

第七章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

68. 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·科洛德金先生为特别报告员。⁷⁴⁹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(2008年)。⁷⁵⁰

69. 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。⁷⁵¹委员会第六十一届会议(2009年)和第六十二届会议(2010年)未能审议本专题。⁷⁵²

70. 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不再是委员会委员的科洛德金先生担任特别报告员。⁷⁵³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)收到并审议了她的第二次报告,第六十六届会议(2014年)收到并审议了她的第三次报告,第六十七届会议(2015年)收到并审议了她的第四次报告,第六十八届会议(2016年)收到并在部分辩论中审议了她的第五次报告。⁷⁵⁴委员会在特别报告员第二、第三和第四次报告提出的条款草案基础上,迄今为止暂时通过了六条条文草案及其评注。关于术语的使用的第2条草案案文仍在拟订中。⁷⁵⁵

⁷⁴⁹ 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。

⁷⁵⁰ 《大会正式记录,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。

⁷⁵¹ 分别为A/CN.4/601、A/CN.4/631和A/CN.4/646。

⁷⁵² 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;和同上,《第六十五届会议,补编第10号》(A/65/10),第343段。

⁷⁵³ 同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第266段。

⁷⁵⁴ 分别为A/CN.4/654、A/CN.4/661、A/CN.4/673和Corr.1、A/CN.4/687和A/CN.4/701。

⁷⁵⁵ 见《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、第3和第4这三条草案,在2013年8月6日和7日第3193至第3196次会议上通过了这三条的评注(同上,《第六十九届会议,补编第10号》(A/69/10),第48和第49段)。委员会在2014年7月25日第3231次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第2条草案(e)项和第5条草案,又在2014年8月6日和7日的第3240至第3242次会议上通过了其评注。在2016年7月27日第3329次会议上,委员会暂时通过了起草委员会暂时通过并经国际法委员会第六十七届会议注意到的第2条草案(f)项和第6条草案。在2016年8月11日第3345次和第3346次会议上,委员会通过了其评注(同上,《第七十一届会议,补编第10号》(A/71/10),第194至第195段和第250段,以及同上,《第七十届会议,补编第10号》(A/70/10),第176段)。

B. 本届会议审议此专题的情况

71. 委员会收到了特别报告员的第五次报告，其中分析了国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题(A/CN.4/701)，委员会第六十八届会议已开始对此进行辩论。报告特别论述了委员会此前对国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题的审议情况，分析了相关实践，讨论了有关限制和例外的一些方法和概念问题，并考虑了不适用国家官员的外国刑事管辖豁免的实例。特别报告员得出结论：无法在实践的基础上认定存在一条习惯法规则，允许对属人豁免适用限制和例外；也无法找到支持这种规则的趋势。另一方面，她还得出结论：在属事豁免方面，国家官员的确适用外国刑事管辖豁免的限制和例外。作为分析结果，报告载有关于不适用豁免的罪行的第 7 条草案的拟议案文。⁷⁵⁶

72. 在第六十八届会议上，鉴于报告未以所有语文提供，委员会强调将继续对该报告进行辩论，以便在本届会议完成辩论。因此，委员会在分别于 2017 年 5 月 18 日、19 日、23 日、24 日、26 日和 30 日举行的第 3360 次至第 3365 次会议上，继续对第五次报告进行了辩论。

73. 在对报告进行辩论之后，委员会在 2017 年 5 月 30 日第 3365 次会议上决定，考虑到委员会的辩论情况，将特别报告员第五次报告中所载的第 7 条草案转交起草委员会。

74. 国际法委员会在 2017 年 7 月 20 日第 3378 次会议上审议了起草委员会的报告，并暂时通过了第 7 条草案(见下文 C.1 节)。经记录表决，该条草案以 21 票赞成，8 票反对，1 票弃权暂时通过。参加表决的委员如下：

卡洛斯·阿圭略·戈麦斯先生	赞成
雅库巴·西塞先生	赞成
康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士	赞成
帕特里夏·加尔旺·特莱斯女士	赞成
胡安·曼努埃尔·戈麦斯-罗夫莱多先生	赞成
侯赛因·哈苏纳先生	赞成

⁷⁵⁶ 特别报告员第五次报告建议的第 7 条草案案文如下：

第 7 条草案

不适用豁免的罪行

1. 豁免不应适用于下列罪行：

(一) 灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、酷刑和强迫失踪；

(二) 腐败罪行；

(三) 造成人身伤害(包括死亡和重伤)或财产损失的罪行，前提是这种罪行发生在法院地国的领土上，而且犯下该罪行时国家官员在该国领土上。

2. 第 1 款不应适用于在任期内享有属人豁免的人员。

3. 第 1 款和第 2 款不妨碍：

(一) 对法院地国和官员所属国都有约束力的条约中任何规定不适用豁免的条款；

(二) 与要求法院地国履行义务的国际法庭开展合作的义务。

马哈茂德·哈穆德先生	赞成
黄惠康先生	反对
查尔斯·切尔诺·贾洛先生	赞成
罗曼·科洛德金先生	反对
艾哈迈德·拉腊巴先生	反对
玛丽亚·莱赫托女士	赞成
村濑信也先生	赞成
肖恩·墨菲先生	反对
阮洪滔先生	赞成
格奥尔格·诺尔特先生	反对
尼吕费尔·奥拉尔女士	赞成
哈桑·瓦扎尼·恰迪先生	赞成
朴基甲先生	赞成
克里斯·马伊纳·彼得先生	赞成
埃内斯特·彼得里奇先生	反对
阿尼鲁达·拉吉普特先生	反对
奥古斯特·赖尼希先生	赞成
胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生	赞成
吉尔贝托·贝尔涅·萨博亚先生	赞成
帕维尔·斯图尔马先生	弃权
迪雷·特拉迪先生	赞成
爱德华多·巴伦西亚—奥斯皮纳先生	赞成
马塞洛·巴斯克斯—贝穆德斯先生	赞成
迈克尔·伍德爵士	反对

75. 罗曼·科洛德金先生、肖恩·墨菲先生、迈克尔·伍德爵士、黄惠康先生、阿尼鲁达·拉吉普特先生、埃内斯特·彼得里奇先生、胡安·曼努埃尔·戈麦斯—罗夫莱多先生、胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生和格奥尔格·诺尔特先生在投票前做了投票说明。迪雷·特拉迪先生、帕维尔·什图马尔先生、马哈茂德·哈穆德先生、查尔斯·切尔诺·贾洛先生、村濑信也先生、雅库巴·西塞先生、侯赛因·哈苏纳先生、哈桑·瓦扎尼·恰迪先生、朴基甲先生、康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士和阮洪滔先生在投票后做了投票说明。这些投票说明记录在第 3378 次会议简要记录中(A/CN.4/SR.3378)。

76. 在 2017 年 8 月 3 日和 4 日举行的第 3387 至 3389 次会议上，委员会通过了本届会议暂时通过的条款草案的评注(见下文 C.2 节)。

77. 特别报告员于 2017 年 7 月 18 日就国家官员的外国刑事管辖豁免问题举行非正式磋商。非正式磋商不限成员名额，目的是就国家官员的外国刑事管辖豁免的程序性方面交流意见和观点，这也是特别报告员将于 2018 年提交的第六次报告的研究主题。磋商以特别报告员编写的一份关于程序性条款和保障的概念文件为基础进行。在 2017 年 7 月 20 日举行的第 3378 次会议上，特别报告员向委员会通报了非正式磋商的进展情况。

1. 特别报告员介绍第五次报告

78. 特别报告员回顾指出，关于国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题的第五次报告所涉及的议题是委员会和第六委员会多年来反复辩论的主题，引发了多种意见，而且往往是相反的意见。鉴于此项议题敏感并且对各国具有重要意义，各方普遍希望审慎行事。特别报告员在委员会第六十八届会议⁷⁵⁷上介绍了第五次报告，而委员会围绕这篇报告举行了一次不完整辩论⁷⁵⁸。特别报告员指出，由于委员会人员组成发生变化，并考虑到委员会在第六十八届会议上和第六委员会在大会第七十一届会议上对这篇报告发表的评论和意见，她认为宜在本届会议上对这篇报告作额外介绍。因此，特别报告员简要介绍了委员会和第六委员会先前就第五次报告展开辩论的情况。

79. 她在评论第五次报告本身时表示，该报告沿用了与前几次报告类似的方法，审视了国家实践、国际判例、委员会过去的工作和为该报告编写的国内法律分析。报告还考虑了各国政府为答复委员会所提问题而提供的资料以及各国在第六委员会的口头发言。特别报告员着重指出，第五次报告与前几次报告一样，必须结合此专题的过往报告来解读和理解。

80. 特别报告员将这篇报告视为委员会审议的过往报告的一部分，并以上届会议上就报告所作的陈述为基础，重点指出了报告的若干核心观点。首先，她指出“限制和例外”这一短语反映了实践中不适用豁免的各种论据。特别报告员强调，区分限制和例外虽然对系统地解释豁免制度具有理论上和规范上的价值，但不具备实际意义，因为“限制”或“例外”所导致的后果相同，即国家官员的外国刑事管辖豁免这一法律制度在某具体案件中不适用。

81. 第二，报告讨论的是豁免这一具体框架内、整个国际法律体系背景下的限制和例外问题。特别报告员在这方面特别指出了：(a) 豁免与管辖这两个不同概念之间的相互关系；(b) 豁免的程序性质；(c) 国家官员的豁免与国家豁免之间的区别；(d) 外国刑事管辖豁免与国际性刑事法院和法庭的豁免之间的区别。报告还从国际法作为规范体系的角度审视了豁免问题，在国际法中，豁免旨在保证国家主权平等得到尊重，但必须与国际法律体系的其他重要价值实现平衡。

82. 第三，报告重点关注的是构成委员会工作基石的国家实践。报告审视了以下问题，即采用委员会习惯国际法识别工作中提出的基本方法，能在多大程度上从国家实践中揭示出可编纂成法的习惯规范。报告还研究了以下问题，即是否存在逐渐发展出与豁免有关的规范的趋势。报告并不局限于国际判例和条约，还研

⁷⁵⁷ 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 196-208 段。

⁷⁵⁸ 同上，第 209-246 段。

究了国内法律和国内法院的决定。报告分析问题采取了全系统视角，结合当代国际法律体系这一整体的其他方面来审视豁免制度。

83. 报告在上述基础上得出结论：无法认定存在允许对属人豁免适用限制或例外的习惯规则；也无法找到支持这种规则的趋势。另一方面，报告还得出结论：在属事豁免方面，国家官员的外国刑事管辖豁免仍存在限制和例外。各种实践虽然存在差异，但显示出了以国际罪行为界的明确趋势，即如果国家官员犯下国际罪行，则不得以属事理由适用外国刑事管辖豁免，因为这种犯罪不构成官方行为、有关罪行情节严重，或破坏了国际社会作为一个整体所承认的价值观和原则。

