

论贿赂犯罪的贿赂“范围”

高铭暄 张 慧

(北京师范大学刑事法律科学研究院 北京 100875)

内容提要:贿赂犯罪贿赂范围的界定直接影响贿赂行为的刑法规制范围,对于确定犯罪圈的大小、区分罪与非罪意义重大。我国《刑法》规定贿赂的范围为“财物”,此规定由于其狭窄而备受质问。扩大贿赂犯罪的范围已成共识,但是,对于扩大到怎样的程度,见仁见智。我们认为,从当前我国国情和司法实践的角度出发,贿赂犯罪的贿赂范围只应扩大到包括“财产性利益”,非财产性利益,包括所谓的“性贿赂”,不宜纳入到贿赂范围中来。

关键词:贿赂范围 财产性利益 性贿赂

腐败犯罪在当前比较多发,这不仅损害了政府的廉洁形象,也造成了政府公信力的降低,危害严重。打击腐败是当前的一大要务。我国一直致力于对腐败犯罪的打击,当前腐败现象呈现出落马贪官级别高、涉案金额大、“群蛀”现象及“裙带”现象严重等特点,我国反腐工作已经进入“深水区”,腐败犯罪的惩治任重道远。贿赂犯罪是腐败犯罪的主要表现形式。随着社会的多元化发展,贿赂犯罪的形式也日渐多样化。

贿赂范围直接决定着—个国家或地区贿赂犯罪犯罪圈的大小,反映—个国家或地区打击贿赂犯罪的范围和力度,贿赂范围的规范,对于区分罪与非罪有重要的意义。但是当前我国

《刑法》中规定的贿赂犯罪因其范围较窄而备受质问,扩大贿赂犯罪范围的呼声较高。

一、贿赂犯罪范围的立法溯源与现状

贿赂犯罪,在我国古已有之。最早可以追溯到夏朝刑律中的“墨”——收受别人的贿赂。后来,《汉书·刑法志》载:“……及吏坐受赇枉法,守县官财物而即盗之……”。这里的“赇”是指财物。新中国成立前,各革命根据地纷纷制定规章条例打击贪腐行为。《晋冀鲁豫边区惩治贪污条例》将贿赂的范围限制为“财物”。^①建国后,1952年的《惩治贪污条例》中,贿赂犯罪的范围仍限定为“财物”,我国1979年《刑法》第185条采用模糊的方式,将受贿罪的罪状表述为“国家工作人员利用职务上的便利,收

作者简介:高铭暄(1928—),男,汉族,浙江玉环人,北京师范大学刑事法律科学研究院名誉院长、特聘教授、博士生导师,中国人民大学荣誉一级教授暨法学院教授、博士生导师,中国刑法学研究会名誉会长,国际刑法学协会名誉副主席暨中国分会名誉主席。

张 慧(1986—),女,汉族,山东潍坊人,北京师范大学刑事法律科学研究院博士研究生。

^① 肖青:《受贿罪的定罪与量刑》,人民法院出版社2000年版,第88页。

受贿赂”,但紧跟着写明“赃款、赃物没收,公款、公物归还”,说明贿赂的范围是“款”、“物”,也就等于是“财物”。在1988年《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中,贿赂的范围仍确定为“财物”,但是将经济受贿条款纳入其中,即将经济往来中违法收取的“回扣”、“手续费”纳入贿赂的范围。^②1997年《刑法》修订中,虽然对贿赂犯罪的范围进行了广泛的讨论,“财产性利益”的呼声较高,但是为了防止因为界定面过宽所导致的打击面过大,^③1997年《刑法》第385条最终还是将贿赂的范围限制为“财物”。1997年《刑法》经过8次修正,但该条文仍未改动。

