

美国双边引渡条约条款范式的实证研究

——兼与中国的比较

胡城军*

内容摘要:美国双边引渡条约发展历史长达 150 多年,从实证的角度可分为早中晚三个时期。三个时期既相互承接又各具特色,大致经历了从简单到复杂、从粗疏到精致的范式发展过程。在这个发展过程中,有一些一直不变的条款范式,如政治犯不引渡条款、双重犯罪条款、特定性原则条款和暂缓引渡条款等。这些条款见证了引渡习惯法的识别和形成过程。也有一些具有典型现代意义的条款范式,如死刑犯不引渡条款、本国国民不引渡条款、代表条款、溯及力条款等。还有一些独具美国特色的条款,如合理根据条款、无关时效条款等。另有一些被淘汰的条款,如非政治犯特定性原则条款、财税犯罪不引渡条款等。中国引渡条约的条款范式有的已后发地吸取了美国现代引渡条约的一些元素,有的还没有全面展开。在中国未来引渡条约的构建中,可根据我国国情适当扬弃美国范式。

关键词:美国双边引渡条约 引渡条款范式

引言

本文针对美国双边引渡条约的条款模式进行实证研究,有两个目的:一是探讨美国引渡条约的特色条款对中国引渡条约构建的意义;二是审视中国未来与美国商签引渡条约的可能性。从第一方面来看,中国引渡条约的立法历史不长,从 1993 年中国与泰国缔结第一个引渡条约开始,到目前只有短短 30 年时间;从条约数量来看,中国目前缔结的引渡条约有 57 项(生效 44 项),^①而美国从第一个双边引渡条约开始到目前已经有 150 多年历史,条约数量庞大,缔约经验丰富。从第二方面来看,中国与美国签订引渡条约确有必要,因此需要探讨两国商签引渡条约的可能性。中美缔约当然涉及政治、法律、社会等诸方面的因素,但是首先需要探究法律层面的可能性,即条约条款表现出来的相容度及前景。

美国从 1872 年与厄瓜多尔签订第一个引渡条约开始到 2016 年与塞尔维亚签订

* 湖南师范大学法学院教授。

本文系湖南省教育厅重点项目“美国双边引渡条约研究”(24A0086)的阶段性成果。

① 参见中华人民共和国外交部网站“条约数据库”,<http://treaty.mfa.gov.cn/web/index.jsp>,2024 年 3 月 6 日访问。条约文本可见于中华人民共和国条约法律司编:《引渡条约和打击三股势力条约集》,世界知识出版社 2009 年版;中华人民共和国条约法律司编:《司法协助类条约集 2009—2016 年》(上册 引渡条约),世界知识出版社 2017 年版。

目前最后一个引渡条约为止,与113个国家、地区和组织签订了引渡条约,但鉴于有一半以上的伙伴国与美国有不只一份条约文件,因此美国双边引渡条约的数量要远大于113项。^①美国双边引渡条约大致经历了三个发展阶段,即1872—1940年(后文称之为“早期”)、1961—1980年(后文称之为“中期”)和1982—2016年(后文称之为“晚期”),^②其中,1961—1980年为非常典型的过渡阶段。本文将以时间为线索来对美国双边引渡条约条款模式进行述评。在条约文本的选择中,113个条约伙伴(国家、地区和组织)基本全部涉及(除密克罗尼西亚和马绍尔群岛外),如果与一个伙伴国有多份不同时期的条约文件的,本文只选取其中一项。^③虽然样本选择似乎不太全面,但是根据这样的选择,条约文本的样本数量与时间跨度基本协调一致,^④大致能够反映这一时期条约条款模式的特点。本文中的“实体性条款”是指是否准予引渡,包括可以引渡和拒绝引渡的条款,“程序性条款”是指围绕着实体性规定所作的前期准备及后期实施工作的条款。

一、美国双边引渡条约条款总体特征

(一)1872—1940年

美国在这一时期大约与55个国家签订了近70项引渡条约(含后续修订条约),本文选取45个条约伙伴国家的45项条约文本作为考察对象。^⑤这些条约大概含有7到12项主干条款,年代越近,条款越多。^⑥基本条款有引渡义务条款(含合理根据的规定)、可引渡犯罪条款^⑦、引渡程序条款(含临时逮捕程序)、政治犯不引渡条款、本国公民不引渡条款、时效已过拒绝引渡条款、特定性原则条款、竞争性引渡请求条款、暂缓引渡条款、财产返还条款和费用条款等。这一时期的条约文件开始出现死刑犯不引渡条款,但数量只有3项。

这一时期的引渡条约条款虽然数量比较少,但是代表了引渡条约的一些基本条款,如引渡义务条款、可引渡犯罪条款、合理根据条款、政治犯不引渡条款、引渡请求程

① 本文所采用的美国双边引渡条约信息来自美国国务院网站、维基百科、LexisNexis/heinonline数据库。See M. C. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice* 1044-1048 (Oxford University Press 2014); Wikipedia, *List of United States Extradition Treaties*, <https://encyclopedia.thefreedictionary.com/List+of+United+States+extradition+treaties>, visited on 10 March 2024.

② 1872、1940、1961、2016年等年份的确定以条约签署年份为准。

③ 本文仅在选取美国与捷克的引渡条约时选取了2项。也就是说,本文选取的条约文件是与110个条约伙伴国和地区的111项条约文件,雷同的文件只有一项。

④ 1872—1940年、1961—1980年和1982—2016年三个时期条约文本的样本数量分别为45、20和46。

⑤ 这45项美国双边引渡条约的伙伴国为:智利(1900年)、刚果(1909年)、古巴(1904年)、多米尼加共和国(1909年)、厄瓜多尔(1872年)、埃及(1874年)、萨尔瓦多(1911年)、危地马拉(1903年)、海地(1904年)、洪都拉斯(1909年)、冰岛(1902年)、尼加拉瓜(1905年)、巴拿马(1904年)、葡萄牙(1908年)、圣马力诺(1906年)、苏里南(1887年)、捷克/斯洛伐克(1925年)、斯洛文尼亚/南斯拉夫(1901年)、委内瑞拉(1922年)、阿尔巴尼亚(1933年)、缅甸(1931年)、斐济(1931年)、冈比亚(1931年)、加纳(1931年)、圭亚那(1931年)、肯尼亚(1931年)、莱索托(1931年)、马拉维(1931年)、毛里求斯(1931年)、瑙鲁(1931年)、尼日利亚(1931年)、塞舌尔(1931年)、新加坡(1931年)、斯威士兰(1931年)、坦桑尼亚(1931年)、赞比亚(1931年)、巴基斯坦(1931年)、巴布亚新几内亚(1931年)、塞拉利昂(1931年)、汤加(1931年)、希腊(1931年)、伊拉克(1934年)、利比里亚(1937年)、列支敦士登(1936年)、摩纳哥(1939年)。上述年份为条约签署年份。这些条约生效的时间在1940年以前。目前仍在生效的条约数量为26项。

⑥ 1872年与厄瓜多尔的引渡条约主干条款有6项,即引渡义务条款、可引渡犯罪条款、政治犯不引渡条款、暂缓引渡条款、引渡程序条款和费用条款。与英国海外领地国家签订的引渡条约大约有11个主干条款。

⑦ 该种条款可被认为是引渡条约最基本条件条款。

序条款、暂缓引渡条款和特定性原则条款等。这些条款贯穿引渡条约发展的始终。当然,这一时期条约条款的“原始性”也是不言而喻的——条款数量少且较粗糙或不精致,如语言表述较晦涩、列举较冗长等;有的条款还存在交叉现象,如引渡义务条款中嵌入了合理根据条款和双重犯罪的因素;引渡请求程序中穿插临时逮捕程序等。

(二) 1961—1980 年

美国在这一时期与 22 个国家签订了大约 29 项引渡条约。本文选取与 20 个伙伴国签订的 20 项条约。^①这些条约的条款数量陡增到 20 个主干条款左右,新增的条款类型包括军事犯不引渡条款、领域外犯罪条款、溯及力条款、一罪不二罚条款、简易引渡条款、人道因素不引渡条款和过境条款等。“可引渡的犯罪”条款增加了概括的表达方式,个别费用条款中增加了“协助”的内容。“合理根据”和“临时逮捕”规定普遍单独成款。这些条约都涵盖了引渡义务、政治犯不引渡、时效已过拒绝引渡、特定性原则、暂缓引渡、物品或费用、竞争性引渡请求条款等。有 13 项条约规定临时逮捕条款。死刑犯不引渡条款已较普遍。

这一时期的条约条款展现出比较明显的过渡特征。一是同一类条款中新老元素并存。相比于前一时期可引渡犯罪条款“列举式”盛行的特点,这一时期可引渡犯罪条款“列举+概括”的表述方式比较普遍,而之后基本没有列举式表述(除与中国香港地区引渡条约一例)。二是该时期新老元素的条款数量基本持平,没有两极分化现象。

(三) 1982—2016 年

这一时期美国与 63 个国家和地区签订了大约 70 项引渡条约。本文选取 46 个国家(地区)的 46 项条约作为考察对象。^②这个阶段的条约除保持上一阶段的条款数量外,稍增加了个别新条款,如无关时效条款、缺席审判条款、本国国民可引渡条款、协商条款、代表条款等。大部分条款得到了改进,如可引渡犯罪条款基本废除了列举式,全部采用概括式;一罪不二罚条款出现“不起诉、中止诉讼决定不影响引渡”内容等。这一时期的《欧盟与美国引渡协议》(2003 年)的缔结,将条款改进运动推向了高潮。该协议要求欧盟成员国与美国之前签订的引渡条约在诸多款项上进行改进,使之成为比较完美的现代型条款范式。^③

