



国家社会科学基金项目成果
南京大学社会转型与法治发展丛书

反腐败国际公约 与贪污贿赂犯罪立法研究

A Research on Legislation of Bribery and
Anti-Corruption Convention

孙国祥 魏昌东 著

法律出版社



国家社会科学基金项目成果
南京大学社会转型与法治发展丛书

反腐败国际公约 与贪污贿赂犯罪立法研究

A Research on Legislation of Bribery and
Anti-Corruption Convention

孙国祥 魏昌东 著



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

反腐败国际公约与贪污贿赂犯罪立法研究/孙国祥,

魏昌东著. —北京:法律出版社,2011.8

ISBN 978-7-5118-2275-8

I. ①反… II. ①孙…②魏… III. ①联合国—廉政

建设—国际公约—研究②贪污贿赂罪—立法—研究—中国

IV. ①D523.4②D924.392.1

中国版本图书馆CIP数据核字(2011)第131711号

© 法律出版社·中国

反腐败国际公约与贪污贿赂
犯罪立法研究

孙国祥 魏昌东 著

责任编辑 王旭坤

装帧设计 乔智炜

开本 787毫米×960毫米 1/16

版本 2011年6月第1版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京北苑印刷有限责任公司

印张 36.5 字数 710千

印次 2011年6月第1次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5118-2275-8

定价:98.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

导言:研究视角与研究方法的释明	(1)
第一章 惩治贪污贿赂犯罪立法回溯与现代治理理念	(8)
第一节 贪污贿赂犯罪及国内法的治理	(8)
第二节 惩治贪污、贿赂犯罪国际公约的发展与演进	(21)
第三节 国际公约与惩治贪污贿赂犯罪的理念	(28)
第二章 《反腐败公约》与惩治贪污贿赂犯罪的制度建构与创新	(54)
第一节 腐败预防机制的制度创新	(54)
第二节 腐败犯罪定罪机制的制度创新	(60)
第三节 腐败犯罪执法机制的制度创新	(65)
第四节 国际合作机制与制度创新	(73)
第五节 资产追回机制的制度创新	(78)
第三章 新中国惩治贪污贿赂犯罪立法发展	(82)
第一节 新中国成立之初惩治贪污贿赂犯罪立法	(82)
第二节 1979 年《刑法》及单行惩治贪污贿赂犯罪的立法	(87)
第三节 1997 年《刑法》及其修正案惩治贪污贿赂犯罪立法	(97)
第四章 中国惩治贪污贿赂犯罪立法运行效果考察	(106)
第一节 中国惩治贪污贿赂犯罪立法宏观运行效果考察	(106)
第二节 中国惩治贪污贿赂犯罪立法微观运行效果考察	(127)
第五章 《反腐败公约》与贪污贿赂犯罪刑事政策选择	(166)
第一节 新中国成立以来我国反贪污贿赂刑事政策回溯和特点	(167)
第二节 我国贪污贿赂犯罪刑事政策的实践检视	(172)

第三节	现阶段中国惩治贪污贿赂犯罪刑事政策的应然选择		(178)
第六章	中国惩治贪污贿赂犯罪刑事责任体系的完善		(203)
第一节	中国惩治贪污贿赂犯罪刑事责任体系的考察		(203)
第二节	中国惩治贪污贿赂犯罪刑事责任体系的修正		(217)
第七章	《反腐败公约》与中国刑法贪污贿赂犯罪主体完善		(236)
第一节	中国刑法贪污贿赂犯罪主体的演变		(236)
第二节	中国刑法贪污贿赂犯罪主体司法认定困厄的缘由		(243)
第三节	贪污贿赂犯罪主体范围的重新厘定		(250)
第八章	单位腐败犯罪的立法完善		(261)
第一节	《反腐败公约》设立法人犯罪的背景和特点		(261)
第二节	中国刑法单位腐败犯罪的规定和问题		(267)
第三节	我国刑法中单位贪污贿赂犯罪的立法完善		(273)
第九章	贪污贿赂犯罪的数额规定及立法完善		(281)
第一节	《反腐败公约》和域外立法关于贪污贿赂犯罪数额的规定		(281)
第二节	我国刑法关于贪污贿赂犯罪的数额规定和特点		(285)
第三节	关于贪污贿赂犯罪数额规定的理论争议		(292)
第四节	贪污贿赂犯罪数额规定的完善		(299)
第十章	贪污贿赂共同犯罪的认定与立法完善		(305)
第一节	贪污贿赂犯罪的共同犯罪与身份		(305)
第二节	共同贪污贿赂犯罪中共同犯罪人的刑事责任		(322)
第十一章	《反腐败公约》与中国贪污挪用类犯罪的立法完善		(329)
第一节	《反腐败公约》及域外贪污挪用犯罪立法的规定		(329)
第二节	中国刑法贪污挪用犯罪立法的基本特点		(337)
第三节	贪污类犯罪的争议问题及立法完善		(340)
第四节	挪用犯罪的争议问题及立法完善		(361)
第五节	私分国有资产罪和私分罚没财物罪的争议问题及立法完善		(378)

