



UNODC

联合国毒品和犯罪问题办公室

打击
有组织犯罪
示范立法条文

2021年第二版

联合国毒品和犯罪问题办公室
维也纳

打击 有组织犯罪 示范立法条文

2021年第二版



联合国
2021年, 维也纳

© 联合国，2022年。保留所有版权。

本出版物所用名称及其材料的编制方式并不意味着联合国秘书处对于任何国家、领土、城市或地区或其当局的法律地位或对于其边界或界限的划分表示任何意见。

本出版物提供的互联网网址链接是为了方便读者查阅，在本出版物出版时正确有效。联合国不对印发后链接是否继续准确或任何外部网站的内容负责。

出版制作：联合国维也纳办事处英文、出版和图书馆科。

致谢

《打击有组织犯罪示范立法条文》第二版系由联合国毒品和犯罪问题办公室（毒品和犯罪问题办公室）条约事务司有组织犯罪和非法贩运问题处会议支助科在《打击有组织犯罪公约全球执行方案：从理论到实践》框架下制定。

毒品和犯罪问题办公室的以下人员对本《示范立法条文》第二版的拟定工作做出了贡献（按姓氏字母顺序排列）：Colin Craig, Rim Haidar和Riikka Puttonen。在第二版的制定过程中，顾问Andreas Schloenhardt在Daniel Romanchenko的辅助下向毒品和犯罪问题办公室提供了协助。

还有许多其他人也为第二版的拟定工作作出了贡献。毒品和犯罪问题办公室谨此感谢所有参加2020年12月7日至10日举行的专家组会议和（或）对本出版物草稿提供书面反馈意见的人士。毒品和犯罪问题办公室还在此对以下所有个人所作的贡献表示感谢（按姓氏字母顺序排列）：

Elfaki Adong（南苏丹朱巴大学）、Josephine Advent-Pitmur（巴布亚新几内亚）、Matias Gabriel Alvarez（阿根廷）、Julia Arthur（美利坚合众国）、Antonio Balsamo（意大利）、Neil Boister（新西兰坎特伯雷大学）、Thomas Burrows（美利坚合众国）、Francesco Calderoni（意大利卡托里卡-德尔萨克罗库埃大学）、Dimosthenis Chrysikos（毒品和犯罪问题办公室）、Patricia Luján Cisneros（阿根廷）、Jonathan Clough（澳大利亚莫纳什大学）、Andrew Finkelman（美利坚合众国）、Serena Forlati（意大利费拉拉大学）、Radu Florin Geamănu（罗马尼亚）、Tatiana Grigorieva（俄罗斯联邦）、Saskia Hufnagel（伦敦玛丽女王大学）、Andrea Johnson（南非）、Madume Kgosietsile（博茨瓦纳）、María de la Luz Lima Malvido（墨西哥国家刑事科学研究所）、Tariq Malik（国际刑事警察组织（国际刑警组织））、María Alejandra Mangano（阿根廷）、Madeline Murphy Hall（美利坚合众国）、Fiona Mwale（马拉维）、Uygun Nigmatjanov（乌兹别克斯坦）、James Nombi（肯尼亚）、Tomoya Obokata（大不列颠及北爱尔兰联合王国基尔大学）、Gioacchino Polimeni（意大利）、Gabriel Purón-Cid（墨西哥经济研究和教学中心）、Manveer Singh Sandhu（毒品和犯罪问题办公室）、Arndt Sin（德国奥斯纳布吕克大学）、Stephen Thurlow（毒品和犯罪问题办公室）、Nancy Tikoisuvu（斐济太平洋大学）、Anthea Van der Byl（南非）、Constanze von Söhnen（毒品和犯罪问题办公室）、Bettina Weisser（德国科隆大学）以及Paula Wolf（美利坚合众国）。

致谢第一版

本版《打击有组织犯罪示范立法条文》是毒品和犯罪问题办公室有组织犯罪问题处在与毒品和犯罪问题办公室司法处密切协调的基础上制作出来的产品。

下列工作人员(按姓氏字母顺序排列)为其拟定工作作出了贡献: Mounia Ben Hammou、Celso Coracini、Estella Deon、Marie Grandjouan、Simonetta Grassi、Karen Kramer、Johan Kruger、Giacchino Polimeni、Riikka Puttonen、Stephen Thurlow 和 Olga Zudova。在拟定这些条文过程中, 毒品和犯罪问题办公室还得到了以下两位顾问的协助: 主要起草人 Fiona David 和提供了民法专门知识的 Marlene Hirtz。

一组来自不同国家和法律背景的跨国有组织犯罪领域的专家们在两次专家工作组会议上讨论并审阅了示范立法条文草案。

来自下列国家的专家分别以其个人身份对示范立法条文的拟定提供了投入: 澳大利亚、巴西、法国、意大利、牙买加、墨西哥、新西兰、俄罗斯联邦、乌干达和美国。此外, 下列办事处、组织和区域进程的代表也参加了各次会议: 秘书处维持和平行动部、国际刑警组织和欧洲安全与合作组织。

目录

导言	1
第一章 总则	9
第1条 宗旨	9
第2条 适用范围	11
第3条 术语的使用	13
第4条 管辖权	24
第二章 刑事犯罪与刑责	29
A部分 具体犯罪行为	29
涉及参与有组织犯罪集团的犯罪行为	29
第5条[备选案文1] 共谋	30
第5条[备选案文2] 参加有组织犯罪集团	31
第6条 妨害司法	42
第7条 组织、指挥、协助或以其他方式促成犯罪	46
B部分 刑事责任	50
第8条 犯罪意图的证明	50
第9条 法人责任	51
第三章 特殊侦查手段、执法合作和联合调查	59
第10条 控制下交付	61
第11条 秘密调查	66
第12条 伪装身份	70
第13条 对人员的监视	77
第14条 电子监视	80
第15条 国际执法合作	84
第16条 联合调查	87
第17条 在联合调查中对外国官员的授权	92
第四章 起诉和诉讼程序	95
第18条 行使起诉裁量权	95
第19条 [免于起诉/不起诉决定]	97
第20条 减刑	98
第21条 刑罚和量刑考虑	103

第22条	时效期限	104
第23条	刑事诉讼的移交	107
第24条	审前羁押	112
第25条	对先前定罪的考虑	116
第五章	证人与受害者	119
第26条	对受害者的援助和保护	119
第27条	保护证人	121
第28条	在司法程序中保护证人	124
第29条	对受害者的偿还和赔偿	128
第六章	被判刑人员的移管	131
第30条	目的	132
第31条	术语的使用	136
第32条	移管要求	138
第33条	申请从[插入国家名称]进行移管的权利的通知	141
第34条	从[插入国家名称]进行移管的申请	141
第35条	对移管至[插入国家名称]和移管自[插入国家名称]人员的判决的执行	143
第七章	国家协调与预防	151
第36条	国家协调委员会	152
第37条	数据收集与分析	154
附件		157

导言

背景和目的

2012年出版的《打击有组织犯罪示范立法条文》第一版系由联合国毒品和犯罪问题办公室(毒品和犯罪问题办公室)根据大会向秘书长提出的要求制定,用于促进和协助会员国努力加入和执行《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其各项《议定书》。¹

《示范立法条文》既有助于毒品和犯罪问题办公室提供立法方面的协助并使之系统化,又有助于会员国审查和修订各自的现有立法并通过新的立法。《示范立法条文》在设计上意在适应每一国家的需要,而无论其法律传统及其社会、经济、文化和地理条件为何。

任何涉及跨国有组织犯罪的国家立法都需要根据本国的宪法原则、法律制度的基本概念以及各自现有的法律结构和执法安排来制定。此外,关于跨国有组织犯罪的国家法律的运作也需要与本国关于相关问题的其他现行国家法律的运作相一致。为此,《示范立法条文》并非意在未对某一国家的整体立法背景情况进行仔细审查的前提下使之原封不动地直接纳入该国的国家法律。

《示范立法条文》第二版

《示范立法条文》第二版系于2020年和2021年制定,其目的是更好地审查、修改和通过用于执行《有组织犯罪公约》的立法,并为此目的提供立法方面的协助。为实现这一目标,于2020年12月7日至10日举行了一次关于增订打击跨国有组织犯罪示范立法条文的在线专家组会议。与会专家举行了若干小组讨论会,以审阅这些示范立法条文第二版的初稿,并就各项后续草案提供了书面投入。

¹联合国,《条约汇编》,第2225、2237、2241和2326诸卷,第39574号。

经过结构调整后,《示范立法条文》第二版共分为七个章节,包括关于秘密调查以及援助和保护受害者的新的示范立法条文。同时还对第一版中的示范立法条文作了修订和改进,尤其值得注意的是其中对关于法人责任、特殊侦查手段、国际执法合作、联合调查、审前羁押和被判刑人员的移管的示范立法条文所作的修订。此外,还针对每项示范立法条文的评注作了增订,以介绍说明相关的背景情况和设计意图,并就供立法者考虑的相关因素提供补充指导。最后,还对实施各种示范立法条文的立法实例作了进一步增订和扩展。

结构和设计

本《示范立法条文》共分为七个章节,分别涉及《有组织犯罪公约》实施工作的不同方面。第一章中列出各项旨在普遍适用于执行《有组织犯罪公约》的立法条文,其中包括宗旨阐述、解释法律时应当适用的各项原则、关键定义以及关于管辖权的条文。第二章列出针对与有组织犯罪有关的特定罪行的示范立法条文和刑事责任的一般原则,即犯罪意图的证明和法人责任。第三章涉及特殊侦查手段、执法合作和联合调查。第四章涉及与起诉和刑事诉讼程序有关的事项。第五章涉及关于证人和受害者事项的条文。第六章为被判刑人员的移管提供了法律依据。最后,第七章中列有关于设立一个国家协调委员会的条文,其职责是监督这些条文以及旨在预防有组织犯罪的其他相关政策和方案的执行情况。

其中每一章节中都列出了示范立法条文,并附有相应的评注和国家立法实例。在各项条文中,方括号中的内容用于表示可供选择的附加词句或段落、不同措词之间的选择以及措词须适应国内具体情况之处。在针对示范立法条文的评注中阐释说明了《有组织犯罪公约》的相关要求,借鉴了关于正式记录的解释性说明(载于关于拟订《联合国打击跨国有组织犯罪公约》及其各项《议定书》的谈判准备工作文件)²和《联合国打击跨国有组织犯罪公约实施立法指南》。³此外,还在评注中阐释了各项示范立法条文的设计意图,并就立法者在执行这些条文时需加以考虑的其他议题提供了指导。最后,还在立法示范条文中提供了国内立法的实例,意在显示各国在实践中是如何制定此方面的立法的。在条文拟定过程中已着重确保国内立法实例具有公平地域代表性,从而使之亦能够反映出各国法律传统的多样性。

² 联合国出版物, 2006年。

³ 可在联合国毒品和犯罪问题办公室(毒品和犯罪问题办公室)知识管理门户网站“共享用于打击有组织犯罪的电子资源和法律”(https://sherloc.unodc.org/cld/v3/sherloc/legislative-guide/index.html?lng=en)。

联合国毒品和犯罪问题办公室制定的其他示范法律和示范立法条文

本《示范立法条文》意在与毒品和犯罪问题办公室就有组织犯罪和相关主题制定的其他示范法律和示范立法条文一道使用。这些示范法律和示范立法条文包括下列各项：

- (a) 《关于打击贩运人口的示范立法条文》(2020年)；
- (b) 《关于打击偷运移民的示范法》(2010年)；
- (c) 《关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的示范法》(2011年)；
- (d) 《关于打击洗钱和资助恐怖主义的示范立法》(2005年)；⁴
- (e) 《关于洗钱、资助恐怖主义、预防性措施和犯罪所得的示范条文》(适用于英美法系)(2009年)；⁵
- (f) 《引渡示范法》(2004年)；
- (g) 《刑事事项互助示范法》(2007年)；
- (h) 《证人保护示范法》(2008年)(附于本出版物之后)；
- (i) 《涉及儿童作为犯罪受害者和证人事项上的司法问题：示范法和相关评注》(2009年)；
- (j) 《涉及违法儿童事项上的司法问题：少年司法示范法及相关评注》(2013年)；
- (k) 《关于刑事司法系统法律援助的示范法》(2017年)。

为避免重复，本《示范立法条文》侧重于那些在上述示范法和示范立法条文中未予涵盖的、与《有组织犯罪公约》实施工作有关的事项。更具体地说，这些示范立法条文侧重于《公约》第5、第10、第11、第15、第17和第19-31诸条的实施。

⁴ 由毒品和犯罪问题办公室和国际货币基金组织(货币基金组织)编写。

⁵ 由毒品和犯罪问题办公室、英联邦秘书处和货币基金组织编写。

以下表1中提供了关于《有组织犯罪公约》各项条款的指南,并附有与各条款相关的示范法或示范立法条文的对照索引。表2中列出了与实施《有组织犯罪公约》的各项《议定书》有关的示范法和示范立法条文。

表1. 联合国毒品和犯罪问题办公室为执行《联合国打击跨国有组织犯罪公约》而制定的示范法和示范立法条文

《有组织犯罪公约》条款	主题事项	相应的示范法或示范立法条文
第1条	阐明宗旨	—
第2条	术语的使用	—
第3条	适用范围	—
第4条	保护主权	—
第5条	参加有组织犯罪集团行为的刑事定罪	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第6条	犯罪所得洗钱行为的刑事定罪	《关于打击洗钱和资助恐怖主义的示范立法》 《关于打击洗钱、资助恐怖主义、预防措施和犯罪所得的示范条文》(适用于普通法律体系)
第7条	打击洗钱行为的措施	《关于打击洗钱和资助恐怖主义的示范立法》 《关于打击洗钱、资助恐怖主义、预防措施和犯罪所得的示范条文》(适用于普通法律体系)
第8条	腐败行为的刑事定罪	—
第9条	反腐败措施	—
第10条	法人责任	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第11条	起诉、审判和制裁	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第12条	没收和扣押	《关于打击洗钱和资助恐怖主义的示范立法》 《关于打击洗钱、资助恐怖主义、预防措施和犯罪所得的示范条文》(适用于普通法律体系) 《关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的示范法》

《有组织犯罪公约》条款	主题事项	相应的示范法或示范立法条文
第 13 条	涉及没收事宜的国际合作	《关于打击洗钱和资助恐怖主义的示范立法》 《关于打击洗钱、资助恐怖主义、预防措施和犯罪所得的示范条文》(适用于普通法律体系) 《关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的示范法》
第 14 条	对没收的犯罪所得或财产的处置	《关于打击洗钱和资助恐怖主义的示范立法》 《关于打击洗钱、资助恐怖主义、预防措施和犯罪所得的示范条文》(适用于普通法律体系) 《关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的示范法》
第 15 条	管辖权	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 16 条	引渡	《引渡示范法》
第 17 条	被判刑人员的移管	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 18 条	司法互助	《刑事事项互助示范法》
第 19 条	联合调查	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 20 条	特殊侦查手段	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 21 条	刑事诉讼的移交	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 22 条	犯罪记录建档	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 23 条	妨害司法行为的刑事定罪	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 24 条	保护证人	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 25 条	对受害者的援助和保护	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 26 条	加强与执法部门合作的措施	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第 27 条	执法合作	《打击有组织犯罪示范立法条文》

《有组织犯罪公约》条款	主题事项	相应的示范法或示范立法条文
第28条	收集、交流和分析关于有组织犯罪的性质的资料	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第29条	培训和技术援助	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第30条	其他措施：通过经济发展和技术援助实施公约	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第31条	预防	《打击有组织犯罪示范立法条文》
第32条	公约缔约方会议	—
第33条	秘书处	—
第34条	本《公约》的实施	—
第35条	争端的解决	—
第36条	签署、批准、接受、核准和加入	—
第37条	与各项《议定书》之间的关系	—
第38条	生效	—
第39条	修正	—
第40条	退约	—
第41条	保存人和语文	—

表 2. 联合国毒品和犯罪问题办公室为执行《联合国打击跨国有组织犯罪公约》各项《议定书》而制定的示范法和示范立法规定

各项议定书	相应的示范法或示范立法条文
《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的补充议定书》	《关于打击贩运人口的示范立法条文》
《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击陆、海、空偷运移民的补充议定书》	《关于打击偷运移民的示范法》
《联合国打击跨国有组织犯罪公约关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的补充议定书》	《关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的示范法》

第一章

总则

本章由《示范立法条文》第1至第4条组成, 列有适用于所有示范立法条文并指导其解释和使用的一般性条文。其中一些事项, 诸如与管辖权有关的相关术语和规则的定义等, 可能已为现有的国家法律所涵盖。此外, 一些国家可能已制定了用以执行《有组织犯罪公约》各项《议定书》的具体法律或条文, 其中载有与下列条款相同或相类似的规定和用语。

第1条 宗旨

1. 本[法/法律/章]执行《联合国打击跨国有组织犯罪公约》。
2. 本[法/法律/章]的宗旨如下:
 - (a) 预防和打击有组织犯罪;
 - (b) 为调查和起诉有组织犯罪提供便利; 以及
 - (c) 为实现上述各项目标而促进和推动开展国家和国际合作。
3. 本[法/法律/章]的解释和适用应当以下列方式为准:
 - (a) 与[插入国家名称]根据包括人权法在内的国际法承担的义务相一致; 和
 - (b) 不以诸如性别、年龄、残疾、语言、民族背景、肤色、性取向、宗教、文化信仰或习俗、政治见解、国籍、特定社会群体成员、财产、出生或其他身份等任何原因为由进行歧视; 以及
 - (c) 考虑到了身为妇女、儿童或弱势人群的受害者的特殊需要。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第1条

本《示范立法条文》第1条反映了《有组织犯罪公约》的目标和精神，是正确解释《示范立法条文》和《公约》的指南。该条反映了《维也纳条约法公约》第31条所规定的义务，其中规定，应当本着诚意，依据条约用语在其上下文中的通常含义以及条约的目的和宗旨来加以解释。为了适应这些示范立法条文可能采用的不同形式，本文件在相关之处使用了本“法/法律/章”等术语。在一些司法辖区，通常不会在立法条文中专门列入阐述宗旨的段落，而是选择在序言部分或在法规的全称中阐明法规（或其任何章节）的宗旨和起源。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第1条，第1款

明确提及《有组织犯罪公约》在一些法律制度中是有用的，因为按照这些法律制度，在相应的国家法律中直接提及相关条约可使法院得以参照条约来解决解释方面的问题。此外，在此提及《有组织犯罪公约》还可为那些执行、适用和解释这些条款的人员提供方向和指导。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第1条，第2款

第1条第2款阐明了本《示范立法条文》的明确目的，并反映出《有组织犯罪公约》第1条中所列明的宗旨说明。如果《公约》是通过一项独立的立法来实施，或作为单独的一章插入现有的法规之中，那么本《示范立法条文》第1条中所规定的宗旨阐述就会特别有用。这种阐述在某些法域是一项常见的要求，但在其他法域则无此种需要。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第1条，第3款

重要的是，起草者必须考虑到《有组织犯罪公约》所规定的各项义务与其他国际义务之间的相互作用，特别是在人权和司法方面。为此，本《示范立法条文》第1条第3(a)款中列有一项声明，旨在确保其条款与法律和人权的基本原则保持一致，并明确指出履行《公约》所规定的义务无意损害其他重大国际义务。起草者还需考虑到相关的国内法，包括人权方面的立法，这些法律所规定的标准可能会高于那些对国家具有约束力的国际义务。

第3(b)款中列出了一系列被禁止的歧视理由；这些理由系根据《公民权利和政治权利国际公约》第二条第一款、《经济、社会、文化权利国际公约》第二条第二款和《关于难民地位的公约》第一条第二款改编。这份理由清单并非详尽无遗，“其他身份”一词囊括未予明确列出的各种歧视形式。

第3(c)款强调，妇女、儿童和弱势人群可能有其特殊需要，因此在解释和适用这些示范立法条文时需考虑到这些需要。

实例：新加坡**2015年《有组织犯罪法》（新加坡）第4条 – 本法的目的**

本法的目的是应对有组织犯罪问题，其目的如下：

- (a) 惩办参与有组织犯罪集团活动的人员；
- (b) 防止、限制和制止有组织犯罪集团和参与此类集团的人员的活动；
- (c) 保护公众免受此类集团造成的或可能造成的伤害；
- (d) 授权法院发布各种命令，以防止、限制或制止与此类集团有关联的人员的参与；以及
- (e) 建立一套旨在没收有组织犯罪活动所得收益的制度。

实例：罗马尼亚**《关于预防和打击有组织犯罪的第39/2003号法律》（罗马尼亚），第1条**

本法规定了在国家和国际层面上预防和打击有组织犯罪的各项具体措施。

实例：日本**《惩治有组织犯罪、控制犯罪所得及其他事项法》（日本），第1条**

本法的目的是规定对有组织杀人和其他有组织行为作出从重处罚，以及对隐瞒和收受犯罪所得和通过犯罪所得控制法人和其他实体的企业管理的行为进行处罚；并考虑到有组织犯罪对安全和健康的社会生活极为有害、犯罪获利会进一步鼓励此类犯罪、而且利用犯罪所得对企业进行干预对健康的经济活动贻害至深，就没收和收缴与犯罪所得同等价值的资财、举报可疑交易以及其他事项的特别程序作出规定。

第2条 适用范围

本[法/法律/章]适用于预防、调查和起诉以下类型的犯罪：

- (a) 根据[在此插入实施本《示范立法条文》第二章的条文]所确立的犯罪；和
- (b) 涉及有组织犯罪集团的严重罪行。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第3条，与第34条第2款一并解读

本示范立法条文第2条规定了其适用范围。列入此项规定对于使那些根据这些规定（以及《有组织犯罪公约》的规定）订立的措施和机制适用于一系列明确的犯罪行为而言十分重要。

本《示范立法条文》的适用范围涵盖对以下两类犯罪的预防、调查和起诉。

《示范立法条文》第2条(a)项中提到了第二章中所确立的犯罪行为，包括参加有组织犯罪集团（第5条）和妨害司法（第6条）。

《示范立法条文》第2条(b)项中提到了“严重犯罪”的一般类别，下文第3条(b)项中对这一术语给出了进一步的定义。只有在涉及《有组织犯罪公约》第2条(a)项所界定的“有组织犯罪集团”的情况下，示范立法条文才涵盖严重犯罪。这也适用于《公约》的各项补充《议定书》，即《关于打击陆、海、空偷运移民的议定书》、《关于预防、禁止和惩治贩运人口特别是妇女和儿童行为的议定书》和《关于打击非法制造和贩运枪支及其零部件和弹药的议定书》——《公约》第37条以及这三项《议定书》中的每一项《议定书》的第1条都对此作出了规定。因此，重要的是，起草者需要认明涉及这些犯罪类型的所有相关国家法律，并确保旨在实施《公约》的任何国家法律亦同样适用于旨在实施各项《议定书》的国家法律。

《示范立法条文》第2条(a)项中所使用的“有组织犯罪集团”词条，见第3条(a)项中给出的定义。

《示范立法条文》第2条(a)和(b)项须结合《有组织犯罪公约》第34条第2款一并解读——该款规定：国内法中根据《公约》第5、第6、第8和第23条确立的犯罪应当在不考虑其是否具有跨国性质或是否涉及有组织犯罪集团参与的情况下确立，但《公约》第5条所规定的、需涉及有组织犯罪集团参与的情况除外。一如《公约》的解释性说明中就此所作的如下阐述：

[第34条第2款]的目的是，在不改变第3条所述的《公约》适用范围的情况下，毫不含糊地表明，就刑事定罪而言，跨国因素和有组织犯罪集团的参与不应视作这些犯罪的要素。⁶

换言之，尽管《公约》的侧重点是跨国组织犯罪，但各国起草者应确保将犯罪所得洗钱行为定为刑事犯罪的国家法律（《公约》第6条），腐败（第8条）或妨害司法（第23条）以及根据各项《议定书》所确立的犯罪不包括与跨国性质或与有组织犯罪集团有关的要素。将

⁶ 关于第34条的解释性说明（见A/55/383/Add.1，第59段），转引自《联合国有组织犯罪公约》及其各项《议定书》拟订谈判的准备工作文件，第285页。

参加有组织犯罪集团定为刑事犯罪的国家法律(第5条)中亦不应包括与跨国性质有关的内容。本《示范立法条文》第5条和第6条所规定的犯罪行为即反映了这些原则。

第3条 术语的使用

就本[法/法律/章]而言:

(a) “有组织犯罪集团”系指由三人或三人以上组成的、有组织结构的集团,在一段时间内存在并协同行动,其目的是实施本[法/法律/章]所适用的一项或多项犯罪,以直接或间接获得金钱或其他物质利益;

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款:第2条

《有组织犯罪公约》第2条(a)项中的“有组织犯罪集团”的定义对《公约》以及这些示范立法条文的运作至关重要。因此,各国起草人在本国法律中明确定义这一术语十分关键。

本《示范立法条文》第3条(a)项中的定义与《公约》中所规定的定义基本相同,包括以下四项主要内容。

“由三人或三人以上人员组成的有组织结构的集团”一语反映了此种集团的构成,从而排除了由少于三人组成的团体。《示范立法条文》中并未进一步界定或使用“有组织结构的”这一术语。《公约》第2条(c)项仅以否定方式对这一术语作了界定,其中所表达的意思是:“并非是指为了立即实施一项犯罪而随意组成的集团,但同时不要求确定其成员职责、也不必要求其成员具有连续性或其具有完善的组织结构”。从实质上看,不能说此类在临时基础上运作的、几乎没有组织结构的个人团体构成了比《公约》所设想的那种类型更大的风险。有组织犯罪集团所具有的组织结构性质使之有别于犯罪阴谋。然而,有组织犯罪集团的组织结构彼此千差万别,往往相当松散、非正式、而且多变和隐秘。

同样,此种团体“在一时期内”存在的要求是指此种团体的连续性,因此这就排除了那些临时、随机组成的团体。作为一个实际问题,一些国家可能希望或需要更具体地说明一个团体必须存在的时段,或简单地使用“任何时段”的说法。正如以下国家法律的实例所示,一些国家业已立法规定了与有组织犯罪集团的组成及其连续性有关的定义和要素,以将其与那些自发聚集的帮派区分开来。

“协同行动”这一短语是指一般意义上的团体活动。它只是排除了有组织犯罪集团的参与者同时采取的、但却各自为政的行动,但并不意味着所有成员都参与了该集团的所有活动。

其余要素是指有组织犯罪集团的目的和宗旨，亦即实施本《示范立法条文》所涵盖的一项或多项犯罪（如第2条所规定），以直接或间接获得金钱或其他物质利益（如第3条(c)项所定义）。针对《公约》的解释性说明指出：

“以直接或间接获得金钱或其他物质利益”一语广义地理解为包括诸如主要动机可能为性满足的犯罪，例如儿童色情制品团伙成员得到或交易色情制品、恋童癖团伙成员买卖儿童或在团伙成员之间分担费用。⁷

这一要素原则上不包括某些恐怖主义或叛乱团体等团体，但条件是它们的目标纯属非物质。《公约》和本《示范立法条文》仅适用于此类团体，前提是这些团体为直接或间接获得金钱或其他物质利益而实施《公约》或本《示范立法条文》所涵盖的犯罪。⁸

虽然提及金钱或其他物质利益是有组织犯罪集团和与此类集团有关的犯罪定义的一个重要要素（见本《示范立法条文》第5条），但根据《有组织犯罪公约》第34条第3款，缔约国可采取比《公约》规定的措施更严厉或更严格的措施。为此，例如，可准许对“有组织犯罪集团”这一术语进行定义，或可在不提及这一要素的情况下制定涉及参与有组织犯罪集团的罪行。

在本《示范立法条文》中，第2、第5[备选案文2]、第15、第19、第20和第37诸条使用了“有组织犯罪集团”这一术语。

实例：阿尔及利亚

《刑法典》（阿尔及利亚）第176条

任何为策划一项或多项严重犯罪或一项或多项针对人身或财产的至少可判处五(5)年监禁的普通犯罪而组建的社团或订立的约定，无论其持续时间或成员人数为何，均构成犯罪团伙——此种犯罪团伙的存在仅取决于其成员共同约定后决意采取行动的事实。

实例：保加利亚

1968年《刑法典》（保加利亚）第93条第20款 - 术语的使用

“有组织犯罪集团”是指由三人或三人以上组建的常设组织团伙，其目的是在国内或国外共同实施可被剥夺三年以上自由的犯罪。在其参与者之间没有任何正式的职能分配、未确定各自的参与期限或不具备任何成熟的内部组织结构的情况下，亦应被视为有组织的团伙。

⁷ 关于第2条的解释性说明（见A/55/383/Add.1，第3段），引自《准备工作文件》，第17页。

⁸ 毒品和犯罪问题办公室，《联合国打击跨国组织犯罪公约实施立法指南》，第34段。

实例：捷克

《刑法》(捷克)第129条 - 有组织犯罪集团

有组织犯罪集团是指一个由多人组成的、具有内部组织结构、职能和分工、意在有系统地实施犯罪活动的团伙。

实例：爱沙尼亚

《刑法典》(爱沙尼亚)第255条第(1)款 - 犯罪集团

由三人或三人以上组成的常设组织的成员，他们统一分工，以获取私利为目的，其活动旨在实施按《刑法》规定最高刑期至少为三年的二级刑事犯罪或可判处3至12年监禁的一级刑事犯罪。

实例：加蓬

《刑法典》(加蓬)第288条 - 关于危害公共秩序和犯罪团伙的罪行

为准备实施一项或多项以一个或多个重要事实为特征的一项或多项严重罪行或一项或多项普通罪行而组建的任何团体或订立的任何约定，均构成犯罪团伙。

实例：德国

《刑法》(德国)第129条 - 组建犯罪团伙

(1)任何人组建或作为成员参与其目的或活动旨在实施可被判处最高两年监禁的罪行的团体，应处以不超过5年的监禁或罚款。凡支持此种团体或为此种团体招募成员或支持者的，应当判处不超过三年的监禁或罚款。

(2)一个由两名以上人员组成的有组织的团体，成立后将长期存在，而不论其是否为其成员正式规定了角色、是否具有持续的成员资格或成熟的组织结构，而且其目的是谋求取得某一压倒一切的共同利益。

实例：意大利

《刑法典》(意大利)第416之二条 - 黑手党类型的团体,包括外国团体

[.....]

黑手党类型组织是指下述类型的组织:其成员利用成员纽带关系、成员纪律和沉默守则所产生的暴力恐吓来实施犯罪,直接或间接管理或控制经济活动、特许经营权、商务活动授权、公共采购合同和服务,或为自己或他人获取不正当利润或利益,或阻止或阻碍自由行使投票权,或在选举中为自己或他人争取选票。

[.....]

本条的规定亦应适用于卡莫拉、恩德兰盖塔和其他团体,无论其在当地的名称为何,包括外国团伙,因为这些集团依靠其团伙关系的恐吓势力,追求与黑手党类型的集团相应的目标。

实例：挪威

《刑法典》(挪威)第79(c)条 - 施加超过最高刑罚的处罚(多次犯罪、重复犯罪、有组织犯罪)

“有组织犯罪集团”是指三人或三人以上之间的联手作案,其主要目的是实施可判处至少三年监禁的犯罪行为,或基于构成此类行为的程度相当的活动。

实例：摩尔多瓦共和国

《刑法》(摩尔多瓦共和国)第46条 - 有组织犯罪集团

有组织犯罪集团应当是指为实施一项或多项犯罪而预先组织起来的人员的稳定联盟。

实例：罗马尼亚

《刑法》(罗马尼亚)第367(6)条 - 组建有组织犯罪集团

“有组织犯罪集团”是指由三人或三人以上组成的有组织的集团,它在一定时期内存在并采取协同行动,目的是实施一种或多种犯罪。

实例：南非

1998年《预防有组织犯罪法》(南非)第1(1)四条 - 本法给出的定义和解释

“犯罪团伙”包括由三人或三人以上组成的任何正式或非正式的持续存在的组织、社团或团体,其活动之一是实施一项或多项刑事犯罪,具有可识别的名称或识别标志或符号,而且其成员单独或集体参与或业已参与过犯罪团伙的活动模式;

实例：西班牙

《刑法》(西班牙)第570之二条 - 解释

1. 对于任何推动、组建、组织、协调或指导犯罪组织的人员,如果所涉组织的目的或目标是实施严重犯罪,应判处四年至八年监禁,在其他情况下应处以三年至六年监禁;对于任何积极参与所涉组织、系所涉组织的成员或在财务上或以任何其他方式与所涉组织合作的人员,如果其目的是实施严重犯罪,应判处二至五年监禁,在其他情况下应当判处一至三年监禁。

就本法而言,“犯罪组织”是指由两人以上组成的永久性 or 无限期存在的团伙,他们以协同和协调方式分担各种任务或职能,以期实施犯罪。

2. 前项中所规定的各种刑罚,于所涉组织有下列情形之一者,应在量刑范围的上半区:

(a) 成员为数众多。

(b) 拥有武器或危险工具。

(c) 拥有先进的通信或运输技术手段,其所具有的特点尤其适合于为犯罪行为的实施提供便利或使犯罪者得以逍遥法外。

同时存在上述两种或两种以上情形的,应判处更高的刑罚。

3. 如果犯罪涉及对生命和人身的暴力行为,侵犯个人自由或其性自由和不可侵犯性,或涉及贩卖人口行为,则本条规定的各种刑罚应在量刑范围的上半区。

实例：瓦努阿图

2005年《反恐怖主义和跨国有组织犯罪法》（瓦努阿图）第2条 - 解释

“有组织犯罪集团”是指在一个时期内存在的一群人，他们共同行动，目的是通过实施可判处最高刑罚至少为四年监禁的犯罪行为来获取物质利益；

2005年《反恐怖主义和跨国有组织犯罪法》（瓦努阿图）第28(3)条 - 参与有组织犯罪集团

就本条而言，一个群体能够成为有组织犯罪集团，无论其是否：

- (a) 他们当中的一些人是其他人的下属或雇员；或
- (b) 在某一特定时间参与其中的人员当中，只有部分人员参与了当时的任何特定行动、活动或交易的规划、安排或执行；或
- (c) 其成员构成不时发生变化。

第3条 术语的使用 (续)

就本[法/法律/章]而言：

(b) “严重犯罪”系指构成可判处最高刑罚至少四年监禁或更严厉刑罚的犯罪行为；

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第2条(b)项

在涉及有组织犯罪集团的严重犯罪方面，可以援引《有组织犯罪公约》的许多条款：第3条第1(b)款要求缔约国在《公约》适用于严重犯罪的情况下执行《公约》。《公约》第2条(b)项对“严重犯罪”的概念进行了界定，本《示范立法条文》第3条(b)项使用了同样的措辞。

虽然没有要求国家立法机关给出关于“严重犯罪”的定义，但应在此指出的是，在国际合作方面，如果希望将《公约》及其各项《议定书》中所规定的犯罪（以及《示范立法条文》第二章A部分中所规定的犯罪）纳入本《示范立法条文》的适用范围（第2条），则缔约国便需确保其国内立法中所规定的刑罚足以满足“严重犯罪”所定义的各项条件。

在本《示范立法条文》中，第2、第4[备选案文1]、第19和第21诸条使用了“严重犯罪”这一术语。

实例：基里巴斯**《犯罪所得法》（基里巴斯）第3(1)条 - 解释**

“严重犯罪”是指：

- (a) 违反基里巴斯法律的犯罪行为，最高刑罚为12个月或以上的监禁或500美元以上的罚款；或
- (b) 违反另一国家法律的犯罪行为，最高刑罚为12个月或以上的监禁或相当于500澳元以上的所涉国家货币的罚款。

实例：肯尼亚**2010年《预防有组织犯罪法》（肯尼亚）第2条 - 解释**

[.....]

“严重犯罪”是指构成违反肯尼亚任何法律规定、可判处至少六个月监禁的行为；或指构成违反外国任何法律规定的行为；如果此种行为发生在肯尼亚，则将构成违反肯尼亚任何法律规定的行为；

[.....]

实例：澳大利亚**1914年《犯罪法》（英联邦）（澳大利亚）第23WA(1)条 - 定义**

[.....]

“严重犯罪”是指英联邦法律所规定的犯罪，或涉及英联邦层面的国家犯罪，最高可判处终身监禁或5年以上的监禁；

[.....]

