



国际法委员会

第六十五届会议

2013年5月6日至6月7日和
7月8日至8月9日，日内瓦

关于国家官员的外国刑事管辖豁免的第二次报告

特别报告员：康塞普西翁·埃斯科瓦尔·埃尔南德斯

目录

	页次
一. 导言	2
二. 工作计划与本报告的结构	5
三. 本专题和条款草案的范围	6
四. 豁免和管辖的概念	10
五. 属人豁免和属事豁免的区别	13
六. 属人豁免：规范要素	15
七. 今后工作计划	23
附件	
拟议条款草案	24



一. 引言

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报告附件A中的提议，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委员会当前工作方案，并任命罗曼·科洛德金为特别报告员。² 在同一届会议上，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. 前任特别报告员提交了三次报告，界定了审议该专题的框架，分析了与国家官员的外国刑事管辖豁免有关的一些实质性问题，并审查了与这类豁免有关的程序问题。⁴ 国际法委员会分别在 2008 年第六十届会议和 2011 年第六十三届会议上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. 在 2012 年 5 月 22 日第 3132 次会议上，委员会任命康塞普西翁·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 特别报告员任命后，根据她以前在非正式工作文件中提出的、内容载于初次报告的问题单，⁶ 于 2012 年 5 月 30 日同委员会成员举行了第一轮非正式协商。

4. 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 (A/CN.4/654)。委员会在 2012 年举行的第六十四届会议第二期会议上审议了初次报告。⁷

5. 初次报告具有“过渡报告”的性质，特别报告员想“帮助澄清迄今的辩论内容，确定仍然存有争议的要点，委员会可考虑今后继续予以研究”（第 5 段）。为此，初次报告从三个层面审视了在 2007 年至 2011 年五年期间就国家官员的外国刑事管辖豁免专题开展的工作情况：(a) 前任特别报告员的工作；(b) 国际法委员会的辩论；(c) 第六委员会的辩论。

6. 初次报告在这些要素的基础上，确定了应予审议的一些问题。在过去五年中对这些问题尚无共识，而且这些问题影响及已列入前任特别报告员的三次报告的

¹ 见 A/61/10，第 257 段和附件 A。

² 见 A/62/10，第 376 段。

³ 见 A/62/10，第 386 段。秘书处的研究报告见 A/CN.4/596 和 Corr. 1。

⁴ 特别报告员科洛德金的报告见 A/CN.4/601、A/CN.4/631 和 A/CN.4/646。

⁵ 见 A/67/10，第 84 段。

⁶ 见 A/CN.4/654，第 73 段。

⁷ 见 A/67/10，第 86 至 139 段。

几乎所有的问题。特别报告员进行审视后，将这些问题分为如下四组，⁸ 在本五年期内讨论：

1. 方法和概念性的一般问题
 - 1.1 属事豁免与属人豁免的区别及其影响
 - 1.2 当代国际法价值观和原则体系中的豁免
 - 1.3 豁免与国家的责任的关系以及与个人的刑事责任的关系
2. 属人豁免
 - 2.1 享有豁免的人
 - 2.2 豁免的实际范围：私人行为和公务行为
 - 2.3 豁免具有绝对性还是有限性：特别是国际犯罪具有或应当具有的地位
3. 属事豁免
 - 3.1 享有豁免的人：对术语仍存在的争议和“官员”的定义
 - 3.2 “公务行为”的定义及其与国家责任的关系
 - 3.3 豁免具有绝对性还是有限性：例外与国际犯罪
4. 豁免的程序问题

7. 初次报告还提出了本五年期内委员会在与本报告所涉专题有关的工作中应考虑的一些方法问题。特别报告员在向国际法委员会提交初次报告时已经阐述了这些方法问题，现摘述如下：

(a) 关于本专题的今后工作应以前任特别报告员以前的报告以及秘书处的研究报告为基础。但考虑到国际法委员会成员和第六委员会的代表在这方面很有分歧，要在秘书处和前任特别报告员先前工作的基础上取得进展，国际法委员会和第六委员会都必须考虑各种不同意见。

(b) 审议国家官员的外国刑事管辖豁免专题时，应同时重视现行法和拟议法，即既注意编纂，又注意逐步发展。无论如何，鉴于本专题的难度和敏感性，较可取的办法似乎是从现行法着手，稍后再分析拟订拟议法提案的必要性和可能性；

(c) 审议本专题，应始终注意系统性，确保国际法委员会最终提出的规范性提案不会在整个国际法体系内造成不一致。这就需要考虑到国际法与审议中的专题有关的所有规范、原则和价值观；

⁸ 见 A/CN.4/654，第 72 段。

(d) 审议与国家官员的外国刑事管辖豁免有关的问题，应采用有条不紊的渐进程序，逐步处理列于上文所述的四个专题组的各个问题；

(e) 委员会审议本专题时，应讨论特别报告员编写的年度报告所载的条款草案。

8. 委员会就初次报告展开了令人感兴趣的辩论，既从方法角度，也从实质性角度，讨论了该报告中提出的各主要问题。⁹ 总体而言，有条不紊地处理这些问题的方法受到广泛支持。特别报告员提议的系统性方法也得到多数人的支持，不过委员会一些成员对将现行国际法原则和价值观作为分析工具的做法有一些保留。关于实质性问题，委员会成员发表了各种意见，广泛赞同确定需要在本五年期内进一步审议的问题。但各位成员对初次报告提出的许多问题的实质性方面持不同意见。

9. 关于辩论的基础，委员会决定请各国“针对以下问题提供其本国法律和惯例的情况”：

(a) 区分属人豁免和属事豁免是否会导致不同的法律后果？如果是，如何对两者加以区别对待？

(b) 在确定属人豁免所涵盖的人员时应采取哪些标准？¹⁰

大会还请各国注意应向国际法委员会提供上述信息。¹¹ 2012年11月，第六委员会辩论时，各国对这些问题做了回答。特别报告员对这些国家的合作表示感谢。

10. 大会第六十七届会议期间，第六委员会在审议国际法委员会的报告¹²时，审议了特别报告员关于国家官员的外国刑事管辖豁免的初次报告。在辩论过程中，令人感兴趣的发言显示，大家广泛支持初次报告所述方法以及工作计划，包括今后关于提出条款草案的拟议工作安排。另应指出，许多代表团表示赞成采用双重方法，既注意编纂，也注意逐步发展，包括特别报告员在初次报告中提出的审慎原则。特别报告员建议从分析现行法着手，进而提出拟议法提案。

11. 关于初次报告中所述的实质性问题，大家也广泛讨论了一些仍有分歧的关键要点。辩论的重点尤其直接或间接涉及豁免的例外、国际刑法领域的新发展可能或应该对本专题产生的影响以及这一新领域在整个当代国际法体系中的日益重要性。但也应注意到，对于本专题大多数实质性问题，尚未能达成共识。

⁹ 关于辩论情况，见 A/67/10，第 86 至 189 段。另见委员会临时简要记录(A/CN.4/SR.3143、A/CN.4/SR.3144、A/CN.4/SR.3145 和 A/CN.4/SR.3146)，可查阅委员会网站(www.un.org/law/ilc/)。此外，见第 3147 次会议临时简要记录，在完成编写本报告时尚未刊载于委员会网站。

¹⁰ 见 A/67/10，第 28 段。

¹¹ 见大会第 67/92 号决议，第 4 段。

¹² 第六委员会在这届会议第 20、21、22 和 23 次会议上审议了国家官员的外国刑事管辖豁免专题。此外，在第 19 次会议上，两个国家提及本专题。各国代表在这些会议上的发言，见 A/C.6/67/SR.19、20 和 23 号文件所载的简要记录。另见 A/CN.4/657，C 节，第 26 至 38 段。

