



第五届当代刑事司法论坛
THE FIFTH CONTEMPORARY CRIMINAL JUSTICE FORUM

腐败犯罪的惩治与预防



FUBAI FANZUI DE CHENGZHI YU YUFANG

主 编◎赵秉志
副主编◎刘志伟

腐败犯罪是世界各国面临的共同问题。腐败犯罪亦是当前困扰中国经济发展和社会进步的最大障碍之一。改革开放以来，日益猖獗的腐败犯罪不仅严重地阻碍了中国经济健康的发展，破坏了社会整体秩序，而且还在某种程度上削弱了执政党和政府的威信与公信力，对国家的稳定构成潜在的乃至现实的威胁，成为社会的巨大隐患。本届论坛以“腐败犯罪的惩治与预防”为主题，与会代表围绕腐败犯罪的立法完善、司法适用、预防机制、腐败犯罪的国际合作与追诉以及反腐败公约在中国的贯彻等立法与司法疑难问题，进行了比较系统而又深入的研讨，进一步加强了理论与实务的联系和互动，促进了理论和实务的共同发展与进步。



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社



第五届当代刑事司法论坛
THE FIFTH CONTEMPORARY CRIMINAL JUSTICE FORUM

腐败犯罪的惩治与预防

FUBAI FANZUI DE CHENGZHI YU YUFANG

主 编 赵秉志
副 主 编 刘志伟
主编助理 周振杰



北京师范大学出版集团
BEIJING NORMAL UNIVERSITY PUBLISHING GROUP
北京师范大学出版社

图书在版编目(CIP)数据

腐败犯罪的惩治与预防/赵秉志主编. —北京:北京师范大学出版社, 2014. 8

ISBN 978-7-303-17484-3

I. ①腐… II. ①赵… III. ①职务犯罪-研究-中国
IV. ①D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 099654 号

营销中心电话 010-58802181 58805532
北师大出版社高等教育分社网 <http://gaojiao.bnup.com>
电子信箱 gaojiao@bnupg.com

出版发行: 北京师范大学出版社 <http://www.bnup.com>
北京新街口外大街 19 号
邮政编码: 100875

印刷: 保定市中画美凯印刷有限公司
经销: 全国新华书店
开本: 155 mm×235 mm
印张: 30.75
字数: 493 千字
版次: 2014 年 8 月第 1 版
印次: 2014 年 8 月第 1 次印刷
定价: 98.00 元

策划编辑: 胡廷兰 责任编辑: 李洪波
美术编辑: 王齐云 装帧设计: 王齐云
责任校对: 李 菡 责任印制: 陈 涛

版权所有 侵权必究

反盗版、侵权举报电话: 010-58800697

北京读者服务部电话: 010-58808104

外埠邮购电话: 010-58808083

本书如有印装质量问题, 请与印制管理部联系调换。

印制管理部电话: 010-58800825

前 言

刑事法学研究要关注刑事法治现实问题，注重理论与实践的紧密结合；理论只有面向实践，解决实践中关心的问题才能凸显其应有的价值。在新的历史时期，如何为全面建设小康社会与建设富强、民主、文明的社会主义国家，创造和谐稳定的社会环境与高效公正的法治环境，已经成为当前刑事司法的核心。而刑事法治的发展和完善不仅需要面向实践的刑事法学研究，更需要刑事法理论界和实务界的广泛交流与合作，形成刑事法学理论与刑事司法实践之间的良性互动。

北京师范大学刑事法律科学研究院（以下简称“北师大刑科院”）作为我国刑事法学领域首家且目前唯一具有独立性、实体性、综合性的学术研究机构，自2005年8月创立以来，一直非常关注和重视研究我国在建设社会主义法治国家进程中的现实问题，并加强与各级司法机关的交流与合作。北师大刑科院成立八年来，先后与最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部等中央政法机关的14个相关研究机构、业务部门和北京市人民检察院、广东省高级人民法院、河南省高级人民法院等31个地方司法机关建立了良好、密切的交流合作关系。为进一步加强法学研究与司法实践之间的有机联系，研讨刑事司法实务中存在的各种重点、难点、热点问题，促进刑事法学理论和司法实务的共同发展，2009年年初，北京师范大学刑事法律科学研究院与已建立交流合作关系的北京市海淀区人民检察院等10余家地方司法机关通力合作，联合创办了当代刑事司法论坛。当代刑事司法论坛作为国内首次由教学科研机构与司法实务部门共同打造的常设性刑事司法实务交流合作平台，不仅为科研机构与司法部门之间的交流合作开创了新的模式，而且有助于推动法学理论研究 with 司法实务之间的紧密结合和良性互动。

