

第六章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

53. 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。³¹⁰ 同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于本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)。³¹¹

54. 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。³¹² 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。³¹³

55. 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。³¹⁴ 委员会同届会议(2012 年)收到并审议了该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)和第六十九届会议(2017 年)收到并审议了她的第五次报告,第七十届会议(2018 年)和第七十一届会议(2019 年)收到并审议了她的第六次报告,第七十一届会议(2019 年)收到并审议了她的第七次报告。³¹⁵ 委员会在特别报告员

³¹⁰ 在 2007 年 7 月 20 日第 2940 次会议上(《大会正式记录,第六十二届会议,补编第 10 号》(A/62/10),第 376 段)。大会在 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议第 7 段中注意到委员会决定将本专题列入其工作方案。在第五十八届会议(2006 年)上,委员会已根据其报告附件 A 中所载建议,将本专题列入长期工作方案(《大会正式记录,第六十一届会议,补编第 10 号》(A/61/10),第 257 段)。

³¹¹ 《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。

³¹² 分别为 A/CN.4/601、A/CN.4/631 和 A/CN.4/646。

³¹³ 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。

³¹⁴ 同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 266 段。

³¹⁵ 分别为 A/CN.4/654、A/CN.4/661、A/CN.4/673、A/CN.4/686、A/CN.4/701、A/CN.4/722 和 A/CN.4/729。

第二、第三、第四和第五次报告提出的条款草案基础上，暂时通过了七条条款草案及其评注。关于定义的第 2 条草案案文仍在拟订中。³¹⁶

B. 本届会议审议此专题的情况

56. 委员会收到了特别报告员的第八次报告(A/CN.4/739)。该报告审查了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系；审议了建立法院地国和官员所属国之间争端解决机制的问题；并审议了可有助于解决在确定和适用豁免过程中出现的实际问题的良好做法的问题。根据报告中对这些问题的处理，还提出了关于第 17 条和第 18 条草案的建议。

57. 委员会在 2021 年 5 月 12 日至 21 日举行的第 3520 次、第 3521 次和第 3523 至第 3528 次会议上审议了第八次报告。

58. 对该报告进行辩论后，委员会在 2021 年 5 月 21 日举行的第 3528 次会议上，决定根据委员会的辩论情况和所提建议，将特别报告员第八次报告所载的第 17 和第 18 条草案转交起草委员会。

59. 在 2021 年 6 月 3 日和 7 月 26 日举行的第 3530 次和第 3549 次会议上，委员会收到并审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L.940、A/CN.4/L.953 和 Add.1)，并暂时通过了第 8(前)、第 8、第 9、第 10、第 11 和第 12 条草案(见下文 C.1 节)。

60. 在 2021 年 8 月 3 日至 5 日举行的第 3557 次至第 3561 次会议上，委员会通过了第 8(前)、第 8、第 9、第 10、第 11 和第 12 条草案的评注(见下文 C.2 节)。

1. 特别报告员介绍第八次报告

61. 特别报告员回顾说，在提交委员会第七十一届会议审议的第七次报告中，她完成了对 2012 年提交委员会的工作计划中所提问题的审议。但在第七次报告第五章，她特别提请注意三个值得委员会在一读结束前加以审查的一般性问题，即国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系、建立争端解决机制的

³¹⁶ 见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 48-49 段。

委员会在 2013 年 6 月 7 日第 3174 次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第 1、第 3 和第 4 条草案，在 2013 年 8 月 6 日和 7 日第 3193 至第 3196 次会议上通过了其评注(同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 48-49 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，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(同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 130-132 段)。

委员会在 2016 年 7 月 27 日第 3329 次会议上暂时通过了经起草委员会暂时通过和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 194-195 段和第 250 段)。

委员会在 2017 年 7 月 20 日第 3378 次会议上经记录表决暂时通过了第 7 条草案，在 2017 年 8 月 3 日和 4 日第 3387 至第 3389 次会议上通过了其评注(同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 74、第 76 和第 140-141 段)。

在 2019 年 8 月 6 日第 3501 次会议上，起草委员会主席介绍了起草委员会关于“国家官员的外国刑事管辖豁免”的临时报告，其中载有起草委员会在第七十一届会议上暂时通过的第 8(前)条草案(A/CN.4/L.940)。委员会注意到起草委员会关于第 8(前)条草案的临时报告，该报告提交委员会仅供参考(同上，《第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 125 段和脚注 1469)。

可能性以及将良好做法建议列入条款草案的可能性。第八次报告审议了这些问题。

62. 特别报告员解释说，第八次报告分为导言和四个章节。导言的目的是说明委员会对此专题的处理情况。第一章审查了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系。第二章审议了与争端解决有关的问题，并提议为此建立一个具体机制。第三章讨论了推荐的良好做法问题。第四章涉及未来的工作计划。

63. 关于起草委员会尚未审查的条款草案，特别报告员说，她在本届会议开始前举行了两轮非正式磋商，以审查委员会工作的现状，并提出建议，便利起草委员会在 COVID-19 大流行病造成的困难情况和本届会议采取的工作方法下取得进展。她对参加磋商的委员表示感谢。

64. 关于国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系，特别报告员回顾说，在第六次报告中，她提到需要在随后的报告中讨论与国际刑事法庭合作的义务可能对国家官员的外国刑事管辖豁免产生的影响。³¹⁷ 有两个事件使她未能在第七次报告中讨论这个问题。一是豁免与合作义务之间的关系问题已经在约旦移交巴希尔案中向国际刑事法院提出，当时该案尚未审结。二是报告完成时联大议程上有一个项目，涉及可能请求国际法院就国家元首豁免问题及其与同国际刑事法院合作的义务之间的关系提供咨询意见。³¹⁸ 特别报告员指出，对咨询意见的需要似乎已经减弱，而且国际刑事法院在 2019 年 5 月 6 日就上述案件作出了判决。³¹⁹ 因此，当前的情况使委员会能够从总体上处理国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系。

65. 处理本专题的两位特别报告员都分析了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系问题。它与委员会通过的第 1 条草案中界定的条款草案范围密切相关。本专题显然不涉及国际刑事法庭的豁免。但也不可否认，不能抽象地讨论国家官员的外国刑事管辖豁免问题，也不能无视为审议国际社会关注的罪行而设立的国际刑事法庭的存在。鉴于国家官员可能犯下国际罪行，之后可能会在国家国际刑事法院受到起诉，因此，似乎无法否认本专题与国际刑事管辖权之间存在关系。这种关系还与问责制原则和打击国际法规定的罪行的有罪不罚现象这两个委员会辩论中反复出现的主题密切相关。

66. 与国际刑事法庭和本专题之间的关系有关的具体问题出现在两个方面。一是对源自与国际刑事法庭合作义务的豁免例外可能作出的界定。二是在这一合作义务下外国刑事管辖权的地位。委员会在 2016 年和 2017 年讨论了第一个问题，决定不在第 7 条草案中保留这一例外。第二个问题在国际刑事法院上诉分庭对约旦移交巴希尔案的判决中得到解决，法院在该判决中确认，当《罗马规约》³²⁰ 缔

³¹⁷ A/CN.4/722, 第 43 段。

³¹⁸ 议程项目 89, 题为“请求国际法院就各国根据不同国际法渊源在国家元首、政府首脑和其他高级官员豁免方面承担的法律义务的后果提供咨询意见”(A/73/251 和 Add.1)。

³¹⁹ 《苏丹达尔富尔局势，检察官诉奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔案，约旦移交巴希尔案上诉判决书》，上诉分庭 2019 年 5 月 6 日判决(ICC-02/05-01/09-397-Corr)。

³²⁰ 1998 年 7 月 17 日，罗马，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页。

约国根据法院的协助请求行事时，系该国协助法院行使其管辖权，而不是在行使国家刑事管辖权。³²¹

67. 特别报告员重申了她在第七十一届会议上口头表达的以及在第八次报告中表达的观点，即委员会审查国际刑事法院的判决对其工作目的而言既无益处，也无必要。必须在《罗马规约》确立的具体法律制度背景下理解该判决，而且似乎不可能将其推及委员会审议的本专题，本专题具有一般范围，应适用于其刑事管辖权可能出现豁免问题的任何国家。

68. 然而，特别报告员认为，委员会在审议与国际刑事法庭有一定关系的问题时，忽视这些法庭的存在似乎是不合理的。虽然本专题的范围仅限于外国刑事管辖豁免，但一些委员会委员和国家都表示，委员会正在开展的工作不应忽视国际社会在国际刑法领域取得的成就，其工作不应改变或损害国际刑法的实质性和体制性规范。

69. 提交委员会审议的第 18 条草案³²² 对此作出了回答。它是一项不妨碍条款，将保障适用于国家刑事法院和国际刑事法庭的豁免制度的分离和独立性，并维护国际刑事法庭运作的特殊规范。特别报告员还注意到第 18 条草案和第 1 条草案第 2 款作为不妨碍条款的相似之处，并建议将前者作为第 1 条草案第 3 款纳入。

70. 关于争端解决问题，特别报告员指出，如第八次报告所述，第六次和第七次报告提出的程序性规定旨在帮助官员所属国和法院地国之间建立信任，从而促进解决在确定和适用豁免过程中可能出现的争端。尽管如此，所涉国家之间法律立场的不同仍有可能导致只能通过当代国际法中适用的和平手段来解决的争端。因此，特别报告员认为，有必要在本条款草案中列入一项关于解决争端的具体规定。

71. 显然，法院地国和官员所属国之间可能产生的任何争端均可提交各国接受的争端解决机制，这在实践中也确实发生过。但这些传统的争端解决机制往往以事后方式运作，作为恢复国际合法性的最后手段。它们没有为各国在早期解决争议、避免造成今后难以扭转的既成事实提供机会。

72. 第 15 条草案中提出的协商机制和第 13 条草案(重新编号为第 12 条草案)规定的信息交流系统都是为了促进争端早日解决。但如果两者均不起作用，也可以建立一个机制，将争端提交给中立和公正的第三方。特别报告员解释说，该机制要发挥作用，应围绕两个基本要素构建：一是将提交第三方解决争端与法院地国暂停行使刑事管辖权联系起来；二是第三方所作决定具有约束力。

73. 提交委员会的建议选择了仲裁或国际法院，以避免设立特设机构所需的漫长谈判过程。据认为，这两种机制及其程序规则为各国所熟知。国际法院作为国际法普通法院的地位也将使该法院特别适合就外国刑事管辖豁免案件中可能出现的复杂问题作出裁决。

³²¹ 见上文脚注 319。

³²² 特别报告员提出的条款草案如下：

“第 18 条草案

本条款草案不妨碍国际刑事法庭运作所遵循的规则。”

74. 基于这些考虑，提交委员会审议的拟议第 17 条草案³²³ 建立了一个分为三个连续阶段的争端解决制度：协商、谈判(均作强制性机制理解)和诉诸仲裁或国际法院(作为自愿性质的替代机制)。这一模式受当代国际法中现行的争端解决一般规则的约束，将为各国提供一个维护各自权益的有用工具，避免造成既成事实。

75. 特别报告员指出，委员会在最近的很多工作中都纳入了关于争端解决的规定，包括在不遵循条款草案传统模式的项目，例如关于一般国际法强制性规范(强行法)的工作中。但她承认，争端解决机制与规范性文书特别相关，委员会尚未决定是否向联大建议使本条款草案成为一项条约。即使不成为一项条约，第 17 条草案从专门讨论程序性规定和保障的条款草案第四部分来看也是完全合理的。

76. 关于良好做法，特别报告员回顾说，在第七次报告中，她提出了在条款草案中提到一些可推荐各国采纳的良好做法的可能性。这些做法特别包括由一个高级别国家当局就豁免的确定和适用作出决定，以及各国起草手册或指南，供参与确定和适用豁免过程的国家机构使用。特别报告员解释说，提出这种办法是因为据发现，在一些情况下，国家主管当局不熟悉国际法中的豁免引起的特殊问题、豁免与国际法基本原则的关系以及有关外国官员豁免的决定可能对法院地国的国际关系产生的影响。

77. 在委员会第七十一届会议的辩论中，一些委员谈到了良好做法问题，特别报告员回顾说，所表达的意见差别很大。一种提议是将条款草案第四部分改为一个附件，作为良好做法向各国推荐。特别报告员认为这种形式不合适。另一些委员认为，将良好做法纳入条款草案无益。第三组委员认为，虽然纳入良好做法可能有用，但起草需要很长时间，会使委员会推迟完成此专题的工作。

78. 特别报告员还指出，委员会第七十一届会议工作报告请各国提供资料，说明“是否面向有权做出可能会影响外国官员及其在法院地国领土内刑事管辖豁免的任何决定的国家官员和机构，发过有关手册、指南、规程或业务指示。”³²⁴ 只有一个国家对此作了答复，说没有这种指南。

79. 鉴于所表达的各种考虑，特别报告员解释说，第八次报告没有就推荐的良好做法提出具体建议。但这并不妨碍将她指出的那些做法纳入条款草案，无论是在第四部分，还是在一般性评注中。

³²³ 特别报告员提出的条款草案如下：

“第 17 条草案

争端的解决

1. 如经法院地国和官员所属国协商之后，在确定和适用豁免方面仍存在分歧，则两国应尽力通过谈判尽快解决争端。
2. 如在不超过[6][12]个月的合理期间内未能通过谈判达成解决办法，法院地国或官员所属国均可向对方建议将争端提交仲裁或提交国际法院。
3. 如已将争端交付仲裁或提交国际法院，则法院地国应暂停行使管辖权，直至主管机关作出最终裁决。”

