

司法部法治建设与法学研究部级科研项目

《联合国反腐败公约》 与国内法协调机制研究

甄贞等著

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

《联合国反腐败公约》
YU GUO NEI FA XIE TIAO JI ZHI YAN JIU

首都检察文库 ③ 总主编：慕平

—————

(附本國及外國各處) ·····

中國各處及外國各處

（附本國及外國各處）

司法部法治建设与法学研究部级科研项目

《联合国反腐败公约》

甄贞等著

与国内法协调机制研究

首都检察文库 ③ 总主编：慕平

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

《联合国反腐败公约》与国内法协调机制研究/慕平,
甄贞主编. —北京:法律出版社,2007.1

(首都检察文库)

ISBN 978-7-5036-6966-8

I. 联… II. ①慕…②甄… III. 联合国-廉政建设
- 国际公约-研究 IV. D523.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 152540 号

©法律出版社·中国

责任编辑/王政君

装帧设计/乔智炜

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶松

开本/787×960 毫米 1/16

印张/13.75 字数/250 千

版本/2007 年 1 月第 1 版

印次/2007 年 1 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号:ISBN 978-7-5036-6966-8

定价:18.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

《首都检察文库》编辑委员会

主 任：慕 平

副主任：马剑光 项 明 伦朝平 朱 晔

编辑委员会委员：方 工 王双进 甄 贞 卢 希

吴同平 于春生 岳金矿

编辑委员会办公室

主 任：甄 贞

成 员：张朝霞 郭兴莲 邹开红 马小明

本书系司法部二零零五年度
法治建设与法学研究部级科研项目(重点项目)
项目编号 05SFB1016

项目主持人: 甄 贞

项目组成员: 张朝霞 郭兴莲 王志坤 张 倩
王志国 时刚锋 李鹏宇 王晓宇

《首都检察文库》总序

检察机关作为国家法律监督机关,是中国政权建设和法制建设进程中的历史选择。检察机关的各项职能都与构建社会主义和谐社会密切相关,在贯彻依法治国基本方略、维护社会和谐稳定、积极化解社会矛盾、促进社会公平正义方面具有不可替代的重要作用。党的十六大对推进司法体制改革提出具体要求,十六届六中全会作出了构建社会主义和谐社会的战略决策,中央《关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》明确了检察改革的方向,新时期的检察机关承担着新的考验和艰巨的历史使命。

一、充分发挥首都区位优势,提供和谐社会构建的检察保障

北京市检察机关在全国地方检察机关中,建立较早,地位较独特。长期以来,北京市检察机关不仅为首都的经济社会发展发挥了积极作用,也为中国的法治建设和构建社会主义和谐社会首善之区做出过积极贡献。重建后的20多年来,在最高人民检察院和北京市市委的统一领导下,各级检察机关办理了一大批高质量的刑事犯罪案件和民事抗诉案件,其中相当一部分属于社会影响大、案情疑难复杂的重大案件,是全国查办大要案最多的检察机关之一。积极稳妥落实检察改革任务,重点推进诉讼监督机制、外部监督与内部制约机制、业务规范机制、干部管理体制和经费保障体制改革,对于不断强化法律监督、改进业务工作、健全工作机制、提高队伍素质起到了重要的保障和推动作用。北京市检察机关队伍整体上年轻、知识层次高、富有朝气,特别是近年来狠抓队伍建设,涌现出方工、吴春妹等一批在全国有影响的先进典型和模范,五个基层检察院先后被评为全国先进检察院,海淀区人民检察院还被评为全国十佳检察院。近五年来,全市检察机关的基础设施上了一个很大台阶,在信息化建设、“三位一体”的现代管理机制、检察工

