



# 联合国反腐败公约 缔约国会议

Distr.: General  
25 August 2011  
Chinese  
Original: English

## 第四届会议

2011年10月24日至28日，摩洛哥马拉喀什

临时议程\*项目2

审议《联合国反腐败公约》实施情况：  
定罪和执法及国际合作

### 《联合国反腐败公约》第三章（定罪和执法）的实施情况

#### 秘书处编拟的专题报告

#### 一. 导言

1. 联合国反腐败公约缔约国会议在其第 3/1 号决议中通过了《联合国反腐败公约》实施情况审议机制的职权范围（载于该决议附件），以及关于政府专家和秘书处进行国别审议的准则草案和国别审议报告蓝图草案，该准则和蓝图已由实施情况审议组于 2010 年 6 月 28 日至 7 月 2 日在维也纳举行的第一届会议最后审定。
2. 根据实施情况审议机制的职权范围第 35 段和第 44 段编写了本报告，目的是汇集国别审议报告所载关于成功事例、良好做法、挑战、意见和技术援助需求方面最为常见的相关信息并按专题编列，以提交实施情况审议组作为其分析工作的依据。
3. 本报告载有关于在该机制第一个审议周期的第一年接受审议的缔约国对公约第三章（定罪和执法）的实施情况的资料。它是以截至 2011 年 8 月 15 日已经完成或接近完成的国别审议报告中所载资料为依据。

\* CAC/COSP/2011/1。



## 二. 公约第三章关于定罪条款的实施情况

### A. 一般意见

#### “公职人员”的定义

4. 一个与第三章的实施有关的跨领域问题涉及“公职人员”一词的覆盖范围。例如，一个缔约国的情况是，议员不被视为公职人员，从而限制了涉及议员的一些腐败犯罪包括国内和国外贿赂和滥用职权罪的实施范围。审议缔约国提出了扩大有关罪行的范围并规定对议员的适当制裁的建议。在同一缔约国，“外国官员”的定义没有明确包括为公营企业行使公共职能的人员。在另一法域，反腐败立法没有包含“公职人员”一词的明确定义，只是通过提及其他概念对“公职人员”作了间接界定。第三种情况是，“公务员”的定义没有包括公约所列举的主要类别人员。特别是关于滥用职权罪，注意到在某一法域，由于法院的既定做法是排除各种不属于“官员”的人的法律责任，所以起诉往往导致无罪判决，确定有必要采取新的刑法方法。

### B. 贿赂犯罪

#### 贿赂本国和外国公职人员和国际公共组织官员

5. 所有缔约国均已采取措施将对国内公职人员行贿及受贿定为刑事犯罪。此外，有些国家还采取措施将贿赂外国公职人员和国际公共组织官员定为刑事犯罪。然而，在实施这些犯罪方面观察到一些共同的问题。在几个缔约国，相关的概念没有明确涉及或只是间接涉及“许诺”给予不正当好处的情况。其中两个缔约国另外采取了一种“基于行为”的方法，根据该方法只有实际交换才成为犯罪事由，而没有明确涉及提议给予贿赂的行为；但在其中一种情况下，可对提议给予贿赂以未遂罪起诉。另外，该国没有将“不作为”定为刑事犯罪，受贿只被部分定罪。审议缔约国据此提出了一些建议。有些情况下，出现涉及第三方的问题，如涉及中间人的间接贿赂或（有些情况下）第三方的应计好处的覆盖范围。少数情况下，立法中包含一些具体的豁免规定，例如对低于一定阈值金额的贿赂予以豁免。一种情况是，关于国内贿赂的条文要求至少有两人涉及犯罪行为并进一步规定了“经济利益”要素，这被解释为只包括金钱利益而不包括其他不正当好处。据此提出了一项扩大法律范围的建议。注意到两个缔约国在不正当好处方面存在类似问题：一种情况是采取“基于价值”的方法，只有贿赂涉及重大好处时才给予惩罚；另一种情况是，不清楚国家法律中“任何有价值的东西”词语是否被视为在性质和实践上与“不正当好处”相同。审议专家还注意到几个国家已起草或推出立法以便更充分地实施公约有关贿赂的规定。

6. 大多数缔约国尚未采取具体措施将对外国公职人员和国际公共组织官员行贿及受贿定为刑事犯罪。尤其是，在五种情况下未将有关行为定为刑事犯罪，一种情况是尚待进行这方面的立法，另外两种情况是只将行贿定为刑事犯罪。

