



国际法委员会

第七十届会议

2018年4月30日至6月1日，纽约

2018年7月2日至8月10日，日内瓦

关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第六次报告特别报告员 康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯编写*

目录

章次	页次
导言	3
一. 国家官员的外国刑事管辖豁免的程序问题：导言	11
A. 一般考虑因素	11
B. 国际法委员会在关于此专题的工作中处理的程序问题	11
C. 国际法委员会和大会第六委员会关于程序方面的讨论	12
D. 程序方面对于处理国家官员的外国刑事管辖豁免的意义	15
E. 豁免的程序方面的范围：有待审议的问题	16
二. 管辖权概念和程序方面	17
A. 一般考虑因素	17
B. 时间：何时应该考虑豁免？	18

* 特别报告员谨感谢西班牙外交学院外交和国际关系专业在读硕士研究生 Soledad Román Pérez-Moreira 女士以及国立远程教育大学国际公法教授 Fernando Val Garijo 先生。



C. 实质因素：哪几类行为会受到豁免的影响？	23
1. 一般考虑因素	23
2. 拘留	24
3. 作为证人出庭	27
4. 预防性措施	30
D. 豁免的确定	31
三. 今后工作计划	35
附件	
委员会暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案	36

导言

1. 国际法委员会(2006年)第五十八届会议根据委员会该届会议工作报告的提议,将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入委员会的长期工作方案。¹委员会(2007年)第五十九届会议决定将该专题列入工作方案,并任命罗曼·科洛德金为特别报告员。²在同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于该专题的背景研究报告。³
2. 特别报告员提交了三次报告,⁴其中确定了本专题的审议范围,并分析了与国家官员外国刑事管辖豁免有关的实质性和程序性问题的各个方面。国际法委员会2008年第六十届会议⁵和2011年第六十三届会议⁶分别审议了特别报告员的报告。大会第六委员会在审议国际法委员会的报告时,特别是在2008年和2011年,讨论了这一专题。
3. 委员会(2012年)第六十四届会议任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯为特别报告员,接替从委员会离任的科洛德金先生。⁷
4. 在同届会议上,特别报告员提交了关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告。⁸报告帮助澄清了到当时为止的讨论内容,确定了仍然存在争议的要点、待审议的专题和遵循的方法,并提出了该专题审议工作计划。委员会在同一届会议上审议了特别报告员的初步报告,⁹大会第六委员会在第六十七届会议上审议了该报告。¹⁰在国际法委员会和第六委员会的审议中,特别报告员的建议均获得了批准。

¹ 见《2006年国际法委员会年鉴》,第二卷(第二部分),第257段及附件。

² 《2007年……年鉴》,第二卷(第二部分),第376段。

³ 同上,第386段。秘书处报告载于备忘录 A/CN.4/596 和 Corr.1(油印版本可查阅委员会网站,第六十届会议文件,2008年。最后案文将作为《国际法委员会年鉴》的增编印发。《2008年……年鉴》,第二卷(第一部分)。

⁴ 《2008年国际法委员会年鉴》,第二卷(第一部分),A/CN.4/601号文件(初步报告); A/CN.4/631(第二次报告,2010年); A/CN.4/646(第三次报告,2011年)。

⁵ 见《2008年……年鉴》,第二卷(第二部分),第266至311段。

⁶ 见《大会正式记录,第六十六届会议,补编第10号》(A/66/10),第104至203段。

⁷ 同上,《第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第84段。

⁸ A/CN.4/654。

⁹ 关于委员会有关这一专题的讨论,见《大会正式记录,第六十七届会议,补编第10号》(A/67/10),第86至139段。另见 A/CN.4/SR.3143-SR.3147 号文件所载委员会临时简要记录,可在委员会网站上查阅。

¹⁰ 第六委员会在其第六十七届会议期间的第二十至二十三次会议上审议了“国家官员的外国刑事管辖豁免”项目。此外,有两个代表团在第十九次会议上提及这一议题。各代表团在这些会议上所作发言,可查阅载于文件 A/C.6/67/SR.19-SR23 的简要记录。另见秘书处编写的大会第六十七届会议第六委员会讨论情况专题摘要(A/CN.4/657),第26至38段。

5. 特别报告员随后分别于 2013 年、2014 年、2015 年和 2016 年提交了四份报告。¹¹ 自审议这些报告以来，¹² 委员会迄今暂时通过下列条款草案及其评注：第 1 条草案(条款草案的范围)；¹³ 第 2(e)和(f)条草案(“国家官员”和“以官方身份实施的行为”定义)；¹⁴ 第 3 和 4 条草案(属人豁免规范要素)；¹⁵ 第 5 和 6 条草案(属事豁免规范要素)；¹⁶ 第 7 条草案(不适用属事豁免的国际法规定罪行)和附件。¹⁷ 委员会到目前为止暂时核准的条款草案和第 7 条草案附件的案文载于本报告附件。

6. 大会 2013 年至 2017 年各届会议第六委员会也审议了委员会关于本专题的报告。¹⁸

7. 在大会第六十八届会议(2016)上，委员会收到了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，¹⁹ 其中阐述了这一豁免的限制和例外，并载有一项条款草案。由于在委员会审议该报告时，报告仅有两种语文(英文和西班牙文)版本，委员会一方面决定开始讨论，以便各代表团若愿意，则可以提出评论和意见，另一方面同意讨论将保持开放，直至第六十九届会议之时才结束，即报告已经以所有正式语文分发之时。到那时，第六委员会才会有一份关于辩论的完整报告，包括特别报告员编写的摘要。²⁰ 委员会在其第六十九届会议(2017 年)上，在继续对第五次报告的讨论之后，决定将第 7 条草案提交起草委员会，²¹ 然后

¹¹ [A/CN.4/661](#)(第二次报告)，[A/CN.4/673](#)(第三次报告)，[A/CN.4/686](#)(第四次报告)和 [A/CN.4/701](#)(第五次报告)。

¹² 关于该项目审议情况的详细介绍，见委员会提交大会的其第六十五至六十七届会议工作报告：《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》([A/68/10](#))，第 43 至 49 段；同上，《第六十九届会议》([A/69/10](#))，第 126 至 132 段；以及同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》([A/71/10](#))，第 174 至 243 段。本章对关于特别报告员第五次报告的讨论进行分析。

¹³ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》([A/68/10](#))，第 49 段。

¹⁴ 同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》([A/69/10](#))，第 132 段。以及同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》([A/71/10](#))，第 250 段。

¹⁵ 同上，《第六十八届会议，补编第 10 号》([A/68/10](#))，第 49 段。

¹⁶ 同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》([A/69/10](#))，第 132 段。以及同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》([A/71/10](#))，第 250 段。

¹⁷ 同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》([A/72/10](#))，第 141 段。

¹⁸ 见文件 [A/CN.4/666](#)，第 10 至 30 段；[A/CN.4/678](#)，第 37 至 51 段和 [A/CN.4/689](#)，第 68 至 76 段，其中载有秘书处就大会第六十八届至第七十届会议第六委员会进行的讨论编写的专题摘要。关于第六委员会的讨论情况，可查阅 [A/C.6/68/SR.17](#) 至 [SR.19](#)、[A/C.6/69/SR.21](#) 至 [SR.26](#) 和 [A/C.6/70/SR.20](#) 和 [SR.22](#) 至 [SR.25](#) 号文件中所载简要记录。参加讨论的代表团发言全文，可查阅 <http://papersmart.unmeetings.org/en/ga/sixth/68th-session/agenda>、<http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/69th-session/agenda> 和 <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/70th-session/agenda>。本章对第六委员会关于第五次报告的讨论进行了分析。

¹⁹ [A/CN.4/701](#)。

²⁰ 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》([A/71/10](#))，第 193 段。

²¹ 同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》([A/72/10](#))，第 73 段。起草委员会主席的报告可在国际法委员会网站查阅。

暂时通过了第 7 条草案及其评注。第 7 条草案经记录表决，以 21 票赞成，8 票反对，1 票弃权获得通过。²² 此外，委员会核准了第二部分标题(属人豁免)的脚注和第三部分标题(属事豁免)的脚注。²³

8. 豁免的限制和例外问题无疑是本专题最具争议性和政治敏感性的方面。因此，毫不奇怪的是，国际法委员会和大会第六委员会的讨论非常激烈，反映了委员会成员之间以及国家之间在这一问题上的分歧。如前所述，第六十八届会议(2016年)和第六十九届会议(2017年)期间，这一讨论继续进行，因此跨了两个五年期。鉴于第五次报告中涵盖的专题十分重要，因此决定在本第六次报告中简要概述在国际法委员会和大会第六委员会中提出的评论和意见，但不妨碍在委员会的年度报告²⁴ 和秘书处编拟的很有用的关于第六委员会举行的讨论的专题摘要中对这一讨论加以叙述。²⁵ 因此以下各段应结合这些文件，以及提示读者参阅的有关国际法委员会简要记录²⁶ 和大会第六委员会简要记录阅读。²⁷

9. 在委员会中，关于第五次报告的讨论可以从一个总体和方法论的视角加以分析，也可以从第 7 条草案的具体视角加以分析。

10. 关于方法问题，委员会成员之间的讨论侧重于下列各点：(a) 委员会的有关任务范围，即有关国际法的逐渐发展和编纂及其在国家官员的外国刑事管辖豁免问题上的适用；(b) 需要确定委员会通过的各条款草案是构成逐渐发展还是编纂；或者，如果适当的话，某些草案是否应被称为“新法律”(委员会一些成员使用了这一用语，但该用语并未出现在委员会《章程》之中)；(c) 应否启动一个关于国家官员免受外国刑事管辖问题的逐渐发展进程，或者，应否只反映现行法，即只进行严格意义上的编纂；(d) 这一专题工作理想的最终成果类型，因为有些成员对条款草案(即基本上应基于编纂和国际惯例)和一项条约草案(因而不受这种方法上的限制)二者予以区分；(e) 豁免的限制和例外是否应当与程序保障同时审议并以后者为条件。

11. 关于第 7 条草案，委员会的讨论中提出的问题可以分为以下几类：(a) 为对豁免的限制和例外目的而区分属人豁免和属事豁免；(b) 是否存在一种惯例，可作为确定对豁免的限制和例外的习惯国际法规范或趋势的依据；(c) 第 7 条所覆盖的属事豁免不适用的罪行的识别标准；(d) 豁免及有罪不罚与对豁免的限制和

²² 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 74 和 75 段以及 A/CN.4/SR.3378 号文件所载委员会临时简要记录。

²³ 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 140 段。

²⁴ 见同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 190 至 250 段，和同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 68 至 141 段。

²⁵ 见 A/CN.4/703，第 51 至 61 段和 A/CN.4/713，第 29 至 44 段。

²⁶ 见下列文件中载有的委员会临时简要记录：A/CN.4/SR.3328 至 SR.3331(2016 年)；A/CN.4/SR.3360 至 SR.3365、SR.3378、SR.3387 和 SR.3389(2017 年)。

²⁷ 见简要记录 A/C.6/71/SR.20 和 SR.24、SR.30(2016 年)；以及 A/C.6/72/SR.18、SR.19、SR.21 和 SR.26(2017 年)。

例外理由之间的关系；(e) 在国际刑事法庭中适用的豁免制度对条款草案的可能影响以及各国与法庭合作义务对条款草案可能产生的任何影响。

12. 所有这些问题都在 2016 年和 2017 年提出，但没有找到任何解决办法，从一个五年期转入下一个，因而在这两届会议上就每一问题提出的观点类似。在整个讨论期间，许多委员会成员赞成对属事豁免的限制和例外，少数成员表示保留或反对限制和例外。二者之间显然存在意见分歧。另一方面，也存在着一个广泛的共识，即对属人豁免不应有限制或例外。因此，按委员会的通常惯例，第 7 条草案及其评注经表决而非以协商一致方式通过。

13. 大会第六委员会 2016 年和 2017 年也审议了对外国刑事管辖豁免的限制和例外，大部分发言是 2017 年做出的。各代表团的评论显示出此前在国际法委员会出现的同样的意见分歧，且评论更多地强调对豁免的限制和例外在政治上更加敏感的方面。

14. 首先，应当强调的是，各代表团欢迎一个结论，即对豁免的限制和例外仅适用于属事豁免，而属人管辖豁免则仍具完全可适用性。²⁸ 其次，一些代表团赞成第 7 条草案所述对属事豁免的限制和例外制度。²⁹ 虽然赞成第 7 条草案的观点各有不同，但是显然有必要避免根据国际法禁止对最严重罪行有罪不罚的现象规范与委员会的条款草案之间的矛盾，即在所有情况下都要维护近几十年来国际社会所取得的进展，特别是《国际刑事法院罗马规约》。^{30, 31} 另一方面，有些国家认为不需要关于例外的规定，这是因为他们认为国际罪行永远不能被视为以官方身份实施的行为，³² 而且这一结论不能被理解为是条款草案 7 的一种实质性反对。无论如何，值得注意的是，赞成第 7 条草案的理由不尽相同：有一个国家坚持认为，习惯规范已经存在，³³ 但其他一些国家发现一趋势，可据以证明有理由提出进行逐渐发展。³⁴ 另一些国家进一步表示，对豁免的限制和例外的理由在于必须维护国际社会的基本价值观，³⁵ 也在于存在的强制法规则。³⁶ 对这些

²⁸ 智利、古巴、萨尔瓦多、爱沙尼亚、大韩民国、罗马尼亚、俄罗斯联邦、斯洛伐克、斯洛文尼亚、西班牙、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国。

²⁹ 奥地利、智利、捷克、萨尔瓦多、希腊、匈牙利、意大利、墨西哥、荷兰、新西兰(但倡导注重具体情境的办法)、挪威(代表北欧国家)、秘鲁、葡萄牙、罗马尼亚、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非、乌克兰和越南。

