

第十章 引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)

A. 导言

290. 委员会第五十七届(2005年)会议决定将“引渡或起诉的义务(*aut dedere aut judicare*)”专题列入其工作方案，并任命兹齐斯拉夫·加利茨基先生为特别报告员。⁶³²

291. 委员会从第五十八届(2006年)至第六十届(2008年)会议，收到并审议了特别报告员的三次报告。⁶³³

292. 委员会第六十届(2008年)会议决定在阿兰·佩莱先生的主持下建立一个关于本专题的工作组，其任务和成员由第六十一届会议决定。⁶³⁴ 委员会第六十一届(2009年)会议设立了一个不限成员名额工作组，经过讨论，产生了关于对本专题进行审议的总框架，其目的是列出需要处理的问题。⁶³⁵ 在第六十二届(2010年)会议上，重新组建了工作组。工作组因其主席缺席，由恩里克·坎迪奥蒂先生代理主席。⁶³⁶

B. 本届会议审议此专题的情况

293. 委员会在本届会议上收到了特别报告员的第四次报告(A/CN.4/648)。委员会在2011年7月25日至27日和29日的第3111次至第3113次和第3115次会议上审议了第四次报告。

⁶³² 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)。大会在2005年11月23日第60/22号决议第5段中赞同委员会决定将此专题列入其工作方案。委员会第五十六届(2004年)会议以该年度委员会报告所附的建议为基础，将该专题列入委员会长期工作方案。(《大会正式记录，第五十九届会议，补编第10号》(A/59/10)，第362至363段)。

⁶³³ A/CN.4/571(初次报告)，A/CN.4/585和Corr.1(第二次报告)；和A/CN.4/603(第三次报告)。

⁶³⁴ 在2008年7月31日第2988次会议上(《大会正式记录，第六十三届会议，补编第10号》(A/63/10)，第315段)。

⁶³⁵ 工作组编写的拟议的总框架见同上，《第六十四届会议，补编第10号》(A/64/10)，第204段。

⁶³⁶ 在2010年7月30日第3071次会议上，委员会注意到由工作组临时主席提出的口头报告。(《大会正式记录，第六十五届会议，补编第10号》(A/65/10)，第337至340段)。

1. 特别报告员介绍其第四次报告

294. 第四次报告先回顾了本专题的背景及迄今为止的审议情况，包括大会第六十五届会议期间第六委员会的讨论情况，然后在前三次报告的基础上阐述了引渡或起诉的义务的来源问题，并将重点放在条约和习惯上。

295. 特别报告员按照 2010 年工作组的建议，围绕着打击有罪不罚现象方面的合作义务展开对这个专题的论述，并更具一般意义地指出，合作义务早已被确立为一项国际法原则，见之于许多国际文书。⁶³⁷ 国际刑法对合作义务表示了积极态度，例如 1998 年《国际刑事法院罗马规约》序言中申明，“对于整个国际社会关注的最严重犯罪，绝不能听之任之不予处罚，为有效惩治罪犯，必须通过国家一级采取措施并加强国际合作”，“决心使上述犯罪的罪犯不再逍遥法外，从而有助于预防这种犯罪”。

296. 打击整个国际社会关注的严重犯罪的行为人有罪不罚的现象是一项根本政策，可通过两种途径实现：其一是设立国际刑事法庭，另一是国家法院行使管辖权。特别报告员指出，一些国家以及法理已将打击有罪不罚现象方面的合作义务视为一项习惯规则。

297. 为了强调合作义务是理解引渡或起诉义务的基本出发点，特别报告员建议将前第 2 条(用语)⁶³⁸ 改为关于合作义务的新的第 2 条草案。⁶³⁹

⁶³⁷ 例如见：《联合国宪章》第一条第三项；《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》，1970 年 10 月 24 日大会第 2625(XXV)号决议，附件，第 1 段。

⁶³⁸ 《大会正式记录，第六十三届会议，补编第 10 号》(A/63/10)，第 318 段及相应的脚注。另见 A/CN.4/603，第 121 段。

⁶³⁹ 第 2 条草案案文如下：

合作义务

1. 按照本条款草案，各国应酌情在彼此之间合作并与主管国际法院和法庭合作，打击在国际关注的犯罪和罪行方面的有罪不罚现象。
2. 为此，各国应尽可能酌情并按照本条款草案，应用引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)原则。

