



# 联合国打击跨国有组织犯罪公约 缔约方会议

Distr.: General  
7 August 2017  
Chinese  
Original: English

## 国际合作工作组

2017年10月9日至13日，维也纳

临时议程\*项目2

移交刑事诉讼作为一种独立的刑事事项国际合作形式，这方面的实际考虑因素、良好做法和挑战

移交刑事诉讼作为一种独立的刑事事项国际合作形式，这方面的实际考虑因素、良好做法和挑战

秘书处编写的背景文件

### 一. 引言

1. 根据《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第二十一条，缔约国如认为相互移交诉讼有利于正当司法，特别是在涉及数国管辖权时，为了使起诉集中，应考虑相互移交诉讼的可能性，以便对本公约所涵盖的某项犯罪进行刑事诉讼。

2. 国际合作工作组在2016年10月19日至21日在维也纳举行的第七次会议上，建议联合国打击跨国有组织犯罪公约缔约方会议除其他议题外，将以下议题纳入工作组未来会议的专题讨论：移交刑事诉讼作为一种独立的刑事事项国际合作形式，这方面的实际考虑因素、良好做法和挑战。缔约方会议在第8/1号决议中通过了该建议（见CTOC/COP/2016/15，附件二，第2(a)段）。

3. 本背景文件是由秘书处编写的，目的是推动国际合作工作组第八次会议临时议程项目2下的讨论。本文概述了有关有组织犯罪刑事诉讼移交国际框架，包括但不限于《有组织犯罪公约》，以及与之相关的法律和实践方面，以期促成就刑事事项国际合作领域特有的良好做法和挑战开展进一步对话。

### 二. 概念与实际层面的考量因素：管辖权冲突和多重刑事诉讼程序

4. 移交刑事事项诉讼系指以协定为基础，由一国将进行刑事诉讼的责任移交给被认为更加适合行使刑事管辖权的另一国。刑事诉讼移交与引渡和司法协助等其他

\* CTOC/COP/WG.3/2017/1-CTOC/COP/WG.2/2017/1。



形式的刑事事项国际合作相比没有那么根深蒂固，但已经被用作合作的一个可选方案，特别是在有大陆法传统的国家之间。然而，在其他国家，这种移交的案例较少。原因很可能是这些国家的刑事司法机关持有更传统的主权观点，认为刑事诉讼程序是国家主权特权的化身，并且他们拒绝接受将其移交给另一个国家的想法。<sup>1</sup>然而，由于全球化、伴随而来的总体跨国犯罪率的上升以及由此产生的对更为协调的国际合作的需求，这种观念正在逐渐发生变化，尽管面临某些困难和挑战。

5. 刑事事项诉讼移交所不言自明的是：请求国已提起刑事诉讼程序，诉讼程序的第一阶段已经开始且可能已经结束，而且已知推定罪犯。请求国可能已经开展对被告的侦查并且已经进入审判阶段，或者已经做出判决但是尚未执行。<sup>2</sup>还有一种情况是请求国的检察机关已经得出结论，认为在本国无法适当进行刑事诉讼。

6. 当嫌疑人是被请求国的常驻居民或国民时，或当有关国家是嫌疑人的原籍国时，可选择移交刑事诉讼。诉讼移交也可能出于各种各样的其他切实理由，例如，因为嫌疑人在被请求国正接受或即将接受拘禁措施，或因为该国以同一罪行或另一罪行为由对他或她提起了诉讼。<sup>3</sup>

7. 根据国际法，各国可以基于不同理由确定刑事管辖权并主张有权行使起诉和审判违法行为，除其他外，这些理由包括属地原则、行为人国籍国管辖权和受害人国籍国管辖权原则、普适性或国家安全考虑因素。无论何时，当一项罪行涉及到外国因素时，可能同时出现两项或更多项管辖权力，造成管辖权积极冲突。特别是，这种冲突可能导致个人因同一罪行相继受到几个国家的法院的审判。

8. 要解决管辖权积极冲突，需要相关缔约国就它们当中哪个国家应当对罪犯的既定罪行提出诉讼达成一定形式的协定。在许多情况下，此类冲突的适当解决方案势必包括将已在一国开始的诉讼程序移交到另一国的可能性。<sup>4</sup>

9. 诉讼移交为涉及跨国性质的刑事犯罪活动的案件所特别固有的并行管辖权产生的问题以及由此产生的多重刑事诉讼程序提供了应对办法。涉及同一人或同一伙人的多个法律诉讼程序对起诉有组织犯罪构成一系列挑战。在国际层面上，出现多个法律诉讼程序的可能性大大增加。出于种种原因，有效协调和处理多个法律诉讼程序十分重要。针对同一人的多个刑事诉讼程序可能需要顾及多种因素，例如，任何已被最终定罪或宣告无罪的人不得因同一罪名再次受到审判或惩处的原则（一罪不二审，或同一罪行不得审判两次）。如果嫌疑人有可能在多个法域之一受到起诉，则还有一个考量因素，即要确保尽可能在已查明的犯罪受害人距离最近的地方伸张正义。

