



国际法委员会

第七十一届会议

2019年4月29日至6月7日和

2019年7月8日至8月9日，日内瓦

关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第七次报告，由特别报告员康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯编写**

目录

章节	页次
导言	3
A. 国际法委员会以往对这一专题的审议	3
B. 第七次报告概要	10
一. 管辖权概念和豁免的程序方面(续).....	12
二. 援引和放弃豁免	14
A. 一般考虑因素	14
B. 援引豁免	15
1. 作为程序性要求的援引	15
2. 援引豁免的权限	20
3. 援引豁免的时间	22
4. 援引豁免的效果	23

* 由于技术原因，于2019年7月19日重发。

** 特别报告员谨感谢国立远程教育大学国际公法教授 Carmen Quesada Alcalá、Fernando Val Garijo、Teresa Marcos Martín 和 Justo Corti Varela，以及德乌斯托大学国际公法教授 Joana Abrisqueta 为编写本报告提供的协助。



C. 放弃豁免	24
1. 有权放弃豁免的机关	27
2. 放弃豁免应采取的形式	28
3. 放弃豁免的效果	32
三. 法院地国和官员所属国之间的程序保障	34
A. 将行使刑事管辖权的意图通知官员所属国	36
B. 交换信息	41
C. 刑事诉讼转移	45
D. 协商	50
四. 与官员有关的程序性权利和保障	51
A. 程序性权利和保障的范围和内容	52
B. 国际法委员会以往的工作	57
五. 未来工作计划	59
附件	
一. 国际法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	61
二. 建议国际法委员会第七十一届会议审议的关于国家官员外国刑事管辖豁免的条款草案	64

导言

A. 国际法委员会以往对这一专题的审议

1. 国际法委员会在 2006 年第五十八届会议上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·科洛德金先生为特别报告员。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,确定了本专题的审议范围并分析了与国家官员的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。⁴ 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. 国际法委员会 2012 年第六十四届会议任命康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯女士为特别报告员,接替从委员会离任的科洛德金先生。⁷
4. 在同一届会议上,特别报告员提交了一份关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告。⁸ 该报告有助于澄清到那时为止的讨论条件,确定仍然存在的主要争议点、应审议的议题和应遵循的方法,并为审议本专题制定了一项指示性工作计划。国际法委员会第六十四届会议审查了该初步报告,⁹ 第六委员会在大会第六十七届会议上也审查了该报告,¹⁰ 特别报告员的建议得到了这两个委员会的核准。

¹ 见《2006 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 257 段和附件一。

² 见《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](誊印本可查阅委员会网站,第六十届会议文件,2008 年)。最终文本将作为《2008 年……年鉴》,第二卷(第一部分)的增编发布。

⁴ 前任特别报告员科洛德金先生的报告载于《2008 年……年鉴》,第二卷(第一部分),第 163 页, A/CN.4/601 号文件(初步报告)、A/CN.4/631 号文件(第二次报告,2010 年)和 A/CN.4/646 号文件(第三次报告,2011 年)。

⁵ 见《2008 年……年鉴》,第二卷(第二部分),第 66-311 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 104-203 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 国际法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 86-139 段。另见 A/CN.4/SR.3143 至 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的第二十和二十三次会议上审议了“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题。有两个国家在第 19 次会议上也提到了这一专题。各国在这些会议上的发言见 A/C.6/67/SR.19 至 SR.23 号文件所载简要记录。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 26-38 段。

5. 特别报告员后来于 2013 年、2014 年、2015 年、2016 年和 2018 年又提交了五份报告。¹¹ 自审议这些报告以来，¹² 国际法委员会迄今为止已暂时通过了下列条款草案及其评注：条款草案第 1 条(本条款草案的范围)；¹³ 条款草案第 2 条(e)款和(f)款(“国家官员”和“以官方身份实施的行为”的概念)；¹⁴ 条款草案第 3 条和第 4 条(属人豁免的规范要素)、¹⁵ 条款草案第 5 条和第 6 条(属事豁免的规范要素)、¹⁶ 条款草案第 7 条(不适用属事豁免的国际法规定的罪行)和附件。¹⁷ 本报告附件一载有国际法委员会迄今为止暂时通过的条款草案和条款草案第 7 条附件的案文。

6. 第六委员会在 2013 年至 2018 年的届会上审议了国际法委员会关于这一专题的报告。¹⁸

7. 国际法委员会在其第七十届会议(2018 年)上无法完成对特别报告员第六次报告的讨论，因为会前未能充分提前以所有语文发布该报告。因此，委员会决定在其第七十届会议上开始讨论该报告，并于 2019 年继续讨论。¹⁹

¹¹ 见 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)、A/CN.4/701(第五次报告)和 A/CN.4/722(第六次报告)。

¹² 关于国际法委员会对该项目审议情况的详细介绍，见该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 43-49 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 126-132 段；同上，《第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 174-243 段；同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 190-250 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 68-141 段。本导言审查了第六委员会的讨论情况。

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；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；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 见以下文件：A/CN.4/666，第 10-30 段；A/CN.4/678，第 37-51 段；A/CN.4/689，第 68-76 段；A/CN.4/703，第 51-61 段，和 A/CN.4/713，第 29-44 段，其中载有秘书处就大会第六委员会在其第六十八届至第七十届会议期间进行的辩论编写的专题摘要。第六委员会的讨论情况可查询以下文件载列的简要记录：A/C.6/68/SR.17 至 SR.19，A/C.6/69/SR.21 至 SR.26，A/C.6/70/SR.20 和 SR.22 至 SR.25，A/C.6/71/SR.20、SR.24 和 SR.26 至 SR.30，A/C.6/72/SR.18、SR.19 和 SR.21 至 SR.26。参加辩论的个代表团的发言全文可在以下网址查阅：

<http://papersmart.unmeetings.org/en/ga/sixth/68th-session/agenda>

<http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/69th-session/agenda>

<http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/70th-session/agenda>

<http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/71th> 和

<http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/72th-session/agenda>。

本导言审查了第六委员会的讨论情况。

¹⁹ 关于该专题审议情况的详细介绍，见《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 267-330 段。

8. 虽然参加讨论的国际法委员会委员指出，其评论意见只是初步的，但他们提出了一些值得在本报告中提及的有意思的观点，如上文所述，这些观点应结合上一份报告一并阅读。首先，委员会委员重申了前几届会议上已经提出的一些观点。他们回顾，委员会有必要在条款草案中澄清，豁免例外是体现了现行法，还是正好相反，构成国际法的逐渐发展，因此条款草案第 7 条是一项拟议法性质的提案。²⁰ 一些委员提请注意有必要就这一事项达成一致意见，以避免委员之间出现分歧，²¹ 其中一名委员甚至提出了重新起草条款草案第 7 条的具体建议。²² 委员们还重申，委员会在工作中必须平衡国家主权平等原则和打击最严重国际罪行有罪不罚现象。²³ 委员会一位委员还说，特别报告员第七次报告必须处理属事豁免与强行法之间的关系问题。²⁴ 提出这一问题的另一个背景是，特别报告员在其第三次报告中提出了关于一般国际法强制性规范(强行法)的建议，²⁵ 引起了激烈辩论。²⁶

9. 委员会委员大体同意在条款草案中列入关于豁免的程序方面规定，并请特别报告员在其第七次报告中列入一项涉及程序问题并反映各国在第六委员会提出的评论和意见的条款草案。²⁷ 委员们还指出，与豁免例外情况有关的程序保障必须防止出于政治动机或滥用管辖权而对外国官员行使管辖权。²⁸ 委员会一些委员还讨论了第六次报告的具体内容，指出管辖权的概念很重要，因为管辖权的概念决定了可适用豁免的法院地国的诉讼程序。一些委员特别得出结论认为，作

²⁰ 例如，见诺尔特先生(A/CN.4/SR.3439)、哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3439)和墨菲先生(A/CN.4/SR.3440)的发言。

²¹ 见黄先生(A/CN.4/SR.3439)、诺尔特先生(A/CN.4/SR.3439)、墨菲先生(A/CN.4/SR.3440)和扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3440)的发言，更细致的观点见戈麦斯·罗夫莱多先生的发言(A/CN.4/SR.3440)。

²² 见诺尔特先生的发言，他提议将该条款草案作为对各国不具约束力的建议(A/CN.4/SR.3439)。

²³ 见下列人士的发言：萨博亚先生(A/CN.4/SR.3439)、哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3439)、哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)、格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3439)、鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3440)和奥莱尔女士(A/CN.4/SR.3440)。

²⁴ 见阮先生的发言(A/CN.4/SR.3439)。

²⁵ 特别报告员迪雷·特拉关于一般国际法强制性规范(强行法)的第三次报告(A/CN.4/714)。结论草案 23 的案文如下：“公务职位无关性以及不适用属事豁免

1. 为一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的罪行系由担任公职的人实施这一事实不应构成排除刑事责任的理由。

2. 属事豁免不应适用于一般国际法强制性规范(强行法)所禁止的任何罪行。”

²⁶ 见《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，特别是第 110、141-148 和 161 段。另见起草委员会主席 2018 年 7 月 26 日向委员会提出的口头报告，可在国际法委员会网站上查阅。

²⁷ 见下列人士的发言：村濑先生(A/CN.4/SR.3438)、特拉迪先生(A/CN.4/SR.3438)、哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)、诺尔特先生(A/CN.4/SR.3439)、阮先生(A/CN.4/SR.3439)、彼得里奇先生(A/CN.4/SR.3440)、哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3439)、萨博亚先生(A/CN.4/SR.3439)和加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3440)。

²⁸ 见下列人士的发言：诺尔特先生(A/CN.4/SR.3439)、格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3439)、鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3440)、以及墨菲先生(A/CN.4/SR.3440)、哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)和奥莱尔女士(A/CN.4/SR.3440)。

为证人出庭并不侵犯豁免权，除非出庭传票是强制性的，²⁹ 而要求提供文件³⁰ 和采取预防措施³¹ 确实影响到豁免。至于时间安排，委员们普遍同意，应在诉讼程序的早期阶段审议豁免问题，但一些委员指出，豁免不适用于调查阶段，³² 以避免妨碍对不享有豁免的其他人的调查。³³ 然而，无论如何，在对一名官员³⁴ 采取可能影响其履行职能的约束性和强制性措施时，³⁵ 应考虑到豁免问题。委员会许多委员说，法院应是有权决定豁免的主管机关，而这一决定应由高级别法院作出。³⁶ 一些委员提请注意有必要限制检察机关的自由裁量权，³⁷ 并提请注意有必要为行政部门保留这方面的某些作用。³⁸ 一些委员还赞成官员所属国采取某种形式干预对豁免的审议，特别提及法院地国与官员所属国之间的协商、信息通报及合作机制。³⁹ 委员会各委员还提到，建立一个由国际机构作为裁断方的争端解决机制是有用的。⁴⁰

10. 委员会一些委员赞成审查本专题与国际性刑事法院之间的关系问题，⁴¹ 而另一些成员则反对这样做。⁴²

²⁹ 见下列人士的发言：哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3439)、格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3439)、斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3439)、哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)、和鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3440)。

³⁰ 见格罗斯曼·吉洛夫先生的发言(A/CN.4/SR.3439)。

³¹ 见萨博亚先生(A/CN.4/SR.3439)、哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)和格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3440)的发言。

³² 见萨博亚先生的发言(A/CN.4/SR.3439)。

³³ 见斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3439)和加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3440)的发言。

³⁴ 见加尔旺·特莱斯女士的发言(A/CN.4/SR.3440)。

³⁵ 见戈麦斯-罗夫莱多先生(A/CN.4/SR.3440)和哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)的发言。

³⁶ 见下列人士的发言：特拉迪先生(A/CN.4/SR.3438)、哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3439)、格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3439)、萨博亚先生(A/CN.4/SR.3439)、哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)和奥莱尔女士(A/CN.4/SR.3440)。

³⁷ 见下列人士的发言：村濑先生(A/CN.4/SR.3438)、格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3439)、萨博亚先生(A/CN.4/SR.3439)和斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3439)。

³⁸ 见下列人士的发言：特拉迪先生(A/CN.4/SR.3439)、阮先生(A/CN.4/SR.3439)、鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3440)、以及戈麦斯-罗夫莱多先生(A/CN.4/SR.3440)、哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)和奥莱尔女士(A/CN.4/SR.3440)。

³⁹ 见下列人士的发言：斯图尔马先生(A/CN.4/SR.3439)、鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3440)、哈穆德先生(A/CN.4/SR.3440)、加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3440)和奥莱尔女士(A/CN.4/SR.3440)。

⁴⁰ 见哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3439)和格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3439)的发言。

⁴¹ 见加尔旺·特莱斯女士(A/CN.4/SR.3440)和鲁达·桑托拉里亚先生(A/CN.4/SR.3440)的发言，其中提到《国际刑事法院罗马规约》(1998年7月17日，罗马)确立的补充作用模式，《联合国条约汇编》，第2187卷，第38544号，第3页，并见格罗斯曼·吉洛夫先生(A/CN.4/SR.3439)、哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3439)、特别是村濑先生(A/CN.4/SR.3438)的发言，村濑先生重申了他的立场，即条款草案应严格遵循《罗马规约》第27条。

⁴² 见墨菲先生(A/CN.4/SR.3440)和扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3440)的发言。

11. 第六委员会也就国家官员的外国刑事管辖豁免问题进行了辩论，一些代表团在辩论中提到特别报告员的第六次报告。⁴³ 各代表团重申，其评论具有初步性质，因为国际法委员会尚未结束对该报告的审议，与国际法委员会内部的讨论一样，各代表团重申了它们以前的一些立场，特别是关于条款草案第7条和例外情况，以及在审议国家官员的外国刑事管辖豁免专题时衍生出的各种价值之间进行平衡，但对于后一点，各代表团从各种不同角度阐述了意见。⁴⁴

12. 关于条款草案第7条和豁免的例外情况，应当指出，各国广泛支持列入该条款草案及其内容，⁴⁵ 无论它们认为该条规则提出的是现行法还是拟议法，⁴⁶ 即使有些国家要求国际法委员会澄清该提案的真正性质，⁴⁷ 并且一些国家建议修改该条款草案，将侵略罪纳入其中，⁴⁸ 或者建议拟订一条一般性的例外条款，不具体提及罪行清单。⁴⁹ 支持该条款草案的国家之所以这样做，是因为需要继续打击对最严重罪行有罪不罚的现象，并且也是为了取得平衡。⁵⁰ 一些国家回顾了实践中将国际罪行排除在属事豁免适用范围之外的趋势。⁵¹ 另一方面，一些国家说，条款草案第7条没有反映现行法，⁵² 国际法委员会只应在该条草案中列入反映习惯规范的现行法提案，⁵³ 或酌情参照条约规范的模式审议这一问题。⁵⁴ 一些国家还就管辖豁免与国际法强制性规范(强行法)之间的关系发表了意见，⁵⁵ 但只有一个国家说，审查这一关系有助于增进理解在国际犯罪情形下管辖豁免与行使管辖权之间的关系。⁵⁶ 一些国家重申其立场，即在国际法委员会中进行表决是不可取的，指出需要寻求达成一致意见。⁵⁷

⁴³ 另见大会第六委员会的下列简要记录：A/C.6/73/SR.20 和 A/C.6/73/SR.25 至 SR.30。参加讨论的代表团的发言全文可在 <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/73th-session/agenda> 上查阅。

⁴⁴ 关于这一专题，见巴哈马(代表加勒比共同体(加共体))、智利、日本、罗马教廷、伊朗伊斯兰共和国、以色列、南非、罗马尼亚、瑞士、泰国、西班牙、新加坡、越南、斯洛伐克、葡萄牙、波兰和瑞典(代表北欧国家)的发言。

⁴⁵ 见意大利、巴西、阿塞拜疆、荷兰、瑞士、西班牙、捷克、葡萄牙、希腊和瑞典(代表北欧国家)的发言。

⁴⁶ 见巴西、瑞士和西班牙的发言。

⁴⁷ 例如见瑞士的发言。

⁴⁸ 爱沙尼亚、葡萄牙和尼加拉瓜采取了这一立场。

⁴⁹ 荷兰采取了这一立场。

⁵⁰ 见意大利、西班牙、葡萄牙和瑞典(代表北欧国家)的发言。

⁵¹ 见意大利和智利的发言。美利坚合众国表示反对。

⁵² 见中国、伊朗伊斯兰共和国、德国、联合王国、澳大利亚、俄罗斯联邦、以色列、美利坚合众国、泰国和越南的发言。

⁵³ 见以色列和越南的发言。

⁵⁴ 见德国和大不列颠及北爱尔兰联合王国的发言。

⁵⁵ 见奥地利、中国和南非的发言。

⁵⁶ 见南非的发言。

⁵⁷ 见印度、日本、阿尔及利亚、大不列颠及北爱尔兰联合王国、越南、俄罗斯联邦和美利坚合众国的发言。

13. 参加辩论的国家指出,这些程序保障的目的应是防止法院地国滥用和政治化地行使刑事管辖权,⁵⁸并防止一些国家对另一些国家施加压力。⁵⁹在这方面,一些代表团认为,保障措施应同时适用于官员所属国和所涉官员本身,⁶⁰而另一些代表团则说,程序保障措施的主要目的应是保护官员所属国的主权,⁶¹对刑事案件所涉官员的保护和权利与本专题无关。⁶²一个国家指出,条款草案第7条已获暂时通过,这个错误无法用任何程序保障来补救。⁶³

14. 关于特别报告员第六次报告中审视的豁免程序问题,参加辩论的代表团普遍赞成尽早在诉讼开始时毫不拖延地考虑豁免问题。⁶⁴这些代表团还说,只要是采取施加义务的措施并在上述义务未得到遵守即会导致强制措施时,⁶⁵以及在采取妨碍有关个人履行职能的措施时,⁶⁶就应考虑豁免问题。一些国家说,根据它们的判断,应在整个过程及其任何阶段考虑豁免,⁶⁷而另一些国家则说,豁免也应适用于没有施加任何义务的行为,例如在调查期间或调查之前。⁶⁸一个代表团说,至关重要的是,国际法委员会不能侧重于审判阶段,还应研究调查阶段,提倡确立事先授权或合作机制。⁶⁹另一个代表团的立场是,关于这一问题的现行做法不明确,尚未形成确定的法律确信。⁷⁰各国同意,法院是决定豁免适用问题的主管机关;⁷¹一个代表团说,可以设立一个特别机关,⁷²而另一些代表团则说,这种决定也可以由行政部门作出。⁷³一个代表团提请注意各国法律中现

⁵⁸ 见中国、日本、马来西亚、土耳其、伊朗伊斯兰共和国、以色列、俄罗斯联邦、罗马尼亚、瑞士、泰国、爱尔兰、墨西哥、尼加拉瓜和瑞典(代表北欧国家)的发言。

⁵⁹ 见俄罗斯联邦的发言。

⁶⁰ 见以色列、瑞士、爱尔兰和瑞典(代表北欧国家)的发言。

⁶¹ 见伊朗伊斯兰共和国的发言。

⁶² 见中国的发言。

⁶³ 见同上。

⁶⁴ 见巴哈马(代表加共体)、罗马教廷、马来西亚、土耳其、以色列、南非、爱尔兰、西班牙、捷克和波兰的发言。

⁶⁵ 见罗马教廷、马来西亚、爱沙尼亚、奥地利和荷兰的发言。

⁶⁶ 南非、罗马尼亚、西班牙和捷克的发言特别提到了这一问题。

⁶⁷ 见波兰和奥地利的发言。

⁶⁸ 见以色列、中国和土耳其的发言。

⁶⁹ 见土耳其的发言。

⁷⁰ 见美利坚合众国的发言。

⁷¹ 见巴哈马、马来西亚和西班牙的发言。

⁷² 见巴哈马的发言。

⁷³ 见土耳其、以色列和罗马尼亚的发言。巴哈马也提到了这种可能性。

有模式的多样性，⁷⁴ 另一些代表团则申明，国际法委员会不应提出这方面的规范，最好将重点放在可能适用的国际标准以及必须确保豁免的内部一致性上。⁷⁵

15. 关于国际法委员会今后的工作，应当指出，各代表团支持建立通信和国际合作机制，⁷⁶ 并对该委员会审议外国刑事管辖豁免与国际性刑事法院之间的现有关系问题采取要么赞成⁷⁷ 要么反对⁷⁸ 的立场。

16. 在总结这份关于本专题以往工作的摘要时，应当回顾，自 2013 年以来，国际法委员会一直在就本专题的相关事项向各国提出问题。2014 年，下列国家提交了评论意见：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。⁷⁹ 2015 年，下列国家提交了材料：奥地利、捷克、古巴、芬兰、法国、德国、荷兰、秘鲁、波兰、西班牙、瑞士和联合王国。⁸⁰ 2016 年，收到了下列国家的书面材料：澳大利亚、奥地利、荷兰、巴拉圭、西班牙、瑞士和联合王国。⁸¹ 2017 年，下列国家提交了书面意见：奥地利、捷克、法国、德国、墨西哥、荷兰和瑞士。⁸² 2018 年和 2019 年，下列国家提交了评论意见：奥地利、萨尔瓦多、摩洛哥、荷兰、西班牙和联合王国。⁸³ 此外，各国在第六委员会的发言中提到了国际法委员会向它们所提问题中涉及的事项。特别报告员谨感谢这些国家所作的评论，这些评论对国际法委员

⁷⁴ 见南非的发言，其中还就承认更广泛的检察酌处权可能产生的风险提出了警告。

⁷⁵ 见中国和美利坚合众国的发言。

⁷⁶ 见爱沙尼亚、罗马尼亚、西班牙和以色列的发言(主张以法院地国的辅助性为基础确定制度的定义)。

⁷⁷ 见墨西哥的发言。

⁷⁸ 见奥地利和俄罗斯联邦的发言。

⁷⁹ 见《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 25 段。国际法委员会请各国在 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”。

⁸⁰ 同上，《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 28 段。国际法委员会请各国“在 2015 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(a) 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’；(b) 国家官员的外国刑事管辖豁免的例外情况。”

⁸¹ 同上，《大会正式记录，第七十届会议，补编第 10 号》(A/70/10)，第 29 段。国际法委员会称“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实践，特别是司法实践。”

⁸² 同上，《大会正式记录，第七十一届会议，补编第 10 号》(A/71/10)，第 35 段。2016 年，国际法委员会请各国就下列问题提供“关于本国法律和实践，包括司法和行政实践的资料：(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。2017 年重申了这一要求(同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 30 段)。

⁸³ 同上，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 34 段。国际法委员会欢迎各国提供“关于处理豁免的程序，特别是援引和放弃豁免的国家法律和实践(司法、行政或任何其他性质的)的任何资料，以及关于在国家当局正在或可能审查国家官员的外国刑事管辖豁免的情况下它们可能使用的沟通、协商机制、合作和国际司法协助的资料”。同样，国际组织若能提供“关于在其职权范围内可能影响国家官员的外国刑事管辖豁免的国际合作机制”的任何资料，将是有益的。

