



大会

Distr.: General
31 May 2011
Chinese
Original: English

国际法委员会

第六十三届会议

2011 年 4 月 26 日至 6 月 3 日和

7 月 4 日至 8 月 12 日，日内瓦

关于引渡或起诉 (aut dedere aut judicare) 的义务的第四次报告

特别报告员：兹齐斯瓦夫·加利茨基

目录

	页次
一. 导言	2
二. 国际法委员会第六十二届会议 (2010 年) 对该专题的审议	2
三. 第六委员会在大会第六十五届会议期间进行的讨论	3
四. 引渡或起诉义务的来源	5
A. 在打击有罪不罚现象方面的合作义务	6
B. 现有条约中的引渡或起诉义务	8
1. 确立或引渡或起诉义务的国际条约的各种可能分类方法	9
2. 第 3 条：作为引渡或起诉的义务来源的条约	14
C. 或引渡或起诉原则作为习惯国际法规则	15
D. 2009 年大会第六十四届会议期间第六委员会讨论的该义务的习惯性	16
E. 在国际法院中援用权利的习惯依据	17
F. 确定可被归类为产生或引渡或起诉习惯性义务的犯罪和罪行类别	19
G. 强制法作为引渡或起诉的义务的来源	21
H. 第 4 条：国际习惯作为或引渡或起诉的义务的来源	21



一. 引言

1. 2005 年, 国际法委员会第五十七届会议决定将“引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)的义务”专题列入其工作方案。委员会第五十八届(2006 年)和第五十九届(2007 年)会议收到并审议了特别报告员的初步报告和第二次报告(A/CN.4/571 和 A/CN.4/585 和 Corr. 1)。
2. 在 2008 年第六十届会议上, 特别报告员提交了第三次报告(A/CN.4/603), 委员会审议了该报告以及从各国政府收到的评论意见和资料(A/CN.4/599 和 Add. 1-4)。特别报告员第三次报告的目的是继续就此专题最基本的方面拟订向各国和委员会成员提出的问题, 以便就根据习惯国际法是否存在引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)义务这一主要问题得出最后结论。
3. 2008 年 7 月 31 日, 委员会决定就此专题设立一个工作组, 由阿兰·佩莱担任主席。工作组的任务和成员则留待第六十一届会议确定。
4. 委员会第六十一届会议(2009 年)收到了各国政府提交的最后一部分意见和资料。在同届会议上, 重新设立了由阿兰·佩莱主持的引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)义务问题不限成员名额工作组。工作组讨论的最终结果是审议该专题拟订了一个总框架, 以便明确有待处理的问题。随后, 委员会注意到工作组主席的口头报告。
5. 工作组为委员会审议该专题提出了以下总框架: (a) 引渡或起诉义务的法律依据; (b) 引渡或起诉义务的实质范围; (c) 引渡或起诉义务的内容; (d) 引渡或起诉义务与其他原则之间的关系; (e) 触发引渡或起诉义务的条件; (f) 履行引渡或起诉义务; (g) 引渡或起诉义务与向主管国际刑事法庭交出被指控的罪犯之间的关系。¹

二. 国际法委员会第六十二届会议(2010 年)对该专题的审议

6. 2010 年, 委员会第六十二届会议重新组建了工作组, 因其主席缺席, 工作组由恩里克·坎迪奥蒂主持工作。在 2010 年 7 月 30 日举行的第 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。
7. 工作组继续进行讨论, 目的是列出需处理的问题, 进一步方便特别报告员的工作。工作组收到秘书处编写的对委员会就此专题开展工作可能有关的多边公约的调查(A/CN.4/630), 同时还收到工作组 2009 年编写的总框架。
8. 调查确定有 60 多项全球性和区域性的多边文书载有将引渡与起诉相结合作为惩罚罪犯备选做法的条款。调查根据这些条款对相关文书作了介绍和分类, 并

¹ 委员会第六十一届会议报告列入了工作组编写的拟议总框架(A/64/10, 第九章, B.2 节)。

审视了在相关领域作为模式的某些重要公约的准备工作，以及对相关条款作出的保留。调查报告还指出了不同公约相关条款的差异和相似之处及其演变情况。

9. 根据调查结果，提出了一些全面性的结论，分别涉及：(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(见 A/CN.4/630，第三节)。

10. 工作组还收到特别报告员编写的关于工作组就该专题进行讨论的依据的工作文件(A/CN.4/L.774)，其中载有在 2009 年编写的总框架基础上并借鉴秘书处的调查而提出的意见和建议。特别报告员尤其提请注意下列问题：(a) 引渡或起诉的义务的法律依据；(b) 该义务的实质范围；(c) 该义务的内容；(d) 触发该义务的条件。

11. 工作组申明，2009 年商定的总框架依然有用。工作组承认，秘书处的调查有助于澄清总框架的某些方面，有助于澄清条约条款的类型、这些条款在拟订引渡或起诉义务方面的异同及其演变情况。这些都可归在总框架的“引渡或起诉的义务的法律依据”标题下。

12. 工作组还指出，秘书处的调查所侧重的是多边条约实践，而为了澄清总框架中商定的问题，有必要对此加以补充，即有必要详细审议国家实践的其他方面(包括但不限于国家立法、案例法和政府代表的正式声明等)。

13. 此外，工作组指出，鉴于在打击有罪不罚现象方面的合作义务似乎是引渡或起诉义务的基石，故有必要根据国家实践系统地评估：合作义务作为一般规则或针对具体罪行的规则，在多大程度上可指导本专题的工作，包括涉及引渡或起诉义务的实质范围、内容以及触发该义务的条件的工作。

14. 工作组重申，考虑到委员会在国际法的逐渐发展和编纂方面的做法，特别报告员今后报告的总方向应是根据 2009 年商定的总框架，提出供委员会审议的条款草案。

三. 第六委员会在大会第六十五届会议期间进行的讨论

一般性评论

15. 一些代表团重申十分重视这一专题以及该专题在打击有罪不罚现象中的相关作用，² 对迄今为止没有取得多少进展表示关切。³ 希望委员会在第六十三届

² 第 20 次会议：斯洛文尼亚，(A/C.6/65/SR.20，第 40 段)，哥伦比亚(SR.20，第 76 段)；第 21 次会议：匈牙利(见声明)；第 25 次会议：奥地利(见声明)，葡萄牙(见声明)；第 26 次会议：斯里兰卡(SR.26，第 47 段)，荷兰(SR.26，第 49 段)，古巴(SR.26，第 54 段)，西班牙(SR.26，第 73 段)。

³ 第 19 次会议：丹麦(代表北欧国家)(SR.19，第 64 段)；第 21 次会议：匈牙利(SR.21，第 27 段)；第 25 次会议：联合王国(SR.25，第 81 段)；第 26 次会议：荷兰(SR.26，第 49 段)。

会议上取得实质性进展。⁴ 在这方面，一些代表团认为，2009 年工作组拟订的总框架仍然与委员会工作相关。⁵ 也有一些代表团赞扬特别报告员和工作组采取的谨慎办法，并强调有必要透彻审查国家实践。⁶

16. 有几个代表团欢迎秘书处编写的调查报告(A/CN.4/630)，⁷ 但建议扩大调查范围以列入国家实践的其他方面，例如国家立法。⁸ 为此，有代表团援引了各国应委员会要求发表的评论意见。⁹

