



大会

Distr.: General
14 June 2016
Chinese
Original: Spanish

国际法委员会

第六十八届会议

2016年5月2日至6月10日和

7月4日至8月12日，日内瓦

关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第五次报告

特别报告员：康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯编写*

目录

	页次
导言	3
一. 国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外：简介	6
A. 一般考虑	6
B. 委员会以前对国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外的审议	8
二. 惯例研究	16
A. 条约惯例	16
B. 国家立法惯例	22
C. 国际司法惯例	28

* 特别报告员谨感谢研究项目“La protección de los valores de la comunidad internacional: inmunidad, justicia e impunidad en el derecho internacional contemporáneo (保护国际社会价值：当代国际法中的豁免、正义和有罪不罚)”(DER2013-45790-P)的研究团队成员，包括国立远程教育大学的 Fanny Castro-Rial Garrone 教授、Carmen Quesada Alcalá 教授、Fernando Val Garijo 教授、Teresa Marcos Martínez 教授、坎塔布里亚大学的 Rosario Ojinaga Ruiz 教授、Yael Cacho Sánchez 教授、José Antonio Valles Cavia 教授以及德乌斯托大学的 Joana Abrisketa Uriarte 教授，并感谢庞培法布拉大学的 Silvia Morgades Gil 教授和日内瓦国际人道主义法和人权学院的学生 Raquel Saavedra。



1. 国际法院	28
2. 欧洲人权法院	35
3. 国际刑事法院或法庭	38
D. 国家司法惯例	41
E. 委员会的其他工作	49
三. 一般法律范围内外国刑事管辖豁免的限制和例外：方法和概念问题	55
A. 豁免的法律性质	56
1. 管辖和豁免之间的关系	56
2. 豁免和责任之间的关系	57
3. 国家豁免和国家官员豁免之间的关系	58
B. 国家和国际刑事法院或刑事法庭	59
C. 豁免的限制和例外概念	63
四. 国家官员的外国刑事管辖豁免不适用情形	65
A. 国际罪行	65
1. 将犯下国际罪行视为豁免权的限制或例外的习惯规范	66
2. 国际罪行作为豁免例外的系统性分类	69
3. 构成对豁免的限制或例外的国际罪行	77
B. “领土内侵权例外”	78
C. 腐败作为豁免的限制或例外	79
D. 属人豁免和属事豁免的限制和例外	81
E. 条款草案	82
五. 未来工作计划	83
附件	
一. 委员会暂时通过的条款草案	85
二. 起草委员会在国际法委员会 2015 年第六十七届会议上暂时通过的条款草案	87
三. 提交委员会 2016 年第六十八届会议审议的条款草案	88

导言

1. 国际法委员会 2006 年第五十八届会议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当前工作方案，并任命罗曼·科洛德金为特别报告员。² 在同届会议上，委员会请秘书处编写一份有关该专题的背景研究报告。³
2. 特别报告员科洛德金提交了三次报告，其中确定了本专题的审议范围，并分析了与国家官员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 委员会 2008 年第六十届会议和 2011 年第六十三届会议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. 委员会 2012 年 5 月 22 日第 3132 次会议任命康塞普西翁·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。⁵
4. 在同届会议上，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次报告。⁶ 报告帮助澄清了到当时为止的辩论内容，确定了仍然存有争议的要点、待审议的专题和遵循的方法，并提出了该五年期专题审议工作计划。委员会 2012 年第六十四届会议⁷ 和大会第六十七届会议第六委员会⁸ 分别审查了初次报告并批准了特别报告员的建议。

¹ 见《2006 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 185 页，第 257 段以及第 191 页，附件一。

² 见《2007 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 98 页，第 376 段。

³ 同上，第 101 页，第 386 段。秘书处备忘录见《2008 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分(增编 2)，[A/CN.4/596 号文件](#)。

⁴ 特别报告员科洛德金的报告载于《2008 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第一部分，第 157 页，[A/CN.4/601 号文件\(初次报告\)](#)；[A/CN.4/631 号文件\(第二次报告\)](#)；[A/CN.4/646 号文件\(第三次报告\)](#)。

⁵ 见 [A/67/10](#)，第 84 段。

⁶ [A/CN.4/654 号文件](#)。

⁷ 辩论摘要见 [A/67/10](#)，第 84-139 段。另见 [A/CN.4/SR.3143 至 A/CN.4/SR.3147 号文件所载委员会临时简要记录](#)。

⁸ 2012 年大会第六十七届会议第六委员会审议了国家官员的外国刑事管辖豁免专题(《大会正式记录，第六十七届会议，第六委员会》，第 20 至 23 次会议([A/C.6/67/SR.20 至 A/C.6/67/SR.23](#)))。此外在另一次会议上有两个国家提到这个专题(同上，第 19 次会议([A/C.6/67/SR.19](#)))。另见大会第六十七届会议第六委员会讨论情况的专题摘要([A/CN.4/657](#)，第 26-38 段)。

5. 特别报告员向委员会 2013 年第六十五届会议提交了关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第二次报告。⁹ 报告审视了专题的范围和条款草案、豁免和管辖的概念、属人豁免和属事豁免的区别以及属人豁免的规范要素，提出了六项条款草案。委员会审议了特别报告员的第二次报告，¹⁰ 并暂时通过了三项条款草案及其评注，分别涉及条款草案的范围(第 1 条草案)和属人豁免的规范要素(第 3 和第 4 条草案)。¹¹ 起草委员会决定继续审议关于定义的条款草案，并在稍后阶段对其采取行动。¹² 2013 年大会第六十八届会议第六委员会审查了特别报告员的第二次报告，对国际法委员会取得的进展表示欢迎。¹³

6. 特别报告员向委员会 2014 年第六十六届会议提交了关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第三次报告。¹⁴ 她首先分析了属事豁免的规范要素，着重从属事豁免主体(享有豁免的人员)角度论述了“国家官员”的一般概念，分析了称谓国家官员所用的术语，提出了两项条款草案。委员会第 3217 至 3222 次会议审议了特别报告员的第三次报告，¹⁵ 暂时通过了关于“国家官员”的一般概念(第 2(e)条草案)和“享有属事豁免的人员”(第 5 条草案)条款草案¹⁶ 及其评注。¹⁷ 大会第六十九届会议第六委员会审议国际法委员会年度报告时审查了国家官员的外国刑事管辖豁免专题。各国欢迎特别报告员的第三次报告和国际法委员会暂时通过的条款草案，指出该专题取得了重要进展。¹⁸

⁹ A/CN.4/661 号文件。

¹⁰ 有关委员会委员在讨论中所提问题和所持立场的详细分析，见 A/CN.4/SR.3164 至 A/CN.4/SR.3168 以及 A/CN.4/SR.3170。

¹¹ 这些条款草案的案文见本报告附件一。

¹² 关于委员会第六十五届会议审议该专题的情况，见 A/68/10，第 40-49 段。特别见第 49 段所载条款草案及其评注。关于委员会对条款草案评注的讨论，见 A/CN.4/SR.3193 至 A/CN.4/SR.3196。关于对起草委员会报告的介绍，见 A/CN.4/SR.3174。

¹³ 见《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会》，第 17 至 19 次会议(A/C.6/68/SR.17 至 A/C.6/68/SR.19)。另见大会第六十八届会议第六委员会辩论专题摘要(A/CN.4/666)，特别是 B 节。

¹⁴ A/CN.4/673 号文件。

¹⁵ 有关委员会委员在讨论中所提问题和所持立场的详细分析，见 A/CN.4/SR.3217 至 A/CN.4/SR.3222。

¹⁶ 条款草案案文见本报告附件一。

¹⁷ 关于委员会第六十六届会议审议本专题的情况，见 A/68/10，第 123-132 段。特别见第 132 段所载条款草案及其评注。关于委员会对条款草案评注的讨论，见 A/CN.4/SR.3240 至 A/CN.4/SR.3242。关于起草委员会的报告和在全体会议对报告的介绍，见 A/CN.4/L.850(油印本)和 A/CN.4/SR.3231。起草委员会主席的发言可查阅国际法委员会网站。

¹⁸ 见《大会正式记录，第六十九届会议，第六委员会》，第 21 至 26 次会议(A/C.6/69/SR.21 至 A/C.6/69/SR.26)。另见大会第六十九届会议第六委员会辩论专题摘要(A/CN.4/678)，D 节，第 37-51 段。

7. 特别报告员向委员会 2015 年第六十七届会议提交了关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第四次报告，¹⁹ 报告继续分析属事豁免的规范要素，详细讨论实质范围和时间范围，并提出了两项条款草案。委员会第 3271 至第 3278 次会议审议了特别报告员的第四次报告，²⁰ 决定将两项条款草案提交起草委员会。起草委员会暂时通过了第 2(f)条草案(界定“以官方身份实施的行为”)和第 6 条草案(属事豁免的范围)。²¹ 委员会表示注意到这些条款草案，决定在该届会议审议条款草案的评注。²² 大会第七十届会议第六委员会审议国际法委员会年度报告时审查了国家官员的外国刑事管辖豁免专题。各国欢迎特别报告员的第四次报告和起草委员会暂时通过的两项新条款草案，指出国际法委员会在该专题取得进展。²³

8. 自 2013 年开始，委员会向各国提出国家官员外国刑事管辖豁免专题方面共同关心的问题。2014 年以下 10 个国家提交了评论：比利时、捷克共和国、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、美利坚合众国。²⁴ 2015 年下列国家提交了评论：奥地利、捷克共和国、古巴、芬兰、法国、德国、荷兰、秘鲁、波兰、西班牙、联合王国、瑞士。²⁵ 2016 年本报告定稿时收到以下国家的书面答复：澳大利亚、奥地利、荷兰、巴拉圭、秘鲁、西班牙、瑞士。²⁶ 此外有几个国家在第六委员会发言中提到国际法委员会提出的问题。特别报告员谨感谢这些国家所作的评论，这些评论对委员会的工作十分宝贵。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收到的评论和各代表团在第六委员会发言中发表的意见。

¹⁹ [A/CN.4/686 号文件](#)。

²⁰ 有关委员会委员在讨论中所提问题和所持立场的详细分析，见 [A/CN.4/SR.3271 至 A/CN.4/SR.3278](#)。

²¹ 见 [A/CN.4/L.865\(油印本\)](#)和 [A/CN.4/SR.3284](#)。起草委员会主席的发言可查阅国际法委员会网站。起草委员会暂时通过的条款草案案文载于本报告附件二。

²² 关于委员会第六十七届会议审议本专题的情况，见 [A/70/10](#)，第 174-243 段。

²³ 见《大会正式记录，第六十九届会议，第六委员会》，第 20 次会议和第 22 至 25 次会议 ([A/C.6/69/SR.20](#) 和 [A/C.6/69/SR.22 至 A/C.6/69/SR.25](#))。另见大会第七十届会议第六委员会辩论专题摘要([A/CN.4/689](#))，F 节，第 68-76 段。

²⁴ [A/68/10](#)，第 25 段。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”。

²⁵ [A/69/10](#)，第 28 段。委员会请缔约国在 2015 年 1 月 31 日前提供资料，针对下列问题说明国内法律和国内惯例，特别是司法惯例：(a) 如何定义国家官员外国刑事管辖豁免情况下的“官方行为”和“以官方身份实施的行为”；(b) 国家官员外国刑事管辖豁免的任何例外。

²⁶ [A/70/10](#)，第 29 段。委员会“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惯例，特别是司法惯例”。

9. 正如 2015 年所宣布,本报告主要分析国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外。报告依次讨论委员会过去两个 5 年期间对这一问题的审议情况(第一章),对有关惯例的分析(第二章),有关限制和例外的一些方法和概念问题(第三章),不适用国家官员外国刑事管辖豁免的情况(第四章)。根据本研究报告提出一项条款草案。报告还提到今后的工作计划(第五章)。最后,为了方便委员会的审议工作,本报告载有三个附件,分别列出委员会暂时通过的各条款草案(附件一),起草委员会暂时通过、委员会表示注意到的各条款草案(附件二)以及本报告提出的一项条款草案(附件三)。

一. 国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外: 简介

A. 一般考虑

10. 如特别报告员所指出,完成对属人豁免和属事豁免规范要素的分析之后,应着手处理关于豁免的限制和例外问题。其原因显而易见:只有在对界定抽象适用于外国刑事管辖豁免的一般机制的基本要素作出考察之后,才有可能着手处理一般机制是否容许限制和例外这个复杂的问题。此外,豁免的限制和例外问题必须结合上文所述的两种豁免加以综合分析。

11. 豁免的限制和例外问题一直是从豁免可能涵盖的行为这个角度来考虑的。因此,一些国际法学家和国家着重考虑外国刑事管辖豁免与强行法、严重和系统侵犯人权的行为、国际罪行和打击有罪不罚现象之间的关系。而别的国际法学者和国家则侧重于官员行为的国家属性,强调官员的豁免就是国家的豁免。此外,还有另外一个考虑角度,即享有属人豁免的人员的代表性质。然而也是在涉及这类豁免时,存在不存在限制和例外,或多或少与这些国家官员所实施行为的性质有关。

12. 关于国家和国家官员豁免的大量近期出版物表明,豁免的限制和例外是国际法律界关切的一个大问题。²⁷ 国际法学会迄今通过的涉及豁免的限制和例外的

²⁷ 特别见: Annyssa Bellal, *Immunités et violations graves des droits humains: vers une évolution structurelle de l'ordre juridique international?*, Brussels, Bruylant, 2011; Alvaro Borghi, *L'immunité des dirigeants politiques en droit international*, Brussels, Bruylant, 2003; Jürgen Bräbner, *State immunity and the violation of human rights*, The Hague, Martinus Nijhoff, 1997; Sophie Canadas-Blanc, *La responsabilité pénale des élus locaux*, Paris, Johanet, 1999; Micaela Frulli, *Immunità e crimini internazionali. L'esercizio della giurisdizione penale e civile nei confronti degli organi statali sospetati di gravi crimini internazionali*, Turin, Giappichelli, 2007; Michael J. Kelly, *Nowhere to hide: Defeat of the sovereign immunity defense for crimes of genocide and the trials of Slobodan Milosevic and Saddam Hussein*, New York, Peter Lang, 2005; Leon Otshudi Okondjo Wonyangondo, *L'immunité de juridiction pénale des dirigeants étrangers accusés des crimes contre l'humanité*, Publibook, 2009; Ramona Pedretti, *Immunity of Heads of State and State Officials for International Crimes*, Leiden, Brill/Nijhoff, 2015; Yitiha Simbeye, *Immunity and International Criminal Law*, Aldershot, Ashgate, 2004; Rosanne Van Alebeek, *The immunity of States and their officials in international criminal law and international human rights law*, Oxford, Oxford University

一系列决议²⁸也反映了这一关切。本专题文献的其他间接论著，包括《普林斯顿普遍管辖权原则》，也是如此。²⁹

13. 然而对豁免的限制和例外的重视不仅停留在理论或学说上。相反，对欧洲人权法院判决的讨论，特别是对阿德萨尼案和琼斯案³⁰的讨论，表明主权豁免的限制和例外问题具有非常重要的实际意义。此外国际法院对国家管辖豁免案³¹的判决，把豁免同当代国际法特别是强行法的几个关键概念之间的关系推到了辩论的风口浪尖。此外大家记得，国内法院在正常行使其司法职能中也曾就外国官员刑事管辖豁免的限制和例外问题作出裁决，有些裁决产生过重要的社会和媒体影响，成为许多法律讨论和论著的话题。西班牙和英国法院参与的皮诺切特案，无疑掀起了目前关于国家官员豁免及其例外的讨论。国内法院最近作出的两个判决使这一问题更为复杂。第一个是2014年10月22日意大利宪法法庭的判决，涉及国际法院关于国家管辖豁免案的判决在意大利是否适用。³²第二个是今年2月南非最高上诉法院在海牙国际刑事法院(下称国际刑院)颁布逮捕令后就要求逮捕巴希尔总统一案作出的判决。³³最后，大家也记得，豁免的限制和例外问题是国际刑事管辖方面最近事态发展的重点，例如非洲联盟作出的各项决定，特别

Press, 2008; Joe Verhoeven (ed.): *Le droit international des immunités: contestation ou consolidation?*, Brussels, Larcier, 2004。关于国家和国家官员豁免的一般性著述，涉及限制和例外问题的，见：Joanne Foakes, *The position of heads of State and senior officials in international law*, Oxford, Oxford University Press, 2014; Hazel Fox and Philippa Webb, *The Law of State Immunity*, revised and new third edition, Oxford, Oxford University Press, 2013。

²⁸ 见下列决议：Immunities from Jurisdiction and Execution of Heads of State and of Government in International Law, Vancouver session, 2001 (art. 11, paras. 1.b and 3; 13, para. 2) (*Annuaire de l'Institut du Droit International*; vol. 69, Paris, Pedone, 2001); Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes, Krakow session, 2005 (art. 6) (*Annuaire*, vol. 71, t. II, Paris, Pedone, 2005); Immunity from jurisdiction of the State and of persons who act on behalf of the State in case of international crimes, Naples session (arts. II. 2 and 3, and III.1) (*Annuaire*, vol. 73, t. I and II, Paris, Pedone, 2009; and Universal Civil Jurisdiction with regard to Reparation for International Crimes, Tallinn session, 2015 (art. 5)。

²⁹ 特别见题为“豁免”的原则5。普林斯顿普遍管辖权项目。《普林斯顿普遍管辖权原则》，普林斯顿(新泽西)，方案、法律和公共事务课程，2001年。

³⁰ 阿德萨尼诉联合王国案，2001年11月21日判决书，诉状号：35763/97，《判决和决定汇编》2001-XI；琼斯等诉联合王国案，2014年6月2日。另见下文第87-95段。

³¹ 国家的管辖豁免案(德国诉意大利，(希腊参加诉讼))，判决书。《国际法院案例汇编》，2012年，第99页。(另见《国际法院判决书、咨询意见和命令汇编》2008-2012年，第252页)。另见下文第61-86段。

³² 第238/2014号判决书。

³³ 见司法和宪法发展部长等诉南部非洲诉讼中心等案的判决(867/15)[2016]2016)ZASCA17(2016年3月15日)。判决是针对南非政府的上诉作出的，而南非政府的上诉是针对南非高等法院(豪滕分院，比勒陀利亚)2015年6月23日对第27740/2015号案件(南部非洲诉讼中心诉司法和宪政发展部长等)的判决提出的。

是《〈非洲司法和人权法院规约〉议定书》修订议定书》，该议定书设立了非洲司法和人权法院的国际刑法院。³⁴

14. 因此，若不考虑此类豁免的限制和例外，委员会在国家官员外国刑事管辖豁免方面的任何工作都将是不完整的。然而此类分析不应局限于国际罪行同国家官员的外国刑事管辖豁免之间的关系，尽管二者的关系确实是这一议题的重要和最具争议的方面。事实上，实践中还有一些例子，也应从豁免的限制和例外角度加以分析。此外本报告还必须考虑一系列一般性问题，否则对豁免的限制和例外的审议将是不完整的。因此本报告的主要目的是详细审视豁免的限制和例外问题，首先介绍和分析委员会在最近两个五年期间所作的工作。

B. 委员会以前对国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外的审议

15. 豁免的限制和例外无疑是委员会关于这个专题的工作中须审议的中心问题之一，它也是一个政治上高度敏感的问题。因此限制和例外的问题出现在提交委员会审议的各种报告中，一直是委员会辩论的主题，以致委员会一些委员认为该问题是本专题存在的根本目的甚至是唯一目的，那也就不足为奇了。各国代表团在第六委员会审议委员会的年度报告时一再提到豁免的限制和例外这一问题，各国的发言和对委员会问题的书面答复也体现对这一问题的重视。

16. 应当指出，秘书处的备忘录³⁵以及前任特别报告员科洛德金先生的第二次报告详尽分析了国家官员的外国刑事管辖豁免问题，后者有一节专门讨论了豁免例外的案例研究。³⁶根据这项研究，科洛德金先生得出结论认为，不能断言豁免例外已经发展成一项习惯国际法规则(或存在建立这一规范的趋势)，但如果损害直接发生在法院地国而该国并未同意实施该活动或者该外国官员在其境内的存在，这种情况另当别论。³⁷他补充说，即使根据拟议法进一步限制豁免也是不可取的，因为这可能损害国际关系的稳定；他还质疑限制豁免对打击有罪不罚现象努力的影响。³⁸

17. 现任特别报告员在初步报告中强调委员会内部在豁免的限制和例外问题上缺乏共识，但同时提请注意有必要在本五年期内分析这一专题，目的是在界定属人豁免和属事豁免都适用的法律制度中，为特别是涉及国际罪行的豁免的例外找

³⁴ 《〈非洲司法和人权法院规约〉议定书》修订议定书》(马拉博，2014年6月27日) <http://www.au.int/en/treaties>。又称《马拉博议定书》，非洲联盟大会第二十三届常会通过，尚未生效。

³⁵ 见《2008年……年鉴》，第二卷，第一部分(增编2)，A/CN.4/596号文件，第67至87、141至153和180至212段。

³⁶ A/CN.4/673号文件，第31至61段。

³⁷ 同上，第90段。

³⁸ 同上，第91和92段。

到合适的地位。此外她强调必须依循受到豁免影响的价值观念和法律原则来处理这一问题，既依循豁免保护的价值观念(国家主权平等，国际关系稳定)，也依循可能受国家官员外国刑事管辖豁免影响的其他价值观念和法律原则。最后初步报告还提到需要既从拟议法也从现行法的角度处理豁免问题包括例外问题，从而完成委员会编纂和逐渐发展国际法的双重任务。³⁹

18. 特别报告员此后的报告没有直接讨论豁免的限制和例外问题，但在 2013、2014 和 2015 年提交委员会审议的三份报告中对此后审议这一问题表示保留。因此这些报告中的分析或所载条款草案都不应视为宣示豁免例外存在或不存在。⁴⁰ 此外应当指出，第四次报告在研究“以官方身份实施的行为”概念时间接分析了豁免的限制和例外问题，并已经提到本报告详细论述的一些内容。⁴¹

19. 所有这些先前工作揭示了委员会迄今关于豁免的限制和例外问题的讨论的背景。虽然将再度讨论这一问题，这一次以案例研究的形式讨论，但鉴于本届会议将审议本报告，现在有必要再次列明委员会委员们迄今在这一问题上提出的问题和论点。这些论点可以概括如下：

(a) 尽管委员会有一些委员认为豁免没有例外，但他们属于少数。⁴² 事实上，许多委员都承认，在有些情况下豁免无法适用，尽管这些委员的立场不尽相同。⁴³

(b) 犯下国际罪行被认为是不适用豁免的主要情况。此外委员会委员们提到了例外或限制的其他例子，包括越权行为、事务权行为、进行表面上符合官方身份但实际上由国家官员独享其利的行为(尤其是腐败行为和挪用国家资金行为)和国家官员在法院地国领土内造成人身伤害或财产损失的情况，通常称为“领土内侵权例外”。⁴⁴

³⁹ A/CN.4/654 号文件，第 68 和 72 段。另见第 21、34 和 45 段。

⁴⁰ A/CN.4/661 号文件，第 18、55 和 73 段；A/CN.4/673 号文件，第 15 段；A/CN.4/686 号文件，第 20 和 133 段。

⁴¹ A/CN.4/686 号文件，第 121 至 126、137 和 138 段。

⁴² 见 A/CN.4/SR.3145。参考文件是委员会讨论文中提及专题的简要记录。其后的脚注也将用到简要记录。

⁴³ 见《2008 年……年鉴》，第一卷，第 2983 至 2985 次和 2987 次会议；另见 A/CN.4/SR.3086 至 A/CN.4/SR.3088、A/CN.4/SR.3113 至 A/CN.4/SR.3115、A/CN.4/SR.3143 至 A/CN.4/SR.3145、A/CN.4/SR.3164 至 A/CN.4/SR.3168、A/CN.4/SR.3217、A/CN.4/SR.3219、A/CN.4/SR.3220、A/CN.4/SR.3273 和 A/CN.4/SR.3275。

⁴⁴ 见《2008 年……年鉴》，第一卷，第 2983 至 2985 次会议；另见 A/CN.4/SR.3086 至 A/CN.4/SR.3088、A/CN.4/SR.3115、A/CN.4/SR.3144、A/CN.4/SR.3145、A/CN.4/SR.3167 和 A/CN.4/SR.3275。

(c) 委员会一些委员认为，定性为违反强行法的行为是豁免的限制和例外的依据。但是这一论点不是作为一个独立和绝对的标准提出而是在讨论打击国际罪行不受惩罚的努力、严重侵犯人权行为和保护当代国际法的基本价值观念时提到。⁴⁵

(d) 已经确定国际罪行主要是灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪和侵略罪。⁴⁶ 委员会一名委员径直把《国际刑事法院罗马规约》⁴⁷ 所列罪行作为确认国际社会一般认定此类罪行的依据。⁴⁸

(e) 委员会一些委员提到国际罪行已经作为豁免的例外，⁴⁹ 而另一些委员则认为此类行为绝不能作为国家职能的一部分，因此甚至不能视为以官方身份实施的行为。⁵⁰ 然而在这两种情况下委员会委员们提出这些论点都是为了排除适用于国家官员免受外国刑事管辖的规则。

(f) 除了少数几名委员外，就这一问题发表意见的大多数委员会委员指出，豁免的例外在其任期内不适用于享有属人豁免的人员(国家元首、政府首脑和外交部长)。不过任期结束后则适用。⁵¹

(g) 委员会许多委员认为，属事豁免实际上为上述例外和限制所涵盖。⁵²

(h) 委员会一些委员指出，没有关于豁免例外的国际法规范，国际惯例也十分有限，各不相同。因此委员会无法考虑采取例外，或必须谨慎小心地处理这一问题。⁵³

(i) 另一方面，那些赞成例外和限制的委员认为或者应能指出存在允许例外的规范，或者可以找出豁免例外特别是涉及国际罪行方面明确无误和日益增强的

⁴⁵ 见 [A/CN.4/SR.3086 至 A/CN.4/SR.3088](#) 和 [A/CN.4/SR.3145](#)。

⁴⁶ 见《2008 年……年鉴》，第一卷，第 2984 次会议；另见 [A/CN.4/SR.3087](#)、[A/CN.4/SR.3088](#)、[A/CN.4/SR.3145](#) 和 [A/CN.4/SR.3275](#)。

⁴⁷ 《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 91 页。

⁴⁸ 见 [A/CN.4/SR.3087](#)、[A/CN.4/SR.3145](#) 和 [A/CN.4/SR.3164](#)。

⁴⁹ 见《2008 年……年鉴》，第一卷，第 2983 和 2984 次会议；另见 [A/CN.4/SR.3086 至 A/CN.4/SR.3088](#)、[A/CN.4/SR.3115](#)、[A/CN.4/SR.3144](#) 和 [A/CN.4/SR.3145](#)。

⁵⁰ 见《2008 年……年鉴》，第一卷，第 2985 次会议；另见 [A/CN.4/SR.3274](#) 和 [A/CN.4/SR.3275](#)。

⁵¹ 见《2008 年……年鉴》，第一卷，第 2983 和 2984 次会议；另见 [A/CN.4/SR.3087](#)、[A/CN.4/SR.3088](#)、[A/CN.4/SR.3113](#)、[A/CN.4/SR.3143](#)、[A/CN.4/SR.3144](#) 和 [A/CN.4/SR.3145](#)。

⁵² 见 [A/CN.4/SR.3086 至 A/CN.4/SR.3088](#)、[A/CN.4/SR.3144](#)、[A/CN.4/SR.3145](#)、[A/CN.4/SR.3167](#)、[A/CN.4/SR.3219](#) 和 [A/CN.4/SR.3275](#)。

⁵³ 见 [A/CN.4/SR.3086](#)、[A/CN.4/SR.3143](#) 和 [A/CN.4/SR.3144](#)、[A/CN.4/SR.3167](#)。

趋势，即便上述规范是否已达习惯法层次尚可争议。⁵⁴ 他们还指出，惯例不一致，看法尚未统一，这不能解读为表明豁免的例外全然不存在。因此委员会为行使职责可以审议例外，因为其职责就包括编纂和逐渐发展国际法。在这方面，委员会一些委员提请注意这样一个事实，即正是因为惯例缺乏一致性和决定性，才使委员会选择将例外列入考虑，尤以确保条款草案与载入当代国际法的其他法律规范和原则保持一致，因为当代国际法必须视为一个具有规范性的整体。⁵⁵

(j) 委员会委员普遍承认必须维护过去几十年里在国际刑法方面取得的进展，特别是国际社会旨在巩固打击有罪不罚现象的努力取得的进展。然而委员会委员们从这项表态中得出了不同的结论。例如一些委员强调，有罪不罚现象和豁免是不同的概念，豁免纯属程序性而非实质性，他们因而得出结论说，不存在例外绝不影响打击有罪不罚现象的努力。相反，其他委员指出，豁免在某些情况下可能具有实质性的含义或后果，会阻碍有效追究个人刑事责任。在这方面，要界定豁免例外或限制，确保豁免不致成为一种形式的有罪不罚，这至关重要。⁵⁶

(k) 最后应指出的是，委员会一些支持存在例外的委员都提到这种例外必须伴以确认程序保障措施，防止例外遭到滥用。⁵⁷

20. 在委员会内部讨论的同时，应该注意各国在第六委员会的讨论和对委员会问题的书面答复中分析了委员会关于这一专题的工作，都不厌其详地提到国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题。分析各国所持的立场，可以得出以下结论：

(a) 各国相当重视有关豁免的例外和限制问题，自 2008 年首次辩论国家官员的外国刑事管辖豁免以来多次提到上述问题。⁵⁸ 此外，若干国家已提请注意

⁵⁴ 见 [A/CN.4/SR.3086](#)、[A/CN.4/SR.3087](#)、[A/CN.4/SR.3143](#) 至 [A/CN.4/SR.3145](#)、[A/CN.4/SR.3165](#) 和 [A/CN.4/SR.3274](#)。

⁵⁵ 见《2008 年……年鉴》，第一卷，第 2984 次会议；另见 [A/CN.4/SR.3087](#)、[A/CN.4/SR.3088](#)、[A/CN.4/SR.3115](#) 和 [A/CN.4/SR.3167](#)。

⁵⁶ 见《2008 年……年鉴》，第一卷，第 2984、2985 和 2987 次会议；另见 [A/CN.4/SR.3145](#)、[A/CN.4/SR.3165](#)、[A/CN.4/SR.3217](#) 和 [A/CN.4/SR.3275](#)。

⁵⁷ 见 [A/CN.4/SR.3168](#) 和 [A/CN.4/SR.3275](#)。

⁵⁸ 《大会正式记录，第六十八届会议，第六委员会》，德国，第 18 次会议([A/C.6/68/SR.18](#))，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议([A/C.6/70/SR.24](#))，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 24 次会议([A/C.6/66/SR.24](#))；[阿尔及利亚](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 24 次会议([A/C.6/67/SR.24](#))；[奥地利](#)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议([A/C.6/68/SR.17](#))，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议([A/C.6/63/SR.23](#))，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议([A/C.6/66/SR.26](#))，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议([A/C.6/67/SR.20](#))，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议([A/C.6/70/SR.24](#))；[白俄罗斯](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议([A/C.6/66/SR.27](#))，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议([A/C.6/67/SR.21](#))，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议([A/C.6/68/SR.18](#))；[比利时](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议([A/C.6/66/SR.26](#))；[加拿大](#)，同上，《第六十七届会议，

第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)；智利，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；中国，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；克罗地亚，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；丹麦，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/69/SR.22)；斯洛文尼亚，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；西班牙，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)；美国，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/69/SR.24)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/70/SR.25)；埃塞俄比亚，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 12 次会议(A/C.6/69/SR.12)；俄罗斯联邦，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/63/SR.25)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)；法国，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/66/SR.20)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)；希腊，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；匈牙利，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/66/SR.19)；印度，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)；印度尼西亚，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/66/SR.24)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)；伊朗伊斯兰共和国，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 12 次会议(A/C.6/69/SR.12)和第 24 次会议(A/C.6/69/SR.24)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/70/SR.25)；爱尔兰，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；以色列，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)；意大利，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)；日本，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/70/SR.25)；马来西亚，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)；墨西哥，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/66/SR.18)；挪威，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)；新西兰，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)；荷兰，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/63/SR.22)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；秘鲁，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；波兰，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；葡萄牙，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议

