

LHGFFBGYYWGXSFDTWS

中南财经政法大学

《法商论丛》系列



《联合国反腐败公约》与 我国刑事法的协调完善

◆ 苏彩霞 胡陆生 蒋建宇 著



吉林大学出版社

图书在版编目 (CIP)

《联合国反腐败公约》与我国刑事法的协调完善/苏彩霞, 胡陆生, 蒋建宇著.
—长春: 吉林大学出版社, 2008.9
(中南财经政法大学《法商论丛》系列)
ISBN 978-7-5601-3931-9

I. 联… II. ①苏②胡③蒋 III. ①联合国—廉政建设—国际公约—研究②刑法—研究—中国 IV. D523.4 D924.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2008) 第 135333 号

书 名: 中南财经政法大学《法商论丛》系列

《联合国反腐败公约》与我国刑事法的协调完善

作 者: 苏彩霞 胡陆生 蒋建宇 著

责任编辑、责任校对: 黄凤新

吉林大学出版社出版、发行

开本: 880*1230 毫米 1/32

印张: 11.75 字数: 300 千字

ISBN978-7-5601-3931-9

封面设计: 邓文斌

南宁市上英印刷有限责任公司 印刷

2008 年 8 月 第 1 版

2008 年 8 月 第 1 次印刷

定价: 30.00 元

版权所有 翻印必究

社址: 长春市明德路 421 号 邮编: 130021

发行部电话: 0431-88499826

网址: <http://www.jlup.com.cn>

E-mail: jlup@mail.jlu.edu.cn

(910) 目錄表

法治建设与法学理论研究 部级科研项目成果

作者简介

苏彩霞，中南财经政法大学法学院教授、硕士生导师、刑法学系主任。首届湖北省十大杰出青年法学家提名奖获得者、中南财经政法大学南湖杰出青年法学者。中南财经政法大学法学学士（1996年）、法学硕士（1999年），中国人民大学法学博士（2002年），武汉大学法学博士后（2005年），2003年、2007年先后晋升为中南财经政法大学副教授、教授。2001年6月至10月、2007年7月至9月应邀于德国马普国际刑法与外国刑法研究所访问研究。主持完成国家社科基金青年项目、中国博士后科学基金项目、司法部部级科研项目，中国法学会科研项目，目前正主持承担教育部人文社科项目“实质的刑法解释论研究”。出版个人专著《累犯制度比较研究》（中国人民公安大学出版社2002年版）、《中国刑法国际化研究》（北京大学出版社2006年版），在《法学研究》、《中国法学》等发表论文50余篇，多次获司法部全国法学教材与科研成果优秀奖、首届钱端升法学研究成果三等奖、武汉市社会科学优秀成果三等奖。

胡陆生，暨南大学法学院副教授、法学博士。先后于1998年、2004年获得华东政法学院刑法学硕士、中国人民大学刑法学博士学位。曾任桐城市中学教师、安徽省人民检察院检察官，2004年7月起于暨南大学法学院任教。专著《刑法国际化——全球化背景下的中国刑法完善》，合著、参与撰写著作6部，主持或参与不同级别课题6项，发表论文40余篇。

蒋建宇，中南财经政法大学法学院讲师、博士研究生。2002年、2005年于武汉大学法学院获得法学学士、法学硕士学位。近年来在《中国司法》等刊物发表学术论文数篇。

前 言

长期以来，腐败问题犹如生长着的毒瘤，危害着世界各国尤其是发展中国家的经济发展和民主法治。20 世纪 70 年代以来，世界范围内的腐败犯罪日益严重，腐败现象使发展中国家的债务增长了 30%，仅拉美国家每年被侵吞的财富就达 210 亿美元之多。^①根据世界银行最新的研究发现，在一代人的时间里，如果腐败严重的穷国设法把腐败降低到中等程度，那么其人均收入就能提高 300%。^②2001 年联合国曾发表了一份关于全球腐败问题的报告，警告各国“政府的腐败每年都要使全世界损失大约 6000 亿美元的资金。这意味着每天当我们送走夕阳的时候，世界上的腐败官员就又卷走近 17 亿美元。全世界的 190 多个国家中，每个国家都有一些人在行使权力的时候，收取贿赂或佣金”。^③

