前,接受国在特殊情形下(包括馆舍失火,馆舍内发生危及使馆或接受国的严重犯罪事件,或者在馆舍内进行危及接受国的阴谋颠覆活动),可以不经使馆馆长的同意而进入使馆馆舍。不过这些后来都被《维也纳外交关系公约》所否定。^④国际法委员会和 1961 年维

^① Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 15 (Cambridge University Press 2017).

^② 参见曾令良、饶戈平:《国际法》,法律出版社 2005 年版,第 292 页。

^③ 参见《维也纳外交关系公约》第 22 条第 1 款;《维也纳领事关系公约》第 31 条第 1、2 款。

^④ 参见黄德明:《现代外交特权与豁免问题研究》,武汉大学出版社 2005 年版,第 105 页。

也纳会议对于任何可能削弱公约草案关于馆舍绝对不可侵犯的修正案,均持反对态度,认为即使在特别紧急的情形下,也不应对使馆馆舍的不可侵犯造成任何减损。一些观点认为,紧急情况的进入应该仅限于特别的滥用情形,另一些观点则认为即使使馆未被用于合法的目的,接受国也应该尊重使馆馆舍的不可侵犯性,^①因为,外交和领事关系法已经赋予接受国以救济措施,若犯罪情节足够严重的话,即便不进入馆舍,也可以通过终止或暂停外交或领事关系来停止滥用行为,或者宣布相关代表为不受欢迎的人,又或者与派遣国谈判使其放弃相关豁免。《塔林手册2.0版》支持后一种观点,认为接受国所采取的反措施不得侵犯外交和领事代表、馆舍、档案或文件的不可侵犯性,不得将针对该馆舍内的网络基础设施实施网络行动作为反措施。^②

对此,有学者提出使馆或领馆有被作为从事与网络相关的犯罪活动场所的可能,例如,使馆内的计算机被用于制造破坏力巨大的计算机病毒,或用于对接受国的通信设施实施网络恐怖活动。但是按外交法的规定,即便接受国情报人员得到可靠的证据,他们进入使馆馆舍的唯一办法也是得到馆长的事先同意。当然,类似事件若发生在领馆内则接受国的选择可能更多一些。^③国际专家组也考虑到这种潜在威胁,认为派遣国使用使馆的网络基础设施向接受国的计算机传输恶意间谍软件等行为是滥用外交职权,构成国际不法行为,^④同时不认同“使馆或领馆享有的不可侵犯性是绝对的”这一观点。《塔林手册2.0版》规则43是关于馆舍的使用和官员的活动,其规定:使馆或领馆馆舍不得用于从事与其外交或领事职能不相符合的网络活动。如果将使馆馆舍充作与《维也纳外交关系公约》(以下简称《外交关系公约》)或一般国际法其他规则规定不符的用途,或者与派遣国和接受国有效的特别协议所规定的使馆职务不符的用途,严重违反当地法律的,可构成对接受国内政的干涉。^⑤同时,国际专家组一致认为:接受国在紧急情况下可基于自卫(规则71)对使馆或领馆馆舍或馆舍内的网络基础设施采取行动。

派遣国也不得利用其使馆馆舍对接受国进行网络间谍活动。间谍活动一般为各国法律所禁止。依据《外交关系公约》第3条第1款第4项规定,除其他事项外,使馆具有调查和具报之职务。或许有人会认为秘密搜集情报包含在第3条

① 参见黄德明:《现代外交特权与豁免问题研究》,武汉大学出版社2005年版,第118-119页。

② See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 211-212 (Cambridge University Press 2017).

③ See Won-Mog Choi, *Diplomatic and Consular Law in the Internet Age*, 10 *Singapore Yearbook of International Law* 121 (2006).

④ See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 211-212 (Cambridge University Press 2017).

⑤ 参见《维也纳外交关系公约》第41条第3款。

“其他事项”之中,但是通行的国家实践是禁止秘密搜集情报的,其中包括雇佣特务和从当地居民手中搜集情报。^①不过,有时也难以区分正当程序的情报搜集与间谍活动。正如巴尔托斯所说,一国视为正常、合法的搜集情报的方式在另一国则可能是刑事罪行,反之亦然。^②《外交关系公约》最后采用“以一切合法手段(by all lawful means)调查接受国之状况及发展情形,向派遣国政府具报”的措辞,实际上反映出国家安全与使馆及其人员的调查和报告职务之间存在一定的冲突。外交人员行动自由与通信自由面临同样问题。《外交关系公约》第25条要求接受国给予使馆执行职务之充分便利,第26条进一步要求除接受国为国家安全设定禁止或限制进入区域另订法律规章外,接受国应确保使馆人员在其境内的行动及旅行自由。《外交关系公约》确认出于国家安全和其他因素的考虑,国家可以并且在实践中已经对外交人员的行动区域予以限制,在其他地区旅行则需要取得事先许可,禁止进入军事基地,并且禁止对任何军事设施、军用机场、港口、工厂进行拍照。对此,外交人员的派遣国可以采取相应的对等措施。