根据要求提出了采取具体措施以明确涵盖外国公职人员和国际公共组织官员的建议。在一种情况下，有关行贿的规定中没有具体提及第三方受益人，不过提供了判例以涵盖这种情况。

框 1

#### 公约第 16 条的良好实施做法实例

在一个国家，反国外贿赂法超出了公约规定的要求，也涵盖并非意在“获得或者保留与进行国际商务有关的商业或者其他不正当好处”（第 16 条第 1 款）的贿赂行为情况。

### C. 滥用权力或滥用职权及相关行为

#### 贪污；影响力交易；滥用职权；非法获益

7. 虽然所有缔约国均已制定措施将贪污公共资金定为刑事犯罪，但在作为犯罪对象的财产的范围方面遇到一些共同问题。在两种情况下，不动产是在犯罪范围以外的，因为个人只能贪污其所占有的财产。在另一种情况下，国家立法仅涉及属于国家、独立机构或个人的财产、钱款或证券，从而限制了委托给个别公职人员而不是委托给某个组织的私人资金的覆盖范围。提出了对法律进行澄清以使其也能适用于此类情况的建议。在三种情况下，对第三方的应计好处有限制性规定或差异。其中一个法域只对挪用和转换资产而不是贪污和转移资产进一步定罪。

8. 几个缔约国尚未将影响力交易定为刑事犯罪。其中一种情况是，曾考虑通过实施立法，但最终认为影响力交易概念过于空泛，不符合起草一份刑法所要求的明确性和可预见性水平。提出了重新考虑有否可能推出适当立法的建议。虽然一些国家出台了相关立法，但与公约的范围有一定的偏差。例如，一种情况是所确立的罪行比公约规定的更加广范，但规定实施的行为是为了经济利益，此外，关于受贿，受影响的人必须是公职人员。另一种情况是只将受贿确定为犯罪。在若干法域，已起草或推出立法将影响力交易定为刑事犯罪。一种情况是，相关法律还涵盖涉及外国公职人员的影响力交易，不过没有具体提及第三方受益人。

框 2

#### 公约第 18 条的良好实施做法实例

在一个国家，观察到关于影响力交易的适用法律涵盖犯罪的所有重要要素，此外，无论权力贩子还是被寻求施加影响的人都不一定是公职人员。据理解，影响可能是真实的或只是设想的，获取不正当好处可能是为罪犯自己或为其他人。不论是否达到预期的结果，犯罪看来已完成，如果被寻求施加影响的人实际做了不当影响的结果所要求的行为，其便实施了另一项犯罪。

9. 多数缔约国已采取措施将公职人员滥用职权定为刑事犯罪，不过有一些偏差。一种情况是仅将滥用权力定为刑事犯罪，不过即将出台的立法将更全面实施有关这一罪行的规定。另一种情况是，有关法律只将达到最低阈值数额的非法行为定为刑事犯罪，而未将履行职能中的不作为定为刑事犯罪；但确立了非政府组织、企业或其他人滥用权力和越权的相关犯罪行为。提出了制定关于利益冲突的全面法律的建议，已起草了有关法律。如上文第 4 段的讨论中指出的，在某一法域，“公职人员”的定义不包括议员在内。另一种情况是，法律并没有提及为公职人员或为他人或实体获取不正当好处的目的，不过认为第三人的应计好处已被间接涵盖。同样，另一种情况是没有明确述及第三方的利益。在某一缔约国，贿赂罪要求至少有两个人参与犯罪行为，并且没有完全满足公约的要求，据此提出了一项建议。在尚未确立这种罪行的两个国家，已起草或推出立法来实施该条的规定。

10. 大多数国家尚未将非法获益定为刑事犯罪，但一些国家即将出台立法。反对制定有关法律通常与认为这种立法是否合宪有关。一种情况是未将非法获益定为刑事犯罪，通过法律规定所有公职人员提交资产和收入申报表并可能要求公职人员对其披露的任何资产的增加作出解释来达到类似效果。注意到这种披露的报告率为 99.5%，提出了在申报规定中包括更严格的制裁措施的建议，如没收未申报财产。一个缔约国还在试点提交这种申报表，然后再考虑将其作为一项法律规定。该国在涉及非法获益法主题的财产方面存在一些问题，还提出考虑统一和简化收入及资产申报过程的建议。

### 框 3

#### 公约第 20 条的良好实施做法实例

在一个国家，制定了关于非法获益的全面规定，在访问该国时据报两起案件有待法院审理。

## D. 私营部门犯罪

### 私营部门内的贿赂和贪污

11. 不到半数的缔约国已采取措施将私营部门内的贿赂行为定为刑事犯罪；其他两个缔约国已推出相关立法。一种情况是法律将私营部门内的贿赂限定为“在购买或销售货物或承包专业服务中”违反义务，不过注意到根据刑法典的其他规定将涵盖私营部门内的其他贿赂情况。另一种情况是将有关行为定为刑事犯罪，尽管该行为——不论有利还是不利，并非针对雇主的业务或事务做出或实施的。第三种情况是有关规定没有明确列入“直接或间接”实施犯罪的限制条件。此外，非政府组织和基金会如参与“经济，金融或者商业活动”，也被涵盖在内。