二、实体性条款范式

(一) 可引渡犯罪条款

1. 美国双边引渡条约中的可引渡犯罪条款

美国双边引渡条约可引渡犯罪条款的基本情况见表 1。

^① 这 20 项条约的伙伴国为:澳大利亚(1974 年)、巴西(1961 年)、加拿大(1971 年)、哥伦比亚(1979 年)、芬兰(1976 年)、丹麦(1972 年)、德国(1978 年)、以色列(1962 年)、日本(1978 年)、墨西哥(1978 年)、荷兰(1980 年)、新西兰(1970 年)、挪威(1977 年)、所罗门群岛(1972 年)、基里巴斯(1972 年)、图瓦卢(1972 年)、西班牙(1970 年)、瑞典(1961 年)、土耳其(1979 年)和乌拉圭(1973 年)。上述年份为条约签署年份。这些条约生效的时间在 1984 年以前。目前依然还在生效的条约数量为 10 个。

^② 这 46 项条约的伙伴国(地区)主要有:比利时(1987 年)、意大利(1983 年)、牙买加(1983 年)、卢森堡(1996 年)、安提瓜和巴布达(1996 年)、阿根廷(1997 年)、奥地利(1998 年)、巴哈马(1990 年)、巴巴多斯(1996 年)、玻利维亚(1995 年)、中国香港(1996 年)、哥斯达黎加(1982 年)、塞浦路斯(1996 年)、法国(1996 年)、匈牙利(1994 年)、印度(1997 年)、意大利(1983 年)、约旦(1995 年)、马来西亚(1995 年)、巴拉圭(1998 年)、菲律宾(1994 年)、波兰(1996 年)、南非(1999 年)、韩国(1998 年)、斯里兰卡(1999 年)、圣文森特和格林纳丁斯(1996 年)、瑞士(1990 年)、泰国(1983 年)、津巴布韦(1997 年)、特立尼达和多巴哥(1996 年)、伯利兹(2000 年)、保加利亚(2007 年)、捷克(2006 年)、爱沙尼亚(2006 年)、拉脱维亚(2005 年)、立陶宛(2001 年)、马耳他(2006 年)、秘鲁(2001 年)、罗马尼亚(2007 年)、英国(2003 年)、塞尔维亚(2016 年)、欧盟(2003 年)等。上述年份为条约签署年份。目前依然还在生效的条约数量为 40 项左右。

^③ 参见胡城军:《〈欧盟与美国引渡协议〉研究》,《武大国际法评论》2019 年第 5 期,第 123-144 页。

表1 美国双边引渡条约中的可引渡犯罪条款基本情况

	主条款					副条款				总数 参照
	列举式	附录列举	列举+概括	附录列举+概括	概括式	无关术语条款	联邦管辖权条款	领域外犯罪条款	无关财税犯罪条款	
美国早期引渡条约	45	0	0	0	0	0	0	0	0	45
美国中期引渡条约	8	2	1	10	0	4	7	15	0	20
美国晚期引渡条约	0	0	1	1	44	43	44	44	13	46

数据来源:表格内容由作者整理总结。

美国早期引渡条约的可引渡犯罪(extraditable crimes/offenses)条款全部采列举式,列举了大约30种左右的罪名(基本为普通犯罪类型)。这些犯罪是否须构成双重犯罪的问题,在该类条约中没有明确规定。但结合上下文的解释,可以推知基本是要求符合双重犯罪原则^①的。首先从请求方的角度,该类条约的引渡义务条款(第1条)规定相互引渡在请求方定罪之人,引渡程序条款中对于引渡请求文件中逮捕证的要求等表明对构成请求方国内犯罪的要求。其次是从被请求方的角度,引渡义务条款中穿插的合理根据的规定以及一些条约中合理根据的独立条款,都是从被请求方证实假设在该国犯罪的角度来说的。因此,总体来说构成双重犯罪才可以引渡。但从措辞来看,在“双重”中似乎更侧重于被请求方一方证实犯罪的这一“重”。

美国中期引渡条约的可引渡犯罪条款采列举或附录列举或附录列举+概括方式。法条说明附录列举是条约不可分割的一部分(与正文列举具有同等的法律效力)。在列举式的条款中,像早期的条约一样,一般没有明确规定双重犯罪原则。^②后两种方式的条款都作出了规定,即明确规定,根据缔约双方的法律,这些罪行可处以一年以上的监禁(或死刑)——体现双重犯罪原则。^③如果有概括式的,表明双重犯罪的犯罪类型还可扩展到罪名列举清单之外。^④

这一时期的该类条款中还出现了实质犯罪条款或无关术语条款,即无论缔约双方的法律是否将该犯罪归入可引渡的同一类犯罪,也无论被请求方的法律是否以相同的术语命名该犯罪,均应根据本条约的规定予以引渡。^⑤此外,还出现了联邦管辖

^① 所谓双重犯罪原则,是指在引渡过程中,准予引渡的基本条件是同一行为经请求国法和被请求国法都被判定为犯罪。关于它的立法缘由,有几种不同的说法,包括必须确保在被请求国任何形式的剥夺自由的合法性(根据是任何人不得因在该法律制度中不构成犯罪的行为而被逮捕或拘留);其他的论点是,这是合法性原则和相称性原则,或者是被请求国的公共秩序所要求的。后者可以说是主要的立场。See Miguel João Costa, *Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond* 211-213 (Brill Nijhoff 2019).

^② See Brazil International Extradition Treaty with the United States, 1961, Art.2, 15 UST 983, TIAS 8237, 532 UNTS 177.

^③ See Canada International Extradition Treaty with the United States, 1971, Art.2, 27 UST 983, TIAS 8237, 1853 UNTS 407.

^④ See Colombia International Extradition Treaty with the United States, 1979, Art.2, KAV 338, S Doc 97-8.

^⑤ See Australia International Extradition Treaty with the United States, 1974, Art.2(5), 27UST 957, TIAS 8234, 1736 UNTS 344.

权条款,即使基于美国联邦管辖权的考虑而把州际运输、邮件或其他设备的使用也视为特定犯罪的一个要件时,仍应准予引渡。^①这两类条款是对双重犯罪原则的加强型解释,意为不应因犯罪术语的不同以及联邦管辖权因素的缺乏而作出不符合双重犯罪的结论,从而作出不予引渡的裁决。前一条款在美国法院海尔布隆案中得到深刻阐释。^②从后一条款来看,应禁止其他国家因本国没有联邦管辖权因素而认为请求引渡的犯罪不构成双重犯罪,不予引渡;当然,这样的条款也要求美国法院在处理与从美国引渡的请求有关的双重犯罪要求时忽略联邦管辖权的因素。^③

另外,绝大多数条约都有领域外犯罪条款,即对于请求方领域外的犯罪如果被请求方在相似情形下也认为是犯罪,则被请求方也应准予引渡。^④现在大多数国家的刑法都规定有域外犯罪的管辖权,如属人管辖、保护性管辖、普遍管辖等,因此,该类条款的立法和执行都不会成为问题。

美国晚期引渡条约可引渡犯罪条款基本采概括式(除《美国与中国香港引渡条约》外),也普遍采用无关术语条款、联邦管辖权条款、领域外犯罪条款等,还出现了无关财税犯罪条款。所谓无关财税犯罪条款,根据《欧盟与美国引渡协议》的标准表述,是指在有关税收、关税、货币控制和商品进出口的刑事案件中,不论请求方或被请求方的法律是否规定了相似类型的税收、关税、货币控制或商品进出口的问题,都应准予引渡。^⑤特别指出的是,关于财税犯罪,出于对国家(税收)主权的尊重,这类犯罪行为历来不允许引渡,因为该类犯罪在被请求方往往不会被当做犯罪,不符合双重犯罪原则。但由于洗钱、腐败和犯罪收益渗入国民经济,侵蚀了国民经济的廉洁性和资产正常运营,因此,情况开始发生变化,^⑥被请求方也会将这类行为视为犯罪,从而符合双重犯罪原则。但美国现代社会仍有四个条约规定财税犯罪拒绝引渡,这是美国引渡条约个别倒退性的表现。当然,21 世纪后再没有条约出现过该类条款。

特别需要强调的是,美国各个时期的引渡条约都将帮助、教唆、协助犯罪和犯罪未遂列为可引渡犯罪之列。

2. 与中国的比较

在中国目前签订的引渡条约中,一般都有可引渡犯罪条款。基本情况见表 2:

^① See Japan International Extradition Treaty with the United States, 1978, Art.2(1), 31 UST 892, TIAS 9625, 1203 UNTS 225.

^② See *Heilbronn v. Kendall*. United States District Court for the Western District of Michigan, Southern Division, 5 June 1991, Decided; 5 June 1991, Filed. File No.1:91-CV-428.from:775 F.Supp.1020;1991 U. S. Dist. LEXIS 7846. 该案涉及被请求引渡人在以色列的犯罪在美国是否也视为犯罪的问题,法院最后认为,对双重犯罪原则应作扩张解释,不要求两国的法律所描述的罪行的名称相同,也不要求两国的责任范围相同,或在其他方面相同,只要在各自的司法管辖区都构成犯罪就足够了。

^③ See Michael Abbell, *Extradition to and from the United States* 67 (Martinus Nijhoff Publishers 2010).

