第六章

或引渡或起诉的义务

A. 导言

57. 委员会第五十七届会议(2005年)决定将“或引渡或起诉的义务”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。[401]

58. 特别报告员提交了四次报告。委员会分别在第五十八届(2006年)、五十九届(2007年)、六十届(2008年)和六十三届(2011年)会议上收到并审议了其初次、第二次、第三次和第四次报告。[402]

59. 委员会第六十一届(2009年)会议设立了由阿兰·佩莱先生担任主席的不限成员名额工作组，[403]经过讨论，产生了关于对本专题进行审议的拟议总框架，具体说明了特别报告员需处理的问题。[404]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。[405]工作组收到了秘书处编写的与本专题可能有关的多边公约的调查。[406]

60. 在第六十四届(2012)和第六十五届(2013)会议上，委员会设立了由江萨·吉滴猜萨里先生担任主席的或引渡或起诉的义务问题不限成员名额工作组，评估委员会关于本专题工作的进展情况，特别是根据国际法院2012年7月20日就*与或起诉或引渡义务有关的问题*案所作的判决评估进展情况，[407]并探讨委员会今后可能采用的备选方案。[408]

B. 本届会议审议此专题的情况

61. 在本届会议上，委员会组建了或引渡或起诉的义务问题不限成员名额工作组，由江萨·吉滴猜萨里先生担任主席。工作组继续评估了关于本专题的工作，特别是根据大会第六十八届会议上第六委员会中对工作组2013年报告的评论评估了有关工作。[409]工作组于2014年5月6日至6月4日举行了两次会议

62. 在决定如何处理本专题剩余的工作方面，工作组考虑了委员会的若干备选办法。经过仔细考虑，工作组认为，委员会应加快本专题的工作，并取得对国际社会有实用价值的成果。2013年报告构成工作组最后报告的基础。工作组还讨论了2013年报告部分涵盖或没有涵盖、但第六委员会随后在大会第六十八届会议期间提出的问题，即目前公约制度的缺口；将嫌疑人移送国际性法院或法庭或特别法院或法庭，作为引渡或起诉这两种选择之外的第三种选择；或引渡或起诉的义务与普遍义务或强行法规范的关系；或引渡或起诉的义务的习惯国际法地位；和2009

---

[401] 在其2005年8月4日第2865次会议上(《2005年……年鉴》，第二卷(第二部分)，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。委员会第五十六届会议(2004年)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(《2004年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第362–363段)。

[402] 初步报告：《2006年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/571；第二次报告：《2007年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/585；第三次报告：《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/603；第四次报告：《2011年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/648。

[403] 委员会在第六十届会议期间，在2008年7月31日第2988次会议上，决定建立一个阿兰·佩莱先生为主席的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(见《2008年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第315段，和《2009年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第198段)。

[404] 关于工作组编写的拟议总框架，见《2009年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第204段。

[405] 在其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(《2010年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第336–340段)。

[406] “对可能与国际法委员会就‘或引渡或起诉的义务’专题开展的工作有关的多边文书的调查”，同上，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/630。

[407] *与或起诉或引渡义务有关的问题*(比利时诉塞内加尔)，判决，《2012年国际法院汇编》，第422页。

[408] 在2012年7月30日其第3152次会议上，委员会注意到工作组主席提出的口头报告。(《2012年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第207–221段)，在2013年7月31日其第3189次会议上，委员会注意到工作组的报告(《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，第149段)。

[409] 工作组的报告转载于《2013年……年鉴》，第二卷(第二部分)，附件一。

年总框架中具有持续相关性的其他事项。[410]工作组对上述问题的审议穷尽了有待分析的与本专题有关的所有剩余问题。

63. 在2014年7月7日其第3217次会议上，委员会注意到工作组的报告（A/CN.4/L.844），报告除其他外建议委员会：(*a*) 通过2013和2014年报告，报告为各国提供了有益的指导；和 (*b*) 结束其对“或引渡或起诉的义务”专题的审议。

64. 在2014年8月7日其第3242次会议上，委员会通过了关于本专题“或引渡或起诉的义务”的最后报告（见下文C节），并决定结束对本专题的审议。委员会还向工作组主席江萨·吉滴猜萨里先生表示深切感谢，感谢他十分宝贵的贡献和以高效和迅速方式完成的工作。委员会还怀着谢意回顾了负责此专题的前特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基先生所做的工作。

C. 本专题最后报告

65. 本报告意在概述并强调委员会就“或引渡或起诉的义务”专题所做工作的各个具体方面，以协助各国处理这一问题。

1. 按照法治原则同有罪不罚现象做斗争的义务

(1) 委员会注意到，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，[411]并在此过程中遵守法治原则。[412]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”。[413]在同有罪不罚现象做斗争方面开展合作的义务在众多公约中通过或引渡或起诉的义务而得到体现。[414]各国广泛地赞同关于或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。[415]这一义务对引起国际社会严重关切的一大系列犯罪行为都适用，并且已经写入1970年以来签订的反对国际恐怖主义的所有部门公约。

(2) 或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·格劳秀斯时代起就得到承认，他提出了aut dedere aut punire（或引渡或处罚）原则：“在接到请求之后，一国应要么给予有罪者以应得的惩罚，要么将他交由请求国处置。”[416]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。

---

[410] 见上文脚注404。

[411] 例如，见题为“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；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号决议的附件《有效防止和调查法外、任意和即决处决的原则》中的原则18。

