

德国的引渡制度:原则、结构与变化

樊 文

内容提要:本文以德国引渡制度的基本理念和重要法源为切入点,围绕《刑事案件国际司法协助法》,介绍德国引渡法的基本原则和程序结构,包括无条约关系的引渡实体要件、程序流程以及欧盟范围内引渡的实体要件和程序流程,着重解决德国引渡制度的框架“是什么”的问题。在此基础上,寻找德国引渡制度传统原则和程序结构出现的变化、特征和问题,并在对于德国的引渡制度“怎么看”的意义上给予评述。所有这些都服务于这样的目的:找到适用于引渡的德国法律上的正确根据和途径,顺利地把当事人从德国引渡出来,实现请求国的刑罚权。

关键词:德国引渡法 司法协助 引渡程序

樊文,中国社会科学院法学研究所副研究员。

一 引 言

一国主权止于本国国界。本国的刑事追诉机关不可能在他国采取法律措施。有的行为人为人实施犯罪后,逃匿他国以规避刑事追究。对逃匿者犯罪行为的侦查、审判或者处罚,在本国境内如果不能全部完成,就需要与他国进行跨境刑事合作。应他国请求为在他国进行的刑事程序提供的任何帮助,不论这种程序是由法院还是由其他(侦查控诉)机关所运作的,也不管这种帮助是由法院提供的还是由其他机关提供的,都是刑事案件^{〔1〕}国际司法协助。不过,请求他国对逃离本国的嫌疑人给予刑事追究,^{〔2〕}并不寻求他国程序帮助的,虽是国际刑事合作,但不是国际司法协助。同样,没有他国的请求,主动给他国提供程序帮助的,比如,主动给他国传递案件线索或者情报信息,或者驻外(国)的本国机构给

〔1〕 这里的刑事案件是指根据事实或者基于推测,国家针对实施了犯罪行为而启动的追究程序,其目的是要针对特定的行为入科处或者执行刑法上的处罚。

〔2〕 这是指有些国家的刑法适用法上所规定的目的在于填补漏洞的刑事司法代理原则。

予本国刑事追诉机关的帮助,也不是国际司法协助。进行国际刑事司法协助需要有必要的规范基础。^[3] 在德国,规范国际司法协助的基础性法律是《刑事案件国际司法协助法》。^[4] 该法是促成跨(国)境执行的法律,其中规定了刑事司法协助三种主要形式,除了经常适用的引渡行为外,还包括执行互助和相互协助取证(“小司法协助”)。而这三种形式中最能引起国际法上和国际政治上关注的协助形式当属所谓“大司法协助”之引渡。

在被请求国(他国)居留的、受请求国(本国)追诉的被告人或者需要执行请求国所判刑罚的罪犯,本人不愿被交给该国审判或者执行刑罚的,就需要引渡。引渡时,被告人居住国的国家机关可以对被告人采取强制措施,把他交给请求国,以便其受到请求国有管辖权法院的审判,最终实现请求国的刑罚权。一般情况下,相关国家之间会就请求的个案达成共识,顺利实现引渡。但是,如果被请求国认为,请求国针对被告人的刑事程序在国际法上是不受允许的,比如认为请求国没有管辖权,或者是违反了人权标准,或者认为引渡在政治上是不适当的,而且在其国内的国际司法协助法上存在妨碍引渡的事由,那么,引渡就变得极具争议而困难重重。

因此,在具体个案的司法协助上,为了能够顺利实现引渡,就有必要理清德国引渡制度的基本理念和主要法源,了解其引渡法的基本原则、规范结构和发展变化,掌握德国的引渡法基本框架究竟“是什么”,进而找到顺利引渡的正确法律根据和途径。由于德国的引渡法也受到来自欧盟和国际层面立法的影响,因而出现新的变化、遇到重要的问题、出现新的特征,“怎么看”意义上的观察与评论,可以在“动态法”的层面,为个案协助的交涉提供讨论的方向和要点。

二 德国引渡法的基本理念和重要法源

(一)德国引渡法的基本理念

引渡法是国内法特别是刑法(尤其是刑法适用法^[5])、刑事诉讼法与国际法交叉而独立的法律领域,该领域有其独特的制度理念。国内刑法是建立在领土主权的基础之上,刑事程序只能在本国领土范围内展开。国家的边界只对行为人(嫌疑人)开放,而不对刑事追诉开放。要想实现本国刑罚权,对于追究逃匿他国的被告人的刑事责任,原本可以考虑以扩大刑事案件的国际刑事管辖权的方式予以解决。比如,可以规定,任何国家在法律上都可以处罚居住在其领域内任何人的所有犯罪。这样的解决方式,可以具体为(包括协助在内的)刑事司法合作的两种管辖权基本原则:^[6]世界法原则和刑事司法代理原则。

[3] Maurach/Zipf, Strafrecht, AT, Teilband I, 8. Aufl. 1992, § 11 Rn. 37.

[4] Gesetz ueber die internationale Rechtshilfe in Strafsachen (IRG) (2015年8月31日修订)。

[5] 在德国,是指其《刑法典》上的第3-7条、第9条以及德国《国际刑法典》第1条。

[6] 这里需要注意区分国家间刑法合作的形式和国家间司法协助的形式。若论国家间刑法合作的形式,包括四种:(嫌疑的或者受判决的)行为人的引渡,小司法协助(或者其他司法协助:取证协助,返还非法财产协助等),代理刑事追诉和代理执行刑罚。而司法协助仅限于:引渡、执行和取证等,并不包括代理刑事司法和代理执行刑罚。参见 Gless, internationals Strafrecht, 2. Aufl., 2015, S. 86 Rn. 250.

世界法原则,不用考虑行为人的国籍、犯罪地以及被害人的国籍,就可将本国刑罚权延伸到某种犯罪事实,但是,这种管辖所及的犯罪事实,只能是威胁到世界上所有国家的共同安全的行径,比如海盗、灭绝种族或者恐怖主义,或者根据行为危及或危害的法益性质,威胁到世界各国都受其利的超国家文化之法益时,才可适用世界法原则。刑事司法代理原则是出于法律上或者事实上的原因,行为人不能被引渡给他国,而造成有管辖权的他国未能追究时,比如,受庇护的政治难民在他(母)国时犯有故意杀人罪,因政治犯而不能引渡回他(母)国,其所犯故意杀人罪未能追究,本国(庇护国)为确保任何逃匿犯在庇护国不能逃避刑事追究,行使本国刑罚权,代理他国进行审判以“填补漏洞”。这两个原则反映的是本国刑罚权向外的扩张或者延伸。这在多数国家各不相同的刑法适用法上,都有规定,但是,无限扩张和延伸国内刑罚主权的做法,都受到国际法的严格限制。此外,即便在法律上对外国的嫌疑行为人的审判管辖没有限制,也会遇到事实上的局限,因为,国内法院通常根本不可能查明在国外实施的犯罪行为。因此,绝大多数国家在刑法上都规定有刑法适用法的情况下,接受国际法上的合理连接点原则,并普遍承认:引渡是国际刑事司法协助不可放弃的工具。

一个国家把当事人引渡给他国,实质上也可能侵犯了当事人的基本权益。因为一般说来,自由选择居留国家而不受任何阻挠,是受德国宪法保障的迁徙自由之基本权利。对当事人受他国指控的行为,当事人的居住国因没有管辖权而不能进行刑事制裁,根据国际刑法“或起诉或引渡”的要求,若是绝对保障当事人自由徙居的个体利益而不考虑引渡,就容易形成逃犯的“避难所”或者“绿洲”。为避免出现这样的局面,在实现请求国刑法利益时,就必须一般地优先考虑国家间相互支持的共同利益,而把与之相对的当事人(尤其在欧盟范围内)自由选择居留国家之利益放在其次。

(二)德国引渡法的重要法源

引渡法的基本理念要求,为了打击犯罪的共同利益,主权国家之间根据请求和自愿应尽可能地相互提供引渡协助。这种引渡协助关涉国家主权和个人权利,尤其需要有法律上的根据。德国的引渡协助有许多法源。传统的法源主要是双边引渡条约。德国与其他欧洲国家的关系中,以双边引渡条约为根据来处理引渡事宜,如今已是例外。欧洲范围内,引渡的最重要法源是1957年的《欧洲多边引渡协定》。但1977年该《协定》才在德国生效。

此外,德国引渡法在申根或欧盟范围内的法源还包括其加入的四个最重要的多边国际法条约:1990年6月19日的《申根施行协定》,^[7]1995年3月10日的《欧盟成员国间简化引渡程序的协定》,^[8]1996年9月27日的《欧盟成员国间的引渡协定》^[9]和2002年