^④ See Australia International Extradition Treaty with the United States, 1974, Art.3,27 UST 957, TIAS 8234,1736 UNTS 344. Colombia International Extradition Treaty with the United States, 1979, Art.1 (2), KAV 338, SDoc 97-8.

^⑤ See Agreement on Extradition Between the European Union and the United States, 2003, Art.4(2) (3), KAV 7088, SDoc 109-14.

^⑥ See Miguel João Costa, *Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond* 212 (Brill Nijhoff 2019). 另参见杨宇冠、吴高庆主编:《〈联合国反腐败公约〉解读》,中国人民公安大学出版社 2004 年版,第 325 页。

表2 中国引渡条约中的可引渡犯罪条款基本情况

	主条款		副条款				总数参照
	列举式	概括式	无关术语条款	领域外犯罪条款	无关缺席审判条款 ^①	无关财税犯罪条款	
中国引渡条约	0	49	49	4	2	12	49
与发达国家引渡条约 ^②	0	7	7	1	0	5	7

数据来源:表格内容由作者整理总结。

从上表可以看出,中国可引渡犯罪条款的主条款全部采用概括式,副条款部分无关术语条款占比较大。《美国与中国香港引渡条约》采取了列举式。列举式尽管目前用得较少,但是有其具体明确的优势,可以“对号入座”,节省了双重犯罪的审查时间,但缺点是无法穷尽。因此,未来中美引渡条约也可采取“列举+概括”的条款范式,在该类条款的前部采列举式,后部采概括式,以概括式作为列举式的补充,这样也可以兼顾谈判双方的利益诉求。无关财税犯罪条款在各自条约中的占比也较大,有一定的可能性出现在未来中美条约中。联邦管辖权条款虽然在目前中国引渡条约中没有出现,但是由于该类条款对于可引渡的积极性,如果美方提出这样的条款,中方当然可以接受。领域外犯罪条款虽然中国条款数量占比小,但是美国占比多,且中国法律是承认领域外犯罪的管辖权的,因此,该类条款的谈判阻力也不是很大。无关缺席审判条款在中国条约中数量极少,美国则完全没有,且美国将缺席审判设定为实体条款中的拒绝引渡范畴,中国个别条约也如此,因此,该类副条款出现在未来中美引渡条约中的可能性较小。

(二)政治犯不引渡条款(含军事犯不引渡条款)

1.美国双边引渡条约中的政治犯不引渡条款

在美国所有双边引渡条约中无一例外地规定了政治犯(political offense)不引渡原则,即如果引渡是因为政治犯罪而提出,被请求方应拒绝(不应准予)引渡被请求人。基本情况见表3。

表3 美国双边引渡条约中的政治犯不引渡条款基本情况

	主条款					例外条款			辅助条款		总数参照
	政治犯罪	政治特征的犯罪	与政治特征犯罪有关的行为	具有追诉政治犯目的的请求	近似政治的追诉	对领导人犯罪	国际公约确立的犯罪	特别列举的犯罪类型	政治犯罪决定权	非政治罪特定性原则	
美国早期引渡条约	3	45	15	28	0	15	0	0	11	20	45
美国中期引渡条约	5	16	6	18	1	7	3	2	13	0	20
美国晚期引渡条约	38	5	2	32	7	37	38	11	31	0	46

数据来源:表格内容由作者整理总结。

从该表可以看出,美国早中期引渡条约在该类条款的主条款中很少使用“政治犯罪”(political offenses)术语,晚期使用很多;早中期引渡条约更多使用“政治特征的犯

① 指不因缺席审判而拒绝引渡的条款。

② 指中国与法国、西班牙、葡萄牙、澳大利亚、意大利、比利时、韩国的引渡条约,这些条约都已生效。

罪”(offenses of a political character)术语;早中期引渡条约较多使用“与政治特征犯罪有关的行为”(acts connected with offenses of a political character)术语;中晚期引渡条约更多使用“具有追诉政治犯目的(purpose of prosecuting or punishing the person for an offense of a political character)的请求”或“政治动机(politically motivated)的请求”术语;“近似政治的追诉”^①术语在中晚期引渡条约出现。根据条约的规定,这五类型主条款下的犯罪是不能准予引渡的。

例外条款,即不得视为政治罪而准予引渡条款:对领导人犯罪条款三个时期都有,晚期占比更大;国际公约确立的犯罪条款在晚期极多,早期为零,中期零星;特别列举的犯罪类型条款晚期较多,早期为零,中期零星。对领导人犯罪条款是指规定对国家元首或政府首脑及其家庭成员的严重犯罪不得视为政治犯罪而准予引渡的条款。^②所谓国际公约确立的犯罪条款是指规定国际刑法公约确立的犯罪不得被视为政治罪而准予引渡的条款。^③所谓特别列举的犯罪类型条款是指规定不得将重大恶性犯罪视为政治犯而准予引渡的条款。^④

辅助条款,即该类条款中带有程序特征的款项,包括政治犯罪决定权条款和非政治罪特定性原则条款。所谓政治犯罪决定权条款是指被请求引渡方的行政机关或法院有权对政治犯罪的特征及引渡请求是否具有追诉政治犯罪的目的进行判定的条款。该类条款在各时期都有分布,晚期较多。所谓非政治罪特定性原则条款是指规定由缔约任何一方移交给另一方的人,不得因其在引渡前所犯的任何政治犯罪或罪行或与之有关的任何行为而在请求方受到审判或惩罚的条款。这是一种较老的条款,出现在美国早期引渡条约的前一阶段(1872—1909),之后再没有这样的条款。

美国中期引渡条约大半设有军事犯(offenses under military law/military offenses)不引渡条款(11/20),晚期都有这样的条款。这些条款表述都比较简单,大概有三种条款范式:一是规定,与军事犯罪有关的犯罪将不予引渡。^⑤二是规定,不构成普通犯罪的军事犯罪不予引渡。^⑥三是规定,纯粹军事特征的犯罪不予引渡。^⑦

① “近似政治的追诉”是指一国采取类似于政治性质和目的的追诉活动,包括对财税类犯罪的追诉及因性别、语言、宗教、国籍、政治见解等因素采取的追诉活动。对财税类犯罪拒绝引渡的条约见于美国与德国、卢森堡、波兰、瑞士的4个条约。因种族、性别、语言、宗教、国籍、政治见解等因素而拒绝引渡的条约见于美国与牙买加、韩国、南非和中国香港的引渡条约。特别指出的是,美国晚期引渡条约有13个条约是无关财税犯罪的,即不因财税犯罪性质而拒绝引渡。从数量比较来看,无关财税犯罪条款还是占优势。

② See Albania International Extradition Treaty with the United States, 1933, Art.3, 49 Stat.3313, TS 902,5 Bevans 22,16 LNTS 195.

③ See Argentina International Extradition Treaty with the United States, 1997, Art.4(2)(a), KAV 5018, SDoc 105-18, TIAS 12866, 2159 UNTS 129.

④ See Estonia International Extradition Treaty with the United States,2006, Art.4(2)(c)/(d)/(e), KAV 7642, SDoc 109-14.

⑤ See Denmark International Extradition Treaty with the United States, 1972, Art.7(6), 25 UST 1293, TIAS 7864, SDoc 109-14.

⑥ See Finland International Extradition Treaty with the United States, 1976, Art.7(2)(b), 31 UST 944, TIAS 9 626,1203 UNTS 165.

⑦ See Brazil International Extradition Treaty with the United States, 1961, Art.5(5), 15 UST 983, TIAS 8237,532 UNTS 177.

2. 与中国的比较

在中国目前签订的引渡条约中,大多有政治犯不引渡条款。基本情况见表4。

表4 中国引渡条约中的政治犯不引渡条款基本情况

	主条款				例外条款			总数 参照
	政治 犯罪	政治犯罪+ 已受庇护	已受 庇护	政治犯+政 治有关的犯 罪	对领导 人犯罪	国际公 约确立 的犯罪	国际公约确立的 犯罪+列举的重大 犯罪(恐怖犯罪)	
2000年前所签 条约	4	0	9	0	3	0	0	12
2000年后所签 条约	17	16	1	2	4	4	15	37
与发达国家所 签条约	4	2	0	1	2	1	3	7

数据来源:表格内容由作者整理总结。

通过与美国该类条约条款的比较,在主条款部分,两国条约条款重合度最高的是政治犯罪的表述;在例外条款部分,国际公约确立的犯罪重合度较高,在列举的重大犯罪中,恐怖犯罪的重合度较高。因此,在未来中美引渡条约中,政治犯罪的表述将成为重点。在中国引渡条约中有较多的已受庇护条款,^①包括中国引渡法,^②而美国则没有这样的条款内容,因此,双方的重合度为零。鉴于庇护也是由于政治方面的原因,^③且中国已受庇护条款内容也只是对政治犯罪的补充,中国也可策略性地放弃该表述,如果美方一定坚持的话。在例外条款部分,鉴于美方对恐怖主义的高度关注,且中国已经加入了反恐类三大核心公约,^④因此,在未来中美引渡条约中极有可能加入恐怖犯罪的元素。再是将双方都已加入的国际刑法公约确立的可引渡犯罪写入引渡条约中也是顺理成章的事情。而对领导人犯罪为非政治罪行已经成为习惯法,因此,类似条款的谈判阻力也是很小的。