12. 许多缔约国已将私营部门内的贪污定为刑事犯罪。但一种情况是条款没有明确提及经济、金融或者商业活动过程中的贪污，只是间接涉及这种犯罪行为的各要素。提出了采用更准确地转载公约确立的罪行的具体条款的建议。在三

种情况下，不动产被排除在国家法律范围之外，提出了一项适当的建议。另一种情况是在进行国别审议时，仍在讨论如何采取措施更全面实施该条款。

#### 框 4

##### 公约第 21 条和第 22 条的良好实施做法实例

在一个国家，有关法律比公约更进一步，公约中确立的私营部门内的贿赂没有关于失职的规定。

在另一国家，私营部门内的贪污罪比公约规定的更广泛，因为它没有包含“在经济、金融或者商业活动过程中”实施犯罪的条件。

在另一国家，对私营部门内贪污罪的处罚根据侵吞资产的价值而加重，如果罪犯“因占有、职业或专业的原因或作为监护人、受托人或法院托管人收受法律规定储存的资产”，则进一步加重处罚。

## E. 其他犯罪

### 洗钱；窝赃；和妨害司法

13. 各缔约国在将洗钱定为刑事犯罪方面有些差异。虽然多数缔约国已采取措施将洗钱确定为刑事犯罪，但有些国家在实施法律方面存在显著差距，其法律仅涉及公约第 23 条第 1 款(a)(-)项和(b)(-)项所述的部分行为，并仅涉及该条第 2 款所述的小部分行为。因此，虽然已推出立法以全面实施该条款，还是提出制订适当法律的“紧急”建议。在另一国家，也存在部分实施第 23 条第 1 款(a)(-)项的类似问题；该国未将同谋行为，如参谋实施洗钱和协助参与实施上游犯罪者逃避其行为的法律后果定为刑事犯罪。针对这种情况也提出了扩大上游犯罪清单以包括私营部门内的贪污的建议。另一种情况是，洗钱未遂不受惩罚，不过待修订的法律将包括洗钱未遂罪。同样，在另一法域，上游犯罪没有包括公约规定的所有罪行，参与洗钱行为未被定罪，关于共谋、协助实施或实施未遂的条款仅涉及实施洗钱而不涉及其他腐败罪行。其他缔约国也存在实施方面的差距，一种情况是将洗钱罪仅限定为犯罪的上游犯罪而不是偷税漏税等行为。另一种情况是没有将“内部洗钱”定为刑事犯罪的任何规定，认为这不符合本国法律的基本原则。审议专家提出了一些适当的建议。此外，在几种情况下，遇到有关国家境外实施的上游犯罪的覆盖范围问题：一种情况是含蓄地扩大范围；另一种情况是不将本国境外实施的上游犯罪视为上游犯罪；第三种情况是，对在国外实施的上游犯罪进行起诉有双重犯罪规定。几个缔约国已采取“所有犯罪的做法”，不限制将洗钱罪适用于具体的上游犯罪或各类上游犯罪。

14. 在几个将窝赃定为刑事犯罪的国家，存在继续保留财产方面的一些问题。有些法域已起草或推出立法来全面实施该条款。

15. 多数国家已将妨害司法确定为刑事犯罪（或涉及规定的所有犯罪要素而被刑法典所涵盖）。在两种情况下，问题涉及在有关程序中不仅意图干扰举证而且干扰出示非口头证据的行为的覆盖范围。此外，其中一种情况是相关法律仅涉

及干扰证人而非鉴定人的真实证言的行为，并且没有明确规定妨害司法的具体手段（如暴力、恐吓、提议给予或者实际给予不正当好处）。同样，其他两种情况是，没有充分述及诱使提供虚假证言或证据所采用的具体手段（使用暴力、威胁或恐吓）。

## F. 支持刑事定罪的实质性和程序性规定

### 法人责任；参与和未遂；明知、故意和目的；及诉讼时效

16. 所有缔约国均已采取措施确定法人参与公约确立的犯罪应当承担的责任，不过在此种责任的种类、范围及覆盖程度方面有相当大的差异。面临的共同挑战涉及现有的规范性措施不足和国家法律制度的特殊性。于是，一些缔约国规定了法人参与腐败犯罪应当承担的某些形式的刑事责任，在某些情况下有某些例外或限制。例如，在某个法域，关于法人刑事责任规定的适用范围由于将公共实体包括公有制企业排除在外而缩小。有两种情况是将法人责任限于某些罪行或行为，如洗钱（一种情况），洗钱和贿赂本国和外国官员（另一种情况），并规定有关罪行必须是为法人团体的利益直接和立即实施的进一步限制。另一种情况是某些罪行被排除在覆盖范围之外，如公职人员受贿、公共部门和私营部门内的贪污、滥用职权和妨害司法。有两种情况是没有明确说明法人是否被包括在相关法律的范围，或其责任是否另行排除，因为解释没有得到法院的普遍认同和作出澄清；提出了对该情形作出澄清的建议。有一种情况是，由于刑法典禁止确立法人的刑事责任，因此刑事责任只适用于管理法人的个人而不适用于实体。另一法域也存在类似的禁止规定，该法域仅确立了行政责任。行政制裁范围一般各不相同，从行政处罚包括将某些违反者列入黑名单，到罚款。针对两起罚款的情况，提出了关于考虑提高货币制裁标准和对可能的处罚清单增加非货币制裁办法的具体建议。在几种情况下，确立多种形式的责任是可能的。一种情况是只确立了民事责任，刑法典有待修订，修订后如获得通过，将涵盖法人和自然人的刑事责任。