³²⁴ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 29 段。

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

80. 委员们赞扬特别报告员就第八次报告所做的广泛工作，认为该报告在充分研究的基础上对本专题与国际刑事管辖权之间的关系、增加一项争端解决条款的可能性和推荐的良好做法等问题进行了清晰、简洁和全面的处理。委员们对她在会议之前和会议期间组织的几轮非正式磋商表示赞赏。据指出，这使起草委员会得以在本届会议上取得工作进展。

81. 有人回顾说，特别报告员现已完成其关于此专题的工作计划，包括第八次报告中涉及的其他问题。一些委员表示希望委员会在本届会议上或本五年期内完成一读。强调了在一读结束时让各国有机会对整套条款草案发表评论的重要性。还有人指出，本专题自 2007 年以来一直被列入委员会当前的工作方案，使之成为委员会审议时间最长的专题之一。有人认为，委员会就本专题开展工作所花的时间反映了其复杂性及其一些基本方面的争议性。在这方面，有人指出，各国曾呼吁委员会就本专题的前进方向达成一致。对此，一些委员建议，委员会在完成关于本专题的一读之前，需要克服委员们对第 7 条草案的不同意见。还回顾了审议不可侵犯性问题和第 2 条草案(原第 3 条草案)中未确定的定义的必要性。

(b) 具体评论

第 18 条草案

82. 委员们一致认为，国际刑事法庭的任何豁免问题都不属于本专题的范围。若干委员指出，特定国际刑事法庭的豁免受确立其自身法律制度的文书管辖。但一些委员认为，委员会应在条款草案中具体述及这种关系。有人指出，这两个法律领域都有促进问责和防止国际法规定的最严重罪行有罪不罚的重要目标。有人指出，国际性刑事法院行使管辖权往往必须依赖国家。一些委员表示，应避免给国际刑法的实质性和体制性规范的解释和适用蒙上阴影。特别回顾了《罗马规约》缔约国与国际刑事法院合作的义务以及各国根据安全理事会第 955(1994)号和第 827(1993)号决议承担的合作义务的重要性。还有一些委员指出，在过去的实践中，安全理事会根据《联合国宪章》第七章采取行动，为各国规定了协助他国进行刑事调查的横向义务。但一些委员也强调，条款草案的编写方式必须使之平等适用于《国际刑事法院罗马规约》的缔约国和非缔约国。

83. 一些委员支持列入第 18 条草案，并赞同特别报告员的观点，即不妨碍条款将有助于处理条款草案与国际刑事法庭运作规则之间的关系。有人认为，本套条款草案表明其既不适用于、也不涉及国际刑事法庭的自主制度。有人建议第 18 条草案向各国明确，本套条款草案不影响各国以前可能接受或承担的任何其他义务。还有人指出，委员会在以前的工作中经常使用不妨碍条款，这些条款是为了界定专题的范围，而不是建立等级关系。

84. 其他一些委员反对通过第 18 条草案。有人认为，国家管辖权和国际管辖权之间可能的重叠不足以在二者之间建立关系。一些委员认为，此专题与国际刑事法庭之间的关系已在第 1 条草案第 1 款和评注中阐明。一些委员还怀疑，本套条款草案如在没有第 18 条草案的情况下获得通过，会破坏国际刑法的发展。有人表示关切说，不妨碍条款可能被解释为在国际刑事法庭规范和关于国家官员在国

内法院豁免的法律之间建立等级关系。还有人指出，使国际刑事法院的管辖权优先于国内法院的管辖权，将有违补充性原则。有人强调，关于此专题与国际刑事法庭之间关系的规定不应确立习惯国际法中不存在的豁免例外。一些委员强调，虽然各国可以在其相互关系中商定不承认豁免，但不能将这些规则扩大到其他国家。关于安全理事会的授权，有人回顾需要密切注意这种授权的案文，以确定其内容。有人指出，以前涉及国家对国际罪行管辖权的文书，包括防止及惩治危害人类罪条款草案和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》³²⁵，并不包含类似的不妨碍条款。此外，一些委员认为，审议第 18 条草案的复杂性可能会对完成本专题的一读造成不必要的延误。

85. 有几位委员提到国际刑事法院上诉分庭对约旦移交巴希尔案的判决。一些委员指出，该判决不合理，并存在争议。因此，这些委员认为不妨碍条款的措辞不应对该判决表示认可，并指出，不应在评注中将该判决与第 18 条草案联系起来。但一些委员不同意上述说法。有一种观点认为，委员会不应就国际刑事法院上诉分庭在约旦移交巴希尔案中的判决作出评价，该判决涉及上诉分庭完全有法定权限处理的法律事项。无论如何，委员们普遍认为，委员会不需要也不应该在关于本专题的工作中讨论这一判决。

86. 关于第 18 条草案的案文，提出了一些具体建议。为顾及既非完全国内性质也非完全国际性质的混合法庭的存在，一些委员支持关于提及“国际化刑事法庭”而不是“国际刑事法庭”的建议。还有人建议借鉴《维也纳外交关系公约》和《维也纳领事关系公约》³²⁶ 中的保留条款案文，在“国际刑事法庭……所遵循的规则”中加上“和惯例”等字。还有人表示支持明确提及安全理事会决定所产生的义务。一些委员对第 18 条草案所涵盖的规则的范围过于宽泛或不明确表示关切。有人指出，第 18 条草案中提出的不妨碍条款比第 1 条草案相关评注的范围更大，因为前者提及的是国际刑事法庭的“运作”，后者提及的则是这些法庭的豁免。有一项建议是完善案文，将其改为：“本条款草案不妨碍根据设立国际刑事法庭的相关组成文书，在此类国际刑事法庭适用豁免。”另一项建议是提及国际法规定的国家既有义务。其他委员提出，“管辖权”是适当的用语，因为国际刑事法庭不存在豁免。在这方面，有人强调，案文中应考虑到多个此类管辖权的存在。还有人建议，最好有一项条款，规定本套条款草案“不涉及”国际刑事法庭的问题。

87. 关于拟议案文的位置，若干委员表示，他们倾向于将该项规定作为第 1 条草案新的第 3 款列入。一些委员认为，这将突出第 1 条草案第 2 款已经包含的不妨碍条款与第 18 条草案之间的关系。其他委员认为两种位置均可接受。有人强调，无论如何，这两项规定须一并阅读。

88. 由于特别报告员没有提出第 18 条草案的标题，有人建议，如果该项规定作为一个单独的条款草案保留，可以采用“与国际化法庭的关系”这一标题。其他建议的标题包括“不妨碍”、“与专门条约制度的关系”、“本条款草案范围以外的情况”和“本条款草案与设立国际刑事法庭的文书之间的关系”等。

³²⁵ 2006 年 12 月 20 日，纽约，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页。

³²⁶ 分别为 1961 年 4 月 18 日，维也纳，同上，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页，以及 1963 年 4 月 24 日，维也纳，同上，第 596 卷，第 8638 号，第 261 页。

第 17 条草案(争端的解决)

89. 一些委员同意列入一项关于争端解决的条款草案。有人指出, 争端解决条款可视为最后的程序性保障, 并以第 8 至 16 条草案为基础。条款草案中提出的程序机制可以看作是一个整体, 旨在很好地平衡法院地国和官员所属国的利益。有人指出, 列入这一条款可能会受到各国的欢迎, 有些国家一直在考虑建立一个国际机制来解决与国家官员豁免有关的争端。此外, 在实际层面上, 一些委员指出, 在一读时列入一项争端解决条款会引发各国提出可能有益评论。但也有人认为, 不适合在整套条款草案中添加争端解决条款。特别是, 有人表示, 各国可能不愿建立一个可被视为限制其行使国家刑事管辖权的机制。

90. 一些委员认为, 只有当条款草案意在成为一项条约时, 争端解决条款才具有相关性。有些委员认为, 列入争端解决条款并不取决于委员会最终工作结果的性质。有人指出, 尚不能排除条款草案成为条约的可能性, 因此认为争端解决条款是适当的。若干委员认为需要进一步明确该条款的预期目的, 以确定其适当的措辞。一些委员认为, 如果条款草案意在成为一项条约, 一个典型的仲裁条款会更合适。但如果条款草案无意成为一项条约, 则关于程序性建议的更笼统的条款比较合适。

91. 一些委员认为, 委员会在最近的其他专题工作中通过的与争端解决有关的规定可以作为这项规定的范本, 并特别提到关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案³²⁷ 的结论 21 和防止及惩治危害人类罪条款草案³²⁸ 第 15 条: 前者被认为是向各国提出程序性建议的一个可能的模式; 后者是有效的仲裁条款的良好范例。但一些委员建议在本套条款草案中忽略防止及惩治危害人类罪条款草案第 15 条草案第 3 款和第 4 款中涉及对争端解决的保留的内容。还有人认为, 结论草案 21 不是一个适当的模式, 因为委员会关于一般国际法强制性规范(强行法)的工作尚未完成。还有人回顾, 拟订结论草案 21 的动机在于《维也纳条约法公约》³²⁹ 第 53 条的特殊谈判历史, 这不适用于本专题。

92. 一些委员对第 17 条草案所载的争端解决手段表示了看法。有人指出, 该条草案侧重于谈判、仲裁和司法解决, 而没有提及《联合国宪章》第三十三条规定的和平解决争端的其他手段。一些委员支持在该条草案中增加更多的手段。有人认为, 扩大手段选择范围将使这项规定与国家实践更加一致。《联合国海洋法公约》³³⁰ 第十五部分被认为是一个可能的模式。

93. 还有人强调, 应着重指出所有国家根据《宪章》第二条第三款和第三十三条有义务通过和平手段解决它们之间的任何分歧。一些委员强调了各国自由选择争端解决手段的重要性。有人建议, 要么在条款草案中增加一个明确提及该原则的款项, 要么在评注中解释这一点。还有人指出, 第 17 条草案并不违背自由选择手段的原则, 而是可以视为对这种自由的行使。

³²⁷ 《大会正式记录, 第七十四届会议, 补编第 10 号》(A/74/10), 第 56 段。

³²⁸ 同上, 第 44 段。

³²⁹ 1969 年 5 月 23 日, 维也纳, 联合国, 《条约汇编》, 第 1155 卷, 第 18232 号, 第 331 页。

³³⁰ 1982 年 12 月 10 日, 蒙特哥湾, 同上, 第 1833 卷, 第 31363 号, 第 3 页。

94. 关于第 1 款，一些委员要求进一步澄清协商和谈判之间的区别。有人提议，可以修改该款，在“谈判”之前加上“通过它们自己选择的任何其他手段所进行的”。有人建议将“尽快”改为“在可行的情况下尽快”，以便各国具有适当的灵活性。另外，有人提议添加协商和谈判的时限，以便利争端的解决。

95. 关于第 2 款，有人认为，将争端提交司法或仲裁解决是否是强制性的这一点不清楚。一些委员支持使用强制性措辞，使第 17 条草案成为一项仲裁条款。但其他委员更喜欢当前的措辞。有人建议，如果这项规定是为了提醒各国，则应当是一般性的。因此，一些委员认为，只有在该项规定是强制性的情况下，列入 6 个月或 12 个月的时限才有意义。还有人指出，鉴于豁免争端的敏感性，即使是 6 个月也可能拖延太久。有人要求澄清，在例如谈判没有合理的成功前景等情况下，可否在 6 个月或 12 个月的期限届满之前将争端提交司法或仲裁解决。一些委员建议提及更多司法机构，酌情包括国际海洋法法庭和最终的非洲司法和人权法院。还有人提议在所列的可用手段中增加调解、调停和斡旋。一些委员提议，第 17 条草案应澄清一国不接受另一国发出的争端解决邀请的后果。一些委员还认为，设立一个新的常设机构来处理豁免争端是不可取的。

96. 一些委员支持第 17 条草案第 3 款。但有些委员对这项规定表示怀疑。有人指出，与豁免有关的现有条约没有规定在国家间争端解决之前暂停国内程序。有一种观点是，在国际争端解决之前暂停国内程序将是对官员所属国的极大尊重。一些委员认为，该条款草案没有述及豁免所涉国家官员的情况。有人提议，该条款草案可以禁止刑事程序的进一步进行，对继续拘留的问题不作定论。一些委员建议，法院或仲裁庭应在临时措施范围内逐案处理暂停问题。有人指出，在过去向国际法院提出国家官员豁免相关申诉的案件中，该法院没有指示采取临时措施，下令暂停国内程序。另外还指出，有必要确保国内法律制度中有使任何暂停生效的规定。此外，一些委员建议，该条款草案应具体说明国际法院或仲裁法庭的最终裁决对国内程序的影响。还有人建议，争端解决条款可以确立一种初步移交程序，允许国内法院寻求第三方争端解决机制的指导。

97. 有人指出，拟议的第 17 条草案有可能妨碍现有的仲裁条款。建议增加一个不妨碍条款来解决这一问题。

98. 关于该条款草案的标题，有人提出，以“程序性要求”作为该条款的标题可能更合适，因为“争端的解决”意味着对各国规定有约束力的义务。

推荐的良好做法

99. 委员们普遍同意特别报告员的意见，即没有必要就推荐的良好做法提出新的建议。虽然一些委员原则上支持反映良好做法的想法，但一些委员认为，列入这些建议与本套条款草案的形式不符。其他委员还认为，就推荐的良好做法开展广泛工作，会不必要地导致委员会推迟完成对本专题的一读。还指出了制定一套易于适用于不同国家法律制度的良好做法所面临的潜在困难。若干委员表示支持特别报告员的提议，即述及在提交委员会的条款草案中，或者更有可能的是，在评注中已经指出的良好做法。还有人建议，可以从各国的评论中推断出它们所推荐的良好做法，因此没有必要在委员会的工作中直接提及这些做法。

