



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

引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)工作组的报告

1. 导言

(1) 目的。本报告意在概述并强调委员会就“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题所做工作的各个具体方面，为各国提供协助，便利在第六委员会讨论这一专题。

(2) 按照法治原则同有罪不罚现象做斗争的义务。各国表示愿意相互之间合作并与有关国际法庭进行合作，与犯罪者有罪不罚现象，特别是引起国际关切的犯罪者有罪不罚现象做斗争¹并在此过程中遵守法治原则。²在《国内和国际的法治问题大会高级别会议宣言》中，参加2012年9月24日会议的各国元首和政府首脑作出承诺，“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。……”³在同有罪不罚现象做斗争方面

¹ 例如参阅题为“战争罪犯及危害人类罪犯的惩治问题”的大会1971年12月18日第2840(XXVI)号决议、“关于侦察、逮捕、引渡和惩治战争罪犯和危害人类罪犯的国际合作原则”的大会1973年12月3日第3074(XXVIII)号决议以及题为“法外、任意和即决处决的有效防止和调查”的经济及社会理事会1989年5月24日第1989/65号决议中的原则18。

² 大会2012年11月30日第67/1号决议。

³ 同上，第22段。

开展合作的义务在众多公约中通过引渡或起诉的义务而得到体现。⁴ 各国广泛地赞同关于引渡或起诉的义务在同有罪不罚现象做斗争方面起着至关重要的作用的观点。⁵ 这一义务对引起国际社会严重关切的一系列犯罪行为都适用并且已经写入自 1970 年以来签订的反对国际恐怖主义的所有部门公约中。

(3) 引渡或起诉的义务在同有罪不罚做斗争的国际合作方面所起的作用已经至少从雨果·格老秀斯时代起就得到承认，他提出了 *aut dedere aut punire* 原则(即或引渡或处罚原则)：在接到请求之后，一国要么应给予有罪者以应得的惩罚，要么将他交由请求国处置。⁶ 现代的说法是将“惩罚”改为“起诉”，以此作为引渡的替代做法，以便考虑到被指称犯罪者有可能被发现是无罪的这种可能性。

(4) 引渡或起诉的义务在国际法委员会工作中的重要性。可以认为，这一专题已经包括在 1949 年委员会第一届会议十四项专题临时清单上的“对于在国家领土以外犯罪的管辖权”专题范围内。⁷ 这一义务也在 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》第 8 条(管辖权的确定)和第 9 条(引渡或起诉的义务)中得到处理。治罪法草案第 9 条针对下列罪行规定了引渡或起诉的义务：灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行。⁸ *aut dedere aut judicare* 原则据说源于包含了这项义务的“若干多边公约”。⁹ 对治罪法草案历

⁴ 见下文第 3 部分。在与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案中，国际法院指出：“引渡和起诉是根据[1984 年《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 7 条第 1 款同有罪不罚做斗争的两种交互使用的方式……”(2012 年 7 月 20 日判决，第 50 段)。法院补充说，《禁止酷刑公约》缔约国“鉴于其共同的价值，在确保酷刑行为得到预防、在发生时使行为人不得有罪不罚方面拥有共同利益”(同上，第 68 段)。法院重申公约的目标和宗旨是“避免让此种行为的责任者有罪不罚，从而使同酷刑的斗争更为有效”(同上，第 74 段，另参阅第 75 段)。

特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基的第四次报告详细论述了在与有罪不罚做斗争时的合作义务问题。他列举了为合作义务提供了法律根据的下列国际文书：《联合国宪章》第一条第三款，《关于各国依联合国宪章建立友好关系和合作的国际法原则宣言》，1998 年《国际刑事法院罗马规约》序言，以及 2011 年 3 月 30 日欧洲委员会部长理事会通过的“欧洲委员会部长理事会关于消除对严重侵犯人权行为有罪不罚现象的准则”第十二条，A/CN.4/648，第 26-33 段。

⁵ 例如比利时(A/CN.4/612，第 33 段)；丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典(A/C.6/66/SR.26，第 10 段)；瑞士(同上，第 18 段)；萨尔瓦多(同上，第 24 段)；意大利(同上，第 42 段)；秘鲁(同上，第 64 段)；白俄罗斯(A/C.6/66/SR. 27，第 41 段)；俄罗斯联邦(同上，第 64 段)；以及印度(同上，第 81 段)。

⁶ 雨果·格老秀斯，《战争与和平法》第二册，第二十一章第四节(Francis W.Kelsey 英译本，牛津—伦敦，Clarendon Press-Humphrey Milford，1925 年，第 527-529 页)。

⁷ 联合国，《国际法委员会的工作》，英文版(纽约：2012)，第 1 卷，第 37 页。

⁸ “在不妨碍国际刑事法院的管辖权的情形下，在其领土上发现据指控有第 17 [灭绝种族罪行]、第 18 [危害人类罪行]、第 19 [危害联合国人员和有关人员罪行] 或第 20 条 [战争罪行] 所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。”另见委员会对此条的评注(《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第二章)。

⁹ 《危害人类和平及安全治罪法草案及其评注》，第 8 条，第(3) 段(同上)。

史进行分析后发现，第 9 条产生的原因是有必要针对所说的核心罪行拥有一有效的刑罪化和起诉制度，而不是仅仅依靠实际国家惯例和法律确信。¹⁰ 之所以制订该条，一是考虑到有关罪行的严重性质，二是希望解决犯下这些罪行者的有罪不罚问题。¹¹ 虽然治罪法草案的侧重点是核心罪行，¹² 但正如上文第(2)段提到的，引渡或起诉义务的实质范围涵盖了引起国际关切的所有严重罪行。