17. 所有缔约国均已采取措施将参与和企图实施公约列举的罪行定为刑事犯罪，不过这些规定的范围和覆盖面有所不同。在一个国家，预备犯罪（第 27 条第 3 款）没有被具体定为刑事犯罪，因为这不符合该国法律制度的基本原则。同样，另一种情况是仅对洗钱而不是腐败方面的预备犯罪（即共谋、教唆或建议犯罪）予以处罚。在几个国家，即将推出或已起草法律以更全面实施该条款。

18. 所有缔约国均已采取措施将明知、故意和目的确定为可以从客观实际情况推断的、公约中列举的犯罪的要素。多数情况下，这些措施被列入刑事诉讼法、刑法或刑法典、证据法或判例法。一种情况是在实施法律中没有提及罪犯的精神状态，审议专家寻求对此作进一步澄清。

19. 关于对公约确立的犯罪的诉讼时效的长度和适用条件，各缔约国之间存在相当大的差异。一个缔约国规定对这类犯罪的最低诉讼时效期间为 5 年，有些情况下可延长至 10 年。审议专家认为 10 年是足够长的期间，但 5 年诉讼时效

期间是否恰当取决于延长或中止诉讼时效的可能性及其实际应用情况。几个缔约国没有规定暂停或中断诉讼时效。同样，在另一法域，对公约确立的犯罪规定的诉讼时效期间为 10 年（针对可判处三年以上监禁的犯罪）或 5 年（针对可判处一至三年监禁的犯罪）。另一缔约国规定一般诉讼时效期间为 5 年，如果被告犯了新的罪行，诉讼时效将中断，正式调查时暂停计算诉讼时效期间，这种调查通常要花两年时间。如果罪犯逃离该国，规定的诉讼时效期间也可延长，但如果罪犯在该国境内逃避司法，则不可延长诉讼时效。提出了关于采用更长诉讼时效期间以涵盖涉及逃避司法的每种情况，不论罪犯是在国内还是国外的建议。一种情况是规定对最严厉处罚为 8 年以上有期徒刑的犯罪，诉讼时效期间为 20 年，对最严厉处罚为 2 至 8 年有期徒刑的犯罪，诉讼时效期间为 10 年。两个缔约国没有规定对腐败犯罪的诉讼时效，因为适用的法律并不适用于刑事案件或者没有一般的诉讼时效。

## G. 采取措施加强刑事司法

### 起诉、审判和制裁

20. 关于实施有关起诉、审判和制裁条款方面的一些共同挑战涉及国家法律制度的特殊性和能力有限。例如，几个国家在实施关于豁免和特权的第 30 条第 2 款方面存在一些问题。一种情况是机构各自的组织法中对某些类别的公职人员包括政府机构专员给予豁免。对这些官员进行调查需要议会中止其豁免权，不过当中止豁免的请求得不到答复时，并没有解决这种情况的法定程序。以前曾由于豁免法而中止对议员的调查，据此提出了一些建议。另一种情况是，在宪法层面对几类官员包括议员和宪法法院成员给予豁免，不过已采取措施减少适用的类别和范围。第三种情况是，给予议员职能豁免，如果有“具体而充分”的证据证明议员犯有腐败相关犯罪，可取消这种豁免。在几个国家，公职人员不享有豁免权或司法特权，不过在一个国家，对议员在议会发表意见或审议事项时的行为给予豁免（或议会特权）。一种情况是在宪法层面规定没有豁免权或司法特权，而另一种情况是宪法规定只有国家总统享有豁免权。在一个法域，监督法院在调查阶段结束时能够作出决定取消豁免权，提出了当有关官员不再任职的情况下，取消豁免权的决定不应妨碍进行调查的建议。在另一国家，对有待修改的立法可能会破坏现有关于腐败相关犯罪的条款和反腐败机构的独立性表示关切。