3. 特别报告员的总结

100. 特别报告员感谢委员们对第八次报告的评论。她认为，委员们的评论、意见、批评和建议将有助于推进委员会的工作。

101. 特别报告员首先回应了对本专题工作进展情况的关切，指出委员会尚有几个实质性问题没有解决，需要进一步努力才能在一读通过条款草案之前成功解决。她注意到一些委员在这方面提到了关于属事豁免例外的第 7 条草案。但她强调，委员会正在处理一个造成法律困难和政治敏感性的问题方面取得高效进展。这一进展很大程度上归功于在现五年期和上一个五年期得到委员会广泛支持的工作计划和方法。她相信委员会将能本着其特有的合议精神，解决国际法的逐渐发展和编纂过程中不可避免出现的问题。

102. 关于委员会本专题工作的未来成果，特别报告员认为，本专题一直是以条款草案的形式拟定的，其目的是根据委员会促进国际法逐渐发展和编纂的任务，就本专题的一般规则向各国提出建议。她认为没有理由在现阶段改变委员会的工作形式，特别是考虑到工作的规范层面，并相信委员会同意这一观点。因此，委员会本专题的工作将采取条款草案的形式，无论委员会是否在二读时建议联大将其作为可能的条约的基础。她认为，正在编写的文书的性质和可能就条款草案的进一步处理向联大提出的建议是两个应当分开的问题。

103. 关于第 18 条草案，特别报告员指出，委员们的发言虽然表达了不同的意见，但反映了这个问题的重要性。

104. 关于条款草案的范围，特别报告员回顾说，一些委员认为委员会没有必要审查本专题与国际刑事法庭之间的关系，因为这个问题超出了本专题的范围。但她也注意到，大多数委员发言支持审查这一问题并保留第 18 条草案。特别报告员同意后一种做法，并认为，鉴于国际法的演变，很难证明有意避免提及适用于国际刑事法庭的制度的自主性是合理的。考虑到在实践中就国际刑事法庭管辖范围内的相同罪行提出外国刑事管辖豁免问题的案例数量之多，情况尤其如此。承认这种联系并正式宣布适用于此类法院的法律制度的自主性，不会影响本专题的范围，并将使委员会能够避免关于国内刑事法院和国际刑事法庭豁免的辩论。

105. 关于国际刑事法院在约旦移交巴希尔案中的判决，特别报告员回顾说，一些委员反对第 18 条草案，是因为担心该条草案与法院的判决直接相关，可能被解读为认可或支持该判决。特别报告员认为这种担心没有道理。虽然她在讨论这个问题前一直在等待国际刑事法院的判决，但她始终保留重新审视本专题与国际刑事法庭之间关系的权利。正如她在 2019 年已经指出的那样，委员会没有必要审议该判决，因为它与本专题无关。因此，她在第八次报告中提到该判决，仅限于回顾其主要结论，并解释为什么它与委员会的工作无关。她重申不能将第 18 条草案视为确认、认可或支持国际刑事法院的判决，并相信起草委员会在审议该条款草案时会考虑到委员们的关切。

106. 此外，特别报告员指出，虽然一些委员采用了第八次报告英文译文中的措辞，即对该判决的接受情况“并不友好”，³³¹但她认为更好的翻译是“存在争议”。

³³¹ A/CN.4/739, 第 23 段。

107. 关于拟议的不妨碍条款的效力问题，特别报告员注意到有人认为，第18条草案的拟议案文相当于承认，关于国际刑事法庭运作的规则在等级上高于关于国家官员外国刑事管辖豁免的规则。特别报告员同意关于国际刑事法庭的公约规范一般只适用于相关公约的缔约国这一观点，但不同意第18条草案会对该原则有任何影响。她回顾说，委员会在工作中经常使用不妨碍条款，委员会认为这种条款不会产生等级关系。相反，她同意一些委员的如下看法，即第18条草案只是将打算保持其有效性和不同适用领域的不同法律制度分开而已。

108. 关于第18条草案的位置，特别报告员指出，几乎所有支持列入第18条草案的委员都认为，该条款最好作为第3条草案第1款列入。这种安排比较合适，因为第18条草案与本套条款草案的范围密切相关，可以补充第1条草案第2款所载的不妨碍条款。特别报告员表示，她打算就此向起草委员会提出适当的建议。

109. 关于委员们提出的具体起草建议，特别报告员特别强调了提及“国际化”刑事法庭而不是“国际”刑事法庭的建议，但认为更合适的做法是将所有这些建议留给起草委员会研究。

110. 关于第17条草案，特别报告员强调，列入一项专门涉及争端解决的条款草案的提议得到了委员会大多数委员的支持。她还注意到，一些委员将列入争端解决条款草案与委员会工作的最终结果将是一项条约的想法联系起来。但另一些委员认为，争端解决条款也可以理解为条款草案第四部分所包含的程序性保障的延伸，因此，无论工作的最终结果如何，列入这样一个条款都是适当的。第17条草案与后一种观点相对应，这也解释了该条款直接放在第四部分其他拟议条款之后的原因。不过，特别报告员同意，委员会工作的最终结果可能与第17条草案的内容相关。传统的仲裁条款对条约草案而言可能更合适，如果委员会不打算提出条约，则指导各国如何解决争端的条款更合适。特别报告员不打算让该条草案成为一项仲裁条款，但愿意讨论起草委员会委员的意见和建议。她还回顾说，无论委员会对本专题工作性质的最终决定如何，在一读时列入一项争端解决条款以便各国就此提出反馈意见都是有益的。

111. 关于第17条草案所载的争端解决手段，特别报告员注意到在该条草案中纳入其他争端解决手段或其他司法机构的提议。但她认为该条款旨在为解决争端提供一个简单有用的模式。虽然各国显然可以使用任何其他争端解决手段，但在该条中重复这些可选择的手段没有什么意义。不过，特别报告员对于纳入对第17条草案的目的而言特别有用的其他具体手段的可能性持开放态度。鉴于本套条款草案的总体做法，她还认为宜将对司法手段的提及限于国际法院。关于对仲裁的提及，特别报告员解释说，笼统地提到尊重自由选择手段的原则是适当的，而从上下文来看，所提的显然与国家间仲裁有关。特别报告员还注意到委员们认为，设立一个专门机构是没有用的。

112. 关于拟议争端解决机制的特点，特别报告员针对辩论中提出的一个问题解释说，她的提议分为三个阶段：协商、谈判和司法或仲裁解决。她注意到协商和谈判可能会重叠，澄清说二者的区别在于正式程度，而且谈判的特定目的是为了找到双边解决办法。特别报告员还注意到委员们提出，如果有关国家决定将争端提交仲裁或国际法院，则应暂停行使国家管辖权。但她解释说，该条款旨在为官员所属国提供保障，防止滥用权力的或出于政治动机的起诉。她指出，需要考虑

到确保在保护法院地国利益和官员所属国利益之间取得适当平衡的必要性，以免造成既成事实，剥夺法院地国的刑事管辖权或官员所属国的豁免权。关于所提出的争端解决机制的结果在法院地国法律秩序中的法律效力问题，特别报告员表示她认为这个问题很重要，应由起草委员会审议，同时也应审议诉诸国际法院或仲裁的任择性质可能产生的实际后果。

113. 关于良好做法问题，特别报告员指出，委员们几乎一致支持她的提议，即不在本套条款草案中列入有关这个问题的条款。她表示，根据一些委员的建议，她打算在提交委员会的评注中提及良好做法的例子。

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

114. 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。

* 委员会正在审议第四部分中适用于本条款草案的程序性规定和保障措施。

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。

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。

** 委员会正在审议第四部分中适用于本条款草案的程序性规定和保障措施。

第四部分***

第 8(前)条

第四部分的适用范围

本部分的程序性规定和保障措施适用于针对现任或前任外国官员的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载的任何条款草案的任何刑事诉讼，包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用。

第 8 条

法院地国审查豁免问题

1. 法院地国主管当局一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，应立即审查豁免问题。
2. 在不妨碍第 1 款的情况下，法院地国主管当局审查豁免问题应总是：
 - (a) 在启动刑事诉讼前进行；
 - (b) 在采取可能影响另一国官员的强制措施，包括可能影响该官员根据国际法可能享有的任何不可侵犯性的强制措施前进行。

第 9 条

通知官员所属国

1. 在法院地国主管当局启动刑事诉讼或采取可能影响另一国官员的强制措施前，法院地国应将此情况通知官员所属国。各国应考虑建立适当程序，以便利此种通知。
2. 除其他内容外，通知应包括该官员的身份、行使刑事管辖权的理由以及拟行使管辖权的主管当局。
3. 通知应通过外交途径发出，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式发出，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。

第 10 条

援引豁免

1. 一国在意识到另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权后，可为其官员援引豁免。应尽快援引豁免。
2. 援引豁免应以书面形式进行，表明该官员的身份和所任职务以及援引豁免的理由。
3. 援引豁免可通过外交途径进行，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 收到援引豁免有关通信的当局应立即将此情况通知任何其他相关当局。

*** 委员会尚未通过这一部分的标题。

第 11 条 放弃豁免

1. 官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免。
2. 放弃豁免必须总是以书面形式明确地表达。
3. 放弃豁免可通过外交途径表达，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式表达，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局。
5. 放弃豁免不可撤销。

第 12[13]****条 请求提供信息

1. 法院地国可请官员所属国提供其认为相关的任何信息，以便决定豁免是否适用。
2. 官员所属国可请法院地国提供其认为相关的任何信息，以便决定援引或放弃豁免。
3. 可通过外交途径请求提供信息，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 被请求国应善意地考虑任何关于提供信息的请求。

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》，1998 年 7 月 17 日，第六条；
- 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，1948 年 12 月 9 日，第二条。

危害人类罪

- 《国际刑事法院罗马规约》，1998 年 7 月 17 日，第七条。

战争罪

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

种族隔离罪

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

酷刑

**** 方括号内的数字是指特别报告员报告中条款草案的原来编号。

- 《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》，1984年12月10日，第1条第1款。

强迫失踪

- 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，2006年12月20日，第二条。

2. 委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

115. 委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注载录如下。

第8(前)条

第四部分的适用范围

本部分的程序性规定和保障措施适用于针对现任或前任外国官员的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载的任何条款草案的任何刑事诉讼，包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用。

评注

(1) 第8(前)条草案是条款草案第四部分第一条，目的是界定第四部分的适用范围，并与分别关于前任或现任国家官员的外国刑事管辖属人豁免和属事豁免的第二部分和第三部分有关。通过提到第四部分与第二和第三部分之间的联系，第8(前)条草案考虑到委员会以往工作中反映的平衡概念，其中包括第二部分和第三部分标题的脚注，该脚注指出，“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”。³³²

(2) 由于第四部分是条款草案的一个组成部分，其中所载的条款拟一般性地适用于条款草案中的其他条款。然而，委员会委员对第四部分的适用范围存在意见分歧，尤其是在其与委员会第六十九届会议(2017年)暂时通过的第7条草案的关系方面。

(3) 一些委员认为，第四部分所载的程序性保证和保障只适用于可能存在豁免的情况，而第7条草案所列的罪行似乎不属于这种情况，因为它采用了绝对的措辞，规定属事豁免“不适用于国际法规定的如下罪行”。相反，一些委员支持对特别报告员提出的条款草案作更广泛的解释，并设想即使在第7条草案所述的情况下，程序性保障和保证也能发挥作用。

(4) 鉴于这一意见分歧，委员会暂时通过了第8(前)条草案，其中明确指出，条款草案第四部分所载的所有程序性规定和保障“适用于针对现任或前任外国官员的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载的任何条款草案的任何刑事诉讼，包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用”。第8(前)条草案

³³² 列入该脚注的决定是在委员会第六十九届会议(2017年)暂时通过第7条草案时作出的。见《大会正式记录，第七十二届会议，补编第10号》(A/72/10)，第140和第141段。特别见第7条草案评注第(9)段，其中指出，“为了反映委员会在处理本专题时对程序性问题的高度重视，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’”。

不预断也不妨碍通过任何额外的程序性保证和保障，包括具体保障是否适用于第7条草案。

(5) 通过“包括适用于依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用”一语，委员会确认，整个第四部分也适用于第7条草案。这一点特别体现在提及对豁免的确定上，这种确定被理解为决定豁免是否适用的过程，是第13条草案的主题，目前正在起草委员会审议当中。在确定属事豁免是否适用时，应考虑到委员会暂时通过的第4、5和6条草案中所列的规范性要素以及第7条草案中所述的例外情况。此外，根据第8(前)条草案，在确定例外是否适用时，应遵守第四部分所载的所有程序性规定和保障。

(6) 有人建议第8(前)条草案应明确提及第7条草案，以确保第四部分的规定和保障适用于该条，委员会虽然讨论了这一个建议，但没有予以保留，而决定使用更笼统更中立的措辞，提到“依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用”。

(7) 第四部分适用于“针对外国官员的任何刑事诉讼”。在第8(前)条草案中，“刑事诉讼”一词泛指法院地国为进一步行使刑事管辖权而可采取的不同步骤。鉴于各国法律制度和传统在实践中的差异，大家认为没有必要明确提及这些步骤的性质，这可能包括行政部门的行为以及法官和检察官实施的行为。无论如何，应当牢记，“刑事诉讼”一词的使用在条款草案一读通过之前最后修订时应予以审视，特别是为了确保该词和“行使刑事管辖权”一词的使用及其各自的含义在整个条款草案中是一致的、系统的。对此的审视应在委员会就“刑事管辖权”概念的定义作出决定后进行，此定义尚待起草委员会审议。

(8) 第8(前)条草案使用了“针对现任或前任外国官员”一语。这反映出需要将外国官员与在法院地国打算启动的刑事程序以及可能适用的豁免联系起来。明确提到官员在与外国关系中可能的临时状况(前任或现任)，并不是要改变刑事管辖豁免的时间范围，因为如委员会在第2条草案(e)项的评注中指出的那样，这一要素与“官员”的定义无关，“属人豁免和属事豁免的时间范围是其他条款草案讨论的问题”。³³³ 因此，应参照关于属人豁免的第4条草案和关于属事豁免的第6条草案的规定来理解“前任或现任”一词。在一读通过条款草案之前，“外国官员”一词也应予以审视，以便决定应一致系统地使用该词语，还是其他条款草案中使用的“另一国官员”一词。

