

从国际法上看引渡第三国国民问题

李永胜*

摘要：从学界对引渡第三国国民问题的看法、国家间引渡条约相关实践、有关引渡事项的国内法实践和适用于第三国与引渡当事双方的国际法的角度来看，国际法学界对引渡第三国国民问题尚未形成统一和确定认识。实践中存在着或存在过对第三国权利予以适当顾及的一定数量的引渡条约和国内相关立法，尚不存在引渡当事双方可无视第三国权利的一般性的条约实践，这也不是各国国内法的普遍实践，也未得到国际法理论上的支持，因而认为就此已形成习惯国际法规则为时尚早。其国民成为他国间引渡对象的第三国，基于习惯国际法和有关条约的相关规定享有若干权利。

关键词：国际法 引渡 第三国国民 第三国权利

引言

引渡指一国把在该国境内而被请求国通缉、就可引渡的罪行提起刑事指控或判处刑罚的人，应请求国的请求移交给请求国进行刑事诉讼或执行刑罚的法律制度。^① 在被一国通缉或判处刑罚的人身处该国境外的情况下，引渡是该国对该人行使刑事管辖权的重要法律途径，对实现国家司法主权具有重要意义。广义的引渡也包括基于有关国际刑事司法机构发布的令状，依据有关国际条约向提出请求的国际刑事司法机构移交被其追诉或指控的人员。^②

尽管国家间进行引渡的历史相当久远，但由于引渡所涉事项十分敏感，导致难以就引渡问题

* 北京大学法学博士，外交部条约法律司参赞。本文仅是作者个人观点，文责自负，在任何意义上都不代表任何机构或组织。

① 引渡的定义参考了中国对外缔结的双边引渡条约有关规定，以及联合国毒品和犯罪办公室 2004 年的《引渡示范法》(Model Law on Extradition) 对引渡的界定，http://www.unodc.org/pdf/model_law_extradition.pdf，最后访问时间：2020 年 10 月 9 日。此外还参考了美国等国对外缔结的引渡条约，被引渡人中增加了“判处刑罚的人”（美国对外缔结的引渡条约多采用以下表述，“persons……who have been charged with/accused of or convicted/found guilty of any of the offenses [……]”，表明被引渡人包括已被判处刑罚的人。例如 Article 1 of the Convention on Extradition between the Government of the State of Israel and the Government of the United States of America, signed on 10 December 1962, United Nations Treaty Series, Vol. 484, p. 292。）

② 例如英国于 1996 年颁布两项法令，分别就如何向前南斯拉夫国际刑庭和卢旺达国际刑庭引渡被两刑庭追诉的人作出专门规定；英国于 2001 年颁布《国际刑事法院法》，就如何逮捕和移交被国际刑事法院追诉的人作出专门规定。See Clive Nicholls et al., *Nicholls, Montgomery, and Knowles on the Law of Extradition and Mutual Assistance* (Oxford University Press, 2013), p. 301, p. 306.

形成一般性的实践和产生习惯国际法所需的法律确信 (opinio juris)。因此, 尽管存在大量双边引渡条约, 但尚未就涉及引渡的一般性问题形成公认的习惯国际法规则, 也仍然没有关于引渡的普遍性的多边条约。^① 在此情况下, 除非基于条约或个案情况下的合作安排, 国家不负有引渡的国际法义务。^② 各国通常通过国内立法和对外缔结双边或参加区域性引渡条约对如何开展引渡作出规范。尽管就引渡的一般性问题没有公认的习惯国际法规则, 但在长期实践中, 各国通过缔结引渡条约或进行相关国内立法, 就引渡涉及的若干具体事项逐渐形成一些大体通行的做法。^③ 例如: 仅引渡所犯罪行达到一定严重程度的人; 不引渡犯有政治罪或其他特定犯罪的人; 不引渡本国国民;^④ 遵循双重犯罪原则, 即只有依据请求国和被请求国法律都构成犯罪的人才可能被引渡; 遵循罪行特定原则, 即请求引渡国只能就所请求的犯罪对被请求引渡的人进行指控、审判或科以刑罚; 遵循一罪不二审原则, 即如某犯罪行为在一国已接受审判, 则任何国家就该项罪行不应再进行审判。上述通行做法体现了请求国、被请求国乃至第三国之间围绕刑事管辖权的合作与协调。

引渡有时会涉及请求国和被请求国之外的第三国。当被请求引渡人是第三国国民, 或者第三国就请求国请求引渡的同一人员向被请求国提出引渡请求, 又或者请求国有意向第三国引渡被请求引渡人等情况出现时, 引渡就涉及第三国。在涉及第三国的种种情况中, 引渡第三国国民问题尤为值得关注, 它涉及如何平等对待其国民成为他国间引渡对象的第三国的国际法权利。实践中引渡第三国国民的情况时有发生, 有时会引起有关国家间的争议。

第一次世界大战后, 荷兰以有权庇护政治难民为由, 拒绝向协约国引渡德国皇帝就是一个拒绝引渡第三国国民的著名例子。^⑤ 基于礼让引渡第三国国民有时会引起第三国的抗议, 1962年英国曾因此就匈牙利向苏联引渡英国国民提出抗议。^⑥ 从1998年10月至2000年3月的“皮诺切特 (Pinochet) 引渡案”为世人广泛关注。尽管英国法院判定应将皮诺切特引渡给西班牙, 但英国内政部最终以皮诺切特因健康原因不能接受审判为由允许其从英国返回智利, 从而在事实上没有满足西班牙的引渡请求。^⑦ 近年的例子有, 2007年9月14日, 湖南神力公司董事长袁宏伟陷入美国设计的圈套, 被从中国诱骗到英国伦敦, 在那里还未下飞机就受到英方拘捕, 成为美国引渡请求的对象。正当英国法院要对美国的引渡请求进行第三次审理之际, 袁宏伟设法瞒过英国警方

① 除双边条约外, 目前仅有若干区域性引渡条约而没有全球性的引渡条约。由联合国大会于1990年第45/116号决议通过并于1997年第52/88号决议修订的《引渡示范条约》(Model Treaty on Extradition), 旨在“促请各会员国以《引渡示范条约》作为基础, 酌情发展双边、区域或多边一级的条约关系”, 参见联大第52/88号决议, 关于引渡问题的第7段。

② Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. I (Pearson Education Ltd. and Mrs Tomoko Hudson, 9th edn, 1996), p. 950.

③ James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 2012), p. 482.

④ 不引渡本国国民并非绝对。从各国缔结的引渡条约看, 有些引渡条约规定国家有义务不引渡本国人, 有些引渡条约规定国家可斟酌引渡本国人, 有些引渡条约则规定本国人可予以引渡。通常而言, 英美法系国家在该问题上较为灵活, 通常不排斥引渡本国人。

⑤ Arthur Nussbaum, *A Concise History of the Law of Nations* (The Macmillan Company, 1954), pp. 255 - 256.

⑥ Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. I (Pearson Education Ltd. and Mrs Tomoko Hudson, 9th edn, 1996), p. 952.

⑦ BBC News, March 2, 2020, http://news.bbc.co.uk/2/hi/uk_news/663170.stm (last visited October 9, 2020).

于2008年1月6日回到中国。^①2016年1月8日,芬兰不顾俄罗斯的反,决定将被美国指控犯有电信诈骗和滥用罪的俄罗斯公民马克西姆·塞纳克(Maxim Senakh)引渡给美国。^②2018年12月1日,应美国的引渡请求,经加拿大温哥华转机的华为公司时任首席财务官中国公民孟晚舟被加拿大拘捕。中国旋即就此事分别向加拿大、美国提出交涉。^③2019年3月2日,中国外交部发言人就加拿大方面执意推进针对孟晚舟的引渡司法程序发表谈话,表达了中国强烈不满和坚决反对的立场。^④2019年8月30日,俄罗斯联合发动机公司职员科尔舒诺夫(Alexander Yuryevich Korshunov)在那不勒斯被意大利警方逮捕,原因是美国指控其窃取美国通用航空公司商业秘密。^⑤

从国际法上看,请求引渡国和被请求引渡国,是否当然拥有基于它们之间的引渡条约不顾第三国权利而引渡第三国国民的权利?此时第三国基于与其国民的国籍联系,是否拥有以及拥有怎样的权利?如果请求国和被请求国不当然拥有不顾第三国的权利而引渡第三国国民的权利,那么引渡当事双方是否以及在什么情况下应负有违反国际法的责任?正如布朗利(Brownlie)所言,即使它们无意伤害他国,但过度管辖也会产生国家责任。^⑥

本文拟对引渡第三国国民问题进行探讨,以澄清国际法对该问题的基本情况并提出建议。下文分五部分进行论述:(一)探讨学术界对该问题的看法;(二)考察国家缔结的引渡条约对该问题的处理情况;(三)考察若干国家的相关国内法对该问题的处理;(四)从可适用于第三国与引渡当事双方关系的国际法的角度探讨第三国所拥有的权利;(五)得出结论并提出建议。需要说明的是,本文所指的引渡条约包括含有向国际刑事法院等国际刑事司法机构移交被追诉或被指控人员条款的相关条约或其他有法律约束力的文件。

一 学术界对引渡第三国国民问题的看法

学者们对引渡问题有广泛论及,但对引渡第三国国民问题却鲜有涉及。^⑦少数提及该问题的学者,其看法也不一致。

① “神力袁宏伟回国诉说遭诱捕险引渡美国内情”,2008年1月6日美国中文网报道, <http://news.sinovision.net/portal.php?aid=37749&mod=view>,最后访问时间:2020年10月9日。对该案的相关分析参见黄风:《论引渡的非常规替代措施一由“袁宏伟案”说起》,载《法商研究》2008年第2期,第3—7页;张磊:《袁宏伟事件的法理分析》,载《刑法论丛》2008年第2期,第409—431页;王强军:《“美国诱捕袁宏伟”案的法理缺失》,载《法学》2008年第1期,第26—30页。

② David A. Sadoff, “Finland to Extradite Alleged Cybercriminal to U. S. Over Russian Objection”, 32 No. 1 *International Enforcement Law Reporter* 7, January 1—January 31, 2016.

③ 参见“中国外交部发言人相关表态”,2018年12月6日, https://www.fmprc.gov.cn/web/fyrbt_673021/jzhsl_673025/t1619568.shtml,最后访问时间:2020年10月9日。参见“中国驻加拿大使馆发言人应询就加方逮捕中国公民发表的谈话”,2018年12月6日, <http://ca.china-embassy.org/chn/xw/t1619418.htm>,最后访问时间:2020年10月9日。

④ 参见“外交部发言人陆慷就加拿大方面执意推进针对中国公民孟晚舟的所谓引渡司法程序发表谈话”,2019年3月2日, https://www.mfa.gov.cn/web/fyrbt_673021/dhdw_673027/t1642399.shtml,最后访问时间:2020年10月9日。

⑤ See “Russian and Italian Nationals Charged with Conspiring to Steal Trade Secrets From American Aviation Company”, <https://www.justice.gov/usao-sdoh/pr/russian-and-italian-nationals-charged-conspiring-steal-trade-secrets-american-aviation> (last visited October 9, 2020).

⑥ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 2008), p. 316.