(5) 拉丁术语 “aut dedere aut judicare” 的使用。过去，委员会一些委员，包括特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基在内，曾怀疑使用拉丁词语 “aut dedere aut judicare” 的做法，特别是对 “judicare” 一词的用法有疑问，他们认为这个词不足以精确地反映 “起诉” 一词的范围。然而特别报告员认为当时专注于处理术语的准确定义问题为时太早，宜将这些术语留在未来关于 “用语” 的条文草案里处理。¹³ 工作组本报告将 “引渡或起诉的义务” 作为本报告的标题，依据的是一项谅解，即 “引渡” 的强制性或 “起诉” 的强制性孰先孰后，取决于特定情况下的背景和适用的法律制度。

¹⁰ 《大会正式记录，第四十九届会议，补编第 10 号》(A/49/10)，第 80 页，第 142 段。

¹¹ 《危害人类和平及安全治罪法草案及其评注》，第 8 条，第(3)、(4)和(8)段以及第 9 条第(2)段(同上，《第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10))。

¹² 1991 年在进行一读时，治罪法草案所涵盖的罪行有下述 12 项：侵略；侵略的威胁；干涉；殖民统治和其他形式的外国统治；种族灭绝；种族隔离；有计划或大规模侵害人权行为；特别严重的战争罪行；招募、使用、资助和训练雇佣军；国际恐怖主义行为；非法贩运麻醉品；以及故意和严重损害环境行为。在 1995 和 1996 年会议上，委员会在治罪法草案定稿中将罪行减为四项：侵略罪行；灭绝种族罪行；战争罪行；危害人类罪行。这样做坚守了《纽伦堡宪章》等遗产，并将之作为选定治罪法草案涵盖的罪行的标准。这样做的主要原因似是 24 国政府对 1991 年所提议的 12 种罪行所持的不赞同意见(A/CN.4/448 和 Add.1)。第五种罪行，即危害联合国人员和有关人员罪行，是在最后一刻加上的，这是考虑到其规模、对这类人员的攻击事件的严重性以及这类人员 “对维护国际和平与安全所起的中心作用”。

侵略罪行不受治罪法草案第 9 条规定的约束。委员会认为，“由一国国内法院确定另一国是否犯有侵略罪的问题，这有违 “平等者之间无管辖权” 这一国际法基本原则。…… 一国国内法院行使管辖权从而导致认为另一国犯有侵略罪，这将对国际关系与国际和平与安全产生严重的影响。”(《危害人类和平及安全治罪法草案及其评注》，《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第 30 页，第 14 段)。

¹³ A/CN.4/603，第 36-37 段。在初次报告里，特别报告员讨论了与这一专题有关的各种拉丁语说法，即 aut dedere aut punire; judicare aut dedere; aut dedere aut prosequi; aut dedere, aut judicare, aut tergiversari; 以及 aut dedere aut poenam persequi (A/CN.4/571，第 5-8 段)。另见 Raphaël van Steenberghe, “引渡或起诉的义务：澄清其性质”(《国际刑事司法杂志》，第 9 卷 (2011 年)，第 1089 页起，见第 1107-8 页，该文论及 aut dedere aut punier, aut dedere aut prosequi, 和 aut dedere aut judicare 等说法。

2. 委员会自 2006 年以来所做工作概述

(6) 委员会第五十七届会议(2005 年)将“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”列入工作方案并任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为特别报告员。¹⁴ 这一决定得到大会第六委员会的核准。¹⁵ 从第五十八届会议(2006 年)起至第六十三届会议(2011 年),委员会收到并审议了特别报告员提交的四次报告和四条案文草案。¹⁶ 2009 年设立了关于此专题的工作组,由阿兰·佩莱先生任主席,工作组拟定了审议此专题的总框架,其目的是说明需处理的具体问题并确立优先顺序。¹⁷ 委员会注意到工作组主席的口头报告并在其第六十一届会议年度报告里载录了工作组拟定的审议此专题的提议的总框架。¹⁸

(7) 提议的总框架(a)节第(二)小节提及“现有条约中的引渡或起诉的义务”,秘书处据此进行了一次对国际法委员会就“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题开展的工作可能有关的多边公约的调查¹⁹(下称“秘书处的调查(2010 年)”)。该研究报告查出了将引渡和起诉作为惩治犯罪者的相互替代办法加以规定的普遍性和区域性多边文书。

(8) 2010 年 6 月,特别报告员提交了一份工作文件,题为“工作组关于‘或引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)’专题讨论的依据”,²⁰就 2009 年提议的总框架发表了意见和建议,同时借鉴了秘书处的调查(2010 年)。特别报告员尤其提请注意下列问题:(a) 引渡或起诉义务的法律依据;(b) 引渡或起诉义务的实质范围;(c) 引渡或起诉义务的内容;(d) 触发引渡或起诉义务的条件。’

(9) 2010 年,由恩里克·坎迪奥蒂先生任代理主席的工作组确认,秘书处的调查(2010 年)有助于澄清 2009 年提议的总框架的某些方面。工作组指出,在寻求阐明提议的总框架中所商定的问题时,除了秘书处的调查(2010 年)所侧重的多边条约实践以外,还需要详细审议国家惯例的其他方面(包括但不限于国家立法、案例法、政府代表的正式声明等)。此外,工作组指出,鉴于在治理有罪不罚现

¹⁴ 2005 年 8 月 4 日第 2865 次会议(《大会正式记录,第六十届会议,补编第 10 号》(A/60/10),第 500 段)。

¹⁵ 大会 2005 年 11 月 23 日第 60/22 号决议。

¹⁶ 特别报告员于 2006 年提交了初次报告(A/CN.4/571),2007 年提交了第二次报告(A/CN.4/585 和 Corr.1),2008 年第三次报告(A/CN.4/603),2011 年第四次报告(A/CN.4/648)。特别报告员加利茨基在其第二次报告(A/CN.4/585,第 76 段)、第三次报告(A/CN.4/603,第 110-129 段)及三年之后其第四次报告(A/CN.4/648,第 40、第 70-71 和第 95 段)里提出了条款草案案文。