腐败破坏民主体制和价值观、道德观和正义，并危害着可持续发展 and 法治。“腐败就像常见的流行性感冒，没有国家能对其免疫”，腐败犯罪问题不是某一个或几个国家独有的现象，已经成为困扰国际社会的普遍问题。正是基于腐败对社会稳定与安全所造成的问题和构成威胁的严重性的认识，并确信腐败已经不再是局部问题而是一种影响所有社会和经济的跨国现象，经过国际社会的共同努力，2003 年 10

① 参见梁国庆主编：《国际反贪污贿赂理论与司法实践》，人民法院出版社 2000 年版，第 1 页。

② 参见〔美〕戴维·弗朗西斯：《反腐败为什么能帮助穷国》，载《基督教科学箴言报》2003 年 11 月 13 日。

③ 万霞：《反腐全球化》，载《世界知识》2004 年第 1 期，第 61 页。

月 31 日联合国大会第 58 届会议通过了《联合国反腐败公约》（以下简称《公约》）这一国际法律文件，2003 年 12 月 9—12 日《公约》签署大会在墨西哥梅里达市召开，当时就有 94 个国家签署了该公约。《公约》于 2005 年 12 月 14 日正式生效。作为人类社会第一个普遍性的专门反腐国际公约，《公约》自其制定之初就受到国际社会的深切关注，《公约》的通过也被誉为“国际社会共同合作的里程碑”。

我国政府在墨西哥会议当时就签署了《公约》，2005 年 10 月 27 日我国第十届全国人大常委会第十八次会议批准了该《公约》。作为《公约》的缔约国，《公约》已经对我国生效。我国是深受腐败犯罪所害的国家，能否高效、人权地反腐成为关系到政权稳定、社会安定、经济发展的重要问题。如何履行《公约》、如何借助《公约》进一步深化改善我国的反腐战略和措施，不但是我国政府应当解决的问题，也应是学者们关注研究的问题。

正是基于上述考虑，笔者在 2004 年以“《联合国反腐败公约》与我国刑事法的协调完善”为题申报了当年的司法部法治建设与法学理论研究部级科研项目，并一举获得了立项。项目立项后，笔者先后撰写了《〈联合国反腐败公约〉与国际刑法的新发展》（后发表在《法学评论》2006 年第 1 期）、《我国惩治腐败犯罪刑法立法的完善——以〈联合国反腐败公约〉为参照》（后发表在《法商研究》2005 年第 5 期）等论文，并开始了对该项目的系统研究。有感于已出版的相关著述多注重于对公约文本本身的含义的阐述和说明，而鲜见全面、系统研究我国刑事立法如何实现与《公约》的协调完善，因而，本项目力图着重研究我国反腐刑事政策、反腐刑事立法如何与《公约》实现对接协

调，并从宏观写作架构与微观写作内容上鲜明地反映这一研究特点。

在研究过程中，笔者邀请了暨南大学法学院胡陆生副教授、中南财经政法大学法学院蒋建宇博士共同参与项目研究，并进行了研究分工。本书的出版就是该部级科研项目的最终研究成果。全书由我拟定写作大纲、贯彻写作意图、确定写作分工，并从编辑体例、观点协调、文字表达上进行了最后的修改定稿。我指导的硕士研究生冯莹、祝贺、谢静红、李云翠、蔡俊、米恒、赵晶等诸位同学为文稿的校对付出了辛勤的劳动，尤其是冯莹同学还负责了文稿个别地方的修改，对此深表谢意。从我校刚刚毕业的刑法学硕士邓文斌同学也为本书的出版、编排付出了大量的心血，让笔者甚为感铭。

全书写作分工如下：

苏彩霞 第一章第一至四节、第二章、第四章第一节

胡陆生 第四章第二至八节、第五章

蒋建宇 第一章第五节、第三章

苏彩霞

2008年7月30日

于中南财经政法大学

目 录

前 言	1
第一章 《联合国反腐败公约》概述	1
第一节 《联合国反腐败公约》制定的现实基础	2
一、腐败困扰下的国际社会	2
二、腐败犯罪的特点及发展态势	5
三、腐败犯罪的危害	7
第二节 《联合国反腐败公约》制定的历史过程	9
一、产生的历史背景	9
二、制定的历史进程	11
三、制定进程的几点启示	16
第三节 《联合国反腐败公约》的主要内容及立法特点	17
一、总则性规定	17
二、国际反腐法律机制	18
三、事项性规定	29

