



# 大会

第六十七届会议

正式记录

Distr.: General  
7 January 2013  
Chinese  
Original: English

## 第六委员会

### 第 21 次会议简要记录

2012 年 11 月 5 日星期一上午 10 时在纽约总部举行

主席： 谢科里先生(副主席) ..... (摩洛哥)

## 目录

议程项目 79：国际法委员会第六十三届和第六十四届会议工作报告(续)

本记录可以更正。更正请在有关记录的印本上作出，由代表团成员一人署名，在印发之日  
后一星期内送交正式记录编辑科科长(DC2-750, 2 United Nations Plaza)。

更正将按委员会分别汇编成册，在届会结束后印发。

12-57338 (C)



请回收 



因谢尔盖耶夫先生(乌克兰)缺席,副主席谢科里先生(摩洛哥)代行主席职务。

上午 10 时 10 分宣布开会。

**议程项目 79: 国际法委员会第六十三届和第六十四届会议工作报告(续)(A/67/10)**

1. Huth 先生(德国)在评论国家官员的外国刑事管辖豁免专题时指出,德国代表团虽然对国际法委员会就该专题开展的工作的可能成果没有先入之见,但确信其起点应该是对各国现有惯例进行有力和全面的分析并具体确定法律确信。他重申了德国代表团的立场,即国际法委员会应在现行法基础上开展工作。豁免规则主要以习惯国际法为依据,这是因为,在划分和相互尊重国家主权权力这一具有政治敏感性的领域,一国主张对另一国的官员行使管辖权可能侵犯后一个国家的权利。现行法规则平衡了有关国家的主权权利,已证明是普遍可接受的,因此已得到遵守,各国根据已接受的惯例行事,以免危及本国与对应方的关系。

2. 德国代表团同意特别报告员初步报告(A/CN.4/654)第 71 至 77 段确定的大部分问题,并同意详细的工作计划有助于更好地安排国际法委员会关于该专题的工作;不过,报告有些方面值得进一步审议。特别是,对当代国际法价值和原则体系中豁免的分析应以具体确定的法律确信和相关国家惯例为依据而不是以抽象思考为依据。这一分析是否可在如此早的阶段进行令人怀疑,原因是这样做可能损害某些成果。对于初步报告第 72 段提到的“方法和概念性的一般问题”,是否应当在概念上区分外国民事管辖豁免和外国刑事管辖豁免,这一点值得讨论。

3. 豁免并未不可避免地导致有罪不罚现象。虽然打击有罪不罚现象至关重要,但如果官员涉嫌犯有非法行为,国家就有责任对其行使管辖权,并且可放弃此类官员的豁免权。如果这些传统机制未能发挥作用,总是有可能诉诸国际法院,虽然德国代表团理解国际

法委员会的立场,即国家官员国际刑事管辖权豁免的问题不应包括在本专题范围内。

4. 将习惯国际法的形成与证据专题纳入国际法委员会长期工作方案应受到欢迎。德国代表团虽然完全赞同和支持国际法委员会研究习惯国际法的目的,即为被呼吁适用此类法律的法官、律师、外交人员和政府法律顾问提供实际指导,但也赞同那些支持适中做法的国际法委员会成员的意见。由于习惯国际法这个主题过于庞大,难以全面讨论,国际法委员会的重点应是实用方面和寻求咨询意见的各国法官或律师。德国代表团将密切关注这一项目,并随时准备提供资料,说明德国的有关惯例,以支持国际法委员会关于这一专题的工作。德国代表团鼓励其他国家和国际组织也这样做,因为对国家惯例进行分析对于取得成果至关重要,从而可为国际法律工作者提供具体协助。

5. 在谈及条约的临时适用专题时,Huth 先生指出,《维也纳条约法公约》第二十五条规定的此类适用近年来变得更加频繁,在冗长的国家批准程序阻碍条约迅速生效时尤其如此。这种做法同样频繁用于双边和多边文书。德国代表团认为,一项条约的临时适用意味着其规则实际上将付诸实施,并将在商定的此类适用范围内支配谈判国或未来谈判方之间的关系。各国可决定限制一项条约的临时适用范围,对在德国参与下缔结的很多条约已经这么做了;在这种情况下,临时适用范围由条约本身确定或由载有关于临时适用的协定的文书确定。

6. 在许多国家,包括在德国,国内法决定可在多大范围内商定或执行某项条约的临时适用。如果一项条约需要某谈判国修订或通过国内法才能执行,至少在相关立法得到修改或获得通过之前,该国不可能临时适用该条约。这一点也可能适用于条约需要的资金须得到议会核准的情况。因此,各国通常会将某项条约的临时适用限制在其适用的国内法框架内,并明确表示它们可能无法全面履行其义务。或者,各国可能同意自通知完成必要国内程序之日起临时适用某项条约。

7. 临时适用并不表示一国同意接受约束，也不会引起宣布同意接受约束的义务。《维也纳公约》第二十五条第二款规定，一国如已决定它不打算接受某一条约的约束——例如，因为议会未予批准——就可终止条约的临时适用。不过，已同意接受某一尚未生效条约约束的国家是否可以终止和如何终止该条约的临时适用的问题，将取决于此类适用的协定的具体规定。

8. 关于条约随时间演变的专题，德国代表团欢迎国际法委员会按照研究组的建议，决定自国际法委员会第六十五届会议(2013)开始改变其工作方式，并欢迎为题为“解释条约的后续协定和后续惯例”专题任命特别报告员。德国代表团期待收到特别报告员的第一次报告，与在研究组框架内开展工作相比，这份报告将使各国更容易了解到迄今所作的宝贵工作。

9. 德国代表团还欢迎研究组在上届会议期间开展的工作，特别是敲定研究组主席初步结论的工作。研究组决定改变该专题的标题并限制其范围，这有助于国际法委员会把重点放在后续协定的法律效力和解释条约的惯例和有关事项上。德国代表团敦促其他国家和国际组织向国际法委员会提供资料，说明它们在这方面的惯例。

10. Bonifaz 先生(秘鲁)在谈及国家官员的外国刑事管辖豁免专题时指出，虽然秘鲁代表团以前不同意前任特别报告员报告所载的某些结论，但这些报告严格和深入的性质将有助于今后就这一专题开展工作。新任特别报告员的热情和对国际法委员会工作的承诺已经带来成果，这反映在其提出的据称具有“过渡”性质的第一次报告中。

11. 重要的是，要在处理执行该专题的操作方面之前确定其实质性方面；因此，秘鲁代表团同意新任特别报告员提出的逐步办法。在这方面，应从现行法和拟议法这两个角度出发讨论豁免专题；考虑到该专题的进展情况及其与国际法各个领域的密切联系，将这两种办法分开可能会导致系统性的不一致。考虑到每一类豁免的具体特征及其在国际法中的发展情况，区分

属人豁免与属事豁免的方法是恰当的。秘鲁代表团也同意，国家官员外国刑事管辖豁免的职能性是使此类豁免得到承认的关键。

12. 正如新任特别报告员指出的那样，国家官员的外国刑事管辖豁免对适用于个人国际责任的法律制度产生了影响，同时也对国家责任产生了直接影响，反之亦然。因此，应进一步考虑到其影响，以免在适用每类责任制度方面造成混淆。

13. 关于特别报告员报告(A/CN.4/654)第63段所载问题，秘鲁代表团认为，所谓的“三巨头”成员——国家元首、政府首脑和外交部长——应享有外国刑事管辖豁免。然而，考虑到国际关系的现实情况，在豁免以其职能性为基石的情况下，划出一条分界线，将国际贸易部部长等其他高级官员排除在外，这不免有些不切实际。制定享有豁免的官员名单并不是最好的解决办法，原因是不同国家任命官员的方式不同。因此，应采取靠职位的职能引导的限制性办法；国际法委员会不妨进一步考虑可用于确定可能根据其职能享有豁免的官员的特征。还应当考虑到，“官员”一词的含义因每个国家法律制度的不同而有差异。因此，秘鲁代表团同意特别报告员的提议，即国际法委员会应重新审议这一问题，以便更好地界定本专题的范围。应该强调指出，国际法委员会的工作不应导致出现有罪不罚的情况，对于最严重的国际罪行尤其如此。