10. 在国际层面上，除其他外，《有组织犯罪公约》为协调多个法律诉讼程序提供了切实可行的工具。凡一国的初步调查显示，如由另一国提起诉讼，能最大限度地维护司法公正，则各缔约国应当考虑移交诉讼的可能性，以便在一个管辖区域里集

<sup>1</sup> 见 M.谢里夫·巴西乌尼，“移交刑事诉讼简介”，《国际刑事法：多边和双边执行机制》，第 3 版，第二卷，M.谢里夫·巴西乌尼编（莱顿，荷兰，马丁努斯·奈霍夫出版社，2008 年），第 518 页。

<sup>2</sup> 见《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约的评注，1988 年》（联合国出版物，出售品编号：E.98.XI.t5），第 8 条，第 8.5 款。

<sup>3</sup> 另一个实际原因是依据毒品和犯罪问题办公室的反海盜起诉示范移交刑事诉讼（更多信息见本报告第 15 段）。

<sup>4</sup> 见“《欧洲刑事事项诉讼转移公约》解释报告”，第 17 段。

中进行刑事诉讼。在实务中，可能会涉及到将证据或卷宗从正在进行调查的法域移交至另一个法域，前提是作为接受方的法域将根据这些信息提起诉讼。

11. 多重法律诉讼程序带来的挑战通常主要与引渡相关，各国也可通过就同一个人或同一组事实或事件提出的司法协助请求而越来越多地了解到存在多个诉讼程序。如果开展了多重刑事调查而并非所有相关缔约国都充分了解情况，会存在两大风险，一是调查可能会因此受到削弱，二是由于一罪不二审原则，在一国提起的公诉将阻碍可能收集了更有力证据的另一国提起诉讼。<sup>5</sup>在这方面，一些国际文书对缔约国在出现多重诉讼程序的情况下履行磋商的义务作了明确规定。

### 三. 刑事诉讼移交的理论基础和目标

12. 有一种假定认为在犯罪实施地对罪行提起诉讼通常是最合适的，但这一假定并不总是合理的。在国家和国际层面上，现代刑法越来越重视和关注对罪犯的改造，这要求在能够最成功地实现改造目标的地方实施和执行制裁。这通常理解为罪犯在其中有家人的国家，属于其公民或居民的国家，或将在执行制裁后居住的国家。

13. 另一种方案是，当有权处理罪行的一国认为由另一国对罪犯提起诉讼会更加有效时，可诉诸于刑事诉讼移交。例如，在罪犯已逃至另一国的领土且不能批准引渡的情况下，可能会进行这种移交。诉讼程序移交的其他原因可能与审判程序本身有关，主要是在证明刑事指控或在听取当事人陈述后达成裁决方面存在困难，或可能与另一国审判的其他罪行之间存在联系。此外，还可能与判决的执行有关，该判决可能无法或不适合在要求移交的国家执行。

14. 既考虑到以上考量因素又强调刑事诉讼移交的概念和机制的一种综合办法是，在利用刑事司法和教化事务的现有资源时确保它们的最大功效，以期不仅符合正当司法的利益，而且保护相关个人（罪犯和受害者）的权利并促进罪犯的后续改造。

### 四. 国际规范框架

#### A. 《有组织犯罪公约》

15. 关于联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室）的工作，在技术援助方面的一个特殊例子是，办公室一直在利用根据办公室的全球海事犯罪方案（前称“打击海盗方案”）制定的海盗起诉示范，协助各国移交有关印度洋海域海盗的刑事诉讼。根据该示范，毒品和犯罪问题办公室协助有意向的起诉国通过允许其在国内起诉海盗的立法。起诉国随后正式确定移交协定，由海军执行反海盗巡逻。根据这些协定，在海域捕获涉嫌海盗后，海军获得有关海盗的证据，并向起诉国提交移交请求。起诉国可根据其对证据的评价和其他考虑因素决定接受或拒绝起诉案。一旦接受涉嫌海盗进入本国法域后，起诉国将对案件开展进一步调查，并着

<sup>5</sup> 见关于刑事事项国际合作的专题讨论的讨论指南（E/CN.15/2014/12，第34段）。

手在国内进行起诉。<sup>6</sup>毒品和犯罪问题办公室已经制定了移交指导材料，以提高海军巡逻国所收集和移交的证据的质量，这些材料已经协助进行了成功起诉。<sup>7</sup>

16. 基于根据 1988 年《联合国禁止非法贩运麻醉药品和精神药物公约》第 8 条所确定的框架，《有组织犯罪公约》第二十一条规定：

缔约国如认为相互移交诉讼有利于正当司法，特别是在涉及数国管辖权时，为了使起诉集中，应考虑相互移交诉讼的可能性，以便对本公约所涵盖的某项犯罪进行刑事诉讼。

17. 正如 1988 年《公约》第 8 条所提到的，《有组织犯罪公约》第二十一条没有规定缔约国在任何特定案件中移交诉讼的义务。但它要求缔约方就起诉《公约》范围内的罪行考虑利用诉讼移交合作机制的可能性。它明确了这一移交的相关标准是有利于正当司法。此外，它具体提到了涉及数国管辖权并且在一个法域集中进行诉讼会比较有利的情形。（《1988 年公约》第 8 条的措辞中没有包括后一个要素。）<sup>8</sup>

