

《联合国反腐败公约》析论

马 德 才

(武汉大学 国际法研究所, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 马德才(1965-), 男, 湖北天门人, 武汉大学国际法研究所博士生, 江西财经大学法学院教授, 主要从事国际法学研究。

[摘 要] 《联合国反腐败公约》是国际社会在控制腐败方面的一个全球性和全面性的国际公约, 是联合国历史上第一部全面指导国际反腐败工作的法律文件。除序言外, 包括总则、预防措施、定罪与执法、国际合作等基本内容。它具有广泛性与全面性、整体性与平衡性等特点, 对国际法具有重大发展, 同时对我国有诸多启示。

[关键词] 联合国; 腐败; 联合国反腐败公约; 国际法

[中图分类号] DF97 [文献标识码] A [文章编号] 1672-7320(2007)05-0680-05

《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)已于2003年10月31日通过, 并于2005年12月14日正式生效。我国已于2003年12月10日签署了《公约》, 并于2005年10月27日第十届全国人大常委会第十八次会议批准了该《公约》。作为国际社会在控制腐败方面的第一个全球性和全面性的国际公约, 《公约》奠定了反腐败国际合作的法律基础, 填补了国际法在相关领域的空白, 是国际社会打击腐败、建设法治文明的里程碑, 同时对我国的法制建设具有重要意义。

一、《公约》的主要内容述评

《公约》除序言外, 包括总则、预防措施、定罪与执法、国际合作、资产的追回、技术援助、实施机制、最后条款, 共8章71条。它涉及预防和打击腐败的立法、司法、行政执法等方面的问题。具体地说, 《公约》对如下基本问题进行了法律上的规范:

(一) 规定了腐败犯罪的罪名

尽管《公约》草案曾对“腐败”作出了一项定义, 但后来由于各国分歧较大, 《公约》最终没有将该定义写入其中, 不过《公约》却在第3章“定罪和执法”中规应了具体的腐败犯罪的罪名, 即: (1) 贿赂本国公职人员罪; (2) 贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员罪; (3) 公职人员贪污、挪用或者以其他类似侵犯财产罪; (4) 影响力交易罪; (5) 滥用职权罪; (6) 资产非法增加罪; (7) 私营部门内的贿赂罪; (8) 私营部门内的侵吞财产罪。相比《跨国犯罪公约》, 《公约》所规定的腐败犯罪远远超越了其范围, 反映了国际社会在控制腐败犯罪问题上的最新发展, 也表明了国际社会在打击犯罪、维护社会稳定和加强法治方面的力度与决心。

(二) 规定了惩治腐败犯罪的预防措施

《公约》非常重视对腐败犯罪的预防, 其宗旨之一是: “促进和加强各项措施, 以便更加高效而有力地预防和打击腐败”。《公约》在第1章总则之后的第2章就明确规定了惩治腐败犯罪的“预防措施”。这

些措施包括:(1)预防性反腐败政策和做法,即要求各缔约国制定和执行或者坚持有效而协调的反腐败政策,这些政策应当促进社会参与,并体现法治、妥善管理公共事务和公共财产、廉正、透明度和问责制的原则;(2)规定了预防性反腐败机构,即要求各缔约国应确保设有一个或酌情若干个预防性反腐败机构,并赋予其必要的独立性,使其能够有效地履行职能和免受任何不正当的影响;(3)对公共部门公职人员的招聘雇用、留用、晋升和退休制度作出了原则性要求;(4)规定了公共采购和公共财务管理的透明度、问责制和国内复审制度;(5)防止私营部门内的腐败和加强私营部门的会计和审计标准;(6)社会参与;(7)预防洗钱的措施。这表明《公约》强调的是预防与打击并重的理念,即在强调打击腐败犯罪的同时,更强调对腐败犯罪实施综合预防战略,对惩治腐败具有重要意义。

(三)规定了惩治腐败犯罪的定罪和执法措施

与其他国际刑法公约相类似,《公约》也将刑法措施作为控制腐败犯罪的基本措施,但所不同的是,《公约》发展了惩治腐败犯罪的非刑事措施即民事措施和行政措施,而且在规定刑事制裁和非刑事制裁措施方面更加具体;它强调要控制腐败犯罪,单靠刑事制裁措施是不够的,因此提出了在控制腐败犯罪方面的新措施:不仅要使腐败犯罪的责任人成为承担刑事责任的主体,还要建立机制使腐败犯罪受害人得到经济赔偿,使腐败犯罪的责任人也成为承担民事责任的主体;在控制犯罪方面,将刑事责任、民事责任与行政责任结合起来,打破了以往控制犯罪仅考虑刑事制裁措施的方式^[1](第39页)。

