

试论“性贿赂”行为犯罪化

茅伟

(浙江大学 法学院 浙江 杭州 310028)

摘要 我国现行《刑法》将贿赂犯罪的内容仅限定为财物。但在近年来的司法实践中查处的贿赂案件出现了财产性利益与非财产性利益相互交织的新情况,尤其是“性贿赂”这一概念逐渐进入公众和学术视野,由此也引发了对“性贿赂”行为犯罪化的争论。本文从“性贿赂”这一概念的法律界定入手,阐述“性贿赂”行为犯罪化的必要性,借鉴国外立法和司法经验,提出我国对“性贿赂”行为犯罪化的立法模式,以期对此问题的研究和立法司法实践有所裨益。

关键词 性贿赂 行为 界定 犯罪化 立法

中图分类号:D924.392

文献标识码:A

文章编号:1671-4970(2006)02-0033-05

一、现实状况与司法困惑

2005年3月,广东省深圳市“安惠君案件”成为新闻媒体爆炒的又一起贪污受贿案件,尤其对于其接受男警员“性贿赂”的情节议论颇多。然而此案判决书只认定安惠君收受贿赂(财物)共计人民币120余万元,而对此前媒体所关注的接受和索取“性贿赂”情节只字未提,此后引起了新闻界、法律界人士更大规模的讨论^[1]。

我国现行《刑法》第三百八十五条规定:“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。”从上述法律规定可以看出,我国对贿赂犯罪的内容严格限定在“财物”的范围内,因此“安惠君案件”的审判结果中对“性贿赂”的情节未作判罚是符合法律规定的。罪刑法定的原则是我国刑法的一项基本原则,正如贝卡里亚所指出的:“只有法律才能为犯罪规定刑罚……超越法律限度的刑罚就不再是一种正义的刑罚。”^[2]然而,随着我国市场经济的发展和人民生活水平的提高,由于各种管理机制和监督机制尚未完善,社会控制力量薄弱,赌博、娼妓等社会丑恶现象沉渣泛起,贿赂已经开始由单纯的财物贿赂逐渐向财物贿赂和非财物贿赂“并轨”发展。在成克杰、李嘉庭等腐败大案要案中普遍出现“性贿赂”情节,并成为官员腐败的重要诱因,如果任其发展必将

危及党的执政和国家政权的巩固。然而由于法律规定的缺位,司法中不得不出现这样的困惑和尴尬:对浮出水面的财物贿赂犯罪施以刑罚,对潜在水下却是前者重要诱因、危害远甚于前者的“性贿赂”行为却无能为力,任其逍遥于刑法的追究之外。

二、国内学者争议的焦点

面对这样的社会现实和司法困惑,学术界的有识之士开始深思:面对如此社会现实和法律空白,“性贿赂”行为究竟是否应当犯罪化?通过什么样的立法模式来实现?“性贿赂”行为究竟应如何界定才能实现其立法目的又不累及无辜?

国内学者就上述问题进行了研究和思考,结果在第一个基本问题上就产生了严重的分歧,这个问题既是争议的焦点也是这一研究的基石性问题。以南京大学为代表的支持“性贿赂”犯罪化的南方学者,与以清华大学为代表的反对“性贿赂”犯罪化的北方学者曾就这一问题展开激烈的辩论。

南京大学法学院金卫东认为,在某些情况下,“性贿赂”可以达到财物贿赂达不到的目的。就其诱惑力而言,“性贿赂”的社会危害性和持续性,有时甚至超过财物贿赂。我国刑法将贿赂的内容限定为财物。以后有必要将“性贿赂”等非财产利益的贿赂犯罪纳入刑法规定中。否则,“性贿赂”有可能成为法律的死角^[3]。中国人民大学刑法教研室主任韩玉胜也认为“现行贿赂犯罪限定在财物范围太狭窄,实际上行贿手段非常多,性贿赂仅靠量化原则量刑有一