首届“当代刑事司法论坛”于2009年7月21日至22日在河北省承德市举行，主题为“社会经济稳定的刑事司法保障”；第二届于2010年8月18日至19日在贵州省贵阳市举行，主题为“黑社会性质组织犯罪的惩治与防范”和“关于两院三部发布的《关于办理刑事案件排除非法证据若干问题的规定》和《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》的研讨”；第三届于2011年8月17日至18日在

浙江省遂昌县举行，主题为“经济领域中诈骗犯罪司法疑难问题”；第四届于2012年8月17日至18日在广东省佛山市举行，主题为“制售假冒伪劣商品犯罪的惩防对策”。前四届论坛的论文已经分别结集由北京师范大学出版社出版，取得了良好的社会效果。

延续前四届论坛的成功经验，北京师范大学刑事法律科学研究院联合国际刑法学协会中国分会于2012年8月19日至20日在苏州市吴江区隆重举行第五届“当代刑事司法论坛”暨国际刑法学协会中国分会第三届学术研讨会。来自国际刑法学协会、澳大利亚安全与警务研究中心以及最高人民检察院、最高人民法院、司法部、苏州市人民检察院等中央和地方各级政法机关暨中国社会科学院法学研究所、北京师范大学、西南政法大学、华东政法大学、南京大学、苏州大学、西北政法大学等高校的近百位专家学者和实务工作者参加了会议。在为期一天半的研讨会中，与会代表围绕着“腐败犯罪的惩治与预防”的主题，对腐败犯罪的立法完善、司法适用、预防机制、国际合作与追诉以及反腐公约在中国的贯彻等立法与司法疑难问题，进行了系统而深入的研讨，会议圆满成功。

为了充分展示本次会议的研讨成果，我们从与会代表提交的论文中挑选出46篇，分“腐败犯罪的惩防问题”和“腐败犯罪的国际合作”上、下两编，编辑成册并由北京师范大学出版社出版。为了出版的需要，我们从字句、段落、排版等方面对一些论文进行了适当的修改。本书由我担任主编，由北师大刑科院副院长刘志伟教授担任副主编，由北师大刑科院周振杰副教授担任主编助理。

第五届刑事司法论坛的成功举办与本书的顺利出版，得益于各举办单位和与会代表的大力支持，尤其是苏州市吴江区人民检察院为本次论坛的贡献良多，鼎力支持北师大刑科院学术事业的北京师范大学出版社为本书的编辑出版也付出了辛勤而卓有成效的劳动，对此我们深表敬意和谢忱！

北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长
中国刑法学研究会会长
赵秉志教授 谨识
2014年4月

目 录

上 编 腐败犯罪的惩防问题

论中国反腐败刑事法治的完善	赵秉志 (3)
基本刑事政策视域下贿赂犯罪立法的应然走向	
..... 王志祥 黄云波 (18)	
对中国腐败犯罪立法的反思与建议	范文中 李莎莎 (36)
探析跨国商业贿赂犯罪的问题及出路	王秀梅 赵晨光 (46)
职务犯罪预防对策实证分析	
——以 S 市检察院办理医疗案件为例	郭淑丽 安婧婧 (60)
中国职务犯罪预防工作的策略与选择	
——以信息化为视角的分析	黎明 李荣楠 (70)
中国反腐机构设置之我见	周晓燕 王 戈 (80)
医疗贿赂行为的原因、特点及控制	
——以葛兰素史克在华贿赂案为视角	张心向 段 威 (88)
中国检察机关举报监督机制的改革与完善	
——以香港廉政公署举报监察制度为借鉴	
..... 杨 明 孙 军 (102)	
社会管理创新与腐败问题的科学治理	傅跃建 (118)
变“对上负责”为“对下负责”：控制腐败的有效法律机制	
——从中国选举法的系统修改说开去	李晓明 (127)
中国反腐败刑事政策的实践偏差及原因剖析	
..... 刘春花 范国强 (133)	
论权力监督是遏制腐败犯罪的关键	彭新林 (144)
中国反腐败背景下的政商关系与公权力边界	李山河 (160)
村官职务犯罪的预防与控制	郭富选 宋 鹏 (173)
行贿犯罪“高发难处”的成因及对策分析	
——以二分院近年办理的贿赂案件为视角	桂 杨 (179)
腐败犯罪的主体预防	李卫红 (187)