《公约》第一次以专章的形式规定“定罪与执法”,对打击腐败犯罪中所涉及的主要问题予以系统考虑,具体措施包括:(1)将腐败犯罪以及犯罪所得的洗钱行为规定为犯罪;(2)对腐败犯罪的起诉、审判和制裁;(3)腐败犯罪的法人责任;(4)腐败犯罪的管辖权;(5)对腐败犯罪的冻结、扣押和没收,等等。

(四)规定了惩治腐败犯罪的国际司法合作原则和措施

《公约》第1条明确规定其宗旨之一是“促进、便利和支持预防和打击腐败方面的国际合作和技术援助,包括在资产追回方面”,这表明开展国际合作预防和控制腐败至关重要。《公约》有关国际司法合作原则和措施主要反映在第4章“国际合作”和第5章“资产的追回”的规定中,具体包括:(1)引渡;(2)被判刑人的移管;(3)司法协助;(4)刑事诉讼的移交;(5)联合侦查与执法合作;(6)资产的追回;(7)技术援助与信息交流。此外,《公约》第7章规定了实施机制;第8章是最后条款,主要涉及公约的实施及其争端的解决,公约的签署、批准、接受、核准和加入,公约的生效、修正、退约、保存人和语言等事项。

二、《公约》对国际法的发展

(一)对国际强行法的发展

强行法与任意法对称,本是国内法上的一个概念,是指任何法律关系的参与者都不得通过相互间的协议与之相抵触的法律规范,或与之相对抵触的协议无效,即必须绝对遵守的法律规范。后来,首先被奥地利学者菲德罗斯引入到国际法领域。首次确立国际强行法的国际文件是1969年《条约法公约》。该公约第53条、第64条正式确立了一般国际法强制规律概念。第53条规定:“条约在缔结时与一般国际法强制规律抵触者无效。就适用于本公约而言,一般国际法强制规律指国家之国际社会全体接受并公认为不许损抑且仅有以后具有同等性质之一般国际规律始得更改之规律”。第64条规定:“遇有新的一般国际法强制规律产生时,任何现有条约与该项规律抵触者即成为无效而终止。”由此可见,所谓国际强行法,是指经国际社会整体所接受或承认的,在国际法体系中具有绝对强制性的,且只有后来具有同等性质的国际法规范才能更改的一类特殊原则和规则的总称。其特征为:(1)经国际社会全体接受;(2)公认为不许损抑;(3)仅有以后之同等性质之国际法规范始得更改。

《公约》具有强制性与任择性的特点,说明了《公约》对国际法的发展,即发展了国际强行法,亦即发展了惩治腐败犯罪的国际强行规则,因为这些惩治腐败犯罪的规则符合国际强行法的特征,即经过国际社会整体所接受或承认,在国际反腐败法律体系中具有绝对强制性,且只有以后具有同等性质的国际法

规范才能更改的一类特殊规则。

(二)对国际引渡制度的发展

引渡,是指一国把在其境内而被他国追捕、通缉或判刑的人,根据有关国家的请求,移交给请求国以便审判或处罚的行为。它是国际刑事司法协助制度中的一项重要制度,也是国际法中的一项重要制度。其基本内容包括:引渡的依据,引渡的主体;引渡的客体或对象;拒绝引渡的理由;引渡审查的体制;引渡的程序;引渡的法律效果等。《公约》第 44 条以 18 个条款对引渡的相关内容作了详细的规定,不仅确认和补充了传统国际法上的引渡制度,而且还进一步完善和发展了国际引渡的法律制度。

1. 突破了双重犯罪原则

双重犯罪原则,又称“相同原则”,是指依照请求引渡国和被请求引渡国的法律,引渡客体即被某国指控为犯罪或判刑的人的行为是犯罪行为。对此,《公约》第 44 条第 1 款予以了确认,即“当被请求引渡人在被请求缔约国领域内时,本条应当适用于根据本公约确立的犯罪,条件是引渡请求所依据的犯罪是一按请求缔约国和被请求缔约国本国法律均应当受到处罚的犯罪”。但是,《公约》对此原则予以了突破,即规定了双重犯罪原则的例外情况,这体现在《公约》第 44 条第 2 款的规定中,亦即“尽管有本条第 1 款的规定,但缔约国本国法律允许的,可以就本公约所涵盖但依照本国法律不予处罚的任何犯罪准予引渡。”这种突破性规定,将更加有利于缔约国之间顺利和简便地执行引渡程序,有利于惩治腐败犯罪。

