



贿赂犯罪的立法规制：接轨与完善

卢建平 张旭辉

“与国际接轨”可能是近年来在我国的政治、经济、文化以及我们的日常生活中出现频率最高的词汇之一。“与国际接轨”不仅是一种时髦的提法，更是在国际社会日益强调对话与合作的背景下各国所应承担的不可推卸的国际责任。就预防和打击贿赂犯罪而言，各国合作最有效的成果当数于2003年9月29日正式生效的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和于2003年10月31日在第58届联合国大会上审议通过的《联合国反腐败公约》，这两项公约也因此成为我们在规制贿赂犯罪方面与国际接轨必须参照的蓝本和不可回避的通道。

作为打击腐败犯罪的重拳之作，我国社会公众对这两项公约寄予了很大的期望，它们也被广泛赞誉为“中国外逃贪官的绞索”。如何使国际公约的规定在我国得到有效实施，如何使“绞索”真正发挥悬崖勒马的功效，则是负载公众期望并展示我国作为国际舞台上负责任大国良好形象的根基。虽然我国刑法第9条明确规定，对于中华人民共和国缔结或者参加的国际条约所规定的罪行，中华人民共和国在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权的，适用本法。但我国现行刑法分则对贿赂犯罪的规定无法涵盖国际公约中关于贿赂犯罪的全部内容，并且某些要素在国际公约与国内法上分别有着不同的具体规定。在条约必须信守原则和罪刑法定原则的限制下，要想使国际公约中的规定在我国得到有效贯彻实施，就必须正视国内关于贿赂犯罪的立法规定对国际公约的回应与完善问题。

笔者认为，我国刑事实体法对国际公约的回应与完善应从以下几个方面着手：

一、管辖权方面的完善

《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》确立了多种刑事管辖权并存的综合性刑事管辖权体系。根据公约的规定，对贿赂犯罪有权行使管辖权的国家有犯罪发生地国、船只或者航空器上发生犯罪的船旗国或者航空器注册地国、犯罪指向对象或者目的所在国、罪犯国籍国、罪犯惯常居所国、发现罪犯国、以国内法确立的任何刑事管辖权进行管辖的国家。对于上述七种刑事管辖权，根据国际公约是否对其予以强制性要求，可分为强制性刑事管辖权与任择性刑事管辖权。属地管辖权、船旗国或者航空器注册地国管辖权是强制性刑事管辖权，其条文表述形式为“应(shall)采取必要措施”；而属人管辖权、罪犯惯常居所国管辖权、保护管辖权和普遍管辖权是任择性刑事管辖权，其条文表述形式为“可以(may)在下列情况下对任何此种犯罪确立其管辖权”、“可以(may)采取必要的措施”。

强制性刑事管辖权是一种义务性规范，任择性刑事管辖权则属于一种授权性规范。我国刑法第9条只是笼统地规定了“在所承担条约义务的范围内行使刑事管辖权”，而未明确规定确立哪一类刑事管辖权。按照一般的理解，只能认为这种回应性的规定是对强制性刑事管辖权的认可，而难以认为其也对任择性刑事管辖权予以认可。例如，在对贿赂犯罪的普遍管辖权问题的处理上，国际公约明文规定各国可以依据普遍管辖权予以管辖，而在我国国内立法中，从刑法第9条的规定难以推导出我国对贿赂犯罪可以行使普遍管辖权，从而造成了我国对国际公约中规定的贿赂犯罪行使普遍管辖权于法无据。有鉴于此，我国有关部门应当在刑法总则中以明确无误的语言确立普遍管辖权，以代替现行刑法中模糊的、概括的规定。

另外，在属人管辖权的规定上，我国刑法只适用于中华人民共和国公民，并不能涵盖在我国领域内有惯常居所的无国籍人，而这样的主体也极有可能实施贿赂犯罪。因此，我国的管辖权应扩张适用于在我国领域

内有惯常居所的中国籍人。

二、 犯罪构成方面的完善

(一) 增设贿赂外国公职人员、国际公共组织官员罪

最早以制定法形式对贿赂外国官员行为进行惩处的是美国，其1977年《外国腐败行为法案》(Foreign corrupt practices act, 简称FCPA)禁止美国的公司介入腐败行为。对于大多数其他的经济合作与发展组织(OECD)成员国来说，不仅贿赂外国官员不是非法的，而且在当时甚至可以是免税的。美国的法律在减少外国腐败的方面并不是非常有效的，主要是因为其他国家的公司渴望获得美国公司所错过的商机。

