



## 国际贿赂犯罪论纲

### ——兼论《联合国反腐败公约》与中国贿赂犯罪刑法规范

华伟

贿赂犯罪是一种古老的犯罪，它是伴随着人类公共事务管理机构的诞生而出现的。跨国贿赂犯罪在人类历史上亦存在数千年之久，囿于当时人类社会经济、文化、政治、交通的发展水平，这类犯罪与普通的贿赂犯罪相比，并不具有普遍性。

现在我们所称的国际贿赂犯罪，是随着世界经济一体化进程的逐渐加快而突显的一类国际犯罪。

在中文里，“贿”字为“有”从“贝”傍，即“有财”之意；“赂”字为“各”字从“贝”傍，即“各有财”。“贿”与“赂”相连，表示将己之财物分予他人。

“贿赂”一词具有两种词性：一是动词，表示“用财物收买握有某种权力的人”《新华词典》，商务印书馆2001年修订版，第436页。；二是名词，表示用以收买他人的财物。在英文中，贿赂亦有动词与名词之分，动词“bribe”表示“to influence the behaviour or judgment of unfairly or illegally by offering them favours or gifts”（通过给予好处或者礼物，不正当地或者非法地影响他人的行为或者判断）；动词“bribe”和“bribery”则分别表示“something offered or given in bribing”（在行贿中提供或给予的东西）和“the giving or taking of bribes”（给予贿赂或接受贿赂）。Longman Dictionary of Contemporary English, New Edition, World Publishing Corporation. 但从法律意义上考察，无论是中文的“贿赂”还是英文的“bribery”，均是指行贿和受贿两种行为。在中国，立法当局传统上将行贿行为与受贿行为区分开来，在刑法中用不同的条文予以规定；而在国际反腐败法律文件中，通常用一个条文将其规定在一起。

#### 一、国际贿赂犯罪的界定

##### （一）界定国际贿赂犯罪的标准

国际贿赂犯罪，顾名思义，是指跨国性贿赂犯罪，但如何理解跨国性或国际性，其标准是什么，可供选择的的标准基本上是两个：一个是双重违法标准；另一个是异国标准。双重违法标准是指行为人的行贿行为或受贿行为同时违反行为地法和本人国籍国或对方国籍国的刑法规范。“双重违法”是一基础性特征，在一些情形下可能会涉及第三国甚至更多国家的法律。这一标准符合《联合国反腐败公约》第16条的精神。采用这一标准的优点在于，一旦行为人的行为符合该标准，即为适用法律和国际合作如引渡、资产的追回等提供了统一的基础。但这个标准的缺陷在于，首先，各国由于历史、文化、经济等因素的差异，其刑法对贿赂犯罪的立法模式和细节规定都不尽相同。例如在我国，构成受贿罪的一般标准是受贿数额已满5000元人民币。但这一数额标准并非各国通用，有的国家设有数额标准，有的国家并未设数额标准，即使有数额标准的国家，其数额标准也不尽相同，而《联合国反腐败公约》在这一问题上亦未作出具体规定。因此，按某国刑法构成贿赂犯罪的行为，在其他缔约国可能并不是犯罪。在这种情况下，就引发了两个问题：一是对这种行为能不能按照犯罪处罚，即规定构成犯罪的国家能不能处罚他国公民？如果处罚他国公民，是否公平？例如，我国公司、企业的工作人员为谋取不正当利益而向来华的外国公司、企业人员行贿不满5000元

人民币的财物或者提供高额免费旅游。在我国，上述人员的行为均不构成犯罪。但是，如果该外国公司、企业所在国的法律认为这种行为是犯罪，在事后，我国上述公司、企业工作人员前往该外国签订合同时，该外国司法机关能否以贿赂犯罪处罚我国公民？这种处罚是否必要、公平？是否符合对等原则？二是若对此种行为以贿赂犯罪予以处罚，那么其是否属于国际贿赂犯罪？这种行为虽不具备双重违法性，但却明显具有跨国的特征。同时，若在《联合国反腐败公约》缔约国外坚持这一标准，则缺少必要性：一方面，非缔约国不负有该公约所要求的统一将某类行为规定为犯罪的义务；另一方面，单纯依据国内法的刑事管辖权规范即可解决这种问题。