[412] 大会2012年9月24日第67/1号决议。

[413] 同上，第22段。

[414] 见下文第3部分。在*与或起诉或引渡义务有关的问题*案（上文脚注407）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二中选一的方式”（第443页，第50段）。法院补充说，“该公约缔约国鉴于其共同的价值，在确保酷刑行为得到预防及如果发生酷刑行为行为人不得有罪不罚方面拥有共同利益”（同上，第449页，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451页，第74段；另见第75段）。

在其第四次报告中（《2011年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/648，第26–33段），特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基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》（1970年10月24日大会第2625(XXV)号决议，附件），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（Council of Europe, CM/Del/Dec(2011)1110, 4 April 2011）。

[415] 例如，比利时（《2009年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/612，第203页，第20段）；丹麦、芬兰、冰岛、挪威和瑞典（《大会正式记录，第六十六届会议，第六委员会》，第26次会议（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（同上，第27次会议，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）。

[416] 雨果·格劳秀斯，《战争与和平法》，第二册，第二十一章，第四节（F. W. Kelsey英译本，*The Law of War and Peace*, Oxford/London, Clarendon Press/Humphrey Milford, 1925，第527–529页，详第527页）。

2. 或引渡或起诉的义务在国际法委员会工作中的重要性

(3) 可以认为，“或引渡或起诉的义务”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。[417]这一义务也在委员会1996年在其第四十八届会议上通过对《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（或引渡或起诉的义务）中得到处理。该草案第9条针对下列罪行规定了或引渡或起诉的义务：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。[418]或引渡或起诉原则据说源于包含了这项义务的“若干多边公约”。[419]对该草案历史进行分析后发现，第9条产生的原因是有必要针对所说的核心罪行拥有有效的刑罪化和起诉制度，而不是仅仅依靠实际的国家实践和法律确信。[420]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。[421]虽然治罪法草案的侧重点是核心罪行，[422]但正如上文第(1)段提到的，或引渡或起诉的义务的属事范围涵盖了引起国际关切的绝大多数罪行。

3. 工作概述

(4) 下文概述了委员会此专题工作的几个重要方面。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用语的准确定义问题为时太早，宜将这些用语留在未来关于“用语”的条文草案里处理。[423]委员会决定依据如下一项理解来着手工作，即“引渡”的强制性或“起诉”的义务性孰先孰后，取决于特定情况下的背景和适用的法律制度。

(5) 委员会认为范围广泛的材料对其工作有用，尤其是：秘书处编写的就对委员会“或引渡或起诉的义务”专题工作可能有关的多边公约进行的调查[424]（下称“秘书处2010年的调查”），其中查明了将引渡和起诉作为可二中选一的惩治犯罪者的办法加以规定的普遍性和区域性多边文书；和国际法院2012年7月20日对与或起诉或引渡义务有关的问题案[425]的判决。

---

[417]《1949年……年鉴》[英]，第281页，第16–17段；另见联合国，《国际法委员会的工作》，第8版，第一卷（联合国出版物，出售品编号E.12.V.2），第35–36页。

[418] “在不妨碍国际性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[战争罪行]条所述罪行之个人的缔约国应或引渡或起诉该个人。”另见委员会对此条的评注，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32–33页。

[419]《危害人类和平及安全治罪法草案》，第8条的评注第(3)段（同上，第29–30页）。

[420]《1994年……年鉴》，第二卷（第二部分），第142段。

[421]《危害人类和平及安全治罪法草案》，第8条的评注第(3)、(4)和(8)段和第9条的评注第(2)段（《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第29–32页）。

[422] 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（见《1991年……年鉴》，第二卷（第二部分），第176段）。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（见《1995年……年鉴》，第二卷（第二部分），第37段及其后；和《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第43段及其后）。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（见《1993年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/448和Add.1，第68页及其后）。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，另外，由一个国家的国家法院行使管辖，审议另一个国家是否进行了侵略，将会对国际关系和国际和平与安全产生严重影响（《危害人类和平及安全治罪法草案》，第8条的评注第(14)段，《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第31–32页）。

[423] 特别报告员兹齐斯拉夫·加利茨基关于或引渡或起诉有义务的第三次报告（《2008年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/603，第36–37段。在初次报告中，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； 及aut dedere aut poenam persequi（《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），A/CN.4/571， 第5–8段）。关于aut dedere aut punire, aut dedere aut prosequi及aut dedere aut judicare，另见R. van Steenberghe, “The obligation to extradite or prosecute: clarifying its nature”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 9(2011)， 第1089–1116页，详第1107–1108页。

[424] A/CN.4/630（见上文脚注406）。

[425] 见上文脚注407。

（**a**）多边文书中的条款类型

（6）秘书处2010年的调查按照这些规定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异同及其演变情况，提出了一些总体结论，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年关于保护战争受难者的日内瓦四公约，和1977年《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书）；及 (*d*) 1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》以及沿用相同模式的其他公约。

（7）《取缔伪造货币国际公约》以及沿用相同模式的其他公约[426]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*) 设立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和一旦拒绝引渡则应起诉的条款；(*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，使加入公约不影响各国对作为国际法问题的刑事管辖这个一般性问题的态度；以及 (*f*) 含有一项“不妨碍”各国刑事立法和司法的条款。虽然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。

（8）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，[427]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的有效性的手段。缔约国负有引渡的一般义务，除非引渡请求恰符合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。嗣后协定和安排中的规定随着时间的推移经过修订和调整，特别是在条件和例外方面。[428]

（9）关于保护战争受难者的1949年日内瓦四公约载有相同的规定，据之，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，并应将此种人，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初步成立。[429]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。[430]尽管如此，引渡是一项可选的做法，受制于起诉国确定案件初步成立这一条件。这一机制以参照方式适用于1977年《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书）。[431]

