

## 第六章

### 国家官员的外国刑事管辖豁免

#### A. 导言

60. 委员会第五十九届会议(2007年)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。<sup>884</sup>委员会同届会议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)。<sup>885</sup>

61. 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>886</sup>委员会第六十一届会议(2009年)和第六十二届会议(2010年)未能审议此专题。<sup>887</sup>

62. 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。<sup>888</sup>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)收到并审议了其第二次报告,第六十六届会议(2014年)收到并审议了其第三次报告,第六十七届会议(2015年)收到并审议了其第四次报告,第六十八届会议(2016年)和第六十九届会议(2017年)收到并审议了其第五次报告,第七十届会议(2018年)和第七十一届会议(2019年)收到并审议了其第六次报告,第七十一届会议(2019年)收到并审议了其第七次报告,第七十二届会议(2021年)收到并审议了其第八次报告。<sup>889</sup>委员会在特别报告员第二、第三、第四、第五和第七次报告提出的条款草案基础上,暂时通过了12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。<sup>890</sup>

<sup>884</sup> 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此专题列入其工作方案。委员会第五十八届会议(2006年)按照委员会报告附件A所载的建议,将此专题列入了长期工作方案(《大会正式记录,第六十一届会议,补编第10号》(A/61/10),第257段)。

<sup>885</sup> 《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.

<sup>886</sup> 分别为A/CN.4/601、A/CN.4/631和A/CN.4/646.

<sup>887</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>888</sup> 同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第266段。

<sup>889</sup> 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、A/CN.4/729和A/CN.4/739.

<sup>890</sup> 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)。

## B. 本届会议审议此专题的情况

63. 委员会本届会议没有收到特别报告员的新报告。然而，委员会起草委员会继续审议委员会此前向其转交的特别报告员第二次(A/CN.4/661)、第七次(A/CN.4/729)和第八次报告(A/CN.4/739)所载的其余条款草案。

64. 在2022年6月3日举行的第3586次会议上，委员会收到并审议了起草委员会的报告(A/CN.4/L969)，并一读通过了国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案(见下文C.1节)。

65. 在2022年7月29日至8月3日举行的第3604次至第3609次会议上，委员会通过了上述条款草案的评注(见下文C.2节)。

66. 在2022年8月3日举行的第3609次会议上，委员会根据其《章程》第16至第21条，决定通过秘书长将条款草案(见下文C节)转交各国政府征求评论和意见，并请各国政府在2023年12月1日之前向秘书长提交此类评论和意见。

67. 在2022年8月3日举行的第3609次会议上，委员会向特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士深表感谢，由于她的杰出贡献，委员会得以圆满完成对国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案的一读。委员会还对前任特别报告员罗曼·科洛德金先生对此专题工作的宝贵贡献再次深表感谢。

---

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)。

在分别于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(同上，《第七十六届会议，补编第10号》(A/76/10)，第114段)。

## C. 委员会一读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

68. 委员会一读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

##### 引言

##### 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。
3. 本条款草案不影响设立国际刑事法院和法庭的国际协定对缔约国所规定的、在这些协定缔约方之间适用的权利和义务。

##### 第 2 条

##### 定义

为本条款草案的目的：

(a) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人，既指现任也指前任国家官员；

(b) “以官方身份实施的行为”是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。

#### 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。

### 第四部分 程序性规定和保障措施

#### 第 8 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法院地国对另一国现任或前任官员行使的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载任何一条草案的刑事管辖权，包括适用于依照本条款草案任何一条确定豁免是否适用。

## 第 9 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) 在启动刑事诉讼之前进行；
  - (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之前进行。

## 第 10 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之前，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，或通过相关国家为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 11 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，或通过相关国家为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。

## 第 12 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. 豁免必须总是以书面形式明示放弃。
3. 放弃豁免可通过外交途径表达，或通过相关国家为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. 豁免的放弃不可撤销。

### 第 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，或通过相关国家为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。

### 第 14 条

#### 豁免的确定

1. 国家官员的外国刑事管辖豁免由法院地国主管当局根据该国法律和程序并按照适用的国际法规则确定。
2. 在确定豁免时，此类主管当局应特别考虑：
  - (a) 法院地国是否已发出第 10 条草案规定的通知；
  - (b) 官员所属国是否已援引或放弃豁免；
  - (c) 官员所属国当局提供的任何其他相关信息；
  - (d) 法院地国其他当局提供的任何其他相关信息；以及
  - (e) 来自其他来源的任何其他相关信息。
3. 在法院地国为确定豁免而考虑适用第 7 条草案时：
  - (a) 确定豁免的当局应具有适当高的级别；
  - (b) 除第 2 款的规定外，主管当局应：
    - (一) 确信有充分理由认为该官员实施了第 7 条草案所列的任何国际法罪行；
    - (二) 对另一当局、法院或法庭关于对该官员行使或打算行使刑事管辖权的任何请求或通知予以考虑。
4. 法院地国主管当局确定豁免，应总是：
  - (a) 在启动刑事诉讼之前进行；
  - (b) 在采取可能影响该官员的强制措施、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之前进行。本项不妨碍采取或继续采取相关措施，以免以后无法对该官员提起刑事诉讼。

5. 任何关于另一国官员不享有豁免的决定均可通过司法程序提出质疑。本规定不妨碍根据法院地国的适用法律对任何豁免确定提出的其他质疑。

## 第 15 条

### 转移刑事诉讼

1. 法院地国主管当局可自行或应官员所属国请求，提出将刑事诉讼转移至官员所属国。
2. 法院地国应善意地考虑转移刑事诉讼的请求。只有在官员所属国同意将案件提交其主管当局进行起诉的情况下，才能进行这种转移。
3. 一旦同意转移，法院地国应暂停其刑事诉讼，但不妨碍采取或继续采取相关措施，以免以后无法对该官员提起刑事诉讼。
4. 如果在转移后，官员所属国没有善意地迅速将案件提交其主管当局进行起诉，法院地国可恢复其刑事诉讼。
5. 本条草案不妨碍法院地国或官员所属国根据国际法承担的任何其他义务。

## 第 16 条

### 公平对待国家官员

1. 应保障法院地国对之行使或可能行使刑事管辖权的另一国官员受到公平对待，包括公平审判、对其权利的充分保护以及适用的国内法和国际法、包括人权法和国际人道法所规定的程序保障。
2. 在法院地国被监禁、羁押或拘留的任何此类官员应有权：
  - (a) 立即联络该官员所属国最近的适当代表；
  - (b) 受到该国代表的探视；以及
  - (c) 立即被告知其根据本款所享有的权利。
3. 第 2 款所述各项权利的行使应符合法院地国的法律和规章，但这些法律和规章必须能使第 2 款所述权利的预期目的得到充分实现。

## 第 17 条

### 协商

法院地国和官员所属国应在彼此任何一方的请求下，酌情就本条款草案所涉及的官员豁免事宜进行协商。

## 第 18 条

### 争端的解决

1. 如对本条款草案的解释或适用发生争端，法院地国和官员所属国应通过谈判或其自行选择的其他和平手段寻求解决办法。
2. 如在合理时间内无法达成双方均能接受的解决办法，则应在法院地国或官员所属国的请求下，将争端提交国际法院，除非两国同意将争端提交仲裁或可作出具有约束力的裁决的任何其他解决手段。

## 附件

### 第 7 条草案第 2 款所指条约的清单

#### 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

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

#### 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》，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. 条款草案案文及其评注

69. 委员会第七十三届会议一读通过的条款草案案文及其评注载录如下。

### 总评注

(1) 本条款草案处理国家官员的外国刑事管辖豁免问题。与委员会以往工作成果一样，本条款草案应结合评注来解读。

(2) 国际法委员会过去曾在外交关系<sup>891</sup> 和领事关系<sup>892</sup> 及豁免、特别使团<sup>893</sup>、国家与国际组织的关系，<sup>894</sup> 以及国家及其财产的豁免<sup>895</sup> 等专题下处理国家官员的豁免问题。除此以外，委员会在审查与个人的刑事责任有关的其他专题时，包括在通过《纽伦堡原则》<sup>896</sup>、就通过《危害人类和平及安全治罪法草案》<sup>897</sup> 开展不同工作时，以及最近就防止和惩治危害人类罪条款草案<sup>898</sup> 开展不同工作时，也审议了豁免问题。

(3) 本条款草案采取了与上述工作中的处理办法不同的办法，具体地处理了国家官员的外国刑事管辖豁免问题。本条款草案界定适用于此类豁免的一般法律制度，特点如下：(a) 仅限于刑事管辖豁免；(b) 仅限于外国刑事管辖权，不影响国际刑事法院适用的法律制度；(c) 涵盖所有国家官员，无论其职位或为国家履行的具体职能是什么，唯有那些由特别制度涵盖的国家官员除外。

(4) 在编写本条款草案时，委员会考虑了下述不同要素。

(5) 第一个要素是保证尊重国家主权平等原则的必要性，这是国家官员外国刑事管辖豁免的基础。根据国际法向国家官员提供豁免通常是为了确保他们有能力代表国家或行使国家职能。的确，正如国际法院所确认的，给予国家官员豁免，不是为了让他们个人获益，而是为了保护国家的权利和利益。<sup>899</sup> 此外，鉴于不同的国家官员可能担任不同的职务，条款草案区分了两种法律制度，即属人豁免制度和属事豁免制度。

<sup>891</sup> 见委员会第十届会议通过的关于外交关系和豁免的条款草案，《1958年国际法委员会年鉴》(《1958年……年鉴》)，第二卷，A/3859号文件，第89页，第53段。特别见第29、30和36至38条草案及相关评注，同上，第98-99和101-103页。

<sup>892</sup> 见委员会第十三届会议通过的关于领事关系的条款草案，《1961年……年鉴》，第二卷，A/4843号文件，第92页，第37段。特别见第41至45、53、57和61条草案及相关评注，同上，第115-119、122-123、125和126页。

<sup>893</sup> 见委员会第十九届会议通过的关于特别使团的条款草案，《1967年……年鉴》，第二卷，A/6709/Rev.1和Rev.1/Corr.2号文件，第347页，第35段。特别见第9、29、31、36至41和44条草案及相关评注，同上，第351-352、361、362、363-365和366页。

<sup>894</sup> 见委员会第二十三届会议通过的关于国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案，《1971年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/8410/Rev.1号文件，第284页，第60段。特别见第22、28、30、31、36至38、50、53、59、61、62、67至69和74条草案及相关评注，同上，第299-300、302-305、308-310、315-316、317、319-321、322-323和326页。

<sup>895</sup> 见委员会第四十三届会议通过的国家及其财产的管辖豁免条款草案，《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第13页，第28段。特别见第2和第3条草案及相关评注，同上，第14-22页。

<sup>896</sup> 见《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》(《纽伦堡原则》)，《1950年国际法委员会年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第三部分，第374-378页，第97至127段。特别见原则三及其评注，同上，第375页。

<sup>897</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第50段。特别见第7条草案及其评注，同上，第26-27页。

<sup>898</sup> 委员会第七十一届会议通过的条款草案案文及相关评注载录于《大会正式纪录，第七十四届会议，补编第10号》(A/74/10)，第44和45段。特别见第6条草案第5款及其评注。

<sup>899</sup> 2000年4月11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3页起，见第14页，第31段。

(6) 其次，按照国家主权平等原则，法院地国有权行使自己的刑事管辖权。正如国际法院指出的，管辖权与豁免之间存在密切关系，因为外国刑事管辖豁免只能相对于刑事管辖权的行使来理解。<sup>900</sup>

(7) 第三，在适用国家官员的豁免时须铭记，国际法是具有一致性的法律体系。<sup>901</sup> 因此，在拟订这些条款草案时，必须考虑到当代国际法不同领域的现有规则。具体而言，必须考虑到国际刑法取得的进步，例如根据国际法对最严重罪行加以界定和惩罚，将问责原则界定为其构成要素之一，加强对有罪不罚现象的打击，使之成为国际社会的目标。<sup>902</sup> 虽然“豁免”与“有罪不罚”这两个术语既不等值，也不可互换，但必须避免的情况是，国家官员的外国刑事管辖豁免导致国际法规定的最严重罪行不受惩罚。<sup>903</sup>

(8) 委员会因此在条款草案中纳入了几项规定，分别处理以下问题：属事豁免在国家官员可能犯下国际法规定的若干罪行时的例外情况；将适用于外国刑事管辖豁免的规则与适用于国际刑事法庭的规则分离；是否存在或建立允许官员本国法院或第三国法院或在可能的情况下允许国际法院起诉国家官员的机制。

(9) 最后，委员会同样考虑到，在某些情况下，可能发生出于政治动机对另一国官员行使刑事管辖权或滥用这一管辖权的情况，从而在法院地国和官员所属国之间造成不良的紧张关系。因此，对国家官员的外国刑事管辖豁免可能有助于国际关系的稳定。

<sup>900</sup> 同上，第19页，第46段。

<sup>901</sup> 见委员会2006年通过的“国际法不成体系问题：国际法多样化和扩展引起的困难”研究组的结论(1)：“(1) 作为法律体系的国际法 国际法是一个法律体系。它的规则和原则(也即它的规范)的运作同其他规则和原则有关，并且应该在其他规则和原则的背景之下予以解释。作为一种法律体系，国际法并非任意收集这些规范。这些规范之间存在有意义的关系。因此，规范可能存在于较高和较低的等级，它们的表述可能涉及较大或较小的一般性和特殊性，它们的效力可能追溯到较早的或较晚的时刻。”《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第十二章，第251段，第177-178页。

<sup>902</sup> 大会强调了问责制和打击有罪不罚现象的重要作用。在《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》中，各国“承诺，对于灭绝种族罪和危害人类罪，对于违反国际人道主义法行为和严重违反人权法行为，确保绝不容忍有罪不罚，并确保对于此类违法行为要进行适当调查，给予适当制裁，包括通过国家机制，或根据国际法酌情通过区域或国际机制，将任何罪行的实施者绳之以法。”见大会2012年9月24日第67/1号决议，第22段。人权理事会在2014年9月25日第27/3号决议的序言中申明，需要“确保问责、伸张正义和向受害者提供补救”。国际法院也强调了问责原则，指出《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》建立的监督制度旨在“确保被指控实施酷刑行为的人无法在任何缔约国找到避难所，从而防止他们逍遥法外”(与起诉或引渡义务有关的问题案(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012年国际法院案例汇编》，第422页起，见第461页，第120段)。希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官在逮捕证案的个别意见中指出了豁免与问责制和打击有罪不罚之间的关系，指出越来越多的人认识到“犯下严重国际罪行的人不得逍遥法外，这对高级国家官员根据传统习惯法所享有的豁免产生了影响”(2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第85页，第74段)。

<sup>903</sup> 国际法院在对逮捕证案的判决中指出，“在任外交部长享有的管辖豁免并不意味着他们可能犯下的任何罪行不受惩罚，无论其严重程度如何。刑事管辖豁免和个人刑事责任是完全不同的概念。虽然管辖豁免是程序性的，但刑事责任是实体法问题。管辖豁免很可能在一定时期内或对某些罪行禁止起诉，但它不能免除对之适用管辖豁免的人的所有刑事责任”。法院补充说，“因此，在任或前任外交部长根据国际法享有的豁免在某些情况下并不妨碍刑事起诉”。见2000年4月11日逮捕证案(上文脚注899)，第25页，第60和61段。

(10) 因此，本条款草案包括一套程序性规定和保障措施，旨在促进法院地国和官员所属国之间的信任、相互理解和合作，并提供保障，以防止对其他国家的官员滥用刑事管辖权，或将行使这一权利政治化。

(11) 这些要素既体现在本条款草案的内容里，也体现在其结构中，有助于促进条款草案作为一个整体的平衡性。条款草案分为四部分，分别处理范围和定义(第一部分)、属人豁免(第二部分)、属事豁免(第三部分)，以及程序性规定和保障措施(第四部分)。

(12) 按照委员会工作的惯例，条款草案含有编纂和逐渐发展国际法的提案。条款草案在评注中适当提及这一问题，旨在向各国提供这方面的充足信息，并确保委员会工作必须秉持的透明度。

(13) 最后，必须考虑到，关于本条款草案，委员会尚未决定向大会提出何种建议：即提交各国进行一般性审议，还是建议将条款草案作为未来就这一专题进行条约谈判的基础。按照惯例，委员会将在二读通过条款草案时通过这样一项决定，届时委员会将能够参考各国就此问题作出的评论。

## 第一部分 导言

### 评注

第一部分题为“导言”，含有关于界定条款草案范围的总体框架的规定。第1条草案界定了条款草案的范围，第2条草案包括“国家官员”和“以官方身份实施的行为”的定义；这些定义因其本身的性质，与正确理解整个条款草案尤为相关，其使用贯穿整个条款草案。

## 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权豁免。
3. 本条款草案不影响设立国际刑事法院和法庭的国际协定对缔约国所规定的、在这些协定缔约方之间适用的权利和义务。

### 评注

(1) 第1条草案专门用于确定国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案的范围。它以单独的一条草案容纳了确定范围的正面和反面两个视角。第1款界定条款草案适用的情况，而第2款载有一项“不妨碍”条款，列出了在国际法上由特别制度管辖而不受本条款草案影响的情况。第3款载有一项提及国际刑事法院和法庭的规定，这些法院和法庭也不在条款草案的范围之内。委员会过去曾使用各种手段

界定一套条款草案范围的双重视角，<sup>904</sup> 但在目前情况下，委员会认为在单独一条中将这两个视角结合起来更好，因为这体现出在一个标题下便于同时处理两个视角的优势。

### 第 1 款

(2) 第 1 款从正面规定条款草案的适用范围。为此，在该款中，委员会决定使用“本条款草案适用于”这一短语，这是最近在委员会通过的其他载有范围规定的条款草案中使用的措辞。<sup>905</sup> 另一方面，委员会认为，本条款草案范围的界定应尽可能简单，从而可以为条款草案其余部分打下框架，并且不会影响或预判以后在草案其他各条中须处理的其他问题。因此，委员会决定描述性地提及范围，列出了构成这一专题本身标题的要素。出于同样原因，从定义范围中排除了最初提议的“行使”二字。就界定外国刑事管辖范围的后果来说，委员会各位委员对这二字的解释各不相同，甚至相互矛盾。还考虑到的一个事实是，其他条款草案中使用了“行使”二字。因此，委员会认为，不需要用这二字来界定条款草案的一般范围，并且将它们留用于条款草案其他部分更适合的地方。<sup>906</sup>

(3) 第 1 款涵盖了界定条款草案宗旨的三个要素，即：(a) 谁能享受豁免？(国家官员)；(b) 豁免影响哪些类型管辖权？(刑事管辖权)；以及 (c) 这类刑事管辖权是在什么领域行使的？(另一国的刑事管辖权)。

(4) 关于第一个要素，委员会选择将条款草案限于代表一国的或为一国利益行事的人员可享有的外国刑事管辖豁免。在委员会以往的工作中，用“官员”一词指能享受豁免的人。<sup>907</sup> 然而，使用这一术语以及其他语言文本的对等措辞，引起了若干问题。<sup>908</sup> 应当指出，各种语言文本中使用的术语是不可互换的，也不是同义词。尽管如此，为了简化案文，委员会决定保留“国家官员”这一说法，泛指享有本条款草案所指外国刑事管辖豁免的所有人员。这一概念已在第 2 条草案(a)项中作了界定，请注意其案文和评注。一些条款草案中使用的“另一国官员”等同于“国家官员”。

<sup>904</sup> 在国家及其财产的管辖豁免条款草案(《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第28段)中，委员会选择了在两条不同草案中处理范围的双重内容，而且这最终反映在2004年通过的《公约》中(《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004年12月2日，纽约)，大会第59/38号决议，附件，第一和第三条)。另一方面，在1975年《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，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，及《联合国国际水道非航行使用法公约》(1997年5月21日，纽约，联合国，《条约汇编》，第2999卷，第52106号，第77页)中，以单独一条界定了范围的各个层面，并且也提到了特别制度。尽管委员会在2014年通过的驱逐外国人条款草案(《大会正式记录，第六十九届会议，补编第10号》(A/69/10)，第44-45段)中也以两款构成的单独一条处理范围问题，但同一套条款草案中包括其他的单独规定，以将若干特别制度保持在特定范围之内。

<sup>905</sup> 比如说，这一措辞已经在驱逐外国人条款草案第1条草案中使用过。

<sup>906</sup> 见第3、5、7、8、10、14和16条草案。

<sup>907</sup> 在不同语言文本中使用的措辞如下：المسؤولون(阿拉伯文)；官员(中文)；“officials”(英文)；“représentants”(法文)；“должностные лица”(俄文)和“funcionarios”(西班牙文)。

<sup>908</sup> 初步报告，《2012年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/654号文件，第66段；以及第二次报告，《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661号文件，第32段。

(5) 其次，委员会决定将条款草案的范围限于刑事管辖豁免。按照委员会处理刑事管辖豁免的其他条款的做法，委员会认为没有必要界定豁免和刑事管辖的含义。然而，仅仅出于描述目的，必须指出，本条款草案处理的是由于豁免而导致刑事管辖受阻的情况，刑事管辖是国家实施性质各异的各种行为的权力，其最终目的是帮助确定个人的刑事责任。

(6) 第三，委员会决定将本条款草案的范围限于国家间平行关系中称为“外国”的刑事司法管辖豁免。这意味着条款草案仅适用于“另一国”的刑事司法管辖豁免。

(7) 必须强调，本条草案第1款指的是“对另一国刑事管辖……的豁免”。使用“from”一词，在“豁免”和“外国刑事管辖”(或另一国“管辖”)的概念之间建立了一个必须正当考虑的联系。关于这一点，委员会认为，豁免与外国刑事管辖的概念密切相关：不可能抽象地看豁免问题而不涉及外国刑事管辖权；后者尽管一直存在，但恰恰由于豁免权的存在，法院地国才不行使；或者，正如国际法院指出的，“只有在一国依照国际法对某具体案件有管辖权时，才会发生有关行使这一管辖的豁免问题”。<sup>909</sup>

(8) 委员会将外国刑事管辖豁免视为程序性的。因此，外国刑事管辖豁免不能构成免除享有豁免者按刑法实质性规则所负刑事责任的手段；这一责任相应地保留了下来，不论一国是否能够通过行使管辖权在一个特定时刻对于一个特定的人员确定这一责任存在。相反，严格来说，外国刑事管辖豁免是一国对另一国官员行使刑事管辖权的程序性障碍或阻隔。国际法院在逮捕证案中采取了这一立场，<sup>910</sup>大部分国家实践和文献也跟随这一立场。

## 第2款

(9) 第2款涉及在外国刑事管辖豁免方面存在着国际法特别规则的情况。这一类特别规则中最知名并经常引用的，是根据国际法赋予外交人员和领事官员的特权和豁免制度。<sup>911</sup>然而，当代国际法上也有以条约或惯例为基础的其他事例；委员会认为，对于界定本条款草案范围而言，也应同样考虑到这些事例。关于这些特别制度，委员会认为，它们是国际法上牢固确立的法律制度，因此本条款草案不应当影响其内容和适用。应当忆及，在国家及其财产管辖豁免条款草案的编写过程中，委员会承认了特别豁免制度的存在，尽管是在不同的背景之下，并且在题为“不受本条款影响的特权和豁免”<sup>912</sup>的第3条中专门提到了它们。委员会在第2款中纳入一项“不妨碍”规定，确立了本条款草案所载的国家官员的外国刑事管辖豁免制度与刚才所述的特别制度之间的关系，据此，本条款草案的规定

<sup>909</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第19页，第46段。另见委员会关于国家及其财产的管辖豁免条款草案第6条的评注，特别是第(1)-(3)段(《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第23-24页)。

<sup>910</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第25页，第60段。法院就国家豁免问题采取了同样的立场：见国家管辖豁免案(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页起，特别是第124页第58段和第143页第100段。

<sup>911</sup> 见《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，第三十一条，以及《维也纳领事关系公约》(1963年4月24日，维也纳)，同上，第596卷，第8638号，第261页，第四十三条。

<sup>912</sup> 《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第21-22页，第3条草案及其评注。

“不妨碍”所述特别制度的规定；委员会在此沿用了以前在国家及其财产管辖豁免条款草案中使用的措辞。

(10) 委员会在早先的工作中使用了“特别规则”一词，作为“特别制度”的同义词。虽然委员会没有界定“特别制度”的概念，但是应注意国际法不成体系专题研究组的结论，特别是结论2和3。<sup>913</sup> 就本条款草案而言，委员会的理解是：“特别规则”意指那些依据条约或惯例来规范与国际关系具体领域中的活动相关的人员的外国刑事管辖豁免的国际规则。委员会认为“特别规则”与本条款草案界定的制度是共存的；在两种制度之间发生矛盾的情况下，适用特别制度。<sup>914</sup> 无论如何，委员会认为，有关的特别制度只是“国际法规则”设立的制度；援引国际法，对于界定“不妨碍”条款的范围至关重要。<sup>915</sup>

(11) 第2款涵盖的特别制度尤其涉及已经确定了外国刑事管辖豁免规范的三个国际实践领域，分别是：(a) 一国以外交使团、领事馆和特别使团的形式存在于某一外国；(b) 与国际组织有关的各种派驻代表活动和其他活动；(c) 一国军事力量驻扎在某一外国。虽然在所有这三个领域都可找到以条约为基础的建立外国刑事管辖豁免制度的规范，但委员会认为没有必要在第2款中明确提及这类性质的国际公约和文书。<sup>916</sup>

(12) 第一组包括的特别规则涉及那些在另一国履行代表或保护国家利益的职责的有关人员的外国刑事管辖豁免，无论他们是永久还是临时的，是派驻于外交使团、领馆还是特别使团的。委员会认为，这一类中包括了《维也纳外交关系公约》、《维也纳领事关系公约》和《特别使团公约》<sup>917</sup> 所载的规则，以及习惯国际法的有关规则。

(13) 第二组包括的特别规则适用于与国际组织相关或在其框架内开展活动的个人所享有的刑事管辖豁免。这一类中包含的特别规则适用于与国际组织使命有关、或派往国际组织机关或国际会议的代表团有关人员。<sup>918</sup> 委员会认为，没有必要在这组特别规则中包括一般来说适用于国际组织本身的规则。然而，委员会认为，这一类中的确包括那些适用于一国际组织代理人的规范，尤其是在代理人是由一国交由国际组织安置，并且在代表该组织期间内继续享受国家官员地位的情况下。关于第二组特别制度，委员会已经参照了《维也纳关于国家在其对普遍

<sup>913</sup> 《2006年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第251段。

<sup>914</sup> 在关于国家及其财产的管辖豁免条款草案第3条草案的评注中，委员会用以下的话提到这一现象：“本条旨在使现行特别制度不受影响，特别是涉及到所列使团有关的人员时”(《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第22页，评注第(5)段)。另见同一评注的第(1)段。

<sup>915</sup> 委员会在上述关于国家及其财产的管辖豁免条款草案第3条中也提及国际法。应当指出，委员会在这一条的评注，特别是在第(1)和(3)段中，特别提醒人们注意这一说法。

<sup>916</sup> 必须注意，委员会也没有在国家及其财产的管辖豁免条款草案中列出这些公约。然而，第3条的评注(第(2)段)提到了存在这类特殊制度的领域，并明确提到一些建立这些制度的公约。

<sup>917</sup> 《特别使团公约》(1969年12月8日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第1400卷，第23431号，第231页。

<sup>918</sup> 这一列表相当于委员会在国家及其财产的管辖豁免条款草案中编写的第3条草案第1款(a)项。

性国际组织关系上的代表权公约》、《联合国特权和豁免公约》、<sup>919</sup> 《专门机构特权和豁免公约》，<sup>920</sup> 以及在这方面适用的其他条约和习惯规范。

(14) 第三组特别规则包括了赋予与一国驻外国军事力量有关的人员的刑事管辖豁免的规范。这一类中包括一整套的规范在第三国境内常驻部队的规则，甚至部队地位协定、总部协定、或在设想永久驻军的军事合作协定中包括的规则。这一类中还包括关于军事力量在外国的短期、非永久性活动而达成的协议。

(15) 第 2 款所述的特别规则前面加上了“特别是”几个字，以此表示这一款并不是排他性地适用于这三组特别规则。在这方面，委员会多个委员提请委员会注意：在实践中可看到其他领域的特别规则，特别是在一国境内设立外国经济、技术、科学和文化合作机构和中心方面，这类机构和中心通常是以专门的总部协定为基础。虽然委员会笼统地认识到这些特别制度的存在，但认为没有必要在第 2 款提及。

(16) 最后，应当指出的是，委员会考虑了能否在第 2 款中提及一国单方面向外国官员赋予外国刑事管辖豁免的做法。然而，委员会决定不将这种情况写入第 2 款。

(17) 另一方面，委员会认为，第 2 款的写法应与第 1 款的结构保持平行。因此，必须铭记：本条款草案说的是称为“国家官员”的特定人员的外国刑事管辖豁免，并且因此，这一主观上的因素也应当体现在“不妨碍”条款中。这就是为什么这一款明确提到“相关的人员”。“相关的人员”几字是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(第三条)使用的措辞。“相关的人员”的范围将取决于界定适用于他们的特别制度的规则的内容，因此，不可能先验地为这一类别拟定一个单独定义。对于一国军队中的文职人员也是如此；只有在每一情况下适用的法律文书所规定的范围内，特别制度才能涵盖他们。

