



腐败犯罪刑事程序研究

Criminal Procedure in Crimes of Corruption

吴高庆等 著



腐败犯罪刑事程序研究

Criminal Procedure in Crimes of Corruption

吴高庆等 著

图书在版编目(CIP)数据

腐败犯罪刑事程序研究 / 吴高庆等著. —北京:
法律出版社, 2016. 11

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0234 - 2

I. ①腐… II. ①吴… III. ①职务犯罪—刑事诉讼—
研究—中国 IV. ①D925.218.04

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 265239 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/刘旭

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/720 毫米×960 毫米 1/16

印张/14.25 字数/229 千

版本/2016 年 12 月第 1 版

印次/2016 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0234 - 2

定价:38.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录 Contents

第一章 腐败犯罪刑事程序导论 / 1

一、腐败犯罪刑事程序的概念 / 1

(一) 刑法视阈下腐败犯罪的语义边界 / 1

(二) 腐败刑事程序的含义解读 / 7

二、建立腐败犯罪刑事程序的必要性和可行性 / 10

(一) 建立腐败犯罪刑事程序的必要性 / 10

(二) 建立腐败犯罪刑事程序的可行性 / 12

三、腐败犯罪刑事程序的构建原则 / 14

(一) 正当法律程序原则 / 15

(二) 程序谦抑原则 / 16

(三) 司法协助原则 / 17

第二章 腐败犯罪异地管辖制度 / 18

一、腐败犯罪异地管辖的基础理论 / 18

(一) 管辖理论及其制度轮廓 / 18

(二) 腐败犯罪异地管辖的必要性与程序性价值 / 22

二、司法实务中的腐败犯罪异地管辖 / 34

(一) 腐败犯罪异地管辖的缘起 / 34

(二) 2004 ~ 2015 年腐败犯罪异地管辖概况 / 35

(三) 司法实务中异地管辖的特点 / 39

三、腐败犯罪案件异地管辖的实践启示 / 47

(一) 学术领域的相关理论争点 / 47

(二) 争议原因的深层解读 / 48

(三) 异地管辖制度化的现实条件 / 49

四、腐败犯罪异地管辖制度的改革与完善 / 51

(一) 跨国语境下刑事异地管辖略览 / 51

(二) 总体蓝图 / 52

(三) 具体路径 / 53

第三章 特殊侦查手段在腐败犯罪案件中的运用 / 59

一、特殊侦查手段概念的界定及其种类 / 60

- (一)特殊侦查手段的概念 / 60
- (二)特殊侦查手段与有关概念的区别 / 60
- (三)特殊侦查手段特征 / 61
- (四)特殊侦查手段的种类 / 62

二、腐败犯罪案件运用特殊侦查手段的重要价值 / 68

- (一)反腐败斗争的实际需要 / 68
- (二)履行《联合国反腐败公约》义务的需要 / 69
- (三)国际合作惩治腐败犯罪的需要 / 71

三、域外在腐败犯罪案件中运用特殊侦查手段的立法及实践 / 73

- (一)国外在腐败犯罪案件中运用特殊侦查手段的立法模式 / 73
- (二)域外在腐败犯罪案件中运用特殊侦查手段的立法及实践 / 75

四、我国腐败犯罪案件运用特殊侦查手段存在的困境 / 82

- (一)特殊侦查手段在我国的立法现状 / 82
- (二)检察机关运用特殊侦查手段的现实困境 / 85

五、“技术侦查措施”存在的问题 / 88

- (一)“技术侦查措施”这一名称不准确 / 88
- (二)“根据侦查犯罪的需要”这一适用条件规定模糊 / 89
- (三)“批准手续”的规定不够完备 / 89
- (四)未明确规定特殊侦查措施的种类 / 90
- (五)缺乏针对特殊侦查手段运用不当的救济措施 / 91

六、完善“技术侦查措施”若干建议 / 91

- (一)由“特殊侦查措施”代替“技术侦查措施” / 91
- (二)明确适用条件,强调最后手段性原则 / 92
- (三)细化“批准手续”的相关规定 / 93
- (四)明确列举特殊侦查措施的种类 / 94
- (五)特殊侦查手段运用不当的救济措施 / 94

