



国际法委员会  
第六十七届会议

2015年5月4日至6月5日及7月6日至8月7日，日内瓦

## 国际法委员会第六十七届会议工作报告草稿

报告员：马塞洛·巴斯克斯-贝穆德斯先生

### 第九章 国家官员的外国刑事管辖豁免

#### 目录

	段次	页次
A. 导言 .....	1-3	2
B. 本届会议审议此专题的情况 .....	4-6	2
1. 特别报告员介绍第四次报告 .....	7-18	3
2. 辩论摘要 .....	19-55	6
(a) 一般评论 .....	19-24	6
(b) 方法 .....	25-27	7
(c) 第2条(f)款草案 .....	28-51	8
(一) “以官方身份实施的行为” 相对于		
“以私人身份实施的行为” .....	29-30	8
(二) 行为的刑事性质 .....	31-38	9
(三) 行为归于国家 .....	39-46	10
(四) 主权和行使政府权力要素 .....	47-51	10
(d) 第6条草案 .....	52-53	11
(e) 今后的工作方案 .....	54-55	12



## 第九章

### 国家官员的外国刑事管辖豁免

#### A. 引言

1. 委员会在第五十九届会议(2007 年)上决定将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入工作方案,并任命罗曼·阿·科洛德金先生为特别报告员。<sup>1</sup> 同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于此专题的背景研究报告,该研究报告提交给了委员会第六十届会议。<sup>2</sup>
2. 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>3</sup> 委员会第六十一届(2009 年)和第六十二届会议(2010 年)未能审议本专题。<sup>4</sup>
3. 委员会第六十四届会议(2012 年)任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士代替科洛德金先生担任特别报告员,科洛德金先生不再担任委员会委员。委员会同届会议(2012 年)收到并审议了特别报告员提交的初步报告,第六十五届会议(2013 年)收到了她的第二次报告,<sup>5</sup> 第六十六届会议(2014 年)收到了她的第三次报告。因此,委员会在特别报告员第二和第三次报告中提出的条款草案基础上迄今暂时通过了五条草案及相关评注。关于术语的使用的第 2 条草案是仍处在拟订过程中的案文。<sup>6</sup>

#### B. 本届会议审议此专题的情况

<sup>1</sup> 2007 年 7 月 20 日第 2940 次会议(《大会正式记录,第六十二届会议,补编第 10 号》(A/62/10),第 376 段)。大会 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议第 7 段注意到委员会将本专题列入其工作方案的决定。在第五十八届会议上(2006 年),委员会已根据其报告附件 A 中所载建议(《大会正式记录,第六十一届会议,补编第 10 号》(A/61/10),第 257 段)将本专题列入其长期工作方案。

<sup>2</sup> 同上,《第六十二届会议,补编第 10 号》(A/62/10),第 386 段。秘书处编写的备忘录见 A/CN.4/596 和 Corr.1 号文件。

<sup>3</sup> A/CN.4/601(初步报告)、A/CN.4/631(第二次报告)和 A/CN.4/646(第三次报告)。

<sup>4</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>5</sup> A/CN.4/654(初次报告)和 A/CN.4/661(第二次报告)。

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

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

5. 委员会在 2015 年 7 月 24 日第 3278 次会议上决定将特别报告员拟议的第 2 条(f)款草案和第 6 条草案送交起草委员会。

6. 起草委员会主席在 2015 年 7 月…日第…次会议上提交了起草委员会关于“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六十七届会议上临时通过的…条草案。这份报告及各条款草案目前阶段仅供参考，可在委员会的网站查阅。<sup>7</sup>

## 1. 特别报告员介绍第四次报告

7. 第四次报告继续进行了始于第三次报告(A/CN.4/646)的关于属事豁免规范性要素的分析。由于第三次报告已经处理了这种豁免的主体范围(此种豁免的受益人)，第四次报告专门审议剩余的实质范围(“以官方身份实施的行为”)和时间范围。作为分析结果，报告还载有第 2 条(f)款草案的拟议案文，就豁免的一般目的界定了“以官方身份实施的行为”，<sup>8</sup> 以及关于属事豁免实质和时间范围的第 6 条草案，<sup>9</sup> 其中具体提到了属事豁免对前国家元首、前政府首脑和前外交部长的适用。

