

或引渡或起诉
Aut Dedere Aut Judicare

| 黄 风 著 |



中国政法大学出版社

或引渡或起诉

Aut Dedere Aut Judicare

| 黄 风 著 |



中国政法大学出版社

2013·北京

图书在版编目 (CIP) 数据

或引渡或起诉 / 黄风著. —北京: 中国政法大学出版社, 2013. 8
ISBN 978-7-5620-4876-3

I. ①或… II. ①黄… III. ①引渡—国际法—研究 IV. ①D998. 2

中国版本图书馆CIP数据核字 (2013) 第191055号

- 书 名 或引渡或起诉 Huo Yindu huo Qisu
- 出版发行 中国政法大学出版社 (北京市海淀区西土城路 25 号)
北京 100088 信箱 8034 分箱 邮编 100088
<http://www.cuplpress.com> (网络实名: 中国政法大学出版社)
58908325 (发行部) 58908334 (邮购部)
- 编辑统筹 第三编辑部 010-58908289 zonghebianjishi@gmail.com
- 承 印 固安华明印刷厂
- 规 格 880mm × 1230mm 32 开本 7.5 印张 150 千字
- 版 本 2013 年 9 月第 1 版 2013 年 9 月第 1 次印刷
- 书 号 ISBN 978-7-5620-4876-3/D · 4836
- 定 价 24.00 元

- 声 明
1. 版权所有, 侵权必究。
 2. 如有缺页、倒装问题, 由出版社负责退换。

Preface

前言

“或引渡或起诉”是一句人们耳熟能详的法谚，但是，它在国际条约中的表述却表现为不同的形态，笔者将这些不同的表述归纳为：①松散型，即笼统地要求或者呼吁各缔约国针对某一国际犯罪共同予以打击，无论是采用追诉形式，还是开展引渡合作，但并未确定具体的规则；②针对国民型，即要求缔约国对于在其境外涉嫌实施犯罪的本国国民在不向外国引渡情况下承担自行追诉的义务；③受司法管辖限制型，即要求缔约国对于在其境外涉嫌实施某一国际犯罪的本国国民或者外国人在不向外国引渡情况下承担自行追诉的义务，但此种追诉义务的承担仅以该缔约国关于刑事司法管辖的国内法允许为限；④无司法管辖障碍型，即

要求缔约国对于任何在其境外涉嫌实施特定国际犯罪的人员在不引渡情况下一律实行追诉，并进行必要的国内立法，以使其刑事司法管辖的国内法适应履行此义务的需要。

无论将“或引渡或起诉”称之为“义务”还是“原则”，就具体案件而言，人们都应当首先搞清楚它适用的是哪种具体情况，应当援引的是哪项国际条约，相关国际条约对它作出了怎样的表述，特别是就司法管辖问题作出了怎样的规定，包括在确立司法管辖问题上使用的措辞是“应当”还是“可以”，等等。正是为了便利这样的辨别，本书第二编对我国目前已加入的多边国际公约中“或引渡或起诉”条款进行了分类列举，第三编对我国现已缔结的双边引渡条约中“或引渡或起诉”条款进行了分类列举。如果说这两编的分类列举有什么特点或者价值的话，那就是：这里的分类列举均以我本人所归纳和总结的“或引渡或起诉”条款四大类型为分类标准，试图以此反映出不同类型条款所蕴意的不同适用范围和约束强度。

对国际条约中“或引渡或起诉”条款进行分类列举，这是作者从巴西奥尼（M. Cherif Bassiouni）教授与爱德华·M. 怀斯（Edward M. Wise）教授合著的《国际法中的“或引渡或起诉”义务》^{〔1〕}一书中得到的启发。在上述著

〔1〕 M. Cherif Bassiouni and Edward M. Wise, *Aut Dedere Aut Judicare: The Duty to Extradite or Prosecute in International Law*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1995.

