

山东政法学院刑法学省级特色重点学科出版资助

曲伶俐 张霞 主编

The Frontiers of Criminal Law

刑事法治前沿

——腐败犯罪问题研究

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

第 一 辑

山东政法学院刑法学省级特色重点学科出版资助

第 一 辑

主 编 曲伶俐 张 霞
副主编 马凤春

The Frontiers of
Criminal Law

刑事法治前沿

——腐败犯罪问题研究

山东人民出版社

国家一级出版社 全国百佳图书出版单位

图书在版编目(CIP)数据

刑事法治前沿. 第2辑/曲伶俐,张霞主编. —济南:山东人民出版社,2014.6

ISBN 978-7-209-08490-1

I. ①刑… II. ①曲… ②张… III. ①刑法-中国-文集 IV. ①D924.04-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第123508号

责任编辑:李怀德

刑事法治前沿(第2辑)

——腐败犯罪问题研究

曲伶俐 张霞 主编

山东出版传媒股份有限公司

山东人民出版社出版发行

社址:济南市经九路胜利大街39号 邮编:250001

网址:<http://www.sd-book.com.cn>

发行部:(0531)82098027 82098028

新华书店经销

山东省东营市新华印刷厂印装

规格 16开(169mm×239mm)

印张 15

字数 240千字

版次 2014年6月第1版

印次 2014年6月第1次

ISBN 978-7-209-08490-1

定价 36.00元

如有质量问题,请与印刷厂调换。(0546)6441693

目 录

第一章 腐败犯罪的立法完善问题	1
第一节 腐败犯罪的刑事法律规制缺陷分析	1
第二节 腐败犯罪的刑法立法完善措施	10
第三节 《联合国反腐败公约》与《刑法》相关规定的比较	16
第四节 法官职务犯罪侦查权制度的危害与重构	22
第五节 我国商业贿赂行为刑事可罚性的范围界定	29
第六节 受贿罪疑难问题研究	36
第二章 腐败犯罪的司法适用问题	45
第一节 腐败犯罪的刑法界定	45
第二节 腐败犯罪的量刑轻刑化	57
第三节 二审视野下的贪污贿赂职务犯罪案件实务问题	66
第四节 索贿与单纯收受贿赂的界分与司法认定	72
第五节 巨额财产来源不明罪的两重解释	80
第六节 自创生理理论与腐败犯罪网状结构	90
第三章 腐败犯罪的防治对策问题	99
第一节 腐败犯罪的原因分析	99
第二节 腐败犯罪的防治对策	106
第三节 腐败犯罪相关问题研究	113



第四节	腐败犯罪的刑罚对策	126
第五节	裸官腐败犯罪的防控	133
第六节	网络反腐的制度化规制	142
第七节	腐败犯罪侦查工作机制的设计与实践	150
第八节	重大工程建设职务犯罪风险评估与预警 机制建设的思考	162
第九节	污点证人制度的构建	170
第十节	司法腐败“说情”的形成与规制	178
 第四章 腐败犯罪的其他相关问题		188
第一节	腐败犯罪刑事政策新释	188
第二节	我国贪腐犯罪的传统文化基因	198
第三节	腐败犯罪的心理学解读与防制	207
第四节	贿赂犯罪囚徒困境的解决	213
第五节	违法所得没收程序的完善	221
第六节	非法证据排除规则	230

第一章 腐败犯罪的立法完善问题

第一节 腐败犯罪的刑事法律规制缺陷分析

“如果说腐败问题在工业化国家十分严重的话，那么在发展中国家和处于转型过程中的国家，腐败已经发展成为一种危机。”^① 对于处在深化改革关键时期的中国来说，抑制腐败的问题同样十分严峻。由于新旧体制转换时期法制的健全、社会伦理道德的偏差与失范，在商品经济大潮的冲击下，消极腐败现象再度猖獗，权钱交易这一形式被赋予许多新的内涵。“透明国际”组织发布的“清廉指数”的排名数据充分反映出我国反腐败任务的难度之大。^② 为打击腐败犯罪，我国积极修订和完善国内相关的刑事立法，构建起一个相对严密的反腐败刑事法网；同时也加强国际合作，加入了《联合国反腐败公约》等相关国际公约。然而，在我国刑事法律体系中，并没有对“腐败”一词的概念作出专门的界定，我国惩治腐败犯罪的内容以及建立相应的

