

 郑州大学嵩阳法学文库



《联合国反腐败公约》下 我国职务犯罪追赃 机制研究



张阳 著



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

中国刑事法学研究前沿

《联合国反腐败公约》下 我国职务犯罪追赃 机制研究

张明 著



中国政法大学出版社
CHINA UNIVERSITY OF POLITICAL SCIENCE AND LAW PRESS

本书为中宣部“四个一批”人才项目
“城市、国家的国际化与法律准备”的阶段性成果



《联合国反腐败公约》下 我国职务犯罪追赃 机制研究

张阳 著



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》下我国职务犯罪追赃机制研究 /
张阳著. -- 北京: 法律出版社, 2017
(郑州大学嵩阳法学文库)
ISBN 978 - 7 - 5197 - 1839 - 8

I. ①联… II. ①张… III. ①职务犯罪—研究—中国
IV. ①D924.393.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2017)第 316933 号

郑州大学嵩
阳法学文库

《联合国反腐败公约》下我国职务犯罪
追赃机制研究
〈LIANHEGUO FANFUBAI GONGYUE〉XIA
WOGUO ZHIWU FANZUI ZHUIZANG
JIZHI YANJIU

张 阳 著

策划编辑 李峰沅
责任编辑 李峰沅
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 北京京华虎彩印刷有限公司
责任校对 杨昆玲
责任印制 陶 松

编辑统筹 学术·对外出版分社
开本 A5
印张 9
字数 215 千
版本 2017 年 11 月第 1 版
印次 2017 年 11 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)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

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、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

重庆分公司/023-67453036

深圳分公司/0755-83072995

西安分公司/029-85330678

上海分公司/021-62071639/1636

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 1839 - 8

定价:43.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)



郑州大学嵩阳法学文库

嵩阳法学文库编委会

编委会主任：沈开举

编委会副主任：马松建 王玉辉

委员：苗连营 刘德法 梁凤荣 张德芬 杨红军

张玫瑰 张嘉军 吕明瑜 王建国 王立志

郭德香 申惠文 马 冉 吴喜梅 陈 冬

行政秘书：张 翔

序

于志刚*

张阳教授在攻读博士学位期间,就将赃物犯罪作为自己的研究方向,颇有心得,形成了高质量的博士学位论文,出版后成为她自己的第一部学术专著《赃物犯罪纲要》,也在此基础上发表了多篇学术成果。学术研究贵在积累和保持持续性、加深性研究,张阳教授对赃物犯罪的学术关注和研究投入持续至今,在取得博士学位后,对赃物犯罪的关注在视野上不断拓宽,在研究层次上日益提升,坚持系统化的思考。后来,以赃物犯罪为关注点,进入中国政法大学法学博士后流动站从事博士后研究。在博士后研究期间,对于赃物犯罪的思考再上一个台阶,作为她的博士后合作导师,我建议她进行赃物犯罪的国际化侧面研究,在该相关领域选择一个超出现有水平、具有更广阔视野的题目。最后,张阳教授决定以“《联合国反腐败公约》下我国职务犯罪追赃机制研究”为题,撰写博士后

* 中国政法大学副校长,教育部长江学者特聘教授。

出站报告。

在张阳教授以此为题开展研究之时,国家反腐败战略尚未提升到国际层面,“猎狐”行动尚未展开,研究资料和跨国追逃、追赃实践远不如当前成功和丰富。张阳教授以超前的眼光和敢于知难而上的学术勇气,完成了10余万字高质量的博士后研究报告。出站后,在进一步丰富和完善相关内容的基础上,作为本书出版。本书的思考重点是国家在进行职务犯罪跨国追赃过程中刑事法律体系的理性建构,即从怎样调整立法体系、规范构成要件等方面完善职务犯罪追赃的刑事立法和司法,从而保证体系建构的正当性和合理性。

