

受贿罪立法问题研究

张智辉^{*}

内容提要：我国刑法关于受贿罪的立法，在立法思想上存在着矛盾，对受贿罪的犯罪对象规定的范围过窄，对受贿罪与行贿罪的关系处理不当，过分强调受贿数额对受贿罪法定刑的影响。这些问题在一定程度上影响了刑法在惩治贿赂犯罪方面功能作用的发挥，有必要从立法层面上研究解决。解决这些问题，既是有效地打击贿赂犯罪的需要，也是我国刑法与《联合国反腐败公约》相衔接的要求。

关键词：受贿罪 犯罪对象 数额 刑罚

在反腐败斗争中，受贿罪可以说是最常见的罪名，也是多年来刑法学界研究的热点问题之一。对惩治受贿犯罪司法实践问题的研究，最终都涉及到刑法本身的规定。如果不能进一步完善刑法关于贿赂犯罪的规定，司法实践中有关惩治贿赂犯罪的某些重大问题，就缺乏解决的法律依据。特别是随着《联合国反腐败公约》在我国的生效实施和我国最高领导层对反腐败斗争的高度关注，如何运用法律武器更好地惩治腐败犯罪，很有必要从根本上研究解决。

一、关于受贿罪立法的指导思想

1979年刑法可以说对贿赂犯罪的规定是比较严格的。其中第185条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，处五年以下有期徒刑或者拘役。赃款、赃物没收，公款、公物退还。犯前款罪，致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑。向国家工作人员行贿或者介绍贿赂的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”这个规定意味着：第一，国家工作人员只要是利用职务上的便利收受了贿赂，就构成受贿罪；第二，犯受贿罪，如果没有给国家或者公民的利益造成严重损失，最多只能判处五年有期徒刑；第三，犯受贿罪，只有在同时给国家或者公民的利益造成严重损失的情况下，才能判处十五年以上有期徒刑。

改革开放之初，鉴于受贿犯罪在计划经济向商品经济转型过程中的急剧增加，全国人民代表大会常务委员会1982年3月8日通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》将刑法第185条第一款和第二款修改为“国家工作人员索取、收受贿赂的，比照刑法第155条贪污罪论处；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑”。

1988年1月21日全国人大常委会在制定《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》时，一方面

^{*} 最高人民检察院检察理论研究所研究员。

继续保持“严打”的刑事政策，对受贿罪规定了包括无期徒刑和死刑的严厉刑罚，另一方面为了防止扩大打击面，对贿赂犯罪规定了严格的限制条件。该补充规定第4条规定：“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员，利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物为他人谋取利益的，是受贿罪”。〔1〕1997年刑法延续了1988年补充规定的立法精神，其第385条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”按照1988年的补充规定和1997年修改后的刑法，国家工作人员索取或者收受他人财物的行为构成受贿罪，除了利用职务上的便利之外，还必须有“为他人谋取利益”的要件〔2〕，并且收受他人财物的行为还必须是“非法”的。这就大大缩小了收受他人财物的行为构成受贿罪的范围。

这在立法思想上出现了一个明显的矛盾：一方面，要严惩受贿罪，对之规定了很重的刑罚；另一方面，又给受贿罪规定了严格的限制条件，使相当一部分受贿行为不构成犯罪，难以追究其刑事责任。这种立法思想上的矛盾，实际上也是对待受贿问题刑事政策上的矛盾。这种矛盾给反腐败斗争平添了诸多障碍，在一定程度上加剧了国家工作人员腐败现象的发生。

首先，“非法收受”模糊了收受他人财物行为的性质。按照1979年刑法的规定，国家工作人员利用职务上的便利收受贿赂的，就构成受贿罪。这表明，国家工作人员不得利用职务上的便利收受他人财物的立法思想是非常明确的。但是按照新刑法的规定，只有“非法”收受他人财物的，才构成受贿罪。这就有意无意地给人们透露了一种立法思想，即国家工作人员利用职务上的便利收受他人财物的行为本身，还存在着一个合法与非法的问题，并且法律所禁止的只是“非法收受”，而没有禁止其他收受他人财物的行为。这种立法，从根本上动摇了“国家工作人员不得利用职务上的便利收受他人财物”的传统观念和廉政意识，为一些国家工作人员利用职务上的便利收受他人财物的行为找到了辩解的法律漏洞。从立法的初衷上分析，用“非法”来限定收受他人财物的行为，可能是为了把民间逢年过节给国家工作人员“送红包”或者日常的请客送礼等情况从受贿犯罪中区别开来，以缩小刑法的打击面。然而，这样一来，一方面由于法律上默许了请客送礼，其结果势必加重原本就存在的请客送礼之风，使国家工作人员的廉洁在观念上受到冲击；另一方面，由于在收受他人财物中哪些属于合法收受、哪些属于非法收受，并没有明确的规定和界定，从而为认定受贿罪增加了法律上的难度。

其次，“为他人谋利益”的要件在增加了认定受贿罪的难度的同时，也加剧了某些国家工作人员的道德堕落。新刑法明确规定，国家工作人员利用职务上的便利收受他人财物的行为，只有在“为他人谋利益”的情况下，才构成犯罪。这就使“为他人谋利益”成为认定受贿罪必须证明的要件。如果没有证据能够证明收受他人财物的国家工作人员为对方谋取利益，就不能认定其收受他人财物的行为构成受贿罪。而在实践中，一些国家工作人员收受他人财物的行为本身虽然表示其答应为对方谋取利益，但是在收取他人财物时并没有明示答应对方的要求为其办事；一些国家工作人员收受他人财物之后虽然准备满足对方的要求，但是由于各种原因还没有来