四、立法特点.....	30
第四节 《联合国反腐败公约》的国际刑法意义.....	32
一、扩展了国际刑事合作领域.....	33
二、扩大了国际刑事责任主体的范围.....	34
三、开启了国际刑事司法协助的新思路.....	34
四、政治犯不引渡原则的排除是国际社会引渡立法与司法 实践的新发展.....	35
五、首次创设了富有特色的资产返还与追缴机制.....	36
六、采用了新颖的公约监督机制.....	37
第五节 《联合国反腐败公约》的国内执行模式.....	39
一、法律渊源.....	40
二、非自动执行条约.....	44

第二章 《联合国反腐败公约》的反腐刑事政策及在我国的体现..... 49

第一节 《联合国反腐败公约》的反腐刑事政策.....	49
一、基本刑事政策理念.....	49
二、具体刑事政策.....	52
第二节 我国反腐刑事政策与《联合国反腐败公约》的协调...	58
一、树立“预防为主、惩治为辅”的一体化综合反腐观念...	58
二、构建健全、完善的预防腐败体制.....	59
三、完善惩治腐败犯罪的刑事立法.....	65

第三章 《联合国反腐败公约》与我国刑法的协调完善 70

第一节 《联合国反腐败公约》与我国刑法总则的协调完善... 70

一、法人责任... 71

二、参与、未遂和中止... 74

三、作为犯罪要素的明知、故意或者目的... 77

四、追诉时效... 78

第二节 《联合国反腐败公约》与我国贿赂犯罪刑法立法的完善... 81

一、贿赂本国公职人员罪... 81

二、贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员罪... 104

三、影响力交易罪... 110

四、私营部门内的贿赂罪... 115

第三节 《联合国反腐败公约》与我国刑法侵犯财产型腐败犯罪的立法完善... 121

一、公职人员贪污、挪用或者以其他类似方式侵犯财产罪... 121

二、私营部门内的侵吞财产罪... 130

第四节 《联合国反腐败公约》与我国刑法其他相关犯罪的立法完善... 134

一、滥用职权罪... 134

二、资产非法增加罪... 139

三、洗钱罪... 143

四、窝赃罪... 154

五、妨害司法罪... 157

第四章 《联合国反腐败公约》与我国刑事诉讼制度的协调完善..... 162

第一节 《联合国反腐败公约》对我国刑事诉讼制度影响之总评..... 163

一、《联合国反腐败公约》刑事程序规定的基本精神..... 165

二、我国刑事诉讼立法同《联合国反腐败公约》的差距与完善..... 167

第二节 独立、专职的反腐败机构..... 168

一、境外独立反腐败机构的实践与启示..... 168

二、我国当前反腐机构的现状与问题..... 170

三、我国应建立独立、专职的反腐败机构..... 173

第三节 举报制度..... 175

一、《联合国反腐败公约》关于举报的规定..... 175

二、我国举报制度的现状及问题..... 178

三、我国举报制度的完善..... 181

第四节 特殊侦查手段..... 183

一、特殊侦查手段的基本类型..... 183

二、特殊侦查手段的国际、国外立法..... 185

三、我国《刑事诉讼法》应增设特殊侦查手段..... 191

第五节 证人保护制度..... 197

一、我国证人保护制度的现状..... 198

二、我国证人保护制度的不足..... 200

三、我国证人保护制度的立法完善..... 203

第六节 污点证人作证豁免制度	206
一、污点证人作证豁免制度的国际、国外立法	206
二、作证豁免制度的法理基础	208
三、现实与构想: 建构我国污点证人作证豁免制度	210
第七节 腐败犯罪主观罪过证明机制	219
一、《联合国反腐败公约》对推定的明确规定	219
二、推定在惩治腐败犯罪中的作用	220
三、我国立法应明确规定腐败犯罪主观要件的推定制度	221
第八节 腐败资产追回机制	223
一、《联合国反腐败公约》建立的腐败资产追回机制	224
二、我国适用腐败资产追回机制的现有障碍	228
三、与腐败资产追回机制配套的我国有关刑事诉讼制度的 完善	234
 第五章 反腐败国际司法合作与我国的应对	 240
第一节 国际刑事司法合作与反腐败国际合作	240
一、国际刑事司法合作的概念	240
二、国际刑事司法合作的特征	243
三、反腐败国际合作	247
第二节 引渡	248
一、《联合国反腐败公约》关于引渡制度的规定	248
二、我国引渡实践的发展与所面临的困境	254
三、我国引渡制度的完善	259

