第九章

引渡或起诉的义务

A．导 言

345．委员会在第五十六届会议（2004年）上决定将“引渡或起诉的义务（或引渡或起诉）”专题列入其长期工作方案。[486] 委员会在第五十七届会议（2005年）期间，在2005年8月4日举行的第2865次会议上，决定将此专题纳入当前工作方案，并任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为此专题的特别报告员。[487] 大会在2005年11月23日第60/22号决议第5段中批准委员会关于将该专题纳入工作方案的决定。

346．委员会在第五十八届会议（2006年）上收到并审议了特别报告员的初步报告。[488]

B．本届会议审议这个专题的情况

347．委员会在本届会议上收到了特别报告员的第二次报告（A/CN.4/585和Corr.1），以及从各国政府收到的评论和资料（A/CN.4/579和Add.1-4）。委员会在2007年7月31日至8月3日第2945次至第2947次会议上审议了该报告。

1．特别报告员介绍其第二次报告

348．特别报告员指出，他的第二次报告概述了初步报告所提出的主要想法和概念，以便就此专题最有争议的问题征求新的委员会的看法。他确认初步报告所载的初步行动计划[489] 依然是他今后就此专题开展进一步的工作的主要路线图。

349．上一届会议辩论中所提出的、也即特别报告员想听取委员会意见的主要问题如下：或引渡或起诉义务的渊源是否纯属约定，还是也见于习惯国际法，至少相对于某些类别的罪行（诸如战争罪、海盗行为、灭绝种族罪和危害人类罪）而言；是否应对引渡或起诉义务与普遍管辖权作出明确区分，以及是否应结合本专题审议后者（如果应审议，应在多大程度上审议）；引渡或起诉义务中的两个替代要素是否应具有平等地位，还是应让其中一个占据优先地位；委员会是否应考虑所谓的“三重替代”，即把受指控的罪犯交由一个有资格的国际刑事法庭来审判；委员会此专题工作的最后成果应采取什么样的形式。特别报告员指出，在去年委员会会议和第六委员会会议上，委员们及各国代表曾就这些问题表达了各种各样的意见。

350．然而特别报告员在目前已经能够提出一个条款草案，事关未来的引渡或起诉义务条款草案的适用范围。[490] 拟议的这条规定包含三个要素，需要由委员会加以处理。关于这条规定所指的时间要素，整个条款草案须考虑到义务确立、义务实施、义务产生效力所处的不同期间；义务渊源问题与第一期间相连。关于实质性要素，委员会须确立引渡或起诉义务的存在和范围，因而除其他外，确定其中一个替代要素是否应优先于另一个，羁押国在多大程度上有自由裁量权可拒绝引渡要求，以及这一义务是否包含交由国际刑事法庭审判的可能性。最后，关于个人要素，这一条规定提及有关国家管辖

[486] 《2004年……年鉴》，第二卷（第二部分），第362至363段。该年度委员会报告附有一个简要提纲，描述了该专题可能的总体结构和处理办法。大会在2004年12月2日第59/41号决议注意到委员会报告关于长期工作方案的内容。

[487] 《2005年……年鉴》，第二卷（第二部分），第500段。

[488] 《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/571。

[489] 同上，第61段。

[490] 条款草案第1条案文如下：

“适用范围

“本条款草案适用于国家引渡或起诉在其管辖之下的人的待择义务的确立、内容、运作和效力。”

之下的受指控的罪犯，这提出了这一义务与普遍管辖权概念之间的关系问题，也须由委员会审议。连同个人要素，委员会还须确定这一义务所涵盖的罪行和犯法行为。

351．特别报告员还提出了进一步开展工作的计划，并介绍了关于今后有待拟订的条款的想法。他尤其指出，一个条款草案应包含用语的定义，另一个（或一套）条款草案应专门叙述引渡或起诉义务及其构成要素。特别报告员还设想这样一条草案，规定："每一国家均有义务引渡或起诉指称的违法者，如果该国所加入的条约规定了此项义务的话。"其他条款草案应借鉴委员会在1996年第五十八届会议上通过的《危害人类和平及安全治罪法》草案。[491]