定的局限性 贿赂罪不能只从数额上考虑 应综合考虑它的情节、对社会的危害和影响程度以及谋取多大的利益作为衡量的尺度 这样比较科学^{〔4〕}。

而清华大学法学院张明楷教授则明确表示“目前不宜将‘性贿赂’纳入刑法规定的犯罪体系。”^{〔5〕}清华大学法学院副教授、刑法学博士周光权则认为惩罚性贿赂“还没有到刑法出面的地步”^{〔6〕}。中国政法大学阮奇林教授认为“性贿赂应是党纪、政纪、道德调整的范围”^{〔4〕}，中国人民大学法学院高铭暄教授认为“性贿赂犯罪化与我国的传统文化观念有太大冲突”应该让道德法庭去评判^{〔4〕}，中国法学会刑法学研究会理事贾宇教授认为“性贿赂罪名设置在司法实践中取证困难”易形成错案^{〔4〕}。

从上述争论可以看出，就“性贿赂”行为是否犯罪化这一问题，国内学者在以下几个问题上分歧尤为突出：如何科学界定“性贿赂”才不致累及无辜？“性贿赂”行为与传统贿赂犯罪的本质属性是否相同？“性贿赂”行为犯罪化是否超出了刑法谦抑性的容忍限度？对“性贿赂”和“性贿赂”中的其他行为（如强暴行为）如何区分和定罪量刑？笔者认为“性贿赂”行为应当犯罪化，并将在下面重点以学界争议的问题进行细致分析，并阐述笔者自己的见解。

三、“性贿赂”行为的界定

尽管学术界对“性贿赂”的讨论如火如荼，然而笔者发现学者们大多对“性贿赂”概念未作应有的深入挖掘，从而对“性贿赂”的定义也五花八门。对这一概念准确的法律界定将决定研究的学术科学性。那么究竟什么是所谓的“性贿赂”行为？我们不妨从文理入手对其进行界定。

1.“性”的概念的界定

性，为有关生物的生殖和性欲^{〔6〕}。“性贿赂”这一概念中的“性”显然应取后者，即“有关生物的性欲”之意。“性行为”、“性生活”均为满足人们的性欲要求而为的行为。然而人类的性欲是有理性的、节制的。它有以下几方面的动机：①法律权利义务要求。如夫妻间的性行为。②感情冲动的生理反应。如男女相爱或婚外恋时发生的性行为。③物质利益和好处的驱动。如妓女或行贿者的性服务。因此，性行为不仅是人的生理要求，而且在当今市场经济条件下，还有利益的驱动，个人目标理想实现的

推动。

2.“贿赂”的概念的界定

贿赂，根据词性的不同有名词和动词两种解释。动词意为用财物买通别人，名词意为用来买通别人的财物^{〔7〕}。“性贿赂”这一概念中的“贿赂”显然应作动词解释。《说文解字》对贿赂的解释为：“贿，财也；赂，遗也；贿赂，以财物枉法相谢也。”^{〔8〕}无论以上哪种解释，贿赂的对象都仅是财物。

然而，我国刑法理论界和司法实务界在十多年前就有人提出，不能拘泥于古人对贿赂涵义的解释，不能把贿赂的涵义固定化、绝对化，而应当根据贿赂犯罪的新情况、新特点，适时地修改贿赂犯罪的犯罪构成。对于贿赂所体现的“利益”，国内法学界出现了三种不同的观点：①财物说；②物质利益说；③利益说^{〔9〕}。

笔者认为，应取利益说为妥。从我国法治的历史和现状来看，贿赂犯罪都应当将利益，特别是性服务包括在内。从历史来看，性贿赂犯罪的立法和司法在我国可谓源远流长。《史记殷本纪》便有历史上关于“性贿赂”的最早记载。而我国历史上最早的“性贿赂”案，当属为史家公认的著名案例《叔公断狱》^{〔10〕}。在立法上，《唐律》^{〔11〕}和《清律》就已将“性贿赂”行为纳入刑法调整领域。说明清朝对于索取性贿赂的贪官予以重处。从我国法制史看，“性贿赂”及对其犯罪化立法古已有之，是随着人们对物质生活的需要层次的提升而产生的^①。那么性贿赂立法和司法也就有了本土法基础，而减少移植法与本土法的冲突和碰撞^②。从现状来看，我国近年司法实践中出现了大量规避直接的权钱（财物）交易形式，而以公权与其他利益进行非法交易的行为。如国家工作人员在行使职务行为过程中，索取或者接受相对人为其本人或第三者设定债权、股权、免除所欠债务、免费提供劳务、免费装修住房、免费出国、出境旅游、减免贷款利息、免费提供住房使用权、解决城市户口、调动工作、招工转干、提拔职务、安排出国留学、吃喝娱乐消费，甚至提供性服务。严峻的现状已经突破了刑法谦抑性的最后底线，贿赂犯罪的内容的扩展刻不容缓。