(18) 将“相关的人员”和“特别规则”结合起来，对于确定第 1 条第 2 款中的但书或“不妨碍”条款的范围和含义，必不可少。委员会认为，本款涵盖的人员(外交代表、领事官员、特别使团成员、国际组织代理人和一国军队成员)被自动排除于本条款草案的范围之外，不是因为他们属于这一类别官员的单纯事实，而是因为第 1 条草案第 2 款所提到的特别制度之一在某些情况下适用于他们。在这种情况下，这些人员可在特别制度下享有的适用于他们的外国刑事管辖豁免不会受到本条款草案规定的影响。

### 第 3 款

(19) 第 3 款处理本条款草案与国际刑事法院和法庭之间的关系。第 3 款处理了本条款草案与设立国际刑事法院和法庭的国际协定对缔约国所规定的、在这些协定缔约方之间适用的权利和义务的关系。

<sup>919</sup> 《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，以及第90卷，第327页。

<sup>920</sup> 《专门机构特权和豁免公约》(1947年11月21日，纽约)，同上，第33卷，第521号，第261页。

(20) 如上文第 6 段指出，本条款草案涉及国家官员对另一国的管辖权享有的刑事管辖豁免。因此，与国际刑事法院和法庭的豁免有关的问题不在本条款草案的范围内，这些问题受其本身法律制度的管辖。

(21) 然而，委员会在就本专题开展工作期间，提出了与国际刑事法院和法庭的活动有关的不同问题，包括关于要求各国与这些法院和法庭合作的现有国际规则可能对本条款草案产生的影响。此外，在委员会进行辩论时，有人一再提请注意，需要维护过去几十年间在国际刑法领域取得的成就，特别是国际刑事法院和法庭的成立，尤其是作为常设国际刑事司法机构成立的国际刑事法院。委员会成员强调，本条款草案不应损害这些成就。一些国家也在第六委员会强调，有必要维护这些成就，防止其价值和意义因本条款草案的拟订而降低。

(22) 委员会认为有必要在专门讨论适用范围的第 1 条草案中明确提及国际刑事法庭的问题。第 3 款强调本条款草案和适用于国际刑事法院和法庭的特别法律制度的分离和独立性。委员会以此表示没有忽视国际刑事法院和法庭在国际法中所发挥的重要作用。

(23) 第 3 款是在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 26 条启发下拟订的，该条的标题是“其他国际协定”，规定如下：“本公约不影响与本公约所涉事项有关的现有国际协定对缔约国所规定的，适用于这些协定缔约方之间的权利和义务”。这一规定被认为适当地处理了这些条款草案与国际性刑事法院和法庭的关系。该规定的目的是保持“设立国际法院和法庭的国际协定对缔约国规定的、在这些协定缔约方之间适用的权利和义务”。

(24) “缔约国的权利和义务”一语是指设立国际刑事法院或法庭的具体国际协定之下的任何权利和义务。委员会倾向于使用这一措辞，而不是提议的其他措辞，如此类协定中规定的“豁免问题”或“国际刑事法庭运作所遵循的规则”，委员会认为，相对于第 1 条草案第 3 款的目的而言，上述提议的措辞分别限制性过强或过于宽泛。

(25) “设立国际刑事法院和法庭的国际协定”一语是指为第 1 条草案第 3 款的目的而被视为特别法律制度的国际规范，同时考虑到这一条款所追求的目标。因此，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 26 条的措辞在这一点上没有反映出来，因为“与本公约所涉事项有关的”一语不够明确，无法反映出本条款草案与适用于国际刑事法院和法庭的法律制度之间的关系。“国际协定”一词是指每个国际刑事法庭的组成文书，包括《国际刑事法院罗马规约》，<sup>921</sup> 而不论这些协定是在国家之间订立的，还是在国家与国际组织之间订立的。然而，委员会一名委员对使用“国际协定”一词是否足以指这类文书提出质疑，因为一些国际刑事法庭——如起诉应对 1991 年以来前南斯拉夫境内所犯严重违反国际人道主义法行为负责者的国际刑事法庭和起诉应对 1994 年 1 月 1 日至 12 月 31 日期间在卢旺达境内的灭绝种族和其他严重违反国际人道主义法行为负责者和应对这一期间邻国境内灭绝种族和其他这类违法行为负责的卢旺达公民的国际刑事法庭——是由联合国安全理事会根据《联合国宪章》第七章通过的决议设立的，而另一些法

<sup>921</sup> 《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。

庭，特别是混合法庭或国际化法庭，则往往依据国内法规定设立，包括在全球性或区域性国际组织发起的倡议下设立。

(26) 第 3 款最后一句话中含有“在这些协定缔约方之间……”一语，这里意在强调适用于国际刑事法庭的公约性法律制度作为条约法事项，仅在设立特定国际法院或法庭的协定的缔约方之间适用。然而，这并不意味着对于依据国际法，特别是由安全理事会或任何其他国际组织可能给各国规定的任何其他义务作出了任何声明。

## 第 2 条 定义

为本条款草案的目的：

(a) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人，既指现任也指前任国家官员；

(b) “以官方身份实施的行为”是指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为。

### 评注

(1) 第 2 条草案专门讨论“国家官员”((a)项)和“以官方身份实施的行为”((b)项)这两个术语的定义，这是将条款草案作为一个整体理解的基本类别。<sup>922</sup>

(2) 第 2 条草案的标题是“定义”。这个标题相当于委员会在其他条款草案中使用的“用语”。使用不同的名称并不会使这条规定的性质产生任何不同的含义。

#### (a)项

(3) 第 2 条草案(a)项的目的是为了界定适用本条款草案的个人，即“国家官员”。对国家官员作出界定有助于理解豁免的规范性要素之一：享受豁免的个人。委员会多数委员认为，为了本条款草案的目的，应当有一个国家官员的定义，因为外国刑事管辖豁免适用于个人。委员会一些委员对是否需要列入这一定义表示怀疑。

(4) 第 2 条草案(a)项所载“国家官员”概念的定义具有一般性，适用于任何根据本条款草案享有外国刑事管辖豁免的人，无论是属人豁免还是属事豁免。因此，第 2 条草案(a)项的性质和目的不应与界定谁享有每一类豁免的第 3 条和第 5 条草案的性质和目的相混淆。<sup>923</sup> 享有属人豁免和属事豁免的人员都在“国家官员”的定义范围之内，定义对两类人员都适用。

<sup>922</sup> 委员会还审议了特别报告员在第二次报告(《2013年……年鉴》第二卷(第一部分), A/CN.4/661 号文件)中和起草委员会框架内提出的“豁免”、“刑事管辖”、“行使刑事管辖”和“不可侵犯”的定义。然而，委员会根据以往工作和关于豁免的普遍性公约中的做法，认为没有必要将这些定义纳入第2条草案。

<sup>923</sup> 第3条草案指出，“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5条草案指出，“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”。

(5) 国际法中并没有“国家官员”或“官员”概念的一般定义，尽管在某些条约和国际文书中，这两个词都可以看到。<sup>924</sup> 另一方面，“国家官员”或简单的“官员”的概念在不同的国内法律制度中，所指可能不同。因此，本评注中提到的“国家官员”的定义是独立的，必须理解为是为本条款草案的目的而拟订的。

(6) “国家官员”定义中使用“个人”一词是为了表明本条款草案仅涉及自然人。本条款草案不妨碍适用于法人的规则。

(7) 如前所述，“国家官员”必须理解为包括享有属人豁免的人员和享有属事豁免的人员。在这点上，必须指出的是，委员会用来确定享有属人豁免的人员的办法是在第3条草案里明确地列出此类个人，即国家元首、政府首脑和外交部长。但委员会决定不在第2条草案(a)项中明确提及这些人，因为他们本身被视为本条款草案所指的“国家官员”；因此，从定义上讲，他们不必区别于其他国家官员。

(8) 关于属事豁免适用的“国家官员”，委员会认为无法使用明确列举的办法来确定。鉴于豁免可以适用的个人的职务多种多样，确定哪些人是官员的国家法律制度也各不相同，委员会认为无法拟订一个详尽无疑的名单，包含属事豁免涵盖的所有个人。出于同样的原因，委员会认为在一个条文草案里拟订这种豁免所适用个人职务的指示性名单也是不可能或不合适的。在这两种情况下，名单必然都是不完整的，因为无法编制国内法律制度包含的所有国家官员的职务目录，名单必须不断更新，并且可能给负责适用外国刑事管辖豁免的政府机构造成困惑。因此，为属事豁免目的可被称为“国家官员”的个人必须根据定义中所包含并表明国家与官员之间具体关系(即代表国家或行使国家职能)的标准逐案确定。

(9) 不过，作为例子，下述“国家官员”出现在与刑事管辖豁免以及相关时，与民事管辖豁免有关的国内和国际案例法中：前国家元首；国防部长和前国防部长；副总统兼林业部长；内务部长；总法务官和检察长；国家安全机构首长；前情报局局长；海事局局长；联邦国家的总法务官及各种低级别官员(检察官及其法律助手、总法务官办公署的侦探以及国家机构律师)；各种级别的军官、政府

<sup>924</sup> 下列多边条约使用了这两个词语：《维也纳外交关系公约》；《维也纳领事关系公约》；《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973年12月14日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第1035卷，第15410号，第167页；《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948年12月9日，巴黎)，同上，第78卷，第1021号，第277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》(1984年12月10日，纽约)，同上，第1465卷，第24841号，第85页；《联合国反腐败公约》(2003年10月31日，纽约)，同上，第2349卷，第42146号，第41页；《反腐败刑法公约》(欧洲委员会)(1999年1月27日，斯特拉斯堡)，同上，第2216卷，第39391号，第225页；《美洲反腐败公约》(1996年3月29日，加拉加斯)，E/1996/99；及《非洲联盟预防和打击腐败公约》(2003年7月11日，马普托)，《国际法律资料》，第43卷(2004年)，第5页。为界定“国家官员”的目的而对这些文书所作的分析，见特别报告员的第三次报告(A/CN.4/673)，第51-93段。

治安力量和机构的各种成员，包括警察局长；边防警察；监狱的副监狱长；国家档案馆馆长。<sup>925</sup>

(10) 必须注意的是，国家元首、政府首脑和外交部长可按照本条款草案享有属人和属事两种豁免。第3条草案特别对第一种假设作出了规定。第二种假设反映在第4条草案第3款中，该款规定，“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”。国家元首、政府首脑和外交部长享有属人豁免或属事豁免的条件将取决于本条款草案所载的适用于每一类豁免的规则。<sup>926</sup>

(11) 必须指出的是，“国家官员”的定义仅指享有豁免的人，并不预先判断外国刑事管辖豁免涵盖哪些行为的问题或暗含对这一问题的任何表述。从这个角度来看，为本条款草案的目的，在确定个人为国家官员时应当考虑的基本要素是该

<sup>925</sup> 见：全国集体事故受害人联合会“Fenvac SOS catastrophe”；若拉(Joola)号班轮受害者家庭协会，最高上诉法院刑事庭(法国)，2010年1月19日的判决(09-84.818) (Bulletin des Arrêts, Chambre criminelle, No. 1(2010年1月, 第41页)；琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部，上议院(联合王国)，2006年6月14日，[2006] UKHL 26 (《国际法案例汇编》，第129卷，第744页)；国库司法代表诉马耳他海事当局和Carmel X，最高上诉法院刑事庭(法国)，2004年11月23日的判决(Bulletin criminel 2004, No. 292, p. 1096)；Norbert Schmidt诉联合王国政府内政大臣、都会警察专员和David Jones，最高法院(爱尔兰)，1997年4月24日的判决，[1997] 2IR 121；山达基教会案，联邦最高法院(德国)，1978年9月26日的判决(《国际法案例汇编》，第65卷，第193页)；Teodoro Nguema Obiang Mangue等人案，巴黎上诉法院，第七分部第二预审厅，2013年6月13日的判决；A.诉总检察长办公室，联邦刑事法院(瑞士)(BB.2011.140)，2012年7月25日的判决；Regina诉Bartle和市警察局长等人，皮诺切特缺席一案，上议院(联合王国)，1999年3月24日的判决(《国际法律资料》，第38卷(1999年)，第581页)；Khurts Bat诉德国联邦法院调查法官，高等法院行政法庭(联合王国)，2011年7月29日的判决([2011] EWHC 2029 (Admin)，《国际法案例汇编》，第147卷，第633页)；检察官诉Adler等人，米兰法院，第四刑事法庭(意大利)，2010年2月1日的判决(可查阅<http://opil.ouplaw.com>, International Law in Domestic Courts [ILDC 1492 (IT 2010)])；美利坚合众国诉诺列加，第十一巡回区上诉法院(美利坚合众国)，1997年7月7日的判决，117 F.3d 1206 (《国际法案例汇编》，第121卷，第591页)；起诉边界卫兵案，联邦最高法院(德国)，1992年11月3日的判决(案件编号5 StR 370/92，同上，第100卷，第364页)；Doe先生和夫人案，第二巡回区上诉法院(美利坚合众国)，1988年10月19日的判决(860 F. 2d 40 (1988)，同上，第121卷，第567页)；R.诉兰贝斯法官，Yusufu缺席案，高等法院分庭(联合王国)，1985年2月8日的判决(同上，第88卷，第323页)；已故Zahra (Ziba) Kazemi的遗产和Stephan (Salman) Hashemi诉伊朗伊斯兰共和国、Ayatollah Ali Khamenei、Saeed Mortazavi和Mohammad Bakhshi，高等法院商事分庭(加拿大)，2011年1月25日的判决；Ali Saadallah Belhas等人诉Moshe Ya'alon，哥伦比亚巡回区上诉法院(美利坚合众国)，2008年2月15日的判决，515 F.3d 1279 (《国际法律资料》，第47卷(2008年)，第144页)；Ra'Ed Mohamad Ibrahim Matar等人诉Avraham Dichter，纽约南区地方法院(美利坚合众国)，2007年5月2日的判决，500 F. Supp. 2d 284；Jaffe诉Miller和其他人，安大略省上诉法院(加拿大)，1993年6月17日的判决(《国际法案例汇编》，第95卷，第446页)；及第3 StR 564/19号案件，德国联邦法院，2021年1月28日的判决。涉及国际法庭的案件，见刑事事项互助的若干问题案(吉布提诉法国)，判决，《2008年国际法院判例汇编》，第177页；琼斯等人诉联合王国，第34356/06和第40528/06号申诉，欧洲人权法院，《判决和决定汇编》(ECHR)2014；检察官诉Tihomir Blaškić，第IT-95-14-AR 108 bis号案件，1997年10月29日的判决，前南斯拉夫问题国际刑事法庭上诉庭，《1997年司法案例汇编》，第1卷，第1099页；及根据1982年《联合国海洋法公约》附件七组成的仲裁法庭就“Enrica Lexie”事件进行的仲裁(意大利共和国诉印度共和国)，常设仲裁法院，第2015-28号案件，2020年5月21日的裁决，第839和841段(可查阅<https://pca-cpa.org/>，在“Cases”下查阅)。另见Kittichaisaree法官关于国际海洋法法庭第26号案件的陈述，三艘乌克兰海军船只被扣案(乌克兰诉俄罗斯联邦)，临时措施，2019年5月25日的命令，《判决、咨询意见和命令汇编》，第18卷(2018-2019年)，第283页。法庭的判例可在法庭网站([www.itlos.org](http://www.itlos.org))上查阅。

<sup>926</sup> 在这方面，应当忆及，第4条草案的评注第(15)段指出：“委员会认为该‘不妨碍’条款只是承认关于属事豁免的规则对前国家元首、政府首脑或外交部长适用。第3款没有预先判断属事豁免制度的内容，这一制度的内容将在本条款草案第三部分拟定。”

人与国家之间存在某种联系。这种联系反映在第2条草案(a)项中，其中提到有关个人“代表国家或行使国家职能”。这是关于确定官员的标准的简单明了的说法，并重申了委员会就第1条草案的适用范围接受的方针，即本条款草案指代表一国或为一国利益行事的人员可享有的外国刑事管辖豁免。<sup>927</sup> 最后，应当注意的是，国家官员可能同时满足“代表国家”和“行使国家职能”两个要求或只满足其中一个要求。

(12) “代表国家……的人”一语必须从广义上理解为包括任何履行代表职能的“国家官员”。提及代表性对于国家元首、政府首脑和外交部长特别重要，因为一如第3条草案的评注所述——任这些职位的人员仅凭其职务就可在国际关系中直接代表国家而无需国家专门授权其这样做。<sup>928</sup> 不过，这里提到的代表国家根据国家制度本身的规则或法律，还可适用于除所谓“三巨头”以外的国家官员。因此，官员是否代表国家须逐案确定。最后，必须指出的是，单独提到“代表国家”，以此作为确定与国家之间联系的一个标准，可将某些类别的个人(如一些国家元首)涵盖进来，他们通常不履行严格意义上的国家职能，但他们确实是代表国家的。

(13) “行使国家职能”这一短语必须从广义上理解为国家开展的活动，该词包括国家履行的立法、司法、行政或其他职能。因此，“国家官员”是能够履行这些国家职能的个人。提到行使国家职能，就更准确地界定了官员与国家之间的必要联系，这就可以充分地考虑到授予个人豁免是为了国家利益。虽然为反映这一想法提出了各种词语，如“公共权力的特权”、“公共职能”、“主权权力”、“政府权力”、“国家固有职能”等，但委员会选择了最适合的“国家职能”一词。这种选择有两个原因：一是它充分反映了国家与官员之间的联系，这种联系与后者的职责有关；二是使用“职能”一词，而不是“以国家名义实施的行为”，避免了豁免的主体要素(官员)与实质性要素(行为)之间可能的混淆。无论如何，应在尽量广泛的意义上理解这些词语，同时铭记“国家职能”的确切内容可能在很大程度上取决于国家的法律和组织能力。但有些委员会委员认为所选择的词语不当。

(14) 须指出的是，本条草案中使用的“代表”和“行使”两词不得被解释为是对豁免的时间范围的任何表述。使用这两个词是为了一般性地确定国家与官员之间的联系，与国家官员在请求豁免时是否必须仍为官员无关。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。

(15) 对界定“国家官员”的目的而言，重要的是个人与国家的联系，这种联系的形式则无关紧要。委员会认为这种关系可有许多形式，具体取决于国家立法和每个国家的惯例。但大多数委员会委员认为，对这种关系的解释不能太广泛，将所有事实上的官员都包括在内。“事实上的官员”一词用于指许多可能的情况，个人可否为本条款草案的目的被视为国家官员，取决于每个具体情况。无论怎样，结合“以官方身份实施的行为”处理与事实上的官员有关的问题，可能更为恰当。

<sup>927</sup> 见上文第1条草案评注第(4)段。

<sup>928</sup> 见下文第3条草案评注第(2)段。

(16) 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，该个人在国内职位高低与定义的唯一目的无关。尽管在多数情况下，为豁免目的被视为国家官员的个人担任较高或相当高的职位，但也可找到这类人员职位较低的例子。因此，职位的高低不是国家官员定义的组成部分。

(17) 最后，必须铭记的是，“国家官员”的定义与豁免涵盖的行为种类毫无关系。因此，“代表”和“行使国家职能”不能被解释为以任何方式界定豁免的实质范围。

(18) 关于术语问题，在表示享有豁免的人员时，委员会决定在阿拉伯文中使用“مسؤول الدولة”、在中文中使用“国家官员”、在英文中使用“State official”、在法文中使用“représentant de l'Etat”、在俄文中使用“должностное лицо государства”，在西班牙文中使用“funcionario del Estado”。虽然委员会认识到这些词语的所指并不一定相同，而且不能互换，但仍倾向于继续使用这些词语，尤其是因为实践中广泛使用的英文“State official”一词适于指本条款草案提到的所有类别人员。尽管如此，应当指出，各语文本中使用的不同词语并无任何语义方面的重要意义。相反，为了本条款草案的目的，每个语文本中使用的各词语含义相同，与其在国内法律制度中的含义无关。

(19) 如本款最后一句所示，“国家官员”一词既包括现任，也包括前任国家官员。因此，应注意这样一个事实，即豁免既可能适用于在出现豁免问题时身为“国家官员”的个人，也可能适用于曾经是国家官员但在出现豁免问题时已不再担任这一职务的个人。然而，应该指出，这句话只是为了明确说明国家官员(前任或现任)与国家之间的关系可能涉及的时间情况；同时也说明，即使该人已不再是国家官员，也不妨碍其享有豁免。相反，提及“现任国家官员”和“前任官员”不会改变刑事管辖豁免的时间范围，这必须根据关于属人豁免的第4条草案第1款、关于属事豁免的第6条草案第2款和第3款，以及第4条第3款的规定来确定。因此，尽管“国家官员”一词就其定义而言，包括“现任国家官员和前任国家官员”，但应该强调，“前任国家官员”只能享有外国刑事管辖的属事豁免。

(20) 同样，必须注意这样一个事实，即第8条草案中明确提到的“现任或前任官员”相当于“既对……现任官员也对前任官员”这一短语，因此必须如上文所述进行解释。委员会赋予该条草案的特殊意义，是第8条草案中明确提及这一点的唯一理由，但这并不改变国家官员的外国刑事管辖豁免的范围，这一范围仍遵循上一段所引用条款的规定。

#### (b)项

(21) 第2条草案(b)项为本条款草案的目的界定“以官方身份实施的行为”这一概念。虽然一些委员对是否需要这项规定表示怀疑，但委员会认为，因为“以官方身份实施的行为”这一概念是属事豁免制度的核心，所以应当在条款草案中纳入其定义。

(22) 委员会在(b)项所载定义中包括了一些要素，以便能够出于国家官员的外国刑事管辖豁免的目的，确定某项特定行为是“以官方身份实施的行为”。委员会认为，“行为”一词既指作为，也指不作为。虽然关于使用什么术语一直有争论，但是委员会按照关于国家对国际不法行为的责任的条款草案的英文案文，决

定采用“act”(“行为”)一词,该草案第1条将“行为”理解为“可以包括一项或多项作为或不作为或两者兼而有之”。<sup>929</sup>此外,国际刑法中也通常使用“行为”一词,用于界定产生刑事责任的行为(作为和不作为)。《国际刑事法院罗马规约》在第6、第7、第8条和第8条之二中使用一般意义上的“行为”一词,不会引起对该词是否包含作为和不作为的质疑,因为这最终取决于具体的刑事罪行的定义。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》<sup>930</sup>和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》<sup>931</sup>也使用“行为”一词,同时指属于这些法庭管辖范围内的犯罪行为,包括作为和不作为行为。对可能产生刑事责任的行为作出界定的条约也使用了“行为”一词。例如,《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第二条)和《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)就是这种情况。

(23) 委员会使用了“行使国家权力”的表述,以便体现出在行为和国家之间建立联系的需要。换句话说,该做法旨在强调,并非由国家官员实施的行为就足以被自动视为“以官方身份实施的行为”。反之,在该行为和行使国家职能与权力之间还必须存在直接联系,因为这种联系是承认豁免的合理基础,以便保护国家主权平等原则。

(24) 在这方面,委员会认为,为了确定一项行为具备“以官方身份实施的行为”的特征,该行为首先应归于国家。但是,这不一定意味着只有国家可对此行为负责。根据委员会在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》(第4条)、<sup>932</sup>“关于国家对国际不法行为的责任条款”(第58条)<sup>933</sup>以及“关于国际组织的责任条款”(第66条)<sup>934</sup>中使用的“单一行为,双重责任”模式(双重归属),将行为归于国家是确定一项行为具备“以官方身份实施的行为”的特征的先决条件,但这并不妨碍该行为也可归于个人。根据这一模式,一项单独的行为可能同时涉及国家责任和行为人的个人责任,特别是在刑事事件中。

(25) 出于将一项行为归于国家的目的,作为出发点,有必要考虑委员会在第五十三届会议上通过的关于国家对国际不法行为的责任条款所载规则。然而,必须铭记,委员会是在国家责任范围内并为国家责任之目的而确立了这些规则。因此,对在国家官员的外国刑事管辖豁免背景下将某行为归于国家官员的进程适用这些规则时应进行仔细审查。在这方面,出于豁免目的,关于国家对国际不法行为的责任条款中第7至11条规定的责任标准似乎并不普遍适用。具体而言,委员会认为,作为一项规则,官员纯粹为了自己的好处和利益实施的行为不能被视为以官方身份实施的行为,即便这些行为也许看起来是以官方身份实施的。在这

<sup>929</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分)及更正,第32页,对第1条的评注第(1)段。应当指出,虽然西班牙文和法文本提到同样类型的行为时使用了不同的词(分别为“hecho”和“fait”),但是在上述委员会评注中,三种语言版本的用词一致。

<sup>930</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》,经安全理事会1993年5月25日第827(1993)号决议通过,载于秘书长按照安全理事会第808(1993)号决议提交的报告第2段(S/25704和Corr.1 [及Add.1]),附件。

<sup>931</sup> 《卢旺达问题国际刑事法庭规约》,安全理事会1994年11月8日第955(1994)号决议,附件。

<sup>932</sup> 《1996年……年鉴》,第二卷(第二部分),第23页。

<sup>933</sup> 《2001年……年鉴》,第二卷(第二部分)和更正,第142页。委员会在第五十三届会议上通过的关于国家对国际不法行为的责任条款载于大会2001年12月12日第56/83号决议附件。

<sup>934</sup> 《2011年……年鉴》,第二卷(第二部分),第104页。委员会在第六十三届会议上通过的关于国际组织的责任条款载于大会2011年12月9日第66/100号决议附件。

种情况下，国家不可能发现任何自身利益，承认豁免没有合理理由，因为承认豁免的最终目标是为了保护国家主权平等原则。<sup>935</sup> 但这并不意味着非法行为不能享有属事豁免。若干法院认为，非法行为不受豁免，仅仅是因为这种行为是非法的，<sup>936</sup> 甚至在所涉行为违反国际法的案件中也是如此。<sup>937</sup>

(26) 为了确定一项行为具备“以官方身份实施的行为”的特征，在行为和国家之间就必须存在特殊联系。第2条草案(b)项使用“国家权力”的措辞对这一联系作了界定，委员会认为该措辞足够宽泛，可泛指国家官员为行使其职能和从国家利益出发实施的行为，因此可将其理解为包含了第2条草案(a)项中规定的职能，其中提及“代表国家或行使国家职能”的任何个人。

(27) 与开始提出的措辞(“行使政府权力要素”)以及委员会后来讨论的另一些措辞，特别是与“政府权力”和“主权权力”相比，上述措辞被认为更加可取。虽然所有这些措辞都同样体现出在行为和国家之间必须存在一种特殊联系的要求，但存在一个问题，即它们可能被解释为特指某一种国家活动(政府或行政活动)，或导致必须对政府权力要素或主权进行界定的问题，该工作的难度极大，而且不被视为委员会任务的组成部分。此外，为了明确区分第2条草案(a)项和(b)项提出的定义，不使用(a)项中使用的“国家职能”这一表述被认为更加适当。在这方面，应当回顾，第2条草案(a)项将“国家职能”的表述及“代表国家”作为一个中性词，用于界定官员和国家之间的联系，但没有对豁免包括的行为种类作任何判断。<sup>938</sup> 使用“权力”而非“职能”一词，还有利于避免有关国际法规定的犯罪行为是否是“国家职能”的辩论。但是，有一名委员认为，第2条草案(b)项若使用“国家职能”的表述会更为贴切。

<sup>935</sup> 具体而言，美国一家法院作出了以下解释，澄清排除越权行为的理由：“如果官员的权力受规章的限制，超越此限制的行动即被视为个人行为，而非主权行动。官员所作所为不是主权国家授予的”。该法院指出，“外国主权豁免法并不豁免政府官员的非法行为”，因此，“官员虽具有权力身份，但没有在官方授权范围内行事，这就违反了国际法，无权享有外国主权豁免法规定的豁免”。(费迪南·马科斯的遗产人权诉讼案；Hilao等人诉马科斯遗产，美国上诉法院，第九巡回法庭，1994年6月16日的判决，25 F.3d 1467 (9th Cir.1994)，《国际法案例汇编》，第104卷，第119页起，特别是第123和125页)。同样，另一法院也认为越权行为不享受主权豁免，因为行为侵犯原告人权的行为是在权力之外实施的：“如果官员实施未经国家官方授权的行为，即如果他们不是‘在其权力范围内以官方身份行事’，那么他们就不能享受豁免。”(Jane Doe I等诉刘淇等、原告A等诉夏德仁等，美国加利福尼亚北部地区地方法院，(2004) 349 F. Supp.2d 1258 C 02-0672 CW (EMC), C 02-0695 CW (EMC))。值得注意的是，在Samantar诉Yousuf案(560 U.S. 305 (2010))之前，许多美国法院参照《外国主权豁免法》分析了民事案件中外国官员的豁免问题。在Samantar案中，美国最高法院认为，外国国家官员的豁免不受《外国主权豁免法》管辖，而是受普通法管辖。然而，美国法院以前参照《外国主权豁免法》对豁免作出分析的裁决继续就这种豁免的范围提供了有价值的见解，因为这些裁决所依据的推理仍然令人信服。

