

当代法律科学文库

# 打击跨国腐败犯罪 刑事司法协助制度比较研究

李晓欧 著

对外经济贸易大学出版社  
中国·北京

# 前 言

贪官外逃问题一直备受社会的关注，尤其严重腐败犯罪呈现出跨国化、国际化的趋势，更是加深了公众对贪官外逃问题的关注程度。据中国人民银行发布的一份报告称，中国官员中的腐败分子在 15 年间将大约 8 000 亿元人民币的不义之财转移到境外，而由此产生的间接损失更大。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（U. N. Convention Against Transnational Organized Crime, UNTOC）和《联合国反腐败公约》等国际条约为打击贪官外逃案件设立了新的标准，也提供了预防与遏制贪官外逃的新的依据。国际社会对打击贪官外逃也进行了不懈努力，如经济合作与发展组织（OECD）推出的《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》、美洲国家组织和非洲国家组织都推出他们的反腐败公约、FTAF 推出了包括反洗钱交易 40 条等等都对贪官外逃问题进行规制。贪官外逃问题已成为世界关注的焦点，也引起了学术界的广泛关注。在经济全球化、科技现代化特别是网络技术日益普及的背景下，中国政府该如何应对贪官外逃现象呈现出的新特点、新问题，如何应对国际公约带来的机遇与挑战，制定有效预防与遏制贪官外逃的战略，成为亟需研究的问题。中国目前无刑事司法协助基本法，这使得在某些事项上中国与外国进行刑事司法协助无法法律依据，随着跨国腐败案件等跨国犯罪案件日趋严重，制定符合中国国情的刑事司法协助法势在必行。目前，加拿大、澳大利亚、新西兰、阿联酋等国均有刑事司法协助法，我国可借鉴其

经验完善刑事司法协助相关制度。本文主要通过跨国犯罪的调查取证制度、跨国犯罪的追诉制度、跨国犯罪资产返还与分享制度等方面内容阐述我国刑事司法协助法的构建，以期对立法和司法提供新的思路和理论基础。

# 目 录

第一章 跨国视频音频调查取证制度 .....	(1)
一、远程视频听证的概念和特点 .....	(1)
二、远程视频听证的立法例及司法实践 .....	(3)
三、完善远程视频听证立法的建议 .....	(9)
第二章 跨国腐败犯罪的追诉制度 .....	(15)
第一节 跨国腐败犯罪刑事追缴制度 .....	(15)
一、腐败犯罪跨境追缴的国际法依据 .....	(15)
二、我国腐败犯罪跨境追缴的现状及困境 .....	(19)
三、完善我国腐败犯罪跨境追缴的建议 .....	(41)
第二节 跨国腐败犯罪民事追缴制度 .....	(59)
一、民事没收制度概述 .....	(59)
二、我国民事没收制度现状 .....	(68)
三、我国民事没收制度存在的问题 .....	(80)
四、我国民事没收制度的完善 .....	(84)
第三章 跨国腐败犯罪资产返还与分享制度 .....	(103)
一、犯罪资产返还与分享制度概述 .....	(103)
二、国际上犯罪资产分享制度现状 .....	(138)
三、犯罪资产分享制度在我国的适用及其障碍 .....	(157)
四、我国犯罪分享制度的构建 .....	(160)
第四章 驻外法务参赞制度 .....	(169)
一、驻外法务参赞的概念及各国实践 .....	(169)
二、我国设立驻外法务参赞的必要性 .....	(172)
三、驻外法务参赞的可行性 .....	(174)
参考文献 .....	(177)

# 第一章 跨国视频音频调查 取证制度

随着世界经济、贸易一体化，人员往来和互联网使用的国际化步伐日益加快，跨国组织犯罪、腐败犯罪和恐怖犯罪等对世界各个国家和地区的政治、经济及社会造成越发明显的破坏和威胁。为应对这些问题，世界各国开始寻求在打击犯罪方面更深入、更广泛的协助和配合。与之相应，传统的国际刑事司法协助手段之一——跨国相互委托调查取证也面临新的挑战。随着现代视频音频技术的发展，作为委托调查取证的新形式，远程视频听证（hearing by video or audio conference）展现出它的巨大作用。目前，我国与外国开展刑事司法协助呈现出外多我少的特点。其中外国向我国提出请求约占 60%，我国向外国提出请求约占 40%。造成这一现状的原因之一在于，我国司法部门在运用国际司法协助办理案件方面的意识、水平等仍存在很大局限。新《刑事诉讼法》规定，我国各级法院均享有涉外犯罪案件的管辖权，各级法官均可以审理外国人犯罪、国际犯罪等案件。这对法官全面提升国际刑事司法协助的意识和水平又提出了新的要求。