走得太远的司法与理论

——对受贿罪“为他人谋取利益”解读的反思

..... 左坚卫 王 帅 (195)

新型贿赂犯罪若干问题研究

..... 杨 炯 方 军 杨 军 李荣楠 (206)

贪官收受“坐牢补偿费”能否认定为犯罪

..... 郭富选 宋 鹏 (218)

国家工作人员利用职务便利骗取转让费的定性

..... 姚建龙 赵 宁 (222)

居中联系又帮助转交财物是介绍贿赂还是行贿共犯

..... 罗 猛 蒋朝政 (228)

交易型受贿犯罪若干司法疑难问题辨析

..... 夏大伟 (232)

“软贿赂”入刑问题探议

——对《刑法》第 385 条完善意见

..... 高 雷 (239)

“性贿赂”入罪的必要性与正当性探究

..... 宋健强 孙森森 (249)

环境污染职务犯罪查处困境及其可能出路

..... 吴美满 (259)

审判前财产没收程序到缺席审判之路

..... 刘敬新 (266)

违法所得没收程序的实践问题及立法完善

..... 郭 俐 葛 燕 (274)

贪污罪、受贿罪死刑适用及相关问题探析

..... 周振晓 (281)

下 编 腐败犯罪的国际合作

让法律对外逃腐败分子不再“鞭长莫及”

——探析中国反腐败犯罪引渡机制的健全与完善

..... 龙 文 张 灿 (287)

运用移民遣返措施境外追逃腐败人员之路径与难点分析

..... 赵秉志 商浩文 (295)

劝返的现实困境与突破路径

..... 舒洪水 刘 娜 (310)

论中国追赃国际合作的法律依据和主要方式

..... 陈 雷 (325)

论民事途径在资产追回国际法律合作中的应用

..... 王建明 屈 鹏 吕靖轩 (337)

国际刑事司法合作框架下的资产分享研究

..... 高秀东 (344)

资产没收与分享制度探析

——美国法的考察

..... 郝鲁怡 (358)

构建海峡两岸反贪个案协查机制有关问题研究	
..... 杨 炯 李荣楠 (374)	
反腐败国际合作若干问题探讨	
——以《联合国反腐败公约》为视角	孙 平 (386)
新形势下的反腐败国际合作：难点与对策	孙春雨 杜 邈 (393)
国际组织反腐败实践及其启示	陈泽宪 周维明 (405)
刑法修正案与《联合国反腐败公约》：回应、转化与完善	
..... 单 民 蔡雅奇 (417)	
腐败犯罪财产追回中扣押、冻结措施研究	
——以《联合国反腐败公约》为视角	孟 军 (426)
《联合国反腐败公约》与中国单位腐败犯罪的协调与完善	
..... 刘 科 (438)	
《联合国反腐败公约》视角下中国刑法贿赂范围之检讨	
..... 喻贵英 (451)	
《联合国反腐败公约》履约审议机制初探	魏 东 崔玉冰 (461)
部分国家和地区反腐败预防机构与中国现行制度之比较	
..... 李 军 张 媛 (470)	

上 编

腐败犯罪的惩防问题

论中国反腐败刑事法治的完善

赵秉志*

一、前言

腐败是依附于国家政权的寄生虫，是社会的毒瘤，历来为民众所深恶痛绝。对政府而言，反腐败是提高行政效率、提升政府形象和争取民众支持的重要手段，也是维护其合法性的重要根基所在。因此，无论是古代的专制社会还是现代的市民社会，无论是中国还是外国，反腐败始终是国家工作的重要内容。