⑦ 经查,国内外学者有关国际法或引渡方面的著作或文章较少论及该问题。国际法学会(Institut de droit international)就引渡问题先后作出的各份决议也未提及该问题。

一些学者认为可以引渡第三国国民，无需考虑其国籍国的态度。詹宁斯（Robert Jennings）、瓦茨（Arthur Watts）修订的《奥本海国际法（第九版）》认为，“原则上任何个人，不论其是起诉国国民、被请求引渡国国民，亦或是第三国国民，都可以被引渡”。^① 凯尔森（Hans Kelsen）认为，“只有当一国的引渡法不允许引渡本国人或基于条约该国无义务引渡本国人时，被引渡人的国籍才具有相关性”。^② 斯塔克（Starke）更明确表示，“存在统一的国家实践，请求国可以获得向其移交其本国国民或第三国国民”。^③

相比之下，澳大利亚学者希勒（Shearer）则主张其国民成为他国间引渡对象的第三国，针对引渡当事双方享有有限的基于国际礼让的地位。引渡当事双方对第三国的这种地位应予尊重，但引渡第三国国民无需征得第三国的同意。他表示，“当犯罪发生地国C国请求从B国引渡A国国民时，学者们通常赞成这样的观点，即出于外交礼让，A国政府应被告知有关引渡程序。然而也没有人严重质疑下述观点，即一国有权根据其法律引渡外国人而不必征得该在逃者本国政府的同意”。^④ 希勒只谨慎地描述了他认为相对正确的观点并隐含地表明了其倾向性态度。至于依国际法是否应通知第三国或征得第三国同意，甚或第三国在此情况下是否可能拥有其他权利，以及未受严重质疑的观点是否就代表被广为接受的国际实践，他并未明确态度。

周鲠生在其著《国际法》中，倾向认为引渡第三国国民主要涉及通知第三国的问题，并认为请求引渡国没有通知的义务，而被请求引渡国可能有这种义务。总体而言，他认为在这个问题上存在争议。他说，“如果引渡的对象是第三国人民，请求引渡国或被请求引渡国是否有义务通知有关第三国，在理论上颇成问题。但是国际法权威的学说，认为请求引渡国显然没有这个义务，因为根据属地优越权，一切国家都有权审判和处罚在它的领土上犯罪的人，不管他是何国的国民。至于被请求国，考虑到各国有保护在外侨民的权利，似乎应把引渡事件通知犯罪人所属的第三国，但是关于这个问题在理论上分歧，而在实践上，各国间的条约一般也不规定这种义务”。^⑤

著有《将国际逃犯绳之以法：引渡及其替代办法》一书的戴维·塞多夫（David A. Sadoff）一方面认为“习惯国际法原则上不限制引渡东道国国民、请求国国民或第三国国民”，^⑥ “一国应另一国的请求拘捕并引渡第三国国民是合法的和已确立的国际实践”。^⑦ 但他同时认为，在某些情况下，第三国就其国民被他国引渡拥有提出交涉或对其国民进行保护的权力。“不仅本国国民（惯常居民）成为引渡对象时会产生国籍问题，而且当第三国国民成为另两国间引渡对象时也会产生国籍问题，特别是当引渡采取不太正式的做法时。此时第三国政府可基于有关国家未遵守条约中通常含有的有关刑事程序和保护人权方面的规定而提出抗议。当前，这在双重（多重）国

① Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. I (Pearson Education Ltd. and Mrs Tomoko Hudson, 9th edn, 1996), p. 955.

② Hans Kelsen, *Principles of International Law* (Lawbook Exchange Ltd., 2003), p. 249.

③ J. G. Starke, *Introduction to International Law* (Aditya Books and Butterworths, 10th edn, 1989), p. 354. 希勒修订的该书第11版维持该立场，参见I. A. Shearer, *Starke's International Law* (Oxford University Press, 11th edn, 1994), p. 319.

④ I. A. Shearer, *Extradition in International Law* (Manchester University Press, 1971), p. 130.

⑤ 周鲠生：《国际法》，商务印书馆2018年版，第324—325页。

⑥ David A. Sadoff, *Bring International Fugitives to Justice: Extradition and Its Alternatives* (Cambridge University Press, 2016), p. 234.

⑦ David A. Sadoff, “Finland to Extradite Alleged Cybercriminal to U. S. Over Russian Objection”, 32 No. 1 *International Enforcement Law Reporter* 7, January 1 – January 31, 2016.

籍情况下更易发生”。^①“在此情况下，东道国会感受到来自第三国的政治压力，[……]可能会重新考虑其引渡的决定并放弃引渡”。^②

与戴维·塞多夫类似，我国台湾地区的学者陈荣杰在其著《引渡之理论与实践》一书中也认为“国际法并不禁止被请求国将第三国国民引渡予请求国，申言之，当第三国国民成为请求国引渡之对象时，被请求国并无义务将人犯送交人犯之所属国，亦无获得人犯所属国同意之必要”。^③他同时也注意到，“但条约实践，有规定必须先通知人犯所属国者”而且“若干法国引渡条约规定必须先获得人犯所属国之同意”。^④他认为引渡第三国国民必须通知人犯所属国有两个理由：一是“基于国际睦邻”，这同希勒的观点是相同的；二是因为“若干国家之法律规定，其人民在外国犯罪亦可行使管辖，通知可使人犯所属国知有犯罪事实而提出引渡请求；即使人犯所属国不提出引渡请求，亦可对引渡程序之进行予以关切，以保护人犯之利益，尤其人犯被控之犯罪行为具有政治性质者尤然”。^⑤

苏联学者科热夫尼科夫（Kozhevnikov）主编的《国际法》对该问题有明确的看法。该书认为，引渡是“罪犯所在国将犯有罪行的人交给在其境内犯罪的国家，或交给罪犯是其公民的国家”。^⑥该书把将罪犯交给国籍国作为引渡定义的一部分，直接把被引渡人国籍国纳入引渡的定义，也就包括了交给作为被引渡人国籍国的第三国的情形。此外，该书还对引渡条约中涉及该问题的情况作了归纳：“引渡第三国公民，在关于引渡的各种不同的条约中有着不同的规定。其中的某些条约，规定必须通知第三国，在另一些条约中，除了上述规定外，还规定必须取得这个国家同意引渡。在几个国家要求引渡的情况下，通常把罪犯引渡给那个在其境内犯罪的国家。”^⑦

从学者们对引渡第三国国民问题的态度看，大多数学者没有就该问题发表看法，这或许是因为认为该问题并不突出，或许认为引渡当事双方当然有权不顾第三国的权利而引渡其国民，亦或出于其他原因。从论及该问题的学者的观点看，学者们存在着不同看法：多认为引渡当事双方有权引渡第三国国民，无需顾及第三国的态度，有的学者甚至认为这已是确立起来的实践。但也有观点认为，基于国际礼让，第三国应被通知有关针对其国民的引渡程序。有学者认为基于某些国际条约，第三国有获得通知的权利，此时引渡当事双方引渡第三国国民的权利伴随着被请求引渡国通知第三国的义务。有学者认为当引渡程序存在瑕疵时，第三国有权提出异议。还有学者认为基于某些国际条约，必须征得第三国的同意方可引渡其国民，此时引渡当事双方引渡第三国国民要以获得第三国同意为前提，未获得第三国同意时不得引渡第三国国民。由上可见，学者们对引渡第三国国民问题仍然有着不尽相同的看法，尚未形成共识。

二 引渡条约对引渡第三国国民问题的处理情况

从各国缔结引渡条约的实践情况看，大量引渡条约没有将引渡第三国国民问题作为单独问题

① David A. Sadoff, *Bring International Fugitives to Justice: Extradition and Its Alternatives* (Cambridge University Press, 2016), p. 243.

② David A. Sadoff, *Bring International Fugitives to Justice: Extradition and Its Alternatives* (Cambridge University Press, 2016), p. 243.

③ 陈荣杰：《引渡之理论与实践》，（中国台湾地区）三民书局股份有限公司1985年版，第117页。

④ 陈荣杰：《引渡之理论与实践》，（中国台湾地区）三民书局股份有限公司1985年版，第117页。

⑤ 陈荣杰：《引渡之理论与实践》，（中国台湾地区）三民书局股份有限公司1985年版，第117页。

⑥ [苏]科热夫尼科夫主编：《国际法》，刘莎、关云逢、滕英隽、苏楠译，商务印书馆1985年版，第247页。

⑦ [苏]科热夫尼科夫主编：《国际法》，刘莎、关云逢、滕英隽、苏楠译，商务印书馆1985年版，第248页。

加以对待。根据这些条约，只要引渡请求符合条约规定，即使是第三国国民，也可以依据有关程序予以引渡。但与此同时，也有不少引渡条约对引渡第三国国民问题有着某种程度的间接涉及乃至直接的规定。^①

（一）引渡条约中所规定的对引渡的限制条件或例外情况，通常都可适用于对第三国国民提出引渡的情况。也就是说，被请求引渡的第三国国民或第三国，可在具体条约框架内援引这些规定来对抗针对第三国国民的引渡请求。绝大多数引渡条约就谁可以被引渡都采用了一般性的规定辅以限制条件或例外情况的做法。在一般性的规定中，这些条约大都规定引渡的对象为身处条约一方境内而被条约另一方通缉、提起刑事诉讼或执行刑罚的“人员”“任何人”或“所有人”，未基于国籍进行区别对待。^②与此同时，引渡条约基本都对引渡规定了限制条件或例外情况，对应当拒绝引渡或可以拒绝引渡的情况作出规定。这些限制条件或例外情况包括：仅引渡所犯罪行为达到一定严重程度的人；引渡仅针对本条约所列罪行；引渡应遵循双重犯罪、罪行特定、一罪不二审等规定；已过追诉时效的犯罪不引渡；无义务引渡本国国民；政治性质的犯罪不引渡；不引渡已给予庇护的外国人或无国籍人；^③军事性质的犯罪不引渡；当请求引渡旨在基于被请求人的种族、性别、宗教、国籍、族裔或政治立场等对该人进行迫害时不予引渡；^④对犯罪时或请求引渡时不满特定年龄的未成年人或年轻人可不引渡；^⑤对废除死刑的国家，请求国只有作出并不判处死刑的承诺才可予以引渡；^⑥可基于被请求引渡人的年龄、健康等人道主义考虑拒绝引渡；^⑦当请求国的有关法庭是为审理该引渡请求所涉案件专门设立或只为审理类似案件临时设立时，可拒绝引渡；^⑧还有的引渡条约规定，如果请求不是出于诚信或正义目的，就可以拒绝引渡。^⑨上述对引

① 本文所提及的引渡条约的例子仅旨在表明存在过有关引渡条约或存在过包括有关规定的引渡条约，并不涉及该条约目前是否仍然有效的问题，也不涉及作为有关条约缔约方的有关国家的国际法主体资格目前是否依然存在的问题。

② 中国同外国缔结的双边引渡条约也遵循该做法，通常规定“相互引渡在一方境内发现的被另一方通缉的人员，以便对其进行刑事诉讼或者执行刑罚”，例如2005年《中华人民共和国和西班牙王国引渡条约》第1条、2007年《中华人民共和国和法兰西共和国引渡条约》第1条、2008年《中华人民共和国和墨西哥合众国引渡条约》第1条、2010年《中华人民共和国和意大利共和国引渡条约》第1条，等等。

③ 例如 Article 6 of Inter-American Convention on Extradition, signed in 1981, United Nations Treaty Series, Vol. 1752, p. 193; Article 8 of the Treaty concerning Extradition between the Kingdom of Spain and the Republic of Peru, signed in 1989, United Nations Treaty Series, Vol. 1764, p. 87; Article 5 of the Treaty on Extradition between the Argentine Republic and the Republic of Paraguay, signed in 1996, United Nations Treaty Series, Vol. 2175, p. 444。

④ 例如2007年《中华人民共和国和法兰西共和国引渡条约》第3条第1款第2项; Article 7 (2) of the Agreement for the Reciprocal Extradition of Criminals between Sweden and Israel, signed in 1963, United Nations Treaty Series, No. 7467, p. 21。

⑤ 例如 Article 6 of the Treaty on Extradition between the United States of America and Spain, signed in 1970, United Nations Treaty Series, Vol. 796, p. 252; Article 7 of the Treaty on Extradition between the United States of America and Italy, signed in 1973, United Nations Treaty Series, Vol. 991, p. 289。