〔1〕 该条同时还规定：“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员勾结，伙同受贿的，以共犯论处。国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员，在经济往来中，违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处。”但是，新刑法取消了“以共犯论处”的规定，从而引起了理论上关于受贿罪共同犯罪的立法依据的争论。

〔2〕 一般认为，刑法的规定意味着索贿不要求为他人谋利益即可构成犯罪，受贿要求必须为他人谋利益才构成犯罪。但是也有学者认为，为他人谋利益是受贿罪的构成要件，索贿同样要求为他人谋利益，否则，不能解释“凭何而索”的问题。

得及给对方办事或者没有办成事；一些人给国家工作人员以财物，并不都是要求国家工作人员立即为其办具体事，而是作为一种“感情投资”，以便“以后用得着”。在诸如此类的情况下，国家工作人员利用职务上的便利收受他人财物的行为，都难以认定构成了受贿罪。更为严重的是，由于法律明确规定收受他人财物的行为只有“为他人谋利益”的才构成犯罪，一些国家工作人员便挖空心思地钻法律的空子，借别人求其办事之际，收受他人财物之后，违背信义，昧着良心不给办事。一旦组织追问，还振振有词地说“我压根就没有打算为他办事”。所以，在受贿罪的犯罪构成中规定“为他人谋利益”的要件，不仅不能促进国家机关的廉政建设，反而可能促使某些国家工作人员在亵渎职务的廉洁性的同时，违背人际交往的起码信誉，以致丧失了做人的最低道德标准。这些年来，尽管国家一直在大力推进廉政建设，但是对国家工作人员请客送礼之风屡禁不止。仔细研究其原因，一个不容否认的事实就是，在国家工作人员的内心深处存在着一个理念，即只要不给对方办事，收受再多的钱都不过是不正之风问题，不会断送自己的政治生命。

再次，严格限制受贿罪的构成要件加剧了某些国家工作人员的侥幸心理。由于刑法在受贿罪的犯罪构成中附加了“为他人谋利益”和“非法”的限制条件，从而削弱了一些国家工作人员对刑罚的畏惧心理。尽管刑法对受贿罪规定了严厉的刑罚，也确有个别国家工作人员包括高级领导干部因受贿罪被判处死刑的实例，但是一些国家工作人员由于看到了刑法的漏洞，便认为最终受到刑罚处罚的毕竟是极个别人，即使被追究，也有可以辩解的理由，以致千方百计地钻刑法的空子，利用职务上的便利，通过各种方式，肆无忌惮地敛取不义之财。实践中也确有一些国家工作人员在收受他人财物而被追究时，虽然在证据面前不得不承认收受了他人财物，但仍然存在侥幸心理，寻找各种借口为自己的行为辩解，声称受贿行为与自己的职务没有关系，不是“非法收受”，或者千方百计地证明没有为他人谋利益。而检察机关如果不能有效地证明国家工作人员收受他人财物的行为，是利用了职务上的便利，并且存在着“为他人谋利益”的情况，受贿的人就不能受到法律的制裁。这在一定程度上加剧了一些国家工作人员的侥幸心理。正如贝卡里亚曾经指出的，对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性，而是刑罚的确定性和必定性。即使刑罚是有节制的，它的确定性也比联系着一线不受处罚希望的可怕刑罚所造成的恐惧更令人印象深刻。因为，即便是最小的恶果，一旦成了确定的，就总令人心悸。然而，希望这一天赐物，往往在我们心中取代一切，它常常使人想入非非，吝啬和软弱所经常容许的不受处罚更加使它具有力量。^{〔3〕}

最后，重刑罚和严入罪的反差导致了某些国家工作人员心理上的不平衡。由于刑法对构成受贿罪的规定了严厉的刑罚，同时又给受贿罪的构成规定了严格的限制条件，这就使一些国家工作人员同样是利用职务上的便利收受他人财物的行为，有的构成犯罪，受到严厉惩罚；有的不构成犯罪，从而不受刑罚处罚。这样的刑法，在结果上就导致了那些受到刑罚处罚的国家工作人员心理上的不公平感，认为“谁撞上了谁倒霉”，而不认为自己的行为理应受到刑法的制裁。这些年来，尽管我们对一些受贿数额巨大的高官判处了很重的刑罚包括死刑，但是并未能有效遏制腐败犯罪的蔓延，其中一个很重要的原因^{〔4〕}，就是受贿罪的立法漏洞在很大程度上抵消了严厉刑罚的威慑作用。

如何解决立法上的矛盾，可以说是迫在眉睫的问题。这个问题的关键是受贿罪的法网究竟应当严密一些还是应当宽松一些。如何在这二者之间进行抉择，既涉及到腐败犯罪立法的价值选择，也涉及到对刑法功能的正确认识。

笔者认为，从我国的法律文化传统上看，严格控制刑法的打击面是完全应该的。腐败问题不

〔3〕 参见 [意] 贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国大百科全书出版社 1993 年版，第 59 页。