国际专家组对于侵入的形式还存在分歧。对于接受国任何有形的侵入使领馆网络基础设施的行为,例如接受国实施“关闭访问网络”等行为,专家们都认为这相当于“未经允许进入馆舍”。但是个别专家认为无形的、远程侵入派遣国使领馆馆舍内的网络基础设施,或者破坏或改变该设施内数据的行为不都符合“侵入”的标准,合法与否在于其是否造成有形的后果。不过,由于针对馆舍内网络基础设施的网络活动基本会涉及储存在该设施中的档案和信息,后者受规则41的保护,因此无形的、远程侵入也可能是不合法的。

(二)接受国保护网络基础设施的义务

馆舍不可侵犯的第二个要素是“接受国负有特殊责任,采取一切适当步骤保护使馆(领馆)馆舍免受侵入或损害,并防止一切(任何)扰乱使馆安宁或有损使馆尊严之情事”。^③因此,《塔林手册2.0版》规则40规定:“接受国须采取一切适当措施,保护位于派遣国使馆或领馆馆舍内的网络基础设施免受侵入或破坏”。例如,接受国的安全部门获悉派遣国使馆馆舍内的网络基础设施正成为网络行动的目标,或者收到关于使馆网络基础设施将要成为网络行动所针对目标的有关信息,接受国政府需要采取相应的措施。这一规定也来自《维也纳外交关系公约》第25条:“接受国应给予使馆执行职务之充分便利。”

^① See Grant McClanahan, *Diplomatic Immunity: Principles, Practices, Problems* 162 (Hurst and Company 1989).

^② See *Yearbook of the International Law Commission* I 49 (1957).

^③ 《维也纳外交关系公约》第22条第2款;《维也纳领事关系公约》第31条第3款。

不过,专家们也注意到,实践中派遣国倾向于依靠自身的安全措施来保护其使馆或领馆馆舍内的网络设施,而非依赖接受国。因此,接受国的这种特殊责任与馆舍不可侵犯之间存在着一些紧张关系,例如,在采取措施保护使馆和领馆馆舍免受侵入或损害的过程中,一旦需要进入馆舍就必须征得使馆馆长的同意,或在领馆除工作场所之外的区域。《维也纳领事关系公约》第31条第2款规定:“唯遇火灾或其他灾害须迅速采取保护行动时,得推定领馆馆长已表示同意”,其中“火灾或其他灾害”具体指什么、在网络空间应该如何延伸?《塔林手册2.0版》没有明确界定,《维也纳外交关系公约》则没有这样的规定。

另外,虽然该义务定义不明,但专家们认为,接受国并无义务对仅仅是批评派遣国或其使馆或领馆的在线言论采取措施。只要接受国确保使馆或领馆及其网络基础设施的实际运行不受破坏,即满足了履行上述义务的要求。

(三)不得侵犯馆舍网络基础设施的其他设备

馆舍不可侵犯的第三个要素是使馆馆舍和设备以及馆舍内的其他财产与交通工具免受搜查、征用、扣押或强制执行的权利;^①领馆的设备、财产与交通工具在确有征用必要时可被征用,不过应采取一切可能步骤以免领馆职务之执行受到妨碍,并应向派遣国为迅速、充分及有效之赔偿。^②因此,馆舍内的电脑、打印机和其他信息技术设备也不可侵犯。但是,国际专家组对于不在馆舍内的财产,如从馆舍里带出的公务移动电话或便携式电脑的保护问题上存在分歧,且鉴于使馆馆舍外财产问题的复杂性,专家们对于从馆舍带出的使馆财产无法得出结论。互联网云服务器和银行账户等电子资产必然会延伸到馆舍之外,且对于使馆和领馆的作用又越发重要,上述两个公约均没有涉及这些问题。著名学者登扎认为,各国法院的判决和国际惯例确认了国际习惯规则,不可侵犯性可以扩大至用于外交使团活动的银行账户,例如德国联邦宪法法院审理的菲律宾使馆案等。^③同样也是考虑到这些设备和账户可能都包含电子档案、文件和来往公文等材料,因此它们也应该受到保护,不过也需要遵守外交和领事法而不用来从事不法活动。

二、电子档案、文件和通信的不可侵犯

使领馆档案及文件不得侵犯是外交和领事关系中极其重要的外交特权与豁免,

^① 参见《维也纳外交关系公约》第22条第3款。

^② 参见《维也纳领事关系公约》第31条第4款。

^③ See Katharina Ziolkowski, *Peacetime Regime for State Activities in Cyberspace: International Law, International Relations and Diplomacy* 415 (NATO CCD COE Publication 2013).

