

《中美刑事司法协助协定》缔约方的 基本权利义务研究

——兼评国际法院“博雷尔案”

孙 昂*

摘 要：为克服无条约情况下开展国际刑事司法协助的不确定性，中美两国间缔结了刑事司法协助协定，设立了相互提供刑事司法协助的条约权利与义务。协定内容也同时包含了可免除协助义务的各种情形，包括“根本利益例外”条款。关于由哪一方判断、由何机关判断、依何标准判断“根本利益例外”以及银行秘密和死刑案件能否适用“根本利益例外”等问题，需要对中美协定、相关国内法及国际实践结合起来加以考察。如果被请求方拒绝刑事司法协助，须向请求方说明理由，以便双方探寻剩余合作空间，并在一方拒绝就特殊个案提供协助后，确保双方仍能继续合作、照常履约。

关键词：中美刑事司法协助 协助义务 拒绝协助 说明理由

《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于刑事司法协助的协定》（以下简称《中美刑事司法协助协定》）^①于2001年3月8日生效，构成中美开展刑事司法协助的条约基础，对两国追逃追赃等领域的合作发挥了重要的积极作用。同时，围绕协定也出现了一些需要研究并加以解决的问题，美国法院近期规避协定、通过其国内法对三家中资银行强制取证等事件的发生使这些问题尤为突出。^②要使问题在协定框架内解决，首先须厘清协定赋予了缔约双方哪些权利和义务，特别是基本权利和义务。

为此，本文拟结合中美法律和条约实践，并参考国际法院吉布提诉法国就博雷尔（Borrel）

* 中国驻安提瓜和巴布达大使，G20反腐败追逃追赃研究中心特邀研究员。曾在中国外交部条约法律司、中国驻美国大使馆、中国驻印度尼西亚棉兰总领事馆、联合国难民署驻缅甸联络处、联合国安理会基地组织制裁委员会专家组任职。本文仅代表作者个人观点，不代表作者目前或曾经任职的任何机构的观点。

① 中国与各国缔结的刑事司法协助双边法律文书以及美国与各国缔结的刑事司法协助双边法律文书多称为“条约”，但《中华人民共和国政府和美利坚合众国政府关于刑事司法协助的协定》（Agreement between the Government of the People's Republic of China and the Government of the United States of America on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters）中的用词为“协定”（agreement）。本文根据具体文本或上下文情况分别使用“条约”或“协定”称呼国际刑事司法协助双边法律文书。本文引用的中国与其他国家缔结的刑事司法协助条约亦循此例。

② 相关的美国法院案例有：*In re Grand Jury Investigation of Possible Violation of 18 U. S. C. § 1956 and 50 U. S. C. § 1705, Miscellaneous Case Nos. 18-175, 18-176 and 18-177 (BAH)*。

法官被害一事的刑事事项互助的若干问题案 (Certain Questions of Mutual Assistance in Criminal Matters, 以下统一简称为“博雷尔案”),^① 探讨《中美刑事司法协助协定》项下缔约国基本权利义务的起源、含义、相互关系及其法律与实务意义, 以期中美之间依协定更好地开展刑事司法协助提供理论指导, 也借此推动中国法律和法学界对“国际刑事司法协助”的理论研究。^②

本文归纳协定项下的基本权利义务主要有: 相互协助的义务、^③ 拒绝协助的权利^④和通知拒绝理由的义务。^⑤ 同时, 国家间刑事司法协助主要是相互请求取证和为之提供协助,^⑥ 本文对中美间刑事司法协助基本权利义务的探讨也主要围绕双方关于“取证”的基本权利义务展开。

一 缔约方相互提供刑事司法协助的义务

《中美刑事司法协助协定》开门见山, 第1条第一款就规定双方有依据协定相互提供刑事司法协助的条约义务: “根据本协定, 双方应在与刑事案件有关的侦查、起诉和诉讼方面相互提供协助”。

(一) 刑事司法协助条约义务的缘起

国际刑事司法协助制度的发展经历了证人自愿作证、外交领事官员取证、委托外国法院取证、国家间互惠合作和依条约义务相互协助等发展阶段。其发展轨迹体现出国际刑事司法协助的义务性和实效性在各阶段渐次增强, 其发展的动力是各国对获得外国刑事司法协助的需求和对相关制度确定性的要求不断提高。

1. 证人自愿作证

就美国而言, 在没有刑事司法协助条约之时, 如果需要从境外调取证据, 首先借助于境外证人自愿作证。根据《美国联邦刑事程序规则》(Federal Rules of Criminal Procedure), 如果证人本人自愿, 外国法律亦不禁止, 且诉讼当事各方就在外国自愿录取证词达成协议并经美国法院批准, 可在外国录取证词。^⑦ 如果当事各方不能达成协议, 经一方申请, 法院亦可批准证人在外国

① “博雷尔案”的中文报道信息可以参见: “2005年, 吉法因博雷尔法官死亡案发生分歧, 吉驱逐6名法在吉技术人员”, 中国外交部, <https://www.fmprc.gov.cn/zflt/chn/lttda/lhjj/cyg/jbt/>, 最后访问时间: 2019年12月12日。

② 《中美刑事司法协助协定》于2001年3月8日生效, 《中国国际刑事司法协助法》于2018年10月26日由第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议通过。截至本文完稿时, 中国法学界关于“刑事司法协助法”或“中美刑事司法协助协定”的研究论著尚不多见。在国际层面, 与同属国家间刑事司法合作的“引渡法”相比, 各国法学界关于“国际刑事司法协助法”的研究论著相对较少, 且“法理化(理论化)”程度也相对较低, 现有的为数不多的论著多是对各国实务的整理和介绍。

③ 参见《中美刑事司法协助协定》第1条: “根据本协定, 双方应在与刑事案件有关的侦查、起诉和诉讼方面相互提供协助”。

④ 参见《中美刑事司法协助协定》规定: 有协定第3条第一款所列情形之一的, 被请求方中央机关可拒绝提供协助。

⑤ 参见《中美刑事司法协助协定》第3条第三款: “被请求方中央机关如果拒绝协助, 应将拒绝的理由通知请求方中央机关”。

⑥ 例如, 主管国际刑事司法协助的美国助理司法部长帮办(Deputy Assistant Attorney General)理查德(Richard)1988年4月20日在美国国会参议院就批准6项刑事司法协助条约作证时表示: “旨在从境外调取证据的条约通常称刑事司法协助条约”。参见美国国务院: 《美国国际法实践文摘》(Digest of United States Practice in International Law), 美国国务院第10120号出版物, 1994年第1981—88卷第2册, 第1450页。

⑦ 《美国联邦刑事程序规则》(2014年)第15条第八款规定: “经法院同意, 当事各方可以根据协议录取和使用证词”。

自愿提供证词。^① 美国法律不禁止美国境内的外国公民和美国公民自愿向外国司法机关提供证词、声明、文件和其他证据。^②

鉴于各国法律往往对刑事证据有形式等方面的要求，境外取证时，即使证人自愿，通常也需由特派员（如经特别委派的律师）实施。例如，若有外国警官等前来美国参与取证，无论证人是否自愿合作，美方通常都会委派特派员，以便明确外国警官在取证中的职能。^③

中美之间不适用特派员取证。中国加入《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（Convention on the Taking of Evidence Abroad in Civil or Commercial Matters，即《海牙取证公约》）时“根据公约第33条声明，除第15条以外，不适用公约第二章的规定”，而“特派员取证”的第17条属于第二章，因此不适用于中国。《海牙取证公约》仅适用于民商事领域，从法理上讲，如果在民商事领域不同意特派员取证，很难设想中国会在更为敏感的刑事领域同意特派员取证。美方也是如此理解中方立场的。美国国务院官网提示：“中国不允许由律师在中国录取供外国法院使用的证词”，甚至警告道：“参与此种活动可能导致美国律师和其他参与者被逮捕、拘留或遣送出境”。^④ 美国国务院在此处未区分刑事取证和民商事取证。

特派员在上述取证活动中的作用是辅助性的，不改变证人作证的自愿性质。证人自愿作证，可能因证人同意作证而成功，也可能因证人拒绝作证而失败。证人在下述两种情形下有较大可能拒绝作证：一是证人基于个人考虑而拒绝作证，如基于对刑事案件被告人的亲缘或感情等；二是基于法律的原因，如所在国法律在特定情形下不允许作证等。后一种情况多发生于针对银行账户的取证。

例如，《中国商业银行法》规定：“对个人储蓄存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外”；“对单位存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询，但法律、行政法规另有规定的除外；有权拒绝任何单位或者个人冻结、扣划，但法律另有规定的除外”。^⑤ 《中国人民银行金融机构反洗钱规定》也规定：“金融机构及其工作人员对依法履行反洗钱义务获得的客户身份资料和交易信息应当予以保密；非依法律规定，不得向任何单位和个人提供”。^⑥

为了改变证人自愿作证制度下能否获得证据完全取决于证人意愿的被动局面，国际社会首先求助于外交领事官员取证。

2. 外交领事官员取证

关于外交领事官员取证的基本国际制度见《维也纳领事关系公约》（Vienna Convention on Consular Relations）。该公约规定领事官员可在驻在国“依现行国际协定之规定或于无此种国际协定时，以符合接受国法律规章之任何其他方式……执行嘱托调查书或代派遣国法院调查证据之委

① 参见《美国联邦刑事程序规则》第15条第一款第1项：“当事一方可以提出动议要求预期的证人录取证词，以便为审判保留证词。在特殊情况下，并为司法的利益，法院可以批准此项动议”。

② 参见《美国联邦法典》（The United States Code）第28卷第1782节。

③ 《刑事资料手册》（Criminal Resource Manual）第286节，美国司法部，<https://www.justice.gov/jm/criminal-resource-manual-286-assisting-foreign-prosecutors>，最后访问时间：2019年12月12日。

④ “国家间司法协助信息——中国”（China Judicial Assistance Information），美国国务院：<https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/Judicial-Assistance-Country-Information/China.html>，最后访问时间：2019年12月12日。

⑤ 《中国商业银行法》第29条第二款和第30条，该法自1995年7月1日起施行。

⑥ 《中国人民银行金融机构反洗钱规定》第15条，该规定自2007年1月1日起施行。

托书”。^① 此处的领事官员也包括“执行领事职务”的外交人员。^② 中国外交部官网也提示：“领事职务还包括……执行嘱托调查书或代派遣国法院调查证据的委托书等”。^③

《海牙取证公约》适用于中国的第15条也涉及外交领事官员取证：“在民事或商事案件中，每一缔约国的外交官员或领事代表在另一缔约国境内其执行职务的区域内，可以向他所代表的国家的国民在不采取强制措施的情况下调取证据，以协助在其代表的国家的法院中进行的诉讼。缔约国可以声明，外交官员或领事代表只有在自己或其代表向声明国指定的适当机关递交了申请并获得允许后才能调取证据”。

根据中方声明，《海牙取证公约》关于外交领事官员向驻在国或第三国国民取证的第二章第16条亦不适用于中国，即中方只允许外国驻华外交领事官员向在华的其本国公民取证，不允许外国驻华外交领事官员向在华的中国公民或第三国公民取证。相应地，中国也不会要求驻外国的中国外交领事官员向驻在国公民或第三国公民取证。《维也纳领事关系公约》没有区分派遣国公民、驻在国公民和第三国公民，但要求外交领事官员取证须“符合接受国法律规章”。从这个意义上讲，美国驻华外交领事官员依维也纳公约享有的取证权力受到中国上述规定限制。美国国务院官网对此的提示是：“领事取证须从（中国）中央机关逐案获得许可。如果未获许可，国务院不会授权领事人员参与取证”。^④

美国法律授权其驻外领事人员在领馆区内录取证词。^⑤ 录取证词的具体方式包括律师在领事人员的安排下直接询问证人和美国领事人员根据律师准备的问题单独询问证人。^⑥ 美国法律还规定，在领事人员面前录取的证词视同在美国境内具有类似授权的人员面前完成，具有相同的法律效力。^⑦ 如果在领事人员面前提供虚假陈述，将视同在美国境内类似情况下提供虚假陈述，可同样追究刑事责任。

外交领事官员本人在驻在国对刑事案件证人无强制取证的权力，但从各国实践看，外交领事官员可以通过两种途径获得强制取证的权力。一是从本国法院获得这一权力。例如，对于境外的美国公民和永久居民，美国法院可以签发传唤令，命令其到美国驻外领事人员面前作证（但对于其他证人，美国驻外领事人员只能邀请其自愿前来使团提供证词）。^⑧ 二是通过驻在国主管机关采取强制措施。例如，《海牙取证公约》规定：“外交官员、领事代表或特派员可以申请声明国指定的主管机关采取强制措施，对取证予以适当协助”。^⑨

不过，规定这一内容的《海牙取证公约》第18条属于第二章，不适用于中国。因此，美国

① 《维也纳外交关系公约》第5条第十项。

② 《维也纳外交关系公约》第3条第二款：“本公约任何规定不得解释为禁止使馆执行领事职务”。

③ “领事职务简介”，中国外交部，https://www.fmprc.gov.cn/web/ziliao_674904/lszs_674973/t9716.shtml，最后访问时间：2019年12月12日。

④ “国家间司法协助信息——中国”，美国国务院：<https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/Judicial-Assistance-Country-Information/China.html>，最后访问时间：2019年12月12日。

⑤ 《美国联邦法典》第22卷第4215节。

⑥ 《外交手册》（The Foreign Affairs Manual）第7卷第921节和第925节，美国国务院，<https://fam.state.gov/Fam/FAM.aspx>，最后访问时间：2019年12月12日。

⑦ 《美国联邦法典》第22卷第4221节。

⑧ 《外交手册》第7卷第921节和第925节，美国国务院，<https://fam.state.gov/Fam/FAM.aspx>，最后访问时间：2019年12月12日。

⑨ 《海牙取证公约》第18条。

驻华外交领事官员依海牙公约在民商事领域取证，只能基于证人自愿。中国在民商事领域不同意中国主管机关采取强制措施协助外国外交领事官员取证，据此可推知，在刑事领域也不会同意如此行事。因此，美国驻华外交领事官员在刑事领域取证，只能基于证人自愿。基于外交的对等原则，中国驻美国的外交领事官员在刑事领域取证，同样只能基于证人自愿。

鉴于外交领事官员取证的强制性适用范围相当有限，各国又发展出法院间相互委托取证的协助形式。

3. 法院相互委托取证

美国法律对美国法院与外国法院之间相互委托取证的规定，最早可以追溯到十九世纪中叶，历经上百年演变成今日制度。

美国国会 1855 年初次立法规定跨国取证制度：“兹规定，如果任何外国法院向（美国联邦）巡回法院发出委托书，且该巡回法院指定联邦特派员讯问委托书所指证人，则该特派员应有权强制证人按在（美国）法院出庭和作证的同样方式出庭并提供证词”。^① 该法只涉及美国法院协助外国法院取证，未涉及美国法院委托外国法院取证，且未明确是民刑兼顾，还是仅适用于民事或刑事之一端。

美国国会 1863 年制定《为在他国法院使用或为其他目的在美国协助录取证词法》（An Act to Facilitate the Taking of Depositions within the United States, to Be Used in the Courts of other Countries, and for other Purposes）的法律，对美国法院协助外国法院取证和美国法院委托外国法院取证作了双向规定，但仅适用于民事案件。该法第 1 条规定：“如果外国与美国和平相处，可向美国境内证人录取证词，以便用于该国法院追索金钱或财产、且该外国政府是诉讼当事方或涉及（该外国政府）利益的未决诉讼。如果审理未决诉讼的法院签发取证授权书或委托书……（美国联邦地区）法官应当向所指证人签发传票，要求他在该案中向授权书或委托书指派的官员或特派员作证”。第 4 条规定：“对于美国是诉讼当事方或涉及其利益的未决诉讼，签发向境外证人取证授权书或委托书后，应由（外国）法院同样委派的特派员执行，其结果应由该法院或特派员就近送交美国公使或领事……”。^②

上述规定体现了国际司法协助委托书制度的基本原理：请求方的法院签发委托书，被请求方的法院接受委托后签发传票，如果证人拒绝作证，被请求方可强制其作证。正如美国国会上述 1863 年法所规定的：“任何人拒绝或因疏忽未在所签发的传票所指时间和地点出庭，或者出庭后拒绝作证，他将受到惩罚。其惩罚与（美国）联邦地区法院对同样罪行的惩罚相同”（第 2 条）。1877 年，美国国会通过一项修正案，在上述法律中增加一款，进一步加强委托书的强制力：“任何外国法院向美国联邦巡回法院递交委托书，且该法院委派的法院特派员向委托书所指证人录取证词，特派员应有权强制证人出庭并提供证词，如同证人在（美国）法院出庭并作证”。^③