84. 最后，特别报告员指出，委员会在研讨外国刑事管辖豁免这一专题，特别是研讨限制和例外的问题时，应兼顾国际法的编纂和逐渐发展这两个视角。委员会所面临的挑战在于，要决定是支持还是遏止豁免领域的发展趋势。

85. 特别报告员还具体评论了拟议的第7条草案。这条草案的三个款项力求一体述及豁免的限制和例外制度的所有确定要素。

86. 第1款指明了豁免对哪些罪行不适用。该款参照《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，采用了“不适用”这一表述，将限制和例外均包括在内。该款指明了不适用豁免的情况，提到了应受管辖的各种罪行，即 (a) 国际罪行；(b) 腐败罪行；和 (c) 所谓的“领土内侵权”例外。

87. 第2款确定了限制和例外的范围。该款具体指出，第1款所述的限制和例外不适用于享有属人豁免的人员，即国家元首、政府首脑和外交部长。但该款强调，属人豁免的享有是有时限的，意味着上述三类人员一旦卸任，豁免的限制和例外就对其适用。

88. 第3款载有一项“不妨碍”规定，涉及特殊制度所涵盖的情况。第一项涉及的情况是，有关两国之间存在条约关系，导致对官员不适用豁免。第二项涵盖的情况是，有关国家承担着与某国际性刑事法院合作的一般性义务，可能影响豁免。这两种情况均源自实践中的案例。

89. 对于委员会今后关于此专题的工作，特别报告员表示有意在委员会本届会议期间就多项与此专题有关的程序事项进行非正式磋商。希望这种磋商将能进一步充实她将在委员会第七十届会议期间提交的第六次报告的内容。

2. 辩论摘要

90. 本届会议的辩论是委员会第六十八届会议开始的关于第五次报告的讨论的延续。以下摘要应与委员会第六十八届会议工作报告中此专题的摘要一并解读。

(a) 一般评论

91. 委员们称赞特别报告员撰写内容丰富、有据可查的第五次报告，这篇报告对条约和国内法以及国际和国内判例法中反映的国家实践进行了深入的分析。委员们还赞赏地回顾了上一任特别报告员的工作以及秘书处的研究。委员们承认，此专题(特别是限制和例外的问题)具有复杂性和争议性。所作的评论普遍围绕第五次报告提出的方法和概念问题，包括国家实践的分析方法和处理方式、委员会

在国际法的逐渐发展和编纂方面的任务、整个国际法律体系中的豁免制度，以及限制和例外问题与程序问题之间的相互关系。

国家实践的分析方法和处理方式

92. 若干委员对第五次报告中详细和全面的国家实践分析表示赞赏。一些委员对特别报告员采用的方法表示支持，并指出这篇报告为拟议的第7条草案提供了坚实的基础。

93. 其他委员表示，报告虽然对实践进行了广泛的讨论，但仍未说明实践与第7条草案所载的具体限制和例外的关系。一些委员还提出，虽然报告并未在实践中发现反对不适用豁免的连贯证据，但他们质疑报告是否提供了足够的证据来支持其所提议的豁免限制和例外。有人指出，报告所举的许多例子涉及国家豁免或民事诉讼豁免，而非刑事起诉。一些委员认为，报告有选择地讨论了支持确立豁免限制和例外的案例，而忽视了反面证据。有人指出，报告所举的例子摘自不同的背景和时期，并没有表现出趋于限制豁免的线性发展态势。

94. 对于豁免限制和例外方面条约实践的广度和关联性，委员们也持有不同意见。一些委员坚持表示，条约实践并没有确立限制外国国家官员豁免的趋势。他们认为，很少有条约对限制和例外作出规定，任何涉及这些条约的实践并不能被用于证明存在习惯规则。有人指出，许多条约，包括涉及外交和领事关系的条约以及涉及国际罪行的条约，并未规定限制或例外。此外，还有若干委员指出，规定国际犯罪案件个人责任的条约虽然禁止有关人员在国际性法院行使豁免，但并不影响外国官员在国内法院行使豁免。

95. 其他委员则认为，条约实践彰显了一种步伐谨慎的转变，方向是对国家官员的豁免设置限制和例外。一些委员将这种发展态势置于委员会关于个人刑事责任的工作背景之下，指出《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》等有关文书以及关于《危害人类和平及安全治罪法草案》和国际刑事管辖的工作都禁止豁免国际罪行。这些委员坚持认为，这条草案应仿照在第二十七条中宣布官员身份无关的《国际刑事法院罗马规约》。还有人提到了非洲联盟通过的《〈非洲司法和人权法院规约议定书〉修订议定书》（《马拉博议定书》）。此外，一些委员指出，载有“起诉或引渡”规定的条约的扩散已给国家官员的豁免范围造成了影响。他们表示，规定有义务起诉国际罪行，就意味着限制国家官员的豁免范围。

96. 关于国内法律，一些委员指出，很少有国内法承认外国官员豁免的限制和例外，即便有关案件涉及国际罪行也是如此。一些委员指出，执行《罗马规约》的国内法律通常只涉及体制或引渡问题，而不涉及豁免。有人重点指出，只有少数国家的法律载有较为广泛的例外条款，而这些国家近期也修订了关于国家官员豁免的法律，对限制和例外的范围作出了限定。

97. 其他委员则坚持认为，国内法反映了特别报告员指出的趋势。有人表示，国内法律虽然往往侧重于国家豁免，但也表现出了限制豁免的趋势。一些委员指出，《罗马规约》的国内执行对国内法院的豁免制度有直接影响。

98. 若干委员批评第五次报告研究的国内案件数量太少。有人指出，许多此类案件已经翻案，或者与国家官员的外国刑事管辖豁免无关，而是涉及国家豁免或民事诉讼豁免。一些委员认为，报告本应研究各具体案件中剥夺或支持豁免的原

因；本应对检察官因所涉官员享有豁免而决定不起诉的案件进行分析；还本应对国家援引豁免不成功的案件予以考虑。

99. 有些委员则坚持认为，虽然报告分析选取的国内案例数量较少，但这无碍于分析的实质内容。他们鼓励特别报告员进一步研究区域实践，例如包括亚洲判例法和美洲人权法院判例在内的实践。

100. 若干委员强调，国际判例的趋势与第五次报告的结论相反。他们着重指出，国际和区域性法院已多次支持豁免，甚至在涉及国际罪行或违反国际法强制性规范(强行法)的案件中也支持了豁免。国际判例凸显出，豁免具有程序性质，不受有关行为严重程度的影响。有些委员还强调了国际性法院和国内法院之间的差异。他们认为，在国际性刑事法庭不能行使豁免，并不意味着在国内法院也不能适用豁免。有人指出，国际性法庭只在涉及国内法院与其合作的案件中确认过国内法院可剥夺豁免。

101. 其他委员则认为，特别报告员对国际判例的分析证明她处理豁免限制和例外的方法是正确的。若干委员指出，许多支持豁免的国际决定与个人刑事责任无关，只涉及民事诉讼豁免、国家豁免、享有属人豁免的官员，或国家责任的问题。一些委员还指出，国际性法院和法庭曾经规定，是否适用豁免要取决于是否存在其他补救办法；如果没有这种补救办法，则不能支持豁免。还有人提到了一些个别意见和不同意见，这些意见强调，主权要求不应凌驾于问责需要之上，而是应在两者之间实现平衡。

国际法的逐渐发展和编纂

102. 一些委员认为，报告本可更明确地说明报告本身的目的：是试图确定现行国际法(现行法)的范围，还是顺从新兴趋势，努力形成所希望的规范(拟议法)，抑或是旨在阐述“新法”。有人指出，委员会具有编纂和逐渐发展国际法的双重任务，这要求委员会既要密切跟进既定实践，也要公开确认其工作的渐进性质。若干委员促请委员会重点关注现行法，而不是重点从事逐渐发展的工作。有人指出，委员会现在的工作并不是起草一项新条约并由各国最终批准条约规则，而是旨在编制一套关于现行实践的指南，供参与国内起诉工作的非专家人士使用。

103. 在这方面，有些委员对第五次报告提出了批评，因为报告宣称在限制和例外方面存在习惯国际法，但却并未在实践中找到扎实的依据。若干委员认为，报告没有充分凸显委员会内部和第六委员会内部对这一问题的实质方面和程序方面的严重分歧。有人指出，由于存在这些分歧，委员会应审慎行事。

104. 其他委员表示，委员会关于限制和例外问题的工作既应反映编纂，也应反映逐渐发展。有人认为，第五次报告准确地把握了外国官员豁免方面国际法的现状。这些委员指出，豁免的范围一直无法确定，这应鼓励委员会就此问题提供指南，无论各国持有何种意见。他们促请委员会不要忘记在过去各种文书中表露出的逐渐发展国际法的承诺。其中有些委员认为，现阶段不应排除拟订条款草案从而为关于此主题的条约提供基础的可能性。

105. 一些委员质疑国家实践是否能够佐证所称的对国家官员豁免设置限制和例外的趋势。这些委员坚持认为，不存在这种趋势，即便能够发现某种趋势，也是反向趋势。有人指出，若干国家近期已经限定了本国国内法中豁免限制和例外的

范围，国际和区域性法院在近期的案件中也通常支持国家官员享有外国刑事管辖豁免。

106. 其他委员则认为，尽管并非报告的所有方面都在习惯国际法中找到了坚实的依据，但对属事豁免设置限制和例外的趋势确实存在。若干委员声称，国家豁免、国际刑法和国际人权法领域的发展动态都支持这种趋势。此外，有人指出，法院和法庭正越来越多地以所称行为违反国际法强制性规范(强行法)或不能被视为以官方身份实施为由，拒绝适用豁免。另外，已有一些国家表示支持限制外国官员的豁免范围。一些委员坚持认为，委员会应推动这一趋势，以打击有罪不罚并为起诉国际罪行消除障碍。

国际法体系

107. 一些委员强调，条款草案应力求在以下两个方面之间取得平衡，一方面是国家主权平等和实现国际关系稳定的需要，另一方面是整个国际社会根据国际法防止和惩处最严重罪行的利益。

108. 其他委员则关切地表示，特别报告员所提议的豁免限制和例外可能会催生滥用，例如让有关方面能够在外国管辖区内对国家官员进行出于政治目的的审判。这既会削弱国际关系的稳定，也与打击有罪不罚和促进人权的事业背道而驰。有人强调，作为国际法的一项基本原则，一国的法院不应审判另一国的行为。