作中，巴西奥尼教授把“或引渡或起诉”问题的研究重点放在了对相关条款的分类和整理上，并且将相关多边国际公约划分为两大类：含有关于定罪和司法管辖条款的实体性公约（Substantive Conventions）和仅涉及追诉程序和国际刑事司法合作问题的程序性公约（Procedural Conventions）。直到今天，上述作品仍被尊为国际刑法学界关于“或引渡或起诉”问题研究的经典之作。这也许证明了这样一个道理：在国际法研究中，对于相关法律文献中具体规范的梳理和对比往往胜过对于某一概念或制度的论证和解释。

遗憾的是，在国际法领域，尤其是国际刑法领域，对某一概念或制度的论证和解释往往脱离了对相关法律文献中具体规范的梳理和对比，因而，这种论证和解释有时候似乎变成了不靠谱的空谈、臆想或者强词夺理。关于“或引渡或起诉”原则的研究也没能摆脱这样的影响，我们在阅读国际法院 2012 年就比利时诉塞内加尔案的判决书时再次产生了这样的感受。该判决书完全不顾及《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 5 条第 2 款和第 7 条第 1 款的文字表述，硬是将“或引渡或起诉”原则解释为“引渡是公约向该国提供的一项选择，而起诉则是该公约规定的一项国际义务”，以明显的偏向迎合了比利时对有关公约条款作出的“起诉或者引渡”的单方面解释。

我并不想揶揄说国际法院的一些法官在某些专业性较

强的国际法问题上也属于“二把刀”，但我确实担心那里的一些氛围、舆论和思维定势会把国际法变成“欧洲法”。全世界的国际法学者都有责任和权利维护国际法规范的法定性和普遍性，因为，国际法是我们大家共同制定和采纳的“万民法（*ius gentium*）”。令我感到欣慰的是，海牙国际法院的薛捍勤法官对2012年7月20日判决书关于“或引渡或起诉”的判词坚定地说出了“不”。^{〔1〕}

我希望这本书第一编的研究报告和第二编对国际多边公约中“或引渡或起诉”条款的分类列举能够增进人们对这一古老法谚的研究兴趣，能够让我们对这一原则的理解回到具体的国际条约规范上来。我以为：对于某一国际条约中的“或引渡或起诉”条款，任何人，包括国际法院的法官，只应当逐字逐句地遵守或者适用相关条款的文字表述；在这些条款的文字表述已足够明确的情况下，他们没有必要并且也没有权利别出心裁地作出新解释。

黄 风

2013年5月20日

于太仆寺街

〔1〕 参见本书第四编“国际法院引人关注的新解释”所附国际法院2012年7月20日比利时诉塞内加尔案判决书第122段。

Contents

目 录

前 言	I
-----------	---

第一编

“或引渡或起诉”法律问题研究	1
一、“或引渡或起诉”原则的起源和发展	1
二、“或引渡或起诉”在国际条约中的不同模式	11
(一) 松散型	13
(二) 针对国民型	15
(三) 受司法管辖限制型	16
(四) 无司法管辖障碍型	17
三、“或引渡或起诉”的适用条件	19
(一) 对犯罪嫌疑人的实际控制	19
(二) 存在引渡犯罪嫌疑人的要求	20
(三) 对案件享有刑事司法管辖权	24

四、与“或引渡或起诉”相关的几个问题	26
(一) “或引渡或起诉”与习惯国际法的关系 ...	26
(二) “或引渡或起诉”与普遍管辖的关系	30
(三) 关于庇护与豁免问题	34
(四) 关于证据材料和司法协助的条件	40
(五) 关于“一事不再理”问题	42
五、部分国家对“或引渡或起诉”的态度	44
(一) 美国	44
(二) 俄罗斯	47
(三) 英国	49
(四) 加拿大	51
(五) 日本	53
(六) 阿根廷	55
(七) 南非	56
六、我国关于“或引渡或起诉”的立法与实践	58
七、若干分析意见与建议	65