实例：罗马尼亚**《关于预防和打击有组织犯罪的第39/2003号法律》（罗马尼亚），第2条 - 解释**

在本法中，下列术语和表述具有以下含义：

[.....]

- (b) **严重犯罪** - 法律规定应当处以无期徒刑或特别最高刑期至少为4年监禁的犯罪，以及以下犯罪行为：

1. 服从《刑法》第 212 条所规定的强迫或强制劳动；
2. 《刑法》第 304 条所规定的披露秘密服务或非公开信息；
3. 如《刑法》第 344 条所规定者，删除或修改致命武器上的标记；
4. 不正当竞争罪；
5. 腐败罪，与之相类似的犯罪，以及损害欧洲联盟财政利益的犯罪；
6. 贩运毒品罪；
7. 涉及毒品前体的法律制度的犯罪；
8. 与不遵守关于向国内引入废物和残留物的规定有关的犯罪；
9. 与组织和经营赌博有关的犯罪；

[.....]

第 3 条 术语的使用 (续)

就本[法/法律/章]而言：

(c) “金钱或其他物质利益”应当包括任何类型的金钱或非金钱诱惑、付款、贿赂、报酬或其他好处，包括服务；

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第 2 条 (a) 项

“金钱或其他物质利益”一语是《有组织犯罪公约》第 2 条 (a) 项和本《示范立法条文》第 3 条 (a) 项中“有组织犯罪集团”定义的一个组成部分。正如对《公约》第 2 条的解释性说明中所指出的那样：

“以直接或间接获得金钱或其他物质利益”一语广义地理解为包括诸如主要动机可能为性满足的犯罪，例如儿童色情制品团伙成员得到或交易色情制品、恋童癖团伙成员买卖儿童或在团伙成员之间分担费用。⁹

虽然提及金钱或其他物质利益是界定有组织犯罪集团和与此类集团有关的犯罪的一个重大要素（见本《示范立法条文》第 5 条），但根据《有组织犯罪公约》第 34 条第 3 款，缔约国可采取比《公约》规定更严厉或更严格的措施。为此，准许对“有组织犯罪集团”这一术语进行定义，或在不提及这一要素的情况下对参与有组织犯罪集团的犯罪作出规定（见上文第 3 条 (a) 项）。

在本《示范立法条文》的第 5 条 [备选案文 1] 中使用了“金钱或其他物质利益”一语。

⁹ 关于第 2 条的解释性说明（见 A/55/383/Add.1，第 3 段），引自《准备工作文件》，第 17 页。

实例：斐济

2009年《犯罪法》(斐济)第4(1)条 - 解释

“利益”包括任何好处,而且不限于财产;

实例：巴基斯坦

2018年《防止偷运移民法》(巴基斯坦)第2条 - 定义

“利益”包括现金或实物形式的金钱利润、收益或付款。

第3条 术语的使用(续)

就本[法/法律/章]而言:

(d) “[没收/充公]”应指根据[插入相关法院或其他主管当局]的命令永久剥夺财产;

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第2条(g)项

“没收”在不同的司法辖区可能有不同的含义,而且可能在不同的上下文和法律中使用,这说明需要从法规上对这一术语进行界定。本《示范立法条文》第3条(d)项中关于“没收”的定义反映了《有组织犯罪公约》第2条(g)项中的措辞,包括在其中提及“没收”,用以反映那些使用该术语来指法院或其他主管当局永久剥夺财产的司法辖区所使用的术语。在本《示范立法条文》和《有组织犯罪公约》中,“扣押”和“冻结”是指与财产的使用有关的临时禁令;然而,一些司法管辖区对“没收”、“充公”、“扣押”和“冻结”诸术语的定义和区分有所不同,因此起草者应当注意其各自的司法管辖区内对这些术语的现有定义、使用 and 解释。

经指定发出没收令的主管当局或主管当局类型因司法管辖区的不同而各异,可能是也可能不是法院。对《有组织犯罪公约》的解释性说明指出,如果一缔约国的国内法要求由法院下达没收令,则法院即被视为相关定义中所指的唯一主管当局。¹⁰

在本《示范立法条文》中,第9条使用了“没收”这一术语。

实例：欧洲联盟

2014年4月3日欧洲议会和理事会第2014/42/EU号指令第2(4)条关于冻结和没收欧盟境内的犯罪工具和收益 - 定义

“没收”是指法院针对刑事犯罪所裁定的最终财产剥夺;

¹⁰ 关于第2条的解释性说明(见A/55/383/Add.1,第6段),引自《准备工作文件》,第17-18页。

实例：奥地利**《刑法典》(奥地利) 第 19a 条 - 没收**

(1) 用于或打算用于实施故意犯罪的任何物品, 以及从此类犯罪中产生的任何物品, 如果在初审判决时属于犯罪人, 则应予以没收。

(1a) 没收还包括以上第 (1) 款所述物品的等价物价值, 即如果这些物品在一审判决时属于行为人的。

(2) 如果没收与犯罪的重要性或行为人的责任不成比例, 则不得没收。

《刑法典》(奥地利) 第 20 条 - 充公

(1) 属于犯罪或通过犯罪获得的任何资财将经由法院予以充公。

(2) 充公还包括根据第 (1) 款将予充公的资财的任何收益和等价物价值。

(3) 除非根据第 1 款和第 2 款应予充公的资财被担保或被扣押 (《刑事诉讼法》(奥地利刑事诉讼法) 第 110 条第 1 款第 (3) 项和第 115 条第 1 款第 (3) 项), 否则法院必须充公这些资财的等值货币。

(4) 如果无法确定拟予充公的资财的真实范围或需为此付出过度努力, 则法院有权斟酌裁定拟予充公的资财范围。

第 3 条 术语的使用 (续)

就本 [法 / 法律 / 章] 而言:

(e) “[冻结”或“扣押]”系指根据法院或者其他主管当局的命令暂时禁止财产转移、转换、处分或移动或者对之实行暂时性扣留或控制;

评注**《有组织犯罪公约》的相关条款: 第 2 条 (f) 项**

在本《示范立法条文》和《有组织犯罪公约》第 2 条 (f) 项中, “冻结”和“扣押”这两个术语相互替代使用。不同的法域使用其中一个术语或者两个术语兼用, 对财产的使用实施临时性禁止。获得授权发出冻结或扣押命令的主管当局或主管当局的类型也因法域不同而不同。

《公约》要求缔约国在本国内建立冻结和扣押犯罪所得的机制, 并将之作为一种国际合作形式 (第 12 和第 13 条以及 18 条 (c) 和 (f) 款)。在判刑时也可能涉及冻结或扣押犯罪所得,

旨在确保被判刑者无法保留其犯罪所得。出于这些原因,起草人确保在国家法律中对“冻结”和“扣押”等术语进行定义可能会有裨益。

实例: 欧洲联盟

2014年4月3日欧洲议会和理事会第2014/42/EU号指令第2(5)条关于冻结和没收欧盟境内的犯罪工具和收益 - 定义

“冻结”是指暂时禁止财产的转移、销毁、转换、处置或移动,或者暂时对之进行保管或控制;

实例: 奥地利

《刑事诉讼法》(奥地利)第109条 - 定义

就本法而言:

1. “固定”是指:
 - a. 暂时确立对物品的处置权以及
 - b. 暂时禁止向第三方交出物品或其他资财(第三方禁令),以及暂时禁止出售或典当这些物品或资财,
2. “扣押”是指:
 - a. 法院裁决确立或继续实行以上第1款中所规定的固定措施以及
 - b. 法院禁止出售、借贷或典当公共登记册中记录的不动产或权利。

第3条 术语的使用(续)

就本[法/法律/章]而言:

(f) “犯罪所得”系指全部或部分来自或通过犯罪直接或间接获得的任何财产,而无论是在[插入国家名称]境内或境外实施的。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第2条(e)项

《有组织犯罪公约》要求缔约国针对涉及有组织犯罪集团的犯罪所得采取若干步骤。因此,确定关于这一概念的定义很重要。

如果立法机关要确保涵盖位于其国家领土管辖范围之外的犯罪所得，那么明确规定犯罪所得可以包括位于国外的犯罪所得可能是有益的。作为一个实际问题，国家主管当局是否能够追回这些犯罪所得，则属于执法方面的问题。

在本《示范立法条文》中，第9条第5款(b)项中使用了“犯罪所得”这一术语。

实例：南非

1998年《预防有组织犯罪法》(南非)第1条 - 定义和对本法的解释

(1)在本法中，除非上下文另有说明——

[.....]

“非法活动收益”是指在本法生效之前或之后的任何时间，在共和国或其他地方直接或间接获得、接收或保留的与任何人进行的任何非法活动有关或由于任何人进行的任何非法活动而获得的任何财产或任何服务、利益、利益或报酬，包括代表以类方式获得的财产的任何财产；

[.....]

“非法活动”是指构成犯罪或违反任何法律的任何行为，无论此类行为发生在本法生效之前或之后，也无论此类行为发生在共和国或其他地方。

第4条 管辖权

1. [插入提及相关法院的措辞]在下列情况下，有权确定本[法/法律/章]适用的犯罪的诉讼程序：

(a) 系在[插入国家名称]境内[全部或部分]实施的；或

(b) 系(全部或部分)在罪行发生时悬挂[插入国家名称]国旗的船只或根据[插入国家名称]法律登记注册的飞机上所犯下；或

(c) 系由[插入国家名称]境内的[插入国家名称]国民所犯，其引渡因国籍原因被拒绝；或

(d) 系由[插入国家名称]境内的人所犯，其引渡因任何理由被拒绝。

2. 在下列情况下，[插入提及相关法院的措辞]亦应拥有管辖权，以确定本[法/法律/章]适用的在[插入国家名称]境外所犯罪行的诉讼程序：

(a) [犯罪被害人/犯罪对象]系[插入国家名称]的国民[或永久居民][或惯常居民];

(b) 所涉罪行系由[插入国家名称][或其法人之一]的国民[或永久居民][或惯常居民]所犯下;

(c) 所涉罪行发生在[插入国家名称]境外,其目的是在[插入国家名称]境内实施严重犯罪;或

(d) 此种管辖权系基于对[插入国家名称]具有约束力的国际协议。

评注

《有组织犯罪公约》第15条就确立对《公约》所述犯罪的管辖权须符合的条件作了规定。其中一些条件是强制性要求,而另一些则是可选规定。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第4条第1款(a)项

《有组织犯罪公约》的相关规定:第15条第1款(a)项

《有组织犯罪公约》第15条第1款(a)项要求缔约国根据领土原则对根据第5、第6、第8和第23诸条中确立的犯罪主张管辖权。换言之,缔约国必须确保对在其领土内犯下的这些罪行拥有管辖权。本《示范立法条文》第4条第1款(a)项即反映了这一要求。

对《公约》所规定的犯罪确立管辖权的义务并不以存在跨国因素或有组织犯罪集团的参与为先决条件。与此相反,由于《公约》第34条第2款的规定,在确立刑事犯罪时不应考虑这些因素(但第5条规定的情况除外,因为第5条所针对的正是以参与有组织犯罪集团为重点的犯罪,因此必然会涉及此类集团的参与)。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第4条第1款(b)项

《有组织犯罪公约》的相关规定:第15条第1款(b)项

《有组织犯罪公约》第15条第1款(b)项 – 反映在本《示范立法条文》第4条第1款(b)项中 – 进一步反映了领土原则,而且确保每一缔约国对在该缔约国注册的船舶和飞机上实施的犯罪主张管辖权。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第4条第1款(c)项

《有组织犯罪公约》的相关规定:第15条第3款

本《示范立法条文》第4条第1款(c)项所依据的《有组织犯罪公约》第15条第3款要求缔约国为了《公约》第16条第10款的目的,在犯罪嫌疑人在其境内,且他们仅以犯罪嫌疑人是其国民为由拒绝引渡的情况下,对《公约》所涵盖的犯罪确立管辖权,而无论犯罪发生在何处。这反映了《公约》第16条第10款进一步阐述的“引渡或起诉”的义务。

第16条第10款中的“本条适用的犯罪”的措辞系指第16条第1款：该款将引渡规定的范围扩大到根据《公约》所确立的犯罪，并进一步扩大到其第3条第1款(a)项和(b)项所述及的犯罪，即那些涉及有组织犯罪集团且嫌疑人位于被请求缔约国境内的犯罪（另见第16条第1款，须与第3条一并解读）。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第4条第1款(c)项

《有组织犯罪公约》的相关规定：第15条第4款

《公约》第15条第4款规定，每一缔约国均可在被指控的罪犯位于其境内且不予引渡时，对犯罪确立管辖权。

如果在国内法中使用本《示范立法条文》第4条第1款(d)项，则无需列入第1款(c)，因为第1款(d)项已涵盖因任何原因（包括国籍）拒绝引渡的情形。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第4条第2款(a)项和(b)项

《有组织犯罪公约》的相关规定：第15条第2款(a)项和(b)项

《有组织犯罪公约》第15条第2款鼓励、但并不要求缔约国在其国家利益可能受到影响的其他几种情形中确立管辖权。第15条第2款须与《公约》第4条第2款一并解读，以限制影响深远的域外管辖权主张。

《有组织犯罪公约》第15条第2款(a)项提及被动国籍（或被动人格）原则，从而将管辖权扩大到对任何地方的国民所犯罪行。这反映在本《示范立法条文》第4条第2款(a)项中。立法者不妨进一步将此种管辖权扩大到在国外对该国永久居民或惯常居民犯下的罪行。

《有组织犯罪公约》第15条第2款(b)项反映了主动国籍（或主动人格）原则，从而将管辖权扩大到海外国民所犯罪行。这反映在本《示范立法条文》第4条第2款(b)项中。立法者不妨进一步将此种管辖权扩大到该国永久居民或惯常居民或法人在国外所犯下的罪行。

关于法人，法人的国籍国是公司或其他类型法人成立的国家。根据国际法委员会关于外交保护的条款草案，如果公司系由另一个或多个国家的国民所控制，或在注册国没有实质性商业活动，且法人的管理地和财务控制权均位于另一国，则该国即应视作法人的国籍国。¹¹

¹¹ 关于外交保护的条款草案第9条(A/61/10, 第四章, E节)。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第4条第2款(c)项

《有组织犯罪公约》的相关条款：第15条第2款(c)项(一)和(二)目

《有组织犯罪公约》第15条第2款(c)项(一)和(二)目反映了有组织犯罪的跨国性质，从而将管辖权扩至那些组织和策划国外犯罪、使自身远离直接参与和实施犯罪、从而使自己免受起诉和惩罚的人。它仅适用于根据《有组织犯罪公约》第5条第1款(参与有组织犯罪集团)和第6条第1款(b)项(二)目(参与合伙或共谋实施未遂以及协助教唆和便利清洗犯罪所得)所确立的犯罪。

为此，本《示范立法条文》第4条第2款(c)项为那些希望仅对在境外实施、但其目的是在境内实施严重犯罪的这些犯罪扩展管辖权的国家提供了一份案文草案。然而，与此相同，各国可能希望通过此种方式将管辖权扩至《公约》(及其议定书)所规定的任何犯罪。如上所述，《有组织犯罪公约》第15条第2款须与《公约》第4条第2款一并解读，以限制影响深远的域外管辖权主张。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第4条第2款(d)项

第4条第2款(d)项为司法裁定那些对国家具有约束力的国际协定授予管辖权的案件提供了依据。此种协议也可以是联合国安全理事会的一项决定。

实例：萨摩亚

2013年《犯罪法》(萨摩亚)第7条第(1)款 - 萨摩亚境外船舶或飞机犯罪管辖权

本条适用于任何人在萨摩亚境外的任何作为或不作为：

- (a) 在任何萨摩亚注册船舶上；或
- (b) 在任何萨摩亚飞机上；或
- (c) 在任何船舶或飞机上，如果该人在该作为或不作为过程中或在旅程结束时乘坐该船舶或飞机抵达萨摩亚；或
- (d) 身为萨摩亚公民，在公海上的任何外国船舶上(不属于其所属船舶)；或
- (e) 身为萨摩亚公民或惯常居住在萨摩亚的人，在任何飞机上，但前提是以上(c)款不适用于非萨摩亚公民的人在当时用作任何国家武装部队船舶或飞机的任何船舶或飞机上的作为或不作为；或
- (f) 身为萨摩亚公民或惯常居住在萨摩亚的人，作为萨摩亚政府的雇员或官员在任何船舶或飞机上。

2013年《犯罪法》(萨摩亚)第8条 - 对跨国犯罪的域外管辖权

(1)即使被指控构成犯罪的行为或不行为完全发生在萨摩亚境外,如果下列被指控者在实施违反2014年《反恐怖主义法》的任何罪行或违反本法第146至第152和第154至第157诸条所列罪行的过程中犯下任何违反本法的罪行,则可对之提起诉讼:

- (a)系萨摩亚公民;或
- (b)惯常居住在萨摩亚;或
- (c)被发现身处萨摩亚、但尚未予以引渡;或
- (d)系根据萨摩亚法律成立的法人团体或独资公司。

(2)即使被指控构成犯罪的行为或不行为完全发生在萨摩亚境外,但只要被指控者符合下列条件,即可对其违反本法的任何罪行提起诉讼:

- (a)系萨摩亚公民或萨摩亚普通居民;和
- (b)系在萨摩亚境外担任萨摩亚政府大使、外交官、代表、特使、随员或雇员或官员。

实例: 西班牙

7月1日第6/1985号组织法第23(4) (j)条 (1985年7月2日第157号《政府公报》)
(西班牙)

在下述情形中,根据西班牙法律,对西班牙公民或外国人在西班牙境外实施的行为的审判,如果可以归类为以下任何一种罪行,则亦将属于西班牙的管辖范围:

[.....]

- (j)组建、资助或属于犯罪集团或犯罪组织的罪行,或在此类集团或组织内犯下的罪行——我们目前正在处理的是那些为了在西班牙犯下最高刑期为三年或高于三年监禁的罪行而采取行动的集团或组织。

第二章 刑事犯罪与刑责

本章包括与刑事定罪有关的条款。其中A部分包括与《有组织犯罪公约》第5条（参加有组织犯罪集团）和第23条（妨害司法）规定的犯罪有关的示范立法条款。有关洗钱罪（《公约》第6条）的示范立法条款可参见毒品和犯罪问题办公室制定的其他更具体的示范法。本章B部分阐述了与A部分所述具体罪行的刑事责任有关的若干一般事项。这些事项旨在补充刑法的一般原则和国内法规定的刑事责任——如果这些事项在国内法中尚未涉及。

A部分 具体犯罪行为

涉及参与有组织犯罪集团的犯罪行为

《有组织犯罪公约》第5条侧重于将参与有组织犯罪集团定为刑事犯罪。缔约国须在本国法律中将第5条第1款(a)项(一)和(二)目中所列的其中一项或两项犯罪以及协助、教唆、组织或指挥此类犯罪定为刑事犯罪。为此，本《示范立法条文》包括以下各类犯罪的备选案文：

(a) 第5条第1款(a)项(一)目所述的共谋型犯罪（即涉及约定实施严重罪行的犯罪）[备选案文1]；

(b) 第5条第1款(a)项(一)目所述参与型犯罪（即涉及参与有组织犯罪集团活动的犯罪）[备选案文2]。

这些备选案文反映了不同的法律传统。共谋模式反映了许多普通法法域的传统。然而，在许多大陆法系法域中，共谋不足以确定刑事责任。与此相反，这些法域倾向于将参与有组织犯罪集团或犯罪团伙的行为定为犯罪行为。下文列举的各种国家法律实例表明，这些法律传统之间的区别并不是绝对的，因为一些国家同时实施了两种做法，对犯罪的概念的界定略有不同。第三种犯罪称作敲诈勒索，在一些国家被用来打击参与有组织犯罪集团的犯罪行为。

第5条 [备选案文1] 共谋

1. 为直接或间接获得经济或其他物质利益而与其他一人或多人约定实施严重犯罪者, 即属犯罪, 可处以[插入刑罚]。

[2. 若要根据本条定罪, 还须其中一名参与者有进行约定以外的、促进约定的行为。]

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第5条第1款(a)项(-)目

《有组织犯罪公约》第5条第1款(a)项(-)目以及本《示范立法条文》第5条[备选案文1]中规定的犯罪与普通法中的共谋概念相类似。这一罪行的刑则是基于一项犯下严重罪行的约定。犯罪要件将犯罪约定与获取经济或其他物质利益相结合。

对于刑事责任的产生, 犯罪的物质或物理要件(犯罪行为)需要证明有实施严重犯罪的约定, 且此种约定系在两人或更多人之间(即罪犯与至少另一其他人之间)达成。

一些司法辖区还包括一个额外的要素, 即要求证明其中一个参与者为推动犯罪约定而采取的行为。这种“公开行为”要素有时被添加到犯罪中, 以确保它涵盖共谋者实际将其计划付诸行动的情况, 从而避免把那些仅相当于单纯意图或一厢情愿的约定列入刑事责任的范围。本《示范立法条文》第5条[备选案文1]第2款即反映了这一立场。

此外, 缔约国亦可增加一项要求有组织犯罪集团参与其间的要素, 从而得以, 例如, 明确表明所涉罪行与有组织犯罪之间的联系, 或在立法规定中确立加重情节的共谋罪。

《公约》第5条第3款规定, 如果其国内法要求有促进犯罪约定的行为或有组织犯罪集团参与等要素, 则缔约国须确保为实施第5条第1款而确立的犯罪涵盖所有涉及有组织犯罪集团的严重犯罪。第5条第3款还进一步规定, 那些其国内法要求具备这些要素之一的缔约国需要在签署或交存其对《公约》的批准书、接受书、核准书或加入书时向秘书长通报这一事实。¹²

《公约》第5条第1款(a)项(-)目中规定的心理要素(犯罪意图)要求证明:

(a) 被告系故意达成约定; 以及

(b) 相关约定或所涉犯罪的目的系为获得经济或其他物质利益。

¹² 另见《联合国条约汇编》: www.unodc.org/unodc/en/treaties/CTOC/countrylist_fix.html。

各种法律体系以不同的方式处理作为心理要素的意图概念。在许多法律体系中,意图的概念有其普通的含义,即某人只需有实施行为的意图,该行为即可被认为是故意的。这是一个必须参照当地法律传统来解决的问题。

本《示范立法条款》的第5条须与《公约》第11条第1款一并解读;该款规定,在对《公约》所确定的犯罪行为进行处罚时须考虑到犯罪行为的严重程度。

实例:挪威

《刑法典》(挪威)第198条 - 共谋实施严重的有组织犯罪

任何人与他人共谋实施可处以不超过三年监禁的行为、且作为有组织犯罪集团活动的一部分加以实施的,应处以不超过三年的监禁,除非该罪行受更为严格的刑事处罚规定制约。因重复犯罪或同时犯罪而增加的最高刑罚不在考虑范围之内。

“有组织犯罪集团”是指三人或三人以上之间的联手作案,其主要目的是实施可判处至少三年监禁的行为,或在相当程度上以实施此种行为为基础。

第5条[备选案文2] 参加有组织犯罪集团

1. 明知有组织犯罪集团的目标和一般活动或其实施相关犯罪之意图而故意[或明知而]积极参与该有组织犯罪集团犯罪活动者,即属犯罪,可处以[插入刑罚]。
2. 故意[或明知而]积极参与有组织犯罪集团[任何其他]活动的任何人、其有下列情形者:
 - (a) 明知有组织犯罪集团的目的和一般活动或其实施所涉犯罪的意图;和
 - (b) 明知其行为将有助于实现有组织犯罪集团的目标或其实施所涉犯罪的意图;

即应属犯罪,可判处[插入刑罚]。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第5条第1款(a)项(二)目

《公约》第5条第1款(a)项(二)目以及本《示范立法条文》第5条[备选案文2]规定了一种罪行,该罪行的基础是最初在若干遵循大陆法传统的法域中制定的犯罪团伙法,但后来被一系列不同的法律制度所采用。实质上,备选案文2规定刑事责任应基于对有组织犯罪集团的有意贡献,而不是如备选案文1那样,基于执行预先设想的犯罪计划或约定。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第5条[备选案文2]第1款

第5条[备选案文2]第1款的有形要件要求被告入须积极参与了有组织犯罪集团(在上文第3(a)条中作了界定)的犯罪活动。确定该人是否“积极参与”是一个事实问题,各法域在确定更多的被动作用是否以及何时足以确立这一要件方面可能有所不同。

该罪行的心理要件要求被告须是故意或明知而积极参与有组织犯罪集团的犯罪活动。此外,还须是知悉有组织犯罪集团的目标和一般犯罪活动,或知悉该集团实施具体罪行的意图。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第5条[备选案文2]第2款

对于本《示范立法条文》第5条第2款规定的犯罪,为有组织犯罪集团进行的活动本身无需是非法的。例如,“任何其他活动”可包括为有组织犯罪集团记账,为有组织犯罪集团的首领提供司机服务,在知悉枪支将被有组织犯罪集团使用的情况下清洗枪支或为有组织犯罪集团管理财务等。

该罪行的心理要件要求被告必须是故意或明知而积极参与有组织犯罪集团的活动。此外,被告还须知悉有组织犯罪集团的目标和一般活动或其实施有关罪行的意图,且须知悉其行为(作为或不作为)将有助于实现有组织犯罪集团的目标或其实施有关罪行的意图。

本《示范立法条文》第8条针对这些心理要素的含义和证明提供了进一步的指导。

本《示范立法条文》的第5条须与《公约》第11条第1款一并解读;该款规定,在对《公约》所确定的犯罪行为进行处罚时须考虑到犯罪行为的严重程度。

注

除上述备选案文1和2之外,或作为上述备选案文1和2的替代办法,在某些司法辖区,参与所谓的敲诈勒索活动可能会产生刑事责任。一般而言,“敲诈勒索活动”这一术语是指国内法规定的可能直接或间接与有组织犯罪有关的具体犯罪。如果某人从其参与的两项或更多的敲诈勒索活动(称为“敲诈勒索活动模式”)中获得或接受任何经济或其他物质利益、且如果该人使用或投资敲诈勒索收益建立或经营企业,或如果该人通过敲诈勒索活动

方式从事或参与企业事务的处理,或如果该人通过敲诈勒索活动方式获得或保持对企业的任何利益或控制权,则敲诈勒索刑则即告成立。

实例:奥地利

《刑法典》(奥地利)第278条 - 犯罪团伙

(1) 任何人成立或以成员身份参与犯罪团伙,可处三年以下监禁。

(2) 犯罪团伙是指两人以上的长期隶属关系,其目的是使一个或多个成员犯下一项或多项重罪、其他针对肢体和生命的重大暴力犯罪、而不仅仅是轻微的财产损失、盗窃或欺诈、第165、第177b、第233至第239、第241a至第241c、第241e、第241f、第283、第304或第307诸条所规定的轻罪、第278d条第1款所列的轻罪或第114条第1款所规定的轻罪,或《外国人治安法》第114条第1款或第116条所规定的不端行为。

(3) 如果某人在犯罪组织的犯罪目的范围内犯罪,或者该人通过提供信息或资产参与犯罪组织,或者明知其行为支持该犯罪组织或明知其犯罪而以任何其他方式参与犯罪组织,则该人即属以犯罪组织成员的身份参与犯罪组织。

(4) 如果该团伙没有导致实施任何计划的犯罪,如果该团伙自行解散,或如果该团伙的活动表明它已自行放弃其计划,则其任何成员都不承担责任。此外,如果某人在其所涉团伙犯下或企图犯下任何计划中的罪行之前自行退出该团伙,则该人即不对犯罪团伙罪承担责任;作为首领参加犯罪团伙的人,只有在该人自行通过向当局作出通报(第151条第3款)或以任何其他方式使该团伙造成的危险得到消除时,才不承担责任。

《刑法典》(奥地利)第278a条 - 犯罪组织

任何人组建或作为成员(第278条第3款)参与由更多人组成的较长期的商业性团体,而该团体

1. 即使不是专一的,也旨在反复计划和实施侵犯生命、身体完整、自由或财产的严重罪行,或与对人的性剥削、偷运移民、或贩运武器、核材料、放射性材料、危险废物、假币或非法毒品有关的严重罪行,
2. 通过实施任何此类犯罪行为,寻求获得可观的利润,以及
3. 寻求腐败或恐吓他人,或寻求以特定方式保护自己不受执法措施的影响

应当被处以六个月至五年的监禁。第278条第4款经适当修改后比照适用。

实例：加拿大

《刑法典》(加拿大)第467.11条(加拿大1985年修正法规,《刑法典》第46条) - 参与犯罪组织的活动

(1)任何人为了增强犯罪组织的能力,在知情的情况下,以作为或不作为的方式,协助或实施本法或任何其他议会法案规定的可起诉罪行,参与或协助犯罪组织的任何活动,即应属如下类型的犯罪:

- (a) 可予公诉的罪行,可判处不超过五年的监禁;或
- (b) 可通过简易程序定罪的罪行。

起诉

(2)在针对第(1)款所规定的犯罪行为提起的诉讼中,检察官无需证明:

- (a) 该犯罪团伙实际为所涉犯罪提供了便利或实施了可予起诉的犯罪行为;
- (b) 被告人的参与或贡献实际上增强了该犯罪组织便利或实施可公诉罪行的能力;
- (c) 被告知悉犯罪组织可能协助或实施的任何可公诉罪行的具体性质;或
- (d) 被告知悉构成该犯罪组织的任何人员的身份。

因素

(3)在确定被告是否参与或协助犯罪组织的任何活动时,除其他因素外,法院可考虑被告是否:

- (a) 使用可识别所涉犯罪组织的名称、文字、符号或其他代表方式,或与之有关联;
- (b) 经常与构成所涉犯罪组织的任何人员保持联系;
- (c) 从所涉犯罪组织获得任何利益;或
- (d) 在构成所涉犯罪组织的任何人员的指示下反复从事活动。

实例：法国**《刑法》（法国）第450-1条 - 参与犯罪团伙**

犯罪团伙系由所建立的任何组织或所谋划的任何阴谋组成，其目的是以一项或多项重大行动为标志，准备犯下一项或多项重罪，或犯下一项或多项可被判处至少五年监禁的轻罪。

如果试图犯下的罪行是可处以十年监禁的重罪或轻罪，则参与犯罪团伙罪应当被处以十年监禁和罚款150,000欧元。

如果所涉罪行是可判处至少五年监禁的轻罪，则参与犯罪团伙罪即应被判处五年监禁和罚款75,000欧元。

实例：爱尔兰**2006年《刑事司法法》（爱尔兰）第72条 - 参与或促成某些活动的犯罪行为**

(1) 任何人如在知悉本款所述及的组织存在的情况下，参与或协助下述任何活动（不论其本身是否构成犯罪），即属犯罪

(a) 旨在——

- (一) 增强犯罪组织或其任何成员实施严重犯罪的能力，或
- (二) 协助犯罪组织或其任何成员实施严重罪行，或

(b) 罔顾此种参与或协助是否会导致以下后果——

- (一) 增强犯罪组织或其任何成员实施严重犯罪的能力，或
- (二) 协助犯罪组织或其任何成员实施严重罪行。

(2) 任何人犯有本条所规定的罪行，一经循公诉程序定罪，可判处罚款或不超过15年的监禁，或两者兼有。

(3) 第(1)款中提及的严重犯罪，包括在该国以外的某地实施根据该地法律构成严重犯罪的行为，该行为如果在该国实施，则将构成严重犯罪。

(4) 在针对本条所规定的罪行进行的法律程序中，控方无须证明——

(a) 所涉犯罪组织或其任何成员实际犯下的罪行（视情况而定）——

- (一) 在该国犯下的严重罪行，或

(二) 根据该国境外法律, 构成犯罪的行为如果在该国境内实施, 将构成严重犯罪

(b) 被告人的参与或协助实际上——

(一) 增强了所涉犯罪组织或其任何成员实施严重犯罪的能力, 或

(二) 为所涉犯罪组织或其任何成员实施严重犯罪提供了便利, 或

(c) 被告知悉第(1)(a)或(b)款中所述及的任何罪行的具体性质。

[.....]