<sup>936</sup> Jaffe诉Miller和其他人，安大略省上诉法院，1993年6月17日(见上文脚注925)；阿根廷共和国诉Amerada Hess航运公司等，美国最高法院，1989年1月23日，488 U.S. 428，《国际法案例汇编》，第81卷，第658页；McElhinney诉Williams，爱尔兰最高法院，1995年12月15日，同上，第104卷，第691页。

<sup>937</sup> *I Congreso del Partido*，联合王国上议院，1981年7月16日，[1983] A.C. 244，《国际法案例汇编》，第64卷，第307页。在琼斯诉沙特阿拉伯案(2006年6月14日，联合王国上议院)(见上文脚注925)中，Hoffmann勋爵不接受关于违反强行法的行为不可能为官方行为的论点。

<sup>938</sup> 见上文本评注第(13)段。在此背景下，委员会认为，国家职能包括“由国家履行的立法、司法、执法或其他职能”。

(28) 委员会认为，在“以官方身份实施的行为”的定义中纳入所涉行为必须具有刑事性质是不适当的。这样做意在避免可能在定义上将以任何官方身份实施的任何行为视为刑事行为的解释。无论如何，“以官方身份实施的行为”的概念必须结合专门讨论国家官员的外国刑事管辖豁免的本条款草案来理解。

(29) 最后，虽然第2条草案(b)项所载定义指的是一项“以官方身份实施的行为”，但委员会认为，有必要在该定义中明确提及行为人，换句话说，即国家官员。这一点提请注意一个事实，即只有国家官员能够以官方身份实施一项行为，进而体现出在行为人和国家之间建立联系的需要。此外，提及国家官员是对第2条草案(a)项中“国家官员”定义的逻辑延续。

(30) 委员会认为，列出一份以官方身份实施的行为的详尽无遗的清单是不可能的。这类行为只能一件一件确定，考虑以往经过审查的标准，即所涉行为是由一名国家官员实施、基本上可归于国家，而且是在“行使国家权力”时实施的。但是，不论法院对行为的具体称谓如何，司法惯例中存在一些可能被视为以官方身份实施的行为或行为类别。这些实例可帮助法官和其他的国家法律从业者确定某项具体行为是否属于这一类别。

(31) 总体而言，国家法院认为以下行为属于以官方身份实施的行为类别：军事活动或与武装部队相关的活动、<sup>939</sup> 与行使政治权力相关的行为、<sup>940</sup> 外交活动和与外交事务相关的活动、<sup>941</sup> 立法行为(包括国有化)、<sup>942</sup> 与司法相关的行为、<sup>943</sup>

<sup>939</sup> 伊朗帝国案，德意志联邦共和国宪法法院，1963年4月30日，《国际法案例汇编》，第45卷，第57页；Victory Transport Inc. 诉Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, US 336 F. 2d 354(第二巡回法庭，1964年)，同上，第35卷，第110页；Saltany等诉Reagan等，美国哥伦比亚特区地方法院，1988年12月23日的判决，702 F. Supp 319，同上，第80卷，第19页；荷兰诉Lampen-Wolfe (联合王国)，[2000] 1 WLR 1573；Lozano诉意大利，第31171/2008号案件，意大利，上诉法院，2008年7月24日的判决(可查阅<http://opil.ouplaw.com>，International Law in Domestic Courts [ILDC 1085 (IT 2008)])。常设仲裁法院就“Enrica Lexie”事件组成的仲裁法庭认为，意大利海军军官为保护一艘商用船只实施的行为构成以官方身份实施的行为。见根据1982年《联合国海洋法公约》附件七组成的仲裁法庭就“Enrica Lexie”事件进行的仲裁(上文脚注926)，第839和841段。

<sup>940</sup> 伊朗帝国案(见上文脚注939)；科学派教会案，德国联邦最高法院，1978年9月26日的判决(见上文脚注925)；沙特阿拉伯等诉Nelson，美国最高法院，(1993): 507 U.S. 349，《国际法案例汇编》，第100卷，第544页；Propend Finance Pty Ltd. 诉Sing，联合王国上诉法院，同上，第111卷，第611页；Norbert Schmidt诉联合王国政府内政大臣，都会警察专员和David Jones，爱尔兰最高法院，1997年4月24日(见上文脚注925)；First Merchants Collection诉阿根廷共和国，美国佛罗里达南部地区地方法院，2002年1月31日，190 F. Supp. 2d 1336 (S.D. Fla. 2002)。

<sup>941</sup> 伊朗帝国案(见上文脚注939)；Victory Transport Inc. 诉Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (见上文脚注939)。

<sup>942</sup> 伊朗帝国案(见上文脚注939)；Victory Transport Inc. 诉Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (见上文脚注939)。

<sup>943</sup> 伊朗帝国案(见上文脚注939)；第12-81.676号案件，最高上诉法院刑事庭(法国)，2013年3月19日的判决，以及第13-80.158号案件，最高上诉法院刑事庭(法国)，2014年6月17日的判决(见[www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr))。瑞士法院在涉及西班牙一名法官发出的国际拘留令的ATF 130 III 136案中作了类似的裁决。

不同种类的行政行为(如驱逐外国人或舰船悬旗)、<sup>944</sup> 与公债相关的行为,<sup>945</sup> 以及不同种类的政治行为。<sup>946</sup>

(32) 此外,已要求刑事法院对据称以官方身份实施的以下行为对国家官员给予豁免:酷刑、灭绝、灭绝种族、法外处决、强迫失踪、强迫怀孕、驱逐、剥夺战俘地位、奴役和强迫劳动,以及恐怖主义行为。<sup>947</sup> 有时提及这些罪行时采用具体罪名,而在其他案件中则笼统地提及危害人类罪、战争罪以及系统地严重侵犯人权行为。<sup>948</sup> 其次,法院也审理由武装部队或安全机构成员实施、不属于上述类别的其他行为,包括虐待、滥用权力、非法拘留、绑架、无视司法的行为以及警务和执法有关的其他行为。<sup>949</sup>

(33) 在一些案件中,国家法院认为,所涉行为超越了公务职能或国家职能的界限。例如,在涉及一起谋杀政治对手案时,一家法院表示,“有意导致政治对手

<sup>944</sup> Victory Transport Inc. 诉 Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (见上文脚注939); Kline 等诉 Kaneko 等, 纽约南区法院(美利坚合众国), 1988年5月3日, US, 685 F Supp 386 (1988), 《国际法案例汇编》, 第101卷, 第497页; 国库司法代表诉马耳他海事当局和 Carmel X, 最高上诉法院刑事庭(法国), 2004年11月23日(见上文脚注925)。

<sup>945</sup> Victory Transport Inc. 诉 Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (见上文脚注939)。

<sup>946</sup> Doe I 诉以色列案, US, 400 F.Supp. 2d 86, 106 (DCC 2005)(以色列在被占领土建立定居点); Youming Jin 等诉国家安全部等, US, 557 F. Supp. 2d 131 (DDC 2008)(雇用“暴徒”威胁宗教团体成员, 造成谋杀案和极度暴力案)。

<sup>947</sup> Rauter 案, 荷兰最高上诉法院特别法庭, 1949年1月12日的判决, 《国际法案例汇编》, 第16卷, 第526页(德国占领军在丹麦所犯罪行); 以色列总检察长诉 Adolf Eichmann 案, 耶路撒冷地区法院(第40/61号案件), 1961年12月12日的判决; 以及最高法院(上诉法院), 1962年5月29日的判决, 同上, 第36卷, 第18和277页(二战期间所犯罪行, 包括战争罪、危害人类罪和灭绝种族); 亚西尔·阿拉法特(Carnevale re. Valente - Imp. Arafat e Salah)案, 意大利, 上诉法院, 1985年6月28日的判决, Rivista di diritto internazionale 69, No.4, (1986), 第 884页 (销售武器及与赤军勾结从事恐怖主义行为); R. 诉 Mafart and Prieur/“彩虹勇士”案, 新西兰高等法院, 奥克兰登记处, 1985年11月22日, 《国际法案例汇编》, 第74卷, 第241页(法国武装部队和安全部队成员用水雷炸“彩虹勇士”号船的行为, 结果导致船只沉没, 数人死亡; 这些行为被称为恐怖主义行为)。叙利亚驻德意志民主共和国前大使案, 德国联邦最高法院, 德国联邦宪法法院, 1997年6月10日的判决, 同上, 第115卷, 第595页(案件审查了针对一名前大使的法律行动, 据称该大使曾在外交房舍内藏有武器, 这些武器后来被用于恐怖主义行为); Bouterse 案, R 97/163/12 Sv 和 R 97/176/12 Sv, 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卷(2001), 第266至282页(酷刑、危害人类罪); 卡扎菲案, 巴黎上诉法院, 2000年10月20日的判决, 以及最高上诉法院, 2001年3月13日第1414号判决, Revue générale de droit international public, vol. 105 (2001)(英文版载录于《国际法案例汇编》, 第125卷, 第490和508页)(下令用炸药使一架飞机坠毁, 造成170人死亡, 被认为是恐怖主义行为); Hissène Habré 案, 达喀尔上诉法院(塞内加尔), 2000年7月4日的判决, 以及最高上诉法院2001年3月20日的判决; 《国际法案例汇编》, 第125卷, 第571和577页(酷刑行为和危害人类罪); 沙龙和亚龙案, 布鲁塞尔上诉法院, 2002年6月26日的判决, 同上, 第127卷, 第110页(战争罪、危害人类罪和灭绝种族); A. 诉联邦检察官办公室, 联邦刑事法院(瑞士), 2012年7月25日(见上文脚注925)(酷刑和其他危害人类罪); 第3 StR 564/19号案, 德国联邦法院, 2021年1月28日(见上文脚注925)(作为战争罪的酷刑)。

<sup>948</sup> Wei Ye、Hao Wang、Does、A、B、C、D、E、F 和处境类似的其他人诉江泽民和处理法轮功问题办公室(6/10办公室), 第七巡回上诉法院(美利坚合众国), 2004年9月8日的判决(383F.3d 620)(与上文脚注947和下文脚注949所述案件不同, 这是一个向民事法院提起的案件)。

<sup>949</sup> 起诉边界卫兵案, 德国联邦最高法院, 1992年11月3日(见上文脚注925), (一名年轻德国人试图越过柏林墙时被德意志民主共和国边界卫兵开枪打死); Norbert Schmidt 诉联合王国政府内政大臣、都会警察专员和 David Jones, 最高法院(爱尔兰), 1997年4月24日(见上文脚注925)(原告被国家官员拘留的非正常情形); Khurts Bat 诉德国联邦法院调查法官案, 高等法院行政庭(联合王国), 2011年7月29日(见上文脚注925)(绑架和非法拘留)。

被谋杀的行为”不是豁免范围内的行为。<sup>950</sup> 同样，在与腐败有关的案件中，无论是转用或挪用公款、洗钱还是任何其他类型的腐败行为，国家法院一般都拒绝给予豁免，理由是这类行为“有别于按照主权原则和外交豁免原则受到国际惯例保护的履行国家职能的行为”，<sup>951</sup> 而且“性质上与行使主权和政府权力无关，也不符合公共利益。”<sup>952</sup> 根据同样的逻辑，法院认为，国家官员因从事与私人活动密切联系、谋求官员个人致富而非主权利益的行为而得到豁免，是不可接受的。<sup>953</sup>

(34) 关于可能以官方身份实施的行为的实例，应特别提及国家法院处理国际法规定的罪行，特别是处理酷刑的方式。虽然在有些案件中这类行为被视为以官方身份实施的行为(但其实是非法和异常的行为)，<sup>954</sup> 但在另一些案件中，它们被归类为越权行为或不符合国家职能性质的行为，<sup>955</sup> 因此应排除在本款界定的行为类别以外。此外，应提请注意一个事实：这种对国际法规定的罪行的不同处理方式，既出现在国家法院承认豁免、也发生在国家法院拒绝豁免的案件中。

<sup>950</sup> 美国哥伦比亚特区地区法院，*Letelier诉智利共和国*，488 F. Supp. 665 (D.D.C. 1980), p. 673。

<sup>951</sup> *Teodoro Nguema Obiang Mangue*等案，巴黎上诉法院，2013年6月13日(见上文脚注925)。

<sup>952</sup> *Teodoro Nguema Obiang Mangue*等案，巴黎上诉法院，第七分部，第二预审厅，撤销申请，2015年4月16日的判决。

<sup>953</sup> 美利坚合众国诉诺列加(美国)，1997年7月7日(见上文脚注925)；*Jungquist诉Sheikh Sultan Bin Khalifa al Nahyan*，美国哥伦比亚特区地方法院，1996年9月20日的判决，94 F. Supp. 312，《国际法案例汇编》，第113卷，第522页；*Mellerio诉西班牙前女王Isabelle de Bourbon*，巴黎上诉法院，1872年6月3日，《国际公法案件年度摘要和报告》，第1872号案件，第293页；*Seyyid Ali Ben Hammoud、Prince Rashid诉Wiercinski*，Seine民事法庭，1916年7月25日的判决，*Revue de droit international privé et de droit pénal international*, vol.15 (1919), p. 505；埃及前国王Farouk诉克里斯汀·迪奥案，巴黎上诉法院，1957年4月11日的判决，*Journal du droit international*, vol. 84, No. 1 (1957), pp. 716-718；*Ali Ali Reza诉Grimpel*，巴黎上诉法院，1961年4月28日的判决，*Revue générale de droit international public*, vol. 66, No. 2 (1962), p. 418(也载录于《国际法案例汇编》，第47卷，第275页)；费迪南·马科斯的遗产人权诉讼案；*Trajano诉马科斯*等，美国上诉法院，第九巡回法庭，1992年10月21日，978 F.2d 493 (1992)，《国际法案例汇编》，第103卷，第521页；*Jimenez诉Aristeguieta*等，美国上诉法院，第五巡回法庭，311 F.2d 547 (1962)，同上，第33卷，第353页；*Evgeny Adamov诉联邦司法办公室*，瑞士联邦法庭，2005年12月22日的判决(1A 288/2005)(可查阅<http://opil.ouplaw.com>, *International Law in Domestic Courts* [ILDC 339 (CH 2005)]；*菲律宾共和国诉马科斯*等，美国上诉法院，第九巡回法庭，1986年11月26日，806 F.2d 344，《国际法案例汇编》，第81卷，第581页；*菲律宾共和国诉马科斯*等(第2号)，美国上诉法院，第九巡回法庭，1987年6月4日和1988年12月1日，862 F.2d 1355，同上，第81卷，第608页；*海地共和国等诉杜瓦利埃*等，[1990] 1 QB 2002(联合王国)，同上，第107卷，第491页。

<sup>954</sup> *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。只有Goff勋爵认为这种行为是豁免范围内的官方行为。*Browne-Wilkinson勋爵*和*Hutton勋爵*认为，酷刑不是“公共职能”或“政府职能”。Goff勋爵在反对意见中指出，这是“政府职能”；其他人也提出类似的看法：*Hope勋爵*(“这是犯罪行为，但也是政府行为”)、*Saville勋爵*(提及“官方酷刑”)、*Millet勋爵*(“公共官方行为”)、*Philips勋爵*(“这是犯罪行为，也是官方行为”)。另见：*琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部*，上议院(联合王国)，2006年6月14日(上文脚注925)和*FF诉公诉机关首领(Nasser王子案)*，高等法院王座法庭分庭，2014年10月7日的判决，[2014] EWHC 3419 (Admin.)。另见第3 SR 564/19号案，德国联邦法院，2021年1月28日(上文脚注925)。

<sup>955</sup> *皮诺切特案*，比利时，布鲁塞尔一审法院，1998年11月6日的判决，《国际法案例汇编》，第119卷，第345页；*Bouterse案*，荷兰，阿姆斯特丹上诉法院，2000年11月20日(见上文脚注947)；*Voiotia区诉德意志联邦共和国，Livadia一审法院(希腊)*，1997年10月30日的判决(《美国国际法杂志》，第92卷，第4号(1998)，第765页)。

(35) 无论如何，应当牢记，第 2 条草案(b)项中规定的“以官方身份实施的行为”的定义指的是这种行为类别的独特要素，这并不妨碍条款草案 7 中处理的对豁免的限制和例外问题。

## 第二部分 属人豁免

### 评注

(1) 虽然国家官员的外国刑事管辖豁免在法律上是一个单一类别，但可以根据国家官员的不同类型，特别是根据他们每个人在国内的不同地位和发挥的不同作用，来确定差异。在题为“属人豁免”和“属事豁免”的条款草案第二部分和第三部分界定两项法律制度时，委员会考虑到了这些情况。

(2) 条款草案第二部分专门讨论国家官员的外国刑事管辖属人豁免。这一部分包含界定适用于这类豁免的法律制度的规范性要素，包括两条草案。第 3 条草案涵盖属人豁免的主体要素(享有豁免的国家官员)，第 4 条草案包含实质性要素(豁免涵盖的行为)和时间要素(适用豁免的时间期限)。为了正确理解适用于属人豁免的法律制度，这两条草案必须放在一起解读。

(3) 此外，第 4 条草案第 3 款界定了属人管辖豁免和适用于任期届满后的国家元首、政府首脑和外交部长的属事管辖豁免之间的关系。

## 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国际行使的刑事管辖享有属人豁免。

### 评注

(1) 第 3 条草案列出了享有外国刑事管辖属人豁免的国家官员，包括：国家元首、政府首脑和外交部长。该条草案仅限于指出此类豁免适用的人员而未提及其实质性范围。

(2) 委员会认为，从代表性和职能这两个方面看，有理由承认国家元首、政府首脑和外交部长的属人豁免。首先，根据国际法规范，担任这些职位的人员仅凭其职务就可在国际关系中直接代表国家而无需国家专门授权其这样做。<sup>956</sup> 其次，他们必须能够不受阻碍地行使职权。<sup>957</sup> 这些人员是否为其任国家元首、政府首脑或外交部长的国家的公民无关紧要。

(3) 国家元首享有属人豁免，对此没有争议，因为这一点在现行习惯国际法规则中已得到确立。此外，多项公约中都包括直接涉及国家元首的管辖豁免的规定。在这方面，必须提及《特别使团公约》第 21 条第 1 款，其中明确表示国家元首带领特别使团时，他或她除《公约》中的规定外还享有国际法赋予进行正式访问

<sup>956</sup> 国际法院称“国家元首、政府首脑和外交部长只因其行使的职能而被视为国家代表是国际法中已有的规则”(刚果境内武装活动案(新申诉: 2002年)(民主刚果共和国诉卢旺达)，管辖权和可否受理，判决，《2006年国际法院案例汇编》，第6页起，特别是第27页，第46段)。

<sup>957</sup> 见2000年4月11日逮捕证案(上文脚注899)，第21-22页，第53-54段，其中国际法院就外交部长的的问题特别强调了第二个要素。

的国家元首的豁免。与此类似，《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》第五十条第1款提到了其他“国际法赋予国家元首的豁免”。本着类似的原则，在另一不同领域，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》在第三条第2款的保留条款中明确提到了根据国际法赋予国家元首的豁免。

(4) 国家元首的外国刑事管辖豁免在国际和国内的判例法中也得到了承认。为此，国际法院在逮捕证案<sup>958</sup>和关于刑事事项互助的若干问题案<sup>959</sup>中明确提到国家元首享有外国刑事管辖豁免。必须强调的是，国家司法惯例的先例虽然数量有限，但一直表明国家元首享有外国刑事管辖属人豁免，在事关国家元首豁免的程序和此类法院在决定是否其他国家官员也享有刑事管辖豁免时的论证中都是如此。<sup>960</sup>

<sup>958</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第20和21页，第51段。

<sup>959</sup> 关于刑事事项互助的若干问题案(见上文脚注925)，第236和237页，第170段。

<sup>960</sup> 国家法院曾多次引用国家元首的外国刑事管辖属人豁免，以此作为关于实质问题的决定和不能对现任国家元首启动刑事程序的结论的依据。这方面，见Honecker案，联邦最高法院第二刑事法庭(德意志联邦共和国)，1984年12月14日的判决，(案件编号2 ARs 252/84)，载录于《国际法案例汇编》，第80卷，第365和366页；Rey de Marruecos案，国家高等法院(西班牙)，刑事法庭1998年12月23日的判决；卡扎菲案，最高上诉法院刑事庭(法国)，2001年3月13日(上文脚注947)；菲德尔·卡斯特罗案，国家高等法院(西班牙)，刑事法庭2007年12月13日全体会议的裁决(法庭在1998年和2005年的另两项起诉菲德尔·卡斯特罗的案件中曾作出类似裁决)；以及起诉保罗·卡加梅案，国家高等法院第4号调查法庭(西班牙)，2008年2月6日的判决。关于刑事程序，各法院曾多次在普遍意义上承认外国刑事管辖属人豁免，但仅作为附带意见。这些案件中，国家法院没有专门提及国家元首的豁免，因为程序中受指控的人员要么已经卸任，不再是国家元首，要么从未担任国家元首。这方面见以下案件：皮诺切特案(要求引渡)，国家高等法院第5号调查法庭(西班牙)，1998年11月3日的引渡请求；Regina诉Bartle和市警察局长等人，皮诺切特缺席案，上议院(联合王国)，1999年3月24日(上文脚注925)；H.S.A.等人诉S.A.等人，(对阿里埃勒·沙龙和阿莫斯·亚龙等人的起诉)，最高上诉法院(比利时)，2003年2月12日的判决(P-02-1139.F)，载录于《国际法律资料》，第42卷，第3号(2003年)，第596-605页；Scilingo，国家高等法院刑事法庭第三庭(西班牙)，2003年6月27日的判决；全国集体事故受害人联合会；若拉(Joola)号班轮受害者家庭协会，最高上诉法院刑事庭(法国)，2010年1月19日(上文脚注925)；Khurst Bat诉德国联邦法院调查法官案，高等法院行政法庭(联合王国)，2011年7月29日(上文脚注925)；及A.c.诉总检察长办公室，联邦刑事法院(瑞士)，2012年7月25日(上文脚注925)。应强调的是，国家法院从未表示国家元首不享有刑事管辖豁免，而且这种豁免为属人豁免。还应谨记的是，民事管辖范围内司法决定的数量更多，而该范围内一贯承认国家元首的管辖属人豁免。例如，见下列案件：Rukmini S. Kline等人诉Yasuyuki Kaneko等人，纽约州最高法院(美利坚合众国)，1988年10月31日的判决(535 N.Y.S.2d 1258) (141 Misc.2d 787)；蒙博托诉SA Cotoni，布鲁塞尔民事法院，1988年12月29日的判决；费迪南和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局，联邦法庭(瑞士)，1989年11月2日的判决(ATF 115 Ib 496)，部分载录于Revue suisse de droit international et de droit européen (1991)，pp. 534-537(英文版载于《国际法案例汇编》，第102卷，第198页)；Lafontant诉阿里斯蒂德斯，纽约东区地方法院(美国)，1994年1月27日的判决，844 F. Supp. 128；W.诉列支敦士登王子，最高法院(奥地利)，2001年2月14日的判决(7 Ob 316/00x)；Tachiona诉穆加贝(“Tachiona I”)，纽约南区地方法院(美国)，2001年10月30日的判决(169 F.Supp.2d 259)；Fotso诉喀麦隆共和国，俄勒冈地方法院(美国)，2013年2月22日的命令(6:12CV 1415-TC)。

(5) 委员会认为，关于国家元首的外国刑事管辖属人豁免，该豁免仅赋予现任该职位的人员，各国给予国家元首的头衔、他或她获得国家元首身份的条件(主权或其他)以及该职位是个人还是集体性质，就本条款草案的目的而言无关紧要。<sup>961</sup>

(6) 政府首脑和外交部长享有属人管辖豁免之所以得到承认是因为，依照国际法，其作为国家代表的职能接近于国家元首。国家元首、政府首脑和外交部长缔结条约的全权得到承认，<sup>962</sup> 这三类官员在享受国际保护<sup>963</sup> 和在国际上参与代表国家方面<sup>964</sup> 享有平等地位，都是这一现象的实例。政府首脑和外交部长享有的豁免在《特别使团公约》、《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》以及隐示地在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》中有所提及。<sup>965</sup> 将外交部长纳入《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》意义特别重大，因为委员会在关于该议题的条款草案中决定不将政府官员纳入受国际保护人员名单，<sup>966</sup> 但外交部长还是纳入了最终由各国通过的《公约》。

(7) 上述实例全部出自委员会以往的工作，委员会在工作中曾多次处理是否明确将国家元首、政府首脑和外交部长纳入国际文书的问题。对此，有委员提到，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第三条具体提及国家元首，只字未提政府首脑和外交部长。但没有多少理由可得出结论认为这些实例意味着在本条草案中委员会必须同样区别对待国家元首、政府首脑和外交部长，更没有理由得出结论认为政府首脑和外交部长必须排除在第3条草案之外。为此目的必须考虑多种因素。首先，本套条款草案只涉及国家官员的外国刑事管辖豁免，而《特别使团公约》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》涉及国家元首、政府首脑和外交部长可能享有的所有豁免。其次，《联合国国家及其财产

<sup>961</sup> 这方面，《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》(第五十条第1款)和《特别使团公约》(第21条第1款)的规定，提到了作为国家元首的合议机构的情况，值得注意。另一方面，委员会认为无需在关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案中提及此类别(见《1972年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1号文件，第312-313页，对第1条的评注第(2)段)，因此，《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》对此未作提及。

<sup>962</sup> 《维也纳条约法公约》(1969年5月23日)，联合国，《条约汇编》，第1155卷，第18232号，第331页，第7条第2款(a)项。国际法院曾就国家元首、政府首脑和外交部长代表国家通过单边行动做出声明的能力作类似声明(刚果境内武装活动案(新申诉：2002年)(见上文脚注956)，第27页，第46段)。

<sup>963</sup> 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》，第1条第1款(a)项。

<sup>964</sup> 在这方面，见《特别使团公约》第21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》第五十条。

<sup>965</sup> 《特别使团公约》第21条除了提及国家元首以外，还提及政府首脑和外交部长，虽然是在不同的段落里提及的(第1款提及国家元首，第2款提及政府首脑、外交部长及其他高级官员)。《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》沿用了相同的模式，也是在不同的段落里提及这些官员。与此不同的是，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》仅提及国家元首这一名称(第3条第2款)，另外两类官员必须视为包括在第2条第1款(b)项(四)目中所述的“国家代表”的概念中。见国家及其财产管辖豁免公约条款草案第3条的评注第(6)和第(7)段，《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第22页。

<sup>966</sup> 《1972年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1号文件，第313页，对第1条的评注第(3)段。应注意，委员会因无法以任何“广为接受的国际法原则”为依据而决定不提及这一点，但确实承认了“内阁官员因与官方职务相关的事务身在国外时当然有权得到特殊保护”(英文和法文版评注中都有这句话，但西班牙文版中没有)。

管辖豁免公约》涉及国家豁免；刑事管辖豁免在其范围之外。<sup>967</sup> 此外，委员会未曾声明反对政府首脑和外交部长可能享有的豁免；反之，委员会认可这些豁免，只是在第3条第2款中未专门提及这些类别，“因为难以列出穷尽清单，此外此类人员的任何列举将带来此类人员行使的管辖豁免依据和范围的问题”。<sup>968</sup> 第三，还应注意，上述所有实例都早于国际法院就2000年4月11日逮捕证案作出的判决。

(8) 国际法院在2000年4月11日逮捕证案的判决中明确表示，“国际法中已明确确立的一点是，国家元首、政府首脑和外交部长等一些任国家高级官员的人员同外交和领事人员一样在他国享有管辖豁免，包括民事和刑事豁免”。<sup>969</sup> 法院后来在关于刑事事项互助的若干问题案中重申了该声明。<sup>970</sup> 委员会对两次声明都进行了大量讨论，特别是关于外交部长的职务。委员们普遍表示认为国际法院在逮捕证案中的判决反映了国际法发展至今的现状，因此应得出结论认为，认可外交部长的外国刑事管辖属人豁免是习惯规则。这些委员认为，外交部长的地位及其在国际关系领域的特殊职能是承认这种外国刑事管辖豁免的依据。然而，委员会一些委员指出，法院的判决不足以作为得出结论称存在习惯规则的依据，因为判决未充分分析惯例，且好几位法官表达了不同于大多数人的意见。<sup>971</sup> 尽管如此，其中的一名委员还是表示，鉴于法院对此案的判决未受到各国的反对，不存在习惯规则并不妨碍委员会在逐渐发展国际法的过程中将外交部长列入享有外国刑事管辖属人豁免的人员中。

(9) 关于国家法院的惯例，委员会还考虑到，判决涉及政府首脑外国刑事管辖属人豁免的情况极少，而涉及外交部长外国刑事管辖属人豁免的情况几乎不存在，尽管如此，曾对这一专题发表意见的国家法院总是承认这些高级官员在任期内确实享有外国刑事管辖豁免。<sup>972</sup>

(10) 根据讨论，委员会认为，在实践和在国际法中有充分理由断定，国家元首、政府首脑和外交部长享有外国刑事管辖属人豁免。因此，委员会决定将他们列入第3条草案。

<sup>967</sup> 《公约》“未涵盖刑事诉讼”的声明由大会为该事项设立的特设委员会提出，最终写入了通过《公约》的2004年12月2日第59/38号决议第2段。

<sup>968</sup> 见对第3条草案的评注第(7)段，《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第22页。