[7] Schengener Durchführungsübereinkommen (SDÜe). 与引渡制度紧密相关的是其第59-66条、第93条、第95条。

[8] EU-Übereinkommen ueber die vereinfachte Auslieferung (EU-VereinfAuslÜebk). 与引渡制度紧密相关的是其第3-12条。

[9] EU-Auslieferungsübereinkommen (EU-AuslÜebk). 与引渡制度紧密相关的是其第3-9条。

6月13日的《欧盟逮捕令和欧盟成员国间移送程序的框架决定》。^[10]德国通过批准法把这些协定转换为国内法,^[11]相关的国际法规则也可以在国内直接适用。批准法的位阶通常属于联邦的基本法律。

作为传统法源的双边引渡条约,只是在处理德国与欧洲之外的国家间之引渡事宜时,仍然有现实重要性。欧洲之外的国家与德国没有缔结双边或者多边条约的,在请求德国给予引渡协助时,德国的国内法律根据是1982年起生效的《刑事案件国际司法协助法》,它规范在处理包括引渡在内的国际司法协助事宜时,德国应当适用的基本原则(包括引渡的前提和界限)和程序规则。

《刑事案件国际司法协助法》主要是德国司法和执法机构协助外国刑事诉讼程序的法律根据,它把无条约关系的引渡类型区分为他国请求的引渡事务(第2-42条、第80条),通过德国主权辖区转送被外国引渡的人的引渡事务(过境引渡:第43-47条^[12])。该法着重规范的是前者的引渡类型,主要是关于承接他国引渡请求的规则。

尤其是处理他国的引渡请求,《刑事案件国际司法协助法》还规定了引渡法源的适用次序。该法规定,国际法上的条约具有适用优先性(第1条第3款)。即除条约义务之外,国家并没有帮助他国进行刑事追究或者刑罚执行的任何国际法上的义务。如果双方国家之间存在专门的引渡条约,或者多个国家之间存在多边的引渡协定,比如《欧洲多边引渡协定》,那么,就要优先适用赋予国家国际法义务之条约或者协定。各不相同的协定都是国际法上的条约,只要这些协定中没有让某个双边条约优先的冲突条款,那么,就适用后缔结的条约优先适用的原则。因此,在相同的条约方之间缔结的多个双边条约的情形下,只要以前缔结的条约不违背后来缔结的条约,才有以前缔结条约的适用。^[13]条约优先于《刑事案件国际司法协助法》适用,可能导致即便根据《刑事案件国际司法协助法》不允许引渡的当事人,根据国际法协定德国也必须引渡。不过,作为国际法的引渡条约,是请求国的最低权利和被请求国的最低义务,^[14]如果所涉及的国际法条约出现了处理特定引渡事务“于约无据”的漏洞,那么,在该条约的适用范围内就要补充适用《刑事案件国际司法协助法》。究竟是排除《刑事案件国际司法协助法》的适用,还是补充适用,关键取决于引渡条约的规定是穷尽性规则还是开放性规则。若是前者,就排除《刑事案件国际司法协助法》的适用。若是后者,则要补充适用。已经转换为德国国内法的相关国际条约规定而成为该国内法之特别规定者,优先适用该国内法的特别规定(第1条第4款),比如与欧盟成员国之间的引渡规定(《刑事案件国际司法协助法》之第6编)。如果德国和相关国家之间没有缔结引渡条约,就只能适用《刑事案件国际司法协助法》。

[10] Rahmenbeschluss des Rates vom 13. Juni 2002 ueber den Europaeischen Haftbefehl und Uebergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten (RbEuHb). 与引渡制度紧密相关的是其第1、2条。

[11] 根据国内法与国际法的关系和宪法状况,德国奉行二元论的国内法——国际法关系。

[12] 尽管德国法上用了“引渡”的术语,但是,这里的“过境引渡”,严格地说,并不是真正意义上的引渡。因为,把一个人解送到既不是请求国、也不是被请求国的第三国主权领域,只能是过境解送。

[13] Lex posterior derogate legi priori, Gless, Auslieferungsrecht der Schengen-Vertragsstaaten, Neuere Entwicklungen, forschung aktuell, 2002, S. 5.

[14] Boese, in: Gless (Hrsg.), Auslieferungsrecht der Schengen Vertragsstaaten, 2002, MPI, S. 121.

需要补充说明的是,德国处理引渡事宜的一个重要行政文件——《刑事事务与外国交涉指南》。^[15] 它是对《刑事案件国际司法协助法》的进一步具体化,是属于效力及于整个联邦的、操作性很强的日常行政细则。比如,对于(承接的和发出的)引渡请求的处理,该《指南》规定有四个可选择的途径:^[16] 两个国家方之政府和他方的外交代表相互联系沟通的外交交涉途径。相关国家最高司法或者行政机构之间的部长交涉途径(德方是联邦司法部或者联邦州的司法部)。驻被请求国的领事代表与被请求国机构之间的领事交涉途径。请求国机构和被请求国机构之间的直接交涉途径。德国与外国的联系,原则上要通过外交交涉途径解决。不过,德国与他国之间也可通过双边或多边条约具体规定交涉途径。具体个案中,选择何种途径,必须根据《刑事事务与外国交涉指南》附录二“各国部分”^[17]所提供的资讯来确定。由于“各国部分”的内容是持续、即时更新的,因而,确定适用于具体个案的法律状况,必须进行切实的最新审查。不过,要特别注意的是,这个行政指南对于法官并没有拘束力。对于法官有约束力的主要是体现引渡基本原则的法定引渡实体要件和程序规则。

三 引渡的实体要件和程序流程

在国际法上,除非有条约的明确规定,国家没有引渡的义务。在没有条约义务的情况下,是否接受他国的引渡请求,完全是被请求国自行决定的主权事务。因此,引渡可以分为无条约关系的引渡和有条约关系的引渡。德国的《刑事案件国际司法协助法》也区分为无条约关系的一般引渡和有条约规范的引渡,规定了各自的实体要件和程序流程。不过,这些实体要件和程序流程,除宪法上的受明确保障的实体要件外,根据国际引渡协议的规定,也可以作出修改。

(一) 无条约关系的一般引渡之实体要件

对于无条约关系的一般引渡,德国《刑事案件国际司法协助法》第2条明确规定:因在外国实施犯罪行为而可能受到刑事追究的人,可给予引渡。引渡的达成,他国须提出请求、被请求国必须自愿。如果德国是被请求国,它是否愿意给予引渡,关键要看请求之引渡是否符合其《刑事案件国际司法协助法》所规定的标准:正面的和负面的引渡实体要件。

1. 正面的实体要件

(1) 受指控的当事人的行为,在请求国必须是受刑罚处罚的行为(第2条)。这个原则是指无论根据请求国的法律还是被请求国的法律,如果当事人的行为都是可予刑罚处罚的,就可以引渡当事人。^[18] 这里,当事人的具体行为,无论是根据请求国还是被请求国

[15] Richtlinien fuer Verkehr mit dem Ausland in strafrechtlichen Angelegenheiten (RiVAST): http://www.verwaltungsvorschriften-im-internet.de/bsvwvbund_05122012_III19350B13002010.htm. 最后访问时间:2016年1月6日。

[16] Nr. 5 RiVAST.

[17] RiVAST-Laenderteil: <http://www.bmj.bund.de>. 最后访问时间:2016年1月6日。

[18] § 2, 3 IRG.