第8条 法院地国审查豁免问题

1. 法院地国主管当局一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，即应立即审查豁免问题。
2. 在不妨碍第1款的情况下，法院地国主管当局审查豁免问题应总是：
 - (a) 在启动刑事诉讼前进行；
 - (b) 在采取可能影响另一国官员的强制措施，包括可能影响该官员根据国际法可能享有的任何不可侵犯性的强制措施前进行。

³³³ 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第145页，第2条草案(e)项评注第(12)段。

评注

(1) 第 8 条草案涉及法院地国主管当局拟对或确实对另一国官员行使刑事管辖权时，应当审查刑事管辖豁免问题的义务。“审查豁免问题”是指为评估法院地国当局涉及其刑事管辖的行为是否会影响另一国官员的刑事管辖豁免而采取的必要措施。因此，对豁免权的“审查”是一种准备行动，标志着一个程序的开始，该程序将以确定豁免权是否适用而结束。然而，豁免问题的“审查”和“确定”虽然密切相关，但却是不同的范畴。“豁免的确定”将在另一条款草案中处理，该条款尚待起草委员会审议。

(2) 第 8 条草案包含两款，分别用于界定一般规则(第 1 款)和适用于特定情况的特定规则(第 2 款)。在这两种情况下，审查豁免问题的义务都由法院地国“主管当局”承担。委员会决定不明确提及属于这一类别的国家机关，因为确定这些机关将取决于豁免问题出现的时间以及法院地国的法律制度。由于这些机关在每个国家内部法律制度中可能不同，据认为最好还是使用能够涵盖不同性质的机关的术语，包括行政机关、警察、检察机关和法院。就本条草案而言，确定哪些国家机关属于“主管当局”类别是一个应逐案考虑的问题。

(3) 第 1 款所载的一般规则界定了法院地国主管当局“一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，即应立即审查豁免问题”的义务。

(4) 委员会认为，使用“另一国官员”一词比使用“外国官员”更为恰当。该用语相当于第 8(前)条草案中使用的“外国官员”和作为专题标题使用的“国家官员”(复数)，其定义载于委员会暂时通过的第 2 条草案(e)项。因此，此术语涵盖任何国家官员，无论级别如何，无论是受属人豁免还是属事豁免的保护，也无论在审议豁免问题时他们是否为在职官员。故按照条款草案第二部分和第三部分的规定，“另一国官员”一语应涵盖可受益于外国刑事管辖豁免的所有官员。

(5) 只有当另一国官员可能受到法院地国行使刑事管辖权的影响时，才会出现审查豁免问题的义务。在一般规则适用的情况下，委员会使用“行使刑事管辖权”一语，委员会认为这比“刑事诉讼”更可取，“刑事诉讼”是特别报告员提议的，被认为范围太窄。第 3、5 和 7 条草案中也使用了“行使刑事管辖权”一语，尽管相应评注中没有界定其范围。值得一提的是，“刑事管辖权”这一概念载于特别报告员第二次报告，³³⁴ 起草委员会尚未审议这一概念。在任何情况下，就第 8 条草案而言，“行使刑事管辖权”都应被理解为法院地国主管当局为确定一人或数人的刑事责任而可能采取的必要行为，但最终需依照委员会在适当时候通过的“刑事管辖权”的定义。这类行为可能具有不同的性质，并不限于司法行为，可包括政府行为、警察行为、调查或起诉。

(6) 然而，“行使刑事管辖权”这一一般类别所涵盖的所有行为并非都会产生审查豁免问题的义务。相反，只有当另一国官员可能受到这一类别涵盖的某一行为“影响”时，才会产生这种义务。根据国际法院对 2000 年 4 月 11 日逮捕令案³³⁵

³³⁴ 《2013 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661 号文件，第 41 和 42 页，第 36 至 42 段。

³³⁵ 见 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页起，见第 22 页，第 54 和 55 段。

和刑事事项互助的若干问题案³³⁶的判决，一项特定的刑事诉讼措施只有在对外国官员施加义务从而妨碍或阻止其行使职能的情况下，才可能影响到该官员的豁免权。例如，不仅针对所称的犯罪事实，而且实际针对所涉人员启动初步调查或提起刑事诉讼，如果没有根据适用的国内法律对该人施加任何义务，就不能视为侵犯豁免权。法院地国还至少能采用不对该外国官员造成约束或制约的措施，收集案件的初步证据(收集证人证词、文件、物证等)。

(7) 第1款规定的一般规则特别重视法院地国主管当局审查豁免问题的时间，强调应及早审查，否则豁免制度的效力可能会受到损害。虽然对国家官员各种形式的外国刑事管辖豁免作出规定的条约都没有载列关于此问题的具体规则，但国际法院已明确表示，豁免问题应当及早，即在诉讼程序启动前加以审查。³³⁷ 考虑到这一点，委员会认为有必要清楚说明开始审查豁免问题的时间，具体表述如下：“一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响”。“一旦意识到”这一表达方式在某种程度上沿用了国际法学会在其2001年关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖和执行豁免的决议中使用的措辞，³³⁸ 使用这一表达方式是为了强调，对豁免问题的审查应尽快进行，而不需要等到正式司法程序开始之后。为强化这一点，使用了《维也纳领事关系公约》第三十六条和第三十七条中的“立即”一词。

(8) 第8条草案第2款载有一项特别规则，确定了法院地国主管当局应审查豁免问题的两种特殊情况。该款规定的特别制度作为“不妨碍”条款，维护第1款所载一般规则的适用性。在这方面，使用“不妨碍”一词是为了强调，一般规则适用于所有情况，不能受到第2款所载特别规则的影响或损害。第2款所载的特别规则的目的是提请法院地国主管当局注意其在采取该款所述的一项特别措施之前有义务审查豁免问题，如果它们尚未根据一般规则已经这样做的话。副词“总是”的使用意在强化这一点。

(9) 根据第2款所载的特别规则，豁免问题的审查应总是“在启动刑事诉讼前进行”((a)项)、“在采取可能影响另一国官员的强制措施……前进行”((b)项)。委员会选择这两种情况的理由是，这两种情况都涉及总是影响另一国官员的行为，如果发生这种行为，可能会侵犯该官员可能享有的任何外国刑事管辖豁免权。使用“前”一词的用意是要强化豁免问题的审查始终应在诉讼前进行这一原则。

³³⁶ 见刑事事项互助的若干问题案(吉布提诉法国)，判决，《2008年国际法院案例汇编》，第177页起，见第236-237页，第170和171段。

³³⁷ 国际法院在关于人权委员会一名特别报告员享有法律程序豁免的争议的案件中处理了这一问题，澄清了《联合国特权和豁免公约》(1946年2月13日，纽约，联合国，《条约汇编》，第1卷，第4号，第15页，第90卷，第327页)所载特权和豁免对法官和律师独立性特别报告员在马来西亚被起诉的案件中的适用性(该特别报告员因在一次访谈中的言论而被起诉)。在这方面，国际法院应联合国经济及社会理事会的要求发表了一项咨询意见，其中指出，“豁免问题是初步问题，必须在诉讼开始前尽快解决”，这“是公认的程序法原则”，其目的并不是“剥夺豁免规则本身存在的理由”。法院以14票赞成、1票反对的表决结果认定，“马来西亚法院有义务将管辖豁免问题作为诉讼开始前的初步问题尽快解决”(关于人权委员会一名特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，《1999年国际法院案例汇编》，第62页起，见第88页，第63段，以及第90页，第67(2)(b)段)。

³³⁸ 国际法学会的决议第6条指出，“国家当局一旦意识到这种地位，应立即给予外国国家元首理应有权享有的不可侵犯性、管辖豁免权和执行豁免权”(《国际法学会年鉴》，第69卷(温哥华会议，2001年)，第747页；可查阅学会网站(www.idi-iil.org)的“决议”栏目)。

(10) “刑事诉讼”一词是指启动司法程序，其目的是确定某人(在此是指另一国官员)可能承担的刑事责任。这一术语有别于“行使刑事管辖权”一词，如上文所述，后者具有更广泛的含义。委员会倾向于使用“启动刑事诉讼”，而不是“起诉”、“控告”或“指控”，或“启动审判”或“启动口头程序”，因为这些术语在每个国家国内法律制度中的含义都可能不同。因此，现决定使用更一般的术语，以便将根据法院地国国内法确定启动刑事司法程序的任何特定行为包括在内。如果要“启动刑事诉讼”，那就无论如何都应先审查豁免问题，这一要求符合国际惯例和判例。不过，这并不排除在稍后阶段，包括上诉阶段，在需要时审查豁免问题。

(11) “可能影响另一国官员的强制措施”是指法院地国主管当局针对该官员的、可在行使刑事管辖权的情况下随时采取的行为，无论是否已启动刑事诉讼程序。这些基本上是针对个人的措施，可能影响官员的行动自由、让其出庭作证或被引渡到第三国等等。这些措施并不一定意味正在进行“针对该官员的刑事诉讼”，但可能属于“行使刑事司法管辖权”的范畴。由于这类措施在每个国家国内法律制度中可能不同，据认为最好还是使用“强制措施”这一笼统术语来指“权力行为”。“强制措施”一词是国际法院在2000年4月11日逮捕令案中使用的术语，并受到国际法院在刑事事项互助的若干问题案中推理的启发。³³⁹

(12) 在实践中可以采取的最常见的强制措施之一是拘留官员。塞拉利昂问题特别法庭在查尔斯·泰勒一案中宣布，在下令拘留之前必须审查豁免问题。上诉分庭在2004年5月31日的决定中指出：“如果坚持认为在任国家元首在提出豁免问题之前必须先被监禁，那就不仅实质上与主权豁免概念的全部目的背道而驰，而且还在不考虑案情实质的情况下假定存在与这一概念的例外有关的问题，而这些问题应在审查豁免问题之后再确定。”³⁴⁰因此，委员会认为有必要在审议豁免时处理关于拘留的问题。

(13) 关于这一问题，应当指出，条款草案的适用范围仅限于外国刑事管辖豁免，因此不涵盖不可侵犯性问题。然而，尽管管辖豁免和不可侵犯性是两个不同且不可互换的类别，但同样肯定的是，各项国际条约同时述及这两个问题，如《维也纳外交关系公约》³⁴¹规定，“外交代表人身不得侵犯。外交代表不受任何方式之逮捕或拘禁”(第二十九条)，³⁴²“对外交代表不得为执行之处分”(第三

³³⁹ 2000年4月11日逮捕令案(见上文脚注335)，第22页，第54段；刑事事项互助的若干问题案(见上文脚注336)，第236-237页，第170段。

³⁴⁰ 检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒，塞拉利昂特别法庭，上诉分庭，SCSL-2003-01-I案，关于管辖豁免的决定，2004年5月31日，第30段。判决文本可查阅特别法庭网站(www.scsldocs.org)，“Documents”，“Charles Taylor”。

³⁴¹ 《维也纳外交关系公约》(1961年4月18日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第500卷，第7310号，第95页。

³⁴² 同样的规定见《特别使团公约》(1969年12月8日，纽约)，同上，第1400卷，第23431号，第231页，第29条；《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》(1975年3月14日，维也纳)，联合国，《1975年法律年鉴》(出售品编号：E.77.V.3)，第87页，或联合国关于国家在其对国际组织关系上的代表权问题会议正式记录，1975年2月4日至3月14日，维也纳，第二卷，会议文件(联合国出版物，出售品编号：E.75.V.12)，第207页，A/CONF.67/16号文件，第28条和58条。这方面更微妙的措辞，见《维也纳领事关系公约》，第四十一条第一和第二款。

十一条第三款)。³⁴³ 同样，还应提及国际法学会关于国家元首和政府首脑根据国际法享有的管辖豁免和执行豁免的决议(第 1 和 4 条)。³⁴⁴

(14) 另一方面，委员会考虑到，在某些情况下，拘留另一国官员可能会影响管辖豁免。因此，该条草案第 2 款(b)项最后说明，强制措施“包括”那些“可能影响该官员根据国际法可能享有的任何不可侵犯性”的措施。“该官员根据国际法可能享有”一语旨在提请大家注意，并非每一位另一国官员仅仅因为其为官员就享有不可侵犯性。

第 9 条 通知官员所属国

1. 在法院地国主管当局启动刑事诉讼或采取可能影响另一国官员的强制措施前，法院地国应将此情况通知官员所属国。各国应考虑建立适当程序，以便利此种通知。
2. 除其他内容外，通知应包括该官员的身份、行使刑事管辖权的理由以及拟行使管辖权的主管当局。
3. 通知应通过外交途径发出，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式发出，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。

评注

- (1) 第 9 条草案涉及通知事项，法院地国应就其打算对另一国官员行使刑事管辖权一事通知另一国。
- (2) 大家普遍认为，给予国家官员外国刑事管辖豁免是出于国家利益，因此应由国家而不是官员决定是援引还是放弃豁免。有鉴于此，官员所属国还必须决定以何种方式要求尊重其官员的豁免。然而，为了行使这些权力，官员所属国必须意识到另一国当局打算对其一名官员行使刑事管辖权。
- (3) 委员会注意到，规定国家官员享有某种形式的外国刑事管辖豁免权的条约文书，没有任何条款规定法院地国有义务将其打算对另一国官员行使刑事管辖权一事通知官员所属国，只有《维也纳领事关系公约》第四十二条有此规定。³⁴⁵ 委员会还考虑到，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》假定，法院地国必须将其对另一国行使管辖权的意向通知另一国，为此在《公约》第 22 条中规定了“送达传票或对一国提起诉讼的其他文书”的方式。³⁴⁶ 虽然这一规定采用的模式不同于外国刑事管辖豁免模式，但不可否认的是，关于诉讼的通知是相关国家援引