已经为国际社会所公认。《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》对此作了较为宽泛的规定：“使馆(领馆)档案及文件无论何时,亦不论位于何处,均属不可侵犯”。^①据此,《塔林手册2.0版》规则41规定:外交使馆或领馆的电子档案、文件和来往公文不可侵犯。不过,由于档案和文件不得侵犯问题的复杂性,国际专家组在许多问题上并未达成一致,特别是一些不得侵犯的适用情形,因此需要对其中的一些重要构成进行分析。另外,档案和文件的不可侵犯由通信自由予以补充(规则42)。

(一)“不得侵犯”

《外交关系公约》第24条规定:使馆档案及文件“不论何时”“亦不论位于何处”,均属不得侵犯。实际上,第24条之规定已经远超出国际习惯法对使馆档案及文件的保护范围,而对其采取了最大限度的保护。一方面,“不论何时”之措辞表明该使馆档案及文件不得侵犯之权利不仅在平时被适用,即使在国家间外交关系破裂或者在战争时期该权利依然存在,只要该使馆馆舍仍符合为使馆执行职务目的之用,使馆档案及文件即被该第24条及第45条所保护。^②另一方面,“亦不论位于何处”之措辞被用以明确当使馆档案及文件不在使馆馆舍之内或使馆人员控制之下时,该档案仍具有不得被侵犯之权利。如果使馆档案及文件因丢失或被窃取等原因被接受国获得,接受国有义务将其原封不动地送还派遣国,且应确保该档案及文件不被用以任何诉讼或其他用途。^③

《塔林手册2.0版》延续了《外交关系公约》的规定,确认电子档案、文件和来往公文具有广泛的不得侵犯性,意味着这些材料免受他国没收、网络间谍、强制执行、司法诉讼或其他形式的干扰,以确保其机密性。国际专家组认为,不论何时何地,使馆或领馆的档案和文件均不得侵犯,包括位于接受国外的使馆或领馆电子档案和文件依然不得侵犯,例如存储在接受国境外政府服务器上的使馆档案;接受国和第三国在内的所有国家均不得窃听过境的使馆或领馆的电子通信;即便在关闭使馆、中断外交关系或武装冲突的情形下,接受国依然要“尊重和保护”使馆或领馆的财产和档案;等等。并且,《外交关系公约》条款中“不得侵犯”之表述意在要求接受国不仅应确保其自身不侵犯使馆档案及文件的安全,同时也要求接受国当局应保障使馆档案及文件不被其他第三方侵犯。^④因此《塔林手册2.0版》也规定,接受国不仅应允许使馆或领馆的网络通信自由,并且还必须采取行动来保

① 参见《维也纳外交关系公约》第24条;《维也纳领事关系公约》第33条。

② UN Doc.A/Conf. 20/C.1/L.149; A/Conf. 20/14., 149.

③ Yearbook of the International Law Commission II 96 (1958); UN Doc.A/Conf. 20/14, 148-150.

④ Yearbook of the International Law Commission II 137 (1957).

护使馆或领馆的网络通信免受他人的干扰,包括依据规则40“采取一切适当措施”保护使馆或领馆的网络通信自由,和依据规则41采取措施制止其境内的外交网络通信包括其他国家在内的相关方面窃听。

国际专家组同意机密性是判断某电子档案、文件和来往公文是否需要保护的标
准,也认为外交和领事通信的机密性是使馆或领馆职能的关键。^①他们在一些比较
确定的规则上达成一致,例如,假如接受国公民在社交网站上对使馆发布的最新动
态进行发帖评论,则该评论因已公开而不受《塔林手册2.0版》的保护;又如,如果相
关材料存储在私人网络基础设施上,只要派遣国同意维持这些材料的机密性,且这
些材料尚未经该派遣国授权披露给第三方,则仍受《塔林手册2.0版》保护。不过,
国际专家组在一些具体规则的适用情形上仍然存在分歧。例如,通过电子邮件或
“线上存在”向使馆或领馆提交的个人材料是否应该得到保护;派遣国的外交和领
事材料处于静止而非过境状态时第三国是否有义务尊重其不可侵犯性;禁止第三
国对外交通进行电子监听的确切范围,以及相关材料被第三方获取并向公众公
开后不可侵犯性是否依然存续的问题。造成这些分歧的原因在于外交和领事法上
缺乏相关规定,国际专家组无法在超出现有习惯法和协定法的范围之外进行规制。