109. 若干委员指出，豁免制度既不可也不应妨碍保护国际社会的基本利益。他们强调，保护人权和打击有罪不罚并不应让位于国家主权，而是应使其与国家主权共存。这些委员认为，不应允许犯下国际罪行的人员躲藏在主权的保护之下免于起诉，因为他们的行为在罪行发生国和区域造成了严重的不稳定，最终会影响整个国际社会。有人指出，对于豁免规则，不应孤立地看待，而是应结合国际法律体系的其他规范来予以审议。

豁免的程序问题

110. 一些委员指出，限制和例外的问题与豁免的程序问题密切相关，包括程序性保障和保证的问题。若干委员对特别报告员未在本届会议上提交关于此问题的第六次报告表示遗憾。有些委员表示，委员会应推迟限制和例外方面的工作，直至特别报告员在第六次报告中详细说明她对程序问题的意见，以便委员会可以将这两个问题结合起来考虑。

111. 有人指出，程序性保障可有助于在对国家主权平等的尊重与打击有罪不罚的需要之间取得必要的平衡。若干委员提到上一任特别报告员曾就此专题开展工作，涉及多种与豁免的时机、援引、举证责任和放弃有关的程序问题。关于豁免的放弃，一些委员建议设立一种程序，要求官员所属国必须明确援引豁免；或者设立基于条约的“放弃或起诉”责任，规定各国必须选择是放弃外国法院的豁免，还是在本国起诉有关案件。

112. 有些委员强调了豁免的程序性质，指出在通过外交渠道或在法院成功援引豁免时，豁免会中止外国法院的管辖，但不会影响所称犯罪人的刑事责任。由于豁免具有优先性质，法院必须在着手审议案情之前考虑豁免问题。有人由此指出，所称行为的严重程度不能对豁免的适用产生任何影响，也不能影响豁免的主

权或官方性质。这些委员表示，如此并不会在问责方面留下空白，因为举例而言，一国要求豁免本国官员并对自身行为予以承认，就会因此承担责任，该国本身可在国家和国际层面受到起诉。

113. 其他委员则坚持认为，尽管关于程序问题的讨论对本专题非常重要，但委员会首先必须确定豁免限制和例外的实质特征。有人指出，程序问题与整套条款草案有关，应在考虑过所有实质要素之后再予以审议。若干委员希望不要让第六次报告的专题占用委员会的辩论，并促请委员会不要推迟对豁免限制和例外的审议。

114. 有些委员坚持认为，豁免与国际罪行的有罪不罚之间存在很强的关联。有人指出，如果没有其他的平台或管辖能起诉国际罪行，则国内法院豁免带来的程序障碍就会造成实质后果。一些委员强调，程序正义不应损害实质正义，对于违反国际法强制性规范(强行法)的案件尤为如此。这些委员警示称，如果以只注重程序的方式对待豁免问题，会给国际法中个人责任的发展造成不利影响。

115. 有人指出，国际刑事法院是最显而易见的起诉国家官员的平台，但该法院既没有能力也没有资源来起诉所有据称犯下国际罪行的人员。由于国际刑事法院基于补充性原则运作，这些委员坚持认为国内法院仍应是打击有罪不罚的首要平台。还有人指出，国家为某项行为承担责任并不意味着官员就不用承担个人责任，也不应妨碍针对个人的起诉。

(b) 对第 7 条草案的具体评论

116. 一些委员询问，为什么第 7 条草案的拟议标题提到的是“不适用豁免的”情况，而报告讨论的则是豁免的“限制和例外”。有人表示，“限制和例外”这一短语的含义和范围仍未确定，说明第 7 条草案并没有反映既定国际法。

117. 有些委员认为，限制和例外之间的区别是有用的，应予以保留。这种区别有助于将以下两种情况区分开来：一种是有关行为不能被视为官方行为或以官方身份实施的行为，因此不存在豁免问题；另一种是由于情况特殊而不予以豁免。

118. 其他委员支持特别报告员提出的用语。有人指出，关于此专题的工作迄今一直是在假设豁免适用的前提下进行的，因此第 7 条草案应述及豁免“不适用”的情况。一些委员指出，区分限制和例外可能会在理论上较为明晰，但在国家实践中没有依据。

119. 一些委员重申了对拟议的第 7 条草案的一般性保留。有人表示，一种前进的方向是重新拟订该条草案，以放弃豁免或起诉核心国际罪行的义务为基础，规定国家有责任放弃本国官员在外国法院的豁免，否则就应履行义务起诉本国官员。

120. 有些委员询问，第 1 款所列的罪行清单是详尽无遗，还是仅作举例说明之用。有人提议在该款中提到国际法所规定的最严重的罪行，而不是列举多项罪行。一些委员指出，该款应留有余地，以备出现不适用豁免的新罪行。其他委员质疑特别报告员所列罪行在习惯国际法中的依据，以及为什么有些罪行被包括在内而其他可被视为同一类别的罪行却未被列入。还有人表示，该条草案或其评注应对所列罪行作出适当定义。

121. 关于(a)项, 若干委员表示支持将灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等核心罪行写入该项。一些委员指出, 特别报告员所列的酷刑和强迫失踪都属于危害人类罪的范畴。还有人建议加入奴役罪、种族隔离罪、恐怖主义罪和危害全球文化遗产罪。

122. 委员们还辩论了是否应将侵略罪写入该条草案的问题。支持写入的委员指出, 侵略罪在《纽伦堡原则》中具有重要地位, 并且即将写入《罗马规约》。他们还指出, 一些国家的执行法律规定, 对侵略罪应在国内予以起诉。其他委员则同意特别报告员的意见, 即应以第五次报告所述的理由将侵略罪排除在外。他们表示, 一国以侵略罪起诉另一国的官员会影响国家主权平等, 而如果在国际性法院提出起诉, 就不会产生这种问题。

123. 在评论(b)项时, 有些委员对国家实践是否支持将腐败作为一种豁免限制或例外提出了质疑。他们还指出, 特别报告员提议的案文并未明确确定腐败的定义和范围。一些委员坚持认为, 腐败是不可能以官方身份实施的, 因为腐败总是以谋取私利为目的。有人在这方面指出, 第6条草案已经排除了豁免腐败行为的可能。有人表示, 可删除该项, 转为在评注中提到腐败。

124. 其他委员支持将腐败罪写入该条草案的案文, 指出国际社会必须合作防止和惩处这种罪行。有人指出, 国内法院常常驳回腐败案件的豁免要求, 已有许多国家立法防止和惩处腐败, 并且腐败也是诸多国际和区域公约的主题。

125. 一些委员强调, 腐败严重影响公共机构和法治的运作, 并可对国内民众的社会经济处境造成严重冲击。有人表示, 该条草案应关注“大”腐败或大规模腐败。还有人表示, 该项可说明在官员被外国管辖区起诉的情况下应如何处理腐败所得。有人指出, 这取决于所涉国家的政治意愿, 但通常情况下, 腐败所得应归还资金来源国。

126. 一些委员指出, (c)项所参照的领土内侵权例外已在民事诉讼中得到公认, 但并未在刑事领域得到明确确立。有人指出, 特别报告员所引述的主管机关大多提到的是民事案件, 报告并未充分研究这种例外对刑法是否适用。若干委员提到, 这一概念在国际法中仍然存在争议, 而对有些问题报告并未得出结论, 例如如此概念是否适用于军事活动和其他公共行为的问题。在这方面, 有人建议以更狭义的方式拟订该项案文。若干委员提到上一任特别报告员就此专题提出的定义。还有人建议将这项案文的范围局限为侵害国家主权的特定行为, 例如间谍活动、政治暗杀和蓄意破坏。

127. 委员们普遍同意第2款的实质内容, 指出该款反映了现行实践。委员们建议, 应在评注中具体说明只有国家元首、政府首脑和外交部长这三类人员可以享有属人豁免。有人强调, 按照国际判例, 享有属人豁免的人员承担刑事责任的, 不影响属人豁免。有人建议写明属人豁免在国际性法院不适用。

128. 一些委员认为第2款是多余的, 可以删去。他们建议在第1款中具体说明该条草案所列的限制和例外只适用于属事豁免。其他委员则倾向于保留该款, 以强调属人豁免和属事豁免之间的差异。有人建议使属人豁免和属事豁免在时间上的适用范围与第4条草案和第6条草案保持一致。此外, 有人表示应限制属人豁免, 因为对于终身执政的人员, 属人豁免可能导致有罪不罚。

129. 若干委员接受在第 3 款中加入“不妨碍”规定。有人指出，该项规定与(a)项不同，也应适用于对豁免适用作出规定的条约。关于(b)项，一些委员认为提到“国际法庭”过于模糊，建议该条草案具体说明此处指的是国际性刑事法院和法庭，还是任何国际法庭。有人表示，该款仍会产生不利影响，应予以删除，因为该款有可能影响正在接受司法程序审理的事项。

(c) 今后的工作

130. 许多委员对将述及豁免的程序问题的第六次报告表示了期待。有人建议，特别报告员应讨论不适用限制或例外的罪行的豁免与诉讼时效之间的关系。一些委员指出，委员会应重新审视一些已得到暂时通过的案文，例如“管辖豁免”的定义，以确定其是否涵盖了不可侵犯性问题。

3. 特别报告员的总结

131. 特别报告员在总结辩论时对第五次报告所引发的广泛和有意思的讨论表示满意。特别报告员在回应报告结构和内容受到的一些批评时强调称，报告的所有部分对报告结论都同等重要。她还指出，重点并不在于她是否沿用了上一任特别报告员的方法，而是在于她论述的实质。

132. 关于第五次报告中对实践的分析，特别报告员回顾了委员们表达的各种观点。她强调，国际性法院的判例并未明确排除对属事豁免适用限制和例外，因为国际性法院的这些决定主要涉及国家豁免或属人豁免的问题。她还重点指出了国家判例的重要性，国家判例也许存在局限、不够统一，却是此项工作的核心所在。对于各位委员建议增加国际、区域和国内判例法，特别报告员表示感谢。

133. 特别报告员表示，报告对国内法律的分析有助于将国家官员的豁免与国家豁免区分开来；强调了国家豁免的相对性；并举例说明了“领土内侵权例外”的使用。她还指出，执行《罗马规约》的国内法律可以帮助理解国家官员的豁免问题，特别是在《罗马规约》没有作出规定的情况下。特别报告员还指出，检察官的决定或外交举措等其他形式的国家实践通常并不公开，因此不能被视为相关实践。

134. 特别报告员承认，对于在国家官员的豁免限制和例外方面是否存在习惯规则或新兴趋势的问题，委员们有不同意见。她坚持认为，委员会应重点查明与豁免有关的现行法和拟议法的相关规则。有些委员认为委员会正在就此问题拟订“新法”，但她并不支持这种观点。特别报告员就此指出，本条款草案与委员会的其他工作成果一样，既包括编纂方面的内容，也包括逐渐发展方面的内容，分析时应考虑到这一点。

