



上海交通大学凯原法学院高峰计划
“法与风险社会”研究丛书

卷5

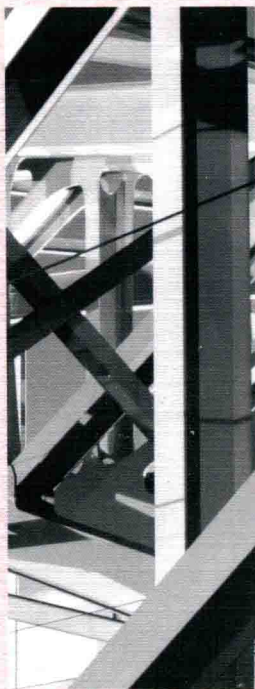
总编 / 季卫东

腐败的风险与 刑法综合治理

主编 / 张绍谦 杨力

CORRUPTION RISK AND
COMPREHENSIVE GOVERNANCE BASED
ON CRIMINAL LAW

上海三联书店



法外借

上海交通大学凯原法学院高峰计划
“法与风险社会”研究丛书

卷5

■ 总编 / 季卫东

腐败的风险与 刑法综合治理

主编 / 张绍谦 杨力



上海三联书店

图书在版编目(CIP)数据

腐败的风险与刑法综合治理/张绍谦,杨力主编. —上海:
上海三联书店, 2018. 3

(法与社会风险/季卫东主编)

ISBN 978 - 7 - 5426 - 6197 - 5

I. ①腐… II. ①张…②杨… III. ①职务犯罪—刑法—研究—中国 IV. ①D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 005729 号

腐败的风险与刑法综合治理

主 编 / 张绍谦 杨 力

责任编辑 / 杜 鹃

特约编辑 / 周治华

装帧设计 / 一本好书

监 制 / 姚 军

责任校对 / 张大伟

出版发行 / 上海三联书店

(201199)中国上海市都市路 4855 号 2 座 10 楼

邮购电话 / 021 - 22895557

印 刷 / 上海盛通时代印刷有限公司

版 次 / 2018 年 3 月第 1 版

印 次 / 2018 年 3 月第 1 次印刷

开 本 / 710×1000 1/16

字 数 / 550 千字

印 张 / 32.25

书 号 / ISBN 978 - 7 - 5426 - 6197 - 5/D · 377

定 价 / 98.00 元

敬启读者,如发现本书有印装质量问题,请与印刷厂联系 021 - 37910000

总 序

置身于现代化的场景、全球化的时代，就会感到各类风险无所不在、无时不有。因此，当今中国不得不习惯与风险共生的处境，不得不加强管控风险的能力。

管控风险，目的是通过预防性举措来守护有价值的事物，防止损害和灾难的发生。正如春秋末年左右丘明所言：“居安思危、有备无患”。但人们即便明白这层道理，也往往倾向于回避对风险的思考和讨论。为什么？因为容易出现报喜不报忧的心理偏好，也因为时常担心“乌鸦嘴”之讥或者对所谓“负能量”言行的指责和压制。更何况风险被危害证实，总是盖然性的，并不确定。如果一旦发出风险的预警，但危害却并没有发生，甚至还引起了额外的成本负担，那就很可能招致“惩羹吹齑”“杞人忧天”之类的抱怨，造成对相关举措的提醒者、决策者以及执行者的信任度下降。因此，能否揭示风险、何时揭示风险、采取何种预防手段，总是颇费斟酌的，有时还的确让人倍感困惑。

然而无论是企业经营，还是国家治理，都充满了风险。借助仓央嘉措的情诗风格来表述：“你说，或者不说它，风险就在那里，不增不减。”回避对风险进行议论的问题是容易助长疏忽，无法未雨绸缪，最终使风险酿成损失、危机、灾难甚至“极少见、特有害”的人间惨祸。在这个意义上，提高风险意识，促进风险沟通，注重风险的评价、预防以及分散是非常必要的。对各种矛盾激化的转型期中国而言，尤其需要加强防患于未然的态势，不断从经验，特别是失败中汲取教训并健全纠错机制，采取多重防护措施来应对风险、危机、不测变化以及因灾害或公共事件引起的紧急事态。

乌尔里希·贝克的名著《风险社会》是1986年出版的,迄今已经影响世界凡三十年。与风险相关的文献也已经汗牛充栋。根据我的观察和认识,在社会科学领域,对风险问题的论述主要分布在如下四个基本象限。

