

主办：浙江工业大学法学院 浙江工业大学法治浙江研究中心

浙江法治评论

Zhejiang Legal Review

于世忠 主编



厦门大学出版社 国家一级出版社
XIAMEN UNIVERSITY PRESS 全国百佳图书出版单位

第一卷

浙江法治评论

Zhejiang
Legal Review

第一卷

主 编：于世忠
副主编：石东坡
毛卫民
李永红
李 峰

编辑部学科编辑

单 勇 副教授

张友连 副教授

杜仪芳 博 士

粟 丹 博 士

陈利强 副教授

李 嘉 副教授

张 曙 副教授

图书在版编目(CIP)数据

浙江法治评论. 第1卷/于世忠主编. ——厦门:厦门大学出版社, 2010. 11
ISBN 978-7-5615-3748-0

I. ①浙… II. ①于… III. ①社会主义法制—中国—文集 IV. ①D920.0—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 223382 号

厦门大学出版社出版发行

(地址:厦门市软件园二期望海路 39 号 邮编:361008)

<http://www.xmupress.com>

xmup@public.xm.fj.cn

厦门集大印刷厂印刷

(地址:厦门市集美石鼓路 9 号 邮编:361021)

2010 年 11 月第 1 版 2010 年 11 月第 1 次印刷

开本:787×1092 1/16 印张:19.5 插页:3

字数:500 千字

定价:40.00 元

本书如有印装质量问题请直接寄承印厂调换

主 编 寄 语

为了推动学科建设和科研工作,浙江工业大学批准设立了以法学院为依托的法治浙江研究中心,作为校级人文社会科学研究机构。该中心设有浙江刑事法治、浙江行政法治、浙江经济法治和浙江农村法治等四个研究方向,团结和吸纳法学院内外刑事法学、宪法行政法学、民商、经济法学、理论法学、国际法学等有关专家学者,现有研究人员15人,其中教授4人,副教授11人,全部拥有博士或硕士学位。该中心突出浙江省特色,突出应用性特色,突出一体化特色,针对法治浙江建设进程中的重大理论问题和主要实践问题,综合运用调查研究、比较研究、历史研究等多种研究方法,兼顾基础理论研究并重点突出应用理论研究和应用对策研究,分析在经济政治社会文化发展基础上的先行法治发展和区域法制发展,提出关于法治浙江的新判断和新对策,推动和支持浙江省和谐社会法制建设,深化和丰富法治理论特别是法律运行机制理论,以及部门法学理论。学院将努力把该中心建设成为省内一流、国内有重要影响的区域或地方法制建设的研究中心,浙江省人文社会科学重点研究基地中具有应用型、服务型的重要法学研究基地。

为了保障法治浙江研究中心发挥应有功能,进一步推动法学学科发展中凝练科研方向、活跃科研氛围、孵化研究成果、服务法制建设,该中心将出版连续出版物《浙江法治评论》,并开设“法治浙江研究网”。《浙江法治评论》是该中心与法学院共同举办的学术年刊。作为对外学术交流的一个重要窗口,既要有学术性,又要有应用性。既要展示学院整体研究实力,刊发学院教师研究成果,特别是该中心立项课题成果,又要邀集学界名家,开放式地吸纳学界研究成果,增强学术认知和学术认同,不断扩大学术影响。衷心期待在法学界、法律界各位先贤的提携和校内外专家学者的共同努力下,《浙江法治评论》能够作为法学研究交流园地的一棵新苗茁壮成长!

目 录



主编寄语

专 稿

- 中国区际刑事司法互助若干问题探析…………… 张 旭(2)
利益冲突的危害性与防治对策…………… 董玉庭 陈建旭(9)

地方法治

- 浙江经济法规建设规划思路研究…………… 陈柳裕(16)
SA 8000 标准对浙江外贸的影响与对策研究…………… 黄伟锋(44)
法社会学视野中的“农嫁女”土地权益问题研究…………… 李永红 韩 舒 黄金钟(57)
城市化进程中失地农民的就业与社会保障问题
——以浙江省杭州市骆家庄城中村改造为例…………… 杨燮蛟(66)

法学专论

- 清末以来我国监狱类图书的概况、特征及其认识…………… 郭 明(78)
林权争议中的物权请求权问题研究…………… 周伯煌 李冬勤(89)
国际环境条约履约机制研究…………… 朱鹏飞(95)
论《劳动合同法》中的诚信原则…………… 张友连(101)
票据代理中的隐名代理与代行制度研究…………… 侯银萍(106)
著作权侵权责任归责原则研究…………… 何 悦 王冬明(111)
正当行政程序原则的渊源考察…………… 金亮新(119)