二、当前贿赂犯罪的贿赂范围之辩

(一)关于贿赂外延的不同观点

刑法理论界关于贿赂犯罪的贿赂范围,争论比较激烈。对于贿赂外延的界定,主要有财物说、财产性利益说、利益说、财产性利益和部分非财产性利益说。财物说认为,贿赂犯罪的范围就只能限定为财物,不包括其他物质性利益和非物质性利益。持此观点的论者认为,从语义学来看,“财”是指金钱,“物”是指物品。我国自古就将贿赂范围限制在财物。根据罪刑法定原则,贿赂的范围必须稳定地限制为财物,这样才能有效反映“权钱交易”的特征,且财物便于量化,利于司法实践。财产性利益说,是将财物说加以扩大,贿赂的范围不仅仅局限在财物,还包括财产性利益,这里的财产性利益实质是可以直接用货币计算的利益。财产性利益实质上与财产没有差别,或者说其是当前经济条件下财物的延伸,可以纳入受贿的范围。利益说是最广泛的贿赂范围学说,利益说实质是从应然的角度分析问题,将所有好处都纳入到受贿的范围中来,不仅包括财物、财产性利益,还包括非财产性利益。财产性利益和部分非财产

性利益说,是财产性利益说和利益说的折中观点,该观点将以财产性利益为基础,并将有限的非财产性利益,例如某些资格、荣誉、“性贿赂”等纳入到贿赂的范围中来。

(二)扩大贿赂范围的观点之争

当前,扩大贿赂的范围已成为学界共识,但是对于扩大到怎样的程度,学者们见仁见智。

1. 一步到位——将贿赂范围界定为“任何好处”。

持此观点的学者站在应然的角度分析问题,认为应该将贿赂的范围扩大到“任何好处”,即采用利益说的观点。其理由是:

首先,贿赂犯罪的本质决定了贿赂范围。贿赂犯罪本质是制度缺失下的权力寻租,以权谋私,只要符合权力寻租的行为都可以认为是受贿行为,贿赂的范围应该扩大到“任何好处”。“任何可以满足人需要的东西,都可以用来收买公职人员。所以任何可以满足人的需要的东西,都可以作为贿赂。”^④反过来,贿赂犯罪的贿赂范围并不会对贿赂犯罪的本质产生影响,也就是说,将“任何好处”作为贿赂并没有影响贿赂犯罪以权谋私的本质。

其次,这是域外经验的借鉴和加入国际反腐公约的要求。域外不少国家在贿赂犯罪的贿赂范围上与我国做法不同,采用的是广义上的贿赂范围。《德国刑法典》中将公职人员在履职过程中“索取、接受他人允诺或收受他人利益的”,认定为受贿罪。美国将受贿范围认定为“任何有价之物”。日本的刑事立法将受贿的范围界定为“贿赂”这一模糊的概念,但是在司法实践中任何利益都可以作为贿赂范围。在国际反腐公约中,贿赂的范围是“任何好处”。我国只有将国内的贿赂范围调整与其一致,才能符合国际反腐公约的要求,实现与国际的无障碍接轨,在国际反腐合作中掌握主动。^⑤

② 高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第607页。

③ 曹坚、吴允峰:《反贪侦查中案件认定的疑难问题》,中国检察出版社2010年版,第132页。

④ 张明楷:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第631页。

⑤ 阮传胜:《论我国贪污贿赂的立法对联合国反腐败公约的应对——以国际刑法的国内化为视角》,载《河北法学》2006年第4期。

2. 跳跃前进——将贿赂范围确定为“财产性利益和部分非财产性利益”。

持此观点的论者实质上是将贿赂的范围主要认定为财产性利益,以此为基础,只是在有限的范围内承认某些非财产性利益的贿赂性质,例如信息、升职、学位、著作权、荣誉或者某些资格等,这些在实践中多用来充当贿赂的非财产性利益可在一定范围内认定为是贿赂,并相应地设立“非财物贿赂罪”。^⑥从我国的国情和司法实践出发,持此观点的论者不赞成将贿赂范围扩大到任何“不正当好处”。如果将“所有的好处”均认定为贿赂,在司法实践中就会存在操作难的问题。

