



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2011年 第1卷 [总第19卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

中国贯彻《联合国反腐败公约》的策略 刘志伟 魏昌东 钱小平

腐败（犯罪）治理有效性研究 陈正云 胡健凌

主观解释论——当前中国刑法解释的应然选择 熊伟

刑事司法中司法习惯与学理解释——以“方舟子被袭”案切题 时延安 戴羽

《刑法修正案（八）》观察与思考 赵秉志

西部地区毒品犯罪演变特点及应对措施——以云南边疆为例 吴大华 王飞

盗窃罪疑难问题研究 徐立 周铭川

论应对黑社会性质组织犯罪的刑事政策 黄晓亮 王嘉伟

中国内地与香港贿赂犯罪立法比较研究 王志祥 敦宁

中国台湾地区刑法有关刑罚加重与减轻之探讨 靳宗立



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



中国法学会刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2011年 第1卷 [总第19卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 2011 年. 第 1 卷: 总第 19 卷 / 赵秉志主
编. —北京: 法律出版社, 2011. 9
ISBN 978 - 7 - 5118 - 2467 - 7

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914. 04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2011)第 176158 号

刑法评论 2011 年第 1 卷(总第 19 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 钱小红
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16
版本 2011 年 9 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 25.5 字数 382 千
印次 2011 年 9 月第 1 次印刷
编辑统筹 学术·对外出版分社
经销 新华书店
责任印制 陶 松

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 - 2467 - 7

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刑法评论

2011 年第 1 卷(总第 19 卷)

顾问 高铭暄 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员(以姓氏音序为序)

陈兴良 陈泽宪 陈忠林 黄京平 贾宇
柯良栋 郎胜 李洁 李希慧 刘宪权
莫洪宪 齐文远 曲新久 张军 张明楷
朱孝清

主编 赵秉志

副主编 张军 陈兴良

主编助理 刘志伟

执行编辑 刘科

编辑 王俊平 刘科 郭理蓉(英文)

目录

反腐败专论

中国贯彻《联合国反腐败公约》的策略 / 刘志伟 魏昌东 钱小平	1
腐败(犯罪)治理有效性研究 / 陈正云 胡健波	46

刑法解释专论

刑法解释的客观立场再述	
——基于司法能动性的考量 / 孙道萃	89
主观解释论	
——当前中国刑法解释的应然选择 / 熊 伟	102
刑事司法中司法习惯与学理解释	
——以“方舟子被袭”案切题 / 时延安 戴 羽	114

立法研究

《刑法修正案(八)》观察与思考 / 赵秉志	125
-----------------------	-----

司法实务

盗窃罪疑难问题研究 / 徐 立 周铭川	174
论应对黑社会性质组织犯罪的刑事政策 / 黄晓亮 王嘉伟	195
西部地区毒品犯罪演变特点及应对措施	
——以云南边疆为例 / 吴大华 王 飞	209

域外法治

中国内地与香港贿赂犯罪立法比较研究 / 王志祥 敦 宁	220
中国台湾地区“刑法”有关刑罚加重与减轻之探讨 / 靳宗立	244

全国刑法学术年会

中国法学会刑法学研究会 2010 年全国学术年会在 甘肃兰州隆重举行 / 袁 彬	275
当前刑法理论与实务热点聚焦 ——中国法学会刑法学研究会 2010 年年会研究综述 / 赵秉志等	278
中国法学会刑法学研究会第六届理事会增补八位理事 / 袁 彬	304