17. 一些代表团表示支持以总框架为基础就此专题拟订条款草案，但也有代表团对此举的妥当性，以及对将引渡或起诉义务扩展至载有这一义务的具有约束力的文书以外，提出质疑。¹⁰

该义务的法律依据

18. 一些代表团认为，应进一步审查引渡或起诉义务的法律依据以及此种义务的内容和性质，尤其是涉及到特定罪行时。¹¹ 其他代表团重申他们的立场，即尚不能将这一义务视为习惯法的一项规则或原则。¹²

19. 有代表团指出，相关条约条款必须就导致此种义务产生的罪行以及履行问题作出规定。¹³ 还有代表团认为，只有在认真分析现有条约机制下该义务的范围和内容之后，才可以考虑这一领域可能存在的习惯规范，而且需要各国就相关实践进行更广泛的报告才能加以审查。¹⁴

⁴ 第 19 次会议：奥地利(见声明)；第 20 次会议：比利时(SR. 20, 第 31 段)，斯洛文尼亚(SR. 20, 第 40 段)；第 21 次会议：阿拉伯利比亚民众国(SR. 21, 第 24 段)，尼日利亚(见声明)；第 25 次会议：葡萄牙(见声明)；第 26 次会议：荷兰(SR. 26, 第 49 段)，西班牙(SR. 26, 第 73 段)。

⁵ 第 25 次会议：奥地利(见声明)，新西兰(见声明)；第 26 次会议：西班牙(SR. 26, 第 73 段)。

⁶ 第 26 次会议：波兰(SR. 26, 第 58 段)。

⁷ 第 21 次会议：尼日利亚(SR. 21, 第 42 段)；第 25 次会议：奥地利(SR. 25, 第 60 段)，新西兰(SR. 25, 第 66 段)，葡萄牙(见声明)，联合王国(SR. 25, 第 81 段)；第 26 次会议：泰国(SR. 26, 第 3 段)，以色列(SR. 26, 第 29 段)。

⁸ 第 25 次会议：葡萄牙(SR. 25, 第 72 段)。

⁹ 见 A/CN.4/579 和 Adds. 1-4, A/CN.4/599 和 A/CN.4/612。

¹⁰ 波兰(第 21 次会议，见声明)；葡萄牙(SR. 25, 第 72 段)，荷兰(SR. 26, 第 49 段)。

¹¹ 哥伦比亚(SR. 20, 第 76 段)，新西兰(SR. 25, 第 66 段)，波兰(第 26 次会议，见声明)，泰国(SR. 26, 第 3 段)。

¹² 联合王国(SR. 25, 第 81 段)，美国(SR. 26, 第 18 段)，以色列(SR. 26, 第 29 段)，大韩民国(SR. 26, 第 64 段)。

¹³ 联合王国(SR. 25, 第 81 段)。

¹⁴ 美国(SR. 26, 第 18 段)。

20. 一些代表团表示支持审议在打击有罪不罚现象方面开展合作的义务，以之作为引渡或起诉义务的基础。¹⁵

触发该义务的条件及履行

21. 有代表团认为，委员会应审议触发引渡或起诉义务的条件、¹⁶ 引渡的条件、以及在有关国家不能或者不愿进行起诉时将被指控犯罪者移交国际法院或法庭（“第三种选择”）的问题。¹⁷ 还有代表团建议委员会审议在证明难以履行，例如由于证据原因难以履行的情况下，何时可认为引渡或起诉义务已得到满足。¹⁸

与其他原则的关系

22. 有些代表团认为必须将引渡或起诉义务与普遍管辖权原则明确区分，¹⁹ 有些则认为两者密不可分。²⁰ 为此，有代表团建议特别报告员考虑秘书长根据各国政府就普遍管辖权原则的范围和适用问题发表的评论和意见编写的报告(A/65/181)。

²¹ 有代表团还强调了委员会就引渡或起诉义务开展的工作与委员会就其长期工作方案中的其他专题，尤其是域外管辖权问题开展的工作之间的关系。²²

四. 引渡或起诉义务的来源

23. 本报告集中探讨的主要问题是引渡或起诉义务的主要来源。在 2006 年的初步报告中，我们确定这些来源为国际条约、国际习惯和一般法律原则以及国家立法和国家实践(见 A/CN.4/571，第五节)。随后确定，在这些来源中，占主要地位的是国际条约和国际习惯，因为它们是国际法的最重要和最普遍适用的来源。因此，在本报告中，我们仅限于讨论引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)义务的这两个来源。

24. 2009 年工作组编写和商定的供委员会审议“引渡或起诉的义务”专题的拟议总框架(见 A/64/10，第九章，B.2 节)建议首先审议引渡或起诉义务的法律依据问题。就这一问题，工作组提出了一系列更具体的问题，包括：(a) 引渡或起诉义务和在打击有罪不罚现象方面开展合作的义务；(b) 现有条约中的引渡或起诉义务：条约条款的类型；这些条款的异同及其演变(参见关于恐怖主义的公约)；

¹⁵ 新西兰(SR.25，第 66 段)，巴西(SR.26，第 72 段)。

¹⁶ 波兰(第 26 次会议，见声明)。

¹⁷ 泰国(SR.26，第 4 段)。

¹⁸ 新西兰(SR.25，第 66 段)。

¹⁹ 以色列(SR.26，第 29 段)。

²⁰ 古巴(SR.26，第 54 段)，波兰(SR.26，第 58 段)，大韩民国(SR.26，第 64 段)。

²¹ 波兰(SR.26，第 58 段)。

²² 西班牙(SR.26，第 73 段)。

(c) 引渡或起诉义务在习惯国际法中是否及在何种程度上有其依据；(d) 引渡或起诉义务同某些特定的“习惯罪行”(如海盗行为)是否不可分割地联系在一起；以及(e) 是否能查明有关引渡或起诉义务的区域性原则。

25. 工作组建议，上述(c)、(d)和(e)问题可能需要等到稍后阶段，尤其是在审慎分析目前条约制度下的引渡或起诉义务的范围和内容之后才能最终确定。也不妨审查在涉及特定罪行时该义务具有的习惯性质。

A. 在打击有罪不罚现象方面的合作义务

26. 合作义务是一项公认的国际法原则，在众多国际文书中均有表述。例如，《联合国宪章》第一条第三款明确规定，联合国的宗旨之一是：

“促成国际合作，以解决国际间属于经济、社会、文化、及人类福利性质之国际问题，且不分种族、性别、语言、或宗教，增进并激励对于全体人类之人权及基本自由之尊重。”

27. 《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》以下列措辞确认，一般合作义务是国际法的原则之一：

“各国不问在政治、经济及社会制度上有何差异均有义务在国际关系之各方面彼此合作，以期维持国际和平与安全，并增进国际经济安定与进步、各国之一般福利、及不受此种差异所生歧视之国际合作。”²³

28. 1998年《国际刑事法院罗马规约》也对上述义务明确表示了积极态度。在规约序言部分，缔约国申明，“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”，缔约国“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”。

29. 在打击有罪不罚现象方面的合作义务作为引渡或起诉义务的一个特有主要来源，似乎在国际法委员会工作组 2009 年提出的引渡或起诉义务的法律依据中占据主导地位(见上文第 24 段)。工作组在 2010 年的讨论中再次确认了这一点，指出“治理有罪不罚现象方面的合作义务似乎是引渡或起诉义务的基石”(见 A/65/10，第 339 段)。