即使有腐败倾向的外国官员确实对于吸引外国投资非常感兴趣，

他们也并没有感受到足够的压力来改变他们的行为。参见胡鞍钢主编：《中国：挑战腐败》，浙江人民出版社2001年1月版，第351页。可见，要禁止贿赂外国公职人员，单靠一个国家的力量是很难奏效的，所以在这个问题上需要广泛的国际合作。1996年3月29日，美洲国家组织通过的《美洲反腐败公约》改变了美国在打击跨国贿赂犯罪立场上的孤立局面。1996年12月底，第51届联合国大会通过的《联合国反对国际商业交易中的贪污受贿行为宣言》要求各会员国承诺切实采取协调一致的行动，将贿赂外国公职官员的这种行径为治罪；尚未这样做的国家应禁止一国的任何公私营公司或个人利用向另一个国家的人和公职官员或民选代表支付的贿金来减税，并以此为目的研究他们分别采取的方法。1997年经济合作与发展组织的《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》进一步明确要求各缔约方应当采取必要的措施，将行贿外国公职人员的行径依法定为犯罪行为。《联合国打击跨国有组织犯罪公约》要求各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施，将贿赂外国公职人员或者国际公务员的行径规定为犯罪，将犯罪主体扩大到国际公务员。《联合国反腐败公约》在此基础上要求把行贿外国公职人员或者国际公共组织官员的行径规定为犯罪，并设定为各缔约国的义务性规范，而非授权性规范。这一变化的过程是各缔约国对贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员行径的危害性认识进一步深化并达成一致的过程。我国作为《联合国打击跨国有组织犯罪公约》的缔约国和《联合国反腐败公约》的起草国，有义务按照国际公约的要求，把贿赂外国公职人员和国际公共组织官员的行径规定为犯罪。特别是在我国加入世界贸易组织之后，贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员的问题日益成为我们必须面对的法律问题。

笔者认为，我国刑法应在“贪污贿赂罪”一章中增设贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员罪。其理由如下：第一，把贿赂外国公职人员的行径规定为犯罪，是我国履行有关国际法义务的体现，展示了负责任大国的风貌；第二，把贿赂外国公职人员的行径规定为犯罪，使得我们在遏制外国公司企业及其工作人员贿赂中国公职人员以及在制裁外国公职人员在中国境内收受贿赂的行径时做到有法可依，从而有利于预防和遏制国内的腐败现象和贿赂犯罪，维护中国刑法的尊严和权威；第三，把外国公职人员的受贿行径规定为犯罪，有利于顺利地进行国际刑事司法协助与合作，特别是在中国公司向外国公职人员行贿的情况下，有利于中国司法机关向受贿的外国公职人员追回赃款。尤其值得注意的是，《联合国反腐败公约》在“犯罪所得的洗钱行径”条款中规定，上游犯罪应当包括在有关缔约国管辖权范围之内和之外实施的犯罪。但是，如果犯罪发生在缔约国管辖权范围之外，则只有当该行径根据其发生地所在国法律为犯罪，而且根据实施或者适用本法条的缔约国的法律，该行径若发生在该国也为犯罪时，才构成上游犯罪。可见，公约在洗钱罪上游犯罪的规定上，也遵循双重犯罪原则，在此原则要求下，我们只有把贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员的行径规定为国内法上的犯罪，才能有效地开展打击洗钱犯罪的国际刑事司法协助，有效地追回赃款。为此，笔者建议，在我国刑法“贪污贿赂罪”一章中增设外国公职人员或者国际公共组织官员受贿罪、向外国公职人员或者国际公共组织官员行贿罪、介绍国际贿赂罪。外国公职人员和国际公共组织官员的范围按照《联合国反腐败公约》而定，其他的要件与经修改和完善的贿赂本国公职人员相同。需要指出的是，在贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员罪中，要排除可能促使公职人员履行合法职责的支付。因为国际刑法的一般观点认为，促使履行合法职责的支付不能包括在国际刑法的贿赂罪概念中。黄肇炯著：《国际刑法概论》，四川大学出版社1992年版，第188页。因此，在向外国公职人员或者国际公共组织官员行贿罪及介绍国际贿赂罪中，还应当保留国际公约中的“以便获得或者保留与进行国际商务有关的商业或者其他不正当好处”的要件。