³⁰ 奥地利、萨尔瓦多、爱沙尼亚、新西兰和挪威(代表北欧国家)。

³¹ 《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。

³² 荷兰和瑞士。

³³ 意大利。越南指出，第 7 条草案体现了基于条约的惯例。

³⁴ 奥地利、智利、捷克、希腊、荷兰、秘鲁、斯洛伐克、斯洛文尼亚、南非和西班牙。

³⁵ 萨尔瓦多、希腊、葡萄牙、罗马尼亚和斯洛文尼亚。

³⁶ 葡萄牙和斯洛文尼亚。中国和俄罗斯联邦表达了相反的观点。伊朗伊斯兰共和国、新加坡和美利坚合众国认为，管辖豁免与罪行的严重性无关。

国家来说，第五次报告中所述惯例，以及其中对限制和例外的理由的分析为达成这些结论提供了充足的理由。³⁷

15. 然而，另一些国家坚持认为，国际惯例并未表明存在一项习惯，³⁸ 甚至未表明存在一种可据以确立对豁免的限制或例外的趋势。³⁹ 对这些国家来说，第五次报告述及的惯例不充分或不具有相关性，且其处理造成了方法论上的问题。⁴⁰ 因此，一些国家认为，这使得国际法的编纂不可能进行，而这是他们认为可以接受的在这一专题上的唯一选择。⁴¹ 无论如何，应当指出的是，不认为有充分惯例以就对豁免的限制和例外作出决定的国家似乎也没有寻求实现同样的目标。有一点即可充分说明问题，即其中一些国家只是得出结论认为不可能指出存在一种习惯，并认为委员会提出的任何建议都必须属于拟议法，因此与国际法的逐渐发展相关。其他国家则认为，通过一项诸如第 7 条草案中所载基于第五次报告的条款的条款，是令人无法接受的，委员会需要进一步研究或对惯例作新的分析；⁴² 一个国家建议在委员会就豁免的限制和例外达成的共识之前应暂停对该专题的审议；⁴³ 一个国家建议委员会对该专题的审议应永久中止，直至国家惯例演进且可以清楚地确定是否存在关于属事豁免的限制和例外的习惯。⁴⁴

16. 关于属事豁免不适用的罪行，一些国家支持纳入第 7 条草案第 1 条包含的全部罪行，⁴⁵ 而其他国家支持仅纳入灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪。⁴⁶ 各国对是否纳入侵略罪存在很大分歧。⁴⁷ 此外，一些国家建议纳入其他罪行。⁴⁸ 有一个国家指出，目前不存在可以证明理应纳入任何特定罪行的标准。⁴⁹ 第 7 条

³⁷ 例如，见墨西哥。

³⁸ 澳大利亚、白俄罗斯、中国、法国、德国、印度、爱尔兰、伊朗伊斯兰共和国、以色列、日本、马来西亚、波兰、俄罗斯联邦、新加坡、西班牙、斯里兰卡、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国、美利坚合众国。

³⁹ 澳大利亚、德国、法国、爱尔兰、以色列、日本、俄罗斯联邦和美利坚合众国。

⁴⁰ 白俄罗斯、中国、古巴、法国、德国、印度、印度尼西亚、爱尔兰、伊朗伊斯兰共和国、以色列、马来西亚、波兰、大韩民国、新加坡、西班牙、斯里兰卡、瑞士和美利坚合众国。

⁴¹ 俄罗斯联邦、斯里兰卡和泰国。

⁴² 在这方面，法国建议，应当设立一个工作组，对惯例进行分析。

⁴³ 美利坚合众国。

⁴⁴ 中国。

⁴⁵ 捷克和爱沙尼亚。

⁴⁶ 白俄罗斯、匈牙利、伊朗伊斯兰共和国(在任何情况下均不赞成采用清单)、马来西亚(反对纳入酷刑和强迫失踪)、挪威(代表北欧国家)和斯洛伐克。

⁴⁷ 赞成纳入侵略罪的国家：爱沙尼亚、斯洛文尼亚、葡萄牙和乌克兰。反对：白俄罗斯、捷克、匈牙利和墨西哥。萨尔瓦多建议委员会推迟决定，直到国际刑事法院缔约国大会决定激活法院对这一罪行的管辖权(2017 年 12 月对此采取决定)。

⁴⁸ 德国和荷兰提及奴役和贩运人口问题。

⁴⁹ 德国、日本和美利坚合众国。

草案原先拟议纳入腐败和领土内侵权例外，也是各国分歧所在。⁵⁰ 大体上，各国赞成列入属事豁免不适用的罪行，⁵¹ 尽管一些国家认为应当用仅提及国际法上罪行的灵活措辞代替清单。⁵² 此外，一个国家提议应当删除不适用豁免的罪行清单，代之以不同做法，即规定由谁决定豁免事项、标准为何以及证明标准为何。⁵³ 最后，应当指出，第 7 条草案第 2 段提及的附件得到了若干国家的支持，⁵⁴ 尽管在以下几份方面引发了一些讨论：所提及的条约选择、⁵⁵ 在定义战争罪方面《关于保护武装冲突受难者的日内瓦四公约》未得到提及、⁵⁶⁻⁵⁷ 附件提及条约的批准数量不同、⁵⁸ 而且此类罪行在国内法律中的分类方式各异。⁵⁹

17. 最后，就实质性问题而言，应当提到，参与讨论的国家普遍提及需要在保留豁免以保障各国主权平等原则与维护打击国际法上最严重罪行有罪不罚现象的现有文书之间取得平衡：⁶⁰ 这多次促使各国作出一个普遍的表态，称豁免不等同于有罪不罚。⁶¹ 然而，虽然这一表态几已取得原则宣言的地位，但就这一平衡对豁免限制和例外的规定有何影响的问题，各国却从中得出了不同结论。只需说明，对一些国家而言，这一平衡对于纯属程序性的豁免没有影响，⁶² 而其他国家认为，承认无限制管辖豁免可能在事实上成为有罪不罚的一种形式。⁶³ 其他一

⁵⁰ 美利坚合众国指出，对于不纳入第 7 条草案里两项例外一事，没有引述明确的原因。就腐败而言，一些国家支持不将其纳入第 7 条草案第 1 段，因为它们认为腐败不构成以官方身份实施的行为，因此不在豁免范围内(奥地利、捷克、希腊、匈牙利、意大利、墨西哥、大不列颠及北爱尔兰联合王国和越南)。德国和萨尔瓦多表示，不应纳入腐败，因为这一概念本身没有得到充分明确的定义。奥地利认为腐败不是以官方身份实施的行为，同时提请注意需要设置程序上的保障，以确保国家官员不因腐败罪遭受起诉和因政治原因而受到起诉。关于领土内侵权例外，越南指出应当进一步分析这一问题，墨西哥则总结称无需纳入，因为若使用属地管辖，则这一例外是即有的推定。希腊、意大利和马来西亚也表示反对列入领土内侵权例外，认为这一例外与民事管辖权豁免更具有联系。

⁵¹ 奥地利、古巴、希腊、匈牙利、意大利、罗马尼亚和斯洛伐克。

⁵² 伊朗伊斯兰共和国和荷兰。

⁵³ 新加坡。

⁵⁴ 匈牙利、挪威(代表北欧国家)、罗马尼亚和南非。

⁵⁵ 匈牙利、斯洛文尼亚和西班牙。

⁵⁶ 《关于保护战争受难者的日内瓦四公约》(1949 年 8 月 12 日，日内瓦)，联合国《条约汇编》。第 75 卷，第 970 至 973 号。

⁵⁷ 洛文尼亚。

⁵⁸ 伊朗伊斯兰共和国和斯洛文尼亚

⁵⁹ 马来西亚和斯洛文尼亚。

⁶⁰ 澳大利亚、奥地利、智利、萨尔瓦多、法国、德国、希腊、匈牙利、印度、印度尼西亚、伊朗伊斯兰共和国、以色列、日本、挪威(代表北欧国家)、秘鲁、波兰、葡萄牙、俄罗斯联邦、斯洛文尼亚、南非和越南。

⁶¹ 澳大利亚和俄罗斯联邦。

⁶² 澳大利亚、德国、以色列、荷兰、大韩民国、俄罗斯联邦、瑞士和美利坚合众国。

⁶³ 秘鲁和葡萄牙。

些国家得出结论认为委员会没有明确定义这一平衡，⁶⁴ 或仅是指出各国主权平等原则应当一贯优先。⁶⁵

18. 除刚才提及的问题之外，第六委员会的讨论还特别关注了三个需要强调的方法问题。第一个涉及在委员会工作中逐渐发展与编纂之间的关系。对这方面的关注以两种方式体现在各国的评论之中。首先，一些国家将这两个概念之间有所区别理解为研究中的本专题不包括任何形式的逐渐发展，即仅限于编纂领域；⁶⁶ 另一些国家则认为，委员会的工作应当兼具编纂和逐渐发展。⁶⁷ 第二个关注点更加微妙，主要是一些国家请求委员会明确规定一条规定是属于逐渐发展还是编纂，但不排除提交逐渐发展提议的可能性。⁶⁸ 一些国家还使用“新法”一词来描述不同于逐渐发展和编纂的情况，甚至称委员会使用过其《章程》中未规定的这一做法。⁶⁹ 此外，一些国家利用这些区别来支持它们关于委员会草案最终形式的看法，即认为最终形式应当是条约草案。⁷⁰ 由于这些评论直接涉及委员会的任务和工作方法，委员会不妨今后关注这一事项。

19. 其次，值得注意的是，对需要程序上的保障来防止滥用和对外国官员提出带有政治动机的起诉这一点，各国的讨论与委员会的讨论也是相呼应的。与第六委员会的成员一样，参加委员会讨论的代表团大体认识到需要建立此类保障，部分代表团提到了具体的机制。然而，只有少数几个国家支持在此类保障与对豁免的限制和例外之间建立联系。对此问题的更详尽分析载于本报告第二章，请读者参阅。

20. 然而，各国主要关心的方法问题是委员会暂时通过第7条的方式。应当指出，一些国家表示关切的是，委员会诉诸于投票，⁷¹ 而不是遵循其最近的惯例，指出委员会应当以协商一致方式采取行动。⁷² 然而，还应当指出，一个国家表示，虽

⁶⁴ 澳大利亚和德国。

⁶⁵ 伊朗伊斯兰共和国和斯里兰卡。

⁶⁶ 在这方面，一些国家提请注意需要关注当前法律，以避免混淆，特别是在国家参照当局以条款草案作为指引的情况下(德国、法国、爱尔兰、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国)。

⁶⁷ 智利、萨尔瓦多、希腊、墨西哥、葡萄牙、罗马尼亚和斯洛文尼亚。

⁶⁸ 澳大利亚、奥地利、法国、德国(指出不这样做将有损委员会的合法性)、印度、爱尔兰、以色列、波兰、新加坡、西班牙、瑞士和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

⁶⁹ 中国、俄罗斯联邦、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

⁷⁰ 澳大利亚、德国、苏丹和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

⁷¹ 澳大利亚、奥地利、智利、中国、法国、德国、希腊、印度、印度尼西亚、爱尔兰、伊朗伊斯兰共和国、以色列、意大利、日本、马拉维、马来西亚、挪威(代表北欧国家)、波兰、大韩民国、俄罗斯联邦、新加坡、斯洛伐克、西班牙、斯里兰卡、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

⁷² 澳大利亚、中国、法国、希腊、爱尔兰、马拉维、挪威(代表北欧国家)、斯洛伐克、斯里兰卡和美利坚合众国。一些国家指出，只有在协商一致的情况下，委员会才应当进行逐渐发展。法国建议委员会应当花时间就一读时通过的案文达成协商一致。

然投票不是最理想的方法，但也是委员会可以使用的方法之一。⁷³ 从若干方面看，各国理由对委员会竟需要借助投票来通过第 7 条草案感到关切。例如，一些国家表示，投票反映出委员会成员在一个特别重要的专题上缺乏共识，因此当需要就此问题在第六委员会通过一项立场时，各国面临的使命会变得更为复杂。⁷⁴ 一个国家还表示，这会在负责处理有罪不罚问题的机关和机构当中造成不确定性，从而给解释造成困难，并导致国际法不成体系。⁷⁵ 最后，还有国家表示，投票使人严重怀疑提议的性质是属于编纂还是属于逐渐发展。⁷⁶ 无论如何，应当指出，只有一个国家得出结论称，投票破坏了委员会的声望，有损于其工作和今后的影响力。⁷⁷ 由于各国的关切也影响委员会的工作方法，委员会今后不妨考虑总体决策制度问题，以及针对本议题的具体决策办法。无论如何，特别报告员谨明确一点，投票虽然很少在实践中使用，但绝不可理解为破坏了委员会工作或其决定的合法性。

21. 在结束对就这一专题开展的工作的总结时，应当回顾，自 2013 年以来，委员会就国家官员的外国刑事管辖豁免事项向各国提出多个问题。2014 年，以下国家提交了评论：比利时、捷克、德国、爱尔兰、墨西哥、挪威、俄罗斯联邦、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。⁷⁸ 2015 年，以下国家发送了文稿：奥地利、古巴、捷克、芬兰、法国、德国、荷兰、秘鲁、波兰、西班牙、瑞士和大不列颠及北爱尔兰联合王国。⁷⁹ 2016 年，收到了以下国家的书面文稿：澳大利亚、奥地利、荷兰、巴拉圭、西班牙、瑞士和大不列颠及北爱尔兰联合王国。⁸⁰ 2017 年，以下国家发送了书面评论：奥地利、捷克、法国、德国、墨西哥、荷兰和瑞士。⁸¹ 此外，若干代表团在第六委员会中的发言提到了委员会向它们提出的问题。特别报告员谨感谢这些国家所作的评论，这些评论对委员会的工

⁷³ 葡萄牙。

⁷⁴ 法国、新加坡和斯洛伐克。

⁷⁵ 法国和美利坚合众国。

⁷⁶ 美利坚合众国认为，投票可能给人一种印象，即第 7 条草案既不是编纂，也不是逐渐发展。

⁷⁷ 德国。同样，它申明委员会不是非政府组织，应当达到最高标准。

⁷⁸ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 25 段。委员会请各国在 2014 年 1 月 31 日前提供资料，特别是司法决定，说明国内机构如何定义国家官员的外国刑事管辖豁免情况下的“官方行为”或“以官方身份实施的行为”。

⁷⁹ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 28 段。委员会请各国“在 2015 年 1 月 31 日前提供资料，说明涉及以下问题的国内法律和惯例特别是司法惯例：(a) 在国家官员的外国刑事管辖豁免情况下，‘官方行为’或‘以官方身份实施的行为’的含义；(b) 国家官员外国刑事管辖豁免的任何例外。”