(1) 从风险的角度对现代性进行重新认识和反思,提出多元的、复杂的现代社会图景,并致力于对科技、产业、城市、经济模式以及国家治理方式中的一些弊端进行矫正。这种立场是贝克风险社会论的出发点,也反映在安东尼·吉登斯的学说中。

(2) 从风险的角度建构一种新的社会系统理论,最有代表性的是尼克拉斯·卢曼风险社会学提出的分析框架。卢曼把对决定者的问责以及相应的风险沟通作为把握社会系统与风险之间互动关系的关键,实际上也为研究风险社会的治理与法制条件奠定了坚实的理论基础。

(3) 站在决策者、行政部门或者司法当局的立场上,探讨对风险的评估、预防、管控以及具体的应对举措和规制方法。这类研究数量庞大,具有代表性的例如斯蒂芬·布雷耶从司法技术的角度进行个案分析的著作,还有阿明·纳瑟希的风险管控类型论。

(4) 立足于草根阶层、利益群体以及普通公民的互动关系,从组织行为、社会运动以及沟通过程的角度来理解和把握风险现象以及各种应对策略。很有典型意义的是珍妮·卡斯帕森等人的系列研究成果。尤其值得注意的是,尼克·皮金、保罗·斯洛维奇们提出“风险的社会放大”的概念,让我们注意到风险感知与风险沟通之间的相乘效果和传导机制以及在特定条件下的“群体极化”事态。

上述这四种象限是相生、相成、相辅的,也有重叠之处。其中(2)和(3)体现制度之维,分别对应于结构和功能,而(1)和(4)则体现过程之维,分别对应于涵义以及媒介。如果进一步分析和推演,可以发现从各种各样的话语中浮现出来的根本问题只是“风险社会的治理”和“围绕风险(负资产)如何分配的沟通”。这恰恰构成了具有深刻法学意义的认识对象。

不言而喻,关于风险的社会科学研究也对法学界,特别是对侵权行为的归责机制产生了深远影响。近些年,在环境法、行政法、刑事法、经济法、保险法等领域,风险概念往往成为理论创新和政策调整的重要契机,关于风险的评价、预测、分散以

及转换的讨论也开始渗透到执法和司法的各个环节。然而不得不承认,法学界对风险的理解和分析还不够全面、中肯、深入,尤其是风险社会对法治模式和规范思维方式的深远影响还缺乏必要的考察,对风险管控的制度安排及其效应也没有进行充分的实证研究,故而关于具体举措的探索往往停留在比较皮相的层次。在中国,关于法与风险社会的研究更是处于起步阶段。在风险预防和风险沟通之际,有关部门以及专家学者时常暴露出囿于先入之见、流于盲目乐观、陷于思维僵化、苦于想象匮乏等视觉上的盲点。

正是根据上述认识,上海交通大学凯原法学院决定把风险社会的依法治理与制度创新作为现阶段学术活动的重点,策划了跨学科合作项目并组织了相关专题研究和讨论。我们的基本立场是,要有效预防和管控风险就决不能回避可能出现的问题,更不能掩盖或扭曲事实真相,而必须形成某种能够自由探讨制度、政策、举措的成败得失以及纠错机制的氛围。与此同时,也要防止风险意识的保守化畸变,坚持“不冒险就是最大风险”“有危机就有转机”的挑战精神,形成宽容试行错误的氛围。也就是说,要在鼓励风险决策与防控决策风险之间达成适当的动态平衡。

作为本院集体攻关项目的高峰计划,这场关于法与风险社会的跨学科研究活动在严格区别“风险”“损害”“危机”“完全不确定性”以及“可预料之外”等概念的基础上,把决定者与受决定影响者之间的矛盾及其解决作为国家治理体系和法律秩序重构的切入点;把围绕问责的风险沟通、抗议运动以及相关的法律话语作为理论创新的重点;在讨论具体的制度、规范、程序、举措、技术时尽量聚焦作为负资产的风险如何切割布置的分配正义问题,并以此为机轴开展案例研究、实证分析以及跨学科合作,建立关于法的政策科学体系(还不妨包括各部门、各行业的“风险命价”计算指标的厘定和不同规模的测量)。另外,还有必要从风险社会的角度重新理解和诠释法律学的基本范畴乃至各种相关命题,探讨适合国情的日常法治模式和紧急事态法治模式。

就法治模式创新而言,这个跨学科研究项目试图建构一个把“原则”嵌入合理行为之中的国家治理体系。可以说既有的法治理论基本上是把“信念”与“欲望”作为合理行为的动机,各种制度设计基本上都是这两种因素的不同组合而已。这是很典型的实践理性的工具性分析框架。但是,其实只有在“原则”确立之后,通过规