第二编

“或引渡或起诉”在多边国际公约中的表述	75
一、松散型	75
二、针对国民型	81

三、受司法管辖限制型	94
四、无司法管辖障碍型	101

第三编

“或引渡或起诉”在双边引渡条约中的表述	125
一、针对国民型	125
二、受司法管辖限制型	136
三、无“或引渡或起诉”条款	140

第四编

国际法院引人关注的新解释	141
附录 国际法院 2012 年 7 月 20 日比利时 诉塞内加尔案判决书	146

“或引渡或起诉” 法律问题研究

一、“或引渡或起诉” 原则的起源和发展

学术界一致认为“或引渡或起诉”最早是由17世纪的自然法学家胡果·格老秀斯(Hugo Grotius)提出的,格老秀斯当时在其名著《战争与和平法》中的表述是“*aut dedere aut punire* (或引渡或处罚)”。后来,巴西奥尼教授将“*aut punire* (或处罚)”改为“*aut judicare* (或起诉)”,“因为现代刑法的目的是起诉被确信为犯罪的人,而不是惩处他们,除非这些人被证明有罪。”^{〔1〕}

格老秀斯基于自然法理论认为:“因为事实上国家习惯于允许其他国家带着武装部队通过他们的边境强制执行惩罚,因为这样一种办法是不适当的,所以,罪犯居留的国家必须做两件事中的一件。当被要求时,它应该或者给罪犯以

〔1〕〔美〕巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志等译,法律出版社2006年版,第283~284页。

应得的惩罚，或者把他交给提出要求的当事国处理。后一种办法就是引渡。”〔1〕因而，相对于所有使另一个国家受到损害的犯罪来说，受害国享有要求对其进行惩罚的自然权利，犯罪人躲藏地国家不应当妨碍这一权利的行使，因而，它一般应当将有罪的个人移交给请求国进行处罚；它并不严格地受此义务约束，可以选择一个替代手段——自己惩罚该犯罪人。但是，它必须在两者中选择其一：或者引渡或者处罚（*aut dedere aut punire*）。〔2〕

格老秀斯的观点突破了刑事司法属地管辖的观念，在提出后并没有立即受到重视和采纳，甚至受到同样尊崇自然法理论的刑事古典学派的批判。18世纪意大利启蒙派学者、现代刑法基本原则的奠基人切萨雷·贝卡里亚（Cesare Beccaria）在《论犯罪与刑罚》中写道：“有人主张：无论人们在哪里犯了罪，即实施触犯法律的行为，他都可以受到刑罚。似乎臣民的属性是一成不变的，也就是说，无异于奴隶的属性，甚至比它更糟糕。似乎居住在某国度的公民可以是另一国度统治的臣民，他的行为可以毫无矛盾地受到两个往往相互矛盾的君主和法典的支配。”他认为，“刑罚的地点就是犯罪的地点。因为，人们仅仅是为了那个地点的公共安全才被追侵犯某人。如果某个罪犯对于其他社会的契约并没有造成

〔1〕〔荷〕格老秀斯：《战争与和平法》，〔美〕A. C. 坎贝尔英译，何勤华等中译，上海人民出版社2005年版，第318页。

〔2〕M. Cherif Bassiouni, *International Extradition United States Law and Practice*, Oxford University Press, Inc., 2007, p. 10.

破坏,那么他可以受到该社会最高权力的威吓、驱逐和排斥,却不能受到以法律手续作出的惩罚。”〔1〕

但是,格老秀斯的学说在国际法学界产生了越来越强烈的反响。18世纪德国哲学家和法学家克里斯蒂安·沃尔夫(Christian Wolff)借用罗马法的术语提出:国际社会应当是一个超国家的最广泛文明体(civitas maxima),它应当对组成它的各个成员国享有一定的权力。“civitas maxima”这一术语后来被包括中国学者在内的许多学者表述或者翻译为“超国家”,并以此表示一个更高级别的政治实体。“在一定程度上,正是这种‘超国家’的信念,一种超越个体利益的集体义务,成为主张国际社会有共同的利益去惩罚某些国际犯罪的理论基础。”〔2〕这一观点也得到一些刑法学者的赞同和支持,19世纪著名刑法学家、刑事古典学派的另一重要代表人物弗朗切斯科·卡拉拉(Francesco Carrara)摒弃了那种把普通犯罪仅仅看做是对犯罪发生地社会秩序之侵犯的观点,提出:对某些普通犯罪的“刑罚权并不仅仅属于那个需要保护自己的国家,而且也属于需要以联合行动保卫整个人类的所有国家”。〔3〕

