

◎秦一禾 著

犯罪人引渡 诸原则研究

RESEARCH
ON PRINCIPLES
OF EXTRADITION

 中国人民公安大学出版社

犯罪人引渡 诸原则研究

秦一禾 著

中国人民公安大学出版社

· 北 京 ·

图书在版编目(CIP)数据

犯罪人引渡诸原则研究/秦一禾著. —北京: 中国人民
公安大学出版社, 2007. 1

ISBN 978 - 7 - 81109 - 530 - 2

I. 犯… II. 秦… III. 犯罪分子 - 引渡 - 研究
IV. D998. 2

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 133218 号

犯罪人引渡诸原则研究

FANZUIREN YINDU ZHU YUANZE YANJIU

秦一禾 著

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京兴华昌盛印刷有限公司

版 次: 2007 年 1 月第 1 版

印 次: 2007 年 1 月第 1 次

印 张: 22. 75

开 本: 787 毫米×1092 毫米 1/16

字 数: 446 千字

ISBN 978 - 7 - 81109 - 530 - 2/D · 500

定 价: 50.00 元

本社图书出现印装质量问题, 由发行部负责调换

联系电话: (010) 83903254

版权所有 侵权必究

E-mail: cpep@public. bta. net. cn

www. phepps. com. cn

www. jgclub. com. cn

愿此书化作晨星送给

我的妹妹——照亮她

绪 论

一、犯罪人引渡^①的问题所在

关于犯罪人引渡的研究在世界范围内的法学理论中并不是罕见的研究课题^②，但是到目前为止关于犯罪人引渡的研究只停留在关于犯罪人引渡的各个原则的各自独立的研究上^③。而关于各个原则之间的相互关系，以及由这种相互关系形成犯罪人引渡的完整制度的研究到目前还没有引起学者的注意。甚至连关于这方面的建议性意向都不存在。这种状态不仅意味着犯罪人引渡制度的不完善和停滞不前，而且还影响着引渡制度在国际刑事司法协助的实践中积极的应有的作用。而现代的国际社会，没有引渡制度几乎不能设想国家间在刑事司法方面的有效合作。因此说，在日益增长的国家间刑事司法方面合作的背景下，强化引渡制度具有一定的现实意义。

引渡原则之间没有相互关系的理论研究，使得引渡制度弱化并成为引渡制度上的重要问题之一。从对各个具体的引渡原则的理论研究看，不能说根本没有深入研究^④，但是这些研究几乎是一个世纪前的国籍社会背景的研究^⑤。而且这些研究成果所赖以存在的国际社会背景，以及国际政治背景主要是以欧美国家的国情为中心。这不仅导致那些引渡原则因为理论上的腐朽而不能有效地适用，而且这些原则也由于解释上存在国家情况的限制而不具备普遍意义上的国际性，从而

① 犯罪人引渡 (extradition) 在一般意义上是指将逃亡犯罪人从一个国家 (或者地区) 遣送到另一个国家 (或者地区) 的国家行为。严格地讲，extradition 应该只是指被请求国将逃亡犯罪人 (主要是外国人) 引渡给请求国的国家法律行为。所以，根据国际引渡条约的引渡常常适用 extradition 这一用语。因此，在这个意义上，extradition 不同与逃亡犯罪人引渡 (rendition) 一词。rendition 一词常常作为国内区域之间的犯罪人引渡而使用。在中国汉语中，extradition 和 rendition 的用法并没有严格的区别。书稿中所适用的引渡主要是指国家之间的引渡，即 extradition 意义上的引渡。但是考虑到中国内地与香港、澳门及台湾地区之间的一些引渡关系，所以书稿也有 rendition 的涵义。

② 参见书稿第一章。

③ 关于犯罪人引渡的原则到目前为止主要有以下几种：相互主义原则、双方可罚原则、政治犯不引渡原则、军事犯不引渡原则、宗教犯不引渡原则、财务犯不引渡原则、自国民不引渡原则、死刑犯不引渡原则、代理处罚原则及特定主义原则。

④ 参见以下各章节。

⑤ 在当时犯罪人引渡主要是以政治犯的引渡为核心的。

不能作为国际法上的原则有效适用。另一方面,第二次世界大战以后,引渡制度中还出现了新的引渡原则,比如死刑犯不引渡原则,关于政治犯不引渡原则的内容也有了新的增减,比如政治犯不引渡原则中加入了宗教犯不引渡的成分^①。这些变化期待着对引渡原则问题作出更进一步的深入、系统的研究。