实例: 意大利

《刑法典》(意大利) 第416条 - 实施犯罪的团伙

凡三人或三人以上为实施一项以上犯罪结成团伙者, 结成团伙之促进者、组建者或组织者仅为这一项即应判处三至七年监禁。

仅针对加入犯罪团伙的行为本身, 即应判处一至五年监禁。

犯罪团伙首领应受到与团伙促进者同样的处罚。

如果团伙的参与者在农村或公共道路实施武装袭击, 则应当判处五至十五年监禁。

如果团伙参与者达十人或十人以上, 则应当加重处罚。

《刑法典》(意大利) 第416条之二 - 黑手党类型的犯罪团伙

任何参加包括三人或三人以上规模的黑手党类型团伙的人, 均应判处10至15年监禁。

促进、指导或组织该团伙者, 仅此一项即应被判处12至18年监禁。

如果参与者利用此种团伙关系的威吓力以及由此而导致的服从和沉默, 实施刑事犯罪, 直接和间接获得管理权或以任何方式控制经济活动、许可证、授权、公共合同和服务, 或为自己或任何其他人获得非法利润或利益, 或旨在阻止或限制投票自由, 或在选举时为自己或其他人获得选票, 则该团伙即应视作黑手党类型的团伙。

如果此种团伙具有武装性质, 则在第1款所述情形中, 应判处12至20年监禁; 在第2款所述情形中, 应当判处15至26年监禁。

如果参与者为实现其团伙的目标而拥有枪支或爆炸物, 即使隐藏或存放在其他地方, 则该团伙即应为武装团伙。

如果协会参与者旨在实现或维持的经济活动系完全或部分由刑事犯罪的价格、产品或收益供资，则上述各款所述处罚即应增加三分之一至一半。

被判刑者始终应被没收其用于或打算用于犯罪的物品、以及代表此种犯罪的价格、产品或收益或其用途的所有物品。

这些条款亦应适用于卡莫拉、恩德兰盖塔以及任何其他团伙，无论其当地名称是什么，它们试图通过利用此种团伙关系的威吓力，实现那些与黑手党类型团伙相应的目标。

实例：巴巴多斯

2010年《跨国组织犯罪(预防和控制)法》(巴巴多斯)第3条

(1) 以不违反本条第(3)款为限，任何有以下行为者即为从事本法所指的有组织犯罪活动：

(a) 为获取经济或其他物质利益，或为与获取经济或其他物质利益直接或间接相关的目的，与他人共同实施严重犯罪；

(b) 在明知有组织犯罪集团的目的或其一般犯罪活动，或在知悉该集团意图实施严重犯罪的情况下，筹备或参与

(一) 该集团的犯罪活动；或

(二) 该人明知将有助于该集团的犯罪目的或其犯罪活动的其他活动；

(c) 作为有组织犯罪集团的成员之一，故意指示任何人为该集团的利益、在该集团的指示下或基于与该集团的关联而实施严重犯罪；或

(d) 明知而仍劝说、促使、鼓励或招募他人成为有组织犯罪集团的成员。

(2) 在本条中，“有组织犯罪集团”或“集团”是指具有以下特点的结构化集团：

(a) 由3名或3名以上协同行动的人员组成，无论是在巴巴多斯境内还是境外；

(b) 以实施一项或多项严重犯罪为主要目的，旨在为该集团或该集团的任何成员获得直接或间接的经济或其他物质利益，但那些为实施单一犯罪而随机组成的集团不在此列。

(3) 本条第(1)款中提及的犯罪仅在以下情形中发生：

(a) 发生在一个以上的国家；

(b) 发生在某一国家,但大部分的准备、计划、指导或控制活动系在另一国家内进行;

(c) 发生在某一国家,但涉及在一个以上国家内从事犯罪活动的有组织犯罪集团;或

(d) 发生在某一国家,但其在另一个国家有实质性影响。

2010年《跨国有组织犯罪(预防和控制)法》(巴巴多斯)第4条

(1) 在针对第3(1)条(b)款规定的罪行进行起诉时,无需证明:

(a) 该犯罪团伙实际为所涉犯罪提供了便利或实施了犯罪行为;

(b) 被告人的参与或贡献使所涉犯罪集团得以协助或实施犯罪;

(c) 被告知悉该犯罪集团可能犯下的任何罪行的具体性质;或

(d) 被告知悉所涉犯罪集团任何成员的身份。

(2) 在针对第3(1)条(d)款规定的罪行进行起诉时,无需证明:

(a) 所涉犯罪行为已实施;

(b) 被告人指示某一特定人员实施所涉犯罪;或

(c) 被告知悉所涉犯罪集团任何成员的身份。

2010年《跨国有组织犯罪(预防和控制)法》(巴巴多斯)第5条

法院在确定被告是否参与或协助犯罪集团的有组织犯罪活动时,除其他外,可考虑被告是否与该犯罪集团有如下关联:

(a) 承认自己是其成员;

(b) 已被其父母或监护人或任何其他人员指认为其成员;

(c) 惯常与其成员交往;

(d) 采用与该集团相关的名称、颜色、符号或与之相关的其他代表性物品;
或

(e) 从该集团获得任何经济或物质利益。

实例: 汤加

2014年《反恐怖主义和跨国有组织犯罪法》(汤加)第66(1)条 - 参与有组织犯罪集团

明知其为有组织犯罪集团(无论是作为成员、准成员还是潜在成员)而参与其活动的任何人——

(a) 明知其参与有助于犯罪活动的发生；或

(b) 罔顾其本人的参与是否有助于犯罪活动的发生；

即为犯有本条所规定的罪行。

实例：智利

《刑法典》(智利) 第 293-294 条之二 - 关于非法结社

第 293 条。如果结社的目的是实施严重犯罪，则其首领、在组织内担任领导职务的人和教唆者均应被判处最低至最高的严厉监禁。如果结社的目的是实施普通犯罪，则对上述人员的处罚应当是最低至最高的普通监禁。

第 294 条。参与该团伙的任何其他个人，以及那些故意和自愿为其提供实施严重或普通犯罪的手段或工具，或提供住宿、庇护所或聚会场所的人员，在上条所述的第一种情形中，应当判处中期普通监禁；在第二种情形中，应当判处最低普通监禁。

第 294 条之二。第 293 条和第 294 条所规定的处罚不应妨碍对因此类活动而犯下的或与之有关的任何严重或普通罪行所适用的处罚。如果该团伙系通过法律实体建立，则后者应当作为对所涉罪犯个人实施处罚的次要后果予以解散或废止。

实例：乌克兰

《刑法典》(乌克兰) 第 255 条 - 组建犯罪组织

1. 为实施严重或特别严重的犯罪而组建犯罪组织，领导或参与此类组织，或参与此类组织所实施的犯罪行为，以及为制定共同实施犯罪行为的计划和创造条件而组织、主持或促进犯罪组织或有组织团体成员的会议(大会)，为犯罪活动提供后勤支持或协调与之相关的犯罪组织或有组织团体的活动，应当判处五至十二年监禁。

2. 犯罪组织的组织者或首领以外的人员，如能自愿举报犯罪组织的组建或其参与犯罪组织的情况，并有效协助揭发该组织，则应当解除其对本条所述罪行的刑事责任。

《刑法典》(乌克兰)第256条 - 协助犯罪组织成员并掩盖其犯罪活动

1. 向犯罪组织成员提供未事先承诺的协助,包括提供场所、庇护所、车辆、信息、文件、设备、资金或证券以掩盖其犯罪活动,并采取其他未事先承诺的行动,为其犯罪活动创造便利条件的,应当判处三年至五年监禁。
2. 对于由官员实施的或重复实施的同样的行为,应当判处五至十年监禁,并剥夺其担任某些职务或从事某些活动的权利,最长期限为三年。

《刑法典》(乌克兰)第257条 - 黑社会帮派

为攻击企业、机构、组织或个人而组建武装犯罪团伙,以及参与此种团伙或其攻击活动的,应当判处五至十五年监禁,并没收财产。

实例: 加蓬

《刑法典》(加蓬)第193条

任何为策划或实施针对人身或财产的严重犯罪或一般犯罪而组建的团伙,无论其期限长短或成员人数为何或达成何种约定,均构成违反公共秩序罪。

《刑法典》(加蓬)第194条

凡加入为前条所述目的而组建的团伙或参与约定的人员,均将被判处死刑。

凡明知或故意帮助本章所述罪行的犯罪者,向他们提供犯罪工具、通信手段、庇护所或聚会场所的,即使是在犯罪行为发生之后,亦应受到同样的处罚。

《刑法典》(加蓬)第195条

然而,被判定犯有上述第194条所规定的罪行的人员,如果在任何起诉开始之前,向主管当局举报了已订立的相关约定或相关团体的存在,则应被判处终身监禁。

实例：南非

1998年《预防有组织犯罪法》(南非)第1条 - 本法给出的定义和解释

(1)在本法中,除非上下文另有说明——

[.....]

“敲诈勒索活动模式”是指有计划地、持续地、不断地或反复地参与或涉足附表一中所述及的任何罪行,并包括附表一中所述及的至少两项罪行,其中一项罪行发生在本法生效之后;后一项罪行发生在实施附表一中所述及的此种先前罪行之后的10年之内(不包括任何监禁期);

1998年《预防有组织犯罪法》(南非)第2(1)条 - 犯罪

凡有下列行为者——

- (a)(-) 接收或保留任何直接或间接来自敲诈勒索活动模式的财产; 以及
 - (-) 知悉或理应知悉这些财产源自上述活动模式; 以及
 - (-) 直接或间接使用或投资这些财产的任何部分, 以获得任何企业的任何权益或其建立、经营或活动;
 - (b)(-) 代表任何企业直接或间接接收或保留任何财产; 以及
 - (-) 知悉或理应知悉此种财产源自或通过敲诈勒索活动模式而获得;
 - (c)(-) 直接或间接地代表任何企业使用或投资任何财产, 或收购任何企业的任何权益或其建立、经营或活动; 以及
 - (-) 知悉或理应知悉此种财产源自或通过敲诈勒索活动模式而获得;
 - (d) 通过敲诈勒索活动模式直接或间接获得或维持对任何企业的任何权益或控制权;
 - (e) 在管理或受雇于任何企业或与之有关联的情况下, 通过敲诈勒索活动模式直接或间接地从事或参与该企业的事务;
 - (f) 管理某一企业的经营或活动的人员知悉或理应知悉任何人在受雇于该企业或与该企业有关联的情况下, 通过敲诈勒索活动直接或间接地从事或参与该企业的事务; 或
 - (g) 在共和国境内或其他地方共谋或企图违反以上(a)、(b)、(c)、(d)、(e)或(f)款中的任何规定,
- 即应视作犯罪。

第6条 妨害司法

1. 凡在犯下本[法//法律/章]项下的任何罪行时,使用武力、威胁或恐吓,或许诺、提议给予或给予任何不应有的好处,以:

- (a) 诱使提供虚假证言;或
- (b) 干扰证言或证据的提供;

即属犯罪,可判处[插入刑罚]。

2. 凡在犯下本[法/法律/章]项下的任何罪行时,使用武力、威胁或恐吓,以干扰执法、检察或司法官员履行其职责的,即属犯罪,可判处[插入刑罚]。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第23条

《有组织犯罪公约》第23条要求缔约国将两组涉及妨害司法的行为定为刑事犯罪行为;这些内容反映在本《示范立法条文》第6条第1款和第2款之中。这些条文适用于本《示范立法条文》所涵盖的任何犯罪的实施;¹³ 它们并不限于那些涉及有组织犯罪集团的案件。

《有组织犯罪公约》第23条以及本《示范立法条文》第6条的侧重点是个人行为 and 该行为的意图,而不是该行为的结果。换言之,无需证明该行为实际上导致了提供虚假证词或提供虚假证据,亦无需证明所涉官员的职责的履行实际上受到了干扰;任何此种行为的意图都符合犯罪要件。¹⁴

《打击有组织犯罪示范立法条文》第6条第1款

第6条第1款将在与本《示范立法条文》所涵盖的犯罪有关的诉讼中使用武力、威胁或恐吓,或许诺、提议给予或给予不应有的好处,以诱使提供虚假证言,或干扰提供证言或证据的行为定为刑事犯罪。这项罪行旨在涵盖涉及恐吓证人的情况,但也可能扩至陪审员、法庭记者、翻译以及其他可能与司法事务有关的人员。各国不妨亦将这一罪行的涵盖范围扩至从事披露实情的记者。

¹³《联合国打击跨国组织犯罪公约实施立法指南》,第233段。

¹⁴同上,第240段。

可能有必要进一步定义“不应有的好处”这一术语，这取决于其在国家法律中的定义是否已足够明确。《联合国反腐败公约》中也有“不应有的好处”这一概念。《联合国反腐败公约实施立法指南》指出，“不应有的好处可以有形的或无形的，金钱上的或非金钱上的”。《立法指南》还进一步指出：

不应有好处不一定是立即或直接给予国家公职人员的，而是可直接或间接许诺给予、提议给予或实际给予的。礼物、特许或其他好处可以是给另外某人的，如亲属或政治组织。一些国家立法中关于实施贿赂企图的条款可能涵盖了许诺和提议。若非如此，则有必要特别涵盖许诺（意指行贿者和受贿者之间的约定）和提议（不表示预期受贿者同意）。不应有好处或贿赂必须与所涉官员的职责有关联。¹⁵

各国并不局限于第6条第1款起首部分中所列举的各种“阻挠”类型。例如，各国可能希望明确包括隐瞒或销毁证据，而在一些司法辖区，(a)和(b)项中所使用的术语被解释为已涵盖此类行为。此外，(a)和(b)项并不限于主动的行为；它们还包括不作为，例如，由于对证人使用武力、威胁或其他引诱手段而导致证人未能提供证据。

在国内法中，这项规定旨在对其他相关罪行作出补充，诸如作伪证或提供虚假证词或采取其他步骤操纵或影响司法程序（这些罪名在许多法律制度中可能已经存在）。此外，同时还需要针对这一犯罪行为采取对相关人员和证人实行保护的措施。这些措施，连同示范立法条款，将在下文第五章作进一步综述。

《打击有组织犯罪示范立法条文》第6条第2款

第6条第2款规定，使用武力、威胁或恐吓以干扰执法官员、检察官或司法官员针对本《示范立法条文》所涵盖的犯罪行为履行公务职责的行为属于犯罪行为。

使用武力、威胁和引诱以促成提供虚假证词的行为可在任何时候发生，无论正式司法程序是否正在进行。《有组织犯罪公约》第23条的准备工作文件表明，“诉讼程序”这一术语旨在涵盖所有官方的政府司法程序。¹⁶这可能包括案件的预审阶段，而这一点在大陆法系中具有特殊意义。

《公约》第23条（以及本《示范立法条文》第6条）须与《公约》第11条第1款一并解读；该款规定，在对《公约》所确定的犯罪行为进行处罚时须考虑到犯罪行为的严重程度。

¹⁵ 毒品和犯罪问题办公室，《联合国反腐败公约实施立法指南》，第二版（2012年，维也纳），第197段。

¹⁶ 关于第23条的解释性说明（见A/55/383/Add.1，第46-47段），引自《准备工作文件》，第216页。

实例：巴西

《刑法典》(巴西)第343、第344和第347条 - 第十一编：危害公共行政罪，第三章：危害司法公正罪

虚假证词或虚假专业知识

[.....]

第343条 给予、提议给予或许诺给予证人、专家、会计师、笔译员或口译员金钱或任何其他好处，以换取他们在聆讯、专家报告、计算、笔译或口译中提供虚假证词、否认事实，或不说实话：

刑罚 —— 三至四年监禁以及罚款。

如果犯罪的意图是为了获得用于刑事诉讼或民事诉讼的证据，而其中一个诉讼当事方是公共行政部门，则处罚将提高六分之一至三分之一。

诉讼过程中的限制

第344条 为了自身或他人利益，针对主管当局、一当事方（诉讼当事方）或从事或受命从事司法程序、警方调查、行政诉讼或仲裁工作的任何其他人员使用暴力或严重威胁。

处罚 —— 一至四年监禁和罚款，以及针对暴力行为的处罚。

[.....]

诉讼欺诈

第347条 在民事或行政诉讼期间，为了误导法官或专家，人为地改变一个地方、一事物或一个人的状态。

处罚 —— 三个月至两年监禁和罚款。

如果这种人为改变的目的是为了影响刑事诉讼，则即使尚未启动，仍应当加倍处罚。

实例：法国

《刑法典》(法国)第433-3条 (经2017年2月28日第2017-258号法案第23条修订)

对以下人员进行侵犯人身或财产的威胁的，应当处以3年监禁和45,000欧元罚款：对民选官员、治安法官、陪审员、律师、公职人员或政府部委官员、国家宪兵队员、国家警察官员、海关、劳动监察局、监狱管理局或任何被授予公共权力的人员，

对专业或志愿消防队员、建筑物或建筑物群的看守人[宣誓警卫]，或代表出租人[房东]行使职责的代理人——根据《建筑和住房法》第L.127-1条的规定，因在其执勤期间或因其职责代表出租人[房东]对住宅用建筑物进行看守或监视——如果行为人为人知悉其职务。

同样的处罚亦适用于对公共客运网络运营商的代理人、教师或在学校工作的任何员工、负责公共服务事务的任何其他人员以及卫生专业人员在行使其职能时进行犯罪威胁或进行侵犯人身或财产威胁的行为——如果行为人为人明显知悉或了解受害者所履行的职能。

因前两款中所述人员之职责而针对其配偶、直系长辈或后代或针对通常与其共同居住之任何人员进行威胁的，亦应适用同样的处罚。

若为死亡威胁或为对当事人非常危险的攻击财产威胁，则应判处五年监禁并处以7.5万欧元罚款。

对第1或第2款所述人员使用威胁、暴力或任何其他恐吓行为，以使其履行、避免履行其职责、使命或任务之任何部分，或因其职责、使命或任务而获得便利，或使其滥用其实际或声称享有的权力，以便从公共机关或公共行政部门牟取某种荣誉、就业、公共合同或其他任何有利决定的行为，应判处10年监禁并处以15万欧元罚款。

《刑法典》(法国)第434-5条(2000年9月19日第2000-916号法令,第3条, 2000年9月22日《政府公报》, 2002年1月1日生效)

为说服重罪或轻罪受害者不起诉或撤诉而针对任何人实施任何威胁或任何其他恐吓行为的,应当判处三年监禁并处以45,000欧元罚款。

《刑法典》(法国)第434-8条(2000年9月19日第2000-916号法令,第3条, 2000年9月22日《政府公报》, 2002年1月1日生效)

为影响法官或检察官、法院陪审员或任何其他成员、仲裁员、口译员、专家或当事方辩护人履行其职责的行为而对他们实施任何威胁或恐吓的行为,应当判处三年监禁并处以45,000欧元的罚款。

《刑法典》(法国)第434-15条(2000年9月19日第2000-916号法令,第3条, 2000年9月22日《政府公报》, 2002年1月1日生效)

在诉讼过程中或在法庭上就某项权利表示主张或进行辩护时,利用许诺、提议给予、赠与、压力、威胁、暴力行为、操纵或伎俩,说服他人作出或提供陈述、声明或虚假书面证词,或放弃做出陈述、声明或书面证词的行为,即便伪证教唆未遂,仍应判处三年监禁并处以45,000欧元的罚款。

实例：菲律宾**《菲律宾证人保护、安全和福利法》（共和国第6981号法案）第17条 – 对骚扰证人行为的处罚**

凡骚扰证人并借此妨碍、延误、防止或劝阻证人施行下列行为者，应当处以不超过三千比索（P3,000.00）的罚款或判处六（6）个月至一（1）年监禁，或两者并罚；行为入系公职人员的，还应同时处以永久剥夺担任公职资格的处罚：

- a. 在任何司法或准司法机构或调查机关露面或作证；
- b. 向执法人员或法官报告实施或可能实施犯罪的情况，或违反缓刑、假释或待决司法程序期间释放条件的情况；
- c. 寻求让与所涉犯罪有关的另一人被逮捕；
- d. 招致提起刑事检控，或引发关于撤销假释或缓刑的诉讼；或
- e. 行使和享受或试图行使和享受本法所规定的各项权利和惠益。

第7条 组织、指挥、协助或以其他方式促成犯罪

1. 凡故意组织或指挥实施本[法/法律/章]适用的罪行，即属犯罪，可判处[插入针对在此类犯罪中起首领作用者的适当惩罚]。
2. 凡故意协助、教唆、便利、怂恿或促使实施本[法/法律/章]适用的罪行，即属犯罪，可判处[插入针对在此类犯罪中起辅助作用者的适当惩罚]。

评注**《有组织犯罪公约》的相关条款：第5条第1(b)款**

本《示范立法条文》第7条反映了《有组织犯罪公约》第5条第1(b)款规定的义务，将刑事责任扩大至领导或辅助实施本《示范立法条文》所适用的犯罪的人员。从一方面看，这包括在此类犯罪中起领导作用的人员（即“故意组织或指挥的人员”）（第1款）；从另一方面看，这包括那些起辅助作用的人，诸如那些“协助、教唆、便利、怂恿或促成实施此类犯罪的人”（第2款）。本《示范立法条文》第7条第1款旨在确保有组织犯罪集团的首领应负有的责任——他们发出与实际犯罪有关的命令，但自己并未参与具体的实施。第7条第2款

中规定的¹⁷“协助、教唆、便利、怂恿或促使”诸项作用涵盖其本人不是主犯的次要罪犯和共犯。¹⁸

本《示范立法条文》第7条建议，起草者可对起“组织和指挥”作用的人员单独作出规定，以区别于起“协助、教唆、便利、怂恿或促使”作用的人员，因为这些不同类别代表了对此类犯罪的规划和执行的不同程度的影响和监督。因此，不同的处罚应反映出每一类别的不同刑则程度。

同样重要的是，起草者应当考虑在一般刑法中是否已有将刑事责任扩大至组织、指挥、协助、教唆、便利、怂恿或促使犯罪的人员的规定。与《公约》第5条一样，本《示范立法条文》第7条须与《公约》第11条第1款一并解读；后者规定，在对《公约》所确定的犯罪行为进行处罚时须考虑到犯罪行为的严重程度。

实例：加拿大

《刑法典》(加拿大)第467.13条(加拿大1985年修正法规,《刑法典》第46条) - 指示犯罪组织实施犯罪

(1) 凡系犯罪组织的组织者之一并为犯罪组织的利益、在犯罪组织的指挥下或伙同犯罪组织在知情情况下直接或间接指示任何人实施本法以及议会任何其他法令所规定的犯罪行为的，即为犯有可起诉罪行，可判处终身监禁。

起诉

(2) 在针对第(1)款所规定的犯罪行为提起的诉讼中，检察官无需证明：

- (a) 实际实施了第(1)款中规定的犯罪行为以外的犯罪；
- (b) 被告人指示某一特定人员实施犯罪；或
- (c) 被告人知悉构成犯罪组织的所有人员的身份。

[.....]

¹⁷《联合国打击跨国有组织犯罪公约实施立法指南》，第100段。

¹⁸同上。

实例：汤加

2013年《反恐怖主义和跨国有组织犯罪法》(汤加)第82条 - 协助、教唆、怂恿和促使犯罪

(1) 故意协助、教唆、怂恿或促使他人实施本法所规定的罪行的，即应被视为犯下该罪行，并应受到惩罚，犹如该罪行是由该人本人所犯一样。

(2) 如果某人在实施犯罪前有以下情况，则不构成第(1)款所规定的犯罪——

(a) 终止了其参与；以及

(b) 采取了一切合理的步骤来防止犯罪行为的发生。

2013年《反恐怖主义和跨国有组织犯罪法》(汤加)第83条 - 煽动犯罪

(1) 故意驱使犯下本法所述罪行的，即属犯罪。

(2) 任何人，即使其所煽动的罪行根本无法施行，亦属犯第(1)款所订罪行。

(3) 任何犯第(1)款所列罪行的人，一经定罪，即应受到与犯下本法所列罪行相同的惩罚。

实例：爱尔兰

2006年《刑事司法法》(爱尔兰)第71A条 - 指挥犯罪组织罪

(1) 本条中 ——

(a) “指挥”，就活动而言，是指——

(一) 控制或监督这些活动，或

(二) 就这些活动的进行发出命令、指示或指导，或提出要求；

(b) 对活动的提及包括对以下内容的提及——

(一) 在国外进行的活动，以及

(二) 不构成犯罪的活动。

(2) 凡在组织结构的任何一级指挥犯罪组织活动的，即属犯罪，经起诉定罪后，即应判处终身监禁或有期徒刑。

(3) 被告以口头、书面或其他方式作出的任何陈述或其任何行为，暗示或导致合理推断其曾切实在某一时间指导犯罪组织的活动的，在针对本条所确立的犯罪的诉讼中，应可作为被告当时切实曾这样做的证据予以采纳。

(4)——在根据本条进行的法律程序中,法院或陪审团(视属何情况而定)在裁定是否已犯本条所规定的罪行时,除任何其他有关证据外,亦可考虑——

(a) 任何表明被告的行为模式与其切实在某一时间指导相关组织的活动相契合的证据,以及

(b) 在不限制(a)项或第(3)款的情况下——

(一) 被告是否从所涉组织获得任何利益,以及

(二) 可表明被告拥有这些物品或文件或其他记录的证据,从而有理由怀疑这些物品、文件或其他记录由其所拥有或控制的的目的的确与指导所涉组织的活动有关。

(5) 来自或声称来自所涉组织的任何文件或其他记录,从中可以推断出——

(a) 要么——

(一) 被告当时的确向参与该组织的任何人发出了指示、命令或指导,或

(二) 被告当时的确向所涉人员提出了要求,

要么

(b) 某相关参与者当时确曾寻求被告给予协助或指导,

在针对本条所规定的罪行提起的诉讼中,应可作为被告当时确曾指导有关组织的活动的证据予以采纳。

(6) 在本条中,“文件或其他记录”的含义与第71B条中的含义相同。

实例: 卢森堡

《刑法典》(卢森堡)第324条之三

(1) 任何故意和明知而积极参与前条所述犯罪组织的人,应当判处二至五年监禁和2,500欧元至12,500欧元的罚款,或仅判处其中一种罚款,即使该人并不打算在该组织的支持下犯罪或作为犯罪人或共犯参与犯罪。

(2) 任何人参与策划或执行所涉犯罪组织的任何合法活动,而明知这种参与有助于该组织实现前条所列明的目标,应当判处一至三年监禁和2,500欧元至12,500欧元的罚款,或仅判处其中一种罚款。

(3) 任何人如果明知参与犯罪组织活动的任何决策过程即是支持该组织的目标(这些目标在上一条款中已有明确规定),即应被判处五至十年的严厉监禁和12,500至25,000欧元的罚款,或只处以其中一种处罚。

(4) 犯罪组织的任何首领均应被判处十至十五年的严厉监禁以及25,000至50,000欧元的经济处罚,或仅判处其中一种处罚。

(5) 对于在本国境内发生的本条第1至第4款所述类型的行为,应当根据卢森堡的立法予以起诉,而不论所涉犯罪组织的总部设在何处或其在哪里活动。

B 部分 刑事责任

本章B部分包括第8条和第9条,阐述了若干与本《示范立法条文》第5、第6和第7诸条中所规定的具体犯罪的刑事责任有关的一般事项。这些事项旨在补充国内法中可能尚未涉及的刑法和刑事责任的一般原则。

第8条 犯罪意图的证明

对于本[法/法律/章]所确立的罪行,可从客观实际情况中推断出某人的意图、知情、目标或目的的证据。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第5条第2款

要证明刑事犯罪的主观心理要素(犯罪意图)可能很困难,除非当事人自己供认不讳。在此背景下,《有组织犯罪公约》第5条第2款(和第6条第2(f)款)以及本《示范立法条文》第8条规定,在其国内刑法尚未确立犯罪意图原则的那些法律制度中,可使用间接证据来确定刑事犯罪的犯罪意图要素。

实例: 大不列颠及北爱尔兰联合王国

1967年《刑事司法法》(英国) 第8条 - 犯罪意图的证明

法院或陪审团,在确定某人是否犯罪时,

- (a) 不得仅仅因为该人的行为后果是此种行为的自然和可能的后果而必然地从法律上推断该人企图达成或预见到这些行动的结果;而是
- (b) 应当通过参考所有证据,从证据中得出在当时情况下似乎适当的推论,以此决定该人是否有意达成或是否预见到该结果。

第9条 法人责任

1. [除国家以外的]法人可对本[法/法律/章]适用的罪行负有刑事责任。
2. 任何法人的责任并不排除任何自然人的责任。
3. 在本[法/法律/章]中,
 - (a) “法人”包括[法人团体、公司、企业、协会、社团、伙伴关系、地方政府、工会、市政当局和公共机构]。
 - (b) “高级管理人员”是指法人的雇员、代理人或高级管理人员,鉴于其职责之大,可公平地假定其行为代表法人的政策[,包括行使事实上的管理或控制的人员]。
4. 法人的高级管理人员[或在高级管理人员监督或管理下的人员]代表法人或为法人的利益行事时,法人应承担犯罪行为所涉及的刑则:
 - (a) 犯下这一罪行;
 - (b) [明知而授权或准许犯下这一罪行;]或
 - (c) [明知犯罪系代表法人或为法人利益实施,或故意无视[或不计后果地罔顾]这一事实,未能采取合理步骤并采取和有效实施适当的组织和管理模式来防止犯罪的发生]。
5. 被判定犯有本[法/法律/章]所适用罪行的法人应当受到以下一项或多项惩处:
 - (a) 不超过以下金额的罚款:
 - (一) [最高金额];或
 - (二) [X]倍于可合理地归因于所涉罪行的所获收益或所造成损害的总价值;或
 - (三) [如果法院无法确定收益或损害的总价值,则应为该法人在犯罪之前12个月期间的年收入的百分之[X];
 - (b) 没收犯罪所得;
 - (c) 命令该法人公布法院的判决,包括酌情公布所犯罪行的详情以及所判处的任何惩罚的性质;

- (d) 命令该法人为开展所规定的公益活动或发起或实施所规定的公益项目;
- (e) 命令将该法人置于司法监督之下, 最长期限为[X]年;
- (f) 规定该法人接受法院任命的独立督察员的审查, 以便向法院报告该法人为实行守法文化所做的努力;
- (g) [永久][在不超过[X]年的期限内]禁止该法人直接或间接从事一项或多项专业活动;
- (h) 命令[暂时][永久]关闭该法人用于实施所涉犯罪的一个或多个机构;
- (i) 命令[暂时][永久]取消该法人的公开招标资格、其享受公共福利或援助的资格, [和/或]取消其参与公共采购的资格;
- (j) [暂时][永久]取消该法人从事其他商业活动[和/或]创建另一法人的资格;
- (k) 如果该法人的活动完全或主要涉及实施刑事犯罪, 或者该法人是为了实施本[法/法律/章.....]适用的犯罪而设立的, 则命令解散该法人; 或
- (l) 法院认为公正的进一步命令。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第10条

那些参与跨国有组织犯罪的人员可能会试图隐藏在公司、慈善机构或其他协会等法人的掩护下。这可能给打击有组织犯罪的刑事司法努力带来严重挑战。最初并非出于犯罪目的而设立的法人机构, 尤其包括在线中介等, 如果故意或明知而参与有组织犯罪集团, 共谋实施涉及有组织犯罪集团的严重犯罪, 也可能参与有组织犯罪, 或协助或教唆实施涉及有组织犯罪集团的严重犯罪。

根据《有组织犯罪公约》第10条, 法人对《公约》所涵盖的犯罪负有强制性责任。《公约》认识到各国在法人责任问题上有不同的做法, 并规定各国应采取符合其法律原则的必要措施, 确定法人参与涉及有组织犯罪集团的严重犯罪和实施《公约》第5、第6、第8和第23条所确立的犯罪的责任。根据《公约》第10条第2款的规定, 此种责任可以是刑事、民事或行政责任。换言之, 本《示范立法条文》第9条规定的法人刑事责任并不是一项强制性要求。

本《示范立法条文》第9条第2款反映了《公约》第10条第3款, 即规定缔约国有义务确保法人责任不至影响实施犯罪的自然人的刑事责任。

本《示范立法条文》第9条第3款界定了“法人”和“高级管理人员”这两项术语。第3款(a)项中列出的各类法人(在一些法域中也称为法人或法律人)名单并非详尽无遗。法人的形式及其地位在各法域之间有很大差异,应仔细考虑可能要承担责任的实体的范围。第9条第3(b)款定义了“高级管理人员”这一术语。起草者应当确保这一定义足够宽泛,以关注所涉人员在相关组织中的作用,而不仅仅看其头衔或官职。

第9条第4款规定了法人对与该法人的高级管理人员有关的罪行承担责任的情况,其中反映了一系列法域中可找到的所谓法人责任的归属或认定理论。它指出了法人对其高级管理人员的行为承担责任的三种不同方式。除了高级管理人员实施犯罪的情况((a)项)外,它还包括高级管理人员明知而授权或准许实施犯罪的情况((b)项)。虽然这两种形式的责任均需要高级官员采取一些积极的步骤,但(c)项在监督失败的情况下规定了应承担的责任。这类规定引入了组织过失措施,即不单纯关注高级管理人员的行为,而且还关注他们未能监督和防止犯罪的情况。

第9条第5款列出了一份并非详尽无遗的清单,其中阐明了可对被认定有罪的法人单独或合并实施的惩罚。第(a)至(l)项所列的惩罚类型从经济处罚、没收犯罪所得、负面宣传、缓刑式惩罚、取消资格,到取消法人资格不等。这一条款反映了《公约》第10条第4款的规定,即缔约国应当特别确保法人受到有效、适度和劝阻性的刑事或非刑事惩处,包括经济惩罚。这一义务是对《公约》第11条第1款所规定的适用于法人和自然人的义务的补充,以确保根据《公约》第5、第6、第8和第23诸条确立的犯罪行为应受到虑及该犯罪的严重程度的惩罚。

实例:新加坡

2015年《有组织犯罪法》(新加坡)第76条 - 法人团体等的犯罪行为

(1) 如经证明法人团体所犯的本法确立的罪行 ——

- (a) 系在其法人团体高级职员同意或纵容下犯下; 或
- (b) 可归因于其疏忽大意,

则该高级职员及其法人团体即属犯罪,应当受到相应的起诉和处罚。

(2) 如果法人团体的事务由其成员负责管理,则以上第(1)款适用于成员在其管理职能方面的行为和违约,犹如其是法人团体的董事一样。

(3) 经证明合伙人所犯的本法确立的罪行 ——

- (a) 系在合伙人的同意或纵容下犯下; 或
- (b) 可归因于其疏忽大意,

则该合伙人及合伙企业均属犯罪,应当受到相应的起诉和处罚。

(4) 如经证明非法人团体(合伙企业除外)所犯的本法确立的罪行——

(a) 系在非法人团体的高级职员或其理事机构的成员的同意或纵容下犯下;或

(b) 可归因于该高级职员或成员的任何疏忽大意,

则该高级职员或成员以及非法人团体即属犯罪,应当受到相应的起诉和处罚。

(5) 在本条中——

“法人团体”包括有限责任公司,其含义与《*有限责任公司法*》(第163A章)第2(1)条中的含义相同;

“高级职员”——

(a) 就法人团体而言,系指法人团体的任何董事、合伙人、管理委员会成员、首席执行官、经理、秘书或其他类似职位的官员,包括任何声称以任何此类身份行事的人员;或

(b) 就非法人团体(合伙企业除外)而言,系指该非法人团体的主席、秘书或委员会的任何成员,或担任类似于该委员会主席、秘书或成员职位的任何人,包括任何声称以任何该等身份行事的人员;

“合伙人”包括那些声称作为合伙人行事的人员。

(6) 部长可制定规则条例,规定本条的任何规定在经部长认为适当的修改后适用于根据新加坡境外法律成立或认可的法人团体或非法人团体。

实例: 法国

《刑法典》(法国)第121-2条

根据第121-4和第121-7条中所规定的区别,除国家外,法人对其管理机关或其代表以其名义实施的犯罪行为负有刑事责任。

然而,地方公共当局及其协会只对在其活动过程中犯下的罪行承担刑事责任——这些活动可通过公共服务授权协定行使。

根据第121-3条第4款的规定,法人的刑事责任并不排除作为同一行为的实施者或共犯的任何自然人的刑事责任。

实例：意大利

《关于法人、公司和协会，包括没有法人资格的公司和协会的行政责任条例》
(2001年6月8日第231/2001号立法政令) (意大利) 第5条 - 机构的责任

1. 所涉实体应对以下人员为其利益或为使其得到好处而犯下的罪行负责：
 - a) 对该实体或该实体的某一组织单位具有财务和职能自主权的代表权和行政或管理职能的人员，以及负责对该实体进行管理和控制的人员，即使是事实上的管理和控制；
 - b) 受以上 a) 项中所述人员之一管理或监督的人员。
2. 如果以上第1款中所述人员系为了自身或第三方的专属利益行事，则该实体不承担责任。

实例：瑞士

1937年12月21日《瑞士刑法典》(瑞士) 第102条 - 公司的责任 - 赔偿责任

- ¹ 如果在根据企业目标开展商业活动的企业中犯下重罪或轻罪，且由于企业组织不当而无法将此种行为归咎于任何特定自然人，则应将所涉重罪或轻罪归咎于企业。在这种情况下，企业应被判处不超过500万瑞郎的罚款。
- ² 如果所犯罪行属于第260之三、260之五、305之二、322之三、322之五或322之七第1款或322之八诸条的涵盖范围，则无论任何自然人的刑事责任如何，所涉企业均应受到处罚，但前提条件是该企业应当对因其未能为防止此类犯罪发生而采取一切合理的组织措施负责。
- ³ 法院尤应根据所犯罪行的严重程度、组织不当和所造成的损失或损害的严重程度，并考虑到所涉企业支付罚款的经济能力，对罚款金额作出评估。
- ⁴ 本编所指的企业是：
 - a. 私法下的任何法律实体；
 - b. 公法下的任何法律实体，但地方当局除外；
 - c. 公司；
 - d. 独资企业。

实例：图瓦卢

2009年《反恐怖主义和跨国有组织犯罪法》(图瓦卢)第85条 - 公司责任

- (1) 本法适用于公司的方式与适用于个人的方式相同，除任何人对同一罪行的责任之外，公司还可能被认定犯有本法确立的任何罪行。
- (2) 对于本法确立的犯罪行为而言，如果公司雇员、其代理人或高级职员的行为符合以下条件，则其行为或心态即被视为归因于公司：
 - (a) 属于该人员的雇佣范围内；或
 - (b) 属于该人员的实际或明显授权范围内；或
 - (c) 经该公司董事、雇员或代理人的同意或协议（明示或默示），且给予此种同意系属于董事、雇员或代理人的实际或明显权限范围之内。
- (3) 本条中提及的某人的心理包括该人的知情、意图、意见、信念或目的，以及该人持有此种意图、意见、信念或目的的理由。

实例：罗马尼亚

《刑法典》(第286/2009号法律)(罗马尼亚)第135条 - 法人实体的刑事责任条件

- (1) 除国家和公共当局外，法人实体应对在履行法人实体的活动目标或为法人实体的利益或代表法人实体实施的犯罪行为承担刑事责任。
- (2) 公共机构不应对在从事不属于私人领域的活动时所犯的罪行承担刑事责任。
- (3) 法人实体的刑事责任并不排除参与实施同一行为的个人的刑事责任。

《刑法典》(第286/2009号法律)(罗马尼亚)第136条 - 适用于法人实体的处罚

- (1) 适用于法人实体的处罚包括主要处罚和补充性处罚。
- (2) 主要处罚是罚款。
- (3) 补充性处罚包括：
 - (a) 法人实体解散；
 - (b) 暂停法人实体开展的活动或其中一项活动，期限为三个月至三年；
 - (c) 关闭法人实体的工作点，期限为三个月至三年；

- (d) 禁止法人实体参与公共采购程序, 期限为一至三年;
- (e) 法人实体接受司法监督;
- (f) 展示或公布对法律实体的定罪判决。

第三章

特殊侦查手段、执法合作 和联合调查

本章阐述了旨在便利调查《有组织犯罪公约》所确立的有组织犯罪的各种措施；其内容涉及《公约》第19、第20和第27诸条所涵盖的三个彼此独立、但又相互重叠的问题：特殊侦查手段（即执法人员和司法部门为侦查和调查犯罪和嫌疑人而采用的收集信息不致使侦查对象警觉的技术）、国际执法合作以及联合调查。