3. 循序渐进——将贿赂范围界定为包括“财产性利益”。

持此观点的论者基于刑法谦抑性的考虑,认为不能将伦理规范任意地上升为刑法规定,贿赂的范围是“财物”。这里的财物,不仅仅是指金钱和物品,还应该包括财产性利益。^⑦

笔者赞成第三种观点,补充理由是:

首先,贿赂犯罪的贿赂范围需要调整。但是,这种调整需要充分考虑刑法的规制范围,如果刑法的规制范围过窄,就有可能放纵犯罪,刑法的后盾法、保障法功能难以实现,如果刑法的规制范围过宽,“大刑法”观念盛行,就有可能打击面过宽,过多地侵犯民众的生活。将贿赂认定为包括财产性利益,能够有效地适应当前的反腐形势与反腐需要,既可以实践刑法的后盾法、保障法功能,又可以避免刑法对私生活的过多干预。

其次,将贿赂认定为包括财产性利益,能够量化,易于司法操作。我国现行《刑法》第386条规定,“对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及情节,依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。”贿赂犯罪的定罪量刑,需要

贿赂金额的量化,基于此,应该将贿赂的范围界定为包括能够量化的财产性利益。

第三,将贿赂认定为包括财产性利益,也有利于确保我国反腐体系、架构、机制的基本稳定,并且在一定程度上严密了我国的刑事法网,“有效区分刑事犯罪与一般违法违纪行为之间的界限,突出刑事打击重点,有利于确保贿赂范围的立法修改并最终在司法中落到实处”。^⑧

三、完善我国贿赂犯罪范围的实践图景

(一) 贿赂犯罪范围完善的必要性决定于以下实际要求

1. 贿赂形式多样性的要求

随着社会的多样性发展,贪污腐败犯罪的犯罪方式日益多样性,新型腐败多发,贿赂的内容也有所变化,形式日渐多样性。例如会员卡、会所腐败问题,会所腐败由于其隐蔽性和高档性,成为贪官们追求奢侈享受的新投好;近来官员写书也成为某些官员隐蔽的腐败通道,著作权腐败、出书成本腐败和高价卖书腐败,值得关注;房爷、房叔、房婶的出现,引发了大家对“房腐”、“证腐”、“号腐”等方面的腐败问题的关注。此外,还存在着舌尖上的腐败问题、针对性强的期权兑现腐败等问题,这给刑事立法与司法提出了不小的挑战,如何治理新型的贿赂犯罪是值得考虑的问题。

2. 履行国际公约义务的要求

《联合国反腐败公约》是全面指导国际反腐败斗争的全球性文件。我国全国人大常委会于2005年10月27日表决通过关于批准《公约》的决定。在《联合国反腐败公约》中,受贿的范围不限于财物,而是“不正当好处”。2013年5月30日,出席《联合国反腐败公约》实施情况审议组会议的中国代表团证实,审议组会议抽签确定,对中国实施公约第三章(定罪和执法)和第四章(国际合作)的情况进行审议,这

⑥ 《性贿赂应入籍刑法》,载《检察日报》2001年3月9日。

⑦ 1997年《刑法》修订研究过程中,就有人主张,法条中不宜明确规定为“财产性利益”,因为“财物”实际上包含了“财产性利益”,其具体的含义可以通过司法解释加以解决。参见高铭暄、赵秉志主编:《新中国刑法立法文献资料总览》(下),中国人民公安大学出版社1998年版,第2147页。