第三节 刑事司法协助	263
一、《联合国反腐败公约》有关刑事司法协助的规定	263
二、我国刑事司法协助的实践与存在问题	266
三、我国刑事司法协助的完善	270
第四节 刑事诉讼的移管	271
一、刑事诉讼移管	273
二、我国的刑事诉讼移管实践	277
第五节 反腐败执法合作	278
一、反腐败执法合作	278
二、国际合作的新形式——联合侦查	282
三、我国国际执法合作的实践及完善	283
第六节 被判刑人的移管	286
一、外国被判刑人的移交	287
二、我国关于移管被判刑人的立法与司法实践	293
三、完善我国被判刑人移管制度的建议	295
参考书目	297

第一章 《联合国反腐败公约》概述

经过国际社会的共同努力,2003年10月31日联合国大会第58届会议通过了《联合国反腐败公约》^①这一国际法律文件。2003年12月9-12日《公约》签署大会在墨西哥梅里达市召开,当时就有94个国家签署了该公约。根据《公约》关于生效的条款,《公约》于2005年12月14日正式生效。作为人类社会第一个普遍性的专门反腐国际公约,《公约》自其制定之初就受到国际社会的共同、深切关注,《公约》的通过也被誉为“国际社会共同合作的里程碑”。然而,《公约》制定的现实基础如何、历史进程怎样,《公约》的主要内容是什么、《公约》本身具有哪些国际刑法意义,这些都是在本章着力探讨的问题,以期为后面的进一步研究提供一个知识背景的支撑。

① 如未特别指明,以下的《公约》均指《联合国反腐败公约》。

第一节 《联合国反腐败公约》制定的现实基础

一、腐败困扰下的国际社会

长期以来,腐败^①问题犹如生长着的毒瘤,危害着世界各国尤其是发展中国家的经济发展和民主法治。20世纪70年代以来,世界范围内的腐败犯罪日益严重,腐败现象使发展中国家的债务增长了30%,仅拉美国家每年被侵吞的财富就达210亿美元之多。^②根据世界银行新的研究发现,在一代人的时间里,如果腐败严重的穷国设法把腐败降低到中等程度,那么,其人均收入就能提高300%。^③2001年联合国曾发表了一份关于全球腐败问题的报告,警告各国“政府的腐败每年都要使全世界损失大约6000亿美元的资金。这意味着每天当我们送走夕阳的时候,世界上的腐败官员就又卷走近17亿美元。全世界的190多个国家中,每个国家都有一些人在行使权力的时候,收取贿赂或佣金。”^④

在美洲,世界能源巨头美国安然公司前首席财务官法斯托,面临

① 关于腐败还没有一个统一的定义。一个较为广泛流行且为大多数人所接受的概念是:腐败是为谋个人私利而滥用公共权力的行为。另一个更为宽泛的概念是:腐败是通过关系而有意识地不遵从规则,试图从该行为中为个人或者相关的个体谋取利益。转引自韦托·坦茨:《世界范围内的腐败:原因、后果、范围和医治对策》,常志霄编译,载胡鞍钢主编:《中国:挑战腐败》,浙江人民出版社2001年版。

② 参见梁国庆主编:《国际反贪污贿赂理论与司法实践》,人民法院出版社2000年版,第1页。

③ 参见[美]戴维·弗朗西斯:《反腐败为什么能帮助穷国》,载《基督教科学箴言报》(2003年11月13日)。

④ 万霞:《反腐全球化》,载《世界知识》2004年第1期,第61页。

31 项新的指控。2003 年 5 月 1 日, 他的妻子及其他 7 位安然公司前管理人士也被指控犯有欺诈、内部交易等罪行。到目前为止, 共有 19 人因安然案件被指控。美国两个政府监督机构宣布, 250 多位国会议员曾收取来自安然公司的政治资助, 15 位布什政府高级官员曾拥有安然的股票。如美国国防部部长唐纳德·拉姆斯菲尔德、总统高级顾问卡尔·罗夫、美国环保署行政代表琳达·费希尔、财政部副部长彼得·费希尔和贸易代表都曾是安然公司的大股东。^①该份报告使美国布什政府陷入尴尬境地, 美国司法部因此展开刑事司法调查。巴西前总统费尔南多·科洛尔·德梅洛因渎职罪和受贿罪而受到弹劾, 巴西最高检察长起诉书中指控科洛尔四项犯罪事实: 一是他通过他人将 650 万美元不法资助资金挪作私用; 二是任命理维罗为国务秘书, 换得了 30 万美元贿金; 三是 1990 年他通过他人向原国家石油公司董事长施加压力, 来获取该公司的贷款, 用以购买公司股票; 四是他指令他人资助一位众议员竞选, 使该众议员获得了奔驰汽车公司 12 万美元的不法资助。秘鲁反贪法庭也已对前总统藤森的一个兄弟和两个姐妹提起诉讼, 其罪名是“盗用捐款”和“非法成立犯罪团体”。^②