怀念马克昌先生

马克昌刑法学术思想要览 / 莫洪宪 何荣功	305
恩师睡去何时醒来 / 张 军	338
秉承遗志以报先生 / 熊选国	340
两位刑法学大师间的深情厚谊 ——深切悼念刑法学泰斗马克昌先生 / 赵秉志	342
师德人品堪称楷模 / 鲍遂献	349
追忆马先生住院的日子 / 莫洪宪	351
追忆我们的恩师马克昌先生 / 林亚刚	354
用心锁住慈父般的马老 / 王秀梅	358
恍然如梦 ——追忆恩师马克昌教授 / 彭卫东	359
十二载耳提面命 ——怀念马克昌先生 / 陈家林	364
缅怀恩师马克昌先生 / 王 娜	369
追忆马克昌先生最后一堂课 ——国家刑法与市民刑法 / 宫步坦	372
重洋此岸忆先生 ——一个留学归国者记忆中关于马先生的几个片段 / 熊 琦	377

陪伴恩师马克昌先生的那段日子 / 李颖峰

383

动态与信息

黑社会性质组织犯罪的惩治、防范与刑事证据的审查、判断

——第二届当代刑事司法论坛会议综述 / 何挺 苏明月

387

反腐败专论

●中国贯彻《联合国反腐败公约》的策略

刘志伟 魏昌东 钱小平*

目 次

一、确立分类、分步骤转化的策略

(一)腐败治理的现实性要求

(二)腐败治理的经济性要求

(三)腐败治理的可持续性要求

二、预防机制的优先转化

(一)《公约》关于预防机制的规定

(二)我国腐败预防机制的现状与缺憾

(三)预防机制优先转化的必要性

(四)预防机制优先转化的具体步骤

三、定罪机制的改造性转化

(一)《公约》关于定罪机制的规定

(二)我国腐败定罪机制的现状与缺憾

(三)定罪机制改造性转化的必要性

(四)定罪机制改造性转化的具体步骤

* 刘志伟,北京师范大学刑事法律科学研究院教授、博士生导师、法学博士;魏昌东,南京审计学院政法学院副教授,北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员,法学博士;钱小平,南京审计学院政法学院副教授、法学博士。

本文系“北京师范大学哲学社会科学创新群体培养计划”支持的“联合国公约在中国刑事法治领域中的贯彻”项目的阶段性研究成果。

四、执行机制的整体性转化

- (一)《公约》关于执行机制的规定
- (二)我国反腐执行机制的现状与缺憾
- (三)执行机制整体性转化的必要性
- (四)执行机制整体性转化的具体实施

作为国际反腐败斗争领域最为重大的合作成果,《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)对世界腐败犯罪治理的最大贡献,不仅是作为可现实考量的制度与规范体系设计本身,更为重要的是建构了一个兼及观念、机制与规范的腐败治理体系。将这样一个综合性的、复杂的腐败治理体系运用于中国反腐治理实践并非易事,特别是中国正处于经济体制转型期内,特殊的社会环境对腐败治理的要求与其他市场经济成熟国家或发展中国家有所不同,因而有必要采取更为稳妥、安全的转化方法。我们认为,在对腐败治理的基本规律和国内腐败治理的现实需要进行充分考察与评价的基础之上,应采取分类、分步骤的转化策略,逐步实现《公约》在中国贯彻之目的。

一、确立分类、分步骤转化的策略

策略是指为实现特定目的而采取的用于解决、处理问题的方法。分类、分步骤的转化策略是为完善中国腐败治理体系及履行国际法义务而采取的促进《公约》在中国应用的方法,其中,分类转化是针对中国腐败治理体系的现状,从宏观角度区分不同的治理机制,确立对应的转化方略;分步骤转化,是针对制度建立与执行的现实可行性,从微观角度提出具体的制度转化安排。实施分类、分步骤的转化策略是对腐败治理的基本规律和我国腐败治理的现实需要充分考察的必然结果,其必要性体现在以下三个方面:

(一)腐败治理的现实性要求

腐败犯罪是社会发展的一种客观存在。从早期的政治腐败到市场经济下的经济腐败,从传统的侵占型腐败到现代的交易型腐败,从单一的国内腐败到复杂的跨国腐败,腐败犯罪始终普遍存在,并且呈现出与社会发展保持相对一致的变化形态,以致今日,腐败犯罪“被称为世界性‘癌

