

中国反腐败立法的战略转型及其体系化构建

刘艳红*

内容提要 中国正处于现代化转型以来腐败治理的重要转折点与战略机遇期,积极推进国家反腐败立法战略转型与体系化构建,实现反腐败立法由形式治理向实质治理功能的转化,是破解当下“中国式”腐败治理困局之关键。科学评估反腐败立法治理能力的状况,确立“积极治理主义”理念在国家腐败治理体系中的首要地位,创新由国家法与政党法“二元”规范体系与衔接机制,创立国家腐败治理基本法、分步推进体系完善,是推进中国反腐败立法战略转型的必然选择。明确立法原则,实施功能立法,公布立法清单,实施重点化构建、系统化推进、协同化衔接,形成以《反腐败法》为中心,重点预防性立法为支撑、控权性法律相配合的多层次、立体化、综合化的反腐立法体系,是中国反腐败立法之体系化构建的核心。

关键词 腐败治理 反腐败立法 体系化

20 世纪最后 30 年的改革开放,是中国第三次现代转型的开始,这场以政府全面、加速推进为主导的现代化转型史无前例,备受世界瞩目,在带给中国“两个盛世”^①的同时,也使中国陷入了严重的“现代腐败困局”之中,与现代化如影随形的腐败,以“中国速度”加速繁殖与蔓延,直到酿成严重的“体制性腐败”问题,^②当下中国对腐败及其治理问题的关注,赫列诸多社会现实问题之首。党的十八大以来,中国果断调整了腐败治理战略,广泛掀起了一场以“斩虎”、“灭蝇”为中心的“中国式”反腐,疾风暴雨、无禁区、无上限的严打整治,促成了“不敢腐”局面的初步形成,^③中国腐败治理进入到全面的战

* 东南大学反腐败法治研究中心主任、东南大学法学院教授。本文系国家社科基金重点项目“构建中国特色‘预防协同型’反腐败国家立法体系战略问题研究”(项目批准号:16AFX002)的阶段性成果和江苏高校哲学社会科学重点研究基地“反腐败法治研究中心”资助成果。本文写作过程中,上海社会科学院法学研究所魏昌东教授提出了许多宝贵意见,东南大学法学院、反腐败法治研究中心钱小平副教授帮助收集整理了前期有关资料并对文章提出了宝贵意见,在此谨致谢意。

① 开启于 1978 年 12 月 18 日党的十一届三中全会的中国改革开放,创造了当今中国“两个盛世”:一是经济体制创新的盛世;二是经济持续高速发展的盛世。参见邹东涛主编《中国改革开放 30 年(1978-2008)》,社会科学文献出版社 2008 年 6 月版,第 1 页。

② 参见何增科《反腐新路:转型期中国腐败问题研究》,中央编译出版社 2002 年版,第 9 页。

③ 参见张磊《步伐不变,方能致远》,载《中国纪检监察报》2015 年 3 月 17 日。

略进攻时期。较之现代化启动之初的腐败治理,本轮反腐更为重要的战略意义在于,“通过治标,为治本赢得时间”,“通过荡涤大面积的深度腐败局面,造就一种较好的政治生态,只有在一种比较好的政治生态之下,才能确立有效的反腐败和预防腐败的制度。”^④中国反腐已进入历史的转折点,以强力推进“治标”为“治本”赢得时间的反腐应走向何方?如何从国际反腐经验中汲取养分,并加速其向本土资源的转化?反腐立法基点与重点应如何前移,法治化导向的“不敢腐”、“不能腐”、“不愿腐”立法体系应如何设计?权力衍生腐败的历史宿命如何在法治的目标下得以破解?面对腐败治理的难题,建构与现代化发展相同步的反腐立法战略,是中国腐败治理转型期需要着力解决的重大问题。

一、现代化进程中“中国式”腐败治理的五大困局

腐败是国家公共权力裂变的基因,也是国家开启现代化进程以后所普遍遭遇的重大现实问题。面对20世纪80年代以后腐败的蔓延,中国不断调整了腐败的治理策略,坚持从严治党、加大治理力度,国家资源投入急剧增加,然而,腐败的治理却未能取得决定性胜利,“中国式”腐败治理的困局表现为:

(一) 反腐资源投入与治理成效不彰的困局

对腐败的治理配置全面而充分的国家资源,注重对权力生成与运行机制的法制干预,是现代化转型国家腐败治理的一致经验,也是中国步入现代化转型期后反腐治理的重大教训。囿于传统腐败治理经验的影响,中国在转型之初的腐败治理中奉行的是“教育为先、刑罚置后”的理念,刑罚几成腐败治理最重要的资源形式。然而,刑罚的投入,不仅未能取得遏制腐败的积极成果,反而造成刑罚在腐败治理中的“过饱和”问题;权力的运行机制与规则,并未成为国家腐败治理策略中的重点问题。以1992年中共十四大为标志,国家首次提出“依靠制度建设,从源头上预防和治理腐败”的反腐策略,制度反腐成为历届领导集体反腐决策的重点内容,反腐资源在投入模式、治理力度与重点方向选择上开始发生重大变化。

从治理方式上看,犯罪治理可分为常态性治理和运动性治理两种模式,进而形成两种犯罪治理的资源投入形式,即普通时期的常态投入和特殊时期的密集投入。^⑤就日常治理而言,国家加大对政策、立法、机构等资源的投入,构建了庞大的腐败治理体系。从政策关注层面,反腐败始终是国家最高治理者宏观政策选择的重点,一段时期甚至成为国家政策选择的核心。从立法层面分析,反腐立法一直处于“活性化”状态,立法体系得以健全与完善。中国反腐立法体系构建,以反腐刑事法为根基,反腐刑事立法得到了最

^④ 郑永年《反腐败与中国第二次政治革命》,载《青年参考》2014年8月13日第3版。

^⑤ 参见单勇、侯银萍《中国犯罪治理模式的文化研究——运动式治罪的式微与日常性治理的兴起》,载《吉林大学社会科学报》2009年第1期。

优先的发展。建国初期,在尚未颁布刑法典的情况下,国家即于1952年颁布了《中华人民共和国惩治贪污条例》(以下简称《惩治贪污条例》)。改革开放之后,在刑法典所设定的腐败犯罪治理框架基础上,全国人民代表大会常务委员会1982年3月8日《关于严惩破坏经济的罪犯的决定》(以下简称《惩治经济罪犯决定》)、1988年1月21日《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》和1995年2月28日《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》等单行刑法,构建了从自然人到单位以及从国家工作人员到公司、企业人员的腐败犯罪罪名体系。1997年刑法典颁布后的九部刑法修正中,有四部(刑法修正案六、七、八、九)涉及腐败犯罪立法的修正。在反腐刑事立法之外,基于扩张腐败治理立法体系的需要,非刑事法规范体系开始构建,包括《行政监察法》(1997年)、《招标投标法》(2000年)、《公务员法》(2005年)等国家法,对制约公共权力的滥用产生了积极的作用。不仅如此,具有中国特色的政党法规范得到加强,相继有《关于党政机关县(处)级以上领导干部收入申报的规定》(1995年)、《关于省部级现职领导干部报告家庭财产的规定(试行)》(2001年)、《中国共产党党内监督条例(试行)》(2003年)、《关于严格禁止利用职务上的便利牟取不正当利益的若干规定》(2007年)等党内规范出台。据统计,仅从1997年中共十五大至2008年底的11年间,中央及各省制定的与反腐败有关的纪律法规文件就超过3000件,^⑥由此形成了庞大而复杂的腐败治理规范体系。在机构设置方面,反腐机构的类型与规模不断扩大,司法型、行政型、政党型腐败治理机构不断健全,2007年,在中纪委和监察部之外,又在国务院直属机构中增设了专司腐败预防职能的国家预防腐败局。十八大以来,为加大案件查办的力量,中纪委进行了两次内部机构改革,将纪检监察室的数量从早期的8个增至12个,直接从事纪检监察业务工作的人员增加了100多名,纪检监察总人数分别占到内设机构总数和人员编制总数的近70%。^⑦除常态化治理资源的投入以外,国家还在全国范围内,以专项治理、集中整治等非常规方式,集中投入司法资源和社会资源,对腐败犯罪进行高强度、高效率、暴风骤雨式的运动式治理,先后五次发动了大规模反腐运动^⑧。

然而,在持续加大反腐资源投入的同时,腐败蔓延的趋势却并未得以扼止,腐败犯罪自1998年以来仍处于明显上升的趋势。^⑨2007年11月至2012年6月,全国纪检监察机关共立案643759件,结案639068件,给予党纪政纪处分668429人,涉嫌犯罪被移送司法机关24584人。年均查办违纪违法案件12万余件。^⑩十八大以来两年多的时间

⑥ 参见陈心尘《反腐需要顶层设计与技术操作的完美结合》,载《东方早报》2012年3月28日第A22版。

⑦ 参见江琳《中央编办主任详解中央纪委机构改革方案:编制不增反腐提速》,载《人民日报》2014年4月16日第5版。

⑧ 五次反腐败斗争高潮分别为:第一次是1982-1983年打击经济领域中严重犯罪活动的斗争,第二次是1983-1987年间开展的整风和纠正新的不正之风的斗争,第三次是始于1988年并在1989年下半年后达到高潮的反腐败斗争,第四次是1993年后开展并在1995年达到高潮的反腐败斗争,第五次是1997年后开展的以反走私、反腐败并举的反腐败斗争。参见前引②,何增科书,第11页。

⑨ 参见孙国祥、魏昌东《反腐败国际公约与贪污贿赂犯罪立法研究》,法律出版社2010年版,第115页。

⑩ 《中共中央纪律检查委员会向党的第十八次全国代表大会工作报告》,载《人民日报》2012年11月20日。

内涉嫌腐败犯罪被查处的省部级以上高官高达 130 人,截至 2015 年 11 月 19 日,全国 31 个省市均有省部级官员落马。近期腐败治理取得显著成效的同时,也必须清醒地注意到,正是以往治理能力的不足而导致腐败长期潜伏的事实。国家投入的反腐资源、频繁发动的大规模反腐运动,并未真正将腐败置于有效遏制的境地,反腐资源投入与腐败治理成效之间存在严重的“悖反”现象值得深刻反思。

(二) “反腐制度大爆炸”与反腐机制不畅的困局

反腐败的“大爆炸理论”源于瑞典哥德堡大学政治学者罗斯坦对腐败治理的观察。罗氏认为,只有经过一次密集的制度大变革,改变人们对腐败的根本预期,引发反腐“谢林式”触发点,才可能改变政治环境与社会环境,使全民腐败走向全民廉洁。^①“制度大爆炸”理论建立在制度反腐的基础上,当腐败已经成为一种制度性或者体制性腐败时,“只有通过持续的制度创新改变人们行为的激励机制,减少腐败得以发生的机会,并强化对权力行使的约束机制才能有效地遏制腐败。”^②瑞典和现代的新加坡、香港正是通过这样的“制度大爆炸”才构建了廉洁政府。^③自 1980 年代以来,中国逐步加强反腐制度建设。在十四大之前,反腐制度建设集中于刑事立法,十四大之后,国家提出制度反腐的政策导向,并从党内规范开始,加强综合性制度构建,反腐规范的数量突飞猛进。此后,每一届政府都会增加新的反腐法律法规,立法的繁荣表明中国已进入“反腐制度大爆炸”时期。

