

## 第十章

### 国家官员的外国刑事管辖豁免

#### A. 引言

171. 委员会在第五十九届会议(2007年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案,并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。<sup>382</sup> 同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于此专题的背景研究报告,该研究报告提交给了委员会第六十届会议。<sup>383</sup>

172. 特别报告员提交了三次报告。委员会第六十届会议(2008年)收到并审议了初步报告,第六十三届会议(2011年)收到并审议了第二次和第三次报告。<sup>384</sup> 委员会第六十一届(2009年)和第六十二届会议(2010年)未能审议本专题。<sup>385</sup>

173. 委员会第六十四届会议(2012年)任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士代替科洛德金先生担任特别报告员,科洛德金先生不再担任委员会委员。委员会同届会议(2012年)收到并审议了特别报告员提交的初步报告,第六十五届会议(2013年)收到了她的第二次报告,第六十六届会议(2014年)收到了她的第三次报告。<sup>386</sup> 委员会在特别报告员第二和第三次报告提出的条款草案基础上,迄今为止暂时通过了五条草案及相关评注。关于术语的使用的第2条草案案文仍处在拟订过程中。<sup>387</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

174. 委员会收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/686)。委员会在2015年7月16日和7月21日至24日的第3271至3278次会议上审议了该报告。

<sup>382</sup> 2007年7月20日第2940次会议(《大会正式记录,第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第376段)。大会2007年12月6日第62/66号决议第7段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。在第五十八届会议上(2006年),委员会已根据其报告附件A中所载建议(《大会正式记录,第六十一届会议,补编第10号》(A/61/10),第257段)将本专题列入其长期工作方案。

<sup>383</sup> 同上,《第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第386段。秘书处编写的备忘录见A/CN.4/596和Corr.1号文件。

<sup>384</sup> A/CN.4/601(初步报告)、A/CN.4/631(第二次报告)和A/CN.4/646(第三次报告)。

<sup>385</sup> 见《大会正式记录,第六十四届会议,补编第10号》(A/64/10),第207段;同上,《第六十五届会议,补编第10号》(A/65/10),第343段。

<sup>386</sup> A/CN.4/654(初次报告);A/CN.4/661(第二次报告)以及A/CN.4/673和Corr.1(第三次报告)。

<sup>387</sup> 《大会正式记录,第六十八届会议,补编第10号》(A/68/10),第48和第49段。在2013年6月7日第3174次会议上,委员会收到起草委员会的报告并暂时通过了第1、3和4三条草案,在2013年8月6日和7日第3193至3196次会议上通过了相关评注。《大会正式记录,第六十九届会议,补编第10号》(A/69/10),第48和第49段。在2014年7月25日第3231次会议上,委员会收到了起草委员会的报告并暂时通过了第2条草案(e)款和第5条草案,在2014年8月6日和7日的第3240至3242次会议上通过了相关评注。

175. 委员会在 2015 年 7 月 24 日第 3278 次会议上决定将特别报告员拟议的第 2 条草案(f)款和第 6 条草案<sup>388</sup> 送交起草委员会。

176. 起草委员会主席在 2015 年 8 月 4 日第 3284 次会议上提交了<sup>389</sup> 起草委员会关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”的报告，其中载有起草委员会在第六十七届会议上暂时通过的第 2 条草案(f)款和第 6 条草案(A/CN.4/L.865)，<sup>390</sup> 可在委员会网站上查阅。委员会注意到起草委员会提交的条款草案。预计将在下届会议上审议条款草案的评注。

<sup>388</sup> 特别报告员在第四次报告中提出的、经更正的案文如下：

**“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”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。

**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 款和第 2 款所述条件的前国家元首、前政府首脑和前外交部长。”

<sup>389</sup> 起草委员会主席的发言可查阅委员会网站<<http://legal.un.org/ilc>>。

<sup>390</sup> 起草委员会暂时通过的案文如下：

**“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”指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为。

**第 6 条草案**

**属事豁免的范围**

1. 国家官员只有在以官方身份实施的行为方面享有属事豁免。
2. 对以官方身份实施的行为的属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在。
3. 根据第 4 条草案享有属事豁免的个人任期届满后，继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免。

## 1. 特别报告员介绍第四次报告

177. 第四次报告延续了第三次报告(A/CN.4/646)开始的关于属事豁免规范性要素的分析。由于第三次报告已经处理了这种豁免的主体范围(此种豁免的受益人),第四次报告专门审议尚未讨论的实质范围(“以官方身份实施的行为”)和时间范围。作为分析结果,报告还载有第2条草案(f)款的拟议案文,为豁免的一般目的界定了“以官方身份实施的行为”,以及关于属事豁免实质和时间范围的第6条草案,其中具体提到了属事豁免对前国家元首、前政府首脑和前外交部长的适用。