中国虽然在1978年实行改革开放政策,但关于引渡条约的缔结、引渡立法以及司法实践却是近几年的事。无论在理论上还是在实践中,不言而喻中国需要建立一个完整的引渡法体系,而且这种完整的引渡法体系还应该是具有国际性的,因为这是国际刑事司法合作的要求所趋。可是这种国际性意味着什么,是我们面临的第一个难题。如果引渡应该以人权保护为前提,提高国际刑事司法协助的效力为目的,这一说法成为国际性引渡制度的可行性标准,那么用什么样的国家行为实现这一标准,就成为本书所要探求的目标。

二、本书的研究精神

本书提倡两个精神:

第一,将各自分散的引渡原则以一个共同的主线连接起来,使其构成一个完整的引渡制度。

第二,对各个引渡原则进行深入而且细致的研究以使这些原则能够适用于现代的国际社会中为前提,并且以中国引渡的司法实践为例展开。

三、本书的研究方法

本书的研究方法主要按以下几步进行:

第一,抽象出引渡原则中的问题所在,围绕各个问题展开。

第二,找出引渡原则的共同特征,建立引渡制度。

第三,通过将这些原则适用于中国司法实践,以求证引渡原则共同特征的可行性。

四、本书的构成

本书由绪论、本论和结论三部分组成。绪论中主要介绍写作本书的理由、意义、研究方法以及研究内容。在本论中,以各章设立每一个引渡原则进行研究。在研究各个原则之前的两章中,首先研究引渡的历史沿革,然后研究引渡关系成立的方式。在此基础上,在每一章的第一节先探讨该章中所要研究的引渡原则的问题所在。因此,本书的构成如下所示:

^① 关于是否能够作为同一引渡原则看,理论上存在争议。参照本书第五章——政治犯不引渡原则。

绪论

第一章 犯罪人引渡制度的历史沿革及其现状

第二章 犯罪人引渡方式——根据相互主义的引渡方式

第三章 认定引渡犯罪的基础原则——相互主义原则

第四章 引渡犯罪的判断标准——双方可罚原则

第五章 引渡犯罪的例外原则之一——政治犯不引渡原则

第六章 引渡犯罪的例外原则之二——自国民不引渡原则

第七章 引渡犯罪的例外原则之三——死刑犯不引渡原则

第八章 犯罪人引渡的例外与救济手段代理处罚原则

第九章 引渡犯罪的实现原则——特定主义原则

任何学科都是从历史发展中吸取经验和教训的，本书对引渡制度的研究也不例外。第二章研究引渡关系的成立方式。没有引渡关系的成立，是无需研究各个引渡原则的。所以，在本章中将介绍三个引渡方式，根据国际引渡条约的引渡方式、根据相互主义的引渡方式、根据国际礼让的引渡方式。第三章研究整个引渡制度赖以存在的相互主义原则。在这个研究中，将解释引渡原则之间内在关系，然后在此基础上设定引渡制度的理论体系。第四章是双方可罚原则的研究，在这一章节中所要解决的问题是双方可罚原则本旨问题、双方可罚原则的程度问题、双方可罚原则的同一性问题、双方可罚原则的同一性的程度问题。第五章、第六章、第七章是犯罪人引渡的例外原则，即在犯罪人的行为根据双方可罚原则成立的前提下，查明是否具有不引渡的例外情况，如政治犯不引渡原则、自国民不引渡原则、死刑犯不引渡原则。如果存在以上例外的情形不能引渡的情况下，可以将该逃亡犯罪人从引渡犯罪中排除。这个原理来自刑法的三要件犯罪构成理论。第八章是犯罪人引渡的例外与救济手段——代理处罚原则的研究，即在逃亡犯罪人的犯罪行为根据被请求的法律构成犯罪，但是根据引渡的例外原则不能进行引渡的情况下，被请求国代替请求国对逃亡犯罪人追究形式责任。最后一章研究实现引渡犯罪的手段——特定主义原则。