应该来说,机密性是外交和领事法的重要目标和价值,它源于外交和领事的
职能,包括“代表派遣国”“与接受国政府办理交涉”和“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,向关心人士提供资料”等,在
不存在明显滥用的情况下,应当不受减损地进行保护,从而确保其不得侵犯性。

(二)“档案”“文件”及“来往公文”

《维也纳外交关系公约》第24条用“及文件”一语指代那些并不能被严格认为
是使馆档案的材料,比如谈判文件或协定备忘录草案等,^②从而扩大了使馆档案不
可侵犯之权利的范围。因此,国际专家组将“档案”界定为包括存储相关电子文件
的外置硬盘、闪存盘及其他媒介;“文件”不仅包括电子格式的终稿,还包括相关的
草稿、谈判文件和其他使馆或领馆在其活动中积累并特意保存的类似材料;来往
公文”包括与使馆或领馆或其职能相关的电子邮件、照会、电报和其他信息。鉴于
1963年《维也纳领事关系公约》第1条将“领馆档案”界定为“谓领馆之一切文书、
文件、函电、簿籍、胶片、胶带及登记册,以及明密电码,记录卡片及供保护或保管
此等文卷之用之任何器具”,^③对《外交关系公约》第24条中之使馆档案内容的理

^① See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 221 (Cambridge University Press 2017).

^② Yearbook of the International Law Commission I 135-136 (1958).

^③ 《维也纳领事关系公约》第1条第1款第11项。

解可参考领馆档案之界定。但是应该指出,通常而言,由于“使馆档案”相比“领馆档案”可享受更程度的保护和豁免,因而国际社会成员对“使馆档案”范围的理解要比“领馆档案”范围相对要窄。

此外,虽然《外交关系公约》并未明确界定“使馆档案”的范围,在维也纳外交会议期间,代表们对此问题也提出了意见,一些代表主张对使馆档案予以直接定义;另一些代表则认为,因为使馆馆舍不可侵犯之规定实际上已明确了使馆馆舍之内的使馆档案的不可侵犯地位,此时只须对使馆馆舍之外的使馆档案加以规范即可,此类文件获得外交豁免的前提是其具有属于使馆档案的官方标识。但大会认为上述建议实质上都是在为使使馆档案之不可侵犯设定某种限制而未予采纳。^①因此国际专家组认为,目前国际习惯法并未要求对使领馆的电子档案、文件或来往公文进行标记,以表明其不可侵犯。

(三)“通信”

通信自由是对使领馆档案不可侵犯的进一步补充。专家们对于禁止第三国对外交通进行电子监听的确切范围存在分歧,特别是对该范围是仅包括使馆与其派遣国政府之间的材料免受第三国拦截,还是也包括派遣国与接受国以及派遣国使馆与位于接受国的其他国家使馆之间的材料,存在不同意见。对此,《外交关系公约》第27条规定,“接受国应允许使馆为一切公务目的的自由通信,并予保护”。^②所谓“公务目的”的通信,其范围包括“使馆与派遣国政府及无论何处之该国其他使馆及领事馆通信”,以及与处于接受国领土之内或其他任何地方的派遣国国民或国际组织之间的通信。^③因此,通信自由应当受到更广泛的保护。

三、外交代表和领事官员在网络领域活动的特权与豁免

外交和领事关系法赋予不同类型的人员有差别的特权与豁免,其中外交代表和领事官员及其家属享有较为广泛的权利,其他行政和技术人员及其家属、服务人员和私人服务人员的权利则随级别的降低而逐渐缩减。一般来说,外交人员享有近乎于绝对的特权与豁免,而服务人员几乎没有特权与豁免可言。《塔林手册2.0版》在这方面的规定较为简单且相关规则基本与外交和领事法一致,主要集中在外交代表和领事官员在网络领域活动的特权与豁免上,对于其他人员的权利规定则仅限于第七章序言段提及:“本章规定的许多豁免权以较为受限的方式适用

^① UN Doc.A/Conf. 20, 148-150.

^② 参见《维也纳外交关系公约》第27条。

^③ See Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* 225 (Oxford University Press 2008).