第四章 腐败犯罪的起诉和审判程序 / 97

一、腐败犯罪案件的起诉、审判的基本原则 / 97

- (一)腐败犯罪惩罚的罪刑相适应原则 / 97
- (二)保持司法特权与有效侦查、起诉、审判的平衡原则 / 97
- (三)腐败犯罪执法措施的最大成效原则 / 98

二、完善腐败犯罪案件的起诉制度 / 99

三、完善腐败犯罪案件的审判制度 / 100

(一)对腐败犯罪人的相关规定 / 100

(二)对腐败所得财产的相关措施 / 101

四、完善腐败犯罪案件的制裁制度 / 103

(一)对腐败犯罪人的相关制裁 / 103

(二)对腐败替代财产进行没收 / 104

五、消除腐败行为的后果 / 105

(一)促使犯罪的人重新融入社会 / 105

(二)《联合国反腐败公约》对消除腐败行为后果的规定 / 106

(三)建立与《联合国反腐败公约》相适应的制度 / 106

第五章 腐败犯罪案件证据转化制度:以贿赂案件为例 / 110

一、贿赂犯罪案件证据的特点 / 110

二、贿赂犯罪案件证据转化的理论基础 / 112

三、贿赂犯罪案件证据转化的法律基础 / 113

四、贿赂犯罪案件初查证据的转化 / 114

(一)初查制度的形成和司法实践 / 114

(二)初查的合理性与合法性 / 116

(三)贿赂犯罪案件初查证据的证据能力 / 118

(四)贿赂犯罪案件初查证据的转化方式 / 122

五、贿赂犯罪案件纪检监察机关调查证据的转化 / 125

(一)贿赂犯罪案件纪检监察调查的实践 / 125

(二)贿赂犯罪案件纪检监察调查证据的证据能力 / 126

(三)贿赂犯罪案件纪检监察调查证据的转化规则 / 128

(四)贿赂犯罪案件纪检监察调查证据的转化方式 / 129

第六章 腐败犯罪证明制度 / 133

一、腐败犯罪证明制度的理论解读 / 134

(一)腐败犯罪证明制度的概念界定 / 134

(二)腐败犯罪证明制度的理论和实践价值 / 135

(三)腐败犯罪证明制度的特殊性 / 136

二、域外腐败犯罪证明制度 / 141

(一)香港地区腐败犯罪证明制度 / 141

(二)新加坡腐败犯罪证明制度 / 142

(三)南非腐败犯罪证明制度 / 143

- (四)英国腐败犯罪证明制度 / 143
- (五)《联合国反腐败公约》有关腐败犯罪证明的规定 / 144
- (六)上述国家和地区腐败犯罪证明制度对我国的启示 / 145
- 三、我国腐败犯罪证明制度存在的缺陷和不足 / 146
 - (一)未明确规定在腐败犯罪中适用推定制度 / 146
 - (二)未明确规定污点证人作证豁免制度 / 148
 - (三)频繁应用书面证言制度,证人极少出庭 / 151
 - (四)证人、举报人、被害人保护制度不力 / 152
- 四、完善我国腐败犯罪证明制度的若干对策 / 157
 - (一)建立适度的推定制度 / 157
 - (二)建立污点证人作证豁免制度 / 161
 - (三)完善相关制度以提高证人出庭作证率 / 165
 - (四)完善证人、举报人和被害人的保护制度 / 167
 - (五)完善腐败犯罪证据审查判断制度 / 172

第七章 腐败犯罪违法所得没收程序 / 174

- 一、腐败犯罪违法所得没收程序的基本理论 / 174
 - (一)腐败犯罪违法所得没收程序的概念界定 / 175
 - (二)腐败犯罪违法所得没收程序的主要特征 / 177
 - (三)腐败犯罪违法所得没收程序的理论基础 / 178
 - (四)腐败犯罪违法所得没收程序的设立意义 / 180
- 二、域外有关立法与实践及对我国的启示 / 181
 - (一)美国民事没收制度 / 181
 - (二)英国民事追索制度 / 183
 - (三)新加坡《没收贪污所得法》 / 184
 - (四)《联合国反腐败公约》中有关腐败财产没收的规定 / 185
 - (五)域外立法对我国的启示 / 186
- 三、我国腐败犯罪违法所得没收程序需要解决的问题 / 188
 - (一)腐败犯罪违法所得没收程序与正当程序的矛盾 / 188
 - (二)腐败犯罪违法所得没收程序在我国刑事诉讼法中的地位 / 189
 - (三)腐败犯罪违法所得没收程序的适用范围 / 190
 - (四)腐败犯罪违法所得没收程序的启动条件 / 191
 - (五)腐败犯罪违法所得没收程序的证明标准 / 192
 - (六)腐败犯罪违法所得没收程序的保障措施 / 192
 - (七)审判后境内外财产的处理情况 / 193