另外,美国引渡条约中类似政治的追诉条款之“性别、语言、宗教、国籍、种族、政治见解等原因的追诉”条款在中国引渡条约中是独立的条款且很普遍,而美国条约中却不常见。财税犯罪拒绝引渡条款在美国和中国的引渡条约中都极为少见,估计不会作为谈判要点。美国条约中的辅助条款之一是政治犯罪决定权条款,虽然中国引渡条约中没有这类条款,但鉴于此为实践中的常规做法,这类条款嵌入条约是有益无害的。辅助条款之二——非政治罪特定性原则条款仅为美国早期引渡条约条款范式,且中国未有这类条款,估计这类条款不会被列入谈判议程。

① 该类条款一般规定,引渡条约中被请求方根据本国法律给予被请求引渡人受庇护权,则不应予以引渡。

② 中国引渡法是“政治犯罪+已受庇护”条款范式。

③ 如《世界人权宣言》第14条第2款规定:“在真正由于非政治性的罪行或违背联合国的宗旨和原则的行为而被起诉的情况下,不得援用此种权利(庇护权)。”

④ 这三大公约是指《制止恐怖主义爆炸的国际公约》《制止核恐怖主义行为国际公约》和《制止向恐怖主义提供资助的公约》。

(三) 本国国民(包括永久居民)引渡条款

1. 美国双边引渡条约中的本国国民引渡条款

美国引渡条约的本国国民(nationality/own nationals)引渡条款情况见表 5。

表 5 美国双边引渡条约中的本国国民引渡条款基本情况

	主条款			副条款			总数 参照
	无义务引渡本 国国民	有义务引渡本 国国民	18 岁以下永久 居民引渡	自主决 定权 ^①	国籍起算 时间 ^②	不引渡 则起诉	
美国早期 引渡条约	23	0	0	4	0	0	45
美国中期 引渡条约	14	1	4	12	2	8	20
美国晚期 引渡条约	13	32	0	10	3	15	46

数据来源:表格内容由作者整理总结。

美国早期引渡条约有 23 项条约规定本国国民引渡问题,都是规定无义务引渡。中期引渡条约有 15 项规定有义务引渡本国国民,其中有 14 项条约规定无义务引渡本国国民,^③只有 1 项条约规定有义务引渡本国国民(与荷兰的条约)。有 4 项条约规定对 18 岁以下永久居民基于重新适应社会和改过自新的需要,建议请求方撤回请求。^④晚期引渡条约有 32 项条约规定有义务引渡本国国民,有 13 项条约规定无义务引渡本国国民。很显然,有义务引渡本国国民的条约数量随着时代的发展而增多。

另外,在副条款部分,自主决定权条款不同时期都有,但中晚期相对较多;不引渡则起诉条款在早期没有出现,但在中晚期有一定的数量;国籍起算时间条款在中晚期有零星表现,早期则完全没有。

《美国与中国香港引渡条约》在这一方面有特殊性。该条约规定,通常不得以被请求引渡人是被请求方国民为理由拒绝移交。^⑤但是,在下列情况下,香港行政机关

① 自主决定权是指被请求国可根据自己的法律、宪法或政策自主确定是否引渡本国国民。

② 有的条款根据请求国指控引渡犯罪时的时间点来确定被请求人的国籍。See Australia International Extradition Treaty with the United States, 1974, Art.5(1)(c), 27 UST 957, TIAS 8234, 1736 UNTS 344. 有的条款根据引渡犯罪时的时间点来确定被请求引渡人的国籍。See Republic of Korea (South Korea) International Extradition Treaty with the United States, 1998, Art.3(3), KAV 5485, SDoc 106-2, TIAS 12962. 有的条款则婉转表述为:被请求引渡国尽量搁置被请求引渡人的归化请求程序,直到引渡被准予或移交。See Germany International Extradition Treaty with the United States, 1978, Art.7(2), 32 UST 1485, TIAS 9785, 1220 UNTS 269.

③ See Finland International Extradition Treaty with the United States, 1976, Art.10, 31 UST 944, TIAS 9626, 1203 UNTS 165. 该条约还规定可向美国方面拒绝引渡在其境内的北欧国家的国民,即丹麦、冰岛、挪威和瑞典的国民。

④ 参见美国与加拿大、芬兰、西班牙和乌拉圭的引渡条约。如《美国与芬兰条约》第 8 条规定,在提出引渡请求时,被请求引渡人不满十八周岁并在被请求引渡国有永久居留权,一国和该国主管当局确定引渡将妨碍该人重新适应社会和改过自新时,被请求国可建议撤回引渡请求,并说明理由。

⑤ See Agreement Between the Government of the United States of America and the Government of Hong Kong for the Surrender of Fugitive Offenders, 1996, Art. 3, KAV 4912, SDoc 105-3.

有权拒绝移交中华人民共和国公民:(1)移交请求涉及中华人民共和国的国防、外交事务或重大公共利益或政策;或(2)被请求移交的人既没有中国香港居留权,也没有以定居为目的进入中国香港,中华人民共和国对该罪行有管辖权,并已对该人启动或完成起诉程序的。美国行政当局保留以美国的国防、外交事务或重大公共利益或政策为由拒绝移交美国国民的同样权利。第3条第4款规定,如果美国所请求引渡的人既没有中国香港居留权,也不以定居中国香港地区为目的,而中华人民共和国有管辖权并正在调查该人的犯罪,对美国引渡请求的行动可以推迟到调查迅速结束为止。第3条第5款规定,在因涉及国防、外交或者重大公共利益、政策而被拒绝引渡的情况下,请求方可以要求将案件提交被请求方主管机关考虑是否提起诉讼。^①

拒绝引渡本国人,考虑的因素可能会有很多,比如国家尊严、国家主权(包括属地和属人管辖权)、公民的基本庇护权和普遍本能、对外国法律制度的不信任和不熟悉等。^②而美国已经形成了这样的观点,即不拒绝引渡本国人、有义务引渡本国人考虑的因素大概是,如果拥有相同的管辖原则和证据要求的普通法国家不强迫美国引渡其国民,那么这些国民将肆无忌惮地在外国犯罪而不受追究。^③

2. 与中国的比较

中国目前签订的引渡条约中基本都有本国国民引渡条款,基本情况见表6。

表6 中国引渡条约中的国民引渡条款基本情况

	主条款			副条款	总数 参照
	强制性不引渡	任意性引渡	强制性引渡	不引渡则起诉	
中国引渡条约	28	16	0	43	49
与发达国家引渡条约	3	4	0	7	7

数据来源:表格内容由作者整理总结。

通过与美国该类条约条款的比较,强制性不引渡条款和不引渡则起诉条款的重合度较高,加上中国引渡法也有这样的规定,因此,未来中美条约中设定这样的条款的可能性较大。但如果美国提出类似上述中国香港模式,即不应拒绝引渡+重大利益排除+不引渡则起诉模式,则中国应也可以接受,因为有该类模式的后面两项要素作安全阀,以及中国任意性引渡条款中也有引渡的成分,与美国有义务引渡条款有一定的重合。另外,美国引渡条约中的副条款之技术部分条款——自主决定权和国籍起算时间的内容也值得未来条约借鉴。自主决定权会给中国较大的裁量权,国籍起算时间规定以犯罪时或请求方指控犯罪时为准可以防止被请求引渡人肆意篡改国籍。

^① 双方代表在谈判中表示他们的共同意图是很少援引该款。

^② See Michael Plachta, (Non-)Extradition of Nationals: A Neverending Story, 13 Emory International Law Review 77 (1999). See also Ivan A. Shearer, Non-Extradition of Nationals - A Review and Proposal, 2 Adelaide Law Review 75 (1963).

^③ See Michael Abbell, Extradition to and from the United States 77-78 (Martinus Nijhoff Publishers 2010).

(四) 死刑犯不引渡条款

1. 美国双边引渡条约中的死刑犯不引渡条款

美国双边引渡条约中的死刑犯不引渡条款基本情况见表 7。

表 7 美国双边引渡条约中的死刑犯不引渡条款基本情况

	应当拒绝引渡死刑犯条款	可以拒绝引渡死刑犯条款	总数参照
美国早期引渡条约	0	3 ^①	45
美国中期引渡条约	2	14	20
美国晚期引渡条约	6	30	46

数据来源:表格内容由作者整理总结。

美国引渡条约中设置死刑犯(death/capital punishment)不引渡条款的有 55 项,占总条约的一半左右,虽不像政治犯不引渡条款那么普及,但也有一定的数量。该类条款主要出现在中晚期引渡条约中,具有强制性和任意性两种条款类型,但以任意性条款居多。美国没有完全废除死刑,但是执行死刑的数量较少,^②同时,美国条约伙伴国中较多废除了死刑,因此,该类条约的条款数量较多不足为奇。而该类条款的法理依据,首先应当是基于人权的考虑。^③也有学者认为,在适用死刑的情况下禁止引渡并不是无可争议地由人权决定的,而是主要由被请求方的公共秩序所决定的。^④

强制性条款规定,根据请求缔约方的法律和被请求方的法律,若被请求引渡的罪行可判处死刑,则除非请求方提供被请求方认为足以保证不判处死刑或即使判处死刑也不执行死刑的保证,否则应拒绝引渡。^⑤任意性条款以欧盟与美国引渡条约为典型,主要内容是:当引渡请求所针对的犯罪根据请求方的法律可判处死刑时,被请求方可以根据下述条件允许引渡,即对被请求引渡人将不被判处死刑,或者,如果由于程序原因请求方不能满足该条件,则以不执行已判处的死刑为条件。如果请求方同意按照本条列举的条件进行引渡,它应当遵守这样的条件。如果请求方不接受这样的条件,可以拒绝引渡请求。^⑥强制性条款和任意性条款,都强调了请求方不判处死刑的保证,这在具体操作过程中是以请求方外交承诺的方式来表现的。

2. 与中国的比较

中国目前签订的引渡条约中直接规定死刑犯不引渡的条约有 4 项,即与法国、西

① See Venezuela International Extradition Treaty with the United States, 1922, Art.4, 43 Stat. 1698; TS 675; 12 Bevans 1128;49 LNTS 435. 另参见美国与葡萄牙、罗马尼亚条约的外交换文。

② 参见孙春雨:《美国死刑制度概览》,《中国检察官》2007 年第 2 期,第 42 页。

③ 参见马德才:《国际法中的引渡原则研究》,中国政法大学出版社 2015 年版,第 97-102 页。

④ See Miguel João Costa, Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond 197 (Brill Nijhoff 2019).

