



国际法委员会

第六十一届会议

2009年5月4日至6月5日和
7月6日至8月7日，日内瓦

引渡或起诉 (aut dedere aut judicare) 的义务

从各国政府收到的评论和资料

一. 引言

1. 本报告是按照大会 2007 年 12 月 6 日第 62/66 号决议的要求提出的。该决议除其他外，邀请各国政府就“引渡或起诉的义务 (aut dedere aut judicare)”这个专题向国际法委员会提供实践方面的资料。

2. 2006 年，委员会第五十八届会议决定依照其章程第 19(2) 条的规定，通过秘书长邀请各国政府提出它们有关这个专题的立法和实践的信息，特别是较新的信息。更具体地说，大会请各国政府提供以下信息：

“(a) 对本国有约束力的载有引渡或起诉义务的国际条约，以及本国为限制该义务适用而作出的保留；

“(b) 本国通过并适用的涉及引渡或起诉 (aut dedere aut judicare) 义务的国内法规，包括宪法规定、刑法或刑事诉讼法；

“(c) 反映引渡或起诉义务之适用情况的国家司法实践；

“(d) 在本国法律或实践中适用引渡或起诉义务原则的罪行或犯法行为。”¹

¹ 见《大会正式记录，第六十一届会议，补编第 10 号》(A/61/10)，第 30 段。



3. 2007 年,委员会第五十九届会议进一步请各国政府提交相关的立法和实践的信息,特别是较新的信息,具体来说是以以下方面的信息:

“(a) 含刑事案件普遍管辖权原则、对国家有约束力的国际条约;这些条约是否与引渡或起诉的义务有关?”

“(b) 国家通过和适用的、关于刑事案件普遍管辖权原则的本国法规,包括宪法规定和刑法或刑事诉讼法;这些法规是否与引渡或起诉的义务有关?”

“(c) 反映刑事案件普遍管辖权原则的国家司法实践;该实践是否与引渡或起诉的义务有关?”

“(d) 在国家立法和实践中适用了刑事案件普遍管辖权原则的犯罪或犯罪行为;是否与引渡或起诉的义务有关?”²

4. 在同次会议上,委员会还表示期望得到以下信息:

“(a) 在不受任何条约管辖的案件里,国家能否根据国内法引渡涉案人或引渡本国?”

“(b) 对于发生在他国及不涉及本国人的犯罪,国家是否有权对其行使管辖权?”

“(c) 国家是否视引渡或起诉的义务为习惯国际法的义务,若然,在什么程度上是如此?”³

5. 委员会第六十届会议收到的评论意见载于A/CN.4/599 号文件。此后一直到2009 年3 月30 日,收到了以下六个国家书面意见:阿根廷、比利时、加拿大、墨西哥、⁴ 南非和也门。

二. 从各国政府收到的评论和资料

阿根廷

[原件: 西班牙文]

6. 就上文第3(a)段转述的委员会的问题而言,阿根廷是以下载有引渡或起诉义务的多边条约的缔约国,在这方面阿根廷没有为限制该义务的适用而作出任何保留或声明:1933 年第七届美洲国家国际会议通过的《引渡公约》;1970 年《关于

² 同上,《第六十二届会议,补编第10号》(A/62/10),第31段。

³ 同上,第32段。

⁴ 所收到的墨西哥的评论载有2008 年11 月3 日在第六委员会的发言,本报告未转载该发言,其摘要见A/C.6/63/SR.23,第58至第60段。

制止非法劫持航空器的公约》；1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；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》；1979 年《反对劫持人质国际公约》；1980 年《核材料实物保护公约》，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》；1985 年《美洲防止和惩处酷刑公约》；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》；1988 年《制止危及海上航行安全非法行为公约》；1988 年《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》；1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》；1994 年《美洲国际贩卖未成年人问题公约》；1994 年《美洲被迫失踪人士公约》；1996 年《美洲国家反腐败公约》；1997 年《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》；1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；1999 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；2000 年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；2003 年《联合国反腐败公约》。

7. 阿根廷与以下各国缔结了载有引渡或起诉义务的双边引渡条约：澳大利亚，1988 年；比利时，1886 年；玻利维亚，1898 年；巴西，1961 年；哥伦比亚，1922 年；意大利，1987 年；荷兰，1893 年；巴拉圭，1996 年；大韩民国，1995 年；西班牙，1987 年；瑞士，1906 年。这些双边条约规定，如果被请求国基于有关人员是其国民这一理由而不准引渡，则应在该国法院起诉该名被要求引渡者。

8. 就上文第 3(b) 段转述的委员会的问题而言，在阿根廷的法律制度中，第 24767 号法规定了刑事事项方面的国际合作，其中包括引渡程序。这项立法未为引渡或起诉义务作一般性规定，只在被请求引渡者是阿根廷国民的情况下对这一义务作出了规定。因此，根据第 12 条：“将受起诉的人如果是阿根廷国民，则可以选择由阿根廷法院审判，除非某项规定了强制引渡国民的条约适用于该案(……)。如果该国民行使此选择权，则引渡要求将被拒绝。该国民将按照阿根廷刑法的规定在阿根廷接受审判，条件是请求国表示同意，放弃其管辖权，并提供审判所需的所有背景资料和证据(……)”。应当指出的是，尽管第 24767 号法未为引渡或起诉义务作一般性规定，但上文第 6 和第 7 段所提到的任何条约都可能导致适用该义务，因为该法规定，“如果请求国和阿根廷共和国之间存在一项条约，则互助程序应遵循该条约的规定”。