第十二章 《反腐败公约》与中国贿赂犯罪的立法完善	(386)
第一节 《反腐败公约》中贿赂犯罪的规定和特点	(386)
第二节 贿赂内容的比较与中国的立法完善	(394)
第三节 贿赂犯罪主体的界定及其完善	(404)
第四节 “利用职务上的便利”要素的比较与立法完善	(408)
第五节 贿赂犯罪行为方式的比较与完善	(429)
第六节 贿赂犯罪中的“谋取利益”要件	(435)
第七节 介绍贿赂罪的存废	(450)
第八节 私营部门内的贿赂犯罪与非国家工作人员受贿罪	(455)
第九节 商业贿赂犯罪的立法及其完善	(460)
第十节 贿赂犯罪刑事责任体系的重构	(480)
第十三章 《反腐败公约》与利用影响力受贿罪比较	(490)
第一节 《反腐败公约》中的影响力交易罪和构成特征	(490)
第二节 我国利用影响力受贿立法完善模式的理论设计	(494)
第三节 利用影响力受贿罪与《反腐败公约》相关规定之比较	(497)
第十四章 《反腐败公约》与巨额财产来源不明罪的立法完善	(507)
第一节 资产非法增加与巨额财产来源不明罪的立法争议	(507)
第二节 资产非法增加罪和巨额财产来源不明罪的特征与比较	(513)
第三节 巨额财产来源不明罪的立法完善	(530)
第四节 巨额财产来源不明罪的前置法——财产申报制度的立法完善	(533)
第十五章 联合国反腐败公约与国内法的衔接模式研究	(542)
第一节 国际条约与国内法衔接模式概述	(542)
第二节 《反腐败公约》与中国国内法衔接模式的选择	(550)
第三节 建构与《反腐败公约》相衔接的中国惩治腐败犯罪立法	(561)
主要参考书目	(573)

导言：研究视角与研究方法的释明

2003年12月9日，联合国前秘书长安南在将《联合国反腐败公约》（以下简称《反腐败公约》）开放供世界各国签署的致辞中指出：“腐败是全球的公害，它破坏经济运行、削弱民主和法制、扰乱社会秩序、毁坏公共信誉并使有组织犯罪和恐怖主义更加猖獗肆虐，腐败尤其使发展中国家的人民遭受苦难，他们的经济收入和终身储蓄被腐败夺走，变得更加贫穷。”

事实上，在人类社会的文明发展与演进过程中，腐败始终是一个与政治文明相抗衡的鬼魅，贪污贿赂等腐败犯罪不仅是吞噬社会巨额财富的巨鳄，也是动摇市场经济根基、扭曲人类基本价值观念的恶魔，更是导致“国家在国民眼中失去合法性”，^{〔1〕}而成为社会稳定巨大隐患的根源之一。古往今来，由腐败问题而引发的社会动荡乃至政权更迭，更是屡见不鲜。腐败是任何国家都难以避免的现象。在社会的转型时期，腐败的危害更具有其严重性，究其原因在于：一方面传统社会下既有的腐败控制机制与手段，正逐渐减弱其控制效力；另一方面与转型相适应的新的腐败防控机制，仍将在一定时期内处于摸索与建构之中，由此所形成的漏洞，是腐败以无比疯狂的面目震颤整个社会的制度根源。

中国的社会转型始于20世纪80年代初期。社会转型之初，为避免社会急骤转型而可能导致的社会震荡，渐进式转型方案成为中国社会转型首选的政治选择。然而，新旧体制并行中所形成的规范真空与冲突，也为腐败的滋生与蔓延提供了大量可资利用的漏洞和条件，腐败也由此成为计划经济向市场经济转型中最受中国社会关注与必须时刻面对的主要困厄之一。这种困厄不仅表现为腐败波及面的广泛性，而且呈现出危害程度的极端严重性，腐败犯罪强度与烈度纪录不断被刷新与改写的事实，不断触及国人容忍的底线。不仅如此，随着经济全球化浪潮的到来，国际经济领域的某些现代型腐败犯罪形式，也迅速与中国特有的社会政治、经济基础相“苟合”，并植根、繁衍出新的变种，这种颇具“杂交优

