



国际法委员会

第六十六届会议

2014年5月5日至6月6日和

7月7日至8月8日，日内瓦

最后报告

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

GE.14-04417 (C) 250614 260614



* 1 4 0 4 4 1 7 *

请回收 



A. 导言

1. 委员会在 2013 年 7 月 31 日第 3189 次会议上注意到工作组的报告¹ (下称“工作组 2013 年报告”)。² 本最后报告意在总结工作组关于“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题的结论和建议。

2. 在本届会议上，委员会重新组建了引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)专题工作组，由江萨·吉滴猜萨里先生担任主席。工作组于 2014 年 5 月 6 日和 6 月 4 日举行了会议。工作组铭记大会多年来对该专题一直给予重视，最近的证明是题为“国际法委员会第六十五届会议工作报告”的大会第 68/112 号决议执行部分第 7 段，原文如下：

“邀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’专题和‘引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)’专题。”³

3. 工作组审议了委员会在决定如何就本专题开展其余工作时可以考虑的几个备选方案。工作组大部分成员就此指出，2013 年出席第六委员会的各代表团对于委员会今后应如何就该专题开展工作存在意见分歧。一些代表团强调该专题对于防止有罪不罚仍具意义，但有些代表团质疑继续审议本专题是否还有用处。⁴ 经

¹ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，第 149 段。

² 同上，附件 A。在 2013 年 11 月 4 日大会第六委员会的会议上，国际法委员会主席对“引渡或起诉的义务”专题做了如下介绍：

“……工作组报告意在概述并强调委员会就该专题所做工作的各个具体方面。

本报告在阐释该专题时将其置于在尊重法治的同时努力打击有罪不罚现象这个更广泛的框架之内。报告还回顾了此项义务在委员会工作中的重要性，总结了迄今所做的工作，并提出了一些建议；这些建议或许对载有此项义务的各公约的缔约国有所帮助。

本报告以秘书处的调查报告(2010 年)和国际法院 2012 年 7 月 20 日对与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案的判决为背景，处理与该专题相关的问题。这样做的时候，工作组认为没有必要进一步深入探讨习惯国际法的问题。

……”

³ 大会 2013 年 12 月 16 日第 68/112 号决议。本执行段与大会 2012 年 12 月 14 日第 67/92 号决议执行部分第 8 段相同。

大会 2011 年 12 月 9 日第 66/98 号决议规定：

“请国际法委员会继续优先注意并努力完成‘国家官员的外国刑事管辖豁免’专题和‘引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)’专题的工作”。

经过 2012 年 11 月 6 日和 7 日举行的非正式磋商，2012 年决议的执行段中删去了“并努力完成”的措辞，以便在不妨碍第六委员会今后关于该执行段的立场的情形下，遵从国际法委员会关于如何就这两项专题开展工作的决定。2013 年决议仅仅沿用了前一年决议执行段中的措辞。

⁴ 《秘书处编写的关于大会第六十八届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要》(A/CN.4/666)，第 64 段。

认真审议后，工作组认为委员会应加快该专题的工作，取得对国际社会具有实际价值的结果。

4. 如下文所述，工作组特此建议委员会：**(a)** 通过工作组 2013 年报告；**(b)** 通过本报告，本报告处理了 2013 年出席第六委员会的各代表团提出的补充问题。

5. 工作组 2013 年报告在第六委员会受到了普遍好评。一些代表团认为报告是一份宝贵的资源，尤其是报告审查和阐释了多边公约里的义务和国际法院对与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案的判决。各代表团还称赞报告解答了委员会就该专题开展工作期间出现的几个问题。一个代表团⁵ 询问，是否可以从该项判决显示的具体情况中推断出任何宽泛的含义。另一代表团⁶ 认为，该报告所载的某些结论存在问题，尤其是报告第 28 段没有正确反映各国关于 2012 年委员会一读通过的“驱逐外国人”专题条款草案中第 13 条草案的立场。鉴于这些大致积极的反响，工作组建议委员会通过工作组 2013 年报告，作为委员会关于该专题的一份报告。

6. 工作组审议了 2013 年报告未曾述及但后来在第六委员会中提出的其余问题，即：引渡或起诉的义务的习惯国际法地位；目前公约制度中的缺陷；将嫌疑人移交国际法院或特别法院或法庭，作为除引渡和起诉外可能采用的第三种选择；引渡或起诉的义务与普遍适用的义务或强制法规范之间的关系；以及 2009 年总框架是否依然具有相关性。⁷