作装备等方面存在很多优势,为开展法律监督工作打下了坚实基础,创造了良好的工作环境。

首都都是全国的政治中心,其特殊的政治地位为各项工作的开展创造了良好的政治氛围。北京市检察机关置身其中,能够及时地了解中央的精神和部署,同时履行职责本身具有较强的政治影响和示范效应,备受全国各地的关注。高检院、北京市委都要求北京市检察机关当好队伍建设和业务建设的“两个表率”,走在全国检察机关前列,激励和鞭策我们要牢固树立为党和国家大局服务的意识,各项工作都要走在前列,与首都的地位相适应。北京市检察机关面临着历史使命和现实问题的双重压力,必须切实转变思路、更新观念,在明确新的要求的基础上,坚定法律监督的宪法定位,牢固树立检察工作是和谐社会重要内容的理念,坚持“以业务建设为中心,以队伍建设为根本,以改革创新为动力,以基层建设为重点”的工作思路,坚持把充分履行法律监督职能作为最基本、最直接的途径,不断破解工作中的难题,全面提升首都检察工作水平。

二、充分发挥检察资源优势,筑牢检察理论研究的基础平台

实践证明,如果没有科学的法律监督理论为依托,检察事业的发展将缺乏应有的活力和后劲。历史也证明,对法律监督规律认识片面或者浅陋,对基础理论研究和实务工作总结的漠视和冷落,容易使法律监督实践陷入误区。尽管检察改革正在法治的轨道上被稳步推动,但也应该承认,检察改革的理论准备不足,有关的理论资源相当有限,某种程度上实践走在了理论的前面。正确把握法律监督原理,研究法律监督规律,总结法律监督实践,有助于我们全面认识检察机关的性质、功能、职责、作用,少走不必要的弯路。所以,加强检察理论研究是推动检察工作深入发展的客观需要。

法律监督实践与法律思想的丰富、检察理论的研究,是相伴相生、相辅相成的。检察理论的研究,不能坚持纯粹的理论思辨,也不能游离于法律监督实践。2004年以来,北京检察机关充分利用拥有实证资源的优势,确立了实证研究的思路,以消解实践远离理论的困惑,并且积极创造条件使研究成果走入法学界,实务专家能够与法学家同台辩论。2006年以来,又跳出实证研究,不局限于技术和实务的角度探讨具体问题,在国家法治的广阔视野中进行深层次的考察,着力于法律监督基础理论研究,认识和把握当代中国检察制度的理论基础和历史源头。同时,还创办了《首都检察官》、《北京检察》、《新世纪检察》、《检察时空》、《法律监督论坛》等首都检察官自己的专业刊物,出版了《首都检察方略》、《首都检察论坛》、

《首都检察十大精品案例丛书》、《法律监督的理论与实证研究》、《法律监督——实践者的理性思考》等一系列著作,这些刊物和著作已经逐渐成为展示首都检察官研究成果,融入法学界的重要渠道。

三、充分发挥检察研究优势,培植首都检察研究的优秀成果

鉴于首都检察工作所面临的新的形势,为适应国家和社会对检察工作提出的新的要求,北京市人民检察院积极与法律出版社研究协商,决定编辑出版《首都检察文库》,陆续出版发行一批能够反映首都检察系统检察理论研究、法学理论研究和实践业务研究的专著或者论文选集。《首都检察文库》是一个长期的出版计划,将打造成为首都检察系统理论研究和实证研究的培植园地,每年都挑选出若干部具有较高理论水平、应用价值和出版价值的书籍发行,达到集中出版精品、打造规模效应的目的,为检察理论研究增添较有分量的研究成果。通过《首都检察文库》的出版,第一,集首都检察系统理论研究之精华,使得北京市检察机关理论研究能够以一种整体的形式呈现给学界,呈现给实务界,让法律监督实践与检察理论研究恰当融合;第二,展示首都检察官对司法进步深刻思索的理性光芒,从不同侧面折射首都检察工作的全貌,让读者从中深切感受到当代法律监督的真实脉动;第三,搭建学术与实践互动交流的平台,推动学术资源共享,扩大共识,相互争鸣,逐步扩大首都检察理论研究在学术界的影响。