3.“性贿赂”的概念的界定

“性贿赂”这个词从汉语构词方式上看是个偏正短语，“性”是进行贿赂的方法手段。“性贿赂”包括

①根据马斯洛“人类需要层次理论”，人类的需要分为生理的需要、安全的需要、社交的需要、尊重的需要和自我实现的需要五个依次从低到高的层次，当人类在低层次的需要得到满足时，便会要求向高层次的需要发展，其中性爱的需要和物质需要同为第一层次，但在第一层次中，性爱的需要比物质需要层次高。关于“人类需要层次理论”，参见[美]马斯洛：《人类动机的理论》，M.J. 哈佛大学出版社，1943：10。

②苏力指出：“在西方一些国家通用的法律或作法，即使理论上符合市场经济减少交易成本的法律和制度，如果与本土的传统习惯不协调，就需要更多的强制力才能推行下去。”

行贿、受贿和介绍行贿三种方式。综合考虑我国现行刑法对贿赂犯罪的立法和“性贿赂”行为的特殊性,笔者认为性贿赂可定义为(此处以行贿罪为例,受贿和介绍行贿可比照得出):“行贿人为谋取不正当利益,本人直接向国家工作人员提供性服务;或行贿人为谋取不正当利益,利用第三者向国家工作人员提供性服务,并向第三者支付相关费用。”

其相互关系可用图1表示如下:



图1 性贿赂各方关系

从图1可以看出,“性贿赂”可分为两种情形:一种是行贿人为谋取不正当利益,本人直接向国家工作人员提供性服务。另一种是行贿人为谋取不正当利益,利用第三人向国家工作人员提供性服务,并向第三人支付相关费用。

“性贿赂”犯罪兼具财产性和人身性;“性贿赂”罪与强奸罪在“性贿赂”行为中可能同时发生,又较为复杂。由于贿赂犯罪属行为犯,因此一经实施(接收性服务)便已构成贿赂犯罪。而强奸罪的客体仅限于女性,男性可以成为“性贿赂”罪的客体,但不能成为强奸罪的客体。在接受性贿赂过程中,如果发生下面三种情况,应以受贿罪和强奸罪对受贿者两罪并罚:①受贿者违背行贿者或第三人意志强行与其性交;②行贿者或第三人未满14岁而受贿者与之性交;③行贿者或第三人已满14岁不满16岁,受贿者与其性交,并且若情节严重,造成严重后果。

四、将“性贿赂”行为犯罪化的必要性

1.“性贿赂”行为与财物贿赂行为具有的性质的同一性

“性贿赂”实际上是一种国家工作人员手中掌握的公权与行贿者所期望得到的私利间,以性为中介的交易。性在这场交易中起着关键作用。从犯罪构成上看,对于受贿者来说,“性贿赂”与财物贿赂一样,都为满足人心理或生理上的欲望,侵犯了自己职务的廉洁性。对行贿者来说,“性贿赂”也与财物贿赂一样,通过满足受贿者心理或生理上的欲望,为自己谋取不正当利益。由此可见,二者的主观要件、客观要件和主体都相同,唯一不同的只是客体分别是财物和性服务。

当然,从功利角度而言,性贿赂案件不能量化,

可操作性差。但我们不能为了追求量刑的便利性,而排除贿赂犯罪的现实性、可能性和危险性,忽略其对社会造成的危害性和对国家机关工作人员职务廉洁性的侵害,使之逃避法律制裁。否则,无疑等于牺牲社会主义司法利益。因此,只要其侵害了工作人员职务行为的廉洁性,且情节严重,都构成犯罪,应在刑法上予以确认。