为惩治腐败，自新中国成立伊始就适时开展了“三反”运动。^①据不完全统计，到1952年1月，我国当时共查出贪污旧币1000万元^②以上的贪污犯10万余人，总金额达旧币6万亿元，对有严重贪污行为的罪犯，判处有期徒刑的9942人，判处无期徒刑的67人，判处死刑的42人，判处死缓的9人。^③而对被称为新中国第一大案的时任天津地委书记刘青山和时任天津行署专员张子善贪污案的严惩，更是在全国范围内对腐败犯罪分子产生了极大的威慑效果，展现了新中国严惩腐败的坚强决心。此后60余年间，主要是改革开放30余年来，我国不断加强反腐败的制度和刑事法治建设，取得了积极成效，当今的反腐败刑事立法更加科学、严密，刑事司法更加理性。不过，从反腐败的现实需要看，并与许多发达国家和地区相比，我国反腐败刑事法治建设仍存在诸多缺陷，有待进一步改革完善。本文拟从刑事实体法的角度简要探讨我国反腐败刑事法治的基本特点、主要缺陷和完善对策。

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、法学博士、法学教授、博士生导师，中国刑法研究会会长，国际刑法学协会副主席暨中国分会主席。

① 即“反贪污、反浪费、反官僚主义”运动。

② 旧币1万元合新币1元。

③ 参见李蒙：《反腐倡廉，人民才会拥护——〈中共反腐90年〉专题报道之二》，载《民主与法制》2011年第21期。

二、中国反腐败刑事法治的基本特点

60 余年来,中国反腐败刑事法治建设与社会发展的总体形势和水平是相一致的,并呈现出以下三个主要特点。

(一)反腐败刑事政策日趋科学

从严治腐是中国法制建设的一贯政策和做法。继新中国成立之初开展“三反”“五反”等运动后,我国 1979 年第一部刑法典在整体刑罚趋轻的情况下对贪污罪设置了死刑,1982 年又将受贿罪的最高法定刑由无期徒刑提升到死刑。与此同时,我国反腐败刑事司法实践也十分积极主动,强调从严治腐。邓小平同志在 20 世纪 80 年代初期曾言:“经济犯罪特别严重的,使国家损失几百万、上千万的国家工作人员,为什么不可以按刑法规定判处死刑?1952 年杀了两个人,一个刘青山,一个张子善,起了很大的作用。现在只杀两个起不了那么大的作用了,要多杀几个,这才能真正表现我们的决心。”^①不过,随着对腐败犯罪认识的不断提高,我国反腐败刑事政策也出现了一些新的变化。

第一,更加注重对腐败犯罪的事前预防(一级预防)。在犯罪学上,犯罪预防有一级预防、次级预防和第三级预防之分。一级预防是针对改变物质环境及社会中的致罪因素而采取的各种措施,属于事前预防;次级预防是针对表现出特定违法犯罪危险性的社会人群所实施的预防活动;第三级预防则是通过重新适应社会的个别化措施使犯罪人回归社会,或者至少使犯罪人与社会得以隔离,防止其再实施严重危害社会的行为。^②过去,我国注重对腐败犯罪的第三级预防,强调刑罚的惩罚性。近年来,随着对腐败犯罪认识的加深,我国逐渐开始强调对腐败犯罪的一级预防,注重标本兼治。例如,国务院新闻办 2010 年发布的《中国的反腐败和廉政建设》白皮书就明确指出,进入 21 世纪,中国已经将“标本兼治、综合治理、惩防并举、注重预防”确立为反腐败的方针,并“制定建立、健全惩治和预防腐败体系这一反腐败国家战略”。^③近日,中共中央习近平总书记在十八届中纪委二次会议上也明确提出,要坚持标本兼治、综合治理、惩防并举、注重预防方针,更

^① 参见《邓小平文选》(第 3 卷),人民出版社 1993 年版,第 153 页。

^② 参见张远煌:《犯罪学原理》(第 2 版),法律出版社 2008 年版,第 447 页。

^③ 参见《中国的反腐败和廉政建设》(白皮书),载中国新闻网 2010 年 12 月 29 日。

加科学有效地防治腐败。^①可以说,注重事前预防已成为我国反腐败的重要政策和战略。

第二,更加注重反腐败政策的法律化。与法律相比,反腐政策具有较强的灵活性,但也存在着缺乏明确性和系统性,内容过于原则、抽象,权利与义务不明确,缺少法律规范所具有的普遍性、国家强制性和稳定性等不足。^②这难免会影响反腐败的实践效果。因此近年来,我国加强了反腐败政策的法律化、法制化,不仅通过修改刑法典进一步完善了反腐败的刑事立法,而且还通过了司法文件(如最高人民法院1999年9月16日发布了《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》、2006年7月26日发布了《最高人民法院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定》等),进一步明确了对腐败犯罪的定罪量刑标准,从而有力地促进了反腐败刑事政策的立法化和司法化,积极提高了反腐败的法治效果和社会效果。