〔1〕〔美〕苏珊·罗斯·艾克曼：《腐败与政府》，王江、程文浩译，新华出版社2000年版，第14页。

势”的腐败形式,在不断挑衅着由传统文化与历史经验而建构的以“从严治吏”为基本表征的腐败治理理念与制度。

作为一国政治制度的组成部分,腐败的应对主要依赖于本国的治理机制。然而,面对腐败犯罪国际化程度日趋加深的趋势,腐败治理的国内机制逐渐显得“鞭长莫及”,这一情势为区域性乃至国际性反腐败公约的诞生提出了内在的制度需求。经济全球化刺激了各种法律制度的交流与借鉴,在腐败治理领域,积极谋求观念与制度的统一,建构最具广泛性的国际反腐败联盟,成为20世纪末叶以来国际社会的一种理性选择,由此使得腐败治理中本土资源与国际资源的融合和借鉴,成为世界反腐败运动的基本策略之一。中国腐败犯罪的治理,也必须走借鉴与融合之路,已成为社会各界的基本共识。在此背景下,中国政府积极而全面地参与国际社会腐败治理政治合作的进程,参与《反腐败公约》的起草与缔结工作。2000年12月4日,第55届联合国大会55/61号决议提出,设立特别委员会起草一份预防和打击腐败的综合性国际法律文件。在完成一系列的准备工作后,从2002年2月开始至2003年10月,包括中国在内的107个国家及28个国际组织和非政府组织的代表在维也纳,就《反腐败公约》前后进行了7轮谈判,终于完成了公约的起草工作。中国政府积极支持公约的拟订工作,参与谈判的中国代表团在全面衡量公约对我国利益影响的基础上,制订了详细的谈判方案,发挥了建设性作用。《反腐败公约》于2003年10月31日经第58届联合国大会审议通过,12月9日至11日在墨西哥梅里达召开高级别政治签署会议后,供各国开放签署。2003年12月10日,中国外交部副部长张业遂代表我国政府签署了公约。截至2005年9月,已有33个国家批准了公约。公约已于2005年12月14日正式生效。

2003年《反腐败公约》的正式签署,为中国广泛借鉴与吸收国际腐败犯罪治理经验,提高腐败犯罪立法的完备性与科学性提供了重要的机遇。以《反腐败公约》的签署为契机,2004年,中共中央《建立健全教育、制度、监督并重的惩治和预防腐败体系实施纲要》明确提出,“惩治腐败,必须从严”,并要求适时“修订和完善刑法、刑事诉讼法等相关法律制度”。2005年,全国人大批准了《反腐败公约》,这一系列举措不但昭示了中国全方位治理腐败的决心,为腐败控制指明了发展脉络和努力方向,点燃了几近绝望的国人腐败治理的希望之火,而且也为理论界研究完善与创新中国贪污贿赂犯罪治理策略,提供了更具广阔性的全球化视野与制度性参照,激发人们对贪污贿赂犯罪的立法在一个更为开放、宽广的视野和语境中重新审视并建构。

伴随中国签署与批准《反腐败公约》的政治选择,《反腐败公约》的研究和借鉴,开始成为中国刑事法乃至政治学领域一个颇具学术前沿性的理论课题。人们力图按照《反腐败公约》提供的反腐败脉络,检讨我国传统的贪污贿赂犯罪治理之策,审视当前的治理效果,并对贪污贿赂犯罪的立法作出新的诠释与设计。

可以说,从《反腐败公约》体现的反腐理念到具体制度的构建,从实体法到程序法,或介绍,或比较,学界多有涉及,并已经取得丰硕成果,这为本课题的进一步研究提供了充分的基础。^{〔1〕}但客观地讲,一些研究也存在对《反腐败公约》具体内容的误判与误读,对公约本土化的制度设计也有不少误植与误导。本课题作为由全国哲学与社会规划办立项研究的课题,努力爬梳资料,条分缕析,探寻在研究进路与研究方法选择上的创新,这种创新性的研究尝试集中体现在以下四个方面:

——以全球化为视角的价值探求。一方面,经济的全球化,使得各国之间的经济和政治交往日益频繁,腐败犯罪也呈现出跨地区、跨国界的特点,正如《反腐败公约》在序言中指出的:“腐败已经不再是局部问题,而是一种影响所有社会和经济的跨国现象,因此,开展国际合作预防和控制腐败是至关重要的。”另一方面,全球化也促进了国际反腐败经验的交流和借鉴,《反腐败公约》的许多理念、方法和策略都或多或少地体现了世界各国反腐败的制度创新与实践经验。《反腐败公约》的通过与实施,表明了国际间对其反映的反腐败价值和措施的普遍认同。中国惩治贪污贿赂犯罪的立法完善,离不开对世界范围内先进法律制度和成果的立法继受。尤其是“在当代中国法制转型过程中,对应那些反映社会管理及市场经济运行一般规律的外域文化的有益因素,应当加以继承与采纳,以便使当代的中国法制与世界文明进步的通行规则接轨沟通”。^{〔2〕}基于这一认识,全球化的研究视角成为了本课题研究策略的出发点。通过各种层面的比较研究,透彻分析国际社会反腐败立法与实践的不同背景,把握惩治贪污贿赂犯罪的共同规律,用以解释我国在惩治贪污贿赂犯罪中面临的困境。