7. 下面的小结处理了上述其余问题。

B. 工作组关于其余问题的结论

1. 引渡或起诉的义务的习惯国际法地位。

8. 出席第六委员会的一些代表团认为，习惯国际法中没有引渡或起诉的义务，而另一些代表团认为，此项义务的习惯国际法地位应得到委员会的进一步审议。⁸

9. 不妨回顾一下，2011 年，时任特别报告员加利茨基在他的第四份报告中建议了以下条款草案：⁹

⁵ 以色列代表团。

⁶ 捷克共和国代表团。

⁷ 2009 年总框架载于《大会正式记录，第六十四届会议，补编第 10 号》(A/64/10)，第 204 段。

⁸ A/CN.4/666, 第 60 段。

⁹ A/CN.4/648, 第 95 段。

“第 4 条：

国际习惯作为或引渡或起诉的义务的来源

1. 如果引渡或起诉被指控犯罪人的义务来源于国际法的习惯性规范，则每个国家均负有该义务。

2. 该义务尤其可能来源于关于[严重违反国际人道主义法的行为、灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪]的国际法习惯性规范。¹⁰

3. 以国际条约或国际习惯形式存在、将第 2 款所列的任何一种行为定为犯罪且受到国家间国际社会接受和认可的一般国际法的强制性规范(强制法)应导致引渡或起诉义务。”

10. 然而，该条款草案在委员会¹¹和第六委员会¹²均未得到好评。各方普遍不赞同这项结论：可以根据存在禁止特定国际罪行的习惯规则，推断出引渡或起诉的义务的习惯性质。

11. 确定引渡或起诉的义务是否已经成为或正在成为一项习惯国际法规则，或者至少是一项区域习惯法规则，也许有助于表明委员会建议的条款草案是否是对国际法的逐渐发展和编纂。然而，由于工作组已经决定，委员会关于本专题的工作成果不采用条款草案的形式，因此它认为不必为加利茨基先生建议的条款草案提出其他的形式。

12. 工作组谨此说明，上述内容不应被理解为意指工作组或作为一个整体的委员会已经认定，引渡或起诉的义务尚未成为或仍未形成一项习惯国际法规则，无论是一般性的还是区域性的。

13. 1996 年委员会通过《危害人类和平治罪法草案》(治罪法草案)时，其中关于引渡或起诉的义务的规定体现了国际法的逐渐发展，工作组 2013 年报告第 4 段对此作出了解释。自 1996 年治罪法草案完成以来，国际法也许得到了反映这方面的国家实践和法律确信的进一步发展。

14. 工作组指出，2012 年国际法院在比利时诉塞内加尔案中裁定，法院不具管辖权，不能受理比利时就塞内加尔据称违反习惯国际法义务提起的申诉，因为比利时提交申请之日，比利时与塞内加尔之间的争议不涉及违反习惯国际法义务的

¹⁰ 方括号内的犯罪和违法行为清单“似乎仍未确定，尚需进一步审议和讨论”。同上，第 96 段。

¹¹ 《大会正式记录，第六十六届会议，补编第 10 号》(A/66/10)，第 320 至 326 段。

¹² 特别是有些国家不赞成这样的结论：可以根据存在禁止特定国际罪行的习惯规则，必然推断出引渡或起诉的义务的习惯性质。秘书处编写的关于大会第六十六届会议期间第六委员会讨论情况的专题摘要(A/CN.4/650)，第 48 段。另见阿根廷和俄罗斯联邦的立场，分别载于 A/C.6/62/SR.22，第 58 段和 A/CN.4/599，第 54 段。

行为。¹³ 因此，该法院仍然没有机会决定引渡或起诉的义务是否具有习惯国际法地位。¹⁴

2. 目前公约制度中的缺陷和“第三种选择”

15. 工作组 2013 年报告指出，在目前关于引渡或起诉义务的公约制度中存在着一些重大缺陷，尤其是相对于大多数危害人类罪、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。工作组还指出，委员会已将危害人类罪议题纳入 2013 年的长期工作方案，其中包括使就这些罪行引渡或起诉的义务成为新条约的一项内容。¹⁵ 工作组进一步建议，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》所规定的水平上。¹⁶

16. 工作组未起草一套示范条款，以弥补目前关于引渡或起诉义务的公约制度中的缺陷，而是回顾指出，1996 年《治罪法草案》第 9 条已经规定了就灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等罪行引渡或起诉的义务。原文如下：

¹³ 与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)，判决书，《2012 年国际法院案例汇编》，第 422 页，第 53 至 55 段，第 122 段(2)分段，亚伯拉罕法官和苏尔专案法官对此持不同意见(同上，“亚伯拉罕法官的个别意见”，第 3 至 20 段；“苏尔专案法官的不同意见”，第 17 段)。