特殊侦查手段的类型众多且各不相同。《有组织犯罪公约》第20条具体指出了三种类型：控制下交付、卧底行动（涉及使用虚假身份）和电子监视。相关的《准备工作文件》中关于《公约》第20条的解释性说明确认，第20条第1款并不意味着缔约国有义务规定使用其中所述所有形式的特殊侦查手段。¹⁹《联合国打击跨国有组织犯罪公约实施立法指南》对此作出了如下解释：

如果发现或拦截到过境违禁品，继而进行在监视下交付，以期查明预期收货人或其随后在整个犯罪组织内的分配情况进行监视。在此种情形中，控制下交付的作用尤其明显。立法条款往往需要允许此种行动方案，因为根据本国法律，执法人员或其他人员交付违禁品本身可能就是一种犯罪行为。

卧底行动手段可用于执法人员或其他人为收集证据而打入犯罪组织内部。

¹⁹《准备工作文件》第206页上所引用的关于第20条的解释性说明（见A/55/383/Add.1，第44段）。

以窃听装置或拦截通讯方式进行电子监视可起到一种类似作用, 往往更适合用于那些外人难以渗入的严密组织或有形渗透或监视将会对调查活动或调查人员的安全构成不可承受风险的情形。鉴于其具有侵扰性, 电子监视一般受到司法部门的严格控制, 而且需要采取众多法定保障措施以防止滥用。²⁰

本章列述了各式各样的特殊侦查手段, 其中每一种手段都涉及不同程度的风险和不同影响。有些技术可能具有特别的侵扰性, 因此需要在嫌疑人的隐私权与调查严重犯罪行为的需要两者之间进行谨慎的平衡。特殊侦查手段通常需要有立法依据; 若没有立法依据, 则可能无法获得法律授权。特殊侦查手段还引起了人们对隐私权和人权问题的特别关注。关于特殊侦查手段的规定应充分考虑到嫌疑人和第三方的权利。在起草相关条款时, 应当考虑到国际人权机构和法院关于准许使用特殊侦查手段的决定以及涉及这些措施的各种参数。

针对人们对隐私权和人权问题的关切, 大多数司法辖区都要求采取一些严格的防范措施, 以防止这些侦查手段被滥用, 包括要求仅在犯罪性质严重的情况下才能使用、使用此类手段必须是对案件至关重要的、以及紧要的证据可能无法通过侵入性较低的手段获得等。本章中关于特殊侦查技术手段的示范立法条文列出了一项要求, 即必须使授权机构有合理的理由相信, 犯罪活动的性质和严重程度证明有必要对之采用特殊侦查手段。这就要求授权部门在评估使用此类技术手段的申请时考虑采用秘密调查手段的必要性和相称性。

由司法或其他独立机构对特殊侦查手段的使用进行监督是大多数司法辖区的常见做法, 而且也是国际人权法所要求的。对特殊侦查手段的适当保障措施可能因所涉及的技术手段的不同而不同。例如, 由高级执法官员授权进行控制下交付可能是合适的, 而电子监视则通常需要司法授权和监督。为此, 本章对每一种类型的特殊侦查手段都有单独的条款加以论述, 以期确保针对其中每一种类型都有适宜的制约方法。

一般而言, 对于每一种特殊侦查手段, 起草者需要考虑下列各项问题:

- 审批使用相关手段的机制
- 批准使用相关手段的门槛
- 使用相关手段的条件

²⁰《联合国打击跨国组织犯罪公约实施立法指南》, 第 3443-445 段。

- 对使用特殊侦查手段的官员提供避免其承担民事和刑事责任的保护程度
- 如何使用通过这些手段获得的证据
- 就此所获信息可予以传播的程度
- 监管、审查和监督机制
- 国际合作
- 可能对第三方产生的影响

最后,本章各项条款旨在对关于执法机构和其他机构调查权力的现行法律和条例作出补充。因此,国家起草人必须考虑这些条款连同本国其他的国家法律一并实施,其中包括与警察一般权力有关的法律、刑事诉讼法、隐私法以及关于其他形式的国际合作的法律,特别是司法互助和引渡方面的法律。

第10条 控制下交付

1. 就本条而言,“控制下交付”是指在[插入主管当局]的知情和监督下,允许非法或可疑货物运进、运入、运经或运出[插入国家名称]领土的手段,目的是调查和查明本[法/法律/章]适用的犯罪涉案人员。
2. 控制下交付只有在根据本条获得授权的情况下才是合法的。
3. 经执法官员[或检察官]申请,控制下交付可由[插入指定职务的任职者或机构,诸如主管执法机构的负责人及其副手、检察官、调查法官或初始调查法官等] (“授权部门”)予以授权。
4. 进行控制下交付的申请可通过[插入提交申请的方式]提出。授权部门必须保留申请和随后根据第6款作出的决定的书面记录。
5. 实施控制下交付的申请必须说明如下各项内容:
 - (a) 关于托运货物及其目的地的所有可用信息;
 - (b) 先前是否就曾该事项提出过申请;以及
 - (c) [酌情/视需要插入其他要求]。

6. 经对申请进行审查后, 授权部门可:

(a) 无条件授权进行控制下交付;

(b) 授权有条件地进行控制下交付, 包括规定对托运货物的类型和范围进行替代; 或

(c) 否决进行控制下交付的申请。

7. 除非有合理的理由确信如下情形, 否则授权部门不得批准申请:

(a) 本[法/法律/章]适用的犯罪已经、正在或可能将发生;

(b) 涉嫌犯罪活动的性质和严重程度足以证明有合理的理由进行控制下交付;

(c) 任何非法活动都将被限制在实现控制下交付的目标所需要的最低限度;

(d) 控制下交付的实施方式应能确保在控制下交付结束时, 尽最大可能将涉及控制下交付的任何非法货物置于执法官员的控制之下;

(e) 控制下交付的实施方式不得使某人很可能被诱使犯下该人本不打算犯下的罪行; 以及

(f) 控制下交付涉及的任何行为不会导致任何人死亡或严重受伤, 亦不会严重危及任何人的生命、健康或安全。

8. 授权部门如果基于合理理由不再满意第7款中所提及的事项, 则应当撤销根据第6款授予的授权。

9. 授权部门应当在收到申请人提出的取消请求后, 取消根据第6款授予的授权。

10. 执法人员或其他获得授权的人员如果实施根据本条授权的行为, 则不应承担该行为所涉及的刑事或民事责任。

11. 授权部门应当每年向[议会/议会委员会/公众]报告根据本条收到的申请数目, 以及根据本条批准、拒绝、撤销和取消的授权数目。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第20条和第2条第(i)项

根据《有组织犯罪公约》第20条第1款，缔约国应在其本国法律制度基本原则许可的情况下，允许为打击有组织犯罪的目的适当使用控制下交付。

本《示范立法条文》第10条第1款中使用的“控制下交付”的定义系以《公约》第2条第(i)项中同一术语的定义为基础制定。控制下交付既可以是被动的（在不阻止交付的意义上），也可以是主动的（在积极促进交付向前移动的意义上）。为此，各国在定义这一术语时，可能会认为有必要提及“便利”非法或可疑货运的继续运输，以便得以使用这些更积极的控制下交付形式。

本《示范立法条文》第10条第2、第3、第6和第7诸款针对控制下交付的授权要求作出了规定。

第10条第3款具体规定了可对控制下交付进行授权的机关或官员。不同的法域需要不同程度的授权，这取决于特殊侦查手段的侵扰性程度和类型，而且可能涉及执法部门、检察官或法官。一些国家可能希望建立更高级别的监督，例如由司法部门实行监督等。这一点必须与确保控制下交付不论白昼随时都能迅速获得授权的需要相平衡。可以通过准许高级执法官员给予初步授权的办法（以便快速作出反应）来达到此种平衡，其后司法部门需要在短时间内（例如七天之内）审查和延长授权期限。

第10条第4款和第5款规定了申请控制下交付授权方面的某些要求。第5款规定了申请授权进行此类交付所需提供的最基本信息内容。所需信息的深度和数量因司法辖区而异，但至少应包括调查事实的内容摘要、所采用的调查方式和类型、调查对象的姓名、身份和位置，以及从替代点或干预点开始的预计托运货物的行进路线和目的地。此外，还可根据宪法和立法框架的要求或立法者认为适当的情况，提出进一步的要求。

第10条第6款规定了授权部门所作决定的内容。在考虑使用控制下交付时，必须考虑用合法或假冒材料来替代所涉非法货物的可能性，以防止在交付过程中丢失这些非法货物的风险。

第10条第7款规定了在对控制下交付进行授权时必须考虑的一些保障措施和条件。如果控制下交付涉及多个不同法域或外国执法官员，则授权部门还应当确保为开展国际合作与协调做出充分安排，并满足此方面的这些最低要求。

有必要对控制下交付等特殊侦查手段进行一定程度的审查。第10条第11款规定，授权部门必须每年向议会、议会的相关委员会或其他同等地位的机关报告所收到的申请数目以及批准、拒绝、撤销和取消的授权数目。有些法律制度还要求进行额外的审查，例如由一个独立监督机构作出报告和进行审查。如果属于这种情况，则可能需要进行两个级别的审查：

第一个级别是由具有特定立法授权的独立审查机构进行全面审查,包括获取敏感的业务信息等;第二项是公开审查,例如由议会进行的审查,审查时不披露所用方法和信息来源等业务活动信息。

实例: 阿根廷

第 27319 号法律《调查、预防和打击复杂犯罪 - 工具和权力》(阿根廷) 第 15 条和第 16 条 - 控制下交付

第 15 条 —— 法官依其职权或应检察官办公室的要求,在单方听证会上,如果认为立即执行上述措施可能会影响所涉调查活动的成功,则可授权推迟对人员进行拘留或对财产进行扣押。

法官甚至可以下令暂停在阿根廷境内拦截非法货物,允许其运入、运经或运离本国领土,而不受主管当局的干预,但处于其控制和监视下,以确定案件参与者的身份,收集调查所需的信息和定罪要素,其前提条件是能够确定相关调查活动随后将由目的国司法当局进行监视。这一措施必须在知情议定后下达执行。

第 16 条 —— 如果调查活动危及人员的生命或人身或随后会危及对犯罪参与人的逮捕,则法官可随时命令暂停控制下交付,并命令逮捕所涉参与人和扣押与犯罪有关的物件,但同时避免影响以下情形,即如果在运作过程中发生危险,则负责控制下交付的公职人员须适用针对现行犯罪案件所制定的抓捕标准。

实例: 澳大利亚

1914 年《犯罪法》(英联邦) (澳大利亚) 第 15 GD 条 - 控制下行动和重大控制下行动的含义

(1) “控制下行动”系指下列类型的行动:

- (a) 有执法人员的参与; 和
- (b) 系为获取可能导致因严重的联邦罪行或具有联邦性质的严重州罪行而起诉某人的证据; 和
- (c) 可能使执法人员或其他人员参与除第 15HA 条外构成联邦犯罪或违反州或地区法律的行为。

注: 第 15GN 条规定了控制下行动开始和结束的时间。

(2) 重大控制下行动系指有可能导致出现以下情况的控制下行动：

- (a) 涉及一名或多名卧底执法人员打入有组织犯罪集团达7天以上；或
- (b) 持续3个月以上；或
- (c) 行动对象为包括对人类生命构成威胁的可疑犯罪活动。

注：第15GN条规定了控制下行动开始和结束的时间。

1914年《犯罪法》(英联邦)(澳大利亚)第15 GF条 - 授权官员等的含义

(1) 下列任何人员均为控制下行动的授权官员：

- (a) 如果所涉行动为重大控制下行动，且对控制下行动所涉犯罪的调查属于澳大利亚联邦警察局的职权范围，则授权官员即为联邦警察局长或副局长；
- (b) 如果所涉行动并非重大控制下行动，且对控制下行动所涉犯罪的调查属于澳大利亚联邦警察局的职权范围，则授权官员即为澳大利亚联邦警察局的任何授权官员；
- (c) 如果对控制下行动所涉犯罪的调查属于澳大利亚打击犯罪委员会的职权范围，则授权官员即为澳大利亚打击犯罪委员会的任何授权官员；
- (d) 如果控制下行动涉及对腐败问题的调查(在2006年《执法廉政专员法》的意义范围内)，则授权官员即为澳大利亚执法廉政委员会的任何授权官员。

(2) 下列人员为联邦警察局的授权官员：

- (a) 局长；
- (b) 副局长；
- (c) 作为雇员隶属于澳大利亚联邦警察局的高层管理人员，且有局长为本款之目的向其授予的书面授权。

(3) 下列人员为打击犯罪委员会的授权官员：

- (a) 打击犯罪委员会的首席执行官；
- (b) 受雇隶属于打击犯罪委员会的员工，且有首席执行官为本款之目的向其授予的书面授权。

(4) 下列人员为执法廉政委员会的授权官员：

- (a) 执法廉政委员会专员；
- (b) 执法廉政委员会助理专员；
- (c) 受雇隶属于执法廉政委员会的员工，且有委员会主任为本款之目的向其授予的书面授权。

第11条 秘密调查

1. 就本条而言,“秘密调查”是指利用一名或多名执法官员[或经[插入执法机关]授权的其他人员]进行的调查;这些人员在调查本[法/法律/章]适用的罪行过程中,既不披露也不透露其官方职务或其任务。
2. 秘密调查只有在根据本条获得授权的情况下才属合法。
3. 经执法官员[或检察官]申请,[插入指定职位的任职者或机构,诸如主管执法机构的负责人及其副手、检察官、调查法官或初始调查法官] (“授权部门”)可授权进行秘密调查。
4. 进行秘密调查的申请可通过[插入提交申请的方式]提出。授权部门必须保留相关申请以及随后根据第6款作出的决定的书面记录。
5. 必须在秘密调查的申请中就如下内容作出说明:
 - (a) 所寻求的授权期限;
 - (b) 先前是否曾就该事项提出过申请;以及
 - (c) [酌情/视需要插入其他要求]。
6. 经对申请进行审查后,授权部门可:
 - (a) 无条件授权进行秘密调查;
 - (b) 授权进行有条件的秘密调查;或
 - (c) 否决进行秘密调查的申请。
7. 除非有合理的理由确信如下情形,否则授权部门不得批准申请:
 - (a) 本[法/法律/章]适用的犯罪已经、正在或可能将发生;
 - (b) 涉嫌犯罪活动的性质和严重程度足以证明有必要进行秘密调查;
 - (c) 任何非法活动都将限于实现秘密调查目标所需要的最低限度;
 - (d) 秘密调查的进行方式不会导致任何人可能被诱使犯下该人本不打算犯的罪行;和

(e) 秘密调查中涉及的任何行为不会导致任何人死亡或严重受伤,也不会严重危及任何人的生命、健康或安全。

8. 授权中必须规定授权秘密调查的期限,在任何情况下,此种期限都不得超过[插入适用期限]。授权可根据申请予以延长。
9. 授权部门如果基于合理理由不再满意第7款中所提及的事项,则应当撤销根据第6款授予的授权。
10. 授权部门应在收到申请人提出的取消请求后,取消根据第6款批准的授权。
11. 执法人员或其他被授权人员如果实施根据本条授权的行为,则不应承担该行为的刑事或民事责任。
12. 授权部门应当每年向[议会/议会委员会/公众]报告根据本条收到的申请数目,以及根据本条批准、拒绝、撤销和取消的授权数目。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第20条

根据《有组织犯罪公约》第20条第1款,缔约国应在其本国法律制度基本原则许可的情况下,允许为打击有组织犯罪的目的适当使用秘密调查手段。

本《示范立法条文》第11条第1款为本条款之目的对“秘密调查”这一术语给出了定义。

第11条第1款和第11款中选择性地提及“有关执法机构授权的另一人”,旨在使执法人员以外的人能够参与或协助进行秘密调查。国内法律是否允许将后者包括在内,各法域的做法会有所不同。由于事涉危险,许多司法辖区排除或明确禁止在秘密调查中使用民间线人。

本《示范立法条文》第11条第2、第3、第6、第7和第8诸款就开展秘密调查的授权要求作了规定。

第11条第3款具体规定了可对开展秘密调查进行授权的机关或官员。不同的法域需要不同程度的授权,这取决于特殊侦查手段的侵扰性程度和类型,而且可能涉及执法部门、检察官或法官。一些国家可能希望建立更高级别的监督,例如由司法部门实行监督。这一点必须与确保秘密调查活动不论白昼随时都能迅速获得授权的需要相平衡。可以通过准许高级执法官员给予初步授权的办法(以便快速作出反应)来达到此种平衡,其后司法部门需要在短时间内(例如七天之内)审查和延长授权期限。

第11条第4款和第5款规定了对申请开展秘密调查进行授权方面的某些要求。第5款规定了申请此种授权所需提供的最基本信息内容。授予授权所需信息的深度和数量因司法辖区而异,但至少应包括所调查事实的内容摘要、所采用的调查方式和类型、调查对象的姓名、身份和所处位置,此外还可根据宪法和立法框架的要求或基于立法者认为适当的情况,提出进一步的要求。

第11条第6款规定了授权部门所作决定的内容。第11条第7款规定了授权开展秘密调查时须考虑的一些保障措施和条件。

有必要对秘密调查活动等特殊侦查手段进行一定程度的审查。第11条第12款规定,授权部门必须每年向议会、议会的相关委员会或其他同等地位的机关报告所收到的申请数目以及批准、拒绝、撤销和取消的授权数目。有些法律制度还要求进行额外的审查,例如由一个独立监督机构作出报告和进行审查。如果属于此种情况,则可能需要进行两个级别的审查:第一个级别是由具有特定立法授权的独立审查机构进行全面审查,包括获取敏感的业务信息等;第二个级别是公开审查,例如由议会进行的审查,审查时不披露所用方法和信息来源等业务活动信息。

除了这里论述的申请和授权秘密调查的程序外,至为重要的是,起草人还须考虑通过秘密调查获得的证据可否被法庭接纳;如果可以,秘密调查员是否必须透露自己的真实身份,或者秘密调查员可否通过特殊手段在法庭上作证,以保护自己的真实身份。

实例:奥地利

《刑事诉讼法》(奥地利)第129条 - 定义

“秘密调查”是指使用刑事侦查机关的官员或刑事侦查机关所委托的其他人员开展调查活动,这些官员和人员既不披露也不透露他们的官方职位或任务

《刑事诉讼法》(奥地利)第131条 - 秘密调查

(1)如果看来有必要对刑事犯罪进行调查,则应允许开展秘密调查。

(2)只有在以下情况下,才允许在较长的时间段内展开系统性秘密调查:系对故意实施的、可判处一年以上监禁的刑事犯罪开展的调查,或为确保对作为犯罪集团、恐怖团伙或犯罪组织的一部分而策划的刑事犯罪的预防工作(《刑法》第278至第278b条)不至受到严重阻碍。如果这对调查或预防至关重要,则根据《国家安全警察法》第54a条,也准许制作旨在隐瞒刑事调查机构某一人员的身份的法律文件,并在法律交易中使用这些文件以期达到调查行动的目的。

(3)开展秘密调查的人员必须在刑事调查机关的指导下开展工作和并受其持续监控。如果秘密调查人员的使用及其调查情况以及从他们那里收到的信息和通报可能对调查工作具有重要意义,则须记录在报告或正式说明(第95条)中。

(4)秘密调查员只有在征得房主同意的情况下才能进入住宅和其他受居住权保护的地方。不得通过假装已获得进入权来获得同意。

实例: 德国

《刑事诉讼法》(德国)第110a条 — 秘密调查人员

(1)如果有足够的事实证据表明在下列领域中发生了重大刑事犯罪案件,则可使用秘密调查人员来侦破刑事犯罪案件:

1. 在毒品或武器非法交易领域,伪造货币或官方邮票的行为;
2. 在国家安全领域(《法院宪法法》第74a和第120条);
3. 基于商业或习惯;或
4. 涉及犯罪团伙成员或某种其他有组织的方式。

经某些事实证实有重复犯罪风险的情况下,才可使用秘密调查人员来侦破重罪。只有在侦破严重刑事犯罪的其他手段看来难以奏效或更加棘手的情况下,才应允许使用这些手段。在所涉罪行具有特殊重要性、且其他措施看来难以成功的情况下,亦可使用秘密调查人员来侦破重罪。

(2)秘密调查人员应是警察部队成员,他们在开展调查活动时使用赋予他们的化名和持久身份(虚构身份)。他们可以利用自己的虚构身份参与合法交易。

(3)如果设定或维持一个虚构身份是不可或缺的,则可制作、修改和使用所需相关证件。

《刑事诉讼法》(德国)第110b条 - 检察院的同意; 法院的同意; 身份保密

(1)只有在获得检察院同意后,才允许使用秘密调查员。在紧急情况下,如果不能及时获得检察院的决定,则应毫不拖延地获得此种决定;如果检察院在三个工作日内未表示同意,则应终止所涉措施。应在规定期限内以书面形式给予同意。如果使用秘密调查员的条件继续适用,则可允许延期。

(2) 在以下情形中使用秘密调查员：

1. 针对某一特定被告，或
2. 涉及秘密调查员进入一般人无法进入的私人场所，

应当征得法院的同意。在紧急情况下，只需得到检察院的同意即可。如果无法及时获得检察院的决定，应当毫不拖延地获得此种决定。如果法院在三个工作日内未表示同意，则应终止所涉措施。第(1)款的第三句和第四句应在此比照适用。

(3) 即使在行动结束后，秘密调查员的身份也可能需要保密。负责决定是否同意使用秘密调查员的检察院和法院可能会要求向它们披露调查员的身份。在所有其他情况下，根据第96条，在刑事诉讼中对身份保密是允许的，特别是如果有理由担心披露身份会危及秘密调查员或其他人的生命、肢体或自由，或者会危及秘密调查员的继续使用。

实例：阿根廷

第27319号法律《调查、预防和打击复杂犯罪 - 工具和权力》(阿根廷)第3至第4条

卧底特工

第3条 - 卧底特工是指经授权的安全部队中的任何高素质警官，他们同意并隐藏自己的身份，潜入或打入犯罪组织或犯罪团伙，目的是查明或拘留主要犯罪者、参与者或从犯，以防止犯罪完成，或在司法授权下收集调查工作所需的信息和证据。

第4条 - 一旦法官依其职权或应检察院的要求下令采取此种卧底行动，则其任命和必要保护措施将由安全部门负责，并由司法部门进行控制。国家安全部将负责遴选和培训履行这些职能的人员。所指定执行此种任务的安全部队或警察部队成员不得有犯罪记录。

第12条 伪装身份

1. 就本条而言，“伪装身份”是指执法人员[或经[插入执法机构或司法机关]授权的其他人]为调查本[法/法律/章]适用的犯罪而设定、获取和/或使用的虚假或假扮身份，用以与他人建立联系并建立信任关系或打入犯罪网络。

2. 只有在根据本条获得授权的情况下, 设定、获取和使用虚假身份才是合法的。
3. 经执法官员[或检察官]申请, 可由[插入指定职位的任职者或机构, 诸如主管执法机构的负责人及其副手、检察官、调查法官或初始调查法官等] (“授权部门”) 授权设定、获取和使用伪装身份。
4. 设定、获取和使用伪装身份的申请可通过[插入提交申请的方式] 提交。授权部门须保留所涉申请以及随后根据第6款作出的决定的书面记录。
5. 设定、获取和使用伪装身份的申请中须就如下内容作出说明:
 - (a) 拟假扮的身份的详细信息;
 - (b) 所申请的授权期限;
 - (c) 先前是否曾就所涉事项提出过申请; 以及
 - (d) [酌情/视需要插入其他要求]。
6. 经对申请进行审查后, 授权部门可:
 - (a) 无条件授权设定、获取和使用伪装身份;
 - (b) 有条件地授权设定、获取和使用伪装身份; 或
 - (c) 否决设定、获取和使用伪装身份的申请。
7. 除非有如下合理理由, 否则授权部门不得批准申请:
 - (a) 本[法/法律/章]适用的犯罪已经、正在或可能将发生;
 - (b) 涉嫌犯罪活动的性质和严重程度足以证明有必要使用伪装身份;
 - (c) 伪装身份的使用方式不会导致一个人可能被诱使犯下该人本不打算犯的罪行; 和
 - (d) 使用伪装身份所涉及的任何行为不会导致任何人死亡或严重受伤, 也不会严重危及任何人的生命、健康或安全。
8. 授权书中必须规定授权设定、获取和使用伪装身份的期限, 并规定在任何情况下, 这一期限不得超过[插入适用期限]。授权可根据申请予以延长。

9. 授权部门如果基于合理理由不再满意第7款中所提及的事项,则应当撤销根据第6款授予的授权。
10. 授权部门应在收到申请人提出的取消请求后,取消根据第6款批准的授权。
11. 根据授权设定、获取或使用伪装身份的人员可请求相关官员或机构提供协助,以获取伪装身份的证据,包括根据本条获得批准的身份和其他证明文件。尽管有任何其他法律,官员或机构可应依据本条提出的请求,设定或提供伪装身份的证明文件。
12. 执法人员或其他获得授权的人员如果实施根据本条授权的行为,则不应承担该行为所涉及的刑事或民事责任。
13. 授权部门应当每年向[议会/议会委员会/公众]报告根据本条收到的申请数目,以及根据本条批准、拒绝、撤销和取消的授权数目。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第20条第1款

《有组织犯罪公约》第20条第1款要求缔约国在其本国法律制度基本原则许可的情况下,酌情允许在本国境内使用特殊侦查手段打击有组织犯罪。除其中明确提到的手段之外,这还可能包括使用伪装身份。

本《示范立法条文》第12条第1款为本条之目的定义了“伪装身份”这一术语。某些司法辖区在此种情形中使用的则是“乔装身份”或“虚构身份”。

第12条第1款选择性地提及“有关执法机关授权的另一人”,旨在使执法人员以外的人能够获得或使用伪装身份。国内法律是否允许将后者包括在内,各法域的做法会有所不同。由于事涉危险,许多司法辖区排除或明确禁止使用民间线人。

本《示范立法条文》第12条第2、第3、第6、第7和第8诸款就设定、获得、或使用伪装身份的授权要求作了规定。

第12条第3款具体规定了可对使用伪装身份进行授权的部门或官员。不同的法域需要不同程度的授权,这取决于特殊侦查手段的侵扰性程度和类型,而且可能涉及执法机构、检察官或法官。一些国家可能希望建立更高级别的监督,例如由司法部门实行监督。

第12条第4款和第5款规定了对申请设定、获得和使用伪装身份进行授权方面的某些要求。第5款具体规定了申请此种授权所需提供的最基本信息内容。此外还可根据宪法和立法框架的要求或基于立法者认为适当的情况,提出进一步的要求。

第12条第6款规定了授权部门所作决定的内容。第12条第7款规定了在授权使用伪装身份时必须考虑的一些保障措施和条件。

有必要对伪装身份等特殊侦查手段进行一定程度的审查。第12条第13款建议,授权部门应每年向议会、议会的相关委员会或其他同等地位的机关报告所收到的申请数目以及批准、拒绝、撤销和取消的授权数目。有些法律制度还要求进行额外的审查,例如由一个独立监督机构作出报告和进行审查。如果属于这种情况,可能需要进行两个级别的审查:第一个级别是由具有特定立法授权的独立审查机构进行全面审查,包括获取敏感的业务信息等;第二个级别是公开审查,例如由议会进行的审查,审查时不披露所用方法和信息来源等业务活动信息。

除第12条所述事项外,立法者还应当考虑执法人员或其他获得授权使用伪装身份的人员如何在刑事审判中提供其证词。尤其应当考虑的是,所采用的作证程序应确保作证方式能够对相关执法人员或其他获得授权的人员的身份提供得当的保护,从而避免损害任何现行调查活动的进行,同时仍然尊重辩护方的权利,特别是其获得公平审判的权利。

实例: 瑞士

《刑事诉讼法》(瑞士)第285a至第297条 - 第5节: 秘密调查

第285a条 定义

卧底调查是指警方人员或临时受雇执行警察任务的人员,使用基于各种证件的虚假身份(虚构身份),通过欺骗行为与他人建立联系,目的是建立信任关系,以便潜入犯罪环境,从而侦破特别严重的犯罪。

第286条 要求

1. 出现下列情形时,检察官即可命令展开卧底调查:

- a. 涉嫌犯有第2款中所列罪行;
- b. 所犯罪行的严重程度证明有必要进行卧底调查;和
- c. 之前进行的调查活动均未获成功;或者若不采用卧底调查手段,则调查工作就没有成功的希望或者就会变得异常复杂。

[.....]

第287条 对卧底人员的要求

1. 下列人员可担任卧底调查员：
 - a. 瑞士或外国警察部队成员；
 - b. 临时受雇履行警察职能的人员，即使他们并未接受过警察培训。
2. 只有警察部队的成员才能在行动部署中担任指挥人员。
3. 如果部署了外国警察部队的成员，则他们通常由其正规指挥官领导。

第288条 掩护和保证匿名性

1. 警方可以为卧底调查员提供身份掩护，使他们拥有与其真实身份不同的身份。
2. 检察官可向卧底调查人员保证，即使他们以提供信息或以证人的身份出现在法庭诉讼中，也不会披露他们的真实身份。
3. 如果卧底调查人员在执行任务期间犯下罪行，则应由强制措施法院决定针对其何种身份提起刑事诉讼。

第289条 授权程序

1. 部署卧底调查员需要获得强制措施法院的授权。
2. 检察官应在命令开展卧底调查后24小时内向强制措施法院提交下列文件：
 - a. 相关命令；
 - b. 理由陈述以及与授权有关的案件文件。
3. 强制措施法院应在下令进行卧底调查的5天内作出决定并提供一份简要的理由说明。它可在规定时间限制或附加其他条件的情况下批准授权，或要求提供进一步信息或展开进一步调查。
4. 授权中应当明确说明是否准许采取以下行动：
 - a. 编制或修改官方文件，以创建或维持一个掩护身份；
 - b. 保证匿名性；
 - c. 部署未经警察培训的人员。
5. 强制措施法院应批准最长为12个月的授权。授权可一次或多次延长，每次最长为6个月。如果需要延期，检察官应在当前授权到期前提出延期申请，并说明理由。
6. 如果授权未获批准或没有获得授权，则检察官应当立即终止部署。所有记录必须立即销毁。通过卧底调查行动得出的结论不得使用。

第290条 部署前的情况通报

检察官应在部署前向指挥官和卧底调查员通报情况。

第291条 指挥官

1. 在部署期间,卧底调查员要听从指挥官的直接指示。在部署期间,检察官与卧底调查员之间的任何接触都应完全通过指挥官进行。
2. 指挥官的具体职责如下:
 - a. 应向卧底调查员详细和持续地介绍任务和权限以及如何进行伪装和掩护。
 - b. 应向卧底调查员发布指令和提出建议,并不断评估风险情况。
 - c. 应当保留卧底调查人员口头报告的书面记录和有关该行动的完整档案资料。
 - d. 应当定期向检察官全面通报活动开展情况。

第292条 卧底调查人员的职责

1. 卧底调查人员应当按照其职责和接到的指示开展行动。
2. 他们应定期向其指挥官全面报告其活动情况和调查结果。

第293条 准许的影响范围

1. 卧底调查人员一般不得鼓励他人犯罪或煽动已经愿意犯罪的人实施更严重的犯罪。他们必须将其活动限制在确证现有的犯罪决定范围内。
2. 他们的活动在决定实施具体犯罪时只能具有无足轻重的意义。
3. 如果为了实现所涉主要交易,他们可以进行试购或提供其有能力支付的证据。
4. 如果卧底调查人员超出了其授权行动的权限,则法院在评估对受调查人员影响的人的判决时必须适当考虑到这一点,或者可以不判处任何刑罚。

第294条 在根据《麻醉品法》展开的调查行动中进行部署

依照1951年10月3日《麻醉品法》第19条和第20至第22条,如果卧底调查人员是在授权的卧底调查过程中行事,则不得被判定为犯罪。

第295条 模拟交易的资金

1. 应检察官的要求,联邦可通过国家银行提供所需金额、形式和面额的资金,用于模拟交易和提供支付能力的证明。
2. 这一请求必须与案情摘要一并提交给联邦警察署。
3. 检察官应当采取必要的预防措施来保护为此目的提供的资金。如果发生损失,则应由联邦或检察官所属的州承担责任。

第296条 意外发现

1. 如果在卧底调查过程中发现了调查令所列罪行以外的其他罪行的证据,则可以使用这些证据,但前提是为了调查这些新披露的罪行,开展相应的卧底调查的申请本应是会得到准许的。
2. 检察官应立即下令开展卧底调查并启动授权程序。

第297条 行动的结束

1. 在下列情况下,检察官应当立即终止所涉行动:
 - a. 该行动不再符合要求;
 - b. 授权或延长授权的申请被否决;或
 - c. 卧底调查人员或指挥官不听从指示或以其他方式不履行其职责,尤其是出现故意向检察官提供虚假信息的情形。
2. 在第1款a项和c项所述情形中,检察官应将行动的终止通知强制措施法院。
3. 终止行动时,必须确保卧底调查人员或参与调查的任何第三方都不会面临任何可避免的风险。

第298条 通报

1. 检察官应最迟在初步诉讼程序结束时通知被告,其是秘密调查的对象。
2. 在以下情形中,经强制措施法院同意,可以推迟或免除通知:
 - a. 调查结果不作为证据使用;以及
 - b. 为了保护压倒一切的公共或私人利益,推迟或免除通知是必要的。
3. 秘密调查的对象可根据第393至第397条的规定提出异议。提出异议的期限自收到调查通知之日起计算。

实例：奥地利

《国家安全警察法》(奥地利) 第 54a 条 - 伪装身份

(1) 只要联邦机构、作为间接联邦行政机构的法定实体单位以及公法实体单位或市长经法律授权签发法律文件，他们就义务应联邦内政部的要求，为根据第 22 条第 1 款第 5 项的规定向有关人员提供预防性保护之目的，以及为开展卧底调查行动之目的（第 54 条第 3 款），提供某人虚假身份的法律证件。

(2) 这些证件只能在法律交易中使用，前提是为了实现第 1 款所规定的目的。联邦内政部长必须在部署令中确定签发所涉证件的目的及其使用范围。国家安全机构必须记录相关证件在法律交易中的任何使用情况，而且如果这些证件被滥用或不再需要用以实现相关目的时必须予以收回。第 22 条第 1 款第 5 项所规定的、用于向有关人员提供预防性保护的证件，必须由联邦内政部长在规定时间内收回。在签发伪装身份之前，联邦内政部长必须向有关人员告知证件的用途并提醒他们如果证件被滥用将被收回。

(3) 在联邦内政部的要求下，第 1 款中所述机关必须进一步提供虚假的个人身份证件，以准备和支持执行跟踪监视活动（第 54 条第 2 款），并用于开展卧底调查行动。国家安全机构的实体单位可在法律交易中使用这些证件来获取和管理设备。第 2 款适用于确定部署命令和进行记录的义务。

第 13 条 对人员的监视

1. 就本条而言，“对人员的监视”是指执法人员为了调查本[法/法律/章]所适用的、已经、正在或可能将实施的犯罪而对人员进行的观察。
2. 只有在根据本条授权的情况下，对人员的监视才是合法的。
3. 根据执法官员[或检察官]申请，[插入指定职位的任职者或机构，诸如主管执法机构的负责人及其副手、检察官、调查法官或初始调查法官等]（“授权部门”）可授权对人员进行监视。
4. 可通过[插入提交申请的方式]申请对人员进行监视。授权部门必须保留申请以及随后根据第 6 款作出的决定的书面记录。

5. 对人员进行监视的授权申请必须就以下内容作出说明:
 - (a) 所寻求的授权期限;
 - (b) 先前是否曾就该事项提出过申请; 以及
 - (c) [酌情/视需要插入其他要求]。
6. 经对申请进行审查后, 授权部门可:
 - (a) 无条件地授权对人员进行监视;
 - (b) 有条件地授权对人员进行监视; 或
 - (c) 否决对人员进行监视的申请。
7. 除非有如下合理理由, 否则授权部门不得批准对人员进行监视的申请:
 - (a) 本[法/法律/章]适用的犯罪已经、正在或可能将发生;
 - (b) 涉嫌犯罪活动的性质和范围足以证明有理由对人员进行监视; 和
 - (c) 对人员进行监视所涉及的任何行为不会造成任何人的死亡或严重伤害, 亦不会严重危及任何人的生命、健康或安全。
8. 授权书中必须指明授权对人员进行监视的时间段, 在任何情况下都不得超过[插入适用期限]。授权可根据申请予以延长。
9. 授权部门如果基于合理理由不再满意第7款中所提及的事项, 则应当撤销根据第6款授予的授权。
10. 授权部门应在收到申请人提出的取消请求后, 取消根据第6款批准的授权。
11. 执法人员或其他被授权人员如果实施根据本条授权的行为, 则不应承担该行为所涉及的刑事或民事责任。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第20条

