

转型社会的法律监督 理念·制度与方法

李惠明题

(下)

徐汉明 著



知识产权出版社

全国百佳图书出版单位

内容提要

本书是作者从事人民检察工作 30 余年中对检察制度的若干理论与实务问题的学习、思考和实践的结晶。全书分为六个部分：检察理论篇、检察改革篇、反腐倡廉篇、刑事法律监督篇、民事行政诉讼监督篇、比较借鉴篇，可谓共和国检察制度产生、发展的缩影。这对于丰富我国检察理论宝库、促进检察工作的开展和检察制度的完善，都将发挥积极的作用。

读者对象：法学领域学习者、研究者、司法实务工作者。

责任编辑：刘 睿

责任校对：董志英

特约编辑：刘永红

责任出版：卢运霞

图书在版编目 (CIP) 数据

转型社会的法律监督理念、制度与方法/徐汉明著. —北京：

知识产权出版社，2011.3

ISBN 978—7—5130—0373—5

I. ①转… II. ①徐… III. ①法律监督—中国—文集

IV. ①D926.34—53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2011) 第 013980 号

转型社会的法律监督理念、制度与方法 (下)

徐汉明 著

出版发行：知识产权出版社

社 址：北京市海淀区马甸南村 1 号

网 址：<http://www.ipph.cn>

发行电话：010—82000860 转 8101/8102

责编电话：010—82000860 转 8113

印 刷：北京富生印刷厂

开 本：787mm×1092mm 1/16

版 次：2011 年 3 月第一版

总 字 数：1500 千字

邮 编：100088

邮 箱：bjb@cnipr.com

传 真：010—82005070/82000893

责编邮箱：liurui@cnipr.com

经 销：新华书店及相关销售网点

总 印 张：80

印 次：2011 年 3 月第一次印刷

定 价：200.00 元 (上、中、下)

ISBN 978—7—5130—0373—5 /D · 1159 (3291)

出版版权专有 侵权必究

如有印装质量问题，本社负责调换。

总 目 录

(上)

- 一、检察理论篇 (1)
- 二、检察改革篇 (245)

(中)

- 三、刑事法律监督篇 (409)

(下)

- 四、反腐倡廉篇 (809)
- 五、民事诉讼监督篇 (995)
- 六、比较借鉴篇 (1147)

目 录

(下)

四、反腐倡廉篇

- 62. 制度创新与惩防腐败问题研究 (811)
- 63. 惩防结合 遏制腐败 保障市场经济体制改革健康发展 (856)
- 64. 治理商业贿赂要把握法律政策尺度 (889)
- 65. 国际商业贿赂立法及其借鉴 (892)
- 66. 关于创新职务犯罪侦查的思考 (901)
- 67. 关于加大职务犯罪侦查工作力度的建议 (913)
- 68. 职务犯罪刑事政策若干问题探讨 (924)
- 69. 关于加强新世纪初期职务犯罪侦查工作的思考 (942)
- 70. 加入 WTO “过渡期” 职务犯罪的发展趋势及其对策 (960)
- 71. 渎职罪主体浅议 (972)
- 72. 当前渎职侵权犯罪的特点、原因及防治 (980)
- 73. 贯彻十五大精神 推进反腐败斗争 (987)
- 74. 略谈检察机关自侦案件管辖范围 (990)