的刑法,都必须是该当构成要件和违法的行为,而不必要是有责的或者可予以追究的行为。即对案件事实做必要的比照转换,被请求国以自己认定的事实为根据,审查行为不法是否成立,此时,必须考虑请求国刑法上的合法化事由,而其刑法上的免责事由和个人的免除刑罚事由,则不必考虑,也就是说,原则上不审查行为人的罪责问题。除引渡请求提到的根据外,如果被请求国对司法审查的可罚前提条件有疑虑的,也有必要查问、求证于请求国。

(2)司法协助的相互性是相关国家必须保证相互给予一般的或者个案的相应待遇(第5条)。互惠原则主要对没有条约的所有司法协助事务具有重要意义。^[19] 它是指请求国要保证,在司法协助实务中也要给被请求国提供至少同等程度和范围的司法协助。

(3)所涉行为,根据德国法必须是一种违法的、受一年或者一年以上自由刑处罚的重犯罪行为(第3条第2款)。被请求国对受指控的人采取自己国家的刑罚权所赋予的措施和手段,有理有据,当然没有问题。然而,对于所实施的受他国指控的行为,根据被请求国的法律不受处罚的行为人,被请求国是不能采取这种手段的。采取这种手段,需要有合法化根据。如果受指控的当事人的行为,在德国作相应的转换比对,^[20] 是不予处罚的,或者在德国只是判很短自由刑的轻微犯罪,那么,就可能拒绝引渡。此外,引渡所涉行为不要求两国间罪名表述一致,只要行为所涉实质相同或相似即可。

《刑事案件国际司法协助法》第2条和第3条第2款也包含了引渡法上的双方刑事可罚性原则。双方刑事可罚性原则源自主权相互对立的思想,它尤其关注引渡请求所涉行为,根据被请求国的法律,是不是也是受刑罚处罚的。一个国家不会因为一个在类似案件中对某国来说不会成立请求引渡的行为,而必须给予引渡,即保证被请求国不会被强迫引渡一个它认为没有犯罪的人,^[21] 确保被请求国不变成请求国的纯粹帮工,而是要保持其法律制度对于引渡请求所涉行为的优先适用。^[22]

(4)最低刑罚原则(第3条第3款)。如果出于刑事追究目的之引渡,所涉行为的法定最低刑通常不超过1年的,或者出于刑罚执行目的之引渡,尚未执行的监禁刑至少不到4个月或者尚未执行的监禁刑总和不到4个月的,原则上都可以拒绝引渡。

2. 负面的实体要件(妨碍引渡的事由)

即便上面提到的实体要件都具备了,引渡还可能因为负面的实体要件(即障碍事由)而受阻。德国《刑事案件国际司法协助法》也规定有许多限制和拒绝引渡的事由。

(1)德国人不引渡。引渡请求的对象,可以是请求国国民,也可以是被请求国或者第

[19] 历史上与互惠原则紧密相关的双方刑事可罚原则,仅仅适用于引渡的协助形式,而互惠原则还适用于取证协助和执行协助。

[20] 比如A在法国暴力抗拒法国的判决执行官员,然后逃回德国。这个行为根据《法国刑法典》第433-6条在法国是可以予以刑罚处罚的。《德国刑法》第113条规定的抗拒执行官员罪所保护的是德国公务员,并不能直接适用于A的行为。但是,假若A在德国对德国执行公务的人员实施了同样的行为,则在德国就可以予以刑罚处罚。因此,根据德国《刑事案件国际司法协助法》第3条,就可以引渡A。这种比对转换也与刑法适用法及具体规范的保护范围是否及于外国法益有关,对此,参见Satzger著,《国际刑法与欧洲刑法》,王士帆译,元照出版社2015年中文版,第17页。

[21] 朱文奇著:《现代国际法》,商务印书馆2013年版,第157页。

[22] Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 12, Rn. 48ff., S. 498ff.

三国国民。实践中,绝大多数国家奉行“本国国民不引渡原则”。^[23] 德国根据其《基本法》,原则上不允许引渡德国人给外国。^[24] 与此相应,《刑事案件国际司法协助法》仅仅规定了“外国人”的引渡。^[25] 不过,这个原则已经有所松动。^[26] 比如,根据现行德国《基本法》第 16 条第 2 款第 2 句,^[27] 在一定限度内可以把德国公民引渡给欧盟成员国。尤其是《刑事案件国际司法协助法》第八编第二章“引渡至欧盟成员国”中规定,如果行为人在请求国实施了嫌疑行为,而且外国机构保证,在其对被追究人判处自由刑后,若被判的德国公民请求回国执行,即可将其交回德国执行所判刑罚的,原则上就可以给予请求国刑事追究目的之引渡。与这种引渡不同,出于执行刑罚目的,只有征得被判了刑罚的德国公民同意(实务中极为罕见),才可以把德国公民引渡给外国执行刑罚。^[28] 如果不存在这些前提条件,针对德国公民的引渡请求,不予准许。

(2) 如果行为已经受到德国法院的审判,或者为此在德国启动的程序实质中止的,不允许引渡(第 9 条)。在此规则中表达的原则是本国审判优先于引渡。此外,由此原则还要避免行为人因同一行为而受到多个国家的判决。根据德国的理解,“一事不再理”原则上只在一国领域内起作用。其实质是不承认外国刑事判决的既判力。若认可其既判力,无疑对国外刑事司法预设有某种程度的信赖。即便承认了外国判决的既判力,国家基于本国自身利益受到犯罪的影响,还可能会重新起诉。^[29] 因此,如果当事人在外国因其行为已经被判决,德国仍然可以发出引渡的请求。

(3) 军事犯、政治犯不引渡。《刑事案件国际司法协助法》第 6 条第 1 款、第 7 条规定,因军事的或者政治的犯罪行为,^[30] 不予引渡。在引渡法中这个基本原则是个历史传统。尤其是政治犯不引渡,其背后的考量是:个人有通过政治活动推动政治变革的权利。本国不介入他国的国内政治斗争,而且不想偏袒或者优待他国国内任何一方的利益而引渡某人,让其因出于政治动机的犯罪行为受到刑事追究。特别关切没能成功的政治反抗者个人因此类犯罪受到该国不公正审判和处罚。但是,德国《刑事案件国际司法协助法》也例外允许引渡政治犯,不过前提是:行为人因为未遂或既遂的种族屠杀、谋杀或者故意杀人以及参与此类犯罪而受追诉或审判(第 6 条第 1 款第 2 句)。这样,种族屠杀或者故意杀人犯罪的共犯当事人,主张自己实施的是“政治”行为而对抗就此行为的引渡请求,就不再能够奏效。

[23] 不循此原则的国家极少,比如英国,除非条约有相反规定,对于被请求引渡的人不做本国公民和外国人的区别对待。

[24] § 16 Abs. 2. S. 1 GG.

[25] § 2 IRG. 外国人是指根据 § 116 Abs. 1 GG,不具有德国国籍的人。

[26] Werle/Jessberger, in: Laufhütte/Rissing-van Saan/Tiedemann (Hrsg.), Leipziger Kommentar StGB, Band 1, 12. Aufl. 2007, § 7 Rn. 75, S. 611f.

[27] 德国《基本法》第 16 条第 2 款第 2 句规定:“只有法治国家的基本原则得到维护,可以通过法律对引渡到欧盟成员国和移交给国际刑事法院作出有偏离的规则”。

[28] § 80 Abs. 3 IRG.

[29] 柯庆忠:《欧盟引渡制度之新变革》,《东吴法律学报》2006 年第 18 卷第 3 期,第 152 页。

[30] 军事犯的概念基本没有分歧,是指仅仅违反军事义务的犯罪。然而,政治犯的概念和范围,历来富有争议,不过,应当注意,国际刑法上的核心罪行,不应视为政治犯,应予引渡。

被请求国有权确立政治犯的认定标准。^[31] 在德国,不是根据促使行为人实施犯罪的动机,而是要优先根据行为的客观特征确定行为的政治性质,这是通说。据此观点,政治性的犯罪行为至少是指直接针对国家的存在或者安全,针对其功能或者制度的犯罪行为。区分行为是否带有政治元素,关键是要看行为所追求的政治目的,用其所采用的手段是不是可以达到,行为的严重程度与所追求的目标之间是否处于相当的适当关系,以及行为与政治目标之间是否存在具体的关联。^[32]

(4)如果有足够的理由可以断定,当事人在引渡案件中可能遭受政治迫害,准确地说,因其种族、宗教信仰、国籍、政治见解或者属于某一社会群体而遭受追究或者刑罚处罚的威胁,那么,无论当事人受请求国指控的犯罪种类是什么,都不允许引渡(第6条第2款)。因政治迫害威胁而禁止引渡与政治避难权(政治庇护权)^[33]有着紧密的内在联系,^[34]但这种禁止引渡与政治庇护权不同。根据通说,给予政治避难(政治庇护)或者仅仅提出了政治避难申请,并不当然地阻却引渡。不过,在有避难权的当事人因政治迫害已经逃离的国家请求引渡的情形下,所启动的刑事追究对当事人有重新政治迫害之虞的,德国会拒绝引渡当事人。^[35]

(5)死刑。如果当事人在请求国面临死刑威胁,禁止引渡(第8条)。然而,这种抽象的死刑威胁还不足以导致拒绝引渡。即一国刑法原则上规定有死刑和法定刑幅度中有死刑可选,仅此情形,还不足以阻碍引渡。只有加上请求国不能保证不科处或者不执行死刑,才足以拒绝引渡。但是,如果请求国在具体案件上作出有约束力的可靠保证(不科处死刑或者至少不执行科处的死刑),就可以引渡。之所以就死刑问题有此并不绝对的明确规则,是因为,虽然德国《基本法》第102条和许多国际文件都选择废止死刑,但是禁止适用死刑,尤其对于尚未废止死刑的国家来说,国际人权法的要求目前还不是具有普遍约束力的国际法规则。对于他国法律的价值选择,德国法废止死刑的选择不可绝对地强求于他国。^[36]

(6)罪行特定原则(标的限定原则)。“特定性”的要求是指引渡要能够保证只针对特定罪行的审判为目的(或者刑罚执行为目的)。审判的罪行必须与引渡申请提及的罪行保持一致。^[37] 如果请求国提出了引渡申请,而案件情节让人有充分理由认为,当事人还可能受到出于政治原因的附带追究,或者引渡后请求国会把当事人移交给以政治原因追

[31] 被请求国对政治犯的确立认定标准,一方面可以让真正的政治信仰犯受到保护,另一方面也可以避免把“政治的”标签滥用到暴力犯罪行为之上。

[32] Vogler/Wilkitzki, Gesetz ueber die international Rechtshilfe in Strafsachen(IRG). Kommentar, 1998, § 6 Rn. 44 - 65.