（10）《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条

---

[426] 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》。

[427] 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*) 2002年《英联邦内伦敦引渡计划》。

[428] 还可回顾，大会通过了《引渡示范条约》（1990年12月14日第45/116号决议，附件）和《刑事事件互助示范条约》（1990年12月14日第45/117号决议，附件）。见联合国毒品和犯罪问题办公室编写的《2004年引渡示范法》，可获自www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf。另见《关于引渡示范条约的订正手册和关于刑事事项互助示范条约的订正手册》，可获自www.unodc.org/pdf/model_treaty_extradition_revised_manual.pdf。

[429] 《改善战地武装部队伤者病者境遇之日内瓦公约》（第一公约）；《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》（第二公约）；《关于战俘待遇之日内瓦公约》（第三公约）；以及《关于战时保护平民之日内瓦公约》（第四公约）分别第49、50、129、146条。这些《日内瓦公约》使用“送交”而不用“引渡”的原因在秘书处2010年的调查（A/CN.4/630（见上文脚注406）第54段里有解释。

根据Claus Kreβ（“Reflection on the *Iudicare* limb of the grave breachesrRegime”, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 7, No. 4（2009），第789页），严重破坏公约行为之制度的起诉方面实际上意味着有义务调查以及在必要时起诉并定罪。

[430] 见J. S. Pictet (ed.), *The Geneva Conventions of 12 August 1949: Commentary*, vol. IV, Geneva, ICRC, 1958，第593页。

[431] 1977年《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书）第85条第1和第3款，及第88条第2款。

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"是关于保护战争受难者的日内瓦四公约套语的变体，后来成为好几起惩治具体罪行的公约的范本，主要是在反恐斗争中，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人员罪行、跨国罪行、腐败、强迫失踪等）。[432]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。

（11）在2012年7月20日国际法院针对*与或起诉或引渡义务有关的问题*案所作的判决所附的个别意见里，优素福法官还论及"含有或引渡或起诉套语的条约"的类型，并将这些条约大致分为两类。[433]第一类国际公约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，优先重视引渡到罪行发生地国。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。第一类公约的例子有《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，但引渡是可用的备选做法，也含有规定了起诉义务的条款，但在该国未能将案件提交起诉时引渡变为义务。第二类公约中的这种条款可在例如1949年日内瓦四公约有关条款、《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条以及《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款中看到。

（12）鉴于以上所述，委员会认为各国在起草条约时可自行决定哪一种关于或引渡或起诉的义务的公约套语在特定情况下最适合它们的目的。鉴于公约实践中或引渡或起诉的义务的说法、内容和范围多种多样，委员会将关于或引渡或起诉的义务的各种条约条款加以协调的尝试，将是徒劳的。[434]

（13）虽然委员会认为应该逐案审查有关公约中

---

[432] 除其他外，这些公约包括：(*a*) 1971年《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《南盟［南亚区域合作联盟］制止恐怖主义区域公约》及2004年《〈南盟制止恐怖主义区域公约〉附加议定书》；(*k*) 1988年《补充〈关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约〉的制止在为国际民用航空服务的机场上的非法暴力行为的议定书》；(*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2005年《〈联合国人员和有关人员安全公约〉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《关于打击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》及其诸议定书；(*aa*) 2001年《网络犯罪公约》；(*bb*) 2003年《非洲联盟预防和打击腐败公约》；(*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怖主义公约》；(*hh*) 2010年《制止非法劫持航空器公约的补充议定书》；及 (*ii*) 2010年《制止与国际民用航空有关的非法行为的公约》。

[433] 优素福法官的个别意见，*与或起诉或引渡义务有关的问题*（见上文脚注407），第19–22段，另见秘书处2010年的调查（A/CN.4/630（见上文脚注406）），第126段。另见比利时2009年提交国际法委员会的评论，比利时列出了两类条约：(*a*) 一类条约含有或引渡或起诉条款，把拒绝对被指控犯罪者的引渡要求作为起诉义务的条件；(*b*) 另一类条约载有即使没有引渡要求也须起诉 (judicare vel dedere) 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，而并不以拒绝满足先前的引渡要求为这项义务的条件（《2009年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/612，第2段），曾被特别报告员加利茨基在其第四次报告（《2011年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/648，第85段和脚注86）中引用。

[434] 秘书处2010年的调查的结论是 (A/CN.4/630（见上文脚注406），第153段）：

> "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。"

的或引渡或起诉的义务的范围，但也承认，在更近些的含有或引渡或起诉的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”。[435]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，则应无一例外地将被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；(*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。[436]尤其是，在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。另一种较小程度的趋势就是，规定羁押国在不予起诉的情况下，必须无一例外地将被指称犯罪者予以引渡。

(14) 委员会注意到，在关于或引渡或起诉的义务的目前公约制度中存在着一些重要缺口，可能需要加以弥补。尤其是相对于大多数危害人类罪、[437]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约。[438]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，该公约第六条只规定了这样的义务：缔约国应确立并行使领土刑事管辖并在特定情况下与“国际刑事法庭”合作。[439]

(b) 履行或引渡或起诉的义务

(15) 海牙套语。委员会认为国际法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决有助于澄清与履行或引渡或起诉的义务相关的一些问题。这一判决仅限于分析根据《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》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（第5条）、进行初步调查的义务（第6条）、或起诉或引渡义务（第7条）等各条之间的关系。[440]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，但由于该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《关于制止非法劫持航空器的公约》和沿用相同套语的其他公约中的或起诉或引渡制度的含义。[441]由于法院还认为酷刑是强