30. 有罪不罚本身已经成为一个法律分析的问题。²⁴ 在打击有罪不罚现象方面的合作义务问题出现在国际关系中的各个方面，它可能是(a) 一个普世存在的问题、或(b) 一个涉及区域适用的课题、或(c) 一个与特定犯罪种类有关的事项。

²³ 1970 年 10 月 24 日大会第 2625(XXV)号决议，附件第 1 段。

²⁴ 例如，2005 年 2 月 8 日提交人权委员会的经更新的《采取行动打击有罪不罚现象，保护和增进人权的一套原则》(E/CN.4/2005/102/Add.1)将有罪不罚定义为“在法律上和事实上不可能对侵犯人权者追究责任，无论是通过刑事的、民事的、行政的还是纪律的程序，因为他们不必受到任何可能导致其被起诉、逮捕、审判和在查明有罪时被判处适当刑罚及赔偿其受害者的调查”。

31. 2011 年 3 月 20 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”是在区域基础上(欧洲委员会)针对特定罪行(侵犯人权)规定此种合作义务的一个有趣例子。

32. 尽管该准则的核心是消除对严重侵犯人权行为的有罪不罚现象,但其中也包含适用于其他类型最严重国际罪行的规则。准则关于国际合作的第十二条指出:

“国际合作在打击有罪不罚现象方面发挥着重要作用。为防止和消除有罪不罚现象,各国必须以尊重人权的方式(……)一秉诚意履行其义务,特别是在司法互助、起诉和引渡方面的义务。为此,鼓励各国超越现有义务范围,加强合作”。

33. 一些国家将这种合作视为其国际义务。例如,比利时在 2009 年提交委员会的评论意见(A/CN.4/612,第 33 段)中指出:

“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规定的罪行(危害人类罪、灭绝种族罪和战争罪),因为这种罪行对国际社会的最基本价值构成了量和质的威胁。为了有助于制止这种犯罪,可以直接起诉这种罪行的被控犯罪者,也可以将对这种罪行负有责任的人引渡给愿意予以起诉的国家。”

34. 毋庸置疑,打击严重国际犯罪行为人有罪不罚的现象是国际社会的一项根本政策。²⁵ 一般而言,采用两种方法努力打击严重犯罪行为人有罪不罚的现象。

35. 第一种方法是设立国际法庭,这是自第二次世界大战结束后设立纽伦堡法庭和东京法庭以来一直采取的做法。这一方法有其局限性,因为国际法庭的管辖权必然是有限的。它们不能全面解决有罪不罚问题,只能处理规约为其规定的任务所涵盖的那些方面。即便像国际刑事法院那样具有非常广泛的业务范围,但实际在多大程度上能遏制有罪不罚现象还取决于各国是否自愿决定加入规约。

36. 第二种方法反映了国际刑事法庭的局限性。有罪不罚方面的其余问题要通过国家法院行使管辖权来加以解决。这体现于过去 15 年国际刑事法庭数量的增多并没有导致国家法院在这方面的活动减少。恰恰相反,在国际刑事管辖权扩大的同时,处理国际犯罪、包括域外施行的犯罪的国家管辖权也随之显著增加。

37. 需要补充的是,一些国家以及法理已将在治理有罪不罚现象方面的合作义务视为一项惯例规则,这为各国规定了一项明确的义务。2009 年 4 月 7 日,埃里克·戴维(Eric David)就与起诉或引渡的义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)案向国际法院指出:

²⁵ 正如国际法院在逮捕证案中强调的,对刚果民主共和国外交部长给予公务性和暂时性有限豁免并不等于对该名官员不予惩罚,因为若干起诉他的方法仍未改变(2000 年 4 月 11 日逮捕证案。判决书,2002 年国际法院案例汇编,第 3 页,第 60 和 61 段)。

“这一规则要求各国打击有罪不罚现象或审判国际法规定的罪行的行为人为人(表述或有不同)，它不仅载于我昨天提及并且刚刚提到的文本[即国际条约]；也可在安全理事会 2003 年以来通过的近 40 项决议中找到”。²⁶

38. 就比利时援引的权利的内容，戴维教授正确地指出，这一权利是：

“……比利时要求各国履行起诉或引渡国际法规定的罪行的行为人之义务的权利。这一权利最终不过是国际社会将现已成为法律要求的基本道德和社会价值转化为法律，绝不让一些最严重的罪行不受惩罚”。²⁷

第二条：合作义务²⁸

39. 无论如何，不管采用上述国际法庭或国内法院两者中的哪一种方法，应用引渡或起诉原则似乎是履行在打击有罪不罚现象方面的合作义务的最佳和最有效方式。

40. 总结上述观点，我们可以说，在编纂引渡或起诉原则时，可以增加有关各国在打击有罪不罚现象方面的合作义务的规定，作为一个介绍性条款。这两种规定似乎是密切相关的：

第二条 合作义务

1. 根据本条款草案，各国应酌情在彼此之间、并与主管国际法院和法庭开展合作，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根据本条款草案，应用引渡或起诉(*aut dedere aut judicare*)原则。

B. 现有条约中的引渡或起诉义务

41. 特别报告员已在 2006 年的初步报告(A/CN.4/571)中，将国际条约列在引渡或起诉义务来源清单的首位。²⁹ 他同时指出，将来编纂工作的一个初步任务是汇编一个比较表，列出各项有关条约及其中用来表示这个义务的措辞。

²⁶ 国际法院，CR 2009/10 号文件(www.icj-cij.org/docket/files/144/15131.pdf)，第 7 页。

²⁷ 同上，第 7-8 页。

²⁸ 下文第 40 段提出的第 2 条草案(合作义务)将取代先前的第 2 条(用语)(A/CN.4/603, 第 121 段)，后者将被删除。第 1 条草案(条款草案的适用范围)将保持特别报告员第三次报告中提出的文本(A/CN.4/603, 第 20 段)：“本条款草案适用于国家引渡或起诉在其管辖之下的个人的可选义务的确立、内容、运作和效果”。不妨回顾，在同一份报告中(A/CN.4/603, 第 116 段)，特别报告员考虑到国际法委员会成员和出席第六委员会会议的代表发表的评论以及各国的意见，还提出了第 1 条草案的“另一”文本：“本条款草案适用于国家引渡或起诉[在其管辖之下的][在羁押国境内的][受羁押国控制的]个人的法律义务的确立、内容、运作和效果。”

²⁹ 特别报告员确定该义务的其他来源为：国际习惯和一般法律原则以及国家立法和各国的实践。

42. 同时，特别报告员首次提出对这些条约进行分类，区分两个类别：“实质性条约和程序性条约，前者界定特定的罪行，要求将罪行定为刑事罪并起诉或引渡犯罪者，后者规定引渡和国家间的其他法律合作事项” (A/CN.4/571, 第 35 段)。

1. 确立或引渡或起诉义务的国际条约的各种可能分类方法

43. 对于反映引渡或起诉义务的条约或条约的提法，没有具有法律约束力的分类方法。不过在学理著作或其他非政府研究著作中，可以找到国际条约的各种分类和目录。委员会在执行编纂任务时，不妨考虑其中一些分类方法。

