



国际法委员会

第七十二届会议

2020年4月27日至6月5日和7月6日至
8月7日，日内瓦

关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第八次报告，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	2
一. 国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭的关系	5
A. 以官方身份实施的行为、国际法规定的罪行以及豁免的限制和例外	7
B. 与各国国际刑事法庭的合作	8
C. 条款草案中的国际刑事法庭	10
二. 争端解决	11
三. 推荐的良好做法	16
四. 未来工作计划	17
附件	
一. 国际法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	18
二. 起草委员会在第七十一届会议上暂时通过并提交国际法委员会参考的条款草案	21
三. 提交国际法委员会审议、尚待起草委员会确定的条款草案	22
四. 提交国际法委员会第七十二届会议审议的条款草案	26



导言

1. 国际法委员会(2006 年)第五十八届会议根据委员会提交给大会的该届会议工作报告所载提议,将“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题列入国际法委员会的长期工作方案。¹ 该委员会(2007 年)第五十九届会议决定将该专题列入工作方案,并任命罗曼·科洛德金为特别报告员。² 在同届会议上,国际法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,其中确定了该专题的审议范围,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⁵ 第六十届会议和 2011 年⁶ 第六十三届会议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,特别报告员提交了关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初步报告。⁸ 在初步报告中,她澄清了到那时为止的辩论用语,确定了仍然存在的主要争议点、待审议的问题和应遵循的方法,并提出了审议该专题的指示性工作计划。国际法委员会第六十四届会议审议了初步报告,⁹ 大会第六委员会在大会第六十七届会议上也审议了初步报告。¹⁰ 这两次,特别报告员的建议都获得批准。

¹ 《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 257 段和附件一。

² 《2007 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 376 段。

³ 同上，第 386 段。秘书处的研究报告载于备忘录 [A/CN.4/596](#)[和 Corr.1。](油印本可在委员会网站上查阅，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 特别报告员科洛德金的报告载于《2008 年……年鉴》，第二卷(第二部分)、[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 《2008 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 266 至 311 段。

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

⁷ 同上，《第六十七届会议，补编第 10 号》([A/67/10](#))，第 84 段。

⁸ [A/CN.4/654](#)。

⁹ 国际法委员会关于这一专题的讨论，见《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 10 号》([A/67/10](#))，第 86 到 139 段。另见国际法委员会网站 [A/CN.4/SR.3143](#) 至 SR.3147 号文件所载的该委员会临时简要记录。

¹⁰ 第六委员会第六十七届会议第 20 和 23 次会议审议了“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题。两个国家在第 19 次会议上也提到了这一议题。各国在这些会议上所作的发言载于 [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辩论专题摘要([A/CN.4/657](#))，第 26 至 38 段。

5. 特别报告员随后于 2013 年、2014 年、2015 年、2016 年、2018 年和 2019 年又提交了六份报告。¹¹ 自审议这些报告以来，¹² 国际法委员会迄今暂时通过了下列条款草案及其评注：条款草案第 1 条(关于条款草案的范围)；¹³ 条款草案第 2 条(e)款和(f)款(关于“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(属人豁免的规范要件)；¹⁵ 条款草案第 5 和第 6 条(属事豁免的规范要件)；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 委员会迄今暂时通过的条款草案案文以及与条款草案第 7 条有关的附件列入本报告作为附件一。在 2019 年举行的第七十一届会议上，起草委员会开始审议特别报告员在其第七次报告中提出的条款草案第 8 条至第 16 条，并收到了委员会其他委员提出的一些建议。但是，由于缺乏时间，委员会未能完成关于待决条款草案的工作；它只能暂时通过一条新的条款草案(条款草案第 8(前)条)。¹⁸ 起草委员会主席向委员会简要介绍了关于待决条款草案的工作进展情况，这些工作应在第七十二届会议上继续进行。

¹¹ [A/CN.4/661](#)(第二次报告)、[A/CN.4/673](#)(第三次报告)、[A/CN.4/686](#)(第四次报告)、[A/CN.4/701](#)(第五次报告)、[A/CN.4/722](#)(第六次报告)和 [A/CN.4/729](#)(第七次报告)。

¹² 国际法委员会审议该项目的详细情况，见该委员会提交大会的关于第六十五届至第七十一届会议工作的报告：《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》([A/68/10](#))，第 43 至 49 段；同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》([A/69/10](#))，第 126 至 132 段；同上，《第七十届会议》([A/70/10](#))，第 174 至 243 段。同上，《第七十一届会议，补编第 10 号》([A/71/10](#))，第 193 至 250 段；同上，《第七十二届会议，补编第 10 号》([A/72/10](#))，第 71 至 141 段；同上，《第七十三届会议，补编第 10 号》([A/73/10](#))，第 270 至 330 段；同上，《第七十四届会议，补编第 10 号》([A/74/10](#))，第 122 至 201 段。

¹³ 同上，《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 起草委员会暂时通过的条款草案第 8(前)条款案文如下：

“条款草案第 8(前)条第四部分的适用

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。”

([A/CN.4/L.940](#)，油印本可在委员会网站上查阅，第七十一届会议文件；另见《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》([A/74/10](#))，第 125 段和脚注 1469)。

6. 大会第六委员会在 2013 年至 2019 年届会上审议了国际法委员会关于本专题的报告。¹⁹

7. 在完成对本专题工作的总结时，应当回顾自 2013 年以来国际法委员会就国家官员的外国刑事管辖豁免事项向各国提出了各种问题。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。²⁰ 2015 年，下列国家贡献了意见：奥地利、古巴、捷克、芬兰、法国、德国、荷兰、秘鲁、波兰、西班牙、瑞士和大不列颠及北爱尔兰联合王国。²¹ 2016 年，收到以下国家的书面材料：澳大利亚、奥地利、荷兰、巴拉圭、西班牙、瑞士和大不列颠及北爱尔兰联合王国。²² 2017 年，下列国家发出了书面评论：奥地利、捷克、法国、德国、墨西哥、荷兰和瑞士。²³ 2018 年和 2019 年，以下国家提交了评论意见：奥地利、萨尔瓦多、摩洛哥、荷兰、西班牙和大不列颠及北爱尔兰联合王国。²⁴ 2020 年，白

