



国际法委员会
第七十二届会议
2021年4月26日至6月4日
和7月5日至8月6日

国际法委员会第七十二届会议工作报告草稿

报告员：胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生

第六章

国家官员的外国刑事管辖豁免

目录

	页次
A. 导言	2
B. 本届会议审议此专题的情况.....	3
C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事 管辖豁免条款草案案文.....	12
1. 条款草案案文	12



第六章

国家官员的外国刑事管辖豁免

A. 导言

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。¹ 同届会议上,委员会请秘书处编写一份关于本专题的背景研究报告,该研究报告提交给了委员会第六十届会议(2008 年)。²
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。³ 委员会第六十一届会议(2009 年)和第六十二届会议(2010 年)未能审议本专题。⁴
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不再是委员会委员的科洛德金先生担任特别报告员。⁵ 委员会同届会议(2012 年)收到并审议了该特别报告员提交的初步报告,第六十五届会议(2013 年)收到并审议了她的第二次报告,第六十六届会议(2014 年)收到并审议了她的第三次报告,第六十七届会议(2015 年)收到并审议了她的第四次报告,第六十八届会议(2016 年)和第六十九届会议(2017 年)收到并审议了她的第五次报告,第七十届会议(2018 年)和第七十一届会议(2019 年)收到并审议了她的第六次报告,第七十一届会议(2019 年)收到并审议了第七次报告。⁶ 委员会在特别报告员第二、第三、第四和第五次报告提出的条款草案基础上,迄今为止暂时通过了七条条款草案及其评注。关于定义的第 2 条草案案文仍在拟订中。⁷

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

² 《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 号文件。

³ 分别为 A/CN.4/601、A/CN.4/631 和 A/CN.4/646。

⁴ 见《大会正式记录,第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 207 段;和同上,《第六十五届会议,补编第 10 号》(A/65/10),第 343 段。

⁵ 同上,《第六十七届会议,补编第 10 号》(A/67/10),第 266 段。

⁶ 分别为 A/CN.4/654、A/CN.4/661、A/CN.4/673、A/CN.4/686、A/CN.4/701 和 A/CN.4/722。

⁷ 见《大会正式记录,第六十八届会议,补编第 10 号》(A/68/10),第 48-49 段。

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

委员会在 2014 年 7 月 25 日第 3231 次会议上收到了起草委员会的报告并暂时通过了第 2 条草案(e)项和第 5 条草案,在 2014 年 8 月 6 日和 7 日的第 3240 至第 3242 次会议上通过了其评注(同上,《第六十九届会议,补编第 10 号》(A/69/10),第 130-132 段)。

B. 本届会议审议此专题的情况

4. 委员会收到了特别报告员的第八次报告(A/CN.4/739)。该报告审查了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系；审议了建立法院地国和官员所属国之间争端解决机制的问题；并审议了可有助于解决在确定和适用豁免过程中出现的实际问题的良好做法。根据报告中对这些问题的处理，还提出了关于第 17 条和第 18 条草案的提议。
5. 委员会在 2021 年 5 月 12 日至 21 日举行的第 3520 次、第 3521 次和第 3523 至第 3528 次会议上审议了第八次报告。
6. 对该报告进行辩论后，委员会在 2021 年 5 月 21 日第 3528 次会议上，决定根据委员会的辩论情况和所提建议，将特别报告员第八次报告所载的第 17 和第 18 条草案转交起草委员会。
7. 在 2021 年 6 月 3 日第 3530 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 和 A/CN.4/L.953)，并暂时通过了第 8(前)、第 8、第 9、第 10 和第 11 条草案(见下文 C.1 节)。
8. 在 2021 年……日和……日举行的第……至第……次会议上，委员会通过了条款草案的评注(见下文 C.2 节)。

1. 特别报告员介绍第八次报告

9. 特别报告员回顾说，在提交委员会第七十一届会议审议的第七次报告中，她完成了对 2012 年提交委员会的工作计划中所提问题的审议。但在第七次报告第五章，她特别提请注意三个值得委员会在一读结束前加以审查的一般性问题，即国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系、建立争端解决机制的可能性以及将良好做法建议列入条款草案的可能性。第八次报告审议了这些问题。
10. 特别报告员解释说，第八次报告分为导言和四个章节。导言的目的是说明委员会对此专题的处理情况。第一章审查了国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系。第二章审议了与争端解决有关的问题，并提议为此建立一个具体机制。第三章讨论了推荐的良好做法问题。第四章涉及未来的工作计划。
11. 关于起草委员会尚未审查的条款草案，特别报告员说，她在本届会议开始前举行了两轮非正式磋商，以审查委员会工作的现状，并提出建议，便利起草委员