178. 特别报告员在介绍报告时指出,必须结合此前的各次报告阅读本报告,因为这些报告是一个整体。她指出,本报告与过去处理属人豁免的方法一样,没有直接阐述豁免的限制和例外问题,她将在2016年的第五次报告中处理此事。特别报告员提到了报告翻译过程中将西班牙原文翻译为其他各语言时出现的一些问题,就此,她通过一份更正做了适当改动,已经分发给了委员会委员。特别报告员请秘书处编写一份更正,作为本届会议的正式文件分发。

179. 特别报告员提交的第四次报告在处理属事豁免的规范性要素时首先强调了这类豁免的基本特性,即豁免是给予所有国家官员的,仅适用于“以官方身份实施的行为”,不受时间限制。至于属事豁免的规范性要素,如上所述,第三次报告已经处理了主体范围的问题,第四次报告侧重于实质和时间范围。

180. “以官方身份实施的行为”概念首先是一些一般性考虑的主题,这些考虑强调这一概念在属事豁免上的重要性。而这种重要性的来源是这类豁免的功能性。报告接着阐述了“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别。通过对这一区别的研究,除其他外,断定这一区别不同于“统治权行为”与“管理权行为”之间的区别,也不同于合法行为与非法行为之间的区别。

181. 报告接下来重点提出了识别“以官方身份实施的行为”的标准,相继分析了(国际和国家)司法实践、条约实践和委员会以往的工作。关于国际司法实践的分析强调了国际法院、欧洲人权法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭所作各项判决的重要意义。关于国家司法实践的研究基于涉及属事豁免若干方面的大量国家案例,既考虑到了刑事诉讼,也考虑到了民事诉讼,因为在这两类诉讼中都存在为可被认定为“以官方身份实施的行为”的行为形式,也可从中推导出此类行为共同的要素。对条约实践的分析审视了直接或间接提到豁免的各项联合国公约,以及提到了国际刑法禁止的行为所具有的官方性质的国际(普遍性和区域性)刑法条约。至于对国际法委员会以往工作的分析,重点是关于国家对国际不法行为的责任的条款、《纽伦堡原则》、1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》、1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》和2011年关于国际组织责任的条款。

182. 在开展上述研究之后,特别报告员接着审视了由此得出的就外国刑事管辖豁免而言“以官方身份实施的行为”具有的特征,即行为的犯罪性质、行为归于国家以及行使主权和实施行为过程中的政府权力要素。提到行为的犯罪性质有助于突出与可能援引属事豁免的情况所受刑事管辖之间的联系。由此提到了特别报告员称之

为“单一行为，双重责任”的个人与国家责任之间的一种关系模式，报告中详细说明了这一模式的各种情形。鉴于只有在国家官员实施的行为与国家之间存在联系时才有理由予以属事豁免，就需要考虑行为归于国家的问题。在这方面值得特别注意的结论是，国家对国际不法行为的责任条款中载有的某些归属标准对于豁免目的没有用处。最后，所认明的“以官方身份实施的行为”的第三个目的论特点是，此类行为是主权的表现，是行使政府权力要素的一种形式。报告提供了一些要素例证。这一节最后审议了国际罪行与以官方身份实施的行为之间的关系。最后，定义了“以官方身份实施的行为”概念，作为报告 B 部分的结论。

183. 报告 C 部分简要分析了时间要素，阐述了属事豁免的无限期性质和考虑区分行为实施时刻与援引豁免时刻的意义。报告 D 部分侧重属事豁免的范围，由此提出了关于这个问题的第 6 条草案。第四次报告在最后提到了有关这个专题的今后工作计划，特别报告员宣布，第五次报告将处理豁免的限制和例外问题。

184. 特别报告员指出，报告套用了第三次报告采用的方法，基本上以(国际和国家)司法实践和条约实践以及委员会以往的工作为分析问题的基础。另外还参照了 2014 年和 2015 年收到的政府评论意见，这些评论在提交时都得到了酌情考虑，以及代表们在大会第六委员会的口头发言中表示的意见。特别报告员还请委员会注意第四次报告完成以后收到的荷兰和波兰的意见。

185. 报告的重点是分析“以官方身份实施的行为”概念。特别报告员指出，对时间要素的分析很简短，因为这个问题本质上没有什么争议；在实践中和在理论上对于属事豁免的“无限期”或“永久性”性质有着广泛的共识。不过，她指出，还是需要分析该要素(限制或条件)属于什么性质，以及为了确定是否满足时间要素而需要考虑的关键日期，是行为实施的时刻还是提出豁免主张的时刻。她还提请注意拟议的条款草案。