¹⁹ 见 A/CN.4/666 号文件，第 10 至 30 段；A/CN.4/678 号文件，第 37 至 51 段；A/CN.4/689 号文件，第 68 至 76 段；A/CN.4/703 号文件，第 51 至 61 段；和 A/CN.4/713 号文件，第 29 至 44 段，其中载有秘书处为第六委员会第六十八至七十二届会议期间举行辩论所编写的专题摘要。第六委员会进行的辩论载于 A/C.6/68/SR.17 至 SR.19、A/C.6/69/SR.21 至 SR.26 和 A/C.6/70/SR.20 和 SR.22 至 SR.25 号文件所载简要记录。参加辩论的代表团发言全文可在 <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/71st-session/agenda> 和 <http://papersmart.unmeetings.org/es/ga/sixth/72nd-session/agenda> 上查阅。本导言审查了第六委员会关于第六次报告的辩论情况。

²⁰ 国际法委员会第六十五届会议(2013 年)请各国“在 2014 年 1 月 31 日之前提供资料，说明其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‘公务行为’或‘以公务身份实施的行为’，特别是提供司法判决”，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 25 段。

²¹ 国际法委员会第六十六届会议(2014 年)请各国“在 2015 年 1 月 31 日之前提供资料，针对以下问题说明其国内机构的做法，尤其是司法判决：(a) 在论及国家官员的外国刑事管辖豁免时，如何定义‘公务行为’和‘以公务身份实施的行为’；以及(b) 国家官员外国刑事管辖豁免的任何例外情况”，同上，《第六十九届会议，补编第 10 号》(A/69/10)，第 28 段。

²² 在第六十七届会议(2015 年)上，国际法委员会称“委员会很希望各国提供资料，说明其法律和惯例，尤其是涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外的司法惯例”，同上，《第七十届会议》(A/70/10)，第 29 段。

²³ 在第六十八届会议(2016 年)上，国际法委员会请各国提供“资料，说明与以下问题有关的国内法律和实践，包括司法实践和行政实践：(a) 援引豁免；(b) 放弃豁免；(c) 国家主管当局在何阶段考虑豁免(调查、控告、起诉)；(d) 在考虑或可能考虑豁免的案件中，行政部门向国内法院转交资料、法律文件和意见可使用的办法；(e) 在考虑或可能考虑豁免的案件中，国家主管当局可以利用的国际法律援助、合作及磋商机制。”同上，《第七十一届会议》(A/71/10)，第 35 段。2017 年重申了这一要求，同上，《第七十二届会议》(A/72/10)，第 30 段。

²⁴ 在第七十届会议(2018 年)上，国际法委员会欢迎各国提供资料，“说明其处理豁免的程序办法、特别是援引和放弃豁免方面的国内法律和做法(司法、行政或其他措施)，以及在国家当局正在审议或可能审议国家官员的外国刑事管辖豁免问题的情况下可资利用的交流、协商、合作和国际司法协助机制。”同样，若国际组织能够提供资料，“说明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”，也将有所帮助，《同上，第七十三届会议》(A/73/10)，第 34 段。

俄罗斯和荷兰答复了国际法委员会的问题。²⁵ 此外，各国在第六委员会提到了国际法委员会向它们提出的问题所载事项。特别报告员感谢这些国家的评论，它们对国际法委员会的工作非常宝贵。她还欢迎各国今后提出任何其他评论。编写本报告时妥善考虑了这些评论以及各代表团在第六委员会口头发言中发表的意见。

8. 正如特别报告员所指出的那样，她在第七次报告中总结了对 2012 年提交国际法委员会审议的工作方案中所列各种问题的分析。然而，她也在报告中表示，她打算就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提出一些想法，供委员会审议。特别报告员曾在 2018 年表示这一意图，但她未将相关想法列入第七次报告，因为在报告定稿时，约旦对国际刑事法院第二预审分庭 2017 年 12 月 11 日对约旦移送的巴希尔案的判决提起的上诉仍未审结。²⁶ 虽然上诉分庭已于 2019 年 5 月 6 日作出判决，²⁷ 但特别报告员认为不宜在国际法委员会第七十一届会议上审议这一问题。自那时以来将近一年过去了，特别报告员认为现在是一般性全面审查国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭之间关系问题的合适时机。这个问题是本报告第一章的重点。

9. 本报告还审议了第七次报告中提到的两个问题，即法院地国和官员所属国之间争端解决机制的定义(第二章)，以及识别和建议良好做法，以助于解决在确定和适用豁免过程中出现的实际操作问题(第三章)。根据国际法委员会委员在第七十一届会议上和各国在 2019 年第六委员会辩论期间提出的评论，以及从上述国家收到的书面评论，审查了这两个问题。

10. 最后，本报告包括若干附件，其中载有国际法委员会迄今暂时通过的条款草案(附件一)；起草委员会暂时通过并提交国际法委员会参考的条款草案(附件二)；2013 年和 2019 年提交国际法委员会审议但起草委员会尚未审议的条款草案(附件三)；提交国际法委员会第七十二届会议审议的条款草案(附件四)。

一. 国家官员的外国刑事管辖豁免与国际刑事法庭的关系

11. 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很早就出现在国际法委员会关于当前专题的工作中，将该专题列入国际法委员会长期工作方案的理由文件²⁸ 以及秘书处应国际法委员会的要求于 2008 年编写的备忘录中都提到

²⁵ 在第七十一届会议(2019 年)上，国际法委员会请各国“提供资料，说明是否存在分发给国家官员和机构的手册、准则、议定书或业务指示，这些手册、准则、议定书或业务指示有权作出可能影响外国官员及其在法庭国境内的刑事管辖豁免的任何决定”，同上，第七十四届会议(A/74/10)，第 29 段。

²⁶ 《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》(根据《罗马规约》第八十七条第 7 款，关于约旦不遵守法院逮捕和移交奥马尔·巴希尔的请求的决定)，2017 年 12 月 11 日(ICC-02/05-01/09-309)。

²⁷ 《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，约旦移送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)。