18. 关于第二十一条案文草案的谈判历史，在 1998 年于布宜诺斯艾利斯举行的制订一项打击跨国组织犯罪公约特设委员会非正式筹备会议上，一些代表团认为最好将本条的主题事项放在关于管辖权的（草案）第九条第五款中或特设委员会第一届会议修正的关于在国内对本国国民提起诉讼以替代引渡的（草案）第十条第九款处理。无论该条款放在何处，对其内容已基本达成一致，因此在特设委员会历届会议上都未作改动。在第十届会议上，特设委员会审议并最后确定了关于刑事诉讼移交的条款，修订其标题，添加上了“刑事”一词。<sup>9</sup>

19. 《联合国反腐败公约》第四十七条也包含与第二十一条类似的条款。

## B. 第二十一条与《有组织犯罪公约》其他条款的相互关系

20. 《有组织犯罪公约》寻求制定一个全面有效的国际合作框架并协助缔约国加强有效和灵活的合作机制，通过该机制，可以共同运用各种不同形式的合作，以彼此加强并进一步保证和促进正当司法。特别是在关于刑事诉讼移交的第二十一条方面，第二十一条与《公约》其他相关条款之间的相互关系促进了这些目标，具体说明如下。

### 第十五条

21. 由于移交刑事诉讼与如何解决管辖权冲突以及存在多重诉讼所构成的挑战相关，在考虑第二十一条时，可能有必要同时考虑涉及管辖权问题的第十五条。例如，

<sup>6</sup> 见 [www.unodc.org/unodc/en/piracy/Indian-Ocean.html](http://www.unodc.org/unodc/en/piracy/Indian-Ocean.html)。

<sup>7</sup> 克里斯汀·E.布恩，阿齐兹·胡格和道格拉斯·C.洛夫莱斯编《海盗和国际海事安全：2011 年事态发展》，恐怖主义：安全文件系列的评注，第 125 卷（纽约，牛津大学出版社，2012 年），第 161 页。

<sup>8</sup> 见大卫·麦克林，《跨国有组织犯罪：联合国公约及其议定书的评注》（纽约，牛津大学出版社，2007 年），第 251 页。

<sup>9</sup> 见《关于谈判拟定联合国打击跨国有组织犯罪公约及其各项议定书的准备工作文件》（联合国出版物，出售品编号：E.06.V.5），第 207 页。

第十五条第五款的表述是，如果缔约国获悉另一个或数个其他缔约国正在对同一行为进行侦查、起诉或审判程序，这些国家的主管当局应酌情相互磋商，以便协调行动。然而，《公约》没有为多个法律诉讼之间总体关系提供具体指导。《公约》也没有明确解决不同国家同时行使管辖权的问题。

22. 此外，在考虑第二十一条时，必须同时考虑到第十五条的另外两款，它们对《公约》所涵盖的犯罪确立了管辖权基础。第一个是第十五条第三款，其中强制要求缔约国在因某人系其本国国民而不予引渡时，应确立刑事管辖权。其次是第十五条第四款，其中规定缔约国在因国籍以外的任何理由而不予引渡时可选择确立刑事管辖权。

## 第十六条

23. 在不可能为某一罪行进行引渡时，移交刑事诉讼可以作为一个选择方案，特别是有鉴于许多国家存在禁止引渡本国国民的禁令。在这类案件中，如果居住国不能接管诉讼，则有可能使嫌疑人逃避为自己的行为承担责任。为应对这类有罪不罚的风险，在适当情况下可利用诉讼移交，作为运用不引渡即审判的义务原则时的一个程序性工具，以提高为替代引渡而提起和进行的国内诉讼的效率和效果，特别是在被请求国由于被指控人系本国国民而不予引渡的情况下（第十六条第十款）。<sup>10</sup>

## 第十八条

24. 在提出诉讼移交请求的所有案件中，请求国都开展了调查并收集了部分或全部证据。此类信息通常对被请求国做出接管诉讼的决定是必要的；为做出此类决定，被请求国甚至可能要求提供补充信息。因此，良好的司法协助体系对于诉讼移交来说是必不可少的，由此看来，第二十一条与关于司法协助的第十八条之间的相互关系显而易见。

## C. 区域文书

25. 已通过了一项专门涉及刑事诉讼移交问题的多边公约；在欧洲委员会的框架内，《欧洲刑事事项诉讼转移公约》<sup>11</sup>于 1972 年 5 月 15 日开放供签署并于 1978 年 3 月 30 日生效。它已获欧洲委员会 25 个成员国的批准。<sup>12</sup>《欧洲公约》很详尽，但其基本概念很简单：当某人涉嫌实施了一缔约国法律规定的犯罪时，该缔约国可请求另一缔约国按照《公约》规定代表它提出起诉，而且后者可根据本国法律提起诉讼。