根据《有组织犯罪公约》第20条第1款, 缔约国应当在本国法律制度基本原则许可的情况下, 酌情允许为打击有组织犯罪的目的对其境内的人员进行监视。

本《示范立法条文》第13条第1款为本规定之目的对“对人员的监视”一语进行了定义。

本《示范立法条文》第13条第2、第3、第6至第8诸款就授权对人员进行监视的要求作了规定。

第13条第3款规定了可授权对人员进行监视的机构或官员。不同的司法辖区要求的授权级别各不相同,取决于特殊侦查手段的侵扰性程度和类型,这可能会涉及执法机构、检察官或法官。

第13条第4款和第5款规定了申请对人员进行监视的授权时须满足的某些要求。第5款规定了申请此种授权所需提供的最基本信息内容。还可根据宪法和立法框架的要求或立法者认为适当的情况,提出进一步的要求。

第13条第6款规定了授权部门所作决定的内容。第13条第7款规定了授权对人员进行监视时必须考虑的一些保障措施和条件。

实例: 列支敦士登

《刑事诉讼法》(列支敦士登)第104a条

(1) 为便利对刑事犯罪进行调查或确定被告的下落,国家警察有权主动秘密监视某人的活动(监视)。

(2) 为支持监视活动,使其取得成效或顺利进行,准许采取以下行动:

1. 秘密使用用于记录或传输公共空间图像的设备,以及
2. 秘密使用通过传输信号能够确定某人所在位置的装置,并为安装此种装置而打开车辆和车厢。

(3) 只有在有理由怀疑一项可判处一年以上监禁的故意犯罪,且由于具体的重大事实,相信被监视人员已经犯罪或将与被告人接触,或者如果监视可以确定逃犯或缺席被告人下落的情况下,才准许进行下列方式的监视:

1. 使用第2款中规定的装置;或
2. 持续时间超过48小时。

(4) 在检察机关的要求下,调查法官授权根据第3款在据信为实现其目的所需的时间段内进行监视,但无论如何不得超过三个月。进行监视的请求必须向国家警察部队提出(第10款)。在危险迫在眉睫的情况下,国家警察部队

有权主动展开监视行动；但须毫不拖延地通知检察机关；其后检察机关必须向法院请求授权，除非监视行动已经结束。只有在前提条件继续具备的情况下，且可基于具体的重要事实相信进一步的监视将是有效的，才能准许延长授权。在这一节点上，不得就此向刑事诉讼的当事人和其他参与者进行通报。

(5) 如果前提条件不复存在，或者如果监视行动的目的已经达到，或者如果认为目的已无法达到，或者如果调查法官下令予以终止，则必须终止监视行动。在根据第3款终止监视后，必须向那些身份已知或身份不难确定的被告人和其他受到影响的人通报，告知已对其采取了监视行动。如果此种通报会危及本案的调查目的或其他诉讼程序，则可推迟通报。

第14条 电子监视

1. 就本条而言，“电子监视”是指：

- (a) 监测、截获、复制或操纵通过电子方式传输的信息、数据或信号；或
- (b) 通过电子手段对活动进行监测或记录；

以调查本[法/法律/章]所适用的已经、正在或可能将发生的犯罪。

2. 进行电子监视只有在根据本条规定获得授权后才是合法的。

3. 根据执法官员[或检察官]申请，[插入指定职位的任职者或机构，诸如主管执法机构的负责人及其副手、检察官、调查法官或初始调查法官等]（“授权部门”）可授权对人员进行电子监视。

4. 可通过[插入提交申请的方式]申请对人员进行电子监视。授权部门必须保留申请以及随后根据第6款作出的决定的书面记录。

5. 对人员进行电子监视的授权申请必须就以下内容作出说明：

- (a) 寻求授权的电子监视类型；
- (b) 所申请的授权期限；
- (c) 预计将收集的信息的性质；
- (d) 作为监视对象的个人、地点或装置；

- (e) 为确保个人的隐私和其他人权得到尽可能的保护而采取的措施;
 - (f) 此前是否曾就该主题提交过申请; 以及
 - (g) [酌情/视需要插入其他要求]。
6. 经对申请进行审查后, 授权部门可:
- (a) 无条件地授权进行电子监视;
 - (b) 有条件地授权进行电子监视; 或
 - (c) 否决进行电子监视的申请。
7. 除非有合理的理由确信以下各项, 否则授权部门不得批准进行电子监视的申请:
- (a) 已经、正在或可能将实施本[法/法律/章]所适用的犯罪; 以及
 - (b) 涉嫌犯罪活动的性质和范围足以证明有理由对人员进行电子监视。
8. 授权书中必须指明授权进行电子监视的时间段, 在任何情况下都不得超过[插入适用期限]。授权可根据申请予以延长。
9. 授权部门如果基于合理理由不再满意第7款中所提及的事项, 则应当撤销根据第6款授予的授权。
10. 授权部门应在收到申请人提出的取消请求后, 取消根据第6款批准的授权。
11. 执法人员或其他被授权人员如果实施根据本条授权的行为, 则不应承担该行为所涉及的刑事或民事责任。
12. 未经[插入执法机构或其他主管当局负责人或其代表姓名]的批准, 不得在[插入相关执法机构或其他主管当局名称]以外传播通过电子监视获得的信息。此种批准仅可用于下列目的:
- (a) 防止或起诉本[法/法律/章]所适用的罪行;
 - (b) 加强关于预防或起诉[严重]犯罪的国际合作; 或
 - (c) 确保对该机构的活动进行适当监督。

13. [插入执法机构负责人姓名]必须确保通过本条授权的电子监视所收集的、但与预防或起诉本[法/法律/章]适用的罪行无关的信息,在切实可行的情况下尽快予以销毁,最迟不超过授权期满后[六]个月。

14. 授权部门应当每年向[议会/议会委员会/公众]报告根据本条收到的申请数目,以及根据本条批准、拒绝、撤销和取消的授权数目。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第20条

根据《有组织犯罪公约》第20条第1款,缔约国应在本国法律制度基本原则许可的情况下,酌情允许为打击有组织犯罪而使用电子监视手段。在外人无法渗入有组织犯罪集团的情况下,或者有形渗透或监视将对调查行动或调查人员的安全构成不可接受的风险时,采用拦截通信的电子监视手段特别有用。鉴于这类手段具有侵扰性,必须对电子监视行动实行严格的司法管控和采取诸多法定保障措施加以制约,以防止滥用。²¹

本《示范立法条文》第14条第1款为本条款之目的对“电子监视”这一术语进行了定义。在国家法律中定义电子监视时,必须使用技术上中立的表述,以切实列明执法机构当前和未来使用的能力和设备。为此,第14条第1款中的表述是“以电子方式传输的信息、数据和信号”。如果具体指明任何技术清单,则重要的是使用囊括性措辞(例如,“诸如……”),以考虑到未来的技术进步。

本《示范立法条文》第14条第2、第3、第6、第7和第8诸款规定了对进行电子监视的授权要求。

第14条第3款规定了可授权进行电子监视的机关或官员。不同的司法辖区要求的授权级别各不相同,取决于特殊侦查手段的侵扰性程度和类型,这可能会涉及执法机构、检察官或法官。

第14条第4款和第5款规定了对申请获得对人员进行电子监视的授权时需要满足的某些要求。第5款具体规定了获得此种授权所需提供的最基本信息内容。还可根据宪法和立法框架的要求或立法者认为适当的情况,提出进一步的要求。第5款(a)项中所提到的“电子监视的类型”可包括:

- 音频监听(电话窃听、互联网协议语音和监听设备等手段);

²¹《联合国打击跨国有组织犯罪公约实施立法指南》,第445段。

- 视频监视 (包括隐藏式视频监视装置、车载视频系统、车载视频装置, 身穿式视频装置和热成像/ 前视红外装置, 以及闭路电视和自动车牌识别系统等) ;
- 追踪监视 (包括全球定位系统/ 转发器、无声短信服务和其他移动电话追踪技术、射频识别装置和视网膜扫描仪等生物识别信息技术) ;
- 数据监视 (包括拦截内容和流量数据以及使用计算机和互联网间谍软件和“网络饼干”、移动电话和按键监视等手段)。

第14条第6款规定了授权部门所作决定的内容。第14条第7款和第8款规定了授权进行电子监视时必须考虑的一些保障措施和条件。第14条第12款列出了额外的保障措施, 旨在确保通过电子监视获得的信息不得在各自的执法机构之外传播, 除非获得批准并仅用于特定目的。第13款旨在确保适当和及时地销毁与本《示范立法条文》所规定的预防和起诉犯罪无关的信息。

有必要对进行电子监视进行一定程度的审查。第14条第14款建议, 授权部门应每年向议会、议会的相关委员会或其他同等地位的机关报告所收到的申请数目以及批准、拒绝、撤销和取消的授权数目。有些法律制度还要求进行额外的审查, 例如由一个独立监督机构作出报告和进行审查。如果属于这种情况, 可能需要进行两个级别的审查: 第一个级别是由具有特定立法授权的独立审查机构进行全面审查, 包括获取敏感的业务信息等; 第二个级别是公开审查, 例如由议会进行的审查, 审查时不披露所用方法和信息来源等业务活动信息。

实例: 联合王国

2016年《调查权力法》(联合王国) 第15条 - 可根据本章签发的手令

(1) 可根据本章规定签发的手令有以下三种类型——

- (a) 定向拦截手令 (见以下第(2)款),
- (b) 定向检查手令 (见以下第(3)款), 以及
- (c) 互助手令 (见以下第(4)款)。

(2) 定向拦截手令是指授权或要求被授权人通过实施拦截手令中所述任何行为来确保以下一项或多项措施得到执行的命令——

- (a) 从通过邮政服务或电信系统传输的通讯中, 截取拦截手令中所述通讯内容;

(b) 从通过邮政服务或电信系统传输的通讯中, 获取检查手令中所述辅助数据 (见第 16 条);

(c) 按照手令中所述任何方式, 向手令所针对的人或代表该人的任何人披露根据所涉手令获得的任何信息。

[.....]

(5) 定向拦截手令或互助手令还授权采取以下行动 (除手令中所述行为之外) ——

(a) 为实施手令中明确授权或要求实施的行为而必须采取的任何行动, 包括——

(一) 截取拦截手令中未述及的通讯内容, 以及

(二) 为从这些通讯中获取辅助数据而实施的行为;

(b) 任何人的任何行为, 该行为系依据该手令所针对的人或其代表所规定的要求而进行, 而该要求是为执行该手令而向该人提供协助;

(c) 从任何邮政运营商或电信运营商获取相关系统数据的任何行为。

(6) 就第 (5)(c) 款而言,

“相关系统数据”, 就此类手令而言, 是指与所涉通讯或所涉通讯的发送者或接收者或预期接收者 (无论是否为某个人) 有关的系统数据, 以及

“相关通讯”, 就此类手令而言, 是指:

(a) 按照拦截手令截取的正在通过邮政服务或电信系统传输的任何通讯, 或

(b) 根据该手令从其中获得辅助数据的任何通讯。

(7) 关于允许将定向拦截手令与某些其他手令或授权 (包括定向检查手令) 结合使用的规定, 见附表 8。

第 15 条 国际执法合作

1. 尽管有相关的数据保护和隐私法以及适用于个人数据的其他保密规定, [插入国家执法机构名称] 可向外国执法机构或国际或区域执法机构提供有关本 [法/法律/章] 适用的犯罪的所有方面信息 [包括与其他犯罪活动之间的联系]。

2. [插入国家执法机构名称]可与外国执法机构或国际或区域执法机构在以下方面开展合作：

(a) 针对以下方面开展调查：

- (一) 涉嫌参与本[法/法律/章]适用的犯罪者的身份、行踪和活动,或其他有关人员的所在地点；
- (二) 犯罪所得资财或从实施此类犯罪所得财产的去向；
- (三) 用于或打算用于实施此类犯罪的财产、设备或其他工具的去向；

(b) 为分析或调查目的提供物品、物质、文件或记录；

(c) 借调或交换人员,包括派驻联络执法官员或联络法官以及提供专家；

(d) 交流有关有组织犯罪集团所使用的具体手段和方法的信息,包括线路和运输工具以及使用虚假身份、篡改或伪造的文件或其他掩盖其活动的手段；

(e) [联合调查；]

(f) 证人保护,包括重新安置受保护的证人；以及

(g) 其他行政协助。

[3. [插入国家执法机构名称]可与外国执法机构或国际或区域组织订立协议,以加强执法合作,防止、查明和打击本[法/法律/章]所适用的罪行。]

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第27条

《有组织犯罪公约》第27条第1款要求各缔约国在符合各自国内法律和行政制度的情况下相互合作,以加强打击《公约》所涵盖的犯罪的执法行动成效。第27条第1款进一步要求各缔约国在以下方面采取更具体的措施：

- 加强或建立各国主管当局、机构和部门之间的联系渠道以促进安全迅速地交换情报 ((a)项)；
- 在识别和查找犯罪嫌疑人、犯罪所得和犯罪工具方面开展合作 ((b)项)。

虽然《公约》第27条第1款仅提及打击《公约》所涵盖的犯罪,这与《公约》以预防为主的方针相契合(见《公约》第1条),但本《示范立法条文》第15条第1款使各执法机构得以与其对应方开展合作,预防、查明和打击本《示范立法条文》所涵盖的犯罪。

本《示范立法条文》第15条第2款涉及信息交流方面的合作。这里的目的是使各方得以就《公约》第27条第1(b)款中更具体地列出的所有项目开展合作。

《公约》第27条第2款鼓励缔约国缔结双边协定,以便从总体上促进执法合作(以打击本《示范立法条文》所涵盖的犯罪),并在以下诸方面开展合作:

- 建立或加强其主管当局、机构和部门之间的联系渠道,以促进安全迅速地交流有关本《示范立法条文》所涵盖的犯罪的所有方面信息;
- 促进人员和其他专家的交流,包括派驻联络官;
- 交流有关有组织犯罪集团使用的具体手段和方法方面的信息,包括线路和运输工具,以及使用虚假身份、篡改或伪造的文件或其他掩盖其活动的手段。

对于那些其国家执法机构本身有权与外国执法机构或国际或区域组织签订协议的国家,本《示范立法条文》第15条第3款为就本《示范立法条文》所适用的犯罪缔结此类协议提供了依据。立法起草者还不妨考虑如何相互传达合作和信息交流请求,例如通过国际刑事警察组织(刑警组织)的I-24/7系统或任何区域渠道进行传达。

实例: 澳大利亚

1979年《澳大利亚联邦警察法》(英联邦) (澳大利亚) 第8(1)条 - 职能

澳大利亚联邦警察的职能如下:

[.....]

(b)为协助澳大利亚或外国以下机构提供警察服务和警察支持服务或与之开展合作:

- (一) 执法机构; 或
- (二) 情报或安全机构; 或
- (三) 政府监管机构; [.....]

实例：联合王国

2013年《犯罪与法院法》(联合王国)第8(3)条 - 第1部分：国家犯罪调查局 - 其他职能等

犯罪调查局局长可向以下机构提供协助：

- (a) 不列颠群岛以外国家或地区的政府，或
- (b) 在不列颠群岛以外国家或地区行使公共性职能的另一海外机构，如果该政府或该机构要求提供协助。

2013年《犯罪与法院法》(联合王国)第16条 - 第1部分的解释

[.....]

“许可的目的”是指以下任何目的——

- (a) 在联合王国或其他地方预防或侦查犯罪；
- (b) 在联合王国或其他地方对犯罪进行调查或起诉；
- (c) 预防、侦查或调查根据联合王国任何地区的法律或联合王国以外任何国家或地区的法律规定了除刑事处罚以外的处罚的行为；

[.....]

- (f) 遵守法院或特别法庭的命令(无论是否在英国)；

第16条 联合调查

1. 为调查本[法/法律/章]适用的犯罪，[酌情插入相关国家执法机构和/或检察或司法机关的名称]可就一个或多个国家的调查[或起诉或司法程序]事项，与一个或多个外国执法机构[或检察或司法机关]或相关国际或区域执法或司法合作组织缔结关于以下一项或两项的协定或安排：

- (a) 建立一个联合调查机构；
- (b) 在个案基础上开展联合调查。

2. 如已达成以上第1款规定的协议或安排，[插入执法机构或公诉机关或司法机关名称]可与相关国家、国际或区域执法或司法合作组织展开联合调查。

3. 根据本条规定的联合调查在[插入国家名称]领土外收集的证据,在司法程序中应予接受,犹如这些证据是在[插入国家名称]领土内收集的一样。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第 19 条

“联合调查”这一术语涵盖一系列调查犯罪的合作努力。此种努力一般可分为联合平行调查、联合调查小组或联合调查机构。联合平行调查是指在两个或更多国家针对共同目标进行的不在同一地点、但却彼此密切协调的调查。联合调查组是由执法机关、检察官、法官或调查法官组成的小组,这些小组系根据两个或多个国家的主管当局之间的协议设立,有一定的期限,具体目标是在一个或多个相关国家开展刑事调查。²² 联合调查小组可进一步划分为被动整合型和主动整合型联合调查小组。²³ 例如,被动整合型小组可以是一名外国执法人员与东道国的官员整合在一起,发挥咨询或顾问作用,或在向东道国提供技术援助的基础上发挥支持作用。积极整合型小组通常会包括来自至少两个辖区的官员,他们有能力在所涉小组开展活动的领土或辖区内东道国的控制下行使同等行动权力,或至少是行使一定程度的行动权力。²⁴

联合调查机构是《有组织犯罪公约》提出的一个概念。《有组织犯罪公约》第 19 条要求缔约国考虑缔结协定或安排,以便就一个或多个国家的调查、起诉或司法程序所涉及的事项建立联合调查机构。²⁵ 无论是《公约》文本还是《准备工作文件》均未界定何为联合调查机构,但《公约》第 19 条的案文将建立联合调查机构的协议或安排与那些在没有此种协议或安排的情况下通过协议逐案进行的联合调查并列在一起。为此,联合调查机构似可理解为是指比联合调查小组更为长久的结构,例如,此种机构可在较长的时间内集中调查特定类型的犯罪,而不是负责在较短的时间内调查某一具体的刑事案件。²⁶

²² 另见《欧洲刑事事项互助公约第二附加议定书》,第 20 条;理事会 2002 年 6 月 13 日关于联合调查小组的框架决定;以及欧洲联盟理事会 2010 年 2 月 26 日关于设立联合调查小组的示范协议的第 10/4 号决议,附件。

²³ CTOC/COP/WG.3/2020/2, 第 6-8 段。

²⁴ 同上,第 51 段。

²⁵ 《联合国反腐败公约》第四十九条载有一项相同的规定。此外,《有组织犯罪公约》缔约方会议在其第 10/4 号决议中请缔约国考虑建立利用现代技术的联合调查机构 (CTOC/COP/2020/10, 第 10/4 号决议,第 11 段)。

²⁶ CTOC/COP/WG.3/2020/2, 第 9 段;毒品和犯罪问题办公室东南欧区域方案办公室,《人口贩运和偷运移民:国际合作准则》(2010 年 2 月);第 41 页。

本《示范立法条文》第16条旨在为有关国家当局缔结协议或安排以进行联合调查提供法律依据,即通过建立一个联合调查机构或通过个案基础上开展联合调查。大多数国家的国内法律已准许开展此类联合活动,对于那些其法律不许可的少数国家,本条款将成为开展此类逐案合作的充分法律依据。

与开展联合调查有关的各种法律障碍已经明确,包括:

- 缺乏一个明确的法律框架或具体的授权立法来处理开展联合调查问题
- 在行动控制方面缺乏明确性,例如与卧底人员有关的控制问题
- 联合调查活动的费用承担问题

立法者在起草有关联合调查的条款时应考虑到这些问题。还可能需要为建立积极整合型联合调查小组和/或联合调查机构制定立法,因为这涉及到在联合行动中部署来自外国辖区的官员。此外,还需要制定立法以处理下列问题:

- 外国执法官员的权力对等
- 由谁负责业务行动的掌控
- 外国执法人员的证据收集及其在任何诉讼程序中的可接纳性
- 小组成员有可能在其本国管辖范围内收集证据用于联合调查,而无需为此提交法律互助请求
- 外国执法官员的民事和刑事责任
- 业务行动的信息交流以及交流后对此类信息的掌控

实例: 爱尔兰

2004年《刑事司法[联合调查小组]法》(爱尔兰)第3条 —— 请求其他缔约国建立联合调查小组

(1) 如果主管当局确信

(a) 有下列情况之一

(一) 在该国发生了犯罪行为,或有合理理由怀疑已发生了犯罪行为,而对该犯罪行为或可疑犯罪行为的调查行动与另一个或多个缔约国有关联,或

(二) 如果在该国发生即构成犯罪的行为已经发生,或有合理理由怀疑此种行为已经发生,而且其某些部分发生在另一个或多个缔约国,

以及

(b) 有合理的理由相信,考虑到对有关犯罪或涉嫌犯罪的调查或可能对有关行为的调查带来的好处,与该其他缔约国或该几个其他缔约国建立联合调查小组符合公共利益,因为——

(一) 部分调查工作正在或预计将在该其他缔约国或该几个其他缔约国进行,或

(二) 该调查需要有关缔约国(包括该国)采取协调一致的行动,主管当局即可要求该其他缔约国或该几个其他缔约国的主管当局成立一个联合调查小组,对所涉犯罪、涉嫌犯罪或行为进行调查。

(2) 根据第(1)款提出的请求中应列明以下内容:

(a) 提出请求的主管当局,

(b) 请求的目的,

(c) 将要调查的行为,

(d) 其行为将被调查的人员的身份和国籍(如果已知)

(e) 有关联合调查小组成员构成的建议,以及

(f) 需要联合调查小组存续的期限。

(3) 主管当局应向其他一个或多个有关主管当局提供向主管当局具体指明的、该当局或这些当局为决定是否同意成立联合调查小组而合理要求的其他信息(如有此种信息)。

(4) 如果任何有关的主管当局同意根据第(1)款提出的请求,则主管当局可在不违反本法的情况下,与该当局和任何其他有关的主管当局协议建立一个联合调查小组,以调查有关的犯罪、涉嫌犯罪或行为。

(5) 主管当局可与有关主管或几个有关主管当局根据第(4)款规定的协议,设立一个联合调查小组。

2004年《刑事司法[联合调查小组]法》(爱尔兰)第4条——其他缔约国提出的建立联合调查小组的请求

(1) 如果主管当局收到其他缔约国一个或多个主管当局关于设立联合调查小组的请求,包括关于第3(2)条所述事项的具体说明,主管当局应考虑该请求。

(2) 主管当局可向该主管当局或该几个有关当局寻求向该当局或该几个主管当局指明的、主管当局为决定是否同意成立联合调查小组而合理要求提供的其他信息(如有)。

(3) 依照本法,如果主管当局确信出现了以下情况,则可与一个或多个相关主管当局协议成立一个联合调查小组来调查某一行为——

(a) 要么——

(一) 如果发生在该国即会构成犯罪的行为已经发生,或有合理理由怀疑此种行为已经发生,部分发生在该国,部分发生在另一个缔约国,或

(二) 如果发生在该国即会构成犯罪的行为已经发生,或有合理理由怀疑此种行为已经发生在另一个或多个缔约国,且对此种行为的调查与该国有关联,

以及

(b) 考虑到对相关行为进行调查可能带来的好处,有合理理由认为同意与一个或几个其他缔约国成立联合调查小组符合公共利益,因为——

(一) 部分调查正在或预计将在本国进行,或

(二) 相关调查需要有关各缔约国(包括本国)采取协调一致的行动。

(4) 主管当局可与该主管当局或该几个主管当局根据第(3)款所述协议成立一个联合调查小组。

2004年《刑事司法[联合调查小组]法》(爱尔兰)第8条——建立联合调查小组的协议

(1) 根据第3(4)或第4(3)条达成的建立联合调查小组的协议应当采用书面形式,并应具体列明以下内容:

(a) 协议各方;

(b) 建立该调查小组的目的;

(c) 其行为将被调查的人员的身份和国籍(如果已知);

(d) 该小组的人员构成,包括那些将在建立该小组、且该小组或其一部分将在该国运作的每一缔约国(包括本国)担任小组组长的成员的身份(如果已知);

(e) 该小组的运作期限;

(f) 该小组的财务安排,包括向其成员支付报酬和费用补贴(如有)以及支付该小组在履行其职能时可能需要的其他费用方面的安排;

(g) 该小组的参与者 (如有), 以及第 7(5) 条是否适用于这些参与者; 以及

(h) 主管当局与其他有关主管当局商定的其他条款和条件 (如有)。

(2) 如果联合调查小组的运作期限根据第 5(1) 条予以延长, 则亦应对根据该条第 (1) 款达成的设立调查小组的协议作出相应修正。

(3) 如果主管当局根据第 5(3) 条与其他有关主管当局商定对成立联合调查小组的协议进行修订, 则亦应对根据第 (1) 款成立该小组的协议作出相应修正。

(4) 如果本国依据第 5 条第 (4) 款下的协议加入联合调查小组, 则根据该款下的协议修订的成立有关调查小组的协议则应在合理可行的范围内按照该条第 (1) 款的规定执行。

(5) 如果另一成员国依据第 5(5) 条下的协议加入联合调查小组, 则亦应对第 (1) 款下关于成立相关小组的协议作出相应修正, 以便考虑到第 5(5) 条中规定的协议。

实例: 罗马尼亚

第 39/2003 号法律 (罗马尼亚) 第 26 条 - 国际合作

(1) 应罗马尼亚主管当局或其他国家主管当局的请求, 可为防止和打击有组织犯罪集团实施的跨国犯罪之目的, 在罗马尼亚境内开展联合调查。

(2) 第 (1) 款中规定的联合调查应根据经正式授权的有关当局所签署的双边或多边公约进行。

(3) 罗马尼亚经正式授权的主管当局的代表可以参加在其他国家境内开展的联合调查, 并遵守这些国家的立法。

第 17 条 在联合调查中对外国官员的授权

1. 如果 [插入国家名称] 与外国签订了关于授予联合调查权力的协议, 则 [插入主管当局] 可据此授予该国执法官员 [或检察官或调查法官] 以下一项或多项权力, 他们随后即可在 [插入国家名称] 行使这些权力, 但须遵守 [插入国家名称] 的法律:

(a) [有权根据外国法律接收信息和记录供述];

(b) [有权在官方记录中记录指控, 包括以其国家法律所要求的形式进行记录]; 以及

(c) [有权对人员进行监视和 / 或开展秘密行动]。

2. 依照第1款被授予任何权力的官员应有权获得与[插入国家名称]的对等官员根据[插入国家名称]法律享有的相同保护。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第19条

《有组织犯罪公约》第19条要求缔约国考虑缔结关于联合调查机构的双边和多边协定或安排。在没有此种协定或安排的情况下, 第19条规定, 可在个案基础上通过协议开展联合调查。有关缔约国应确保在其境内进行此种调查的缔约国的主权得到充分尊重。

虽然《公约》第19条并未严格要求, 但作为一个实际问题, 希望参与联合调查的国家能考虑采用一种方法, 用以确保外国执法官员或酌情确保公共检察官或调查法官能够合法地参与在当地开展的行动。在短期内授予权力可能是一个有用的选择。这一点反映在本《示范立法条文》第17条第1款中。

其他考虑因素包括:

- 确保监督以及借调人员的角色和责任的明确性;
- 确保对借调人员可以开展的活动规定限度。

另一个问题是, 从事经联合调查授权的行为的官员是否要为该行为承担刑事或民事责任。本《示范立法条文》第17条第2款建议考虑到这一点, 对借调的外国官员给予与本国对等官员所享有的类似保护。

实例: 法国

《刑事诉讼法》(法国) 第695-2条 - 第2条: 联合调查小组

(由2004年3月9日第2004-204号法律第17条第一款插入, 载于2004年3月10日《政府公报》)

在由法国提起的检控中, 如果需要展开涉及调动大量资源的复杂调查, 而且涉及其他成员国或几个缔约国正在对犯罪行为进行的调查, 因而需要在有关缔约国之间采取协调一致的行动, 经司法部长事先同意以及征得有关缔约国的同意, 主管司法机关即可为此目的建立一个联合调查小组。

由另一缔约国借调到联合调查小组的外国人员,可在其角色所赋予的权力范围内,在主管司法机关的监督下,酌情在整个国家领土范围内执行以下任务:

- 1° 确定任何重罪、轻罪或轻微罪行,并将其记录在案,且于必要时以本国法律规定的形式进行记录;
- 2° 接收任何有责任提供有关事实所涉信息的人员向他们作出的任何供述的官方报告,且于必要时以其国家法律规定的形式提供;
- 3° 借调法国司法警察执行任务;
- 4° 在第706-81条及其后各条所规定的条件下,展开任何监视活动,且若他们获得相关授权,则可进行渗透,因为这对实施第694-7和694-8条是必要的。

隶属于联合调查小组的外国成员可以执行这些任务,但须得到负责其借调的成员国的同意。

外国成员只能执行那些指定由其采取的行动。负责该小组领导工作的法国司法警官所拥有的任何权力均不得授予他们这些外国成员。

他们所编制的官方记录原件必须草拟或翻译成法文,并附在案件档案中。

《刑事诉讼法》(法国)第695-2条 - 第2条: 联合调查小组

(由2004年3月9日第2004-204号法律第17条第一款插入,载于2004年3月10日《政府公报》)

在联合调查小组范围内,隶属于联合调查小组的法国司法警官和特工可在本《法典》赋予他们的权力范围内,在其所在国的整个领土范围内实施由组长下令采取的行动。

他们的任务系由主管联合调查小组的成员国当局在该组工作的领土上所确定。

他们可以按照本《法典》规定的形式接收供述和记录犯罪行为,但需为此征得他们开展调查活动的所在国同意。

第四章

起诉和诉讼程序

本章列有旨在解决起诉《有组织犯罪公约》所确定的犯罪时出现的一些程序性问题的条款。这包括关于起诉裁量权和在某些情况下给予豁免权的示范立法条款, 以及为可促进有效起诉跨国有组织犯罪的特殊程序和证据规则提供法律依据的条款, 诸如允许延长开始起诉的时间和关于采纳通过特殊侦查手段获得的证据的规则。

在此方面值得注意的一个新问题是刑事诉讼中电子证据的收集、使用和可采性。电子(或数字)证据是指以数字形式存储或传输的任何证明性信息。这类信息的收集、使用和可采性需要超越此处提议的示范立法条款的立法。这还可能涉及数据的存储和保存; 涉及电子证据的国际合作, 如法律互助等; 以及涉及此类数据的实时收集问题。为了应对电子证据及其所涉国际层面带来的挑战, 并为执法者、检察官和司法机构提供足够的工具来应对这些挑战, 有必要相应地调整国内法律和国际合作措施。然而, 这些工具必须受到保护基本权利和自由的强大机制的制约。

第18条 行使起诉裁量权

为因本[法/法律/章]适用的犯罪起诉某人而行使本国法律所规定的法律裁量权时, 各缔约国均应努力确保针对这些犯罪的执法措施取得最大成效, 并适当考虑到震慑此类犯罪的必要性。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第11条第2款

《有组织犯罪公约》第11条第2款要求各缔约国在为因本公约所涵盖的犯罪起诉某人而行使本国法律规定的法律裁量权时, 均应努力确保针对这些犯罪的执法措施取得最大成效, 并适当考虑到震慑此种犯罪的必要性。这一要求反映在本《示范立法条文》的第18条中。

检察官可针对起诉所涉及的几个方面行使自由裁量权。在一些国家,检察官有权决定于何时起诉,而在另一些国家,起诉是强制性的。然而,即使是在强制起诉的情况下,检察官也可在辩诉交易、限制人身自由的审前措施请求以及案件数量的管理和优先顺序诸方面行使自由裁量权。

在拥有检察自由裁量权的国家,至关重要的一项是实施指导得当的方针或其他措施,以确保决策的一致性,并确保在处理涉及本《示范立法条文》所涵盖的任何犯罪时,均能在充分考虑事实和适当考虑公共利益所需的情况下,审慎地作出关于指控何人和指控何事的每一项决定。

实例: 荷兰

《刑事诉讼法》(荷兰)第167(2)条 - 第五章: 关于起诉的决定

可基于公共利益的理由作出不起诉的决定。公诉机关可根据所规定的具体条件,将起诉决定推迟一段时间,经推迟的具体起诉时间将在该项决定中予以规定。

总检察长委员会发布的国家公诉准则具体规定了各种“公共利益理由”。尽管有近100条此类指令,但“适用权宜原则的主要原因是,除刑事制裁以外的措施更为可取(例如,行政和私法措施等),而且起诉将是不相称的、不公正的或无效的。后一种理由可能适用,因为:

- 犯罪性质轻微;
- 嫌疑人对犯罪行为的贡献不大;
- 所涉犯罪的刑责程度低;
- 所涉犯罪时间已久;
- 嫌疑人年纪太轻或太老;
- 嫌疑人最近已因另一罪行被判刑;
- 犯罪对嫌疑人本人产生了负面影响(即其是本人犯罪的受害者);
- 嫌疑人的健康状况出现问题;
- 嫌疑人的改造自新前景良好;
- 嫌疑人的生活环境发生了变化;
- 嫌疑人无法追踪;

- 案件涉及企业刑事责任；
- 掌控所涉非法行为的人员已受到起诉；
- 嫌疑人已支付赔偿金；
- 受害人参与了犯罪；和（或）
- 受害人与嫌疑人之间关系密切，起诉将违背受害人的利益。²⁷

第19条 [免于起诉/不起诉决定]

1. [以不违反本条第3款为限, [插入主管当局]可[给予/决定不起诉]自愿合作调查或起诉本[法/法律/章]所适用的犯罪的人员免于起诉, 如果此种合作证明能够有效地查明、逮捕或证明参与有组织犯罪集团的人员, 以找到被害人或全部或部分追回犯罪所得, 或以其他方式进行实质性合作。
2. 无论该人所给予的合作是否涉及在[插入国家名称]或任何其他国家进行的调查或起诉, 本条均得适用。
- [3. 不得对涉嫌组织或指挥实施涉及有组织犯罪集团的严重犯罪的人员或该有组织犯罪集团的首领给予起诉豁免。]

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第26条第3款

犯罪集团成员以及其他参与者的合作可大大有助于对有组织犯罪的调查。同样的考虑也适用于对有组织犯罪的预防: 其内部人员的密报可防止有计划的犯罪行为发生。为了鼓励内部人员的合作, 《有组织犯罪公约》第26条第3款要求缔约国考虑对那些提供实质性合作的人员给予豁免的选项。给予证人免于起诉的待遇以换取其证词的目的, 是为了更容易地通过不太重要的人物的证词来起诉更高级别的罪犯。这一点反映在本《示范立法条文》第19条中。

第19条第1款规定, 主管当局有权对那些提供实质性合作的人员给予豁免和(或)决定不予起诉。在考虑起诉豁免问题时, 起草人需要虑及若干考虑因素。在大多数可给予豁免的国家, 豁免权是有条件的或以某种方式限定的。例如, 可能会要求所提供的合作反映出

²⁷ Peter J.P. Tak, “荷兰检察官: 检察官和量刑官”, 载于由Erik Luna and Marianne Wade主编的《跨国视角下的检察官》(纽约, 牛津大学出版社, 2012年), 第147-148页。Tak在《国家统计局》2009年第12653号中引用这些准则, 见网页<https://zoek.officielebekendmakingen.nl/scrt-2009-12653.pdf>。

诚实的观点(即使所提供的信息被证明是不正确的),或者会要求在给予豁免的犯罪与嫌疑人作证的犯罪之间存在联系。根据嫌疑人证据的价值及其实际影响(例如,阻止或防止犯罪的发生等),可能需要采取不同的应对措施。给予证人豁免的做法会引起一些担忧,比如过度热心的检察官可能会滥用此种豁免权,以及在民事诉讼中缺乏保护。有些人认为,豁免是一种提供证据的诱因,它损害了证据的质量,导致在审判中对法官或陪审团的说服力因此而会降低。为此,似需引入程序性保障措施来解决这些问题。

第19条第2款规定,对于那些在国外调查和起诉方面提供的合作,可根据第1款免于起诉。

根据第19条第3款,组织或指挥实施涉及有组织犯罪集团(第3条(a)项)的严重犯罪(本《示范立法条文》第3条(b)项的定义)的人员,没有资格获得第1款规定的豁免。然而,根据本《示范立法条文》第20条,这些人可能有资格获得减刑。

实例: 联合王国

2005年《严重有组织犯罪和警察法》(联合王国)第71条 —— 罪犯协助: 免于起诉

(1) 如果某一特定检察官认为,为了调查或起诉某项可予公诉的罪行或即可公诉也可简易审判的罪行,给予任何人免于对任何罪行的起诉是合适的,则该检察官即可根据本款向该人发出书面通知(“免于起诉通知”)。

(2) 如果某人收到了免于起诉的通知,则不得在英格兰和威尔士或北爱尔兰针对该通知中所列述的罪行对该人提起诉讼,但通知中所规定的情形除外。

(3) 如果免于起诉通知所针对的人员未能遵守通知中所规定的任何条件,则该通知对该人即不再有效。

[.....]