必须谨慎地处理这一问题，⁵⁹ 一些代表团强调必须首先审议现有法律(现行法)，然后再考虑各种提议，实现逐渐发展(拟议法)。然而同样值得注意的是，各国就哪些关于例外的问题归入现行法哪些归入拟议法没有明确的共识。⁶⁰

(b) 各国从两个不同方面看待豁免例外：其一是豁免例外对豁免所求目的的影响，其二是豁免例外同打击最严重的国际罪行有罪不罚努力之间的关系。⁶¹

(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/69/SR.24)；[联合王国](#)，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；[捷克共和国](#)，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；[大韩民国](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；[刚果共和国](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；[新加坡](#)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)；[斯里兰卡](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；[南非](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；[苏丹](#)，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/63/SR.25)；[瑞士](#)，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；[泰国](#)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/69/SR.24)；[越南](#)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/70/SR.25)。

⁵⁹ 中国，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；[古巴](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；[萨尔瓦多](#)，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)；[俄罗斯联邦](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；[以色列](#)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/70/SR.25)；[秘鲁](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)；[大韩民国](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；[罗马尼亚](#)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；[越南](#)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/69/SR.25)。

⁶⁰ [奥地利](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)；[白俄罗斯](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；[俄罗斯联邦](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)；[法国](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/66/SR.20)；[伊朗伊斯兰共和国](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/67/SR.27)；[墨西哥](#)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/66/SR.18)。

⁶¹ [智利](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/69/SR.24)；[丹麦\(代表北欧国家\)](#)，同上，《第六

(c) 支持第一种办法的国家警告说，承认任何类型的例外可能损害国家职能的行使，可能屈从具有政治动机的要求，限制豁免也可能损害国家间关系的稳定。⁶²

(d) 关于第二种办法，另一些国家则提请注意必须考虑到近几十年来国际刑法的发展动态，同时委员会也需要以同当代国际法其他现行规范和原则相一致的方式考虑豁免这一普遍性问题及其例外的具体问题。这些国家特别提到，对例外的处理不应损害在国际刑法方面取得的进展，包括在创设和建立国际刑事法庭方面取得的进展。⁶³ 这些国家认为，初看之下国际罪行应视作豁免的例外。⁶⁴

(e) 除一个国家外，各国都支持国家元首，政府首脑和外交部长在任期之内享有完全或绝对的属人豁免而无任何例外，甚至犯下国际罪行亦然。⁶⁵

十九届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/69/SR.22)；印度尼西亚，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/66/SR.24)；牙买加，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)；日本，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)；墨西哥，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/66/SR.18)；挪威，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)；新西兰，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；葡萄牙，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；大韩民国，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；南非，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；泰国，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)。

⁶² 阿尔及利亚，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)；中国，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；新西兰，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；古巴，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)。

⁶³ 斯洛文尼亚，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；挪威(代表北欧国家)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)。

⁶⁴ 大韩民国，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；加拿大，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)；日本，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；挪威(代表北欧国家)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)；荷兰，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；波兰，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；刚果共和国，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)。

⁶⁵ 德国，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；奥地利，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)；白俄罗斯，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)。

(f) 不过很多国家支持存在各种属事豁免例外，最主要的例外是犯下事关整个国际社会的最严重的罪行，⁶⁶ 尽管一些国家还提到了其他豁免例外，如外国官员在法院地国境内从事破坏行为、间谍活动或作出其他伤害。⁶⁷

会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；智利，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)；中国，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；斯洛文尼亚，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)；西班牙，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)；美国，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/69/SR.24)；希腊，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；匈牙利，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/66/SR.19)；印度尼西亚，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/66/SR.24)；爱尔兰，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；牙买加，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)；马来西亚，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 19 次会议(A/C.6/68/SR.19)；荷兰，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；秘鲁，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；捷克共和国，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)；大韩民国，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/69/SR.25)；刚果共和国，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；斯里兰卡，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)；瑞士，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)。反对绝对性属人豁免的似乎是：葡萄牙，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/63/SR.25)，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；意大利，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 26 次会议(A/C.6/66/SR.26)和墨西哥，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/66/SR.18)。

⁶⁶ 奥地利，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)；加拿大，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)；智利，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)；克罗地亚，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；丹麦(代表北欧国家)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/69/SR.22)；斯洛文尼亚，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)；希腊，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；挪威(代表北欧国家)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/67/SR.27)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/70/SR.23)；新西兰，同上，《第六十六届会议，第六委员会》，第 27 次会议(A/C.6/66/SR.27)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/67/SR.22)；荷兰，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；秘鲁，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)；波兰，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；捷克共和国，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/63/SR.24)；刚果共和国，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)。反对将国际罪行视为例外：中国，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)。

⁶⁷ 奥地利，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)；伊朗伊斯兰共和国，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 25 次会议(A/C.6/70/SR.25)。

(g) 关于国际罪行，各国特别提到灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪以及严重违反国际人道主义法的行为、酷刑和强迫失踪。⁶⁸

(h) 一些国家认为国际犯罪是当代国际法已经载入的一个例外，而另一些国家则认为，它反映了一种日益增强的趋势，委员会的工作不能无视。⁶⁹

(i) 最后，值得注意的是，大多数国家的提法是“豁免例外”，“限制”一语偶附其后。

21. 特别报告员在编写本报告时已考虑到过去审议国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题的经历。

二. 惯例研究

22. 如特别报告员前几次报告所示，惯例研究是这项工作的关键基础。因此，下面分析条约惯例(A 节)、国家立法惯例(B 节)、国际司法惯例(C 节)、国家司法惯例(D 节)和与本报告相关的委员会其他前期工作(E 节)。

A. 条约惯例

23. 前几次报告分析的各项公约也列有规定，可能与限制和例外问题相关。不过总体而言，应指出无一项公约使用此一术语。实际上，各项公约对此问题采用的是较笼统、较切实的方法提及公约或其条款不适用的情形。

24. 先分析直接或间接规范豁免的公约，值得注意的是，规范行使外交职能的公约没有载列任何条款规定刑事司法管辖豁免的任何形式的例外或限制。这些公约反而承认任职期间享有绝对豁免的人员不受刑事司法管辖。这在《维也纳外交关系公约》⁷⁰ 第 31 条第 1 款、《特别使团公约》⁷¹ 第 31 条第 1 款、《维也纳关于

⁶⁸ 中国，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；[丹麦\(代表北欧国家\)](#)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 22 次会议(A/C.6/69/SR.22)；[希腊](#)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；[葡萄牙](#)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 17 次会议(A/C.6/68/SR.17)；[联合王国](#)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)，同上，《第七十届会议，第六委员会》，第 24 次会议(A/C.6/70/SR.24)；[捷克共和国](#)，同上，《第六十九届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/69/SR.23)；[南非](#)，同上，《第六十八届会议，第六委员会》，第 18 次会议(A/C.6/68/SR.18)；[大韩民国](#)，同上，《第六十三届会议，第六委员会》，第 23 次会议(A/C.6/63/SR.23)。

⁶⁹ [加拿大](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)；[希腊](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 20 次会议(A/C.6/67/SR.20)；[葡萄牙](#)，同上，《第六十七届会议，第六委员会》，第 21 次会议(A/C.6/67/SR.21)。

⁷⁰ 《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 96 页。

⁷¹ 维也纳《特别使团公约》(1969 年 12 月 8 日，纽约)。同上，第 1400 卷，第 23431 号，第 232 页。

国家在其对普遍性国际组织关系上的代表权公约》⁷² 第 30 条第 1 款和第 60 条第 1 款均有规定。还值得指出的是，上述条款主要涉及属人豁免，因此，豁免既包括以官方身份实施的行为，也包括以私人身份实施的行为。不过按照前两个公约的规定，法院地国另有机处理享有豁免人员犯下或正在犯下罪行的情形：宣布该人为“不受欢迎的人”或“不可接受”，这样，该人必须离境。⁷³ 无论如何应记得，这一豁免时间有限，公职结束后，豁免便不再是绝对性的，因为其仅适用于以官方身份实施的行为。⁷⁴ 不过，这些公约没有界定适用于对刑事管辖的这一余留属事豁免。

25. 《维也纳领事关系公约》⁷⁵ 则采用不同方式，因为豁免制度遵循属事豁免模式，涉及与领事职务相关的具体行为，也适用于刑事管辖情形，⁷⁶ 其中领事官员或领馆其他馆员不享有绝对豁免，他们享有的豁免仅限于以官方身份实施的行为。⁷⁷ 最后应指出，《公约》第 43 条第 2 款(b)项确定了一种“领土内侵权例外”。

26. 在结束对各项豁免公约的研究时，应指出就本报告而言，《联合国国家及其财产管辖豁免公约》⁷⁸ 总而言之不如其他公约那样相关，因为该公约涉及国家的管辖豁免而非国家官员的管辖豁免，而且不适用于刑事管辖豁免。不过也有令人感兴趣之处。首先，关于方法，值得指出该公约未区分豁免的限制和例外，而是把两者放在同一个标题下：“不得援引国家豁免的诉讼”，⁷⁹ 其次，公约列举的情形包括了“领土内侵权例外”。最后，公约不承认以违反强行法规范为理由的任何例外或限制。

27. 《公约》第 12 条(人身伤害和财产损失)表示：

“除有关国家间另有协议外，一国在对主张由可归因于该国的作为或不作为引起的死亡或人身伤害、或有形财产的损害或灭失要求金钱赔偿的诉讼中，

⁷² 《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)，《1975 年联合国法律年鉴》(销售品编号 E.77.V.3)，第 87 页。

⁷³ 见《维也纳外交关系公约》，第 9 条第 1 款；《特别使团公约》第 12 条。

⁷⁴ 见《维也纳外交关系公约》，第 39 条第 2 款；《特别使团公约》，第 43 条第 2 款；《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 38 条第 2 款。

⁷⁵ 《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 262 页。

⁷⁶ 见《维也纳领事关系公约》，第 43 条、第 53 条第 4 款。

⁷⁷ 关于行使刑事管辖，见公约第 41、42、63 条。

⁷⁸ 《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。

⁷⁹ 见公约第三部分，第 10-17 条。其中所述情形符合豁免的限制类别和例外类别。

如果该作为或不作为全部或部分发生在法院地国领土内，而且作为或不作为的行为人在作为或不作为发生时处于法院地国领土内，则不得向另一国原应管辖的法院援引管辖豁免。”

28. 这一概念遵循的是《维也纳领事关系公约》⁸⁰ 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》的先例。⁸¹ 《关于国家豁免的欧洲公约》⁸² 也有考虑，其第 11 条规定：

“缔约国不得主张免于另一缔约国法院的管辖，如诉讼涉及因人身伤害或毁损有形财物而请求损害赔偿，而造成伤害或毁损的事实又发生于法庭地国的领域内，其伤害和毁损的肇事者在发生此项事实时，亦在该领域内。”

29. 《国家及其财产管辖豁免公约》第 12 条几乎逐字抄录委员会当时通过的条款草案。⁸³ 委员会认为，上述规则构成国家管辖豁免的例外，⁸⁴ 理由是适用了“侵权行为地法”这一司法管辖原则，以及在此一情形中领土要素所起的主要作用。⁸⁵ 此外，例外也符合这一条件：有关人员必须有保证获得补救，而如有豁免，补救大概就无从谈起。⁸⁶ 最后，公约中规定的“领土内侵权例外”意在用于民事管辖，但委员会在评注中指出，也可用于涉及“蓄意人身伤害，如攻击和殴打、恶意损毁财产、纵火甚至杀人，包括政治暗杀”的索赔。⁸⁷ 此外，倘若考虑到，委员会理解的“行为人”是指行使官方职能的国家人员或官员，而不一定是指作为法人的国家本身，⁸⁸ 那么可以设想，此类例外在刑事管辖豁免情形中可起某种作用。

30. 在《国家及其财产管辖豁免公约》中写进关于违反强行法规范的例外，这个想法是后期提出的，当时公约的谈判进程已接近尾声，大会请委员会审议谈判进

⁸⁰ 公约第 43 条第 2 款(b)项规定了当“第三方要求补偿接受国境内由车辆、船只或飞机造成事故带来的损害时”的民事管辖豁免。

⁸¹ 第 60 条第 4 款涉及参加国际会议的代表团成员，称“本条不得排除此类人员因其使用或拥有的车辆、船只或飞机造成事故带来的损害，在损害无保险赔偿情况下，而接受东道国民事和行政管辖”。

⁸² 《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 182 页。

⁸³ 见《1991 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 44 页。

⁸⁴ 同上，评注第(1)段。

⁸⁵ 同上，第 44 和 45 页，评注第(2)、(6)和(8)段。

⁸⁶ 同上，评注第 43 和 44 页，第(3)、(9)段。委员会实际上表明，在这种情况下“缔约国若有权援引司法管辖豁免，受伤害人就无法获得补救”(第(3)段)。

⁸⁷ 同上，评注第 45 页，第(4)段。

⁸⁸ 同上，评注第 46 页，第(10)段。

程中悬而未决的一些问题，并考虑 1991 年通过条款草案后在实践中出现的新要素。委员会为此成立了一个工作组。工作组在其报告附件中提请大会注意：

“提得越来越多的一个论点，即一国行为违反具有强行法性质的人权规范特别是禁止酷刑的规范而造成死亡或者人身伤害时，应拒绝给予豁免”。⁸⁹

31. 委员会以前些年的司法惯例，特别是有关皮诺切特案的司法惯例作为其评注的依据，得出结论认为，这些事实“是有关豁免的最近发展，不应忽视”。⁹⁰ 虽然负责未来公约最后谈判的第六委员会工作小组讨论了这一问题，但未将例外列入文本，因为工作小组认为该问题“虽然目前受到人们的关心，但并不适合写入[公约草案]”，“而且让委员会开始对其进行编纂似乎也不成熟”。⁹¹ 然而，一些国家批准公约时发表声明，以保障在这方面人权得到国际保护。⁹² 无论如何，对此例外的讨论正在进行，而且自国际法院就国家管辖豁免案做出判决以来，讨论更加热烈。

32. 除直接提及豁免的这些公约外，还有一组属于国际人权法和国际刑法范畴的条约，这些条约列有与本报告目的相关的个人刑事责任条款。这一组条约包括《防止及惩治灭绝种族罪公约》、⁹³ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》、⁹⁴ 《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》、⁹⁵ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》、⁹⁶ 《美洲防止和惩处酷刑公约》⁹⁷ 和《美洲被迫失踪人士公约》。⁹⁸

⁸⁹ 《1999 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 172 页；工作组报告附件第 3 段。

⁹⁰ 同上，第 13 段。

⁹¹ 见 A/C.6/54/L.12 号文件，第 47 段。

⁹² 在这方面，芬兰、列支敦士登、挪威、瑞典和瑞士的理解是，公约的现行规定“不妨碍国际法关于人权保护的未来发展。”意大利则宣称，公约应“依照保护人权不受严重侵犯的原则”进行解释” (TREATIES III-13)。

⁹³ 《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 278 页。

⁹⁴ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973 年 11 月 30 日，纽约)，联合国《条约汇编》，第 1015 卷，第 14861 号，第 244 页。

⁹⁵ 《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 113 页。

⁹⁶ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006 年 12 月 20 日，纽约)，A/RES/61/177。

⁹⁷ 《美洲防止和惩处酷刑公约》(1985 年 12 月 9 日，卡特赫纳)，美洲国家组织《条约汇编》，第 67 号。

⁹⁸ 《美洲被迫失踪人士公约》(1994 年 6 月 9 日，贝伦杜帕拉)，www.oas.org/juridico/english/treaties/a-60.html。

33. 《防止及惩治灭绝种族罪公约》间接规定官方身份与豁免无关，公约第 4 条规定，“犯危害种族罪或第 3 条所列举之任何其他行为者，无论其为统治者、公务人员或私人，一体罚之。”《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》规定，“任何个人、组织或机构的成员、或国家代表，不论出于什么动机，如有下列行为，即应负国际罪责，不论是住在行为发生地的国家的领土内或其他国家”（第 3 条）。另一方面，其他公约没有类似的条款：《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》在列举追究刑事责任的人员时仅用了“任何人”（第 6 条，第 1 款(a)项）。不过，《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》在界定犯罪时都提及“国家人员”，⁹⁹ 这说明即便以官方身份行事，他们也可能要对此种行为担负刑事责任。由此初步看来——但以下文所作评论为前提——所援引的公约为得出以下结论提供了依据，即种族灭绝罪、种族隔离罪、酷刑或强迫失踪罪初步看来构成刑事管辖豁免的例外。

34. 但是，只有在缔约国明确承担义务行使刑事管辖，起诉假定犯有这类罪行者而无论其国籍何时，此一结论才站得住脚。在这方面应指出，所有这些公约，除《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》¹⁰⁰ 外，均载有条款要求缔约国在罪行发生在其管辖下任何领土¹⁰¹ 和假定犯罪人身在其管辖的任何领土时确定管辖权，除非将罪犯引渡或转交给另一国或一有关国际刑事管辖机构。¹⁰²

35. 最后应指出，种族灭绝罪、¹⁰³ 强迫失踪罪¹⁰⁴ 和种族隔离罪¹⁰⁵ 已经在上文分析的公约中宣布为国际犯罪，或国际法上的罪行。酷刑也宣布为“侵犯人的尊严的罪行，有悖于《美洲国家组织宪章》和《联合国宪章》中的各项原则”，

⁹⁹ 见《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；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 2 条。关于本问题的详细分析，见 A/CN.4/673 号文件，第 79-84 段。

¹⁰⁰ 《防止及惩治灭绝种族罪公约》第 6 条规定，被控犯有此罪行，“应交由行为发生地国家的主管法院，或缔约国接受其管辖权的国际刑事法庭审理之”。同样，《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第 5 条规定，被控犯有此罪行，“得由对被告取得管辖权的本公约任何一个缔约国的主管法院，或对那些已接受其管辖权的缔约国有管辖权的一个国际刑事法庭审判。”

¹⁰¹ 见《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 5 条，第 1 款，(a)项；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 9 条，第 1 款，(a)项；《美洲被迫失踪人士公约》，第 4 条，第 1 款，a 项；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 12 条，第 2 款。

¹⁰² 见《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 5 条，第 2 款；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 9 条，第 2 款；《美洲被迫失踪人士公约》第 4 条，第 1 款，(a)项；《美洲防止和惩处酷刑公约》，第 12 条，第 1 款，(a)项。

¹⁰³ 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第 1 条和序言第 1 段。

¹⁰⁴ 《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 5 条规定，“大规模或有组织的强迫失踪行为，构成相关国际法所界定的危害人类罪，应招致相关国际法所规定的后果”。同样参见《美洲被迫失踪人士公约》序言第 6 段。

¹⁰⁵ 《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》第 1 条，第 1 款。

是侵犯“《美洲关于人的权利和义务宣言》和《世界人权宣言》中宣告的基本人权和自由”。¹⁰⁶ 这对于为本报告提及的例外的目的确定应把何者理解为国际犯罪很重要。

36. 一个相同的例子是《国际刑事法院罗马规约》，《罗马规约》明确承认官方身份与确定个人刑事责任无关(第 27 条, 第 1 款), 法院不适用国家或国际法下的豁免(第 27 条, 第 2 款), 以及服从政府或上级命令与确定个人刑事责任无关的总原则(第 33 条)。上述规则旨在避免出现因个人与国家的特殊关系而规避个人责任的情形, 以便弥补漏洞, 不让犯有整个国际社会都关切的最严重罪行者逍遥法外。本报告无法忽略《罗马规约》为确定任何人的个人刑事责任而对国际罪行绝对性质的强调以及之后对不适用豁免做出的宣布。不过上述条款及其对国家官员的外国刑事管辖豁免的例外的影响, 将在下文第三章 B 节中详细分析。

37. 最后值得指出的是, 关于反腐败的各项公约都包含外国官员犯有腐败行为的可能,¹⁰⁷ 当一个缔约国的法院力求对该官员行使管辖时, 无疑可能导致外国刑事管辖豁免的要求。可是上述公约未列有关于这类豁免的一般条款, 唯一的例外是某些条款, 载于欧洲委员会《反腐败刑法公约》、¹⁰⁸ 《联合国反腐败公约》¹⁰⁹ 和《非洲联盟预防和打击腐败公约》。¹¹⁰ 这几项公约都包含关于豁免的条款, 尽管其对限制和例外采取了明显不同的方法并产生了明显不同的效果。

38. 欧洲委员会《反腐败刑法公约》第 16 条(豁免)规定:

“在撤回豁免方面, 本公约条款不影响任何条约、议定书或规约的条款及其执行案文。”

尽管措辞不清楚, 但公约的《解释性报告》指出“公约承认每一有关机构有义务实施关于特权和豁免的条款”, 而且“在此领域未排除习惯国际法”。¹¹¹

¹⁰⁶ 《美洲防止和惩处酷刑公约》序言第 2 段。《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》序言提及《世界人权宣言》禁止酷刑。

¹⁰⁷ 例如, 见《联合国反腐败公约》, 第 16 和 17 条; 欧洲委员会《反腐败刑法公约》, 第 5 和 6 条; 《美洲反腐败公约》[(1996 年 3 月 29 日, 卡塔赫纳), E/1996/99 号文件], 第 8 条。所有这些条款都明确提及外国官员参与腐败行为。《非洲联盟预防和打击腐败公约》未具体提及外国官员。但是, 第 1 条中“公职人员”的宽泛定义, 连同第 13 条关于对腐败行为实施国家管辖的规定, 都表明该项公约也可适用于外国官员, 因此在缔约国法院也可提出豁免问题。

¹⁰⁸ 欧洲委员会《反腐败刑法公约》(1999 年 1 月 27 日, 斯特拉斯堡), 联合国《条约汇编》, 第 2216 卷, 第 39391 号, 第 228 页。

¹⁰⁹ 《联合国反腐败公约》(2003 年 10 月 31 日, 纽约), 联合国《条约汇编》, 第 2349 卷, 第 42146 号。

¹¹⁰ 《非洲联盟预防和打击腐败公约》(2003 年 7 月 11 日, 马普托), 《国际法材料》, vol. XLIII(2004)。

¹¹¹ 《解释性报告》, 第 16 页, 第 77 段。

39. 《联合国反腐败公约》第 30 条第 2 款规定：

“各缔约国均应当根据本国法律制度和宪法原则采取必要措施以建立或者保持这样一种适当的平衡：即既照顾到为公职人员履行其职能所给予的豁免或者司法特权，又照顾到在必要时对根据本公约确立的犯罪进行有效的侦查、起诉和审判的可能性。”

虽然《公约》提及国家法下保护国家官员的豁免，但使用了“适当平衡”概念，这个概念也可用来界定国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外制度。

40.《非洲联盟预防和打击腐败公约》也有类似的重点，但关于豁免的措辞更有力(第 7 条，第 5 款)：

“给予公职人员的任何豁免均不得妨碍对此人员的指控进行调查和起诉，但以符合国内法律规定为前提。”

41. 最后应注意的是，《〈非洲人权法院规约〉议定书》修正案议定书》设立了法院的国际刑法庭，把腐败和洗钱列入该庭审理的罪行之中。¹¹²

B. 国家立法惯例

42. 大多数国家并没有关于国家或其官员管辖豁免的明确规定。相反，对豁免的回复由法院负责，当法院处理这一问题时，通常适用它们认为其判决和其他决定所参照的国际法规则。为适用国际法规则援引了各项法律依据：参照关于国际法和国内法之间关系的一般法律原则；适用普通法的固有原则；¹¹³ 或适用确定国内司法机关权力的一般性规定并参照解决可能涉及豁免问题的情况的适用国际法。¹¹⁴

43. 本报告没有对只提及适用国际法的国家规范做出分析，因为这无助于了解豁免的限制和例外情况的性质，这必然是国际秩序中既定惯例。不过，将要对负责

¹¹² 见《非洲法院规约》新的第 28A 条，第 8 和 9 款。

¹¹³ 特别是在美国根据 *Samantar* 案的判决就是如此，其中确定《外国主权豁免法》不适用于单独审理的国家官员，并指出其豁免须遵守普通法规则。见 *Chimène I. Keitner*：“外国官员豁免普通法”，《绿色袋》，第 142 D 卷，(2010 年秋)，第 61-75 段。

¹¹⁴ 这些规范笼统规定参照国际法，可以提及的例子有：比利时：《打击严重违反国际人道主义法的行为法》，2003 年 4 月 23 日修订，第 4.3 条；德国：《法院组织法》，第 20.2 条；吉尔吉斯斯坦：《刑事诉讼法》，1999 年，第 16.2 条；黑山：《刑事诉讼法》，2010 年，第 252.1 条；荷兰：《刑法》，第 8 条；菲律宾：《违反国际人道主义法罪、种族灭绝罪和其他危害人类罪法》，第 9851 号，2009 年 7 月 27 日，第 9(b)节；俄罗斯联邦：《刑法》，1996 年 7 月 13 日，第 11.4 条；西班牙：《关于司法机构的第 6/1985 号组织法》，经第 16/2015 号组织法修订，第 23.4 条；乌兹别克斯坦：《刑事诉讼法》，第 4 条。参照可适用的国际法规范，这一作法在关于豁免的案件中给国内法院造成相当多的问题，这就是一些国家就这一主题颁布国内法的原因。例如，在采用参照国际法的作法 30 多年之后，西班牙在 2015 年选择通过一项豁免法作为这一作法的补充。

实施这些规范的国内法院的做法进行分析，因为法院的决定表明其对“适用国际法”的理解。本节分析明确涉及豁免的国家法律和规范国家在国际罪行方面管辖中提及豁免的其他法律。

44. 从第一类起，应首先提请注意这样一个事实，即关于管辖豁免的国家法律数量很少。此外，通常基本上涉及国家豁免。然而一些法律载有允许将其适用于某些国家官员，特别是国家元首的规定。其中包括美国(《外国主权豁免法》，1976年)、¹¹⁵ 联合王国(《国家豁免法》，1978年)、¹¹⁶ 新加坡(《国家豁免法》，1979年)、巴基斯坦(《国家豁免法令》，1981年)、¹¹⁷ 南非(《外国豁免法》，1981年)、澳大利亚(《外国豁免法》，1985年)、¹¹⁸ 加拿大(《国家豁免法》，1985年)、¹¹⁹ 阿根廷(《阿根廷法院外国管辖豁免法》，1995年)、¹²⁰ 日本(《日本对外国民事管辖法》，2009年)¹²¹ 和西班牙(《外国、总部或外地办事处设在西班牙的国际组织和在西班牙举行的国际会议的特权和豁免组织法》，2015年)。¹²²

45. 其中大多数法律提及两种不同方式的豁免例外和限制：(a) 在法院地国发生人员或财产的损害时的“领土内侵权例外”；¹²³ 和(b) 预期或适用 2004 年公约条款时，与可归入事务权行为类别的权利和义务有关的某些类别的索赔诉讼程序的例外。¹²⁴ 另一方面，值得注意的是，尽管所有提到的法律一般适用于国家，但是只有某些法律提到国家官员，只提及国家元首或以“公职身份”行事的国家

¹¹⁵ 《1991 年酷刑受害者保护法》对美国法律作了修订。见《美国法典》第 1605 和 1605 A 节。

¹¹⁶ 联合王国法律于 1978 年 7 月 20 日通过，之后未经修订。

¹¹⁷ 1981 年第 6 号法令，1981 年 3 月 12 日。

¹¹⁸ 澳大利亚在 1987 年、2009 年和 2010 年对法律进行了修订。

¹¹⁹ 见加拿大修订规约，1985 年，c.S-18(2016 年 4 月 28 日更新)。加拿大于 2012 年 3 月 13 日对法律进行了修订，纳入关于恐怖主义的例外。

¹²⁰ 1995 年 5 月 31 日第 24.488 号法令。1995 年 5 月 31 日核准，同年 6 月 22 日部分颁布 (infoleg.mcon.gov.ar)。

¹²¹ 2009 年 4 月 24 日第 24 号法。

¹²² 10 月 27 日第 16/2015 号组织法(2015 年 10 月 28 日《政府公报》，第 258 号)。

¹²³ 见下列法律：阿根廷，第 2(e)条；澳大利亚，第 13 和第 42(2)节；加拿大，第 6 节；日本，第 10 条；新加坡，第 7 节；南非，第 6 节；西班牙，第 11 条；联合王国，第 5 节；美国，第 1605(a)(5)节(为方便起见，引用法律时仅提及通过法律的国家)。

¹²⁴ 这些例外指下列行为：商业交易、劳动合同、所有权和占有资产的权利、知识产权和工业产权、法律实体和公司机构的成员资格和参与、提交商业仲裁、与用于商业目的国有船只有关的行为和权利、关于支付税款和其他收费的义务，持有股份的权利和义务。见下列法律：阿根廷，第 2(c)、(d)、(f)、(g)和(h)条；澳大利亚，第 11、12、14、15、16、17、18、19 和 20 节；加拿大，第 5、7 和 8 节；西班牙，第 9、10 条和第 12 条至 16 条；美国，第 1605(a)(2)-(4)、(6)(b)和(d)节；日本，第 8、9 和第 11 至 16 条；巴基斯坦，第 5-12 节；联合王国，第 3、4 和第 6 至 11 条；新加坡，第 5 和第 6-13 节；南非，第 4、5 和第 7 至 12 节。

代表，从而限制了属事豁免对这类官员的适用性。¹²⁵ 只有 2015 年西班牙法从属人豁免和属事豁免角度规定某些官员(国家元首、政府首脑和外交部长)的豁免。¹²⁶ 最后应该指出的是，由于其内容所致，所引述法律一般的例外规定只是间接涉及刑事管辖权。此外，一些有关法律明确规定不适用于刑事诉讼。¹²⁷

46. 只有三项豁免法载有条款提及另一种与本审议主题更密切相关的例外。这些法就是美国《外国主权豁免法》、加拿大《国家豁免法》和西班牙《第 16/2015 号组织法》。还应考虑到阿根廷《第 24.488 号法》，尽管这项法并未明确提及任何有关刑事问题的例外。

47. 尽管美国的《外国主权豁免法》最初采用了上文所述例外的普通版本，但经《酷刑受害者保护法》修订后，增加了题为“外国司法管辖豁免的恐怖主义例外”的 1605 A 一节，其规定如下：

“在本章未作规定任何情况下，因酷刑、法外处决、破坏航空器、劫持人质等行为或为这种行为提供物资支持或资源而导致人身伤害或死亡，而针对外国提出损害赔偿要求的，如果此种行为或提供物资支持或资源系外国官员、雇员或代理人在他或她的职权、雇佣约定或机构职能的范围内实施，这一外国不应享有美国法院或州法院管辖的豁免”；¹²⁸

但要满足下列条件：¹²⁹

- (a) 该外国被国务卿指定为“支恐国家”；
- (b) 索赔人或被害者是美国国民、武装部队成员或政府雇员；
- (c) 行为发生在被索赔国家领土的案件，索赔人根据公认的国际仲裁规则给予外国合理机会就索赔要求做出仲裁。

¹²⁵ 下列法律一般性地提及国家元首：澳大利亚，第 3.1、3.3(a)、36 节；加拿大，第 2(a)节；巴基斯坦，第 15 节；新加坡，第 6(1)(a)节；南非，第 1(2)(a)节；联合王国，第 14(a)节；西班牙法律，第 2(c)(iv)条)和日本法律第 2(iv)条提及“国家代表以此身份行事”。美国法院最初认为，国家官员以官方身份行事包涵在“外国主权豁免法”之内。然而由于 *Samantar* 案的判决，这种豁免完全取决于普通法的规范。关于这个问题，见 A/CN.4/686 号文件，第 106 段。

¹²⁶ 《第 16/2015 号组织法》同时适用于“外国及其财产”的豁免(第 1(a)条)以及“国家元首、政府首脑和外交部长在行使和完成其职能”时的豁免(第 1(b)条)。《第 16/2015 号组织法》第二编专门规定“外国国家元首、政府首脑和外交部长”的特权和豁免。另见第 22 条第 2 段。