《首都检察文库》各部书将不定期出版,成熟一部编辑发行一部,主要是推出首都检察机关的检察基础理论研究成果、重点调研课题、检察实务研究报告,以积土成山,集腋成裘,在学术研究的阵地上守持话语权,促进检察理论研究环境的改善,争取为领导决策服务,为法律监督实践服务。另外,北京检察机关近几年来陆续招录了一大批博士研究生、硕士研究生,并且一批检察官在职进修获得了博士学位、硕士学位,一定意义上代表了首都检察事业的未来和前途,他们视野开阔,思想敏锐,研究深入,不囿于成见,又敢于创新,他们的学术论文理论水平较高,由于学术著作出版困难使很多研究成果尚未能与读者见面,所以我们将把这些博硕士论文也纳入选编视野。当然,也略感遗憾的是,虽然首都检察研究经历了几年的积累,产生了很多优秀的研究成果,但要按照职务犯罪侦查、刑事检察、诉讼监督三个方面打造文库还暂时不能实现。故此,我们保留着这种文库编辑理想,并虚座以待,殷切地期望着各类相关实践总结和研究成果的出现。希望通过文库的不间断推出和编辑出版,能够逐步积累首都检察学术成果,繁荣、深化和开拓首都检察系统的学术研究和实践总结,促进与学界的交流合作,不断提高首都检察机

关的理论水平,不断提升首都检察机关的法律监督能力,进而有力地促进国家法治昌盛、社会和谐稳定、政治安定有序。

文库出版的价值在于质量。尽管我们为书籍的正式出版作了很多基础工作,但也必然会存在种种问题,而且与我们的预期目标还有相当的差距。不过,我们的步子已经迈出来了,研究成果将陆续出版,并且还会坚持下去。所以,为了保障文库能够有质有量地奉献给社会,我们将以开放的姿态接受广大读者对本文库的检验、批评、帮助和建议。同时,也欢迎广大读者对将来陆续出版的每一部书提出批评指正。毕竟,无论是检察研究者还是首都检察机关本身,都时刻需要社会和学界以及广大同仁各方面的支持与帮助。建议和批评都将成为催促我们精益求精、尽善尽美的动力,倘若应者云集,我们的工作也定将蒸蒸日上。

最后,还必须强调,《首都检察文库》是在法律出版社的支持下才得以出版的。我们要感谢法律出版社有关领导对文库的关心与扶持,尤其要感谢各卷书责任编辑在文库书籍的编选等方面所给予的有见解、有价值的指导,以及为编辑文库书籍付出的辛勤劳动。更重要的是,以后法律出版社与北京市检察系统的长期合作,必将增进首都检察理论研究的学术积累,使实践与理论互融,为推进依法治国和构建和谐社会尽绵薄之力。

是为序。

北京市人民检察院检察长:

慕平

2006年12月8日

前 言

作为联合国历史上第一部指导反腐败斗争的法律文件,《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)备受瞩目,国人也殷切盼望《公约》能在追逃贪官、追回赃款方面有所助益,但这种实用主义的简单思维过于忽视实践层面的支持,黑格尔说:“设定目的应该合乎客观,这样来,目的不是达到一个新的片面的规定,而是走向它的实在化。”^①脱离《公约》与国内法的协调这一基础性研究,奢谈《公约》的意义与功能都不过是情绪化的反应。更深入地探究《公约》所带来的现实影响,这是本课题得以立项与完成的直接原因。

《公约》庞杂的内容致使面面俱到的比较研究变得异常困难,我们知趣地舍弃了这一研究路径,择取主要的内容进行专题研究,呈现在读者面前的文稿就是六大专题研究的合集。由于是集体合作的产物,文稿的各部分也都体现了研究者个人的特色。我认为,这是研究不同于教科书的属性所决定的。后者需要简明的、确凿的表述,而前者则需要烦琐的、细密的研讨。我们只能在个人能力范围内对内容贡献最全面的论证,因而形式上的文风、句法等被放置在次一级层次上,如果读者觉得文稿内容尚有可取之处,算是达到了我们的目的。