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)。

会在本届会议的困难情况和工作方法下取得进展。她对参加磋商的委员表示感谢。

12. 关于国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系，特别报告员回顾说，在第六次报告中，她提到需要在随后的报告中讨论与国际刑事法庭合作的义务可能对国家官员的外国刑事管辖豁免产生的影响。⁸ 有两个事件使她未能在第七次报告中讨论这个问题。一是豁免与合作义务之间的关系问题已经在约旦移交巴希尔案中向国际刑事法院提出，当时该案尚未审结。二是报告完成时大会议程上有一个项目，涉及可能请求国际法院就国家元首豁免问题及其与同国际刑事法院合作的义务之间的关系提供咨询意见。⁹ 特别报告员指出，对咨询意见的需要似乎已经减弱，而且国际刑事法院在 2019 年 5 月 6 日就上述案件作出了判决。¹⁰ 因此，当前的情况使委员会能够从总体上处理国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间的关系。

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

14. 与国际刑事法庭和本专题之间的关系有关的具体问题出现在两个方面。一是对源于与国际刑事法庭合作义务的豁免例外可能作出的界定。二是在这一合作义务下外国刑事管辖权的地位。委员会在 2016 年和 2017 年讨论了第一个问题，决定不在第 7 条草案中保留这一例外。第二个问题在国际刑事法院上诉分庭对约旦移交巴希尔案的判决中得到解决，该法院在判决中确认，当《罗马规约》¹¹ 缔约国根据该法院的协助请求行事时，系该国协助法院行使其管辖权，而不是行使国家刑事管辖权。¹²

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

16. 然而，委员会在审议与国际刑事法庭有一定关系的问题时，忽视这些法庭的存在似乎是不合理的。虽然本专题的范围仅限于外国刑事管辖豁免，但一些委员

⁸ A/CN.4/722, 第 43 段。

⁹ 议程项目 89, 题为“请求国际法院就各国根据不同国际法渊源在国家元首、政府首脑和其他高级官员豁免方面承担的法律义务的后果提供咨询意见”(A/73/251 和 Add.1)。

¹⁰ 《苏丹达尔富尔局势，检察官诉奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔案，约旦移交巴希尔案上诉判决书》，上诉分庭 2019 年 5 月 6 日判决(ICC-02/05-01/09-397-Corr)。

¹¹ 1998 年 7 月 17 日，罗马，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，38544 号，第 3 页。

¹² 见上文脚注 10。

会委员和国家都表示，委员会正在开展的工作不应忽视国际社会在国际刑法领域取得的成就，其工作不应改变或损害国际刑法的实质性和体制性规范。

17. 提交委员会审议的第 18 条草案¹³ 对此作出了回答。它是一项不妨碍条款，将保障适用于国家刑事法院和国际刑事法庭的豁免制度的分离和独立性，并维护国际刑事法庭运作的特殊规范。特别报告员还注意到第 18 条草案和第 1 条草案第 2 款作为不妨碍条款的相似之处，并建议将前者作为第 1 条草案第 3 款纳入。

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

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

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

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

22. 基于这些考虑，提交委员会审议的拟议第 17 条草案¹⁴ 建立了一个分为三个连续阶段的争端解决制度：协商、谈判(均作强制性机制理解)和诉诸仲裁或国际法院(作为自愿性质的替代机制)。这一模式受当代国际法中现行的争端解决一般规则的约束，将为各国提供一个维护各自权益的有用工具，避免造成既成事实。

¹³ 特别报告员提出的条款草案如下：

“第 18 条草案

本条款草案不妨碍国际刑事法庭运作所遵循的规则。”

¹⁴ 特别报告员提出的条款草案如下：

“第 17 条草案

解决争端

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

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

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

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

26. 特别报告员还指出，委员会第七十一届会议工作报告请各国提供资料，说明“是否面向有权做出可能会影响外国官员及其在法院地国领土内刑事管辖豁免的任何决定的国家官员和机构，发过有关手册、指南、规程或业务指示。”¹⁵ 只有一个国家对此作了答复，说没有这种指南。

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

2. 辩论摘要

(a) 一般性评论

28. 委员们赞扬特别报告员就第八次报告所做的广泛工作，认为该报告在充分研究基础上对本专题与国际刑事管辖权之间的关系、增加一项争端解决条款的可能性和推荐的良好做法等问题进行了清晰、简洁和全面的处理。委员们对她在会议之前和会议期间组织的几轮非正式磋商表示赞赏。一些委员认为，这使起草委员会得以在本届会议上取得工作进展。