¹²⁷ 见下列法律：加拿大，第 18 节；日本，第 1 条；新加坡，第 9(2)(b)节；南非，第 2(3)节。美国法律也不适用于刑事管辖。

¹²⁸ 1605 A(a)(1)节。

¹²⁹ 1605 A(2)A 节。

48. 美国法院得以适用这一例外，对若干在民事管辖中已证实相关行为明白无误构成国际罪行的案件拒绝外国管辖豁免。¹³⁰ 然而，还应指出，这一例外问题并不带有普遍性，并只适用于国务卿正式指认支持恐怖主义的国家实施的行为，从而构成需要政治酌处的例外情况。

49. 加拿大 2012 年修订《国家豁免法》，增列一项题为“支助恐怖主义”的例外，列入专门论述损失和伤害的一节。根据该法，被列入支持恐怖主义名单的国家因支持恐怖主义或恐怖活动被提起诉讼，在加拿大法院不享有管辖豁免。¹³¹ 这一例外情况与美国法律非常相似，因而前一段的陈述同样适用。

50. 西班牙在最近通过的《第 16/2015 号组织法》中采用了一个有些不同的例外制度。正如上文已指出的，该法对适用于国家的豁免和适用于国家元首、政府首脑和外交部长的豁免，从属人豁免¹³² 和属事豁免¹³³ 两方面加以区分。在后一种情况下，该法提出了国际罪行方面的例外，规定对即使“在任期内行使官方职能所实施的(……)灭绝种族罪、强迫失踪罪、战争罪和危害人类罪的行为，将排除在豁免之外”。¹³⁴ 这是一种未规定任何附加条件的普遍例外，但只适用于属事豁免。

51. 一项题为“国际罪行”的一般性条款对这一例外作了补充，其中规定如下：

“本编条款不应影响西班牙在对国际罪行的起诉，或对国际刑事法院的承诺方面所承担的国际义务”。¹³⁵

这一条款对前面提到的例外具有不同的意义，因为这既适用于属事豁免，也适用于属人豁免。然而，其范围较为有限，因为这一条款仅涉及西班牙根据一项国际规范起诉犯下国际罪行之人的情况和西班牙法院按照国际刑院的合作请求所采取的措施。¹³⁶

52. 最后看阿根廷国会通过的《第 24.488 号法》，其第 3 条规定：

¹³⁰ 见下文 D 节。

¹³¹ 见第 6.1(1)和(11)节。关于将一个国家列入支持恐怖主义名单的程序，见第 6.1(2)、(3)-(10)节，第 11(3)和第 13(2)节。

¹³² 见第 22 条。

¹³³ 见第 23-25 条。

¹³⁴ 第 23 条，第 1 款，末尾。

¹³⁵ 第 29 条。

¹³⁶ 根据司法总委员会和检察官委员会负责法官和检察官的机构)的请求列入这一例外，以确保西班牙在尽管认识到相关豁免的情况下，能够履行其依国际刑法规范应尽的国际义务，特别是满足国际刑事法庭向其提出的合作请求。重要的是要认识到，这项条款必须结合《组织法》第六节最后条款一起阅读，即“如果本组织法和一项西班牙王国为缔约国的国际条约条款之间出现规范冲突，应以国际条约为准”。

“如果向阿根廷法院投诉外国，声称其违反国际人权法，所涉法院应只需酌情向投诉人说明有权审理申诉的区域或普遍性国际保护机关。此外，法院应将一份诉状副本转交外交、国际贸易和宗教部，以使其能够获知请求，并可以在国际秩序中采取适当措施”。

53. 然而，《第 849/95 号法》颁布该法时这一条被删除(“注意到”)，因此并不构成该法一部分。¹³⁷ 为删除第 3 条而发布的法令提出的理由涉及对例外的分析，主要有两个原因：(a) 法令指出，“侵犯人权通常构成行使权力中实施的行为(统治权行为)”；¹³⁸ 和(b) 法令指出，《防止及惩治灭绝种族罪公约》和《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》(两公约在阿根廷具有宪法地位)提及“可引起民事责任的罪行”，“为了要求遵守这一规定而剥夺诉诸司法机会似乎不妥”。¹³⁹ 因此，尽管《第 24.488 号法》没有载入关于国际犯罪的明确例外，根据颁布该法部分内容的第 849/95 号法令进行解释，得出的结论是，阿根廷法院将有权审理针对外国违反国际人权法行为所提控诉。

54. 在关于国际罪行的国内法中，应首先提到比利时于 1993 年通过并于 1999 年和 2003 年修订的《打击严重违反国际人道主义法的行为法》。该法有一段有趣的历史，在很大程度上涉及 2000 年 4 月 11 日的逮捕令案。¹⁴⁰ 1999 年版指出“与一个人公务身份相关的豁免不应妨碍(……)法的适用”，但经 2003 年修订，这一说法改为“在国际法规定的限制内”。¹⁴¹ 此外，该法第 13 条对这条规则进一步加以限定，指出：

“根据国际法，行使管辖权不包括以下情况：(一) 国家元首、政府首脑和外交部长在履行其职能期间，以及享有国际法所承认豁免的其他人；(二) 根据对比利时有约束力的条约享有全部或部分豁免者。”

因此，比利时法律承认属人管辖绝对豁免，但不涉及属事豁免，这被解释为默示承认对涉及危害人类罪、战争罪和灭绝种族罪可能适用例外。

55. 2003 年荷兰《国际罪行法》采用类似的措词，其第 16 节规定，“就该法所述罪行之一提出的刑事诉讼在以下情况排除在外：(a) 只要是在职的外国国家元

¹³⁷ 见上述法令第 1 条。1995 年 6 月 22 日政府理事会通过的第 849/95 号法令，可查阅 infoleg.mecon.gov.ar。

¹³⁸ 见法令序言部分第 2 段。

¹³⁹ 见法令序言部分第 3 段。

¹⁴⁰ 刚果民主共和国诉比利时案《2002 年国际法院案例汇编》，第 46 页。另见，《1997 年至 2002 年国际法院案例汇编摘要》，第 153 段。

¹⁴¹ 见 1993 年 6 月 16 日《打击严重违反国际人道主义法的行为法》修订法和《司法法典》第 144 条之三。上文引述案文出自《打击严重违反国际人道主义法的行为法》第 5.3 条。

首、政府首脑和外交部长，以及只要其豁免在习惯国际法之下得到承认的其他人；(b) 在荷兰王国适用的任何公约所规定享有豁免之人”。因此，荷兰立法承认“三巨头”在职期间享有豁免，包括对国际罪行的豁免。然而，在其任期结束之后，豁免将只适用于他们以官方身份实施的行为，而且根据荷兰政府提供的资料，这并不涵盖国际罪行。¹⁴²

56. 尼日尔共和国于 2003 年修订的《刑法典》遵循的是相反的做法，其中明确指出，“与一个人公职身份相关的豁免并不免除他或她因战争罪或危害人类罪受到[刑事]起诉”。¹⁴³

57. 最后，各种法律对豁免问题作出规范，旨在在国内立法中纳入和建立《罗马规约》所载规定，无论从实质性角度，还是从能力和程序观点。这些就是所谓“执行法”，无可否认地与本报告宗旨相关。这些“执行法”从两个不同角度涉及豁免的限制和例外：(a) 排除豁免一般制度的定义；(b) 仅仅在缔约国与国际刑院合作的一般义务上排除豁免制度的定义。

58. 布基纳法索、科摩罗、爱尔兰、毛里求斯和南非通过的法律是典型的第一种办法。¹⁴⁴ 根据这些法律，国内法承认，就国际刑院管辖范围内的罪行而言，一般不得对行使国家刑事管辖权援引豁免，灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪尤为如此。

59. 第二种办法限定在国家为确保与国际刑院某种形式的合作必须行使刑事管辖权的案件中适用豁免的问题，特别是在逮捕和向法院移交人员的问题上。第二种办法体现在加拿大、法国、德国、肯尼亚、新西兰、挪威、瑞士和乌干达通过的法律之中，这些法律不将豁免或官方身份相关性作为不遵守人员转交令

¹⁴² 荷兰在答复委员会问题时所作评论(2016 年 4 月 20 日)。

¹⁴³ 第 208.7 条。该条应结合第 208.2 条第 2 款阅读，该款规定了普遍管辖权，即使在国外犯下的罪行，尼日尔法院也有权审理。

¹⁴⁴ 见布基纳法索：2009 年根据布基纳法索法域确定适用《国际刑事法院罗马规约》权限和程序的第 52 号法，第 7 条和第 15.1 条(据此，即使是在国外犯下的罪行，只要嫌疑人在其领土上，布基纳法索法院可在法院管辖权限内就犯罪实施人行使管辖权。此外，官方身份并不构成减少责任或例外的依据)；科摩罗，2011 年 12 月 13 日关于适用《罗马规约》的第 11-022 号法，第 7.2 条(“根据法律或国际法伴随一个人官方身份的豁免或特别程序规则不应妨碍国家法院针对该人就该法所述罪行行使其管辖权”)；爱尔兰：2006 年《国际刑事法院法》，第 61.1 条(“根据第 27 条，因与《规约》缔约国的关系而给予一个人的任何国家或者外交豁免，不能阻止依据本法提起的与该人有关的诉讼”)；毛里求斯：2001 年《国际刑事法院法》，第 4 条；南非：2002 年 7 月 18 日执行《国际刑事法院罗马规约》的第 27 号法，第 4(2)(a)(i)和第 4(3)(c)条指出，南非法院有权在假定犯罪人身处南非，且被指控者提出的任何官方身份均不相关时，起诉灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪。此外，这一豁免例外是有效的，“尽管有与之相左的其他法律，包括习惯国际法和协定国际法”。南非最高法院 2016 年 3 月 15 日就巴希尔总统逮捕令未实施一事，在此问题上做出裁定。

的依据。¹⁴⁵ 冰岛、爱尔兰、马耳他、萨摩亚和联合王国所通过的法律只规定对《罗马规约》缔约国国民而言豁免和官方地位均属无关，同时与法院建立协商制度，处理非缔约国国民的情况。¹⁴⁶ 最后，阿根廷、澳大利亚、奥地利、列支敦士登通过的法律则没有规定不适用豁免的所有情况，而是采用与法院协商制度，以解决因综合适用《罗马规约》第 27 条和第 98 条第 1 款可能出现的争端。¹⁴⁷ 在任何情况下，采用第一种办法的一些国家，如布基纳法索和南非，在执行法律中也提到为确保与法院合作目的而不适用豁免。¹⁴⁸

C. 国际司法惯例

60. 国际法院、欧洲人权法院、前南斯拉夫问题国际刑事法庭、塞拉利昂问题特别法庭和国际刑院曾在多项判决中讨论过外国刑事管辖豁免的限制和例外问题。

1. 国际法院

61. 在逮捕令案中，国际法院直言刚果民主共和国外交部长享有完全的外国刑事管辖豁免。

“[外交部长]在任职的整个期间，在国外享有完全的刑事管辖豁免和不可侵犯性。”¹⁴⁹

这种豁免是基于外交部长在国际关系中履行的职能。为保护这些职能，豁免涵盖外交部长以公务身份和私人身份实施的所有行为。¹⁵⁰ 法院还得出结论认为，

¹⁴⁵ 见加拿大：1999 年《引渡法》，第 18 条；法国：《刑事诉讼程序法典》(根据 2002 年 2 月 26 日第 2002-268 号法)，第 627.8 条；德国：《法院组织法》，第 20.1 和 21 条；肯尼亚：2008 年《关于国际罪行的第 16 号法令》，第 27 条；新西兰：2000 年《国际罪行和国际刑事法院法》，第 31.1 条；挪威：2001 年 6 月 15 日关于执行 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院规约》(《罗马规约》)的第 65 号法令，第 2 条；瑞士：《与国际刑事法院合作法》，第 6 条；乌干达：2006 年关于国际刑事法院的第 18 号法，第 251(a)和(b)条。

¹⁴⁶ 见冰岛：2003 年《国际刑事法院法》，第 20.1 条；爱尔兰：2006 年《国际刑事法院法》第 30 号，第 6.1 条；马耳他：《引渡法》，第 26S 条；萨摩亚：2007 年关于国际刑事法院的第 26 号法，第 32.1 和 41 条。

¹⁴⁷ 见阿根廷：25390 号法通过并于 2001 年 1 月 26 日批准的《执行国际刑事法院罗马规约的第 26200 号法》，第 40 和第 41 条；澳大利亚：2002 年 8 月 13 日《国际刑事法院第 41 号法》，第 12.4 条；奥地利：2002 年 8 月 13 日《关于与国际刑事法院合作的 135 号联邦法令》，第 9.1 和 9.3 条；列支敦士登：2004 年 10 月 20 日关于与国际刑事法院和其他国际法庭合作法，第 10.1(b)和((c)条。丹麦是一个特殊案例：其 2001 年 5 月 16 日《国际刑事法院法》((第 2 条)规定了解决行政豁免问题的决定，但没有界定具体协商制度。

¹⁴⁸ 见布基纳法索：2009 年第 52 号法，第 39.2 条；南非：2002 年第 27 号法，第 10.5 和 10.9 条。

¹⁴⁹ 见《2002 年国际法院案例汇编》，第 22 页，第 54 段。

¹⁵⁰ 同上。对所述职能的说明，见同上，第 21 和 22 页，第 53 段。法院特别明确阐述了这种豁免的职能范畴：“另外，即使只是外交部长前往或经过另一国家时可能面临诉讼程序风险，也会妨碍其为履行职能而需要进行的国际旅行”(同上，第 22 页，第 55 段)。

它无法确定，即使是在有关行为构成战争罪或危害人类罪的情况下，当代国际法中是否存在这类豁免的例外。法院认为，从国家惯例¹⁵¹ 或创设国际性刑事法院或法庭的文书¹⁵² 中无法推断出此种例外。

62. 尽管如此，法院还是试图维护当代国际法所规定的个人刑事责任原则，认为该原则不受刑事管辖豁免的影响。为此目的，法院使用了两个相互补充的论点，即一方面区分豁免与管辖，另一方面区分豁免与有罪不罚。

63. 在论述第一个方面时法院指出，“管辖权并不意味着没有豁免，没有豁免也不意味着就有管辖权”，即使是在某些公约规定国家有义务就国际罪行起诉或引渡个人的情况下，管辖权的行使也“绝不影响国际习惯法上的豁免，包括外交部长享有的豁免”，这种豁免权“仍然有对抗外国法院的效力”。¹⁵³

64. 关于豁免与有罪不罚之间区别的论述对本报告而言意义更大。在这方面，法院指出，

“在任外交部长享有的管辖豁免并不意味着他们有可能实施犯罪而不受惩罚，无论罪行严重程度如何。刑事管辖豁免和个人刑事责任是两个非常不同的概念。管辖豁免是程序性的，而刑事责任则是实体法问题。管辖豁免可能会阻止在特定时期内起诉某些罪行；但它不会免除享有豁免之人的全部刑事责任。”¹⁵⁴

65. 为了加强这一论述，法院指出，有另外一种模式可以推断出个人刑事责任，法院对其描述如下：

“首先，这些人在其本国不享有国际法规定的刑事豁免，因此可能会在其本国法院依照国内法的有关规则受到审判。

其次，如果他们所代表或曾经代表的国家决定放弃这种豁免，则他们不再享有外国管辖豁免。

第三，当一个人不再担任外交部长职务后，他/她在其他国家也就不再享有国际法赋予的全部豁免。如果一国法院根据国际法拥有管辖权，则可对另一国前任外交部长在其任职之前或任期之后实施的行为以及在任职期间以私人身份实施的行为进行审理。

¹⁵¹ 法院在研究有关国内法和国内高等法院作出的一些裁决之后，表示无法作出以下推断：“根据习惯国际法，赋予在任外交部长刑事管辖豁免和不可侵犯性的规则在该部长涉嫌犯有战争罪或危害人类罪的情况下存在任何形式的例外”（同上，第 24 页，第 58 段，第一分段）。

¹⁵² 同上，第二和第三分段。

¹⁵³ 同上，第 24-25 页，第 59 段。

¹⁵⁴ 同上，第 25 页，第 60 段。

第四，现任或前任外交部长可能会在有管辖权的某些国际性刑事法院遭受刑事诉讼。”¹⁵⁵

66. 通过这些论述，法院阐述了外交部长外国刑事管辖豁免的模式。这种模式现已成为一种基准，主要围绕四个基本理念：

(a) 外交部长在任职期间实施的所有行为都被绝对豁免所涵盖；

(b) 此种豁免没有例外；

(c) 豁免对行使管辖权来说是“程序性障碍”，而不是阻碍推定国际刑事责任的实质性禁令，包括对可能构成国际犯罪的行为而言；

(d) 采取有别于行使外国刑事管辖的其他补救手段来保证个人刑事责任得到追究。

67. 无论如何，应当指出，尽管逮捕令案的判决通常被视为所有国家官员外国刑事管辖豁免制度的基准，但法院关于该事项的结论范围有限。例如，法院在其判决中指出，“在[上述]案件中(……)法院只需要考虑现任外交部长的刑事管辖豁免和不可侵犯性，”¹⁵⁶ 没有作进一步探讨。法院的回应因此归于属人豁免范围，因为不可能推断说该模式应自动适用于其他国家官员，法院似乎认为其他国家官员归属于不同的法律制度。无论如何，法院关于其所审议问题的意见是决定性的：外交部长的国际刑事管辖豁免(以及延伸到属人豁免)没有例外，甚至在涉及战争罪和危害人类罪等严重罪行时也是如此。

68. 虽然该判决得到大多数法官的赞同，但不应忘记有一些法官对豁免限制和例外的看法有些微不同，有的甚至不同意该判决。在这方面，虽然希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官支持法院的立场，即所审理案件的豁免不适用例外，但他们也提请注意说，文献越来越多地声称“严重的国际罪行不能视为官方行为，因为这些行为既不是正常的国家职能，也不是单靠国家(相对于个人)可以实施的行为”。¹⁵⁷ 三位法官还指出，必须对豁免做出平衡的解释，一方面需要考虑保护主权平等原则和国际关系，另一方面需要考虑确保上述原则不会妨碍打击有罪不罚现象。在这方面，他们指出，人们越来越认识到，“不让严重国际犯罪的实施者逃脱惩罚”的概念“已经影响到国家高官依据传统习惯法享有的豁免。”¹⁵⁸ 这三名法官认为豁免从来都不具有实质性；豁免已“引致一种倾向，即在发生国

¹⁵⁵ 同上，第 25 页，第 61 段。

¹⁵⁶ 同上，第 21 页，第 51 段，末尾。

¹⁵⁷ 见希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官的联合个别意见，第 88 页，第 85 段。

¹⁵⁸ 同上，第 78 页，第 51 段，第二段。

际犯罪的情况下，只有在有嫌疑的国家官员任职期间才给予程序性管辖豁免”。¹⁵⁹应当指出的是，这三名法官也对法院在其判决中提到的替代补救办法的可行性表示怀疑。¹⁶⁰

69. 哈苏奈法官在其反对意见中采取的立场更令人信服。他认为，外交部长的国际刑事管辖豁免应当仅限于以官方身份实施的行为，并且对本报告而言更为重要的是，在任何情况下都不适用于战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪。对他而言，接受国家豁免已逐步受到限制，将商业或管理权性质的行为排除在外，似乎是不合理的。然而，特别是在打击严重犯罪呈现出强行法特点之时，对实施国际犯罪的外交部长仍应当保留其豁免权。¹⁶¹

70. 最后，范登韦恩加尔特专案法官不仅拒绝承认外交部长享有属人豁免，而且在她的论述中提出了一些新内容，可归纳如下：(a) 将属人豁免扩大到涵盖外交部长“将极大地增加享有国际管辖豁免的人数。存在被滥用的可能性。恶意政府可以任命严重侵犯人权行为的嫌疑人担任内阁职务，从而庇护他们免于在第三国被起诉”，¹⁶² 并且，“其侵权行为的被害人若要在第三国针对这些嫌疑人采取法律行动，会面临管辖豁免障碍，(……)甚至可能导致与国际人权规则的冲突”；¹⁶³ (b) “总的趋势是限制国家官员(甚至包括国家元首)的豁免，不仅是在私法和商法领域内‘平等者之间无管辖权原则’受到越来越多的限制并去除神秘感，而且在刑法领域，也出现了严重国际犯罪的指控”；¹⁶⁴ (c) 判决书认为有助于减轻外交部长因国际罪行而承担的个人刑事责任的替代模式，既不符合国际惯例，也与国际刑事法院管辖权的有限性质不协调。¹⁶⁵

71. 在刑事司法互助的若干问题案中，国际法院也提到豁免的限制和例外，重申其在逮捕令案中的以下论述：

“国家元首特别享有‘完全的刑事管辖豁免和不可侵犯性’，保护其‘免受可能妨碍他(她)履行职责的任何其他国家当局的行为。’”¹⁶⁶

¹⁵⁹ 同上，第 85 页，第 74 段。又见第 75 段。

¹⁶⁰ 同上，第 86 页，第 78 段。

¹⁶¹ 见哈苏奈法官的反对意见，特别是第 98 页，第 7 段。

¹⁶² 见范登韦恩加尔特专案法官的反对意见，第 150 页，第 21 段，末尾。

¹⁶³ 同上，第 150 页，第 22 段。

¹⁶⁴ 同上，第 151 页，第 23 段。

¹⁶⁵ 同上，第 153 至 159 页，第 34 至 38 段；希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官在其联合个别意见中表达了类似观点，同上，第 86 页，第 78 段。

¹⁶⁶ 吉布提诉法国案，判决书，《2008 年国际法院案例汇编》，第 236 页，第 170 段。

无论如何，这个说法只涉及吉布提总统享有的属人豁免。相反，判决书没有处理该国检察长和国家安全局局长提出的豁免主张，因此未能就这两种情况下可能涉及的限制和例外提供结论性参考。

72. 最后，在与起诉或引渡义务有关的问题案中，法院也没有就豁免问题作出宣告，因为乍得曾通知法院说，该国已经放弃了侯赛因·哈布雷先生的豁免权。¹⁶⁷ 不过，为本报告目的，值得注意的是法院在其判决中强调，“禁止酷刑是习惯国际法的一部分，已经成为强行法规范”。¹⁶⁸ 还必须注意到，法院认为，《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》建立的监管制度的意图是“(……)防止被控施行酷刑的人不受惩罚，确保他们不能在任何缔约国寻求庇护”。¹⁶⁹ 就此，法院提出了打击有罪不罚现象是国际社会追求的目标之一的论点。¹⁷⁰

73. 法院在上文分析的判决中讨论了一个国家可以主张对个人(国家官员)行使管辖权的依据，但国家管辖豁免的问题又有所不同。在该案中，法院需要裁决的不是高级官员豁免问题，而是狭义上的国家豁免。尽管如此，该案中提及的一些问题在抽象意义上对于豁免制度仍然相当有意义，特别是豁免的程序性、豁免和行使管辖权之间的关系以及豁免和责任之间的关系。另一方面，法院确实提到了豁免的两种可能例外，即“领土内侵权例外”和基于违反强行法规范的例外，两者都与第二次世界大战期间纳粹占领军在意大利和希腊境内实施的战争罪行和危害人类罪密切相关。

74. 该判决内容复杂，引起有趣的学术辩论并不令人吃惊。¹⁷¹ 另一方面不应忘记，在确定广义豁免制度的有关规则时，正是这些内容使得该判决作为参考

¹⁶⁷ 与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页。只有苏尔专案法官提到豁免问题，在他的反对意见中指出：“不同于《罗马规约》的例子，[禁止酷刑]公约没有规定，公共当局的豁免在国内法院诉讼中不具有可执行性”(同上，第 620 页，第 54 段)。但是，法院没有审理这个问题。

¹⁶⁸ 同上，第 457 页，第 99 段。一些法官的个别意见或反对意见在禁止酷刑问题上维持上述立场。例如，薛法官在她的反对意见中明确认定“禁止酷刑为强行法”(同上，第 575 页，第 17 段)，推定“强行法凭借自身的性质并不能自动击退这些程序规则的适用”(同上)。

¹⁶⁹ 同上，第 461 页，第 120 段。

¹⁷⁰ 一些法官在其个别意见或反对意见中还提到打击有罪不罚现象以及《禁止酷刑公约》在这方面发挥的作用。在这方面，见坎卡多·特林达德法官的意见(同上，第 519 页，第 83 段和第 527 页，第 103 段)和多诺霍法官的意见(同上，第 584 页，第 2 段)。

¹⁷¹ 除其他外，见 Jaume Ferrer Lloret, “La insoportable levedad del derecho internacional consuetudinario en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia: el caso de las inmunidades jurisdiccionales del Estado”, in Revista Electrónica de Estudios Internacionales, vol. 24 (2012), pp. 1-36; Chimène I. Keitner, “Germany v. Italy and the Limitations of Horizontal Enforcement. Some Reflections from a United States Perspective”, Journal of International Criminal Justice, vol. 11

资料被引用。为本报告的目的，分析国家管辖豁免案的判决是有益的，特别是就以下方面而言：豁免的性质，豁免与管辖权和国家国际责任制度的关系；强行法规范对豁免的影响；“领土内侵权例外”的范围，以及存在替代补救手段的有关问题。

75. 在该判决中，法院延续其以往裁决的做法，强调豁免具有明确的程序性质，并不影响国家责任的定义，而仅影响通过行使外国管辖权而追究此种责任的可能性。在这方面，法院明确指出：

“豁免法基本上是程序性的(……)。它规范的是针对特定行为行使管辖权的事项，因此完全不同于确定该行为是合法还是非法的实体法。”¹⁷²

76. 根据这种观点，豁免的依据是国家主权平等原则。然而，该原则不会自主运行；法院指出，上述原则：

“应与以下原则一并考虑：每个国家都对自己的领土拥有主权，并从该主权中产生了国家对其领土内事件和人员的管辖权。”

77. 因此，法院承认需要平衡相互冲突的各项原则，指出：

“国家豁免例外是对主权平等原则的偏离。豁免可能偏离领土主权原则以及源于它的管辖权。”¹⁷³

78. 法院还利用豁免是程序性障碍的论点，认定豁免不会与强行法规则相冲突：

“假定(……)禁止在被占领土上谋杀平民、驱赶平民居民从事奴隶劳动和驱赶战俘从事奴隶劳动的武装冲突法规则是强行法规则，这些规则与国家豁免规则之间没有冲突。这两套规则处理的是不同问题。国家豁免规则是程序性的，仅限于确定一国法院是否可对另一国行使管辖权。这与被起诉的行为是合法还是非法的问题无关。(……)出于同样原因，根据习惯国际法承认外国豁免并不等于确认违反强行法规则所造成的情形合法，也不等于为维持该情形提供援助和协助，因此不违反国际法委员会国家责任条款第 41 条所载原则。”¹⁷⁴

法院后来补充说：

(2013), pp. 167-183; Lorna McGregor, “State Immunity and Human Rights. Is There a Future after Germany v. Italy?”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 11 (2013), pp. 125-145.

¹⁷² 国家管辖豁免案，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 124 页，第 58 段。又见科罗马法官的个别意见，第 157 页，第 3 段。

¹⁷³ 同上，第 123 和 124 页，第 57 页。

¹⁷⁴ 同上，第 140 页，第 93 段。大体上见第 92 至 97 段。

“强行法规则是不容任何减损的规则，但确定管辖权范围和程度以及何时可以行使管辖权的规则不会有损于具有强行法地位的实体规则，强行法概念中也不存在任何固有内容要求修改它们或取代它们的适用。”¹⁷⁵

79. 法院在该案中处理的第三个相关专题是习惯国际法中是否有任何规则暗示严重侵犯人权或违反国际人道主义法的情形可以成为国家豁免例外的依据。法院的回答是没有这样的规则。法院指出：

“习惯国际法并不认为国家享有的豁免权取决于该国被控实施行为的严重性或据称已违反的规则强行性质。”¹⁷⁶

80. 还是就例外而言，法院还驳回了“领土内侵权原则”适用于该案的论点。然而，应当指出，与法院就违反强行法规则而可能导致的例外问题发表的评论意见相比，法院关于“领土内侵权原则”例外的反应差别更加细微。法院并不否认存在这种例外或在这方面存在一定数量的惯例，只是说这种例外不适用于该案件，因为可归咎于德国的行为尽管十分严重，但却构成统治权行为，因此属于国家管辖豁免的范围。¹⁷⁷

81. 在同一判决中，法院还就意大利的论点作出了裁定，意大利辩称，鉴于无法满足被害者就所受伤害获得赔偿的请求，行使管辖权就是“最后手段”。法院的结论是，豁免不取决于是否存在获得赔偿的权利或者确保赔偿的替代方式。¹⁷⁸

82. 总之，在该判决中，法院延续了以往裁决的立场，仍然认为豁免仅仅是程序性制度。但是，法院在强化国家豁免方面向前进了一步，认定国家豁免的存在与强行法规则不冲突，找不到基于严重侵犯人权或违反国际人道主义法或其他强行法规则的豁免例外，并且认定“领土内侵权例外”不适用于统治权行为的国家豁免。最后，还可以认为法院正在背离其在逮捕令案的判决中确立的模式，即采用替代补救手段来防止有罪不罚现象。

83. 初读时，法院的立场可能从推理上看起来与国家官员的外国刑事管辖豁免有关。法院自己似乎在国家管辖豁免案和逮捕令案之间建立了反向平行，而这种反向平行无疑有助于形成以下这种理解：

“在逮捕令案中，法院虽然没有明确提及强行法概念，但却认定，外交部长被指控实施的犯罪行为违反无疑具有强行法特点的规则这一事实，并不能

¹⁷⁵ 同上，第 141 页，第 95 段。

¹⁷⁶ 同上，第 137 页，第 84 段。相反意见见坎卡多·特林多德法官和优素福法官的反对意见和本努纳法官的个别意见。

¹⁷⁷ 同上，第 136 和 137 页，第 83 和 84 段。相反意见见加亚专案法官的反对意见。

¹⁷⁸ 同上，第 141 至 143 页，第 99 至 101 段。相反意见见坎卡多·特林多德法官和优素福法官的反对意见和本努纳法官的个别意见。

剥夺刚果民主共和国在习惯国际法下拥有的代表该外交部长要求豁免的权利(……)。同样的推理也适用于一个国家豁免于另一个国家法院诉讼程序的有关习惯国际法的适用问题。”¹⁷⁹

84. 事实上，法院在其论述中提到了国内案例法，这些案例有时更多涉及国家官员而非国家本身，可能也有助于此种解读。因此，不足为奇的是，该判决有时被用于论述国家官员的外国刑事管辖豁免不存在基于侵犯人权、违反国际人道主义法或实施国际犯罪的任何限制或例外。¹⁸⁰

85. 然而，应当指出，法院本身明确设定了该判决的范围：严格意义上的国家豁免。只要注意到法院指出皮诺切特案与国家管辖豁免案无关就够了，因为皮诺切特案涉及的是个人豁免而非国家豁免，是刑事管辖豁免而不是民事管辖豁免。¹⁸¹ 法院似乎藉此明确区分了国家豁免与国家官员的外国刑事管辖豁免。在法院的以下明确表述中，上述推断甚至更加明显：

“法院认定，根据目前的习惯国际法，一国被指控严重违反国际人权法或国际武装冲突法的事实，不会导致该国被剥夺豁免权。在得出这一结论时，法院必须强调，它只是在说国家本身豁免于其他国家法院的管辖；至于豁免是否适用以及在何种程度上适用于针对国家官员的刑事诉讼，则不是本案的问题。”¹⁸²

86. 本报告的目的不是分析法院在国家管辖豁免案判决书中所作的推理。然而，法院在该判决中的一些论点可能具有抽象价值，有助于界定国际法规定的豁免制度，但是应当指出，该案中形成的结论不能自动转为国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外制度。