¹⁷ 2008 年 7 月 31 日第 2988 次会议,《大会正式记录,第六十三届会议,补编第 10 号》(A/63/10),第 315 段。

¹⁸ 同上,《第六十四届会议,补编第 10 号》(A/64/10),第 204 段。

¹⁹ A/CN.4/630。

²⁰ A/CN.4/L.774。

象方面合作义务似乎是引渡或起诉义务的基石，因此有必要对国家实践作系统的评估。这样将会澄清在多大程度上，合作义务作为一般规则或相对于具体的罪行而言，可指导本专题的工作，包括涉及引渡或起诉义务的实质范围、内容以及触发该义务的条件的工作。

(10) 委员会第六十四届会议(2012 年)设立了一个不限成员名额工作组，由江萨·吉滴猜萨里先生任主席，评估委员会就此专题开展工作取得的进展，并探讨委员会今后可采取的备选办法。²¹ 在这届会议上，没有任命特别报告员取代已不再是委员会委员的加利茨基先生。工作组主席在第六十届会议(2012 年)期间提交了四份非正式工作文件，在第六十五届会议(2013 年)期间又提交了四份非正式工作文件。工作组对这些非正式工作文件的讨论构成本报告的基础。

3. 工作组在 2012 年和 2013 年进行的审议

(11) 工作组认为秘书处的调查(2010 年)和国际法院 2012 年 7 月 20 日对与引渡或起诉义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案的判决对其工作有用。

(12) 多边文书中的条款类型。秘书处的调查(2010 年)以这些条款为依据描述了有关文书的情况并进行了分类，审查了在相关领域起到范本作用的某些重要公约的准备工作。对于某些条款，该研究报告还审查了所作出的任何保留，指出了不同公约中受审查条款之间的差异及其演变情况，提出了一些全面性结论，涉及：
(a) 相关条款中引渡与起诉之间的关系；(b) 不同公约中适用于引渡的条件；以及(c) 不同公约中适用于起诉的条件。调查将含有此类规定的公约划分为以下四类：
(a) 1929 年《取缔伪造货币国际公约》以及沿用相同模式的其他公约；(b) 关于引渡的区域性公约；(c) 1949 年《日内瓦四公约》及 1977 年《第一附加议定书》；和(d) 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》以及沿用相同模式的其他公约。

(13) 1929 年《取缔伪造货币国际公约》以及沿用相同模式的其他公约²² 通常：
(a) 将相关罪行定为刑事罪，缔约国承诺依据国内法给予惩处；(b) 关于起诉和引渡的条款，这些条款顾及各国对引渡国民和行使域外管辖权的不同意见，行使域外管辖权允许选择而非强制；(c) 含有规定了引渡义务的条款，一旦拒绝引渡则应起诉；(d) 确立一项引渡制度，各国据此承诺在某些条件下认定该罪行为可予引渡的罪行；(e) 含有限制条款，使公约不影响各国按国际法问题处理刑事管辖权问题的方法；以及(f) 含有一项不妨碍各国刑事立法和司法的条款。虽然

²¹ 《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第 206 段。

²² 例如(a) 1936 年《取缔非法贩卖危险药品公约》；(b) 1937 年《防止和惩治恐怖主义公约》；(c) 1950 年《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》；(d) 1961 年《麻醉品单一公约》；以及(e) 1971 年《精神药物公约》。

沿用此模式的一部分公约在用词上有编辑性质的差异，但有些则从实质上修改了缔约国承担的义务。

(14) 有众多区域引渡公约和安排载有将引渡与起诉选项相结合的条款，²³ 虽然这些文书通常强调引渡的义务（被详加规定），只将起诉设想为在开展这一合作时为避免有罪不罚而可采用的备用办法。按照这一模式，引渡是确保刑事管辖权得到有效执行的手段。缔约国 负有引渡的一般义务，除非引渡请求恰遇一种条件或例外情形，包括拒绝引渡的强制性理由或自由裁量理由。例如引渡国民可能受到禁止，或须受具体的保障约束。不需要满足双重犯罪这一要求。此种协议和安排中的规定随着时间的推移发生过修改和调整，特别是在条件和例外方面。²⁴

(15) 1949 年日内瓦四公约载有相同的规定，据此，各缔约国有义务搜捕被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏本公约行为之人，并将此种人，不分国籍，送交各该国法庭。然而该国亦可于自愿时，并依其国内立法的规定，将此种人送交另一有关的缔约国审判，但后一缔约国须已确定案件证据确凿。²⁵ 因此，按照这一模式，搜捕并起诉被指称犯罪者的义务不以管辖权考虑为条件，不论另一国是否提出任何引渡请求，这一义务都存在。²⁶ 尽管如此，引渡是一项备选的做法，受制于起诉国确定案件证据确凿这一条件。这一机制以参照方式适用于 1977 年《第一附加议定书》²⁷

(16) 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第 7 条规定：“在其境内发现被指称的罪犯的缔约国，如不将此人引渡，则不论罪行是否在其境内发生，应……将此案件提交其主管当局以便起诉”。这一“海牙套语”是《日内瓦四公约》套语的变体，后来成为好几 惩治具体罪行的公约的范本，主要是在反对恐怖主义领域，也涉及许多其他领域(包括酷刑、雇佣军、危害联合国人员和有关