四、完善我国腐败犯罪违法所得没收程序的建议 / 194
(一) 完善腐败犯罪违法所得没收程序的具体程序 / 194
(二) 针对不同类型财产分别设置没收程序 / 198
(三) 明确违法所得没收程序的适用范围及证明标准 / 200
(四) 腐败犯罪违法所得没收程序的相关保障措施 / 203
(五) 明确错误对财产采取措施造成损害的赔偿措施 / 206

参考文献 / 207

后记 / 217

第一章 腐败犯罪刑事程序导论

腐败是人类社会的“毒瘤”，是社会久治难愈的“痼疾”。自从人类社会出现了政权，腐败现象几乎成为执政的伴生物。腐败既是一种社会历史现象，又总是跨越社会形态、社会制度而存在。无论是封建社会、资本主义社会，还是社会主义社会，都面临腐败与反腐败的问题。在当今世界，随着经济全球化进程的加快，腐败犯罪日渐猖獗。它破坏经济运行、危害国家稳定、毁坏公共信誉、损害社会公平正义。我国自从改革开放以来，随着经济社会的发展，社会中的腐败现象也越来越严重。党的十八届四中全会报告指出：“深入开展党风廉政建设和反腐败斗争，严格落实党风廉政建设党委主体责任和纪委监督责任，对任何腐败行为和腐败分子，必须依纪依法予以坚决惩处，决不手软。”特别是党的十八大以来，以习近平为总书记的中央领导集体更是以强烈的历史责任感、深沉的使命忧患感、顽强的意志品质推进党风廉政建设和反腐败斗争，以“猛药去病、重典治乱”的决心，以“刮骨疗伤、壮士断腕”的勇气，惩治腐败犯罪。

然而，腐败犯罪与普通犯罪相比较，无论是从主体还是从案件性质来看都极具特殊性。如果仅适用一般的诉讼程序很难对腐败犯罪进行强有力的打击，所以对腐败犯罪案件的刑事程序应有特殊的要求。《联合国反腐败公约》第30~42条规定了关于腐败犯罪的特别规定，主要包括污点证人作证豁免制度、证人以及举报人保护制度、建立专职反腐败机构、侦查一体化、对被告人缺席审判等各项刑事程序方面的制度。这对我国构建腐败犯罪刑事程序具有很大的启示作用。

一、腐败犯罪刑事程序的概念

（一）刑法视阈下腐败犯罪的语义边界

“语言是……一个意义结合的符号系统，是一个变动的意义结合的结构系统。”^①法律借助语言来表达，并借助语言得以存在。可以说，“思想离开了词的表达，只是一团没有定型的、模糊不清的浑然之物”。^②无论是程

① 陆俭明、沈阳：《汉语和汉语研究十五讲》，北京大学出版社2004年版，第2页。

② [瑞士]索绪尔：《普通语言学教程》，高明凯译，商务印书馆1999年版，第157页。

序法还是实体法,都是由一系列语词构成的有意义的规范系统。事实上,学术研究中最困难的事情往往不在于寻找一个问题的发生根源、内部症结和变化机理,而在于如何定义所涉及的原始概念。因此,对于核心语词的概念界定就如万丈高楼的基石一般重要。要研究腐败犯罪的程序问题,首先必须从刑事法治上界定腐败犯罪的内涵和外延,这是分析腐败犯罪程序问题的逻辑起点。正如邓小平同志所说,反对腐败,加强廉政建设,“还是要靠法制,搞法制靠得住些”。^①

“腐败”虽是目前新闻媒体和人们话题中最为流行的词汇之一,但在目前的学术研究中,对于这一概念还存在许多模糊的认识,国内对腐败的概念尚未形成一个完全统一的标准和界定。在核心概念尚未厘清和明确的情况下,腐败犯罪立法体系研究难以有效开展,腐败犯罪特别法的立法进程也受到阻碍。