298. 特别报告员阐述了引渡或起诉义务的不同来源，首先论述条约，并提请注意法理中存在的对此种条约所作的种种可能的分类和区分。⁶⁴⁰

299. 特别报告员回顾，他先前曾提出关于条约作为引渡或起诉义务来源之一的第 3 条草案⁶⁴¹。鉴于条约载列的与该义务相关的条款种类繁多且存在差异，特别报告员认为不妨提议在关于条约作为引渡或起诉义务来源之一的第 3 条草案中再增加一款。⁶⁴²

300. 特别报告员还分析了引渡或起诉义务作为习惯国际法一项规则的情况，指出它在一些法学家的法理著作中赢得了越来越多的支持，至少就某些罪行而言是如此，而一些代表团在特别是大会第六十四届会议(2009 年)第六委员会的辩论中也承认了这一点，但另一些代表团则要求委员会进一步研究此问题。特别报告员还提到一些国家在国际法院所作的书面和口头辩护，特别是在“与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”一案中。⁶⁴³

301. 特别报告员还依照某些评论者的建议，论述了强制法规范可否作为引渡或起诉义务来源之一的问题，并指出，之所以有此问题，是因为有一种论点是，若犯下某些受到禁止的行为，则构成对一般国际法强制性规范下的义务的严重违反，从而对所有国家产生了下列义务：国家须对在其领土上发现的犯下此种罪行

⁶⁴⁰ M. Cherif Bassiouni 和 Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law* (“国际法中的引渡或起诉的义务”), (实质性/程序性); 大赦国际, *Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation* (“普遍管辖权: 国家颁布和执行立法的义务”)(2001 年 9 月, 伦敦), (按时间先后); 大赦国际, *International Law Commission: The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)* (“国际法委员会: 引渡或起诉的义务(aut dedere aut judicare)”)(2009 年 2 月, 伦敦), (按地域); Claire Mitchel, *Aut Dedere, Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law*(国际法中的引渡或起诉的义务)(Geneva, The Graduate Institute of International and Development Studies, 2009)(多边条约/引渡条约); 以及与国际法委员会就本专题开展的工作可能相关的多边公约的调查, 秘书处编写(A/CN.4/630)(按时间先后和实质性标准: (a) 1929 年《取缔伪造货币国际公约》及沿用同一模式的其他公约; (b) 1949 年日内瓦四公约和 1977 年第一附加议定书; (c) 关于引渡的区域性公约; 以及(d)《关于制止非法劫持航空器的公约》(1970 年《海牙公约》)及沿用同一模式的其他公约。另见大赦国际, 普遍管辖权, UN General Assembly should support this essential international justice tool (“联合国大会应支持这个实现国际正义的必要工具”), (2010 年, 伦敦)(主要是关于普遍管辖权问题)。

⁶⁴¹ 《大会正式记录, 第六十三届会议, 补编第 10 号》(A/63/10), 第 319 段及相应的脚注。另见 A/CN.4/603, 第 123 段。

⁶⁴² 经修正后的第 3 条草案案文如下:

条约作为引渡或起诉义务的来源

1. 如果一项条约规定了引渡或起诉的义务, 则每一缔约国有义务引渡或起诉被指控的犯罪人。
2. 缔约国的国内法应按照确立引渡或起诉义务的条约和国际刑法的一般原则, 规定实施引渡或起诉的特定条件。

⁶⁴³ 国际法院, CR.2009/08 号文件, 2009 年 4 月 6 日(www.icj-cij.org/docket/files/144/15119.pdf), 第 23 至 25 页, 和(www.icj-cij.org/docket/files/144/15054.pdf)。

的人予以起诉或受理对之提起的民事诉讼。此外，国家也不得犯下整个国际社会关注的严重罪行，而且国与国之间签订的任何助长实施此类犯罪的国际协定自始即无效。

302. 特别报告员指出，毫无疑问，对国际刑法领域某些罪行的禁止规定已经具有强制法的地位(例如禁止酷刑)，但是对于这些强制性规范中衍生的引渡或起诉义务是否也具有强制法特点，法学界则意见分歧。

