

附 件

国际法中的引渡或起诉的义务

兹齐斯拉夫·加利茨基的初步意见

一、对专题的一般性介绍

1. “引渡或起诉”（拉丁文为：“*aut dedere aut judicare*”）这项准则通常被用来指与如何对待被指控罪犯有关的替代义务，“……这个义务载于多项多边条约之中，旨在确保国际合作，以制止某些类型的犯罪行为”。¹

2. 如学说中所强调的，“‘*aut dedere aut judicare*’这一表述是格劳秀斯所用‘*aut dedere aut punire*’（或引渡或处罚）的现代版”。²但是，就其目前的适用而言，替代引渡义务的一种更宽容的提法（“起诉”（*judicare*）而非“处罚”（*punire*））更为适合，这同时也考虑到了格劳秀斯的主张，即凡涉及另一国受到伤害的所有罪行，都存在一种引渡或处罚的一般义务。

3. 现代的表达看来并没有走那么远，因为还考虑到被指控的罪犯可能会被认定无罪。此外，现代的表达对以下问题不带任何偏见：所讨论的义务是完全源于有关条约，还是也反映了习惯国际法下的一项一般义务，至少相对于特定的国际罪行是如此。

4. 这项学说强调，为了确定基于引渡或起诉义务的制度的效力，必须解决三个问题：“第一，这项原则在国际法中的地位和适用范围；第二，这项规则所含各种备选办法的等级，如果被请求国能

够选择的话；第三，实施起诉方面的具体困难”，³看来还有必要查明，在可能源于引渡或起诉义务（下称“义务”）的各项特定义务中是否有任何等级，或者这仅仅是有关国家可以自由裁量的一个事项。

5. 本专题未来编纂工作中的一项初步任务是完成一份有关条约及其所用反映这项义务的提法的比较清单。这项学说已经作出了一些努力，列举了大量此类条约和公约。⁴其中既有实质性条约（界定特定罪行，要求将其定为犯罪，并起诉或引渡罪犯），也有程序性公约（涉及引渡和国家之间的其他法律合作事项）。

6. 具体地说，在过去几十年中，引渡或起诉的义务被列入了所有所谓反恐怖主义的“部门”公约，首先是《关于制止非法劫持航空器的公约》，其第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，应无例外地将此案件提交其主管当局以便起诉。

7. 如学说所指出，可以看出该《公约》的准则有两种不同的版本：

(a) 将案件提交起诉的备选义务，凡涉及外国人的，视一国是否选择授权行使治外法权而定；

¹ M. Cherif Bassiouni 和 E. M. Wise,《引渡或起诉, 国际法上的引渡或起诉义务》, 多德雷赫特, 马蒂努斯·奈霍夫出版社, 1995年, 第3页。

² 同上, 第4页。另见 H. Grotius,《战争与和平法》, 第二编, 第二十一章, 第三和第四段, 英译文由 F.W. Kelsey 翻译,《战争与和平法》, 载于 J. B. Scott (编辑),《国际法经典》, 牛津, 克拉伦登出版社, 1925年, 第526-529页。

³ M. Plachta,“引渡或起诉: 实施途径与方式概述”, 载于《马斯特里赫特欧洲法和比较法期刊》, 第6卷, 第4期(1999年), 第332页。

⁴ Cherif Bassiouni 和 Wise, 同前(本附件脚注1), 第75-302页; 另见《奥本海国际法》(上文脚注54), 第一卷, 第953-954页。

(b) 只有当引渡要求被拒绝之时才引起将案件交予起诉的义务。⁵

8. 例如, 可以提及下列公约:

—关于 (a): 《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》(第 6 条第 9 款);

—关于 (b): 《欧洲制止恐怖主义公约》(第 7 条)。

9. 《关于制止非法劫持航空器的公约》所载这种表述结合了制止有关恐怖主义行为的普遍性原则, 由此, 有关义务大为加强。但是, 制止的普遍性原则不应当等同于管辖的普遍性原则或司法机构权限的普遍性原则。在此, 制止的普遍性是指: 由于在有关国家之间适用引渡或起诉的义务, 没有任何地方可供罪犯逃避刑事责任, 找到所谓的“庇护所”。

10. 另一方面, 普遍管辖和权限原则的概念, 特别是在近几年中, 常常与国际刑事法院的设立及其活动有关。但是, 实际上, 此种“普遍管辖和权限”的范围取决于接受设立此种法院的国家数目, 与引渡或起诉的义务并不直接相关。

11. 看来不可避免的是, 在分析这项义务适用性的各个方面时, 要追溯一下普遍性原则从上文所引《关于制止非法劫持航空器的公约》第 7 条所载最初形式到 1998 年《国际刑事法院罗马规约》规定的发展情况。

12. 在已经编纂的范围内, 可以在委员会 1996 年第四十八届会议通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第 9 条(引渡或起诉的义务)中找到这项义务。该条规定:

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、第 18、第 19 或第 20 条^[6]所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。⁷