范的控制和协调才能使行为具有合理性。因此,本项目研究的理论重点是,在风险社会中,通过不同传统、不同制度设计以及不同政策举措体现出来的“原则”或者正当性根据。在实证研究中,我们将对基于“原则”而形成的规范控制的结构和功能进行测试、分析以及检验,从而进一步说明行为合理性与规范控制之间的关系。

在我看来,把“原则”嵌入合理行为之中的法治模式更能适宜 21 世纪中国的风险社会以及网络混沌的现实,即事实与规范之间的复杂而多变的关系。不言而喻,在一种非常相对化、流动化的状况下,基于“原则”的规范控制显得更加重要。为此,需要摒弃乌尔利希·贝克所批评的那种“单纯的现代”观,更强调自我反思的理性和机制设计,进而拓展菲利普·塞尔兹尼克关于“回应型法”以及袁塔·托依布纳关于“杂交法”的思路,需要对政府的预防和管控在行为层面的影响以及问责机制做具体而深入的考察,并把认知科学、博弈理论、信息处理技术以及其他学科的知识和方法导入立法、司法、执法领域,区别基于交涉制约的习惯与基于义务制约的规范,分析服从规范的行为方式和使用规范的行方式。

具体而言,当今中国所面临的风险,既包括结构性腐败的蔓延所孕育的执政合法性危机,也包括经济高速增长过程中出现的股市、债市、楼市泡沫破灭所带来的冲击,还包括生态环境的破坏、生命健康的侵蚀、城市治安的恶化、科技利用的副作用,诸如此类,不胜枚举。从法学的角度来看,风险的预防和管控手段既有物权性质的(用以中止或者终止潜在威胁和实际损害),也有债权性质的(用以赔偿受害者的各种损失),还有行政预防、刑事处罚、保险理赔、紧急事态处理,等等。我们对风险预防和管控的目标以及制度的应对手段进行梳理后,提炼出了跨学科研究项目的以下基本课题:风险社会的公共事务决定与问责以及法律沟通;超大城市和网络社会中多层多样化的风险治理机制;无疆界时代国际秩序的不确定性与各种流动性风险的应对;企业、金融以及经济发展的法律风险防范机制;结构性腐败案件的刑事责任追究以及风险刑法论;以风险管控为宗旨的行政预防制度和司法审查制度以及各种不同政策之间的协调,等等。

这套丛书作为凯原法学院关于法与风险社会的高峰计划的基础作业之一环,旨在对上述基本课题研究的问题意识和聚焦点进行梳理,对相关领域本院教师的前期成果和中国学者的代表性业绩进行总结,对风险法学的未来进行展望,描绘出

适合于本项目定位和进展的知识地图。在此基础上,我们还将从不同维度对超大系统和复杂系统的风险管控机制进行更深入的共同探究,特别侧重生态环境保护运动与权利救济方式、产业经济安全问题与行政规制方式、城市突发事件与危机处理方式、警察活动的比例原则和民事不介入原则与基层治理方式等若干板块的法律、政策以及举措的实证分析或者规范分析。

这套丛书究竟能否充分反映相关领域的前沿动态,自当留待读者诸贤去评判;但愿我们这群志同道合者的尝试和努力能够对大家进一步认识风险社会所特有的治理问题以及法律秩序演变的趋势有所助益,也能够成为中国法学理论和制度创新的又一个契机。

这套丛书的出版得到上海三联书店黄韬总编辑的鼎力支持,责任编辑杜鹃女士更对每一本论文集的技术处理倾注了大量的精力和专业智慧,在此我代表各卷主编和所有撰稿人对出版社方面表示诚挚的感谢之意。另外,“法与风险社会”主题的企划、研究以及丛书的出版发行还获得了上海高校服务国家重大战略出版工程项目以及清华大学公共管理学院 CIDEG 重大项目“风险社会及其应对”的资助,特此鸣谢。