³⁴³ 同样的规定见《特别使团公约》，第三十一条；以及《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》，第三十条和第六十条第二款。

³⁴⁴ 《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文脚注 338)，第 745 和 747 页。

³⁴⁵ 《公约》第四十二条如下：“遇领馆馆员受逮捕候审或羁押候审，或对其提起刑事诉讼时，接受国应迅即通知领馆馆长。倘领馆馆长本人为该项措施之对象时，接受国应经由外交途径通知派遣国。”《维也纳外交关系公约》、《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》和《特别使团公约》没有类似的规定。

³⁴⁶ 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004 年 12 月 2 日，纽约)，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 49 号》(A/59/49)，第一卷，第 59/38 号决议，附件。

豁免的基本要求，因此，为本条草案的目的，可比照考虑这一规定。考虑到这一点，委员会决定将通知作为程序性保障之一列入条款草案第四部分。

(4) 通知是一项基本要求，能确保官员所属国可靠地了解法院地国对其一名官员行使刑事管辖权的意图，从而能够决定援引或放弃豁免。同时，通知有助于法院地国和官员所属国之间启动对话，从而成为确保适当确定和适用国家官员的外国刑事管辖豁免的一项同样基本的要求。因此，委员会将通知视为条款草案第四部分界定的一项程序性保障。“通知”和“协商”的概念不能混为一谈，因为协商的时间较晚；协商是第 15 条草案的主题，尚待起草委员会审议。

(5) 第 9 条草案分为三款，分别涉及通知的时间、通知的内容以及法院地国发出通知可用的方式。

(6) 第 1 款提到通知的时间。考虑到通知的目的，通知应及早发出，只有这样，通知才能充分有效。然而，不能忽视的是，通知可能会对法院地国行使刑事管辖权产生不利影响，在此项行动处于非常初步的阶段时特别如此。一方面，法院地国有义务通知官员所属国，另一方面，法院地国有权开展刑事管辖活动，这些活动可能影响多个主题和事实，而不一定影响另一国官员。在这两者之间取得平衡，被认为是必要的。为解决这一问题，下列情况被确定为通知的关键时刻：(a) 启动刑事诉讼；(b) 采取可能影响另一国官员的强制措施。通知必须在上述任何一种情况发生之前作出。因此，本条草案第 1 款与第 8 条草案第 2 款(a)项和(b)项保持一致，以便使通知官员所属国的时间与法院地国主管当局必须审查豁免问题特殊情况的时间保持一致，如果法院地国主管当局还没有审查过豁免问题的话。“刑事诉讼”和“可能影响另一国官员的强制措施”应按照第 8 条草案的评注中的描述予以理解。

(7) “另一国官员”一词在本条款草案中的使用等同于“国家官员”，因此应根据委员会暂时通过的第 2 条草案(e)项所載定义予以理解。如该条草案的评注所指出的，“国家官员”一词的使用不影响豁免的时间范围，³⁴⁷ 该时间范围根据适用于属人豁免和属事豁免的特定规则而定。³⁴⁸ 该评注与本条款草案同样相关，在“另一国官员”类别下，应列入根据条款草案第二部分和第三部分的规定可享有豁免权的另一国官员。因此，“另一国官员”一词既可以指在法院地国试图行使刑事管辖权时在任的官员，也可以指前任官员，但两者均可享有某种形式的豁免。

(8) 向各国提出的第 1 款第二句是考虑到一些国家的国内制度可能没有程序让行政当局、法官或检察官办公室之间进行沟通。³⁴⁹ 在这种情况下，法院地国履行就其对一名官员提起刑事诉讼或采取强制措施一事通知官员所属国的义务可能会受到很大阻碍，特别是因为在实践中，关于另一国官员的外国刑事管辖豁免问题的沟通往往是通过外交渠道进行的。因此，委员会认为有必要在第 1 款中列入最后这句话，提请各国注意这一问题。不过，还考虑到各国国内法律制度和做法的

³⁴⁷ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 145 页，第 2 条(e)项草案评注第(12)段。

³⁴⁸ 见第 4 条草案第 1 款和第 3 款(属人豁免)和第 6 条草案第 2 款和第 3 款(属事豁免)。

³⁴⁹ 见特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第七次报告(A/CN.4/729)所载对这一问题的分析，第 121-126 段。

多样性，决定使用非规定性措辞，使各国能够评估其各自法律制度中是否存在上述程序，如果有，再决定是否采用这些程序。为此，使用了动词“审查”。

(9) 第2款阐述通知的内容。考虑到通知的目的，其内容可能因具体情况而异，但应始终包括足够的信息，使官员所属国能够就援引或放弃其一名官员可能享有的豁免作出判断。委员会虽然对是否列入该款举行了讨论，但最终选择保留该款，因为它有助于确保法院地国向官员所属国提供起码的相关信息。然而，考虑到各国法律制度和做法不同，可能会规定以不同的方式披露有时可能只有检察官或法官才能获得的某些信息内容，该款的目的是给法院地国留下余地。因此，第2款力求在赋予法院地国在行使刑事管辖权方面充分的自由裁量权和确保其向官员所属国提供充分信息之间取得平衡。正因为考虑到这一点，在列举第9条草案所指通知中无论如何要列入的信息内容之前使用了“除其他内容外”一语。

(10) 通知中应包含的信息分为三类：(a) 官员的身份；(b) 行使刑事管辖权的理由；(c) 行使管辖权的主管当局。官员的身份是官员所属国评估所涉人士是否实际上是其官员之一并决定援引或放弃豁免的一个基本要素。关于应通知官员所属国的实质性信息，委员会认为，如特别报告员最初的建议所述，仅限于“可能受行使刑事管辖权影响的官员的行为”是不够的。因此，该款中使用了“行使刑事管辖权的理由”一词，其措辞更为笼统，不仅可以在通知中列入与官员行为有关的事实要素，还可以包括关于行使管辖权所依据的法院地国法律的信息。最后，委员会认为应在基本信息清单中列入有关在通知所涵盖的具体案件中行使管辖权的主管当局的信息。之所以有此必要，是因为官员所属国可能有兴趣了解负责决定启动刑事诉讼或采取强制措施机构，以便酌情与这些机构进行沟通，并在其认为适当的情况下提出豁免问题。考虑到在每个国家国内法律体系中有权采取这类行动并审查豁免问题的机构可能不同，才使用了“主管当局”这一通用术语，可涵盖法院地国的法官、检察官或警官以及其他政府当局。之所以使用单数形式的“主管当局”，是因为在通知所涉案件中已经确定主管机关，但这不排除由多个机关行使管辖权的可能性。

(11) 第3款是关于法院地国通知官员所属国可用的通信方式。任何关于国家官员刑事管辖豁免的国际条约都没有涉及这一问题。但是，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规定了送达传票或对一国提起诉讼的其他文书的方式，其中第22条第1款规定如下：“(a) 按照对法院地国和有关国家有约束力的任何可适用的国际公约；(b) 如果法院地国法律未作禁止，则按照求偿方和有关国家关于送达诉讼文书的特殊安排；或(c) 如无此公约或特殊安排，则：(一) 通过外交渠道送交有关国家的外交部；或(二) 采取有关国家接受的不受法院地国法律禁止的任何其他方式。”

(12) 委员会认为，在本条款草案中指明法院地国可用于通知目的的通信渠道是有益的。为此，第3款界定了一个模式，其中纳入了“外交途径”和“相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式”。

(13) 在国家官员的外国刑事管辖豁免问题出现的情况下，通过外交途径沟通是最常用的，这在很大程度上是因为，对另一国某一官员适用或不适用外国刑事管辖豁免的问题是一个敏感话题，是“官方事项”，因此应适用《维也纳外交关系

公约》第四十一条第二款的规定。³⁵⁰ 正因为如此，“外交途径”被放在首位，以突出其在实践中的更大分量。“通过外交途径”是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 22 条第 1 款(c)项(一)目的措辞，委员会曾在关于预防和惩治危害人类罪的条款草案中使用过该措辞。³⁵¹ 由于这一表述在《公约》各正式版本中并不完全相同，因此在本第 9 条草案中保留了每种语文版本中最初使用的术语。

(14) 除“外交途径”外，还考虑到各国可以使用其他通信方式发出与豁免有关的通知，其中一些方式在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 22 条已经提到。为此，在第 3 款中列入了“相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式”。这界定了一种替代方式，其使用应由有关国家根据具体情况决定，并可反映在一般国际条约和有关国家可能达成的其他协定中。由于国家间通信方式可以在涉及广泛问题的文书中加以规定，因此列入了“为此目的”一词，以强调在任何情况下都可以订立相关协议，可适用于产生国家官员的外国刑事管辖豁免问题的情况。然而，这并不意味着这些协议应该专门针对豁免权，也不应该对豁免的通知问题作出明确规定。最后，应注意一点，“相关国家[……]接受的”这一表达方式是要要求其他通信方式必须得到法院地国和官员所属国的接受。

(15) 第 3 款最后一个短语指出，相关国家“为此目的”接受的其他通信方式“可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式”。特别报告员在其最初提案中建议使用这一通信方式时，引起了激烈的辩论，有人提出了诸如“国际合作和司法协助条约”这一概念本身的问题，此类条约并不专门对豁免问题作出规定，而且考虑到根据此类条约可以发出和接收通知的国家当局的类型，这可能会将外交部和负责国际关系的其他机关排除在第 9 条草案所指的通知程序之外。尽管如此，委员会决定保留提及各国之间的这一通信方式，但有一项谅解是，此通信方式有时被各国使用，可能是便利通知的有用工具。

(16) 就本条草案而言，“国际合作和司法协助条约”是指为便利国家间刑事事项合作和司法协助而缔结的文书，这些文书可以是多边或双边性质的。这类多边条约包括但不限于《欧洲刑事事项互助公约》³⁵² 及其两项附加议定书；³⁵³ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》；³⁵⁴ 《欧洲引渡公约》³⁵⁵ 及其四项附加议定书；³⁵⁶

³⁵⁰ 根据该条，“使馆承派遣国之命与接受国洽商公务，概应径与或经由接受国外交部或另经商定之其他部办理”。

³⁵¹ 委员会通过的条款草案案文及其评注见《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 44 和 45 段。

³⁵² 《欧洲刑事事项互助公约》(1959 年 4 月 20 日，斯特拉斯堡)，联合国，《条约汇编》，第 472 卷，第 6841 号，第 185 页。

³⁵³ 《欧洲刑事事项互助公约附加议定书》(1978 年 3 月 17 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1496 卷，第 6841 号，第 350 页；《欧洲刑事事项互助公约第二附加议定书》(2001 年 11 月 8 日，斯特拉斯堡)，同上，第 2297 卷，第 6841 号，第 22 页。

³⁵⁴ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》(1972 年 5 月 15 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1137 卷，第 17825 号，第 29 页。

³⁵⁵ 《欧洲引渡公约》(1957 年 12 月 13 日，巴黎)，同上，第 359 卷，第 5146 号，第 273 页。

³⁵⁶ 《欧洲引渡公约附加议定书》(1975 年 10 月 15 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1161 卷，第 5146 号，第 450 页；《欧洲引渡公约第二附加议定书》(1978 年 3 月 17 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1496 卷，第 5146 号，第 328 页；《欧洲引渡公约第三附加议定书》(2010 年 11 月 10 日，斯特拉斯堡)，同上，第 2838 卷，第 5146 号，第 181 页；《欧洲引渡公约第四附加议定书》(2012 年 9 月 20 日，维也纳)，欧洲委员会，《欧洲委员会条约汇编》，第 212 号。

《美洲刑事事项互助公约》；³⁵⁷《美洲引渡公约》；³⁵⁸《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》；³⁵⁹理事会2009年11月30日关于预防和解决刑事诉讼中行使管辖权冲突的框架决定(2009/948/JHA)；³⁶⁰《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》；³⁶¹《葡萄牙语国家共同体成员国引渡公约》；³⁶²以及《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系明斯克公约》和《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系基希讷乌公约》。³⁶³关于双边条约，由于数目很多，不可能列入本评注中，但至少可以提及在各国际组织内拟订的示范条约，这些示范条约构成许多双边协定的基础。这些条约包括《刑事事项互助示范条约》、³⁶⁴《刑事事件转移诉讼示范条约》³⁶⁵和《引渡示范条约》。³⁶⁶所有这些文书都载有关于国家间通信方式的规定，可用于第9条草案所述的通知。

(17) 第9条草案将国际合作和司法协助条约中确立的通信方式称为“其他通信方式”的一个子类别，其使用条件是这些方式是“适用的”，这意味着法院地国和官员所属国都是上述条约的当事方，其中所定的制度在可能出现有关国家的外国刑事管辖豁免问题的情况下能够产生效果。

(18) 无论如何，应当指出，除适用的条约中已经确立的通信方式外，第9条草案第3款没有就通信方式问题对各国提出新要求。

(19) 最后，关于通知的形式，委员会委员对是否应采用书面形式表达了不同的意见，他们评估了在通知过程中避免滥用的必要性，以及通知行为本身有时需要的灵活性。最后，各位委员认为无须明确说明通知应以书面作出。虽然大家认为通知最好以书面形式发出，但也不排除其他可能性，特别是考虑到通知(特别是通过外交途径发出的通知)往往先是口头作出，随后再书面作出，无论其形式如何(普通照会、信函或类似形式)。