——与现实国情相契合的目标定位。现代中国正在经历现代化快速转型,法律制度的滞后难以避免。在全球化时代,《反腐败公约》和一些发达地区的反腐败经验无疑具有借鉴意义。但界定和构建我国的反腐败制度,应当与我国特殊国情相结合。综观近年来《反腐败公约》研究结论,大致可归纳为两种主张:一是少数学者对《反腐败公约》能否在我国落地生根持怀疑态度,强调我国国情的特殊性,认为《反腐败公约》中具体可借鉴的内容不多。二是大部分研究者认为,《反腐败公约》代表了全球治理腐败的最新理念、最新成果,主张全盘移植,这就形成了“几乎所有的论文在内容上都可以分成三个部分:(一)《反腐败公约》很好;(二)《刑法》有缺陷;(三)应该参照《反腐败公约》修改《刑法》。大家

〔1〕 由此,本课题在研究的过程中,尤其是在比较研究中援引了不少现有的研究成果,在此一并表示感谢。

〔2〕 公丕祥:《法制现代化的理论逻辑》,中国政法大学出版社1999年版,第387页。

的论点、论证和结论基本是趋同的”。〔1〕其结果就是对《反腐败公约》以及境外具体制度照搬有余,而本土化的适应、改造与承继明显不足。

笔者认为,上述两种主张都是偏颇的。首先,过分强调和执著于中国自身的独特性和历史逻辑,纠结于中国问题的复杂性和争议性,为彰显自己的特质而缺乏对《反腐败公约》应有的尊重,对那些成熟的、相通的理念和经验视而不见,试图从全球反腐败的语境中孤立出来的观点殊不可取。毕竟许多腐败现象在各国都具有共通性,治理的手段也就具有可借鉴性。诚如有论者所指出的:“在改革开放的形势下,各种思想文化相互激荡,相互交融,反腐倡廉工作也不能关起门来搞,必须善于学习和借鉴古今中外一切优秀的反腐倡廉成果。”〔2〕其次,对于国外对腐败的治理措施,包括《反腐败公约》所提出的治理腐败的具体制度,进行极端推崇也是不足取的;这些制度虽然可以受到褒评,但并不天然地完全适用于我国的反腐败实践。不加区分地将《反腐败公约》全盘照抄、照搬的主张虽具有颠覆性,但对其可能由于水土不服产生的变质和变异应保持足够的警惕与清醒,法律制度从来就与本国的历史和文化有着不可分割的联系,“拿来主义”未必契合我国国情,毕竟“每一个社会都有其相应的犯罪,这些犯罪的产生是由于自然及社会条件引起的,其质和量是与每一个社会集体的发展相适应的”。〔3〕相应的规制制度也是在此基础上孕育而成。《联合国反腐败实践纪要》也强调:“打击腐败没有现成的模式可循,而且,即使存在能够提供指导的‘优秀规范’,鉴于各国的国情不同,根本无法生搬硬套……联合国开发计划署曾经就影响反腐败行动的因素开展过深入的研究,尽管‘优秀规范’不无价值,但要运用到其他国家却十分困难。”换句话说:“由于造成腐败的原因多种多样,在某些国家行得通的预防、执法和检控措施在另一些国家可能是行不通的。”〔4〕广为传诵的我国香港地区廉政公署(ICAC)、新加坡贪污调查局(CIPB)和博茨瓦纳经济犯罪和腐败问题指导委员会(DCEC)的各种经验,在很多情况下,由于工作的具体环境不同(以及创建和发展这些模式的特殊历史),这些模式很难照搬。所以,并不是《反腐败公约》中的每一个条款都是必须遵守的普世性法律,甄别仍然是必要的。

说到底,研究和落实《反腐败公约》,最终都是为了解决中国的腐败问题。本课题的研究,力图在当代中国惩治贪污贿赂犯罪的现实语境下展开,依据我国惩治贪污贿赂犯罪中现实问题研究当代国际反腐败经验,将《反腐败公约》的落