① [新西兰] 杰瑞米·波普：《制约腐败——构建国家廉政体系》，清华大学公共管理学院廉政研究室译，中国方正出版社2003年版，第3~4页。

② 按照“透明国际”组织发布的世界各国“清廉指数”的排名来看，1995年我国清廉指数为2.16，排名40（国家总数41），2000年我国的清廉指数为3.10，排名63（国家总数90），2005年我国清廉指数为3.20，排名78（国家总数158），2007年我国清廉指数为3.50，排名72（国家总数179），根据最高人民检察院每年在全国人民代表大会所作的工作报告：2005年共立案侦查涉嫌贪污贿赂、渎职侵权犯罪的国家工作人员41447人。2006年共立案侦查贪污贿赂、渎职侵权等职务犯罪案件33668件40041人。2008年工作报告中总结5年来（2003—2007年），共立案侦查贪污贿赂、渎职侵权犯罪案件179696件209487人，比前5年分别下降13.2%和9.9%。2008年共立案侦查贪污贿赂、渎职侵权犯罪案件33546件41179人，分别比上年增长1%和10.1%。2009年共立案侦查各类职务犯罪案件32439件41531人，件数比上年减少3.3%，人数增加0.9%。2010年共立案侦查各类职务犯罪案件32909件44085人，同比分别增加1.4%和6.1%。

预防机制亟待完善。

一、《刑法》有关腐败犯罪立法方面的缺陷

(一) 立法界定的贿赂犯罪的范围过于狭窄

根据《刑法》的立法目的可以知道,打击贿赂犯罪所保护的法益是国家工作人员职务的廉洁性以及工作性质的不可交易性。而国家工作人员对其廉洁性的侵害,常常表现为他们对其所拥有的权力的一种“寻租”。即通过对所拥有的权力的一种让度来获取某种既不法也不合理的利益。实际上这也是一种利用其职务行为与某些财产利益或者非财产利益进行交换的行为。任何符合这种交换的构成要件的行为都可以看作是贿赂犯罪中的“贿赂”行为。当前我国腐败贿赂对象仅限于财产和财产性利益。扩大贿赂的行为对象的范围、完善贿赂行为方式的规定无论是对于打击贿赂犯罪的刑事法网的严密性,还是契合司法实践打击犯罪的需要,都是十分有必要的。

首先,贿赂行为中获得“财物”范围过于狭窄。无论是对于贿赂犯罪行为的成立还是对于犯罪者的定罪量刑,贿赂所得利益的界定都是十分重要的。如今贿赂已经不再是简单的财物或者财产性利益那样简单。现实中为掩人耳目的新的贿赂手段五花八门,比如解决亲属的工作问题、升学问题以及性贿赂等等,这些虽然不属于财产性利益,但同样符合以权力交换利益的寻租腐败行为。因此,有必要对《刑法》中“财物”的范围进行扩大。我国刑法学界对于“财物”的范围问题存在财产说、财产性利益说以及利益说三种学说。^①财产说认为,贿赂仅限于有体形式的金钱和有价物品。财产性利益说认为,贿赂不仅限于有体形式的金钱和有价物品,还包括金钱和有价物品以外的可以通过金钱计算其价值的财产性利益。利益说亦称需要说,认为贿赂的范围不仅包括财产和财产性利益,还包括一切能够满足人各种生活需要和精神欲望的非财产性利益,该说和《联合国反腐败公约》关于贿赂行为的对象的规定比较一致。由于我国古代法律历来采取“计赃论罪”的定罪模式,因此财产性利益说在我国刑法学界占据了主导地位。因此有必要借鉴《联合国反腐败公约》所确定的“利益说”,来作为我国腐败犯罪立法界定“贿赂犯罪”范围的主导学说,甚至可以将《刑法》中的“财物”一词也改为“利