²⁸ 《2006 年……年鉴》(第二卷(第二部分)，第 257 段和附件一，第 12 和 19 段以及脚注 15 和 16。

了这一点。²⁹ 连续就这一专题开展工作的两位特别报告员都提到了这个问题,³⁰ 因为该问题一直是国际法委员会委员和各国发表的各种声明的主题。

12. 这个问题需要仔细审查,因为它首先取决于国际法委员会暂时通过的条款草案第 1 条第 1 款界定的本专题的如下范围:

“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。”³¹

国际法委员会在该条款草案的评注中对适用范围作出如下澄清:

“……委员会决定将本条款草案的范围限于国家间平行关系中称为‘外国’的刑事司法管辖豁免。这意味着条款草案仅适用于‘另一国’的刑事司法管辖豁免。因此,在具有本身法律制度的国际刑事法庭前享有的豁免将不在本条款草案的范围之内。这一排除条款必须理解为,本条款草案的内容将不会影响关于在这些法庭享有的豁免的任何规则”。³²

13. 因此,无须明言,本专题与在国际刑事法庭的豁免无关。虽然这是事实,但另外一个实情是,外国刑事管辖豁免并非抽象运作,为起诉国际社会关注的最严重罪行而设立的国际刑事法庭所体现的新现实也不排斥这种豁免。鉴于犯下此类罪行的国家官员可能会在国家国际刑事法庭受到起诉,似乎无法否认本专题与国际刑事管辖现象之间可能存在某种关系。国际法委员会本身在条款草案第 1 条的评注中注意到了这一潜在关系,具体如下文:

“尽管如此,有委员指出,需要考虑到所谓混合或国际化的刑事法庭所提出的特殊问题。同样,有委员提出了关于要求各国与各国国际刑事法庭合作的一些现行国际义务可能对本条款草案产生何种影响的问题。虽然对这两个问题表达了各种意见,但在目前阶段,很难确切地处理这些问题。”³³

14. 因此,特别报告员很清楚,虽然本专题的范围不允许国际法委员会直接处理国际刑事法庭的豁免问题,但若不对外国刑事管辖和国际刑事管辖在豁免方面可能的相互作用进行起码的审查,国际法委员会将无法完成其工作。无论如何,这种互动与问责原则和打击国际法规定的罪行不受惩罚现象之间的联系错综复杂,国际法委员会许多委员和某些国家承认这一点,这些国家在第六委员会的辩论中强调,条款草案必须反映在国际刑法领域取得的实质性和体制性进展,不能对其造成破坏。

²⁹ A/CN.4/596[和 Corr.1](见上文脚注 3), 第 67 至 87 段。

³⁰ 见特别报告员科洛德金的初步报告(A/CN.4/601)(上文附注 4), 第 8 至 11 段、第 44 和 103 段, 以及特别报告员埃斯科瓦尔·埃尔南德斯的报告(A/CN.4/661), 第 21 和、27 至 30 段)。

³¹ 大会正式记录, 第六十六届会议, 补编第 10 号》(A/68/10), 第 48 段。另见下文附件一。

³² 《大会正式记录, 第六十六届会议, 补编第 10 号》(A/68/10), 第 49 段, 条款草案第 1 条的评注第(6)段。

³³ 同上。

15. 特别报告员完全遵循本专题的范围，在她的几次报告中提请注意本专题与国际刑事法庭之间的关系所构成的特殊问题，一方面在她的第五次报告中特别提及以官方身份实施的行为的定义以及豁免的限制和例外，另一方面在她的第六和第七次报告中特别提及豁免的程序方面。这两次，国际法委员会对报告的审议都引起了有意思的辩论，值得在本报告中作简要回顾。

A. 以官方身份实施的行为、国际法规定的罪行以及豁免的限制和例外

16. 特别报告员在其关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第五次报告中，分析了各国际刑事法庭的判例，以便确定：首先，这些法庭在多大程度上认为属于其管辖范围内的国际法罪行可被视为以官方身份实施的行为；其次，这些法庭在多大程度上认为此类罪行的国际性质构成援引豁免的障碍。³⁴ 根据这一分析，特别报告员所提议的条款草案第 7 条(不适用外国刑事管辖豁免的罪行)第 3 款内容如下：

“3. 第 1 款和第 2 款不妨碍：

(一) 对法院地国和官员所属国都有约束力的条约中任何规定不适用豁免的条款；

(二) 与国际性法院或法庭开展合作的义务，这种义务要求法院地国在每个案件中予以遵守”。³⁵

17. 在国际法委员会审议报告期间，特别报告员提议的这一项条款草案引发了一场有意思的辩论，一些委员在辩论中指出，专门讨论豁免的限制和例外的条款草案不适合提及与各国际刑事法庭合作的义务，所以应将其删除。一些委员明确提到这样一个事实：列入这样一项规定可能会预判一个问题(与国际刑事法院合作的义务的范围)，当时国际刑事法院正在有关南非不就逮捕和移交时任苏丹总统巴希尔提供合作一案中审理这个问题。相反，其他委员则认为应保留特别报告员提议的条款草案第 7 条第 3 款，因为委员会关于本专题的工作不应改变国际刑事法院的管辖和《国际刑事法院罗马规约》缔约国自由承担的义务。³⁶ 其他委员认为，第 3 款的内容有用，应列入条款草案，尽管他们觉得条款草案第 7 条不是最合适列入第 3 款的地方；他们认为，将其列入一个可适用于全部条款草案、更具一般性的表述可能更好。一些委员指出，将这一内容纳入条款草案中专门讨论该专题程序方面的部分或许更为合适。

18. 经过这场辩论和起草委员会的工作后，国际法委员会最终以绝大多数票通过了条款草案第 7 条，该条款草案将其所设想的限制和例外局限于属事豁免并删除了上述第 3 款。³⁷

³⁴ A/CN.4/701 号文件，第 96 至 246 段。

³⁵ 同上，第 248 段。

³⁶ 《国际刑事法院罗马规约》(1998 年 7 月 17 日，罗马)，联合国，《条约汇编》，第 2187 卷，第 38544 号，第 3 页。

³⁷ 《大会正式记录，第七十二届会议，补编第 10 号》(A/72/10)，第 140 段。另见下文附件一。

19. 无论如何，应当指出，特别报告员提议的条款草案第 7 条第 3 款是一项条款草案的一部分，该条款草案的目的是以整体方式规范国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题，尽管该条款草案为属人豁免和属事豁免设想了各自不同的制度。然而，在起草委员会开展工作之后，该条款草案得到了修正，其依据是该条款草案最好局限于属事豁免的限制和例外，因为国际法委员会先前已阐明了属人豁免的全部性质。尽管如此，修改条款草案第 7 条以限制其范围并不影响原条款草案第 7 条第 3 款的性质和范围，该款就其一般性质而言，从一开始就适用于属人豁免和属事豁免。