³⁵⁷ 《美洲刑事事项互助公约》(1992年5月23日，拿骚)，美洲国家组织，《条约汇编》，第75号。

³⁵⁸ 《美洲引渡公约》(1981年2月25日，加拉加斯)，联合国，《条约汇编》，第1752卷，第30597号，第177页。

³⁵⁹ 《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》(2000年5月29日，布鲁塞尔)，《欧洲共同体公报》，C197,2000年7月12日，第3页。

³⁶⁰ 《欧洲联盟公报》，L328,2009年12月15日，第42页。

³⁶¹ 《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》(2005年11月23日，普拉亚)，《共和国公报》，第一卷，第177号，2008年9月12日，第6635页。

³⁶² 《葡萄牙语国家共同体成员国引渡公约》(2005年11月23日，普拉亚)，同上，第178号，2008年9月15日，第6664页。

³⁶³ 《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系公约》(1993年1月22日，明斯克)，载于独立国家联合体(独联体)国家元首理事会和政府首脑理事会信息报告“Sodruzhestvo”，第1(1993)号；《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系公约》(2002年10月7日，基希讷乌)，同上，第2(41)(2002)号。

³⁶⁴ 《刑事事项互助示范条约》，大会1990年12月14日第45/117号决议，附件(后来经大会1998年12月9日第53/112号决议修订，附件一)。

³⁶⁵ 《刑事事件转移诉讼示范条约》，大会1990年12月14日第45/118号决议，附件。

³⁶⁶ 《引渡示范条约》，大会1990年12月14日第45/116号决议，附件(后来经大会1997年12月12日第52/88号决议修订，附件)。

第 10 条 援引豁免

1. 一国在意识到另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权后，可为其官员援引豁免。应尽快援引豁免。
2. 援引豁免应以书面形式进行，表明该官员的身份和所任职务以及援引豁免的理由。
3. 援引豁免可通过外交途径进行，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 收到援引豁免有关通信的当局应立即将此情况通知任何其他相关当局。

评注

(1) 第 10 条草案从两个角度看待援引豁免的问题：一是承认官员所属国援引豁免的权利；二是叙述关于援引豁免的时间、内容和通信方式的程序方面。此外，第 10 条草案还提到需向法院地国主管当局通知援引豁免的信息。本条款草案不涉及援引的效果，这将在稍后阶段讨论。因此，委员会通过的本条草案中没有包括特别报告员最初提出的关于自行决定审议豁免问题的第 6 款³⁶⁷ 或起草委员会一名成员提出的关于援引豁免可能产生的暂缓效果的新提案。

(2) 第 10 条草案第 1 款采纳了特别报告员最初提议的条款草案第 1 款和第 2 款。内容基于承认官员所属国有权在另一国试图对其官员行使刑事管辖权时援引其官员的豁免权。虽然关于国家官员外国刑事管辖的某种形式豁免的条约没有明确提到援引豁免或官员所属国的相应权利，但援引国家官员的豁免是一种普遍做法，被认为是国际法所涵盖的。援引豁免有双重目的，一方面，这是官员所属国要求尊重豁免的一个手段，另一方面，这有助于寻求行使管辖权的国家了解这一情况，并在确定豁免的过程中考虑到官员所属国提供的信息。

(3) 援引豁免的权利属于官员所属国。豁免的目的是维护官员所属国的主权，这意味着承认豁免是为了国家的利益，而不是个人的利益，这一事实很容易证明上述论点是合理的。³⁶⁸ 因此，援引豁免的决定和与援引豁免有关的任何决定均应

³⁶⁷ 特别报告员在其第七次报告中最初提议的条款草案第 6 款案文如下：“无论如何，有权确定豁免的机关应自行决定是否对享有属人豁免的国家官员适用豁免，而不论官员所属国是否援引豁免” (A/CN.4/729, 第 69 段)。

³⁶⁸ 这是一个无可争辩的问题，也反映在一些条约中，例如《维也纳外交关系公约》在序言中指出，“此等特权与豁免之目的不在于给与个人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务” (第四段)。下列文书的序言里也有几乎相同的措辞：《维也纳领事关系公约》(第五段)、《特别使团公约》(第七段)和《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》(第六段)。同样，国际法学会在其关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖豁免和执行豁免的决议序言中指出，国家元首和政府首脑作为国家的代表，应得到特殊待遇，“不是为了他们的个人利益，而是因为有必要让他们为了有关国家和整个国际社会的利益，独立、有效地履行职责”(《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文脚注 338)，第 743 页，第三段)。委员会处理这一专题的两位特别报告员也表示了相同的看法(见《2010 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/631 号文件，第 395 页起，见第 402 页，第 19 段；《2011 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/646 号文件，第 223 页起，见第 228 页，第 15 段；《2013 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661 号文件，第 35 页起，见第 44 页，第 49 段)。

由国家本身作出而不是由官员作出。无论如何，这是一项任选性质的权利，才使用了“一国……可为其官员援引豁免”这一措辞。

(4) 援引豁免的权力属于官员所属国，大家认为没有必要确定有权就援引豁免作出决定的当局或有权援引豁免的当局。这类当局是哪些取决于国内法，但应理解为包括根据国际法负责国际关系的当局。然而，这并不排除由国家为此目的而特别授权的人援引豁免，在刑事诉讼中尤其如此。

(5) 因此，援引豁免必须被理解为官员所属国的一种官方行为，据此告知试图行使刑事管辖权的国家，有关人士是其官员，在该国看来，此人士享有豁免权，由此可能产生后果。故越早援引豁免，越有用。这一点反映在下列表述中：官员所属国在“意识到另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权”后即可援引豁免。

“另一国”被认为比“法院地国”更可取，其涵盖面更广泛更全面，特别是因为援引豁免可以在严格意义上的刑事诉讼程序启动之前。“意识到”这一表述沿用了第8条草案中使用的词语。关于官员所属国意识到这一情况的方式，委员会首先考虑到了“通知”与“援引”之间的关系。通知的目的是将法院地国主管当局行使刑事管辖权的意图告知官员所属国，从而构成官员所属国了解此一情况的主要来源。然而，委员会并不是要排除官员所属国可能以另一种方式意识到这一情况的可能性，这包括从本国官员处收到的信息以及从任何其他信息来源收到的信息。因此，此处没有提及将第9条草案所述的通知作为确定可以援引豁免的时间的相关行为。

(6) 第1款规定，官员所属国在意识到另一国“可能或正在对其官员行使刑事管辖权”后，可援引豁免。采用这一措辞是为了表明，官员所属国有时可能在较晚时候才意识到对其官员采取的行动，但这不能剥夺官员所属国援引豁免的权利，尤其是在可能影响该官员的管辖行为已经在实施的情况下。

(7) 第1款最后一句是，“应尽快援引豁免”。使用“尽快”一词是因为官员所属国必须分析各种相关因素(法律和政治)，以便决定是否援引豁免，如果是的话，还要确定援引的范围。考虑到官员所属国需要的时间可能因情况而异，使用该词比“尽可能从速”或“在合理时间内”更为可取，后者的解释可能有歧义。此外，“尽快”一语还提请注意及早援引豁免的重要性。

(8) 无论如何，应当牢记，援引豁免对官员所属国而言是一种保障措施，由于这个原因，官员所属国是“尽快”援引豁免的一个利害关系方，但这并不妨碍该国在任何其他时间援引豁免。“可”字的用法应按此理解。援引豁免应依法进行，不论其效果会否因不同情况而不同。

(9) 第2款涉及援引豁免的方式和豁免的内容。委员会考虑到，官员所属国援引豁免会影响确定豁免权的进程，可能阻止法院地国行使管辖权。因此，大家认为，援引须书面为之，而无论形式为何。援引豁免时应该明确提到官员的身份和职务，以及援引豁免的理由。

(10) “所任职务”指官员的头衔、职级或级别(例如，国家元首、外交部长或法律顾问)。无论如何，提及官员所任职务在任何情况下都不应解释为将较低级别的官员排除在外国刑事管辖豁免权适用范围之外。如委员会所述，“鉴于‘国

家官员’的概念完全基于有关个人代表国家或行使国家职能这一点，因此，其职位高低与定义的唯一目的无关”。³⁶⁹

(11) 委员会认为，规定官员所属国应说明其援引的豁免类型(属人豁免或属事豁免)是不合适的，这可能是过高的技术要求。提及官员的职务和援引豁免的理由可为法院地国评估本条款草案第二部分或第三部分所载规则是否适用提供依据。

(12) 第 3 款说明援引豁免可用的方式。该款沿用了第 9 条草案第 3 款的模式，在一般含义方面可参考第 9 条草案第 3 款评注。然而，应当指出，委员会对本条款草案第 3 款的措辞作了一些修改，以便使其适应援引的具体特点。具体而言，所用的措辞是“援引豁免可……”，而不是“应”，借此表明不排除以其他方式援引官员的刑事管辖豁免，特别是可以在刑事诉讼中通过法院地国法律允许的司法行为援引豁免。

(13) 第 4 款的目的是确保官员所属国援引豁免一事为豁免问题所涉另一国主管当局所知，另一国主管当局应审查或确定豁免的适用。这是为了防止援引豁免仅仅因为没有告知需要审查豁免问题或对其作出判断的当局而无法产生效果。本款反映了审查和确定豁免问题的义务由国家承担的原则，国家必须采取必要措施履行这一义务，因此这被认为是既有利于官员所属国又有利于拟行使刑事管辖权的国家的程序性保障。然而，鉴于各国现有法律制度和做法各不相同，以及需要尊重自行安排原则，大家认为没有必要说明哪些当局有义务报告或哪些当局应收到援引通知。从逻辑上来看，有一项谅解是，这两种情况下都涉及试图或正在对另一国官员行使刑事管辖权的国家当局，而“其他相关当局”是指有权参与审查或决定豁免问题的当局。在这两种情况下，主管当局是指行政机关、司法机关还是指检察官办公室，甚至是指警察当局，都是无关紧要的。

第 11 条 放弃豁免

1. 官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免。
2. 放弃豁免必须总是以书面形式明确地表达。
3. 放弃豁免可通过外交途径表达，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式表达，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局。
5. 放弃豁免不可撤销。

评注

(1) 第 11 条草案从两个角度处理豁免放弃问题，一是承认官员所属国放弃豁免的权利，二是阐述与放弃的形式和表达方式有关的程序方面事项。此外，第 11 条草案还提到需将豁免已经放弃的情况通知法院地国主管当局。虽然第 11 条草

³⁶⁹ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 145 页，第 2 条草案(e)项评注第(14)段。

案的结构沿用了第 10 条草案的模式，但两者的内容并不相同，援引和弃权是不同的做法，不能混淆。

(2) 与援引相反，放弃管辖豁免的问题委员会在以前的若干条款草案³⁷⁰ 中已详细讨论过，并反映在国际条约中。一些国际条约以这些条款草案为基础，规定了某些国家官员的某些形式的外国刑事管辖豁免。这些条约包括《维也纳外交关系公约》(第三十二条)、《维也纳领事关系公约》(第四十五条)、《特别使团公约》(第四十一条)和《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》(第三十一条)。此外，放弃豁免的问题也在关于这一主题的私人编纂项目中得到处理，特别是国际法学会 2001 年和 2009 年的决议。³⁷¹ 放弃国家豁免也是如此，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》³⁷² 和关于国家豁免的国家法律³⁷³ 都对此作出了规定。

³⁷⁰ 委员会在其关于外交关系、领事关系、特别使团和国家在与国际组织关系中的代表权的工作中讨论了放弃某些国家官员豁免权的问题。关于外交关系和豁免的条款草案第 30 条措辞如下：“豁免之抛弃。一. 外交代表对管辖之豁免得由派遣国抛弃之。二. 刑事诉讼中，豁免之抛弃概须明示为之”(《1958 年……年鉴》，第二卷，A/3859 号文件，第 99 页)。关于领事关系的条款草案第 45 条规定：“豁免之抛弃。一. 派遣国得就个别领馆人员，抛弃第四十一条、第四十三条及第四十四条所规定之豁免。二. 豁免之抛弃概须明示”(《1961 年……年鉴》，第二卷，A/4843 号文件，第 118 页)。关于特别任务的条款草案第 41 条措辞如下：“豁免之抛弃。一. 派遣国得抛弃其特种使节团内之代表、外交职员及依第三十六条至第四十条享有豁免之其他人员所享管辖之豁免。二. 豁免之抛弃概须明示”(《1967 年……年鉴》，第二卷，A/6709/Rev.1 和 Rev.1/Corr.2 号文件，第 365 页)。最后，关于国家代表与国际组织的关系的条款草案第 31 条指出：“豁免的放弃。1. 派遣国得放弃代表团团长、代表团外交职员和依第三十六条享有豁免的人员所享管辖的豁免。2. 豁免的放弃概须明示”(《1971 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/8410/Rev.1 号文件，第 304 页)。

³⁷¹ 国际法学会关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖豁免和执行豁免的决议第 7 条措辞如下：“1. 如果国家放弃国际法赋予的不可侵犯性、管辖豁免或执行豁免，国家元首将不享有此类豁免。放弃豁免可明示，也可默示，前提是放弃是肯定的。有权决定放弃豁免的机构是有关国家的国内法确定的。2. 当国家元首被怀疑犯有特别严重的罪行时，或者其职能的行使似乎没有受到法院地国当局应该作出的决定的影响时，才应决定是否放弃豁免”(《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文脚注 338)，第 749 页)。决议第 8 条内容如下：“1. 各国可通过协议，就其国家元首的管辖豁免和执行豁免商定它们认为适当的克减。2. 未明示克减的，前款提及的不可侵犯性和豁免即推定为未被撤销；这种克减的存在和范围必须通过法律手段明确确定”(同上)。这一做法并没有因 2009 年通过关于国家及其代理人在国际犯罪案件中的管辖豁免的决议而改变，但该决议纳入了新的内容，在第二条第 3 款中规定，“如果代理人被怀疑或被指控犯下国际罪行，各国应考虑放弃其豁免”。这项建议与第二条第 2 款类似，该款指出，“各国义务根据公约和习惯国际法预防和制止国际犯罪。豁免不应成为本决议所涵盖罪行受害者有权获得适当赔偿的障碍”(《国际法学会年鉴》，第 73-I-II 卷(那不勒斯会议，2009 年)，第 227 页；可查阅学会网站(www.idi-iil.org)的“决议”栏目)。