303. 特别报告员在评论与引渡或起诉义务相关的犯罪类别时指出，目前情况下很难证明存在引渡或起诉的一般性习惯义务，因此不如专注于确定哪些具体类别的犯罪由于属于整个国际社会关注的严重犯罪等原因而可能产生此种义务。他认为有必要区分普通刑事罪行——即各国国内法规定的犯罪——与一些被冠以不同名称的恶劣犯罪，如国际犯罪、国际关注的犯罪、严重违法行为、违反国际人道主义法的犯罪等。尤其是最后这类犯罪，一部分原因是这类犯罪具有国际性质或特别严重的性质。⁶⁴⁴ 这些犯罪包括：(a) 灭绝种族罪；(b) 危害人类罪；(c) 战争罪；和(d) 侵略罪。

304. 在阐述了所涉及的种种问题后，特别报告员提出了关于国际习惯作为引渡或起诉的义务的来源的第4条草案。⁶⁴⁵

305. 他在提出第4条草案时指出，该条第2款所列举的犯罪行为仍未最后确定，有待进一步审议和讨论。

2. 辩论摘要

(a) 一般性意见

306. 委员们赞扬特别报告员致力于分析那些对本专题有实质影响的问题，认为这很有助益。但是，委员们也认识到本专题所带来的困难，特别是它涉及到其他法律方面，包括检察官的酌处权问题、庇护问题、引渡法、国家官员的刑事管辖豁免、国际法的强制性规范和普遍管辖权，从而在前进方向和需达成的目标方面

⁶⁴⁴ 例如见《危害人类和平及安全治罪法草案》第9条和1998年《国际刑事法院罗马规约》第5条。

⁶⁴⁵ 第4条草案案文如下：

国际习惯作为引渡或起诉义务的来源

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。
3. 以国际条约或国际习惯形式存在的将第2款所列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强制性规范(强制法)应导致引渡或起诉义务。

引起了问题。因此，采用何种工作方法和总的方针，对充分弄清与本专题相关的问题至为重要。

307. 在此方面，有人提请注意引渡或起诉义务工作组在 2009 年和 2010 年开展的有益工作，认为工作组 2009 年拟议的委员会对本专题进行审议的总框架仍然有实际意义。虽然第四次报告有益地集中论述了条约和习惯作为义务来源的问题，而且对义务来源的探讨也确实一直是本专题的一个关键方面，但报告对有关问题的阐述不够全面，使委员会无法就本专题的前进方向作出有所根据的结论。具体而言，委员们对建议的条款草案及作为其依据的分析表达了关注。有人指出，特别报告员对待条约和习惯法这两个国际法主要来源的方法是分开处理，并且分别提出了条文，因此从概念上说是有问题；应当专注于引渡或起诉的义务本身以及条约和习惯如何体现了这一规则，而非条约或习惯作为义务的“来源”；没有必要为表明条约或习惯中有此一规则而单立一条条文草案。事实上，还有其他的来源也有助于说明这一义务的性质、范围和内容。

(b) 第 2 条草案：合作义务

308. 有些委员对整个条文草案的实际意义持怀疑态度，建议将其改写为激励性质的序言案文。对于合作为何作为一种单独成立的义务，有人不很清楚；目前的措辞有问题，无法得到赞同，应当在更清楚地阐明合作义务与本专题的关联之后重新审议；更具体地说，应当说明引渡或起诉的义务同国家之间彼此合作的义务到底有什么关系，而不是合作义务同打击有罪不罚现象有什么关系。

309. 然而，另一些委员强调，以某种方式反映打击有罪不罚现象方面的合作义务或某些人所谓的合作责任，是很重要的，并指出 2009 年的总框架和 2010 年的工作组都着重指出了这一方面。有人强调，合作义务在不同的国际法领域早已确立。要回答的关键问题是国际刑事合作框架内的合作义务指的是什么，还应评估打击有罪不罚现象的政治目标已在多大程度上转化为具体的法律义务。鉴于合作义务并非存在于真空之中，似乎有必要联系本专题为它提供一个框架，并赋予预防、起诉、司法协助和执法方面的内容。

310. 一些委员在评论这一条文草案时注意到第 1 款突出了“打击有罪不罚现象”，指出用语不明确，有些像序言部分的案文而非执行部分的明确法律案文。

311. 但也有人指出，打击有罪不罚现象这类有口号意味的用语是通俗易懂的，而使用简单语言的好处是能够让委员会的条款容易为人们所理解。

312. 还有一些委员认为，第 1 款的行文审慎，而限定语的使用设置了不必要的最低条件。

313. 还有人指出，不清楚为何要涉及国际法院和法庭，因为从第 1 款看来，本专题的核心方面似乎主要影响到国家之间的关系，包括国内法院。但有人也指出，第 1 款事实上可分为不同的部分，先是关于国与国之间的合作，然后是关于同国际法院和法庭的合作以及根据第一附加议定书第八十九条同联合国的合作。