张阳教授的思考重点和思维逻辑是在“职务犯罪、赃款赃物、跨国追回”三相联动的前提下,尝试体系化的作业。首先,通过实证分析,建构了赃款赃物外流的现状,但绝不流于表面,而是依循世界各国的追赃实践,针对外流赃款赃物司法认定的疑难问题,从“查找”“确认”阶段——“控制”“固定”阶段,对于变异赃款赃物范围的界定、提炼存在样态、流向对认定的限制等方面深度动态解析,清理外流职务犯罪赃款赃物追查的障碍。其次,以静态视角,厘定犯罪所得数额与犯罪指向数额的界限,对于不同类型的、价格不明或价值难以确定的赃款赃物设计科学合理的计算方法与原则、对于共同犯罪中各共犯人犯罪数额的准确划分,实现职务犯罪的罪责刑相当。最后,从制度内容、规制模式等方面对《联合国反腐败公约》资产追回机制进行思考、借鉴。张阳教授的思考结论是,一方面通过探讨职务犯罪追赃的主体及职责划定、违法所得没收程序的细化与完善等问题,延续部门立法具体化范式,促进职务犯罪、赃款赃物、追缴与没收制度等刑事法律制度指导思想和立法技术完善,实现跨国追赃程序法与实体法的准确对接;另一方面剖析我国对有关国际公约、条约践行的成效与不足,从加强国际刑事司法合作角度

构建以刑法为基底、刑事诉讼法为保障、与国际法相衔接的职务犯罪跨国追赃机制。

本书突破针对职务犯罪跨国追赃困境提出具体解决方案和制度设计的平面、线性研究,遵循“研究对象的关联性→→界限的清晰性→→机制的整体性”的研究思路,搭建“实体法与程序法共济”“国内法与国际法同步”平台,最大化提升职务犯罪跨境追赃的效率。

应当指出,确认、追回外流赃款赃物、固定职务犯罪事实,是定罪量刑的重要条件。同时,剥夺犯罪既得利益、瓦解其经济基础,既能有力惩罚职务犯罪,又能震慑潜在腐败分子。而对于追缴困境的破解,一方面有利于最大化挽回国家经济损失,另一方面打压腐败分子生存空间,以具体行动体现中国零容忍态度惩治腐败的决心,切实履行《联合国反腐败公约》签署承诺。全书一气呵成,内容搭建浑然一体,基于立法和司法两个层面对职务犯罪外流赃物进行法治化追缴,有益于在赃物追缴问题上刑法机能的全面实现。

在这本书即将出版之际,作为导师,我对张阳教授充满认可和期待,她是我极为满意的学生。张阳是一个充满智慧、性格温和、秀外慧中的人,从工作到生活,向上向善是她最大的特点;同时,一直努力工作和生活,在站期间,刻苦学习外语,努力实现学术研究的国际化和研究能力的海外提升,克服诸多困难,到美国福特汉姆大学作为访问学者进行了为期一年的学习研究,殊为不易。她的学术努力和研究关注点也得到了肯定和重视,博士后研究报告作为中国博士后基金面上项目得以立项和资助,充分说明了研究项目的受认可度和她研究能力的受认可度。对于张阳,我的期望很多,也相信她一定能够取得诸多成绩,但我最大的希望是,她能够沉得下性子、耐得住干扰,一直坚持学术理想、始终充满学术激情、充分释放学术潜力,能够登上一个又一个学术高

峰,在学术道路上不断成长、成熟,在关注和助力国家法治战略实现上成就自己;我也相信,张阳教授在长期以自己的善良和谦虚惯于为学术前辈和同人鼓掌的同时,她自己也一定会迎来学术同人越来越多的鲜花和掌声。

是为序。

2017年12月21日

目 录

第一章 赃款赃物外流现状解构	001
第一节 腐败资产跨境转移现状	001
一、大陆地区腐败资产跨境转移	002
二、港澳台地区腐败资产跨境转移	012
（一）香港地区腐败资产跨境转移	012
（二）澳门地区腐败资产跨境转移	014
（三）台湾地区腐败资产跨境转移	015
三、世界范围内的腐败资产跨境转移案件	016
（一）马科斯案件	016
（二）阿巴查案件	017
第二节 职务犯罪赃款外流轨迹	018
一、职务犯罪资金外流的方式	018
（一）直接走私现金	019
（二）利用地下钱庄，转移腐败资产	020
（三）虚瞒进出口	021
（四）假造进、出口贸易订单	022
（五）虚报外商投资	022
（六）利用合法的金融工具和手段	023
（七）注册离岸公司	024
（八）利用投资形式	025