适用美国国会上述立法的早期案例，可以举出 1936 年“杨森上诉案”（Janssen v. Belding

① 转引自美国法院案例：*In Re Letter Rogatory from the Justice Court, District Of Montreal, Canada Appeal of John Fecarotta*, 523 F. 2d 562 (6th Cir. 1975)。

② 转引自美国法院案例：*In Re Letter Rogatory from the Justice Court, District Of Montreal, Canada Appeal of John Fecarotta*, 523 F. 2d 562 (6th Cir. 1975)。

③ 转引自美国法院案例：*In Re Letter Rogatory from the Justice Court, District Of Montreal, Canada Appeal of John Fecarotta*, 523 F. 2d 562 (6th Cir. 1975)。

Corticelli, Ltd.)^①。该案被上诉人在一审中曾依据加拿大法院在一起专利诉讼中委派特派员的授权书,申请美国联邦地区法院针对相关人员签发取证传票,命令他们向特派员作证,并交出与美、加专利法有关的若干物证和文件。这些人员请求一审法院撤销传票,被一审法院驳回后提起上诉。第三巡回上诉法院判决认为,美国联邦地区法院签发传票的权力只能源自美国宪法和国会立法。美国宪法不含与本案相关的内容。国会立法虽授权强制取证,但本案中加方授权书未授权该特派员向美国境内证人索取文件或物证,未附拟询问的问题单,未请求美国法院协助,甚至未提及各上诉人名字。鉴此,上诉法院认为,对于授权书未明文提及的问题,美国境内证人仅在其自愿时回答。上诉法院还针对国际司法协助这一更为广泛的主题表示:“我们应在权力范围内尽力协助外国法院获取本法院管辖范围内证人之证词,但我们受限于明示或合理默示授予本法院的权力”。尽管在该案中美国法院因授权书未明文授权而不同意协助加方,但该案表明美国法院可依法对外国提供司法协助。

1948年,美国国会进一步修订上述法律。其中在“外国证人”项下规定:“如果美国法院签发委托书或授权书在外国录取证词,如此行事的外国法院或官员应就近(将证词)送交美国公使或领事,后者应注明接收地点和时间以及对证词状况的任何变更,然后按其向美国政府转交其官方文件的方式转交给签发(委托书或授权书)的法院书记官”。在“用于外国的证词”项下规定:“如果外国与美国和平相处,可为该国法院未决民事诉讼向美国境内证人录取证词,在该人居住或所在地法院授权监誓的人员面前完成”。这两项条款构成美国当时委托书制度的基本内容。^②

1949年,美国国会通过修正案,以“司法程序”(judicial proceeding)取代“民事诉讼”(civil action)一词,进一步扩展了委托书制度的适用范围。

1964年,美国国会再次修订相关法律。修订前,国会1958年成立“司法程序国际规则委员会”,授权其研究和评估《美国联邦法典》与国际民事和刑事司法协助有关的所有规定和规则,旨在修订法律以便在“完全单方面的基础上……(提供)广泛的司法协助”^③。

修订后的《美国联邦法典》第28卷第1782节第一款规定:“相关人员居住或所在地的地区法院可命令其提供证词、声明及文件或其他物品,以用于外国或国际法庭程序,包括起诉前刑事调查。可依外国或国际法庭签发的委托书或提出的请求书,或依利益相关人员申请,签发命令,指示在法院任命的人员前提供证词、声明及文件或其他物品。被任命的人员获得任命后即有权在必要时监誓并录取证词或声明”^④。

与此前各法相比,1964年法将合作对象从外国法院扩展至“外国或国际法庭”,^⑤取证范围扩展至“证人提供证词、声明及文件或其他物品”,使用范围也明确为“外国或国际法庭的程序”。但1964年法未提及“刑事诉讼”。实际上,美国法院截至1975年从未向外国法院提供过刑

① 美国法院案例: *Janssen v. Belding-Corticelli, Ltd.*, 84 F.2d 577 (3rd Cir. 1936)。

② 《美国联邦法典》第28卷第1781节和1782节。

③ 内容参见美国国会参议院立法报告。转引自美国法院案例: *In Re Letter Rogatory from the Justice Court, District Of Montreal, Canada Appeal of John Fecarotta*, 523 F.2d 562 (6th Cir. 1975)。

④ 《美国联邦法典》第28卷第1782节第一款剩余部分规定:“该命令可以全部或部分依照该外国或国际法庭的做法和程序,规定其关于提供证词、声明及文件或其他物品的做法和程序。在该命令未作不同规定的范围内,应按(美国)《联邦民事程序规则》录取证词或声明并提供文件或其他物品。不得违反任何依法可适用的(保密)特权来强制某人提供证词或声明或提供文件或其他物品”。这些内容对理解美国的国际刑事司法协助制度意义重大,但超出本文讨论范围,不再展开。

⑤ 根据美国法律术语的常规用法,“法庭”的概念要宽于“法院”。

事司法协助。

在美国法院对“加拿大蒙特利尔法院委托书案”(In Re Letter Rogatory from the Justice Court, District Of Montreal, Canada Appeal of John Fecarotta)^①的一审中,加拿大蒙特利尔一家法院1974年8月19日针对刑事案件被告人费卡罗塔签发委托书,委托美国适当机关调取费卡罗塔在美国底特律银行和信托公司账户资料。收到委托书后,美国司法部申请密歇根东区联邦地区法院签发命令,强制银行提供加拿大法院索要的文件。同年9月5日,地区法院接受委托书,并依《美国联邦法典》第28卷第1782节向该银行主管人员签发取证传票,命令其携相关资料出庭录取证词。费卡罗塔亦被告知取证日期,他立即要求法院撤销传票,理由之一是第1782节不适用于刑事诉讼。一审法院承认未发现历史上有任何一起案例表明上述传票可用于刑事案件,但还是驳回费卡罗塔的动议,签发了传票。费卡罗塔遂上诉,取证因上诉暂停。

针对上诉人提出的1782节既未明示也未默示地表明其可适用于本案,上诉法院次年判决认为,美国国会1964年修订相关法律时不再持此前一个世纪对国际司法协助的谨慎态度。未修订前的第1782节无意适用于刑事案件,但国会明确的意图是将修订后的条款适用于美国对外国刑事诉讼的协助。上诉法院详细回顾了相关法律不断扩展适用的历史,认为进程中的各项变化表明,国会的意图是在多种情形下应向外国政府^②提供协助。例如,参议院立法报告表示:“依(美国)法院的自由裁量,外国调查法官的**刑事程序**以及外国行政和准司法程序应得到(美国的)协助”(黑体字系作者标注)。即该法涵盖刑事诉讼。据此,上诉法院维持一审法院判决,同意签发取证传票。这是美国法院历史上首次批准向外国提供刑事司法协助。^③

美国法院的介入,在其国内法层面消除了国际刑事司法协助中证人作证的自愿性质。换言之,一旦美国法院批准执行外国刑事司法协助委托书,证人就有美国国内法上的作证义务,如果拒绝作证,法院可强制其作证。然而在国际层面,此种国际刑事司法协助并非基于国际法权利义务。美国立法、司法和行政机关均清楚这一点。美国国会参议院1964年修订《美国联邦法典》第28卷第1781节和1782节的立法报告表示:美国法院是在“完全单方面的基础上”执行外国刑事司法协助委托书。^④美国法院在1976年“韩国刑事司法协助委托书案”(In Re Request for Judicial Assistance From the Seoul District Criminal Court, Seoul, Korea. Young Sool Shin v. United States)^⑤中判决表示:外国司法机关向美国司法机关“请求司法协助是对(美国联邦)地区法

① 美国法院案例: *In Re Letter Rogatory from the Justice Court*, District Of Montreal, Canada Appeal of John Fecarotta, 523 F.2d 562 (6th Cir. 1975)。

② 在美国政治和法律术语中,“政府”(government)一词包括政府的立法、行政、司法(法院)三个组成部分。

③ 2009年,美国国会制订了《外国证据请求效率法》(Foreign Evidence Request Efficiency Act),构成目前美国国际刑事司法协助法的主体。考虑到与此前这一领域的法律相比,该法并未为本文讨论的主题提供更多的信息,此处不再引用和展开。

④ 转引自美国法院案例: *In Re Premises Located at 840 140th Ave. Ne*, 634 F.3d 557 (9th Cir. 2011)。

⑤ 这应该是一起使用委托书进行国际司法协助的案件,因为通过美国国务院接收和转交文件,正是使用委托书进行国际司法协助案件的主要特征。详见《美国联邦法典》第28卷第1781节:“第一款:国务院有权直接或通过适当途径(1)接收外国或国际法庭签发的委托书或提出的请求书,并转交给其所指定的美国境内的法庭、官员或机构,在收到执行(结果)后,予以送回;(2)接收美国境内的法庭签发的委托书或提出的请求书,并转交给其所指定的外国或国际法庭、官员或机构,在收到执行(结果)后,予以送回。第二款:本款不排除(1)外国或国际法庭直接将委托书或请求书送交其指定的美国境内的法庭、官员或机构,并以同样方式回复;(2)美国境内的法庭直接将委托书或请求书送交其指定的外国或国际法庭、官员或机构,并以同样方式回复。”

院自由裁量权的一项吁请 (appeal)”^①。司法部助理部长帮办理查德 1987 年 10 月 29 日在国会众议院就国际刑事司法协助作证时亦表示：一国的刑事司法协助“委托书仅仅是在礼让的基础上被 (外国) 执行”^②。

“单方面”“自由裁量权”“吁请”“礼让”等提法表明，外国向美国法院递交刑事司法协助委托书后，美国法院没有提供协助的国际法义务，能否获得协助，法律上没有可预期的确定性。美国将刑事司法协助委托书递交给外国法院后，亦是如此。

为解决刑事司法协助在国际层面的确定性问题，美国首先求诸互惠原则。

4. 通过互惠相互提供刑事司法协助

在制订 1964 年法律修正案时，美国国会参议院立法报告就强调，制定并修订相关法律旨在“鼓励与其他国家的互惠……通过美国官员和法院提供大度的协助，我国将会树立榜样，在美国法院、主管机关和诉讼当事方请求协助时，可期待或希望外国法院和主管机关亦如此行事……希望美国就改进其程序主动采取的措施会赢得外国同样调整其程序”^③。

“互惠”是立法旨意，因此，尽管这个词没有出现在美国相关法律的条款中，但在实践中被美国政府付诸实施。美国司法部表示，美国法官签发国际刑事司法协助委托书，需要包括的事项之一是“承诺互惠”^④。美国国务院进一步明确道：由美国法官签署的委托书应包括一项提出司法协助请求的法院之声明，表示愿意向被请求国司法机关提供类似的协助。^⑤

根据联合国毒品和犯罪问题办公室的理解，“互惠原则长期以来一直是国际法和外交方面处理国际关系的既定原则。请求国如果曾经要求被请求国提供过某一类型的协助，今后会向被请求国提供同类协助……与任何承诺一样，各国都应尽一切努力确保其得到遵守”。并且，“互惠”在不同国家的法律中含义不尽一致。根据联合国毒品和犯罪问题办公室的理解，“在大陆法国家，(互惠) 这项原则被视为是一项具有约束力的契约。在普通法国家，这项原则不会被认为是一种强制原则”^⑥。的确，美国视国际刑事司法协助“委托书仅仅是在礼让的基础上被执行”。《美国联邦法典》第 28 卷第 1781 节和 1782 节未提及互惠的法律约束力。对于外方，美国只是“期待或希望外国法院和主管机关亦如此行事”。由此可知，就美国而言，互惠是一种惯常做法，并无法律上的约束力和实务中相应的确定性。

为克服互惠在国际层面的不确定性，国际刑事司法协助条约应运而生。

5. 设立相互提供刑事司法协助的条约义务

从缔约的历史看，美国首先与外国缔结并实施了若干国际刑事司法协助专项协定，就特定重大案件设立相互提供协助的条约义务。

① 美国法院案例：*In Re Request for Judicial Assistance From the Seoul District Criminal Court*, Seoul, Korea. Young Sool Shin v. United States, 555 F. 2d 720 (9th Cir. 1977)。

② 参见美国司法部助理部长帮办理查德于 1987 年 10 月 29 日在美国国会众议院外委会题为“Worldwide Review of Status of U. S. Extradition Treaties and Mutual Legal Assistance Treaties”的作证词。

③ 转引自美国法院案例：*In Re Premises Located at 840 140th Ave. Ne*, 634 F. 3d 557 (9th Cir. 2011)。

④ 参见《刑事资料手册》第 275 节，美国司法部，<https://www.justice.gov/jm/criminal-resource-manual-275-letters-rogatory>，最后访问时间：2019 年 12 月 12 日。

⑤ 参见“委托书的准备”(Preparation of Letters Rogatory)，U. S. Department of State-Bureau of Consular Affairs，<https://travel.state.gov/content/travel/en/legal/travel-legal-considerations/international-judicial-assistance-obtaining-evidence/preparation-letters-rogatory.html>，最后访问时间：2019 年 12 月 12 日。

⑥ 参见联合国毒品和犯罪问题办公室：《司法协助与引渡手册》(联合国，2012 年)，个别术语根据英文文本重译。

1976年3月11日,美国总统致函日本首相,回应日本首相同年2月24日致美国总统函,同意两国就洛克希德案刑事司法协助事宜签署行政协定。两天后,美日协定正式签署并于当日生效。这是美国对外缔结的第一项刑事司法协助专项协定:《与洛克希德飞机公司事宜有关的司法协助程序》(Procedures for Mutual Assistance in Administration of Justice in Connection with the Lockheed Aircraft Corporation Matter,以下简称《美日协定》)。美国随后又与荷兰、意大利等多个国家缔结国际刑事司法协助专项协定。^①《美日协定》的缔约主体分别是“美国司法部”和“日本法务省”,美国与其他国家间同类专项协定的缔约主体也都是美国司法部和外国司法行政部门。在美国对外关系法对“国际协定”的分类上,这些专项协定不是“条约”,是部门间“行政协定”^②,但在国际法上,它们都是有国际法效力的“条约”^③。这一法律性质也清楚地体现于各协定的条款中。例如,《美日协定》第2条规定:“缔约各方应当尽其最大努力向对方提供……其获得的声明、证词、文件、商业记录、通讯或其他材料”;第7条规定:“缔约各方应当尽其最大努力就尽快执行委托书提供协助”,全然有别于上述美国法律中“礼让”和“自由裁量权”等内容。

这些赋予缔约国国际法义务的行政协定缔结后运行顺畅。美国主管机关依协定向外国主管机关递交了数以千页计的文件、商业记录、通讯或其他材料。需美国境内证人作证时,美国主管机关会与证人联系,了解其是否同意接受外国执法机构代表询问。如果证人同意,就安排外国执法机构代表前来美国询问证人;如果不同意,就由美国法院签发命令强制其作证。^④例如,针对日本法院递交的一项委托书,洛克希德公司三名前工作人员拒绝作证。一周后,美国司法部将委托书送交联邦地区法院。法院委派三名特派员,并授权其传唤证人作证。证人对此提出质疑,被地区法院驳回。证人提起上诉。联邦第九巡回上诉法院仅用四周就迅速驳回。特派员随即询问证人,所获证词移交给日本主管机关。^⑤

这些协定运行良好,但只适用于协定所指特定案件,不能满足国家间刑事司法协助的广泛需求。实际上,在上述行政协定谈判初期,各外国谈判代表多建议与美国直接谈判综合性国际刑事司法协助条约,但均被美方婉拒。理由是条约谈判耗时甚多,且依据美国法条约生效需要获得参议院同意,此过程往往耗时数年。

其实,美国也清楚与各国的刑事司法协助不可能限于个别重大案件。美国在与日本等国就洛克希德案谈判专项协定之前,就在1969年启动与瑞士谈判综合性刑事司法协助条约。谈判于1973年完成,但至1976年美日缔结专项协定时,美国参议院批约程序尚未完成,美瑞条约也因此未生效。

1977年,《美利坚合众国和瑞士联邦关于刑事司法协助的条约》(Treaty between the United States of America and the Swiss Confederation on Mutual Assistance in Criminal Matters)生效。1979年,

① 鉴于《美日协定》是后续与各国协定的首创和范本,美国后续与各国签订的同类协定统称为“洛克希德协定”,尽管这些后续协定针对的案件有的涉及洛克希德公司,有的也针对其他案件。

② 关于美国法上“条约”与“行政协定”之间的异同,详见:孙昂:《美国对外事务法律机制》(上册),国际文化出版公司2010年版,第221—234页。

③ 《维也纳条约法公约》第2条“用语”第一款“就适用本公约而言:(a)称‘条约’者,谓国家间所缔结而以国际法为准之国际书面协定,不论其载于一项单独文书或两项以上相互有关之文书内,亦不论其特定名称如何”。

④ Bruno A. Ristau, “International Cooperation in Penal Matters: The ‘Lockheed Agreements’”, 1983 (4) *Michigan Journal of International Law* 85, pp. 85—104.

