



国际法委员会

第七十二届会议

2021年4月26日至6月4日和

7月5日至8月6日，日内瓦

国际法委员会第七十二届会议工作报告草稿

报告员：胡安·何塞·鲁达·桑托拉里亚先生

第六章

国家官员的外国刑事管辖豁免

增编

[...]

C. 委员会迄今为止暂时通过的国家官员的外国刑事管辖豁免条款草案案文

[...]

2. 委员会第七十二届会议暂时通过的条款草案案文及其评注

第8(前)条草案

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。

评注

1) 第8(前)条草案是条款草案第四部分第一条，题为“程序性条款和保障措施”。目的是界定第四部分的适用范围，与分别关于属人豁免和属事豁免的第二部分和第三部分的关系。

2) 第四部分被纳入条款草案，其中所载的条款的适用一般需要结合考虑条款草案中的其他条款。然而，委员会委员对第四部分的适用范围一直有不同解释，在



关于其与委员会第六十九届会议(2017年)暂时通过的第7条草案的关系方面特别如此。

3) 委员会一些委员认为,第7条草案(不适用属事豁免的国际法范畴内的罪行)的标题以及在条款草案第1款导语¹中对相同概念的重申将使条款草案的范围不涵盖与豁免例外有关的任何问题。因此,不可能对第7条草案适用第四部分所载的任何程序性规定和保障,从而打破了该条草案与向官员所属国提供的程序性保障之间的必要平衡。这一平衡概念已反映在委员会工作中,在第二部分和第三部分的标题中加上脚注,说明“委员会将第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障”。²

4) 另一方面,委员会其他委员指出,没有理由认为条款草案第四部分不适用于第7条草案。这些委员认为,第7条草案被列入条款草案第三部分,须遵守对条款草案其他部分适用的相同的规则,包括第四部分中的程序性规定和保障。在这方面,应当牢记,如第7条草案的评注所述,“[上文提到的]脚注标号已插在条款草案第二部分(属人豁免)和第三部分(属事豁免)标题的后面,因为程序性规定和保障可能关系到两类豁免,而且也应联系整个条款草案加以审议”。³ 这些委员认为,第7条草案是关于属事豁免的一般规则适用的例外,因此,在确定豁免例外是否适用于某一特定案件时,应考虑到条款草案中所载的所有程序性规定和保障。

5) 鉴于这一意见不同,作为妥协,委员会通过了第8(前)条草案,同时明确说明,条款草案第四部分所载的所有程序性规定和保障“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”。

6) 由于列入了“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”一语,委员会确认,整个第四部分也适用于第7条草案。这一点特别体现在提及对豁免的确定,这一确定被理解为决定豁免是否适用的过程,这是第13条草案的主题,有待起草委员会审议。在确定属事豁免是否适用时,应考虑到委员会暂时通过的第4、5和6条草案中所列的规范性要素以及第7条草案中所述的例外情况。此外,根据第8(前)条草案,在确定例外的可能适用时,应遵守第四部分所载的所有程序性规定和保障。

7) 有人建议第8(前)条草案应明确提及第7条草案,以确保第四部分的规定和保障适用于该条,委员会虽然讨论了这一个建议,但没有予以保留,而决定使用更笼统更中立的措辞,提到“依本条款草案任何部分确定豁免适用还是不适用”。

8) 第四部分适用于“针对外国官员的任何刑事诉讼”。在第8(前)条草案中,“刑事诉讼”一词泛指为酌情确定国家官员的刑事责任而可以采取的不同类型的

¹ 导语措辞如下:“外国刑事管辖的属事豁免不适用于国际法范畴内的如下罪行”。

² 该说明是在委员会第六十九届会议临时通过第7条草案时列入的。见《大会正式记录,第七十二届会议,补编第10号》(A/72/10),第140和第141段。特别见第7条草案评注第(9)段,其中指出,为了反映委员会在处理本专题时对程序性问题的的高度重视,一致同意在条款草案目前的案文中添加如下脚注:“委员会将在第七十届会议上审议适用于本条款草案的程序性规定和保障”。

³ 同上,第7条草案评注第(9)段。

行为，包括审判之外的行为。鉴于各国法律制度和传统在实践中的差异，大家认为没有必要明确提及这类行为的性质，这可能包括行政部门的行为以及法官和检察官实施的行为。无论如何，应当牢记，“刑事诉讼”一词的使用在条款草案一读通过之前最后修订时应予以审视，特别是为了确保在整个条款草案中一致系统地使用“行使刑事管辖权”一词及其相关含义。对此的审视应在委员会就“刑事管辖权”概念的定义作出决定后进行，此定义尚待起草委员会审议。

9) 第 8(前)条草案使用了“针对现任或前任外国官员”一语。这反映出需要将外国官员与在法院地国打算启动的刑事程序以及可能适用的豁免联系起来。明确提到官员在与外国关系中可能的临时状况(前任或现任)，并不是要改变刑事管辖豁免的时间范围，因为如委员会在第 2 条草案(e)项的评注中指出的那样，这一要素与“官员”的定义无关，“属人豁免和属事豁免的时间范围在其他条款草案中述及”。⁴ 因此，应参照关于属人豁免的第 4 条草案第 1 款和第 3 款和关于属事豁免的第 6 条草案第 2 款和第 3 款理解“前任或现任”一词。在一读通过条款草案之前，“外国官员”一词也应予以审视，以便决定应否一致系统地使用该词语，因为在其他条款草案中也使用了“另一国官员”一词。

10) 最后，应当指出，委员会的理解是，通过第 8(前)条草案不妨碍通过任何程序性保障，包括不妨碍具体保障对第 7 条草案适用或不适用的问题。

第 8 条草案

法院地国审查豁免问题

1. 法院地国主管当局一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，即应立即审查豁免问题。
2. 在不妨碍第 1 款的情况下，法院地国主管当局审查豁免问题应总是：
 - (a) 在启动刑事诉讼前进行；
 - (b) 在采取可能影响另一国官员的强制措施，包括可能影响该官员根据国际法可能享有的任何不可侵犯性的强制措施前进行。

评注

1) 第 8 条草案提到，法院地国主管当局一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，即应立即审查豁免问题。“审查豁免问题”是指为评估法院地国当局涉及其刑事管辖的行为是否会影响另一国官员的刑事管辖豁免而采取的的必要措施。因此，对豁免权的“审查”是一种准备行动，标志着一个程序的开始，该程序将以确定豁免权是否适用而结束。然而，豁免问题的“审查”和“确定”虽然密切相关，但却是不同的范畴。“豁免的确定”是另一条款草案的主题，尚待起草委员会审议。

2) 第 8 条草案包含两款，分别用于界定一般规则(第 1 款)和特定规则(第 2 款)。在这两种情况下，审查豁免问题的义务都由法院地国“主管当局”承担。委员会决定不明确提及属于这一类别的国家机关，因为确定这些机关将取决于豁免问题出现的时间以及法院地国的法律制度。由于这些机关在每个国家内部法律制度中可能不同，据认为最好还是使用能够涵盖不同性质的机关的术语，包括行政机

⁴ 《2014 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 157 页，第 2 条草案(e)项评注第(12)段。

关、警察、检察机关或法院。就本条草案而言，确定哪些国家机关属于“主管当局”类别是一个应逐案考虑的问题。

3) 第1款所载的一般规则界定了法院地国主管当局“一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响，即应立即审查豁免问题”的义务。

4) 外国官员身处某国，是触发审查豁免问题义务的基本前提。委员会认为，使用“另一国官员”一词比使用“外国官员”更为恰当。该用语相当于第8(前)条草案中使用的“外国官员”和作为专题标题使用的“国家官员”(复数)，其定义载于委员会暂时通过的第2条草案(e)项。因此，此术语涵盖任何国家官员，无论级别如何，这些官员都受属人豁免和属事豁免的保护，无论在审议豁免问题时他们是否为在职官员。按照本条款草案第二部分和第三部分的规定，“另一国官员”一语应涵盖可受益于外国刑事管辖豁免的所有官员。