9. 此外，将《国际刑事法院罗马规约》的条文纳入阿根廷法律制度的第 26200 号法明确规定，国际刑事法院管辖范围内的犯罪案件适用引渡或起诉原则。该法第 4 条规定：“凡涉嫌实施本法所界定之罪行者，如身在阿根廷共和国境内或管辖之地，且未引渡或移交给国际刑事法院，则阿根廷共和国应采取一切必要步骤，行使其对该罪行的管辖权”。

10. 就上文第 3(c) 段转述的委员会的问题而言，阿根廷法院在引渡案件中严格适用第 24767 号法的规定。根据这项法律，如果引渡请求国和阿根廷共和国之间存

在引渡条约，则引渡根据该条约的规定处理。如果没有订立这种条约，则阿根廷共和国视互惠的存在或提供情况决定是否引渡。引渡也必须遵守第 24767 号法所制定的其他形式上和实质性的规定。

11. 根据被指定为国际法律合作方面中央主管当局的国家机关的记录，在阿根廷的司法实践中，引渡或起诉的义务只是在以被要求引渡者的国籍为理由拒绝引渡的案件中适用过。自第 24767 号法生效以来，这样的案件数量有限，其中没有一个案件得到过判决，因为提出请求的外国法院未能提供有关的背景资料。

12. 应当指出的是，在阿根廷，只有对被动引渡请求的案件才会执行引渡或起诉义务，在这样的案件中，被要求引渡的人是阿根廷国民，而且没有可适用的条约。这是遵照第 24767 号法第 12 条的规定，该条列出了引渡一个国民的三种可能情形：(a) 没有可适用的条约；(b) 适用条约不允许以被要求引渡者的国籍为理由拒绝引渡；(c) 根据适用条约，可同意也可拒绝引渡国民，在这种情况下，由阿根廷行政部门作出决定。在这三种可能的情形中，引渡或起诉的义务在实践中只与第一种有关：在所涉国民选择由阿根廷法院审判的案件中，引渡请求必须予以拒绝。该义务也可适用于第三种情形，但在目前已作出裁决的案件中，采用的原则是交出国民，因为这更符合现代引渡惯例和在刑事事项方面开展国际合作的精神。

13. 就上文第 3(d)段转述的委员会的问题而言，第 24767 号法只列出不予引渡的罪行，即政治罪和纯粹根据军事刑法认定的罪行。因此，只要遵守第 24767 号法所制定的一般规则，阿根廷刑法所认定的所有其他犯罪行为都是可引渡的罪行。应当指出的是，第 24767 号法第 9(g)条规定：“阿根廷共和国承担国际条约规定的引渡或起诉义务所针对的罪行”在引渡中不得视为政治罪行。

比利时

[原件：法文]

14. 关于上文第 3 段(a)中委员会的问题，比利时认为，问题是要确定对比利时具有约束力的条约中哪些载有引渡或起诉义务，并且这种义务在何种程度上暗示普遍管辖权。对这一问题的答复因条约而异。

15. 但是，首先必须对作为可能确定国家普遍管辖权基础的两类规定加以区分：

(a) 一类条约把不接受引渡所称犯罪行为人的要求作为起诉义务的条件。这些条约载有经典意义上的引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)条款；

(b) 另一类条约要求各国对公约所指严重罪行的指称行为人行使普遍管辖权，而这项义务并不以履行先前的引渡要求为条件。这些条约载有起诉或引渡(*judicare vel dedere*)条款。

16. 以下是载有引渡或起诉条款和拒绝引渡条件的部分条约：

(a) 1970 年 12 月 16 日《关于制止非法劫持航空器的公约》(海牙公约)(比利时 1973 年 8 月 24 日批准)，第 7 条载有引渡或起诉义务[比利时随后复制了条款部分内容]；

(b) 1971 年 9 月 23 日《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》(蒙特利尔公约)，比利时 1976 年 8 月 13 日批准，第 5 条第 2 款；

(c) 1977 年 1 月 27 日《欧洲制止恐怖主义公约》，比利时 1985 年 10 月 31 日批准，第 7 条。

17. 以下是载有起诉或引渡条款而不带拒绝引渡条件的部分条约：

(a) 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约(比利时 1952 年 9 月 3 日批准)在共同条款第 40、50、129 和 146 条中确立了这项义务[共同条款省略]。换言之，日内瓦四公约没有把先前未履行的引渡要求作为起诉义务的条件。缔约国必须对在其境内的严重罪行行为人提起起诉。缔约国如愿意将其引渡给请求国，也可选择不予起诉。因此，四公约没有确立引渡或起诉义务，而是确立了可称为起诉或引渡的义务。红十字国际委员会法学家对日内瓦四公约的评注确认了这一解释：

缔约国有义务搜查被控实施严重违法行为者，这要求缔约国主动履行这一责任。缔约国一旦发现，其境内有这种违法行为者，就有责任确保迅速逮捕和起诉有关人员。因此，应自行采取必要的警察行动，而不是仅仅执行另一国提出的要求；⁵

(b) 1984 年 12 月 10 日《禁止酷刑公约》(比利时 1999 年 6 月 25 日批准)，乍看起来似乎是把引渡或起诉作为行使普遍管辖权义务的基础，因为第 7 条指出[第 7 条省略]。第 5 条第 2 款似乎是要确认把普遍管辖权建立在引渡或起诉义务基础上，指出[第 2 款省略]。但是，禁止酷刑委员会认为，与起诉义务相关的是比利时所称的起诉或引渡义务，而不是引渡或起诉义务；2006 年 5 月 17 日委员会指出“对酷刑行为指称行为人提起起诉的义务并不取决于先前存在将其引渡的要求”。⁶ 对 1984 年《公约》第 5 条第 2 款的这一解释，是对《公约》的正式解释，并且符合国际法委员会在《危害人类和平及安全治罪法草案》中有关制止这种罪行的说明；⁷

⁵ Jean Pictet 编著，Commentary on the Geneva Convention of 12 August 1949 relative to the Protection of Civilian Persons in Time of War (Geneva, International Committee of the Red Cross, 1956), p. 621.