⁸⁰ 《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 29 段。委员会称“希望各国提供资料，说明有关国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外的国内法律和惯例，特别是司法惯例。”

⁸¹ 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 35 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 30 段。问题的文本见下文 42 段。

作十分宝贵。她还欢迎各国今后提出任何其他评论。编写本报告时妥善考虑了这些评论以及各代表团在大会第六委员会口头发言中发表的意见。

22. 本报告以特别报告员提出并经委员会核准的工作方案为基础，述及外国刑事管辖豁免的程序问题。虽然特别报告员意图如前一次报告所宣称的那样，在第六次报告中详尽述及本专题的方方面面，但事实证明这不可能。因此，本报告从审议豁免的程序问题入手，首先分析之前委员会工作对这些议题的处理情况，程序问题如何纳入本专题的总体范围，以及特别报告员在分析程序问题时打算采用的办法，包括指出本标题下应当审议哪些要素(第二章)。此外，本报告述及程序问题的三个组成部分(第三章)，这三个组成部分因为与管辖权具有密切关系而值得关注，即：法院地国当局应在何种情况下考虑豁免(B 节)，受豁免影响的法院地当局行为(C 节)，以及豁免的认定(D 节)。

第一章

国家官员的外国刑事管辖豁免的程序问题： 导言

A. 一般考虑因素

23. 正如 2008 年秘书处备忘录正确指出的那样，相关学理对于国家官员的外国刑事管辖豁免专题的处理传统上关注豁免的实质层面，对于相关的程序问题则仅略加考虑。⁸² 到 2018 年时，情况在很大程度上仍然如此。关于这一专题的专业文献极少涉及豁免的程序问题。同样，程序问题罕受私人编纂工作的关注，特别是国际法学会的编纂工作。国际法学会关于国家官员豁免问题的决议只是明确提及了放弃豁免的问题，并间接提及了承认国家元首豁免的时间问题。⁸³

24. 然而，国家官员的外国刑事管辖豁免的程序问题不容忽视，其重要性也不容低估。必须牢记的是，国家官员豁免与法院地国行使刑事管辖权有关，因此在定义适用于此类豁免的法律制度时，必须考虑多个问题，包括法院地法院审议豁免的时间；受豁免影响的管辖行为或其他行为；必须由哪一个机关根据何种程序确定豁免适用性的问题；援引豁免和援引豁免可以采用的方式；放弃或解除豁免；外国官员和外国国家当局在确定豁免过程中的作用和权利。因此，豁免的程序问题引发的兴趣与日俱增，也并不令人意外。

B. 国际法委员会在关于此专题的工作中处理的程序问题

25. 委员会没有忽视应对豁免的程序问题的必要性。秘书处备忘录进行了初步分析，⁸⁴ 随后前特别报告员科洛德金先生在其第三次，即最后一次报告中通过大

⁸² A/CN.4/596[及 Corr.1](见上文脚注 3)，第 213 段。

⁸³ 见 *Institute of International Law, resolution on immunities from jurisdiction and execution of Heads of State and of Government in international law*, *Annuaire de l'Institut de droit international*, vol. 69 (session of Vancouver, 2001), pp. 742 *et seq.*, 特别是第 6 和第 7 条。可查阅 www.idi-iil.org, *Resolutions*。

⁸⁴ 见 A/CN.4/596[及 Corr.1](见上述脚注 3)，第 213 至 269 段。

量篇幅讨论豁免的程序问题。⁸⁵ 他在报告中分析了上述问题中的三个：审议豁免的时间、援引豁免和放弃豁免。而此前他已在其第二次报告中述及受豁免影响的行为。⁸⁶

26. 现任特别报告员也关注了国家官员的外国刑事管辖豁免的程序问题的重要性。她在其初次报告中讨论了程序问题，于 2012 年将这些问题列入工作计划并提交委员会，⁸⁷ 分析了管辖权的概念，于 2013 年提及可能受豁免影响的行为，⁸⁸ 并于 2016 年提及放弃豁免以及豁免限制和例外与程序性保障之间的关系。⁸⁹ 2017 年，她还向委员会提交了一份题为“供非正式磋商使用的关于程序条款和保障的概念文件”的非正式文件，供其审议。这份概念文件概述了特别报告员打算在随后报告中述及的该专题的各个方面问题，并成为 2017 年 7 月 18 日不限成员名额非正式协商的主题。⁹⁰ 因此，委员会成员已经有机会分享他们的初步想法，评价特别报告员在这一重要专题工作中打算采用的办法。⁹¹

27. 最后，委员会第六十九届会议决定在第二部分(属人豁免)和第三部分(属事豁免)加入脚注，称“委员会将在其第七十届会议审议本条款草案适用的程序条款和保障”，⁹² 这体现了对外国刑事管辖豁免程序问题的重视。

C. 国际法委员会和大会第六委员会关于程序方面的讨论

28. 委员会首次讨论外国刑事管辖豁免的程序方面是在 2011 年，根据的是前特别报告员科洛德金先生的第三次报告。⁹³ 关于程序方面的辩论虽没有关于科洛德金先生同年提交的第二次报告的辩论激烈，但一些委员表示，认为深入审议豁免的程序方面为时尚早，毕竟委员会尚未就第二次报告提到的实质内容达成协议。他们认为，委员会在深究程序方面之前，得确定对豁免的可能例外所持立场，在其看来，必须先探讨豁免的可能例外，才能进一步开展专题工作，但是，委员在

⁸⁵ 见 [A/CN.4/646](#)，第 11 至 57 段。

⁸⁶ 见 [A/CN.4/631](#)，第 38 至 51 段。

⁸⁷ 见特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初次报告([A/CN.4/654](#))，第 69 至 70 段。

⁸⁸ 见特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第二次报告([A/CN.4/661](#))，第 36 至 42 段。

⁸⁹ 见特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士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 245 和 247 段。

⁹⁰ 由于概念文件篇幅过长，本报告未列入全文。委员会秘书处档案存有该文件，如要查阅请与其联系。

⁹¹ 见《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》([A/72/10](#))，第 77 段以及 [A/CN.4/SR.3378](#) 号文件所载委员会临时简要记录。

⁹² 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》([A/72/10](#))，第 140 段。

⁹³ 见同上，《第六十六届会议，补编第 10 号》([A/66/10](#))，第 141 至 203 段。另见 [A/CN.4/SR.3111](#) 和 [A/CN.4/SR.3113](#) 至 [A/CN.4/SR.3115](#) 号文件所载委员会临时简要记录。

豁免的可能例外上莫衷一是。⁹⁴ 在大会第六十六届会议期间，第六委员会也讨论了豁免的程序方面。⁹⁵

29. 过去五年，国际法委员会和大会第六委员会在讨论中多次提到需要审议豁免的程序方面。不过，应当指出，自 2011 年讨论以来，在国家官员的外国刑事管辖豁免的程序方面，委员的目光有所转变，开始关注是否需要设置程序性保障，以防对外国官员的刑事管辖被政治化并遭到滥用。从这个角度来看，(一些委员认为)有待审议的程序方面基本上应由保障外国主权的条款构成。大会第六委员会也逐渐采用了类似的办法。由此可见，对于外国刑事管辖豁免的程序方面产生的兴趣，与保障并加强豁免和国家主权平等原则密切相关。无论如何，都应注意自豁免的程序方面在特别报告员第五次报告(涉及豁免的限制和例外)中被提及以来，这一问题在委员会最近两届会议的有关讨论中占的份额越来越大、受的重视也越来越多。⁹⁶

30. 因此，2011 年曾经提出的例外与程序方面的关系问题再次出现，只是背景情况截然不同。2011 年，一组委员强调，需先就豁免的例外达成共识，再就程序方面作出决定，而在 2016 年和 2017 年，另外一组委员则强调，需先就程序性保障达成共识。此外，在 2011 年，对程序方面的理解是广义的，认为这是与豁免有关的程序性行动与文书；在 2016 年和 2017 年，则基本视之为应向官员所属国提供的程序性保障条款。

31. 然而，需要分析和确立程序性保障，以免出于政治动机提起诉讼、滥用管辖权的现象出现，这不是新的课题。在先前讨论中已有人提出关切，特别报告员本人在第五次报告中表示，“最后，特别报告员希望强调，应结合今后可能建立的适用豁免的程序规则来理解该条草案的适用[不适用豁免的罪行]。尽管这些规则不会改变该条草案关于认定不适用豁免情况的实质性内容，但届时将有可能确立具体的程序性条件，以期确保遵守所有程序性保障措施，保护双方国家和个人”。⁹⁷ 同样，在 2016 年和 2017 年的讨论中，尽管绝大多数委员十分重视程序性保障，但有不少表示赞成对保障措施条款今后再行审议，不考虑将之作为通过豁免的限制和例外条款草案的条件。这些委员还表示支持审议其他与豁免的实施与运作有关的程序方面。

32. 关于程序方面及其与豁免的例外的关系应如何处理，立场有分歧，这在某种程度上反映出委员就是否宜于制定外国刑事管辖豁免的例外或限制这一基本问题持不同立场，特别是在国际法规定的罪行方面。这种情况甚至影响了第 7 条草案的通

⁹⁴ 见《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 160 至 161 段。

⁹⁵ 见秘书处编写的关于大会第六十六届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/650 和 Add.1)，第 13 段。另见 A/C.6/66/SR.18 至 A/C.6/66/SR.28 和 A/C.6/66/SR.30 号文件所载简要记录。

⁹⁶ 关于这一专题，见《大会第七十一届会议正式记录，补编第 10 号》(A/71/10)，第 190 至 248 段，特别是第 247 段；A/CN.4/SR.3330 和 A/CN.4/SR.3331 号文件所载委员会临时简要记录。另见《大会第七十二届会议正式记录，补编第 10 号》(A/72/10)，第 68 至 141 段；A/CN.4/SR.3360 至 A/CN.4/SR.3365 和 A/CN.4/SR.3378 号文件所载委员会临时简要记录。

⁹⁷ A/CN.4/701，第 247 段。

过过程，如上所述，该条款草案于 2017 年以记录表决方式获得通过。许多委员对投票的解释性发言清楚地显示出，针对这一争议问题所持立场不尽相同。⁹⁸

33. 大会第七十二届会议期间第六委员会中的讨论与国际法委员会中的辩论相似。在此方面，应当强调指出，一些国家发表一般性评论意见，说明在开展豁免相关工作时处理程序方面的重要性。⁹⁹ 一些国家提醒需要杜绝对外国官员滥用刑事管辖权或出于政治动机行使刑事管辖权的可能性，¹⁰⁰ 说需要就豁免的限制和例外制定程序性保障，¹⁰¹ 甚至呼吁同时审议此二课题。¹⁰² 不过，其他国家申明，前特别报告员科洛德金先生编写的第三次报告就此已有充分论述。¹⁰³ 两个国家建议，考虑某委员在讨论期间提出的设想(“或起诉或放弃豁免”)也许有用，¹⁰⁴ 一个国家建议，在法院地国和官员所属国之间建立争端解决机制不无裨益，¹⁰⁵ 另外一个国家建议，制定程序性保障，确保在行使管辖权的同时不会损害正当程序保障。¹⁰⁶ 还有一个国家积极回顾了委员会 2017 年 7 月举行的非正式磋商。¹⁰⁷ 各国普遍表示期待收到针对豁免的程序方面撰写的新报告。¹⁰⁸

34. 应当回顾，在每年于“国际法周”期间举行的互动对话上，与会者也展现出对本报告所涉事项的兴趣。因此，特别报告员去年秋天受邀参加互动对话，借机向各国政府的代表介绍了委员会非正式磋商的基础——概念文件的要点，并就今后如何处理国家官员的外国刑事管辖豁免的程序方面与之交换了意见。

⁹⁸ 2017 年 7 月 20 日，国际法委员会第 3378 次会议通过了起草委员会的报告，多位委员在表决前和表决后发表意见并作出解释。墨菲先生、迈克尔·伍德爵士、黄先生、拉吉普特先生和诺尔特先生等投票反对通过条款草案，表示关于限制和例外的条款草案必须连同有关程序性规定一并通过。他们认为，若不知道有哪些程序性保障可供官员所属国用来防止对其官员的外国刑事管辖被政治化并遭到滥用，就不可能对例外作出决定。投票赞成通过报告的委员基本没有提到例外和程序性保障需要同时处理，不过哈穆德先生表示，希望今后有关豁免程序方面的工作能够减轻那些投票反对通过第 7 条草案的人的顾虑。见委员会第 3378 次会议临时简要记录(A/CN.4/SR.3378)。

⁹⁹ 古巴、意大利、罗马尼亚和西班牙。

¹⁰⁰ 奥地利、中国、墨西哥、挪威(代表北欧国家)、秘鲁、新加坡、斯洛文尼亚和瑞士。

¹⁰¹ 奥地利、古巴、爱沙尼亚、德国、希腊、爱尔兰、以色列、日本、马来西亚、墨西哥、新西兰、挪威(代表北欧国家)、秘鲁、新加坡、斯洛伐克、斯里兰卡和美利坚合众国。

¹⁰² 德国、爱尔兰、以色列、荷兰、俄罗斯联邦、斯里兰卡和美利坚合众国。

¹⁰³ 意大利和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

¹⁰⁴ 澳大利亚和新西兰。这涉及诺尔特先生的一条建议，即探讨能否建立一种机制，使官员所属国能要么起诉官员，要么放弃豁免，允许他国起诉官员。特别报告员已将此项建议列入 2017 年 7 月为非正式磋商编写的概念文件。

¹⁰⁵ 奥地利。意在建立国际机制，以防不当起诉外国官员、出于政治动机起诉外国官员。机制可基于施行临时措施制度或基于国际性法院和法庭已在使用的紧急程序。

¹⁰⁶ 墨西哥。

¹⁰⁷ 希腊。

¹⁰⁸ 奥地利、智利、法国、印度、爱尔兰、伊朗伊斯兰共和国、日本、马来西亚、墨西哥、荷兰、新西兰、秘鲁、大韩民国、罗马尼亚、斯洛伐克、大不列颠及北爱尔兰联合王国和美利坚合众国。