12. 无论如何，应该指出，参与第六委员会工作的各国继续高度重视本专题，大会 2012 年 12 月 14 日未经表决通过的第 67/92 号决议再次说明了这一点。该决议第 8 段“请国际法委员会继续优先注意‘国家官员的外国刑事管辖豁免’专题”。

二. 工作计划与本报告的结构

13. 本报告以初次报告所述方法和一般工作计划为基础。本报告还顾及 2012 年在国际法委员会和在第六委员会的讨论情况，并从实际角度出发，考虑到有必要为国际法委员会提供可行的工具，使其能够在本届会议期间开始讨论。为了实现这一目标，本报告考虑到前任特别报告员的报告和秘书处的研究报告 (A/CN.4/596 和 Corr. 1) 中所述的相关理论和对惯例的分析。本报告还酌情考虑到最近一年内的新发展，特别是国际法院的判例及某一国家法庭的判例。特别值得一提的是瑞士联邦刑事法院 2012 年 7 月 25 日的判决。¹³

14. 本报告在上述考虑因素的基础上，根据为便利就本专题举行有条不紊的系统性辩论的方法，分别讨论以下问题：

- (a) 本专题和条款草案的范围(第三节)
- (b) 豁免与管辖的概念(第四节)
- (c) “属人豁免”与“属事豁免”的区分(第五节)
- (d) 构成属人豁免制度的基本规则的确定(第六节)。

15. 初次报告第 72 段所述专题组第 1.1、2.1 和 2.2 点的基本问题将予讨论。此外，有三个问题一开始就予以审议：本专题下将拟订的条款草案的范围的明确界定、刑事管辖的概念、外国刑事管辖豁免的概念。

16. 条款草案将涵盖上述提及的每一个问题，条款草案的性质必然各异。关于范围、豁免与管辖概念、属人豁免和属事豁免概念的条款草案为介绍性和描述性的，因此应列于条款草案界定范围和定义的介绍性内容的第一部分。关于属人豁免的条款草案是为了界定适用于这类豁免的实质性法律制度，因此应列于条款草案阐述具体内容的另一部分。

17. 最后，据认为目前没有必要分别审议初次报告所列第一组问题中第 1.2 点(当代国际法价值观和原则体系中的豁免)和第 1.3 点(豁免与国家的责任的关系以及与个人的刑事责任的关系)。的确，总体来说，审议国家官员的外国刑事管辖豁免专题时，这些问题具有交叉性质。尽管如此，在今后的报告分析其他问题的背景下深入研究这些问题将最为妥当。

¹³ 这是 BB. 2011. 140 号案件的判决(http://bstqer.web/aw.ch/pdf/20120725_BB_2011_140.pdf)，事关起诉阿尔及利亚的前国防部长。

18. 第二次报告中没有讨论初次报告所列第二组问题中第 2.3 点(豁免具有绝对性还是有限性:特别是国际犯罪具有或应当具有的地位),也是出于同样的考虑。虽然这些问题与属事豁免有关,但这些问题的审议与豁免的例外方面的一般问题密切相关,因此被认为在工作较后阶段审议更为有用。

三. 本专题和条款草案的范围

19. 前任特别报告员在其初次报告中已谈及“国家官员的外国刑事管辖豁免”专题的范围。¹⁴ 他在该报告中提出了在界定专题范围时应考虑到的一些问题,即管辖的刑事性质、管辖的“外国”性质以及适用豁免权的管辖的国家性质(和非国际性质)。第四个问题与管辖无关,而与受豁免保护的人有关:有关人士须是意图行使管辖权的国家以外的国家的官员。最后,该报告还提及外交人员、领事官员、特别使团成员和国际组织人员或官员的特殊地位,虽然这种地位没有被认为是确定本专题范围的一条准则。

20. 在这些要素的基础上,国际法委员会和第六委员会对本专题的范围展开了讨论。从讨论情况来看,这些要素得到广泛的支持。另外,这些要素是各国在实际处理国家官员的外国刑事管辖豁免事宜时通常遇到的问题。因此,特别报告员认为,在界定可能订立的条款草案的范围时,应考虑到这些准则。这将需要提出清楚确定范围的建议。

21. 为此,似乎应采取双管齐下的方针,既考虑需包括在内的要素,也考虑需排除在外的要素。这些要素概述如下:

(a) 条款草案仅涉及刑事管辖,而不涉及民事管辖或行政管辖豁免;¹⁵

(b) 条款草案仅涉及外国刑事管辖豁免,换言之,为某官员援引豁免权时,行使管辖权的是该官员的国籍国以外的国家。因此,条款草案不涵盖官员本国的国内法规定的豁免;

(c) 条款草案仅涉及国家的国内刑事管辖豁免,而不涉及国际刑事管辖豁免;

(d) 条款草案不涉及须遵循更具体的豁免制度的人员,如外交人员、领事官员、特别使团成员及国际组织人员和官员;

(e) 条款草案仅涉及国家官员的豁免。

¹⁴ 见 A/CN.4/601,特别是第 103、104 和 130 段。

¹⁵ 最近委员会一名成员指出,审议民事管辖豁免问题将令人感兴趣。一个国家称,其惯例仅限于国家官员的外国民事管辖豁免问题。这种意见和见解虽然引起大家的兴趣,但似乎不能被视为是建议将条款草案的范围扩大到刑事管辖豁免之外。

22. 以前的报告已经基本解释了限制范围的理由，但有必要简要回顾一些最重要的理由，以重申或强化前任特别报告员或委员会其他成员提出的论点，并增补可能引起大家兴趣的新要素。

23. 关于将条款草案的范围局限于刑事管辖方面的豁免的问题，特别报告员想指出，这是委员会自身的一个决定，主要理由是在实践中这类管辖产生的问题最大。另外也必须考虑到刑事管辖的特点，因为刑事管辖产生的问题不太可能在民事或行政管辖范畴内出现。例如，行使刑事管辖权可能限制因此而受影响的人的行动自由，这种情况不仅发生在判处监禁的定罪时，而且也发生在此前，比如被告被羁押时，或纯粹作为预防措施被审前羁押时。其他临时措施，如没收护照、软禁或要求定期前往司法当局等，在行使刑事管辖时也很常见。最后，刑事审判对所涉人士的信誉、荣誉和尊严具有极大的影响。另应记得，关于国家机关的外国管辖豁免的主要公约都明确区分刑事管辖豁免与民事或行政管辖豁免，因为关于后者的规则不同。¹⁶

24. 考虑到这些情况，特别报告员仍然认为更为合适的办法是将条款草案的范围局限于刑事管辖豁免。但这并不意味着民事和行政管辖豁免应予完全忽视。这两类管辖都与刑事管辖有着共同点，人们可援引对任何一类管辖享有豁免权。此外，从实际角度来看，这三类管辖彼此之间显然存在联系。此时只需注意到国家判例和国际判例显示的刑事处罚与行政处罚之间的明确联系。从更广的角度来看，为了处罚严重违法行为，包括犯罪行为，民事索赔是一种间接补救方式。最后，尤其在民事管辖范围内关于享有豁免权的裁定经常比照适用于在刑事管辖范围内援引的豁免。

25. 无论如何，以上论点不足以改变关于将条款草案的范围局限于刑事管辖的理由。在条款草案中列入一些与民事管辖和(或)行政管辖具体相关的规定，会起扭曲作用，可能会有损于委员会工作的最后结果。然而，如果委员会可从民事或行政管辖豁免方面的国家惯例中吸取补充委员会在刑事管辖豁免领域的工作的概念要素或其他要素，则委员会在可能且必要时可考虑这些惯例。