⑥ 例如 Article 7 of the Treaty on Extradition between the United States of America and Spain, signed in 1970, United Nations Treaty Series, Vol. 796, p. 254; Article 9 of the Convention on Extradition between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of Norway, signed in 1981, United Nations Treaty Series, Vol. 1326, p. 230。

⑦ 例如2007年《中华人民共和国和法兰西共和国引渡条约》第5条第2款第2项; Article 7 (5) of the Treaty concerning the Extradition between the Government of the French Republic and the Government of His Serene Highness the Prince of Monaco, signed in 1992, United Nations Treaty Series, Vol. 1761, p. 193; Article 4 (3) of the Treaty on Extradition between the Republic of Korea and the Kingdom of Thailand, signed in 1999, United Nations Treaty Series, Vol. 2397, p. 14。

⑧ 例如 Article 5.1. (b) of the Treaty between Finland and Australia concerning Extradition, signed in 1984, United Nations Treaty Series, Vol. 1411, p. 323。

⑨ 例如 Article 5.1. (b) of the Extradition Treaty between India and Canada, signed in 1987, United Nations Treaty Series, Vol. 1840, p. 293。

渡的限制条件或例外情况都不受国籍的限制，对被请求引渡的任何人包括第三国国民都可适用，因此并不是基于第三国国民的特定身份作出的限制条件或例外情况。然而这些规定客观效果及于被请求引渡的第三国国民，尽管这并不意味着有关条约在引渡第三国国民问题上采取某种特定的立场。

(二) 引渡条约通常对第三国的司法主权给予必要的顾及，并对请求引渡国的域外管辖权进行必要的限制。例如，不少引渡条约规定，如果第三国已就被请求引渡人的罪行作出判决，或者被请求引渡人已被宣告无罪，或者有关案件正在审理中，或者被请求引渡人已经接受处罚，则该人就不应被引渡。^① 此外，不少引渡条约对请求国就发生在其领土外的犯罪提出引渡请求的情况规定了较为严格的限制条件，通常属于可以拒绝引渡的情况，只有当被请求国在类似情况下也有管辖权或者被请求引渡人是请求国国民等少数情况下，才可以引渡。^② 这些规定在一定程度上顾及了对案件拥有管辖权的第三国的司法主权，也限制了请求国行使域外管辖权。在出现有关情况时，被请求引渡的第三国国民或第三国可援引这些条约规定作为反对引渡的理由。

(三) 历史上存在过或目前仍然有效的直接对引渡第三国国民进行一定程度限制的引渡条约也不在少数。具体有以下情况。

1. 直接规定不引渡第三国国民、未给第三国表示反对的机会时不引渡第三国国民或不涉及引渡第三国国民。例如，1933年《立陶宛和荷兰引渡公约》第1条规定，两国政府“有义务根据以下各条的规定相互移交除本国国民和第三国国民以外的所有人员 [……]”。^③ 1888年《美国和哥伦比亚对等引渡罪犯的公约》第9条规定，“当某人对美国和哥伦比亚而言都是外国人时，[……] 只有当这名罪犯是公民或主体的国家的政府或政府代表，已被正当地通知并且有机会对引渡表示反对时，才可准许引渡”。^④ 1989年《捷克斯洛伐克社会主义共和国和南斯拉夫社会主义联邦共和国关于对等引渡人员以执行剥夺自由刑的条约》第1条规定了对等执行判决时的引渡情况：“缔约国基于本条约确立的条件，对等执行在另一缔约国领土上针对一缔约国国民作出的剥夺自由刑的终审判决。为此，每一缔约国应 [……] 将另一缔约国国民引渡给该另

① 例如 Article 5 (b) of the Convention Relating to Extradition and Judicial Assistance in Criminal Matters between the Kingdom of Belgium and the Democratic and Popular Republic of Algeria, signed in 1970, United Nations Treaty Series, No. 11171, p. 201; Article 6 (2) of the Treaty on Extradition between the United States of America and Italy, signed in 1973, United Nations Treaty Series, Vol. 991, p. 289; Article 5 (d) of the Treaty between Australia and Sweden concerning Extradition, signed in 1973, United Nations Treaty Series, Vol. 975, p. 16; Article 5 of the Treaty between the Kingdom of the Netherlands and Canada on Extradition, signed in 1989, United Nations Treaty Series, Vol. 2274, p. 285; Article 4 (5) of the European Arrest Warrant (Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures between Member States, 2002/584/JHA)。

② 例如 Article 4 of the Extradition Treaty between Belgium and Brazil, signed in 1953, United Nations Treaty Series, No. 3936, p. 175; Article 3 (b) of the Treaty on Extradition between the United States of America and Spain, signed in 1970, United Nations Treaty Series, No. 11338, p. 250; Article 5 of the Treaty between the Kingdom of the Netherlands and Canada on Extradition, signed in 1989, United Nations Treaty Series, Vol. 2274, p. 285; Article 1 of the Extradition Treaty between Australia and the Republic of Indonesia, signed in 1992, United Nations Treaty Series, Vol. 1889, p. 52; Article 4 (7) (b) of the European Arrest Warrant (Council Framework Decision of 13 June 2002 on the European Arrest Warrant and Surrender Procedures between Member States, 2002/584/JHA); 《引渡示范条约》第4条e项，参见联大第45/116号决议，附件。

③ Article 1 of the Extradition Convention between Lithuania and the Netherlands, signed in 1933, League of Nations Treaty Series, Vol. CL, 1934, p. 339.

④ Article 9 of the Convention between the United States of America and Colombia for the Reciprocal Extradition of Criminals, signed in 1888, United Nations Treaty Series, Vol. 125, p. 244.

一缔约国服刑。”^① 该规定实际上是说，两国都应将被其判处刑罚的另一缔约国国民移交给其国籍国服刑，这更接近移管被判刑人员条约的规定。在该条约情况下，其不涉及引渡第三国国民问题。

2. 规定不引渡第三国的特定人员。例如，1960年《大不列颠及北爱尔兰联合王国和德意志联邦共和国引渡逃犯的协定》第4条规定，本协定“不应要求任何一方移交逃犯，如果该逃犯是驻扎在该方领土上的第三国武装部队的成员。该规定适用于伴随该部队并为其提供服务的文职人员以及该部队成员及上述文职人员抚养或扶养的人员”。^② 据此，驻扎在缔约一方领土上的第三国武装部队人员及有关非军事人员不得被引渡。1977年《匈牙利人民共和国和意大利共和国引渡和刑事司法协助公约》第3条规定，“缔约国不应引渡本国人或定居于该国的外国人”。^③ 1981年《比利时王国和挪威王国引渡公约》第5条规定，“缔约方可拒绝引渡在收到引渡请求时在其境内已拥有惯常住所3年的人，但请求国国民除外”。^④ 据上述条约有关条款，符合被请求国有关居住要求的第三国国民享有不被引渡的待遇。

3. 规定只引渡来自特定第三国的国民，或不引渡来自特定第三国的国民。例如，1942年《科威特酋长国和沙特阿拉伯王国引渡协定》第1条和第2条规定，“科威特政府应向沙特阿拉伯政府移交在沙特阿拉伯领土犯下本协定第3条所称罪行并处于科威特领土的沙特阿拉伯国民或第三个阿拉伯国家的国民”，“沙特阿拉伯政府应向科威特政府移交在科威特领土犯下本协定第3条所称罪行并处于沙特阿拉伯领土的科威特国民或第三个阿拉伯国家的国民”。^⑤ 根据这两条规定，缔约双方只引渡对方国家的国民和其他阿拉伯国家的国民，而不引渡阿拉伯国家以外的第三国国民。若干北欧国家对外缔结的引渡条约将“本国人”扩大解释为包括其他北欧国家的国民，从而使引渡条约中不引渡本国人的规定也适用于北欧其他国家的国民。例如1963年《瑞典和以色列对等引渡罪犯的协定》第2条规定，被请求方可拒绝移交其国民，“对瑞典而言，‘国民’包括瑞典国民以及丹麦、芬兰、冰岛和挪威国民”。^⑥ 1985年《澳大利亚和挪威引渡条约》第5条规定，缔约方无义务引渡本国人，如果澳大利亚请求引渡的人“在挪威惯常居住并且是丹麦、芬兰、冰岛或瑞典国民，则（挪威）可以拒绝引渡”。^⑦ 丹麦和美国缔结的有关引渡条约中也规

① Article 1 of the Treaty between the Czechoslovak Socialist Republic and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia Concerning the Reciprocal Extradition of Persons for the Execution of Penalties of Deprivation of Freedom, signed in 1989, United Nations Treaty Series, Vol. 1585, p. 250.

② Article 4 of the Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the Federal Republic of Germany for the Extradition of Fugitive Criminals, signed in 1960, United Nations Treaty Series, Vol. 385, p. 46.

③ Article 3 of the Convention on Extradition and Judicial Assistance in Criminal Matters between the Hungarian People's Republic and the Italian Republic, signed in 1977, United Nations Treaty Series, Vol. 1343, p. 260.

④ Article 5 of the Convention on Extradition between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of Norway, signed in 1981, United Nations Treaty Series, Vol. 1326, p. 229.

⑤ Article 1 and Article 2 of the Agreement for the Extradition of Offenders between the Sheikdom of Koweit and the Kingdom of Saudi Arabia, signed in 1942, United Nations Treaty Series, Vol. 10, p. 100.

⑥ Article 2 of the Agreement for the Reciprocal Extradition of Criminals between Sweden and Israel, signed in 1963, United Nations Treaty Series, No. 7467, p. 17.

⑦ Article 5 of the Treaty between Australia and Norway Concerning Extradition, signed in 1985, United Nations Treaty Series, Vol. 1459, p. 73.

定, 丹麦无义务移交丹麦、芬兰、冰岛、挪威或瑞典国民。^① 北欧五国的这一做法是因为在引渡问题上它们之间存在着单独的法律安排,^② 五国在对外缔结引渡条约时也坚持这一安排不受影响。上述规定在事实上意味着, 对于同上述北欧国家缔结有引渡条约的国家而言, 其无权依据该条约引渡作为第三国的北欧国家国民。为照顾拉脱维亚的特殊情况, 2000年《澳大利亚和拉脱维亚共和国引渡条约》第3条规定, 当被请求引渡人是被请求国本国国民时可不引渡。就拉脱维亚而言, 其国民不仅包括拉脱维亚公民, 还包括“依据‘苏联公民地位法’具有主体资格且不是拉脱维亚或任何其他国家的公民的人”。^③ 该条所指的这类人员是历史上因符合一定条件而惯常居住在拉脱维亚的苏联公民, 该引渡条约中可不引渡本国人的规定也适用于拉脱维亚境内曾是苏联公民但目前属于无国籍人的这类人员。这样在事实上, 这类特定的第三国国民享有不被引渡的待遇。不过这里的第三国并非目前存在的国家, 而是苏联这个在历史上曾经存在过的国家。

4. 当包括国籍国在内的多个国家向引渡条约缔约一方提出引渡请求时, 给予作为国籍国的第三国一定优先地位。例如, 1925年《捷克斯洛伐克共和国和罗马尼亚关于引渡和刑事法律协助的公约》第10条规定, 如果缔约一方或其他多个国家都针对某人提出引渡请求, “被请求国可将该人任意移交其国籍国或在其领土上实施犯罪的国家”。^④ 如果国籍国未提出引渡请求, “被请求国可将其他国家提出请求的情况通知该国, 并给该国15天时间以决定其是否有意提出引渡请求”。^⑤ “否则, 该人将被移交给在其领土上犯下最严重罪行的国家。如果罪行的严重程度相当, 则移交给最先提出请求的国家”。^⑥ 该条将作为国籍国的第三国同犯罪发生地国并列提及, 并给予作为国籍国的第三国提出引渡请求的宽限期, 体现了对第三国的特别关照。1931年《瑞典和捷克斯洛伐克共和国关于引渡罪犯和刑事司法协助的公约》有类似的规定。^⑦ 1977年《德意志联邦共和国和加拿大引渡条约》在一定条件下给予持不引渡本国人立场的第三国以优先引渡权。该条约第18条规定, 当多个国家针对同一人提出引渡请求时, “被请求国应 [……] 给第一个提出请求的国家以优先权。但该优先权只应在特别情况下给予被请求引渡人是其国民的国

① Article 5 of the Instrument as Contemplated by Article 3 (2) of the Agreement on Extradition between the United States of America and the European Union signed 25 June 2003, as to the Application of the Treaty on Extradition between the United States of America and the Kingdom of Denmark, signed 22 June 1972, United Nations Treaty Series, Vol. 2755, p. 188.