⁶ Communication No. 181/201, *Suleymane Guengueng et al. v. Senegal*, 17 May 2006, p. 9. 7 (CAT/C/36/D/181/2001)。

⁷ 《1996 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分，第 31 和 32 页。

(c) 2006 年 12 月 20 日《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》也规定，把起诉或引渡类罪行定为普遍罪行。除缔约国必须行使的经典管辖权形式(属地管辖权和主动属人管辖权)(第 9 条第 1 款)外，公约还指出[第 1 条第 1 款省略]。

18. 最后，从这些例子中可以清楚看出，普遍管辖权原则并不一定与引渡或起诉规则相关，对于若干国际罪行，特别是国际人道主义法罪行，普遍管辖权采取了起诉或引渡的形式。

19. 此外，除比利时通过批准和执行这些文书加以履行的条约义务外，比利时认为还存在一些习惯义务，习惯义务要求各国把普遍管辖权规则纳入本国法律，以便对国际人道主义法严重罪行(危害人类罪和灭绝种族罪)等对整个国际社会构成威胁的严重罪行的指称行为人提起起诉。比利时认为，对于国际人道主义法严重罪行的指称行为人提起起诉的条约义务，只有在被指称行为人在其境内的情况下才会产生。

20. 关于上文第 3 段(b)中委员会的问题，虽然比利时对某些罪行拥有普遍管辖权，但这并不总是与引渡或起诉相关。

21. 对其中的某些罪行而言，没有国际规则要求在引渡或起诉的基础上行使普遍管辖权。这并没有阻碍比利时行使普遍管辖权以使本国法院对有关罪行进行调查。因此，如对第一个问题的答复指出，普遍管辖权原则与引渡或起诉规则并没有无法分割的联系。

22. 此外，比利时还率先确立了对某些国际人道主义法严重罪行的普遍管辖权。1993 年 6 月 16 日法令把日内瓦四公约和关于战争受害者的两项议定书纳入比利时法律，在这一领域建立了非常广泛的普遍管辖权机制。1999 年 2 月 10 日法令进一步扩大了这一机制，将灭绝种族罪和危害人类罪也纳入其中，但是这一机制因法律遭到滥用而不得不加以限制。然而，1993 年和 1999 年两项法令的基本原则尽可能地得到了维持，而且管辖权规则依然十分广泛，因为关于比利时法院域外管辖权的普通法律已根据现代国际罪行的现实得到调整。

23. 比利时法官承认以下各种形式的域外管辖权：

(a) 主动属人管辖权：比利时法院对以比利时为首要居住地、实施了比利时法律确定的罪行或轻罪的外国国民(《刑事诉讼法》，总则，第 6 至 7 条)具有管辖权；对于威胁国家外部安全、严重违反国际人道主义法、恐怖主义行动或伪造以外的普通法罪行或轻罪，行使行使司法管辖权的条件是有关罪行在实施犯罪的国家也必须构成犯罪(《刑事诉讼法》，总则，第 7 条)；

(b) 被动属人管辖权：比利时法院对以下人员拥有管辖权：

(一) 对比利时人实施比利时定为犯罪行为的外国国民，前提是在实施犯罪的国家这一罪行可判处最高五年以上监禁(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 5 款)；

(二) 对比利时人、比利时承认的难民、或在比利时有至少三年有效、习惯和合法居住时间的外国国民实施国际人道主义法罪行的外国国民(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条，第 1 款之二)；

(c) 保护管辖权：比利时法院对在境外期间实施破坏国家外部安全罪行或轻罪的外国国民拥有管辖权(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 1 款)；

(d) 普遍管辖权：比利时法院对在境外期间实施比利时刑法确定的部分罪行的外国国民拥有管辖权(部分已在上文提及)。这些犯罪行为包括：

(一) 针对未成年人的性犯罪、利用卖淫营利或贩运人口(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 3 款，提及刑法第 379 条至 381 条和 381 条之二，第 1 和第 3 款)；

(二) 切割女性性器官(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 3 款(2)，提及刑法第 409 条)；

(三) 不遵守关于婚姻中介活动的某些规则(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 3 款(3)，提及 1993 年 3 月 9 日法令第 10 至第 13 条)；

(四) 腐败行为(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 4 款，提及刑法第 246 至 250 条)；

(五) 污染海洋行为(1995 年 4 月 6 日法令，第 17 条之二)；

(六) 伪造(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 2 和 3 款)；

(七) 严重违反国际人道主义法(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 1 款之二)；

(八) 恐怖主义行动(《刑事诉讼法》，总则，第 10 条第 6 款)；以及

(九) 不论犯罪在哪个国家实施，不论行为人国籍为何，根据国际条约法或国际习惯法都必须起诉的任何其他犯罪(《刑事诉讼法》，总则，第 12 条之二)。比利时法院根据这项规定行使管辖权，即使比利时没有拒绝引渡要求。