¹⁴ 亚伯拉罕法官和苏尔专案法官认为，法院如果认定具有管辖权，也不会支持比利时关于存在起诉或引渡的习惯国际法义务的主张。亚伯拉罕法官在其个别意见中指出，根据国家实践和法律确信，没有充分证据说明各国负有依据普遍管辖权，向本国法院起诉战争罪或危害人类罪嫌疑人的习惯法义务，即便是仅限于嫌疑人身处法院所在国领土上的情况下。(同上，“亚伯拉罕法官的个别意见”，第 21、24 至 25、31 至 39 段)。

苏尔专案法官在他的“不同意见”中指出，尽管法院保持沉默，抑或是由于这种沉默，“似乎显然无法在实在法中证明存在起诉或引渡的习惯法义务，或仅仅是起诉的义务”(同上，“苏尔专案法官的不同意见”，第 18 段)。

与此相反，“坎卡多·特林达德法官的个别意见”(同上，“坎卡多·特林达德法官的个别意见”，第 143 段)和“塞布廷德法官的个别意见”(同上，“塞布廷德法官的个别意见”，第 41 至 42 段)均强调，法院仅认定自己不具备管辖权，不能根据本案中提出的事实处理习惯国际法问题的实质内容。

无论如何，凡提及在比利时诉塞内加尔案中存在或不存在习惯法义务之处，所指均系危害人类罪和国内武装冲突中的战争罪案件中的义务。它不涉及灭绝种族罪、国际武装冲突中的战争罪或恐怖主义行为等引起国际关切的其他罪行中的此类义务。

¹⁵ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》，(A/68/10)，附件 B。

¹⁶ 同上，附件 A，第 20 段。查塔姆研究所的一项研究建议，委员会今后关于该议题的工作应该重点起草一项就核心国际罪行引渡或起诉的条约义务，并效仿 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第 7 条规定的、已列入 1984 年联合国《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》及最近的 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》的引渡或起诉机制。见 Miša Zgonec-Rožej 和 Joanne Foakes，“国际罪犯：引渡还是起诉？”，查塔姆研究所简报，Doc. IL BP 2013/01，2013 年 7 月。

“在不妨碍国际刑事法院的管辖权的情形下，在其境内发现据指控有第 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。”¹⁷

17. 工作组还指出，1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》第 7 条规定了引渡或起诉的义务，原文如下：

“在其境内发现被指称犯罪者的缔约国，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。……”

18. 上述条款被称作“海牙套语”，已成为大多数载有引渡或起诉的义务的当代公约的范本，¹⁸ 其中包括《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》；2013 年出席第六委员会的几个代表团曾提出，这两项公约有可能成为弥补目前公约制度中的缺陷的范本。此外，国际法院对比利时诉塞内加尔案的判决也有助于解释海牙套语。¹⁹ 工作组建议各国在着手弥补目前公约制度中的缺陷时考虑海牙套语。

19. 工作组进一步确认，有些国家²⁰ 已经询问引渡或起诉的义务与将嫌疑人移交国际法院或特别法院或法庭之间有何联系，而其他国家²¹ 将这种移交做法与引渡区别对待。如同工作组 2013 年报告中指出的那样，可以通过将被指称犯罪者移交主管国际刑事法庭履行引渡或起诉的义务。²² 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》第十一条第 1 款中出现了这种意义上的规定，原文如下：

“缔约国在其管辖的领土上发现据称犯有[灭绝种族罪行/危害人类罪行/战争罪行]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或其他任何法庭，则该国应将案件提交本国的主管机关起诉。”

¹⁷ 另见《大会正式记录，第五十一届会议，补编第 10 号》(A/51/10)，第二章中委员对于该条款的评注。

¹⁸ 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，附件 A，第 16 段和所附脚注 28。

¹⁹ 同上，第 21 至 22 段。

²⁰ 智利、法国和泰国。

²¹ 加拿大和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

²² 《大会正式记录，第六十八届会议，补编第 10 号》(A/68/10)，附件 A，第 33 至 35 段。另见欧洲委员会，《引渡，欧洲标准：欧洲委员会保护跨国刑事诉讼当事人公约和议定书及最低标准解释性说明》(欧洲委员会出版物，2006 年，斯特拉斯堡)，其中指出：“……在国际刑事法庭时代，[引渡或起诉]原则在广义上可以解释为包括国家将个人移交诸如国际刑事法院等国际机构审理的义务”(同上，第 119 页，脚注略)。