② 参见1984年6月20日冰岛批准1957年《欧洲引渡公约》时就该公约第6条和第28条第3款所作的声明。关于第6条的声明: “在本公约意义下, ‘国民’指冰岛国民, 以及丹麦、芬兰、挪威或瑞典的国民, 或在冰岛或其他前述国家内常住的人员。”关于第28条第3款的声明: “本公约不适用于涉及丹麦、芬兰、挪威或瑞典之间的引渡, 因为北欧国家间的引渡适用单独的法律”, 参见 United Nations Treaty Series, Vol. 1496, p. 323.

③ Article 3 paragraph 2 (a) of the Treaty of Extradition between Australia and the Republic of Latvia, signed in 2000, United Nations Treaty Series, Vol. 2439, p. 179.

④ Article 10 of the Convention between the Czechoslovak Republic and the Kingdom of Roumania Relating to Extradition and Legal Assistance in Criminal Matters, signed in 1925, League of Nations Treaty Series, Vol. LIV, p. 59.

⑤ Article 10 of the Convention between the Czechoslovak Republic and the Kingdom of Roumania Relating to Extradition and Legal Assistance in Criminal Matters, signed in 1925, League of Nations Treaty Series, Vol. LIV, p. 59.

⑥ Article 10 of the Convention between the Czechoslovak Republic and the Kingdom of Roumania Relating to Extradition and Legal Assistance in Criminal Matters, signed in 1925, League of Nations Treaty Series, Vol. LIV, p. 59.

⑦ Article 11 of the Convention between the Kingdom of Sweden and the Czechoslovak Republic Regarding the Extradition of Criminals and Judicial Assistance in Criminal Matters, signed in 1931, League of Nations Treaty Series, Vol. CXXXIV, p. 143.

家,并且该国的法律不允许引渡其国民”。^①按此规定,当被请求引渡人是第三国国民且该第三国法律规定不引渡本国人时,那么当第三国是第一个提出请求的国家时,应给予该国以优先引渡权。此外有不少引渡条约都规定,当遇有多个国家请求引渡同一人的情况时,应当综合考虑各种因素以决定将该人引渡给哪个国家。需要考虑的因素通常有犯罪发生地、各国提出请求的先后顺序、犯罪的严重程度等等,其中往往包括被请求引渡人的国籍或惯常居住地,有不少引渡条约甚至把国籍和惯常居住地列为优先考虑的因素。^②

从上述情况可见,引渡条约的缔约方可根据需要,对其国民成为引渡对象的第三国的权利予以适当顾及,这类引渡条约不在少数。在某些引渡条约中,被请求国可拒绝向请求国引渡第三国国民,拒绝向请求国引渡具有特定身份的第三国国民,或拒绝向请求国引渡特定第三国的国民。在另一些引渡条约中,被请求国应将其国民成为引渡对象的情况通知作为该人国籍国的第三国或允许第三国提出异议,以便该第三国提出引渡请求,被请求国也可斟酌情况将成为引渡对象的第三国国民优先引渡给该第三国。在有的情况下,第三国法律是否允许引渡本国人也成为被请求国考虑的因素。值得注意的是,上述情况下对第三国权利的顾及并未以被请求国与第三国之间订有引渡条约为前提条件。此外,在引渡条约情况下,第三国的上述权利是有关引渡条约各缔约方通过该条约赋予的,这体现了各缔约方的合意,而采取适当顾及及第三国权利的义务则主要由作为被请求国的缔约方承担。

上述情况表明,目前尚不存在引渡当事双方可以无视其国民成为引渡对象的第三国权利的有关引渡条约的一般性的缔约实践。进而言之,那种认为引渡当事双方有权不顾第三国权利而径行引渡第三国国民已是确立起来的实践甚至已成为习惯国际法规则的观点,是不符合引渡条约缔约实践的。

三 国家有关国内法对引渡第三国国民问题的处理

(一) 关于国家有关国内法对引渡第三国国民问题的处理,多数国家有关引渡的法律未给予引渡第三国国民问题特别的关注。在符合相关法律规定的情况下,第三国国民是可以被引渡的,

① Article 18 of the Treaty between the Federal Republic of Germany and Canada, signed in 1977, United Nations Treaty Series, Vol. 1242, p. 312.

② 例如 Article 11 of the Extradition Convention between Italy and Czechoslovakia, signed in 1922, League of Nations Treaty Series, Vol. LV, p. 185; Article 14 of the Convention on Extradition between the Government of the French Republic and the Government of the Socialist Federal Republic of Yugoslavia, signed in 1970, United Nations Treaty Series, Vol. 812, p. 56; Article 15 of the Convention between the Kingdom of Belgium and the Socialist Federal Republic of Yugoslavia concerning Extradition and Judicial Assistance in Criminal Matters, signed in 1971, United Nations Treaty Series, Vol. 872, pp. 27 - 28; Article 14 (1) of the Convention between the Kingdom of Belgium and the Socialist Republic of Romania Relating to Extradition and Judicial Assistance in Criminal Matters, United Nations Treaty Series, Vol. 1402, p. 48; Article 13 of the Convention on Extradition between the Kingdom of Belgium and the Kingdom of Norway, signed in 1981, United Nations Treaty Series, Vol. 1326, p. 231; Article 8 of the Treaty on Extradition between the Government of the Federative Republic of Brazil and the Government of the Portuguese Republic, signed in 1991, United Nations Treaty Series, Vol. 1904, p. 265; Article 13 of the Treaty on Extradition between the Kingdom of Spain and the Socialist Republic of Vietnam, signed in 2014, United Nations Treaty Series, No. 1 - 56643, p. 13. 此外,韩国同蒙古、新西兰、乌兹别克斯坦、秘鲁、危地马拉、印度、法国、科威特、阿尔及利亚、南非和越南等国缔结的引渡条约中,规定将国籍和经常居住地作为遇有多个国家请求引渡同一人时被请求国优先考虑的因素之一。中国同法国、西班牙、意大利、保加利亚、罗马尼亚、印度尼西亚、伊朗、蒙古国、韩国、菲律宾、埃塞俄比亚、墨西哥等国缔结的引渡条约中,将国籍和经常居住地作为遇有多个国家请求引渡同一人时被请求国优先考虑的因素之一。

法律并未顾及作为被请求引渡人国籍国的第三国是否拥有国际法上的任何权利，也未给予作为被请求引渡人的第三国国民以任何法律上的优待。

在这方面，美国的做法值得特别关注。美国为实现对刑事被告人的审判，不但不顾及其国民成为美国引渡对象的第三国的权利，相反还允许采取包括诱骗（lures）在内的多种手段，以实现将受其追诉的人员从外国引渡、驱逐或遣送至美国受审。美国司法部发布的《司法手册》（justice manual）关于刑事事项的第9章第9-15.000节，专就“国际引渡和相关事项”（international extradition and related matters）作出规定。其中第9-15.630项涉及采取诱骗手段。根据该规定，“诱骗涉及设置圈套诱使刑事被告人离开某个外国以便将其在美国、国际水域或空域、或第三国予以逮捕，从而将其引渡、驱逐或遣送至美国”。^①美国也意识到，“对有些国家而言，当某人现身于该国是通过采取诱骗手段或其他诈术实现时，该国将不会将该人引渡给美国。此外，某些国家可能会将诱骗某人离开其领土视为对该国主权的侵犯或对该国刑法的违反”。^②因此，当检察官拟采取诱骗手段前，他必须请示司法部国际事务办公室（office of international affairs）并获得刑事处（criminal division）助理总检察长的批准。^③这当然未遵循正常的引渡法律程序。^④可见，即便是美国也意识到，采取诱骗手段实现对美国认定的刑事被告人的引渡、驱逐或遣送至美国的合法性是存在争议的。正如戴维·塞多夫所言，一方面“许多国家、法庭和法律专家都认为，这种欺骗性的做法违反了国际法和国内法”，^⑤“诱骗手段违反了诚信的一般原则，侵蚀和损害了国家间的合作、友谊和信任，违反了强调诚信的现行条约和其他国际义务”。^⑥与此同时，“诱骗手段本身并未被任何国际公约或习惯国际法所禁止。而且有为数众多的法院认为诱骗手段是被允许的。因为从根本上来讲，逃犯是自愿所为而并未受到胁迫”。^⑦然而引渡程序违法与否并不影响美国对嫌疑人指控和审理的进行。美国判例法确立了以下原则，即一项指控通常不会仅仅因为被告是被非法抓获而撤销。^⑧

（二）也有若干国家有关引渡的法律的某些规定，对引渡第三国国民问题还是有着间接或直接涉及的。

1. 某些国家有关引渡的法律规定，该国有关引渡的法律只起到引渡条约的补充作用。如果

① <https://www.justice.gov/jm/jm-9-15000-international-extradition-and-related-matters#9-15.630> (last visited October 9, 2020).

② <https://www.justice.gov/jm/jm-9-15000-international-extradition-and-related-matters#9-15.630> (last visited October 9, 2020).

③ <https://www.justice.gov/jm/jm-9-15000-international-extradition-and-related-matters#9-15.630> (last visited October 9, 2020).

④ 美国将身处境外的被指控人员引渡至美国的基本程序是，由联邦或州检察官向司法部国际事务办公室提出请求，后者将该请求转交国务院法律事务办公室，并由国务院法律事务办公室发至美国驻有关国家外交代表，由外交代表向有关国家政府提出。该外国政府如接受该引渡请求，则有责任将嫌疑人予以监禁并移交美国主管当局。See Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System* (Oxford University Press, 2013), p. 267.

⑤ David A. Sadoff, *Bring International Fugitives to Justice: Extradition and Its Alternatives* (Cambridge University Press, 2016), p. 502.

⑥ David A. Sadoff, *Bring International Fugitives to Justice: Extradition and Its Alternatives* (Cambridge University Press, 2016), p. 503.

⑦ David A. Sadoff, *Bring International Fugitives to Justice: Extradition and Its Alternatives* (Cambridge University Press, 2016), p. 504.

⑧ See Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System* (Oxford University Press, 2013), p. 277.

