

陈雷/著

Combating and Preventing International Corruption Crime

惩治与预防

国际腐败犯罪

理论与实务

- 国际腐败犯罪的认定标准
 - 贪污贿赂罪
 - 滥用职权罪
 - 洗钱罪
- 国际反腐败合作
 - 引渡
 - 司法协助
- 涉外追赃
- 国际腐败犯罪的预防措施

中国检察出版社

陈雷/著

Combating and Preventing
International Corruption Crime

惩治与预防

国际腐败犯罪

理论与实务

- 国际腐败犯罪的认定标准
 - 贪污贿赂罪
 - 滥用职权罪
 - 洗钱罪
- 国际反腐败合作
 - 引渡
 - 司法协助
- 涉外追赃
- 国际腐败犯罪的预防措施

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

惩治与预防国际腐败犯罪理论与实务/陈雷著. —北京: 中国
检察出版社, 2005

ISBN 7 - 80185 - 503 - 5

I. 预… II. 陈… III. ①渎职罪—预防犯罪—研究—世界
②贪污贿赂罪—预防犯罪—研究—世界 IV. D914.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 127120 号

惩治与预防国际腐败犯罪理论与实务

陈 雷 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68658769 (编辑) 68650015 (发行) 68650029 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: 787mm × 960mm 16 开

印 张: 18.75 印张

字 数: 286 千字

版 次: 2005 年 11 月第一版 2005 年 11 月第一次印刷

书 号: ISBN 7 - 80185 - 503 - 5/D · 1478

定 价: 34.00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

序 一

杨 诚*

2005年9月15日,《联合国反腐败公约》在第30个国家中获得批准。联合国随后宣布公约将自该日起的第90天开始生效。2003年10月31日由联合国大会通过的反腐败公约,是第一个旨在全面打击和预防腐败犯罪的国际公约。迄今,全世界已有多达129个国家签署了这一公约。而公约在通过两年后即得以生效,更是反映了国际社会对开展国际合作进行反腐败斗争的紧迫性已经形成了一定程度的共识。值此时刻,陈雷先生将其近作《惩治与预防国际腐败犯罪理论与实务》一书交付出版。本人谨向他致以衷心的祝贺,并很高兴地接受他的约请为本书撰写一篇序言。

中国政府不仅长期坚持不懈地开展国内反腐败斗争,而且正在积极努力寻求在反腐败领域中的国际合作。2005年10月27日,也就是在本书即将印刷之时,第十届全国人民代表大会常务委员会决定批准了《联合国反腐败公约》,《公约》获得批准,将进一步推进我国的刑事法制改革。近两年来,中国法学界发表了一批有关该公约的研究资料和学术成果,比如,赵秉志教授等编辑的文献资料集《〈联合国反腐败公约〉暨相关重要文献资料》,^①杨宇冠和吴高庆教授主编的《〈联合国反腐败公约〉解读》一书,^②以及王作富教授发表的论文《联合国反腐败公约与我国贿赂犯罪

* 澳门科技大学法学院副院长、教授、博士生导师,加拿大刑法改革与刑事政策国际中心高级研究员。

① 赵秉志、王志祥、郭理蓉编:《〈联合国反腐败公约〉暨相关重要文献资料》,中国人民公安大学出版社2004年版。

② 杨宇冠、吴高庆主编:《〈联合国反腐败公约〉解读》,中国人民公安大学出版社2004年版。

之立法完善》等。^①此外,有几位硕士研究生以反腐败公约为研究对象撰写了学位论文,分别就反腐败公约的某一个方面进行了初步的探讨。^②目前,至少还有两位在读的博士研究生正在以反腐败公约为题撰写博士论文。^③本人在2004年作为加拿大代表团的成员访问陈雷先生任职的福建省人民检察院时,有幸拜读了他就如何贯彻反腐败公约、加强国际反腐败合作发表的几篇论文。近年来,中国学者在这一领域中发表的研究成果,使中国的反腐败工作更加受到国际社会的关注和友好国家的支持。^④