20. 按照这样的规定，引渡或起诉的义务可以通过“第三种选择”加以履行，即该国将被指称犯罪者移交所涉国家承认其司法权的主管国际刑事法庭或主管法庭。主管法庭或法院可以采取与非洲特别法庭性质类似的形式，该法庭是在比利时诉塞内加尔案判决后，为审判哈布雷先生，依据塞内加尔和非洲联盟 2012 年 8 月 22 日签署的协议在塞内加尔法院系统内设立的。²³ 在一国法院系统内的这种“国际化”做法并非独此一例。作为一所依据塞内加尔和非洲联盟之间的协议设立，由本国和外国法官组成各庭的法院，非洲特别法庭效仿了柬埔寨法院特别法庭、塞拉利昂问题特别法庭和黎巴嫩问题特别法庭的先例。

21. 上述例子重点说明了载有引渡或起诉的义务条款的基本要素，也可以帮助各国选择其认为最适合某种具体情况的套语。

3. 起诉义务和引渡义务之间的优先顺序，及起诉义务的范围

22. 工作组注意到出席 2013 年第六委员的一个代表团²⁴ 提出的分析该专题上述两方面的建议。它还注意到其他代表团²⁵ 建议国际法委员会制定一项有关可引渡罪行的总体框架或者关于履行引渡或起诉的义务的指导原则。工作组希望提请注意秘书处的调查报告(2010 年)和工作组 2013 年报告，特别是述及以上问题的第 13 至 18 段。

23. 简言之，除了基本的共同点，多边公约中载有引渡或起诉的义务的条款在表述、内容和范围方面大相径庭。在为各国规定的引渡和起诉条件及两种行动方针之间的关系方面尤为不同。尽管引渡义务和起诉义务之间的关系不尽相同，但是相关条款似可分为两大类，即：(a) 规定只有在引渡请求提出后拒绝移交被指称犯罪者时才触发起诉义务的条款；(b) 规定一国依照被指称犯罪者在该国领土上这一事实本身负有起诉义务，且可通过准予引渡免除起诉义务的条款。

24. 载有第一类条款的文书规定，缔约国(至少是与违法行为没有特别关联的缔约国)只有在引渡请求已经提出，且未获准许后才负有起诉义务，而不是依照被指称犯罪者在该国领土上这一事实本身负有起诉义务。这些条款承认存在这样的可能性：一国可以依据该文书或国内法律规定的理由，拒绝批准引渡某人的请求。然而，一旦拒绝引渡，该国有义务起诉该个人。换言之，这些文书主要侧重于引渡这个选项，并且提供了起诉这个替代办法，作为防止有罪不罚的保障措

²³ 非洲特别法庭具有管辖权，可审判 1982 年 6 月 7 日至 1990 年 12 月 1 日间在乍得所犯国际罪行的最主要责任人。审判庭和上诉庭分别由两名塞内加尔法官和一名非塞内加尔法官组成，由非塞内加尔法官主持审理。见《非洲特别法庭规约》第三条和第十一条，*International Legal Materials*, (《国际法资料》)第 52 卷，(2013 年)，第 1020 至 1036 页。

²⁴ 墨西哥。

²⁵ 分别是古巴和白俄罗斯。

施。²⁶ 此外，这类文书可能采用极为不同的罪犯惩罚机制，这可能影响到引渡和起诉之间的相互作用。有些文书详细规定了如何起诉该文书处理的违法行为；其他文书对引渡程序做了更为详细的规定。1929年《取缔伪造货币国际公约》及后来受之启发的各项公约²⁷属于第一类。²⁸ 关于引渡的各项多边公约也属于这一类。²⁹

25. 第二类条款规定各国有依照事实起诉的义务，一旦确定被指称犯罪者处于有关国家的领土上，便产生了这项义务，不论是否存在引渡请求。只有在提出引渡请求的情况下，该国才可酌情选择引渡或起诉。³⁰ 此类条款的最显著例子是《日内瓦四公约》相关共同条款，其中规定，各缔约国“应将”被控为曾犯或曾令人犯此种严重破坏这些公约行为之人，不分国籍，送交各该国法庭，但该缔约

²⁶ 秘书处的调查报告(2010年)，第132段。实际上，这些公约与雨果·格劳秀斯在提及“引渡或惩罚”原则时预想的思路如出一辙。雨果·格劳秀斯，《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至529页。

²⁷ 例如，1936年《取缔非法贩卖危险药品公约》；1937年《防止和惩治恐怖主义公约》；1950年《禁止贩卖人口及取缔意图营利使人卖淫的公约》；1961年《麻醉品单一公约》和1971年《精神药物公约》。另见秘书处的调查报告，(2010年)，第29段。