<sup>969</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第20和21页，第51段。

<sup>970</sup> 关于刑事事项互助的若干问题案(见上文脚注925)，第236和237页，第170段。

<sup>971</sup> 具体见2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)中，希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔夫法官的联合个别意见；哈索内法官的不同意见；范登·韦恩加尔特专案法官的不同意见。

<sup>972</sup> 关于承认政府首脑和外交部长的外国刑事管辖豁免的问题，见以下刑事和民事案件，国家法院在这些案件中就这一专题发表了声明，或作为就实质问题做出判决的理由，或作为附带意见：Ali Ali Reza诉Grimpel，巴黎上诉法院，1961年4月28日(上文脚注953)(相反地，它以隐含的方式承认外交部长的豁免)；Chong Boon Kim诉Kim Yong Shik和David Kim，夏威夷州第一巡回区巡回法院(美国)，1963年9月9日的判决，载录于《美国国际法杂志》，第58卷(1964年)，第186-187页；Saltany等诉Reagan等，美国哥伦比亚特区地方法院，1988年12月23日(上文脚注939)；Tachiona诉穆加贝(“Tachiona I”)，纽约南区地方法院(美国)，2001年10月30日(上文脚注960)；H.S.A.等人诉S.A.等人，(对阿里埃勒·沙龙和阿莫斯·亚龙等人的起诉)，最高上诉法院(比利时)，2003年2月12日(上文脚注960)。

(11) 委员会还审议了其他类别的国家官员能否被列入享受属人豁免的人员清单。鉴于国际关系的发展，特别是国家元首、政府首脑和外交部长之外的高级官员正在越来越多地参与国际论坛并频繁到本国领土之外访问，委员会一些委员提出了这种可能性。委员会一些委员为支持他们关于高级官员应被列入第3条草案的看法援引了国际法院在逮捕证案中的判决，称使用“例如”一词应被解释为将属人豁免制度扩大至国家元首、政府首脑和外交部长之外、在国内拥有重大职权并在其活动领域中在国际上代表国家的高级官员。在这方面，委员会一些委员提出，国防部长或国际贸易部长或许可以享有属人豁免。但另一方面，委员会另一些委员认为使用“例如”一词不是为了扩大享有这类豁免者的范围，因为法院是在一项具体争端的上下文中使用该词的，而其中审议的正是一位外交部长的外国刑事管辖豁免。最后，还必须注意到，委员会的一些委员提请委员会注意，确定哪些人应被视为“其他高级官员”本身即很困难，因为这在很大程度上取决于国家的组织结构和赋予职能的方式，而国与国之间在这方面各不相同。<sup>973</sup>

(12) 在关于刑事事项互助的若干问题案中，国际法院重新提到国家元首、政府首脑和外交部长之外的其他高级国家官员的豁免这一主题。法院分开处理了吉布提国家元首的豁免和总检察长(共和国总检察长)和国家安全主管这两位其他高级官员的豁免。关于国家元首，法院明确宣布，一般而言，他享有外国刑事管辖属人豁免，尽管这种豁免并不具体适用于本案，因为法国当局发出的作证邀请并非一项限制性措施。<sup>974</sup> 关于其他高级官员，法院表示，归于他们的行为不是在他们职责范围内实施的；<sup>975</sup> 法院认为，吉布提没有充分明确地说明该国主张的是国家豁免、属人豁免还是其他类型的豁免；法院的结论是，“法院注意到，首先，由于有关官员不是1961年《维也纳外交关系公约》所称的外交官，1969年《特别使团公约》也不适用于本案，因而国际法中没有支持有关官员享有属人豁免的任何依据”。<sup>976</sup>

(13) 在国家司法实践中，有多项判决涉及其他高级官员的外国刑事管辖属人豁免问题。然而，所涉判决并没有得出确切的结论。一些判决赞成国防部长或国际

<sup>973</sup> 委员会本身也在关于国家及其财产管辖豁免的条款草案第3条的评注第(7)段中提出过这一问题，《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第22页。委员会提请注意关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案第1条的评注的第(3)段(《1972年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1号文件，第313页)和关于特别使团的条款草案第21条的评注第(3)段(《1967年……年鉴》，第二卷，A/6709/Rev.1及Rev.1/Corr.1号文件，第359页)中的相同问题。

<sup>974</sup> 见关于刑事事项互助的若干问题案(上文脚注925)，第236至240页，第170至180段。

<sup>975</sup> 同上，第243页，第191段。

<sup>976</sup> 同上，第243和244页，第194段。一般见第181至197页，同上，第240至244段。

贸易部长等高级官员享有属人豁免，<sup>977</sup> 而在另一些判决中，国家法院判定受审人不享有豁免，或因为他或她不是国家元首、政府首脑或外交部长，或因为他或她不属于有资格享受这项待遇的少数官员，<sup>978</sup> 这显示了确定除国家元首、政府首脑和外交部长以外可以被视为毫无争议地享有属人豁免的高级官员的主要难点。但还应当指出，在一些判决中，一名高级官员的外国刑事管辖豁免是从不同的角度进行分析的(属人豁免、属事豁免、国家豁免、源于特别使团的豁免)，这

<sup>977</sup> 在这方面，见沙乌勒·莫法兹将军(以色列国防部长)案、博街法院案(联合王国)，2004年2月12日的判决，载录于*International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53, Issue 3 (2004), p. 771；薄熙来(中国商务部长)案，博街法院案，2005年11月8日的判决(载录于《国际法案例汇编》，第128卷，第713页)，该案承认对薄熙来先生的豁免，不是因为他被视为一名高级官员，而是因为他是访问英国的特别使团成员。一年后，在一宗民事案件中，美国行政部门承认对薄熙来先生的豁免，因为他是访问美国的特别使团成员：《豁免建议和美国的利益声明》，美国哥伦比亚特区地方法院，2006年7月24日(Civ. No. 04-0649)；见美国哥伦比亚特区地方法院，*Weixum et al. v. Xilai*, 568 F. Supp. 2d 35 (D.D.C. 2008) (遵从行政部门的立场)。在全国集体事故受害人联合会；若拉(Joola)号班轮受害者家庭协会案(最高上诉法院刑事庭(法国)，2010年1月19日(见上文脚注925))中，法院笼统地承认一名国防部长享有外国刑事管辖属人豁免，但在具体案件中仅承认属事豁免，因为受审者已经不再担任该职位。在A.诉瑞士总检察长办公室案(联邦刑事法院(瑞士)，2012年7月25日(见上文脚注925))中，法庭笼统地指出，一位现任国防部长享有外国刑事管辖属人豁免，但在该案中，法庭不承认豁免，因为Nezzar先生已结束任期，其实施的行为构成了国际罪行，他因此也不能享有属事豁免。

<sup>978</sup> 这方面的实例是Khurst Bat诉德国联邦法院调查法官案，高等法院行政法庭(联合王国)，2011年7月29日(见上文脚注925)，法庭在该案中承认，基于国际法院关于逮捕证案的判决(见上文脚注909)，“在习惯国际法中，只要某些高级官员属于少数的具体个人，他们在其任期内即享有属人豁免”(第55段)，因为“必须有可能将有关个人与一个身份联系起来”(第59段)，这种身份应与以上判决提及的国家元首、政府首脑和外交部长相似。在分析了Khurst Bat先生行使的职权后，法院断定他“超出了少数范围”(第61段)。之前，巴黎上诉法院也没有承认Ali Ali Reza先生的豁免，因为他虽然是沙特阿拉伯的国务大臣，但不是外交大臣(见Ali Reza诉Grimpel, 巴黎上诉法院，1961年4月28日)(上文脚注953)。在美利坚合众国诉诺列加案(见上文脚注925)中，第十一巡回区上诉法院1997年7月7日的判决(第92-4687号和第96-4471号上诉)认为，巴拿马武装部队前总司令诺列加先生不能被列入享有属人豁免的这类人员，驳回了诺列加先生关于事件发生时他是巴拿马国家元首或事实上的领导人的说法。在菲律宾共和国诉马科斯案(加利福尼亚北区地方法院，1987年2月11日的判决(665 F.Supp. 793))中，法院指出，菲律宾总检察长不享有属人豁免。在Fotso诉喀麦隆共和国案(见上文脚注960)中，行政部门告知法院，喀麦隆总统作为在任国家元首享有豁免权，该案遂被驳回。美国俄勒冈州地区法院，Fotso诉喀麦隆共和国，2013年1月25日，No. 6:12-cv-1415-TC, 2013 U.S. Dist. LEXIS 25424, at \*2-6 (D. Ore. Jan. 25, 2013)。行政部门没有处理国防部长和国防国务秘书的豁免权问题，但法院后来认定，这些官员享有豁免权，因为他们“以官方身份行事”。美国俄勒冈州地区法院，Fotso诉喀麦隆共和国，2013年5月16日，No. 6:12-cv-1415-TC, 2013 U.S. Dist. LEXIS 83948, at\*3, \*16-21 (D. Ore. May 16, 2013)。应意识到此前引用的两宗案件涉及民事管辖的行使。还必须注意到，在一些情况下，国家法院不承认联邦国家中联邦机构高级官员的管辖豁免。在这方面，见以下案件：R(关于Diepreye Solomon Peter Alamiyeseigha的上诉)诉皇家检察署，王座分庭(分庭法院)(联合王国)，2005年11月25日的判决([2005] EWHC 2704 (Admin))，在该案中，法院不承认尼日利亚联邦共和国巴耶尔萨州州长和行政长官的豁免；“检察官(那不勒斯法庭)诉Milo Djukanovic”案，上诉法院(第三刑事部)(意大利)，2004年12月28日的判决(*Rivista di diritto internazionale*, vol. 89 (2006), p. 568)，在该案中，法院拒绝在黑山成为一个独立国家前给予其总统豁免。最后，在Evgeny Adamov诉联邦司法部案(瑞士联邦法院，2005年12月22日(见上文脚注953))中，法院在一宗引渡案件中拒绝给予俄罗斯联邦一位前原子能部长豁免；但在附带意见中，法院承认存在高级官员享有豁免的可能性，但没有具体说明高级官员的情况。

反映出在准确认定国家元首、政府首脑和外交部长以外的高级官员可享有的外国刑事管辖豁免是哪一种豁免方面存在着不确定性。<sup>979</sup>

(14) 在另一个层面上，应回顾指出，委员会在关于特别使团的条款草案和关于国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案中已提及其他高级官员的豁免。<sup>980</sup> 但应回顾指出，这些文书只不过是建立了一个保障制度，使此类人员在该制度下继续享有国际法赋予他们的、超越这些文书框架的豁免。然而，无论是在条款草案案中，还是委员会对案文的评注中，都没有明确说明这些豁免是什么，以及它们是否包括外国刑事管辖属人豁免。还必须强调的是，虽然这些高层官员可能被视为属于《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第2条第1款(b)项(四)目中所称的“国家代表”，但如上文所述，该文书并不适用于“刑事诉讼”。不过，一些委员会委员表示，作为在实质性职责框架内履行国家代表职能的一部分，高级官员在第三国进行正式访问时确实会受益于特别使团的豁免制度，包括外国刑事管辖豁免。有人说，这是一种确保这类高级官员在国际一级恰当履行部门职能的办法。

(15) 考虑到上文所述，委员会认为，为了本条款草案的目的，“其他高级官员”不享有属人豁免，但这并不影响关于属事豁免的规则，也不影响这样一种理解，即这些高级官员在进行正式访问时基于有关特别使团的国际法规则享有外国刑事管辖豁免。

(16) 条款草案在提及属人豁免和外国刑事管辖时使用了“行使的”一词。委员会决定在第1条草案(本条款草案的范围)中不使用该词，以避免预先判断将在其他条款草案中论述的豁免的实质性内容，特别是其范围。<sup>981</sup> 在本条款草案中，委员会决定保留“行使的”一词，因为它说明了豁免和外国刑事管辖的关系，并强调了对具体行为行使刑事管辖时发挥作用的豁免本质上的程序性质。<sup>982</sup>

<sup>979</sup> 以上引用的Khurst Bat诉德国联邦法院调查法官案(见上文脚注925)的裁定是这方面一个很好的实例。在全国集体事故受害人联合会；若拉(Joola)号班轮受害者家庭协会案(最高上诉法院刑事庭(法国)，2010年1月19日(见上文脚注925))中，法院在没有充分区分其裁决的情况下同时做出了关于属人豁免和属事豁免的判决。在A.诉瑞士总检察长办公室案(联邦刑事法院(瑞士)，2012年7月25日(见上文脚注925))中，在做出了关于属人豁免的一般性声明后，法院还审议了有关人员要求的属事豁免或外交豁免是否适用。国家法院在其他案件中使用的论据甚至更不明确，如Kilroy诉Windsor案，俄亥俄州北区地方法院东部分区，法院在1978年12月7日的一宗民事案件(Civ. No. C-78-291)的判决中确认威尔士亲王的属人豁免，因为他是英国王室成员及王位法定继承人，还因为他当时正在对美国进行正式访问。在薄熙来一案中，值得注意的是，英国和美国的法院虽都承认中国商务部长的管辖豁免，但它们之所以这么做是因为他当时正在进行正式访问，享有源于特别使团的豁免。

<sup>980</sup> 委员会第二十三届会议通过的关于国家在其对国际组织关系上的代表权条款草案，《1971年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/8410/Rev.1号文件，第284页起。在其他情况下，委员会使用过“personnalité officielle”(“官员”)(关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案，第1条，《1972年……年鉴》，第二卷，A/8710/Rev.1号文件)及“other persons of high rank”(“其他高级人员”)(关于特别使团的条款草案，第21条，《1967年……年鉴》，第二卷，A/6709/Rev.1和Rev.1/Corr.1号文件，第359页)等表述。

<sup>981</sup> 见上文关于第1条草案的评注第(2)段。

<sup>982</sup> 见2000年4月11日逮捕证案(上文脚注899)，第25页，第60段；及国家管辖豁免案(德国诉意大利：希腊参加诉讼)(上文脚注910)，第124页，第58段。

#### 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之前或任职期间的所有行为，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。

#### 评注

(1) 第 4 条草案从时间和实质两个角度阐述了属人豁免的范围。必须将时间方面(第 1 款)与实质方面(第 2 款)相结合理解属人豁免的范围。虽然这两个方面是不同概念，但是为了更加全面地理解国家元首、政府首脑和外交部长享有的这种豁免的含义和范围，委员会选择在同一条内涵盖这两个方面。委员会决定先阐述时间方面，这样可以更好地理解属人豁免这种仅限于特定时间段的豁免的范围。

(2) 关于属人豁免的时间范围，委员会认为有必要加上“仅”这个副词，以强调国家元首、政府首脑和外交部长享有的这种豁免只在其任职期间适用。这符合授予这种豁免的原因，即这些官员在国家的组织结构中担任的特殊职务，根据国际法，他们因此处于在国际关系中与国家有代表性和职务性双重联系的特殊地位。因此，当享有豁免者不再担任这些职务时，属人豁免便失去了意义。

(3) 这一立场也得到国际法院的支持，国际法院在逮捕证案中指出，“当一人不再担任外交部长后，他(她)就不再享有国际法授予的在其他国家享有的一切豁免。只要根据国际法拥有管辖权，一国的法院可以就另一国的前任外交部长在任期之前、之后的行为及其在任期间的私人行为，对其进行审判”。<sup>983</sup> 虽然国际法院只提到了外交部长，但是这一结论肯定也适用于国家元首和政府首脑。此外，确立属人豁免特别制度的公约，尤其是《维也纳外交关系公约》和《特别使团公约》也承认属人豁免仅限于享有属人豁免者任职期间。<sup>984</sup> 委员会在国家及其财产的管辖豁免条款草案评注中也说过：“属人豁免与属事豁免不同，后者在

<sup>983</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第25页，第61段。

<sup>984</sup> 《维也纳外交关系公约》第三十九条第二款和《特别使团公约》第四十三条第二款。

官方职务终止后仍然继续存在，前者则于公职一旦解除或终止后即无效。”<sup>985</sup> 各种国内法院裁决也确认过属人豁免的严格时间范围。<sup>986</sup>

(4) 因此，委员会认为，国家元首、政府首脑或外交部长任期结束后，属人豁免即停止。委员会认为无需说明确定享有豁免者任期何时开始、何时结束的具体标准，因为这很大程度上取决于各国的法律，这方面的做法各不相同。

(5) 属人豁免涵盖国家元首、政府首脑和外交部长任职期间——仅限任职期间——的所有行为，不论是私人行为还是公务行为。因此，属人豁免被定义为对上述个人任何行为的“完全豁免”。<sup>987</sup> 对属人豁免的这一描述反映了国家实践。<sup>988</sup>

(6) 正如国际法院在逮捕证案中特别提到外交部长时所述，对以私人行为和公务行为都给予豁免是必要的，以确保享有属人豁免者可以不受阻碍地行使公职，因为“(……)不论逮捕原因是公务行为还是私人行为，阻碍行使这类公职的后果同样严重。”<sup>989</sup> 因此，用国际法院的话说就是，“无法区分外交部长以‘公务’

<sup>985</sup> 委员会补充道：“首脑和大使的任期结束后，所有与公务无关的活动均需接受当地司法部门的审查。”《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第18页，第2条草案第1(b)(五)款评注第(19)段。

<sup>986</sup> 这种决定往往是在民事案件中作出的，豁免的时限原则也适用于这些案件。例如，见Mellerio诉Isabel de Bourbon，巴黎上诉法院，1872年6月3日(上文脚注953)；Raschid王子Seyyid Ali Ben Hamond诉Wiercinski，塞纳民事法院，1916年7月25日(上文脚注953)；埃及前国王法鲁克诉克里斯汀·迪奥案有限公司，巴黎上诉法院，1957年4月11日(上文脚注953)；Jean Dessès公司诉法鲁克王子和萨德克女士，塞纳大审法庭，1963年6月12日，转载于《国际私法评论杂志》(1964年)，第689页(英文版转载于《国际法案例汇编》，第65卷，第37-38页)；费迪南·马科斯的遗产人权诉讼案；Hilao等人诉马科斯的遗产，美国上诉法院，1994年6月16日(上文脚注935)。在民事管辖权方面，一家英国法院最近认为，西班牙名誉国王胡安·卡洛斯·德博尔冯·博尔冯退位后不享有属人豁免。见Corinna Zu Sayn-Wittgenstein-Sayn诉胡安·卡洛斯·阿方索·维克托·德博尔冯·博尔冯陛下，最高法院王座分庭(联合王国)，2022年3月24日的判决，[2022] EWHC 668 (QB)，第58段。在刑事案件方面，见皮诺切特案，国家高等法院，第五中央调查法院(西班牙)，1998年11月3日引渡请求(上文脚注960)。

<sup>987</sup> 国际法院称属人豁免的实质范围为“完全豁免”(2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第22页，第54段)。国际法委员会在提到外交人员的属人豁免时称“刑事管辖豁免是完全豁免”(《1958年……年鉴》，第二卷，A/3859号文件，第98页，关于外交往来和豁免的第29条草案评注第(4)段)。

<sup>988</sup> 例如，见Arafat e Salah，最高法院(意大利)，1985年6月28日(上文脚注947)；Ferdinand和Imelda Marcos诉联邦警察署，联邦法院(瑞士)，1989年11月2日(上文脚注960)；女王诉Bartle和市警察局长等人—皮诺切特·乌加特缺席案，上议院(联合王国)，1999年3月24日(上文脚注925)，特别是第592页；卡扎菲案，巴黎上诉法院，2000年10月20日(上文脚注947)(英文版载于《国际法案例汇编》，第125卷，第490页及其后各页，特别是第509页)；H.S.A.等人诉S.A.等人(关于阿里埃勒·沙龙和阿莫斯·亚龙等人的诉讼)，最高法院(比利时)，2003年2月12日的判决(上文脚注960)，第599页；Issa Hassan Sesay(亦即Issa Sesay)、Allieu Kondewa、Moinina Fofana诉特别法院院长、特别法院书记官、特别法院检察官、总检察长和司法部长，塞拉利昂最高法院，2005年10月14日的判决(S.C No.1/2003)；以及起诉保罗—卡加梅案，国家高等法院中央调查庭第4分庭(西班牙)，2008年2月6日的起诉书(上文脚注960)，第156-157页。最近的案件见全国集体事故受害者联合会；Joola受害者家属协会，巴黎上诉法院调查庭，2009年6月16日的判决，最高法院2010年1月19日的判决(上文脚注925)维持原判；Khurts Bat诉德国联邦法院调查法官，行政法庭，最高法院(联合王国)，2011年7月29日(上文脚注925)，第55段；以及A.诉联邦检察官办公室，联邦刑事法院(瑞士)，2012年7月25日(上文脚注925)，法律理由5.3.1。另见Teodoro Nguema Obiang Mangue等人，巴黎上诉法院，2013年6月13日(上文脚注925)。

<sup>989</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第22页，第55段。

身份所作的行为与据称以‘私人’身份所作的行为”。<sup>990</sup> 不必说，同样的推理必然适用于国家元首和政府首脑。

(7) 属人豁免的“完全性”也体现在本条款草案中，本条款草案没有规定适用于这类豁免的任何限制或例外情况，这一点与第7条草案规定的属事豁免不同。

(8) 关于指代属人豁免涵盖的行为的术语，必须注意到，实际上没有单一、统一的措词。例如，《维也纳外交关系公约》在提到外交人员享有的刑事管辖豁免的行为时，没有明确区分私人行为与公务行为，不过理解为两种情况均适用。<sup>991</sup> 此外，其他文书、文件、司法决定以及文献在用词上也缺乏一致性，有的用“官方行为和私人行为”，有的用“行使职能时所作的行为”，有的用“与公务有关的行为”，还有的用“以公务或私人身份所作的行为”。在本条款草案中，委员会认为最好沿用国际法院在逮捕证案中的用法，使用“无论是私人行为还是公务行为”这样的说法。

(9) “以官方身份实施的行为”的定义载于第2条草案(b)项。委员会认为没有必要界定“以私人身份实施的行为”的含义，因为这一概念具有剩余性质。因此，必须默认理解，任何不是以官方身份实施的行为都是以私人身份实施的。

(10) 委员会使用“行为”一词的意义和理由与第2条草案(b)项评注中所解释的相同，该评注载有“以官方身份实施的行为”的定义。

(11) 属人豁免涵盖的行为是国家元首、政府首脑或外交部长在任职期间或上任之前的行为。这与属人豁免的目的有关，即保护国家的主权平等，同时保障此类享有豁免者能够在任期内不受阻碍地行使在国际上代表国家的职能。因此，不需要进一步说明属人豁免适用于这些人在整个任期内的行为。关于上任之前的行为，必须指出，只有当外国要在国家元首、政府首脑或外交部长在任期间对其行使刑事管辖时，才适用属人豁免。正如国际法院在逮捕证案中所述，这是因为“[……]无法区分(……)该人担任外交部长之前所作的行为与在任期间所作的行为。因此，如果一国的外交部长在另一国因刑事指控被捕，他/她显然无法行使其职能。不论(……)逮捕原因是该人据称担任外交部长之前所作的行为还是在任期间所作的行为，阻碍行使这类公职的后果同样严重。”<sup>992</sup>

(12) 无论如何，必须指出，国际法院在该案中还称，属人豁免是程序性的，不得理解为摆脱或免除国家元首、政府首脑或外交部长在任期间或上任之前所作所为的刑事责任，只能理解为在这些高官在任期间，暂停行使外国刑事管辖。<sup>993</sup> 因此，当任期结束后，在任期间或上任之前的行为不再享受属人豁免，在某些情况下，可能接受其在任期间不得对其行使的刑事管辖。

<sup>990</sup> 同上。

<sup>991</sup> 这是将《维也纳外交关系公约》第三十一条第一款和第三十九条第二款一并解读得出的结论。《特别使团公约》第三十一条第一款和第四十三条第二款必须以同样的方式解读。

<sup>992</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第22页，第55段。

<sup>993</sup> “管辖豁免可能阻止在某一时期或对某些罪行提出起诉；但不能免除享有豁免者的所有刑事责任”(同上，第25页，第60段)。

(13) 最后，还应当指出，属人豁免无论如何都不适用于国家元首、政府首脑或外交部长在任期结束后的行为。由于他们现在被认为是“前”国家元首、政府首脑或外交部长，这种豁免随着任期的结束而终止。

(14) 本条草案第 3 款处理的是：任期结束后，国家元首、政府首脑或外交部长在任期间以官方身份实施的行为将受到何种待遇？第 3 款遵循任期结束后便不再享有属人豁免的原则。因此，任期结束后，属人豁免即终止。不过，必须注意到，国家元首、政府首脑或外交部长在任期间可能以公务身份做出一些行为，这些行为不因任期结束而失去其公务性质，因此可能属于属事豁免的范围。尽管在国家实践、条约实践和司法实践中有不同的表述，但这一问题在实质上没有争议。<sup>994</sup>

(15) 为了解决这一问题，第 3 款中载述了关于属事豁免有可能适用于上述行为的“不妨碍”规定。这并不意味着属人豁免延续到享有豁免者任期结束后，因为那样不符合本条草案第 1 款。这也不意味着属人豁免变成因第 3 款而自动适用的新的属事豁免。委员会认为该“不妨碍”条款只是承认关于属事豁免的规则对前国家元首、政府首脑或外交部长适用。第 3 款没有预先判断属事豁免制度的内容，这一制度的内容将在本条款草案第三部分拟定。

### 第三部分 属事豁免

#### 评注

(1) 本条款草案第三部分专门讨论外国刑事管辖的属事豁免。管辖属事豁免适用于所有国家官员，无论他们是现任官员还是前任官员，包括曾经享有属人豁免、已离任国家元首、政府首脑或外交部长职位的人员。

(2) 第三部分包含三条草案，分别规定适用于管辖属事豁免的法律制度的规范要素。第 5 条确定豁免的主体要素(享有豁免的国家官员)。第 6 条侧重于实质要素(豁免涵盖的行为)和时间要素(豁免的期限)。第 7 条界定与据称犯下的国际法规定的罪行有关的豁免限制或例外情况。最后，条款草案载有一个附件，列出了一系列条约供参考，以确定第 7 条草案所述的国际法规定的罪行。因此，附件必须结合本第三部分一并阅读。

(3) 此外，第 6 条草案第 3 款界定属人豁免与适用于任期届满后的国家元首、政府首脑和外交部长的属事豁免之间的关系。

### 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。

<sup>994</sup> 例如，《维也纳外交关系公约》提到外交使团成员享有的豁免时称，“关于其以使馆人员资格执行职务之行为，豁免应始终有效”(第三十九条第二款)；《外交使团公约》中重复了这一说法(第四十三条第一款)。各国的司法实践以不同方式表达了这一立场：有时提到“余效赦免”，有时提到“公务行为赦免的延续”或类似措辞。关于这一点，见秘书处2008年备忘录中的分析(A/CN.4/596和Corr.1，可查阅委员会网站，第六十届会议文件，第137段及其后段落)。

## 评注

(1) 第 5 条草案是关于属事豁免的第一条草案，意在界定这类外国刑事管辖豁免的主体范围。因此，本条草案与关于享有属人豁免的人员的第 3 条草案平行。它具有相同的结构，比照采用了委员会已就第 3 条草案达成一致的同样措词和术语。没有列出实际享有豁免的人员，而是在属事豁免情况下，提到了“以此种身份行事”的“国家官员”。

(2) 本条草案中使用的“国家官员”一词应从第 2 条草案(a)项赋予它的意义上来理解，即“代表国家或行使国家职能的任何个人”。与享有属人豁免的人员情况相反，委员会认为不可能在本条款草案里拟订享有属事豁免的人员名单。实际上，这类人员必须适用第 2 条草案(a)项规定的标准具体情况具体分析，这些标准强调了官员与国家之间的关系。为本条草案的目的，必须适当谨记第 2 条草案(a)项的评注。<sup>995</sup>

(3) “以此种身份行事”指的是官员实施的行为的公务性质，强调了属事豁免的职能性，并确立了与属人豁免的区别。鉴于属事豁免的职能性，有些委员对是否需要界定享有这种豁免的人员表示怀疑，因为在他们看来，属事豁免的本质是所实施的行为的性质，而非实施这些行为的个人。不过，委员会多数委员认为，应当确定享有这种豁免的个人，因为外国刑事管辖豁免适用于这些人。提到享有属事豁免的“国家官员”必须是“以此种身份”行事的人，这丝毫没有提示这类豁免可能涵盖的行为，这些行为在第 6 条草案中讨论。出于同样的原因，也没有使用“以公务身份行事”一语，以避免与“以公务身份实施的行为”的概念相混淆。

(4) 根据第 4 条草案第 3 款，<sup>996</sup> 属事豁免也适用于“以国家官员身份行事”的前国家元首、政府首脑和外交部长。不过，委员会认为没有必要在本条草案中明确提及这些官员，因为属事豁免之所以对其适用，并非是因为他们在国家中的特殊身份，而是因为他们任期间以此种身份行事。尽管委员会认为国家元首、政府首脑和外交部长只在离任后才享有严格意义上的属事豁免，但没有必要在第 5 条草案中提到这一点。关于属事豁免实质范围和时间范围的第 6 条草案对这一问题进行了更广泛的讨论，该条草案仿照第 4 条草案拟订。