135. 特别报告员重申其立场，即如报告所述，区分限制和例外有助于说明国家官员的豁免这一概念及其在国际法律体系中的作用。在她看来，第 7 条草案着重强调“不适用”豁免的情况，这种实用型措辞方式与上述区分并不矛盾，反而避免了一系列与上述区分有关的争议，并且在实践中也有依据。

136. 特别报告员同意委员们的意见，即关于豁免的程序问题的讨论对此项工作至关重要。但她也表示，程序问题超出了限制和例外问题的范畴，会影响整套条款草案，应在委员会审议完豁免限制和例外问题之后再予以处理。她指出上一任

特别报告员也曾采用类似的方法，并重申她提议在第六次报告的提交准备工作中就此事项举行非正式磋商。

137. 对于第五次报告提出的第 7 条草案收到的具体评论，特别报告员注意到许多委员都支持保留第 1 款，但也提出了诸多关于修改该款内容的建议。关于(a)项，特别报告员表示准备在该项中增加种族隔离罪，但对加入其他跨国罪行仍有保留，因为后者都是基于条约的罪行，而非源自习惯。此外，特别报告员仍对增加侵略罪怀有疑虑，因为这样有可能使这项工作更加政治化。同理，她也倾向于保留具体罪行的清单，而不是采用只提及国际罪行的开放式通用表述。对于各项具体罪行的定义，可以通过提到现行条约的方式，在评注中提供。

138. 特别报告员指出，在(b)项中加入腐败罪仍然存在争议。她承认该项规定应主要适用于“大腐败”，并且应在评注中对这一术语作进一步具体说明。她强调，腐败总是以谋取私利为目的，因此不能将腐败视为以官方身份实施的行为，不适用于属事豁免。关于(c)项所载的“领土内侵权例外”，特别报告员坚持认为，这种例外的适用不仅限于民事管辖领域。这种例外当前的形式旨在处理严重罪行，例如蓄意破坏罪和间谍罪。

139. 特别报告员还注意到，委员们普遍对第 2 款达成了一致意见。该款强调，限制和例外不适用于属人豁免，这一立场已在实践和理论中得到公认。在她看来，明文提到属人豁免能在主权平等原则和打击有罪不罚的需要之间取得平衡，如果删去该款，就可能失去这种平衡。她还表示倾向于保留第 3 款的“不妨碍”规定，这种规定有助于解决本条款草案与现行国际文书之间任何在规范上的冲突，特别是与涉及国际性刑事法院和法庭的文书之间的冲突。

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文

1. 条款草案案文

140. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

国家官员的外国刑事管辖豁免

第一部分

导言

第 1 条

本条款草案的范围

1. 本条款草案适用于国家官员对另一国刑事管辖享有的豁免。
2. 本条款草案不妨碍依照国际法特别规则享有的刑事管辖豁免，特别是与外交使团、领馆、特别使团、国际组织和一国军事力量相关的人员所享有的刑事管辖豁免。

第 2 条**定义**

为本条款草案的目的：

.....

(e) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人；

(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；

第二部分**属人豁免*****第 3 条****享有属人豁免的人员**

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

第 4 条**属人豁免的范围**

1. 国家元首、政府首脑和外交部长仅在其任职期间享有属人豁免。
2. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的此种属人豁免涵盖他们在任职期间或任职之前的所有行为，无论是私人行为还是公务行为。
3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

第三部分**属事豁免*****第 5 条****享有属事豁免的人员**

国家官员在以此种身份行事时，对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

第 6 条**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 条草案享有属人豁免的个人在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。

* 委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障。

第 7 条

不适用属事豁免的国际法下的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法规定的如下罪行：
 - (a) 灭绝种族罪；
 - (b) 危害人类罪；
 - (c) 战争罪；
 - (d) 种族隔离罪；
 - (e) 酷刑；
 - (f) 强迫失踪。
2. 为了本条款草案的目的，国际法规定的上述罪行应根据本条款草案附件所列条约中这些罪行的定义来理解。

附件

第 7 条草案第 2 款提到的条约清单

灭绝种族罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第六条，1998 年 7 月 17 日；
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第二条，1948 年 12 月 9 日。

危害人类罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第七条，1998 年 7 月 17 日。

战争罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第八条第二款，1998 年 7 月 17 日。

种族隔离罪

- 《制止并惩处种族隔离罪行国际公约》，第二条，1973 年 11 月 30 日。

酷刑

- 《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》，第 1 条第 1 款，1984 年 12 月 10 日。

强迫失踪

- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条，2006 年 12 月 20 日。

2. 委员会第六十九届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

141. 委员会第六十九届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第二部分

属人豁免*

.....

第三部分

属事豁免*

.....

第 7 条

不适用属事豁免的国际法下的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法规定的如下罪行：

- (a) 灭绝种族罪；
- (b) 危害人类罪；
- (c) 战争罪；
- (d) 种族隔离罪；
- (e) 酷刑；
- (f) 强迫失踪。

2. 为了本条款草案的目的，国际法规定的上述罪行应根据本条款草案附件所列条约中这些罪行的定义来理解。

附件

第 7 条第 2 款草案提到的条约清单

灭绝种族罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第六条，1998 年 7 月 17 日；
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第二条，1948 年 12 月 9 日。

危害人类罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第七条，1998 年 7 月 17 日。

战争罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，第八条第二款，1998 年 7 月 17 日。

种族隔离罪

- 《制止并惩处种族隔离罪行国际公约》，第二条，1973 年 11 月 30 日。

* 委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障。

酷刑

- 《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》，第 1 条第 1 款，1984 年 12 月 10 日。

强迫失踪

- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条，2006 年 12 月 20 日。

评注

(1) 第 7 条草案列出了外国刑事管辖属事豁免根据本条款草案不适用的国际法规定的罪行。该条草案分为两款，一款列举有关罪行(第 1 款)，一款确定这些罪行的定义(第 2 款)。

(2) 第 7 条草案只提及管辖属事豁免，所以载入条款草案第三部分，对条款草案第二部分规定的管辖属人豁免不适用。

(3) 但是，这并不意味着第 7 条草案永远不适用于第 3 条草案列举的国家官员(国家元首、政府首脑和外交部长)。相反，应当牢记，正如委员会指出的那样，国家元首、政府首脑和外交部长“仅在其任职期间享有属人豁免”，⁷⁵⁹ 并且此类豁免的停止“不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用”。⁷⁶⁰ 此外，论及属事豁免的第 6 条草案规定，“……享有属人豁免的个人在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”。⁷⁶¹ 因此，由于这种余效豁免是一种属事豁免，第 7 条草案将适用于前任国家元首、政府首脑或外交部长对任职期间以官方身份实施的行为所享有的管辖豁免。因此，上述前任官员若实施第 7 条草案第 1 款所列国际法规定的罪行，则不适用此类豁免。

(4) 外国官员如实施第 7 条草案第 1 款列举的罪行，即使是在任职之内以官方身份实施的，也不得享受刑事管辖属事豁免。因此，第 7 条草案是对第 5 和第 6 条草案规定的外国刑事管辖属事豁免的规范性要素作出的补充。

(5) 委员会经记录表决，决定列入本条草案，理由如下。首先，委员们认为有一种明显的趋势倾向于对构成国际法规定的罪行的某些行为限制适用管辖属事豁免。该趋势体现在各国法院的司法裁定中，尽管推理过程各不相同，但它们都不

⁷⁵⁹ 第 4 条草案第 1 款。见第 4 条草案的评注第(2)段，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 66 页。

⁷⁶⁰ 第 4 条草案第 3 款。见第 4 条草案的评注第(7)段，同上，第 70 页。

⁷⁶¹ 第 6 条草案第 3 款。见第 6 条草案的评注第(9)至(15)段，《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 361-363 页。另见第 5 条草案的评注第(4)段，同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 237 页。

承认某些国际罪行的管辖属事豁免。⁷⁶² 在极罕见的情况下，通过国家立法规定实施国际犯罪的管辖属事豁免例外，也体现了这种趋势。⁷⁶³ 该趋势还在文献中得到强调，也在某种程度上反映在国际法庭的诉讼中。⁷⁶⁴

(6) 其次，委员会还考虑到，关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案，其目的是在一个国际法律秩序内适用，而这个法律秩序的统一性和系统性是不可忽视的。因此，委员会不应当忽视其他现行标准，也不应当与国际人道主义法、国际人权法和国际刑法等当代国际法的重要部分所载法律原则相抵触。在此情况下，应当谨慎、平衡地审议不适用外国刑事管辖豁免的罪行，顾及尊重国家主权平等原则的必要性，以确保实施问责原则和个人刑事责任原则，终结对国际最严重罪行的免罚现象——这是国际社会的一项首要目标。维持这种平衡，将确保实现豁免的目的(保护主权平等和国家合法利益)，确保不把豁免变成一种程序机制，用来阻挠确定某些个人(国家官员)因实施国际法规定的最严重罪行而应承担的刑事责任的全部努力。