B. 与各国际刑事法庭的合作

20. 国家官员的外国刑事管辖豁免专题与国际刑事法庭之间的关系问题不仅涉及实质性要素，还涉及国家刑事法庭与国际刑事法庭之间合作的有关程序性要素。因此，特别报告员在其第六次报告³⁸中指出，这个问题在 2017 年没有得到解决，她打算在第七次报告中结合豁免的程序方面来处理这一问题。

21. 然而，在提交该报告前出现了两个新的事态发展，特别报告员已提请国际法委员会注意。首先，国际刑事法院当时正在间接讨论国家官员的外国刑事管辖豁免问题，其第二预审分庭决定将约旦在逮捕和移交苏丹总统奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔方面没有履行该国与法院合作的义务一事提交缔约国大会，约旦就该分庭的决定提出上诉。³⁹其次，应肯尼亚代表联合国非洲会员国提出的请求，大会已将题为“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”的议程项目列入议程。在为国际刑事法院指控多名非洲领导人、特别是苏丹总统巴希尔和肯尼亚总统肯雅塔提供合作问题上的辩论与该议程项目直接相关。⁴⁰鉴于这两个事态发展，特别报告员认为，在其第七次报告中审查国家官员的外国刑事管辖豁免与各国际刑事法庭之间的关系是不合适的。但她表示，鉴于这两个案件正在讨论这些问题以及司法裁决可能影响国际法委员会正在审议的专题，她保留在国际刑事法院作出判决后重新审议该问题的权利。她之所以如此告知，主要是因为该法院的诉讼程序产生了各种可能与本专题相关的问题，而且法院在其公开审理期间多次提到国际法委员会关于豁免问题的工作。⁴¹

22. 就这两种情况而言，认为国际法院可以就该事项作出宣告的说法在现阶段似乎不可行，非洲联盟在其 2020 年 2 月首脑会议上决定敦促非洲国家撤回要求其要求已列入大会议程的咨询意见请求。

³⁸ [A/CN.4/722](#)，第 43 段。

³⁹ 《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》(根据《罗马规约》第八十七条第 7 款，关于约旦不遵守法院逮捕和移交奥马尔·巴希尔的请求的决定)，(见上文脚注 26)。约旦于 2018 年 3 月 12 日提出上诉(ICC-02/05-01/09-326)。

⁴⁰ 大会第七十三届会议议程项目 89([A/73/251](#))。另见 [A/73/144](#)。

⁴¹ 见国际刑事法院上诉分庭 2018 年 9 月 10 日至 14 日公开审理的记录(ICC-02/05-01/09-386 和附件 1 至 5)。

23. 国际刑事法院于 2019 年 5 月 6 日对上述案件作出判决。尽管该判决与《罗马规约》所确立的国际刑事司法制度的定义相关，但从不同学术立场对该判决所作的评价以及一些国家以及该法院本身对该判决所作的评价并不友好。无论如何，国际法委员会似乎没有必要详细审查这一判决，更无必要评价该判决。这种评价不仅超出了国际法委员会的任务范围，而且还将引发一场影响深远的辩论，如果不分析超出本专题实质性范围和国际法委员会正在拟订的条款草案范围的事项，就不会引发辩论。考虑到这一点，特别报告员本人在 2019 年告知国际法委员会，她打算提交关于国际刑事法院判决的具体报告。⁴² 该提议得到了一些委员的支持。⁴³

24. 然而，在现阶段提及国际刑事法院对本专题范围内、国际法委员会已在本专题整个工作中处理的问题的一些结论是有益的。就当前目的而言，可概括如下：

(a) 国家法庭和国际刑事法院在豁免方面遵守不同的规则：虽然可以在外国刑事法院援引国家官员的豁免，但在国际刑事法院不能援引；

(b) 国家元首在第三国的国家刑事法庭享有豁免，但在国际性刑事法庭不享有豁免。⁴⁴

25. 这些结论与国际法委员会的工作或迄今在本专题下通过的条款草案并不矛盾，因此不需要进行更加详细的审查。尽管如此，上诉分庭的另外三项结论可能会对本专题、特别是外国刑事管辖的概念本身产生一些影响，即：

(a) 《罗马规约》缔约国有义务与国际刑事法院充分合作，包括为此逮捕和移交被控犯有国际刑事法院管辖范围内罪行的人；

(b) 合作义务与《规约》第二十七条有关，该条款既产生纵向效果(国际刑事法院的管辖权)又产生横向效果(国家法院的管辖权)；

(c) 在遵守法院的合作请求时，“收到请求的缔约国不是为了在该国法院起诉国家元首而逮捕之：只是在国际刑事法院行使管辖权时向法院提供协助”。⁴⁵

26. 毫无疑问，这一判决的最后结论可能会引起与本专题有关的更多辩论，因为作更广泛的解释时，它可能会影响适用国家官员刑事管辖豁免情况下的外国刑事

⁴² 见国际法委员会第 3480 次会议临时简要记录(A/CN.4/SR.3480)，可查阅该委员会网站。

⁴³ 见特拉迪先生(A/CN.4/SR.3481)、帕克先生(同上)、墨菲先生(同上)、哈苏纳先生(A/CN.4/SR.3485)、扎加伊诺夫先生(A/CN.4/SR.3486)、伍德先生(A/CN.4/SR.3487)和莱尼施先生(同上)的发言。戈麦斯-罗夫莱多先生反对该提议(A/CN.4/SR.3486)。哈穆德先生说，由于他在国际刑事法院审理的这一起案件中代表约旦，所以在现阶段不会表明自己的立场。不过，他保留今后对此事发表评论的权利(A/CN.4/SR.3480)。可在国际法委员会的网站上查阅委员会第七十一届会议的临时简要记录。