[435] 同上，第91段。

[436] 同上，第109段。

[437] 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或引渡或起诉的义务的国际公约。

[438] 保护战争受难者的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。每一项公约都在“或引渡或起诉”规定之后有一条描述什么构成严重破坏公约行为。

在《改善战地武装部队伤者病者境遇日内瓦公约》（第一公约）和《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。”

《关于战俘待遇之日内瓦公约》（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，强迫战俘在敌国军队中服务，或故意剥夺战俘依本公约规定应享之公允及合法的审讯之权利。”

《关于战时保护平民之日内瓦公约》（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。”

1949年日内瓦四公约和1977年的第一附加议定书在严重破坏公约行为范围之外，并没有确立或引渡或起诉的义务。与战争罪有关的其他国际文书也均未规定此种义务。

[439] 《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），判决，《2007年国际法院汇编》，第43页，详第226–227页和第229页，第442和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。”法院在其判决第442段里没有排除其他基础，指出：“第六条只是规定缔约国有义务确立并行使属地刑事管辖。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，赋予其刑事法院以管辖，但没有规定必须这样做”。

[440] 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第450–461页，第71–121段。

[441] 法院指出，《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款基于《关于制止非法劫持航空器的公约》所载的类似的规定（同上，第454–455页，第90段）。正如多诺霍法官所说：“今天判决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

制性规范（强行法）禁止的罪行，[442]对于规范强制性规范（强行法）涵盖的对例如灭绝种族罪、危害人类罪以及严重战争罪等罪行的禁止，《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》中的或起诉或引渡套语可被用作范本，用于建立新的或起诉或引渡制度。

（16）法院认定，《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》缔约国有义务将酷刑定为刑事罪，对酷刑罪确立管辖，以拥有对这一犯罪进行起诉的必要法律工具，在犯罪嫌疑人在各自领土出现时立刻对事实展开调查。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"。[443]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。[444]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"。[445]法院还指出，《关于制止非法劫持航空器的公约》和《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》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"。[446]

（17）*须纳入国内法律的或引渡或起诉的义务基本要点*。有效履行或引渡或起诉的义务，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，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。

（18）*确立必要管辖*。确立管辖是履行或引渡或起诉处在一国境内的被指称犯罪者的义务的"符合逻辑的先行步骤"。[447]当罪行据称是在国外犯下并且与法院地国没有关连时，或引渡或起诉的义务必然反映了行使普遍管辖，[448]而普遍管辖是"是针对域外事件而对人确立的属地管辖"[449]，在此，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，或引渡或起诉的义务也能反映是在其他基础上行使管辖。所以，如果一国能在其他基础上行使管辖，则在履行或引渡或起诉的义务时不一定援引普遍管辖。

就起诉引起国际关切罪行的被指称犯罪者而言，普遍管辖是至为重要的因素，特别是当被指称犯罪者在犯罪发生地国没有受到起诉时。[450]好几项国际文书，例如得到广泛批准的关于保护战争受难者的日内瓦四公约和《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》，都要求对这些文书所涵盖的罪行行使普遍管辖，或者作为不起诉的替代，将被指称犯罪者引渡到另一国以便进行起诉。

（19）*制订法律方面的拖延*。根据国际法院在*与或起诉或引渡义务有关的问题*案中所称，制订为起诉嫌疑人所需的法律出现拖延，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

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"（多诺霍法官的声明，*与或起诉或引渡义务有关的问题*，同上，第590页，第21段）。

[442] 同上，第457页，第99段。

[443] 同上，第455页，第91段。另见第451–452页和第456页，第74–75、78和94段。

[444] 同上，第454–456页，第90和94段。

[445] 同上，第456页，第95段。

[446]《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2款，及《关于制止非法劫持航空器的公约》第7条，同上，第90段。

[447] 非盟－欧盟普遍管辖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*与或起诉或引渡义务有关的问题*案（见上文脚注407）中认为，《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》缔约国履行其确立其法院的普遍管辖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（第451页，第74段）。

[448] 一位著述者认为，"当一个国家与指称的犯罪或嫌疑人，除了嫌疑人身在该国领土内这一点以外，没有其他的联结时，或引渡或起诉原则即与普遍管辖相重叠"（M. Inazumi, *Universal Jurisdiction in Modern International Law*: *Expansion of National Jurisdiction for Prosecuting Serious Crimes under International Law*, Antwerp/Oxford, Intersentia, 2005，第122页）。

[449] 2000年4月11日的*逮捕令*（*刚果民主共和国诉比利时*），判决，《2002年国际法院汇编》，第3页及其后；尤其见希金斯法官、科伊曼斯法官和比尔根塔尔法官的联合个别意见，第75页，第42段。

[450] 应该回顾的是，1996年危害人类和平及安全治罪法草案第9条所提到的"或引渡或起诉的义务"与该治罪法草案第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，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，设想了普遍管辖（《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第30–31页，第(7)段）。

产生不利影响。[451]国家的义务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，从确定事实开始。[452]

(20) 调查的义务。根据法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决，调查的义务包含好几项要素：

一般的规则是，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；[453]

这项义务意在证实对有关的人的怀疑。[454]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；[455]

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，而这些行为在或引渡或起诉的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，[456]在此阶段必须确定事实；[457]

然而，简单地讯问嫌疑人，以查明其身份并告知对他或她的控诉，这不能视为履行了进行初步调查的义务；[458]

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；[459]

依据普遍管辖进行的调查必须遵循与该国因与案件具有联系而行使管辖时相同的证据标准。[460]

(21) 起诉的义务。根据法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决，起诉的义务包含某些要素：