目 录

绪论	(1)
第一章 犯罪人引渡制度的历史沿革及其现状	(1)
第一节 犯罪人引渡的历史沿革	(1)
第二节 犯罪人引渡的现状及其问题所在	(19)
第三节 中国犯罪人引渡的历史沿革及其问题所在	(27)
第二章 犯罪人引渡方式——根据相互主义的引渡方式	(39)
第一节 犯罪人引渡方式的再评价	(39)
第二节 中国采用根据相互主义引渡方式的理由及其可能性	(49)
第三节 中国采用根据相互主义引渡方式的特征及其形成的原因	(58)
第三章 认定引渡犯罪的基础原则——相互主义原则	(63)
第一节 相互主义原则的问题所在	(63)
第二节 相互主义原则存在的合法性	(65)
第三节 引渡关系中的相互主义原则的“相互性”研究	(68)
第四节 相互主义原则和根据相互主义的引渡方式的区别	(70)
第五节 引渡的相互主义原则的适用方法——相互主义原则与 犯罪人引渡制度中其他原则的关系	(76)
第四章 引渡犯罪的判断标准——双方可罚原则	(80)
第一节 双方可罚原则的问题所在和方法论	(80)
第二节 双方可罚原则的适用根据	(84)
第三节 引渡犯罪的规定方式	(92)
第四节 双方可罚原则的本旨问题	(104)
第五节 双方可罚原则的“可罚性程度”	(126)
第六节 双方可罚原则的“同一性”的本来要求	(137)
第七节 双方可罚原则“同一性的程度”	(148)
第五章 引渡犯罪的例外原则之一——政治犯不引渡原则	(155)
第一节 政治犯不引渡原则的问题所在	(155)
第二节 政治犯不引渡原则与庇护权的区别	(156)
第三节 政治犯不引渡原则的实证过程	(159)
第四节 评欧美诸国家之间放弃适用政治犯不引渡原则的实质	(175)
第五节 政治犯罪的性质	(185)

第六章 引渡犯罪的例外原则之二——自国民不引渡原则	(197)
第一节 自国民不引渡原则的问题所在	(197)
第二节 自国民不引渡原则的法的根据	(198)
第三节 自国民不引渡原则在中国司法实践中的适用	(203)
第七章 引渡犯罪的例外原则之三——死刑犯不引渡原则	(206)
第一节 死刑犯原则的问题所在	(206)
第二节 死刑犯不引渡原则的法的根据和国家主权	(207)
第三节 中国适用死刑犯不引渡原则的可能性	(209)
第八章 犯罪人引渡的例外与救济手段——代理处罚原则	(212)
第一节 代理处罚原则的问题所在	(212)
第二节 代理处罚原则的法的根据	(213)
第三节 代理处罚原则的适用条件	(220)
第四节 代理处罚原则适用的极限	(224)
第九章 引渡犯罪的实现原则——特定主义原则	(226)
第一节 特定主义原则的问题所在	(226)
第二节 特定主义原则的法的根据	(227)
第三节 特定主义原则的适用条件	(234)
第四节 特定主义原则在司法实践中的可行性	(240)
附录资料 (1)	(243)
附录资料 (2)	(263)
附录资料 (3)	(273)
附录资料 (4)	(299)
附录资料 (5)	(309)
附录资料 (6)	(319)
附录资料 (7)	(331)
附录资料 (8)	(341)
附录资料 (9)	(351)
后记	

第一章

犯罪人引渡制度的 历史沿革及其现状

任何制度的理论研究都必须始于对它的创建、发展以及现状研究。为了能够更加深入地研究引渡制度,笔者认为有必要对引渡制度的整个发展过程以及现状作详细的综合分析。

第一节 犯罪人引渡的历史沿革

一、古代引渡法

虽然现代的引渡制度在西欧一些国家和美国比其他国家或者地区更为发达,但是最早的引渡条约、引渡实践却起源于古埃及、中国、巴比伦和美索不达米亚城^①。公元前1291年,古埃及的法老拉姆捷斯二世(Ramesses II)和赫梯皇帝哈图希里二世(Hattusili II)签订和约,这一和约是历史上第一个有证可查的关系到引渡内容的和约。该和约的内容有:防御同盟、互不侵犯、反对反叛者的互助义务以及关于引渡逃亡者等^②。古代的和约一般都涉及到犯罪人的引渡,如公元523年罗马帝国和新波斯帝国订立“永久和平”条约,562年缔结的“50年和平”条约^③,以及之后的中世纪欧洲国家缔结的许多和约都有关于引渡的条款。不过在当时,那些被引渡的犯罪人主要是反君主的,在现代意义上是具有政治色彩的“政治犯罪”人。君主之间为了保证彼此之间的王位统治而引渡叛逆者,一方面,它能够取得同盟者之间的信赖,另一方面也给自国的潜在的反叛者予以警戒。