第20条 减刑

在调查或起诉本[法/法律/章]所适用的犯罪时,如果某人自愿合作,且如果此种合作经证明对查明、逮捕或证明有组织犯罪集团的参与者的参与、找到受害者或追回全部或部分犯罪所得是有效的,或者以其他方式构成实质性合作,则判刑法官即可决定予以减刑。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第26条第2款

通过犯罪集团成员和其他参与者的合作，可极大地有助于对有组织犯罪的调查。同样的考量也适用于对有组织犯罪的预防：内部人士的举报可以防止有计划的犯罪行为发生。为了鼓励知情者的合作，《有组织犯罪公约》第26条第2款要求缔约国考虑对提供实质性合作的人员实行减刑的选项。本《示范立法条文》第20条赋予判刑法官裁量权，据以对被判有罪但提供了实质性合作的人员减轻刑罚。

实例：奥地利

《刑法典》(奥地利)第41a条 - 如果行为人与执法机关合作，则可获得特别减刑

(1) 如果某人向任何执法机关披露其对第277条[犯罪阴谋]、第278条[犯罪团伙]、第278a条[犯罪组织]或第278b条[恐怖主义团伙]所确立的任何罪行或与此种阴谋、团伙或组织有关的任何罪行的事实，且如果这一信息对以下方面大有助益：

1. 消除或减少由该阴谋、团伙或组织引发的任何危险；
2. 发现了超出该人参与部分的犯罪行为；或
3. 追查另一名对该阴谋、团伙或组织有贡献或以头目身份参与其间的人员，如果所披露事实的重要性与该人的刑责相称，则可在第41条范围内判处低于法定最低刑罚的处罚。第41条第3款在此相应适用。

(2) 第1款也适用于根据《禁止与国家社会主义有关联的组织法》被定为犯罪的阴谋、团伙或组织的参与者，以及与此类阴谋、团伙或组织有关联的任何人员。

(3) 如果该人所知情况与奥地利刑法适用范围以外的罪行有关，而如果[在此种情形中]许可提供法律互助，则第1款仍然适用。

《刑事诉讼法》(奥地利)第209a条 - 因与检察机关合作而撤销起诉

(1) 刑事犯罪的实施者

[.....]

3. 根据《刑法》第277、第278、第278a或第278b诸条，或与此类阴谋、团伙或组织有关的犯罪，

在不违反第2和第3款的情况下,如果被告人主动接近检察机关,提供悔过自新的供词(第34条第1款第17项),并透露其对新的重要事实或证据的了解,且如果关于这些重要事实或证据的信息对支持全面调查第1至3项所列的任何罪行有重大贡献,或对追踪在此种阴谋中起主导作用的人或在此种团伙或组织中起主导作用的人员作出了重大贡献(第3款),则该被告人即有权要求根据第199、第200至203和第205至209诸条采取其中所规定的行动。

(2)只要犯罪人未因其对第1款所列罪行的了解而被作为被告接受讯问(第48条第1、第2、第164和第165诸项),而且只要没有对其使用胁迫手段,则检察机关就须暂时撤回对该人的刑事犯罪起诉,除非从一开始就清楚地知悉第3款所规定的条件未得到满足。

(3)一旦确定了第1款所规定的条件已得到满足,且似无必要为防止犯罪人实施刑事犯罪而对其实施刑罚,则检方在考虑到其向调查工作或案件的确证所提供的信息相对于其对该犯罪的贡献的性质和规模的重要性后,必须比照适用第200至203和第205至209诸条的规定,指示被告人提供这些规定所指定的服务并继续配合调查。与第200条第2款的规定相反,需要支付的金额可能相当于360个罚款单位。如果不符合[第1款]所规定的条件,则检察机关必须恢复诉讼程序,且如果符合《刑法》第41a条的要求,则须申请适用《刑法》第41a条,并须就此通知该被告人。

[.....]。

实例: 意大利

《刑法典》(意大利)第416条之二 - 与黑手党活动有关的犯罪的加重和减轻处罚情节

1. 对于那些利用第416条之二所规定的条件或为了便利该条所规定的团伙活动而犯下的可判处无期徒刑以外刑罚的罪行,刑罚增加三分之一至一半。
2. [.....]
3. 对于第416条之二中所列罪行,以及那些利用上述条款所规定的条件或为了促进黑手党类型团伙的活动而犯下的罪行,其被告人通过与其他人脱离关系,尽力避免犯罪活动产生进一步的后果,并通过具体行动帮助警察部门或司法机关收集决定性证据,以厘清事实以及识别或逮捕犯罪的,其终身监禁的刑罚改为12年至20年监禁,其他刑罚减少三分之一至一半。

实例：联合王国

2005年《严重有组织犯罪和警察法》(联合王国)第71条 - 被告提供协助：减刑

(1) 如果被告符合以下条件，则本条即可适用——

(a) 继认罪后，在刑事法院的诉讼程序中被定罪，或被交付刑事法院判刑，而且

(b) 根据与特定检察官达成的书面协议，在所涉罪行或任何其他罪行方面协助或表示愿意协助调查员或检察官。

(2) 在决定对被告的判决时，法院可考虑到被告提供或表示愿意提供的协助的程度和性质。

(3) 如果法院作出的判决比如果没有提供或表示愿意提供的协助本应作出的判决要轻，则须就此在公开法庭上作出如下说明——

(a) 它所判处的刑罚要比它本应判处的刑罚更轻，以及

(b) 原本要判处的较重的刑罚具体是什么。

(4) 如果法院认为披露减轻刑罚不符合公共利益，则第(3)款即不适用；但在此种情形中，法院须就第(3)款(a)和(b)项所规定的事项向检察官和被告发出书面通知。

(5) 任何成文法则中均未——

(a) 规定针对任何罪行或任何种类的罪行应当判处的最低刑罚，或参照任何罪犯的情况判处的最低刑罚（不论成文法则是否准许法院在特定情况下判处较轻刑罚），或

(b) 就法律所规定的刑罚而言，要求法院考虑到某些事项，以便作出罪犯必须服刑的最低刑期或具有决定罪犯必须服刑的最低刑期的效力的裁定（无论成文法则是否准许法院在特定情况下判处较短的刑期），

因而影响法院根据第(2)款采取行动的权力。

(6) 如果法院在裁定对被告人判处何种刑罚时，考虑到第(2)款所述提供或表示愿意提供的协助的范围和性质，但这并不妨碍法院亦考虑凭借任何其他成文法则有权为作出裁决而加以考虑的任何其他事项——

(a) 判处刑罚，或

(b) 就法律所确切规定的刑罚而言，该罪犯必须服刑的任何最低刑期。

[.....]

实例：阿根廷

《刑法典》(阿根廷)第41条之三

如果本条所列任何罪行的共犯或犯罪人在其作为当事方的诉讼过程中提供了准确的、可核查的和可信的信息或数据,则可将其量刑幅度减至适用于未遂犯的量刑幅度。

所提供的数据或信息涉及的诉讼须与下列罪行之一有关:

(a) 涉及生产、贩运、运输、种植、储存和销售麻醉品、化学前体或第23.737号法令或任何未来取代该法令的法律所确定的生产或制造麻醉品、化学前体所需的任何其他原材料的犯罪,以及组织和资助此类犯罪的;

(b) 《海关法》第一部分第十二条所列犯罪行为;

(c) 《刑法典》第41条之五适用的所有案件;

(d) 《刑法典》第125、第125条之二、第126、第127和第128诸条中所列犯罪行为;

(e) 《刑法典》第142条之二、第142条之三和第170条规定的犯罪行为;

(f) 《刑法典》第145条之二和第145条之三所列犯罪行为;

(g) 《刑法典》第210条和第210条之二所列犯罪行为;

(h) 《刑法典》第十一部分第六、第七、第八、第九、第九之二和第十诸章以及第174条第5款所列犯罪行为;

(i) 《刑法典》第二卷第十三部分所列犯罪行为。

为使这一法律利益得以适用,所提供的数据或信息须有助于避免或防止犯罪的开始、持续或完成;须说明被调查案件的事实或相关事实;须披露被调查行为或相关行为的犯罪人、同谋者、教唆者或共犯的身份或下落;须提供足够的信息,以便在搜寻涉及剥夺自由的犯罪的受害者方面取得重大进展,或须指明这些受害者的下落;并确定犯罪的工具、资产、物品、收益或利润的下落;或须说明参与实施本条所列犯罪的犯罪组织的资金来源。

如果被告被指控的罪行可处以监禁和(或)无期徒刑,则刑罚只能减至最少15年监禁。

减少处罚不适用于主要是取消资格或罚款的处罚。

第21条 刑罚和量刑考虑

1. 在对被判犯有本[法/法律/章]所适用之罪行的人员进行判刑时,法院可考虑到该人之前在另一国因[严重罪行/如果是在[插入国家名称]境内犯下的罪行,则会构成本[法/法律/章]所适用的罪行]而被判刑的情况。
2. 在就本[法/法律/章]适用的罪行对某人进行判刑时,除本[法/法律/章]或任何其他[法规/法律/章]规定的任何其他处罚之外,判刑法官可针对以下一项或多项内容发布命令:
 - (a) 该人[永久/最长[.....]年]不得直接或间接从事一项或多项专业活动,包括担任公职;
 - (b) 将该人排除在公开招标[和(或)]享受公共福利或援助的权利之外;
 - (c) [暂时/永久]取消该人参与公共采购的资格;
 - (d) [暂时/永久]取消该人担任在[插入国家名称]注册的法人董事的资格;
 - (e) [暂时/永久]取消该人从事其他商业活动的资格;
 - (f) [暂时/永久]取消其作为律师、公证员、税务顾问或会计师的执业资格;
 - (g) 将该决定公布于众;以及
 - (h) [任何其他适当的非拘禁措施]。
3. 本条诸项规定不得影响任何法人的刑事责任。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第11条第1款和第31条第2款

《有组织犯罪公约》第11条第1款要求缔约国使犯下《公约》第5、第6、第8和第23诸条所列犯罪行为受到与其严重性相当的制裁。推而广之,这意味着要求缔约国努力确保其根据其国内法拥有的任何裁量权用于有效遏制《公约》所涵盖的各种犯罪行为。

《有组织犯罪公约》第31条第2款要求缔约国根据其本国法律的基本原则,努力减少有组织犯罪集团参与合法市场的机会。第31条第2款规定,这些措施除其他外应当侧重于:防止滥用公开招标程序;防止滥用法人;以及取消被判定犯有《公约》所述罪行的人员担任在其管辖范围内成立的法人董事的资格。

本《示范立法条文》第21条第2款反映了这些义务,并就除监禁或罚款等其他制裁外还可实施的一系列其他制裁作出了规定。

实例: 法国

《刑法典》(法国)第450-5条 – 第五篇参与犯罪团伙(经2012年3月27日第2012-409号法律第12(五)条修正)

被判定犯有第450-1条第2款和第321-6-1条所列罪行的自然人和法人,亦将被处以没收其全部或部分资产的额外处罚,无论这些资产是其自有财产,抑或是受善意所有人权利的约束,只要他们可以自由处置这些资产,且无论其性质是动产还是不动产,各自拥有还是共同拥有。

第22条 时效期限

1. 除本条第2款中另有规定者外,对本[法/法律/章]适用的犯罪的刑事诉讼时效期限为犯罪发生后[插入年数]。
2. 如果涉嫌犯下本[法/法律/章]所适用之罪行的人员故意寻求逃避司法,则第1款中规定的时效期限在此种逃避期间不应计算。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第11条第5款

各国在开始起诉的时限问题上有不同的做法。一些国家有时效法规,规定了必须开始起诉的时间限制。其他国家则没有规定此种限制。依照《有组织犯罪公约》第11条第5款,各缔约国应酌情在其国内法中规定一个较长的时效期限,以便对《公约》所涵盖的任何犯罪开始进行诉讼。第11条第5款的实施并不要求那些没有时效法规的国家制定时效法规。²⁸ 这一点反映在本《示范立法条文》第22条第1款中。

²⁸《联合国打击跨国组织犯罪公约实施立法指南》,第323–325段。

针对被指控的犯罪人逃避司法的情况,《有组织犯罪公约》第11条第5款要求规定一个较长的时效期限。这一点反映在本《示范立法条文》第22条第2款中。在被指控的罪犯采取行动逃逸或以其他方式逃避刑事司法程序的情形中,延长期限据认为是必要的。在此种情形中,应在此指出,许多国家不准许进行缺席审判。因此,确定一个较长的诉讼时效以确保被告接受审判至关重要。²⁹

实例: 奥地利

《刑法典》(奥地利) 第57条 - 刑事责任的时效规定

(1) 对于可判处10至20年监禁或终身监禁的罪行以及[本《法典》]第二十五章所述罪行,没有任何时效规定。然而,在20年之后,被判终身监禁的刑罚改为10至20年监禁。本条第2款以及第58条也相应地适用于这一期限。

(2) 所有其他罪行的刑事责任都受到时效的制约。时效从犯罪行为的完成或犯罪行为的停止时开始计算。

(3) 诉讼时效为:

20年

—— 对于可判处10年以上监禁、但不可判处终身监禁的罪行;

10年

—— 对于可判处5年以上、最高10年监禁的罪行;

5年

—— 对于可判处一年以上、最高五年监禁的罪行;

3年

—— 对于可判处6个月以上、最多1年的监禁的罪行;

1年

—— 对于犯罪行为可处以不超过6个月的监禁或罚款。

(4) 法定时效期满后,即不准许采取没收和预防措施。

²⁹ 同上,第327段。

实例：芬兰

《刑法典》(芬兰)第39/1189编第8章第1条 - 诉讼时效,第1条: 起诉权时限

针对判处最严厉刑罚为无期徒刑的罪行提出指控的权利没有任何时间限制。

如果没有提出指控,则提出指控的权利是有限制的:

- (1) 二十年以内,法定最重刑罚为八年以上有期徒刑的,
- (2) 十年以内,最重刑罚为二年以上八年以下有期徒刑的,
- (3) 五年以内,最重刑罚为一年以上、两年以下监禁的,以及
- (4) 两年以内,最重刑罚为一年监禁或罚款或简易罚金的。

最重刑罚是指适用条款中针对所涉罪行规定的最高处罚。

然而,对职务犯罪提出指控的最低期限是5年。对损害环境、环境犯罪和建筑保护犯罪提出指控的最低期限为10年。对《海洋环境保护法》第13章第3条中提到的外国船只在芬兰经济区破坏环境、严重破坏环境、环境违法和过失破坏环境提出指控的权利在三年内失去时效。对外国船只在芬兰经济区所犯的捕鱼罪行提出指控的权利在三年内失去时效。

对儿童的性虐待和严重的性虐待提出指控的权利最早在原告年满28岁时就失去时效。这一规定同样适用于针对18岁以下者的强奸、严重强奸、强迫性交、强迫性行为、性虐待、拉皮条、严重拉皮条、贩运人口和严重贩运人口。在第20章第8(b)条中提到的出于性目的引诱儿童的情形中,当犯罪对象年满23岁时,提出指控的权利即失去时效。

实例：德国

《刑法典》(德国)第78条 - 诉讼时效

处罚和措施的实施(第11条第1款第8项)应在时效期满时予以排除。第76a条第2款第1项的第一句保持不受影响。

第211条中规定的重罪(特定加重情节下的谋杀)不受时效限制。

就起诉受时效限制而言,对于可判处终身监禁的罪行,时效期限应为三十年;

对于最高可判处十年以上监禁的罪行,时效期限应为二十年;

对于最高可判处五年以上、十年以下监禁的罪行,时效期限应为十年;

对于最高可判处一年以上、五年以下监禁的罪行,时效期限应为五年;

对于其他罪行,时效期限应为三年。

时效期限应当符合界定犯罪要素的法律所规定的刑罚,而无论总则部分中所规定的加重或减轻处罚情节,还是特别条款部分中所规定的加重或得到特许保密的犯罪。

实例: 意大利

《刑法典》(意大利)第157条 - 时效期限: 时效期限到期所需的时间

1. 时效期满后,犯罪行为即在与法律所规定的最高刑罚相对应的时期结束时终止,在任何情况下,对于重大犯罪而言,这一时期不少于六年,对于轻微犯罪而言,这一时期不少于四年,即使只是受到罚款处罚。

[.....]

6. 根据《刑事诉讼法》第51条第3款之二和第3款之四,对于[.....]罪行,以上各款所规定的时效期限应予加倍。[.....]

[.....]

8. 时效期限不得取消那些被判处无期徒刑的罪行,以及那些因适用加重情节而被判处无期徒刑的罪行。

第23条 刑事诉讼的移交

1. 关于接受外国司法管辖区移交的刑事诉讼:

(a) [检察官、总检察长、中央主管当局、司法部.....], 如认为相互移交诉讼有利于正当司法, 可决定接受向它移交的针对本[法/法律/章]适用的、在外国辖区起诉的、且[其国家法院对之拥有管辖权/[插入国家名称]]的法律所适用的犯罪行为所提起的诉讼; 和

(b) 对于依据一罪不二审的规则禁止起诉的人员,不可能接管对该人的起诉。

2. 关于向外国司法机关移交刑事诉讼程序:

(a) 如果[检察官、总检察长、中央主管当局、司法部.....]认为相互移交诉讼有利于正当司法,且应外国司法机关的请求,可决定将针对本[法/法律/章]适用的犯罪的起诉移交给外国司法机关。刑事诉讼的移交可限于具体的事实、罪行或人员[嫌疑人、被告等];

(b) 起诉的移交应当在[插入诉讼程序阶段——在这些阶段之后移交案件是不合理的,例如,提交起诉书]之前作出决定;

(c) [检察官、总检察长、中央主管当局、司法部.....]应允许被告就其所指控的罪行和拟将其所涉刑事诉讼移交外国司法管辖区事项发表意见;

(d) [检察官、总检察长、中央主管当局、司法部.....]应在可行的情况下允许所指控罪行的受害者就所指控罪行以及拟将其所涉刑事诉讼移交外国司法管辖区事项发表意见,以确保他们的权利不会受到不利或不公正的影响;

(e) 将刑事诉讼移交外国司法管辖区的决定中止了起诉,但这并不影响在移交未获接受的情况下恢复起诉、开展进一步调查和寻求司法互助;和

(f) 当[检察官、总检察长、中央主管当局、司法部.....]获知外国司法部门已明确对所移交的案件进行了处置时,起诉即应结束。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款:第15条第5款以及第21条

可能会出现不止一个国家对同一罪行启动并持续调查和起诉的情况。《有组织犯罪公约》第21条要求缔约国在认为相互移交诉讼有利于正当司法的情况下,考虑将诉讼从一个司法管辖区移交到另一个司法管辖区的可能性,特别是在案件同时涉及几个司法管辖区的情况下,以便对之合并或集中进行起诉。

实际上,为了有效地将刑事诉讼移交给另一个司法管辖区,可能需要采取若干步骤。首先,两国需要就信息和证据的分享和转让等事项进行磋商。《公约》第15条第5款规定,如果两个国家参与对同一行为的调查、起诉或启动司法程序,它们应当酌情相互协商,以协调彼此的行动。第二,如果案件已经提交法院,则法院有必要“中止”或暂停起诉,以等待另一个国家的处理结果。

本《示范立法条文》第23条的规定即旨在促进这一进程。³⁰还必须在此指出,第2款(f)项中提到的案件处理包括无罪释放、定罪和撤销指控。

在移交刑事诉讼的情况下,双重危险(也称一罪不二审)问题可能变得具有相关性。一罪不二审原则是包括国际人权法在内的国际法的一部分。《公民权利和政治权利国际公约》(大会第2200 A (XXI)号决议,附件)第十四条第七款规定如下:

任何人依一国法律及刑事程序经终局判决判定有罪或无罪开释者,不得就同一罪名再予审判或科刑。

通过审慎地起草相关立法,可以避免或尽量减少一罪二审和双重惩罚。例如,《引渡示范条约修订手册》第52段建议,在制定立法以落实一罪不二审原则时:

各国不妨考虑哪些标准和证据信息对于衡量第二次起诉是否针对同一罪行是适当和必要的,特别是那些针对复杂和持续的集团犯罪的标准和证据信息。

实例:乌克兰

《刑事诉讼法》(乌克兰)第595条 - 从外国接管刑事诉讼的程序和条件

1. 乌克兰负责国际法律援助的中央主管当局或根据本法第545条第3款负责处理国际关系的主管当局应在收到外国主管当局提出的由乌克兰接管刑事诉讼的请求后二十天内予以考虑。
2. 在下列情况下,外国司法当局尚未作出判决的刑事诉讼可由乌克兰予以接管:
 - 1) 被起诉者系乌克兰国民,且居住在乌克兰境内;
 - 2) 被起诉者系外国人或无国籍人,且居留乌克兰境内,而根据本法或乌克兰的有关国际条约无法引渡该人,或引渡该人的请求被拒绝;
 - 3) 请求国已作出保证,如果被起诉者在乌克兰被判刑,则不会在请求国以国家的名义就同样的刑事罪名对该被起诉者进行起诉;
 - 4) 根据乌克兰《刑事责任法》,引渡请求所针对的行动属于刑事犯罪。
3. 如果刑事诉讼被接管,乌克兰总检察长办公室即应按照本法的规定,指派适当的检察官展开审前调查,并应就此通知请求国。

³⁰ 另见《刑事事项诉讼移交示范条约》(大会第45/118号决议,附件)。

4. 如果拒绝接管刑事诉讼,乌克兰总检察长办公室即应将材料退还给外国主管当局,并说明拒绝接管的理由。

《刑事诉讼法》(乌克兰)第596条 - 无法接管刑事诉讼

1. 遇有下列情形之一的,不得接管刑事诉讼:

- 1) 未遵守本法典第595条第二部分或乌克兰最高委员会/议会同意受其约束的乌克兰国际条约的条款;
- 2) 已在乌克兰对同一人员和同一刑事犯罪案件作出了无罪判决;
- 3) 同一人员因同一刑事犯罪在乌克兰被判处刑罚,且其刑罚已经执行或正在执行;
- 4) 已对同一人员和同一刑事犯罪作出了结束刑事诉讼或与赦免或大赦有关的免除服刑的决定;
- 5) 有关刑事犯罪的诉讼可能因时效期限已届满而无法进行。

《刑事诉讼法》(乌克兰)第597条 - 在收到接管刑事诉讼的请求之前继续羁押某人

1. 应另一国主管当局的请求,将发出的接管刑事诉讼请求所针对的人员只可在乌克兰境内被羁押不超过四十天。
2. 羁押应当依照本法第583条规定的程序和规则进行。
3. 在本条第一部分中所述期限届满后,未提出接管刑事诉讼请求的,即应释放所涉人员。

《刑事诉讼法》(乌克兰)第598条 - 从另一国接管的刑事诉讼程序

1. 从外国主管当局接管的刑事诉讼,应当从预审阶段开始,并按照本法的规定进行。
2. 另一国有关主管当局在刑事诉讼接管之前根据该国法律在其领土上获得的材料中所载的信息,在乌克兰审判期间可以被认为是可予接纳的,除非这违反了乌克兰宪法和本法典所规定的司法程序原则,而且除非此种材料系在侵犯人权和基本自由的情况下获得。经法院认可的信息无需任何公证。
3. 刑事诉讼接管后,调查人员、检察官可采取本法典所规定的任何程序性行动。

4. 如果有足够的理由就某一怀疑事项发出通知,则应根据乌克兰刑事责任法和本法典的规定针对该怀疑事项发出通知。
5. 法院对同一刑事犯罪的处罚不得重于请求国法律所规定的处罚。
6. 已经发生法律效力最后程序性决定的副本应送交请求国的主管当局。

《刑事诉讼法》(乌克兰)第599条 - 外国主管当局接管刑事诉讼的程序和条件

1. 乌克兰的指定(中央)主管当局应在收到经检察官批准的调查员、检察官或法院提出的、将刑事诉讼移交給另一国主管当局的请求后20天内,对该请求进行审议。
2. 未完成的刑事诉讼可移交给另一国家,条件是无法引渡被起诉者,或者将该人引渡到乌克兰的请求被拒绝。
3. 调查员、检察官或法院依照乌克兰主管(中央)部门的要求,可恢复刑事诉讼,且如果本法典允许,可延长调查或羁押的时限,同时亦考虑到外国主管当局接管刑事诉讼所需要的时间。

《刑事诉讼法》(乌克兰)第600条 - 向另一国移交刑事诉讼的请求的内容和形式

1. 向另一国移交刑事诉讼的请求的内容和形式应符合本法典和乌克兰相关国际条约的条款。
2. 向另一国移交刑事诉讼的请求应包含以下内容:
 - 1) 进行刑事诉讼的主管当局名称;
 - 2) 提及关于提供法律援助的相关国际条约;
 - 3) 拟移交的刑事诉讼名称;
 - 4) 说明作为刑事诉讼主体的刑事犯罪以及对该刑事犯罪的法律定性;
 - 5) 作为刑事诉讼对象的个人的姓氏、名字和姓氏、出生日期和地点、居住地或行踪以及其他相关信息。
3. 申请书应附有下列文件:
 - 1) 刑事诉讼记录;
 - 2) 乌克兰刑事责任法条款案文,根据该条款对刑事犯罪进行定性并提起刑事诉讼;
 - 3) 关于该人国籍的信息。

4. 现有物证随请求书以及本条第三部分所规定的文件一并移交。
5. 材料的副本应保留在乌克兰负责进行刑事诉讼的部门。

《刑事诉讼法》(乌克兰)第601条 - 向另一国主管当局移交刑事诉讼的后果

1. 自另一国家主管当局接管刑事诉讼之时起,乌克兰的主管当局即无权就接管刑事诉讼的刑事犯罪对所涉人员采取任何程序性行动,除非接管刑事诉讼的国家请求获得国际法律援助。
2. 如果外国主管当局在预审调查阶段结束了从乌克兰接管的刑事诉讼,则应为此排除在乌克兰恢复诉讼和根据本法典条款开展进一步调查,除非乌克兰最高人民检察院同意受其约束的相关国际条约另有规定。

第24条 审前羁押

1. 如果某人被指控犯有本[法/法律/章]适用的罪行,且如果存在本条第2款所列理由之一,则法院即可下令对该人进行审前拘留。
2. 如果法院确信有如下重大迹象表明被告有罪,且如果不对该人进行拘留将有不可接受的风险,则可下令对该人实行审前拘留:
 - (a) 该人未能在随后的刑事诉讼中出庭;
 - (b) 该人影响证人、篡改证据或以其他方式妨害司法公正;
 - (c) 该人再次犯罪;或
 - (d) 该人危害被指控犯罪的受害人或任何其他人的生命、健康或安全。
3. 根据本条发出的审前拘留令不得超过[插入时限]的期限。法院可根据检察官的申请,延长本条第2款所规定的审前拘留期限。审前拘留的总时间不得超过[插入时限]。
4. 如果可通过不太严厉的手段实现拘留目标,则不得下令实施、维持或延长审前拘留。法院可对[个人/被告]在审判或上诉期间设定条件,以代替审前拘留,以期确保该人在随后的刑事诉讼中出庭,并确保正当司法,包括下列各项条件:
 - (a) [扣押/没收]该人的旅行证件或其他身份证件;
 - (b) 通知边境出入关卡部门;
 - (c) 持有保证金;

(d) 对该人的人身移动实行限制,例如居家禁闭或电子监控行动;

(e) 本法院认为必要和适当的其他措施,以防止该人影响证人、篡改证据或以其他方式妨害司法公正。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第11条第3款

《有组织犯罪公约》第11条第3款规定,对于《公约》所确立的犯罪,各缔约国均应根据本国法律并在适当考虑被告方权利的情况下采取适当措施,力求确保在审判或上诉前释放的决定中所规定的条件考虑到需要确保被告在随后的刑事诉讼中出庭。

有组织犯罪集团从事的非法活动可能会产生大量利润,因此嫌疑人和被告可能会由此获得大笔资金,用以在审判或上诉前获得保释并避免拘留。为此,《公约》第11条第3款和本《示范立法条文》第24条鼓励谨慎使用审前拘留,并为此要求缔约国采取符合其各自法律以及虑及嫌疑人和被告权利的适当措施,以确保他们不会弃保潜逃。

虽然《公约》中并未明确提出此种要求,但在关于审前释放或拘留的决策中,似需考虑到嫌疑人影响证人、篡改证据或采取其他步骤破坏司法的能力。因此,在本《示范立法条文》中提及这些因素以供考虑。

实例：奥地利

《刑事诉讼法》(奥地利) 第 173 条 - 准许还押候审

(1) 只有在检察机关的要求下,且只有在符合以下条件时才能准许对某人实行和延长还押候审:被告有犯下某一刑事犯罪的重大嫌疑;法院已就所涉事项和还押候审要求对被告进行了询问;以及实施还押候审的理由系第(2)款所列的理由之一。如果与案件的重要性或所预期的判决不相称,或者如果还押候审的目的可通过采用更微末的办法来实现,则不得实施或延长还押候审(第5款)。

(2) 如果特定的重要事实导致被告如果被释放,

1. 则可能会因预期即将到来的判决的类型和程度或其他原因而潜逃或藏匿,
2. 则可能试图影响证人、专家证人或同案被告,以图谋消除犯罪痕迹,或以其他方式阻碍对真相的调查,
3. 无论对被告的刑事诉讼是否涉及可判处六个月以上监禁的刑事罪行,
 - a. 可能犯下具有严重后果的罪行,而该罪行涉及与该被告被控犯下具有严重后果的刑事罪行具有相同的受法律保护的利益,
 - b. 如果被告之前曾因此种罪行被定罪,或者如果被告现在被指控实施了重复的或持续的行为,则可能犯下不仅仅是具有轻微后果的罪行,因其涉及与被告被指控犯下的罪行相同的受法律保护的利益,
 - c. 可能犯下可处以六个月以上监禁的罪行,而该罪行与被告被指控的罪行一样,涉及与被告先前曾被定罪两次的刑事罪行相同的受法律保护的利益,或
 - d. 实施被告被指控的未遂或威胁犯罪(《刑法典》第74条第1款第5项)。

(3) 在任何情况下,如果被告涉嫌犯有可判处不超过五年监禁的刑事罪,如果被告的生活状况良好,如果被告在奥地利有永久住所,则没有理由假定有潜逃的风险,除非被告已经做好潜逃准备。在根据第(2)款第3项评估被告可能犯罪的风险时,必须特别重视被告对他人的肢体和生命构成的任何危险,或被告可能作为犯罪组织或恐怖组织的成员犯下重罪的风险。除此之外,在评估这一还押候审理由时,还须考虑被告被指控犯罪的情形所发生的变化已在多大程度上减轻了相关的风险。

(4) 如果还押候审的目的也可通过同时予以刑事拘留或予以另一种形式的拘留来实现,则不得实施、维持或延长还押候审。在实施刑事拘留的情况下,检察机关须就对还押目的至关重要的执行变更发出指令。如果仍然实行还押,则应暂停执行判决。

(5) 以下可能被用作更微末的手段:

1. 保证在具有法律约束力的刑事诉讼结束之前,未经检察机关许可,不得擅自潜逃、藏匿或离开居住地,
2. 保证不试图阻碍调查,
3. 在涉及家庭暴力的案件中(《国家安全警察法》第38a条),保证不与受害者有任何接触,不进入特定住所及其附近地区,或不违反根据第38a条发出的任何禁止令。根据《国家安全警察法》第2条或《取消抵押品赎回权条例》第382b条发出的任何暂行禁令,以及移除住宅的所有钥匙,
4. 依照指令与某一特定家庭一起居住在某一特定的地方,避免特定的住所、特定的地方或与特定的人进行联系,避免使用酒精物质或其他药物,或寻求正常就业,
5. 依照指令发出住所变更通知或定期向刑事调查机构或其他办公室报告,
6. 临时吊销身份证件、机动车证件或其他执照,
7. 获得第179条中规定的临时缓刑协助,
8. 提供第180和第181条中规定的担保,
9. 被告依照指令并经其同意,接受戒毒治疗、其他药物治疗或心理治疗(《刑法典》第51条第3款),或采取其他与健康有关的措施(《受管制物质法》第11条第2款)。

(6) 如果涉及法定强制性最低刑期为十年的重罪,则必须实施还押,除非有特别的重要事实使人有理由相信第2款中所列的全部还押理由都可予以排除。

实例: 意大利

《刑事诉讼法》(意大利)第275(3)条 - 预防措施的选择标准

只有当其他强制性或禁止性措施,即使是累积使用,都不足以解决问题时,才能下令进行审前狱中羁押。当有重大迹象表明犯有本《刑法》第270条、第270条之二和第416条之二所规定的罪行时,即可实施审前狱中羁押,除非

所获得的证据表明不存在预防需要。在不影响本款第二句规定的情况下,当有重大迹象表明犯有涉及本《刑法》第51条第3款之二和第3款之四所述罪行、以及犯有涉及《刑法》第575条、第600条之二第1款、第600条之三(其中第4款除外)、第600条之五、以及(如果任何减轻情节都不适用)第609条之二、第609条之四和第609条之八所述罪行时,除非所获得的信息表明不存在预防需要,或者就具体案件而言,此种预防需要可以通过其他措施来予以满足,否则即可实施审前狱中羁押。

第25条 对先前定罪的考虑

在对本[案/法律/章]适用的犯罪进行的任何诉讼中,法院可[考虑/接受在[《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的任何国家/任何缔约国]的任何先前定罪的[证据],[如果该证据的证明价值超过该证据可能对诉讼产生的不利影响]。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款:第22条

《有组织犯罪公约》第22条规定,缔约国可采取措施,使其能够考虑到被指控的罪犯先前在另一国被定罪的情况。《有组织犯罪公约》第22条还规定,相关缔约国可酌情确定使用这类信息的适当条款和目的,视所涉法律制度而定,这可能包括对某一罪行的起诉或判刑。

本《示范立法条文》第21条第1款涉及在对罪犯判刑时使用先前定罪信息问题。本《示范立法条文》第25条旨在进一步执行《有组织犯罪公约》第22条,使法院能够在对本《示范立法条文》所涵盖的犯罪的诉讼中考虑到任何先前的定罪情况。³¹

本《示范立法条文》第25条列有接受先前定罪证据的可能性的规定。必须在此强调的是,先前定罪的证据具有非常不利的影响。以前的犯罪记录会使法庭或陪审团认为,因为该人犯下了另一项罪行,所以他们一定也犯了现在的罪行。这种假设对被指控的罪犯是不公平的,基于这种假设的定罪破坏了正当司法。因此,一些法律制度对此种证据的可采纳性规定了限制。在寻求采纳先前定罪的证据时,需要仔细权衡证据的证明价值和证据可能对被告获得公平审判的权利产生的不利影响。³² 本《示范立法条文》第25条具体列出了这些考量。立法者也可考虑是否有必要进一步阐述在何种情况下此种证据可以被接受,从而确保司法的正当性。

³¹ 《联合国打击跨国有组织犯罪公约实施立法指南》,第460段。

³² 同上,第461段。

作为一个实际问题,各国可能有必要建立一套行政程序,据以从其他国家获得关于先前定罪的信息。这可通过司法互助程序进行,或者考虑为进行此项工作另外建立一套高效程序。

实例: 欧洲联盟

2009年2月26日欧洲联盟理事会第2009/315/JHA号框架决定第6条,关于各成员国(欧洲联盟)之间交换犯罪记录信息的组织和内容 - 要求提供定罪信息

1. 当为了对某人提起刑事诉讼或为了刑事诉讼以外的任何目的而请求提供成员国犯罪记录中的信息时,相关成员国的中央机关可根据其国内法向另一成员国的中央机关提出请求,要求从该国的犯罪记录中提取信息和相关数据。

[.....]