2. 性贿赂行为具有严重社会危害性

近年来“性贿赂”已成为刑法界的热点话题,大量大案要案中财物受贿与收受“性”贿赂相互交织。然而由于实体法中对“性贿赂”的立法空白,只能对这一行为评价为“个人作风问题”、“道德败坏”而用党纪处分和道德上作否定评价。这也让许多国家工作人员,特别是领导干部钻法律的孔子,使隐性贿赂大行其道,严重侵害国家工作人员的职务廉洁性,给国家集体财产造成严重损失,甚至危及党的领导和国家政权的巩固。

海口市侦破一起诈骗8000万元的大案,犯罪嫌疑人的妹妹与副检察长王德伟多次发生性关系后,王以犯罪嫌疑人有病为由给予办理取保候审,犯罪嫌疑人随即出逃^[12]。张猗为承揽走私分子在湛江海关的报关业务以收取通关费,甘做湛江海关原关长曹秀康的情妇,其参与偷逃的应缴税额高达4.2亿元^[12]。“三湘第一女巨贪”蒋艳萍堪称以自身美色行性贿赂之最。她的理论是:在男人当权的社会里,只有懂得充分开发利用男人价值的女人才是真正高明的女人(检察机关已查实与她有过性交易的贪官2人);仅仅13年,蒋艳萍从保管员升至副厅级职位,年仅37岁^[12]。李平利用其“成克杰的情人”这一特殊身份帮助他人承揽工程及贷款,非法收受4100万元^[12]。徐某某利用云南省原省长“李嘉庭的情妇”这一特殊地位牟利3000万元^[12]。涉及官员最多的性贿赂案件当数厦门远华走私案,厦门原市委领导刘丰、张宗绪、赵克明以及海关关长杨前线均身陷“红楼”。3年的时间,远华集团走私犯罪金额达530亿,偷逃税款270亿。1999年广州、深圳、珠海公布的102宗官员贪污受贿案中,被查处官员100%包养“二奶”^[13]……据法学家巫昌祯估计,领导干部腐败60%以上跟“包二奶”有关系,被查处的贪官中95%的人有“情妇”,这其中有很大一部分可以列入“性贿赂”的范畴。2000年12月15日,最高人民检察院副检察长赵登举在新闻发布会上首次披露:“性贿赂目前在行贿犯罪中已相当普遍。最近查处的几起部级干部受贿大案中,几乎都涉及情妇。”^[14]可见权色交易态势之烈。

正基于此,笔者认为,“性贿赂”行为是腐败日盛

的重要诱因,其社会危害严重,亟须刑法加以调整。

3. 将“性贿赂”犯罪化不违背刑法的谦抑性

刑法的谦抑性是指立法者应当力求以最小的支出——小用甚至不用刑罚(而用其他刑罚替代措施)获得最大的社会利益——有效地预防和控制犯罪^[14]。刑法的谦抑性蕴含了这样一种理念:对于某种危害社会的行为,国家运用民事的、行政的法律手段和措施,仍不足以抗制时才运用刑法的方法,亦即通过刑事立法将其规定为犯罪,处以一定的刑罚,并进而通过相应的刑事司法活动加以解决。^[15]日本刑法学家平野龙一也指出:即使刑法侵害或威胁了他人的生活利益,也不是必须直接动用刑法。可能的话,采取其他社会统制手段(如私刑)过于强烈、有代之以刑罚的必要时,才可以动用刑法。这叫刑法的补充性或者谦抑性。^[16]这里,危害行为必须具有严重的社会危害性,作为对危害行为反映,刑罚应当具有无可避免性。性贿赂具有严重社会危害性,道德的调整已不足以抑制其危害的发展,必须使用刑法来调整,完全符合刑法的谦抑性要求。当然,我们用刑法来调整,并非一定要严刑峻罚,轻刑化也是刑法谦抑性的一种表现。孟德斯鸠指出:治理人类不要用极端的方法,我们对于自然所给予我们领导人类的手段,应该谨慎地使用。如果我们研究人类所以腐败的一切原因的话,我们便会看到,这是因为对犯罪不加以处罚,而不是因为刑罚的宽和。^[17]