⁷⁶² 见为支持这种趋势而列举的下列案件：Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席(第3号)，联合王国上议院，1999年3月24日，[1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147；皮诺切特案，比利时布鲁塞尔初审法院，1998年11月6日的判决，《国际法案例汇编》，第119卷，第349页；侯赛因案，德国科隆高等地区法院，2000年5月16日的判决，2 Zs 1330/99，第11段(作出本论断的假设是时任侯赛因总统已不再任职)；鲍特瑟案，荷兰，阿姆斯特丹上诉法院，2000年11月20日的判决，《荷兰国际法年鉴》，第32(2001)卷，第266页及以下各页(虽然最高法院随后撤销判决，但此举与豁免无关，而是因为违反了不溯既往原则及普遍管辖权范围受限；见2001年9月18日的判决，《国际法在国内法院的适用》[ILDC 80 (NL 2001)])；沙龙和亚龙案，比利时，最高上诉法院，2003年2月12日的判决，《国际法案例汇编》，第127卷，第123页(尽管法院给予阿里埃勒·沙龙属人豁免，但审判了阿莫斯·亚龙，因为在实施所涉罪行时，他是参与萨布拉和夏蒂拉大屠杀的以色列武装部队统帅)；H.诉检察官案，荷兰，最高法院，2008年7月8日的判决，ILDC 1071(NL 2008)，第7.2段；洛扎诺诉意大利案，意大利，最高上诉法院，2008年7月24日的判决，ILDC 1085(IT 2008)，第6段；A.诉联邦检察官案，瑞士，联邦刑事法院，2012年7月25日的判决，BB.2011.140；FF诉检察长案(纳赛尔王子案)，高等法院王座分庭，2014年10月7日的判决[2014] EWHC 3419(Admin.)(该判决的重要意义在于，它是作为一项“同意令”发布的，换言之，其依据的是原告与检察长之间达成的协议，在协议中，检察长承认对纳赛尔王子的酷刑指控不属于属事豁免的范围)。在一项民事诉讼中，意大利最高法院也指出，犯有国际罪行的国家官员不享有刑事管辖的属事豁免(费里尼诉德意志联邦共和国案，最高上诉法院，2004年3月11日的判决，《国际法案例汇编》，第128卷，第674页)。在琼斯案中，虽然上议院承认民事管辖豁免，但重申刑事管辖豁免不适用于酷刑案件(琼斯诉沙特阿拉伯王国案，上议院，2006年6月14日的判决，[2006] UKHL 26, [2007] 1 A.C.)。最后，应当指出的是，在一起针对埃塞俄比亚国民的案件中，埃塞俄比亚联邦高等法院确认，存在防止对被控犯下国际罪行的前任国家元首适用豁免的国际法规则(特别检察官诉海尔马里亚姆案，联邦高等法院，1995年10月9日的判决，ILDC 555(ET 1995))。在一些案件中，各国法院均在未就豁免作出明确裁定的情况下，对他国官员进行过审判，例如法国法院审理的芭比案：*F é l é r a t i o n N a t i o n a l e d e s D é p o r t é s e t I n t e r n é s R é s i s t a n t s e t P a t r i o t e s* 等诉芭比案，法国最高上诉法院，1983年10月6日、1984年1月26日和1985年12月20日的判决，《国际法案例汇编》，第78卷，第125页；*F é l é r a t i o n N a t i o n a l e d e s D é p o r t é s e t I n t e r n é s R é s i s t a n t s e t P a t r i o t e s* 等诉芭比案，罗纳上诉法院，1987年7月4日的判决，《国际法案例汇编》，第78卷，第148页；最高上诉法院，1988年6月3日的判决，《国际法案例汇编》，第100卷，第330页。在这方面，西班牙国家高等法院在皮诺切特案、希林格案、卡瓦略案、危地马拉案、卢旺达案和西藏案中审判了被控犯下国际罪行的数名外国官员，但并不认为有必要就豁免作出裁定。然而，在卢旺达案中，国家高等法院却裁定不起诉卡加梅总统，理由是其享有豁免。同样，在西藏案中，国家高等法院裁定不起诉时任中国国家主席胡锦涛；然而，在胡锦涛不再担任中国国家主席之后，国家高等法院中央调查庭第2分庭于2013年10月9日发布命令，允许起诉胡锦涛，声称他不再享有“外交豁免”。

(7) 考虑到上述两个原因，委员会认为它必须执行其任务，通过运用演绎法和归纳法，促进国际法的逐渐发展和编纂。正是基于这一前提，委员会在第7条草案中列出了不适用属事豁免的罪行，理由如下：(a) 它们是实践中往往认为不属于外国刑事管辖属事豁免范围的罪行；(b) 它们是国际法规定的罪行，已确定为国际社会关切的最严重罪行，有国际规范、基于条约的规范和习惯规范予以禁止，还有采取措施予以防止和惩罚的义务。

⁷⁶³ 为支持这一立场，委员们提请注意西班牙10月27日颁布的第16/2015号《组织法》，该法涉及外国、在西班牙设立的国际组织以及在西班牙举行的国际会议的特权和豁免，确立了对国家元首、政府首脑和外交部长实行豁免的独立制度，根据该制度，“[有关官员]在任期内履行公务，实施种族灭绝罪、强迫失踪罪、战争罪和危害人类罪的，不得享受豁免”（第23条第1款，最后一句）。另一部相关法令是阿根廷关于外国豁免的第24488号法，其中第3条由颁布该法的第849/95号法令删除，使阿根廷法院可以不再拒绝受理针对外国违反国际人权法的行为提出的控诉。同时，从更加严格的意义来看，美国的《外国主权豁免法》在经《酷刑受害者保护法》修订之后，确立了“外国司法管辖豁免的恐怖主义例外”（第1605A条），其中规定，对于美国主管当局先前指定的“支持恐怖主义国家”，如其国家官员实施了酷刑或法外处决等行为，将不能享受豁免。加拿大的《国家豁免法》也有类似的豁免例外规定。最后，应当注意的是，某些关于国际罪行的国内立法载列了一些有关此类罪行的豁免限制或例外，有些是专门的法律（见比利时的《打击严重违反国际人道主义法的行为法》，2003年修正；荷兰2003年的《国际罪行法》；尼日尔共和国《刑法典》，2003年修正），有些则旨在执行《国际刑事法院罗马规约》。有些执行立法规定了豁免的一般例外情况，见：关于如何确定布基纳法索法院适用《国际刑事法院罗马规约》的职权和程序的2009年第50号法，第7和第15.1条（依据该法，实施布基纳法索法院管辖范围内的罪行的，即使是在国外实施该罪行，只要实施人在布基纳法索的领土上，布基纳法索法院就可以对犯罪实施人行使管辖权。此外，是否担任公职并不构成豁免或减少责任的依据）；科摩罗2011年12月13日关于适用《罗马规约》的第11-022号法，第7.2条（“因担任公职而根据法律或国际法享有的豁免或特别程序不妨碍国家法院对本法规定的违法行为的实施者行使管辖权”）；爱尔兰2006年《国际刑事法院法》，第61.1条（“依据第27条，因与罗马规约缔约国有联系而享有的任何外交豁免或国家豁免，均不能阻止依据本法对实施人提起相关诉讼”）；毛里求斯2001年《国际刑事法院法》，第4条；南非2002年7月18日执行《国际刑事法院罗马规约》的第27号法，第4(2)(a)(i)和第4(3)(c)条（规定当犯罪嫌疑人身处南非时，南非法院对种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪拥有管辖权，不受犯罪嫌疑人是否担任公职的影响）。有些执行立法仅确立了涉及与国际刑事法院的合作义务的协商程序或限制，见：阿根廷执行《国际刑事法院罗马规约法》的第26200号法，经第25390号法通过，于2001年1月16日获得批准，第40和第41条；澳大利亚2002年《国际刑事法院法》（第41号法），第12.4条；奥地利2002年8月13日《关于与国际刑事法院合作的第135号联邦法》，第9.1和9.3条；加拿大1999年《引渡法》，第18条；法国《刑事诉讼程序法典》（根据2002年2月26日第2002-268号法），第627.8条；德国的《法院组织法》，第20.1和第21条；冰岛2003年《国际刑事法院法》，第20.1条；爱尔兰2006年《国际刑事法院法》（第30号法），第6.1条；肯尼亚2008年《国际罪行法》（第16号法），第27条；列支敦士登2004年10月20日《与国际刑事法院和其他国际法庭合作法》，第10.1条(b)和(c)项；马耳他《引渡法》，第26S.1条；挪威2001年6月15日执行1998年7月17日《国际刑事法院罗马规约》的第65号法，第2条；新西兰2000年《国际罪行和国际刑事法院法》，第31.1条；联合王国2001年《国际刑事法院法》，第23.1条；萨摩亚2007年《国际刑事法院法》（第26号法），第32.1和第41条；瑞士《与国际刑事法院合作法》，第6条；乌干达2006年《国际刑事法院法》（第18号法），第25.1(a)和(b)条。丹麦属于特殊情况，其2001年5月16日的《国际刑事法院法》（第2条）规定了将豁免问题交由行政部门解决，但没有界定具体磋商制度。

⁷⁶⁴ 在2000年4月11日逮捕证案的联合独立意见中，希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官指出存在对国际罪行实行豁免限制的趋势（刚果民主共和国诉比利时案），判决，《2002年国际法院案例汇编》，第3页起，见第88页第85段。在这方面，欧洲人权法院在琼斯等诉联合王国案中明确承认，似乎“在国际公法中，对于针对外国官员实施酷刑的民事求偿案件，正在出现支持适用特别规则或作例外处理的情况”，因此，“鉴于国际公法目前在这一领域的发展，缔约国需要持续审议这一问题”（琼斯等诉联合王国案，申诉号：34356/06和40528/06，2014年6月2日的判决，《2014年欧洲人权法院案例汇编》，第213和215段）。

(8) 但是，有些委员不同意这一分析。首先，他们反对以表决方式通过的第 7 条草案，认为：(a) 委员会不应称其工作是视可能编纂习惯国际法，因为，如下文脚注所指出的，国家判例法、⁷⁶⁵ 国家成文法⁷⁶⁶ 和条约法⁷⁶⁷ 显然不支持第 7 条草案所述的例外；(b) 相关实践并未表明有支持外国刑事管辖属事豁免例外的趋势——无论是暂时趋势还是长期趋势；(c) 豁免是程序性问题，因此，(一) 不能假定国家官员对其实施的国际法下的任何罪行所负的刑事责任自动排除外国刑事管辖豁免；(二) 豁免不取决于有关行为的严重程度，或此种行为受国际法强制性规范禁止的事实；(三) 必须在行使管辖权的早期阶段，在审议案情之前考虑豁免问题；⁷⁶⁸ (d) 国际刑事法院不予豁免与国内法院管辖豁免问题无关；(e) 确

⁷⁶⁵ 这些委员指出，只举出了 9 个据称明确涉及根据习惯国际法给予国际官员外国刑事管辖属事豁免问题的案件(见上文脚注 762)，而且其中多数案件实际上并不支持不予这种豁免的提议。例如，在联合王国的 Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官一案中，只对被解读为放弃豁免的现行条约范围内的行为不予豁免(《禁止酷刑公约》)。德国的侯赛因案不涉及第 7 条草案所列的任何罪行，而且就时任侯赛因总统已不在任的假设而言，判决并没有指出在这种情况下不承认或不应承认属事管辖豁免。荷兰最高法院没有维持鲍特瑟案的判决，原审法院关于豁免的理由仍属未经检验的附带意见。比利时在沙龙和亚龙案中的决定是有争议的，并导致议会在此之后修改了比利时的法律，致使最高上诉法院称对这一案件没有管辖权。布鲁塞尔初审法院审理的皮诺切特案也涉及该法。在洛扎诺诉意大利案中，外国国家官员被给予属事豁免权。特别检察官诉海尔马利亚·姆案涉及埃塞俄比亚对其本国国民而不是外国官员的起诉。所举其他案件则涉及未援引豁免或放弃豁免的情况，它们并没有为如下主张提供支持：即援引习惯国际法规定的外国刑事管辖属事豁免时，国家官员不享有这种豁免权。此外，这些委员指出，必须认真考虑国内法院审理的民事案件与这一专题的相关性；即使相关的话，它们往往也不支持第 7 条草案所规定的例外。例如，国际法院认为费里尼诉德意志联邦共和国案(见上文脚注 762)不符合意大利根据国际法承担的义务。见国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)，判决，《2012 年国际法院案例汇编》，第 99 页。在琼斯诉沙特阿拉伯王国案(见上文脚注 762)中，上议院承认了国家官员的豁免权。相比之下，除上述案件外，这些委员指出了国内法院在刑事诉讼中援引并接受属事豁免的几起案件。例如见塞内加尔，检察官诉侯赛因·哈布雷案，达喀尔上诉法院 2000 年 7 月 4 日的判决和最高上诉法院 2001 年 3 月 20 日的判决；《国际法案例汇编》，第 125 卷，第 571-577 页(给予前任国家元首豁免)；德国，江泽民案，联邦总检察长 2005 年 6 月 24 日的决定，3 ARP 654 / 03-2(相同)。