24. 关于上文第 3 段(c)中委员会的问题，比利时在普遍管辖权领域中的司法实践并不与引渡或起诉义务相关。因此，在比利时法官被指派对被指控 1994 年 4 月至 6 月期间在卢旺达实施大屠杀的个人进行刑事审判时，采用的依据就是关于惩治严重违反 1949 年日内瓦公约和 1977 年附加议定书行为的 1993 年 4 月 16 日法令确定的管辖权，而不论另一国是否提出了引渡要求。

25. 关于上文第 3 段(d)中委员会的问题，比利时已在上文段落中作出回答：表示普遍管辖权的有时是起诉或引渡义务，而不是引渡或起诉义务。

26. 关于上文第 4 段(a)中委员会的问题，比利时提及 1874 年 3 月 15 日《引渡法》(第 1 条第 1 款)，该法经 1899 年 6 月 28 日、1985 年 7 月 31 日和 1999 年 1 月 14 日法令修订，没有对条约未涉及案件的引渡作出规定。并且，该法(第 1 条

第 1 款) 允许仅对外国国民进行引渡。因此, 比利时不引渡本国国民, 并仅根据比利时和请求国之间的条约同意引渡外国国民。

27. 关于比利时和请求国之间条约没有涉及的犯罪的引渡问题, 《引渡法》第 1 条第 2 款指出, 只有根据比利时和对方国家法律均确认的犯罪行为并可判处一年以上监禁的犯罪行为, 才可能产生引渡问题。根据现代引渡法律, 这意味着能够产生引渡问题的罪行系指: 一方面比利时和请求国都将其定为犯罪, 另一方面这种罪行在比利时和请求国两国都会受到相当重的判决(至少一年以上监禁)。因此, 决定因素不是罪行的性质, 而是两国都将其定为犯罪以及两国判决的严重程度。因此, 如果比利时和请求国没有都把所涉罪行定为犯罪, 或不能对这种罪行判处一年以上监禁, 比利时就不会接受引渡所称犯罪行为人的请求。

28. 关于国民引渡问题, 如上文所述, 虽然比利时法律禁止引渡国民, 但是比利时接受欧洲联盟理事会 2002 年 6 月 13 日确定欧洲逮捕令的框架决定的约束。比利时通过 2003 年 12 月 19 日法令执行这项框架协定。2002 年框架决定和 2003 年法令规定, 如欧洲联盟一成员国发出欧洲逮捕令, 其他成员国就必须移交有关人员。此人可能是执行逮捕令国家的国民; 因此, 一国不引渡本国国民的原则存在例外情况。但是, 框架决定和法令规定, 执行国移交本国国民的条件可以是其国民应被送回原籍国, 以便按逮捕令发出国的监管判决或拘押令在原籍国服刑(框架决定, 第 5 条第 3 款; 2003 年法令, 第 8 条)。

29. 换言之, 比利时同意在欧洲联盟框架内根据对比利时国民发出的逮捕令将其移交给欧洲联盟某一成员国, 但是比利时向逮捕令发出国移交本国国民的条件可以是此人必须返回比利时按逮捕令发出国的判决服刑。

30. 关于上文第 4 段(a)中委员会的问题, 如果“不涉及国民”的罪行是指外国国民在其他国家实施的犯罪, 我们的答复是“是”: 根据比利时法律承认的域外管辖权, 比利时法官可在比利时刑法确定的各种条件下, 对非比利时国民在其他国家实施的犯罪行使管辖权(见上文第 20 至 23 段)。

31. 最后, 关于上文第 4 段(c)中委员会的问题, 有人认为引渡或起诉义务是习惯义务。比如, 在原告阿拉伯利比亚民众国诉被告联合王国和美利坚合众国的“洛克比”案中, 威拉曼特里法官在对临时措施命令发表的反对意见中提及了“习惯国际法的引渡或起诉规则”;⁸ 但是, 埃文森、纪尧姆和阿吉拉尔·毛德斯莱法官在关于同项命令的联合声明中指出:

⁸ 《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》, 1992 年 4 月 14 日命令, 临时措施, 威拉曼特里法官的反对意见, 第 69 页(联合王国)和第 179 页(美利坚合众国)。

此外，根据一般国际法，不存在不引渡而引起的起诉义务。虽然从科法尼维亚斯和格老秀斯时代以来，一些法律学者倡导采取这种方式，但是这种方式始终没有成为实在法。⁹

在对习惯法罪行的指称行为人提起刑事起诉方面，比利时赞同这一观点。

32. 关于国际法罪行，比利时认为就其实质而言，引渡或起诉义务是一项条约义务。事实上，若干将某些罪行定为国际罪行的条约对这一义务作了规定(见上文第 14 至 19 段中提及的例子)，更广泛地来说，1957 年 12 月 13 日《欧洲引渡公约》(第 6 条第 2 款)规定，对于国内法确定的罪行，在拒绝引渡国民的情况下，应履行这一义务。

33. 但是，比利时认为所有国家都必须合作制止某些极为严重的罪行，特别是国际人道主义法罪行(危害人类罪、灭绝种族罪和战争罪)，因为这种罪行在数量和质量上对国际社会的最基本价值构成了威胁。为了帮助制止这种犯罪可以直接起诉这种罪行的指称行为人，也可以将对这种罪行负有责任的人引渡给愿意对其提起起诉的国家。因此，起诉义务的确存在，但是这种义务的性质是起诉或引渡，而不是引渡或起诉。这是一项习惯义务，来源很多：