异国标准可详细分为行为地异国标准和行为人异国标准。行为地异国标准是指贿赂犯罪的行为地与行为人的国籍(包括行贿人和受贿人)为不同的国家。不同的国籍是否包括无国籍人，理论上看似简单，通常将其视为外国人，但在实践中还应考虑无国籍人的长期居留地或经常居住地问题。行为人异国标准是指行贿人和受贿人的国籍不属于同一国。这两个标准都能够避免双重违法标准的弊端，但相比较而言，行为地异国标准更为科学。因为行为人异国标准不能妥善解决相同国籍的行为人之间在外国进行贿赂犯罪的问题。例如，同为A国国籍的公司工作人员B向A国另一公司的工作人员C在中国境内行贿，C在中国境内接受了B的贿赂，并为B谋取了不正当利益。如果A国法律和中国刑法均认为其行为是贿赂犯罪，那么其是否属于国际贿赂犯罪？若按行为人异国标准则不属于国际贿赂犯罪，但这种情形显然涉及国际刑事管辖权及适用何国法律的问题。应注意的是，行为地异国标准也并非完美无缺的。行贿和受贿是对向性犯罪，通常情况下，行贿者构成犯罪，受贿者亦构成犯罪。但依一些国家的法律，如中国，在受贿者构成犯罪的情形下，行贿者不一定构成犯罪，因此在受贿人于本国接受外国人的贿赂，而外国人并不构成行贿犯罪的情形下，或在行贿人在本国向外国人行贿未遂的情况下，能否认为其是国际贿赂犯罪，尚存在一定的疑问。这一问题的症结在于，由于这一标准中所涉及的贿赂行为实际上包括两种行为，即行贿和受贿，那么，在判定是否为国际贿赂犯罪时，是否应要求这两种行为均为犯罪。如果要求，则上述情形显然不属于国际贿赂犯罪；如果不要求，则上述情形亦可视为国际贿赂犯罪。笔者认为，不应要求行贿行为和受贿行为同时均为犯罪，只要其中一种行为构成贿赂犯罪即可。因为在上述情形中，同样涉及刑事管辖权和适用法律冲突的问题，涉及国与国的关系问题，所以将该情形视为国际贿赂犯罪较为妥当。

本文主张在确定国际贿赂犯罪的界限时宜采取行为地异国标准。首先，此标准符合保护国家主权的原则。一国在其主权范围内，有权根据本国的政治、经济、文化等特点，从维护本国公民、社会和国家的利益出发，在不违背所承担的国际义务的前提下，确定本国贿赂犯罪的范围和立法模式，以保护本国的利益。其次，此标准符合《联合国反腐败公约》的精神。各缔约国在尊重人权和国际社会公认的司法原则的基础上，根据本国利益的需要，将其他一些缔约国不认为是贿赂犯罪的行为规定为贿赂犯罪，并规定更加严厉的刑罚，并非有害于国际社会的利益。《联合国反腐败公约》并不禁止这种行为。再次，由于各国历史、文化传承和经济等方面不尽相同，因此，想要摒弃这些差异，统一各国刑法关于贿赂犯罪的详细规定，目前在事实上并不可行。求同存异，才是现实的选择。最后，采用这一标准，不会妨害反贿赂犯罪的国际合作。采取行为地异国标准，是建立在遵守《联合国反腐败公约》基础之上的，而该公约在起草时已考虑到各国刑法关于包括贿赂犯罪在内的腐败犯罪具体规定的差异，因此该公约强调各国相关的刑事立法在大的框架下的统一，并在此基础上规定了进行侦查、引渡、资产追回等国际反腐败犯罪司法合作的具体条件。所以，采用此标准，不违反《联合国反腐败公约》，也不会妨害反贿赂犯罪的国际合作。