⁷⁶⁶ 这些委员指出，很少有国内法处理习惯国际法之下国家官员的外国刑事管辖属事豁免问题。正如特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第五次报告(A/CN.4/701)第 42 段所确认的那样，“大多数国家并没有关于国家或其官员管辖豁免的明确规定。相反，对豁免的回复由法院负责”。在据称述及这种豁免的少数几部国内法律(布基纳法索、科摩罗、爱尔兰、毛里求斯、尼日尔、西班牙、南非)中，无一支持第 7 条草案的当前措辞。例如，西班牙 10 月 27 日第 16/2015 号《组织法》第 23 条第 1 款只提及前任国家元首、政府首脑和外交部长的属事豁免。比利时 2003 年修订的《打击严重违反国际人道主义法的行为法》和荷兰 2003 年《国际罪行法》等成文法只规定应如国际法承认的那样不予赦免，而未作进一步的详述。此外，这些成员还指出，履行《罗马规约》或安全理事会决定所产生的向国际刑事法院移交国家官员的义务的国内法，与习惯国际法下国家官员的外国刑事管辖法豁免问题并不相关。侧重于国家豁免的国内法律也不相关，例如阿根廷第 24488 号法、美国《外国主权豁免法》和加拿大《国家豁免法》(有委员指出，《外国主权豁免法》并未经与恐怖主义无关的《酷刑受害者保护法》修订)。

⁷⁶⁷ 这些委员指出，处理特定类型犯罪(例如灭绝种族罪、战争罪、种族隔离、酷刑、强迫失踪)的全球性条约并不包含任何排除国家官员的外国刑事管辖属事豁免的规定，处理特定类型国家官员(例如外交官、领事人员、特派团人员)的全球性条约也是如此。

⁷⁶⁸ 例如见国家的管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)(见上文脚注 765)，第 137 页，第 84 段(“习惯国际法并不认为国家享有的豁免权取决于该国被控实施行为的严重性或据称已违反的规则的性质”)；2000 年 4 月 1 日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 25 页，第 60 段(“刑事管辖豁免和个人刑事责任是两个非常不同的概念。管辖豁免是程序性的，而刑事责任则是实体法问题”)。

立新的豁免例外制度如果未经条约约定，可能会损害国家间的关系，并可能损害国际社会终结最严重国际罪行免罚现象的目的。此外，这些委员还认为，通过提出第7条草案，委员会是在开展“规范性政策”工作，这与国际法的编纂或逐渐发展无关。这些委员认为，第7条草案是在提出一种“新法律”，既不能视为现行法，也不能视为国际法的逐渐编纂。其次，这些委员会委员还强调了外国管辖的程序性豁免与实质性刑事责任之间的区别，并认为，承认豁免的例外既不是实现必要的平衡所必须的，也未必是适当的。相反，这些成员认为，如果国家官员在其本国、在国际性法院、或放弃豁免后在外国法院被起诉，就可避免有罪不罚现象。提出各国未通过条约或本国的广泛实践所接受的豁免例外，当一国仅仅基于关于犯下令人发指的罪行的指控而对另一国官员行使刑事管辖权时，即使不会在国家间造成直接冲突，也有可能造成严重的紧张关系。

(9) 但应当铭记，这些委员还表示，在委员会对程序保障问题采取立场之前，不能对豁免限制和例外问题做出决定。委员会多数委员不接受这个观点，但也承认有必要明确界定程序性保障，以防止对国家官员行使外国刑事管辖时滥用权力，认为在委员会工作的现阶段可以单独处理不适用管辖属事豁免的罪行问题。不过，为了反映委员会在处理本专题时对程序性的高度重视，一致同意在条款草案目前的案文中添加如下脚注：“委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障”。该脚注标号已插在条款草案第二部分(属人豁免)和第三部分(属事豁免)标题的后面，因为程序性规定和保障可能关系到两类豁免，而且也应联系整个条款草案加以审议。

第1款

(10) 第7条草案第1款(a)至(f)项列出了国际法规定的罪行，外国官员被指控实施这些罪行的，即使是任职期间以官方身份实施的，也不得享有刑事豁免。这些罪行如下：灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、种族隔离罪、酷刑和强迫失踪。

(11) 该条草案的起首部分使用了“不适用”这一措辞，旨在反映在实践和法理中，对是否认为此类罪行是“以官方身份实施的行为”，一直有两种不同解释。一种观点是，绝不可认为实施这类犯罪是国家职能，因此也不能视为“以官方身份实施的行为”。相反的观点却认为，国际法规定的罪行要求要么有国家要素(酷刑、强迫失踪)，要么必须是在国家机器的明示或暗示支持下已经实施，因此与国家有关联，所以在一些情况下可以认为此类罪行是“以官方身份实施的行为”。⁷⁶⁹ 虽然委员会认为没有必要裁定支持其中哪一种解释，但也注意到一些国内法院在对国际法规定的这些罪行行使刑事管辖权时没有适用属事豁免，原因要么是因为它们不将这些罪行视为以官方身份实施的行为或是国家特有的职能，⁷⁷⁰ 要么是因为它们认为，虽然国际法规定的罪行可能是国家行为或国家职

⁷⁶⁹ 例如见国家的司法管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)(见上文脚注765)，第125页，第60段(结合国家豁免讨论了“统治权行为”)。

⁷⁷⁰ 例如见下列案件：皮诺切特案，比利时，布鲁塞尔初审法院，1998年11月6日的判决(见上文脚注762)，第349页；侯赛因案，德国，科隆高等地区法院，2000年5月16日的判决(见上文脚注762)，第11段(作出本论断的假设前提是侯赛因总统当时已不再担任公职)。一些民事法院审理的豁免案件中也提出了类似的主张。例如见维奥蒂亚州诉德意志联邦共和国案，莱瓦初审法院(希腊)，1997年10月30日的判决。

能，但此类罪行(由于其严重性或因为违反强行法)不可能使实施者的刑事管辖豁免得到承认。⁷⁷¹

(12) 因此，委员会铭记，在实践中，有时把国际法规定的同一罪行解释为限制(不予豁免)，有时解释为例外(不适用现有的豁免)，所以认为似宜从这两种办法产生的影响来探讨解决本专题，即对此类罪行不可适用国家官员否则可能享有的外国刑事管辖属事豁免。委员会选择这一措辞是为了明白、确定，以便提供一份清单，列明即使是国家官员实施，也不会享有外国刑事管辖豁免的罪行。

(13) 为此，委员会比照处理国家管辖豁免问题时一度使用的技巧，在类似背景下使用“不得援引豁免的诉讼”一语，采用了“不适用……豁免”这一措辞。⁷⁷²然而，在第7条草案中，为了避免该措辞中的程序内容，委员会决定不采用“不得援引”的表述，而宁可使用“不适用”这一中性表述。

(14) 同时，为与委员会暂时通过的第3和第5条草案中的措辞一致，起首部分载入了“外国刑事管辖的”这一措辞。

(15) “国际法规定的罪行”这一术语系指国际法规定的犯罪行为，无论国内法是否将其定为犯罪。第7条草案所列罪行是整个国际社会最关切的罪行，并且国际社会对这些罪行的定义以及有义务防止和惩处这些罪行存在广泛的共识。这些罪行为国际条约所述及，也为习惯国际法所禁止。

(16) 先前在《纽伦堡法庭宪章》和纽伦堡法庭判决书中所确认的国际法原则⁷⁷³和1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》⁷⁷⁴中，委员会就已使用了“国际

⁷⁷¹ 例如艾希曼案，以色列，最高法院，1962年5月29日的判决，《国际法案例汇编》第36卷，第309和310页。在费里尼案中，意大利法院既考虑了罪行的严重性，也考虑了所涉犯罪行为违反了强行法规范(费里尼诉德意志联邦共和国案，上诉法院，2004年3月11日的判决(见上文脚注762)，第674页)。在洛扎诺案中，意大利上诉法院以侵犯基本权利为理由拒绝豁免，认为基本权利具有强行法规范的效力，因此相对于豁免的有关规定，应当优先适用基本权利(洛扎诺诉意大利案，意大利，上诉法院，2008年7月24日的判决(见上文脚注762)，第6段)。在A.诉联邦检察署案中，瑞士联邦刑事法院的裁决理由是，瑞士立法认为习惯国际法为强行法，习惯国际法禁止的行为不得实施。该法院还进一步强调，在禁止实施此类行为方面意见并不一致，但仍然承认属事豁免会阻碍启动调查(A.诉联邦检察署案，瑞士，联邦刑事法院，2012年7月25日的判决(见上文脚注762))。

⁷⁷² 国家及其财产的管辖豁免条款草案，国际法委员会第四十三届会议通过，《1991年国际法委员会年鉴》，第33页。委员会将上述措辞作为条款草案第三部分的标题，并在该部分的第10-17条反复使用这一措辞(“国家不得援引”)。为解释委员会采用该措辞的原因，请特别参见关于第三部分的一般性评注的第(1)段(第33页)，以及第10条的评注的第(1)至(5)段(第33和34页)。在这方面，2004年12月2日订于纽约的《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(大会第59/38号决议，附件)的第三部分的标题和第10-17条都采用了“不得援引国家豁免的诉讼”这一措辞。

⁷⁷³ 见《纽伦堡法庭组织法》及判决书中所确认之国际法原则的原则一：“凡实施在国际法上构成犯罪之行为者均应负其责任并受处罚”(《1950年……年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第374页)。

⁷⁷⁴ 见1954年通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条：“本治罪法所定义危害人类和平及安全之罪，是国际法规定罪行，犯此类罪行之个人应予处罚”(《1954年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/2693号文件，第150页)。同时，1996年委员会通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条第2款规定：“危害人类和平及安全罪是国际法规定罪行，因此本身可予处罚，不论依国内法是否可予以处罚。”(《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页)。

法规定的罪行”这一措辞。在此情况下，委员会认为采用“国际法规定的罪行”这一措辞意味着对于这类罪行，“国际法是刑法定性的依据”，并且，“这种行为被禁及其可惩罚性，均是国际法的直接结果”。⁷⁷⁵ 由此得出“国际法”在对此类罪行“刑法定性方面的自主性”，⁷⁷⁶ 以及“把或者不把某种特定行为定性为国内法上的罪行，不影响根据国际法把这种行为定性为犯罪”。⁷⁷⁷ 因此，使用“国际法规定的罪行”这一表述直接将第7条草案第1款所载罪行清单与国际法联系起来，并确保了根据国际标准理解这些罪行的定义，国内法为确认哪些案件不适用豁免而确定的任何定义均不相干。