D. 程序方面对于处理国家官员的外国刑事管辖豁免的意义

35. 如果以针对外国刑事管辖提出国家官员豁免主张为出发点，那么显然需要分析其中涉及的程序方面。从这个角度来看，委员会为此专题开展的工作若要产生最大效果，就必须充分回答一些明显的程序问题，例如“管辖权”指什么？外国刑事管辖豁免对法院地国的哪些行动造成影响？是否适用豁免的问题由谁裁定？这一裁定有何影响？外国刑事管辖豁免何时开始适用？是否需要援引豁免？谁可援引豁免？怎样以及由谁放弃或取消豁免？放弃或取消豁免对行使管辖权有何影响？怎样确保法院地国与官员所属国之间的沟通？可用哪些机制进行沟通？有无机制可供官员所属国表明法律立场，并让法院地国的法院在裁定豁免是否适用于某一具体案件时予以考虑？怎样促进法院地国与官员所属国之间的国际司法合作与协助？应在何种程度上、通过何种程序考虑与国际性刑事法院合作的义务？在必要时，怎样向官员所属国或国际性刑事法院移交法院地国业已启动的程序。

36. 无疑，研究这些问题具有现实意义。豁免国家官员的问题，是在通过适用不可忽略的规则、原则和程序行使外国刑事管辖权时出现的。但也必须铭记，在本专题中，刑事管辖豁免涉及外国因素(国家官员)，法院对此必须予以考虑，才能决定是否行使管辖权。这就需要掂量各种因素，例如能否认为相关个人属“国家官员”？能否认为可能引发管辖的行为系“以官方身份实施”？所涉官员当时是否正在“行使官方职能”？不考虑官员所属国提供的相关信息，就不能全面评估这些因素。此外，法院地国的法院还必须考虑官员所属国是否有意保护官员的豁免权，这就需要分析豁免的援引、放弃或取消等机制及其影响。官员所属国和法院地国之间若无充分沟通，这一切就绝无可能。

37. 处理所有这些事务时，都应利用程序性安排，以此为法院地国和官员所属国提供确定性，尽量减少政治因素的混入，尽量减少滥用或出于政治原因或目的对外国官员行使管辖权的可能性。对上述问题采取这种程序性手段，可使外国刑事管辖豁免的处理工作具有一定的中立性。还能帮助法院地国和官员所属国之间建立信任，减少造成的影响，即减少国际关系的不稳定。而国际关系的不稳定则常被引作不对豁免予以限制或例外的理由。

38. 对于具体案件，可能有权审理的两个司法管辖区分别是法院地国和官员所属国，如从这两个司法管辖区的主权平等出发来审视豁免，在外国刑事管辖豁免的处理上纳入程序方面也有意义。站在这个角度看豁免，就可以笼统地说，官员所属国的管辖权优于任何外国刑事管辖权，也即官员所属国可向外国刑事管辖部门主张官员享受豁免。在此情况下，豁免只是官员所属国行使管辖权在程序上的一道关。由国际法院在2000年4月11日逮捕证案¹⁰⁹中确立的这一安排要求分析潜在的有关机制，用以确保关于优先行使管辖权的主张得到尊重。

39. 但是，在进行这一分析时，必须在尊重和保障国家主权平等原则和尊重整个国际社会的其他法律原则和价值之间达到平衡。这对属事豁免不适用于第7条草

¹⁰⁹ 《2000年4月11日逮捕证案(刚果民主共和国诉比利时)》，判决书，2002年国际法院案例汇编》，第3页。

案所列国际法上的罪行特别重要，值得从程序角度加以分析。大家似乎普遍赞成要在本专题上达到适当平衡，就得在保障主权平等原则的同时，确保国际社会仍把打击有罪不罚现象作为目标。若果如此，只要管辖权能得到有效行使，原则上就没有什么可以妨碍国家官员享受外国刑事管辖豁免，也没有什么可以妨碍官员所属国优先以被控犯下国际法上的罪行为由起诉官员。现在仅需说一点即可，即例如，若适用公认的国际刑事司法制度基本原则——属地和属人管辖原则，为遏止犯有国际法上最严重罪行的人不受惩处的现象而付出的努力就不会因为适用豁免受到影响。就其原因，正如国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕证案中所称，豁免仅为程序上的一道关而已，且由官员所属国行使刑事管辖权可以推出犯下严重罪行需要承担国际责任。但是，在此情况下，仍有必要分析达到上述双重目标需要哪些程序要素和机制。

40. 为适当确定程序方面对于国家官员的外国刑事管辖豁免所具意义，应当考虑一些国家表示的最后一个关切：需要确保可能受到外国刑事管辖的国家官员享受国际法特别是国际人权法承认的所有程序性保障。诚然，在不适用豁免的情况下，公平审判权正常发挥作用，但在外国主管司法机关就是否适用豁免作出决定之前，官员的某些权利或许仍会受到影响。所以，有必要在专题的这一部分加上一个问题，即须始终保证外国刑事法院正在或试图对其行使管辖权的官员享受的程序性待遇问题。

E. 豁免的程序方面的范围：有待审议的问题

41. 鉴于上述考虑，特别报告员认为，对国家官员的外国刑事管辖豁免的程序方面进行分析的方法应当广泛和全面，并考虑到四个不同但又互补的方面：

(a) 管辖权概念对豁免的程序性影响，特别是确定豁免应开始发挥作用的诉讼时间点、确定可能受到豁免影响的法院地国当局行为，以及审议与确定豁免有关的问题。

(b) 由于其作为手段的性质以及与在特定案件中适用或不适用豁免有直接联系而具有自主程序意义并且作为对官员所属国的第一级保障的程序性要素，特别是援引和放弃豁免。

(c) 最好应归入对官员所属国的程序性保障一类的要素，特别是协助法院地与官员所属国之间交流和协商的机制、从官员所属国向法院地国法院传递信息的机制及其反向机制，以及两国之间可能适用的国际法律合作和援助文书。

(d) 公正审判概念中固有的程序性保障。

42. 秘书处的备忘录和前任特别报告员科洛德金先生的第三次报告分析了前两组问题，本报告已对其给予适当考虑。然而，委员会的工作尚未处理其他问题。为了获得有关上述各种程序方面问题的第一手资料，委员会于 2016 年请各国提供“资料，说明与以下问题有关的国内法律和实践，包括司法实践和行政实践：(a) 援引豁免；(b) 放弃豁免；(c) 国家主管当局在何阶段考虑豁免(调查、控告、起诉)；(d) 在考虑或可能考虑豁免的案件中，行政部门向国内法院转交资料、

法律文件和意见可使用的办法；(e) 在考虑或可能考虑豁免的案件中，国家主管当局可以利用的国际法律援助、合作及磋商机制。”¹¹⁰ 2017 年重申了这一要求。¹¹¹ 迄今为止，奥地利、捷克、法国、德国、墨西哥、荷兰和瑞士已提交书面答复。¹¹² 特别报告员谨向这些国家表示衷心的感谢，并强调她将同样赞赏各国就这些问题提供任何补充资料，这些资料对本专题的工作至关重要。

43. 特别报告员认为，除上述问题外，委员会还应分析另一个具有明确程序性内容的事项：与国际性刑事法院合作的义务可能对国家官员的外国刑事管辖豁免及相关程序产生的影响。虽然委员会专题的范围仅限于对一国刑事管辖的豁免，但由于近年来出现的惯例，最好将这一事项考虑在内。特别报告员的第五次报告提出了这个问题，但仅涉及豁免的限制和例外。¹¹³ 然而，在委员会讨论期间，一些成员指出可以通过更广泛的视角更好地研究这个问题，而不是仅仅涉及豁免的限制和例外。针对这一关切，委员会 2017 年暂时通过的第 7 条草案中未提及与国际性法院合作的问题。¹¹⁴ 特别报告员打算在豁免的程序方面问题的范围内研究这一问题，特别考虑到其与国际法律合作和援助机制的特殊联系。

44. 如上文所述，豁免的各种程序方面问题相互关联，应整体进行分析，但本报告仅研究上文所述的第一组问题，即管辖权概念对豁免的程序方面问题的影响，特别是考虑豁免的时间、受豁免影响的国家行为以及豁免的认定。本报告第二章专门讨论这些问题。

第二章 管辖权概念和程序方面

A. 一般考虑因素

45. 如上文所述，国家官员的外国刑事管辖豁免对具有行使管辖权的一般权限的法院地国法院发生作用，包括在可能受到适用刑事管辖豁免影响的事项方面发生作用。正因为如此，特别报告员在其第二次报告¹¹⁵ 中提到了刑事管辖权的概念，前任特别报告员科洛德金先生此前也同样提及。¹¹⁶ 秘书处以前也在备忘录中研究过这一概念。¹¹⁷

¹¹⁰ 《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 35 段。

¹¹¹ 同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 30 段。

¹¹² 各国提交的书面材料可在委员会网站上查询。

¹¹³ 见 A/CN.4/701，第 156 至 169 段。

¹¹⁴ 特别报告员在其第五次报告中提出的第 7 条草案载有一项“不妨碍”条款，措辞如下：“3. 第 1 款和第 2 款不妨碍：(一) 对法院地国和官员所属国都有约束力的条约中任何规定不适用豁免的条款；(二) 与要求法院地国履行义务的国际法院或法庭开展合作的义务。”(同上，第 248 段)。

¹¹⁵ 见 A/CN.4/661，第 36 至 42 段。

¹¹⁶ 《2008 年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/601 号文件(初步报告)，第 43 至 55 段。

¹¹⁷ 见 A/CN.4/596[和 Corr.1](见上文脚注 3)，第 7 至 13 段。

46. 特别报告员还在其第二次报告中列入了管辖权定义草案，引起了全体会议上的有趣辩论。¹¹⁸ 辩论的重点主要是将该定义列入条款草案是否必要和有益，特别是因为委员会未曾试图在其先前关于管辖权和管辖豁免专题的工作中界定这一概念。然而，委员会的一些成员也就管辖权本身的概念及其适用于本专题的范围发表了意见。¹¹⁹ 管辖权的定义草案已转给起草委员会，起草委员会对此提出了一些意见。¹²⁰ 然而，应当回顾，起草委员会决定将定义草案的具体分析推迟到委员会工作的稍后阶段进行。¹²¹

47. 无论如何，不论起草委员会对定义草案可能采取何种决定，事实仍然是，如果不提及管辖权的概念，就无法研究豁免的程序方面。原因在于这一概念的含义可能会从两个角度影响到豁免的范围：考虑豁免的时间和可能受到适用豁免影响的法院地国当局行为。此外，这两个问题与同样取决于管辖权概念的第三个问题有关：确定有权裁定是否适用豁免的机构。

48. 然而，本报告无意就管辖权概念展开一般性讨论；本报告仅分别研究这三个问题。

B. 时间：何时应该考虑豁免？

49. 由于国家官员的外国刑事管辖豁免具有阻碍行使这种管辖权的效力，国家主管机构应在这一过程的早期阶段考虑是否存在豁免。然而，要界定“早期阶段”的含义并不容易，这表现在任何关于管辖豁免的现有文书中都没有确定其含义。《维也纳外交关系公约》¹²² 和《维也纳领事关系公约》¹²³ 均未载有这方面的规定，《特别使团公约》¹²⁴ 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》¹²⁵ 同样对此问题保持沉默。涉及国家豁免的文书也是如此；《联合

¹¹⁸ 2013 年提出的管辖权概念定义草案如下：“‘刑事管辖’一语，是指根据要行使管辖的国家的法律，为了使法院能够确立并追究因实施被该国适用的法律定为犯罪或不端行为而产生的个人刑事责任，所需的所有形式的管辖、过程、程序和行为。为‘刑事管辖’定义的目的，国家行使管辖的权限的依据与此无关。”(A/CN.4/661, 第 42 段)。

¹¹⁹ 见 A/CN.4/SR.3164 至 A/CN.4/SR.3168 号文件所载的委员会临时简要记录。

¹²⁰ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 45 段。

¹²¹ 见起草委员会主席关于国家官员的外国刑事管辖豁免的声明，可在委员会网站上查阅。

¹²² 《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。

¹²³ 《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。

¹²⁴ 《特别使团公约》(1969 年 12 月 8 日，纽约)，同上，第 1400 卷，第 23431 号，第 231 页。

¹²⁵ 《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)，A/CONF.67/16；或联合国，《1975 年法律年鉴》(出售品编号 E.77.V.3)，第 87 页。

国国家及其财产管辖豁免公约》¹²⁶ 和《关于国家豁免的欧洲公约》¹²⁷ 均未提及这个问题。同样，关于国家(或其官员)管辖豁免的国内法也没有明确规定法院地国法院应考虑豁免的时间点。

50. 关于法院地国法院应考虑豁免的时间点问题，似乎仅在 2001 年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中间接提到。¹²⁸ 该决议第 6 条规定：“一俟知悉其地位，国家当局应向外国国家元首提供其有权享有的不受侵犯权、管辖豁免和执行措施豁免。”然而，应当考虑到，这一条款只提及国家元首(以及延伸到政府首脑)。此外，该条没有具体说明法院地国法院应考虑管辖豁免的诉讼阶段；它只提到法院地国法院知晓有关个人是国家元首的时间点，这一时间点至少在理论上可以在刑事诉讼的任何阶段发生。

51. 确定国内法院应考虑豁免问题的时间点，对于回答这两个问题尤其重要：**(a)** 外国刑事管辖豁免是否适用于在审判开始之前进行的调查行为；**(b)** 应在实际司法阶段的哪个时间点考虑豁免。这两个问题的答案应至少考虑到两个要素。首先是国内程序法的多样性，这使得不可能仅以确定必须考虑豁免的具体程序阶段(如查证、调查、起诉或开始口头诉讼)来提供答案。其次是为确保尊重各国主权平等原则和确保国家官员独立履行职责而在国家“司法管辖机构”行使的豁免的性质和目的。

52. 关于这些问题，值得强调的是，国际法院对豁免制度的先决性质和可能受到豁免影响的法院地国当局行为的类型作出了明确的声明，从而为确定应考虑豁免的程序阶段提供了间接途径。