至此，本文对国际贿赂犯罪所下的定义为，行贿或受贿的行为地与行贿人或受贿人的国籍为两个以上国家的贿赂犯罪。关于无国籍人的问题，在后文详述。

## (二) 国际贿赂犯罪的特征

国际贿赂犯罪是相对于国内贿赂犯罪而存在的一类贿赂犯罪，因此，国际贿赂犯罪的特征即为其与国内贿赂犯罪的本质区别。根据确立的国际贿赂犯罪的标准，本文认为，国际贿赂犯罪的本质特征是这类贿赂犯罪涉及两国以上的法律，正因为如此，才进而涉及国与国之间的关系。这里所谈到的“涉及两国以上的法律”，具体表现为国家之间关于该类犯罪的刑事管辖权冲突和实体法适用的冲突，而国内贿赂犯罪不具备这一特征。也正是基于这一特征，我们才有必要将这类犯罪从一般贿赂犯罪中分离出来，独立研究，加强国际合作，找出预防和惩治这类犯罪的有效途径和方法。

既然“涉及两国以上的法律”是国际贿赂犯罪的本质特征，那么为什么在确定国际贿赂犯罪时不采取双重违法标准呢？这是因为“涉及两国以上的法律”与双重违法标准是两个不同层面上的概念。“涉及两国以上的法律”，是指行贿人或受贿人的行为涉及两个以上国家的法律。这些法律或均认为这一行为构成犯罪；或一国认为构成犯罪，而另一国认为不构成犯罪。事实上，在各国均认为该行为构成贿赂犯罪的情形下，

存在刑事管辖权和适用实体法上的冲突；在一国认为构成贿赂犯罪而另一国不认为构成贿赂犯罪的情形下，亦存在刑事管辖权和适用实体法律的冲突。而双重违法标准排除了上述后种情形下的法律冲突，仅认为在上述前面的情形下存在法律冲突，因而本文认为不宜采用此标准来确定国际贿赂犯罪的范围。

当行贿人、受贿人或行贿对象是无国籍人时，能否成为国际贿赂犯罪，本文认为不能一概而论。在通常情形下，行贿人、受贿人或行贿对象是无国籍人不能引发两国以上之间的法律冲突，因此不应将这种情形视为国际贿赂犯罪。但在某些特殊情形下，例如涉及某些商业利益，则可能引发行为地国与无国籍人的经常居住地、经营场所所在地国之间的法律冲突，在这种情形下，应将其视为国际贿赂犯罪。

### (三) 国际贿赂犯罪的分类

对国际贿赂犯罪进行科学的分类，是系统、有效研究这类犯罪的前提。依据不同的标准，可以将其分为不同的种类。首先，以行为特征为标准，可以将国际贿赂犯罪分为国际行贿犯罪和国际受贿犯罪。其次，以主体身份为标准，可以将其分为公职人员的国际贿赂犯罪和私营部门的国际贿赂犯罪。这两类犯罪由于存在的领域不同，因此其社会危害性的表现形式、程度，以及预防、惩治的途径、方法甚至刑法规范均不同。此种分类有助于科学、深入地研究各类国际贿赂犯罪的特征和成因，为制定科学的相关刑事法律规范和建立完善的预防体系奠定基础。再次，以公职人员的国籍和服务机构为标准，可以将国际贿赂犯罪分为本国公职人员的国际贿赂犯罪、外国公职人员的国际贿赂犯罪和国际公共组织官员的国际贿赂犯罪。这种分类为《联合国反腐败公约》所采纳，而我国目前对此缺乏全面、系统、深入的研究，这也体现了我国目前反国际贿赂犯罪研究与国际上的差距。

