

与分案审理作出明确规定。对此, 笔者的初步设想是:

第一, 立法上应该明确限定刑事案件具备“关联性”的情形: 1. 一人犯有数罪; 2. 数人共犯一罪或者数罪; 3. 数人同时在同一处所各自分别犯罪; 4. 犯有与本罪有关的包庇、窝藏、伪证、销赃罪, 等等。对于上述具备“关联性”特征的犯罪, 法院可以合并进行审理。

第二, 对一人犯数罪合并进行审理时, 如果会影响被告人的辩护策略(如被告人承认被指控的一罪但却否认其他罪行时, 如果合并审理会给合议庭造成认罪态度恶劣的印象等情形时), 法院可以裁量是否进行分案审理。

第三, 对于数人共犯一罪或者数罪的, 如果合并审理会导致被告人之间互相指控或者包揽罪责等情形时, 法院应该裁量分案审理。

第四, 对于人数庞大的团伙类犯罪, 如果合并审判会导致庭审流于形式、羁押率和超期羁押现象上升、变相限制了被告人的上诉权和申诉权、侵犯律师会见权等辩护权现象时, 法院应该裁量进行分案审理。即针对团伙犯中的从犯、胁从犯或者虽非从犯和胁从犯, 但有立功表现的, 法院应该另行组织合议庭审理, 从轻、减轻、免除其刑事责任; 对于虽与团伙成员之一共同实施过犯罪, 但本质上并不属于团伙组织成员的连环犯罪被告人, 通常情况下应该分案审理; 对于团伙犯罪的领导者、组织者和骨干成员, 为了保证查清案件事实和量刑的均衡, 法院应该合并审理。

腐败犯罪资产追回机制的完善

卞建林(中国政法大学教授)

随着经济全球化进程的加快, 腐败犯罪也日益呈现出全球化的特点。据世界银行初步估计, 全世界每年约有 2 万亿美元涉及腐败的资金进行跨国流动, 相当于全球生产总值的 6%。腐败行为使许多国家的经济社会发展和政府形象蒙受损害, 其中发展中国家所遭受的经济损害最为严重。^[72] 然而, 由于世界各国政治体制的不同以及法律制度的差异, 单一的腐败行为受害国在全球范围内对腐败犯罪进行打击和追诉时往往显得势单力薄, 且在实践中难以取得成效, 这更进一步加剧了腐败犯罪在全球范围内的滋生和蔓延。

鉴于这一情况, 越来越多的国家和地区意识到应当建立国际性的多边条约以促进世界各国通力合作、联手打击腐败犯罪。^[73] 为此, 联合国大会第 87 次全体会议于 2000 年 12 月通过了第 55/188 号决议, 呼吁“国际社会支持所有国家致力加强体制能力和管制框架, 防止贪污、贿赂、洗钱和非法转移资金, 并将这些资金返还来源国”。^[74] 2003 年 10 月, 联合国大会通过了《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》), 以专章的形式详细规定了腐败犯罪的资产追回机制, 协调了各国在资产返还方面的立场, 并强调“按照本章返还资产是本公约的一项基本原则, 缔约国应当在这方面相互提供最广泛的合作和协助”。资产追回机制是《公约》针对腐败犯罪资产外逃而设置的全新法律机制, 是在综合分析各国反腐败犯罪的成效与困境的基础上经过缔约各方努力协调所达成的重要反腐败成果。

对于《公约》确定的“资产追回机制”, 通常理解为: 对于因实施《公约》确立的犯罪而直

[72] 参见张业遂:《让腐败分子无处藏身——解读〈联合国反腐败公约〉》,《求是》2004年第8期。

[73] 例如, 1996年美洲国家组织制定《美洲国家组织反腐败公约》, 1997年欧盟理事会通过《打击欧洲共同体官员或欧洲联盟成员国官员腐败的公约》, 1999年欧委会成员国先后通过《欧洲委员会反腐败刑罚公约》和《欧洲委员会反腐败民法公约》等。