(a) 巴西欧尼和怀斯分类

44. 如初步报告所述，可在谢里夫·巴西欧尼 (M. Cherif Bassiouni) 和爱德华·怀斯 (E. M. Wise) 1995 年出版的知名著作《或引渡或起诉：国际法中的引渡或起诉义务》 (Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law) 中找到一份相关条约的全面清单。该书的附件详细收录了确立引渡或起诉义务的国际刑法公约，两位作者将这些公约分为多个类别并作出评注。二人的分类大体基于对实质性条约和程序性条约的区分，但所列实质性公约 (24 项) 和程序性公约 (6 项) 的数量不够均衡。第一类公约涉及下述罪行，如：(1) 禁止侵略，(2) 战争罪行，(3) 非法使用武器，(4) 危害人类罪行，(5) 禁止灭绝种族，(6) 种族歧视和种族隔离，(7) 奴隶制度和有关罪行，(8) 禁止酷刑，(9) 非法的人类实验，(10) 海盗行为，(11) 劫持航空器和有关罪行，(12) 危害国际海上航行安全罪行，(13) 使用武力侵害应受国际保护人员，(14) 劫持平民人质，(15) 毒品罪行，(16) 淫秽出版物的国际贩运，(17) 保护国家珍宝和考古珍宝，(18) 保护环境，(19) 偷窃核材料，(20) 非法使用邮件，(21) 干扰海底电缆，(22) 伪造货币，(23) 国际商业交易的腐败行为，和 (24) 雇佣兵行为。

45. 第二类 (即程序性公约) 囊括在以下三个国际组织主持下缔结的三组公约：联合国、欧洲委员会和美洲国家组织。

46. 尽管该清单的本意是要涵盖所有类型的有关条约，但现在它并非详尽无遗，例如，清单没有收录最近的反恐怖主义条约以及制止各种国际犯罪或跨国犯罪的公约。³⁰

(b) 大赦国际的分类

47. 大赦国际 2001 年编写的一份备忘录也载列了一份精选的涉及普遍管辖权以及或引渡或起诉义务的国际条约目录。其中包括 1929–2000 年期间缔结的 21 项

³⁰ 如见 2000 年在巴勒莫签订的《联合国打击跨国组织犯罪公约》及其各项议定书 (大会第 55/25 号和第 55/255 号决议)，或 2005 年在纽约签订的《制止核恐怖主义行为国际公约》。另见 2005 年在华沙签订的《欧洲委员会防止恐怖主义公约》，其中第 18 条规定“引渡或起诉”的义务，虽然该条并未直接针对恐怖主义行为，只针对与恐怖主义有关的罪行。

公约，作者认为，就普遍管辖权问题以及或引渡或起诉义务而言，这些公约最具代表性：(a) 1929 年《取缔伪造货币国际公约》；(b) 1949 年日内瓦四公约；(c) 1958 年《公海公约》；(d) 1961 年《麻醉品单一公约》；(e) 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》；(f) 1971 年《精神药物公约》；(g) 1971 年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的蒙特利尔公约》；(h) 1972 年《修正麻醉品单一公约的议定书》；(i) 1973 年《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》；(j) 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》；(k) 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》；(l) 1979 年《反对劫持人质国际公约》；(m) 1979 年《核材料实物保护公约》；(n) 1982 年《海洋法公约》；(o) 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》；(p) 1988 年《制止危及海上航行安全非法行为公约》；(q) 1989 年《反对招募、使用、资助和训练雇佣军国际公约》；(r) 1994 年《联合国人员和有关人员安全公约》；(s) 1997 年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》；(t) 2000 年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》；(u) 2000 年《打击跨国有组织犯罪公约》。³¹

48. 八年后，即在 2009 年，大赦国际又发表一份备忘录，³² 此次是专为在国际法委员会工作框架内说明引渡或起诉义务。尽管这一备忘录的实质性范围较窄，并限于或引渡或起诉义务问题，但所选条约没有按实质性内容，而是按地域被分为四组，即国际条约(24 项)以及在美洲国家组织(7 项)、欧洲委员会(3 项)和非洲联盟(3 项)主持下通过的条约。

49. 在大赦国际这份备忘录中，没有对所选条约进行更深入或比较性的分析，而是提供了更多技术性资料，例如有关保留、声明、签署和批准的资料。备忘录还引述了直接涉及普遍管辖权和引渡或起诉义务的条约条款。

50. 一年后，即在 2010 年，大赦国际又编写一份报告，此次主要涉及普遍管辖权问题，但同时载列有关或引渡或起诉原则的有用资料，并继续介绍和分析先前在 2009 年报告中提到的相关国际条约。在 2010 年报告题为“普遍接受普遍管辖权和引渡或起诉义务”的第三章中，报告作者对“规定对涉嫌在海外对其他外国人犯下某些罪行的外国人行使管辖权的或引渡或起诉义务”(结合普遍管辖权)的已获批准的条约进行了一次更近期的审查。通过审查其中一些条约的批准情况发现，这些条约被广泛接受：

³¹ 见 Amnesty International, *Universal Jurisdiction: The duty of States to enact and implement legislation* (London, September 2001), chap. 15, p. 18.

³² Amnesty International, *International Law Commission: The obligation to extradite or prosecute (aut dedere aut judicare)* (London, February 2009).

“194 个国家已批准 1949 年 8 月 12 日日内瓦四公约，这些公约规定对被界定为严重破坏公约行为的国际武装冲突中的战争罪行适用普遍管辖权；107 个国家是《禁止并惩治种族隔离罪行国际公约》(1973 年)的缔约方，该公约规定对构成种族隔离的行为适用普遍管辖权；170 个国家已批准《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)》(1977 年)，该议定书规定对严重破坏议定书行为适用普遍管辖权；167 个国家是《反对劫持人质国际公约》(1979 年)的缔约方，该公约规定了引渡或起诉义务；《联合国海洋法公约》(《海洋法公约》)(1982 年)有 160 个缔约国，该公约规定对海盗行为适用普遍管辖权；147 个国家是《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》(《禁止酷刑公约》)(1984 年)的缔约方，该公约规定，若一国决定不向另一国引渡当事人，则适用普遍管辖权；164 个国家已批准《制止恐怖主义爆炸的国际公约》(1997 年)，该公约规定了引渡或起诉义务；146 个国家已批准《联合国反腐败公约》(《反腐公约》)(2003 年)，该公约规定了引渡或起诉义务；19 个国家是《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》(2006 年)的缔约方，该公约规定了，除非一国向另一国引渡当事人或将其移送该国承认管辖权的某个国际刑事法院，否则须行使普遍管辖权。”

51. 大赦国际在该报告结尾处建议，参加 2010 年 10 月第六委员会讨论的各国应提出下列观点，支持将普遍管辖权作为执行国际司法的一个至关重要的工具，同时说明这一规则与或引渡或起诉原则关系紧密：

“所有国家必须恪守对普遍管辖权这一确立已久的国际法规则的承诺，并重申，各国有义务对犯下国际法罪行，包括犯下灭绝种族罪、危害人类罪、战争罪、酷刑、法外处决和强迫失踪罪行行使管辖权。