陈雷先生这次发表的著作,展示了他两年来在上海华东政法学院(亦系本人的母校)攻读博士学位期间潜心钻研反腐败问题的重要成果。本书分5章论述了预防与惩治国际腐败犯罪的理论与实务问题。在第一章中,作者由阐述国际腐败犯罪的概念入手,对其构成特征发表了独具匠心的见解,继而又对国际腐败犯罪的历史演变和国际反腐败法的渊源作了简单明了的归纳和分类。在第二章中,作者旁征博引,根据有关公约和国际上的其他规范性文件,对多达10种国际腐败犯罪逐一加以描述和界定。作者在这一章中所引用的资料之翔实,似已超过了国内以往发表的有关同一课题的其他论著的水平。作者在第三章中讨论反腐败的刑事司法合作,包括长期以来备受关注的引渡、刑事司法协助、被判刑人的移管以及侦查合作等各种机制。第四章重点探讨涉外追赃。作者对这一在实际运作中最具难度的问题,提出了几种符合中国国家根本利益和国际合作需要的切实可行的方案。本人认为,这些建议体现了作者在司法实际部门从事理论研究工作多年所形成的独特视角,值得有关部门在为贯彻公约而准备进行立法和

① 王作富:《联合国反腐败公约与我国贿赂犯罪之立法完善》,载《法学杂志》2005年第4期。

② 比如,范玲莉著:《论〈联合国反腐败公约〉资产追回与返还机制及在我国的适用》,中国人民大学硕士研究生论文,2005年。

③ 中国政法大学博士生李秀娟即为一例。李女士长期在监察部门工作,目前系在职博士生,其论文课题也是《联合国反腐败公约》。

④ 本人因为在加拿大负责刑事司法领域中对华合作项目十余年,又组织和参与了中加有关反腐败议题的历次交流,深知加拿大政府和学者对中国反腐败斗争和研究状况的关注。在撰写本文时,笔者又得悉加拿大政府正在指定在贯彻《联合国反腐败公约》方面开展对华合作的计划。

制度的改革时予以考虑吸收。本书最后一章，即第五章，比较全面地阐述了国际反腐败的预防性措施，通过借鉴国际反腐败预防政策和具体措施提出加强中国预防腐败机制的建议。全文立意高远，视野宽阔，结构清晰，一气呵成，而其中又有不少富有新意的学术见解，为在中国全面贯彻《联合国反腐败公约》、更加有效地开展国际反腐败斗争提出了一系列重要建议。

本人作为陈雷先生的学友，相信他的这部著作将对中国法学界正在进行的有关讨论产生重要的影响，并将成为中国政府研究批准《联合国反腐败公约》的重要学术参考文献之一。同时，我也希望本书还将成为国际社会了解中国研究《联合国反腐败公约》学术水平的重要依据，并为国际法学界同行所学习和借鉴。

2005年9月28日于澳门

序 二

苏惠渔*

陈雷是华东政法学院 1979 年复校后的首届本科生，当时年龄还很小，只有 16 岁。我为他们开设刑法学课程，他是我的学生之一，虽然接触不多，但给我的印象是话语不多，学习刻苦。毕业后，他曾在司法部门和检察机关负责过函授教育和教育培训工作，我们的接触和往来多了起来。1996 年，他考回母校，成为我的研究生。陈雷同志长期在司法部门工作，热衷于刑法理论研究，他能够把理论研究的成果与司法实践联系起来，具有一般学者所不具备的实践优势。2003 年，他再次考回母校，成为一名国际刑法的博士生。恰好在此时，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》经我国的全国人大常委会批准生效，《联合国反腐败公约》在联合国大会获得通过，我国政府签署了该公约，于是他将国际腐败犯罪作为研究的对象。他几乎废寝忘食，开始逐条逐字地研究《联合国反腐败公约》的内容，进行系统地比较和对比，并收集了大量的研究资料。他利用学习与工作之余，在短短 1 年多时间内，撰写和发表了 10 余篇有关国际腐败犯罪的论文。

反腐败，已不是单纯的国内要解决的关系“国家生死存亡”的大问题，它已经成为当今国际社会、人类共同面临的大课题。正如联合国秘书长安南在联大通过《联合国反腐败公约》发表演说时强调的那样，“腐败犹如瘟疫，腐蚀着人类社会，它破坏民主、法制、人权，使市场畸形、人