## 二、国际贿赂犯罪与《联合国反腐败公约》和中国现行刑法规范

### (一) 对本国公职人员的国际贿赂犯罪

对本国公职人员的国际贿赂犯罪包括三种情况：第一种是外国公民或实体或在外国有惯常居所的无国籍人在本国境内对本国公职人员行贿和本国公职人员接受这种贿赂；第二种是外国公民或实体在外国对本国公职人员行贿和本国公职人员接受这种贿赂；第三种是本国公民或在外国有惯常居所的无国籍人或实体在外国向本国公职人员行贿和本国公职人员接受这种贿赂。

通过对我国现行刑事法律规范的考察，可以发现我国刑法对涉及国家公职人员的贿赂犯罪的规定比较系统、完整、严密，基本上可以解决对本国公职人员的国际贿赂犯罪问题。与《联合国反腐败公约》相比，我国刑法对这方面的规定更加细致。《联合国反腐败公约》的表述方式相对我国刑法的有关规定来讲，更加简洁、有效、全面。公约在第15条中仅用了两款即将这种犯罪加以概括。其第15条A项将行贿公职人员的犯罪规定为：“The promise, offering or giving, to a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties”（直接或者间接向公职人员许诺、提议或者实际给予该公职人员本人或者其他人员或者实体以不正当利益，以使该公职人员在执行其公务时作为或者不作为）。其第15条B款对公职人员受贿犯罪的表述是：“The solicitation or acceptance by a public official, directly or indirectly, of an undue advantage, for the official himself or herself or another person or entity, in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties”（公职人员以在执行其公务时作为或者不作为为条件，直接或者间接地为其本人或者其他人员或者实体索取或者接受不正当利益）。

我国作为《联合国反腐败公约》的缔约国，其刑法的有关规定与公约相关规定相比，关键性的缺陷在于对贿赂的理解不同。我国刑法从第385条至第393条，均将贿赂定义为“财物”或“回扣、手续费”。在我国的司法实践中，回扣、手续费几乎等同于金钱，亦未超出财物的范围。而在《联合国反腐败公约》中，贿赂被定义为“undue advantage”，即“不正当利益”，或译为“不应得的好处”，其内涵和外延显然不同于财物。这一定义的主要优点在于：第一，其突出强调贿赂的性质是不正当的或不应得的，与公职人员的合法所得划清了界限，而我国刑法将贿赂定义为财物的表述方式是未明示这种财物的性质。第二，其强调贿赂是一种利益或者好处，其外延要明显大于财物，更加科学、合理。我国刑法学界长期以来在此问题上聚讼不休，现在我国已成为《联合国反腐败公约》的缔约国，因此负有修改贿赂定义的国际义务。此举不仅将有助于深化我国刑法理论界在贿赂犯罪方面的研究；而且有助于解决长期困扰着司法实践的一些问题，完善我国刑事法制，以更加全面、有效地打击和遏制贿赂犯罪。

或许有人会提出，《联合国反腐败公约》所称的“公职人员”与我国刑法中的“国家工作人员”有所不同，我国亦应根据公约中的规定，修订我国刑法中国家工作人员的范围，本文对此持不同的看法。诚然，《联合国反腐败公约》第2条第1款A项第1目关于公职人员的定义与我国刑法第93条的规定不尽相同，但其

第2目则支持我国刑法第93条第2款的规定,《联合国反腐败公约》第2条第1款A项第2目的规定是:“any other person who performs a public function,including for a public agency or public enterprise,or provides a public service,as defined in the domestic law of the state Party and as applied in the pertinent area of law of that State Party。”

其第3目“any other person defined as a public official in the domestic law of a State Party”(任何依照缔约国国内法定义为公职人员的人)的规定,则明显承认各缔约国根据本国的实际情况对国家公职人员的范围所作出的规定。因此,我国刑法第93条的规定完全符合《联合国反腐败公约》第2条第1款A项的要求。

## (二)对外国公职人员和国际公共组织官员的国际贿赂犯罪

此类国际贿赂犯罪有两种情况:一是国内公民或者在国内有惯常居所的无国籍人或实体在国内或者国外对外国公职人员、国际公共组织官员行贿和上述人员接受这种贿赂;二是外国公民或实体在国内对上述人员行贿和上述人员接受这种贿赂。