53. 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”中研究了考虑豁免的时间问题，其中就《联合国特权和豁免公约》¹²⁹ 所述特权和豁免对人权委员会法官和律师独立性问题特别报告员在马来西亚所受起诉的适用问题提供了见解，该特别报告员因在采访中所作发言而遭到审判。法院应联合国经济及社会理事会的请求发表咨询意见，其中指出“豁免问题是……先决问题，必须在诉讼开始时迅速裁决”，并且这种说法是“被普遍承认的程序法原则”，旨在防止“使豁免规则的实质内容失效”。¹³⁰ 在此基础上，法院以 14 票对 1 票

¹²⁶ 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》(2004 年 12 月 2 日，纽约)，《大会正式记录，第五十九届会议，补编第 49 号》(A/59/49)，第一卷，第 59/38 号决议，附件。

¹²⁷ 《关于国家豁免的欧洲公约》(1972 年 5 月 16 日，巴塞尔)，联合国，《条约汇编》，第 1495 卷，第 25699 号，第 181 页。

¹²⁸ 见上文脚注 83。

¹²⁹ 《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 页和第 90 卷，第 327 页。

¹³⁰ 《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议，咨询意见，1999 年国际法院案例汇编》，第 62 及以下各页，特别是第 88 页，第 63 段。

得出结论认为“马来西亚法院有义务将法律诉讼豁免问题作为先决问题，在诉讼开始时迅速裁决”。¹³¹

54. 国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕证案和刑事司法互助的若干问题(吉布提诉法国)案中，在研究受到豁免影响的行为类型问题时，还间接地就考虑豁免的时间问题表明了意见。在 2000 年 4 月 11 日逮捕证案中，法院得出如下结论：“鉴于其职能性质，外交部长在其整个任期内，在国外享有完全的刑事管辖豁免和不受侵犯权。这种豁免和不受侵犯权保护有关个人在履行职责时不受另一国任何权力行为的妨碍。”¹³² 因此，法院确定了可能影响豁免的行为的性质，并将对职能的保护与豁免的行使联系起来，从而表明只有在行使外国刑事管辖有可能妨碍履行职能时，才应考虑豁免。¹³³ 在刑事司法互助的若干问题案中，法院强调了这种做法最明显的后果，申明“评估国家元首豁免是否遭到攻击的决定因素在于国家元首是否受制于约束性权力行为。”¹³⁴

55. 塞拉利昂问题特别法庭在泰勒案中采取了类似的立场。上诉分庭在 2004 年 5 月 31 日裁决中得出结论认为，在发出逮捕令时应考虑管辖豁免问题；不必等到口头诉讼开始或被告人出庭。法庭指出，“坚持要求现任国家元首在提出豁免问题之前必须首先接受监禁，这不仅在很大程度上违背了主权豁免概念的整体宗旨，而且还在不考虑案情实质的情况下对这一概念的例外问题作出了假定，这些问题实际上应当在深入研究豁免要求的案情实质之后予以确定。”¹³⁵

56. 国内法院也对这一事项作出了裁定。虽然惯例不是很丰富，但法院一般倾向于在司法程序的初始阶段考虑豁免，然后才对外国官员采取强制性措施。例如，考虑豁免的情形包括：在摩洛哥国王案、¹³⁶ 菲德尔·卡斯特罗案、¹³⁷ *Lydiene X 夫人诉检察官案*¹³⁸ 和 *Michel X 先生诉检察官案*¹³⁹ 中对官员提起的诉讼；在

¹³¹ 同上，第 90 页，第 67 段。

¹³² 《2000 年 4 月 11 日逮捕证案》(见上文脚注 109)，第 22 页，第 54 段。

¹³³ 法院的以下推理具有启发性：“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……此外，如果一国的外交部长前往或途经另一国时可能面临诉讼程序，仅仅是这种风险也会妨碍其为履行职务而在必要时进行国际旅行。”(同上，第 55 段)。

¹³⁴ 《刑事司法互助的若干问题(吉布提诉法国)》，判决书，2008 年国际法院案例汇编》，第 177 及以下各页，特别是第 237 页，第 170 段。

¹³⁵ 《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-I 号案件，关于管辖豁免的裁决书，2004 年 5 月 31 日》，第 30 段。

¹³⁶ *National High Court of Spain, decision of the Criminal Chamber, of 23 December 1998*. 法院认定对摩洛哥国王提起的诉讼不可受理。

¹³⁷ *National High Court of Spain, decision of the Criminal Chamber sitting in full, of 13 November 2007*. 法院宣布对古巴总统菲德尔·卡斯特罗提起的诉讼不可受理，理由是他享有豁免。法院此前曾在 1998 年和 2005 年裁定了对菲德尔·卡斯特罗提起的两起诉讼。

¹³⁸ *Court of Cassation of France, Criminal Chamber, Judgment No. 12-81676, of 19 March 2013*. 在审查赔偿要求时，调查法官认为存在豁免。然而，宪法法院撤销了调查法官的裁决。

¹³⁹ *Court of Cassation of France, Criminal Chamber, Judgment No. 12-80158, of 17 June 2014*. 在审查赔偿要求时，调查法官认为存在豁免。然而，宪法法院撤销了调查法官的裁决。

卢旺达案¹⁴⁰ 和联邦总检察长办公室诉 *Nezzar* 案¹⁴¹ 中关于起诉官员的问题；在申请对沙乌勒·莫法兹将军发出逮捕令案等¹⁴² 中与逮捕令有关的问题，或在皮诺切特案(第 3 号)、¹⁴³ 彼得·塔切尔诉罗伯特·穆加贝案¹⁴⁴ 和 *Khurts Bat* 案¹⁴⁵ 中提出引渡申请时。有时在上诉阶段考虑豁免，例如在卡扎菲案¹⁴⁶ 和阿里埃勒·沙龙等人案¹⁴⁷ 中。从这些裁决可以推断，对外国官员管辖豁免的考虑与法院地国法院必须对该人作出具有约束力的裁决的时间直接相关。与之相反，似乎偏离这一做法的唯一裁决是在昂纳克案中作出的，该裁决指出“警察或检察官的任何查证或调查[……]将不符合国际法规定的豁免效力。”¹⁴⁸

57. 根据上文所述，必须得出结论认为，首先，法院地国的法院在开始行使管辖权时，必须尽早考虑豁免问题，无论如何必须在就案件实质作出任何判决之前考虑这一问题。这项一般规则使得有可能避免那些可能违反各国主权平等原则、可能对外国官员履行国家职责产生不利影响且在所涉案件中实际上可能会使得管辖豁免完全失效的管辖行为。因此，显而易见，适用上述标准必然意味着有义务至少在对外国官员提出指控时，或在将其移送审判及此后开始口头听讯时考虑豁免问题，因为这些行为总是涉及法院地法院行使管辖权。2017 年，所有回复委员会关于这一事项的问题的国家都在书面评论中提到，在诉讼程序的初期阶段，在通过具有约束力的决定对外国官员施加强制性措施之前，需要考虑其管辖豁免。¹⁴⁹

¹⁴⁰ National High Court of Spain, Investigations Court No. 4, decision on committal for trial of 6 February 2008. 调查法官将卡加梅总统排除在本案的交付审判判决之外，理由是他凭其职位而享有刑事起诉豁免。

¹⁴¹ *A. v. Office of the Attorney General of the Confederation, B and C*. 在瑞士总检察长办公室决定调查此案后，有关人员向上诉分庭提出上诉，上诉分庭考虑了豁免问题，并在 2011 年 12 月 12 日裁决中驳回了上诉人的申诉。联邦刑事法院随后在 2012 年 7 月 25 日判决书(BB 2011 140)中维持了这一裁决。另见瑞士在 2017 年针对委员会的问题提供的书面意见。

¹⁴² Application for Arrest Warrant against General Shaul Mofaz, Bow Street Magistrates' Court (United Kingdom), decision of 12 February 2004 (转载于 *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004) p. 771 et seq.)。

¹⁴³ *Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and Others Ex Parte Pinochet*, (Pinochet No. 3) House of Lords (United Kingdom), Judgment of 24 March 1999 (转载于 *International Legal Materials*, vol. 38 (1999) p. 581 et seq.)。在该案中，裁定涉及针对引渡申请发出的逮捕令。

¹⁴⁴ Judgment of the Senior District Judge of Bow Street of 14 January 2004 (转载于 *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 53 (2004) p. 770)。

¹⁴⁵ *Khurts Bat v. Investigating Judge of the German Federal Court and Secretary of State for Foreign and Commonwealth Affairs (intervening)* Appeal Decision [2011] EWHC 2029 (Admin) [2012] 3 WLR 180, [2011] All ER (D) 293, [2011] ACD 111, ILDC 1779 (UK 2011), 29th July 2011, United Kingdom; England and Wales; High Court [HC]; Queen's Bench Division [QBD]; Administrative Court. 法院根据欧洲逮捕证作出了裁定。

¹⁴⁶ *Gaddafi*, Court of Cassation of France, Criminal Chamber, Judgment of 13 March 2011 (No. 1414)。

¹⁴⁷ *H.S.A. et al. v. S.A et al.*, Court of Cassation of Belgium, decision of 12 February 2003。

¹⁴⁸ *In re Honecker*, Federal Supreme Court (Federal Republic of Germany), Second Criminal Chamber, Decision of 14 December 1994 (case No. 2 ARs 252/84) *International Law Reports*, vol. 80, p. 366。

¹⁴⁹ 见奥地利、捷克、法国、德国、墨西哥、荷兰和瑞士的评论。

58. 至于豁免是否适用于查证或调查阶段，以及国家法院是否因此必须在该阶段考虑这一问题，并没有定论。的确，考虑到各国法律体系中现有的刑事查证和调查模式多种多样，每个国家体系中有权履行这些职责的实体多种多样，不可能有标准答案。可以肯定的是，在这一阶段自始至终会开展许多不同类型的不具约束力的行为，这些行为并不总是被称为管辖行为，也不一定会对各国主权平等原则产生任何影响或妨碍外国官员履行国家职责。在这方面，或可认同希金斯、科艾曼斯和比尔根塔尔法官的看法，他们在 2000 年 4 月 11 日逮捕令(刚果民主共和国诉比利时)一案的联合个别意见中指出，“开始一项可能会成为以后签发逮捕令的根据的调查本身并不违反[外交部长的豁免和不受侵犯]原则”。¹⁵⁰

59. 查证或调查的唯一目的是，查明相关行为以及在适当的情况下随后可能受到法院地国刑事管辖的个人。在对被调查者之一提出指控之前，不会对其实施刑事管辖；作为一项规则，在查证或调查结束之前，或无论如何查证或调查达到非常深入的阶段之前，不会实施刑事管辖。

60. 另一方面，还必须考虑到这样一个事实，即查证或调查可能涉及许多行为和各种各样的人，或许只有其中一人拥有属于这些条款草案范畴内的国家官员地位。因此，如果要求在调查阶段全面、自动适用豁免(对管辖权的一种限制)可能会过分地、毫无根据地限制法院地国行使权力，从而产生一种矛盾的局面，即仅仅因为调查涉及到一名外国官员，法院地国当局就无法调查总体情况(可能涉及各种人员)，但又必须进一步确定这名官员参与相关行为的情况。最后，有必要牢记，在涉及属事豁免的情况下，在不妨碍豁免的情况下开展调查的可能性尤为重要，因为要确定属事豁免是否适用，法院地国当局必须确定一个人是否为一国官员，以及相关行为是否可被视为官方行为，而如果不进行最低限度的调查就无法实现这一点。

61. 因此，似乎不可能得出结论认为从调查一开始就必须考虑和自动适用管辖豁免，即使调查可能涉及外国官员。前任特别报告员科洛德金先生在其第三次报告中表达了类似的看法，他指出，“在许多情况下，刑事程序的初步行动与因豁免而排除的措施无关。在这种情况下，刑事管辖权行使国没有必要审议豁免问题，而且不能将此视为其义务”。¹⁵¹ 一些向委员会提交了书面意见的国家支持这一立场。¹⁵²

62. 但是，这不是一个固定不变的结论。首先，有必要考虑到这样一个事实，即在试图对外国官员提出指控或将其移送审判时，必须始终考虑到管辖豁免，因为这样的做法既是行使刑事管辖权的一种形式，也是必须适用豁免的一种强制性行

¹⁵⁰ 2000 年 4 月 11 日逮捕令(刚果民主共和国诉比利时)，(见上文脚注 109)第 80 页，第 59 段。

¹⁵¹ A/CN.4/646，第 11 段。

¹⁵² 例如，奥地利认为，“为查明案件的情况、确定具体嫌疑人和确证这种怀疑所依据的事实而进行的初步查证尚不构成起诉行为，因此不能就此援引豁免”。法国认为，“在可以依赖豁免之前，法院有时必须确定诉讼事由是否有充分根据。事实上，法院地法院必须确定所指称的事实若得到证实，是否将引起豁免权问题”。另一方面，荷兰认为，可在任何阶段(调查、控告、起诉)援引豁免，而捷克解释说，根据该国《刑事诉讼法》，如果调查涉及可能享有豁免的人，那么调查可能无法进行或必须停止。

为，不论根据法院地国的国内法，提出指控或移送审判是否是查证或调查阶段的终结行为。还必须牢记，在查证或调查阶段，法院地国的法院可能命令对一名外国官员采取临时措施，签发出庭传票或逮捕令。在这类情况下，在查证或调查阶段也必须考虑管辖豁免，因为上述行为(尽管这些行为在严格意义上讲是在提出指控之前或开始口头听讯之前采取的)构成行使管辖权的形式，对该外国官员造成义务，明显具有强制性，并且有可能对其自由履行国家职责产生影响。

63. 简言之，基于上述考虑，可得出结论认为，法院地国的法院必须在下列时点考虑国家官员的外国刑事管辖豁免：(a) 在开始起诉外国官员之前；(b) 在对该官员提出指控或将其移送审判之前；(c) 在明确对该官员采取任何对其施加义务(这些义务如不遵守可能会导致强制性措施，这些义务还可能妨碍该官员适当履行其国家职责)的措施之前，包括在上述措施属于临时性质及可能在查证或调查阶段下令采取的情况下。无论如何，法院地国的法院在此后的一个阶段，特别是在上诉期间也完全可以考虑豁免问题。