* 我国著名刑法学家，华东政法学院功勋教授，中国法学会刑法学研究会顾问、上海市法学会副会长兼刑法学研究会总干事、国际刑法协会中国分会会员。1980 年曾在审判林彪、江青反革命集团案件中担任被告人李作鹏的辩护人。

民生活受损，并引发有组织犯罪、恐怖主义及其他威胁人类安全的隐患”。《联合国反腐败公约》在序言中也明确指出，“腐败对社会稳定与安全所造成的问题和构成的威胁的严重性，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”，“腐败已经不再是局部问题，而是一种影响所有社会和经济的跨国现象”，“预防和根除腐败是所有各国的责任”。我国政府在签署这一公约时也特别强调：“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。腐败资金的外逃使一国资源受到侵占，并使该国经济发展受到破坏。腐败问题已成为影响世界各国政治、经济和社会的跨国现象，只有充分而全面的国际合作才能对腐败予以有效控制和惩治。”因此，反腐败的国际合作，不仅是国内刑法要考虑的问题，也是国际刑法的新课题。

本书的主要特点是，作者提出了国际腐败犯罪的概念，并论证了国际反腐败公约，发展了国际犯罪和国际刑法理论与实务体系的新观点，见解独到，而且较为全面地分析和阐述了国际腐败犯罪的特点及包括的范围与内容，作者还重点分析阐述了反腐败国际合作的主要方式和类型，尤其是传统刑事司法国际合作中较少涉及或没有提及的诸如执法合作、联合侦查和特殊侦查手段等问题，书中还专章探讨了具有较强实务性、操作性的腐败犯罪资产追回制度（即涉外追赃）的问题，这在以往的论著中是少见的。本书资料翔实，内容丰富，有一定的可读性，理论性和实践性都较强。

国际刑法与国内刑法关系密切，但又有很大的不同，前者不仅包括了实体法的内容，而且还包括程序法的内容，特别是涉及国与国之间的刑事司法国际合作的问题。国际刑法离不开国内刑法的配合与支持。当然，一国一旦签署并批准了有关国际公约（包括以刑事法为内容的国际公约），就会产生国家责任和国际义务，即国内法要符合国际法的要求，不能互相抵触，对不符合国际义务和要求的国内法，应当予以修订和完善。作为国际刑法的重要组成部分的反腐败国际公约与我国国内刑法的关系也是如此。目前，国际反腐败公约均要求缔约国将各种国际腐败犯罪确定为国内法意义的犯罪行为，这就意味着，凡国内刑法中没有规定或不符合公约要

求的腐败犯罪，应予增加或以适当的方式修订或改变。然而，现实情况是，我国目前贪污贿赂等腐败犯罪的规定与国际公约所确立的腐败犯罪的要求还有很大的差距，差距的出现，不仅对国内打击腐败犯罪十分不利，而且在国际合作打击腐败犯罪，诸如引渡、司法协助和资产追回（涉外追赃）等方面，也会因为法律制度层面的差异，而造成合作不力的状况和现象。因此，研究反腐败公约与我国刑法的结合问题，以国际反腐败斗争的实践和经验为借鉴和载体，针对我国当前贪污贿赂犯罪等职务犯罪存在的实际问题进行深入研究，提出完善我国贪污贿赂等腐败犯罪的刑事立法的意见和建议，具有重大的现实意义和深远的历史意义。