〔1〕 刘瑞平:“观念与技术:反腐败刑事法律的国际视野与中国视角——一个以贿赂罪为样本的初步分析”,载《河南省政法管理干部学院学报》2010年第1期。

〔2〕 吴官正:“加大预防腐败力度需要正确把握和处理的几个关系”,载《党风廉政教育参考资料》2005年第2期。

〔3〕 [意]菲利:《实证派犯罪学》,郭建安译,中国政法大学出版社1987年版,第43页。

〔4〕 联合国毒品和犯罪问题办事处、条约事务司:《联合国反腐败公约实施立法指南》。

实与现实中国国情结合起来。在尊重《反腐败公约》中体现的反腐败理念及经验的基础上,中国惩治贪污贿赂犯罪的立法完善,不应是对《反腐败公约》的简单复制,它应该包含中国的国情、中国的经验和智慧,所提出的治理策略,应反映当下的社会制度和观念的制约,体现我国对反贪污贿赂路径的认识、批判以及追求。虽然人们可以将《反腐败公约》或者发达国家反腐败法律的具体制度作为衡量我国反贪立法先进性程度的标准,但事实上有些制度恐怕我们也只能是心向往之,例如,贪污贿赂犯罪的“零容忍”、将贿赂范围扩大到一切“不正当好处”、对贪污贿赂犯罪采取“严而不厉”的“轻刑化”规制模式等,未必符合我国的现实国情。况且,《反腐败公约》只是为我国贪污贿赂犯罪的立法提供了一个基本的制度框架,许多具体的制度仍需要根据本国的特点加以建构或充实。通过浩繁的文献典籍,不难发现,我国历史上包括改革开放以来对贪污贿赂犯罪的治理,也积累了丰富的经验。有些制度,实际上是超越时空依然值得承继的。我国贪污贿赂犯罪的立法完善,一方面,应积极落实《反腐败公约》提出的各项举措,从整体上对公约的精神予以把握,尽可能与公约接轨;另一方面,也不必拘泥于具体制度和细节,简单地照搬照抄,而应当积极构建适合我国国情的一些具体制度。正如《反腐败公约》第30条所声明的原则,“对于根据本公约确立的犯罪以及适用的法定抗辩事由或者决定行为合法性的其他法律原则,只应当由缔约国本国法律加以阐明,而且对于这种犯罪应当根据缔约国本国法律予以起诉和惩罚”。

——侧重于发现和分析问题的机制选择。反腐败实践中面临的现实问题是本课题研究的逻辑起点,也是本课题研究的基本动力。梳理目前的一些研究,往往不是以中国反腐败的制度实践为基础,而是倾向虚构一些问题,缺乏针对性,其结论也是装入早就预设的概念体系中,如对贪污贿赂犯罪主张实行“零容忍”、“轻刑化”等论证。笔者认为,任何问题的提出和分析,都必须立足于现实,制度的建构应放在特定的时代背景下进行认识。此外,那种对贪污贿赂犯罪乃至腐败犯罪愤世嫉俗式的研究方法,除了吸引眼球外,不能真正解决问题,提出的非理性观点同样是不可取的。笔者通过对《反腐败公约》的解析,对反腐败法律的演进、相关的理论观点以及重要案例等进行历史溯源、考证以及学理分析,努力发现中国惩治贪污贿赂犯罪立法和司法存在的问题,列出问题单子,然后立足于我国的历史文化,对我国现行的反腐败制度进行实质性的解读,并在此基础上,力图在现有的刑法框架内提出解决问题的方案,其方法大体是通过刑法的解释得以实现,只有在现有框架内无法解决的问题,才依赖于立法的完善,并提出相应的具体立法建议和设计。

——统合实证研究与理论建构性研究的方法。“工欲善其事,必先利其器。”在贪污贿赂犯罪研究中根据研究目标与研究内容的需要,统合不同研究方法在具体研究内容上的优势,是一切创新性研究的前提和基础,传统的贪污贿赂

犯罪研究,过分倚重以理论推演为中心的方法,尽管能够产生有效的研究结论,但难免存在过于理想化、虚空化的问题,如何在本课题研究中实现研究方法的创新,始终是本课题组重点关注的问题。基于实现研究目的的需要,我们在本课题研究中重点采用了以下研究方法:

一是实证研究的方法。这是本课题研究区别于国内现有同类研究最鲜明的特色。没有一定的实证研究作基础,就不会完全理解理论争议中各种解决方法的长处或归谬。基于完善中国贪污贿赂犯罪刑事规制体系的需要,有必要对既有的贪污贿赂犯罪罪刑规范的立法运行效果进行现实考察,为对贪污贿赂犯罪的立法完善进行以比较性研究、理论建构性研究为中心的拓展性研究奠定基础。在全面评价《反腐败公约》所建构的理念与机制体系的基础上,笔者设立专章对中国贪污贿赂犯罪罪刑规范的运行效果进行了实证分析;在罪刑规范的宏观运行效果分析中,笔者有效引入了国际腐败犯罪考察所通常使用的主观测量法,并将之与客观测量法进行有机统合;通过分析中国贪污贿赂犯罪罪刑规范从20世纪80年代以来的运行状况,提出了明确的腐败犯罪基本发展趋势,以及其与国家刑事治理关系的基本结论。不仅如此,笔者还通过既有罪刑规范在具体司法适用中运行障碍与困境的分析,对罪刑规范的犯罪规制进行实证研究,继而形成了罪刑规范犯罪规制能力影响因素体系的基本认识;对罪刑规范微观运行状况的考察,强化了对罪刑规范进行立法完善与改革必要性的认识。