2. 欧洲人权法院

87. 欧洲人权法院在阿德萨尼诉联合王国案、¹⁸³ 麦克尔希尼诉爱尔兰案、¹⁸⁴ 卡洛哲洛波罗等诉希腊和德国案、¹⁸⁵ 琼斯等诉联合王国案¹⁸⁶ 的判决中对与考虑豁免限制和例外有关的问题作了宣告。

¹⁷⁹ 同上，第 141 页，第 95 段。

¹⁸⁰ 例如，见本节中关于欧洲人权法院如何在琼斯等诉联合王国案中引用这一判决作为权威判例。

¹⁸¹ 见国家管辖豁免案，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 137 和 138 页，第 87 段。

¹⁸² 同上，第 139 页，第 91 段。

¹⁸³ 阿德萨尼诉联合王国案，诉状号：35763/97，2001 年 11 月 21 日判决，《2001-XI 判决和决定汇编》。

¹⁸⁴ 麦克尔希尼诉爱尔兰案，诉状号：31253/96，2001 年 11 月 21 日大审判庭判决，《2001-XI 判决和决定汇编》。

¹⁸⁵ 诉状号：59021/00，2002 年 12 月 12 日判决，《2002-X 判决和决定汇编》。

88. 法院在所有这些案件中得出结论认为,如《欧洲人权公约》第6条第1款所示,在民事法院适用国家豁免本身并不构成对诉讼权的侵犯。¹⁸⁷ 法院认为,可以允许对诉讼权加以限制,但前提是满足以下要求:(a) 法律如此规定;(b) 限制将保护的利益与对可能由此产生的权利的限制是相称的;(c) 限制实际上并不意味着诉讼权的绝对丧失。¹⁸⁸ 法院认为,有关国家豁免的规则满足上述三项要求,因为国家豁免是公认的习惯国际法规范,追求的是合理的目的,即保护主权平等原则并保持国家间稳定、无冲突的关系。这并不会造成诉讼权的完全丧失,因为申请人还可以使用其他补救手段,包括司法行动(在另一国法院采取的行动),以及通过被害人国籍国开展的外交行动和国际谈判。¹⁸⁹

89. 必须牢记的是,法院将管辖豁免与诉讼权之间的兼容关系定义为国家的民事管辖豁免,这里唯一的例外情况是琼斯等诉联合王国案,法院在该案中依据之前就国家豁免提出的相同结论宣布国家官员可免于民事管辖。¹⁹⁰

90. 其次,法院也宣布了豁免规则可能存在的例外,特别是关于酷刑和强行法规范,以及“领土内侵权例外”。

91. 法院就酷刑和强行法规范得出的结论是,尽管构成违反强行法规范的任何行为在本质上都十分严重,特别是在禁止酷刑方面,但在现行的国际法中无法找到任何规范,以违反强行法规范为由规定国家民事管辖豁免的例外。¹⁹¹ 还应指出的是,法院在卡洛哲洛波罗案中采用了与阿德萨尼案类似的结论,没有提出任何新的论证,并补充说申请人拥有获得补救的替代手段。¹⁹² 最后,关于琼斯案,应当指出的是,法院虽然拒绝改变先前的立场,但在解释其裁决时在一定程度上利用了国际法中例外制度的不确定性。法院特别提到,国际法委员会正在就该专题开展工作,但尚未就此作出决定,并指出国际惯例不断变化,反映了人们对可能因酷刑导致例外持有的各种不同立场。¹⁹³ 还值得注意的是,法院援引了国际

¹⁸⁶ 琼斯等诉联合王国案,诉状号:34356/06和40528/06,2014年6月2日判决。

¹⁸⁷ 《保护人权与基本自由公约》(《欧洲人权公约》)(1950年11月4日,罗马),联合国《条约汇编》,第213卷,第2889号,第221页。

¹⁸⁸ 见阿德萨尼案,第53段;卡洛哲洛波罗案;麦克尔希尼案,第34段;琼斯案,第186至187段。

¹⁸⁹ 见阿德萨尼案,第54至56段;卡洛哲洛波罗案;麦克尔希尼案,第35至40段;琼斯案,第188至189段。

¹⁹⁰ 另见琼斯案,第204至206段。

¹⁹¹ 见阿德萨尼案,第58、61和63段;琼斯案,第215段。

¹⁹² 见卡洛哲洛波罗案。

¹⁹³ 见琼斯案,第95至154段和第193至195段。相反,Kalaydjieva法官在他的反对意见中认为,需要审查欧洲人权法院在阿德萨尼案中使用的案例法。另见Bianku法官的同意意见,尽管二者的出发点不同。

法院在管辖豁免案中的判决，将这作为先例。¹⁹⁴ 然而，法院明确承认，“在国际公法中，对于针对外国国家官员实施酷刑的民事求偿案件”，似乎“正在出现支持对此适用特别规则或作例外处理的情况”，“鉴于国际公法目前在这一领域的发展，缔约国需要持续审议这一问题”。¹⁹⁵

92. 另一方面，应当谨记的是，在法院法官中，有不可忽略的一部分法官并不同意例外不存在的说法，并在阿德萨尼案、卡洛哲洛波罗案和琼斯案中提出了反对意见。他们在反对意见中强调，禁止酷刑作为一项强行法规范，高于不属于强行法规范类别的任何其他国际法规范，包括民事管辖豁免的国际法规范。此类意见在阿德萨尼案中有相当大的分量，因为该案的裁决仅基于微弱的多数(9 比 8)。¹⁹⁶

93. 法院在麦克尔希尼诉爱尔兰案中处理了“领土内侵权例外”问题，并得出结论认为，争议行为中不存在领土内侵权例外(争议行为指在北爱尔兰和爱尔兰共和国边界发生的事件中，一名爱尔兰国民在爱尔兰境内受到联合王国武装部队的攻击)。法院在达成这一结论时适用了对领土内侵权例外的狭义解释，指出此类例外只适用于与事务权行为活动有关的“可保伤害”。相反，法院认为，被指责的行为毫无疑问是以公务身份实施的行为，即应由联合王国负责的官方行为，因此可以推断，这里所涉及的问题是联合王国的民事管辖豁免问题。¹⁹⁷ 另一方面，法院在其裁判理由中似乎非常重视申请者有其他的补救手段，包括在联合王国的法院提起诉讼。¹⁹⁸

94. 第三，应特别注意的是，尽管欧洲法院拒绝承认存在例外，但仍得出明确结论，认为禁止酷刑是一项强行法规范，属于绝对性质，它所产生的义务，在发生违反禁止酷刑情形时，不允许有任何例外，也不允许顾及与所考虑禁止事项本身可能偶然相关的任何其他权利。¹⁹⁹ 因此应当指出，在阿德萨尼案中，法院没有将民事管辖豁免界定为阻止英国法院行使管辖权惩治酷刑行为犯罪者的制度，而是将其界定为可以用来禁止英国法院因英国官员犯下的酷刑行为向另一国寻求赔偿的制度。²⁰⁰ 这一论点无疑值得在本报告中重申。

¹⁹⁴ 见琼斯案，第 198 段。

¹⁹⁵ 见琼斯案，第 213 至 215 段。

¹⁹⁶ 见 Rozakis 和 Caflich 法官的联合反对意见，Wildhaber、Costa、Cabral Barreto 和 Vajić 法官持同意意见。另见 Loucaides 法官在麦克尔希尼案中的反对意见。

¹⁹⁷ 见麦克尔希尼案，特别是第 38 段。相比之下，见 Rozakis 法官的反对意见，Caflich、Cabral Barreto 和 Vajić 等法官的联合反对意见，以及 Loucaides 法官的反对意见。

¹⁹⁸ 见第 39 段。一些法官驳斥了这一说法，或认为其他补救方式的存在与该案并不相关，因为这些行为是在爱尔兰、针对爱尔兰国民发生的，这意味着该国民应首先在爱尔兰的属地管辖范围内寻求补救。见 Rozakis 法官的反对意见，Caflich、Cabral Barreto 和 Vajić 等法官的联合反对意见，以及 Loucaides 法官的反对意见。

¹⁹⁹ 见阿德萨尼案，第 59 段。

²⁰⁰ 同上，第 40 至 41 段。

95. 无论如何，鉴于法院在上面分析的案件中就国家民事管辖豁免的例外作出了具体判决，可从中找到一些与本报告目的有关的要点：

- (一) 国家民事管辖豁免是诉讼权的一种例外或限制，因此也是法院地国行使管辖权的一种例外。
- (二) 在法院引入“其他补救手段”的提法的情况下(国际法院在逮捕令案中使用了这一提法)，这种限制虽然与司法救助权相符，但不会导致这一权利本身的完全丧失。
- (三) 禁止酷刑本身被定义为一项强行法规范；这是一项绝对禁止，不允许任何形式的克减。

此外，鉴于欧洲人权法院直接或间接地对法院关于国家民事管辖豁免的判定做出了限定，²⁰¹ 似乎无法得出这样的结论，即有关判决可以构成充分基础，可用来确认国家官员的外国刑事管辖豁免属绝对性质，或此类豁免不存在例外。

3. 国际刑事法院或法庭

96. 各国际刑事法院或法庭都处理过国家官员在履行其职责时的管辖豁免问题。虽然这些法庭的决定属于国际刑事管辖的范围，但其中包含的一些论点与本报告的目的有关，因为这些论点涉及的问题非常广泛，也涉及国家刑事法院或法庭处理国家官员的外国刑事管辖豁免问题的方式。

97. 纽伦堡国际军事法庭已经指出，不能将被告人有公务在身或依命令行事的事实作为免除被告人责任的理由，且法庭管辖下的罪行体现了国际法直接对个人施加的法律义务，不能因有关个人与国家的联系而免除这种责任或免于法律诉讼。委员会在编写《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》(纽伦堡原则)时既考虑到了该法庭的宪章，也考虑到了法庭下达的判决书。下文对纽伦堡原则作出了分析，委员会也在就其他专题开展的工作中，包括在《危害人类和平及安全治罪法》草案中，不断提及这些原则。²⁰² 还应当回顾，纽伦堡法庭对确定个人刑事责任原则的贡献也标志着现代国际刑事法中的一个新起点。下文分析自二十世纪末以来履行纽伦堡法庭职能的国际刑事法院或法庭的裁决。

98. 前南斯拉夫问题国际刑事法庭对国家官员享有的豁免与国际罪行之间的关系发表了意见，认为在各国际刑事法院或法庭以及国家法院中，属事豁免规范都存在例外。例如，法庭在布拉斯基奇案中指出，这些例外：

²⁰¹ 关于这个问题，见特别报告员第三次报告(A/CN.4/673 号文件，第 43 段)和第四次报告(A/CN.4/686 号文件，第 45 至 46 段及第 46 段的第一个脚注)。

²⁰² 见下文 E 节。

“产生于国际刑法中禁止战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪的规范。根据这些规范，此类罪行的责任人不能援引国家或国际管辖豁免，即使他们是在以官方身份行事时犯下了此类罪行”。²⁰³

99. 法庭在其他案件中维持了相同的立场，包括涉及属人豁免的情况。但值得注意的是，在这些案件中，法庭似乎将例外限制在自身管辖权的范围内，没有将其扩大至在国家法院提起诉讼的案件。²⁰⁴ 此外，根据《纽伦堡法庭宪章》，²⁰⁵ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭以广义的形式定义了这一例外，指出：

“认为这种豁免在国际刑事法院中存在并不正确”。²⁰⁶

100. 塞拉利昂问题特别法庭也认为不能援引属人豁免，该庭在涉及指控严重违反国际人道主义法行为的泰勒案中就没有援引属人豁免。在该判决中，塞拉利昂问题特别法庭没有依据所犯罪行的类型来支持其主张，而是依据了特别法庭作为国际刑事法庭的性质。针对属人豁免保护了泰勒先生的说法，上诉分庭指出，豁免：

“源于各国主权平等，因此与国际刑事法庭不相关；国际刑事法庭不是国家机关，其活动授权来自于国际社会”。²⁰⁷

法庭因此得出结论：

“国家主权平等并不妨碍国家元首在国际刑事法庭或法院中被起诉”。²⁰⁸

101. 在国际刑院中，还就苏丹达尔富尔、利比亚和肯尼亚的局势提出了国家官员的豁免问题，特别是(但不限于)属人豁免。许多被告通过援引其官方地位来援

²⁰³ 前南斯拉夫问题国际刑事法庭，上诉分庭，检察官诉蒂霍米尔·布拉斯基奇案，IT-95-14-AR 108，1997年10月29日，第41段，第二分段。

²⁰⁴ 见以下案件：拉多万·卡拉季奇案、拉特科·姆拉迪奇和米乔·斯塔尼希奇案，IT-95-5-D，向波斯尼亚和黑塞哥维那共和国提出的移交管辖权的正式要求，审判分庭的判决，1995年5月16日，《1994-1995年司法报告》，第24段；斯洛博丹·米洛舍维奇案，IT-02-54-T，初步例外，2001年11月8日审判分庭的决定，第31段；安托·富伦基亚案，IT-95-17/1-T，第二审判分庭的判决，1998年12月10日，同上，1998年，第140段；德拉戈柳布·库纳拉奇、拉多米尔·科瓦奇和佐兰·武科维奇案，IT-96-23-T和IT-96-23/1-T，第一审判分庭的判决，2001年2月22日，第494段。

²⁰⁵ 《国际军事法庭宪章》——关于控诉和惩处欧洲轴心国主要战犯的协定的附件(伦敦宪章)，1945年8月8日(联合国《条约汇编》，第82卷，第279页)。

²⁰⁶ 见拉迪斯拉夫·克尔斯蒂奇案，IT-98-33-A，发出传票的决定，上诉分庭，2003年7月1日，第26段。

²⁰⁷ 琼斯案，案件编号：SCSL 2003-01-I，上诉分庭就管辖豁免作出的决定，2004年5月31日，第51段。见《国际法案例汇编》，第128卷，第264页。

²⁰⁸ 同上，第52段。

引豁免权,但没有出庭(或没有连续出庭)。在其他案件中,特别是在巴希尔案中,豁免问题的提出涉及《罗马规约》第九部分规定的与法院合作的义务。

102. 虽然所有这些案件中的争议都源于执行逮捕令或法院签发的传票,但争议最终涉及法院管辖权范围的问题,以及这种管辖权的行使是否受制于“程序性限制”。法院在所有这些案件中都认为,属人豁免和属事豁免皆不可援引。

103. 关于苏丹达尔富尔局势,国际刑院认为不能在巴希尔案(属人)和阿卜杜勒·侯赛因案(属事)中援引豁免。在这两个案件中,预审分庭在发布逮捕令时裁定,根据《规约》第 27 条和安全理事会根据《规约》第 13(b)条将案件移交国际刑院的权力,被告国家官员不能援引豁免。国际刑院在连同解释这两个条款时得出结论认为,在达尔富尔案件中,公务的无关性和无法援引国内和国际豁免完全适用达尔富尔案件,无论有关国家是否是《罗马规约》的缔约国。国际刑院指出:

“联合国安全理事会在根据《规约》第 13(b)条将达尔富尔情势提交本院处理的同时,也接受了这一事实,即对上述情势的调查以及由此产生的任何诉讼将根据《规约》、《犯罪要件》和《规则》规定的整体法定框架开展。”²⁰⁹

104. 国际刑院还特别确认了其管辖权,提到关键目标是打击有罪不罚现象,确保将被控犯有严重罪行、其程度令整个国际社会关切的犯罪者绳之以法。

105. 国际刑院在裁定刚果民主共和国有义务提供合作逮捕和移交巴希尔总统时采用了同样的推理,认为巴希尔先生不享有国际法规定的豁免,因为安全理事会已毫无保留地免除了这一豁免,并向苏丹施加与法院合作的总体义务。²¹⁰ 国际刑院在关于利比亚局势的穆阿迈尔·卡扎菲案、赛义夫·伊斯兰·卡扎菲案、赛努西案中采用了类似的论点。²¹¹

106. 相比之下,在关于肯尼亚局势的肯雅塔案和鲁托案中,国际刑院没有明确提到上述论点。在这两个案件中,辩方申请为被告免除审判,以使他们能适当履行作为肯尼亚总统和副总统的职责。对此,国际刑院表示不能将这些情况纳入考虑范围,因为由于第二次世界大战:

²⁰⁹ 见奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔案, ICC-02/05-01/09, 第一预审分庭, 关于检方逮捕令申请的决定, 2009 年 3 月 4 日, 第 45 段。值得注意的是, 国际刑院之前曾宣布, 根据安全理事会依照《规约》第 13(b)条作出的决定, 该院有权审理犯罪者为非缔约国国民的案件, 前提是该罪行据信在《规约》非缔约国境内、该院对此有管辖权的范围内发生(同上, 第 41 至 43 段)。类似的办法见阿卜杜拉希姆·穆罕默德·侯赛因案, ICC-02/05-01/12, 预审分庭, 关于检方据第 58 条提出申请的决定, 2012 年 3 月 1 日, 第 8 段。

²¹⁰ 见 ICC-02/05-01/09 案, 第二预审分庭, 关于刚果民主共和国就奥马尔·巴希尔的逮捕和移交法院提供合作情况的决定, 2014 年 4 月 9 日, 第 29 段。

²¹¹ 见穆阿迈尔·穆罕默德·阿布·米尼亚尔·卡扎菲、赛义夫·伊斯兰·卡扎菲和阿卜杜拉·赛努西案, ICC-01/11, 预审分庭, 关于检方据第 58 条提出的复议申请的决定, 2011 年 6 月 27 日, 第 9 段。

“豁免规范经过修订，有利于国际法院行使管辖权，审判违反国际刑法的国家元首和其他高级政府官员”。²¹²

国际刑院认为，《罗马规约》第 27 条的主要目的是纳入这一原则。²¹³

107. 国际刑院先前审议了关于乍得和马拉维拒绝为逮捕巴希尔总统提供合作的案件，在这些案件中采取了与肯雅塔案和鲁托案类似的方法。国际刑院在这些案件中指出：

“习惯国际法规定，当国际法院因国际罪行而下令逮捕国家元首时，国家元首的豁免权存在例外”。²¹⁴

108. 简言之，通过上文分析的各项裁定可以得出结论，即各国际刑事法院或法庭，包括国际刑院，都明确否定了在这些法院中为国家官员援引豁免的可能性，包括属人豁免和属事豁免。此外，一些法院还在特殊情况下将这一论点扩展到国家法院。应当指出，各国际刑事法院或法庭的这些裁定引出了国家法院与国际法院之间的合作这一特殊问题，以及就国家官员的外国刑事管辖豁免问题进行此类合作的问题。本报告稍后将分析这一问题。²¹⁵

D. 国家司法惯例

109. 特别报告员的第三和第四次报告分析了关于享有豁免人员及豁免所涉行为的国家司法惯例。²¹⁶ 在本节中，我们将分析国家法院的决定，包括在具体情况下宣告适用或不适用豁免的裁决以及与研究豁免限制和例外有关的裁决。为清晰起见，本节将把司法决定分为属人豁免和属事豁免进行分析。与以往报告一样，虽然将重点分析各刑事法院或法庭的决定，但亦会考虑被视为有用的民事法院的决定。

²¹² 见威廉·萨莫埃·鲁托和乔舒亚·阿拉普·桑案，ICC-01/09-01/11-777，第五审判分庭(A)，关于鲁托先生申请免除连续出席审判的决定，2013 年 6 月 18 日，第 67 段。应该考虑到，审判分庭在作出决定时借鉴了纽伦堡法庭、其他国际刑事法院或法庭的先例、《联合国宪章》和委员会的工作(见第 66 至 70 段)。

²¹³ 同上，第 69 段。另见乌胡鲁·穆伊盖·肯雅塔案，ICC-01/09-02/11-830，第五审判分庭(B)，关于辩方免除持续出席审判的动议的决定，2013 年 10 月 18 日，Eboe-Osuji 法官单独提出的同意意见，第 32 段。

²¹⁴ 见根据《罗马规约》第 87(7)条作出，关于马拉维共和国不遵守法院的要求，拒绝为逮捕和移交奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔提供合作的决定(第一预审分庭，ICC-02/05-01/09-139，第 43 段)。根据《罗马规约》第 87(7)条作出，关于乍得共和国不遵守法院的要求，拒绝为逮捕和移交奥马尔·哈桑·艾哈迈德·巴希尔提供合作的决定采用了相同的论点(第一预审分庭，ICC-02/05-01/09-140，第 13 段结尾)。

²¹⁵ 见第三章 B 节。

²¹⁶ 见 A/CN.4/673 号文件，第 29-38 段，以及 A/CN.4/686 号文件，第 49-60 段。

110. 就涉及属人豁免的决定而言，应当指出，几乎所有国家的刑事法院或法庭均认定国家元首(在某些情况下包括其他高级官员)在任职期间享有外国刑事管辖豁免。法院承认豁免完全适用于各种罪行，²¹⁷ 包括国际罪行。²¹⁸ 这一论断的依据是现存习惯国际法原则或规范。在一些案件中，宣告支持属人豁免的形式是在涉及属事豁免的案件中提出附带意见。²¹⁹ 在其他案件中，这一宣告源自国家检察长或需要其干预方可启动刑事诉讼的其他机构行使确认拥有的酌处权。²²⁰ 最后，值得注意的是，虽然国家法院通常在起诉国家官员的案件中就豁免问题

²¹⁷ 见以下案件：昂纳克案，德意志联邦共和国，联邦最高法院，1984年12月14日的判决，《国际法案例汇编》，第80卷，第366页(起诉当时的德意志民主共和国国务委员会主席——相当于国家元首——非法拘禁的刑事案件)；侯赛因案，德国，科隆地区高等法院，2000年5月16日的判决，2 Zs 1330/99，第10-15段，在 Pedretti 的“国家元首豁免……”中有所引述，第151页(起诉伊拉克国家元首萨达姆·侯赛因在第二次海湾战争期间劫持人质并利用人质维护其目标的案件；法院认为其行为并非国际法上的罪行)；布特弗利卡案，法国，最高上诉法院，2001年11月13日刑事庭第01-83440号判决(诽谤和公开侮辱案)。

²¹⁸ 见以下案件：特奥多罗·奥比昂·恩圭马和哈桑二世案，西班牙，国家高等法院，1998年12月23日中央调查法庭第5分庭的裁决；菲德尔·卡斯特罗案，西班牙，国家高等法院，1999年3月4日刑事庭第1999/2723号判决(还有1998年11月19日和1999年11月4日西班牙国家高等法院中央调查法庭第2分庭的裁决)；米洛舍维奇案，西班牙，国家高等法院，1999年10月25日中央调查法庭第1分庭的裁决；阿兰·加西亚·佩雷斯和阿尔贝托·藤森案，西班牙，国家高等法院，2001年6月15日的裁决；西尔维奥·贝卢斯科尼案，西班牙，国家高等法院，2002年5月27日第262/97号的裁决；沙龙和亚龙案，HSA 诉阿里埃勒·沙龙和阿莫斯·亚龙，比利时最高上诉法院，2003年2月12日，《国际法案例汇编》，第127卷，第123页(被告被控犯下的罪行包括灭绝种族罪、战争罪和严重违反日内瓦议定书及其附加议定书)；乌戈·查韦斯案，西班牙，国家高等法院，2003年3月24日中央调查法庭第4分庭的裁决；穆法兹案，联合王国，博街治安法院，2004年2月12日的判决，《国际法案例汇编》，第128卷，第712页(涉及请求对被控严重违反日内瓦四公约的以色列国防部长签发逮捕令)；塔切尔诉穆加贝案，联合王国，博街治安法院，2004年1月14日的判决，国际法院案例汇编，第136卷，第573页(请求对被控犯有酷刑行为的津巴布韦国家元首签发逮捕令)；海牙市诉荷兰案，荷兰，2005年5月4日海牙地区法院的裁决，LJN AT5152，KG 05/432，第3.6段(在这个奇特的案件中，美国总统乔治·布什被控根据2001年《美国军事人员保护法》获得权力，可在特殊情况下下令对国际刑院羁押人员使用武力)；薄熙来案，联合王国，博街治安法院，2005年11月8日的判决，《国际法案例汇编》，第128卷，第714页(请求对被控实施酷刑的中国贸易部长签发逮捕令)；卢旺达(卡加梅)案，西班牙，国家高等法院，2008年2月6日第3/2008号案件的裁决，《牛津国内法院国际法报告》1198(ES-2008)，第4段(西班牙国家高等法院裁定，不能就灭绝种族罪、战争罪、危害人类罪和恐怖主义行为对卡加梅总统进行审判，但允许审判被定性为国家官员的其他人员；通过这种做法，法院暗含否认了他们的属事豁免)。

²¹⁹ 见皮诺切特案，布鲁塞尔初审法院，1998年11月6日的判决，《国际法案例汇编》，第119卷，第345-349页。

²²⁰ 见以下案件：拉贾帕克塞案，2011年10月25日澳大利亚检察长的裁决；在 Pedretti 的“国家元首豁免……”中有所引述，第139页(起诉斯里兰卡国家元首犯有战争罪和危害人类罪的案件)；江案，德国，首席检察官，联邦最高法院，2005年6月24日，3 ARP 654/03-2，第1段(起诉被控实施灭绝种族罪、危害人类罪和酷刑的中国前国家元首江泽民的案件；联邦首席检察官裁定给予属事豁免和属人豁免)；洛朗·卡比拉案，作为对起诉刚果民主共和国国家元首的答复，总检察长决定根据豁免申请撤销案件(在 Pedretti 的“国家元首豁免……”中有所引述，第152页)。

作出宣告，但在一个特殊情况下，一个法庭亦在征求咨询意见的案件中作出宣告。²²¹

111. 在一些案件中，法院得出结论认为，停止适用属人豁免的前提必须是国际条约明确规定放弃或取消豁免，或不能援引豁免，或条约规定了这方面的例外。²²² 不寻常的是，一家法院在涉及国际法上的罪行的案件中裁定支持属人豁免的例外，²²³ 或提到存在上述豁免类别的例外，但后来并未落实，只是在“敦促有关各方遵守的……具体条款中”进行一般性提及。²²⁴ 最后，应当指出，一家法国法院宣布，现任国家元首的腐败和其他类似行为不享有刑事管辖豁免。²²⁵

112. 民事法院还宣布指控国家元首犯下严重罪行的案件适用属人豁免。²²⁶ 做出这一宣告的方式是在一些民事案件中提出了附带意见。²²⁷ 但是不寻常的是，

²²¹ 另见伊萨·塞萨伊等诉塞拉利昂问题特别法庭庭长等及最高法院案，塞拉利昂，最高法院，2005年10月14日的判决，SC 1/2003, ILDC 199 (SL 2005)，第52段(法院得出结论认为，无论可否在国际法院援引豁免，国家元首在外国法院的豁免是适用的)。

²²² 另见以下案件：沙龙和亚龙案，HSA 诉阿里埃勒·沙龙和阿莫斯·亚龙，比利时最高上诉法院，2003年2月12日，《国际法案例汇编》，第127卷，第123-124页(比利时最高上诉法院认为，《防止及惩治灭绝种族罪公约》、《罗马规约》和日内瓦四公约及其议定书均未满足这些要求)；海牙市诉荷兰案，荷兰，海牙地区法院，2005年5月4日的判决，LJN AT5152, KG 05/432，第3.6段(在该案中，法院认为，《罗马规约》第27条规定了国家元首豁免的唯一例外)；

²²³ 见侯赛因案，德国，科隆地区高等法院，2000年5月16日的判决(法院认为伊拉克总统享有属人豁免，但表示一旦犯下国际法上的罪行，则可弃用上述豁免，然而法院认定在该案中并没有出现此类罪行)。

²²⁴ 见卡扎菲案，法国，最高上诉法院，2001年3月13日刑事庭第1414号判决，《国际法案例汇编》，第125卷，第509页。最高上诉法院在判决中指出，就恐怖主义罪行而言，例如利比亚国家元首被控犯下的那些罪行，“根据现行国际法，所控罪行虽然严重，但并不构成现任外国国家元首管辖豁免原则的例外”。判决没有说明有哪些例外，仅表示“就有关各方而言，如果没有具有约束力的相反条款，国际习惯做法会保护现任国家元首免受外国刑事管辖”。无论如何，法院宣布卡扎菲先生享有属人豁免。就该案而言，值得注意的是，巴黎上诉法院曾拒绝给予豁免，称“在包括法国在内的所有国家存在普遍接受的法律惯例，即起诉豁免仅涵盖国家元首实施的政府或行政行为，这些行为不可能包括国际罪行”(巴黎上诉法院，2000年10月20日的判决，《国际法案例汇编》，第125卷，第498页)。

²²⁵ 见特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼戈案，法国，巴黎上诉法院，Pôle 7，第二调查庭，2013年6月13日的判决；巴黎上诉法院，pôle 7，第二调查庭，关于撤销2015年4月16日判决的申请。

²²⁶ 见：比利时：Mobutu 诉 SA Coton 案，布鲁塞尔民事法院，1988年12月29日的判决，《国际法案例汇编》，第91卷，第260页(起诉扎伊尔国家元首蒙博托总统的案件)。

²²⁷ 见：Margellos 诉德意志联邦共和国案，希腊，特别最高法院，2002年9月17日的判决，129《国际法案例汇编》，第532页(就德国在第二次世界大战期间实施的行为申请赔偿和处罚。法院认为，尽管国际法有所发展，外国高级官员仍享有豁免，包括在被控犯有战争罪和危害人类罪之时)。

一家法院除排除一位现任国家元首的私人行为之外，还对其公务行为的属人豁免进行了限定。²²⁸

113. 应特别考虑南非法院就关于南非当局应根据国际刑事法院签发的逮捕令逮捕巴希尔总统的论点作出的判决。南非高等法院和南非最高上诉法院都裁定，现任外国国家元首的属人豁免并不适用。²²⁹ 然而，这些裁决的依据是同国际刑院开展合作的义务以及南非法律，其中明文规定，犯下灭绝种族罪、危害人类罪或战争罪的任何外国国家官员不可获得豁免。南非宪法法院收到了对最高上诉法院判决提出的上诉；该案在本报告定稿时尚待裁定。

114. 国家刑事法院就外国国家官员的属事豁免作出的判决更多。各国在判决中采取的立场不太统一，然而可得出结论认为，国内法院在一些案件中认为，就国际罪行、²³⁰ 腐败罪行或相关罪行²³¹ 以及恐怖主义、破坏或因此造成财产毁坏

²²⁸ 见蒙博托和扎伊尔共和国诉 *Société Logrine* 案，法国，巴黎上诉法院，1994 年 5 月 31 日的判决，113《国际法案例汇编》，第 484 页。

²²⁹ 见南部非洲诉讼中心案(见上文脚注 33)，第 28 节。

²³⁰ 见以下案件：*R* 诉博街都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席(第 3 号)案，联合王国上议院 17，[2000] 1 A.C. 147；皮诺切特案，比利时，布鲁塞尔初审法院，1998 年 11 月 6 日的判决，《国际法案例汇编》，第 119 卷，第 349 页。侯赛因案，德国，科隆高等地区法院，2000 年 5 月 16 日的判决，2 Zs 1330/99，第 11 段(它作出本论断的假设是时任总统侯赛因已停止任职)；*Bouterse* 案，荷兰，阿姆斯特丹上诉法院，2000 年 11 月 20 日的判决(虽然最高法院随后撤销判决，但并非与豁免有关，而是因为违反不追溯原则和普遍管辖权范围限制；见 2001 年 9 月 18 日的判决)；阿里埃勒·沙龙和阿莫斯·亚龙案，比利时，最高上诉法院，2003 年 2 月 12 日的判决，《国际法案例汇编》，第 127 卷，第 123 页(尽管法院给予阿里埃勒·沙龙属人豁免，但审判了在实施所涉行为时担任参加了萨布拉和夏蒂拉大屠杀的以色列武装部队领导人的阿莫斯·亚龙)；藤森案，智利，最高法院，一审法官，2007 年 7 月 11 日的判决，第 5646-05 号案件，第 15-17 段(对以严重侵犯人权和腐败行为为由提出的引渡请求作出的裁决)；*H* 诉公共检察官案，荷兰，最高法院，2008 年 7 月 8 日判决，ILDC 1071(NL-2008)，第 7.2 段；*Lozano* 诉意大利案，意大利，最高上诉法院，2008 年 7 月 24 日的判决，ILDC 1085(IT 2008)，第 6 段；*A* 诉联邦检察官案，瑞士，联邦刑事法院，2012 年 7 月 25 日的判决，BB.2011.140；*FF* 诉检察官署长案(Nasser 王子案)，高级法院，王座庭，地区分院，2014 年 10 月 7 日的判决[2014] EWHC 3419(Admin)(这一裁决的重要意义在于，它作为“同意令”签发，即依据原告与检察官署长之间达成的协议，其中后者同意对 Nasser 王子的酷刑指控不属于属事豁免所述范围)。在一项民事诉讼中，意大利最高法院还称，犯有国际罪行的国家官员不享有外国刑事管辖的属事豁免(*Ferrini* 诉德意志联邦共和国案，最高上诉法院，2004 年 3 月 11 日的判决，《国际法案例汇编》，第 128 卷，第 674 页)。在琼斯案中，虽然上议院承认民事管辖豁免，但重申刑事管辖豁免不适用于酷刑案件(琼斯诉沙特阿拉伯王国案，上议院，2006 年 6 月 14 日的判决，[2006] UKHL 26，[2007] 1 A.C.)。最后，应当指出，埃塞俄比亚的联邦高等法院在起诉一名埃塞俄比亚国民的案件中确认，存在防止对被控犯下国际罪行的前国家元首适用豁免的国际法规则(特别检察官诉海尔马里亚姆案，联邦高等法院，1995 年 10 月 9 日的判决，ILDC 555(ET 1995))。

