



中国政法大学诉讼法学研究中心

SUSONG
FAXUE
YANJIU

诉讼法学研究

【第十一卷】

■ 主编 樊崇义

中国检察出版社

诉讼法学研究

(第十一卷)

主编 樊崇义

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

诉讼法学研究. 第 11 卷/樊崇义主编. —北京: 中国
检察出版社, 2006

ISBN 7-80185-636-8

I. 诉… II. 樊… III. 诉讼法-法的理论-研究
IV. D915.01

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2006) 第 094616 号

诉讼法学研究 (第十一卷)

主编 樊崇义

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjccbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中华美凯印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 14.625 印张

字 数: 401 千字

版 次: 2006 年 9 月第一版 2006 年 9 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-636-8/D·1612

定 价: 30.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

▲ 根据教育部《关于普通高等学校人文社会科学重点研究基地管理办法》的要求,《诉讼法学研究》自第六卷始全面实行匿名评审。

▲ 《诉讼法学研究》于2004年6月被中国政法大学正式评定为核心出版物。

诉讼法学研究

【第一卷】 定价：38.00 元

诉讼法学研究

【第二卷】 定价：28.00 元

诉讼法学研究

【第三卷】 定价：30.00 元

诉讼法学研究

【第四卷】 定价：35.00 元

诉讼法学研究

【第五卷】 定价：38.00 元

诉讼法学研究

【第六卷】 定价：30.00 元

诉讼法学研究

【第七卷】 定价：32.00 元

诉讼法学研究

【第八卷】 定价：30.00 元

诉讼法学研究

【第九卷】 定价：35.00 元

诉讼法学研究

【第十卷】 定价：34.00 元

诉讼法学研究

【第十一卷】 定价：30.00 元

邮购电话：010-68650029

《诉讼法学研究》编辑委员会

主 任 陈光中

副 主 任 樊崇义 杨荣新 应松年

编委（按姓氏笔画排列）

马怀德	卞建林	江必新	李 浩
宋英辉	汪建成	陈光中	陈桂明
陈卫东	应松年	杨荣新	张树义
张卫平	樊崇义		

主 编 樊崇义

副 主 编 宋英辉 马怀德

学术秘书 吴宏耀

电子邮箱 ssfxyj@sina.com

《诉讼法学研究》匿名审稿规则

根据教育部《关于普通高等学校人文社会科学重点研究基地管理办法》的要求,《诉讼法学研究》自第六卷始全面实行匿名评审。所有来稿,一律以隐名评审的方式决定稿件的采用。

《诉讼法学研究》匿名审稿规则如下:

(一) 稿件的接受

稿件由专人负责接收、登记,并在隐去作者名字、工作单位等足以表明作者身份的一切信息后,转交学术秘书。

为方便操作,特请所有投稿一并附寄软盘或发送电子邮件(请以附件形式发送 wuhongyao@sohu.com)。

(二) 初审

初审由初审编辑负责。囿于费用有限,对于明显与本刊宗旨不合、论文质量明显低于本刊要求的稿件,初审编辑有权建议主编直接排除。

(三) 匿名评审

对于通过初审的稿件,初审编辑根据论文主题内容确定评审专家。评审专家应当是曾进行过相关专题研究的人员。

评审意见分为三种:建议采用、修改后采用、不采用。

对建议修改的稿件,修改后,应再行匿名评审。

(四) 定稿

评审专家建议采用的稿件,由主编、副主编集体审阅后定稿。

《诉讼法学研究》编委会

2003年9月

目 录

主编絮语

商业贿赂犯罪与证据	樊崇义 (3)
-----------------	-----------

诉讼原理

我国现行仲裁制度十年回顾与前景展望	谭 兵 (13)
我国司法解释体制的反思与重构	
——以刑事诉讼法的司法解释为范例	李奋飞 (46)
我国陪审制度改革若干问题初探	宋朝武 黄海啸 (73)

诉讼前沿

中国确立非法证据排除规则可行性研究	杨宇冠 (91)
刑事诉讼中的弱势群体论要	张 中 (137)
论律师的独立性	程 滔 (158)
中外家事裁判制度比较研究	张晓茹 (177)
论阐明权的诉讼机制背景	张 力 (199)
执行当事人变更与追加的理论基础	韩象乾 冯 举 (226)
司法裁判视野中的案件事实	吴宏耀 (245)
揭开盖然性的面纱	王学棉 (262)
一种间主观的存在	
——民事诉讼证明标准重述	陈杭平 (278)