⁵ Plachta, 同前(本附件脚注 3), 第 360 页。

⁶ 此种罪行如“灭绝种族罪”、“危害人类罪”、“对联合国及有关人员的犯罪”和“战争罪”。

⁷ 《1996 年……年鉴》, 第二卷(第二部分), 第 32 页。

13. 尽管委员会在所引条款中承认有关义务的存在, 但却只是在涉及一组严格限定和界定的罪行时才予以承认, 这些罪行一般被称为危害人类和平与安全罪(不包括“侵略罪”)。无论如何, 这一承认可被视为进一步审议这项义务可在多大程度上扩及其他类罪行的一个起点。此外, 值得注意的是, 委员会提出了一种“三重备选办法”的概念, 不仅考虑到了由有关国家, 而且考虑到了由国际刑事法院行使平行管辖权的可能性。

14. 此种“第三种选择”的最早示例可见于 1937 年 11 月 16 日在日内瓦开放供签署的《创立国际刑事法院公约》。⁸ 设立该法院是打算从同一天起, 用该法院来审判被控犯有《防止和惩治恐怖主义公约》所列罪行的人。⁹ 根据第一项《公约》第 2 条的规定, 被控犯罪者可由国家在本国法院起诉, 或引渡到有权要求引渡的国家, 或提交国际刑事法院审判。不幸的是, 这项《公约》从未生效, 有关法院也未能设立。

15. 根据 1998 年 7 月 17 日《国际刑事法院罗马规约》设立的国际刑事法院的备选权限广为人知。《罗马规约》在由有关国家本身对罪犯行使管辖或将其提交国际刑事法院管辖之间提供了一种选择。

16. 在过去几十年中, 现行条约实践得到极大丰富, 特别是通过各种针对恐怖主义和其他威胁国际社会的犯罪的公约, 这似乎奠定了充分基础, 可据此考虑引渡或起诉的义务在多大程度上已成为一项确定的法律义务, 作为一个国际刑事政策问题, 这项义务显然是十分重要的。

17. 此外, 已经有了一种司法惯例, 涉及所述义务, 并确认了其在当代国际法中的存在。提交国际法院的洛克比案在这方面提出了许多令人感兴趣

⁸ 国际联盟, C. 547(1).M. 384(1). 1937.V 号文件, 转载于联合国, 《国际刑事管辖问题历史研究》(秘书长提交的备忘录), (出售品编号: 1949.V.8), 第 88 页, 附录 8。另见 *International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest*, M. O. Hudson (编辑), 第七卷(1935-1937 年), 第 402-505 期, 哥伦比亚特区华盛顿, 卡内基国际和平基金会, 1941 年, 第 878 页。

⁹ 国际联盟, C. 546.M. 383. 1937.V 号文件。另见 *International Legislation: A Collection of the Texts of Multipartite International Instruments of General Interest* (上文脚注 8), 第 862 页。

的材料，特别是通过五位法官对1992年4月14日法院裁决的反对意见。法院当时决定，一如利比亚阿拉伯民众国的要求，“不行使其发布临时措施的权力”。¹⁰ 尽管法院本身没有就有关义务发表什么意见，持反对意见的法官却在其意见书中确认了“习惯国际法规则——引渡或起诉”的存在，¹¹ 以及“一项得到国际法承认、甚至被一些法学家认为是强制法的权利”的存在。¹² 这些意见虽未得到法院确认，但在考虑所述义务的当代发展趋势时，应当予以考虑。

18. 看来十分明显的是，关于引渡或起诉义务的主要考虑与国际法的规范和实践有关。但不能忘记，

……促使以引渡或起诉原则为根据的规范机制最佳化的努力既可以在国际一级、也可以在国家一级作出。¹³

在此，应对国内刑法条例甚至宪法条例与国际法律规范和惯例给予同等考虑。

19. 正如学说已经正确地注意到的：

……引渡或起诉原则不能被视为万应良药，不能认为其普遍适用将克服引渡在如此长时间以来一直具有的弱点和弊病。[……] 为了将引渡或起诉定为一项普遍的引渡规则，应当努力使下列主张为人们所接受：第一，此种规则已成为在国际上制止犯罪和将罪犯绳之以法的一个不可或缺的要素；第二，很难继续将其范围限于各项国际公约所界定的国际罪行（甚至并非所有此类罪行）。¹⁴

委员会未来的编纂工作似乎可以遵循这项指导方针。

¹⁰ 下列案件通过了两项相同的决定：洛克比空中事件引起的1971年《蒙特利尔公约》的解释和适用问题案（阿拉伯利比亚民众国诉联合国），临时措施，1992年4月14日的命令，以及同上，（阿拉伯利比亚民众国诉美利坚合众国），临时措施，1992年4月14日的命令，《1992年国际法院汇编》，分别见第3和第114页。

¹¹ 同上，第51和第161页（威拉曼特里法官，反对意见）。

¹² 同上，第82和第187页（阿吉博拉法官，反对意见）。

¹³ M. Plachta，如上（本附件脚注3），第332页。

¹⁴ 同上，第364页。

20. 鉴于以上所述，“国际法中的引渡或起诉的义务”这项专题似乎已足够成熟，可以编纂，还有可能列入一些逐渐发展的内容。但是，在目前阶段，决定委员会工作的最终成果是应当采取条款草案、准则还是建议的形式，似乎还为时过早。如果该项专题将被接受，委员会首先要考虑如下要点：