⑤ 美国法院案例: *In re Letters Rogatory From the Tokyo District*, Tokyo, Japan, 539 F.2d 1216 (9th Cir. 1976)。

美国与第二个缔约对象国土耳其缔结了《美利坚合众国与土耳其关于引渡和刑事司法协助的条约》(Treaty on Extradition and Mutual Assistance in Criminal Matters between the United States of America and the Republic of Turkey)。此后,美国加快了与各国缔结刑事司法协助条约的步伐,截止2018年7月,已与约70个国家缔结了此类条约,^①包括与中国缔结的《中美刑事司法协助协定》。^②

6. 中国的实践

中华人民共和国政府与外国之间开展刑事司法协助的实践始于改革开放。与美国等外国的实践相比,中国相关实践的发展进程具有高度的浓缩性,在相对较短的时间内经历了委托书、互惠和条约等环节。

在中美之间,根据美国国务院主管官员2000年6月在“琼斯案”(United States of America v. David Jewell Jones)中向美国法院提交的证词,^③1981年11月6日,中国外交部照会美国驻华使馆表示,如果美国法院请求向居住在中国的证人录取证词,需通过外交途径递交委托书。委托书需载明请求协助的事项,由美国法官签名、法院盖章并附中文译文。这是中美建交后中方首次向美方明确两国间司法协助的制度安排。该美国官员证词还提及,中国在1988年曾允许一名美国执法官员前来中国录取证人证词。但中国外交部1988年4月4日照会美国驻华使馆表示,委托书是美国诉讼当事方在中国取证的唯一途径,不允许外国律师或领事在中国录取证词。^④

此后,中国法律规定未缔结条约时在互惠基础上相互提供刑事司法协助。《中国刑事诉讼法》规定:“根据中华人民共和国缔结或者参加的国际条约,或者按照互惠原则,我国司法机关和外国司法机关可以相互请求刑事司法协助”。^⑤在此基础上,《中国国际刑事司法协助法》对条约及互惠问题作了进一步规定:“在没有刑事司法协助条约的情况下,请求国应当作出互惠的承诺”^⑥。

自1980年代中期起,中国亦开始了缔结司法协助条约的实践。中国对外缔结的第一项条约是1987年5月4日签署的《中国和法兰西共和国关于民事、商事司法协助的协定》。如约名所

① 美国国会研究部2018年7月24日报告: Mutual Legal Assistance Treaty with the Russian Federation: A Sketch。

② 美国与其他国家签订的刑事司法协助领域的法律文书均称“条约”,而与中国签署的独称“协定”。对此的详细法理分析,参见孙昂:“对《中美刑事司法协助协定》的‘协定’的释读”,载《中国国际法年刊》,法律出版社2018年版。对于这一问题,美国方面的最新表态见美国司法部和国务院在2019年4月9日至11日联合国毒品和犯罪问题办公室框架内“国际刑事合作非正式专家组”上联合提交的非正式文件:“刑事司法协助条约是美国和外国之间的双边条约……美国宪法第2条授权美国总统谈判美国与其他国家之间的条约,在获得美国参议院的建议和同意后,这些条约具有联邦法律的法律效力。在一些情况下,美国缔结了刑事司法协助协定,比如与中国。这是两国之间在刑事领域用于协助对方的行政协定,被视为有约束力的承诺,但是,与条约不在一个层面(are considered binding commitments, but are not on the same level as a treaty)”,联合国毒品和犯罪问题办公室, https://www.unodc.org/documents/international-cooperation/News_and_events/USA_UNTOC_Contributions.pdf, 最后访问时间:2019年12月12日。

③ 参见美国法院案例: United States of America v. David Jewell Jones, The United States District Court Eastern District of Arkansas, No. LR - CR - 98 - 116, 转引自“Digest of United States Practice in International Law 2000”,美国国务院: <https://2009-2017.state.gov/s/l/c8185.htm>, 最后访问时间:2019年12月12日。

④ 美国国务院领事司主管官员2000年6月在“琼斯案”中向美国法院提交的证词附有其提及的中国外交部致美国驻华使馆各照会副本。本文引述时,系由证词附件英文本转译成中文。本文引述证词及其提及的中国外交部致美国使馆各项照会,只是为了论述本文主题,不涉及美国官员证词内容及附件的真实性。

⑤ 《中国刑事诉讼法》第18条。值得说明的是,1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的刑事诉讼法不包含这一条款,1996年3月17日第八届全国人民代表大会第四次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》加入了这一条款,2012年3月14日第十一届全国人民代表大会第五次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》和2018年10月26日第十三届全国人民代表大会常务委员会第六次会议《关于修改〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的决定》保留了这一条款。本文所引为2018年最新修订的版本。

⑥ 《中国国际刑事司法协助法》第13条。

示,中法间这项协定^①仅适用于民商事司法协助。此后不久,同年6月5日,中国签署了第一项涵盖刑事司法协助的条约:《中国和波兰人民共和国关于民事和刑事司法协助的协定》,1994年7月29日又签署了第一项专门适用于刑事司法协助的条约:《中国和加拿大关于刑事司法协助的条约》。^②2000年6月19日,中国与美国签署《中美刑事司法协助协定》。

(二) 刑事司法协助条约义务的实践意义和法律效力

1. 刑事司法协助条约义务的实践意义

国际刑事司法协助从证人自愿作证到刑事司法协助条约诞生的整个进程,显示了各国对获取外国刑事司法协助之确定性的强烈需求。国际刑事司法协助条约的实践意义正在于通过赋予缔约各方相互协助的国际法义务,来化解被请求方依其国内法处理外国委托书的自由裁量权和由此带来的不确定性。

对此,美国国会参议院在审议《美利坚合众国和大不列颠及北爱尔兰联合王国刑事司法协助条约》(Treaty Between the United States of America and the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland)时表示:“历史上各国往往不情愿介入外国刑法的实施。此种不情愿也涵盖了通过强制作证或提交文件来协助外国的调查和起诉……未缔结条约或行政协定时,正式请求协助的传统方式是委托书……我们认为,条约和行政协定是获取证据的更有效手段。首先,刑事司法协助条约使各国承担提供刑事案件所需证据和其他协助的义务(黑体字系作者标注),而委托书仅仅是作为礼让而被执行”。^③

美国法院2011年对“环球渔业公司非法捕蟹案”(In Re Premises Located at 840 140th Ave.)的判决生动地体现了刑事司法协助条约义务的这一实践意义。^④在该案中,俄罗斯政府2007年9月以涉嫌非法捕蟹逮捕美国环球渔业公司美籍总裁贡特玛哈尔,同年12月依《俄罗斯联邦和美利坚合众国刑事司法协助条约》(Treaty on Mutual Legal Assistance in Criminal Matters between the Russian Federation and the United States of America,以下简称《美俄刑事司法协助条约》)。请求美方调取环球渔业公司若干文件。收到请求后,美国政府向联邦地区法院申请委派特派员执行俄方

① 综合《中国缔结条约程序法》(1990年12月28日起施行)第2条“本法适用于中华人民共和国同外国缔结的双边和多边条约、协定和其他具有条约、协定性质的文件”和第7条“条约和重要协定的批准由全国人民代表大会常务委员会决定。前款规定的条约和重要协定是指(三)有关司法协助、引渡的条约、协定”,就中国而言,刑事司法协助条约既可称“条约”,也可称“协定”,本文为行文简便,概称时仅用“条约”,在特指时视情况分别使用“条约”或“协定”。

② 值得注意的是,中国早期对外缔结的刑事司法协助条约,多采取民刑合一的模式,如中国和波兰之间的条约,此后依此模式与13个国家签订了民刑合一的条约,包括蒙古、罗马尼亚、俄罗斯、乌克兰、古巴、白俄罗斯、哈萨克斯坦、希腊、吉尔吉斯、塔吉克斯坦、乌兹别克斯坦、越南、老挝、立陶宛、朝鲜。可以看出,采取民刑合一模式的缔约对象国几乎都是(前)苏联东欧集团的国家(除希腊外)。1994年7月29日,中国对外缔结了第一个单纯的刑事司法协助条约:《中国和加拿大关于刑事司法协助的条约》。与希腊以外的其他西方国家以及发展中国家缔结的刑事司法协助条约基本上采取这一模式,包括英国、法国、意大利、西班牙、葡萄牙、澳大利亚、新西兰、日本、韩国、印尼、巴西、墨西哥、秘鲁等30余国。

③ 该报告引述的刑事司法协助条约相比于委托书的其余三项优点分别为:“第二,刑事司法协助条约本身或与国内实施立法相配合,可以克服银行和商业秘密法以往对调查大规模贩毒案件经常设置的障碍。第三,通过刑事司法协助条约,我们有机会提出某种程序,以便我们能够以我们法院能够采信的方式获取证据。第四,刑事司法协助条约的制度设计可使取证程序更加便捷、更加有效”。考虑到这三点与本文主题关系不甚密切,故仅在脚注中引述。

④ 美国法院案例: In Re Premises Located at 840 140th Ave. Ne, 634 F.3d 557 (9th Cir. 2011)。

请求。法院批准申请，任命美国检察官为取证特派员。2008年8月，特派员向环球渔业公司发出传票，命令其提交俄方要求的文件。为抗衡传票，公司向美国法院申请签发保护令，理由一是《美国联邦法典》第28卷第1782节授予联邦地区法院“广泛的自由裁量权”来否决外国协助请求，二是俄罗斯法院腐败。

假设美俄之间没有条约，双方仅基于互惠或礼让提供协助，环球渔业公司以上述两点理由申请美国法院签发保护令，形势对俄方相当不利。但有了条约，情形大不相同。

美国政府向法院表示，俄方请求依据的是《美俄刑事司法协助条约》，而非《美国联邦法典》第28卷第1782节，因此，美国法院不享有撤销传票的自由裁量权。具体而言，美俄条约在实体事项上取代了《美国联邦法典》第28卷第1782节，包括取代美国法律授予联邦地区法院否决外国请求“广泛的自由裁量权”。俄方请求只受制于美俄条约规定的实质性限制条款。因此，美国法官必须执行俄方请求，不得考虑《美国联邦法典》第28卷第1782节规定的自由裁量因素。

美国法院表示，《美俄刑事司法协助条约》是一项“自动执行的条约”，^①一经美国批准即具有美国法效力，并与美国法之间形成“后法优于前法”关系。针对条约中“依被请求方法律执行”请求的规定，法院认为含义不明，但分析指出，俄方自始即可利用《美国联邦法典》第28卷第1782节，如果美俄条约与《美国联邦法典》该节规定的实质性限制相同，俄方从缔约中无所获益。因此，缔约各方的意图似乎不太可能使相互协助受制于《美国联邦法典》第28卷第1782节规定的自由裁量因素。为进一步明确条约项下的义务，美国法院还分析了美俄条约第4条。根据该条，仅在其逐项列明的三种情形下（军事犯罪、安全或其他根本利益、不符合条约的规定）才可拒绝协助。因此，美方不得以其他理由拒绝协助俄方。针对环球渔业公司指控俄罗斯法院腐败一事，美国法院表示，《美国宪法》将评判外国刑事司法体系的主要职责赋予美国政府行政部门。签署《美俄刑事司法协助条约》表明，美国政府行政部门认为俄罗斯刑事司法体系符合《美国宪法》的最低要求。据此，美国法院驳回环球渔业公司签发保护令的申请。

考虑到2011年美国法院审理上述案件时，美俄政治关系并不融洽，本案中美国政府立场和美国法院判决表明，《美俄刑事司法协助条约》有独立于两国政治关系的法律价值并且在实施中具有相应的确定性。在政治考量更大的一些事件中，美俄这一条约亦未被摒除。

例如，针对有媒体称12名俄罗斯情报人员卷入美国2016年大选一事，2018年7月在和美国总统特朗普共同见记者时，^②俄罗斯总统普京表示：“在美利坚合众国和俄罗斯联邦之间，我们有一项现成的条约，1999年签订的刑事司法协助（条约）。该条约完全有效并高效施行……这项条约有具体的法律程序。（美国）检察官穆勒……可以在这项条约的坚实基础上，向我们提出正式的官方请求，以便我们询问。我们会询问据信卷入犯罪活动的人员，我们的执法机构完全有能力实施询问，并将适当的材料送交美国……我们还可以允许美国官方代表，包括允许穆勒先生领

① 条约/国际协定在美国法律中有“自动执行”和“非自动执行”之分。自动执行的条约/国际协定无需借助国会制订的法律，就可以在美国法律体系中执行。非自动执行的条约/国际协定需要通过国会制订的法律才能在美国法律体系中执行，这些条约/国际协定本身不能直接在美国国内法中执行，美国法院不能据此审理和判决案件。

② 参见“记者招待会记录”，美国国家公共广播电台，<https://www.npr.org/2018/07/16/629462401/transcript-president-trump-and-russian-president-putins-joint-press-conference>，最后访问时间：2019年12月12日。

导的委员会的成员来到这个国家（指俄罗斯），他们将在询问时在场”。^①

2. 国际法院对刑事司法协助条约义务的法律效力之认定

刑事司法协助条约义务的实践意义源于其国际法效力。这一国际法效力在国际法院2008年6月4日对吉布提诉法国有关博雷尔事件的刑事事项互助的若干问题案判决中得到了明确的认定。^②1995年，担任吉布提司法部技术顾问的法国籍法官伯纳德·博雷尔离奇死亡，陈尸于距首都吉布提市80公里的山崖下。吉布提司法机关认定其系自杀。一些法国媒体称博雷尔系因获悉若干吉方官员涉嫌毒品和武器交易的信息后被谋杀。法国司法机关将此案作为谋杀案开展调查，并以伪证罪调查若干吉方官员。在调查过程中，法国主管机关于1998年10月30日和2000年2月15日两次依据1986年的《法兰西共和国政府和吉布提共和国政府刑事事项互助公约》（the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters between the Government of the French Republic and the Government of the Republic of Djibouti，以下简称《吉法刑事互助公约》）^③请求吉方提供刑事司法协助，吉方均提供了协助，包括允许法方取证人员进入吉布提总统府。2004年，吉布提政府决定重新调查此案，并通过国际刑事司法协助途径请求法方递交有关案卷，但法方以损害其根本利益为由，拒绝协助吉方。

2006年1月9日，吉布提向国际法院起诉法国，认为“法国政府和司法当局拒绝执行国际调查委托书，（拒绝）将‘某人涉嫌谋杀伯纳德·博雷尔’案件相关调查记录转交吉布提司法机关”，违反法国在两国1977年《法国和吉布提友好合作条约》（the Treaty of Friendship and Cooperation concluded between France and Djibouti）和1986年《吉法刑事事项互助公约》中承担的国际义务，要求国际法院判令法国“立即向吉布提共和国递交‘博雷尔的完整档案’，或者根据法院确定的条款和条件向吉布提共和国递交‘博雷尔的完整档案’”。可见吉布提将法国拒绝提供刑事司法协助一事定性为违反条约义务，并认为国际法院有权强制法国履行这一条约义务。

国际法院在判决中首先分析了其对吉法这一争议的管辖权，表示其“管辖权以两国的同意为依据”，《吉法刑事事项互助公约》未授权国际法院依《国际法院规约》（下称《规约》）第36条第一款受理“现行条约及协约中所特定之一切事件”，法国亦未按《规约》第36条第二款^④接受

① 关于此种情势，参见《中美刑事司法协助协定》第9条第一款和第三款：“一、对于根据本协议要求向其取证的被请求方境内的人，应在必要时，并在符合被请求方境内法律的情况下，强制其出庭并提供证言或出具证据，包括文件、记录或物品……三、在不违背被请求方境内的法律的前提下，被请求方应允许请求中指明的人在执行请求过程中到场，并允许其按照被请求方同意的方式提出问题和进行逐字记录。”

② 参见“国际法院‘刑事事项互助的若干问题案（吉布提诉法国）’判决书”，国际法院，<https://www.icj-cij.org/files/case-related/136/136-20080604-JUD-01-00-EN.pdf>，最后访问时间：2019年12月12日，其中的部分中译文见《国际法院判决、咨询意见和命令摘要（2008—2012年）》，国际法院，https://legal.un.org/icsjsummaries/documents/chinese/st_leg_serfl_add5.pdf，最后访问时间：2019年12月12日。本文关于“博雷尔案”的内容均引自国际法院上述文件，此后不再逐一标注。

③ 尽管1986年《吉法刑事事项互助公约》称“公约”，但这实际上是一项“双边条约”。为保持与该法律文件原文的一致，本文将《吉法刑事事项互助公约》称为公约。

④ 《国际法院规约》第36条第二款规定：“本规约各当事国得随时声明关于具有下列性质之一切法律争端，对于接受同样义务之任何其他国家，承认法院之管辖为当然而具有强制性，不须另订特别协定：