## 一、远程视频听证的概念和特点

远程视频听证是指在国际刑事司法协助过程中，依据双边条约或多边公约，经被请求国同意，请求国执法机关在本国境内通过通讯卫星等电子传送和视像播放系统，连线处于被请求国境内的证人、鉴定人或其他有关人员，请他们就法庭正在审理的案件案情或专门问题作证并接受交叉询问质证的刑事调查取证方式。

远程视频听证作为一种新兴的刑事司法协助方式具有如下特点：

### （一）真实性

在传统的委托调查取证协助中，被请求国只需就请求国在请求书中所列明的问题向本国内案件相关证人、鉴定人或其他人员进行询问，并将询问笔录及相关材料转递给请求国即可。被请求国的协助工作只需遵循本国的法律，而无须考虑请求国的有关规定。在这一过程中，请求国执法机关和法庭控辩双方也无法参与到具体询问程序中，不能与被询问人员进行直接对话。然而，这一限制必将严重地损害当事人质证的权利，也不利于法庭查明案件真相。远程视频听证解决了这个问题，它不仅能够实现请求国执法机关和法院与案件相关证人、鉴定人或其他人员进行“面对面”的询问，而且这种询问具有双向性，控辩双方可以对证人进行交叉询问及质证，从而满足直接审理及质证的诉讼要求。法庭通过更直观地审视被询问人员，观察其对所提问题的实时反应，譬如表情、语气等，从而能够更准确地判断、了解其真实意思，有助于查明案件事实真相。

### （二）有效性

任何国际刑事司法协助活动都是跨国、跨地区或者跨法域进行的。因此，传统的委托调查取证存在另一大弊端就是：因为取证活动只依照被请求国法定程序进行，所获得的证据材料可能因程序上的差异而难以得到请求国法院的采纳或者不能被直接使用。但是，远程视频听证较好地解决了这一问题。该司法程序在请求国和被请求国同步开展，相互呼应。取证工作虽然是在被请求国内进行的，但是证人所参与的仍然是请求国的法庭或调查取证程序，因此取证过程必须同时符合双方的法律规定，从而解决了法律冲突问题。在询问取证过程中，如果被请求国认为请求国的询问内容侵犯了本国法律的基本原则和社会公序良俗，就有权中断询问或者采取必要措施使询问正常有序地进行。

### （三）经济性

现代视频音频传输技术的发展为国际间合作开创了更为广阔

的空间。即使案件被询问人员不亲自到庭，通过远程视频听证也能保证法庭向其作出询问并听取回答，从而实现法庭调查的直接性和直观性，达到普通法的庭审效果。此外，虽然远程视频听证的费用较为昂贵，但是比起证人或相关人员出国作证所需支付的费用要经济得多。同时，还可以使被请求国的司法人员及被询问人员免于国际旅行劳顿和办理复杂的出入境手续，有利于两国司法机关将更多精力、财力集中到其他案件中去。

## 二、远程视频听证的立法例及司法实践

远程视频听证以其既有效又经济的优势，取得了国际刑事司法协助的公约、条约等的普遍认可，并在多个国家通过较为成熟的内国立法予以具体规定。

### （一）相关立法例

#### 1. 国际公约

作为国际刑事司法协助方式之一，跨国远程视频音频取证被国际公约普遍规定，成为多种调查取证协助方式的重要组成部分。为提高国际刑事司法协助的效率，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》（UNTOC）和《联合国反腐败公约》（UNCAC）均努力倡导采用直接取证方式，并且明确提出：“当在某一缔约国领域内的某人需作为证人或者鉴定人接受另一缔约国司法机关询问，而且该人不可能或者不宜到请求国领域出庭时，被请求国可以依该另一缔约国的请求，在可能而且符合本国法律基本原则的情况下，允许以电视会议方式进行询问，缔约国可以商定由请求国司法机关进行询问，询问时应当有被请求缔约国司法机关人员在场。”〔1〕这里所说的“电视会议”方式即远程视频听证。迄今为止，这两个公约是国际社会在打击有组织犯罪和腐败犯罪领域中国际合作内容最丰富、缔约国最多、影响范围最广的法律文