中国已经建构起相对完善的反腐立法体系,为何腐败却并未得到有效扼止,腐败治理真正的转折点缘何姗姗来迟?这是“反腐制度大爆炸”时期又一困局的集中表现。腐败治理需要国家大量的资源投入,需要政策、制度、立法及反腐机构的专门化,然而,静态反腐资源的投入并不能形成积极的治理成效,一方面,反腐资源如果缺乏统一的理念与战略指导,相关的政策、制度及立法之间就会存在无序化、局部化、冲突化的严重问题,制度之间的对立,足以扼杀资源本应具有的腐败治理能力,造成总体资源效益“零”收益的结果。另一方面,反腐资源协同能力不足,也严重阻碍反腐资源效益的提高。反腐机制是使包括反腐政策、制度、立法与机构动态协同运行的综合性系统,机制内各要素的高度协同和配合,才能确保机制的顺畅运行。在规范体系上,中国目前运用的是国家规范与政党规范“二元法”的反腐体系,但是,作为腐败治理基础规范的“财产公开法”却始终缺位;加之某些规范缺乏强制执行力,存在严重的“口号化”问题。在执行机构上,作为党内机构的纪委与作为行政机构的监察部门是“一套人马,两块牌子”,党内监察与公共监察高度重合,无法形成“层阶化”的预防体系。国家预防腐败局对其他腐败预防机构的监督与制约不足,难以形成体系化、预警化的预防机制。此外,诸如审计机关、银行、海关等机构的腐败预防职能均由各自的部门立法加以规定,部门立法的狭

① 参见[瑞典]罗斯坦《政府质量执政能力与腐败社会信任和不平等》,蒋小虎译,新华出版社 2012 年版,第 123 页。

② 前引②,何增科书,第 9 页以下。

③ 参见叶竹盛《反腐的制度大爆炸》,载《南风窗》2015 年第 11 期。

隘性造成各机构职能之间缺乏衔接、协调和配合,例如2010年《审计法实施条例》第40条规定,审计后“发现涉嫌犯罪的,移送司法机关”,但却未规定移送的时间点以及怠于移送的法律责任。反腐体系的重合化、机构职能的非统筹化、制度构建的非契合化,降低了反腐预防机制运行的整体效果,是导致制度数量增加与反腐机制不畅出现背反状态的重要原因。

(三) 腐败“粘性”与反腐惯性的困局

诺贝尔经济学奖获得者米达尔认为,腐败具有“粘性”,腐败一旦发展到特定程度,便会形成均衡,难以再打破。对于中下层官僚而言,当每个人都认为自己清廉与否无法改变腐败大局之时,每个人便都成了腐败的共谋者;而对于高层官员而言,通常是腐败制度的最大获益者,反腐存在潜在的政治风险。腐败“粘性”使得“腐败与反腐呈胶着状态”,^⑭摆脱腐败“粘性”的方式在于通过创新反腐理念与制度,涤清腐败环境,重塑清廉政治的人文环境。

面对腐败高发态势及转型社会的“维稳”需求,腐败治理往往又会产生路径依赖,习惯性地落入传统反腐理念与模式之中,不仅无法摆脱腐败“粘性”,甚至出现与反腐政策相背离的结果。20世纪80年代以来,受以“教育为主、惩罚为辅、教育多数、惩罚少数”的刑事政策影响,中国刑法形成了“厉而不严”的腐败犯罪惩治模式。所谓“厉”,是指贪贿犯罪刑罚严厉,最高法定刑为死刑;所谓的“不严”,是指贪贿犯罪的犯罪构成要素较多,如“数额较大”、“利用职务上的便利”、“为他人谋取利益”等构成要素直接缩小了刑法的规制范围。从1988年至今,经过27年的发展,腐败类型早已发生巨大变化,“系统性腐败”、“族群式腐败”、“小官巨腐”等新型腐败类型的出现,表明腐败侵蚀已经从社会局部扩大到整体环境系统,腐败治理不再是简单的个案处理问题,而是净化、再造社会环境问题。然而,反腐刑事立法并未因此而发生变化,依然维持着原有的犯罪评价标准,较高的入罪条件,加之预防机制与刑事侦查手段滞后,进一步引发了腐败犯罪选择性治理问题。贪贿案件的立案数额标准来自20多年前,最低仅需要5000元,在情节严重的情况下,甚至可以低于5000元即可立案。以今天的经济发展水平看,5000元是一个非常低的标准,但受“教育为主、惩罚为辅”的刑事政策影响,司法机关强调反腐大案、典型案件对于社会公众的警示与教育意义,在实务操作中采取对小额腐败不追诉的做法。司法办案中的“抓大放小”之风与“肥猪政策”,提高了腐败案件的立案标准,造成了反腐标准的任意性。司法变相操作的根源还来自于反腐惯性,立法沿袭旧习,未能根据社会发展及腐败治理的新要求进行及时调整,立法迟滞,是导致难以摆脱腐败“粘性”的重要原因。

(四) 硬性反腐过剩与软性反腐不足的困局

根据腐败治理手段的差异,可将反腐做硬性反腐和软性反腐的区分。前者表现为以权力制约权力,以国家为主导,自上而下地在公权体系内展开反腐,治腐手段具有权

^⑭ 前引^⑬叶竹盛书。

威性和强制性,能够产生即时的反腐效果;后者表现为以权利制约权力,以社会为主导,以周边环境包围权力展开反腐,治理手段具有绵密性和非强制性,能够产生长期反腐效果。在现代国家治理系统中,上述治理手段因各有优劣而相互支撑、互为补充。

基于集权治理之传统,“中国式”反腐更多地采用硬性手段,以政治高压为动力,“党委统一领导、党政齐抓共管、纪委组织协调、部门各负其责”,刑法是腐败惩治的主要手段,刑事惩治数量是民众评价腐败治理的主要标准。尽管硬性反腐有其强制性、威慑性之优势,但却存在着反腐动力逐层递减的弊端。据相关数据统计,从十八大到2014年底,中央查办副部级以上高官58人(不含军队),现职副部级以上干部的人数与每个省副厅级以上干部大致相近,都在3000名左右,但同期31个省份共查处副厅级官员533人,每省平均不足17.2人;地市一级干部人数的基数是厅局级干部的十数倍乃至数十倍,但被查办的县处级干部人数,却只有百余人。^⑮“苍蝇”被查出的比例远远低于“老虎”,并不能说明基层比高层更为廉洁,只能推定为在“苍蝇”、“老虎”一起打的反腐政策之下,基层腐败现象未能得到充分揭示。

解决硬性反腐弊端的途径在于拓展腐败治理的主体范围,在政治体制之外,将公民社会作为推动反腐的重要力量,构建权力反腐与权利反腐的双重螺旋体系。一个强大的、活跃的和警觉的公民社会是制约国家权力、防范政治腐败的有力屏障。^⑯《联合国反腐败公约》第13条明确强调了社会参与反腐的重要性,并敦促各国将社会参与制度作为预反腐败机制的重要环节和一项国家应尽的义务加以实现。然而,中国市民社会发展尚未成熟,权利反腐意识尚未开启,体制外反腐存在动力不足、保障缺乏等诸多问题。尽管近些年民众通过网络开始参与到反腐中来,网络反腐成为了时髦名词,但社会参与腐败治理的有效性极为不稳定,具有明显的偶然性,社会参与缺乏必要的规范和渠道,加之参与者的复杂心理和信息有限,社会参与腐败治理行为获得体制内反腐力量的重视支持和答复的力度十分有限。^⑰此外,作为权利反腐最为重要载体的新闻媒体,限于传统新闻管理体系,监督权处于收缩状态,难以真正发挥舆论监督功能。现行腐败治理体制呈现“体制内”和“体制外”的结构断裂,^⑱硬性反腐过剩与软性反腐不足并存,是影响腐败治理可持续性的负面因素。

(五) 反腐力度极端化与腐败烈度居高不下的困局

中国历来有“从严治吏”的法律传统,加强腐败治理,避免重蹈封建帝国腐败亡国的覆辙是中国共产党在即将向世界宣告新中国成立之前就已经明确的基本方针,也是新中国成立后实施国家治理的一项重要内容。《惩治贪污条例》即将贪贿犯罪的法定最高刑规定为死刑。虽然1979年刑法典采用区分化原则,将受贿罪的法定最高刑降至5年

^⑮ 参见刘行之《对两年多来反腐败的回顾与反思》,载“共识网”,http://www.21ccom.net/articles/china/ggcx/20150529125258_2.html,最后访问时间:2015年6月12日。

^⑯ 参见何增科《论构筑反腐败的制度平台》,载《北京行政学院学报》2001年第6期。

^⑰ 参见金爱慧、赵连章《论中国传统人际关系对腐败的影响》,载《东北师大学报》(哲社版)2010年第2期。

^⑱ 参见柏维春《中国腐败治理的体制困境及其应对》,载《东北师大学报》(哲社版)2011年第3期。

以上有期徒刑,但《惩治经济罪犯决定》旋即又恢复了受贿罪的死刑规定,继而被现行刑法所确认,并保持至今。死刑是惩治犯罪最为严厉的刑罚手段,将贪贿犯罪的法定最高刑规定为死刑,体现了国家严厉惩治腐败的坚定立场。在世界死刑废止改革浪潮之影响下,中国已经开启了死刑废止之路,但对于腐败犯罪死刑的废止,仍有诸多来自于官方和民意的阻力,“在目前腐败现象还比较严重的情况下,短时间内即废止其死刑,会与国家基本的政治形势不相符合”^①死刑作为体现国家反腐力度的重要象征,在未来一段时间内仍将继续保留。

尽管刑法对腐败犯罪设置了最为严厉的惩治措施,但腐败烈度仍然居高不下。根据统计,从1990-2009年,全国检察机关办理贪污贿赂犯罪的大案率、要案数(人)总体上呈现波段性上升的特点,特别是在2000年之后,贿赂犯罪的大、要案数均明显持续上升。^②此外,十八大以来“落马”腐败官员的级别也在不断提高,在中、高级别官员中出现了“塌方式腐败”。腐败数额也急剧上升,赃款数额几千万已经成为常态,数额上亿也不罕见。这些均表明现有立法的死刑规定对腐败犯罪人缺乏有效的威慑效果,提升反腐力度与有效降低腐败烈度之间缺乏因果关系。

腐败是制度的产物,但制度也是反腐的基础。“反腐败的制度不作为,不能有效遏止腐败,更不用说是根除腐败了。正是在这个意义上,所有国家都会从制度入手来惩治腐败和预防腐败,确立清廉政府。”^③中国已经进入了制度反腐阶段,腐败治理的规范数量已颇具规模,但质量不高,且关键的核心制度尚未形成,是导致现代化进程中“中国式”反腐难以摆脱“腐败粘性”而陷入治腐困局的关键原因。立法是制度构建之基础,在“高压反腐”的新常态之下,确立科学的立法战略,明确有效的立法路径,避免以往立法的无序化、低效化现象,是加快推进中国反腐败立法之前提。