二是宏观立法理念和具体立法设计相结合。以往人们对贪污贿赂犯罪研究,往往比较注重具体技术细节的分析和讨论,这当然是必要的。但是,贪污贿赂犯罪刑事立法的完善与建构不完全是一种立法的技艺,没有立法理念的提升乃至更新,具体的技术设计再完美,也无非是“头痛医头脚痛医脚”,无法实现其应有的效能。因此,笔者在本课题研究中,力图将宏观的理念与具体的技术设计结合起来,将对具体条文的文本解读与历史的、理论的诠释结合起来。通过对《反腐败公约》所倡导的反腐败理念的系统介绍和解读,反思我国应对贪污贿赂犯罪的立法、司法和刑事政策,对我国应对贪污贿赂犯罪刑事政策的选择、预防机制的建立都作了比较深入的探讨。在此基础上,对贪污贿赂犯罪的主要罪名,从技术层面就罪状的建构、刑罚的设置以及配套制度的衔接,都有具体分析和设想,以期将先进的反腐理念落实到可操作性的具体制度设计中。

本课题虽然立足于积极回应《反腐败公约》的要求,探寻我国贪污贿赂犯罪的立法完善。但笔者也清醒地认识到,《反腐败公约》在我国的转化是一个渐进而非一蹴而就的过程,对于重构贪污贿赂犯罪刑法治理体系这样一个重大课题的研究,不仅艰辛和沉重,也绝非一时之功,笔者的研究总体上仍处于一种立足于刑事实体法的单向度探寻,只能说勾勒出了一个大致轮廓,一些设计是否科学,能否站得住脚,仍有待进一步的检讨与论证。从近年来的反腐败实践得失来看,立法固然是重要乃至可期待的,但立法并没有也不可能解决所有的问题,理

性的立法设计往往过于理想,具体的经验更具实践意义。由此,现实的执法(法律的适用)也许是更值得关注的,包括实务中面对贪污贿赂犯罪案件,司法是如何定罪、定罪的依据是什么以及刑罚是如何裁量的,本课题虽有所涉及,但限于课题研究的主旨,没有过多地展开,不可避免地留下了遗憾。当然,这也是本课题后续进一步深入研究的努力方向。

第一章 惩治贪污贿赂犯罪立法回溯 与现代治理理念

在人类开启文明进程以来,以贪污、贿赂犯罪为极端表现形式的腐败,便因衍生地域的广泛性和危害的严重性,而成为人类文明进程中必须时刻面对的全球性问题,国家对腐败的治理能力与治理效果,甚至成为了近代社会以前政权更替、朝代变迁的重要原因。在人类进入现代政治社会以来,腐败仍不曾收敛,被公认为是现代社会的“政治癌症”,并演化成为困扰世界各国的亟待解决也是最难解决的现实问题之一。回顾人类应对腐败的能动反应机制选择过程,探求建构完备的立法,一直是应对贪污贿赂犯罪传统制度设计中最重要机制。社会的发展以及对贪污贿赂犯罪发案规律认识的深化,不但更新了贪污贿赂犯罪的治理理念,也推动了惩治贪污贿赂犯罪立法的不断发展。

第一节 贪污贿赂犯罪及国内法的治理

腐败作为人类公共权力诞生以来的赘生物,自其产生之时起便进入到人类治理的视野之中,作为腐败极端表现形式的贪污贿赂犯罪,更是基于其严重而广泛的危害性,成为国家政治治理的重要内容,对腐败衍生规律的探寻以及中外法律治理轨迹的考查,有助于理清人类腐败治理理念的发展脉络。

一、贪污、贿赂犯罪——腐败的极端表现形式

西方学术语境中的“腐败”(corruption)一词来自于拉丁动词“Corruptus”,意思是“毁灭”、“破坏”,其希腊语义意味着丑陋地死去或毁灭。罗马人借用了这一语词的负面含义,用以指称官员的违法行为。

现代社会,作为政治领域中的“腐败”定义,西方学者主要有三种观点:其一,以公共职位为中心的定义。美国学者白利认为,当腐败与贿赂特别有关时,“腐败”一词意味着不正当地使用权威来获得个人利益,这种利益或是某种特权,或是金钱。其二,以市场为中心的定义。代表人物是英国学者克拉弗伦和蒂尔曼莱夫。他们比较一致的观点是,腐败是官员将官职视为一种经营活动的结

果,从指令性价格制定模式转向自由市场模式,会因为供需的严重不平衡而加剧权力走向腐败。其三,以公共利益为中心的定义。柏林大学政治学教授弗里德里希认为,负责某项工作和责任的掌权者,受非法提供的金钱或其他报酬引诱,作出有利于提供报酬的人从而损害公众利益的行为,腐败就可以说存在了。美国政治学家博登海默在整合以上观点的基础上,提出腐败就是运用公共权力来谋取私人利益的行为。目前,西方社会比较普遍地认同这一腐败定义。^[1] 联合国开发计划署将“腐败”定义为“依靠贿赂、敲诈、施压、裙带关系、欺骗、收受好处费或盗用公款等手段,滥用公共权力、职责或职权以牟取私利”。^[2] 易言之,腐败就是指“利用公共部门,通过违反法律和其他形式的规定来追求私人的利益”。^[3]