²³ 这些文书包括：(a) 1928 年《国际私法公约》，另外也称作“布斯塔曼特法典”，见第四卷(国际程序法)，第三章(引渡)；(b) 1933 年《引渡公约》；(c) 1981 年《美洲引渡公约》；(d) 1957 年《欧洲引渡公约》；(e) 1961 年《司法合作总公约》(Convention générale de coopération en matière de justice)；(f) 1994 年《西非国家经济共同体引渡公约》；以及(g)《英联邦内伦敦引渡计划》。

²⁴ 还可回顾的是，大会通过了《引渡示范条约》(第 45/116 号决议，附件)和《刑事事件互助示范条约》(第 45/117 号决议)。

²⁵ 分别是第一、第二、第三、第四《日内瓦公约》第 49、50、129、146 条。这些《日内瓦公约》使用“送交”而不用“引渡”的原因在在秘书处的调查(2010 年)里有解释，见第 54 段。

根据 Claus Kreß (“对严重破坏公约行为之制度的审判方面的思考” 《国际刑事司法杂志》，第 7 卷 (2009 年)，第 789 页，严重破坏公约行为之制度的审判方面实际上意味着有义务调查以及在必要时起诉并定罪。

²⁶ 见 Jean Pictet(编)《对 1949 年 8 月 12 日日内瓦第四公约的评论》，第四卷，(日内瓦，红十字国际委员会，1958 年)，第 593 页。

²⁷ 1977 年《第一附加议定书》第 85 条第 1 和第 3 款，以及第 88 条第 2 款。

人员罪行、跨国罪行、腐败、强迫失踪等)。²⁸ 然而, 后来这些文书有许多修改了原来的用语, 这有时影响到海牙套语所载的义务的实质内容。

(17) 在 2012 年 7 月 20 日国际法院针对与引渡或起诉义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案所作的判决所附的个别意见里, 优素福法官还论及“含有 *aut dedere aut judicare* 套语的条约”的类型, 并将这些条约大致分为两类。²⁹ 第一类含有规定了引渡义务的条款, 而且只有在拒绝引渡之后起诉才成为义务。这些公约结构有其特点, 优秀重视引渡到罪行发生地国家。这些公约的大多数并不为缔约国规定起诉被指称犯罪者的一般义务, 只有在拒绝引渡请求之后, 或存在着诸如被指称犯罪者被指称犯罪者的国籍等因素之后, 被指称犯罪者犯罪时所在的国家才有义务进行起诉。这第一类公约的例子有 1929 年《取缔伪造货币国际公约》第 9 条第 22 款、《非洲联盟预防和打击腐败公约》第 15 条、以及《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》第 5 条。

第二类国际公约含有规定了起诉义务的条款, 但引渡只是可用的备选做法, 或含有规定了起诉义务的条款, 但只有在该国未能将案件提交起诉时引渡才变为义

²⁸ 除其他外, 这些公约包括: (a) 1971 年《美洲国家组织防止和惩治以侵害个人罪行和相关勒索罪行形式进行的具有国际影响的恐怖主义行为公约》; (b) 1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》; (c) 1973 年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》; (d) 1977 年《欧洲制止恐怖主义公约》; (e) 1977 年非洲统一组织《消除非洲雇佣军制度公约》; (f) 1979 年《反对劫持人质国际公约》; (g) 1979 年《核材料实物保护公约》; (h) 1984 年《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》; (i) 1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》; (j) 1987 年《南亚区域合作联盟制止恐怖主义区域公约》及其 2004 年附加议定书; (k) 1988 年《制止在用于国际民用航空的机场发生的非法暴力行为以补充<制止危害民用航空安全的非法行为的公约>的议定书》; (l) 1988 年《制止危害航海安全的非法行为公约》; (m) 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》; (n) 1989 年《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》; (o) 1994 年《美洲被迫失踪人士公约》; (p) 1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》及其 2005 年任择议定书; (q) 1996 年《美洲国家反腐败公约》; (r) 1997 年《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他相关材料公约》; (s) 1997 年《经济合作与发展组织禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》; (t) 1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》; (u) 1998 年《通过刑法保护环境公约》; (v) 1999 年《反腐败刑法公约》; (w) 1999 年《关于发生武装冲突时保护文化财产的公约第二号议定书》; (x) 1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》; (y) 2000 年《儿童权利公约关于买卖儿童、儿童卖淫和儿童色情制品问题的任择议定书》; (z) 2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其议定书; (aa) 2001 年《欧洲委员会打击网络犯罪公约》; (bb) 2003 年《非洲联盟防治腐败公约》; (cc) 2003 年《联合国反腐败公约》; (dd) 2005 年《制止核恐怖主义行为国际公约》; (ee) 2005 年《欧洲委员会防止恐怖主义公约》; (ff) 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》; (gg) 2007 年《东南亚国家联盟反恐主义公约》; (hh) 2010 年《制止非法劫持航空器公约的补充议定书》; 以及 (ii) 2010 年《制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》。

²⁹ 优素福法官就比利时诉塞内加尔案所发表的个别意见, 第 19-22 段, 另见秘书处的调查(2010 年), 第 126 段。另参阅比利时 2009 年提交国际法委员会的评论, 比利时列出了两类条约: (a) 一类条约含有 *aut dedere aut judicare* 条款, 把不接受对被指控犯罪者的引渡要求作为起诉义务的条件; (b) 另一类条约载有未求引渡也须起诉条款, 规定各国须对犯有条约规定的罪行的犯罪者行使普遍管辖权, 而这项义务并不以拒绝满足先前的引渡要求为条件(A/CN.4/612, 第 15 段), 特别报告员加利茨基在其第四次报告中曾引用(A/CN.4/648, 第 85 段和脚注 56)。