二、加快推进中国反腐败立法之宏观战略选择

人类进入现代社会以来,无论选择了以何种模式开启现代化的进程,均不得不面对包括现代腐败在内的现代化困境,制定法成为国家腐败治理最重要的依据。中国已经进入现代化转型阶段,腐败治理中“得”、“失”并存,反思既往治理积弊,巩固、深化既有成果,更新反腐立法理念,明确立法体系、模式与发展阶段,是中国反腐败立法发展之重要战略选择。

(一) 反腐败国家立法战略考察

反腐立法战略是国家在一定时期内对反腐立法的发展方向、立法体系、立法质量与

^① 赵秉志《论中国非暴力犯罪死刑的逐步废止》,载《政法论坛》2005年第1期。

^② 参见钱小平《中国惩治贪污贿赂犯罪立法宏观运行效果考察》,载《暨南学报》2012年第6期。

^③ 郑永年《反腐败与制度建设》,载“人民网”,<http://politics.people.com.cn/n/2014/0806/c70731-25415010.html>,最后访问时间:2015年6月12日。

立法治理能力的选择、规划及方略,具有方向性、全局性和宏观性特征,以及指导立法制订、修正的重要功能。根据各国腐败立法治理之经验,可归纳出两种类型的反腐立法战略,具体体现为:

1. 以英美国家为代表的“预防型”立法战略

在进入现代化阶段的国家中,英美等国因采“内生型”现代化模式而引领了世界现代化进程的潮流,从而也最早遭遇了现代腐败的严重困扰,世界工业革命乃至现代化的发源地英国首当其冲地受到了腐败的严峻挑战。面对腐败,英美一改其悠久的普通法传统,毅然选择了制定法模式,逐步形成了“预防型”的立法战略,其特点体现为:

第一,“回应型”的立法定位。根据法与社会的关系,可将法分为三种类型:“压制型法”、“自治型法”和作为改革方向的“回应型法”(Responsive Law)。“回应型”立法注重由目的来引导和变革法律制度,法律更多地回应社会需要,而不是拘泥于形式主义,从而使法制具有了开放性和弹性,因此它既是一种社会变革的法律模式,又是一种法律变革的政策模式。^②以腐败形式及衍生原理的变化,作为立法回应的标准,是“回应型”立法的重要特性。

英国是普通法的发源地,早期已在普通法判例中创制了相关腐败罪名和规则,然而,在1688年“光荣革命”之后,封建体制余留的“官职恩赐制”使得买卖官职成为常见现象,导致吏治腐败的加剧。英国在18世纪末又将“官职恩赐制”改为“个人推荐制”,但由于个人推荐制仍然具有极大的随意性,继而又沦为“政党分肥制”。同时,随着下议院权力的增大,贿选议员现象普遍,政治腐败进一步加剧。对此,英国人深刻认识到,仅仅依靠后端的治理根本无法遏制腐败,必须转变腐败治理理念,将治理重点从惩治转向预防,由此产生了预防型立法的早期萌芽。英国于1832年和1867年先后两次改革选举制度,并于1870年6月颁布法令,规定文官公开考试制度,为从根源上治理腐败奠定了最为重要的基础。当时制度设计的根本出发点在于涤除旧弊,将不符合条件的议员和官员排除在外,排除易于腐败之人,而随着后期政党竞选、议会制度、官员选拔与评价等制度的不断完善,新增立法逐步形成了明显的预防腐败功能,进而构建了完善的腐败预防大厦。

作为对腐败治理理念变革的积极回应,英国刑事立法也发生了重大革新,制定法成为腐败犯罪治理的主要依据。1889年英国颁布了世界上首部反腐法——《公共机构腐败行为法》(Public Bodies Corrupt Practices Act),建立了明确的公权腐败刑事惩治规则。而随着私营部门腐败危害的加剧,1906年英国又颁布了《预防腐败法》(Prevention of Corruption Act),将犯罪主体扩大到“代理人”(Agent),私营部门腐败被明确纳入刑法规制的范围。1916年又更新了《预防腐败法》,规定了特定情况下贿赂犯罪的推定规则。在保持了相当长时间的稳定性之后,基于对现代贿赂衍生原理的重新反思与回应,英国

^② 参见[美]P·诺内特、P·塞尔兹尼克《转变中的法律与社会》,张志铭译,中国政法大学出版社2004年1月版,第89页。

新《贿赂法》(Bribery Act 2010)彻底废止了贿赂犯罪的普通法模式,以“不当行为模式”重构贿赂犯罪基础,延伸刑法规制范围,并根据新时期腐败犯罪治理的要求,创制了“商业组织预防贿赂失职罪”的新罪名,积极探求商业组织体内的腐败防治模式,为世界反腐立法开辟了一个新视野。

第二,“人性恶”为指导的立法理念。“与其与腐败本身作斗争,不如与产生腐败的原因作斗争。”^{②③}积极探究腐败的生成原因,据以形成预防制度构建的指导理念,是“预防型”立法战略的重要特征。美国19世纪从农业国到工业国的转型过程中,同样也出现了政党分赃、卖官鬻爵等各种腐败现象。为遏制腐败,美国效仿英国进行了文官改革运动,1883年通过《彭尔顿法》(Pendleton Act),确立了文官选拔与奖惩机制,建立了现代公共道德管理体系,打开了对公共权力进行法律治理的大门。^{②④}不仅如此,美国更进一步探寻腐败衍生的人性原因,以“人性恶”为指导,确立了利益冲突制度,构建了美国腐败预防体系的基础。

“利益冲突”(conflict of interest)最早出现在19世纪后半期,含义是“一个负有责任的官员的私人利益与其官职责任之间的冲突”。^{②⑤}最初,“利益冲突”仅是程序回避问题,主要在防止政府雇员和前雇员在对美国政府的赔偿起诉中代表私人公民。在文官改革运动、进步主义运动推动美国行政体制结构性变化之后,“利益冲突”被赋予了实质意义上的腐败预防功能。从1950年代杜鲁门总统时期,美国就开始讨论如何围绕利益冲突构建政府道德准则。1961年肯尼迪总统颁布了第10939号行政令,提出了公共官员不得在与其利益有关的事情上采取任何行动、在政府以外的活动不得与其公共责任相冲突等七项规则,明确将防止利益冲突作为美国现代公共道德管理的核心规则。^{②⑥}1965年约翰逊总统颁布第11222号行政令,进一步完善了政府道德准则,并增加规定了总统提名官员的财产申报备案制度,作为对是否存在利益冲突的检查手段,从而形成了美国政府官员与雇员道德行为准则的基础。

1978年《政府道德法》(the Ethics in Government Act)再次扩大了“利益冲突”中离职禁止的范围,建立了私营、政府部门双向转化的“旋转门”规则,确立了高级官员的财产申报义务,而且还通过四项规定将违反利益冲突的行为犯罪化,分别是:一是禁止官员参与与其个人、配偶、未成年子女、合伙人或其隶属企业的财产利益有直接或间接影

^{②③} [德]约翰纳·伯爵·兰斯多夫《腐败与改革的制度经济学》,清华大学公共管理学院廉政与治理研究中心译,中国方正出版社2007年版,第13页。

^{②④} 为保证政府廉洁、防止金钱对选举的渗透和腐蚀,美国国会相继通过了一系列与抑制腐败密切相关的法律,如禁止公司向联邦公职候选人捐款的法律(1907年)、竞选经费公开法(1910年)、禁止联邦文官参与政党活动的哈奇法(1939年),这些法律反映出廉洁而高效的政府应遵循的三个原则,即高度透明性、强烈责任感、权力限制。参见张宇燕、富景筠《美国历史上的腐败与反腐败》,载《国际经济评论》2005年第5-6期。

^{②⑤} A conflict between the private interest and the official responsibilities of a person in a position of trust. See Webster Ninth New Collegiate Dictionary (Springfield, Massachusetts: Merriam-Webster, Incorporated, 2003), p. 261.

^{②⑥} See Robert N. Roberts and Marion T. Doss, Jr., From Watergate to Whitewater, The Public Integrity War, pp. 49-50.

响的事务;^{②7}二是禁止接受来自于美国政府之外的作为工作报酬的薪水补贴,支付行为同样禁止;^{②8}三是禁止就超出官方职责之外的活动收取报酬或以其代表的身份行事;^{②9}四是对任职结束后代表私营部门的限制。对上述四项规则的违反会构成刑事犯罪,最高刑为5年以下监禁刑。^{③0}由此,“利益冲突”兼具腐败预防和惩治功能,惩治功能反过来又进一步加强了预防功能,形成了一体化的反腐制度模式。在利益冲突制度基础上,美国腐败预防的立法定位从“能力合格”转向了“性恶预防”,构建了从非制约性规则到强制性规则、从行政规则到刑事规则、从防止个人利益冲突到防止密切关系人利益冲突的严密化、综合化的规范体系,为提高公职人员廉洁性提供了制度保障。

第三,“严而厉”的立法体系。所谓“严”是指预防法的严密性,“厉”是指刑事惩治法的严厉性。英美国家反腐立法注重前端预防,预防立法发达,形成了严密的“不能腐”立法体系。在公共权力生成阶段,以现代文官制度、选举竞选制度确保公职人员职业能力和道德水准;在公共权力分配阶段,以宪法为后盾,确立了权力制衡与监督体制;在公共权力运行阶段,以“权力透明”、“权力问责”为基础,以《阳光政府法》、《财产登记法》、《审计法》、《预算法》、《政府道德法》、《信息公开法》等立法为代表,确立了从公共财政权、公共行政权到公职人员个人行为规范,融体系内监督和体系外监督为一体的、开放式的监督体系。严密的腐败预防体系,使腐败行为在衍生过程中就能够得到有效控制,而无须再使用刑事资源。因此,在“预防型”立法战略下,刑事惩治立法并不活跃。例如英国在1916年修订《预防腐败法》(刑事法)之后,在长达近百年的时间内都保持着稳定性而未有修正。当然,这也并非意味着刑事法的驻足不前,相反,当腐败犯罪的频度与比例明显提高时,刑事立法也会基于回应性要求而增加刑罚的供给量,保持一定的刑罚力度。如英国2010年《贿赂法》将贿赂犯罪监禁刑的法定最高刑期从7年提高至10年,同时规定了无限额罚金制;美国法典中贿赂犯罪监禁刑的法定最高刑为15年,^{③1}同时贿赂犯罪又属于1970年《防止利用合法组织犯罪法(RICO)》(Racketeer-Influenced and Corrupt Organizations)的列举罪名,若是以某种商业组织方式实施,则适用RICO,^{③2}法定最高刑可达20年,若有加重情节的,还可以上升至无期徒刑,远超普通贿赂犯罪的刑罚幅度。英美两国腐败治理立法轨迹揭示了在国家现代化进程中,立足于对腐败衍生原因深化认识的积极回应,腐败治理理念及其立法重点从事后惩治向事前预防的变迁过程。除了英美两国外,加拿大、澳大利亚、新西兰等英联邦国家以及瑞典、挪威等斯堪的纳维亚国家反腐立法战略也都带有明显的“预防型”特征。

2. 中俄等国为代表的“惩治型”立法战略

^{②7} See 18 U. S. C. 208.

^{②8} See 18 U. S. C. 209.

^{②9} See 18 U. S. C. 205.

^{③0} See 18 U. S. C. 216.

^{③1} See 18 U. S. C. 201.