虽然我们按照《公约》的编排顺序设定各个研究专题,但这一标准并不绝对,比如第四章就将数个相关的条文进行集中研究。而第一章则完全是宏观的研究,《公约》只是一个针对性的样本而已。关于定罪机制是刑事法学者最为关注与用力颇多的,鉴于这一客观现实,本课题只提供了相对简约的论述——毋庸置疑,简约的基础是若干刑事法学者的贡献。值得一提的是,我们对常被忽视的法人责任进行了一定程度的研究,并对个罪是否存在单位犯罪的形态提供了初步的分析。

① [德]黑格尔:《法哲学原理》,范杨、张企泰译,商务印书馆1961年版,第20页(第8节)。

当然,作为国人最为关注的追逃贪官问题我们也分了两章,第五章是对“追人”的协调研究,第六章是对“追物”的研究。由于我国相关法制存在若干疏漏,实然层面上的协调研究无异于“吹毛求疵的挑错”,但从我们提供的建言上读者可以清楚地感受到我们的热切。

本课题各章节的写作分工如下:第一章:甄贞、王志坤;第二章:李鹏宇、王志国、王志坤;第三章:王志坤、时刚锋、张倩、王晓宇;第四章:张朝霞、王志国;第五章:甄贞、时刚锋;第六章:郭兴莲、张倩。北京市人民检察院法律政策研究室的张朝霞博士、郭兴莲博士替我分担了大量的协调与校改工作,北京市石景山区人民检察院的刘瑞华检察长、杨秀莉主任、佟齐处长、张春雷副局长也对本课题的研究付出了辛劳。作为课题的主持人,由我统一设定体例、整理全文,最终定稿。课题研究内容有疏漏乃至错误之处,尚请各位专家学者、读者朋友不吝指教,以使《公约》与国内法协调这一主题研究得更加深入。

北京市人民检察院副检察长、博士生导师:



2006年12月6日

目 录

第一章 《公约》的属性及其执行模式	1
第一节 《公约》的属性	1
一、《公约》是国际法的法律渊源	1
二、作为国际刑法的《公约》	5
三、《公约》的国际刑事司法合作法或国际刑事诉讼法属性	11
四、结语：作为结合体的《公约》	14
第二节 《公约》的执行模式	14
一、条约的一般适用模式	15
二、条约在我国的适用模式	18
三、《公约》在我国的适用模式	23
四、对《公约》“强制性”的诠释	28
第二章 定罪机制协调研究(之一)	31
第一节 《公约》贿赂犯罪之适用研究	31
一、概述	31
二、《公约》贿赂犯罪与我国刑法的区别及相关立法建议	31
第二节 私营部门内的贿赂之适用研究	41
一、概述	41
二、《公约》的规定与我国刑法的比较	42
三、立法建议	44
第三节 《公约》贪污、挪用等犯罪之适用研究	45
一、概述	45

二、《公约》中贪污、挪用犯罪与我国刑法规定的区别及相关立法建议	45
第四节 《公约》影响力交易之适用研究	47
一、概述	47
二、《公约》中的影响力交易与我国相关规定的区别及相关立法建议	48
第五节 《公约》滥用职权罪之适用研究	49
一、概述	49
二、《公约》中的滥用职权罪与我国相关规定的区别及相关立法建议	50
第六节 《公约》资产非法增加罪之适用研究	52
一、概述	52
二、《公约》中的资产非法增加罪与我国相关规定的区别及相关立法建议	53
第三章 定罪机制协调研究(之二)	56
第一节 《公约》洗钱罪之适用研究	56
一、洗钱罪概述	56
二、《公约》洗钱罪与我国相关规定的比较及建议	57
第二节 《公约》窝赃罪之适用研究	64
一、《公约》对窝赃罪的规定	64
二、《公约》与我国法律规定的比较及建议	68
三、结论	71
第三节 《公约》法人责任之适用研究	72
一、《公约》关于法人责任的规定	72
二、法人责任的理论概说	74
三、《公约》中的犯罪有无单位犯罪之分析	77
第四章 《公约》惩治腐败犯罪的专职机构及特殊程序之协调研究	82
第一节 关于建立惩治腐败犯罪的专职机构问题	82
一、《公约》的要求	82
二、世界各国反腐败机构概述	82