26. 关于将条款草案的范围限制于外国刑事管辖的问题，首先须注意到，国内法赋予的豁免与国际法赋予的豁免在性质、功能和目的上不一定相同，这两者意图保护的价值观和原则也不一定相同。限定词“外国”的使用最终涉及国家主权平等原则，表明必须继续维护可持续、和平的国际关系，足以说明国际法委员会有理由审议刑事管辖豁免专题。此外，应该记得，承认国家某些官员或代表的外国刑事管辖豁免，并不是等于自动承认这些人的本国刑事管辖豁免。实际上，如国际法院所指出，官员所属国家的法院行使刑事管辖权，是确保豁免的程序手段不

¹⁶ 尤其见《维也纳外交关系公约》第 31 和 37 条、《维也纳临时关系公约》第 43 条(相反情况)和《特别使团公约》第 31 条。

能自动地被解释为免除此人的一切实质性刑事责任的一种手段。因此，以此方式继续限定条款草案的范围，是完全有理由的。豁免方面国家惯例的研究与委员会工作的相关性只能以这种惯例涉及外国官员或代表的豁免的程度为限。

27. 关于将国际刑事法庭管辖豁免排除在条款草案的范围之外的问题，前任特别报告员曾提请注意第一条准则：国家管辖与国际管辖的性质不同。特别报告员认为，另一十分明显、同样重要的理由是，国际刑事法庭管辖豁免问题的处理是由创立国际刑事法庭并对其运作做出规定的国际文书具体规定的。因此，国际法委员会没有必要重新处理这一已经充分界定的明确的问题，无论在适用这些国际法规则的实践中可能出现何种不同的解释。

28. 一个广泛的共识是，国际刑事法庭管辖豁免不应列入本专题范围。然而，应该指出，关于接受这一准则对委员会今后工作可能或应该产生的影响，大家有不同的看法。应该记得，国际法委员会一些成员和一些国家曾在第六委员会发言中直接或间接地认为，如果将国际刑事法庭管辖豁免排除在本专题以外，国际法委员会就无法在本专题工作中审议国际刑事管辖问题。

29. 但从方法角度来看，这一立场缺乏充分的一致性。与此恰成对照的是，如上文关于民事和行政管辖的讨论所示，在确定条款草案的范围时，也有必要区分两种情况：其一是排除列入关于国际刑事管辖的具体规定的提案，其二是考虑由国际刑事管辖产生或与其有关的解释性要素。但目前就这个问题展开辩论尚为时过早。应该指出，如果委员会决定考虑其他国际法院(如国际法院或区域人权法院)的行动，而认为必须忽略特定国际刑事法庭的存在，那就会很惊人，因为这些国际刑事法庭与国家法庭有着共同的目标，那就是审判某些特别严重的国际犯罪行为。

30. 无论如何，应注意到有必要区分两者：其一是在本专题框架内直接审议国际刑事管辖问题(须将其排除在外)，其二是将其作为补充性、辅助性要素并酌情作为解释性要素予以审议。这样做的结果不可能、也不应将关于国际刑事法庭的文书所载的豁免原则自动纳入条款草案。但至少应允许分析国际刑事管辖的规则及其判例，因为这些规则和判例可能与国家官员的外国刑事管辖专题有关，或能澄清某些情况。这一方法不会与国际法的解释规则相悖，也不会与委员会审议其他专题的做法相悖。

31. 关于上述第三条规则，似乎没有必要具体说明为何要将基于被认为享受豁免的人的地位或根据他们行使的职能而确定刑事管辖豁免的特定制度排除在条款草案的范围之外。外交和领事豁免以及国际组织的豁免是(协约法和习惯法)法规发展的不容忽视的主题。因此，国际法委员会似乎不必重新审议已经确立、且已得到普遍接受的制度，更不应该修改这些制度。然而，这并不妨碍委员会在关于国家官员的外国刑事管辖豁免专题的工作中作为补充要素审议这些制度。鉴于国际法委员会没有很多参与确定这些制度的工作，现在尤其应该这样做。

32. 最后，关于条款草案范围的主体限制，应该记得，本专题名称中“官员”一词在西班牙文里为“funcionario”，在英文里为“official”，在法文里为“représentant”。大家普遍认为，这些术语基本上是指以国家名义且代表国家行事的人。尽管如此，术语的差异已引起关于是否需要为本专题的目的以及尤其为拟订中的条款草案的目的确定“funcionario”（“官员”）一词的定义的辩论。这项任务无疑非常重要，但必须注意到，特别报告员认为，这个问题在属事豁免方面特别重要，因此应在属事豁免的范畴内加以探讨。在本报告和列入其中的条款草案里将继续暂时使用“funcionario”（“官员”）一词，但一旦就术语问题作出决定，条款草案中与该术语有关的表达方式可能予以修订。

33. 在以上讨论的基础上，可从正反两个角度拟订确定关于条例草案的范围的两条草案。特别报告员认为，应在工作开始时就确定条款草案的范围，以便避免出现可能妨碍今后工作的缺口。此外，这两条草案在各条款草案内应置于第一部分，与各项定义放在一起，作为各条款草案的框架。

34. 为此，谨提议条款草案如下：

第 1 条草案

条款草案的范围

在不妨碍第 2 条草案的规定的情况下，本条款草案涉及国家某些官员享有的对另一国行使刑事管辖的豁免。

第 2 条草案

条款草案的范围没有涵盖的豁免

以下豁免应排除在本条款草案的范围以外：

(a) 在外交关系或领事关系范畴内或在特别使团工作期间或在与特别使团有关的方面给予的刑事豁免；

(b) 由总部协定或由关于驻国际组织外交代表的协定或确立国际组织及其官员或人员的特权和豁免的协定确立的刑事豁免；

(c) 其他特别国际条约确立的豁免；

(d) 一国单方面给予另一国官员的任何其他豁免，特别是这些官员在其境内时给予的豁免。

四. 豁免和管辖的概念

35. 豁免和管辖是两个基本概念，是审议本专题以及拟订条款草案的基础，因为条款草案的目的正是确定国家法院在哪种情况下，因另一国某些官员受豁免保护，而不得在刑事事项中行使管辖权。特别报告员科洛德金回顾说，¹⁷ 国际法院曾在“逮捕证”案¹⁸ 中正确地指出，这两个概念是相互独立的。尽管如此，这两者之间的关系正是国际法委员会审议本专题的依据。¹⁹ 因此，平行地确定这两个概念，是适当处理本专题和制订条款草案的先决条件。从逻辑上来说，这两个定义应列入条款草案的一部分，作为草案其余内容的框架。

A. 刑事管辖的概念

36. 之所以有豁免的概念，必然是因为先有国家刑事管辖的概念；没有国家刑事管辖，豁免制度本身也就没有任何意义。²⁰ 因此，无论对豁免的程序研究如何，必须首先确定为本条款草案目的，管辖的含义是什么。

37. 乍看起来，确定管辖概念的定义似乎没有必要，²¹ 因为这是一个得到普遍接受的类别，在可援引豁免的各国法律体系内是没有争议的组成部分。尽管如此，在国际法领域已在许多场合探讨过管辖的概念，这个术语在各国国内法中可有不同的含义。²² 无论如何，应指出，本报告所述的管辖，都是关系到刑事管辖的豁免，这一区分应予适当考虑。²³ 虽然本报告的目的不是进行有关理论分析，但是首先必须从概念上做出区分，显示“管辖”的术语在本专题范围内不可能指民事管辖。这不仅是因为上文所述的概念上的不同，也是因为确定哪些类行为属于一般“管辖”类别是非常重要的议题，要由国际法委员会将来适时予以处理，特别是在从程序角度处理外国刑事管辖豁免问题时予以处理。例如，应考虑到司法机

¹⁷ 见 A/CN.4/601，第 61 段。

¹⁸ 见《2002 年国际法院案例汇编，2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)》，2002 年 2 月 14 日判决，第 46 段。