症’，不仅无处不在，无时不在，而且蔓延迅速，扩散广泛”。^① 腐败犯罪产生的根源既存在于“人性本恶”的前提推断，也可归结于社会制度本体免疫能力的不足，而在社会转型期间，腐败犯罪衍生的原因则更为复杂。

社会转型是分化旧的社会关系，包括领域分化、地域分化、阶层分化、组织分化、利益分化、观念分化，而重构新的社会关系。^② 中国社会转型是伴随着市场经济建设的深化而逐步展开的，具体表现为：社会由有限开放向全方位开放转变，由政府主导型的开放向市场主导型的开放转变，由试点试验为特征的开放向法律框架内的可预见的整体推进开放转变，由过去的通过改革促进开放向由开放促进改革转变。^③ 在这一过程中，原有的治理结构被逐步打破，新的治理规则及相关制度尚未完全建立，因而更易导致行为人产生对法律规则和社会秩序的僭越冲动，并引发新的腐败犯罪类型，如“寻租型”职务犯罪和商业贿赂犯罪。新型腐败犯罪较传统腐败犯罪在手段上更为隐秘、社会危害性更大，是我国社会经济体制转型期间腐败治理的重点对象。对于此类腐败犯罪的治理，主要依靠有效的腐败预防机制。因此，尽管《公约》建立了针对一切腐败犯罪的综合性治理体系，但在其转化过程中，必须以我国反腐实践的迫切性要求为出发点，施以有重点、分步骤的转化策略。

（二）腐败治理的经济性要求

腐败的产生有着复杂的社会原因，不仅是权力监督不足的问题，在更深层次上，与国家的经济发展、文化建设乃至公民意识都有密切联系。为避免腐败治理的浅层性，现代国家都强调从社会整体机制角度建立全面的腐败治理体系。腐败治理的全面性具体体现为：第一，治理范围的全面性。公共权力腐败是腐败的早期形态，但随着国家与市民社会二元结构的出现，对公、私领域内腐败的共治理已经成为现代国家腐败治理的重要任务。第二，参与主体的全面性。腐败治理不仅是国家的责任，同时也是社会的责任。只有提高社会公众对腐败危害程度的认识，降低对腐败

^① 胡鞍钢等主编：《第二次转型——国家制度建设》，清华大学出版社2003年版，第235页。

^② 参见郑杭生：《跨世纪中国社会学回顾与瞻望》，中国人民大学出版社2001年版，第6~7页。

^③ 参见翟中东：“中国社会转型与刑事政策调整”，载《学术论坛》2003年第1期。

犯罪的容忍度,才能真正从社会根源上控制腐败。第三,治理手段的全面性。腐败犯罪的本质是对物质财富的极度攫取与追逐行为,扩大对财富的占有则是腐败犯罪衍生的最大动因。从《欧洲民法公约》开始,现代腐败治理理论已经将目光转向了非刑罚的治理手段,通过建立事后非刑事惩治手段,如民事赔偿、资产追回等制度,使行为人认识到腐败的无价值,自动遏制腐败动因,从而实现控制腐败犯罪的目的。

在强调腐败治理全面性的同时,也必须考虑腐败治理的经济性。在经济学中,经济性是资源配置的一种最优状态,即从一个给定的投入中获得最大的产出,或以最小的资源消耗取得同样的效果。腐败治理的全面性意味着国家需要增加更多的腐败资源投入,但均等的资源投入在腐败治理的各项环节所产生的治理效益并不相同,在资源总量有限的情况下,必须以资源消耗最小或治理收益最大作为反腐制度建设的基本导向,比如,《公约》强调公众对腐败行为的监督以降低国家反腐资源的投入与消耗、推行国际间的资产追回合作以减少腐败犯罪给国家、个人造成的损失等,即是从经济性角度对反腐资源投入方向和分配领域的一种指引。我国正处于社会经济体制改革的转型发展阶段,国家资源的有限性仍然是一个比较突出的问题,在此前提下,应当全面借鉴《公约》所倡导的腐败治理的经济性理念,合理利用现有的治理资源,优先考虑建立或完善有利于提高治理经济性的相关制度。