[33] 政治庇护权是一项基本权利,其中也包括保护免于政治迫害的引渡。因可能的政治迫害而阻却引渡的事由,是德国宪法上受保障的阻却引渡事由。受宪法保障的阻却引渡事由,不能通过条约让其失效。

[34] Art. 16a GG.

[35] 政治犯或者死刑威胁犯不予引渡的,德国用其刑法上的“刑事司法代理原则”(第7条)来解决当事人应予追究的行为之刑事责任问题。

[36] 尤其对于有引渡条约而且条约并不禁止的,更是如此。参见 Vogler/Wilkitzki, Gesetz ueber die internationale Rechtshilfe in Strafsachen(IRG), Kommentar, 1998, § 8 Rn 8.

[37] § 11 IRG.

究他的第三国,那么,被请求国就可以拒绝引渡。根据罪行特定原则,被请求国还可要求请求国作出保证,当事人仅仅就引渡请求中列明的、构成引渡请求合法根据的罪行受到追究。而且,未经被请求国同意,不得把当事人引渡或者驱逐到第三国。此外,在刑事程序结束后和宣告执行后,必须给予当事人一定期间,在此期间他可以离开请求国回到原来的引渡被请求国执行刑罚。请求国以特别说明作出保证,或者必须征得被请求国同意,就是接受对其主权的限制。被请求国限制其主权的引渡附加条件,请求国应予遵守,^[38]以便当事人能够受到罪行特定原则的持续保护(当事人明确选择简式引渡的除外)。说到底,罪行特定原则,就是要在请求国无遗漏地全面刑事追究利益和保护当事人免于过度侵害之间作出平衡。

(7)可能的非人道待遇。如果有足够的理由认定,当事人在引渡的案件中可能受到酷刑或者其他非人道对待的,无论如何这都是一个引渡的阻碍事由。不过,当事人仅仅只提出了这种泛泛的主张,或者仅仅只主张请求国的监禁条件达不到德国的待遇,这些不足以成为引渡阻碍事由。确实,在与欧盟外国家的引渡交涉中,请求国的监禁条件是德国常常碰到的难题。尽管请求国的羁押和监禁条件普遍不如德国理想,但是,在具体个案中给请求国附加一些条件,也可以给予引渡。比如,要求请求国保证,把当事人安置于符合欧洲最低标准的特定监禁场所服刑,并允许德国领事官员到监狱例行访问该当事人。

(8)缺席判决。如果当事人既没有得到程序进行和结束的告知,事实上也没有机会听审和进行有效辩护,就作出一个让当事人倍感意外的缺席有罪判决。这种判决根本达不到刑事程序法治国家原则的最低要求——正当程序下的公平。据此判决提出的引渡请求,原则上不允许引渡。然而,要审查当事人法律上的听审权^[39]和适当的辩护权是否确实得到了充分保障,仅凭请求国所提供的引渡材料并不能立即作出判断,如有可能,被请求国还需要向请求国的相关机构进行查证。不过,如果请求国是欧盟成员国,并且能够保证引渡之后给予当事人以再审机会,则允许引渡(第83条第3款)。

(9)时效和赦免。涉及引渡行为的时效问题,德国法原则上以请求国法律为判断标准。根据请求国法律,行为未过时效的,予以引渡。但是,涉及引渡的行为,如果德国法院也有管辖权,根据德国法,该行为已过追诉时效和执行时效的,或者根据德国赦免法,该行为被免除刑罚的,则不允许引渡(第9条第2款)。“刑法和谐化”要求不同的法律制度“相互承认”,倡导尊重差异性和立法者的价值选择。请求国必须认同和尊重德国法所选定的不同的时效制度。如果一个在德国过了时效的行为,在外国正受追诉,并且不能以禁止双重刑事追究为由予以抗辩,德国公民的行为在德国因时效已过而不受刑事追究,自然也就不会把身处德国的德国公民引渡给他国。但是,需要注意的是,判断涉及引渡行为的可追诉性,以德国法为标准,仅仅是针对(德国也有管辖权的)管辖竞合情形的唯一例外。

(10)公共秩序原则。刑法上的协助,不得降低对当事人的权利保护。被请求国至少

[38] § 11, 72 IRG.

[39] 所谓法律上的听审权,是指被告人有亲自出席审判的权利,被告人有权要求在审判的整个过程中出现在法庭上。它是一项基本人权,旨在保证审判公正。因为只有被告人始终在庭审现场,才能知道对自己的指控,有机会自行辩护或者通过其律师进行辩护,最终达到澄清真相并保证审判公正。

要对其协助行为在外国的诉讼中可能产生的后果负责,而且,它对此负有特别的国家义务。对于他国制度的容忍限度是根据人权标准,以公共秩序保留的手段划定的。如果引渡有可能违背德国法秩序的重要原则,引渡是不允许的(第 73 条)。该原则要求优先考虑对当事人的人道和司法关照义务。德国法上尽管没有规定出于人道原因不引渡,但是,如果当事人因为严重疾病不能逮捕、拘留和不能解送,并且执行引渡有死亡危险或者重大而不可恢复的健康损害危险的,根据公共秩序保留原则,不予引渡。同样,没有刑事责任能力的未成年人,也不予引渡。此外,在严重违反德国《基本法》或《欧洲人权公约》或者联合国《公民权利与政治权利国际公约》所要求的法治国最低标准的情形,会导致拒绝引渡的后果。对于欧盟外的国家,是否符合这个原则,德国主张进行个案审查。

(二)德国的传统引渡程序

1. 引渡拘留程序

以引渡为目的的拘捕,原则上要求有当地州高等法院签发的引渡拘留令。引渡拘留令一般在收到引渡请求后签发,签发条件是:必须存在逃跑危险或者掩盖事实、妨碍外国刑事程序或者引渡程序中的真相调查之虞的理由,^[40]所要采取的这种措施是适当的,并且预先对关键的引渡前提审查后,引渡看来是允许的。^[41]若当事人存在可以引渡的行为之重大嫌疑,或者应请求国主管机构请求,州高等法院也可以在收到引渡请求之前下达临时引渡拘留令。^[42]但是,自当事人(根据引渡拘留令或者临时引渡拘留令^[43])被拘捕之日起,若引渡事务的受理机关在 3 个月时限内,没有接收到欧洲以外的请求国引渡请求以及有关引渡的书面证据与材料,^[44]还可以撤销引渡拘留令。^[45]对引渡拘留最迟应该于 2 个月后,依职权进行一次审查,以决定是否延长并继续拘留。^[46]

允许没有引渡拘留令的临时拘捕,是引渡拘留程序的例外。如果存在签发引渡拘留令的前提条件,^[47]检察官和警官可以临时拘捕涉及引渡的人。^[48]在引渡目的的临时拘捕程序上,德国法原则上给予涉及引渡的当事人与因本国刑事指控而拘留的人一样的程序地位和程序权利。拘捕引渡当事人时,必须告知其拘捕理由。^[49]被拘捕的引渡当事人,应最晚于拘捕后一日内被无延迟地带到最近的地方法院之法官面前。法官要告知当事人有对行为之指控表达意见的权利。^[50]有获得法律帮助的权利。^[51]对他的指控享有

[40] § 15 Abs. 1. S. 1. 2.

[41] § 15 Abs. 2

[42] § 16 IRG.

[43] 引渡拘留令是指引渡羁押令状,临时引渡拘留令是指临时引渡拘捕令。德国一般是检察官先请求法官核发临时拘留令,核发后检警把当事人拘捕留置后,由法官决定是否羁押,此时的决定本文称为引渡拘留令。

[44] 欧洲国家的时限是 2 个月。

[45] § 16 Abs. 2.