(二) 适当扩大“贿赂”的法定含义

国际公约中，贿赂是指“不正当好处”(undue advantage)，不正当好处的内涵是指一切违背职责的宗旨而额外获得的好处(正当地履行职责的行径已经由国家或所在实体给予了报酬，额外获得的好处相对于正当报酬而言就是不正当好处)。根据大多数国家的刑法和刑法理论，不正当好处的外延，除财物、财产性利益之外，还包括其他非物质性利益，如提供地位、提供就业机会、提供艺术表演以及性交等等，都是贿赂。张明楷：《外国刑法纲要》，清华大学出版社1999年版，第779页。

关于贿赂行为的范围,我国刑法理论界主要有三种观点:一是财物说,即贿赂只能限定为财物,收受或索取其他不正当利益的,不构成犯罪;如果扩大贿赂的范围,将会混淆罪与非罪、此罪与彼罪的界限,“不可避免地会产生扩大化的错误”。高铭暄主编:《中国刑法学》,北京大学出版社1989年版,第604页。二是财产性利益说,即贿赂的范围应进一步扩大到“可以用金钱计算或估算的其他物质性利益”,如提供住房、免费旅游等。这是为了适应新形势下贿赂手段变化的需要,同时也可顺应我国刑法对受贿罪的定罪量刑必须以贿赂数额为标准的要求。费贵廉:《惩治贿赂犯罪亟待进一步完善立法》,载陈明华、郎胜、吴振兴主编:

《刑法热点问题与西部地区犯罪研究》,中国政法大学出版社2003年版,第1401页。三是不正当利益说,即贿赂不但应包括财物和可用货币计算的财产性利益,而且应包括能满足受贿人物质需要和精神欲望的其他不正当利益,如解决住房、色情服务等,即贿赂应包括一切能够满足人们需要或欲望的有形和无形利益在内。王作富主编:《经济活动中罪与非罪的界限》,中国政法大学出版社1993年版,第332页。

尽管第三种观点与国际公约中规定的“不正当好处”的内涵和外延相同,但笔者认为,在我国目前的情况下,虽然把贿赂仅限于财物已远远不能适应同贿赂犯罪作斗争的需要,但也不宜把贿赂的范围扩大到不适当的程度,而应当限定在财产性利益上。最主要的原因是不正当利益中非物质性利益的情况非常复杂,很难以一个同样的标准加以衡量,缺乏司法可操作性,不便定罪量刑。另外,刑法应当保持谦抑的品质,非物质性利益的提供和收受,一般在纪律和行政法规中都有规定,刑法规范不宜把缺乏明确性的内容包括进来。如果提供或收受此种利益情节恶劣或者危害严重,构成其他犯罪的,可以其他罪定罪处罚。

(三)取消“为他人谋取利益”、“为他人谋取不正当利益”作为构成要件的规定

与国际公约相比,我国贿赂本国公职人员的有关规定多了“为他人谋取利益”、“为他人谋取不正当利益”的要件。但从受贿罪的本质看,受贿罪所侵犯的客体是公务人员职务行为的不可收买性,只要受贿人利用职务之便非法收受或索取不正当利益,就已经侵犯了公务人员职务的不可收买性。实践中,有的国家工作人员大量收受他人贿赂,既不实施为他人谋取利益的行为,也不作出为他人谋取利益的意思表示,甚至主观上根本没有打算为他人谋取利益,但它同样严重损害了国家工作人员的形象和国家机关的声誉,损害了公务活动的不可收买性,具有相当社会危害性。由此可见,国家工作人员利用职务之便非法收受他人财物的行为,本身就足以构成受贿罪,是否为他人谋取利益,只能成为影响受贿罪危害程度的一个因素,只能影响量刑,不能改变受贿的本质。