(5) 第 5 条草案不妨碍属事豁免的例外情形，这些例外在第 7 条加以讨论。

(6) 最后，必须注意的是，第 5 条草案使用了“外国行使的刑事管辖”一语，与第 3 条草案对享有属人豁免者使用的说法相同。这种表达说明了豁免与外国刑事管辖的关系，并强调了对具体行为行使外国刑事管辖时发挥作用的豁免本质上的程序性质。<sup>997</sup>

<sup>995</sup> 见上文第 2 条草案评注第(3)-(20)段。

<sup>996</sup> 这项规定为：“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”。关于这一“不妨碍”条款的范围，见上文第 4 条草案评注第(15)段。

<sup>997</sup> 见上文第 3 条草案评注第(16)段。

## 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。

### 评注

(1) 第 6 条草案旨在界定属事豁免的范围，其中包括这一类国家官员的外国刑事管辖豁免的实质要素和时间要素。第 6 条草案对第 5 条草案形成补充，后者涉及享有属事豁免的人员。这两条草案确定了适用于这一类豁免的一般制度。

(2) 第 6 条草案的内容与委员会拟订的关于属人豁免的范围的第 4 条草案的内容类似。在第 6 条草案中，改变了前两款的顺序，首先提及实质要素(豁免所涵盖的行为)，随后才提到时间要素(豁免的时限)。这样做是为了突出属事豁免的实质要素和职能层面，从而反映出以官方身份实施的行为对这一类豁免具有核心意义。尽管如此，应当铭记，要理解这类豁免的范围，必须将实质要素(第 1 款)和时间要素(第 2 款)结合起来看。此外，第 6 条草案中也有一款涉及属事豁免与属人豁免之间的关系，与第 4 条草案第 3 款类似，这两款相互补充。

(3) 第 1 款的目的是指出，正如第 2 条草案(b)项所规定的那样，<sup>998</sup> 属事豁免仅适用于以官方身份实施的行为。因此，这类豁免不包括以私人身份实施的行为，这有别于属人豁免，因为属人豁免对这两类行为均适用。

(4) 尽管这一款的目的是突出属事豁免的实质要素，但委员会决定在其中提及国家官员，以便强调只有这些官员能够实施本条款草案下的豁免所涵盖的行为。这就明确表明，必须同时满足两个要素(主体要素和实质要素)，方可适用豁免。不过，委员会认为没有必要提及这些官员须“以此种身份行事”，因为官员的身份不影响此类行为的性质，而影响此类豁免的主体要素，并且第 5 条草案<sup>999</sup> 已经涵括了这一点。

(5) 第 6 条草案第 1 款所规定的属事豁免的实质范围不预判适用于豁免的限制或例外情形问题。这一问题在第 7 条草案中加以处理。

(6) 第 2 款涉及属事豁免的时间要素，重点强调了时间要素的永久性，并不会因为以官方身份实施某一行为的官员不再担任官员而失效。属事豁免的永久性特征源于这样一个事实，即承认属事豁免是因为官员实施的行为的性质，这种性质并不会随着实施上述行为者所担任的职务而改变。因此，虽然只有当国家官员以此种身份实施行为时方可称得上“官方”，但其官方性质并不会随后消失。因此，援引属事豁免的官员在提出豁免要求时是担任此种职务，抑或相反已经不再担任国家官员，对于属事豁免而言是不相关的。在这两种情况下，以官方身份实施的行为将依然是以官方身份实施的行为，无论实施这种行为的国家官员是否继续担

<sup>998</sup> 见上文第 2 条草案(b)项及其评注第(21)-(35)段。

<sup>999</sup> 见上文第 5 条草案评注第(3)段。

任国家官员，均可援引属事豁免。属事豁免的永久性此前已在关于外交关系的工作中得到委员会承认，<sup>1000</sup> 在实践中未遭质疑，在文献中广为接受。<sup>1001</sup>

(7) 委员会选择界定属事豁免的时间要素，申明“属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在”，沿袭了1961年《维也纳外交关系公约》<sup>1002</sup> 和1946年《联合国特权和豁免公约》<sup>1003</sup> 所采用的模式。“继续存在”这个动词和“不再担任国家官员”这一说法源自这两项条约。此外，委员会使用了“所涉个人”这一术语，以反映第2条草案(a)项中“国家官员”的定义。<sup>1004</sup>

(8) 最后，应当指出，尽管第2款涉及豁免的时间要素，但委员会认为，宜在其中明确提及以官方身份实施的行为，同时铭记这些行为对于属事豁免问题具有核心意义，也是为了避免对这类豁免的永久性做出宽泛的解释，有人可能辩称它也适用于其他行为。

(9) 第3款旨在界定属事豁免和属人豁免之间存在的关系的模式，其依据是它们是两类截然不同的豁免。因此，第6条草案第3款与第4条草案第3款有着密切的联系。后者也涉及二者之间的关系，不过仅仅以“不妨碍”条款的形式作了规定。

(10) 根据第4条草案第1款，属人豁免具有临时性，因为委员会认为，“国家元首、政府首脑或外交部长任期结束后，属人豁免即停止。”。不过，“[……]停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用”(第4条草案第3款)。正如委员会在本条草案评注中所指出的那样，“必须注意到，国家元首、政府首脑或外交部长在任期间可能以官方身份做出一些行为，这些行为不因任期结束而失去其官方性质，因此可能属于属事豁免的范围。”委员会还指出，“这并不意味着属人豁免延续到享有豁免者任期结束后，因为那样不符合该条草案第1款。这也不意味着属人豁免变成因第3款而自动适用的新的属事豁免。委员会认为该‘不妨碍’

<sup>1000</sup> 见，从另一方面来说，委员会第四十三届会议通过的国家及其财产的管辖豁免条款草案第2条草案第1款(b)(五)项评注第19段：“属人豁免与属事豁免不同，后者在官方职务终止后仍然继续存在，前者则于公职一旦解除或终止后即无效。”(《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第18页)。

<sup>1001</sup> 见国际法学会，“关于国际法中国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免的决议”，该决议——从另一方面来说——在第13条第1款和第2款中采取了同样的立场(《国际法学会年鉴》，第69卷(温哥华会议，2001年)，第743页及其后各页，特别是第753页)；以及“关于国家及其官员在国际犯罪中的管辖豁免的决议”，第三条，第1款和第2款(同上，第73卷(那不勒斯会议，2009年)，第226页及其后各页，特别是第227页)。以上决议可查阅国际法学会网站：[www.idi-iii.org](http://www.idi-iii.org)，见“Resolutions”栏目。

<sup>1002</sup> 该公约第三十九条第二款规定：“享有特权与豁免人员之职务如已终止，此项特权与豁免通常于该员离境之时或听任其离境之合理期间终了之时停止，纵有武装冲突情事，亦应继续有效至该时为止。但关于其以使领馆人员资格执行职务之行为，豁免应始终有效。”

<sup>1003</sup> 该公约第四条第十二节规定：“为确保出席联合国各主要和辅助机关及联合国所召开会议的各会员国代表于履行其职责时言论完全自由和态度完全独立起见，他们为履行职责而发表的口头或书面的言论和他们所实施的一切行为对法律程序的豁免虽在关系人不再担任会员国代表时仍应继续享有。”1947年《专门机构特权和豁免公约》沿袭了同样的模式，在第五条第十四节中规定：“为确保出席专门机构所召开会议的各会员国代表于履行其职责时言论完全自由和态度完全独立起见，其为履行职责而发表的口头或书面的言论和所实施的一切行为，虽关系人已不再从事履行这种职责，仍应继续豁免法律程序。”

<sup>1004</sup> 关于“个人”一词的定义，见上文第2条草案评注第(6)段。

碍’条款只是承认关于属事豁免的规则对前国家元首、政府首脑或外交部长适用”。<sup>1005</sup>

(11) 这正是第 6 条草案第 3 款所述的情况。本款的依据是，国家元首、政府首脑和外交部长在任期内享有广泛的豁免，通称“属人豁免”，实际上，这和属事豁免的效力相同。这并不妨碍国家官员在结束任期之后享有严格意义上的属事豁免。

(12) 为此，需要满足属事豁免的标准，亦即：行为由国家官员(在这一具体情况下，包括国家元首、政府首脑或外交部长)以此种官方身份在其任期内实施。第 6 条草案第 3 款的目标恰恰是，申明属事豁免适用于这种情况。因此，本款对第 4 条草案第 3 款形成补充。委员会曾表示，“第 3 款不预判属事豁免制度的内容”。<sup>1006</sup>

(13) 不过，关于第 6 条草案第 3 款涉及的情况，一些委员认为，在任期间，国家元首、政府首脑和外交部长同时享有属人豁免和属事豁免。相反，其他委员则认为，为本条款草案的目的，属人豁免具有普遍性、范围更广，包括属事豁免，因为属人豁免既适用于以私人身份实施的行为，也适用于以官方身份实施的行为。这些委员认为，正如第 4 条草案所规定以及第 4 条和第 5 条草案评注所体现的那样，这类官员在任职期间仅享有属人豁免，仅在任期结束后才享有严格意义上的属事豁免。尽管倾向于一种或另一种选择可能对某些国家的国内法院造成后果(尤其是在援引豁免的条件方面)，但此类后果不会扩大到所有国家法律体系之中。辩论期间，一些委员表示认为，无需在第 6 条草案中加入第 3 款，只需在该条草案评注中提及这一问题即可。

(14) 委员会最终决定保留第 6 条草案第 3 款，特别是鉴于该款的切实重要性，其目的是在操作层面说明此前曾享受属人豁免的个人(国家元首、政府首脑和外交部长)任期结束后适用何种法律制度。

(15) 第 3 款的措辞仿照了《维也纳外交关系公约》(第三十九条第二款)和《联合国特权和豁免公约》(第四条第十二节)，这两项公约所涉的情况与本款所涉的情况类似，亦即：曾享有属人豁免的人员任期结束后对于在上述任期内以官方身份实施的行为的处境。委员会使用了“继续享有豁免”的说法，以体现行为发生的时刻与援引豁免的时刻之间存在的联系。如同本款所参考的两项公约一样，第 6 条草案第 3 款没有对豁免一词定性，而仅仅使用了笼统的说法。不过，虽然没有对“豁免”一词进行任何限定，但委员会理解，这个词是指“属事豁免”，因为只有在这种情况下，才可能在任期结束后考虑国家官员以官方身份实施的行为。

## 第 7 条

### 不适用属事豁免的国际法规定的罪行

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；

<sup>1005</sup> 见上文第 4 条草案评注第(14)和第(15)段。

<sup>1006</sup> 见上文第 4 条草案评注第(15)段。

- (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。

## 评注

(1) 对第 7 条草案的审议自 2016 年起，在委员会中引发了长期的辩论。这场辩论反映了委员们在一个非常重要的问题上所持的不同立场，即是否存在属事豁免的限制或例外。本评注第(9)至(12)段提到了这些立场。

(2) 在对第 7 条草案进行辩论期间，另外出现了是否需要在条款草案中加上程序性规定和保障措施的问题，包括针对第 7 条草案。<sup>1007</sup> 一些委员将此问题与是否通过第 7 条草案的问题联系起来。委员会第七十三届会议完成了与程序性规定和保障措施有关的工作。

(3) 虽然委员会在第六十九届会议上(2017 年)经记录表决暂时通过了第 7 条草案及有关附件，<sup>1008</sup> 但在第七十三届会议上，第 7 条草案及有关附件未经表决获得通过。然而一些委员提到，他们在 2017 年曾投票反对第 7 条并解释了投反对票的理由，并且说，2022 年未进行表决并不意味着有关法律或他们的法律立场有任何改变。

(4) 本评注在对 2017 年通过的评注略作更新之后转载了该评注。遵循委员会在一读通过条款草案时久已确立的做法，本评注力求反映在暂时通过第 7 条草案及有关附件时委员们所持的不同立场。

(5) 第 7 条草案列出了根据本条款草案不适用外国刑事管辖属事豁免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)。

(6) 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。

(7) 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”，<sup>1009</sup> 并且此类

<sup>1007</sup> 为了反映委员会在本专题内对程序性规定和保障措施的高度重视，2017年委员会商定列入一个脚注，但后来在一读通过条款草案案文时删除了该脚注。该脚注读作：“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措施”。该脚注标号已插在条款草案第二部分和第三部分标题的后面，因为程序性规定和保障措施可能提到两类豁免，而且也应联系整个条款草案加以审议。见《大会正式记录，第七十二届会议，补编第10号》(A/72/10)，第140段。

<sup>1008</sup> 见《大会正式记录，第七十二届会议，补编第10号》(A/72/10)，第74-75段。

<sup>1009</sup> 第4条草案第1款。见上文第4条草案评注第(2)和第(3)段。

豁免的停止“不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用”。<sup>1010</sup> 此外，关于属事豁免的第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”。<sup>1011</sup> 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，则不适用此类属事豁免。

(8) 外国官员如实施第7条草案第1款列举的罪行，即使是在任职期间以官方身份实施的，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。

(9) 委员会列入本条草案的理由如下：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，但它们都不承认某些国际罪行的

---

<sup>1010</sup> 第4条草案第3款。见上文第4条草案评注第(14)和第(15)段。

<sup>1011</sup> 第6条草案第3款。见上文第6条草案评注第(9)至第(15)段。

管辖属事豁免。<sup>1012</sup> 在极少数情况下，通过国家立法对实施国际犯罪的行为规定管辖属事豁免例外，也体现了这种趋势。<sup>1013</sup> 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。<sup>1014</sup>

(10) 其次，委员会还考虑到，国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案的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法、国际人权法和

<sup>1012</sup> 见为支持这种趋势而列举的下列案件：女王诉Bow Street都市领薪专职治安官案，皮诺切特·乌加特缺席(第3号)案，联合王国上议院，1999年3月24日(上文脚注954)；皮诺切特案，比利时布鲁塞尔初审法院，1998年11月6日(上文脚注955)，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(上文脚注947)(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有限；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，布鲁塞尔上诉法院，2002年6月26日(上文脚注947)，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)(另见H.S.A.等人诉S.A.等人案(上文脚注960))；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，最高法院，2008年7月24日(上文脚注939)，第6段；A.诉联邦检察官案，联邦刑事法院(瑞士)，2012年7月25日(上文脚注925)；FF诉检察长案，最高法院王座分庭，2014年10月7日(上文脚注954)(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属事豁免(费里尼诉德意志联邦共和国案，最高法院，2004年3月11日的判决，《国际法案例汇编》，第128卷，第658页及其后各页，特别是第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(琼斯诉沙特阿拉伯案，2006年6月14日(见上文脚注925))。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利亚姆案，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：全国被驱逐和被监禁抵抗运动战士和爱国者联合会等诉芭比案，法国最高法院，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；全国被驱逐和被监禁抵抗运动战士和爱国者联合会等诉芭比案，罗纳巡回法院，1987年7月4日的判决，同上，第148页；最高法院，1988年6月3日的判决，同上，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处理了数名外国官员据称犯下国际罪行的情况，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当时的中国国家主席；然而，在后者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，声称他不再享有“外交豁免”。然而在*Ley Orgánica del Poder Judicial* (司法机构法)修订之后，该案件被搁置一边。最后一个重要的例子是德国联邦法院2021年1月28日的判决(案件编号3 StR 564/19)(见上文脚注925)，该法院判定一名阿富汗军队前中尉因酷刑而犯下战争罪，据称他于2013年和2014年在该国对一个塔利班团体的成员实施酷刑。判决明确指出，外国刑事管辖的属事豁免不适用于习惯国际法确立的由处于从属地位的国家官员犯下的战争罪(第18段)；另见第11、13、23和35段。该法院认为，有国际实践支持这一决定，并在第19-43段中讨论了相关实践。联邦法院的这一判决基本遵循了德国总检察长就豁免对于国际法规定的罪行的适用问题发表的法律意见中的论点。该法律意见分析了国内和国际司法实践，认定对另一国官员指控的罪行是国际法规定的罪行时，不适用属事豁免。与联邦法院的判决一样，德国总检察长的法律意见也分析了委员会在这一问题上的工作，并具有附加价值，即根据德国法律，总检察长拥有根据德国《违反国际法罪行法》提起刑事诉讼的专属权限。这一法律意见的英文本可以在下文中找到：C. Krefß, P. Frank and C. Barthe, "Functional immunity of foreign State officials before national courts: a legal opinion by Germany's Federal Public Prosecutor General", *Journal of International Criminal Justice*, vol. 19, no. 3 (July 2021), pp. 697-716.

国际刑法等当代国际法的重要组成部分所载的法律原则相抵触。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有罪不罚现象——这是国际社会的一项首要目标。维持这种平衡，将确保实现规定豁免的初衷(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)因犯下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。

<sup>1013</sup> 为支持这一立场，委员们提请注意关于外国、总部或办事处位于西班牙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10月27日第16/2015号《组织法》，该法确立了对国家元首、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法的行为法》，2003年修正；荷兰2003年的《国际刑法》；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》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《国际刑法》(2008年第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；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；联合王国2001年《国际刑事法院法》，第23.1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，但没有规定具体磋商制度。

<sup>1014</sup> 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法官指出存在对国际罪行实行豁免限制的趋势(见上文脚注899)，第88页，第85段。在这方面，欧洲人权法院在琼斯等人案中明确承认，似乎“在国际公法中，对于针对外国官员实施酷刑的民事索赔案件，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”(琼斯等人诉联合王国(见上文脚注925)，第213和第215段)。

(11) 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。

(12) 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、<sup>1015</sup> 国家成文法<sup>1016</sup> 和条约法<sup>1017</sup> 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

<sup>1015</sup> 这些委员指出，只举出了10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1012)，而且其中多数案件实际上并不支持不给予这种豁免的提议。例如，在联合王国的女王诉Bow Street都市领薪专职治安官、皮诺切特·乌加特缺席案(第3号)(见上文脚注954)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(《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》)。德国的侯赛因案(见上文脚注1012)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(见上文脚注947)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(见上文脚注947)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，致使最高法院(H.S.A.等人诉S.A.等人，2003年2月12日(见上文脚注960)称对这一案件没有管辖权。布鲁塞尔初审法院(见上文脚注955)审理的皮诺切特案也涉及该法。在洛扎诺诉意大利案(见上文脚注939)中，外国国家官员被给予、而非拒绝属事豁免。特别检察官诉海马尔马利亚姆案(见上文脚注1012)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。例如，关于德国联邦法院2021年1月28日的判决，阿富汗和有关个人都没有在该案中援引豁免，战争罪是受到争论的唯一罪行，法院只是确定了适用于起诉诸如士兵这样的“外国低级官员”的习惯国际法规则。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1012)不符合意大利根据国际法承担的义务。见国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)案(见上文脚注910)。在琼斯诉沙特阿拉伯案(见上文脚注925)中，上议院承认了国家官员的豁免。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。例如侯赛因·哈布雷案，塞内加尔，达喀尔上诉法院，2000年7月4日，及最高法院，2001年3月20日(见上文脚注947)(给予前任国家元首豁免)；以及江泽民案，德国联邦总检察长2005年6月24日的决定，3 ARP 654 / 03-2。

<sup>1016</sup> 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、南非、西班牙)中，无一支持第7条草案的当前措辞。例如，关于外国、总部或办事处位于西班牙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法的行为法》和荷兰2003年《国际刑法法》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)。

<sup>1017</sup> 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、特别使团人员)的全球性条约也是如此。

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犯下的国际法规定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；<sup>1018</sup> (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) 在未经条约约定的情况下确立新的豁免例外制度，可能会损害国家间的关系，并可能损害国际社会终结对最严重国际罪行的有罪不罚现象的宗旨。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，也不能视为可取的国际法的逐渐发展。其次，这些委员还强调了外国刑事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需的，也未必是适当的。相反，这些委员认为，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。

#### 第1款

(13) 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。

(14) 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”。<sup>1019</sup> 虽然委员会认为没有必要裁定支持其中哪一种解释，但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，<sup>1020</sup> 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能，但此

<sup>1018</sup> 例如见国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)案(上文脚注910)，第137页，第84段(“习惯国际法并不认为国家享有的豁免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”)；以及2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，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”)。

<sup>1019</sup> 例如见国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)案(上文脚注910)，第125页，第60段(结合国家豁免讨论了“统治权行为”)。

<sup>1020</sup> 例如见下列案件：皮诺切特案，布鲁塞尔初审法院，1998年11月6日(上文脚注955)，第349页；以及侯赛因案，德国，科隆高等地区法院，2000年5月16日(上文脚注1012)，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，莱瓦贾初审法院，1997年10月30日(上文脚注955)。

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。<sup>1021</sup>

(15) 鉴于在实践中,国际法规定的同一罪行有时被解释为限制(不予豁免),有时被解释为例外(不适用现有的豁免),委员会认为,似宜从这两种办法产生的影响来处理这一问题,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。

(16) 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。<sup>1022</sup>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。

(17) 同时,为与第3和第5条草案中的措辞一致,起首部分加入了“外国刑事管辖的”这一措辞。

(18) “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。这些罪行为条约所述及,也为习惯国际法所禁止。

(19) 先前在《纽伦堡原则》<sup>1023</sup>和1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》<sup>1024</sup>中,委员会就已使用了“国际法规定的罪行”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,“国际法是刑事定性的依据”,并且,“这种行为被禁及其可惩罚性,均是国际法的直

<sup>1021</sup> 例如以色列检察长诉阿道夫·艾希曼案,以色列,最高法院,1962年5月29日(见上文脚注947),第309-310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,最高法院,2004年3月11日(见上文脚注1012),第674页)。在洛扎诺案中,意大利上诉法院以侵犯基本权利为由拒绝给予豁免,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,2008年7月24日(见上文脚注939),第6段)。在A.诉联邦检察官案中,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.诉联邦检察官案,2012年7月25日(见上文脚注925))。

<sup>1022</sup> 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……年鉴》,第二卷(第二部分),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,请特别参见第三部分评注第(1)段(第33页),以及第10条评注第(1)至(5)段(第33-34页)。在这方面,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第三部分的标题和第10至第17条都采用了“不得援引国家豁免的诉讼”这一措辞。

<sup>1023</sup> 见《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》之原则一:“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)。

<sup>1024</sup> 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以处罚”(《1954年……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,因此本身可予以处罚,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)。

接结果”。<sup>1025</sup> 由此推导出“国际法”可将此类罪行“自主定性为刑事犯罪”，<sup>1026</sup> 以及“是否根据国内法将某种特定行为定性为犯罪，不影响根据国际法将这种行为定性为犯罪”。<sup>1027</sup> 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。

(20) 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法中占据核心地位的条约，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)。<sup>1028</sup> 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，《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”。<sup>1029</sup> 但一些委员指出，在实践中，以及在国家和国际判例或国内立法中，找不到太多证据支持将这些罪行列入第7条草案。

(21) 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，但委员会暂时决定不列入侵略罪。<sup>1030</sup> 委员会做出这一决定，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，同时也是鉴于这类罪行的特殊政治层面，<sup>1031</sup> 因为这种罪行构成“领导人的罪行”。不过，有些委员指出，本应将侵略罪载入第7条草案第1款，因为它属于国际法规定的最严重罪行，委员会本身早在1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》<sup>1032</sup> 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

<sup>1025</sup> 见1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第1条评注第(6)段，《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第17页。

<sup>1026</sup> 同上，第9段，第18页。

<sup>1027</sup> 同上，第(10)段。应当铭记，委员会在评论《纽伦堡原则》之原则一时，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……年鉴》，第二卷，A/1316号文件，第374页)。

<sup>1028</sup> 委员会自己曾宣布，禁止灭绝种族罪、禁止危害人类罪、国际人道法基本规则、禁止种族隔离以及禁止酷刑，均为强行法规范。见本报告第四章所载的一般国际法强制性规范(强行法)结论草案的附件。

<sup>1029</sup> 《罗马规约》第五条第(一)款和序言第四段。

<sup>1030</sup> 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)。

<sup>1031</sup> 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)。

<sup>1032</sup> 同上，第42-43页(第16条)。

法。<sup>1033</sup> 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。

(22) 另一方面，委员会认为有必要将种族隔离、酷刑和强迫失踪罪作为单独类别的不适用豁免的国际法规定的罪行列入第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，<sup>1034</sup> 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，<sup>1035</sup> 规定各国具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审判这类罪行。<sup>1036</sup> 还应指出的是，有关条约还建立起各国之间开展国际合作和司法互助的制度。<sup>1037</sup> 其次，委员会也注意到，根据《罗马规约》，种族隔离、酷刑和强迫失踪罪必须满足一个具体的门槛，即“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”<sup>1038</sup> 而实施此类犯罪，但这一门槛并不存在于专门涉及这些罪行的文书中。再次，委员会注意到，禁止酷刑和强迫失踪的公约明确

<sup>1033</sup> 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，1987年12月19日第62号法，经1999年2月16日第87号法修订；厄瓜多尔，《刑法典》第88条；爱沙尼亚《刑法典》第91-92条；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》，1998年11月13日(BGBI)；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)；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，《巴拉圭共和国刑法典》第271条，第1160/97号法；波兰，《刑法典》第17条，1997年6月6日的法律；摩尔多瓦共和国，《摩尔多瓦共和国刑法典》第139和第140条，2002年4月18日第985-XV号法通过(2009年修正)；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《国际刑事法院修正法》修正，第23号，见第7A条；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 responsibility for conduct amounting to aggression”, in R. Bellelli (ed.), *International Criminal Justice: Law and Practice from the Rome Statute to Its Review*, London and New York, Routledge, 2016.