三、我国当前反腐败机构及存在的问题	83
四、如何增强我国反腐败机构独立性的思考和建议	83
第二节 关于特殊侦查手段问题	86
一、技术侦查	87
二、特工行动	89
三、控制下交付	95
第三节 关于证人、鉴定人、被害人、举报人的保护问题	96
一、证人保护问题	96
二、鉴定人的保护问题	98
三、被害人保护问题	100
四、举报人保护问题	102
第四节 关于污点证人问题	104
一、《公约》的要求	104
二、我国关于污点证人制度的相关法律规定及存在的问题	104
三、关于污点证人的立法建议	106
第五节 关于推定和举证责任倒置	106
一、推定的概念及功能	106
二、《公约》要求	107
三、我国立法现状及实践中存在的问题	107
四、建立我国推定制度的建议	108
第五章 《公约》反腐国际司法合作之协调研究	110
第一节 概述	110
第二节 国内法与《公约》中引渡制度的协调问题	112
一、对《公约》第 44 条的分析及与我国引渡制度的比较	112
二、《公约》第 44 条第 11 款在国内法中的适用	117
第三节 国内法与《公约》中司法协助制度的协调问题	122
一、对《公约》第 46 条的分析和分类	123

《联合国反腐败公约》与国内法协调机制研究

二、我国刑事司法协助制度与《公约》第46条的比较	126
三、问题与建议	133
第六章 《公约》资产追回机制之协调研究	141
第一节 《公约》确立的资产追回与返还机制	141
一、资产追回机制	141
二、资产返还机制	142
三、《公约》涉及缔约国程序立法的几个关键问题	142
第二节 没收及冻结、扣押	143
一、概述	143
二、国外立法考察与比较	144
三、我国现行法律规定	150
四、与《公约》协调的具体建议	152
第三节 缺席审判问题	155
一、概述	155
二、国外立法考察	155
三、我国确立刑事缺席审判制度的可行性分析	158
第四节 民事诉讼及相关问题的评述	163
一、关于国家豁免权	163
二、关于内国法上的民事诉讼	165
附录 《联合国反腐败公约》	171

第一章 《公约》的属性及其执行模式

第一节 《公约》的属性

《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)是“联合国历史上第一部指导国际反腐败斗争的法律文件,也是迄今为止关于治理腐败犯罪的最为完整、全面而又具有广泛性、创新性的国际法律文书”。^①“代表了国际社会以国际法控制腐败的最高水准”。^②《公约》作为联合国主导下由 120 多个国家共同签署的文件,一般认为是给国际反腐合作提供了一个国际法的基础。但这一说法既缺乏深入的论证,又对《公约》的国际刑法属性避而不谈,本节立足于此,试图从国际法、国际公法、国际刑法、国际刑事司法协助法等层面上依次辨析《公约》的属性。

一、《公约》是国际法的法律渊源

(一)《公约》的国际法属性

国际法是“规范国际法主体间法律关系的,并不属于国内法的法律规范的总和”^③。《公约》条款的基本表述均以规定缔约国的义务为主体,换言之,国家乃是《公约》的义务主体。因此,虽然《公约》规定了法人、私营部门、国际组织官员等应当被纳入犯罪的主体,但这些主体只应被看做是国际法程序上的事由,由此引起缔约国对上述主体予以犯罪化的国际法义务,而不表示《公约》扩张了国家之外的国际法主体,法人、私营部门、国际组织官员不因《公约》成为反腐国际合作框架中

① 转引自“监察部就我国批准联合国反腐公约答新华社记者问”,载新华网,2005 年 11 月 8 日。

② 丁明方:“腐败犯罪国际控制的新突破——《联合国反腐败公约》述评”,载《武大国际法评论》(第 3 卷),第 205 页。

③ [德]魏智通主编:《国际法》,吴越、毛晓飞译,法律出版社 2002 年版,第 20 页。