〔4〕 当然也还存在着其他方面诸如市场经济伴随的副作用、干部管理制度、权力制约机制等原因。

能完全期望用刑罚手段来解决,而应当按照制度、教育和惩治“三位一体”的工作思路来解决。但是,问题在于如何运用好刑法手段来惩治腐败犯罪。刑法之所以要惩罚受贿罪,是因为受贿罪侵害了国家工作人员职务的廉洁性,从而可能丧失人民群众对国家工作人员职务行为的信任。因此,一个行为是否构成受贿罪,应当看国家工作人员是否利用职务上的便利收受他人的贿赂。至于国家工作人员是否利用职务上的便利为他人谋利益,则要具体分析:国家把公共权力交给国家工作人员,其本义就是要国家工作人员为人民群众谋利益,其中包括为作为贿赂案件当事人的人谋利益。如果一个国家工作人员在自己的职权范围内合法地为他人谋利益,可以说是做了他应该做的事情。这与那些本应为人民群众谋利益而不认真地或者积极地履行职责,不给老百姓办事的国家工作人员相比,应该说是无可厚非的。把这种为他人谋利益的行为作为构成犯罪的要件〔5〕,无论是在道义上还是在法理上,都是难以令人信服的。当然,如果国家工作人员在收受了贿赂之后利用职务上的便利,违反职责,为对方谋取了不正当的利益,那自然是要严厉惩罚的。但这不是是否构成犯罪的問題,而是从重处罚的问题。因此,影响一个行为是否构成受贿罪,应当是国家工作人员是否利用职务上的便利收受了贿赂,而不是国家工作人员是否为他人谋取了利益,在受贿罪的构成要件中不分青红皂白地规定“为他人谋利益”的要件缺乏合理性。

由此可能引起的问题是,如果取消了“为他人谋利益”和“非法”的要素,会不会扩大刑法的打击面?这种担心当然是不无道理的。但是这个问题完全可以通过其他方式解决。比如,在立法上取消了受贿数额与刑罚的对应关系,刑法第13条犯罪定义中的但书就可以发挥控制打击面的作用,对于国家工作人员利用职务上的便利收受他人财物数额不大,并且没有违反职责的情况或者其他严重情节的,可以不以犯罪论处;对于构成犯罪但是情节轻微,并且案发后积极退赃的,可以根据刑法第37条的规定免于刑罚处罚。这样既可以保持刑法法网的严密性,又可以防止扩大打击面。

二、关于受贿罪的犯罪对象

在1979年刑法中,并没有限定受贿犯罪的对象,而是规定为“收受贿赂”。但是从1988年的补充规定开始,我国刑法就把受贿罪的犯罪对象规定为“财物”,以后在每次修改法律的时候都有学者要求把“财物”修改为“财产性利益”,有的学者还要求将其扩大到所有非法利益,包括“性贿赂”等。但是立法机关坚守了“财物”的范围,其原因主要是认为“财物”以外的利益是难以界定的,担心把受贿罪的犯罪对象扩大到财物以外,会导致与“缩小打击面”的立法精神相去甚远的结果。

但是近年来,鉴于腐败犯罪的严重性和受贿手段的多样性,要求将财物以外的某些财产性利益纳入贿赂犯罪对象的呼声此起彼伏。最高人民法院和最高人民检察院于2007年7月联合发表司法解释,即《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》),根据贿赂犯罪的新形式规定了十种情况下受贿罪的认定,其中前八种情形既涉及到行为特征,也涉及到贿赂犯罪对象,实际上是把受贿罪的犯罪对象从“财物”扩大到了“财产性利益”,比如,以交易形式收受贿赂问题,实际上是把交易过程中获取的不正常利润即交易中形成的明显高于或低于市场价格的价格差作为受贿对象的;收受干股,以及以合作开办公司、委托投资证券期货等虚假出资的问题,实际上是把某种权益而不是财物作为受贿对象

〔5〕 刑法在把“为他人谋利益”作为构成受贿罪的必备要件时并没有区分为他人谋取的是他人本应得到的合法利益还是不应该得到的非法利益。在司法实践中,无论是非法利益还是合法利益,只要收受财物的国家工作人员利用职务上的便利为对方谋取了利益,都符合该要件。

的；以赌博的形式收受贿赂与直接收受他人财物的行为方式毕竟是难以等同的。这个司法解释，虽然超越了司法解释的权限，但确实适应了惩治贿赂犯罪的现实需要，有利于打击社会上存在的严重受贿犯罪。问题在于，这种通过越权的司法解释来扩大贿赂犯罪对象的做法，与依法治国所要求的法治精神，并不是吻合的。我们本应通过立法解决的问题，没有必要通过司法机关的越权解释来实现。

关于贿赂犯罪对象应当扩大到财产性利益的观点，许多学者都有论述。如，有的学者指出：从贿赂的本质及危害作用上看，把贿赂仅限制为财物，是不适当的。因为，事实上，要收买公务人员为自己效力，并非一定要财物，而且，有的公务人员利用职权谋取私利，也并非只追求财物。我们惩罚受贿，是要推进廉政建设，而推进廉政的核心，就是反对以权谋私。受贿是以权谋私的突出表现，是对职务行为廉洁性的严重危害。那么，为什么一定要把贿赂限制为财物呢？更重要的是，我们看受贿罪的危害性，不能只看受贿人获得的是什么性质的非法利益，还要看受贿人受贿之后，利用职务给国家、集体和人民群众造成多大的损失。实践证明，因收受财物以外的非法利益，而给国家、集体和人民群众造成损失的程度，并不见得比收受财物为轻。因此，为使我国刑事立法更加完善，修改刑法，扩大贿赂的范围，是必要的。^{〔6〕}亦有学者认为：将财产性利益和非财产性的不正当利益排除在贿赂的范围之外，有违罪责刑相适应原则的要求，容易引起罪刑关系的不相协调。因为任何一种受贿行为，不管其交易的对象是财物还是财产性利益，抑或非财产性利益，也不管行为人在客观方面是被动收受还是主动索取，都必然违反国家工作人员“为政清廉”的基本要求，损害到国家机关和政府在社会公众心目中的威信，而这才是受贿罪的危害实质所在。由此决定，无论行为人收受的“贿赂”具体内容如何，其受贿行为给国家工作人员职务行为廉洁性所造成的危害并没有任何实质性的差别。^{〔7〕}