---

〔1〕《联合国反腐败公约》第46条第18款，《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第18条第18款。

件。它们为推动跨国视频音频调查取证的开展提供了广泛的法律基础。

国际刑事法院（ICC）是人类历史上第一个常设性的国际刑事审判机构，它的设立被誉为国际刑法发展史上的里程碑。在其《罗马规约》中，对借助视频音频设备提供证人的口头或录音证言也作了相关规定，本法院可以根据本规约和《程序和证据规则》的规定，准许借助音像技术提供证人的口头或录音证言，以及提出文件或笔录，但运用这些措施的前提是不得损害或违反被告人的权利。《程序和证据规则》则规定了法庭运用这些措施的具体规则，譬如它授权法庭允许证人借助音像技术提供口头证言，但所用技术应允许检察官、辩护方及分庭本身在证人作证时向证人提问。<sup>〔1〕</sup>此外，2001年于斯特拉斯堡缔结的《欧洲刑事司法协助公约》第二附加议定书（Second Additional Protocol to the European Convention on Mutual Assistant in Criminal Matters）也对远程视频听证作出了较为具体的规定。<sup>〔2〕</sup>

由此可见，作为一种高效、便捷、经济的取证方式，远程视频听证已经在多边国际刑事司法协助公约中得到普遍认可。

## 2. 双边条约

在国际刑事司法协助实践中，国家之间进行司法协助的主要依据是双边刑事司法协助条约。随着通讯科技的迅速发展和打击跨国组织犯罪的需要，远程视频听证逐渐成为国际刑事司法协助合作的重要内容。

自20世纪90年代以来，我国积极开展相关缔约工作和参与国际合作，并致力于推动调查取证方式的发展。截至目前，我国已签订双边刑事司法协助类条约（包括刑事司法协助条约、民事和刑事司法协助条约及民商事和刑事司法协助条约）38项。其中均对调查取证作出了相关规定。这些规定不仅对协助调查取证及

〔1〕 《证据和规则》第67条第1款。

〔2〕 《欧洲刑事司法协助公约》第10条。



在取证过程中允许请求国派员到场，以及协助取得相关人员的证言作了详细规定，而且只要是“不违背被请求国法律的其他形式的协助”，都允许双方协商进行。<sup>〔1〕</sup>为进一步推动调查取证司法协助活动，在2005年7月21日缔结的《中国和西班牙刑事司法协助条约》中，我国首次在双边条约中明确了远程视频调查取证制度。该条约第10条第3款规定：“在存在可能性且不违反任何一方法律规定的情况下，双方可根据集体情况约定通过视频会议获取证词。”此项规定顺应国际刑事司法协助的发展趋势，成为此后中国签订司法协助条约中的一项重要内容。

### 3. 内国立法例

国际公约或双边条约中有关远程视频听证的规定表明缔约国之间作出了进行有关司法协助的承诺，然而对于协助的具体操作程序并无具体规定，需要各国的内国立法予以确立。

远程视频听证在英国运用得非常广泛，诸多法律均涉及这方面内容。早在《1988年刑事司法法》<sup>〔2〕</sup>及《1989年（北爱尔兰）警察和刑事证据法》<sup>〔3〕</sup>中，视频音频（电视及电话）就已经作为跨国调查取证的一种手段被明确规定下来。2003年，《英国刑事司法合作法》进一步扩大了远程视频听证的适用范围。具体而言，该法第1编第3章包括三个条款，分别规定了英联邦与外国之间通过视频音频（电视及电话）相互协助调取证据的操作规范，同时，还授权国务大臣可以制定法令，规定《1988年刑事司法法》及《1989年（北爱尔兰）警察和刑事证据法》所规定的通过电视电话进行远程取证的协助手段不仅可以适用于调取证据，而且还可以适用于所有刑事诉讼程序中。这些法律规定为司法实践提供了有效的指导。英国有关远程视频听证的法律规定如此完备，原因在于它的许多内国法律都对此予以极大重视，相关

