

UN CONVENTION AGAINST
CORRUPTION AND REAMENDMENT TO CHINA'S
CRIMINAL PROCEDURE LAW

「联合国反腐败公约」 与我国刑事诉讼法 再修改

陈光中 主编



中国人民公安大学出版社

《联合国反腐败公约》 与我国刑事诉讼法再修改

主 编 / 陈光中

副主编 / 周国均

姚 莉

中国人民公安大学出版社

• 北 京 •

图书在版编目(CIP)数据

《联合国反腐败公约》与我国刑事诉讼法再修改/ 陈光中
主编. —北京:中国人民公安大学出版社, 2006. 1
ISBN 7-81109-262-X

I. 联... II. 陈... III. 联合国—廉政建设—国际公
约—关系—刑事诉讼法—研究—中国 IV. ①D997·9②
D924. 392. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2006)第 136048 号

《联合国反腐败公约》
与我国刑事诉讼法再修改

LIANHEGUO FANFUBAI GONGYUE
YU WOGUO XINGSHI SUSONGFA ZAIXIUGAI

陈光中 主编

出版发行:中国人民公安大学出版社
地 址:北京市西城区木樨地南里
邮政编码:100038
经 销:新华书店
印 刷:北京蓝空印刷厂

版 次:2006 年 1 月第 1 版
印 次:2006 年 1 月第 1 次
印 张:24
开 本:787 毫米×1092 毫米 1/16
字 数:391 千字
印 数:0001~2000 册

ISBN 7-81109-262-X/D·255
定 价:58.00 元

本社图书出现印装质量问题,由发行部负责调换
联系电话:(010)83903254
版权所有 翻印必究

E-mail: cpep@public. bta. net. cn
www. jgclub. com. cn

前 言

2005年10月27日,第十届全国人民代表大会常务委员会第十八次会议通过决定:“批准于2003年10月31日第五十八届联合国大会上通过的《联合国反腐败公约》,同时声明:中华人民共和国不受《联合国反腐败公约》第66条第2款的约束。”为了配合我国立法机关批准《联合国反腐败公约》以及批准后如何修改我国刑事诉讼法,以使与该《联合国反腐败公约》的某些规定相协调,2005年8月22日~23日,由中国诉讼法学研究会刑事诉讼学专业委员和中国政法大学刑事法律研究中心联合主办,中南财经政法大学承办的“《联合国反腐败公约》与我国刑事诉讼法再修改”研讨会在湖北省武汉召开。来自中国政法大学、中国人民大学、中南财经政法大学、中山大学、安徽大学、上海交通大学、南京师范大学、浙江工业大学、浙江工商大学、中国人民公安大学、湖北警官学院、山西警官高等专科学校等十余所高校,以及最高人民检察院、湖北省人民检察院、北京市人民检察院、武汉中级人民法院、武昌区人民法院等实务部门和《中国法学》杂志社、人民

法院报社、检察日报社等新闻出版单位的近 40 余名代表出席了此次学术会议。会议围绕着我国签署加入的第 58 届联合国大会全体会议审议通过的《联合国反腐败公约》与我国刑事诉讼法再修改的关系展开了热烈的讨论，对于困扰世界各国，尤其是发展中国家日趋严重的腐败问题，各位代表积极进言，献计献策。

20 世纪中期以来，科学技术发展突飞猛进，世界经济日益发展，全球化的进程日渐加快。与此同时由于各种政治、经济、社会、伦理、传统等影响，世界范围内的贪污贿赂等腐败形势越来越严重，并明显趋向于跨国、跨地区化。正如《联合国反腐败公约》在《序言》中所指出的那样，腐败对社会稳定与安全造成了严重的威胁，“它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和法治。”“腐败已经不是局部问题，而是一种影响所有社会和经济的跨国现象”，因此，必须“开展国际合作和控制腐败”。为了“有效地预防和打击腐败”，必须“采取综合性的、多学科的办法。”正是基于上述时代背景和现状，2003 年 10 月 31 日第 58 届联合国大会通过了《联合国反腐败公约》，其内容一方面强调预防腐败犯罪，强化惩罚犯罪的力度，另一方面主张要遵守正当程序的基本原则。例如，《联合国反腐败公约》规定了较为宽泛的被追诉者的范围和比较强有力的侦查措施；规定了较为完备的侦查、起诉、审判和挽回经济损失等程序；还规定了各国政府、警察、检察审判机关之间相互进行有效的合作，等等。