⑤ See Italy International Extradition Treaty with the United States, 1983, Art.9, 35 UST 3023, TIAS 10837,1590 UNTS 161.

⑥ See Agreement on Extradition Between the European Union and the United States, 2003, Art.13, KAV 7088, SDoc 109-14.

班牙、澳大利亚和智利的条约。^①可以解释为具有死刑犯不引渡内容的条约大约有7项,这些条约一般规定引渡的准予不得违背被请求方的法律、宪法或法律基本原则等。^②该条款在中国引渡条约中有一定数量但不是特别多,与西方发达国家的条约中基本都有这个条款。美国作为严格执行死刑的国家,且其引渡条约中有较多的该类条款,在未来中美引渡条约谈判中很可能提出这个问题。中国2011年废除了13个罪名的死刑,2015年废除了9种罪名的死刑。根据人的生命价值与财产价值是不能等同的观点,首先在经济领域全面废除死刑应该指日可待。再加上中国已有几例被动引渡不判处死刑的实践。^③因此,中国似应可以与美国商签该类条款。

(五)时效条款

时效在国内法中是比较常见的诉讼制度,无论是刑事法还是民事法,其价值在于确保正当程序和基本公平。^④引渡中的时效条款从根本上说是国内诉讼时效制度的一种配合或延续。

引渡条约中,一般以时效已过拒绝引渡的条款居多。引渡的目的是为了实现对犯罪分子的国内追诉或科刑,但是如果根据国内的时效制度,对该嫌犯的追诉时效或科刑时效已过,则在引渡条约的缔约两方中至少一方视引渡请求的“犯罪”行为为非犯罪行为,从而不符合双重犯罪原则,因此不会准予引渡。正如美国引渡案判决书中所言:“刑事诉讼时效通过规定一个限度来提供可预测性,超过这个限度就有一个不可辩驳的假设,即被告获得公平审判的权利将受到损害。”^⑤

在现代美国引渡条约中出现了无关时效条款,即不因时效已过而拒绝引渡。其法理依据可能在于:引渡情形下犯罪人的跨国行动特征增加了事情的复杂性,比如“故意逃避司法行为”,^⑥增加了计算时效的难度,加大了犯罪者逃避追究的风险,所以,在引渡中不再考虑时效的因素。当然也有来自时效制度法理依据的革命性的讨论,即目前的时效制度过于偏向义务人,而损害了权利人的利益。^⑦目前以法定最高刑刑期为追诉时效的规定可能存在着比较大的疏漏,即如果司法机关存在怠惰渎职或受害人不懂法都会很容易错过追诉期间,而让犯罪分子“受益”。这样的法律理念影响到引渡制度,形成了无

① 例如,《中华人民共和国和法兰西共和国引渡条约》第3条第7款规定:引渡请求所针对的犯罪依照请求方的法律应被判处死刑,除非请求方作出被请求方认为足够的保证不被判处死刑,或者在判处死刑的情况下不予以执行。其他三项条约规定基本相同。

② 这7项条约分别为中国与葡萄牙、意大利、墨西哥、巴西、秘鲁、纳米比亚和安哥拉的引渡条约。这7个国家或在一般性法律上或在普通法律上或在实践中废除了死刑,结合引渡条约的规定,在引渡的情形,这些国家作为被请求引渡国时可以死刑犯不引渡为由拒绝引渡。

③ 如赖昌星引渡案等。

④ See M. C. Bassiouni, *International Extradition: United States Law and Practice* 779 (Oxford University Press 2014).

⑤ See *United States v. Marion*, 404 U.S. 307, 322 (1971).

⑥ See *Jhirad v. Ferrandin*, 486 F.2d 444 (2d Cir. 1973). 在该案中印度逃犯吉拉德(印度前海军署长)借开世界大会的由头前往美国,之后又从美国前往瑞士,然后前往以色列,过了几年再回到美国,1972年在美国被抓捕,如果以1961年起犯罪开始起算,这时5年诉讼时效已过。让美国法院犯难的是,吉拉德1966年离开印度时是否故意离开,而如果确证是故意离开,按照美国法律是可以引发诉讼时效的终点的。该案在美国实务界和理论界都引起了广泛的讨论。

⑦ 参见陈明芳:《诉讼时效制度正当理由的重述——兼论“保护权利人”之理念》,《法制与社会发展》2022年第5期,第113-131页。

关时效条款内容。这是一种较新的引渡立法方向。

1. 美国双边引渡条约中的时效条款

美国双边引渡条约中的时效条款情况见表 8。

表 8 美国双边引渡条约中的时效条款基本情况

	主条款		辅助条款: 时效的法律依据			总数 参照
	时效已过拒 绝引渡	无关时效而 引渡	任意一方的 法律	被请求方的 法律	请求方的 法律	
美国早期引渡条约	43	0	0	41	2	45
美国中期引渡条约	19	0	11	3	5	20
美国晚期引渡条约	22	15	2	4	16	46

数据来源: 表格内容由作者整理总结。

美国在早中期引渡条约中以时效已过拒绝引渡条款为主, 在晚期出现无关时效条款, 且与时效已过拒绝引渡条款势均力敌。所谓时效已过拒绝引渡条款是指被请求人犯罪时效如果已过则拒绝引渡。此时判断时效的法律依据来自被请求方,^①也可能来自请求方,^②也可能来自请求方或被请求方都可以^③。无关时效条款一般规定, 不论被请求人犯罪时效是否已过都不影响引渡。^④

2. 与中国的比较

中国引渡条约时效条款情况见表 9。

表 9 中国引渡条约中的时效条款基本情况

	主条款		辅助条款: 时效的法律依据			总数参 照
	时效已过拒 绝引渡	无关时效而 引渡	任意一方的 法律	被请求方的 法律	请求方的 法律	
中国引渡条约	46	0	31	9	6	49
与发达国家引渡条约	6	0	4	1	1	7

数据来源: 表格内容由作者整理总结。

在中国引渡条约中, 没有无关时效条款, 而只有时效已过拒绝引渡条款, 后者与美国引渡条约条款重合度较高, 未来商签的可能性较大。在确定时效的法律依据时, 中国条约以“任意一方的法律”居多, 美国条约则在三个时期各有特点, 在早

^① See Belgium International Extradition Treaty with the United States, 1987, Art.2(6), KAV 106, SDoc 104-7, 2093 UNTS 263.

^② See El Salvador International Extradition Treaty with the United States, 1911, Art.5, 37 Stat.1516, TS 560, 7 Bevans 507.

^③ See Mexico International Extradition Treaty with the United States, 1978, Art.7, KAV 6519, St. Dpt.04-152.

^④ 这样的条约有 15 项, 这样条约的伙伴国(地区)分别为安提瓜和巴布达、阿根廷、巴巴多斯、塞浦路斯、约旦、斯里兰卡、圣基茨和尼维斯、圣卢西亚、圣文森特和格林纳丁斯、特立尼达和多巴哥、立陶宛、英国等。

期以“被请求方法律”居多,在中期以“任意一方法律”居多,晚期以“请求方的法律”较多。中国条约与美国任何一个时期的辅助条款都有公约数,这不会成为谈判的障碍。

(六)一罪不二罚条款

所谓一罪不二罚(prior prosecution/prior jeopardy for same offense),也称一事不再理(*ne bis in idem*)、禁止双重危险(*double jeopardy*)、既判力(*res judicata*)等,是指对违法行为人的同一个违法行为,不得以同一事实和同一依据,给予两次以上的处罚,使得被指控人陷入两次危险中。在美国引渡条约中,如果被请求方对请求引渡的犯罪处于准备起诉、正在诉讼和诉讼已决等情形,则被请求方不应对被请求引渡人准予引渡。

1. 美国双边引渡条约中的一罪不二罚条款

美国双边引渡条约中的一罪不二罚条款的基本情况见表10。

表10 美国双边引渡条约中的一罪不二罚条款基本情况

	主条款				副条款		总数 参照
	诉讼已 决	诉讼已决+ 正在诉讼	准备起 诉	诉讼已决+正在 诉讼+准备起诉	免于起诉+ 终止诉讼	免于起诉+终止 诉讼+正在诉讼	
美国早期 引渡条约	1	21	0	0	0	0	45
美国中期 引渡条约	7	11	2	1	2	0	20
美国晚期 引渡条约	39	1	0	2	31	7	46