该国与某外国订有引渡条约，则按条约规定办理。只有当遇有该国与某外国未订有引渡条约或虽订有引渡条约但条约未规定有关事项时，才按有关引渡的法律办理引渡事宜。例如1950年希腊《刑事诉讼法典》关于司法合作的第三部分的第1章规定了引渡的内容，该章之首的第436条规定，“在无国际条约可循的情况下，引渡外国被告人或被判刑人的条件和程序由以下各条中的规定调整。在有条约的情况下，对于该条约未规定或未涉及的部分，也适用本法的规定，只要它们同该条约不相抵触”。^①意大利、韩国、葡萄牙等国有关引渡的法律均有类似优先适用引渡条约的规定。^②就这些国家而言，如果其与外国缔结的引渡条约给予第三国某种地位，则这种地位因条约的优先适用将得以维持。例如韩国与多个国家缔结的引渡条约都规定当遇有多个国家就同一人提出引渡请求时，该人的国籍国或经常居住地国是韩国优先考虑的引渡目的地国之一。该规定赋予了第三国一定的优先引渡本国国民的权利，该权利因韩国引渡法采取了条约优先的原则而得以优先适用。

2. 一些国家关于引渡的法律就多个国家就同一人提出引渡请求时，规定了引渡的优先次序，给予被请求引渡人国籍国以相应地位。例如，1980年巴西法律第6815号关于引渡的第9章第79条规定，当一个以上的国家以同一事实要求引渡同一人时，优先考虑违法行为发生国的请求。当涉及不同犯罪时应依次优先考虑：在其领土上所犯罪行最严重的请求引渡国；如犯罪的严重性相同，首先提出引渡请求的国家；如请求同时提出，被引渡者的原籍国或在无原籍国的情况下，被引渡者的居住国。^③在罪行严重程度相同且请求国同时提出请求的情况下，该规定给予国籍国以优先引渡权。又如，1950年希腊《刑事诉讼法典》第439条规定，“如果数个国家针对同一犯罪提出引渡请求，则根据初步考查，允许向被请求引渡者国籍所属国或犯罪实施地所在国实行引渡”。^④瑞典、葡萄牙等国有关引渡的法律也有类似规定。^⑤上述法律中规定的国籍国，实际上就包括其国民成为引渡对象的第三国。

3. 有的国家有关引渡的法律具有反对把本国国民向第三国引渡的效果。例如哥伦比亚《刑法》第17条规定，“哥伦比亚人的引渡要遵守公开的条约。任何情况下哥伦比亚都不准引渡国民[……]”。^⑥哥伦比亚《刑事诉讼法》第546条规定，“禁止引渡当地出生的哥伦比亚人。[……]在国外犯罪的哥伦比亚人，如同国内法规定的一样，将在哥伦比亚受到起诉和审判”。^⑦依据哥伦比亚上述法律，只有在哥伦比亚缔结的有关引渡条约允许的情况下，哥伦比亚才允许引渡本国人。如在哥伦比亚境外犯罪的其国民返回哥伦比亚，则根据哥伦比亚上述法律，该国民不会被引渡给外国。如该国民仍在外国，哥伦比亚会寻求将在境外犯罪的国民引渡回本国受审。当在境外甲国的哥伦比亚国民成为乙国向甲国提出的引渡请求的对象时，哥伦比亚是作为被请求引

① 外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第126页。

② 1988年意大利《刑事诉讼法典》第696条，1988年《大韩民国罪犯引渡法》第4条，1991年葡萄牙第43/91号法第3条，以上法律条款分别载于外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第133页，第157页和第198页。

③ 外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第82页。

④ 外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第127页。

⑤ 经1983年第227号法令修订的1957年瑞典《罪犯引渡法》第13条，1991年葡萄牙第43/91号法第36条，分别参见外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第293页，第211页。

⑥ 外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第93页。

⑦ 外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第94页。

渡者国籍国的第三国，哥伦比亚仍可能会要求甲国将该人移交哥伦比亚受审，从而反对将其国民从甲国引渡给乙国。

4. 有的国家有关引渡的国内法的有关规定，可被视为被请求引渡国有条件不引渡第三国国民的例子。例如，卢森堡《外国罪犯引渡法》第2条规定，“对于根据大公国的规定被批准在大公国设立住所的外国人，必须撤销该批准才得给予引渡”。^① 也就是说，当外国向卢森堡请求引渡第三国国民时，如果该第三国国民已被批准在卢森堡设立住所，在准许设立住所的批准被撤销以前，该人是不被引渡的。这体现了对常住卢森堡的包括第三国国民在内的外国人的保护。又如，葡萄牙有关引渡的法律对满足请求国基于域外管辖权提出的引渡请求规定了一定条件，同时对第三国的管辖权给予必要的顾及。1991年葡萄牙第43/91号法第30条规定，“如犯罪发生在引渡请求国以外的国家，如依葡萄牙法律，葡萄牙在同样的情况下有管辖权，或请求国能够证明该第三国并不要求引渡有关人员时，可准予引渡”。^②

5. 最后，包括中国《引渡法》在内的各国有关引渡的法律通常规定了应当拒绝引渡或可以拒绝引渡的一般性理由。例如仅引渡所犯罪行达到一定严重程度的人，引渡应遵循双重犯罪、罪行特定、一罪不二审等原则，已过追诉时效的犯罪不引渡，无义务引渡本国人，政治性质的犯罪不引渡，不引渡已给予庇护的人，军事性质的犯罪不引渡，有理由相信引渡会使被引渡人基于种族、宗教、国籍、政治信念或意识形态等原因而受到迫害或惩罚时不引渡，基于年龄、健康等人道考虑不引渡等等。尽管这些规定并非专门针对引渡第三国国民，但是其同样可适用于引渡第三国国民的情况。

（三）综上所述可见，各国有关引渡的法律在处理引渡第三国国民问题上，大多采取了与引渡条约类似的做法，未对引渡第三国国民问题给予特别关注。美国则为实现将被指控人引渡、驱逐或遣送至美国的目的不惜采取合法性高度存疑的诱骗等手段。尽管如此，各国相关国内法中，也存在通过优先适用引渡条约或在有关引渡的法律中直接作出规定等方式，对其国民成为他国间引渡对象的第三国权利给予顾及的立法实践。这表明，可不顾及第三国权利而引渡其国民的做法尚未成为各国有关引渡问题的国内法的一般性实践。

四 从适用于第三国与引渡当事双方的国际法看第三国的权利

针对芬兰不顾俄罗斯反对决定将俄罗斯公民马克西姆·塞纳克引渡给美国，俄罗斯外交部表达了两点强烈反对立场：一是俄罗斯公民“在美国可能面临超过100年监禁的荒诞刑罚”，二是基于美国的要求而“监禁俄罗斯公民的做法是滥用法律并且违反了国际公认的程序”。^③ 针对加拿大应美国要求无理拘押在加拿大温哥华转机的中国公民孟晚舟，中国外交部分别向加拿大和美国提出严正交涉，指出加拿大“严重侵犯中国公民的合法、正当权益，于法不顾，于理不合，于情不容，性质极其恶劣。中方强烈敦促加方立即释放被拘押人员，切实保障当事人的合法、正当

① 外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第182页。

② 外交部条约法律司编：《引渡法资料选编》，世界知识出版社1998年版，第209页。

③ David A. Sadoff, “Finland to Extradite Alleged Cybercriminal to U. S. Over Russian Objection”, 32 No. 1 *International Enforcement Law Reporter* 7, January 1 – January 31, 2016.

权益”。^①“美方所作所为严重侵犯中国公民的合法、正当权益，性质极其恶劣。中方对此坚决反对，强烈敦促美方务必高度重视中方严正立场，立即采取措施纠正错误做法，撤销对中国公民的逮捕令”。^②“美加两国滥用其双边引渡条约，对中国公民无理采取强制措施，是对中国公民合法权益的严重侵犯，是一起严重的政治事件”。^③

可见，在上述两起案件中，俄罗斯和中国均反对他国滥用引渡条约引渡俄罗斯和中国国民，也就是第三国国民。俄罗斯注重谴责有关国家对国际公认法律程序的违反，中国则强调有关国家对公民合法权益的严重侵犯和对有关双边引渡条约的滥用。实际上，两国都是基于约束第三国与引渡当事双方关系的国际法，对引渡当事双方滥用引渡条约表达反对立场。这也表明，从国际法上看引渡第三国国民问题，不仅需要考察引渡条约和国内法实践，还需要考虑第三国与引渡当事双方之间的法律关系，基于适用于第三国与引渡当事双方的国际法规则，研判第三国在其国民成为他国间引渡对象时所享有的权利，以及其权利是否可对抗引渡当事双方的权利从而相应地使后者负有义务。考察引渡条约的缔约实践和相关国内法情况对研究引渡第三国国民问题是必要的但并不够，因为两者均不涵盖第三国与引渡当事双方间的法律关系。在引渡第三国国民情况下，适用于第三国与引渡当事双方的国际法主要是有关习惯国际法和国际条约，下文分述之。

（一）第三国与引渡当事双方间仅适用习惯国际法的情况

在此情况下，引渡当事双方间订有引渡条约，^④但第三国与引渡当事双方之间不存在与引渡第三国国民相关的条约关系，第三国与引渡当事双方之间的关系仅受可适用的习惯国际法规则支配，而且引渡当事双方间引渡条约的实施也受到有关习惯国际法规则的制约。此时，第三国享有权利的情况如下。

1. 第三国的权利不受引渡当事双方之间的引渡条约的影响，引渡当事双方无权通过引渡条约损害第三国所享有的国际法权利。体现在1969年《维也纳条约法公约》中的习惯国际法规则对此有明确规定，即“条约非经第三国同意，不为该国创设义务或权利”。^⑤此外，由于引渡条约中的规定不构成习惯国际法规则，因此《维也纳条约法公约》第38条不适用于引渡条约当事方与第三国的关系。^⑥可见，第三国不受引渡条约影响的权利，足以对抗引渡条约及引渡当事双方，引渡当事双方不能以引渡条约规定为借口损害第三国的权利。当然，如果引渡条约“既不损害第三国的权利，也不对第三国加以义务，第三国有予以尊重和不妨碍其实施的义务”。^⑦

2. 基于源于主权原则的国家对其国民的属人优越权和国籍纽带，第三国对成为他国间引渡

① 中国外交部网站，“外交部召见加拿大驻华大使就加方无理拘押华为公司负责人提出严正交涉”，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjb_673085/zygy_673101/lyc/XGXW/t1620172.shtml，最后访问时期：2020年10月9日。

② 中国外交部网站：“外交部召见美国驻华大使就美方要求加拿大拘押华为公司负责人提出严正交涉”，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjb_673085/zygy_673101/lyc/XGXW/t1620249.shtml，最后访问时期：2020年10月9日。

③ 中国外交部网站：“2019年5月9日外交部发言人耿爽主持例行记者会”，https://www.fmprc.gov.cn/web/wjdt_674879/fyrbt_674889/t1662067.shtml，最后访问时期：2020年10月9日。

④ 这里的引渡条约既包括引渡当事双方间的双边引渡条约，也包括引渡当事双方参加的但第三国未参加的规定引渡事项的多边条约。

⑤ 1969年《维也纳条约法公约》第34条，该公约载于United Nations Treaty Series, Vol. 1155, p. 331。

⑥ 1969年《维也纳条约法公约》第38条“条约所载规则由于国际习惯而成为对第三国有拘束力”规定，“第三十四条至第三十七条之规定不妨碍条约所载规则成为对第三国有拘束力之公认国际法习惯规则”。