³⁷² 但是，应当记住，就 2004 年《公约》而言，放弃豁免只是通过列举一些案件间接提及，在这些案件中，可以自动理解为外国已同意法院地国法院行使管辖权。关于这一点，见《公约》第七条和第八条。

³⁷³ 见美利坚合众国，1976 年《外国主权豁免法》，第 1605(a)(1)、第 1610(a)(1)、(b)(1)和(d)(1)及第 1611(b)(1)节；大不列颠及北爱尔兰联合王国，1978 年《国家豁免法》，第 2 节；新加坡，1979 年《国家豁免法》，第 4 节；巴基斯坦，1981 年《国家豁免令》，第 4 节；南非，1981 年《外国豁免法》，第 3 节；澳大利亚，1985 年《外国豁免法》，第 10、3 和 6 节；加拿大，1985 年《国家豁免法》，第 4.2 节；以色列，2008 年《外国豁免法》，第 9 和 10 节；日本，2009 年《日本对外国民事管辖权法》，第 6 条；西班牙，10 月 27 日第 16/2015 号关于外国、总部或办事处设在西班牙的国际组织以及在西班牙举行的各种国际会议的特权和豁免的组织法，第 5、6 和 8 条。

(3) 官员所属国放弃豁免是该国放弃主张豁免权的官方行为，从而消除了对法院地国法院行使管辖权设置的这一障碍。因此，放弃豁免将使任何关于豁免权的适用及其限制和例外的讨论无效。国际法院在 2000 年 4 月 11 日的逮捕令案中确认了这种放弃的效果，其中指出，“如果官员所代表或曾经代表的国家决定放弃外国管辖豁免，则官员即停止享有这种豁免”。³⁷⁴

(4) 第 1 款承认官员所属国放弃豁免的权利。本款沿用了《维也纳外交关系公约》第三十二条第一款的措辞，仅略作调整。第 11 条草案第 1 款规定，“官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免”。这里的重点是放弃权利的持有者，即官员所属国，而不是官员本人，这是为了官员所属国的权利和利益而承认国家官员的外国刑事管辖豁免的合乎逻辑的结果。因此，只有官员所属国才能放弃豁免，从而同意另一国对其一名官员行使刑事管辖权。“可”字用来表示放弃豁免是官员所属国的一项权利，而不是一项义务。这是沿用了委员会以前的做法，在涉及国家官员外国刑事管辖豁免的各种条款草案中，委员会认为国家没有放弃豁免的义务。

(5) 放弃豁免的权力属于官员所属国，大家认为没有必要确定哪些当局有权就放弃豁免权作出决定，或哪些当局有权传递放弃豁免的决定。前文所述的公约和国内法律都没有对这一问题作出具体规定，只是抽象地提及国家。³⁷⁵ 委员会在以前的工作中就认为，最好不要明确提及有权放弃豁免的国家机关。³⁷⁶ 此外，国家实践有限，也没有定论。³⁷⁷ 哪些是有权放弃豁免权的当局取决于国内法，但应理解为其中包括根据国际法负责国际关系的当局。然而，这并不意味着放弃豁免权的决定不能由国家为此目的而特别授权的任何其他人传递，在法院诉讼中尤其如此。

(6) 与关于援引的第 10 条草案相反，委员会认为没有必要在本条草案中列入任何时间要素，因为放弃豁免可在任何时候。

³⁷⁴ 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(见上文脚注 335)，第 25 页，第 61 段。

³⁷⁵ 一些国内法律例外地提及由使团团长传递放弃的决定。见联合王国，1978 年《国家豁免法》，第 2.7 节；新加坡，1979 年《国家豁免法》，第 4.7 节；巴基斯坦，1981 年《国家豁免令》，第 4.6 节；南非，1981 年《外国豁免法》，第 3.6 节；以色列，2008 年《外国豁免法》，第 9(c) 节。

³⁷⁶ 在关于外交关系和豁免的条款草案中，委员会认为最好不说明哪个主管机构有权放弃外交代表的豁免。因此，在二读通过的第 30 条草案案中，委员会决定修改第 2 款的措辞，删除一读通过的该款中“概需”后面的几个字：“由派遣国政府”。委员会对这一决定的解释如下：“委员会决定删去“由派遣国政府”一语，因该语可能误解为抛弃豁免之通知非确实由派遣国政府发出不可。其实，使馆馆长既如上文所述为本国政府之代表，则遇馆长通知抛弃豁免时，接受国之法院即应承认其为派遣国政府之声明。至于使馆馆长作此声明之权力问题，新条文未予论及，盖此乃一国内部问题，仅与派遣国及使馆馆长有关”(《1958 年……年鉴》，第二卷，A/3859 号文件，第 99 页，第 30 条评注第(2)段)。同样，委员会在谈到领事关系条款草案第 45 条草案时指出：“本条条文并未叙明抛弃豁免应经由何种途径通知。如领馆馆长为受有关处分者，豁免之抛弃系经由外交途径以声明通知。如豁免之抛弃关涉其他领馆人员，则通知得由主管领馆馆长提出”(《1961 年……年鉴》，第二卷，A/4843 号文件，第 118 页，第 45 条评注第(2)段)。

³⁷⁷ 例如，在美国，海地司法部长在 Paul 诉 Avril(佛罗里达州南区地区法院，1993 年 1 月 14 日判决，812 F. Supp. 207)一案中表示海地放弃此官员的豁免；在比利时，乍得司法部在侯赛因·哈布雷案中放弃豁免。在瑞士，在费迪南德和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局(联邦法院，1989 年 11 月 2 日判决，ATF 115 Ib 496)一案中，法院没有分析哪些政府机构有此权限，而只认为只要是政府机构即可，并接受了菲律宾外交使团发出的来函。

(7) 第 2 款提到放弃的形式，规定“必须总是以书面形式明确地表达”。这一措辞沿用了《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款和《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款的模式。《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款规定，“豁免之抛弃，概须明示”。《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款规定，“除本条第三项所规定之情形外，特权及豁免之抛弃概须明示，并应以书面通知接受国”。放弃豁免必须“以书面形式明确地表达”一语加强了法律确定性的原则。

(8) 放弃豁免必须明示，这是委员会在以往工作中一直坚持的看法，³⁷⁸ 并反映在相关国际条约³⁷⁹ 和国内法³⁸⁰ 中。考虑到这一点，委员会没有保留特别报告员在其第七次报告中提议的原条款草案第 4 款，该款内容如下：“从法院地国和官员所属国均为缔约国的国际条约中可以明确无疑推断出的放弃，应被视为明示放弃。”³⁸¹ 委员会委员虽然普遍认为可以在条约中对放弃豁免权作出明确规定，³⁸² 但对“可以……推断”一语的使用提出了批评意见，一些委员认为这是承认一种默示的放弃。

(9) 放弃豁免的可能性可产生于条约条款规定的各国应承担的义务，在皮诺切特案(第 3 号)中就是如此，虽然这并没有构成上议院作出决定的基础。³⁸³ 尽管角度不同，放弃豁免的可能性还产生于对《国际刑事法院罗马规约》第二十七条和第九十八条的解释³⁸⁴ 以及缔约国与国际刑事法院合作的义务。然而，在委员会看来，没有充分的理由认为这种条约义务的存在可以在一般情况下自动被理解为放弃国家官员的豁免，特别是考虑到国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕令案的判决中的如下意见：“因此，尽管一些关于预防和惩治某些严重罪行的国际公约规定各国有起诉或引渡义务，从而要求它们扩大其刑事管辖权，但这种管辖权的扩大不会以任何方式影响习惯国际法规定的豁免，包括外交部长的豁免。这种豁免在外国法院继续有效，即使这些法院是根据上述公约行使这种管辖权。”³⁸⁵

(10) 放弃豁免权，除明示外，还必须以书面形式表述。然而，这并不影响放弃豁免的通知的具体形式，这不仅取决于官员所属国的意愿，而且还取决于用于传

³⁷⁸ 见上文脚注 370。

³⁷⁹ 见《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款、《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款、《特别使团公约》第四十一条第二款和《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》第三十一条第二款。

³⁸⁰ 10 月 27 日关于外国、在西班牙设有总部或办事处的国际组织以及在西班牙举行的国际会议的特权和豁免的第 16/2015 号组织法在关于国家元首、政府首脑和外交部长豁免权的第 27 条中规定放弃豁免必须明示。

³⁸¹ A/CN.4/729, 第 103 段。

³⁸² 在这方面，国际法学会在其 2001 年关于国家元首和政府首脑的管辖豁免和执行豁免的决议第 8 条第 1 款中指出，“各国可以通过协议，就其国家元首的管辖豁免和执行豁免商定它们认为适当的克减”(《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文脚注 338)，第 749 页)。

³⁸³ 女王诉 Bow 街大都会法院法官，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 日决定，[1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147；另见《国际法报告》，第 119 卷(2002 年)，第 135 页。

³⁸⁴ 《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页。

³⁸⁵ 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(见上文脚注 335)，第 24 和 25 页，第 59 段。

递放弃豁免的决定的手段，甚至取决于提出放弃的框架。因此，没有什么能阻止通过向法院地国当局发出普通照会、信函或其他非外交信件、通过程序性行为或文件，或任何其他文件，明确清楚可靠地表明相关国家愿意放弃其官员的外国刑事管辖豁免。

(11) 最后，应提请注意的是，与第 10 条草案第 2 款相反，委员会认为没有必要在本条草案中明确提及放弃的内容。各位委员虽然对是否提及内容有分歧，但最终认为最可取的做法是把自由裁量的空间留给官员所属国。因此，删除了特别报告员最初提案中所载的“应提及被放弃豁免的官员，并酌情提及放弃豁免所涉及的行为”的措辞。无论如何，委员会希望指出，放弃的内容必须足够清楚，使接收放弃豁免的通知的国家当局能够清楚地了解放弃的范围。³⁸⁶ 为此目的，一项理解是，官员所属国应明确提及被放弃豁免权的官员的姓名，并酌情提及放弃豁免的实质范围，当该国不希望完全放弃豁免而是将其限于某些行为或排除某些据称由该官员实施的行为时，特别应如此。如果放弃豁免的范围有限，则官员所属国可对未涵盖的行为援引豁免，即另一国当局试图或正在对同一官员行使刑事管辖权所针对的行为是放弃的范围之外的行为或在表示放弃豁免之后了解到的行为。

(12) 第 3 款提到官员所属国可用来传递放弃其官员豁免权的方式。因此，本款与第 10 条草案第 3 款相似，基本沿用了该款的措辞，唯一的例外是使用了动词“表达”，以便使第 11 条第 3 款草案与《维也纳领事关系公约》第四十五条案文保持一致。鉴于此处第 3 款与第 10 条草案第 3 款之间的相似之处，请参考第 10 条草案关于官员所属国有权就放弃豁免作出决定并予以传递的当局的评注。尤其应当指出的是，谈到通信方式时使用了“可”字，意在保留将放弃豁免的决定直接通知法院地国法院的可能性。

(13) 第 4 款规定，“收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局”。本款对应于第 10 条草案第 4 款，其中只对某些用词作了调整。由于这两款遵循相同的逻辑，为同样的目的服务，第 10 条草案关于这一点的评注也适用于本条草案第 4 款。

³⁸⁶ 明确声明的三个例子载于秘书处关于国家官员外国刑事管辖豁免的备忘录(A/CN.4/596 和 Corr.1(见委员会网站，第六十届会议文件)，第 252 和 253 段)。在 Paul 诉 Avril 案中，海地司法部长指出，“前海地武装部队中将、海地共和国军政府前总统 Prosper Avril 绝对不享有任何形式的豁免权，无论是君主、国家元首还是前国家元首的豁免权，无论是外交、领事还是作证豁免权，或任何其他类型的豁免权，包括判决或起诉豁免权、判决执行豁免权和判决前后出庭豁免权”(Paul 诉 Avril 案(见上文脚注 377)，第 211 页)。在费迪南德和伊梅尔达·马科斯案中，菲律宾提交的放弃书措辞如下：“菲律宾政府特此放弃菲律宾前总统费迪南德·马科斯和他的妻子伊梅尔达·马科斯根据美国法律或国际法可以享有或本可以享有的任何豁免，包括(1) 国家豁免权、(2) 国家元首豁免权或(3) 外交豁免权。[……]豁免的放弃适用于在上述案件(在纽约州南区进行的调查)中对费迪南德和伊梅尔达·马科斯的起诉，以及他们试图援引其豁免权所涉的任何犯罪行为或其他相关事项”(费迪南德和伊梅尔达·马科斯诉警察局案(见上文脚注 377)，第 501 和 502 页)。在布鲁塞尔针对侯赛因·哈布雷的案件中，乍得司法部明确放弃豁免：“1993 年 1 月 15 日至 4 月 7 日在恩贾梅纳举行的主权全国会议正式取消了侯赛因·哈布雷先生的所有管辖豁免权。这一立场得到了 1995 年 6 月 9 日第 010/PR/95 号法的认可，该法赦免了政治犯和流亡者以及武装反对派人士，但不包括“共和国前总统侯赛因·哈布雷、他的同伙和(或)他的同谋”。因此，很明显，侯赛因·哈布雷先生无法要求乍得当局赋予他任何豁免权，自从主权全国会议结束以来就是如此”(2002 年 10 月 7 日乍得司法部长给布鲁塞尔地区预审法官的信)。