⁴⁴ 《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，约旦移送巴希尔上诉案的判决》国际刑事法院上诉分庭 2019 年 5 月 6 日判决(见上文脚注 27)第 101、102、110、111 和 113 段。应该指出的是，法院在其判决中只提到国家元首的刑事管辖豁免。

⁴⁵ 同上，第 4 段。

管辖这一概念本身；它还可以把根据国际刑事法院的合作请求而启动的国家刑事法院诉讼排除在上述类别之外。

27. 然而，特别报告员认为，出于两个主要原因，国际法委员会不需要在当前工作背景下就这一问题采取立场，甚至不需要界定外国刑事管辖的概念。首先，委员会就本专题开展工作的目的是编写一项条款草案，为缺乏相关和更具体的条约制度的各种情况，确定适用于国家官员外国刑事管辖豁免的一般性制度。因此，应笼统地理解外国刑事管辖的概念，以便它可以适用于任何情况，并适用于任何国家的刑事管辖，无论该国是否加入了包括《罗马规约》在内的具体国际条约。第二，国际刑事法院上诉分庭对约旦移送巴希尔案的裁判应完全从缔约国根据《罗马规约》所承担的义务来理解。因此，该法院对这些国家的刑事法院为履行与国际刑事法院的合作义务而采取的行动的定性仅在上述特殊法律制度的背景下才有意义，不能根据这一定性作出推断，在国际法委员会开展目前工作的总体框架内界定上述法院行动的性质。

C. 条款草案中的国际刑事法庭

28. 在此关头，值得考虑在条款草案中明确提及国际刑事法庭的做法是否合适，这一问题应从两个不同但互补的角度进行评估。

29. 首先，由于国际刑事法庭的豁免不属于本专题的范围，有人可能会问，通过一项条款草案提及国际条约确立的法律制度所产生的义务，从而对条款草案产生一些法律影响，这样做是否适当？选择这样做可能与条款草案打算确立的国家官员外国刑事管辖豁免制度的一般性发生冲突。事实上，如上所述，国际法委员会界定了本专题的范围，并将其局限于国家的外国刑事管辖，排除了国际刑事法庭的管辖。但是，如上文转载的评注所示，只有对条款草案第 1 条第 1 款作出反面解释，才能将国际刑事法庭排除在条款草案的适用范围之外，这不同于规范刑事管辖豁免具体形式的其他特别制度。

30. 尽管如此，国际法委员会许多委员和第六委员会的许多国家指出，国际刑事法庭在打击国际关注的最严重罪行有罪不罚现象方面具有相关性，指出国际法委员会在开展关于本专题的工作时，需要考虑到国际社会在国际刑法方面取得的进展，以确保工作的最终结果不会破坏在该领域制定的实质性和体制性规范。这也反映在条款草案第 1 条的评注中，国际法委员会明确指出：

“这一排除条款必须理解为，本条款草案的内容将不会影响关于在这些法庭享有的豁免的任何规则”。⁴⁶

31. 另一方面，值得记住的是，国际法委员会必须在其工作中维护国际刑事法庭在当代国际法中的正当地位，以下事实佐证了这一点：国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕令案中认定，在一个国家的刑事法院不能行使管辖权的情况下，国际刑

⁴⁶ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 49 段，条款草案第 1 条的评注第(6)段。

事法庭是避免发生有罪不罚现象的替代手段。⁴⁷ 这将允许把案件移交某一国际刑事法庭，以确保国家官员的外国刑事管辖豁免得到尊重，同时明确确定实施某些类别罪行的国际刑事责任。事实上，国际法委员会一位委员就条款草案第 7 条和程序保障措施提出的提案中已提到这一可能性。

32. 鉴于上述情况，特别报告员认为，国际法委员会可以考虑在条款草案中以“不妨碍”条款的形式列入一项明文规定，允许兼顾这两个要素。因此，提议加入以下条款草案：

条款草案第 18 条

本条款草案不妨碍国际刑事法庭运作所遵循的规则。

二. 争端解决

33. 第七次报告提议的一套程序性措施的目的之一，是帮助官员所属国与法院地国建立信任，从而便利双方解决在确定和适用豁免过程中可能出现的争端。但事实上，在某些情况下，两国法律立场的差异可能会持续存在，导致产生严格意义上的争端，只有通过当代国际法普遍适用的和平争端解决办法才能化解。特别报告员认为，正因为如此，有必要考虑是否可能在条款草案中列入一条关于争端解决的具体规定，以及这样做是否可取。前特别报告员科洛德金和一个国家在第六委员会也提出过这一问题。

34. 在第七次报告第 176 段中，特别报告员就这一问题征求了国际法委员会各位委员的意见。⁴⁸ 各位委员对此问题的答复各异。一些委员认为，是否列入这样一项规定，将取决于国际法委员会围绕本专题所做工作的最终形式。一位委员强调，只有当条款草案的目的是作为今后一项国际条约的基础时，和平解决争端的规定才有意义，因为只有在这类文书中，确立具体的争端解决机制才有意义。而一些委员认为，无论如何，就争端解决提出建议都是有益的；一位委员强调，只有通过这种办法，才有可能解决与确定和适用豁免有关的后续问题。在这方面，一些委员就这一问题提出了具体建议，特别是有无可能使用“一般国际法强制性规范（强行法）”和“危害人类罪”专题已经商定的模式。一位委员还指出，必须对在条款草案中列入这类规定进行分析，以确定其可能产生的效力。无论如何，2019 年就这一问题参与辩论的大多数委员都赞成列入一条关于争端解决机制的规定。

35. 第六委员会也处理了这一问题。

36. 特别报告员充分意识到，直到最近，国际法委员会在多数情况下的做法都是避免在案文中列入关于争端解决办法的规定。她也意识到，这类规定通常包括在条约文书之中，因为在条约文书中规定解决争端的具体办法是有意义的，即使这

⁴⁷ 《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 页及其后，特别是第 25 和 26 页，第 61 段。