刑事法治

特定关系人共同受贿问题研究·····	庄建南	沈雪中等(128)
由“宽严相济”到“稳中趋宽”		
——中国刑事政策的现实选择·····	房绪兴	(137)
宽严相济刑事司法政策与检察工作·····	陈慧	(143)
“严打”刑事政策思考·····	余小永	(151)
家庭暴力受害妇女杀夫的刑事责任探析·····	季理华	王冬明(162)
试论职务犯罪侦查工作中的“以人为本”·····	徐荷生	(170)
变更、追加刑事抗诉制度思考·····	张利兆	(178)
浅议刑事证据开示制度·····	潘万贵	徐婉飞(186)
关于刑讯逼供罪司法认定的思考·····	洪玲华	徐 晗(191)
恶意欠薪问题的刑法规制·····	谢雁湖	陈昌锋(197)

法律实务

权利义务的重置 定纷止争的调和		
——审判权的阐释·····	王 晓	(206)
对公民精神权益的体认与保护		
——对《国家赔偿法》修订的精神损害条款的解读和比较·····	陈 娟	张杨清(215)
建设工程领域高度危险作业侵权责任认定研究·····	何 兴	(221)
不诚实诉讼若干问题研究·····	潘教平	徐 纛(226)
运用刑事政策办理贪污贿赂案件的思考与实践·····	陈长青	王宗华(233)
刑事和解制度应重视本土化冲突问题·····	虞 彪	陈 挺(238)
人民监督员制度探微·····	程兰生	张彩萍(246)
检察机关职务犯罪审查决定逮捕权上提一级面临的难题及应对·····	卢岩修	张洪峰(252)
浅谈心理限制在职务犯罪侦查工作中的运用·····	颜 开	谢玲琴(259)
中国刑事辩护律师的昨天、今天和明天·····	徐宗新	(264)
律师法修改对反贪侦查的挑战及对策·····	池桂宁	(273)

法学教育

论法学教育的实践导向·····	于世忠	(282)
法学本科毕业实习环节的教改研究·····	于晓青	朱秀娟(290)
解读法学本科教育的应试化趋势·····	单 勇	侯银萍(298)
征稿函·····		(305)



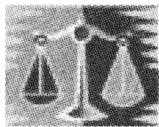
专

稿



中国区际刑事司法协助若干问题探析

张 旭*



中国区际刑事司法协助是指在“一国两制”原则下,内地、香港、澳门和台湾四个不同法域之间在刑事事务方面通过代为一定的司法行为而相互给予支持、便利和协助的活动。随着港澳与内地、大陆与台湾人员经贸往来的密切与频繁,跨地区刑事案件也呈现出趋重和蔓延的态势。这种客观情势也呼唤着各方进一步加强合作,不断增强打击跨地区犯罪的能力。而我国现有的“一国、两制、三法系、四法域”的法律格局,使得区际刑事司法协助成为瞩目的热点。很显然,区际刑事司法协助运行的实际状况如何,直接影响着跨地区犯罪的打击效果。区际刑事司法协助涉及多层面、多方面的问题,本文仅就中国区际刑事司法协助中几个主要问题谈谈自己的想法。

一、中国区际刑事司法协助模式问题

在“一国两制”背景下运行的中国区际刑事司法协助与国际刑事司法协助有很多的相似之处,如都是在刑事事务上相互给予支持和帮助;但两者也有明显的差异,如内地与港、澳的区际刑事司法协助是在同一主权国家内部不同法域之间的刑事互助,不受主权因素的影响;两者的执行主体和运行程序也存在差别。基于中国区际刑事司法协助的特殊性,中国区际刑事司法协助中存在的问题亦有不同于国际刑事司法协助的特殊性。由于中国区际刑事司法协助模式直接影响互助的展开和成效,因此,中国区际刑事司法协助模式是首先需要研究而且必须加以研究的问题。

(一)关于中国区际刑事司法协助模式的不同主张

近年来,学界对中国区际刑事司法协助的模式进行了广泛的探讨,形成了几种具有代表性的观点:

* 张旭,吉林大学法学院教授,法学博士,博士研究生指导教师。

1. 中央统一立法模式

所谓中央统一立法模式,是指由中央立法机关根据本国情况,制定统一的相关法律,以此来协调本国国内不同法域之间的区际司法协助问题。从有关国家的实践来看,该种模式适用较广,如英国、苏联、加拿大、瑞士等都采用该种模式协调本国的区际司法协助。