14. 第六委员会就普遍管辖权的范围和适用问题开展的工作与国家官员的外国刑事管辖豁免和引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)这两个专题密切相关。普遍管辖权是在大会第六十四届会议上首次列入大会议程的，第六委员会工作组已对此进行了两年的深入审查；秘鲁代表团认为，由于国际法委员会可提供该专题需要的法律意见，现在是要求国际法委员会提供协助的时候了。国际法委员会的一些成员已建议，鉴于普遍管辖权与已列入其议程的其他专题关系密切，国际法委员会应对普遍管辖权进行分析。因此，秘鲁代表团敦促第六委员会建议国际法委员会

处理普遍管辖权问题，以便统一国际法委员会的工作，从而使第六委员会也从中受益。

15. **Maeng Sujin 女士** (大韩民国)指出，正如特别报告员所指出的那样，现行法和拟议法的协调统一对于处理国家官员的外国刑事管辖豁免专题至关重要，这一专题与加强法治和打击有罪不罚现象等重大法律问题密切相关。考虑到国际法委员会促进国际法的逐步发展和编纂的任务，大韩民国代表团还认为，以演绎法处理这一专题将比归纳法更加见效，国际法委员会应根据国家惯例以及国家和国际判例查明和制定有关规则。

16. 虽然前任特别报告员曾指出，属人豁免和属事豁免在对豁免主体的法律影响、援引豁免的必要性以及放弃豁免方面各有不同，但是这两类豁免的受益人仍然难以明确区分。此外，扩大属人豁免的范围，以包括某些其他“现任高级官员”，而不是将豁免限于“三巨头”，可能导致很难确切断定谁有权享有豁免，考虑到各国政治制度的多样性则尤其如此。因此，必须制订确定此类官员的明确标准。2002 年国际法院对 2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)一案的判决可能在这方面有帮助，该判决中指出，给予外交部长豁免权是为了确保他们代表各自的国家有效履行自己的职能。

17. 在属事豁免方面，正如特别报告员提议的那样，必须界定何为“官方行为”，并在确定某国家官员是否以官方身份行事时考虑到国家责任归属规则与国家官员豁免规则之间的关系。深入审查国家豁免法中统治权行为与事务权行为之间的区别也会有助于制订官方行为清单。

18. 确定国家官员的外国刑事管辖豁免例外范围的工作应侧重于通过分析有关国家惯例以及国家和国际判例查明现行法律。如果不可能明确查明现行法律，就有必要为了保护人权或打击有罪不罚现象讨论在涉及违反强制法或犯有国际罪行的案件中是否应承认对豁免的任何限制的问题。考虑到各国之间和国际法委员会成员之间在是否需要例外以及例外如果

存在、其范围如何等问题上的立场有分歧，大韩民国代表团要求国际法委员会采取谨慎做法。大韩民国代表团支持特别报告员提出的一次分析一组问题的提议，并希望国际法委员会将考虑所有相关材料，包括前几份报告、秘书处备忘录(A/CN.4/596 和 Corr.1)以及国际法委员会和第六委员会讨论的进展情况。

19. 关于条约的临时适用专题，大韩民国代表团认为有必要澄清《维也纳公约》第二十五条所指“临时适用”的含义。如果它意味着一项条约未经国家同意接受其约束就临时生效，就必须考虑临时适用制度如何能够符合当前基于此类同意的国际规则。还有必要审查如何授权一个人代表国家同意在某项条约生效之前接受其约束的国家惯例，并审查该《公约》中相关的第七、八、四十六和四十七条。例如，大韩民国与欧洲联盟自由贸易协定的临时适用必须征得韩国国会同意，其生效也同样如此。由于该协定已在征得国会同意后临时适用，没有为其生效采取任何额外措施。

20. 关于该《公约》第十八条与第二十五条之间的关系，应当指出，在条约生效前，这两项条款是作为单独制度适用于条约的；换言之，不论条约是否临时适用，在条约生效前不损害其目标与宗旨的义务均可适用。如果条约本身规定了此类适用，这一规定将受该《公约》第十八条保护。

21. 关于习惯国际法的形成与证据专题，考虑到习惯国际法仍然在国际法律制度中发挥重要作用，应请秘书处就这一问题编写一份备忘录。至于国际法委员会就这一专题开展工作的最后成果，大韩民国代表团同意特别报告员的意见，即最后成果应采取一套明确、简洁易懂并附有评注的结论的形式，这将有助于没有国际法律专门知识的人确定某项规则是否构成一项习惯国际法准则。考虑到习惯国际法在国际法的每个领域以及在国家惯例中具有多种发展和形成模式，必须预先决定国际法委员会是否应统一整个国际法律制度中的习惯国际法形成和证据程序。另外还应审议收集和评价国家惯例的方法。

22. 大韩民国代表团对引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)的义务这一专题感兴趣,因为这个专题可能有助于加强法治和打击有罪不罚现象。不过,考虑到国际法委员会的讨论结果,重新审议这一专题是否与其编纂和逐渐发展国际法的任务相关的问题恰逢其时。不过,她仍然想对有关实质性问题发表意见。

23. 统一所有多边条约中关于引渡或起诉义务的规定不会见效,原因是,尽管在与航空犯罪有关的条约中存在“海牙套语”,但在相关国家惯例是否一致方面存在不确定性。国际法委员会也不宜把重点放在解释、适用和执行某项具体引渡或起诉规定上,除非这项工作有助于确定国际法的一般原则。关于国际法委员会应将重点放在引渡或起诉被控犯有国际法所规定核心罪行上的建议,大韩民国代表团认为,这一工作将是多余的,因为《危害人类和平及安全治罪法草案》第9条涉及的是同一主题。最后,对国际法院审理的与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)一案的分析与该专题相关,因为该案的一个核心问题是国家遵守条约或习惯法规定的引渡或起诉义务。尽管国际法院本身关于这一问题的意见不完全明确,但有些法官拟订了单独意见,认为作为一般国际法问题,不存在这样一项习惯法义务。

24. 在最后谈到条约随时间演变的专题时,大韩民国代表团支持国际法委员会任命研究组主席担任“解释条约的后续协定和后续惯例”这一专题的特别报告员的决定,但认为对研究组主席得出的6个新的初步结论作出评论为时尚早。

25. **Nikolaichik 先生**(白俄罗斯)说,白俄罗斯代表团希望国际法委员会尽快草拟一份文件,列出有关国家官员的外国刑事管辖豁免的国际法习惯规则。他呼吁国际法委员会对该专题的措辞进行解释,真正确定该专题的范围,并编纂有关国家官员在外国国内法庭享有豁免的规则。国际法委员会不妨考虑“拟议法”建议,以便允许规则的逐渐发展,并填补规范国家官员国际法律地位的法律空白。特别报告员和国际法委员会的报告应明确区分“现行法”和“拟议法”。

26. 国家官员豁免源于各国主权平等和不干涉别国内政原则规定的国家豁免,是国家官员官方职责的一个职能。某些官员在国际关系中体现了国家,他们享有豁免,从根本上说,是国家享有豁免。国家最高级官员因其地位享有绝对豁免(属人管辖),因为他们除在国际上代表国家外,还履行对国家主权至关重要的国内职责。国际法院在“逮捕令”案中的立场支持这一观点,并明确体现了现行法。

27. 给予除国家元首、政府首脑及外交部长以外的高级别国家官员属人豁免权的标准确实很难确定。确定高级别官员享有的属人豁免在他们卸任后是否会变质成职能豁免(属事豁免)问题本身也存在固有矛盾,即他们以官方身份施行的行为不受外国法院管辖,但他们的个人行为却将受到刑事处罚;1969年《联合国特别使团公约》及该公约的编纂资料可在此方面提供指导。国际法委员会审议这一专题时应依据各国、政府间组织和国际司法机构的立场和实践,并应以条约法和习惯国际法为指导。在确定逐渐发展的可能方向时,不应过多考虑国际法律学说和非政府论坛上提出的观点。