公元前1000年,古希腊形成了原属具有神圣目的的宗教联合,后来发展成

① M. Cherif Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice*, Oceana Publications Inc. 1996, 3rd ed. p. 1 (M·谢里夫·巴西奥尼《国际引渡:美国的立法和实践》)。

② 王铁崖:《国际法引论》,北京大学出版社1998年版,第256~257页。

③ 同注②第266页。

为“上帝的和平”和庇护权利的制度^①。这种制度使我们联想到现在的政治犯不引渡原则和宗教犯不引渡原则的历史渊源，但是不难鉴别当时的庇护和现代意义上的政治犯不引渡原则、宗教犯不引渡原则之间在性质上的差异。古代的庇护制度根本没有现代意义上保护个人人权的理念，当时的庇护制度只不过是保护宗教制度本身，而通过庇护逃亡犯罪人则体现对上帝权威的尊重。在古代的引渡中，虽然存在条约性和约，但是引渡并不是完全按照和约所规定的程序进行的，甚至可能和约本身也没有规定详细的引渡程序。和约之所以规定引渡，不过是为了君主之间的合作更加明确化。在某种意义上我们可以说，古代的引渡可能只是一种外交礼仪，犯罪人的引渡可能只通过君主的一个手势就可以得以实现^②。这种情况下，引渡既不需要完善引渡制度自身，也不需要加深理论研究。可以说，在古代既没有引渡制度，也没有引渡理论。即便有引渡仪式，如在古罗马，引渡的仪式也是由祭祀组成的祭祀团而完成的^③。当然，这种仪式在一定程度上意味着引渡制度的发展。

在引渡发展史中，引渡实践得出一个结论，即引渡只是为了保存各国之间的内在秩序，并没有把引渡看作为一种进行国际刑事合作的手段^④，最多是一种政治合作的表现形式。这也是为什么在17世纪之前的引渡对象是以政治犯为主，而一般不涉及普通犯罪的真正原因。引渡作为一个建立国家间友好关系和友好合作的诱惑物在欧洲是从17世纪开始的，而且这种趋势一直都在上升^⑤。大部分的国家根据缔结的条约或者相互主义的原则，甚至还根据国际礼让展开了引渡^⑥。格老秀斯在《战争与和平》中主张“或起诉或引渡”的思想几乎可以说是广泛展开引渡的一个重要的理论根据。格老秀斯以及拥护者法泰尔所主张的“或起诉或引渡”主要是针对重大的国际犯罪——如海盗罪而言的。但一些国家的司法实践却将这种主张扩大到对一般的国内犯的逃亡犯罪人的引渡上。因此，这种扩张引起了一种国家是否有引渡义务的争论。反对将引渡作为国家义务的国际法学家是普芬道夫，他认为引渡义务只有在明确的条约（或者协定）之下才能成立。从现代国际法实践看，普芬道夫的主张在英美法系国家得到了发展，这些国家在引渡上采用了条约前置主义，而在多数的大陆法系国家的引渡没有限制于根据引渡

① 同第1页注②第260页。

② 同第1页注①第2页。

③ Arthur Nussbeam, *A Concise History of the Law of Nations*, 1947, p. 16 (亚瑟·努斯鲍姆《国家间法律简史》)。