其次,从受贿罪的主观方面看,只要受贿人主观上具有收受不正当利益的故意就足够了,不应要求行为人具有为他人谋取利益的意思表示。并且这种主观意思在司法实践中很难查明。因此,笔者认为,我国刑法不应将“为他人谋取利益”规定为受贿罪的要件。

再次,在受贿罪中,索贿不要求“为他人谋取利益”,而收受贿赂则要求“为他人谋取利益”,并且规定,索贿的从重处罚。一个索贿行为在定罪和量刑中都成了从重处罚的要素,这似乎有违“一行为不二评价”的法谚,取消“为他人谋取利益”的要求,仅规定索贿的从重处罚,则既可以严惩索贿行为,又能解决上述问题。

我国刑法关于受贿罪的本意是为了严惩受贿罪,但是由于“为他人谋取利益”这个要件的增设,就使一大批受贿行为排除在犯罪之外,从而使这些行为不受刑法的否定性评价;同时,这些规定也给那些收受贿赂的人为自己的行为辩护提供了各种各样可能的借口,从而可以逃避刑法的制裁。“这种立法给人们传递的信息并不是刑法要禁止利用职务上的便利收受贿赂的行为即受贿行为本身,而只是禁止收受了贿赂之后为他人谋取利益的行为。这就有意无意地培养了一批拿人钱财不為人办事的流氓官员。因为拿了别人的钱财,为别人办了事,就构成犯罪,而不为别人办事,则不构成犯罪。”张智辉:《国际经济交往中的腐败犯罪——兼论贿赂犯罪的立法完善》,载陈明华、郎胜、吴振兴主编:《刑法热点问题与西部地区犯罪研究》,中国政法大学出版社2003年版,第1447页。

同样的道理,在行贿罪和某种类型的受贿罪中规定“为谋取不正当利益”的限制也不利于对贿赂犯罪的预防和打击。一方面,从行贿罪的本质看,行贿罪所侵犯的客体是公务人员职务行为的不可收买性。只要行为人为人实施了行贿行为,无论其主观上是为谋取什么样的利益,其行为都是对公职的收买,都构成了对贿赂犯罪客体的侵犯。行贿人谋取的利益正当与否,只是反映行贿人主观恶性的大小和社会危害性程度的不同,并不影响行贿罪的本质。另一方面,正当利益与不正当利益的区分颇为困难。特别是时下我国正处于新旧体制转轨时期,这使许多领域尤其是经济领域的一些利益正当与否更难区分。因此,笔者建议取消刑法第389条行贿罪中“为谋取不正当利益”的规定,而改为“为谋取利益,给予国家工作人员以财物的是行贿罪。为谋取不正当利益而行贿的,从重处罚”。

(四)增设贿赂犯罪为洗钱罪的上游犯罪

腐败与洗钱从来就是密不可分的。腐败需要洗钱、庇护洗钱,洗钱掩盖腐败、助长腐败,两者相互“滋

养”，共生共荣。不消灭腐败，洗钱业的“原材料”就会源源不绝；反过来，不彻底阻塞洗钱通道，腐败分子便会愈益猖獗。因此，反腐败必须反洗钱。伊铭：《反腐败必须反洗钱》，载《党风与廉政》2003年第1期；《海内与海外》2003年第8期。我国刑法把洗钱罪的上游犯罪限定为毒品犯罪、走私犯罪、具有黑社会性质的组织犯罪、恐怖犯罪。很明显，我国刑法只是惩处某几种特定犯罪的违法所得及其收益的洗钱行为。笔者认为，应将我国刑法规定的洗钱罪对象范围扩展到包括贪污、贿赂犯罪的违法所得及其非法收益。一方面，这符合世界打击洗钱犯罪的立法趋势。从世界各国的立法趋势来看，突破只惩处某些特定犯罪所得的洗钱行为，而改为惩处所有犯罪所得的洗钱行为，或对超过一定社会危害性的犯罪所得的洗钱行为予以惩处，这是一个必然的趋势。多数国家如美国、意大利、英国、澳大利亚、瑞士、俄罗斯等的立法均是如此。1990年，在联合国关于洗钱金融活动特别小组提出的报告中，也提出了洗钱犯罪不应只限于清洗毒品犯罪所得，还应包括清洗那些严重犯罪所得和某些谋取巨额财富的犯罪所得。另一方面，我国目前存在着严重的贪污、贿赂洗钱现象，可以说，在一定程度上，这与贪污、贿赂赃款极易得到清洗、难以得到处罚有相当大的关系。因此，要提高预防和打击贪污、贿赂犯罪的效率，加强反腐败的力度，在刑法上将清洗贪污、贿赂赃款的行为确立为犯罪，无疑是一有力的措施，也符合我国当前反腐倡廉的刑事政策。再者，将贪污、贿赂赃款纳入洗钱对象，也是贯彻有关国际公约规范的一项具体措施，这一点在上文已经论述。反洗钱措施对反腐败斗争尤为重要。犯罪官员在一国境内洗钱掩盖其来源，以及转往国外账户和进行投资，这些现已成为贪官们的惯用伎俩。所以，打击腐败犯罪的洗钱行为并予以治罪，也是履行国际规范原则的一个实际步骤。