⑦ 李浩培：《条约法概论》，法律出版社1987年版，第475页。

对象的该第三国国民享有刑事事项上的属人管辖权，“可以对其国民在境外的犯罪行使管辖权（积极属人管辖权）”。^① 从第三国对其国民的属人管辖权可引申出拒绝或允许引渡本国国民的该国对引渡本国国民的立场。当第三国基于其国内法，对其国民在境外犯有请求引渡国指称的罪行具有管辖权时，第三国的属人管辖权及于作为其国民的被请求引渡人，可作用于引渡当事双方中的被请求引渡国并产生一定法律后果。原因是，尽管第三国国民事实上位于被请求引渡国领土上并在诸多事项上受到被请求引渡国的属地管辖，但这并不意味着作为被请求引渡人国籍国的第三国没有理由提出交涉。^② 就所引渡的犯罪而言，除非被请求引渡国基于国际法不禁止的有关管辖权的基础确立其对成为引渡对象的第三国国民的刑事管辖权，在一般国际法上该国通常是缺乏对所引渡的犯罪和被请求引渡的第三国国民行使管辖权的基础的，因为所引渡的犯罪并非在被请求国发生、不由其国民犯下且不是针对该国国民或其他利益，该国与被指称的犯罪本无法律上的关联。被请求国对被请求引渡的第三国国民采取有关措施，是基于请求引渡国的引渡请求，为的是履行与请求国之间的引渡条约义务。因此，在引渡第三国国民情况下，被请求国通常并不拥有断然否定国籍国属人管辖权的权利，其对作为被引渡人国籍国的第三国的属人管辖权以及第三国对引渡其国民的态度理应给予适当顾及。由此派生出作为被请求引渡人国籍国的第三国针对被请求引渡国的三项权利：一是第三国基于对其国民的属人管辖权享有向被请求引渡国提出引渡请求的权利。当然，由于国家不负有引渡的习惯国际法义务，除非基于引渡条约或个案上的合作，被请求国没有义务向第三国引渡第三国国民。二是第三国享有被通知权。被请求国理应将第三国国民成为引渡对象一事通知作为国籍国的第三国，并留出第三国作出反应的合理期间，以使其有机会出于对该国民行使属人管辖权的目的提出引渡等请求。三是第三国享有异议权。第三国有权就其国民成为他国间的引渡对象提出交涉并表明反对立场，当引渡存在违反正当程序或滥用法律时更是如此。被请求国在启动引渡程序前应给予第三国合理期限以便其表达立场。第三国针对被请求国所享有的上述权利或许尚未形成一般性的实践，但是可从第三国基于国籍纽带对其国民的属人管辖权推导出来。

第三国的属人管辖权能否作用于请求引渡国并产生一定法律后果？在引渡情况下，请求引渡国的权利主要体现为两项，一是对被指控人所犯罪行的管辖权，包括属地管辖等一般国际法不禁止的可适用的对刑事犯罪的管辖权，这是请求引渡国能够提出引渡请求的前提；二是基于引渡条约向作为条约另一方的被请求国提出的请求引渡权。如果所涉犯罪发生在请求引渡国境内，被请求引渡人在该国境内，则请求引渡国可依据属地管辖权对该人行使管辖，无需向他国提出引渡请求，其属地管辖权优先于作为国籍国的第三国对其国民的属人管辖权。只有当被指控的第三国国民处于被请求引渡国境内时，才会发生请求引渡的情况。此时，尽管被请求国往往优先考虑履行其基于引渡条约的义务并给予请求国的引渡请求以优先地位，但这并不意味着请求国的权利就优先于第三国基于主权的对其国民的属人管辖权，因为请求国基于引渡条约的请求引渡权对第三国没有约束力，其对所涉犯罪的管辖权也不优于第三国的属人管辖权。尽管此时第三国对其国民的属人管辖权也可视为一种域外管辖权，但这种基于国籍的域外管辖权是普遍公认已明确确立起来

① Andrew Clapham, *Brierly's Law of Nations: An Introduction to the Role of International Law in International Relations* (Oxford University Press, 2012), p. 242.

② Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim's International Law*, Vol. I (Pearson Education Ltd. and Mrs Tomoko Hudson, 9th edn, 1996), p. 461.

的管辖权的基础。^① 当请求国的引渡请求是建立在较为薄弱的域外管辖权基础上时, 第三国对其国民的属人管辖权则处于优先地位, 因为只有在国际法范围内的域外管辖权才能得到他国承认。^② 当然, 当请求国的引渡请求建立在属地管辖权等合理管辖权基础上时, 第三国对其国民的属人管辖权就不具有优先地位。

可见在通常情况下, 当被请求引渡的第三国国民已身处被请求引渡国境内时, 不论对被请求国还是对请求国, 第三国对其国民的属人管辖权都不低于请求国的引渡权。被请求国和请求国对第三国的属人管辖权都应给予适当顾及, 第三国都享有提出引渡权、被通知权和异议权。当第三国对其国民的属人管辖权可对抗请求国的管辖权基础时, 请求国有责任慎重考虑提出引渡请求的适当性, 而被请求国甚至应优先考虑第三国的引渡请求。当第三国对其国民的属人管辖权不足以对抗请求国的管辖权基础时, 被请求国也应通知第三国并给予其提出异议和引渡请求的机会。比较合理的做法是, 被请求国在确认第三国无意行使属人管辖权而且无意请求引渡或两国无法就本案达成引渡合作, 以及请求国的引渡请求不存在违反正当程序或滥用法律情况后, 再依据其与请求国间的引渡条约及后者的引渡请求启动引渡程序。

3. 第三国基于习惯国际法拥有就其权利受到不法侵害援引引渡当事双方国家责任的权利。根据有关国家责任的习惯国际法规则, “一国的每一国际不法行为引起该国的国际责任”, 当“由作为或不作为构成的行为依国际法归于该国”且“该行为构成对该国国际义务的违背”时,^③ 该国的行为就构成国际不法行为, 从而引起该国的国家责任。当引渡当事双方由引渡第三国国民而造成违背其对第三国所负国际义务时, 就产生其国家责任。在此情况下第三国有权依据国际法采取措施援引引渡当事双方的国家责任, 根据具体情况可以采取要求被请求引渡国或请求引渡国停止和不重复不法行为、赔偿损害等措施。为促进引渡当事双方履行对第三国所负义务, 第三国还可针对引渡当事双方采取反措施。^④ 此外, 第三国还可采取诸如拒绝承认有关国家的法律、命令和判决、制定阻却法 (blocking statutes) 和反报法 (claw-back statutes)、发布法院禁令、提起国际诉讼^⑤或在国内起诉有关人员^⑥等措施。这包括以下情况:

(1) 当引渡当事双方的国际不法行为给其国民造成损害时, 第三国有权就其国民所受损害行使外交保护。^⑦ 引渡当事双方在引渡第三国国民的过程中, 如侵犯了作为被引渡对象的第三国国民依据国际法享有的实体性或程序性权利, 第三国有权根据具体情况就该国民所受损害针对引渡当事双方或其中一方行使外交保护。例如当引渡当事双方在对第三国国民的引渡中采取了诱骗、绑架等违反国际法的手段, 或未告知已被逮捕、监禁、羁押、拘禁的第三国国民有权与其国

① 《国际法委员会第58届会议工作报告》(中文版), 第281页, 该工作报告作为联合国文件《大会正式记录, 第六十一届会议, 补编第10号》(A/61/10); James Crawford, *Brownlie's Principles of Public International Law* (Oxford University Press, 2012), p. 459.

② 《国际法委员会第58届会议工作报告》(中文版), 第285页。

③ 参见《国家对国际不法行为的责任》条款草案第1条和第2条, 联合国大会于2001年12月12日通过第56/83号决议, 《国家对国际不法行为的责任》条款草案是该决议的附件。

④ 参见《国家对国际不法行为的责任》条款草案的第二部分“一国国际责任的内容”和第三部分“一国国际责任的援引”。

⑤ 《国际法委员会第58届会议工作报告》(中文版), 第285页。

⑥ 例如意大利曾就美国中央情报局在其境内对有关人员采取绑架行动寻求逮捕和起诉美国有关人员, see Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System* (Oxford University Press, 2013), p. 279. 此时意大利并不是其国民成为他国间引渡对象的第三国, 但这并不妨碍第三国采取类似做法。

⑦ 参见《外交保护条款草案》第1条和第2条, 载于《国际法委员会第58届会议工作报告》(中文版), 第30页。

籍国领事官员通讯、会见和被探访,^① 因而侵犯了作为被引渡人的第三国国民的权利, 第三国就有权针对引渡当事双方中采取非法措施的一方就第三国国民所受损害采取外交保护。这里受到保护的个人的权利可源于国际法的任何渊源, 而限于习惯国际法。

(2) 当引渡当事双方在对第三国国民的引渡中采取诱骗、绑架等非法手段时, 不但侵犯了作为被引渡人的第三国国民的权利, 同时也直接侵害了第三国的主权, 此时第三国既有权就其国民所受损害行使外交保护, 亦有权就其自身权利受到侵害直接援引引渡当事双方或其中一方的国家责任, 无需用尽当地救济, “因为在此情况下, 该国本身便有明显理由提出国际要求”。^②

(3) 当被请求引渡国基于引渡条约采取的有关行动未适当顾及第三国对其国民的属人管辖权以及由此派生的提出引渡权、被通知权和提出异议权时, 第三国有权援引被请求国的国家责任。

当然, 如果请求国的引渡请求是建立在对所涉犯罪和被请求引渡人的属地管辖权或其他牢固的管辖权基础上, 则第三国对其国民的属人管辖权并不优于请求国的属地管辖权, 此时如果引渡当事双方对第三国的有关权利给予了适当顾及, 对成为引渡对象的第三国国民基于国际法享有的权利也给予了应有尊重, 因而第三国及其国民的权利未受到不法侵害, 则援引引渡当事双方的国家责任欠缺足够的法律依据。此时第三国可通过谈判等和平方法寻求解决因有关国家引渡其国民产生的管辖权等方面的关切。

4. 以上讲的是引渡当事双方都是国家时第三国与引渡当事双方仅适用习惯国际法的情况。在向国际刑事司法机构引渡被指控人员情况下, 当作为被指控人员国籍国的第三国并非设立该国际刑事司法机构的条约的缔约国时, 第三国不受该条约的约束, 该国际刑事司法机构通常对第三国国民也没有管辖权。第三国无义务执行基于该条约设立的国际刑事司法机构的判决、命令、逮捕令等令状。对这类国际刑事司法机构针对第三国国民发布的逮捕令等令状, 以及缔约国将第三国国民移交该国际刑事司法机构, 第三国有权获得通知、提出交涉甚至依据可适用的国际法规则采取援引有关条约缔约国或该国际刑事司法机构国际责任的合法措施。

例如美国、中国和印度都不是《国际刑事法院罗马规约》(以下简称《罗马规约》) 缔约国, 不受该规约约束, 三国多次表达了反对国际刑事法院对其国民行使管辖权的立场。美国国务卿蓬佩奥(Pompeo) 曾表示: “美国不是《罗马规约》缔约国, 向来明确反对国际刑事法院对美国人员主张管辖权的企图。”^③ 在谈判制定《罗马规约》外交大会上, 中国代表表达了如下立场: “补充性和国家同意应是(国际刑事) 法院管辖权的法律基础。然而, 《罗马规约》赋予(国际刑事) 法院对三项核心罪行的普遍管辖权。尽管《罗马规约》第12条规定, (国际刑事) 法院行使管辖权应获得犯罪地国或被指控者国籍国的同意, 但这并非旨在使国家同意成为(国际刑事) 法院管辖权的前提条件。这就给非缔约国强加了义务, 因而构成对国家司法独立或司法主权的干涉。”^④ 与

① 见1963年《维也纳领事关系公约》第36条第1款, 该公约中文本载于United Nations Treaty Series, Vol. 596, pp. 340-341; 另参见*LaGrand (Germany v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2001, p. 494, para. 77; *Avena and Other Mexican Nationals (Mexico v. United States of America)*, Judgment, I. C. J. Reports 2004, pp. 35-36, para. 40。

② 《国际法委员会第58届会议工作报告》(中文版), 第54页。

③ U. S. Policy on the International Criminal Court Remains Unchanged, Press Statement, Michael R. Pompeo, Secretary of State, October 9, 2019, 美国国务院网站: <https://www.state.gov/u-s-policy-on-the-international-criminal-court-remains-unchanged/> (last visited October 9, 2020)。

④ United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, Italy 15 June-17 July 1998, A/CONF.183/SR.9, 9th Plenary Meeting, pp. 123-124。

会的印度代表也表示：“根据条约法，没有国家能够被强迫加入一项条约或受到该国未接受的条约的约束。[……]《罗马规约》中写入了普遍或固有管辖权概念，模糊了缔约国与非缔约国的区别，严重背离了已经确立起来的国际法。”^① 国际刑事法院并不认同上述立场，并且正在推进涉及有关非缔约国情势的调查或初步审查。^②

针对国际刑事司法机构和有关国家损害其本国及国民权利，第三国除表明反对立场，还可在国际法许可的限度内采取预防措施，或者援引有关国家的国家责任或该国际刑事司法机构责任的举措，甚至采取反措施。美国针对国际刑事法院采取了多项举措，其中某些举措的合法性颇具争议。例如，依据《罗马规约》第98条第2款同有关国家缔结“第98条协定”以排除国际刑事法院对美国公民的管辖权，^③ 以及制定被称作“海牙入侵法”（Hague Invasion Act）的《美国服役人员保护法》（American Servicemembers Protection Act），授权美国总统使用“一切必要和适当手段实现下列美国或盟国人员的获释：该人被国际刑事法院拘捕或监禁，或被国际刑事法院的代表拘捕或监禁，或应国际刑事法院要求受到拘捕或监禁”。^④ 2020年6月11日，美国宣布对在阿富汗情势中直接参与调查美方人员或未经美国的盟国同意而调查该盟国人员的国际刑事法院人员实施经济和签证制裁，对其家属实施签证制裁。^⑤

① United Nations Diplomatic Conference of Plenipotentiaries on the Establishment of an International Criminal Court, Rome, Italy 15 June – 17 July 1998, A/CONF.183/SR.9, 9th Plenary Meeting, p. 122.