④ 同第1页注①第4页。

⑤ 同第1页注①第4~5页。

⑥ 同第1页注①第5页。

条约的引渡^①。普芬道夫的思想对保护国家主权下的现代国家具有重要意义，但是现代的国际公约对国际犯罪的多数还是采用了格老秀斯的“或起诉或引渡”的主张。

二、17 世纪的引渡

1648 年威斯特伐利亚会议之后，建立了民族主权国家。国家之间的交流也开始不断发展起来。但是关于引渡的国际关系却并没有那么繁荣。这一时期犯罪人引渡的主要对象除政治犯外，主要是军事犯^②。这个时期的国际关系的特征主要是政治权利取得均衡的过渡期。国家无论大小虽然在欧洲范围内通过威斯特伐利亚会议制定了集体协定，取得了主权和独立，并于 1648 年 10 月 24 日正式鉴定了两个条约——《蒙斯特条约》和《奥斯纳布兰克条约》，通过该条约达到用谈判、调解和调停或者仲裁的方式以解决国际纠纷的目的。但是这并不意味着战争在欧洲结束，更不用说各欧洲国家为了占领更多的殖民地而将战争扩大到了欧洲之外的国家。总而言之，1648 年威斯特伐利亚虽然主张无正当理由的战争是非法战争，但是并没有能够完全禁止战争。战争在这一阶段依然是主旋律，而且从国家与国家之间的战争扩大到组成同盟国与另一国家（可能是另一个同盟国）之间的战争。这体现在引渡中就是在同盟国之间引渡的对象主要变成了逃兵，即我们现在所指的军事犯。当时在同盟国之间缔结的同盟条约中一般都会涉及到引渡条款，这与古代的情况没有什么两样。在这些同盟条约中涉及的引渡对象从政治犯向军事犯扩大。

尽管当时陆地战争还很残酷，但是已经产生了战争人道主义的萌芽。交战的双方国家往往订立“战俘协定”^③。这是引渡战俘的一个法律依据，但这与前面所指的引渡在性质上不同。前者是逃兵，引渡后在本国将会受到刑事裁判（可能是军事裁判）。而后者是战俘，是被本国赎买回去的战败兵，引渡后一般不会受到本国的刑事责任追究，而且还可能再次编入军队中。之所以当时要赎买战俘，是因为当时奴隶贩卖猖獗。如果不赎买战俘，有将这些战俘被卖为奴隶的可能性。我们一般意义上所指的引渡对象是指前者——逃兵，而不是指后者——战俘。关于战俘的引渡也不是引渡制度所研究的内容。

三、1833 年—1948 年

1833 年 10 月 1 日比利时制定并颁布了《引渡法》，这是世界上第一部关于

① 同第 1 页注①第 6~7 页。

② 同第 1 页注①第 3 页。

③ 同第 1 页注②第 277 页。

引渡的国内成文法。比利时颁布《引渡法》主要是为了解决政治犯引渡与否的问题。这一立法在解决该问题上取得了成功,其他欧洲诸国纷纷效仿。因此,政治犯不引渡原则也因此而取得稳定地位。不久大量的双边引渡条约就像潮水般地缔结。到1948年止,关于引渡的条约已经遍及几乎所有的国家。这些条约以一国为中心,在一个范围内展开。即便一个国家所缔结的条约没有达到与所有国家缔结引渡条约的程度,但是这种网状的形式,即以几个国家为中心向外展开的引渡条约的缔结已经达到了遍及世界各地的目的。引渡制度的主要原则大都在这个阶段形成。下面就这些条约的特点作一个总结性的探讨:

1. 相互主义原则的发展

引渡中的相互主义原则是指国家以平等互惠为前提,进行犯罪人引渡的一种国家间的对等政策。相互主义原则是引渡制度中最古老的原则^①。该原则是在19世纪确立的,虽然不能明确是从什么时候为该原则的确立点,但是出现在条约中的相互主义原则,至少可以追溯到1842年美国与加拿大之间缔结的引渡条约中。从此几乎近代所有的引渡条约中都明文规定了相互主义原则。因为近代国际法是由主权国家的确立而发展起来的,而且主权国家的关系是以相互对等为前提,那么在引渡中坚持适用相互主义原则也就不言而喻了。

从相互主义原则的实质来看,可以说相互主义原则不是为了正义所要求确立的原则,而是因为国家政策所需而确立的原则。这一结论早在1880年9月5日的国际法大会上就有定论^②。也正因如此,关于引渡中的相互主义原则的存在必要性引起了理论上的很大争议^③。不能否认,相互主义原则的实质在于强调、体现主权国家的平等互利,而所指的正义内容甚少。但是现代国家是由主权国家所建构的,而且是实行引渡程序的主体。没有主权国家的平等互惠,在这个阶段的国家是不会为了纯粹的抽象正义而实行引渡的,因此,我们不得不承认相互主义原则是保障实行引渡进行下去的一个前提。事实上,各个国家所制定的国内引渡法多数是明确规定相互主义原则的。1833年10月1日的比利时犯罪人引渡法以相互主义原则为前提^④。1927年3月10日的《法国引渡法》第1条规定:“没有缔结犯罪人引渡条约的,犯罪人引渡的条件、犯罪人引渡的手续的效果,根据本