26. 《欧洲公约》第 8 条第 1 款规定，在下列情形下，一缔约国可请求另一缔约国提出诉讼：

<sup>10</sup> 见莱赫·加尔多茨基，“作为国际合作新形式的诉讼移交和囚犯移交”，《新跨国刑法的原则和程序》，阿尔宾·艾赛尔和奥托·拉格德尼，编（弗莱堡，EigenverlagMPI，1992 年），第 318 页；[A/CONF.203/9](#)，第 68 段。

<sup>11</sup> 联合国，《条约汇编》，第 1137 卷，第 17825 号。

<sup>12</sup> 《欧洲刑事事项互助公约》同样包含了关于移交刑事诉讼的具体条款（第 21 条）。

- (a) 嫌疑人系被请求国的常住居民；
- (b) 嫌疑人系被请求国的国民或该缔约国系该人的原籍国；
- (c) 嫌疑人正在被请求国接受或者将要接受涉及到剥夺自由的刑罚；
- (d) 被请求国正在因同一罪行或其他罪行对嫌疑人提起诉讼程序；
- (e) 缔约国认为，为了获得真相，特别是因为最重要的物证位于被请求国，有理由移交诉讼程序；
- (f) 缔约国认为，如果通过判决，在被请求国执行判决很可能会改善对被判刑者进行社会改造的前景；
- (g) 缔约国认为不能确保嫌疑人在请求国的诉讼程序审讯中在场，但能确保该人在被请求国的诉讼审讯中在场；
- (h) 缔约国认为，如果通过判决，即使可寻求引渡，其本身也无法执行判决，而被请求国能够执行判决。

27. 在一缔约国已经最终对嫌疑人作出判决的情况下，只有在该缔约国即使诉诸于引渡，自身也无法执行判决，并且另一缔约国原则上不接受执行外国判决或拒绝执行该判决时，该缔约国才可请求移交诉讼程序（《公约》第 8 条第 2 款）。

28. 其他纳入了刑事诉讼移交条款的区域文书包括：独立国家联合体《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系公约》（《明斯克公约》，1993 年），其中关于刑事追诉的第四部分第二节（第 72 至 77 条）与之相关；独立国家联合体《民事、家庭、刑事案件法律援助和法律关系公约》（《基希讷乌公约》，2002 年），其中第 100 条与之相关。

29. 与之间接相关的欧盟文书是欧洲联盟理事会关于在刑事诉讼中预防和解决管辖权冲突的第 2009/948/JHA 号框架决定，该文书旨在防止在欧洲联盟内就相同事实和同一个人出现不必要的平行刑事诉讼。该框架决定是继一项确定相关问题和议题以供进一步审议的倡议之后做出的，即，欧盟委员会关于刑事诉讼中的管辖权冲突和一罪不二审原则的绿皮书，它被视作欧盟法律致力于预防管辖权冲突的第一步。

30. 该框架决定列出了欧盟成员国的国家主管当局在有合理理由认为有一个或多个欧盟成员国正在进行平行诉讼的情况下彼此进行联系的程序。磋商应当最好促使通过诸如移交刑事诉讼等办法集中在一个欧盟成员国进行诉讼。为达成共识，主管当局应当考虑所有相关标准并考虑犯罪行为的主要部分发生的地点，造成大部分损失的地点，嫌疑人或被指控人所在的地点以及将其移交或引渡到其他管辖区的可能性，嫌疑人或被指控人的国籍或居住地，嫌疑人或被指控人的重要利益，受害人和证人的重要利益，以及证据的可采性或可能发生的任何拖延。若未达成共识，在适当情况下，如果属于欧洲司法组织管辖权范围，应将案件移交欧洲司法组织。由于欧洲司法组织特别适合于为解决冲突提供援助，当不可能达成共识时，将案件移交欧洲司法组织应当是一个通常的步骤。<sup>13</sup>

<sup>13</sup> 见欧盟委员会，“委员会向欧洲议会和欧盟理事会提交的有关成员国实施关于在刑事诉讼中预防和解决管辖权冲突的 2009 年 11 月 30 日第 2009/948/JHA 号框架决定的报告”，文件 COM(2014) 313 最终报告，第 4 页。

## D. 作为指导的软法示范文书：《刑事事项诉讼转移示范条约》

31. 联合国致力于促进发展关于诉讼移交主题的双边和多边条约，编写了《刑事事项诉讼转移示范条约》。<sup>14</sup>由于《示范条约》只是一项框架条约，需作修改以符合谈判缔结此项条约的两个或多个国家的具体要求。《示范条约》是在 1990 年于哈瓦那举行的第八届联合国预防犯罪和罪犯待遇大会框架范围内开展的筹备工作的成果，该次大会建议联合国大会予以通过。

32. 尽管不如《欧洲公约》详细，《示范条约》在一系列问题方面提供了指导，如，适用范围、联络渠道、所需文件、认证与核证、对请求作出决定、双重犯罪、拒绝之理由、嫌疑人之立场和受害者之权利、一罪不二审原则、诉讼移交对被请求国之意义、临时措施、多重刑事诉讼，以及与移交相关的费用。