⁴⁸ A/CN.4/729，第 176 段。

些办法本质上始终是有限的、任择性的。在这种情况下，应该铭记，本专题的工作成果应该是什么，这一问题目前仍悬而未决；最好等到案文二读定稿之后，再就此事作出最后决定。

37. 从这个角度来看，可以认为，在目前的工作阶段，不应列入任何关于争端解决的建议。但特别报告员认为，将这一问题列入条款草案有充分的理由；尤其应着重指出其中的两个理由。首先，国际法委员会按计划应在本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。案文应被视为一套完整的条款草案，向各国全面展示国际法委员会就本专题提出的建议，从而让各国能够提交委员会在二读通过条款草案时必须审议的评论和意见。从这一角度来看，将有关争端解决的条款草案推迟到二读通过时提出，会导致各国无法了解一些委员认为将有助于处理本专题的这一建议。其次，国际法委员会最近在一个完全无意制定国际条约的专题中列入了一项关于争端解决的建议；所涉条款指的是 2019 年一读通过的一般国际法强制性规范(强行法)结论草案 21。⁴⁹

38. 尽管如此，有必要分析可能会以何种形式在条款草案中提及争端解决。首先应该强调，列入关于这一问题的条款草案，不会以任何方式影响或干扰当代国际法中既定的争端解决模式。相反，很明显，两国之间在确定和适用国家官员的外国刑事管辖豁免方面出现的任何争端，都可以通过传统的争端解决办法解决，包括通过法院解决。特别报告员在以前的报告中已经分析的做法，特别是国际法院的做法，清楚地表明了这一点，与本专题直接相关的多个案件都曾提交国际法院处理。⁵⁰ 在所有这些案件中，从不同角度陈述了国家官员的外国刑事管辖豁免问题，国际法院对豁免问题作出了裁断，解决了官员所属国与法院地国之间的争端。国际法院还就这些问题发表了咨询意见，⁵¹ 例如，国际法院还就本专题工作也涉及到的个人豁免的确定和范围问题作出了裁断。

39. 但是，尽管这种争端解决办法始终可供选择，而事实上，其使用总是发生在法院地国就豁免问题作出决定之后，此类决定可能会构成国际不法行为，导致不法行为国须承担国际责任。从这个意义上来说，传统的争端解决机制一直是作为确定和恢复国际合法性的最后手段，但它没有达到上文所述目的，即向各国提供在早期阶段解决争端的方法，从而加强互信，降低造成国际关系不稳定和冲突的风险。这一目的可主要通过提交国际法委员会审议的条款草案第 15 条规定的协商制度和条款草案第 13 条规定的信息交流制度来实现，这两项条款草案都已提交起草委员会审议。但是，如果这两种机制都不奏效，或许可以提议一个规定可将争端在早期提交一个公认有能力的第三方的争端解决机制，通过发布一种庭外

⁴⁹ 《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 56 段。

⁵⁰ 见《2000 年 4 月 11 日逮捕令(刚果民主共和国诉比利时)》(见上文脚注 47)；《关于刑事事项互助的若干问题(吉布提诉法国)》，判决书，2008 年国际法院案例汇编》，第 177 段；《法国国内的若干刑事诉讼程序(刚果共和国诉法国)》，临时措施，2003 年 6 月 17 日命令，2003 年国际法院案例汇编》，第 102 段；《豁免和刑事诉讼(赤道几内亚诉法国)》有关的案件。

⁵¹ 《关于人权委员会特别报告员享有法律程序豁免的争议》，咨询意见，1999 年国际法院案例汇编》，第 62 页。

裁断，以中立、公正的方式解决争端。因此，将问题诉诸一种解决途径，可以提供理由让法院地国暂停法院审理程序，而第三方作出的裁决将对法院地国和官员所属国都具有约束力，双方也将承诺根据该第三方提出的解决方案调整各自立场。

40. 在这方面，无论对于确定第三方还是移送争端的条件和诉诸特定解决途径的可能效果，有待确立的办法都可能大不相同。

41. 在第一个问题方面，基本上有三种可能的选项：(a) 提交国际法院；(b) 交付仲裁；(c) 提交一个常设的特别国际机构。

42. 前两个选项——将案件提交国际法院或交付仲裁机构，除了必须遵守各机构关于确立管辖权的具体规则之外，不会造成特殊困难。因此，应由有关国家根据个案情况行事，或就国际法院而言，按照《规约》第三十六条第六款规定的接受法院管辖的制度行事。诉诸这两个机制的好处在于，它们都是可供有关国家利用的现行、有效的办法，无需在组织构建方面采取复杂的决定，特别是在交付仲裁机构的情况下，各国能有一定的灵活性。⁵²

43. 提交常设特别机构的益处在于，这类机构是专门性的，会向任何国家开放；无需逐案达成协议。另一个好处是答复的即时性：提交一个开放的常设机构，意味着无需等待完成组建一个仲裁机构的复杂过程。在联合国各项人权条约之下设立的委员会可资作为典范。⁵³ 但实践表明，设立和组建这类专门机构需要广泛共识；只有根据国际条约才能将这类机构投入运作。就本专题的情况而言，任何这类条约都应普遍适用。如此一来，很难组建这样一个机构而不取消各国在是否接受此类机构诉讼管辖方面享有的酌处权。

44. 因此，特别报告员认为，更可取的做法是为各国提供更大的灵活性，而无需设立新的专门常设机构，尽管从长远来看，设立新的专门常设机构可能是一种可行的办法。此外，选择更为灵活的机制的额外好处在于，没有任何一项国际条约确立或阻止这种机制，因此国际法委员会暂时无需作出决定，将来在适当时候才需要决定本专题工作的最终成果。

45. 综上所述，国际法委员会不妨考虑研究其在工作中通过的关于解决争端的两条最新结论草案，即一般国际法强制性规范(强行法)结论草案 21 和防止及惩治危害人类罪条款草案第 15 条。不同委员都提到了这两种方法，认为可借此启发本专题下关于争端解决的条款草案。委员会还可审议另一委员也曾提到的《维也纳条约法公约》第六十六条所载的和解机制。⁵⁴

⁵² 关于灵活性，还应铭记，有可能组建国际法院特别分庭，实践中已经这样做过。

⁵³ 国际法委员会曾在“危害人类罪”专题下审议过这一可能性，但最终没有列入该委员会第七十一届会议二读通过的预防及惩治危害人类罪条款草案，《大会正式记录，第七十四届会议，补编第 10 号》(A/74/10)，第 44 段。尤其见秘书处应国际法委员会请求编制的备忘录：可能与国际法委员会今后工作有关的现有条约监督机制的资料(A/CN.4/698)。