5) 只有当另一国官员可能受到法院地国行使刑事管辖权的影响时，才会出现审查豁免问题的义务。在一般规则适用的情况下，委员会使用“行使刑事管辖权”一语，委员会认为这比“刑事诉讼”更可取，“刑事诉讼”是特别报告员提议的，被认为限制性过大。第3、5和7条草案中也使用“行使刑事管辖权”一语，尽管相应评注中没有界定其范围。值得一提的是，“刑事管辖权”这一概念载于特别报告员第二次报告，⁵起草委员会尚未审议这一概念。在任何情况下，就第8条草案而言，“行使刑事管辖权”都应被理解为法院地国主管当局为确定某人或某一组人的刑事责任而可能采取的必要行为，但最终需依照委员会在适当时候通过的关于“刑事管辖权”的定义。这类行为可能具有不同的性质，并不限于司法活动的行为。相反，“行使刑事管辖权”可包括政府行为、警察行为、调查或起诉。

6) 然而，“行使刑事管辖权”这一一般类别所涵盖的所有行为并非都会产生审查豁免问题的义务。相反，只有当另一国官员可能受到这一类别涵盖的某一行为“影响”时，才会产生这种义务，那就是当法院地国主管当局可能实施的行为对另一国官员产生直接影响时。

7) 第1款规定的一般规则特别重视法院地国主管当局审查豁免问题的时间，强调豁免出现在早期阶段，否则豁免制度的效力可能会受到损害。虽然对国家官员各种形式的外国刑事管辖豁免作出规定的条约都没有载列关于此问题的具体规则，但国际法院已明确表示，豁免问题应在早期阶段即在诉讼程序启动前加以审查。⁶考虑到这一点，委员会认为有必要清楚说明开始审查豁免问题的时间，具体表述如下：“一旦意识到另一国官员可能因其行使刑事管辖权而受到影响”。

⁵ 《2013年……年鉴》，第二卷(第一部分)，A/CN.4/661号文件，第46和47页，第36至42段。

⁶ 国际法院在关于人权委员会一名特别报告员的法律程序豁免权争议的案件中处理了这一问题，澄清了《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)所载特权和豁免对法官和律师独立性特别报告员在马来西亚被起诉的案件中适用性(该特别报告员因在一次访谈中的言论而被起诉)。在这方面，国际法院应联合国经济及社会理事会的要求发表了一项咨询意见，其中指出，“豁免问题是初步问题，必须在诉讼开始前尽快解决”，这“是公认的程序法原则”，其目的并不是“剥夺豁免规则本身存在的理由”。法院以14票赞成、1票反对的表决结果认定，“马来西亚法院有义务将管辖豁免问题作为诉讼开始前的初步问题尽快解决”(关于人权委员会一名特别报告员的法律程序豁免的差异，咨询意见，1999年国际法院案例汇编，第62页及以后各页，特别是第88页，第63段，第90页，第67(2)(b)段)。

“一旦意识到”这一表达方式在某种程度上沿用了国际法学会在其 2001 年关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖和执行豁免的决议中使用的措辞，使用这一表达方式是为了强调，对豁免问题的审查应立即进行，而不需要等到司法程序正式确定之后。⁷ 此外还要求“立即”审查豁免问题，从而加强了审查该问题的紧迫性，这里使用了《维也纳领事关系公约》第三十六条和第三十七条中的用语(虽然语境不同)。

8) 第 8 条草案第 2 款载有一项特别规则，确定了法院地国主管当局应审查豁免问题的两种特殊情况。该款规定的特别制度作为“不妨碍”条款，维护第 1 款所载一般规则的适用性。在这方面，使用“不妨碍”一词是为了强调，一般规则适用于所有情况，不能受到第 2 款所载特别规则的影响或损害。第 2 款所载的特别规则的目的是提请法院地国主管当局注意其在采取该款所述的一项特别措施之前有义务审查豁免问题，如果它们尚未根据一般规则已经这样做的话。副词“总是”的使用意在强化这一点。

9) 根据第 2 款所载的特别规则，豁免问题的审查应总是“在启动刑事诉讼前进行”(a)项)、“在采取可能影响另一国官员的强制措施……前进行”(b)项)。委员会选择这两种情况的理由是，这两种情况都涉及总是直接影响另一国官员的行为，如果发生这种行为，可能会对该官员可能享有的外国刑事管辖豁免产生负面影响。使用“前”一词的用意是要强化豁免问题的审查始终应在诉讼前预先进行这一原则。

10) “刑事诉讼”一词是指启动司法程序，其目的是确定某人(在此是指另一国官员)可能承担的刑事责任。这一术语有别于“行使刑事管辖权”一词，如上文所述，后者具有更广泛的含义。委员会倾向于使用“启动刑事诉讼”，而不是“起诉”、“控告”或“指控”，或“启动审判”或“启动口头程序”，因为这些术语在每个国家国内法律制度中的含义都可能不同。因此，现决定使用更一般的术语，以便将根据法院地国国内法确定启动刑事司法程序的任何特定行为包括在内。如果要“启动刑事诉讼”，那就无论如何都应先审查豁免问题，这一要求符合国际惯例和判例。不过，这并不排除在稍后阶段，包括上诉阶段，在需要时审查豁免问题。

11) “可能影响另一国官员的强制措施”是指法院地国主管当局针对该官员的、可在行使刑事管辖权的情况下随时采取的行为，无论是否已启动刑事诉讼程序。这些基本上是针对个人的措施，可能影响官员的行动自由、让其出庭作证或被引渡到第三国等等。这些措施并不一定意味正在进行“针对该官员的刑事诉讼”，但可能属于“行使刑事司法管辖权”的范畴。由于这类措施在每个国家国内法律制度中可能不同，据认为最好还是使用“强制措施”的笼统术语，而不是列举具体行为。选用“强制措施”一词是为了沿用国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕令案中已经使用的术语。⁸

⁷ 国际法学会的决议第 6 条指出，“国家当局一旦意识到这种地位，应立即给予外国国家元首理应有权享有的不可侵犯性、管辖豁免权和执行豁免权”(《国际法学会年鉴》，第 69 卷(温哥华会议，2001 年)，第 746 页；可查阅学会网站(www.idi-iil.org)的“决议”栏目)。

⁸ 2000 年 4 月 11 日逮捕令案(刚果民主共和国诉比利时)，判决，2002 年国际法院案例汇编，第 3 页及以下各页，特别是第 22 页，第 54 段。

12) 在实践中可以采取的最常见的强制措施之一是拘留官员。塞拉利昂问题特别法庭在查尔斯·泰勒一案中宣布，在同意拘留之前必须审查豁免问题。上诉分庭在 2004 年 5 月 31 日的决定中指出：“如果坚持认为在任国家元首在提出豁免问题之前必须先被监禁，那就不仅实质上与主权豁免概念的全部目的背道而驰，而且还在不考虑案情实质的情况下假定存在与这一概念的例外有关的问题，而这些问题应在审查豁免问题之后再确定。”⁹ 因此，委员会认为有必要在审议豁免时处理关于拘留的问题。

13) 关于这一问题，应当指出，本条款草案的适用范围仅限于外国刑事管辖豁免，因此不涵盖不可侵犯性问题。然而，尽管管辖豁免和不可侵犯性是两个不同且不可互换的类别，但同样肯定的是，各项国际条约同时述及这两个问题，如《维也纳外交关系公约》¹⁰ 规定，“外交代表人身不得侵犯。外交代表不受任何方式之逮捕或拘禁”（第二十九条），¹¹ “对外交代表不得为执行之处分”（第三十一条第三款）。¹² 同样，还应提及国际法学会关于国家元首和政府首脑根据国际法享有的管辖豁免和执行豁免的决议（第 1 和 4 条）。¹³

14) 另一方面，委员会考虑到，在某些情况下，拘留另一国官员可能会影响管辖豁免。因此，该条草案第 2 款(b)项最后说明，强制措施“包括”那些“可能影响该官员根据国际法可能享有的任何不可侵犯性”的措施。“官员根据国际法可能享有”一语旨在提请大家注意，并非每一位另一国官员仅仅因为其为官员就享有不可侵犯性，因为上述国际条约只承认享有属人豁免的外交代表和其他国家官员的不可侵犯性。