⑧ 赵秉志主编:《贪污贿赂犯罪的惩治与预防》,中国人民公安大学出版社2010年版,第185页。

就对我国贿赂犯罪范围的调整提出了要求。完善贿赂犯罪的范围,不仅是打击国内新型贿赂犯罪的要求,也是在国际协作中掌握主动权的必然选择。但是国际公约的适用,要在我国国情的基础上转化成国内法的形式,而不是生搬硬套。不考虑我国国情的拿来主义的作法,恐怕是不可取的。贝卡里亚在其《论犯罪与刑罚》一书中曾指出,“刑罚的规模应该同该国的情况相适应”。^⑨ 贿赂的范围决定着我国贿赂犯罪犯罪圈的大小和罪与非罪的界限,可以说,贿赂范围的界定对于贿赂犯罪的刑罚规模有着十分重要的意义。出于刑法国际化和与国际接轨的考量,我们需要对我国贿赂犯罪的贿赂范围进行调整,但是,必须从本国国情出发。

3. 刑法中规定的贿赂范围——“财物”有待明确解释的要求

我国《刑法》中规定的贿赂范围——财物,是仅指金钱和物品,抑或也包括财产性利益?刑法学界有不同的解读,亟需有权机关做出明确的解释。1993年9月2日八届全国人大常委会通过的《中华人民共和国反不正当竞争法》第8条曾规定:“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品”。说明该法认为贿赂不仅指财物,还包括其他手段。但何谓“其他手段”,并没有进一步阐明,况且该法生效在1997年《刑法》之前,而1997年《刑法》并未采用“其他手段”的规定。这就更需要对“财物”这个贿赂范围作出明确解释。这既是刑法学界广大学者的要求,更是刑事司法工作人员办案的要求。

(二) 司法解释已将贿赂范围认定为包括财产性利益

虽然我国现行《刑法》规定贪污贿赂犯罪的对象的范围是“财物”,但是相关的司法解释已将贿赂犯罪的对象范围扩大。2007年7月8日“两高”公布的《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》,针对关于以交易形式

收受贿赂问题、关于收受干股问题、关于以开办公司等合作投资名义收受贿赂问题、关于以委托请托人投资证券、期货或者其他委托理财的名义收受贿赂问题、关于以赌博形式收受贿赂的认定问题、关于收受贿赂物品未办理权属变更问题等新型贿赂犯罪做了规定,这实质上将贿赂的范围扩大,不仅包括金钱和可以用金钱计算的物品,还包括其他财产性利益。2008年11月20日“两高”又发布《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》,同样将“贿赂”范围扩大,除了金钱与财物外,还包括一些可以用货币来衡量的财产性利益。

以上说明,司法实践中实务部门已经将贿赂的范围扩大至“财产性利益”。举例示之:

案例一:被告人黄某,原系某区街道办事处副主任,向某房地产公司总经理杨某索要100万元以回报他为该公司在征地拆迁过程中所做的关照。为了掩饰受贿行为,黄某将两幅画以100万元的价格卖与杨某,并指使其妻与杨某签订买卖合同。后经物价局鉴定,此两幅画价值不过3000元。法院以受贿罪判处黄某有期徒刑10年6个月。

案例二:被告人马某,原系某区副区长,在任职期间,多次与当地一些商人赴澳门赌博,在赌场上与他们“拼赌”,赌资由商人们出,输了由商人们买单,赢了便“分红”,马某坐享其成。马某因为参赌拼赌赢得赌资折合人民币200余万元,法院以受贿罪判处其无期徒刑。^⑩

在上述两个案例中,犯罪人的受贿范围实质上已经扩大到“财产性利益”,而限于严格意义上的财物。

“财物以外的财产性利益,虽然不是财物,但是与财物并没有本质上的差别”,“索取或收受财产性利益,完全可以用金钱评估”。^⑪ 因此贿赂的范围应该界定为包括“财产性利益”,而非财产性利益则不能纳入到贿赂范围中来。这样界定的益处是:

⑨ [意]切萨雷·贝卡里亚:《论犯罪与刑罚》,黄风译,北京大学出版社2008年11月版,第112页。

⑩ 钱塘:《下海官员获罪澳门赌博参赌只赢不输赚300多万》,载《第一财经日报》2006年1月6日第1版。

⑪ 马克昌:《刑法理论探索》,法律出版社1995年版,第264-265页。

1. 符合我国当前的社情、民情

中国是一个有着几千年发展历史的国家,人与人之间特别重视人际关系的发展,在一定程度上可以说我国社会是一个人情社会。所谓人情社会,是指人与人交往中主要以人情作为交换媒介的社会。在人情社会中,人们习惯用馈赠礼物、访问拜会等方式保持良好的社会人际关系。逢年过节相互赠送礼品,婚丧嫁娶也要赠送礼金,这些已经成为我国的一项特有的文化——人情文化。文化,是一个历史现象,是一定的群体之间的观念和行为模式发展成为一种相对稳定的状态。国家工作人员并不是游离于社会的独立的个体,是生活在这一文化氛围中的成员,其不可避免地融入到了人情文化这个中国传统的特色中来。此时就出现了贿赂范围与人情文化的区分问题。事实上,在人情社会中,好多“人情”的性质与贿赂的区分并不明显。如果将所有的好处,都纳入到贿赂的范围中来,那么在很多时候就无法区分贿赂与我国特有的人情文化。将贿赂的范围认定为“财产性利益”,而不是扩大到“任何好处”,符合我国特有的社情、民情,不会导致现实生活和司法上的混乱。

2. 便于量化,有利司法实践

良好的法治,应该至少包括两方面的含义,一是有制定完善的法律,二是制定完善的法律得到良好的贯彻实施。如果只是从应然的角度想当然地去制定一些看上去无懈可击的法律,而这些法律却不具有可行性,那么就没有什么意义。受贿罪的设置,应该本着有利于司法实践的原则,而不是从应然的角度“想当然”。

我国现行《刑法》对受贿罪进行了量化规定,除此之外,2013年1月1日起施行的“两高”《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》对行贿罪的定罪和量刑标准进行了明确。该解释规定,为谋取不正当利益向

国家工作人员行贿,数额在1万元以上的,应按行贿罪追究刑事责任,处5年以下有期徒刑或者拘役。行贿数额在20万元以上不满100万元的,或者在10万元以上不满20万元,并具有四种特定情形之一的,^②属于法律规定的“情节严重”;因行贿谋取不正当利益,造成直接经济损失数额在100万元以上的,应当认定为“使国家利益遭受重大损失”。犯行贿罪“情节严重”或者“使国家利益遭受重大损失”的,处5年以上10年以下有期徒刑。行贿数额在100万元以上的,或者造成直接经济损失数额在500万元以上的,或者行贿数额在50万元以上不满100万元,并具有四种特定情形之一的,^③属于“情节特别严重”,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产。当前的刑事立法和相关司法解释,都是坚持“按赃计罪”的贿赂量化处理手段,而贿赂范围决定了这一“按赃计罪”的手段能否得以贯彻。财物包括财产性利益的贿赂范围界定,符合这一按赃计罪处理方式。

3. 可以有效地解决某些新型贿赂犯罪

实践中,贿赂是腐败犯罪的主要表现形式,一直多发。不法分子为了规避《刑法》对“财物”的限制,绞尽脑汁找寻其他受贿手段,不少新型、隐蔽的贿赂方式出现,给刑事立法和司法实践提出了挑战。坚持固有的狭义贿赂范围会导致立法上的滞后,放纵大量的犯罪行为。这些司法实践中出现的新问题如何解决?其实,将贿赂范围的“财物”解释为包括“财产性利益”就可以有效地解决某些新型贿赂犯罪,而不会使其逃脱《刑法》的制裁。当前,在“老虎苍蝇都要打”的反腐理念下,中纪委要求纪检监察干部清退所收受会员卡,这让“会员卡腐败”的治理再度引发关注,会员卡腐败问题也随之浮出水面。会员卡本来是一种身份识别卡,可以用于进入高尔夫球场、健身美容中心、

^② 其一,向三人以上行贿的;其二,将违法所得用于行贿的;其三,为实施违法犯罪活动,向负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿,严重危害民生、侵犯公众生命财产安全的;其四,向行政执法机关、司法机关的国家工作人员行贿,影响行政执法和司法公正的。