会的工作十分宝贵。她还欢迎各国今后提出任何其他评论。在编写本报告时，适当考虑到了各国在第六委员会所作口头发言中提出的评论和意见。

17. 自国际法委员会第七十届会议(2018年)以来，国际刑事法院就国家官员的外国刑事管辖豁免问题进行了辩论，辩论发生在约旦提起的上诉程序中，约旦针对第二预审分庭决定向缔约国大会提交约旦未履行义务、没有配合法院逮捕并移交被控犯有战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的苏丹总统奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔一事提出上诉。⁸⁴ 虽然案件涉及的是缔约国与国际刑事法院合作的具体问题，但在2018年9月提交法院的各种辩论摘要和口头辩论中提出了一些问题，涉及与本专题密切相关的豁免例外以及国际刑事管辖与外国刑事管辖这两个概念之间的区别。国际法委员会应了解这一辩论情况，国际法委员会的一些委员参加了辩论，辩论中还提到了该委员会与本专题有关的工作。⁸⁵ 应当指出，在本报告完成时，国际刑事法院尚未就上诉作出裁断。

18. 还应指出，大会议程包括一个项目，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”。⁸⁶ 这一项目是根据肯尼亚代表联合国非洲会员国提出的要求列入的，并与是否应配合国际刑事法院对非洲许多领导人，特别是苏丹的巴希尔总统和肯尼亚的肯雅塔总统提出的指控而展开的内部辩论直接有关。⁸⁷ 虽然大会已将这一议题列入议程，但尚未将其分配给任何委员会审议，在本报告完成时，该请求的提案国尚未提交相关案文，大会主席团也未安排在全体会议上审议该议程项目。

B. 第七次报告概要

19. 如上文所述，国际法委员会无法结束对特别报告员第六次报告的讨论，在本届会议期间委员会委员仍可就该报告提出评论意见。各位委员可同时提交对第六次报告和第七次报告的评论意见，第七次报告目前正在提交委员会审议。⁸⁸

20. 事实上，这两份报告都是全面处理豁免的程序问题的一部分，这就是为什么本报告中提出的各点应结合第六次报告中提出的一般考虑因素加以理解，为精简起见，这些考虑因素无须在此重复。然而，为了使本报告更易于阅读和理解，似乎有必要至少在某种程度上提及这两份报告在处理豁免程序方面的专题时所用

⁸⁴ 关于巴希尔案件的概述可在 www.icc-cpi.int/iccdocs/PIDS/docs/AlBashirCisEng.pdf 上查阅。见根据《罗马规约》第 87.7 条的规定就约旦不遵守国际刑事法院 2017 年 12 月 11 日关于逮捕和移交奥马尔·巴希尔的要求的决定(ICC-02/05-01/09-309)。约旦于 2018 年 3 月 12 日提出上诉(ICC-02/05-01/09-326)。

⁸⁵ 见 2018 年 9 月 10 日至 14 日在国际刑事法院上诉分庭举行的公开听讯记录(ICC-02/05-01/09-386 和附件 1-5)。

⁸⁶ 大会第七十三届会议议程，项目 89(A/73/251)。

⁸⁷ 见 A/73/144。

⁸⁸ 见同上，《大会正式记录，第七十三届会议，补编第 10 号》(A/73/10)，第 26 和 293 段。

方法的指导标准，以及在这方面应审查的各专题。特别报告员提到，第六次报告进一步阐述了这两个问题。⁸⁹

21. 关于第一个问题，只需回顾一下，之所以应当审查国家官员的外国刑事管辖豁免的程序方面，有多种原因。首先，这种豁免是打算在外国刑事法院行使的，该等法院在履行其职能时，将适用不容忽视的程序规则、原则和程序。第二，法院地国关于这类豁免的任何程序都涉及外国国民(国家官员)的存在，法院在决定是否行使其管辖权时必须考虑到该外国国民(国家官员)的存在(特别是得确定该个人是否符合“国家官员”的资格，行为是否“以官方身份实施”，以及该官员是否在某一时间点履行其官方职能)。

22. 仅仅提到这两个要素就足以解释为什么应审查国家官员的外国刑事管辖豁免的程序方面，因为如果不这样的话，国际法委员会关于这一专题的工作将是不完整的，也不会充分有效。还必须提请注意，某些成果的价值不容忽视：(a) 程序安排有助于向法院地国和官员所属国提供确定性，并尽可能减少政治因素的干扰和滥用或出于政治目的或动机对外国官员行使管辖权的可能性；(b) 程序安排有助于在处理外国刑事管辖豁免时引入中立因素，在法院地国和官员所属国之间建立信任，并减轻关于豁免的辩论可能造成国际关系不稳定的不良后果。

23. 考虑豁免的程序方面很有价值还因为它有助于确保在维护国际社会下列法律原则和价值方面取得适当的平衡：(a) 在适用两个有关国家(法院地国和官员所属国)主权平等原则方面的平衡，其行使各自管辖权的合法权利因豁免机制而改变；(b) 在尊重和维护国家主权平等原则与尊重国际社会的其他法律原则和价值观之间取得平衡，这些原则和价值观一般由负责问责和打击有罪不罚的机构来体现；(c) 法院地国在适用情况下行使其刑事管辖的权利与尊重可能受此种管辖权影响的国家官员的程序性权利和保障措施之间的平衡。

24. 鉴于上述情况，特别报告员在其第六次报告中提议依次审议下列几组问题：

(a) 管辖权概念对豁免的程序性影响，特别是确定豁免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的行为，以及与确定豁免有关的问题；

(b) 哪些程序性要素因具有推动性并直接关系到在特定案件中豁免的适用或不适用，从而具有自主程序意义，哪些程序性要素是对官员所属国的第一级保障，特别是援引和放弃豁免；

(c) 哪些要素最好应归入对官员所属国的程序性保障类别，特别是促进法院地国与官员所属国之间通信和协商的机制、从官员所属国向法院地国法院或反向传递信息的机制，以及可能在两国之间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。

⁸⁹ 见 [A/CN.4/722](#)，第 23-44 段。

25. 第六次报告审视了第一组问题，本报告将审视其余三个问题。为此目的，本报告包括四章，专门讨论下列问题：继续研究管辖权概念与豁免程序问题之间的关系，包括拟议条款(第一章)；援引和放弃豁免(第二章)；法院地国和官员所属国之间的程序保障(第三章)；与该官员有关的程序性权利和保障措施(第四章)。特别报告员在考虑这些问题的同时，还提出了条款草案，国际法委员会须结合第六次和第七次报告审查条款草案。本报告还包括专门讨论未来工作计划的章节(第五章)以及载有委员会暂时通过的条款草案(附件一)和本报告提议的条款草案(附件二)的附件。

第一章 管辖权概念和豁免的程序方面(续)

26. 第六次报告分析了管辖权的概念以及与这一概念密切相关的外国刑事管辖豁免的程序方面，特别是考虑豁免的时机、受豁免影响的行为类别和豁免的确定。⁹⁰ 没有必要在此转载上述分析或其核心内容，因为国际法委员会将在讨论本报告的同时继续审议第六次报告。因此，就目前而言，总结一下关于这些问题的第六次报告所载的主要结论就足够了：

(a) 法院地国法院必须在下列阶段审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题：(一) 在提起可能影响外国官员的起诉之前；(二) 在对该官员提出正式指控或起诉之前；(三) 在采取任何明确针对该官员并将义务强加给该官员的措施之前，如果不履行这些义务，可能会导致强制性措施，包括在查证或调查阶段可能采取的预防性措施，从而妨碍该官员履行国家职能。无论如何，法院地国的法院在此后的阶段，特别是在上诉期间也完全可以考虑豁免问题。

(b) 在国家法院必须就外国官员的拘禁、其作为证人出庭和要求提供文件作出决定时，或在必须下令采取预防措施时，也可考虑豁免，但这些决定必须直接影响到该官员，对该官员施加胁迫措施，或妨碍其适当履行职责。

(c) 鉴于管辖豁免的适用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，被赋予这种管辖权的机关才有权行使豁免。因此，法院地国法院将有权就这一问题作出最后决定，但是法官以外的机关(特别是检察官)在承担查证或调查任务并在履行其职能时遇到与上一节讨论的任何相关行为有关的豁免问题，也可以作出这种决定。⁹¹ 然而，这并不意味着该国的其他机关或权力机构不能就这一问题发表意见，从而在确定豁免方面与法院合作。国家其他机关与法院之间的这种合作可以通过不同途径进行，包括诉诸一般机制或专门为处理管辖豁免问题而专门设立的工具。

27. 在这些结论和第六次报告所载研究的基础上，提出以下条款草案：

⁹⁰ 同上，第二章。

⁹¹ 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。就奥地利而言，如果检察官办公室在完成初步调查后得出结论认为可能适用某种形式的豁免，则必须向司法部报告案件事实和打算采取的措施。

第四部分 程序性条款和保障

条款草案第 8 条

法院地国考虑豁免问题

1. 法院地国主管当局一旦意识到某一外国官员可能受到刑事诉讼的影响，即应考虑豁免。
2. 应在诉讼早期阶段，在该官员被起诉和起诉阶段开始之前考虑豁免。
3. 在任何情况下，如果国家主管当局打算对该外国官员采取可能影响其履行职能的强制措施，则应考虑豁免。

条款草案第 9 条

豁免的确定

1. 应由有权行使管辖权的法院地国法院确定国家官员的外国刑事管辖豁免，但不妨碍根据国内法的规定可与法院合作的该国其他机关的参与。
 2. 应依照本条款草案的规定并通过国内法规定的程序确定该外国官员的豁免。
 3. 主管法院应考虑官员所属国是否已援引或放弃豁免，并尽可能考虑到法院地国其他当局和官员所属国当局向其提供的资料。
28. 除拟议条款草案之外，值得回顾的是，国际法委员会必须审议“管辖”、⁹²“外国刑事管辖豁免”⁹³以及“属人豁免和属事豁免”⁹⁴的定义，这些定义载

⁹² 条款草案第 3 条定义

为本条款草案的目的：

(a) “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)。在国际法委员会暂时通过的条款草案现有案文中，这是条款草案第 2 条。

⁹³ 条款草案第 3 条定义

为本条款草案的目的：

[……]

(b) “外国刑事管辖豁免”是指国家某些官员享有的不受另一国法官和法院刑事管辖的保护(A/CN.4/661，第 46 段)。

⁹⁴ 条款草案第 3 条定义

为本条款草案的目的：

[……]

(c) “属人豁免”是指国家某些官员因其在国籍国的地位直接自动授予他们在国际关系中代表国家的职能而享有的外国刑事管辖豁免；

(d) “属事豁免”是指国家官员依据其在履行职责时实施的可被称为“官方行为”的行为而享有的外国刑事管辖豁免(A/CN.4/661，第 53 段)。

于特别报告员第二次报告，并在当时提交给起草委员会。起草委员会未予详细讨论，并决定将在有关这一专题工作的稍后阶段再进行审查。⁹⁵

第二章

援引和放弃豁免

A. 一般考虑因素

29. 正如第六次报告所述，援引和放弃豁免是传统上通常在关于豁免的研究、尤其是在关于国家官员的外国刑事管辖豁免的研究中处理的问题之一。就本专题而言，应指出前任特别报告员科洛德金先生的报告⁹⁶和秘书处的备忘录⁹⁷均对援引和放弃豁免进行了审查。还应铭记，这两个问题均已被编入专门涉及豁免或载有关于豁免规定(其中许多规定从国际法委员会通过的条款草案发展而来)的条约和其他国际文书，并被编入为数不多的涉及豁免制度的国内法。各个国家法院和国际性法院也对援引和放弃豁免进行了审议并作出裁决，下文提及了实践中的各项要素。

30. 考虑到这两个程序性类别的性质和重要性，这是符合逻辑的，因为法院地国法院在决定其正在处理的情况是否是豁免涵盖的情况，并进而决定能否行使其管辖权时，上述两个类别是其决策过程中的基本要素。在这方面，应简要提及三项事先考虑的因素：

(a) 承认管辖豁免(此处是国家官员的外国刑事管辖豁免)是为了保护国家权利，确保国家妥善履行其职能。因此，官员所属国就外国法院行使刑事管辖所采取的立场具有特殊的重要性；

(b) 若官员所属国援引管辖豁免，则应将其理解为有关国家认为其权利和利益可能因法院地国法院的行动而受到影响；

(c) 若官员所属国放弃国家官员的外国刑事管辖豁免，则应将其理解为有关国家不认为其权利和利益可能因法院行动而受到影响。

31. 从这个角度来看，这两个制度(援引和放弃)具有共同要素，在某些情况下，可能对豁免的适用或管辖权的行使产生相同的效力。但是援引和放弃豁免在概念和程序上不同，这也是事实。或许正是出于这个原因，两者在规范方面所受对待极为不同，不仅在国际法委员会的工作、甚至在根据其工作通过的国际文书中是这样，而且在有关豁免的国内法、甚至在私人编纂的文书(尤其是国际法学会的决议)中也是如此。目前，仅需指出上述所有文书均侧重于放弃豁免，并仅间接提及援引豁免。

⁹⁵ 见国际法委员会第六十五届会议起草委员会主席的发言，2013年2月7日，第16-18页，可在委员会网站上查阅。

⁹⁶ 特别见 A/CN.4/646，第14-57段。

⁹⁷ 见 A/CN.4/596，第213-269段。

32. 另一方面，虽然援引和放弃豁免均对豁免的适用和管辖权的行使产生影响，但两者其实仅是程序性制度，是官员所属国可借以主张其认为自身所拥有权利(其官员的豁免)或放弃此种权利的渠道。然而，就国际法委员会已界定的国家官员外国刑事管辖豁免的规范要素(没有这些要素，就没有豁免存在问题可谈)而言，上述任何一个类别既不影响，也不改变这些要素。同样，援引和放弃豁免并不改变有关豁免的限制和例外的规则，这些规则具有实质性，不能将援引和放弃豁免与这些规则混为一谈。

33. 无论如何，应当指出，援引和放弃豁免是官员所属国可利用的第一级保障，以确保国家官员的外国刑事管辖豁免制度所保护的权利和利益得到适当尊重。因此，为本专题的目的，至关重要是明确确定这两个程序性制度是如何运作的。为此，下文根据上文所提实践中的要素对这两个问题分别进行了讨论，同时也考虑到迄今为此，各国在对国际法委员会所提问题的书面答复或在第六委员会发言中对此问题所作评论。

B. 援引豁免

34. 正如第六次报告讨论的那样，法院地国法院应尽早考虑国家官员的刑事管辖豁免，因为只有这样，豁免才能真正有效。⁹⁸ 然而，要想做到这一点，就应该向主管机关提出豁免问题，要么是主动提出，要么是应相关当事方请求提出。只有在第二种情况下，严格意义上的援引才发挥作用。为了本专题的目的，在处理豁免时必须考虑以下问题：(a) 适用豁免是否必须要援引豁免？(b) 何人可援引豁免？渠道为何？(c) 应何时援引豁免？(d) 援引豁免的效力为何？

1. 作为程序性要求的援引

35. 如前所述，若要由法院地国机关对豁免进行评估，必须向其提出此问题。这项要求合乎逻辑，无需进一步提供理由，甚至无需指出，事实上处理豁免问题的法律文书已提及此项要求。但在谈及应通过何种渠道提出豁免问题时，无法得出类似结论，因为规范性实践表明，就相关人员是否有必要援引豁免而言，并没有明确规则。在这方面，对国际法委员会先前的工作以及有关豁免的国际文书和国内法进行审查具有指导意义。

36. 应当指出，国际法委员会开始着手先前的工作时，在直接或间接涉及豁免的条款草案中，援引豁免的问题并未得到重视。关于国家某些官员的豁免的条款草案是这样，关于外交关系、领事关系、特别使团和国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的条款草案尤为如此。在上述任何条款草案中，委员会均未说明是否有必要援引豁免。⁹⁹ 因此，反过来说应得出以下结论，即有关国家可以援引豁免，尽管不能说援引是法院地国法院能够考虑并视情况适用豁免的一项先决条件。

⁹⁸ 见 [A/CN.4/722](#)，第 49-63 段。

⁹⁹ 见关于外交往来和豁免的条款草案(第 29 和 30 条及其评注)，《1958 年……年鉴》，第二卷，第 105-107 页；关于领事交往和豁免的条款草案(第 43 和 45 条及其评注)，《1961 年……年鉴》，第二卷，第 130-132 页；关于特别使团的条款草案(第 31 和 41 条及其评注)，《1967 年……年鉴》，第二卷，第 376 页起；关于国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案(第 30 和 31 条及其评注)，《1971 年……年鉴》，第二卷，第一部分，第 327-329 页。

在源自上述条款草案的多边公约，特别是 1963 年《维也纳外交关系公约》、¹⁰⁰ 1963 年《维也纳领事关系公约》、¹⁰¹ 1969 年《特别使团公约》¹⁰² 和 1975 年《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》¹⁰³ 中，委员会相关条款草案所采取的办法几乎保持不变。¹⁰⁴

37. 国际法委员会在关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案中采用了相当类似的办法，其中以否定的提法明确提及援引豁免，宣布有关国家在以下情况下不得援引豁免：该国已明示或默示同意法院地国行使管辖权，¹⁰⁵ 或所行使管辖权涉及以实质性用语确定的特定诉讼类型。¹⁰⁶ 但是，第 6 条(实施国家豁免的方式)规定如下：

1. 一国应避免对在其法院对另一国提起的诉讼行使管辖，以实行第 5 条所规定的国家豁免；并应为此保证其法院主动地确定该另一国根据第 5 条享有的豁免得到尊重。¹⁰⁷

38. 正如第 6 条草案第 1 款的评注所述，规定国家应保证其法院主动地确定豁免得到尊重的目的是，“界定并加强该条款第一部分所规定的义务”。这是因为“如果法院地国法院不是仅根据另一国的声明采取行动，而是主动采取行动，确定该诉讼是否的确是该国提起的，并确定该国是否有权援引豁免，就更能保证国家豁免得到尊重”。¹⁰⁸ 由此产生的是无需外国援引即可自行确定豁免的模式，而该模式“并不是为了阻止诉讼当事国[在法院地国]出庭，出庭将为获得令人满意的结果提供最佳保证”。¹⁰⁹

¹⁰⁰ 《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。

¹⁰¹ 《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。

¹⁰² 《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。

¹⁰³ 《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(1975 年 3 月 14 日，维也纳)；联合国，《1975 年法律年鉴》(出售品编号 E.77.V.3)，第 87 页。

¹⁰⁴ 应当指出，上述公约在处理放弃豁免问题时也笼统地规定，若管辖权的行使源自官员本人提出的请求或就反诉提出的请求，则国家不能援引豁免，从而在放弃与援引之间造成某种混淆。见《维也纳外交关系公约》(第 32 条)、《维也纳领事关系公约》(第 45 条)、《特别使团公约》(第 41 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 31 条)。

¹⁰⁵ 这种同意可以是明示的(第 7 条)或通过直接参加法院地国法院的诉讼(第 8 条)或作为反诉(第 9 条)的结果而默示的。见《1991 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，条款，第 13 页，第 28 段。

¹⁰⁶ 同上，第 36 页起，第 10-17 条。

¹⁰⁷ 同上，第 24 页。

¹⁰⁸ 同上，第 6 条评注，第(5)段，第 24 页。

¹⁰⁹ 同上。

39. 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》在其结构和内容上均沿用了国家及其财产的管辖豁免条款草案的上述规定。¹¹⁰ 因此，在此例中也应该认为，援引国家豁免被视为公认的国家权力，但不一定要得出结论认为，援引是法院地国法院审议此种豁免的适用性的一项程序性要求。

40. 关于国家豁免，还应指出，欧洲委员会在《关于国家豁免的欧洲公约》中也未明确规定援引豁免，而只是申明，对于特定类型的诉讼¹¹¹或在自愿服从法院地国管辖或反诉的案件中不能援引豁免。¹¹²

41. 关于外国豁免的国内法也采取了类似办法。若干法律规定，法院地法官应自行审议豁免问题。¹¹³其中大多数法律还规定，应主要在外国不出庭的情况下自行审议豁免问题，¹¹⁴进而强化了以下观点，即豁免是一项权利，不能仅仅根据有关国家的不作为就推定放弃豁免。

42. 在另一个问题上，还应铭记国际法学会在其关于国际法中国国家元首和政府首脑的管辖和执行豁免的决议中规定：

“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。¹¹⁵

这也被解释为是指国家元首和政府首脑的豁免必须由法院地国法院自行评估。

43. 考虑到所审查的规范性实践，似乎可得出第一套结论，即：(a) 除了明确排除的情况以外，援引豁免是官员所属国可行使的一项权力；(b) 援引不是法院地国法院审议国家或其某名官员的管辖豁免的一项程序性要求；(c) 因此，法院地国法院应自行评估国家官员的豁免并就此作出裁决。

44. 但应当铭记，在实践中存在若干事例，其中似乎将有关国家援引官员豁免视为适用豁免的必要条件，国际法院就刑事司法协助的若干问题(吉布提诉法国)一

¹¹⁰ 《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。见第6-17条。

¹¹¹ 《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。尤其见第4-14条。

¹¹² 见第1-3条。

¹¹³ 见：United Kingdom, State Immunity Act 1978, sect. 1 (2); Singapore, State Immunity Act 1979, sect. 3 (2); South Africa, Foreign States Immunities Act 1981, sect. 2 (2); Pakistan, State Immunity Ordinance 1981, sect. 3 (2); Canada, State Immunity Act 1985, sect. 3 (2); Israel, Foreign States Immunity Law 2008, sect. 14; Spain, Organic Act No. 16/2015, on the privileges and immunities of foreign States, international organizations with a seat or office in Spain and international conferences and meetings held in Spain, art.

¹¹⁴ 见：United Kingdom, State Immunity Act 1978, sect. 1 (2); Singapore, State Immunity Act 1979, sect. 3 (2); South Africa, Foreign States Immunities Act 1981, sect. 2 (2); Pakistan, State Immunity Ordinance 1981, sect. 3 (2); Canada, State Immunity Act 1985, sect. 3 (2); Israel, Foreign States Immunity Law 2008, sect. 14.