第 9 条草案 通知官员所属国

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

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

⁹ 检察官诉查尔斯·甘凯·泰勒，塞拉利昂特别法庭，上诉分庭，SCSL-2003-01-I 案，关于管辖豁免的决定，2004 年 5 月 31 日，第 30 段。判决文本可查阅特别法庭网站(www.scsldocs.org)，*“Documents”*，*“Charles Taylor”*。

¹⁰ 《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。

¹¹ 同样，《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，第 29 条；《维也纳关于国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》(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 91 页，或联合国关于国家在其对国际组织关系上的代表权问题会议正式记录，1975 年 2 月 4 日至 3 月 14 日，维也纳，第二卷，会议文件(联合国出版物，出售品编号：E.75.V.12)，第 205 页，A/CONF.67/16 号文件，第 28 条和 58 条。更微妙的是，《维也纳领事关系公约》(1963 年 4 月 24 日，维也纳)，联合国，《条约汇编》，第 596 卷，第 8638 号，第 261 页，第四十一条第一和第二款。

¹² 同样，《特别使团公约》，第三十一条；以及《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》，第三十条和第六十条第二款。

¹³ 《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文注 7)，第 744 和 746 页。

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

评注

1) 第 9 条草案涉及通知事项，法院地国应就其打算对另一国官员行使刑事管辖权一事通知另一国。

2) 大家普遍认为，给予国家官员外国刑事管辖豁免是出于国家利益，因此应由国家而不是官员决定是援引还是放弃豁免。有鉴于此，官员所属国还必须决定以何种方式要求尊重其官员的豁免。然而，为了行使这些权力，官员所属国必须意识到第三国当局打算对其一名官员行使刑事管辖权。

3) 委员会注意到，规定国家官员享有某种形式的外国刑事管辖豁免权的条约文书，没有任何条款规定法院地国有义务将其打算对另一国官员行使刑事管辖权一事通知官员所属国，只有《维也纳领事关系公约》第四十二条有此规定。¹⁴ 这可以用以下事实来解释：该公约是这类条约中唯一从属事豁免基本做法的角度考虑管辖豁免的条约，鉴于在某些情况下行使刑事管辖是可能的，才确立了通知义务，作为豁免的保证。此外，委员会还考虑到，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》假定，法院地国必须将其对另一国行使管辖权的意向通知另一国，为此在第 22 条中规定了“送达传票或对一国提起诉讼的其他文书”的方式。¹⁵ 虽然这一规定采用的模式不同于外国刑事管辖豁免模式，但同样肯定的是，关于诉讼的通知是相关国家援引豁免的基本要求，因此，为本条草案的目的，可比照考虑这一规定。考虑到这一点，委员会决定将通知作为程序保障之一列入条款草案第四部分。

4) 通知是一项基本要求，能确保官员所属国可靠地了解法院地国对其一名官员行使刑事管辖权的意图，从而能够决定援引或放弃豁免。同时，通知有助于法院地国和官员所属国之间启动对话，从而成为确保适当确定和适用国家官员的外国刑事管辖豁免的一项同样基本的要求。因此，委员会将通知理解为条款草案第四部分界定的第一项程序性保障。虽然通知可能与法院地国和官员所属国之间的协商密切相关，但“通知”和“协商”的概念不能混淆，因为协商的时间较晚，协商是第 15 条草案的主题，尚待起草委员会审议。

5) 第 9 条草案分为三款，分别涉及通知的时间、通知的内容以及法院地国发出通知可用的方式。

6) 第 1 款提到通知的时间。考虑到通知所追求的目的，通知应及早发出，只有这样，通知才能充分有效。然而，不能忽视的是，通知可能会对法院地国行使刑事管辖权产生不利影响，在此项行动处于非常初步的阶段时特别如此。一方面，法院地国有义务通知官员所属国，另一方面，法院地国有权开展刑事管辖活动，

¹⁴ 《公约》第四十二条如下：“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。”《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》没有类似的规定。

¹⁵ 《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。

这些活动可能影响多个主题和事实，而不一定影响另一国官员。在这两者之间取得平衡，被认为是有必要的。为解决这一问题，下列情况被确定为通知的关键时刻：(a) 启动刑事诉讼；(b) 采取可能影响另一国官员的强制措施。通知必须在上述任何一种情况发生之前作出。因此，本条草案第1款与第8条草案第2款(a)项和(b)项保持一致，以便使通知官员所属国的时间与法院地国主管当局必须审查豁免问题特殊情况的时间保持一致，如果法院地国主管当局没有事先审查过豁免问题的话。“刑事诉讼”和“可能影响另一国官员的强制措施”应按照第8条草案的评注中的描述予以理解。

7) “另一国官员”一词在本条款草案中的使用等同于“国家官员”，因此应根据委员会暂时通过的第2条草案(e)项所載定义予以理解。如该条草案的评注所指出，“国家官员”一词的使用不影响豁免的时间范围，¹⁶ 该时间范围根据适用于属人豁免和属事豁免的特定规则而定。¹⁷ 评注与本条款草案同样相关，在“另一国官员”类别下，应列入根据条款草案第二部分和第三部分的规定可享有豁免权的另一国官员。因此，“另一国官员”一词既可以指在法院地国试图行使刑事管辖权时在任的官员，也可以指前任官员，但两者均可享有某种形式的豁免。

8) 第1款第二句是向各国提出的建议，这是考虑到一些国家的国内制度可能没有程序让行政当局、法官或检察官办公室之间进行沟通。¹⁸ 在这种情况下，法院地国履行就其对一名官员提起刑事诉讼或采取强制措施一事通知官员所属国的义务可能会受到很大阻碍，特别是因为在实践中，在相当多的情况下，关于另一国官员的外国刑事管辖豁免问题的沟通是通过外交渠道进行的。因此，委员会认为有必要在第1款中列入最后这句话，提请各国注意这一问题。不过，还考虑到各国国内法律制度和做法的多样性，决定使用非说明性措辞，使各国能够评估其各自法律制度中是否存在上述程序，如果有，再决定是否采用这些程序。为此，使用了动词“审查”。

9) 第2款阐述通知的内容。考虑到通知的目的，其内容可能因具体情况而异，但必须包括足够的信息，使官员所属国能够就援引或放弃其一名官员可能享有的豁免作出判断。委员会虽然对是否列入该款举行了讨论，但最终选择保留该款，因为它有助于确保法院地国向官员所属国提供起码的相关信息。然而，考虑到各国法律制度和做法不同，可能会规定以不同的方式披露有时可能只有检察官或法官才能获得的某些信息内容，该款的目的是给法院地国留下余地。因此，第2款承认法院地国一方面在行使刑事管辖权方面拥有充分的自由裁量权，另一方面需要向官员所属国提供充分的信息，该款力求在这两者之间取得平衡。正因为考虑到这一点，在列举第9条草案所指通知中无论如何要列入的信息内容之前使用了“除其他内容外”一语。

10) 通知中应包含的信息分为三类：(a) 官员的身份；(b) 行使刑事管辖权的理由；(c) 行使管辖权的主管当局。官员的身份是官员所属国评估所涉人士是否实际上是其官员之一并决定援引或放弃豁免的一个基本要素。关于应通知官员所属

¹⁶ 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第157页，第2条(e)项草案评注第(12)段。

¹⁷ 见第4条草案第1款和第3款(属人豁免)和第6条草案第2款和第3款(属事豁免)。

¹⁸ 见国家官员外国刑事管辖豁免问题特别报告员第七次报告(A/CN.4/729)所載对这一问题的分析，第121-126段。

国的实质性信息，委员会认为，如特别报告员最初的建议所述，仅限于“可能受行使刑事管辖权影响的官员的行为”是不够的。因此，该款中使用了“行使刑事管辖权的理由”一词，其措辞更为笼统，不仅可以在通知中列入与官员行为有关的事实要素，还可以包括关于行使管辖权所依据的法院地国法律的信息。最后，委员会认为应在基本信息清单中列入有关在通知所涵盖的具体案件中行使管辖权的主管当局的信息。之所以有此必要，是因为官员所属国可能有兴趣了解负责决定启动刑事诉讼或采取预防措施机构，以便酌情与这些机构进行沟通，并在其认为适当的情况下提出豁免问题。考虑到在每个国家国内法律体系中有权采取这类行动并审查豁免问题的机构可能不同，才使用了“主管当局”这一通用术语，可涵盖法院地国的法官、检察官或警官以及其他政府当局。之所以使用单数形式的“主管当局”，是因为在通知所涉案件中已经确定主管机关，但这不排除由多个机关行使管辖权的可能性。