(a) 国际法委员会编制的《危害人类和平及安全治罪法草案》(见上文第 17 段)；

(b) 大会关于制止战争罪和危害人类罪的决议(1971 年 12 月 18 日第 2840 (XXVI)号决议，第 1、2 和 4 段；1973 年 12 月 3 日第 3074 (XXVIII)号决议，第 1 至 9 段)；

(c) 大会和安全理事会就打击有罪不罚现象采取的多项立场。比如，见大会要求将以下国家的国际人道主义法罪行指称行为人绳之以法的各项决议：伊拉克(1999 年 12 月 17 日第 54/178 号决议，第 3 段(d))、刚果民主共和国(1999 年 12 月 17 日第 54/179 号决议，第 3 段(d))、海地(1999 年 12 月 17 日第 54/187 号决议，第 8 段)、卢旺达(1999 年 12 月 17 日第 54/188 号决议，第 8 段)等等。安全理事会也采取了相似的立场。比如，在千年首脑会议上，安理会

强调必须将危害人类罪、种族灭绝罪、战争罪和其他严重违反国际人道主义法罪行的行为人绳之以法(2000 年 9 月 7 日第 1318 (2000)号决议，第六节；另见 1997 年 7 月 14 日第 1120 (1997)号决议，第 7 段；2000 年 10 月 31 日第 1325 (2000)号决议，第 11 段)等等；

⁹ 同前，埃文森、纪尧姆和阿吉拉尔·毛德斯莱法官就同项命令发表的联合声明，第 24 页(联合王国)和第 135 页(美利坚合众国)。

(d) 在《国际刑事法院罗马规约》序言部分第四至第六段中，规约缔约国申明整个国际社会有必要打击最严重罪行有罪不罚的行为，各国均有义务对国际罪行负责者行使刑事管辖权。

34. 鉴于上述理由，比利时认为制止国际人道主义法罪行是一项普遍义务。这项义务具有习惯性，因为国际社会就此问题已经多次表达一致立场。这种义务采取的形式是“起诉或引渡”而非“引渡或起诉”。但是，对于国际人道主义法罪行以外的严重罪行，只存在引渡或起诉义务，而且这完全是一项条约义务。

加拿大

[原件：英文]

35. 加拿大支持国际法委员会在此方面的工作。加拿大仍关心这个专题的潜在范围，因为加拿大认为，引渡或起诉的义务不应适用于所有犯罪。加拿大欢迎进一步就义务来源进行的讨论，并建议对包含引渡或起诉义务的条约开展一次系统调查。加拿大还欢迎特别报告员关于不再审议“三重选择”的决定，因为加拿大认为向国际刑事法庭移交被控犯罪人与引渡有着本质区别，引渡涉及国家之间的双边行为。

36. 在加拿大，引渡或起诉的义务适用于按条约规定受普遍管辖的犯罪，并且加拿大也可引渡或起诉适用普遍管辖权的非条约规定的犯罪。如特别报告员和其他政府提交的报告所述，引渡或起诉待择义务在体现这种义务的多边条约中的形式不同。

37. 普遍管辖权。犯罪的严重性和规模达到可视为破坏国际法律秩序的程度，按照普遍性的原则，世界任何地方对此类违法行为均具有管辖权。例如，1949 年日内瓦四公约和 1977 年附加议定书规定了对严重违反公约和议定书的行为的法定普遍管辖权，要求公约一方在本国法院审判被控犯罪人或将犯罪人移交另一方审判。此外，海盗行为、严重违反法律和战争法规行为、危害人类罪和灭绝种族罪，一般都被视为由普遍性原则管辖。

38. 同样，若干反恐怖主义多边公约，如 1970 年通过的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》，要求缔约方引渡或在引渡申请没有获准的案件中行使管辖权(应“无例外地”将此类案件提交主管部门，而主管部门必须像对其他“严重的普通犯罪”一样处置对此类案件)。随后在联合国或其专门机构的主持下缔结的关于制止国际违法行为的协定同样采取了这种义务结构，1984 年通过的《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》也是如此。

39. 在拒予引渡的情况下，允许对非国民行使域外管辖权。在其他多边公约中，在拒予引渡的情况下待择的起诉义务取决于国家对行使域外管辖权的适当性的

一般立场。这个框架的前提是假定拒绝引渡其国民的国家在审判这些国民方面没有困难，并且规定，一般来说，如果拒绝引渡的唯一理由就是行为人的国籍，则应在国内对此人在海外所实施的罪行进行惩罚。例如，毒品问题多边公约、2000年通过的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和 2003 年通过的《联合国反腐败公约》，都有这种义务规定。

40. 有人感到关切的是，拒绝引渡本国国民的国家会为所称行为人提供庇护，使其在海外实施犯罪行为后能逃脱起诉。《联合国反腐败公约》与规定引渡或起诉任择义务的双边引渡条约一样，主要是为了处理这些问题。

41. 加拿大认为，有关引渡或起诉的概念不要过于宽泛。在加拿大看来，对于绝大多数犯罪，引渡或起诉的义务不适用，并且不应适用，而且在适当的情况下，应通过条约界定义务的范围。在此方面，加拿大支持在多边条约中增加此类规定，作为国际社会不让恐怖分子和其他罪犯有庇护场所的集体努力的一部分内容。