我国刑法在此方面的规定尚属空白,依现有的刑法规定,不能将此类国际贿赂犯罪定罪。相比较而言,

《联合国反腐败公约》在此方面的规定较为系统、全面。该公约第16条第2款建议将下列外国公职人员和国际公共组织官员受贿的行为定义为犯罪:“Each State Party shall consider adopting such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence,when committed intentionally,the solicitation or acceptance by a foreign public official or an official of a public international organization,directly or indirectly,of an undue advantage,for the official himself or herself or another person or entity,in order that the official act or refrain from acting in the exercise of his or her official duties”(各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施,将下述故意实施的行为规定为犯罪:外国公职人员或者国际公共组织官员直接或间接为其本人或者其他人员或实体索取或者收受不正当好处,以作为其在执行公务时作为或者不作的条件)。

本文认为,《联合国反腐败公约》要求各缔约国将外国公职人员和国际公共组织官员的受贿行为规定为犯罪,是非常必要的。第一,这类受贿犯罪看似与本国无关,但在实质上却危害着国际公共关系和国际公共利益。在国际经济一体化进程中,各国之间在政治、经济、文化、外交等方面的交往不断扩大、加深,因此腐败犯罪的不良影响也在扩大,这不仅会危害本国,而且还会危害其他国家的利益。第二,这类犯罪因具有强烈的跨国特征,仅靠一国难以遏制、预防和惩治,特别需要各国之间的合作。例如,中国官员在外国接受外国人的贿赂,单靠中国刑法,虽可以解决中国官员的刑事责任问题,但若无外国政府的协助,则很难解决该外国人的刑事责任问题,更谈不上有效遏制和预防这类犯罪的问题。不幸的是,现在外国政府在中国就面临着这样一种局面,中国刑法不认为中国公民或实体向外国公职人员或国际公共组织官员行贿是犯罪,因而得不到中国政府的司法合作。第三,个别国家从狭隘的本国利益观出发,认为将上述行为不规定为犯罪对本国有益,这种观点是错误的。因为随着一国经济、政治的发展,其最终必将为这一问题所困扰,在其未改变相关法律之前,必将受到国际社会的责难。

《联合国反腐败公约》并未将所有向外国公职人员和国际公共组织官员行贿的行为均列为犯罪,而只是将这种犯罪局限在商务领域。该公约第16条第1款规定:“Each State Party shall adopt such legislative and other measures as may be necessary to establish as a criminal offence,when committed intentionally,the promise,offering or giving to a foreign public official or an official of a public international organization,directly or indirectly,of an undue advantage,for the official himself or herself or another person or entity,in order that the official act or refrain from acting in exercise of his or her official duties,in order to obtain or retain business or other undue advantage in relation to the conduct of international business”(各缔约国均应当采取必要的立法和其他措施,将下述故意实施的行为规定为犯罪:直接或间接向外国公职人员或者国际公共组织官员许诺给予、提议给予或者实际给予该公职人员本人或者其他人员或实体不正当好处,以使该公职人员或者该官员在执行公务时作为或者不作为,从而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)。

《联合国反腐败公约》对此作出这种限制的意义在于:首先,将这类行贿行为与向外国公职人员、国际公共组织官员行贿以获取国家秘密或其他秘密,从而危害一国国家安全或国际安全的行为区分开来,只有这样,才能真正实现国际间的反贿赂犯罪合作。其次,在以往的实践中,这类犯罪多发生于商业领域,且往

往涉及数国的商业利益。为维护公平的国际贸易秩序，促进各国经济的发展，亦有必要将此类贿赂行为规定为犯罪。当然，《联合国反腐败公约》对向外国公职人员或国际公共组织官员行贿的行为作出这样的规定无疑是稳妥的，与我国刑法规定相比，还具有积极进取的优点。但不可否认的是，这种规定过于保守。事实上，向外国人公职人员和国际公共组织官员行贿并不局限于商业领域，只不过在当今的世界经济环境中，为商业利益而行贿的上述人员会涉及更多的国家而已。然而这一特征并不能否定在其他领域贿赂上述人员的社会危害性及其所形成的潜在的社会影响，因此，在遵守公约所设定的国际义务的前提下，还应允许各国根据自己的实际情况，将发生在其他领域的这类行为规定为犯罪。