21. 在实施关于因公约确立的犯罪起诉某人而行使法律裁量权的第 30 条第 3 款方面也遇到一些共同的问题。几个国家采取一种酌情起诉模式。一种情况是进行腐败调查和查阅银行记录需要检察官办公室的事先批准，并且法律禁止总检察长授予反腐败委员会即使是有限的权力。在不适用酌情起诉的国家中，有一个国家的刑事司法制度是基于强制起诉原则，只有在轻微犯罪和控告罪犯将是“不合理”的情况下，检察官才可以放弃起诉并且检察官适用的准则生效。在另一国家，起诉由法定负责人管辖而没有规定任何法律裁量权。根据宪法，需要立法授权对其成员、众议员和参议员进行刑事指控和诉讼，情况表明，给予此种授权的议会惯例已经成为一个规则。

22. 几个缔约国已采取措施实施第 30 条关于对被指控实施了腐败犯罪的公职人员予以停职、撤职或调职的第 6 款。在几个法域对公职人员予以停职是可能的，其中包括一种情况是规定允许暂时停职候审。一种情况是通过公共服务长期有效令和适用的法规对被指控官员予以撤职，允许有条件释放公职人员待接受司法程序，其间领取半薪，并禁止他们工作或离开该国。另一种情况是没有法律规定允许对未经法院证实其有罪的官员予以撤职或调职，并且调查机构只能要求对可能会干扰调查的官员予以停职。为保护受害者和证人并确保调查的顺利进行，认为有必要制定程序规则，允许撤销犯罪嫌疑人包括高级别官员的官方权力，待法院作出判决，如果犯罪成立，则将其调离该职务。

23. 在一些国家虽然取消担任公职资格是可能的，但一种情况是取消资格期限相对较短而且取消资格既不是永久性的也不禁止随后调任另一公职。另一种情况是刑法典的一般条款规定对处以两年以上监禁的公职人员予以解聘，除非法院认为该人并非不适合担任公职。对于被处以两年以下监禁的公职人员，如果法院认为该人不适合担任公职，允许将其解聘。法律规定不得根据法院判决解聘议员或当选官员，不过宪法规定可解聘因故意犯罪被判处有期徒刑的议员，在部分或全部归国家所有的民营企业中任职的人不能在定罪的基础上予以解聘。任何停职或解聘均应记录在公职人员的人事档案中并通知考虑未来招聘的当局。在情节简单或加重的受贿、情节简单或加重的滥用职权以及任何违反公务的情况下有可能予以撤职。在一个法域，立法中没有定义公有企业的概念；另一种情况是没有规定关于取消被定罪者担任公职资格的程序。

#### 冻结、扣押和没收

24. 在关于冻结、扣押和没收的第 31 条的实施方面观察到几个共同的问题。有几种情况是采取措施没收犯罪工具而不是规定没收犯罪所得。其中两种情况是也没有采取措施追查、冻结或扣押犯罪所得或犯罪工具以便最终予以没收（第 31 条第 2 款）。第三种情况是没有关于没收和辨认犯罪所得或犯罪工具的详细规则。在该法域，实践中在扣押银行账外货物方面遇到进一步困难，原因是要求的证据标准较高，类似于表面证据确凿的案件。第四种情况是规定可参照民事诉讼法典进行扣押和冻结财产，审议者表示了保留意见并建议考虑以统一的方式解决这个问题，以免其在不同的立法支柱中支离破碎并限制可能出现的解释问题。一种情况是公约规定的多数罪行属于法律规定的范围，但私营部门内的贿赂除外，正在制定法律以便更全面实施该条款。

25. 在几个法域，也对已经转变或者转化为其他财产的犯罪所得（第 31 条第 4 款）或与从合法来源获得的财产相混合的犯罪所得（第 5 款）以及来自上述财产的收入或者其他利益（第 6 款）予以没收。在两种情况下，扣押和没收已经转变、转化和混合的财产是部分可行的，提出了通过相应修改法律为这些措施奠定坚实的法律基础的建议。在三种情况下，没有涉及没收与犯罪所得等值的财产，因为法律是基于标的物没收原则而不是基于价值没收原则，尽管反腐败法规定了没收腐败犯罪所得。此外，其中一种情况是反洗钱法草案将规定选择冻结、扣押和没收同等价值的财产。在两种情况下，对在其中一个法域内混合的财产案件的覆盖范围有些模棱两可；没有允许没收非法资产产生的银行利息



和收入的规定。在另一种情况下，提出了混合的财产没收价值最高可以达到混合于其中的犯罪所得的估计价值，并采取第 31 条所述措施处理这类所得产生的收入或其他利益的建议。

26. 几个缔约国面临被冻结、扣押和没收的财产的管理问题。例如，针对一种情况提出了考虑加强管理被冻结、扣押和没收资产的措施，以便更系统地管理这一过程并且不局限于财产易毁的案件的建议。审议专家重申建立适当机制规范这类财产的管理的重要性。