② 根据《罗马规约》第12条、第13条等条款，国际刑事法院对《罗马规约》缔约国境内发生的该规约规定的罪行可行使管辖权，不论犯罪被告人的国籍国是否为《罗马规约》缔约国（《罗马规约》载于 United Nations Treaty Series, Vol. 2187, No. 38544, p. 3）。2020年3月5日，国际刑事法院上诉分庭判决推翻了第二预审分庭2019年4月12日的决定，使得国际刑事法院检察官对阿富汗情势的调查得以继续进行，其中包括对所指称的美军及美国中央情报局人员涉嫌犯有战争罪的调查，参见 Judgment on the Appeal against the Decision on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, the Appeals Chamber, International Criminal Court, 5 March 2020, https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2020_00828.PDF, 最后访问时间：2020年10月9日。在该调查中，有关情势主要发生在《罗马规约》缔约国阿富汗境内，而调查范围则包括来自非缔约国美国的人员的行为。2019年11月14日，国际刑事法院第三预审分庭批准了国际刑事法院检察官对孟加拉国/缅甸情势的调查，调查主要针对被指称的在缅甸若开邦发生的针对罗兴亚人的驱逐出境、迫害等《罗马规约》规定的危害人类罪中的特定罪行，参见国际刑事法院网站：<https://www.icc-cpi.int/bangladesh-myanmar>, 最后访问时间：2020年10月9日。在该调查中，有关情势主要发生在《罗马规约》非缔约国缅甸境内，而第三预审分庭授权检察官就所指称的罪行发生在孟加拉国和《罗马规约》其他缔约国以及接受国际刑事法院管辖权的国家境内的部分进行调查，至于情势所涉及的人员的国籍则在所不问。第三预审分庭的决定，参见国际刑事法院网站：https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2019_06955.PDF, 最后访问时间：2020年10月9日。此外，国际刑事法院检察官正对2014年6月13日以来巴勒斯坦被占领土包括东耶路撒冷有关情势进行初步审查（preliminary examination），参见国际刑事法院网站：<https://www.icc-cpi.int/palestine>, 最后访问时间：2020年10月9日。这涉及对《罗马规约》非缔约国以色列人员行为的调查。另，根据乌克兰对国际刑事法院管辖权的接受及其请求，国际刑事法院检察官正对乌克兰提交的有关情势进行初步审查，参见国际刑事法院网站：<https://www.icc-cpi.int/ukraine>, 最后访问时间：2020年10月9日。这可能涉及对《罗马规约》非缔约国俄罗斯人员行为的调查。

③ 经查美国国务院网站，未找到“第98条协定”数量的统计，但搜索该关键词显示协定数量为93条，参见“Article 98 Archives – United States Department of State”，<https://www.state.gov/subjects/article-98/>, 最后访问时间：2020年10月9日。柯蒂斯·布拉德利（Curtis A. Bradley）依据乔治城大学统计数据认为至该书成稿时，美国已同超过100个国家缔结了“第98条协定”，见 Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System* (Oxford University Press, 2013), p. 124. 据此估计美国对外缔结的“第98条协定”大致为100项左右。

④ Curtis A. Bradley, *International Law in the U. S. Legal System* (Oxford University Press, 2013), p. 124.

⑤ 见美国国务院网站，<https://www.state.gov/secretary-michael-r-pompeo-at-a-press-availability-with-secretary-of-defense-mark-esper-attorney-general-william-barr-and-national-security-advisor-robert-obrien/>, 最后访问时间：2020年10月9日。美国此举招致国际刑事法院强烈反对，也受到国际社会广泛批评。

5. 最后还值得提及的是，一国的国家元首、政府首脑、外交部长、派驻接受国的外交人员等特定身份的人员，依据有关习惯国际法享有外国刑事管辖豁免。这使得在通常情况下，第三国的这类人员在享有外国刑事管辖豁免期间，免受外国的刑事管辖，并因此免于成为他国间引渡的对象。^①

（二）第三国与引渡当事双方之间适用条约的情况

当第三国与引渡当事双方之间存在与引渡第三国国民相关的可适用的条约时，第三国依这类条约享有的权利不应受引渡当事双方之间的引渡条约的影响，引渡当事双方无权通过引渡条约损害第三国基于这类条约所享有的权利。当第三国依这类条约享有的权利受到引渡当事双方引渡该第三国国民不利影响时，第三国就可依据这类条约向引渡当事双方主张权利。第三国与引渡当事双方之间的条约关系包括三种情况：一是第三国仅与被请求引渡国存在可适用的相关条约，二是第三国仅与请求引渡国存在可适用的相关条约，三是第三国与引渡当事双方存在对三方都适用的相关条约。鉴于通常条约比习惯国际法更具体明确，根据特别法优于一般法原则，除非条约中明确规定优先适用相关习惯国际法规则，三国间的法律关系通常优先遵循可适用的条约，相关习惯国际法仅就条约未规定事项发挥作用。^② 就引渡第三国国民问题涉及的第三国与引渡当事双方的条约关系而言，可适用的相关条约不包括下述类型的条约：如果在具体情况下，第三国依据有关条约不享有反对或阻止引渡当事双方引渡该第三国国民的相关权利，此类条约就不是可适用的相关条约；如果在具体情况下，第三国依据有关条约所享有的权利没有受到引渡当事双方引渡其国民的影响，此类条约也不是可适用的相关条约。

1. 当第三国与被请求引渡国之间存在可适用的相关条约时，第三国可行使这类条约赋予的权利，要求被请求引渡国履行条约规定的义务。例如，如果第三国与被请求引渡国之间订有引渡条约，第三国可根据引渡条约向被请求引渡国要求引渡其国民回国，亦可要求被请求引渡国履行引渡条约规定的其他义务。如果第三国与被请求引渡国之间的引渡条约进而规定，不得向他国引渡缔约任一方的国民，则被请求引渡国无权将作为引渡对象的第三国国民引渡给请求引渡国。此时被请求引渡国受两方面条约约束，一方面是该国与请求引渡国之间的引渡条约，另一方面是该国与第三国之间的引渡条约。当这两方面的条约规定能够相互协调时，^③ 被请求引渡国履行其中一个条约的义务不会违反其依据另一个条约所负义务。但当这两个条约规定相互冲突时，被请求引渡国履行其中一个条约的义务就可能对另一个条约的违反。

2. 当第三国与请求引渡国之间订有可适用的相关条约时，第三国可行使这类条约赋予的权利，要求请求引渡国履行条约中规定的义务。这可能导致请求国不能针对第三国国民向被请求引渡国提出引渡请求，也可能使请求国在提出引渡请求前先要与第三国进行磋商。例如第三国与请

① 这类人员在下述情况下不享有不受管辖的豁免：在其国籍国，国籍国就其放弃刑事管辖豁免，其不再担任上述职务或者受到有管辖权的特定国际性刑事法庭起诉。*Arrest Warrant of 11 April 2000 (Democratic Republic of the Congo v. Belgium)*, Judgment, I. C. J. Reports 2002, pp. 25 – 26, para. 61. 该判决针对一国外交部长进行论述，但其相关论述同样可适用于国家元首、政府首脑以及派驻接受国的外交人员。

② 《国际法委员会第58届会议工作报告》（中文版），第206—207页。

③ 例如当被请求引渡国分别同请求引渡国和第三国订有引渡条约，而且这两个引渡条约都规定了在面临多个国家提出引渡请求时，被请求国有权斟酌将被请求引渡人引渡给犯罪发生地国、该人的国籍国或其他国家，那么被请求引渡国在满足条约规定的其他条件的情况下，依条约将该人引渡给上述国家中的任一国而不引渡给其他国家，就不致违反条约义务。

求引渡国之间的引渡条约可能规定不直接或间接引渡本国国民，或者第三国与请求引渡国之间的刑事司法合作安排要求就这类事项事先磋商。请求国如因向被请求引渡国提出引渡第三国国民的请求而违反它与第三国之间的有关条约，其行为构成违反对第三国所负义务的国际不法行为。

3. 当第三国与引渡当事双方之间存在对三方都适用的相关条约时，第三国可行使这类条约赋予的权利，要求引渡当事双方履行相关义务。这大体有以下情况：

(1) 第三国基于有关安理会决议享有其国民不被引渡给有关国际刑事司法机构的权利。安理会决议的效力源于《联合国宪章》。《宪章》把维持国际和平与安全的主要责任赋予安理会，要求联合国会员国接受并履行安理会的决议。^① 遇有联合国会员国在《宪章》下的义务同其依据其他条约所负义务冲突时，该国在《宪章》下的义务应居优先地位。^② 据此，一国依安理会决议所负义务，在该义务有效期内，具有抑制该国履行其依据所缔结或参加的任何其他条约就同一事项所负义务的效力。例如，安理会设立前南斯拉夫国际刑庭、卢旺达国际刑庭和国际刑庭余留机制的有关决议以及由这些决议通过的上述国际刑庭的规约，要求所有国家遵从上述国际刑庭的协助要求或发布的命令，包括逮捕、羁押和移交被上述国际刑庭追诉和指控的人员，而不论有关人员的国籍。^③ 此时由于第三国也受到上述决议的约束，因而不论它同其国民实际所处的国家订有怎样的条约，都无权要求该国不得将其国民逮捕、羁押和移交给上述国际刑庭。

但安理会的另一些决议则阻止特定国际刑事司法机构针对特定类别第三国的具有特定身份的国民行使管辖权。例如，安理会于2003年8月就利比里亚局势通过第1497（2003）号决议，其第七段决定“不是《罗马规约》缔约方的一个参与国的现任或前任官员或人员，如被指控因驻利比里亚多国部队或联合国稳定部队而产生或与其有关的行为或不行为，应受该参与国的专属管辖，除非该参与国明确放弃此种专属管辖权”。安理会于2005年3月就把2002年7月1日以来达尔富尔局势移交国际刑事法院检察官事通过第1593（2005）号决议，其第6段决定“没有加入《罗马规约》的苏丹境外派遣国的国民、现任或前任官员或人员因安理会或非洲联盟在苏丹建立或授权的行动而产生的或与其相关的所有被控行为或不行为皆应由该派遣国对其实施专属管辖权，除非该派遣国已明确放弃此种专属管辖权”。安理会于2011年2月就把2011年2月15日以来利比亚局势移交国际刑事法院检察官等问题通过第1970（2011）号决议，其第6段决定“阿拉伯利比亚民众国以外的不是《罗马规约》缔约国的国家的国民、现任或前任官员或人员，要为据说是安理会规定或授权在阿拉伯利比亚民众国采取的行动引起的或与之相关的所有行为或不作为，接受本国的专属管辖，除非该国明确放弃这一专属管辖权”。这三项安理会决议代表着