2. 签订区际协议模式

该模式认为,中国的区际刑事司法互助应当由各个法域之间相互签订区际司法协助协议来进行。对该模式学者间有三种不同看法:第一,窗口协议模式,即内地作为一个独立的法域,可先由有权机关指定其中某个区域,与港、澳签订互助协议,其效力包括内地其他地区。第二,分片模式,即内地作为一个独立的法域,可先与港、澳签订互助协议,然后将内地各省市分为4~5个片,每片指定一个高级人民法院作为中心机关,负责本片的区际司法互助事务。^①第三,委员会模式,即内地与港、澳分别成立区际司法协助委员会,各法域间的司法互助由这种具有代表性的综合性机构进行。^②

3. 示范法模式

有学者主张可以由一个全国各法域公认的、有权威性的研究机构或类似机构,先制定一项关于各法域之间进行区际司法互助的“示范法”并广泛征求意见,意在免除各法域之间谈判、协商、签约等烦琐环节。

(二)中国区际刑事司法互助模式的分析

学界虽对中国区际刑事司法互助的模式作过热烈的探讨,提出过各种模式,但这些模式在某些方面均存在着某些不足,并受到了一定程度的批判。

我们认为,中国区际刑事司法互助的模式必须能够满足中国内地与港、澳地区刑事互助惩治犯罪的现实需要,能够较好地体现“一国两制”的基本精神,能够使中国内地与港、澳地区不同的法律制度、法律规则相互协调。而理论中提出来的各种模式均在不同程度上违背了这一标准。

中央统一立法模式要求中央统一制定相关法律,以此来协调不同区际之间的刑事司法互助问题。该种模式直接违反了中国区际刑事司法互助“一国两制”的基本原则。根据我国宪法与港、澳特别行政区基本法的规定,除涉及国防、外交方面的事务由中央统一管理外,香港、澳门对域内的其他事物的管理享有高度的自主权。区际刑事司法互助应属于特别行政区自治范围内的事务,香港、澳门与内地作为各自独立的法域,它们之间的法律地位是完全平等的。因此,当需要进行区际刑事司法互助时,只能够通过平等协商的方式解决问题。

学界较为认可的签订区际司法协助协议模式,即中国的区际刑事司法协助应当由各法域之间相互签订区际刑事司法协助协议,并依据该协议开展区际刑事司法协助。学界就签订协议的方式主要提出了“窗口协议模式”、“分片模式”及“委员会模式”这三种观点。^③而这三种观点也存在一定的不足之处。首先,“窗口协议模式”的可行性不足。该模式认为,中国内地可先制定其中某个地方行政区域如广东省为代表,与港、澳签订区际司法协助协议,其效力包括

① 黄进、黄风主编:《区际司法协助研究》,中国政法大学出版社1993年版,第49、188页。

② 赵国强:《两地区际刑事司法协助之展望》,载赵秉志主编:《中国内地与澳门刑法分则之比较研究》,澳门基金会1999年版,第423~424页。

③ 赵秉志主编:《国际区际刑法问题探索》,法律出版社2003年版,第506~507页。

内地其他地区。但该种模式不仅降低了港、澳特区由基本法奠定的与内地平等的法律地位,而且广东省与港、澳签订的司法互助协议如何才能适用于中国内地的广大区域也是一个不可回避的问题。其次,“分片模式”缺乏现实性。该模式是中国内地先与港、澳签订刑事互助协议,然后在协议中将内地的省、市分成4~5片,每片指定一个高级人民法院为中心机关,负责本片的区际司法互助事务。根据我国的司法体制与机构编制,增设刑事互助的执行机关不仅浪费现有的司法资源,而且还面临着如何协调各个执行机关的问题。因此,该模式所主张的“分片”因缺乏现实基础的支撑而难以存在。最后,“委员会模式”虽为我国很多学者所认可,但因其设想过于理想,并与我国机构设置的现实情况不符,因而难以真正实现。如有学者指出,^④该模式的问题在于我国区际司法互助与其他方面的区际事务一样将伴随着“一国两制”长期存在,如果任何一个方面的事务都设立一个“委员会”,那么我国区际方面的事务岂不是要设立许多专门的“委员会”。从我国内地来讲,处理涉港、澳事务有国务院港澳事务办公室,协调我国内地司法事务有中央政法委员会、全国人大法工委等,没有必要再设立一个专门的“司法互助委员会”。

总之,目前理论界提出的中国区际刑事司法互助的模式不能充分地符合我国“一国两制”的基本国情,也不能较好地协调内地与港澳的法律冲突,更不能满足惩治跨地区犯罪的需要。因此,有关中国区际刑事司法互助模式的探讨还在继续,并亟待突破。

(三)中国区际刑事司法互助模式的选择

有关中国区际刑事司法互助的探讨,国内学者取得的共识是:中国区际刑事司法互助应当由内地与港、澳之间在平等协商的基础上相互签订区际刑事司法互助协议的模式来进行。笔者也认为此种模式更可行。具体而言,在未来签订的内地与港、澳之间区际刑事司法互助协议应注意:

首先,从属性上说,该种互助协议必须是具有法律效力的法律文件。它既不同于我国与世界其他国家签订的双边条约,因为不涉及国家主权问题;也不同于我国一般的国内法律规范,因为内地各行政区域之间因法律适用的统一,不需要特别的互助协议。互助协议是我国在特定历史时期,面对不同法域之间的刑事法律冲突,为解决港、澳特别行政区与我国内地联合打击、控制犯罪问题而出现的产物。也可以说,互助协议是“一国两制”原则在刑事领域的具体体现,互助协议是“一国两制”原则的产物。

其次,从主体上说,该种互助协议应由中国内地分别与香港、澳门签订。众所周知,香港、澳门都实行的是资本主义制度,香港的法律属于普通法系,澳门的法律属于大陆法系,这均与中国内地实行的社会主义法律制度存在较大的差别。在三法域之间,形成普遍适用的多边互助协议较为困难,因此,双边协议成为该种互助协议的理性选择。从互助协议的主体上看,互助协议可以分为中国内地与香港的区际刑事司法互助协议、中国内地与澳门的区际刑事司法互助协议。

再次,从内容上说,该种互助协议应该全面涵盖中国区际刑事司法互助的各种形式。与中国和世界其他国家签订的双边刑事司法协助条约的内容不同,中国区际刑事司法互助在中国同一主权国家内部实施,因而不具有主权因素的阻碍,互助的形式理应更加灵活、更加多样。该种互助协议应主要包括犯罪情报信息交流,缉捕、遣送犯罪嫌疑人,文书送达和调查取证,赃

^④ 成良文著:《刑事司法协助》,法律出版社2003年版,第213页。

款、赃物的追还和移交,刑事案件的管辖移交,诉讼移管,被判刑人的移管等。

最后,从功能上说,该种互助协议应该为中国区际刑事司法互助的开展提供完备的法律依据。当前中国各法域间开展区际刑事司法互助最大的障碍莫过于缺乏明确、具体的法律依据。虽然香港、澳门特别行政区基本法对区际刑事司法互助有原则性的规定,但这远远不能满足实践的需要。缺乏明确、具体的法律依据将导致区际刑事司法互助的开展受到各种主客观因素的干扰和影响,使互助难以顺畅地进行;对于各法域的各当事方来说,缺乏明确、具体的法律依据使区际刑事司法互助不具有稳定的预期,并充满任意性和多变性。

中国各法域之间相互签订的区际刑事司法互助协议的立法体例可以仿照我国国际刑事司法协助国内立法的专业化、单行化的做法,针对不同互助类型分别制定互助协议。具体说来,在“一国两制”原则指引下,中国各法域之间相互签订区际刑事司法互助协议的种类可以包括:关于刑事司法文书送达、调查取证的协议,关于刑事管辖权的协议,关于移交逃犯的协议,关于被判刑人的移管协议,关于相互承认和执行刑事判决的协议等。

二、中国区际刑事司法互助中逃犯移交问题

在中国内地与港澳地区进行的诸多种类的刑事互助中,各法域相互开展的逃犯移交一直是刑事互助中最为普遍、适用较广的互助类型,其重要性价值类似于国际刑事司法协助中的引渡。

(一)内地与港澳地区逃犯移交的现状

关于逃犯移交,内地一直奉行程序简便、快捷、高效的原则,对香港、澳门缉捕与移交逃犯的请求,及时进行抓捕与移交,并已形成了较为成熟的程序与制度。这种程序完全区别于我国与世界其他国家之间的引渡,也与我国内地各行政区域之间的犯罪嫌疑人和罪犯的合作抓捕有很大不同。有学者指出:^⑤这种程序以港、澳特区有关部门的请求为基础,由相关的司法部门进行审查后,认为有犯罪事实,即依照我国内地的刑事诉讼程序进行侦查,并适用相应的刑事强制措施,在一定期限之内将逃犯递解给港、澳相关部门。它强调司法方面的合作,剔除了国际引渡协助的行政审查,使区际逃犯移交简便、高效、顺畅。

而对于香港、澳门来说,囿于港、澳特殊的法律制度,港、澳警方向内地移交犯罪嫌疑人始终存在法律上的障碍。如香港在逃犯移交方面的法律程序非常复杂。香港特区在区际逃犯移交仍存在行政审查、司法审查、行政决定这三个程序阶段。如此繁杂的程序无疑会耗费很长时间。而且,考虑问题过分全面、周到、细致,势必面临更多的问题,从而使香港向内地的逃犯移交成为实际上的不可能。近年来,跨内地、港、澳、台的犯罪活动日益增多,犯罪分子在犯罪后也有意识地利用各区域间法律制度的差异逃避打击与制裁。因此,在港、澳向内地移交逃犯方面,如何做到惩罚犯罪与保护人权的平衡,强化犯罪打击效果,值得进一步认真思索。