^① 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,中国法制出版社1999年版,第1137页。

益”，从而严密打击腐败犯罪的刑事法网。

其次，贿赂犯罪中贿赂行为的行为方式需要扩大。我国关于反腐涉及的罪名除了刑法分则用专章规定的第三章第四节非国家工作人员贿赂型经济犯罪、第五章职务侵占型侵犯财产罪、第八章“贪污贿赂罪”以及第九章“渎职罪”外，全国人大以及最高院还通过制定修正案及司法解释的方式对腐败犯罪行为的方式进行扩充。^①可以看出，我国对于受贿行为的打击力度比较大，但是对于行贿行为的规定却有较大的疏漏。实际上在法律规定以及司法实践中，行贿和受贿在同一场合中就是不同罚的，不仅如此，《刑法》第390条、第392条还规定，行贿人或者介绍贿赂人在被追诉前主动交代的“可以减轻处罚或免除处罚”。因此实践中常常出现受贿人受到法律的严惩，而行贿人却免于刑事处罚的情形。实际上行贿行为和受贿行为都是需要打击的腐败犯罪行为，二者是对向的关系，属于同一事物的两个方面。在今后的立法活动当中关于行贿类犯罪，我国可以借鉴《联合国反腐败公约》的做法，直接取消“为谋取不正当利益”的主观限制条件，这有利于行贿犯罪刑事法网的严密，符合“严而不厉”的立法原则。^②

（二）贿赂犯罪的刑罚规定不够具体

西方近代刑法启蒙学者贝卡里亚曾经说过：“对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性，而是刑罚的必定性。”^③对于贝卡利亚的这句话，革命导师列宁也曾予以肯定：“有人早就说过，刑罚的防范作用，均不在于刑罚的残酷，而在于有罪必究，重要的不是对犯罪行为处以重刑，而是要把每一桩罪行都揭发出来。”^④这句话的道理在于，要想取得更大的威慑效果以及更好

① 2002年颁行的《刑法修正案（四）》，增设了执行判决裁定失职或滥用职权犯罪的规定。2006年颁行的《刑法修正案（六）》，将商业贿赂罪的主体范围由原先的“公司、企业人员”扩展至所有“非国家工作人员”。还将洗钱罪的上游犯罪扩展至“贪污贿赂犯罪”。2009年通过的《刑法修正案（七）》增设了“利用影响力受贿罪”。2011年颁行的《刑法修正案（八）》将“为谋取不正当的商业利益，而给予外国公职人员、国际公共组织官员行贿的行为”规定为犯罪，实现了与《联合国反腐败公约》第16条规定的贿赂外国公职人员、国际公共组织官员犯罪相协调，“显示了反海外腐败斗争的决心，也是我国向跨国贿赂犯罪发出铿锵有力的司法强音”。肖乾利、丁蕾：《反腐败刑事立法及其完善》，载《重庆社会科学》2013年第6期，第32～33页。

② 储魁植、闫雨：《当代中国腐败犯罪的刑事法治——以〈联合国反腐败公约〉为视角》，载《中南民族大学学报》2013年第3期。

③ [意]切萨雷·贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，北京大学出版社2008年版，第62页。

④ 列宁：《时评》，载《列宁全集》第4卷，人民出版社1995年第2版，第364页。

地预防犯罪，刑罚就必须做到及时和不可避免。

对于我国针对腐败犯罪的刑罚来说，最主要的缺陷就是缺少必要的资格刑和罚金刑。现实生活中，经常有老百姓对接受过刑罚之后的官员依然过得逍遥自在的情况提出过质疑：“有的腐败分子是坐牢一阵子，富裕一辈子。出来之后，仍然是个富翁。”^①有的腐败分子在缓刑期间依然担任公职或者缓刑结束后很快就恢复了公职。^②诸如此类情况的出现，就是因为《刑法》没有设定必要的资格刑和罚金刑来对犯罪人进行彻底的刑罚。对于腐败犯罪来说，其显著特征是职务性和逐利性。职务性表现在犯罪行为利用了职务之便，逐利性表现在犯罪人一般都是为了追求特定的利益而为腐败行为。从对症下药的角度出发，对应腐败犯罪的职务性应当对腐败犯罪设定资格刑；对应腐败犯罪的逐利性，应当对腐败犯罪设定罚金刑。只有这样，才能防止犯罪人在接受完刑法之后，仍然能够依靠犯罪所得或者犯罪前的影响力而恢复原职或者逍遥自在，防止刑法的权威性在老百姓的心中大打折扣，充分发挥刑法的威慑和教育作用，特别是对具有犯罪萌芽意识的潜在危险者起到很好的威慑作用。

另外，刑法学界中有不少学者以违背罪刑均衡原则为由建议在腐败犯罪中取消死刑的刑罚。但是从中国的国情、民意以及国际大环境处罚来看，现在废除腐败犯罪的死刑处罚还为时尚早，实际并不成熟。