42. 在加拿大，1999 年 6 月 17 日生效的 1999 年加拿大法规第 18 章的引渡法(可查阅 <http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/E-23.01>)以及载有《加拿大权利和自由宪章》的(即 1982 年加拿大法规附则 B)1982 年宪法第一编第 11 章(可查阅 <http://laws.justice.gc.ca/en/Charter/index.html>)对向他国引渡的问题作了规定。引渡法与《宪章》一道对有关从加拿大向他国引渡个人的国内诉讼程序作了规定，并规定了三个不同的引渡机制：(a) 按照双边或多边条约引渡；(b) 向引渡法附则所指定的引渡合作伙伴引渡；(c) 作为特例，就某个具体请求向非指定、非条约伙伴引渡。关于应加拿大的请求从他国引渡个人，将按照加拿大与被请求国之间生效的双边或多边条约以及被请求国的法律规定进行。

43. 加拿大目前订有 51 个双边引渡条约。¹⁰ 许多双边条约规定，在加拿大和请求国都对引渡所涉违法行为有管辖权的情况下，在加拿大正在对引渡对象个人的违法行为进行诉讼的情况下，以及(或者)加拿大的主管部门已经决定不进行起诉或终止已经开始的起诉的情况下，可以自行酌定拒绝引渡请求。尽管如此，加拿大的双边条约中都没有包含关于引渡或起诉的义务。引渡法还为司法部长提供了在没有条约的情况下可以或必须拒绝引渡请求的依据，包括加拿大正在对引渡请求所涉违法行为的个人进行刑事诉讼的情况(第 47(d)小节)。加拿大还在意见中列出引渡法附则所指定的引渡合作伙伴。加拿大双边引渡条约的案文见加拿大条约信息网站(www.treaty-accord.gc.ca/)。

44. 加拿大也是包含引渡或起诉义务的许多多边条约的缔约国，包括：

(a) **普遍性条约**：1949 年通过的《改善战地武装部队伤者病者境遇公约》(日内瓦第一公约)；1949 年通过的《改善海上武装部队伤者病者及遇船难者境遇公

¹⁰ 此类双边条约的清单附上，存于法律事务厅编纂司备阅。

约》日内瓦第二公约；1949年通过的《关于战俘待遇之日内瓦公约》（日内瓦第三公约）；1949年通过的《关于战时保护平民之日内瓦公约》（日内瓦第四公约）；1977年通过的《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》；1970年通过的《关于制止非法劫持航空器的公约》；1971年通过的《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》；1973年通过的《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》；1979年通过的《反对劫持人质国际公约》；1980年通过的《核材料实物保护公约》；1982年通过的《联合国海洋法公约》；1984年通过的《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》；1988年通过的《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》；1988年通过的《制止危及海上航行安全非法行为公约》；1988年《制止危及大陆架固定平台安全非法行为议定书》；1994年通过的《联合国人员和有关人员安全公约》；1997年通过《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；1999年通过的《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；

(b) **任择性公约**：1961年通过的《麻醉品单一公约》；1971年通过的《精神药物公约》；1972年通过的《修正1961年麻醉品单一公约的议定书》；1988年通过的《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》；1996年通过的《美洲国家反腐败公约》；1997年通过的《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》；2000年通过的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》；2000年通过的《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》；2000年通过的《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》；2003年通过的《联合国反腐败公约》。

45. 加拿大还是1948年通过的《防止及惩治灭绝种族罪公约》和1963年通过的《关于在航空器内的犯罪和犯有某些其他行为的公约》的缔约国。尽管加拿大认识到，这两个公约没有明确规定引渡或起诉义务，但加拿大注意到，这两个公约要求缔约国对某些犯罪行为实行管辖。

46. 加拿大没有对这些多边条约所规定的这种义务适用范围进行限制。

47. 加拿大还已签署但尚未批准如下条约：1997年通过的《美洲国家禁止非法制造和贩运火器、弹药、爆炸物及其他有关材料公约》；2001年通过的《网络犯罪公约》；2001年通过的《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的补充议定书》；2003年通过的《网络犯罪公约关于宣告利用计算机系统犯下的种族主义或仇外行为为犯罪行为的附加议定书》；2005年通过的《制止核恐怖主义行为国际公约》。

48. 在加拿大，引渡或起诉义务适用于受普遍管辖权管辖的犯罪，无论这种普遍管辖权是条约还是习惯国际法承认的。尽管法规或宪法规则没有直接规定引渡或

起诉义务，但，1985 年加拿大订正规章 C-46 章所载的刑法典(可查阅 <http://laws.justice.gc.ca/en/ShowFullDoc/cs/C46/>)、2000 年加拿大规章第 24 章所载的危害人类罪和战争罪法(可查阅 <http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/C-45.9/>)以及 1985 年加拿大规章 N-5 章所载的国防法(可查阅 <http://laws.justice.gc.ca/en/showdoc/cs/N-5/>)都列有确立特定罪行域外管辖权、可在加拿大进行起诉的法定规定。

49. 如果适用的立法没有将管辖权扩展到域外，加拿大的法院已经决定，如果犯罪行为与加拿大有“重大实际联系”，则加拿大法院就有管辖权(另见：Libman 诉女皇, [1985]2 最高法院案例汇编 178(加拿大)(可查阅 www.canlii.org/en/ca/scc/doc/1985/1985canlii51/1985canlii51.html)。