²³¹ 见以下案件：*Evgeny Adamov* 诉联邦司法局案，瑞士，联邦法庭，2005 年 12 月 22 日的判决，联邦法庭第 132 II 号裁决(这是挪用公共资金的案件)；藤森案，智利，最高法院，一审法官，2007 年 7 月 11 日的判决，第 5646-05 号案件，第 15-17 段(对以严重侵犯人权和腐败为由提出的引渡请求作出的裁决)；特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼戈案，巴黎上诉法院，Pde 7，第二

和人员伤亡的其他国际关切罪行²³²而言，存在豁免限制和例外。此外，应牢记的是，在一些案件中，国家法院在没有就豁免作出明确裁定的情况下对另一国官员所犯国际罪行进行了审理。²³³

115. 然而，国家法院使用了各种论点来推定不适用属事豁免。例如，一些法院认为不应适用豁免的原因是国家官员行为的严重性，²³⁴而在其他案件中，拒绝给予豁免的依据是违反强行法规范，²³⁵甚至是认为所涉行为不能被视为以官方身份实施的行为，因为所犯此类罪行在任何情况下都无法被看作是国家或国家官员行使正常职能。²³⁶

调查庭，2013年6月13日的判决。巴黎上诉法院，*pôle 7*，第二调查庭，撤销申请，2015年4月16日的判决。

²³² 见以下案件：*DC 10 UTA*案，法国，巴黎特别巡回法院，1999年3月10日的判决(6名利比亚各级官员被缺席判处终身监禁，罪名是在1989年袭击了一架UTA DC 10飞机，造成飞机在泰内雷沙漠坠毁，170人身亡)；*R诉Mafart and Prieur*案(“彩虹勇士”号案)，新西兰，高等法院，奥克兰登记处，1985年11月(法国武装部队和安全部队成员用水雷炸“彩虹勇士”号船，导致船只沉没，数人死亡；这些被称为恐怖主义行为)；*Joola*受害者家属协会案，法国，最高上诉法院，2010年1月19日的判决，案件号09-84818(确认因造成Joola号船只沉没的事件对运输部长、武装部队参谋长和海军参谋长签发逮捕令)。

²³³ 例如，法国法院审理的*Barbie*案出现了这种情况：*Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes*等诉*Barbie*案，法国，最高上诉法院，1983年10月6日、1984年1月26日和1985年12月20日的判决，《国际法案例汇编》，第78卷，第125页；*Fédération Nationale des Déportés et Internés Résistants et Patriotes*等诉*Barbie*案，*Rhone*巡回法院，1987年7月4日的判决，《国际法案例汇编》，第78卷，第148页；最高上诉法院，1988年6月3日的判决，《国际法案例汇编》，第100卷，第330页。此前，耶路撒冷地区法院认定艾希曼犯有危害人类罪、战争罪和危害犹太人民罪，驳回被告论点，即作为盖世太保犹太事务部负责人，他应被视为履行“国家行为”(检察长诉艾希曼案，以色列，最高法院，1962年5月29日的判决，《国际法案例汇编》，第36卷，第309-310页)。与此同时，西班牙国家高等法院在皮诺切特案、*Scilingo*案、*Cavallo*案、危地马拉案、卢旺达案和西藏案中审判了被控犯下国际罪行的各种外国官员，却并不认为有必要就豁免作出裁定。然而，在卢旺达案中，国家高等法院裁定不起诉卡加梅总统，理由是他享有豁免。同样，在西藏案中，国家高等法院裁定不起诉时任国家主席胡锦涛；然而，在胡锦涛担任中国国家主席的任期结束后，国家高等法院中央调查庭第2分庭以2013年10月9日命令的方式允许对其进行起诉，称他不再享有“外交豁免”。

²³⁴ 艾希曼案，以色列，最高法院，1962年5月29日的判决，《国际法案例汇编》，第36卷，第309-310页。在费里尼案中，意大利法院的裁决依据是所犯罪行的严重性，以及所涉行为违反强行法(费里尼诉德意志联邦共和国案，最高上诉法院，2004年3月11日的判决，《国际法案例汇编》，第128卷，第674页)。

²³⁵ 在*Lozano*案中，意大利最高上诉法院拒绝给予豁免的依据是侵犯了具有强行法规范地位的基本权利，因而必须优先于豁免规则(*Lozano*诉意大利案，意大利，最高上诉法院，2008年7月24日的判决，ILDC 1085(IT 2008)，第6段)。在*A*诉联邦检察官办公室案中，瑞士联邦刑事法院的裁决依据是存在瑞士立法机构视为强行法的关于实施国际罪行的习惯禁令；它还指出了禁止此类行为与继续承认阻止发起调查的属事豁免的矛盾(*A*诉联邦检察官办公室案，瑞士，联邦刑事法院，2012年7月25日的判决，BB.2011.140)。

²³⁶ 见以下案件：皮诺切特案，比利时，布鲁塞尔初审法院，1998年11月6日的判决，《国际法案例汇编》，第119卷，第349页；侯赛因案，德国，科隆高等地区法院，2000年5月16日

116. 与此同时，在与上一段所提情况相同的案件中，民事法院也认为不适用豁免，其裁决的主要依据是被违反的国际规范具有强行法性质(主要是人权规范和禁止酷刑等特定类型行为)，以及引发民事诉讼的行为属于官员的越权行为，无法视为公务行为或超出正常国家职能范围。²³⁷

117. 最后，应当指出，国家民事和刑事法院在以下案件中均曾拒绝给予豁免：国家官员实施的行为与个人利益密切相关，且目标是为官员个人渔利而非造福于主权的案件，以及与腐败相关的案件。²³⁸

118. 话虽如此，国家法院在少数案件中甚至对上述罪行给予了属事豁免；²³⁹ 某些国家法院的案例法有时明显存在相互矛盾的立场。然而，在其中的一些案件中，

的判决，2 Zs 1330/99，第 11 段(它作出本论断的假设是时任总统侯赛因已停止任职)；最后，应当指出，在一些案件中，德国法院得出结论认为不适用豁免的依据是所涉官员的国家不再存在，因此，被告不再拥有官员地位。提及德意志民主共和国前官员的案件包括：边境警卫案，联邦刑事法院，1992 年 11 月 3 日的判决，《国际法案例汇编》，第 100 卷，第 373 页；*Stoph* 案，联邦宪法法院，1992 年 2 月 21 日的判决，2 BvR 1661/91，第 4 段；*Mauerschützen* 案，联邦宪法法院，1996 年 10 月 24 日的判决，2 BvR 1851/94，2 BvR 1853/94，2 BvR 1875/94，2 BvR 1852/94，第 127 段。

²³⁷ 在这方面，一家希腊法院认定，就国际责任而言，武装部队所犯罪行是归于国家的行为，但就国家豁免而言，不能将其视为主权行为(*Voiotia* 区诉德意志联邦共和国案，Livadia 初审法院，1997 年 10 月 30 日的判决)。

²³⁸ 美国诉诺列加案，美国上诉法院，第十一巡回法庭，1997 年 7 月 7 日判决。*Jungquist* 诉 Sheikh Sultan Bin Khalifa Al Nahyan 案，美国地区法院，哥伦比亚特区，1996 年 9 月 20 日判决；*Mellerio* 诉西班牙前女王 Isabelle de Bourbon 案；*Seyyid Ali Ben Hammoud*，*Prince Rashid* 诉 Wiercinski 案，Seine 民事法庭，1916 年 7 月 25 日判决；埃及前国王 Farouk 诉克里斯汀·迪奥案，巴黎上诉法院，1957 年 4 月 11 日判决；*Ali Ali Reza* 诉 Grimpel 案，巴黎上诉法院，1961 年 4 月 28 日判决；*Trajano* 诉 Marcos 案，美国，978 F.2d 493(第九巡回法庭，1992)，《国际法案例汇编》，第 103 卷，第 521 页；*Doe* 诉 Zedillo Ponce de León 案；*Jimenez* 诉 Aristeguieta 案(1962)，《国际法案例汇编》，第 32 卷，第 353 页；*Jean-Juste* 诉 Duvalier 案(1988)，No.86-0459 Civ(美国地区法院)，SD Fla；*Adamov* 案(见上文脚注 231)；菲律宾共和国诉马科斯等案(1986)，《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 581 页；菲律宾共和国诉马科斯等案(第 2 号)(1987，1988)，《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 609 页。海地共和国诉 Duvalier 案 [1990] 1 QB 202(联合王国)；伊朗伊斯兰共和国诉 Pahlavi 案(1984)，《国际法案例汇编》，第 81 卷，第 557 页(美国)；在该案中，正是美国政府通知法院，申诉不应由于适用主权豁免原则或国家行为原则而受阻；特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼戈案，巴黎上诉法院，Pôle 7，第二调查庭，2013 年 6 月 13 日的判决和巴黎上诉法院，Pôle 7，第二调查庭，撤销申请，2015 年 4 月 16 日的判决。

²³⁹ 见 *Marcos and Marcos* 诉联邦警察局案，瑞士，联邦法庭，1989 年 11 月 2 日的判决，联邦法院裁决 115 Ib 496。另见 *Revue suisse de droit international et européen* 案(1991)，第 535 页，《国际法案例汇编》，第 102 卷，第 201 页(本案涉及费迪南德·马科斯夫妇在其担任菲律宾总统期间开展的财务活动)；塞内加尔，检察官诉侯赛因·哈布雷案，达喀尔上诉法院，2000 年 7 月 4 日的判决，最高上诉法院，2001 年 3 月 20 日的判决，《国际法案例汇编》，第 125 卷，第 571-577 页(酷刑和危害人类罪的行为)。江泽民案，德国，2005 年 6 月 24 日联邦检察长的裁决，3 ARP 654/03-2(检察长给予前中国国家元首与现任国家元首相同的待遇，依据是需要保证高级国家官员行使职能)；琼斯诉沙特阿拉伯王国内政部案，上议院，2006 年 6 月 14 日的判决(Jones No.2)，UKHL 2006，26。

立场差异源自面对相同事实时在处理豁免方面存在差异，这取决于案件是由刑事法院还是民事法院审理。²⁴⁰

119. 应单独分析美国法院的做法，美国法院通过适用《外国主权豁免法》(仅用于民事管辖)以及适用普通法原则(同时用于民事和刑事管辖)，对国家官员的属事豁免作出裁定，但采用第二种办法一般是在萨曼塔案判决后，最高法院的判决认为《外国主权豁免法》仅适用于对严格意义上的国家，而非国家的个体官员提出的诉讼。²⁴¹ 根据第一种办法(《外国主权豁免法》)，法院全权负责裁定豁免问题，而根据第二种办法(普通法)，行政部门有权发表法院必须尊重的“豁免建议”，表述个人是否可享有豁免；只有在国务院不发表豁免建议时，法院才能自行裁决案件。²⁴²

120. 然而，在根据《外国主权豁免法》分析的许多案件中，美国法院裁定，管辖豁免不适用于涉及国际罪行和侵犯人权的案件，这些通常被视为完全为了官员自身利益而实施的越权行为，不属于国家的正常职能，而且违反强行法规范。²⁴³

²⁴⁰ 联合王国的民事和刑事法院在处理属事豁免上有特定差异：见 R 诉博街都市领薪专职治安官，皮诺切特·乌加特缺席案(第 3 号)，UKHL 17, [2000] 1 A.C. 147；琼斯诉沙特阿拉伯王国案，上议院，2006 年 6 月 14 日的判决，[2006]UKHL 26，[2007] 1 A.C.，以及 FF 诉检察署署长案(Nasser 王子案)，高等法院，王座庭，分区法院，2014 年 10 月 7 日的判决[2014] EWHC 3419 (Admin)。关于这一惯例差异，见 A/CN.4/686 号文件，第 56 段。在 Bouzari 诉伊朗伊斯兰共和国案中，安大略省上诉法院在酷刑案件中给予伊朗伊斯兰共和国民事管辖豁免，但就此提及上议院在皮诺切特案中为区分民事管辖豁免和刑事管辖豁免而确立的原则(2004 CarswellOnt 2681, 243 D.I.R.(4th) 406, 71 O.R. (3d) 675, 122 C.R.R. (2d) 26, 220 O.A.C.1, 第 91 段)。同样，在 Fang 诉江泽民案中，新西兰高等法院明确宣布刑事管辖豁免不适用于酷刑行为(2006 年 12 月 21 日的判决，《国际法案例汇编》，第 141 卷，第 717 页)。意大利最高上诉法院采用了完全不同的办法，指出既然国家官员的刑事管辖属事豁免不适用于涉及犯下战争罪和危害人类罪的案件，应将其解释为国家豁免亦不适用于对实施相同行为的国家提出的民事诉讼(Ferrini 诉德意志联邦共和国案，最高上诉法院，2004 年 3 月 11 日的判决，《国际法案例汇编》，第 128 卷，第 674 页)。

²⁴¹ Samantar 诉 Yousuf 案，美国 130 S.Ct. 2278(2010)。关于上述法院此前所持立场，见 Chiudian 诉菲律宾国家银行案，美国，912 F.2d 1095(第九巡回法庭，1990)；《国际法案例汇编》，第 92 卷，第 480 页。

²⁴² 关于美国法院处理国家官员豁免的方式改变，除其他外见 John B. Bellinger, “The Dog that Caught the Car: Observations on the Past, Present, and Future Approaches of the Office of the Legal Adviser to Official Acts Immunities”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44, No. 4, 2011, pp. 819-835; Harold Hongju Koh, “Foreign Official Immunity After Samantar: A United States Government Perspective”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, pp. 1141-1161; Chimène I. Keitner, “Annotated Brief of Professors of Public International Law and Comparative Law as *Amici Curiae* in Support of Respondents in *Samantar v. Yousuf*”, *Lewis & Clark Law Review*, vol. 15, No. 3 (fourth quarter of 2011), pp. 609-632。

²⁴³ 见莱特列尔诉智利案，美国，748 F.2d 790 (第二巡回法庭，1984)；79《国际法案例汇编》561；Jimenez 诉 Aristeguieta 案，311 F.2d 547(美国上诉法院，第五巡回法庭，1962)；美国诉诺列加案；Hilao 等诉马科斯遗产案，美国上诉法院，第九巡回法庭，1994 年 6 月 16 日的判决(法院认为，马科斯实施的酷刑、处决和失踪行为不是任何公务，不能被视为外国机构或部门的行

尽管如此，这并不妨碍美国法院在一些案件中给予属事豁免，即使申请豁免的行为构成国际罪行或严重侵犯人权。²⁴⁴ 在法院必须完全依据普通法规则作出裁决的案件中，给予属事豁免的频率较高，主要原因是“豁免建议”体现的行政部门意见在普通法体系中占有很大权重。²⁴⁵ 尽管如此，在一些发表了豁免建议的案件中，法院随后拒绝给予豁免，原因包括：依照建议拒绝给予；或虽然收到建议，但法院审查了豁免申请的是非曲直，认定争议行为属越权行为或违反了国际法的强制性规范。²⁴⁶

121. 简而言之，上述分析表明，各国的国家法院几乎一致承认没有适用于属人豁免的限制和例外。然而，就属事豁免而言，可得出结论认为，大多数趋势是接受存在此类豁免的特定限制和例外，原因可以是所涉罪行违反强制性规范或破坏国际社会整体价值观，因而具有严重性；或是所涉罪行超越或不符合国家正常职能，无法被视为以官方身份实施的行为。

122. 在结束对国内案例法分析之时，必须提及 2014 年 10 月 22 日意大利宪法法院的判决。特别报告员第四次报告提到了这一判决的重要性。²⁴⁷ 该判决提及将

为)；*Doe I* 等诉 *Liu Qi* 等、*Xiao Deren* 等案，美国地区法院，加利福尼亚北区(C-02-0672 CW, C-02-0695 CW)；*Rukmini S. Kline* 等诉 *Yasuyuki Kaneko* 等案，纽约郡最高法院(美利坚合众国)，1988 年 10 月 31 日的判决；*Chuidian* 诉菲律宾国家银行案，上诉法院，第九巡回法庭(美利坚合众国)，1990 年 8 月 29 日的判决；*Maximo Hilao* 等、*Vicente Clemente* 等、*Jaime Piopongco* 等诉费迪南德·马科斯遗产案，上诉法院，第九巡回法庭(美利坚合众国)，1994 年 6 月 16 日的判决；*Teresa Xuncax*、*Juan Diego-Francisco*、*J.Doe*、*Elizabet Pedro-Pascual*、*Margarita Francisco-Marcos*、*Francisco Manuel-Méndez*、*Juan Ruiz Gómez*、*Miguel Ruiz Gómez* 和 *José Alfredo Callejas* 诉 *Héctor Gramajo* 案以及 *Diana Ortiz* 诉 *Héctor Gramajo* 案，美国地区法院，马萨诸塞地区，1995 年 4 月 12 日的判决；*Bawol Cabiri* 诉 *Baffour Assasie-Gyimah* 案，美国地区法院，纽约南区，1996 年 4 月 18 日的判决。

²⁴⁴ 见 *Saltany* 诉里根等案，美国地区法院，哥伦比亚特区，1988 年 12 月 23 日判决；沙特阿拉伯诉 *Nelson* 案，美国最高法院，《国际法案例汇编》，第 100 卷，第 544 页；*Lafontant* 诉阿里斯蒂德案，美国地区法院，纽约东区，1995 年 1 月 27 日判决；*A、B、C、D、E、F* 诉江泽民案，2002 年 10 月：该案很重要，因为 2003 年江泽民主席的任期结束后，美国国会一群民主党议员即试图重开此案，但由于国务院坚持豁免建议而没有成功；*Ye* 诉 *Zemin* 案，383 F.3d 620 (第七巡回法庭，2004)；*Matar* 诉 *Dichter* 案，563 F.3d 9 (第二巡回法庭，2009)。

²⁴⁵ 关于国务院的豁免建议惯例，见 Erica E. Smith, “Immunity Games: How the State Department Has Provided Courts with a Post-Samantar Framework for Determining Foreign Official Immunity”, *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, No. 3 (March 2014), pp. 569-608.

²⁴⁶ 见 *Enahoro* 诉 *Abubakar* 案，408 F.3d 877 (第七巡回法庭，2005)；*Yousuf* 诉 *Samantar* 案，699 F.3d 763 (第四巡回法庭，2012)(虽然国务院在此案中反对豁免，但法院认为建议不具有约束力，并审议了案情，得出结论认为，目前国际法领域中日益增长的趋势是国家官员违反强制法规范的行为得不到豁免，不论该行为是否可以归于国家)。

²⁴⁷ 这一判决引发的兴趣远超出国家豁免议题，对密切相关的各种问题产生了影响，特别是涉及国际和国内法之间关系的问题。作为此类兴趣的例子，见对第 238/2014 号裁决的以下深入分析：Robert Kolb, “The relationship between the international and the municipal legal order: reflections on the decision no. 238/2014 of the Italian Constitutional Court”, *Questions of International Law*

国际法院在国家管辖豁免案中的判决纳入意大利法律制度时产生的问题，并载列了关于严格意义上国家管辖豁免的论点。然而，宪法法院的论点在很大程度上集中于管辖豁免及其与司法救助权及对基本权利的有效司法保护之间的关系。²⁴⁸ 此类论点可能与本报告有关，因此概述如下：

(a) 司法救助权以及对不可侵犯人权的有效司法保护是“当今时代民主制度的法律文化的最重要原则之一”，仅在特定情况下方可予以限制；

(b) 国家管辖豁免可以“作为理由[……]牺牲[意大利]宪法保障的对不可侵犯权利进行司法保护的原则”，但必须“与外国主权职能有实质性而不仅是形式上的联系，即涉及行使政府权力”；

(c) 某些行为，“例如被确认为危害人类罪的驱逐、强迫劳动和屠杀等行为，[不可]作为理由在国内法律秩序中彻底牺牲对这些罪行受害者的不可侵犯权利的司法保护”。“可被视为战争罪和危害人类罪，[或]侵犯不可侵犯人权的国家行动(……)[因而]不属于合法行使政府权力”；

(d) 因此，豁免“不保护不属于典型行使政府权力而是被明确确认和定性为非法的行为，因为这种行为侵犯不可侵犯的权利”；

(e) 在所涉案件中，当在诉诸法庭和获得有效司法保护方面没有其他有效补救时，不能将豁免视为对上述权利的可接受的牺牲。

E. 委员会的其他工作

123. 委员会过去曾审议了若干与本报告相关的专题，特别是《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》、《危害人类和平及安全治罪法》草案和国家对国际不法行为的责任的条款。这些文书都包括与确定豁免的限制和例外范围相关的条款，下文对此进行了分析。委员会也在国际刑事法院规约草案和国家及其财产的管辖豁免条款草案中涉及豁免的限制和例外问题。不过最后这两项文书在本报告其他地方讨论。²⁴⁹

(QIL), *Zoom out II* (2014), pp. 5-16; Pasquale De Sena, “The judgment of the Italian Constitutional Court on State immunity in cases of serious violations of human rights or humanitarian law: a tentative analysis under international law”, *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), pp. 17-31; Cesare Pinelli, “Between undue fiction and respect for constitutional principles”, pp. 33-41; Paolo Palchetti, “Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out”, *Questions of International Law (QIL)*, *Zoom out II* (2014), pp. 44-47.

²⁴⁸ 特别是见判决第 3.4 节。

²⁴⁹ 见上文第二章，A 节。

124. 委员会根据大会明确授权，²⁵⁰ 于 1950 年通过了《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》。²⁵¹ 大会 1950 年 12 月 12 日第 488(V)号决议表示注意到这些原则。众所周知，这些原则成为委员会随后关于危害人类和平及安全治罪和制定国际刑事法院规约草案工作的基础。

125. 委员会通过的文件包括三个与本报告目的有关的基本原则：(a) 个人刑事责任原则，这源于国际法，与国家法律规定无关；²⁵² (b) 官方地位与责任认定无关原则；²⁵³ (c) 不得以执行命令作为免除责任的理由的原则。²⁵⁴ 这三项原则相互间密切相关，是为了确保国际罪行的肇事者不会逍遥法外。根据这些原则，任何犯有国际罪行的个人，不管其官方地位如何，不管其自行这么做还是根据一国政府或上级的命令行事，都应为此负责。

126. 上述原则包含一系列令人特别感兴趣的要素，委员会在其评注中突出了这些内容。这些要素可以概括如下：

(a) 国际法可直接对个人施加义务和责任，而不像对其国家那样需要中介。正如在第四次报告中所强调的，委员会确认了犯下国际罪行的国家和个人的双重责任，在这方面回顾了众所周知的纽伦堡法庭裁定：“违反国际法的罪行是个人而不是抽象实体犯下的，只有通过惩罚犯下此类罪行的个人，才能执行国际法的规定”。²⁵⁵

(b) 国际法地位高于国内法，正如纽伦堡法庭所强调的：“个人负有国际义务，而国际义务超越个别国家强加给个人令其服从的国家义务”。²⁵⁶

(c) 以官方身份或根据命令行事的事实不能用来免除个人为违反国际法上的罪行所要承担的责任。²⁵⁷

²⁵⁰ 1947 年 11 月 21 日第 177(II)号决议。

²⁵¹ 《纽伦堡法庭宪章和判决书所确认的国际法原则》及其评注(《1950 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第 374-378 页，[A/1316 号文件](#)，第 95-127 段，特别是第 103-104 段)。案文重载《1985 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 12 页，第 45 段。

²⁵² 原则一内容如下：“任何人所犯行为如构成国际法规定之罪行，则须为其承担责任并受到处罚”。原则二规定，“凡犯下在国际法上构成犯罪之行为者，其依据国际法应负之责任，不因国内法之不加处罚而免除”。《1985 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 12 页，第 45 段。

²⁵³ 原则三规定，“从事构成国际法所涉犯罪行为的人是作为国家元首或政府负责官员而采取行动的事实，不能免除其根据国际法承担的责任”(同上)。

²⁵⁴ 原则四规定，“根据政府或上级命令采取行动的事实，如属此人实际上可能进行道义上的选择者，不能免除其在国际法上的责任”(同上)。

²⁵⁵ 见原则一的评注，《1950 年……年鉴》，第 374 页，第 99 段。

²⁵⁶ 同上，第 375 页，第 102 段。

²⁵⁷ 见原则三和原则四的评注，特别是第 103-105 段，同上。

127. 最后，应当指出，委员会拟定的纽伦堡原则基本上是实质性的，因此所通过的案文没有明确将豁免作为国家或国际法院行使管辖权的程序性限制。原则的实质性层面依然应该从其与《纽伦堡法庭宪章》和《法庭判决书》的关系加以理解。在这一关系中，法庭被假定有管辖权，援引官方身份或服从的义务基本上被认为是一种实质性辩护，其有效性在《纽伦堡法庭宪章》和《法庭判决书》中被排除。这并不意味着法庭从未直接或间接在其《判决书》中提到豁免，正如委员会在其对原则三的评注中所引用的如下声明所示：²⁵⁸

“在某些情况下保护一国之代表的国际法的原则，不能适用于被国际法判定为罪行的行为。这些行为的发起者，不能因其官职而免于惩罚。”

“如果国家在授权行动时超出了国际法规定的权限，行使国家权力而违反了战争法的人不能得到豁免。”

128. 同样，委员会在 1954 年通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案²⁵⁹ 和 1996 年通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案²⁶⁰ 中涉及了上述问题，但下文主要分析后者。在这一案文中，委员会再次重申个人刑事责任²⁶¹ 与官方地位无关²⁶² 以及不能援引执行政府或上级命令的原则。²⁶³

129. 同 1950 年的表述一样，委员会通过的案文基本上用实质性的条款定义了这些原则，并未从程序意义上明确提及豁免。然而，应该指出，委员会对治罪法草案的评注更详细地探讨了豁免同危害人类和平与安全罪行的关系，从实质性和程序性两方面都对其予以否定。例如，第 7 条评注中，委员会对官方地位无关性申明如下：

²⁵⁸ 同上，第 103 段。

²⁵⁹ 《1954 年……年鉴》，第二卷，第 151 页。

²⁶⁰ 《1996 年……年鉴》，第二卷，第二部分，第 17 页，第 50 段。

²⁶¹ 根据 1996 年治罪法草案第 2 条第 1 段，“危害人类和平及安全罪行引起个人的责任”（同上，第 18 页）。根据第 3 条，这“应该受到与该罪行的性质和严重性相称的惩罚”（同上，第 22 页）。同样，见 1954 年治罪法草案第 1 条，该条确定“本法定义的危害人类和平及安全的行为是国际法上的罪行，对此负有责任的人应受到惩罚”《1954 年……年鉴》，第二卷，第 151 页。

²⁶² 根据 1996 年治罪法草案第 7 条，“有危害人类和平及安全罪行的个人，即便是以国家元首或政府首脑的身份行事，其官方地位并不免除其刑事责任或宽减其刑罚。”《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 26 页。而 1954 年治罪法草案在第 3 条中规定，“一个人以国家元首或政府负责官员行事的事实，并不免除其违背本法所认定罪行应承担的责任”《1954 年……年鉴》，第二卷，第 152 页。

²⁶³ 根据 1996 年治罪法草案第 5 条确立了这一原则，规定“被控有危害人类和平及安全罪行的个人系按照政府或上级命令行事的事实并不免除其刑事责任，但如国际法庭裁定合乎法理则可以考虑减刑”。《1996 年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第 23 页。1954 年治罪法草案第 4 条反映了这一原则，其中规定，“被控犯有本法认定罪行的个人系按照政府或上级命令行事，如果在当时的情况下他有可能不遵守该命令，则这一事实并不免除其国际法责任”《1954 年……年鉴》，第二卷，第 152 页。

“计划、煽动、批准或命令犯下此类罪行的政府官员不仅为犯罪提供了手段和人力，而且还滥用了赋予其本人的权威和权力。因此，可以把这种政府官员看作比实际犯罪的下级具有更加严重的罪责。对于从某些方面看负有治罪法下最大罪责的个人，如果听任他们援引国家主权，躲在因其官职而赋予的豁免后面逃避惩处，将是自相矛盾的，主要是因为此种野蛮罪行震撼着人类的良知，违反了最基本的国际法规则，威胁到了国际和平与安全”。²⁶⁴

130. 该条评注的结论是，国家官员不能援引实质性豁免或程序性豁免，理由如下：

“第 7 条的用意是，防止实行了危害人类和平及安全罪的个人援引其官方地位作为解除其责任或取得任何豁免的客观借口，即使他声称构成罪行的行为是履行其职务的行为。纽伦堡法庭在判决书中确认，在一定情况下保护国家代表的国际法原则不适用于构成国际法上的罪行的行为。因此，个人不能援引其官方地位来避免此种行为的责任。纽伦堡法庭还在判决书中确认，国际法上的罪行的实行者不能援引其官方地位逃避通过正常诉讼给予的惩罚。就有关司法诉讼中的起诉或惩罚而言，没有任何程序性豁免，是没有任何实质性豁免或辩护理由的一个基本必然结果。不许个人援引其官方地位逃避罪行责任，却允许他援引同样的理由逃避这一责任的后果是自相矛盾的。”²⁶⁵

131. 评注中的这些表述与本报告的主题也特别相关，因为委员会认为官方地位无关性的原则对国内法庭和国际法庭都适用。虽然委员会确实表示，“一个国际刑事法院的司法诉讼是个人不能以其官方地位援引任何实质性或程序性豁免来逃避起诉和惩罚的适当司法程序的典型实例”，它确实也希望治罪法草案对国内法和法庭有特别的影响。²⁶⁶ 因此，它不仅发表一般性的声明称“人们期望国家法院在治罪法的实施方面发挥重要作用”，而且在第 8 条关于确定所载罪行管辖权的评注中包括了如下评述：²⁶⁷

“委员会认为，为了有效实施本治罪法，应以尽量宽广的国家法院管辖权加上可能的一个国际刑事法院的管辖权为基础综合处理管辖权问题。”²⁶⁸

²⁶⁴ 《1996 年……年鉴》，第二卷。第二部分，第 26-27 页，第 7 条评注第(1)段。在评注第(3)段，委员会回顾到，“纽伦堡法庭驳回了若干被告提出的国家行为申辩和豁免申辩，裁定这不是有效的辩护或给予豁免的理由”(同上，第 27 页)。

²⁶⁵ 同上，第 27 页，第 7 条评注第(6)段。在第 9 条关于引渡或审判原则的评注中，在提及给予被控犯有罪行的个人豁免权以换取其与司法系统的合作时，委员会表示，“允许一个国家给予犯有灭绝种族这类国际法上的罪行的个人免受惩治的权利不符合整个国际社会的利益”(同上，第 31 页，评注第(4)段)。

