华南农业大学学报(社会科学版)
2006年第2期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No. 2 2006
(第5卷) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol. 5)

《反腐公约》与我国反腐法律机制的完善

祁建平

(肇庆学院 政法系,广东 肇庆 526061)

摘 要:《联合国反腐败公约》是联合国历史上第一个用于指导国际反腐的法律文件,对促进反腐国际合作具有重要意义。文章阐述《公约》出台的背景及中国加入该《公约》的意义,《公约》的内容和特点,《公约》的效力局限和国内法律制度的衔接缺失,认为完善反腐法律机制的关键是立法衔接与制度配套。

关键词:反腐公约;效力局限;衔接缺失

中图分类号:D990 文献标识码:A 文章编号:1672-0202(2006)02-0127-06

2005年10月27日,十届全国人大常委会第十八次会议27日下午表决通过全国人大常委会关于批准《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)的决定。同时中华人民共和国不受《公约》第六十六条第二款的约束①。

《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,对预防腐败、界定腐败犯罪、反腐败国际合作、非法资产追缴等问题进行了法律上的规范,对各国加强国内的反腐行动、提高反腐成效、促进反腐国际合作具有重要意义。但是,由于《公约》本身为非强制性规范,条款弹性过大,所以《公约》本身不能替代国内"反腐"。相反,批准加入公约后,我们面临诸多任务:既要解决国内法与《公约》的衔接问题,又要完善相关制度。只有如此,才能真正在"反腐"国际合作中受益。

一、加入《反腐公约》的背景和意义

(一)《公约》的出台的背景

21世纪以来,伴随着经济全球化尤其是高技术的快速发展和信息高速公路的突飞猛进,国际社会相互联系、相互依赖更加紧密,贪污贿赂等腐败犯罪也日益突破区域特征而呈现国际化态势——腐败资金转移、腐败犯罪嫌疑人外逃等活动十分活跃,从而使原本属于国内社会问题的腐败犯罪,业已成为众多国家乃至整个国际社会所共同关注的一种国际现象。在此情势下,无论是发达国家还是发展中国家,要有效地打击和控制腐败犯罪,客观上都需要加强国际社会的携手合作,共同研究解决这一人类社会的顽疾。《公约》正是适应这种客观需要而出台的。

具体分析之,《公约》的出台有着政治与法律的双重背景。就政治背景而言,近年来腐败犯罪嫌疑人携带大量非法资金潜逃海外而置身法外的现象已引起了世界各国的共同关注,越来越多的国家意识到,打击腐败不应闭关锁国,而应跨国开放。从法律层面上看,如果国家之间不能形成反腐合力,就可能使腐败犯罪嫌疑人一旦出逃成功,就会长期逍遥法外。因此在联合国框架内,制定

收稿日期:2006-01-28

作者简介:祁建平(1965-),男,汉族,甘肃徽县人,肇庆学院副教授,主要研究方向为宪法学.

① 这一款的内容是各缔约国之间对公约的解释或者适用发生争端而不能解决时,争端任何一方可将争端提交国际法院。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

一部全球性的反腐败法律文件,已是世界各国的共同愿望。

在此背景下,2000年12月4日,第55届联合国大会55/61号决议提出,设立特设委员会,起草一份预防和打击腐败的综合性国际法律文件。在完成一系列的准备工作后,从2002年2月开始至2003年10月,包括中国在内的107个国家及28个国际组织和非政府组织代表在维也纳,就《公约》前后进行了7轮谈判,终于完成了起草工作。2003年10月31日,《公约》经第58届联合国大会审议通过。2003年12月10日,外交部副部长张业遂代表我国政府签署了《公约》。截至2005年9月,已有33个国家批准了《公约》。《公约》将于2005年12月14日正式生效。2005年10月27日,十届全国人大常委会第十八次会议表决通过了全国人大常委会关于批准《联合国反腐败公约》的决定,使中国成为《公约》2005年12月14日生效后即付诸实施的首批国家之一。