28. 白俄罗斯代表团认为,在国际社会基本价值观框架内审议国家官员豁免问题的建议不是特别有成效,因为试图规范这些价值观的时机还不成熟,这也会分散国际法委员会的工作。《联合国宪章》中体现的国际法基本原则可以真正促进国家间的合作和友好关系。国家官员的豁免是国家主权和国家豁免的重要组成部分;因此,必须依据适用的国际法规则、尊重国家主权和关于放弃豁免的规则,审议包括前国家官员在内的国家官员的外国刑事起诉问题。

29. 特别报告员提出的国家主张豁免及该国应对其官员行为负责两者之间的联系问题值得广泛审议。国际法委员会可以讨论国家官员的非法或越权行为,但前提是,国家官员豁免基本规则必须遵守的特性不容置疑。然而,白俄罗斯代表团认为,国际法委员会在拟订国家对国际不法行为的责任的条款时已经原则上解决了这一问题。

30. 关于引渡或起诉的义务问题，分析相关国际条约的适用情况、由此产生的挑战和有关国家的立场将有助于加深对该专题的理解。国际法委员会和工作组还应系统调查国家实践，以确定该项义务是否达到了独立于国际条约的惯例地位。最好能了解对某些类别的罪行行使普遍管辖权是怎样导致作为习惯规则，产生引渡或起诉义务的，以及该义务是否同样会影响到行使普遍管辖权。国际法委员会不妨在第六委员会完成引渡或起诉的义务的工作之前，就开始根据引渡或起诉的义务分析普遍管辖权的作用。

31. 关于条约的临时适用，《维也纳公约》第十八条和第二十五条仍具有相关性，无需进行彻底审查。白俄罗斯代表团支持国际法委员会的决定，即审查该《公约》有关保留和临时适用的条款内容，以及灵活文件中概述的缔约国随后的实践，灵活文件概述了各国在未改变《公约》情况下的实践。条约的临时适用为国家间关系提供了法律稳定性，帮助消除了许多活动领域的障碍。然而，这一做法的一个缺点是，事实上，这允许一国拖延表示同意接受某一条约的约束，因为条约的临时适用不会产生具有法律约束力的义务。为鼓励各国更快地明确表示同意条约，国际法委员会不妨考虑给予条约某些条款的临时适用国际习惯“拟议法”地位，这可能会有帮助。

32. 根据白俄罗斯国际条约法第三十二条的规定，条约生效前的临时适用从白俄罗斯签字之日起必须与已生效条约以同样方式加以执行。白俄罗斯代表团同样认为，《维也纳公约》第十八条规定的不得在条约生效前妨碍其目的及宗旨的义务，独立于条约临时适用之外，即与条约平行存在。国际法委员会在这一专题上的工作结果应考虑到所有已知手段，以便在条约的临时适用、此类适用的先决条件及临时适用终止的影响等方面达成一致意见。

33. 有必要分析习惯国际法特性的不同理论，以期更好地了解其形成过程，为今后的编纂工作提供指导。国际法委员会应研究国际法的习惯规则是如何形成的、哪些资源有助于确定存在此类规则、信息和通信

技术在多大程度上影响改变其形成过程、国际司法机构的裁决和国际条约的惯例等相互关联的问题。国际法委员会必须明确规定国际法习惯规则的主要组成部分，包括分析国际惯例和法律确信。其他有关主题包括确定实践可能导致形成习惯规则的专题，以及将习惯国际法细分为总的、区域和当地惯例法规则。虽然不能保证依据这些调查结果制订一项公约，但国际法委员会的工作成果可以是一套结论或准则，供从业人员确定习惯国际法规则时使用。国际法委员会在这一专题方面工作的主要目的应是协助各国和国际法其他主体努力理解和遵守其国际法律义务。

34. 关于条约随时间演变的专题，白俄罗斯代表团支持特别报告员的决定，即在其第一份报告中合并他以研究小组主席身份向研究小组提交的3份报告，使各国和其他有关各方可以在一份单一的合并文件基础上研究这一专题并讨论主席的6个初步结论。

35. **Stuerchler Gonzenbach** 先生(瑞士)说，在审议国家官员的外国刑事管辖豁免这一专题时，既要努力打击有罪不罚现象，又必须维护国家间的和谐关系，必须在二者之间实现平衡。各方在管辖豁免和个人有权援引管辖豁免的范围等此类问题上存在分歧意见，表明了国际法委员会所面临挑战的严重程度。

36. 国际法委员会请各国提供有关国家法律和实践的资料，在此方面，瑞士法院常遇到的情况是需裁决外交代表团、常驻代表团、领馆及国际组织官员的豁免范围；关于其他国家官员的判例法极少。但最近，有人指控他国的一位前国防部长几年前在母国担任国防部长期间犯下了战争罪，该部长曾到瑞士进行短暂的私人访问，联邦刑事法院需裁决他是否可依法援引刑事管辖豁免。联邦法院参照了国际法院的“逮捕令”案，并裁定，根据国际公法，现任国防部长享有属人管辖豁免，从而认定此种豁免并不局限于“三巨头”，也包括政府其他高级官员。因此，联邦法院认定，国家官员卸任后还享有一定程度的豁免。然而，联邦法院最后还认定，应允许存在属事豁免的一些例外，该名官员的剩余豁免不能免除其对严重侵犯人权

行为的可能责任。联邦法院拒绝承认该案件的管辖豁免，并认定，国际法的发展倾向于限制此类情况下的豁免范围。

37. 虽然各方在这一专题上意见不一，但解决余留问题符合国际社会的利益，尤其符合瑞士政府作为东道国以及在斡旋政策情况下的利益。他鼓励国际法委员会处理该专题时采取循序渐进的方法，以便至少在目前阶段，在讨论中不把属人豁免与属事豁免对立起来。国际法委员会目前应把重点放在现职国家官员的案件上，而不必考虑他们卸任后的身份。第一步应该是规定官员享有管辖豁免权，前提条件是仅考虑国际公约未涵盖职类，而且各类国家官员享有的豁免范围会有所不同。

38. 在这一点上达成一致意见后，下一步可以是区分正式访问和私人访问。为此，有必要给“正式访问”下个定义，其中可以包括国家官员应另一国政府任何级别的邀请或授权进行的所有访问，同时铭记豁免范围视有关国家官员的级别不同可能会不同。该定义不仅应包括双边正式访问，而且还应包括经特定国家同意在其领土上举行的若干国家或国家机构会议。在此方面，《特别使团公约》第十八条规定，若第三国明确同意，特别使团可以在该国领土举行会议。可以将此作为讨论的一个出发点。虽然该《公约》未得到普遍承认，只有 45 个缔约国，但其少有争议的要素或可保留；例如，有些内容源于出尔反尔规则，根据该规则，一国正式邀请另一国的一名官员，然后等该名官员一进入其领土就将他逮捕，这显然是错误的。

39. 在商定了“国家官员”和“正式访问”的定义后，国际法委员会可以审查应在多大程度上给予进行正式访问的在职国家官员豁免，同时铭记豁免范围视官员的级别不同可能会不同。一旦在这些问题上大致达成了一致意见，那么就应当能够解决余下的问题了，如在职国家官员进行私人访问的地位和国家官员离职后的地位。

40. 鉴于“逮捕令”案的判决和联邦刑事法院的上述裁决，瑞士代表团认为，不仅“三巨头”，而且为履

行公务需经常出差的某些其他高级国家官员都应广泛享有管辖豁免。在目前阶段，瑞士代表团不想谈这些官员是否应享有完全的管辖豁免或是否应允许有例外情况。同样，这些官员卸任后还应能够援引某种程度的剩余豁免，但讨论剩余豁免的范围还为时过早。

41. 最后，他指出，国际法律周为国际法委员会和第六委员会之间进行对话提供了一个难得的机会。由于这一关系已完全确定，因此国际法委员会没有理由在纽约开会；不仅需要从纽约，而且需要从日内瓦促进国际法及国际法的发展，日内瓦是国际法委员会所在地，也是国际法发展的一个重要中心。

42. Redmond 先生(爱尔兰)指出，将通过节纸门户网站向各代表团提供一份更详细的发言，他说，爱尔兰代表团希望国际法委员会将继续优先重视国家官员的外国刑事管辖豁免专题。爱尔兰支持特别报告员为该专题制订的本五年期详细工作计划，并同意特别报告员的意见，即鉴于存在许多问题，适合采取循序渐进的办法，依次解决各组问题。爱尔兰对于特别报告员打算继续更新秘书处编写的备忘录(A/CN.4/596和Corr.1)表示欢迎。