²⁶⁶ 同上，第 27 页，脚注 69。

²⁶⁷ 同上，第 18 页，第 1 条评注第(13)段，第 2 段。

²⁶⁸ 同上，第 28 页，第 8 条评注第(5)段。

评注接着写道,“本项规定乃至本治罪法并不适用于受各自规约制约的[国际]法庭”。²⁶⁹

132. 因此,可以得出的结论是,在委员会看来,治罪法的规定是特别针对国家法院的。²⁷⁰ 委员会要求国家“采取任何可能必要的程序性或实质性措施,使其能够有效行使管辖权”,²⁷¹ 提出国家有义务通过委员会在治罪法评注中定义的排除豁免适用性的条款。

133. 最后,应当铭记的是,纽伦堡原则和《危害人类和平及安全治罪法》草案都列出了一系列国际法上的罪行。纽伦堡原则包括所谓的危害和平罪、战争罪和危害人类罪。²⁷² 治罪法草案描述了侵略罪、灭绝种族罪、危害人类罪、危害联合国人员和有关人员罪和战争罪。²⁷³ 在认定原则上可以被归类为国际罪行的行为时,委员会不妨采用委员会本身制定的这一罪行清单,以确定豁免的限制和例外。

134. 虽然国家对国际不法行为的责任条款²⁷⁴ 由于显而易见的原因没有涉及国家官员的外国刑事管辖豁免的可能限制和例外,但是它们包含的若干概念对本报告可能有用,因为这些概念与文献和实践中提出和讨论、作为这种限制和例外的原因的某些论点密切相关。此外,在对条款的评注中,委员会也提出了可能对本报告有用的要素,因为这些要素有助于在国际法律制度中把国际法上的罪行置于更合适的位置。这些要素主要包括:

- (一) 确立强制性规范的首要地位;
- (二) 申明存在对整个国际社会的义务;
- (三) 确定特定的模式,以应对严重违反强制性规范所规定义务的案件;
- (四) 将违反强制性规范的行为认定为国际法上的最严重的罪行。

135. 委员会在其对第 26 条(遵守强制性规范)的评注中谈到了第一个问题。第 26 条力求维护这些规范的首要地位,即使案件涉及“解除不法性的情况”。²⁷⁵ 在

²⁶⁹ 同上,第 29-30 页,第 8 条评注第(11)段结尾部分。

²⁷⁰ 在其评注中,委员会还对国际刑事法院和国家法院的关系进行了有趣的分析,这些内容详述于下文第三章 B 节。

²⁷¹ 同上,第 29 页,第 8 条评注第(10)段。

²⁷² 见原则六(《1985 年……年鉴》,第二卷,第二部分,第 12 页,第 45 段)。

²⁷³ 《1996 年……年鉴》,第二卷,第二部分,第 42 页起,第 16-20 条。另见 1954 年治罪法草案第 2 条(《1954 年……年鉴》,第二卷,第 151-152 页)。

²⁷⁴ 《2001 年……年鉴》,第二卷,第二部分,第 26 页,第 76 段。

²⁷⁵ 本条规定,“一国违反一般国际法强制性规范所产生的义务的任何行为,不得以本章中的任何规定作为理由而解除其不法性”(同上,第 84 页)。

这一背景下，委员会谈及强制性规范和非强制性规范之间的关系，断定前者必须优先。委员会认为，这种首要地位在两个首要规范发生冲突时显而易见，但也同样适用于首要规范和次要规范发生冲突的情况，用委员会的话说，其结果是适用次要规范(涉及解除不法性的规则)“不许可或容忍任何抑损一般国际法强制性规范的情况”。²⁷⁶ 委员会在这方面所举的例子很有说服力：“采取反措施的一国不得减损诸如以下陈述的规范：先前发生的灭绝种族行为，不能成为随后采取反种族灭绝行为的理由”。²⁷⁷

136. 委员会在其解释中也包括了另一个与强制性规范的首要地位有很大关系的要素，强调有时首要规范之间的冲突不必要通过有关责任的次级规则的方式来解决。相反，“在一些首要义务看来相互抵触的情况下，若其中有一项义务属于一国直接根据一般国际法强制性规范而具有的义务，则显然必须优先遵守该义务。其解释和适用的程序应该能够解决上述问题”，因为“一般国际法强制性规范会产生强有力的解释原则，足以解决所有的或大部分的抵触情况”。²⁷⁸ 因此，对在多个首要规范间找到一个适当的平衡而言，这种“一致性的解释”对于本报告的专题特别重要。

137. 其次，应当指出的是，委员会在对条款第二部分第三章(严重违反依一般国际法强制性规范承担的义务)的评注中提到，“不同情况的违反国际法，是否应承认之间存在质的区别”²⁷⁹ 以及存在“对整个国际社会承担义务的概念”。²⁸⁰ 这两个类别都在国际法院的判例法中涉及。委员会没有对“一般国际法的强制性规范与对整个国际社会的义务是不是一个单一基本思想的不同方面”表明立场，但得出结论“至少在它们之间存在着相当大的重叠”。从国际法院提出的对整个国际社会义务的举例可以看出，这些举例“一般认为都是一般国际法强制性规范产生的义务”。²⁸¹ 在任何情况下，委员会认为“第 40 条所指的义务来自一些实质性行为守则，这些守则禁止某些行为，那些行为由于威胁到国家和人民的生存以及最基本的人类价值而被视为不可容忍”。²⁸²

138. 还值得注意的是，委员会在其评注中提到，强行法和对整个国际社会义务的概念之间存在目的上的差异，这值得重申：

²⁷⁶ 同上，第 85 页，第 26 条评注第(4)段。

²⁷⁷ 同上。

²⁷⁸ 同上，第 26 条评注第(3)段。

²⁷⁹ 同上，第 110 页，第三章评注第(2)段。

²⁸⁰ 同上，第 111 页，第三章评注第(3)段。

²⁸¹ 同上，第 111-112 页，第三章评注第(7)段。

²⁸² 同上，第 112 页，第 40 条评注第(3)段。

“一般国际法的强制性规范强调一定数量的基本义务的范围和优先性，而对整个国际社会的义务则主要强调所有国家遵守的法律意义(……)在于有权提出任何违反国家的责任问题。”²⁸³

139. 考虑到强制性规范产生的对整个国际社会义务的特别性质，委员会认定了一个不同的法律行动制度，以应对严重违背依国际法强制性规范所承担义务的情况。该制度概述如下：(a) “违背(……)义务，可引起更多的后果，不仅对负有责任的国家，而且也对所有其他国家”(第 41 条)；和(b) “所有国家都有权对违背对整个国际社会的义务提出责任问题”(第 48 条)。²⁸⁴ 委员会的第三种想法也与本报告有相关性，特别是因为它提到为国家官员的外国刑事管辖豁免建立一个不同的司法制度，如果其行为可以被归为违背依国际法强制性规范产生的对整个国际社会的义务，则可以援引豁免权。

140. 最后，委员会就这些条款提到被禁止的、与援引国家官员外国刑事管辖豁免的行为相对应的几类行为行为，²⁸⁵ 即“禁止(……)灭绝种族、奴役、种族歧视、危害人类罪和酷刑”，²⁸⁶ 称其为“被明确接受和认可的强制性规范”，加上适用于武装冲突的国际人道主义法基本规则²⁸⁷ 和“关于人的基本权利的原则和规则”。²⁸⁸ 委员会为确定豁免例外而认定可以归类为国际罪行的犯罪行为时，可以采用这一由委员会本身于 2001 年制定的罪行清单。

三. 一般法律范围内外国刑事管辖豁免的限制和例外：方法和概念问题

141. 经过对惯例的分析，在分析哪些因素可能使豁免不适用于某一特定案件之前，此刻有必要考虑一些方法和概念要素，使我们得以更好地界定在何种背景下

²⁸³ 同上，第 112 页，第三章评注第(7)段。委员会没有定义“整个国际社会”的概念，但使用该说法本身引发了人们相当大的兴趣，因为它强调了需要保护的价值观和利益的集体层面。委员会还指出，该短语经常在条约和其他国际文书中使用(同上，第 84 页，第 25 条评注第(18)段)。委员会所列举的使用这一表述的条约名录数量可观：《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》序言部分第 3 段；《反对劫持人质国际公约》序言部分第 4 段；《惩处违反海上航行安全的非法行为公约》序言部分第 5 段；《联合国人员和有关人员安全公约》序言部分第 3 段；《反对恐怖主义份子投弹活动公约》序言部分第 10 段；《国际刑事法院罗马规约》序言部分第 9 段；《惩处资助恐怖主义活动国际公约》序言部分第 9 段(同上，第 84 页，脚注 404)。

²⁸⁴ 同上，第 112 页，第三章评注第(7)段。

²⁸⁵ 见 [A/CN.4/686 号文件](#)，第 49-60 段。

²⁸⁶ 《2001 年……年鉴》，第二卷。第二部分，第 85 页，第 26 条评注第(5)段。

²⁸⁷ 同上，第 113 页，第 40 条评注第(5)段。

²⁸⁸ 同上，第 127 页，第 48 条评注第(9)段。

理解本报告所载的条款草案。为此对下列一般性问题分析如下：(a) 豁免的法律性质及其与管辖和刑事责任的关系；(b) 国家法院和国际刑事法院对豁免的处理以及由此对豁免的限制和例外产生的影响；(c) 限制和例外的概念。

142. 有种观点认为国际法是一套规范体系，其组成部分包括国家官员外国刑事管辖豁免这一制度。对上述要素的审议便是基于这种观点。这种做法要求不是孤立地分析豁免，而是结合体系的其他规范和制度来分析。从这一观点出发，国家官员的豁免是一种有用的和必要的制度，可确保国际法律秩序的某些价值观和法律原则，特别是主权平等的原则得到尊重。但与此同时，国家官员外国刑事管辖豁免作为这一体系的一个组成部分应作有体系的解读，以确保这种制度不致消极影响或否定应作为一个整体来理解的当代国际法体系。²⁸⁹ 这一有体系的方法要求考虑到与主权原则有关的其他制度，特别是行使管辖的权利，再加上反映和体现整个国际社会价值观和原则的国际法律秩序其他部分，特别是国际人权法和国际刑法。因为国际法是一个真正的规范体系，所以委员会就一个困难良多却又对国际社会非常重要的专题制定一套条款草案，帮助各国编纂和逐步发展国际法，就不能也不应对近几十年来发展的国际法律秩序的重要部分产生不平衡的结果，因为这些重要部分已成为国际法律秩序根本特性。

A. 豁免的法律性质

143. 分析委员会迄今的辩论而得出的一种思路认为，有三种常在要素与豁免的性质有关，影响到限制和例外的问题：(a) 将豁免视为一项单独的权利或视为法院地国行使管辖权的一项例外；(b) 把豁免定性为纯粹程序性的制度，不影响国家官员个人的刑事责任；(c) 认为外国刑事管辖豁免独立于其他形式的主权豁免，特别是国家豁免。虽然其中一些问题在特别报告员以往的报告中已有论述，但此刻有必要重新审视这些问题，为帮助理解起见，紧扣限制和例外专题，简略分析三对概念之间的关系：(a) 豁免和管辖；(b) 豁免和责任；(c) 国家豁免和国家官员的豁免。

1. 管辖和豁免之间的关系

144. 管辖和豁免之间的关系已在委员会先前的工作中讨论过。特别报告员的第二次报告提请注意这两个要素之间的互动，特别是豁免并非存在于真空中，只能针对某现有管辖范围援用。²⁹⁰ 这一推理与国际法院逮捕令案同。

145. 因此管辖的存在是豁免得以成立的起点；无论是实践或是法理都未曾驳倒这一说法。只需指出，一般说来国家法院裁定豁免主张，并非觉得抽象地缺乏管

²⁸⁹ 必须确保体系各种价值观和规范间的平衡，希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官在逮捕令案的联合独立意见明确地表达了这一观点，见《2002 年国际法院案例汇编》，特别是第 71 至 79 段。

²⁹⁰ 见 A/CN.4/661 号文件，第 35-42 段。

管辖权，而是觉得无法对享有豁免权的第三国官员行使管辖。因此在一些案例中，一旦引发豁免的情形不复存在，国家法院便对同样的个人就同样的行为行使管辖，这在主管权上也未出现过问题。

146. 管辖权的事先存在是一种合乎逻辑的要求，并不减损豁免权作为一种必要和有用手段的重要性，这一手段用来保护国际社会的某些价值观和法律原则，特别是国家主权平等原则和维护稳定的国际关系；反之，也不能认为行使管辖权在所有情况下相对豁免具有绝对优先性。相反，豁免的目的正是要冻结或阻止行使管辖权，有时纯属临时性质。因此在实践中，在特定情况下豁免可以凌越管辖权。

147. 然而认为管辖权是事先存在的国家权力，因地位先达而必然优先于豁免，这种看法不可避免地方法层面带来一些相当重要的后果。这些后果可以概括如下：

(a) 豁免自始就视作对行使管辖权的限制；因此豁免本身就是对于法院地国裁判管辖权的限制或例外。

(b) 如同任何对国家主权利力的限制或限定，豁免应从目的性上理解：承认豁免以保护国际社会的价值观、利益和原则，在这里这体现为主权平等原则，正当行使国家职能而不受第三方的不当干扰，以及国际关系的稳定。

(c) 鉴于豁免构成对事先存在的主权利力的限制，其范围的确定和解释仍须限于按所求目的而划定的限度之内。特别是援引豁免只能是为维护豁免主张国家的主权平等，唯一目的是保障该国受国际法保护的合法权益。

(d) 行使管辖权和豁免之间的关系因而必须辩证地看待，以便在法院地国的利益与官员派遣国权益之间找到适度的平衡。在具体案件中管辖权行使或豁免孰胜，取决于所涉的权利和利益以及这些权益基于的整套规范、价值观和法律原则。

2. 豁免和责任之间的关系

148. 分析外国刑事管辖豁免历来依据的前提是，豁免是一个程序性的而不是实质性的制度，其适用并不意味着责任的消失，在这里是指因不法行为而可能产生的刑事责任。这一豁免观点同豁免在实践中的运作方式密切相关，其主要目标是当法院地国的法院在某一案件中谋求对第三国官员采取行动时阻止和防止其行使刑事管辖权。仅在理论上而言，对豁免的这种一般性论述是无法否认的，只要从事界定豁免的法律性质这一工作，就必须接受其为出发点。

149. 认为豁免仅是一个程序性限定的观点也见诸文献和判例法，特别是在国际层面，如前述对惯例的分析。从这一观点来看，豁免和责任二者不能混淆，不能假定豁免会引起有罪不罚。相反，国际法院已明确指出，尽管有豁免，但法院地国的法院仍可不依赖行使管辖权而断定个人的刑事责任。因此管辖豁免似乎具有

的唯一作用是防止通过特定的法律渠道断定责任，这为通过其他更适合这一目的的程序机制来断定这类责任开启了可能性。

150. 然而把豁免仅仅论作程序性限定，从根本上把责任和豁免分开，这样做特别是在刑法领域很难得到绝对性支持。对惯例的分析和对豁免作必要的目的论解释，致使得出的结论更具细微差别。想到的一个例子是援引官方地位作为避免责任的实质性理由，或援引官方地位作为规避管辖行使的程序性理由，这两者的差别十分细微。纽伦堡法庭如何在这两种意义上使用这一术语，本报告分析的判例法和诸多国际文书又是如何多义使用官方地位无关性的说法，只须稍加回顾便很清楚。

151. 承认这一问题，竟然使得国际法院提出了断定责任的替代模式，它既尊重豁免又避免有罪不罚。然而法院克服豁免和有罪不罚之间混淆的努力并不完全令人信服，无法从根本上推论出豁免和责任的分野。某国家官员的刑事责任因援用豁免而无法在某一法院断定，然而只要存在真正和可得补救手段得以断定该官员的刑事责任，这种区别不会造成任何问题。相反，如果这种替代性补救办法不存在或不能有效地达到其目的，那么豁免和刑事责任之间的区别，甚至豁免和有罪不罚之间的区别，将不可避免地开始模糊。

152. 因此国家官员外国刑事管辖豁免的严格的程序性质，即使作为出发点，也给实践带来了某些限制，在分析限制和例外问题时必须充分考虑。这一观点特别适合属事豁免案例，属事豁免同官员因行为引发刑事责任密切相关，即使国家官员任期结束，或失去官方身份，属事豁免依然继续。这类豁免的永久性质也应考虑，因为在某些情况下它可以给豁免和有罪不罚之间的区别带来更多的后果。

3. 国家豁免和国家官员豁免之间的关系

153. 在此阶段须审议的最后要素是国家官员外国刑事管辖豁免与严格意义上的国家豁免之间的区别。特别报告员的第四次报告详细分析了这一问题，特别是涉及“单一行为，双重责任”的方针和国家官员援用豁免的管辖属于刑事性质。²⁹¹

154. 虽然这两个因素都影响到豁免的限制和例外问题，但此刻无须回到这一专题。为本报告目的，只需重申载于 2015 年报告的以下主要结论：

(a) 某一行为归属于国家是决定行为否是以官方身份实施的出发点。然而这一归属本身不足以得出结论说，国家官员因行为享有豁免。

(b) 一个单一行为可能会引起两种不同类型的责任：就国家而言为国际责任，就个人而言为刑事责任。因为存在两种类型的责任，所以须有两种类型的豁免(国家及其官员)。

²⁹¹ A/CN.4/686 号文件，第 96 至 117 段。

(c) 虽然这两类豁免都有共同的目的即保护国家利益，但不能得出结论说，它们受制于相同的条件或相同的法律制度。

155. 因此豁免的限制和例外制度也可能因豁免系国家豁免或系国家官员外国刑事管辖豁免而有所不同，两者之间不能依样转换。²⁹²

B. 国家和国际刑事法院或刑事法庭

156. 处理豁免的限制和例外须考虑的第二个一般性因素是存在受命审理具有最大国际影响罪案的国际刑事法院。尽管这些法院都不在本专题范围，但它们与国家刑事法院有明确的关系，而这一关系对豁免的援用有着切实的影响。因此为界定外国刑事管辖豁免的限制和例外，应当分析国际刑事法院对豁免制度的影响。

157. 这一问题可从两个相反的观点来看待。第一个观点假设建立国际刑事法院和不得在该类法院援用豁免，这同国家官员外国刑事管辖豁免的适用制度没有任何关系。根据这一观点，因为这两种法院性质不同，便有两种不同的豁免制度。这意味着，即使不能在国际法院援用管辖豁免，但管辖豁免在国家法院仍然完全有效，得以援用。第二种观点相反，立足于国际罪行提诉的目标和原则的一致性，而不论其肇事者是在国际刑事法院受审或国内法院受审。既然两种管辖都旨在确定个人的刑事责任和防止最严重的国际罪行犯而不罚，那么豁免规则的使用也必须遵从同样的参数。因此国际刑事法院的存在本身和在该类法院无法援用任何类型的豁免应该意味着任何人包括国家官员都不可能在国家法院援用刑事管辖豁免。

158. 这两种观点侧重于两个不同的要素：前者为豁免的程序性质，后者为犯下国际罪行后个人刑事责任的实质性质。此外，为支持这两种意见中的一端，往往有人提出补充论点，论述特别是在同主权原则的关系方面国家法院和国际法院的差异，以及刑事责任是否可以用替代手段断定。如前所述，所有这些论点甚至出现在各国际法院作出的决定中，包括国际法院(ICJ)、欧洲人权法院和塞拉利昂问题特别法庭。

159. 然而上文所述的两种观点是高度理论性的，忽略了一些决定国家和国际法院之间相互联系特点的非常重要的要素。这些要素中首先是这两类法院处理的刑事罪或违禁行为性质相同，确立竞合管辖权之间的分工制度，以及建立机制在这两类刑事法院之间进行双向合作和司法互助。

²⁹² 在这方面，见国际法学会 2009 年那不勒斯会议关于国家和代表国家行事的个人在国际罪行中的管辖豁免的决议第四条，“上述规定以不妨碍下述问题为限，即一个国家是否以及何时在另一个国家的国家法院审理的与前一个国家一名代表所犯国际罪行有关的民事诉讼中享有管辖豁免权”（《国际法学会年鉴，那不勒斯会议》，第 73 卷，第 230 页）。

160. 这一相互联系模式的相关性不是理论上的；最近试图在南非执行国际刑院逮捕令逮捕巴希尔总统一事表明，这一模式在法院之间的合作领域具有重大的实际后果。这一例子虽经媒体报导而至为引人注目，但绝非仅此一例。同样重要的是，要记住混合的和国际化的刑事法院或法庭这种现象，很难将其划作国内法庭或国际法庭，以及这种法庭给国家官员管辖豁免带来何种后果。²⁹³ 还应指出的是，在国内法院行使豁免，会影响到特别是根据《罗马规约》的补充性原则对竞合管辖权的分工制度。

161. 因为有这些要素，便须更细致更平衡地考虑国家刑事法院和国际刑事法院之间的关系，既顾及国家管辖和国际管辖之间的区别，又铭记上文提到的各种关联。本报告也须顾及这种关系，但由委员会核准的专题范围不变。

162. 为此应当首先分析适用于各国际刑事法院或法庭的豁免制度，特别是国际刑院、前南斯拉夫问题国际法庭、卢旺达问题国际刑事法庭、塞拉利昂问题特别法庭、黎巴嫩问题特别法庭、柬埔寨法院特别法庭、科索沃审判小组、东帝汶重罪特别审判小组、塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭和波斯尼亚和黑塞哥维那国家法院战争罪行分庭。由于所有这些法庭都有起诉国际罪行的专属管辖权，因此如何在这些法庭适用豁免便可能指明一旦犯下本专题国际法意义上的罪行，如何能够形成限制或例外。

163. 如前所述，国际刑院、前南斯拉夫问题国际法庭和塞拉利昂问题特别法庭都裁定，国家官员的外国刑事管辖豁免在这些法庭不适用。²⁹⁴ 然而只有《罗马规约》第 27 条中明确提及豁免问题；²⁹⁵ 东帝汶重罪特别审判小组而后采用这一模式。²⁹⁶ 同时，各特设法庭规约只载有一个一般性条款，规定官方地位或上级命令不得作为理由免除个人刑事责任或限制个人刑事责任的范围；²⁹⁷ 这种措辞还为塞拉利昂问题特别法庭、²⁹⁸ 柬埔寨法院特别法庭、²⁹⁹ 波斯尼亚和黑塞哥维那国家法院战争罪行分庭³⁰⁰ 和塞内加尔司法系统内的非洲特别法庭所采用。³⁰¹ 科索沃战争罪特别

²⁹³ 在这方面，见 Sarah Williams, 《混合的和国际化的刑事法庭：若干管辖权问题》，牛津，Hart Publishing，第 326 至 348 页。

²⁹⁴ 见上文第二章，C 节。

²⁹⁵ 见上文第二章，A 节。

²⁹⁶ 见联合国东帝汶过渡行政当局第 2000/15 号条例第 15.2 节。

²⁹⁷ 见《前南斯拉夫问题国际法庭规约》，第 7 条，第 2 和 4 款；《卢旺达问题国际刑事法庭规约》，第 6 条，第 2 和 4 款。

²⁹⁸ 《塞拉利昂问题特别法庭规约》，第 6 条，第 2 和 4 款。

²⁹⁹ 《设立特别法庭法》，第 29 条。

³⁰⁰ 《刑法》，第 180 条。

³⁰¹ 非洲联盟和塞内加尔协定，所附《规约》第 10.3 条。

审判小组³⁰² 和黎巴嫩问题特别法庭的规则不包含关于官方身份的任何规定；³⁰³ 它们只是说，指挥官或上级的命令不得援作理由。适用规则的这种差别在一定程度上可归因于外国官员交付法庭审判的可能性有多大，但特设法庭不同，根据定义，特设法庭真有这种可能性，但特设法庭没有提及豁免(这没有妨碍特设法庭认为不能援用豁免)。总之即使是在国际刑院和东帝汶特别审判小组的规则中，确立排除豁免也是同官方地位无关性条款紧密相扣。

164. 应该记住，对不得在国际刑事法院援用豁免这一规则的解释不乏争议。虽然这一规则在理论上是国际管辖的一个特点，但是在这方面有必要回顾关于解释《罗马规约》第 98 条第 1 款及其同第 27 条的关系的辩论，³⁰⁴ 因为在巴希尔事件中一些非洲国家决定不予合作，以及由于上文国际司法惯例概述中分析的国际刑院关于不合作的决定，这一辩论尤显重要。³⁰⁵ 无论如何，应当指出的是，从严格意义上讲，第 98 条第 1 款只限制在移交根据国际法享有豁免权人士一事上同国际刑院合作的义务，而且这一限制也仅就要求移交非《规约》缔约国的国民而言。³⁰⁶ 从这一观点严格说来，第 98 条第 1 款提出的限制不影响对国际刑院

³⁰² 见 UNMIK/REG/2003/25，第 10 条。

³⁰³ 《黎巴嫩问题特别法庭规约》，第 3 条第 3 款。

³⁰⁴ 《罗马规约》第 98 条，第 1 款：“如果被请求国执行本法院的一项移交或协助请求，该国将违背对第三国的个人或财产的国家或外交豁免权所承担的国际法义务，则本法院不得提出该项请求，除非本法院能够首先取得该第三国的合作，由该第三国放弃豁免权。”

³⁰⁵ 关于非洲联盟和国际刑院之间争议的范围，见 Maurice Kamto, “L’ ‘Affaire Al Bashir’ et les relations de l’ Afrique avec la Cour pénale internationale”, Maurice Kamga 和 Makane Mbengue Mo ñe (eds.), *L’ Afrique et le droit international: variations sur l’ organisation internationale: Liber amicorum Raymond Ranjeva*, Paris, Pedone, 2013, pp. 147-170; Djacoba Liva Tehindrazanarivelo, “The African Union principle on the fight against impunity and the arrest warrants for Omar Hassan El-Bashir”, in Marcelo Kohen and others (eds.), *Perspectives of international law in the 21st century. Liber amicorum Professor Christian Dominicé in honour of his 80th birthday*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2012, pp.397-442; Dire Tladi, “Immunity in the Era of ‘Criminalisation’: The African Union, the ICC, and International Law”, *Japanese Yearbook of International Law*, vol. 58 (2015), pp. 17-44; Joana Abrisketa Uriarte, “Al Bashir: ¿Excepción a la inmunidad del jefe de Estado de Sud án y cooperación con la Corte Penal Internacional?”, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. 68, No. 1 (2016), pp. 19-47.

³⁰⁶ 见 Concepción Escobar Hernández, “La progresiva institucionalización de la jurisdicción penal internacional”, in Mercedes García Arón and others (eds.), *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 213-257; Dapo Akande, “International Law Immunities and the International Criminal Court”, *The American Journal of International Law (AJIL)*, vol. 98, No. 3 (July 2004), pp. 407-433; Otto Triffterer, “‘Irrelevance of Official Capacity’ – Article 27 Rome Statute Undermined by Obligations under International Law or by Agreement(Article 98)?”, in Isabelle Buffard and others(eds.), *International Law between Universalism and Fragmentation: Festschrift in Honour of Gerhard Hafner*, Leiden, Martinus Nijhoff, 2008, pp. 571-602; C. Kress, “The International Criminal Court and Immunities under International Law for States Not Party to the Court’s Statute”, in Morten Bergsmo and Yan Ling (eds.), *State*

的管辖援用豁免的能力，而影响当国家法院采取措施履行与国际刑院的合作义务时援用豁免的能力。此外实践表明，争议只涉及国家元首(巴希尔总统和肯雅塔总统)，这意味着该问题基本上属于属人管辖豁免专题。简言之，这就是南非法院在逮捕巴希尔总统问题上所面临的问题，³⁰⁷ 显露出在国家法院和国际法院行使豁免的密切关系，需要系统性地解释这两种情形。³⁰⁸

165. 非洲联盟 2015 年通过了《马拉博议定书》，建立了非洲司法和人权法院的国际刑法庭，使本专题进一步复杂化。该议定书的目的是在区域层面解决因两位现任非洲国家元首而引发的有关《罗马规约》第 98 条第 1 款解释争议所造成的问题，办法是在非洲法院规约中列入以下条款：

“不得在本院开始或继续提控任何在任的非洲联盟国家元首或政府首脑，对于任何代行或有权代行其职责者，或国家按职而论的其他高级官员，在任期内亦不得开始或继续提控。”³⁰⁹

166. 这一举措设立了一个区域刑事管辖模式，从而挣脱了(尽管只是部分地挣脱)国家官员不能对国际刑事法院行使管辖援用豁免的规则。虽然无须为本报告的目的而分析这一规定，但仅是这一规定获得通过一事便足以显示行使国际刑事管辖在实践中可能遇到何种国家官员管辖豁免的问题。³¹⁰ 因此看来非洲法院规约的修正案可能代表了国际刑事管辖概念的一个转折点，为国家对国际罪行行使刑事管辖开启一种替代模式。

167. 无论如何，为解决以战争罪或危害人类罪起诉国家元首或前任国家元首问题而寻求非洲解决办法，这不是首次。相反在塞内加尔司法系统设立非洲特别法庭便是另一个例子，它与特设法庭和国际化法庭的情形更为相似。根据这一安排，塞内加尔司法系统的法院能够以犯下危害人类罪和战争罪等罪行而审判前任国

Sovereignty and International Criminal Law, Beijing, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2012, pp. 223-265.

³⁰⁷ 见上文第二章，D 节。

³⁰⁸ 见 Dire Tladi, “The Duty on South Africa to Arrest and Surrender Al-Bashir under South African and International Law: Attempting to Make a Collage from an Incoherent Framework”, University of Pretoria, 2015 (to be published in *Journal of International Criminal Justice*)。作者将本文惠示特别报告员。

³⁰⁹ 《马拉博议定书》第 46 A 条之二。第 46 B 条列出了官方地位无关原则，但受 46 A 条之二所规定的特别制度制约。该议定书尚未生效。

³¹⁰ 对此条款的评注，见 Manisuli Ssenyonjo and Saidad Nakitto, “The African Court of Justice and Human and Peoples’ Rights ‘International Criminal Law Section’: Promoting Impunity for African Union Heads of State and Senior State Officials?”, *International Criminal Law Review*, vol.16 (2016), pp.71-102; and Dire Tladi, “The Immunity Provision in the AU Amendment Protocol. Separating the (Doctrinal) Wheat from the (Normative) Chaff”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 13(2015), pp. 3-17.