¹⁹ 见 A/CN.4/601，第 43 段和注 98。前任特别报告员回顾说，国际法院在“逮捕证”案中指出：“只有在一国依照国际法对某具体案件有管辖权时，才会发生有关行使这一管辖的豁免问题”。

²⁰ 在这方面，见 A/CN.4/596，第 7 和 14 段。2009 年国际法学会通过《关于国家和代表国家行事的人在设计国际罪行时的管辖豁免的决议》，其中第一条第 2 款阐述了“管辖”和“豁免”之间的密切关系。案文如下：“为本决议目的，‘管辖’一词是指一国国家法院的刑事、民事或行政管辖权，与其相关的是按照条约或习惯国际法给予另一国或其公职人员的豁免”。

²¹ 应记得，国际法委员会在审议国家及其财产的管辖豁免时也研究了管辖和豁免概念，但是特别报告员在这方面的提案没有被国际法委员会接受，没有反映在 2004 年大会通过的公约中。

²² 前任特别报告员在初次报告中对管辖的概念做了广义处理，其分析可被认为仍然有用。见 A/CN.4/601，第 43 和 47 段。秘书处编写的备忘录也述及上述概念，见 A/CN.4/596，第 7 至 13 段。

²³ 见 A/CN.4/601，第 48 至 55 段。

关在开始工作之前或在开展工作的同时，如果采取行政行动，如拘押某人、扣押旅行证件或将逮捕抓获被告的命令输入警察合作和协助的国际系统，就可能对外国刑事管辖的豁免造成影响。因此，为研究本专题目的制定“刑事管辖”的定义特别重要。

38. 然而，在当前工作阶段，还不打算详细列出“管辖”一语所涵盖的所有种类的行为，而是比较广义地界定这一术语，以便有效地用来与确立豁免的各项因素做比较，与可能援引的豁免所针对的各种行为(司法行为和行政行为)做比较。特别报告员认为，在国家官员的外国刑事管辖豁免的框架内，这种比较的前提应是，国家拥有刑事管辖权，因此有权采取一系列司法行动，在一些情况下也采取行政行动，其唯一目的是断定或确立个人是否对构成有关国家国内法法律所定的犯罪或不端行为负有具体刑事责任。

39. 因此，管辖的概念与刑事管辖的定义是密切相关的，应当是后者的组成内容。在这方面，还应注意，管辖的概念本身及其所依据的法律在每个国家不尽相同，其渊源不仅有国际法准则和原则，而且还有各国自己的法律。各国根据这些国际法准则和原则通过法律，赋予本国法院管辖权。在这方面，特别报告员认为，本报告的目的不是分析管辖的法律基础及管辖方面的关系，也不是讨论赋予这种管辖权是否完全符合国际法或在何种程度上符合国际法。同样，本报告的目的不是讨论各国赋予本国法院国内管辖权所依据的国际准则是否规定了义务，或是否仅仅让各国能够或授权各国赋予上述管辖权；也不是要讨论这种区别会产生什么样的实际影响。这些讨论超出委员会为审议本专题而商定的范围，可能对列入委员会长期工作方案(域外管辖)的其他问题或当前议程(引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*))中的问题或大会可能做出决定列入方案的问题(国际管辖)有更大的影响。

40. 尽管如此，我们至少应当注意作为各国建立本国刑事管辖系统基础的管辖权的多样性问题，因为豁免问题最终将在这种管辖(即每个特定国家的刑事管辖)之下出现。目前只需指出，这一系统的基础可以是属地管辖权、(主动或被动)属人管辖权、保护原则或普遍管辖权。所有这些系统都可能构成国家行使狭义刑事管辖的权限的基础；除主动属人管辖权之外，所有这些管辖权都可能对可能具有官员身份而可据此援引豁免的外国人行使刑事管辖。采用其中哪一种管辖权取决于有关国家的意愿，在实践中各国有多种管辖模式。委员会应充分考虑到这一点，这尤其是因为实际上许多案件在很大程度上是依赖采用基于某种形式的域外管辖权的管辖系统。²⁴ 然而，做出上述考虑只是为了将管辖的确立定为豁免的先决条件。因此，特别报告员认为，为本专题及条款草案的目的确定“管辖”概念时，一国要行使管辖所依据的某一种法律系统的性质与此无关。简而言之，管辖

²⁴ 在这方面，应指出 2012 年 7 月 25 日瑞士联邦刑事法院(上诉庭)新近做出的判决(BB. 2011. 140 案)，其中法院行使普遍管辖权，对阿尔及利亚前国防部长的外国刑事管辖豁免问题做出裁决。

系统有多种多样，各国刑法体制中的管辖模式也多种多样，这是委员会在工作中应考虑到的事实上的先前条件，但这并不是对上述各个管辖系统做出评价或评判。

41. 此外，应指出，“刑事管辖”的概念主要是指国家行使权力起诉本国法律适用的规定确立的犯罪和不端行为的权限。因此，“刑事管辖”的定义应体现出这一目的要素。无论如何，应注意确保豁免的纯粹程序性的法律性质不受影响。这样，在刑事管辖定义中加入关于确定个人刑事责任的内容，不会也不能产生享有豁免的外国官员因豁免解除个人刑事责任的效果；这个问题将在今后讨论。²⁵

42. 根据上述考虑，特别报告员认为，应在条款草案中加入“外国刑事管辖”的定义，作为阐述各种“定义”的导引性条款草案的组成部分。为此，提出如下条款草案：

第 3 条草案

定义

为本条款草案的目的：

(a) “刑事管辖”一语，是指根据要行使管辖的国家的法律，为了使法院能够确立并追究因实施被该国适用的法律定为犯罪或不端行为而产生的个人刑事责任，所需的所有形式的管辖、过程、程序和行为。为“刑事管辖”定义的目的，国家行使管辖的权限的依据与此无关。

B. 外国刑事管辖豁免的概念

43. 正如“管辖”概念，在某方面述及国家及其官员或公职人员豁免问题的国际文书，尤其是《联合国国家及其财产管辖豁免公约》、《维也纳领事关系公约》和《特别使团公约》，一般也没有界定“豁免”的概念。特别是关于“刑事管辖的豁免”问题，在以前的规范实践中，“刑事管辖豁免”只是被列为上述各项文书所定的特权和豁免机制的组成内容之一，而没有做出定义。由此，我们面对的是一个含糊的法律概念，其范围必须通过对实践的分析、特别是对国家实践的分析来确定。

44. 虽然有上述实践，归纳这一含糊的法律概念的工作并不会特别困难，因为在上述文书的准备工作中，尤其是在国际法委员会范围内，已就管辖豁免的概念举行了长时间的讨论。此外，秘书处的备忘录²⁶和前任特别报告员的初次报告²⁷也已详细分析了上述概念(在本专题中称为刑事管辖的概念)。

²⁵ 对于这个问题，国际法院的判例已予重申，而且是前后一致的。见《2002 年国际法院案例汇编，2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)》，2002 年 2 月 14 日判决，第 60 段；《2008 年国际法院案例汇编，刑事司法互助的若干问题(吉布提诉法国)，判决》，第 196 段；《国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)》，2012 年 2 月 3 日判决，第 58 和 100 段。

