

立法争鸣

论行贿与受贿的并重惩处

刘仁文*

摘要 从观念和制度上真正落实“受贿行贿一起查”，是改变贿赂犯罪治理不力的治本之策。无论从贿赂犯罪生成机理的理论视角还是从查处贿赂犯罪的实证视角，也无论是国内反腐的需要还是中国企业走出去防范刑事风险的需要，以及对《联合国反腐败公约》和域外立法的分析，都能证成“受贿行贿一起查”这个命题。为此，一方面，要在执法司法层面树立行贿受贿并重惩处的理念，强化办案水平，贯彻宽严相济的刑事政策，做好行贿犯罪定罪处刑的“后半篇文章”；另一方面，要在立法层面一体推进行贿犯罪与受贿犯罪的立法完善，妥善处理行贿犯罪与受贿犯罪的犯罪对合与刑罚相称，取消介绍贿赂罪，废除行贿犯罪的特别自首制度。

关键词 行贿罪 受贿行贿一起查 犯罪对合性 刑罚相称性 介绍贿赂罪

“坚持受贿行贿一起查”，是党的十九大提出的明确要求。这一要求的一个重要方面就是要加大对行贿犯罪的打击力度。2021年9月，中央纪委国家监委与中央组织部、中央统战部、中央政法委、最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》（以下简称《意见》）明确指出：“要清醒认识行贿人不择手段‘围猎’党员干部是当前腐败增量仍有发生的重要原因，深刻把握行贿问题的政治危害。”总体而言，行贿与受贿是一种互为因果、互相利用、互相促进的关系。仅仅重视对受贿犯罪的治理，却忽视对行贿犯罪的治理，将导致对贿赂犯罪的治理过多地寄希望于对受贿方的单向治理。但是，一味地放纵行贿人将导致某些行贿对象长期处于被“围猎”的状态，这将大大降低治理贿赂犯罪的效果。一段时间以来，之所以贿赂犯罪治理不力，一个重要原因就是查处贿赂犯罪时“重受贿，轻行贿”。要真正落实“受贿行贿一起查”，就要从执法、司法和立法上真正将惩治行贿犯罪提升至与惩治受贿犯罪同等重要的位置，实现对二者的并重惩处。

* 中国社会科学院法学研究所研究员，中国社会科学院大学法学院教授。

本文系国家社会科学基金重点项目“刑法的立体分析与关系刑法学研究”（项目编号：19AFX007）的研究成果。

一、行贿应与受贿并重惩处的必要性

(一) 无论是国内反腐还是中国企业走出去都要求加大对行贿犯罪的打击力度

虽然近年来我国反复强调要加大对行贿犯罪的打击力度,在治理行贿犯罪上也确实取得了一定的成绩,但从相关的统计数据来看,“重受贿,轻行贿”的现象并未得到根本扭转。^① 笔者以“受贿”为关键词,在“中国裁判文书网”上对2016年1月1日至2021年12月31日期间的法律文书进行检索,共检索到文书78976篇;以“行贿”为关键词进行检索,共检索到的法律文书却只有22879篇。行贿案件的文书数量仅为受贿案件的文书数量的29%。虽然行贿犯罪与受贿犯罪并非一一对应的关系(如被勒索且未获得不正当利益的不是行贿),现实生活中也确实存在一个行贿人对多个受贿人的情况(但同时也存在一个受贿人对多个行贿人的情况),但二者之间相差如此悬殊,还是很能说明问题。另据学者的实证研究,在司法实践中,行贿罪的处罚力度偏轻,缓刑刑适用率偏高。^② 贿赂犯罪治理中的这种“重受贿,轻行贿”,造成了社会上一种错误认知:行贿犯罪属于低风险甚至是无风险的行为。这反过来又造成行贿成风、受贿成习惯,甚至“围猎”手中有权有资源的官员,使后者成为一种高风险职业。这不仅不利于保护干部、有效治理受贿,也不利于净化营商环境、鼓励企业公平竞争,尤其在中国企业走出去特别是实施“一带一路”倡议的背景下,更应引起我们的重视。

随着我国境外投资的迅猛增长和“一带一路”倡议的深入推进,我国越来越多的企业走出去,中国企业面临前所未有的跨国商业贿赂风险。正因如此,国家主席习近平分别在2017年和2019年的首届和第二届“一带一路”国际合作高峰论坛上提出要把“一带一路”建成“廉洁之路”。这既是保障公平竞争的国际经贸秩序、维护清正廉洁的国际政治环境的需要,也是提升国家软实力、主动抢占道义制高点和法律制高点的需要。^③ 从现实来看,2018年11月,美国司法部长塞申斯称要重点调查涉及我国的十大目标对象,其中之一是“调查与美国企业存在竞争关系的中国企业涉嫌违反美国《反海外腐败法》的情况”。^④ 这表明美国把《反海外腐败法》作为与我国加强竞争的外交和国际贸易政策工具,加大了对涉华企业的调查起诉力度。对此,我们必须未雨绸缪,保持对行