^⑤ 成良文著:《刑事司法协助》,法律出版社2003年版,第224页。

(二)中国区际刑事司法协助中逃犯移交的开展

在中国各法域之间的逃犯移交,这种情况发生在主权国家之间称为引渡。为了引渡活动的顺利进行,中国与世界其他国家签订了大量的双边引渡条约,并取得了丰硕的成果;与引渡不同,中国各法域之间的逃犯移交还未有双边协议的出现,还未走上规范化的发展模式。但是,正因为如此,我们才可以说中国各法域之间的逃犯移交制度无论是在实体上,还是在程序上都存在广阔的发展空间。

逃犯包括在逃的犯罪嫌疑人和被判刑人。在区际刑事司法协助中,哪些逃犯是可以移交的呢?这涉及刑罚的最低标准限制的问题。联合国《引渡示范条约》规定,可予引渡之犯罪行为是指按照缔约国双方法律规定可予监禁或以其他方式剥夺其自由不少于1~2年,或应受到更为严厉惩罚的任何犯罪行为;对于被判刑人的移交,要求在其未服刑期至少有4~6个月时方可引渡。我国《引渡法》规定,为提起刑事诉讼而请求引渡的,根据我国和请求国法律,对于引渡请求所指的犯罪均可判处1年以上有期徒刑或其他更严重的刑罚;为执行刑罚而请求引渡的,在提起引渡请求时,被请求引渡人尚未服完的刑期至少为6个月。香港《逃犯条例》规定的刑罚最低标准是“就该项罪行判处超过12个月的监禁或任何较重的惩罚”。参照相关标准,本文认为,逃犯移交的刑罚最低标准可以采纳我国引渡法的相关规定,即可移交的犯罪嫌疑人,是依照各法域的刑法可能被判处1年以上有期徒刑或监禁的犯罪;可移交的被判刑人,是依照各法域的刑法尚未执行的刑期不少于6个月的服刑人。

移交逃犯除了要考虑刑罚的最低标准问题,更要遵循一定的原则或规则。首先,应坚持双重犯罪原则。对于双重犯罪原则在中国区际的贯彻可以采用以下两种方式:一种是在将来制定的互助协议中明确规定可以引渡的犯罪是请求方和被请求方法律均认为是犯罪的行为。另一种是除了在互助协议中作出上述明确规定以外,还在互助协议中附加“罪类清单”。我国香港就是以在互助协议中附加“罪类清单”的方式,贯彻双重犯罪原则的。其次,政治犯罪不引渡原则不应在中国区际适用。港、澳特区基本法中均规定了各特区应自行立法禁止任何叛国、分裂国家等方面的行为;同时,各区际仍属于同一主权国家的内部。再次,本地居民不移交原则不应在中国区际适用。本地居民不移交原则是本国公民不引渡原则的一种转换。因为不论是哪一法域的居民,都是中国公民,不存在主权问题的争议。相反,如果采用这一原则,不仅违背了属地管辖原则,而且将破坏刑事互助的开展。最后,应在将来制定的互助协议中规定简洁、便利、高效的移交逃犯程序。因为实体内容的真正贯彻落实最终有赖于法律授权的程序。

三、跨境犯罪的刑事管辖权问题

(一)区际刑事管辖权的冲突

我国内地刑法确立了属地原则、属人原则、保护原则、普遍原则四项刑事管辖原则,并形成了较为完备的刑事管辖权体系。香港、澳门作为英国与葡萄牙的前殖民地,分属于普通法系和大陆法系,与内地刑法刑事管辖权的规定存在一定差别,因此,中国各法域之间的管辖权冲突是客观存在的,而这种差别也在一定程度上构成了我国区际刑事司法协助的障碍。

以香港为例,香港的法律属于普通法系,受英国法律的影响较大,在传统理论上,普通法的刑事管辖权以属地原则为主,为适应惩罚犯罪的需要,属地原则出现了向主观和客观两个方向扩张解释的倾向,形成了主观属地原则与客观属地原则,香港刑法的管辖权在客观上也包括了有关属人原则、保护原则及普遍原则的内容。当前的犯罪态势是跨区域犯罪剧增,^⑥当有两个以上的法域对同一个刑事案件都主张管辖权时,管辖权的冲突则不可避免。