（子）条约之解释。

（丑）国际法之任何问题。

（寅）任何事实之存在，如经确定即属违反国际义务者。

（卯）因违反国际义务而应予赔偿之性质及其范围。”

法院管辖。吉布提系依据《国际法院规则》（下称《规则》）第38条第五款起诉法国。根据该款，“当请求国有意以有待被告国表明之同意作为法院管辖权的根据，请求书应交该被告国。但该请求书不应登入案件总表，也不应采取任何程序行动，除非直到被告国同意法院对该案的管辖权”。

《规则》第38条第五款并非国际法院成立之日即存在。法院1978年才将此条款纳入《规则》。其要旨是，一国可不考虑对方是否已经同意国际法院管辖相关案件，即可先行建议国际法院管辖该案。此时，被诉一方有完全的自主权做出它认为合适的回应，可以接受法院管辖，也可不接受。

法国在完全自主的情形下选择接受国际法院管辖，^①指明国际法院享有管辖权的“争端问题涉及以下内容，法国政府和司法当局拒绝执行关于将某人涉嫌谋杀博雷尔案件的相关调查记录转交给吉布提司法当局的国际调查委托书，这种拒绝违反了吉布提共和国政府和法兰西共和国政府在1986年9月27日签署的《吉法刑事事项互助公约》以及法兰西共和国对吉布提共和国承担的国际义务”。此举表明，法国也认为其拒绝执行吉方刑事司法协助请求一事涉及法吉公约项下的国际法义务，可由国际法院裁判。

国际法院2008年6月4日对“博雷尔案”所涉各项法律问题作出判决，包括拒绝执行刑事司法协助请求是否违反法方依《吉法刑事事项互助公约》承担的条约义务。^②国际法院认为，《吉法刑事事项互助公约》规定的“互助”构成吉法间的条约义务，法方拒绝执行吉方刑事司法协助请求，是一桩可依条约解决的国际法争端。推而言之，包括《中美刑事司法协助协定》在内的各国间刑事司法协助条约，通过设立条约义务，使国家间相互提供刑事司法协助强化为具有国际法强制性的法律制度。

将历史上长期基于证人自愿或法院间互惠（礼让）的刑事司法协助设定为具有国际法强制力的条约义务，大幅提高了请求方自被请求方获取证据的机率和制度确定性，是国际刑事司法合作领域的重大进步。仅就此而言，这是一项使请求方单方面获益的制度安排。鉴于在不同个案中条约缔约双方（以及多边公约缔约各方）均有可能分别具有“请求方”和“被请求方”的法律地位，这一制度安排总体上使缔约方平等获益。但在个案层面，国际刑事司法协助条约也应同时考虑被请求方的主权和利益。有鉴于此，《中美刑事司法协助协定》强调两国合作须建立在“相互尊重主权和平等互利的基础上”。^③

二 被请求方拒绝协助的权利：以“根本利益例外”为例

《中美刑事司法协助协定》对被请求方主权的尊重和利益的保护，集中体现在协定第3条

① 法国政府答复国际法院的核心内容是：“我荣幸地通知您，法兰西共和国同意法院仅仅依照《国际法院规则》第38条第五款对请求书进行审理的管辖权。这种同意仅在第38条第五款的含义范围内对本案有效，也就是对作为请求书主体并严格属于吉布提所提要求范围内的争端有效”。

② 这是国际法院历史上第一次根据其《规则》第38条第五款就案件实体问题作出判决。

③ 参见《中美刑事司法协助协定》序言。

“协助的限制”项下七种“可拒绝提供协助”的情形。^①在这七种情形下，免除被请求方协助请求方的条约义务。

刑事司法协助条约义务的免除涉及多个法理和实务问题，为节省篇幅起见，现仅以中美协定所含七项可拒绝协助的情形中的“根本利益例外”为例进行分析，即通过分析“执行请求将会损害被请求方的主权、安全、公共秩序、重大公共政策或其他根本利益”时被请求方“拒绝提供协助”的相关规范及实务，来探讨国际刑事司法协助条约项下被请求方拒绝协助权利的制度设计及其实际运用。^②

（一）“根本利益例外”的法律意义

从本文第一部分所述来看，各国缔结刑事司法协助条约是为了消除此前基于互惠（礼让）的不确定状态。条约的确定性既表现为赋予缔约国相互协助的国际法义务，也体现在界定可拒绝协助的各种情形。各国间条约均逐项列举可拒绝协助的情形，但这仍有可能无法穷尽实务中被请求方拟拒绝协助的情形。遇未列明、但仍拟拒绝协助的情形，国内法的处理办法是在法律中纳入“兜底”条款。例如，《中国国际刑事司法协助法》第14条规定“外国向中华人民共和国提出的刑事司法协助请求，有下列情形之一的，可以拒绝提供协助”，在列出双重犯罪原则、一事不二审、政治犯罪例外、军事犯罪例外、反歧视条款、与案件缺乏实质联系等六项可拒绝协助的情形后，在第七项规定了兜底条款：“其他可以拒绝的情形”。但是，将兜底条款纳入国际刑事司法协助条约弊大于利。因为兜底条款授权被请求方自行界定其条约义务，可将其无意协助的任何情形归入“其他可以拒绝的情形”。这实际上是允许被请求方自由裁量，从而在一定程度上回到国际刑事司法协助条约出现前、各国通过互惠（礼让）相互协助的不确定状态，违背了缔结条约的初衷。

在此背景下，“根本利益例外”应运而生。它比国内法中“其他可以拒绝的情形”要明确，但比条约常见的“双重犯罪”等概念要灵活。既有明确表述，又有一定弹性，是确定性和灵活性的结合。“根本利益例外”在履约实践中主要涉及三个方面的问题，即由哪一缔约方作“根本利益例外”判断？在被请求方内部由何机关作“根本利益例外”判断？依何标准作“根本利益例外”判断？

- ① 《中美刑事司法协助协定》第3条“协助的限制”规定：“有下列情形之一的，被申请方中央机关可拒绝提供协助：
- （一）请求涉及的行为根据被请求方境内的法律不构成犯罪；但双方可以商定，就某一特定犯罪或特定领域的犯罪提供协助，不论该行为是否根据双方境内的法律均构成犯罪；
 - （二）请求涉及的犯罪纯属军事犯罪；
 - （三）执行请求将会损害被请求方的主权、安全、公共秩序、重大公共政策或其他根本利益；
 - （四）请求涉及政治犯罪，或请求系出于政治动机，或有充足理由认为，请求的目的是基于某人的种族、宗教、国籍或政治见解而对该人进行侦查、起诉、处罚或其他诉讼程序；
 - （五）执行请求将有悖于被请求方宪法；
 - （六）被请求方已经对请求所涉及的同一犯罪嫌疑人或被告人就同一犯罪作出最终裁决；或
 - （七）请求提供的协助与案件缺乏实质联系。”

这七种可拒绝执行请求的情形在法理上分别被称为：（1）双重犯罪原则；（2）军事犯罪例外；（3）根本利益例外；（4）政治犯罪例外和反歧视条款；（5）违宪；（6）一事不二审；（7）缺乏实质联系。

- ② 中国与各国缔结的刑事司法协助条约均含有“根本利益例外”条款，但各条约对“根本利益”的表述不完全相同。例如，中国与加拿大缔结的条约称“其他基本公共利益”，与保加利亚称“本国法律的基本原则”，与韩国称“其他重大公共利益”，与印尼称“其他重大利益”，与法国称“或者其他根本利益，或者与国内法的基本原则相抵触”，与斯里兰卡称：“执行请求将损害本国主权、领土完整、安全、公共秩序或者公共政策”，与摩洛哥称：“被请求方认为执行请求将损害本国主权、安全或者公共秩序”。各条约表述不同，但实质意义无区别。

（二）由哪一缔约方作“根本利益例外”判断

1. 各国的普遍实践

《中美刑事司法协助协定》未明文规定由请求方还是被请求方判断是否存在“根本利益例外”的情形。中国与其他国家间的同类条约多有明文规定。例如，《中国和加拿大刑事司法协助条约》规定：“被请求方认为执行请求将损害其主权、安全、公共秩序或其他基本公共利益”，“被请求方可以拒绝协助”（第7条第一款）。即判断权完全属于被请求方，请求方无权判断，也无需双方达成共识。中国与各国缔结的绝大多数刑事司法协助条约采用中加条约体例。与中美协定体例相似的仅有中国分别与保加利亚^①、马来西亚^②缔结的条约。

《中美刑事司法协助协定》虽未明文规定由哪一方判断“根本利益例外”，但“其上下文”^③揭示了缔约双方对此的理解。例如，协定在列明可拒绝协助的各种情形后紧接着规定：“被请求方中央机关如果拒绝协助，应将拒绝的理由通知请求方中央机关”。协定未要求被请求方就拒绝协助一事听取请求方意见，也未要求双方达成共识。由此推知，在中美协定项下，由被请求方单方面判断“根本利益例外”。

2. 国际法院介入后的特殊情势

由被请求方单方面判断“根本利益例外”是各国刑事司法协助的普遍实践，但有第三方介入时情况将出现变化。在“博雷尔案”中，国际法院就作为第三方介入吉法间“根本利益例外”的判断。

吉布提依《国际法院规则》第38条第五款将“博雷尔案”诉诸国际法院，旨在剥夺法国作为被请求方对“根本利益例外”的单方面判断权。法国选择接受国际法院管辖就意味着放弃了其单方面的判断权。国际法院确认对该案的管辖权，并依《国际法院规约》“法院判决系属确定，不得上诉”^④的规定，就“博雷尔案”形成一项新的、有别于《吉法刑事事项互助公约》中的制度安排：吉布提和法国均可对“根本利益例外”陈述事实和法律主张，由国际法院以判决的形式对“根本利益例外”作出终局的、具有法律约束力的判断。

《中美刑事司法协助协定》没有规定可将解释和适用协定时出现的问题交由国际法院管辖。^⑤

① 《中国和保加利亚刑事司法协助条约》第3条“司法协助的拒绝”规定：“一、被请求方可根据下列理由之一拒绝提供司法协助：（一）提供协助将有损于本国的主权、安全或公共秩序，或与本国法律的基本原则相违背”。

② 《中国和马来西亚刑事司法协助条约》第4条“协助的限制”规定：“一、（六）提供协助将损害被请求方主权、安全、公共秩序或者其他重大公共利益”。

③ 《维也纳条约法公约》第31条“解释之通则”第一款规定：“条约应依其用语按其上下文并参照条约之目的及宗旨所具有之通常意义，善意解释之”。

④ 参见《国际法院规约》第60条。

⑤ 《中美刑事司法协助协定》第22条“磋商与争议的解决”规定“一、双方中央机关应在双方同意时进行磋商，以促进最有效地利用本协定。双方中央机关还可商定为便于实施本协定而必须采取的实际措施。二、因本协定的解释和适用产生的争议，如果双方中央机关不能自行达成协议，应通过外交途径解决”。在针对三家中国银行的取证案中，美国法院引述美国司法部的文件表示：仅2018年4月和8月，美国司法部代表部就两次访问中国，讨论《中美刑事司法协助协定》的适用问题。《中美刑事司法协助协定》生效后多年内，中美在这一领域“外交途径”的一个平台是“中美执法合作联合联络小组”（英文简称为“JLG”）。JLG“设立于1998年，是由中国外交部和美国国务院牵头、各执法部门参加的跨部门综合协调机制，也是中国与外国建立的第一个双边执法合作机制。目前，JLG下设有禁毒、打击网络犯罪、反腐败、刑事司法协助、知识产权刑事执法、追逃、非法移民与遣返和缉私八个工作组”，中国政府网：http://www.gov.cn/xinwen/2016-11/21/content_5135621.htm，最后访问时间：2019年12月12日。JLG的“刑事司法协助”工作组正好对应《中美刑事司法协助协定》的“解释和适用”问题。

中国与任何其他国家缔结的刑事司法协助条约都没有将其解释和适用问题交由国际法院管辖。若缔约对方仿效吉布提，依《规则》第38第五款将中国依条约拒绝协助一事单方面诉诸国际法院，相信中国现阶段不会仿效法国接受国际法院管辖。由此可知，中美之间以及中国与其他国家之间的刑事司法协助，“根本利益例外”判断权排他地属于被请求方。

（三）在被请求方内部由何机关作“根本利益例外”判断

1. 中国和美国的实践

《中国国际刑事司法协助法》设置了两个判断环节，行使判断权的机关不完全相同。第一次判断发生在接收环节：“对外联系机关（中国司法部或外交部）^①收到外国提出的刑事司法协助请求，应当对请求书及所附材料进行审查。对于请求书形式和内容符合要求的，应当按照职责分工，将请求书及所附材料转交有关主管机关……对于刑事司法协助请求明显损害中华人民共和国的主权、安全和社会公共利益的，对外联系机关可以直接拒绝协助。”^②

第二次判断发生在执行环节：“（中国国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等）主管机关^③收到对外联系机关转交的刑事司法协助请求书及所附材料后，应当进行审查，并分别作出以下处理：（二）根据本法第4条、第14条或者刑事司法协助条约的规定，认为应当全部或者部分拒绝协助的，将请求书及所附材料退回对外联系机关并说明理由。”^④

美国也分两个环节判断根本利益例外。在接收环节，对于未与美国缔结刑事司法协助条约的国家，由美国国务院领事司接收并审查外国驻美国使馆递交的取证委托书。对于复杂案件，领事司审查时将会商国务院法律顾问办公室。经审查符合美方要求的委托书，由国务院送交司法部。对于已与美国缔结刑事司法协助条约的国家，由美国司法部直接接收外国的请求书并予审查。通过这两种途径接收并审查符合要求的，司法部将委托书或请求书送交证人或证据所在地联邦地区检察官以便执行。

在执行环节，如果案件涉及国家安全，主管司法部刑事司的助理部长享有监督权。负责执行请求的联邦检察官须随时与司法部刑事司内部安全处协商。助理司法部长穆勒（Mueller）1992年1月23日致函各地联邦检察官，要求各地联邦检察官办公室分别任命一至两名国际事务和国家安全事务协调员，负责办理各地办公室提出和收到的国际司法协助请求。对于国际刑事司法协助中往往与根本利益例外关系最为密切的“国家安全”问题，该函表示，如果在初始阶段未发现案件涉及国家安全，但随后出现国家安全问题，国际事务和国家安全事务协调员须立即与司法

① 《中国国际刑事司法协助法》第5条规定：“中华人民共和国和外国之间开展刑事司法协助，通过对外联系机关联系。中华人民共和国司法部等对外联系机关负责提出、接收和转递刑事司法协助请求，处理其他与国际刑事司法协助相关的事务。中华人民共和国和外国之间没有刑事司法协助条约的，通过外交途径联系。”

② 《中国国际刑事司法协助法》第15条。

③ 《中国国际刑事司法协助法》第6条规定：“国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门是开展国际刑事司法协助的主管机关，按照职责分工，审核向外国提出的刑事司法协助请求，审查处理对外联系机关转递的外国提出的刑事司法协助请求”。

④ 《中国国际刑事司法协助法》第16条。

部刑事司内部安全处联系。^① 司法部副部长戈尔立克 (Gorelick) 1994年9月21日亦致函各地联邦检察官,要求确保其属下工作人员了解“国家安全”含义,并负责在联邦检察官办公室内建立工作程序,用于确认国家安全事项、通知国际事务和国家安全事务协调员以及与司法部沟通。^②

2. 国际法院“博雷尔案”相关内容评析

“博雷尔案”也涉及审查环节和机关问题。吉布提向国际法院表示,收到吉方协助请求后,法国司法部长首席私人秘书2005年1月27日致函吉布提驻法国大使表示:“我已要求采取一切措施,确保2005年2月底前向吉布提共和国司法、监狱和穆斯林事务部长转交博雷尔先生死亡调查记录副本。我还要求巴黎检察官确保处理这一事务时无不当拖延”。吉方将该函视为法方依《吉法刑事事项互助公约》对吉方作出的正式回复,并认为该函相当于首席私人秘书作出的对法国司法部和法国国家有约束力的承诺,吉方因此可以合理预期法方将转交相关案卷。

法方否认其司法部作出了保证或承诺,理由是该部的行为不能违反公约第3条的规定(“应依被请求国法律”执行协助请求)。法国相关法律体现于其司法部刑事事项与赦免司司长2005年5月31日致吉布提驻法国大使函:“经认真审查这一事务,(法国)调查法官在其不可上诉的司法决定中认为,须适用1986年9月7日《吉法刑事事项互助公约》第2条C项,该项规定不允许对贵方司法机关提出的请求给予肯定的答复”。^③ 换言之,法方认为其调查法官才有权决定是否协助吉方。