[46] § 26 Abs. 1. IRG.

[47] § 15, Art. 16 IRG.

[48] § 19. S. 1. IRG.

[49] § 16 Abs. 1. IRG.

[50] § 22, IRG; Art. 40, RiVAsI.

[51] § 40 IRG.

供述或不供述乃至保持沉默的自由。这里的地方法官,原则上只询问当事人的个人情况、国籍、私人关系,并给予他对暂时拘捕表达意见的机会,以及针对他的引渡提出反对理由的机会。如果当事人没有反对引渡的理由,就要告知他还可以选择简式引渡程序,以及选择简式引渡可能出现的对其不利的后果。^[52] 地方法官经过询问,如果发现被拘捕的人并不是引渡当事人,而是抓错了人,地方法官有权当即释放被拘捕人。如果他认为引渡当事人的身份不存在疑问,可以下令留置当事人直至州高等法院作出是否给予引渡拘留的决定。地方法官同时要把留置决定以及相关的引渡材料,无延迟地递送主管总检察长,总检察长向州高等法院申请引渡拘留令。不过,假如主管总检察长有足够的理由认为,不存在羁押的事由或者引渡明显是不允许的,或者不具备给予引渡拘留的前提条件,主管总检察长就要联系地方法官,可以决定释放被拘捕的引渡当事人。不过,如果收到引渡请求,总检察长也可以在调查了国籍和个人情况之后,或者查问请求的外国机构后,抓捕被请求引渡当事人之前,直接向州高等法院提出引渡拘留申请,这样,就不再需要地方法院的留置决定。由于已经有州高等法院的引渡拘留令,被拘捕的当事人就可以被晚些带到地方法官面前。已经签发的引渡拘留令要及时向被拘捕的引渡当事人宣布并给予副本。^[53]

如果收到引渡请求而当事人的居住址不明的,可以采取必要的措施确定当事人的居住地实施抓捕。下达具体的缉捕措施的命令不需要特别请求。驻州高等法院的检察官有权签发通缉令。发布通缉令时可比照适用德国《刑事诉讼法》第9a章第131-132条的相应规定。^[54] 如果当事人被抓捕归案,驻州高等法院的检察官应当申请州高等法院就被指控的对象和引渡的合法性进行司法审查。当事人同意简式引渡程序的,该检察官也可提出这种申请。

2. 引渡的“审”、“批”两分程序

请求国向独立的国际法主体之德国(被请求国)提出引渡请求,就启动了引渡程序。引渡请求必须明确指出当事人实施了可引渡的罪行。被请求国大多相信请求国已经掌握了必要的罪嫌证据,在引渡程序中原则上不需要提供这些证据。但是,并不是所有的案件都能让被请求国产生这种信赖。比如,当事人的行为嫌疑,有可能会是请求国强加的:请求国由于其反对派逃到了德国,主张其实施了没有任何根据的犯罪行为(制造假案),目的只为抓住他并以政治为由把他监禁起来。对于这类案件,在履行引渡之前,德方就要核验是否真正存在行为嫌疑。^[55]

接到引渡请求后的引渡程序,分为司法和政治层面上的两步:司法审查程序,即审查引渡在法律上是不是存在障碍或者是不是合法的(引渡的合法性)。以及在肯定引渡合法基础上接下来的行政批准程序,即对引渡在政治上(外交政策上)是不是适当的作出核定(引渡的合目的性)。对引渡作出司法审查裁定的,是当事人被采取措施的机构辖区的

[52] § 23 Abs. 3 IRG. 选择简式引渡程序的不利后果,比如,允许请求国追究当事人尚不包括在批准引渡罪行中的犯罪行为(即意味着放弃 § 11 IRG 所规定的罪行特定原则)。

[53] § 20 IRG.

[54] § 18 IRG.

[55] § 10 IRG.

或者其居住辖区的州高等法院。^[56] 为审查引渡的合法性,州高等法院可以让请求国补充材料,询问当事人并收集相关证据,并进行口头审理(言词审理)。^[57] 当事人在该程序中的程序权利等于在刑事程序中的被告人权利。^[58] 刑事程序中的一些程序原则,比如职权调查义务、羁押案件迅速审查要求等,也适用于该司法审查程序。如果该程序进程中出现有关法律上的疑难问题,州高等法院还可申请联邦最高法院就法律问题作出裁判。

如果州高等法院准予引渡,那么,联邦司法部长或者它授权的机构在行政批准程序中行使政治上的自由裁量权,尤其要做外交政策上的考量。这个程序大致可分三步:对合法性审查有无矛盾和有无说服力进行简单审查。查清德国对此引渡请求有无国际法上之引渡义务。若无此义务,即就此请求基于外交、刑事政策以及人道考量,最终作出批准或者不准的决定。批准程序作出的决定具有双重属性。一方面对于法院和行政机关有约束力;另一方面,在对外关系中,批准程序所形成的决定是国际法上的意思表示。^[59] 这两步分工程序,首先体现的是德国传统引渡制度的一大特色:法律上和政治上的双重维度。此外,是德国《基本法》上联邦和州之间的分工:联邦州负责刑事司法,^[60] 而外交关系或者对外关系的维系,只能是联邦事务。^[61]

在批准引渡之前,当事人有两种引渡程序可选:正式引渡程序和简式引渡程序。这两种程序原则上都是司法程序。进行简式引渡的最重要的前提条件是,根据被请求国的法律,所请求之引渡必须是明显允许的。如果告知当事人可以选择简式引渡程序,并且向其履行了特别清楚的说明义务,指出作出的同意是不能撤回的^[62] 并且还有其他可能的法律后果,比如,当事人作出同意简式引渡并被法官记录在案,也就表明他放弃了特定罪行引渡原则的保护,^[63] 允许请求国追究当事人尚不包括在被请求罪行中的行为之责任(即当事人明确同意简式引渡程序,其引渡就不受罪行特定原则的约束),之后,当事人声明同意简式引渡,并被法官记录在案的,就可不必要求州高等法院的司法审查裁判,^[64] 准予引渡。若没有按照规定告知,就可能导致当事人的程序选择无效。

州高等法院的拘留决定、引渡的司法审查裁定,不可上诉。^[65] 联邦司法部长或者其授权机构在行政批准程序中作出的决定,司法不得撤销。^[66]

[56] § 13, 14 IRG.

[57] § 30 IRG.

[58] 当事人享有的基本权利——听审权(§ 103 Abs. 1 GG, § 77 IRG, § § 33, 136 StPO),沉默权(§ 22 Abs. 2. S. 2 IRG),程序的任何阶段获得法律帮助的权利(Art. 40 IRG),尤其是阅卷权和与当事人的通信权利(§ § 147, 148 StPO)等。

[59] 王效文:《德国刑事司法互助法制与欧盟法之影响》,《涉外执法与政策学报》2012 年第 2 期,第 12 页。

[60] § 74 Abs. 1. S. 1 GG.

[61] § 32 Abs. 1 GG.

[62] § 41 Abs. 3 IRG.

[63] § § 11, 41 Abs. 2 IRG.

[64] 因为当事人在此放弃了预防性的权利保护。

[65] § 13 Abs. 1 IRG.

[66] 因为主观权利的损害不能诉诸法院。参见 Schomburg/Lagodny, in: Schomburg/Lagodny, Internationale Rechtshilfe, § 12 IRG, Rn. 22ff.

(三) 欧洲引渡协定范围内的德国引渡法

欧盟成员国的扩大,东欧边境的开放以及欧洲范围内各国边境控制的解除,使得人口的自由流动和迁徙更为便利,但同时也使犯罪人的活动范围日益扩大,犯罪后逃匿他国变得更加容易,因此,刑法的国际化趋势增强,引渡的重要性日益突出。国际法层面出现了一些对德国传统引渡法带来重要修改的多边协定。这些协定的共同目的在于破除或者松动传统的各自相同的引渡障碍,简化和加快协定成员国之间的引渡程序。而这个目的的实现有赖于成员国接受《欧洲人权公约》的约束,更重要的是要建立遵守程序基本原则的相互信赖。比如,2002年6月13日欧盟议会通过的《欧盟逮捕令和欧盟国家之间解送程序的框架决定》(下文简称:《欧盟逮捕令框架决定》)所确立的相互承认原则,就是为此作出的重要贡献。

《欧盟逮捕令框架决定》认为,欧盟逮捕令是一成员国签发的司法决定。为刑事追究或执行刑罚目的而搜索、抓捕和解送行为人,根据相互承认原则,另一成员国应执行这个司法决定。^[67] 据此,对于他国的主权行为(逮捕令),应该如同自己的主权行为一样予以对待和执行。