## 五. 诉讼移交的规范框架

### A. 法律依据

33. 在执行《有组织犯罪公约》第二十一条时，一个需要解决的问题是，是否要求以关于诉讼移交的双边或多边条约作为合作的条件。即使没有缔结任何规范该事项的国际公约，也可进行诉讼移交。必要的一点是被请求国的刑法适用于犯下罪行的罪犯；制定达到这一效果的条款是否旨在提供相互援助无头紧要。尽管国际公约的存在并非移交刑事诉讼的必不可少的条件，但它仍然非常可取。

34. 希望利用这种国际合作形式的缔约方不妨确保其国内立法对向外国移交诉讼和接受来自这些国家的移交作出规定。在后一种情况下，至关重要的一点是，一旦接受诉讼移交，要有能力履行起诉义务。同样重要的一点是，应当确保采取必要的立法措施，以允许相关方能够对有关罪行行使必要的管辖权。<sup>15</sup>

35. 但是，在实践中，各国在诉讼移交法律依据方面表现出灵活性。这一结论可通过比较《反腐败公约》关于刑事诉讼移交的第四十七条（正如前文所述，其措辞与《有组织犯罪公约》第二十一条相同）执行情况审议机制第一报告周期的调查结果得出。在这方面，大多数缔约国报告称，它们并未进行国内立法，且不受任何关于刑事诉讼国际移交的国际文书的约束。一些国家称，可以通过非正式安排进行这种移交。正如某些审议中所指出的那样，在执行《公约》第四十七条规定方面，只要有某一做法、政策或安排就移交刑事诉讼的可能性作出规定，就不需要专门的法律。<sup>16</sup>

### B. 移交条件

36. 对于请求国可能提起诉讼的任何罪行，如果诉讼移交首先有利于正当司法，都可进行此类诉讼移交。规范法或软法的所有相关国际条款都规定了这一基本原则。

<sup>14</sup> 大会第 45/118 号决议，附件。

<sup>15</sup> 见《刑事事项诉讼转移示范条约》（大会第 45/118 号决议，附件），第 1 条，第 2 款。

<sup>16</sup> 见联合国毒品和犯罪问题办公室，《〈联合国反腐败公约〉实施状况：刑事定罪、执法和国际合作》（维也纳，2015 年），第 208 页。

《有组织犯罪公约》第二十一条（《反腐败公约》第四十七条）还通过在涉及数国管辖权时进行集中起诉的例子进一步做出了具体规定。

37. 第二个基本条件是双重犯罪。双重犯罪的要求不仅是引渡等传统形式的刑事事项国际合作的不可分割的一部分，适用于执行外国刑事判决等其他情况，而且适用于诉讼移交。它被认为是具体的双重犯罪（见下文）。在某缔约国应予以惩罚的罪行如果发生在被请求起诉被指控人的国家也应予以惩罚，并且按照被请求国的立法罪犯应当受到制裁，则满足这一要求。

38. 要确定是否满足合作缔约国的双重犯罪要求，相关罪行的法律名称不一定完全相同，因为不能期待这些缔约国的法律在这一点上也完全一致。相反，构成犯罪的基本行为是关键因素；该行为应是两个缔约国的法律都定为刑事犯罪的。近年来，这一解释越来越得到认可，并且体现在国际规范文书中（《反腐败公约》第四十三条第二款）。

39. 在界定双重犯罪要求的范围时，还必须考虑到特定因素，如，正当理由或绝对酌情减轻（如，正当防卫或不可抗力），以及使罪行应受惩处的主观和客观条件。因此，如果被请求国的法律规定了此类理由和条件，而请求国的法律未做规定，在具体意义上就不存在双重犯罪，因为如果被告在被请求国犯下相同的罪行，则不会受到惩罚。<sup>17</sup>

40. 此外，作为移交的一项补充条件，只有当被请求国的刑事法院具有对罪行进行审判的管辖权并且能够适用本国的刑法或请求国的刑法时，被请求国才能接受诉讼移交请求。为在正当司法利益要求移交诉讼时能够实现诉讼移交，应当赋予被请求国管辖权并使其刑法可适用。

### C. 起诉时限（诉讼时效期限）

41. 在移交刑事诉讼情况下，关于起诉时限，存在三种假设情况，具体如下所述。

#### 请求国的起诉时限

42. 诉讼移交请求限制了请求国提出诉讼的权利。但是，它并不保证能够在被请求国提出诉讼，因为该被请求国应当首先审查其是否能够对此提出诉讼。它可能发现自身无法遵从请求，在这种情况下，起诉的全部权利复归请求国。这一点同样适用于撤销对请求的接受的情况（见《欧洲刑事事项诉讼转移公约》第 21 条）。除非另作明确规定，从提出请求到被请求国作出否定答复（如果作出答复的话）的这一期间算在允许请求国提出诉讼的时效期限之内。因此，为使请求国在继续提出诉讼方面免受不利影响，《欧洲公约》第 22 条要求，提出诉讼的任何请求在该国应具有使起诉时限延长六个月的效力。

43. 《欧洲公约》第 10 条规定，如果在提出请求之日，根据请求国的立法，该国的刑事诉讼时效期已过，则被请求国不能对请求提出起诉。如果请求国的起诉时限已经到期，则不可能进行诉讼移交，这一点不言而喻。