① 参见刘仁文、黄云波:《行贿犯罪的治理及其法律完善》,载张凌、袁林主编:《国家治理现代化与犯罪防控——中国犯罪学学会年会论文集(2014年)》,中国检察出版社2014年版,第149-161页;李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,载《中国法学》2015年第1期,第5-24页。

② 参见刘霜、石阳媚:《行贿罪处罚的实证分析及其优化——以某省103个行贿罪判决为研究范本》,载《河南社会科学》2018年第6期,第54-60页;黄明儒:《行贿罪刑法规制之检视——以H省2016年各级法院所办理的一审行贿案件为切入》,载《法学论坛》2018年第2期,第141-151页。

③ 参见冉刚:《司法实践视角下的跨国商业贿赂域外管辖——兼论我国域外管辖制度的完善》,载《国际法研究》2020年第6期,第47页。

④ See Attorney General Jeff Session's China Initiative Fact Sheet, Department of Justice (1 November 2018), <https://www.justice.gov/opa/speech/file/1107256/download>.

贿的零容忍态度,才能于国有利、于己安全。

(二) 行贿与受贿犯罪的紧密联系决定了二者应并重惩处

行贿犯罪与受贿犯罪是典型的对向犯关系。在贿赂犯罪的发生机理中,受贿行为必然以行贿行为的存在为前提,没有行贿就不可能有受贿。从这个意义上讲,行贿行为与受贿行为互为因果。虽然我国刑法并不是对所有的对向犯都规定要同等处罚,甚至在某些场合不同等处罚也有一定道理,^①但是,贿赂犯罪的对向关系要求刑法不但要同时处罚两种行为,还要尽量实现同等规制,这是对法益进行充分保护和对贿赂犯罪进行有效防治的需要。

从本质上看,行贿犯罪与受贿犯罪属于共同犯罪,即使刑法没有设置独立的行贿犯罪,根据共同犯罪的相关规定也是可以以受贿犯罪的共犯对其进行惩处的。行贿人与受贿人的共犯关系决定了既可以基于对行贿人的查处而发现受贿犯罪,也可以基于对受贿人的查处而发现行贿犯罪。行贿犯罪与受贿犯罪在查处过程中应当居于平等地位,不能因为打击某一方而忽视了对另一方的处置。根据共同犯罪原理,作为互为因果、共同侵害职务行为廉洁性法益的共同犯罪人,他们的作用相当,均为主犯,故一方要对另一方的行为承担刑事责任,实施部分行为的人要对共同犯罪所涉及的全部罪行承担刑事责任。因此,在同一案件中,对二者的处罚不应存在太大差异,不论是“重受贿,轻行贿”还是“重行贿,轻受贿”都不妥当。既然对受贿人与行贿人定罪量刑所依据的都是同一案件事实,那么对二者的处罚就应当具有相当性。“重受贿,轻行贿”与“重行贿,轻受贿”其实只是对贿赂犯罪中的部分人、部分行为追究了刑事责任,一定程度上忽略了另一方在整个贿赂犯罪过程中所起的作用。

受贿犯罪是国家权力的内部腐蚀,行贿犯罪是国家权力的外部腐蚀,二者都从不同侧面指向同一个问题。只有既外防行贿人“围猎”,又内防国家工作人员的甘于被“围猎”甚至索取贿赂,才能使权力免受侵蚀。长期以来,在刑法立法上,行贿犯罪的特别自首制度,给行贿人逃避惩罚预留了“后门”;在刑事政策上,将行贿犯罪作为服务于治理受贿犯罪的工具,导致行贿犯罪大量地适用缓刑和免于刑事处罚。^②这都是只重视内防国家工作人员腐败却忽视外防行贿人“围猎”的表现。《刑法修正案(九)》虽然对行贿犯罪的特别自首从宽制度作了限缩规定,为行贿犯罪增加了罚金刑,但立法上“重受贿,轻行贿”的局面仍然没有从根本上得到改观。最高司法机关虽然反复强调“行贿与受贿并重惩治”,但司法现实却未获显著改变,其根本原因就在于将行贿与受贿当作两个问题分别对待,在立法设置上未突出二者之间的对称关系,以致出现行贿罪特别自首制度这种“饮鸩止渴”的做法。^③

(三) 国际公约及域外立法的启示

治理贿赂犯罪是一个世界性难题,国际社会在与贿赂犯罪作斗争的过程中,积累了一些宝贵的经验,值得我们借鉴。例如,《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)第

^① 参见孙国祥:《对合犯与共同犯罪的关系》,载《人民检察》2012年第15期,第7-8页。

^② 参见高诚刚:《实证研究视角下“行贿从轻”的实效》,载《政治与法律》2016年第5期,第48-60页。

^③ 参见刘英团:《对行贿人也要严惩》,载《人民日报》2013年11月27日,第19版。

15 条规定：“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的条件。”该规定第一项规定的是行贿犯罪，第二项规定的则是受贿犯罪，同一个条文规定了两种行为，由此突出了行贿与受贿之间密切的对应关系。除第 15 条之外，《公约》规定的“贿赂外国公职人员或者国际公共组织官员”“影响力交易”“私营部门内的贿赂”采用的都是这种在同一个条文中同时规定行贿与受贿两种犯罪的立法模式。我国作为《公约》的缔约国，更应从中受到启发。