① 森下 忠:《犯罪人引渡法の理论》,第1页,(成文堂1993)(森下 忠《犯罪人引渡法の理论》)。

② Institut de droit international, “La condition de réciprocité, en cette matière, peut être commandée par la politique; elle n’est pas exigée par la justice.” (国际法大会)。

③ 同注①第2页。

④ 同注①第4页。

法进行。”^①虽然法国的引渡法没有直接规定相互主义的原则,但是根据该条的规定不难推出法国是以相互主义原则为引渡前提的结果。因为“根据本国的引渡法的引渡”,不能像根据缔结的引渡条约一样充分保障双方国家的引渡义务,它一般是根据国际习惯法进行的引渡。而现代国际习惯法成立的前提是主权国家的长期的惯行积累的结果,这一习惯法的遵守就意味着主权国家的平等和互惠。这种平等和互惠不以相互主义原则为前提就不能实质性地加以实现。所以说法国只要存在根据国际习惯法的引渡方式,那么就不难推出法国是一个以相互主义原则为前提引渡的国家。1927年的法国引渡法是西欧诸多国家规定国内引渡法的一个模范成文法^②,如果法国是以相互主义原则为前提引渡的国家,那么其他的多数欧洲国家也可以说是以该原则为前提立法的。如1982年的《德国国际刑事司法协助法》第5条^③以及1994年修改的《德国国际刑事司法协助法》第5条^④都明文规定了相互主义原则。大部分的大陆法系国家也都是以相互主义原则为前提的,如1988年8月5日的《韩国犯罪人引渡法》第4条^⑤,2000年12月28日通过的《中华人民共和国引渡法》第3条都明文规定了相互主义原则。

英美国家没有像大陆法系国家那样明文规定以相互主义原则作为引渡的前提,但是司法实践证明不根据相互主义原则实行引渡是不可行的。1870年的《英国引渡法条例》没有规定相互主义原则,这导致了在司法实践中的一系列的问题^⑥。在1989年修改的引渡法中英国明文规定了相互主义原则^⑦。美国虽然没有规定相互主义原则,但是在美国存在根据相互主义原则引渡的司法实践^⑧。如果是这样,相互主义原则作为该国的引渡的前提就不难想像了。

综上所述,可以说相互主义原则是引渡的一个必然的、绝对的前提。时至今

① LOI du 10 mars 1927, Article 1, La Semaine Juridique, p. 337 (1927年3月10日《引渡法》第1条)。

② I. A. Shearer, *Extradition in International Law*, Manchester University Press, 1971, pp. 16 ~ 19 (I. A. 谢尔瑞《国际法上的引渡》)。

③ 森下 忠:《ドイツ国际刑事司法协助法(IRG)》第115页(骏河台法学第4卷第1号,1990年)(森下 忠《德国国际刑事司法协助法》)。

④ Gesetz über die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) (1994)。

§ 5 - Gegenseitigkeit (《德国国际刑事司法协助法》第5条相互主义原则)。

⑤ 森下 忠:《韩国の犯罪人引渡法》第147页,(警察学论集第52卷第1号)(森下 忠《韩国犯罪人引渡法》)。

⑥ 同第4页注①第5页。

⑦ [Extradition Art, 1989], English. (《英国引渡法条例》1989)。

⑧ J. Beverly, J. D. Westbrook, *Extradition of Federal Criminal Defendants Based on Comity of Nations (Annotation)*, Lawyers Cooperative Publishing Co. 1999. (LEXIS. NEXIS) (J. 贝弗利、J. D. 韦斯布拉克《根据国际礼仪的联邦犯罪人引渡》)。

日,虽然对它的存在必要性与否依然有理论上的激烈争议,但是它作为引渡制度中的原则的存在是不容置疑的事实。

2. 关于双方可罚原则的发展过程

虽然条约几乎都规定了引渡犯罪必须达到双方国家的犯罪标准为条件,但是没有一条约上明确规定这就是对双方可罚原则的规定。我们不得不说,双方可罚原则是一种理论上的原则,这一原则是从关于对引渡犯罪的条件中抽象出来的原则。