352．特别报告员最后指出，本届会议需要重申的一点是，请各国政府就引渡或起诉义务问题，提供其立法和实践的情况。

2．辩论摘要

(*a*) 一般性评论

353．委员会委员们的一般性评论尤其涉及了引渡或起诉义务的渊源问题、其与普遍管辖权的关系、义务的范围及其两个构成要素，以及把受指控的罪犯交给国际刑事法庭的问题（即特别报告员提到的所谓"三重选择"）。

354．有的委员表示，引渡或起诉义务渊源问题对于本专题具有核心的意义，应该由委员会进行严格的分析，尤其是考虑到一些国家政府在其评论中所表达的立场。一些委员虽然承认引渡或起诉义务往往是以条约为基础的，但认为它也具有习惯法地位，至少就国际法中的罪行而言。然而，还有一个问题尚未解决，即这项义务是只适用于习惯国际法所规定的某些罪行，还是也适用于国际条约所规定的其他罪行，以及是否适用于一般罪行。一些委员认为，委员会应该侧重于查明应适用引渡或起诉义务的罪行。另一些委员认为，委员会不应试图确立这样的罪行清单（这样做的后果是妨碍这一领域国际法的逐渐发展），而是应确定一些标准，从而能够确定一些罪行的类别，而各国在涉及这些罪行时，依照法律受这种义务的约束。在这方面，有人提议，委员会应该提到1996年拟定的治罪法草案中的"危害人类和平及安全罪"的概念。一些委员指出，委员会还应该考虑这样的问题，即引渡或起诉义务是否可能源于一般国际法强制性规范（绝对法）。

355．一些委员进一步指出，无论怎样，未来的草案应该力求规范各国受习惯国际法所规定的引渡或起诉义务约束的情况，以及在一项或多项条约规定这种义务的情况下所出现的问题。然而另一些委员警告说，不应将委员会的建议局限于条约法。

356．一些委员强调，虽然引渡或起诉义务以及普遍管辖权具有相同的目的（即，通过取消被指控犯有某些罪行的人的"庇护所"，从而消除有罪不罚的情况），但引渡或起诉义务与普遍管辖权应该相互区分开来。因此，对于委员会决定不列入其议程的普遍管辖权问题，应该只在与本专题直接相关的情况下加以审议。在这方面，有委员指出，引渡或起诉义务只有在有关国家确立其管辖权之后才出现，并且无论怎样，还需要有关人员位于该国领土内，或在该国管制之下。另一些委员指出，羁押国经常只是由于不引渡受指控的罪犯才获得管辖权的。根据一个观点，对于适用普遍管辖权的罪行，各国负有"或引渡或起诉"义务。有委员提议，引渡和起诉义务与普遍管辖权的关系应该在一项具体的条款里加以处理。

357．关于义务的范围，委员们对于"引渡"和"起诉"两个要素及其相互关系表达了各种不同意见。一些委员认为，羁押国有权主要根据其国内立法决定它将执行该义务的哪一部分。另一些委员指出，引渡或起诉义务可能出现在不同的情况里，委员会应考虑到这些不同的情况，因为它们与确定义务的范围可能有关。一些委员认为，将这一义务说成是非此即彼，往往会掩盖这一义务本身的性质。

358．对于义务的第一部分，有的委员指出，虽然委员会需要审查对引渡的限制（例如那些涉及政治犯罪、羁押国的国民或者请求引渡的国家不会

[491] 《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第19页，第50段。

对保护个人的权利采取具体保障措施的情况），应该谨慎，不要陷入对引渡法的技术方面的分析。委员会还需要确定该义务中被称为“起诉”的那一部分的确切含义。

359．关于所谓的“三重选择”问题，一些委员指出，在本专题范围内不应该处理将有关人员移交国际刑事法庭的问题，因为这取决于各种不同的条件，并产生不同的问题，有别于引渡所产生的问题。然而另一些委员指出，委员会应该讨论与本专题有关的某些问题；例如，有的委员指出，国家将个人移交国际刑事法庭的义务会使引渡或起诉义务瘫痪，因此应在条款草案里加以讨论。一些委员指出，有些国际法庭的组成文书涉及同时提出引渡请求和送交国际法庭要求的问题。