(二)反腐败刑事立法日益健全

立法是司法的前提和基础,对反腐败刑事法治建设而言亦是如此。自新中国成立60余年来,我国始终高度重视反腐败的刑事立法工作。1952年人民政府就公布了《中华人民共和国惩治贪污条例》。1979年刑法典是新中国第一部刑法典,对贪污、受贿、渎职等腐败犯罪行为作了系列规定。之后,考虑到该刑法典对腐败犯罪的规定过于原则,技术上也存在一定的不足,^③1982年3月、1988年1月全国人大常委会又先后通过了两部有关腐败犯罪的重要单行刑法——《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》和《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》。在此基础上,我国1997年修订刑法典时对腐败犯罪作了进一步规定,不仅专门设立了“贪污贿赂罪”和“渎职罪”两章,而且还根据犯罪主要客体的不同在其他章节中规定了多种腐败犯罪。此后,我国通过的《刑法修正案(一)》《刑法修正案(四)》《刑法修正案(六)》《刑法修正案(七)》等多个刑法修正案都对腐败犯罪作了进一步完善,从而建立了一个相对科学

^① 参见徐京跃、周英峰:《习近平在十八届中央纪委二次全会发表重要讲话》,载新华网2013年1月23日。

^② 参见张波:《反腐政策实现法制化》,载《法制日报》2006年1月5日。

^③ 例如,尽管该刑法典设专章规定了“渎职罪”,但从总体上看该刑法典对腐败犯罪的规定还是显得相当分散、凌乱,罪名体系亦欠缺足够的科学性。例如,该刑法典将受贿罪规定在“渎职罪”章中,但贪污罪被规定在“侵犯财产罪”章中,而挪用犯罪则被规定在“破坏社会主义经济秩序罪”章中。由于刑法典规定的腐败犯罪类型较少,很多腐败行为在定罪处罚时不得不采取类推的方式适用其他法律条款。

的反腐败刑法体系。这具体体现在：

第一，腐败犯罪的罪名体系较为完备。根据腐败行为类型的不同，我国现行刑法典主要设置了五种不同类型的腐败犯罪：一是侵占类腐败犯罪，包括贪污罪、私分国有资产罪等；二是贿赂类腐败犯罪，包括受贿罪、单位受贿罪、利用影响力受贿罪、行贿罪、单位行贿罪等；三是挪用类腐败犯罪，包括挪用公款罪、挪用资金罪、挪用特定款物罪等；四是渎职类腐败犯罪，包括滥用职权罪、玩忽职守罪等；五是腐败犯罪的赃物处置，包括洗钱罪等。在此基础上，考虑到身份对行为社会危害性的不同影响，我国刑法对腐败犯罪主体的身份也作了相应的规范。例如，现行刑法典分则第9章“渎职罪”的主体就只限于国家机关工作人员，贪污罪、受贿罪的主体限于国家工作人员，职务侵占罪、非国家工作人员受贿罪的主体则只限于非国有单位的人员，等等。经过这些立法完善，我国的腐败犯罪罪名体系整体上臻于较为完备、合理。

第二，腐败犯罪的刑罚设置较为科学。由于腐败犯罪主要涉及的是财产和职务问题，因此我国刑法典在刑罚的设置上，主要是根据犯罪涉及的财物数额大小确定腐败行为是否入刑以及刑罚的轻重，并在部分犯罪中适当参考了其他情节。其刑罚设置总体上以自由刑为中心，少量腐败犯罪同时配有财产刑、资格刑和死刑。其中，自由刑通常又被分为多个量刑幅度，以适应治理危害程度不同的腐败犯罪的需要。因此，总体上看，我国针对腐败犯罪所设定的刑罚基本贯彻了我国刑法典规定的罪责刑相适应原则，立法考虑较为周全。