(五)消除贿赂犯罪立法中的不平等规定

在我国有关贿赂犯罪的立法中，存在两种性质的不平等：一是国家工作人员受贿犯罪的起刑点与普通公民的盗窃、抢劫罪的起刑点存在较大差距，造成刑法面前的官民不平等；二是贿赂犯罪内部行贿罪与受贿罪定罪量刑的不平等。行贿罪与受贿罪是贿赂犯罪的两种表现形式，国际公约和世界上大多数国家都对行贿罪和受贿罪一视同仁，既没有构成要件上差别较大的规定，也没有刑罚上的区别对待。而我国刑法中，在犯罪构成要件上，行贿罪较之受贿罪“门槛”更高，只有“为谋取不正当利益”才能构成行贿罪；而受贿罪则无此限制（斡旋受贿形式除外）。在刑事责任方面，行贿罪较之受贿罪处刑较轻，行贿罪的最高刑为10年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产，且行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚；而受贿罪的最高刑则为死刑并处没收财产。行贿罪在定罪量刑上的“一高一低”（定罪门槛高，刑罚程度低），反映了我国严惩受贿而宽容行贿的立法取向，这不利于从源头上惩治贿赂犯罪。

对于第一种形式的不平等，笔者建议降低贿赂犯罪定罪量刑的数额标准，以符合刑法面前人人平等的原则和罪刑相适应的原则。

对于第二种形式的不平等是否合理，理论界存在着两种截然不同的观点：一种观点认为，即使是明显地为了谋取不正当利益而行贿的人，并且是行贿情节极其严重的人，也可以利用没有任何限制条件的“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以减轻处罚或者免除处罚”的规定，以检举揭发受贿人为名，轻而易举地不受处罚。在司法实践中，侦查机关更是充分利用刑法的这个规定，动员行贿人检举揭发受贿人而使行贿人不受刑事处罚甚至不予起诉。其结果，贿赂犯罪在现实生活中越演越烈。而行贿的盛行在很大程度上助长和促进了受贿罪的发生，使受贿犯罪成为一种无法治愈的社会顽症。因此建议，对于情节特别严重的行贿罪，即使行贿人在被追诉前主动交待行贿行为，也只能从轻处罚；如果没有重大立功表现，就不应当减轻处罚，更不能免除处罚。张智辉：《国际经济交往中的腐败犯罪——兼论贿赂犯罪的立法完善》，载陈明华、郎胜、吴振兴主编：《刑法热点问题与西部地区犯罪研究》，中国政法大学出版社2003年版，第1449页。而另一种观点认为，应当设立案发前主动如实交待贿赂事实就不追究刑事责任的规定，可以置贿赂者于囚徒困境，便会形成如下局面：受贿人担心行贿人在案发前主动如实交待行贿事实而不敢受贿；行贿人担心受贿人不接受贿赂致使自己成为犯罪人而不敢行贿；行贿人在行贿后担心受贿人依法处理贿赂财物致使自己承担刑事责任而主动交待行贿事实。双方为了自己的利益而形成了相互不信任的局面。一方面，受贿人不敢受贿，行贿人不敢行贿，于是可以在很大程度上遏制贿赂犯罪；另一方面，已经发生的贿赂案件，因为行贿人勇于主动交待，便使得贿赂暗数大大降低，贿赂受刑事责任追究的概率相应提高，从而有利于实现对贿赂犯罪的一般预防。参见张明楷：《置贿赂者于囚徒困境》，载《法学家茶座》，山东人民出版社2004年版，第12~14页。