以上是我对陈雷同志即将出版的《惩治与预防国际腐败犯罪理论与实务》一书所发表的一点感受，既是祝贺也是共勉。是为序。

2005年9月

目 录

序一 /1

序二 /1

第一章 国际腐败犯罪概述 /1

第一节 国际腐败犯罪的概念 /1

一、腐败的含义 /1

二、腐败犯罪的概念 /3

三、国际腐败犯罪的含义、特征和范围 /5

第二节 国际腐败犯罪的构成特点 /9

一、国际腐败犯罪主体的特定性 /9

二、国际腐败犯罪主观故意的可推定性 /12

三、国际腐败犯罪客体对象范围的广泛性 /15

四、国际腐败犯罪行为的多样性 /17

第三节 国际反腐败立法的历史发展 /18

第四节 区域性和全球性反腐败公约或规范性文件 /21

一、区域性国际反腐败公约或规范性文件 /21

二、全球性国际反腐败公约或规范性文件 /31

第二章 国际腐败犯罪各论 /39

第一节 贿赂犯罪 /39

一、国际贿赂犯罪概述 /39

二、贿赂本国公职人员罪 /48

三、贿赂外国公职人员罪和国际公共组织官员罪 /50

四、私营部门内的贿赂罪 /57

- 第二节 公职人员侵犯财产犯罪 /60
 - 一、公职人员侵犯财产犯罪概述 /60
 - 二、贪污罪 /64
 - 三、挪用公私财物罪 /65
 - 四、其他公职人员侵犯财产的犯罪 /66
- 第三节 影响力交易罪 /67
 - 一、影响力交易罪概述 /67
 - 二、影响力交易罪与普通贿赂犯罪的比较 /71
- 第四节 滥用职权罪 /73
- 第五节 资产非法增加罪 /76
- 第六节 私营部门内的侵吞财产罪 /82
- 第七节 洗钱罪 /86
 - 一、概述 /86
 - 二、洗钱罪的概念和特征 /98
 - 三、上游犯罪问题 /104
 - 四、预防和打击洗钱犯罪的措施 /106
- 第八节 窝赃罪 /110
- 第九节 妨害司法罪 /112
 - 一、妨害作证罪 /113
 - 二、妨害司法或执法人员执行公务罪 /114
- 第十节 账务犯罪 /114

第三章 国际腐败犯罪的刑事司法合作（反腐败国际合作） /118

- 第一节 概述 /118
 - 一、反腐败国际合作的含义及范围 /118
 - 二、反腐败国际刑事司法合作的基本原则 /124
- 第二节 引渡 /140
 - 一、引渡制度概述 /140
 - 二、引渡的概念 /141

- 三、腐败犯罪引渡的适用范围和条件 /143
- 四、《公约》引渡条款与缔约国之间引渡条约的关系 /144
- 五、腐败犯罪引渡的特有原则 /144
- 六、引渡的诉讼程序要求 /148
- 第三节 被判刑人的移管 /153
 - 一、被判刑人的移管概述 /153
 - 二、被判刑人的移管的概念和特点 /155
 - 三、被判刑人的移管的条件 /155
 - 四、被判刑人的移管的程序 /156
 - 五、代为执行外国刑事判决 /157
- 第四节 司法协助 /159
 - 一、司法协助概述 /159
 - 二、国际腐败犯罪司法协助的适用范围 /162
 - 三、司法协助的一般条件和例外条件 /164
 - 四、司法协助的主管机关 /165
 - 五、司法协助请求的形式与内容 /166
 - 六、司法协助的执行 /167
 - 七、司法协助证据使用的特定原则和保密义务条款 /169
 - 八、其他方式的司法协助 /169
 - 九、拒绝提供司法协助 /172
- 第五节 刑事诉讼的移交 /172
 - 一、刑事诉讼的移交概述 /172
 - 二、刑事诉讼移交的条件 /174
- 第六节 执法合作 /177
 - 一、执法合作概述 /177
 - 二、执法合作的具体措施 /180
 - 三、直接合作的双边和多边协议 /181
 - 四、加强对借助现代技术手段进行犯罪的执法合作 /181
- 第七节 联合侦查 /183
 - 一、联合侦查概述 /183