务。这第二类公约中的这种条款例如可在 1949 年日内瓦四公约有关条款、1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第 7 条第 1 款以及《禁止酷刑公约》第 7 条第 1 款中看到。

(18) 鉴于以上所述，工作组认为各国可自行决定哪一种关于引渡或起诉义务的公约套语在特定情况下最适合它们的目的。鉴于公约实践中引渡或起诉义务的说法、内容和范围多种多样，委员会将关于引渡或起诉的义务的各种条约条款加以协调，将是有益的。³⁰

(19) 虽然工作组认为应该逐案地审查有关公约中的引渡或起诉义务的范围，但工作组也承认，在更近些的含有引渡或起诉义务的条款的公约中，可能存在着一些一般趋势和共同特征。最相关的一种趋势似乎是将“海牙套语”用作“当代打击特定罪行的大多数公约的范本”。³¹ 在 1970 年或之后起草的公约中，约有四分之三沿用了“海牙套语”。在这些 1970 年之后的公约中，有一个共同的趋势是，即羁押国如果不引渡的话，则无一例外地将受指控犯罪者的案件交给主管当局处理。对此义务还以附加规定加以补充，要求缔约国：(a) 在国内法中规定相关罪行为刑事犯罪；(b) 当与罪行存在着某种联系或被指称犯罪者在本国领土内并且未被引渡时，则确立对罪行的管辖权；(c) 规定采取措施羁押罪犯并对事实进行初步调查；(d) 将罪行视为可予引渡。³² 尤其是，按照该项义务的起诉方面，这些公约只是强调案件须提交主管当局以便进行起诉。在较小的程度上，另一种趋势是规定在羁押国不予起诉的情况下，必须无一例外地将指称犯罪者予以引渡。

(20) 工作组指出，在关于引渡或起诉义务在目前公约制度中存在着一些重要缺陷，可能需要加以弥补。尤其是相对于大多数危害人类罪、³³ 严重违反公约以外的战争罪以及在非国际武装冲突中的战争罪而言，缺乏含有这一义务的国际公

³⁰ 秘书处的调查(2010 年)的结论是(A/CN.4/630, 第 77-78 页)：

“……对相关公约实践的研究显示，各类公约在规范管理这些问题方面的独特程度大不相同，只有很少几项公约采用同样的惩罚罪犯机制(包括在引渡和起诉之间的联系方面)。与起诉和引渡有关的条款出现差异似乎有几个决定因素，包括：每一项公约商谈时的地域、体制和专题框架……人权或国际刑事司法等相关领域国际法的发展；等等。此外，虽然在相关条款中可以确定一些普遍趋势和共同特点，但对于每一个条款的明确范围，需要考虑该条款的表述形式、所在条约的普遍安排和相关准备工作，逐案作出结论。”

³¹ 同上，第 91 段。

³² 同上，第 109 段。

³³ 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》沿用了海牙套语，并提及犯罪的“极端严重性”，当危害人类罪呈普遍或有系统的特点时，便作如此描述。然而除此之外，针对危害人类罪似乎缺乏含有引渡或起诉的义务的国际公约。

约。³⁴ 就灭绝种族罪而论，应加强国际合作制度，而不是仅仅停留在 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》所规定的那种基本制度水平上。正如国际法院在《防止及惩治灭绝种族罪公约》的适用(波斯尼亚和黑塞哥维那诉塞尔维亚和黑山)案中所解释的，根据《灭绝种族罪公约》第六条承担的义务是，该条只是规定缔约国有义务确立并行使领土内刑事管辖权并与国际刑事法庭合作，包括接受该法庭的管辖权。³⁵

4. 履行引渡或起诉的义务

(21) 海牙套语。工作组认为国际法院对与引渡或起诉义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案的判决有助于澄清与履行引渡或起诉义务相关的一些问题，特别是因为会有这样的条约安排：当被指称犯罪者身在某一国时，该国依此事实负有起诉的义务，但该国可通过予以引渡，而免除自己的这一义务。这一判决仅限于分析根据《禁止酷刑公约》消除有罪不罚现象的机制。具体地说，判决侧重于关于建立管辖权(第 5 条)、进行初步调查的义务(第 6 条)、起诉或引渡的义务(第 7 条)

³⁴ 《1949 年日内瓦四公约》的基本原则是建立对严重破坏公约行为的普遍管辖权。每一项公约都在“引渡或起诉”规定之后有一条描述什么构成严重破坏公约行为。

在《日内瓦第一和第二公约》中，该条款完全相同(分别为第 50 条和第 51 条)：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”

《日内瓦第三公约》第 130 条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫被保护人在敌国军队中服务，或故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利。”

《日内瓦第四公约》第 147 条规定：“上条所述之严重破坏公约行为，应系对于受本公约保护之人或财产所犯之任何下列行为：故意杀害，酷刑及不人道待遇，包括生物学实验，故意使身体及健康遭受重大痛苦或严重伤害，将被保护人非法驱逐出境或移送，或非法禁闭，强迫被保护人在敌国军队中服务，或故意剥夺被保护人依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利，以人为质，以及无军事上之必要而以非法与暴乱之方式对财产之大规模的破坏与征收。”

《日内瓦四公约》和 1977 年《第一附加议定书》在严重破坏公约行为范围之外，并没有确立引渡或起诉的义务。与战争罪有关的其他国际文书也均未规定此种义务。

³⁵ 《2007 年国际法院案例汇编》，第 43 页，第 442、449 段。第六条的案文是：“凡被诉犯灭绝种族罪或有第三条所列其他行为之一者，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。”法院在第 442 段里没有排除其他基础，法院指出：“《灭绝种族公约》第六条只是规定缔约国有义务确立并行使领土内刑事管辖权。法院当然不禁止各国在灭绝种族罪事项上依据犯罪发生地（这与国际法是相符的）以外的标准，例如被控告者的国籍，赋予刑事法院以管辖权，但没有规定必须这样做。”