《欧盟逮捕令框架决定》要求成员国于2003年底把该决定内容转换为国内法。^[68] 德国经过两次转换立法最终于2006年7月20日把决定内容整合进《刑事案件国际司法协助法》之第八章第78-83i条。尽管《欧盟逮捕令框架决定》抛弃了传统引渡法,德国法仍然把其看作是传统引渡法的“唯一”特例,^[69] 并且,关于“引渡”的术语以及引渡程序的“审”“批”两步分工结构,至少在形式上都没有做任何改变。德国法所做的修正和变化如下:

1. 欧盟内引渡的实体要件

(1) 欧盟内有条件引渡德国人。对于欧盟逮捕令所针对的德国人的引渡有特别的前提条件。只要当事人愿意,欧盟成员的请求国保证判决后解送回德国,并且与请求国有“重要关联”,就可以引渡德国人。^[70] 如果行为全部是在他国实施的,与欧盟成员的请求国没有这种“重要关联”,请求国判决之后保证解送回德国,并且没有本国(德国)关联,当事人的行为根据德国法同样是可以处罚的,即符合双方可罚性,就可以引渡德国人。^[71] 不过,行为与请求国是否存在这种“重要关联”,《刑事案件国际司法协助法》规定了类似属地管辖的主权领域认定标准:^[72] 要么行为全部或者重要部分在请求国主权领域实施的,而且至少结果之重要部分发生在请求国主权领域。要么行为至少部分在请求国主权领域内实施的、具有跨国特征的重大犯罪。出于执行刑罚目的而请求引渡德国人的,只有被判刑的德国人被告知后,表示同意引渡,而且,这种同意的意思表示被法官记入笔录,方准予

[67] Art. 1 Abs. 1, 2 RbEuHb.; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 12 Rn. 51.

[68] Satzger, Internationales und Europaisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 10 Rn. 31.; Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 12 Rn. 54.

[69] Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 12 Rn. 54.

[70] § 80 Abs. 1 IRG.

[71] § 80 Abs. 2 IRG.

[72] Safferling, Internationales Strafrecht, 2011, § 12 Rn. 57.

引渡。^[73] 欧盟内的引渡上,比较特殊的问题是长居德国的外国人的引渡。根据《刑事案件国际司法协助法》,在德长居的外国人享有特别权利,并且也可以受到与德国公民同样的对待。^[74] 根据其在德国的居留时间、语言知识、家庭情况、职业活动等,只要评估认定确实有在德长居的事实,如果出现《刑事案件国际司法协助法》第 80 条第 1、2 款的情形,在此情形尤其不能保证按照当事人的意愿交回德国执行的,即便德国人也是不允许引渡的,那么,德国就可以拒绝(以刑事追究为目的)引渡该长居德国的外国人。以刑罚执行为目的的引渡请求,如果在德长居的该外国人不同意引渡,并且,在德国执行其刑罚,特别有利于对其应有利益的保护,^[75] 德国也可以拒绝引渡该在德长居的外国人。

(2) 双方刑事可罚性原则。欧盟范围内的引渡,也要求双方刑事可罚性。不过,《欧盟逮捕令框架决定》列举了 32 种适用欧盟逮捕令的犯罪行为目录,^[76] 只是在这个范围内的犯罪,要求成员国免于这个原则的审查。^[77] 但是,如果犯罪行为在目录范围内,在被请求国有所怀疑的情况下,也可以要求请求的成员国在其刑事可罚性上作出保证。执行欧盟逮捕令时,如果欧盟逮捕令所针对的行为不在目录之中,并且,这种行为在核发逮捕令的国家处 3 年以上自由刑或者剥夺自由的保安处分的,核验引渡前提条件时,就要适用双方刑事可罚性原则。另外,鉴于《欧盟逮捕令框架决定》列举的 6 种犯罪,语言严重模糊,比如,“种族主义”,“电脑犯罪”,“仿冒与产品盗版”,“仇外”,德国仍坚持双方刑事可罚性审查。对于这样的问题,德国从法治国的高度进行处理,即只有当请求国的引渡请求所涉及的犯罪,合乎德国事先已经明确的特定标准的(即符合其犯罪构成明确性要求),才例外地不予双方刑事可罚性审查。

(3) 终身监禁。欧盟成员国之间的引渡,当事人有受终身监禁的危险,或者说存在判处终身监禁的事实,都是引渡的障碍。不过,如果请求的欧盟成员国保证给予当事人一次重获自由的审查机会,那么,就可以考虑给予引渡。在欧盟之内给予这种引渡,要保证最迟在被引渡人被监禁 20 年后,对是否继续执行终身监禁必须进行一次审查。^[78]

(4) 一事不再理。如前所述,在德国“一事不再理”是仅适用于其国内的原则。不过,这个原则也有例外。根据《申根施行协定》,行为人因同一行为在其他申根条约国被宣告

[73] § 80 Abs. 2 IRG.

[74] § 83b Abs. 2 IRG.

[75] § 83b Abs. 2b IRG.

[76] 根据 § 2. Abs. 2 RbEuHb, 欧盟逮捕令适用的 32 种犯罪清单如下:参加犯罪组织,恐怖主义,贩卖人口,对儿童性剥削及儿童猥亵物品、毒品及精神药品之非法交易,武器、弹药及爆炸物非法交易,腐败犯罪,诈骗犯罪(包括 1995 年 7 月 26 日《保护欧共体财政利益协定》意义上的有损欧共体财政利益的诈骗犯罪),对犯罪所得之洗钱,伪造货币(包括伪造欧元),网络犯罪,环境犯罪(包括濒临绝种的动植物、树种之非法交易),帮助非法入境和非法居留,故意杀人及重伤,器官和人体组织之非法交易,劫持、非法拘禁及绑架,种族主义及仇外,有组织盗窃、携带武器盗窃,文物之非法交易(包括古董和艺术品),欺诈,勒索及勒索保护费,仿冒和产品盗版,伪造、变造及交易公文书,伪造、变造支付工具,荷尔蒙和其他生长激素之非法交易,核物质和放射性物质之非法交易,所盗机动车之交易,强奸,放火,国际刑事法院管辖之犯罪,劫持航空器及船舶。不过,需要注意的是,这个清单所列举的犯罪,并不是以犯罪构成要件特征予以定义的,而仅仅是作为犯罪现象予以描述的。参见 Gless, *Internationales Strafrecht*, 2. Aufl. 2015, S. 170 Rn 491。

[77] § 81 IRG.

[78] § 83 Abs. 4 IRG; § 5 Abs. 2. RB-EUHB.

无罪或者被判处了刑罚的,在申根条约国就不再受刑事追究。因此,作为申根条约国的德国原来所主张的仅适用于德国国内的“一事不再理”原则,其适用范围现在已经扩大到了所有申根国家。^[79]

2. 欧盟内引渡的程序流程

传统引渡法固守“审”、“批”两步程序和双方可罚原则,尽管维护了主权,但是常常使得刑事追诉的效力大打折扣,已经成为欧盟实现“安全、自由和法治的统一区域”的障碍。欧盟成员国法律制度上已经有了信赖,若再加上准许程序的政治核准,就让这种程序变得多余。出于同样的理由,双方可罚性原则看来也是不必要的。

为了整体上提升引渡程序的效率,不再保留两层级的引渡程序和双方可罚性原则,欧盟成员国确立了欧盟逮捕令制度。《欧盟逮捕令框架决定》要求成员国之间的引渡,废止政治性批准程序(即传统引渡所要求的外交政策考量),把当事人的解送完全交由司法决定。在司法机构之间建立直接的解送制度以代替传统的引渡制度,实现高效的司法协助。

欧盟范围内搜捕下落不明的当事人,通常根据的是欧盟逮捕令,作为成员国的请求国,也可以在申根国家根据其国境公约建立的申根信息系统中,发布通缉公告,这个通告只要包含必要的信息,比如,被通缉者的身份、国籍,发布通缉公告的司法机关的名称、地址、联系方式,可据以执行的逮捕令或者司法裁判,犯罪性质、分类以及事实描述,发布国的处罚制度等。德国法把这种通缉公告,视同欧盟逮捕令。^[80]负责引渡事务的准备和执行的,在德国是相应州的主管总检察长。

根据申根信息系统的通缉公告或者欧盟逮捕令,主管总检察长向州高等法院申请正式的引渡拘留。引渡拘留令的要求,和前面的传统程序没有差别。不过,自当事人被拘捕之日起,引渡拘留时限总共是2个月。处理引渡事务的相关机关,若在此时限内没有接收到引渡请求和相关的书面证据与材料,则应撤销引渡拘留令。如果不存在引渡拘留理由,当事人不受拘留的,主管总检察长也可以让当事人向外国机构(自愿)主动投案,但是,必须提前告知他投案的具体时间和地点。如果引渡执行在即,由于当事人不存在羁押理由而尚处自由状态的,为了顺利执行,州高等法院可以依法签发执行(引渡)拘留令(IRG第34条)。

关于是否执行欧盟逮捕令的审查问题。尽管《欧盟逮捕令框架决定》要求废止政治性批准程序,德国仍保留其传统的审批分工的两步程序。^[81]德国《刑事案件国际司法协助法》规定(第79条),德国和欧盟成员国之间的引渡,仍然遵循传统的司法合法性审查程序和行政批准程序。

州高等法院审查是否执行欧盟逮捕令。除形式上审查材料的完整性外,实体上要进行一般的司法审查和特别的司法审查。一般的司法审查包括:请求国是否能让当事人不

[79] 到2016年申根国家有26个,其中包括欧盟成员国22个。非欧盟成员国但属于申根国家的有4个国家:冰岛、挪威、瑞士和列支敦士登。

[80] § 83a Abs. 2 IRG.