从理论上讲，把贿赂犯罪的对象扩大到财产性利益是完全应该的。因为打击贿赂犯罪的根本目的是为了保持国家工作人员职务的廉洁性，以维护公共权力的不可收买性。而可能使国家工作人员丧失职务廉洁性的并不仅仅是财物。这些年的实践证明，许多财产性利益都具有与“财物”完全相同的功能，都可以收买国家工作人员使之违反职务的廉洁性并为对方谋取不正当利益。把贿赂犯罪的对象严格限制在“财物”的范围内，为一些人规避法律提供了机会，使他们利用各种可以给国家工作人员带来经济利益或实用价值的好处来收买国家工作人员为其办事而不受惩罚，使国家工作人员在得到好处后心安理得地为对方办事而不担心构成犯罪。同时也给我们国家长期进行的廉政教育造成了困难，使一些国家工作人员在明显得到了各种不应得到的好处之后，不但不会受到法律的制裁，而且可以堂而皇之地大讲廉政建设。

此外，我国已经加入了《联合国反腐败公约》，该公约明确地把贿赂犯罪的对象规定为“不正当好处”^{〔8〕}。“不正当好处”既包括了“财物”，也包括了其他好处，其范围要比财物宽泛得多。“不正当好处”（an undue advantage）中涉及到两个概念，即“好处”和这种好处的“不正当”性。所谓“好处”（advantage），就是利益，包括可以通过金钱购买的、能够满足人的某方面需要的、有形的和无形的各种物品或服务，以及无法用金钱购买的某种利益。在美洲国家组织

〔6〕 参见王作富：《刑法论衡》，法律出版社2004年版，第538页以下。

〔7〕 参见安斌：《受贿罪若干问题研究》，载高铭暄、马克昌主编：《刑法热点疑难问题探讨》下册，中国人民公安大学出版社2002年版，第1117页以下。

〔8〕 《联合国反腐败公约》第15条“贿赂本国公职人员”规定：“各缔约国均应当采取必要的立法措施和其他措施，将下列故意实施的行为规定为犯罪：（一）直接或间接向公职人员许诺给予、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，以使该公职人员在执行公务时作为或者不作为；（二）公职人员为其本人或者其他人员或实体直接或间接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为的条件。”

制定的《美洲反腐败公约》中，贿赂犯罪的对象包括“任何财物或其他利益如礼物、便利、承诺、或优惠待遇等”（any article of monetary value, or other benefit, such as a gift, favor, promise or advantage）。“不正当”（undue）是对行贿人所给予或允诺给予的好处亦即受贿人所收受的好处的性质的界定。所谓不正当，实际上就是不应当得到的好处。这样既反映了贿赂犯罪利用公共权力谋取个人私利的本质特征，也便于司法认定。为了有效地保障《联合国反腐败公约》在我国的实施，有必要修改刑法的规定，使我国刑法对贿赂犯罪的打击面与我国加入的国际公约的打击面，至少在立法上保持一致。这样做，不仅有利于我国与外国开展打击腐败犯罪方面的国际合作，而且有利于加强我国的反腐败斗争。

三、受贿罪与行贿罪的关系

我国在1952年4月21日中央人民政府颁布的《中华人民共和国惩治贪污条例》中，对行贿罪的处罚规定是十分严格的，并且考虑到行贿的不同情节。该条例第6条规定：“一切向国家工作人员行使贿赂、介绍贿赂者，应按其情节轻重参酌本条例第三条的规定处刑。其情节特别严重者，并得没收其财产之一部或全部；其彻底坦白并对受贿人实行检举者，得判处有期徒刑，免于其他刑事处罚。凡为偷税而行贿者，除依法补税、罚款外，其行贿罪，依本条例的规定予以惩治。凡胁迫或诱惑他人收受贿赂者，应从重或加重处刑。凡因被勒索而给予国家工作人员以财物并无违法所得者，不以行贿论；其被勒索的财物，应追还原主。”对此，彭真在1952年4月18日向中央人民政府委员会所作的《关于中华人民共和国惩治贪污条例草案的说明》中也明确指出：“因为向国家工作人员行使贿赂或介绍贿赂，是一种恶劣的犯罪行为，应按其情节轻重参酌本条例第三条的规定去处刑。”该条例第3条即是关于贪污罪〔9〕法定刑的规定。按照该规定，行贿罪和贪污罪（包括受贿）情节特别严重的，都可以判处死刑。该条例还明显体现了不让行贿者在经济上占便宜的精神和鼓励行贿人检举揭发受贿人的精神。1979年刑法对行贿罪和受贿罪规定了不同的刑罚，但是差别不大：单纯受贿罪的最高法定刑是5年有期徒刑，行贿罪的最高法定刑是3年有期徒刑，最低法定刑都是拘役，并且在构成要件上反映了对合性犯罪的特点。〔10〕