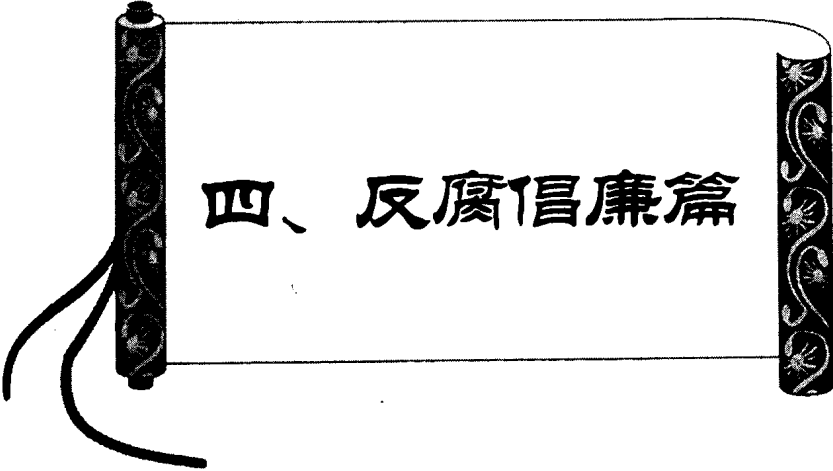
五、民事行政诉讼监督篇

- 75. 民事诉讼法律监督与相关诉讼原则的协调性 (997)
- 76. 对民事诉讼法律监督程序的思考 (1000)
- 77. 民富国强的法律基石 (1004)
——贯彻实施《物权法》若干问题的讨论
- 78. 民事检察是司法公正的必要环节和有力保障 (1034)
- 79. 对开展民事行政检察监督调查工作的思考 (1037)
- 80. 经济全球化对我国民事行政检察制度的影响及对策 (1044)

81. 民行检察应规范办案程序 (1057)
82. 关于如何加强民事行政检察工作的思考 (1059)
83. 论我国现代物权制度的构建 (1065)
84. 诉讼检察监督效力研究 (1074)
85. 合同解除制度研究 (1109)
- 兼评我国统一合同法的立法建构
86. 民事行政检察监督的现状分析与立法完善 (1133)
87. 信息高速公路知识产权的法律保护 (1140)

六、比较借鉴篇

88. 马来西亚检察制度探微 (1149)
89. 经济全球化背景下的中国国际商事仲裁 (1160)
90. 第二届中国——拉丁美洲法律合作论坛综述 (1165)
91. 新加坡贪污调查局考察报告 (1174)
92. 新加坡社区警务制度及其启示 (1179)
93. 新加坡检察制度引介 (1184)
94. 加强东西方法律文化交流共同推进人权事业发展 (1191)
95. 加拿大公众投诉警察独立监督机制探析 (1194)
96. 向统一检察体系迈进 (1200)
- 泛欧总检察长会议综述
97. 把握第三次法律变革机遇加快中国法治化进程 (1204)
98. 意大利检察制度介评 (1214)
99. 法国里昂监狱管理与社会资源有机配置的启示 (1217)
100. 略论社会主义法的批判性继承问题 (1221)
- 本书缩略语** (1227)
- 后 记** (1236)



四、反腐倡廉篇

62. 制度创新与惩防腐败 问题研究^{***}

本文主要立足于制度创新的视角，从放长眼量、把握特点、切实履职、提高水平四个层面，就惩防腐败问题同大家交流。

一、放长眼量

放长眼量要求我们深刻把握腐败的内涵，把握经济全球化条件下国际社会反腐败的主要路径，把握中国反腐败的深刻历史背景、历史进程及主要经验。

（一）深刻把握腐败的内涵

不同国家、不同时期、不同学者对腐败有着不同的理解。政治学认为，腐败的实质是滥用权力，以权谋私；经济学认为，腐败是政府官员对经济人角色的一种有意识的活动，只有当腐败收益超过成本时，当事人才会选择腐败，通俗地讲就是“权力寻租”，规范语言称为“委托—代理”现象^①；社会学认为，腐败是公民社会和政治国家力量失衡的一种状态；刑法学认为，凡是国家工作人员利用职权，实施的贪污、受贿、挪用、渎职、洗钱等行为都可视为腐败。尽管人们对腐败的认识有多种视角，但腐败现象都是滥用公共权力并以此牟取私利，这一点是相通的。