<sup>1034</sup> 《罗马规约》，分别见第七条第(一)款第十、第六和第九项。

<sup>1035</sup> 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》；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(纽约，2006年12月20日)，联合国，《条约汇编》，第2716卷，第48088号，第3页。

<sup>1036</sup> 《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4-6条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第四、第六和第九条。

<sup>1037</sup> 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第十一条；《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6-9条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十至十一、第十三至十四条。

<sup>1038</sup> 《国际刑事法院罗马规约》，第七条第(一)款。该门槛的定义载于第七条第(二)款(a)项。

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。<sup>1039</sup> 此外，委员会还考虑到，在许多案例中，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。<sup>1040</sup> 但一些委员指出，在实践中，以及在国家和国际判例或国内立法中，找不到太多证据支持将这些罪行列入第7条草案。

(23) 尽管一些委员建议将奴役、恐怖主义、贩卖人口、儿童卖淫与儿童色情制品以及海盗等罪行纳入清单，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的罪行的定义，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体实施，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。

(24) 最后，应当指出的是，委员会没有按照特别报告员的提议，<sup>1041</sup> 将腐败犯罪或受所谓“领土内侵权例外”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。

(25) 关于腐败(应理解为“重大腐败”)，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。可另一些委员主张，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。还有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。

(26) 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为。<sup>1042</sup> 尽管一些委员指出，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

<sup>1039</sup> 《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；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第二条。

<sup>1040</sup> 例如联合国就发生了这种情况，所有提出了属事豁免不适用于酷刑行为问题的管辖属事豁免案件均以《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》为判案依据。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)，联合国上议院，1999年3月24日(上文脚注954)；FF诉检察长案，最高法院王座分庭，2014年10月7日(上文脚注954)。《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》也是一起涉及民事管辖豁免问题的案件的判案依据：琼斯诉沙特阿拉伯案，上议院，2006年6月14日(见上文脚注925)。

<sup>1041</sup> 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。

<sup>1042</sup> 同样，见上文第2条草案评注第(23)、第(25)和第(33)段，其中涉及“以官方身份实施的行为”的定义。

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。

(27) 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(领土内侵权例外)，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之处。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，例如谋杀、间谍、破坏或绑架，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

(28) 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起联系。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 条草案使用了“罪行”一词，这意味着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。

(29) 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，最好仅列明对上述类别的罪行作出界定的条约文书，以便将这些罪行列入一份清单，使法院地国的主管部门在适用第 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。

(30) 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。

(31) 另一方面，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，仅仅载入一些对相关罪行进行界定的条约，不影响对同样的罪行作出界定或规定的其他条约，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。

(32) 委员会选择附件所列条约时采用的标准以及与每一项条约有关的解释载于附件评注。第 7 条草案第 2 款评注和附件评注应一并阅读。

## 第四部分 程序性规定和保障措施

### 评注

(1) 条款草案第四部分专门讨论在国家官员的外国刑事管辖豁免方面必须适用的程序性规定和保障措施。

(2) 涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的国际文书一般仅限于宣布豁免、确定其受益人、界定其范围，在某些情况下还规定了关于放弃豁免的规则，但不包括程序性规定。

(3) 不过，委员会认为，本条款草案应包括程序性规定和保障措施，以补充第一、第二和第三部分中的实质性规定。首先，这是因为需要在官员所属国的权利和利益与法院地国的权利和利益之间保持平衡，因为在这两种情况下，这些权利和利益都与国家主权平等原则直接相关。第二，列入程序性规定和保障措施也是旨在为有关国家提供一些有用的工具，便利就特别敏感的问题进行相互沟通与合作。在这方面，程序性规定和保障措施旨在加强相互信任和国际关系的稳定性。最后但并非最不重要的点是，程序性规定和保障措施旨在确保对另一国国家官员行使管辖权不会被滥用或出于政治动机。出于所有这些原因，委员会认为，列入程序性规定和保障措施增加了条款草案的价值，有助于确保在其中所载的不同规定之间达成平衡。

(4) 程序性规定和保障措施普遍适用于出现国家官员外国刑事管辖豁免问题的所有情况，但在外国刑事管辖豁免可能受到第 7 条草案影响时，尤其重要，因第 7 条提及在对该条所列国际法规定的罪行适用属事豁免的限制或例外情形。委员会已适当考虑到这一情况，第四部分所载的条款草案案文充分反映了这一点。

(5) 第四部分由 11 条草案组成，分别涉及第四部分的范围及其与条款草案其他规定的关系(第 8 条草案)、适用于法院地国和官员所属国之间直接关系的程序性规定和保障措施(第 9-15 条草案)，适用于豁免问题所涉另一国官员的公平审判规则和程序保障的适用(第 16 条草案)，以及建立机制，促进法院地国和官员所属国就后者某一官员的外国刑事管辖豁免可能出现的任何争端加以协商和解决(第 17 和第 18 条草案)。

### 第 8 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法院地国对另一国现任或前任官员行使的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载任何一条草案的刑事管辖权，包括适用于依照本条款草案任何一条确定豁免是否适用。

### 评注

(1) 第 8 条草案是条款草案第四部分第一条。其目的是结合第二部分和第三部分界定第四部分的适用范围，这两部分分别涉及现任或前任国家官员的外国刑事管辖属人豁免和属事豁免。通过提及第四部分与第二部分和第三部分之间的联系，第 8 条草案考虑到了在本条款草案实质性规定与其中所载程序性规定和保障措施之间实现平衡的概念。

(2) 鉴于第四部分是条款草案的一个有机组成部分，因此其中所载的规定意在普遍适用于条款草案的其他规定。然而，委员们对第四部分的范围，特别是其与第7条草案的关系，意见不一。

(3) 一些委员认为，第四部分所载的程序性保证和保障措施只有在可能存在豁免的情况下才适用，而第7条草案所列的罪行似乎并不存在豁免，因为它的表述方式是绝对的，规定属事豁免“不适用于国际法规定的如下罪行”(指该条草案第1款(a)至(f)项所列的罪行)。相反，一些委员支持对特别报告员提出的条款草案作更宽泛的解释，并设想即使在第7条草案所述的情况下，程序性保证和保障措施也能发挥作用。

(4) 鉴于上述意见分歧，委员会通过了第8条，其中明确说明，决定草案第四部分中的所有程序性规定和保障措施“适用于法院地国对另一国现任或前任官员行使的、涉及本条款草案第二部分和第三部分所载任何一条草案的刑事管辖权，包括适用于依照本条款草案任何一条确定豁免是否适用。”第8条草案不预判、也不影响任何额外的程序保证和保障措施，包括具体保障措施是否适用于第7条草案。

(5) 通过加入“包括适用于依照本条款草案任何一条确定豁免是否适用”这一短语，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“豁免的确定”，亦即决定豁免是否适用的过程，这是第14条草案的主题。在确定是否适用属事豁免时，既应考虑到第4、第5和第6条草案中所列的规范性要素，也要考虑到第7条草案中所述的限制和例外情况。此外，根据第8条草案，在确定是否适用例外情况时，必须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条草案应明确提及第7条草案，以确保第四部分中的规定和保障措施适用于该条。委员会讨论了这一建议，但最终决定拒绝，而使用更笼统、更中立的表述，即“依照本条款草案任何一条确定豁免是否适用”。

(7) 第四部分适用于“法院地国对另一国官员行使的刑事管辖权”。第8条草案中使用的“行使刑事管辖权”一语泛指法院地国为酌情确定个人的刑事责任而可能采取的各种措施。鉴于实践中各国法律制度和传统的差异，委员们认为没有必要明确提及这类措施的性质，这可能包括政府行政部门的行为以及法官和检察官实施的行为。

(8) 第8条草案使用了“对另一国现任或前任官员”这一短语。这反映出需要将外国官员与可能适用豁免的法院地国行使管辖权的行为联系起来。明确提及官员与外国的关系中的时间状况(现任或前任)沿袭了第2条草案(a)项，该款规定“国家官员”的概念既指现任官员，也指前任官员。<sup>1043</sup> 然而，这一说法并不是要改变刑事管辖豁免的时间范围，因为正如委员会在第2条草案的评注中指出的，“属人豁免和属事豁免的时间范围是其他条款草案讨论的主题”。<sup>1044</sup> 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条草案理解“前任或现任”一词。

<sup>1043</sup> 见上文第2条草案评注第(19)-(20)段。

<sup>1044</sup> 见上文第2条草案评注第(14)段。

## 第 9 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。

### 评注

(1) 第 9 条草案涉及法院地国当局欲对另一国官员行使刑事管辖权时，或确实对其行使刑事管辖权时，须承担的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行使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，对豁免的“审查”是一种准备行动，标志着程序的开始，该程序将以确定豁免是否适用而结束。虽然豁免问题的“审查”和“确定”密切相关，但却属于不同的类别。“豁免的确定”在第 14 条草案中加以处理。

(2) 第 9 条草案包含两款，分别用于界定一般规则(第 1 款)和适用于特殊情况的特定规则(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，委员会认为最好还是使用能够涵盖不同性质的机关的术语，包括行政机构、政府行政部门、检察机关或法院。就本条草案而言，确定哪些国家机关属于“主管当局”类别应具体情况具体分析。

(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) “另一国官员”一词被用作“国家官员”的对等词，后者用于本专题的标题(复数)，其定义载于第 2 条草案(a)项。因此，此术语涵盖任何国家官员，无论级别如何，无论其享有属人豁免还是属事豁免，也无论在审议豁免问题时他们是否为在职官员。“另一国官员”一语应涵盖根据本条款草案第二部分和第三部分的规定享有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。在一般规则中，委员会使用了“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”被认为限制性过大。第 3、第 5、第 7、第 8、第 10、第 14 和第 16 条草案中也使用了“行使刑事管辖权”一语。就第 9 条草案而言，“行使刑事管辖权”应被理解为法院地国主管当局为确定某一人或某几人的刑事责任(如有)而采取的必要行为。这类行为可能具有不同的性质，并不仅限于司法行为，亦可包括政府行为、警察行为、调查行为或起诉行为。

(6) 然而，并非“行使刑事管辖权”这一大类涵盖的所有行为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。根据国际法院在2000年4月11日逮捕证案<sup>1045</sup>和《关于刑事事项互助的若干问题》案<sup>1046</sup>中的判决，只有当某一项刑事诉讼措施通过对外国官员施加义务而妨碍或阻止其行使职能时，才可能影响该官员的豁免。例如，一国不仅针对被控犯罪事实，而且实际上也针对涉案人员启动了初步调查或提起了刑事诉讼，如果这种调查或诉讼行为没有根据所适用国家法律对该人施加任何义务，就不能被视为侵犯豁免权。法院地国使用对外国官员不具约束力或限制性的措施，也至少能够为案件初步收集证据(包括证人证词、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，强调豁免出现在早期阶段，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，豁免问题应在早期阶段即在诉讼程序启动前加以审查。<sup>1047</sup> 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2001年决议<sup>1048</sup>中使用的措辞，意在强调对豁免问题的审查应尽快进行，而无需等到司法程序正式确定。为强化这一概念，这里使用了《维也纳领事关系公约》第三十六条和第三十七条中的用语“立即”。

(8) 第9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。使用副词“总是”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，可能会对该官员可能享有的外国刑事管辖豁免产生负面影

<sup>1045</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第22页，第54-55段。

<sup>1046</sup> 见《关于刑事事项互助的若干问题》(见上文脚注925)，第236-237页，第170-171段。

<sup>1047</sup> 国际法院在关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案中处理了这一问题，澄清了《联合国特权和豁免公约》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决定”，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”(关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议案，咨询意见，《1999年国际法院案例汇编》，第62页及其后各页，特别是第88页，第63段，以及第90页，第67(2)(b)段)。

<sup>1048</sup> 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、管辖豁免和执行豁免”(《国际法学会年鉴》，第69卷(见上文脚注1001)，第747页)。

响。使用“前”这个副词意在强化豁免问题的审查应总是在诉讼前预先进行这一原则。

(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”一语，如上文所述，后者具有更宽泛的含义。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“启动审判阶段”或“启动口头诉讼程序”，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诉讼程序的任何特定行为包括在内。规定“启动刑事诉讼”的时间为在任何情况下必须审查豁免问题的时间，这一要求符合国际实践和判例。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、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“行使刑事管辖权”的范畴。由于这种措施可能因每个国家的国内法律制度而异，因此委员会认为最好使用“强制措施”这一笼统的说法来指“当局行为”。国际法院在2000年4月11日逮捕证案中使用了“当局行为”这一措词，源自国际法院在《关于刑事事项互助的若干问题》中的论证推理。<sup>1049</sup>

(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接受监禁，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诉求的实质之后再予确定。”<sup>1050</sup> 因此，委员会认为有必要在审议豁免时处理这一问题。

(13) 关于这一问题，应当指出，本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，各项条约同时述及这两个问题，如《维也纳外交关系公约》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)，<sup>1051</sup> “对外交代表不得为执行之处分”(第三十一条第

<sup>1049</sup> 2000年4月11日逮捕证案(见上文脚注899)，第22页，第54段；《关于刑事事项互助的若干问题》(见上文脚注925)，第236-237页，第170段。

<sup>1050</sup> 检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒，塞拉利昂问题特别法庭，上诉分庭，SCSL-2003-01-1号案，关于管辖豁免的决定，2004年5月31日，第30段。判决案文可查阅特别法庭网站([www.scsldocs.org](http://www.scsldocs.org))，“Documents”，“Charles Taylor”。

<sup>1051</sup> 类似规定见《特别使团公约》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》第28和第58条。更细致地提及这一理念的文书见《维也纳领事关系公约》，第四十一条第一和第二款。

三款)。<sup>1052</sup> 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和执行豁免的决议(第 1 和第 4 条)。<sup>1053</sup>

(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”一语旨在提请注意，并非每一位另一国官员仅仅因为其身为官员就享有不可侵犯性。

## 第 10 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之前，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，或通过相关国家为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 10 条草案涉及法院地国必须向另一国发出的通知，告知其打算对另一国一名官员行使刑事管辖权。
- (2) 人们普遍认为，国家官员享有外国刑事管辖豁免是为了国家的利益，因此，应由国家而不是官员来决定是否援引或放弃豁免，也应由官员所属国决定要求其官员的豁免权得到尊重的方式。然而，为了行使这些权力，官员所属国必须知道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》<sup>1054</sup> 第四十二条有此规定。委员会还注意到，《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图通知另一国。为此目的，该公约第 22 条规定了“送达传票或对一国提起诉讼的其他文书”的方式。虽然这一规定所对应的模式不同于外国刑事管辖豁免的模式，但不可否认的是，送达诉讼文书对于国家援引豁免

<sup>1052</sup> 同样，《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。

<sup>1053</sup> 《国际法学会年鉴》，第69卷(见上文脚注1001)，第745和747页。

<sup>1054</sup> 《公约》第四十二条的措辞如下：“遇领馆官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。

是必不可少的。因此，为本条草案的目的，可以比照考虑该规定。考虑到这一点，委员会决定将通知作为程序保障之一列入条款草案第四部分。

(4) 通知是一项基本要求，可确保官员所属国收到关于法院地国打算对其一名官员行使刑事管辖权的可靠信息，从而使该国能够决定是援引还是放弃豁免。与此同时，通知有助于法院地国与官员所属国之间展开对话，因此成为确保适当确定和适用国家官员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所界定的程序保障之一。“通知”和“协商”的概念不应混为一谈，因为协商是在稍后阶段进行的，在第 17 条草案中处理。

(5) 第 10 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。考虑到通知所追求的目的，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，本条草案界定了对于通知的发出至关重要以下时间点：(a) 提起刑事诉讼；(b) 采取可能影响到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 9 条草案第 2 款(a)项和(b)项相对应，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相吻合，如果法院地国主管当局没有更早这样做的话。“刑事诉讼”和“可能影响另一国官员的强制措施”应按照第 9 条草案的评注中的描述予以理解。

(7) “另一国官员”一语在本条款草案中的使用等同于“国家官员”，因此应根据第 2 条草案(a)项所载定义予以理解。如该条草案的评注所指出，“国家官员”一词的使用不影响豁免的时间范围，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。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的另一国官员。因此，“另一国官员”一语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) 第 1 款第二句的拟订，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。<sup>1055</sup> 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，在相当多的情况下，关于另一国官员的外国刑事管辖豁免问题的沟通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多样性，决定使用非说明性措辞，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“考虑”。

<sup>1055</sup> 见国家官员外国刑事管辖豁免问题特别报告员第七次报告(A/CN.4/729)所载对这一问题的分析，第121-126段。

(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，但必须包括足够的信息，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 款承认法院地国一方面在行使刑事管辖权方面拥有充分的自由裁量权，另一方面需要向官员所属国提供充分的信息，该款力求在这两者之间取得平衡。正因为考虑到这一点，在列举第 10 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) 通知中必须包含的信息有三种类型：(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。委员会认为，应通知官员所属国的实质性信息，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”一语，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预防措施的机构，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。任何关于国家官员外国刑事管辖豁免的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。<sup>1056</sup> 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

<sup>1056</sup> 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”。

豁免公约》第 22 条第 1 款(c)项(1)目项的措辞，委员会曾在防止及惩治危害人类罪的条款草案<sup>1057</sup> 中使用过该措辞。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，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互助条约所规定的方式”。这一通信方式的使用引起了激烈的辩论，有人提出了诸如“国际合作和司法互助条约”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 10 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，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》<sup>1058</sup> 及其两项附加议定书；<sup>1059</sup> 《欧洲刑事事项诉讼转移公约》；<sup>1060</sup> 《欧洲引渡公约》<sup>1061</sup> 及其四项附加议定

<sup>1057</sup> 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。

<sup>1058</sup> 《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。

<sup>1059</sup> 《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。

<sup>1060</sup> 《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。

<sup>1061</sup> 《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。

书；<sup>1062</sup> 《美洲刑事事项互助公约》；<sup>1063</sup> 《美洲国家引渡公约》；<sup>1064</sup> 《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》；<sup>1065</sup> 2009年11月30日理事会关于预防和解决刑事诉讼中行使管辖权冲突的第2009/948/JHA号框架决定；<sup>1066</sup> 《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》；<sup>1067</sup> 《葡萄牙语国家共同体成员国间引渡公约》；<sup>1068</sup> 《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系明斯克公约》<sup>1069</sup> 和《关于民事、家庭和刑事方面司法协助和法律关系的基希讷乌公约》。<sup>1070</sup> 关于双边条约，由于数目很多，不可能都列入本评注中，但至少可以提及在各国际组织内拟订、构成许多双边协定的基础的示范条约，包括在联合国框架内通过对下列文书：《刑事事项互助示范条约》、<sup>1071</sup> 《刑事事件转移诉讼示范条约》<sup>1072</sup> 和《引渡示范条约》。<sup>1073</sup> 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10条草案所述的通知。

(17) 第10条草案将国际合作和司法协助协定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协定的当事方，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10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，委员会委员们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

<sup>1062</sup> 《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。

<sup>1063</sup> 《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。

<sup>1064</sup> 《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。

<sup>1065</sup> 《欧洲联盟成员国间刑事事项互助公约》(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。

<sup>1066</sup> 《欧洲联盟公报》，L328, 2009年12月15日，第42页。

<sup>1067</sup> 《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)，《共和国公报》，第一卷，第177号，2008年9月12日，第6635页。

<sup>1068</sup> 《葡萄牙语国家共同体成员国间引渡公约》(2005年11月23日，普拉亚)，同上，第178号，2008年9月15日，第6664页。

<sup>1069</sup> 《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)，独联体国家元首理事会和政府首脑理事会“Sodruzhestvo”新闻报道，第1号(1993年)。

<sup>1070</sup> 《关于民事、家庭和刑事方面司法协助和法律关系的公约》(2002年10月7日，基希讷乌)，同上，第2(41)号(2002年)。

<sup>1071</sup> 《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)。

<sup>1072</sup> 《刑事事项诉讼转移示范条约》，大会1990年12月14日第45/118号决议，附件。

<sup>1073</sup> 《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)。

要的灵活性。最后，委员们认为无须明确说明通知应以书面作出。虽然一般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，然后再书面作出，无论其形式如何(普通照会、信函或类似形式)。

## 第 11 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，或通过相关国家为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 11 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。第 11 条草案还提到有必要将援引豁免一事通知法院地国主管当局。本条草案不涉及援引的效果。

(2) 第 11 条草案第 1 款的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，被认为是习惯国际法所涵盖的。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，并为确定豁免的目的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。<sup>1074</sup> 因此，援引豁免的决定和与援引豁免有关的任何决定均应由国家本身作出而不是由官员作出。无论如何，这是一项任择性质的权利，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，据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。如何确定这类当局取决于国内法，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，由此可能产生后果。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9条草案中使用的词。关于官员所属国获悉情况的方式，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。因此，这是官员所在国了解情况的主要手段。然而，这并不是要排除官员所属国可能以另一种方式获悉这一情况的可能性，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，此处没有将提及第10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，官员所属国在获悉另一国“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获悉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，在可能影响该官员的管辖行为已经在实施的情况下特别如此。

(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，并酌情确定援引的范围。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”一语提请各国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”援引豁免的第一个利害关系方，但这并不妨碍该国在任何其他时间援引豁免。“可能”一词的用法应按允许的含义理解。援引豁

<sup>1074</sup> 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1001)，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页及其后各页，特别是第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页及其后各页，特别是第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页及其后各页，特别是第44页，第49段)。

免是合法的，无论何时援引都是如此，但这并不意味着其效果不会因时间因素而有所不同。

(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的进程，可能阻止法院地国行使管辖权。因此，据认为，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，提及官员所任职务不应解释为将较低级别的官员排除在外国刑事管辖豁免适用范围之外。如委员会所述，“‘国家官员’的概念完全取决于代表国家或行使国家职能的有关个人，[因此]其级别与定义的目的无关”。<sup>1075</sup>

(11) 委员会认为，规定官员所属国应说明其援引的豁免类型(属人理由或属事理由)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应当为法院地国评估本条款草案第二部分(属人豁免)或第三部分(属事豁免)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 10 条草案第 3 款的模式，为清楚理解第 3 款的一般含义，可参考第 10 条草案第 3 款的评注。然而，应当指出，委员会对本条草案第 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“应当”，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。该款反映的原则是，审查和确定豁免问题的义务在于国家，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，以及需要尊重自组织原则，据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、执行机关、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 12 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. 豁免必须总是以书面形式明示放弃。
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互助条约所规定的方式。

<sup>1075</sup> 上文第 2 条草案评注第(16)段。

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. 豁免的放弃不可撤销。

## 评注

(1) 第 12 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。第 12 条草案还提到需要将豁免已经放弃一事通知法院地国主管当局。虽然第 12 条草案的结构沿用了第 11 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，关于放弃管辖豁免的问题，委员会在以前的若干条款草案<sup>1076</sup>中已详细讨论过，并反映在以这些条款草案为基础的条约中。这些条约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。<sup>1077</sup> 放弃国家豁免也是如

<sup>1076</sup> 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过程中讨论了放弃某些国家官员的豁免的问题。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.1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)。

<sup>1077</sup> 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1001)，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)。在国际法学会2009年关于国家和代表国家行事的人在国际犯罪案件中的管辖豁免的决议中，这一做法保持不变，尽管该决议纳入了新内容，在第二条第3款中规定，“如果代理人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款的规定对应，其中指出，“各国义务根据条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(见上文脚注1001)，第227页)。

此，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》<sup>1078</sup> 和关于国家豁免的国家法律<sup>1079</sup> 都对此作出了规定。

(3) 官员所属国放弃豁免是该国放弃要求豁免的权利的官方行为，从而消除了对法院地国法院行使管辖权的这一障碍。因此，放弃豁免将使任何关于豁免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 日逮捕证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”。<sup>1080</sup>

(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 12 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) 放弃豁免的权利属于官员所属国，据认为没有必要确定哪些当局有权就放弃豁免作出决定，或哪些当局有权传递放弃豁免的决定。公约和国家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。<sup>1081</sup> 委员会在以前的工作中认

<sup>1078</sup> 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。

<sup>1079</sup> 见美国，1976 年《外国主权豁免法》，第 1605(a)(1) 节、第 1610(a)(1)、(b)(1) 和 (d)(1) 节以及第 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。

<sup>1080</sup> 2000 年 4 月 11 日逮捕证(见上文脚注 899)，第 25 页，第 61 段。

<sup>1081</sup> 一些国家法律例外地提及由使团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。

为，最好不要明确提及有权放弃豁免的国家机关。<sup>1082</sup> 此外，国家实践有限，也没有定论。<sup>1083</sup> 主管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，这并不意味着放弃豁免的决定不能由国家为此目的而特别授权的其他人传递，在刑事诉讼中尤其如此。

(6) 与第 11 条草案关于援引豁免的情况相反，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。

(7) 第 2 款提到放弃的形式，规定“必须总是以书面形式明示”。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，特使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“以书面形式明示”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，<sup>1084</sup> 并反映在相关条约<sup>1085</sup> 和国内法<sup>1086</sup> 中。考虑到这一点，特别报告员没有保留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，<sup>1087</sup> 应被视为明示放弃。”<sup>1088</sup> 委员会委员虽然普遍认为可以在条约中对放弃豁免作出明确规定，但

<sup>1082</sup> 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 条草案案文中，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。如果豁免涉及领事馆的另一名成员，则有关领馆负责人可作出声明（《1961 年……年鉴》，第二卷，A/4843 号文件，第 118 页，第 45 条评注第(2)段）。

<sup>1083</sup> 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 日的判决，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(见上文脚注 947)。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 日的判决(见上文脚注 960)) 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。

<sup>1084</sup> 见上文脚注 1076。

<sup>1085</sup> 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；《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。

<sup>1086</sup> 例如，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的豁免的第 27 条中规定放弃豁免必须明示。

<sup>1087</sup> A/CN.4/729，第 103 段。

<sup>1088</sup> 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 1001)，第 749 页）。

对“可以……推断”一词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)<sup>1089</sup>中就是如此，虽然这并没有构成上议院作出决定的基础。尽管角度不同，放弃豁免的可能性也产生于对《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日逮捕证案的判决中的如下意见：“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负有起诉或引渡义务，从而迫使它们扩大其刑事管辖权，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现有豁免，包括外交部长的豁免。这种豁免在外国法院继续有效，即使这些法院根据上述公约行使这种管辖权。”<sup>1090</sup>

(10) 放弃豁免，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，应予以注意的是，与第11条草案第2款相反，委员会认为没有必要在条款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“必须明示、明确和毫不含糊，提及有关官员，并在适用的情况下提及放弃所指的行为”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。<sup>1091</sup> 为此目的，一项理解是，官员所属国应明确提及被放弃豁免的官员的姓

<sup>1089</sup> 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(见上文脚注954)。

<sup>1090</sup> 2000年4月11日逮捕证(见上文脚注899)，第24和25页，第59段。

<sup>1091</sup> 关于放弃的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1083)，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·马科斯诉联邦警察局案(见上文脚注960)，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)。

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制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，即另一国当局打算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的方式。本款与第11条草案第3款相似，基本沿用了第11条草案的措辞，唯一的例外是使用了动词“表达”，以便使第12条草案第3款与《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11条草案第3款之间的相似之处，这里提及第11条草案第3款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。尤其应予以注意的是，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11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11条草案关于这一点的评注也适用于本条草案第4款。

(14) 第5款规定，“豁免的放弃不可撤销”。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，本条款草案第5款在委员会委员中引起了辩论。

(15) 这场辩论并不影响豁免的放弃不可撤销性质的理由，但影响到不可撤销的可能的例外情况。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，特别提及以下情况：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，公正审判权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12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豁免的放弃不可撤销，而且与此相关的实践很少。<sup>1092</sup> 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关

<sup>1092</sup> 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)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和8条。只有澳大利亚和西班牙的法律规定豁免的放弃不可撤销。根据1985年澳大利亚《外国豁免法》，“外国根据本编规定放弃其豁免的协议具有放弃该豁免的效果，除非根据协议的条款，否则不得撤回放弃”（第10节第5款）。西班牙第16/2015号组织法规定，“在西班牙法院提起诉讼后，第5条和第6条所述外国的同意不得撤销”（第8条（同意的撤销））。

系和豁免的条款草案中所述的放弃豁免时表示，“诉讼程序，无论在哪一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，便不得在上诉时援引豁免，固不待言”。<sup>1093</sup> 然而，其他委员指出，豁免的放弃的不可撤销性质不能从这一断言中推断出来。

(17) 为了解决放弃不可逆转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，这将使人们有可能认识到，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 12 条草案中保留本款的话，最好不要改变措辞。关于这一点，一位委员表示，放弃豁免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。<sup>1094</sup> 最后，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本条款草案所载的一般规则适用豁免。

(18) 根据前述各款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 12 条草案中保留第 5 款，便于各国能够充分了解讨论情况，并发表评论。

### 第 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，或通过相关国家为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 13 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，之后才谈确定豁免是否适用的问题。豁免的确定是第 14 条草案的主题。第 13 条草案分为四款，承认有关国家请求提

<sup>1093</sup> 《1958年……年鉴》，第二卷，A/3859号文件，第99页，第30条评注第(5)段。

<sup>1094</sup> 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)。

供信息的权利(第1和2款),说明请求提供信息的程序(第3款),解释被请求国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标不同,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款提到关于提供信息的请求具有最终性质,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,最后的决定是一个过程的结果,这个过程可能包括不同的阶段和行动。

(4) 委员会在通过第13条草案时考虑到,为了确定豁免是否适用,法院地国需要有与官员有关的信息(姓名、在所属国的职务、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)至关重要,但相关信息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家法律、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13条草案的目的是为获取此类信息提供便利。

(5) 没有任何理由可阻止出现法院地国或官员所属国已经掌握上一款提及的信息的情况,如果第10条草案(通知)、第11条草案(援引)和第12条草案(放弃)的规定在请求提供信息之前已经适用,情况尤其如此。毫无疑问,通过这些规定,法院地国和官员所属国将向另一国提供信息。然而,不能忽视的是,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标。因此,特别是在这种情况下,请求提供信息成为确保豁免正常运作的有用且必要工具,这也有助于加强有关国家之间的合作并创造相互信任的条件。有鉴于此,第13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哪些信息。<sup>1095</sup>

(7) 第3款提到可以请求提供信息的途径。本款沿用第10、11和12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适用于本款。

<sup>1095</sup> 例如,见《欧洲刑事事项互助公约》,第3条;《美洲刑事事项互助公约》,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》,第1条第1和2款;《刑事事项互助示范条约》,第1条第2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 13 条草案中列入与第 11 条和第 12 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有权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 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。<sup>1096</sup> 委员会认为，较可取的做法是在第 13 条草案中列入较简单的一款，仅说明索取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)善意地考虑的原则。为此，多个原因已予考虑。第一，最初的提案列出允许拒绝的理由，但可以相反地解释为承认提供所索取的信息的义务。但国际法中不存在这种义务，国际合作和司法协助协定或其他条约可能规定的具体义务除外。第二，最初的提案可能与合作和司法协助协定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，第 13 条草案追求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地考虑向其提出的任何请求的措辞。“被请求国”一词与各国熟悉的合作和司法协助协定中常用的术语是一致的。

(11) 第 4 款中“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 13 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、有理有据的决定。“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，例如主权、公共秩序、安全、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 13 条草案中明确提及这些要素。

(13) 另一方面，应该指出，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

<sup>1096</sup> 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)，附件二。

立条件，作为“善意地考虑”任何关于提供信息的请求的过程的一部分，在这样做便利或有利于提供所请求的信息的情况下特别如此。

#### 第 14 条 豁免的确定

1. 国家官员的外国刑事管辖豁免由法院地国主管当局根据该国法律和程序并按照适用的国际法规则确定。
2. 在确定豁免时，此类主管当局应特别考虑：
  - (a) 法院地国是否已发出第 10 条草案规定的通知；
  - (b) 官员所属国是否已援引或放弃豁免；
  - (c) 官员所属国当局提供的任何其他相关信息；
  - (d) 法院地国其他当局提供的任何其他相关信息；以及
  - (e) 来自其他来源的任何其他相关信息。
3. 在法院地国为确定豁免而考虑适用第 7 条草案时：
  - (a) 确定豁免的当局应具有适当高的级别；
  - (b) 除第 2 款的规定外，主管当局应：
    - (一) 确信有充分理由认为该官员实施了第 7 条草案所列的任何国际法罪行；
    - (二) 对另一当局、法院或法庭关于对该官员行使或打算行使刑事管辖权的任何请求或通知予以考虑。
4. 法院地国主管当局确定豁免，应总是：
  - (a) 在启动刑事诉讼之前进行；
  - (b) 在采取可能影响该官员的强制措施、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之前进行。本项不妨碍采取或继续采取相关措施，以免以后无法对该官员提起刑事诉讼。
5. 任何关于另一国官员不享有豁免的决定均可通过司法程序提出质疑。本规定不妨碍根据法院地国的适用法律对任何豁免确定提出的其他质疑。

#### 评注

- (1) 第 14 条草案涉及豁免的确定。“确定”是指关于豁免是否适用于特定案件的决定，因此是本条款草案第四部分中具有中心地位的一项规定。第 14 条草案构成该部分所载的最基本程序保障之一。
- (2) “确定”是一个过程的最后阶段，在这个过程中，法院地国主管当局对特定案件中涉及的不同要素和情况进行评估，“确定”也不同于第 9 条草案所述的对豁免问题的“审查”，后者只涉及开始审查此问题的开始阶段。无论如何，由于确定是这一进程的最后阶段，第 14 条草案应与条款草案第四部分其他规定一并阅读，特别是第 8 至 13 条草案，这些条款草案提及与豁免的确定有关的做法。在这方面，应注意第 8 条草案的特殊相关性，该条草案界定了第四部分的适用范