11) 第3款是关于法院地国通知官员所属国可用的通信方式。任何关于国家官员刑事管辖豁免的国际条约都没有涉及这一问题。但是，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》规定了送达传票或对一国提起诉讼的其他文书的方式，其中第22条第1款规定如下：“(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；(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) 通过外交渠道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。”

12) 委员会认为，在本条款草案中指明法院地国可用于通知目的的通信渠道是有益的。为此，第3款界定了一个模式，其中纳入了“外交途径”和“相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式”。

13) 在国家官员的外国刑事管辖豁免问题出现的情况下，通过外交途径沟通是最常用的，这在很大程度上是因为，对另一国某一官员适用或不适用外国刑事管辖豁免的问题是一个敏感话题，是“官方事项”，因此应适用《维也纳外交关系公约》第四十一条第二款的规定。¹⁹ 正因为如此，“外交途径”被放在首位，以突出其在实践中的更大分量。“通过外交途径”是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第22条第1款(c)项(1)目项的措辞，委员会曾在关于预防和惩治危害人类罪的条款草案中使用过该措辞。²⁰ 由于这一表述在《公约》各正式版本中并不完全相同，因此在本第9条草案中保留了每种语文版本中最初使用的术语。

14) 除“外交途径”外，还考虑到各国可以使用其他通信方式发出与豁免有关的通知，其中一些方式在《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第22条已提到。为此，在第3款中列入了“相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式”。这界定了一种替代方式，其使用应由有关国家根据具体情况决定，并可反映在一般国际条约和有关国家可能达成的其他协定中。由于国家间通信方式可以在涉及广泛问题的文书中加以规定，因此列入了“为此目的”一词，以强调在任何情况下都可以订立相关协议，可适用于产生国家官员的外国刑事管辖豁免问题的情况。

¹⁹ 根据该条，“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”。

²⁰ 委员会通过的条款草案案文及其评注见《大会正式记录，第七十四届会议，补编第10号》(A/74/10)，第44和45段。

然而，这并不意味着这些协议应该专门针对豁免权，也不应该对豁免的通知问题作出明确规定。最后，应注意一点，“相关国家[……]接受的”这一表达方式是要要求其他通信方式必须得到法院地国和官员所属国的接受。

15) 第 3 款最后一个短语指出，相关国家“为此目的”接受的其他通信方式“可包括适用的国际合作和司法互助条约所规定的方式”。特别报告员在其最初提案中建议使用这一通信方式时，引起了激烈的辩论，有人提出了诸如“国际合作和司法互助条约”这一概念本身的问题，此类条约并不专门对豁免问题作出规定，而且考虑到根据此类条约可以发出和接收通知的国家当局类型，这可能会将外交部和负责国际关系的其他机关排除在第 9 条草案所指的通知程序之外。尽管如此，委员会决定保留提及各国之间的这一通信方式，但有一项谅解是，此通信方式有时被各国使用，可能是便利通知的有用工具。

16) 就本条草案而言，“国际合作和司法协助条约”是指为便利国家间刑事事项合作和司法协助而缔结的文书，这些文书可以是多边或双边性质的。在此不详尽列举这类条约，这类文书包括《欧洲刑事事项互助公约》²¹及其两项附加议定书；²²《刑事事项诉讼转移欧洲公约》；²³《欧洲引渡公约》²⁴及其四项附加议定书；²⁵《美洲刑事事项互助公约》；²⁶《美洲引渡公约》；²⁷《欧洲联盟成员国刑事事项互助公约》；²⁸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框架决定(2009/948/JHA)；²⁹《葡萄牙语国家共同体成员国间刑事事项法律援助公约》；³⁰《葡萄牙语国家共同体成员国间引渡公约》。³¹关于双边条约，由于数目很多，不可能列入本评注中，但至少可以提及在各国国际组

²¹ 《欧洲刑事事项互助公约》(1959 年 4 月 20 日，斯特拉斯堡)，联合国，《条约汇编》，第 472 卷，第 6841 号，第 185 页。

²² 《欧洲刑事事项互助公约附加议定书》(1978 年 3 月 17 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1496 卷，第 6841 号，第 350 页；《欧洲刑事事项互助公约第二附加议定书》(2001 年 11 月 8 日，斯特拉斯堡)，同上，第 2297 卷，第 6841 号，第 22 页。

²³ 《刑事事项诉讼转移欧洲公约》(1972 年 5 月 15 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1137 卷，第 17825 号，第 29 页。

²⁴ 《欧洲引渡公约》(1957 年 12 月 13 日，巴黎)，同上，第 359 卷，第 5146 号，第 273 页。

²⁵ 《欧洲引渡公约附加议定书》(1975 年 10 月 15 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1161 卷，第 5146 号，第 450 页；《欧洲引渡公约第二附加议定书》(1978 年 3 月 17 日，斯特拉斯堡)，同上，第 1496 卷，第 5146 号，第 328 页；《欧洲引渡公约第三附加议定书》(2010 年 11 月 10 日，斯特拉斯堡)，同上，第 2838 卷，第 5146 号，第 181 页；《欧洲引渡公约第四附加议定书》(2012 年 9 月 20 日，维也纳)，欧洲委员会，《欧洲委员会条约汇编》，第 212 号。

²⁶ 《美洲刑事事项互助公约》(1992 年 5 月 23 日，拿骚)，美洲国家组织，《条约汇编》，第 75 号。

²⁷ 《美洲引渡公约》(1981 年 2 月 25 日，加拉加斯)，联合国，《条约汇编》，第 1752 卷，第 30597 号，第 177 页。

²⁸ 《欧洲联盟成员国间刑事事项互助公约》(2000 年 5 月 29 日，布鲁塞尔)，《欧洲共同体公报》，C197, 2000 年 7 月 12 日，第 3 页。

²⁹ 《欧洲联盟公报》，L328, 2009 年 12 月 15 日，第 42 页。

³⁰ 《葡萄牙语国家共同体成员国间刑事事项法律援助公约》(2005 年 11 月 23 日，普拉亚)，《共和国公报》，第一卷，第 177 号，2008 年 9 月 12 日，第 6635 页。

³¹ 《葡萄牙语国家共同体成员国间引渡公约》(2005 年 11 月 23 日，普拉亚)，同上，第 178 号，2008 年 9 月 15 日，第 6664 页。

织内拟订的示范条约，这些示范条约构成许多双边协定的基础。这些条约包括《刑事事项互助示范条约》、³²《刑事事件转移诉讼示范条约》³³和《引渡示范条约》。³⁴所有这些文书都载有关于国家间通信方式的规定，可用于第9条草案所述的通知。

17) 第9条草案将国际合作和司法协助协定中确立的通信方式称为“其他通信方式”的一个子类别，其使用条件是这些方式是“适用的”，这意味着法院地国和官员所属国都是上述协定的当事方，其中所定的制度在可能出现有关国家的外国刑事管辖豁免问题的情况下能够产生效果。

18) 无论如何，应当指出，除适用的条约中已经确立的通信方式外，第9条草案第3款没有就通信方式问题对各国提出新要求。

19) 最后，关于通知的形式，委员会委员对是否应采用书面形式表达了不同的意见，他们评估了在通知过程中避免滥用的必要性，以及通知行为本身有时需要的灵活性。最后，各位委员认为无须明确说明通知应以书面作出。虽然大家认为通知最好以书面形式发出，但也不排除其他可能性，特别是考虑到通知(特别是通过外交途径发出的通知)往往先是口头作出，然后再书面作出，无论其形式如何(普通照会、信函或类似形式)。