（三）立法对于贿赂犯罪设定的起刑点不合理

惩罚的目的在于预防腐败，但当可能受到的刑罚不足以带来应有的威慑力时，存有犯罪可能的人便会产生侥幸心理。如此，刑罚的威慑力大大减弱，无法实现其最终目的。根据我国《刑法》的规定，贪污罪的立案标准一般为5000元；而根据最高人民法院的司法解释，对盗窃、诈骗等罪的立案标准为500~2000元。这种规定，直接导致了预防贪污受贿犯罪的法网不严密的后果。一是国家公职人员的侵害财产罪的起刑标准远远高于一般的侵害财产罪，这本身就体现出了立法上的不公平。首先是体现在对犯罪对象的不公平上，同样都是财产，为何盗窃、诈骗等罪只需500~2000元就可定罪，而贪污罪要把定罪标准定到5000元？其次是对犯罪主体的不公平，普通人侵害他人财

^① 李一帆：《罚金刑：让腐败者倾家荡产》，载《廉政瞭望》2006年第8期。

^② 参见张步洪：《缓刑犯留个怎样的“饭碗”》，载《检察日报》2002年7月10日。

产达到 500 元即构成犯罪,而国家公职人员同样是侵害财产,起刑标准却是 5000 元,这很容易引起相对于公职人员范围更为广泛的普通群众阶层对我国立法的误解和偏见。二是在现实生活中,很大一部分国家公职人员侵吞国家财产数额不大,达不到 5000 元,但他们往往是“少食多餐”,蚂蚁蛀大树,这种行为对国家财产的侵蚀从总量上看其实也是非常惊人的。但是依照我国刑法现在对贪污罪的立法,这种行为又构不成犯罪,得不到相应的惩治,更勿谈对其的预防与震慑,从而形成了时下很尴尬的一种局面。^①我国《刑法》对腐败犯罪的否定性评价因这一数额规定而大打折扣,用这样的法律规定来反腐败,其效率是可想而知的。而实际实践中往往也存在腐败犯罪的数额相差甚远,但是刑罚幅度却相差不大的情况,就是因为我国现行的刑法中对于腐败犯罪的认定大多是根据数额的多少来确定刑罚,也就导致了不公的出现,当然,如果仅仅是从发挥刑法威慑作用的方面来说无可厚非,但是在罪刑责相适应的刑法原则的前提下,这就出现了违背原则,导致罪刑责相失衡的局面。因此,应该完善腐败犯罪的刑罚规定,结合具体犯罪的社会危害性来设置刑罚,兼顾立法的公平与公正,统一官民犯罪的起刑点,从而使我国预防贪污犯罪的法网更为严密。

二、《刑事诉讼法》有关腐败犯罪立法方面的缺陷

(一) 对于逃亡海外的犯罪人的追逃机制不够成熟

腐败犯罪中的贪污贿赂犯罪的犯罪嫌疑人、被告人在案发后基本都存在潜逃到海外逃避法律追究的情况,由于贪污腐败犯罪的涉案数额往往特别巨大,关系到国家和人民的利益,故而对财产的追回以及及时对犯罪人定罪已经成为打击腐败犯罪的首要任务之一。新的《刑事诉讼法》出台之前,对于追缴流向海外的腐败犯罪的资产,引渡外逃的腐败分子回国的难度相对较大。新的《刑事诉讼法》出台之后,该法在第 280 条增加规定了判决前财产没收程序,即:“对于贪污贿赂犯罪、恐怖活动犯罪等重大犯罪案件,犯罪嫌疑人、被告人逃跑的,在通缉一年后不能到案,或者犯罪嫌疑人、被告人死亡,依照刑法规定应当追缴其违法所得及其他涉案财产的,人民检察院可以向人民法院提出没收违法所得的申请。”该条基本解决了针对特定案件的犯罪嫌疑人