^{③2} See Ellen S. Podgor, Jerold H. Israel, White Collar Crime in a Nutshell, West Group, 2004, pp. 125-130.

较之英美等国“内生型”的现代化反腐,以中俄为代表的另一类国家的现代化反腐启动来自于外部压力,具有“应激性”特征。“应激型”现代化反腐国家在转型之初,由于现代公共管理体制尚未健全,缺乏对公共权力的有效监督,加之对传统腐败治理措施的依赖及反腐文化的惯性影响,形成了以直接打击为指导、以事后干预为特征、以个体惩治为目标的反腐立法战略,具体表现为:

第一,“压制型”的立法定位。“压制型”立法是传统集权社会的立法特征,“法律过于柔顺,仅仅作为一种工具服从于权力,而无力实现法律调整的基本功能”。^③“应激型”国家在现代化过程中,为稳定社会秩序,防止转型引发的社会动荡,“压制型”立法在转型过渡期内得以保留,并成为腐败立法治理的基本模式。其基本特征在于:一是政策导向性。“压制型”立法的核心在于法律的工具性价值,立法设立、修正均以代表治理者意志的政策为导向,政策风向就是立法方向。二是暴力性。以暴力威慑方式维持社会秩序是压制性的具体体现,立法重在依赖刑事法,死刑则是实现压制的常用手段。三是滞后性。“压制型”立法固守传统治理思维,难以针对社会发展进行回应性调整。现代化转型时期的中国反腐立法属于典型的“压制型”立法,反腐立法由国家政策所主导,主要围绕刑事惩治展开,贪贿犯罪的法定最高刑为死刑,罪刑规范中存在诸多不合理之处而长期未能得以修正。2015年8月29日《刑法修正案(九)》对贪贿犯罪的罪刑配置关系进行了调整,普遍增设财产刑,甚至配置了终身监禁的规定,但因仍未触及贪贿犯罪立法积弊的核心,“压制型”立法特征依然明显。

第二,“直接打击”的立法理念。“惩治型”立法战略坚持“直接打击”理念,将目光停留于违反刑事规范的事实,以一次性剥夺行为人再犯可能性为手段,试图实现对腐败行为的彻底消灭。从战争战略角度,战胜对手的方式有两种,一种是直接打击,消灭敌人;另一种是间接打击,避免与敌人正面硬拼,而是巧妙采取各种方式,让敌人在心理上和物质上失去平衡而获胜。腐败犯罪立法治理也存在直接打击和间接打击之区分。直接打击以刑事法为核心,构建“不敢腐”的立法体系,以严厉刑罚回应已然之犯罪,通过刑事惩治达到两个目的:一是特殊预防,即直接或间接地剥夺犯罪人的再犯可能性。腐败犯罪多以公务资格为条件,西班牙、捷克、意大利等国直接在刑法典中规定了剥夺贿赂犯罪主体从事职业或担任公职的资格刑,中国虽未直接规定资格刑,但根据前科制度和《公务员法》第24条“曾因犯罪受过刑事处罚不得录用为公务员”之规定,仍然可以达到消除犯罪人再犯可能性的目的。二是一般预防。通过刑罚适用,遏制潜在犯罪人的犯罪动因。然而,贪贿犯罪属于贪利型犯罪,贪婪是人类的自然本性,以重刑克之,效果有限。中国是世界上极少数在刑法典中规定贪贿犯罪死刑的国家,本世纪初胡长清、成克杰、王怀忠、郑筱萸等一批高官因严重腐败而被执行死刑,却并未遏制十多年之后另一批“大老虎”的落网。直接打击虽然简单,但成本大而收效小,犯罪治理效益不高。间接打击则以预防法为核心,构建“不能腐”的立法体系,虽然貌似并未直接触及腐败的

③ 前引② P·诺内特、P·塞尔兹尼克书,第63页。

行为,却可以通过前端控制发挥更好的一般预防效果。

第三,“厉而不严”的立法体系。“惩治型”立法战略以严厉打击腐败犯罪为主导,重视刑法构建,形成了“重惩治、轻预防”的立法体系。改革开放以来,中国腐败刑法规制范围持续扩大,刑事惩治严厉,但反腐效果不彰。尽管从十四大开始,中国宣布进行制度反腐,经过二十多年的建设,形成了一批反腐制度规范,但是,这些规范要么属于党内规范,其规制范围窄且效果弱;要么仅从形式上弥补转型时期的制度空缺,未将预防公权僭越的可能性及其后果作为立法重点,实质预防功能有限。如作为控制公共财权的重要立法,《预算法》存在监管范围较窄、预算监督不透明等问题;而《审计法》则更多是在政治语境中强调审计权的法律地位、职责与权限,缺乏对审计问责及其责任后果的强制性规定。类似问题也出现在俄罗斯。受经济优先发展、战争及民族等问题的影响,俄罗斯长期无暇顾及反腐制度构建,而是以运动化方式集中惩治腐败。普京执政后多次掀起反腐风暴,在2003年的一次反腐肃贪运动中,清理了一大批贪赃枉法的官员和警察。^④然而,俄罗斯的腐败问题仍未见好转,即使在2008年梅德韦杰夫执政后颁布了包括《反腐败法》在内的一批法律规范,2010年俄罗斯“透明国际”指数排名还是从之前的第146位降至第154位,与经济最不发达的刚果持平。^⑤这一现象表明,在以刑事惩治法为中心的传统腐败治理模式中,预防性立法缺乏作用空间仍停留在形式化、片段性甚至“口号化”的状态,难以产生反腐“制度大爆炸”的效果。

“惩治型”立法战略代表了“应激型”国家在现代化转型过程中腐败治理的阶段性、应急性选择。无论是俄罗斯的“休克式疗法”还是中国的“渐进性经济改革”,“应激型”国家在转型过程中因公权强力干预市场及权力监督不足等问题而导致腐败泛滥,国家缺乏构建预防制度的时间条件,也缺乏更新现代腐败治理理念的环境条件,只能被动地根据腐败案件的发生频率与烈度关系,延续以刑事惩治为核心的传统治理方式。随着刑法的频繁、普遍适用,刑罚惩治的边际效益递减现象明显,单一的个体化刑事惩治难以改变腐败衍生环境,治标但不治本。但是,不可否认的是,在转型初期反腐制度条件有限的情形下,加强治标客观上确实是在为治本赢得时间。除中国、俄罗斯之外,罗马尼亚、保加利亚等仍处于社会转型期的前社会主义国家以及越南、泰国、印尼等东南亚国家的反腐立法战略也均带有明显的“惩治型”特征。

(二) 中国反腐败立法之宏观战略选择及确立

十八大以来,中国腐败治理进入一个转型升级的新时期。需要清醒认识到的是,目前已经取得的反腐“战绩”,实际上仍是刑事与政党规范惩治机制在发挥作用,不断冒出的“大老虎”时刻提醒着腐败预防机制的薄弱性。法律是治国之重器,良法是善治之前提。2014年10月,十八届四中全会《中共中央关于全面推进依法治国若干重大问题的

^④ 参见郭春生《俄罗斯社会转轨时期的腐败难题与腐败治理》,中国统一战线理论研究会政党理论北京研究基地编著《变革世界中的政党政治》,华文出版社2012年版,第262页。

^⑤ 参见迟连翔《俄罗斯反腐措施及其启示》,载《东北亚论坛》2012年第3期。

决定》(以下简称《决定》),首次正式提出“加快推进反腐败国家立法,完善惩治和预防腐败体系,形成不敢腐、不能腐、不想腐的有效机制,坚决遏制和预防腐败现象。”加快反腐败国家立法并不意味着简单地提升立法速度,而是要以提升立法质量为前提。为此,首先需要从宏观战略角度地明确反腐立法的立法理念、体系与模式,确立更为合理的立法阶段与步骤,以确保立法质量并有效提升国家反腐治理能力。

1. 中国反腐败立法理念选择

立法理念对于立法活动具有直接指导功能。在中国反腐新时期,在“不能腐”已经成为国家反腐战略关键步骤的前提下,应当改变传统时期“直接打击”的立法理念,确立以权力运行监督为核心特征的积极治理主义,构建针对腐败衍生环节的严密的“间接打击”体系,最大限度地消除腐败犯罪的机会。

目前中国腐败犯罪治理已经出现了立法治理能力难以提升的瓶颈问题。一方面,在国家严厉打击腐败的政策导向下,党内、党外反腐立法不断增多,群族效应明显;另一方面,腐败犯罪数量不降反而升高,而未被查出的“腐败黑数”可能更高,其根本原因在于“直接打击”的治理理念强调刑事惩治的威慑效果,但却疏忽了腐败犯罪衍生的制度性原因,在腐败源头未加堵截的前提下,简单地严惩腐败后果,不符合立法的经济性原则。对此,应当及时转变立法理念,确立以根源性治理为目标的积极治理主义理念。

积极治理主义源自英美等“内生型”现代化国家腐败治理的经验,是指“以腐败所赖以生存的本原性要素、内生性环境改造为治理重点,降低社会对腐败的容忍限度,增加权力滥用障碍,意在构建提高腐败追究可能与预防机会的机制,以多元化法律体系构建为制度框架,针对腐败犯罪形成更具主动性、进攻性、策略性的治理理念与机制”。^③其核心主旨在于,立足于权力的生成与运行过程,围绕权力限制、透明与滥用惩治积极建构全面、系统的腐败治理体系,实现由“惩治法”向“预防协同型”立法的转型。在积极治理主义之下,预防法无疑是反腐立法建设的重点对象,刑事立法已不再是腐败治理体系的核心内容,但是,激发刑事立法的腐败治理功能,使其承担起惩治与预防作用,也是积极治理主义的应有之义,在积极治理主义之下,中国腐败犯罪刑事立法仍然需要升级对腐败的惩治性治理功能,创建对腐败的预防性治理功能,优化程序机制对腐败的预防与治理功能。

2. 中国反腐败立法体系选择

立足于“回应型”立法的开放性、变革性理念,明确国家法和社会法的反腐功能定位和界限划分,建立国家法与政党法的“二元法”体系,是当下中国反腐立法更新的重大战略选择。

基于中国国情及政治权力体系架构,目前已经基本形成了党内、党外两条主线,党内治理依靠党内规范,党外治理依靠国家法规范。党内法规的概念最早由毛泽东同志在1938年党的六届六中全会上提出,“为使党内关系走上正轨,除了上述四项最重要的