（二）深刻把握国际社会腐败盛行的本质特征及其一般对策措施

21 世纪，是人类社会发展充满希望与活力的世纪。同时，人类社会也面临着人口增长过快、自然资源短缺、环境恶化、恐怖事件频发、金融危机、腐

* 本文系作者作客华中科技大厅第 36 期“法学讲堂”时所作学术报告一书面整理稿。

** 本文发表于《职务犯罪预防研究》，中国检察出版社 2010 年版。

① [美] R.S. 平狄克、D.L. 鲁宾弗尔德著：《微观经济学》，张军等译，中国人民大学出版社 1997 年版，第 497 页。

败风潮等六大挑战。这些是同经济全球化的发展相伴而生的。经济全球化指的是各国经济在生产、分配、消费中的一体化趋势,其内容包括生产、金融、科技三个方面的一体化趋势。据联合国统计,全球4万多个跨国公司总的产值占世界生产的1/3,占世界投资的70%,占世界贸易的2/3,跨国公司使贸易全球化转化为生产全球化。经济全球化的实质是“二战”后以发达国家为主导、以跨国公司为动力的世界范围内的新一轮产业结构大调整,其动因来自四个方面:(1)经济自由化在全球范围扩展;(2)布雷顿森林体系以后的金融创新;(3)跨国公司在全球范围内资本、商品、技术套利活动推动;(4)信息技术革命的兴起。经济全球化经历的漫长的历史过程,按资源配置、经济形态和生产工具演进三条标准划分,人类开发利用资源、推动经济发展、创造经济、政治、社会、文化、生态五大文明,大体经历的三个历史阶段(见图1、图2、图3)^①:前375万年至公元1769年,利用自然资源、制造人力工具,实现由生存经济、采集经济、狩猎经济、原始农业经济向传统农业经济的跨越,创造农业文明的阶段;1769年瓦特发明第一台单制蒸汽机至1946年,利用能量资源、制造能量工具,实现由传统农业向传统工业的跨越,创造工业文明的阶段;1946年至今,在利用自然资源、能量资源的基础上,开始探索利用信息资源制造信息工具,实现由传统工业向现代信息社会跨越,创造信息文明的阶段,在不到64年的时间内,形成了以核能技术、空间物理技术、生物工程技术、微处理技术、IT技术、新型材料技术为代表的6次生产力高潮,使世界变成“地球村”,使商品变成“万国牌”,全球经济一体化加快发展。经济全球化的功效在于,使各国货物、服务、贸易、知识产权、投资等经济活动的合作互动日益密切,而其负面效应在于:(1)过剩效应。经济全球化使越来越多低成本国家进入传统产业中来,其供给大量增加,但对劳动次成品需求减少,弹性小,从而造成经济全球化生产“过剩效应”。(2)集权效应。使世界经济特别是发展中国家被发达国家所控制,利润被榨取,造成社会分配不公,南北差距拉大,南南矛盾、区域矛盾加剧。从20世纪50年代到2008年,全球财富从5万亿美元扩大到92.4万亿美元,财富量增加了18倍。^②2002~2008年世界经济总量如图4所示。