^① 参见赵林:《如何从立法上加强腐败犯罪的预防》,载《青春岁月》2013 年第 8 期。



人、被告人潜逃、死亡情况下的财产没收问题，但对于被告人的定罪问题仍然悬而未决。刑法学界针对这一问题，提出了在刑事诉讼程序中适用民事诉讼程序中缺席审判的程序来对潜逃海外的犯罪嫌疑人进行定罪的方式。确实，已经有许多国家在刑事诉讼法中规定了缺席审判制度，这一机制在一定程度上也对追逃犯罪人起到了一定的积极作用，但笔者认为，在中国实行该机制的时机尚不成熟。首先，刑事诉讼与民事诉讼不同，刑事诉讼的判决往往要表现为对罪犯自由权甚至生命权的剥夺，如果罪犯缺席，那么刑罚将无从实施，若再出现定罪而不量刑的情形那将是十分荒谬的。其次，刑事诉讼的最后有一个被告人自述的重要环节，这一环节的设置是为了充分保障被告人的权利，如果缺席审判，那这一环节的设置将毫无意义。当然，针对我国追逃机制仍不成熟的现状，我们已经基本解决了追缴财产的问题，那么就应该在与实践结合的基础上继续探索合适的方法来解决定罪的问题。在那之前，初步的解决方法只能是在相关国家的引渡条约方面做努力，以起到便宜引渡的效果。

（二）对于腐败犯罪证据的搜集机制不够完善

腐败犯罪作为一种特殊性质的犯罪，其犯罪主体、犯罪客体的特殊性往往导致对于证据的搜集难度较大。腐败犯罪的主体界定为“国家工作人员”，近年来所侦破的大案要案不乏身居要职的高官，他们久经官场考验，经验丰富，甚至有的犯罪嫌疑人本身就是反贪部门或者司法部门的成员，他们反侦察能力很强。这就导致了在办案过程中，他们既有可能以各种各样的方式来隐瞒犯罪事实，销毁犯罪证据，达到逃避法律追究的目的，给证据的顺利收集带来了很大的阻力。腐败犯罪的客体是国家工作人员的廉洁性，对这一客体的侵害使得对公民个人或组织的利益侵害相对不明显，故而作为刑事诉讼程序中重要证据的被害人陈述和证人证言相对缺乏。而且在贿赂犯罪这一特殊的场合中，贿赂行为发生时往往只有行贿人和受贿人两个人在场，极少有第三人在场的情况。而这两方为了逃避法律追究，往往事先就勾结串通，对犯罪行为拒不供述，甚至会出现串供、翻供等情形，为证据的搜集造成不小的难度。另外，即使有证人在场，由于腐败犯罪嫌疑人、被告人往往都是身居要职、翻手为云覆手为雨的官员，这就会给因担心自身安全问题的证人造成不小的心理压力，现实中不乏出现证人被犯罪嫌疑人、被告人的威胁甚至杀人灭口的情况，这也是在腐败犯罪查案过程中证据搜集难度相对较大的重

要原因之一。

三、腐败犯罪的立法解决路径

（一）完善反腐败的刑事法网，严格贯彻宽严相济的刑事政策

当前我国的反腐败的刑事法网不够严密，例如在《刑法修正案（七）》中规定的“利用影响力受贿罪”，作为一种特殊的受贿情形，刑法仅仅规定了受贿人的责任，而对于行贿人的处罚则没有提及。因此，必须完善反腐败的刑事法网，主要包括：第一，将贿赂犯罪的对向行为明确规定为犯罪，使得处罚时有法可依。第二，将贿赂犯罪中的行为对象扩大至“利益”或“好处”，以减少实践中对于非财产性利益认定的困难。第三，取消与有关职务犯罪紧密相连的腐败犯罪的犯罪构成中关于“谋取不正当利益”和“正当利益”的规定，从而有利于腐败犯罪的认定。

针对我国当前“宽严相济”的刑事政策而言，应该严格把握宽严相济所达到的目的。在宽严相济的刑事政策的指导下，立法上应该体现“严”的一面，从而扩大处罚所涉及的范围。例如：刑法中对于“巨额财产来源不明罪”的规定。此罪要求犯罪嫌疑人应证明自己明显超过其合法收入的财产部分的来源，在不能证明其超出部分合法的情况下，以巨额财产来源不明罪定罪处罚。由此我们不难看出，“巨额财产来源不明罪”的规定排除了刑事诉讼中疑罪从无原则的适用。而在犯罪的处罚问题上，则体现出“宽”的一面，使得刑法在达到威慑作用的同时，又给予部分犯罪人以宽恕，从而达到感化他们的作用，使他们更好的改过自新。同时执行宽严相济的刑事政策，应该辩证地看待两者的关系，不能简单地追求一方面而否认另一方面的价值，主要是实践中不能仅仅为了追求刑法的威慑作用，而对犯罪嫌疑人合法权益的保护置之不理，也不能仅仅为了达到感化犯罪分子的目的，无视刑法的威严。