29. 有人回顾说，特别报告员现已完成关于此专题的工作计划，包括第八次报告中涉及的其他问题。一些委员表示希望委员会在本届会议上或本五年期内完成一读。强调了在一读结束时让各国有机会对整套条款草案发表评论的重要性。还有人指出，本专题自2007年以来一直被列入委员会当前的工作方案，使之成为委员会审议时间最长的专题。有人认为，委员会就本专题开展工作所花的时间反映了其复杂性及其一些基本方面的争议性。在这方面，有人指出，各国曾呼吁委员

¹⁵ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第10号》(A/71/10)，第29段。

会就本专题的前进方向达成一致。对此，有人建议，委员会在完成关于本专题的一读之前，需要克服委员们对第 7 条草案的不同意见。还回顾了审议不可侵犯性问题和第 2 条草案(原第 3 条草案)中未确定的定义的必要性。

(b) 具体评论

第 18 条草案

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

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

32. 其他一些委员反对通过第 18 条草案。有人认为，国家管辖权和国际管辖权之间可能的重叠不足以在二者之间建立关系。一些委员认为，此专题与国际刑事法庭之间的关系已在第 1 条草案第 1 款和评注中阐明。一些委员还怀疑，本套条款草案如在没有第 18 条草案的情况下获得通过，会破坏国际刑法的发展。有人表示关切说，不妨碍条款可能被解释为在国际刑事法庭规范和关于国家官员在国内法院豁免的法律之间建立等级关系。还有人指出，让国际刑事法院的管辖权优先于国家法院的管辖权，将有违补充性原则。有人强调，关于此专题与国际刑事法庭之间关系的规定不应确立习惯国际法中不存在的豁免例外。一些委员强调，虽然各国可以在其相互关系中商定不承认豁免，但不能将这些规则扩大到非条约缔约国。关于安全理事会的授权，有人回顾需要密切注意这种授权的案文，以确定其内容。有人指出，以前涉及国家对国际罪行管辖权的文书，包括防止及惩治危害人类罪条款草案和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》¹⁶，并不包含类似的不妨碍条款。此外，一些委员认为，审议第 18 条草案的复杂性可能会对完成本专题的一读造成不必要的延误。

33. 有几位委员提到国际刑事法院上诉分庭对约旦移交巴希尔案的判决。一些委员指出，该判决一直存在争议。委员们一致认为，委员会不应在其关于本专题的

¹⁶ 2006 年 12 月 20 日，纽约，联合国，《条约汇编》，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页。

工作中讨论该判决。因此，有人建议，不妨碍条款应将判决提出的问题放置一边。还有人强调不应在评注中将该判决与第 18 条草案联系起来。

34. 关于第 18 条草案的案文，提出了一些具体建议。为顾及既非完全国家性质也非完全国际性质的混合法庭的存在，一些委员支持关于提及“国际化刑事法庭”而不是“国际刑事法庭”的建议。还有人建议借鉴《维也纳外交关系公约》¹⁷ 和《维也纳领事关系公约》中的保留条款案文，在“国际刑事法庭……所遵循的规则”中加上“和惯例”等字。还有人表示支持明确提及安全理事会决定所产生的义务。一些委员对第 18 条草案所涵盖的规则的范围过于宽泛或不明确表示关切。有人指出，第 18 条草案提出的不妨碍条款比第 1 条草案相关评注的范围更大，因为前者提及的是国际刑事法庭的“运作”，后者提及的则是这些法庭的豁免。一位委员提议将案文修改如下：“本条款草案不妨碍根据设立国际刑事法庭的相关组成文书，在此类国际刑事法庭适用豁免。”另一项建议是提及国际法规定的国家既有义务。其他委员提出，“管辖权”是适当的用语，因为国际刑事法庭不存在豁免。在这方面，有人强调，案文中应考虑到多个此类管辖权的存在。还有人建议，最好有一项条款，规定本套条款草案“不涉及”国际刑事法庭的问题。

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

36. 由于特别报告员没有提出第 18 条草案的标题，一位委员建议，如果该项规定作为一个单独的条款草案保留，可以采用“与国际化法庭的关系”这一说法。其他建议的标题包括“不妨碍”、“与专门条约制度的关系”、“本条款草案范围以外的情况”和“本条款草案与设立国际刑事法庭的文书之间的关系”等。