数据来源:表格内容由作者整理总结。

(1)关键点分析

诉讼已决是指被请求引渡方或第三方对经审判后作出的有罪、无罪开释或赦免的最终判决。^①此为拒绝引渡的最正当理由。正在诉讼是指被请求方已经将请求引渡之罪提交法庭审判,并正在诉讼程序的进行中。为避免干扰诉讼以及避免产生双重管辖,从而产生两份判决结果,也在拒绝引渡情形范畴。准备诉讼是指被请求方准备将请求引渡之罪诉诸法庭。其产生管辖的意向已经非常明显,如果再行引渡,同样会产生同一行为的两份判决,因此也在拒绝引渡之列。副条款主要是针对单独的诉讼已决条款,是对主条款的进一步反面解释,即免于起诉、终止诉讼和正在诉讼都不构成诉讼已决,因此都是可以引渡情形。免于起诉是指被请求方对引渡请求犯罪(因没有管辖权或自动放弃管辖权等)而作出免于起诉的决定;终止诉讼是指(因证据不

^① See Mexico International Extradition Treaty with the United States,1978, Art.6, KAV 6519, St. Dpt.04-152; Australia International Extradition Treaty with the United States, 1974, Art.7(1)(a), 27UST 957, TIAS 8234,1736 UNTS 344.在美国中期引渡条约中还有第三方诉讼已决的条款模式。

足等)决定结束已提起的任何刑事诉讼。^①正在诉讼是指被请求方仍在对被要求引渡的人进行调查或以其他方式提起诉讼。^②从时间点上,这三种情形都发生在最终判决以前,都不是对犯罪实体的判决,因此都不是诉讼已决。但是不是就因此而得出“拒绝引渡”的结论呢?前两种情形是表明诉讼已经停止,不可能再有实体的判决了,此时予以引渡到另一国进行实体审判是可以理解的。但是“正在诉讼”情形,如上述,在有些条约中是作为拒绝引渡情形存在的,因为它是可以在被请求方产生实体判决的。如此分析也可以看出美国引渡条约中“AB/AC”项条约关系的矛盾现象,即一个国家与两个不同的国家的条约存在冲突,但并不影响它们各自的存在和合理性。另一方面也表明“正在诉讼”情形相比于“诉讼已决”实际上处于引渡的不确定状态。

(2) 基本面的分析

在美国引渡条约中“诉讼已决”“正在诉讼”和“准备诉讼”三个要素排列组合成主条款的四种条款模式。副条款在此不是例外条款,是因为副条款仅仅是对诉讼已决条款的(反面)解释而不是它的反常态,有两种条款模式。在美国早中期引渡条约中,诉讼已决条款模式不占优势,相反在晚期引渡条约中优势明显,其副条款呈现同样的态势。诉讼已决+正在诉讼条款模式在早中期引渡条约中较盛行,在晚期引渡条约中较少出现。准备起诉和诉讼已决+正在诉讼+准备起诉模式在三个时期都很少。因此,总体而言,诉讼已决搭配两种副条款的模式在现代美国比较流行,可能主导未来条约的该类条款范式的方向。

2. 与中国的比较

中国引渡条约一罪不二罚条款基本情况见表 11。

表 11 中国引渡条约中的一罪不二罚条款基本情况

	强制性条款					任意性条款				总数 参照
	已作 判决	正在 诉讼	赦免	终止 诉讼	已接受 处罚	终止 诉讼	免于 起诉	正在诉 讼	准备 起诉	
中国引渡条约	49	1	28	41	2	2	1	44	41	49
与发达国家条约	7	0	3	3	1	2	1	7	4	7

数据来源:表格内容由作者整理总结。

中国条约有强制性条款与任意性条款之分,美国条约没有作出这种区分。(1)中国条约的已作判决+赦免+已接受处罚相当于美国条约的诉讼已决。二者都将其作为强制性拒绝引渡条款。这方面的谈判应该比较顺利。(2)中国条约很大程度上将终止诉讼作为强制性拒绝引渡条款,美国则相反,这是很大的不同。中方对终止诉讼的理解可能与美方稍有差异。中方认为,诉讼程序的终结意味着犯罪实体的终结,相当于“已作判决”,美方却不这么认为(如上述)。未来中美引渡条约可能仿照中国与发达国家已有的条约范式,将终止诉讼列为任意性条款,寻求双方的最大公约数。(3)中国

^① See Colombia International Extradition Treaty with the United States, 1979, Art.5(2), KAV 338, SDoc 97-8.

^② See Extradition Treaty Between the United States of America and the Republic of Serbia, 2016, Art.5(2)(b), 115-1 U.S.T.I (2017-01-17).

基本将正在诉讼条款列为任意性条款,美国晚期引渡条约该类条款数量不多,列为准予引渡条款。两者有一定的交合度,可能仿照发达国家模式,采任意性条款范式。准备起诉条款思路基本相同。

(七)其他实体性条款

1.缺席审判条款

缺席审判条款在美国晚期引渡条约中出现,主要有四项条约。^①如与瑞士条约规定,如果被通缉的人是在缺席的情况下被定罪的,美国行政当局和瑞士主管当局可以拒绝引渡,除非请求方作出被请求方认为足以保障被请求引渡人的辩护权的保证。“保证”一般以请求方外交承诺书的方式作出。该类条款的立法缘由在于缺席审判对正当司法程序的违反。中国目前有五个引渡条约规定这样的条款,^②条款内容基本与美国引渡条约相同。

2.特别法庭条款

特别法庭(extraordinary tribunal/courts)条款在美国早中期引渡条约中出现,主要有四个条约。^③如与德国引渡条约规定,被引渡人不得在请求方境内由特别法院审判;为执行(请求方)特别法院所判处的刑罚或拘留的命令,不应准予引渡。该类条款的立法缘由可能在于特别法庭或法院的临时性所存在的法不溯及既往原则的违反以及普通刑事司法程序的违反。中国有两个条约涉及该类问题,即与巴西和柬埔寨的条约,一为强制性拒绝引渡条款,一为任意性拒绝引渡条款。

3.人道因素条款

人道因素(humanitarian consideration)条款在美国中、晚期引渡条约中出现,主要包括18岁以下永久居民条款和年龄、健康等因素条款。18岁以下永久居民条款前文将其列入本国国民引渡条款范畴,是从本国因素考虑的,这里主要考虑的是人道因素方面,主要是18岁以下永久居民的重新回归和适应社会的因素。年龄、健康因素条款主要出现在十项条约中。^④这些条款的制定主要基于基本人权和人道的考虑,因为基本人权和人道法已经成为习惯国际法的一部分。中国引渡条约大多有这类条款,一般为任意性拒绝引渡条款。

三、程序性条款范式

中美各自引渡条约有一些程序性条款具有高度的重合性,如暂缓引渡(移交)条款、暂时引渡(移交)条款、过境条款、竞争性引渡请求权条款、临时逮捕(羁押)条款、补充信息条款、物品移交条款、费用条款、通报情况条款、协商条款、溯及力条款等。这些条款将不再赘述,本文主要就(表述)差异性、(数量)交错性条款进行阐述。

(一)特定性原则条款

特定性原则(the rule of speciality)条款基本贯穿美国引渡条约的始终,只有早期

① 参见美国与奥地利、波兰、瑞士、马耳他的引渡条约,分别在第9、15、7、11条。

② 参见中国与柬埔寨、突尼斯、老挝、阿拉伯联合酋长国、阿塞拜疆等国的引渡条约。

③ 参见美国与瑞士、瑞典、巴西、德国的引渡条约,分别在第4、5、5、13条。

④ 参见美国与比利时、法国、中国香港、卢森堡、芬兰、荷兰、挪威、瑞典、丹麦、巴西的引渡条约,分别在第6、6、7、7、7(1)(c)、7、7(2)(b)、5(6)、7(5)、15条。《美国与巴西引渡条约》人道因素出现在暂缓引渡条款中。

的两个条约没有这种条款。条款内容和表述经历了从简单到复杂的过程。其一般规定是,不得因被引渡人在引渡前所犯的引渡请求的犯罪或罪行(或条约规定的可引渡犯罪)以外的犯罪或罪行而受到审判或惩罚,以及请求方不得将被请求人引渡到第三国或国际法庭。对于一般规定,美国早中期引渡条约从反面加以表述,即“不得……以外”(other than)的格式,偶尔从正面表述;晚期引渡条约全部从正面加以表述,即“应以……除非”的格式。

例外条款是:(1)被引渡人自由同意并公开宣布愿意接受这样的审判或惩罚,或在他有机会返回他被移交的国家之后;^①(2)被引渡人在被引渡后离开请求方领土并自愿返回请求方;(3)被引渡人在可以离开请求方领土后 30 天内未离开该领土;或(4)有关罪行是被请求方同意对其进行拘留、审判或处罚或将其引渡到第三国的罪行,并且是条约列举的罪行(可引渡的罪行);^②(5)被请求方同意引渡到国际法庭;^③(6)被请求引渡人移交以后所犯的罪。^④美国中晚期引渡条约的第一项例外(主要是“被请求人同意”的因素)已不存在。