^③ 详见注释^②

高档娱乐场所,是随着经济高度发展所产生的一种有效凭证。会员卡按其功能,可以分为预付费会员卡、积分会员卡、打折会员卡等。但是,一张小小的会员卡,背后隐藏的是权力寻租的深层次问题。“中国出口信用保险公司原总经理唐若昕,因索贿、受贿300余万元,被判刑14年。经查实,光高尔夫球会员卡一项,价值就高达百万元”。^⑭打击会员卡腐败问题,需要多管齐下,除了加强权力约束、加强工商税务部门对会员卡的监管外,还要注意刑法的规制。会员卡的腐败问题,是一种变相的权钱交换,当其符合受贿罪的构成时即可用《刑法》加以规制,原因在于会员卡的财产性利益的性质。虽然利用会员卡是去享受服务、美食等,但是会员卡本身就是金钱的凭证,特别是预付费的会员卡以及一些高档娱乐消费场所的会员卡,实质上就是一种财产性利益,完全可以用金钱加以评估。此外,“官员出书”近些年也成为被热议的一种新型的腐败手段,官员出书有可能涉及到著作权问题、出书的成本费问题以及高价卖书的问题。据传一教授为安排子女就业,将一未出版的书稿送与某领导,该领导后将此书稿作为自己的成果出版。^⑮著作权是人身权与财产权的统一,此处就可将著作权看作是财产性利益,根据相关评估机构的评估结果认定是否构成贿赂犯罪。

4. 有利于刑法目的的实现

贿赂犯罪侵犯的客体是国家工作人员的职务廉洁性。“受贿罪是腐败的一种主要表现形式,禁止受贿是我国廉政建设的基本内容”。^⑯我党向来重视廉政建设,当前的廉政建设已经实现制度化与体系化。党的十八大以来,廉政建设的力度进一步加大。“物必先腐,而后虫生”。习总书记要求要深入推进党风廉政建设和反腐败斗争,更加科学有效地防止腐败,实现干部清正、政府清廉、政治清明的“三清”目标。

而刑法自身的天然属性决定了它是我国的后盾法,是廉政建设的保障法。为了推进廉政建设的进一步发展,为廉政建设提供良好的后盾保障,贿赂犯罪的范围认定也应该“与时俱进”。但是从另一方面来讲,刑法的后盾法性质,又决定了不能无节制地扩大犯罪圈,所以不是所有的贿赂行为都要纳入到刑法的规制中来,刑法的谦抑性应该有所发挥,而不是空有其名。

笔者认为,对于其他的给与和接受非财产性利益的行为,可以由行政法律、法规等加以规范,而不必一律纳入到刑法的规制中来。“两高”《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》,就规定“因行贿犯罪取得财产性利益以外的经营资格、资质或者职务晋升等其他不正当利益,建议有关部门依照相关规定予以处理。”

(三)所谓“性贿赂”不宜列入贿赂范围

“性贿赂”,实质上是一种权色交易,与一般的贿赂行为不同,此种形式提供的是不正当的性行为、性服务。从古代的美人计,到赖昌星的红楼,此种形式可以说一直都存在。但是“性贿赂”能否列入贿赂犯罪的范围,在刑法学界存在争议。当前,随着雷政富、刘志军等案的出现,“性贿赂”入罪问题又成为热议话题。刑法学界有不少人表示反对,但是支持声也不断。

否定“性贿赂”入罪的学者主要从刑法谦抑性的角度和司法取证角度出发,认为“性贿赂”不能列入贿赂范围。“性贿赂”是属于道德范畴的一种社会失范行为,这种个人隐私、失范行为应该与国家的法律相区隔。在实践中,“性贿赂”行为主要有下面三种表现形式,一种是行为人直接实施“性贿赂”,一种是行为人出资提供性贿赂,第三种是行为人与第三人合谋,由第三人提供“性贿赂”。在上述三种“性贿赂”行为中,只有第二种,行为人为他人的性服