<sup>17</sup> 见“《欧洲刑事事项诉讼转移公约》解释报告”，第 32 段，关于《公约》第 7 条的注释。

## 被请求国的起诉时限

44. 在被请求国，起诉时限可以两种方式适用。被请求国根据自身的法律已经具备管辖权，或者其管辖权完全基于诸如《欧洲公约》等条约（“次级”管辖权）。在前一种情况下，可适用通常时限。《欧洲公约》第 11 条（f）项规定，如果在收到请求时诉讼已失时效，则被请求国有权拒绝请求。

45. 在后一种次级管辖权的假设情况下，《欧洲公约》第 23 条规定，时效时限延长六个月。《欧洲公约》第 11 条（g）项规定，尽管延长了六个月，根据其法律，在收到相关请求时，若因时间流逝而诉讼失效，则被请求国有权拒绝移交诉讼。

## 中断时效的行为

46. 《欧洲刑事事项诉讼转移公约》第 26 条第 2 款规定，任何中断时效并且已经在请求国有效实施的行为，均应在被请求国具有同等效力，反过来亦如此（另见《示范条约》第 11 条第 2 款）。

## D. 拒绝之理由

47. 《示范条约》第 7 条和《欧洲公约》第 11 条列出了可能拒绝移交诉讼请求的理由。这些理由包括涵盖嫌疑人身份（被请求国的国民或居民），程序要求（时效过期或在请求国的领土以外实施罪行）以及罪行的性质（政治、财政或军事）。如果诉讼违背被请求国法律体系的基本原则或国际承诺，或者，如果移交请求系基于对罪犯的歧视性理由，也可以拒绝援助。如果因适用同一罪行不得审判两次原则（一罪不二审）而无法提出相关起诉，则不得同意请求（见《欧洲公约》第 35 条）。<sup>18</sup> 一条关于《示范条约》第 7 条的单独注释具体指出，各国在根据《示范条约》进行谈判时，不妨另增其他拒绝理由或条件，例如有关犯罪行为性质或严重性、保护基本人权或公共秩序的考量因素。

## E. 移交程序：所需文件

48. 提供支持诉讼移交请求的全面信息对于确保满足双重犯罪的要求非常重要。它对于验证任何中断时效的行为是否已经得到有效实施以及对于评估可适用制裁的性质和程度同样非常重要。《示范条约》第 3 条要求诉讼移交请求应载有或附有以下资料：关于移交诉讼请求所涉行为的说明，包括犯罪的具体时间和地点；关于查实某一可疑罪行的调查结果的陈述；请求国据以认为该行为是犯罪行为的法律规定；以及关于嫌疑人的身份、国籍和住处的合理准确陈述。相比之下，《欧洲公约》第 15 条在起草时使用了较为模糊的术语，提到“以及所有其他必要文件”。

49. 移交刑事诉讼是司法协助请求书撰写工具列出的补充援助类型之一，该工具经秘书处修订后，用以提供简化和最新式的援助，协助刑事司法从业人员迅速草拟司法协助请求书，从而加强刑事事项领域的国际合作。对于这一类型的援助，一经选定，该工具可为及时提交完整的请求书所需提供的必要信息提供指导。

<sup>18</sup> 见麦克林，《跨国组织犯罪：联合国公约及其议定书的评注》，第 251 页。

## F. 嫌疑人之立场和受害者之权利

50. 《示范条约》同时规定了嫌疑人和受害者的权利。首先，它规定嫌疑人可表示其“关心”诉讼移交，同样，他或她的至亲或合法代表也可表示这种关心。请求国应在提出诉讼移交请求之前，如实际可行，允许嫌疑人对被指称罪行和拟进行之移交提出其意见，除非该嫌疑人已经潜逃或以其他方式阻碍司法进程（《示范条约》第 8 条）。案文未提到应就该意见做些什么，也没有规定向被请求国交流这些意见的义务。

51. 《欧洲公约》第 17 条规定，如果被请求国的管辖权不是原有的而是完全基于《欧洲公约》第 2 条（“补充”管辖权），被请求国应向嫌疑人告知移交诉讼程序的请求，以允许他或她在被请求国对请求做出决定前提出其对这一问题的意见。该条款背后的理论基础是嫌疑人应当有资格获得其意见得以倾听的机会，或者，无论如何，其应当有资格在做出决定前提出他或她认为相关的此类意见。一方面，第 17 条响应了尊重个人进行自我辩护的权利的需求，因为做出的决定在相当大的程度上很容易影响刑事诉讼的结果。另一方面，它还响应了使直接相关的个人能够对请求国提供的信息作出补充并在适宜情况下进行争辩的必要性，以尽可能排除基于错误证据做出决定的危险，而一旦基于错误证据做出决定，可能会导致后一阶段撤销对请求的接受。<sup>19</sup>

52. 罪行受害者的权利，特别是受害者追复原物或取得赔偿的权利不应由诉讼移交而受到影响。如未在此种移交前达成解决，被请求国如其法律允许，应许可在所移交的诉讼中提出受害者的索赔要求。如果罪行受害者死亡，应将权利给与他或她的受抚养人（《示范条约》第 9 条）。