⁵⁴ 《维也纳条约法公约》(维也纳，1969 年 5 月 23 日)，联合国，《条约汇编》，第 1155 卷，第 18232 号，第 331 页。

46. 一般国际法强制性规范(强行法)结论草案 21 如下:

“结论 21. 程序性要求

1. 一国如援引一般国际法强制性规范(强行法)作为一项国际法规则无效或终止之理由,应将其主张通知其他有关国家。通知应以书面形式发出,并说明拟就有关国际法规则采取的措施。
2. 如其他有关国家在除特别紧急情况外不短于三个月的期间内无一表示反对,则援引国可采取其所提议的措施。
3. 如任何有关国家表示反对,则有关国家应通过《联合国宪章》第三十三条所述方法寻求解决。
4. 如在十二个月内未能达成解决办法,而表示反对的一个或多个有关国家提出将该事项提交国际法院,则在争端解决之前,援引国不得采取其所提议的措施。
5. 本条结论草案不妨碍《维也纳条约法公约》、关于国际法院管辖权的有关规则或有关国家商定的其他适用的争端解决规定所载的程序性要求。”⁵⁵

47. 防止及惩治危害人类罪条款草案 15 如下:

“第 15 条. 争端解决

1. 各国应努力通过谈判解决与本条款草案的解释或适用有关的争端。
2. 两个或两个以上国家对于本条款草案的解释或适用发生的任何争端不能通过谈判解决的,应按其中一方请求提交国际法院,除非这些国家同意将争端交付仲裁。
3. 各国可声明不受本条草案第 2 款的约束。相对于作此声明的任何国家而言,其他国家也不受本条草案第 2 款的约束。
4. 凡根据本条草案第 3 款作出声明的国家,均可随时撤销该项声明。”⁵⁶

48. 虽然上文引述的两个案文都不能全盘用作本章所界定的争端解决的模式,但应当指出,两个案文都包含了值得予以考虑的相当重要的要素:(a) 提到通知是先决条件,并确定了不反对这种通知的效果;(b) 提到谈判是解决争端的主要办法,同时对使用其他解决办法持开放态度;(c) 提到司法解决(国际法院)或仲裁是解决争端的最后手段,以及这会对提起诉讼的国家拟采取的措施产生什么效果。

49. 上段所列的所有要素都与本专题下也会出现的各种问题有关。其中一些问题特别报告员的前两份报告中有谈到,并反映在起草委员会目前审议的条款草案之中,特别是法院地国的通知(条款草案第 12 条)和官员所属国援引或放弃豁免的

⁵⁵ 《大会正式记录,第七十四届会议,补编第 10 号》(A/74/10),第 56 段。国际法委员会对结论草案的评注见同上,第 57 段。

⁵⁶ 同上,第 44 段。国际法委员会对结论草案的评注见同上,第 45 段。

答复(条款草案第 10 和 11 条), 以及进行协商(条款草案第 15 条)。上文所引案文的其余内容有助于界定可纳入条款草案的争端解决制度, 特别是下列要素: (a) 将争端提交一个可就受影响国家官员的外国刑事管辖豁免作出具有约束力的裁决的第三方; (b) 需要确定各方在将争端提交第三方之前自行解决争端的最后期限; (c) 将争端提交第三方会对法院地国行使管辖权产生的效果。

50. 关于第一个要素, 上述两种模式特别涉及国际法院和仲裁。此外, 一般国际法强制性规范(强行法)结论草案 21 提到了《联合国宪章》第三十三条中的其他争端解决办法; 这些办法应该包括《维也纳条约法公约》第六十六条和附件中规定的和解, 辩论中也提到了这一办法。无论如何, 两个案文都提到了最终会产生对当事国具有约束力的裁决的解决办法, 这无疑是本专题下关于争端解决的任何建议都须保留的基本要素, 因为只有当裁决具有约束力, 该建议才有效力, 才会对法院地国根据庭外解决规则行使管辖权的能力产生任何效果。

51. 此外, 要使本专题下提出的任何争端解决制度有效力, 就必须设定将争端提交外部制度之前通过双边渠道解决争端(通过协商或谈判)的最后期限。在设定最后期限时, 还应考虑豁免的特殊性质, 以及争议措施可能会影响外国官员的权利、该外国官员职责的适当履行、法院地国当局(特别是司法当局)管辖权的行使和国际关系的稳定。因此, 最后期限应尽可能较短, 并应始终反映每个案件的特殊情况。

52. 最后, 应该铭记, 第三方争端解决机制要更有效力, 该机制就应防止法院地国或官员所属国作出可能导致其必须承担责任的决定。从这一角度来看, 似乎可以得出一个合乎逻辑的结论, 即将争端提交外部解决制度, 应能致使法院地国暂停行使管辖权, 直至负责解决争端的机构作出对双方都具有约束力的最终裁决。

53. 基于这些要素, 有可能确定一个可作为法院地国和官员所属国最后保障的争端解决模式。这一机制须符合当代国际法下争端解决制度的一般规则, 因此其本质上必须是可选的。尽管如此, 对于希望捍卫自身利益的国家而言, 这仍将是一种有益的保障, 也将防止可能会出现的不尊重和保护国家官员的外国刑事管辖豁免相冲突或对之有害的既成事实情况。

54. 综上所述, 现提出以下条款草案:

条款草案第 17 条

争端解决

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交付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, 直至主管机构作出最终裁决。

三. 推荐的良好做法

55. 在第七次报告第 176 段中，特别报告员建议在关于国家官员的外国刑事管辖豁免的条款草案中提及建议各国就这一专题采取“良好做法”的可能性，并特别提到两点：(a) 高级别国家当局作出的有关确定和适用豁免的决定是否可取；(b) 各国为可能需要参与确定和适用豁免过程的国家机关编制手册或指南是否有用。这一建议特别反映出以下结论，即，在一些案件中，负责作出这方面决定的国家机关不熟悉国际法中的豁免这一具体问题，不熟悉其与国际法基本原则的关系，也不熟悉有关外国官员豁免的决定可能对该国国际关系产生的影响。这就是为什么要选择这两个“良好做法”领域通过一般性的非硬性规定方法推荐给各国的原因，同时不妨碍国际法委员会其他委员或各国自己确定其他良好做法。这也是 2019 年国际法委员会提交给大会的第七十一届会议工作报告第三章所载要求的依据。⁵⁷ 然而，收到的答复表明，国家法律制度中没有关于国家官员外国刑事管辖豁免的指南或手册。