8. 特别报告员在介绍报告时指出，必须结合此前的各次报告阅读本报告，这些报告是一个一元化的整体。她指出，本报告与过去处理属人豁免的方法一样，没有直接阐述豁免的限制和例外问题，她将在 2016 年的第五次报告中处理此事。特别报告员提到了报告翻译过程中将西班牙原文翻译为其他各语言所出现的一些问题，就此，她通过一份更正做了适当改动，已经分发给委员会委员。特别报告员请秘书处编写一份更正，作为本届会议的正式文件分发。

<sup>7</sup> 见 <http://www.un.org/law/ilc>。

<sup>8</sup> 特别报告员提出的、经更正的案文如下：

### 第 2 条草案 定义

为本条款草案的目的：

- (f) “以官方身份实施的行为”是指国家官员在行使政府权力要素时实施的、其性质构成法院地国可对其行使刑事管辖权的罪行的行为。

<sup>9</sup> 特别报告员提出的、经更正的案文如下：

### 第 6 条草案 属事豁免的范围

1. 国家官员以官方身份行事时享有属事豁免，无论在其任期之内还是任期届满后。
2. 此种属事豁免仅适用于国家官员在任期之内以官方身份实施的行为。
3. 属事豁免适用于符合本条款草案第 1 款和第 2 款所述条件的前国家元首、前政府首脑和前外交部长。

9. 特别报告员提交的第四次报告在处理属事豁免的规范性要素时首先强调了这类豁免的基本特性，即豁免是给予所有国家官员的，仅适用于“以官方身份实施的行为”，不受时间限制。至于属事豁免的规范性要素，第三次报告已经处理了主体范围的问题，如上所述，第四次报告侧重于实质和时间范围。“以官方身份实施的行为”概念首先是一些一般性考虑的主题，这种考虑强调这一概念在属事豁免上的重要性。而这种重要性的来源是这类豁免的功能性质。报告接着处理了“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别。通过对这一差别的研究，除其他外，弄清了这一区别不同于“统治权行为”与“管理权行为”之间的区别，也不同于合法行为与非法行为之间的区别。报告接下来侧重于提出识别“以官方身份实施的行为”的标准，相继分析了（国际和国家）司法实践、条约实践和委员会以往的工作。关于国际司法实践的分析强调了国际法院、欧洲人权法院和前南斯拉夫问题国际刑事法庭所作各种判决的重要意义。关于国家司法实践的研究基础是涉及到属事豁免若干方面的大量国家案例，并且既考虑到了刑事诉讼也考虑到了民事诉讼，因为在这两类诉讼中都存在为可被认定为“以官方身份实施的行为”的行为形式，也可从中推导出此类行为共有的要素。对条约实践的分析审视了直接或间接提到豁免的各项联合国公约，以及提到了受国际刑事法律禁止的行为所具有的官方性质的国际（普遍性和区域性）刑事法律条约。至于对国际法委员会以往工作的分析，重点是关于国家对国际不法行为的责任的条款、《纽伦堡原则》、1954年《危害人类和平及安全治罪法草案》、1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》和2011年关于国际组织责任的条款。在开展上述研究之后，特别报告员接着审视了由此得出的就对外国刑事管辖豁免而言“以官方身份实施的行为”具有的特征，即行为的刑事性质、行为归于国家和行使主权和实施行为过程中的政府权力要素。提到行为的刑事性质有助于突出同可能援引属事豁免的情况所受刑事管辖之间的联系。由此提到了个人与特别报告员称之为“单一行为，双重责任”的国家责任之间的一种关系模式，报告中详细说明了这一模式的不同备选方案。鉴于只有在国家官员实施的行为与国家之间存在联系时才有属事豁免的正当理由，就需要考虑行为归于国家的问题。在这方面值得特别注意的结论是，关于国际不法行为的国家责任的条款中载有的某些归属标准对于豁免目的没有用处。最后，所认明的“以官方身份实施的行为”的第三个目的论特点是，此类行为是主权的表现，是行使政府权力要素的一种形式。报告提供了一些要素例证。这一节最后审议了国际罪行与以官方身份实施的行为之间的关系。报告的(B)部分作为结论最后界定了“以官方身份实施的行为”的概念。报告C部分简要分析了时间要素，阐述了属事豁免的无限期性质和考虑行为实施时刻和援引豁免时刻两者间区别的意义。报告D部分侧重于属事豁免的范围，由此提出了关于这个问题的第6条草案。第四次报告在最后提到了有关这个专题的未来工作计划，特别报告员宣布，第五次报告将处理豁免的限制和例外问题。