²⁶ 见 A/CN.4/596，第 14 至 66 段。

45. 从以前所有这些工作中，可归纳出“外国刑事管辖豁免”概念的一系列性质，总结如下：

(a) 豁免防止一国行使刑事管辖，尽管原则上该国法院拥有起诉特定犯罪或不端行为的权限；

(b) 豁免离不开外国要素结果，一般称为另一国“官员”；

(c) 外国刑事管辖豁免具有突出的程序性质，而不影响拥有管辖权的国家的实体刑法，也不影响享有豁免者个人的刑事责任。²⁸

46. 根据上述讨论，可拟订结合这些一般特点的“外国刑事管辖豁免”的定义。提议的案文如下：

第 3 条草案

定义

为本条款草案的目的：

(b) “外国刑事管辖豁免”是指国家某些官员享有的不受另一国法官和法院刑事管辖的保护；

五. 属人豁免和属事豁免的区别

47. 在理论上，属人豁免和属事豁免的区别已经过讨论，已得到普遍接受，这两者有时称为“属人豁免”和“职能豁免”。前任特别报告员的初次报告²⁹和秘书处的备忘录³⁰也阐述了这两类豁免，此处不必再重新讨论这两份文件分析过的问题。还应注意，属人豁免和属事豁免的区别是国际法委员会讨论本专题时取得广泛共识的少数事项之一。

48. 两类豁免有重要的共同要素，但也有显著的不同点。共同点包括两类管辖的依据和目的都仅仅是通过确保国家官员和代表能够在没有外在困难或障碍的情况下顺利履行其职能，保障国家主权平等原则得到尊重，防止干涉内政，便利维持稳定的国际关系。³¹这意味着刑事管辖豁免问题必须从职能角度予以审议，因

²⁷ 见 A/CN.4/601，第 56 至 70 段。

²⁸ 见上文，注 24。

²⁹ 见 A/CN.4/601，第 78 至 83 段。

³⁰ 见 A/CN.4/596，第 88 及以下各段。

³¹ 在这方面，国际法学会在 2009 年《关于国家和代表国家行事的人在涉及国际犯罪时的管辖豁免的决议》中指出，“给予豁免是为在涉及国家的诉讼中，确保根据国际法有序地分配和行使刑事管辖，尊重国家主权平等，并使以国家名义行事的人员得以有效履行其职能”（第二条第 1 款）。国际法院在 2002 年 2 月 14 日关于“逮捕证”案的判决中强调豁免的这种职能和目的

为享有豁免人员所受的保护，最终是根据他们在与国家的官方组织关系中行使的职能或执行的任务而给予的。这些任务因各类受保护人员的相应地位而必然不同，结果导致豁免的职能要素不同，因此须为上述每一类外国刑事管辖豁免制定不同的法律机制。考虑到在两类豁免中都有这种“职能”要素，为本报告及条款草案的目的，最好使用拉丁文名称“rationae personae(属人)豁免”和“rationae materiae(属事)豁免”，以避免术语混乱可能在概念上造成不利影响。

49. 此外，属人豁免和属事豁免两者都用于保护个人，是承认个人享有的豁免，尽管承认豁免最终是为保护国家的权利和利益。因此，国家对两类豁免采取的立场，特别是援引或放弃豁免的情况，应予以审议。必须记得，外国刑事管辖豁免所针对的是刑事管辖，适用于特定种类人员。这些人如果没有豁免，本应受到刑事诉讼，以确定其可能的个人刑事责任。所以，虽然目前还不是深入讨论这个问题的时候，但应指出，(无论是属人还是属事)外国刑事管辖豁免应区别于国家的豁免；两者虽然有共同之处，但是不得混为一谈。³²

50. 除上文指出的一些共同要素外，还应注意属人豁免和属事豁免有重要差别。从实践中可归纳出属人豁免有以下要素：

(a) 只给予国家某些官员，这些官员在本国发挥显要的作用，且由于其职能，根据国际法规则，在国际关系中自动代表国家；

(b) 适用于一国代表实施的所有行为，无论是私人还是公务行为；

(c) 具有明确的时限性，仅限于享有豁免的人的任职期。³³

属事豁免有以下要素：

(a) 给予国家所有官员；

(b) 豁免所涉的行为范围，仅限于可列为“公务行为”或“在履行公务职务中实施的行为”；

(c) 不受时间限制，因为即使享有豁免的人离职之后，属事豁免继续存在。

51. 虽然属人豁免和属事豁免的区别在法理上得到广泛接受，并反映在司法实践中，但应注意，这种区别没有在各国内法律中得到相应的反映。在答复委员会在上届会上提出的第一个问题时，大多数国家表示，其国内法没有作出这种区别的具

性质见《2002年国际法院案例汇编，2000年4月11日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)，判决》，第53段。

³² 国际法院在关于《国家管辖豁免(德国诉意大利：希腊参加诉讼)》的2012年2月3日判决(第87段)中明示提及国家的豁免和国家官员的外国刑事管辖豁免的区别，在关于该案的第91段也默示提及这一区别。

³³ 关于这些特点，见本报告第六节。

体规定。但也有些国家举例说明这种区别间接反映于其国内法，或更经常地反映于其判例。事实上，这一答复并不完全出人意料，因为这涉及两项不可忽视的实践要素：(a) 外国刑事豁免方面的国家实践并不是很广泛；(b) 除一般提及国际法的适用问题之外，各国法律一般没有述及涉外的豁免规定。

52. 尽管如此，为本专题及其可能产生的条款草案的目的，明确区别属人外国刑事管辖豁免和属事外国刑事管辖豁免是有益的、必要的。这并不只是出于分析或叙述理由，而且尤其是因为确定两类豁免中每一类的规范要素，关系到制定适用于每类豁免的法律制度，包括使国家官员的外国刑事管辖豁免有效而应遵循的程序方法。此外，上述区别与适用于放弃外国刑事管辖豁免的情况无关，放弃豁免无疑是最不确定、最有分歧的问题之一。

53. 根据上述讨论，有必要一般性地界定两类豁免，作为今后进一步审议的参考框架。该定义应列入关于“定义”第3条草案。兹提议案文如下：

第3条草案

定义

为本条款草案的目的：

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

(d) “属事豁免”是指国家官员依据其在履行职责时实施的可被称为“公务行为”的行为而享有的外国刑事管辖豁免。

六. 属人豁免：规范要素

54. 本报告中的“规范要素”是指属人豁免的某些特征，这些特征可用于确定适用于此类外国刑事管辖豁免的法律制度。根据上文第五节以及第3条(c)款草案的关于属人管辖的定义，这些规范要素可予确定如下：

(a) 属人豁免的主体范围：哪些人可享受这种豁免？

(b) 属人豁免的属事范围：这些人的哪类行为受豁免保护？

(c) 属人豁免的属时范围：在什么时段内可援引和适用豁免？

下文将分别讨论每一种要素。

55. 本节也不涉及可能放弃属人豁免的问题，或属人豁免的程序方面问题。这些问题将在研究工作稍后阶段加以分析。

A. 属人豁免的主体范围

56. 确定享有豁免的人，无疑是行使豁免权的必要条件。对于刑事管辖豁免，这一点特别重要，因为除其他考虑事项外，要争论的问题是在特定情况下国家是否拥有管辖权，可断定刑事责任在于个人，而不是国家。就我们讨论的问题而言，确定享有豁免权的人之所以重要，还因为国际法委员会选定的专题名称笼统用“国家官员”（“官员”（funcionarios）在英文里是“officials”，在法文里是“représentants”）。这引起大家对“官员”概念定义的关切。

57. 这种关切与审议属人管辖豁免问题有关。如上文所述，这个问题必然事关因在国家最高级别行使职能或担任职务而受权在国际上代表国家的少数人员。³⁴ 因此，如果我们采用狭义的方法，将属人豁免仅限于国家元首、政府首脑和外交部长，那么“官员”一语的定义可能与这类豁免无关。相反，如果我们采用广义的方法，将国家其他高级官员也列为享受豁免者，“官员”的定义就更加重要。国家其他高级官员包括经常提及的政府其他成员，如国防部长、商务部长和其他部长。这些官员因其职务关系，须在国际关系中发挥某种作用，参与处理一般国际事务或出席特定国际论坛，因此需要出国行使职责。在这种情况下，为属人豁免的目的，“官员”概念的定义是必要的，不过应注意到，这一定义应该很具体，明确有别于在属事豁免方面使用的关于“官员”的一般性定义，因为适用于每一类官员的法律制度也必然各不相同。