“根据与之相关的引渡或起诉(或引渡或起诉)义务，对涉嫌犯下某些种类罪行的人，一国必须或行使管辖权(其中必然包括在某些情况下行使普遍管辖权)或将此人引渡至能够且愿意行使管辖权的国家，或将此人移送对该涉嫌人和该罪行具有管辖权的某个国际刑事法院。”

(c) 米切尔分类

52. 克莱尔·米切尔(Claire Mitchel)在题为《或引渡或起诉：国际法中的引渡或起诉条款》(Aut Dedere, Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law)一书中，对载有或引渡或起诉条款的国际公约或条约进行了分类，这是又一次有价值 and 现时的尝试。³³ 作者将该书第一章定为“或引渡或起诉义务的来源”，其中“公约或条约”占据主导地位。该章分为两个主要部

³³ Claire Mitchel, *Aut Dedere, Aut Judicare: The Extradite or Prosecute Clause in International Law* (Geneva, The Graduate Institute of International and Development Studies, 2009)。

分，即“多边条约”和“引渡条约”，尽管这种分类法采用了两个较不兼容的标准(缔约方的数量和条约的实质内容)。

53. 作者分析两类条约后指出，数位专著作者曾表示，至少 70 项国际刑法公约中有引渡或起诉条款(回顾上文引述的巴西欧尼和怀斯一书)。³⁴

54. 在该书附件 1 中，作者决定仅回顾并引用涉及该义务的 30 项多边公约和 18 项区域公约。如大赦国际的研究结果一样，米切尔女士认为，第一项载有或引渡或起诉条款的公约是 1929 年《取缔伪造货币国际公约》，该公约规定两项重要义务：

“首先，若一国国内法不允许引渡国民，当犯下公约所述罪行的国民返回该国后，‘应’视同在该国境内犯下该罪行而予以惩罚；

“其次，对在境外犯下公约所述且目前身处一个国内法承认域外适用刑法的国家的外国人，若该国因与该罪行无关的理由拒绝引渡犯罪人的请求，则‘应’按视同该罪行发生在该国境内而予以惩罚。”³⁵

55. 这些规定标志着用现代条约办法处理或引渡或起诉义务问题的开始。该作者回顾的最后一项(普遍)条约是 2006 年《保护所有人免遭强迫失踪国际公约》。该公约的引渡或起诉条款(第九条第二款)规定，各缔约国须采取：“必要措施，在指称的罪犯留在任何该国管辖的领土上时，确定对该强迫失踪罪案的司法管辖权，除非该国根据其国际义务将嫌犯引渡或移交给另一国家，或移交给该国承认其管辖权的某个国际刑事法庭。”

56. 关于 1929 年至 2006 年缔结的关于该义务的“公约或条约”，克莱尔·米切尔指出，她认为在或引渡或起诉义务的现代表述形式的形成过程中，某些公约发挥了最重要的作用。在这些公约中，她提到：

“1949 年日内瓦四公约均载有一个形式完全相同的关于严重破坏公约行为的或引渡或起诉条款，规定缔约国有义务制订必要法律，对作出严重破坏公约行为的人规定有效的刑事惩罚措施，不管其国籍如何，并有义务搜查

³⁴ 但在另一方面，作者正确地评论道，并非所有这些条约都在事实上引入了相关待择义务：“尽管很可能有 70 多项国际条约要求缔约方“禁止、起诉或惩罚”特定行为(Bassiouni and Wise, at 8)，但在这些条约中，要求国家选择或引渡或起诉身处其境内的犯罪人的条约远远低于 70 项。例如，《灭绝种族罪公约》确实规定国家有起诉义务(若灭绝种族罪发生在其境内)和引渡义务(第 3-6 条和第 7 条分别做出规定)，但这些义务不是要求国家采用非此即彼做法的或引渡或起诉义务。(因此，若被指控在其他地方犯下灭绝种族罪的人身处一国境内，则该国可能有义务将其引渡至与该国有现行引渡条约或其他引渡安排的请求国，但该国没有起诉义务，不管他国是否提出引渡请求。)”(同上，第 9 页)。

³⁵ 同上，第 9 至 10 页。

和起诉犯罪人。作为一项供选择的做法，一国可决定“将犯罪人移送”另一缔约国“接受审判”，条件是该另一国已证明具备初步证据。”³⁶

57. 他还强调，或引渡或起诉条款最广为人知的表述形式最早出现在 1970 年《关于制止非法劫持航空器的海牙公约》中，该公约规定：

“第四条第二款：当被指称的罪犯在缔约国领土内，而该国未按第八条的规定将此人引渡给本条第一款所指的任一国家时，该缔约国应同样采取必要措施，对这种罪行实施管辖权。

“第七条：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。该当局应按照本国法律以对待任何严重性质的普通罪行案件的同样方式作出决定。”

58. 另有 15 项多边公约“或多或少地逐字”沿用了这一表述形式。

(d) 国际法委员会秘书处的分类

59. 国际法委员会秘书处 2010 年 6 月编写了一份研究报告(A/CN.4/630)，这份最新研究报告的目的是，通过提供可能与委员会今后本专题工作相关的多边公约资料，向委员会提供协助。在这方面应该回顾，工作组在拟议总框架(A/64/10，第九章，B.2 节)(a)(二)节中着重说明这一问题，其中提到“现有条约中的引渡或起诉的义务”。

60. 秘书处对全球性和区域性多边公约作了广泛调查，确定有 61 项多边文书载有将引渡与起诉相结合作为惩罚罪犯备选做法的条款。

61. 研究报告第二节根据这些条款对相关文书作出分类，并审查了在相关领域作为示范模式的某些重要公约的准备工作，以及对相关条款作出的保留。该部分还指出了不同公约相关条款的差异和相似之处及其演变情况。

62. 第三节提出了一些全面性结论，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。

63. 附件按年月顺序载列秘书处找到的含有将引渡与起诉相结合条款的公约，并转载了这些条款的内容。

64. 秘书处提出的分类方法旨在用比较的方法概述这类条款的内容及其在公约实践中的演变情况，将含有这类条款的公约分为四类：(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

³⁶ 同上，第 11 页。

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。

65. 这一分类将年月顺序标准和实质内容标准结合在一起。首先，这种分类法大致上反映了将引渡与起诉办法相结合的条款在起草过程中的演变情况，这对于理解某些公约(如 1929 年《取缔伪造货币公约》或 1970 年《海牙公约》)对公约实践产生的影响以及这类条款随着时间发生变化的过程颇有助益。其次，这种分类法突显出同一类别条款内容的一些基本相似点，有助于更好地理解其准确适用范围以及该领域已经讨论过的主要问题。

66. 不过，从一开始就必须指出，这种分类法虽然能够显示该领域的某些一般性趋势，但不应据此理解为将相关条款作了严格死板的分类，因为同一类别的公约内容常常差别很大，而且某些公约采用的起草方法有时被不同类别的公约沿用。

67. 在研究报告第二节，秘书处为上文第 64 段提及的每个类别，确定了一个或多个在该领域作为示范模式的重要公约，并介绍其中规定的惩罚犯罪者机制、相关准备工作、以及影响将引渡与起诉办法相结合条款法律效果的保留意见。