（三）反腐败刑事司法日渐理性

司法的理性程度在很大程度上反映了一个国家或地区法治总体水平的高低。近年来，随着法治水平的提高，我国反腐败刑事司法的理性亦明显增强。这主要体现在：

第一，反腐败刑事司法更注重适用的统一性。新中国成立之初颁行的《中华人民共和国惩治贪污条例》对腐败犯罪的治理较为统一。该条例对受贿罪规定：“本条例公布后，不论送者收者，均分别以行贿、受贿治罪。”司法实践中也坚持反腐败，“大老虎”要打，“小老虎”也不放过。不过，自20世纪80年代起，由于腐败高发，我国对腐败犯罪的处理出现了“抓大放小”的趋势，侧重于抓大案、要案，目的是为了展示其反腐败的力度和决心，但腐败案件无论大小都侵犯了公务行为的廉洁性和政府的公信力，况且犯罪金额与腐败的危害性没有水涨船高的正比关系，对那些涉案金额虽小但危害严重、性质恶劣的案件同

样必须严厉打击,不可姑息。^①正是考虑到这一点,近些年来,我国对腐败案件的查处开始坚持“老虎”、“苍蝇”一起打的策略,^②从而使得反腐败刑事司法的统一性不断增强。

第二,反腐败刑事司法更注重其长效性。过去很长时期内,我国对腐败犯罪的查处主要采取的是运动式治理方式。例如,1988年的“反官倒”、1989年敦促腐败分子限期“坦白”、“自首”,都具有群众性运动的特征。20世纪90年代以来,反腐败呈现分时段突出重点的趋势。例如,1993年中纪委二次全会提出集中力量查办一批大案要案,并将反腐败的重点放在“一机关三部门”(党政领导机关和司法部门、行政执法部门、经济管理部门)。2006年,国家又在工程建设领域展开了治理商业贿赂的专项工作。凡此种种,可以从中清楚地看出运动式或专项治理式的反贪污贿赂的轨迹。^③但腐败犯罪的发生有其深层次的原因,运动式治理只能解决一时之需,难以长久。鉴于此,近年来,我国开始逐渐注重反腐败的长效机制建设,强调“常”“长”二字,一个是要经常抓;另一个是要长期抓。^④反腐败刑事司法的稳定性不断增强。

三、中国反腐败刑事法治的主要缺陷

尽管过去60余年我国反腐败刑事法治建设取得了长足的进步,但也存在不少问题,有待于进一步完善。

(一)反腐败的刑事法治理念有待更新

随着对腐败犯罪认识的深入,近年来我国反腐败刑事法治的理念有了很大提升,但这与我国建设社会主义现代法治国家的目标相比,仍有不小的差距,具体体现在:

第一,在刑法功能上,存在着一定的刑法依赖观念。反腐败是一项政治和法治相结合的系统工程,需要建立从预防到惩治、从思

^① 参见叶林华:《〈联合国反腐败公约〉与我国反贪刑事政策的完善》,载《法学》2007年第11期。

^② 参见徐京跃、周英峰:《习近平在十八届中央纪委二次全会发表重要讲话》,载新华网2013年1月23日。

^③ 参见孙国祥:《〈联合国反腐败公约〉与我国反贪污贿赂刑事政策思考》,载《南京大学学报》(哲学、人文科学、社会科学版)2008年第2期。

^④ 参见徐京跃、周英峰:《习近平在十八届中央纪委二次全会发表重要讲话》,载新华网2013年1月23日。

想教育到制度监控、从党纪政纪处理到刑事法律制裁等方面的一系列长效机制。在这项系统工程中,通过刑事法治开展的反腐败斗争是手段最严厉、对腐败分子震慑作用最强烈的一环,也是对犯罪分子权利剥夺最多的一环。刑法手段是反腐败斗争最强有力的保障,是惩治严重腐败分子的利器,但也是最后的手段。因而要重视刑法在反腐败斗争中的作用并予以合理运用,不可不慎用,更不可滥用。从实践的角度看,我国许多地方对腐败犯罪的治理存在着刑法依赖思想,对于出现了的腐败犯罪都想一惩了之、以惩代防,其效果显然有限。

第二,在刑罚运用上,存在着一定的抓大放小心理。当前我国反腐败的刑罚适用存在着两种不良心理倾向:一是抓大心理,即喜欢抓大的腐败案件,并对其施以重刑甚至不惜适用死刑。这是为了显示坚决反腐、铁腕治贪的决心,以强化刑罚对腐败分子的震慑作用。事实上,长期以来,集中力量查办大案、要案一直是我国反贪工作的基本策略,^① 部分地方甚至有“宁重勿轻”的思想倾向,认为“重”比“轻”好,“重”是对民众负责的表现。^② 二是放小心理,即对于社会影响不大、数额相对较小的腐败犯罪案件,有轻纵的倾向。这体现在实践中就是职务犯罪案件嫌疑人(被告人)被不起诉、免于刑事处罚以及判处缓刑的情况相当突出。据统计,近年来这类犯罪案件判处免于刑事处罚、适用缓刑的比例不断上升,已由2001年的51.38%增至2005年的66.48%,年均缓刑率为51.5%,明显高于公安机关侦查案件的年均缓刑率19.24%。^③ 从现代刑事法治的要求看,这两种倾向都不利于反腐败刑事法治建设的长远发展,应当加以调整。