58. 首先来看狭义的方法，可注意到，一般而言，给予国家元首、政府首脑和外交部长属人豁免是既定惯例。虽然属人豁免最初仅限于国家元首，随后扩展到政府首脑，³⁵ 但根据国际法院就“逮捕证”案的判决，豁免范围无疑又扩展到外交部长，这种扩展没有引起争议。国际法院确认，“[……]国际法已经明确确立下述一点：外交和领事官员、国家某些高级官员，比如国家元首、政府首脑或外交部长，在其他国家享有民事和刑事管辖豁免”。³⁶ 诚然，关于给予外交部长豁免的问题在国际法委员会和第六委员会都有不同意见。³⁷ 尽管如此，应该记得，反对给予外交部长豁免的意见十分异常，而且与上文提及的国际法院判决相悖。应该认为，国际法院判决反映了当时适用的习惯法。

³⁴ 见 A/CN.4/601，第 109 至 121 段，及 A/CN.4/596，第 96 至 136 段。

³⁵ 在这方面，应考虑到这类豁免的本源，这种豁免与君主有关。虽然这种解释已经能被取代，但直到较新近的时代，各项国际文书确定个人豁免的特别规则时，都仅提及国家元首。关于这一点，见《联合国国家及其财产管辖豁免公约》第 3 条第 2 款。另一方面，《特别使团公约》分别提及国家元首的豁免（第 21 条第 1 款）和政府首脑、外交部长及“其他高级人员”参加派遣国之特别使团时的豁免（第 21 条第 2 款）。在私人编纂方面，应注意到国际法学会在 2001 年温哥华决议中提及豁免制度时首先提及国家元首，并提及政府首脑不可侵犯的性质，但没有给予外交部长同样的地位。

³⁶ 见《2002 年国际法院案例汇编，2000 年 4 月 11 日逮捕证（刚果民主共和国诉比利时）》，2002 年 2 月 14 日判决，第 51 段。

³⁷ 南非多次表示反对给予外交部长属人豁免。

59. 国家元首、政府首脑和外交部长享有属人豁免的依据是他们的职能包括在国际关系中代表国家。应该记得，这一职能是以国际法为基础的，行使该职能是自动的，无需他们所代表的国家明示授权。³⁸ 归根结蒂，这一职能就是根据国家的政治和行政模式及国内法代表国家。各国国内法规定了担任国家元首、政府首脑或外交部长职务的要求。代表职能是国际法赋予这种职务的，不受国内法影响，其目的不外乎在整个国际社会确立统一的国家代表结构模式，帮助和便利维护国际关系。³⁹ 正是由于这种依据国际法自动代表国家的特征，在国际法(例如条约法或国际责任法)的框架内才会给予三位体这种地位，这一点在外国刑事管辖豁免的框架内也得到承认，对这些官员适用的制度(属人豁免)有别于适用于国家其他官员的制度。

60. 从这个角度来看，这一特别制度的基础恰恰是国家元首、政府首脑和外交部长代表国家的特殊性质，这一点是明确以国际法为依据的，得到国际法的明示承认。一旦承认这一事实，就不能否认这种特殊情况很难适用于其他人，包括政府成员，而无论他们在本国是否担任高级职务。⁴⁰ 当然，有可能确定与适用于三位体的规则相类似国际法规则，赋予其他官员相当于国家元首、政府首脑或外交部长在代表国家方面的职能。如果没有这样的规则，就无法给予国家元首、政府首脑和外交部长以外的其他官员以属人豁免，而无论其他高级官员是否也参与处理国际关系。⁴¹

61. 与第一种方法相比，对属人豁免的广义解释允许将国家的三位体以外的某些其他高级官员归入这种豁免的主体适用范围，主要是由于这些官员根据本国法律

³⁸ 在这方面，国际法院在“逮捕证”案中的意见特别能说明问题。国际法院虽然提及外交部长，但其意见的基本内容可很容易适用于国家元首和政府首脑：“外交部长负责领导政府的外交工作，在国际谈判中和国际会议上一般代表政府。[……]这些行为与他们所代表的国家有关。[……]法院还指出，外交部长仅仅因负责处理本国与所有其他国家的关系，而与国家元首或政府首脑一样也处于一种应被国际法承认为代表国家的地位。外交部长不必递交国书。相反，一般是由外交部长决定对外交代表的授权并签署外交代表的国书”(《2002年国际法院案例汇编，2000年4月11日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)，判决》，2002年2月14日判决，第53段)。

³⁹ 建立外交和领事关系制度，也是基于同样的依据，建立适用于特别使团的制度的情况也一样；两者也都提出了相当于属人豁免的外国刑事管辖豁免规则。

⁴⁰ 在这方面，应该记得，各项国际文书和法律将国家元首、政府首脑和外交部长与包括部长级官员在内的国家其他高级官员作了区分；尤其见已引用过的《特别使团公约》第21条。《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》在确定受保护人员时，将国家元首、政府首脑和外交部长(第1条第1款(a)项)与“一国的任何代表或官员”(第1条第1款(b)项)加以区分。另一方面，国际法学会在2001年决议中将国家元首和政府首脑的豁免与“政府其他成员因其官方职能而可能得到承认豁免”(第15条第2款)加以明确区分。

⁴¹ 在第六委员会上届会议期间，下列国家表示赞成将属人豁免限于三位体：奥地利、比利时、刚果、希腊、爱尔兰、牙买加、马来西亚、荷兰、新西兰、葡萄牙、斯洛文尼亚、西班牙和美洲联合众国。

行使职能，需参与国际交流，需经常出国，甚至代表国家，尽管仅在部门工作上代表国家。考虑到外交和国际关系的新模式，赋予这些官员以国家元首、政府首脑和外交部长已享有的同样的属人豁免，将其职能等同于三位体的职能，有助于加强国际关系的安全、可持续发展的性质以及国家主权平等。⁴² 主张这种广义的解释的人以国际法院在上文提及的“逮捕证”案的判决中措辞的字面解读为理由，特别是“比如”一词的使用，因为该词带有开放性。此外，国家司法惯例中也有一些例子表明，一些国家法院承认三位体以外的国家高级官员的属人豁免。因此，这一点值得考虑。

62. 关于上文所述“广义的趋势”，应该指出，首先，对上文提及的国际法院判决应予以适当解释。尽管有这样的字面含义，很难据此得出结论认为，法院希望提及享有属人豁免的开放式名单。相反，法院审理“刑事司法互助的若干问题(吉布提诉法国)”案时本来有机会扩大受这种豁免保护的人员的范围，但法院没有这样做，仅提及国家元首。关于检察长和国家安全主管，法院没有明示宣布他们是否有权享受一般性属人豁免，但认为这些高级官员由于不是外交代表，也不能对其适用《特别使团公约》，因而不享有属人豁免。⁴³

63. 其次，从特定案件中的补救措施以及不同国家法院提出的意见来看，关于这个问题的国家惯例很少，而且不一致，不统一。如果某意见赞同扩大属人豁免范围，则须考虑在其他案件中有相反的结论，⁴⁴ 或虽然有时不对所援引或所赋予的豁免的种类作出裁定，但三位体的待遇与国家其他高级官员的待遇有着明显的不同。因此，由于缺少统一的国家惯例，我们无法确认主张将属人豁免范围扩展到三位体以外的其他高级官员的论点，因为这样做就等于直接、自动地赋予他们在国际关系中代表国家的职能，而根据国际法规则，不能显示这类官员具备这种职能。⁴⁵