季卫东

2017 年初夏

近现代以来的四次工业革命浪潮极大丰富了人们的物质文化生活,推动人类文明的不断进步和发展,尤其是不断更新与迭代的科学技术创新,已给人们带来了前所未有的便利和自由。与此同时,新技术的出现,新行业、新领域的诞生,以及不同技术、不同行业、不同领域的相互交叉、重叠,也给社会管理带来了更大的风险与复杂性。国家作为社会自我约束、自己管理的工具,所承担的公共管理职能也越来越复杂和繁多。为了能更好地发挥作用,国家设立了越来越多的管理部门,配置了越来越多的管理人员,制订了越来越多、越来越细的管理规则,设计了越来越周密的管控机制,给管理人员配置了各种各样、层次繁复的管理权限。可以说,国家机器的特点已经由工业社会以前那种结构简单、设计粗糙、规模有限、职能明了,逐步变化为结构越显复杂,设计更加精细,规模不断扩大,职能趋向模糊,并且这一发展趋势似乎成为了国家机器应对后工业时代社会复杂性的必然选择。然而,国家权力就像一匹野马,只有套以缰绳随时能够加以约束和控制,才能够使其正常发挥作用,一旦失去控制,脱缰的野马就可能将主人送进坟墓。毫无疑问,现代国家机器不断复杂、庞大所带来的负面影响,正是国家权力的异化危险越来越大,社会公众对国家机器的控制能力却越来越弱。国家权力运行失控可能给人类社会带来的严重威胁,正是构成风险社会时代政治风险的主要内容之一,因而也是需要高度警惕、重点防范的社会风险。

其中,无论是古代及晚近的历史经验,还是当代社会治理的现实都表明,国家权力异化的主要方式非“权力腐败”莫属。有权力的地方,就有权力的正确行使和

弄权渎职之别,就有廉洁奉公与权力寻租之隔,就有“为官一任、造福四方”与“三年清知府、十万雪花银”之分。权力腐败严重影响国家权力正常运行,妨碍国家社会治理职能的实现,影响社会的稳定和发展,同时还会严重侵犯公民个人的合法权益,损害社会普遍的公平正义价值,引发社会公众的憎恨情绪,离间人民群众与国家政权之间的关系,进而影响甚至危及国家政权的政治基础。纵观古今中外,很少有政权的丢失与官场极度腐败,导致民怨爆发没有关系的。也正因为如此,如何约束公权力正常运用,如何有效防治权力腐败,是当前世界各国都十分关注和重视的课题。

中国改革开放以来所取得的发展和进步举世瞩目,无可置疑。与此同时,不断聚积的公权力腐败风险,也日益成为困扰历代领导人和社会公众的一大难题。权力寻租,卖官鬻爵,贪污挪用,徇私舞弊,弄权渎职,报复陷害,官黑一家,欺压百姓,将会严重败坏执政党形象,严重危及共产党执政基础。虽然中国的高层领导不断高调反腐,无不将反腐倡廉提高至关系到执政党安危、国家存亡的政治斗争高度,然而多年以来,特别是党的十八大以前,反腐成效并不明显。腐败现象越来越多,涉及领域越来越广,腐败官员级别越来越高,涉案人数越来越多,犯罪数额越来越大,危害后果越来越重,民众怨愤情绪有增无减。再这样下去,中国重现苏联政权一夜之间垮台的悲剧,就不再是妄言。可以说,官场腐败确实已经构成严重威胁中国共产党执政地位的重大政治风险,因而也引起了最新一届中央领导的严重关切,决心下大力气,拿出不惜壮士断腕的勇气痛下杀手,查获了一大批腐败官员,严肃党纪国法,从严规范党员干部行为,取得可喜成绩,官场风气为之一新。然而,我们绝不可因此而沾沾自喜,更不能掉以轻心,相比较庞大的腐败存量来说,没有查获的案件还是多数;相比较源源不断的腐败后备军来说,遏制腐败的任务还远没完成。可以断言,在我国未来十几年,甚至几十年时间内,反腐败一直会是需要常抓不懈,时刻也不能放松的政治任务。

彻底治理腐败现象,需要多方下手,综合治理,特别是要进行彻底的政治改革,完善公权力的配置、运行和监督机制,建立使公务人员不能犯、不敢犯、不想犯的多道防线,这是一道宏大的研究课题。但也不可否认,刑事惩处是遏制、减少权力腐败不可或缺的重要手段之一。通过科学的刑事立法,将以刑罚禁止的腐败行为明

示于公众,给公务人员以明确的行为规则,使之能够依法规制自己的权力行使,进而减少腐败的发生;能够通过对构成犯罪的腐败行为定罪处刑,执行刑罚,剥夺犯罪者再腐败的条件;同时,对于其他可能腐败的公务人员也是一种鲜活生动的警示教育,从而释放刑法对于腐败犯罪的威慑功能与儆戒效应;最后,通过刑法惩治腐败犯罪,使社会公众增强对于反腐败的信心,进而提高对共产党执政能力的信心,有助于全社会同心同德,共谋发展。因此,刑法是抵抗权力腐败永远不可缺少的国之重器。