[81] 这种做法是否符合《欧盟逮捕令框架决定》的要求,受到了学者的质疑。参见 Ambos, Internationales Strafrecht, 3. Aufl. 2011, § 12 Rn 46.

受歧视对待。特别的司法审查包括:根据德国法是否已经过了追诉时效或者执行时效。对当事人的追究是不是违背一事不再理原则。根据《德国刑法》第 19 条,当事人是否年满 14 周岁。如果当事人受到终身监禁刑的威胁,是否能够保证:至少执行 20 年监禁后有一次审查,以决定可否予以假释。如果州高等法院审查认为,可以执行欧盟逮捕令并允许引渡,那么,接下来,就进入由联邦司法部,也可以委托州司法部负责的行政批准程序。在司法部的程序中,就要考虑同一行为在德国是否已经进行过一次刑事程序。德国的刑事程序是否已经中止。相对于欧盟逮捕令的核发国之第三国也有引渡请求的情况下,是否应当优先帮助第三国。能否期待在类似的情形下,逮捕令核发国对于德国也能够给予互惠帮助。针对德国公民核发逮捕令之核发国,就判决后移送该公民回德国执行刑罚,是否作出了特定保证。当事人是不是在德国惯常居所的外国人。

欧盟逮捕令批准执行之引渡移交,由州主管检察长负责安排。根据边界或者空港协议,移交在联邦警察的帮助下于批准后最迟 10 天内执行。^[82]

关于欧盟成员国间简化的引渡程序问题。德国《刑事案件国际司法协助法》第 41 条规定了简式引渡。应欧盟成员国的引渡请求,向当事人告知可选择简式和正式引渡程序后,若当事人同意简式程序,并且,同意的意思表示被法官记录在案,就可以不进行正式引渡程序。在此情况下,因当事人已明确放弃了正式引渡程序的预防性权利保护,州高等法院就不用对引渡合法性进行司法审查了。《欧盟成员国间简化引渡程序协定》与此紧密相关。

但是,当事人的同意并不完全排除对引渡的司法审查。因为德国的司法协助法给引渡拘留令规定了前提,至少在签发临时引渡拘留令时,法官就要对引渡的前提和障碍事由,进行大致的司法审查。^[83] 尤其是《申根施行协定》第 95 条的通缉公告中,就有临时拘捕当事人的请求,法官决定(临时)引渡拘留令时,主要审查的就是,大致看来,引渡是不是可允许的。^[84] 这种审查的根据是以《欧盟成员国间简化引渡程序协定》第 4 条第 1 款录入的、与申根信息系统中通缉公告的附件材料中的描述一致的信息。^[85] 只有借助这些信息,才可能进行大致审查。如果核发拘留令还需要补充进一步的信息,根据《欧盟成员国间简化引渡程序协定》第 4 条第 2 款,他们可以向请求国提出要求。解释这些规定时需要考虑,根据《欧盟成员国间简化引渡程序协定》第 3 条第 2 款,提交引渡请求和必要的材料原则上是不是必要的,并且根据其第 4 条第 2 款,若提出这样的要求,违背协定的意义和目的。尽管如此,如果在个案上被请求国认为,这些材料是必需的,那么,就不能拒绝这些材料。如果根据这一切信息,发现并不存在核发临时引渡拘留的前提条件,就不能考虑简式引渡了。

[82] § 83c Abs. 3 II

[83] § 16 IRG.

[84] § 15 Abs. 2 IRG.

[85] § 95 Abs. 2. S. 3 SDUe.

四 对德国引渡法的发展变化及存在问题之述评

观察德国引渡制度的整体变化,可以发现其发展的趋势和存在的问题。

(一) 引渡的传统基本原则的松动

对于现代引渡法来说,主权国家总是认为,只有自己的法律制度,才能为当事人获得公正的结果,提供最好的程序保障。对于外国刑事司法,原则上不予信任。然而,犯罪的跨境频繁发生,要求主权国家建立起共同打击跨境犯罪的“统一战线”。这种统一战线有着共同的作战目标和标准,找到共同的标准并让其成为司法协助的制度根据,就对引渡法上一直优先考虑的国家主权原则,提出了这样的挑战:是否还要继续坚守国家主权原则?

国家主权原则,在传统的德国引渡法上主要表现为:不引渡本国国民,所涉引渡行为的双方刑事可罚性要求,以及“一事不再理”仅限于一国之内的原则。

1. 有条件的引渡德国人

在过去,德国《基本法》第16条第2款规定,禁止引渡德国公民给外国。这个当时在德国国内有约束力的禁止规定,德国是以写入缔结的引渡条约的方式在国际法上予以保证的。德国公民的引渡是绝对不允许的。拒绝引渡本国公民给他国,其根据是历史上国家对其公民的家长主义保护义务。

如今,包括德国在内的许多欧洲国家,由于有共同的法文化和尊重基本人权的认同,在此范围内,伴随着欧洲范围内的程序公正和实体刑法的水准日趋接近,过去对他国法院的独立(中立性)的疑虑,对本国公民在程序上能否得到公正对待,以及对其适用刑法是否适当的担心,逐渐消失了。绝对不引渡本国公民的原则松动了。尤其是欧盟成员国的请求国,如果能够保证该德国公民在请求国被判自由刑后,该德国公民若请求回国执行,即可交回德国执行所判刑罚的,原则上就可以引渡德国公民给该欧盟成员国。长居德国的外国公民也可在欧盟国家间的引渡上享有与德国公民类似的同等对待。不过,德国对于在欧盟范围内引渡本国国民,所设定的限制条件更为严格,这一点有违框架协议要求和相互承认原则之虞。此外,根据德国《刑事案件国际司法协助法》第80条不可引渡德国国民的情形,根据同法第83b条之第2项却可将其他欧盟国家的国民引渡到请求国,这也涉嫌违背欧盟法上禁止歧视的原则。^[86]

2. 双方刑事可罚性审查问题

在“9.11”恐怖袭击之后,出于强化反恐效率的需要,欧盟对引渡法进行了简化。欧盟《关于欧盟逮捕令的框架决定》列举了适用欧盟逮捕令的32种犯罪的目录,这些不适用双方刑事可罚性原则审查的犯罪,在请求国的最高刑至少必须是3年以上的自由刑或者剥夺自由的保安处分。这并不是“刑法和谐化”所要求的不同制度的“相互承认”,而恰恰是最严厉处罚制度的“相互承认”。此外,由于犯罪清单中,有些犯罪的构成、意义、目的和范围严重模糊,德国仍然保持了对其中6种犯罪在是否执行欧盟逮捕令时的双方刑

[86] Satzger, Internationales und Europaisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 10 Rn. 32. Fn. 92.