64. 最后，必须注意到，即使在主张将属人豁免范围扩展到三位体以外的其他高级官员的人中，也有一个广泛的共识，即详尽列出应享有这种豁免的人是不可能的，因为对于应享有这种豁免的高级官员的性质和扩展豁免范围问题有十

⁴² 在这方面，下列国家在不同程度上表示愿意探讨非限制性的解释：阿尔及利亚、白俄罗斯、智利、中国、法国、以色列、挪威、秘鲁、葡萄牙、俄罗斯联邦、瑞士、大不列颠及北爱尔兰联合王国和越南。

⁴³ 《2008年国际法院案例汇编，刑事司法互助的若干问题(吉布提诉法国)，判决》，第194段。但必须记得，国际法院的上述判决似乎是想使这些高级官员的豁免等同于国家的豁免(即使只是部分等同)(见第187、188和196段)。

⁴⁴ 在这方面，见上文引用的瑞士联邦刑事法院最近于2012年7月25日作出的判决。

⁴⁵ 一些国家(马来西亚、挪威和斯洛文尼亚)指出，在采用广义的解释时，必须很谨慎，因为赋予某一类高级官员的代表级别很不一样。

分不同的意见。⁴⁶相反，主张采用广义的解释的人中的一个一贯的倾向是提议用更为合适的方法来确定准则，说明给予国家“其他高级官员”属人豁免的理由。⁴⁷

65. 但在实践中，依照国际法给予国家元首、政府首脑和外交部长以外的国家高级官员的一般性质的属人豁免的例子确并非罕见。无疑，最重要的例子是外交人员的刑事管辖豁免。此外还有根据适用于特别使团的规则给予属人豁免的情况。在某些情况下，通过单方面行为，在特定国家公务旅行的某些高级官员也得到同样的保护。但特别制度被排除在本专题的范围之外，因此也应被排除在委员会最终可能通过的条款草案的范围之外。正是在这种特别制度的框架内，尤其是通过广义解释特别使团制度，国家的某些高级官员的豁免问题才可找到最为恰当的答案。这些高级官员在不同程度上经常需要出国，因而可能面临外国刑事管辖，这显然有损于其职能的行使，并有损于这些官员行使职能所依据的国家主权平等原则。

66. 最后，应该指出，如果给予包括政府官员在内的其他高级官员以等同于给予三位体的待遇的属人豁免，那就会阻碍其他国家主管法庭行使管辖权，剥夺作为其主权的一部分的一项权力。只有依照如此规定的习惯国际法规则，这些特点才能得以体现。这样的规则对三位体而言已经确立，但在国际法发展的目前阶段，似乎不能适用于国家其他高级官员。

67. 根据以上讨论情况，特别报告员认为，外国刑事管辖属人豁免的主体范围应局限于国家元首、政府首脑和外交部长。兹提议下列条款草案：

⁴⁶ 一些国家认为，应给予以下官员属人豁免：国防部长和商务部长(挪威和瑞士)、负责金融系统的部长(考虑到当前的国际形势)(挪威)或副总理、政府各部部长和议会领导人(中国、爱尔兰和联合王国)。

⁴⁷ 具体而言，提出有必要确定这些准则的国家有智利、中国、法国、爱尔兰、印度、以色列、日本、葡萄牙、大韩民国和俄罗斯联邦。一些国家特别强调，首要的准则是要考虑到所涉人员的级别、参与合作和处理国际关系的程度以及旅行的必要性(尤其见联合王国的发言)。

第 4 条草案

属人豁免的主体范围

国家元首、政府首脑和外交部长对于其不是国民的国家行使的刑事管辖享有豁免。

68. 尽管如此，实际上的确能找到给予三位体以外的其他高级官员属人豁免的例子。此外，委员会一些成员和一些国家也表示赞成考虑扩大这种豁免的范围，使其涵盖国家高级官员。特别报告员想指出，如果委员会认为应就扩展属人豁免的范围的程序展开讨论，她认为这一进程应属于逐步发展的工作。无论如何，要正确处理扩展范围事宜，这类豁免就须与国家元首、政府首脑和外交部长的豁免分开处理，这尤其是为了确保将此类豁免与三位体传统上享有的属人豁免两者相区分的要素得到考虑。在这一过程中，应特别考虑到这一特定形式的属人豁免的新的领土要素，因为“公务访问”的概念的采用应是讨论的一个核心问题。一些国家最近对此表示特别关切。⁴⁸

B. 属人豁免的实际范围

69. 界定属人豁免的第二个规范要素是这类豁免涵盖的行为的种类。在此方面，应指出，与属人豁免的主体范围不同，抽象地讨论实际范围未导致实际问题。因此，无人质疑属人豁免适用于国家元首、政府首脑或外交部长的所有行为，无论私人行为还是公务行为。以上提及的此类外国刑事管辖豁免的特别依据基本说明了这一点。

70. 这一解决办法符合建立特定制度并规定相当于属人豁免的一种豁免的各项国际文书的内容，如《维也纳外交关系公约》和《特别使团公约》。⁴⁹ 由于这些公约所述的免于外国刑事管辖的保护与给予国家元首、政府首脑或外交部长的豁免的逻辑相同，所以其实际范围也应该相同。另一方面，私人编纂的各种尝试，特别是国际法学会的编纂工作，还涉及属事豁免范围内的私人行为和公务行为。⁵⁰

⁴⁸ 在第六委员会上届会议上，瑞士认为，一国官员在另一国是否属公务访问，应是处理属人豁免问题的一个相关方法准则。挪威代表北欧国家发言时，也强调必须考虑到国家代表公务访问的问题。

⁴⁹ 见《维也纳外交关系公约》第 31 条和第 39 条第 2 款(相反情形)；另见《特别使团公约》第 31 条和第 43 条第 2 款(相反情形)。在这两种情况下，应注意到，处理刑事管辖豁免与民事和行政管辖豁免的方法是不同的，因为后者与私人行为直接有关。同样，通过规定何时豁免终止，这些公约对公务行为和其他行为加以区别，这意味着默认在外交人员或特别使团成员享有属人豁免期间，非公务(私人)行为受豁免保护。

⁵⁰ 特别见国际法学会 2001 年温哥华会议通过的题为“国家元首和政府首脑管辖豁免和行政豁免”的决议。第 2 条特别值得注意，为本专题的目的，应结合第 3 条和第 13 条第 2 款研读。

71. 应该记得，这种方法反映于国际判例。国际判例将此类豁免称为“完全”、“全面”、“彻底”、“综合”或“绝对”豁免，恰恰是为了表明此类豁免适用于享有豁免者的任何行为。国内法院的做法一向遵循相同思路。⁵¹

72. 据此可以得出结论认为，根据国际法院使用的措辞，外国刑事管辖属人豁免是完全的豁免。因此，不必深入审议何种类型行为构成“私人行动”或“公务行为”，也不必作为原则问题了解这些行为是何时或在何种情况下实施的，或在豁免涵盖的行为实施时或相关方试图行使管辖权时，享有属人豁免者身在何处。⁵² 属人管辖的“完全性”意味着，国家元首、政府首脑或外交部长的任何行为均适用属人豁免，无论这些行为的性质为何、在何地实施、以及国外旅行(公务或私人访问)(在此期间某国试图行使外国刑事管辖权)的性质为何。无论如何，从这一点看，特别报告员认为，“完全豁免”一词比“绝对豁免”可取，因为从最近几十年里国际法框架内与豁免有关的发展情况来看，“绝对豁免”可有其他含义。

73. 然而，应指出，将属人豁免描述为完全豁免并不意味着对可能出现的有关例外作出任何决定。此类例外本质上意味着偏离“完全”豁免的一般原则。无论如何，可能出现豁免例外的问题并非本报告的主题，因此不应列入以下拟议条款草案。如本报告第二节所述，该问题将稍后予以审议。