当然,刑法要充分发挥惩治、预防腐败的功能,并不是立法机关简单制订反腐败刑法条文、国家设立相应的反腐败机构以及组建反腐败队伍,就自然而然能够完全发挥出来,而是同时需要更精心、更合理的刑法制度设计和规划。刑事立法要科学、合理,司法机构要健全、配套,司法队伍要精壮,司法资源要丰富,司法权力运行要顺畅,司法效率要高效,才能真正使所有腐败行为都被及时发现、准确查明,公正审判,严格行刑。要实现这一目标并不容易,需要进行大量的研究工作。正是基于这一需要,季卫东教授主编的《法与风险社会》丛书专设了《腐败的风险与刑法综合治理》一集,试图揭示刑法与预防腐败的内在关系、刑法在反腐败过程中正确的运行规律,针对我国当前腐败犯罪的特点,借鉴国外反腐败的经验,探讨刑法在惩治、预防腐败中如何正确地发挥其应有作用,以期对我国未来的反腐倡廉工作更好地开展有所裨益。这就是本书选文编辑的主要宗旨。

本专集共汇集了国内刑法学界专家、学者近年所作推出的 21 项专题研究成果,按各成果的内在逻辑关系进行编排,共形成三辑,二十一章的研究体系。

第一辑 预防结构性腐败的制度与政策

本辑共分为五章,主要从宏观上揭示我国反腐败的总体思路和基本政策,寻找刑法反腐败的基本规律,研究对腐败应当持有的基本态度,以及所应当采取的合适的刑事政策。

第一章的研究主题是“风险社会背景下职务犯罪的刑事政策”。刑法如何应对腐败性犯罪,在预防腐败性犯罪中保持什么态度,采取什么措施,这首先是个刑事政策问题。要研究腐败性犯罪的刑法治理,必然先要弄清我国职务犯罪的刑事政

策,这样才能提纲挈领,纲举目张。本章首先详细分析了当前职务犯罪在我国的危害现状,向人们展示此类犯罪如何已经成为严重危害我国社会稳定的政治毒瘤,必须加以切除。接下来探讨了中华人民共和国成立后,特别是改革开放以来我国对于职务犯罪所采取的刑事政策。虽然我们党和政府始终没有正式的表述,而且从政治宣示角度观察,历届领导人都是十分强调对于职务犯罪的严厉惩处,然而从刑事立法的修改演变以及刑事司法的实际运作情况看,国家对于职务犯罪的处理事实上是秉持相对宽容的态度,因而得出的结论是,此前我国对待职务犯罪采取刑事政策是“明严实宽”。这一刑事政策是否有存在的理由?是否应当继续坚持下去?这是本章重点探讨的第三部分内容。文章从七个方面,层层深入,认真论证,揭示出这一刑事政策的不妥当性和支持理由的不充分性,认为我国职务犯罪的刑事政策应当由“明严实宽”转变为“从严惩治”,并对这一刑事政策的内涵进行了说明,“从严惩治”的基本要求就是“零容忍”。在最后一部分,文章根据“从严惩治”的要求,就如何进一步完善刑事立法,改进刑事司法提出建言。虽然文中的观点不一定全部妥当,但至少文中所提出的宽容职务犯罪的种种表现,以及所指出这种宽容政策的不合理之处,应该引起社会的反思。俗话说,欲矫枉必先过正,就此而论,把问题提得更尖锐一点,也许更能引起人们的注意和讨论,这也许就是作者所要期待的效果。

第二章的研究主题是“中国反腐败刑事法治若干问题研究”。如果说第一章研究中心是所有职务犯罪的刑事政策,本章则是探讨腐败性犯罪的刑事治理中一些具体难题。我国在运用刑法手段反击腐败方面虽然进展明显,然而确实也存在一些问题。本章在概览国际社会反腐败潮流与趋势的基础上,立足于中国反腐败刑事法治发展的现状及其进步的需要,选择关涉我国反腐败刑事法治完善和进步的几个重要问题予以剖析,着力揭示其中所存在的问题,并就相关制度的改革完善提出见解。全章所探讨内容包括七个方面:反腐败是当代国际社会的潮流与共识、高官腐败犯罪、腐败犯罪的刑事推定、腐败犯罪的异地审判、性贿赂应否犯罪化、腐败犯罪人员的境外追逃、腐败犯罪外移资产的追回等。其研究范围涵盖反腐败刑事法治建设领域的多个方面,既有立法完善,也有司法改革;既有国内制度改进,也有国际合作的加强,其中不乏真知灼见。例如本章认为,刑事法治是惩治腐败最为严