第 17 条草案(解决争端)

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

38. 一些委员认为，只有当条款草案意在成为一项条约时，争端解决条款才具有相关性。有些委员认为，列入争端解决条款并不取决于委员会最终工作结果的性质。有人指出，尚不能排除条款草案成为条约的可能性，因此认为争端解决条款是适当的。若干委员认为需要进一步明确该条款的预期目的，以确定其适当的措辞。一些委员认为，如果条款草案意在成为一项条约，一个典型的妥协条款会更

¹⁷ 1961 年 4 月 18 日，维也纳，同上，第 500 卷，第 7310 号，第 95 页。

合适。但如果条款草案无意成为一项条约，则关于程序性建议的更笼统的条款将是适当的。

39. 一些委员认为，委员会在最近的其他专题工作中通过的与争端解决有关的规定可以作为这项规定的范本，并特别提到关于一般国际法强制性规范(强行法)的结论草案¹⁸ 的结论 21 和防止及惩治危害人类罪条款草案¹⁹ 第 15 条：前者被认为是向各国提出程序性建议的一个可能的模式；后者是有效的妥协条款的良好范例。但一些委员建议在本套条款草案中忽略防止及惩治危害人类罪条款草案第 15 条草案第 3 款和第 4 款中涉及对争端解决的保留的内容。还有人认为，结论草案 21 不是一个适当的模式，因为委员会关于一般国际法强制性规范(强行法)的工作尚未完成。还有人回顾，拟订结论草案 21 的动机是《维也纳条约法公约》²⁰ 第 53 条的特殊谈判历史，这不适用于本专题。

40. 一些委员对该条草案所载的争端解决手段表示了看法。有人指出，该条草案侧重于谈判、仲裁和司法解决，而没有提及《联合国宪章》第三十三条规定的和平解决争端的其他手段。一些委员支持在该条草案中增加更多的手段。有人认为，扩大手段选择范围将使这项规定与国家实践更加一致。《联合国海洋法公约》²¹ 第十五部分被认为是一个可能的模式。

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

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

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

¹⁸ A/74/10, 第 56 段。

¹⁹ 同上，第 44 段。

²⁰ 1969 年 5 月 23 日，维也纳，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

²¹ 1982 年 12 月 10 日，蒙特哥湾，同上，第 1833 卷，第 31363 号，第 3 页。

44. 一些委员支持第 17 条草案第 3 款。但有些委员对这项规定表示怀疑。有人指出，与豁免有关的现有条约没有规定在争端解决之前暂停诉讼。一位委员指出，在国际争端解决之前暂停国内程序将是对官员所属国的极大尊重。一些委员认为，该条款草案没有述及豁免所涉国家官员的情况。有人提议，该条草案可以禁止刑事程序的进一步进行，对继续拘留的问题不作定论。一些委员建议，法院或仲裁庭应在临时措施范围内逐案处理暂停问题。有人指出，在过去向国际法院提出国家官员豁免相关申诉的案件中，该法院没有提到临时措施。另外还指出，有必要确保国内法律制度中有落实任何暂停的规定。此外，一些委员建议，该条草案应具体说明国际法院或仲裁庭的最终裁决对国内程序的影响。还有人建议，争端解决条款可以确立一种初步移交程序，允许国内法院寻求第三方争端解决机制的指导。

45. 有人指出，拟议的第 17 条草案有可能妨碍接受争端解决程序的现有义务。建议增加一个不妨碍条款来解决这一问题。

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

推荐的良好做法

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

3. 特别报告员的总结

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

49. 特别报告员首先回应了对本专题工作进展情况的关切，指出委员会尚有几个实质性问题没有解决，需要进一步努力才能在一读通过条款草案之前成功解决。她指出，一些委员在这方面提到了关于属事豁免例外的第 7 条草案。但她强调，委员会正在处理一个造成法律困难和政治敏感性的问题方面取得有效进展。这一进展很大程度上归功于在过去两个五年期得到委员会广泛支持的工作计划和方法。她相信委员会将能本着其特有的合议精神，解决国际法的逐渐发展和编纂过程中不可避免出现的问题。

50. 关于委员会本专题工作的未来成果，特别报告员认为，本专题是以条款草案的形式发展的，其目的是根据委员会促进国际法逐渐发展和编纂的任务，就这一专题的一般规则向各国提出建议。她认为没有理由在现阶段改变委员会的工作形式，特别是考虑到工作的规范层面，并相信委员会同意这一观点。因此，委员会本专题的工作将采取条款草案的形式，无论委员会是否在二读时建议大会将其作