区际刑事管辖权的确立是有效开展中国区际刑事司法互助的前提与基础,如果各法域的司法当局对某一案件到底应由哪方来管辖还存在争议,就无法开展有效的文书送达、逃犯移交、协助调查取证等互助活动,更不可能负责任地、认真地在刑事事务上合作和配合。上述这些区际刑事管辖权的冲突从对案件有效处理的角度看,各法域的司法部门争夺同一案件的管辖权,这虽然大多不会造成放纵犯罪的消极后果,但是在对案件的查处过程中有可能造成调查取证的不便、证人出庭作证的困难、案件所涉及财产的扣押与冻结的不及时等等影响司法机关办案效率的不利后果;从对涉案犯罪人有效改造的角度看,这种区际刑事管辖权的冲突可能会造成涉案犯罪人在其居住地以外的其他法域服刑的局面,这样犯罪人就有可能得不到适合他本人接受改造的外界客观环境,就会影响到对犯罪人的改造与预防重新犯罪的效果,在刑满释放后这些服刑人员就有重新犯罪的可能;从争夺管辖权的各法域司法部门的角度看,这种区际刑事管辖权的冲突严重影响了各法域司法部门之间的交流与合作,严重妨害了整个国家对犯罪的打击与控制。

(二)区际刑事管辖权的协调

中国内地与港、澳特别行政区之间的刑事管辖权冲突是同一主权国家内部的刑事管辖冲突。在“一国两制”原则指引下,区际刑事管辖权的协调主要可以分三个层次进行:

首先,港、澳特别行政区根据我国宪法和特区基本法规定享有独立的司法权及终审权,因此,区际刑事管辖权协调的前提是必须尊重港、澳特别行政区刑事法律对管辖权的规定,在中国内地,港、澳特别行政区三方刑事法律许可的框架内,以三方刑事法律对刑事管辖权共性的规定为基础,协调区际刑事管辖权的冲突。中国内地刑法与澳门刑法均以属地管辖为主,兼采属人原则、保护原则和普遍原则;而香港刑法的效力通常只及于香港领域内,对香港外发生的案件除了成文法的授权外,一般不具有域外效力。而三法域刑法对管辖权的共识之处就在于属地管辖原则,这也是协调刑事管辖权冲突的关键。

其次,区际刑事管辖权的协调应以属地管辖为主,以合理、有效地惩治犯罪原则为辅,这一原则在国内学界已达成共识。在内地与港、澳之间,罪犯在哪一地犯罪,就交由哪一地的司法机关处罚,这就是对对方司法权的尊重,就是对“一国两制”原则的尊重,就是对国家主权的维护。坚持属地管辖有利于在三法域之间形成严密的法网,有利于犯罪及时受到法律的制裁,有利于司法公正的实现,有利于犯罪发生地的社会稳定与人民合法权益的保障。同时,合理、有效地惩治犯罪原则是属地管辖原则的有益补充,合理、有效地惩治犯罪原则以惩治犯罪的便利性为基点,该原则所要考虑的主要因素包括:“是否便于调查取证,是否便于起诉和审理,是否便于移交犯罪嫌疑人,是否便于看管、羁押和执行,是否便于罪犯改造,是否有利于降低诉讼成

^⑥ 据广东省有关部门统计,广东靠近港、澳地区的互涉案件高达30%,有的地区甚至高达40%~60%。这组数据来源于陈曾侠:《“一国两制”下粤港澳互涉刑事案件管辖与司法协助探讨》,载《政法学刊》1996年第4期。

本等。”^⑦

最后,区际刑事管辖权的协调必须处理好跨境犯罪的管辖权划分问题。跨境犯罪指同一犯罪跨越中国内地、香港与澳门等不同法域的刑事案件。尽管对跨境犯罪可以适用属地管辖原则确定管辖权,但也应注意妥善处理跨境犯罪的具体情况。如犯罪预备行为与犯罪实行行为分别发生在中国内地、香港与澳门的,应由社会危害性较大的犯罪实行行为的发生地之法域管辖;如犯罪实行行为持续发生在中国内地、香港与澳门的,宜由主要犯罪实行行为的发生地之法域管辖;再如犯罪行为与犯罪结果分别发生在中国内地、香港与澳门的,应从方便调查取证的角度,不论是犯罪行为发生地还是犯罪结果发生地,哪一地更方便司法机关进行调查取证工作,哪一地即可为案件管辖的法域。

总之,随着对中国区际刑事司法互助诸问题进行广泛、深入的研究并建立和完善相关立法与制度,我国内地与香港、澳门的区际刑事互助必将取得更大的、更富有成效的发展。

^⑦ 单长宗、赵松龄、刘本荣:《试论中国内地与澳门特区刑事司法管辖权的划分》,载高铭喧、赵秉志主编:《中国区际刑法与刑事司法协助研究》,法律出版社、中国方正出版社 2000 年版,第 182~183 页。