起诉的义务实际上是将案件提交起诉当局的义务；它不涉及提起诉讼的义务。实际上，根据证据的情况，履行这一义务可能会、也可能不会导致提起诉讼。[461]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；[462]

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；[463]

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。[464]

(22) 引渡的义务。关于引渡的义务：

只能根据对被指称犯罪者位于其领土上的国家有拘束力的国际法律义务，向因某种身份具有管辖权，能够起诉并审判该人的国家进行引渡。[465]

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。[466]正式的引渡请求涉及重要的人权保护措施，这些措施在

---

[451] 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第451–452页，第76–77段。

[452] 同上，第453页，第84段。

[453] 同上，第454页，第86段。

[454] 同上，第453页，第83段。

[455] 同上，第453–454页，第85–86段。

[456] 同上，第454页，第88段。

[457] 同上，第454页，第86段。

[458] 同上，第453–454页，第85段。

[459] 同上，第453页，第83段。

[460] 同上，第453页，第84段。

[461] 另见*Chili Komitee Nederland*诉公共检察官，阿姆斯特丹上诉法院，1995年1月4日，*Netherlands Yearbook of International Law*, vol. 28 (1997)，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，以及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N. Trapp, *State Responsibility for International Terrorism*: *Problems and Prospects*, Oxford University Press, 2011，第88页，脚注132。

[462] 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第454–456页，第90和94段。

[463] 同上，第460–461页，第115–117段。

[464] 同上，第114–115段。见坎卡多·特林达德法官的个别意见，第546–548页，第148、151–153段；同一案中专案法官苏尔的反对意见，详第620页，第50段；以及薛法官的反对意见，详第578页，第28段。

[465] 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），第461页，第120段。

[466] 见委员会本届会议二读通过的驱逐外国人条款草案第12条草案（见上文脚注36），及欧洲人权法院，*Bozano*诉法国，1986年12月18日的判决（上文脚注44），第52–60段。在该案中，欧洲人权法院认为，为绕过关于引渡的要求而伪装成驱逐出境的引渡是非法的，与《欧洲人权公约》第5条所保障的人身安全权不符。

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。

（23）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的斗争更为有效。[467]另外值得回顾的是，借助于反映了习惯国际法的1969年《维也纳公约》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。[468]此外，国家采取的措施必须符合法治原则。

（24）如果涉及引起国际关切的严重罪行，或引渡或起诉的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。[469]

（25）义务的时间范围。依据条约承担的或引渡或起诉的义务仅适用于该条约对有关国家生效之后发生的事实，“除非条约表示不同意思，或另经确定”。[470]在一国成为载有或引渡或起诉的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，包括或引渡或起诉的义务在内。[471]因此，一国一旦受该条约约束，即应履行其义务，将载有或引渡或起诉的义务的条约所禁止的行为定为刑事罪，并确立必要的管辖。[472]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。[473]

（26）不遵守或引渡或起诉的义务的后果。在对与或起诉或引渡义务有关的问题案中，法院认定，违反根据《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》所承担的国际义务是引起国家责任的不法行为。[474]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。[475]委员会关于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，包括停止并不重复（第30条），赔偿（第31、34–39条）以及反措施（第49–54条）。[476]

（27）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，即面对或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。[477]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。[478]

（28）在对于与或起诉或引渡义务有关的问题案发表的反对意见中，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《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》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，国家实践也不禁止。[479]当然，如果“条约表示不同意思，或另经确定”，[480]因而不许将受指控的犯罪者移交国际性刑事法庭，则这样的移交并不免除条约缔约国根据其各自国内法

---

[467] 见对与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407）案判决中的理由说明，第453–454页，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《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》承担的义务的理由（同上，第460页，第112段）。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）。

[468] 同上，第113段。

[469] 同上，第461页，第120段。另见坎卡多·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”（同上，第508页，第50段，另见他在第505–508页，第44–51段里详细陈述的理由）。

[470] 同上，第457–458页，第100–102段，其中援引了反映习惯国际法的1969年《维也纳公约》第二十八条。

[471] 同上，第458页，第103–105段。

[472] 同上，第451页，第75段。

[473] 同上，第458页，第102和105段。

[474] 同上，第456页，第95段。

[475] 同上，第460–461页，第117段。

[476] 《2001年……年鉴》，第二卷（第二部分），第76–77段。委员会第五十三届会议通过的关于国家对国际不法行为的责任的条款转载于大会2001年12月12日第56/83号决议的附件。

[477] 1996年危害人类和平及安全治罪法草案第9条规定，根据该条或引渡或起诉的义务是在不妨碍国际刑事法院的管辖权的前提下（《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页）。

[478] “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管辖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。”

[479] 与或起诉或引渡义务有关的问题（见上文脚注407），薛法官的反对意见，详第582页，第42段（在其他问题上的反对意见）。

[480] 1969年《维也纳公约》第二十八条。

律制度或引渡或起诉该犯罪者的义务。

（29）有人提议，鉴于国际性刑事法庭日益重要，关于或引渡或起诉的义务的新条约规定，以及国内法，应包含这第三种选择。

（30）补充意见。一国也许愿意同时履行或引渡或起诉的义务的两个方面，例如起诉、审判犯罪者并予以判决，然后为使判决得到执行的目的，将该犯罪者引渡或移交给另一国。[481]

（c）目前公约制度的缺口和“第三种选择”

（31）如上文第（14）段所指出，委员会重申，在目前关于或引渡或起诉的义务的公约制度中存在着一些重大缺口，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。委员会还指出，委员会已将“危害人类罪”专题纳入2014年的工作方案，其中包括使对这些罪行的或引渡或起诉的义务成为新条约的一项内容。[482]委员会进一步建议，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。[483]