¹¹⁵ Vancouver session, 2001, art. 6 (Institut de Droit International, Yearbook, vol. 69, 2000-2001)。

案所作判决尤为如此。¹¹⁶ 因此，必须考虑上述第一套结论能否对任何类型的国家官员的外国刑事管辖豁免都适用，还是它仅能对某一类豁免适用。为此，不妨考虑与上述规范性实践所指豁免的性质有关的若干要点，并考虑所出现的仅仅涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的一些实际层面问题。

45. 关于第一个问题，值得注意的是，上述规范性文件涉及国家豁免或国家官员享有的属人豁免，无论他们是外交代表、某些领事官员、特别使团成员还是国际组织代表。在第一种(国家豁免)情况下，国家法院的自主行动是各国主权平等原则的直接后果，此类豁免受益者的身份不容置疑，因其为抽象意义上的国家。事实上，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》本身包括“国家”一词的定义，¹¹⁷ 对国家豁免和一些国家官员可能享有的豁免做出了区分，¹¹⁸ 官员身份的确认也不会产生任何问题。

46. 参加国际使团的国家官员也是如此，他们正是基于这一原因获得豁免，法院地国当局通常会充分知晓他们的身份，因为，他们都会得到这些当局的事先核证，¹¹⁹ 或得到有关国际组织的事先核证，国际组织进而会与东道国当局分享这样的核证信息。¹²⁰ 因此，在两种情况下，法院地国当局，包括法院，可以自行确定其审理的诉讼是否针对可能享有豁免的外国。它们还可以轻松地确定在其国家领土内享有某种豁免的外交官员的身份，以及这种豁免的范围。

47. 从这一观点出发，坚持要求外国援引国家豁免或国家官员的豁免，将其作为适用豁免的先决条件，似乎是不必要的负担，鉴于豁免的目的和适用各国主权平等原则的情况，这也可能成为过高要求。¹²¹ 无疑，这些论点可有助于解释为什么在上文审查的文书中认为没有必要为援引豁免建立具体机制，又为什么相反却认为法院地国法院应自行审议并决定上述形式的豁免。

¹¹⁶ 《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页。国家一级的司法实践很少。见前任特别报告员科洛德金先生的第三次报告(A/CN.4/646)，脚注33和43。

¹¹⁷ 第2条，第1款(b)项。

¹¹⁸ 第3条，第2款。特别报告员在她的第四次报告(A/CN.4/686)中审查了国家豁免与国家官员豁免之间的区别，第96-117段。

¹¹⁹ 根据《维也纳外交关系公约》第10条1款(a)项，“下列事项应通知接受国外交部或另经商定之其他部：(a) 使馆人员之委派，其到达及最后离境或其在使馆中职务之终止”。另见《特别使团公约》，第11条，第1款(a)和(b)项，以及《维也纳领事关系公约》，第11和14条。

¹²⁰ 《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15条第1款载有类似于《维也纳外交关系公约》规定的通知义务。应当指出，国际组织必须将相同资料转发给东道国，而且派遣国有权这样做，这就是可能在其法院提出常驻代表团成员刑事管辖豁免问题的法院地国会充分知晓这些成员身份的原因(见第15条，第3和4款)。

¹²¹ 这似乎是国际法委员会对国家豁免的理解，在关于国家及其财产的管辖豁免条款草案的评注中指出如下内容：“在外国法院出庭援引豁免权需要诉讼当事国耗费很多资金，因此不一定列为确定国家豁免问题的条件”(《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第25段，第6条的评注，第5段)。

48. 然而，很难将同样的逻辑自动转用于国家官员的外国刑事管辖豁免，在这个问题中，无论是在维护受豁免保护的權利和利益方面，还是在实践方面，属人豁免和属事豁免之间都存在明确的区分要素。

49. 应当回顾，属人豁免适用于人数有限的国家官员(国家元首、政府首脑和外交部长)，他们的身份众所周知，其作为国家的国际代表的地位也是众所周知的，很难在法院地国当局中产生任何疑问。另一方面，此类豁免可能涵盖的行为都是上述官员在履行任务授权时实施的行为，因此也不能对这一规范要素进行评估，从而要求外国援引豁免。此外，必须假定，一般说来，官员所属国对捍卫国家元首、政府首脑和外交部长的管辖豁免有现时真切的兴趣。因此，就这种豁免而言，打算行使管辖权的国家当局应清楚认识到，豁免问题是存在的，法院地国的法院因此应自行考虑到并审议豁免问题，无需要求官员所属国援引豁免。

50. 另一方面，属事豁免的情况则有所不同，在属事豁免中，法院地国机关不一定能够自动知晓某一个人拥有这种豁免的所有规范要素的事实，这些机关无法知道个人是否为外国官员，个人在实施法院地国法院所审议的行为时是否具有这种地位，或者，此类行为是否以官方身份实施。此外，不能以与国家元首、政府首脑和外交部长相同的方式，推定官员所属国对其某位官员可能享有的豁免提出权利主张的意愿。因此，难以得出结论，认为法院地国当局有义务自行评估并决定所称的外国刑事管辖豁免是否存在。坚持官员所属国援引豁免并不能被认为是过度的负担，或是不符合外国刑事管辖豁免目的或不符合各国主权平等原则的要求。相反，主要目的是要求在行使国家权利时尽应有的注意。

51. 刚才提出的论点也得到国际法院判例法的认可。例如，应当回顾，在刑事司法互助的若干问题案中，法院驳回了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，指出，吉布提从未通知法国“法国指控的行为是吉布提的行为，共和国检察官和国家安全局局长是执行这些行为的机关、机构或部门”。¹²² 相反，在同一案件中提及吉布提国家元首的豁免时，没有提到吉布提有义务向法国通知此类事项，或可以说，有义务援引豁免。在2000年4月11日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)案中出现了同样的情况，¹²³ 在该案中，国际法院也未在任何时候指出刚果民主共和国有义务将其外交部长的身份通知比利时当局。

52. 简言之，鉴于迄今审查的内容，可以得出结论，即应在这种情况下对属人豁免和属事豁免适用不同的规则。因此，在属人豁免情况下，法院地国主管当局应当自行评定和评估国家官员的外国刑事管辖豁免，而在属事豁免情况下，主管当局只有在官员所属国明确援引豁免时，才须对豁免的适用性进行评定和评估。前任特别报告员科洛德金先生也持相同的立场。¹²⁴

¹²² 《刑事司法互助的若干问题》(见上文脚注116)，第196段。

¹²³ 《2000年4月11日逮捕证(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。

¹²⁴ 见A/CN.4/646，第14-28段。

53. 基于这一要求区别对待属人豁免和属事豁免的办法，应当得出结论，即援引在属事豁免中具有特殊意义，尽管这并不排除官员所属国出于各种原因也援引国家元首、政府首脑或外交部长的刑事管辖豁免的可能性。无论如何，应当指出的是，对属人豁免和属事豁免的区别对待要求官员所属国知悉法院地国当局打算对其官员行使某种形式管辖权的意图，因为，如不知悉意图，怎可能满足官员所属国援引属事豁免的要求。因此，也有必要在本报告中探讨法院地国与官员所属国之间的沟通问题，这一问题在下文第三章 A 节中论述。

2. 援引豁免的权限

54. 承认国家官员的管辖豁免是为了国家利益而非个人利益，这一论断已成为实践中的一贯特点，¹²⁵ 并由国际法委员会在有关本专题的整个工作中明确确立。¹²⁶ 因此，似乎显然可以承认，国家(而非国家官员)有权就援引豁免做出任何决定，不管是就援引本身，还是在援引豁免的相关条件方面，包括确定据其估计应受到刑事管辖豁免保护的官员的行为。在此基础上，应当得出结论，即只能由国家援引豁免，不能由官员援引豁免。

55. 在任何情况下，都应结合严格意义上的援引概念来理解这一结论，即官员所属国采取正式行动，通知法院地国当局在其看来本国官员享有豁免，这必然会产生程序后果，特别是，使法院地国当局有义务正式考虑是否存在可合理适用此类豁免的情况。然而，应当考虑到，在实践中，可能是将被行使管辖权的官员最先利用其官员身份，声称其管辖豁免应得到承认。不过，这种可能性并不损害前段所述结论。相反，鉴于豁免所保护的权力不属于官员，因此，其对于豁免提出的权利要求不能被视为真正的援引豁免，而只能被视为一种主张，法院地国当局可将其作为一项事实加以评估，而且，在任何情况下，法院地国当局都可请求官员所属国确认或否认这一主张。但是，这样的主张不具有援引的程序效果，只有当官员所属国确认官员的主张，主张才具有援引的程序效果。¹²⁷

56. 虽然承认应由官员所属国援引豁免，但无法找到清晰地表明哪些国家机关可行使这一权力的相关规范。例如，上文审查的国际文书未载列任何这方面的规则，这一问题也未在规范豁免的国家法律中受到太多关注。因此，如果仅从关于放弃的条款(在相反意义上理解)中，可以推论出可由外交使团团长或外国的代

¹²⁵ 条约实践便有一例，即《维也纳外交关系公约》序言部分第四段申明：“此等特权与豁免之目的不在于给与个人以利益而在于确保代表国家之使馆能有效执行职务”。在《维也纳领事关系公约》序言部分第五段、《特别使团公约》序言部分第七段和《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》序言部分第七段中，可以找到几乎完全相同的措辞。国际法学会在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序言中使用了类似措辞，其中声明，给予作为一国之代表的国家元首或政府首脑特殊待遇，“不是为了其个人利益，而是因为这对于其独立有效地行使职权和履行职责是必要的，既符合其所领导的国家或政府的完善利益，也符合整个国际社会的完善利益”(Vancouver session, 2001, Yearbook, vol. 69, p. 742)。

¹²⁶ 前任特别报告员科洛德金先生已在其报告(A/CN.4/631, 第 19 段和 A/CN.4/646, 第 15 段)中申明了一点，现任特别报告员在其报告(见 A/CN.4/661, 第 49 段)中也重申了这一点。

¹²⁷ 见前任特别报告员科洛德金先生的第三次报告(A/CN.4/646), 第 15 段。

表援引豁免。¹²⁸ 同时，司法惯例也不明确，也未提供充足内容来帮助就可以援引任何国家官员的外国刑事管辖豁免的国家机关得出结论。因此，似乎有必要借助于承认国家自我组织权的原则，就本研究而言，该原则必然导致的结论是，应由各国国内制度根据情况确定有权决定援引豁免并使其生效的机关。

57. 然而，这一结论可能在法院地国当局中造成一定程度的不确定性，它们必须考虑到适用的国内法规范，在没有充分信息来断定援引豁免的机关是否有这种权力的情况下，考虑援引的有效性。无论如何，鉴于不同的法律制度下所涉机关可能不同，制订主管机关名单的作法似乎并不可取；相反，最好采用一种程式，使法院地国当局可据此逐案评估援引的有效性，同时考虑到每一状况的具体情况。不过，逐案评估办法将受到限制，国家元首、政府首脑或外交部长或者派驻意欲行使管辖权当局所在国的外交使团团团长援引豁免将被自动确认为有效。

58. “三巨头”成员援引豁免的效力有充分的合理依据，因为上述成员根据国际法自主规则具有在国际上代表国家的身份。这种身份不容置疑，即便是在“三巨头”成员自己援引豁免权的情况下也是如此，除非能够具体证明，在国内一级，国家元首、政府首脑或外交部长向其负责的任何其他国家机关(特别是议会)在其能够决定任何此类行政部门机关的豁免问题时做出了不同的决定。尽管这一结论可能在国家援引官员豁免的权利与国家元首、政府首脑和外交部长自己援引豁免即可初步证明的案件之间造成一些混淆，但这样的混淆更多涉及理论而非实际，没有什么实际意义，特别是考虑到，如前文得出的结论，援引只是作为属事豁免方面的程序性要求而设计的。如果说，只有“三巨头”成员“顾名思义”将被确认为拥有为“另一位”国家官员援引外国刑事管辖豁免的自主权限，这样的断言不会造成任何问题。

59. 承认派驻法院地国的外交使团团团长具有援引派遣国官员豁免的资格还有另一个用途，与履行使团自身的职能有关。《维也纳外交关系公约》明确规定，外交使团的职能除其他外，包括“在接受国中代表派遣国”和“于国际法许可之限度内，在接受国中保护派遣国及其国民之利益”。¹²⁹ 鉴于这些职能的定义广泛，似乎不太可能从中排除援引派遣国官员的外国刑事管辖豁免，这项职能无疑应被定性为代表和保护国家利益。诚然，这一权限与法院地国和官员所属国之间的沟通渠道问题密切相关，此外，原则上，应该认识到，使团团团长并非自动具有援引豁免的权限，而是依照国家主管当局的指示行使这一权力。但无论如何，不可否认，使团团团长在履行职务时援引的豁免至少应推定其有效，必须被意欲行使管辖权的法院地国当局加以考虑。因此，当局在收到官员所属国派驻法院地国的使团团团长援引的豁免后，必须考虑豁免问题。

¹²⁸ 见 United Kingdom, State Immunity Act 1978, sect. 2 (7); Singapore, State Immunity Act 1979, sect. 4 (7); Pakistan, State Immunity Ordinance 1981, sect. 4 (6); South Africa, Foreign States Immunities Act 1981, sect. 3 (6); Israel, Foreign States Immunity Law, sect. 9 (c)。

¹²⁹ 第3条，第1款(a)和(b)项。

60. 最后，根据法院地国与官员所属国之间的特别协定或根据两国均为缔约国的合作和司法互助协定获得此项权限的任何其他机关也可援引豁免。尽管这一模式不会是最普遍的，但其有用性不容忽视，特别是在当前合作和相互司法协助概念正在双边和多边层面发生重大变化之时。将在下文第三章 A 和 B 节中讨论这一问题。

3. 援引豁免的时间

61. 援引豁免的时间不能作为一个单独的问题来对待，因为它与法院地国当局审议豁免的时间相互关联。正如第六次报告中的讨论所述，应在诉讼开始时，或在法院地国当局表示打算行使管辖权时考虑豁免问题，否则，豁免就会失去存在的理由，不会完全有效。¹³⁰ 同样，应在诉讼的最初阶段援引豁免，特别是在援引豁免涉及的是只享有属事豁免的官员时更是如此，因为如上文所述，属事豁免只有在该官员所属国援引的情况下才能运作。

62. 然而，与确定应在哪个时间点考虑豁免的情况一样，也同样不可能在承认给予某些国家官员某种形式的管辖豁免的国际条约中找到关于应在诉讼的哪个时间点援引豁免的规则，或在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》或《关于国家豁免的欧洲公约》中找到一般性规则。后两项文书对援引豁免的时间问题作了暗示规定，将一国参加法院地国法院的诉讼视为放弃豁免，依据的条款是，如该国

使法院确信它在[介入该诉讼或采取与案件实体有关的任何其他步骤]之前不可能知道可据以主张豁免的事实，则它可以根据那些事实主张豁免，条件是必须尽早这样做。¹³¹

63. 上文所述国际法学会的决议也没有明确提供解决这一问题的有用信息，因为它只涉及国家元首和政府首脑，并确定了一项由国内法院自行采取行动的规则。不过，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”。这一规定对援引豁免具有普遍意义。因此，它可以从两个互补的角度普遍比照适用：提及诉讼的最初阶段，明确列入法院“知悉”受管辖国家官员的地位这一要求。这意味着官员所属国必须尽早援引豁免，因为法院地国法院只有在知悉它打算对其行使管辖权的某人是外国官员时，才会被迫考虑豁免。

64. 根据上文讨论的内容，人们可以得出结论认为，没有任何规则对官员所属国为其官员援引豁免的时间点作出限制，但为了使这种援引有用并产生预期效果，该国一俟知悉法院地国当局希望对其官员行使刑事管辖权，则应尽快提出豁免。相反，如该国后来才提出豁免，则应像前特别报告员科洛德金先生已做的那样得出结论认为，法院地国当局本应实施的行为是有效的，不应被视为侵犯了受该行为影响的官员的外国刑事管辖豁免。¹³²

¹³⁰ 见 A/CN.4/722，第 49-63 段。

¹³¹ 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，第 8 条，第 1 款(b)项。《关于国家豁免的欧洲公约》第 3 条第 1 款规定，“如一缔约国在主张豁免之前在诉讼中采取与案件实体有关的任何步骤，则不能主张另一缔约国法院的管辖豁免。不过，如该国使法院确信它在采取这一步骤之前不可能知道可据以主张豁免的事实，则它可以根据那些事实主张豁免，条件是必须尽早这样做。”

¹³² 见 A/CN.4/646，第 13 段。

65. 无论如何，上述所有内容都强化了一点，即官员所属国必须知悉法院地国当局打算对其某官员行使管辖权。

4. 援引豁免的效果

66. 有关国家援引其官员的外国刑事管辖豁免，是要达到两个目的。第一，提请打算行使管辖权的法院地国当局注意某外国国民(某官员)享有管辖豁免。第二，正式表示对此事的关注，要求尊重豁免，并为此请法院地国当局不对该外国官员行使任何管辖权。因此，应得出结论认为，援引豁免的目的是停止法院地国当局的管辖。

67. 援引豁免的效果应根据这一目的来确定，不过不能与该目的混为一谈或相等。然而，正如第六次报告所指出的，法院地国当局应认真注意官员所属国的任何来文或信息，但不能就此认为这意味着这些当局(特别是有权确定豁免的法院)有义务盲目接受官员任职国的任何主张。¹³³ 因此，援引豁免本身并不足以停止外国刑事管辖，也不能取代法院地国法院关于适用豁免的决定。另一方面，这些法院也不会被迫自动接受为其官员援引豁免的国家提出的主张。¹³⁴

68. 然而，上述说法并不意味着援引豁免没有效果。相反，它的效果对于属事豁免特别有意义，具体可在三种不同的情况下感受到。第一，如果我们认为，如前所述，属事豁免的适用取决于官员所属国援引豁免，就会产生这样的结果：在该国援引豁免之后，法院地国当局将有义务审议豁免问题并决定是否适用豁免。因此，如果法院地国法院对援引保持任何形式的沉默或不作为，就可能构成对豁免规则的违反。第二，援引豁免预计也将对法院地国法院的决策过程产生实质性影响，法院将有义务考虑官员所属国在援引豁免时提供的任何信息和论断，以决定是否可作为适用豁免依据的规范性要素。第三，援引豁免可作为法院地国与官员所属国落实相互之间协商、合作和司法互助机制的起点。下文第三章将对此进行审查。无论如何，应当指出，在属事豁免和属人豁免方面，特别是在考虑豁免的义务方面，上述援引豁免的效果可能有所不同。如果是属事豁免，只有在援引豁免之后才会产生这项义务，而如果是属人豁免，则应自行履行这项义务，因此援引只会强化原已存在的义务。援引豁免在第二和第三种情况下产生的效果对于任何类型的外国刑事管辖豁免，发挥作用的方式都一样。

69. 基于上述分析，提出条款草案如下：

条款草案第 10 条

援引豁免

1. 一国可向打算行使管辖权的国家为其任何官员援引外国刑事管辖豁免。
2. 官员所属国在知悉法院地国打算对该官员行使刑事管辖权后，应立即援引豁免。

¹³³ A/CN.4/722，第 107 段。前任特别报告员科洛德金先生在其第三次报告中坚持了这一立场(见 A/CN.4/646，第 30 段)。

¹³⁴ 关于豁免的确定，见现任特别报告员的第六次报告(A/CN.4/722)，第 97-108 段。

3. 援引豁免应以书面形式明确提出，同时说明被援引豁免的官员的身份和援引的豁免类型。
4. 援引豁免最好通过两国都是缔约国的合作和司法互助协定所规定的程序提出，或通过两国共同接受的其他程序提出。也可以通过外交途径援引豁免。
5. 如果援引豁免不是直接向法院地国法院提出，则收到援引豁免有关通信的主管当局应利用一切可用手段，将通信转交有权确定是否适用豁免的机关，而主管机关应在知悉豁免的援引后尽快就此作出决定。
6. 无论如何，有权确定豁免的机关应自行决定是否对享有属人豁免的国家官员适用豁免，而不论官员所属国是否援引豁免。

C. 放弃豁免

70. 由于承认国家官员的外国刑事管辖豁免是为了该官员所属国的权利和利益，所以该国显然可以放弃豁免，进而同意外国对其官员行使刑事管辖权。在这个意义上，如果官员所属国放弃豁免，那么任何关于豁免的存在或适用以及豁免的限制和例外的辩论都是无效的。简而言之，这是豁免的最终所有人和受益人放弃主张豁免的权利。因此，它不是豁免的真正例外，而是一种程序性行为，消除了任何可能妨碍法院地国法院行使管辖权的障碍。

71. 就其性质而言，放弃豁免有一些独特的有别于援引豁免的特点，因此必须单独予以对待，因为我们面对的问题不是假定行使一项权利(援引)，而是因放弃或不行使这项权利(放弃)而产生前述后果。因此，难怪我们会看到，不同于援引豁免，放弃豁免在有关管辖豁免的国际文书以及相关国内法中得到明确规定，这些文书强调放弃豁免的形式受到限制，以期维持法律确定性。

72. 国际法委员会在其关于外交关系、¹³⁵ 领事关系、¹³⁶ 特别使团¹³⁷ 和国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权¹³⁸ 的工作中讨论过放弃某些国家官员豁免的问题。在所有这些情况下，委员会都得出结论认为，官员所属国可以放弃该官员的豁免，而所述放弃应是明示的。无论如何，应当指出，在所有条款草案中，放弃豁免都是作为官员所属国的一项权力设定的，无论据称归咎于该官员的事实如何严重，都没有放弃所述豁免的义务。委员会仅在豁免涉及民事权利主张

¹³⁵ 关于外交往来和豁免的条款草案第三十条(《1958年……年鉴》，第二卷，第99页)的措辞如下：“放弃豁免。一、派遣国可放弃其外交代表的管辖豁免。二、在刑事诉讼中，放弃豁免概须明示。”

¹³⁶ 关于领事往来和豁免的条款草案第四十五条(《1961年……年鉴》，第二卷，第118页)的措辞如下：“放弃豁免。一、派遣国得就某一领馆人员放弃第四十一条、第四十三条及第四十四条所规定之豁免。二、放弃在任何情况下概须明示。”

¹³⁷ 关于特别使团的条款草案第四十一条(《1967年……年鉴》，第二卷，第365页)的措辞如下：“放弃豁免。一、派遣国得放弃其特别使团内之代表、外交职员及依第三十六条至第四十条享有豁免之其他人员所享管辖之豁免。二、放弃豁免概须明示。”

¹³⁸ 关于国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案第三十一条(《1971年……年鉴》，第一卷，第304页)的措辞如下：“放弃豁免。一、代表团团长及其外交职员和依第三十六条享有豁免的人不受管辖的豁免，可由派遣国予以放弃。二、放弃豁免概须明示(……)”。

时考虑一国有义务放弃其官员的豁免，从而仿效《联合国特权和豁免公约》第四条第十四节的模式，其中规定：

因此，遇有会员国认为其代表的豁免有碍司法的进行，而抛弃该项豁免并不妨害给予豁免的本旨的情形，该会员国不但有权利而且有责任抛弃该项豁免。¹³⁹

73. 这一模式启发了关于特别使团的条款草案第四十二条和关于国家在其对国际组织关系上的代表权的条款草案第三十一条第五款，其中放弃豁免的义务已由一项建议取代。针对第一种情况，该条款措辞为：“如果派遣国不放弃豁免，则应尽最大努力公正解决申索”。针对第二种情况，该条款措辞为：如果派遣国“不放弃[……]在民事诉讼方面的豁免，则应尽最大努力公正解决案件”。¹⁴⁰