[74] 参见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77页。

接或者间接产生或者获得的任何财产以及用于犯罪的财产、设备或者其他工具，通过一定的司法协助程序予以追讨或者返还的制度。^[75]为了准确把握《公约》中“资产追回”的含义，需要厘清两个关键概念：一是何谓“腐败犯罪”。根据《公约》第3章第15—25条的规定，其调整的犯罪行为包括：贿赂本国公职人员、贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员、公职人员贪污、挪用或者以其他类似方式侵犯财产、影响力交易、滥用职权、资产非法增加、私营部分的贿赂、私营部门内的侵吞财产、对犯罪所得的洗钱行为、窝赃、妨害司法等。由此可见，《公约》所涉及的“腐败犯罪”不仅包括我们一般认识上的贪污腐败犯罪，如贪污贿赂、挪用公款等，也包括与上述腐败行为密切联系的一系列关联犯罪，如洗钱、窝赃等；不仅包括国家公职人员即公共部门人员的犯罪，也包括私营部门人员的犯罪。二是何谓“资产”。《公约》在第1章第2条“术语的使用”第4款中将资产解释为“系指各种资产，不论是物质的还是非物质的、动产还是不动产、有形的还是无形的，以及证明对这种资产的产权或者权益的法律文件或者文书”。但是，资产的追回措施之一即为没收，没收的对象与资产的对象在外延上应当重合。根据《公约》第31条第1款的规定，没收的对象范围主要是：来自根据本公约确立的犯罪的犯罪所得或者价值与这种所得相当的财产；用于或者拟用于根据本公约确立的犯罪的财产、设备或者其他工具。据此，“资产追回”中的“资产”应当包括犯罪所得以及用于犯罪的财产、设备或者其他工具。为强化对腐败犯罪的打击，《公约》进一步明确了“犯罪所得”的衍生范围，具体表现为：（1）替代收益，即犯罪所得已经部分或者全部转变或者转化为的其他财产；（2）混合收益，即如果犯罪所得已经与合法财产相混合，则最高可延伸至混合于其中的犯罪所得的估计价值；（3）利益收益，即由犯罪所得及其替代收益、混合收益所获得的收入或者其他利益。对于腐败犯罪的衍生收益，《公约》规定对其适用与犯罪所得相同的措施和处置方式。

关于资产追回的方式，《公约》规定了两种。其一是直接追回方式，即指通过民事诉讼程序或者通过命令等其他形式直接确认腐败犯罪所得资产的所有权归属的追回制度。资产的直接追回体现为《公约》第53条的规定。根据该规定，资产的直接追回主要有三种措施：第一，资产流出国（请求国）在资产流入国（被请求国）的法院提起民事诉讼，以确立对通过实施根据本公约确立的犯罪而获得的财产的产权或者所有权。这种诉讼在本质上属于确权之诉，即为明确腐败犯罪资产的所有权归属的诉讼。第二，资产流入国法院命令实施了根据本公约确立的犯罪的人向受到这种犯罪损害的资产流出国支付补偿或者损害赔偿。这种措施一般都是资产流出国向资产流入国的法院提出请求，请求腐败犯罪的实施者对其进行相应的补偿或者损害赔偿，法院最终以裁判的形式作出命令。第三，资产流入国法院或者主管机关在必须就没收作出决定时，承认资产流出国对通过实施本公约确立的犯罪而获得的财产所主张的合法所有权。与前两种措施不同，这一措施的决定主体为资产流入国的法院或者主管机关，而非仅限于法院；同时，这一措施也无须先通过诉讼程序，仅是在“必须就没收作出决定时”即可作出确认权属的决定。需要明确的是，直接追回措施的适用存在一个前提，就是缔约国应当承认腐败案件是存在受害人的刑事案件，案件受害者有权对犯罪实施者提起民事诉讼，请求确认其对腐败资产的合法所有权或者要求加害者进行补偿或者赔偿。根据《公约》的界定，腐败案件的受害人既可能是缔约国政府，也可能是缔约国的法人或非法人组织。

其二是资产的间接追回方式，即指缔约国依据本国法律或者另一缔约国的没收令先行没收腐败犯罪所得资产，再返还给另一缔约国的追回制度。资产的间接追回相对于直接追回而言，需要