在欧洲, 法国前社会党合作部部长克里斯蒂安·努西拥有一套法国最豪华的古城堡, 而以他的工资收入是绝对不可能买下的。经过法国司法机关的调查显示: 政府国际合作部下属的一个叫“发展路口”的机构内部, 财务混乱、账目不清, 出现至少有 2000 万法郎的亏空。调查还发现, “发展路口”筹办了在布隆迪召开的法非首脑会议, 整个会议经统计耗资 6100 万法郎, 而且其中夹有不少假票据、账目, 此次会议费用比上次高出 5000 万法郎。这就是轰动法国政坛达 5 年之久的“发展路口”金融风暴案, 也是法国历史上最大的官员贪污公款案。^③在 20 世纪 90 年代初的意大利, 腐败渗入了社会的每一个角落。1993

① 参见姜防震:《安然事件》, <http://gb2.chinabroadcast.cn/1908/2003-9-11/115306475.htm>, 2006 年 12 月 15 日访问。

② 以上参见陈正云、李翔、陈鹏展:《联合国反腐败公约——全球反腐败的法律基石》, 中国民主法制出版社 2006 年版, 第 6 页。

③ <http://www.bookdns.com/baogao/bsndxfcw/bsndxfcw11.html>, 2006 年 12 月 22 日访问。

年1月29日,米兰检察院采取了意大利历史上前所未有的行动,迪彼得罗检察官授权宪兵搜查了罗马的社会党总部及其中央机关报《前进报》报社,检察机关指控总理克拉克西违反政党资金法,非法筹集资金,每年为社会党聚敛300亿里拉的非法政治资金,此外还指控有其他腐败行为,最终克拉克因非法集资和受贿,共被判处26年零3个月徒刑。这起总额为1500亿里拉的米兰特大贿赂案也引发了意大利司法界名为“干净之手”的廉政运动。^①

在亚洲,韩国前总统全斗焕因为贪污腐败在经过12次审理和仔细权衡之后,于1996年12月16日被汉城高级法院判处无期徒刑,罚金2205亿韩元。韩国前总统卢泰愚在执政期间也曾利用职权非法侵占约4000亿韩元的秘密资金,最终被判处17年有期徒刑,罚金2628亿韩元。在日本,自1989年以来已有四位首相因经济丑闻相继被迫下台,并先后爆光了共和贿赂案、佐川贿赂案和金丸信偷税案等影响整个政坛的大案,1999年大选结束后又爆发两大丑闻:一是参议员友部达夫的后援团体非法集资,坑害百姓,二是大阪的泉井石油商会负责人泉井纯一因偷税和向35名国会议员行贿7000万日元而被捕。^②在我国,腐败大案要案频发,一批高官纷纷落马,如浙江省原副省长王钟麓因受贿被判有期徒刑12年、湖北省原省长张国光被判有期徒刑11年、贵州省原省委书记刘方仁被判无期徒刑、安徽省原副省长王怀忠因受贿罪被判死刑、辽宁省原副省长刘克田因受贿罪被判有期徒刑12年,等等。仅以2004年1—7月为例,全国检察机关共立案查处贪污贿赂犯罪嫌疑人22913人;查处大案11150件,占立案总数的55.4%;县处级以上领导干部要案1767人,其中包括原北京市交通局副局长毕玉玺等厅级以上干部109人。^③

正如2001年6月阿根廷《民族报》刊登了一篇题为《全球化了的腐败》的文章,称“腐败就像常见的流行性感冒,没有国家能对其免

① <http://www.nfcmag.com/ReadNews.asp?NewsID=465>, 2006年12月22日访问。

② 参见梁国庆主编:《国际反贪污贿赂理论与司法实践》,人民法院出版社2000年版,第2页。

③ http://news.xinhuanet.com/legal/2004-09/13/content_1973362.htm, 2006年12月22日访问。