我国正在研究和讨论再修改《刑事诉讼法》。在全国人大常

委会批准《联合国反腐败公约》后，如何借鉴、吸纳该《联合国反腐败公约》中的有关内容，是我国刑事法学界和司法实际部门的一件大事。为急国家所急，适形势要求之需，我们联合举办了这次“《联合国反腐败公约》与我国刑事诉讼法再修改”研讨会。

参加此次会议的专家代表共提交了学术论文 25 篇（约 31 万字），其中，综合研究我国《刑事诉讼法》与《联合国反腐败公约》关系的 10 篇；研究我国《刑事诉讼法》与《联合国反腐败公约》程序关系的 10 篇；研究我国《刑事诉讼法》与《联合国反腐败公约》的证据制度关系的 5 篇。研究的着重点是我国《刑事诉讼法》与《联合国反腐败公约》有关规定（当然不包括声明保留的内容）如何衔接或趋同。本书就是这些论文的汇编。

对这次研讨会情况，我们还请了几位参会代表和记者写了“《联合国反腐败公约》与我国刑事诉讼法再修改研讨会”的综述或报道，与《联合国反腐败公约》原文一并附在本书的论文之后，以便读者参阅。

此次研讨会得到了中南财经政法大学的大力帮助和美国福特基金会的资助，在此特表示衷心感谢！

陈光中 周国均 姚 莉

2005 年 11 月 8 日

目 录

上编 综合研究

- 《联合国反腐败公约》中预防理念的解析(程荣斌 陶 杨)..... 3
- 《联合国反腐败公约》与我国《刑事诉讼法》再修改
(陈光中 胡 铭) 13
- 履行《联合国反腐败公约》义务与我国刑事诉讼制度之完善
——兼论检察权在诉讼制度中的配置与完善(徐汉明等) 31
- 从法律冲突的因素考察:追诉跨国(境)贪污贿赂犯罪的几个问题(陈 东) 51
- 人权视野下:特别刑事程序法研究论纲
——惩治腐败与保障人权二元价值分析(张 旭) 61
- 彰显程序价值 提高反腐效能
——《联合国反腐败公约》对我国刑事诉讼法修改的启示
(姚 莉 邱 飞) 77
- 《刑事诉讼法》与《联合国反腐败公约》协调的若干问题探讨
(樊学勇 林铁军) 89

鼓励合作:提升刑事司法效率的重要途径

——《联合国反腐败公约》第37条内容的启示(李建明) 101

启示与调整:《联合国反腐败公约》与我国的刑事诉讼程序

(詹建红)..... 110

以加入《联合国反腐败公约》为契机再修改刑事诉讼法

(周国均)..... 117

中编 刑事诉讼程序研究

论我国刑事诉讼法对《联合国反腐败公约》“特工行动”的借鉴

与吸收(黄 豹)..... 125

论控制下交付在反腐败案件中的应用(陈晓辉)..... 137

构建我国对外逃贪官缺席审判制度的研讨(刘根菊 李秀娟)..... 146

《联合国反腐败公约》与我国刑事被告人缺席审判制度的改进

(严本道 刘加良)..... 166

论刑事诉讼中的缺席审判制度

——以《联合国反腐败公约》资产返还机制为视角(郭小燕)

..... 175

携款外逃案资产追回机制探析

——以《联合国反腐败公约》为研究视角(吴高庆)..... 182

从《联合国反腐败公约》看建立我国的刑事缺席追诉制度

(王圣扬)..... 192

刑事附带民事诉讼制度存在的问题及其解决办法

(殷 磊 余立进)..... 201

论刑事附带民事诉讼制度的独立

——以《联合国反腐败公约》为视角(宋 丹)..... 220

惩治外逃贪官程序立法问题研究(王 艳)..... 228

下编 刑事诉讼证据研究

试论《联合国反腐败公约》对我国刑事诉讼证据制度的要求

(李玉萍)..... 243

《联合国反腐败公约》与证人保护制度(胡小平 叶晓欣)..... 255

贪污贿赂案件污点证人诉讼地位与权利保护研究

——以《联合国反腐败公约》为视角(周国均 刘 蕾)..... 260

论构建我国“污点证人”制度

——《联合国反腐败公约》第37条之评介(姚 莉 郭倍倍)