美国《模范刑法典》是美国各州立法的重要参考对象。《模范刑法典》第 240.1 条对公共事务中的贿赂罪规定如下：“如果某人给予、提议给予或者同意给予他人，或向他人索取、接受或同意接受以下利益的，构成第三级重罪中的贿赂罪：（1）作为收受者以公务员、政党人员或选举人的身份所作的决定、意见、建议、投票或者其他裁量权对价的任何经济利益；或者（2）作为收受者在司法或者行政程序中所作的决定、投票、建议或其他公务的自由裁量权行使之对价的任何利益；或者（3）作为公务员或政党人员违反法定职责对价的任何利益。行为人试图施加影响的人，因尚未就任或缺乏权限或任何其他原因，而没有资格以所希望的方式行事的，不得以本条的规定进行抗辩。”美国法学会对此的评注指出，该条规定的是最严重的贿赂犯罪，“在利用提供金钱或其他利益的方式寻求影响公务职能的未来运作的场合中，本罪承担了惩罚行贿者和受贿者的传统功能”。^① 根据《模范刑法典》的这一规定，行贿与受贿都构成三级重罪，二者在罪名与刑罚上都一致。

英国《反贿赂法》是英国历史上最严厉的贿赂立法，其在立法理念、机制与制度上的创新使英国重新确立了贿赂犯罪立法典范的地位。^② 该法将公共领域和私营领域的贿赂行为合为一体，规定了综合性的罪名，即第 1 条的行贿罪和第 2 条的受贿罪。该法第 11 条对该法规定的所有贿赂犯罪之刑罚进行了规定。根据这一规定，触犯第 1 条和第 2 条规定，按简易程序定罪的，处以不超过 12 个月的监禁刑，或者处以不超过法定最大数额的罚金，或者并处监禁刑和罚金；按普通公诉程序定罪的，处以不超过 10 年的监禁刑，或者处以无限额罚金，或者并处监禁刑和罚金。^③ 虽然英国《反贿赂法》并未将行贿与受贿规定为一个条文，但该法将公共领域与私营领域的贿赂行为统一规定，并且将所有贿赂犯罪的法定刑进行统一规定的立法模式，亦体现了立法者将行贿与受贿同等对待、同等处罚的明确态度。

（四）反对的理由难以成立

有学者反对并重惩处行贿与受贿，认为解决权力腐败问题的关键在于从体制上颠覆传统官僚政治的遗弊，加强对公权力的监督，而行贿与受贿并重惩处的主张存在转移国

^① 参见《美国模范刑法典及其评注》，刘仁文等译，法律出版社 2005 年版，第 180 - 182 页。

^② 参见魏昌东：《英国贿赂犯罪刑法治理：立法发展与制度创新》，载《学习与探索》2013 年第 2 期，第 75 - 79 页。

^③ See Bribery Act 2010, section 1, section 2, section 11.

家对腐败核心问题治理的巨大风险，在很大程度上只是属于“环顾左右而言它”的做法。^①在论者看来，似乎行贿人反而是值得同情的了。对此，笔者实不敢苟同。首先要明确的是，我国刑法明确规定了“因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿”。也就是说，论者所同情的作为弱势群体的一方，如果不是以获得不正当利益为目的，在被索贿的情形下是不成立对合犯的。在这个意义上，治理贿赂问题关键是要从制度上加强对公权力的监督是成立的。问题是，在许多领域，确实存在行贿人“围猎”掌握资源和权力者，并且“围猎”的手段和方式防不胜防。在这种情况下，如果还无视“围猎”者对政治生态、商业生态等的巨大危害，甚至认为对“围猎”者的惩处偏移了解决问题的中心，那就正是论者所指责的犯了表面化理解和片面性观察的错误了。举例言之，2011年至2019年，在美国《反海外腐败法》执法行动中，所有涉案企业中有31%在我国开展业务；2016年，美国调查的海外腐败案件中有48%涉及在华企业贿赂我国官员；2018年，美国调查的16家企业中，有6家企业涉及在华行贿。在葛兰素史克贿赂案件中，葛兰素史克通过大规模行贿排挤国内医药企业，在华贿赂款占药品成本30%左右，贺普丁等药品的内地出厂价是韩国的7.8倍、加拿大的5.4倍、英国的4.7倍。^②这些跨国企业在中国的“洋贿赂”屡禁不止，极大损害我国营商环境和公共利益。如果按前述论者的观点，难道这些行贿的美国公司也不该严肃处理？难道也只能简单归咎于我们的体制机制和只处理国内的受贿人员而对这些跨国行贿者不闻不问？值得注意的是，美国1977年制定《反海外腐败法》的直接原因是，美国洛克希德公司对日本首相和荷兰女王丈夫的贿赂事件发生后，当地民众借此攻击美国和本国政府，认为美国公司的腐败行为“污染”了当地政治，为改善对外形象，促进国际业务，才出台该立法禁止跨国商业贿赂。^③可见，如果对行贿犯罪不积极主动地予以惩处，那么即使在日本、荷兰这种清廉度高的国家，其高官也会被“围猎”。