68. 第二节进一步列出同一类别的其他公约，并介绍了这些公约如何沿用或偏离最初的模式，以及相关准备工作和保留意见的资料。

69. 研究报告第三节题为“结论”，旨在从以下三个主题着手，概括在各种文书中发现可能与该专题研究有关的各项条款主要差异：

(a) 条款产生的引渡与起诉的关系(揭示该条款的总体结构和逻辑关系)。在这方面，多边公约所载相关条款可被分为两个大类：(一) 第一类条款规定各国有一义务依据事实起诉在本国境内的被指称犯罪者，如予引渡，则可免除这项义务；以及(二) 第二类条款规定只有在收到引渡请求后拒绝交出被指称犯罪者，才产生起诉义务(即规定只有在引渡请求已经提出但未获准的情况下才产生起诉义务的条款)；

(b) 引渡的适用条件；

(c) 起诉的适用条件。

然后，该节在审查委员会先前就相关专题开展的工作以及或与引渡或起诉义务相关的公约实践基础上，提出一些一般性结论。

2. 第 3 条：作为引渡或起诉的义务来源的条约

70. 特别报告员在第三次报告(A/CN.4/603, 第 123 段)中提出的第三条条款草案将条约作为引渡或起诉义务的来源之一。特别报告员在第二次报告中就已提出这一建议而且既然这一建议在国际法委员会和第六委员会都没有遭到反对，该条款草案第一款的案文似可表述如下：

第 3 条：**作为引渡或起诉的义务来源的条约**

1. 如果一项条约规定了引渡或起诉义务，则每个缔约国都有义务引渡或起诉被指控的犯罪人。

71. 然而，考虑到特定条约载列的与该义务相关的条款种类繁多且存在差异(见上文第 43 至 67 段)，似应增加关于各国如何在实践中实现并适用该义务的第二款。全文可表述如下：

2. 缔约国的国内法须依照确立引渡或起诉义务的条约以及国际刑法的一般原则，规定实施引渡或起诉的特定条件。

72. 上文对载有适当条款和对该义务进行表述的国际条约的各种分类进行了回顾，而且此类条约的数量也在不断增加，鉴于这两点，应正式确认条约是引渡或起诉义务的第一且应用最广泛的法律依据。

73. 各国在国际法院中就这一义务援引的公约权利也似乎是任何争端当事方所用的最有效法律工具。国际法院审理的比利时与塞内加尔之间的一项争端便属于这种情况(见上文第 37 和 38 段)。

C. 或引渡或起诉原则作为习惯国际法规则

74. 尽管本节标题中所包含的准则受到许多学者和众多国家的质疑，但在近些年似乎赢得了相当多的支持者，正如以下法律学说所指出的那样：

“原则上，也可以根据习惯国际法确立引渡或起诉的义务。习惯国际法与条约法一样对国家具有约束力，它产生于各国普遍、一致的惯例，由各国基于被称为 *opinio iuris*(法律确信)的法律义务感予以遵循。近年来，包括 C. Bassiouni、L. Sadat、C. Edelenbos、D. Orentlicher 和 N. Roht-Arriaza 在内的一些著名学者主张，起诉被指控犯有危害人类罪之人是习惯国际法义务。

“这些学者承认许多国家的做法是采取大赦和驱逐安排，但学者们注重的是联合国大会决议、激励性的国际会议宣言和联合国秘书长的报告，将之视作要求起诉犯有危害人类罪者的新规则的证明。”³⁷

75. 习惯国际法起诉或引渡义务的援引者通常会引述 1967 年《领土庇护宣言》(大会第 2312(XXII)号决议)，将之视作国际上最早确认起诉危害人类罪犯罪人是习惯国际法义务的文件。该宣言第一条第二款规定：

³⁷ Michael P. Scharf, “Aut dedere aut iudicare”, *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*(www.mpepil.com), Paras 6 and 7.

“凡有重大理由可认为犯有……危害人类罪之人，不得援用请求及享受庇护之权利”。

76. 但是，正如该决议拟定过程的历史记录所示，

“多数成员强调，审议中的宣言草案无意提出法律规范或改变国际法现有规则，而是阐述广泛的人道主义和道德原则，各国可依靠这些原则力求统一其关于庇护的做法。”³⁸

77. 以上文字是指，关于起诉危害人类罪的大会决议和其他无约束力的国际文书从一开始就只是表达愿望而已，并没有创设法律义务的意图。³⁹

D. 2009 年大会第六十四届会议期间第六委员会讨论的该义务的习惯性

78. 尽管自 2006 年以来，大会第六委员会在所有届会，包括最近的第六十五届会议(见上文第 18 段)上均讨论过或引渡或起诉义务可能具有习惯性质的问题，但第六委员会在 2009 年关于这个问题的讨论特别丰富且卓有成效。

79. 一些代表团，例如匈牙利、墨西哥、古巴、伊朗伊斯兰共和国和乌拉圭，认为引渡或起诉义务的来源不仅限于国际条约，而且还具有习惯性，对于严重的国际犯罪来说尤其如此。⁴⁰ 一些代表团在这方面提到的犯罪包括海盗行为、⁴¹ 贩卖奴隶、种族隔离、恐怖主义、酷刑、腐败、灭绝种族罪、危害人类罪和战争罪。⁴²

80. 其他代表团，例如德国、大韩民国、联合王国、马来西亚、美国、以色列和牙买加，则持有相反观点，认为在国际条约的规定之外，该义务不存在。⁴³ 这些国家指出，在这个问题上，存在禁止特定国际犯罪的习惯规则不一定能推论出引渡或起诉义务具有习惯性。⁴⁴ 一些代表团表示，习惯规则可能正在实践中形成。⁴⁵ 也有人指出，无论如何，这种义务只适用于有限类别的罪行。⁴⁶

³⁸ 联合国年鉴，1976 年，第 758 和 759 页。

³⁹ M. P. Scharf，见上文脚注 37，第 8 段。

⁴⁰ 分别见：A/C.6/64/SR.20，第 33 段；SR.23，第 58 段；SR.24，第 30 段；SR.24，第 47 段；和 SR.25，第 13 段。

⁴¹ 伊朗伊斯兰共和国(SR.24，第 47 段)。

⁴² 匈牙利(SR.20，第 33 段)，古巴(SR.24，第 30 段)，和乌拉圭(SR.25，第 13 段)。

⁴³ 分别见：SR.22，第 58 段；SR.23，第 26 段；SR.23，第 68 段；SR.23，第 81 段；SR.23，第 88 段；SR.24，第 74 段；和 SR.24，第 79 段。

⁴⁴ 德国(SR.22，第 59 段)；伊朗伊斯兰共和国(SR.24，第 47 段)。

⁴⁵ 罗马尼亚(SR.24，第 83 段)。

⁴⁶ 联合王国(SR.23，第 68 段)，加拿大(SR.24，第 60 段)。

81. 许多代表团，包括匈牙利、芬兰、荷兰、大韩民国、日本、墨西哥、联合王国、新西兰、意大利、古巴、波兰、阿根廷和葡萄牙，支持委员会进一步研究该义务可能具有的习惯来源及其所涵盖的罪行。⁴⁷ 这些国家指出，为此，委员会应系统地调查有关的国家惯例，⁴⁸ 包括国际条约、⁴⁹ 国内立法⁵⁰ 以及国家和国际司法判决。⁵¹ 一些代表团，例如芬兰，认为可想而知会缺乏来自各国政府的资料，但这不应延误委员会的工作，⁵² 而其他一些代表团，例如美国、波兰和阿根廷，则促请委员会留出充足的时间以收取和评价各国政府提供的资料。⁵³