^⑭ 《“会员卡”背后有哪些不能说的秘密?》, http://news.xinhuanet.com/yuqing/2013-05/28/c_124775028.htm, 访问日期:2013年5月28日。

^⑮ 刘晓晔:《非财产性利益受贿的犯罪化研究》,华侨大学2012年硕士论文。

^⑯ 高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第711页。

务买单的行为,有可能被认定是贿赂,^①但也未必经得起推敲。

肯定性贿赂的论者,对否定论者的观点进行了批驳,认为性贿赂符合贿赂犯罪的本质,而且在我国性贿赂已成泛滥之势,性贿赂的社会危害性严重,已查处的省部级高官中甚至每人都有情妇,不能用“红颜祸水”为某些贪官脱罪,主张性贿赂犯罪入刑有广泛的群众基础,是民意所向。2007年的《公安消防部门四个禁止》中也将性贿赂纳入其中。而且性贿赂入刑不存在量刑上的问题,可以考虑作为情节,归入到贿赂罪中。^②

当前我国“性贿赂”发生频率较高,问题的确很严峻。但是,笔者认为,当前,“性贿赂”不宜列入贿赂犯罪的贿赂范围。理由如下:

1. “性贿赂”在司法实践中难以认定和操作。

首先,“性贿赂”有其自身的特点——隐蔽性强,这一隐蔽性特点使得“性贿赂”存在认定上的困难。事实上在司法实践中,关于性的犯罪,如强奸罪,就存在难以认定、取证困难的问题。“性贿赂”由于其本身贿赂的特点,在司法实践中的认定就更加困难。在“性贿赂”中,如何区分“两情相悦”的情人关系和纯粹“性贿赂”并不容易。而且实践中“性贿赂”的情况往往并不是那么纯粹,还存在着更加复杂的情况,如情人关系与“性贿赂”二者兼有各占比例,或者先有“性贿赂”后发展成“两情相悦”的情人关系,或是先有“两情相悦”情人关系后感情平淡而出现“性贿赂”,这些情况如何认定,如何确定比例,如何界定时间点,这在司法实践中存在很大的困难。

其次,“性贿赂”在司法实践中往往还存在操作性差的问题。鉴于“性贿赂”的特点,有学者指出可以在量刑中作为情节因素予以考量,但是该种做法由于其缺乏具体标准而在司法实践中难以规范操作。事实上最近的雷政富案、刘志军案以及薄熙来案,在公诉及庭审过程中,

并没有提及“性贿赂”情况,刑法并没有对此情况予以认定规制。

2. 承认“性贿赂”可能衍生司法腐败。

首先,“性贿赂”通常涉及到个人的隐私问题。出于对个人隐私的保护,我国现行《刑事诉讼法》第183条规定人民法院审判第一审案件应当公开进行,但是有关国家秘密或者个人隐私的案件不公开审理。贿赂犯罪是贪腐的主要表现形式,广大民众往往比较关注此类案件,对其透明度的要求更高。但是,“性贿赂”案件涉及个人隐私不开庭审理,这就使得一方面民众无法获得透明的司法信息,另一方面法官来自群众的监督缺失,极有可能造成司法腐败。“性贿赂”案件的不公开审理,对法院的公信力也会产生负面的影响。

其次,如果像某些学者所说,将“性贿赂”作为情节因素考虑,那么又存在量刑上的自由裁量权过大问题。虽然当前主张量刑规范化的趋势有过度的嫌疑,去过度规范化的量刑主张日渐成形。但是,将“性贿赂”作为量刑因素予以考量,没有具体的标准,也没有先例可循,这就极易导致法官自由裁量权过大。自由裁量权本身是一把双刃剑,利用不好则弊端极大。当前我国司法队伍的水平,尤其是法官的水平参差不齐,能否利用好如此大的自由裁量权让人怀疑,而且自由裁量权过大也给贿赂犯罪的司法腐败问题埋下了隐患。