1. 权力与腐败的关系解读

德国政治经济学家和社会学家马克思·韦伯(Max Webber)认为权力是一个人或一些人在某一社会活动中,甚至是在不顾其他参与这种行动的人进行抵抗的情况下实现自己意志的可能性。英国著名哲学家罗素曾经试图证明:“在社会科学上权力是基本概念,犹如在物理学上能是基本的概念一样。”^②权力起源于维护社会公众利益和社会公共生活秩序的需要,究其本质而言,权力是一种公共意志,是一种组织社会秩序、控制社会资源和支配社会财富的力量。^③1887年,英国历史学家阿克顿勋爵(Lord Acton)在给曼黛尔·格雷夫顿主教(Bishop Mandell Greighton)的一封信中说过这样一句话:“权力倾向于腐败,并且绝对的权力,就是绝对的腐败。”^④不难看出,腐败与权力具有极其密切的联系。从逻辑角度思量“权力倾向于腐败”这个经验命题,我们会发现这个命题不具备像“如果 $A > B$,并且 $B > C$,那么就必然有 $A > C$ ”那样的不证自明性。一个经验命题在空间范围和时间尺度上的价值会因为自然与社会事实的复杂性和恒变性而趋向于有限,用出生在奥地利、后定居英国的科学哲学家卡尔·波普尔(Karl Popper)所持的观点来解释,就是全称命题在逻辑上只能被证伪,而不能被证实。^⑤因此,这个命题需要分析和证明才能为人们理性而非盲目地接受。

① 中共中央文献编辑委员会:《邓小平文选》(第3卷),人民出版社1993年版,第163页。

② [英]罗素:《权力论》,吴有三译,商务印书馆1991年版,第4页。

③ 禹建柏:“简论预防腐败的权力制约路径”,载《湖南社会科学》2007年第3期。

④ George Seldes: *The Great Thoughts*, Ballantine Books, 1985, p. 3.

⑤ [英]K. R. 波普尔:《科学发现的逻辑》,科学出版社1986年版,第14~17页。

就比如,关注权力滥用和以权谋私的人会容易认可这种观点,而看重权力在维护社会秩序、整合社会资源方面积极作用的人则不见得接受。事实上,权力的可交换性和不平等性使得其内在地存在一种异化可能性和不断增值性。当然,并非每种权力都必然导致腐败,权力腐败是权力异化^①的极端表现。因此,权力与腐败是有巨大关联的,腐败是权力与私欲的私生子,腐败现象离不开公共权力的中轴。权力的腐败从法理上分析是对责任的放弃或是对权利的倾注,即权力腐败是权力的非责任化和权利的权力化。^②我们在法律意义上予以界定的腐败,可以说即等同于权力腐败,只有涉及公共权力的腐败,才需要动用刑事法律予以打击。一般意义上的道德腐败、生活腐败等尚不足以启用国家的司法资源进行惩戒。当权力主体背离权力的设置目的,通过肆意扩张权力来谋取私人利益的时候,就形成了我们所说的腐败。

2. 刑法语境下腐败的概念界定

鉴于社会转型期腐败不仅是个法律问题,同时也是经济问题,更是政治问题和社会问题,我们必须从政治学、经济学、法学和社会学等多视角审查腐败现象,才能得出一个较为科学合理的“腐败”和“腐败犯罪”的定义。但是,也正是因为腐败涉及社会领域的方方面面,基于不同的视角、层次来定义时也会产生不同的侧重点,因而很难得出统一的概念和结构。这也就是为什么丹佛大学教授彼得·德莱昂会引用约翰斯顿的话表达出以下观点:由于对“谁,在什么时候,得到了什么,怎样得到”等问题有争议,因此对腐败下定义是件困难的事情,我不应该期望在腐败与非腐败行为之间找到一种明显的区别。^③诸多前辈尚难驾驭的概念界定,对于才疏智浅的笔者而言,更是难以全方位把握其精髓。但是,在多维度综合考量了各个时期、各个领域、各个国家对“腐败”的各种定义后,结合腐败犯罪的复杂性、刑事法律的谦抑性以及程序法的特殊性,我们认为对程序完善所涉及的“腐败犯罪”一词的界定应当基于这样一个前提:将腐败犯罪从刑事法律体系中分离出来,成立一部特别刑事法律。这部单行法应当包括实体和程序两部分,既适用《刑法》和《刑事诉讼法》一般性规定,也有自己独特的法律规范。对于腐败犯罪的界定最核心的部分还在于从刑法角度对“腐败”