186. 特别报告员强调，报告的核心是分析属事豁免的实质范围。因此，是对“以官方身份实施的行为”的一次研究，通过这一研究又处理了“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别，提出了识别“以官方身份实施的行为”的标准及此种行为的特征，最后提出了一条关于这类行为定义的条款草案。第 6 条第 2 款草案关于以官方身份实施的行为的提法是，属事豁免仅适用于国家官员实施的行为。

187. 注意到，“以官方身份实施的行为”概念是整个专题的核心问题，对于属事豁免具有特殊意义；只有国家官员以官方身份实施的行为才属于外国刑事管辖豁免的范围之内。特别报告员承认，提到这个概念使用过不同的措辞，但就本专题而言，沿用国际法院在“逮捕证案”中使用的术语，使用“以官方身份实施的行为”这一用语，目的是确保委员会内部术语用法的一致性。

188. 特别报告员说，当代国际法中尚未确定其表述。它经常被解释为“以私人身份实施的行为”的反义用语，而“以私人身份实施的行为”本身也是一个没有界定的类别。但是，在分析有关实践的基础上，特别报告员提出了某些识别以官方身份实施的行为的明确标准。具体而言，提到了：(a) 除其他外，与一定数目的罪行相

连，包括在国际法下的罪行、一贯和严重侵犯人权、武装部队和执法人员实施的某些行为以及与腐败有关的行为；(b) 有些多边条约将某些行为的实施与此类行为实施者的官方身份相联系；(c) 国家官员代表国家行使公共权力的特权或实施主权行为的行为，被视为以官方身份实施的行为；(d) 对涉及腐败的案件，国家法院一般拒绝给予豁免，理由是，官员从事的与私利密切相连、以官员个人致富而不是主权利益为目的的行为不能享受豁免；(e) “行使公共权力的特权”或者“主权行为”的含义不容易界定。但是，法院认为这一类活动包括警方执法行为、安全部队和武装部队的活动、外交事务、立法行为、司法和内容各异的行政行为；(f) 以官方身份实施的行为这一概念并不自动等同于“统治权行为”概念。不仅不等同，“以官方身份实施的行为”还可能超出“统治权”行为的范围，并也可能涉及国家官员在履行公务和行使国家职能过程中实施的某些“管理权行为”；(g) 这一概念与所涉行为的合法性或非法性无关；(h) 就豁免而言，此类行为的识别一向是逐案确定的。

189. 考虑到上述标准，特别报告员着重提到以官方身份实施的行为具有下列特征：(a) 是具有犯罪性质的行为；(b) 是代表国家实施的行为；(c) 涉及行使国家主权和政府权力要素。

190. 以官方身份实施的行为的犯罪性质对豁免具有影响，因为可以想象，行为的犯罪性质会引起两种不同类型的责任，一种是归于肇事者的刑事责任，另一种是归于肇事者或国家的民事责任。特别报告员尤其强调的事实是，“单一行为，双重责任”模式有与豁免相关的若干不同的假设情形，包括(a) 国家在行为不能归于实施者个人的案件中的专属责任；(b) 在行为既归于国家也归于个人的情况下，国家的责任和个人的个别刑事责任；(c) 行为完全归于个人的情况下，即使他或她作为国家官员行事，个人仍应承担的专属责任。特别报告员还指出，在这三种可能的假设情形下援引豁免的主张可基于：(a) 如果行为只能归于国家，也只能追究国家的责任，则要求国家豁免；(b) 如果行为既归于国家也归于个人，则可要求国家豁免和国家官员的属事豁免。

191. 特别报告员认为，国家官员的外国刑事管辖属事豁免属个人性质，不同于严格意义上的国家豁免。这一区别在国家官员外国刑事管辖豁免案件中的影响最大，因为责任的基础不同，于国家是民事责任，于国家官员是刑事责任。另外，被要求给予豁免的管辖权性质是不同的。特别报告员指出，在论著和实践中，这一区别并非总是足够清楚，主要原因在于传统上一向强调国家(及其权利和利益)是豁免所提供保护的受益方。特别报告员解释说，承认属事豁免是出于国家利益，国家的主权要得到保护，但在国家官员以这种主权的表现形式行事时，直接受益的是国家官员。特别报告员认为，如果要使属事豁免的行使有理，在国家与国家官员实施的行为之间就必须存在某种联系。这种联系意味着有可能将行为归于国家。然而，她认为，国家对国际不法行为的责任条款所包含的所有归属标准是否都对豁免目的有用值得怀疑，她特别提到，其中第七、第八、第九、第十和第十一条规定的标准尤其不适用。