43. 爱尔兰议会尚未颁布关于国家官员的外国刑事管辖豁免的立法。在这种情况下，法院采用了习惯国际法的相关规则；但在实践中，外国国家元首或政府首脑、外交部长或外国其他国家官员的刑事起诉豁免问题从未出现过。据爱尔兰代表团所知，仅有一次，向一名外国官员(实为一名副总理)发出了逮捕令请求，但逮捕请求因其他理由被驳回，因此未审议豁免问题。

44. 爱尔兰代表团认为，外国国家官员的豁免问题纯粹是程序性问题，而非实质性问题，因为豁免不能免除一名官员遵守其所在的外国法律的义务。虽然属人豁免适用于“三巨头”，但国际法委员会有必要澄清豁免在多大程度上也适用于其他人；在此方面，国际社会最好商定“国家官员”一词的定义。国际法院在“刑事事项互助的若干问题”案(吉布提诉法国)的判

决第 181 至 200 段着重指出，有必要在程序方面主张外国官员的豁免，并强调诉讼预审阶段的重要性。国际法委员会还应详细审议主张国家官员行为豁免和假定国家应对这些行为负责两者之间的关系。

45. 从方法学考虑，爱尔兰代表团也认为，为以保持透明度，在涉及编纂的限定因素和包括法律的逐渐发展在内的各项建议两者之间应加以明确区分。虽然不是总能明确区分这两者，但爱尔兰代表团认为，最初应把重点放在现行法上，之后再审查涉及逐渐发展的命题；这一方法将从概念上进行澄清，并协助保持最大限度的透明。

46. 除肯定应继续区分豁免法和管辖法之外，国家官员的外国刑事管辖豁免问题还涉及与行使普遍管辖权相关的关切事项。因此，爱尔兰代表团重申，向国际法委员会提及普遍管辖权问题可能是有助益的，以便进行专家分析，如有必要，随后可在第六委员会开展进一步讨论。

47. 关于条约的临时适用问题，爱尔兰代表团欢迎进一步详细阐述国际法委员会报告(A/67/10)第 151 段中提出的问题，并同意，最好在国际法委员会审议习惯国际法专题时，审议条约的临时适用与习惯国际法的形成与证据的相关性问题，正如特别报告员所指出的，审议工作包括确定如何确定一项习惯国际法规则的存在与否和此类资料的可能来源。爱尔兰代表团支持特别报告员倾向于不将强制法问题列入本研究报告，同时愿意在稍后阶段再审议该问题；在许多方面，强制法就形成、证据和分类而言，有其自身的复杂性，本身就是一个不同的议题。

48. 必须努力取得实际、有助益的结果，为国际和国内层面提供指导。在此方面，爱尔兰代表团同意，国际法委员会在该专题方面提交的合适成果应该是附有评注的一套建议或结论，但其不应过于规范。爱尔兰对雄心勃勃的五年期工作计划表示欢迎，并期待特别报告员的第一次报告。

49. Van Den Bogaard 先生(荷兰)说，国家官员的外国刑事管辖豁免专题讨论的关键主题是国际豁免法与国际刑法之间的关系。委员会对豁免法的编纂作出了贡献，为此起草了若干公约，最近的是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。过去二十年来，特别是通过设立国际法庭和国际刑事法院，涉及个人的国际犯罪责任的国际刑法发生了很大变化。委员会不应孤立地处理国家官员的外国刑事管辖豁免专题，而应考虑到这两个国际法领域在内容和术语方面取得的成果，以确保国际法的连贯一致。例如，就新任特别报告员有关“官员”一词是否恰当的评论而言，更合适的词可能是《司法豁免公约》中使用的、委员会对同一专题条款草案的评注中说明的“国家代表”。

50. 对于国家法院是否应发挥作用，追究国家官员的国际犯罪责任，以避免有罪不罚现象，或这些官员是否必须享有豁免，以便能够履行其作为一外国代表的职责，各国、甚至同一国家内的法院以及委员会成员之间有着各种各样的看法。鉴于意见多样，荷兰代表团支持特别报告员澄清概念和方法的尝试。通过后退一步，从更广的角度看这个问题，委员会可以更好地了解现行法，并就拟议法作出更好的知情决定。

51. 关于属人豁免和属事豁免的区别，《荷兰国际犯罪法(2003)》第 16 条准许两类人免于国际犯罪刑事起诉，并且没有区分这两类豁免。然而，该法的解释性备忘录中指出，属人豁免导致官方行为和私人行为豁免。如果没有范围广泛的全面豁免，有权享有属人豁免的人便无法履行其职能。与此同时，解释性备忘录指出，国际法豁免规则逐渐变得不那么绝对。例如，现已公认，前国家元首和政府首脑及外交部长任职期间的私人行为不再享受豁免。

52. 进一步限制豁免的趋势近几年来在荷兰不断发展。例如，荷兰国际公法问题独立咨询委员会在 2011 年关于外国官员豁免权的报告中，明确区分了属人豁免和属事豁免，认为属事豁免不适用于任职期间的国际犯罪，只有享有属人豁免的人，才有权享有全面豁



免，包括免受国际刑事管辖。荷兰政府已接受了这些结论。

53. 在荷兰没有明确规定属人豁免所涵盖的人员的标准。一般而言，那些根据国际法享有这种豁免的人在荷兰法律秩序中享有全面豁免，这反映于《国际犯罪法》第 16 条。目前，“三巨头”、派驻外交官、官方代表团成员以及依照可适用于荷兰的任何公约给予豁免的个人，在荷兰享有全面刑事管辖豁免。荷兰代表团强烈鼓励委员会最大限度地说明现行法的问题，并有勇气根据国际法相关分支的现行规则和原则制定拟议法。因此，荷兰完全支持特别报告员提议的工作计划。

54. 谈到习惯国际法的形成与证据专题，他回顾说，各国有时可能会希望不要太具体地说明他们认为哪些规则是习惯法规则，或这些规则是如何取得习惯地位的；有关习惯法规则形成的审议一般闭门进行，不作说明，除非情况特别要求确定。尽管如此，习惯国际法的形成与证据是国际法的一个基本核心问题，显然需要委员会讨论。鉴于委员会意识到这个专题的范围可能有过于宽泛的风险，希望该项目在时间和规模方面得到很好的掌控。

55. 荷兰代表团不确定委员会是否应如此重视国内法官在确定习惯法方面的作用，因为他们作出这种确定的能力取决于有关国家的法律制度，以及该国法院参照习惯国际法的能力。例如，根据既定判例法，荷兰法院可能在某些情况下无法考虑到习惯法。因此，国内法院的作用与国内法所规定的基准的关系，比与习惯法基准的关系更密切。此外，政府不一定能在国内法院提出其关于习惯法的看法。包括宪法在内的国内法往往不让国家参与两个当事方之间的案件，而且提出法庭之友书状或类似法律意见的选项并非总是存在。

56. 委员会没有提到的另一个问题是，虽然习惯法形成规则对其组成要素的语文没有要求，但对习惯国际法证据的评价往往侧重于联合国正式语文之一的惯例。然而，相关惯例和法律意见可以用多种语文来表

达。从法律角度看，这些语文同样与习惯法的形成有关。这种状况显然有财政因素。许多政府或学术机构对最近的国家惯例有条不紊地进行了有益概述。尽管使用联合国正式语文以外语文的国家可能作出努力，在有财政手段的情况下，翻译相关惯例，但这些手段并不总是存在。因此，这些国家的惯例没有记录或无法利用。非联合国正式语文的司法裁决的情况也是如此。因此，委员会应考虑无论是在政府的法院陈述中，还是在官方惯例概览中表达法律意见和介绍惯例所使用的语文问题。

57. 最后，荷兰代表团认为，国际组织在习惯国际法形成方面的作用是一个重要问题，在委员会工作的现阶段应当给予足够重视。例如，必须在决定是否在广泛或几乎一致的惯例时，确定是否和在多大程度上考虑这些组织的实践，以及国际组织是否可以通过作为持续的反对者而免受习惯法规则的约束。委员会还应询问，国际组织的实践及其表达的法律意见是否应只归属于与其成员分开的作为法人的该组织，或者在某些情况下其实践和法律意见是否也可以归属于其成员国。