国际法院判决认为,法国司法部长首席私人秘书2005年1月27日函未正式向吉方承诺转交“博雷尔案”案卷,只是通知吉方,法方已采取措施启动确保转交案卷的法律程序。法院补充道,无论如何,首席私人秘书都不能做出明确承诺,因为法国法律(《法国刑事诉讼法》第694—2条)将执行调查委托书的权力专门授予调查法官。因此,根据其内容及有关事实和法律,该函不构成法律意义上的承诺。

结合中美上述法律和实践看,法国司法部长首席私人秘书2005年1月27日致吉布提驻法国大使函实际上是法国司法部(对外联系机关)在接收环节对吉方请求的审查结论。在执行环节,法国调查法官基于对案卷内容的再次审查,判断递交博雷尔案卷损害法国根本利益,据此决定拒绝协助吉方。

为何需要在接收和执行环节分别判断“根本利益例外”?因为执行环节可能发现接收环节不易发现的问题,需要据此再作判断。具体而言,在这两个环节分别作审查时,政策依据是相同的,都是“执行请求(是否)将会损害被请求方的主权、安全、公共秩序、重大公共政策或其他根本利益”^④,但审查对象不同。在接收环节,审查对象是请求方的请求书及附件所含信息;在执行环节,审查对象还包括被请求方收集到的相关证据所含信息。

在接收和执行环节分别作出“根本利益例外”等判断是国际通例,在这两个环节各由什么

① 《刑事资料手册》第2048节,美国司法部, <https://www.justice.gov/jm/criminal-resource-manual-2048-january-23-1992-memorandum-directing-us-attys-designate>, 最后访问时间:2019年12月12日。

② 《刑事资料手册》第2049节,美国司法部, <https://www.justice.gov/jm/criminal-resource-manual-2049-september-21-1994-memorandum-deputy-atty-general-concerning>, 最后访问时间:2019年12月12日。

③ 法方是否实际向吉方递交了法国司法部刑事事项与赦免司司长2005年5月31日致吉布提驻法国大使函,在国际法院的诉讼中,也成为法国与吉布提之间争讼的问题之一。

④ 参见《中美刑事司法协助协定》第3条。

机关作出判断是否有一定之规？

在接收环节，中国和美国的做法基本上反映了国际社会的惯常实践。无条约时由外交部（美国由国务院）接收并审查外国刑事司法协助请求。例如，在“琼斯案”中，美国佩罗尼和詹姆斯律师事务所1999年10月请求美国国务院协助在中国录取刑事案件证人证词。该律师事务所先将美国法院签发的取证委托书邮寄给中国司法部，中国司法部告知其应寄给中国驻美国大使馆或领事馆。与中国驻纽约总领事馆联系后，总领馆告知其应先邮寄给美国驻中国大使馆。美国驻中国大使馆收到后，将委托书送回美国国务院审查。经审查补充后，该委托书于2000年5月由美国大使馆递交中国外交部办理。根据美国国务院领事司官员就此案向美国法院提交的证词，美国律师事务所最好先将委托书送交美国国务院，这样做更为快捷。^①这就是无条约时常用的“外交途径”。

如果有条约，则由条约指定的“中央机关”负责接收并审查。中央机关虽然规定在条约之中，但从缔约谈判实践看，一方指定中央机关通常无需对方同意，只需在条约中予以明确。从中国对外缔结的各项刑事司法协助条约看，中方和外方的中央机关多数是司法部，如《中美刑事司法协助协定》规定：“双方应各自指定一个中央机关，负责依照本协定提出和接收请求。在中华人民共和国方面，中央机关为司法部；在美利坚合众国方面，中央机关为司法部长或由司法部长指定的人”（第2条第一款和第二款）^②。也有条约同时指定其他部门为中央机关。例如，《中国和日本刑事司法协助条约》规定：“双方应当指定中央机关，履行本条约规定的职能。在中华人民共和国方面，中央机关为司法部或者公安部。在日本国方面，中央机关为法务大臣或者国家公安委员会或者由他们指定的人”^③。

关于执行环节由何机关作出根本利益例外的判断，吉布提在“博雷尔案”中向国际法院质疑能否由一名调查法官独立判断根本利益例外。吉方认为，对一国主权、安全、公共秩序或其他根本利益的判断，就其性质而言须由该国最高层级机关（highest organs）作出。法方则回应道：不应由他国决定法国如何安排本国程序。

从中美法律和实践看，吉方观点有其合理性。如上所述，《中国国际刑事司法协助法》规定，在接收环节由司法部或外交部、在执行环节由国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等机构判断“根本利益例外”，所列机关均为各领域最高层级的机关。^④

美国也由司法部承担“根本利益例外”等事项的最终判断权。美国司法部首先要求各地区检察官办公室挑选资深、有经验的助理检察官担任国际事务和国家安全事务协调员、负责办理国

① 美国法院案例：*United States of America v. David Jewell Jones*, The United States District Court Eastern District of Arkansas, No. LR - CR - 98 - 116, 转引自美国国务院官网：<https://2009-2017.state.gov/s/l/c8185.htm>, 最后访问时间2019年12月12日。

② 《中美刑事司法协助协定》第2条第一款和第二款。

③ 《中日刑事司法协助条约》第2条第一款。

④ 在与国际刑事司法协助相关联的引渡领域，根据《中国引渡法》（2000年12月28日起施行），审查依次由外交部、最高人民法院、国务院进行。该法第16条：“外交部收到请求国提出的引渡请求后，应当对引渡请求书及其所附文件、材料是否符合本法第二章第二节和引渡条约的规定进行审查。最高人民法院指定的高级人民法院对请求国提出的引渡请求是否符合本法和引渡条约关于引渡条件等规定进行审查并作出裁定。最高人民法院对高级人民法院作出的裁定进行复核”；第29条第二款：“外交部接到最高人民法院符合引渡条件的裁定后，应当报送国务院决定是否引渡”。

际刑事司法协助案件。人选确定后，司法部刑事司负责对他们进行培训，并提供业务所需资料（如国际条约的副本等），以确保一线人员的办案能力，并在全国范围统一办案标准。在此基础上，美国政府还要求各地联邦检察官“在最初阶段即应与（司法部）刑事司国际处接触……联邦检察官需重视这些案件可能引起的对外政策方面的关切”，^① 藉此确保美国司法部掌控“根本利益例外”等事项的最终判断权。

法国法律规定由调查法官独立作出“根本利益例外”判断，尽管相当罕见，亦未呈现法理和实务上的合理性，但国际法院判决表示，巴黎上诉法院预审法庭2006年10月19日裁定，根据1986年公约第二条审查处理吉布提的协助请求，完全是调查法官的工作，调查法官对此做出的决定具有法律效力。因此，“在这方面，本法院（指国际法院）别无选择，只能接受巴黎上诉法院做出的裁决”。

国际法院的判决表明，被请求方在执行阶段由何机关作出“根本利益例外”等判断，纯属其内部制度安排，适用被请求方国内法，^② 即使将争端提交国际法院，国际法院也“别无选择，只能接受”被请求方的制度安排。

厘清上述事项，为分析美国法院对中资银行取证所涉刑事司法协助审查环节的意见，提供了法理框架。

3. 美国法院对三家中资银行强制取证案相关问题评析

2019年3月18日，美国哥伦比亚特区联邦地区法院首席法官霍威尔（Howell）作出裁决，^③ 要求三家中资银行（未具名）分别执行美国大陪审团传票和行政传票，就美国执法机构对一家香港公司涉嫌违反美国制裁朝鲜相关法律的调查提供银行记录。此前，这三家中资银行援引《中国国际刑事司法协助法》和《中国人民银行法人金融机构洗钱和恐怖融资风险管理指引》（2019年1月1日起施行）向该美国法院抗辩称，如其执行美国大陪审团传票或行政传票，将违反中国上述法律法规，美方应通过《中美刑事司法协助协定》规定的途径取证。

关于《中美刑事司法协助协定》在本案中的适用，根据该案法官2019年3月18日《法律意见备忘录》（Memorandum Opinion）所述，中国司法部2018年3月22日复函一家涉案中资银行表示：该部将“依《中美刑事司法协助协定》和中国有关法律及时审查处理”美方提出的刑事司法协助请求。2019年2月26日，中国司法部直接致函美国法院表示：“如果美国司法部就本案依《中美刑事司法协助协定》提出协助请求，中国司法部将立即审查处理。具体而言，如果美方请求符合《中国国际刑事司法协助法》和《中美刑事司法协助协定》有关规定，中国司法部将立即将请求转交中国有关主管机关进一步审查并执行”^④。

美国法官《法律意见备忘录》对此评论道：“中国司法部承诺其自身”将迅速审查处理此案，“但没有涉及中国政府其他机关的审查程序”。“中国司法部第三封函件（指2019年2月26

① 《刑事资料手册》第2049节，美国司法部，<https://www.justice.gov/jm/criminal-resource-manual-2049-september-21-1994-memorandum-deputy-atty-general-concerning>，最后访问时间：2019年12月12日。

② 《中美刑事司法协助协定》第6条第三款：“协助请求应按照被请求方境内的法律予以执行”。

③ 美国法院案例：*In re Grand Jury Investigation of Possible Violation of 18 U. S. C. § 1956 and 50 U. S. C. § 1705, Miscellaneous Case Nos. 18-175, 18-176 and 18-177 (BAH)*。

④ 中国司法部各函的中文系根据美国法院案例：*In re Grand Jury Investigation of Possible Violation of 18 U. S. C. § 1956 and 50 U. S. C. § 1705, Miscellaneous Case Nos. 18-175, 18-176 and 18-177 (BAH)* 中法官《法律意见备忘录》中的引述，从英文转译。

日函)表明,中国司法部并非中方审查的最后层级。因此,即使中资银行和司法部的承诺可信,仍有中国其他机关介入。这些机关未在本案中作任何承诺”。《法律意见备忘录》特别提及《中国国际刑事司法协助法》,表示该法规定司法部以及“国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门是开展国际刑事司法协助的主管机关……”,授权这些政府机关“审查处理……外国提出的刑事司法协助请求”。法官据此认为,即使在最好情况下,仍“不清楚中方是否会用这部法律来迟滞对(美方)国际刑事司法协助请求的回应”。

该《法律意见备忘录》显示,美国法院对中方分两个环节审查美国刑事司法协助请求的制度安排有所不知、不解,甚至有所不满。但如上文所述,分两阶段审查是国际通例,亦是美国自身的做法。^①

中美的区别在于,对于外国依刑事司法协助条约提出的请求,中国在执行环节,除了司法部之外,“国家监察委员会、最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部等部门”都将作为“国际刑事司法协助的主管机关……审查处理……外国提出的刑事司法协助请求”。而在美国,无论是在接收环节,还是在执行环节,原则上均由司法部负责审查。

但在特殊情况下,特别是国际刑事司法协助请求所涉信息涉及美国情报机关文档时,不排除美国情报机关也参与审查。根据美国司法部《司法手册》(Justice Manual),如果情报机关文档所含信息有助于检察官的公诉工作,检察官可以要求查阅情报机关文档。情报机关文档是否保密不影响检察官查阅情报机关文档的权力和查阅的范围,但在查阅前,主办检察官须撰写查阅请求书,通过司法部刑事司内部安全处提交给情报机关,并由主办检察官、司法部刑事司内部安全处和情报机关的代表举行会议,讨论工作方案和策略。^②为便于协调美国司法部和情报机关之间的工作关系,1995年1月1日,美国司法部副部长与中央情报局副局长牵头组建了情报—执法联合工作组。在此框架内,美国检察官可要求相关情报机关的律师(一般是各情报机关总法律顾问办公室的工作人员)在检察官办理涉密案件时出任案件的法律顾问。^③1995年5月5日,司法部副部长戈尔利克向各联邦检察官发出备忘录,^④规定由司法部刑事司内部安全处处长负责安排检察官与情报机关的工作联系。这些制度主要用于美国国内刑事司法程序,但亦可由此窥见美国政府审查涉及美国情报机关文档的国际刑事司法协助请求的程序。

无论美国在接收和执行环节由哪个(些)机关负责审查国际刑事司法协助请求,根据国际法院在“博雷尔案”判决中阐述的原则,在中国由哪个(些)机关负责审查处理是完全由中国依据国内法自行决定的事项。至于中方在执行环节的审查“迟滞对(美方)国际刑事司法协助请求的回应”一说,客观地讲,任何机关的审查均需相应的时间,美国亦不例外。

2017年11月28日,美国斯坦福大学讲师、前助理检察官罗德里格斯(Rodriguez)在美国

① 对于外国依刑事司法协助条约提出的请求,美国在接收和执行两个环节均由司法部负责审查,这可能是美国法官对中国在司法部之外可能还有政府其他机关在执行环节介入审查有负面情绪的原因之一。

② 《司法手册》第9卷第90—200节,美国司法部, <https://www.justice.gov/jm/jm-9-90000-national-security#9-90.020>, 最后访问时间:2019年12月12日。

③ 《刑事资料手册》第2050节,美国司法部, <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-2050-may-5-1995-memorandum-deputy-atty-general-concerning-provision>, 最后访问时间:2019年12月12日。

④ 《刑事资料手册》第2051节,美国司法部, <https://www.justice.gov/archives/jm/criminal-resource-manual-2051-may-5-1995-memorandum-deputy-atty-general-concerning-focal-points>, 最后访问时间:2019年12月12日。

国会参议院司法委员会作证^①时讲述了她亲历的国际刑事司法协助案例：“在调查一起引起广泛关注的腐败案件时，外国机构已做好向我方调查团队移交证据（包括金融记录）的准备。我们需要用这些记录来推进调查工作。然而，接下来出现的是高度的官僚主义。我为（美国司法部刑事司）国际处起草了备忘录和刑事司法协助条约项下的请求书。它们被发送给国际处在华盛顿、负责该国的代表审查。一段时间后，我收到了对行文格式的若干评论。我补充后将其发还华盛顿，以便国际处做若干更高层级的审查。这导致了更多需要补充的内容。仅仅是如此往复，如果不是数月的话，也至少花费了数周时间。我们假设，在此之后，我们的刑事司法协助请求书确实被递交给了急于分享记录的外国主管部门（这些记录对于我们的调查具有重要意义）。然而，又过了一段时间，国际处发给我们一份表格，要求填写在（美国）司法部内，应由哪个部门支付刑事司法协助请求书翻译费用，这意味着请求书仍滞留在司法部。作为一项政府文件，并非任何译员都能承担这项任务，如果希望在30日或更短时间内‘快速’完成翻译，还需要另撰备忘录，证明有此需要，并获得多个层级的官僚主义审批（作证到此，这位前助理检察官特别提及美国司法部一位官员告诉她，当时积压在司法部的国际刑事司法协助请求书达13000件）”。

引述冗长，但这冗长的引述恰好呈现了美国政府内部处理国际刑事司法协助请求的漫长过程，表明美国法官质疑中方审查“迟滞对（美方）国际刑事司法协助请求的回应”并无依据，亦不足以证明美方可在《中美刑事司法协助协定》之外、依其国内法另辟取证途径。

另需说明的是，在《中美刑事司法协助协定》框架下是否存在“根本利益例外”等可以拒绝协助的情形，被请求方的判断权仅属于相关政府机关，被请求方境内私人当事方并不参与这一判断，因为协定明确规定：“本协定仅适用于双方之间的相互司法协助。本协定的规定，不给予任何私人当事方以取得、隐瞒或排除任何证据或妨碍执行请求的权利”。^②

（四）依何标准作“根本利益例外”判断

1. 国际法院对“根本利益例外”判断标准的立场

被请求方主管机关依何标准判断“根本利益例外”？^③这是国际法院在“博雷尔案”中需要解决的主要国际法问题之一。

法方2005年6月6日通知吉方：依据两国刑事事项互助公约第2条规定的“根本利益例外”，^④因吉方请求提供的文件含有经解密的“防务机密”，法方无法协助吉方。吉布提向国际法院质疑道：向外国主管机关递交解密文件不会“偏离”法国法律，因为法国司法调查程序开始后，（法国刑事诉讼）各当事方均有机会接触案件所涉解密文件，这似乎不可能损害法国根本

① 证词全文见美国国会参议院司法委员会官网：<https://www.judiciary.senate.gov/imo/media/doc/Haun%20Testimony.pdf>，最后访问时间：2019年12月12日。