等各条之间的关系。³⁶ 虽然法院的理由说明涉及与该公约有关的具体履行和适用问题，但由于《禁止酷刑公约》的有关起诉或引渡规定是以“海牙套语”为范本的，故法院的裁决也有助于阐明 1970 年《海牙公约》和沿用相同套语的其他公约中的起诉或引渡制度的含义。³⁷ 由于法院还认为酷刑是受强制法禁止的罪行，³⁸ the under 《禁止酷刑公约》所用的起诉或引渡套语可用作强制法禁止的其他核心罪行例如灭绝种族罪、危害人类罪以及战争罪的起诉或引渡制度的范本。

(22) 法院认定，《禁止酷刑公约》缔约国有义务将酷刑定为刑事罪，对酷刑罪确立管辖权以拥有对这一犯罪进行起诉的必要法律工具，在犯罪嫌疑人一出现在各自领土内时即对事实开展。法院宣称：“这些义务作为一个整体可视为一个单一的公约机制的要素，这一公约机制的目的是防止经证实的嫌疑人逃脱其刑事责任的后果”。³⁹ 由第 7 条第 1 款规定的“将该案提交主管当局以便起诉”的义务，法院称之为“起诉的义务”，认为无论是否先前提出了针对嫌疑人的引渡请求，此项义务都存在。然而应由国家当局决定是否根据已经掌握的证据和有关的刑事诉讼规则提起诉讼。⁴⁰ 法院尤其裁定，“引渡是由公约提供给国家的一种选择，而起诉是根据公约承担的国际义务，违背此项义务则属于能够导致国家责任的不法行为”。⁴¹ 法院还指出，1970 年《海牙公约》和《禁止酷刑公约》都强调“主管当局应根据该国法律，以对待情节严重的任何普通犯罪案件的同样方式作出决定”。⁴²

(23) 须纳入国内法律的引渡或起诉义务基本要点。有效履行引渡或起诉的义务，这就要求采取必要的国内措施，将有关犯罪行为定为刑事罪行，对处在该国领土内的犯罪行为及犯罪者确立管辖权，进行调查或初步调查，逮捕嫌疑人，并将案件提交起诉当局(可能会，也可能不会导致提起诉讼)或予以引渡，如果具有必要管辖权和起诉嫌疑人能力的另一国提出了引渡请求的话。

³⁶ 比利时诉塞内加尔案，第 71-121 段。

³⁷ 法院指出，《禁止酷刑公约》第 7 条第 1 款基于 1970 年《海牙公约》所载的类似的规定(同上，第 90 段)。正如多诺霍法官所说：“今天判决书中的处置性段落只对当事方有约束力。尽管如此，法院对一项多边条约(或习惯国际法)所作的解释对其他国家也会产生影响。在口头诉讼过程中法院法官所提出了大量问题，这正揭示了本案所提出的法律问题的深远意义。……。”(多诺霍法官就比利时诉塞内加尔案发表的声明，第 21 段。)

³⁸ 比利时诉塞内加尔案，第 99 段。

³⁹ 同上，第 91 段。另见第 74-75、78、94 段。

⁴⁰ 同上，第 90、94 段。

⁴¹ 同上，第 95 段。

⁴² 《禁止酷刑公约》第 7 条第 2 款和 1970 年《海牙公约》第 7 条，同上，第 90 段。

(24) 确立必要管辖权。确立管辖权是履行引渡或起诉处在一国境内的被指称犯罪者的义务的“符合逻辑的预告步骤”。⁴³ 当罪行据称是在国外犯下并且与法院地国没有连结时，引渡或起诉的义务必然反映出是对普遍管辖权的行使，⁴⁴ 而普遍管辖权是“是针对域外事件而对人确立的领土管辖权”⁴⁵，这里，受害者和被指称犯罪者均不是法院地国的国民，据称也没有给法院地国的国家利益造成损害。然而，引渡或起诉的义务也能反映出是在其他基础上行使管辖权。所以，如果一国能在其他基础上行使管辖权，则在履行引渡或起诉的义务时不一定援引普遍管辖权的名义。

就起诉引起国际关切的罪行的被指称犯罪者而言，普遍管辖权是至为重要的因素，特别是当被指称犯罪者在犯罪发生地国没有受到起诉时。⁴⁶ 好几项国际文书，例如得到广泛批准的 1949 年日内瓦四公约和《禁止酷刑公约》，都要求对这些文书所涵盖的罪行行使普遍管辖权，或者如不起诉，则将被指称犯罪者引渡到另一国以便进行起诉。

(25) 制订法律方面的拖延。根据国际法院对比利时诉塞内加尔案的判决，制订必要法律以起诉嫌疑人如果出现拖延，则会对缔约国履行进行初步调查并将案件提交主管当局进行起诉的义务产生不利影响。⁴⁷ 国家的义务远不止单纯地制订本国法律。国家还必须实际对嫌疑人行使管辖权，从调查事实开始。⁴⁸

(26) 调查的义务。根据法院对比利时诉塞内加尔案的判决，调查的义务包含好几项要素。

⁴³ 非盟-欧盟普遍管辖权原则特设技术专家组的报告 (8672/1/09/ Rev. 1)，附件，第 11 段。国际法院在比利时诉塞内加尔案的判决中认为，《禁止酷刑公约》缔约国履行其确立其法院的普遍管辖权的义务是必要的条件，有了此条件，方能进行初步调查并将案件提交主管当局以便进行起诉。(比利时诉塞内加尔案，判决，第 74 段)。