314. 一些委员还认为,该款中“国际关注的犯罪和罪行”一语暧昧不明,没有为本专题应涵盖哪类罪行提供任何指导。鉴于“法无明文不为罪”这一原则,用语需要明确。

315. 关于第2款,有人指出,“尽可能酌情”一语可能有种种解读,从而对国与国之间关系产生不利影响。此外,整个含义模糊不清,在一定程度上似乎是指可单独成立的引渡或起诉义务,但又对这意味着什么着墨不多。然而,一些委员比较赞同目前这种更为笼统开放的措辞,认为对于旨在作出普遍适用的规定的草案来说,这样的措辞是适当的。

(c) 第3条草案: 条约作为引渡或起诉义务的来源

316. 有人建议删除整个条文草案。其第1款被认为多余;看不出案文中反映的“有约必守”原则如何有助于阐明本专题的有关问题。

317. 一些委员认为,第2款目前虽不明确,但有进一步探讨的可能性。不清楚该款中说的“缔约国的国内法应……规定实施引渡或起诉的特定条件”究竟指的是哪个缔约国,而且这也为一国援引其国内法作为不履行国际义务的理由提供了可能性。此外,“国际刑法的一般原则”这一提法有点模糊。其实,这些原则必须列举出来以供遵行。例如,有人建议宜评估一下检察官的酌处权是否属于与本专题相关的国际刑法一般原则。还有人指出,条文草案应处理引渡条件(包括现有的限制)和起诉条件的有关问题,而处理方法要有所不同,因为它们是不同的法律概念。

318. 有人还指出,尽管特别报告员的报告提到了法理学中对条约所作的各种分类和对条约条款所作的各种区分,作为支持条文草案的论据,但未进一步分析或应用这些分类。例如,最好能够进一步探讨这些分类和区分是否可有助于了解不同条约中为引渡或起诉规定的限制、条件、要求和可能的例外,包括“双重犯罪”、“特定性”规则等引渡法方面以及与政治罪行例外和本国国民不引渡有关的问题。

319. 这些分类还可有助于说明许多载有引渡或起诉义务的条约体现了一条一般性法律原则或习惯规则,或说明其是否影响到针对某些“核心犯罪”履行这一义务。

(d) 第4条草案: 国际习惯作为引渡或起诉义务的来源

320. 一些委员认为,这一条是成问题的,因为特别报告员本人的分析也不支持这一条,他自己都承认在目前情况下很难证明存在引渡或起诉的一般性习惯义务,而且草拟的案文有些试探性质。

321. 尽管目前的第1款案文看来无可反对,但它属于同义反复,对引渡或起诉义务的问题没有什么助益。

322. 同时有人却表示，这条草案阐述了本专题的一个中心问题。特别是，第 2 款连同第 3 款，有可能发展为一项重要规则，但目前的措辞是模糊、隐晦和无力的。有人强调，要处理的一个关键问题就是如何把本专题所涉及的“核心犯罪”同其他犯罪区别开来。有人鼓励特别报告员对国家实践和法律意见进行更详细的研究，并就整个国际社会关注的哪类严重犯罪产生引渡或起诉的义务提出坚定的见解。此一研究还可探讨下列问题：罗列出载有引渡或起诉义务的条约是否意味着各国接受存在一条习惯规则？还是意味各国认为它们是对习惯法的减损？在作此详细分析时，特别报告员无需等待国际法院就“引渡或起诉义务的有关问题”作出裁决。

323. 一些委员还回顾，特别是在制定 1996 年《危害人类和平及安全治罪法草案》的工作过程中，委员会曾经梳理过现在提出的一些问题。《治罪法草案》关于引渡或起诉义务的第 9 条草案规定，在其领土上发现据指控犯有灭绝种族罪行、危害人类罪行、危害联合国和有关人员罪行或战争罪行之个人的缔约国有义务引渡或起诉该个人。可遵循《治罪法草案》第 9 条草案的思路，作为逐渐发展进程的一环，重新拟订第 3 条和第 4 条草案。

324. 因此，有人建议需要审慎行事，在分析不同类别的犯罪时作出适当的区分，并在此方面指出，某些犯罪也许适用普遍管辖权而不一定适用引渡或起诉的义务。同样，严重违法行为适用引渡或起诉的义务，但并非所有战争罪都适用这一义务。