192. 她指出，虽然不容易判断行为与主权之间是否存在联系，但司法实践表明，某些活动由其性质决定，被视为国家主权的表现或者是国家主权所固有的内容(警

察、司法、武装部队的活动或外交事务)的某些活动,以及因涉及行使主权的国家政策 and 决定而应运而生的某些活动,符合此类联系标准。她主张对“以官方身份实施的行为”作出严格的解释,将豁免放在理应所处的位置上,即保护国家主权。她指出,将国家官员以官方身份实施的此类行为定性为国际罪行决不能造成自动或机械地确认此类行为享有外国刑事管辖豁免。第五次报告将更加详细地分析这一问题。

## 2. 辩论摘要

### (a) 一般评论

193. 委员们对特别报告员的第四次报告普遍表示欢迎,报告丰富、有条理和良好地记述了条约实践的例证,分析了国际和国家判例法,同时在所开展的分析和拟议的条款草案之间建立起了清楚的联系。在这方面,报告全面概括了与确定属事豁免的实质范围和时间范围有关的各种考虑,这是有助于更清楚地阐明本专题一项基本要素的一个步骤。显然,这个主题事项在法律上是庞杂的,提出了对各国来说具有政治敏感性和重要性的问题。

194. 有人认为,国家实践不统一,更关键的是,国家实践的走向处于“流动状态”,因此也就不容易找到明确无误的适用规则。与整个国际法律体系中其他法律领域相比,委员会在这一专题上不但面临着理论和学术上的问题,而且在帮助推进国际法的编纂和逐步发展方面也面临着作出选择的困难。还有人认为,需要在打击有罪不罚与维护国家间关系的稳定之间达到平衡。在这种情况下,就作出何种选择和采取什么方向保持透明和开展知情的辩论被认为是不可或缺的。

195. 有些委员注意到,报告开辟了从概念上处理整个议题的可能性,这样做的出发点是,属事豁免的范围存在着限制或例外,不能把以官方身份实施的行为范围内的所有行为,包括构成国际罪行的行为都包括在内。另外一些委员建议,这种情况为委员会带来了逐步发展国际法的一个机会,因为国家实践在涉及国家管辖豁免方面目前诉诸的是限制性豁免。

196. 对于将特别报告员提出的条款草案提交起草委员会,普遍表示了支持。有些委员发表了评论和意见,其中有些涉及报告中的一些推理和结论。

197. 有些委员提请注意,区分基于身份的属人豁免与基于行为的属事豁免继续具有相关性。在某些方面,两者具有某些共同的基本要素,更重要的是,两者法律依据的基础是相同的,即国家主权平等原则。同时有人提出要小心谨慎,不能过于依赖国家主权平等原则来解释本专题牵涉的复杂问题,例如,该原则就无法解释限制性的国家管辖豁免,即允许一国对另一国的商业及其他非官方活动行使管辖权。根据这种观点,是否对以官方身份实施的行为予以官方豁免应当取决于该行为是否有利于其国家以及有利于确保有效行使职权。虽然一些委员承认国际法体系的各项规则和制度之间的差异,但是告诫说,要谨防委员会冒险建立一个与《国际刑事法院罗马规约》下的制度不相符的制度,前者正是委员会自己帮助建立的。另一方面,有人回顾说,本专题是建立在各国之间“横向关系”基础之上的,而国际刑事管辖

与此不同，建立的是各国之间的“纵向关系”。这个重要考虑提出了需要严格审视的一组不同因素。

198. 例如，有人提到，在确定属事豁免的范围时，显然有些行为可能无法享受属事豁免。涉及严重国际犯罪指控的行为、越权行为、管理权行为、以官方身份实施但纯属为个人谋利的行为以及未经法院地国同意在其领土内实施的行为就属于这种情况。

199. 委员会一些委员认为，处理这类行为有两种可能，一种是囊括性的，申明构成犯罪的行为是以官方身份实施的行为，这样面临的问题是，这种行为是官方的还是私人的，或是两者兼有；另一种是将这类问题作为限制或例外加以处理。一些委员表示，既然难以将严重国际罪行、越权行为、管理权行为划定为个人行为，建议不如将这些问题作为限制或例外处理，而不要作为官方行为或非官方行为定义的一部分处理。这种办法似乎有这一好处，即在国家管辖豁免问题上，实践一向遵循过去的类似办法。一些委员表示，通过这种办法，有可能找到将接受限制和例外与适当程序保障和正当程序保证结合起来的解决方案。