- 二、联合侦查的方式 /184
- 三、联合侦查的基本原则 /186
- 第八节 特殊侦查手段 /187
 - 一、特殊侦查手段概述 /187
 - 二、国际一级使用特殊侦查手段条件 /189
 - 三、特殊侦查的主要手段 /191
- 第九节 其他合作或援助措施 /194
 - 一、培训和援助 /194
 - 二、有关反腐败资料的收集、交流和分析 /198
 - 三、其他措施：通过经济发展和技术援助实施公约 /199
- 第四章 国际腐败犯罪资产追回制度（涉外追赃） /201
 - 第一节 概述 /201
 - 第二节 资产追回的含义和范围 /204
 - 第三节 资产追回的基本方式 /210
 - 一、直接措施 /211
 - 二、间接措施 /213
 - 第四节 没收事宜的国际合作 /217
 - 一、没收事宜国际合作的含义 /217
 - 二、没收事宜国际合作的一般程序 /219
 - 三、关于拒绝合作（司法协助）或者解除临时措施程序 /221
 - 四、公约视为条约充分依据原则 /222
 - 第五节 特别合作机制 /222
 - 第六节 资产的返还和处分的原则 /223
 - 一、资产返还和处分的含义 /223
 - 二、资产返还的执行 /224
 - 三、司法协助合理费用的扣除 /225
 - 第七节 预防和监测犯罪所得的转移 /227
 - 一、规范金融管理秩序和金融监管措施 /228

二、建立公职人员财产申报制度和国外资产报告制度	230
三、设立金融情报机构	230
第八节 健全和完善我国涉外追赃制度的若干意见	231
第五章 国际腐败犯罪的预防措施	236
第一节 预防性反腐败政策和做法	236
一、国际反腐败的总体预防政策	238
二、预防性反腐败政策的基本原则	239
三、预防性反腐败政策和做法的有效性	241
四、预防性反腐败政策的国际协作机制	242
第二节 国际腐败犯罪预防的具体措施	243
一、建立和完善公务员制度，完善相关措施	243
二、制定公职人员行为守则	246
三、加强预防性及惩处腐败的专职机构建设	248
四、完善公共管理制度	251
五、加强私营部门的经济监督和管理	253
六、社会参与综合治理措施的运用	255
七、关于洗钱犯罪的预防措施	257
八、预防和监测犯罪所得的转移	259
第三节 完善我国腐败犯罪的预防机制	259
一、建立避免利益冲突机制	260
二、建立问责制，健全和完善公务员惩戒制度	269
三、完善我国反腐败的总体战略布局，发挥反腐败职能部门的作用	272
四、实施社会参与预防腐败的综合治理措施，实现惩治与预防并举战略	273
参考文献	277
后记	284

第一章 国际腐败犯罪概述

第一节 国际腐败犯罪的概念

一、腐败的含义

腐败原本是一种自然现象，在汉语中，腐败的原意是指腐烂，是指有机体由于微生物的滋生而破坏^①和变质，后来引申到个人生活、思想、政治和制度等方面的堕落、变质和变坏。现在泛指一种扭曲和变质的社会现象。在英文中，“腐败”一词用“corruption”表示，这个词来自拉丁语“corruptus”，意指破坏或损坏^②。

在法学领域，腐败的含义具有多样性。在英文中，“腐败”一词兼具有贿赂（bribery）和贪污（embezzlement）的含义，根据《布莱克法律词典》的解释，腐败是指故意行使与公职义务或其他权利不相符的某些利益的行为，或者公职人员或受托人违背其职责或其他权利，非法地或不当地利用其职位或身份为自己或他人谋取利益的行为；贿赂是指提议给予、实际给予、收受或索取任何有价之物以影响官员的行为或影响其履行法律和公共职务；贪污是指具有委托管理身份的人员或雇员故意地侵吞或转变他人的钱财归某人所有使用，而不法行为人由此获得法律意义上的占有。“贪污”的要件必须是钱物的所有人和行为人之间存在雇用或代理关系。被侵吞的钱物必须是由凭借这种关系的行为人所占有，而且必须是故意的