## G. 移交诉讼对请求国之意义

53. 根据《示范条约》第 10 条，一俟被请求国接受对嫌疑人提出诉讼的请求，请求国应暂停检控，但必要的调查、包括对被请求国的司法协助除外，直至被请求国通知请求国该案已得到最终处理为止。从该日期起，请求国即不应再检控同一罪行。《欧洲公约》也遵循类似方式，鉴于被请求国审查请求需要一定的时间，《公约》规定，请求国可在诉讼方面采取任何措施，只是不能将该事项提交审判法庭（第 21 条第 1 款）。这意味着请求国不能对案件做出判决，也不能安排证人或鉴定人到法庭接受询问。但是，不禁止调查机关审问被告，缉查被盗物品和采取必要措施以保护证据。

54. 《欧洲公约》第 21 条第 2 款规定，如果被请求国未起诉被告，或者如果请求国在被请求国告知其就请求提起诉讼的决定前撤回请求，则请求国恢复其因请求诉讼移交而被剥夺的所有权利。

<sup>19</sup> 见“《欧洲刑事事项诉讼程序转移公约》解释报告”，第 32 段，关于《公约》第 17 条的注释。

## H. 移交诉讼对被请求国之意义

55. 《示范条约》第 11 条第 1 款要求经协议而移交的诉讼应受到被请求国法律的约束。被请求国在按其法律对嫌疑人提出指控时，应就关于该罪行的法律说明中的具体内容作出必要调整。

56. 《欧洲公约》第 25 条要求，如果被请求国的管辖权以其国家法律为依据，则应由被请求国的法律决定制裁，不受《欧洲公约》施加的任何限制。只有当被请求国的法律明确作出规定时，才考虑另一国的法律。然而，如果被请求国的管辖权系完全基于《欧洲公约》第 2 条的规定（“次级”管辖权），则该国所宣布的制裁不得比请求国法律所规定的制裁更严（另见《示范条约》第 11 条第 1 款）。

57. 任何为了诉讼或程序要求在请求国按其法律进行的行为，只要不违背被请求国的法律，均应在被请求国具有同等效力，如同在该国或由该国当局所进行的一样（《示范条约》第 11 条第 2 款）。该条款以及《欧洲公约》第 26 条第 1 款规定了“等效或同化原则”，具体规定，在请求国进行的程序步骤，应在被请求国具有同等效力，如同在被请求国所进行的一样。但是，当存在证据效力的疑问时，即，程序行为的证据效力，《欧洲公约》规定，该证据效力不能大于外国法律规定的证据力。

58. 在请求国宣布它有意递送移交诉讼的请求时，一俟请求国为此目的提出具体请求，被请求国即可采取请求对之移交诉讼的罪行如发生在其本国领土根据其本国法律规定可采取的一切临时性措施，包括临时关押和扣押（《示范条约》第 12 条）。被请求国如果已经收到诉讼请求，可自行暂时逮捕被告。对于请求所需要的所有必要手续尚未完成的案件，情况有所不同：根据适用的条约（例如，《欧洲公约》），被请求国有资格采取必要措施，以确保被告的到场，但除请求国提出明确申请外，不能进行逮捕，除非同时满足以下两个条件：被请求国的法律授权对相关罪行进行还押候审；以及有理由担心嫌疑人潜逃或隐匿证据（《欧洲公约》第 27 条第 1 款）。

## 六. 实际考虑因素

59. 牢记以上法律方面，各会员国，特别是《有组织犯罪公约》缔约国的主管当局应当考虑到在适用相关法律规范时遇到的困难，并且应当能够获得切实可行的指导，以加速和推动程序，避免不必要的努力或代价。

60. 应当优先重点考虑允许诉讼移交的法律依据。诚然，唯一的全面专门多边文书，即《欧洲公约》迄今为止得到了 25 个缔约方的批准，明显少于批准其他专门涉及刑事事项国际合作的欧洲理事会文书的缔约方数量。此外，2009 年，在欧洲联盟的范围内，15 个成员国提出了一项关于刑事诉讼移交框架决定的提案，旨在取代欧盟成员国的《欧洲公约》，但并未就该提案采取后续行动以进一步通过和执行。

61. 欧洲联盟理事会关于在刑事诉讼中预防和解决管辖权冲突的 2009 年 11 月 30 日第 2009/948/JHA 号框架决定旨在解决平行诉讼程序所产生的问题，除其他外，对欧盟成员国在适当情况下进行直接磋商的义务作出规定，促使刑事诉讼集中在一个成员国（框架决定第 10 条第 1 款）。该框架决定没有得到非常有效的实施；根据欧盟委员会向欧洲议会和欧盟理事会提交的报告，基于在编制报告时可利用的数据，截至 2014 年 6 月，只有 15 个欧盟成员国将其纳入各自的国内法律体系，而另

外 13 个成员国并没有这样做。<sup>20</sup>在近期的发展动态中，欧盟理事会提出了一份设立欧洲检察官办公室的条例草案，其中包括关于重新分配或合并案件的条款。在最终版本获得通过后，它是否能够得到更加有效的实施仍需拭目以待。<sup>21</sup>