^③ 魏昌东《积极治理主义提升立法规制腐败的能力》,载《社会科学报》2014年10月31日。

纪律外,还须制定一种较详细的党内法规,以统一各级领导机关的行动。”^{③7}之后历届党的领导人沿用该概念。1990年《中国共产党党内法规制定程序暂行条例》第2条首次将党内法规的概念明确化规范化,即“由中国共产党的中央组织部中央各部门中央军委总政治部以及各省自治区直辖市党委制定的用以规范党组织工作活动和党员行为的党内各类规章制度的总称。”然而,对“党内法规”提法仍然存在不少质疑,其中最大的争议点在于,政党组织不拥有立法权限,不能成为立法主体,不能将其制定的章程和规定冠以“党内法规”的名号。^{③8}当然,这里存在一个视角问题,是从法哲学角度界定“法”,还是从立法法学的角度界定“法”?从该角度,政党不是适格的立法主体,党内法规当然不能称之为“法”。但从法哲学角度,法的一般特征在于“体现着特定的和基本的道德要求”,“法的存在意味着特定种类的人类行为不再是任意的,而是在某种意义上具有强制性”,“法律规制的重要特征在于可预测的后果”,^{③9}概言之,只要由一定人类共同体协商认可,具有外部约束力的行为规则,即可称之为“法”。就此而言,党内法规完全可以称之为“法”。这种法属于社会法,或称之为“软法”。社会法,是指由社会公权力主体,如政党社会团体行业组织社会自治组织等制定的调整其内部关系和相应社会公权力运作所涉及的外部关系,规范社会公权力组织内部机构内部成员行为以及相应社会公权力运作所及外部组织外部人员行为的规则系统。^{④0}社会法的特征在于不具有国家强制约束力,包括党内法规、公司内部管理规范、社会自治组织内部管理规范等等。

在反腐立法体系上,国家法和社会法具有不同的定位和功能区分,国家法定位为强制法,其作用在于行为规范与惩治;社会法定位为非强制法,其作用在于集体意志与内部环境的塑造与生成。在“压制型”反腐立法定位中,国家仅重视强制法的制定,弱化社会法的作用,实质上是将强制法作为社会控制的工具,立法的功利化存在法的社会适应性弱化的风险。“伴随着现代公共治理模式的崛起,传统的法范式陷入了严重危机之中,与公共治理相适应的回应型法开始取而代之”,^{④1}在“回应型”立法中,社会法居于重要地位,其“具有良好的社会认同性,降低了新生秩序在为社会内化之前的阻力”,^{④2}因此,以社会责任、组织内控为标志的社会法构建已经成为现代国家腐败预防立法的新增长点,甚至还出现了从社会法向国家法转化的趋势。如2010年英国《贿赂法》新增“商业组织预防行贿失职罪”,即是将引发腐败的企业内控不当行为犯罪化,是将社会法内容引入刑事法的一次有益尝试。

就中国反腐立法而言,以市场经济组织、社会自治组织为主体的社会法仍处于萌芽状态,但作为社会法的党内法规已经有了一定程度的发展,构建国家法、政党法的“二元

^{③7} 《毛泽东选集》(第2卷),人民出版社1991年版,第528页。

^{③8} 参见曾市南《党内法规提法不妥》,载《中国青年报》2004年1月2日。

^{③9} [美]哈特《法律的概念》,张文显等译,中国大百科全书出版社1996年版,第118页。

^{④0} 参见姜明安《论中国共产党党内法规的性质与作用》,载《北京大学学报》(哲社版)2012年第3期。

^{④1} 罗豪才、宋功德《软法亦法公共治理呼唤软法之治》,法律出版社2009年版,第78页。

^{④2} 秦前红《宪政视野下的中国立法模式变迁》,载《中国法学》2005年第3期。

法”体系,以党内法规为核心,并带动社会法的整体发展,最终实现国家法与社会法的并行模式,是当下反腐立法模式革新的策略选择。十八届四中全会《决定》提出了全面推进依法治国五大体系的要求。法治中国的五大体系包含了“国家法”与“政党法”两个子系统。在国家法、政党法的“二元法”体系设计中,应当明确区分国家法、党内法规的功能差异,建立“国家法”与“政党法”二元体制下对腐败容忍的限度原则和梯度原则,充分发挥执政党队伍建设在推进中国清廉社会构建中的引领作用,“全面从严治党”,“纪法分开”,“去除现行党纪处分条例中与刑法等法律重复的内容”,^⑬降低党内法规对腐败的容忍标准,构建以“零容忍”为特征的党法预防机制。

3. 中国反腐败立法模式选择

立法模式是关于立法权的归属、界分,立法形式及立法事项等问题所形成的体制结构。从世界范围看,反腐立法模式主要可以分为两种基本类型:一是集中化模式;二是分散化模式。

集中化模式是指国家颁布专门的《反腐败法》,统领其他具有反腐功能的立法,形成以《反腐败法》为核心的反腐立法体系。如俄罗斯、新加坡、韩国、越南、泰国等国均规定了独立的《反腐败法》。当然,需要说明的是,集中化模式下的反腐败立法往往是通过其反腐理念、原则、政策、基本措施的规定,对反腐立法发挥统领或指导作用,也可能会规定某一领域中的具体反腐措施,但却不能等同于反腐立法的全部。分散化模式则是指国家未规定专门的反腐败法,而是由不同的立法共同承担反腐败的功能。中国目前即是分散化模式。

集中化模式与分散化模式各有其利弊之处。集中化模式的优势在于立法理念较为明确,能够鲜明表明立法者的政策立场,引发公众关注;立法层次与体系较为清晰,能够确保立法的系统性、整体性与协调性,充分体现立法的合力作用,但缺点在于立法规定难以细致。分散化模式的优势在于,能够针对腐败发生的具体环节与领域进行具体规定,立法修正较为容易,但缺点在于,立法数量众多,观念与制度的衔接存在困难,且容易重复,难以产生整体性的社会影响效果。具体采用哪种模式,应当根据本国国情而定。受法典化传统的影响及提升立法治理能力之迫切需求,当下中国反腐立法模式宜采取集中化模式,即制定一部专门的《反腐败法》,形成以《反腐败法》为核心,其他法律相配合,多层次、综合化的反腐立法体系。

4. 中国反腐败立法的阶段、步骤选择

第一,中国反腐败立法的阶段选择。党的十八大以来,随着反腐惩治力度的加大及大批高官的落马,关于中国反腐将向何处去问题,成为社会关注的焦点。2013年初,中纪委书记王岐山提出,反腐应“坚持标本兼治,当前要以治标为主,为治本赢得时间”,更引发了公众关于“治标”与“治本”之争议,多数观点较为乐观地坚持“转向论”,认为中

^⑬ 李源《王岐山陕西调研透露如何修订党纪处分条例三大信号》,载“中国共产党新闻网”,<http://fanfu.people.com.cn/n/2015/0714/c64371-27299365.html>,最后访问时间:2015年7月14日。

国已经或即将进入反腐治本阶段。^④也有观点提出,未来的标本兼治,绝不意味着反腐从“打虎治标”进入“治本时间”,而应是体现标本兼治理念的可持续反腐,应是强力治标下的有效治本,应是突出治标与深化治本的统一^⑤。

中国腐败治理大致可以分为三个阶段:一是治标阶段;二是强治标-弱治本阶段;三是强治本-弱治标阶段。笔者认为目前中国正处于第二阶段。亨廷顿认为,“某一国家处于变革时期的腐败现象比该国在其他时期的腐化现象更为普遍。大致看来,有理由认为,腐败程度与社会和经济迅速现代化有关。”^⑥现代化过程中腐败泛滥的重要原因在于制度缺失。“摸着石头过河”是中国改革开放及现代化过程的最真实的写照,改革中制度建设的缺失,造成了对权力的生成、制约、控制、偏差评价的整体机制性滞后,其结果是导致“制度缺失型”腐败在中国的流行。加强制度建设,实现制度反腐,绝大多数是在填补以往的制度空缺,属于清理旧账行为,实质上仍是一个“弱治本”的过程。就“填补空白”意义上的制度反腐而言,或许能遏制“制度缺失型”腐败的发生,但对于“环境型、系统性腐败”则缺乏有效作用,而后者只能在“强治本”阶段才能得到彻底解决。据此,目前中国反腐正处于“强治标-弱治本”阶段。与“治标阶段”仅注重单个腐败打击所不同的是,“强治标-弱治本”阶段以群体化、运动化的方式对腐败进行集中式打击,“用最坚决的态度减少腐败存量,用最果断的措施遏制腐败增量”,目的在于通过“换血机制”为治本创造条件和赢得时间。当然,在此阶段,治本也必须成为腐败治理所重点关注的问题,国家必须加大对治本性立法的资源供给力度,以实现中国腐败治理向强治本-弱治标阶段的平稳过渡。

第二,中国反腐败立法步骤选择。在强治标-弱治本阶段,反腐立法首先必须对治标性立法进行整合与修正,解决其反腐能力不足的问题,有效促进“不敢腐”局面的稳固,同时,加快推进治本性立法的建构与发展,尤其是核心性预防立法建设,真正实现“不能腐”的治理局面。具体立法步骤设计如下:(1)“不敢腐”立法之加速完善。强化反腐立法对腐败的发现与惩治机能,最大限度地提高腐败成本,是“不敢腐”立法的主要目的。“不敢腐”对于“不能腐”、“不愿腐”的实现具有重要的保障作用。“不敢腐”立法包括两个部分:一是有关腐败后果评价与惩治的立法。二是有关腐败犯罪发现与追诉机制的立法。从功能区分上看,“不敢腐”立法的重点为刑事性法律,而行政法中的“不敢腐”规范,如有关问责、责任制度的规定,这些行政法同时具有“不能腐”与“不敢腐”的属性,应当同时得到强化。(2)“不能腐”立法之逐步构建。消除腐败机会与条件,实施源头性治理,是“不能腐”立法的核心主旨,也是《联合国反腐败公约》的基本要求。“不能腐”立法关注权力的生成及其运行过程,通过构建以消除腐败机会为目标的预防

^④ 参见樊大琰《中国反腐正从治标走向治本》,载《北京青年报》2014年7月13日;戴志勇《反腐当适时从治标走向治本》,载《南方周末》2014年6月26日。

^⑤ 参见崔利民《反腐败的未来路径:强力治标下的有效治本》,载人民论坛网, <http://www.rmlt.com.cn/2014/0911/317821.shtml>,最后访问时间:2015年4月22日。

^⑥ [美]塞缪尔·P·亨廷顿《变化社会中的政治秩序》,王冠华等译,生活·读书·新知三联书店1989年版,第54页。

性立法,真正地“将权力关进笼子”。“不能腐”立法主要包括三个方面的内容:一是规范公共权力生成的立法;二是监督公共权力分配的立法;三是控制公共权力运行的立法。^③“不愿腐”立法之择机构建。通过保障并适度扩大公职人员的合理权益及其范围,提升公职人员的职业道德素养,加强对公职人员行为的正向激励,使其自觉、自愿、自律地抵制腐败,是“不愿腐”立法的具体体现。“不愿腐”立法既是“不能腐”、“不敢腐”立法的自然递进和高级阶段,也是前两项立法的必要补充和软性支撑。腐败治理的最终目标绝不在于惩治腐败数量的增加,而在于由清廉权力文化建构而形成的清廉社会文化形成。这一目标的实现,既需要“不能腐”、“不敢腐”立法针对腐败所实施的严密防控和有效惩治,更需要立法发挥观念引领与促进功能,激发公职人员对腐败进行自发性抵制。

三、加快推进中国反腐败立法之微观制度构建

在确定中国反腐败立法宏观战略的基础上,将具有不同反腐功能的立法在总体上做出“不能腐”、“不敢腐”与“不愿腐”的类型划分,具体设计出三类不同腐败治理功能的立法体系,根据立法的基本原则,提出构成中国反腐立法体系的法律清单,明确不同法律之间的功能界分与重点立法选择,根据反腐败立法阶段、步骤,提出具体的立法改革完善方案。

(一) 中国反腐败立法原则

1. 有效性原则

法的有效性分为法的形式有效性和实质有效性。法的形式有效性是指法的制定主体及其权限、制定程序、颁布和生效的程序等的合法性;法的实质有效性主要是指法的内容的有效性。为确保反腐立法的有效性,应当坚持立法的可操作性标准。不具有可操作性的立法仅是一种象征性立法,即是作为一种“规范声明”,规范的目的只是期待国家与大众之间形成一定的合法与不法意识,实质上并不意图影响任何个人行为。^④以往一些反腐规范存在明显的“口号化”现象,或有行为规范却无制约规范,操作性较弱,立法仅是表明了国家治腐决心而无实质性措施,属于典型的象征性立法。法不仅是立法者观念上的概念,而是来自于物质生活,具有客观性,是否符合社会实际发展而为公众所普遍接受,决定了立法能否顺利实施。在立法中还应当避免出现“超前立法”现象。在设计公职人员财产申报登记制度时,应当充分考虑到不动产登记、户籍管理机构、金融机构等不同部门的联网协作是否成熟,财产申报登记是否可行等实际问题。

2. 协调性原则

协调性原则是指基于腐败治理体系的内部和谐对提高反腐整体实力与功效的重要作用,而以保持及加强反腐制度之间的配合的一种立法规则。尽管国家反腐规范数量

^④ See Burkhard/Krems, Grundfragen der Gesetzgebungslehre, 1979, S. 34.