法学语境中的“腐败”一词兼具“贿赂”(bribery)和“贪污”(embezzlement)的含义。根据《牛津英语词典》的解释,“腐败”可能以多种方式发生,它可能以破坏或分解任何物体的方式影响其“物理属性”,尤其是以分解或瓦解的方式,并伴随着产生了不健康的和令人讨厌的物质;它可以影响“道德”,通过“扭曲”和“破坏”政府职能履行中的诚实,以贿赂、偏袒的方式,或以腐败行为的“使用”和“存在”的方式影响政府职能。根据《布莱克法律词典》的解释,“腐败”是指故意行使与公职义务或其他权利不相符的行为以谋取某些利益,或者公职人员或受托人违背其职责或其他权利,非法地或不当地利用其职位或身份为自己或他人谋取利益的行为。具体而言,“贿赂”是指提议给予、实际给予、收受或索取任何有价之物以影响官员的行为或影响其履行法律和公共职务;“贪污”是指具有委托管理身份的人员或雇员故意地侵吞或转变他人的钱财归某人所有使用,而不法行为人由此获得法律意义上的占有。“贪污”的要件必须是钱物的所有人和行为人之间存在雇佣或代理关系。被侵吞的钱物必须是由凭借这种关系的行为人所占有,而且必须是故意的和欺诈性的占有或转变钱物的所有关系。^[4] 在一些国际反腐败公约中,也经常将“腐败”与“贿赂”、“贪污”混用,或者直接

[1] 宇杰、李涛:“西方学者论腐败”,载《学习时报》2003年6月17日。

[2] “联合国反腐败实践纪要”,载 http://www.undp.org/governance/docsaccount/fighting_corruption_to_improve_governance.pdf, 2008年3月20日访问。

[3] C. 西蒙·范赫斯切爾、I. 格羅斯曼:“中国经济体制改革中的激励与腐败”,载胡鞍钢主编:《中国:挑战腐败》,浙江人民出版社2001年版,第153页。

[4] Henry Campbell. Black. M. A. Black's Law Dictionary, Fifth Edition, St. Paul Minn WEST PUBLISHING CO. 1979, pp. 68, 173, 311.

将腐败等同于贿赂行为,^[1]“透明国际”将“腐败”定义为:“为了个人私利而滥用委托的权力,包括政府官员收受贿赂、在政府采购中收取回扣以及贪污公款。”^[2]显然,这是一个相对狭窄的定义,并未包括公众认为的“腐败”的其他内容。《俄罗斯联邦反腐败法》中界定的“腐败”,是指“a. 自然人损害社会和国家的合法利益,为本人或第三人谋取金钱、贵重物品、其他财产或财产性服务,或者其他财产权利等形式的利益,滥用公职地位、行贿、受贿、滥用职权、进行商业贿赂或实施其他非法利用其职务的行为,或者其他自然人向上述人员非法提供这类利益的行为。b. 以法人名义或为法人利益实施本款‘a’项的行为”。^[3]这一概念同样强调腐败行为的目的是获取财产或财产性利益,并且是对职务的一种非法利用。

“腐败”概念的多学科分析或者同一学科中的不同解读,从不同侧面揭示了腐败的一般特征。可概括为:(1)从腐败的主体看,通常指的是掌握公共权力的个人或团体,即“权力主体”;(2)从腐败的行为特征看,腐败行为以权力被滥用为特征;(3)从腐败的主观动机看,通常是获取为法律规范所禁止的财产或财产性利益,不过,现代社会有所扩展;(4)从腐败的后果看,必然危害国家、社会和公民的利益;(5)从道德和法律评判看,腐败是道德败坏的行为,在道德上是可耻的,在法律上是应该被归责的。

腐败的表现形式多样,但总体而言,贪污、贿赂犯罪仍是腐败所指称的一类行为中最严重、最极端的表现形式。贪污、贿赂犯罪与腐败之间的紧密联系,要求我们在关于贪污、贿赂犯罪的研究中,必须从一个更为广泛的视角加以分析,以适应法律全球化对惩治贪污、贿赂犯罪的客观要求。