还有学者走得更远，提出废除行贿罪的大胆命题，认为加大处罚力度不如提高处罚几率，而在对行贿行为与受贿行为实行双罚制的情况下，行贿人与受贿人订立了“攻守同盟”是受贿罪被处罚概率低的主要原因，所以应以“立法效果论”为依据，将行贿行为非罪化，这样才会使行贿人与受贿人之间产生“囚徒困境”，从而有助于提高处罚受贿罪的概率，并达到有效治理贿赂犯罪之目的。^④这种观点的逻辑漏洞也比较明显。且不论从《公约》和域外立法例中找不到任何这类立法依据，^⑤就是光从我国立法的科学

① 参见何荣功：《“行贿与受贿并重惩罚”的法治逻辑悖论》，载《法学》2015年第10期，第158页。

② 参见冉刚：《司法实践视角下的跨国商业贿赂域外管辖——兼论我国域外管辖制度的完善》，载《国际法研究》2020年第6期，第18页。

③ 美国众议院在《1977年公司非法支付法案》中关于“立法必要性”的阐述，全面深入地说明了跨国商业贿赂对美国的危害，指出400多家公司承认曾进行过可疑或非法支付。See The U. S. House of Representatives, *Unlawful Corporate Payments Act of 1977*, Report No. 95 - 640, September 28, 1977.

④ 参见姜涛：《废除行贿罪之思考》，载《法商研究》2015年第3期，第63页以下。

⑤ 虽然论者也指出“外国的做法并不是我国必须照着做的理由”，但作为国际社会治理贿赂犯罪的经验，总归值得我们认真对待，特别是《联合国反腐败公约》，我国作为缔约国，也有贯彻其行贿受贿并处这一精神的义务。

化而言,这种立法也因过于功利化、有损基本的公平公正而不应当被采纳。否则,如果只是为了提高对某类犯罪的查处率和被揭发检举率,就可以放弃对明显构成犯罪的对合行为的追究,那显然是有失偏颇的。这种主张既与我国对立功从宽制度加以限制的立法不相符,^①也与我国刑法加大对对合犯的规制力度不相符。^②

二、从执法司法层面落实行贿与受贿的并重惩处

(一) 树立行贿与受贿并重惩处的理念

1997年《刑法》特意设置了旨在分化、瓦解贿赂人同盟关系的行贿犯罪特别自首制度。该制度旨在通过全部或者部分放弃对行贿人的严厉惩处,换取其对受贿人犯罪线索的检举揭发。不难看出,我国刑法在立法上所采取的就是通过“打击行贿服务于查处受贿”的策略。具体到司法实践,这一思维体现得更为透彻。例如,《最高人民法院、最高人民检察院关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》(高检会〔1999〕1号)指出:“要把查处受贿犯罪大案要案同查处严重行贿、介绍贿赂犯罪案件有机地结合起来,通过打击行贿、介绍贿赂犯罪,促进受贿犯罪大案要案的查处工作,推动查办贪污贿赂案件工作的全面、深入开展。”虽然该司法规范性文件也提到要打击行贿犯罪,但其目的很明确:打击行贿犯罪是为了促进受贿犯罪的查处。最高人民法院原副院长李少平同志曾指出:“‘两高’的通知之中隐含了‘打击行贿服务于查处受贿’的政策。”^③既然打击行贿是为了服务于查处受贿,那么,对行贿人的惩处就变得并不那么重要了,只要行贿人主动交代,提供受贿人的犯罪线索,就可以根据特别自首制度的规定,对其减轻或者免除处罚。我国刑法立法与司法上这种“重受贿,轻行贿”的做法,使得行贿人处于低风险甚至无风险的状态,由此导致社会上形成了“行贿无罪”或者“行贿没事”的错误认识。因此,就落实行贿与受贿并重惩处而言,至少需要从以下两个方面着手。

一方面,要改变我国监察人员、司法人员将对行贿犯罪的打击作为查处受贿犯罪手段的固有思维,正确认识行贿与受贿之间互为因果、互为诱因的紧密关系,认识到放纵行贿最终仍然会滋生受贿,不能因为要查处受贿犯罪就放弃对行贿犯罪的惩处。我国刑法规定的受贿罪和行贿罪的构成要件有所区别。比如,《刑法》第385条规定的受贿罪仅要求谋取利益,而第389条规定的行贿罪以谋取不正当利益为构成要件。在“重受贿,轻行贿”的思维下,调查人员将受贿犯罪作为调查的重点,注意收集证明谋利事项存在与否的证据,而忽视收集谋利事项不正当性的证据,可能造成符合犯罪构成的行贿行为因证据不足无法定罪。转变为“行贿与受贿并重惩处”执法司法理念后,应当将受贿犯罪、行贿犯罪同时调查,一并收集是否存在具体谋利事项、谋利事项是否正当的证