..... 284

《联合国反腐败公约》第21条的规定与我国相关规定之较评

(朱立恒)..... 297

附 录

附一:

(一)“《联合国反腐败公约》与我国《刑事诉讼法》再修改研

讨会”综述(陈光中 周国均 姚 莉 郭倍倍)..... 307

(二)《联合国反腐败公约》与我国刑事诉讼制度构建

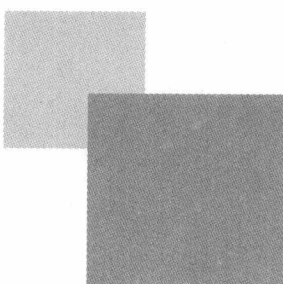
(周国均 姚 莉 倪爱静)..... 319

(三)《联合国反腐败公约》与我国刑事诉讼法修改

(宁 杰)..... 326

附二:

联合国反腐败公约..... 333



上 编

综合研究



《联合国反腐败公约》中预防理念的解析

程荣斌^① 陶 杨^②

腐败是人类社会经济和政治生活中的一颗毒瘤,它危害国家稳定,损害社会正义,严重威胁社会安定和可持续发展。而近年来随着经济全球化进程不断推进,腐败犯罪也逐渐成为全球性的问题。有鉴于此,各国在预防和惩治腐败犯罪方面达成了许多共识,《联合国反腐败公约》(Anti-Corruption Convention)就是其中一项重要成果。该公约是联合国历史上通过的第一个用于指导国际反腐败斗争的法律文件,是国际反腐败斗争史上的一个里程碑。《联合国反腐败公约》的制定倡导了治理腐败的科学理念,为国际社会反腐败提供了一套统一而科学的策略与行为准则。综观整个《联合国反腐败公约》,贯穿其中的一个最基本的理念则是注重腐败预防。在本文中,我们对《联合国反腐败公约》中所体现的预防理念进行解析。

一、《联合国反腐败公约》所体现的腐败预防理念

《联合国反腐败公约》制定的背景是腐败犯罪日益呈现出跨国化、有组织化的趋向,尤其是跨国转移赃款、跨国洗钱、腐败分子潜逃出境等情况大量发生,成了各国反腐败的一大障碍。在这种困境之下,许多国家都感觉到了加强反腐败领域国际合作的重要性,希望能调动全球各国的力量,有效地预防和惩治腐败犯罪。它是继《联合国打击跨国有组织犯罪公约》生效之后又一刑事司法领域国际合作的重要条约。《联合国反腐败公约》凝聚了全球反腐败的最新理念和合作机制方面的经验,是各成员国在对本国反腐败经验的总结和对他国有益经验的借鉴的基础上达成共识而通过的,其基本内容可以视为全球在反腐败领域最为重要的总结与行动指南。

① 中国人民大学法学院教授、博士生导师。

② 中国人民大学法学院博士研究生。

《联合国反腐败公约》在内容上除序言外共分8章，体系较为完整，基本覆盖了反腐败斗争的各个方面，其中不乏一些具有新颖性的亮点。如资产的追回与返还机制。虽然整个《联合国反腐败公约》从表面来看，主要涉及的是反腐败的国际合作及如何有效地惩治腐败犯罪等方面，但是通观整个《联合国反腐败公约》，贯穿该《联合国反腐败公约》的最为核心的理念并不在于强调对腐败的惩治，而当属预防腐败，即强调用立法、司法、行政等多学科、多层次、多领域手段综合预防腐败犯罪。