E. 在国际法院中援用权利的习惯依据

82. 在上文所述国际法院于 2009 年审理的“与起诉或引渡义务有关的问题(比利时诉塞内加尔)”一案中，埃里克·戴维对或引渡或起诉义务的习惯依据作了最全面的介绍。他 2009 年 4 月 6 日关于比利时援用权利的习惯依据的发言似乎十分重要，值得在此完整引述：

“……19. 无引渡即起诉规则是联合国大会和国际法委员会表述的习惯国际法规则。联合国大会于 1973 年 12 月 3 日在没有任何反对票的情况下通过了第 3074(XXVIII)号决议。大会在该决议中宣告：

“1. 凡战争罪和危害人类罪，无论发生于何时何地，应该加以调查；对有证据证明犯此等罪行的人，应该加以追寻、逮捕、审判，如经判定有罪，应加以惩治。”(原文无下划线)

“20. 同样，国际法委员会在 1996 年通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第 9 条中规定：

‘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[灭绝种族罪行]、第 18[危害人类罪行]、第 19[危害联合国

⁴⁷ 分别见：SR. 20，第 33 段；SR. 22，第 57 段；SR. 22，第 65 段；SR. 23，第 26 段；SR. 23，第 43 段；SR. 23，第 58 段；SR. 23，第 68 段；SR. 24，第 13 段；SR. 24，第 23 段；SR. 24，第 29 段；SR. 24，第 58 段；SR. 24，第 69 段；和 SR. 25，第 8 段。

⁴⁸ 匈牙利(SR. 20，第 33 段)；联合王国(SR. 23，第 68 段)；美国(SR. 23，第 89 段)；新西兰(SR. 24，第 13 段及发言)；古巴(SR. 24，第 29 段)；阿根廷(SR. 24，第 89 段)；罗马尼亚(SR. 24，第 83 段)；意大利(SR. 24，第 23 段)。

⁴⁹ 意大利(SR. 24，第 23 段)。

⁵⁰ 匈牙利(SR. 20，第 33 段)，古巴(SR. 24，第 29 段)，阿根廷(SR. 24，第 69 段)。

⁵¹ 德国(SR. 22，第 59 段)，联合王国(SR. 23，第 58 段)，古巴(SR. 24，第 29 段)。

⁵² 见 SR. 22，第 56 段。

⁵³ 分别见：SR. 23，第 89 段；SR. 24，第 58 段；和 SR. 24，第 69 段。

和有关人员罪行]或 20 条[战争罪行]所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。’(原文无下划线)

“21. 《国际刑事法院罗马规约》序言确认:《规约》的缔约国(如今天上午已经指出的那样,其中包括塞内加尔和比利时)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,为有效惩治犯罪,必须通过国家一级采取措施并加强国际合作’(第 4 段);

缔约国还在序言中宣称,他们‘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’(第 5 段)。最后,《规约》缔约国忆及‘各国负有义务对犯有国际罪行的人行使刑事管辖权’(第 6 段)。

“这些摘自国际刑事法院[《规约》]序言的节录很重要:显然,各国通过使用庄严、正式的用语,表述了一项它们认为属于国际社会的法律确信(*opinio juris*)的义务,即起诉被指控犯有战争罪、危害人类罪和灭绝种族罪者的义务,所有这些罪行均是《国际刑事法院规约》所针对的罪行(第六至八条)。

“打击有罪不罚这一理念被重复了三次,缔约国希望藉此显示要求起诉被控实施上述犯罪之人的习惯规则所具有的力量和无可争辩的范围。

“22. 除上述规则之外,还有我之前盘点的条约规则,因为毫无疑问,1949 年日内瓦四公约和 1948 年禁止酷刑公约也表述了习惯国际法。显然,法院不需要提醒便知道,例如,国际法院曾将日内瓦四公约称为‘不容违背的国际习惯法原则’(“以核武器进行威胁或使用核武器的合法性”,咨询意见,1996 年国际法院案例汇编(-),第 257 页,第 79 段)。也可以对 1948 年《防止及惩治灭绝种族罪公约》采取相似的推理。此外,塞内加尔与比利时一样,确认灭绝种族罪、战争罪和危害人类罪都是具有习惯法性质的刑事罪行,因为我之前引述的并将这些犯罪纳入《塞内加尔刑法典》的塞内加尔法律的理由说明显示,这是‘对源于条约和习惯的国际规则的采纳’,而根据同一份理由说明,这些规则具有‘强制法特点’(以上并非我的文字,而是关于塞内加尔法律的理由说明中的文字。)

“23. 简言之,……与协定国际法一样,习惯国际法要求各国起诉或引渡我所提到的国际法罪行的犯罪人。鉴于义务人对所有其他国家承担这一义务,从塞内加尔的习惯义务中可推断出比利时在侯赛因·哈布雷案中享有权利:我请求法庭原谅我再次重复,这就是说比利时有权看到塞内加尔直接审理侯赛因·哈布雷,或者如无法做到这一点,则有权要求将其引渡。”⁵⁴

⁵⁴ 国际法院,文件 CR. 2009/08, 2009 年 4 月 6 日(www.icj-cij.org/docket/files/144/15119.pdf), 第 23 至 25 页。

83. 此外，我们还可以在比利时于 2009 年 2 月 16 日就同一案件提交的起诉申请中，找到比利时编写的更简短的意见，其中援引了对侯赛因·哈布雷进行起诉或引渡义务的习惯依据。⁵⁵

F. 确定可被归类为产生或引渡或起诉习惯性义务的犯罪和罪行类别

84. 造成国际关切的国际法规定的犯罪或国内法规定的犯罪有各种分类方式。这些犯罪具有的国际因素产生了国际制止措施的可能性。这种制止措施与有可能适用普遍管辖权及适用或引渡或起诉义务都各有关系。

85. 当适用或引渡或起诉义务的依据是条约时，情况似乎相对简单，尽管实际的适用可能会取决于是否存在或不存在特定条约条件，例如在行使普遍管辖权之前是否提出了引渡请求。比利时于 2009 年向国际法委员会提交的评论(A/CN.4/612, 第 15 段)甚至对这种条约进行了具体划分，区分了载有经典意义上的或引渡或起诉条款的条约和载有无引渡即起诉条款的条约。⁵⁶

86. 另一方面，无论针对一般犯罪类型还是具体有限的犯罪类型，要找到并证明确实存在引渡或起诉义务的习惯依据则要复杂和困难得多。正如我们在以往报告中所述，目前情况下很难证明存在引渡或起诉的一般性国际习惯义务，因此我们

⁵⁵ 比利时提交的申请中包含以下关于习惯依据的陈述：

“根据习惯国际法，塞内加尔未能起诉侯赛因·哈布雷或将其引渡给比利时以接受他被指控犯下的危害人类罪的审判，这已经违反了出现在许多次级法律(国际组织的机构组织法)和条约法文本中的惩罚国际人权法所规定犯罪的一般性义务。

“侯赛因·哈布雷被指控的罪行可以被描述为包括反人类罪。侯赛因·哈布雷担任乍得总统期间(1982-1990 年)，对政治反对派人物及其家属以及特定族裔群体的成员(1987 年针对哈杰尔人，1989 年针对扎格哈瓦人)实行了广泛侵犯人权的政策。据乍得司法部全国调查委员会的一份报告(1992 年)称，4 万多人被即决处决或死于拘禁。