²⁸ 这些公约所含罪犯惩罚机制的总体结构其实是基于这样一个思路，即罪行发生地国将请求引渡逃至另一国的罪犯，而这一请求原则上应予满足。但这些公约也确认缔约国在某些情况下可能无法进行引渡(特别是当事人为本国国民或者已向当事人提供庇护的情况)，因此规定将起诉义务作为备选办法。秘书处的调查报告(2010年)第133段和脚注327引述了Marc Henzelin的观点，《国际法中的普遍性原则，各国依照普遍性原则进行起诉和审判的权利和义务》(巴塞尔/日内瓦/慕尼黑/布鲁塞尔，Helbing & Lichtenhahn/日内瓦法学院/Bruylant, 2000年)，第286页，他将这一制度称为先引渡后起诉。

²⁹ 例如，1981年《美洲国家间引渡公约》；1957年《欧洲引渡公约》；1961年《司法合作总公约》(*Convention générale de coopération en matière de justice*)；1994年《西非国家经济共同体引渡公约》；和《英联邦内伦敦引渡计划》。这些公约的基础是，缔约国普遍承诺相互移交正由请求国主管当局进行起诉或者为执行刑期或羁押令而遭到通缉的所有人。但引渡义务也有若干例外，特别是被请求引渡人为被请求国国民的情况。对于引渡请求遭拒，特别是以当事人为被请求国国民为由加以拒绝的情况，这些公约规定了对犯罪人进行起诉的义务，以此作为防止有罪不罚的机制。另见秘书处的调查报告(2010年)，第134段。

³⁰ 秘书处的调查报告(2010年)，第127段和脚注307。认为被指控者必须处于有关国家境内，作为确定普遍管辖权的先决条件的人包括希金斯法官、科艾曼斯法官和比尔根塔尔法官(2000年4月11日逮捕令(刚果民主共和国诉比利时案)中的联合个别意见)，《2002年国际法院案例汇编》，第57段)。另见“纪尧姆法官的个别意见”，同上，第9段和吉尔贝·纪尧姆，“恐怖主义与国际法”，《国际法学院教程汇编》，第215卷，1990年，第368至369页。然而，Marc Henzelin (前注28，第354页)认为，根据《1949年日内瓦四公约》相关条款，一国起诉被指称犯罪者并不需要该人处于该国境内。

国“亦得于自愿时”，将此种人送交另一有关缔约国审判。³¹ 至于海牙套语，其案文没有明确解决起诉义务是依照事实产生，还是仅在提出引渡请求但未获准许时产生的问题。³² 在这方面，关于 1984 年《禁止酷刑公约》第 7 条所载一项类似条款，³³ 禁止酷刑委员会和国际法院对比利时诉塞内加尔案的裁定具有启发意义。禁止酷刑委员会曾解释说：

“……对被指称犯有酷刑行为的罪犯提出起诉的义务并不取决于事先存在对罪犯引渡的请求。只有在引渡请求已提出并促使缔约国不得不选择(a) 进行引渡；或(b) 将案件提交本国司法当局进行刑事诉讼时，才存在《公约》第 7 条提供给缔约国选择的做法，该条款的目的在于防止任何酷刑行为逃避惩罚。”³⁴

26. 同样，在比利时诉塞内加尔案中，国际法院认为《禁止酷刑公约》第 7 条第 1 款要求：

“有关国家将案件提交其主管当局以便起诉，无论此前有无引渡嫌疑人的请求。这就是为何第 6 条第 2 款规定，自嫌疑人入境之时起，该国必须立即进行初步调查。第 7 条第 1 款规定的将案件提交主管当局的义务，可能会，也可能不会导致提起诉讼，这要看当局关于嫌疑人所受指控得到的证据。

然而，如果嫌疑人所在国已经在《公约》条款中设想的任一情况下收到了引渡请求，该国可以通过接受此请求免除起诉的义务……”³⁵

³¹ 这项规定似乎给予羁押国一定的起诉优先权，但也确认羁押国可酌情选择引渡，前提是请求引渡国提出初步证据确凿的案件。秘书处的调查报告(2010 年)，第 128 段，引述 Declan Costello，“国际恐怖主义与引渡或起诉原则的发展”，《国际法与经济学杂志》，第 10 卷，1975 年，第 486 页；M. Cherif Bassiouni 和 Edward M. Wise，《引渡或起诉：国际法中的引渡或起诉义务》，(Martinus Nijhoff, 多德雷赫特/波士顿/伦敦，1995 年)，第 15 页；Christian Maierhöfer，《“引渡或起诉”：国际起源、法律依据和内容》，(柏林，Duncker & Humblot, 2006 年)，第 75 至 76 页。强调《日内瓦四公约》中起诉的优先性的学者包括 Luigi Condorelli，“《1949 年日内瓦四公约》和《1977 年第一附加议定书》中惩治战争罪制度”，载于 P. Lamberti Zanardi 和 G. Venturini 编著的《战争罪行和国家管辖：诉讼程序》，米兰，1997 年 5 月 15 至 17 日》，(米兰，Giuffrè, 1998 年)，第 35 至 36 页；和 Henzelin, 前注 307, 第 353 页(他将 1949 年《日内瓦四公约》的模式称为“先起诉后引渡”)。另参见《1949 年日内瓦四公约第一附加议定书》第 88 条第 2 款，该条款要求缔约各国“应对被控罪行发生地国家的请求给予适当的考虑”，以此暗示由发生地国起诉更为可取。