(二)反腐败的刑事法网不甚严密

近年来我国通过多个刑法修正案完善了反腐败的刑事法网,不过,与反腐败的现实需要和国际要求相比,其法网仍不甚严密。

第一,罪名体系设置不合理。一方面,我国腐败犯罪的罪名设置尚不全面。尽管我国现行刑法典中的腐败犯罪罪名已不下50种,但与

① 内地检察机关历来都将“坚决查办损害人民群众切身利益的案件,集中力量查办大案要案”作为其工作的重点。参见杜萌、彭于艳:《检察机关剑指大要案 反贪组合拳让贪官无处逃》,载《检察日报》2007年12月19日。

② 参见游伟:《反腐败与当前职务犯罪的刑事政策》,载《华东刑事司法评论》(第3卷),法律出版社2003年版,第199页。

③ 参见王治国:《职务犯罪轻刑化倾向必须引起重视》,载《检察日报·廉政周刊》2006年7月25日。

《联合国反腐败公约》等国际条约的要求相比，其罪名范围仍显狭窄。例如，《联合国反腐败公约》明确要求其缔约国将“贿赂外国公职人员、国际公共组织人员”和“影响力交易”行为入罪。但我国履行公约义务时却只规定了对外国公职人员、国际公共组织人员行贿罪和利用影响力受贿罪，而没有将这两个犯罪的对向性行为纳入刑法规制的范围，对公约的要求贯彻不彻底。另一方面，我国腐败犯罪的刑法章节设置不合理。我国现行刑法典将1979年刑法典中有关贪污贿赂犯罪的条款合并后独立成章，^①同时保留其原有的“渎职罪”专章，从而形成了“贪污贿赂罪”和“渎职罪”两章并立的格局。但从类型上看，贪污贿赂罪与渎职罪均属于职务犯罪，都具有亵渎职务的共性，将两者完全独立，不甚合理。

第二，行为对象限定不合理。这主要体现在：一是将“贿赂物”限定为“财物”不合理。根据我国刑法典的规定，贿赂犯罪中的“贿赂物”仅限于“财物”。目前我国刑法理论界与实务界将“财物”一致解释为有形的财物和无形的财产性利益，包括设定债券、免除债务等财产上的利益，但不包括能满足人的其他需要的非财产性利益，如提供晋升、就业、升学机会，提供性服务等。^②显然，这与《联合国反腐败公约》规定的“不当好处”差距甚远。二是挪用犯罪的对象设定不合理。我国现行刑法典规定了三种挪用犯罪对象，分别是“公款”“单位资金”和“特定款物”，挪用非特定的公物在我国尚不构成犯罪。这与《联合国反腐败公约》规定的“因职务而受托的任何财产、公共资金、私人资金、公共证券、私人证券或者其他任何贵重物品”相比，其对象范围过于狭窄。

第三，行为方式设置不当。这主要体现在两个方面：一是对挪用公款的行为方式限定过严。我国刑法将挪用公款“归个人使用”作为挪用公款罪的基本特征，是构成挪用公款罪的必备要件，同时适用于《刑

① 为适应反腐败斗争需要，强化对贪污贿赂罪的打击，中国最高立法机关曾设想制定反贪污贿赂犯罪的专门规范性文件——反贪污贿赂法，并由最高人民检察院负责起草。从制定一部统一的、比较完备的刑法典的原则出发，1997年中国刑法修订时将1988年由中国全国人大常委会制定的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》与最高人民检察院正在起草的反贪污贿赂法合并编为新刑法典分则的一章，并增设了私分国有资产罪、私罚没财物罪等新罪名，使贪污贿赂犯罪的罪刑规范更为丰富、缜密。参见赵秉志、肖中华：《中国刑法的最新改革》，载《现代法学》1998年第2期。

② 参见高铭暄主编：《刑法专论》，高等教育出版社2002年版，第816页。