### （三）私营部门的国际贿赂犯罪

私营部门的国际贿赂犯罪，根据贿赂行为地的不同，可以分为在本国境内的和在本国境外的私营部门国际贿赂犯罪两种情形。第一种情形具体表现为：本国公民、实体或无国籍人向外国私营部门领导或者工作人员行贿和外国私营部门领导或者工作人员接受这种贿赂；外国公民、实体或者在外国具有惯常居所的无国籍人向外国私营部门领导或者工作人员行贿和上述人员接受这种贿赂；外国公民、实体或者在外国有惯常居所的无国籍人向本国私营部门领导或工作人员行贿和上述人员接受这种贿赂。第二种情形具体表现为：本国公民、实体或在本国有惯常居所的无国籍人向本国私营部门领导或者工作人员行贿和上述人员接受这种贿赂；本国公民、实体或在本国有惯常居所的无国籍人向外国私营部门领导或者工作人员行贿和上述人员接受这种贿赂；外国公民、实体或者在外国具有惯常居所的无国籍人向本国私营部门领导或者工作人员行贿和上述人员接受这种贿赂。

我国刑法对私营部门的贿赂犯罪规定在第163条和第164条，即公司、企业人员受贿罪和对公司、企业人员行贿罪。这两条规定相对于《联合国反腐败公约》的规定而言，存在着较大的缺陷。公约第21条第1款规定：“The promise, offering or giving, directly or indirectly, of an undue advantage to any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting”（直接或间接向以任何身份领导私营部门实体或者为该实体工作的任何人许诺给予、提议给予或者实际给予该人本人或者他人不正当好处，以使该人违背职责作为或者不作为）。

与《联合国反腐败公约》上述规定相对比，我国刑法第164条的主要缺陷在于：第一，我国刑法将对私营部门行贿的犯罪对象仅限于公司、企业的工作人员，换言之，对公司、企业以外的其他私营部门工作人员行贿，不构成犯罪。这样规定的弊端在我国的司法实践中早已彰显出来，而且这类行为的范围和危害也在不断增长。第二，我国刑法第164条将对私营部门行贿的犯罪的主观方面仅限于直接故意，并且须具有谋取不正当利益的目的。《联合国反腐败公约》的相关规定并无此要求，其认为行为人向私营部门行贿的目的是使该工作人员违背职责作为或不作为，这样的规定更为科学。因为贿赂私营部门人员的本质和危害就在于私营部门领导或工作人员对自己职责相违背。第三，将贿赂定义为“财物”。

《联合国反腐败公约》第21条第2款将私营部门领导或工作人员受贿犯罪表述为：“The solicitation or acceptance, directly or indirectly, of an undue advantage by any person who directs or works, in any capacity, for a private sector entity, for the person himself or herself or for another person, in order that he or she, in breach of his or her duties, act or refrain from acting”（以任何身份领导私营部门实体或者为该实体工作的任何人为其本人或者他人直接或间接索取或者收受不正当好处，以作为其违背职责作为或者不作为的条件）。我国刑法第163条与《联合国反腐败公约》的上述规定相比，主要缺陷在于：第一，将犯罪主体仅局限于私营公司和企业工作人员的范围；第二，将贿赂仍是定义为“财物”，与司法实践严重脱节。

综上所述，国际贿赂犯罪是一类较新的贿赂犯罪类型，现在我国正值经济高速发展的时期，对外交往不断增加，为保证我国经济建设的正常、稳定发展，进一步扩大对外合作与交流，提高我国在国际社会中的地位 and 作用，对国际贿赂犯罪进行系统、全面的研究已为我国刑事法制建设的当务之急。

（作者系西北政法大学教师）