[75] 参见杨宇冠、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429页。

先经过一个没收程序，而不是直接确认其所有权归属，《公约》第54条称之为“通过没收事宜的国际合作追回资产的机制”。资产的间接追回分为两个阶段：第一阶段是资产流入国根据本国法律或者资产流出国发出的没收令，对位于其境内的腐败犯罪所得资产进行没收。这种没收并非必须基于资产流出国的请求，资产流入国如果自行发现其境内存在外国来源的腐败犯罪所得资产，可以主动将其没收。第二阶段是资产流入国根据相关的法律程序（或者双边或多边协定或者安排等）将依法没收的腐败犯罪所得资产返还给资产流出国。根据《公约》第54条第1款的规定，资产间接追回主要有三种措施：第一，资产流入国主管机关执行资产流出国法院的没收令。第二，资产流入国主管机关以判决或者其他程序下令没收外国来源的腐败犯罪所得资产。第三，资产流入国不经刑事定罪而径行没收腐败犯罪所得资产。这种措施是专门针对“犯罪人死亡、潜逃或者缺席而无法对其起诉的情形或者其他有关情形”，即无法对犯罪人进行刑事诉讼程序从而将其定罪的情形。可以看到，前两种没收腐败犯罪所得资产的措施的适用都需基于对犯罪人进行刑事定罪这一前提，但在司法实践中，出现犯罪人死亡、潜逃或者缺席等情形进而无法对其进行追诉并定罪的情况并不在少数。为了弥补这一现实困境，《公约》特别规定了不经刑事定罪而径行没收腐败犯罪所得资产的措施。

对于腐败犯罪追回资产的返还和处分，《公约》也作了明确规定。资产返还适用以下三原则：（1）返还依据为《公约》和被请求国法律；（2）返还对象为没收财产的原合法所有人；（3）返还时须考虑善意第三人权利。关于资产返还的方式，《公约》第57条第3款进行了详细规定，主要分为三种情形：（1）对于《公约》规定的贪污、挪用公共资金以及对该公共资金的洗钱行为所得的资产，被请求国实行没收后，基于请求国的生效裁判，将没收的财产返还请求国，被请求国也可以放弃对生效裁判的要求；（2）对于《公约》所涵盖的其他任何犯罪的所得，请求国实行没收后，基于请求国的生效裁判，并且在请求国向被请求国合理证明其原对没收的财产拥有所有权时，或者当被请求国承认请求国受到的损害是返还所没收财产的依据时，将没收的财产返还请求国，被请求国也可以放弃对生效裁判的要求；（3）在其他所有情况下，优先考虑将没收的财产返还请求国、返还其原合法所有人或者赔偿犯罪被害人。

在资产返还时涉及到费用补偿问题，对此发达国家和发展中国家有很大争议，基于此，《公约》仅作了较为粗略的规定，而将操作空间留给了缔约国双方。《公约》第57条第4款规定，在适当的情况下，除非缔约国另有决定，被请求国可以在依照公约规定返还或者处分没收的财产之前，扣除为此进行侦查、起诉或者审判程序而发生的合理费用。“合理费用”是指实际发生的费用和开支，不包括中间人佣金或者其他未具体指明的费用。同时，《公约》第57条第5款补充提出，在适当的情况下，缔约国还可以特别考虑就所没收财产的最后处分逐案订立协定或作出可以共同接受的安排。

为保证腐败犯罪资产追回与返还机制的有效实施，《公约》还详细规定了配套的资产预防和监测措施，例如核实客户身份并强化账户审查，制定反洗钱举措，禁止空壳银行，确立公职人员财产申报制度，设立金融情报机构，等等。

虽然《联合国反腐败公约》为国际社会共同打击腐败犯罪提供了一个法律框架，但其效能的切实发挥最终还有待于有关缔约国之间通过双边条约或在国内法中对《公约》规定的内容加以具体落实。基于此，为推动我国反腐斗争的深入开展、强化腐败犯罪的惩治力度、加强打击腐败的国际合作、完善反腐败的诉讼程序，我国应当尽快改革现有刑事司法制度中与《公约》不相契合之处，早日实现与《公约》规定的全面接轨。可以考虑主要从以下几方面着手：一是立法明确对外国生效刑事裁判的承认和执行。我国目前尚不存在关于承认和执行外国刑事裁判的法律规