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

11. 报告的重点是分析“以官方身份实施的行为”概念。特别报告员指出，对时间要素的分析是简短的，因为这个问题的性质基本上没有争议，在实践中和在理论上对于属事豁免的“无限期”或“永久性”性质有着广泛的协商一致意见。然而她指出，还是需要分析该要素（限制或条件）属于什么性质，以及为了确定时间要素是否得到满足而要考虑到的关键日期，是行为实施的时刻还是提出豁免主张的时刻。她还提请注意所拟议的条款草案。

12. 特别报告员强调说，报告的核心是分析属事豁免的实质范围。因此，是对“以官方身份实施的行为”开展的一次研究，通过这一研究又处理了“以官方身份实施的行为”和“以私人身份实施的行为”之间的区别，提出了识别“以官方身份实施的行为”的标准及此种行为的特征，最后提出了关于这类行为定义的一个条款草案。第6条第2款草案关于以官方身份实施的行为的提法是，属事豁免仅适用国家官员实施的行为。

13. 据指出，“以官方身份实施的行为”概念是整个专题的核心问题，对于属事豁免具有特殊意义，只有国家官员以官方身份实施的行为才属于外国刑事管辖豁免的范围之内。特别报告员承认，提到这个概念的用语各式各样，但就本专题而言，使用“以官方身份实施的行为”这一用语是要保持委员会内术语用法的一致性，沿用国际法院在“逮捕令案”中使用的术语。

14. 特别报告员说，这一表达方式在当代国际法中尚未定义。经常被解释为“以私人身份实施的行为”的反义用语，而“以私人身份实施的行为”本身就是一个没有界定的类别。但是，在分析有关实践的基础上，特别报告员提出了识别以官方身份实施的行为的某些可见标准。具体而言，提到了：(a) 除其他外，与为数有限的罪行相连，包括在国际法下的罪行、一贯和严重侵犯人权、武装部队和执法人员实施的某些行为以及与腐败有关的行为；(b) 有些多边条约将某些行为的实施与此类行为实施者的官方身份相联系；(c) 国家官员代表国家行使公共权力的特权或实施主权行为的行为，被视为以官方身份实施的行为；(d) 对涉及腐败的案件，国家法院一般拒绝给予豁免，就此提出的逻辑是，官员从事的与私利密切相连、以官员个人致富而不是主权利益为目的的行为不能借豁免受益；(e) “行使公共权力的特权”或者“主权行为”的含义不容易界定。但是，法院认为属于这一类活动的包括警方执法行为，安全部队和武装部队的活动、外交事务、立法行为、司法和内容各异的行政行为；(e) 以官方身份实施的行为这一概念并不自动相应于“统治权行为”概念。与此迥异的是，“以官方身份实施的行为”可能超出“统治权”行为的限度，并也可能涉及到国家官员在履行公务和行使国家职能过程中实施的某些“管理权行为”。(f) 这一概念与所涉行为的合法性或非合法性无关；(g) 就豁免而言，此类行为的识别一向是逐案确定的。

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

16. 以官方身份实施的行为的刑事犯罪性质对豁免具有影响，因为可以想见，行为的刑事犯罪性质会引起两种不同类型的责任，一种是归于肇事者的刑事性责任，另

一种是归于肇事者或国家的民事性责任。特别报告员尤其强调的事实是，“单一行为，双重责任”模式有与豁免相关的若干不同的假设情景，包括 (a) 国家在行为不能归于实施者个人的案件中的专属责任；(b) 在行为既归于国家也归于个人的情况下国家的责任和个人的个别刑事责任；(c) 行为完全归于个人的情况下，即使他或她作为国家官员行事，个人仍应承担的专属责任。特别报告员还说，在这三种可能的假设情形下援引豁免的主张可基于：(a) 如果行为只能归于国家，也只能追究国家的责任，则要求国家豁免；(b) 如果行为既归于国家也归于个人，则可要求国家豁免和国家官员的属事豁免。