62. 缺乏有效的条约框架，或者对现有条约框架的有限利用可归于多个原因，如，适用实质性或程序性条件方面的困难（如，诉讼时效不同或非双重犯罪的情况），认为移交诉讼会使被移交的人离开他或她的“自然法官”或侵犯相关国家提起刑事诉讼的国家主权权利。但是，增强条约框架，包括达成更多的正式协定，将有助于巩固现有做法，这些做法可能是逐渐形成并根据个案情况制定的，它将决定可能的移交对相关缔约国的影响。在此背景下，缔约国考虑《示范条约》或许可获得益处。<sup>22</sup>

63. 应当谨记的是，为符合有效刑事司法的利益，应利用适当的法律工具和其他方式，确保在最适合的会员国提起刑事诉讼，例如，在发生大部分犯罪行为的缔约国、在造成大部分损失的地点、在嫌疑人或被指控人有重要利益的地点提起诉讼。为维护公民的法律确定性，避免侵害一罪不二审原则的风险和加强可行使平行管辖权的当局之间的刑事事项司法合作，必须以透明和客观的方式选择管辖区。

64. 另一个需要特别关注的问题是，在考虑待移交案件的相称性及其适当性时应当考虑避免有罪不罚的必要性、诉讼程序的效率以及适用的法律要求。在此背景下，可考虑到以下考虑因素：

- (a) 嫌疑人的国籍和住所；
- (b) 嫌疑人可能正在被请求国受到或者将要受到涉及到剥夺自由的刑罚；
- (c) 罪行发生的地点和（或）能够找到最重要物证的地点；
- (d) 被请求国可能由于同一罪行或另一罪行正在对嫌疑人提出诉讼程序；
- (e) 在罪行（多项罪行）发生在多个管辖区的情况下，在被请求国的管辖区处理所有诉讼的可行性；
- (f) 嫌疑人在请求国或被请求国参与诉讼程序的可能性；
- (g) 证人前往被请求国管辖区并提供证据的意愿和能力；
- (h) 受害者的利益以及如果在一个管辖区而不是在另一个管辖区提起诉讼，他们是否会在索赔的可能性等方面受到不利影响；
- (i) 如果通过判决，在被请求国执行判决是否可能改善被判刑者重返社会的前景；

<sup>20</sup> 见欧盟委员会，“委员会向欧洲议会和欧盟理事会提交的有关成员国实施关于在刑事诉讼中预防和解决管辖权冲突的 2009 年 11 月 30 日第 2009/948/JHA 号框架决定的报告”，COM（2014）313 号最后文件，第 11 页。

<sup>21</sup> 2017 年 1 月，欧盟理事会就欧洲检察官办公室条例的第一份妥协案文达成一致意见。2017 年 3 月，欧盟理事会承认理事会未达成一致同意，从而为通过加强合作设立欧洲检察官办公室开辟了通道。2017 年 6 月 8 日，理事会通过了条例的一般方法。共计 20 个成员国将参与设立办公室。欧洲议会预计将于 2017 年 10 月最终通过案文。

<sup>22</sup> 见《〈联合国反腐败公约〉实施状况》，第 208 页。

(j) 是否可能发生下述情况：如果通过判决，即使可求助于引渡，请求国自身也可能无法执行判决，而被请求国能够执行判决。<sup>23</sup>

65. 在必要情况下，还应当考虑与可能向其提出请求的缔约国开展非正式的初步磋商（例如，通过电话、电子邮件、视频会议或会议），以讨论所要提出的请求的适当性和成功可能性、处理国家立法差异（例如，域外管辖权、证据的可采性、强制或自由裁量的诉讼）的方法，以及合作的时间范围与可行性（联络人、请求书中应包括的要素、翻译要求和费用等）。<sup>24</sup>

## 七. 结论和建议

66. 工作组希望鼓励缔约国交流在刑事诉讼移交领域的最佳做法和吸取的经验，特别是与这一刑事事项国际合作形式和《有组织犯罪公约》第二十一条的实施有关的实践方面的最佳做法和经验。

67. 工作组不妨建议有组织犯罪公约缔约方会议：

(a) 鼓励缔约国在适当情况下将《有组织犯罪公约》作为向另一缔约国移交《公约》及其《议定书》所涵盖罪行的刑事诉讼的法律依据，并在提交诉讼移交请求之前进一步参与磋商，以确保程序的清晰性和有效性；

(b) 鼓励缔约国为刑事诉讼移交领域相关主管当局的培训活动提供便利；

(c) 邀请秘书处就《有组织犯罪公约》第二十一条实施工作制定法律上、实践上和业务上的准则，它将补充新编版本的司法协助请求书撰写工具所载的关于如何起草刑事诉讼移交请求书的准则。

---

<sup>23</sup> 见欧洲理事会，欧洲犯罪问题委员会“关于在诉讼移交方面改进合作的实际措施的准则，包括示范申请表”，文件 PC-OCINF78，第 3 页。

<sup>24</sup> 同上。