（32）委员会并未起草一套示范条款，以弥补目前关于或引渡或起诉的义务的公约制度中的缺口，而是回顾指出，1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》第9条已经规定了对灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪等罪行或引渡或起诉的义务，原文如下：

在不妨碍国际性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[战争罪行]条所述罪行之个人的缔约国应或引渡或起诉该个人。[484]

（33）委员会还提到上文第（10）段引用的“海牙套语”，海牙套语已成为大多数载有或引渡或起诉的义务的当代公约的范本，[485]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口的范本。此外，国际法院对与或起诉或引渡义务有关的问题案的判决也有助于解释海牙套语。[486]委员会建议各国在着手弥补目前公约制度中的缺口时考虑海牙套语。

（34）委员会进一步确认，有些国家[487]已经询问或引渡或起诉的义务与将嫌疑人移交国际性法院或法庭或特别法院或法庭之间有何联系，而其他国家[488]将这种移交做法与引渡区别对待。如上文第（27）段所指出，可以通过将被指称犯罪者移交主管国际刑事法庭履行或引渡或起诉的义务。[489]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管辖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。

（35）按照这样的规定，或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管辖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，该法庭是在与或起诉或引渡义务有关的问题案判决后，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。[490]在一国法院系统内

[481] 特别报告员加利茨基在其初步报告提到这一可能性，《2006年……年鉴》，第二卷（第一部分），文件A/CN.4/571，第49–50段。

[482]《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件二。

[483] 同上，附件一，第20段。查塔姆研究所的一项研究建议，委员会今后关于该专题的工作应该重点起草一项就核心国际罪行或引渡或起诉的条约义务，并效仿《关于制止非法劫持航空器的公约》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》的或引渡或起诉机制。见M. Zgonec-Rožej and J. Foakes, “International criminals: extradite or prosecute?” Chatham House Briefing Paper, IL BP 2013/01, July 2013。

[484]《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分），第32页；另见委员会对该条的评注，同上，第32–33页。

[485] 见《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件一，第16段和所附脚注29。另见上文第（10）段及其脚注432。

[486]《2013年……年鉴》，第二卷（第二部分），附件一，第21–22段。另见上文第（15）和（16）段。

[487] 智利、法国和泰国。

[488] 加拿大和大不列颠及北爱尔兰联合王国。

[489] 另见欧洲委员会，*Extradition, European Standards: Explanatory Notes on the Council of Europe Convention and Protocol and Minimum Standards Protecting Persons subject to Transnational Criminal Proceedings*, Strasbourg, Council of Europe Publishing, 2006，其中指出：“在国际性刑事法庭时代，[或引渡或起诉]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关管辖的义务”（第119页，脚注略）。

[490] 2012年8月22日在达喀尔签署（见ILM, vol. 52（2013），第1024页及其后）。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

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。

(36) 上述例子重点说明了载有或引渡或起诉的义务的条款的基本要素，可帮助各国选择其认为最适合某种具体情况的套语。

(**d**) 起诉义务和引渡义务之间的优先顺序，及起诉义务的范围

(37) 委员会注意到2013年出席第六委员会的一个代表团[491]提出的建议分析该专题上述两方面的建议。它还注意到其他代表团[492]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或引渡或起诉的义务的指导原则。委员会希望提请注意秘书处2010年的调查[493]和述及以上问题的上文第(6)–(13)段。

(38) 简言之，除了基本的共同点，多边公约中载有或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。

(39) 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施。[494]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》及后来受其启发的各项公约[495]属于第一类。[496]关于引渡的各项多边公约也属于这一类。[497]

(40) 第二类条款规定各国有依照事实起诉的义务，因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。[498]此类条款的最显著例子是关于保护战争

罪行的最主要责任人。审判庭和上诉庭都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3条和第11条，ILM，同上，第1028和第1030–1031页。

[491] 墨西哥。

[492] 分别是古巴和白俄罗斯。

[493] A/CN.4/630（见上文脚注406）。

[494] 同上，第132段。实际上，这些公约似乎遵循了雨果•格劳秀斯在提到“或引渡或惩罚 (aut dedere aut punire)”原则时的预想（格劳秀斯（上文脚注416），第527–529页，详第527页）。

[495] 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》，及1971年《精神药物公约》。另见秘书处2010年的调查（A/CN.4/630（上文脚注406）），第29段。

[496] 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，见秘书处2010年的调查（A/CN.4/630（上文脚注406）），其第133段和脚注327引述了Marc Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international. Droit et obligation pour les* États *de poursuivre et de juger selon le principe de l'universalité*, Basel/Geneva, Helbing and Lichtenhahn/Faculté de droit de Genève/Bruylant, 2000，他将这一制度定性为优先引渡其次起诉 (primo dedere secundo judicare)。

[497] 例如，1981年《美洲引渡公约》；1957年《欧洲引渡公约》，1961年《司法合作总共约》(Convention générale de coopération en matière de justice)，1994年《西非国家经济共同体引渡公约》，及2002年《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2010年的调查（A/CN.4/630（上文脚注406），第134段）。

[498] 秘书处2010年的调查（A/CN.4/630（上文脚注406），第127段和脚注262。以被指控者必须处于有关国家境内作为确定普遍管辖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（逮捕令案（上文脚注449）中的联合个别意见，第80页，第57段）。另见纪尧姆法官的个别意见，同上，第9段和G. Guillaume, “Terrorisme et droit international”, *Collected Courses of the Hague Academy of International Law*, vol. 215（1990），第368–369页。然而，Henzelin（上文脚注