^① 如《刑法修正案(八)》删除了原来的“犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚”。此后,即使有重大立功表现的,也只能“可以减轻或者免除处罚”。

^② 如《刑法修正案(九)》删除了“收买被拐卖的妇女、儿童罪”原条文中的“可以不追究刑事责任”的规定,相应增加了收买行为的刑事责任。

^③ 李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,载《中国法学》2015年第1期,第8页。

据,进而分别判断其是否构成犯罪。又如,行贿人通过行贿行为获得的不正当利益对于受贿罪、行贿罪的意义也有所不同。在行贿犯罪中,谋取不正当利益系财产利益的,属于违法所得,根据《刑法》第64条的规定,应当予以追缴或者责令退赔;谋取不正当利益系非财产性利益的,也应当依法予以纠正。但是,在处理受贿犯罪时却没有这方面的要求。在“重受贿,轻行贿”的思维下,调查人员以查处受贿犯罪为目的收集案件证据,不需要关注行贿人通过行贿行为获得的不正当利益的追缴、处置等问题。按照这一思路调查取证,即便将行贿犯罪连同受贿犯罪一并移送司法机关,受限于前期调查取证偏差,司法机关无法有效追赃挽损,进而影响刑罚震慑效果的充分实现,甚至造成行贿人入监服刑而其家属在外继续享受行贿所得不正当利益的问题。产生这些问题的根源就在于没有树立“行贿与受贿并重惩处”理念,以惩处受贿作为调查、司法程序的最终目标,忽视了行贿犯罪在调查处理过程中的特殊之处,造成执法、司法上的瑕疵、偏差。

另一方面,要改变我国民众关于“行贿无罪”或者“行贿没事”的错误认识,营造廉洁的社会文化。人类具有趋利避害的本性,刑罚之所以具有威慑作用,原因就在于人们希望能够避免刑罚所带来的痛苦。“对社会而言,只有当羞耻感得以强有力地并恰当地形成时,其犯罪率才会比较低;对于个人而言,如果他没有因为实施了不法行为而感到羞耻,就会走向犯罪。”^①长期以来,我国形成了一种“办事必须送礼”的贿赂亚文化,这种亚文化成了贿赂犯罪滋生的沃土。因此,要有效地治理行贿犯罪,除了从立法和司法上扭转“重受贿,轻行贿”的局面,还需要肃清社会上“送礼成风”的习气,重塑民众对行贿行为的羞耻感,只有这样才能从根源上铲除贿赂犯罪形成的土壤,进而从根本上营造廉洁的社会文化。

(二) 强化办案水平

贿赂犯罪具有极高的隐秘性,行贿人与受贿人之间又常常会存在互利互惠的利益关系,因此,办理贿赂案件往往会存在“发现难、追查难、突破难”这样的“三难”问题。^②为了解决这些问题,我国刑法从立法上设置了贿赂犯罪的特别自首制度,司法上也奉行“打击行贿服务于查处受贿”。但是,这种治理贿赂犯罪的刑事政策是不成功的,未来解决办理贿赂案件的“三难”问题,还需另辟蹊径。

一是要实现法法衔接,加强办案机关之间的配合制约。监察法、刑事诉讼法规定了提前介入、线索移送、管辖权竞合时如何处理等办案机关之间的配合制约机制。监察机关以受贿犯罪商请检察机关提前介入时,检察机关认为行贿人构成行贿犯罪的,应当及时提出;可能构成行贿犯罪需要进一步调查补证的,应当针对行贿犯罪一并提出证据收集意见。对于检察机关的相关意见,监察机关应当充分重视,及时补证,该追究刑事责任的及时移送司法机关。在遇到行贿人还触犯其他属于公安机关管辖的犯罪时,还要加强与公安机关之间的线索移送、同步立案侦查等工作。例如,在2022年4月20日国家监察委员会、最高人民检察院联合发布的五起行贿犯罪典型案例中,在薛某某行贿、串

^① [澳] 约翰·布雷斯韦特:《犯罪、羞耻与重整》,王平、林乐鸣译,中国人民公安大学出版社2014年版,第1页。

^② 参见张志强:《把握行贿规律,解决侦查“三难”》,载《人民检察》2002年第4期,第43-45页。

通投标案中，县监察委员会就薛某某涉嫌行贿犯罪立案调查后，主动征求县人民检察院意见。县监察委员会与县人民检察院就调查取证方向、证据标准进行了充分沟通。鉴于薛某某还存在串通投标行为，县监察委员会在对其涉嫌行贿犯罪立案调查的同时，将其串通投标问题线索移送公安机关同步立案侦查。最后，县人民检察院以行贿罪、串通投标罪提起公诉，县人民法院予以采纳。