58. 他的发言书面稿，其中包括荷兰代表团关于条约临时适用、引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)的义务和条约随时间演变的评论可在节纸门户网站上查询。

59. Tchi loemba Tchitembo 先生(刚果共和国)说，鉴于国家官员外国刑事管辖豁免的法律和政治敏感性及贯穿各领域的性质，刚果代表团不反对特别报告员提议对处理至今委员会没有共识的问题采取有系统的办法。

60. 正如委员会的第六十三届会议工作报告(A/66/10)第 108 段所述，国家官员的豁免权是众多国际文书中规定的准则，任何例外都需要加以证明。国家官员以官方身份实施的行为享有属事管辖豁免，这些行为既属国家行为也属官员本人的行为。将某一不法行为的责任归咎于国家的标准应同样用于确定官员是否享有属事豁免，没有理由在这方面加以区

分。正因为国家的责任和官员的属事豁免采用同一归属标准，同一行为可能既涉及国家的责任也涉及个人的刑事责任。

61. 国际法院在“刑事事项互助的若干问题案”（吉布提诉法国）中关于国家豁免和国家官员豁免不可分割的立场是相关的，因为国际法院确立了一个有用的行为规则。前国家官员在任职时以官方身份实施的行为继续享有属事管辖豁免，但其任职前或卸职后实施的行为不享有豁免。因为属事豁免源自所履行的职能，所以是临时性的。

62. 将属人管辖豁免给予“三巨头”，这反映了其官方地位和职能的排他性，涵盖包括其任期期间和之前实施的官方和私人行为。把此种豁免给予另一组国家官员是一个敏感的问题，可能会破坏“三巨头”官方地位的排他性。理论上甚至在判例法中的主导意见是，属人豁免是绝对的，不可以有例外。因此，例外问题只适用于属事豁免以及国际犯罪的情况。

63. 虽然讨论委员会工作的最终结果仍为时过早，但刚果代表团赞成起草一项具有约束力的文书，因为这个专题有政治影响，并对国际关系产生影响。此外，这种文书将填补国际法中的一个空白，因为现有法律文书没有编纂豁免这方面的问题。刚果代表团将支持特别报告员和委员会作出一切努力，就维持和加强国际社会价值观与国际法在豁免各个方面的既定原则之间的平衡建立强大的共识。

64. 在刚果代表团看来，引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)义务的主要来源是多边条约，如《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。2010年的讨论和委员会成员的评论使特别报告员深信，打击有罪不罚现象方面的合作义务是一项公认的国际法原则，可以在众多国际文书中找到，包括《国际刑事法院罗马规约》第86条和第87条。国际法关于合作义务的规定构成引渡或起诉义务条款草案第2条第1款草案的依据，而同一条第2款的草案规定，各国应适用其必须“尽可能酌情”引渡

或起诉的原则。不过，刚果代表团像其他许多代表团一样，认识到难以证明习惯国际法规定了引渡或起诉的义务。

65. 必须将委员会先前讨论的结果与委员会报告(A/67/10)第210至214段所述的该专题面对的重大问题联系起来。在不预断委员会对这些问题的分析结果的情况下，并认识到其办法的价值，刚果代表团认为至关重要，委员会应制定构成关于引渡或起诉义务的法律制度的一般性原则和清楚的规则，并确定可适用引渡的重罪，但不损害各国根据本国法确定应引渡的罪行的权利。

66. **Escobar Pacas 女士**（萨尔瓦多）讨论国家官员的外国刑事管辖豁免议题时说，新特别报告员的初步报告(A/CN.4/654)采取了正确的做法，反映了国际法的发展。其中一项发展是，基于官员因其尊严和作为个人受尊重的权利不应被外国法院起诉的想法的豁免概念，已经被一种基于职能的概念取代。换言之，豁免的理由只能是确保关键国家职能的实施，而不是履行这些职能的个人的利益。这是国际法学会采取的立场，也是委员会在对国家及其财产管辖豁免条款草案的评注中的立场。

67. 因此，萨尔瓦多代表团同意特别报告员的意见，即豁免的职能性质是委员会此专题工作的一个关键要素，应参照当代国际法，特别是国际社会的各项原则和价值观念加以分析。在委员会讨论中，有人说，这一专题的核心问题是促进豁免的价值观，还是优先考虑打击犯罪不究现象的价值观。萨尔瓦多代表团不同意豁免概念是一种“价值观”，因为价值观不构成一般法律规则或习惯国际法；相反，价值观是支持和指导整个法律制度的要素。豁免并不是这种情况，豁免只是一项条约规则，对某一群人起程序性的作用。

68. 因此，委员会必须对协助国家和国际关系正常运作的刑事豁免问题保持一种平衡的做法，而不因此影响个人对犯下严重国际罪行的责任。出于这一原因，编写一份清单详尽列出可能引起豁免例外的罪行是不恰当的；可能更有益的是，深入考虑“官方行为”

的定义，以确定有助于对此专题采取有系统的办法的一般标准。

69. 关于要求各国提供资料，说明属人豁免和属事豁免的区别，萨尔瓦多代表团回顾了其 2012 年初向委员会提供的资料，并指出对这些类别的研究不应导致承认绝对豁免的存在。此外，虽然豁免使国家官员免于起诉，但并不能免除他们有尊重各国法律制度的义务。她敦促特别报告员继续对这一专题进行分析，同时铭记此问题无法仅从现行法或拟议法的角度加以解决；这两个方面均必不可少。

70. 关于条约的临时适用专题，萨尔瓦多代表团支持特别报告员的初步提议，开始审查委员会就有关条约法的专题开展的工作。

71. 关于习惯国际法的形成与证据专题，必须编写一份研究报告，说明习惯国际法规则的形成和确定过程及其影响。为此必须考虑到国际判例和国内惯例；但是，委员会还应特别注意各国的法律制度可能会显示出对习惯作为法律渊源的不同开放度。

72. 最后，她重申引渡或起诉 (aut dedere aut judicare) 义务的重要性，其基础是必须防止对最严重的国际罪行 (如灭绝种族罪、酷刑和战争罪) 的有罪不罚现象。萨尔瓦多代表团认为，委员会对今后这一专题工作的明显不确定性是因为缺乏系统化，未能确定具体目标，而不是因为该义务的性质本身。2004 年，工作组指出，该专题已经达到足够成熟水平，应该可以编纂，有可能除其他外，根据各国的实际需要，纳入逐步发展的某些内容。萨尔瓦多代表团认为，自那时以来，情况没有发生重大变化。最近国际法院在与起诉或引渡义务有关的问题 (比利时诉塞内加尔) 的判决中确认了这项义务的有效性以及有可能在这个问题上存在分歧。

73. 萨尔瓦多代表团认为，这一专题的可行性并不取决于将该义务确定为一项习惯法规则或一项国际法原则，因为通过各种国际条约的承认，其存在现已不容置疑。此外，这些文书的存在不应被视为继续研究

此专题的障碍，因为和对条约的保留专题一样，规则和国家惯例的多种多样并不意味着不存在解释、适用或执行方面的问题。因此，萨尔瓦多代表团敦促委员会重新评估此专题的目标，并编写一份工作计划，有系统地确定有待解决的问题。特别是，该代表团期待由工作组主席编写的工作文件，根据国际法院 2012 年 7 月 20 日的判决和任何其他事态发展，审查有关此专题的各种观点。

74. 关于条约随时间演变的专题，萨尔瓦多代表团完全支持改变工作方式的决定 (这将使委员会有机会更明确地界定此专题的范围)，并欢迎任命“与条约解释有关的后续协定和后续惯例”专题特别报告员。

75. **李琳琳先生 (中国)**：关于国家官员和外国刑事管辖豁免专题，首先祝贺 Concepción Escobar Hernandez 女士担任本专题的新任特别报告员，她是委员会首位女性特别报告员。中国代表团同意特别报告员提出采取有重点的工作方法；但是，鉴于本专题非常复杂，具有政治敏感性，委员会应着眼于梳理现有的实践和习惯国际法规则，而不应急于发展新规则。同时，委员会的讨论应仅限于国家官员在外国法院的刑事管辖豁免，不应涉及国家官员在国际刑事司法机构中的豁免问题。