二、贪污、贿赂犯罪的衍生与演进轨迹探寻

以贪污、贿赂为极端表现形式的腐败犯罪,作为伴随人类社会私有财产制度

[1] 例如,《联合国打击跨国有组织犯罪公约》第8条规定的腐败罪与《反腐败公约》第15条和第16条规定的贿赂犯罪具有完全相同的内容含义。在其他一些区域性国际公约中,如1999年11月4日欧洲委员会通过的《反腐败民法公约》中,腐败也被直接定义为贿赂行为,在该公约第2条关于“腐败”的定义中明确提出:“‘腐败’系指直接或者间接地请求、允诺、给予或者接受贿赂或任何其他不正当好处或期望,以使接受贿赂或者不正当好处或期望的一方不正当地履行职责或作出其所接受的贿赂或者不正当好处方期望或要求其作出的行为。”

[2] “透明国际”是一个全球性的非政府、非赢利性组织,1993年由德国人彼得·艾根在德国创办,其目标是创建一个没有贪污腐败的世界。“透明国际”从1995年起每年公布一次国际清廉指数(CPI指数),该指数实名为“国际腐败估计指数”,采取10分制,10分为非常清廉,0分为非常腐败。打分的根据是12个不同的民意测验和9个国际机构的调查报告。自1999年起,“透明国际”开始公布行贿指数,行贿指数专门用于一些主要的出口国在海外行贿的倾向,行贿指数强调在国际商业往来中腐败行为包括行贿和受贿两个方面,是对腐败指数的一个补充,载 <http://www.transparency.org/>,2008年3月26日访问。

[3] 杜永明译:“俄罗斯联邦反腐败法”,载《环球法律评论》2010年第3期。

和公职政府的出现而产生的一种消极社会现象,公共权力对公共资源的占有与支配关系是腐败行为现实化的客观基础。从某种意义上说,“只要国家存在,就意味着公共权力直接掌握在部分人手中,这些人就有利用权力牟取私利的可能。只要商品交换存在和发展,就会滋生出腐败权力的力量”。^{〔1〕} 尽管我们已无从考证人类社会最早产生贪污、贿赂等腐败行为的时间与国度,^{〔2〕}但是,基于腐败之于政治权力的天然寄生关系,我们不难肯定作为权力的衍生物而存在的腐败是人类公共生活中的“自然现象”的命题。以贪污、贿赂犯罪为主要表现形式的腐败,在其诞生之初仅是作为公共权力的副产品而存在的,人类对物质产品占有欲望的无限性是衍生腐败最根本的动因,而权力的诞生及运行则是贪污、贿赂犯罪得以现实化的天然温床。

在前近代社会中,国家权力赤裸裸的私有性导致了权力的无限性与至上性,其结果就是国家垄断对一切社会资源的管理与分配权力,依靠绝对的权力实现对财富的侵占与掠夺是权力运行的结果。这一时期,权力与金钱之间的肮脏交易更易达成,贪污、贿赂犯罪便成为了人类最早产生的腐败犯罪的基本形式。由权力的私有性所决定,以贪污、贿赂犯罪为极端表现形式的腐败,一般被视为对权力拥有者财产、秩序及吏制的破坏,从贪污、贿赂犯罪的直接危害后果看,贪污侵犯了财产的占有关系,而贿赂则更多表现为对官僚吏制正常运行、公平秩序的侵犯,两类犯罪危害结果的差异性也由此表现出来。在西方国家,与贿赂罪受到严厉的惩罚不同,在相当一段时间,贪污仅仅被视为一种背信行为,并没有被作为犯罪或者严重犯罪处理。权力的私有性还决定了在这一阶段中对贪污、贿赂犯罪的治理,尽管被视为维护统治权力职能的重要方面,但常常演变成为统治阶级内部争权夺利的手段。

近代社会以后,真正意义上的公共权力得以在世界各国逐步诞生,由于国家权力对政治、经济、文化等公共事务干预的必然性,基于公共权力运行的需要,必须掌握一些至关重要的自然资源,而权力本身也是一种资源,例如,征税权、特许和许可权、提供服务和保护等公共产品^{〔3〕}等,国家由此掌握了天然的与人为的

〔1〕 师正:“市场取向改革与惩治腐败”,载《北京大学学报》(哲学社会科学版)1994年第2期。

〔2〕 现有的发现已经证明,早期的中西方典籍均对腐败现象有所记载。在中国,自从私有制出现以后,贿赂便是一种司空见惯、俯拾皆是的社会现象。如《左传·昭公六年》:“乱狱滋丰,贿赂公行。”《襄公十年》:“政以贿成,而刑放于宠,官之师旅,不胜其富。”参见《左传·昭公六年》。而据透明国际的材料,公元前13世纪叙利亚的拉卡的楔形文字记载中就有官员受贿的记载。季正矩:《通往廉洁之路——中外反腐败的经验与教训研究》,中央编译出版社2005年版,第1页。

〔3〕 “公共产品”,是指“每个人的消费不会减少任何一个其他人对这种物品的消费”,如国防、治安、消防等。[美]丹尼斯·C.缪勒:《公共选择理论》,杨春学等译,中国社会科学出版社1999年版,第15页。