(三) 腐败治理的可持续性要求

腐败治理的可持续性是指根据腐败犯罪发展的客观规律,建立腐败治理的长效机制,以实现腐败治理与社会发展相互协调的目的。现代腐败衍生的机理具有多样性特征,单一依靠刑罚并不能实现腐败治理的根本目的。从20世纪90年代开始,在一些国际或区域性条约中,各缔约国开始积极寻求腐败治理的新途径,以谋求腐败治理的可持续性。1990年的《反腐败的实际措施》、1996年的《美洲反腐败公约》、1999年的《欧洲委员会反腐败刑法公约》及2000年的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》,都对预防腐败措施给予了高度关注并将其作为一项重要条款予以确立,由此在国际层面形成了腐败防惩模式的统一认识,即强调预防制度在腐败治理中的关键作用,加大对预防制度的建设,提高国家对腐败犯罪的预防能力。《公约》在此基础上进一步提出建立包括腐败预防、实体定罪、程

序执行和国际合作在内的一揽子治理模式,以实现腐败治理的可持续性。

然而,《公约》这种整体治理模式之下实则包含了与治理机制相对应的不同治理理念。在预防机制上,基于预防机制在治理体系中的重要地位,《公约》强调预防优先的治理理念;在定罪机制上,基于腐败犯罪给民主国家带来的巨大危害,《公约》比其他任何国际反腐条约都更加坚定地表现出严厉打击腐败犯罪的基本态度,采取了威慑性控制理念;在程序机制上,基于对治理效率的价值诉求,《公约》则采取了一体化治理理念,重视各项程序性制度之间的协作关系。总之,各项治理机制在腐败治理体系中的指导理念和功能均有所不同,在转化过程中需要有不同的转化策略进行引导,而不同转化策略的正确指引,将有助于充分发掘各项腐败治理机制的基本功能,协调机制之间的运行关系,进而形成腐败治理的长效机制。

基于以上认识,我们认为,为实现腐败治理的可持续性,我国应借《公约》贯彻之良机,梳理国内腐败治理结构,区分不同治理机制,采取不同之转化策略。分类转化策略具体表现为预防机制上的优先转化、定罪机制上的改造性转化和执行机制上的整体性转化(国际合作机制的实施既依赖于国内实体与程序法的完善,更依赖于国际双边或多边条约的缔结,因而很难称之为“机制转化”,故将国际合作机制内容放入第三章中进行论述),而分步骤转化策略则是在分类转化的基础上,根据《公约》的转化原则,在各项具体反腐制度的转化过程中,确立不同的优先顺序。

二、预防机制的优先转化

预防机制在腐败治理体系中发挥着关键作用,建立和完善预防机制将推动腐败治理的可持续发展。与定罪、执行机制相比,我国预防机制的作用最为薄弱,与《公约》的要求有较大差距。为有效提高国家对腐败的治理能力,实现腐败治理的战略性目标,应在《公约》贯彻中对预防机制实施优先转化。

(一)《公约》关于预防机制的规定

《公约》设立专章规定“预防措施”,着重强调预防政策的科学性、预防机构的独立性、预防对象的明确性、预防范围的广泛性、预防环节的紧密性以及预防手段的多样性,由此形成了具有体系性的腐败犯罪预防机

制。除传统预防制度外,《公约》还提出了以下具有创新意义的制度:

1. 腐败预防政策评估制度

一国腐败预防制度体系的构建涉及多个层次的问题。其中,法律与行政措施的自体性缺陷,是导致预防政策在实施中产生异化或者不同机制之间相互排斥的原因。这些问题的存在,不仅影响了腐败预防的实际效果,也对整体预防机制的经济性与协调性构成威胁,而通过建立预防政策评估制度可以及时消除制度隐患,降低因自体性缺陷所产生的制度风险,弥补预防制度自我修正功能的不足,确保腐败犯罪预防政策的科学性。因此,《公约》在第5条“预防性反腐败政策和做法”中,要求各国应建立对包括法律文书和行政措施在内的相关预防政策的定期评估制度,并且在第61条“有关腐败的资料收集、交流和分析”中,进一步强调了评估的标准,即缔约国应“考虑对其反腐败政策和措施进行监测,并评估其效力和效率”。

2. 公共权力体系化预防制度

公共行政层面的腐败不仅侵害国家与社会资源,更危及一国的民主政体和社会稳定,是腐败治理的重点。《公约》对预防公共权力腐败给予高度的关注,通过第7条“公共部门”、第8条“公职人员行为守则”、第9条“公共采购和公共财政管理”、第10条“公共报告”、第11条“与审判和检察机关有关的措施”,创新性地构建了一个层次分明、重点突出的公共权力预防体系。

(1) 公共部门运行制度。《公约》强调维护公共部门运行秩序的重要性,其具体措施表现为:一是完善公职人员的选任制度。《公约》第7条第1款和第2款要求各缔约国酌情采用、维持和加强公务员和适当情况下其他非选举产生公职人员的招聘、雇佣制度并有义务就公职人员的人选资格和当选标准作出规定。二是健全公职人员的激励制度。《公约》从人事激励、职业道德激励和经济激励三个方面提出构建完善的激励体系:在人事激励制度上要求,各缔约国以效率、透明度、特长、公正和才能等客观标准加强公职人员留用、晋升和退休制度建设;在职业道德激励上;要求各缔约国加强对公职人员的教育和培训,以使其能够达到正确、诚实和妥善履行公务的要求;在经济激励上要求,在考虑缔约国的经济发展水平的基础上促进充分的报酬和公平的薪资标准。三是建立特殊职位公职人员管

理制度。考虑到特殊职位腐败所产生的更为严重的社会危害性,《公约》提出,对于担任特别容易发生腐败的公共职位的人员建立专门的甄选和培训程序以及轮岗制度。四是消除公共部门之间的利益冲突。公共部门之间职权交叉不仅导致公共决策周期变长,决策成本过高,还造成部门之间的相互牵制,为权力的滥用创造了条件。为此,《公约》第7条明确规定缔约国应当采取相关措施促进公共部门的透明度并防止公共部门的利益冲突。除了以上四项制度创新以外,《公约》还针对采用竞选制的国家提出要求提高公职竞选候选人经费筹措和政党经费筹措的透明度。

(2)公职人员行为规范。公职人员遵守职业操守,保持良好的行为方式,是维护公职群体的廉洁性、忠实履行公职管理信托义务的重要保障。规范公职人员行为一直是国际反腐理论与实践的关注对象。《公约》在以往国际反腐条约规定的基础上进一步,提出建立公职人员举报制度、财产申报制度、违规惩罚机制和司法机关的廉政措施。

(3)公共部门报告制度。腐败是一个秘密行动,信息不对称程度越高,腐败的机会和可能性就越高。^①减小腐败机会的最佳方式是增加公共部门的透明度,将所有涉及公众的信息、公共利益信息、公共服务信息等全部披露。因此,《公约》在第10条特别要求缔约国采取必要的措施,提高公共行政部门的透明度,具体措施包括三个方面:一是确保公众知情权,通过施行各种程序或者条例,酌情使公众了解公共行政部门的组织结构、运作和决策过程,并在对保护隐私和个人资料给予应有考虑的情况下,使公众了解与其有关的决定和法规;二是建立简明的公共管理结构,酌情简化行政程序,以便于公众与主管决策机关联系;三是确立定期公告制度,定期报告包括公共行政部门腐败风险问题定期报告在内的相关资料,以便于公众了解公权运行状况。