受难者的日内瓦四公约相关共同条款，其中规定，各缔约国“应”在各该国本国的法庭“起诉”被控为曾犯或曾命令人犯此种严重破坏这些公约行为的人，不分国籍，但该缔约国“亦得于自愿时”，将此种人送交另一有关缔约国审判。[499]至于海牙套语，其文本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且未获准许时产生的问题。[500]在这方面，关于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条所载一项类似条款，[501]禁止酷刑委员会和国际法院对*与或起诉或引渡义务有关的问题*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，《公约》第7条提供给缔约国的选择才存在，该条款的目的在于防止任何酷刑行为逃避惩罚。[502]

(41) 同样，在*与或起诉或引渡义务有关的问题*案中，国际法院认为《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款要求：

> 有关国家为起诉的目的将案件提交其主管当局，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，自嫌疑人在其境内之时起，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。[503]

(42) 由此可见，该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。引渡是该公约提供给国家的一个备选办法，而起诉是该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。[504]

(43) 委员会1996年《危害人类和平及安全治罪法草案》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条的评注阐明，起诉的义务自行产生，无关任何引渡请求。[505]

(44) 上文第 (21) 至 (26) 段已经详细阐述了起诉义务的范围。

(e) 或引渡或起诉的义务与普遍适用的义务或强行法规范之间的关系

(45) 委员会注意到，出席2013年第六委员会的一个代表团[506]提出了在关系到禁止酷刑等普遍适用的义务或强行法规范时，或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“或起诉或引渡义

496，第354页）认为，一国根据1949年日内瓦四公约相关条款起诉被指称犯罪者并不需要该人处于该国境内。

[499] 这项规定似乎给予羁押国起诉一定的优先，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充分的案件（见秘书处2010年的调查（A/CN.4/630（上文脚注406）），第128段，其引述D. Costello, “International terrorism and the development of the principle *aut dedere aut judicare*”, *The Journal of International Law and Economics*, vol. 10 (1975)，第486页；M. C. Bassiouni and E. M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare*: *the Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht/Boston/London, Martinus Nijhoff, 1995， 第15页；及C. Maierhöfer, “*Aut Dedere – aut judicare*”. *Herkunft*, *Rechtsgrundlagen und Inhalt des völkerrechtlichen Gebotes zur Strafverfolgung oder Auslieferung*, Berlin, Duncker and Humblot, 2006，第340–350页。强调1949年日内瓦四公约中起诉的优先性的著述包括L. Condorelli, “Il sistema della repressione dei crimini di guerra nelle Convenzioni di Ginevra del 1949 e nel primo Protocollo addizionale del 1977”，载于P. Lamberti Zanardi and G. Venturini, eds., *Crimini di guerra e competenza delle giurisdizioni nazionali*: *Atti del Convegno, Milano, 15–17 maggio 1997,* Milan, Giuffrè, 1998，第35–36页；和Henzelin（上文脚注496），第353页（他将关于保护战争受难者的日内瓦四公约的模式称为优先起诉其次引渡 (primo prosequi secundo dedere)）。另见《1949年8月12日日内瓦四公约关于保护国际性武装冲突受难者的附加议定书》（第一议定书）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。

[500] 《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”。

[501] 第7条第1款规定：“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。”

[502] *Guengueng*等诉塞内加尔（案情），第181/2001号来文，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，《大会第六十一届会议，补编第44号》(A/61/44)，第185–186页，第9.7段。

[503] *与或起诉或引渡义务有关的问题*（见上文脚注407），第456页，第94–95段。

[504] 同上，第95段。

[505] “羁押国有义务采取行动，确保此种个人受到该国国家主管部门或以请求引渡表示愿意起诉该案的另一个国家的起诉。”（《1996年……年鉴》，第二卷（第二部分，第32页，第9条的评注第 (3) 段）。还应提到该草案第8条（其中指出：每一缔约国“应采取必要措施确定”对治罪法草案所载罪行的“管辖权”，“不论这些罪行的实施地点或实施者为何”）（同上，第29页）。

[506] 墨西哥。

务”援引国际责任。

(46) 委员会的几名成员指出，该领域似乎关系到对公约规范的解释。国际法院在*与或起诉或引渡义务有关的问题*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《禁止酷刑和其他残忍、不人道或有辱人格的待遇或处罚公约》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。[507] 强行法的问题对于这一点并不重要。按照委员会的理解，法院的意思是，凡是缔结了《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》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。

(47) 其他条约，即便也许不涉及强行法规范，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“或引渡或起诉的义务”援引该国的国际责任。

(48) 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规范。[508]

(f) *或引渡或起诉的义务的习惯国际法地位*

(49) 委员会注意到，出席第六委员会的一些代表团认为，习惯国际法中没有或引渡或起诉的义务，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。[509]

(50) 不妨回顾，2011年，时任特别报告员加利茨基在第四次报告中提议了一条关于国际习惯作为或引渡或起诉的义务来源的条款草案。[510]

(51) 然而，该条款草案在委员会[511]和第六委员会[512]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，推断出或引渡或起诉的义务的习惯性质。

(52) 确定或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一条条款草案是对国际法的编纂还是对国际法的逐渐发展。然而，委员会已经决定，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那条草案提出其他的形式。

(53) 委员会谨此说明，上述内容不应被理解为意指委员会已经认定，或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。

(54) 1996年委员会通过《危害人类和平治罪法草案》时，其中关于或引渡或起诉的义务的规定体现了国际法的逐渐发展，上文第(3)段对此作出了解释。自该草案完成以来，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。