围及其与条款草案其他部分的关系。根据该条草案，如果法院地国行使刑事管辖权，包括在可能适用第 7 条草案的案件中这样做，就必然需要确定豁免问题。

(3) 第 14 条草案分为五款，分别说明由谁根据哪些法律标准确定豁免问题(第 1 款)；在确定豁免时，法院地国应考虑哪些一般标准(第 2 款)；在与第 7 条草案有关的情况下，法院地国在确定豁免时应考虑哪些特殊标准(第 3 款)；何时必须确定豁免(第 4 款)；通过司法程序对豁免的确定提出质疑(第 5 款)。

#### 第 1 款

(4) 第 1 款末尾使用了“确定”一词。西班牙语定冠词“la”的使用意在表明确定总是在特定案件中进行的，其要素和情况可能不同于任何其他案件。每个语言版本为了表达这一点都使用了各自最合适的词语。

(5) 豁免的确定应由“法院地国主管当局”作出。提及“法院地国主管当局”就引入了一种灵活性，得以将两项因素考虑在内：首先，豁免的确定可以在不同的时间进行，而不局限于严格意义上的司法程序；其次，根据适用的国家规则，可以确定豁免的当局可能因国而异。有权确定豁免的当局可包括行政和执行机构、检察机关、司法机构或法院地国法律赋予这种权限的其他机构。此外，还必须考虑到，如果豁免可以或必须在不同阶段予以确定，法院地国有若干机关可能依次被视为主管当局，在法院地国行使刑事管辖权需要司法机构参与的情况下特别如此。在这种情况下，确定豁免的每个主管当局应适用第 14 条草案第 2、3 和 4 款规定的标准。

(6) 豁免的确定应根据法院地国的国家法律进行。在第 1 款中，“根据该国法律和程序”一语用于表明主管当局应考虑到适用于案件的实质性规则和程序性规则。但是，虽然法院地国的国家法律将成为确定豁免的主要依据，还明确提到按照“适用的国际法规则”确定，这是考虑到豁免是国际法的一部分，国家还受到可能对豁免及其确定豁免产生影响的习惯规则和公约规则的约束。因此，这两类规则(国内法和国际法)应共同适用。

#### 第 2 款

(7) 第 2 款述及法院地国主管当局在特定案件中确定豁免时应考虑的标准。在确定豁免的任何案件中，包括可能考虑适用第 7 条草案的情况下，都应考虑本款所载标准。无论如何，应该强调的是，本款所载标准是法院地国主管当局在确定豁免时必须始终考虑的基本标准，但不是仅有的标准。因此，在该款起首部分使用了“特别”一词。

(8) 在法院地国主管当局应考虑的标准清单中列入了一些基本要素，从审查豁免开始到豁免确定过程结束，这些要素构成程序性路径的一部分，具体而言，这些要素包括第 10 条草案规定的通知(如(a)项所述)、官员所属国援引或放弃豁免(b)项)以及法院地国可获得的信息((c)、(d)和(e)项)。

(9) 这些标准与第 10、11、12 和 13 条草案中提到的程序保障直接相关。然而，虽然第 14 条草案第 2 款所载的所有标准都与前面提及的其他条款草案有关，但委员会认为没有必要在所有情况下都交叉提及这些标准。明确提及的只有第 10 条草案，这是考虑到只有该条草案对法院地国规定了义务，其余条款草案提及官

员所属国的权利(援引和放弃)或法院地国和官员所属国可用的手段(请求提供信息)。

(10) 必须铭记的是,第2款所列标准不构成确定豁免的先决条件,而是供主管当局在确定豁免时应考虑的指导要素。这与援引豁免特别相关,委员会并未将之视为适用豁免(无论是属人豁免还是属事豁免)的一个先决条件。因此,法院地国主管当局在任何案件中都必须确定豁免,而无论豁免是否被援引。而且这一点与援引或不援引豁免可能因具体案件的情况而有不同的分量无关。

(11) 关于法院地国主管当局可获得的信息,委员会认为有必要分别提及信息的不同来源。官员所属国提供的信息((c)项)与第13条草案所述的请求提供信息的做法直接相关,但没有什么可以阻止在此途径之外自行获取此类信息。之所以提及“法院地国其他当局提供的”信息((d)项),是考虑到有权确定豁免的当局可能会收到且在许多情况下确实收到本国其他当局提供的对确定豁免可能有用或必要的信息,其他当局包括警察部门、外交部、司法部或其他机构。最后,委员会还考虑到,法院地国主管当局会经常收到或获得其他来源的信息,包括第三国、国际组织(包括国际刑事警察组织(国际刑警组织))、国际调查机制、法院、国际红十字委员会和非政府组织。委员会认为这些信息可能有助于在特定案件中确定豁免问题,因此将其列入(e)项。但是,委员会认为不宜明确列出上述各种来源,倾向于使用“其他来源”一词,从而泛指信息可能有助于在特定案件中确定豁免问题的任何来源。

(12) 最后,应该指出的是,委员会决定不在第2款对现有信息来源进行排名。因此,(c)、(d)和(e)项最后均提及“任何其他相关信息”。无论如何,应注意的一点是,在确定豁免时应考虑的信息始终必须是“相关信息”,相关性由法院地国主管当局评估。

### 第3款

(13) 第3款仅适用于豁免的确定与第7条草案有关的情况,即法院地国认为另一国官员可能犯下该条草案所列国际法范畴内的罪行之一的情况,这可能导致法院地国确定有关官员即使以官方身份行事也不享有属事豁免。在这种情况下,委员会认为,对于此类案件,有必要制定确定豁免的特殊标准,以确保在法院地国的利益与官员所属国的利益之间取得适当平衡。这些特殊标准有两个互补的目标:首先,减少政治化风险和滥用第7条草案的风险;其次,确保第7条草案可以发挥效力,使之有可能得到善意地利用。

(14) 第3款所列的特殊标准是对第2款所列标准的补充,第2款所列标准也适用于确定可能与第7条草案有关的豁免。第3款的特殊标准涉及两个不同的问题:一是在这种情况下应由哪些当局确定豁免((a)项),二是主管当局为确定豁免应评估哪些其他要素((b)项)。

(15) (a)项规定,法院地国确定豁免的当局“应具有适当高的级别”。委员会提出这一标准,首先考虑到官员据称犯下的罪行的严重性,由于其特点和特殊性,需要具有特殊资格、特定级别的国家机构来评估。此外,委员会还考虑到,就这类罪行而言,对外国官员行使刑事管辖权可能对法院地国与官员所属国之间的关系产生重大影响,这也证明确定豁免的当局需要具有足够高级别的决策权。

(16) 委员会的理解是，“适当高的级别”是为这种确定豁免的目的界定“主管当局”概念的必要标准，因此，(a)项仅使用“当局”一词，而不是(b)项里所用的“主管当局”。在所有情况下，应该记得，如上所述，“当局”一词用于泛指国家机关，包括行政和执行机关、检察官办公室和司法机构。另应考虑到，“具有适当高的级别”的当局的确定将依据每个国家法律的规定。因此，不能将“适当高的级别”与“级别更高”两者等同起来，因为每一类机构是否存在等级关系或从属关系取决于法院地国内部制度。

(17) 第3款(b)项提出两项标准，作为确定可能在第7条草案范围内的豁免情形时需要评估的补充要素。每项标准具有不同的性质，因此对主管当局施加的义务在每种情况下采用不同的表述：第一个标准里用“确信”，而第二个标准里用“予以考虑”。

(18) 根据(b)项(一)目所述的第一个标准，“[应]确信有充分理由认为该官员实施了第7条草案所列的任何国际法罪行”，即灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、种族隔离罪、酷刑罪或强迫失踪罪。“[应]确信”一语是指主管当局有义务在这方面作出有理由的判断，但不应与排除所有合理怀疑的确证相混淆，即不应将此解释为法院认定有关官员对上述类罪行之一的实施负有刑事责任。这种区别非常重要，特别是因为，如下所述，豁免的确定可在不同时间进行，不一定通过司法途径来作出。

(19) 为了避免政治化风险和滥用豁免的例外情况的风险，(b)项(一)目所载的标准旨在防止仅根据新闻报道、投诉或其他未经核实的信息来确定豁免。因此，重要的是，应确定适用于主管当局可获得的信息的证据标准，作为其判断的基础。委员会在评估了各种可能性之后，<sup>1097</sup> 决定采用国际上已确立的证据标准。委员会认为《国际刑事法院罗马规约》中规定的标准是一种有用的模式，特别是考虑到这些标准是在参与国家很多的国际会议上审查商定的。

(20) 根据这一标准，委员会评估了《罗马规约》中作为确定行使管辖权的充分依据的各种表述：(a)“是否提供了合理根据，可据以认为有人已经实施或正在实施本法院管辖权内的犯罪”，作为检察官决定启动调查的充分证据标准，<sup>1098</sup> 同时从消极意义上说，“有合理理由相信[……]实施了本法院管辖权内的犯罪”；<sup>1099</sup> (b)“有合理理由相信[某人]实施了……犯罪”；<sup>1100</sup> (c)作为预审分庭签发逮捕令的适用标准，同时“确定是否有充足证据，证明有实质理由相信该人实施了各项被指控的犯罪”，以便预审分庭确认指控。<sup>1101</sup>

(21) 委员会在分析了证据标准的每一种表述之后，决定采用“确信有充分理由”一语，认为这一表述足以实现该标准所追求的目标。该表述取自英文本《罗马规约》第六十一条第七款，该款的阿拉伯文、中文、法文和俄文文本措辞相同。虽然该表述在西班牙文本中有所不同(“*motivos fundados para creer*”), 但委

<sup>1097</sup> 委员会审议了以下表述：“初步证据”、“明确令人信服的证据”、“法院地国内法律制度中起诉犯罪所需的最高证据标准”等等。

<sup>1098</sup> 《罗马规约》，第五十三条第(一)款第1项。

<sup>1099</sup> 同上，第五十三条第(一)款第3项。

<sup>1100</sup> 同上，第五十八条第(一)款第1项。

<sup>1101</sup> 同上，第六十一条第(七)款。

员会选择不在每种正式语文中使用含义不同的措辞，以避免误导性解释，因为适用属事豁免例外所需的证据标准这个问题极其重要。但是，委员会决定不保留第六十一条第七款的其余部分措辞(“是否有充足证据”)，以避免产生误解，即以有权确定豁免的当局应以与国际刑事法院预审分庭相同的高标准，通过承认被告或其律师参与权的司法程序，审查证据。

(22) 关于上诉考量，应注意在本条草案中使用“确信有充分理由认为”一语不应与英文本《罗马规约》第五十三条第(一)款第 3 项中使用同一措辞<sup>1102</sup> 相混淆，后者是作为一种依据，供法院检察官据以作出下列决定：尽管有足够的信息表明有人已实施法院管辖范围内的罪行，但仍没有必要进行调查，因为这“无助于实现公正”。委员会虽然审议了这个问题，但决定不提及实现公正作为该标准的一部分内容，因为这可能会导致豁免的确定政治化。

(23) 刚才讨论的证据标准涉及另一国官员的行为，使用“实施了第 7 条草案所列的任何国际法罪行”这一短语。动词“实施了”的使用仿效《罗马规约》上述条款的措辞，应在确定豁免的过程中加以理解，如上所述，这不能与确定官员可能承担的刑事责任相混淆。因此，“实施了”一词的使用并不影响对相关官员适用的无罪推定原则，第 16 条草案(其标题是“公平对待国家官员”)承认应尊重该原则。

(24) 根据本条草案第 3 款(b)项(二)目规定的标准，“对另一当局、法院或法庭关于对该官员行使或打算行使刑事管辖权的任何请求或通知”，主管当局应“予以考虑”。对主管当局施加的义务要求低于(b)项(一)目所述的义务，仅限于“考虑”此类请求或通知。

(25) 在列入这一标准时，委员会考虑到对第 7 条草案所列国际法罪行的起诉可由国家和国际层面多个司法机构进行。这些罪行可交由官员所属国本国刑事法院处理、由第三国刑事法院依据其法律制度或适用的条约所规定的管辖权处理或由主管国际法庭或混合法庭处理。刑事管辖权可以同时或先后由上述若干司法机构行使，以及由法院地国的司法机构行使。

(26) 为此，委员会决定在第 7 条草案中列入确定豁免的这一特殊标准，这样做是考虑到这可使适用的合作和司法协助制度得以运作，并通过这种方式，确立法院地国、官员所属国、第三国或国际法性法院行使管辖权的条件。委员会还考虑到，官员的刑事管辖豁免在上述每个司法机构面临不同的情形，在官员所属国司法机构和国际刑事法庭不起作用。因此，评估管辖权是否由法院地国以外的司法当局行使或打算行使，可以成为一种有用的方式，帮助避免尊重豁免权与对实施国际法范畴内的罪行追究刑事责任之间的矛盾。这为本条款草案第四部分的目的构成强化的程序保障。

(27) 在第 3 款(b)项(二)目中使用可替代表述“请求或通知”、“法院或法庭”和“行使或打算行使”，这是为了有足够灵活性，便于涵盖实际可能发生的各种情况。

(28) 这一标准显然与第 15 条草案所述的转移刑事诉讼有关。但范围更广，因此委员会倾向于不在第 14 条草案这一款中明确提及该条草案。

<sup>1102</sup> 中文和西班牙文文本采用了相同的措辞。阿拉伯文、法文和俄文版本的措辞不同。

#### 第 4 款

(29) 第 4 款涉及确定豁免的时间，适用于根据第 14 条草案进行的任何确定事宜。

(30) 第 4 款最初未被列入第 14 条草案的原始提案中。委员会一名委员提议，如果所涉官员不在法院地国境内，则不得对外国官员行使刑事管辖权。委员会就此提案举行辩论后决定把第 4 款列入第 14 条草案。委员会没有在草案里保留该提案的内容，认为这是对国家管辖权的过度限制，不符合国际惯例，因为一些国家的法律制度允许缺席审判。此外，一般而言，即使有关的人不在法院地国境内，也没有什么可以阻止某些被称为行使管辖权的行为的实施，特别是调查行动的实施。

(31) 该提案的内容虽然没有被保留，但委员会认为，这说明有必要在关于确定豁免的条款草案中列入一项规定，在豁免的确定工作切实进行之前，为国家官员提供保护。结果才产生了第 14 条草案第 4 款，要求确定豁免的工作必须在采取必然影响官员的措施之前进行，从而为官员所属国和官员本人提供保障。

(32) 与审查豁免问题一样，确定的工作应尽快进行，以避免豁免确定工作的延误妨碍其充分产生效果。<sup>1103</sup> 但是，委员会认为没有必要一般性地说明何时应该进行确定工作，这将取决于不同的情况，这些情况无法详尽列出。相反，本条草案第 4 款指出，如果以前尚未确定豁免，则必须予以确定。这反映在“总是”一词里，以此提及对法院地国主管当局施加的确定豁免的义务。

(33) 为了指出应在何时确定豁免，第 14 条草案第 4 款基本上沿用第 9 条草案第 2 款的措辞。确定豁免必须“在启动刑事诉讼之前进行”、“在采取可能影响该官员的强制措施、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之前进行”。这些措辞的含义和范围先前已在第 9 条第 2 款草案的评注中讨论过，在此提及这一点。<sup>1104</sup>

(34) 但是，第 14 条草案第 4 款(b)项新增了一句话，指出虽然在对外国官员采取强制措施之前必须先确定豁免，但这一点“不妨碍采取或继续采取相关措施，以免以后无法对该官员提起刑事诉讼”。这一规定力求平衡官员所属国的利益与法院地国的利益。对官员所属国有利的是，要求在程序上适当的时候确定豁免。对法院地国有利的是，保留采取强制措施的权力，这些措施是必要的，以确保法院地国随后能够对外国官员行使刑事管辖权，而且在实践中也不是不可能的。因此，可以采取或继续采取的强制措施具有预防性质，例如旨在防止官员离开法院地国的各种行政措施，包括扣留护照或签发禁止离境的命令，以及要求定期向法院地国当局报到。即使在确定豁免之后，也需要保留采取和继续采取这些强制措施的权力，这是合理的，尤其考虑到豁免的确定可以在行使管辖权的早期阶段进行，并且可能在以后特别是在司法阶段改变决定。

<sup>1103</sup> 尤其见上文第9条草案评注第(7)段。

<sup>1104</sup> 尤其见上文第9条草案评注第(8)-(14)段。

## 第 5 款

(35) 如前所述，豁免的确定可以在不同时间进行，可以由行政当局、执行当局、检察官办公室或司法机构进行。因此，豁免的确定不一定是司法决定。

(36) 尽管如此，豁免的确定是为了使法院地国得以行使刑事管辖权，实际上，豁免的确定极有可能在司法阶段才结束，这时得决定对外国官员提起刑事诉讼或采取某些强制措施，而这些措施需要得到法院同意或可能受到质疑。最后，必须补充一点，在许多情况下，行政当局、执行当局或检察机关为确定豁免而采取的行动可能会受到司法审查。考虑到这一点，委员会在第 14 条草案中列入了第 5 款，专门说明通过司法程序对豁免的确定提出质疑一事。

(37) 虽然特别报告员的初步建议范围更广，但委员会决定从向官员所属国和官员本人提供的保障的角度处理对豁免确定的质疑问题。因此，优先考虑对“任何关于另一国官员不享有豁免的决定”提出质疑的问题，对这类决定“均可通过司法程序提出质疑”。这对法院地国施加了一项义务，确保提出质疑是可能的。委员会使用了“通过司法程序提出质疑”一语，对此曾经过广泛辩论，最后据认为这一表述是最合适的，因为这一表述具有笼统性，涵盖每个国家法律制度为此目的确立的各种措施和补救途径。第 5 款也不提对决定提出质疑的合法理由或其他程序性问题，这些问题将取决于每个国家的法律。

(38) 重点处理确定豁免不适用的情况，也是出于其他考虑因素，例如，有人称，在某些法律制度中，对于检察官不行使管辖权的决定，包括因认定豁免适用而作出的决定，不得提出质疑。但是，在任何情况下，优先重视对不予豁免的决定提出质疑，不能被解释为委员会希望在确定豁免适用的情况下排除提出质疑可能性。相反，第 5 款载有一项“不妨碍”条款，即“不妨碍根据法院地国的适用法律对任何豁免确定提出的其他质疑”。

(39) 通过这一“不妨碍”条款，委员会承认，在司法程序中也可以对确定豁免适用的决定提出质疑，从而反映了许多国家的现行做法，此外，有必要在外国官员的利益与据称所犯罪行的受害者的利益之间取得平衡。在这方面，委员会特别考虑到诉诸司法的权利，这是有效司法保护权的基本内容的一部分，各国际人权文书中都承认这项权利，<sup>1105</sup> 在欧洲人权法院<sup>1106</sup> 和美洲人权法院<sup>1107</sup> 等区域法

<sup>1105</sup> 在这方面，见以下文书：《公民及和政治权利国际公约》(1966年12月16日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第999卷，第14668号，第171页，以及第1057卷，第407页，第十四条；《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)(1950年11月4日，罗马)，同上，第213卷，第2889号，第221页，第6和13条；《欧洲联盟基本权利宪章》(2000年12月7日，尼斯)，《欧洲共同体官方公报》，C364, 2000年12月18日，第1页，第47条；《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)(1969年11月22日，圣约塞)，联合国，《条约汇编》，第1144卷，第17955号，第123页，第8条；《非洲人权和民族权宪章》(1981年6月27日，内罗毕)，同上，第1520卷，第26363号，第217页，第7条；《阿拉伯人权宪章》(2004年5月在突尼斯举行的阿拉伯国家联盟首脑会议第十六届常会通过，CHR/NONE/2004/40/Rev.1, 或波士顿大学国际法杂志，第24卷，第2号(2006年)，第147页，第12条。

<sup>1106</sup> 例如，见Airey诉爱尔兰，1979年10月9日，欧洲人权法院，A系列，第32号；Stanev诉保加利亚[GJ]，第36760/06号，欧洲人权法院，ECHR 2012。

<sup>1107</sup> 尤其见紧急状态下的司法保障(《美洲人权公约》第27.2、25和8条)，1987年10月6日OC-9/87号咨询意见，美洲人权法院，A系列，第9号。

院的判例中以及在人权事务委员会的意见<sup>1108</sup>中都系统地提及这项权利。要确定“根据法院地国的适用法律”是否可提出质疑，上述因素均应予以考虑，委员会的理解是，“适用法律”既指国家法律，也指适用于相关国家的国际法规则。

### 第 15 条 转移刑事诉讼

1. 法院地国主管当局可自行或应官员所属国请求，提出将刑事诉讼转移至官员所属国。
2. 法院地国应善意地考虑转移刑事诉讼的请求。只有在官员所属国同意将案件提交其主管当局进行起诉的情况下，才能进行这种转移。
3. 一旦同意转移，法院地国应暂停其刑事诉讼，但不妨碍采取或继续采取相关措施，以免以后无法对该官员提起刑事诉讼。
4. 如果在转移后，官员所属国没有善意地迅速将案件提交其主管当局进行起诉，法院地国可恢复其刑事诉讼。
5. 本条草案不妨碍法院地国或官员所属国根据国际法承担的任何其他义务。

### 评注

(1) 第 15 条草案规定了把刑事诉讼移交给官员所属国的可能性，并说明了可能出现这种情况的条件及其影响。

(2) 刑事诉讼程序的移交是刑事事项法律互助与合作的一种安排，虽然使用不是很普遍，但一些多边国际文书中已对此作出规定。<sup>1109</sup> 联大通过了《刑事事项诉讼转移示范条约》，这证明了这一安排的重要性。该机制允许对某人行使管辖权的国家将刑事诉讼程序转交给同样具有管辖权、且由于各种原因将能更好行使管辖权的另一个国家。移交诉讼程序的目的是确保有效行使管辖权，并在适当情况下确定相关个人的刑事责任。<sup>1110</sup>

(3) 虽然关于诉讼程序移交的国际文书没有提到国家官员的外国刑事管辖问题，但在出现豁免问题的情况下，没有什么可以阻止这一安排的使用。第 15 条草案就是为此目的服务的，允许把在法院地国启动的针对某官员的诉讼程序转交给官员所属国。采用这种合作方式能确保官员所属国和法院地国在各自权利和利益上取得平衡，有助于维护豁免权，同时确保豁免权不会妨碍有效行使对官员的刑事管辖权。这种方式与国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕证案中所持的立场完全一

<sup>1108</sup> 尤其见人权事务委员会关于在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利的第 32 号一般性意见(2007 年)。

<sup>1109</sup> 1972 年《刑事事项诉讼转移欧洲公约》已在欧洲委员会内通过。《欧洲刑事事项互助公约》第 21 条提到诉讼程序的移交。特别重要的是《联合国打击跨国有组织犯罪公约》(2000 年 11 月 15 日，纽约)第 21 条中处理移交刑事诉讼的问题的方式，联合国，《条约汇编》，第 2225 卷，第 39574 号，第 209 页)，此事也得到公约缔约方大会的不断审查。在这方面，见公约缔约方大会国际合作工作组，作为刑事事项国际合作的一种独特形式，刑事诉讼移交方面的实际考虑因素、良好做法及遇到的困难(CTOC/COP/WG.3/2017/2)。

<sup>1110</sup> 见欧洲委员会，向《刑事事项诉讼转移欧洲公约》机构提交的解释性报告，《欧洲条约汇编》，第 73 号。

致，即豁免不影响国家官员的国际刑事责任，管辖权可由官员所属国法院、其他法院或国际刑事法庭行使，以此确定官员的国际刑事责任。<sup>1111</sup>

(4) 第 15 条草案仅涉及将刑事诉讼程序由法院地国移交给官员所属国，这被视为在本条款草案直接涉及的国家之间运作的程序保障。这并不妨碍根据适用的刑事事项合作和司法互助规则将诉讼程序移交给第三国，也不妨碍将诉讼程序提交主管国际刑事法庭。但是，将刑事诉讼移交给第三国或某一国际刑事法庭应按照适用于每种情况的国际标准进行，而不是按照第 15 条草案的规定进行，本条款草案仅为法院地国和官员所属国之间的刑事诉讼程序移交确立特别规则。

(5) 第 15 条草案分五款，其中说明刑事诉讼移交应遵循的程序及其效果(第 1-3 款)，并确立了涉及法院地国行使管辖权的两项保障措施(第 4 和 5 款)。

#### 第 1 款

(6) 第 1 款界定了移交过程的第一阶段，指出“法院地国主管当局可……提出将刑事诉讼转移至官员所属国”。因此，移交被理解为法院地国的权力，而不是义务。此外，赋予法院地国的权力体现在移交事宜的提出而非移交本身，只有在满足条款草案第 2 款第二句所述要求的情况下才能进行。虽然委员会一些委员认为使用动词“提出”是不必要的，而且删除该词不会改变该款的含义，但委员会决定保留该词，以加强第 1 款与第 2 款为确保移交有效而规定的条件之间的联系，从而明确整个移交程序的协商同意的性质。

(7) 根据第 1 款，移交建议“可自行或应官员所属国请求”提出。虽然移交程序有可能应官员所属国的请求启动，但委员会不希望排除应法院地国行使权力的当局的请求启动移交程序的可能性。无论如何，最终决定“提出[……]”是法院地国当局的单方面权限，但须遵守第 2 款第一句所载的规定。与其他条款草案一样，“主管当局”涵盖法院地国的任何当局，无论是行政当局、执行当局、检察机关还是司法机构。

(8) 第 1 款没有提及关于提出移交诉讼程序的决定的规则，这不能被解释为该决定在绝对意义上是自由裁量性质的。相反，与任何国家权力机构一样，本款所述的主管当局受国家适用法律的约束，既包括本国法律规则，也包括对法院地国适用的国际法规则。如果移交的诉讼程序事关国际法范畴内的罪行，因而相关国家有义务根据国际法规则行使管辖权，在这种情况下，上述要点尤其重要。委员会特别考虑到了这一情形，才列入第 5 款，以应对这一具体问题。

(9) 最后，应该强调的是，提出移交刑事诉讼，是单独的一类情况，不要求法院地国当局事先不行使其管辖权。委员会考虑到，在最近为起草本条草案审议的案件中，法院地国主管当局认为自己没有放弃管辖权，而是正在授权他人行使自己的管辖权。<sup>1112</sup> 因此，委员会决定仅保留关于提出移交的表述，有一项谅解是，这意味着法院地国主管当局没有义务事先就行使其管辖权作出决定。这是考虑到

<sup>1111</sup> 2000年4月11日逮捕证(见上文脚注899)，第25和26页，第61段。

<sup>1112</sup> 这是里斯本上诉法院在安哥拉前副总统统腐败案的刑事诉讼中于2018年5月10日作出的判决。见第333/14.9TELSB-U.L1-9号案件，可查阅 <http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497eec/88e2a666e33779ce802582b8003567f3?OpenDocument>。法院的解释可能是基于这样一个事实：把刑事诉讼移交给安哥拉法院完全是根据葡萄牙法律(刑事诉讼法)进行的。

各国法律制度中现有模式的多样性，与第 4 款所载的关于法院地国可重新启动刑事诉讼的保障条款是一致的。

## 第 2 款

(10) 虽然法院地国没有义务提出移交诉讼程序，但第 2 款规定法院地国有义务善意地考虑任何移交请求。考虑到上文提到的第 1 款和第 2 款之间的关系，这种移交请求应被理解为须由官员所属国提出。这项义务使善意原则成为调节官员所属国与法院地国之间在移交刑事诉讼问题上的关系的基本原则，适用于这两个国家。

(11) 第 2 款第一句中提到的善意在与第 2 款第二句有关时特别重要，根据第二句的规定，“只有在官员所属国同意将案件提交其主管当局进行起诉的情况下”，才能进行这种转移。该措辞沿用了 1970 年《关于制止非法劫持航空器的公约》<sup>1113</sup> 第 7 条首次列入的所谓“海牙模式”，随后用在许多公约中。委员会在其关于引渡或起诉义务(*aut dedere aut iudicare*)<sup>1114</sup> 以及关于预防和惩治危害人类罪的工作<sup>1115</sup> 中审议了这一模式。现在列入第 15 条草案的案文与防止及惩治危害人类罪条款草案第 10 条案文相同，虽然该条草案是在引渡或起诉义务的框架内通过的。

(12) 委员会在上述两个专题下开展工作时已表示，将案件提交主管当局应被视为实质性的，而不仅仅是形式上提交。这种提交意味着，官员所属国有义务将所有可用证据和其他信息转递给其主管当局，使其能够评估证据并进行调查，从而能够就对官员提起诉讼一事作出判断。但是，将案件提交起诉，并不构成启动此类程序的义务，因为这将取决于对提交的证据和其他可用信息以及主管当局必须进行的调查中所获得的证据进行评估的结果。无论如何，应该记得，将案件提交主管当局至少应本着善意进行，而不是为了阻止起诉或让官员逃避责任。国际法院在关于起诉或引渡义务问题的案件(比利时诉塞内加尔)中确认，有关国家(在此案中是官员所属国)行使管辖权时必须确保相关个人(在此案中是所涉官员)将受到惩罚。<sup>1116</sup> 在这方面，应该记得，防止及惩治危害人类罪条款草案第 10 条草案明确规定，接到案件的主管当局“应以处理该国法律定为性质严重的任何其他罪行的相同方式作出[是否启动刑事诉讼的]决定。”<sup>1117</sup> 对于“将案件提交起诉”这一短语，须同样地作出实质性解释，同时不忘最终目的。