(九)通过境外的特定关系人转移资金 026

(十)直接在境外受贿 026

二、职务犯罪资金外流的去向规律 027

第三节 外流赃款赃物追查障碍 031

一、我国刑法规定的赃物范围狭窄 032

(一)腐败的概念 032

(二)腐败犯罪的概念 032

(三)犯罪所得与犯罪收益 034

(四)犯罪工具与犯罪所得之物 036

二、腐败犯罪所得的存在样态障碍 037

(一)新型犯罪所得形式的出现 037

(二)个人存款的查证困境 038

(三)资金被隐匿,难以被发现 041

(四)赃款赃物变现技术性困境 043

三、占有形态变更导致追缴障碍 044

四、腐败犯罪所得流向全球性,造成追缴困境 047

(一)与赃款赃物流入国之间法系不同 049

(二)程序复杂,财力、人力消耗大 050

(三)证人出境作证的困境 051

(四)签订司法协助条约数量少 052

(五)离岸公司不在监控范围内 053

第二章 职务犯罪立法对追赃的制约 055

第一节 我国职务犯罪的立法现状 055

一、我国职务犯罪的范围界定 055

二、我国职务犯罪的立法 057

(一)我国职务犯罪的立法特点	057
(二)我国职务犯罪立法体系的具体规定	059
第二节 域外职务犯罪立法体系比较	061
一、《联合国反腐败公约》中职务犯罪的立法体系	062
二、职务犯罪违法所得主要流入国的职务犯罪立法体系	066
第三节 我国职务犯罪立法局限性分析	070
一、职务犯罪立法观念落后	070
二、职务犯罪立法技术不完备	071
三、职务犯罪的犯罪构成要件和罪名设置存在缺陷	072
四、刑罚种类和内容难以与国际衔接	076
第四节 双重犯罪原则对国内职务犯罪立法的引导	077
一、双重犯罪原则的概述	077
(一)双重犯罪原则的概念	078
(二)双重犯罪原则的价值	080
二、双重犯罪原则的立法模式及判断标准	082
(一)双重犯罪原则的立法模式	082
(二)双重犯罪原则的判断标准	086
三、双重犯罪原则对职务犯罪立法的引导	089
(一)重视职务犯罪的预防观念、惩防并举	089
(二)提高职务犯罪的立法技术	090
(三)完善职务犯罪的犯罪构成要件和罪名设置	092
(四)健全职务犯罪的刑罚体系	094

第三章 刑事司法协助的行动逻辑 097

第一节 我国职务犯罪追赃刑事司法协助的现状与困境	098
一、职务犯罪追赃国际刑事司法协助的必要性	099

(一) 职务犯罪仅依靠国内打击已经变得相当困难	099
(二) 刑事司法协助在职务犯罪追赃中起很大作用	102
(三) 职务犯罪追赃需要各国求同存异展开刑事司法协助	103
二、我国职务犯罪追赃国际司法协助的现状	105
(一) 积极加入与打击职务犯罪相关的国际条约	107
(二) 积极与相关国家缔结双边条约	109
(三) 努力完善国内职务犯罪相关立法	115
(四) 积极组织并参加国际打击职务犯罪的相关组织	117
(五) 积极同相关国家展开打击职务犯罪追赃的国际刑事司法协助	118
三、我国职务犯罪追赃的国际司法协助面临的困境	120
(一) 公约和条约存在的问题	120
(二) 立法方面存在的问题	121
(三) 公务员的财产申报制度亟待完善	123
(四) 资产分享制度亟待建立	124
第二节 国际刑事司法协助的资产追回机制	126
一、直接追回的措施	127
(一) 民事确权诉讼	127
(二) 民事侵权诉讼	131
(三) 民事确权诉讼与民事侵权诉讼的利弊	133
(四) 简易返还	134
二、通过没收事宜的国际合作追回资产的机制	136
(一) 请求资产所在国执行没收判决	136
(二) 刑事没收	137
(三) 民事没收	140
(四) 犯罪嫌疑人、被告人逃匿、死亡案件违法所得的没收程序	142
第三节 职务犯罪资产的返还与处分	143