50. 刑法典第 6(2)节规定了一般规则：加拿大刑法仅适用于在加拿大境内实施的犯罪，除非联邦法律具体扩展了加拿大的管辖权。此一般规则的例外主要载于刑法典第 7 节，其中规定了在加拿大审判在境外实施的犯罪行为事宜。刑法典第 7 节将加拿大的刑法管辖权扩展到通常具有国际法意义的若干犯罪行为，如空中强盗行为、针对外交人员的犯罪行为、恐怖主义犯罪行为、保护核材料以及酷刑。设定刑法典第 7 节所提及的若干犯罪行为，如酷刑(第 269.1 节)、针对受国际保护的人员的犯罪(第 431 节)以及恐怖主义犯罪行为(第二编 1)，是为了加拿大履行上述旨在防止和制止某些犯罪行为的国际公约的义务。加拿大的管辖权也扩展到有关国际空间站的某些情况(第 7(2.3)至 7(2.34)小节)；特定情况包括涉及受国际保护的人员、联合国人员的情况和恐怖主义犯罪行为(第 7(3)至 7(3.75)小节)；加拿大公务人员在加拿大境外实施的犯罪行为(第 7(4)节)；加拿大公民或永久居民在加拿大境外实施的某类性犯罪(第 7(4.1)至 7(4.3)节)。但是，在对非公民提起诉讼时是否适用刑法典所规定的扩展管辖权，须得到加拿大总检察长的同意(第 7(7)节)。

51. 危害人类罪和战争罪法第 6、7 和 8 节还规定，凡在加拿大境外实施的灭绝种族罪、危害人类罪以及在发生灭绝种族罪、危害人类罪或战争罪时违反指挥责任，如果在所称犯罪行为发生时，行为人属于下列情况之一，则可以在加拿大予以起诉：(a) 此人为加拿大公民或加拿大文职或军职人员；(b) 与加拿大武装冲突的国家的公民或者该国的文职或军职人员；(c) 所称犯罪行为受害者是加拿大公民；或(d) 所称犯罪行为的受害者是武装冲突中加拿大盟国的公民。此外，在所称犯罪行为已经实施之后，如果行为人在加拿大，则可对其犯罪行为进行起诉。

52. 加拿大还在其他有限情况下行使特定的域外管辖权，包括对加拿大军事人员和须服从服役纪律条例的人所实施的犯罪行为的管辖权(国防法第 67、130 和 132 节)。

53. 加拿大注意到，在引渡不可行的情况下进行起诉的义务，仍然是拒绝引渡本国国民的国家的主要关切事项。加拿大允许并经常核准引渡本国国民；因此在加拿大很少适用这个原则。在引渡或起诉义务方面，加拿大没有特定的实践，，无论从司法、检察还是执法的角度来看都是如此，并且也没有这个义务适用或不适用的特定罪行或犯罪行为，因为加拿大法院只有在相关执法部门决定提出指控、加拿大总检察长或相关的省检察长提起起诉的情况下才审理刑事事项。就加拿大政府所知，加拿大没有任何关于适用引渡或起诉义务原则的司法裁定

54. 如果某个引渡请求被认为证据不足或从加拿大的角度来看不属于两国共认罪行，则加拿大相关主管部门出于同样的原因也无法进行起诉。另一方面，如果引渡请求所涉及的所称犯罪行为发生在加拿大境外，则加拿大因缺乏管辖权而无法提出指控或进行起诉，某些特殊的情况除外。

55. 最后，加拿大在提出起诉、暂停诉讼或进行上诉方面的决定会照顾到公共利益，但是不得考虑任何政治影响。任何调查机构、政府部门或内阁部长均不得指示开展或停止某个起诉或进行上诉。只有总检察长(及其法律顾问)才能做此类决定。他们在做这方面决定时必须保持独立，以类似于法官的方式行使职责。

南非

[原件：英文]

56. 在处理国际法委员会询问的具体问题之前，南非指出，南非本会认为，委员会如能解释对普遍管辖权原则及其同引渡或起诉原则的联系的理解，那会有益处。了解普遍管辖权的研究将如何纳入委员会关于引渡或起诉的项目，也很有益。

57. 由于委员会没有做出解释，南非为了便于发表意见，参考了《普林斯顿普遍管辖权原则》中所述的普遍管辖权原则：

“1 (……) 普遍管辖权是完全基于犯罪性质的刑事管辖权，而无论犯罪地点为何，被指控或被定罪的行为人国籍为何，受害者国籍为何，或与行使此管辖权的国家的任何其他关联如何。

“2 任何国家的主管和普通司法机构均可行使普遍管辖权，只要原则 2(1) 所列、正式被控实施国际法规定的严重罪行的人已交给此一司法机构，该司法机构就可审判此人。(……)”¹¹

南非进一步指出，原则 2(1) 所列、国际法规定的严重罪行包括：海盗、奴役、战争罪、危害和平罪、危害人类罪、种族灭绝和酷刑。

¹¹ 《普林斯顿普遍管辖权原则》(新泽西普林斯顿：法律与公共政策方案，2001 年)，第 28 页(可查阅 http://lapa.princeton.edu/hosteddocs/unive_jur.pdf)。

58. 南非认为，需要进一步探讨普遍管辖权在何种程度上属习惯国际法的一部分，但在此阶段，这可能是只涉及普遍义务。在其他方面，政府认为，普遍管辖权，甚至准普遍管辖权，均以条约为依据。

59. 政府还认为，普遍管辖权和引渡或起诉并非自动相关。上文的定义证明，普遍管辖权能使国家能确立管辖权，而不是订立起诉或引渡的义务。人们承认，普遍或准普遍管辖权与引渡或起诉原则，常常是相互关联的，在条约框架内尤其如此，但是这并不意味着两者总是联系在一起，当然在国际习惯法方面也没有联系。