① 《联合国宪章》第24条和第25条。

② 《联合国宪章》第103条。

③ 1993年5月，安理会通过第827（1993）号决议，设立前南斯拉夫国际刑庭，该决议“决定所有国家，[……]应根据国内法，采取任何必要的措施来执行本决议和《规约》的规定，包括各国遵从初审法庭依照《规约》第29条提出的协助要求和发布的命令”。该刑庭《规约》第29条规定了“合作和司法协助”事项，要求各国应毫不迟延地遵从该刑庭的协助要求或发布的命令，包括逮捕、羁押以及移交被该刑庭指控的人员。Article 29 of the Updated Statute of the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia, https://www.icty.org/x/file/Legal%20Library/Statute/statute_sept09_en.pdf (last visited October 9, 2020)。1994年11月，安理会通过第955（1994）号决议，决定设立卢旺达国际刑庭，卢旺达国际刑庭规约是该决议附件，其关于“合作和司法协助”的第28条有着同前南斯拉夫国际刑庭相似的规定。2010年12月，安理会通过第1966（2010）号决议，决定设立国际刑庭余留机制，该机制的规约是该决议附件，其关于“合作和司法协助”的第28条有着同前南斯拉夫国际刑庭和卢旺达国际刑庭相似的规定。前南斯拉夫国际刑庭于2017年12月31日关闭，卢旺达国际刑庭于2015年12月31日关闭。

一种模式，即当国际刑事法院对某个国家境内的情势具备行使管辖权的法律条件时，就派遣人员参与该国境内联合国或区域组织有关行动的第三国而言，如果该第三国不是《罗马规约》的缔约国，那么该国对所派遣的国民因其参与有关行动受到的刑事指控拥有排他的专属管辖权，联合国或区域组织有关行动所在国及任何其他国家，即使是《罗马规约》的缔约国，由于其履行《罗马规约》有关义务受到安理会决议上述规定的抑制，无需也不得针对该第三国上述国民采取旨在实现国际刑事法院管辖权的行动。

(2) 第三国基于有关刑事类条约中管辖权和引渡事项的规定，主要针对被请求引渡国享有有关权利，大体包括以下情况：

①管辖权。有大量刑事类国际条约^①规定了犯罪嫌疑人国籍国有权对条约规定的犯罪确立管辖权。1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》和1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》在管辖权的条款中虽未明确列举国籍国的管辖权，但前者第4条第3款和后者第5条第3款都规定不排斥缔约国根据本国法行使任何刑事管辖权，从而没有排斥国籍国基于国籍对所指称的犯罪确立管辖权。这些条约中关于国籍国有权行使管辖权的规定适用于其国民成为他国间引渡对象的第三国。当其国民成为他国间引渡对象时，第三国可依据这类条约中的有关规定和相关国内法主张管辖权。

②请求引渡权。就成为他国间引渡对象的国民向被请求国提出引渡请求，是第三国主张管辖权的具体举措。关于引渡问题，这类条约往往遵循“或引渡或起诉”原则，即嫌疑人所在领土的缔约国，如不将该人引渡，则应将案件送交该国主管当局依国内法进行起诉。尽管各条约关于引渡问题的规定不尽相同，但都认可国籍国有权提出引渡请求，从而认可作为国籍国的第三国提出引渡的权利。即便其国民已成为其他缔约国之间的引渡对象，第三国的这项权利也不受影响。有的条约或区域安排还规定了请求国享有磋商权，该权利适用于其国民成为其他缔约国间引渡对象的第三国的情况，此时第三国有权要求同被请求国进行磋商。例如《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第16条第16款规定，被请求国在拒绝引渡前应在适当情况下与请求国磋商，以使其有充分机会陈述自己的意见和介绍与其指控有关的资料。又如，欧盟理事会于2009年11月通过第2009/948/JHA号理事会框架决定，专门就如何避免和解决欧盟成员国在刑事程序中因就相同事实和相同人员行使并行管辖权而产生管辖权冲突规定了机制。除在第2章就交换相关情报作出规定，在第3章专门规定了相关国家主管当局直接磋商的义务。^② 根据该规定，欧盟国家因执行欧洲逮捕令（European Arrest Warrant, EAW）产生并行管辖权时，应遵循上述机制。据此，当两个或多个欧盟成员国在欧盟内部引渡第三个欧盟成员国国民即向该国国民发出欧洲逮捕令时，该第三个欧盟成员国可根据上述规定提出磋商要求。

③被通知权。根据前文所提刑事类国际条约的规定，这包括多种情况：被请求引渡国将第三

① 相关规定散见于1970年《关于制止非法劫持航空器的公约》、1971年《关于制止危害民用航空安全的非法行为的公约》、1973年《关于防止和惩处侵害应受国际保护人员包括外交代表的罪行的公约》、1979年《反对劫持人质国际公约》、1980年《核材料实物保护公约》、1994年《联合国人员和有关人员安全公约》、1997年《制止恐怖主义爆炸的国际公约》、1999年《制止向恐怖主义提供资助的国际公约》、2000年《联合国打击跨国有组织犯罪公约》、2005年《制止核恐怖主义行为国际公约》等国际多边刑事类条约中。

② Council Framework Decision 2009/948/JHA of 30 November 2009, on Prevention and Settlement of Conflicts of Exercise of Jurisdiction in Criminal Proceedings, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1582110065476&uri=CELEX:32009F0948> (last visited October 9, 2020).

国国民拘留时，应当通知包括第三国在内的有权确立管辖权的国家；被请求引渡国对第三国国民进行初步调查时，应将初步调查结果通知包括第三国在内的有权确立管辖权的国家，并说明它是否有意行使管辖权；对第三国国民提起刑事诉讼的被请求引渡国或请求引渡国，应将诉讼的最后结果通过联合国秘书长转送包括第三国在内的有关条约的缔约国。

④成为其他缔约国间引渡对象的第三国国民，基于有关刑事类条约或其他条约^①的有关规定，可以享有毫不迟延联系国籍国或有权保护该人权利的国家的代表，接受上述国家代表探视和获知其享有上述权利的权利；在被拘留、采取措施和诉讼的任何阶段享有受到公平待遇的权利，包括享有符合所在国法律和国际人权法等国际法规定的一切权利和保障。相应地，第三国有权联系、探视包括邀请红十字国际委员会探视成为其他缔约国间引渡对象的第三国国民，有权为保护其国民权利诉诸可适用的有关国际人权条约中的来文程序等举措。

(3) 还值得提及的是，依据《维也纳外交关系公约》《维也纳领事关系公约》《联合国特权和豁免公约》《专门机构特权和豁免公约》以及联合国同有关国家缔结的部队地位协定等国际条约，派驻接受国的外交或领事官员、联合国官员、联合国专门机构官员、派驻有关国家执行联合国任务的部队人员等具有特定身份的人员，依据有关条约并在该条约规定的限度内，享有不受外国刑事管辖的豁免权。当第三国国民属于上述有资格豁免外国刑事管辖的人员时，引渡此类第三国人员将由于受到其享有的外国刑事管辖豁免的制约而在法律上和事实上难以实现。

五 结论和建议

上文从学术界对引渡第三国国民问题的看法、国家间引渡条约相关实践、有关引渡事项的国内法相关实践以及适用于第三国与引渡当事双方的国际法的角度，对引渡第三国国民问题进行了探讨。可以看出，国际法学界对引渡第三国国民问题还没有形成统一和确定的认识。实践中存在着或存在过对第三国权利予以适当顾及的一定数量的引渡条约和国内相关立法。尚不存在引渡当事双方可无视第三国权利的一般性的条约实践，这也不是各国国内法的普遍实践，也未得到国际法理论上的支持，因而认为就此已形成习惯国际法规则为时尚早。

从上述分析可见，其国民成为他国间引渡对象的第三国，基于习惯国际法和可适用于第三国与引渡当事双方之间的有关条约，是享有若干权利的。基于习惯国际法，第三国的权利不受引渡当事双方之间引渡条约的影响；第三国对成为他国间引渡对象的国民享有属人管辖权、提出引渡权、被通知权和提出异议权，以及就其国民所受损害行使外交保护等援引引渡当事双方国际不法行为的国家责任包括采取反措施的权利。在《联合国宪章》和有关条约的具体情况下，第三国可以享有其国民不被他国引渡权、管辖权、提出引渡权、被通知权、联系和探视其国民权、磋商权以及采取有关条约规定的保护其国民人权的权利。同时，在有关条约未予规定的范围内，第三国仍可行使外交保护、采取反措施以及习惯国际法赋予的其他权利。可见，回答引渡第三国国民情况下第三国针对引渡当事双方的权利问题，需要从案件具体情况出发，综合考虑可适用的习惯

① 例如，《维也纳领事关系公约》第36条第1款规定领事官员有权与派遣国国民通讯及会见。派遣国国民也有权与派遣国领事官员通讯及会见。被逮捕、监禁、羁押、拘禁的派遣国国民有权与其国籍国取得联系和受其官员探访、交谈或通讯，并可由其代聘法律代表。接受国主管当局应将上述权利立即告知当事人。

国际法、条约等不同的国际法渊源。

对包括中国在内的任何不希望其国民成为他国间引渡对象的国家而言，不妨考虑以下应对措施：一是将不经本国同意不向引渡条约当事国以外的任何国家或特定国家引渡本国国民或具有特定身份的本国国民的规定纳入其对外缔结的引渡条约中；^①二是明确反对引渡当事双方采取非法手段或滥用法律引渡位于外国领土上的该国国民。调查有关国家对引渡第三国国民问题的立场，包括对通过采取诱骗、绑架等非法手段寻求引渡第三国国民的立场，以便相应采取国别应对措施；三是在可行和特定情况下，寻求通过联合国安理会等有关国际组织决议阻止有关国家间引渡条约的实施从而阻止引渡第三国国民；四是针对具体情况，行使前文提及的第三国就其国民成为他国间引渡对象时针对引渡当事双方所享有的权利。^②另一方面，上述国家在自身有需要引渡境外第三国国民的时候，也应基于可适用的习惯国际法规则或国际条约，尊重第三国的权利，履行对第三国负有的相关国际义务。^③

On the Extradition of a Third State National under International Law

Li Yongsheng

Abstract: This article explores the issue of extradition of a third State national, through researching academic teachings, relevant practice of extradition treaties, and relevant practice of States' extradition legislation, as well as applicable international law. It concludes that the issue under discussion is not a settled issue. There is no consensus among academic teachings on this issue. It does have or once did have quite a few extradition treaties and relevant domestic laws in practice which have due regard to the rights of the third State. Therefore, it enjoys no support of general practice of extradition treaties nor domestic laws that the parties of the extradition treaties could go ahead with extraditing of a third State national without considering the rights of the third State, nor does it have the support of international law in theory. It is thus premature to say this has been established as a rule of customary international law.

The third State, whose national being subject to extradition between other States or parties, is entitled to certain rights pursuant to applicable customary international law and treaty law. This article endeavors to identify these rights and provides some recommendations to the third States for dealing with the issue.

Keywords: International Law, Extradition, A Third State National, The Rights of the Third State

(责任编辑: 郝鲁怡)

① 一国基于引渡条约拒绝向条约以外的国家引渡本国国民，并不影响该国寻求向其引渡该条约当事国以外的第三国国民，二者不矛盾。

② 权利的享有和行使是不同的问题，权利的行使受到多种因素的制约。在引渡第三国国民的很多情况下，第三国并未行使或未充分行使其依据国际法所享有的针对引渡当事双方的权利。

③ 这可能涉及修改国内法的问题，例如可能要考虑是否需要在引渡法中就引渡第三国国民问题作出专门的规定。