二、初步行动计划

21. 对相关公约和其他国际文书所载有关该项义务的适当规定进行比较分析——系统地查明现有的各种相同和不同之处。

22. 义务的演变和发展情况——从“格劳秀斯准则”到“三重备选办法”：

(a) 引渡或处罚；

(b) 引渡或起诉；

(c) 引渡或起诉或提交国际法院。

23. 义务在当代国际法中的实际地位：

(a) 源于国际条约；

(b) 基于习惯规范——习惯地位的结果；

(c) 混合性质的可能性。

24. 义务实质性适用的范围：

(a) 适用于“另一国受到特别伤害的所有罪行”（格劳秀斯）；

(b) 适用于有限的一类或数类罪行（例如适用于“危害人类和平与安全罪”，或适用于“国际罪行”等）——限定此种罪行的可能标准。

25. 义务的内容：

(a) 国家的义务（引渡或起诉）：

(一) 引渡：条件和例外；

(二) 管辖：确立的根据：

(b) 国家的权利（在适用或不适用该项义务的情况下）。

26. 该义务与有关国家在刑事事项中的管辖权的其他规则之间的关系：

(a) “针对罪行”的办法（例如《危害人类和平及安全治罪法草案》第9条，¹⁵《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条）；

(b) “针对罪犯”的办法（例如《欧洲引渡公约》第6条第2款）；

(c) 管辖权的普遍性原则：

(一) 由国家行使；

(二) 由国际司法机构行使。

27. 根据国际法，适用该项义务所引起的特定义务的性质：

(a) 各种备选义务（引渡或起诉）平等，或其中一项处于主要地位（义务的等级）；

(b) 履行备选义务的可能限制或除外情况（例如不引渡本国国民、政治罪行例外、源于人权保护的限制等）；

(c) 此种限制或除外情况对另一类义务的可能影响（例如引渡例外对作为替代实行的起诉的影响）；

(d) 该项义务是作为一项实质性或程序性规则，还是一项混合规则；

(e) 该项义务在国际法规范等级中的地位：

(一) 次要规则，

(二) 主要规则，

(三) 强制法规范（？）。

28. 该项义务与其他国际法原则之间的关系（例如国家主权原则、保护人权原则、普遍制止某些罪行的原则等）。

三、与选择新专题的条件兼容性

29. 提议国际法委员会审议的“国际法中的引渡或起诉的义务”专题符合委员会第四十九届¹⁶和第五十二届¹⁷会议确定的选择专题的条件，并且依据了下列标准：

(a) 专题应反映出各国在逐渐发展和编纂国际法方面的需要；

(b) 专题应在国家实践上处于较高级的阶段，以便能够逐渐发展和编纂；

(c) 专题对于逐渐发展和编纂而言是具体和可行的；

(d) 委员会不应局限于审议传统专题，也应该审议反映国际法新动态和国际社会各项迫切关注的专题。

30. “国际法中的引渡或起诉的义务”专题看来反映了各国在逐渐发展和编纂国际法方面的实际需要。一种不断发展的做法，特别是在过去几十年中，是将所述义务列入多项国际条约以及各国在相互关系中适用，这就引起了统一有关义务运作的各个方面的问题。需要立即澄清的最重要的问题包括，是否有可能将该项义务承认为不仅是基于条约的义务，而且至少在一定程度上是根源于习惯规范义务。

31. 该项专题似乎已足够成熟，可以逐渐发展和编纂，特别是鉴于发展中的国家实践、其在法院活动中日益得到反映以及大量有关学说的著作。拟订并在法律上确切查明引渡或起诉的义务的要素，这将是促进各国在刑事问题上开展合作并提高合作效力的主要积极因素之一，看来符合各国的利益。

¹⁶ 《1997年……年鉴》，第二卷（第二部分），第72页，第238段。

¹⁷ 见上文脚注625。

¹⁵ 见本附件脚注7。

32. 该项专题表述确切，所述义务的概念自古以来就在国家的国际关系中很好确立。这项专题既不太宽，也不太窄，在逐渐发展和编纂方面，其可行性似乎并无疑问。因此，委员会业已将该项义务列入了适于将来审议的专题清单。¹⁸ 自那时以来，很明显，有关审议应当尽快开始。

¹⁸ 见《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件二，第139页，第4段（大纲第七节第2段(a)项）。

33. 尽管引渡或起诉的义务可能初看起来十分传统，但我们不应当为其古老的拉丁提法所误导。不能只把该项义务本身作为一项传统专题对待。其从格劳秀斯时代至最近时期的演变，及其作为一个有效的工具在对付犯罪行为对国家和个人日益增长的威胁方面的重大发展，均可以使我们很容易地得出一个结论——它反映了国际法的新发展，反映了国际社会的迫切关注。