① 权力的异化,即掌有权力的个体的人,背离所拥有的权力确定的初衷,使权力部分地私有或为己所用,谋取个人的或小集团的利益。

② 王勇飞、刘金国:《反腐法治论》,高等教育出版社2003年版,第6页。

③ 第七届国际反贪污大会组委会秘书处学术部:《第七届国际反贪污大会文集:反贪污与社会的稳定和发展》,红旗出版社1996年版,第29页。

一词的解读。一般而言,腐败,可以从三个层次予以论述:

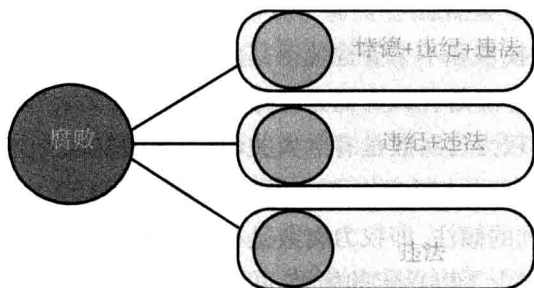


图1 腐败概念的三个层次

(1)最广义的定义:任何为谋取私人利益而违背社会法律、纪律和道德的行为。(最广义:违法+违纪+悖德)

(2)广义的定义:腐败控制论中常采用此种定义即腐败就是公职人员或者组织不合目的地行使公共权力,为谋取私人利益而实施的严重违反党纪、国法的行为。(广义:违法+违纪)

(3)狭义的定义即腐败就是公职人员或者组织不合目的地行使公共权力,为谋取私人利益而实施的严重违反国法的行为。(狭义:违法)

(4)本书采用狭义说。这是因为,不同时期、不同国家、不同民族、不同政治体制,对于公共职权的理解和限定以及不同社会规范和文化传统角度所得出的结论是相异的。因此,我们所要予以阐释的腐败,应当是刑事法律意义上的“腐败”,这样才具有可以被准确表述之可能性。

简言之,“腐败”定义具体有以下几个特点:第一,在刑事法律谦抑性和腐败词义开放性之间选取合适的界点,以便于贯彻宽严相济的刑事政策,既要打击犯罪,又要保障人权,做到社会效果、法律效果、政治效果的“三个统一”。这是由腐败犯罪的自身性质所决定的。第二,腐败的定义以“公共权力”为轴心,中心命题是“以法律规制权力”。第三,较之学术探讨,本著作的定义更加注重准确性和可操作性。第四,法学意义上的“腐败”概念天然具有不周延性。这是因为法律作为一种普遍一般的社会规范“总是不完善的”,不可能对一切社会现象作出规定。“一条法律将不能历史性地被理解,而应当通过解释使自身具体化于法律有效性中。”^①法律语词的模糊性总是客观存在的。

^① [德]伽达默尔著:《真理与方法》,洪汉鼎译,上海译文出版社2004年版,第413页。

3. 腐败犯罪的概念建构

“腐败犯罪”一词,虽然在我国法学研究和司法实践中频频出现,“但中国现有的法律没有‘腐败犯罪’的表述和定义,也没用界定哪些行为是腐败犯罪”。^①本书所采用的“腐败犯罪”之概念,是在构建独立的腐败犯罪特别法的背景下提出,适用下文所论述的腐败犯罪刑事程序。需要说明的是,我国《刑法》专设第八章和第九章对与腐败和渎职有关的各种职务犯罪进行了规定,但是由于腐败行为和腐败犯罪有所区别,许多数额未达刑法标准的腐败行为只是受到了党纪政纪的行政处分。^②最关键的原因还是在于中国尚未有一部统一的《反腐败法》对于转型时期的各种腐败犯罪予以准确界定。因此,探讨腐败犯罪,将以现行《刑法》有关内容为基础,又不局限于此。

(1) 腐败犯罪中的“腐败”与前述“腐败”内涵一致、本质相同

目前,人们常把我国《刑法》中的公职人员的贪污贿赂、玩忽职守等职务犯罪统称为腐败犯罪。比如,林喆教授即在其论著中直接将两者等同起来加以定义。《联合国反腐败公约》中要求将腐败犯罪法定化。因此,在顺应国际潮流积极推动我国反腐败立法的前提下,我们主张将腐败犯罪与《刑法》等实体规范中规定的第八章和第九章对与腐败和渎职有关的各种职务犯罪区分开来。这样可以扩大追诉主体范围,扩展反腐败的打击领域,更有利于惩治腐败犯罪的程序化。