## (b) 方法

200. 为确定属事豁免的范围，特别报告员系统地分析了已有实践，查阅了大量资料，作出了中肯分析，总体而言所使用的方法值得赞许。然而，一些委员指出，在某些情况下，报告只提及案例，没有根据上下文进行全面分析。此外，有些地方直言陈述，超出了必要，也不尽合理；还有些地方对报告所述资料与具体条款措辞的关系没有交代清楚。

201. 有些委员指出，报告过多依赖某些管辖制度或地区的案例或行使民事管辖权的案例，而本专题涉及的是刑事管辖豁免。他们建议特别报告员扩大考察范围，囊括所有法律传统和各个地区的判例法。有些委员还指出，引述这类判例法需要慎重，可以想象，在确定何为以官方身份实施的行为而行使管辖权时，民事管辖或刑事管辖并无太大差别，而有时又必须分析给予或拒绝给予豁免的背景；是民事还是刑事案件，是针对外国主权还是针对个人，都可能造成豁免的不同。

202. 有些委员还质疑报告中关于国内法与确定以官方身份实施的行为无关的主张，认为国内法也是确定习惯国际法的实践，事实上，特别报告员在分析中引用了判例法来解释和适用此种国内法。也有些委员指出，需要更加侧重对国家立法和行政实践的分析，更注重分析国际司法实践，包括国际法院和法庭对“逮捕证案”<sup>391</sup>和“刑事事项互助的若干问题案”<sup>392</sup>判决的全面影响。他们认为这两起案件的判决较为一致地处理了本专题的一些问题。

<sup>391</sup> 2000年4月11日“逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)”的判决，《2002年国际法院案例汇编》，第3页。

<sup>392</sup> “刑事事项互助的若干问题案”(吉布提诉法国)的判决，《2008年国际法院案例汇编》，第177页。

(c) 第 2 条草案(f)款：“以官方身份实施的行为”的定义

203. 第 2 条草案(f)款属于定义性质，措辞简短，不过，参照特别报告员报告中为支持该款措辞所作的大量分析，作出了若干评论。

(一) “以官方身份实施的行为”相对于“以私人身份实施的行为”

204. 委员们认为，“国家行为论”是与属事豁免完全不同的法律概念。对“以官方身份实施的行为”的定义和理解是相对于“以私人身份实施的行为”的，这一提法得到了普遍赞同。还认为，“以私人身份实施的行为”不一定等同于管理权行为，而“以官方身份实施的行为”也与统治权行为不一样。此外，“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别，同合法行为与非法行为之间的区别没有任何关系。然而，需要指出，这些对比概念仍提供了一些有用的要素，有助于理解一种行为是以官方身份还是以私人身份实施的，或者说一种行为是合法的还是非法的。精心编拟一段评注分析各种细微差别，可能有利于更好地理解以官方身份实施的行为。

205. 有些委员不认为出于本专题的目的，有必要对官方行为或以官方身份实施的行为作出界定。他们指出，法律概念往往是不确定的，并不总是能够形成法律定义。在“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”的二分法区别之外，提出一项定义是否有帮助还不完全清楚。任何超乎寻常的尝试都无法成功。他们认为，“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别，对于根据每起案件的情节逐案作出判断是全面和足够的。这种二分法得到了国际和国内判例法的验证。有些委员怀疑，大量援引使用“官方行为”或“以官方身份实施的行为”这类术语的实例是否有用，因为这样的援引无论多少都不能包罗全部，还是需要深入分析才能理解上下文。有的委员指出，特别报告员应该更深入探讨国家可以在多大程度上确定哪些活动属于它所认为的“以官方身份实施的行为”。但另有委员认为，如果定义拟订适当，可能是必要或有用的。还有委员建议在评注中列举以官方身份实施的行为的例子。

(二) 行为的犯罪性质

206. 一些委员注意到，某些条约将国家官员参与行为的实施作为罪行定义的一部分，而另一些条约没有将参与作为所涉罪行的明确要素，但这不一定排除官员以该身份参与有关犯罪的可能性。不过，根据这种观点，对犯罪作出的某种定性属于规定性还是描述性，未必对该人是否以官方身份行事的问题有影响。

207. 一些委员认为，为了豁免的目的确定一种行为是否以官方身份实施的的核心不在于该行为的性质，而在于行为者的身份。

208. 一些委员指出，虽然行为的犯罪性质不改变其官方性质，这并不意味着行为的犯罪性质可以被视为以官方身份实施的的行为的定义的要素。还有委员指出，将以官方身份实施的行为定性为犯罪，似乎是拟议定义中所要表达的，这可能导致令人