74. 在这些条款草案的基础上通过的公约中也列入了同样的条款，例如《维也纳外交关系公约》第三十二条，该条规定：

一、外交代表及依第三十七条享有豁免之人对管辖之豁免得由派遣国抛弃之。

二、豁免之抛弃，概须明示。

而《维也纳领事关系公约》(第四十五条)、¹⁴¹《特别使团公约》(第四十一条)和《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(第三十一条)几乎一字不改地照搬了该条款。然而，关于后者，应提请注意其第三十一条第五项所载的特别规定，即：“如果派遣国不放弃[……]在民事诉讼方面的豁免，则应尽最大努力公正解决案件”。

75. 在另一个事项上，国际法委员会也在其关于国家豁免的工作中讨论过放弃豁免的问题。不过，委员会针对这种情况只是间接地列出了一系列情形，显示放弃豁免应被视为自动意味着外国已同意法院地国法院行使管辖权。¹⁴² 上文所述各项公约也采用了这一办法，¹⁴³《联合国国家及其财产管辖豁免公约》即是如此，其中第7至第9条规定了默示放弃豁免的特殊情形。

76. 在更接近本专题的一个事项上，国际法学会在2001年和2009年通过的两项决议中讨论过放弃(或取消)豁免的问题。在专门讨论国家元首和政府首脑的管辖

¹³⁹ 《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；第90卷，第327页。

¹⁴⁰ 分别为第四十二条(《1967年……年鉴》，第二卷，第379页；第三十一条第五款(《1971年……年鉴》，第二卷，第一部分，第304页)。针对特别使团，该条款列在“民事申索的解决”项下。

¹⁴¹ 根据该条第二项，“除本条[反诉]第三项所规定之情形外，特权及豁免之抛弃概须明示，并应以书面通知接受国”。

¹⁴² 关于国家及其财产的管辖豁免的条款草案第七条规定：“1. 一国如以下列方式明示同意另一国对某一事项或案件行使管辖，则不得在该法院就该事项或案件提起的诉讼中援引管辖豁免：(a) 国际协定；(b) 书面合同；或(c) 在法院发表的声明或在特定诉讼中提出的书面函件”(《1991年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第26和27页)。另见第8和第9条(同上，第30至35页)。

¹⁴³ 所有这些情况都涉及一点，即：如果某国家官员提出了已引起反诉的申索，则不可能援引豁免。这只适用于民事或行政管辖豁免的情况。

豁免和执行豁免的第一项决议中，它给予这类官员所属国放弃豁免的权利，指出这种放弃可以是明示的，也可以是默示的，只要是确定的即可；¹⁴⁴ 而且豁免可以克减，只要是协议商定的即可。¹⁴⁵ 无论如何，放弃豁免也是官员所属国的一项权利，这种权利只能受其单个或一般性意愿(特别协定)所限制。在 2009 年通过关于发生国际罪行时国家和代表国家行事的人的管辖豁免的决议之后，这种做法没有发生任何变化。不过，该决议在第二条第 3 款中加入了一个新的要素，规定：“各国应在其代理人涉嫌犯下国际罪行时考虑放弃豁免”。¹⁴⁶

77. 各项关于国家豁免的国内法也针对放弃豁免的问题作了规定。一俟诉讼启动，即可考虑或实施放弃；放弃是不能推定的，即便有谅解认为外国参与诉讼即是默示实施放弃，也不能这样推定；放弃是不可撤销的，但有可能在程度上受到限制或基于内容而被排除。¹⁴⁷

78. 放弃豁免的问题也在各国内和国际法院被提出过。¹⁴⁸ 在这方面，应特别提及国际法院在“逮捕证”案中的判决，法院在判决中明确指出，“如果官员所代表或曾代表的国家决定放弃外国管辖豁免，则他们将不再享有这种豁免”。¹⁴⁹

79. 虽然官员所属国放弃豁免的权力没有在文献或国家实践中受到过质疑，但勾勒其轮廓并不容易。无论如何，必须指出，划定放弃豁免的含义和范围对本专题特别重要。出于这一原因，下文将审查与放弃豁免有关的下列具有特殊实际意义的问题：(a) 有权放弃豁免的机关；(b) 放弃应采取的形式；(c) 放弃的实质和时间效力。

¹⁴⁴ 国际法学会关于国家元首和政府首脑在国际法中的管辖豁免和执行豁免的决议第 7 条(Vancouver session, 2001, Yearbook, vol. 69, p. 748)案文如下：“1. 如果国家元首所属国放弃国际法赋予的不受侵犯权、管辖豁免或执行措施豁免，则该国家元首可能不再享有这些权益。这种放弃可以是明示的，也可以是默示的，只要是肯定的即可。有关国家的国内法决定哪个机关有权实施这种放弃。2. 当国家元首涉嫌犯下特别严重的罪行时，或可能促请法院地国当局采取的措施不大可能妨碍其行使职能时，则应作出这种放弃”。

¹⁴⁵ Naples session, 2009, Yearbook, vol. 73, p.229. 2001 年决议第 8 条规定：“1. 各国可通过协议，在其认为适当的程度上，克减其国家元首享有的不受侵犯权、管辖豁免和执行措施豁免。2. 如果没有明示克减，则可推定前款所述不受侵犯权和豁免没有克减；这种克减的存在和程度应以一切法律手段明确确定”(Vancouver session, 2001, Yearbook, vol. 69, p. 748)。

¹⁴⁶ 这项建议与该条第 2 款的规定并行不悖，该款规定：“根据条约和习惯国际法，各国义务预防和制止国际犯罪。豁免不应成为本决议所述罪行受害人获得适当赔偿的障碍”(Naples session, 2009, Yearbook, vol. 71, p. 229)。

¹⁴⁷ 见：United States, Foreign Sovereign Immunities Act 1976, Sect. 1605A; United Kingdom, State Immunity Act 1978, sect. 1 (2); Singapore, State Immunity Act 1979, sect. 4; Pakistan, State Immunity Ordinance 1981, sect. 4; South Africa, Foreign States Immunities Act 1981, sect. 3; Australia, Foreign States Immunities Act 1985, sects. 10, 3 and 6. Canada, State Immunity Act 1985, sect. 4 (2); Israel, Foreign States Immunity Law 2008, sects. 9 and 10. Japan, Civil Jurisdiction of Japan with respect to a Foreign State Act 2009, art. 6. Spain, Organic Act No. 16/2015, arts. 5, 6 and 8.

¹⁴⁸ 关于国内法院处理放弃国家官员豁免问题的方式，秘书处的备忘录(A/CN.4/596, 第 246 段及其后各段)和前任特别报告员科洛德金先生的第三次报告(A/CN.4/646, 第 33 段及其后各段)作过审查，对此现任特别报告员也有提及。

¹⁴⁹ 《2000 年 4 月 11 日逮捕证案》(见上文脚注 123)，第 61 段。

1. 有权放弃豁免的机关

80. 与援引的情况一样，出于同样的原因，放弃豁免只能由官员所属国而不是官员本人实施。因此，这也就引出了哪些机关有权行使这一权力的问题，因为国际文书和已分析过的法律都没有指明哪些国家机关有权就放弃豁免作出决定，¹⁵⁰除了在一些例外情况下，某些法律明确提到由派驻法院地国的外交使团团团长实施放弃。¹⁵¹国际法学会的决议对这个问题也没有表态，只对官员所属国的国家法律作了引述。¹⁵²

81. 此外，该领域的判例很少，也导致无法推断出识别主管机关的明确规则。相反，在提出这个问题的少量案件中，国家法院接受了包括司法部长和外交使团团团长在内的不同机关实施的放弃。¹⁵³此外，这个问题也没有向处理过此类豁免的国际性法院提出过。

82. 因此，上文所述关于援引豁免的一般性结论完全适用于放弃豁免，两者都涉及国家组织自主原则的首要地位和逐案分析问题的必要性，并都推定由国家元首、政府首脑、外交部长或外交使团团团长实施的放弃具有效力。¹⁵⁴不过，由国家元首、政府首脑或外交部长实施放弃会引出一个特殊问题，即不论涉及属人豁免还是属事豁免，放弃都受共同规则的约束。在属人豁免情况下，由国家元首、政府首脑或外交部长实施放弃可能会与由享有豁免权的官员实施放弃相混淆。这种可能性虽然极低，但毫无疑问，一旦发生，也将不可避免地受制于逐案对实施放弃的机关进行权限评估的原则，从而与推定此种放弃具有效力背道而驰。在这种情况下，正如

¹⁵⁰ 国际法委员会本身早在其关于外交往来和豁免的条款草案中，就倾向于暂缓处理哪些机关有权放弃外交代表豁免权的问题。在二读通过第 30 条案文时，委员会决定修改一读通过的第 2 款的措辞，删除其中“由派遣国政府”这一短语。委员会对这一决定作了如下解释：“委员会决定删除‘由派遣国政府’这一短语，是因为它会让人误解为，放弃实际上应由派遣国政府发出通报。但正如所指出的那样，使团团团长是他所属政府的代表，当他通报放弃豁免时，接收国法院必须接受将该通报作为派遣国政府的一项声明。新案文中没有处理使团团团长发布声明的权力问题，因为这是一个只有派遣国和使团团团长才会关注的内部问题”（《1958 年……年鉴》，第二卷，第 99 页，第 2 段）。同样，委员会对领事关系条款草案第 45 条作了如下陈述：“该条款文并未说明应通过何种渠道通报放弃豁免。若领事馆负责人是有关措施的对象，则大概应在通过外交途径通报的声明中宣布放弃。若放弃牵涉到领事馆另一成员，则该声明可由有关领事馆的负责人作出”（《1961 年……年鉴》，第二卷，第 118 页，第 45 条评注第(2)段）。

¹⁵¹ 见 United Kingdom, State Immunity Act 1978, section 2 (7); Singapore, State Immunity Act 1979, section 4 (7); Pakistan, State Immunity Ordinance 1981, section 4 (6); South Africa, Foreign States Immunities Act 1981, section 3 (6); Israel, Foreign States Immunity Law, section 9 (c)。

¹⁵² 见 2001 resolution(Vancouver session, 2001, Yearbook, vol. 69, p. 748), art. 7, para. 1。

¹⁵³ 在美国的 *Paul v. Avril* (United States District Court for the Southern District of Florida, 812 F. Supp. 207) 案件中，放弃豁免是由司法部长实施的；在比利时的 *Hissène Habré* 案件中，司法部长实施了放弃。在瑞士，法院在 *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* 案件中并没有考虑哪个政府部门有此权力的问题，只指出是政府机关就已足够，因此接受了派驻美利坚合众国的菲律宾外交使团发出的通报。

¹⁵⁴ 见本章上文 A 节第 2 小节。

前任特别报告员科洛德金先生以往所指出的那样，或许应推定官员所属国与其国家元首、政府首脑和外交部长具有同等地位，除非向法院地国另作通报。¹⁵⁵

2. 放弃豁免应采取的形式

83. 由于有必要保持法律的确定性并且放弃豁免会对官员所属国的权利产生限制作用，因此实践中的大多数意见是，放弃豁免概须明示。这在国际法委员会以往工作、国际公约和涉及豁免的国家法律中都有反映。¹⁵⁶ 只有国际法学会在其2001年决议中规定，放弃对国家元首或政府首脑的豁免可以“明示或默示，只要确定即可”。¹⁵⁷ 国家判例法没有提供有用信息，因为该问题主要是在民事诉讼的背景下处理。此外，从出现该问题的刑事案件中也无法识别出国家刑事法院的结论性意见，包括英国上议院审理的皮诺切特(第3号)案，其判决书提出了默示放弃豁免的问题；不过，这一论点并未得到大多数法官的支持，也不是法院最终裁决的决定性因素。¹⁵⁸

84. 无论如何，应牢记在刑事管辖豁免的情况下，合法性和法律确定性原则必须发挥突出作用。从这个角度看，似可得出以下结论：官员所属国放弃豁免应清晰且明确无误，这样才不至于对放弃的范围或者所适用的人员、行为或豁免类型产生疑问。¹⁵⁹ 基于这些前提，根据国际法委员会以往发表的意见，必须得出的结论是，放弃外国刑事管辖豁免必须明示，而且必须采取无可辩驳的形式，最好是书面形式。不过，不可能确定每次放弃必须使用的特定形式，因为这将取决于实施放弃的具体情况。因此，没有什么能阻止通过向法院地国当局发送普通照会、信函或非外交文

¹⁵⁵ 见 [A/CN.4/646](#)，第38段。

¹⁵⁶ 西班牙第16/2015号组织法第27条就规定，对国家元首、政府首脑和外交部长的豁免必须明示放弃。

¹⁵⁷ Article 7, para. 1, Vancouver session, 2001, *Yearbook*, vol. 69, p. 748。

¹⁵⁸ 见秘书处备忘录中就皮诺切特(第3号)案放弃豁免问题进行的讨论([A/CN.4/596](#)，第259-263段)。

¹⁵⁹ 秘书处备忘录中列有三个明确放弃的例子([A/CN.4/596](#)，第252和253段)。在 *Paul v. Avril* 案中，海地司法部长表示，“前海地武装部队中将兼海地共和国前军事政府总统普罗斯佩尔·阿夫里尔绝对不享有任何形式的豁免，不论是主权、国家元首、前国家元首的豁免，也不论是外交、领事或证言豁免，还是所有其他豁免，包括判决或程序豁免，免于执行判决的豁免，以及在判决之前和之后免于出庭的豁免” (United States District Court for the Southern District of Florida, 812 F. Supp. 207, p. 211)。在 *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police* 案中，菲律宾提交的放弃豁免措辞如下：“菲律宾政府特此放弃菲律宾前总统费迪南德·马科斯及其妻子伊梅尔达·马科斯根据美国法律或国际法可能享有或可能曾经享有的一切(1) 国家、(2) 国家元首或(3) 外交豁免[……]这项放弃适用于上述案件中对费迪南德和伊梅尔达·马科斯的起诉(在纽约南区进行的调查)以及此二人可能试图援引豁免的任何犯罪行为或任何其他有关事项” (Federal Supreme Court of Switzerland, *Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédéral de la police (recours de droit administratif)*, judgment of 2 November 1989, ATF 115 Ib 496, p. 501 and 502)。在布鲁塞尔针对侯赛因·哈布雷的案件中，乍得司法部以下列措辞明确放弃豁免：“1993年1月15日至4月7日在恩贾梅纳举行的国家主权会议正式放弃对侯赛因·哈布雷先生的任何管辖豁免。1995年6月9日第010/PR/95号法令确认了这一立场，对政治犯和流亡者以及武装反对派人员实行大赦，但‘共和国前总统侯赛因·哈布雷及其同谋和/或从属除外’。因此，很明显在国家主权会议结束后，侯赛因·哈布雷先生已不能向乍得当局索要任何豁免”(2002年10月7日乍得司法部长给布鲁塞尔区调查官的信)。

件，或者通过程序性行为或文件，甚至通过明确、清晰且无可辩驳地表示国家愿意放弃其官员的外国刑事管辖豁免的任何其他文件，来实施放弃豁免。¹⁶⁰

85. 这一结论使得有必要大致审查以下三种情况，即：在行使管辖权的当局出庭；国际协定和条约中包含要求对外国国民行使刑事管辖的义务；未援引豁免。在这三种情况下都存在一个问题，即行为是否符合相关要求，从而可被视作放弃。

86. 无论是国家官员的某些类型豁免，还是国家本身的豁免，外国在法院地国法院出庭在传统上都被视为是放弃管辖豁免的行为之一。¹⁶¹ 此类出庭涉及在特定国家管辖范围内履程序性行为，因此原则上必须被视为是对该管辖的承认，尽管在逻辑上，其唯一目的是通过援引豁免对法院的管辖权提出异议。不过，在外国刑事管辖的情况中，实际上很难发生“暗示放弃”或“明示接受”法院地国管辖的情形。也许唯一例外是应外国官员所属国的请求提起诉讼；在这种情况下，虽然可能存在国家官员外国刑事管辖(属人或属事)豁免的规范性要素，但国家起诉本国官员的利益与豁免制度背道而驰，而且会让豁免制度保护外国的权利和利益的目的完全落空。这种情况是否涉及国家官员的外国刑事管辖豁免还无法定论，但可以肯定的是，官员所属国作出的指控在任何情况下必须被视为放弃对该官员任何形式的豁免，而且可能会发生在诉讼中的任何一个时间点。¹⁶²

87. 在国际法委员会以往关于这个专题的工作中¹⁶³ 以及文献中都提到，国际条约所载某些条款可被视为是放弃管辖豁免的形式。要符合这种情况，声称可从中推断出放弃豁免的条约就必须清晰且毫不含糊地规定放弃豁免。如果条约案文载有关于放弃豁免或者取消或不适用其他缔约国管辖豁免的明确规定，则可满足这一条件。如果可从条约中明确推断缔约国有义务以不受限制的方式配合起诉任何受其管辖或为其国民(包括国家官员)的人，而且官员所属国不行使其管辖权，则也将满足这一条件。不过，一般范畴的条约规定，例如缔约国对某些罪行(特别是国际法下的罪行)行使管辖权的义务、引渡或起诉义务以及与国际刑事法院合作的义务，是否能衍生出放弃外国刑事管辖豁免，则更有争议。

88. 缔约国对某些罪行行使管辖权的义务意味着缔约国(此处指法院地国和官员所属国)必须在国内法中将某些行为“定为犯罪”并制定允许缔约国行使管辖权的程序规则，但不一定意味着官员所属国放弃其声明只有该国才有权而其他国家无权对享有豁免的本国官员所犯罪行行使管辖权的权利。在这种情况下，为了确保在保护主权平等原则与保护其他法律价值和原则之间取得适当平衡，官员所属国

¹⁶⁰ 例如，*Ferdinand et Imelda Marcos c. Office fédérale de la Police* 案就是通过普通照会，*Paul v. Avril* 和 *Hissène Habré* 案就是通过司法部的信函或文件向法院通报放弃豁免。

¹⁶¹ 见《维也纳外交关系公约》，第 32 条第 3 款；《维也纳领事关系公约》，第 45 条第 3 款；《特别使团公约》，第 41 条第 3 款；《关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权的维也纳公约》，第 31 条第 3 款；以及《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，第 8 条。

¹⁶² 见秘书处备忘录(A/CN.4/596)第 258 段、特别是脚注 762 对这个问题的分析(其中提到维尔霍温先生的报告，该报告为国际法学会通过 2001 年决议提供了依据)。

¹⁶³ 见同上，第 250-264 段，以及 A/CN.4/646，第 44 段。

将有义务对本国官员行使管辖权；不过，很难得出结论认为这项一般义务可自动被视为放弃此类官员的外国刑事管辖豁免。¹⁶⁴

89. 此外，国际法院已作出裁断，排除了这种可能性，在逮捕令案的判决书中作了如下陈述：

虽然关于预防和惩治某些严重罪行的各项国际公约规定了国家起诉或引渡的义务，由此要求各国扩大刑事管辖范围，但这种管辖范围的扩大绝不影响习惯国际法下的豁免，包括外交部长的豁免。这些管辖豁免仍然可以用于对抗外国法院，即使这些法院是根据上述公约行使管辖权。¹⁶⁵

90. 这一结论也与确定条约中包含的引渡或起诉义务是否可被解释为放弃豁免有关。正如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)一案中所指出：

如果嫌疑人所在国在《禁止酷刑公约》条款所设想的任何一种情况下收到引渡请求，则该国可通过同意该请求来解除其起诉义务。¹⁶⁶

91. 虽然这项裁决涉及《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》¹⁶⁷ 规定的义务，但也对引渡或起诉义务作为在国际合作和互助背景下发挥特殊作用的一种机制的运作进行了充分描述。将此模式适用于手头的问题，就可以得出结论认为，如果法院地国请求引渡外国官员，官员所属国就有义务在起诉该官员和同意法院地国向其提出的引渡请求之间作出选择。为了作出决定，被请求国可提出这样一个事实，即请求引渡的对象现在或曾经是第三国官员，因此提议请求国将案件移交给该第三国，以便该国本身可以行使刑事管辖权。从某种意义上说，根据里斯本上诉法院 2018 年 5 月 10 日的判决书，这种情况曾经在葡萄牙发生，下文将对此进行分析。¹⁶⁸ 然而，很难就此得出结论认为，仅仅将引渡或起诉义务纳入条约就必定自动被解释为放弃豁免。

92. 在评估与国际刑事法院合作的义务是否意味着官员所属国放弃豁免之时，需要进行更加细致的分析。自《罗马规约》通过以来，这个问题一直是学术辩论的主题，并且已成为一个真正的实际问题，国际刑事法院就一些国家不遵守关于逮捕苏丹总统奥马尔·巴希尔并移交法院的要求所通过的决定对此有所反映。该问

¹⁶⁴ 另见特别报告员第五次报告从豁免限制和豁免例外的角度对这个问题的讨论(A/CN.4/701，第 215 和 216 段)。

¹⁶⁵ 见 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(见前注 123)，第 59 段。

¹⁶⁶ 《与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决书，2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页及其后，特别是第 456 页，第 95 段。

¹⁶⁷ 《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》(1984 年 12 月 10 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1465 卷，第 24841 号，第 85 页。

¹⁶⁸ 见下文第三章，C 节。

题最终导致约旦提出上诉，反对第二预审分庭根据《罗马规约》第 87 条第 7 款的规定决定将约旦被控不遵守与法院合作的义务一事提交缔约国大会。¹⁶⁹

93. 在 2018 年 9 月国际刑事法院审理此案的听讯期间提出的一个问题是，《罗马规约》第 98 条和第 27 条合在一起，是否已导致放弃国家官员的外国刑事管辖豁免。第五次报告已经从豁免限制和豁免例外的角度考虑了这个问题，¹⁷⁰ 但国际法委员会对这个问题的讨论不能被视为已经完结。不过，法院检察官和参与听讯的各方，包括委员会的一些委员，都就这个问题作了发言，有些还提到了委员会的工作，提出了不同的解释和结论。鉴于在本报告完成之时此案仍在审理之中，因此不宜在法院作出裁决之前就对上一段提到的问题进行详细分析。但是，委员会应意识到这个问题已引起激烈辩论，而且特别报告员保留在本专题工作的晚些时候再度讨论此问题的权利。

94. 必须注意的是，在有些情况下不援引豁免即被视为默示放弃，理由是国家有权获得豁免，如果不援引豁免，就是因为已决定放弃。这一论辩看起来可能挺有说服力，可以被视为在某种程度上解决了在关于豁免范围的辩论中提出的问题，¹⁷¹ 但它也造成了严重困难，特别是因为没有考虑到属人豁免和属事豁免之间的区别，而且还避开了国家沉默或不作为的意义和法律效果问题。