家元首，这证实在这类罪案中不能援用豁免。对侯赛因·哈布雷的判决认定他犯有这类罪行，并处以终身监禁，而全然未提豁免，便是明证。³¹¹

168. 《罗马规约》序言中忆及“各国义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权”的段落³¹²在此背景下具有了特殊的意义。这一说法为采用《罗马规约》中的补充性原则来确定国际刑院和国家法院之间的管辖权划分奠定了基础。根据这项原则，国家法院的作用不应低估或忽视。³¹³相反，加强国家法院审理国际罪行案件的能力现已成为国际刑事司法新模式的一个基本要素，它甚至引发了“积极互补”的概念。³¹⁴

169. 在这一背景下，承认国内法院在打击国际罪行方面的关键作用，以及承认必须确保国内法院司法程序的效力，便成为委员会不可忽视的两个因素。因此委员会似可认为应在审议国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外问题时将这一因素考虑在内。³¹⁵

C. 豁免的限制和例外概念

170. 在整个第五次报告中，在提及国家官员豁免不行于另一国法院之处，使用了“豁免的限制和例外”一语，好像它是一个单一的类别。然而第四次报告指出，“限制”和“例外”各为一个独立的概念。“限制”是指划定制度界限的要素；因此它必须处于界限之内，因为它同构成这一制度的其他要素相关。而“例外”处于制度之外；虽然制度仍保持其界限，但在某些情况下，由于制度外某些要素的存在，制度无法适用。

171. 如果这一区分用于国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外，那么豁免的限制势必同界定每类豁免的规范性要素相关，而例外则由来自国际法律秩序其他组成部分的外部因素界定，规范性要素在此只具次要作用。从这一角度看，豁免

³¹¹ 对侯赛因·哈布雷的判决 2016 年 5 月 30 日颁布。见“Prononcé-résumé du jugement HH 20160528 (620786)”，载于非洲特别法庭网站 www.chambresafricaines.org。

³¹² 序言部分第 6 段。

³¹³ 关于补充性原则，除其他外，见 Carmen Quesada Alcalá, *La Corte Penal Internacional y la soberanía estatal*, Valencia, Tirant lo blanch, 2005; Concepción Escobar Hernández, “El principio de complementariedad”, in Juan Yóñez-Barnuevo (ed.), *La Justicia Penal Internacional: una perspectiva iberoamericana*, Encuentro Iberoamericano sobre Justicia Penal Internacional, Madrid, Casa de América, 2001, pp. 78-100。

³¹⁴ 这一概念是由国际刑事法院罗马规约缔约国大会提出并在坎帕拉审查会议上讨论，其后大会内又产生了若干后续举措。

³¹⁵ Keitner 在一些强调她所谓横向执行的论文里提到这一想法，“Germany v. Italy and the Limits of Horizontal Enforcement……”。同样的想法也见于她最近提交美国国际法学会国家官员豁免研讨会的论文：“Horizontal Enforcement and the ILC’s Proposed Draft Articles on the Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction”, *AJIL Unbound*, vol. 109 (2015), pp. 161-166。

的受益人、以官方身份实施行为的概念和豁免的时间层面应视为不同的类别，豁免限制围绕这些类别而设。与此对照，遵守整个国际法的价值观和法律原则和需要确保豁免不对国际法的其他领域(如国际刑法、国际人道主义法或国际人权法)产生不良影响，这应成为定义豁免例外的起点。

172. 然而这一理论上的区别在实践中的反映却没有如此清晰完美。如本报告第三章所述，“限制”和“例外”二语在国际法庭的用法、在各国的评论和意见或司法、立法或条约惯例中的用法，都不太成体系。在大多数情况下，国家和司法从业人员提起豁免这种现象并非一直使用同样的措辞，有时甚至都没提起有豁免有限制或例外一事；它们仅称豁免在国家法院不适用或不能援用。另一方面，应当指出，对同一行为，这两个词的使用不一致或不确定，包括司法从业人员明确提到限制和例外的区别之处。在这方面，酷刑案件或一般国际罪行案件意义很大：有些司法从业人员认为此类罪行构成限制，而另外一些司法从业人员认为它们构成例外。然而在所有这些案件中，最终的目标是相同的：宣布针对某类行为不能援用国家官员的外国刑事管辖豁免。换句话说，这两种案件中豁免制度“不适用”，法院地国的管辖权无碍。

173. 然而这一问题既非新起，甚至亦非本专题独有。在这方面，只需回顾一些涉及豁免的公约所反映的过去的实践便够了，这些公约是从委员会以前通过的条款草案发展而来。仅举与本专题关联最密的《维也纳外交关系公约》、《维也纳领事关系公约》、《特别使团公约》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》为例，这些公约都没有划明限制和例外的区别。它们只列明受文书辖制的某些豁免在哪些情况下不适用。最显著的例子还是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》，它对限制和例外不作任何区分，并在同一标题(《公约》第三部分)下论述不适用的原因，其基础不仅是国家行为，而且还有国家行为的后果，谋求管辖的财产，或存在双方商定的特殊的争端解决机制。

174. 就本专题而言，似乎不必断然区分限制和例外。此外正如第四次报告所说，就具体案件在限制和例外这两个概念之间作出抉择，其后果可能远远超出豁免制度，特别是碰到国际罪行案，把国际罪行定为限制或例外可能给关于国家责任的国际制度带来重大后果。³¹⁶ 因此特别报告员认为，更明智和更能反映实践的做法是，从豁免的一般观点来看待这一专题，即在特定情况下不能援用豁免，最突出的例子是犯下国际法上的罪行。这将是第7条草案的重点，该条列于本报告。

175. 无论如何，应当指出本报告并未把限制和例外作为独立的要素处理，仅是力图确保拟议的条款草案涵盖这两个概念。然而限制和例外之间的区别具有方法

³¹⁶ 见 A/CN.4/686 号文件，第 122 至 126 段。相反意见见 William S. Dodge, “Foreign Official Immunity in the International Law Commission: the Meaning of ‘Official Capacity’”, Symposium on the Immunity of State Officials of the American Society of International Law, AJIL Unbound, vol. 109(2015), pp. 161-166。

上的意义，特别是因为须按阐释学的标准来确定豁免限制或例外是否存在。例如，确定限制的标准必须与豁免的规范要素，特别是豁免所涉的行为密不可分，必须基本上根据豁免和管辖之间的现有关系加以解释。至于例外，豁免的规范要素就不是确定豁免不适用的唯一依据；不适用可基于制度以外的其他要素，如前所述，此类要素可来自整个国际法律秩序。在前者，豁免不适用必须以归纳法确立，而后者可以推理法确立。两种方法本报告都必须适当考虑。

176. 下章分析豁免的限制和例外的基础，论述这些基础就必须顾及上文提到的方法上的考虑。

四. 国家官员的外国刑事管辖豁免不适用的情形

177. 鉴于上文作出的分析，本章旨在确定豁免限制或例外的范围：(a) 确定此类例外可能适用的具体领域；(b) 确定是否可以对属人豁免和属事豁免都援用这种例外，抑或仅可对后者援用(D 节)。关于第一点，本章将逐一考察以下各种情形：国际罪行(A 节)；在法院地国领土上造成的损害(B 节)；腐败(C 节)；第 7 条草案(E 节)，其中涉及不适用豁免的情况。

A. 国际罪行

178. 如本报告上文所述，犯下国际罪行是关于国家官员的外国刑事管辖豁免的限制和例外的辩论的核心问题，其原因无疑可归结为两个因素：一方面是国际罪行与强行法之间的联系；另一方面是在豁免和打击有罪不罚现象之间作出的不可避免的比较。国际罪行在有关豁免例外的辩论中的重要性，也和国际刑法自二十世纪末以来的持续机构化相关联，并受其影响。这种机构化进程，主要表现在国际刑事法院或法庭的成立。

179. 上文分析的惯例揭示了国家法院如何以某种方式处理豁免背景下的国际罪行。这些惯例虽然各不相同，但日益呈现出一个明显的趋势，即将犯下国际罪行视为适用国家官员外国刑事管辖豁免的障碍，其原因或是因为此种罪行不应视为官方行为，或是因为此类罪行被视为豁免的例外，因为此类罪行性质严重，或者破坏了整个国际社会所承认的价值观和原则。另一方面，虽然国家法院有时也会承认犯下国际罪行的国家官员的外国刑事管辖豁免权，但必须铭记在心的是，国家法院这样做只是针对属人豁免，只有在特殊情况下才针对属事豁免。值得注意的是，各国际刑事法院或法庭在行使其管辖权时从未承认国家官员免受外国刑事管辖。

180. 因此，可以初步得出结论认为，倘若国家官员涉嫌犯有国际罪行，当代国际法确认此种情形构成国家官员外国刑事管辖豁免的限制或例外。不过，

有些国际法学家对此持有不同的看法。³¹⁷ 也有一些国家法院承认官员的刑事管辖豁免权的实际案例，包括在当他们涉嫌犯下国际罪行时。在下节中，我们将从两个不同的视角分析国际罪行和国家官员的外国刑事管辖豁免之间的联系：(a) 存在对此种限制或例外的特征作出标识的国际习惯；(b) 系统性承认国际罪行是对豁免权的限制或例外。虽然这两种情形密切相关，但为明确起见，本报告将作分别处理。本分节将审视可能构成行使豁免权的限制或例外的国际罪行。

1. 将犯下国际罪行视为豁免权的限制或例外的习惯规范

181. 上文第二章对于惯例的分析侧重于但不限于国家立法和司法惯例，分析表明，国际罪行往往被视为行使外国刑事管辖豁免的限制或例外，但对于这种惯例是否有充分的一致性和统一性足以构成国际习惯的实质性要素之一，有人表示质疑。对于此类惯例是否伴有可能构成法律确信的法律义务感，一些人也表示质疑。还有人指出，国际判例一致表明并不存在此种例外，在识别将犯下国际罪行视为对豁免权的限制或例外的习惯规范时，国际判例应优先于国家判例。简言之，各方讨论的焦点是：是否存在这样一种习惯规范，将国际罪行视为国家官员外国刑事管辖豁免的例外或限制。³¹⁸

182. 确定是否存在此种习惯规范绝非易事，围绕这一问题展开的辩论不容忽视。本报告对这一问题展开分析是必要和有益的，因为它可能影响到委员会的决定，即是否将这种限制或例外纳入其当前正在拟订的条款草案中。这一决定无疑是我们工作中最敏感和最困难的任务之一，但缔约国和整个国际社会对它的兴趣也最为浓厚。

183. 应参照委员会关于识别习惯的现行工作，特别是起草委员会临时通过的结论草案³¹⁹ 展开这一分析，委员会在本届会议第一期会议的一读过程中表示注意到该结论草案。从结论草案中可以演绎出与本报告的目的相关的以下要点：

(a) 为确定习惯国际法规则的存在，必须确定是否存在“被接受为法律的一般惯例(法律确信)”；³²⁰

³¹⁷ See Ingrid Wuerth, “*Pinochet’s legacy reassessed*”, AJIL, vol. 106 (2012), pp. 731-768; Roger O’keefe, “An ‘International Crime’ Exception to Immunity of State Officials from Foreign Criminal Jurisdiction: Not Currently, Not Likely”, in Symposium on the Immunity of State Officials of the American Society of International Law, AJIL Unbound, vol. 109 (2015), pp. 167-172.

³¹⁸ O’keefe: 《国际罪行》。另一方面，Pedretti 编著的《国家元首豁免权》第 57-98 页进行了一项很有意思的研究。她得出结论认为，确实存在这样一种习惯规范。

³¹⁹ 见 A/CN.4/L.872。

³²⁰ 同上，结论草案 2。

(b) 相关惯例“主要是国家惯例”，³²¹“国家惯例包括国家的行为，不论此行为是行使行政、立法、司法还是其他职能”；³²²

(c) 惯例“可表现为多种形式”，“在某些情况下也包括不作为”。³²³就本文的目的而言，下列形式值得注意：“外交行为(……)；与一个国际组织通过或在政府间会议上通过的决议有关的行为；与条约有关的行为；(……)；立法和行政行为；国家法院的裁决”。³²⁴

(d) 一个具体国家的所有已知的惯例都应加以考虑，作为一个整体进行评估，³²⁵同时考虑到“不同形式的惯例之间没有预先确定的等级”；³²⁶

(e) 在任何情况下，惯例都“必须具有普遍性，也就是说它必须足够普及、有充分的代表性和前后一致”；³²⁷

(f) 惯例要构成国际习惯，其“行使必须带有一种法律权利或义务感”；³²⁸

(g) 在评估惯例和法律确信时，“必须考虑到总体背景、该规则的性质，以及”用于此目的的“[两个]构成要素每一要素的[……]具体情况”。³²⁹

(h) “国际上的法院和法庭特别是国际法院(ICJ)的裁决(……)是确定”习惯规则的“辅助手段”，³³⁰但是此类裁决本身并不构成创立一项国际习惯的惯例。³³¹

184. 根据委员会的这些准则，特别报告员认为，有充分的组成要素表明，承认国际罪行为豁免的限制或例外的习惯规范是存在的。理由如下：

³²¹ 同上，结论草案 4，第 1 段。

³²² 同上，结论草案 5。

³²³ 同上，结论草案 6，第 1 段。

³²⁴ 同上，结论草案 6，第 2 段。

³²⁵ 同上，结论草案 7，第 1 段。

³²⁶ 同上，结论草案 6，第 3 段。

³²⁷ 同上，结论草案 8，第 1 段。

³²⁸ 同上，结论草案 9，第 1 段。

³²⁹ 同上，结论草案 3，第 1 段。

³³⁰ 同上，结论草案 13，第 1 段。

³³¹ 在这方面，请参见结论草案 6 第 10 段、结论草案 10 第 2 段和结论草案 13 第 2 段提及国家法院裁决之作用的方式，以及结论草案 13 第 1 段提及国际法院和法庭裁决的有限方式(同上)。

(a) 尽管国家法院在上文分析的案例中采取了多种多样的立场，我们还是可以发现支持视国际罪行为豁免例外的趋势，特别是(但不限于)国家法院在刑事管辖问题上采取的立场；

(b) 在国家法院因犯下国际罪行而实施任何形式的限制或例外的案例中，国家法院始终提及此类罪行违背了当代国际法的现有规范或原则；因此，我们可以确认，国家法院的裁决是基于这样一种信念，即法院是在根据国际法行事，而不是行使绝对的酌处权，这一点与履行司法职能并不相符。对于司法机构在国家尚无具体规范提及行使豁免权或者虽有此类规范但并未明确提及国际罪行可能构成例外的情况下作出的裁决而言，这一结论的重要性更为突出。这一结论对于以下案例也同样重要：国家法院行使管辖权时没有提及具体国家官员的豁免权，虽然如果法院认为豁免权适用于该案，本应提及豁免权——要么是因为法院在有关判决中提及了其他国家官员的豁免权(从而承认此类豁免权)，要么是因为法院在其他判决中结合国家官员涉嫌犯下的国际罪行提及了上述豁免权；

(c) 犯下国际罪行的国家官员不适用外国刑事管辖豁免，不仅反映在司法惯例中，也同样反映在过去二十年来通过的国家法律中，这些法律已逐步将此类限制或例外明确纳入国内法之中；

(d) 司法和立法领域以外的国家惯例，特别是在国际组织内的国家惯例还表明，多数国家采取的立场是国际罪行构成豁免的例外或限制。这尤其反映在各国在第六委员会就这一专题的发言以及各国在答复委员会有关本专题的问题时提交的书面材料中；

(e) 国际法学家的著述中也确认存在对犯下国际罪行的国家官员豁免的限制或例外，必须将其视为识别习惯的“辅助手段”之一。在这方面，国际法学会值得特别称道。自本世纪初以来，该学会在多项决议中提及存在此种例外。

185. 不过，值得一提的是，一些国际法学家和一些国家也对上文所述的结论提出了重要反对论点，包括：(a) 有同样重要的惯例不支持对犯下国际罪行的国家官员的豁免权适用例外或限制；(b) 国际判例(尤其是国际法院和欧洲人权法院的裁决)不承认存在对犯下国际罪行的国家官员豁免权的限制或例外；(c) 据称构成习惯规范基础的国家惯例并不属于一般惯例的范畴，而且也不够一致，缺乏充分的代表性。虽然这些反对论点的重要性不能忽视或淡化，但特别报告员认为，应以细致入微的方式评估这些论点。

186. 应当指出，上文提及的第一项反对意见基于一般惯例，不仅涉及国家官员的豁免，而且更重要的是还涉及国家的豁免。这种论点是否应视为与当前的讨论相关，是值得质疑的。因为它们不大可能考虑到上文所述确定惯例的“总体背景、规则的性质和具体情况”。³³²

³³² A/CN.4/L.872，结论草案 3.1。

187. 第二，尽管国际法院和欧洲人权法院的裁决对于国际法律秩序而言十分重要，但它们只能被视为确定惯例存在的一种“辅助手段”，再加上能够证明习惯规范存在的法律确信，在惯例的形成过程中永远无法取代国家法院。此外，国家法院的作用对于我们当前审议的专题尤为重要，因为豁免权总是由国内法院援引的，在一个国家认定哪些规范属于国际法时，国家法院的裁决是不可逆转的要素。如上文所述，被视为权威的国际法院和欧洲人权法院的裁决直接涉及国家豁免，但在涉及国家官员的外国刑事管辖豁免时，这些裁决范围有限(特别是国际法院的裁决)，因为它们专门处理属人豁免。

188. 认为用来证实存在豁免限制或例外的惯例缺少一般性，这种观点更有价值。在这方面确实如此，国内法院的裁决、国内规范和其他类型的国家声明数量有限，其内容有时并不完全一致或统一。但是，正如委员会自身在识别习惯国际法的工作中刚刚认识到，必须结合识别惯例的领域评估惯例数量的重要性。³³³ 就本项研究而言，这一领域必然受限于其所涉行为(国际罪行)的性质，因为尽管国际罪行十分严重，但这些行为完全是在国际社会犯下的。此外，由于允许针对外国国民犯下或在外围领土上犯下的此类罪行提起诉讼的国家命令数量有限，惯例的数量也有限。不过，值得注意的是，与采用某种形式的限制或例外的裁决共存的，是即便在发生国际罪行情况下也适用豁免权的裁决，但这种共存现象与国际习惯的形成过程并非完全无关。由于其非正式性和自发性，这一进程至少在规范形成的最初阶段允许不同惯例共生共存，同时又不影响惯例的产生。最后，关于惯例的非代表性，值得一提的是，可以在多个区域识别惯例的外在表现，质疑某个区域的豁免权和国际罪行之间的关系并不影响对任何形式的豁免权适用限制或例外，但属人管辖豁免除外。上文提到的过去几年间发生在非洲的辩论，³³⁴ 就是一个很能说明问题的实例。在任何情况下，即使在有人可能怀疑是否存在可产生国际惯例的一般惯例的情况下，似乎无论如何都不可能否认，确实存在一种明显的趋势，反映正在出现的习惯。

189. 因此，特别报告员认为，的确可以根据习惯国际法的规范将犯下国际罪行视为对国际刑事管辖豁免的限制或例外。

2. 国际罪行作为豁免例外的系统性分类

190. 关于是否存在一种习惯规范将国际罪行定义为豁免的限制和例外，通过系统性地分析当代国际法中豁免和国际罪行之间的关系，可发现有如下论点支持此类规范的存在。

³³³ 关于惯例的“一般”性质，参见关于识别国际惯例的第二次报告(A/CN.4/672 号文件，特别是第 52-57 段)。

³³⁴ 见第三章，B 节。

(a) 保护整个国际社会的价值观：强行法和打击有罪不罚现象

191. 如前所述，国家司法惯例提供了将国际罪行视为豁免的限制或例外的实例。第一类案例是，所涉行为不能视为以公务身份实施的行为，因此该国际罪行不属于豁免范围。第二类案例是，所涉国际罪行构成豁免的例外，即使这些罪行属于实施国家政策的一部分或与开展国家活动有关，因此可视为以官方身份实施的行为。无论如何，这两种情况结果相同：国家官员的外国刑事管辖豁免不适用于所涉国际罪行。

192. 上述两类案例援引的理由均属于实质性理由，将国际罪行定性为违反国际社会基本价值观、规范和法律原则的行为。归根结底，相关主张是此类罪行违反了不得克减的强行法规范。在这两类案例中，将国际罪行定性为构成豁免的限制或例外也是出于现实道义的需要，整个国际社会已鄙视最严重的国际罪行不受惩罚的现象并为消除这一现象而携手合作。

193. 无可辩驳的是，国际罪行违反了国际社会的基本价值观、规范和法律原则；甚至那些认为外国刑事管辖豁免可适用于国际罪行的人士也承认这一点。无论如何，这一主张是打击有罪不罚现象的前提，是当今社会和国际法的价值观和目标之一。然而，虽然这一点显而易见，未受质疑，但有人质疑上述两项主张的法律地位，并推定两者仅体现了国际法规范中并不存在的价值观和趋势。然而，通过系统分析当代国际法中的相关现象，可见对其法律地位的这一质疑并无根据。

194. 虽然有罪不罚和打击有罪不罚这两个概念有不可否认的社会含义，但不可否认，由于第二次世界大战以来国际法的发展，两者也已成为法律概念。事实上，由于当代国际法两个主要领域(国际人权法和国际刑法)的合并，这两个概念已具有法律含义。³³⁵

195. “有罪不罚”概念已获得法律含义，因为社会价值已具备法律规范的性质。就当前目的而言，添加这一法律层面的主要途径是在国际人权法和国际人道主义法下宣布无论战争时期还是平时时期人类尊严固有权利涉及的一系列义务，如果

³³⁵ 因此，不足为奇的是，过去 20 年发表的研究已对国际刑法和国际人权法下豁免和国际罪行之间的关系进行了分析。在这方面，见 Van Alebeek, *The immunity of States*……On the human rights component of the debate, see Stacy Humes-Schulz, “Limiting Sovereign Immunity in the Age of Human Rights”, *Harvard Human Rights Journal*, vol. 21, No. 1(Winter 2008), pp. 105-142; Jo Stigen “Which Immunity for Human Rights Atrocities?”, in Chile Eboe-Osuji, ed., *Protecting Humanity. Essays in International Law and Policy in Honour of Navanethem Pillay* (Leiden, Martinus Nijhoff, 2010), pp. 749-788; Beth Stephens, “Abusing the Authority of the State: Denying Foreign Official Immunity for Egregious Human Rights Abuses”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, vol. 44 (November 2011), pp. 1163-1183. It should also be borne in mind that the report prepared by Lady Fox for the Institut de Droit International, which served as the basis for the adoption of the Naples resolution (2009), was entitled “The Fundamental Rights of the Person and the Immunity from Jurisdiction in International Law”.

这些义务未获遵守，则将对国家和个人都产生法律后果。其后果通过两方面感知，首先通过相关规则，规定国家因违反人权和国际人道主义法的规范而可能承担的国际责任，其次通过界定犯罪人可能需要承担个人刑事责任的国际罪行。这两种情况都体现了通用的责任概念，在人权、国际人道主义法和国际刑事法领域，这个概念由“问责(accountability)”一词传达。有罪不罚这一概念，从反面理解则表示为“缺乏问责(unaccountability)”，与问责的法律概念相对，并和问责一样，同样具有法律含义。³³⁶ 此外，“问责”所适用的以及“有罪不罚”导致未获保护的要素也具有法律价值：国际公认的人权、用于保护武装冲突局势中的受害者以及禁止某些战斗手段和方法的基本规范。如今已无人质疑这些价值构成国际法规范的说法。

196. 此外，“打击有罪不罚”这一概念也已具有法律含义，特别是各方为此启动了多项国际合作机制，起初旨在确定违反上述规范所涉国家责任，近来旨在确定个人刑事责任。这些机制通过设立旨在保护国际人权的司法等机构以及设立国际刑事法院，在国际一级开展运作。

197. 然而，相关国际合作并非限于设立国际机构和程序。相反，应该指出，几乎所有设立保护人权制度的国际条约都规定，各国义务在国内法中为此制定适当补救办法。³³⁷ 在开展合作以惩治国际罪行方面，信息更加明确：在设立国际刑事

³³⁶ 关于问责和有罪不罚，见 Daniel W. Van Ness, “Accountability”, in Jennifer J. Llewellyn and Daniel Philpott, eds., *Restorative Justice, Reconciliation, and Peacebuilding* (Oxford, Oxford University Press, 2014); Paul Craig, “Accountability”, in Damian Chalmers and Anthony Arnall, eds., *The Oxford Handbook of European Union Law* (Oxford, Oxford University Press, 2015) (他指出问责可能包含政治、法律和财务因素); Ramesh Thakur and Peter Malcontent, eds., *From Sovereign Impunity to International Accountability: the Search for Justice in a World of States* (Tokyo, United Nations University Press, 2004); Andrea Bianchi, “Serious violations of human rights and foreign states’ accountability before municipal courts”, in Lal Chand Vohrah et al., eds., *Man’s inhumanity to man: essays on international law in honour of Antonio Cassese* (The Hague, Kluwer, 2003), pp. 149-182. 大会一直强调问责在法治方面的重要作用。在《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》中，各国“承诺，对于灭绝种族罪和危害人类罪，对于违反国际人道主义法行为和严重违反人权法行为，确保绝不容忍有罪不罚，并确保对于此类违法行为要进行适当调查，给予适当制裁，包括通过国家机制，或根据国际法酌情通过区域或国际机制，将任何罪行的实施者绳之以法。为此，(……)鼓励各国加强国家司法制度和机构”(第 22 段)，并“强调必须对过渡时期司法采取一种全面的办法，整合全面的司法和非司法措施，以便确保问责制、伸张正义、向受害者提供补救措施、推动康复与和解、建立对安全系统的独立监测、恢复对国家体制的信任并促进法治。在这方面，[各国]强调调查真相进程，包括那些调查以往违反国际人权法和国际人道主义法的行为及其原因和后果的进程，是补充司法进程的重要工具”(第 21 段)(2012 年 9 月 24 日大会第 67/1 号决议)。

³³⁷ 在国际一级，见《公民权利和政治权利国际公约》，第 2 条，第 3(a)款和第 14 条(另见 2007 年通过的第 32 号一般性意见)[人权事务委员会的报告，《大会正式记录，第六十二届会议，补编第 40 号》，第一卷，(A/62/40 (Vol. I))，附件六]；《消除对妇女一切形式歧视公约》，第 2 条(c)项。在区域一级，见《欧洲人权公约》，第 6 和第 13 条；《欧洲联盟基本权利宪章》，第 47 条；《美洲人权公约》，第 8 和第 25 条；《非洲人权和人民权利宪章》，第 7 条。人权理事会申明需

法院或法庭之前的标准模式中，完全是由各国(及其法院)通过本国法律和机构惩治国际罪行。直至今日，这一模式仍然存在，很大程度上是因为有关国际罪行的国际条约规定，国家有义务根据国内法赋予国家法院惩罚这类罪行的管辖权。³³⁸

198. 因此，根据国际法和各国国内法，有罪不罚和打击有罪不罚这两个概念具有明确的法律含义。事实上，这两个术语均有多层含义，并具有明确的社会学含义，这并不剥夺两者的法律意义或将其局限为非法律或超法律的概念。

199. 这些概念的法律性质也体现在它们和强行法规范之间的联系上。各方公认，许多承认人权或禁止某些行为的此类规范属于明确的强制性规范。为当前目的，这一点特别适用于灭绝种族罪、危害人类罪、最严重的战争罪和酷刑，这些罪行通常被称为违反强制性规范的行为。还应铭记，委员会自身在以前关于条约法、《危害人类和平及安全治罪法》草案以及关于国家对国际不法行为的责任条款对这些罪行作了如上定性。由于国际罪行构成违反国际法强制性规范，因此不足为奇的是，一些国家的法院认为，根据这一事实足以得出结论认为国家官员的外国刑事管辖豁免不适用于国际罪行。这就是为什么《罗马规约》第二十七条规定，不得在国际刑院援引官方身份以及国家和国际豁免，不得用其进行程序辩护，妨碍法院行使管辖权。

200. 前面第二章的惯例分析显示，许多国家法院和相当多的国家已经接受了强行法是导致放弃豁免的依据的这一理解。不过，应记住，国际法院在国家管辖豁免案中明确否定了这一理解，理由是强行法规范和关于国家豁免的规范是两套不同的规则。此外，欧洲人权法院曾援引类似论据判定，在酷刑行为案件中，国家的民事管辖豁免并未放弃，不过欧洲人权法院明确认定，酷刑行为违反了国际法的强制性规范。

201. 关于从对强行法规范定义(在本报告中无需述及)³³⁹ 的影响方面评估该判决，应当指出，在该判决中，欧洲人权法院并未述及这类规范的解释性效力，而这

要“确保问责、伸张正义[并]向受害人提供补救措施”：人权理事会关于寻求真相、正义、赔偿和杜绝再犯问题特别报告员的第 27/3 号决议(A/HRC/RES/27/3)，2014 年 10 月 3 日。

³³⁸ 见《防止及惩治灭绝种族罪公约》，第 5 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 5 和第 6 条；《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》，第 6 条；《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》，第 4 条。

³³⁹ 关于这一问题，除其他外，见 Onder Bakircioglu, “Germany v Italy: The Triumph of Sovereign Immunity over Human Rights Law”, *International Human Rights Law Review*, vol. 1 (2012), pp. 93-109; J. Craig Barker, “International Court of Justice: Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy) Judgment of 3 February 2012”, *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 62 (July 2013), pp. 741-752; Andrea Bianchi, “Gazing at the crystal ball (again): state immunity and jus cogens beyond Germany v. Italy”, *Journal of International Dispute Settlement*, 2013, pp. 1-19; François Boudreault, “Identifying Conflicts of Norms: The ICJ Approach in the Case of the Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece Intervening)”, *Leiden Journal of International Law*, vol. 25 (2012), pp. 1003-1012; Alexander Orakhelashvili, “Jurisdictional

一点特别有意思，委员会自身曾提请注意。委员会已经指出，如当前审议案件所示，主要规范之间的冲突并非一定要通过确定责任来解决；应当铭记，所有强行法规范都有解释性效力，可在无需考虑责任规则问题的情况下解决可能存在的矛盾。

202. 在处理国家官员的外国刑事管辖豁免与国际罪行的关系时，应谨记这一解释性效力。因此，只要国际罪行违反了强行法规范(酷刑案件无疑属于此类)，法律工作者都应谨记这一解释性效力，使自身的解释同时符合这两类规范。此种解释必须逐案作出，但原则上，弃用刑事管辖豁免的理由可以是：这些罪行并非以官方身份实施的行为；或者在某些特别严重的情况下，国际社会的基本法律价值观受到破坏，必须放弃豁免。

203. 此外，应当铭记，国际法院关于国家豁免的结论不能自动、全面地适用于国家官员的外国刑事管辖豁免与强行法规范之间的关系。国际法院在其 2012 年的判决中指出，豁免和强行法之间没有冲突，因为豁免属于程序事项，而强行法具有实质性。因此，仅仅为行使管辖权设立一道限制并不妨碍一国通过另一渠道承担责任，因此并不减损强制性规范；因此，强制性规范依然保留自身的基本特性之一，即在任何国际法规范下都无法被克减，除非遇到另一强行法规范。

204. 铭记国际法院此处指的是民事管辖豁免，一个国家的责任及其最重要的法律后果(恢复权利、支付补偿、赔偿损失等)可通过另一渠道确定，无论是国内渠道(据称承担民事责任的国家的法院)或国际渠道(在可能情况下，国际法院；行使外交保护；仲裁；或谈判等)。因此，从严格的法律角度来说，法院关于豁免是纯粹的程序性机制的主张是不容质疑的。

205. 然而，这一结论不能绝对适用于本报告提及的豁免类型。应铭记国家官员的外国刑事管辖豁免有两个具体特点：(a) 在刑事法院行使；(b) 具有阻止采取任何旨在为某类罪行确定个人刑事责任的法律行动的效力。关于第二个特点，不可否认的是，只有通过刑事诉讼才能确定相关刑事责任并产生必要结果(宣布无罪或有罪，并在适当情况下实行惩罚)，上段所述仲裁、外交保护或国家间谈判等替代机制均无法取代刑事诉讼。因此，豁免完全符合仅是一种“程序限制”的标准，为确定有关国家官员的刑事责任而诉诸刑事法律机制而非法院地国的法院，无论这一机制是有关官员所属国家的刑事法院、一个主管国际刑事法院或通过适用特别规则有权审判国家官员而不会发生豁免主张的另一国家法院。然而，无法绝对保证诉讼会向这些替代法院提起，因为这取决于许多因素，例如有关官员所属国家存在阻止该官员被审的特殊规范，国际法院缺乏管辖权，或存在明确允许第三国干预的条约规范。如果这些替代法院都无法审理有关国际罪行，则会产生

Immunities of the State, ICJ, Feb. 3 2012”, *American Journal of International Law*, vol. 106, pp. 609-616; Jure Vidmar, “Rethinking Jus Cogens After *Germany v. Italy: Back to Article 53?*”, *Netherlands International Law Review*, vol. 60, No. 1 (May 2013), pp. 1-25.。

上文第三章 A 节所述现象：外国刑事管辖豁免失去其完全程序性性质，获得实质性成分，从而成为“程序性限制”兼“实质性限制”。国际法院在国家管辖豁免案中的判决未考虑这一可能性，因此，不可能得出结论认为，法院关于豁免与强行法规范之间没有冲突的说法适用于犯下国际罪行的国家官员的外国刑事管辖豁免案件。