第10条草案

援引豁免

1. 一国在获悉另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权后，可为其官员援引豁免。应尽快援引豁免。
2. 援引豁免应以书面形式进行，表明该官员的身份和所任职务以及援引豁免的理由。
3. 援引豁免可通过外交途径进行，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式进行，其中可包括适用的国际合作和司法互助条约所规定的方式。
4. 收到援引豁免有关通信的当局应立即将此情况通知任何其他相关当局。

评注

1) 第10条草案从两个角度看待援引豁免的问题：一是承认官员所属国援引豁免的权利；二是叙述关于援引豁免的时间、内容和通信方式的程序方面。此外，第10条草案还提到向法院地国主管当局援引豁免的信息。本条款草案不涉及援引的效果，这将在稍后阶段讨论。因此，委员会通过的本条草案中没有包括特别

³² 《刑事事项互助示范条约》，大会1990年12月14日第45/117号决议，附件(后来经大会1998年12月9日第53/112号决议修订，附件一)。

³³ 《刑事事项诉讼转移示范条约》，大会1990年12月14日第45/118号决议，附件。

³⁴ 《引渡示范条约》，大会1990年12月14日第45/116号决议，附件(后来经大会1997年12月12日第52/88号决议修订，附件)。

报告员最初提出的关于自行决定审议豁免问题的第 6 款³⁵ 或起草委员会一名成员提出的关于援引豁免可能产生的暂缓效果的新提案。

2) 第 10 条草案第 1 款采纳了特别报告员最初提议的条款草案第 1 款和第 2 款。内容基于承认官员所属国有权在另一国试图对其官员行使刑事管辖权时援引其官员的豁免权。虽然关于国家官员外国刑事管辖的某种形式豁免的条约没有明确提到援引豁免或官员所属国的相应权利，但援引国家官员的豁免是一种普遍做法，被认为是国际法所涵盖的。援引豁免有双重目的，一方面，这是官员所属国要求尊重豁免的一个手段，另一方面，这有助于寻求行使管辖权的国家了解这一情况，并在确定豁免的过程中考虑到官员所属国提供的信息。

3) 援引豁免的权利属于官员所属国。豁免的目的是维护官员所属国的主权，这意味着承认豁免是为了国家的利益，而不是个人的利益，这一事实很容易证明上述论点是合理的。³⁶ 因此，援引豁免的决定和与援引豁免有关的任何决定均应由国家本身作出而不是由官员作出。无论如何，这是一项任选性质的权利，才使用了“一国……可为其官员援引豁免”这一措辞。

4) 援引豁免的权力属于官员所属国，大家认为没有必要确定有权就援引豁免作出决定的当局或有权援引豁免的当局。有关条约不涉及这一问题，因此，按照国家自组织原则，为此目的的主管当局由各国根据各自国内法确定。无论如何，不可否认的是，根据国际法，这一权力至少应赋予负责国际关系的国家机关，包括国家元首、政府首脑、外交部长和外交使团团团长。然而，这并不排除在某些情况下，由国家为此目的而特别授权的人援引豁免，在由法院审理的严格意义上刑事诉讼中特别如此。

5) 因此，援引豁免必须被理解为官员所属国的一种官方行为，据此告知试图行使刑事管辖权的国家，有关人士是其官员，在该国看来，此人士享有豁免权，由此可能产生后果。越早援引豁免，越有用。这一点反映在下列表述中：官员所属国在“获悉另一国可能或正在对其官员行使刑事管辖权”后即可援引豁免。“另一国”被认为比“法院地国”更可取，其涵盖面更广泛更全面，特别是因为援引豁免可以在严格意义上的刑事诉讼程序启动之前。“获悉”这一表述沿用了第 8 条草案中使用的词。关于官员所属国获悉情况方式，委员会首先考虑到了“通知”与“援引”之间的关系。通知的目的是将法院地国主管当局行使刑事管辖权

³⁵ 特别报告员在其第七次报告中最初提议的条款草案第 6 款案文如下：“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”（A/CN.4/729，第 69 段）。

³⁶ 这是一个无可争辩的问题，也反映在一些条约中，例如《维也纳外交关系公约》在序言中指出，“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”（第四段）。下列文书的序言里也有几乎相同的措辞：《维也纳领事关系公约》（第五段）、《特别使团公约》（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》（第六段）。同样，国际法学会在其关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖豁免和执行豁免的决议序言中指出，国家元首和政府首脑作为国家的代表，应得到特殊待遇，“不是为了他们的个人利益，而是因为有必要让他们为了有关国家和整个国际社会的利益，独立、有效地履行职责”（《国际法学会年鉴》，第 69 卷（见上文注 7），第 742 页，第三段）。委员会处理这一专题的两位特别报告员也表示了相同的看法（见《2010 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/631 号文件，第 427 页及其后各页，特别是第 434 页，第 19 段；《2011 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/646 号文件，第 237 页及其后各页，特别是第 242 页，第 15 段；《2013 年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/661 号文件，第 39 页及其后各页，特别是第 49 页，第 49 段）。

的意图告知官员所属国，从而构成官员所属国了解此一情况的特权来源。然而，这并不是要排除官员所属国可能以另一种方式获悉这一情况的可能性，这包括从本国官员处收到的信息以及从任何其他信息来源收到的信息。因此，此处没有将提及第9条草案所述的通知作为确定可以援引豁免的时间的相关行为。

6) 第1款规定，官员所属国在获悉另一国“可能或正在对其官员行使刑事管辖权”后，可援引豁免。采用这一措辞是为了表明，官员所属国有时可能在较晚时候才获悉对其官员采取的行动，但这不能剥夺官员所属国援引豁免的权利，在可能影响该官员的管辖行为已经在实施的情况下特别如此。关于这一点，应当牢记，承认官员所属国援引豁免的权利，不能被自动解释为援引豁免意味着阻止在确立管辖权后继续进行刑事诉讼。

7) 第1款最后一句是，“应尽快援引豁免”。使用“尽快”一词是因为官员所属国必须分析各种相关因素(法律和政治)，以便决定是否援引豁免，并酌情确定援引的范围。考虑到官员所属国需要的时间可能因情况而异，使用该词比“尽可能从速”或“在合理时间内”更为可取，后者的解释可能有歧义。此外，“尽快”一语提请大家注意及早援引豁免的重要性。

8) 无论如何，应当牢记，援引豁免对官员所属国而言是一种保障措施，由于这个原因，官员所属国是“尽快”援引豁免的第一个利害关系方，但这并不妨碍该国在任何其他时间援引豁免。“可能”一词的用法应按此理解。援引豁免应依法进行，不论其效果会否因不同情况而不同。

9) 第2款涉及援引豁免的方式和豁免的内容。委员会考虑到，官员所属国援引豁免会影响确定豁免权的进程，可能阻止法院地国行使管辖权。因此，大家认为，援引须书面为之，而无论形式为何。援引豁免时应该明确提到官员的身份和职务，以及援引豁免的理由。

10) “所任职务”指官员的头衔、职级或级别(例如，国家元首、外交部长或法律顾问)。无论如何，应当牢记，提及官员所任职务在任何情况下都不应解释为将较低级别的官员排除在外国刑事管辖豁免权适用范围之外。如委员会所述，“‘国家官员’的概念完全取决于代表国家或行使国家职能的有关个人，[因此]其级别与定义的目的无关”。³⁷

11) 委员会认为，规定官员所属国应说明其援引的豁免类型(属人理由或属事理由)是不合适的，这可能是过高的技术要求。提及官员的职务和援引豁免的理由可为法院地国评估本条款草案第二部分或第三部分所载规则是否适用提供依据。

12) 第3款说明援引豁免可用的方式。该款沿用第9条草案第3款的模式，在一般含义方面应提及第9条草案第3款评注。然而，应当指出，委员会对本条草案第3款的措辞作了一些修改，以便使其适应援引的具体特点。具体而言，所用的措辞是“援引豁免可……”，而不是“应当”，借此表明不排除以其他方式援引官员的刑事管辖豁免，特别是可以在刑事诉讼中通过法院地国法律允许的司法行为援引豁免。