(14) 第 5 款规定,“放弃豁免不可撤销”。这一规定的依据是,一旦放弃豁免,其效果将投射到未来,豁免问题将不再成为法院地国当局行使刑事管辖权的障碍。因此,考虑到放弃豁免的效果及其性质,似乎显然可以认为放弃是不可撤销的,否则这一做法将失去其全部意义。尽管如此,本条草案第 5 款在委员会委员中引起了一些辩论。

(15) 这场辩论并不影响认为放弃豁免不可撤销的理由,但影响到不可撤销的可能例外情况。首先应该指出,委员会委员总体上同意,现有第 5 款反映了体现善意原则的一般规则,并能满足尊重法律确定性的必要性。然而,一些委员也认为,这条一般规则可能允许某些例外,例如在以下情况下:放弃豁免之后出现了官员所属国原来不知道的新事实;发现在法院地国对特定案件行使管辖权时,正当程序的基本规则未得到尊重;或者发生了一般性的例外情况,包括政府更迭或法律制度改变,可能导致在寻求行使刑事管辖权的国家不再能保障获得公正审判的权利。

(16) 这引起了关于将本款列入第 11 条草案是否有用、是否可取的辩论。一些委员表示支持删除本款,特别是考虑到相关条约和各国国内法都没有明确提到放弃豁免不可撤销,而且与此相关的实践很少。³⁸⁷ 其他委员则认为,出于法律确定性的原因,保留第 5 款是有益的,并考虑到委员会本身在提及其关于外交往来与豁免的条款草案中所述的放弃豁免时表示,“诉讼程序,无论在哪个或几个法院中进行,应视为不可分割之整体,如在第一审法院中已对豁免作明示或默示之抛弃,便不得对上诉主张豁免,固不待言”。³⁸⁸ 然而,其他委员指出,放弃豁免的不可撤销性质不能从这一断言中推断出来。

(17) 为了解决放弃豁免的不可撤销性可能有例外情况的问题,委员会一些委员建议修改第 5 款的措辞,列入诸如“除非在特殊情况下”或“原则上”等作为保障。他们认为,这将确认,在上述情况等特殊情况下可以撤销放弃。其他委员认为,采用这些表述会使第 5 款的解释进一步复杂化,如果最终决定在第 11 条草案中保留本款的话,最好不要改变措辞。关于这一点,有意见认为,放弃豁免权归根结底是一国的单方面行为,其范围应根据委员会 2006 年通过的适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则(特别是原则 10)来界定。³⁸⁹ 最后,

³⁸⁷ 关于放弃豁免和外国接受法院地国管辖的问题,见:美国,1976 年《外国主权豁免法》,第 1605 (a) (1)、第 1610 (a) (1)、(b) (1)和(d) (1)及第 1611 (b) (1)节;联合王国,1978 年《国家豁免法》,第 2 节;新加坡,1979 年《国家豁免法》,第 4 节;巴基斯坦,1981 年《国家豁免令》,第 4 节;南非,1981 年《外国豁免法》,第 3 节;澳大利亚,1985 年《外国豁免法》,第 10 节;加拿大,1985 年《国家豁免法》,第 4 节;以色列,2008 年《外国豁免法》,第 9 和 10 节;日本,2009 年《日本对外国民事管辖权法》,第 5 和第 6 条;西班牙,10 月 27 日第 16/2015 号关于外国、总部或办事处设在西班牙的国际组织以及在西班牙举行的各种国际会议的特权和豁免的组织法,第 5、6、7 和 8 条。只有澳大利亚和西班牙的法律规定了放弃豁免的不可撤销性。根据 1985 年《外国豁免法》,“外国放弃本部分规定的豁免的协议具有放弃该豁免的效力,除非依据该协议的条款,否则该放弃不得撤回”(第 10.5 节)。第 16/2015 号《组织法》则规定,“一旦在西班牙法院启动诉讼程序,第 5 条和第 6 条所述的外国同意不得撤销”(第 8 条,同意的撤销)。

³⁸⁸ 《1958 年……年鉴》,第二卷, A/3859 号文件,第 99 页,第 30 条评注第(5)段。

³⁸⁹ 原则 10 如下:“不能任意撤销一项已经对声明国创立了法律义务的单方面声明。在考虑一项撤销是否属于任意时,应考虑下述因素:(a) 声明中与撤销有关的任何具体条件;(b) 义务的对象对这类义务的信赖程度;(c) 情况发生根本变化的程度。”(《2006 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 161 页,第 176 段)。

有人强调，很难确定哪些特殊情况可以证明撤销放弃是合理的，尽管有人重申，这一类特殊情况可包括政府更迭或法律制度改变，因为这种变化可能会有损于对人权的尊重和官员接受公正审判的权利。另一方面，关于是否有可能将在放弃豁免时或在法院地国行使管辖权时不为人所知的、放弃豁免的决定不涵盖的新事实的出现列为例外情况，有人对此表示怀疑，因为这些事实并不构成例外情况，而是官员所属国所表示的放弃没有涉及的情况，因此在这些情况下可以根据条款草案所载的一般规则适用豁免。

(18) 根据前述各段总结的讨论情况以及在条款草案一读期间委员意见分歧的类似情况下普遍遵循的做法，委员会决定在第 11 条草案中保留第 5 款，便于各国能够充分了解讨论情况，并发表其评论。

第 12[13]条* 请求提供信息

1. 法院地国可请官员所属国提供其认为相关的任何信息，以便决定豁免是否适用。
2. 官员所属国可请法院地国提供其认为相关的任何信息，以便决定援引或放弃豁免。
3. 可通过外交途径请求提供信息，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法协助条约所规定的方式。
4. 被请求国应善意地考虑任何关于提供信息的请求。

评注

(1) 第 12 条草案指出，法院地国和官员所属国均可请对方提供信息。这是列入条款草案第四部分的最后一项程序性规定，之后才述及确定豁免是否适用的问题，豁免是否适用是第 13 条草案涉及的问题，起草委员会尚未予以审议。第 12 条草案分为四款，述及有关国家请求提供信息的权利(第 1 和第 2 款)、请求提供信息的程序(第 3 款)和被请求国“应考虑”这种请求的方式(第 4 款)。

(2) 第 1 款和第 2 款指出，法院地国和官员所属国均可请求提供信息。虽然委员会认为法院地国和官员所属国请求提供信息时遵循相同的逻辑，但为清楚起见，最好分两款列出每种情况。这两款措辞类似，唯一的不同是请求国追求的最终目的不同，法院地国“决定豁免是否适用”，而官员所属国则“决定援引或放弃豁免”。

(3) 第 1 款和第 2 款提到的提供信息的请求是考虑到这种最终目的的，应在国家为对某一特定案件的豁免作出决定而应遵循的程序范围内予以理解，无论是从法院地国的角度(考虑和确定豁免)还是从官员所属国的角度(援引或放弃豁免)来看均是如此。因此，这两款都用了“以便决定”，这表明在这两种情形下，最后的决定都是一个过程的结果，这个过程可能包括不同的阶段和行动。

* 方括号内的数字是指特别报告员报告中条款草案的原来编号。

(4) 委员会在通过第 12 条草案时考虑到, 为了确定豁免是否适用问题, 法院地国需要有与所涉官员有关的信息(姓名、在国内的职务、职权等)以及官员所属国与官员行为的关系, 而这种行为可能是行使刑事管辖权的基础。这一信息对于使法院地国能够就豁免作出决定(特别是在属事豁免的情况下)很重要, 但可能只为官员所属国所知。从官员所属国的角度来看, 为了决定援引或放弃豁免, 情况也是如此, 因为官员所属国可能需要获得关于法院地国国内法律、主管机关的信息或关于法院地国开展工作的状况的信息。第 12 条草案的目的是为获取此类信息提供便利。

(5) 上一段提及的信息可能已经为法院地国或官员所属国所掌握, 尤其是在第 9 条草案(通知)、第 10 条草案(援引)和第 11 条草案(放弃)的规定在请求提供信息之前已经适用的情况下。毫无疑问, 通过这些规定, 法院地国和官员所属国会相互提供信息。然而, 在一些情况下, 通过这些途径收到的信息可能不足以达到上述目的。因此, 特别是在这些情况下, 请求提供信息成为确保豁免权正常运作的有用且必要的工具, 这也有助于加强有关国家之间的合作并建立相互信任。有鉴于此, 第 12 条草案规定的请求提供信息制度构成对两国的程序性保障。

(6) 请求提供信息可能涉及请求国认为有助于就豁免作出决定的任何要素。鉴于各国在决定豁免是否适用或决定援引或放弃豁免时可能考虑的要素很多, 不可能拟订一份详尽的要素清单。委员会选择使用“其认为相关的任何信息”一语, 认为这比“必要的信息”更可取, 因为形容词“必要的”可能具有限制性, 过于正式, 在英语里特别如此。相反, 根据几项国际文书³⁹⁰的规定, 使用“相关”一词使请求国(无论是法院地国还是官员所属国)有权在每一种情况下决定它希望收到的相关信息。

(7) 第 3 款提到可以请求提供信息的途径。本款沿用第 9、10 和 11 条草案第 3 款的模式, 措辞比照使用, 因此, 这些条款草案的评注也适用于本款。

(8) 不过, 委员会希望提请注意的一点是, 委员会决定不在第 12 条草案中列入与第 10 条和第 11 条草案第 4 款类似的关于法院地国或官员所属国当局之间内部沟通的一款。原因是, 请求提供的信息, 应被理解为主要指补充信息或额外信息, 在许多情况下, 这些信息是对法院地国或官员所属国已经拥有的信息的补充, 基本上产生于诉讼程序的较后阶段。因此, 有理由认为, 这两国中的任何一国作出决定的当局已经为对方所知, 没有必要列入这一作为保障条款的要素。无论如何, 如果索取信息的请求是在处理豁免问题的早期提出的, 应当认为, 没有理由不适用同一国家主管当局之间有沟通义务的原则。

(9) 第 4 款取代特别报告员最初提议的第 4 和第 5 款, 这两款列出拒绝接受请求的可能的理由, 以及索取信息和提供信息的可能的条件, 特别是保密性。³⁹¹委员会认为, 较可取的做法是在第 12 条草案中列入较简单的一款, 仅说明索取

³⁹⁰ 例如, 见《欧洲刑事事项互助公约》(1959 年 4 月 20 日, 斯特拉斯堡), 联合国, 《条约汇编》, 第 472 卷, 第 6841 号, 第 185 页, 第 3 条; 《美洲刑事事项互助公约》(1992 年 5 月 23 日, 拿骚), 美洲国家组织, 《条约汇编》, 第 75 号, 第 7 条; 《葡萄牙语国家共同体成员国间刑事事项法律援助公约》(2005 年 11 月 23 日, 普拉亚), 《第一共和国公报》, 2008 年 9 月 12 日第 177 号, 第 6635 页, 第 1 条第 1 和 2 款; 《刑事事项互助示范条约》, 大会 1990 年 12 月 14 日第 45/117 号决议, 附件(后经大会 1998 年 12 月 9 日第 53/112 号决议附件一修订), 第 1 条第 2 款。

³⁹¹ 见特别报告员第七次报告(A/CN.4/729), 附件二。

信息的任何请求都将由被请求国(无论是法院地国还是官员所属国)善意考虑的原则。这有几个原因。首先,最初的提案列出了允许拒绝的理由,但可以相反地解释为承认提供所要求的信息的义务,而国际法中不存在这种义务,除非涉及国际合作和司法协助的条约或其他条约中可能包含具体义务。其次,最初的提案可能与国际合作和司法协助条约中确立的请求和交换信息的制度相冲突,而这些制度在任何情况下在缔约国之间都适用。第三,确立保密规则可能与国家保密规则相冲突。第四,这一点并非最不重要,第 12 条草案的目的是促进法院地国和官员所属国的合作和信息交流,如果条款草案明确列出拒绝理由和附带条件的规则,这一目的可能会受到损害或受到质疑。

(10) 然而,委员会认为,上述理由不足以成为忽视各国在评估关于提供信息的请求时应遵循的标准的充分理由。因此,委员会选择了简单地表明被请求国有义务善意考虑向其提出的任何请求的措辞。“被请求国”一词与各国熟悉的国际合作和司法协助条约中常用的术语是一致的。

(11) 第 4 款中的“应善意地考虑”一语是指各国在与第三方的关系中本着善意行事的一般义务。就性质而言,这项义务的范围不能加以抽象分析,而必须逐案确定。这项义务被纳入第 12 条草案,应在本条草案本身界定的背景下加以理解,即作为有利于法院地国和官员所属国之间合作的程序性工具,以便每个国家都能形成正确的判断,作出第 1 款和第 2 款所指的决定。因此,理解“应善意地考虑”一语,应考虑到同时运作的两个要素:第一,考虑请求是一项义务;第二,考虑这方面的请求的目的是便利另一国在考虑豁免是否适用或考虑援引或放弃豁免时作出知情、能提出理由的决定。因此,“应善意地考虑”一语反映的是行为义务,而不是结果义务。

(12) 被请求国在作出答复时应考虑到这些要素,以此作为考虑关于提供信息的任何请求的起点,但没有任何理由阻止被请求国在就此事作出决定时也考虑其他要素或情况,如主权、公共秩序、安全和基本公共利益等问题。无论如何,委员会认识到应由被请求国确定其决定的理由,因此认为没有必要在第 12 条草案中明确提及这些要素。

(13) 委员会认为没有必要在第 4 款中明确提及对提供所要求的信息附加条件的可能性。但是,任何事情都不能阻止被请求国评估如何确立条件,作为“善意考虑”任何关于提供信息的请求的过程的一部分,特别是在这样做便利或有利于提供所请求的信息的情况下。