(二)我国批准加入《公约》的意义

第一,《公约》的制定,体现了我国与国际社会治理腐败的共同意愿和决心,必将推动我国与国际社会在预防和惩治腐败方面的合作。《公约》是联合国历史上第一部指导国际反腐败斗争的法律文件,它的制定和生效,不但在国际社会倡导了治理腐败的科学理念和策略,更为国际社会反腐败提供了基本的法律指南和行动准则,是国际社会治理腐败的法律基石。

第二,《公约》将对我国促进经济健康发展、降低金融风险、维护社会公平正义起积极作用。如《公约》提出了打击私营机构腐败现象和国际商务中的贿赂行为,建立良好的商业惯例,允许将腐败视为撤销或废止合同,强化反洗钱和资金监控措施,承认腐败有受害人并允许其获得赔偿等。因此,《公约》不仅对我国反腐败将是一个促进,而且对我国财税体制、金融体制、司法体制改革也将产生推动作用。

第三,《公约》关于司法协助、引渡、资产追回等国际合作措施,为解决腐败犯罪嫌疑人外逃难以归案问题提供了国际法基础。加入《公约》,对中国建立健全惩治和预防腐败体系有重要促进作用,同时也将为逐步解决我国查办涉外案件中的"调查取证难、人员引渡难、资金返还难"提供国际合作依据。值得注意的是:(1)《公约》第44条第4款的明确规定,腐败犯罪嫌疑人在缔约国境内不能被当成政治犯。该条款使得外逃犯罪嫌疑人以"政治避难"为借口逃避引渡在法律上不再具有可能性,也大大提高了"境外追逃"的效能。(2)《公约》对腐败犯罪所得资产的追回、处置和返还的依据、条件、程序、方式等作了较为完整的规定。《公约》的这些规定,对于铲除腐败犯罪的物质基础具有重大意义。

二、《反腐公约》的内容和特点

(一)《公约》主要内容

《公约》除序言外,共8章71条,包括总则,预防措施,定罪、制裁、救济及执法,国际合作,资产的追回,技术援助和信息交流,实施机制以及最后条款。总览《公约》内容,可概括为其所确立的五大机制:(1)预防机制。《公约》要求缔约国制定预防性反腐败政策,采取各种预防性反腐败措施,包括公共部门及公职人员行为守则、公共采购和公共财务管理、审判机关和检察机关人员保持廉洁的措施、私营部门腐败行为的预防和监督以及反洗钱机制等。(2)刑事定罪和执法机制。《公约》要求缔约国采取必要的立法措施,对贿赂、贪污、挪用、洗钱、妨害司法的行为进行定罪,考虑对影响力交易、滥用职权、资产非法增加、窝赃行为进行定罪,并对上述犯罪进行起诉和审判,冻结、扣押和没收犯罪所得。(3)国际合作机制。《公约》规定缔约国应当就打击《公约》规定的犯罪进行国际合作,包括引渡、司法协助、移管被判刑人、移交刑事诉讼以及执法合作等。(4)资产追回机制。《公约》规定缔约国应当对跨国流动的腐败资产的追回提供合作与协助,包括预防和监测犯罪

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

所得的转移、直接追回财产、通过国际合作追回财产、资产的返还和处置等。(5)履约监督机制。《公约》规定设立缔约国会议,负责监督《公约》的实施。

值得一提的是,《公约》首次以联合国公约的形式规定了腐败行为的定罪。《公约》第三章"定罪、制裁、救济及执法"明确规定,可以定罪的腐败行为包括:贿赂、贪污、挪用公款、影响力交易、窝赃、滥用职权、资产非法增加、对犯罪所得洗钱、妨害司法等。《公约》还对法人腐败犯罪,腐败犯罪的主观要素及其认定,腐败犯罪的参与、未遂和中止,腐败犯罪的刑事制裁原则、时效、管辖权及相关诉讼事项进行了规定。

(二)《公约》主要特点

综观《公约》公约框架内容,凸现以下特点:

第一,内容的广泛性。《公约》是目前国际上双边、多边反腐败条约中内容最全面的公约,它是在对国际组织和地区组织各种反腐败公约、决议的有效性和可行性全面评估的基础上拟订的,内容广泛。

第二,立法构思的整体性和平衡性。所谓整体,是指《公约》将反腐败作为一个系统工程来对待,认为腐败不仅表现在公职人员身上,也表现在向公职人员行贿的普通公民身上;不仅在国家机关和公共领域,私营机构也存在腐败问题;不仅表现在国内交往中,也表现在国际交往中,包括国际公共组织官员的腐败。所谓平衡,是指《公约》认为对任何一种腐败行为的惩治要体现公平、正义,如在惩治受贿人的同时,也要打击行贿人;对以贪利为目的的腐败行为,在给予刑事制裁的同时要彻底剥夺其非法获得的所有财产;在加强对公职人员腐败行为惩处的同时,要充分关注公职人员的报酬和必要的培训等。

第三,注重预防的基本理念。《公约》设立专章,对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,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。尤为值得重视的是,《公约》要求各缔约国定期评估有关法律文书和行政措施是否能有效预防和打击腐败;应当确立专门的、具有必要独立性和人力物力资源保证的预防性反腐败机构;应当加强审判、检察机关人员的廉政,并发挥他们在预防腐败方面的重要作用。

三、《公约》的效力局限与国内法律制度的衔接缺失

(一)《公约》的效力局限

对《反腐公约》的理性审视,意味着我们既要肯定《公约》的积极意义,也要看到《公约》的局限与不足,不能片面夸大《公约》的作用。具体而言,主要表现在以下几点:

第一,《公约》的非规范性。我国批准加入《公约》对于反腐特别是"境外追贪"意义不言而喻,但是不能过高地估计这个《公约》对我国反腐败的作用,更不能因此认为《公约》生效就是腐败外逃贪官的"末日"或"丧钟"。因为《公约》只是一个指导性文书,属于非强制性规范:即使有《公约》,对方也可因为没有双边引渡协议而拒绝引渡。《公约》只是奠定了一个国际法基础、提供了一个法律平台而已,如果一个缔约国不履行公约,也没有什么具体制裁措施适用于它,这就是国际公约效力的局限性。它的落实,要靠缔约国之间的协议,靠本国法律与国际法的衔接。

第二,发生作用的非独立性。"现在并没有任何习惯国际法的普遍规则要求引渡。"[Ⅱ] 因此,对于国际反腐合作的真正实现来说,《公约》不能独立发生作用,而需要有关国家双边或多边涉及引

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

渡的协定或公约的支持。截至目前,我国只与泰国、蒙古等十多个国家签订了双边引渡条约,世界上还有200多个国家没有和中国签订引渡协议。这种情况,使得很多腐败犯罪嫌疑人外逃后,我国无法通过正常的司法程序将犯罪嫌疑人引渡回国受审。可见,目前通过双边司法协助、国际刑警组织等手段被遣返的腐败犯罪嫌疑人只占应抓捕归案的很小比例。因此,如果没有足够多的国家签署加入《公约》,腐败犯罪嫌疑人依然会有可以逃窜的"避难所"。

第三,《公约》条款的伸缩性。由于各缔约国多以维护本国利益为出发点,竭力维护本国法律制度不被修改,因而造成《公约》中大量条款都是保护性条款和弹性条款。比如,导致国家间引渡难以执行的主要障碍为:被请求国具有绝对掌控权,只要其认为被引渡人被缉拿回国后有可能被判死刑,或者无法保证公正审判,那么他就可以拒绝被请求国的引渡请求,这是导致腐败犯罪嫌疑人外逃无法归案的主要原因①。