① 白乐天主编:《世界通史》,光明日报出版社2001年版。

郭沫若主编:《中国史稿》,人民出版社1976年版。

周一良、吴于廑主编:《世界通史(上古、中古、近代部分)》,人民出版社1962年版。

范文澜:《中国通史简编》,人民出版社1965年版。

德尼兹·加亚尔、贝尔纳代特·德尚著:《欧洲史》,蔡鸿斌等译,海南出版社2000年版。

宋健等主编:《现代科学技术基本知识》,科学出版社1994年版。

② 数据来源于波士顿咨询公司2002~2009年《全球财富报告》。

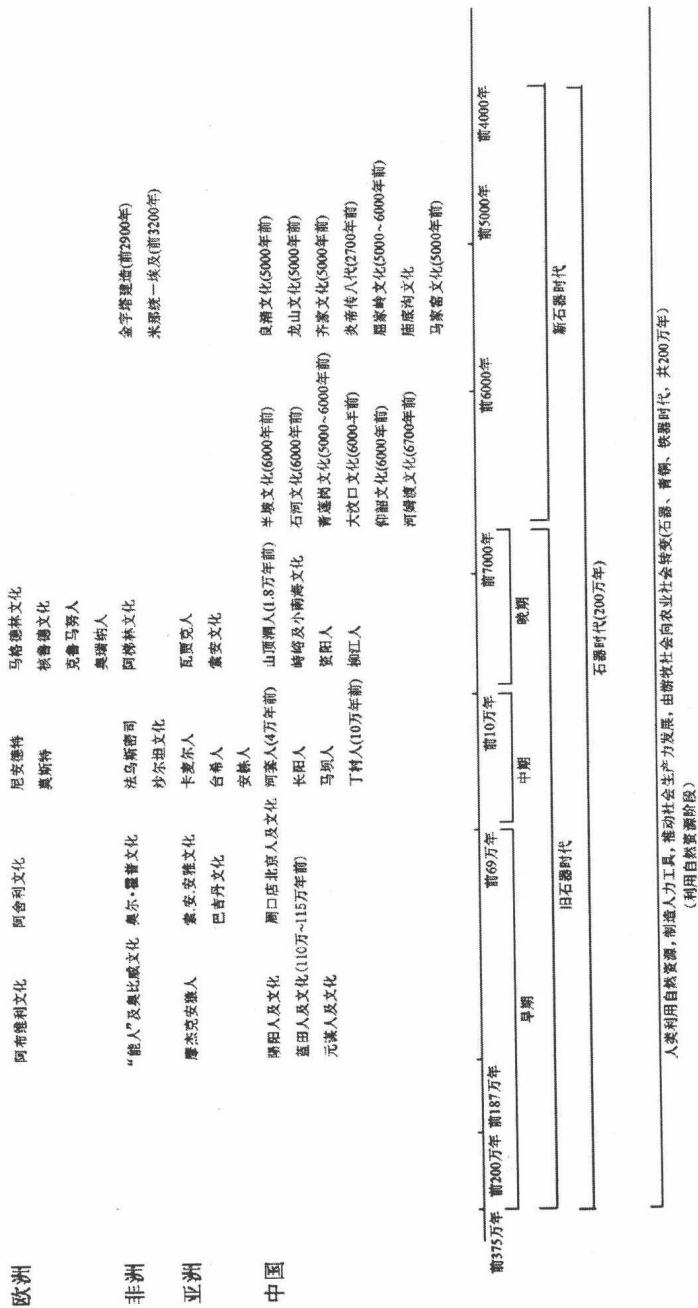


图1 前375万年~前4000年人类社会生产力发展示意图

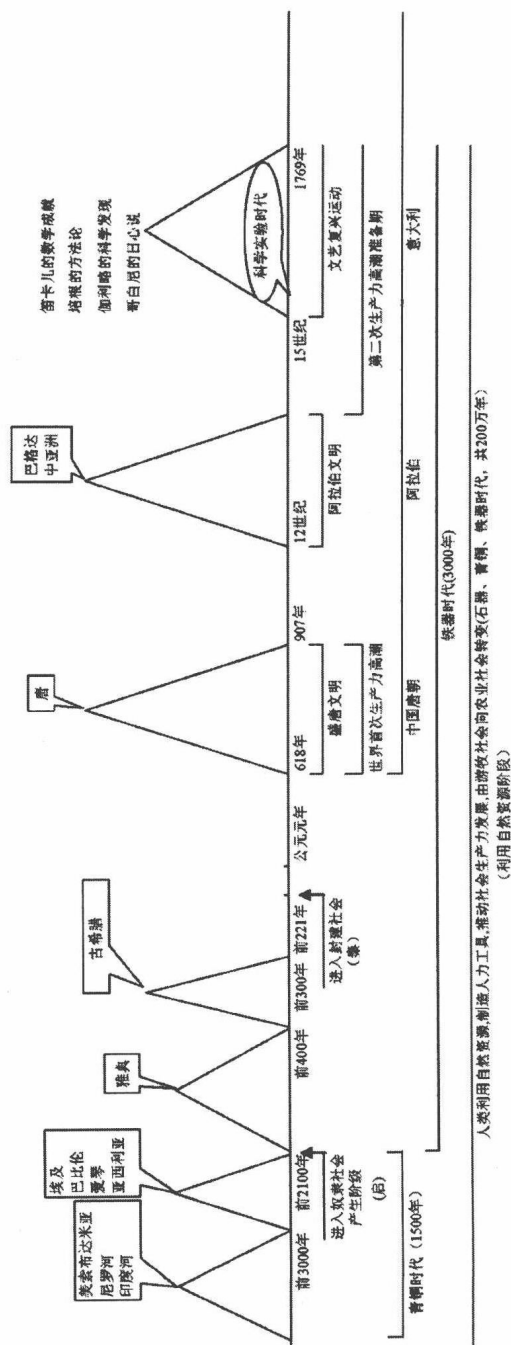


图2 前3000年~1769年人类社会生产力发展示意图

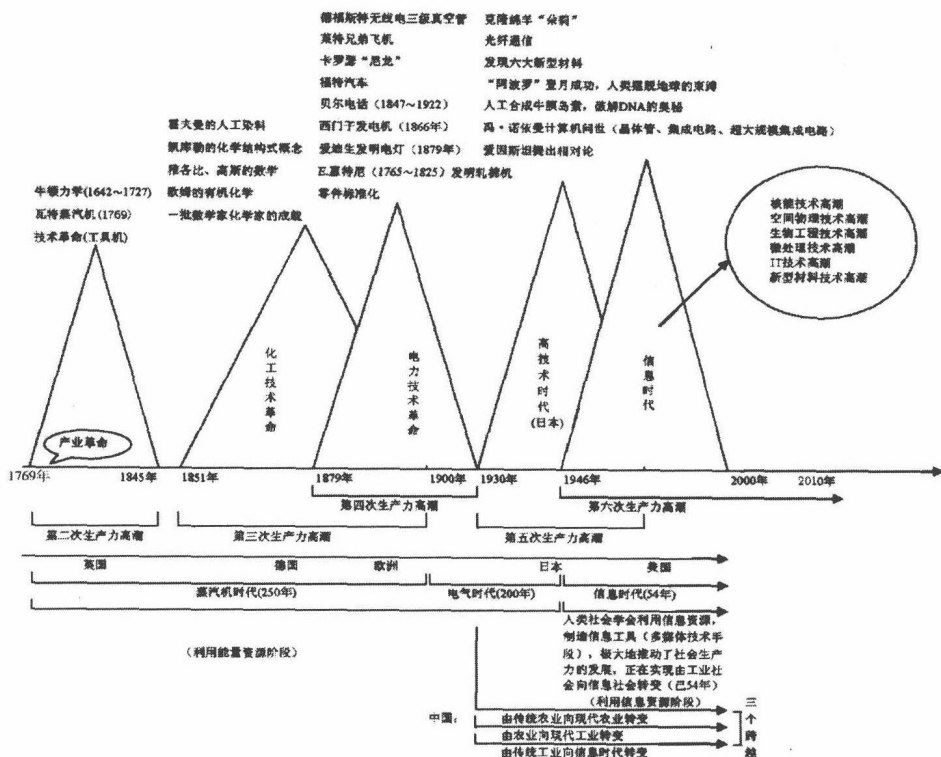


图3 1769~2010年人类社会生产力发展示意图

但世界贫富差距拉大, 20 世纪 60 年代最富的 20% 人口与最穷的 20% 人口的财物比例为 30:1, 到 20 世纪末则扩大到 74:1。不少发展中国家视经济全球化为“毒蛇猛兽”。三是经济的虚拟效应。与实物资产相比, 金融资产在全球流动套利成本低, 加速超越实体经济, 产生经济虚拟化, 形成了新的金融霸权。四是国际新型霸权。其中包括知识霸权, 表现为信息的优势、科技的强势转化为国防、军事、外交的强势; 品牌霸权, 如美国可口可乐高达 870 亿美元, MDM 的资产高达 470 亿美元, 微软达 450 亿美元, 发展中国家由于在改革开放期保护品牌意识不强导致许多民族品牌被吞并、抢注; 金融霸权, 发达国家操纵国际金融组织、放纵索罗斯套利, 造成金融风波; 文化霸权, 发达国家把经济同文化联系在一起, 想移植文化, 培育崇拜者, 并在各项贸易中搞文化捆绑, 发展中国家不得不每年从发达国家进口充斥着一些暴力、色情、洋文化、洋生活的大片; 制度霸权, 他们按照自己价值观、制度模式, 在发展经济