于使领馆人员的家属以及使领馆行政和技术人员及其家属。”^①

(一) 外交代表和领事官员的特权与豁免

《塔林手册2.0版》规定,外交代表和领事官员所享有的刑事、民事和行政管辖豁免,同样及于其在网络领域的活动(规则44)。《塔林手册2.0版》在规则43第2款中规定,外交代表和领事官员不得从事干涉接受国内政或有违该国法律法规的网络活动,例如,外交代表在接受国通过网络窃取知识产权,或者利用社交媒体策划推翻派遣国政府,或参与“政治选举”。由于享有免于接受国刑事、民事和行政程序的豁免权,外交代表的上述活动可免受强制执行或司法管辖,这一点在规则8管辖权和规则9属地管辖权中也有规定,例如,规则9明确规定,基于属地原则行使任何形式的管辖权都受国际法规定的有关管辖权权限的限制,包括外交和领事豁免和不可侵犯。^②

首先,外交代表对在接受国境内所从事的、根据该国国内法被认为是网络犯罪行为的一切活动均享有刑事管辖豁免。这一外交豁免是绝对且无条件的。使馆处于接受国领土管辖之内而有别于一般国家机关。为防止可能的威胁,外交代表对接受国之刑事管辖享有完全豁免。^③其次,民事及行政管辖的豁免是相对的,与职务无关的情形不享有民事及行政管辖的豁免,包括“私人不动产”、继承及官方职务外的一切职业性或商业性活动等,例如,在线销售商品的个人商务行为。再次,领事官员对其在接受国的网络活动享有更为有限的刑事和民事管辖豁免,特别是不享有绝对的刑事管辖豁免,这与《维也纳领事关系公约》的规定是一致的,即领事在职务和法律地位上都有别于外交代表,领事不具有政治代表性而只具有职能性和行政性,因而领事通常只就领事职务范围内的事项同接受国地方当局进行交涉,其工作范围仅限于其所涉领事区域,在接受国所享有的特权与豁免也就不及使馆。^④

不过,应该注意到,《塔林手册2.0版》规则41中的电子档案、文件和通信还包含外交代表的私人文件和信函,但是不延伸适用于领事官员或领馆馆员的私人文件和信函。这里也包含几个问题:首先,不可侵犯权及于外交代表是根据《维也纳外交关系公约》第30条第2款,该款还规定外交代表的财产除另有规定外亦不可侵犯,不过《塔林手册2.0版》对于该财产的范围并未明确,这可能是专家们在讨论

^① Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 221 (Cambridge University Press 2017).

^② See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 60 (Cambridge University Press 2017).

^③ 参见《维也纳外交关系公约》第31条第1款;《特别使团公约》第31条第1款;《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》第30条、第60条第1款。

^④ 参见曾令良、饶戈平:《国际法》,法律出版社2005年版,第286页。

馆舍外财产的保护问题时未能达成一致的原因。这里的财产不仅涉及不动产,也可能涉及动产如交通工具,这需要进一步澄清。其次,该条第 1 款规定外交代表的私人寓所指的是与馆舍相分离的私人住宅,同使馆馆舍享有同样的不可侵犯权和保护。^①这点手册也没有明确。

(二) 过境第三国的使领馆人员及物品的特权与豁免

过境第三国的外交人员与其他人员及其家庭成员、公务用品、通信、外交邮袋在第三国的地位问题,在互联网、航空和卫星通信时代的意义可能有所降低,但是由于网络基础设施的散发性质,其他国家牵涉远程侵入、获得外交和领事材料等情况的可能性正在增加。《塔林手册 2.0 版》也对第三国与使领馆馆舍(规则 39)、过境的公文和通信(规则 41)作了相应的讨论,但存在一定的分歧;对于过境第三国的使领馆人员及物品的特权与豁免则没有加以阐述,例如,携带涉嫌网络犯罪的网络设备过境等问题,可能是出于所涉网络活动较少的原因。因此,这方面问题将继续适用国际习惯法,特别是涉及网络领域的人员和公务用品的特权与豁免。

一方面,《维也纳外交关系公约》第 40 条规定表明:过境第三国的使领馆人员及物品的特权与豁免并不是无条件的。这一点为联合国国际法委员会和参加 1961 年维也纳会议的各国代表团所普遍接受。国际法委员会在起草公约时明示拒绝考虑第三国是否有义务允许外交代表过境这一问题;维也纳会议确定过境并不是无条件的。^②公约未授予外交人员以过境的权利,只是规定若需要签证,他必须持有有效签证。外交代表及其家庭成员享有不可侵犯和过境所必需的其他特权与豁免。对于后者的具体含义没有特别规定,但它毫无疑问包括刑事管辖的豁免,还可能包括民事管辖的豁免,^③但在不受逮捕的情况下对于诸如离婚等民事案件不享有豁免。^④

另一方面,该条第 2 款将第三国的保护义务扩及使馆其他人员及其家庭成员。这一条款是国际法委员会应美国的建议而增加的。但是,国际法委员会对待这一问题的态度不同,第三国的义务应仅局限于不妨碍其顺利过境。国际法委员会认为,如果诸如服务人员的使馆人员在第三国享有较之在接受国更多的豁免则会产生反差现象。然而,从措辞上很难看出第三国在这此方面的具体义务。第 4 款是参加维也纳会议的荷兰代表团提出的修正案的结果。这一条款与前三个条

① 参见《维也纳外交关系公约》第 30 条。

② See Michael Hardy, *Modern Diplomatic Law* 87 (Manchester University Press 1968).