C. 实质因素：哪几类行为会受到豁免的影响？

1. 一般考虑因素

64. 在确定可就法院地国当局哪些行为援引豁免，以及法院地国当局哪些行为可能在某些情况下受到豁免制度的影响方面，管辖权的概念也发挥着作用。确定这些行为和确定何时必须考虑豁免问题有一些共同要素，也许是因为这个原因，有时会同时审查这两个方面。但同样肯定的是，有必要单独处理在确定法院地国当局的哪些行为会受到豁免影响过程中涉及的具体方面和具体问题，至少对其中一些行为，即那些外国刑事管辖豁免对其影响可能更具争议的行为而言是这样。

65. 刑事法院在行使管辖权时采取的、可能涉及或直接影响外国官员的最明显措施包括提出刑事指控、传唤作为被调查者出庭或出席确认指控听讯、作出确认指控的决定、移送审判、传唤作为刑事审判被告人出庭、发布法院拘留令，或申请引渡或移交一名外国官员。所有这些行为的司法性质都显而易见，其目的不外乎是使法院地法院能够对特定的人(在这种情况下是该外国官员)行使管辖权，以便决定此人是否负有刑事责任。这些行为总是必然意味着行使管辖权，因此，上述行为必然受到国家官员外国刑事管辖豁免的影响。

66. 此外，各种国际文书也支持这样的解释，这些文书中明确规定，文书中提到的国家官员不受执行措施的约束，其不受侵犯权必须得到尊重。《维也纳外交关系公约》就是这类文书的一个良好示例，其中规定，“外交代表人身不得侵犯”，¹⁵³以及“对外交代表不得为执行之处分”。¹⁵⁴ 在这方面，还应提到国际法学会关于

¹⁵³ 《维也纳外交关系公约》，第 29 条。类似的措词载于《特别使团公约》，第 29 条；《维也纳关于国家在其对普通性国际组织关系上的代表权公约》，第 28 和 58 条；规定更细致入微的《维也纳领事关系公约》，第 45 条，第 1 和 2 款。

¹⁵⁴ 《维也纳外交关系公约》，第 31 条，第 3 款。《特别使团公约》第 31 条和《维也纳关于国家在其对普通性国际组织关系上的代表权公约》第 30 条和第 60 条第 2 款中也有类似的表述。

国际法中国家元首和政府首脑管辖豁免和执行豁免问题的决议。¹⁵⁵ 无论如何必须指出，所引述的例子仅指属人豁免的情况。

67. 但是，正如特别报告员的第二次报告指出，¹⁵⁶ 在实践中有可能发现法院地国当局的若干种行为可能对外国官员及其拥有的外国刑事管辖豁免产生影响。这些行为可分为三类：

(a) 本质上属于行政性质，但并不总是与法院活动无关的行为。在这一类中，举例来说，应提到作为法院地国领土内警方行动的一部分或根据国际逮捕令拘留一名外国官员，或在国际警务合作系统中登记搜查证或逮捕令。

(b) 虽然被描述为具有司法措施的性质并由司法机构发布，但通常的目的是对第三人而不是对一名外国官员行使刑事管辖权的行为。在这种情况下，必须特别提到传唤出庭作证，或下令向法院地法院提供该官员所掌握信息等。

(c) 可能由法院地法院在对某人(可能是外国官员)行使管辖权时下令实施，但本身并不是为了确定此人责任的行为。这些是出于各种目的的临时措施：首先是确保此人在整个诉讼过程中一直处于司法机构控制下；其次，如果确定此人负有刑事责任，确保法院可利用其资产来承担因刑事定罪而产生的民事赔偿责任；第三，确保法院可利用构成重要犯罪工具或要素、法院因此拥有处置权的资产。

68. 无法像对待之前几段中所讨论的行为那样，简单、自动地回答这些行为是否受到外国刑事管辖豁免影响的问题。相反，这些行为是否受到豁免影响将取决于若干必须逐一考虑的问题，即：(a) 管辖豁免与不受侵犯权的区别；(b) 该官员的人身与被寻求扣押的资产分离；(c) 措施的约束力和强制性及其对该外国官员履行职责的影响。必须结合属人豁免和属事豁免的区别，考虑所有这些因素。

2. 拘留

69. 鉴于上述标准，首先需要审查导致拘留或逮捕一名外国官员的行为，特别是当拘留在法院地法院审理的刑事诉讼背景下进行并且是行政行为的结果时。这种情况下出现的问题与刑事管辖豁免没有严格意义上的关系，而与某些官员的不受侵犯权有关。这种不受侵犯权在各国际条约中有所体现，主要保护根据国际法享有某种形式的属人豁免的人，尤其是外交人员、特别使团成员、国际组织代表或国家在国际组织或会议的代表。¹⁵⁷ 履行“外交信使”职责的国家官员也享有这种不受侵犯权 and 不受拘留或逮捕权，¹⁵⁸ 原因显然是为了确保其能够自由履行职责。然而，在所有上述情形中，不受拘留权都源于此人的不受侵犯权而不是刑事

¹⁵⁵ 见上文脚注 83(特别见决议第 1 和 4 条)。

¹⁵⁶ [A/CN.4/661](#)，第 37 和 38 段。

¹⁵⁷ 见《维也纳外交关系公约》，第 29 条；《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 58 条；规定更细致入微的《维也纳领事关系公约》，第 41 条，第 1 和 2 款。

¹⁵⁸ 见《维也纳外交关系公约》，第 29 条，第 5 款；《特别使团公约》，第 28 条，第 2 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 27 条，第 5 款。

管辖豁免。因此，有必要提请注意这样一个事实，即迄今为止对这一问题作出规定的各项条约都是将不可侵犯权和管辖豁免分开述之。¹⁵⁹

70. 或可引申得出一个结论，即这种不受侵犯权也适用于国家元首、政府首脑和外交部长。从《特别使团公约》中可推断出这一结论，其中规定，国家元首、政府首脑和外交部长在参加特别使团时，享有《公约》中提及的便利、特权和豁免，包括不受侵犯权与不受逮捕和拘留权。¹⁶⁰ 此外，国家元首、政府首脑和外交部长的不受侵犯权本身是一项习惯法规则。国际法学会 2001 年关于国际法中国家元首和政府首脑管辖豁免和执行豁免问题的决议似乎也确认这一点。¹⁶¹

71. 最重要的是，国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕令案中明确确认了外交部长的不受侵犯权，法院在该案中认为，“鉴于其职能性质，外交部长在其整个任期内，在国外享有充分的刑事管辖豁免和不受侵犯权。这种豁免和不受侵犯权使有关个人在履行职责时不受另一国家任何权力行为的妨碍”。¹⁶²

72. 在该案中，法院明确指出，外交部长在建立和维持国际关系方面履行的特殊职责要求这种不受侵犯权，如果他或她遭到拘留，或者在国外旅行时受到被拘留的威胁，就不能履行这些职责。因此，自由履行这种职责这一概念似乎构成现任国家元首、政府首脑和外交部长的不受侵犯权的基石，在其以官方或私人身份旅行时，不受侵犯权保护其不受外国当局任何形式的逮捕或拘留。必须保证这些人自由行使职责这一点如此重要，以至于《维也纳领事关系公约》规定，在领事官员及其他领馆人员一般不享有不受侵犯权和充分的不受逮捕或拘留权的情况下，¹⁶³ 任何针对他们的刑事诉讼程序必须尽量避免妨碍其履行职责，¹⁶⁴ 并且必须将其被拘留一事通知官员所属国当局。¹⁶⁵

¹⁵⁹ 《维也纳外交关系公约》就是这种情况，该公约在第 29 条提到外交代表的人身不受侵犯权，在第 31 条提到其豁免。第 31 条第 3 款中尤其明确地对这两个类别作了区分，其中规定，“对外交代表不得为执行之处分，但关于本条第一项(a)、(b)、(c)各款所列之案件，而执行处分复无损于其人身或寓所之不得侵犯权者，不在此限”。类似措词见《特别使团公约》，第 29 条和 31 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、30、58 和 60 条；《维也纳领事关系公约》，第 41 和 44 条。国际法学会 2001 年的决议(见上文脚注 83)也体现了不受侵犯权和豁免之间的区别，其第 1、2 和 3 条将这两个类别分而述之。此外，该决议第 15 条第 1 段中明确确立了这样的区别，其中规定，“外国政府首脑享有不可侵犯权和管辖豁免权，与本决议所承认的给予国家元首的那些权利相同。本规定不妨碍政府首脑享有的任何执行豁免权。”

¹⁶⁰ 见《特别使团公约》，第 21 条。

¹⁶¹ 见上文脚注 83。其中第 1 条规定，“在一个外国领土内，国家元首本人不可侵犯。在该领土内，他或她不得受到任何形式的逮捕或拘留”。该决议第 15 条第 1 段规定，“外国政府首脑享有不受侵犯权和管辖豁免权，与本决议所承认的给予国家元首的那些权利相同”。

¹⁶² 2000 年 4 月 11 日逮捕令(刚果民主共和国诉比利时)，判决书，(见上文脚注 109)第 27 页，第 54 段。

¹⁶³ 《领事关系公约》第 41 条第 1 和 2 款、71 条和 72 条中明确规定了涉及上述官员的不受侵犯权和不受逮捕或拘留权的多项规则。

¹⁶⁴ 见该公约第 41 条第 3 款、第 44 条第 2 款、63 条和 71 条。

¹⁶⁵ 见该公约第 42 条。

73. 但是，在国际条约法或习惯国际法中，不可能找到任何规则确认享有属事豁免的国家官员的不受侵犯权。国际案例法也没有直接适用任何此类规则，因为国际法院的结论，特别是在 2000 年 4 月 11 日逮捕令一案中的结论，其所提及的是与属人豁免有关的事项。因此，必须得出结论认为，属事豁免仅在下述情况下保护外国官员不受拘留：依照法院命令实施的拘留，如上文所述，构成受刑事管辖豁免影响的一种行使管辖权行为。在这种情况下，主管法院在签发拘留令之前，将不得不考虑豁免问题并就此作出裁定。

74. 相反，当拘留只是在法院地国法院行使刑事管辖权的背景下实施的纯粹行政行为时，豁免规则并不适用。显然，虽然可以对这种措施的不友好性质提出反对，可以质疑它对于法院地国和官员所属国之间良好关系的影响，可以提出拘留外国官员是否违反国际法其他规则(特别是但不仅限于国际人权法律规则)的问题，但严格地说，国家官员的外国刑事管辖豁免规则与这类拘留毫无关系。无论如何，这一结论并不以任何方式对随后在行使管辖权的背景下审议豁免问题产生不利影响。因此，必须考虑到，在被拘留的外国官员可能为回应人身保护请求在法院出庭后，法院将别无选择，只能审议管辖豁免是否适用，因为所涉行为对该官员具有约束力并施加了强制性措施。

75. 如果没有法院地国法院签发的逮捕令，而是由于国际司法合作和援助机制或在国际警务合作系统中登记的国际逮捕令而进行拘留，则情况更加复杂。在这种情况下，无论外国刑事管辖豁免问题是否出现，享有任何形式的属人豁免者的不受侵犯权都毋庸置疑。但是，如果外国官员仅享有属事豁免，并根据第三国主管司法机关签发的逮捕令而被拘留，答案就没那么简单。

76. 虽然在这种情况下，很难在法院地法院不以任何形式参与的情况下进行拘留，但只要存在出现这种情况的可能性(例如，设想在边境拘留的情况)，就有必要审视国际警务合作数据库中信息的登记以及管辖豁免在多大程度上可能影响这种登记。这促使国际刑事警察组织(国际刑警组织)在该组织法律处主任致编纂司的一封信中，表达了对这一专题的兴趣。¹⁶⁶

77. 国际刑警组织为履行职责，维护着一个该组织秘书长与各成员国设有的国家中心局之间的安全通信网络。这一网络可能包括“红色通告”(根据请求国的法庭裁判对某人签发的逮捕令)、“蓝色通告”(收集关于某人身份、居住地点和其他相关数据信息的请求)和“信息通告”(关于当前调查的一般信息，不要求对某人采取具体行动)。根据国际刑警组织提供的信息，该组织有时会审议外国官员，特别是国家元首、政府首脑和外交部长的外国刑事管辖豁免问题。该组织在审议时遵照国际规则和案例法，并依据该组织章程第 3 条，¹⁶⁷ 其中要求该组织以非政治的方式履行职责。所遵循的惯例似乎视该组织数据库中录入的通告类型(红色通

¹⁶⁶ 这封 2010 年 5 月 7 日的信已列入委员会秘书处档案。

¹⁶⁷ 《国际刑事警察组织章程》(维也纳 1956 年)，I/CONS/GA/1956(2017)，可查阅：<https://www.interpol.int/About-INTERPOL/Legal-materials/The-Constitution>

告、蓝色通告或信息通告)而有所不同,似乎还考虑到享有属人豁免的人员和享有属事豁免的人员之间的区别,以及请求录入通告的国家当局所进行的诉讼类型。

78. 就本文审议的事项而言,国际刑警组织不会在其数据库中登记,也会从中删除对现任国家元首、政府首脑或外交部长的逮捕令,因为这些逮捕令要求对享有属人豁免的国家官员采取强制性措施。虽然国际刑警组织提供的信息没有明确提及就享有属事豁免的国家官员所遵循的惯例,但必须提到,国际刑警组织曾根据有关国家提供的资料,从其数据库中删除了此前通过法国法院递交的对赤道几内亚副总统特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼戈先生的国际逮捕令。¹⁶⁸ 因此,该组织似乎遵循了这样的规则,即不在红色通告中列入,或会从中删除有关国家对其豁免存在争议的人员的信息。但是,国际刑警组织似乎会在其信息数据库(信息通告)中保留有关国家官员的、可能会有助于警务人员之间为调查交流信息的数据。

79. 无论如何,必须注意法院地国和官员所属国之间国际司法合作的信息记录程序的重要性,这个问题将在第七次报告中加以审议。

3. 作为证人出庭

80. 与逮捕或拘留外国官员一样,在所涉官员作为证人出庭时,国际条约法仅确定适用于享有属人豁免的官员的规则。必须指出,《维也纳外交关系公约》第 31 条第 2 款规定,“外交代表无以证人身份作证之义务”。《特别使团公约》¹⁶⁹ 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》中也有内容完全相同的条款。¹⁷⁰ 虽然《维也纳领事关系公约》阐述了领事官员可能被要求作为证人出席的可能性,¹⁷¹ 但它确定了基本基于三个领事职能保障的模式:(a) 领馆人员“就其执行职务所涉事项,无担任作证或提供有关来往公文及文件之义务”;¹⁷² (b) 在领馆人员不得不作证时,“要求领事官员作证之机关应避免对其执行职务有所妨碍”;¹⁷³ (c) 如领事官员拒绝作证,“不得对其施行强制措施或处罚”。¹⁷⁴