3. 承认“性贿赂”与我国文化相悖,侵犯女性尊严。

受我国传统文化的影响,人们对于性关系一直讳莫如深,而且在我国,卖淫嫖娼行为是被严厉禁止的,我国一直不承认性交易的合法性,扫黄打非运动也一直不断。性权利是依附于行为人人身的一种自然属性,如果承认性贿赂的成立,那么是否意味着变相承认性的可买卖性呢?这一方面与我国传统的文化,尤其是性文化相悖;另一方面,这也是对女性尊严的一种变相的蔑视和侵犯。而且,贿赂犯罪是典型的对

^① 莫洪宪、叶小琴:《贿赂的范围——以“性贿赂”为视角》,载《当代法学》2006年第3期。

^② 康均心:《新问题还是老问题——性贿赂的入罪与出罪》,载《法治研究》2013年第2期。

向犯,既要惩罚受贿者,又要惩罚行贿者。在“性贿赂”中,处罚行贿者的依据是什么呢?

4. 当前手段足以规范“性贿赂”行为。

第一,党纪政纪对性贿赂的规制。“性贿赂”问题的泛滥让人深恶痛绝。不少学者主张“性贿赂”入罪,主张增设“性贿赂犯罪”。但是事实上“性贿赂”问题根源是由权力的过度膨胀引起的,用党纪政纪来规范限制权力,就可以在某种程度上解决这一问题。党纪即党的纪律处分,根据《中国共产党纪律处分条例》第10条的规定,对党员的纪律处分的种类分为一般警告、严重警告、撤销党内职务、留党察看、开除党籍等五种。“政纪”即行政纪律、行政处分。行政处分是指国家机关、企事业单位对所属的国家工作人员违法失职行为尚不构成犯罪,依据法律、法规所规定的权限而给予的一种惩戒。根据我国《公务员法》第56条和《行政机关公务员处分条例》第6条的规定,行政处分分为六种:警告、记过、记大过、降级、撤职、开除。利用党纪政纪,限制乃至剥夺行为人的权力,避免因

权力过度膨胀所带来的权力失范以及不道德行为,就能在一定程度上处罚和限制“性贿赂”,而不必一定要将其入罪。从刑法的谦抑性和罪刑法定原则考虑,这种做法是合理可行的。

第二,《刑法》对“性贿赂”的规制。在司法实践中,单纯的“性贿赂”案件比较少见,“性贿赂”往往与其他犯罪糅合在一起,如贪污罪、渎职罪等,“性贿赂”更多地表现为一种手段,或是一个情节因素,《刑法》对“性贿赂”的规制,可以通过处罚贪污、渎职等行为得以实现,而不必一定将“性贿赂”入罪。

贿赂犯罪的贿赂范围,对于认定犯罪,划定犯罪圈,区分罪与非罪有十分重要的意义。笔者认为,当前贿赂犯罪的贿赂范围,应该限制在财物包括“财产性利益”,非财产性利益,包括“性贿赂”,不宜纳入到贿赂范围中。虽然“两高”已经在司法解释中将贿赂的范围加以明确,但是基于罪刑法定原则和刑法权威性的考虑,贿赂范围还有必要在《刑法》中进一步明确。

On the “Scope” of Crime of Bribery

Gao Mingxuan Zhang Hui

Abstract: The define scope of bribery directly affects the scope of criminal law system, and it is important for the determining the size of the circle of crime and the distinction between crime or not. China's “Criminal Law” provides the scope of bribery as “property”, it is questioned because of its narrow and highly. Expand the scope of bribery has become a consensus. But extend to what extent, people have different opinions. We believe that the scope of bribery should only be extended to include “property interests” considering the current situation of our country and judicial practice, non - property interests, including the so - called “sexual bribery”, should not come into the scope of bribery.

Keywords: scope of bribery property interests “sexual bribery”

(责任编辑:付强)