实证调研

关于刑事简易程序的调研报告 郭志媛 张建英 (303)

外国法制

争论中的程序正义观

——对群体价值模式的社会学评论

..... [德] 阿尔方斯·博拉 著
叶肖华 陈林林 译 (361)

民事诉讼和司法文化 [德] Rolf STÜRNER 著
施鹏鹏 译 (382)

新世纪的证据法

..... [美] 莱尔德·C. 柯克帕特里克 著
吴丹红 译 (410)

检察审查会制度的展望 [日] 三井诚 著
刘兰秋 译
宋英辉 审校 (419)

澳门特别行政区诉讼法

浅谈澳门刑事诉讼法律制度中的强制措施 沈 黎 (435)

侦查阶段中警察权力样态比较分析

——以中国内地、澳门为比较样本 初殿清 (444)

主 编 絮 语

商业贿赂犯罪与证据

樊崇义*

2005年12月20日,中共中央总书记胡锦涛同志主持召开中共中央政治局会议,研究部署2006年党风廉政建设和反腐败工作,明确指出要集中开展商业贿赂专项治理行动。2006年3月5日,温家宝总理在十届全国人大四次会议上做政府工作报告时指出,今年要集中开展治理商业贿赂专项工作,重点治理工程建设、土地出让、产权交易、医药购销和政府采购等领域的商业贿赂问题,坚决纠正不正当交易行为,依法查处商业贿赂案件。^①这一专项斗争已在全国普遍展开。据新闻报道,贵州省已查办商业贿赂犯罪案件512件、539人;四川省一举查获128名医务工作者,其中包括36名医院院长,利用采购药品和医疗器械暗中吃回扣,涉案金额达1000余万元。当前,如何把这场斗争不断引向深入?如何使这一斗争稳步健康地发展?根据各地反映的情况和总结的经验,关键在于如何运用证据查办商业贿赂犯罪案件。在查处商业贿赂案件中,调查证据、判断证据、运用证据认定案件事实,已经成为这场斗争中的一个核心问题,必须引起查办机关的高度重视。否则,就会导致查办不准、处理不力,甚至出现错案。解决查处商业贿赂犯罪中的证据问题,要根据商业贿赂犯罪活动的特点,按照商业贿赂犯罪行为的轨迹,遵循刑事证据规则,步步深入,调查研究,取得真凭实据,用证据制服犯罪分子。

* 中国政法大学诉讼法学研究中心主任、教授、博士生导师。

① 引自国务院总理温家宝2006年3月5日在第十届全国人民代表大会第四次会议上所作的《政府工作报告》。

一、必须明确商业贿赂犯罪的证明对象

研究商业贿赂犯罪证据的应用,就是研究侦查、检察、审判人员等收集证据、审查判断证据、查明和证明案件真实情况的过程,在这一过程中,首先要明确商业贿赂犯罪的证明对象。

商业贿赂犯罪案件的证明对象,同其他犯罪案件的证明对象基本相同,都指的是需要司法机关运用证据加以证明的案件事实。案件事实包括:(1)商业贿赂行为是否发生,犯罪行为发生的时间、地点、经过、原因及结果,以及罪责轻重的各种情节;(2)行为人的基本情况。犯罪的证明对象要受到刑事法律的制约,犯罪事实、情节以及行为主体,要受到刑法犯罪构成要件的规范和限制。按照犯罪构成理论,就一种罪而言,包括犯罪的主体要件、犯罪的客体要件、犯罪的主观方面要件以及犯罪的客观方面要件。与犯罪构成有关的四大实体要件的事实、情节,均要用证据加以证实,而构成证明对象。当前,我国在查处商业贿赂案件中,在证明范围的确定中,有以下两个突出问题要加以解决:

一是关于商业贿赂犯罪的主体范围问题。我国刑法规定的商业贿赂主体是公司、企业工作人员。我国刑法第163条规定:“公司、企业的工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。公司、企业的工作人员在经济往来中,违反国家规定,收受各种名义的回扣、手续费,归个人所有的,依照前款的规定处罚。”