然而，1982年决定把受贿罪的最高法定刑提高到死刑以后，对行贿罪的处罚没有做出相应的调整，即仍然按照1979年刑法的规定，行贿罪的最高法定刑为3年有期徒刑。1988年补充规定提高了行贿罪的法定刑，即“对犯行贿罪的，处五年以下有期徒刑或者拘役，因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益、集体利益遭受重大损失的，处五年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑，并处没收财产”。该补充规定还规定：“行贿人在被追诉前，主动交代行贿行为的，可以减轻处罚，或者免于刑事处罚。”但是，该补充规定同时也对行贿罪规定了严格的限制条件。该补充规定第7条规定：“为谋取不正当利益，给予国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员以财物的，是行贿罪”。这就明确地把“为谋取不正当利益”作为构成犯罪的必备条件，从而与受贿罪中的“为他人谋利益”形成明显的不对应关系，以致违反了对合性犯罪的基本特征。1997年刑法沿用了补充规定对行贿罪的规定，同时把单位贿赂犯罪（即单位受贿罪和向单位行贿罪）作为独立罪名，从受贿罪和行贿罪中独立出来。

〔9〕 该条例第2条规定：“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员，凡侵吞、盗窃、骗取国家财物，强索他人财物，收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为，均为贪污罪。”

〔10〕 1979年刑法第185条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，处五年以下有期徒刑或者拘役。赃款、赃物没收，公款、公物退还。犯前款罪，致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑。向国家工作人员行贿或者介绍贿赂的，处三年以下有期徒刑或者拘役。”

从立法过程看,我国刑法对行贿罪的处罚规定,前后所遵循的精神是不一致的,这反映了对行贿罪的危害性及其程度缺乏以一贯之的认识。

在我国刑法中,为了突出从严治吏的精神,把受贿罪作为刑法打击的重点,而把行贿罪作为一种附带的犯罪来规定(1979年刑法将行贿罪规定在“渎职罪”一章中,1997年刑法将其规定在国家工作人员的贪污贿赂罪中),因而对行贿罪的规定与对受贿罪的规定极不相称。在司法实践中,更是集中查办受贿犯罪案件,而很少重视对行贿犯罪的打击。尽管最高人民检察院曾经专门发出通知,要求各级人民检察院认真查处行贿犯罪,但是在许多案件中,检察机关为了让行贿人作证以保证对受贿罪的查处,往往把行贿人作为污点证人而不对其立案侦查。

值得研究的问题是,这样的规定是否有利于遏制贿赂犯罪的发生。从实践中看,国家工作人员主动索取贿赂的,只是受贿罪中的极少部分,大量的受贿罪都是行贿人主动送财物的,有的甚至是通过各种手段千方百计地用财物拉拢腐蚀国家工作人员。在这种现实面前,只是一味地打击受贿罪,而不追究行贿人的刑事责任,要遏制受贿罪是十分困难的。许多地方出现的“前腐后继”现象也证明,只打击受贿罪而不打击行贿罪是难以有效预防和遏制腐败犯罪的。并且,向国家工作人员行贿的行为只有在“为谋取不正当利益”的情况下才构成犯罪,这样的立法,在客观上向人们透露了一种信息,即法律只是禁止为谋取不正当利益而行贿的行为,并没有禁止为谋取正当利益而行贿的行为。于是,一些人为了谋取自认为是正当的利益,便可以理直气壮地向国家工作人员行贿。在行贿之风盛行的情况下,片面强调遏制受贿,在一定程度上可以说是隔靴搔痒。因此,为了从源头上遏制腐败犯罪,有必要重新评价行贿行为的危害性。

首先,行贿与受贿是一种对合性犯罪,二者之间具有相互依存、互为因果的密切联系。在通常情况下,没有行贿就没有受贿,并且是先有行贿而后有受贿。《联合国反腐败公约》正是按照这种逻辑,把行贿与受贿规定在同一个法条中。《联合国反腐败公约》第15条规定的贿赂本国公职人员罪、第16条规定的贿赂外国公职人员和国际公共组织官员罪、第18条规定的影响力交易罪、第21条规定的私营部门内的贿赂罪,都是先规定行贿犯罪,再规定受贿犯罪。这是因为,在实践中,总是先有行贿,而后才会有受贿;并且除了索取贿赂的情况之外,行贿总是表现为主动许诺和给予的行为,受贿则表现为被动接受的行为。因此,对行贿罪与受贿罪,无论是在构成要件上还是在法定刑轻重上,都应当充分考虑其对合性的特点,对之做出大致相对应的规定,而不应该使二者差别悬殊。

其次,行贿罪的危害性在一定程度上并不亚于受贿罪。在现代社会里,被迫行贿的人在行贿人中毕竟是少数。绝大多数行贿人往往都具有某种企图,希望通过行贿的方式笼络国家工作人员使其为自己谋取利益,其主观上具有主动贿赂的故意。而在客观上,行贿行为对国家工作人员具有巨大的腐蚀作用,破坏了国家机关的正常活动,使一批又一批国家工作人员走上了犯罪的道路。行贿行为破坏商务活动的行业规则,导致经济领域某些违反公平竞争原则的潜规则实际取代正常的行业规则和法律规范,动摇了市场经济自由竞争的根基。行贿行为向人们宣示了“有钱好办事”、“有钱能使鬼推磨”等腐朽庸俗的思想意识,败坏了社会风气,导致了人际关系的扭曲。因此,在新的历史条件下,实有必要破除“被迫行贿论”的认识误区,重新评价行贿行为的社会危害性,确立打击受贿与行贿并重的指导方针,从源头上治理腐败。