3. 审计监督制度

在预防机制中,提高预防效率的最佳办法是设置能有效揭露、阻止或控制腐败衍生的制度。对于腐败犯罪而言,其外部特征往往表现为违法、违纪的经济活动,在账簿记载、财务报表等财会记录上都会存在痕迹,而

^① 参见胡鞍钢:“反腐败必须构建中国特色国家廉政体系”,载《检察日报》2007年5月29日。

通过审计则可以及早发现腐败线索,阻止腐败行为蔓延和恶化。因此,《公约》第9条和第12条分别要求在两个领域内建立完善的审计制度:一是在公共财政管理上,缔约国应当“建立由会计和审计标准及有关监督构成的制度”;二是在私营部门管理上,缔约国应“加强私营部门的会计和审计标准”,“确保私营企业根据其结构和规模实行有助于预防和发现腐败的充分内部审计控制,并确保这种私营企业的账目和必要的财务报表复合适当的审计和核证程序”。

4. 私营企业内部管理制度

腐败不仅来自于市场体系的制度性缺陷,也与市场主体的逐利行为有密切联系。及时发现并消除市场主体非正当的逐利行为,对于减少腐败交易机会,降低腐败发生率有积极意义。因此,《公约》第12条提出私营部门在预防腐败中的社会责任,要求“加强私营企业实体操守的标准和程序”、“增加私营企业透明度”、“确保私营企业根据其结构和规模实行有助于预防和发现腐败的充分内部审计控制”,以便于公众监督。

5. 社会参与制度

《公约》第13条规定,各缔约国应当采取适当措施推动公共部门以外的个体和团体,如民间团体、非政府组织和社区组织等,积极参与预防和打击腐败。《公约》要求,通过加强行政体制建设,提高决策过程的透明度,促进公众在决策过程中发挥作用。此外,缔约国还应加强在信息获取渠道方面的体制建设,尊重、促进和保护有关腐败信息的查找、接受、公布和传播的自由,并积极推行社会廉正文化,将不容腐败的宣传编入包括中小学和大学课程在内的公共教育方案之内。

(二) 我国腐败预防机制的现状与缺憾

1. 我国腐败预防机制的现状

长期以来,我国腐败治理是将已然腐败犯罪作为严肃查处的对象,施之以严厉的刑罚,而对未然的腐败犯罪、腐败的环境治理等问题则未能给予充分的重视,其结果是导致腐败犯罪查处率与腐败犯罪发案率居高不下,腐败现象并未因治理力度的加强而得到有效控制,反而呈现出急骤扩张的趋势。从1998年1月召开中央纪委二次全会开始,“源头治理”或“治本”的提法正式进入反腐败工作的议程。2002年党的十六大提出要加强教育,发展民主,健全法制,强化监督,创新体制,把反腐败寓于各项

重要的政策措施之中,从源头上预防和解决腐败问题。十六届三中、四中全会提出和强调建立健全惩治与预防腐败体系,特别是十六届四中全会提出的“标本兼治、综合治理、惩防并举、注重预防”反腐倡廉十六字方针,标志着党对执政规律和反腐倡廉规律认识的进一步深化。2005年1月中央发布《建立健全惩治和预防腐败体系实施纲要》(以下简称《实施纲要》),首次提出了预防为主的总体战略框架,标志着中国预防为主的反腐败战略正式确立。