利益冲突的危害性与防治对策

董玉庭 陈建旭*



〔摘 要〕 由于国家工作人员拥有公共职务赋予的权力,因此获得个人利益机会更多,而被惩处的风险相对较小,所付出的成本也相对比较低廉,使得利益诱惑特别突出。利益冲突的产生根源在于,国家工作人员所代表的公共利益与其个人自身所具有的私人利益两者之间产生冲突。在现实生活中,当公益与私利之间产生冲突时,损公肥私的现象时有发生,因此必须建立一种防治制度,使公益与私利之间有明确的回避措施,防止以公权谋取私利。

〔关键词〕 利益冲突 利益回避 反腐对策 财产申报

一、利益冲突的概念与危害性

防止利益冲突在美洲和欧洲等经济发达国家,被认为是维护政府清廉、预防官员腐败的一项重要措施。所谓“利益冲突”(conflict of interest),是指国家工作人员在公职上所代表的公共利益与其自身所具有的私人利益,两者之间所产生的利益冲突现象。理论上,在公共职务的执行方面,要求国家工作人员必须百分之百地为国家利益或者公共利益服务,不得借着执行公职之便谋取个人利益。因此,国家工作人员在执行公务时,必须尽量避免个人利益与公共利益发生任何冲突,否则以权谋私的腐败现象就难以避免。在现实社会生活中,公共利益与私人利益之间的潜在冲突时有发生,例如:与配偶或子女同在一个单位供职时难以避免裙带与荫庇关系;拥有所管辖公司的股份或投资,其决定总会有利于那个公司的业务;与某些私营企业保持着财产关系就可能无法抗拒损公肥私的诱惑。对于这些可能发生的现象,往往在合法的国家工作人员身份下,诱发种种腐败现象。因此,必须建立一种预防机制,使公共利益与私人利益

* 董玉庭(1969—),男,黑龙江大学反腐败研究中心常务副主任,黑龙江大学研究生院院长,教授,博士研究生导师,吉林大学法学博士,中国社会科学院博士后,主要从事刑事法学比较研究。陈建旭(1968—),男,黑龙江大学反腐败研究中心兼职研究员,黑龙江大学法学院副教授,硕士研究生导师,日本北海道大学法学博士,主要从事刑事法学比较研究。

之间明显区隔,避免两者发生矛盾和冲突,进而防止以国家工作人员职权谋取私人利益。这就是欧美等国所推行的“利益冲突防治法”。^①

“利益冲突”大多出现在国家工作人员履行职责过程中,因为其职权的行使,直接或间接地使本人或特定关系人从中获取利益。因此,国家工作人员对可能影响公正执行公务的行为必须回避,并尽可能防止可能出现的利益冲突。为了防止利益冲突,许多国家都制定了严格的法律制度。例如,加拿大政府颁布《利益冲突章程》,并针对现任和退休的公职人员制定了《公职人员利益冲突与离职后行为准则》。美国的《利益冲突法》是一部刑事法律,规定了相应的罚金刑和有期徒刑。英国针对高级官员制定了一项“利益声明”制度,要求官员在参与决策之前首先说明拟决策事项是否关联到个人利益,利益内容包括个人在公司或社会上的任职兼职情况、所加入的政党及社团、个人资产及所持公司股票、配偶及子女的任职情况等。^②

在美国的反腐败制度设计中存在着一个重要利益冲突防治制度,可以说美国的反腐败机制在很大程度上就是由这个制度维系起来的。“利益冲突”的概念是假定一个人在某项政策方面有利害关系,当他在行使这一政策上有决策权时,就可能自觉或不自觉地从自己的利益出发,而不是从公共利益的角度来作出决策。在美国,人们把利益冲突看作是最重要的腐败源泉,利益冲突的存在还会威胁到公众对政府官员决策客观性的信心。因此,为了防治腐败,首先要避免利益冲突。美国行政部门在防治利益冲突的制度构建方面,可以追溯到1853年,当时美国国会颁布一项法律,对于在战争中私人财产受到损害而向美国政府提起的赔偿诉讼中,禁止国会议员和联邦政府官员代表私人进行诉讼,并收取任何报酬。^③其立法目的就在于预防联邦政府官员代表国家公益,同时又代表所受委托的私人利益。