60. 关于上文第 3(a) 段中委员会的问题，鉴于对哪些条约确立普遍管辖权似乎存在一些分歧，委员会最好对此有所表示。确有普遍管辖权概念、与引渡或起诉原则挂钩的条约，是 13 项联合国反恐怖主义条约。

61. 关于上文第 3(b) 段中委员会的问题，南非是上段提到的 13 项联合国反恐怖主义条约的缔约国。例如，1972 年第 10 号《民航犯罪法》和 2004 年关于保护宪政民主、防止恐怖主义及相关活动破坏的第 33 号法，使引渡或起诉原则产生效力。

62. 《罗马规约》并没有把普遍管辖权赋予国际刑事法院，但各国颁布了法律，把某种形式的普遍管辖权赋予本国法院，由其审判《罗马规约》承认的国际罪行——种族灭绝罪、危害人类罪和战争罪。在南非，2002 年关于执行《国际刑事法院罗马规约》的第 27 号法规定，如果在南非境外实施这种罪行者“在犯罪后进入共和国国境”，南非法院就有权对其行使管辖权。2002 年关于归并法律的第 27 号法规定，对于被控在共和国境内实施犯罪行为的人以及在某些情况下在共和国境外实施犯罪行为的人的案件，共和国国家检察机关能提出起诉，共和国高级法院能予以审判。“犯罪”是指种族灭绝罪、战争罪和危害人类罪。这些罪行已经纳入南非国内法，不论实施者是谁，也不论在何处实施。如果犯罪行为在非《规约》当事国境内实施，南非也有管辖权。

63. 关于上文第 3(c) 段中委员会的问题，到目前为止，尚无具体涉及引渡或起诉义务的案件。

64. 关于上文第 4(a) 段中委员会的问题，1962 年关于引渡的第 67 号法没有国民豁免的内容。宪法法院在“Geuking 诉南非共和国总统”案件(2003(3)SA34(CC))中审查了南非的国籍(公民)和引渡政策。法院在此案中认为，总统根据该法第 3(2)节的规定行使权力向德意志联邦共和国移交一人时，没有考虑到该人为南非国民(公民)这一事实。Goldstone 法官代表法院说：

“在本案中，总统在提交给高级法院的证词中表示，在根据该法第 3(2)节决定是否同意引渡时，上诉人的国籍不是考虑的相关事项。我认为，攻击这项政策决定没有任何宪法依据。南非不同于德意志联邦共和国和许多其他大陆法体系国家，通常不起诉在境外犯罪的本国公民。如果不将南非公民引

渡到发生犯罪的国家受起诉，犯罪行为便不受惩罚。因此，总统有权采取政策，为共和国利益，同意引渡程序的请求，无论所涉人士国籍为何。”

65. 在条约未涉及的情况下，南非根据本国法律有权引渡相关人员。该法第 3(2) 节规定：

“任何人被控在非引渡协定当事国的外国管辖范围内实施可予引渡的罪行，或被如此定罪，如果总统以书面形式同意移交此人，就可移交此外国。”

根据该法第 3(2) 节规定，不必有条约，才进行引渡。这一原则在“Harksen 诉南非共和国总统和他人”案(2000(2)SA825(CC))中得到确认。在该案中，宪法法院确认把上诉人引渡到德国是合法的，尽管没有条约存在。

66. 不过，对于提出的问题，引渡法的所有要求都必须遵守。因此，引渡法没有自动授权根据普遍管辖权原则进行引渡，除非特定犯罪已纳入南非国内法。

67. 为答复委员会在上文第 4 段(b)中的问题，南非提到上文第 55 和第 56 段的意见。

68. 关于第 4 段(c)中委员会的问题，南非认为，引渡或起诉原则在国际上尚未得到充分承认，也没有广泛的实践，不足以视为国际习惯法的一部分，而且在此阶段，该原则的法律地位仍依赖于条约。

也门

[原件：阿拉伯文]

69. 也门强调尊重其作为缔约国的国际协定、公约和文书，并表示也门履行这些文书规定的义务。宪法第 6 条规定如下：

“也门共和国确认遵守《联合国宪章》、《世界人权宣言》、《阿拉伯国家联盟宪章》和公认的国际法规则。”

70. 宪法第 45 条规定，也门公民不得被引渡；有关法律申明，罪犯应受到公平起诉和判决。1994 年第 12 号共和国法令颁布的《刑法》第 3 条规定如下：

“本法适用于在国内实施的所有罪行，无论行为人国籍为何。如果罪行的任何组成部分发生在国内，该罪行应被视为在国内实施；如果罪行的全部或部分在国内实施，这项法律就适用于所有参与者，即使不是在国内参与。这项法律也应适用于在国外实施、但根据《刑事诉讼法》应由也门法院审理的罪行。”

71. 也门同一些兄弟国家和友好国家签署了关于引渡和起诉罪犯的以下双边协定：与约旦订立的《国内安全和公共安全的合作协定》、与阿拉伯利比亚民众国订立的《安全合作协定》、《也门内政部与吉布提内政部之间的双边合作协定》(附

有执行方案)、与埃及订立的《移送被监禁的罪犯的协定》和与沙特阿拉伯、埃及、阿尔及利亚和埃塞俄比亚双边订立的《安全合作协定》。

72. 也门还是关于引渡和起诉罪犯的下列国际协定的缔约国：也门已签署、由 1983 年第 36 号法律批准的《利雅得阿拉伯国家司法合作协定》；也门于 1998 年在开罗签署、由 1999 年第 34 号法律批准《阿拉伯反恐怖主义协定》。