《联合国反腐败公约》构建出了一套完备的系统化的腐败预防体系，除在总则第一条宗旨声明中提出预防腐败的基本原则之外，还以第二章专门为预防腐败的措施作了系统的规定，包括：制定、执行和坚持有效的预防性反腐败政策和做法，设立预防性反腐败机构，加强对公务员和非选举产生的公职人员的管理，制定体现廉正、诚实和尽责的公职人员行为守则，规范公共采购和公共财政管理，提高公共行政的透明度，发挥审判和检察机关在反腐败方面的特殊作用及预防司法人员腐败，加强对私营部门尤其是其商业活动的监管，推动社会参与反腐败，加强金融监管防止洗钱等。总共涉及了第二章中第5条至第14条共10个条款。从该章规定来看，《联合国反腐败公约》所规定的预防腐败措施已经基本涵盖了国际社会在预防腐败方面一些切实可行的经验。单从第二章条文的数量上来看，这些条款占到了整个条文的1/7左右。此外，《联合国反腐败公约》在第五章“资产的追回”第52条对犯罪所得的转移特别制订了预防和监测措施。由此可见，《联合国反腐败公约》对腐败预防这一战略给予了特别关注。

从《联合国反腐败公约》的内容来看，第二章规定的综合性预防腐败战略主要是从犯罪学中犯罪预防理论的角度来讲的，是标准意义上的“防患于未然型”的预防战略，侧重的是制度层面的防腐，是想从源头上遏制腐败的发生。

同时，《联合国反腐败公约》中所体现出来的预防理念除了集中体现在第二章中外，还贯穿于整个公约之中，成为一条基本理念线索，指导国际社会的反腐败斗争。其他的预防措施主要体现的是刑法学上刑罚的一般预防的效果，即通过严格而高效的执法活动，通过刑罚的威慑力，树立法律的权威性和严肃性，遏制侥幸心理的萌生。为此《联合国反腐败公约》确认了鼓励举报、建立证人保护制度，为便利侦查机关行使职权而赋予侦

查机关采取特殊侦查手段,扩大国际执法合作的范围,引渡、资产追回及技术援助和信息交流等一系列制度,其中最核心的则是要便利成员国在惩治腐败犯罪活动中的国际合作,扩大打击的效果。以此来构建起全球合作打击腐败的网络,从而试图克服腐败分子在东窗事发后携款逃往国外“天堂”,而使各国法律威慑力大打折扣的问题。腐败无国界,而执法有国界。虽然在惩治腐败的国际合作中难免会遇到由于管辖而带来的各种不便,但是我们不得不承认《联合国反腐败公约》在打击跨国界腐败,消除国界给执法带来的壁垒方面迈出了一大步,其腐败预防的效果也是显而易见的。

以上不难看出,《联合国反腐败公约》在整个内容上的核心理念是注重对腐败的预防工作,整个《联合国反腐败公约》可以说是指导各成员国预防腐败工作的指南。《联合国反腐败公约》所确定的预防战略并非仅仅从某一学科、某一方面来考虑,而是一种综合性的、调动各方面积极性的预防战略。为保障预防腐败战略的顺利实施,《联合国反腐败公约》要求缔约国从人力、物力等资源上予以充分保障,具体而言:一是强调在对腐败犯罪有效惩治的基础上,坚持多学科、广领域的综合预防战略;二是预防腐败战略实行政府主导性和社会参与的相互促进;三是坚持成员国依法独立开展反腐败的同时加强预防腐败领域的国际合作,通过国际合作来弥补一些制度和法律中的漏洞,以预防腐败分子钻法律的空隙;四是坚持对腐败犯罪行为的惩治与预防并重的战略指导。

二、腐败预防与腐败惩治的辩证关系

在一些人看来,《联合国反腐败公约》主要是为惩治外逃贪官和资金外流,加强国际合作而诞生的。而我们认为这种看法可能对《联合国反腐败公约》有些误解,稍显片面。《联合国反腐败公约》尽管是为了加强反腐败的国际合作而诞生,但是其着眼点更重要的是在预防腐败,而非仅在惩治腐败。《联合国反腐败公约》何以对预防腐败如此重视,这就不得不从腐败预防与腐败惩治二者的辩证关系说起。