13) 第4款的目的是确保官员所属国援引豁免一事为豁免问题所涉另一国主管当局所知，另一国主管当局应审查或确定豁免的适用。这是为了防止援引豁免仅仅

³⁷ 《2014年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第158页，第2条草案(e)项评注第(14)段。

因为没有告知需要审查豁免问题或对其作出判断的当局而无法产生效果。本款反映了特别报告员在其第七次报告中提议的第 10 条草案第 5 款的精神，但措辞更简单、更有规定性：“收到援引豁免有关通信的当局应立即将此情况通知任何其他相关当局”。³⁸ 这一规定反映了审查和确定豁免问题的义务由国家承担的原则，国家必须采取必要措施履行这一义务，因此这被认为是既有利于官员所属国又有利于拟行使刑事管辖权的国家的程序性保障。然而，鉴于各国现有法律制度和做法各不相同，以及需要尊重自组织原则，大家认为没有必要说明哪些当局有义务报告或哪些当局应收到援引通知。从逻辑上来看，有一项谅解是，这两种情况下都涉及试图或正在对另一国官员行使刑事管辖权的国家当局，而“其他相关当局”是指有权参与审查或决定豁免问题的当局。在这两种情况下，主管当局是指行政机关、司法机关还是指检察官办公室，甚至是指警察当局，都是无关紧要的。

第 11 条草案 放弃豁免

1. 官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免。
2. 放弃豁免必须总是以书面形式明确地表达。
3. 放弃豁免可通过外交途径表达，或通过相关国家就此目的都接受的任何其他通信方式表达，其中可包括适用的国际合作和司法互助条约所规定的方式。
4. 收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局。
5. 放弃豁免不可撤销。

评注

1) 第 11 条草案从两个角度处理豁免放弃问题，一是承认官员所属国放弃豁免的权利，二是阐述与放弃的形式和表达方式有关的程序方面事项。此外，第 11 条草案还提到关于豁免已经放弃的情况的信息，这些信息应提交法院地国主管当局。虽然第 11 条草案的结构沿用了第 10 条草案的模式，但两者的内容并不相同，援引和弃权是不同的做法，不能混淆。

³⁸ A/CN.4/729, 第 69 段。

2) 与援引相反,放弃管辖豁免的问题委员会在以前的若干条款草案³⁹中已详细讨论过,并反映在国际条约中。一些国际条约以这些条款草案为基础,规定了某些国家官员的某些形式的外国刑事管辖豁免。这些条约包括《维也纳外交关系公约》(第三十二条)、《维也纳领事关系公约》(第四十五条)、《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)。此外,放弃豁免的问题也在关于这一主题的私人编纂项目中得到处理,特别是国际法学会2001年和2009年的决议。⁴⁰放弃国家豁免也是如此,《联合国国家及其财产管辖豁免公约》⁴¹和关于国家豁免的国家法律⁴²都对此作出了规定。

3) 官员所属国放弃豁免是该国放弃要求豁免权的官方行为,从而消除了对法院地国法院行使管辖权可能设置的任何障碍。因此,放弃豁免将使任何关于豁免权的适用及其限制和例外的讨论无效。国际法院在2000年4月11日的逮捕令案中

³⁹ 委员会在其关于外交关系、领事关系、特别使团和国家在与国际组织关系中的代表权的工作过程中讨论了放弃某些国家官员豁免权的问题。关于外交关系和豁免的条款草案第30条措辞如下:“豁免之抛弃。一.外交代表对管辖之豁免得由派遣国抛弃之。二.刑事诉讼中,豁免之抛弃概须明示为之。(《1958年……年鉴》,第二卷,A/3859号文件,第106页)。关于领事关系的条款草案第45条规定:“豁免之抛弃。一.派遣国得就个别领馆人员,抛弃第四十一条、第四十三条及第四十四条所规定之豁免。二.豁免之抛弃概须明示。(《1961年……年鉴》,第二卷,A/4843号文件,第131页)。关于特别任务的条款草案第41条措辞如下:“豁免之抛弃。一.派遣国得抛弃其特种使节团内之代表、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.豁免之抛弃概须明示。(《1967年……年鉴》,第二卷,A/6709/Rev.1和Rev.1/Corr.2号文件,第379页)。最后,关于国家代表与国际组织的关系的条款草案第31条指出:“豁免的放弃。1.派遣国得放弃代表团团长、代表团外交职员和依第三十六条享有豁免的人员所享管辖的豁免。2.豁免的放弃概须明示。(《1971年……年鉴》,第二卷(第一部分),A/8410/Rev.1号文件,第328页)。

⁴⁰ 国际法学会关于国家元首和政府首脑根据国际法享有管辖豁免和执行豁免的决议第7条措辞如下:“1.如果国家放弃国际法赋予的不可侵犯性、管辖豁免或执行豁免,国家元首将不享有此类豁免。放弃豁免可明示,也可默示,前提是放弃是肯定的。有权决定放弃豁免的机构是有关国家的国内法确定的。2.当国家元首被怀疑犯有特别严重的罪行时,或者其职能的行使似乎没有受到法院地国当局应该作出的决定的影响时,才应决定是否放弃豁免”(《国际法学会年鉴》,第69卷(见上文注7),第748页)。决议第8条内容如下:“1.各国可通过协议,就其国家元首的管辖豁免和执行豁免商定它们认为适当的克减。2.未明示克减的,前款提及的不可侵犯性和豁免即推定为未被撤销;这种克减的存在和范围必须通过法律手段明确确定”(同上)。这一做法并没有因2009年通过关于国家及其代理人在国际犯罪案件中的管辖豁免的决议而改变,但该决议纳入了新的内容,在第二条第3款中规定,“如果代理人被怀疑或被指控犯下国际罪行,各国应考虑放弃其豁免”。这项建议与第二条第2款类似,该款指出,“各国义务根据公约和习惯国际法预防和制止国际犯罪。豁免不应成为本决议所涵盖罪行受害者有权获得适当赔偿的障碍”(《国际法学会年鉴》,第73-I-II卷(那不勒斯会议,2009年),第229页;可查阅学会网站(www.idi-iil.org)的“决议”栏目。

⁴¹ 但是,应当记住,就2004年《公约》而言,放弃豁免只是通过列举一些案件间接提及,在这些案件中,可以自动理解为外国已同意法院地国法院行使管辖权。关于这一点,见《公约》第七条和第八条。

⁴² 见美利坚合众国,1976年《外国主权豁免法》,第1605.a节;大不列颠及北爱尔兰联合王国,1978年《国家豁免法》,第2节;新加坡,1979年《国家豁免法》,第4节;巴基斯坦,1981年《国家豁免令》,第4节;南非,1981年《外国豁免法》,第3节;澳大利亚,1985年《外国豁免法》,第10、3和6节;加拿大,1985年《国家豁免法》,第4.2节;以色列,2008年《外国豁免法》,第9和10节;日本,2009年《日本对外国民事管辖权法》,第6条;西班牙,10月27日第16/2015号关于外国、总部或办事处设在西班牙的国际组织以及在西班牙举行的各种国际会议的特权和豁免的组织法,第5、6和8条。

确认了这种放弃的效果，其中明确指出，“如果官员所代表或曾经代表的国家决定放弃外国管辖豁免，则官员即停止享有这种豁免”。⁴³

4) 第 1 款承认官员所属国放弃豁免的权利。本款沿用了《维也纳外交关系公约》第三十二条第一款的措辞，仅略作调整。第 11 条草案第 1 款规定，“官员所属国可放弃官员的外国刑事管辖豁免”。这里的重点是放弃权利的持有者，即官员所属国，而不是官员本人，这是为了官员所属国的利益而承认国家官员的外国刑事管辖豁免的合乎逻辑的结果。因此，只有官员所属国才能放弃豁免，从而同意另一国对其一名官员行使刑事管辖权。“可”字用来表示放弃豁免是官员所属国的一项权利，而不是一项义务。这是沿用了委员会以前的做法，在涉及国家官员外国刑事管辖豁免的各种条款草案中，委员会认为国家没有放弃豁免的义务。