第五章

证人与受害者

在涉及对有组织犯罪集团进行的起诉中,证人和被害人保护问题尤为突出,因为这些集团往往有手段和动机恐吓或压制潜在证人,以阻止他们与执法机关合作或在司法程序中作证。

《有组织犯罪公约》第24条要求缔约国在其力所能及的范围内采取适当措施,为刑事诉讼中就《公约》所涵盖的犯罪作证的证人并酌情为其亲属及其他与其关系密切的人提供有效保护,使其免遭可能的报复或恐吓。正如第24条第4款所规定的那样,该条的条款也适用于作为证人的受害人。

《公约》第24条第2款列举了第1款所设想的措施的两个例子:第一,侧重于通过警察保护或正式证人保护方案提供人身保护的程序;第二,采用可准许以确保证人安全作证的证据规则。除此之外,还有许多其他策略可供选择。本《示范立法条文》第五章第26至第28条中列举了各种可供采用的立法战略例子。

本《示范立法条文》第29条中还列有协助各国执行《有组织犯罪公约》第25条第2款的规定;该款要求缔约国建立适当的程序,据以为《公约》所述罪行的受害者提供获得补偿和赔偿的机会。

第26条 对受害者的援助和保护

1. 就本章而言,“受害者”系指因本[法/法律/章]所适用的犯罪而单独或集体遭受伤害的人,包括身心伤害、情感痛苦、经济损失或基本权利受到重大损害的人。
2. [插入主管当局]应当采取适当措施,确保本[法/法律/章]所适用的罪行的受害者在其安全受到威胁时能够得到充分的援助和保护。这包括保护该人免受嫌疑人、罪犯及其同伙恐吓和报复的措施。

3. [插入主管当局]还应对受害者的亲属[和家庭或事实上的伴侣.....]酌情采取第2款所规定的措施。

4. 本规定所适用的人员应能有机会从任何现有的受害者援助和保护措施或方案中获益。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第25条第1款

《有组织犯罪公约》第25条第1款要求各缔约国采取适当措施，向《公约》所涵盖的犯罪的被害人提供援助和保护，特别是在其受到报复或恐吓威胁的情况下。

《公约》中没有对“受害者”一词给出定义，但在国内法中对该术语进行定义可能是有益的。本《示范立法条文》第26条第1款所载定义系以《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》(大会第40/34号决议,附件)第1款为基础拟定。《宣言》第2段指出,根据《宣言》,任何人都可被视为受害者,而无论施害者者是否被查明、逮捕、起诉或定罪,也无无论施害者与受害者之间的家庭关系如何。

虽然《公约》第25条第1款所规定的采取措施有效保护受害者免遭报复或恐吓的义务是强制性的,但这需视所涉国家能力的合理范围为何而定。本《示范立法条文》第26条第2款是向那些安全受到威胁的受害者提供充分援助和保护的单立法依据。该条第3款将此种援助和保护扩大到受害者的亲属(以及受害者的家庭或事实上的伴侣以及国内法中所规定的其他人)。

该条第4款的目的是确保本《示范立法条文》所规定的犯罪行为的受害者能够从任何现有的受害者援助和保护措施或方案中获益。其目的(和通常做法)是,任何此类措施或方案的细节和参数都将在其他法规(如《刑事诉讼法》或指定的受害者保护立法)或补充条例/附属法律中加以规定。

在向受害者提供援助或保护时,不同的受害者可能有不同的需要,应当设法予以满足。对于那些遭受身心创伤的受害者和某些受害群体,如儿童、残疾人和老年人等,可能需要提供额外的支持,如心理、社会或医疗援助。援助和保护措施或方案还应考虑到受害者的性别。此外,需要强调的是,在向受害者提供援助和保护措施时,应当始终征得受害者的同意,并视需要征得其亲属的同意。

那些同时也是本《示范立法条文》所适用的犯罪证人的受害者可获得第27条中所规定的额外保护。

实例：奥地利

《刑事诉讼法》(奥地利) 第65(1)条 —— 定义

就本法而言，

1. “受害者”系指：

- a. 任何人因他人故意实施的刑事犯罪而可能遭受暴力或危险威胁，或其性完整性或性自决权可能因此受到侵犯，或其个人依赖性可能被此种犯罪所利用，
- b. 其配偶、注册伴侣、同居伴侣、直系亲属、兄弟姐妹和可能因刑事犯罪而死亡的人的其他受抚养人，或犯罪证人的其他亲属，
- c. 可能遭受损害或其受刑法保护的合法权益可能因刑事犯罪而受到侵犯的任何其他人。

第27条 保护证人

1. 就本章而言，“证人”应包括在针对本[法//法律/章]适用的犯罪的调查、起诉或审判程序中已提供、同意提供或被要求提供证据或陈述的任何人。
2. [插入主管当局]应采取适当措施，确保证人在其安全受到威胁时得到充分保护。这包括采取措施，保护该人免受嫌疑人、罪犯及其同伙的恐吓、伤害和报复。
3. [插入主管当局]应酌情对证人的亲属[以及家庭和事实上的伴侣……]进一步采取第2款规定的措施。
4. 本条款所适用的人应有权根据[具体列明相关的法/条款]从任何现有的证人保护措施或方案中获益。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第24条

《有组织犯罪公约》第24条要求缔约国采取某些措施，保护那些在涉及《公约》所涵盖的犯罪的诉讼中作证的证人。所设想的措施包括对证人的人身保护、重新安置和不披露或限制披露证人的身份和下落，以及采用证据规则，允许以确保证人安全的方式作证。缔约国应考虑与其他国家就证人的重新安置达成协议或作出安排（第3款）。本条的规定也适用于作为证人的受害者（第4款）。

《公约》未对“证人”这一术语给出定义,但通常用于指在刑事司法程序中,特别是在刑事审判中,通过宣誓或签名作证或提供口头证词或作出其他相关陈述的人。证人可能包括受害者、无辜的旁观者和专家,以及与主管当局合作的内部证人(也称为司法合作者)。毒品和犯罪问题办公室出版物《在涉及有组织犯罪的刑事诉讼中保护证人的良好做法》将“证人”(或“参与者”)定义为“根据所涉国家的立法或政策有资格被考虑加入证人保护方案的任何人,无论其法律地位如何(线人、证人、司法官员、秘密特工或其他人)”。重要的是证人的职能——作为掌握对司法或刑事诉讼重要信息的人——而并不是其身份或证词采用的形式。

国家法规的起草者需要考虑本国的国内法是否已有关于“证人”的适当定义,可在涉及本《示范立法条文》所适用的犯罪案件的证人保护和援助条款中提及。

本《示范立法条文》第27条第1款中对“证人”一词的定义十分宽泛,足以涵盖在与这些条文所述罪行有关的刑事司法程序中作证或作出陈述的各种人。鉴于恐吓证人在破坏司法方面可能发挥的重要作用,建议“证人”的定义应当从广义上起草,以便包括那些不仅通过在法庭上作证,而且通过例如提供有助于调查工作的信息来提供帮助的人员。

虽然《公约》第24条第1款所规定的采取措施有效保护证人免遭报复或恐吓的义务是强制性的,但这需视所涉国家能力的合理范围为何而定。本《示范立法条文》第27条的目的仅仅是确立证人(及其亲近者)在需要时能够获得证人保护的要求。预计会采取的做法(也是通常的做法)是在其他法规(如刑事诉讼法或指定的受害者保护立法)或补充条例/附属法律中规定任何此类措施或方案的细节和参数。

在一些司法辖区,保护措施系提供给更广泛的一类人,而不仅仅是那些将提供证词的人,其中可能包括《公约》所规定的那些掌握与调查工作有关的信息的人或警方线人。在此种情形中,重要的是要考虑是否有对法庭工作人员、翻译、誊写员、法庭记录员、法官和陪审员等人员的保护。在大多数国家,只有在特殊情况下,法官、检察官、特工、专家证人和翻译才会被纳入证人保护方案。对他们生命的恐吓或威胁被认为与其职位和履行职责有关。一些国家的法律还提到,当记者和人权维护者因掌握与刑事案件有关的信息而受到严重威胁时,他们有权得到保护。这些类别的人员有资格获得特别警察保护,但对他们的保护在性质上可能不同于针对面临风险的证人的措施。

需要强调的是,应当始终征得证人以及因与证人的关系而面临风险的其他人的同意。实际上,如果没有一个愿意(同意)得到保护的证人,大多数保护措施都不会奏效。

那些同时也是本《示范立法条文》适用的犯罪受害者的证人可以获得第26条所规定的额外援助和保护。

实例：澳大利亚**1994年《证人保护法》(英联邦)第3条 - 解释**

[.....]

证人系指：

(a) 在下列情形中代表英联邦或某州或某地区的官方作证或同意作证的人：

(一) 针对某一罪行的法律程序；或者

(二) 部长在《政府公报》中宣布为本款所适用的主管机构的听证会或诉讼；或者

(b) 就犯下或可能犯下违反英联邦或某州或某地区法律的罪行提供或同意提供以上(a)款所述证据以外的证据的人；或者

(c) 就违反英联邦或某州或某地区法律的罪行向澳大利亚联邦警察或经批准的主管当局作出陈述的人；或者

(d) 出于任何其他原因可能需要国家证人保护方案提供保护或其他援助的人；或者

(e) 由于与以上(a)、(b)、(c)或(d)诸款中所述人员之间的关系或关联，可能需要国家证人保护方案提供保护或其他援助的人员。

实例：肯尼亚**《证人保护法》(肯尼亚)第3条 - “证人”的含义**

(1) 就本法而言，证人是指因其是关键证人而需要得到免受威胁或风险的保护的人，该人——

(a) 已代表国家在以下情形中作证或同意作证——

(一) 针对某一罪行的法律程序；或者

(二) 部长通过在《政府公报》上发布的命令宣布为本款所适用的主管当局的听证会或诉讼程序；

(b) 已提供或同意提供(a)款所述内容以外的与实施或可能实施违反肯尼亚法律的犯罪有关的证据；

(c) 已向下列人士或机关提供陈述——

(一) 警察局长或警察部队成员；或

(二) 与违反肯尼亚法律的罪行有关的执法机构；

- (d) 被要求在肯尼亚境外的法院、委员会或法庭进行的起诉或调查中作证 ——
- (一) 涉及肯尼亚所加入的任何条约或协定；或者
 - (二) 在根据本法制定的条例所规定的情形中。
- (2) 如果某人就本法而言有资格获得保护，则该人即应为受保护的人 ——
- (a) 与证人有亲属关系；或者
 - (b) 由于一名证人所提供的证词；或者
 - (c) 警察局长认为足够的任何其他理由。

第 28 条 在司法程序中保护证人

负责审理与本[法/法律/章]所适用的罪行有关的事项的法院，可在不损害被告权利的情况下，下令在诉讼之前、期间和之后向证人提供保护，包括下令：

- (a) 以不公开形式进行法律程序；
- (b) 准许从屏风或其他屏障后面提供证据；
- (c) 准许通过视频链接或其他远程方式提供证据；
- (d) 隐瞒证人的身份；
- (e) 对证人的声音进行处理或伪装其面容；
- (f) 准许使用笔译员和口译员；
- (g) 准许证人的辅助人员出席；
- (h) 向证人提供专业支持；
- (i) 密封审判记录；和
- (j) 为保护证人的目的，作出法院认为在当时情况下适宜的任何其他安排。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第 24 条

在任何情况下，作为证人参与司法诉讼都可能令人生畏，尤其是在针对有组织犯罪集团、其参与者和同伙的诉讼中。《有组织犯罪公约》第 24 条第 2 款明确认识到在审判过程中保护和支证人至关重要。此种保护和支可通过各种方式提供，包括通过立法规定，使证人能够以考虑到其具体需求的方式参与司法诉讼，支持法院的真相调查职能，而且重要的是，不得损害《公约》这一条款明确确认的被告的权利。无论使用何种程序性措施，都应当

适当考虑平衡证人对其人身安全的合法期望与被告获得公正审判的权利,在某些司法管辖区,公正审判包括在宪法中确保被告的对质权。

这些示范立法条文的第28条确定了可以进行立法的一些领域;然而,这些领域可能需要更详细的立法语言,国家起草者需要考虑并遵守任何先前存在的与刑事诉讼程序有关的国内法。

程序性或法庭内保护是主要旨在减少特别是受害者证人对恐吓行为的恐惧感的行动,可由法院自行采取(主动)或应检察官或调查官员的请求采取。通过避免与被告或公众面对面的对峙来减少恐惧的措施可包括使用审前陈述代替法庭证词,让证人在屏幕或双向镜后作证,让被告在隔壁房间通过视频链接观看证人的证词,或让证人通过视听链接提供证词等。

如果法院在涉及本《示范立法条文》所适用的罪行的诉讼中尚未具有向证人提供“法庭上”保护的酌处权,本《示范立法条文》第28条提供了一系列在司法诉讼中保护受害人身份和安全的基本措施。这一条款表述广泛,且并非详尽无遗,旨在确保法院有酌处权采取它认为保护证人所必需采取的任何行动。本《示范立法条文》第27条第1款进一步界定了“证人”这一术语。

保护举报人

除了保护参与司法程序或配合执法工作的人员之外,各国不妨考虑对举报人(又称举报人)提供其他形式的保护,从而进一步有助于发现犯罪行为。虽然该术语没有统一的定义,但“举报人”可被宽泛地定义为一个组织的成员,该成员向可能有能力作出回应的个人或机构或向公众举报该组织控制下的非法、不道德或不正当行为。这意味着对举报人的保护除其他外,涉及与工作场所相关的重点,而且涵盖那些在内部举报、向主管当局举报或在特定情况下向公众或媒体举报的人员。对举报人保护旨在保护此类人员免遭报复,例如与工作场所有关的报复等。这是一个广泛的概念,既不局限于举报犯罪行为,也不局限于参与司法程序。

各国还不妨考虑保护举报人免受不公正待遇。³³ 毒品和犯罪问题办公室的《保护举报人良好做法资源指南》针对这些问题提供了进一步的信息和建议。³⁴

虽然理解证人保护与举报人保护之间的区别至关重要,但这两者之间是有关联的,因为它们都旨在鼓励人们畅所欲言。在某些情况下,这两者可能会发生重叠,因为在某些情况下,向执法机构举报刑事不当行为的举报人可能需要证人保护,特别是当他们被要求出庭作证时。以下实例涉及对证人的保护,而不是对举报人的保护。

³³ 另见《联合国反腐败公约》第三十三条。

³⁴ 另见 Marie Terracol,《举报立法最佳实践指南》(柏林,透明国际,2018年)。

实例：俄罗斯联邦

2004年第119-FZ号《联邦法》(俄罗斯联邦)第6(1)条(“向受害者、证人和刑事
诉讼其他参与者提供国家保护”) - 安全措施

1. 以下几项或其中一项安全措施可同时适用于受保护人员：
 - 1) 提供人身安全以及住所和财产安全；
 - 2) 采取个人保护、通讯和危险警告的特别措施；
 - 3) 规定对受保护人的信息实行保密；
 - 4) 迁居他处；
 - 5) 文件变更；
 - 6) 外貌改变；
 - 7) 改变工作(服务)和受教育地点；
 - 8) 暂时安置在安全地点；
 - 9) 对在押或服刑的受保护人采取额外的安全措施,包括从一个羁押场所或服刑场所转移到另一个场所。

实例：瑞士

《联邦诉讼外证人保护法》(瑞士)第5条

此方面的保护方案可特别包括在诉讼程序之外采取的下列措施：

- (a) 将当事人安置在一个安全的地方；
- (b) 改变其工作和居住地点；
- (c) 提供辅助装置；
- (d) 防止披露有关当事人的数据；
- (e) 只要保护工作需要,即向个人提供新的身份；
- (f) 提供财务支持。

实例：意大利

《刑事诉讼法实施规则》(意大利)第147条之二 - 对卧底人员、与司法部门合作的人员和联合诉讼中的被告进行审查[.....]

1. 在审判过程中对依法获准参加保护方案或措施的人员进行讯问时,即使是紧急或临时性质的,也要采取为保护他们而需要采取的预防措施;这些措施由法官决定,或在紧急情况下,由庭长或巡回法庭依职权决定,或应一当事方或应下令采取保护方案或措施的主管当局的要求予以决定。

1之二。根据2006年3月16日第146号法律第9条及其随后的修正案,在审判过程中对从事秘密活动的司法警察和特工人员(也属于外国警察机构、辅助人员和中间人)进行讯问时,必须始终为此采取必要的防范措施,保护这些接受盘问的人员并为其保密,实行保护的方法由法官确定,或在紧急情况下,由法庭庭长确定,但无论如何必须避免此类人员当众露面。

2. 在有适当技术手段的情况下,法官或庭长在听取各方意见后,可以甚至依其职权命令,通过视讯方式进行远程讯问,同时确保接受询问的人员所在地的人都能看到相关背景。在此种情形中,由法官指定或在紧急情况下由庭长指定的经授权负责协助法官进行庭审的辅助人员在被讯问人所在的地点,现场证明该人的个人资料,并确认本款所列各项规定得到遵守,而且采取了相关的预防措施,以确保在被讯问人所在的地点进行正常讯问。辅助人员负责撰写一份根据本法第136条开展行动的报告。

3. 除非法官认为被讯问者在场属绝对必要,否则在下列情形中,讯问环节将根据第2款所规定的程序以远程方式进行:

a) 相关讯问涉及1991年1月15日第8号法令第13条第1款规定的临时保护方案所接纳的人员——该方案经1991年3月15日第82号法律及随后的修正案修正,或由同一法令上述第13条第4和第5款中提到的特别保护措施所涵盖的人员;

a之二) 当讯问环节或其他调查行动涉及被纳入保护司法证人临时计划或最终保护方案的人员时;

b) 1993年3月29日第119号法令第3条所规定的改变个人详细资料的法令已对接受讯问的人员签发;在此种情况下,在进行讯问的程序中,法官或庭长按照同一法令第6条第6款的规定行事,并采取适当的预防措施,以避免该人公开露面;

c) 在针对《刑事诉讼法》第51条第3款之二或第407条第2款(a)四项所规定的罪行进行审判时,必须就《刑事诉讼法》第51条第3款之二或第407条第2款(a)四项所规定的罪行之一对《刑事诉讼法》第210条所指的人员进行讯问,即使相关诉讼已经分开;

c之二) 司法警官或特工人员,包括属于外国警察机构的警官或特工人员,以及辅助人员和中间人,必须就其在2006年3月16日第146号法律第9条及随后的修正案所述的秘密行动中开展的相关活动接受讯问。在此种情况下,法官或庭长应当采取适当的预防措施,以避免这些人员公开露面。

第29条 对受害者的偿还和赔偿

1. 如果罪犯被判犯有本[法/法律/章]适用的罪行,法院可命令罪犯向受害者偿还或支付赔偿,作为对法院命令的任何其他处罚的补充或替代。

2. 恢复原状令的目的是将受害者恢复到犯罪前的状态。恢复原状的命令可包括以下一种或多种形式的恢复原状:

- (a) 向受害者归还被定罪者拿走的财产;
- (b) 向受害者归还被定罪者所获取的不法收益的价值;或
- (c) 对环境造成的损害进行生境恢复。

3. 赔偿令的目的是赔偿受害人因犯罪人而造成的任何伤害、损失或损害。这可能包括支付以下款项:

- (a) 受害者已发生或将发生的医疗、身体、心理或精神治疗费用;
- (b) 受害者已发生或将发生的物理和职业治疗或康复费用;
- (c) 必要的交通、临时托儿、临时住房或将受害者转移到临时安全住所所涉及的费用;
- (d) 根据国家有关工资的法律法规,受害人所遭受的收入损失和应得工资;
- (e) 被害人发生的法律费用和其他费用或开支,包括与被害人参与刑事调查和起诉程序有关的费用;

(f) 被害人因对其所犯罪行为而遭受的身体或心理伤害、精神压力或痛苦和苦难；以及

(g) 受害人因犯罪人的行为而直接造成的、且法院认为在此种情况下属于合理的任何其他费用或损失。

4. 在下达赔偿或归还命令时，法院应考虑到被定罪人支付赔偿或归还的手段和能力[并应给予归还或赔偿命令优先于罚款令]。

5. 受害者的移民身份或返回其国籍国或惯常居住地国或其他不在相关管辖区的情况，不应妨碍根据本条支付赔偿和/或偿还。

6. 如果被判刑者无法支付赔偿或偿还，则被害人应有资格从[插入国家赔偿基金名称]获得赔偿。

7. 如果被定罪者系公职人员，其构成本[法/法律/章]所适用的犯罪行为是在实际的或明显的国家权力下实施的，则法院可命令该国[根据[插入相关的国家立法]]向受害者支付赔偿或偿还。根据本条下达的国家赔偿命令可包括支付第3款(a)至(g)项下规定的任何或所有项目。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第25条第2款

《有组织犯罪公约》第25条第2款要求缔约国至少建立某种适当程序，据以提供获得补偿或赔偿的机会。虽然国内的定义和阐述可能有所不同，但就这些示范立法条文而言，恢复原状被理解是指寻求将受害者恢复到犯罪发生前状况的措施，而赔偿被理解是指对损害或损失的支付。

本《示范立法条文》第29条旨在就各国在制定关于有组织犯罪受害者的恢复原状和赔偿的法律时似宜考虑的事项提供指导。只有在国内法中尚不存在本《示范立法条文》所涵盖的、确保诉讼中具有赔偿和恢复原状的适当程序的情况下，才需要列入关于确保有机会获得赔偿和偿还的规定。

第29条第1款规定，法院可独立于对被定罪人的其他判决和检察官的请求，发出恢复原状或赔偿的命令。虽然本《示范立法条文》并不要求法院考虑或命令恢复原状或赔偿，但此类做法是可能的。第29条中提议的模式确保受害者不必通过诸如民事诉讼程序等其他法律程序来寻求赔偿，因为这些其他程序对许多受害者来说可能是不可行的。

本《示范立法条文》第2款和第3款中说明了恢复原状和赔偿的不同目的,并提供了法院的恢复原状令和赔偿令内容的非详尽清单。这些规定反映了《为罪行和滥用权力行为受害者取得公理的基本原则宣言》第8至13段的精神和内涵。

第4款旨在确保法院在下达偿还或赔偿命令时适当考虑被定罪人的手段和能力。国家起草者可选择优先支付恢复原状或赔偿,而不是支付任何罚款。第6款规定,如果罪犯无力支付,则可能需要由国家出资赔偿。

实例: 联合王国

2000年《刑事法院权力(判决)法》(联合王国)第130(1)条 - 对被定罪者下达的赔偿令

对某人定罪的法院,除了以任何其他方式处理该人之外或以此作为替代处理方式,可根据申请或以其他方式发布命令(在本法中称为“赔偿令”),要求该人——

为该罪行或为法院在量刑时考虑的任何其他罪行所造成的任何人身伤害、损失或损害支付赔偿;或者

支付因任何此类罪行所导致的死亡的丧葬费或丧亲之痛,但因道路上有机动车出现而导致的事故所造成的死亡除外;然而此项规定须受本条以下条款以及下文第131条的制约。

第六章 被判刑人员的移管

《有组织犯罪公约》第17条鼓励缔约国考虑缔结协定和安排，移管因《公约》所涵盖的犯罪而被判刑的人员。

支持移管被判刑者有许多务实的理由。特别是，在其本国服刑的人员可以更好地康复、重新融入社会和重返社区。在远离家人和朋友的外国监禁也可能适得其反，因为家人可以为囚犯提供社会资本和支持，从而提高其成功重新融入和重返社会的可能性。³⁵ 被判刑人员的移管在国际人权法中有着坚实的基础。例如，《公民权利和政治权利国际公约》第十条第三款规定，监狱系统的“基本目标”是使被判刑人员得以“悔过自新和重新适应社会”。此外，囚犯有《公约》所列明的罪行而被判刑的人员的康复也是《有组织犯罪公约》的一项明确目标：《公约》第31条第3款规定，“缔约国应当努力促进被判定犯有本公约所涵盖的罪行的人员重新融入社会”。

此外，对被判刑人员实行移管还可有助于达到其他一些外交和实际目的。例如，这可缓解因一个国家监禁另一个国家的国民时可能会出现的外交紧张局势。移管也是一种机制，各国可利用此种机制确保可能被关押在恶劣或不人道条件下的本国国民返回本国。此外，移管还可减轻因监禁外国国民而产生的实际负担，例如，语言方面的障碍以及满足外国囚犯的宗教、文化和饮食需求诸方面的需要等。

许多国家加入了多边计划并缔结了双边协定，从而为被判刑人员的移管提供了便利条件。³⁶ 尽管与其他形式的国际合作一样，围绕被判刑人员的移管的大部分规章可于相关条约，但国内立法可以补充并确保对被判刑人员的移管实行有效

³⁵ 毒品和犯罪问题办公室，《被判刑人员国际移管手册》，《刑事司法手册系列》（2012年，维也纳），第9-11页。

³⁶ 同上，第17-24页。

管理。此外,国内法规划定权限,确保移管所依据的原则清晰明确,从而赋予移管过程以合法性。³⁷

为确保对被判刑人员的移管效率,国家法律至少应设法解决以下问题:对所有关键术语进行界定;确定并指定一个负责接收和答复请求的中央主管当局;列举有关移管工作的基本要求(诸如同意、双重犯罪、判决和判刑的终局性以及决定某人是否有资格被移管的其他因素等);确保申请和其他程序的明确性;以及某国在管理此种方案、处理申请和作出移管决定时应当遵循的步骤和程序。其他相关的考虑还包括:被判刑者是否有权由律师代理,如果是,在诉讼程序的哪一阶段;少年犯和精神病患者是否有资格被移管,如果有,是否应适用特殊程序和保护;假释、缓刑或其他形式有条件释放的被判刑人员的可移管性;移管对那些返回本国的国民的公民、政治或公民权利以及对被移管的获刑移民的身份的影响;查明对那些构成被转管犯罪基础的行为的后续起诉的限制;以及在报告职责方面对判刑国和执行的任何具体要求。

总之,被判刑人员的移管是一个复杂问题,可能既需要缔结双边或其他协定,也需要向国内立法提供支持。本章列述了关于这一事项的国内法可能需要处理的基本问题。这似可构成关于移管被判刑人员的独立法律的基础,或似可将之纳入现行的刑法之中。

第30条 目的

本章的目的是规定向[插入国家名称]或从[插入国家名称]移管因本[法/法律/章]所适用的罪行而受到最终刑事判决的、且符合本条规定的移管先决条件的被判刑人员的程序。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第17条

提交一份目标说明可能有助于指导对移管被判刑人员条款的解释。

³⁷ 同上,第58页。

实例：澳大利亚*1997年《国际囚犯移管法》(英联邦)(澳大利亚)第3条 - 本法的目标*

本法的目标如下：

- (a) 促进澳大利亚与某些已与澳大利亚签订移管囚犯协议的国家之间的囚犯移管事宜，以便囚犯得以在其国籍国或在与其有社区联系的国家服刑；和
- (b) 便利将囚犯从其因某些战争罪法庭所判徒刑而正在服刑的国家移交澳大利亚。

实例：乌克兰*《刑事诉讼法》(乌克兰)第605条 - 考虑移管和接管服刑人员问题的依据*

1. 外国指定主管当局请求、被判刑人员、其法律代表或其近亲或家庭成员的申请，以及乌克兰法律或乌克兰最高委员会/议会同意受其约束的乌克兰国际条约所规定的其他情形，均可作为考虑作出移管有关被判刑人员的决定的理由。
2. 在决定是否应当移管根据法院判决须接受强制医疗措施的人员时，本法第605-612诸条的规定可在此适用。

《刑事诉讼法》(乌克兰)第606条 - 移管被判刑人员和接管其服刑的条件

1. 被乌克兰法院判刑的人员可被移交至另一国家服刑，而被外国法院判刑的乌克兰国民亦可被乌克兰接管服刑，但条件是：
 - 1) 有关人员是执行国的国民；
 - 2) 所涉判决已经发生法律效力；
 - 3) 在收到移管请求时，被判刑人员的刑期至少还有六个月，或者如果所涉人员被判处刑期不明确的监禁；
 - 4) 被判刑人员或考虑到其年龄或身体或精神状况，其法律代理人同意进行移管；
 - 5) 根据执行国的法律，所涉被判刑的犯罪行为在该国亦为犯罪行为，或者若该犯罪行为发生在执行国境内，则亦将被判处监禁；
 - 6) 相关刑事犯罪所造成的物质损失已得到赔偿，包括诉讼费用(如有)；

- 7) 判刑国和执行国均同意对所涉被判刑人员实行移管。
2. 在决定将被判刑人员从乌克兰移交外国服刑之前,应当要求外国保证被判刑人员不会遭受酷刑或其他不人道或有辱人格的待遇或处罚。
3. 应当要求被判刑人员或其法律代理人以书面形式表示同意此种移交,并充分了解此种同意的所有法律后果。被判刑人员或其法律代理人应有权就其同意的后果获得法律咨询形式的法律援助。如果在根据本章规定处理问题时,被判刑人员留在其国籍国境内,则无须征得被判刑人员的同意。
4. 只要不符合本条第1至第3款规定中的任何一项条件,乌克兰司法部即可拒绝移交或接收被判刑人员,除非本法或乌克兰相关国际条约另有规定。
5. 如果在决定对在乌克兰被判刑的外国国民实行移管时,确定执行国的法律符合本条第一部分第5款中所列条件,但对此类行为以监禁形式规定的最长刑期短于判决中所规定的刑期,则只有在被判刑人员实际服完根据《乌克兰刑法典》第81条第三部分所确定的刑期后,才有可能移交该被判刑人员。如果执行国的立法不符合本条第一部分第5款关于惩罚类型的条件,则亦可适用同样的规则。
6. 如果决定拒绝移交被判刑人员继续服刑,则应说明作出此种决定的理由。
7. 根据本法第607条的规定,同意被移交外国继续服刑的被判刑人员可在离开乌克兰边境之前的任何时候拒绝被移交。乌克兰司法部于收到关于拒绝移管的信息后,应立即停止考虑移管问题,或视情况采取措施停止移管。
8. 在本条第4款和第7款所规定的情形中,在拒绝移管被判刑者或被判刑者拒绝被移管后三年内,不得重新考虑该被判刑人员的移管问题。

《刑事诉讼法》(乌克兰)第607条 - 决定移管被乌克兰法院判刑的人员到外国服刑的程序和时限

1. 有关将被乌克兰法院判处监禁的人员移交至其国籍国服刑的问题应由乌克兰司法部决定。
2. 如果被判刑者系外国国民,且所涉国家系关于移交被判刑者到其国籍国服刑的国际条约的缔约国,则负责执行判决的主管当局即应告知被判刑者,其有权向乌克兰司法部或其国籍国的主管当局提出申请,根据本法规定的理由和程序,要求被移管至该国服刑。本部分的规定不排除其他国家的被判刑国民申请被移管至其国籍国继续服刑。
3. 乌克兰司法部经对相关材料进行研究和审查后,如果这些材料起草得当,且如果存在本法或有关国际条约所规定的理由,则应决定将被乌克兰法院判处监禁的人员移交其国籍国继续服刑,并将将相关信息发送给外国主管当局以及主动提出要求考虑其移管问题的被判刑人员。
4. 在收到外国主管当局关于同意接收被判刑人继续服刑的信息后,乌克兰司法部将向乌克兰内政部发出任务通知,就移交地点、时间和程序作出安排,并组织安排将有关人员从乌克兰监狱系统的相关机构移交至外国。
5. 根据本条规定将外国被判刑国民移交其本国继续服刑时,不应剥夺该人在《乌克兰刑法》规定的时限内提出假释、将剩余刑期减刑为较轻刑期以及按照乌克兰法律规定的程序提出赦免问题的权利。在乌克兰审议此方面问题所需的任何文件或信息应要求通过乌克兰司法部向执行国主管当局索取。
6. 乌克兰司法部应向判刑法院通报对被判刑人员实行移管的决定,并确保法院知悉所涉外国是如何执行相关判决的。
7. 每遇乌克兰宣布大赦时,收到关于按照本条规定移管被判刑人员的决定的法院,应考虑对所涉被判刑人员适用大赦令问题。如有必要,法院可向乌克兰司法部提出申请,寻求从执行国主管当局获得必要信息,据以审议适用大赦令问题。
8. 负责作出本条第五和第七部分所规定的决定的主管当局,应当根据假释、将剩余刑期减为较轻刑期、赦免或大赦问题的审议结果,向乌克兰司法部提交相关决定的副本,以便向所涉执行国提供相关信息。

第31条 术语的使用

在本章中：

- (a) “移管”系指为在一国执行另一国的法院判决而移交罪犯；
- (b) “刑罚”系指法庭或特别法庭为行使其刑事管辖权而判处的有限期或无限期剥夺自由的任何惩罚或措施；
- (c) “被判刑者”系指正在服监禁刑罚或获得了某种形式的假释的人员；
- (d) “监禁”系指由法庭判处的将某人禁闭在惩戒机构中的刑罚；
- (e) “判刑国”系指判处监禁刑罚的国家；
- (f) “执行国”系指同意执行或实施被移交的判决的国家；
- (g) “终局判刑”，就被判刑人员而言，是指该人已被定罪和判刑，没有任何针对定罪或判刑的未决上诉，且上诉期已过。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款：第17条

本《示范立法条文》第31条中列出了本章通篇使用的几项关键性术语的定义。

实例：澳大利亚

1997年《国际囚犯移管法》(英联邦)(澳大利亚)第4条 - 定义

(1) 在本法中，除非有相反的意向，否则：

[.....]

囚犯系指正在服刑的人(无论以何种方式阐述)，包括：

(a) 有精神障碍的囚犯；以及

(b) 被假释的人员。

[.....]

监禁系指涉及以下方面的任何惩罚或措施：

(a) 被剥夺自由；或者

(b) 如果惩罚或措施涉及对非特别法庭犯罪的定罪，则可能被剥夺自由；

由法庭或特别法庭在行使其刑事管辖权时命令的一个确定期或不定期，包括该法庭或特别法庭就所涉处罚或措施的启动下达或作出的任何指示或命令。

实例：毛里求斯

2001年《囚犯移管法》(毛里求斯)第2(1)条 - 解释

在本法中——

[.....]

“监禁”包括——

(a) 将少年犯安置在《少年犯罪法》第25条中所列述的拘留场所；

(b) 根据《刑事诉讼法》第115条发布命令后实行的监禁；

(c) 适用于在某一指定国家的任何其他类似形式的限制自由；

[.....]