4. “性贿赂”犯罪化是我国法制统一和协调的要求

1992年制定的我国《反不正当竞争法》中,关于我国商业贿赂的规定已经扩大了贿赂的内容范围。该法第22条规定:经营者采用财物或其他手段进行贿赂以销售或者购买商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任,不构成犯罪的,监督检查部门根据情节处以一万元以上二十万元以下的罚款,有违法所得的,予以没收。^①这里的“其他手段”应理解为不仅包括财物,而且也包括物质性利益和其他利益,如住房权、职位升迁、性服务等。刑法作为一切法律实施的最后屏障,就应当与其他法律,包括《反不正当竞争法》保持一致,不应该为贿赂犯罪分子留下逃脱的通道。

5. “性贿赂”犯罪化是世界反腐败立法的趋势

目前,反腐败问题已成为一个世界性问题,大多数国家和地区都加大了惩治贪污贿赂犯罪的力度,在立法上的表现就是在扩大贿赂犯罪主体范围的同时扩大“贿赂”的外延。2003年10月31日,第58届

联大通过了《联合国反腐败公约》,为各国打击腐败并加强这方面的合作提供了一个法律框架。该公约将贿赂罪的对象规定为“好处”,由此可见,将财产性利益和包括性服务在内的非财产性利益都作为贿赂罪的对象是世界反腐败立法的总趋势。我国已于2003年12月10日签署了此公约,全国人大常委会也于2005年10月27日以全票通过决定,批准加入《联合国反腐败公约》。那么我国刑法的贿赂犯罪条文中与《公约》不相协调内容的修改也势在必行。

五、国外的立法和司法经验借鉴

通考世界各国和地区的刑法,大多数国家和地区在扩大贿赂犯罪主体范围的基础上又进一步扩大了贿赂犯罪的内涵外延,将“非财产性利益”(包括性服务)作为贿赂犯罪的内容,在各自的刑法典中明确予以规定。

《德国刑法典》第331条(受贿)规定:公务员或从事特别公务的人员,对于现在或将来的职务上的行为要求、期约或收受利益者,均为受贿罪。^[18]其中“利益”指非财产性利益,也包括性贿赂。《日本刑法典》第197条规定:公务员或仲裁人,关于其职务收受贿赂或要求约定之者,处三年以下之惩役,因而为不正之行为或不为相当行为者,处一年以上十年以下之惩役。于前项之件,所收受之贿赂,没收之。苟不能没收其全部或一部者,追征其价额。^[19]此法虽未对“贿赂”作出明确规定,司法实践关于贿赂的解释是指一切利益,包括财产性利益和非财产性利益,甚至包括性交。例如1982年3月日本一名男法官因接受其裁判案件女被告人的“性服务”,减轻其刑罚,而自己被判构成受贿罪。欧洲和亚洲一些国家刑法典虽然没有直接将性贿赂规定在刑法中,但规定将“其他利益”作为贿赂犯罪的内容,即贿赂的内容并不仅仅限于财物,还包括“非财产性利益”。《意大利刑法典》第317条(索贿)、第318条(因职务行为受贿)、第319条(因违反职责义务的行为受贿、在司法行为中受贿)、第320条(受委托从事公共服务的人员受贿)均规定了“其他利益”^[20]。此外《美国联邦刑法典》规定为“任何有价值物”,《丹麦刑法典》规定为“贿赂或其他利益”,《泰国刑法典》规定为“财物或其他利益”,《加拿大刑法典》第108条、第109条等均将非财产性利益作为贿赂犯罪的内容,其中也包括性贿赂。

此外,我国香港特别行政区《防止贿赂条例》将

①《中华人民共和国反不正当竞争法》,中华人民共和国第八届全国人民代表大会常务委员会第三次会议于1993年9月2日通过,自1993年12月1日起施行。

贿赂罪内容规定为“一切利益”,澳门特别行政区规定为“财产性利益和非财产性利益”,台湾地区“刑法”规定为“贿赂或其他不正利益”。

可见,将贿赂犯罪的内涵外延扩大到财物和财物以外的财产性利益和非财产性利益既是世界刑事立法的发展趋势,也是国内不同地区法制协调性和统一性以及加强国际、区际共同打击反腐败犯罪的要求。