再次,随着我国依法治国方略的实施,国家工作人员职务活动的规范性不断加强。对于应该为当事人办事,国家工作人员不予办理的,完全可以通过其他途径来解决。没有必要担心老百姓不行贿就没人给办事的问题。如果说,1988年制定补充规定时在一定程度上考虑到社会转型期经济管理比较混乱,一些国家工作人员对该办的事不予办理,人们为了谋取某些正当的利益或者为了满足某种正常的需求不得不给国家工作人员行贿,从而对行贿行为采取了宽容的政策,那

么现在,随着国家机关各项工作的规范化和依法行政的推行,对行贿行为采取宽容政策的社会基础已经基本上不复存在。因此有必要调整对行贿行为过分宽容的政策,正视其对国家机关廉政建设带来的负面影响,采取有效措施遏制行贿行为的蔓延,进而为国家工作人员的正清廉洁创造必要的良好的社会环境。

从外国刑法的有关规定看,大陆法系国家对行贿罪规定的刑罚与对受贿罪规定的刑罚往往是完全相同的。如法国旧刑法典第179条规定:“任何人为获取他人完成或放弃某项行为,或者为获取第177条及第178条所指之优惠待遇或利益,采取殴打、威胁、许诺、赠送、馈赠或礼金,或者顺从于旨在进行贿赂的请求,即使此种要求并非其本人主动提出,也不论强制手段或贿赂手段是否产生效果,均处第177条及第178条对受贿人规定的相同刑罚。”法国新刑法典第433-1条对行贿罪规定的刑罚与第342-11条对受贿罪规定的刑罚也是完全相同的;第433-2条则明确规定斡旋受贿与斡旋行贿“处相同之刑罚”。意大利刑法典第321条“对行贿者的刑罚”也明确规定:“第318条第一款、第319条、第319条-2、第319条-3、以及与第318条和第319条相联系的第320条规定的刑罚,也适用于向公务员或受委托从事公共服务的人员给予或者许诺给予钱款或其他利益的人。”^[11]德国刑法典把收受贿赂与索取贿赂分别规定并对索取贿赂规定了比收受贿赂更重的刑罚,同时把仅仅是给予贿赂的行为与要求公职人员违反职责而提供贿赂的行贿行为相区别,并对后一种行贿行为的特别严重情形与索贿的特别严重情形一起加以规定(见德国刑法典第331-335条)。经济合作与发展组织还专门制定了《禁止在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》,重点强调打击向外国公职人员行贿的行为。这说明,在西方国家,人们对行贿行为危害性的评价并不低于对受贿行为危害性的评价。而这种评价与我国20世纪50年代制定惩治贪污罪条例时对行贿行为的评价是一致的。

四、刑罚轻重与受贿数额的关系

1979年刑法关于受贿罪的规定中,并没有把受贿数额与刑罚轻重直接对应起来,而是根据受贿是否给国家和人民利益造成重大损失,规定了两个法定刑档次。关于受贿罪的处罚,1988年的补充规定第5条规定:“对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及情节,依照本规定第二条的规定处罚;受贿数额不满10000元,使国家利益或者集体利益遭受重大损失的,处十年以上有期徒刑;受贿数额在10000元以上,使国家利益或者集体利益遭受重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。索贿的从重处罚。因受贿而进行违法活动构成其他犯罪的,依照数罪并罚的规定处罚。”这个规定,明确地把受贿罪的法定刑与受贿数额联系起来,要求按照贪污罪的法定刑来处罚受贿罪,但实际上,其对受贿罪规定了比贪污罪更重的刑罚。同时,这个规定也体现了1979年刑法中对收受贿赂没有给国家利益或者集体利益造成损失的情况与造成损失的情况区别对待的精神,以及收受贿赂与索取贿赂区别对待的精神。1997年刑法再次沿用了1982年决定的立法精神,对于受贿罪,完全按照对贪污罪规定的法定刑来处罚,并不再区分受贿行为是否使国家利益或者集体利益遭受重大损失。但是从1988年的补充规定到1997年刑法,对受贿罪的刑罚与贪污罪的刑罚一样,几乎是完全按照受贿数额来规定法定刑档次的。这种按照受贿数额规定法定刑档次的做法导致了司法实践中极不合理的现象。

第一,完全按照受贿数额来确定法定刑档次,缺乏科学性。

[11] 意大利刑法典第318条为“因职务行为受贿”、第319条为“因违反职责义务的行为受贿”、第319条-2为“加重情节”、第319条-3为“在司法行为中受贿”、第320条为“受委托从事公共服务的人员受贿”,这些条款都是关于受贿罪的规定。

按照刑法第383条的规定,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,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。这实际上就意味着,在一般情况下,一个人受贿1万元,大致要判处1年的有期徒刑。但是实际上,受贿数额较小的,可以按照刑法规定的标准来判刑,而受贿数额巨大的,就无法按照这个标准来判刑。如一个人受贿几百万元甚至几千万元,按照受贿1万元判处1年有期徒刑的标准就会做出极为荒谬的判决^[12]。因此在司法实践中,往往难以按照刑法规定的标准来对受贿数额巨大的犯罪分子进行判刑。这在很大程度上影响了刑法的权威性和刑事司法的严肃性,也使一些国家工作人员一旦走上受贿的道路,就一直走下去,根本不再顾忌受贿数额的多少。另一方面,随着经济的发展,货币的价值也在不断地发生着变化,人们拥有货币的量及其对人们的实际生活的影响也在随之发生变化,一定量的货币在社会生活中的意义同样在随之变化。以货币的量来确定法定刑的档次,违背了刑法需要相对稳定的基本要求,无法适应刑法适用的现实需要。