“罪犯”——

(a) 系指以下人员——

(一) 是毛里求斯公民，或者是部长基于此人可能与毛里求斯有任何密切联系的考虑，认为对此人实行移管是适当的；和

(二) 在指定国家被判有罪并被判处——

(A) 有期徒刑，而在提出申请时，该监禁期的未届满部分不少于6个月；或者

(B) 无限期监禁；

(b) 包括获得特许释放的罪犯；

“囚犯”系指外国罪犯或罪犯；

第32条 移管要求

在下列情况下,被判刑人员有资格被移管至[插入国家名称]或从[插入国家名称]移管出:

- (a) 该人系执行国的国民[或与执行国有重大联系];和
- (b) 符合以下每项条件:
 - (一) 该人已在判刑国被终审判刑;
 - (二) 判刑国、执行国和被判刑者均同意实行移管;
 - [(三) 构成其被判刑的罪行的行为或不行为,假如在移管时系发生在执行国,则亦将会在执行国构成犯罪;]和
 - (四) 刑期尚余六个月或六个月以上。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第17条

本《示范立法条文》第32条规定了与被判刑人移交给另一司法管辖区的资格有关的基本要求。第32条(a)款规定,作为此种资格的一项条件,所涉人员必须是执行国的国民。各国还可选择将此种资格扩大至与执行国有重大联系的人员。未出于本《示范立法条文》的目的进一步界定此种重大联系,但在立法者认为适当的情况下,此种联系似可包括在执行国有近亲、先前的居住史、受教育经历或工作史、财产所有权或持有专业执照等。

这些选项反映了各国根据本国国内法在此方面采取的不同做法。在许多国家,被移管者必须是执行国的国民。在其他情形中,通常居住在执行国或与执行国有密切/重要联系的人也有可能实行移管。例如,大会通过的《有条件判刑或有条件释放罪犯转移监管示范条约》并不要求被判刑者必须是执行国国民才能实行移管,而是允许对那些通常居住在执行国的人实行移管。³⁸

第32条(b)款规定了被移管资格的进一步要求。其中第(二)项规定,移管需要得到判刑国、执行国和被判刑人的同意。正如《被判刑人员国际移管手册》中所指出的那样,从历史上看,被判刑人员的同意一直是实行国际移管的先决条件。此外,该《手册》还指出了以下几点:

³⁸ 大会第45/119号决议,附件,第7(a)条。

囚犯本人必须同意移管的要求确保了移管不被用作驱逐囚犯的方法或变相引渡的手段。此外,由于各国的监狱条件彼此差异很大,而且囚犯可能有非常个人的原因不希望被移管,因此似乎最好将同意要求作为移管协议的基础。通常情况下,只对那些同意移管的被判刑人实行移管更有利于囚犯的社会改造。³⁹

被判刑人的同意必须是知情和自愿的。为了确定被判刑人的同意是否属于自愿和知情的,需要被判刑人有机会咨询法律顾问。

本《示范立法条文》第32条(b)项(三)目是一项任择性要求,将两国共认犯罪规定为进行移管的先决条件。两国共认犯罪是对被判刑人员实行移管的一项常见、但并不普遍适用的要求。在某些情况下,出于人道主义原因,各国可能希望放弃两国共认犯罪的要求。执行国可能会决定让一名国民在其“本国”的监狱服刑,而不是将其留在判刑国,即使判决所针对的行为在执行国并不构成犯罪。因此,一些国家的国家立法并不自动要求两国共认犯罪,从而为此种例外情况留出了余地。在其他国家,基于本国国内法未规定为犯罪的行为去执行另一国家所作判决是不合法的,而且会使囚犯有权获释。

实例: 俄罗斯联邦

《刑事诉讼法》(俄罗斯联邦)第469、第470和第471条 - 第55章: 移交被判处剥夺自由的人员,以便在其为公民的国家服刑

第469条 移交被判处剥夺自由的人员的理由

被俄罗斯联邦法院判处剥夺自由的人员在其国籍国服刑,以及被外国法院判处剥夺自由的俄罗斯联邦公民在俄罗斯联邦服刑的移交理由,应当是法院根据授权执行刑罚的联邦执行机构提出的建议或罪犯或其代表提出的申请,以及外国主管当局根据俄罗斯联邦的国际条约或俄罗斯联邦主管当局与外国主管当局在对等原则基础上达成的书面协议所作出的决定。

第470条 法院审议与移交被判处剥夺自由的人员有关的问题的程序

1. 法院应按照本法第396、第397和第399诸条中所规定的程序和时限,并根据本条和本法第471至472诸条的要求,审议经授权执行刑罚的联邦执行机构的建议,以及罪犯、其代表或外国主管当局关于将被判剥夺自由者移交其国籍国服刑的申请。

³⁹ 毒品和犯罪问题办公室,《被判刑人员国际移管手册》(2012年),第34页。

2. 如果法院因所需数据不完整或缺乏而无法对移交罪犯问题进行审议,则法官应有权推迟审议,并要求提供缺失的数据,或在不考虑这些数据的情况下,指示俄罗斯联邦主管当局根据俄罗斯联邦某项国际条约的规定收集所需信息,并就移交罪犯问题与外国主管当局进行初步协调。

第471条 拒绝将被判剥夺自由的人员移交至其为公民的国家服刑的理由

在下列情况下,可拒绝移交被俄罗斯联邦法院判处剥夺自由的人员在其国籍国服刑:

- 1) 该人被定罪的行为没有一项按照其国籍国的法律被认定属于犯罪行为;
- 2) 所判处的刑罚因下列原因无法在外国执行:
 - a) 法定时效期限届满或因该国立法规定的其他原因;
 - b) 外国法院或其他主管当局不承认俄罗斯联邦法院作出的判决,而未能确定罪犯在外国领土上服刑的程序和条件;
 - c) 外国法院或其他主管当局所确定的罪犯服刑的条件和程序不一致;
- 3) 未从罪犯或外国收到执行所涉民事诉讼部分判决的保证;
- 4) 未就依照俄罗斯联邦国际条约所规定的条件移交罪犯达成共识;
- 5) 罪犯在俄罗斯联邦有永久居所。

实例: 坦桑尼亚联合共和国

2004年《囚犯移管法》(坦桑尼亚联合共和国)第5条 - 移管请求

[.....]

(4) 如果囚犯本人已申请被移管至坦桑尼亚服刑,或另一人已代表囚犯同意将其移管至坦桑尼亚服刑,则如果该囚犯系坦桑尼亚桑给巴尔的常住居民,部长即应在作出任何决定之前,与桑给巴尔革命政府负责监管罪犯的部长就申请事宜进行协商,如果达成一致意见,则本法的规定即应比照适用于此类移管。

(5) 在确定根据以上第(1)款提出移管请求时,除非有特殊情况,否则部长不得同意囚犯剩余刑期不足六个月的移管请求。

第33条 申请从[插入国家名称]进行移管的权利的通知

[插入主管当局]应当在判决以及判刑成为终局判决后[插入合理期限]内,通知身为与其订有移管被判刑人员协定或其他安排的国家国民并有资格被移管的被判刑人员其申请进行移管的资格。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第17条

让可能有资格被移管的外国被判刑人员了解这一程序以及他们如何申请此种移管非常重要。

第34条 从[插入国家名称]进行移管的申请

1. 在[插入国家名称]被判刑者或该被判刑者根据第32条有资格移管至的国家,可向[插入负责移管被判刑者的国家主管当局名称]提出申请,要求将被判刑者移管至该国。
2. 申请书中应包括以下内容:
 - (a) 被要求接受移管的国家的名称;
 - (b) 相关被判刑人的国籍[或其与执行国的关联]方面的资料。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第17条

本《示范立法条文》第34条第1款规定,被判刑者或其有资格被移管至的国家可申请将其移管到该国。第34条第2款规定了提出此种申请的条件。申请条件将视移管标准而有所不同。

实例：法国

《刑事诉讼法》（法国）第 728-2 条至第 728-8 条 – 第五章：被判刑人员的移管

第 728-2 条（由 2004 年 3 月 9 日第 2004-204 号法律第 162 条第一至四款插入，载于 2004 年 3 月 10 日《政府公报》，2005 年 1 月 1 日生效）。

在根据某项国际公约或协定，因执行外国法院判决而被拘留的人员被移管至法国领土，在法国服完所余刑期的情况下，相关刑罚的执行应根据本法典的规定、特别是本章的规定进行。

第 728-3 条（由 2004 年 3 月 9 日第 2004-204 号法律第 162 条第一款插入，载于 2004 年 3 月 10 日《政府公报》，2005 年 1 月 1 日生效）。

羁押中的被定罪者一旦抵达法国领土，即被带至抵达地点的地区检察官面前，由检察官申明其身份，并起草一份正式记录。然而，如果审讯不能立即进行，则被定罪者即被送往还押监狱，但该人员在那里的羁押时间不得超过 24 小时。在这一阶段结束时，监狱长应主动带该人员面见地区检察官。

地区检察官在看到证明相关国家同意实行移管和所涉人员表示同意的文件，以及外国判决书的原件或复印件并视需要附上的官方译文后，即应命令立即监禁该被定罪人员。

第 728-4 条（由 2004 年 3 月 9 日第 2004-204 号法律第 162 条第一款插入，载于 2004 年 3 月 10 日《政府公报》，2005 年 1 月 1 日生效）。

根据相关的国际公约或协定，对外国人施加的刑罚在该国内未服完的剩余部分刑期可在法国国家领土上直接和立即执行。

然而，如果所施加的刑罚在种类或时间上比法国法律对同一罪行规定的刑罚更为严厉，则地区检察官或被定罪者将所涉案件提交审理的羁押地点的惩戒法庭，应将之替换为法国法律中最为接近的相应刑罚，或应将该刑罚减至可执行的最高限度。应由该法庭裁定需予执行的刑期的类型以及在外围仍未服完的刑期内的具体刑期。

第 728-5 条（由 2004 年 3 月 9 日第 2004-204 号法律第 162 条第一款插入，载于 2004 年 3 月 10 日《政府公报》，2005 年 1 月 1 日生效）。

法院在听取检察官、被定罪人以及（如果适用）被定罪人选择的或应其要求依职权指定的辩护律师的意见后，在公开法庭上作出裁决。即使对判决提起上诉，该判决仍可立即执行。

第728-6条(由2004年3月9日第2004-204号法律第162条第一款插入,载于2004年3月10日《政府公报》,2005年1月1日生效)。

移管过程所用时间全部从在法国执行的刑期中扣除。

第728-7条(由2004年3月9日第2004-204号法律第162条第一款插入,载于2004年3月10日《政府公报》,2005年1月1日生效)。

针对在法国服刑所余刑期的执行提出的任何程序性异议均应向羁押地点的惩戒法院提出。

本法第711条的规定适用。

第728-8条(由2004年3月9日第2004-204号法律第162条第一款插入,载于2004年3月10日《政府公报》,2005年1月1日生效)。

相关判决的执行受本法条款的制约。

第35条 对移管至[插入国家名称]和移管自 [插入国家名称]人员的判决的执行

1. 就本条而言:

(a) “继续执行”是指由执行国执行判刑国所判处的刑罚,犹如该刑罚是由执行国法院所判处的一样;以及

(b) “刑期折成”是指执行国某一法院适用执行国的法律,将判刑国判处的刑期折换成执行国的刑期,以确定如果被判刑的一项或多项罪行若在执行国犯下时本应判处的刑期。

2. 根据本[法/法律/章]对从[插入国家名称]移管来的人员判决的执行可以是继续执行或者改判执行。

3. 根据本[法/法律/章]对被移管至[插入国家名称]的人员判决的执行可以是继续执行或者改判执行。

4. 在将被判刑人员移管至[插入国家名称]之前,[插入有关主管当局]必须告知判刑国根据本条第3款适用的判决执行方法。

5. 就根据本[法/法律/章]被移管至[填写国家名称]的被判刑者而言,

(a) 该人在判刑国被剥夺自由的全部时间, 包括任何审前拘留时间, 以及被判刑人获得的任何服刑时间抵免额, 均应从其服刑时间中予以扣除, 而不论是继续执行还是改判执行;

(b) 无论是继续执行抑或是转换刑期, 均不得导致所判处的刑期超过判刑国判处的刑期; 以及

(c) 不得在[插入国家名称]针对在判刑国对该人的定罪和判刑进行任何上诉或任何形式的复审。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第 17 条

需要制定立法来确保在另一个国家作出的任何判决能够在接收被判刑者的国家得到合法承认和执行。正如毒品和犯罪问题办公室编写的《被判刑人员国际移管手册》所阐明的那样, 承认/执行外国判决有两种模式: 继续执行和转换执行。该《手册》就此作出了如下解释:

持续执行指的是判刑国所作出的判决, 通过法院的裁决或行政命令, 由执行国予以执行的过程。执行国通常不会改变判决。但如果判决的性质或期限与执行国的相关法律不相符合, 或如果执行国的法律有此要求, 则执行国可对判决进行调整, 使之与本国法律针对类似罪行所规定的刑罚相符合。经过调整后的判决须尽可能与原判决一致。不得因其性质或持续时间而加重判刑国所实施的刑罚, 亦不得超过执行国法律所规定的最高刑期。实际上, 这意味着, 在继续执行的情况下, 执行国改变初始判决的权力相当有限。⁴⁰

该《手册》还对外国判决的刑期转换流程作了如下解释:

刑期转换是指执行国通过司法或行政程序, 根据判决国法院所作的事实认定, 判处新刑期的流程。执行国受到相关事实的约束, 但可在其国内法范围内作出了一项新的判决。此种判决可能不如判决国最初判处的刑罚严厉, 但也可能不会比该判决更严厉; 而且通常还会有进一步的限制。例如, [《被判刑人员移管问题》欧洲公约] 第 11 条第 1 款规定, 执行国不得将涉及剥夺自由的刑罚改为罚款形式的惩处, 而且必须从新的刑期中扣除所涉剥夺自由的全部刑期。该条还规定, 执行国

⁴⁰ 同上, 第 6-7 页。

不受其本国对类似罪行的最低刑期的约束。然而,执行国可对某一特定罪行的刑期进行调整,将其减至本国对该罪行的法定最高刑期。⁴¹

本《示范立法条文》的第35条涉及被移管至某国和从该国移管出的人员所作判决的执行问题,而且涉及判决的持续执行和转换执行。本条第1款对这些术语给出了定义。

本《示范立法条文》第35条第2款规定,对从某国移管至执行国的人员所作判决的执行可以通过继续执行或转换执行的方式进行。

第35条第3款涉及对移管给接收国的人员在该国执行判决问题。该款在起草时所涵盖的范围很广,旨在既允许继续执行也允许改判执行。实际上,这两种可能性并不总是可用的。它们可能受到进行移管所依据的特定国际协定、执行国的国内法、甚至涉及某一个体人员的移管谈判等诸多方面因素的限制。⁴² 如果这两种可能性都可用,则各国将需要自行确定在何种情况下应采用其中一种或另一种执行方法。

重要的是,任何被移管的被判刑者业已服刑的时间都应予以扣除,而且在执行国的刑期不得超过判决国所判处的刑期。关于向相关立法国进行移管的问题,本《示范立法条文》第35条第5款(a)和(b)项分别针对这些方面的事项作出了规定。

根据《有组织犯罪公约》第4条,本《示范立法条文》第35条第5款(c)项阐明,不得在执行国针对在判决国对某人的定罪或所作判决要求进行任何上诉或复审。这并不排除被判刑者有权针对关于其在执行国的监禁及其条件的决定提出任何复审或上诉申请。

实例: 澳大利亚

1997年《澳大利亚国际囚犯移管法》(英联邦) (澳大利亚) 第42条 - 澳大利亚的判刑执行情况

在根据本法将囚犯移交给澳大利亚时,总检察长可指示执行移管的国家的法庭或特别法庭对囚犯或者特别法庭对特别法庭的囚犯所判处的徒刑按以下方式执行:

(a) 对刑期或其法律性质不作任何调整,或只对刑期或其法律性质作总检察长认为确保刑期的执行符合澳大利亚法律所必需的调整(在本法中称作持续执行法);或者

⁴¹ 同上,第7页。

⁴² 同上,第48-50页。

(b) 以不同的监禁刑罚取代移交国或特别法庭所施加的刑罚 (在本法中称作转换执行法)。

实例: 加拿大

《国际移管罪犯法》(S.C. 2004, c. 21) (加拿大) 第 13、第 14 和第 15 条 - 继续执行与调整执行

继续执行

13. 对加拿大罪犯的判决将根据加拿大法律继续予以执行, 犹如罪犯已由加拿大法院定罪和判刑一样。

调整执行

14. 根据第 17(1) 条和第 18 条, 如果在部长收到移管加拿大罪犯的请求时, 外国实体判处的刑期长于加拿大法律对同等罪行所规定的最高刑期, 则加拿大罪犯只服较短的刑期。

同等罪行

15. 为对加拿大罪犯适用任何议会法案之目的, 部长在收到其移管请求时, 应确定其与加拿大罪犯被定罪的罪行相当的刑事罪行。

实例: 毛里求斯

2001 年《囚犯移管法》(毛里求斯) 第 6 条 - 移管的影响

(1) 在罪犯被移交给毛里求斯的情况下, 由移送该罪犯的指定国家的法院所记录的定罪和判刑, 以不违反第 (2) 款规定为限, 应当一律视作由毛里求斯有管辖权的法院所记录的定罪和所判处的刑罚。

(2) 根据第 (3) 款的规定, 对被移管罪犯的定罪和判刑在毛里求斯不得上诉或进行任何形式的复审。

(3) 如果对被移管的罪犯判处的刑罚因其性质或期限不符合毛里求斯法律, 则该罪犯可向分庭法官申请变更刑罚, 以使之符合毛里求斯法律; 法官在听取申请后, 应在顾及所有相关情况后给予其认为适当的司法救济。

(4) 如果分庭法官决定改变所判刑罚 -

(a) 该法官须在指定国家所作判决中列述的事实调查结果的制约;

- (b) 该法官不得将涉及剥夺自由的刑罚改为罚款处罚；
- (c) 该法官应扣除罪犯已被剥夺自由的全部时间；
- (d) 该法官不受毛里求斯法律对所犯罪行规定的任何最短刑期的制约。

实例：乌克兰

《刑事诉讼法》(乌克兰)第602、第603和第604条 - 对外国法院判决的承认和执行以及被判刑人员的移管

第602条 执行外国法院判决的依据和程序

1. 在乌克兰最高拉达[最高委员会/议会]同意受其约束的乌克兰国际条约规定的情形中和范围内,外国法院作出的判决可在乌克兰境内得到承认和执行。
2. 在没有国际条约的情况下,在决定移管被判刑人员继续服刑问题时,可适用本章的规定。
3. 关于执行外国法院判决的请求,除对被判刑人员的移管请求外,应由乌克兰司法部在收到请求后三十天内予以考虑。如果所收到的请求和相关补充材料系以外文撰写,则这一时限应延长至三个月。
4. 在根据本条第三部分审议执行外国法院判决的请求时,乌克兰司法部应确定根据乌克兰的相关国际条约,是否有理由批准执行判决的请求。为此目的,乌克兰司法部可在乌克兰或从有关外国主管当局要求并获得必要的材料和信息。
5. 经确定承认和执行相关请求符合乌克兰国际条约的规定后,乌克兰司法部应将承认和执行外国法院判决的请求连同所获得的材料一并转交一审法院。
6. 如果请求被拒绝,则乌克兰司法部应就此通知提出请求的外国主管当局,并对拒绝的理由作出解释。
7. 外国法院作出的缺席判决,即在有关人员没有参与刑事诉讼的情况下作出的判决,除非向被判刑者送达了判决书副本并给予其对判决提出质疑的机会,否则在乌克兰不予执行。如果执行外国法院作出的判决与乌克兰根据其国际条约承担的任何义务相抵触,则可拒绝执行这一判决的请求。

8. 关于承认和执行外国法院在民事诉讼中作出的判决问题,应根据《乌克兰民事诉讼法》的规定予以处理。

9. 在乌克兰最高拉达[最高委员会/议会]同意受其约束的乌克兰国际条约作出规定的情形中,如果外国法院判决处以监禁刑罚,则乌克兰司法部即应向检察官发送本条规定的请求书的核证副本,并请求调查法官采取限制措施,直至决定执行外国法院的判决为止。

第603条 由法院考虑执行外国法院判决的问题

1. 乌克兰司法部所提出的执行外国法院判决的申请应在收到申请之日起一个月内由初审法院予以审议,该法院的属地管辖权包括被定罪人的居住地或其最后为人所知的居住地,或该人财产的所在地,或在以上信息均不明确的情况下,乌克兰司法部所在地。

2. 如果被判刑者身在在乌克兰境内,则应在法院审理之日通知该人。该人可得到律师的帮助。听证会应在检察官的参与下举行。

3. 在审议乌克兰司法部关于执行外国法院判决的申请时,法院应核实乌克兰最高拉达[最高委员会/议会]同意接受其约束的乌克兰国际条约的要求是否已得到遵守。在此种情形中,法院不应对外国法院判决中所确定的事实情况进行核实,亦不应就该人的罪行问题作出裁决。

4. 法院应根据审判结果作出裁决,以便:

1) 执行外国法院的全部或部分判决。在此种情况下,法院将根据《乌克兰刑法典》中确定相关判决所涉罪行的刑事责任的条款,裁定处罚的哪一部分可以在乌克兰执行,并就相关的适用限制措施问题作出决定,直至裁决生效;

2) 拒绝执行外国法院的判决。

5. 如果需要补充核实信息,法院可裁定延期审理并获取补充材料。

6. 该人在乌克兰被羁押期间与审议执行外国法院判决的请求有关的时间,均应计入根据本条第四部分第1款所确定的总刑期。

7. 在决定执行外国判决时,法院可同时决定对所涉人员采取限制措施。
8. 法院应将裁决副本送交乌克兰司法部,并送达被外国法院判决有罪的人员。
9. 相关请求机构、相关事项的裁决对象或检察官可在对关于执行外国法院判决的上诉程序中对法院的裁决提出上诉。

第604条 外国法院判决的执行

1. 有关执行外国法院判决的裁决应依照本法典的规定予以执行。
2. 乌克兰司法部应将外国法院判决的执行结果通知请求方。

实例: 美利坚合众国

《美国刑法典》(美利坚合众国)第18编,第306条和第4105条 - 服刑罪犯的移管

(a) 除非本条另有规定,在外国服刑并移交給总检察长羁押的罪犯,应按照与美国法院在量刑院所规定的期限内交付总检察长羁押的罪犯相同的条件和期限,继续由总检察长予以羁押。

[.....]

第七章

国家协调与预防

至关重要的是,对犯罪的刑事司法对策应当着力基于同样的重点,即首先应当预防这些犯罪的发生。

预防跨国有组织犯罪的目标正是《有组织犯罪公约》的核心所在。正如《公约》第1条所述,“本公约的宗旨是促进合作,以更有效地预防和打击跨国有组织犯罪”。“预防犯罪”包括各种战略和措施,旨在通过干预影响犯罪的多重原因,减少犯罪发生的风险及其对个人和社会的潜在有害影响,包括对犯罪的恐惧感。⁴³

缔约国应努力在其与有组织犯罪有关的立法、政策和方案中纳入实质性积极预防犯罪的内容,而不应仅限于反应性或与安全有关的措施。

经济及社会理事会第2002/13号决议所附的《预防犯罪准则》规定了对有效预防犯罪至关重要的以下七项基本原则。

政府领导。各级政府应在制定有效的和人道的预防犯罪战略以及建立和维护实施和审查这些战略的体制框架方面发挥领导作用。

社会经济发展与包容。预防犯罪方面的考虑应纳入所有相关的社会及经济政策与方案之中,包括旨在应对失业、教育、卫生、住房和城市规划、贫困、社会边缘化和排斥诸方面问题的政策和方案。

合作与伙伴关系应是预防犯罪的一个组成部分,鉴于导致犯罪的原因是多种多样的,因此解决犯罪问题所需要的技能和责任也要多样化。

⁴³ 经济及社会理事会第2002/13号决议,附件,第3段。

可持续性¹与问责制。预防犯罪需要充足的资源,包括为各个机构和活动提供资金,才能持续下去。

知识基础。预防犯罪战略和政策应建立在关于犯罪问题、其所涉多种原因以及有希望和行之有效的做法的广泛、多学科知识基础之上。

人权、法治和守法文化。各国所加入的国际法律文书中承认的人权必须在预防犯罪的所有方面都得到承认和尊重。

相互依存。国家预防犯罪工作的研判和战略应考虑到当地犯罪问题与跨国有组织犯罪之间的联系。

下列示范立法条文即反映了这些基本原则,其中建议设立一个国家委员会,专门负责协调打击有组织犯罪的各项措施(第36条),系统性地收集和分析与有组织犯罪的严重程度和特点有关的数据,以及为预防和打击有组织犯罪而制定的各种法律和切实措施(第37条)。

第36条 国家协调委员会

1. [插入相关的部长]应设立一个拟由[插入各相关机构]的官员和[插入其他相关组织和非政府组织和(或)服务提供商]的代表共同组成的国家协调委员会。
2. 该国家协调委员会应负责制定、协调、监测和评估本国为预防一切形式有组织犯罪而采取的对策,包括为此目的进行数据收集、分析和交流、制定预防方案、开展教育和培训,以及促进各政府机构、国际组织和相关非政府组织之间的机构间和多学科合作。
3. 该国家协调委员会将每年向[相关部长/议会]报告其开展活动的情况。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款:第28、第29、第30和第31条

《预防犯罪准则》建议优先建立一个负责执行预防犯罪政策的常设中央机构;这项建议在《预防犯罪准则手册:使其发挥作用》中作了进一步阐述:

在国家一级,各国可选择将预防犯罪的责任归入某一部委,诸如交给司法部或负责公共安全的部委等,或归入一组部委,或单独设立一个高级别的机构。常设中央机构的作用是发挥领导作用,与其他政府部门、其他各级政府和民间社会合作

制定国家计划,并实施和监督该计划。中央政府为下级政府的行动提供便利。在某些情况下,各国已选择颁布立法支持国家计划,并要求其他部门与中央机关合作。在所有情形中,计划的执行都需要资源。⁴⁴

本《示范立法条文》第36条建议,在实施《有组织犯罪公约》的背景下,可考虑采取建立中央国家协调委员会或协调机构的类似做法。《公约》第31条要求缔约国采取某些旨在预防有组织犯罪的具体步骤。要履行这些义务,就需要政府和民间社会采取行动,以及开展相当程度的协调与合作。预计这些具体措施将属于国家协调委员会或机构的更广泛职权范围。该委员会或机构将主要负责协调各利益攸关方的行动,确保适当分享相关信息,避免工作重复,并监测预防犯罪活动的影响和成效。国家协调委员会或机构可能还需要努力与其他现行机构进行协调,例如那些负责执行《有组织犯罪公约》三项议定书中的一项或多项议定书的机构。

实例: 加拿大

在加拿大,国家协调委员会及其五个区域/省级协调委员会分别在不同级别开展工作,以打击有组织犯罪为目标在执法机构和公共决策者之间建立联系。

国家协调委员会负责确定国家公共政策问题,制定打击有组织犯罪的国家战略和举措,并就组织犯罪活动的性质、范围和影响向联邦、省和地区由副部长组成的有组织犯罪问题指导委员会提供咨询。该协调委员会提供了一个全国性论坛,使加拿大执法界所关注的问题和担忧能够引起法律、政策和司法人员的注意。

区域/省级协调委员会有各自的区域和业务工作重点。这些委员会负责查明问题并制定打击有组织犯罪的战略,就各自管辖范围内有组织犯罪活动的性质、范围和影响提出建议,并与国家协调委员会联络。区域/省级协调委员会向国家协调委员会传达业务和执法方面的需求及关切,作为执法机构与官员以及公共决策者之间的桥梁发挥作用。

如需了解更多信息,请访问网站www.publicsafety.gc.ca。

⁴⁴《预防犯罪准则手册:使其发挥作用》,《刑事司法手册系列》(联合国出版物,2010年),第30页。

第37条 数据收集与分析

国家协调委员会应制定专题研究方案,包括收集和公布与第36条第2款规定的任务有关的问题的统计资料、其他数据和信息。这包括但不限于以下内容:

- (a) 对有组织犯罪的根本原因进行的分析研判;
- (b) 有组织犯罪集团的结构、组织、成员构成和规模;
- (c) 有组织犯罪集团所实施的犯罪活动或与之相关的犯罪行为;
- (d) 威胁评估、地方安全审计以及受害情况调查;
- (e) 根据本[法/法律/章]所适用的罪行提出起诉和定罪的数目;
- (f) 与本[法/法律/章]所适用的犯罪有关的追回资产和没收收益情况;
- (g) 参与有组织犯罪的专业团体和技术;
- (h) 预防和应对有组织犯罪的现行国家和国际法律、政策和措施的效力和效率;和
- (i) 遵守国际义务,包括人权标准的情况;以及
- (j) 用于侦查、打击和预防有组织犯罪的财政和人力资源数据,包括对执法官员的培训。

评注

《有组织犯罪公约》的相关条款: 第28条

缺乏数据收集和分析的情况严重阻碍了有效预防和打击有组织犯罪的努力。缺乏关于有组织犯罪的严重程度和特征的全面数据直接影响了负责执行现行立法的人员的能力。数据收集和分析对于评估政策、立法和执法方案的影响和效率以及向决策者和立法者提供反馈至关重要。如果不了解问题的规模和性质,就无法采取适当的措施和分配适当的资源来预防和打击有组织犯罪。没有准确的信息和分析,就无法确定预防战略,打击犯罪的活动也因此会受到影响;如果信息不足就会妨碍对罪犯进行有效起诉。

《有组织犯罪公约》第28条确认,信息收集和交换对于制定关于预防和应对跨国有组织犯罪的健全循证政策至关重要。本《示范立法条文》第37条建议,根据第36条设立的国家协调委员会应设立并监督执行专题研究方案,以收集和分析关于一系列有组织犯罪相关问题的数据和其他信息。这些专题包括此类犯罪的严重程度和表现形式及其受害者,以及为

打击有组织犯罪而通过的法律和其他措施。其中 (a) 至 (j) 项中所列清单并非详尽无遗, 需视有组织犯罪的规模和类型而定, 清单可以不断扩充。

此外, 一些国家的研究所不仅是负责犯罪原因研究的协调中心, 而且也是预防犯罪研究的协调中心。虽然建立一个研究所可能超出了一些国家的资源范围, 但通过例如国家与大学等现有研究机构之间的伙伴关系, 有可能取得类似的结果 (即提供关键数据, 以及为预防犯罪工作提供所需信息等)。

实例: 荷兰

在荷兰, 研究和文献中心是司法和安全部下属的知识中心。该中心为政策和执行目的自行开展独立的科学研究, 或委托其他机构开展研究。详情请见网站 <https://english.wodc.nl>。

荷兰犯罪和执法研究所针对犯罪和执法问题开展基础科学研究, 并在理论、政策和实践的界面运作。如需了解详情, 请见网站 <https://nscr.nl/en/>。

附件

本附件转载了联合国毒品和犯罪问题办公室于2008年拟定的《证人保护示范法》案文。¹ 在修订《打击有组织犯罪示范立法条文》期间, 未对《证人保护示范法》进行修订。

《证人保护示范法》(2008年)

第1条 范围

本法的目的是为确保代表国家向持有重要信息、由于与检方合作而面临潜在风险或恐吓的人员提供特别保护而规定条件和程序。

第2条 证人保护机关和保护单位

- (1) 兹设立证人保护方案(简称: 方案)。方案应由证人保护机关(简称: 保护机关)管理。
- (2) 应设立专门秘密保护单位(简称: 保护单位)对方案所包括的人员提供保护。
- (3) 保护机关的职责除其他外应包括:
 - (a) 就纳入和移出方案作出决定;
 - (b) 就拟适用的保护措施类型作出决定, 同时顾及保护单位的任何建议;
 - (c) 为方案的筹资提交预算;
 - (d) 就方案的一般运作、执行情况和有效性编拟年度报告, 条件是不妨碍方案的有效性或安全性;

¹ 在CTOC/COP/WG.2/2013/2的附件一中重新发布。

- (e) 开展为执行方案所必要的任何其他活动。
- (4) 保护机关在作出适当决定和适用保护措施方面应当具有独立性。

第3条 其他受保护人

除第1条规定的受保护人外,本法还适用于家人或因与受保护人的关系或密切联系而生命或安全有风险的其他人。

第4条 保密

- (1) 与方案有关的所有方面均应以高度保密的方式予以处理。
- (2) 保护机关、保护单位以及任何其他知晓保护措施情况或曾参与拟订、发布或执行该措施的机构或个人应当为所涉记录保密。这包括限制向其他公共或私人机构转交资料。
- (3) 披露与方案或保护措施有关的任何信息均应被作为严重犯罪受到惩处,但经授权的和为保护相关人员所必要的披露除外。

第5条 与各机构的合作

- (1) 各国家机构应就任何与执行和管理方案有关的事项与保护机关进行合作,以及有义务为方案的设立和执行向保护机关提供最快捷和有效的合作。
- (2) 在执行方案时,保护机关可与个人、私营部门、私人机构和非政府组织订立协定,以利用其服务。

第6条 接纳程序

- (1) 纳入方案由调查人员、检察官或进行调查的法官提出请求来启动。
- (2) 请求书应毫不延迟地转交保护机关,其中含有第7条所要求的所有信息以及关于纳入方案的必要性和缺乏必要性的详细意见。
- (3) 保护机关应当尽快处理请求书并达成决定。

第7条 接纳标准

纳入方案应依据下列因素:

- (a) 寻求受保护人予以合作所针对的犯罪的严重性;
- (b) 在用于调查或起诉犯罪的证据没有其他来源的情况下受保护人的证言的重要性;
- (c) 受保护人的安全受到威胁的严重程度;
- (d) 受保护人适应方案的能力,同时顾及该人的成熟程度、判断能力、其他人格特点以及受保护人的家庭关系。

第8条 接纳决定

- (1) 纳入方案应仅由保护机关予以决定,需要证人作出知情的同意。
- (2) 纳入方案不应被用于奖赏受保护人在刑事调查和起诉中给予的合作或获得经济利益。

第9条 保护措施

- (1) 保护机关决定的保护措施应与风险程度相称,并可包括:
 - (a) 人身保护;
 - (b) 转移;
 - (c) 改变身份;
 - (d) 为确保受保护人的安全所必要的任何其他措施。
- (2) 为支持方案,保护机关可请法院在法庭作证期间执行保护措施,例如闭庭、使用匿名,以及视频会议,让证人在更安全的地点作证,或者使证人的面部形象或声音变得模糊不清或失真。
- (3) 保护机关还可就提供支助措施以使证人融入方案作出决定。

第10条 谅解备忘录

- (1) 受保护人在与保护机关签署谅解备忘录后即应被纳入方案。
- (2) 谅解备忘录不是一个有法律约束力的契约,不可在司法诉讼程序中受到质疑。
- (3) 备忘录提供将在方案上适用的自愿条件的通告,应至少详述:
 - (a) 供列入方案的条款和(或)条件;
 - (b) 第9(一)条所述的经授权的所有一般类别保护措施;
 - (c) 资金和其他物资支助;
 - (d) 证人同意遵守保护机关作出的所有指示,包括进行生理和心理检查;
 - (e) 受保护人同意不损害方案的健全性或安全性;
 - (f) 受保护人同意披露所有法律责任和财务义务,并还同意如何履行这些义务和责任;

(g) 受保护人同意向保护机关披露任何以前的或即将发生的刑事诉讼、民事诉讼或破产诉讼, 以及所知晓的一旦其被方案接受即可能发生的任何诉讼;

(b) 允许保护机关将受保护人从方案中移出的条件。

第11条 从方案中移出

(1) 保护机关应根据下列条件将受保护人从方案中移出:

(a) 受保护人书面放弃任何进一步的保护;

(b) 保护措施的必要性不复存在。

(2) 保护机关可根据下列条件将证人/受保护人从方案中移出:

(a) 受保护人违反了谅解备忘录的条款;

(b) 受保护人故意向调查机关、检察机关或保护机关提供了虚假或令人误导的信息;

(c) 受保护人从事有损于方案健全性的行为, 未能遵守方案的规则, 或者未能遵行保护单位所有合理的要求和指示, 即为受保护人提供保护的政府官员和雇员的要求和指示;

(d) 受保护人犯了罪;

(e) 受保护人拒绝与司法程序合作和随时按要求完全、真诚地公开作证。

第12条 应急措施

(1) 在受保护人即将遭受威胁或危险的情况下, 保护机关可临时采取第9条所述措施, 情况的紧急性需要加以证实。

(2) 这些措施应在紧急情况结束后或经保护机关决定证人没有资格被纳入方案后终止。

(3) 采取应急措施不意味着被纳入方案。

第13条 国际合作

保护机关或保护单位有权就与转移受保护人及其他保护措施与相关外国机关、国际刑事法院或法庭以及其他区域或国际实体订立保密协定。

第14条 预算

国家应在本国预算中列有对方案的筹资和运作的必要拨款。

第15条 申诉程序

应当对受保护人和从事保护工作的人员的申诉的提出和解决规定保密程序。

第16条 免责

保护机关、保护单位或者第5条规定的任何机构或其雇员对于在履行本法赋予的权力时善意作为或不作为所涉及的各种诉讼不应承担责任。



UNODC

联合国毒品和犯罪问题办公室

Vienna International Centre, P.O. Box 500, 1400 Vienna, Austria

电话: (+43-1) 26060-0, 传真: (+43-1) 26060-5866, www.unodc.org