81. 但是,不可能找到规定了上述公约未涵盖的国家官员作为证人出庭的一般规则的国际条约法或习惯国际法规则,即使是在涉及国家元首、政府首脑或外交部

¹⁶⁸ 如有待国际法院审结的豁免和刑事诉讼(赤道几内亚诉法国)案中提交的《赤道几内亚的诉状》所述(见《赤道几内亚共和国的诉状》,第一卷,第 37 页,第 3.44 段,以及第二卷,附件 17)。

¹⁶⁹ 第 31 条第 3 款。

¹⁷⁰ 第 30 条第 3 款和第 60 条第 3 款。

¹⁷¹ 第 44 条第 1 款。

¹⁷² 第 44 条第 3 款。领馆人员并有权拒绝以鉴定人身份就派遣国之法律提出证言。

¹⁷³ 第 44 条第 2 款。

¹⁷⁴ 第 44 条第 1 款,公约还规定,在可能情形下领事官员可在领馆或其寓所录取证言,或提供书面陈述。

长的情况下也是如此。与豁免相关的国家法律也不载有关于该问题的任何具体的一般性条款。¹⁷⁵

82. 但是，这种情况并未妨碍国际法院在“法国某些刑事诉讼程序”(刚果共和国诉法国)和“关于刑事互助中的某些问题”(吉布提诉法国)这两起案件中就该问题作出裁决。

83. 第一起案件涉及刚果共和国就在法国司法程序中起诉一名内政部长向法院提起的诉讼，该部长被控犯有据称在履行其维持法律和秩序的责任期间犯下的各种罪行。在这一背景下，法国法院要求萨索·恩格索总统出庭作证。刚果共和国以他享有管辖豁免提出反对。虽然由于刚果共和国撤回申请，法院最终没有就案情作出裁决，但法院仍然通过了一项命令、拒绝采取该国要求的临时措施，理由是法院认为作为证人出庭的申请并非不可逆转地损害刚果共和国总统的管辖豁免权。¹⁷⁶ 还必须强调的是，在诉讼程序中，就临时措施而言，法国和刚果共和国都承认，传唤出庭作证不一定违反豁免规则。具体而言，刚果共和国表示，“不能排除法官可能主动将萨苏·恩格索总统纳入其调查的可能性，特别是因为[共和国检察官撰写的]起诉书所依据的文件提到了萨苏·恩格索总统”。¹⁷⁷

84. 法院在“关于刑事互助中的某些问题”一案中得出的结论更为明确，因为在对要求吉布提总统出庭作证的传唤作出裁决时，法院发现“法国调查法官于 2005 年 5 月 17 日向吉布提共和国总统发出的传唤与[……]约束措施无关联；事实上，该传唤不过是一份国家元首可以自由接受或拒绝的作证邀请而已。因此，法国未侵犯国家元首享有的刑事管辖豁免权，因为未对国家元首施加与调查‘博雷尔’案有关的义务”。¹⁷⁸ 为了得出这一结论，法院依据了其早先在前文所引述的“2000 年 4 月 11 日逮捕证”一案中的判决；为了确定法院地国司法当局采取的措施是否受到管辖豁免的影响，该案的判决强调该等措施具有约束力。

85. 可以看出，国际法院在本案中的调查结果并不取决于承认国家元首拥有不得被传唤出庭作证的抽象权利，而是取决于承认他没有义务作证。因此，如果有关措施具有约束力并且不遵守该等措施可能引发对国家元首采取强制措施，那么，向国家元首发出的以便他或她可以提供证据的出庭作证传唤将受到外国刑事管辖豁免的影响。在这起案件中，法院再次首先考虑了国家元首作为享有特殊尊严的个人和作为国家的国际代表的特殊地位，因此似乎没有任何理由不将同样的规则沿用于政府首脑和外交部长。故须得出结论认为，传唤国家元首、政府首脑或

¹⁷⁵ 但是，《关于外国、位于西班牙或在西班牙设有办事处的国际组织以及在西班牙举行的国际大会和会议的特权和豁免的西班牙法》(2015 年 10 月 27 日第 15/2015 号组织法)规定，现任国家元首、政府首脑和外交部长没有义务在西班牙法院出庭作证(第 22 条第 2 款)。

¹⁷⁶ “法国某些刑事诉讼程序”(刚果共和国诉法国)，临时措施，2003 年 6 月 17 日命令，《2003 年国际法院案例汇编》，第 102 页及以下各页，特别是第 109 页和第 110 页，第 30-35 段。

¹⁷⁷ 同上，第 32 段。

¹⁷⁸ “关于刑事互助中的某些问题”(吉布提诉法国)，(见上述脚注 134)，第 237 页，第 171 段。

外交部长作为证人出庭的具有约束力的任何措施都会受到外国刑事管辖豁免的影响。

86. 相反，对于针对仅享有属事豁免的其他外国官员的传唤，似乎不可能自动得出同样的结论。在这种情况下，还必须考虑传唤的目的。鉴于这类豁免与“以官方身份实施的行为”密切相关，只有在针对外国官员的出庭作证传唤具有约束力并且他或她的证词触及这类行为的情况下，传唤才受到豁免的影响。

87. 要求为其提供证词的行为的性质与将国家官员持有的信息或文件交给法院或交由后者处置的要求高度相关。同样在这种情况下，由于上述原因，法院地法院针对享有属人豁免的个人所采取的措施将自动受到该豁免的影响。相反，在属事豁免情形下，则必须假定，只有在外国官员持有的文件是官员所属国的文件且他或她是以国家官员的身份持有文件的情形下，交出文件才会受到外国管辖豁免的保护。¹⁷⁹ 在这起案件中，这显然是在某些情况下可能受到不可侵犯性国际规则保护且可毫无疑问地被称为官方文件的国家信息或文件(并且因此可比照视为“以官方身份实施的行为”)。然而，即使这些规则不能适用于某一文件，如果要求具有约束力并且可能意味着针对该官员采取强制措施，或者如果要求提供信息或交出文件与官员以官方身份实施的行为有关，那么让国家官员交出文件或提供有关这些文件的信息的要求可能会受到属事管辖豁免的影响。¹⁸⁰

88. 虽然涉及国际性法庭的活动，但前南斯拉夫问题国际法庭在“布拉斯基奇”案中就要求克罗地亚及其国防部长提供有关该案的信息并出具有关该案的文件一事得出的结论以及随后要求国防部长出庭的命令(携带书证出庭传票)可能具有重要意义。针对克罗地亚提出的上诉，上诉分庭认为，“根据一般国际法和《规约》本身，法官或审判分庭均不能对国家官员发出”要求出具此类文件的“约束性命令”。¹⁸¹ 在提到国家有权决定其内部结构后，¹⁸² 它补充说，“毋庸置疑，作为此等[与法庭合作]义务的接收方，各国在确定义务履行的负责人和方法方面有一定的选择权或空间。应当由每个国家确定有能力执行命令的内部机关”。¹⁸³ 但

¹⁷⁹ 《维也纳外交关系公约》第 24 条规定，“使馆档案及文件无论何时，亦不论位于何处，均属不得侵犯”。另见《特别使团公约》(第 26 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 2 条和第 55 条)和《维也纳领事关系公约》(第 33 条和第 61 条)。

¹⁸⁰ 关于这一问题，似宜牢记，有些国家的豁免法规定，外国可能不会因未能交出法院地国法院要求其或其某名官员交出的文件而成为被处罚的对象。见《国家豁免法》(联合王国，1978 年)第 13 节第 13 分节(1);《国家豁免法令》(巴基斯坦，1981 年)第 14 条第 1 款;《外国国家豁免法》(澳大利亚，1985 年)第 39 节;《国家豁免法》(加拿大，1985 年)，第 13 节;《国家豁免法》(新加坡，1979 年，2014 年)第 15 节第(1)分节;《日本关于外国的民事管辖法》(日本，2009 年)，第 15(1)节;和第 16/2005 号组织法(西班牙，2009 年)，第 56 条第 1 款。

¹⁸¹ “检察官诉蒂霍米尔·布拉斯基奇”案，前南斯拉夫问题国际刑事法庭，上诉分庭，案件编号 IT-95-14，1997 年 10 月 29 日关于克罗地亚共和国要求审查第二审判分庭 1997 年 7 月 18 日裁决的判决书，第 43 段。

¹⁸² 同上，第 41 段。

¹⁸³ 同上，第 43 段。法庭不仅提请注意其裁决的法律依据，而且提请注意裁决的实际理由，特别是因国家可能禁止被传唤的官员出庭所造成的困难，以及尽管国家愿意与法庭合作、但被传唤的官员可能不出庭的风险(同上，第 44 段)。

是，这并不妨碍它得出结论认为，法庭也可以通知国家官员已向国家发送要求出具文件的命令，以便知悉。¹⁸⁴

89. 最后，必须强调的是，与国家官员作为证人出庭以及法院要求出具文件(或有关此等文件的信息)有关的事宜也引起与法院地国和官员所属国合作有关的问题以及与保障公平审判有关的问题，这些问题必须在第七次报告中加以审查。

4. 预防性措施

90. 应考虑的最后一类行为是法院在刑事审判中(包括在陪审团正式起诉或检察官公诉个人之前)采取的预防性措施。通常情况下，这些措施可能会影响外国官员的行动自由(扣留护照或其他旅行证件，命令其定期在法院地国法院或当局出现)或扣押该官员可能位于法院地国领土上的财产。同样，对于这种行为是否受豁免影响这一问题，需要根据我们所涉及的是推定的属人豁免还是属事豁免而做出不同的回答。

91. 关于已经提及的影响官员人身的预防性措施，不可能找到适用于这些措施的特殊规则或国家惯例。但是，可以比照上述关于拘留或逮捕的考虑因素适用这些措施，因为，尽管这些措施显然不会导致剥夺该官员的自由，但它们确实具有类似的效力，因为官员的行动自由大幅度减少，并且排除了离开法院地国领土的可能性。

92. 然而，对涉及扣押外国官员财产的预防性措施的分析则更为复杂。同样，在这起案件中，必须区分涉及适用属人豁免和适用属事豁免的不同情况。

93. 在属人豁免的情况下，首先应该记得，规制任何类型属人豁免的公约通常包含一项禁止对享有此等豁免的人采取执行措施的规定，包括禁止扣押外国官员的财产。例如，《维也纳外交关系公约》第 31 条第 3 款规定，“对外交代表不得为执行之处分，但关于本条第一项(a)、(b)、(c)各款所列之案件，而执行处分复无损于其人身或寓所之不得侵犯权者，不在此限。”¹⁸⁵ 此外，这些规定同时申明官员个人住所、邮件和财产的不可侵犯性。¹⁸⁶

94. 虽然上文提到的条款涉及属于这些条款草案范围之外的属人豁免的特殊制度，但似乎没有理由阻止同一规则适用于国家元首、政府首脑和外交部长的财产。在这方面，国际法学会在 2001 “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”中就此问题采取了立场，承认“执行豁免”；¹⁸⁷ 同时建立一个适用于国家元首或政府首脑财产的特别制度，根据该制度，“属于国家元首本人且位于外国领土上的财产不得受制于任何执行措施，除非是为了使对该国家元首作出

¹⁸⁴ 同上，第 45 段。

¹⁸⁵ 《特别使团公约》(第 31 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 30 条和第 60 条第 2 款)中也有类似的规定。

¹⁸⁶ 见《维也纳外交关系公约》，第 30 条；《特别使团公约》，第 30 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 29 和 59 条。

¹⁸⁷ 见上文脚注 83(决议第 6 条)。

的最终判决生效。在任何情况下，当国家元首身在外国领土上行使官方职能时，不得对此等财产采取任何执行措施”。¹⁸⁸ 尽管如此，这种预防性制度并不妨碍法院地国“对[此等财产]采取必要的临时措施，以维持对[财产]的控制，而占用的合法性则仍未充分确立”。¹⁸⁹ 另一方面，还必须指出，有关国家豁免的一些法律中含有有关国家元首、政府首脑和外交部长财产不可侵犯性或执行豁免的类似规定。¹⁹⁰

95. 然而，对于享有属事豁免的个人而言，对策必须更加微妙。首先，关于影响行动自由的措施，毫无疑问原则上这类措施对外国官员施加义务，并且构成强制措施。因此，如果执行这些措施妨碍外国官员履行其国家职能，则这些措施可能会受到刑事管辖豁免的影响。但需要逐案对此进行分析。

96. 关于扣押财产作为预防性措施，答案则需要经过更详细的分析，必须考虑所涉财产是属于该官员的财产还是由该官员保管的国家财产；在后一种情况下，还需考虑所涉财产是否受国家豁免权保护。如果财产是国家财产，那么根据规定外交馆舍及其附属财产的不可侵犯性和豁免权的一般性条款或特殊条款，扣押此等财产的命令(即使是作为预防性措施)原则上无疑可能侵犯国家豁免权。但是，对于属于该官员的财产，难以确定扣押或没收财产的命令是否受豁免影响，因为很难断定此等措施是针对国家官员个人的强制措施，也很难断定此等措施妨碍该官员适当履行其国家职能。在这方面，特别报告员希望提请注意前特别报告员卡洛德金先生在其第二次报告中对“扣押……个人财产，特别是银行账户(例如用于非法操作的账户)或汽车(例如用于实施被指罪行的汽车)是否合法？”这一问题的答复；他写道：“这些行为看来是合法的。”¹⁹¹

D. 豁免的确定

97. 在管辖权概念方面我们必须分析的最后一个一般性问题涉及豁免的确定，特别是查明有权审议和决定外国官员可享有的刑事管辖豁免适用情况的法院地国国家机关。

98. 首先，鉴于适用管辖豁免将具有使合法管辖权不得实施的效力，似乎显然可以得出结论认为，这一确定权属于拥有此合法管辖权的特定机关。¹⁹² 因此，法院地国法院有权就此事项给予明确意见，不过司法机构以外的机关(如检察官)若负