厉的手段,需要积极而慎重、稳妥地适用;反腐败刑事法治,从内涵上说,应涵括惩治腐败、注重预防、彰显公正、保障人权等内容,就外延而言,则主要包括反腐败刑事实体法治和反腐败刑事程序法治两个基本方面;我国高官腐败犯罪形势严峻,危害严重,必须坚定不移地追究和惩处;在惩治腐败犯罪案件中,确立刑事推定规则具有很重要的理论与实践价值。刑事立法中关于腐败犯罪刑事推定的规则规定有欠妥之处,需要从多个方面进行完善;鉴于腐败犯罪的发案特征,有必要对此类案件实行异地审判。目前我国关于异地审判的制度还不完善,缺乏具体评判标准、耗费较多司法资源、影响司法效率,需要有针对性地完善各种司法制度;我国刑法不宜将性贿赂犯罪化,但是对于可转化为金钱或者财物来衡量的性贿赂,可以考虑纳入贿赂的范围,进行刑法规制,等等。此外,文章还对如何完善境外追逃、追回腐败犯罪分子的境外资产等等前沿刑事法治问题,提出了非常有价值的建议。由于作者自身特殊的学术地位,因而本章观点的社会影响力会比较明显,其中一些见解,已经在现在的司法实践中得到了借鉴和运用。

第三章的研究主题“‘反腐败基本法’建构初论”。本章重点探讨作为反腐败法律体系“基本法”的《反腐败法》,是否有制订的必要性,以及应该包含的主要内容。对于国家政治领域持续性反腐倡廉工作来说,是否需要有一部基本法进行指引,这是一个非常基础性而又历来十分有争议的问题,“肯定说”与“否定说”都有各自的立场和理由。本章认为,国际和国内的经验都证明,只靠各方面的零散措施根本无法抑制腐败,国家反腐败政策的基础应该是系统性反腐败,在关键领域坚持推行合理措施,形成完整的应对体系。因此,主张国家层面的反腐败制度及行动的协调统一相当重要,尤其对反腐败法制建设刚刚起步、廉政法制水平相对落后的国家而言,制定《反腐败法》以保持腐败与反腐败评价要素及标准的一致性显得势在必行。在此基础上,本章对于反腐败法的核心要素、基本框架,以及作用路径作了更进一步的探讨,主张反腐败法需要包含独立运行的反腐败专门机构、反腐败的基本法律原则、预防利益冲突制度、行政公开制度、财产申报制度、举报人保护制度等核心要素。该文看似已经跳出对腐败犯罪刑事治理的范围,然而其研究的内容不但是国家预防腐败犯罪风险的必须面对的综合治理问题,而且其研究的结论对于腐败犯罪的刑事治理也具有很重要的帮助作用。例如,反腐败专门机构的建立,有助于更

好地对腐败犯罪进行侦查和审判;建立财产申报制度,有利于巨额财产来源不明罪的司法适用;设置举报人保护制度,则有利于对此类犯罪案件的起诉和审判。因此,本章的研究是构成本辑不可或缺的组成部分,其研究结论对于进一步推进我国反腐败工作具有重要的参考价值。

第四章的研究主题是“网络反腐法治化的路径规划——从‘国家治理’的层面展开”。从国家治理层面看,反腐败不仅是司法机关的专业事项,更是需要全社会共同参与的集体行动。我国历来重视专门机关与人民群众相结合同犯罪作斗争,因此,吸引人民群众积极参与反腐败工作,无疑能构成惩治和遏制腐败犯罪的严密防线。在传统社会如何动员人民群众参与反腐是一个较难的课题,然而互联网的出现则使这一问题迎刃而解,社会公众利用互联网举报腐败犯罪,提供破案线索,已经成了非常方便的反腐渠道。不过,如何对于这种网络反腐进行合理规制,使其纳入国家反腐法治化的轨道,一方面使网络反腐有法可依,同时也可避免有人滥用网络反腐权利而对他人合法利益造成侵害,这是当前我国反腐工作中面临的一个新问题,也是本章专题研究的主要动因。文章认真分析了当前我国网络反腐的现状及其存在的问题。当前我国网络反腐现象呈井喷式发展,实践中却存在举报无法可依,网民举报缺乏制度化、规范化等缺憾。文章在深入探讨网络反腐的理论基础、社会意义的基础上,对于网络反腐法治化的路径进行了详细研究。认为当前我国的国家治理模式已经从以往的政府全面管制迈入如今的政府、社会和公民合作共治的现代国家治理模式,作为国家治理中的一项重要工作,我们亟需通过网络反腐的法治化建设改进腐败治理工作,激发民间社会反腐热情,有序引导公民参与反腐,提升预防与惩治腐败工作的实效。网络反腐法治化可以遵循先规范网络举报行为,后深化合作反腐,再构建防(治)体系的路径来实现。本文提出的网络反腐法治化见解,有利于未来我国网络法治建设以及反腐败工作的整体推进。