(*b*) 对特别报告员提议的条款草案第1条的评论

360．虽然一些委员认为特别报告员所提议的条款草案第1条在原则上可以接受，但另一些委员指出，在不知道特别报告员对随后问题的意见、包括对引渡或起诉义务渊源的意见的情况下，委员会很难就条款草案的范围采取立场。一些委员支持提到与这一义务相关的各个不同时间段，但批评这一规定中所用的术语（义务的“确立、内容、运作和效力”）。另一些委员提议删除这种提法，而是将措辞简化。另外也有人认为，形容词“待择”应当删除，因为义务的替待择性特点是应由委员会在随后的阶段讨论的问题。一些委员赞同特别报告员的下述意见，即引渡或起诉义务仅与自然人相关；一种意见认为，法人参与犯罪的情况还是应该进一步加以探讨。对于委员会应该将“或引渡或起诉”视为一项“义务”还是一项“原则”，存在着不同的意见。有一项意见认为，条款草案第1条中的“管辖”一语应改为“领土内或在其控制”。这样就可以澄清，羁押国也可能对受指控的罪犯没有刑事管辖权。

(*c*) 关于委员会今后此专题工作的评论

361．第二次报告中所拟订的进一步工作的计划得到一些委员的赞同。具体地说，一些委员支持特别报告员打算实施初步行动计划，但他们也指出，这一计划应该进一步拟订，以便清楚地勾画未来的工作结构。一些委员同意特别报告员就今后可能拟订的条款所提的建议，特别是关于引渡或起诉义务范围的建议。然而，有意见认为，在这项规定中提到一项条约规定了该义务的各种情况，可能被视为是对“条约必须遵守”原则的重复，因而应该仔细审视。

362．一些委员还赞成由特别报告员对这一领域的有关国际条约进行系统的调查的提议。然而，一些委员指出，委员会对本专题的审议除了需要对条约和习惯国际法进行研究之外，还需要对各国立法和司法裁决（适当情况下还包括国际法院个别法官所表达的有关意见）进行比较性分析。虽然好几个国家已经答复了委员会在上届会议上关于提供资料的请求，但第六委员会的辩论和从各国政府收到的评论还没有产生出充分的基础。一些委员提议，本届会议应重申这项请求。有的委员表示，特别报告员和委员会还是应该在考虑到各国评论的情况下，独立地处理这一专题。一些委员认为，委员会应在其认为适当时，毫不犹豫地提出关于这一领域国际法逐渐发展的建议。

363．关于最后形式的问题，一些委员表示赞成拟订一套条款草案。

3．特别报告员的结论意见

364．特别报告员先是指出，委员会里的辩论情况证实了他的意见，即本专题的标题应继续提到引渡或起诉的“义务”和拉丁语格言“或引渡或起诉”。

365．他进一步指出，辩论侧重于三个主要问题：(*a*) 引渡或起诉义务的渊源问题；(*b*) 这一义务与普遍管辖权概念之间的关系问题，和这一关系应如何在草案里得到反映；以及 (*c*) 这一义务的范围问题。他认为，各种发言已经澄清了委员会关于这一专题的意见。

366．关于上面提到的第一个问题，下述意见得到了普遍的一致赞同：条约构成引渡或起诉义务的渊源；但也有人提议，委员会应探讨这一义务可能具有的习惯法地位，至少就某些类别的罪行而言（例如国际法中所规定的罪行）。特别报告员指出，好几名委员就这种可能性表达了意见，他也认为，委员会采取的任何立场应该根据对条约、各国立法

和司法裁决进行的透彻分析。为此，委员会宜继续请各国政府在搜集有关资料方面给予协助。

367．关于第二个问题，特别报告员指出，一些委员提议，普遍管辖权概念应该由委员会加以审查，以确定其与引渡或起诉义务的关系。他同意这一建议，也同意下述观点：即委员会的工作无论如何应侧重于“或引渡或起诉”义务。

368．关于第三个问题，特别报告员同意一些委员的意见，他们指出，引渡或起诉的义务不应该描述为一个非此即彼的性质；他还认同，这一义务的两个要素（“引渡”和“起诉”）的相互关系和相互依存应该得到委员会的认真审议。特别报告员重申他的信念，即引渡或起诉义务的确立、运作和效力应单独加以分析。他还指出，鉴于已经作出的评论，他不会再审查所谓的“三重选择”，而是会侧重于考虑这样的假设，即将个人移交国际刑事法庭可能对引渡或起诉义务产生影响。关于其第二次报告所提议的条款草案第1条，特别报告员建议，将该条草案连同他将在适当时候提交的其他条款草案在下届会议上提交起草委员会。