76. 豁免问题属于程序规则。虽然国际社会将种族清洗、反人类行为等确定为国际罪行，但习惯国际法并未形成对国家官员的外国刑事管辖豁免的例外规则。事实上，不能为了惩治有罪不罚的实体正义，就牺牲豁免规则所体现的程序正义，这是法治原则的内在要求。

77. 国家官员豁免并不必然与某些行为的违法性相关：犯罪的严重程度不会影响其官方性质。此外，管辖豁免并不免除国家官员应承担的实体责任，豁免规则既不会导致国际罪行的产生，也不会助长有罪不罚。国际法院在“逮捕令”一案中提出的措施，例如放弃豁免、国际法庭在本国起诉或卸任后起诉，都可以在遵守豁免规则的条件下，追究有关官员的刑事责任。

78. 除了国家元首、政府首脑和外交部长以外，由于议长、副总理、政府部长等其他高级官员作为国家代表越来越多地直接参与国际事务，因此也应享有属人豁免，这一观点在国际法院“逮捕令”一案中得到间接确认。委员会应顺应这一潮流，为各国法院结合个案情况，决定特定官员是否享有属人豁免提供指引。

79. 最后，中国代表团认为委员会应继续对这一议题进行审议，并努力在本届五年任期内完成这项审议。

80. **Serpa Soares 先生** (葡萄牙)：在谈到国家官员的外国刑事管辖豁免的问题时说，国家主权、个人权利以及有必要防止对国际法规定的严重犯罪有罪不罚现象这三者之间必须加以兼顾。虽然委员会规约似乎把编纂和逐渐发展分别开来，但其具体专题工作可能把这两项工作结合起来，尽管在某些情况下区分两者有困难。

81. 在国际法中，有种普遍的趋势是限制在国家法院的豁免。正如国际法院在“国家的管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)”中所指出的，许多国家限制给予他人事务权行为豁免，而这些国家自己则要求有权拥有这一豁免，但此一事务权可能包括犯罪行为，但同时在统治权行文上却保留豁免权。在许多方面，葡萄牙代表团同意与 Cançado Trindade 法官的反对意见：豁免是一项独有的权利或特权，应结合目前国际法在基本人类价值观方面的演变加以解释和适用。此外，应把豁免看作具有不同寻常的职能特点。

82. 区分属人豁免和属事豁免的范围，只是与分析目的的相关，不应给予过高评价。两者都旨在维护整个国际社会的原则和利益。在一名官员高度代表整个国家的案件中，属人豁免的目的是维护国际关系的稳定；因此，应当给予“国家三巨头”豁免权。有足够的法律论据支持这样的看法，即甚至外交部长也享有豁免现行法，正如“逮捕状”一案所显示的，因为外长有权表示该国同意接受某一条约的约束。葡萄牙政府不排除一种可能性，即国家其他高级官员也可能享有属人豁免；但由于政府制度和宪法框架各有不同，这些

官员可能不符合在很大程度上直接代表整个国家的标准。

83. 他同意确定国家参与不法行为的责任归属可能是确定国家官员是否享有属事管辖豁免的一个有用标准。委员会在作出这种认定时，有必要决定是依赖“有效控制”测试法，还是依赖“整体控制”测试法。国际法院在“《防止及惩治灭绝种族罪公约》(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)”适用案时，采取了前者；前南问题国际刑事法庭在对检察官诉杜思科·塔迪奇案中采取了后者，而法律和惯例似乎都偏向后者。

84. 在审议豁免的可能例外时、委员会应确定国家行使管辖权的行为里，哪些应排除官员的豁免。在这方面，委员会不妨考虑在“刑事事项互助的若干问题案”(吉布提诉法国)一案中使用的标准，即对该官员施加限制行动的所有行为，均被视为排除了豁免。葡萄牙代表团不同意属人豁免权是绝对的，属事豁免权在某些情况下不能自动取消的看法。葡萄牙代表团也不同意如国际法学会 2009 年题为“国家和代表国家行事的个人在涉及国际罪行时的管辖豁免”的决议似乎指出的那样，在任何情况下，国家有道德义务免除其官员的豁免权。国际法的趋势是支持存在例外情况，也许更准确地说，在某些情况下取消豁免。因此，从方法角度看，一揽子豁免的假定可能使委员会产生有偏向的结论。对违反国际法、尤其是对违反绝对法的既定制裁，不能总是予以排除。

85. 此外，按照《危害人类和平及安全治罪法草案》第 7 条的规定，犯下此种罪行者的官方地位、即使是国家元首或政府首脑都不能免除其个人刑事责任或减轻处罚。他鼓励委员会继续就这一专题以更有价值的、符合当代国际法的办法开展工作，而不是关切着手逐渐发展国际法。传统的主权概念和新的人道主义法并不是同一个问题的两个方面；后者是更有价值。至于这项工作的成果，他欢迎大会特别报告员关于编制一套附有评注的条款草案的建议。

86. 委员会决定将条约的临时适用问题列入其工作方案反映了在一个不断变化的世界中，越来越需要研究传统的国际法。无论有什么理由说明必须临时适用某项条约，例如迫切需要加以适用或该条约的内容如何的适宜，任何此种制度都应在合理的时间框架内结束。

87. 在为 1969 年《维也纳公约》准备工作材料期间，对是否接受暂时适用的制度有一些争议，但最终还是通过了该文书的第二十五条，目前仍不清楚的是，如果一项条约尚未生效，也未经过民主审查，如何可以适用。在“Yukos 诉俄罗斯联邦”一案中，常设仲裁法院已确认，一项条约的临时适用具有约束力，是可执行的：一旦签署方同意这项适用，如果不遵守，可能引发国际责任。因此，应认真起草条款，以便使缔约方具有明确的机会，表达或不表达同意与否。如果加入国或国际组织不能放弃其临时适用的义务，其国内法可能会损害其对条约的参与，并对所有缔约方造成风险。因此，条约在未生效之前，可能不开放签署。

88. 尽管《维也纳公约》第十八条规定了在某项条约生效前不采取有悖于该条约目标与宗旨的任何行动的义务以及条约的临时适用具有同样属时管辖范围，但这些规定也产生了不同的法律制度，也应不同对待之。

89. 为了确定习惯国际法的规则，临时适用一项条约所产生的法律情况具有某些相关性：适用实质性法律准则的情况表明，重申的惯例和法律确信是存在的，后者在某些情况下甚至先于前者。签署方打算临时适用这种准则证明其坚信这些准则是强制性的。然而，尽管这种情况具有相关性，但这一事项并不属于本专题；或许可由委员会在习惯国际法的形成和存在的专题下加以审议。

90. 由于各国国内法律和关于是否同意临时适用某项条约的惯例存在明显差别，委员会应通过一项广泛的办法，以尊重现有解决方案的多样性；采用一个国家的法律办法而舍弃另一个国家的做法可能会引发极大争议。葡萄牙的做法建立在《葡萄牙宪法》第八

条第二款的严格解释基础之上，其中规定不允许条约的临时适用。

91. 虽然就此专题的工作最终成果作出决定为时尚早，葡萄牙代表团支持如下看法，即委员会不应旨在改变《维也纳公约》，逐渐发展也是不可能的。由于委员会的任务是澄清那些指导条约临时适用的法律制度，委员会工作的最佳成果可能是制定具有示范条款的指导方针。

92. 葡萄牙代表团欢迎将习惯国际法的形成与证据纳入委员会的工作方案，也认为这样做可能证明很难确定习惯国际规范及其形成的过程；国际法院审理的“北海大陆架”一案也许是可以考虑的一个有助益的例子。委员会对此专题应采取更广泛的处理办法。所有相关的判例法都应给予严格的评价，而不是将此作为现行法律的最后陈述；事实上，葡萄牙代表团对司法裁决一致性的问题持保留意见。来自不同理论背景的学说也是有关联。他也同意，应加以分析的惯例应是当代的，同时考虑到世界各地的文化背景。国际法协会的《伦敦声明》以及红十字国际委员会关于习惯国际人道主义法的研究报告也被事实证明是有益的。