³² 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[……]应将此案件提交其主管当局以便起诉”。

³³ 第 7 条规定：“缔约国如在其管辖领土上发现有被控犯有第 4 条所述任何罪行的人，在第 5 条所指的情况下，如不进行引渡，则应将该案提交主管当局以便起诉。”

³⁴ Guengueng 等诉塞内加尔，案情，禁止酷刑委员会根据《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 22 条作出的决定，第 36 届会议，2006 年 5 月 19 日 CAT/C/36/D/181/2001 号文件，第 9.7 段。

³⁵ 《2012 年国际法院案例汇编》，第 94 至 95 段。

27. 由此可见,《公约》规定可以选择引渡或选择交付起诉,不意味着两种选择分量相当。引渡是《公约》提供给国家的一个备选办法,而起诉是《公约》规定的一项义务,违反这项义务属于不法行为,国家为此要承担责任。³⁶

28. 委员会 1996 年《治罪法草案》第 9 条规定,在其领土上发现据称犯有这些罪行之个人的缔约国“应引渡或起诉该个人”。第 9 条评注阐明,起诉的义务自行产生,无关任何引渡请求。³⁷

29. 工作组 2013 年报告第 29 至 31 段已经详细阐述了起诉义务的范围,在此无需赘述。³⁸

4. 引渡或起诉的义务与普遍适用的义务或强制法规范之间的关系

30. 工作组指出,出席第六委员会的一个代表团³⁹提出了在关系到禁止酷刑等普遍适用的义务或强制法规范时,引渡或起诉原则对国际责任的影响这一事项。该代表团建议分析以下问题:(a) 这项义务对谁存在;(b) 谁能够请求引渡;(c) 谁具有合法利益,可就一国不履行其“起诉或引渡的义务”援引国际责任。

31. 工作组的几名成员指出,该领域似乎关系到对公约规范的解释。国际法院在比利时诉塞内加尔案中就此做出的声明,必须在该案件的具体背景下解读。该案中,法院将《禁止酷刑公约》的目标和宗旨阐释为引起“对所有缔约国普遍适用的义务”,各缔约国从而在遵守此类义务方面享有“共同利益”,而且各缔约国因此有权要求另一缔约国停止被指控的违约行为。⁴⁰ 强制法的问题对于这一点并不重要。按照工作组的理解,法院的意思是,凡是缔结了《禁止酷刑公约》的国家,都拥有共同利益,要防止酷刑行为并确保一旦发生这种行为,责任人不能逃脱惩罚。

³⁶ 同上,第 95 段。

³⁷ 羁押国有义务“采取行动,以确保此类个人或受到该国国家当局的起诉,或受到表示愿意通过请求引渡起诉此案的另一国国家当局的起诉。”第 9 条评注第 3 段,1996 年国际法委员会年鉴,第二卷(第二部分,第 31 页。还应提到第 8 条评注(其中指出:各缔约国“应采取必要措施,以确立”对治罪法草案所列罪行的“管辖权”,“无论犯罪发生在何地,由谁实施”)。

³⁸ 《禁止酷刑公约》沿用的海牙套语,即比利时诉塞内加尔案中争议的主题事项,严格意义上应称为“引渡或起诉”。见秘书处的调查报告(2010 年),第 146 段,引述吉尔贝·纪尧姆,“恐怖主义与国际法”,前注 30,第 354 和 368 页; Marc Henzelin,前注 28,第 302 页和第 304 至 306 页。

³⁹ 墨西哥。

⁴⁰ 判决书,第 67-70 段。另见“坎萨多·特林达德法官的个别意见”,第 104 至 108 段,多诺霍法官(声明),第 9 至 17 段。参见“薛法官的不同意见”,第 2 至 23 段,和“苏尔专案法官的不同意见”,第 13、19 至 20 段。另参见“斯科特尼科夫法官的个别意见”,第 9 至 22 段。

32. 其他条约，即便也许不涉及强制法规范，也有可能引起普遍适用的义务。换言之，所有缔约国都可以具有合法利益，就某缔约国不履行“起诉或引渡的义务”援引该国的国际责任。