〔1〕 《中华人民共和国和秘鲁共和国关于刑事司法协助的条约》第2条。

〔2〕 《1988年刑事司法法》第32条第1款A项。

〔3〕 《1989年（北爱尔兰）警察和刑事证据法》第81条第1款A项。

制度比较成熟。例如《2003年英国刑事审判法》规定，在特定刑事诉讼中，法院有权发布指示，允许（被告人以外的）证人通过视频音频系统作证。<sup>〔1〕</sup>此外，英国又通过了《2003年刑事司法法》，该法第8编就对视频音频取证系统作了专门规定，无论在简易程序还是正式起诉程序中都可以使用，而且对于犯罪种类也没有限制，只要法院相信上述程序符合效率的要求或者有利于审判活动的进行即可。<sup>〔2〕</sup>这些内国立法为进行远程视频听证工作提供了法律依据和指引。

与英国有所不同，在美国的刑事诉讼法中，证人的范围不仅包括案外人员，案件当事人本身也可以作为证人出庭作证，因此，案件的被告人同样可以通过远程视频听证系统参与法庭程序。美国通过完善相关的内国立法已达到为远程视频听证工作保驾护航的目的。根据法律规定，运用视频音频取证系统时，必须依照成文法、法庭规则（包括州范围内或地方性的）以及其他法庭指令。譬如，在费尔班克斯（Fairbanks）法院，被告人远程出庭接受传讯要遵守《刑事诉讼规则》第38条第2款第（10）项的具体规则。根据该规则，在首席法官、公共辩护处和检察院合意的前提下，法院院长可以与公共安全部门、羁押机构达成协议，同意当事人在一定的诉讼程序中通过视频音频传输系统出庭。如此规定，确保了视频音频取证系统的运转得到由多部门达成的、并与刑事规则相符合的协议的保证。这些规定都对远程视频听证工作具有重要的借鉴意义。

在我国，虽然没有专门的刑事司法协助法对远程视频听证加以明确规定，但是在《刑事诉讼法》中，视听资料和电子证据属于重要的证据形式之一，在我国司法审判工作中发挥着重要作用。而且，远程视频听证这种新的协助方式，不仅能使调查取证

---

〔1〕 英国《2003年刑事审判法》及其释义·孙长乐，等，译·北京：法律出版社，2004：61。

〔2〕 《2003年英国刑事司法法》第8编。

更具实效性，而且更有利于对证人的保护，从根本上遵循了我国的法治理念。因此，我国与外国之间进行远程视频听证协助，与我国现行立法精神、法律制度和保障人权的理念极为契合，必然会成为我国与其他国家之间进行调查取证协助的一种新的重要方式。2007年，由司法部主持起草的《中华人民共和国刑事司法协助法（草案）》已完成，并提交全国人大外事委员会，已纳入立法规划，其中就包括跨国远程视频音频听证内容。这一立法草案，符合当前国际刑事司法协助的发展趋势，适应我国刑事司法实践的需要，必将成为立法和实践的重要参考。

## （二）司法实践

作为一种新兴的调查取证方式，远程视频听证能够在国际刑事司法协助实践中脱颖而出并发挥出重要作用，其根源不仅在于这种取证方式自身具有的不可比拟的优势，而且还在于各国已经在本国内相继进行了类似的司法实践，并探索出一系列的经验。譬如，美国、澳大利亚、芬兰、英国、加拿大、新西兰等国家早已许可利用视频取证、网络会议、录像、电视会议等现代科技手段进行庭审询问和取证，诉讼当事人或证人无需实际出庭，即可进行视频讨论。

资料显示，从20世纪80年代开始，这种视频音频取证技术就已开始应用。如美国费尔班克斯法院在1984年开始这方面的实践，所需经费由公共安全部门提供，并把它作为押解涉嫌轻微犯罪的被告人到法院接受传讯的一种可选择的替代方法。1986年该州司法委员会对这种方式进行了评估，评估结果尽管认为利弊兼而有之，但最终还是认可了这种方法，将其作为一种永久性的替代措施。到了1999年，美国有30多个州采纳了这种取证系统。<sup>〔1〕</sup>录像和视频取证技术在美国诉讼程序中被广泛采用。