(13) 对官员所属国善意地将案件提交其国家主管当局的义务的解释对第 15 条草案第 4 款而言特别重要，上述评论适用于第 15 条草案第 4 款。

<sup>1113</sup> 《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970年12月16日，海牙)，联合国，《条约汇编》，第 860 卷，第 12325 号，第 105 页。

<sup>1114</sup> 见《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第四章，特别是关于该专题的最后报告第(10)至(21)段，转载于委员会报告第 65 段。

<sup>1115</sup> 同上，《第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 44-45 段，防止及惩治危害人类罪条款草案，第 10 条(*aut dedere aut iudicare*)及其评注。

<sup>1116</sup> 关于起诉或引渡义务的问题(比利时诉塞内加尔)(见上文脚注 902)，见第 460-461 页，第 115 和 120 段。

<sup>1117</sup> 这一表述也出现在国际法院在关于起诉或引渡义务的问题一案的判决中(见上文脚注 902)，第 454 和 455 页，第 90 段。

### 第 3 款

(14) 第 3 款规定，一旦同意转移，法院地国应暂停其刑事诉讼。刑事诉讼只有在商定移交事宜后才暂停，并且在任何情况下，暂停的范围均受本款末尾的“不妨碍”条款的限制。“不妨碍”条款的措词与第 14 条草案第 4 款(b)项中的措词相同，目的也相同。因此，关于该规定的含义和范围，拟参考该规定的评注。<sup>1118</sup>

### 第 4 款

(15) 第 4 款被理解为是顾及法院地国利益的保障条款，尽管法院地国已将刑事诉讼程序移交给官员所属国并已暂停其自己的刑事诉讼程序，但如果官员所属国没有充分履行将案件提交其主管当局起诉的义务，则法院地国可以恢复诉讼程序。

(16) 委员会虽然审议了主要受《国际刑事法院罗马规约》第十七条第一和第二款启发的各种表述，<sup>1119</sup> 但最后决定以简单的方式提出保障条款，以避免主观成分，并与本条草案第 2 款建立直接联系。这确保以下一点：如果官员所属国未能履行其接受的将案件提交其主管当局起诉的义务，那么法院地国就可恢复其刑事诉讼。使用“可恢复”一词强调承认法院地国的权力的任择性质。这是为了反映法院地国可能所处的不同状况，因为这要取决于官员所犯罪行的性质以及犯罪的情形，如罪行的严重性，特别是所涉罪行是否可能被定性为国际法范畴内的罪行，如果是，则必须确保实施者不得有罪不罚。

(17) 第 4 款明确提到表示违反义务的一个因素是“没有善意地迅速”将案件提交官员所属国主管当局进行起诉。这是为了提请注意避免拖延做法或仅仅流于形式，而这样做将有悖于移交程序的目的。

### 第 5 款

(18) 第 5 款载有“不妨碍”条款，其中规定，第 15 条草案“不妨碍法院地国或官员所属国根据国际法承担的任何其他义务”。

(19) 该款对关于第 15 条草案的讨论中表达的关切作出回应，曾表示的关切是，刑事诉讼移交机制可能与国际法各项规则不完全兼容，甚至有矛盾，这些规则规定各国负有主要义务，必须对犯有国际法范畴内的某些罪行的人行使管辖权。讨论特别侧重于《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 7 条规定的引渡或起诉义务，以及国际刑事法院在与起诉或引渡义务问题有关的案件中对这一义务的解释。由于法院已将审判义务界定为条约义务，并将引渡视

<sup>1118</sup> 尤其见上文第 14 条草案评注第(32)-(34)段。

<sup>1119</sup> 根据《罗马规约》第十七条第(一)款第 1 项，除非法院认定“对案件具有管辖权的国家[……]不愿意或不能够切实进行调查或起诉”，否则法院不受理案件。第(二)款述及在确定“是否不愿意”时应考虑的情况，即：“1. 已经或正在进行的诉讼程序，或一国所作出的决定，是为了包庇有关的人，使其免负第五条所述的本法院管辖权内的犯罪的刑事责任；2. 诉讼程序发生不当延误，而根据实际情况，这种延误不符合将有关的人绳之以法的目的；3. 已经或正在进行的诉讼程序，没有以独立或公正的方式进行，而根据实际情况，采用的方式不符合将有关的人绳之以法的目的。”委员会审议的最终提案内容如下：“4. 法院地国主管当局在下列情况下可恢复行使管辖权：官员所属国主管当局在接受移交的诉讼程序后，其行为表明：(a) 无意将所涉官员绳之以法；(b) 旨在免除该官员的刑事责任。”

为一种替代办法，<sup>1120</sup> 由此产生的一个问题是，第 15 条草案规定的刑事诉讼移交机制不以法院地国无法行使管辖权为条件，这样是否符合《禁止酷刑公约》缔约国自愿接受的义务。

(20) 考虑到这一特殊问题，委员会列入了“不妨碍”条款，该条款将适用于刑事诉讼的移交。该条款既适用于法院地国应承担的义务，也适用于官员所属国应承担的义务，不受任何限制，适用于根据国际法产生的任何义务，无论来源或主题为何。

## 第 16 条 公平对待国家官员

1. 应保障法院地国对之行使或可能行使刑事管辖权的另一国官员受到公平对待，包括公平审判、对其权利的充分保护以及适用的国内法和国际法、包括人权法和国际人道法所规定的程序保障。
2. 在法院地国被监禁、羁押或拘留的任何此类官员应有权：
  - (a) 立即联络该官员所属国最近的适当代表；
  - (b) 受到该国代表的探视；以及
  - (c) 立即被告知其根据本款所享有的权利。
3. 第 2 款所述各项权利的行使应符合法院地国的法律和规章，但这些法律和规章必须能使第 2 款所述权利的预期目的得到充分实现。

### 评注

(1) 第 16 条草案承认另一国官员有权得到对其行使或可能行使管辖权的法院地国当局的公平对待。委员会选择从承认官员的权利着手，而不仅仅是列出要求法院地国承担的义务。通过这种方式，本条草案中所列权利和保障的显著个人性质得到了更充分的反映。这一点反映在条款草案的标题(公平对待国家官员)及其第 1 和第 2 款中，措辞分别为“应保障……官员”和“任何此类官员应有权”。承认国家官员享有的所有权利都包含在“公平对待”的范畴之内，有一项谅解是，这一表述必然涵盖公正性和独立性的要求。

(2) 承认官员享有公平待遇的权利，是对第 9 至 15 条草案所列保障的补充。鉴于第 16 条草案所载的权利具有个人性质，这一保障是对官员而言的。但是，应该记得，这些保障适用于担任国家职务的官员，从而也构成为官员所属国提供的保障。因此，本条草案回应了一些国家提出的关切，这些国家担心其一名官员可

<sup>1120</sup> 法院在其 2012 年 7 月 20 日的判决中指出：“94. 法院认为，第 7 条第 1 款要求有关国家为起诉目的将案件提交其主管当局，无论是否存在引渡嫌疑人的事先请求。这就是为什么第 6 条第 2 款要求国家在嫌疑人在其领土上时立即进行初步调查。第 7 条第 1 款规定的将案件提交主管当局的义务，可能会也可能不会导致提起诉讼，这要视提交给主管当局的与对嫌疑人的指控有关的证据。

95. 然而，如果嫌疑人所在的国家在《公约》条款设想的任何情况下收到引渡请求，它可以通过同意这一请求来免除其起诉义务。因此，根据《公约》，在引渡或提交起诉之间做出选择，并不意味着对这两种选择给予同等重视。引渡是《公约》提供给国家的一种选择，而起诉是《公约》规定的一项国际义务，违反这一义务是一种涉及国家责任的不法行为。“见与起诉或引渡义务有关的问题案(见上文脚注 902)，第 456 页，第 94-95 段。

能受到另一国的管辖，而另一国法律制度没有充分保障尊重人权，特别是接受公平审判的权利和保障。

(3) 第 16 条草案受防止及惩治危害人类罪条款草案<sup>1121</sup> 第 11 条草案的启发，基本上沿用其措辞。与该条草案一样，第 16 条草案也分三款，分别涉及承认所有人可享有的一般权利和程序保障(第 1 款)；特别承认在法院地国被监禁、羁押或拘留的官员享有的一系列权利(第 2 款)；并确定行使第 2 款所述的特别权利的适用规则(第 3 款)。但是，第 16 条草案虽然沿用了上述第 11 条草案的结构，但在措辞和概念上存在差异，这是本条草案的独特要素所决定的。

(4) 第 1 款规定，“应保障……另一国官员受到公平对待，包括公平审判、对其权利的充分保护以及……程序保障”。这一笼统的表述涵盖与法院地国当局可能对官员采取的任何行动有关的任何人的所有权利和保障，其中包括与人身自由或剥夺人身自由有关的权利，以及诉诸法院的权利和获得公平审判的权利的不同组成部分，包括被控犯有刑事罪的人有权被告知对其的指控，有权获得自己选择的律师的协助，有权以自己懂的语言与法院地国当局沟通。<sup>1122</sup> 权利和程序保障也包括《维也纳领事关系公约》第三十六条承认的得到领事协助的权利各项组成部分的内容。一国的任何国民都享有这项权利，无论是否具有本条款草案所指的官员身份。

(5) 第 16 条草案第 1 款所述的权利和程序保障，以及确保和保护其行使的条件，是法院地国国内法和国际法所规定的。具体地说，人权法和国际人道法界定了适用的国际标准，委员会在论及防止及惩治危害人类罪条款草案第 11 条草案时已确定了国际标准的含义。<sup>1123</sup> 虽然有关国际标准通常提及“权利”或“权利和保障”，但第 1 款中使用了“权利和程序保障”，这是为了顾及外国官员需要得到保障的各种情况，不仅限于法律诉讼。

(6) 关于后一个问题，委员会认为没有必要在条款草案中明确提及法院地国当局在何阶段或时间必须确保官员的权利和程序保障。法院地国当局在确定豁免之前、之后以及在确定豁免的过程中对另一国官员采取任何行动时，包括在对官员进行起诉和对其执行判决的阶段，都应确保和保护这些权利和程序保障。

(7) 第 2 款确立了被法院地国当局以任何方式监禁、羁押或拘留的另一国官员享有的一项新权利。该款的措辞沿用防止及惩治危害人类罪条款草案第 11 条草案第 2 款的模式，但有重大调整，特别是删除提及官员与官员所属国之间在国籍或居住方面可能存在的关系之处。这是因为第 16 条草案第 2 款规定的特殊权利与获得领事协助的权利不同，获得领事协助的权利应被理解为包含在第 1 款提及的权利和程序保障之中，在任何情况中均适用。<sup>1124</sup>

<sup>1121</sup> 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第10号》(A/74/10)，第44-45段，防止及惩治危害人类罪条款草案，第11条草案(公平对待被指控罪犯)及其评注。

<sup>1122</sup> 关于属于这一类别的权利清单，见国家官员外国刑事管辖豁免问题特别报告员的第七次报告(A/CN.4/729)，第159-168页。

<sup>1123</sup> 见A/74/10，第98-101页，对第11条草案的评注，特别是第(7)段。另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，第四章，A节，第159-168段。

<sup>1124</sup> 领事协助被认为是“公平待遇”的组成部分之一。见防止及惩治危害人类罪条款草案，A/74/10，第98-101页，对第11条草案的评注，特别是第(8)和(9)段。

(8) 尽管获得领事协助的权利适用于作为一国国民的任何官员，但委员会注意到，根据第2条草案(a)项所载的“国家官员”的定义，官员不一定具有相关国家的国籍，在这种情况下，获得官员所属国领事协助的权利不包括在内。此外，委员会还考虑到官员的外国刑事管辖是为了国家的利益而给予官员的，是由于官员与其所属国之间的特殊关系，这应该对官员的权利和程序保障有特别的影响。因此，委员会认为，有必要在关于公平对待国家官员的条款草案中列入一项特别规定，创立仅由于国家与其官员之间的关系而存在的某些权利。这些额外权利与官员在法院地国被监禁、羁押或拘留的情况有关，这是法院地国对外国官员行使管辖权的最终情况，可能对官员为本国履行国家职能或代表国家行事产生不利影响，从而也对豁免权产生不利影响。

(9) 该条草案第2款提及“任何此类官员”，重点说明与第1款的联系，这两款构成理解“公平对待国家官员”概念范围的一个整体。在确定赋予另一国官员的特殊权利的内容时，委员会沿用了防止及惩治危害人类罪条款草案第11条草案的模式。如第2款所述，应确保外国官员能够与其所属国最近的适当代表联系，接受其探视，并获得有关这些权利的信息，在委员会看来，这些构成了为官员和其所属国提供的保障。

(10) 第3款几乎逐字复制了上述第11条草案相应一款的内容，而后者复制了《维也纳领事关系公约》第三十六条第二款的案文。必须指出，为了与本条款草案中使用的术语保持一致，第3款提及“法院地国”的法律和规章为适用的法律。<sup>1125</sup> 第3款指出，国内法是适用于行使第2款所述的特殊权利的法律，这是考虑到对某人进行监禁、羁押或拘留的确切方式在很大程度上依据国家规范。因此，相关人士接收信息、与另一国适当代表联系或接受另一国代表的探视的权利的行使方式可能因国家而异。尽管如此，对情况多样的承认以及由此产生的法院地国的自由裁量范围受到第3款最后一句中规定的限制。最后一句指出，国家法律的适用“必须能使第2款所述权利的预期目的得到充分实现”。这一依据最终目的的解释标准旨在确保法院地国不任意行使本国法律和规章，从而使该条草案第2款规定的另一国官员的权利在实践中无效。

## 第17条 协商

法院地国和官员所属国应在彼此任何一方的请求下，酌情就本条款草案所涉及的官员豁免事宜进行协商。

### 评注

(1) 第17条草案涉及法院地国与官员所属国之间的协商。协商是国家间关系中通常用于各种不同目的的做法。具体而言，通过协商就共同关心的问题获取信息，了解另一国在这些问题上的立场，以确定避免两国间发生争端或推动解决已

<sup>1125</sup> 这些术语因而不同于《维也纳领事关系公约》中所用术语(“接受国法律规章”)和防止及惩治危害人类罪条款草案第11条草案第3款(“该人所在领土管辖国”)所用术语。见A/74/10，第四章，第44段。

经发生的争端的方式。但协商的作用不限于上述例子。有关国家之间进行协商的义务已列入许多国际条约，并已列入刑事事项国际合作和法律援助条约。<sup>1126</sup>

(2) 第 17 条草案中提及的协商不仅限于某一特定主题，而可能事关“本条款草案所涉及的官员豁免事宜”。因此，协商可能涉及确定豁免的过程和与豁免有关的任何其他问题，包括界定属人豁免(第二部分)和属事豁免(第三部分)的规范性要素，以及程序规定和保障(第四部分)。协商应有别于第 13 条草案中的“请求提供信息”，“请求提供信息”仅限于法院地国确定豁免以及官员所属国决定援引或放弃豁免所需的信息。

(3) 协商是一种程序性保障，适用于官员所属国和法院地国，应任何一方的请求进行。作为程序保障，委员会选择使用“应”字，这表明协商是强制性的。但是，该条草案中包含“酌情”一词，以引入灵活性要素，使法院地国和官员所属国能够根据每个具体案件的情况作调整，包括其外交关系状况。采用这种显示灵活性的表述不改变协商的强制性，也不会将协商的义务仅仅作为建议来提出。

(4) 委员会认为没有必要制定任何协商程序，以保持该机制的高度灵活性。

(5) 最后，应该强调的是，协商本身并不构成解决争端的方式，其作用也并非仅仅与解决争端有关。尽管如此，没有什么可以阻止在法院地国与官员所属国之间正在发生或正在出现争端的背景下进行协商。因此，委员会将关于协商的条款草案列入条款草案第四部分末尾，放在关于争端的解决的条款草案之前。

## 第 18 条 争端的解决

1. 如对本条款草案的解释或适用发生争端，法院地国和官员所属国应通过谈判或其自行选择的其他和平手段寻求解决办法。

2. 如在合理时间内无法达成双方均能接受的解决办法，则应在法院地国或官员所属国的请求下，将争端提交国际法院，除非两国同意将争端提交仲裁或可作出具有约束力的裁决的任何其他解决手段。

## 评注

(1) 第 18 条草案是条款草案第四部分的最后一项规定，用于解决法院地国与官员所属国之间可能产生的争端。

(2) 迄今为止委员会的一般做法是不在其条款草案中列入关于争端的解决的规定，将该问题留待各国决定。但是，最近防止及惩治危害人类罪条款草案含有关于争端的解决的第 15 条草案。根据委员会的设想，该条款草案将作为条约草案，有鉴于此，列入关于争端的解决的规定是有道理的。

(3) 鉴于对是否建议大会将本条款草案作为条约谈判的基础，委员会尚未作出决定，故委员们对是否应将第 18 条草案纳入条款草案中表达了各种不同意见。尽管如此，委员会还是认为，出于好几项原因，最好列入关于争端的解决的条文草案。其中一个原因是，委员会希望鼓励各国对该条文草案发表评论从而表达出它

<sup>1126</sup> 见《葡萄牙语国家共同体成员国间刑事事项法律援助公约》，第18条；《刑事事项互助示范条约》，第21条。

们在这方面的意见，如果在二读通过条款草案时才列入该条文草案，那样就不可能了。

(4) 另一因素是考虑到第 18 条草案采用的逻辑方法为条款草案第四部分的内容和结构提供了启示。第四部分所载的规定和程序保障除为了服务其他目的外，旨在帮助法院地国与官员所属国创造信任条件，以避免或减少出现与特定官员的外国刑事管辖豁免有关的争端的可能性。但是，如果发生这种争端，只能通过当代国际法接受的和平解决争端的手段来解决。因此，委员会认为有必要列入第 18 条草案，作为所述事项或逻辑序列的最后一项，也是条款草案第四部分的共同主线。

(5) 为了确保工作一致性，委员会考虑到上文提到的防止及惩治危害人类罪条款草案第 15 条的案文，其基本要素已反映在本条草案中。然而，委员会通过的案文采用了部分不同的措辞，以反映适用于国家官员外国刑事管辖豁免的争端解决制度的某些特点。

(6) 该条草案第 1 款确立了法院地国与官员所属国以和平方式解决任何争端的义务。为界定争端，该款案文中提及“对本条款草案的解释或适用”，使用了条约关于各种争端解决的条款以及国际法院和其他国际法庭判例中普遍接受的术语。

(7) 第 1 款总体上沿用《联合国宪章》第三十三条的措辞，使用“寻求解决办法”一语来表示要求法院地国和官员所属国承担的行为义务。“通过谈判或其自行选择的其他和平手段”这一短语的使用是为了强调手段自由选择的原则。具体提及谈判，这是沿用了各种条约争端解决条款中普遍接受的模式，但这并不意味着排除任何其他和平解决争端的手段。相反，提及“其他和平手段”，应被理解为包括《宪章》第三十三条具体列举的所有手段：谈判、调查、调停、和解、公断、司法解决、区域机关或区域办法之利用，或各该国自行选择之其他和平方法。无论如何，应该指出的是，第 1 款提及的谈判在任何情况下都不能与第 17 条草案所述的协商相混淆，第 17 条草案所述的协商具有自动性质，举行协商不构成适用第 18 条草案的先决条件。

(8) 第 2 款确立了一种争端解决制度，按照传统模式运作，只有在各国无法按照条款草案第 1 款的规定通过其选择的手段解决争端时，这种解决制度才启用。如“将争端提交”一语所反映的那样，这种解决制度具有强制性，可由法院地国或官员所属国单方面启动，唯一的条件是它们无法在合理的时间内达成“双方均能接受的解决办法”。委员会认为为此目的设定具体时限是不合适的，认为最好使用“合理时间内”这一表述，其范围应由国际法院或其他争端解决机构逐案确定。

(9) 以具有约束力的方式解决争端的权限属于国际法院，除非法院地国和官员所属国“同意将争端提交”另一法律机构，但无论如何最终必须有“具有约束力的裁决”。作出这一规定，是承认国际法院作为国际法方面管辖机构的基准性质，此外，国际法院在国家官员的外国刑事管辖豁免方面已经发挥了重要作用。

(10) 作为强制性解决与豁免有关的争端的替代办法之一，委员会首先列入仲裁，因为仲裁是各国经常使用的既定手段，在许多条约中都被列为替代法律手段。第 18 条草案第 2 款还提及“可作出具有约束力的裁决的任何其他解决手段”

作为替代方法。这一提法取自《联合国海洋法公约》<sup>1127</sup> 第二八二条，委员会列入这一点，是考虑到有关国家官员外国刑事管辖豁免的争端可能会或应该提交给其他国际法庭，特别是根据条约或在区域组织内设立的法庭。

(11) 无论如何，应该强调的是，如果根据有关国家之间的协定，以另一种解决办法取代诉诸国际法院的方式，在任何情况下都要求所选的替代机构有权通过对当事方具有约束力的决定来解决争端，无论是仲裁裁决还是国际性法庭或国际化法庭判决。

(12) 在结束关于争端解决制度的评注时，应提请注意第 18 条草案不包含单方面克减第 2 款规定的具有约束力的争端解决制度的退出条款，这一点有别于防止及惩治危害人类罪条款草案第 15 条草案的模式。虽然委员会一些委员支持列入这一条款，但其他委员认为不应列入，因为这是与条款草案的最后形式密切相关的问题，相关建议需在适当时候向大会提出。最后，其他委员指出，关于是否列入克减条款的讨论没有实际效果，因为单方面克减具有约束力的争端解决制度的情况在任何情形中都可能发生。考虑到上述各种立场，委员会认为最好不要在条款草案的一读时列入单方面克减条款，不过，委员会可以根据各国的评论和委员会将向大会提出的关于条款草案未来工作的建议，在稍后阶段重新审议这个问题。

(13) 最后，应该指出，委员会一读通过的第 18 条草案不包括特别报告员最初提出的最后一款：“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”。<sup>1128</sup> 虽然委员会一些委员认为在将争端提交具有约束力的解决机制后暂停刑事诉讼的义务可能构成有用的程序性保障，但案文里没有提及这一点，这是考虑到无法在现行条约或国际判例中找到支持这一规定的先例。此外，在这种情况下暂停刑事诉讼可能会在不同国家法律制度中遇到严重困难。因此，第 18 条草案没有涉及这个问题，是否暂停国家诉讼程序要取决于当事方之间的相关协议，或在适当情况下，取决于国际法院或按照第 2 款具有管辖权的任何机构下令采取的预防措施。

## 附件

### 第 7 条草案第 2 款提及的条约的清单

#### 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。

<sup>1127</sup> 《联合国海洋法公约》(1982年12月10日，蒙特哥湾)，联合国，《条约汇编》，第1834卷，第31363号，第3页。

<sup>1128</sup> 特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第八次报告(A/CN.4/739)，第54段，第17条草案第3款。

## 种族隔离罪

《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，1973年11月30日，第二条。

## 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》，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。

## 评注

(1) 第7条草案第2款规定，“[第1款所述]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”。如第2款的评注所述，附件所列清单的唯一目的是确定不适用属事豁免的国际法范畴内的罪行。这一清单对这些罪行在习惯法层面的性质或清单所列条约可能对缔约国规定的具体义务没有任何影响。

(2) 选择条约条款列入附件，用以界定国际法范畴内的各种罪行，选择基于三个基本标准：(a) 希望避免几项条约使用不同的语言来界定同一罪行时可能出现的混乱；(b) 选择具有普遍性的条约；(c) 选择包含最新定义的条约。

(3) 灭绝种族罪的定义最早是《防止及惩治灭绝种族罪公约》<sup>1129</sup>界定的，该定义在当代国际刑法中一直保持不变，被写入了《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》<sup>1130</sup>(第4条)和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》<sup>1131</sup>(第2条)，特别是还被写入了《国际刑事法院罗马规约》(第六条)。《国际刑事法院罗马规约》第六条转载了《防止及惩治灭绝种族罪公约》中的定义。委员会在1996年《危害人类和平及安全治罪法》<sup>1132</sup>草案第17条中也给灭绝种族罪下了定义。为了本条款草案的目的，委员会在附件中同时列入了《罗马规约》(第六条)和《防止及惩治灭绝种族罪公约》(第二条)，这两项文书所用的措辞实际上是相同的，而且具有相同的含义。

(4) 关于危害人类罪，应当记得，一些条约已将某些行为定为“危害人类罪”，<sup>1133</sup>国际法院已从习惯法角度就这类罪行的性质作出裁决。《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(第5条)和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》(第3条)也对这一罪行下了定义。委员会本身在1996年《危害人类和平及安全治罪法》草案中对这类罪行下了定义(第18条)。<sup>1134</sup>然而，《罗马规约》是对这类罪行提出单独、全面的定义的第一项文书。因此，委员会认为，为了本条款草案的目的，应将《罗马规约》第七条作为危害人类罪的定义。这与委员会早些时候就防止及惩治危害人类

<sup>1129</sup> 《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第二条。

<sup>1130</sup> 见上文脚注930。

<sup>1131</sup> 见上文脚注931。

<sup>1132</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第44页。

<sup>1133</sup> 《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》，序言第五段。

<sup>1134</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第47页。

罪条款草案作出的决定是一致的，其中第2条草案转载了《罗马规约》第七条中关于这类罪行的定义。<sup>1135</sup>

(5) 战争罪的概念有着悠久的传统，最初与国际人道法条约有关。1949年8月12日关于保护战争受难者的日内瓦四公约和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)将这类罪行界定为“严重破坏行为”。<sup>1136</sup> 《前南斯拉夫问题国际刑事法庭规约》(第2和3条)和《卢旺达问题国际刑事法庭规约》(第4条)以及委员会本身也在1996年《危害人类和平及安全治罪法》草案(第20条)中都给战争罪下了定义。<sup>1137</sup> 战争罪的最新定义载于《罗马规约》第八条第二款，该款借鉴了以往的先例，全面提及在国际和非国际武装冲突中犯下的战争罪，以及根据条约和习惯国际法承认的罪行。为了本条草案的目的，委员会决定采用《罗马规约》第八条第二款所载的定义，作为这类罪行定义的最新版本。然而，这并不意味着应忽视1949年日内瓦四公约及其第一议定书在战争罪定义方面的重要性。

(6) 种族隔离罪的定义最早载于1973年11月30日《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，虽然该公约将种族隔离视为危害人类罪和国际法范畴内的罪行(第一条)，但载有种族隔离罪的详细、单独的定义(第二条)。为此，委员会决定为本条草案的目的保留1973年公约中的定义。

(7) 所有相关国际文书都将酷刑界定为侵犯人权行为。1984年12月10日《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起诉的被禁止行为，该公约第1条第1款将其界定为一项单独的罪行。此外，这一定义还包括一项重要的要求，即除非是由公职人员实施或在其唆使或同意下实施的行为，否则不能被定性为酷刑，这就将这一罪行完全置于本条款草案的范围之内。《美洲防止和惩治酷刑公约》也载有类似的定义(第2和3条)。<sup>1138</sup> 委员会认为，就本条草案而言，酷刑应根据《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》的定义来理解。

(8) 强迫失踪的定义最早载于1994年6月9日《美洲被迫失踪人士公约》(第二条)。<sup>1139</sup> 2006年12月20日《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》也给这一罪行下了定义(第2条)。与酷刑的情况一样，这一定义要求，只有由公职人员实施或在公职人员的唆使或同意下实施的行为，才可被定性为强迫失踪，这就将这一

<sup>1135</sup> 见《大会正式记录，第七十四届会议，补编第10号》(A/74/10)，第27-47页。

<sup>1136</sup> 1949年8月12日《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)，联合国，《条约汇编》，第75卷，第970号，第31页，第五十条；1949年8月12日《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)，同上，第971号，第85页，第五十一条；1949年8月12日《关于战俘待遇之日内瓦公约》(日内瓦第三公约)，同上，第972号，第135页，第一三〇条；1949年8月12日《关于战时保护平民之日内瓦公约》(日内瓦第四公约)，同上，第973号，第287页，第一四七条；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)(1977年6月8日，日内瓦)，同上，第1125卷，第17512号，第3页，第八十五条。

<sup>1137</sup> 《1996年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第53-54页。

<sup>1138</sup> 《美洲防止和惩治酷刑公约》(1985年12月9日，哥伦比亚卡塔赫纳)，美洲国家组织，《条约汇编》，第67号。

<sup>1139</sup> 《美洲被迫失踪人士公约》(1994年6月9日，巴西贝伦)，美洲国家组织，正式记录，OEA/Ser.A/55。

罪行完全置于本条款草案的范围之内。因此，委员会认为，就本条草案而言，强迫失踪的定义应根据 2006 年《公约》第 2 条来理解。

(9) 考虑到与第 7 条草案的关系，附件的评注必须与该条草案的评注一并阅读。