(二)国内法律制度的衔接缺失

虽然目前关于我国批准或参加的条约或公约是否当然成为国内法的一个组成部分的问题尚无定论[2],但是"我国签订或加入有关国际公约,就有义务在国内加以贯彻,包括采取必要的立法措施。"[3]因此,我国批准加入《反腐公约》后,首先面临的是该公约在我国国内的执行以及国内法与该公约的衔接问题。由于立法理念的差异,我国国内立法与该公约尚存在诸多衔接缺失。比如,《公约》提供的是制度性腐败的预防平台,它要求我们制定有效、协调的反腐败政策,使这些政策体现法治、廉正、透明度、问责制、妥善管理公共事务与财产等诸项原则。再比如,资金追回制度是《公约》的最大创新,但这恰恰也是我国现行法律中最薄弱的一环。小到资产扣押、冻结期间的具体操作,大至追回资产的措施、没收判决的承认,以及对失踪、逃跑、死亡犯罪嫌疑人财产的处理等等,目前我国还在"无法可依"的阶段。另外,在具体的法律概念术语上,也存在一个语义统一的问题。如《公约》规定,"贿赂"是公职人员索取或收受的"不正当好处",而我国《刑法》则将贿赂对象规定为"财物",从打击贿赂的效果上看,规定为"不正当好处",显然比"财物"要有力。

在我国,国内法律尚且得不到很好的实施,国际公约作为国与国之间的协议,其约束力和法律实效就会更小。政府若想在打击惩处腐败分子方面取得成效的话,就必须改变观念,在主权范围内加强国际间的合作,并成立专门机构,让国际法在执行过程中变"硬"、变"强",并在法律及相关制度上完善国内反腐机制,阻断腐败犯罪嫌疑人外逃的出路。比如:目前由于相关的法规和管理体制不完善,防止资本外逃的"软硬件"尚不具备,金融外汇管制系统尚未建立起对大额资金外流进行有效监控的预警机制,从而给资本外逃预留下较大的空间。

四、反腐法律机制完善的关键:立法衔接与制度配套

(一)立法衔接

国内立法与《公约》的衔接缺失,要求我们必须对国内法进行适当修改或制定新的与《公约》精神一致的法律法规。这种法律法规既包括实体法,也包括程序法,还涉及制定一部统一的刑事司法协助法。

在实体法上,为了更有效地同腐败犯罪作斗争,针对国际合作中的障碍,应当适当地扩大刑法对域外犯罪的管辖范围,或者明确规定"中国公民在中华人民共和国领域外实施国际公约中规定

① 例如,赖昌星之所以至今没有被遣返回国,主要原因在于加拿大已经废除了死刑。所以,加方不同意遣返赖昌星,除非中国免他一死,但中方是无法接受这一点。对于这种中西方司法理念的冲突,有学者建议,中国应接受国际惯用做法,兼顾"社会效益"和"经济效益"。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.

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国际公约规定的犯罪,适用中国刑法",以使中国刑法更有效地适应惩治腐败犯罪的需要。另外,《公约》规定的具体犯罪,有一些中国刑法尚未规定,如贿赂外国公职人员或者国际组织官员。所以,应增加关于贿赂外国公职人员和国际组织公职人员罪的规定,或通过立法明确规定对外国公职人员和国际组织公职人员在中国境内实施的腐败犯罪比照国家工作人员定罪处罚。

在程序法上,应当修改刑事诉讼法的相关条款,增加证人保护和举报人保护的规定,建立刑事缺席审判制度,增加刑事没收程序的规定,适当赋予反腐败犯罪侦查机关特殊侦查手段,以与《公约》中业已确定的国际刑事司法合作相关机制相协调。

应当指出,在刑事司法协助问题上,中国应尽快制定一部统一的刑事司法协助法,以规范中国的刑事司法协助行为。

(二)制度配套

除了立法本身的修改衔接,制度的配套完善同样是重要的,且这种配套完善至少包括以下:

第一,改革审判制度。具体包括:(1)建立缺席审判制度。通过国际合作追回财产的重要根据是生效的法院判决,因此如果因为腐败犯罪嫌疑人外逃就不对其罪行进行缺席审判,就会使追究其责失去法律平台;(2)建立独立的民事或行政诉讼程序。我国现行《刑事诉讼法》规定,针对腐败犯罪嫌疑人财产的民事诉讼只能通过"刑事附带民事诉讼"程序实现,故对于被告人外逃的案件,或对腐败犯罪嫌疑人暂时不能提起公诉但又必须扣押、冻结、没收其因腐败行为取得的财产时,这种"强制"附带的诉讼程序就显得无助和保守。