---

〔1〕 张兆利．美国法院的远程传讯．转引自 Fairbanks Video Arraignment Assessment (1999-05)．<http://www.ajc.state.ak.us/Reports/fbkvidmain.htm>．

在澳大利亚，视频取证最初适用于向未成年人取证或向其他脆弱的当事人取证，目前其适用则更为广泛，比如，从国外调取证据，询问被监禁的证人和当事人，听取专家证人作证，替代巡回审理，举行指引会议或审前听证，在法官办公室听取当事人申请和许可上诉申请，审理上诉，举行内部各种行政性会议，凡此都可以适用视频音频手段进行。此外，日本、巴西、新加坡等国家也早已开始了视频音频取证合作的探索。

视频音频取证技术也在我国司法实践中应运而生，我国部分法院能够通过视频音频系统顺利实现国内遥距询问程序。如作为视频音频取证方式的试点，江苏省南京市人民检察院从1999年就开始运用计算机多媒体技术在法庭上出示证据；21世纪初期，海南就开始利用全省法院系统已有的视频取证系统审理部分案件；北京市法院系统内也拥有多套视频音频庭审设备系统，如中级法院、延庆法院、门头沟法院等。这些法院在市辖区内开展着视频音频开庭、提讯等工作的探索，为开展远程视频听证工作积累了宝贵经验。

我国在远程视频听证方面取得了一定实践经验。如在中国银行开平支行许超凡、许国俊夫妇等5人涉嫌违反美国移民法的犯罪案件中，由于该犯罪行为跨三个国家四个法域，中美两国司法机关决定对此开展刑事司法协助，其中在远程视频听证方面开创中国实践先河。2005年至2008年间，中方安排包括从美国国接受审判的余振东和其他在监狱服刑的污点证人，向美方提供跨国视频音频证言。该协助历时3年，先后有6人7次，累计12个星期，通过视频音频传输设备在广州向远在美国拉斯维加斯的法庭提供了证人证言，并接受相应的质证。其中余振东作为污点证人，接受询问约20个小时，控辩双方共发问1000多个。通过一系列证人的作证，美国检方向法庭提供了充分确凿的证据证明“二许”夫妇触犯美国移民法，有力地支持了美国政府的检控，实现了有效追究犯罪的目的。本次远程视频听证，是在2000年6

月19日签署的《中美刑事司法协助协定》及相关国际合约的框架指导下开展的。该案的成功合作，是《中美刑事司法协助协定》签订十年来两国在双边条约和多边公约框架下，积极开展刑事司法协助的重要成果之一，也为我国与其他国家积极开展远程视频音频取证的刑事司法协助积累了成功经验。

2006年，加拿大司法部依据《加中刑事司法协助条约》就NG跨国贩运人口案向中国提出证人作证的刑事司法协助请求。中国广西警方与加方合作，安排了两位证人在广西贵港向设在温哥华的联邦法庭进行跨国远程视频作证。这次远程视频听证的成功进行，既有效地协助请求国法庭查清犯罪事实，作出公正裁判，又增强了中加执法机关的合作关系，同时也进一步为我国有关机关进行这种司法协助积累了宝贵的经验。我国还与澳大利亚墨尔本开展了视频取证合作，取得了良好的效果。

### 三、完善远程视频听证立法的建议

作为狭义的刑事司法协助内容之一，远程视频听证在国际刑事司法协助中扮演起越来越重要的角色。然而目前我国尚未建立起内容广泛、程序清楚、职责分明的法律机制，这不仅使我国司法机关在对外寻求刑事司法国际协助时缺少内国法律规范的指导，而且外国向我国寻求刑事司法协助时，我国司法机关也不清楚应当如何提供协作和配合。这极不利于发挥国际刑事司法协助的作用，实现查明案件真相、惩治犯罪的目的。因此，一方面，积极推动包含远程视频听证的刑事司法协助立法是必然道路，另一方面，在当前远程视频听证协助的司法实践中，应当对以下方面加以关注。