腐败现象作为公共权力异化的结果,是对权力的滥用和对职责的亵渎,在任何一个国家的任何一个历史时期都是客观存在的,这是对腐败现象本质的一个基本命题与共识。美国学者亨廷顿认为,“腐败程度与社会

和经济现代化的发展速度有着密切的关联。”^① 在社会分工日益扩大化与经济迅猛发展的今天，腐败像社会瘟疫一样快速蔓延，已经严重地侵蚀各国的政治、经济和文化，激化社会矛盾，影响社会稳定，如若放任其发展下去，各国的经济发展将受到阻滞，构建和谐社会的理想将付诸东流。有鉴于此，国际社会均对腐败的发展趋势予以密切关注，各国以本国国情为基点提出了许多治理腐败的措施。这些措施由于各国之间存在着不同的政治、经济和文化背景，腐败现象存在着差异，各国在治理腐败的具体措施上也可能出现差异。但是这些措施无疑都是综合性的，对腐败的预防与惩治都给予了应有的重视。

目前，许多国家在反腐败斗争的战略侧重点上有一个明显的趋势，即从侧重惩治腐败转向侧重预防腐败。甚至一些国家和地区还专门制定了一些预防腐败的法律法规。如英国制定《防止贿赂法》、新加坡有《防止贪污法》、我国香港颁布“防止贪污条例”等。法国还建立了全世界唯一的预防腐败机构即预防贪污腐败中心。出现这种战略转向的原因主要是在于这些国家都注意到了仅仅依靠严刑峻法并不能达到遏制腐败的长远目标，顶多只能作为一种运动式的腐败清理措施，如果不能从源头上找到腐败产生的原因，并据此采取措施断绝腐败产生的源头，则仍会出现“前腐后继”的现象。如每年“透明国际”组织公布的廉洁指数最靠前的芬兰、新西兰也不是靠严酷的刑罚来达到对腐败分子的威慑力的，而是通过科学合理的体制来达到预防腐败的目的。“透明国际”还曾指出，有一种观念在中国反腐败事业中很流行，即“乱世用重典”，不少领导干部和老百姓都认为，惩治腐败分子时刑罚越高越好，死刑也在所不惜，像成克杰、胡长清这样的高官，“不杀不足以平民愤”。^② 这都不能不使我们对以前相当长一段时间以来的重事后对腐败分子惩罚的反腐战略进行反思。在这种反思中，我国党和政府也越来越意识到反腐败斗争必须是一场综合治理运动。特别是在今年年初发布了《建立健全教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系实施纲要》提出了要坚持标本兼治、综合治理、惩防并举、注重预防的方针，抓紧建立健全与社会主义市场经济体制相适应的教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系。这也表明了党和政府已经认识到了