第二,建立财产追回配套制度。具体包括:(1)建立规范化的赃款赃物确认制度。建议首先在我国国内由司法机关、财政和审计机关共同依照国有资产以及集体资产产权界定的办法,制定一个评估界定腐败财产的规范性文件,以利于对腐败财产的控制和追缴。(2)完善银行制度——银行是腐败财产流失的主要渠道,健全的银行机制,对于控制和追缴腐败财产有重要意义。在国际反腐败合作过程中,要向国外银行和私营部门管理机构查询和协助追缴财产,自身就应建立相应机制,以适应国际对等交流和协助。

第三,建立双向的国际合作程序。在对外方面建立国内机构请求国外机构进行司法合作,在对内方面建立外国机构请求我国机构进行司法合作的明确程序。如根据最高人民检察院有关规定,检察机关的司法协助事宜,由最高人民检察院外事局负责管理、协调和对外联络,由省级检察院负责承办。这类明确清晰的程序,更有利于国际合作的规范化、制度化。

第四,制度完善之根本:完善权力监督机制。权力是"个人或集团通过威慑力量不顾反对而把其意志强加于他人的能力。"[4]"有权力的人们使用权力一直到遇有界限的地方才休止。"[5]事实上,"在现实生活中,腐败的泛滥主要表现为权力的滥用。"[6]所以,从根本上杜绝腐败,就必须不断完善权力监督机制,综合运用经济的、制度的、法律的、教育的等手段,标本兼治。特别是,要建立与市场经济平等准则相适应的权力制衡机制,限制一些权力参与市场运作;推进司法改革,发挥司法在反腐中的作用,同时"加强司法权力的独立地位,使其能够克服来自政治和行政的不当干预。"[7]

"徒法不足以自行。"[8]因此,在加强制度建设的同时,关键还是要加强监督,保证各项规章制度的落实。特别要注意对特殊群体的监督,把监督渗透在日常管理之中,涵盖在学习、工作、生活、消费、社交等各方面,延伸到家庭、亲属之中,做到超前监督、事前监督,防微杜渐,防患于未然,最大限度地遏制滥用权力的现象,这样才能有效地预防或消除腐败现象。

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.

参考文献：
[1] 劳特派特. 奥本海国际法[M]. 北京：商务印书馆，1981：179.
[2] 朱晓青等. 国际条约与国内法的关系[M]. 北京：世界知识出版社，2000：35.
[3] 邵 津. 国际法[M]. 北京：北京大学出版社，高等教育出版社，2000：25.
[4] （英）罗德里克·马丁. 权力社会学[M]. 丰子义，张 宁译. 北京：三联书店，1992：17.
[5] （法）孟德斯鸠. 论法的精神[M]. 雁 深译. 北京：商务印书馆，1982：188.
[6] 白桂梅. 法治视野下的人权问题[M]. 北京：北京大学出版社，2003：39.
[7] 王舟波. 世纪脉搏[M]. 北京：中国书籍出版社，1998：234.
[8] 张晋藩. 中华法制文明的演进[M]. 北京：中国政法大学出版社，1999：7.

UN Anti-corruption Convention and Perfection of China's Legal System of Anti-corruption

QI Jian-ping
（*Political and Law Department*, *Zhaoqing Institute*, *Zhaoqing* 526061, *China*）

Abstract: As the first legal document guiding international anti-corruption in the UN's history, UN Anti-corruption Convention is very important to promote international cooperation in anti-corruption. The paper presents the background of convention-agreeing and value of china's entry into the convention, analyzes the content and characteristics of the convention, reveals the convention's defects in validity and linking-up errors, and finally points out that the key to perfect legal System of Anti-corruption is legislative international linking up and supporting systems.

Key Words: Anti-corruption convention; Defects in validity; Linking-up errors

?1994-2015 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.