74. 考虑到所有上述情况，兹提议关于属人豁免的实际范围的条款草案如下：

第 5 条草案

属人豁免的实际范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的外国刑事管辖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。
2. 国家元首、政府首脑和外交部长卸任后，对于其行为，无论是私人行为还是公务行为，不享有属人豁免。这不妨碍他们卸任后以不同身份实施公务行为时所享受的其他形式的豁免。

C. 属人豁免的时间范围

75. 与属人管辖豁免的实际方面一样，此类豁免的时间范围没有争议。相反，一项广泛的共识是，刑事管辖属人豁免只在国家元首、政府首脑或外交部长任职期

⁵¹ 在这方面，见载于秘书处备忘录(A/CN.4/596, 第 137 至 140 段)中令人感兴趣的分析。本报告反复提到的瑞士联邦刑事法院最近的一项判决也赞同普遍接受的理念，即在此情形下，豁免涉及国家元首的所有行为(第 5.3.1 段)。

⁵² 见《2002 年国际法院案例汇编, 2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时), 判决》, 2002 年 2 月 14 日判决, 第 55 段。

间适用。因此，属人豁免开始于享受豁免者就任之刻，终止于此人卸任之时。⁵³ 换言之，属人豁免本质上明确具有临时性，与享有这一豁免者的任期相关联。⁵⁴

76. 属人豁免的这一特点一贯反映在国家实践、国际判例和国内判例中。然而，的确偶尔有些术语含糊和(或)混乱，可能会影响这类豁免的法律性质。因此，据报告，在一些情况下，国家元首、政府首脑或外交部长卸任后，仍对其公务行为享有某种“剩余豁免”。⁵⁵ 换言之，有人认为，对于享有属人豁免者在职期间的公务行为，这种豁免延续到他们卸任之后。这些立场的意图显而易见：这些人卸任后，在公务行为方面，仍保留某种外国刑事管辖豁免。然而，适用于上述公务行为的豁免的性质应予澄清，且具体说明，因为这在一些情况下会对适用于这种豁免的法律制度产生影响。

77. 在这方面，应当指出，首先，享有属人豁免者的特殊地位构成属人豁免的理由；他们作为国家最高级代表，在国际关系中自动代表国家，而无需特定授权，自动有权表达国家的意愿，履行国家的责任。这就是关于属人豁免的法律制度的特别理由，据此得以对国家元首、政府首脑或外交部长的任何行为援引豁免，而为给予豁免的目的地不可能也不必要抽象地确定其行为的性质。换言之，享有豁免者的行为的性质与这一法律制度的适用无关。同时，这种豁免有明确的时限，视任期而定。原来享有豁免的人卸任后，其行为的性质再度相关：一方面，国家元首、政府首脑或外交部长的私人行为不再受豁免保护，另一方面，公务行为可得到豁免的保护，但首先必须确定其行为是公务行为。⁵⁶ 这就要求在给予豁免之前承认某一行为是“公务行为”，而这与属人豁免的性质完全不同，但却是属事豁免的一个特点。

78. 因此，如果为前国家元首、政府首脑或外交部长的公务行为援引豁免，则假定此人享有某种属事豁免，因为属事豁免涵盖国家官员履行公务的行为，而无论他们在实施这些行为时是否在最高级别代表国家，也无论在援引豁免时他们是否已经卸任。因此，这不是延长属人豁免，也不是保留其某些要素，而是适用关于属事豁免的一般规则。鉴于这两类外国刑事管辖豁免的区分已得到普遍接受，而

⁵³ 见 A/CN.4/601，第 79 段；A/CN.4/596，第 90 段。

⁵⁴ 国际法院在 2002 年 2 月 14 日“逮捕证”案的判决中明示指出这一点，见《2002 年国际法院案例汇编，2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)，判决》，第 54 段；另见同一判决第 61 段。2009 年国际法学会在关于“国家和代表国家行事的人在涉及国际罪行时的管辖豁免”的决议中也指出属人豁免的时间范围：“享有属人豁免者的职务或任务结束时，这种属人豁免即告终止”(第三条第 2 款)。

⁵⁵ 瑞士联邦刑事法院 2012 年 7 月 25 日的判决似乎与这一立场一致。判决明确认为，尽管属人豁免具有临时性质，但享有豁免者卸任后仍享有一定程度的豁免(第 5.3.1 段和第 5.3.2 段)。

⁵⁶ 在此方面，国际法学会在其 2011 年决议中指出，前国家元首“在刑事……诉讼中不享有管辖豁免，除非其行为是在行使官方职能时所实施的，或与行使官方职能有关”(第 13 条第 2 款)。

且关于对这两类豁免部分适用不同的法律制度的看法也已得到普遍接受，在条款草案中应清楚确立上述区分，也提及前国家元首、政府首脑或外交部长其在在职期间履行公务时可享有的豁免。

79. 根据上述讨论情况，兹提议兼顾两个要素的以下条款草案：

第 6 条草案

属人豁免的时间范围

1. 属人豁免仅限于国家元首、政府首脑或外交部长任职期，任期结束后即自动失效。
2. 属人豁免失效不妨碍前国家元首、政府首脑或外交部长卸任后在实施其任内的公务行为时可享有的属事豁免。

七. 今后工作计划

80. 根据初步报告中提出的工作计划，特别报告员打算在其第三次报告中专门审查属事豁免的规范要素，主要侧重于两个复杂方面，即“公务”和“公务行为”的概念。该报告将提交国际法委员会第六十六届会议，其中还将载列关于这些问题的条款草案。

81. 随后，特别报告员将开始审议豁免例外问题，并打算向委员会第六十六届会议提出一些初步意见。

附件

拟议条款草案

第一部分

导言

第 1 条草案

条款草案的范围

在不妨碍第 2 条草案的规定的情况下，本条款草案涉及国家某些官员享有的对另一国行使刑事管辖的豁免。

第 2 条草案

条款草案的范围没有涵盖的豁免

以下豁免应排除在本条款草案的范围以外：

(a) 在外交关系或领事关系范畴内或在特别使团工作期间或在与特别使团有关的方面给予的刑事豁免；

(b) 由总部协定或由关于驻国际组织外交代表的协定或确立国际组织及其官员或人员的特权和豁免的协定确立的刑事豁免；

(c) 其他特别国际条约确立的豁免；

(d) 一国单方面给予另一国官员的任何其他豁免，特别是这些官员在其境内时给予的豁免。

第 3 条草案

定义

为本条款草案的目的：

(a) “刑事管辖”一语，是指根据要行使管辖的国家的法律，为了使法院能够确立并追究因实施被该国适用的法律定为犯罪或不端行为而产生的个人刑事责任，所需的所有形式的管辖、过程、程序和行为。为“刑事管辖”定义的目的，国家行使管辖的权限的依据与此无关；

第二部分

属人豁免

第 4 条草案

属人豁免的主体范围

国家元首、政府首脑和外交部长对于其不是国民的国家行使的刑事管辖享有豁免。

第 5 条草案

属人豁免的实际范围

1. 国家元首、政府首脑和外交部长享有的外国刑事管辖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。
2. 国家元首、政府首脑和外交部长卸任后，对于其行为，无论是私人行为还是公务行为，不享有属人豁免。这不妨碍他们卸任后以不同身份实施公务行为时所享受的其他形式的豁免。

第 6 条草案

属人豁免的时间范围

1. 属人豁免仅限于国家元首、政府首脑或外交部长任职期，任期结束后即自动失效。
2. 属人豁免失效不妨碍前国家元首、政府首脑或外交部长卸任后在实施其任内的公务行为时可享有的属事豁免。