95. 显然，属人豁免和属事豁免的区别必定会对援引与放弃豁免的关系产生影响。在属人豁免的情况中，不援引豁免在任何情况下都不得被视为放弃豁免，因为这个问题必须由法院地国的法院自行评估。因此，对于这种类型的豁免，放弃与援引毫无关系，必须予以明示。另一方面，在属事豁免的情况中，鉴于法院地国的法院只有在官员所属国援引豁免时才不得不考虑和适用豁免，因此就可以确定豁免与援引之间是否存在关系。但是，任何此类关系并不一定意味着未予援引就可被视为暗示放弃。¹⁷² 在这种情况下，官员所属国首先必须意识到法院地国当局打算对其一名官员行使刑事管辖权，其次，还必须考虑到其官员在该特定案件中享有豁免。只有在这种情况下才能将官员所属国的不作为解释为放弃其官员的外国刑事管辖豁免，因为该国知悉外国行使管辖权的意图，并且意识到如果不予援引，豁免就将得不到考虑或适用的事实。在其他情况下都很难得出不援引即等同于放弃豁免的结论，因此，援引豁免的途径将保持开放。

¹⁶⁹ 见上文第 17 段。第 87 条第 7 款规定：“如果缔约国未按本规约的规定行事，不执行本法院的合作请求，致使本法院无法行使本规约规定的职能和权力，本法院可以在认定存在这一情况后将此事项提交缔约国大会，或在有关情势系由安全理事会提交本法院的情况下，提交安全理事会。”

¹⁷⁰ 见 [A/CN.4/701](#)，第 156-169 段。

¹⁷¹ 特别是支持这样一个论点：豁免具有绝对性，其唯一限制是官员所属国放弃豁免，无论是以明示形式，还是采取在具体案件中不予援引豁免的暗示形式。

¹⁷² 同样，见前任特别报告员科洛德金先生的第三次报告，其中他提请注意国际法院对刑事事项互助的某些问题(吉布提诉法国)案的判决书，其中法院提到吉布提没有援引某些官员的豁免，但绝不认为这是对该豁免的放弃([A/CN.4/646](#)，第 54 段)。

96. 鉴于上述，可以得出的结论是，放弃豁免必须明示且确定，即使事实上可以通过不同的表述方式来实施放弃。

3. 放弃豁免的效果

97. 如前所述，放弃外国刑事管辖豁免的直接效果是，国家同意对其官员行使外国刑事管辖，从而导致关于豁免的存在或适用及其限制或例外的任何辩论无效。由于这涉及放弃国家权利，所以必须根据实施放弃所用的方式逐案分析效果范围，以期确定涉及的官员和管辖行为。¹⁷³

98. 无论如何，放弃必须视刑事程序和刑事诉讼为一个不可分割的整体。因此，从实施放弃之时起，它既适用于作为司法调查的组成部分而进行的行为，也适用于刑事诉讼的不同阶段，不仅包括初审法院的诉讼，还包括对初审判法院的裁判提出上诉后可能产生的诉讼。国际法委员会已经表示支持这一结论，¹⁷⁴ 并且不可能发现任何可以说服委员会改变立场的新资料。此外，放弃的效果具有连续性这一原则，对于外国刑事管辖豁免情形具有特别重要的意义，因为在这种情形下，管辖豁免和执行豁免之间的区别，与在国家豁免情形下的理解不一样。因此，似乎可以合理地得出以下结论：一旦放弃外国刑事管辖豁免，则该放弃既适用于严格意义上对官员的起诉，也适用于在行使刑事管辖之时，为这一目的而对官员个人及其财产采取任何类型的执行措施所涉其他行为。对于根据案情定罪后采取的措施而言，这一结论是明确的，但它也适用于第六次报告中已经分析过的某些措施，特别是对官员的拘禁以及在法庭诉讼期间对官员及其财产可能下令采取的预防措施。¹⁷⁵

99. 尽管如此，为妥当阐述放弃豁免的效果，应在这方面分析放弃豁免的时间。为此，首先应强调，提及放弃管辖豁免的不同条约和其他国际文书没有具体说明放弃的时间，有关豁免的国内法也是如此。在国内或国际判例法中也没有关于这个问题的明确裁决，各国的评论意见也没有就此问题提出更多有用信息。因此，必须得出结论认为，豁免可以在任何时候放弃，虽然只有在刑事诉讼早期阶段实施放弃才最有效。否则，法院地国当局将不得不考虑豁免问题并对豁免的适用作出裁决。然而，这并不妨碍后来实施放弃，无论是官员所属国主动放弃，还是法院地国的请求，或者作为两国之间达成某种协议的结果而放弃。

100. 无论如何，放弃豁免只在实施时才产生效果。因此，在此之前，国家当局必须考虑在行使任何形式的刑事管辖时所涉外国官员的豁免问题。相反，一旦实施放弃，其效果将投射到未来，豁免问题将不再阻碍法院地国当局行使刑事管辖权。在此情况下，国际法委员会以前在工作中就提出了是否可以撤回这种放弃的问题。尽管没有这方面的实践，但考虑到放弃豁免的性质、豁免对法院地国行使

¹⁷³ 见秘书处备忘录(A/CN.4/596)，第 269 段。

¹⁷⁴ 在关于外交往来和豁免的条款草案评注中，国际法委员会指出，“不言而喻，任何法院或法庭的诉讼，均被视为不可分割的整体，如在一审法院给予明示放弃或默示放弃，上诉中则不可援引豁免”(1958 年，《年鉴》，第二卷，第 99 页，第 30 条评注第(5)段)。

¹⁷⁵ A/CN.4/722，第 60-79 段和第 90-96 段。

管辖的权利的影响、以及需要确保尊重法律确定性原则，必须得出结论认为，对豁免的放弃不可撤回。这一结论仅适用于与放弃豁免有关的具体情况；因此，如打算对新行为行使刑事管辖，而此等新行为与放弃豁免所涉的行为不同，则法院地国当局得再次审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题。

101. 总结对放弃豁免的考虑，应重申，只有放弃才能产生效果；就算法院地国要求放弃豁免，也不能从官员所属国不放弃豁免的决定中推断出任何自主的法律效果（这一点不同于法院地国考虑豁免是否适用的义务）。不过，关于这个问题，国际法委员会应回顾其一名委员在2017年讨论豁免的限制和例外时提出的建议。由诺尔特先生口头提出的这项建议是：

对于下列被指控的罪行，官员所属国应放弃豁免，或将案件提交本国法院起诉：

- (a) 灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和酷刑；
- (b) [其他可能的犯罪]。¹⁷⁶

102. 这一提议实际上是特别报告员在其第五次报告中提议的条款草案第7条的替代方案。从这个角度看，该提议本可以赋予不放弃豁免的决定某种重要性，但是，一经委员会暂时通过条款草案第7条，该提议便失去了意义。因此，本报告没有考虑这项提议。

103. 有鉴于此，现提出以下条款草案：

条款草案第11条
放弃豁免

1. 一国可放弃其官员的外国刑事管辖豁免。
2. 放弃应以明示方式明确作出，提及被放弃豁免的官员，并酌情提及放弃豁免所涉及的行为。
3. 最好通过两国均为缔约国的合作和司法互助协定中规定的程序实施放弃豁免，或通过上述国家共同接受的其他程序实施。放弃豁免可通过外交途径作出通知。
4. 从法院地国和官员所属国均为缔约国的国际条约中可以明确无疑推断出的放弃，应被视为明示放弃。
5. 不是直接在法院地国法院实施的放弃豁免，应由收到放弃豁免有关通信的当局利用其一切可用手段将该通信转交有权决定豁免适用问题的机关。
6. 放弃豁免不可撤销。

¹⁷⁶ [A/CN.4/SR.3365](#)。

第三章

法院地国和官员所属国之间的程序保障

104. 在关于国家官员的外国刑事管辖豁免的辩论中，国际法委员会委员和各国都提到，有必要在关于这一专题的工作中纳入程序保障，其中既包含一般性条款，还具体涉及条款草案第7条所列限制和例外的可能适用问题。然而，“程序保障”一词在使用中并不总是具有相同含义，因此很难确定这个通用术语涵盖哪些工具，从而应反映在条款草案中。

105. 特别报告员认为，应根据制订条款草案的目的来确定其中应包括的程序保障。总的来看，条款草案的目的无非是确保，有必要兼顾平衡涉及官员所属国的尊重主权平等原则(形式上表现为要求豁免其官员)和涉及法院地国的尊重同一原则(形式上表现为行使管辖的权利)。还有必要确保法院地国不滥用或出于政治动机行使其管辖权，并且，官员所属国不以欺诈方式利用豁免制度，其唯一目的应是解除其官员任何形式的刑事责任，而无论情况如何。

106. 因此，程序保障应理解为能够实现上述目标的程序性工具，为本专题的目的，这些工具包括一套具体宗旨和目标，可归纳如下：

(a) 确保官员所属国充分意识到法院地国打算对该官员行使某种形式的外国刑事管辖，从而能够就此确定立场；

(b) 确保法院地国能够从官员所属国当局获得必要信息，以便裁定是否适用豁免；

(c) 便利使用程序性工具，使法院地国或官员所属国能够酌情行使刑事管辖；

(d) 便利法院地国和官员所属国协商讨论在确定和适用豁免过程中可能出现的任何问题或分歧。

107. 为实现这些目标，有必要审查可视为“程序保障”的四类活动，即：

(a) 通知官员所属国，法院地国当局打算行使刑事管辖；

(b) 要求提供和交换信息；

(c) 向官员所属国转移刑事诉讼；

(d) 法院地国和官员所属国之间进行协商。

108. 必须主要在国际法律合作和互助制度的背景下考虑这些“程序保障”。这将有助于根据各国了解和熟悉的类别和体制来界定保障措施，从而促进其潜在运用。为此，本章是在对全球和区域刑事事项合作和互助的主要国际文书进行比较研究的基础上编写的。考虑了下列文书：

- 1959年4月20日《欧洲刑事事项互助公约》¹⁷⁷及其两项附加议定书；¹⁷⁸
- 1972年5月15日《刑事事项诉讼转移欧洲公约》；¹⁷⁹
- 1957年12月13日《欧洲引渡公约》¹⁸⁰及其四项附加议定书；¹⁸¹
- 1992年5月23日《美洲刑事事项互助公约》；¹⁸²
- 1981年2月25日《美洲引渡公约》；¹⁸³
- 2000年5月29日《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》；¹⁸⁴
- 2009年11月30日欧洲联盟理事会关于防止和解决刑事诉讼司法管辖冲突的第2009/984/JHA号框架决定；¹⁸⁵
- 2005年11月23日《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》；¹⁸⁶
- 2005年11月23日《葡萄牙语国家共同体成员国引渡公约》；¹⁸⁷
- 1990年12月14日《刑事事项互助示范条约》；¹⁸⁸
- 1990年12月14日《刑事事项诉讼转移示范条约》；¹⁸⁹
- 1990年12月14日《引渡示范条约》。¹⁹⁰

109. 此外，还考虑到了关于预防和惩治国际罪行的各种国际条约，这些条约虽然不只涉及合作和国际法律援助，但包含有利于审议本章分析的程序保障的条款。

¹⁷⁷ 联合国，《条约汇编》，第472卷，第6841号，第185页。

¹⁷⁸ Council of Europe, *European Treaty Series*, Nos. 99和182。

¹⁷⁹ 联合国，《条约汇编》，第1137卷，第17825号，第29页。

¹⁸⁰ 同上，第359卷，第5146号，第273页。

¹⁸¹ 《附加议定书》，同上，第1161卷，第5146号，第450页；《第二附加议定书》，同上，第1496卷，第5146号，第328页；《第三附加议定书》，同上，第2838卷，第5146号，第183页；《第四附加议定书》，同上，第5146号。

¹⁸² Organization of American States, *Treaty Series*, No. 75。

¹⁸³ 联合国，《条约汇编》，第1752卷，第30597号，第177页。

¹⁸⁴ Official Journal of the European Communities C 197/1, 12 July 2000。

¹⁸⁵ Official Journal of the European Union L 328/42, 15 December 2009。

¹⁸⁶ 葡萄牙文，可查阅 www.cplp.org。

¹⁸⁷ 同上。

¹⁸⁸ 1990年12月14日大会第45/117号决议，经1998年12月9日大会第53/112号决议修订。

¹⁸⁹ 1990年12月14日大会第45/118号决议。

¹⁹⁰ 1990年12月14日大会第45/116号决议，经1998年2月4日大会第52/88号决议修订。

这些国际条约包括《防止及惩治灭绝种族罪公约》，¹⁹¹ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，¹⁹² 《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》和《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。¹⁹³ 同样，还考虑到国际法委员会在可能与此问题有些关联的具体问题上的工作，特别是委员会关于《危害人类和平及安全治罪法》草案、关于设立国际刑事法院和危害人类罪方面的工作，如认为其中一项规定或者委员会的评注有相关性，会给予适当提及。还考虑到《罗马规约》，该规约涉及的虽是国际刑事法院和缔约国法院之间的合作，但它载有一个设计良好的合作模式，可能对本报告的目的有益。

110. 在此基础上，审查了以下事项：(a) 将行使刑事管辖权的意图通知官员所属国；(b) 法院地国和官员所属国之间交换信息；(c) 向官员所属国转移刑事诉讼；(d) 协商。诉诸其中任何一项，都是基于一种假设，即法院地国和官员所属国之间存在沟通渠道。因此，没有必要单独分析这个问题；相反，已视需要结合上述每个事项具体考虑了这个问题。

A. 将行使刑事管辖权的意图通知官员所属国

111. 一般认为，为了国家利益，国家官员享有外国刑事管辖豁免。因此，如上文所述，应由国家而不是官员来决定援引和放弃豁免的问题；还应由国家决定采取何种形式和方式要求尊重该国某一官员的豁免权。但是，为了行使这些权力，该国必须知晓第三国当局打算对该国某一官员行使第三国本国的刑事管辖权。因此，有必要在程序保障方面审查将法院地国打算对该官员行使刑事管辖权的意图通知官员所属国的问题。

112. 作为这一分析的出发点，必须注意以下事实，即规定某种形式的外国刑事管辖豁免的各条约文书并未规定法院地国有义务将其对官员行使刑事管辖权的意图通知官员所属国。这一论断的唯一例外情况出现在《维也纳领事关系公约》中，其中第 42 条规定：

遇领馆馆员受逮捕候审或羁押候审，或对其提起刑事诉讼时，接受国应迅即通知领馆馆长。倘领馆馆长本人为该项措施之对象时，接受国应经由外交途径通知派遣国。

113. 只有《维也纳领事关系公约》列入了通知的义务，这一事实无疑是因为该公约与其他三项有关公约有明显的区别，因为《维也纳外交关系公约》、《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》和《特别使团公约》规定的是属人豁免方面的外国刑事管辖豁免。因此，不可能以任何形式对这些公约中提到的官员行使外国刑事管辖权。相反，领事官员和其他领馆成员享有的豁免主

¹⁹¹ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》(1948 年 12 月 9 日，巴黎)，联合国，《条约汇编》，第 78 卷，第 1021 号，第 277 页。

¹⁹² 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973 年 11 月 30 日，纽约)，同上，第 1015 卷，第 14861 号，第 243 页。

¹⁹³ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006 年 12 月 20 日，纽约)，同上，第 2716 卷，第 48088 号，第 3 页。

要是属事性质的豁免，并不能完全阻止对他们行使外国刑事管辖权；因此，通知义务可作为官员所属国的一项保障。

114. 《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 22 条反映了这种确保所属国知晓已提起可能影响豁免(在这种情况下是国家本身的豁免)的诉讼程序的目的，该条款规定了“送达传票或对一国提起诉讼的其他文书”的方式(第 1 款)；因此推定必须提供这种通知。虽然该条款显然涉及一种有别于外国刑事管辖豁免的模式，但通知确实正在成为让国家能够援引豁免的一项基本要求；因此，为本专题的目的，可比照考虑有关条款。

115. 可援引《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》第 6 条、¹⁹⁴ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 10 条¹⁹⁵ 和《国际刑事法院罗马规约》第 18 条，¹⁹⁶ 支持这种将通知解释为对官员所属国(即在对其官员行使管辖权方面负有主要职权的国家)的一项保障。国际法委员会在 2017 年一读通过的危害人类罪条款草案第 9 条中也列入了类似的规定。¹⁹⁷ 虽然在上述各项条款中没有提及豁免，但这些条款的目的类似于构成相关依据，从而可能产生对此处所述的官员所属国进行通知的义务，即通知可能有权对这类罪行行使管辖权的国家，通知国(在这种情况下为法院地国)当局已开展调查行动，并打算采取可能影响被通知国(在这种情况下为官员所属国)行使管辖权的管辖措施。

116. 因此，必然会得出结论认为，条款草案应包括的第一项程序保障是法院地国有义务通知官员所属国它已经或打算对该外国官员行使刑事管辖权。这种通知的内容因情况不同而有所不同，但显然必须包括足够的资料，使官员所属国了解该官员的身份、拟就其实施的哪些行为行使管辖权以及法院地国主管当局打算采取的措施。只有这样，官员所属国才能充分了解情况，从而能够就援引或放弃豁免作出决定。这种通知还可包括关于放弃该官员豁免权的请求。¹⁹⁸

¹⁹⁴ 第 6 条相关部分内容如下：“任何国家依据本条将某人拘留时，应立即将此人已拘留及构成扣押理由的情况通知第 5 条第 1 款所指的国家。进行本条第 2 款所指的初步调查的国家，应迅速将调查结果告知上述国家，并说明是否有意行使管辖权。”

¹⁹⁵ 第 10 条相关部分规定：“采取本条第一款所述措施[拘留嫌疑人]的缔约国，应立即展开初步询问和调查，确定事实。该国还应将根据本条第一款所采取的措施，包括拘留和致使实施拘留的犯罪情节，以及初步询问和调查的结果，通知第九条第一款中所指的缔约国，并表明它是否准备行使其管辖权。”

¹⁹⁶ 第 18 条相关部分规定：“在一项情势已依照第十三条第 1 项提交本法院，而且检察官认为有合理根据开始调查时，或在检察官根据第十三条第 3 项和第十五条开始调查时，检察官应通报所有缔约国，及通报根据所得到的资料考虑，通常对有关犯罪行使管辖权的国家。检察官可以在保密的基础上通报上述国家。如果检察官认为有必要保护个人、防止毁灭证据或防止潜逃，可以限制向国家提供的资料的范围。”

¹⁹⁷ 第 9 条相关部分规定：“一国如果根据本条草案将某人拘押，应立即向第 7 条草案第 1 款所述各国通知该人受到拘押的事实和拘留该人之所以必要的情况。进行本条草案第 2 款所述初步调查的国家应立即向所述有关各国通报调查结果，并表明是否有意行使管辖权。”(《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 45 段)。

¹⁹⁸ 见上文第二章 C 节。

117. 发出通知的方式和有权发出通知的主管当局必须能为两国共同接受。在这方面应考虑到，规定国家官员任何类型豁免的条约，甚至上文提到的《维也纳领事关系公约》第 42 条，都没有涉及这一问题。另一方面，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》的确规定了各国可能使用的通知方式。其中第 22 条规定：

1. 送达传票或对一个国提起诉讼的其他文书应按以下方式进行：
 - (a) 按照对法院地国和有关国家有约束力的任何可适用的国际公约；或
 - (b) 如果法院地国法律未作禁止，则按照求偿方和有关国家关于送达诉讼文书的特殊安排；或
 - (c) 如无此公约或特殊安排，则：
 - (一) 通过外交途径送交有关国家的外交部；或
 - (二) 采取有关国家接受的不受法院地国法律禁止的任何其他方式。
2. 以第 1 款(c)(一)项所指的方式送达诉讼文书时，外交部收到该项文书即视为该项文书已送达。

118. 考虑到该条款的性质，完全可以将其比照适用于国家官员的外国刑事管辖豁免。因此，可以得出结论认为，在这种情况下，可以通过下列方式之一发出通知：

- (a) 两国间有效的国际法律合作和互助协定中明确规定的沟通机制；
- (b) 按照不受法院地国法律禁止的两国间可能已经缔结的任何特别协定的规定；
- (c) 法院地国法律允许的任何其他方式；
- (d) 默认情况下，通过外交途径。

119. 显然，关于国际司法合作和互助的协定和公约在确定每一案件中可采用的方式方面具有核心作用。所有关于合作和国际司法协助的文书都载有这方面的规定。¹⁹⁹ 在这方面，还应提及正在出现的一种趋势，即在此类协定中规定请求国主管当局与被请求国当局之间的直接合作形式，甚至建立法官之间的直接沟通制度。²⁰⁰ 不过，在实践中，仍有些协定规定通过行政途径(通常是在各自的司法部之间)，包括通过外交途径进行沟通。

120. 具体而言，通过外交途径进行沟通仍然是一些国家在国际合作和司法互助方面首选的方式，而且正如一些国家所强调的，这是在出现国家官员的外国刑事

¹⁹⁹ 例如，《欧洲刑事事项互助公约》，第 15 条；《美洲刑事事项互助公约》，第 13 条；《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》，第 6 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》，第 8 条；《刑事事项互助示范条约》，第 3 条。

²⁰⁰ 见上文第二章 B 节。

管辖豁免问题时经常采用的方式。²⁰¹ 此外，在这一问题上外交途径的采用占据突出地位，因为确定外国刑事管辖豁免是否适用于某一官员无疑是“公务”的一个例子；因此，如果法院地国和官员所属国不接受其他沟通手段，显然可以得出结论认为，《维也纳外交关系公约》第 41 条第 2 款将适用。该条款规定：

使馆承派遣国之命与接受国洽商公务，概应径与或经由接受国外交部或另经商定之其他部办理。

121. 无论如何，为了履行通知官员所属国的义务，明确要求有关当局熟悉有权行使管辖权的机关的活动，但在实践中并不一定是这样。显然，如果通知是由司法当局或甚至是通过调查机关直接发出的，就不会出现这个问题。然而，这种情况在实践中并不常见，在所有其他情况下(例如通过司法部进行的行政沟通或通过外交途径进行的沟通)，不能想当然地认为，负责决定外国官员豁免的司法机关有义务将这一情况通知行政机关，或行政机关可寻求从法院获得这方面的资料。因此，出现了一个同样重要的问题，即在法院地国的法律制度下，行政机关与负责行使管辖权的机关，特别是法院和检察官之间是否有沟通和信息交流的手段。此外，在其他程序性保障方面也可能出现这一问题；因此，似乎有必要对此作较详细的分析。

122. 各国对国际法委员会就这一问题提出的问题所作的答复清楚地表明，各国法律制度中采取了各种各样的办法。在有些情况下，行政机关在任何情况下都不得向法院表达其关于豁免的意见，或要求提供这方面的资料，或向其转交从第三国收到的资料，除非法律明确授权它们这样做。在其他情况下，设立了一些机制，允许司法机关就豁免问题征求政府的意见，或允许行政机关向法院提交法律意见。第三类情况包括那些拥有相关法律的国家，根据这些法律，司法机关有义务向政府通报已提起或打算提起可能影响到第三国或第三国某一官员的刑事诉讼程序，这些法律还具体规定了为此使用的沟通渠道。

123. 在第一类情况中，应特别注意德国的情况，德国在 2017 年 4 月 6 日提交的书面意见中明确指出，“德国法律载有限制外交部向国家法院传递资料的规定”，并补充说，根据联邦宪法法院的一项声明，“禁止任何‘可避免的影响’”，最后得出结论称，“因此，除非得到法律的明确允许，否则政府就法律问题提供任何咨询都是非法的”。²⁰² 荷兰指出，该国法律制度中没有任何机制允许行政机关就豁免案件向法院提交文件或资料。