③ See Michael Hardy, *Modern Diplomatic Law* 87-88 (Manchester University Press 1968).

④ See Robert Jennings & Arthur Watts, *Oppenheim's International Law*, I-Peace 1115 (Longman 1992).

款不同。第三国在前三款的情况下承担义务的前提是明示或默示同意有关人员过境。依第4款,遇偶然的不可抗力而使航空器被迫降落或改变航向,第三国承担同样的义务。^①第3款、第4款所规定的义务是绝对的,不取决于第三国与派遣国或接受国之间的关系。

显然,根据《外交关系公约》第40条相关条款的规定,第三国既无义务允许使领馆人员及物品过境,也无义务对于受到追究刑事责任的使馆其他人员赋予不可侵犯的权利和其他豁免。1972年一名前往巴西赴任的阿尔及利亚外交人员途经荷兰时由于携带大量武器和爆炸品而被拘留,从而出现外交人员受到犯罪指控的问题。荷兰政府在没收这些非法物品之后允许该名外交代表过境,因为荷兰认为依《外交关系公约》第40条,不能指控或逮捕这名外交人员。^②该案例也可以为涉及网络领域活动的外交人员和物品过境问题提供参照。

四、《塔林手册2.0版》第七章规定存在的不足及原因

《塔林手册2.0版》第七章对网络空间外交和领事法的规定并不完整,特别是对通信等方面的许多问题没有解答。^③从内容上来看,《塔林手册2.0版》第七章的六条规则主要集中于网络基础设施所在馆舍、电子档案、文件及通信的不可侵犯性以及外交代表和领事官员的外交特权与豁免上,对免税(类似网络设施的购买和维修、网络服务的提供等税费问题)、行李免受查验(有可能包括一些网络基础设施部件)等方面的适用以及其他使领馆人员特权与豁免的阐述比较薄弱。第七章所涉及的主体也未能充分体现现代外交法的范围,它将重点放在使馆和领馆及人员的特权与豁免上,对国际组织、特别使团的关注显然不够,他们的相关网络活动保护需要参考专门条约或使领馆及其网络基础设施不可侵犯性规定。^④与现代外交法相比,传统外交法不仅较少涉及国家元首、政府首脑和国家其他高级官员,而且几乎没有涉及其他类型的驻外使团和国家以外的其他国际法主体。^⑤

① See Gore-Booth & Desmond Pakenham, *Satow's Guide to Diplomatic Practice* 153 (Longman 1979).

② See Eileen Denza, *Diplomatic Law: Commentary on the Vienna Convention on Diplomatic Relations* 455 (Oxford University Press 2008).

③ See Eric Talbot Jensen, *The Tallinn Manual 2.0: Highlights and Insights*, 48 *Georgetown Journal of International Law* 764 (2018).

④ See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 210-211 (Cambridge University Press 2017).

⑤ 国家元首、政府首脑以及外交部长等高级官员的豁免,规定于《塔林手册2.0版》第三章规则12“国家管辖豁免”中。

并且,《塔林手册2.0版》在许多方面留下空白,例如与第三国相关的规定,以及人们比较关注的网络恐怖主义、网络犯罪等方面。在许多问题上国际专家组也无法达成一致,例如远程侵入派遣国使领馆馆舍,或者破坏或改变该设施内数据行为的合法性问题;不在馆舍内的使馆财产的保护问题;接受国以外的其他国家是否有义务尊重接受国境内使领馆的不可侵犯性问题等。又如“虚拟使馆”“数据使馆”和使馆的“线上存在”问题,《塔林手册2.0版》只是笼统地认为其不可侵犯权应该与有形馆舍及馆舍内的网络基础设施联系起来,但并没有进一步澄清。此外,《塔林手册2.0版》规则条款安排有些重叠或混乱,特别是馆舍的不可侵犯和档案文件、通信的不可侵犯方面,某一行为虽然不符合某项规则,但是有可能违反该章规定的其他规则,在实践运用中可能会造成前后矛盾,并对专家组形成共识造成一定阻碍。