（二）合理增设腐败犯罪的资格刑和罚金刑

我国当前对于腐败犯罪的处罚上，主要涉及的是自由刑，应根据腐败犯罪自身的特点，适当的增设资格刑和罚金刑，以达到更好的威慑和教育作用。第一，适当增设并合理设置腐败犯罪的资格刑。对于资格刑而言，应适当增设刑法第八章、第九章等主要腐败犯罪的资格刑。对于这些主要的腐败犯罪，可以单独或附加适用资格刑。第二，合理增设腐败犯罪的罚金刑。针对腐败犯罪逐利性的特点，从现实的实际情况来看，大多数腐败分子都会利用通过

腐败行为获得非法收入进行投资，甚至说腐败分子利用这些非法收入获得了较高的利益，因此必须对腐败犯罪设置以罚金刑，从而消除某些人先利用其腐败行为获得大量非法收入，再利用非法收入进行投资，再将投资所获利润“合法化”的念头。

（三）调整腐败犯罪的定罪量刑标准

为了保证反腐败斗争能获得最大的成效，同时又不失刑事司法的公正性，必须保证在定罪量刑方面的公正性。针对当前我国贪污受贿等腐败犯罪在定罪量刑标准上存在的立法缺陷问题，在《刑法修正案（八）》的制定过程中，我国最高人民法院和不少学者都建议从立法上取消贪污罪、受贿罪定罪量刑的具体数额标准，改为“概括数额加其他犯罪情节”的模式，以适应反腐败斗争的实际需要，切实解决当前司法实践中存在的同罪异罚、异罪同罚、罪刑失衡的问题。^①虽然实际中并没有采取这种观点，但这样的概括数额加其他犯罪情节的限制有利于反腐工作的更好落实，同时与立法从“严”的刑事政策相吻合，同时又能充分体现刑事司法的公正性。

（四）污点证人作证免责制度和证人保护制度

《联合国反腐败公约》特别规定了污点证人作证免责制度。《联合国反腐败公约》要求各缔约国积极采取措施，以“减轻处罚”或“不予起诉”为条件，促使腐败分子积极配合作证，以瓦解腐败犯罪的内部堡垒。这对于有效打击惩治腐败犯罪及追回犯罪所得无疑具有重要意义。

我国在《刑事诉讼法》、《刑法》和《治安管理处罚条例》中都有保护证人的规定。但是，我国立法所规定的证人保护制度是很不完善的，表现在目前还没有制定一整套完善的保护措施，同时目前对证人或其近亲属安全的保障主要是立足于对已实施的报复行为进行事后惩罚，缺少预防性保护。因此，对我国证人保护制度必须加以完善，包括成立专门的证人保护机构、设立专项经费、制定一般保护措施和特别保护措施、建立保护证人渎职或失职的责任追究制度等。^②

但是对于污点证人制度，应严格限制其适用标准。例如：在受贿犯罪中，行贿人是重要的证人，而在立案后，作为证人的行贿人如果为了获得自己的

^① 参见赵秉志：《论我国反腐败刑事法治的完善》，载《当代法学》2013年第3期。

^② 参见林良全：《腐败犯罪证据收集相关问题研究》，载《福建论坛》（社科教育版）2011年第4期。

免责往往会作出对受贿人极为不利的证据，因此对于污点证人的证据的效力性应有其标准可循。

（五）构建独立于定罪量刑之外的特殊财产没收制度

《联合国反腐败公约》第54条第1款作出了被请求国执行请求国法院作出的没收令的规定，所以缔约国有承认和执行其他缔约国刑事罚没的义务，《联合国反腐败公约》为缔约国在这方面的合作提供了具体依据。

通常来说，没收财产只要根据合法生效的法院判决书执行即可，执行时依据一般的执行程序进行即可，但这种执行只会出现在当事人出席法庭审判的情况之下。而在犯罪嫌疑人或被告人缺席或者死亡、潜逃的特殊情况下，世界上有的国家禁止、甚至严格限制刑事诉讼的缺席审判，这使得许多类似情况中没收财产的工作变得十分艰难，从追缴犯罪所得或者惩治犯罪的角度看，这也是十分不利的。从我国现行立法来看，我国是严格禁止刑事诉讼缺席审判的，但为了防止出现因犯罪嫌疑人或者被告人缺席或者死亡、潜逃而导致国有资产流失的情况，我国迫切需要建立一种独立于对人审判之外的财产没收程序。比较有效的做法是将刑事诉讼中的附带民事诉讼程序应用到追逃程序中来，国家作为受害人，在出现犯罪嫌疑人或者被告人缺席或者死亡、潜逃的情况时，法院可以继续因上述情况而可能中止或终止的诉讼程序。