自缔结引渡条约以来,条约中就规定了“引渡犯罪”的条件。尽管这些条件多少会有一些差异,但是多数条约规定以“该引渡犯罪必须具备双方国家的犯罪构成要件并受到处罚”为引渡的条件。这就是双方可罚原则的成立根据。在引渡制度中,没有双方可罚原则是无法想像的。当一个国家要将一个逃亡到自己国家的犯罪人引渡到另一个认为该逃亡人犯罪人的行为是犯罪并且应得到处罚的国家时,就意味着被请求引渡国与请求国之间存在刑事司法协助的意识,并将这种意识付诸行动。如果请求国将逃亡犯罪人引渡回国是为了“惩罚”,那么被请求国引渡逃亡犯罪人,可以说是帮助请求国“惩罚”逃亡犯罪人。如果根据被请求国的法律,逃亡犯罪人的行为并不构成犯罪时,被请求国对逃亡犯罪人的引渡行为实质上就是违背罪刑法定主义原则。因此,在引渡中强调双方可罚原则是必要的。

在早期的阶段,双方可罚原则可以说是调整国家关系的一个“政治性”杠杆。因为被请求国与请求国之间虽然存在关于引渡的条约,但是也不排除被请求国对请求国的内政干涉。如果用双方可罚的条件作为引渡的要件,被请求国就可以掌握引渡或者不引渡的主动性,在一定的程度上就可以达到干涉的目的。这就是双方可罚原则在初级阶段的本旨。在逃亡犯罪人的人权保护呼吁之声高涨时,双方可罚原则也发掘出另一个保护机能,即限制人类不发达的刑罚制度的滥用。具体地讲,当被请求国的法律认为请求国的法律还存在非人性化的问题时,通过使用不引渡可以起到一个过滤作用。这在一定的程度上保护了逃亡犯罪人的人权。虽然双方可罚原则在相当程度上依然存在国际政治的色彩,但是它已经开始作为保护人权的手段使用,并得到了一定的发展。

3. 关于政治犯不引渡原则的发展过程

从犯罪人引渡的历史来看,古代甚至近代的政治犯罪是犯罪人引渡的主要对象^①。这样的情况一直延续到1798年的法国大革命。1793年6月激动的法国在《法国大宪章》第120条中规定“法国给予为了自由政治被祖国驱逐的外国人庇

^① M. Cherif Bassiouni, *International Extradition and World Public Order*, A. W. Sijthoff - Leyden Oceana Publications Inc. - Dobbs Ferry, N. Y., 1974, p. 370 (M·谢里夫·巴西奥尼《国际引渡与世界秩序》)。

护权。拒绝给予专制君主以保护”^①。这样的关于庇护权的规定被认为是最初的关于政治犯不引渡的条款。在那个时代用政治犯不引渡维持国际关系对每一个欧洲国家是极其重要^②，因为亡命者的社会地位在成功和失败中不规则的变换命运表现了哪个时代的特征。在那种政治背景下，所有的问题都政治化了^③。在这种情况下，引渡亡命者会导致自国的国际关系陷入进退维谷的危险状态，因此不引渡亡命者可以说是那个时代的贤明的外交政策。但另一方面，该原则在创建的同时就存在适用上的问题。虽然法国以崇高的理念规定了庇护权——适用的对象范围。但是它并没有给“为了自由主义被祖国驱逐的外国人”以明确的定义。因为在那时“专制君主”的范围可以说是明确的，我们可以说，法国的大宪章提供的庇护权可以对“专制君主”之外的所有的为“自由政治”而斗争的人。尽管那时为“自由政治”而斗的人也是不择手段。因为无政府主义也是那个时代的伴随“为自由政治”而存在的产物，但是忙于维持自国不卷入战争的诸欧洲国家已经不顾该原则的不完善之处了，因为它成了那个时代的国家保护自国国际关系的唯一手段。第一个将政治犯不引渡明文规定下来的是1833年的比利时^④，当时的比利时处于被灭亡的状态，规定该原则，在一定程度上解决了外交上的困难^⑤。鉴于比利时在外交上的成功，欧洲的诸国家也仿照该外交手段采用了政治犯不引渡原则。