5) 放弃豁免的权利属于官员所属国，大家认为没有必要确定哪些当局有权就放弃豁免权作出决定，或哪些当局有权传递放弃豁免的决定。公约和国家法律都没有对这一问题作出一般性规定，只是抽象地提及国家。⁴⁴ 委员会在以前的工作中认为，最好不要明确提及有权放弃豁免的国家机关。⁴⁵ 此外，国家实践有限，也没有定论。⁴⁶ 因此，在援引豁免的情况下就尊重国家自组织原则以及国家元首、政府首脑、外交部长和外交使团团团长传递放弃豁免的决定的权利所作的评论完全适用于放弃豁免的情形。这一切都不妨碍可由官员所属国授予的人传递放弃豁免的决定，向另一国法院表示放弃豁免时特别如此。

6) 与援引的情况相反，委员会认为没有必要在本条草案中列入任何时间要素，因为放弃豁免可在任何时候。

7) 第 2 款提到放弃的形式，规定“必须总是以书面形式明确地表达”。这一措辞沿用了《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款和《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款的模式。《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款规定，

⁴³ 2000 年 4 月 11 日逮捕令(见上文注 8)，第 25 页，第 61 段。

⁴⁴ 一些国家法律例外地提及由使团团团长传递放弃的决定。见联合王国，1978 年《国家豁免法》，第 2.7 节；新加坡，1979 年《国家豁免法》，第 4.7 节；巴基斯坦，1981 年《国家豁免令》，第 4.6 节；南非，1981 年《外国豁免法》，第 3.6 节；以色列，2008 年《外国豁免法》，第 9(c) 节。

⁴⁵ 在关于外交关系和豁免的条款草案中，委员会认为最好不说明哪个主管机构有权放弃外交代表的豁免。因此，在二读通过的第 30 条案文中，委员会决定修改第 2 款的措辞，删除一读通过的该款中“概需”后面的几个字：“由派遣国政府”。委员会对这一决定的解释如下：“委员会决定删去“由派遣国政府”一语，因该语可能误解为抛弃豁免之通知非确实由派遣国政府发出不可。其实，使馆馆长既如上文所述为本国政府之代表，则遇馆长通知抛弃豁免时，接受国之法院即应承认其为派遣国政府之声明。至于使馆馆长作此声明之权力问题，新条文未予论及，盖此乃一国内部问题，仅与派遣国及使馆馆长有关”(《1958 年……年鉴》，第二卷，A/3859 号文件，第 106 页，第 30 条评注第(2)段)。同样，委员会在谈到领事关系条款草案第 45 条时指出：“本条条文并未叙明抛弃豁免应由何种途径通知。如领馆馆长为受有关处分者，豁免之抛弃系经由外交途径以声明通知。如豁免之抛弃关涉其他领馆人员，则通知得由主管领馆馆长提出”(《1961 年……年鉴》，第二卷，A/4843 号文件，第 132 页，第 45 条评注第(2)段)。

⁴⁶ 例如，在美国，海地司法部长在 Paul 诉 Avril(佛罗里达州南区地区法院，1993 年 1 月 14 日判决，812 F. Supp. 207)一案中表示海地放弃此官员的豁免；在比利时，乍得司法部在侯赛因·哈布雷案中放弃豁免。在瑞士，在费迪南德和伊梅尔达·马科斯诉联邦警察局(联邦法院，1989 年 11 月 2 日判决，ATF 115 IB 496)一案中，法院没有分析哪些政府机构有此权限，而只认为只要是政府机构即可，并接受了菲律宾外交使团发出的来函。

“豁免之抛弃，概须明示”。《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款规定，“除本条第三项所规定之情形外，特使及豁免之抛弃概须明示，并应以书面通知接受国”。放弃豁免必须“以书面形式明确地表达”一语加强了法律确定性的原则。

8) 放弃豁免必须明示，这是委员会在以往工作中一直坚持的看法，⁴⁷ 并反映在相关国际条约⁴⁸ 和国内法⁴⁹ 中。考虑到这一点，特别报告员在其第七次报告中提议的原条款草案第 4 款已被删除，该款内容如下：“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。”⁵⁰ 委员会委员虽然普遍认为可以在条约中对放弃豁免权作出明确规定，⁵¹ 但对“可以……推断”一词的使用提出了批评意见，一些委员认为这是承认一种默示的放弃。

9) 放弃豁免的可能性可产生于条约条款规定的各国应承担的义务，在皮诺切特案(第 3 号)中就是如此，虽然这并没有构成上议院作出决定的基础。⁵² 尽管角度不同，放弃豁免的可能性也产生于对《国际刑事法院罗马规约》第二十七条和第九十八条的解释⁵³ 以及缔约国与国际刑事法院合作的义务。然而，在委员会看来，没有充分的理由认为这种条约义务的存在可以在一般情况下自动被理解为放弃国家官员的豁免，特别是考虑到国际法院在 2000 年 4 月 11 日逮捕令案的判决中的如下意见：“尽管一些关于预防和惩治某些严重罪行的国际公约规定各国负有起诉或引渡义务，从而迫使它们扩大其刑事管辖权，这种管辖权的扩大不会以任何方式影响习惯国际法规定的现有豁免，包括外交部长的豁免。这种豁免在外国法院继续有效，即使这些法院根据上述公约行使这种管辖权。”⁵⁴

10) 放弃豁免权，除明示外，还必须以书面形式表述。然而，这并不影响放弃豁免的通知的具体形式，这不仅取决于官员所属国的意愿，而且还取决于用于传递放弃豁免的决定的手段，甚至取决于提出放弃的框架。因此，没有什么能阻止通过向法院地国当局发出普通照会、信函或其他非外交信件、通过程序性行为或文

⁴⁷ 见上文注 39。

⁴⁸ 见《维也纳外交关系公约》第三十二条第二款、《维也纳领事关系公约》第四十五条第二款、《特别使团公约》第四十一条第二款和《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》第三十一条第二款。

⁴⁹ 10 月 27 日关于外国、在西班牙设有总部或办事处的国际组织以及在西班牙举行的国际会议的特权和豁免的第 16/2015 号组织法在关于国家元首、政府首脑和外交部长豁免权的第 27 条中规定放弃豁免必须明示。

⁵⁰ A/CN.4/729, 第 103 段。

⁵¹ 在这方面，国际法学会在其 2001 年关于国家元首和政府首脑的管辖豁免和执行豁免的决议第 8 条第 1 款中指出，“各国可以通过协议，就其国家元首的管辖豁免和执行豁免商定它们认为适当的克减”(《国际法学会年鉴》，第 69 卷(见上文注 7)，第 748 页)。

⁵² 女王诉 Bow 街大都会法院法官，皮诺切特—乌加特缺席案(第 3 号)，联合王国，上议院，1999 年 3 月 24 日决定，[1999] UKHL 17, [2000] 1 AC 147；另见《国际法报告》，第 119 卷(2002 年)，第 135 页。

⁵³ 《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。

⁵⁴ 2000 年 4 月 11 日逮捕令(见上文注 8)，第 24 和 25 页，第 59 段。

件，或任何其他文件，明确清楚可靠地表明相关国家愿意放弃其官员的外国刑事管辖豁免。

11) 最后，应提请大家注意的是，与第 10 条草案第 2 款相反，委员会认为没有必要在条款草案中明确提及放弃的内容。各位委员虽然对是否提及内容有分歧，但最终认为最可取的做法是把自由裁量的空间留给官员所属国。因此，删除了特别报告员最初提案中所载的“必须明示、明确和毫不含糊，提及有关官员，并在适用的情况下提及放弃所指的行为”的措辞。无论如何，委员会希望指出，放弃的内容必须足够清楚，使接收放弃豁免的通知的国家当局能够清楚地了解放弃的范围。⁵⁵ 为此目的，一项理解是，官员所属国应明确提及被放弃豁免权的官员的姓名，并酌情提及放弃豁免的实质范围，当该国不希望完全放弃豁免而是将其限制于某些行为或排除某些据称由该官员实施的行为时，特别应如此。如果放弃豁免的范围有限，则官员所属国可对未涵盖的行为援引豁免，即另一国当局打算或正在对同一官员行使刑事管辖权所针对的行为是放弃的范围之外的行为或在表示放弃豁免之后了解到的行为。