二是要提高取证能力，借助其他证据来实现“零口供”定罪。长期以来，在我国司法实务中，由于缺乏其他有效的取证手段，贿赂犯罪的办理很大程度上都依赖于行受贿双方的口供。针对这一问题，2012年以来，刑事诉讼法及相关司法解释陆续规定了技术侦查、侦查实验、电子数据等新的侦查措施和证据形式，增强了办案机关的办案能力和手段，减少了对行受贿双方口供的依赖。在增加侦查措施的同时，办案人员应当强调外围证据的收集审查，利用外围证据之间的印证关系构建证明体系、夯实证据链，从而达到证据确实、充分的证明标准。近年来，在查处贿赂犯罪时，以“零口供”定罪的案例不断出现。这说明办案机关和办案人员对贿赂犯罪越来越注重收集、固定物证、书证、证人证言等外围证据，以形成口供之外的证据链。例如，在前述五起行贿犯罪典型案例中，江西王某某行贿案就是在行贿人“零口供”的情况下，办案机关注重调查、运用书证和证人证言，严密证据体系，认为在案证人证言、企业账目、银行流水、股票、生效判决书等书证足以形成完整的证据链条，证实王某某为谋取不正当利益向钟某某行贿500万元的事实，最后依法提起公诉，并被人民法院采纳。

（三）贯彻宽严相济的刑事政策

作为一项基本刑事政策，宽严相济对行贿犯罪的处理同样具有指导意义。宽严相济刑事政策除了该严则严、当宽则宽之义外，更为重要的是要做到宽严“相济”，要严中有宽，宽中有严，宽严有度，宽严审时。因此，虽然加大对行贿犯罪的打击力度是行贿受贿一起查的重要方面，但这并不意味着只要涉及行贿就只有从严的一面，还应当注意在办理行贿犯罪案件中实现宽严相济。

从严的方面来讲，除了要从严惩处《意见》中所列举的那些重大商业贿赂，在国家重要工作、重点工程、重大项目中行贿的行为，在重要民生领域和重要公共领域行贿的行为，还要针对我国海外投资快速增长的现实，把严肃查处我国企业在境外的行贿受贿行为作为一项重要工作来抓。此外，还要通过创新工作机制，改革过去一些不利于控制行贿滋长的做法。例如，社会上有一些专门以帮助“捞人”为由向相关犯罪嫌疑人的家属骗取钱财的人。案件侦破后，过去的一般做法是把被骗的人作为受害人来对待，返还其被骗的钱财。如今，无论是理论界还是实务界，都不乏此种情形下的所谓“被害人”其实就是共同行贿人的主张，即使其确实被骗，其所被骗的钱财也应作为赃款赃物上缴国库。笔者认为，将这些被骗的所谓“被害人”作为共同行贿人来对待是合理的，因为其行为严格来说已经符合行贿犯罪的构成要件，即使最终被骗，其被骗的钱财也不应返回他本人。只有这样，才能让他们认清是非，了解自己的行为性质。^①

^① 如果对方不是骗子，而是按照约定真的去行贿了，那么双方构成共同行贿也是没问题的。司法实务部门甚至可以选择适当的案子以共同行贿罪来追究其刑事责任，并通过指导性案例或典型案例予以推广，以发挥其对公众的行为引导功能和对办案部门的裁判引导功能。

从宽的方面来讲,要注意用好认罪认罚从宽、涉案企业合规整改等措施。例如,在前述五起行贿犯罪典型案例中,浙江某公司、李某某单位行贿案就是鉴于公司和李某某归案后自愿如实供述罪行,承认指控的犯罪事实,愿意接受处罚,并积极履行生态修复责任,确有悔罪表现,积极退赃,检察机关经与监察机关协商,对浙江某公司和李某某从轻提出确定刑量刑建议,被法院判决采纳。又如,2021年6月3日,最高人民检察院发布四起企业合规改革试点典型案例。在Y公司王某某、林某某、刘某乙对非国家工作人员行贿案中,检察机关鉴于“Y公司属于深圳市南山区拟上市的重点企业,该公司在专业音响领域处于国内领先地位,已经在开展上市前辅导”,遂对王某某等依法作出不予起诉决定,与此同时,检察机关与Y公司签署合规监管协议,通过对企业提出整改意见,推动企业合规建设,并进行合规考察等后续工作,取得良好的法律效果和社会效果。

宽严相济刑事政策不仅体现在自由刑上,还应当体现在财产刑、追赃挽损中有所体现。一方面,对于行贿所得的不正当财产利益,应当严格依法予以追缴或者责令退赔,尽力追缴违法所得,最大程度地挽回国家损失;对于行贿所得的不正当非财产性利益,如经营资格、学历学位、职务职称等,应当督促相关单位予以撤销、纠正。另一方面,在办案的同时,要依法保护涉案人员、企业的合法财产,严禁超范围查封、扣押、冻结,慎重选择收缴、查封、扣押、冻结等追赃措施,将对合法涉案人员、企业正常生活、合法经营的影响降到最低。