56. 在国际法委员会第七十一届会议的辩论中，一些委员就建议良好做法是否合适和有用发表了意见。有些委员认为这样做是没有必要或没有用处的，而其他委员则认为这样做可能会有一些用处。此外，国际法委员会一些委员从不同于上文所述的角度提到“良好做法”。第三类中的一些委员提到“良好做法”时指的是国际法委员会本身编写一份可与条款草案配套又与条款草案分开的良好做法指南。他们从这个角度非常正确地指出，这会增加已经在进行的工作，并会推迟这项工作的完成，使条款草案不可能在 2020 年一读通过。因此，他们不赞成编写这样一份良好做法指南。这第三类中的另外一些委员对将“良好做法”纳入条款草案的提议表示了兴趣，但他们的出发点完全不同。对他们而言，良好做法可以包括一些已经列入必须由国际法委员会审议的条款草案中关于程序问题的要素，这样就可以将条款草案的内容减少到基本要点，并在“建议的最佳做法指南”中有序地提出其余程序问题，但他们并没有就哪些要素应列入条款草案、哪些要素应列入良好做法指南提出建议。然而，对于特别报告员建议的两类良好做法并没有明确表态，尽管国际法委员会的一些委员在不同的发言中就本国法律制度提供了有意思的例子，或对有权就外国刑事管辖豁免作出裁决的国家当局在最高层面作出的决定是否可取提出了看法。

57. 在第六委员会辩论期间，各国就“建议的良好做法”问题发表了意见。

58. 特别报告员同意国际法委员会委员的观点，即编写一份良好做法指南所需的时间会妨碍本届会议一读通过条款草案。她还想记录在案的是，她从未打算提出这种可能性，因为这完全背离了国际法委员会近三个五年期特别是过去两个五年期所做工作的性质。此外，尽管她承认将条款草案第 8 至 16 条的部分内容剥离并将其变成一种“实用指南”的建议可能有一些益处，但她也不完全相信这是系

⁵⁷ 同上，第 29 段。

统处理豁免程序方面问题的最佳办法。无论如何，该问题将由起草委员会审议，起草委员会现在已经收到条款草案，因此她认为没有必要在这方面提出任何建议。

59. 尽管如此，特别报告员仍然认为，她在第七次报告中在“良好做法”类别下确定的两个问题对条款草案仍然有价值。国际法委员会许多委员的发言和一名委员提出的一项提议都支持一项建议，即在尽可能高的级别上就豁免作出决定，这些发言和提议在提及编写一项具体条款为存在豁免例外或限制的案件适用特定保障时，强调了上述问题。然而，这一问题可能已在提交给国际法委员会审议的条款草案中得到充分处理，但无论如何，应铭记国家一级存在的各种管辖模式和每个国家法律制度的具体性质。

60. 关于各国考虑为根据其职权范围可以处理豁免问题的国家机关编写手册或指南的可能性和有用性的建议，回顾德国和大韩民国去年提交给国际法委员会的有趣例子就足够了。这些工具不影响国家机关的自主权也不限制其权限，但可能有助于解决实际困难，而这些实际困难可能造成本来很容易避免的实际问题，如拘留外国官员、查明此类官员的身份或征用其部分财产；或在极端情况发生时如何提供有关这些情况的信息，以及应向哪个主管当局提供这些信息。某些国家已经编制了与外交代表和领事官员有关的指南，这种类型在国家实践中并不是全新的。在任何情况下，都将由各国编写这样的指南或手册；国际法委员会将酌情局限于建议编写这样一份指南或手册，如果认为这是一种“良好做法”的话。

61. 考虑到上述情况，特别报告员认为没有必要就“建议的良好做法”问题提出具体建议。因此，本报告仅限于提请注意与 2019 年确定的两点有关的问题，但有一项谅解，即如果国际法委员会认为适当，可以另行处理这两个问题，无论是与已经提交的条款草案相关，还是作为条款草案附带的具体评注或一般性评注的一部分。

四. 未来工作计划

62. 随着本报告的提交，特别报告员认为她已经完成了对国际法委员会在处理国家官员的外国刑事管辖豁免专题方面可能感兴趣的所有问题的审议。因此，她希望，在对本报告提出的条款草案和起草委员会尚未审议的条款草案进行专题辩论和分析之后，国际法委员会能够在本届会议上一读通过关于这一专题的条款草案。

附件一

国际法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

第一部分

导言

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”是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. 根据条款草案第 4 条享有属人豁免的个人任期届满后，继续就任期之内以官方身份实施的行为享有豁免。

条款草案第 7 条

不适用属事豁免的国际法规定罪行

1. 外国刑事管辖的属事豁免不适用于下列罪行：
 - (a) 灭绝种族罪；
 - (b) 危害人类罪；
 - (c) 战争罪；
 - (d) 种族隔离罪；
 - (e) 酷刑；
 - (f) 强迫失踪。
2. 为本条款草案的目的，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 6 条；
- 1948 年 12 月 9 日《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第二条。

危害人类罪

- 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》，第 7 条。

战争罪

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

种族隔离罪

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

酷刑

- 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 2 条。

附件二

起草委员会在第七十一届会议上暂时通过并提交国际法委员会参考的条款草案

条款草案第 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。

附件三

提交国际法委员会审议、尚待起草委员会确定的条款草案

第一部分

导言

条款草案第 2[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；

(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；

(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。

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，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，而主管当局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。

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。

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移交给官员所属国。

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. 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得到的协助。
4. 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。

附件四

提交国际法委员会第七十二届会议审议的条款草案

条款草案第 17 条

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。

条款草案第 18 条

本条款草案不妨碍国际刑事法庭运作所遵循的各项规则。