第二,完全按照贪污罪中的数额标准确定对受贿罪的处罚,缺乏合理性。

贪污罪是国家工作人员及其他依法从事公务的人员利用职务上的便利,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。这种犯罪在非法取得公共财物方面具有明显的主动性,并且非法占有多少公共财物,在很大程度上取决于行为人的主观意志。所以其贪污的数额在很大程度上反映了贪污行为的社会危害性的程度,刑法按照个人贪污的数额规定法定刑的档次,可以说是具有合理性的。但是,受贿罪不同于侵犯财产的犯罪,它的社会危害性及其程度并不完全是由受贿财物的数额决定的,而是在很大程度上取决于受贿人违反职责给国家和人们利益造成损失的大小。并且,在绝大多数场合,受贿数额的多少并不取决于受贿人的意志,而是取决于行贿人的“慷慨程度”。^[13]如果完全按照受贿数额决定对受贿人的处罚,就有可能使其应当受到的处罚处于某种不确定的状态。例如,一个国家工作人员利用职务上的便利为他人办了一件事,对方给其一个银行卡,并说明是为了答谢其帮助。在这种情况下,国家工作人员收受他人财物的行为包括为他人谋利益的行为已经全部完成,其应当受到什么样的刑罚处罚,也应当是确定的。但是如果以受贿的数额为标准,对该人的刑罚处罚就会处于不确定的状态:银行卡中如果只有很少的钱,该人可能不构成犯罪,或者刑罚很轻;如果银行卡中有很多钱,该人可能就要受到很重的刑罚处罚。而这个银行卡中到底有多少钱,并不是该国家工作人员所决定的,甚至是其在收受贿赂时尚不清楚的。如果完全按照受贿数额决定对受贿人的处罚,难免有客观归罪之嫌。

第三,完全按照受贿的数额决定对犯受贿罪的人的处罚,不利于发挥刑法的教育作用。如果受贿数额的大小直接决定着受贿人的刑罚轻重,一些国家工作人员在因收受受贿而被追究刑事责任时,往往会斤斤计较对自己受贿数额的计算,而无暇顾及刑法的教育功能。数额在受贿案件中的重要性也容易把办案人员的注意力包括审判人员的注意力集中在对受贿数额的认定上,而忽视对受贿之后国家工作人员履行职责或滥用职权的行为给国家和人民利益造成的损失。而实践中受贿的具体数额有时又是很难准确计算的。特别是在所给贿赂不是货币的情况下,要对作为贿赂的物品做出精确的估价,即使是物价部门内部也会有不同的看法。一些本来受贿行为十分清楚的案件,由于具体的受贿数额一时难以算清或认定而使受贿人长期不能受到法律的追究。

[12] 值得肯定的是,刑法修正案七第13条关于关系人受贿罪的规定改变了按照绝对确定的数额确定法定刑档次的立法方式,改用“数额较大”、“数额巨大”来区分法定刑档次。

[13] 当然,这种所谓的慷慨程度往往是与受贿人为其谋取利益的多少联系在一起的,但并不尽然。行贿人给受贿人多少贿赂,是受多种因素制约的。其中,既与行贿人所求或已取得利益的多少有关,也与行贿人对受贿人为其办事的难度的认识程度有关,与行贿人与受贿人平素关系有关,甚至与行贿人的做人态度以及是否打算以后再利用受贿人等因素不无关系。

鉴于这种情况,笔者认为,无论是从立法完善的角度,还是从司法实践的角度,都有必要重新审视和正确评价受贿数额在受贿犯罪中的作用。

首先,应当承认,受贿的数额在一定程度上反映了受贿行为的社会危害性,因而应当作为对行为人适用刑罚的一个不能不考虑的因素。特别是在一个人多次收受多人的贿赂,数额巨大的情况下,受贿数额客观地反映了行为人的主观恶性和腐败程度,理应受到严厉的处罚。

其次,也应当看到,受贿的数额并不是反映或者决定受贿罪社会危害性的唯一因素。在许多情况下,案件中的其他情节比受贿数额更能反映受贿行为的危害程度和行为人的主观恶性。尤其是国家工作人员在受贿之后,通过违反职责或者滥用职权的方式,为行贿人谋利益,或者为行贿人谋取不正当利益的行为,比受贿数额所反映的社会危害性更为严重。正如王作富教授指出的:受贿数额是量刑的一个重要依据,但不是惟一的依据,受贿情节的轻重,同样决定着量刑的轻重,即受贿罪的数额和情节是相互制约的,它们共同决定着受贿罪的刑事责任的有无和大小。受贿罪的情节,是指影响受贿犯罪罪行大小、量刑轻重的各种因素。这些因素主要包括:索取贿赂还是收受贿赂;“贪赃枉法”还是“贪赃不枉法”,贪赃枉法的社会危害性比贪赃不枉法的社会危害性更大;受贿给国家和集体造成的损失大小;受贿的次数和持续时间;受贿对象,乘他人之危索取贿赂的,收受外商、华侨、港澳同胞贿赂造成不良影响的,应当作为从重情节;犯罪后的态度,有无自首、立功、悔改或者积极退赃的表现,是否在案发后转移赃物、销毁罪证,或与他人订立攻守同盟,掩盖罪行等,也是量刑时应当考虑的情节。^[14]