② 《中美刑事司法协助协定》第1条第三款。

③ 《中美刑事司法协助协定》第3条“协助的限制”项下列出了被申请方中央机关可以拒绝提供协助的七种情形：（1）双重犯罪原则；（2）军事犯罪例外；（3）根本利益例外；（4）政治犯罪例外和反歧视条款；（5）违宪；（6）一事不二审；（7）缺乏实质联系。除了根本利益例外，其余六种均有较明确的法律上的界定。即使是“政治犯罪”这类可能歧义纷呈的国际法概念，在条约实践中也相对清晰的概念。例如，《中华人民共和国和西班牙刑事司法协助条约》第3条“拒绝或者推迟协助”第一款规定：“有下列情形之一的，被请求方可以拒绝提供协助：（二）被请求方认为请求涉及的犯罪是政治犯罪。为此目的，恐怖主义犯罪和双方均为缔约国的国际公约不认为是政治犯罪的行为均不视为政治犯罪”。

④ 《吉法刑事事项互助公约》第2条第三款规定：“如果被请求方认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他根本利益，可拒绝执行协助请求”。

利益。

国际法院判决首先引述了调查法官克莱门特（Clément）2005年2月8日的决定：“在我们调查过程的数个场合下，我们请内务部和国防部送交标明为‘防务秘密’的文件。国防机密咨询委员会的意见是同意送交某些解密的文件，上述部门据此将这些文件送交我们。如果同意吉布提法官的请求，意味着允许转交只有法国法官可以接触的文件，这构成对法国法律的滥用。转交我们的记录将间接导致把法国情报机关文件交给外国政府部门。此种转交在任何意义上都不会有助于揭示（案件）真相，但会严重损害国家的根本利益及其特工的安全”。国际法院判决还引述了法国政府对此的解释：根据1998年7月8日设立国防机密咨询委员会的法律，只有法国司法机关有权请求提供并持有解密文件，将法国情报机关制作的文件转交外国政府，即使已经解密，仍有可能损害法国的根本利益。法方称，保守防务秘密属于1986年《吉法刑事事项互助公约》第2条C项规定的（可拒绝执行刑事司法协助请求的）情形。

国际法院判决认为，法方案卷含有其情报部门文件和资料，法方拒绝协助的理由确实符合1986年公约第2条C项的规定。换言之，国际法院在“博雷尔案”中确认保守防务秘密是被请求方的“根本利益”。

2. “根本利益例外”的国际法判断：以银行保密问题为例

在“博雷尔案”中，国际法院除了确认保守防务秘密是被请求方的“根本利益”，未再尝试在此基础上进而全面界定何谓“根本利益”。但国家间确有通过国际条约方式就“根本利益例外”判断标准达成一致的实践，以银行保密问题为例。

国际刑事司法协助条约中为银行保密定性的尝试可以追溯到美国和瑞士间的缔约及嗣后实践。^①两国1973年5月25日签订《美瑞刑事司法协助条约》，1975年12月23日交换关于该条约的六项解释性外交信函。在其中一封信函中，美国大使表示：美国政府“理解，对于银行在常规情况下需要保密的事实，如果要求予以披露，在特殊情况下，将损害被请求国‘类似的根本利益’……被请求国有权依（美瑞条约）第3条第一款拒绝协助”^②。而美瑞条约第3条第一款规定：“如果被请求国认为，执行请求可能损害其主权、安全或类似的根本利益，可在这此范围内拒绝协助”^③。即美瑞条约原则上不认为银行保密属“根本利益例外”，但在特殊情况下可归入“根本利益例外”。^④

上述信函以美国政府“理解”的形式呈现，表明系出自瑞士政府的要求。众所周知，银行业是瑞士经济支柱之一，《美瑞刑事司法协助条约》缔结之时，严格的保密制度正是瑞士银行业主要“卖点”之一。^⑤但美瑞条约附函所示银行保密制度，超出各国常规水平，既不利于国际合

① 条约的嗣后实践详见联合国《国际法委员会报告》第六章“与条约解释相关的嗣后协定和嗣后惯例：缔约方之间嗣后所订关于条约的解释或其规定的适用的任何协定”，联合国，https://legal.un.org/ilc/reports/2016/chinese/a_71_10.pdf，最后访问时间：2019年12月12日。

② 国际刑事司法协助中的“银行保密”问题多出现于与冻结、扣押和没收犯罪所得和追回资产有关的场合。

③ 《美瑞刑事司法协助条约》，瑞士政府网，<https://www.rhf.admin.ch/dam/data/rhf/strafrecht/rechtsgrundlagen/sr-0-351-933-6-e.pdf>，最后访问时间：2019年12月12日。

④ 美国的信函可视为两国“之间嗣后所订关于条约的解释或其规定的适用的任何协定”。

⑤ 近年，瑞士的银行保密制度受到了美国政府的压力，特别是瑞士最大的银行瑞银（UBS）为避免来自美国的检控，不得不就协助美国公民逃税向美国政府认罪并支付7.8亿美元罚金，并向美国政府移交了4700名美籍客户的名单。参见“Swiss Bank Secrecy Succumbs To U.S. Tax Enforcers”，Forbes，<https://www.forbes.com/sites/irswatch/2014/02/03/swiss-bank-secrecy-succumbs-to-u-s-tax-enforcers/#1c0009fe2283>，最后访问时间：2019年12月12日。

作打击跨国犯罪，亦不合法理^①。以《中国刑事诉讼法》的相关规定为例，第144条授权“人民检察院、公安机关根据侦查犯罪的需要，可以依照规定查询……犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产”。该条针对的是国内刑事诉讼，但从终极用途而言，通过国际刑事司法协助途径从被请求国所获证据将用于请求国的国内刑事诉讼。人民检察院、公安机关根据请求，代外国司法机关“查询……犯罪嫌疑人的存款、汇款、债券、股票、基金份额等财产”是国际刑事司法协助的应有之义，正如《中美刑事司法协助协定》规定双方应相互提供的协助包括“执行查询……证据的请求”。^②

《美瑞刑事司法协助条约》的上述“理解”出台后引起国际社会强烈反弹。在联合国框架内，从1988年《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》到2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》，再到2003年《联合国反腐败公约》，各公约项下的国际刑事司法协助制度均明确否认银行保密属“根本利益例外”，^③强调“缔约国不得以银行保密为理由拒绝提供本条所规定的司法协助”。^④

中国与一些国家（包括法国、比利时、马来西亚、纳米比亚等）缔结的刑事司法协助条约也明文规定“被请求方不得以银行保密为由拒绝提供协助”。^⑤

《中美刑事司法协助协定》无此明文规定，中国与多数国家缔结的刑事司法协助条约亦无此明文规定。考虑到上述三项联合国公约当事国众多（均包括中国、美国和瑞士）^⑥且涵盖广泛的事由，“被请求方不得以银行保密为由拒绝提供协助”可视为“一般法律原则为文明各国所承认者”。^⑦无论各条约是否明文规定，均可视为已默示含有此项内容。

正是基于这一理解，在美国法院要求三家中资银行提供银行记录一案中，一家涉案中资银行收到中国司法部关于“依《中美刑事司法协助协定》和中国有关法律及时审查处理”的复函后，其美国律师就向美国政府承诺，银行本身“愿将（银行记录）提交中国司法部，并已作好了准

① 在2019年的“食品营销协会诉《阿格斯领袖报》案”（*Food Marketing Institute v. Argus Leader Media, DBA Argus Leader*）中，美国联邦最高法院判决认为，对于商业秘密而言，“机密”的两个要件分别是：一是信息所有者的保密，二是传递者的保密。只要信息通常被传递者保密，或至少被传递者严密保管，传递给他人的信息就会保持其“机密”性。由此推论，在刑事诉讼中，虽然存在着银行作为账户信息所有者的保密，但是，账户信息一旦被传递给刑事司法协助执法机关后，根据审判公开原则，就不能预期传递者会严格保密。美国联邦最高法院这一判决间接表明，国际刑事司法协助无需对银行账户信息保密。参见“食品营销协会诉《阿格斯领袖报》案”，美国联邦最高法院，https://www.supremecourt.gov/opinions/18pdf/18-481_5426.pdf，最后访问时间：2019年12月12日。

② 《中美刑事司法协助协定》第1条第一款第7项。

③ 这几项公约均含有“根本利益例外”条款。1988年《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第7条第十五款规定：“在下列情况下可拒绝提供相互法律协助：（二）被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益”。2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第18条第二十一款规定：“在下列情况下可拒绝提供司法协助：（二）被请求缔约国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益”。2003年《联合国反腐败公约》第46条规定：“在下列情况下可以拒绝提供司法协助：（二）被请求缔约国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或者其他基本利益”。

④ 《联合国反腐败公约》第46条第八款。此外，1988年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第7条第五款规定：“缔约国不得以保守银行秘密为由拒绝提供本条规定的相互法律协助”。2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第18条第八款规定：“缔约国不得以银行保密为由拒绝提供本条所规定的司法协助”。

⑤ 《中国和法国刑事司法协助条约》第3条第三款。

⑥ 《禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》中有关“缔约国不得以保守银行秘密为由拒绝提供本条规定的相互法律协助”的规定，构成美国和瑞士“之间嗣后所订关于条约的解释或其规定的适用的任何协定”。

⑦ 参见《国际法院规则》第38条。

备工作”，包括已采取措施保存美方请求提供的记录。换言之，该中资银行清楚，尽管《中国商业银行法》有保守银行秘密的规定，^①但银行秘密不属于《中美刑事司法协助协定》所指的“根本利益例外”。

3. “根本利益例外”判断的国内法标准：以死刑问题为例

银行保密是现有的通过国际条约确定“根本利益例外”含义的极个别实例。在更多的情况下，“根本利益例外”的判断标准由被请求方国内法规定，以死刑问题为例。

根据美国国会参议院外委会 2011 年 8 月关于《美国与百慕大关于刑事司法协助的条约》(the Treaty between the Government of the United States of America and the Government of Bermuda Relating to Mutual Legal Assistance in Criminal Matters) 审议报告，认为条约规定的是，如果刑事司法协助请求将损害被请求国的主权或其他根本利益或违背其公共政策，可拒绝提供协助。美国行政部门告知国会，百慕大表示，其意图是将这一规定解释为允许其拒绝就死刑案件协助美方。在回答卡尔丁 (Cardin) 参议员关于这项条款是否会对合作构成重大障碍时，助理司法部长帮办斯沃兹 (Swartz) 表示，这一问题“不限于百慕大……针对可能涉及死刑的案件，欧洲和其他地区一些国家向美国提供协助时表达过类似关切”。^②

中美同为保留死刑的国家，双方原则上不会就死刑案件拒绝向对方提供刑事司法协助。但已废除死刑的国家在履行与中国缔结的刑事司法协助条约时，不排除会拒绝就死刑案件向中方提供协助。

以已废除死刑的英国为例。针对英国海外安全援助和司法协助可能导致有人员被外国政府辨认、讯问、调查、拘留、逮捕、起诉等情势，英国外交部 2011 年制订、颁布了《英国海外安全援助和司法协助人权指南》(Overseas Security and Justice Assistance Human Rights Guidance, 以下简称《英国海外安全援助指南》)。^③关于死刑问题，《英国海外安全援助指南》首先要求英国外交人员确认驻在国是否保留死刑，并研判英方协助是否会直接或明显介入死刑，包括判处和执行死刑。如果结论是肯定的，需要在提供协助前获得外方不判处被定罪人员死刑的书面承诺。如果没有获得承诺或有重大理由无需寻求承诺，该案件将被自动标明为“高风险”，并应听取外交部部长级官员关于在此特定案情下英方是否仍提供协助的意见。

《中英刑事司法协助条约》没有规定英国可拒绝就死刑案件向中方提供协助。不排除英方将上述指南适用于中方向英方提出的刑事司法协助的可能性。如果英国执意拒绝就死刑案件协助中方，有可能参照百慕大对美国的做法，将中方自英方所获证据用于判处被告人死刑归入“根本利益例外”而拒绝协助中方。^④

其他已废除死刑的国家也存在类似动向。例如，澳大利亚议会 2015 年曾提出一项题为《外

① 《中国商业银行法》第 29 条：“对个人储蓄存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询、冻结、扣划，但法律另有规定的除外”，第 30 条：“对单位存款，商业银行有权拒绝任何单位或者个人查询，但法律、行政法规另有规定的除外”。

② Senate Executive Report 112-3, the U. S. Government Publishing Office, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CRPT-112erpt3/html/CRPT-112erpt3.htm> (last visited Dec. 12, 2019).

③ 《英国海外安全援助和司法协助人权指南》，英国政府文印室，https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/583304/OSJA_Guidance_2017.pdf，最后访问时间：2019 年 12 月 12 日。

④ 《中国和英国刑事司法协助条约》第 3 条“协助的限制”的第一款：“有下列情形之一的，被请求方可以拒绝提供协助：（七）被请求方认为，执行请求将损害本国主权、安全、公共秩序或者其他重大公共利益”。

国死刑犯罪：防止官员披露信息》(Foreign Death Penalty Offences-Preventing Information Disclosure by Public Officials)的法案，^①规定如果澳大利亚政府官员披露的信息协助外国对死刑案件的调查、起诉或惩罚，该官员可处15年监禁，除非总检察长证明披露此种信息是为了调查或起诉恐怖主义或致人死亡案件被告人。^②

《联合国打击跨国组织犯罪公约》司法协助条款谈判过程也体现了“根本利益例外”与死刑问题间的关联。1999年1月起草工作第一届会议“滚动案文”^③规定了“基本利益例外”，^④但未提死刑问题，也不含政治犯罪例外和反歧视条款。^⑤在1999年6月第四届会议上，美国代表团提出增加政治犯罪例外和反歧视条款。^⑥1999年10月第五届会议滚动案文^⑦正式列入政治犯罪例外和反歧视条款，但也有代表团表示，政治犯罪例外和反歧视条款已包含在“基本利益例外”概念中，如在此之外单列政治犯罪例外和反歧视条款，反而意味着“基本利益例外”的范围比原来理解的窄。一些代表团提出，为了完整体现“基本利益例外”的范围，若单列政治犯罪例外和反歧视条款，就需要增列其他拒绝协助的理由，如可能施加死刑、一罪不二审和时效届满(黑体字系作者标注)。

2000年7月第十届会议^⑧滚动案文^⑨删除了美国提议的政治犯罪例外和反歧视条款，改为在公约《准备工作文件》^⑩中说明“根本利益例外”包含政治犯罪例外和反歧视条款。^⑪基于这一

① “Foreign Death Penalty Offences-Preventing Information Disclosure by Public Officials”，澳大利亚立法网，<https://www.legislation.gov.au/Details/C2015B00081>，最后访问时间：2019年12月12日。从目前能看到的资料判断，该法案并未生效成为法律。

② 《中国和澳大利亚刑事司法协助条约》不会用“根本利益例外”来处理死刑案件，因为该条约以不同的条款分别处理“根本利益例外”和死刑案件。根据条约第4条“拒绝或者推迟协助”第二款的规定：“存在下列情形之一的，可以拒绝提供协助：(三)请求涉及就某项犯罪对某人进行侦查、起诉或者处罚，而就该项犯罪可能判处的刑罚可能与被请求方的根本利益相冲突；或者(四)被请求方认为执行请求将损害其国家利益或者其他根本利益”。通观中国与各国缔结的刑事司法协助条约，中澳条约这类规定极为罕见，对于绝大多数缔约对方国家而言，如果执意拒绝就死刑案件向中方提供刑事司法协助，很可能会援引“根本利益例外”为理由。

③ 1999年1月起草工作第一届会议“滚动案文”规定“根本利益例外”案文为：“在下列情况下可拒绝提供司法互助：被请求国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益”。联合国文件：A/AC.254/4。

④ 本文称“根本利益例外”，而在《联合国打击跨国组织犯罪公约》中的文本均称为“基本利益例外”。两者含义相同。本文根据上下文分别使用这两种表述。

⑤ 《中美刑事司法协助协定》中的政治犯罪例外和反歧视条款是：“请求涉及政治犯罪，或请求系出于政治动机，或有充足理由认为，请求的目的是基于某人的种族、宗教、国籍或政治见解而对某人进行侦查、起诉、处罚或其他诉讼程序”，“被申请方中央机关可拒绝提供协助”(第3条第一款)。

⑥ 参见联合国文件：A/AC.254/L.33。

⑦ 美国建议的“政治犯罪例外”和“反歧视条款”分别是“提出的请求所涉及的罪行在被请求国来看是一项政治罪行”和“被请求国有充分理由相信所提出的请求是为了以某人的性别、种族、宗教、国籍或政治观点为由而对其进行起诉或惩罚”。参见联合国文件：A/AC.254/4/Rev.5。