存在这些不足主要源于《塔林手册2.0版》受限于将现有国际法规范(包括协定法和习惯法)适用于网络活动的原则和方法。由于目前很少有直接针对网络行动的条约,而且已通过的条约适用范围有限;同时,因为网络领域的国家实践大多涉密,也鲜有公开表达的“法律确信”,所以很难确切地认定存在专门针对网络的国际习惯法。^①因此,与《网络战国际法塔林手册》(以下简称《塔林手册1.0版》)^②一样,《塔林手册2.0版》也着眼于网络空间之外已经存在且具有习惯法地位的实然法,并对这些规则如何适用于网络空间加以澄清和发展,《塔林手册2.0版》所包含的154条规则都被认为是有关现行国际习惯法规则在网络空间的体现。这实际上是一种“法律类推”(law by analogy)的方式。^③《塔林手册2.0版》第七章也是运用这一逻辑和方法,各项规则主要源自现有外交和领事法条约,并认为这些条约实际上反映了国际习惯法。对于没有明确规定的问题,《塔林手册2.0版》也继承了“凡未经明文规定之问题应继续适用国际习惯之规例”这一原则,例如《塔林手册2.0版》在第七章序言部分强调,本章不专门涉及国际组织和特别使团相关法律,这些主体所享有的特权与豁免仍适用相关领域规定。^④

《维也纳外交关系公约》未明文规定之问题仍继续适用国际习惯法,但如何在国际社会的现实中对外交法规范加以运用,该公约若干条款不乏模棱两可之处,

① See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 3 (Cambridge University Press 2017).

② See Michael Schmitt, *Tallinn Manual on the International Law Applicable to Cyber Warfare* (Cambridge University Press 2013).

③ 参见黄志雄:《〈塔林手册2.0版〉:影响与启示》,《中国信息安全》2018年第3期,第85页。

④ See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 210-211 (Cambridge University Press 2017).

习惯法规则更不确定。这都需要各国在实践中予以澄清和确定并发展有关规则。并且,在互联网时代,外交和领事关系法中的有些条款已显过时。例如专家们指出,无线电发报机主要用于无线电传输,条约的表述在一定程度上有些过时,且对其如何适用于网络技术并不十分明确。^①这再一次反映了科技对当代国际法的冲击。因此,类推的方式对《塔林手册 2.0 版》的内容产生了一定的限制。

这些问题也源于《塔林手册 2.0 版》在编纂过程中对实然法和应然法的趋避。参与两个项目,也就是两版塔林手册的国际专家都竭力避免出现反映“应然法”的陈述,并且明确表示它不是一份“最佳实践”指南,也不代表“法律的逐渐发展”,^②其中的各项规则都趋于“保守”。一方面,由于网络空间国际协定法和国际习惯法的缺乏,《塔林手册 2.0 版》所提出的各项规则是现有国际习惯法的反映,在现行国际法没有直接相关的习惯法规则时,就可能留下规则空白,^③从而不能满足网络空间国际法的实践需要。另一方面,两版塔林手册都是在网络空间国际法这一新领域来编纂相关法律规则,通过类推的方式去设想和适用相关规则必然具有明显的“超前性”。并且,两版塔林手册对现有国际法的解释有着非常大的“自由裁量”空间,很多地方甚至有较浓厚的“应然法”色彩。这有些背离制定该手册的初衷。^④实际上,相较于《塔林手册 1.0 版》,《塔林手册 2.0 版》已经反映了相关规则的进一步发展。^⑤另外也可以看到,在外交和领事关系法的发展过程中,1969年《联合国特别使团公约》同样是一套全新的国际法规范。因此,未来网络空间国际规则的进一步发展,不可避免地需要通过适用现有国际习惯法和制定新的协定法规则“两条腿走路”。^⑥

① See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 230 (Cambridge University Press 2017).

② See Michael Schmitt, *Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations* 3 (Cambridge University Press 2017).

③ 例如网络犯罪和网络恐怖主义等问题,参见黄志雄:《网络空间国际规则制定的新趋向——基于〈塔林手册 2.0 版〉的考察》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期,第5页。

④ 参见黄志雄:《网络空间国际规则制定的新趋向——基于〈塔林手册 2.0 版〉的考察》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期,第5-6页。

⑤ 《塔林手册 1.0 版》主要适用于网络战时期,《塔林手册 2.0 版》将关注的范围扩展至和平时期,并且在国际人权法、网络归责以及网络间谍行为等方面进一步阐释,增加了新的情形和释义。参见陈舒等:《〈塔林手册 2.0〉视角下的网络空间国际规则理论的发展》,《信息安全与通信保密》2018年第4期,第49-50页。