本书所采用的刑法学意义上的定义,可以总结为一个公式:腐败犯罪 = 腐败 + 犯罪(刑法学)。这样设计的原因就在于,腐败的定义保持开放性,可以适应复杂多变的腐败现象,做到严防死守、疏而不漏;作为一种刑事犯罪,腐败犯罪应保持刑法本身的谦抑性特点,不能过度延展。因此,为了避免对腐败犯罪的理解过于泛化,唯有在这两个特性之间找到一个张弛有度的合适界点,才能真正实现法治反腐的最大效益,达成法律控权之美好愿景。

(2) 腐败犯罪的应然范围:违法型腐败

腐败犯罪是腐败行为发展到极端化阶段的高级形态,是应受刑罚惩处的行为,因此只有上文所述的“违法型”腐败行为才会构成腐败犯罪。悖德性腐败和违纪型腐败还难以进入刑事法律的界域。此外,不是所有公共权力的异化都是腐败犯罪。例如,数额未达法定标准的腐败行为就不应被认定为腐败犯罪。从法理上说,刑法意义上的腐败犯罪的范围小于公共权

① 郭国松:“制度阻断腐败:廉政立法在即”,载《21世纪经济报》2005年2月21日版。

② 依据我国现行《刑法》,贪污受贿五千元以下一般不追究刑事责任,但却可能酌情受到行政处分。

力异化行为的范围,唯有那些达到了一定危害程度、应当受到刑罚处罚的、危害国家和人民利益的公共权力异化行为,才属于腐败犯罪。

因此,构成腐败犯罪必须具备四大要件:第一,腐败犯罪的主体只能是国家公职人员。第二,腐败犯罪侵犯的客体是国家公职人员的职务廉洁性、国家的公共管理职能和公共管理秩序。第三,腐败犯罪的客观方面表现为国家公职人员利用职务上的便利,滥用职权,侵犯公共利益以牟取私利,致使国家和人民利益遭受重大损失的行为。第四,腐败犯罪的主观方面一般是故意,极个别情形下也可能存在过失,且犯罪的目的和动机主要具有贪图利益的性质。

(3) 腐败犯罪与职务犯罪的关系厘清

职务犯罪一般是指与职权与公务有关的特殊类型犯罪,它并非法律概念而只是法学研究者对与职务有关的犯罪的概称。目前,我国《刑法》并没有对职务犯罪的概念作出明确规定,也未将职务犯罪的种类和构成纳入统一刑法体系予以整体设计。从现有刑法规范角度分析,职务犯罪只是刑法中数个罪名和相对应的一类犯罪的统称,具体在《刑法》分则的各章中有所体现,具体如下:

除了我国《刑法》第八章规定的贪污受贿罪、第九章规定的渎职行为是职务犯罪之外,《刑法》第五章规定的职务侵占罪、挪用资金罪、挪用特定款物罪等,《刑法》第四章强迫职工劳动罪、刑讯逼供罪、暴力取证罪、虐待被监管人罪、非法剥夺公民宗教信仰自由罪、侵犯少数民族风俗习惯罪、私自开拆隐匿毁弃邮件电报罪、出售非法提供公民个人信息罪、打击报复会计统计人员罪等,以及《刑法》第三章第四节擅自发行股票公司企业债券罪、内幕交易泄露内幕信息罪、利用未公开信息交易罪、诱骗投资者买卖证券期货合约罪、职务侵占罪、贪污罪、非国家工作人员受贿罪、受贿罪、挪用资金罪、挪用公款罪、背信运用受托财产罪、违法运用资金罪、违法发放贷款罪、吸收客户资金不入账罪、违规出具金融票证罪、对违法票据承兑付款保证罪、逃汇罪等也属于职务犯罪的范围。

要对职务犯罪在学理上予以准确界定,就需对核心概念“职务”有着清晰的认识。职务是由权力、岗位职守与事物责任的组合,是一个社会、一个单位不可或缺的组织运行的形式和载体。需要补充说明的是,权力存在于职务中,职务是“长”在机构上的,机构运行的权力又是靠职务来执行,没有职务权力是无法执行的。所以,权力、机构和职务这三者是一个有机整体。机构、职务有多大,权力量就有多大,三者是等式,谁也离不开谁。虽然如上文所述,职务犯罪并不是一个法律概念,仅是与职务有关的犯罪