12) 第 3 款提到官员所属国可用来传递放弃其官员豁免权的方式。与第 10 条草案第 3 款相似，基本沿用了第 10 条草案的措辞，唯一的例外是使用了动词“表达”，以便使第 11 条第 3 款草案与《维也纳领事关系公约》第四十五条案文保持一致。鉴于此处第 3 款与第 10 条草案第 3 款之间的相似之处，拟提及第 10 条草案第 3 款关于官员所属国有权就放弃豁免作出决定并予以传递的当局的评注。尤其应提请大家注意的是，谈到通信方式时使用了“可”字，意在保留将放弃豁免的决定直接通知法院地国法院的可能性。

13) 第 4 款规定，“收到放弃豁免有关通信的当局应立即将豁免已经放弃的情况通知任何其他相关当局”。本款对应于第 10 条草案第 4 款，其中只对某些用词作了调整。由于这两款遵循相同的逻辑，为同样的目的服务，第 10 条草案关于这一点的评注也适用于本条草案第 4 款。

14) 第 5 款规定，“放弃豁免不可撤销”。这一规定的依据是，一旦放弃豁免，其效果将投射到未来，豁免问题将不再成为法院地国当局行使刑事管辖权的障碍。因此，考虑到放弃豁免的效果及其性质，似乎显然可以认为放弃是不可克减

⁵⁵ 明确声明的三个例子载于秘书处关于国家官员外国刑事管辖豁免的备忘录(A/CN.4/596 和 Corr.1(见委员会网站，第六十届会议文件)，第 252 和 253 段)。在 Paul 诉 Avril 案中，海地司法部长指出，“前海地武装部队中将、海地共和国军政府前总统 Prosper Avril 绝对不享有任何形式的豁免权，无论是君主、国家元首还是前国家元首的豁免权，无论是外交、领事还是作证豁免权，或任何其他类型的豁免权，包括判决或起诉豁免权、判决执行豁免权和判决前后出庭豁免权”(Paul 诉 Avril 案(见上文注 46)，第 211 页)。在费迪南德和伊梅尔达·马科斯案中，菲律宾提交的放弃书措辞如下：“菲律宾政府特此放弃菲律宾前总统费迪南德·马科斯和他的妻子伊梅尔达·马科斯根据美国法律或国际法可以享有或本可以享有的任何豁免，包括(1) 国家豁免权、(2) 国家元首豁免权或(3) 外交豁免权。[...]豁免的放弃适用于在上述案件(在纽约州南区进行的调查)中对费迪南德和伊梅尔达·马科斯的起诉，以及他们试图援引其豁免权所涉的任何犯罪行为或其他相关事项”(费迪南德和伊梅尔达·马科斯诉警察局案(见上文注 46)，第 501 和 502 页)。在布鲁塞尔针对侯赛因·哈布雷的案件中，乍得司法部明确放弃豁免：“1993 年 1 月 15 日至 4 月 7 日在恩贾梅纳举行的主权全国会议正式取消了侯赛因·哈布雷先生的所有管辖豁免权。这一立场得到了 1995 年 6 月 9 日第 010/PR/95 号法的认可，该法赦免了政治犯和流亡者以及武装反对派人士，但不包括“共和国前总统侯赛因·哈布雷、他的同伙和(或)他的同谋”。因此，很明显，侯赛因·哈布雷先生无法要求乍得当局赋予他任何豁免权，自从主权全国会议结束以来就是如此”(2002 年 10 月 7 日乍得司法部长给布鲁塞尔地区预审法官的信)。

的，否则这一做法将失去其全部意义。尽管如此，本条款草案第 5 款在委员会委员中引起了激烈辩论。

15) 这场辩论并不影响放弃豁免的不可撤销性质的理由，但影响到可以界定不可撤销的例外情况的可能性。首先应该指出，委员会委员总体上同意，现有第 5 款反映了体现诚意原则的一般规则，并能满足尊重法律确定性的必要性。然而，一些委员也认为，这条一般规则可能允许某些例外，特别提及以下情况：放弃豁免之后出现了官员所属国原来不知道的新事实；发现在法院地国对特定案件行使管辖权时，公正审判权的基本规则未得到尊重；或者发生了一般性的情况，包括政府更迭或法律制度改变，可能导致在寻求行使刑事管辖权的国家不再能保障获得公正审判的权利。

16) 这引起了关于将本款列入第 11 条草案是否有用、是否可取的辩论。一些委员表示支持删除本款，特别是考虑到相关条约和各国国内法都没有明确提到放弃豁免不可撤销，而且与此相关的实践很少。⁵⁶ 其他委员则认为，出于法律确定性的原因，保留第 5 款是有益的，并考虑到委员会本身在提及其关于外交关系和豁免的条款草案中所述的放弃豁免时表示，“诉讼程序，无论在哪一个或几个法院中进行，应视为不可分割之整体，如在第一审法院中已对豁免作明示或默示之抛弃，便不得对上诉主张豁免，固不待言”。⁵⁷ 然而，其他委员指出，放弃豁免的不可撤销性质不能从这一断言中推断出来。

17) 为了解决放弃不可逆转性可能有例外情况的问题，委员会一些委员建议修改第 5 款的措辞，列入诸如“除非在特殊情况下”或“原则上”等作为保障。他们认为，这将使人们有可能认识到，在上述情况等特殊情况下可以撤销放弃。其他委员认为，采用这些表述会使第 5 款的解释进一步复杂化，如果最终决定在第 11 条草案中保留本款的话，最好不要改变措辞。关于这一点，委员会一些委员提请大家注意，放弃豁免权归根结底是一国的单方面行为，其范围应根据委员会 2006 年通过的适用于能够产生法律义务的国家单方面声明的指导原则(特别是原则 10)来界定。⁵⁸ 最后，有人强调，很难确定哪些特殊情况可以证明撤销放弃是合理的，尽管有人重申，这一类特殊情况可包括政府更迭或法律制度改变，因为这种变化可能会有损于对人权的尊重和官员接受公正审判的权利。另一方面，关于是否有可能将在放弃豁免时或在法院地国行使管辖权时不为人所知的、放弃豁免的决定不涵盖的新事实的出现列为例外情况，有人对此表示怀疑，因为这些事

⁵⁶ 关于放弃豁免的不可撤销性和附加条件的可能性问题，见以下国内法：美国，1976 年《外国主权豁免法》，第 1605.(a) 节；联合王国，1978 年《国家豁免法》，第 2 节；新加坡，1979 年《国家豁免法》，第 4 节；巴基斯坦，1981 年《国家豁免令》，第 4 节；南非，1981 年《外国豁免法》，第 3 节；澳大利亚，1985 年《外国豁免法》，第 10、3 和 6 节；加拿大，1985 年《国家豁免法》，第 4.2 节；以色列，2008 年《外国豁免法》，第 9 和 10 节；日本，2009 年《日本对外国民事管辖权法》，第 6 条；西班牙，10 月 27 日第 16/2015 号关于外国、总部或办事处设在西班牙的国际组织以及在西班牙举行的各种国际会议的特权和豁免的组织法，第 5、6 和 8 条。

⁵⁷ 《1958 年……年鉴》，第二卷，A/3859 号文件，第 107 页，第 30 条评注(5)段。

⁵⁸ 原则 10 如下：“不能任意撤销一项已经对声明国创立了法律义务的单方面声明。在考虑一项撤销是否属于任意时，应考虑下述因素：(a) 声明中与撤销有关的任何具体条件；(b) 义务的对象对这类义务的信赖程度；(c) 情况发生根本变化的程度。”（《2006 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 177 页，第 176 段）。

实并不构成例外情况，而是官员所属国所表示的放弃没有涉及的情况，因此在这些情况下可以根据本条款草案所载的一般规则适用豁免。

18) 根据前述各款总结的讨论情况以及在条款草案一读期间委员意见分歧的类似情况下普遍遵循的做法，委员会决定在第 11 条草案中保留第 5 款，便于各国能够充分了解讨论情况，并发表其认为适当的评论。