---

[507] *与或起诉或引渡义务有关的问题*(见上文脚注407)，第449–450页，第67–70段。另见坎卡多·特林达德法官的个别意见，第527–529页，第104–108段，多诺霍法官的声明，第586–589页，第9–17段。见薛法官的不同意见，第571–577页，第2–23段，和苏尔专案法官的不同意见，第608页和第610–611页，第13和第19–20段。另见斯科特尼科夫法官的个别意见，第482–485页，第9–22段。

[508] 例如，见欧洲委员会，*Extradition, European Standards*(上文脚注489), sect. II.I, chap. 4(Material human rights guarantees as limitations to extradition)，第123页及其后；*Code of Minimum Standards of Protection to Individuals Involved in Transnational Proceedings*，提交给欧洲委员会的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)，Strasbourg, 16 September 2005。

[509] 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60段。

[510] 《2011年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/648，第95段。该条款草案如下：

“第4条 国际习惯作为或引渡或起诉的义务的来源

“1. 如果或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、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(强行法)应导致或引渡或起诉的义务。”

[511] 同上，第二卷(第二部分)，第320–326段。

[512] 特别是，一些国家不同意这样的结论，即或引渡或起诉的义务的习惯性质必定可以从存在禁止具体国际罪行的习惯规则中推断出来(见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[和Add.1])(油印件；可获自委员会网站，第六十四届会议文件)，第48段)。另见阿根廷的立场(《大会正式记录，第六十二届会议，第六委员会，第22次会议》(A/C.6/62/SR.22)，第58段)及俄罗斯联邦的立场(《2008年……年鉴》，第二卷(第一部分)，文件A/CN.4/599，第22段)。

（55）委员会指出，2012年国际法院在*与或起诉或引渡义务有关的问题*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行为。[513]因此，该法院仍然没有机会决定或引渡或起诉的义务是否具有习惯国际法地位。[514]

（g）2009年总框架中具有持续相关性的其他事项

（56）委员会注意到，2009年总框架[515]继续在第

[513] *与或起诉或引渡义务有关的问题*（见上文脚注407），详第444–445页，第53–55段，及第462页，第122(2)段，亚伯拉罕法官和苏尔专案法官对此有异议（同上，亚伯拉罕法官的个别意见，第471–476页，第3–20段；苏尔专案法官的反对意见，第610页，第17段）。

[514] 亚伯拉罕法官和苏尔专案法官认为，假如法院认定其具有管辖权，就不会支持比利时关于存在或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形（同上，“亚伯拉罕法官的个别意见”，第476–480页，第21、24–25和31–39段）。

苏尔专案法官在他的反对意见中指出，虽然法院保持沉默，或者说正是由于这种沉默，“似乎显然无法证明在实在法中存在或起诉或引渡的习惯法义务，或仅仅是起诉的义务”（同上，苏尔专案法官的反对意见，第610页，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544页，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604页，第41–42段）均强调，根据本案中呈现的事实，法院只可认定自己不具备管辖权去处理习惯国际法问题的实质内容。

无论如何，凡提及在*与或起诉或引渡义务有关的问题*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。

[515] 为便于参考，现将2009年总框架（见上文脚注404）载录于此。原文如下：

所要处理的问题/事项清单

“(*a*) 或引渡或起诉的义务的法律依据

“（一）或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）现有条约中的或引渡或起诉的义务：条约规定的类型学；这些规定的异同及其演变（见关于恐怖主义的公约）；

“（三）或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）或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）是否能够查明有关或引渡或起诉的义务的区域性原则。*

“(*b*) 或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，查明或引渡或起诉的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，是否是存在习惯国际法中的或引渡或起诉的义务的充分依据；*

“（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行法性质的相关性？*

“（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*) 或引渡或起诉的义务的内容

“（一）两个要素的定义；起诉义务的含义；为使起诉被认为是‘充分的’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*) 或引渡或起诉的义务和其他原则之间的关系

“（一）或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）或引渡或起诉的义务和行使管辖‘权’的一般问题（属地、国籍）；

“（三）或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）或引渡或起诉的义务和一罪不二审（一罪不再次追诉）原则；**

“（五）或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*) 触发或引渡或起诉的义务的条件

“（一）被指控的罪犯在该国领土上；

“（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*) 或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）如何调和或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或引渡或起诉的决定；或有其他限制自由措施的可能性？

“（七）监督义务的履行；

“（八）不遵守或引渡或起诉的义务的后果。

六委员会[516]被称为与国际法委员会该专题的工作相关。

（57）2009年总框架提出了一些与或引渡或起诉的义务相关的问题，先前的段落述及其中几个问题，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；及与一般意义上的引渡相关的其他问题。

（58）委员会注意到，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。[517]秘书处2010年的调查也解释说，多边引渡公约通常规定引渡程序的适用条件。[518]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、不符合双重犯罪要求、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财政例外条款）、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。[519]

（59）或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/或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。[520]

“（*g*）或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

“（一）‘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，尤其是审慎分析目前条约制度下的或引渡或起诉的义务的范围和内容以后，才能最后确定这些问题。审查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或引渡或起诉的义务的履行（*f*）。]”

[516] 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。

[517] 见上文脚注428。另见《关于引渡示范条约的订正手册和关于刑事事项互助示范条约的订正手册》。

[518] 秘书处2010年的调查（A/CN.4/630（上文脚注406）），第139段。

[519] 同上，第142段。

[520] 1975年10月15日的《欧洲引渡公约附加议定书》第1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》第一百三十条和1949年《关于战时保护平民之日内瓦公约》第一百四十七条所列违法行为；

“（*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。”