⑧ 第十届会议是谈判《联合国打击跨国组织犯罪公约》外交大会前的最后一次起草工作会议。

⑨ 参见联合国文件：A/AC.254/4/Rev.9和Corr.。

⑩ 《准备工作文件》全称为《关于拟订联合国打击跨国组织犯罪公约及其各项议定书的谈判准备工作文件(RAVAUX PRÉPARATOIRES)》，联合国毒品与犯罪问题办公室，<https://www.unodc.org/pdf/CTOCCOP/ctoccop2008/V0460073c.pdf>，最后访问时间：2019年12月12日。根据《维也纳条约法公约》第32条“解释之补充资料”，在“依第31条作解释……所获结果显属荒谬或不合理时，为确定其意义起见，得使用解释之补充资料，包括条约之准备工作及缔约之情况在内”。《准备工作文件》属“条约之准备工作及缔约之情况”的较权威文件。

⑪ 《〈联合国打击跨国组织犯罪公约〉准备工作文件》说明，“删去关于因某人的性别、种族、宗教、国籍或政治观点而对其进行起诉或处罚时拒绝给予司法协助的理由以及政治犯罪例外的条款，因为据认为，第21(b)款中‘基本利益’一词已全面涵盖了这些条款”。

理解，最终通过的《打击有组织犯罪公约》仅含“基本利益例外”，未提政治犯罪例外和反歧视条款。^①可见，美国作为保留死刑的国家，在谈判中通过放弃公约正文中的政治犯罪例外和反歧视条款，换取废除死刑国家不再坚持在公约正文中列入死刑问题。但废除死刑国家的谈判立场表明，不排除这些国家可能在公约案文之外，通过其国内法将死刑问题纳入其适用公约时的“基本利益例外”。

无论是通过国际条约将银行保密排除出“根本利益例外”，还是废除死刑的国家将死刑问题逐步纳入“根本利益例外”，都只是在一定程度上明确“根本利益例外”的内涵和外延。“根本利益例外”并未因此失去其固有的、内在的灵活性。在国际刑事司法协助条约的整体结构上，“根本利益例外”的灵活性与协助义务的强制性共同构成请求方与被请求方权益的基本平衡。

三 被请求方向请求方通知拒绝理由的义务

被请求方依条约的授权拒绝协助后，在法律上会派生出“通知拒绝理由”的义务。《中美刑事司法协助协定》对此的规定是“被请求方中央机关如果拒绝协助，应将拒绝的理由通知请求方中央机关”^②。

（一）国际法院对“通知拒绝理由”义务的定性

通知拒绝理由的义务是国际法院“博雷尔案”争讼的核心问题。在法国拒绝就“博雷尔案”协助吉布提后，吉布提向国际法院表示，法方未根据1986年《吉法刑事事项互助公约》的要求向吉方说明拒绝协助的理由，违反公约第17条关于“应说明拒绝互助的理由”的规定。

法国在国际法院先是辩称，其司法部刑事事项与赦免司长2005年5月31日致函吉布提驻法国大使，告知吉方，法国调查法官拒绝向吉方提供协助，该函提及1986年公约第2条C项。吉布提向国际法院明确否认其驻法国大使收到过这一信函。法国也无法证明确实向吉方发出这一信函。鉴于这一外交史上相当罕见的情况，国际法院表示，在审理“博雷尔案”时不会考虑这一文件。国际法院同时指出，即使其相信法国递交了2005年5月31日信函，依照法国所说的仅仅援引第2条C项的规定，也不足以履行法国依第17条承担的（说明拒绝理由）义务。

法国随即向国际法院表示，其驻吉布提大使2005年6月6日致函吉布提外交部长：“我遗憾地通知您，我们无法执行这一（指‘博雷尔案’）请求”。吉布提认为，该函只字未提拒绝协助的理由，依然违反《法吉刑事事项互助公约》第17条关于“应说明拒绝互助的理由”的规定。

吉布提进而向国际法院表示，说明理由是“拒绝”发生效力的条件。换言之，法方未说明拒绝的理由，因此，法方的拒绝没有发生法律效力，即使法方已明确表示拒绝在该案中协助吉方，法方仍然负有向吉方提供刑事司法协助的条约义务。

国际法院判决认为，法方表示拒绝就“博雷尔案”协助吉方后，没有根据《吉法刑事事项互助公约》的要求向吉方说明拒绝协助的理由，违反公约第17条关于“应说明拒绝互助的理

① 《联合国打击跨国组织犯罪公约》规定：“在下列情况下可拒绝提供司法协助：（b）被请求缔约国认为执行请求可能损害其主权、安全、公共秩序或其他基本利益”（第18条第二十一款）。

② 《中美刑事司法协助协定》第3条第三款。

由”的规定。但国际法院没有接受吉布提关于说明理由是“拒绝”发生效力的条件这一诉讼主张，而是认为，公约第2条关于拒绝协助的规定和第17条应说明拒绝理由的规定有一定关联性，但两者规定了不同的义务，“公约条款并没有表明，诉诸于第2条取决于第17条的遵守情况”。据此，国际法院在判决中一方面强调法国仅援引公约第2条C项不足以履行其依第17条承担的义务，还应向吉布提做出简短解释，另一方面，法国虽未遵守第17条，但未违反第2条，因此无须向吉布提移交“博雷尔案”案卷。^①

国际法院认为拒绝协助不以说明拒绝理由为前提，结论正确，但论证尚有不足。应认为，各国间缔结的国际刑事司法协助条约均逐项列出可拒绝协助的情形，且未对此附加前提条件。这一体例在法理上表明，存在可拒绝协助的情形是被请求方拒绝协助的充分条件，只要存在此种情形，被请求方就有权拒绝协助，并且，这一“拒绝”行为不依赖任何其他条件即可发生法律效力。就“根本利益例外”而言，如本文第二部分所述，被请求方国内法指定机关在当事各方接受范围内作出的“根本利益例外”判断，即可发生拒绝协助的法律效力。

如果存在可拒绝协助的情形就是拒绝协助的充分条件，各条约规定被请求方须向请求方说明拒绝理由的意义何在？对此可从微观和宏观两个层面考察。

（二）通知拒绝理由义务的微观意义

从微观层面而言，说明拒绝协助理由，可便于缔约双方围绕相关案件寻求剩余的合作空间，具体包括三个方面。

1. 被请求方可否附条件提供协助

《中美刑事司法协助协定》规定，“在根据本条约拒绝协助前，被请求方中央机关应与请求方中央机关协商，考虑可否在其认为必要的条件下给予协助。如果请求方接受附加条件的协助，则应遵守这些条件”。^② 可附条件协助是国际刑事司法协助的通例。中国对外缔结的刑事司法协助条约均含此内容。^③ 广泛反映各国实践的《联合国刑事事件互助示范条约》（the Model Treaty on Mutual Assistance in Criminal Matters）也规定：“被请求国在拒绝或推迟执行某项请求之前，应考虑是否按某些条件准予提供协助，如请求国同意按这些条件接受协助，它应遵守这些条件”。^④

之所以存在附条件提供协助的情形，是因为所附条件可化解被请求方拒绝协助的理由。以上文提及的死刑问题为例。根据前述英国外交部2011年的《英国海外安全援助指南》，如果有关外国保留死刑且英方协助会直接或明显介入死刑，英国外交人员在提供协助前要争取获得外方不判死刑的承诺。这就是为刑事司法协助附加不判死刑的条件。

① 有意思的是，国际法院基思法官（Keith）在“博雷尔案”判决后所附的声明中进一步认为法国“没有按照1986年《吉法刑事事项互助公约》的宗旨和有关法律原则行使公约第2条C款赋予的拒绝权”（即法国不仅违反了公约第17条，还违反了“公约的宗旨和有关法律原则”），“然而，这一结论并不意味着根据基思法官提出的理由可推断出他认为该档案应移交给吉布提的结论”，参见《国际法院判决、咨询意见和命令摘要（2008—2012年）》。基思法官支持国际法院的判决结论，但通过判决书后附的单独声明，表达其个人的补充意见。

② 《中美刑事司法协助协定》第3条第二款。

③ 例如，《中法刑事司法协助条约》规定：“在根据本条拒绝或者推迟提供协助前，被请求方应当通过其中央机关：（一）迅速通知请求方其考虑拒绝或者推迟协助的理由；（二）征求请求方意见，以确定是否可以按照被请求方认为必要的要求和条件提供协助”（第3条第五款）。

④ 《联合国刑事事件互助示范条约》第4条第四款。

上述美国国会参议院外委会 2011 年 8 月关于《美国与百慕大刑事司法协助条约》审议报告在提及百慕大有意以“根本利益例外”为由拒绝就死刑案件向美方提供协助时，表示美方了解 (acknowledge) 百慕大的意图，而美方的立场是通过与百慕大逐案磋商，依然有可能获得其协助。美国与有同样关切的其他国家之间也是如此处理的。在回答卡尔丁参议员关于死刑问题是否会对国际合作构成重大障碍时，助理司法部长帮办斯沃兹表示，针对百慕大以及“欧洲和其他地区一些国家向美国提供协助时表达过类似关切……多数情况下，美国都成功化解对死刑的关切，并获得所请求的协助”。^① 美方成功化解废除死刑国家对死刑问题的关切，不排除承诺不判死刑的可能性。鉴于存在着废除死刑的被请求方要求保留死刑的请求方承诺不判死刑的国际实践，并鉴于中国仍保留死刑的实际情况，《中国国际刑事司法协助法》规定：“被请求国就执行刑事司法协助请求提出附加条件，不损害中华人民共和国的主权、安全和社会公共利益的，可以由外交部作出承诺。被请求国明确表示对外联系机关作出的承诺充分有效的，也可以由对外联系机关作出承诺……对于量刑的承诺，由最高人民法院决定。在对涉案人员追究刑事责任时，有关机关应当受所作出的承诺的约束”。^② 此处的量刑承诺包括承诺不判死刑。^③

附条件的协助不限于承诺不判死刑。在“博雷尔案”中，吉布提要求国际法院判令法国“立即向吉布提共和国递交‘博雷尔的完整档案’”，如果无法实现这一目标，吉布提退而求其次，要求国际法院判令法国“根据法院确定的条款和条件向吉布提共和国递交‘博雷尔的完整档案’”，即国际法院可为法方向吉方提供协助附加“条款和条件”。

2. 被请求方可否推迟提供协助

推迟协助也是国际刑事司法协助的常见现象。以上引述的《联合国刑事事件互助示范条约》已提及推迟协助的情形。推迟协助主要是为了避免执行请求影响被请求方正在进行的刑事侦查、起诉或诉讼。例如，《中美刑事司法协助协定》规定：“如果被请求方中央机关认为，请求的执行将会影响该方正在进行的刑事侦查、起诉或诉讼，可推迟执行，或在与请求方中央机关磋商后，在认定为必要的条件下予以执行。如果请求方接受附加条件的协助，则应遵守这些条件”。^④

因正在进行的刑事侦查、起诉或诉讼而推迟执行协助请求，往往是出于被请求方对相关案件信息的保密需求。这一保密制度是各国通例。《中国刑事诉讼法》第 54 条规定：“对涉及国家秘密、商业秘密、个人隐私的证据，应当保密”。美国也有类似的规定。《美国信息自由法》^⑤ 规定九类信息需予保密，其中第七类是为执法而收集的记录和信息，如果披露这些记录或信息将干扰执法程序、影响审判的公平和判决的公正、侵犯个人隐私、在刑事侦查或国家安全侦查中暴露秘密提供信息的机构或人员的身份、暴露侦查和检控技术、程序和指南、危及他人的生命或安全。

另按各国通例，对正在办理案件的保密受到公开审判原则的限制。根据《中国刑事诉讼

① See Senate Executive Report 112-3, the U. S. Government Publishing Office, <https://www.govinfo.gov/content/pkg/CRPT-112erpt3/html/CRPT-112erpt3.htm> (last visited Dec. 12, 2019).

② 《中国国际刑事司法协助法》第 11 条。

③ 中国法律适用于承诺不判死刑的规定，首见于《中国引渡法》：“被请求国就准予引渡附加条件的，对于不损害中华人民共和国主权、国家利益、公共利益的，可以由外交部代表中华人民共和国政府向被请求国作出承诺。对于限制追诉的承诺，由最高人民检察院决定；对于量刑的承诺，由最高人民法院决定。在对被引渡人追究刑事责任时，司法机关应当受所作出的承诺的约束”（第 50 条）。

④ 《中美刑事司法协助协定》第 6 条第四款。

⑤ 《美国联邦法典》第 5 卷第 552 节。

法》，刑事案件进入法院审理阶段，除法律规定的特殊情况外，应公开进行；宣告判决，一律公开进行。^① 保密的阶段性和阶段性，使得被请求方只能在依法需保密的阶段才能以保密为由拒绝向请求方提供协助，一旦失去保密的法定理由，就应提供协助。

如果请求提供的协助包括提供原件，而此项原件正用于被请求方的刑事侦查、起诉或诉讼（无论是否需保密），被请求方可能会待刑事诉讼完成才向请求方提供原件。无论在上述何种情形下，都只能推迟协助，不能拒绝协助。

在“博雷尔案”中，法国调查法官克莱门特2005年2月8日决定拒绝协助吉布提，理由之一是案卷含有另一起正在办理的案件的信息和证人证词。而按各国惯常做法，在这种情形下只能推迟协助。由于法国没有及时向吉布提说明相关情况，致使这一情形被不正确地归入拒绝协助的理由，成为吉法两国之间的争端之一。

另外，从刑事诉讼实务角度看，因涉及犯罪嫌疑人的人身自由等原因，各国法律对刑事诉讼各期间都有明确规定，《公民权利和政治权利国际公约》^② 也要求“任何因刑事指控被逮捕或拘禁的人……有权在合理的时间内受审判或被释放”。^③ 因此，即使推迟协助为刑事司法协助条约所允许，如果推迟时间过长，也会对请求方刑事诉讼带来负面影响。被请求方应及时说明理由，以便请求方依法处理。例如，根据《中国刑事诉讼法》，“犯罪涉及面广，取证困难的重大复杂案件”在“规定的期限届满不能侦查终结的，经省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定，可以延长二个月”。^④ 重大复杂案件通过国际刑事司法协助途径取证，如果外方（被请求方）依条约推迟协助，可视为取证困难，其依条约说明的推迟协理由，可供中国相关省、自治区、直辖市人民检察院批准或者决定延长侦查期限时参考。

相对于刑事诉讼法对各期限的明确规定，《中美刑事司法协助协定》未规定常规情况下被请求方提供协助的时限，中国与其他国家缔结的同类条约以及《联合国刑事事件互助示范条约》均无此项规定。因此，难以在规范层面确定常规协助与推迟协助之间的时间界限。在国际刑事司法协助实务中，如果被请求方明显超出合理时限未提供协助且未说明理由，其究竟是推迟协助还是拒绝协助且不说明理由，请求方往往难以判断。为避免误解，被请求方及时向请求方说明推迟协助的理由是履约的应有之义。

3. 被请求方可否仅提供部分协助

《中美刑事司法协助协定》未含“部分协助”的条款，但这一情形是客观存在的。《中国国际刑事司法协助法》对此就有规定：“主管机关收到对外联系机关转交的刑事司法协助请求书及所附材料后，应当进行审查，并分别作出以下处理：……根据本法第4条、第14条或者刑事司法协助条约的规定，认为应当全部或者部分拒绝协助的，将请求书及所附材料退回对外联系机关并说明理由”^⑤（黑体字系作者标注）。《美瑞刑事司法协助条约》也规定：“如果被请求国认为，

① 《中国刑事诉讼法》第11条：“人民法院审判案件，除本法另有规定的以外，一律公开进行”。第188条：“人民法院审判第一审案件应当公开进行。但是有关国家秘密或者个人隐私的案件，不公开审理；涉及商业秘密的案件，当事人申请不公开审理的，可以不公开审理”。第202条：“宣告判决，一律公开进行”。

② 中国签署了《公民权利和政治权利国际公约》，但未批准公约。根据《维也纳条约法公约》，一国签署但未批准时条约时，“负有义务不得采取任何足以妨碍条约目的及宗旨之行动”（第18条）。

③ 《公民权利和政治权利国际公约》第9条第三款。

④ 《中国刑事诉讼法》第158条。

⑤ 《中国国际刑事司法协助法》第16条。

执行请求可能损害其主权、安全或类似的根本利益，可在这此范围内拒绝协助”^①（黑体字系作者标注）。

吉布提和法国围绕“博雷尔案”的争端也涉及法方能否向吉方提供部分协助。吉布提认为，“（法方）关于连提供部分案卷都是不可能的这一说法，不能用来对抗（吉方）的协助请求。（吉方）表示，在这一问题上，很少几页纸被解密并包括在记录中，这不可能‘弥散于整个案卷’”。即吉方认为如果法方不提供被解密的几页纸，也应该提供“博雷尔案”其他部分案卷。

法方则强调，问题并非如同吉方主张的，仅仅是两页纸的解密文件，而是案卷中 25 份经解密的防务机密文件，并且，案卷通篇都使用了这些文件，无法在删除机密部分或将其涂黑后递交吉方。即法方认为不存在向吉方提供部分协助的可能性。