因此,刑法关于受贿罪法定刑档次的规定,应该更多地考虑受贿犯罪的不同情节而不主要是受贿数额。

事实上,1952年的《中华人民共和国惩治贪污条例》第3条对贪污罪处刑档次的规定,可以说几乎完全是按照数额的大小来规定的,但是该条例第4条又专门规定了从重或加重处罚的情形。该条例第4条规定:“犯贪污罪而有下列情形之一者,得从重或加重处罚:一、对国家和社会事业及人民安全有严重危害者;二、出卖或坐探国家经济情报者;三、贪赃枉法者;四、敲诈勒索者;五、集体贪污者;六、屡犯不改者;七、拒不坦白或阻止他人坦白者;八、为消灭罪迹而损坏公共财物者;九、为掩饰贪污罪行嫁祸于人者;十、坦白不彻底,判处后又被人检举出严重情节者;十一、犯罪行为有其他特殊恶劣情节者。因贪污而兼犯他种罪者,合并处罚。”1988年的补充规定,虽然规定对受贿罪按照贪污罪的法定刑处罚,但是同时也规定了按照情节轻重从重处罚的情形。遗憾的是,1997年修改刑法的时候,直接按照贪污罪的处罚原则,把受贿数额作为区分法定刑档次的根据,情节严重只是加重刑罚的因素。

从外国刑法的规定看,有的国家刑法中只规定构成贿赂犯罪的最高处什么样的刑罚,而没有法定刑档次的区分。有的国家在刑法中明确规定了贿赂犯罪的不同情况,并对之规定了不同的刑罚,体现了对索取贿赂的行为从重处罚,对收受贿赂的行为从轻处罚;对普通受贿行为从轻处罚,对违反职责的受贿行为从重处罚;对一般公务员的受贿行为从轻处罚,对司法人员的受贿行为从重处罚,对司法人员枉法裁判的行为尤其从重处罚的精神。这种规定,应该说更准确地反映了惩治贿赂犯罪的立法精神,具有合理性和导向性,可以为我国所借鉴。

综上所述,我国刑法关于受贿罪的构成要件和法定刑,均有必要在认真研究的基础上予以修改完善。修改的基本思路是:在犯罪构成方面,参照《联合国反腐败公约》的规定模式,把受贿罪与行贿罪作为对合性犯罪,做出基本对应的规定;在法定刑方面,按照反腐败公约关于使其受到“与其严重性相当的制裁”的要求,参照我国过去的立法精神和其他国家的立法例,按照受贿罪的不同情节规定法定刑档次,即明确区分索贿与受贿,违反职责的受贿与没有违反职责的受贿

[14] 参见前引[6],王作富书,第582页以下。

以及因受贿而实施违反职责行为给国家和人民利益造成重大损失的情形^[15]。

此外，对于受贿罪应当增加关于资格刑的规定。受贿罪是一种利用职务进行的犯罪，实施这种犯罪的行为本身表明这种人已经丧失了担任公共职务的资格。如果允许实施了其在犯罪之后（包括刑满释放之后）继续担任公共职务，就可能给社会带来新的危险，也不利用教育改造犯罪人。因此，应该在刑法中明确规定犯有受贿罪的人在服刑结束后的一定期限内（对于犯罪特别严重的可以规定终身）不得担任相关的公共职务。刑法应当明确规定，在贿赂犯罪中获得的不正当好处一律没收或者取消，特别是对于国家工作人员因收受贿赂而实施违反职责的行为为行贿人所谋取的利益应当予以取消。

Abstract: There exist several problems in the legislation of crime of acceptance of bribes in Chinese Criminal Law. Firstly, there is contradiction in the thoughts which guide the legislation. On the one hand, it keeps on applying the penal policy of “strike—hard” on this crime and stipulates serious penalties like life sentence and death penalty so as to strengthen the work of combating corruption. On the other hand, the legislation provides strict restrictions on the constitution of this crime in order to prevent from widening the range of criminalization, as a result, quite a few bribes are not treated as crime and it is very difficult to investigate into criminal responsibility. This contradiction adds many barriers for works of combating corruption and provides opportunities for state officials to commit crime of bribery.

Secondly, the scope of the target of this crime is too limited. It is necessary to broaden the scope to include property benefits, because the basic purposes of combating crime of bribery are to urge state officials to keep honest when exercising powers related to working responsibilities and to prevent public powers from being purchased. Not only money and things, but also other property benefits will make state officials lose honesty and seek illegal benefits when performing public powers. It provides opportunity for some people to evade being punished by law when the target of this crime is limited to money and things.

Thirdly, the relationship between crime of giving bribes and crime of acceptance of bribes has not been properly handled. They are two mutual related crimes and have a close relationship. These two kinds of crimes depend on each other and interact as both cause and effect, so they should be combated at the same time. However, while Chinese Criminal Law stipulates strict constitution and serious penalties for crime of acceptance of bribes, it is suspected to loose control on crime of giving bribes. To settle this problem in the level of legislation is not only the request of combating crime of bribery, but also the request for Chinese Criminal Law to be in accordance with “United Nations Convention against Corruption”.

Key Words: Crime of acceptance of bribes, target of crime, a definite amount, penalty

[15] 这种修改必然涉及到刑法中与受贿、行贿有关的其他犯罪，如单位受贿罪、向单位行贿罪等。刑法在修改时应当考虑到相关犯罪之间的协调问题。