为可能的条约的基础。她认为，正在编写的文书的性质和可能就条款草案的进一步处理向大会提出的建议是两个应当分开的问题。

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

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

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

54. 此外，特别报告员指出，虽然一些委员采用了第八次报告英文译文中的措辞，即对该判决的接受情况“并不友好”，²²但她认为更好的翻译是“存在争议”。

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

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

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

²² A/CN.4/739, 第 23 段。

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

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

60. 关于拟议争端解决机制的特点，特别报告员针对辩论中提出的一个问题解释说，她的提议分为三个阶段：协商、谈判和司法或仲裁解决。她注意到协商和谈判可能会重叠，澄清说二者的区别在于正式程度，而且谈判的特定目的是为了找到双边解决办法。特别报告员还注意到委员们提出，如果国家决定将争端提交仲裁或国际法院，则应暂停行使国家管辖权。但她解释说，该条款旨在为官员所属国提供保障，防止滥用权力的或出于政治动机的起诉。她指出，需要考虑在保护法院地国利益和官员所属国利益之间确保适当平衡的必要性，以免造成既成事实，剥夺法院地国的刑事管辖权或官员所属国的豁免权。关于所提出的争端解决机制的结果在法院地国法律秩序中的法律效力问题，特别报告员表示她认为这个问题很重要，应由起草委员会审议，同时考虑到诉诸国际法院或仲裁的任择性质可能产生的实际后果。

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

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文

1. 条款草案案文

62. 委员会迄今为止暂时通过的条款草案案文载录如下。

国家官员的外国刑事管辖豁免

第一部分

导言

第 1 条

本条款草案的范围

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

第 2 条

定义

为本条款草案的目的：

.....

(e) “国家官员”是指代表国家或行使国家职能的任何个人；

(f) “以官方身份实施的行为”指国家官员在行使国家权力时实施的任何行为；

第二部分

属人豁免

第 3 条

享有属人豁免的人员

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

第 4 条

属人豁免的范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长仅在其任职期间享有属人豁免。
2. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的此种属人豁免涵盖他们在任职期间或任职之前的所有行为，无论是私人行为还是公务行为。
3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

第三部分

属事豁免

第 5 条

享有属事豁免的人员

国家官员在以此种身份行事时，对外国行使的刑事管辖享有属事豁免。

第 6 条

属事豁免的范围

1. 国家官员只有在以官方身份实施的行为方面享有属事豁免。

2. 对以官方身份实施的行为的属事豁免在所涉个人不再担任国家官员后继续存在。
3. 根据第 4 条草案享有属人豁免的个人在任期届满后继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免。

第 7 条

不适用属事豁免的国际法下的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法规定的如下罪行：
 - (a) 灭绝种族罪；
 - (b) 危害人类罪；
 - (c) 战争罪；
 - (d) 种族隔离罪；
 - (e) 酷刑；
 - (f) 强迫失踪。
2. 为了本条款草案的目的，国际法规定的上述罪行应根据本条款草案附件所列条约中这些罪行的定义来理解。

...*

第 8(前)条

第四部分的适用范围

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

第 8 条

法院地国审查豁免问题

1. 法院地国主管当局一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，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。

第 9 条

通知官员所属国

1. 在法院地国主管当局启动刑事诉讼或采取可能影响另一国官员的强制措施前，法院地国应将此情况通知官员所属国。各国应考虑建立适当程序，以便利此种通知。

* 委员会尚未通过这一部分的标题。

2. 除其他内容外，通知应包括该官员的身份、行使刑事管辖权的理由以及拟行使管辖权的主管当局。

3. 通知应通过外交途径发出，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式发出，其中可包括适用的国际合作和司法互助条约所规定的方式。

第 10 条

援引豁免

1. 一国在获悉另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权后，可为其官员援引豁免。应尽快援引豁免。

2. 援引豁免应以书面形式进行，表明该官员的身份和所任职务以及援引豁免的理由。

3. 援引豁免可通过外交途径进行，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法互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 11 条

放弃豁免

1. 官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免。

2. 放弃豁免必须总是以书面形式明确地表达。

3. 放弃豁免可通过外交途径表达，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式表达，其中可包括适用的国际合作和司法互助条约所规定的方式。

4. 收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局。

5. 放弃豁免不可撤销。

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》，第六条；
- 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》，第七条。

战争罪

- 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》，第八条第二款。

种族隔离罪

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

酷刑

- 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》，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》，第二条。
-