(17) 国际法规定的罪行的范畴包括：(a) 灭绝种族罪；(b) 危害人类罪；(c) 战争罪。委员会将这些罪行列为不适用豁免的罪行有两个理由。首先，这些是国际社会表示特别关切的罪行，并因此通过了在国际刑法、国际人权法和国际人道主义法中占据核心地位的国际条约，各国际性法院不仅强调这些罪行的严重性，还强调禁止实施这类罪行是习惯性的，实施这些罪行可能违反一般国际法的强制性规范(强行法)。其次，这些罪行直接或间接出现在各国涉及提出属事豁免问题的案件的司法实践中。最后，应当指出，《国际刑事法院罗马规约》第五条载入了这三项罪行，并将其称为“整个国际社会关注的最严重犯罪”。⁷⁷⁸ 但一些委员指出，将这些罪行列入第7条草案，在实践中，以及在国家和国际判例或国内立法中能找到的支持很少，几乎没有。

(18) 尽管《罗马规约》第五条同样规定了侵略罪，并且根据2010年在坎帕拉举行的《罗马规约》审查会议通过的修正案也把侵略罪称为罪行，但委员会此时决定不列入侵略罪。⁷⁷⁹ 委员会做这项决定，是鉴于侵略罪的性质，它要求国家法院确定先前已经存在外国侵略行为，还要确定这类罪行的特定政治内容，⁷⁸⁰ 因为这种罪行构成了“领导人的罪行”，此外，还鉴于《国际刑事法院罗马规约》缔约国大会也并未决定该法院对侵略罪启动管辖权。不过，有些委员指出，本应当将侵略罪载入第7条草案第1款，因为它属于国际法规定的最严重罪行，委员

⁷⁷⁵ 见1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条的评注第(6)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页。

⁷⁷⁶ 同上，第9段，第18页。

⁷⁷⁷ 同上，第(10)段。应当铭记，委员会在评论《纽伦堡原则》的原则一时，已经申明“原则一所依据之普遍规则为国际法得直接规定个人之责任，而不受国内法之干涉”(1950年《国际法委员会年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第374页，第99段)。

⁷⁷⁸ 《国际刑事法院罗马规约》(罗马，1998年7月17日)，联合国，《条约汇编》，第2187卷，第38544号，第3页，第五条第(一)款和序言第四段。

⁷⁷⁹ 见《国际刑事法院罗马规约审查会议正式记录》第8条之二所载关于侵略的定义，坎帕拉，2010年5月31日至6月11日，国际刑事法院出版物，RC/9/11，第6号决议“侵略罪”(RC/Res.6)。

⁷⁸⁰ 在这方面，应当铭记，在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》评注中，委员会指出：“由国家进行的侵略是个人参与侵略罪责任的必要条件。如果没有国家进行侵略，个人就不可能引起这种罪行的责任。因此，如果不把国家侵略问题作为一个首要问题加以考虑，法院就无法确定这种罪行的个人刑事责任问题。由一国的国家法院确定另一国是否进行了侵略将有悖于国际法中之地位平等，互不支配的根本原则。另外，由一个国家的国家法院行使管辖权，审议另一个国家是否进行了侵略，将会对国际关系和国际和平与安全产生严重影响。”(《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第30页，第8条评注第(14)段)。

会本身早在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》⁷⁸¹ 中就已载入侵略罪，它同时也是《罗马规约》列出的罪行之一。此外，许多国家也将侵略罪列入了国内刑法。⁷⁸² 因此，这些委员表示反对委员会的多数决定，并对这一问题保留其立场。

(19) 另一方面，委员会认为有必要将(d) 种族隔离、(e) 酷刑和(f) 强迫失踪罪行单独分类，作为不适用豁免的国际法规定罪行列入第 7 条草案第 1 款。虽然这些罪行已载入《罗马规约》第七条的危害人类罪项下，⁷⁸³ 但委员会考虑到以下理由，认为它们是单独罪行。首先，种族隔离、酷刑和强迫失踪罪一直是国际条约的主题，这些条约为每种罪行设立了专门的法律制度，目的是预防、禁止和惩治，⁷⁸⁴ 规定各国有明确义务在其国内法中采取某些措施，包括在国内刑法中界定这些行为，并采取必要措施确保其国内法院有权能审判这类罪行。⁷⁸⁵ 还应指出的是，有关条约还设立了各国之间的国际合作与司法协助体系。⁷⁸⁶ 其次，委

⁷⁸¹ 同上，第 42-43 页(第 16 条)。

⁷⁸² 以下是列入侵略罪的国内立法的例子：奥地利，1974 年 1 月 23 日第 60/1974 号《刑法典》第 321k 条，经 2015 年 8 月 13 日《联邦法律公报一》第 112/2015 号修正；阿塞拜疆，2000 年《刑法典》第 100-101 条；孟加拉国，《国际犯罪(法庭)法》第 3 条，1973 年第十九号国际犯罪(法庭)法，经第 2009 年第五十五号国际犯罪(法庭)法(修正案)和 2012 年第二十一号法修正；白俄罗斯，《刑法典》第 122-123 条，1999 年 7 月 9 日第 275-Z 号法(2015 年 4 月 28 日修正)；保加利亚，《刑法典》第 408-409 条，1968 年 4 月 2 日第 26 号《国家公报》，经 2010 年 4 月 27 日第 32 号《国家公报》修正；克罗地亚，《刑法典》第 89 和第 157 条，《克罗地亚共和国政府公报》(“*Narodne novine*”)，第 125/11 号；古巴，《刑法典》第 114-115 条，Código Penal, Ley No. 62 de 29 de diciembre de 1987, modificada por la Ley N°87 de 16 de febrero de 1999；厄瓜多尔，《刑法典》第 88 条；爱沙尼亚《刑法典》第 91-92 条；芬兰，《芬兰刑法典》，第 39/1889 号法，经第 1718/2015 号法修正，第 4 (a)、4 (b)、14 (a)条；德国，《刑法典》，Strafgesetzbuch vom 13. November 1998 (BGBl)；卢森堡，《刑法典》第 136 条；马其顿，《刑法典》第 415 条；马耳他，《刑法典》第 82(C)条，《马耳他共和国刑法典》(1854 年，2004 年修正)；摩尔多瓦共和国，《摩尔多瓦共和国刑法典》第 139-140 条，2002 年 4 月 18 日第 985-XV 号法通过(2009 年修正)；蒙古，《蒙古刑法典》(2002 年)第 297 条；黑山，《刑法典》第 442 条，《黑山共和国政府公报》，第 70/2003 号，更正，第 13/2004 号；巴拉圭，Codigo Penal de la Republica del Paraguay, art. 271, Ley No. 1.160/97；波兰，《刑法典》第 17 条，1997 年 6 月 6 日的法律；俄罗斯，《刑法典》，《俄罗斯联邦刑法典》第 353-354 条，1996 年 6 月 13 日第 64-FZ 号联邦法(经修正)；萨摩亚，2007 年《国际刑事法院法》，经 2014 年法修正，§ & A, 第 23 号；斯洛文尼亚，2005 年《刑法典》第 103 和 105 条；塔吉克斯坦，《塔吉克斯坦共和国刑法典》第 395-396 条；东帝汶，《东帝汶民主共和国刑法典》，第 19/2009 号法令，第 134 条。有关讨论见 A. Reisinger Coracini, “National legislation on individual criminal responsibility for conduct amounting to aggression” in *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review National Legislation on Individual Responsibility for Conduct Amounting to Aggression*, R. Bellelli, ed. (Abingdon and New York, Routledge, 2016)。

⁷⁸³ 《罗马规约》，第七条第(一)款第十、第六和第九项。

⁷⁸⁴ 见《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(纽约，1973 年 11 月 30 日)，联合国，《条约汇编》，第 1015 卷，第 14861 号，第 243 页；《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》(纽约，1984 年 12 月 10 日)，同上，第 1465 卷，第 24841 号，第 85 页(下称“《禁止酷刑公约》”)；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(纽约，2006 年 12 月 20 日)，同上，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页。

⁷⁸⁵ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第四条；《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》，第 4 至 6 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第四、第六和第九条。

⁷⁸⁶ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第十一条；《禁止酷刑公约》，第 6 至 9 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十、十一、十三和十四条。

员会也注意到，种族隔离、酷刑和强迫失踪罪，根据《罗马规约》规定，须有一个明确阈限。该阈限系指“在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中，在明知这一攻击的情况下，作为攻击的一部分”而实施此类犯罪，但并不存在于明确涉及罪行的文书中。⁷⁸⁷ 再次，委员会注意到，禁止酷刑和强迫失踪的公约明确规定，这类罪行仅可由国家官员实施或在其唆使、支持或默许下实施。⁷⁸⁸ 此外，委员会还考虑到，在许多案例中，当国内法院在处理这些豁免案件时，都把它们当作单独罪行对待。对酷刑案件的处理就是这方面的一个范例。⁷⁸⁹ 但一些委员指出，将这些罪行列入第 7 条草案，在实践中，以及在国家和国际判例或国内立法中能找到的支持很少，几乎没有。

(20) 尽管委员会一些委员建议将奴役罪、恐怖主义罪、贩卖人口罪、儿童卖淫与儿童色情以及海盗罪等罪行纳入清单，而且为预防、禁止和惩治目的针对每种罪行建立专门法律制度的国际条约也述及这些罪行，但是委员会决定不予列入。委员会这么做，是考虑到上述罪行或已包含在危害人类罪中，或不完全符合严格意义上的国际法规定罪行的定义，在多数情况下将它们称为跨国犯罪更为准确。此外，这类罪行通常由非国家行为者实施，也不反映在有关管辖豁免的国内司法实践中。无论如何，不应当认为未把其他国际罪行载入第 7 条草案就意味着委员会低估其严重性。

(21) 最后，应当指出的是，委员会没有按照特别报告员的提议，⁷⁹⁰ 将腐败犯罪或受所谓“领土侵权例外”影响的罪行列入第 7 条草案第 1 款，但是这并不意味着委员会认为外国刑事管辖属事豁免适用于这两类罪行。

(22) 关于腐败(应理解为“重大腐败”)，委员会一些委员指出，腐败犯罪特别严重，因为它们直接影响到国家利益和国家稳定，国民福利，甚至国际关系。因此，他们表示支持载入一项属事豁免例外。可委员会其他委员主张，尽管腐败犯罪的严重性毋庸置疑，但将其列入第 7 条草案却引起一个问题，本质上涉及“腐败”这一术语的一般性和可以归入此类的多种行为，而且他们认为，条约实践和判例法都没有提供将这类罪行列入豁免限制与例外范畴的充足理由。另一些委员质疑腐败是否达到第 7 条草案所列其他罪行的严重程度。最后，几位委员指出，绝不可把腐败视为以官方身份实施的行为，因此也不必列入不适用豁免的罪行之中。