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

18. 她指出，虽然判断是否存在行为与主权之间的联系并不容易，但司法实践表明，某些活动由其性质决定，被看作是国家主权的表现或者是国家主权所固有的内容（警察、司法、武装部队的活动或外交事务）的某些活动，以及在功能上遵循国家涉及行使主权的政策和决定的某些活动，符合此类联系标准。她主张对“以官方身份实施的行为”使用一种严格的解释，将豁免放在理应所处的位置上，即保护国家主权。她指出，将国家官员以官方身份实施的此类行为定为国际罪行的问题将在第五次报告中全面处理，这种限定条件决不能造成此类行为被自动或机械地承认为享有外国刑事管辖豁免。

## 2. 辩论摘要

### (a) 一般评论

19. 委员们对特别报告员的第四次报告普遍表示欢迎，报告丰富、有条理和良好地记述了条约实践的例证，分析了国际和国家判例法，同时在所开展的分析和拟议的条款草案之间建立起了清楚的联系。在这方面，报告全面概括了与确定属事豁免的实质范围和时间范围有关的各种考虑，这是有助于更清楚地阐明本专题一项基本要素的一个步骤。显然，这个主题事项在法律上是庞杂的，提出了对各国来说具有政治敏感性和重要性的问题。更为关键的是，国家实践的指向处于“流动状态”，因此也就不容易找到明确无误的适用规则。与整个国际法律体系中其他法律领域相比，委员会在这一专题上不但面临着理论和学术上的问题，而且在帮助推进国际法的编纂和逐步发展，同时保持国家间关系的稳定方面，也面临着作出选择的困难。在这

种情况下，就作出何种选择和采取什么方向保持透明度和开展知情的辩论被认为是不可或缺的。

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

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

22. 有些委员提请注意，基于身份的属人豁免与基于行为的属事豁免之间的区别具有连续相关性。在有些情况下，两者具有某些共同的基本要素，更重要的是，两者法律依据的基础是相同的，即国家主权平等原则。同样，有的委员指出，虽然需要考虑到民事管辖豁免与刑事管辖豁免两者之间的区别，但这两种豁免形式也具有同样的基础。同时有人提出，要小心谨慎，不能过于依赖国家主权平等原则来解释本专题牵涉的而这一原则无法充分解释的问题，例如限制性国家管辖豁免问题。有些委员承认在关于国际法律制度的各种规则之间存在着的不对称性，同时有意见告诫说，对整个专题看似采取的方向要保持谨慎，委员会有可能面临建立一个与自己当初帮助订立的《国际刑事法院罗马规约》直接对立的制度的风险。另一方面，有人回顾说，本专题是建立在各国之间“横向关系”基础之上的，而国际刑事管辖与此不同，建立的是各国之间的“纵向关系”。这个重要考虑提出了需要严格审视的一组不同因素。

23. 例如，有人提到，在确定属事豁免的范围时，显然有些行为不能严丝合缝地契入典型的两分法分析，有可能无法获益于属事豁免。涉及严重国际犯罪指控的行为、越权行为、管理权行为、以官方身份实施但纯属为个人谋利的行为以及未经法院地国同意在其领土内实施的行为就属于这种情况。

24. 委员会一些委员认为，处理这些问题有两种可能，一种是囊括性的，申明构成犯罪的行为是以官方身份实施的行为，这样所面临的问题是，这种行为是公共的还是私人的，或是两者兼有；另一种是将这种问题作为限制或例外加以处理。由于难以把严重国际犯罪、越权行为、管理权行为逐一定为个人行为，建议较好的办法是将这些问题作为限制或例外处理，而不要作为官方行为或非官方行为定义的一部分处理。这种办法看上去具有的好处是，在国家管辖豁免问题上，实践一向遵循过去的类似办法。这种办法也有助于找到把接受限制和例外与适当程序保障和正当程序保证结合起来的解决方案。