2. 补充发展了专门原则

专门原则,又称“同一原则”或“罪行特定原则”,是指引渡客体移交给请求引渡国后,请求引渡国只能就引渡请求书中对引渡客体所指控的罪行进行追诉或惩处,而不能对其引渡前所犯的其他罪行进行审判或处罚,或再引渡给第三国,除非征得了请求引渡国的同意。该原则的意义在于尊重被请求引渡国的司法主权和保护被请求引渡客体的人权。但是,如果将这一原则严格适用于惩治腐败犯罪领域,显属不利,因为这一原则所包含的规则,必然给请求引渡国的司法程序带来不便。正是因为如此,所以《公约》第 44 条第 3 款明确规定:“如果引渡请求包括几项独立的犯罪,其中至少有一项犯罪可以依照本条规定予以引渡,而其他一些犯罪由于监禁期的理由而不可以引渡但却与根据本公约确立的犯罪有关,则被请求缔约国也可以对这些犯罪适用本条的规定。”这表明,在引渡请求包括了被请求引渡客体犯有数罪的情况下,只要有其中一项犯罪符合引渡的条件,即可对其他相关的犯罪准予引渡。

3. 排除适用政治犯不引渡原则

政治犯不引渡原则是法国资产阶级革命以后,通过西欧一些国家的国内法和各国间引渡条约的规定,逐渐形成的一项原则。它是现代引渡制度诞生的主要标志。现今几乎所有国家有关引渡的国内法和国家间引渡条约都毫无例外地规定了政治犯不引渡原则。目的是为了保护引渡客体的基本人权。但是,由于国际上没有关于政治犯罪的统一概念规定,导致出现政治犯不引渡原则被滥用,即本是政治犯的却被引渡,而不是政治犯的反而被保护,基于此,国际社会针对一些严重的或特定的国际犯罪明确规定排除适用政治犯不引渡原则^[2](第 35 页)。

针对腐败犯罪的严重程度和危害性,《公约》第 44 条第 4 款明确排除其适用政治犯不引渡原则。该条款规定:“本条适用的各项犯罪均应当视为缔约国之间现行任何引渡条约中的可以引渡的犯罪。缔约国承诺将这种犯罪行为可以引渡的犯罪列入它们之间将缔结的每一项引渡条约。在以本公约作为引渡依据时,如果缔约国本国法律允许,根据本公约确立的任何犯罪均不应当视为政治犯罪。”而《公约》所规定的腐败犯罪,在性质上均为国内法上的犯罪,而不是国际法意义上的国际犯罪,因而在此种情况下,《公约》能够排除适用政治犯罪不引渡原则,无疑是一项重大突破。

(三)对国际刑事司法协助的发展

1. 国际刑事司法协助的概念进一步明确

国际刑事司法协助有狭义、广义、最广义之分。狭义的国际刑事司法协助是指各国之间在询问证人、鉴定人、移送物证、检验证件、送达文书、提供情况以及办理有关刑事诉讼手续等方面所进行的相互

帮助与合作;广义的国际刑事司法协助是在狭义的基础上增加了引渡罪犯的内容;最广义的国际刑事司法协助是在广义的基础上增加了刑事诉讼的移管以及外国刑事判决的承认和执行等。《公约》使国际刑事司法协助的概念开始更多的在狭义上使用,例如《公约》第4章“国际合作”对引渡、被判刑人的移管、司法协助、刑事诉讼的移交、执法合作等事项都作了分条规定,使国际刑事司法协助进一步明确。

2. 国际刑事司法协助的范围进一步扩大

该法主要体现在以下四个方面:一是从侦查、起诉阶段扩大到审判程序中,这一点在《公约》中规定的“侦查、起诉和审判程序中”相互提供最广泛的司法协助可以很清楚地看出来;二是协助内容的增加,特别是增加了对追回资产的规定;三是扩大了协助时提供资料的范围;四是规定了未经请求的协助。

3. 国际刑事司法协助的限制性条款进一步减少

《公约》较之《联合国刑事事件互助示范条约》,对国际刑事司法协助的限制明显减少。例如,《公约》在拒绝提供司法协助的理由中,“被请求国认为该罪行属政治性罪行”与“有充分理由确信,提出协助请求是因为某人的种族、性别、宗教、国籍、族裔本源或政治见解等原因而想对其进行起诉,或确信其地位含会因而受到损害”,不再被确定为拒绝协助的法定理由。

4. 国际刑事司法协助的程序进一步具体化

《联合国刑事事件互助示范条约》虽然对司法协助程序作了规定,但却比较原则,实践中不好把握,而《公约》却对执行程序提出了明确要求。例如前者第3条规定:“缔约国应各自指定并相互通报应其提出或接受为本条约目的而作成的请求当局。”后者即《公约》第46条第13款规定:“各缔约国均应当指定一个中央机关,使其负责和有权接收司法协助请求并执行请求或将请求转交主管机关执行。如果缔约国有实行单独司法协助制度的特区或者领域,可以另指定一个对该特区或者领域具有同样职能的中央机关。中央机关应当确保所收到的请求迅速而妥善地执行或转交。中央机关在将请求转交某一主管机关执行时,应当鼓励该主管机关迅速而妥善地执行请求。各缔约国均应当在交存本公约批准书、接受书、核准书或者加入书时,将为此目的指定的中央机关通知联合国秘书长。司法协助请求以及与之有关的任何联系文件均应当递交缔约国指定的中央机关。这项规定不得影响缔约国要求通过外交渠道以及在紧急和可能的情况下经有关缔约国同意通过国际刑事警察组织向其传递这种请求和联系文件的权利。”可见,《公约》使国际刑事司法协助的程序更进一步具体化。