的概称,然而职务犯罪中的“职务”却应当是法律概念。当然,“职务”一词并不是刑法意义上的专门概念,所以其主体范围与腐败主体相同,应当作广义解释。虽然,我国刑法理论习惯于将国家工作人员犯罪等同于职务犯罪,但事实上,职务犯罪的外延并不限于刑法意义上的国家工作人员。这主要是由于改革开放后,国家把大量的原属于国家管理的职能交给了一些社会团体和群众自治组织等。基于该犯罪概念自身的开放性,本书在定义“职务犯罪”时,也采取开放的态度。因此,对于职务犯罪的演变态势和发展趋向,不再局限于既有刑法规范的规定类型。“职务犯罪”是指具有一定职务的人员违背职务要求,利用职务或在执行职务活动中从事非法活动或放弃职责,谋取私人利益或者造成严重危害后果,依法应当承担刑事责任行为。由于职务犯罪具有严重的社会危害性,为了更好地打击这类犯罪。对于此类罪中“职权”的理解,既可以是国家的职务和权力,也可以是企业(民营企业)的职务和权力。

为了更好地应对社会转型期反腐败的迫切需求,实现用法律限制和规范公权力,职务犯罪与腐败以及腐败犯罪在法律上定义的方法和原则应当具有一致性。行为动机是否为了谋取私利成为划分腐败犯罪与职务犯罪的交集。腐败犯罪与职务犯罪的相同之处在于,与公共职责或公共权力相关联,均不是现行刑法中的法定概念,其系统定义具有多维性。两者的不同之处在于,公职人员主体范围不一致,职务犯罪中除了以权谋私的部分等于腐败犯罪外,其余的部分只是一般的职务犯罪。腐败犯罪中的行贿罪就不是职务犯罪。

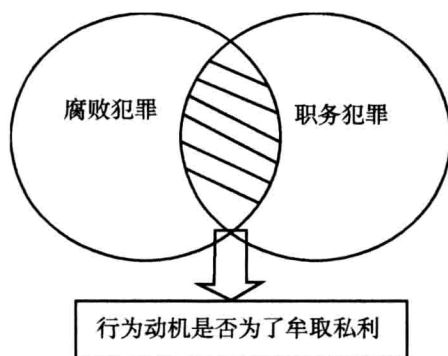


图2 刑法学视阈下腐败犯罪与职务犯罪的关系

(二) 腐败刑事程序的含义解读

腐败犯罪刑事程序,是指人民检察院、人民法院对腐败犯罪案件所适用的有别于普通犯罪刑事程序的专门刑事诉讼程序。腐败犯罪刑事程序

并非仅是实现实体正义的工具,也是为了预防腐败犯罪和保障腐败犯罪嫌疑人、被告人、证人等诉讼参与人的基本权利而设。与普通刑事诉讼程序相比,腐败犯罪刑事程序是一种特别程序,在诉讼基本原则和诉讼程序等方面都具有特殊性。萌发于普通程序下的腐败犯罪刑事程序,既受普通程序原则制约,又受异地管辖制度、证人、举报人特别保护制度等司法制度影响。确立腐败犯罪刑事程序的独立地位,既是腐败犯罪程序法治化的必然要求,也是我国一元化普通程序向多元化诉讼程序的重要标志。

1. 腐败刑事程序的特殊性

基于目前我国腐败犯罪的现状,以及其对现有诉讼程序带来的难题,我们建议构建专门的腐败犯罪刑事程序,以便于有效打击腐败犯罪和切实保障人权。具体而言,腐败犯罪刑事程序的特殊性体现在以下几个方面:

(1) 案件适用的特定性

顾名思义,腐败犯罪刑事程序的适用范围当然是腐败犯罪案件,即我国《刑法》专设第八章和第九章对与腐败和渎职有关的各种职务犯罪。不过,我们认为为了控制、打击腐败犯罪、提供犯罪侦查的质量与效益,在某些情况下与腐败犯罪案件有关的上下游犯罪案件、普通犯罪案件也可以适用腐败犯罪刑事程序。因为腐败犯罪案件的侦破以其上下游犯罪或者与之相互交织的普通犯罪案件的证据为条件,如果由公安机关侦查此类案件,那么腐败犯罪案件的侦破往往就要取决于其他案件办案人员的努力程度以及两机关的配合默契程度,进度将会受到很大牵制,所以应当赋予检察机关与腐败犯罪案件相关的互涉案件、上下游犯罪案件的机动侦查权,避免多机关管辖延误办案时机。