第五章的研究主题是“我国反腐败国际司法合作机制的立法完善”。在现代社会中,腐败犯罪不是简单的一国事务,而是越来越具有国际化、全球化特征。犯罪主体在不同国家穿行、犯罪行为在不同国家实施、危害后果在不同国家呈现、犯罪财物在不同国家转移、犯罪分子犯罪后在不同国家逃亡,腐败风险因而也逐渐具有了全球性特征,加之网络社会的出现、交通、通讯工具的发达,更加剧了腐败犯罪的

全球性趋势。因此,现在惩治、控制、预防腐败犯罪,已经不是任何一国单打独斗所能够完成的任务,而是非常需要其他国家的配合与合作。近些年我国不少贪官外逃,赃款通过洗钱大量转出境外,给惩处此类犯罪造成很大困难。通过国际社会的合作,我国抓回了一批外逃腐败罪犯,在一定程度上对遏制国内腐败犯罪的蔓延起到了积极作用。反腐败的国际司法合作在反腐败刑事法治建设中的作用日益彰显。可是我国的相关立法还存在着不少缺陷。本章对于当前我国在反腐败国际合作立法方面所存在的不足之处进行了分析,从制定统一的《反腐败法》法典、完善反腐败法律的实体规范、完善反腐败国际合作的程序机制等方面提出了完善相关立法的建言,不少建议都具有明显的参考价值。例如,主张在涉外刑事诉讼中建立缺席审判机制;完善我国的引渡机制;进一步完善腐败所得追回与赃款的分割机制;建立我国反腐败的民事诉讼机制;确立资产追回程序中的推定制度,等等。

第二辑 围绕公权力滥用的罪与罚

本辑共分为八章,内容主要研究国家公权力领域可能出现的腐败犯罪的刑事治理。此类犯罪的腐败主体是掌握国家公权力的公务人员,在我国就是国家工作人员,腐败犯罪的主体特点就是利用国家公权力贪赃枉法、行贿受贿、徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守、报复陷害、损公肥私,严重损害国家管理职能。这是世界各国都十分重视的反腐败重点领域,也是我国当前以及今后反腐败的工作重点。刑法应当如何对于这些公权力腐败犯罪进行正确的定罪和处罚,以期产生最好的惩治和预防效果,正是本辑研究的重点目标。

第六章的研究主题是“贪污贿赂犯罪最新定罪量刑标准体系化评析”。本章针对2016年最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)联合发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》中有关贪污贿赂各罪名定罪量刑标准的科学性、合理性进行研究,同时也对《解释》中的一些内容进行质疑和批评,并提出相关完善建议。文章认为,新解释中所折射出的一些刑法理念值得褒扬,而不是批评。例如,贪污、受贿罪充分考虑弹性情节并提高数额标准体现了“从严治吏”而非“从重治吏”的理念,不宜将贪污、受贿罪的定罪量刑标准与盗窃、诈骗等传统财产犯罪进行简单的比较,它们的危害性确实存在较大差异;再如,职务侵占、挪用

资金、挪用公款罪定罪量刑标准弃“数额区间”，采用“全国统一”规定模式，充分体现了“公平执法”的理念，可以避免“同罪异罚”的不合理现象，这都是值得称道的。当然，同时也认为该解释中还有着一些体系性瑕疵，主要是：（1）在调整范围上“顾此失彼”。例如，对单位受贿罪、单位行贿罪、介绍贿赂罪、挪用特定款物罪等犯罪的定罪量刑标准并未涉及，不利于司法机关对此类案件正确适用刑法；介绍贿赂罪的起刑数额高于受贿罪、行贿罪的起刑数额存在不合理性；挪用特定款物罪与挪用公款罪的定罪量刑数额标准仍衔接不畅。（2）在调整幅度上的“厚此薄彼”。例如，受贿罪定罪量刑标准的增幅远超行贿罪；职务侵占罪、挪用资金罪、非国家工作人员受贿罪有些量刑标准存在不平衡性。（3）在调整方针上的“不分彼此”。例如，受贿罪与贪污罪定罪量刑数额标准相同、利用影响力受贿罪与受贿罪定罪量刑标准相同，这都明显不合理。此外，本章还对贿赂犯罪中的“财物”要件的理解、对贪污贿赂犯罪特殊从宽处罚条件的认定等解释可能引起的争议进行了探讨。本章所提出的见解，对于司法机关正确理解和适用刑法具有积极参考价值，也有利于未来进一步完善司法解释。