二、回避利益冲突的必要性

由于“利益冲突”的现象是国家工作人员在公职上所代表的公共利益与其自身所具有的私人利益两者之间的冲突,因此,必须建立一种权力制约制度,使公益与私利之间泾渭分明,避免发生矛盾和碰撞,进而防止以职位谋私。^④对公共权力的制约是西方宪政的核心内容,而制约公共权力的根本目的就是保护公民的合法权益。从契约主义来看,政府是“必不可少的恶”,而所谓“必不可少”是指在政府产生以前,世界处于一个“人与人斗争”的极端利益冲突状态,或者处于“利益争夺”的利益冲突的自然状态。面对这种利益冲突现象,可能考虑的解决方式有两种:一种是建立一个集权专制的政府,以压制一切利益冲突;另一种是建立一个仲裁式的政府,通过共同授权的公共权力机关,以公平裁决方式来解决利益冲突。欧美民主国家选择了后者,也就是说,政府的存在目的是防止某些人和某个人将自身的利益强加于别人身上,防止暴力性的掠夺,当出现利益冲突时,政府必须作为一个公正的仲裁者作出合理利益分配的裁决。因此政府产生的前提是对所有公民或组织正当利益的认同和保护,并创造出公平的制度和秩序体

① 孔祥仁:《防止“利益冲突”——欧美国家反腐新动向》,载《正气》2000年第5期。

② 楚文凯:《关于借鉴国外防止利益冲突做法的思考》,载《中国检察》2006年第14期。

③ 周琪:《从解决“利益冲突”着手反腐败》,载《中国新闻周刊》2006年第6期。

④ 孔祥仁:《防止“利益冲突”在国外反腐败工作中的应用》,载《四川监察》2001年第6期。

系,以实现各方利益的平衡与良性竞争。^⑤

如果从个体利益的角度进行分析就可以发现,每一个具有一定职务权力的国家工作人员在其利益需求方面,客观上可能有两个层面,一个是其公职所代表的公共利益,一个是其作为社会成员个体所具有的私人利益。当这两个层面之间的利益需求存在于同一个利益主体身上时,虽然有时可能具有一致性,但是有时也可能是相互矛盾、彼此冲突的。显然,当国家工作人员其公利和私利两个层面的利益发生冲突时,理论上要求任何人都不得为了实现个人利益而损害公共利益。然而,一旦国家工作人员利用公共职务所赋予的权力去谋取个人私利时,就一定会侵犯到公共利益,甚至进而导致腐败现象乃至腐败犯罪。因此,有必要建立一种预防机制,使国家工作人员在职务上所代表的公共利益与个人的私利之间能够明确分开,避免两者之间发生矛盾和冲突,进而防止国家工作人员利用所获得的公共权力谋取自己的私利,这就是国外盛行的为预防职务犯罪而制定的“防止利益冲突法”。^⑥换言之,防止利益冲突在国外早已经被认为是维护政府清廉、预防官员腐败犯罪的一项重要措施。

三、我国防治利益冲突的障碍因素

从社会现实来看,利益冲突在我国反腐倡廉工作中已经造成许多问题,例如,党政领导干部在私营煤矿投资入股,利用职权为配偶、子女经商办企业提供各种便利条件,违规在企业兼取酬等。因此,防止利益冲突,对于反腐倡廉,特别是开展预防腐败工作意义重大。然而,当前我国在防止利益冲突方面仍然存在以下问题:

(一)在防止利益冲突问题上存在模糊认识

党章申明,我们党代表中国最广大人民的根本利益。党除了工人阶级和最广大人民群众的利益,没有自己特殊的利益。同时强调,除了法律和政策规定范围内的个人利益和工作职权以外,所有共产党员都不得谋求任何私利和特权。要坚持党和人民的利益高于一切,个人利益服从党和人民的利益。也就是说,我们党在强调党的利益同人民利益一致性的基础上,同时肯定了党员个人利益的存在。这一点十分重要,它是提出利益冲突概念的理论前提。正是由于要坚持个人利益服从党、国家和人民的利益,才必须防止利益冲突。然而,有些同志在此问题上却认识模糊,或把党员干部的利益与党的整体利益相混同,否认党员干部个人利益的存在;或认为党员干部都能自觉做到个人利益服从党、国家和人民的利益,否认防止利益冲突的必要性。这些认识在理论上是错误的,对于反腐倡廉实践是有害的。

(二)防止利益冲突的法律制度不完善

我们的党针对领导干部廉洁自律相继制定了许多“不准”规定,还出台了领导干部收入申报的规定、领导干部报告个人重大事项的规定等制度,这些制度规定绝大多数意在防止利益冲

^⑤ 钟伟军:《利益冲突与西方公共权力的制约》,载《苏州科技学院学报》(社会科学版)2007年第24卷第2期。

^⑥ 孔祥仁:《防止利益冲突——欧美国家反腐新动向》,载《正气》2000年第5期。