⁴⁴ 一位学者认为，“除了嫌疑人身在一国境内这一点以外，当该国与指称的犯罪或嫌疑人没有联结时，*aut dedere aut judicare* 原则即与普遍管辖权相重叠。”(Mitsue Inazumi, 现代国际法中的普遍管辖权：为了依国际法对严重罪行进行起诉而将国家管辖权扩大(Intersentia 2005)，第 122 页。)

⁴⁵ 2000 年 4 月 11 日逮捕证(刚果民主共和国诉比利时)案，《2002 年国际法院案例汇编》，第 3 页，法官希金斯、科艾曼斯、比尔根塔尔的联合个别意见，第 42 段。

⁴⁶ 应该回顾的是，1996 年治罪法草案第 9 条所提到的“引渡或起诉的义务”该治罪法草案第 8 条的“确立管辖权”密切相关，这要求每一缔约国都采取必要措施，确立对灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国人员和有关人员罪行以及战争罪行的普遍管辖权，而不论犯罪发生在何地，由谁实施。委员会对第 8 条的评注也表明，考虑到了普遍管辖权(《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》，(A/51/10)，第 7 段)。

⁴⁷ 比利时诉塞内加尔案，第 76、77 段。

⁴⁸ 同上，第 84 段。

- 一般来说，调查的义务必须依适用的条约的目标和宗旨来加以解释，而目标和宗旨便是使同有罪不罚的斗争更为有效。⁴⁹
- 这项义务意在证实对有关的人的怀疑。⁵⁰ 起点是确定有关事实，这是同有罪不罚现象做斗争的必不可少的阶段。⁵¹
- 一旦当局 有理由怀疑其境内的某人可能对某些行为负有责任，而这些行为在引渡或起诉义务的约束范围之内，则必须进行调查。初步调查须立即开始。这一点最晚必须在对该人提出首次控诉时做到，⁵² 在此阶段必须确定事实。⁵³
- 然而，简单地讯问嫌疑人，以查明其身份并告知他或她控诉的罪名，这不能视为履行了进行初步调查的义务。⁵⁴
- 初步调查由负责拟订案件文档和负责收集事实和证据(例如文件、证人关于事件经过及嫌疑人可能参与其中的证词)的当局实施。这些当局是指这样的国家的当局：指称的犯罪行为发生在该国境内，或记录了关于案件的申诉的任何其他国家。为了履行进行初步调查的义务，嫌疑人在其境内的国家应寻求前述国家的合作。⁵⁵
- 依据普遍管辖权进行的调查必须遵循相同的证据标准，就如该国因与案件具有联系而行使管辖权时一样。⁵⁶

(27) 起诉的义务。根据法院对比利时诉塞内加尔案的判决，起诉的义务包含好几项要素。

- 起诉的义务实际上是将案件提交起诉当局的义务，不涉及提起起诉的义务。实际上，根据证据的情况，履行这一义务可能会、也可能不会

⁴⁹ 同上，第 86 段。

⁵⁰ 同上，第 83 段。

⁵¹ 同上，第 85-86 段。

⁵² 同上，第 88 段。

⁵³ 同上，第 86 段。

⁵⁴ 同上，第 85 段。

⁵⁵ 同上，第 83 段。

⁵⁶ 同上，第 84 段。

导致提起诉讼程序。⁵⁷ 主管当局决定是否提起诉讼，这与他们按照本国法律对待据称性质严重的犯罪案件一样。⁵⁸

- 与履行起诉的义务有关的程序应毫不拖延地尽快实施，尤其是针对嫌疑人一旦提出了首次申诉之后。⁵⁹
- 必须确保起诉及时，以免发生不公正，因此必须在合理的时限内采取必要行动。⁶⁰

(28) 引渡的义务。关于引渡的义务：

- 引渡的目的地国只能是以某种身份具有管辖权，依照国际法律义务(该义务对该国具有约束力)可以起诉并审判被指称犯罪者的且该人所在国家。⁶¹
- 履行引渡的义务不能用驱逐、非常规引渡或将嫌疑人发送到另一国的其他非正式形式来替代。⁶² 正式的引渡请求涉及重要的人权保护措施，这些措施在诸如将嫌疑人发送到另一国的非正式形式例如非常规引渡中是没有的。按照绝大多数国家的引渡法律，必要的要求包括双重犯罪，一罪不二审，法无明文规定不为罪，特定性，不得将嫌疑人引渡使之因民族出身、宗教、国籍或政治观点等理由而受审判。

(29) 符合目标和宗旨。国家采取的措施必须依有关国际文书或对该国具有约束力的其他国际义务来源的目标和宗旨来加以解释，而目标和宗旨便是使同有罪不罚

⁵⁷ 另参见 Chili Komitee Nederland 诉皮诺切特，阿姆斯特丹上诉法院，1995 年 1 月 4 日《荷兰国际法年鉴》，第 28 卷(1997 年)第 363–365 页，上诉法院认为，荷兰公共检察官在智利前总统皮诺切特访问阿姆斯特丹时拒绝起诉他，这并没有错，因为皮诺切特或许有权享有不受起诉的豁免权，而为证明任何起诉所需要的证据都会在智利，但荷兰与智利没有关于刑事诉讼程序的合作协议。见 Kimberley N. Trapp, 国际恐怖主义的国家责任(牛津：牛津大学出版社 2011)，第 88 页，脚注 132。

⁵⁸ 同上，第 90、94 段。

⁵⁹ 同上，第 115、117 段。

⁶⁰ 同上，第 114、115 段。参见坎萨多·特林达德法官对于此案发表的个别意见，第 148、151–153 段；专案法官苏尔对于此案发表的不同意见，见第 50 段；以及薛法官的不同意见，见第 28 段。