〔1〕〔意〕贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,中国大百科全书出版社1996年版,第61~62页。

〔2〕〔美〕巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志等译,法律出版社2006年版,第29页。

〔3〕转引自Giulio Catelani, *I Rapporti Internazionali in Materia Penale, Estradizione - Rogatorie - Effetti delle Sentenze Penali Straniere*, Giuffrè Editore, 1995, Milano, p. 73.

进入 20 世纪,国际刑法学界最享有盛名的巴西奥尼教授给予“或引渡或起诉”学说以高度评价,指出:“各国间共同或相互的利益使引渡犯罪人变得必要而且正当,否则犯罪人就要受拒绝引渡国家的审判,该共同或相互利益还构成了现代法谚‘或引渡或起诉’的基础。”^{〔1〕}巴西奥尼在其著作中将“或引渡或起诉”列为国际刑法的重要原则,称之为“国际刑法间接执行制度的基石所在”。^{〔2〕}巴西奥尼所说的“间接执行制度”是通过国家法律制度执行国际刑法的一个术语,即通过各国的国内刑法和刑事司法系统把国际刑法的制裁性规范适用于实施国际犯罪的人。这种模式需要通过各国国内刑法和刑事司法系统的媒介和转换作用实现国际刑法的禁令,因而具有间接性。“或引渡或起诉”原则被认为是通过各国间刑事司法合作实现的国际刑法间接执行模式的中心。^{〔3〕}

“或引渡或起诉”条款最早出现在英国与瑞士缔结的双边引渡条约当中。实际上在两国于 1874 年缔结的双边引渡条约中尚无此条款,1878 年发生的威尔逊案^{〔4〕}使英国和瑞士

〔1〕 [美] 巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志等译,法律出版社 2006 年版,第 287 页。

〔2〕 [美] 巴西奥尼:《国际刑法导论》,赵秉志等译,法律出版社 2006 年版,第 283 页。

〔3〕 贾宇:《国际刑法学》,中国政法大学出版社 2004 年版,第 78 页。

〔4〕 威尔逊是英国国民,在瑞士犯罪后逃回英国,瑞士政府根据 1874 年缔结的双边引渡条约要求英国逮捕并引渡威尔逊。英国法院在审理该引渡案时以 1874 年引渡条约规定不引渡各自的国民为由,拒绝了瑞士的引渡请求。英国也没有惩罚威尔逊,因为英国只根据属地管辖原则进行刑事诉讼,一般不处罚在外国犯罪的本国国民。

认识到有必要堵塞因不引渡本国国民而留下的法律漏洞，因而这两个国家于 1880 年签订了新的引渡条约，明确规定：英国同意引渡在瑞士犯罪而在英国发现的所有的人（即包括英国国民）；瑞士同意引渡在英国犯罪而在瑞士发现的除瑞士国民以外的所有的人，但是瑞士应将在英国犯罪而不予引渡的瑞士国民按照瑞士法律进行起诉。^{〔1〕}

于 1929 年 4 月 20 日缔结的《惩治伪造货币国际公约》（*International Convention for the Suppression of Counterfeiting Currency*）被公认为第一个引入“或引渡或起诉”条款的多边国际刑事公约。该公约第 8 条规定：“在那些不承认引渡本国国民原则的国家，如果其国民在境外实施第 3 条列举的罪行后返回该国领域，应同样受到处罚，如同有关罪行是在其本国领域内实施的一样，即使国民身份是在该人实施犯罪后取得的。”但是，该公约同时规定：如果不予引渡的是外国人，则不适用上述起诉条款。^{〔2〕}

随后，1936 年 6 月 26 日缔结的《惩治非法买卖麻醉品公约》（*Convention for the Suppression of the Illicit Traffic in Dangerous Drugs*）第 7 条也针对不引渡本国国民的情况规定了同样的起诉义务，其表述形式与 1929 年《惩治伪造货币国

〔1〕 林欣、李琼英：《国际刑法新论》，中国人民公安大学出版社 2005 年版，第 231 页。

〔2〕 见该公约第 8 条第 2 款。公约英文本见 M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Inc., Irvington - on - Hudson, New York, 1997, pp. 1173 ~ 1177.