一、资产返还与处分的依据和各国的实践 144

(一) 国际公约中关于资产的返还与处分相关的规定 144

(二) 各国关于资产追回与返还的司法实践 150

二、资产分享 152

(一) 各国对于资产分享的分歧 153

(二) 资产分享需满足的条件 154

三、我国资产分享制度的建构 155

(一) 我国对于资产分享的态度 156

(二) 资产分享方式的建构 157

(三) 资产分享范围的确定 158

(四) 资产分享的比例 158

(五) 资产分享的其他问题 159

第四章 职务犯罪跨国追赃的路径选择 160

第一节 《联合国反腐败公约》中的跨国追赃机制的确立 160

一、直接追回机制 161

二、间接追回机制 165

(一) 间接追回途径 166

(二) 间接追回的保障性措施 167

(三) 间接追回的国际合作 168

三、返还与处分机制 171

第二节 不同法系追赃机制比较 174

一、英美法系中跨国追赃机制的设置 174

(一) 美国的综合机制 175

(二) 英国的《犯罪收益法》 180

(三) 加拿大的刑事查封制度 182

(四) 澳大利亚的《2002 年犯罪收益追缴法》 183

(五) 新加坡的《没收贪污所得法》 186

二、大陆法系中跨国追赃机制的设置 188

(一) 德国的刑事没收制度 188

(二) 法国相关制度的设置 189

(三) 日本的刑法规定 191

第三节 我国职务犯罪跨境追赃路径的选择 192

一、《联合国反腐败公约》的指引 192

(一) 注重资产追回 193

(二) 加强国际合作 194

(三) 注重利益平衡 194

(四) 更加注重灵活性 195

二、国外刑法体系的启示 196

(一) 应当明确赃物的法定含义,确定追赃的范围 196

(二) 规范赃物追缴的程序与制度并且严格执行 197

三、我国职务犯罪跨国追赃路径的选择 197

第五章 我国职务犯罪跨国追赃的机制建构 201

第一节 刑事追赃实体法的应对 204

一、贿赂犯罪立法体系的调整 204

(一) 转换重受贿轻行贿的立法思想 204

(二) 加强预防职务犯罪立法 206

(三) 选择合理的国际法向国内法转化模式 207

(四) 刑法条文与《联合国反腐败公约》联结 207

二、职务犯罪构成要件立法技术的完善 209

(一) 应把贿赂的范围增为“不正当好处” 209

(二) 不予限制控制受贿罪、行贿罪的主观目的 211

(三) 增加贿赂犯罪的实行行为 212

三、刑种与量刑标准设置的合理化建议 213

(一) 贿赂犯罪的刑罚适用与法定刑探讨 213

(二) 域外引渡案中灵活运用量刑承诺磋商机制 216

第二节 跨国追赃的程序法衔接 218

一、划定合理的职务犯罪追赃主体和职责分工 218

(一) 腐败犯罪具体被害人在境外提起民事诉讼 218

(二) 我国政府在境外提起民事诉讼 221

(三) 建立一个统一的全国性境外追赃领导体制 224

二、细化违法所得没收程序 225

(一) 完善刑事没收制度 225

(二) 加强善意第三人合法权利保护 229

(三) 返还与处分资产的制度 230

(四) 建立简易返还制度 232

(五) 设定与刑事追诉并行的民事诉讼追赃机制 235

(六) 转变资产跨境追缴中的传统观念 236

三、完善引渡罪犯的刑事诉讼程序 238

(一) 在国际方面对罪犯的引渡状况现状 238

(二) 《联合国反腐败公约》对司法引渡的规定 240

(三) 公约与我国立法差异的分析 246

(四) 我国引渡诉讼立法的完善 247

四、缺席审判制度的引入 251

(一) 因我国未设立刑事缺席审判制度而导致一些不足之处 251

(二) 我国的刑事缺席审判制度的构建 253

五、管辖权立法完善 256