较多,但较为分散,规范之间的衔接性较多,属于局域性的治理,缺乏整体性和体系性,降低了反腐立法整体规制能力。对此,应当强调立法的协调性原则:一是协调惩治法与预防法的关系。预防法承担对腐败的根源性治理功能是整个腐败治理体系的基础,但预防功能的发挥需要以惩治法作为后盾与保障,而惩治法中的定罪和程序机制又具有一体化特征。在制定反腐败立法中应全面协调惩治与预防各机制之间的价值关系,保持各机制之间关系的稳定与平衡,避免因各机制之间协调关系的断裂而导致立法的表象化与形式化。二是协调具体立法关系。协调新制度之间、新制度与其他制度之间的关系,协调党内规范和国家法的关系,降低制度不协调产生的不当内耗,形成了从事前预防到事后处罚、从党内治理到党外治理的严密立法体系。

3. 经济性原则

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。加快推进反腐败立法,意味着国家需要增加更多的立法资源投入,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。经济性原则对反腐立法的要求主要体现为:一是强调立法的迫切性。腐败预防制度是中国腐败治理体系中最为薄弱的部分,加快推进反腐预防法是重中之重。二是避免立法的重复性。对于有较为明确规定且已经体系化的反腐规范,不应再重复规定或将其纳入新法而破坏原有立法体系。

4. 渐进性原则

渐进性原则是指根据客观需要分阶段地逐步构建反腐败立法。立法是一门科学,是一个跨越社会、政治和法律思想的研究计划,其目标在于找出财产、舆论、生活风格和司法等不同社会因素之间的关联并推导出一般性的结论。^④在综合考虑立法的有效性、协调性、经济性的基础上,立法应当遵循渐进性原则,有计划、有步骤地推进立法活动。对此,应当制定科学的反腐立法规划,对一定时间内需要完成的反腐立法项目做出统一、具体的部署和安排。

(二) 中国反腐败立法规划与立法清单

1. 反腐立法规划

中国立法活动是先有规划,后有立法。立法规划是对五年内国家重点审议、初次审议、准备审理以及继续研究的立法草案进行的秩序安排的预测活动。根据2015年3月15日修正后的我国《立法法》第52条第2款规定,立法规划的性质属于一种立法准备程序。只有被列入立法规划,才有可能被立法机构审议,因此,立法规划是立法的前置活动,具有确定立法可能性的重要意义,实践甚至出现了重规划胜过重立法的现象。

在十八届四中全会“加快推进反腐败国家立法”的基本政策指导下,2015年3月第十二届全国人大通过的《全国人大常委会工作报告》明确指明“今年将加强重点领域立

^④ 参见[英]洛克《公法与政治理论》(中译本),郑戈译,商务印书馆2002年版,第9页。

法推进反腐败国家立法”。然而,根据2015年5月25日全国人大常委会《2015年立法工作计划》的规定,涉及到反腐败立法的数量较少,范围较窄,除了已经通过的《刑法修正案(九)》之外,还包括:一是初次审议《选举法》、《地方组织法》、《行政复议法》的修正;二是预备修正《行政监察法》。2015年12月26日全国人大常委会《2016年立法工作计划》则在此基础上再次强调了预备修正《行政复议法》和《行政监察法》。这四部法律因涉及公权力的生成、分配、监督以及公职者的遴选,立法本身具有腐败预防的重要功能,但是,修正能否将明确的权力制约程序置入立法之中,以突出其腐败治理的前置化作用尚不明确。

从具体对象上看,上述法律分别涉及腐败犯罪的刑事惩治、公职人员人事关系、行政权的正当行使以及反腐组织关系均是对既有立法的修正,尚未涉及新增立法的问题,也未涉及到反腐立法中最为急迫解决核心的预防立法。因此,目前反腐立法规划仍然较为保守性。反腐败国家立法是一个综合的系统工程,涉及到数十部法律法规。为贯彻国家反腐立法之政策,确保立法的有序性和体系化,建议明确反腐立法评估制度,对反腐立法的必要性、可行性等问题进行前瞻性的事前评估,以确保反腐立法的有效性。在此基础上,确立反腐败国家立法清单制度,将评估后具有反腐败功能的立法悉数列入,全面掌握立法的总体情况,并区分轻重缓急制定更为科学的立法规划,合理地利用立法资源,确保立法质量。

2. 立法清单^⑨

第一,“不敢腐”立法清单。“不敢腐”立法的作用在于,通过构建严密的惩治体系,提高腐败成本,加强惩罚的威慑效果。基于这一基本功能定位,“不敢腐”立法应包括:一是腐败后果惩治立法。重点涉及《刑法典》、《公职人员问责与处罚法》。二是腐败后果追诉性立法。涉及《反腐败法》、《犯罪收益追缴法》、《举报法》、《反洗钱法》。三是反腐败组织法。涉及《反腐败法》、《行政监察法》。上述法律中,《反腐败法》、《公职人员问责与处罚法》、《犯罪收益追缴法》、《举报法》是拟新增的立法。

第二,“不能腐”立法清单。“不能腐”立法的作用在于将公共权力和公共权力人置于阳光之下,使权力运行透明化,消灭腐败机会。基于这一基本功能定位,“不能腐”立法应包括:一是监督公共财政权的立法。涉及《预算法》、《审计法》、《政府采购法》、《招标投标法》等。二是监督公共行政权的立法。涉及《政务公开法》、《公共听证法》、《各级人民代表大会常务委员会监督法》、《行政许可法》、《行政程序法》、《新闻法》。三是监督公共权力人的立法。涉及《公务员法》、《选举法》、《公职人员财产申报法》、《防止利益冲突法》。上述法律中,《政务公开法》、《公共听证法》、《行政程序法》、《新闻法》、《公职人员财产申报法》、《防止利益冲突法》为拟新增立法。

第三,“不愿腐”立法清单。“不愿腐”立法的作用在于通过道德教育或必要的经济与社会保障,提高公职人员自觉抵制腐败的能力。基于这样的基本功能定位,“不敢腐”

^⑨ 此立法清单仅针对国家法,不涉及党内法规。

立法应包括《公务员法》、《公共职务保障法》、《社会公共道德教育法》。其中,《公共职务保障法》、《社会公共道德教育法》为拟新增立法。

(三) “不敢腐”立法之加快完善

根据反腐立法战略,“不敢腐”立法重在通过治标以推进治本,应将以往惩治法中存在的积弊问题集中予以完善。具体包括:

1. 完善刑法立法

尽管刑法典中腐败犯罪的罪名数量已相当完备,惩治手段也非常严厉,贪污罪、受贿罪的最高刑均为死刑,但目前腐败案件的频繁发生,即已暴露出刑法腐败治理能力已终极化的窘况。因此,刑法立法修正的重点不在于再简单地增加罪名的数量或大面积地提升刑罚力度,而是在于对目前腐败治理刑事法体系中的薄弱环节进行精准性打击。尽管《刑法修正案(九)》对贪污犯罪的数额要素、罚金刑、行贿人自首等问题进行了修正,甚至增设了惟腐败犯罪人专用的“终身监禁”的处刑制度,但由于在根本上并未触及腐败犯罪立法积弊之根本,也无助于彻底解决目前腐败犯罪刑法立法规制方向失准、能力不足的问题,因此,建议对相关刑法条文进一步修正,具体包括:

第一,构建贿赂犯罪的“对称性”治理结构。行贿罪多数情形下是受贿罪的上游犯罪,但刑法立法对其惩治较轻,是导致贿赂犯罪难以遏制的重要原因。据此,应当对行贿罪和受贿罪的构成要件要素进行对应性调整,在删除受贿犯罪“为他人谋取利益”要素的前提下,删除行贿犯罪“谋取不正当利益”要素;取消行贿罪中“因被勒索给与国家工作人员或者其他从事公务的人员以财物,没有获得不正当利益的,不是行贿”之规定,将此种情况作为行贿罪的法定减轻情节;设置受贿犯罪特别自首制度,规定适当严于行贿罪特别自首的成立条件,通过法律“制造”贿赂者之间的冲突,以解决攻守同盟问题。值得一提的是,《刑法修正案(九)》第46条,增设了《刑法》第390条之一,新增罪名“对影响力的人行贿罪”,从而与《刑法》第388条利用影响力受贿罪相对应。这样的立法趋势有利于实现对腐败治理的双向打击,因而值得肯定和效仿。

第二,创设具有腐败预防功能的新罪名。为破解“环境性腐败共同体”之难题,在行贿罪下增设预防行贿失职罪,将故意或过失构建单位行贿预防机制而导致单位成员为单位利益实施行贿的行为规定为犯罪,并根据罪过的不同,设置轻重有别的梯级刑罚处罚标准,同时,规定单位也可以构成该罪;在《公务员法》中增设国家工作人员对于腐败犯罪的法定报告义务的前提下,应在受贿罪之下增设“怠于报告贿赂罪”,将国家工作人员在履行职务过程中获知他人贿赂犯罪事实而不报告的行为,情节严重的,规定为犯罪^{⑤0}。

2. 制定《公职人员问责与处罚法》

在公职人员违反职责的情形下,根据法定程序对其进行及时、有效的行政惩治,提高行政惩治的威慑效果,加大腐败的政治成本,是腐败治理的重要手段。惩治的前提是

^{⑤0} 参见钱小平《积极治理主义与匈牙利贿赂犯罪刑法立法转型》,载《首都师范大学学报》(哲社版)2014年第6期。

问责。问责制是国家民主政治、宪政体制的产物,体现的是责任政府的原则。问责的目的在于追究权力滥用之个人责任,因此,问责制也应当被包括在行为惩治法之中,属于该法的重要组成。从西方国家关于问责制的责任定义角度可将责任分为两种:其一是政治责任。如西方《宪法》、《议会法》所规定的引咎辞职、主动或被动下台;其二是行政责任。如《公务员法》、《政府道德法》中所规定的行政处罚或纪律处分制裁。政治责任属于异体问责,可直接规定在《国家权力机关监督法》之中,根据国家机关之间的权力监督关系进行责任确认和承担。《公职人员问责与处罚法》规定的责任属于同体问责,仅是因公共权力滥用而由行为人直接承担的责任,属于狭义问责,可单独予以规定。