过程中向发展中国家推销其制度安排,“苏东剧变”就是其中的典型,而以美国为首的西方国家从来就没有放松对我实施西化、分化的战略。

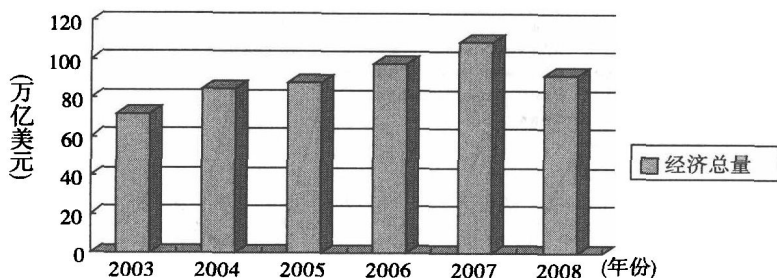


图4 2002~2008年世界经济总量

2000~2009年主要国家经济总量如图5所示。

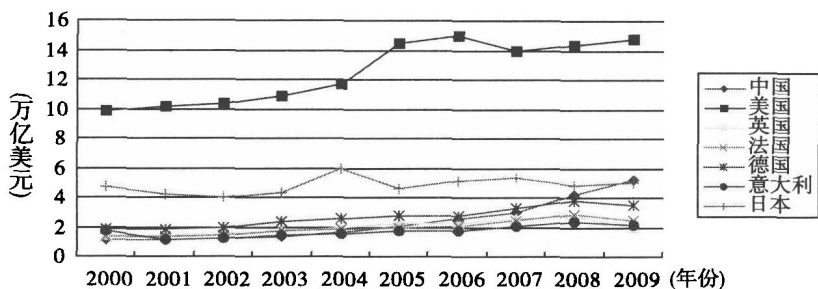


图5 世界主要国家经济总量(万亿美元)

“二战”后,面对世界经济凋敝、全球贸易量几乎为零的状态,以美国为首的发达国家,在向第三世界转移传统技术、陈旧设备,争夺世界资源,抢占全球市场过程中,率先大力推行国际商业贿赂。比如美国对本国跨国公司在从事货物、服务、贸易、知识产权、投资等一切经济活动中,把对发展中国家政府官员、监管人员、企业高管人员的一切回扣、佣金、手续费摊入生产成本,这就意味着美国支持海外公司企业公开行贿的费用由联邦财政部“埋单”,是“二战”后搞国际腐败的鼻祖。他们利用这种方式抢占发展中国家资源、劳动力、市场,输出资本、制度、文化,获得国际超额垄断利润,同时利用国际货币金融组织等,把“新自由经济”推广到极致,以华尔街五大投行为标志的金融机构,通过金融衍生工具和产品,不断攫取别国财富、刺激居民投资消费需

求。2008年9月15日,有158年历史的美国第四大投行雷曼兄弟控股公司宣布破产,9月21日,高盛和摩根士丹利转为银行控股公司,一夜之间华尔街五大投行全部消失,进而引发全球范围的金融危机。据有关专家研究,美国的股市、债券、贷款、金融衍生产品高达500万亿美元美元,其金融机构倒闭,清偿资产只剩40%^①,虚拟资产与实物资产比为34.9:1。这场危机与“二战”前资本主义经济危机最大的不同在于,它不是“生产相对过剩”导致的周期性资本主义经济危机,而是以美国为主导的资本主义“虚拟资本”引发的一场80年来的深刻危机。正如有的专家指出的:在新全球化时代,资本主义的生产过剩从物质产品过剩转变成金融产品过剩,相应地,资本主义经济危机的形态就从生产过剩危机转变成资产泡沫(虚拟资本)破裂所带来的金融危机。^②这场危机给世界带来的灾难性后果就是全球财富减少16万亿美元,这也是资本主义基本矛盾在经济全球化条件下的一个折射表现。它再次表明,在经济全球化过程中,马克思的基本论断没有过时,他所揭示的资本主义贪婪性、寄生性、腐朽性的本质没有改变。国际货物、贸易、知识产权、服务、投资等五大经济活动领域的腐败问题,正是这一机制在世界范围内渗透、演变、发展的结果。所以说,腐败问题是经济全球化的“副产品”之一。

腐败在人类社会进入文明社会时期就产生了,在生存经济、简单商品经济条件下,其危害不具有跨国性、关联性和强大的冲击波破坏效应;而在全局化条件下,则就具有了国际性、关联性、渗透性和强大的冲击波破坏效应。对于这种与日俱增的腐败问题,“二战”后,代表人类社会进步力量、反映社会进步方向的组织、首脑都着力研究如何有效惩治和预防腐败。经过近60年的努力,初步找到了惩防腐败的基本途径、方式方法及为人类社会共同拥有的有效经验。正如《联合国反腐败公约》所指出的,腐败危害在于其对社会稳定与安全造成的严重威胁,对于民主法制带来的严重破坏,对于价值观、道德观、公平正义带来的严重冲击,对于社会可持续发展带来的严重阻碍,并且确信腐败是一个影响所有国家社会和经济的跨国现象。^③因此,腐败问题引起了各国政府、地区组织的高度关注,均采取了不同措施,予以积极惩治和预防。