因此实践中做法可以是在查明犯罪嫌疑人或者被告人犯罪事实的情况下，进入到刑事诉讼程序之后，即使出现犯罪嫌疑人或者被告人缺席或者死亡、潜逃的，只要有能够证明犯罪所得的财物确实存在或者犯罪嫌疑人、被告人具有承担相应责任的民事能力的证据，那么就可以由人民检察院向人民法院提起要求判决没收犯罪人犯罪所得或者判决犯罪人返还相关财物、赔偿相关损失的附带民事诉讼。当然，为了公平公正起见，也是为了这种特殊的附带民事诉讼能够顺利进行，法院应当向当事人以及与犯罪人犯罪所得有财产利益的人员送达附带民事诉讼文书，保证犯罪人以及相关当事人的诉讼权利能够通过他们自己或者说他们的诉讼代理人得到正常的行使。这也是为了充分保障当事人的各项诉讼权利，事实上，刑事诉讼法就是出于保障当事人权利的原因才在我国明确禁止刑事诉讼中的缺席审判。不过，如果出现犯罪人或者其关系人选择继续潜逃或者拒不出庭情况，人民法院就可以已经查明的证据事实进行附带民事诉讼的缺席判决。

四、结 语

任何权力都必须受到制约,否则将产生腐败。孟德斯鸠就曾讲过:“一切有权力的人都容易滥用权力,这是一条万古不易的经验,有权力的人使用权力一直遇到有界限的地方才停止。”“要防止权力的滥用,就必须以权力制约权力。”^①对于权力所滋生的腐败,我们必须采取同样的以权力的制约和威慑为保障的预防和惩治机制,可以说反腐败是一个具有系统性的、将政治与法治相结合的长期工程,从预防到惩治、从思想教育到法制监督、从党纪政纪处理到刑事法律制裁等一系列长效机制的确立需要国家权力机关与立法机关、司法机关长期不懈的紧密合作和共同努力。

(山东政法学院2013级法律硕士研究生,马克、张嘉欣)

第二节 腐败犯罪的刑法立法完善措施

自我国市场经济体制以来,随着社会政治、经济、文化的不断发展,我国的腐败犯罪也呈现出了普遍化、复杂化、隐蔽化的发展态势。我国现行刑法中对于腐败犯罪立法存在很多缺陷,既不能体现罪名的严密性,也忽视了在具体个罪规范上的严谨性。“厉而不严”的刑事政策基本上反映出了腐败犯罪刑事政策的一个矛盾:强调从严打击腐败犯罪,但又对腐败犯罪构成要件增加不少限制条件,从而造成当前腐败犯罪治理中的“三难”(侦破难、定罪难和预防难),影响到腐败犯罪治理的效果。在对腐败犯罪的治理的过程的纷繁复杂,表象和假象导致刑事立法越来越多,可是腐败犯罪却屡禁不止、愈演愈烈,反腐败形势严峻。^②因此,有必要采取有效的措施控制腐败犯罪,完善我国的腐败犯罪立法。

一、转变立法模式,提高腐败犯罪的针对性

我国目前腐败犯罪立法模式存在很多问题。由现代刑法本身的谦抑性和

^① [法] 孟德斯鸠:《论法的精神》,张雁深译,商务印书馆1982年版,第154页。

^② 总部位于柏林的“透明国际”于2008年6月25日发布了一年一度的“全球腐败指数”(CPI)。在参与调查的180个国家中,中国从2007年的第72位下降1位,排名第73位。

人权保障的需要所决定,针对犯罪,合理的刑事立法模式应当是“严而不厉”。^①法网的严密性,保障了任何严重危害社会的行为都得到刑事责任的追究,减少了行为人危害社会、侵犯公民自由的机会,公民因社会有序而更加自由。^②就腐败罪犯的惩治而言,“严而不厉”的立法模式的实现不仅需要扩大具体个罪的犯罪圈,以减少漏洞、严密刑事法网,而且还需要调整整体腐败犯罪的刑罚结构,实现合理趋缓,以减低惩罚的刑度。