定。近年来,在与有关国家签订的双边条约中开始出现这方面的内容,^[76]但仍具有很大的局限性。为此有学者呼吁,应当在刑事诉讼法再修改之际,参照民事诉讼法有关承认和执行外国生效裁判的规定,在刑事诉讼法中写入承认和执行外国生效刑事裁判的相关规定。二是建立独立的民事诉讼和没收制度。我国刑法理论传统上认为腐败犯罪是不存在被害人的犯罪,其直接侵害的客体是国家工作人员的职务廉洁性和公共财产的所有权,因此追回腐败犯罪所得资产一般只能通过由法院最终作出没收财产以及罚金等刑罚予以实现,而不能通过独立的没收制度来进行追缴或返还。因此,为顺利与《公约》实现接轨,有效利用《公约》确立的机制来追回腐败犯罪资产,我国应当尽早建立独立的民事诉讼制度和没收制度。三是确立合理的资产返还费用补偿制度。为了充分调动有关各方国际司法合作的积极性,并且使这种合作获得必要的财力保障,可以考虑在与外国缔结刑事司法协助条约时增加关于分享被追回犯罪所得资产的内容。四是早日建立完善公职人员财产申报制度。五是对腐败犯罪案件建立适当的缺席审判制度,特别是针对犯罪人潜逃、隐匿、下落不明等必要情形。

监狱检察的问题及其改革

吴宗宪(北京师范大学教授)

监狱是我国监禁刑的主要执行机构,监狱检察是刑罚执行监督的主要组成部分。在监狱执行的有期徒刑、无期徒刑以及死刑缓期执行,在审判机关所判处的刑罚总数中占有绝对的多数:2003—2007年分别为70.72%、67.69%、65.84%、63.35%和62.40%。^[77]因此,做好了这部分监禁刑执行的法律监督工作,就等于做好了大部分刑罚执行工作的法律监督。从刑法规定的刑期、人民法院判处的刑期以及罪犯在监狱中实际服刑的时间来看,很多罪犯在监狱中执行监禁刑的时间往往很长。在此期间,有可能发生多种违法犯罪行为,如果没有十分有效的法律监督,就不能创造一种正常的服刑环境,也不能保证监狱警察和服刑罪犯的人权。监狱是一种与外部环境隔离开来的封闭场所,虽然司法部发布规章要求增强监狱执法的透明度,但是,对于社会大众而言,监狱仍然是一个封闭而神秘的场所,很难接触监狱,更难监督监狱。如果专门的法律监督机构不能有效地在监狱中进行监督,那么在这样一个封闭的环境中就会发生很多违法行为。每名罪犯在监狱中的服刑状况会影响到多名关系密切的人(包括他们的亲属、朋友等);大量罪犯的服刑状况会影响大批社会成员对法律和政府的态度。如果监狱执法工作不良,就会对成千上万的社会成员产生消极影响,在特殊情况下,这类消极影响甚至有可能动摇执政基础。因此,通过监狱检察提高监狱的刑罚执行质量,对于凝聚社会力量、巩固执政基础具有重要意义。

目前全国97%的监狱都有常年驻守的监狱检察人员,^[78]但是,监狱检察的机制和效果不能令人满意。监狱检察存在以下问题:(一)机构设置缺乏法律依据。检察院向监狱派驻检察机关,是涉及检察院和监狱的机构设置的重大问题,对此,检察院组织法和监狱法都没有明文规定,检察机关向监狱派驻检察机关的做法缺乏法律依据。(二)派驻检察机关作用有限。检察院虽然长期派员在监狱中从事监督工作,但是工作效果并不明显。一些引起社会震动的冤假错案,例如云

[76] 例如,2001年我国与乌克兰缔结了《中华人民共和国和乌克兰关于移管被判刑人的条约》,这开创了我国承认与执行外国生效刑事裁判的立法先例;2002年,我国与俄罗斯也缔结了《中华人民共和国和俄罗斯联邦关于移管被判刑人的条约》,相互承认与执行对方已经生效的刑事裁判。

[77] 根据这五年的《中国法律年鉴》公布的数据计算。

[78] 参见白泉民等:《中国监狱检察制度的改革与完善》(上),《检察日报》2007年10月24日。