从全球性国际组织情况看。自20世纪70年代末以来,各类全球性国际组

① 王健:“次债危机前景与中国的国家利益”,转引自中共湖北省委讲师团:《信息与辅导》,2009年第1期,第14页。

② 同上。

③ 《联合国反腐败公约》序言第1页,摘自联合国毒品犯罪问题办事处网站。

织把打击和预防腐败摆到了重要议事日程。如联合国(UN)自1979年起,就先后制定了一系列反腐败制度规则(具体内容见表4^①),特别是2003年第58届联大通过的《联合国反腐败公约》,为各国预防、惩治腐败,加强国际合作,完善技术援助,提高公众参与度,增强全球社会拒腐风气,提供了有力的法律武器。《公约》具有四个方面的鲜明特点:(1)高度重视预防腐败,特别是对私人部门和公共部门一同提出了预防要求。(2)对腐败犯罪及处罚规定明确并且严格,比如在罪名方面《公约》明确规定了10种腐败犯罪其中还包括影响力交易等新型腐败,在受贿犯罪构成上不以“为他人谋取利益”为条件,将贿赂犯罪界定为“不正当好处”,等等。(3)司法程序完备,从专职机构、司法管辖、执法合作、保护证人等12个方面构建了完整程序。(4)突出强调反腐败国际合作,对引渡、司法协助、侦查合作、资产追回等均提出了明确要求。

表4 联合国制定系列反腐败制度规则

年 份	联合国通过的规则、条约名称
1979	《执法人员行为守则》
1990	《反腐败的实际措施》《禁毒公约》
1996	《公职人员国际行为守则》 《反对国际商业交易中的贪污贿赂行为宣言》
2000	《联合国打击跨国有组织犯罪公约》
2003	《联合国反腐败公约》

作为金融联合国的世界银行(WB)也一直将惩防腐败作为一项重要任务,采取了相关措施。据统计,世界银行60年来为各国发展和扶贫项目提供贷款5250亿美元,其中有5%~30%被腐败侵吞,^②为此“出手”的措施有:(1)组建操守部。人员50人,其中调查人员30名,从世行外部聘请。(2)独立查案件。共调查腐败案件345件,制裁公司、个人215起,将25宗渎职案件交有关国家司法当局处理,查处世行职员参与诈欺38人,解职28人。(3)对腐败高发国家实行贷款限制。由1999~2000年发放贷款148亿美元,占62%,下降为2001~2003年发放118亿美元,占27%,下降幅度很大。(4)对

① 赵秉志等主编:《联合国反腐败公约暨相关重要文献资料》,中国人民公安大学出版社2004年版。

② 林华:“世界银行深陷腐败泥潭”,载《金融科技》2007年第6期。

典型国家进行特别调查。如：对苏拉威西岛耗资 1.55 亿美元的城建项目进行调查，决定禁止 53 家公司、63 人参与世行项目，该国政府赔偿 50 万美元，世行对其贷款额度由 10 亿美元削减到 3 亿美元。

国际经合组织 1997 年在巴黎订立的《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》，注重预防各个领域日益突出的腐败问题，呼吁各国立即采取协调有效的方式对这种行贿行为进行定罪，欢迎各公司、商业组织、工会组织以及其他非政府组织作出努力，参与打击行贿行为。^①

从区域性国际组织情况看。无论欧盟、美洲、非洲还是亚太地区，都把反腐败与积极预防腐败，加强国际合作，提高效率摆到了更加突出的位置。如欧盟（EU）在推进欧洲各国一体化进程中，在预防和惩治腐败等方面进行了一系列立法，包括：1997 年通过的《打击涉及欧洲共同体官员或欧洲联盟成员国官员的腐败行为公约》《打击贪污腐败二十项指导原则》，1999 年制定的《反腐败刑法公约》《反腐败国家集团规约》，等等。再如美洲国家组织（OAS）1996 年通过《美洲反腐败公约》，旨在推动和强化各缔约国预防、发现、惩罚和根除腐败所需的机制，规范缔约国间的合作，提高预防与惩治腐败的效率。1998 年通过的《非法获利和跨国贿赂示范立法》，旨在进一步从技术层面为预防与打击腐败提供支持。非洲国家组织援助非洲全球联盟在打击和预防腐败的立法中也不甘示弱。该组织于 1999 年通过《非洲国家反腐败原则》，使非洲国家在国际反腐败舞台起到了重要作用。亚洲开发银行与经济合作开发组织亚太地区反腐行动组新千年反腐败宣言——《亚太地区反腐败行动计划》，吹响亚太地区反腐败的号角。^②