惊讶的结果，因为它将以官方身份实施的任何行为都视为犯罪。这等于在暗示按照定义，每一“以官方身份实施的行为”都构成犯罪，国家官员以官方身份行事时必然要犯罪。一种行为是否属于犯罪，不是该行为的性质决定的，而是因为国内或国际刑法将其定为犯罪。

209. 有人认为，国际豁免法的核心是由法院地国的法庭作为程序事项，确定某一官员的某一行为是否受其管辖。这些问题在诉讼程序的初期考虑。如果行为的合法性是确定管辖权是否存在的相关标准，那么属事豁免法将因此变得多余。这种做法也对无罪推定原则具有影响。

210. 有些委员认为，提及行为的“犯罪性质”，只是为了本条款草案的目的力求反映一个描述性的概念。它的本意不是说所有官员的行为都是“犯罪”行为。有些成员表示无法理解这其中的逻辑，即豁免之所以适用，是因为行为是以官方身份实施的，而不是因为其中有犯罪成分。为此，有些委员回顾，过去曾有人建议对犯罪行为进行界定。人们不明白，如果不是涉嫌犯罪，那么逮捕一名官员的意义何在，而且的确让人怀疑是否适用了无罪推定原则。

211. 有的委员反驳说，委员会 2013 年暂时通过的关于适用范围的第 1 条草案已经规定，条款草案的重点是刑事管辖权。

212. 委员们提出了各种提案，希望限定或从拟议定义的案文中删除任何暗示以官方身份实施的行为本身是犯罪行为的内容。也有委员提出重新起草第 2 条草案(f)款，取消犯罪性质的要求。

213. 关于“单一行为，双重责任”的问题，有些委员认为，这是国际法公认的。显而易见，官员以官方身份实施的任何行为不仅归于个人(出于个人刑事责任的目的)，而且也归于国家(出于国家责任的目的)。还有些委员虽然不反对这样的表述，但也不完全清楚“单一行为，双重责任”的模式如何与以官方身份实施的行为必须是犯罪行为的结论相关联。有委员指出，这似乎混淆了对管辖和豁免问题(这是两个本身不同，但又相互关联的概念)的理解与对责任(无论是个人刑事责任，还是国家责任)的理解。

### (三) 行为归于国家

214. 有些委员认为，报告论述了行为归属问题很重要，因为有助于澄清属事豁免范围的某些问题。

215. 也有些委员指出，在属事豁免中提到国家责任的归属规则是完全合乎逻辑的，因为在他们看来豁免纯粹属于国家。因此，他们质疑特别报告员的说法，即“属事豁免涵盖的任何犯罪行为，严格来说，本身都不属于国家行为，而是实施该行为的个人的行为”，他们认为这一说法令人困惑并使问题复杂化。

216. 他们还回顾，国家豁免规则是程序性的，仅限于确定法院地国是否可以对另一国行使管辖权。它们与诉讼所涉行为是合法还是非法无关。

217. 有些委员不认可国家官员享受另一国的刑事管辖豁免与国家豁免是一致的。他们认为，区分二者是有用的，需要进一步探讨；国际刑法的发展，特别是第二次世界大战结束以来的发展已经表明，属事豁免未必需要与国家豁免一致。另一些委员指出，国家有权放弃其官员的豁免权，这显示了基于国家的所有形式的豁免之间的联系。

218. 有些委员赞同特别报告员关于国家对国际不法行为的责任条款第 4 至第 11 条阐述的责任归属标准并非全部对豁免目的有用的看法。他们指出，例如根据条款第 7、8、9、10 和 11 条在某些情况下归于国家的个人行为，就豁免这些人的目的而言不构成以官方身份实施的行为。

219. 考虑到似乎缺少国家惯例或相关判例法，一些委员想知道特别报告员为何主张出于豁免目的将通常视为“事实上的官员”的个人排除在“国家官员”之外。一些委员认为需要采取宽泛的做法，涵盖在政府命令和控制下行事的个人的行为。也有委员指出，近年缔结的关于私人承包商的协定和拟议原则趋向于赞成限制或剥夺这类行为者的豁免权。