#### （一）做好事前培训

在远程视频听证活动中，由于被询问人员的作证活动是实时介入到请求国内法庭调查程序当中的，因此他们必须随着法庭进程作证，不得任意间断。这就要求他们不仅是案件的证人，而且

还要具备能够胜任作证活动的必要法律知识。而远程视频听证通常发生在两个国家或者地区之间，甚至是在不同法域之间，法律制度的差异性很大。对于被询问人员而言，他们几乎不可能也没有义务通晓其他国家的司法制度。因此，在询问前对证人进行必要的培训，如向其介绍请求国的法律文化、司法程序、庭审特点等都将对取证的顺利完成具有重要意义。这一工作通常由被请求国承担，在进行远程视频听证的准备时，不仅要做好对“询问”过程中的辅助安排工作，还要给予被询问人员必要的培训，保证他们熟悉请求国相关诉讼程序，能够顺利作证。根据个案情况，培训也可以由请求国和被请求国分别或共同进行，培训人员应当熟知两国的文化背景及法律制度，特别是双方制度的差异所在。培训的内容主要包括此次取证的大致背景，取证的基本程序，两国相关法律和法庭规则，控辩双方地位、作用，辩方发问技术等。请求国培训时，应侧重于介绍本国庭审调查的程序即有关证人证言证明力的规定。当请求国单独对证人培训时，被请求国应派员到场协助请求国。

## （二）健全宣誓制度

虽然在我国法庭审判中并不要求当事人或证人等宣誓，但鉴于国际刑事司法协助中很可能接触到具有这方面需求的国家，我国采取了较为宽泛的规定方式，即许可我国公民在协助外国取证的过程中，依照对方国家司法制度的规定宣誓。请求国应当在请求书中注明是否需要宣誓。例如《中华人民共和国和加拿大关于刑事司法协助的条约》规定，如果请求向个人调查取证，请求的内容应当包括：“是否需要其宣誓或不经宣誓而提供正式证词的陈述，以及对所寻求的证据或证言的说明。”此外，中国与泰国、法国等国家分别签署的刑事司法协助条约中也都有相关规定。但由于中国法律与实践并不支持西方国家手按圣经式的宣誓程式，因此在远程视频听证活动中应对宣誓作广义理解，采取较为灵活和变通的方式。譬如，可以要求证人在作证前作出诸如以下文字

的宣誓：“根据中国刑事法律的规定，我，×××（证人姓名），保证讲真话，不作伪证，否则，将根据中国法律承担责任”，或者采取请求国主审法官发问是否能够如实作证，证人相应作出承诺或者拒绝的宣誓程式。

### （三）规制发问针对性

远程视频听证是两个国家之间进行的司法协助，因此请求国和被请求国都应采取必要的措施确保维护庭审过程中被询问人的有关权利，<sup>〔1〕</sup>被询问人有权依据请求国或被请求国的法律，就损害自己人格尊严的提问拒绝回答或者拒绝作证。除此之外，请求国法庭还应充分尊重被请求国的国家利益，当法庭中被告人及其辩护人的发问与办案无关或者涉及被请求国家主权、安全和公共秩序时，请求国检察官有义务立即表示反对并请求法庭将这样的提问记录在案以事后制裁。这些制度都有利于远程视频听证的顺利进行，实现国际刑事司法协助的根本目的。

### （四）保证时控性

由于进行远程视频听证合作的国家之间通常距离较远、时差大，因此当请求国在正常工作时间庭审时，被请求国很可能已经是夜晚了。此外，鉴于当事人、证人休息权的法律要求，应严格规定视频音频取证必须按照事先约定的时间段进行，不能超时进行，以保障被询问人员的基本人权。具体庭审发问中，如果出现辩方律师通过反复就与办案无关、毫无根据地发问，明显地拖延发问时间并使之可能超过规定时段进而导致取证无法结束，造成取证在程序上无效的情况，主审法官或者主控检察官必须即刻制止，以保证远程视频听证按照被请求国法庭规则和双方依条约商定的时间安排顺利完成。

### （五）提供有效协助

要想在远程视频听证协助中做到同时严格遵循请求国和被请求国的法律制度并不是一件容易的事，这要求协助双方都采取积

〔1〕《欧洲刑事司法协助公约第二附加议定书》第9条第5款e项和第6款。