33. 能够请求引渡的国家通常是相关公约的缔约国或与被请求国之间具有相互引渡承诺/安排，拥有对该罪行的管辖权，愿意并且能够起诉被指控的罪犯，并尊重适用的保护被告人权的国际准则。⁴¹

5. 其他考量

34. 工作组注意到，2009 年总框架⁴²继续在第六委员会⁴³被称为与国际法委员会该专题的工作相关。

⁴¹ 例如，见欧洲委员会，前注 21，第 4 章：重要人权保障作为限制引渡的因素；Danai Azaria, 《跨国诉讼当事人最低保护标准准则》，提交欧洲委员会欧洲犯罪问题委员会跨国刑事司法问题专家委员会的报告，PC-TJ/Docs 2005/PC-TJ (2005) 07 E. Azaria], 斯特拉斯堡，2005 年 9 月 16 日。

⁴² 为便于参考，现将 2009 年总框架载录于此。原文如下：

所要处理的问题/事项清单

(a) 引渡或起诉的义务的法律依据

- (一) 引渡或起诉的义务和为打击有罪不罚现象进行合作的责任；
- (二) 现有条约中的引渡或起诉的义务：条约规定的类型学；这些规定的异同及其演变(参见关于恐怖主义的公约)；
- (三) 引渡或起诉的义务是否及在何种程度上在习惯国际法中有其依据；*
- (四) 引渡或起诉的义务是否不可分割地同某些特定的“习惯的罪行”(如海盗行为)联系在一起；*
- (五) 是否能够查明有关引渡或起诉的义务的区域性原则。*

(b) 引渡或起诉的义务的属事范围

根据以公约确立的国际法和/或习惯国际法，查明引渡或起诉义务所涵盖的罪行类别(如国际法下的罪行；危害人类和平与安全罪；引起国际关注的罪行；其他严重罪行)：

- (一) 承认某一犯罪为一种国际罪行，是否存在习惯国际法中的引渡或起诉义务的充分依据；*
- (二) 如果不是，什么才是独特的标准？将某些行为定为犯罪行为的规则的强制性规范性质的相关性？*
- (三) 这种义务是否、以及在何种程度上也相对于国内法下的罪行而存在？

(c) 引渡或起诉义务的内容

- (一) 两个要素的定义；起诉义务的含义；为使起诉被认为是“足够的”需要采取的步骤；起诉的及时性问题；
- (二) 两个要素的顺序是否重要；
- (三) 其中一个要素是否优先于另一要素——被请求国有自由裁量权(*pouvoir discrétionnaire*)吗？

(d) 引渡或起诉的义务和其他原则之间的关系

- (一) 引渡或起诉的义务和普遍管辖权原则(有此必定意味着有彼吗？)；
- (二) 引渡或起诉的义务和行使管辖“权”的一般问题(属地、国籍)；

35. 2009 年总框架提出了一些与引渡或起诉的义务相关的问题，工作组 2013 年报告述及其中几个问题，但未述及以下问题：该义务与法无明文不为罪和法无明文不罚原则及一罪不二审(一罪不再次追诉)原则之间的关系；各项原则之间出现冲突的影响(如不引渡本国国民相对于不在国内法中起诉；起诉的障碍相对于被告人受到酷刑的危险或设想引渡的目的地国缺乏正当程序)；宪法上的限制；排除义务的履行的情况(如政治犯罪或引渡要求的政治性质；紧急情况；豁免)；多重引渡请求的问题；引渡情况下的保证；及与引渡各方面相关的其他问题。

(三) 引渡或起诉的义务和法无明文不为罪和法无明文不罚原则；**

(四) 引渡或起诉的义务和一罪不二审(一罪不再次追诉)原则；**

(五) 引渡或起诉的义务和不引渡国民原则；**

(六) 互相冲突的原则情况下会发生什么(例如：不引渡本国国民相对于不在国内法中起诉？起诉的障碍相对于被告人受到酷刑的危险或设想引渡的目的地国缺乏正当程序？)；宪法上的限制。**