⁶¹ 比利时诉塞内加尔案，第 120 段。

⁶² 参阅委员会 2012 年一读通过的驱逐外国人条款草案第 13 条草案，见《大会正式记录，第六十七届会议，补编第 10 号》(A/67/10)，第四章，以及欧洲人权法院，Bonzano 诉法国，1986 年 12 月 18 日的判决，第 9990/82 号请求书，第 52–60 段。欧洲人权法院认为，为了避开引渡方面的要求而以驱逐为幌子的引渡是非法的，与《欧洲人权公约》第 5 条所保障的人身安全权不符。

的斗争更为有效。⁶³ 另外值得回顾的是，借助于反映了习惯国际法的《维也纳条约法公约》第二十七条，条约的一缔约国不得援引其国内法律为理由，为其未履行条约而辩护。⁶⁴ 此外，国家采取的措施必须符合法治原则。

(30) 如果涉及引起国际关切的严重罪行，引渡或起诉义务的宗旨是确保被指称犯罪者不能在任何国家得到庇护，从而逃避惩罚。⁶⁵

(31) 义务的时间范围。根据反映了在此问题上的习惯国际法的《维也纳条约法公约》第二十八条，依据条约承担的引渡或起诉义务适用于该条约对有关国家生效之后发生的事实，“条约表示不同意思，或另经确定”。⁶⁶ 在一国成为载有引渡或起诉义务的条约的缔约国之后，该国自加入该条约生效之日起，有权请求另一缔约国遵守该条约的所有规定，包括引渡或起诉的义务在内。⁶⁷ 因此，一国一旦受该条约约束，即应履行其义务，将载有引渡或起诉义务的条约所禁止的行为定为刑事罪，并确立必要的管辖权。⁶⁸ 然而，该国完全可以调查或起诉在该条约对该国生效之前所发生的行为。⁶⁹

(32) 不遵守引渡或起诉义务的后果。在对比利时诉塞内加尔案的判决中，法院认定，违反根据《禁止酷刑公约》所承担的国际义务是引起国家责任的不法行为。⁷⁰ 只要尚未采取履行义务所必需的一切措施，该国就处在违反其义务的状态。⁷¹ 委员会的国家对国际不法行为的责任条款规定，实施可归于一国的国际不法行为是有法律后果的，包括停止并不重犯该行为(第 30 条)，赔偿(第 31、34-39 条)以及反措施(第 49-54 条)。

⁶³ 见国际法院对比利时诉塞内加尔案判决中的理由说明，第 85-86 段。因此，法院裁定，财政困难并不能成为塞内加尔不履行其根据《禁止酷刑公约》承担的义务的理由(同上，第 112)。同样，从非洲联盟寻求指导意见也不能成为塞内加尔拖延履行其根据公约承担的义务的理由(同上)。

⁶⁴ 同上，第 113 段。

⁶⁵ 比利时诉塞内加尔案，第 120 段。另见坎萨多·特林达德法官的解释，

“……国家的行为应当有助于履行结果义务(在本案，即禁止酷刑)。国家不能声称，尽管其行为良好，但国内法不足或困难致使它无法充分履行其义务(即将酷刑定为非法行为并起诉犯罪者)，而法院不能因有关国家据称“行为良好”而认为案件已结。”(坎萨多·特林达德法官对于比利时诉塞内加尔案发表的个别意见，第 50 段，另见他在第 43-51 段里详细陈述的理由。)

⁶⁶ 比利时诉塞内加尔案，第 100-102 段。

⁶⁷ 同上，第 103-105 段。

⁶⁸ 同上，第 75 段。

⁶⁹ 同上，第 102、105 段。

⁷⁰ 同上，第 95 段。

⁷¹ 同上，第 117 段。

(33) 该义务与“第三种选择”的关系。随着国际刑事法院和各种特设国际刑事法庭的建立，现在有了这样的可能，即面对引渡或起诉被指控者义务的一国可求助于第三种选择，即将嫌疑人送交有关国际刑事法庭。⁷² 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第 11 条第 1 款便载有这样的第三种选择。⁷³

(34) 在对于比利时诉塞内加尔案发表的不同意见中，薛法官认为，假如塞内加尔已经将被指称犯罪者送交由非洲联盟组建的国际法庭进行审判，他们就没有违反《禁止酷刑公约》第 7 条所规定的起诉的义务，因为这样的法庭就是为满足公约的目的而设立的，公约本身不禁止，国家惯例也不禁止。⁷⁴ 当然，如果“条约表示不同意思，或另经确定”，⁷⁵ 因而不许将受指控的犯罪者移交国际刑事法庭，则这样的移交并不免除条约缔约国根据其各自国内法律制度引渡或起诉该犯罪者的义务。

(35) 有人提议，鉴于国际刑事法庭日益重要，关于引渡或起诉义务的新条约规定与国内法一样，应包含这第三种选择。

(36) 补充意见。一国也许愿意同时履行引渡或起诉义务的两个方面，例如起诉、审判犯罪者并予判刑，然后将该犯罪者引渡或移交给另一国，以便使判决得到执行。⁷⁶

⁷² 注意：1996 年危害人类各平治罪法草案第 9 条规定，该条所规定的引渡或起诉的义务“不妨碍国际刑事法院的管辖权”。

⁷³ “缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有强迫失踪罪的人，如果不按其国际义务将该人引渡或移交给另一国家，或移交该缔约国承认其司法权的某一国际刑事法庭，则该国应将案件提交本国的主管机关起诉。”

⁷⁴ 薛法官的不同意见，见第 42 段(在其他问题上的不同意见)。

⁷⁵ 《维也纳条约法公约》第二十八条。

⁷⁶ 特别报告员加利茨基在其初次报告(A/CN.4/571)里提到这一可能性，第 49-50 段。