特定性原则条款设置的法理依据在于,移交国不应根据虚假的借口被诱使遣返某人,应确保移交国的程序不会被滥用,从而达到保护移交国主权的目的是。^⑤也可以说该原则是刑法中罪刑法定原则的进一步延伸适用。例外条款的法理依据大概包括被请求人的意愿、被请求方的主权意志、禁止反言、时效因素等。

中国条约一般都有特定性原则的规定,主项条款都采“不得……以外”的模式,例外条款与美国现代引渡条约格式相同,但内容上缺少“国际法庭”的要素。鉴于该原则已构成习惯国际法,未来谈判条约必将引入该制度,只是细节上稍作调整。

(二)引渡请求程序条款(含合理根据条款/内容)

美国引渡条约引渡请求程序从广义上来讲,包括了引渡请求的联系机关、所需的所有文件(信息、证据、事实、证件等)、临时逮捕(羁押)和补充信息等内容;从狭义上来讲,美国引渡条约引渡请求程序包括联系机关和所需的所有文件。

美国早期引渡条约的该类条款包括联系机关(驻外的外交代表或领事官员)、法院签章的判决书或逮捕证的复印件、签发逮捕令的证据材料等文件,还包括临时逮捕的内容。^⑥在该时期的后一阶段,即 1931 年以后与英国 20 个海外领地国家的条约中,设置有单独成款的合理根据(probable cause)条款。该类条款规定,只有在根据被请求引渡方的法律,证据(evidence)充分足以证实(justify)交付审判的囚犯是在该缔约方

^① See Chile International Extradition Treaty with the United States, 1900, Art.8, 32 Stat.1850, TS 407, 6b EVANS 543.

^② See Australia International Extradition Treaty with the United States,1974, Art.14, 27 UST 957, TIAS 8234,1736 UNTS 344.

^③ See Lithuania International Extradition Treaty with the United State, 2003, Art.16, KAV 6246, SDoc 107-4, TIAS 13166.

^④ See Austria International Extradition Treaty with the United States, 1998, Art.19(1)(B), KAV5244, SDoc 105-50, TIAS 12916.

^⑤ See Kenneth E. Levitt, International Extradition, the Principle of Speciality, and Effective Treaty Enforcement, 76 Minnesota Law Review 1025 (1992).

^⑥ See Ecuador International Extradition Treaty with the United States,1872, Art.5,18 Stat.199, TS 79, 7 Bevans 321.

领土内犯下的罪行,或证明(prove)该囚犯是提出引渡请求的缔约方法院所定罪的同一个人时,并且他被定罪的犯罪或罪行是在作出此种定罪时由被请求方准予引渡的犯罪或罪行时,才应准予引渡。即强调引渡的条件是根据被请求方法律以充分的证据证实被请求引渡人的犯罪。

美国中晚期引渡条约的该类条款包括联系机关(外交渠道)、证明被请求人身份的信息材料(相片、指印、国籍、居民身份等)、案件事实陈述、请求方对其定罪的法律条文、时效的法律条文、刑罚的法律条文等;逮捕令及证明根据被请求方法律构成犯罪的证据(合理根据问题);法院判决书及未服刑或已服刑证明书;逮捕令及其他所有原始文书必须经法官或行政机关签章或核准;如果是副本必须经法官或行政机关签章或核证为原件的真实副本;具体核证机关;对翻译文本的要求等。^①临时逮捕列为单独条款,增加补充信息为单独条款,合理根据问题穿插在引渡请求的文件条款中。现代条约将核证机关列为单独条款,^②有的增加缺席审判情况下的文件要求。^③

在现代条约条款细节内容的改进方面,根据《欧盟与美国引渡协议》的规定,除原来的外交渠道转交文件外,可增加大使馆、国际刑警组织和司法部转交的方式;由外交部或司法部签章或认证的请求方文件(包括引渡请求文件和临时逮捕文件)无须在被请求方的引渡司法程序中再行认证。^④另根据该条约,请求方对于敏感信息的提供有最终的决定权。^⑤

很显然,美国引渡条约的请求程序很重视证据的充分性问题,这是美国引渡司法审查的重点内容。^⑥相比而言,中国的引渡条约请求程序条款则少有这样的规定。^⑦从美国条约全面铺开无一遗漏的角度来看,中国与未来商签引渡条约肯定会谈及该问题。从理论上来说,因此在引渡条约中加入合理根据的内容是有必要的,我们要有这样的思想准备。另外,美国引渡条约中引渡请求程序的规定可以作为中国未来引渡条约的借鉴。

(三)条约/国内法关系条款

1. 条约关系条款。该类条款规定,本条约的规定不影响缔约任何一方有关的国际

^① See Finland International Extradition Treaty with the United States, 1976, Art.13,31 UST 944, TIAS 9626,1203 UNTS 165.

^② See Belgium International Extradition Treaty with the United States,1987, Art.8, KAV106, SDco 104-7, 2093 UNTS 263.

^③ See The Extradition Treaty between the United States of America and France,1996, Art.10(4)(d), KAV 4920, SDoc 105-13,2179 UNTS 341.

^④ See Agreement on Extradition Between the European Union and the United States, 2003, Art.3(1)(b),5 KAV 7088, SDoc 109-14.

^⑤ See Agreement on Extradition Between the European Union and the United States, 2003, Art.3(1)(b),5 KAV 7088, SDoc 109-14.

^⑥ 参见胡城军:《美国法院商业贿赂引渡案的实体和程序——以海尔布隆引渡案为视角》,《中国检察官》2022年第8期,第74-78页;黄芳:《美国引渡制度研究》,《法律适用》2019年第15期,第63-73页。

^⑦ 只可见于中国与泰国、柬埔寨和菲律宾的引渡条约。

公约的权利和义务。^①它是指引渡条约的规定不影响其缔约双方与同一当事方或不同当事方之间缔结的国际条约的权利和义务。第一种情形为“AC/BC”型条约关系,第二种情形为“AC/BD”型条约关系。前一情形存在缔约方交叉现象,但并不意味着两条约的权利义务的交叉,因为缔约的伙伴国有不同。后一情形则是缔约方平行状况,则更不用说两条约的权利义务就是并行不悖的。

2. 条约与国内法关系条款。这是指在条约与(被请求引渡方)国内法之间作出怎样的选择适用。第一种情形是条约优先,如规定除本条约另有规定外,被请求方的法律适用于临时逮捕、移交和过境。^②另有规定可根据被请求方法律规定的任何其他理由拒绝引渡。^③第二种情形是国内法优先,如规定是否准予引渡的决定应当根据被请求方的法律作出,被要求引渡的人应有权使用该国法律规定的救济办法和追索权。^④在早期与英国海外领地国家的条约中还有这样的规定,即根据条约规定作出的逃犯引渡决定在各缔约方的执行应符合现行有效的被请求方调整引渡的法律规定。^⑤第三种情形是条约与国内法并重,如规定根据引渡请求准予引渡或不予引渡的决定,应根据本条约和被请求方的法律作出;被要求引渡的人应有权使用被请求方法律所规定的救济办法和追索权。^⑥

然而在美国晚期引渡条约中则不再有这两类条款,原因可从两方面来看。从条约关系条款来看,正如前述,无论是“AC/BC”型还是“AC/BD”型条约,条约的互不干扰性都是客观存在的,并不因为有了这样的规定才避免了干扰。而对前一项的争议,即同一国家与不同国家就同一事项设定不同的权利义务,可能招致该同一国家的不同伙伴国之间的不平衡心态,这种不平衡心态不会因为有这样的条款规定而发生改变。

至于条约与国内法的关系条款,设定条约优先或条约与国内法并重的规定,是可以理解的,因为根据条约法的基本要求,条约本来就应该优先于国内法。但是如果在引渡条约中以单独条款规定依照国内法来确定是否引渡的准则,那应该如何处理引渡条约中的引渡准则? 引渡条约不就是为引渡准则而来的吗?

中国引渡条约有较多的条约关系条款以及一定量的被请求方国内法优先条款。中国的前项规定基本与美国引渡条约相同,未来谈判应没有阻碍。后一关系条款包

^① See Finland International Extradition Treaty with the United States, 1976, Art. 22, 31 UST 944, TIAS 9626, 1203 UNTS 165.

^② See Germany International Extradition Treaty with the United States, 1978, Art. 27, 32 UST 1485, TIAS 9785, 1220 UNTS 269; Sweden International Extradition Treaty with the United States, 1961, Art. 15, KAV 2829, SDoc 104-9.

^③ See Norway International Extradition Treaty with the United States, 1977, Art. 7(3), 47 Stat. 2122, TS 849, 12 Bevens 482, 163 LNTS 59. 美国与所罗门群岛、基里巴斯、图瓦卢引渡条约的共同第 5 条第 2 款。

^④ See Australia International Extradition Treaty with the United States, 1974, Art. 10, 27 UST 957, TIAS 8234, 1736 UNTS 344; Brazil International Extradition Treaty with the United States, 1961, Art. 11, 15 UST 983, TIAS 8237, 532 UNTS 177; Canada International Extradition Treaty with the United States, 1971, Art. 8, 27 UST 983, TIAS 8237, 1853 UNTS 407. 另美国与丹麦、芬兰、德国、以色列、新西兰、挪威、瑞典、土耳其的引渡条约也有这样的规定。

^⑤ See Kenya International Extradition Treaty with the United States, 1931, Art. 8, 47 Stat. 2122, TS 849, 12 Bevens 482, 163 LNTS 59.