¹⁸⁸ 同上，第4条第1款。

¹⁸⁹ 同上，第4条第2款。

¹⁹⁰ 见《外国国家豁免法》(南非，1981年)，第14条第1款；《外国国家豁免法》(澳大利亚，1985年)，第30条；《国家豁免法》(加拿大，1985年)，第12条；和第16/2015号组织法(西班牙，2015年)，第21条第2款和第22条第1款。

¹⁹¹ A/CN.4/631，第42段，附注92。

¹⁹² 因此，比如从奥地利、捷克、法国、德国、墨西哥、荷兰和瑞士提交的书面意见可推断出如下合乎逻辑的后果，即各司法机构在行使管辖权前必须确信其对此具体案件有管辖权。法国在“刑事事项互助的若干问题”案(见前注134)中表达了这一观点，称这一决定应由“各国的司法系统”在逐案基础上作出(第189段)。尽管法院在驳回吉布提就检察长和国家安全局局长的豁免提出的权利主张时没有就此论断作出明确裁决，法院称并没有向法院“‘具体证实’法国签发的由律师代表的证人传票所针对的行为事实上是国家机关职责范围内的行为”(第191段)。这带来的必然结果是认可有管辖权的法院(即国际法院本身)有权决定要求适用管辖豁免的各项要求是否已得到满足。

责调查或初步程序，在履行其职能时出现涉及上一节讨论的受豁免影响的任何行为的豁免问题，则这些机关也可能就此作出决定。¹⁹³ 无论是何种情况，都必须考虑到在大多数情况下均可就这些机构的决定诉至法院，而法院必须就此事作出终审裁决。¹⁹⁴ 无论如何，对于将法院地国法院作为主管机构一事应笼统地加以理解，因为对某一具体案件的决定权完全取决于法院地国司法结构(法院的组织)和诉讼法规定的上诉制度。

99. 申明法院地国法院有权确定豁免并不必然暗示其他国家机关或当局不能对此发表意见，并和法院一道采取行动解决豁免问题。国家机关和法院的此类合作可以采取不同形式，包括通过正常渠道提出上诉，或诉诸为管辖豁免问题而专门设置的手段。

100. 毫无疑问，最著名的手段是“豁免建议”制度，美国已加以采用，作为涉及确定外国官员豁免的一项普通法制度。¹⁹⁵ 根据这一制度，国务院可通过司法部就某外国官员是否享有豁免权向美国法院转达其意见。¹⁹⁶ 法院一直以来通常接受此类豁免建议，因为考虑到某些外国官员——特别是国家元首——豁免权的确定涉及执行美国外交政策时的相关内容，应由行政部门加以澄清。只有当国务院不发布“豁免建议”时，法院才参与审议关于是否存在豁免这一实质性问题。

¹⁹³ 检察官有可能就是否豁免作出决定，荷兰似乎因为这一点而在其书面评论意见中声称，“鲜有[涉及豁免援引的]相关惯例，因为检察官在提起刑事指控前往往往会首先评估是否适用任何豁免”。德国和墨西哥也提到各自的检察官会顾及豁免。而在奥地利，如果总检察院在进行初步调查后决定可能适用某种形式的豁免，则必须向司法部报告案件事实以及该院打算采取的措施。

¹⁹⁴ 例如见“A v. *Office of the Attorney General of the Confederation, B and C*”案(前注 141)，在此案中，总检察长关于调查 Nezzar 先生的决定被上诉至瑞士联邦刑事法院(BB 2011 140)。在捷克，根据《刑事诉讼法》的规定，在对某一法院的权限有疑问时，高等法院将根据所涉个人、检察官或此法院提出的动议对此作出决定(见评论意见)。

¹⁹⁵ 在涉及外国官员的诉讼中“豁免建议”的适用在下列案件的基础上得以统一：*Samantar v. Yousuf*, United States, 130 S Ct. 2278 (2010)。关于美国法院此前采取的立场，见下列案件：*Chuidian v. Philippine National Bank*, United States, 912 F.2d 1095 (9th circuit, 1990), *International Law Reports*, vol. 92, p. 480。关于美国法院对外国官员豁免的处理方式的变化，除其他外见 J. B. Bellinger III, “The dog that caught the car: observations of the past, present, and future approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, No. 4 (October 2011), pp. 819-835; H. Hongju Koh, “Foreign official immunity after *Samantar*: a United States Government perspective”, 同上, vol. 44, No. 5 (November 2011), pp. 1141-1161; C. I. Keitner, “Annotated brief of professors of public international law and comparative law as *Amici Curiae* in support of respondents in *Samantar v. Yousuf*”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, No. 3 (fourth quarter of 2011), pp. 609-632; C. D. Totten, “Head-of-State and foreign official immunity in the United States after *Samantar*: a suggested approach”, *Fordham International Law Journal*, vol. 34, No. 2 (January 2011), pp. 332-383; C. de Castro Sánchez y T. Marcos Martín, “A vueltas con la inmunidad de los funcionarios extranjeros en los casos de violación de derechos humanos: ¿un nuevo horizonte tras la decisión en el asunto *Yousef v. Samantar*?”, *Ordine internazionale e diritti umani*, 2017, pp. 507-524。

¹⁹⁶ 关于国务院涉及豁免建议的惯例，见 E. E. Smith, “Immunity games: how the State Department has provided courts with a post-*Samantar* framework for determining foreign official immunity”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, No. 2 (March 2014), pp. 569-608。

101. 然而，尽管法院在很大程度上接受豁免建议，有人可能会问：我们在这里讨论的这种制度是否完全剥夺了法院就外国官员豁免问题表达自身观点的权力？首先是因为从严格意义上来说并没有法院判决的正式替代物，法院只是对国务院作出的决定表示接受。第二，虽然法院通常接受“豁免建议”的有效性，但这并不妨碍法院有时对承认外国官员豁免权所需的若干实质性条件是否存在进行独立评价。¹⁹⁷

102. 除了“建议豁免”制度外，还应提及已建立的其他机制，特别是普通法系国家的机制。这些机制额外设想了一种可能性，即当法院必须在某一具体案件中就豁免作出裁决时，外交部可能签发某些法院须将之接受为有说服力的证明。这些证明所涉及的事实之一是确定个人具有国家元首或政府首脑的地位。¹⁹⁸ 然而，应当指出，为了确定管辖豁免，法院有义务接受这一确定结论的有效性，并且不能从这一确定结论中推断出任何其他后果。

103. 最后，应当提到为确定豁免是否适用而允许法院征求行政机关意见的其他规则。其中应提及奥地利的《引渡和刑事事项司法互助条例》，根据该条例，当法院怀疑某人在奥地利法院是否享有刑事管辖豁免时，必须获得司法部在与外交部协商后出具的澄清此人地位的意见。¹⁹⁹ 同样，在西班牙，外交与合作部可应主管法院的要求，就国家元首、政府首脑或外交部长的法律诉讼豁免相关问题发布报告。该部要求主管法院向其通报针对外国开展的任何诉讼。²⁰⁰

104. 鉴于上述情况，应提请注意以下事实：在一些国家，行政机关无权向法院转达意见，或者只有当被要求提出意见时才能这样做，因为转达任何其他信息或意见均可能被视为施加不当政治影响的一种形式。²⁰¹

105. 然而可以肯定的是，在特定情况下，豁免的确定可能会遇到实际困难。特别是在属事豁免方面，适用属事豁免要求法官确认存在规范的构成要件要素，即所涉个人是外国官员，有关行为以官方身份实施并在该官员任期内实施。在有些情况下，这些要素不能由法院地国法院自主行事开展评估，相反，法院需要由法院地国本身的当局或当事官员所属国提供补充资料。诚然，该官员所属国提供的

¹⁹⁷ 在这方面，见 *Yousuf v. Samantar*, 699 F 3rd 763 (4th circuit)。虽然在本案中，国务院采取了反对豁免的立场，但法院宣布该建议不具约束力并着手评估此事项的实质，得出结论认为，当代国际法越来越倾向于拒绝承认官员对违反强行法规范行为的豁免，无论该行为是否也可归属于国家行为。

¹⁹⁸ 见《国家豁免法》(英国，1978年)，第21(a)节；《国家豁免法》(新加坡，1979年，2014年)，第18条；《外国豁免法》(南非，1981年)，第17条；《国家豁免令》(巴基斯坦，1981年)，第18条；《外国豁免法》(澳大利亚，1985年)，第40条；《国家豁免法》(加拿大，1985年)，第14条。

¹⁹⁹ 见条例第57节。

²⁰⁰ 进行此类通报的唯一目的就是启动发布这份报告。见《第16/2015号组织法》第52条，涉及关于民事事项国际法律合作的《第29/2015号法》第27条第2款。

²⁰¹ 在这方面见德国的书面评论意见。

资料非常重要，但并不意味着这些资料的内容对负责确定豁免的法院而言具有约束力。

106. 没有任何国际规范涵盖由法院地国提供、涉及该官员地位及其实施行为的公务性质的资料的有效性问题的有效性问题，这一问题也不是任何国际性法庭所作判决的主题。然而，国际法院曾经在“关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议”一案中表达过意见。联合国秘书长就此案件声称，根据《联合国特权和豁免公约》，他有“专属权力确定所涉特别报告员是否是特派专家，以及导致他被起诉的面谈是否应被认定为该报告员履行公务时实施的行为”。²⁰² 虽然国际法院指出，由于经济及社会理事会提交给它的问题并未覆盖这一事项，因此法院不能就此事作出判决，但法院确实得出结论认为，“秘书长作为本组织的行政首长，负有维护本组织利益的首要责任；为此应由秘书长来评估自己的工作是否在其职权范围内行事，并且在做出肯定判断时有责任通过赋予豁免权来保护这些工作人员，包括特派专家”。²⁰³ 然而，秘书长上述论断未使法院得出结论认为秘书长具有绝对权力以及他的意见应绝对凌驾于会员国法院采取的任何行动之上。相反，法院仅限于将秘书长出具的意见描述为“只有在提出最令人信服的理由时方可不予考虑的一项推定，因此国家法院应给予最高度的重视”，²⁰⁴ 从而在法院地国的利益和本组织的利益之间取得平衡。

107. 这一办法可以很容易转而用于我们在本文关注的假设。因此，必须(如前特别报告员科洛德金先生一样)得出以下结论：“外国法院(或管辖权行使国任何其他主管部门)没有义务‘盲目接受’官员任职国的此类主张。但法院不得无视此类主张，除非案件的情形明确显示有不同情况。”²⁰⁵ 毫无疑问，官员所属国提供的资料内容将对法院关于豁免的决定产生相当重要的影响，因此，它也理应是第七次报告从合作角度进行分析的主题。

108. 尽管如此，总之还是必须从实质上分析豁免的确定问题。为此，应注意到法院地国法院对豁免的确定必须考虑到各种因素，具体取决于确定属人豁免还是确定属事豁免。对于前者，法院判断所涉个人即拟开展的刑事诉讼进程的对象是否具有国家元首、政府首脑或外交部长地位，以及在法院审理豁免时是否在任便足够了。而在属事豁免的情况下，法院必须首先评估所涉个人是否是国家官员(包括前国家元首、政府首脑或外交部长)、是否以官方身份实施所涉行为以及该官员是否在其任期内实施这些行为。此外，还必须确定所涉行为是否属于国际法规定的对外国刑事程序豁免时不适用属事豁免的任何类别罪行。只有在对这些要素进行评估之后，法院地国法院才能确定外国官员是否享有刑事管辖豁免。

²⁰² 《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议》(见前注 130)，第 80 页，第 33 段。

²⁰³ 同上，第 87 页，第 60 段。

²⁰⁴ 同上，第 61 段。

²⁰⁵ A/CN.4/646(第三次报告，2011 年)，第 30 段。

第三章 今后工作计划

109. 如上所述，特别报告员打算在 2019 年提交第七次报告，结束对程序性问题的审议。值得一提的是，该报告将集中讨论更直接涉及可被视为程序性保障条款的问题，这些条款既关乎官员所属国，也关乎官员本人。因此，该报告将分析以下问题：援引豁免；放弃豁免；法院地国和官员所属国之间的沟通；官员所属国所提供资料的转递；官员所属国与法院地国之间的合作和国际法律援助；必须得到承认的对外国官员的程序性保障和权利。此外，报告还应分析各国与国际性刑事法院之间的合作以及此类合作可能对外国刑事管辖豁免带来的长期影响相关事项。最后，特别报告员的第七次报告将载有以本第六次报告的分析为基础的拟议条款草案以及以第七次报告所载分析为基础的条款草案，这样，委员会便可一并审议两套条款草案，因为两者之间存在密切关系。

110. 因此，如无意外，第七次报告应结束审议国家官员的外国刑事管辖豁免专题原工作方案中纳入的问题；希望委员会能够在 2019 年完成对该专题的全面审查并一读核准条款草案。

附件

委员会暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案

第一部分

引言

第 1 条草案：本条款草案的范围

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

第 2 条草案：定义

为本条款草案的目的：

[……]

(e) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人。

(f) “以官方身份实施的行为”指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为。

第二部分*

属人豁免

第 3 条草案：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 条草案：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。

* 委员会将在第七十届会议上审议适用于这些条款草案的程序性条款和保障。

第三部分*

属事豁免

第 5 条草案：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 条草案：属事豁免的范围

1. 国家官员只有在以官方身份实施的行为方面享有属事豁免。
2. 对以官方身份实施的行为的属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在。
3. 根据第 4 条草案享有属人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。

第 7 条草案：不适用属事豁免的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于如下罪行：
 - (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. 为本条的目的，上述国际法所指罪行的含义应按照载于本条款草案附件所列条约的这些罪行的定义来解释。

* 委员会将在第七十届会议上审议适用于这些条款草案的程序性条款和保障。

附件

第 7 条草案第 2 款提到的条约清单

灭绝种族罪

- 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》，第 6 条
- 1948 年 12 月 9 日《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第二条

危害人类罪

- 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》，第 7 条

战争罪

- 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》，第 8 条第 2 款

种族隔离罪

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

酷刑

- 1948 年 12 月 10 日《禁止酷刑和其他残忍、不人道和有辱人格的待遇或处罚公约》，第 1 条第 1 款

强迫失踪

- 2006 年 12 月 20 日《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 2 条