(23) 委员会特别考虑了最后一个论点，决定不将腐败犯罪列入第 7 条草案，因为它们不构成“以官方身份实施的行为”，而是国家官员纯为私利实施的行

⁷⁸⁷ 《罗马规约》，第七条第(一)款。该阈限定义载于第七条第(二)款(a)项。

⁷⁸⁸ 《禁止酷刑公约》第 1 条第 1 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条。

⁷⁸⁹ 正像例如联合王国的情况，涉及不适用管辖属事豁免的案件均以《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》为根据，提出了此类豁免不可适用于酷刑行为的问题。见 Regina 诉 Bow Street 都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)，联合王国上议院，1999 年 3 月 24 日(见上文脚注 762)；FF 诉检察长案(纳赛尔王子案)，高等法院王座法庭分庭，2014 年 10 月 7 日的判决(见上文脚注 762)。《禁止酷刑公约》也是涉及民事管辖豁免问题的依据：琼斯诉沙特阿拉伯案，上议院，2006 年 6 月 14 日的判决(见上文脚注 762)。

⁷⁹⁰ 见特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第五次报告(A/CN.4/701)，第 225-234 段。

为。⁷⁹¹ 尽管委员会的一些委员指出，不能忽视国家官员参与这类行为的情况，因为正是其官员身份便利和促成腐败犯罪，但另一些委员认为，官员实施犯罪的事实不会改变行为的性质，即便该官员利用国家设施，可能赋予行为以官方行为表象，但仍然是为该官员为私利实施的行为。因此，既然第 6 条草案第 1 款所载规范性要素不适用于腐败犯罪，几位委员认为，不存在对腐败犯罪的管辖属事豁免，因此没有必要将该罪列入不适用豁免的罪行清单。⁷⁹²

(24) 对于法院地国不同意外国官员在该国领土上出现并开展导致实施犯罪的活动，而该外国官员在该法院地国领土上实施其他犯罪的情况(领土例外)，委员会也进行了审议。这种情形与第 7 条草案第 1 款所载国际法规定的罪行或腐败犯罪有许多不同。尽管有观点认为，在这类情形下可能存在豁免，不应当把例外列入第 7 条草案，因为没有充分的实践支持这样做，但委员会决定不将该罪行列入条款草案是出于其他原因。委员会认为，上述情况下在一国领土内实施的某些犯罪，⁷⁹³ 例如谋杀罪、间谍罪、破坏或绑架罪，应当遵照领土主权原则，并不产生管辖属事豁免，因此也就没有必要把它们列入不适用豁免的罪行清单。这并不妨碍根据第 1 条草案第 2 款规定的国际法特别规则享有的刑事管辖豁免。

第 2 款与附件

(25) 第 7 条草案第 2 款在本条第 1 款和题为“第 7 条草案第 2 款提到的条约清单”的条款草案附件之间建立了联系。虽然当代国际法明确确立了“国际法规定的罪行”这一概念以及“灭绝种族罪”、“危害人类罪”、“战争罪”、“种族隔离罪”、“酷刑”和“强迫失踪”等概念，但委员会注意到，第 7 条草案提到“罪行”，意思是说必须保留刑法特有的法律确定性原则，并且提供工具，以免在辨别上述各项罪行的含义时主观臆断。

(26) 然而，委员会认为没有必要界定灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、种族隔离罪、酷刑和强迫失踪，因为这并不属于委员会在本条款草案框架内承担的任务。相反，委员会认为，最好是简单地确认对上述类别的罪行作出了界定的条约文书，以便将这些罪行列入一份清单，使法律工作者在适用第 7 条草案时有更大的确定性。这项工作的成果就是条款草案附件所载的清单。

(27) 正如第 7 条草案第 2 款所述，每项罪行与附件所列条约之间的关联只是为了第 7 条草案(关于国家官员的外国刑事管辖豁免)之目的，意在查明第 7 条第 1 款所列犯罪的定义，而不用假定或要求国家必须是这些文书的缔约国。

(28) 另外一方面，应当牢记的是，列出某些条约对这些国际法承认的罪行的习惯性质没有任何影响，对缔约国可能依据这些条约承担的具体义务也没有任何影响。同样，只载入一些对相关罪行进行界定的条约，不影响其他对同样的罪行作出界定或规定的条约，就缔约国适用这些条约而言，其定义和法律制度依然完整无损。总之，为确定第 7 条草案第 1 款所列各项罪行的定义而提及某项特定条约，是因为方便、适宜，并且只是为了第 7 条草案的目的，决不影响习惯国际法

⁷⁹¹ 同样，见第 2 条草案(f)项的评注第(3)和第(5)段，其中涉及“以官方身份实施的行为”的定义，《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 354-355 页。

⁷⁹² 同上，第(13)段，第 358 页。

⁷⁹³ 关于国家豁免情况下的例外，见国家的司法豁免案(德国诉意大利，希腊参加诉讼)(见上文脚注 765)。

或基于条约的国际法提及此类罪行且载有关于各项罪行一般范围的法律制度的其他规则。

(29) 选择某些条约，将其条款载入附件，以提供国际法规定的各种罪行的定义，采用了三项基本标准：(a) 在若干条约使用不同措辞界定同一罪行的情况下，希望避免可能出现的混乱；(b) 选择适用范围广泛的条约；(c) 选择提供现有最新定义的条约。

(30) 灭绝种族的定义首次出现在《防止及惩治灭绝种族罪公约》，⁷⁹⁴并在当代国际刑法，特别是《前南斯拉夫问题国际法庭规约》(第4条)⁷⁹⁵和《卢旺达问题国际法庭规约》(第2条)⁷⁹⁶中，尤其是在《国际刑事法院罗马规约》中，保持未变，《罗马规约》第六条就照搬了《防止及惩治灭绝种族罪公约》所载的定义。委员会本身也在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第17条中对灭绝种族作出了界定。⁷⁹⁷为本条款草案之目的，委员会把《罗马规约》(第六条)和《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第二条)都列入了附件，因为这两项法律文书使用的措辞实际是相同的，并且含义相同。

(31) 关于危害人类罪，应该忆及，一些国际条约已确定某些行为是“危害人类罪”⁷⁹⁸，而且国际法庭也已裁定此类罪行具有习惯法性质。《前南斯拉夫问题国际法庭规约》(第5条)和《卢旺达问题国际法庭规约》(第3条)也对该罪行作出了界定。委员会本身也在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》(第18条)对这类罪行下了定义。⁷⁹⁹然而，《罗马规约》是第一项全面、独立地对该类罪行作出界定的法律文书。因此，委员会认为，为本条款草案之目的，应以《罗马规约》第七条作为危害人类罪的定义。这与委员会此前就危害人类罪条款草案通过的决定是一致的，其中第3条草案照搬了《罗马规约》⁸⁰⁰第七条关于该类罪行的定义。

(32) 战争罪的概念历史悠久，最初与国际人道法条约息息相关。因此，保护战争受难者的1949年8月12日日内瓦四公约和《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(《第一议定书》)，把这类罪行

⁷⁹⁴ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第78卷，第1021号，第277页，第二条。

⁷⁹⁵ 安全理事会第827(1993)号决议，附件。

⁷⁹⁶ 安全理事会第955(1994)号决议，附件。

⁷⁹⁷ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第44页。

⁷⁹⁸ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第一条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，序言部分第五段。

⁷⁹⁹ 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47页。

⁸⁰⁰ 见《大会正式记录，第七十届会议，补编第10号》(A/70/10)，第56-58页，第3条及其评注第(3)段。

界定为“严重破坏公约行为”。⁸⁰¹《前南斯拉夫问题国际法庭规约》(第2和第3条)和《卢旺达问题国际法庭规约》(第4条)也对战争罪作出了界定,另外委员会本身也在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》(第20条)⁸⁰²对这类罪行作出了界定。关于战争罪的最新定义载于《罗马规约》第八条第(二)款,它吸取了以往的经验,并全面提及国际武装冲突和国内武装冲突中实施的战争罪,也提及根据条约和习惯法承认的罪行。为本条款草案之目的,委员会决定保留《罗马规约》第八条第(二)款所载定义,将其视为这类犯罪的最新版定义。但是,这并不意味着忽视1949年日内瓦四公约及其《第一议定书》给出的战争罪定义的重要性。

(33) 种族隔离罪的定义首次出现在1973年11月30日的《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》。该公约将种族隔离称为一项危害人类的罪行和国际法规定的罪行(第一条),载有种族隔离罪单独而详细的定义(第二条)。因此,为本条款草案之目的,委员会决定保留1973年《公约》的定义。

(34) 所有相关的国际文书都将酷刑定义为侵犯人权的行为。1984年12月10日的《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》首次将酷刑定性为应受刑事惩罚的被禁止行为,其中第1条第1款将酷刑界定为一项单独的罪行。该定义还另外包含一项重大要求,即行为除非是公职人员实施的或在公职人员的唆使或同意下实施的,否则不能被定义为酷刑,从而使该罪行直接属于本条款草案的范围。《美洲防止和惩处酷刑公约》(第2和第3条)也载有类似定义。⁸⁰³委员会认为,为本条款草案之目的,应依照《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》中的定义来理解酷刑。

(35) 强迫失踪的定义首次出现在1994年6月9日的《美洲被迫失踪人士公约》(第二条)。⁸⁰⁴2006年12月20日的《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》也给出了该罪行的定义(第二条)。与酷刑的情况一样,这个定义要求行为是公职人员实施的或在公职人员唆使或同意下实施的,使该罪行直接属于本条款草案的范围。因此,委员会认为,为本条款草案之目的,应依照2006年《公约》第二条理解强迫失踪的定义。

⁸⁰¹ 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第一公约》),第50条;《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》(《日内瓦第二公约》),第51条;《关于战俘待遇之日内瓦公约》(《日内瓦第三公约》),第130条;《关于战时保护平民之日内瓦公约》(《日内瓦第四公约》),第147条(联合国,《条约汇编》,第75卷,第970至973号);《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受害者的附加议定书》(《第一议定书》),1977年6月8日,日内瓦,第85条(同上,第1125卷,第17512号,第3页)。

⁸⁰² 《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第53-54页。

⁸⁰³ 《美洲防止和惩处酷刑公约》(哥伦比亚卡塔赫纳,1985年12月9日),美洲国家组织,《条约汇编》,第67号。

⁸⁰⁴ 《美洲被迫失踪人士公约》(巴西贝伦,1994年6月9日),美洲国家组织,《正式记录》,OEA/Ser.A/55。