## (b) 方法

25. 为确定属事豁免的范围，特别报告员系统地分析了已有实践，查阅了大量资料，作出了中肯分析，总体而言所使用的方法值得赞许。然而，有的委员也指出，在有些情况下，报告只提及案例，没有根据上下文进行全面分析。有些地方直言陈述，

超出了必要，也不尽合理；也有些地方对报告所述资料与具体条款措辞的关联没有交代清楚。

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

27. 有些委员质疑报告中关于国内法与确定以官方身份实施的行为无关的主张，认为国内法也是确定习惯国际法的实践，事实上，特别报告员在分析中引用了案例法来解释和适用此种国内法。也有些委员指出，需要更加侧重对国家立法和行政实践的分析，更注重分析国际司法实践，包括国际法院和法庭对“逮捕令案”<sup>10</sup> 和“刑事事项互助的若干问题案”<sup>11</sup> 判决的全面影响。他们认为这两起案件的判决较为一致地处理了本专题的一些问题。

(c) 第 2 条 (f) 款草案：“以官方身份实施的行为”的定义

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

(一) “以官方身份实施的行为”相对于“以私人身份实施的行为”

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

30. 有些委员远不认为出于本专题的目的，有必要对官方行为或以官方身份实施的行为作出界定。他们指出，法律概念往往是不确定的，并不总是能够形成法律定义。在“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”的两分法区别之外，提出一项定义是否有帮助还不完全清楚。任何超乎寻常的尝试都无法成功。他们认为，“以官方身份实施的行为”与“以私人身份实施的行为”之间的区别，对于根据每起案件的情节逐例作出判断是全面和足够的。这种二元对立得到了国际和国内判例

<sup>10</sup> 2000 年 4 月 11 日“逮捕令案”(刚果民主共和国诉比利时)的判决，2002 年国际法院报告，p.3。

<sup>11</sup> “刑事事项互助的若干问题案”(吉布提诉法国)的判决，2008 年国际法院报告，p.177。



法的验证。有些委员怀疑，大量援引使用“官方行为”或“以官方身份实施的行为”这类术语的实例是否有用，因为这样的援引无论多少都不能包罗全部，还是需要深入分析才能理解上下文。有的委员指出，特别报告员应该更深入探讨国家可在多大程度上确定哪些活动属于它所认为的“以官方身份实施的行为”。但另有委员认为，如果定义拟订适当，可能是必要或有用的。也有的委员建议在评注中列举以官方身份实施的行为的例子。

## (二) 行为的刑事性质

31. 一些委员认为，有些实践将官员的行为作为罪行定义的一部分处理，而在另一些实践中，官员的身份并不是罪行的明确要素，但不一定排除官员以该身份参与有关犯罪的可能性。然而，对犯罪作出的某种定性属于规定性还是描述性，不一定对该人是否以官方身份行事的问题有影响。

32. 为了豁免的目的确定一种行为是以官方身份实施的行为的中心问题，不在于该行为的性质，而在于行为者的身份。换句话说，应该是依事实认定被指控的行为是否是以官方身份实施的，而不在于行为的法律定性。

33. 有的委员指出，将以官方身份实施的行为定性为犯罪，似乎是拟议定义中所要表达的，这可能导致令人惊讶的结果，因为它认为以官方身份实施的任何行为都是犯罪。顾名思义，这等于在暗示每一“以官方身份实施的行为”都构成犯罪，国家官员以官方身份行事时必然要犯罪。一种行为是否属于犯罪，不是该行为的性质决定的，而因为国内或国际刑法将其定为犯罪。

34. 有的委员还回顾，国际豁免法的核心是由法院地国的法庭作为程序事项决定，某一官员的某一行为是否属其管辖。这些问题在诉讼程序的初期阶段考虑。如果这一行为的合法性是确定管辖权是否存在的相关标准，那么属事豁免法由此而变得多余。这种做法也对无罪推定原则具有影响。

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

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

37. 委员们提出了各种提案，希望限定或从拟议定义的行文中删除以官方身份实施的行为本身是犯罪的任何含意。也有的委员提出对第 2 条 (f) 款草案重新起草，取消刑事性质的要求。