93. 按照定义，法律确信是主观的，但这一事实并不减少其对习惯国际法形成的重要性；事实上，如果没有法律确信，就只有惯例，而这本身不构成法律准则。因此，委员会处理这个问题的时候，不应带“神秘的”主观性带着后现代的焦虑。尽管人们认为，不遵循某个惯例会引起国际责任，是存在法律确信的良好说明，但是关于推广惯例意味着存在法律确信的是一种没有可靠科学依据的推定。因此，葡萄牙代表团不同意国际法协会表达的看法，即主观要素事实上在习惯国际法的形成过程中，通常不是必要的要素。

94. 虽然本专题的两方面——形成和证据——都很重要，但应特别注重前者。通过阐述习惯法的形成过程，委员会能够更好地确定一种方法，以便确定当前和未来的习惯国际法准则。

95. 关于委员会确定的讨论要点，葡萄牙代表团建议，应提及 *coutume sauvage* 或那些源自有必要制定法律的习惯法形成案件；在这些情况中，法律意见优先于重申惯例。他在提到北海大陆架案和其他案例法时，鼓励委员会利用其专门知识，以便说明习惯国际法的模糊领域。

96. 最后，委员会有必要审议绝对法，不是仅仅审议其本身，而是将其作为依据是习惯国际法的强制性准则加以表达。委员会关于这一专题的工作的最后结论应采取的形式是，编制一套附有评注的结论。葡萄牙代表团关于委员会审议主题的立场的更多细节可通过节纸门户查阅。

97. **Buchwald 先生** (美利坚合众国) 在谈到国家官员免受外国刑事管辖权的问题时说，他的理解是，委员会不是寻求各国有关外交人员、领事官员、国际组织的官员和特派团人员豁免权的法律和惯例的；因此，他的发言仅限于不属于这些类别的国家官员。在美国的实践中，一般只有“三巨头”享有属人豁免；不过，美国从未经历过针对外国国家元首，政府首脑或外交部长提出刑事诉讼案的事情。至于可能与审理刑事案件有关民事诉讼资料，美国政府准备提供承认这种豁免的国内法院的实例。关于此专题的补充发言中，可在节纸门户查阅他的发言全文。

98. 美国代表团的<sup>1</sup>理解是，条约的临时适用意味着，国家同意在某一条约生效前，就适用之或适用其中某些条款，并具有法律约束力；而如欲终止适用条约或条款的义务，在临时适用期比条约生效后更加容易。他希望委员会的工作成果包括对此作出明确的说明。至于国家是否在终止临时适用前发出通知，他敦促在提出任何拟议规则时谨慎从事，因为可能与《维也纳公约》第二十五条明确的语言相悖，其中并无此种限制。委员会关于此一专题工作最终形式的决定最好留待以后。

99. 美国代表团欢迎委员会决定将“习惯国际法的形成与证据”的专题列入其长期工作方案。特别报告员关于这一专题的说明 (A/CN.4/653) 为委员会的工作

提供了极好的路线图，并着重指出了一些悬而未决的问题。他同意这项工作的结果不应过于规范性。鉴于委员会要求各国提供投入，美国代表团正在审查美国关于这一专题的做法。

100. 美国是若干载有引渡或起诉义务的国际公约的缔约国，认为这些条款是如下集体努力不可分割的重要组成部分，即不给恐怖主义分子藏身之地，并防止对如种族灭绝罪、战争罪和酷刑等这类罪行有罪不罚现象。然而，美国代表团仍然认为，依照美国和其他国家的惯例，没有习惯国际法规范缔约国有义务引渡或起诉。各国只是通过成为一项具有约束力的国际法律文书来承担这种义务，其中载有详细规定，确定一项具体的罪行，并规定了这方面义务的具体形式。

101. 在条约制度中，引渡或起诉的义务并不一致，迄今为止，委员会关于这一专题的工作也明确说明了这一点。此外，尽管许多法律制度得到广泛遵守，但却绝非具有普遍性，具体到每个法律制度而言，都存在一些重大的例外情况。委员会报告中说明的国家惯例在很大程度上局限于执行基于条约的义务，特别报告员承认在范围、内容和表述方面存在着很大差异。因此，从现有的法律制度或相关惯例中，不可能提出习惯性规范。

102. 至于条约随时间演变的专题，美国代表团支持更具体重点关注的做法，并支持任命关于条约之解释的后续协定和后续惯例专题的特别报告员。美国代表团欢迎最近向研究组提交的报告中强调的事实，即为《维也纳公约》第三十一条之目的，后续协定和后续惯例都必须载列某一条约缔约国在适用该条约签署的协定或惯例。重要的是，委员会能够适当地兼顾以下两方面：从特定条约得出一般性结论；从这种有限的先例作推断时，必须特别谨慎。最后，美国代表团很了解的是，各国如何处理因基于后续做法，改变对国际协定的解释而引起的国内法律问题，即立法机构在参与批准这些协定之前，已经予以核批。

103. 最惠国条款是条约形成的产物，在结构、范围和用语上各有不同；此外，条款依赖协定的其他规定，

而其所属协定反对采取统一的方式。因此，他同意研究组的看法，即就 1978 年关于最惠国条款的条款草案制订解释性工具或修订都是不恰当的。他鼓励研究组继续研究当前的判例，以此作为各国政府和从业人员的有益资源，他想知道研究组除了贸易和投资外，还打算探讨哪些领域。

104. Czapliński 先生(波兰)提及新拟定的有关条约解释的后续协定和后续惯例专题，赞扬研究小组在 2011 年和 2012 年通过的初步结论，并欢迎最近关于采用重点更加突出的办法来研究这一专题的决定。灵活性至关重要；未来指导方针的规范性内容应在“条约必须遵守”(pacta sunt servanda)原则与根据不断变化的世界对条约的各项条款进行必要调整之间保持平衡。应当把对国内法院裁决(国家惯例的一个基本要素)的审查作为优先事项，并在今后关于该专题的报告中反映审查结果。

105. 波兰代表团欢迎委员会将条约的临时适用专题列入其工作方案的决定，并期待详细拟定指导各国实施《维也纳公约》第二十五条的准则；这些准则也应适用于国际组织与一国或另一国际组织缔结的条约。条约的临时适用很有助益，在条约所涉事项必须做紧急处理时，尤其如此。

106. 灵活性是条约临时适用的一个基本要素，必须予以保留并加以分析。尽管《维也纳公约》业已证明是一项极为有用的文书，但也许还是应当根据该公约生效 30 多年以来的实践对其条款进行审查；鉴于委员会最近有关条约法和其他国际法来源的工作，这样的任务非常合乎时宜。

107. 引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)义务的专题仍然具有相关的意义，因为需要打击国际法最严重的一些罪行不受惩罚的现象。他希望，国际法院关于“与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”的判决将对委员会今后的工作起到积极的作用。

108. 在处理国家官员的外国刑事管辖豁免专题时，国家官员豁免规定及其他国际法原则作为一方面，惩

罚根据该法犯下最严重罪行者的必要性作为另一方面，委员会应当尽量在两者之间保持平衡。

109. 到目前为止，委员会关于最惠国条款这一专题的工作主要侧重于投资法；他同意，应当把这一议题放在更大的规范框架内。由于相关判例法缺乏一贯性，准则草案将会具有实用价值。

110. 波兰代表团欢迎将习惯国际法的形成与证据这一专题列入委员会的长期工作方案。习惯国际法在国际国内的司法实践中发挥了重要的作用，并成为各国政府外交决策的重要依据。然而，此法的确定和适用很不一致，执法机关往往援引所谓的惯例规则，却没有核实国家惯例或法律确信(*opinio juris*)是否存在。因此，有必要制订一套关于习惯国际法的规则；这些规则的目的应当是面向从业人员，而且不应采取公约草案的形式。

111. 根据《国际法院规约》第三十八条以及公认的国际法理，有两项要素——实践和法律确信，对习惯国际法的形成必不可少；实践对于习惯的形成至关重要，法律确信则对惯例规则的适用至关重要。鉴于这两个要素越来越难以区分，委员会应当对两者均加以审议，特别是审议在确定国家惯例时应当考虑哪些要素，以及如何确定法律确信。关于法律确信是否可以包括大会在内的国际组织各机构的决议来确定的问题，是一个在政治和法律方面均特别重要的议题。