124. 第二类情况首先包括第六次报告中已经审查过的与“豁免建议”有关的美国法律，²⁰³ 该法律允许行政机关自行向法院转达其关于豁免的意见。联

²⁰¹ 瑞士和荷兰的书面意见明确证实了这一点。就西班牙而言，《第 16/2015 号组织法》第 53 条规定如下：“外国和国际组织的通信。外国明确表示同意西班牙法院对本《组织法》所涵盖的所有案件行使管辖权或放弃豁免的通信，以及具有同样目的国际组织的通信，应通过外交途径经由外交与合作部进行。”

²⁰² 德国提供的资料全文可在国际法委员会网站上查阅。

²⁰³ 见 A/CN.4/722，第 100 和 101 段。

合王国也采用类似的做法，在该国，法院可要求外交和联邦事务部提供关于可能享有豁免者的地位的资料，²⁰⁴ 如果法院正在审议与外国官员刑事管辖豁免有关的问题，则外交和联邦事务部可以参与法院审理程序，甚至可以提名一人担任法庭之友。²⁰⁵ 根据瑞士提供的资料，联邦外交部国际法司的职能之一是“确保瑞士当局正确解释和适用国际公法规则”，²⁰⁶ 在此基础上，该司“可应邀就与国家官员豁免有关的法律问题作出裁定，特别是在法院审理程序中”，该司“通常以意见的形式”这样做。²⁰⁷ 捷克²⁰⁸ 和墨西哥²⁰⁹ 提供了类似的资料，这两个国家表示，它们的法院在适用一般刑事和程序规则时，可以要求政府机关提供其可能感兴趣的任何类型的资料，而这些机关有义务予以提供。就西班牙而言，法院有义务要求外交部就其正在处理的豁免问题提交一份报告(尽管此类报告不具有约束力)，并有义务接收外交部转交给它们的外国通信。²¹⁰ 最后，就奥地利而言，“如果法院怀疑某人是否享有国家刑事管辖豁免，则必须征求司法部的意见，而司法部将与外交部协商，澄清此人的地位”。²¹¹

125. 在第三类国家中，应特别提到西班牙和奥地利。根据奥地利提供的资料，“如果享有豁免权的人被怀疑实施了犯罪行为，公诉部门在完成允许进行的初步调查后，必须向司法部报告案件事实和打算采取的措施”。²¹² 就西班牙而言，《第 16/2015 号组织法》第 54 条规定了外交与合作部与西班牙法院之间的沟通过程，内容如下：

²⁰⁴ 根据联合王国提供的资料，外交和联邦事务部以地位证书的形式作出的答复只涉及事实问题；与确定豁免有关的任何法律问题应由法院作出裁决。见联合王国为答复国际法委员会的问题于 2019 年 1 月提交的书面意见，特别是题为“与确定被告地位有关的行政证书”一节。联合王国提供的资料全文可在委员会网站上查阅。

²⁰⁵ 同上。特别见题为“行政部门参与与确定豁免有关的诉讼程序”和“法庭之友和有关当事方参与诉讼程序”两节。

²⁰⁶ Ordinance on the Organization of the Federal Department of Foreign Affairs, article 8 (2) (a) (RS 172 211 1)。瑞士为答复国际法委员会的问题于 2017 年 1 月 31 日提交的书面意见中转述了案文。

²⁰⁷ 无论如何，这些意见对诉讼程序没有法律效力，对法院没有约束力，也不赋予国际法司诉讼当事方的地位。瑞士提供的有关豁免的程序问题的一般资料可在国际法委员会网站上查阅。

²⁰⁸ 捷克在对 2016 年所提问题的答复中详细分析了该国《刑事诉讼法》的规定，答复可在国际法委员会网站上查阅。

²⁰⁹ 对事实进行调查的机关和主管法院均可要求提供资料。墨西哥提供的有关豁免的程序问题的一般资料可在国际法委员会网站上查阅。

²¹⁰ 这两项义务都是根据第 16/2015 号《组织法》确定的，虽然这些义务涉及民事管辖权，但以此类推，它们也适用于刑事法院必须就豁免问题作出裁决的案件。特别见第 52 条和第 54 条。尤其相关的是第 54 条第 2 款和第 3 款。西班牙提供的有关豁免的程序问题的一般资料可在国际法委员会网站上查阅。

²¹¹ 《引渡和刑事事项互助条例》第 57 条。奥地利提供的有关豁免的程序问题的一般资料可在国际法委员会网站上查阅。

²¹² 见同上，第 56 条，在奥地利的书面答复中提到。

1. 外交与合作部应将法院发出的传票或通知转递西班牙有关外交使团或常驻代表团，继而转交外国外交部或国际组织的主管机关。
2. 外交与合作部应向主管法院递交 7 月 30 日关于民事事项国际法律合作的《第 29/2015 号法》第 27 条规定的不具约束力的报告，以及外国或国际组织通过外交途径就在西班牙提起的诉讼向其递交的与豁免有关的任何通信。
3. 主管法院应尽快向外交与合作部递交 7 月 30 日关于民事事项国际法律合作的《第 29/2015 号法》第 27 条规定的报告的请求，及其给外国的通信。

126. 从上述情况可以推断，法院地国在提供本节分析的通知时可能遇到实际困难。因此，国际法委员会似乎有必要在其关于程序保障的工作中，包括在有关条款草案中，审议可能有助于克服这一困难的建议。

127. 无论如何，根据上述各段的分析，必然会总结得出以下结论，即向官员所属国通知法院地国主管机关打算对官员行使刑事管辖权的意图，是确保适当确定和适用国家官员外国管辖豁免的一项基本要求。因此，委员会可考虑列入一项关于这一问题的条款草案；为此提出以下条款：

条款草案第 12 条

通知官员所属国

1. 如果法院地国主管当局有足够信息认定某一外国官员可能受其刑事管辖，则法院地国应将这一情况通知该官员所属国。为此目的，各国应考虑在其国内法中规定适当程序，以便利这种通知。
2. 通知应包括该官员的身份、该官员可能受刑事管辖的行为以及根据法院地国法律有权行使这种管辖权的当局。
3. 通知应以两国都接受的任何通信方式作出，或通过两国均为缔约国的国际合作和司法互助条约规定的方式作出。如果不存在或不接受这样的方式，则应通过外交途径发出通知。

B. 交换信息

128. 为了确定外国刑事管辖豁免是否适用于一位国家官员，特别是在属事豁免的情况下是否适用，法院地国的法院和其他主管机关必须评估一些要素，第六次报告²¹³ 分析了这些要素。法院地国法院和主管机关所需的信息，该国不一定掌握，其机关也不能直接获得，特别是涉及作为行使管辖权对象的个人的“官员”地位以及作为法院地国调查或起诉对象的个人所实施行为的性质的信息。官员所属国在收到上一节所述的通知后，可自行提供这些信息。但是，官员所属国可能不提供信息，或者所提供的信息可能不足以使法院地国法院能够就豁免是否适用

²¹³ 见 [A/CN.4/722](#)，第 108 段。

作出知情决定。此外，即使法院地国没有提出请求，官员所属国也许愿意提供它认为有关的信息，以确保尊重豁免。官员所属国也可能认为有必要获得补充信息，以决定是否援引或放弃豁免。在这两种情况下，法院地国与官员所属国之间可能进行的信息交换都是本报告应审查的另一项程序性保障。

129. 首先不妨分析关于合作和司法互助的国际文书，因为所有这些文书都载有详细的程序，打算行使刑事管辖权的两个国家可通过这些程序请求提供和交换“与犯罪有关的调查、起诉和诉讼”的相关信息。²¹⁴ 虽然每一项文书都有与其他文书截然不同的独特之处，但这些文书也包含一些共同要素可为本专题所用。这些要素可归纳如下：

(a) 请求互助可能是为了获取可能对请求国有用但是由被请求国掌握的信息；²¹⁵

(b) 请求应包括一份清单，列出各种要素，一般包括提出请求的当局、请求的对象和理由、请求所依据的事实的简要说明，如有可能，还包括所涉人员的身份和国籍；²¹⁶

(c) 可通过下列任何一种方式请求提供或交换信息：有关国家司法机关之间的直接通信、²¹⁷ 这些国家指定的中央机关之间的通信、²¹⁸ 有关司法部长之间的直接通信，²¹⁹ 以及当事双方明确同意或被请求国确定的任何其他通信手段；²²⁰

(d) 在任何情况下，请求均应“按照被请求国的国内法”予以执行；²²¹

²¹⁴ 《美洲刑事事项互助公约》，第 2 条。另见《刑事事项互助示范条约》，第 1 条(“缔约国应[……]在调查或法院诉讼程序中相互提供尽可能广泛的互助措施”)。这些文书所建立的制度是基于以下一般性承诺，即各国承诺“对于其处罚属于请求国司法当局管辖范围的罪行，在诉讼方面相互提供[……]最广泛的互助措施”(《欧洲刑事事项互助公约》，第 1 条)。另见《美洲刑事事项互助公约》，第 1 条(“缔约国承诺在刑事事项方面相互提供协助”)。

²¹⁵ 《欧洲刑事事项互助公约》，第 3 条；《美洲刑事事项互助公约》，第 7 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》，第 1 条，第 1 和 2 款；《刑事事项互助示范条约》，第 1 条，第 2 款。

²¹⁶ 《欧洲刑事事项互助公约》第 14 条；《美洲刑事事项互助公约》第 26 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》第 9 条；《刑事事项互助示范条约》，第 5 条，第 1 款。

²¹⁷ 《欧洲刑事事项互助公约》第 15 条(另见经该公约第二附加议定书第 4 条修正的第 15 条)；《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》第 6 条第 1 款；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》第 7 条。

²¹⁸ 《美洲刑事事项互助公约》第 3 条；《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》第 6 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》第 7 条；《刑事事项互助示范条约》第 3 条(第 3 条脚注提出主管当局之间有无可能直接联系，将此作为补充手段)。

²¹⁹ 《欧洲刑事事项互助公约》第 15 条。

²²⁰ 同上；《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》第 6 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》第 7 条。

²²¹ 《欧洲刑事事项互助公约》，第 3 条，第 1 款；《美洲刑事事项互助公约》，第 10 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》，第 4 条；《刑事事项互助示范条约》，第 6 条。《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》第 4 条第 1 款规定，被请求国“应遵守提出请求的成员国明确规定的形式和程序，[……]只要这些形式和程序不违反被请求的成员国的基本法律原则”。

(e) 在某些情况下，被请求国可拒绝提供信息的请求。所有文书中列举的例子包括以下情形：涉及政治罪或相关罪行的请求；被请求国认为执行请求可能损害其国家的主权、安全、公共秩序或其他基本利益；被请求国认为启动调查是为了出于性别、种族、社会地位、国籍、宗教或意识形态等原因，以任何方式起诉、惩罚或歧视一个人或一群人。²²² 如拒绝提供协助，则必须说明理由。²²³ 在任何情况下，在拒绝提供信息之前，国家可以考虑提供协助是否以特定条件为前提；²²⁴

(f) 请求国可以将保密作为其提出请求的条件。被请求国也可以将保密作为其提供信息和证据的条件。²²⁵ 无论在哪种情况下，如果请求国和被请求国任何一方不能满足保密条件，则两国应相互协商。²²⁶

130. 这些规则广泛适用于已在行使管辖权的国家索取信息的请求，但并未考虑豁免问题。尽管如此，可以将这些规则作为参考框架，比照确定可用于交换必要信息的程序，以便法院地国确定豁免是否适用，并由官员所属国决定是援引还是放弃豁免。然而，值得一提的是，适用这些要素可能会带来两个难题：拒绝信息请求的原因，以及提出请求和传递信息所用的通信手段。

131. 就第一个问题而言，关于合作和互助的所有文书都承认对信息请求的拒绝权；就国家官员的外国刑事管辖豁免交换信息方面，没有任何法律理由可以排除这种拒绝权。同时，应当铭记，按照所审查文书的规定，只有出于某些明确列出的理由才能拒绝协助请求。就本专题目的而言，特别值得关注的是，受豁免影响的行为有可能被界定为政治罪或相关罪行，并且，传递所请求提供的信息有可能损害官员所属国的主权、安全、公共秩序或其他基本利益。第一个理由只能适用于范围有限的情况，特别是考虑到包括合作和司法协助文书在内的当代国际法的趋势²²⁷ 是不将国际法规定的犯罪和国际社会关切或属于国际范围的其他罪行

²²² 《欧洲刑事事项互助公约》，第 2 条；《美洲刑事事项互助公约》，第 9 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》，第 3 条，第 1 款；《刑事事项互助示范条约》，第 4 条。

²²³ 《欧洲刑事事项互助公约》，第 19 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》，第 3 条，第 3 款；《刑事事项互助示范条约》，第 4 条，第 5 款。

²²⁴ 《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》，第 4 条，第 3 款；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》，第 32 条；《刑事事项互助示范条约》，第 4 条，第 4 款。

²²⁵ 《美洲刑事事项互助公约》，第 25 条；《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》，第 5 条；《刑事事项互助示范条约》，第 9 条。

²²⁶ 《美洲刑事事项互助公约》，第 25 条；《刑事事项互助示范条约》，第 9 条。

²²⁷ 见以下文书：《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第 7 条；《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第 11 条；《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》，第 8 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 13 条，第 1 款。国际法委员会一读通过的危害人类罪条款草案第 13 条第 2 款包含类似规定。

视为政治罪或相关罪行。²²⁸ 反过来，第二个理由可能产生更深远的影响，特别是因为就本专题而言，官员所属国可能认为所请求提供的信息是可能影响到上述任何一种要素的“敏感信息”。无论如何，不会有任何事由阻止官员所属国在保密条件下提供这类信息。

132. 鉴于上述情况，当协助请求被拒绝或未得到答复时，法院地国法院就官员豁免问题作出裁决的能力显然受到影响。然而，由于豁免本身的性质，不能得出结论认为，仅仅因为未能提供协助就会导致作出豁免不适用的裁决。相反，此种裁决的事实依据只能是，目前的条款草案第 3、4、5 和 6 条所载的规范性要素事实上存在，并且，在属事豁免的情况下，法院地国行使刑事管辖权的意图涉及条款草案第 7 条所列的国际法规定的某种犯罪。无论如何，正是因为有可能出现沉默或者拒绝互助的情况，法院地国和官员所属国更宜进行协商。

133. 关于第二个问题，应当再次回顾，官员所属国提供信息是为了使法院地国主管机关能够就豁免问题作出决定。因此，需要将信息提供给主管司法机关(或在适用的情况下提供给检察官)，或者要求将这些信息直接转递给上述部门，或者，如果信息是以其他方式传递给法院地国的，则接收机关需具有将信息转递给法院的职权。这又把我们带回到上文所讨论的通知问题。但显而易见，就交换信息而言，刑事事项合作和司法协助机制用于解决这一问题的方式是，指定有权提出信息请求的机关，这些机关必须将相关请求传递给主管机关(如适用)。特别值得注意的是《欧洲刑事事项互助公约》第 18 条，其中规定：

²²⁸ 在引渡公约中，政治罪的定义一般将国际罪行排除在外。例如，《欧洲引渡公约第一附加议定书》第 1 条规定如下：

“政治罪不应被视为包括下列罪行：

(a) 联合国大会 1948 年 12 月 9 日通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》具体规定的危害人类罪；

(b) 1949 年《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第 50 条、1949 年《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》第 51 条、1949 年《关于战俘待遇之日内瓦公约》第 130 条和 1949 年《关于战时保护平民之日内瓦公约》第 147 条所规定的罪行；

(c) 任何相当于违反在本议定书生效时具有效力的战争法和当时存在的、日内瓦四公约上述条款未作规定的战争惯例的行为”。

《葡萄牙语国家共同体成员国刑事事项互助公约》第 3 条第 2 款提供了一份更完整的清单，其中规定不得将下列罪行视为政治罪：“(a) 侵犯主权国家机关首脑或高级公职人员或国际法应给予特别保护的人的生命的罪行；(b) 劫机行为和海盗行为；(c) 被请求国为缔约国的国际公约将其排除在政治罪类别之外的行为；(d) 灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和 1949 年日内瓦四公约规定的严重罪行；(e) 联合国大会 1984 年 12 月 10 日通过的《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》中提到的行为”。此外，该条第 1 款(b)项规定，“仅仅被指控具有政治目的或动机并不导致必然被认定为此类犯罪”。

《引渡示范条约》对政治罪的例外情况作了更广泛的定义；根据第 3 条(a)款，“所指的政治性罪行不应包括缔约国根据任何多边条约有义务在不引渡的情况下采取起诉行动的任何罪行，或缔约国为引渡目的商定的任何其他不属于政治性质的罪行”。

“如果收到互助请求的当局无权遵从该请求，则应依职权将该请求转递给其本国主管机关，如果该请求是通过直接渠道提出的，则应通过直接渠道通知请求方”。

无论如何，在审查下文所列条款草案时应考虑到这一困难。

134. 在结束对这一问题的审查前，应当强调，对本报告而言，官员所属国参与信息交换过程绝不能被理解为承认法院地国法院的管辖权，也不能解释为默示放弃其官员的刑事管辖豁免。

135. 鉴于上述考虑，提出下列条款草案：

条款草案第 13 条

交换信息

1. 法院地国可请官员所属国提供其认为相关的官方信息，以便就豁免的适用作出决定。
2. 可通过两国均为缔约国的国际合作和司法互助条约规定的程序，或通过两国共同商定认可的任何其他程序，请求提供相关信息。在没有适用程序的情况下，可通过外交渠道请求提供信息。
3. 如果信息不是直接传递给主管司法机关供其就豁免问题作出裁决，接收信息的法院地国当局应根据国内法将该信息直接送交主管法院。为此目的，各国应考虑在其国内法中规定适当程序，以便利这种通信。
4. 官员所属国如认为提供信息的请求影响到其主权、公共秩序、安全或基本公共利益，可予以拒绝。在拒绝信息请求之前，官员所属国应考虑是否有可能为提供信息附加条件。
5. 在适用的情况下，对于接收的信息，应按照请求和提供信息所依据的互助条约，遵守官员所属国规定的保密条件，如果没有此类条约，则应遵守官员所属国在提供信息时设定的条件。
6. 官员所属国拒绝提供所请求的信息，不能被视为宣布管辖豁免不适用的充分理由。

C. 刑事诉讼转移

136. 根据国际法院在逮捕证案中的论证，外国刑事管辖豁免让法院地国法院无法对享有此种豁免的外国官员行使管辖权，但并不妨碍将这些官员交由其本国法院审理，以期确定他们可能负有的刑事责任。²²⁹ 从这一角度来看，将诉讼移交给官员所属国是一项程序性工具，有助于确保平衡以下二者：一方面是尊重官员所属国的主权平等和法院地国行使刑事管辖权的权利，另一方面是确保官员对其可能受到指控的被控罪行承担责任。后一种考虑因素在国际罪行情况下尤其重要。

²²⁹ 逮捕证案(见上文脚注 123)，第 61 段。

137. 当多个国家的刑事法院在概念意义上有权起诉被控由同一个人实施的相同行为时，刑事诉讼转移机制可以运作。该机制允许正在考虑是否启动行使管辖权程序的国家或已经启动这种程序的国家，由于特殊情况和出于健全司法的考虑，要求另一个有管辖权的国家承担这项责任。虽然请求或提出诉讼转移的决定以及是否接受转移的决定均取决于每个国家的自由意志，但这项制度作为一种划分相竞管辖权的机制发挥作用，其目的是确保由最适合行使管辖权的国家行使管辖权。

138. 因此，诉讼转移仅仅是国际司法合作和互助中可使用的一项工具。出于这一原因，它被间接纳入一些相关文书。²³⁰ 这项机制的独特性质，通过采取临时措施可以反映出来。例如欧洲委员会 1972 年通过的《刑事事项诉讼转移欧洲公约》²³¹ 和联合国大会 1990 年通过的《刑事事项诉讼转移示范条约》。2009 年提出了一项关于刑事事项诉讼转移的欧洲联盟理事会框架决定倡议，但最终未获批准。²³² 该倡议旨在补充欧洲联盟理事会 2009 年 11 月 30 日关于预防和解决刑事诉讼中行使管辖权冲突的第 2009/948/JHA 号框架决定，办法是在欧洲联盟一级建立一个根据《欧洲委员会公约》转移诉讼的共同框架。

139. 这两项国际文书详细编纂了刑事诉讼转移的具体要素，除其他外，界定了可进行此类转移的案件；在请求、提出、接受或拒绝转移时需要考虑的标准；有关国家之间应采取的通信形式；请求转移或接受转移的效果；适用法律；受转移影响的个人对这个过程的参与。这两份文书对这些内容的编纂不尽相同，其中所载的所有内容并非都与本报告有关。然而，这两项文书确实包含一些共同要素，这些内容可作为标准，用于确定刑事诉讼转移在国家官员的外国刑事管辖豁免方面如何充当程序性保障。

140. 与本报告有关的共同要素如下：

(a) 刑事诉讼转移请求可由有权行使管辖权的国家提出，并应向同样具有管辖权的国家提出；²³³

(b) 请求国应评估在有关案件中转移诉讼的可能性及适当性。²³⁴ 在请求转移时可纳入考虑范围的理由包括以下各项：(一) 嫌疑人是被请求国国民或是该国通常居民；(二) 为查明真相而有必要转移，特别是如果最重要的证据位于被请求

²³⁰ 例如，对《欧洲刑事事项互助公约》关于传递与诉讼有关的通知的第 21 条就是以这种方式作出解释。

²³¹ 该公约于 1972 年 5 月 15 日通过，于 1978 年 3 月 30 日生效。公约既向欧洲委员会成员国开放，也向非成员国开放。迄今为止，已有 25 个国家批准了该公约，所有这些国家均为欧洲委员会成员国。

²³² 见比利时王国、保加利亚共和国、捷克共和国、丹麦王国、爱沙尼亚共和国、希腊共和国、西班牙王国、法兰西共和国、拉脱维亚共和国、立陶宛共和国、匈牙利共和国、荷兰王国、罗马尼亚、斯洛文尼亚共和国、斯洛伐克共和国和瑞典王国关于欧洲联盟理事会……关于刑事事项诉讼转移的第 2009/……/JHA 号框架决定的倡议，*Official Journal of the European Union* C 219, 12 September 2009.