三、《公约》对我国的启示

(一) 确立预防和打击并重的原则

《公约》专辟第二章“预防措施”将预防腐败犯罪放在与打击腐败犯罪同等重要的位置上。从制定预防性反腐败政策,到设立预防性反腐败机构等,《公约》都规定了一系列具体的措施。然而,我国反腐败法律机制虽然包括一些预防性措施,但都较为原则,不易操作,故需要对照《公约》规定加以细化和调整,具体而言应做到:(1)健全和改善公务员制度;(2)在保证司法独立的基础上整合现有的司法资源,发挥公安、检察和审判机关在侦查、起诉和审判腐败犯罪方面的作用;(3)提高行政管理部門的透明度,简化行政审批程序,扩大公众知情权,定期向社会公告;(4)加强企事业单位和私营企业的经济监督和管理;(5)提高公众对腐败行为的社会危害性的认识,发挥机关、团体、学校、社区、企事业单位和个人在反腐败斗争中的作用,完善社会参与综合治理腐败的机制,坚持预防和打击并举的反腐败战略,积极探索我国社会参与预防腐败的有效途径;(6)加强反腐败专门机构的建设,赋予反腐败机构更广泛的职能。

(二) 完善有关法律规定

1. 完善《刑法》的有关规定

具体包括:(1)适当扩大《刑法》对域外犯罪的管辖范围,即规定:“中国公民在中华人民共和国领域外实施《公约》规定的犯罪,外国人在中华人民共和国领域外对中华人民共和国国家或者公民实施《公

约》规定的犯罪,适用《中华人民共和国刑法》”。(2)增加《公约》要求各国进行定罪的行为,如洗钱及与洗钱相关的上游犯罪、贿赂外国公职人员或国际公共组织官员罪、影响力交易罪、私营部门内的贿赂特别是索贿罪等。(3)扩大贿赂犯罪的构成要件。

2. 完善《刑事诉讼法》的有关规定

完善《刑事诉讼法》的有关规定包括:(1)修改《刑事诉讼法》,建立刑事缺席审判制度,如可针对特别情形,规定可以进行缺席判决,以便充分利用《公约》规定的资产返还机制^[3](第 117 页)。(2)在《刑事诉讼法》中,增加推定与证明责任倒置制度。(3)在《刑事诉讼法》中,增加特殊侦查和技术侦查手段内容^[4](第 87-89 页)。

3. 完善《引渡法》的有关规定

具体包括:(1)完善引渡的基本原则。除规定国家主权、平等互惠之外,还应包括双重犯罪或双重可罚原则、腐败犯罪不得视为政治犯罪的原则、本国国民不引渡原则、或引渡或起诉原则等。(2)扩大引渡的适用范围。(3)完善引渡程序。

4. 制定统一的司法协助法

该统一的司法协助法主要应包括:(1)司法协助的基本原则。包括尊重主权原则、平等互利原则、双重犯罪原则、司法协助特定原则等。(2)司法协助的主要内容。(3)拒绝提供司法协助的条件。

[参 考 文 献]

- [1] 俞利平. 解读联合国反腐败公约[J]. 国际法学, 2006, (5).
- [2] 马德才. 引渡制度溯源[J]. 现代法学, 1993, (5).
- [3] 邱 飞. 在比较中借鉴:关于构建我国刑事缺席审判制度的理性分析[J]. 甘肃理论学刊, 2006, (4).
- [4] 陈光中, 胡 铭. 联合国反腐败公约与刑事诉讼法再修改[J]. 政法论坛, 2006, (1).

(责任编辑 车 英)

Discussion on UN Convention against Corruption

MA Decai

(Institute of International Law, Wuhan University, Wuhan 430072, Hubei, China)

Biography: MA Decai (1965-), male, Doctoral candidate, Institute of International Law, Wuhan University, majoring in international law.

Abstract: United Nations Convention against Corruption is a global and complete international convention on corruption prevention within the scope of international society, which is the first UN legal document in history providing a full guide to anti-corruption activities. Besides, preamble, it is consist of general provisions, preventive measures, criminalization and Law enforcement, and international cooperation. It is characterized by an integration of universality and comprehensiveness, as well as integrity and equilibrium. It provides great development to international law, and also gives inspiration to China.

Key words: United Nations; corruption; United Nations Convention against Corruption; international law