(四) 做好行贿犯罪定罪处刑的“后半篇文章”

“在刑事政策的领域里,刑法实践并不是一枝独秀的,而是被其他的社会控制的实践所包围着。”^①治理贿赂犯罪,不能仅靠刑法手段,还应注意非刑事手段的运用,这也是我国多年来治理贿赂犯罪经验教训的总结。

首先,要注意发挥监察建议和司法建议的作用。例如,在前述浙江某公司、李某某单位行贿案中,针对本案存在的履职不力、腐败问题,县监察委员会发送监察建议书,要求环保部门排查廉政风险点,倒查制度漏洞,加强系统内部监督,同步开展党风廉政警示教育,以案促廉,做实“后半篇文章”。又如,针对前述薛某某行贿、串通投标案中暴露出来的招标投标监督管理涉及部门多、职责定位不清、存在“都管、都不管”的问题,检察机关从严格投标单位资格审查、规范招标代理机构、加大从业人员违规惩戒力度等方面,分别向县财政局、市场监管局、教育体育局制发检察建议,这些单位对检察建议全部予以采纳,净化了招标投标领域的环境。监察建议和司法建议虽非刑事手段,但运用得好,对于预防犯罪可以起到与刑法相辅相成的作用。因为,其所着眼的不仅仅是对犯罪人本身的报应与预防,而是弥补制度漏洞,促进廉政文化的形成,净化可能滋生犯罪的环境。多年以来,我国对刑罚手段的运用更多的只是关注对犯罪人本身的惩罚与改造,但对于与犯罪人相关的环境因素的改造和优化则未给予足够的重视。监察建议和司法建议超越刑事手段,将目光投向犯罪人之外的环境,从社会治理角度而言,无疑有其积极意义。

^① [法] 米海依尔·戴尔玛斯-马蒂:《刑事政策的主要体系》,卢建平译,法律出版社2000年版,第1页。

其次，要继续探索建立行贿人名单制度。在监察体制改革之前，最高人民检察院曾经先后制定了《关于受理行贿犯罪档案查询的暂行规定》《关于行贿犯罪档案查询工作的规定》，探索建立行贿犯罪档案制度，并对外提供行贿记录查询服务。2015年5月，最高人民检察院联合住房城乡建设部、交通运输部、水利部共同发布了《关于在工程建设领域开展行贿犯罪档案查询工作的通知》，为了预防工程建设领域中的贿赂犯罪，防范打击商业贿赂行为，要求工程项目招投标、建筑许可资质申请、个人执业资格认定等过程中，相关单位和人员提供行贿档案查询结果。随着监察体制改革、刑事诉讼法修改，上述规范性文件已经全部失效。笔者认为，应当继续探索建立行贿人名单制度，对于具有行贿记录的单位、人员在行业准入、招投标、获得优惠政策等活动中予以限制，同时强化对行贿单位、人员的日常监管活动，从而帮助企业规范经营行为，精准预防贿赂犯罪。

最后，对于与行贿犯罪相关联的犯罪所产生的危害，涉及公共利益难以通过刑事检察予以救济的，应通过公益诉讼检察来予以补救。例如，在前述浙江某公司、李某某单位行贿案中，针对行贿犯罪关联的环境污染损害，县人民检察院充分发挥刑事检察、公益诉讼检察合力，就该公司污染环境导致的生态损害及时跟进公益诉讼工作。经制发行政公益诉讼诉前检察建议，推动环保部门与该公司开展磋商并签订《环境污染案生态环境损害赔偿鉴定评估框架协议》。检察机关积极督促该公司承担损害赔偿责任，促成该公司预缴生态修复金200万元，并持续跟进监督，推动开展生态损害修复。“在司法中，刑罚应当涉及所有的利益相关者。恢复性司法是一种允许所有关键利益相关者都参与到刑罚裁量过程中的尝试。每一个利益相关者都希望能够看到犯罪得到有效的处理，所以每个人都应当对其有发言权。恢复性司法的目的就是，要恢复犯罪人、被害人、社区之间的关系，让各方都能够得到满意。”^①在上述案件中，环境污染虽然并非由行贿犯罪所直接产生，但这一结果与行贿犯罪之间存在密切的联系，从恢复性司法的角度来看，其亦属行贿犯罪之后需要恢复的对象。因此，在办理行贿案件的同时，通过公益诉讼实现生态损害修复的目的，不论是就法律效果还是社会效果而言，都是有益的。

三、行贿与受贿并重惩处的立法完善

（一）一体推进行贿犯罪与受贿犯罪的立法完善

一是要将贿赂犯罪中的“财物”修改为“不正当好处”。我国刑法在规定贿赂犯罪中的“贿赂”时，采用的是“财物”的表述，后来司法解释和司法实务将“财物”的范围扩大到了“财产性利益”，但仍包含不了“非财产性利益”。笔者认为，应将我国贿赂犯罪中的“财物”改为“不正当好处”，使其能把“财产性利益”和“非财产性利益”都涵盖进去。这不仅是与《公约》相衔接的必要，更是考虑到以“非财产性利益”为内容的贿赂行为具有严重的社会危害性，却难以被“财物”这一用语所涵盖。例如，给予招工指标、帮助迁移户口、安排子女等特定关系人就业或者帮其提职晋级、性贿赂

^① Thom Brooks, *Punishment: A Critical Introduction*, Routledge Taylor&Francis Group, 2022, p. 77.