2007年《行政机关公务员处罚条例》规定了关于公务员的处罚规范,但是该条例法律位阶较低,适用范围较窄。至于问责制度,目前则无统一的立法规定,相关问责规范散见于各单项立法及部门规章中。如《审计法》、《国务院关于特大安全事故行政责任追究的规定》等等,依然存在适用范围窄,适用程序标准不统一等问题。因此,有必要统一立法,及时颁布《公职人员问责与处罚法》。该法具体包括:一是公职人员的范围。适用于基于委托代表关系而履行公共职务的所有行政公职人员,不包括司法、立法公职人员,后两者的问责及处罚由《监督法》、《法官法》等其他法律规定。二是公职人员的问责程序。行政问责的过程和结果具有惩戒性,因此必须严格依照法定程序进行,问责程序包括启动、调查、评估、处理、监督、救济、时效等。三是公职人员违反职责的处罚。包括处罚权配置、处罚形式、责任后果等。四是违反职责处罚的救济程序。

3. 制定《反腐败法》

从世界范围看,《反腐败法》主要可以分为两种模式:一是刑事法模式。该模式集刑事事实法、刑事程序法、组织法于一体。新加坡《1960年预反腐败法》(Prevention of Corruption Act)由序言、职员任命、腐败行为认定、拘捕和调查的权力、证据及其他约定六大部分、37条细则组成,内容主要涉及反腐组织和反腐刑事程序。^{⑤1}二是预防法模式。该模式主要围绕腐败预防机制进行立法构建。如2008年《俄罗斯反腐败法》突出强调腐败预防,将腐败预防优先作为反腐战略,内容主要涉及反腐预防组织、财产申报、利益冲突、国际合作等;^{⑤2}哈萨克斯坦1998年《反腐败法》规定了对国家公职人员的财务监督措施、回避制度、为腐败创造条件的行为及其责任等。^{⑤3}韩国2001年《腐败防止法》规定了腐败预防组织、对腐败行为的举报及举报人保护、请求国民监察等内容^{⑤4}。

1999年的九届全国人大二次会议上,时任上海社科院院长的全国人大代表张仲礼提交了《建议制定国家“反腐败法”的议案》,这份议案被确定为九届全国人大二次会议的“一号议案”。其后,2002年、2005年、2010年、2012年都有代表提出反腐立法方面的

^{⑤1} 参见金波《新加坡的制度反腐经验》,载《国际关系学院学报》2009年第4期。

^{⑤2} 参见李景华《俄罗斯联邦反腐败法》,载《人民检察》2010年第2期;《俄罗斯反腐败法》,杜永明译,载《环球法律评论》2010年第2期。

^{⑤3} 参见于洪君《哈萨克斯坦〈反腐败法〉》,载《外国法译评》1999年第1期。

^{⑤4} 参见韩相敦《韩国反腐败法评述》,载《环球法律评论》2013年第2期。

建议和议案。十八大之后,反腐立法更被列入了全国人大的工作计划之中,适时制定《反腐败法》已经具备了成熟条件。从学界研讨情况看,将《反腐败法》定位为反腐基本法律,确立综合性的反腐立法是主流观点,但对于该部立法所涉及具体内容仍有不同的争议,一种观点以惩治为中心,认为《反腐败法》应是针对反腐败实体法、程序法和组织法进行统一规定的立法。^⑤另一种观点以预防和惩治并重为基础,认为《反腐败法》应当是规范国家工作人员廉洁履行公职、预防和惩治腐败行为的专门的基本法律。^⑥第三种观点以预防为中心,认为《反腐败法》最重要内容包括公务人员接受礼品范围及其最高限额的规定、公务人员利益冲突的规定、公务人员财产申报制度的规定、反腐败组织机构的规定等等^⑦。

立法模式选择必须将立法地位、功能、立法的经济性、协调性、体系性等问题加以统筹考虑。《反腐败法》作为国家腐败治理的基本法,应当集中体现出国家腐败治理的基本理念、原则、政策和框架性制度,以此方能集中统领、指导更为具体的立法。此外,坚持立法的经济性和协调性原则,对于预防法中最为迫切需要解决的核心制度,应当规定在《反腐败法》中,以突出该预防制度的重要性;对于刑事实体法,则没有必要打乱刑法典的稳定性和体系性,仍应保留在刑法典中;对于反腐刑事追诉制度(组织、程序、证据等),由于相关立法并没有进行具体规定或规定与现实冲突较大,有必要在《反腐败法》中加以明确规定;而关于反腐组织的规定较为分散,造成反腐组织及其职权之间缺乏协调,甚至出现了冲突,这些问题均需要在反腐败法中加以解决。综上,《反腐败法》作为腐败治理的基本法,应强调其优先性原则,在具体模式上应采取以预防法为主,兼顾刑事法的折衷模式。

据此,《反腐败法》应当包括以下内容:一是反腐指导思想、基本原则;二是腐败的基本概念;三是反腐组织机构及其分工;四是预防腐败的基本措施;五是国家公职人员预防腐败的特别义务;六是社会公共组织及公众的腐败预防;七是腐败行为的揭发与追诉;八是反腐败的国际合作机制。作为反腐基本法,《反腐败法》在腐败治理原则、概念、预防措施、国际合作等方面的规定更多具有导向性、指引性功能,仍需要具体的预防性立法加以支撑,而在反腐组织法、程序法方面规定则是较为具体,具有可操作性。反腐败法应定位为基本法律,与刑法、刑事诉讼法等相关基本法律之间是特别法与一般法的关系,发生冲突时,按照“特别法优于一般法”的规则,优先适用反腐败法。

(四)“不能腐”立法之重点选择与完善

根据反腐立法战略,“不能腐”立法采取逐步制定方式,优先选择核心、重点制度进行立法。具体包括:

1. 制定《公职人员财产申报法》

^⑤ 参见杨鸿台《国家反腐败法的立法构想》,载《法学》1998年第9期。

^⑥ 参见李利君《反腐倡廉呼唤〈反腐败法〉》,载《群言》2012年第4期。

^⑦ 参见林喆《我们该有部怎样的反腐法?》,载《廉政瞭望》2011年第3期。

财产申报制度的源头可远溯到18世纪的瑞典。在理论上,财产申报制度来源于“透明政府理论”(“金鱼缸”理论)。政府应当像玻璃缸中的金鱼,清澈透明,人民有权了解政府的一切,政府不应当对人民有所隐瞒,除非确有必要对某些信息做暂时性保密。透明政府理论原本仅适用于政府本身,但到了现代,已经从政府本身延伸及公职人员的个人生活,将公职人员的个人生活纳入了政治透明的范畴,通过对公职人员财产的有效监督,使其难以从腐败行为中获利,从而能有效预防贪利型的腐败犯罪。现代清廉国家多数制定了关于公职人员财产信息透明的立法,如美国《政府道德行为法》、新加坡《财产申报法》、法国《政治生活资金透明法》等等。

全国人大常委会在1994年即将《公职人员财产申报法》列入了立法规划。中共中央办公厅、国务院办公厅在1995年5月联合下发了《关于党政机关县(处)级以上领导干部收入申报的规定》,是我国第一部关于官员收入申报的规定,但该规定仅是党内政策性规定,而非法律规定,在此之后,党中央又陆续颁布了四部有关财产申报的规范,^{⑤8}然而,由于现有规范存在级别较低、适用范围狭窄、内容简单,责任追究缺乏等问题,实施效果并不理想,腐败预防功能难得其彰。十八大之后,随着反腐立法重点的转移,加强腐败预防制度构建,预防制度的重点在于建立行政权及其权力人的透明化机制,构建中国的“阳光法案”,加快推进制定《财产申报法》势在必行。

《财产申报法》涉及内容包括:(1)申报原则。确立申报公开原则、相对原则、区别原则、法定原则,等等。(2)申报主体范围。对于处级(含副处)以上的公职人员属于申报义务人范围,而公安、工商、税务、交通、城建等腐败风险较高的部门,即使是普通公职人员也属于申报人范围。(3)申报内容。申报内容包括公职人员在国内与海外的个人财产。如工资奖金福利等收入、不动产及交通工具、资本收入、财产赠与、其他收入以及债务支出状况。同时,家庭财产以及配偶子女的财产,也属于申报范围。在具体申报范围上,可根据申报对象的级别或职务类型加以区别对待,如高级别公职人员、特殊部门人员或裸官类型必须申报所有财产信息,包括配偶和未成年子女的财产信息以及海外财产信息;普通级别的公职人员可以只申报个人国内财产信息。(4)申报时间。公职人员在任职前、任职期间、离任时,均需要申报。(5)申报类型。级别申报制的通常形态,无论是选举性公职人员还是非选举性公职人员,只要担任处级(含副处)级别以上领导职务的,都应当申报;同时,对于腐败多发的特殊领域,也可以使用指定申报制。^{⑤9}(6)申报受理机构。对现有反腐机构进行整合,在腐败预防机构内设立独立的申报受理机构。(7)申报程序。包括提出申请、接受申请、展开审核等环节。(8)申报公开。基于目前现状,宜采用有限公开原则。申报对于高级别公职人员财产主动向社会公开,对于普通级别公职人员的财产依照申请公开。(9)违反申报的法律后果。对于谎报、瞒

^{⑤8} 参见1997年《关于领导干部报告个人重大事项的规定》(失效)、2006年《关于党员领导干部报告个人有关事项的规定》(失效)、2010年《关于省部级现职领导干部报告家庭财产的规定》(试行)(现行有效)、2010年《关于领导干部报告个人有关事项的规定》(现行有效)。

^{⑤9} 参见乔亚南《从公职人员财产申报的基本理论到我国实践的理性选择》,载《学术研究》2014年第10期。

报等行为,规定相应的行政或刑事责任。(10)宽恕时效问题。允许公职人员在特定的时间内自愿将腐败财产捐献给指定公益组织,不再将该财产纳入申报范围^⑩。

当然,财产申报法的制定仍需要考虑到国家对经济活动监控机制是否健全,当对社会成员的财务、税收以及相关金融活动能够有详细统计、完整记录,且较为准确,则更容易构建财产申报制度,否则即使通过立法确立了财产公示制度,也难以发现腐败问题。因此,该法立法应当坚持有效性、协调性和阶段性原则,以确保法律的可执行性。

2. 制定《防止利益冲突法》

明确个人利益与公共利益之间的界限,防止两者发生利益冲突,对于预反腐败具有重要意义。防止利益冲突与公职人员财产申报是两种不同的制度,具有不同的基本立场。实际上,国外公职人员财产申报与公示制度并非是作为腐败的发现机制而存在,构建这一制度的目的是为了构建公职人员的征信体系,让公职人员以申报与公示财产的方式,显示其道德责任感,表明其清廉及愿意接受监督的态度。^⑪换言之,财产申报制度的首要功能在于显示公职人员作为公共事务受托者所应当具有的信用特质,而财产公示的透明化使其具有了腐败预防之功能。财产申报是防止利益冲突的重要手段之一,而防止利益冲突才是预反腐败的基础制度。