(2) 案件管辖的特殊性

在普通刑事程序中,案件的地域管辖一般遵循的是属地、属人原则,即由犯罪地或者被告人居住地的检察机关提起公诉,由该地的法院进行审判。但是在腐败犯罪案件中,依据一般的管辖规定却常常由于案件牵涉范围广、犯罪嫌疑人在当地人脉关系广等因素导致查处不力,甚至引发司法腐败。尽管在司法实践中,高官腐败犯罪几乎都适用异地管辖制度,但是这项制度并没有正式确立。腐败犯罪刑事程序的建立为该项制度法制化提供了契机。在腐败犯罪刑事程序中,异地管辖将扩大适用范围,不仅限于对高官腐败的审判,而且适用绝大多数的腐败犯罪案件,只有那些案情简单、情节较为轻微的腐败犯罪案件适用普通的刑事管辖制度。如此,异地管辖将成为腐败犯罪刑事程序应遵循的基本诉讼制度,以便保障司法权的依法独立运行、保证司法公正。

(3) 证明制度的特殊性

腐败犯罪的高智能化、隐蔽性强以及主要依赖言词证据、证据种类少等特点导致腐败犯罪案件的证据收集工作往往具有相当大的难度,如果仅仅依靠常规的证据收集手段,遵循一般的刑事证明制度,往往很难达到有效追诉腐败犯罪的目标。因而,为了有效控制和打击腐败犯罪,《联合国反腐败公约》要求各缔约国应当努力拓展证据收集渠道,对某些问题的证明甚至可以降低证据运用的法律要求。从世界范围看,英国、新加坡、我国香港地区等国家和地区都针对腐败犯罪设置了特殊的证明制度。应当说,特殊的证明制度是腐败犯罪刑事程序区别于普通刑事程序的重要标志和主要内容,具体而言,包括以下内容:

第一,推定的责任分配方式。目前在我国刑事犯罪中,普通犯罪都由检察机关承担举证责任,只有《刑法》第395条规定的“巨额财产来源不明罪”采用推定的责任分配方式。然而,我国建立腐败犯罪刑事程序以后,推定制度的适用范围将拓宽至所有腐败犯罪,即在特定情况下,检察机关对腐败犯罪的基础事实进行举证,推定被告人具有犯罪的主观故意,除非被告人具有反驳证据证明自己没有犯罪故意。

第二,污点证人作证豁免。在普通刑事犯罪中,犯罪嫌疑人与追诉机关合作提供犯罪线索、供述自己实行的其他犯罪或者举报他人犯罪的,一般可以通过自首、立功制度减轻自己的刑事责任。在腐败犯罪刑事程序中,对犯罪行为相对轻微且能够提供关键性证据或线索、帮助司法机关查处并惩治更加严重的腐败犯罪的犯罪嫌疑人可以适用污点证人作证豁免制度。通过相应的程序,可以给予犯罪嫌疑人不起诉、减轻或免除该犯罪嫌疑人的刑事责任的优待。与自首、立功制度相比,污点证人作证豁免制度对腐败犯罪嫌疑人的优待力度和保护力度将更大,更能激励犯罪嫌疑人跟司法机关合作。

(4) 侦查手段的特殊性

腐败犯罪通常留下的证据比较少,调查取证的难度非常大,这就导致通过常规的侦查途径和侦查方法往往很难侦破。2012年《刑事诉讼法》首次将“技术侦查措施”法定化,并直接赋予检察机关技术侦查权,这是我国刑事诉讼法一大进步。但是检察机关在运用特殊侦查手段过程中还是面临很多障碍,比如需要通过其他机关协助才能执行特殊侦查手段、采用特殊侦查手段必须经过严格、繁琐的审批程序。事实上,腐败犯罪较之其他犯罪在发现犯罪、取证等方面都更为困难。因此,我们建议赋予检察机关在办理腐败犯罪案件时具有更直接、更特殊的侦查权,腐败犯罪刑事程序