38. 关于“单一行为，双重责任”的问题，有些委员认为，这是国际法公认的。显而易见，官员以官方身份实施的任何行为不仅归于个人（为了个人刑事责任的目的），而且也归于国家（为了国家责任的目的）。有些委员即使不反对这样的描述，但也

不完全清楚“单一行为，双重责任”的模式如何与以官方身份实施的行为必须是犯罪行为的结论相关联。有的委员认为，管辖权问题与豁免权问题本身不同，但又是相互关联的概念，而对这些问题的理解与对责任——无论是个人刑事责任，还是国家责任——的理解似乎有些混淆。

### (三) 行为归于国家

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

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

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

42. 有些委员不认可国家官员享受另一国刑事管辖豁免与国家豁免是一致的。他们认为，将两者分开可能有用，但需要进一步探讨；国际刑法的发展，特别是第二次世界大战结束以来的发展已经表明，属事豁免并不总是与国家豁免相提并论。

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

44. 考虑到似乎缺少国家惯例或相关判例法，一些委员想知道特别报告员主张为了豁免的目的将通常视为“事实上的官员”的个人排除在“国家官员”之外的理由。一些委员认为需要采取宽泛的做法，涵盖在政府指导和控制下行事的个人的行为。也有的委员指出，近年缔结的私人承包商协定和拟议原则趋向于赞成限制或剥夺这类行为者的豁免权。

45. 另一种意见认为，在一个不对称的国际法律体系中，豁免法和国家责任法是两种不同的制度，其存在的理由也依后来的结果而有所不同，它们提供不同的解决方案和补救措施。

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

### (四) 主权和行使政府权力要素

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

素”一语。也有些委员认为责任条款使用这一词语的背景不同。还有些委员指出，界定主权和行使政府权力要素并不容易。

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

49. 一些成员不同意特别报告员关于以官方身份实施的行为与国际罪行之间关系的问题已经解决的看法。他们指出，希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官在“逮捕令案”中共同发表了不同意见，认为“……严重的国际罪行不能视为官方行为，因为这些行为既不是正常的国家职能，也不是国家本身能够单独行使的职能……”<sup>12</sup> 另一些委员指出，特别报告员主要论述国际罪行是否可以以官方身份实施的行为，并没有涉及限制或例外问题。有人建议，拟通过的条款草案评注在编写时应该避免对有关国际罪行豁免的讨论作出预先判断。

50. 然而，一些委员援引“逮捕令案”指出，“国际罪行的例外”不适用于属人管辖豁免。也有些委员表示，该案的判决并没有对属事豁免的可能例外下结论：国际法院宣布，它无法从实践中推断，在习惯国际法下是否存在对现任外交部长不适用刑事管辖豁免和不可侵犯规则的任何形式例外，此时它的判决仅限于属人管辖豁免。

51. 有些成员质疑是否有必要进行定义，怀疑“行使政府权力要素的国家官员实施的行为”的用语是否有用，认为“要素”一词不清楚，“政府”一词有乞题之嫌。另一种办法是使用 2014 年委员会临时通过的第 2 条(e)款草案中的行文，提及“国家官员代表国家或行使国家职能实施的行为”。有的委员回顾，当委员会通过这一用语时，讨论过并避免使用“政府权力”这一术语。不过，一些委员认为对本专题而言这一用语是可以使用的。

#### (d) 第 6 条草案：属事豁免的范围

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

53. 有些委员认为第 3 款是多余的，因为所说的意思已经包含在委员会 2013 年临时通过的第 4 条第 3 款草案及其评注之中。这应该在评注中处理，但如果保留，也需要删除“前”一词，因为属事豁免也涵盖现任国家元首、政府首脑和外交部长。

<sup>12</sup> <http://www.icj-cij.org/docket/files/121/8136.pdf>, 第 85 段。

(e) 今后的工作方案

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

55. 有些委员鼓励特别报告员将豁免的限制和例外与程序问题一并处理，因为这两个方面不仅相互关联，而且最终可能有助于委员会解决整个专题的一些棘手问题。有的委员甚至提出应该首先审议程序问题。也有的委员指出，明年讨论限制和例外问题时机并不成熟，因为仍然有些一般性问题需要解决。

---