际公约》第8条基本相同。与前一公约不同的是，1936年《惩治非法买卖麻醉品公约》对“或引渡或起诉”条款的适用范围和条件作出进一步的规定，其第8条将关于在躲藏地国家提起刑事诉讼的规定扩展适用于外国人，但附有两项条件。第一项条件是：已接到针对该外国人的引渡请求，并且基于与非法买卖麻醉品犯罪无关的其他原因而拒绝该引渡请求。第二项条件是：躲藏地国家的法律允许针对在其境外实施犯罪的外国人进行刑事追诉。^{〔1〕}

1937年11月16日缔结的《预防和处罚恐怖主义公约》（Convention for the Prevention and Punishment of Terrorism）继续沿用1936年《惩治非法买卖麻醉品公约》中关于“或引渡或起诉”的表述模式，并且对在不引渡情况下起诉外国人补充了一项新的条件，即：该外国人的国籍所属国也允许本国法院对在其境外实施犯罪的外人行使司法管辖权。^{〔2〕}这意味着，当被请求国基于域外刑事司法管辖权起诉外国人时，需要遵循对等原则，如果该外国人国籍所属国法律没有为类似案件规定域外司法管辖权，则不能提起刑事诉讼。

对多边国际公约中“或引渡或起诉”条款做出最重要贡

〔1〕 见该公约第8条。公约英文本见 M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Inc., Irvington - on - Hudson, New York, 1997, pp. 920 ~ 925.

〔2〕 见该公约第10条（c）项。公约英文本见 M. Cherif Bassiouni, *International Criminal Law Conventions and Their Penal Provisions*, Transnational Publishers, Inc., Irvington - on - Hudson, New York, 1997, pp. 792 ~ 797.

献的，是1970年12月16日于海牙缔结的《关于制止非法劫持航空器的公约》（Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft）（以下简称“海牙公约”）。一方面，海牙公约第4条第2款要求各缔约国在针对特定犯罪行使司法管辖问题上采取统一的立法措施，“当被指称的罪犯在缔约国领土内，而该国未按第8条的规定将此人引渡给本条第1款所指的任一国家时，该缔约国应同样采取必要措施对此罪行实施管辖权”，从而使缔约国可以不分犯罪嫌疑人的国籍、犯罪实施地等条件而对处于本国领域内的犯罪嫌疑人适用“或引渡或起诉”原则，大大拓宽了该原则的适用范围并强化了该原则的约束力和义务性。另一方面，海牙公约第7条对“或起诉”义务作出较为务实的规定，将其表述为“将此案件提交其主管当局以便起诉”，从而认可了有关缔约国司法机关在起诉问题上享有独立的裁量权。^{〔1〕}

1970年海牙公约对“或引渡或起诉”条款的表述被学者

〔1〕 海牙公约专门委员会主席、法国代表曾在法律委员会第17次会议上作出如下说明：“此条所根据的想法是：〔在其域内发现劫机犯的〕国家必须将案件提交主管当局来决定是否对案犯提起诉讼。法律小组所遇到的难题在于：人们虽可设想该国不引渡就必须起诉这样一种有自动效力的体制，但法律小组却不能以绝对的口气来表述这种想法，因为大多数国家在起诉问题上有这样一条原则：是否起诉是由检察官来决定的。〔大家〕认为当然不能侵犯〔主管〕当局的权力。因此，法律小组借用欧洲引渡公约来起草案文，按照该公约，一国如不能引渡所称案犯，起码必须将问题提交〔主管〕当局来决定是否起诉。”见《法律委员会第十七次会议记录与文件集》，第14页。转引自赵维田：《论三个反劫机公约》，群众出版社，1985年版，第171页。