就目前而言,中国腐败预防机制在总体上由三个部分组成:一是预防腐败的具体政策。从十五大到十六大,国家以源头治理为统领出台了若干预防性政策,包括:军队、武警部队和政法机关不得经商办企业,收支“两条线”,会计委派制,三公开(村务、厂务和政务),行政审批制度改革,领导干部任期经济责任审计,等等。十六大到十七大期间,以构建预防体系的基本框架为目标,预防政策的范围不断拓展,制定了如纪检监察巡视、派驻机构统一管理、政府采购招投标、领导干部公开选拔或竞争上岗试点等政策性规定。二是预防腐败的主体。监督机构的健全是实现腐败预防的关键。为了提高国家对腐败犯罪的预防能力,从2000年开始国家在全国各级检察机关设立了专门的职务犯罪预防机构,负责制定专门的腐败犯罪预防政策,统一协调腐败犯罪预防工作。不仅如此,全国检察机关还通过具体查办腐败犯罪案件,对于办案中所发现的现行制度中的薄弱环节,腐败的易发领域、行业与地区,实行重点预防。2007年9月作为积极履行《公约》义务的具体行动,中国设立了专门的国家预防腐败局,负责统辖中国的腐败犯罪预防工作。三是预防腐败的法律法规。国家颁布了一系列带有腐败预防性质的法律法规,具体包括:涉及公共权力运行的《政府采购法》(2002年)、《行政许可法》(2004年),涉及公共权力主体行为规范的《公务员法》(2005年)、《全国人民代表大会常务委员会监督法》(2006年)、《政府信息公开条例》(2007年),等等。

2. 我国腐败预防机制存在的缺憾

尽管我国预防机制的基本框架正在逐步形成,但是由于起步较晚,预防机制的建设仍然存在很大的不足,具体表现为:

(1)预防措施政策化。以政策方式进行社会先验,是目前中国社会治理的一种惯常做法。政策作为一种社会治理手段对于国家的治理固然有

其合理和必要的一面,但其缺陷在于政策的制定往往会伴随着一定的治理冲动和非理性的价值诉求,在执行上存在不确定因素,因而难以持久。尽管中国目前已经初步确立了预防优先的理念,但具体措施仍是以政策方式予以贯彻,特别是,大多数腐败预防政策是以党的政策方式实施,不仅在效力上值得商榷,而且容易造成公众对腐败的误解,即将党员腐败与公职人员腐败等同,无形中缩小了预防范围。政策推动型的预防模式导致政策之下缺少总体的制度性规定,政策之间的凝聚性和协作性不强,造成“头痛医头,脚痛医脚”的运动式防范方式,长此以往,降低了个体对预防的心理感应程度,进而影响到预防的效果。

(2)预防结构失衡。尽管《实施纲要》从宏观上建立了预防战略,但大部分仍停留在政策和理论建构层面,在具体制度的深层次拓展上还比较有限,一些对于提高整体预防效果有重要价值的预防制度尚未建立,如举报人保护制度、预防政策评估制度、公务员财产申报制度,^①其结果导致预防结构失衡,不符合《公约》“系统化预防”的制度要求。此外,在预防领域上,目前关注的重点是公共权力领域,几乎所有的国家资源投入都是以保障公权的廉洁性为中心展开的,对市场领域内的腐败预防关注度不足,而对私营企业在腐败预防上应承担的社会责任也未规定明确的制度性约束机制。

(3)预防效果不足。在经济体制改革过程中逐步形成的一些腐败预防制度,因改革的渐进性和探索性而在制度设计上存在一定的问题,在实际运行中未能发挥预期的预防效果。比如,公务员人事制度的改革和转型很不彻底、财政预算体制以及公务人员工资报酬制度改革还远没有触及深层次问题、社会预防力量没有能够真正调动、国家审计监督效果的不足、社会审计和内部审计缺少监督功能,等等。这与《公约》所要求的“有效预防”的治理目标仍有较大差距。

^① 从2009年1月1日起,新疆阿勒泰地区率先在全国试行官员财产申报制度,把过去通行的官员“收入申报”扩大为“财产申报”,并承诺在阿勒泰廉政网和当地主流媒体上公示官员的“财产申报结果”。此项破冰之举,引来广泛争论。一项对阿勒泰和新疆其他一些地州市官员进行的随机调查显示:反对者七成,无所谓者两成,坚决支持者一成。参见潘从武、贺占军:“新疆阿勒泰将试行官员财产申报,7成受访官员反对”,载《法制日报》2008年9月11日。