(e) 触发引渡或起诉义务的条件

(一) 在该国领土存在被指控的罪犯；

(二) 国家对有关罪行的管辖权；

(三) 存在引渡请求(需要一定程度的形式主义)；与驱逐外国人的权利的关系；

(四) 先前提出的已被拒绝的引渡请求的存在/后果；

(五) 举证的标准(在何种程度上必须证实引渡的请求)；

(六) 存在可能会排除义务的履行的情况(如政治犯罪或引渡要求的政治性质；紧急情况；豁免)。

(f) 引渡或起诉的义务的履行

(一) 司法和行政部门各自的作用；

(二) 如何调和引渡或起诉的义务与检察机关的自由裁量权；

(三) 证据的可获得性是否影响义务的履行；

(四) 如何处理多重引渡请求；

(五) 引渡情况下的保证；

(六) 是否应当关押被指控的罪犯以等待予以引渡或起诉的决定；或有其他限制自由措施的可能性？

(七) 监督义务的履行；

(八) 不遵守引渡或起诉义务的后果。

(g) 引渡或起诉的义务和向主管国际刑事法庭交出被指控的罪犯(“第三种选择”)之间的关系

“第三种”选择在多大程度上影响其他两种选择。

[* 可能需要到稍后阶段才能最后确定这些问题，尤其是审慎分析目前条约制度下的引渡或起诉义务的范围和内容以后。审查一下关于特定罪行的义务的习惯性质，可能也是可取的。

** 这个问题的处理可能也需要考虑到引渡或起诉义务的履行(f)。]

⁴³ 在第六委员会 2012 年的辩论过程中，奥地利、荷兰和越南认为 2009 年总框架对国际法委员会的工作做出了宝贵的补充。荷兰认为，委员会最终的工作结果应该是依据总框架提出条款草案。在第六委员会 2013 年的辩论过程中，奥地利重申了 2009 年总框架对于目前工作组工作的助益。

36. 各国应注意到，联合国毒品和犯罪问题办公室已经拟定了 2004 年《引渡示范法》，这项法律处理了以上大部分问题。⁴⁴ 秘书处的调查报告(2010 年)也解释说，多边引渡公约通常规定引渡程序的适用条件。⁴⁵ 此类公约几乎全都规定引渡要符合被请求国法律规定的条件。拒绝引渡的理由可以与犯罪有关(例如，诉讼时效到期、不符合双重犯罪、特定性、法无明文不为罪和法无明文者不罚或一罪不二审的要求，或者该罪行在请求国可能被判处死刑)，也可以与犯罪无关(例如，当事人的政治庇护申请已获批准或存在拒绝引渡的人道主义原因)。引渡适用条件的特殊程度因各种因素有所不同，如谈判过程中表达的具体关切(例如，不引渡本国国民，适用或不适用政治或经济例外条款)、罪行的特殊性(例如，就某些罪行而言，以罪行的政治性质为由拒绝引渡的风险似乎更为突出)、以及在起草相关条款时为考虑过去或被忽略的问题而作出的某种变化(例如，请求引渡的理由可能微不足道，或者需要保护被指称犯罪者的权利)，或考虑到新的发展变化或已经改变的环境。⁴⁶

37. 引渡或起诉的义务与 2009 年总框架所列其他原则之间的关系不仅属于国际法，而且属于有关国家的宪法和国内法。无论国内法或有关引渡的条约规定的条件如何，均不得加以恶意适用，对被指控的罪犯产生庇护效果，使之免于在适当刑事管辖区内受起诉或被引渡至适当刑事管辖区。在核心罪行方面，相关国内法和/适用条约的目标和宗旨是确保此类罪行的实施者不会逃脱惩罚，这意味着此类罪行永远不能被视为政治罪行并免于引渡。⁴⁷

38. 经过工作组内部 3 年来的详细审议，且有鉴于工作组 2013 年报告和本报告中的讨论，工作组认为，就本专题而言，2009 年总框架不存在任何方面需要委员会进一步分析。

⁴⁴ 可参阅 http://www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf。另见《引渡示范条约和刑事事项互助示范条约修订手册》，可参阅 http://www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf (2014 年 6 月 3 日访问的页面)。

⁴⁵ 秘书处的调查报告(2010 年)，第 139 段。

⁴⁶ 同上，第 142 段。

⁴⁷ 1975 年 10 月 15 日的 1957 年《欧洲引渡公约附加议定书》第一条便是一个很好的例子，该条规定：

“为适用[关于政治罪行的]《公约》第三条，政治罪行不应被视为包括以下：

- (a) 联合国大会 1948 年 12 月 9 日通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》中所列危害人类罪行；
- (b) 1949 年《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》第五十条、1949 年《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇之日内瓦公约》第五十一条、1949 年《关于战俘待遇之日内瓦公约》第一三〇条和 1949 年《关于战时保护平民之日内瓦公约》第一四七条所列违法行为；
- (c) 任何违反本议定书生效时具有效力的战争法律和存在的战争惯例，在《日内瓦四公约》上述条款中未做出规定的类似行为”(《欧洲委员会条约汇编》，第 086 号)。

C. 建议

39. 本报告详尽阐述了所有与本专题有关的有待分析的问题。因此，工作组建议委员会：

(a) 通过工作组 2013 年报告和工作组的这份最后报告；委员会认为这两份报告为各国提供了有益的指导；

(b) 结束对“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题的审议。