325. 首先，针对某些被确定的“核心犯罪”评估这一义务的习惯性质而不寻求更具一般性的义务，也许比较容易。还有人指出，国际法下的犯罪构成了整个国际社会关注的最严重犯罪。此外，本专题与普遍管辖权密不可分。事实上，本专题被人为地同更广泛的普遍管辖权问题割裂开来，而离开管辖就谈不上引渡或起诉的义务。关于《治罪法草案》，有人指出，国家法院就是根据普遍管辖权原则对其第 9 条草案行使管辖的。因此，不处理普遍管辖权及它所涉及的犯罪类别，就无法进一步开展有意义的工作。为此，有人建议特别报告员可在未来的报告中更充分地探讨引渡或起诉的义务与普遍管辖权的关系，以便评估这一关系是否对拟订中的关于本专题的条款草案有人和影响。此外，还建议扩大本专题的范围，将普遍管辖权也涵盖在内，其中应考虑到第六委员会针对本委员会本届会议的报告第三章中提出的问题所表达的意见。

326. 有人指出，第 3 款的含义不很清楚，会引起问题；该款的强制语气与特别报告员在其报告中透露出的怀疑语气不相称。例如，不清楚其目的是要将引渡或起诉的义务定为一种强制性规范，还是要将违反这类规范的犯罪纳入这一义务的适用范围。特别报告员完全有必要在其报告所作法理观点评述的基础上大力开展工作，广泛分析梳理该款所要涉及的问题，其中包括受到禁止的构成违反强制性规范的犯罪同因而在引渡或起诉的义务方面产生的程序性后果之间的尚未牢牢确立的联系。

(e) 未来的工作

327. 关于本专题未来的工作，有一种意见认为，本专题具有内在的困难。甚至有人提议，委员会应当毅然反思中止或终止审议本专题的可能性，正像委员会以前对其他专题曾做过的那样。然而，另一些委员指出，本专题仍可有所作为，值得委员会继续开展工作。此外，各国对本专题有兴趣，并渴望取得进展。还有人回顾，先前就曾讨论过这一点，结果拟订了 2009 年的总框架，表明本专题是大有可为的。还有委员提到，既然第六委员会正在处理一个相关项目，即普遍管辖权原则的范围和适用问题，这一专题不妨与引渡或起诉的义务专题合并起来。然而有委员会承认，第六委员会内部对于此事也存在着各种不同的意见。

3. 特别报告员的总结

328. 特别报告员感谢委员们所作的建设性和批评性的坦率评论，表示这只会激励他进一步探讨本专题引起的种种复杂问题。

329. 他同意，对于本专题，还需要深入分析约定性和习惯性的各项国际规范以及特别是近年来有了很大发展和变化的国家法规。关于拟议的条款草案，他注意到所作的有益评论和改进建议，并向委员会保证，未来的工作中一定会考虑到这些评论和建议。然而他申明，有一条关于合作义务的条文草案，是很重要的。他还强调了条约作为义务来源之一的重要性，并指出，广泛的国家实践或许表明存在着一条仍在发展中的习惯法规则。这样看来，倘若国家加入了众多国际条约而所有这些条约又都载有这样或那样的引渡或起诉义务，这就有力地表明国家愿意受引渡或起诉义务的约束，且表明这一义务正在形成为习惯。

330. 特别报告员还充分承认并支持为本专题的目的更明确地列出“核心犯罪”的必要性，认为这样做比试图确定这一义务是否已作为一般性习惯规则而存在要更为实际可行。关于这一义务与强制法之间的关系，他指出，就算引渡或起诉的义务源自一般国际法的强制性规范，这一义务也不一定自动具有强制法规范的地位。显然需要在委员会未来的工作中进一步探讨这一义务与强制法规范之间的关系。

331. 关于可能扩大本专题的范围从而将普遍管辖权也涵盖在内这一点，特别报告员回顾说，他曾在初步报告中建议继续对本专题和普遍管辖权问题一道进行分析，但本委员会和第六委员会都不予赞同。但是他承认，随着普遍管辖权问题日益受到关注，未来也许难以避免联合审议。

332. 委员会的主流意见是无需中止对本专题的审议，他也赞同这一看法，并指出，一旦中止审议，就会使人们错误地觉得委员会认为本专题不适当或编纂为法典的时机还不成熟，乃至错以为还有其他不继续进行的理由。