从典型国家情况看。20 世纪 70 年代中东石油战争之后，美国成为事实上的单极霸权国家，其在掌握国际资源、现代技术、超强军事实力和全球战略要地的基础上，又率先研究惩防腐败问题，1977 年颁布了《反海外腐败法》。美国还运用国会的弹劾权、派驻政府的监察权、对行政人员财产申报监管权、审计监督权等多种权利侦查和预防腐败案件。“9·11”事件后，美国又通过“爱国者法案”，在强化打击恐怖犯罪、洗钱犯罪、腐败犯罪的同时，运用刑事诉讼、民事诉讼等多种手段，综合控制腐败犯罪。日本凡能满足人的需要或欲望的一切利益都可以算做贿赂，包括：（1）利用职务之便在经济活动中要求他人

① 赵秉志等主编：《联合国反腐败公约暨相关重要文献资料》，中国人民公安大学出版社 2004 年版。

② 同上。

给予金钱、物品或提供好处；(2) 接受或约定接受利益或好处；(3) 提供性服务；(4) 高规格的宴请和接待。行贿与受贿承担相同责任。德国 1997 年制定了《反不正当竞争法》，1997 年 8 月修订《反腐败法》，旨在加大惩治腐败的力度。其主要特点：(1) 通过司法手段而不是行政手段制止贿赂行为；(2) 法律、舆论、行业自律三管齐下；(3) 由医学、药物生产、药房、大学等协会、院校、12 个相关机构于 2001 年制定《企业同医疗机构及其责任间合作的刑事评估要点》，列举医药行业从业人员须了解的法律，规范企业与医疗机构的合作形式、原则及注意问题，对宴请和送礼作出规定，禁止企业员工以私人名义宴请医生，邀请医生参加活动或工作餐要记录备案，超过一定金额或某种条件下的礼品视做受贿，一旦发现即开除。韩国在推行一系列反腐措施的基础上，2005 年 3 月由政府、政界与经济界签署《透明社会协约》《透明社会实践市民参与宪章》，其目标是建设先进型透明社会，包括：(1) 分工协作机制；(2) 公众监督和纳税人诉讼机制；(3) 票务管理机制；(4) 伦理道德教育机制，政界防止金元选举，经济界防止商业贿赂；(5) 企业内部举报制度。^① 在社会转型的国家，如俄罗斯实行“新自由经济 + 三权分立”的模式，2007 年对腐败案件起诉 1.05 万起，腐败资金为 10.1 亿卢布；俄行贿市场的资本规模高达 2 400 亿美元。其社会舆论研究中心公布民众调查：30% 人认为“腐败现象很严重”；40% 的人认为“腐败现象严重”。俄总统梅德韦杰夫多次就反腐败问题接连发表讲话，承认“腐败已成为俄罗斯面临的严重问题，是我们社会最尖锐、最现实的问题之一”。据有关人士分析，俄出现腐败高发始于苏联解体，其根源是实行私有化过程中，很多官员将手中权力私有化。俄反腐倡廉采取如下措施：(1) 从叶利钦、普京到梅德杰韦夫都把反腐败作为头等大事来抓，但由于其推行私有化及其相关政策，没有系统的制度作保障，其收效甚微。(2) 2004 年 9 月，俄成立由政府总理领导的反腐败委员会。2008 年改为总统直接领导。(3) 2007 年 9 月，俄由政府提出通过反腐败法；2008 年 4 月国家杜马讨论否认了这个法案。(4) 2008 年 12 月 25 日，梅德韦杰夫批准议会上下两院通过的《反腐败法》。对腐败的定义、预防和打击腐败的主要原则、公务员财产申报、官员接受礼物限额（3 000 卢布以下）、官员辞职经商限制、简化追诉腐败司法程序等作出了规定。(5) 签署反腐败五年计划。从透明国际（TI）公布的数据来看，2009 年俄罗斯清廉指数为 2.2，在被评估的 180 个国家中列第 146 位。在乌克兰，由于其实行极端的经济自由化，腐败问题严重，对此乌克

① 郭永远主编：《国际反腐败法律文献大典》，中国检察出版社 2006 年版。