这两种观点都有一定的道理，也都能自圆其说，但其预想的结论在实践中的效果如何却不得而知。抛开理论上的纷争，从国际公约的规定以及大多数国家的立法实践来看，对行贿罪与受贿罪一视同仁是较为普遍的做法。第二种观点忽视了主动行贿行为对贿赂犯罪的动因作用和本源性。把惩治贿赂犯罪的希望寄托于行贿者与受贿者内部系统的消耗与瓦解，显得有些天真，正如自然科学史上“永动机”的创意一样。同时，这种做法类似于鼓励告奸，而鼓励告奸早就被历史证明是恶法时代的工具，它会造成人人自危的恐慌

状态，破坏和谐社会赖以存在的信任关系，在取得对犯罪暂时的控制时，却造成了道德的长久沦丧。因此，笔者基本赞同第一种观点，对于情节特别严重的行贿罪，即使行贿人在被追诉前主动交待行贿行为，也只能从轻处罚，如果没有重大立功表现，就不应当减轻处罚，更不能免除处罚。

三、刑事责任方面的完善

(一)取消贿赂犯罪的死刑规定

在全球性的废除死刑运动中，我国基于目前的国情，还保留着对严重刑事犯罪适用死刑的权力。贿赂犯罪在我国反腐败形势日益严峻的情况下，被视为最严重的刑事犯罪之一，因此死刑在我国对受贿罪的刑罚措施中出现，可以说是具有某种程度的必然性。而《公民权利和政治权利国际公约》(我国已于1998年10月5日签署了该公约)第6条第1款明确规定：“人人有固有的生命权。这个权利应受法律保护。不得任意剥夺任何人的生命。”该条第2款规定：“在未废除死刑的国家，判处死刑只能是作为对最严重的罪行的惩罚……”该条第6款规定：“本公约的任何缔约国不得援引本条的任何部分来推迟或阻止死刑的废除。”由于《公民权利和政治权利国际公约》对最严重的罪行未予明确解释，为防止一些缔约国规避这一规定，联合国经社理事会曾特意在有关文件中敦促各国只能对严重危及人身的犯罪适用死刑。

贿赂犯罪显然不是严重危及人身的犯罪。虽然《联合国打击跨国有组织犯罪公约》和《联合国反腐败公约》没有明确禁止对贿赂犯罪适用死刑，但作为统一的国际法体系的组成部分，在对待死刑的问题上应该与《公民权利和政治权利国际公约》的宗旨相一致，即对待贿赂犯罪不适用死刑。除此之外，从贿赂犯罪的发生机理来看，贿赂犯罪的发生不仅与行为人对不当利益的贪婪追求和对国家、社会公共利益的极端漠视有关，而且与国家政策上的失误、经济管理上的混乱、社会监督的缺乏以及刑事法网的粗疏等均有密切关系。死刑对于职务犯罪的防治，不仅没有直接和明显的影响，相反，因对职务犯罪行为人为人严惩的过分强调和依赖，而忽略了国家在制度设计和监督管理中的疏漏和失误这一导致职务犯罪发生的根本原因，致使职务犯罪屡禁不止，甚至愈演愈烈。从刑罚配置的正当性要求来看，死刑只有在适用于与死刑所剥夺的权益相似的犯罪时，才具有合理性和正当性。而贿赂犯罪侵犯的价值显然不能与人的生命权等量齐观。从对贿赂犯罪适用死刑的实际效果来看，适用死刑并未减少贿赂犯罪的发生，而对贿赂犯罪严格控制死刑，民众对此也能接受。参见王作富、田宏杰：《中国职务犯罪死刑立法思考》，载赵秉志主编：《刑法评论》(第3卷)，法律出版社2004年版，第96~98页。鉴于贿赂犯罪死刑立法的上述弊端，借鉴国外惩治贿赂犯罪的有益经验，我们主张，对贿赂犯罪应当废除死刑。