对我国“性贿赂”犯罪化的立法可以通过刑法修正案或司法解释(扩大解释)来完成。笔者建议《中华人民共和国刑法》第163条、第164条、第385条、第387条、第388条、第389条、第391条、第393条中将贿赂对象的规定修改为:“财物或其他利益(包括性服务)”。采《意大利刑法典》^[20]之先例,将名誉刑^[21]增加作为对“性贿赂”犯罪这一特殊犯罪的适用刑罚,根据犯罪情节的轻重分别判处暂时剥夺担任公职的权利(如1~5年内不得担任公职)和剥夺担任公职权利终身。

六、结 语

“性贿赂”犯罪与政府官员的腐败紧密相连,直接影响到党和国家的长治久安。因此应尽快将“性贿赂”罪列入法律范畴,使打击性贿赂犯罪有法可依。从世界反腐败立法趋势来看,“性贿赂”犯罪化不仅顺应时代潮流,也是中国依法治国方略的必然选择。

虽然定“性贿赂”犯罪在取证、量刑上有诸多困难,但我们不能以此为理由而放任性贿赂犯罪蔓延。在调查取证上,应当严格按照《刑事诉讼法》的规定,防止因骗供、诱供、刑讯逼供等违法手段而导致冤假错案,同时派遣专门人员赴香港廉政公署等国际反腐败机构学习,综合运用更高的科技、心理、医学等技术和方法取得证据。在量刑上,则应综合“性贿赂”的方法、手段、情节、社会影响等方面加以考虑,以行贿人通过直接或间接提供性服务,所导致的社会危害程度为量刑的主要标准,以行贿人通过行“性贿赂”所得到的非法利益的数额为犯罪所得数额计算。同时,应根据犯罪构成的不同和情节的轻重,区分通奸、姘居、重婚罪与本罪的区别。

参考文献:

[1] 邓海建.深圳安惠君案警示 该给性贿赂立法了[N].法制日报,2005-04-13(3).

[2] 贝卡里亚.论犯罪与刑罚[M].北京:中国大百科全书出版社,1993:11.

[3] 钟清豹.“性贿赂”何时入罪[N].人民日报,2000-12-20

(9).

[4] 王正鹏,叶青.性贿赂罪写入刑法吗[N].北京晨报,2001-01-09(6).

[5] 陈杰人.性贿赂不宜纳入犯罪[N].中国青年报,2000-12-20(5).

[6] 雷飞鸿.辞海[M].上海:上海辞书出版社,1999:1756.

[7] 吕叔湘,丁声树.现代汉语词典[M].北京:商务印书馆,1996:567.

[8] 许撰,段玉裁.说文解字注[M].上海:上海古籍出版社,1981:321.

[9] 高铭暄,马克昌.刑法学:下编[M].北京:中国法制出版社,1999:1137.

[10] 沈玉成.左传译文[M].北京:中华书局,2005:312.

[11] 钱大群.唐律与唐代法律体系研究[M].南京:南京大学出版社,2000:106-110.

[12] 杨子才.惩治性贿赂[N].中国青年报,2001-04-16(4).

[13] 王庆芳.“性贿赂”何时圈进法律射程[N].辽宁法制报,2004-12-27(6).

[14] 陈兴良.刑法谦抑的价值蕴含[J].现代法学,1996(3):24.

[15] 陈兴良.刑法哲学[M].北京:中国政法大学出版社,1997:37.

[16] 平野龙一.刑法总论[M].有斐阁,1972:47.

[17] MONTESQUEU. The spirit of the laws[M]. Cambridge:Cambridge University Press,1989:89.

[18] 汉斯·海因里希·耶赛克,托马斯·魏根特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2001:1023.

[19] 牧野英一.日本刑法通义[M].陈承泽,译.北京:中国政法大学出版社,2003:186.

[20] 杜里奥·帕多瓦尼.意大利刑法学原理[M].陈忠林,译.北京:法律出版社,1998:361-362.

[21] DR. FRANZ VILSITZ. Lehrbuch des deutschen strafrechts[M]. Law Press, 2000:439-446.