220. 另一种意见认为，豁免法和国家责任法是两种不同的制度，其存在的理由不同，因此提供的解决方案和补救措施也不同。

221. 在具体涉及拟议的定义草案时，一些委员对特别报告员没有将行为归于国家列入案文表示欢迎，因为这不是一项确定何为以官方身份实施的行为的有用标准。

#### (四) 主权和行使政府权力要素

222. 一些委员认为，如报告所述，重要的是在以官方身份实施的行为中区分出哪些是行使公共职能或国家主权特权的行为，哪些是单纯追求个人利益的行为。他们认为，特别报告员的拟议措辞中已很好地反映了国家运行的“代表性”和“职能需要”推理。有些委员赞成提请注意国家对国际不法行为的责任条款使用的“政府权力要素”一语。也有些委员认为责任条款使用这一词语的背景不同。还有些委员指出，界定主权和行使政府权力要素并不容易。

223. 有些委员认为，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的定性增加任何相关元素；然而，提出以官方身份实施的行为是犯罪性质的观点似乎表明，特别报告员对这一问题采取了明确立场，即使将在 2016 年的第五次报告中处理限制和例外问题。另一些委员认为，鉴于国际罪行的性质和严重性，出于确定外国刑事管辖豁免范围的目的，考虑这一问题是不容辞的。

224. 一些成员不同意特别报告员关于以官方身份实施的行为与国际罪行之间关系的问题已经解决的看法。他们指出，希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官在“逮捕证案”中共同发表了不同意见，认为“……严重的国际罪行不能视为官方行为，因为这些行为既不是正常的国家职能，也不是国家本身能够单独行使的职

能……”<sup>393</sup> 另一些委员指出，特别报告员主要论述国际罪行是否可以以官方身份实施的行为，并没有涉及限制或例外问题。有人建议，拟通过的条款草案评注在编写时应该避免对有关国际罪行豁免的讨论作出预先判断。

225. 然而，一些委员援引“逮捕证案”指出，“国际罪行的例外”不适用于属人豁免。另外，他们指出，该案的判决并没有对属事豁免的可能例外下结论，因为国际法院宣布无法从实践中推断在习惯国际法下是否存在对现任外交部长不适用刑事管辖豁免和不可侵犯规则的任何形式例外时，它的判决仅限于属人豁免的情况。

226. 有些委员质疑是否有必要进行定义，怀疑“行使政府权力要素的国家官员实施的行为”的表述是否有用，认为“要素”一词不清楚，“政府”一词有乞题之嫌。另一种办法是使用2014年委员会暂时通过的第2条草案(e)款中的行文，提及“国家官员代表国家或行使国家职能实施的行为”。有的委员回顾，当委员会通过该款时，讨论过并避免使用“政府权力”这一术语。不过，一些委员认为在本专题下可以使用这一术语。

227. 一些委员指出，如果委员会通过“以官方身份实施的行为”的定义，那么可能需要相应地修订起草委员会暂时通过的第5条草案。

#### (d) 第6条草案：属事豁免的范围

228. 委员们认为第6条草案基本上可以接受。但有的委员提出重新拟订第1款和第2款，避免给人以仅涵盖选举产生的官员的印象。可以改为“在代表国家或行使国家职能的时候和以后”。也有的委员提出可否调换第1款和第2款的顺序，以便清楚地区分属事豁免和属人豁免。还有委员指出，虽然第2款草案可以接受，但接受这一条款不是预先判断或妨碍可能的例外问题。

229. 有些委员认为第3款是多余的，因为所说的意思已经包含在委员会2013年暂时通过的第4条草案第3款及其评注之中。这个问题应该在评注中处理，但如果保留该款，则需要删除“前”一词，因为属事豁免也涵盖现任国家元首、政府首脑和外交部长。

#### (e) 今后的工作计划

230. 委员们认为，审议豁免的限制与例外是本专题的一个重要方面。为此，有的委员强调，应该全面分析各国政府的评论，不仅是为了寻找国家实践的证据，也是为了发现各种立场之间的细微差别，包括各国是否认为国际法在这方面已有定论。也有的委员对于到2016年才分析豁免的限制和例外感到遗憾，尽管这些问题在以前的报告中已屡屡提及，只是鲜有讨论。

<sup>393</sup> 2000年4月11日“逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)”的判决，《2002年国际法院案例汇编》，第2页起，见第89页，第85段。

231. 有些委员鼓励特别报告员将豁免的限制和例外与程序问题一并处理，不仅是因为这两个方面相互关联，而且因为这样做可能最终有助于委员会解决整个专题的一些棘手问题。有的委员甚至提出应该首先审议程序问题。也有委员指出，明年讨论限制和例外问题为时过早，因为仍然有些一般性问题需要解决。