^⑥ 参见美国与西班牙、乌拉圭引渡条约的共同第 9 条。

括国内强制性引渡法优先^①、国内法基本原则和法律体系优先、^②国内法作为条约的补充^③三种情形。引渡条约是否设置条约优先以及私人援引条约的条款的问题值得关注。如果条约伙伴国加入了《维也纳条约法公约》，则无须在引渡条约中设置条约优先条款，因为该公约对条约优先有总的要求。在未来条约中其实可以设置私人援引条约的条款。因为现在很多学说都已表明在引渡条约中“请求方—私人—被请求方”的三维结构模型中，私人可以作为国家对等一方存在。^④在引渡条约中，除设置了国家之间的法律关系外，其实还设置了国家与私人之间的类似于国际经济法上的私人与国家之间的关系，因此，私人当然可以援引条约与国家对等诉讼。

(四)协助/代表条款

美国早中期引渡条约的费用条款中出现并盛行“协助”内容，在晚期普遍由“代表”条款代替。如根据美国与新西兰引渡条约，被请求方的法律官员、其他官员和法庭速记员(如有)，他们应在正常履行职责的过程中提供协助。^⑤再如根据美国与匈牙利引渡条约，在因引渡请求而引起的任何诉讼中，被请求方应以其权力范围内的一切法律手段，代表请求方的利益出庭并提供咨询和协助。^⑥在美国的引渡司法审查中一般是由检察官代表请求方出庭与被请求引渡人对质。

中国引渡条约中的协助/代表条款不多，仅有五个，^⑦中国引渡法则没有相关规定。中国未来引渡条约或中国引渡法可借鉴美国的做法，由检察官来代表请求方出庭，与被请求引渡人和被请求方一起形成引渡司法审查程序中的三方完整诉讼结构。

(五)简易引渡条款

美国中期引渡条约开始出现简易移交(waiver and simplified extradition)条款，晚期则已非常普遍。如根据美国与匈牙利引渡条约的规定，如果被请求引渡人同意被移交给请求方，被请求方得尽快移交该人，无须进一步诉讼，并可放弃特定性原则的要求。^⑧该类条款的明显作用就是节约司法和行政资源，提高了引渡的效率，加强了国际引渡的合作。

① 参见中国与俄罗斯、保加利亚和立陶宛的引渡条约，分别为第3(6)款、第3(7)款和第3(7)款。

② 参见中国与巴西、罗马尼亚、南非、意大利引渡条约，分别为第3(1)(9)项、第4(3)款、第4(2)款、第3(7)款和第3(8)款。

③ See Romania International Extradition Treaty with the United States, 2007, Art.20, KAV 5872, SDoc 105-19, TIAS 12805.

④ See Miguel João Costa, Extradition Law: Reviewing Grounds for Refusal from the Classic Paradigm to Mutual Recognition and Beyond 573-574 (Brill Nijhoff 2019). 樊文:《德国的引渡制度:原则、结构与变化》,《环球法律评论》2016年第4期,第145页;高秀东:《论双边引渡条约在我国的优先和直接适用》,《法治研究》2013年第12期,第27-31页;王勇:《理论与实践视角双重视角下完善我国条约司法适用制度研究》,九州出版社2016年版,第139页。

⑤ See New Zealand International Extradition Treaty with the United States,1970, Art.17(3),735 Stat.1869, TS 462,10 Bevans 356.

⑥ See Hungary International Extradition Treaty with the United States,1994, Art.20(1), KAV 4252, SDoc 104-5.

⑦ 即中国与柬埔寨、阿拉伯联合酋长国、澳大利亚、立陶宛和意大利的引渡条约。

⑧ See Hungary International Extradition Treaty with the United States,1994,Art.18,KAV 4252,SDoc 104-5.

中国引渡条约中仅有四项这样的条款,^①且都没有“可放弃特定性原则的要求”的内容。中国其实已有简易引渡的实践,例如从阿尔巴尼亚并过境意大利引渡沈某案,^②很多遣返案件其实也有简易引渡的色彩。因此中国大体可以接受这样的条款。中国未来条约是否可加入“放弃特定性原则”的内容呢?毫无疑问,放弃特定性原则的要求是进一步加快引渡的重要步骤,因为减少了外交承诺和审查的环节。当然,请求方也有可能就此增加对引渡人的罪名指控,因为它对犯罪人“特定性”以外的罪名进行了指控。但也可以想象,因为犯罪人的态度良好,指控国(即请求方)很有可能减轻对犯罪人的处罚,从而达到特定性原则本有的原初目的,甚至更有利于犯罪人的局面。因此在未来中国引渡条约的简易引渡条款中似可以加入“放弃特定性原则”的内容。

结语

美国引渡条约使我们见证了引渡条约条款从简单到复杂、从粗疏到精致的发展历程,为未来各国引渡条约立法提供了重要的经验和教训。从经验的角度,美国引渡条约的历史让我们了解了一些贯穿其始终的具有习惯法特征的引渡条约条款,如政治犯(军事犯)不引渡条款、双重犯罪条款、特定性原则条款、引渡请求程序条款、暂缓引渡条款、诉讼已决条款等;认知了一些很有特色的条款,如合理根据条款、非政治犯特定性原则条款、无关时效条款、本国国民引渡条款、18岁以下永久居民拒绝引渡条款和溯及力条款等;见证了它的条款范式的变化与发展,如可引渡犯罪条款从列举式向概括式的发展,条款表述由简单粗陋向细致周详的发展;等等。从教训的角度,美国引渡条约在其条约发展过程中也淘汰了一些条款,如非政治犯特定性原则条款等;出现了一些具有矛盾性的条款,即缺席审判条款、财税犯罪不引渡条款、正在审判条款等,这些条款在同一条约或不同条约中出现了完全不同的规定内容,从立法逻辑一致性的角度来看这其实是不应该出现的。美国引渡条约的发展轨迹提示着各国引渡条约的修补和完善,并预示未来引渡条约新条款的出现。

中国引渡条约立法历史较短,数量不多,条款表述还略显粗疏,需要吸收美国引渡条约的有益成分为我所用,特别是一些程序性条款或表述需要更加细致。同时,根据美国的教训,我们也要尽量去除一些条约中的矛盾性条款,如正在诉讼条款。^③另外,通过比较,中国引渡条约与美国引渡条约有较多条款具有较大的相合性——表述相同、理解相同、缔约方数量占比均衡等,如政治犯不引渡条款、双重犯罪条款、特定性原则条款、时效已过条款以及一些程序性条款,这些条款原则上将不会成为未来中引渡条约美谈判的障碍。当然,还有一些差异性条款,如表述相同但理解不同的条款——终止诉讼条款;还有一些缔约方数量“一边倒”条款,即在某一方条约中条款数量畸多而另一方畸少的条款,如联邦管辖权条款、人道因素条款、合理根据条款等。

^① 即中国与秘鲁、墨西哥、智利和巴巴多斯的引渡条约。

^② 参见黄风主编:《中国境外追逃追赃经验与反思》,中国政法大学出版社2016年版,第30-32页。

^③ 如上文一罪不二罚条款部分,有41项中国引渡条约将“终止诉讼”列为强制性条款,但还有2项条约将其列为任意性条款。

对于差异性条款的谈判,应尽量寻找双方条款的最大公约数,如任意性条款,来作为双方都能接受的条款模式。如果中国作为条款数量畸少的国家,则应冷静应对,深刻分析条约条款的法理依据及利弊得失,综合权衡后得出正确的结论。对于目前中国引渡条约中数量畸多的条款,如条约/国内法关系条款,鉴于国内法优先条款表述的模糊性,且对中国其实并不是特别有利,中国在未来谈判中不一定提出该类条款方案。有个别双方条约中数量都不占优的所谓“零星”条款,如特别法庭条款、缺席审判条款等,则可根据情况灵活处理。就本文的分析来看,美国引渡条约大多数条款原则上应该都是可以接受的,因为从良法的角度来看,引渡条约的最终目的是促进国家间的刑事司法协作,只是在细节上要斟酌表述和说法,争取趋利避害。

An Empirical Study on Paradigms of Clauses in American Bilateral Extradition Treaties: A Comparison with China

Abstract: From the empirical point of view, the bilateral extradition treaty of the United States has a history of more than 150 years of development, which can be divided into three periods. Each period is inter-connected with one another, but also has its own characteristics. The development has roughly experienced the process from simple to complex, and from crude to exquisite. In this process of development, there are some clauses that have remained unchanged, such as the political offense non-extradition clause, the dual criminality clause, the specialty principle clause and the deferred extradition clause. These clauses witness the process of the identification and formation of the customary law of extradition. Some paradigms of clauses have shown typical modern influence, such as the clause on non-extradition of death penalty, the clause on non-extradition of nationals, the clause on representation, and the clause on retroactivity, etc. There are also some clauses with unique American characteristics, such as probable cause clause, non-limitation clause and so on. There are also some eliminated provisions, such as the non-political offense specialty principle provisions, financial crimes non-extradition provisions and so on. By comparing with China, it is found that some of the paradigms of China's extradition treaties have absorbed some elements of the modern extradition treaties of the United States, while others have not been fully developed. In the construction of China's future extradition treaty, the American paradigm can be suitably adopted or abandoned according to China's national conditions.

Key words: US bilateral extradition treaty; extradition clause paradigm

(责任编辑:石磊)