27. 多数法域尚未推行举证责任倒置以证明被指控的犯罪所得或其他财产（几个缔约国对公约的有关条文作了解释）的合法来源。认为这种做法要么违反无罪推定原则，要么不符合刑事司法制度对刑事案件中的任何举证责任倒置所持的限制性观点。面临的共同挑战涉及能力有限、现有的规范措施不足以及国家法律制度的特殊性。一种情况是法律规定举证责任倒置，被告须作出书面声明证明财产的法律性质，如果不作出书面声明或者声明不完整，则财产被推定为犯罪活动所得。

#### 框 5

##### 公约第 31 条的良好实施做法实例

###### 定罪

在一个国家，允许对任何刑事犯罪判处没收犯罪所得，即使是在没有对罪犯进行犯罪能力结果的定罪或者罪犯被免除刑事责任的情况下。这种可能性也适用于法人，即使罪犯个人不能被确定或定罪。替他人或为他人实施犯罪的，也可能没收他人的所得；并强制没收犯罪工具。

在一个国家，没收是在定罪基础上进行的并视为对犯罪的一种辅助制裁；但如果不能施加任何制裁，则可在没有刑事定罪的情况下进行没收。

###### 司法程序之前的保护措施

在一个国家，刑事诉讼法允许在提出司法程序之前进行冻结、扣押和没收，如果这种行动是基于调查或起诉的话。

同样，在另一个国家，调查人员可以冻结资产最长 7 天，然后须申请法院令，法院令准许冻结资产最长 4 个月，并可延续 4 个月。

##### 保护证人、鉴定人和受害者

28. 各缔约国在保护证人、鉴定人和受害者方面有广泛的差异。特别是在一个国家，刑事诉讼过程中受害者和证人受充分保护的权利在宪法层面得到认可和广泛的保护。一些国家已制定了法律或采取其他切实可行的措施，对证人和审前调查期间或在法庭接受听审的其他人提供不披露其身份和下落的最低限度保护。在某些情况下，保护更加深入，包括采取各种人身保护措施。但在一些情况下，没有采取措施对证人和鉴定人进行有效的保护。几个法域的当局指出缺乏证人保护制度是反腐败斗争中的一大缺陷；一些国家说明面临的挑战涉及这

种系统成本高、现有的规范措施不足以及能力有限；其他一些国家指出存在悬而未决的立法。提出了几条建议，包括在缺乏保护鉴定人、证人和受害者的法律和制度情况下，建议制定此种全面的法律和制度，对当地的这类措施给予足够的重视，例如，通过提高警察和执法机构的认识，加强保护证人身份的措施，以缓解对证人姓名能够被查出的担忧。在一些国家，没有制订全面的证人保护或搬迁方案，但采取了一些切实可行的措施，如在个案基础上为特殊类别的人设立单独的法庭室。

29. 关于腐败行为的受害者，一种情况是法律没有规定保护受害者和为保护受害者提供资金；在其他一些情况下，犯罪受害者充分参与诉讼。其中一种情况是，宪法和刑事诉讼法规定在诉讼的任何阶段都要听取受害者的意见。针对另一种情况，提出了应澄清受害者在审判中的作用，特别是他们作为原告、受害者或证人的地位的建议。

#### 框 6

##### 公约第 32 条的良好实施做法实例

在一个国家，刑事诉讼过程中受害者和证人受充分保护的权利在宪法层面得到认可并由不同的规范性文件作出规定。此外，存在证人保护法律，不过只在特殊情况下适用。保护和援助措施也覆盖家庭成员，即将出台立法以便对带来特殊风险的复杂案件提供保护。

在另一国家，当有理由认为证人、亲属或密切相关者的生命、健康或财产存在真正的危险时，由检察官、法官或法院采取保护证人措施。这些措施包括由政府机构进行人身护卫和不披露身份。还提供受威胁者的保护方案；它包含个人的人身安全；财产护卫；临时安全住所；变更居住地、工作场所或教育机构；和身份改变。制定了具体的程序，允许审前机关（和法院）对证人进行秘密讯问。被告也可以向证人提出书面问题，可以通过视频会议回答问题，证人的声音和图像将被改变，所有这些由法官验证。

#### 保护举报人

30. 与证人、鉴定人和受害者的保护一样，各缔约国在实施关于保护举报人的第 33 条方面存在相当大的差异。几个缔约国尚未制定全面的措施来实施该条款，不过有些国家即将推出立法。面临的共同挑战涉及国家法律制度的特殊性和没有保护举报人的任何具体法规或制度，在几种情况下这些被视为关切的问题。一种情况是，通过反腐败法对这个问题作了部分规定，并推出了立法草案；但没有全面的保护举报人法律，并且对受害者和证人的保护不施加于线人，尽管公务员有义务举报腐败案。提出了制定适当的法律的提议。一种情况是不存在特定的举报人保护制度，关于证人保护的规定适用于举报人，提出了探讨可否可能建立一种保护举报人的全面制度的建议，国家当局也在考虑这一建议。第三种情况是，尽管所有公民都有义务向主管机关报告犯罪行为，并设立了热线电话鼓励进行举报，但报告犯罪行为的人随后须正式确认其所作的报告。提出了一项确保在劳工法和行政法中颁布保护举报人的具体规则的建议。