从以上政治犯不引渡原则的起源看，不难看出政治犯不引渡原则虽然形式上像法国宪章规定的那样是为了保护“亡命人”的原则，但是实质上该原则不过是保护国家利益的原则而已。当欧洲国家的政局一定，是不是应该将政治犯不引渡规定在条约中，在理论上马上便引起了争论^⑥。从另一个侧面我们可以看到，政治犯不引渡原则在那个时代的本旨不过是欧洲国家的一种外交手段。这样的外交手段虽然一时能够解决国际关系问题，但是该手段本身所隐含的问题不是没有引起各个国家的重视，因为将一个恐怖犯罪分子或者无政府主义分子留在自己国内的后果正是这些国家所担心的。在不能取消政治犯不引渡原则的前提下，比利时修订了1933年的《引渡法》，明确地将侵害外国元首及其家属的行为排除在政治

① 芹田健太郎：“政治犯不引渡原则的确立—历史的·实证的检讨—”国际法外交杂志71卷4号36页（芹田健太郎《政治犯不引渡原则的确立—历史的·实证的探讨—》）。

② The Hon. Mr. Justice Stephen Sedley, *The Law of Extradition in the United Kingdom*, The Round Hall Press, 1995; p. 147（斯蒂芬·山德雷《英国引渡法》）。

③ 芹田健太郎：《亡命·难民保护的诸问题I》第37页，（北树出版2000）（芹田健太郎《亡命·难民保护的诸问题》）。

④ 同第4页注①第68页。

⑤ 同注①第36页。

⑥ 同注①第36页。

犯不引渡原则的适用之外。这种修正充分证明政治犯不引渡原则的起源时就有同“政治犯罪”并存的恐怖犯罪的存在,或者说为了“自由政治”的人行为本身与不择手段的恐怖主义、无政府主义行为并存的事实。这次修改的条款被称为比利时加害条款^①,但是比利时加害条款并没有否定侵害外国首脑及其家属的行为是政治犯罪行为,它只是把这种政治犯罪排除在适用政治犯不引渡原则的对象之外而已。

不过重要的是政治犯不引渡原则的发展并没有完全停止在它的起源时的这种目的上,它随时代的变化而发生了根本变化。它的第一个阶段的变化是政治犯不引渡原则的例外原则的发起。加害条款到1900年为止,只有被少数几个引渡条约所规定,譬如说,美国和卢森堡的引渡条约第4条^②。但是从1900年到1930年缔结的86个条约中就有71条规定了加害条款^③。

① 同第4页注①第71页。

② Article 4 of Treaty of Extradition between United States of America and Luxembourg, October 29, 1889; Signed at Berlin.

③ 譬如说: Article 4 of Treaty for the mutual extradition of fugitives from justice between United States of America and Belgium; October 26, 1901; Signed at Washington.

Article 6 of Treaty for the extradition of fugitives from justice between United States of America and Iceland (with Denmark); January 6, 1902; Signed at Washington.

Article 4 of Treaty for mutual extradition of fugitives from justices between United States of America and Guatemala, February 27, 1903; Signed at Washington.

Article 6 of Treaty providing for the mutual extradition of fugitives from justice between United States of America and Cuba; April 6, 1904; Signed at Washington.

Article 3 of Extradition convention and exchange of concerning the death penalty between United States of America and Portugal, May 7, 1908; Signed at Washington.

Article 3 of Treaty for extradition of fugitives from justice between United States of America and Honduras, January 15, 1909; Signed at Washington.

Article 3 of Convention for the mutual extradition of fugitives from justice between United States of America and Dominican Republic, June 19, 1909; Signed at Santo Domingo.

Article 3 of Treaty of extradition between United States of America and El Salvador, April 18, 1911; Signed at San Salvador.

Article 3 of Treaty of extradition, and additional article between United States of America and Venezuela, January 19 ~ 22, 1922; Signed at Caracas.

Article 3 of Treaty of extradition and exchange of notes concerning the death penalty between United States of America and Costa Rica, November 10, 1922, Signed at San Jose.

Article 3 of Treaty for the extradition of fugitives from justice between United States of America and Thailand, December 30, 1922, Signed at Bangkok.

Article 3 of Extradition Treaty between United States of America and Turkey, August 6, 1923; Signed at Lausanne.

Article 3 of Treaty of extradition between United States of America and Latvia, October 16, 1923; Signed at Riga.

Article 3 of Treaty for extradition of fugitives from justice between United States of America and Estonia, November 8, 1923; Signed at Tallinn.