① 塞缪尔·P·亨廷顿：《变化社会中的政治秩序》，上海译文出版社1989年版，第64页。

② 熊培云：《反腐：来自透明国际的劝诫》，载《南风窗》2004年6月下旬。

预防腐败战略上的重要性, 提倡“打防并重”的反腐战略。

从惩治腐败与预防腐败的关系上来看, 广义上的惩治腐败方略包括了腐败预防, 即包括了事前预防和事后处罚。而狭义上的惩治腐败, 从字面上来解释则仅指对腐败分子的事后处罚机制。在本文当中是取其狭义。惩治腐败与预防腐败的共同之处在于二者的共同目的都在于减少和遏制腐败。惩治腐败主要是通过各种处罚机制来惩治已然腐败的行为责任人, 当然事后惩罚机制也能起到预防腐败主体再次实施腐败行为的效应。惩治有力, 能增强教育的说服力、制度的约束力和监督的威慑力, 达到预防腐败的效果。预防腐败则主要是将事前防患未然的腐败动机转化为腐败行为, 防止腐败的产生。从这一点来看二者在功能上有互补性, 套用传统《刑法学》理论, 对腐败行为的处罚具有特殊预防与一般预防两种功能。处罚腐败行为不仅具有惩治已然行为的功能, 还可通过威慑力来防患未然腐败行为, 这即为一般预防, 针对的对象主要是社会上的其他人, 主要是那些不稳定分子, 产生阻止其犯罪的作用。“惩前毖后, 治病救人”讲的就是这个道理。一般预防的对象包括了社会一般的守法公民, 影响范围较广, 无疑也扩大了惩治措施的效应, 但是就一些历史经验来看, 惩治措施仅仅是治标的措施, 只有预防才是治本之举。惩治腐败在许多情况下是一种被动性的时紧时松的运动式的治理措施, 而腐败预防战略则可未雨绸缪, 防患于未然, 通过分析腐败发生的规律, 总结经验教训, 针对可能出现的腐败现象, 提前制定相应的防范措施, 以达到防止、遏制和减少腐败发生的目的。从某种角度来说, 我们目前所提的制度反腐战略在很大程度上就指的是预防腐败方略。腐败预防方略是一项复杂的系统工作, 是全社会的共同职责, 一般认为至少应从三个方面入手: 一是要从思想上强化教育, 发挥教育的基础作用, 使党员干部不想腐败; 二是通过对易生腐败的行业、人员在制度上构建严密的制度壁垒, 健全制度, 缩小腐败存在的空间, 使其不能腐败; 三是加强法律监督, 一旦腐败行为实施, 即使其倾家荡产, 声败名裂, 受到严厉的法律制裁, 而形成严密的监督系统网络使其不敢腐败。相较于惩治措施而言, 可能预防腐败的措施效果并不是立竿见影的, 但是却具有持久性效应。同时相较于事后的惩罚机制而言, 预防腐败的措施在腐败还未造成损失与恶劣后果的情况下实施, 节省了损害成本。即使短期内对预防方略投入较多, 但从长远来看, 相比任由腐败丛生造成的损失及惩治腐败所需要的集中性的资源来看, 仍是一项更经济的措施。而

且，惩治腐败的战略是被动性的，像割韭菜一样割了一茬，又长一茬，不能从根本上解决问题。在经过一段时期运动式的腐败惩治活动后，腐败又会重生。而预防腐败的战略则是主动性的，是主动出击。从思想上、制度上形成完善的预防腐败体系，是长期有效的战略。

由此可见，预防腐败的战略在反腐败斗争的综合体系当中占有极其重要的地位，必须提升到治理腐败的基本理念上来，将其作为腐败的治本性措施，既要重视对腐败行为的惩治，更要注重腐败预防，形成完善的腐败综合治理体系。

三、我国需要完善的腐败预防措施

《联合国反腐败公约》的诞生为世界各国的反腐败斗争以及在反腐败领域的国际合作提供了国际法保证，必将大大改善反腐斗争的国际环境，然而我们却不能就此想当然地认为我国的反腐斗争从此就会一帆风顺。国际法上的权利与义务是对等的，成员国并不享有只请求他国怎么做的权利，自身还必须在制度上落实《联合国反腐败公约》所规定的成员国的义务，只有这样才能得到其他成员国在打击腐败活动中的配合。同时《联合国反腐败公约》所提出的许多预防腐败的建议，虽然并不具有直接的强制性，但是这些建议都是各国在预防与惩治腐败方面的有益经验的总结，也是值得我们借鉴的。因此，我们可以说，《联合国反腐败公约》仅仅为预防和惩治腐败的国际合作提供了一个平台，真正要付诸实施，构建预防机制或制度的任务则主要落在各个国家的身上。落实这一公约的任务主要是结合本国司法实践，借鉴《联合国反腐败公约》改革本国法中不合理条款，促使其与《联合国反腐败公约》的协调。

我国目前反腐败的战略重点已经转移到标本兼治上，加大了治本的力度。现行法律与体制在宗旨及指导精神上与《联合国反腐败公约》也基本一致，但是仍存在诸多具体制度上的协调性问题，腐败预防的效果并不理想。不仅腐败预防的体系还十分不完善，执法效果也不理想。由于某些腐败预防机制的不完善甚至缺失，滋长了腐败分子“捞一把就跑、跑出去就了”的侥幸心理。据公安部提供的资料，到2004年年底，中国外逃出境的经济犯罪嫌疑人（其中多为贪官）尚有500多人，涉案金额高达700亿