112. 尽管对习惯法基础、一般法律原则、国际法强制性规范及其同习惯国际法的关系的理论研究很重要，但委员会不应审议，至少在其工作的初始阶段不应审议；这些议题同主要专题无关，有可能不必要地导致专题工作延宕。审议《国际法院规约》第三十八条的起源也不可取。不过，可以审议习惯法对新国家的约束力问题，新国家在习惯形成过程中未受影响。国际法理论与实践所公认的是，新国家应受其成立之时有效的习惯法约束。尽管该国代表团不支持铁板一块的规则，赞成促进国际法律秩序的明确性和确定性，但在特殊情况下，也许可以在某些特定规范方面给予新国家某些类似“一贯反对者”的地位这样的灵

活性。同样，为明确性和确定性之故，波兰代表团还反对对习惯国际法采取差别对待的办法；所有国际法律规范均应在实质、起源和约束力方面接受相同的检验。国际法不成体系的问题将破坏法律秩序，因而违背国际社会的利益。

113. **Miculescu 女士** (罗马尼亚) 请各国代表团参阅她在节纸型门户网站上的发言稿全本，并表示，国家官员的外国刑事管辖豁免专题应同国家豁免问题一起审议，因为这两个问题均建立在国家主权的前提下，而且往往同时提出权利主张。委员会还应考虑其先前的法典编纂工作，特别是在编写《维也纳外交关系公约》、关于领事关系的条款草案、关于特别使团的条款草案以及《联合国国家管辖豁免公约》方面的工作。有必要确保人权得到保护，并避免有罪不罚的现象。她赞扬特别报告员对该专题突出重点的处理办法，并期待着审读未来的条款草案。

114. 罗马尼亚代表团同意，委员会审议条约的临时适用专题的首要基础应是委员会就条约法专题开展的工作，以及关于《维也纳公约》相关条款的准备材料 (*travaux préparatoires*)。委员会关于该专题工作的最后成果，最好在以后阶段再予以确定。

115. 她希望，委员会关于习惯国际法的形成与证据专题的工作最后能形成一系列加评注的结论意见，为了能有实际效用，这些结论应确定并澄清相关的规则。为此，特别报告员应把重点放在国家实践、委员会先前的工作以及国际法院的判决和咨询意见上。

116. 引渡或起诉的义务 (*aut dedere aut judicare*) 与普遍管辖权有着密切的关系。虽然委员会完成关于普遍管辖权的工作很重要，但鉴于引渡或起诉的义务在国际刑事司法中的作用，普遍管辖权工作不应妨碍委员会对这一关系进行分析。

117. 关于条约随时间演变专题，她欢迎研究小组内部对小组主席第二和第三次报告的广泛辩论，以及改变专题形式的决定。她同意特别报告员第一次报告的主要侧重点应当是符合《维也纳公约》第三十一条的

条约解释后续协定和后续实践的法律意义。虽然保持灵活性很重要，但有必要进一步努力，拟订具有规范性内容的结论和政策。

118. 关于最惠国条款专题，该国代表团欢迎研究小组确定相关议题和案例并拟订提案以防止国际法不成体系问题的努力。该国代表团还对研究小组内部的辩论以及主要在仲裁决定方面突出了各种解释办法的两份工作文件表示赞赏。她希望委员会能进一步取得进展，拟订一份成果文件，促进投资法的稳定性和确定性。所编写的建议和示范条款应置于更广泛的一般国际法规范框架内；同时也应考虑委员会先前关于该专题的工作以及国际组织内的新发展。

119. 最后，她对成立本五年期长期工作方案工作组的决定表示欢迎。

120. **Dwarika 女士** (南非) 表示，她欢迎特别报告员在其初步报告中对国家官员的外国刑事管辖豁免问题的处理办法，这充分确定了与该专题有关的最突出的议题。这种豁免在传统国际法中拥有牢固的历史基础，并且对于国家主权原则和国际关系的处理至关重要；但是，从国际刑事法院的建立来看，这是一个不断演变的动态议题。因此，委员会应充分重视国际法的逐渐发展，只要是与该专题有关。该国代表团希望对当代国际法方面涉及豁免的新趋势进行透彻的分析。

121. 有必要对豁免的范围包括属事 (*rationemateriae*) 豁免和属人 (*ratione personae*) 豁免进行思考。委员会应澄清属人豁免对“三巨头”的适用范围和程度，并考虑限制其适用于其他官员是否有益。按照委员会的要求，南非政府将提供关于在国内案件中区别属人管辖和属事管辖的法律后果的具体资料。

122. 南非一直试图在打击有罪不罚现象的必要性和通过实施《2002 年执行〈国际刑事法院罗马规约〉法案》等文书保护人权的必要性之间取得平衡。她回顾国际法院在涉及国家豁免的“国家管辖豁免 (德国诉意大利：希腊参加诉讼)”一案中的判决，鼓励委



员会审议犯下负有个人刑事责任的严重国际罪行的行为是否可以导致豁免例外。由于该专题的范围仅限于个人刑事责任，委员会也应思考“官方行为”的定义，以及属事豁免可能的例外情况(如果这种行为违反绝对法(jus cogens)规范的话)。

123. 既处理实质性事项也处理程序事项的做法有可取之处，因为澄清后者对该专题的整体进展有帮助。委员会最好能审议某些严重罪行的实质与可以认为一国默认放弃豁免的情况之间的关系。南非代表团对所拟议的制订一套条款草案的时限表示欢迎。

124. 南面代表团支持将条约的临时适用专题列入委员会长期工作方案的决定。根据《维也纳公约》第二十五条的谈判历史和最近涉及临时适用问题的仲裁裁决，很明显，那些同意临时适用一项条约的国家必须按照同等方式适用该条约的相关条款，就像其已加入该条约一样，但须遵守临时适用条款的条件。

125. 南非的《宪法》规定了国家可能接受一项国际协定约束的两个截然不同的程序，取决于国际协定的实质：技术、行政或执行性质的协定需要由行政部门核准，并被认为一旦签署即具有约束力；而其他各种协定则必须首先获得议会的批准。条约的临时适用与国内法之间的关系仍然是一个重大议题，当一项国际协定需要得到议会的批准才能对国家具有约束力的时候尤为如此。委员会关于临时适用的法律意义及终止适用的法律效力的指导意见，将有助于确定临时适用的条约的义务范围。

126. 关于习惯国际法的形成与证据专题，南非代表团支持特别报告员侧重于实践而不是理论方面、并制订一系列供从业人员使用的附有评注的结论意见作为专题工作成果的提议。习惯国际法尽管往往存在与

其有关的不一致之处，但仍然具有效力，习惯国际法的灵活性应当看作是它的一个强项，而不是弱点。因此，南非代表团并不期望委员会重新编写习惯国际法的规则或制作一项公约草案。

127. 她鼓励各国政府提供可能有助于说明习惯国际法形成的任何国家、区域或次区域法院重大案例方面的资料。根据南非的《宪法》，习惯国际法被自动纳入该国的国内法，除非不符合《宪法》或某项议会法案。在实践中，宪法法院的重要裁决，包括死刑案件的裁决，一直依赖习惯国际法。南非代表团期待继续就该专题开展工作，并将向委员会提供进一步的书面资料。

128. 关于最惠国条款专题，该国代表团支持研究小组的总体目标，也即：防止国际法变得不成体系，并强调必须在涉及投资法特别是最惠国条款的仲裁决定中采取更加一致的办法。南非代表团特别欢迎委员会在研究小组关于该专题的报告中提出建议、包括在适当情况下提出指导准则和示范条款的提议。

129. 除非如此规定，否则一项基础条约中的最惠国条款并不能采纳另一项条约的程序性规定。遗憾的是，若干投资方面的仲裁裁决却不这样认为。南非政府对不同仲裁法庭对这些条款的不同解释感到关切，因为明显缺乏一致的推理导致那些负责磋商双边投资条约者之间法律上的不确定性；这些条款应当以这样的方式制订：仅表达缔约国愿意彼此给予、从而授予彼此投资者的权利。她希望委员会关于该专题的工作能给最惠国条款在争端解决论坛上的解释带来澄清，并最终带来更大的可预测性。

下午 1 时 05 分散会。