^① 《现代汉语词典》（2002年增补本），商务印书馆2003年版，第391页。

^② 杨宇冠、吴高庆主编：《〈联合国反腐败公约〉解读》，中国人民公安大学出版社2004年版，第2页。

和欺诈性的占有或转变钱物的所有关系。^①在法律适用和法学研究中，腐败经常与贿赂和贪污混用，在许多情况下，腐败行为等同于贿赂行为，如《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第8条规定的腐败罪与《联合国反腐败公约》第15条和第16条规定的贿赂犯罪具有完全相同的内容含义；此外，其他一些区域性的国际公约，如1999年11月4日欧洲委员会通过的《反腐败民法公约》对腐败也定义为贿赂行为，该《公约》第2条规定：“‘腐败’系指直接或者间接地请求、允诺、给予或者接受贿赂或任何其他不正当好处或期望，以使接受贿赂或者不正当好处或期望的一方不正当地履行职责或做出其所接受的贿赂或者不正当好处方期望或要求其做出的行为”；国际刑法学界也有这样的认识，如2004年9月在北京召开的第17届国际刑法学大会通过的《国际经济交往中的腐败及相关犯罪》的专项决议，对公职人员的腐败作出了明确定义，指出：任何公职人员在任何时候，以实际的或者潜在的行使或者不行使公职人员职能为交换条件，为自己、他人或者任何机构索要、同意接受或者接受不论何种性质的不正当利益。腐败的构成不要求为实现所图谋的利益而实施甚至企图实施作为或者不作为。有时腐败也指贪污，如联合国《执法人员行为守则》（1979年12月17日第34届联合国大会根据第三委员会的报告以34/169号决议通过）第7条规定：“执法人员不得有贪污行为，并应极力抗拒和反对一切贪污行为。（a）贪污行为和其他任何滥用权力行为一样，都是执法人员专业所不容许的。凡执法人员犯有贪污行为，即应切实绳之以法，因为政府如果不能或者不愿对自己的人员并在自己的机构里执行法律的话，就不能期望对本国公民执行法律规定。（b）贪污的定义固然要由国家法律决定，但应理解贪污包括个人在执行任务时或在与其任务有关的情况下，要求或接受礼物、许诺或酬劳，从而采取或不采取某种行动，或在采取或不采取某种行动后非法接受这些礼物、许诺、酬劳的一切行为。（c）上文所指‘贪污行为’一词应理解为包括蓄意贪污在内。”^②此外，我国的一些学者

^① Henry Campbell. Black. M. A. Black's Law Dictionary, Fifth Edition, St. Paul Minn WEST PUBLISHING CO. 1979, pp. 311, 173, 468.

^② 参见杨宇冠、杨晓春编：《联合国刑事司法准则》，中国人民公安大学出版社2003年版，第187~188页。

常将“corruption”理解或译成“贪污”，如唐世月所著的《贪污罪研究》(On Crime of Corruption)。

实际上，腐败的含义在法律上还要广泛，《联合国反腐败公约》所界定的腐败，除贪污贿赂外，还包括了其他类型诸如影响力交易、滥用职权和洗钱等腐败行为，此外，该《公约》还认可“承认各国可将或已将除本章（即该《公约》第3章）所列为腐败行为的犯罪以外的其他行为规定为刑事犯罪”。^①《非洲联盟预防和打击腐败公约》第1条“定义”第1款也明确规定，“‘腐败’系指本公约所规定的各种行为和做法，包括有关犯罪”。

笔者认为，腐败作为人类历史上的一种社会现象，不同的社会，不同的历史和不同的国家，人们对腐败的认识和理解也不尽相同。腐败的定义并非一成不变，随着社会、经济、文化的发展，腐败的内涵和外延也会随之发生一定的变化。一些过去被认为是腐败的行为，如“投机倒把”行为，在今天就属于正当经营方式；而一些过去被认为是正当合法的行为，今天也许就属于非法的腐败行为，如在欧洲特别是像德国这样经济高度发达和法制相对健全的国家，到20世纪90年代，商业交易中的贿金仍被认为是合法的。

二、腐败犯罪的概念

腐败往往与犯罪联系在一起，但二者不能等同、更不能替代。腐败行为既包括违反道德规范、社会公德的腐败行为，也包括违反党纪、政纪的腐败行为，当然还包括违反一般法律法规的腐败行为，但只有违反刑法的特别规定的腐败行为才构成腐败犯罪。腐败犯罪是腐败行为发展的极端化形式或称之为严重的腐败行为，是腐败的高级形态，是违反刑法应受刑罚惩罚的行为。

目前，人们通常把公职人员的贪污贿赂、玩忽职守等滥用职权的职务

^① 参见《联合国反腐败公约谈判工作的正式记录（准备工作文件）》注释22，载外交部条约法律司编译：《〈联合国反腐败公约〉及相关法律文件》，法律出版社2004年版，第53页。