### 3. 特别报告员的总结

232. 特别报告员处理了辩论中提出的各种问题，将其分为两组：一组是许多委员会委员提出的方法问题；另一组是关于“以公务身份实施的行为”的概念问题。

233. 关于第一组问题，特别报告员一般性地指出，有些委员会委员提出的意见远远超出了单纯的方法问题。不过，在这方面，她提及了他们就分析和评价判例法、对待各国立法以及研究各国陈述和来文作出的评论。

234. 关于判例法，她欣见许多委员会委员积极评价了报告所载对司法实践的分析。关于一些委员会委员对分析各国判例法是否有用的评论，她重申在她研究属事豁免问题时重视各国的判例法，特别是因为直接面对豁免相关问题的是国家法院。她强调，即使各国的判例法不统一、不一致，发现这种情况本身对委员会的工作就是有意义的。特别报告员也承认国际法院和仲裁法庭判例法的重要性，但是她强调，她不认为国际判例法和国家判例法之间存在等级关系。她还指出，她不同意所谓国际判例法完全统一、一致的观点。

235. 关于国家立法在为本条款草案目的定义“以公务身份实施的行为”中的重要性，她承认报告第 32 段中的“无关紧要”一词不是非常恰当。但她指出，她不是要说国家立法没有任何价值，而是强调其只应作为补充解释工具，特别是因为各国立法可能存在很大差异，而且很难确定哪些国家法律对定义“以公务身份实施的行为”有意义。她补充道，各国关于豁免的法律都没有“以公务身份实施的行为”的定义。

236. 最后，关于各国提交的陈述和意见，特别报告员重申，她一贯重视这些宝贵材料，在编写报告时总是加以利用。她欣见委员会委员们也认为重视这些陈述和意见是有益的，通过它们不仅可以了解国家实践，而且可以了解各国如何看待本专题涵盖的各种法律问题。

237. 关于界定“以公务身份实施的行为”方面的评论，特别报告员对如下问题作了总结：在条款草案中纳入该定义的重要性；此种行为与主权和行使政府权力要素之间的联系；“以公务身份实施的行为”概念所涉的刑事问题；责任与豁免之间的关系。

238. 关于定义以公务身份实施的行为的重要性，特别报告员再次表示相信，为本条款草案目的，应当有这样一个定义，该观点得到大量委员会委员的支持。她认为，这个定义将有助于法律的确定性，特别是鉴于这一概念无法仅仅相对于以私人身份实施的行为来界定，因为后者也没有定义，而且判例多种多样，缺乏统一，无法将其看作是可可通过司法途径确认的模糊法律概念。此外，定义将有助于国际法的逐步

发展和编纂，将对法律工作者、包括国家法院有所帮助。在这个问题上，特别报告员表示，反复采用“放松限制”的手段(此处为不制定定义)似乎不符合委员会的任务规定。

239. 关于主权和行使主权权力问题，她强调，“以公务身份实施的行为”要成为实质性因素，而不是主观因素，需要在国家官员和国家之间确立特定的联系。尽管“主权”本身不能给出确切的定义，但是能够在“固有的主权行为”或“天生具有主权性质的行为”的实践中找出实例，特别是报告第 54 和 58 段所述的例子。此外，委员会已经在此前关于国家责任的工作中采用了“行使政府权力”一词。她回顾，委员会已专门挑出这个问题，以便深入阐述。

240. 关于责任与豁免的关系，特别报告员重申，这两个制度尽管目标不同，但有一些共同要素，所以不应该彻底割裂开。在讨论过程中，许多委员会委员提出了国际罪行及其与豁免之间关系的问题，就是责任与豁免关系的一个很好的例子。因此，她认为，在处理本专题时，至少在确定行为归于国家的某些规则方面，不能忽视与责任有关的问题。一名委员会委员认为，一项行为因为是国家官员实施的所以不是官方行为，特别报告员不赞成这种观点。

241. 关于第 6 条草案，特别报告员强调要结合两个要素(实质和时间)，并称赞成考虑调换第 1 款和第 2 款的顺序。关于第 6 条草案第 3 款，特别报告员认为应该保留，但是如果委员会决定删除，而将该款的内容和删除理由写入评注，也是可以的。

242. 特别报告员回答了一些委员会委员提出的不同问题。最后，关于今后的工作计划，她说全体会议上的辩论在很大程度上重复了委员会此前的辩论。她回顾，委员会当时已经批准了工作计划，许多委员都支持她的建议，即在下次报告中讨论限制和例外问题。不过，她注意到一些委员建议先处理或同时处理专题的程序方面的问题。对此，她表示将在必要和可能的情况下，在下次报告中处理程序性问题。

243. 最后，特别报告员建议委员会将两项条款草案送交起草委员会，以便起草委员会根据全体辩论的情况予以研究。