在中国反腐实践中,已经注意到了利益冲突问题,制定了一定数量的防止利益冲突的政策规范。据统计,中央和国家机关涉及防止利益冲突精神的法规和规范性文件大致有229件。^⑫此外,从《公务员法》、《审计法》、《证券法》、《行政监察法》等法律法规中,也都有一些关于防止利益冲突的规定。然而,目前防止利益冲突的规定,基本属于党内法规范畴,规制效力不足,适用范围狭小,缺乏公开监督和责任追究,制度之间缺乏协调,尚未形成完整的体系,在适用及其效果上具有局限性。在党的十八大重申“防止利益冲突,更加科学有效地防治腐败”的背景下,及时制定《防止利益冲突法》已经成为了整合党内、党外反腐资源,加快反腐制度构建的必要举措。

借鉴国外经验,《防止利益冲突法》内容涉及:一是基本概念界定。对立法目的、国家工作人员、利益范围、利益冲突、适用主体等基本概念进行解释界定,确立防止利益冲突的基本原则。如公共利益优先原则、个人利益补充原则、公开原则、回避原则,等等。二是国家工作人员的行为规范。明确国家公职人员的应尽义务与道德宗旨,对国家工作人员及其相关人员违反利益冲突的各种禁止行为加以具体规定,同时规定相关例外行为。三是规定利益冲突下的回避规则。包括公务回避、经济利益回避、职务回避、特定关系人回避等多方面。^⑬四是规定离职或即将任职的国家公职人员的利益冲突规则。五是监督机构。六是法律责任。规定违反利益冲突规则的民事、行政和刑事责任。

^⑩ 参见何家弘《反腐败的战略重心与官员财产公示》,载《法学》2014年第10期。

^⑪ 参见向楠《房宁:我国亟需建立官员利益冲突管理制度》,载《中国青年报》2013年5月16日。

^⑫ 参见中共中央纪委办公厅《中央和国家机关各单位关于防止利益冲突的法规和规范性文件目录》,载《中纪办通报》第13期。

^⑬ 参见聂资鲁《防止公职人员利益冲突立法的理论与实践》,载《中国法学》2013年第6期。

3. 制定《政务公开法》

政务指行政事务,对政府信息的知情权是公民的基本权利,信息公开构成了政府的基本义务。阳光是最好的防腐剂,政务公开确保行政权力能够受到公众监督,减少暗箱操作和腐败动机,提高腐败发现率和腐败成本,是现代国家法治的重要保障。第二次世界大战以后,世界各国掀起了“政务公开”的法治化浪潮,将“政务公开”直接写入宪法,成为宪法重要原则,并制定《政务公开法》或《政府信息公开法》,完善了腐败预防体系。

2007年国务院颁布了《政府信息公开条例》,规定了政府信息公开方式、程序、公开监督和保障等内容,构建了政务公开的基本规则。从条例颁布至今,政府主动公开信息的数量不断增加,但从公开渠道的反馈情况看,公众获取政府信息的难度依然很大,对于信息公开制度仍需进一步完善:一是提高立法的法律位阶。《政府信息公开条例》是国务院颁布的行政法规,立法位阶明显低于保密法和档案法,后者规定了信息公开的边界和阻却事由。为确保政府信息公开法律制度体系的统一性和整体性,有必要将条例上升为法律,并注意信息公开法律规定之间的协调。二是明确信息公开的范围。在政府信息公开问题上,世界各国一般都确定了以公开为原则,不公开为例外的政府信息公开原则,对不公开的信息有严格的限制。《政府信息公开条例》仅是规定了能够公开的信息范围,对不能公开的信息没有进行具体规定,不符合信息公开默认原则,应当在立法中确立公开为原则、不公开为例外的基本准则,在此基础上,对属于国家秘密商业秘密和个人隐私范围不予公开的信息,进行具体明确的列举,建立更加开放明晰的制度规范,并统一规定公开中的保密审查制度。^④三是完善信息公开的救济制度。2010年12月13日最高人民法院审判委员会颁布了《关于审理政府信息公开行政案件若干问题的规定》,解决信息公开的司法救济问题,但仍然存在原告资格限定过窄、原告举证责任过重的问题,违反信息公开的救济成本较高。对此,《政府信息公开法》应当明确原告并不局限为与行政行为有直接利害关系的人,因为拒绝信息公开决定侵害的是作为全体公民所拥有的信息公开请求权,原告应为任何一个公民;借鉴美国等国信息自由法的规定,在举证责任上实行倒置,由被告负主要的举证责任。四是构建以《政府信息公开法》为核心的政府信息公开法律体系。政府信息公开涉及国家秘密制度、档案制度、诉讼制度、赔偿制度等系列配套制度,因此,应当加快对《保密法》、《档案法》、《侵权法》《反不正当竞争法》、《行政诉讼法》、《国家赔偿法》等相关法律进行修订,使涉及政府信息公开的法律规定协调一致。

4. 制定《公共听证法》

公共听证是指公众参与公共决策,是政府决策公开的体现。公共听证体现了自然正义原则,具有对公权力进行监督的功能,最初只适用于司法过程,旨在防止司法权对个人自由权、财产权的限制和剥夺。19世纪后半期,随着国家活动和国家机构扩张导致授予公共机关的决定权越来越大、范围越来越宽,法院日益清醒地认识到,授予公共机

^④ 参见朱友刚《我国政府信息公开的思路与对策》,载《山东社会科学》2012年第3期。

构的权力越大,相应的遵守和实施保障机制就要求越高。^{⑥5} 20世纪以来,听证被逐步运用于公共治理实践中。在美国,在城乡规划、社会福利、环境保护等领域,听证程序已经得到普遍运用。^{⑥6} 公共听证因其程序开放、信息公开、利益互动、责任共担而成为现代行政程序的核心。^{⑥7} 而从权力监督角度,公共听证不仅是让公众更有效地参与行政决策,让各方利益能够得到充分整合,决策方案能够体现尽可能多元和均衡的“法益”,而且更为重要的意义在于对公共行政权力运行进行动态监督。公共听证与政府信息公开的不同之处,不仅在于政府信息公开是静态的、结果性的公开,决策公开是动态的、过程性的公开,更重要的区别在于决策公开是前置性公开,在决策结果之前构筑防止权力运行异化的主动干预机制,其对权力滥用的预防效果更甚于后置性的决策结果公开。因此,公共听证体现法治政府的原则要求,这些功能超出了其本身的功能性价值,而被赋予了更高的法律和政治价值^{⑥8}。

中国没有统一的《公共听证法》,关于公共听证的法律法规散见于宪法、法律、法规、规章和其他规范性文件之中,尚未形成统一的法典。这种分散式立法使公共听证难以成为一个严格有序的程序制度,使公共听证的法律精神难以统一。此外,目前在价格制定、土地规划等方面已经形成的相关听证制度仍存在诸多问题,直接削弱了对公共权力的制约效果。如听证存在选择性适用问题,哪些行政许可涉及公共利益,哪些行政许可涉及申请人与他人之间重大利益关系,完全依赖于行政机关的裁量,对于听证程序的启动,行政机关享有绝对的主导权;在专业领域中的听证信息不对称,听证会沦为垄断行业经营者单方信息发布会;听证案卷效力不明和听证报告的非公开,严重影响公共听证的法律效力,等等。^{⑥9} 对此,应当考虑制定统一的《公共听证法》,具体规定:一是公共听证的基本原则,如程序法定原则、解释原则、知情权原则、表达原则等;二是规定公共听证的适用范围及其例外;三是公共听证的程序规定,如听证参加人遴选机制、听证过程的质证与辩论、公共听证笔录的效力、内容、格式、保管要求、核实程序;四是听证报告的公开及理由说明;五是听证违法的法律责任及其法律后果。

5. 党内法规的完善

对于数量众多的党内法规,应当继续进行系统性清理与整合,明确党法的社会法(软法)属性,建立党内法规与国家法的“二元法”体系,利益冲突、财产申报等核心预防制度从党法中剥离并上升为国家法;明确党内“腐败”概念和党内“零容忍”的反腐政策,构建更为宽泛的腐败预防体系;实现党务公开,建立党内问责,强化党纪的威慑作用,充分激活党内法规的在整个腐败治理体系中的预防功能。

^{⑥5} 参见何海波《英国行政法上的听证》,载《中国法学》2006年第4期。

^{⑥6} See Keith M. Black, Public Hearings—An Appearance of Fairness, 5 Gonz. L. Rev. 1969-1960, p. 327.

^{⑥7} 参见许传玺、成协中《以公共听证为核心的行政程序建构》,载《国家检察官学院学报》2013年第3期。

^{⑥8} 参见唐贤兴《公共决策听证:行政民主的价值和局限性》,载《社会科学》2008年第6期。

^{⑥9} 参见许传玺、成协中《公共听证的理想与现实》,载《政法论坛》2012年第3期。

结 语

中国反腐长期依赖以刑法为中心的“压制型”惩治,导致腐败治理的表层化、低效化现象明显,腐败“粘性”不断增大,进而形成与反腐败的对峙状态,“中国式”腐败治理陷入困境之中。从困境中突围,不仅要有揪出“大老虎”的信心与勇气,更需要扫荡“苍蝇”的智慧与技巧。人类与现代腐败斗争的历史证明,将腐败治理纳入社会公共治理系统,建构完备而科学的反腐立法体系,是根治腐败的关键所在。先现代化国家以权力控制法的优先发展为起步,将权力透明法作为连结权力滥用法的桥梁,建构起具有内循环性的腐败控制系统,形成了“预防型”反腐立法战略,对于完善中国反腐败立法具有重要借鉴意义。中国目前正处于腐败治理的“强治标-弱治本”阶段,倡导以预防为导向的积极治理理念,确立“国家法”与“党内法规”的“二元法”反腐体系,发挥不同立法体系的治理功能,加快完善“不敢腐”立法,择优完善“不能腐”立法,择机完善“不愿腐”立法,制定科学的立法步骤和规划,形成以《反腐败法》为核心,以《财产申报法》、《防止利益冲突法》等核心预防法为支撑,以刑事法为保障,其他法律相配合,多层次、综合化的反腐立法体系,是加快推进中国反腐败立法的重要战略方向与路径选择。

Abstract: China is at an important turning point and strategic opportunity period of corruption fight since modernization transformation. The crux to crack current predicament of Chinese corruption control is to proactively propel the strategic transformation and systematic construction of anti-corruption legislation, realizing its change from form administration to substance administration. To scientifically assess the curbing ability of anti-corruption legislation, establish the primary status of active management concept in national corruption management system, innovate binary normative system and convergence mechanism of state law and party law, as well as establish fundamental law of national corruption administration and boost mechanism improvement step by step are inevitable for the strategic transformation of China's anti-corruption legislation. The kernel of the establishment of China's anti-corruption legislation system is the build of a multi-level, three-dimensional and comprehensive anti-corruption legislation system centered on Anti-Corruption Law, supported by emphasized preventative legislation and coordinated with power-control regulation via clear definition of legislation principles, functional legislation implementation, legislative list publication, as well as implementation of priority construction, systematic advancement and collaborative connection.

(责任编辑:白岫云)