1. 对后续犯罪行为的规定。犯罪活动是一系列犯罪行为的构成,当腐败分子通过腐败行为获得大量不当利益时,总是千方百计逃脱刑事责任的承担,要么潜逃国外规避刑罚惩罚,要么通过洗钱、窝赃和妨碍司法等方式逃避司法制裁。而我国刑法目前把职务贪利性犯罪排除在洗钱罪的上游犯罪之外,这对于有效打击腐败犯罪,是不利的。因此应当通过修改刑法对腐败后续犯罪行为进行明确的规定。

2. 对巨额财产来源不明罪的完善。巨额财产来源不明罪的设立,在立法上体现了一定的功利价值取向。具体表现为实体法方面,通过严密法网、堵塞漏洞,从而不轻纵罪犯;程序法方面,为司法机关迅速有效地追究罪犯的刑事责任提供了必要的前提^③。但是因为该罪量刑较轻,成为部分严重腐败分子规避严厉法律制裁的“避风港”。因此有必要明确其适用的条件和要求,以实现罪刑均衡,更好地实现其“兜底”作用。

3. 完备判决前财产没收程序,确立缺席审判制度。由于腐败犯罪存在大量犯罪嫌疑人、被告人潜逃的现象,对该类犯罪涉及的资产追回面临挑战。虽然我国新的《刑事诉讼法》增加规定了判决前财产没收程序,但相关条款并没有提及关于被告人的定罪问题。根据《联合国反腐败公约》的规定,在腐败犯罪没收资产的返还问题上,必须基于请求国的生效判决,且引渡的依据包括请求国的生效判决。因此缺失缺席审判制度恶化了我国追缴境外腐败犯罪资产,引渡外逃腐败分子的状况。

4. 降低立案标准,设立立案登记。根据《刑事诉讼法》第86条的规定,检察机关自侦部门在对举报线索或者立案材料进行审查和初查以后,要想作

① 严指刑事法网严密,刑事责任严格;厉主要指刑罚苛厉,刑罚过重(参见储槐植:《刑事一体化》,法律出版社2004年版,第198页)。

② 曾粤兴:《刑法学方法的一般理论》,人民出版社2005年版,第205~206页。

③ 周振想:《公务犯罪研究综述》,法律出版社2005年版,第262~263页。

出立案的决定，必须同时符合下列两个条件：第一，有犯罪事实；第二，需要追究刑事责任。但是立案作为刑事活动的初始阶段，还为进行侦查活动，要实现这两个条件过于苛刻，将导致不能准确及时地惩治腐败分子。可以考虑针对腐败犯罪的特殊性，适当放宽立案标准。此外，为了完成立案指标考核，存在部分不破不立，先破后立的情况，不利于控制腐败犯罪，因此可以采取立案登记的形式，改变将立案程序作为一个与侦查程序并列的独立程序的历史。

5. 对行贿人员的明确有效及时地处罚，从源头上控制腐败犯罪的发生。2012年12月31日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》，对行贿罪的量刑作出了明确的规定，即行贿1万元以上即可追究刑责。但在具体的实施上与《刑法修正案（八）》中规定的行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚的规定相矛盾，因此需要制定相关细则，明确在具体实践中应该如何实施。

6. 构建后果消除机制，实现对被害人的救济和对证人的保护。腐败犯罪行为涉及的方面很广，因为腐败犯罪的贪利行为造成的严重后果，有必要制定相关制度给予恢复，对被害人的伤害给予救济，对证人及近亲属给予保护，对善意第三人的合法利益给予保护，对犯罪境外的资产给予追回。

二、减少贪污贿赂犯罪死刑的适用

据中国商务部研究院的《离岸金融中心成中国资本外逃中转站》报告披露，自中国改革开放以来，大约有4000名腐败官员或其他人员逃往国外，带走了大约500多亿美元的资金。^①大量的腐败官员难以被引渡回来的重要原因是因为我国刑法没有废除死刑，因为“死刑不引渡”早已成为世界不成文的规则，而外逃的腐败官员很有可能适用死刑，因此一直以来我国对这些官员的引渡困难重重。其次，腐败犯罪作为经济型犯罪，对其规定死刑超出了恶与报应之间的等量关系。虽然公众对于腐败官员处以死刑有一种大快人心的感觉，但是从效果看来并没有有效地遏制腐败犯罪，导致防卫重心偏移，而且有失刑法公正、谦抑、人道。此外，贝卡利亚曾说过：“对人类心灵发生较

^① 刘芳雄：《国际法视角下反腐问题的宏观思考》，载《江汉论坛》2005年第2期。