(二)增加贿赂犯罪的资格刑、罚金刑

《联合国反腐败公约》要求，各缔约国均应当在符合本国法律制度基本原则的范围内，根据犯罪的严重性考虑建立程序，据以通过法院令或者任何其他适当手段，取消被判定实施了根据本公约确立的犯罪的人在本国法律确定的一段期限内担任下列职务的资格：(1)公职；(2)完全国有或者部分国有的企业中的职务。我国刑法总则规定剥夺政治权利与此类似。刑法第54条规定：“剥夺政治权利是剥夺下列权利：(一)选举权和被选举权；(二)言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；(三)担任国家机关职务的权利；(四)担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。”第56条规定，对于危害国家安全的犯罪分子应当附加剥夺政治权利；对于故意杀人、强奸、放火、爆炸、投毒、抢劫等严重破坏社会秩序的犯罪分子，可以附加剥夺政治权利。可见在总则性的规定上，贿赂犯罪并不是应当附加剥夺政治权利的犯罪类型。从分则的规定来看，除了对于被判处死刑、无期徒刑的贿赂犯罪分子应当剥夺政治权利终身之外，其他的量刑幅度中并无剥夺政治权利的规定。

《国家公务员暂行条例》规定，公务员有行贿、受贿行为的，应当受到行政处分，但并未规定在一定期限内的任职限制。《法官法》和《检察官法》也是类似的规定。只有公司法第57条规定：“有下列情形之一的，不得担任公司的董事、监事、经理……(二)因犯有贪污、贿赂、侵占财产、挪用财产罪或者破坏社会经济秩序罪，被判处刑罚，执行期满未逾五年，或者因犯罪被剥夺政治权利，执行期满未逾五年……”但这些规定并非刑罚措施，缺少应有的强制性和严厉性。

贿赂犯罪与职务行使的密切关联性决定了对贿赂者剥夺在一定期限担任某种职务是对贿赂者针对性最强的刑罚措施，同时也剥夺了其再犯的能力。因此，应当在各种形式的受贿罪的刑罚措施中增加剥夺一定期限任职的资格的相关内容。

新刑法加强了罚金刑的运用，这表明罚金刑的生命力依然旺盛。罚金刑在贿赂犯罪中仅仅适用于单位受贿罪与单位行贿罪，没有针对自然人。性质比罚金刑严厉的没收财产刑运用的情况恰恰相反，适用于自然人贿赂犯罪，而不针对单位贿赂犯罪。笔者注意到，刑法规定没收财产刑只在自然人贿赂犯罪情节严重的情况下使用。没收财产刑作为一种财产刑，惩罚的力度显然超过罚金刑，将其作为严重贿赂犯罪的刑罚，自然体现了

罪刑相适应的原则。但是,没收财产刑亦有其固有的缺陷。这种缺陷主要表现为其不具有可缩性。因而犯罪人不可能因可能具有的行刑宽恕性条件而受到减免没收财产的执行,又不可能根据犯罪人的悔改表现而以减小没收的份额的方式对之予以鼓励……从而难以体现行刑的宽恕性或奖赏性与行刑的适度性相统一的行刑理性规定。邱兴隆著:《刑罚理性评论——刑罚的正当性反思》,中国政法大学出版社1999年版,第175页。另一方面,从量刑的角度而言,没收财产刑因其本身的严厉性会使量刑出现财产刑真空,即对情节不是那么严重的贿赂犯罪只能适用自由刑。因此可考虑将罚金刑引入贿赂犯罪的刑罚体系,尤其针对自然人贿赂犯罪。罚金刑在刑法典中主要是设置于经济犯罪或贪利性犯罪中,相当部分的行贿犯罪是为了谋取经济利益,而大多数受贿人也是出于贪欲而收受贿赂的。因此,对贿赂者适用罚金刑无疑也是较有针对性的惩罚措施。