“上述行为符合危害人类罪的定义，即屠杀和酷刑的实施‘构成针对任何平民群体进行的广泛或有系统的攻击的组成部分’；反人类罪的这些界定要素反映了分别于 1999 年 2 月 2 日和 2000 年 6 月 26 日开始对塞内加尔和比利时有约束力的《国际刑事法院规约》(第 7 条)等文书所表述的习惯国际法。

“起诉犯有此种罪行之人的义务还见于联合国大会各项决议(例如第 3074(XXVIII)-号决议第 1 段)、国际法委员会 1996 年通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》(第 9 条)以及国际社会关于打击有罪不罚的众多呼吁(例如《国际刑事法院罗马规约》序言第 4 至 6 段、《非洲联盟宪法》第 4 条(c)和安全理事会的各项决议)。”(www.icj-cij.org/docket/files/144/15054.pdf)。

⁵⁶ 该评论认为有两种类型的条约，目的是区分两类义务：

“(a) 一类条约把不接受对被指控犯罪人的引渡要求作为起诉义务的条件。这些条约载有经典意义上的或引渡或起诉条款；

“(b) 另一类条约要求各国对公约规定的严重罪行的犯罪人行使普遍管辖权，而这项义务并不以拒绝满足先前的引渡要求为条件。这些条约载有未求引渡也须起诉条款。

不如专注于确定哪些具体类别的犯罪可能会产生被国家间国际社会确认为有约束力的此类习惯义务，尽管此类义务的范围和内容有限。

87. 正如以往报告所述，人们做过许多努力，试图确定哪些造成国际关切的犯罪可能被确认为给或引渡或起诉原则的适用提供了充足的习惯依据。还必须区分普通刑事罪行即各国国内法规定的犯罪与一些特定形式的、被冠以不同名称的罪行和犯罪，如国际犯罪、国际关切的犯罪、严重违约行为、违反国际人道主义法的犯罪等。尤其是最后这类犯罪，由于组合了其他具有国际范围的要素或具有特别严重的性质，因而可能被认为给适用或引渡或起诉义务提供了充分的习惯依据。

88. 问题是，这种对犯罪的“国际化”是否导致犯罪受“引渡或起诉”义务制约并承担一切后果。为寻找这个问题的答案，我们可以考虑 William Schabas 的以下观点：

“确认一项罪行是国际犯罪，其结果是赋予各国以调查、起诉和引渡的义务。这有时表述为拉丁文的*aut dedere aut judicare* (或引渡或起诉)。”⁵⁷

89. 国际法委员会曾就确定这些特殊的犯罪类别做过有意思的尝试。该委员会 1996 年通过的《危害人类和平及安全治罪法草案》第 9 条规定，特定种类的犯罪符合一经实施即产生需要行使引渡或起诉义务的特点。该草案条文规定：

“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[危害联合国和有关人员罪行]或 20 条[战争罪行]所述罪行之个人的缔约国应引渡或起诉该个人。”⁵⁸

90. 为确定适用或引渡或起诉原则可能具有的其他习惯依据而采取的另一个重要步骤是 1998 年通过的《国际刑事法院罗马规约》。除了在其序言部分强调国际社会作为整体必须打击最严重犯罪的有罪不罚以及每个国家有职责对国际犯罪的责任人行使刑事管辖权之外，《规约》第 5 条还在法律上对该法院管辖权内的犯罪作了划分。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。

91. 前三类犯罪在很大程度上遵循了国际法委员会在上文所述的 1996 年法律草案(见上文第 89 段)中详细阐述的模式，可以被视为一个好的指引，列出了适合作为引渡或起诉义务依据的习惯规则。但是，为此目的，似乎所议犯罪(灭绝种

⁵⁷ William W. Schabas, *The UN Criminal Tribunals: the former Yugoslavia, Rwanda and Sierra Leone* (Cambridge, 2008), p. 158.

⁵⁸ 见《1996 年国际法委员会年鉴》，第二卷，第二部分(联合国出版物，销售品编号：E. 98.V. 9(第 2 部分))，第 30 页。

族罪、危害人类罪和战争罪)除了符合一般刑法对每种罪行的描述之外,还应具有《规约》第六、第七和第八条所规定的具体特征。⁵⁹

G. 强制法作为引渡或起诉的义务的来源

92. 一些评论认为,国际法的强制法概念也可以创设引渡或起诉义务。根据强制法概念,各国不得实施反人类罪,并且,国与国之间签订的助长实施此类犯罪的国际协定自始无效。此外,人们越来越确信,所有国家都有权利对实施了强制法犯罪且后来在其境内被发现的犯罪人进行起诉或受理对该犯罪人提起的民事诉讼。基于这一点,一些评论进一步作出符合逻辑的推断,即认为强制法概念也能创设引渡或起诉危害人类罪犯罪人的义务。⁶⁰

93. 在某种程度上,可以在 2004 年 7 月 9 日国际法院对在被占领巴勒斯坦领土修建隔离墙的法律后果发表的咨询意见中找到对上述观点的支持。法院在该案中陈述:

“鉴于所涉权利和义务的性质和重要性,法院认为,所有国家都有义务不承认因在被占领巴勒斯坦领土上,包括在东耶路撒冷及其周围修建隔离墙而导致的非法状况。各国还有义务不为维护这一修建行为所致局势而提供帮助或者援助。”⁶¹

94. 毫无疑问,国际刑法领域的某些规范已经具有强制法规范的地位(如禁止酷刑),其依据不仅是条约规定而且还包括习惯认可,但是,有人质疑从这些强制性规范中衍生的或引渡或起诉义务是否也具有强制法特点。学者对于这种相互依赖关系意见分歧。

H. 第 4 条:国际习惯作为或引渡或起诉的义务的来源

95. 根据上文 D 至 G 节所作的介绍和分析,特别报告员提议在关于或引渡或起诉义务的一整套条款草案中增加以下条款:

⁵⁹ “第六条:灭绝种族罪……,‘灭绝种族罪’是指蓄意全部或局部消灭某一民族、族裔、种族或宗教团体而实施的下列任何一种行为……。第七条:危害人类罪……,‘危害人类罪’是指在广泛或有系统地针对任何平民人口进行的攻击中,在明知这一攻击的情况下,作为攻击的一部分而实施的下列任何一种行为……。第八条:战争罪,(一)本法院对战争罪具有管辖权,特别是对于作为一项计划或政策的一部分所实施的行为,或作为在大规模实施这些犯罪中所实施的行为。(二)为了本规约的目的,‘战争罪’是指:1. 严重破坏 1949 年 8 月 12 日《日内瓦公约》的行为,即对有关的《日内瓦公约》规定保护的人或财产实施下列任何一种行为……。”

⁶⁰ M. P. Scharf, 上文脚注第 37, 第 14 和 17 段。

⁶¹ 《2004 年国际法院案例汇编》,第 136 页,第 159 段。

第 4 条

国际习惯作为或引渡或起诉的义务的来源

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、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(强制法)应导致引渡或起诉义务。

96. 第 2 款包含的犯罪和罪行清单似乎仍未确定，尚需进一步审议和讨论。