事可罚性的审查。^[87]

在引渡之时,所涉及的不是被请求国刑法之适用,而是对请求国贯彻落实法律时的司法协助。只要具体个案的请求国,在追究犯罪行为时请求引渡,而被请求国不能接受引渡所涉行为之被入罪,负有引渡之条约义务的被请求国,总是可以对引渡义务提出异议,其理由是侵犯被请求国公共秩序的一般底线。根据《刑事案件国际司法协助法》第 73 条,如果判断引渡违反德国法秩序的重要原则,德国机构和法院就可以拒绝引渡。因此,在团结一致共同对抗跨境犯罪上,以双方刑事可罚性原则来设置限制,没有绝对的必要性,显然是多余的。

3. 一事不再理原则适用范围的扩大

在德国历史上,刑事领域的一事不再理原则,仅在国家主权领域所及范围内有效,不具有跨国效力。^[88] 把它作为引渡的一个障碍事由,只是希望他国尊重德国不受干涉地行使其刑罚主权。因为,各国都不愿其刑罚权因他国刑罚权的行使而自动丧失,导致其刑罚权的动用遭他国之干涉。然而,各国刑法适用法都只单方面在空间上扩张自己刑法的适用范围,而不考虑解决法律冲突,结果必然是同一犯罪行为可能适用不同国家的刑法,尽管这种力争主权的思维客观上会形成各个刑罚权的竞合网络,确保每个犯罪行为不会脱漏追究之网。^[89] 但是,单一犯罪行为仅仅因其涉外因素,就有可能受到数个国家追究,严重违背比例原则。如果继续坚持一事不再理原则不具有跨国效力的观点,那么,就会出现同一罪行有可能遭受多国的重复追诉的不合理后果。

为合理解决跨国案件中的这种问题,保障曾因同一案件已经受到追究的公民,不担心双重追究地自由迁徙,即排除在一定法域内双重追究的风险对公民迁徙自由的限制,申根国家首先以国际条约创设了国与国之间的禁止双重刑事追究,肯定了一事不再理原则的跨境效力。这样,作为申根成员国的德国,其原来坚守的一事不再理原则的效力范围扩大到了申根国家。尽管申根各国在一事不再理原则的概念设计上出入甚大,该原则还面临着“确定裁判”、“同一行为(一事)”、“再理”、“执行要素”等生效要件上的诸多争议,^[90] 但是,一事不再理原则的跨申根效力,原本也不是为了防止和解决管辖权冲突,更不是申根范围内合理分配追诉和审判权,但是,避免双重追诉和处罚引发的冲突,无论从司法利益还是公民个人利益出发,这个原则都是必要的,更不用说,一事不再理原则,在申根法域内,如今已经是当事人的一项基本权利。

[87] 尽管如此,欧盟逮捕令程序在跨国移交嫌疑人上的效率还是很突出的。比如,在 2004 年以前,从引渡申请到人员移交给欧洲平均需要 9 个多月的时间,而欧盟逮捕令实施以来,从申请到移交的时间,平均缩短到了 43 天。参见 Kommissionsbericht ueber den Europaeischen Haftbefehl und die uebergabeverfahren zwischen den Mitgliedstaaten, KOM(2005) 63, S. 6; Kommissionsbericht ueber die Umsetzung des Rahmenbeschlusses zum Europaeischen Haftbehehl seit 2005, KOM(2007) 407, S. 4。

[88] Satzger, Internationales und Europaeisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 10 Rn 65; Gless, Internationales Strafrecht, 2. Aufl. 2015, Rn 112, Rn 1017ff.

[89] Satzger, Internationales und Europaeisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 3 Rn 10.

[90] Satzger, Internationales und Europaeisches Strafrecht, 6. Aufl. 2013, § 10 Rn 71ff.; Vervaele, Ne Bis in Idem: Towards a Transnational Constitutional Principle in the EU? In: Zhao (eds.), Toward Scientific Criminal Law Theories, 2015, S. 1108, 1117, 118, 1127.

(二)被引渡当事人的法律地位和主观权利的确立

引渡关涉的到底是谁的利益问题,其实是关于引渡本质的争论。这个争论要解决的问题是:引渡是否仅仅涉及相关国家间的法律关系,或者引渡对象的当事人本人是否作为权利主体参与引渡程序。

上个世纪,传统主流观点认为,引渡仅仅是参与的相关国家间的事务,^[91]只是执行国际法协议,而且,参与引渡的相关国家之间以法律关系设定引渡的条件和限制。如果请求国提出了符合可适用的国际法的引渡请求,当事人在国际法上和国内法上都没有要求不引渡的权利。在这种横向的司法协助中,作为引渡对象的当事人只是跨国刑事程序的客体。上世纪后半叶起,引渡中出现了以个人权利为根据的新取向。比如,面临政治迫害的当事人,面临死刑威胁的当事人,面临执行不知情的缺席判决威胁的当事人,禁止引渡。这些引渡的前提和限制,不再仅仅是维护相关国家的利益,而且,主要关系到引渡当事人个体权益的保护。这样,尊重基本的人权,作为国际法上有约束力的原则,被纳入请求国和被请求国之间国际法关系之中。但是,保护作为引渡对象的当事人本人之人权,这只是反映了当事人在国际法上享有的权利地位,而并没有反映出当事人自己的主观权利。

对此,理论上新的观点提出了引渡的法律关系三维理解:除相关国家外,作为权利主体的引渡当事人,也应主张自己的“引渡相对权利”(反对引渡的权利)。在引渡程序中,同时关涉到引渡当事人、发出和接受协助请求的参与国家间(有时也包括国际或者超国家机构)的权利义务关系。传统理论并没有关注,被请求国对引渡当事人采取的引渡拘留措施,这种措施是对当事人基本权利的严重干犯,而这种干犯需要有合法化理由。这种合法化理由,并不在被请求国对请求国的国际法关系中,而只可能存在于被请求国的国内法中。这就意味着,对于国家对其与引渡有关的法律地位的干犯,当事人也可以根据被请求国的法律,主张其被请求国宪法赋予的个体权利。

对于引渡法理论,新的引渡“三维度”关系的主张,有着很大的影响力。引渡当事人的主观权利,让参与国的条约法地位更加复杂,有时甚至可能被彻底改变。但是,也不应过高估计新的理论主张的实际重要性。因为,在德国,即便传统观点的主张者也强调,根据《刑事案件国际司法协助法》,引渡当事人在引渡程序中,当然可以主张所有的能够阻碍其引渡的法律事由。而且,由此程序安排来看,引渡当事人也绝不是引渡程序的纯粹客体。传统观点和新的引渡“三维度”关系观点之间的重要区别,只在于当事人可以援用的法律根据不同。根据传统观点,当事人只能援用国际法规范。而根据新观点,当事人不仅可以援用国际法规范,还可以援用国内法—宪法规范。随着国际法上对人权之约束力的持续认可,这种分歧会逐渐消失。

(三)当事人对引渡程序的选择权及批准引渡决定的可抗辩性

简化和加快引渡程序,在许多情况下,无论对于当事人的利益(缩短引渡拘留的羁押

[91] Vogler, in: Gruetzer/Poetz/Kress, Internationaler Rechtshilfeverkehr in Strafsachen, Die für die Rechtsbeziehungen der Bundesrepublik Deutschland mit dem Ausland in Strafsachen maßgeblichen Bestimmungen, 27. Aktualisierung zur 3. Aufl., 2012, § 8, Rn. 7ff., § 73, Rn. 7f.

时间),还是对于请求国的刑事司法效率,都是有利的。^[92]但是,程序的简化绝不可削弱法治国家的标准和个人权利的保护。这种危险存在于申根信息系统的通缉公告中,因为,根据目前的状况来看,并不能确保请求国对于拘捕前提条件进行了全面审查。拘捕当事人时,也不能立即告知其被缉捕理由,因为只有和被缉捕之后才能从请求国的机构得知必要的信息,这就出现了法治国家原则上的疑虑。

传统的引渡程序上,州高等法院在司法审查程序中作出的裁定,是不可抗辩的,尽管这是德国引渡法上需要讨论的一个问题,不过,最有争议的倒是另一个问题:当事人是否可以对联邦司法部长批准引渡的决定向法院提出异议,如果可以的话,那么,哪个法院可以管辖。准予引渡的决定无疑是对当事人不利的行政行为,但是,可提出的抗辩也可以予以驳回。驳回的理由是:联邦司法部长的自由裁量权,无论如何都不受当事人反对引渡的主观权利的限制。其实,围绕司法部批准引渡决定是否可以提出抗辩的争议,最终与这个问题密切相关:在引渡程序中给予了引渡当事人什么样的法律地位。

[Abstract] This article, taking the basic ideas and important legal sources of the German extradition system as key entry points and the German Act on International Cooperation in Criminal Matters as the center, introduces the essential principles and procedural structures of the German extradition law, including the substantial conditions and procedural steps of extradition without treaty and substantial conditions and procedural steps of extradition between EU member states, and focuses on explaining what the framework of extradition system in Germany is. On this basis, it tries to explore the changes, characteristics and issues of the traditional principles and procedural structures of the German extradition system and give some comments on how to evaluate the system. All this serves the purpose of finding the proper grounds and ways of extradition in German laws, successfully extraditing criminals from Germany, and implementing the power of criminal punishment of requesting states.

(责任编辑:雨 沐)

[92] Schomburg, Die Rolle des Individuums in der internationalen Kooperation in Strafsachen, StV 1998, S. 153, 155.