在另一法域也观察到类似的确认要求。一种情况是最近已制定全面的举报人法律，该法适用于所有透露信息和已提供“有用”的信息的人，包括通过匿名举报，已产生几个待审案件；但注意到对举报人的激励可能不足，提出了几项制定有关补偿和其他行动的法规以消除受害影响，并提高雇主和公众认识的建议。另一种情况是，只对举报的公职人员——而不是私人——给予保护，这种保护涉及劳动保护和程序保护。提出了实施适当的保护制度以鼓励公职人员以外的其他人举报公约确立的犯罪的建议。

### 腐败行为的后果

31. 各缔约国在实施关于腐败行为的后果的第 34 条方面有相当大的差异。一种情况是，没有具体的条款规范存在的问题，不过可适用合同法的一般原则，如果合同是腐败的结果，许可在至少其中一方缺乏诚信的基础上废止合同。同样，在另一法域，适用合同法的一般原则使违反或规避法律或良好道德的合同无效并在法律中列出具体情况。法律规定曾犯有贿赂罪的候选人不得参与公共采购，并进一步规定如果涉及候选人的合同的缔结是违反适用法律的结果，则合同将无效。在法人参与特许权方面存在着类似的限制。第三种情况是，刑法典规定了一旦被刑事定罪，有“修复”腐败行为的民事后果和损害赔偿的义务，并且取消合同、特许权或其他法律文书被视为损害赔偿的组成部分。在一个法域，虽然民法载有关于无效交易的全面规定，但国家法律中尚未反映由于腐败行为而解除合同的概念。另一种情况是，问题由审计法院审理，审计法院没有行政能力干预特定案件，但有权审查或审议提请其注意的腐败行为和其他问题并可作出纪律处分、财政和刑事处罚。提出了应遵循这种程序进行调查和起诉的建议。在一个国家，该问题受合同和公共采购法制约，不过其如何适用并不明确。虽然根据采购法可撤销合同，但发现没有关于特许权的规定。

### 损害赔偿

32. 所有缔约国均已采取措施完全或部分实施关于损害赔偿的第 35 条，不过有些情况下没有规定提交这类案件的程序或做法。实施法要么是民法，要么是刑事法或程序法，一种情况是该问题由反腐败法处理，该法只涉及第 35 条中所述的部分情形。

## 三. 公约第三章执法条款的实施情况

### A. 制度性规定

#### 专职机关

33. 虽然各缔约国均已设立一个机构或专门的部门通过执法来打击腐败，但在许多情况下这些新设立的机构面临执法能力和资源有限以及相互竞争的优先事项方面的挑战，针对若干情况提出了以下类似建议：增加培训和能力建设方面

的人力及资源；加强各地区和省份的办事处；增加政治上的支持并继续努力通过独立的执法机构打击腐败，特别侧重于解决这一领域执法方面的挑战。在一种情况下，针对职能重叠提出了考虑重点指定各执法机关的职责、其人员配备和开展培训的建议。针对几种情况发表了关于这些机构独立性的看法。例如，有两种情况是，对公职人员的腐败或有关行为进行调查需要事先得到政府或检察官办公室的授权。就其中一种情况对这个问题表示了更多关切，因为该机构的一名高级官员是由政府任命的，并且承包商的独立性以及该机构的工作人员可在机构外任职并不受任何利益冲突法律的制约。针对第二种情况，在注意到反腐败法禁止影响或干扰该机构运作的同时，建议还考虑规定有关的刑事制裁和增加该机构调查公约确立的所有犯罪的任务授权。针对另一种情况，建议通过一致和严格地采用所有法律和纪律手段来制裁腐败，加强司法机关的问责制。有些国家已经推出或准备推出立法，将加强或重新组织执法机构的职能和权限。

#### 框 7

##### 公约第 36 条的良好实施做法实例

在一个国家，反腐败法中有一个独特的条款禁止反腐败机构的预算比上一年的预算有所减少并进一步要求落实该机构向公共部门机构提出的腐败问题相关建议。此外，订立了该机构、政府和民间社会之间的三方协议以协同努力打击腐败，民间社会在该机构的咨询委员会拥有一个席位。