²³³ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》，第 3 条；《刑事事项诉讼转移示范条约》，第 1 条。

²³⁴ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》，第 6 条。

国境内；(三) 如在请求国审理诉讼，不能确保嫌疑人出庭，而在被请求国审理诉讼，可以确保嫌疑人亲自出庭；(四) 如判刑，请求国即使诉诸引渡也无法执行判处的刑罚，而被请求国可以执行；²³⁵

(c) 被请求国应审议该请求，并可出于特定理由予以拒绝，其中特别包括：(一) 如果罪行可被认为属于政治性质；²³⁶ (二) 如果被请求国有充分理由相信诉讼是以种族、宗教、国籍或政治意见方面的考虑为动机；(三) 如果诉讼违背了被请求国的国际承诺；(四) 如果诉讼违背了被请求国法律制度的基本原则；²³⁷

(d) 刑事诉讼转移必得经过有关国家同意方能进行，尊重双重犯罪原则，并以健全司法为目的；²³⁸

(e) 转移请求立即产生一项后果，即请求国有义务中止其本国法院和国家当局正在进行的任何诉讼程序，直至被请求国将是否接受诉讼的决定通知请求国；²³⁹

(f) 被请求国的司法程序应始终受其国内法规制；²⁴⁰

(g) 如果被请求国不能接受请求或之后需要停止行使其管辖权，请求国能够重新行使其管辖权；²⁴¹

(h) 请求应通过外交途径在司法部长之间或相关国家指定的任何其他当局之间传递。²⁴²

141. 从以上概述的一般规则可以推断，刑事诉讼转移基于的是补充管辖的概念，这一概念用于刑事事项国际司法合作的其他领域，而且，根据补充性原则，也用于界定国际刑事法院和国内法院之间的权限划分制度。补充管辖模式可以完全转用于国家官员的外国刑事管辖豁免制度，其依据的理念是：有权的刑事管辖(法院地国的刑事管辖)“受阻”，原因是存在享有特别保护的外国国民(官员)，此种特别保护的目的是确保该官员适当履行其职能并保护另一国(官员所属国)的主权平等权；为当前目的，这种受阻反映为该另一国的国家法院有权确定该国家官员可能承担的刑事责任。从这一观点出发可以得出结论认为，如果法院地国法院在审议官员的外国刑事管辖豁免时或在稍后某个阶段得出结论，认为自身不可能或不

²³⁵ 同上，第 8 条，第 1(c)、(g)和(h)款。

²³⁶ 同上，第 9 条；《刑事事项诉讼转移示范条约》，第 5 条。

²³⁷ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》，第 11 条；《刑事事项诉讼转移示范条约》，第 7 条。

²³⁸ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》，第 7 条；《刑事事项诉讼转移示范条约》，第 6 条。

²³⁹ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》，第 21 条，第 1 款；《刑事事项诉讼转移示范条约》，第 10 条。

²⁴⁰ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》，第 25 条；《刑事事项诉讼转移示范条约》，第 11 条，第 1 款。

²⁴¹ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》，第 21 条，第 2 款。

²⁴² 《刑事事项诉讼转移示范条约》，第 11 条，第 1 款。

适合对该官员行使管辖权，转而启动将刑事诉讼转移至官员所属国的进程，则该官员的外国刑事管辖豁免不会受到影响。

142. 诚然，设计该机制的本意是在行使相竞刑事管辖权的一般情况下适用，而不是嫌疑人具有外国刑事管辖豁免而产生的特殊情况。事实上，应当铭记，就《刑事事项诉讼转移欧洲公约》而言，正如《公约》解释性报告所述，拒绝转移请求的理由之一就是尊重被请求国的“国际承诺”，其中包括外交豁免。²⁴³ 但是，基于两项理由，可认为这项限制并不排除有可能将刑事诉讼转移作为与国家官员的外国刑事管辖豁免有关的一种程序保障。首先，从逻辑上讲，应将这项限制理解为涉及一项诉讼转移请求，而该诉讼针对的是位于被请求国领土内且享有外交豁免的第三国官员。第二，在外国刑事管辖豁免情况下，无论如何，诉讼转移等同于承认官员所属国管辖权的优先地位。因此，诉讼转移有利于官员所属国，因为它将确保由该国法院来酌情裁决该国官员可能承担的刑事责任。

143. 涉及属人豁免的刑事诉讼很难转移，因为法院地国法院在确定现任国家元首、政府首脑和外交部长的刑事管辖豁免时几乎没有酌处权。然而，在涉及属事豁免的任何案件中，转移都是可行的。对于此类案件，国内法院必须考虑确定这种豁免形式的三项规范性要素。恰恰是在这种情况下，国内法院可以根据现有资料 and 当前情况，评估是否可能以及是否适于将刑事诉讼转移至该官员所属国。

144. 毫无疑问，在法院地国法院认定属事豁免不适用的情况下，刑事诉讼转移可以最有效地发挥程序保障作用。属事豁免不适用，要么是因为被定为刑事犯罪的行为不能视为以官方身份实施，要么是因为根据国际法委员会暂时通过的条款草案第 7 条，这些行为可能构成国际法规定的且不适用这种豁免的罪行。在这种情况下，对法院地国与官员所属国之间通过刑事诉讼转移机制开展合作的模式加以界定，可有助于平息针对可能滥用管辖权或法院地国出于政治目的或动机利用刑事管辖权的批评。这无疑将有助于打击对最严重的国际罪行有罪不罚的现象，并加强各国主权平等原则。在这方面，应当回顾，上文讨论的文书允许被请求国在认为相关犯罪可被称为政治罪或相关罪行时，拒绝刑事诉讼转移请求。如果构成犯罪的行为是由官员在这种情况下以官方身份实施，或者至少貌似以官方身份实施，就可以声明拒绝该请求。然而，不排除仍有可能在这类案件中诉诸刑事诉讼转移：如上文所述，当代国际法有一种明显的趋势，即在任何情况下都不将条款草案第 7 条所列罪行视为政治罪或相关罪行。²⁴⁴

145. 关于刑事诉讼转移，有必要分析里斯本上诉法院 2018 年 5 月 10 日在安哥拉前副总统腐败案刑事诉讼中所作的判决。²⁴⁵ 在判决中，该法院首先就调查对象援引外国刑事管辖豁免的主张作出裁决，明确区分了属人豁免和属事豁免。在

²⁴³ 见 Explanatory Report to the European Convention on the Transfer of Proceedings in Criminal Matters (ETS-073), commentary to art. 11 (i), p. 22。

²⁴⁴ 见上文，本章 B 节。

²⁴⁵ Case 333/14.9TELSB-U.L1-9, 可查阅：<http://www.dgsi.pt/jtrl.nsf/33182fc732316039802565fa00497ecc/88e2a666e337799ce802582b8003567f3?OpenDocument>。

此基础上，法院认定，虽然该官员一度享有属人豁免，因为他作为副总统的职能使他可与国家元首或政府首脑相提并论，但在里斯本上诉法院审议他的豁免问题时，他作为副总统的任期已经结束。因此，只有在他担任副总统期间以官方身份实施的行为可享有属事豁免。然而，鉴于腐败行为不能被视为“以官方身份实施的行为”，法院认定，他也不能享有属事豁免。因此，法院宣称其有权对该官员行使刑事管辖权。²⁴⁶

146. 法院在声明其管辖权后，能够就调查对象提出的第二项主张作出裁决，即根据《葡萄牙刑事诉讼法》规定的诉讼转移机制，他的案件应与葡萄牙法院审理的其余诉讼程序分离并转移至安哥拉法院。里斯本上诉法院考虑了各种情况，包括葡萄牙和安哥拉之间的合作和互助机制难以启动(特别是无法确保引渡在其本国继续享有余留豁免的前副总统)，葡萄牙的审判能否结束尚不确定，而且在安哥拉继续进行诉讼有利于调查对象将来的重新安置，符合调查对象的利益。在此基础上，该法院认为，出于健全司法的迫切需要和调查对象的利益，有理由将刑事诉讼转移至安哥拉法院。里斯本上诉法院因而能够适用上文所述的补充管辖模式。

147. 因此，该法院采用了一种符合其国内法的解决办法，使之能够在以下两者之间取得平衡：一方面起诉不属于豁免范围、但应追究该外国官员责任的行为，另一方面也承认该官员所属国的法院由于最适合起诉这些行为因而享有优先序位。然而，应当强调的是，葡萄牙法院没有就安哥拉法院不能或不愿对其前副总统行使管辖权的潜在后果作出裁决。这种情况有可能出现，首先是因为该前副总统离任后在安哥拉法院享有五年的余留豁免，其次是因为《安哥拉大赦法》可对他适用。初审法院在驳回诉讼转移请求时考虑到了这些因素。然而，虽然里斯本上诉法院在其判决中确实分析了这些因素，但认为这些因素不足以阻止诉讼转移，因为这些因素涉及安哥拉在行使主权时采用的规范，此外，也不能抽象地认定《大赦法》必然适用于这名前安哥拉官员或者这些情况本身就是对健全司法的冒犯。

148. 虽然判决的后一个方面可能会引起问题，但它提供了一个有意思的例子，显示在外国刑事管辖豁免方面诉讼转移可能采取的形式。如上所述，这种豁免既可在法院地国法院认为应适用豁免的情况下操作，也可以，而且实际上特别适用于法院地国法院驳回豁免主张并明确坚持其管辖权的情况。虽然葡萄牙法院根据其本国法律对该官员适用了该机制，但无论从一般意义上说还是根据更具体的国

²⁴⁶ 对于可被视为腐败行为的行为，里斯本上诉法院指出：“第 333/14.9TELSB 号案件中被指控的行为属于私人性质，上诉人希望这些行为被认定为享有葡萄牙管辖豁免。但这些行为不是以安哥拉国家名义、为该国利益或根据该国命令实施的，不是为了行使安哥拉国家代理人或官员的职能而实施，也不是在上诉人担任该国副总统期间实施的。上诉人似乎是在担任安哥拉共和国副总统之前以个人身份实施的这些行为。”

因此，上诉人不能就这些行为享有免于葡萄牙管辖的属事豁免，因为上诉人受指控的行为似乎是为了其个人利益而实施的。他也不能享有免于葡萄牙刑事管辖的属人豁免，因为属人豁免仅适用于他在 2012 年 9 月 26 日至 2017 年 9 月 26 日担任安哥拉共和国副总统的期间”。

此外，属人豁免不可能受到侵犯，因为在葡萄牙实施的程序性行为“没有也不可能干扰”副总统“独立和有效履行职能”。还应强调的是，该判决明确区分了国际法规定的豁免和该国国内法承认的豁免。

内规定，没有任何理由不让法院地国自行实施或应官员所属国的请求实施刑事诉讼转移。

149. 上文分析的国际文书提供了可用于界定刑事诉讼转移模式的要素，通常可用于国家官员的外国刑事管辖豁免问题。《罗马规约》规定的补充性原则也提供了在界定这一模式时可供参考的要素，特别涉及当国际刑事法院拒绝行使管辖权而倾向于由主管的国家法院行使管辖权时所需评估的理由，以及此类决定是否可能得到复审。

150. 在这方面应当回顾，根据《罗马规约》，认为自己有权行使管辖权的国家可以在以下依次适用的三种不同情况下行使管辖权：(a) 如果国家法院已就此事项作出裁决；(b) 如果同样的行为已经受到调查，可能导致刑事诉讼；(c) 如果该国准备开展可能导致刑事诉讼的调查。无论如何，国际刑事法院即使决定拒绝行使管辖权，仍然保留权力，在国家法院最终不行使自身管辖权，或者其行使管辖权的方式不符合《罗马规约》所载司法原则时，复审这一决定并重新申明其管辖权。²⁴⁷ 这一模式特别重视主张管辖权的国家的行动及该国起诉相关行为的意愿。

151. 根据上述讨论，国际法委员会可能认为宜于界定向涉及外国刑事管辖豁免的官员的所属国转移刑事诉讼的模式。为此提出下述条款草案：

条款草案第 14 条

向官员所属国转移诉讼

1. 法院地国当局可考虑拒绝行使管辖权，并将已经提起或打算对有关官员提起的刑事诉讼转移给官员所属国，由其行使管辖权。
2. 转移请求一经提出，法院地国应暂停刑事诉讼程序，直至官员所属国就该项请求作出决定。
3. 应按照国家法院地国的国内法以及法院地国和官员所属国均为缔约国的国际合作和司法互助协定，向官员所属国转移诉讼。

D. 协商

152. 几乎所有关于合作和司法互助的国际文书都规定了有关国家之间的协商。这种协商可以根据条约规定的任何互助文书进行，也可以作为一种机制，解决在适用整个合作和互助制度时可能出现的问题和困难。第一类应包括上文提及的与信息交换有关的协商。关于第二类，应提及《葡萄牙语国家共同体成员国间刑事事项互助公约》第 18 条，该条规定，“缔约国应相互协商，以解决因适用本《公约》而产生的问题”。《刑事事项互助示范条约》也有类似的用语，其中第 21 条规定如下：

²⁴⁷ 第 17-20 条。

缔约国应根据任何一方的请求，迅速就本《条约》一般的或针对某一案件的解释、适用或执行进行协商。

153. 就国家官员的外国刑事管辖豁免而言，法院地国与官员所属国之间的协商也可在程序保障方面发挥作用，特别是为了以下三种不同的目的：(a) 更好地界定每个国家在官员豁免方面的立场；(b) 非官方和非正式地交流信息；(c) 寻求协商一致的办法，解决因适用上文分析的程序保障而产生的问题，更广泛地说，解决在具体案件中确定和适用官员豁免的问题。

154. 作为一种工具，协商具有灵活和相对非正式的优点，因此，可以与上述分析的任何程序保障一起使用或用于替代程序保障。此外，由于协商不一定局限于有权确定或适用豁免的机关之间，因此也可以通过外交途径进行，正如一些国家指出的，外交途径是国家官员的外国刑事管辖豁免案件中常用的手段。

155. 因此，建议在条款草案中列入一项措词笼统的关于协商的一般条款。因此提出下列条款草案：

条款草案第 15 条

协商

法院地国和官员所属国应在彼此任何一方的请求下，就根据本条款草案确定该外国官员豁免事宜进行协商。

第四章

与官员有关的程序性权利和保障

156. 正如第六次报告所指出的，²⁴⁸ 对国家官员外国刑事管辖豁免的程序方面分析应包括与官员有关的程序性权利和保障问题，因为任何对国家官员行使外国刑事管辖的企图最终都可能影响到该官员的权利，并且，就任何官员而言，除授予其“官员”地位的国家以外，在任何其他国家将对其行使刑事管辖权的情况下，显然该官员必须与其他任何人一样，享有国际法承认的程序性权利和保障，其中包括“公平公正审判”的概念。此外，应当铭记，在国际法委员会和第六委员会的辩论中，特别是关于豁免例外的辩论中，都表示严重关切对官员行使管辖权的方式可能影响对正当程序规则的尊重这一问题，无论是从具体角度尊重某一案件中与外国官员有关的程序性权利和保障，还是从更普遍的角度，审视在寻求行使管辖权的国家的法律制度中是否存在尊重与被告有关的程序性权利和保障的制度。

157. 国际法委员会在 2017 年关于豁免程序方面的非正式协商期间，简要讨论了将外国官员的程序性权利和保障问题纳入当前专题工作一事。讨论没有结果，但一些成员继续支持结合国家官员外国刑事管辖豁免的程序方面审议这一问题。与此同时，在 2018 年第六委员会的辩论中，一些国家支持国际法委员会审议与官

²⁴⁸ A/CN.4/722，第 41 段。

员有关的程序性权利和保障，²⁴⁹ 只有一个国家表示反对。²⁵⁰ 特别报告员认为，国际法委员会仍适宜结合国家官员外国刑事管辖豁免的程序方面分析与官员有关的程序性权利和保障，从而完成对应适用于这类豁免的程序方面和保障的审议。

158. 对该问题的审议工作必须包括划分外国官员必须获得的程序性权利和保障，但也必须包括与法院地国和官员所属国之间合作更加相关的其他事项。这些事项包括法院地国确保尊重公正审判权和辩护权的能力；官员所属国如果放弃豁免，是否有可能就将要作出的判决设定条件；刑事诉讼必须公开的原则是否有可能克减，特别是通过对某些程序适用特别保密规则，以保障官员所属国与国家主权或国家安全有关的根本利益，并对该国以保密为前提条件提交的信息和证据适用特别规则。上文²⁵¹ 已经分析了其中一些与合作有关的方面。因此，本章的主要侧重于严格意义上的程序性权利和保障的范围。特别报告员还将分析国际法委员会以前在工作中处理这些方面的方式，并分析这种办法是否可用于本专题。

A. 程序性权利和保障的范围和内容

159. 普遍认为，公正审判权和辩护权是当代国际法中既定的一整套规则和原则的组成部分，这些规则和原则主要是在国际人权法，但也在国际刑法和国际人道法中加以界定。相关规则中包括“正当程序权”，这是在本专题范围内与外国官员有关的程序性权利和保障的核心。还必须考虑到与本专题有关的涉及人身自由权的规定，特别是有关导致外国官员遭到拘留或逮捕的行为，第六次报告对此作了分析。²⁵²

160. 从这一点出发，1966年《公民权利和政治权利国际公约》，²⁵³ 特别是第九条(人身自由和安全权)、第十四条(公正审判权)和第十五条(罪刑法定)，在全球一级最清楚地表明了程序性权利和保障的普遍范围。类似的保障还见于：1950年《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)²⁵⁴ 第5条(自由和安全权)、第6条(公正审判权)、第7条(法无明文者不得处罚)、第13条(获得有效救济权)和第14条(禁止歧视)；1969年《美洲人权公约》(《哥斯达黎加圣何塞公约》)²⁵⁵ 第3、7、8、9、10、24和25条；1981年《非洲人权和民族权宪章》²⁵⁶ 第3、6、

²⁴⁹ 爱尔兰、以色列、瑞士和瑞典(代表北欧国家)。

²⁵⁰ 中国。

²⁵¹ 见上文第三章。

²⁵² 见 [A/CN.4/722](#)，第 69-79 段。

²⁵³ 《公民权利和政治权利国际公约》(1966年12月16日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第999卷，第14688号，第171页。

²⁵⁴ 《欧洲人权公约》(1950年11月4日，罗马)，同上，第213卷，第2889号，第221页。

²⁵⁵ 《美洲人权公约：哥斯达黎加圣何塞公约》(1969年11月22日，圣何塞)，同上，第1144卷，第17955号，第143页。

²⁵⁶ 《非洲人权和民族权宪章》(1981年6月27日，内罗毕)，同上，第1520卷，第26363号，第217页。

7 和 26 条；《阿拉伯人权宪章》²⁵⁷ 第 12 至 16、19 和 22 条。因此，国际社会在全球和区域两级都广泛接受这种内容。

161. 同样，根据国际人道法的规则，在国际性武装冲突期间成为战俘的国家武装部队成员不能仅因参加敌对行动而受到审判。²⁵⁸ 虽然他们不享有保护其免受起诉和免于面临司法程序的管辖豁免，但他们确实从《关于战俘待遇之日内瓦公约》（《日内瓦第三公约》）²⁵⁹ 第 99 至 108 条所载的保障中得到某些最低限度的保护。面临司法程序并被视作《关于战时保护平民之日内瓦公约》（《日内瓦第四公约》）²⁶⁰ 第 4 条规定的受保护人员的非战斗人员受益于其中规定的保障，特别是第 37 和 38 条的起首部分以及第 64 至 77 条，分别适用于本国领土和被占领土。此外，《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第一议定书》）²⁶¹ 第 75 条规定了相关的保障，这些保障现在也适用于不受《日内瓦第四公约》第 4 条保护的人。在非国际性武装冲突方面，面临司法程序的个人受到日内瓦四公约共同第 3 条和《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》（《第二议定书》）²⁶² 第 6 条所载保障的保护。国际人道法的规定在任何情况下都是不可减损的。²⁶³ 应当指出，至少一些作者认为，即使在武装冲突局势中，人权法也应在程序问题和司法保证方面被视为特别法。²⁶⁴

162. 国际刑法也承认，有义务尊重公正审判权并承认受到刑事诉讼的任何人有辩护权。例如，《罗马规约》第五十五条(调查期间的个人权利)、第六十六条(无罪推定)和第六十七条(被告人的权利)的规定都反映了当代国际法广泛接受的标准。此外，与这些标准一同被纳入《罗马规约》的是国际刑事法院根据补充原则(第十

²⁵⁷ [ST/HR/JCHR/NONE/2004/40/Rev.1。另见 *Boston University International Law Journal*, vol. 24, issue 2, fall 2006, p. 147。

²⁵⁸ J.-M. Henckaerts 和 L. Doswald-Beck, *Customary International Humanitarian Law, Volume I: Rules*, Cambridge, Cambridge University Press/International Committee of the Red Cross, 2005, p. 384。

²⁵⁹ 《关于战俘待遇之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦), 联合国, 《条约汇编》, 第 75 卷, 第 972 号, 第 135 页。

²⁶⁰ 《关于战时保护平民之日内瓦公约》(1949 年 8 月 12 日, 日内瓦), 同上, 第 973 号, 第 287 页。

²⁶¹ 《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》(1977 年 6 月 8 日, 日内瓦), 同上, 第 1125 卷, 第 17512 号, 第 3 页。

²⁶² 《1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约关于保护非国际性武装冲突受难者的附加议定书》(1977 年 6 月 8 日, 日内瓦), 同上, 第 1125 卷, 第 17513 号, 第 609 页。

²⁶³ 见人权事务委员会, 关于紧急状态的第 29(2001)号一般性意见(CCPR/C/21/Rev.1/Add.11), 第 15 段; 关于在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利的第 32(2007)号一般性意见(CCPR/C/GC/32), 第 11 段。

²⁶⁴ 例如参见 M. Sassòli, A. A. Bouvier and A. Quintin, *How Does Law Protect in War?*, vol. I, *Outline of International Humanitarian Law*, 3rd ed., Geneva, International Committee of the Red Cross, 2011, part I, chapters 12 and 14。

七条,第二款)确定案件是否可以受理,甚至在国家的刑事法院已经审理了同一案件的情况下确定行使其管辖权(第二十条,第三(2)款)时所采用的准则。

163. 各种国际人权机构,包括欧洲人权法院²⁶⁵和美洲人权法院,²⁶⁶不断重申程序性权利和保障的重要性。欧洲人权法院一再强调,公正审判权在民主社会中占有突出地位。²⁶⁷用该法院的话说,这项权利是“任何民主社会的基本原则之一”;²⁶⁸尽管在非常特殊的情况下,这项权利可能会受到限制。²⁶⁹同时,美洲人权法院就《美洲人权公约》第8条(“公正审判权”)指出,该条不仅适用于司法救济,严格说来还适用于“若要谈得上《公约》规定的有效、适当的司法保证就应遵守”的全部“程序要求”。²⁷⁰该法院补充说,第8条“承认‘正当法律程序’的概念,其中包含必要的先决条件,以确保那些权利或义务有待司法裁断的人得到充分保护”。²⁷¹《公约》第8条中表达的正当法律程序概念“基本上应理解为适用于美洲公约中提到的所有司法保证,即使在《公约》第27条规定的暂停实施期间也适用”。²⁷²

164. 在全球一级,人权事务委员会在其若干一般性意见中论述了上述程序性权利和保障,特别是关于在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的权利的第32号一般性意见和关于人身自由和安全的第35(2014)号一般性意见。²⁷³在第32号一般性意见中,该委员会指出,“在法庭和裁判所前一律平等和获得公正审判的