(三)扩大没收财产的范围

以《联合国反腐败公约》为例,该公约要求各缔约国均应当在本国法律制度的范围内尽最大可能采取必要的措施,以便能够没收……该公约所规定的没收措施,主要可以分为直接没收与间接没收两种类型。直接没收包括三种情形的没收:第一,犯罪所得没收;第二,犯罪价值没收,即没收“价值与这种所得相当的财产”,在犯罪所得赃物灭失或者无法追查的情况下,没收价值相当于非法收益的合法财产;第三,犯罪工具没收,即“用于或拟用于根据本公约确立的犯罪的财产、设备或者其他工具”。间接没收也分为三种情形:第一,替代物没收,即“如果这类犯罪所得已经部分或者全部转变或者转化为其他财产,则应当以这类财产代替原犯罪所得”;第二,混合物没收,即“如果这类犯罪所得已经与从合法来源获得的财产相混合,则应当在不影响冻结权或者扣押权的情况下没收这类财产,没收价值最高可以达到混合于其中的犯罪所得的估计价值”;第三,利益没收,即“来自这类犯罪所得、来自这类犯罪所得转变或者转化而成的财产或者来自已经与这类犯罪所得相混合的财产的收入或者其他利益”。

从没收制度的程序性内容分析,该公约倡导对没收财产实行“举证责任倒置”,即“缔约国可以考虑要求有罪犯证明这类所指称的犯罪所得或者其他应当予以没收财产的合法来源,但是此种要求应当符合其本国法律的基本原则以及司法程序和其他程序的性质。”在这里应当指出的是,举证责任倒置不是一项义务性的规范,而是一项授权性规范。

我国刑法规定的强制性没收措施,可以分为刑罚性质的没收财产和非刑罚性质的特别没收措施。作为附加刑的没收财产,我国刑法第59条规定,没收财产是没收犯罪分子个人所有财产的一部或者全部。该条只是规定了没收财产的范围。非刑罚性质的特别没收措施又分为两种:第一,追缴。根据我国刑法第64条的规定,犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴。追缴是指将犯罪所得的财物由司法机关强制追回并上缴国库,相当于国际公约中的犯罪所得没收。第二,没收违禁品和供犯罪所用的本人财物。这类措施针对两种物品:一种是国家法律、法规禁止普通公民持有的物品;另一种是罪犯使用本人所有的合法物品来作为实施犯罪的资本和用具。前者相当于犯罪对象,或者相当于犯罪工具。

具体到贿赂犯罪适用没收财产的规定上,对于受贿罪,个人受贿数额在10万元以上的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑的,可以并处没收财产;情节特别严重的,可以处死刑,并处没收财产。个人受贿数额在5万元以上不满10万元的,处5年以上有期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处无期徒刑,并处没收财产。在其他刑度上,无没收财产的规定。对于行贿罪,情节特别严重的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产。在其他刑度上,也无没收财产的规定。

可见,从总体上看,我国刑法总则中规定的没收措施只限于直接没收措施,不能涵盖国际公约中的间接没收。刑法分则中对贿赂犯罪适用没收措施的情形较少,与国际公约的要求还有一定的差距。在程序性规定上,我国刑法关于没收财产的有关规定不能很好地包容国际公约所倡导的举证责任倒置这一新型的制度。因此,一方面,我们要扩大贿赂犯罪适用没收财产的范围,不能仅限于“处死刑,并处没收财产”或者“处无期徒刑,可以并处没收财产”等。另一方面,我们应当扩大没收财产的范围,间接没收的对象也应当成为被没收的财产。并且在适当的条件下,可以确立对没收措施适用举证责任倒置的原则。我国刑法将巨额财产来源不明罪作为一个单独的罪名规定,可以说在定罪方面已经积累了比较丰富的实行举证责任倒置的司法经验。与此同时,在我国刑法理论上,对于认定该罪的举证责任倒置问题,也进行了比较深入的研讨,具有比较充分的理论准备。需要指出的是,巨额财产来源不明罪中的举证责任倒置是定罪的证明责任,而没收财产的证明责任是适用刑罚的证明责任。

(卢建平系北师大刑科院常务副院长、教授、法学博士、博士生导师,中国法学会刑法学研究会常务理事暨常务副秘书长,国际刑法学协会执行委员、副秘书长暨中国分会秘书长,中国法学会犯罪学研究会副会长;张旭辉系中国人民大学法学院刑法专业博士生。)

更新日期：2006-8-24

阅读次数：588

上篇文章：论网络信用卡诈骗犯罪及其刑事立法

下篇文章：论未成年人犯罪刑事立法的发展与完善

 打印 |  关闭

 TOP

©2005 版权所有：北京师范大学刑事法律科学研究院 京ICP备05071879号