上述规定,把商业贿赂犯罪的主体局限于公司、企业工作人员,这尚不足以涵盖社会生活中实际发生的商业贿赂行为主体范围,如医疗、教育等领域的事业单位中的工作人员收受回扣,本质上也是商业贿赂行为。因此,2006年6月29日全国人大常委会公布的《中华人民共和国刑法修正案(六)》第7条对刑法第163条进行了修改,将商业贿赂主体扩大到公司、企业以外的其他单位工

作人员。这意味着发生在医疗机构中的药品、器械采购的商业贿赂行为,以及土地转让领域、产权交易领域、政府采购领域、资源开发领域、教育领域、工程建设领域中的商业贿赂行为,数额较大的,也将以商业贿赂犯罪被追究刑事责任。

由此可见,关于商业贿赂犯罪的主体资格的证明可以从公司、企业扩大到其他单位,即用证据证明其公司、企业和其他单位的合法身份,即可确定商业贿赂犯罪的主体资格。

二是关于商业贿赂犯罪对象的范围问题。按照刑法学理论,犯罪对象与犯罪客体要件是紧密相连的。“作为犯罪对象的具体物体是具体社会关系的物质表现,作为犯罪对象的具体人是具体社会关系的主体或参加者;犯罪分子的行为作用于犯罪对象,就是通过犯罪对具体物或具体人来侵害一定的社会关系的。”^①

我国刑法对商业贿赂犯罪的对象的规定,仅仅限于“财物”,而将其他非物质性利益或好处排除在外。随着社会主义市场经济的发展,在当前社会生活中,商业贿赂犯罪形态多变,存在的形式多种多样,其手段可谓形形色色。例如,出国经济担保、长期“借住”房屋、提供交通工具、代为签单购物,等等,其实质上都是权力与物质利益的交易,“体现了贿赂的非法对价关系,与金钱贿赂行为在本质和社会危害性上并无区别,对这些行为如果不按照商业贿赂犯罪处理”,^②必然导致对此类犯罪打击不力。在这个问题上,作者认为,《联合国反腐败公约》相关规定中确认的对象是“不正当好处”,其他一些国家和地区也都有类似的规定,并且已经收到很好的效果,对此不妨作一借鉴。

二、必须认真研究商业贿赂犯罪证据之特点

商业贿赂行为的特点决定着这类犯罪所遗留下的犯罪痕迹和映

① 赵秉志:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第178页。

② 见《检察日报》2006年5月8日第3版。

像,即证据,同其他刑事犯罪有所差异。按照工程建设、土地出让、产权交易、医药购销、政府采购等各种商业活动的规律,其犯罪行为表现出三大特征:一是各种商业行为的物质性,每一种商业活动都涉及到一定的商品;二是作案手段的隐蔽性,往往是打着合法交易的旗号,行为主体的“一对一”,财务记载中的“账外账”,现金出纳中的“小金库”;三是不法利益的多样性,各种暗扣不仅表现为现金交易,还有入股合资、股权赠与、发票报销、金卡购物、压价出让、出国旅游消费,以及好处费、辛苦费、介绍费、酬劳费、活动费、信息费,等等。

上述犯罪活动的特点,决定了证据的收集和应用存在以下特征:

(一) 商业贿赂犯罪证据具有明显的序列性

商业贿赂犯罪活动是通过一系列的业务往来和交易活动进行的。这一活动的过程总要形成与商品、货币相关的产与销、买与卖、借与贷、租赁与转让、汇与兑、进口与出口等经济关系,它与正常的商品交换、货币流通的区别在于它的非法性。正因如此,商业贿赂犯罪案件的证据虽然繁杂、多样,但它必然是按照经济活动的流程,分阶段并依次进行,互相衔接,形成一个完整的证据序列。^①这一特点,要求我们在查办这类案件时,必须遵循各种商业活动的规律,深入到各类活动的流程和经营环节之中,去找漏洞,抓矛盾,收集证据。

(二) 商业贿赂犯罪证据与证据之间的对偶性和差异性^②

与商业贿赂犯罪证据的序列性相适应,这类案件的证据与证据之间通常具有成双成对的对偶性和差异性的特点。各类商业贿赂犯罪总要形成一个具体的经济关系形式。如工程建设中的发包与承