国际法院在判决中接受法国观点，认为从法国书面和口头陈述可以推断出整个案卷均含有法国情报部门的文件和资料，以至于全部案卷都无法递交给吉方。

不过，国际法院基思法官在赞同法院判决的同时，也探讨了“部分协助”问题。他认为，法国调查法官没有讲清楚为什么 25 份（50 页）解密文件会导致“博雷尔案”整整 35 卷案卷全都无法递交。基思法官还提及法国国防部长 2005 年 1 月 6 日函表示无意反对递交部分案卷。他认为，法国调查法官显然可“建议吉方重新考虑其请求协助的范围”。换言之，如果法方建议吉方缩小请求协助的范围，吉方如此行事后，法方就可在此范围内向吉方提供协助。

从美国在诉讼中处理机密信息的法律和实践看，吉布提的要求和基思法官的看法有一定合理性。《美国机密信息程序法》（the Classified Information Procedures Act, 1980）规定，案件被告人要求检察官披露证据、且证据涉及机密信息时，经法官批准，检察官有多种选择，包括将机密信息排除在其必须披露的证据之外、对机密信息进行概述、删除涉密部分后披露不涉密部分、承认拟用机密信息证明的情况属实（在此情况下将不再需要出示机密信息）。另外根据美国总统命令，^② 美国情报官员出庭作证时，如果其姓名需要保密，可以不向法庭披露真实姓名。

法国的“博雷尔案”案卷毕竟是为刑事诉讼准备的，一旦被告人到案、法院开庭审理，即使有保密要求，法国检方仍需根据法律要求，在一定范围内以适当方式向被告人或其律师披露案卷全部或部分内容。正如吉布提向国际法院表示的，“法国司法调查程序开始后，（法国刑事诉讼）各当事方均有机会接触案件所涉解密文件”。能够向刑事诉讼被告人或其律师披露的案卷内容，为何不能在国际刑事司法协助中提供给吉方？法国未作充分解释和论证。

在极端情况下，确实可能出现检方完全无法向刑事案件被告人及其律师披露任何证据的情况。根据《美国机密信息程序法》，如果检察官无法将含机密信息的资料用作证据，由此给案件审理带来困难，该法授权美国司法部长、副部长和主管刑事案件的助理部长基于国家安全考虑决定不予起诉。如果法方认为“博雷尔案”也属于这类极为罕见的特殊情况，以至于其案卷中的任何信息在法国自身刑事诉讼中均无法向被告人或其律师披露，也应向吉方说明情况，以证明提供部分协助之不可行。

与完全拒绝协助相比，提供部分协助可使请求方获得其刑事诉讼所需的部分证据，有利于推进相关案件的诉讼程序。但鉴于各国法律对刑事诉讼证据的高要求，如果被请求方仅提供部分证

① 《美瑞刑事司法协助条约》第 3 条第一款。

② 美国总统第 12958 号行政命令。

据,特别是拒绝提供关键证据,可能对请求方刑事诉讼造成严重困难。以“穆祖迪案”(Mzoudi)为例,德国检方在该案中指控摩洛哥籍的穆祖迪是基地组织德国汉堡分部成员,参与了9·11恐怖袭击事件。德国检方的理由主要有二,一是穆祖迪在汉堡与穆罕默德·阿塔同屋居住,而穆罕默德·阿塔在2001年9月11日驾机自杀攻击了美国纽约世界贸易中心大厦,二是穆祖迪此前不久曾在阿富汗出入基地组织营地。穆祖迪仅承认与穆罕默德·阿塔等基地组织成员相识,并到过阿富汗,但表示自己未参与恐怖活动,坚称无罪。德国通过国际刑事司法协助途径请求美国提供9·11恐怖袭击事件其他在押人员证词。美方提供了极其有限的证词。德国汉堡法院遂以证据不足判决穆祖迪无罪释放。一些9·11恐怖袭击事件受害者家属对美国未向德国提供足够信息深表遗憾。联合国安理会也认为穆祖迪与基地组织有关联,在德国法院作出无罪判决后,安理会仍继续对其实施制裁长达约10年。^①

附条件协助、推迟协助和部分协助是介于被请求方提供协助和拒绝协助之间的过渡地带。附条件协助可能因请求方不接受条件而使双方在相关案件中的合作终止,推迟协助可能会因延误时间过长而使请求方的刑事诉讼难以依法进行,部分协助也可能因为关键证据缺失而使请求方司法机关难以审判相关刑事案件。在这此情况下,附条件协助、推迟协助和部分协助的实际效果近乎拒绝协助。相反,如果请求方接受条件,推迟协助的时间没有长到实质性影响请求方刑事诉讼,获取的部分证据足以证明被告人有罪或无罪,就实现了国际刑事司法协助的目的,可视为完成了双方的刑事司法互助。无论是说服请求方接受条件、尽量缩短被请求方推迟协助的时间还是在可能的范围内提供关键证据,其前提都是被请求方向请求方说明其为何不能全面、及时地提供协助。这不仅是为了满足双方探寻剩余合作空间的实务需要,也是国际刑事司法条约施加于被请求方的协助义务在特定案件中的呈现。

针对重大、复杂案件,往往需要双方反复交换看法,被请求方相应地需要在这一过程中有针对性地逐次说明其理由。这一反复交换看法的过程就是国际刑事司法协助常见的磋商制度。对此,《中美刑事司法协助协定》规定:“双方中央机关应在双方同意时进行磋商,以促进最有效地利用本协定”,^②包括“针对某一案件的解释、适用或执行进行协商”。^③

就“博雷尔案”而言,非常遗憾,法国在国际法院诉讼中说明的拒绝理由排除了法吉在该案中任何剩余合作空间,也未开启两国磋商的大门。从各国开展国际刑事司法协助的总体情况看,这只是可能的场景之一,即便如此,说明拒绝理由在宏观层面依然有重要的国际法意义。

(三) 通知拒绝理由义务的宏观意义

在宏观层面,国际刑事司法协助条约理想的履约状况是一方提出请求、另一方提供协助,反之亦然。如此往复,形成国家间打击跨国犯罪的合力。但如本文第二部分所述,在实践中也可能

① 参见“穆祖迪案”的相关报道综合,英国广播公司(<https://www.dw.com/en/sept-11-terror-suspect-acquitted/a-1105350>)和德国之声(http://news.bbc.co.uk/chinese/simp/hi/newsid_3010000/newsid_3015600/3015697.stm),最后访问时间:2019年12月12日;亦参见“安全理事会关于伊黎伊斯兰国(达伊沙)、基地组织及有关个人、团体、企业和实体的第1267(1999)号、第1989(2011)号和第2253(2015)号决议所设委员会”,联合国安理会,<https://www.un.org/securitycouncil/zh/sanctions/1267>,最后访问时间:2019年12月12日。

② 《中美刑事司法协助协定》第22条。

③ 参见《联合国刑事事件互助示范条约》第21条:“缔约国应根据任何一方的请求,迅速就本《条约》一般的或针对某一案件的解释、适用或执行进行协商”。

出现一方拒绝提供协助的情形。在此情形下，被拒绝的一方可否依其之前提供过的协助强制对方也同样提供协助？被拒绝的一方可否事后报复对方，也拒绝提供协助。这些实务场景均涉及对等原则的适用，并经由对等原则的放大效应影响相关国家间刑事司法协助的宏观态势。

1. 国际法院对“博雷尔案”对等原则的立场

在“博雷尔案”中，吉布提向国际法院表示，吉方就“博雷尔案”协助了法方，但吉方就同案请求法方协助时，却被法方拒绝。对此，吉布提认为，《吉法刑事事项互助公约》第1条规定的执行国际调查委托书的义务是一项对等义务。吉布提执行了法国司法机关就“博雷尔案”提出的协助请求之后，法国就有对等义务执行吉布提的协助请求。

国际法院科罗马法官（Koroma）在“博雷尔案”判决后附“个别意见”中认同吉布提主张的对等原则：“一国与另一国建立条约关系时会期望另一国履行其自身的条约或公约义务。因此，吉布提有权认为，法国将在对等基础上遵从吉布提提出的执行调查委托书的请求，因为吉布提之前遵从过法国对同一事由提出的请求，即请求吉布提调查博雷尔先生的死亡。平等和相互尊重是两国关系的基础。在适用1986年公约时，应当适当考虑这些原则……（国际法院）应考虑到对等原则——1986年公约等双边条约固有的且包含在其中的一项原则”。

国际法院在判决中未接受吉布提主张的对等原则，认为《吉法刑事事项互助公约》并未规定“如果一国就某一事项给予另一国援助，那么后者也必须在前者提出请求时给予相应的援助……吉布提不得根据对等原则要求法国执行它提交给法国司法当局的国际调查委托书……在决定一国是否违反其相互协助义务时，必须逐案与公约条款相对照”。

各国间缔结的国际刑事司法协助条约，包括《吉法刑事事项互助公约》和《中美刑事司法协助协定》，确实均未含有吉布提主张的对等原则，即没有规定甲方在某项个案中协助了乙方，乙方因此在“同一事由”（科罗马法官语）中就必须协助甲方，而不能引用条约中可拒绝协助的情形。相反，依照国际刑事司法协助条约的普遍履约实践，即使甲方协助了乙方，甲方基于同一事由提出协助请求时，乙方可视之为一项独立的请求，依条约予以全面审查。如果发现可拒绝协助的情形，乙方仍可据此拒绝协助。这就是国际法院判决所说的“必须逐案与公约条款相对照”。

2. 国际刑事司法协助一般实践中的对等原则

基于国际法的一般制度和普遍实践，^①对等原则在国际刑事司法协助条约的实施中存在可合法适用的情势：如果甲方拒绝协助的情形违反条约，乙方此后同样在违反条约的情形下拒绝协助，就是国际法所允许的。^②

关于对等原则，中国主管机关也没有回避。最高人民法院针对履行国际司法协助条约时的对等原则表示：“为正确适用有关国际公约和双边司法协助条约……人民法院协助外国办理民商事案件司法文书送达和调查取证请求，适用对等原则”。尽管该规定中的“对等原则”是针对“依

① 参见《维也纳条约法公约》第60条第一款：“双边条约当事国一方有重大违约情事时，他方有权援引违约为理由终止该条约，或全部或局部停止其施行”。

② 参见由联合国国际法委员会提出、并作为联合国大会第六委员会报告（A/56/589和Corr.1）附件的《国家对国际不法行为的责任》条款草案（Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts）第22条：“一国不遵守其对另一国国际义务的行为，在并且只在该行为构成按照第三部分第二章针对该另一国采取的一项反措施的情况下，其不法性才可解除”。第49条：“1. 一受害国只在为促使一国际不法行为的责任国依第二部分履行其义务时，才可对该国采取反措施。2. 反措施限于暂不履行对责任国采取措施的一国的国际义务。3. 反措施应尽可能容许恢复履行有关义务”。参见联合国文件A/RES/56/83。

法办理**民事案件**司法文书送达和调查取证请求”提出的，但其精神实质同样可供依法办理**国际刑事司法协助请求**时参考^①（黑体字系作者标注）。并且，考虑到类似“博雷尔案”中双方基于同一事由相互请求司法协助的案例在实践中极为罕见，最高人民法院关于对等原则的规定更多地适用于基于不同事由相互请求协助。

对等原则也可用于分析上述三家中资银行取证案。美国法官2019年3月18日《法律意见备忘录》提到了中美之间刑事司法协助不甚理想的状况。《法律意见备忘录》转述美国司法部主管国际刑事司法协助的助理部长帮办提供的信息：过去10年，美方依《中美刑事司法协助协定》向中方提出了约50件要求提供银行信息的协助请求，只有15件请求得到了中方的回复。该《法律意见备忘录》也转述中国司法部就同一案件致美国法院两封信函。2018年1月6日函表示：2015年至2017年，中方就8起刑事司法协助请求向美方提供了银行信息。2019年2月26日函表示：“对于中方依《中美刑事司法协助协定》提出的请求，美方回应的记录也不能令人满意”。美国法院对此的评论是：“这一事实表明，两国均不满意对方履行刑事司法协助协定的情况”。

如果这一“两国均不满意对方”的情况确实存在，其原因可能仅仅是各项个案中问题的叠加，也可能是对等带来的结果。即缔约双方在某起或某些案件中合作出现的问题，经由对等原则的放大效应，给更多案件的合作带来问题。

为了尽可能减少对等原则带来的负面效应，在实施国际刑事司法协助条约时，必须辨析拒绝协助是否符合条约的规定。对于甲方违反条约拒绝协助的情况，乙方适用对等原则，无可非议。

如果甲方拒绝协助是条约允许的，甲方是否向乙方说明拒绝理由，会产生以下两种截然不同的后果。如果甲方不向乙方说明拒绝理由，会在甲方和乙方之间产生对履约情况的不同认知：甲方认为其拒绝协助为条约所允许，因此没有违反条约；乙方认为甲方没有依约提供协助，因此违反条约。一旦乙方基于这一认知适用对等原则，就可能对甲方此后提出的协助请求采取对等措施。如此往复，在宏观上影响双方合作效果。相反，如果甲方向乙方说明其拒绝协助为条约所允许，甲方就完整履行了其条约义务。乙方尽管未获得甲方协助，但不应视甲方违反条约。这一共同认知构成双方此后在条约框架内继续相互协助的基础。

从国际条约法的基本原则看，一方拒绝协助时依条约说明理由，无论是为了便于双方探寻剩余合作空间，还是为了使双方对被请求方履约情况达成共同认知，都是“善意履行条约”原则在国际刑事司法协助中的具体体现。^②正如国际法院在“博雷尔案”判决中指出的，被请求方简短解释其拒绝理由，“这不仅仅是出于礼节，也是被请求方证实其拒绝请求时的诚意”。这一“诚意”（善意）是任何国家之间（包括中美之间）缔结和履行刑事司法协助条约的基础。

① 参见最高人民法院审判委员会2013年1月21日通过的《最高人民法院关于依据国际公约和双边司法协助条约办理民事案件司法文书送达和调查取证司法协助请求的规定》：“为正确适用有关国际公约和双边司法协助条约，依法办理民事案件司法文书送达和调查取证请求，根据《中华人民共和国民事诉讼法》《关于向国外送达民事或商事司法文书和司法外文书的公约》（海牙送达公约）、《关于从国外调取民事或商事证据的公约》（海牙取证公约）和双边民事司法协助条约的规定，结合我国的司法实践，制定本规定”。本文正文中的引述见这一规定序言和第2条。

② 《维也纳条约法公约》第26条“条约必须遵守”规定：“凡有效之条约对其各当事国有拘束力，必须由各国善意履行”。

结 语

《中美刑事司法协助协定》对缔约双方基本权利义务的制度设计，在理论上构成逻辑闭环：一是将被请求方向请求方提供刑事司法协助从互惠（礼让）强化为条约义务，大幅提高了请求方获得所需协助的确定性（正题/肯定）；二是为了保障被请求方的“根本利益”等不因提供国际刑事司法协助而受损，协定在若干特定情形下赋予被请求方拒绝协助的权利（反题/否定）；三是规定被请求方拒绝协助时有义务将拒绝的理由通知请求方，以便双方就“被请求方拒绝协助系协定所允许”一事达成共识，确保双方此后依然能够在其他案件中依约相互提供刑事司法协助（合题/否定之否定）。在实践中缔约双方对这三项基本权利义务的“善意履行”，是实现中美“在相互尊重主权和平等互利的基础上，促进两国在刑事司法协助方面的有效合作”^①这一缔约目的之保障。

A Study on the Basic Rights and Obligations of States Parties to China-U. S. MLA Agreement

——With Comments on “Borrel Case” of International Court of Justice

Sun Ang

Abstract: In order to eliminate uncertainties in conducting mutual legal assistance in criminal matters (MLA) in the absence of a treaty, China and the United States concluded MLA Agreement to establish treaty rights and obligations to provide MLA to each other. The Agreement also lists situations where MLA obligations may be exempted, including “essential interests exception”. The study as to which Party and which organ (s) thereof and based on what criteria to determine essential interests exception, including whether banking secret and death penalty cases are to be covered by essential interests exception, should be based upon the Agreement, the domestic laws of the Parties, and international practice. If the Requested Party refuses to assist, it shall inform the Requesting Party of the reasons for the refusal, in order for both Parties to explore residual room for cooperation and to ensure that Parties will continue to cooperate and to implement the Agreement as usual after one Party refused to assist with regard to a particular case.

Keywords: China-U. S. Mutual Legal Assistance, Obligation to Assist, Refusal to Assist, Informing Reasons for Refusal

(责任编辑：罗欢欣)

^① 参见《中美刑事司法协助协定》序言。