⑥ 参见黄志雄:《网络空间国际规则制定的新趋向——基于〈塔林手册 2.0 版〉的考察》,《厦门大学学报(哲学社会科学版)》2018年第1期,第5-6页。

另外,值得注意的是,外交法规范从习惯法转变为协定法时,其实施后果可能发生变化。在习惯法情形下,通例之存在是国际习惯的构成要件之一,主要表现为国内立法、司法判决和其他国际行为方式的国家实践具有辩证的性质。一方面,国家实践必须符合国际法;另一方面,国家实践是国际法规范的一个构成要件及其存在和内容的证据。国际协定法的情形则相反:国家实践被视为或符合或违反现行国际法规范,两者必选其一。因此,一旦对国际习惯法予以编纂,国家实践就具有了不同的含义,国际法庭的判决可能受到同样的影响,当某一习惯法被协定法取代后,国际法庭也就不再依据该习惯法来作出判决,而只考虑新的国际法规范。^①这同样适用于对外交法进行编纂的情况。因此,在探索现行外交和领事关系协定法和习惯法是否适用于和如何适用于网络空间国家行为时,应当尽量全面地考察协定法和习惯法,对各国实践也应当加以考虑,或者至少反映在评注中,以增强《塔林手册2.0版》的全面性和实践意义。当然,目前的问题在于:该领域相应的国家实践很少或者没有公开而难以操作。

五、结语

总体来说,《塔林手册2.0版》在探索适用于网络空间国家行为的外交和领事关系法方面作了许多有益的尝试。《塔林手册2.0版》虽然仍是一种国际文件且不代表各国的意见,但是它来源于现行的习惯法和协定法,在其编纂过程中也邀请了50多个国家和国际组织的代表团对手册草案作出非正式评论,较之前的版本将发挥更大的影响力。当然,《塔林手册2.0版》在规则内容和取向上仍然存在一些不足,这些问题将对《塔林手册2.0版》的适用和影响力形成一定程度的限制,需要各国在实践中予以澄清和确定并发展有关规则。考虑到网络空间外交和领事问题将会变得更加普遍,有必要对其进一步规制。

同时,对《塔林手册2.0版》的解析仍要注意几个问题:首先,外交特权与豁免具有复合性,它由若干部分组成,其内容可能相互交叉重叠。因此,对《塔林手册2.0版》中的规则不应相互分离而应该结合起来看。例如,即便一些网络基础设施所在馆舍不可侵犯问题未能澄清,但是也应该遵守规则41电子档案、文件和通信不可侵犯及规则42自由通信的相关保护。其次,与外交关系不同,领事关系经常是双边条约调整的对象,除多边条约外,确定领事特权与豁免的范围还需要考察现行双边条约的具体条款。一般来说,与《维也纳领事关系公约》相比,双边领事条约赋予了更多、更完善的领事特权与豁免。《维也纳领事关系公约》也规定:“本

^① See Ludwik Dembinski, *The Modern Law of Diplomacy: External Missions of States and International Organizations* 14-15 (Martinus Nijhoff Publishers 1988).

公约之规定不影响当事国间现行有效之其他国际协定;本公约并不禁止各国间另订国际协定以确认、或补充、或推广、或引申本公约之各项规定。”^①再次,考虑到现有国际习惯法主要来自于西方国家的实践,是否适当考察其他双边、多边条约和实践应该成为未来编纂中的探索之一。并且,《塔林手册2.0版》的编纂需要进一步提升代表性,以倾听更多元的声音。

An Analysis in the Tallinn Manual 2.0 Chapter 7 Diplomatic and Consular Law

Abstract: The Diplomatic and Consular Law (Chapter 7) of Tallinn Manual 2.0 on the International Law Applicable to Cyber Operations, is the latest achievement in exploring how diplomatic and consular law applicable to acts of the states in cyberspace. As an important attempt to unofficial codification of international law, chapter 7 is based on existing norms of diplomatic and consular law, especially The Vienna Convention on Diplomatic Relations and The Vienna Convention on Consular Relations. This article mainly includes three parts: (1)the inviolability of premises in which cyber infrastructure is located; (2)the inviolability of electronic archives, documents and correspondence; (3) the diplomatic privileges and immunities of diplomatic representatives and consular officers. Limited by law by analogy method applied in The Manual and its attitude towards the *lex lata* and *lex ferenda*, Chapter 7 still has some deficiencies, which will limit the application and influence of Tallinn Manual 2.0 to a certain extent. Thus, countries are required to clarify, define and develop relevant rules in practice. Despite the complication of the codification of rules in new areas, it is necessary to further regulate more common problems instead of being too limited.

Key words: Tallinn Manual 2.0; diplomatic law; consular law; cyber law; governance of cyberspace

(责任编辑:彭芩萱)

① 参见《维也纳领事关系公约》第73条。