^① 郝双禄主编:《应用证据学》,中央民族学院出版社1988年版,第309页。

^② 同上,第310页。

包，土地出让中的出让与受让，产权交易中的卖与买，医药购销、政府采购中的销售与购买。在这种具体的经济关系形式中，又总是形成多种多样的、相互依存的对偶而对立的证据。这种孪生特征，相互印证，才能完成证明任务，否则，就不能证明犯罪事实。我们在证明犯罪的过程中，还要紧紧抓住这种对偶与孪生的特征，找出它的差异性，从差异中查明案件事实。如反映在账目上的收入与支出的差异，各种票据、票证中上联与下联、存折与发票之间的差异，涉案赃款、赃物的出库与入库的数量之差，等等，都是利用这种变化和差异，证明犯罪分子据为己有，使案件真相大白。

（三）商业贿赂犯罪事实的认定中，实物证据，特别是涉案的赃款、赃物等物证，以及各种书证、鉴定结论占据重要地位

由商业贿赂犯罪物质性所决定，各类犯罪活动无不以商品、实物的形式出现，工程建设中的房屋和建材，土地出让中的土地，产权交易中的标的物，医药购销中的药品和医疗器械，等等。商业贿赂犯罪活动中还会形成数量众多的书证，如合同、账册、信件、邮件、票证、凭据、工程产品设计、推销广告、书面承诺、介绍信、洽谈记录等。大量的实物证据告诉我们，对商业贿赂犯罪事实的证实和认定，要把收集证据的重点放在实物证据上，要克服“重言词，轻实物”的倾向和做法。同时，对各种言词证据的应用，要做到“言中有物，言中有款，言中有事”，不能空对空，最后的证明必须达到“确有此物，确有此款，确有此事”，必要时还要进行“实物验证”，只有这样才能防止错案发生。结合办案实际，当前要克服一种倾向，即只靠言词证据定案，特别是只靠证人证言定案的做法。因为，当前证人翻证、被告翻供的现象十分突出，许多案例证明，只靠言词证据定案的做法是十分冒险的，是经不起历史检验的。

（四）运用间接证据认定商业贿赂犯罪案件事实，是商业贿赂案件证据运用的根本途径和方法

由于商业贿赂犯罪案件名目繁杂，作案高度隐蔽，而且时日又长，所涉领域范围极为广泛，甚至早已订好攻守同盟。实践证明，这类案件很难用直接证据加以证明，常常会形成“一对一”的卡壳局面，这是复杂性的一面。但是，我们从证据法学的观念出发，还应看到，复杂的经济关系中，由于范围广、时间长、涉人多，它必然又会留下大量的间接证据。只要我们深入到经济活动的每一个流程、每一个环节之中，间接证据的发现是不难的。例如，工程建设领域中的商业贿赂行为，其主要表现形式是索要、收受贿赂和行贿。发案的环节多、涉及范围广，从立项审批、土地征用、招投标、发包、工程拨款、预决算，到移民安置、拆迁、工程设计、施工管理、质量监督、工程验收等几十个环节。只要有犯罪发生，必然要留下各种蛛丝马迹的间接证据。再如医药购销领域，其犯罪表现形式是医药“回扣”，其形式多种多样，有现金回扣、实物回扣、免费旅游等。犯罪主体以带“长”字号的人居多，大部分还采用单位联系、开联络会、药品推广会等形式，行贿方往往把医疗单位请出医院，进行暗中交易。案件潜伏期长，作案次数多。只要有犯罪活动，在多种活动形式中，同样会留下各种间接证据。再如，土地转让、产权交易和政府采购领域中的贿赂问题，从发案的部位看，审批环节和招投标环节大多采用虚假投标、恶意串标、规避投标等手段进行，经办环节中各种证件发放及各权限部门往往要揩“油水”，沾“好处”，各部门负责人、各经手参与人、各审批及招投标评审人都要捞点“外快”，已经形成恶习，已经有规律可循。由此可见，办案机关和办案人员只要充分地认识和研究各类商业贿赂犯罪活动的规律和特点，只要深入到每一类犯罪活动的流程和各个环节之中，去发现和收集与案件有关的间接证据，把各个环节中遗留下来的貌似不起眼，实则非常重要的间接证据，收集起来，经过排列、组合、分析、研究，形成一个完整的证明锁链，案