第七章的研究主题是“为他人谋取利益的性质与认定”。本章针对我国刑法对受贿罪成立所要求具备的“为他人谋取利益”要件如何在司法实践中正确理解与把握，结合2016年“两高”出台的司法解释，对其中所明确规定的“实际或者承诺为他人谋取利益”“明知他人有具体请托事项”“履职时未被请托，但事后基于该履职事由收受他人财物”，以及“收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物，可能影响职权行使”等四种为他人谋取利益的情形，从刑法教义学的角度进行深入、详细的阐释，为受贿罪的司法认定提供法理根据和具体指导意见。例如，认为为他人谋取利益虽然是受贿罪成立的主观要素，但并不是主观责任要素，而是主观违法要素，司法解释把“承诺”规定为为他人谋取利益的要素之一，是将这一主观要素作了客观化表述，表明构成受贿罪并不需要国家工作人员在客观上实施为他人谋取利益的行为。同时文章也对解释中的一些规定提出了质疑和商榷。例如，司法解释将明知他人有具体请托事项列为应当认定为为他人谋取利益的情形，但这实际上仍然是一种推定，而不是一种认定。作者这一见解直接关系到被告人对司法机关认定所得结论可否予以反驳的问题。另外，司法解释明确将履职时未被请托，

但事后基于该履职事由收受他人财物的情形认定为具有为他人谋取利益的要素,这种事后受财行为应当按照受贿罪论处。本章认为这一解释实际上取消了受贿罪构成中为他人谋取利益的要件,因而有违罪刑法定原则之嫌。本章研究既有利指导司法机关正确办案,也有利于未来进一步完善受贿罪相关的法律解释。

第八章的研究主题是“贪污受贿犯罪终身监禁若干问题探讨”。《中华人民共和国刑法修正案(九)》在刑法中对于被判处死刑,同时宣告缓期两年执行的严重贪污受贿犯罪分子,增加了可以适用“终身监禁”的规定,体现了对于此类腐败罪犯从严惩处的立法态度。这是我国刑事立法重大修改,它必将对于我国反腐工作、甚至对于未来刑法制度的发展,都产生重要的影响。然而,这一新刑法制度的设置过程比较急促,学界此前对此缺乏深入的研究与论证,因而在修正案生效后,对于应该如何正确理解和适用这一制度,在刑法界引发出种种困惑和难题。本章是针对这一崭新的刑法制度进行阐释说明的研究成果。文章探讨了终身监禁制度设置的背景和意义,分析了它在我国刑法中的法律属性,提出不能认为是一种独立刑种,仅为刑罚的执行方式;同时研究了这一制度在法律规定方面存在的问题,以及可能与其他相关法律制度产生的矛盾和冲突;最后又对该制度未来的进一步完善提出了建言,认为应当改造无期徒刑制度以涵盖“终身监禁”,终身监禁的罪名适用范围应当进行转变,可以考虑将其他关涉暴力的犯罪行为涵盖其中,应当以赦免制度对“终身监禁”进行救济,“终身监禁”不应具有溯及既往的效力,等等。

第九章的研究主题是“行贿犯罪最新立法研究”。本章针对《刑法修正案(九)》对于有关行贿类犯罪的修改内容进行了专题研究。在现实生活中,受贿与行贿往往同时发生,而且行贿通常也是受贿犯罪的肇因,很多情况下如果没有行贿者也就没有受贿者。因此,要遏制受贿犯罪,就必须同时严惩行贿犯罪,这是社会早已形成的共识。然而,我国刑事立法与刑事司法历来有重惩受贿、轻罚行贿的传统。虽然1988年以后刑事立法明显加重了行贿罪的刑事责任,然而司法实践对于行贿犯罪的认定与处罚仍然力度不足。《刑法修正案(九)》出台后,刑事立法进一步加大对行贿犯罪的惩治力度。如何对这一新的立法变化进行解读,以及如何将通过惩治行贿全面遏制贿赂犯罪的立法意图贯穿到司法实践中,都是需要深入研究的问题。本章通过对修正案相关立法变化进行分析,追寻背后体现的立法意蕴,用以指