(b) 被害人诉诸法律和获得赔偿的权利

206. 与前述各段所述论点密切相关的说法是，对国际罪行适用管辖豁免相当于剥夺罪行被害人诉诸法律和获得赔偿的权利。

207. 剥夺被害人诉诸法律的权利历来是被用于限制任何形式豁免的范围的论据之一。³⁴⁰ 毫无疑问，此项权利具有作为一项基本权利的优势，没有这一权利，获得有效司法保护和公平审判的权利就毫无意义。³⁴¹ 然而，正如欧洲人权法院所指出，³⁴² 诉诸法律的权利也受到一些限制，在处理该权利和豁免之间关系时，需采取目的性办法，考虑到如下事实，即从定义上而言，豁免的目的是“阻止”司法程序，因此必然涉及限制诉诸法律的权利。

208. 此外，在国家官员的外国刑事管辖豁免的案件中，诉诸法律的权利有一些具体特点，应予以适当考虑。首先，刑事诉讼程序不一定由罪行被害人提起，对第三国官员所犯国际罪行提起诉讼可受到国内法设立的某些限制，这些限制出于原则上维护国家公共利益的理由，允许国家机构控制管辖权的行使。其次，提起诉讼不仅是为了捍卫被害人个人的利益和权利，还为了维护国家和国际公共秩序，确保整个国际社会珍视的规范得到遵守。最后，诉讼的目的正是为了确定国际罪行所涉个人刑事责任，这只能通过司法渠道完成，无论是法院地国的法院、官员所属国家的法院或国际刑事法院。在这种情况下，要确定诉诸法律的权利意义何在以及在何种情况下这一权利因适用刑事管辖豁免而无法得到保障(即使在国际罪行案件中)，并非易事。

209. 显然，豁免的适用将限制个人诉诸法院以就国际罪行提出申诉或指控的权利。然而，如果由国家主管当局提起刑事诉讼，且诉讼因适用豁免而停滞不前，这项权利也将受到损害。如要使豁免与诉诸法律的权利相互抵触，则这一限制必须如欧洲人权法院所言，相当于丧失权利本身。换言之，必须没有其他手段可用于让法院裁决是否已犯下国际罪行，以及如果是，有关国家官员是否对该罪行负有刑事责任。如果没有此种补救，豁免不仅将剥夺诉诸法律的权利，而且还将使

³⁴⁰ 见 the commentary on the judgment of the Italian Constitutional Court of 22 October 2014 (para.122 *supra*)。

³⁴¹ 见 European Court of Human Rights, case of *Golder v. United Kingdom*, judgment of 21 February 1975, Series A, No. 18, paras. 28-36。

³⁴² 见 chapter II, section B.2。

导致归根结底属于违反国际法强制性规范的国际犯罪行为的情况长期存在。从这一角度可见，在这些非常特殊的情况下，诉诸法律的权利可构成充分的法律基础，由此推断出，外国刑事管辖豁免不适用于国际罪行案件。

210. 关于国际罪行被害人获得赔偿的权利，不可否认，这是当代国际刑法最前沿的发展之一：国际罪行的后果并非仅仅是犯罪人遭到惩处；还应建立被害人获得赔偿的制度。若干国家的法律都含有这一刑事司法层面，规定了被害人获得赔偿的权利。这一权利的行使不论是作为刑事诉讼本身的结果或民事诉讼的结果，唯一目的是因罪行所致伤害获得赔偿，无论这一案件是否已作出刑事判决。

211. 获得赔偿的权利也是国际法中的一个常见概念。例如，多个国际机构的决定都确认了侵犯人权和国际罪行的被害人获得赔偿的权利。³⁴³ 甚至有人在国际法院的国家管辖豁免案中主张赔偿权利，但国际法院并未就此作出裁决。³⁴⁴ 无论如何，《罗马规约》第七十五条明确承认了国际罪行被害人获得赔偿的权利，引起了制度³⁴⁵ 和司法判例³⁴⁶ 的重大发展。

212. 然而，把被害人获得赔偿的权利定性为国际罪行案件中豁免例外的依据需要细致入微的分析，而这一分析在很大程度上涉及为赔偿而采取法律行动的能力。在这方面应铭记，这一权利主张可向刑事法院或民事法院提出，并且在民事案件中，不取决于先前的刑事定罪。在这两种情况下，被害人获得赔偿的权利对豁免的限制或例外具有不同影响。显然，当只能通过刑事诉讼获得赔偿时，应铭记这是限制或例外的依据，因此成为获得赔偿的基本条件。在这种情况下，豁免对被

³⁴³ 见 2005 年 12 月 16 日大会关于《严重违反国际人权法和严重违反国际人道主义法行为受害人获得补救和赔偿的权利基本原则和导则》的第 60/147 号决议；2014 年 10 月 3 日人权理事会关于寻求真相、正义、赔偿和杜绝再犯问题特别报告员的第 27/3 号决议(A/HRC/RES/27/3)；2012 年 12 月 13 日禁止酷刑委员会第 3 号一般性意见(禁止酷刑委员会的报告，《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 44 号》(A/68/44)，第 254 页。关于理论上如何处理获得赔偿的权利，除其他外，见 Luis M. Cruz, “El derecho de reparación a las víctimas en el derecho internacional. Un estudio comparativo entre el derecho internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos”, Revista de Derecho Político, No.77(January-April 2010), pp. 185-209。

³⁴⁴ 见上述第二章，C.1 节。

³⁴⁵ 为此，缔约国大会设立了被害人信托基金，该信托基金正在法院的一般制度中发挥重要作用。在这方面，见 ICC-ASP/1/3 所载 2002 年 9 月 9 日 ICC-ASP/1/Res.6 号决议(设立一项基金，帮助法院管辖范围内的罪行被害人及其家属)以及 ICC-ASP/4/Res.3 号决议(被害人信托基金条例)。

³⁴⁶ 国际刑院，第一审判分庭，2012 年 8 月 7 日确立适用于赔偿的原则和程序的裁决(ICC-01/04-01/06-2904)。另见 2015 年 3 月 3 日关于就 2012 年 8 月 7 日“确立适用于赔偿的原则和程序的裁决”所提上诉的判决以及经修正的赔偿命令(ICC-01/04-01/06-3129)。在判决中，上诉分庭的结论是，被害人获得赔偿的权利源于被定罪人的个人责任，并指示信托基金给予集体赔偿。见 Fernando Val Garijo, *Las víctimas de graves violaciones de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario en el derecho internacional penal* (Madrid, UNED, 2007) (thesis)。

害者获得赔偿的权利可能产生的影响补充了上述关于外国刑事管辖豁免实质层面的论点。

213. 然而，在只能通过民事法院诉讼程序获得赔偿的情况下，结论并不明确，因为在这些情况下，上文所述替代机制可以发挥作用。此外，在这些情况下，国家官员的豁免和国家豁免之间存在新的混淆风险，后者可被视为负有附属民事责任。

214. 因此，无论关于被害人获得赔偿权利的辩论如何，似乎不可能得出这样的结论，即获得赔偿的权利本身可构成国家官员的外国刑事管辖豁免例外的自主法律基础。无论如何，这并不妨碍把获得赔偿的权利视作支持此类例外的补充性法律论据。在这方面，某些国家的惯例特别重要；例如，美国和加拿大的国内法承认国际罪行损害赔偿案件中的民事管辖豁免例外。在另一层面，还应铭记国际法学会的工作：国际法学会在关于国际罪行赔偿方面的普遍民事管辖权的决议中，宣布被害人有权获得赔偿，有权有效诉诸法律以要求赔偿(第 1 条，第 1 和第 2 段)。

(c) 起诉国际罪行的义务

215. 已经通过一系列条约，规定缔约国有义务对国际罪行行使管辖权，这反映了这些罪行的严重性。一些作者以这一条约义务为法律基础得出结论，认为国际罪行构成豁免限制或例外，³⁴⁷ 并在一定程度上提及皮诺切特案。因此，由于缔约国有义务建立自身对某些国际罪行的管辖权，它们必须对犯下此类条约所述罪行的人行使管辖权，排除适用豁免的可能性。从某种意义上说，缔约国已默认对这类犯罪放弃行使外国刑事管辖豁免。

216. 这一有意思的解释试图保留国内法院起诉国际罪行的责任，而无需影响司法管辖豁免的基本要素，特别是对豁免作为国家一项自主权利的考虑，也无需就国际罪行定性为以公务身份实施的行为发表意见。这一解释的另一优点是它基于对使法院地国和官员所属国家均有约束力的条约义务，从而无需辩论是否有习惯规范作为豁免限制和例外的依据。然而，这一解释作为限制或例外的依据的价值有限，因为它仅适用于条约规定的国际罪行，并未考虑到其他未规定管辖权义务的条约的存在。然而最重要的是，难以对应上述管辖与豁免之间的关系模式，在该模式中，豁免仅可适用于先前存在的管辖权，因此，认为豁免不适用恰恰是因为国家先前已确立对国际罪行的管辖权的说法不合逻辑。无论如何，这一论点强调了关于国际罪行的条约对界定外国刑事管辖豁免的限制和例外所作的重要贡献，并强调了豁免的限制和例外在某些案件中可能具有条约依据。

³⁴⁷ 见 Dapo Akande and Sangeeta Shah, “Immunities of State Officials, International Crimes and Foreign Domestic Courts”, *European Journal of International Law*, vol. 21, No. 4 (2011), pp. 815-852; Pierre d’Argent, “Immunity of State Officials and the Obligation to Prosecute”, in Anne Peters et al., eds., *Immunities in the Age of Global Constitutionalism* (Leiden, Brill/Nijhoff, 2015), pp. 244-266.

217. 总之，上述分析的论点明确显示，当代国际法有充分理由认定，国际罪行可构成国家官员的外国刑事管辖豁免的限制或例外。特别报告员认为，因此有理由将此类限制或例外列入条款草案，无论结论是否认为国际习惯确定了此类限制或例外。

3. 构成对豁免的限制或例外的国际罪行

218. 为了规定外国刑事管辖豁免的限制或例外，需要界定“国际罪行”的概念，并确定这一概念可能包含的犯罪行为。

219. 首先，应当指出，“国际罪行”是指国际关切的犯罪行为，引起国际关切是因为它发生在国际环境下并具有跨国或跨界影响，或因为它破坏了国际法律价值观(无论发生在何地)。在这两种情况下，这些罪行都受到国际管制。第一类包括海盗行为、贩毒、贩运人口、腐败和其他形式的国际有组织犯罪等罪行。第二类包括灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、侵略罪、酷刑、强迫失踪和种族隔离。虽然这两类罪行通常都包含破坏各国和国际社会价值观及利益的罪行，但严格地说，只有第二类罪行被视为构成破坏整个国际社会基本法律价值观的“国际罪行”或“国际法上的罪行”。

220. 此外，对本报告第二章分析的惯例进行审查后发现，国内法很少认定罪行构成外国刑事管辖豁免的例外。同样，国家法院的裁决很少以实施任何既定的国际罪行为由不予豁免。条约惯例和委员会以往关于其他专题的工作也反映了同样的模式。

221. 在分析该惯例后，可以得出结论：构成适用豁免的限制或例外的国际罪行通常是国际社会认为可能在各国际刑事法院或法庭、特别是在国际刑院引起刑事诉讼的罪行。因此，这些罪行应与灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪属于同一类别。

222. 另一方面，为本报告的目的，很难将这一认定扩大到侵略罪，尽管侵略罪也属于国际刑院的管辖范围。这有几个原因：国际刑院自动拥有对其他国际罪行的管辖权，但对侵略罪的管辖权是任择性的；委员会本身已经在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法》草案中指出，由于侵略罪可能对国家间关系的稳定产生政治影响，须将侵略罪主要委托给国际法院和法庭；国内刑法很少涉及这项罪行；最后，似乎没有任何国家惯例认定侵略罪构成行使豁免的限制或例外，无论是在立法还是司法层面。

223. 完全可以通过签订条约确立上文第一类国际罪行为外国刑事管辖豁免的例外。然而，将第一类罪行列入界定基于习惯的限制或例外的犯罪类别，在惯例中鲜有所见。

224. 最后，必须考虑到，本节分析的限制或例外所依据的国家案例法主要来自大量酷刑案件。尽管原则上可将酷刑罪视为危害人类罪类别，但有时不能这样做，特别是在有关酷刑行为不属于计划或政策的一部分时。不过，国家法院有时在不满足该标准的酷刑案中不给予管辖豁免。因此，鉴于酷刑罪的严重性，而且禁止酷刑罪一直被视为强行法规范，似乎有理由将酷刑罪明确列入构成国家官员外国刑事管辖豁免的限制或例外的国际罪行。强迫失踪的情况类似，不过这方面的国家惯例更加有限。无论如何，鉴于酷刑罪的严重性，多部条约将严重或系统的酷刑行为描述为“国际法上的罪行”。鉴于这些情况，似乎应将酷刑列入本报告提出的构成管辖豁免的限制或例外的国际法认定罪行清单。

B. “领土内侵权例外”

225. “领土内侵权例外”源自外交豁免法，随后推广至国家豁免。它已被纳入所有国家豁免法(巴基斯坦法律除外)以及《联合国国家及其财产管辖豁免公约》。可以认为，《公约》第 12 条(见上文第 27 段)阐述了这一例外的内容。

226. 正如委员会在第 12 条评注中指出的，作出这一例外的理由是行为发生地国家管辖权的优先性。此外，它为国家官员行为所伤害的个人提供了补救，这些个人通常无法获得任何其他法律救济手段。³⁴⁸ 秘书处 2007 年的备忘录³⁴⁹ 和特别报告员科洛德金先生的第二次报告也分析了这一例外，科洛德金先生得出结论认为，这可以构成属事豁免的例外，前提是外国官员在法院地国没有明示同意的情况下处于该国境内履行公务职责，并在该国领土上实施了该行为。³⁵⁰

227. 尽管上述例外原本主要适用于外交关系，后来适用范围扩大到国际组织人员和官员的行为以及国家豁免，但肯定可以找出国家惯例的例子，证明法院地国的法院曾依据“领土内侵权例外”得出结论，认定管辖豁免不适用于外国官员。这些案件中，国家法院对外国官员在法院地国领土上实施的构成伤害、政治暗杀、间谍或破坏的行为适用了领土侵权的例外。³⁵¹ 在这些案件中，尽管法院承认有

³⁴⁸ 见上文第二章，A 节。

³⁴⁹ 见《2008 年……年鉴》，第二卷，第一部分，增编 2，[A/CN.4/596 号文件](#)，第 162-165 段。

³⁵⁰ 见 [A/CN.4/631 号文件](#)，第 81-86 段。

³⁵¹ 见下列案件：Federal Constitutional Court of Germany, judgment of 15 May 1995 (拒绝对前德意志民主共和国的情报官员给予豁免)；*R v. Mafart and Prieur (Rainbow Warrior, judicial phase)*, New Zealand, High Court of Auckland, judgment of 22 November 1985(袭击绿色和平运动的船只，造成一名荷兰公民死亡并导致船只沉没；法院没有提出豁免问题)；*Abu Omar*, Italy (cited by Gaeta, P: "Extraordinary renditions e immunità della giurisdizione penale degli agenti di Stati esteri: il caso Abu Omar", *Rivista di diritto internazionale*, vol. 89, 2006, pp. 126-130(绑架和非法移送一人)；*Letelier v. Chile*, US, 748 F.2d 790 (Second Circuit, 1984), ILR, vol. 79, p. 561；*Jiménez v. Aristeguieta et al.*, 311 F.2d 547 (US, Court of Appeals, Fifth Circuit, 1962)；*Jane Doe I, et al. v. Liu Qi, et al.*, Plaintiff A, et al. v. Xia Deren, et al., United States District Court, N.D. California (C 02-0672 CW, C 02 -0695 CW)；*Khurts Bat v. Investigating judge of the German Federal Court*,

关人员是国家官员，并在官员所属国和有关行为之间建立了联系，但法院拒绝给予豁免。

228. 在一些案件中，法院得出结论认为，不管怎样，豁免仍将适用，理由是法院将有关行为认定为统治权行为，并将豁免认定为国家豁免，而非国家官员豁免。这方面的例子包括爱尔兰法院对麦克尔希尼诉爱尔兰案作出的决定和欧洲人权法院对相同事实作出的决定。同样，国家管辖豁免案也值得注意，国际法院在此案中拒绝了意大利提出的适用这一例外的请求，理由是造成伤害的行为是纳粹军队在武装冲突期间实施的，因此应将其认定为统治权行为。

229. 简而言之，尽管国家惯例有限，但这些惯例在确认适用国家官员外国刑事管辖豁免的限制或例外方面似乎保持一致。特别报告员认为，鉴于这一结论以及这种情况下属地原则的重要性，有理由将“领土内侵权例外”作为管辖豁免的限制或例外纳入目前正在拟定的条款草案。

C. 腐败作为豁免的限制或例外

230. 正如特别报告员第四次报告提到的，有时在国家法院上就某类行为援引豁免，尽管这些行为看似是以官方身份实施的，但实际上是行使管辖所针对的国家官员为了追求自身利益所为。国家官员还在涉及与国家职能无关的活动(挪用资金、洗钱等)的刑事诉讼中援引了豁免，但这些活动只因行为人的官员身份才有可能开展，活动还常常使官员所属国遭受经济损失。在这些案件中，国家法院一般拒绝给予豁免。³⁵² 这些活动的类别很广泛，包括贪污、挪用和侵吞公款、洗钱以及其他腐败行为。

231. 总体而言，根据第四次报告确立的标准，并非所有这些案件都涉及可被视为以官方身份实施的行为。因此从原则上讲，目前似乎没有必要从限制或例外的

England, [2011] EWHC2029 (Admin)(在德国绑架和非法移送一人)(这项裁决对例外问题作了有趣的分析，见第 86 至 101 段)。意大利和希腊的法院也接受了这一例外：*Ferrini v. Federal Republic of Germany*, Italy, Court of Cassation, judgment of 11 March 2004, ILR vol. 128, p. 674, and *Prefecture of Voiotia v. Federal Republic of Germany*, Greece, Court of Cassation, judgment of 4 May 2000, ILR, vol. 129 513(见国际法院在国家管辖豁免案(德国诉意大利案：希腊参加诉讼)中的判决)。前南斯拉夫问题国际刑事法庭也在检察官诉 *Tihomir Blaškić* 案中提到了这一例外，IT-95-14-AR108 之二号案件，克罗地亚共和国请求复核第二审判分庭 1997 年 7 月 18 日的裁决，上诉分庭 1997 年 10 月 29 日的判决，第 41 段。

³⁵² 特别见下列案件：Switzerland, *Adamov* (见前注 231)；Chile, *Fujimori*, Supreme Court, judge of first instance, judgment of 11 July 2007, case No. 5646-05, paras. 15-17(对涉及严重侵犯人权和腐败行为的引渡程序作出决定)；France, *Teodoro Nguema Obiang Mangue*, Court of Appeal of Paris, *Pôle 7*, Second Investigating Chamber, judgment of 13 June 2013；Court of Appeal of Paris, *Pôle 7*, Second Investigating Chamber, application for annulment, judgment of 16 April 2015. 法院在重新审查 2013 年 6 月 13 日判决的论据和声明后发表了引用的声明；California (C 02-0672 CW, C 02-0695 CW). 不过，一家瑞士法院即便在涉及挪用公款的案件中还是维持了豁免：*Marcos and Marcos v. Federal Department of Police*(见前注 239)。

角度来分析它们。但实践表明，在一些案件中，弄清有关行为是官方行为或私人行为并不容易，特别是因为有关行为只因行为人的官方身份才能实施，而且后者有能力利用国家机构，有时是通过看似官方的行为。但即使在这种界线不明的情况下，国家法院一般都推定豁免不适用，理由是在大多数案件中，行为人的意图是利用其公职，一心谋取私利，从而对官员(或前官员)所属国造成伤害。因此，这种情况显然构成上文所述的豁免限制，因为在这种情况下，引起行使管辖试图的据称行为与豁免的一个规范要素不符，不能援引豁免。

232. 这在可归入“腐败”的行为方面特别明显，即国家官员实施非法行为(违背他或她的任务)或越权(超出他或她的任务)。正如前几次报告指出的，官员行为非法不一定意味着他或她不适用豁免。如果可以确定有关行为尽管非法，但是以官方身份实施的，即履行国家职责，则可以适用豁免。然而，越权行为原则上不适用豁免，因为从定义来看，可以推定越权行为的目的是行使国家职责，因此绝不是以官方身份实施的。

233. 然而，这些结论尽管在理论上毋庸置疑，但却引起了大量问题，无论如何，主管国家法院必须逐案进行处理。这对各国高度关切的公职人员腐败问题带来了一定的不确定性，全球和区域两级签订了多项国际条约来处理这一严重问题，表明了各方的关切。虽然这些条约通常不提及豁免问题，目的是防止涉及外国公职人员的腐败案件适用豁免，但它们建立了一套原则，主要目的是确保有效行使国家管辖权，制止这种行为。³⁵³

234. 因此，鉴于司法惯例，并考虑到在国家和国际两级打击腐败是国际合作的重要目标，³⁵⁴ 不妨在条款草案中列入一项规定，明确将腐败定为国家官员外国刑事管辖豁免的限制或例外。

³⁵³ 在这方面，见《联合国反腐败公约》，第 42 和 44-46 条；《反腐败刑法公约》，第 17 和 25-27 条；《美洲国家反腐败公约》，第 5 条；《非洲联盟预防和打击腐败公约》，第 13、15、18 和 19 条。

³⁵⁴ 应当指出与本报告密切相关的一项事态，非洲联盟已将腐败列为非洲司法和人权法院国际刑法庭管辖范围内的罪行。在更广泛的层面上，经济合作与发展组织(经合组织)及联合国毒品和犯罪问题办公室开展的多项活动体现了国际社会对腐败和必须打击腐败的关切。大会申明，必须对腐败采取零容忍做法，包括在联合国内部，强调“对欺诈行为和腐败的零容忍做法对加强各级问责制不可或缺”(大会 2016 年 4 月 1 日第 70/255 号决议：加强联合国秘书处内问责制方面的进展，第 4 段)。这一关切也反映在文献中。见 Martine Boersma, *Corruption: a Violation of Human Rights and a Crime under International Law?*, Cambridge, Intersentia, 2012; American Society of International Law, *Proceedings of the Annual Meeting. April 3-6, 2013*, Panel on “Anti-corruption Initiatives in a Multipolar World” (Nicola Bonucci, “The fight against foreign bribery and international law: an exception or a way forward?”, pp.247-252, Susan Rose-Ackerman, “International anti-corruption policies and the U.S. national interest”, pp. 252-255, and Pascale Hélène Dubois, “Remarks”, pp. 255-259; José Luis de la Cuesta Arazmendi, “Iniciativas internacionales contra la corrupción”, *Eguzkilore*, No. 17 (December 2003), pp. 5-26; Radha Ivory, *Corruption, Asset Recovery, and the Protection of Property in Public International Law: The Human*

D. 属人豁免和属事豁免的限制和例外

235. 确定可能构成豁免的限制或例外情况后，需要确定这些情况普遍适用于国家官员外国刑事管辖的所有豁免类型(属人和属事)还是只适用于一个豁免类型(属事)。目的是确定国家元首、政府首脑和外交部长在其任期内是否适用上文分析的豁免限制或例外。

236. 在做出该决定时，必须考虑三方面的因素：(a) 惯例中处理这一问题的方式；(b) 属人豁免和属事豁免的目的和保护的财产；(c) 每类豁免的规范要素之间的差异，特别是时间要素。分析过的每种限制或例外的实质性内容不能为决定是否适用每类豁免的这些限制或例外提供必要的资料。总体而言，国际法上的罪行、腐败以及对人和财产造成的损害的严重程度不因犯罪者的身份而改变。

237. 尽管如此，惯例表明，国家法院通常在所有情况下都承认国家元首、政府首脑和外交部长的豁免权，而不考虑可能存在上述某种限制或例外。这在国际罪行中尤其明显，国家法院普遍承认三巨头(国家元首、政府首脑、外交部长)的豁免权。此外，最高司法机关也确认了这种豁免权；事实上，尽管初审法院已在国际犯罪案件中裁定不适用豁免，但上级法院推翻了该决定，并认定适用豁免。³⁵⁵ 同样，还没有找到任何案例，表明国家法院以领土内侵权例外或腐败行为为由，宣布国家元首、政府首脑或外交部长在任期内不适用豁免，唯一的例外是巴黎上诉法院在特奥多罗·恩圭马·奥比昂·曼戈案中以腐败行为为由，裁定不予豁免。

238. 规定对国际罪行豁免的限制或例外的国家法律一般不对任期内的三巨头适用上述限制或例外。此外，国家法律在豁免的例外方面不区分国家元首、政府首脑和外交部长以及其他国家官员通常只是为了与国际刑院合作。只有布基纳法索、科摩罗、爱尔兰、毛里求斯和南非的法律似乎考虑在国际法罪行案件中对所有国家官员、不论级别高低都适用例外。³⁵⁶

239. 此外，国际法院明确指出，存在承认外交部长完全或绝对豁免权的习惯规范，这也适用于国家元首和政府首脑，该规范不允许任何例外，甚至对犯下灭绝

Rights of Bad Guys, Cambridge, Cambridge University Press, 2014; Francisco Jiménez García, *La prevención y lucha contra el blanqueo de capitales y la corrupción. Interacciones evolutivas en un derecho internacional global*, Albolote (Granada), Comares, 2015; Ndiva Kofele-Kale, “*Sed quis custodiet ipsos custodies?* (But who will guard the guardians?): the case for elevating official corruption to the status of a crime in positive international law”, *Annual Survey of International & Comparative Law*, vol. XIX (2013), pp. 1-16; Kolawole Olaniyan, *Corruption and Human Rights Law in Africa*, Oxford, Hart Publishing, 2014; José Miguel Olivares Tramón, “*Democracia, buena gobernanza y lucha contra la corrupción en el derecho internacional*”, in Juan José Romero Guzmán and others (eds.), *Buen gobierno y corrupción: algunas perspectivas*, Santiago, Eds. Derecho UC, 2009, pp. 319-339.

³⁵⁵ 见上文第二章 D 节引用的法国法院审理的卡扎菲案。

³⁵⁶ 见上文第二章，B 节。

种族罪、危害人类罪和战争罪等最严重罪行的情况也没有例外。大多数国际法学家、特别是国际法学会(见其 2009 年的决议)也支持对实施国际罪行的属事豁免例外的这一限制。

240. 因此,目前不能根据惯例确定存在允许适用属人豁免的限制或例外的习惯规则,或找出支持这种规则的趋势。另一方面,国家官员外国刑事管辖豁免的限制和例外在属事豁免情况下适用于国家官员。

241. 然而,这一限制不能被阐释为一种豁免形式。尽管如此,必须回顾,委员会 2013 年暂时通过的第 4 条草案规定,属人豁免具有高度的时间性。根据该条款,在任期结束后,前国家元首、前政府首脑和前外交部长就任期之内以官方身份实施的行为享有属事豁免。因此,他们在任期结束后完全适用属事豁免制度,包括豁免的限制和例外。换言之,将国家元首、政府首脑和外交部长豁免排除在豁免的限制和例外制度之外是有时间性的,主要是由于他们作为国家代表在国际事务中发挥的作用。

242. 但在特定情况下,排除可能是永久而非暂时的,特别是终身任职且不能被免职的君主,以及由于各种原因而终身任职的国家元首和政府首脑。尽管在这些情况下也不适用豁免的限制和例外,但应建议有关国家考虑是否有可能在接到请求时,取消对其官员的豁免,特别是在最严重的国际罪行方面。不过,第六次报告需要结合豁免的程序问题,对这项建议进行分析。

E. 条款草案

243. 根据第五次报告的分析,下文提出了关于外国刑事管辖豁免的限制和例外的条款草案。除了上述论证以外,特别报告员在拟订该条草案时还考虑了若干其他要点。

244. 首先,对限制和例外的区分在方法论方面有作用,但在规范方面存在争议,特别是鉴于上文分析,各方在将特定行为认定为限制还是例外方面存在分歧;在国际罪行方面尤其如此。委员会在拟订国家及其财产的管辖豁免条款草案时曾面临类似的情况。当时,委员会选择采用谨慎的措辞,避免使用“限制”和“例外”,而是笼统地提出“不得援引……豁免的诉讼”。特别报告员在本报告提出的条款草案中使用了相同的措辞。

245. 其次,该条草案不包含官员所属国放弃豁免的情况。鉴于该问题的高度程序性,应在第六次报告中对其进行讨论。根据特别报告员最初提出的工作方案,实质性问题一旦得到解决,就将编写第六次报告。对放弃豁免采取这个办法不仅符合秘书处开展的研究和特别报告员科洛德金的第三次报告,还符合委员会拟订国家及其财产的管辖豁免条款草案所采用的办法。

246. 第三，人们认为没有什么能够阻止各国通过国际条约来确定外国刑事管辖豁免不适用的情况。实践中已经发生过这种情况，并且完全符合协议法。因此，拟议的条款草案具体指出了这一可能性。出于同样的原因，该条草案还具体指出了与国际刑事法院或法庭开展合作的义务。

247. 最后，特别报告员希望强调，应结合今后可能建立的适用豁免的程序规则来理解该条草案的适用。尽管这些规则不会改变该条草案关于认定不适用豁免情况的实质性内容，但届时将有可能确立具体的程序性条件，以期确保遵守所有程序性保障措施，保护国家和个人。不过，目前似乎没有必要在该条草案中具体提到这一问题。

248. 考虑到上述问题，特别报告员提出下列条款草案：

第 7 条草案

不适用豁免的罪行

1. 豁免不应适用于下列罪行：

- (一) 灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、酷刑和强迫失踪；
- (二) 与腐败有关的罪行；
- (三) 造成人身伤害(包括死亡和重伤)或财产损失的罪行，前提是这种罪行发生在法院地国的领土上，而且犯下该罪行时国家官员在该国领土上。

2. 第 1 款不应适用于在任期内享有属人豁免的人员。

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) 与要求法院地国履行义务的国际法院或法庭开展合作的义务。

五 未来工作计划

249. 按照特别报告员最初提议的工作方案，她的第六次报告将讨论国家官员外国刑事管辖豁免的程序方面。报告还将再次审议特别报告员在她的第二次报告中最初提议的管辖权与豁免的概念。必须从程序的角度分析这些概念，这么做主要是为了确定对适用豁免的罪行进行调查和起诉的特定行为。

250. 对豁免程序方面的分析是初步工作方案中的最后一个问题；因此，委员会将能在 2017 年完成对本专题的审议并一读通过条款草案。因此，在各国提交书面意见截止之后，委员会将能在 2019 年审议所有这些意见和特别报告员的提议，并酌情在二读时最后通过条款草案。

251. 无论如何，该工作计划将取决于大会 2016 年 11 月选出的委员会委员在下个五年期通过的决定。

附件一

委员会暂时通过的条款草案

第一部分

导言

第 1 条草案

本条款草案的范围

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

第 2 条草案

定义

为本条款草案的目的：

[……]

(e) “国家官员”指代表国家或行使国家职能的任何个人。

第二部分

属人豁免

第 3 条草案

享有属人豁免的人员

国家元首、政府首脑和外交部长对外国行使的刑事管辖享有属人豁免。

第 4 条草案

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之前或任职期间的所有行为，无论是私人行为还是公务行为。
3. 属人豁免的停止不妨碍关于属事豁免的国际法规则的适用。

第三部分 属事豁免

第 5 条草案 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。

附件二

起草委员会在国际法委员会 2015 年第六十七届会议上暂时通过的条款草案

第一部分

导言

第 2 条草案

定义

为本条款草案的目的：

[……]

(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。

第三部分

属事豁免

第 6 条草案

属事豁免的范围

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

附件三

提交委员会 2016 年第六十八届会议审议的条款草案

第 7 条草案

不适用豁免的罪行

1. 豁免不应适用于下列罪行：
 - (一) 灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、酷刑和强迫失踪；
 - (二) 与腐败有关的罪行；
 - (三) 造成人身伤害(包括死亡和重伤)或财产损失的罪行，前提是这种罪行发生在法院地国的领土上，而且犯下该罪行时国家官员在该国领土上。
 2. 第 1 款不应适用于在任期内享有属人豁免的人员。
 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) 与要求法院地国履行义务的国际法庭开展合作的义务。
-