²⁶⁵ 除其他外,见以下案件的判决书: *Yakuba v. Ukraine*, No. 1452/09, 12 February 2019; *Al-Dulimi and Montana Management Inc. v. Switzerland* [GC], No. 5809/08, 21 June 2016; *Beuze v. Belgium* [GC], No. 71409/10, 9 November 2018; and *Ramos Nunes de Carvalho e Sá v. Portugal*, Nos. 55391/13, 57728/13 and 74041/13, 6 November 2018。The *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2014, 概述了该法院与《公约》第6条有关的判例法。最新版本见 *Guide on Article 6 of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe/European Court of Human Rights, 2018。另见 D. Vitkauskas and G. Dikov: *Protecting the right to a fair trial under the European Convention on Human Rights*, Council of Europe human rights handbooks, Strasbourg, Council of Europe, 2012。

²⁶⁶ 见 *Case of the Constitutional Court v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 31 January 2001, Series C No. 71; *Judicial Guarantees in States of Emergency* (arts. 27(2), 25 and 8 of the American Convention on Human Rights), Advisory Opinion OC-9/87, 6 October 1987, Series A No. 9, para. 27; *Case of Ivcher Bronstein v. Peru*, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 6 February 2001, Series C No. 74, para. 102; *Case of Yatama v. Nicaragua*, Preliminary Objections, Merits, Reparations and Costs, Judgment of 23 June 2005, Series C No. 127。

²⁶⁷ 见 *Case of Airey v. Ireland*, No. 6289/73, 9 October 1979, para. 24; *Case of Stanev v. Bulgaria*, 17 January 2012, No. 36760/06, [GC], para. 231。

²⁶⁸ *Case of Pretto and others v. Italy*, 8 December 1983, No. 7984/77, para. 21。

²⁶⁹ 见 *Adorisio and others v. the Netherlands*, No. 47315/13, of 17 March 2015, para. 44。

²⁷⁰ *Inter-American Court of Human Rights, Judicial Guarantees in States of Emergency*, Advisory Opinion OC-9/87, para. 27; *Case of Ivcher Bronstein v. Peru*, para. 102, and *Case of Yatama v. Nicaragua*。

²⁷¹ *Judicial Guarantees in States of Emergency*, Advisory Opinion OC-9/87, para. 28。

²⁷² 同上,第29段。

²⁷³ [CCPR/C/GC/35](#)。

权利是人权保护的一项关键内容，是保障法治的一项程序手段”，²⁷⁴ “第 14 条载列了缔约国必须尊重的各种保障，不论它们的法律传统和国内法如何”。²⁷⁵

165. 虽然本章的用意不是详细分析程序性权利和保障的内容，但国际法委员会有一份这类权利的指示性清单是有益的。因此，根据《公民权利和政治权利国际公约》所列要点，²⁷⁶ 对于寻求行使外国官员管辖权的法院地国主管当局，该官员应享有的权利可列举如下：

(a) 不得被任意逮捕的权利，以及非依法定理由和程序不得被剥夺自由的权利；²⁷⁷

(b) 在被逮捕时有权被告知逮捕原因，以及有权以其能够理解的语文迅速详细地被告知指控的性质和原因；²⁷⁸

(c) 在被逮捕或拘禁的情况下，有权被带见法官或其他经法律授权行使司法权力的官员，并有权在合理时间内受审或在不受审情况下被释放；²⁷⁹

(d) 在被逮捕或拘禁时，有权向法院提起诉讼，以便法院毫不拖延地决定拘禁是否合法，如果拘禁不合法即应下令释放该官员；²⁸⁰

(e) 在被剥夺自由时，有权受到合于人道及尊重其固有人格尊严的待遇；²⁸¹

(f) 有权诉诸法院并享有在法院面前的平等权，包括获得不歧视待遇的权利；²⁸²

(g) 由依法设立的合格、独立和无偏倚的法庭进行公正公开审讯的权利；²⁸³

(h) 在被依法证明有罪之前被推定无罪的权利；²⁸⁴

(i) 有充分的时间和便利为辩护作准备并与自己选择的律师联系的权利；²⁸⁵

²⁷⁴ CCPR/C/GC/32，第 2 段。

²⁷⁵ 第 4 段。人权事务委员会在同一段重申其声明，申明“缔约国应报告如何依据其各自的法律制度解释这些保障，委员会则指出，不能任由国内法酌处确定《公约》保障的实质性内容”。

²⁷⁶ 国际法委员会在《危害人类和平及安全治罪法》草案第 11 条中采用了同样的模式，《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 50 段，对第 11 条第(6)款的评注。

²⁷⁷ 第 9 条，第 1 款。

²⁷⁸ 第 9 条，第 2 款和第 14 条，第 3 款(a)。

²⁷⁹ 第 9 条，第 3 款。

²⁸⁰ 同上，第 4 款。

²⁸¹ 第 10 条，第 1 款。

²⁸² 第 14 条，第 1 款。

²⁸³ 同上。

²⁸⁴ 同上，第 2 款。

²⁸⁵ 同上，第 3 款(b)。

(j) 受审时间不被无故拖延的权利；²⁸⁶

(k) 有权出席受审并亲自替自己辩护或经由其自己所选择的法律援助进行辩护；如果没有法律援助，有权被告知其享有这种权利；在司法利益有此需要的案件中，有权获得为其指定的法律援助，如果没有足够能力偿付法律援助，有权不支付费用；²⁸⁷

(l) 有权讯问或让他人讯问对自己不利的证人，并有权获得己方证人在与对方证人相同的条件下出庭和接受讯问；²⁸⁸

(m) 在不懂或不会说法庭所用语文的情形下，有权免费获得口译员的协助；²⁸⁹

(n) 不被强迫作不利于自己的证言或承认犯罪的权利；²⁹⁰

(o) 由上一级法庭依法对其定罪和判刑进行复审的权利；²⁹¹

(p) 经终局判决判定犯罪，如后因提出新证据或因发现新证据，确实证明原判错误而经撤销原判或免刑者，除经证明有关证据之未能及时披露应由其本人全部或局部负责者外，因此判决而服刑之人有权依法获得损害赔偿；²⁹²

(q) 若所涉官员已依一国的法律及刑事程序被最后定罪或宣告无罪，则有权不就同一罪名再受审判或惩罚。²⁹³

(r) 不因在发生时依照国内法或国际法不构成刑事罪的任何行为或不作为而被据以认为犯有刑事罪的权利。所加的刑罚也不得重于犯罪时适用的规定。但是，如果依照犯罪之后实施的法律应处以较轻的刑罚，则所涉官员可获得减轻的刑罚。²⁹⁴

166. 由于上述一些权利和保障在任何情况下都不可减损，更证实了上述权利和保障的重要性²⁹⁵ 尽管允许减损第 14 条所列权利，但减损不得导致事实上废除所承认的权利。因此，人权事务委员会宣布，保护被明确承认为不可减损的权利本身就意味着，必须通过程序保证和司法保证来确保这些权利，因此，《公约》有关保证公正审判和程序性保障的规定永远不得受制于规避或减少保护这些不可

²⁸⁶ 同上，第 3 款(c)。

²⁸⁷ 同上，第 3 款(d)。

²⁸⁸ 同上，第 3 款(e)。

²⁸⁹ 同上，第 3 款(f)。

²⁹⁰ 同上，第 3 款(g)。

²⁹¹ 同上，第 5 款。

²⁹² 同上，第 6 款。

²⁹³ 同上，第 7 款。

²⁹⁴ 第 15 条，第 1 款。

²⁹⁵ 见该《公约》，第 4 条，第 2 款。

减损权利的措施。²⁹⁶ 简而言之，永远没有任何理由减损合法性和法治原则，因此，与公正审判权有关的下列基本要求不可减损：

(a) 任何人只能由法院审判和定罪；

(b) 必须尊重无罪推定；

(c) 向法院提起诉讼以便法院毫不拖延地就某个人被拘禁的合法性作出裁决的权利不得受到损害。

167. 适才所述的程序性权利和保障主要意图是在国家对个人行使刑事管辖权的案件中发挥作用，而不论该个人的地位如何；为此，人们可能会问，这种程序性权利和保障是否与专门讨论管辖豁免问题的专题有关。然而，这个问题需要一个肯定的答案。首先，在开始充分行使司法管辖权之前，其中一些程序性权利和保障已经在发挥作用。第二，在法院地国法院按要求就豁免是否适用作出裁决的诉讼中，以及在法院裁定豁免不适用的情况下，在之后可对外国官员提起的诉讼中，程序性权利和保障都必须得到尊重。因此，将这一问题明确列入条款草案，为官员和官员所属国提供了更多保障。

168. 无论如何，必须铭记，必须根据程序性权利和保障与外国刑事管辖豁免专题的关联程度来处理此等权利和保障，而这种关联程度由每个案件中或高或低的相关度来决定。在这方面，应特别注意以下因素的重要性：与拘禁有关的程序性权利和保障、诉诸法院的权利、法律代理和领事协助、缺席审判的特殊问题以及刑事诉讼公开性的有关事项。然而，应由法院地国当局确定和尊重适用的程序性权利和保障，并逐案考虑到这些权利和保障。

B. 国际法委员会以往的工作

169. 国际法委员会已经审议过本章所审查的程序性权利和保障，例如，最近在关于驱逐外国人的条款(第 26 条：拟被驱逐的外国人的程序性权利)²⁹⁷ 和关于危害人类罪的条款草案(第 11[10]条：公平对待被指控的罪犯)²⁹⁸ 中审查了相关程序性权利和保障。在此之前，委员会在就外交代表和其他依国际法应受特别保护人员的保护和不得侵犯问题开展工作时列入了涉及这一事项的条款，从而产生了关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案(第 8 条)²⁹⁹ 和《危害人类和平及安全治罪法》草案(第 11 条)。³⁰⁰

²⁹⁶ 见关于紧急状态的第 29 号一般性意见，第 15 段；关于在法院和法庭面前一律平等和获得公平审判的权利的第 32 号一般性意见，第 6 段；另见第 32 号一般性意见对第 14 条与《公约》其他条款的关系的分析(第 58-65 段)。

²⁹⁷ 《大会正式记录，第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 44 段。

²⁹⁸ 同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 45 段。

²⁹⁹ 《1972 年……年鉴》，第二卷，第 320 页。

³⁰⁰ 见前注 278。

170. 在最近的两份案文中，委员会采取了截然不同的做法。在关于驱逐外国人的条款中，委员会选择列举将适用于拟被驱逐的外国人的程序性权利，³⁰¹ 但在一读通过的关于危害人类罪的条款草案中，委员会选择了一般性阐述公平对待被指控罪犯这种模式。³⁰² 关于危害人类罪的条款草案是从委员会在 1972 年关于防止和惩处侵害外交代表和其他应受国际保护人员的罪行的条款草案中所采取的做法得到启发，该条款草案第 8 条仅规定：

任何人因第 2 条所列举的任何罪行而被提起诉讼时，应保证其在诉讼的一切阶段中受到公平待遇。³⁰³

1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》采用了类似的措辞。³⁰⁴

³⁰¹ “第 26 条拟被驱逐的外国人享有的程序性权利

1. 拟被驱逐的外国人享有下列程序性权利：
 - (a) 收到驱逐决定通知的权利；
 - (b) 对驱逐决定提出质疑的权利，但因国家安全的紧迫理由另有要求的除外；
 - (c) 向主管当局陈述意见的权利；
 - (d) 获得有效救济以对驱逐决定提出质疑的权利；
 - (e) 请人担任代表向主管当局陈述意见的权利；
 - (f) 在不懂或不会说主管当局所用语文的情形下免费得到口译员协助的权利；
2. 第 1 款所列权利不妨碍法律规定的其他程序性权利或保障。
3. 拟被驱逐的外国人有权寻求领事协助。驱逐国不得妨碍行使这一权利或提供领事协助。
4. 本条规定的程序性权利不妨碍驱逐国关于驱逐在其领土上非法居留很短时间的外国人的任何立法的适用。”

³⁰² “第 11[10]条 公平对待被指控罪犯

1. 对于任何因本条款草案所述罪行而被采取法律措施的人，在诉讼的所有阶段应保障其公平待遇，包括公平审判，并应充分保护该人按照适用的国内法和国际法、包括人权法所具有的各项权利。
2. 在非本人国籍国被监禁、拘押或拘留的任何此类人员应有权：
 - (a) 立即联络下述国家的距离最近的适当代表：其国籍国或有权保护其权利的其他国家；如此人为无国籍人员，则为经其请求而愿意保护其权利的国家；
 - (b) 受到此类国家代表的探视；
 - (c) 立即被告知其根据本款所享有的权利。
3. 第 2 款所述各项权利的行使应符合该人所在领土管辖国的法律和规章，但所述法律和规章必须能使第 2 款所规定权利的预期目的得到充分实现。

³⁰³ 见上文脚注 301。

³⁰⁴ 《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》(1973 年 12 月 14 日，纽约)，联合国，《条约汇编》，第 1035 卷，第 15410 号，第 167 页。《公约》第 9 条规定，“任何人因第二条所列举的任何罪行而被提起诉讼时，应保证其在诉讼的一切阶段中受到公平待遇”。

171. 国际法委员会对上述条款草案第 8 条的评注明确解释了选择这一措辞的原因，现转载如下：

“第 8 条[……]的意图是从被指控的罪犯被发现之时起保障其权利，并采取
措施确保其出庭，直至对案件作出最后判决。相对于“正当程序”、“公平
审理”或“公平审判”等可从狭义技术意义上加以解释的较为常见的用语，
更倾向于“公平待遇”这一表述，因为它具有普遍性。“公平待遇”一词的
用意是包含普遍确认被拘禁者或被告人应享有的全部保障。《公民权利和政治
权利国际公约》第 14 条载有这种保障的一个例子。”³⁰⁵

172. 必须考虑到当前问题的某些具体方面。首先，不应忘记，是在刑事诉讼背
景下、在提出豁免问题的情形下考虑保护程序性权利和保障。同时，应同样考
虑到，如前所述，这些程序性权利和保障应在诉讼程序的每个阶段发挥作用，无
论是在确定豁免是否适用时，还是在之后认定豁免不适用的情况下，在法院地国
法院行使刑事管辖权时都应如此。考虑到这一点，似乎更可取的是采取一种涵
盖上述所有程序性权利和保障的普遍和全面的做法；这些权利和保障的具体适
用必须逐案而定。

173. 鉴于上述情况，现提出以下条款草案：

条款草案第 16 条
公平公正地对待官员

1. 被法院地国当局审查外国刑事管辖豁免的国家官员应得到全部公平待遇保
障，包括与公平公正审判有关的程序性权利和保障。
2. 在确定是否适用管辖豁免的过程中，以及在不适用管辖豁免的情况下对该官
员提起的任何法院诉讼中，这些保障均适用。
3. 在任何情况下，公平公正待遇保障包括有义务毫不拖延地将该官员被拘禁或
可能影响其人身自由的任何其他措施通知官员所属国的最近代表，以便该官员能
够获得其根据国际法有权得到的协助。
4. 应按照适用的国际规则和法院地国的法律和规章，以公平公正的方式对待
该官员。

第五章
未来工作计划

174. 本报告考虑了豁免程序方面的问题，特别报告员对其 2012 年提交给国际法
委员会审议的工作方案中所列各种事项的分析就此结束。因此，在对本报告进行
辩论之后，委员会应当有能力一读通过关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款
草案，然后将其提交给各国以征求意见。

³⁰⁵ 见上文脚注 301。

175. 然而，尽管特别报告员在其第六次报告中指出，在结束对这一专题的审议之前，应对国家官员的外国刑事管辖豁免与国际性刑事法院之间的关系进行分析，但本报告未能作出这一分析。如前所述，³⁰⁶ 这是因为在本报告定稿时，国际刑事法院尚未就约旦与法院合作义务的案件作出判决。尽管如此，委员会应注意到，该案件产生的各种问题可能与本专题有关，因此应在适当时候加以审议。因此，特别报告员提议，待该法院作出判决后，重新审视国家官员的外国刑事管辖豁免与国际性刑事法院之间的关系问题。

176. 此外，特别报告员希望了解国际法委员会委员对可能在条款草案中列入两个新问题的意见，这两个问题是：(a) 如某国在第六委员会辩论期间所建议，对法院地国与官员所在国之间的争端解决机制进行界定；(b) 在条款草案中列入已提出建议的、有助于解决确定豁免过程中实际发生问题的良好做法，例如为可能与外国官员有接触的各种国家机关编写指南或手册。特别报告员欢迎国际法委员会委员就这些问题发表意见。

177. 特别报告员提议，在国际法委员会本届会议期间收到的评论基础上，并在国际刑事法院就其当前审理的诉讼作出判决之后，特别报告员将在 2020 年编写一份最后报告。该报告将使委员会在本届会议期间审议特别报告员的第七次报告(包括拟议的新条款草案)之后，能够在下届会议上一读通过关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案。

³⁰⁶ 见上文第 17、92 和 93 段。

附件一

国际法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

条款草案第 1 条

本条款草案的范围

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

条款草案第 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

条款草案第 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。

条款草案第 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

条款草案第 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。

条款草案第 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。

条款草案第 7 条 不适用属事豁免的国际法规定的罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法规定的如下罪行：
 - (a) 灭绝种族罪；
 - (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。

附件

条款草案第 7 条第 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《禁止并惩治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》，第二条。

附件二

建议国际法委员会第七十一届会议审议的关于国家官员外国刑事管辖豁免的条款草案

第四部分 程序性条款和保障

条款草案第 8 条

法院地国考虑豁免问题

1. 法院地国主管当局一旦意识到某一外国官员可能受到刑事诉讼的影响，即应考虑豁免。
2. 应在诉讼早期阶段，在该官员被起诉和起诉阶段开始之前考虑豁免。
3. 在任何情况下，如果国家主管当局打算对该外国官员采取可能影响其履行职能的强制措施，则应考虑豁免。

条款草案第 9 条

豁免的确定

1. 应由有权行使管辖权的法院地国法院确定国家官员的外国刑事管辖豁免，但不妨碍根据国内法的规定可与法院合作的该国其他机关的参与。
2. 应依照本条款草案的规定并通过国内法规定的程序确定该外国官员的豁免。
3. 主管法院应考虑官员所属国是否已援引或放弃豁免，并尽可能考虑到法院地国其他当局和官员所属国当局向其提供的资料。

条款草案第 10 条

援引豁免

1. 一国可向打算行使管辖权的国家为其任何官员援引外国刑事管辖豁免。
2. 官员所属国在知悉法院地国打算对该官员行使刑事管辖权后，应立即援引豁免。
3. 援引豁免应以书面形式明确提出，同时说明被援引豁免的官员的身份和援引的豁免类型。
4. 援引豁免最好通过两国都是缔约国的合作和司法互助协定所规定的程序提出，或通过两国共同接受的其他程序提出。也可以通过外交途径援引豁免。
5. 如果援引豁免不是直接向法院地国法院提出，收到援引豁免有关通信的主管当局应利用一切可用手段，将这种通信转交有权确定是否适用豁免的机关，而主管机关应在知悉豁免的援引后尽快就此作出决定。
6. 无论如何，有权确定豁免的机关应自行决定是否对享有属人豁免的国家官员适用豁免，而不论官员所属国是否援引豁免。

条款草案第 11 条**放弃豁免**

1. 一国可放弃其官员的外国刑事管辖豁免。
2. 放弃应以明示方式明确作出，提及被放弃豁免的官员，并酌情提及放弃豁免所涉及的行为。
3. 最好通过两国均为缔约国的合作和司法互助协定中规定的程序或通过两国都接受的其他程序实施放弃豁免。放弃豁免可通过外交途径作出通知。
4. 从法院地国和官员所属国均为缔约国的国际条约中可以明确无疑推断出的放弃，应被视为明示放弃。
5. 不是直接在法院地国法院实施的放弃豁免，应由收到放弃豁免有关通信的当局利用一切可用手段将该通信转交有权决定豁免适用问题的机关。
6. 放弃豁免不可撤销。

条款草案第 12 条**通知官员所属国**

1. 如果法院地国主管当局有足够信息认定某一外国官员可能受其刑事管辖，则法院地国应将这一情况通知该官员所属国。为此目的，各国应考虑在其国内法中规定适当程序，以便利这种通知。
2. 通知应包括该官员的身份、该官员可能受刑事管辖的行为以及根据法院地国法律有权行使这种管辖权的当局。
3. 通知应以两国都接受的任何通信方式作出，或通过两国均为缔约国的国际合作和司法互助条约规定的方式作出。如果不存在或不接受这样的方式，则应通过外交途径发出通知。

条款草案第 13 条**交换信息**

1. 法院地国可请官员所属国提供其认为相关的官方信息，以便就豁免的适用作出决定。
2. 可通过两国均为缔约国的国际合作和司法互助条约规定的程序，或通过两国共同商定认可的任何其他程序，请求提供相关信息。在没有适用程序的情况下，可通过外交途径请求提供信息。
3. 如果信息不是直接传递给主管司法机关，供其就豁免问题作出裁决，则收到信息的法院地国当局应根据国内法将该信息直接送交主管法院。为此目的，各国应考虑在国内法中规定适当程序，以便利这种通信。

4. 官员所属国如认为提供信息的请求影响到其主权、公共秩序、安全或基本公共利益，可予以拒绝。在拒绝信息请求之前，官员所属国应考虑是否有可能为提供信息附加条件。
5. 在适用的情况下，对所收到的信息，应按照请求和提供信息所依据的互助条约，遵守官员所属国规定的保密条件，如果没有此类条约，则应遵守官员所属国在提供信息时设定的条件。
6. 官员所属国拒绝提供所请求的信息，不能被视为宣布管辖豁免不适用的充分理由。

条款草案第 14 条

向官员所属国转移诉讼

1. 法院地国当局可考虑拒绝行使管辖权，并将已经提起或打算对有关官员提起的刑事诉讼转移给官员所属国，由其行使管辖权。
2. 转移请求一经提出，法院地国应暂停刑事诉讼程序，直至官员所属国就该项请求作出决定。
3. 应按照法院地国的国内法以及法院地国和官员所属国均为缔约国的国际合作和司法互助协定，向官员所属国转移诉讼。

条款草案第 15 条

协商

法院地国和官员所属国应在彼此任何一方的请求下，就根据本条款草案确定该外国官员豁免事宜进行协商。

条款草案第 16 条

公平公正地对待官员

1. 被法院地国当局审查外国刑事管辖豁免的国家官员应得到所有公平待遇保障，包括与公平和公正审判有关的程序性权利和保障。
2. 在确定是否适用管辖豁免的过程中，以及在不适用管辖豁免的情况下对该官员提起的任何法院诉讼中，这些保障均应适用。
3. 在任何情况下，公平和公正待遇保障包括有义务毫不拖延地将该官员被拘禁或可能影响其人身自由的任何其他措施通知官员所属国的最近代表，以便该官员能够获得其根据国际法有权获得的协助。
4. 应按照适用的国际规则和法院地国的法律和规章，以公平公正的方式对待该官员。