#### 与执法机关的合作

34. 一些缔约国已采取措施鼓励曾参与实施腐败犯罪的人配合调查。虽然保护举报人的规定并不总是适用于进行合作的罪犯，但经常贯彻一些措施允许将合作视为减轻刑事责任的情节，在量刑时予以考虑或在罪犯试图防止或消除犯罪影响的情况下作为减轻处罚的理由。针对后一种情况，建议考虑规定对自发积极与执法机关合作的腐败犯罪罪犯不予处罚的可能性，并考虑扩大对那些协助执法机关调查同案所涉其他人实施的犯罪的罪犯减轻处罚的国内立法范围。在几种情况下，没有制定明确的政策或法律规定保护或鼓励曾参与实施腐败犯罪的人进行合作或规定减轻对他们的处罚；一种情况是，关于对被告合作者减轻或免于处罚的法律即将出台。针对几种情况提出了在今后的立法中纳入对司法合作者的人身保护并规定减轻处罚的建议。一个有关的问题涉及“自发的供认”概念，两个法域规定自发的供认可以作为减轻或免于处罚的情节，但审议缔约国不认为这是全面贯彻公约的要求。

35. 关于有否可能对被告合作者免于起诉，大多数缔约国尚未制定相应的措施，不过一种情况是在贿赂犯罪案中给予部分豁免，另一种情况是检察官可酌情给予这种豁免。正在制定关于控辩交易的法律草案。

## 国家机关之间的合作和国家机关与私营部门之间的合作

36. 几个缔约国已规定了报告公职人员以及在有些情况下涉及公民或私营部门内具体类别的法人腐败事件的义务，不过报告并不总是匿名的。有一些值得注意的例外，在这些例外情况下不存在对公民或公民和公职人员的这种义务。提出了鼓励这类人报告根据公约确立的犯罪行为的适当建议。除了报告要求，缔约国还制定了各种措施鼓励国家机关与私营部门之间进行合作，包括几种情况是法律中规定合作义务或专门的行政机构（稽查处）在每个中央公共机构运作以收集腐败迹象并将有关犯罪活动的证据通知检察机关。这些措施多半涉及金融机构，针对一种情况提出了探索扩大国家执法机关与不是金融机构的私营部门实体之间合作范围的益处的建议。经常订立机构间谅解备忘录或建立其他合作网络。一些国家还发出提高对私营部门内腐败的认识的倡议。这方面多数共同的挑战涉及机构间协调和实施能力有限。在某些情况下观察到公职人员不愿报告和害怕报复的现象。

### B. 其他条款

#### 银行保密、犯罪记录和管辖权

37. 在多数法域，银行保密不成为重大问题，即使是在制定了银行保密规则的情况下也如此，不过注意到少数法域在解除银行保密方面的问题。特别值得注意的一种情况是，调查人员难以获得对银行保密的解除，因为监督法官所要求的证据标准特别高。此外，注意到对法官提出的解除银行保密请求和随后有关银行提供信息的漫长处理过程所表示的关切，提出了采取适当措施为切实贯彻解除银行保密标准提供便利的建议。在另一种情况下也观察到解除银行保密过程中的延误现象，法院是根据检察官的请求授权规定程序。然而在一个法域，不需要司法许可，没有注意到这种延误现象；此外，法律规定信贷机构有义务提供所需资料。在另一法域，制订了银行保密规则，这些规则并不构成重大困难并要遵守按照公共利益的要求进行合作的义务。在实践中，这意味着银行和其他金融机构应为按照规定查询数据和先例提供便利。在制订了银行保密规则的情况下，检察官办公室有权对公务员在行使其职能过程中实施的犯罪进行调查，下令披露犯罪嫌疑人的往来帐目和总体结余情况，而不是仅披露与正在调查的问题有关的具体交易。

38. 在几个法域，对于腐败犯罪不能考虑以前在另一国的定罪情况，而存在与其他犯罪如洗钱（一种情况）以及贩运人口、贩毒和恐怖主义行为（另一种情况）的规定。在少数情况下，参照其他国际法律文书如《欧洲刑事判决国际效力公约》和葡萄牙语国家共同体之间刑事事项相互援助的公约来实施关于犯罪记录的第 41 条。一种情况是，刑法中有一条款规定，法院应考虑到外国法院对根据国际协议立案的案件中被指控的罪犯的判决情况。在某些情况下，尚未实施第 41 条或者没有关于犯罪记录的法律或实践。

39. 关于管辖权问题，注意到少数国家没有规定对腐败问题的域外管辖权。一种情况是，对于本国国民在国外实施的或针对本国国民实施的犯罪，适用双重

犯罪的规定，但这项一般原则不适用于对本国和外国公职人员和议员的行贿与受贿；此外，被动人格原则受在国外犯下的罪行必须是可处以 6 个月以上监禁的规定的限制。在两种情况下，尚未制定被动人格原则，而在其他三种情况下，关于主动和被动人格的原则是有限的或尚未制定。有两种情况是，关于国家保护原则的规定是有限的或尚未制定。据此提出了一项建议。几个缔约国已制订了措施禁止引渡本国国民，或只允许在适用国际条约的情况下和根据互惠原则进行这样的引渡，关于公约第四章（国际合作）实施情况的专题报告（CAC/COSP/2011/3）对此作了进一步讨论。

---