等,其危害不亚于财物,甚至有过之而无不及。我国刑法将“贿赂”的内容限定为“财物”,致使司法实务中要么对此类行为无法打击,要么只能采取一些牵强的做法,如有的法院对商人送“小姐”上门的行贿以介绍卖淫罪定罪判刑。^①事实上,我国其他法律对贿赂的界定早已超出了“财物”甚至“财产性利益”的范围,如《政府采购法》《招标投标法》《医师法》在界定贿赂范围时分别使用了“其他不正当利益”“其他好处”的表述,可见,将贿赂标的由“财物”修改为“不正当好处”,也有利于保持我国法秩序的统一。^②如果不当限制“贿赂”的范围,会使我国立法与国际通行做法不一致,因为域外都是将任何可以满足受贿者需求或欲望的“财产性利益”和“非财产性利益”包括在贿赂范围之内的。若我们的立法不接轨,那么当中国企业走出去时,就很有可能误导他们,以为只有“财物”或“财产性利益”才构成贿赂犯罪,这显然不利于发挥刑法的一般预防作用。

二是要对行贿罪的“为谋取不正当利益”和受贿罪的“为他人谋取利益”进行修改。《公约》对行贿罪的规定是“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”,对受贿罪的规定是“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”。这里的“作为或者不作为”比“为他人谋取利益”的范围要宽。应当说,用“以作为公职人员在执行公务时作为或者不作为的条件”来界定“好处”是正当的还是不正当的要更为科学,它既防止了那些拿人钱财又不给人办事的腐败分子逃避法律制裁,又可以将正常的人情交往排除在犯罪之外。因此,理想的修法方案是直接采用《公约》对行贿罪和受贿罪的定义来取代我国现行刑法对行贿罪和受贿罪的定义。如果一定要保留行贿罪“为谋取不正当利益”和受贿罪“为他人谋取利益”的构成要件,则要增加针对受贿方的“非法收受礼金罪”:对国家工作人员利用职务上的便利,收受主管范围内的下属或者管理、服务对象的现金、有价证券或者支付凭证,数额较大的,即使行为人没有“为他人谋取利益”,也要以犯罪论处。与此同时,设立对应的针对行贿方的“非法给予礼金罪”。《刑法修正案(九)》曾拟增设“非法收受礼金罪”,但该犯罪最后并没有得到确立,这与当时社会上断章取义的炒作不无关系。这种炒作认为中国是一个人情社会,设立“非法收受礼金罪”是对传统文化的破坏,不近人情。实际上,从该罪草拟的法条内容来看,它并没有将正常的人情往来犯罪化。另外,也有人担心,在目前公务员待遇没有得到显著提高、现实中又送礼成风的情况下,这个犯罪确立后可能很难执行。笔者不同意这种看法。如果现有的受贿罪和行贿罪定义不变,就必须增设这两个相对处刑较轻的对合犯,以弥补立法之不足。否则,同样会存在前述误导我国走出去的企业的问题,因为域外立法的普遍做法都没有行贿罪的“为谋取不正当利益”、受贿罪的“为他人谋取利益”这样的构成要件,而是只要相关行为侵害了公职人员的职务廉洁性,就构成贿赂犯罪。

^① 参见江海:《谁设下的“美人计”》,载《检察风云》2003年第8期,第5页。

^② 参见刘仁文、黄云波:《行贿犯罪的刑法规制与完善》,载《政法论丛》2014年第5期,第72页。

(二) 妥善处理行贿犯罪与受贿犯罪的犯罪对合和刑罚相称

行贿与受贿的对应关系,决定了对于这类犯罪的设置应当相互对应,刑罚应当基本相称。事实上,1997年《刑法》颁行以来,几次刑法修正案正是朝着这样一个目标前进的。2006年《刑法修正案(六)》对对公司、企业人员行贿罪进行了修正,扩大了犯罪主体的范围,该罪由此修改成了对非国家工作人员行贿罪。2011年《刑法修正案(八)》增设了对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪。2015年《刑法修正案(九)》增设了对有影响力的人行贿罪,同时对行贿罪的特别自首制度作了从严规定,为对非国家工作人员行贿罪,对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪,对单位行贿罪等全面配置了罚金刑。回顾行贿犯罪这段立法完善的历程可以发现,我国刑法立法从最初单向地重视对受贿犯罪的治理,逐渐转向了对行贿犯罪与受贿犯罪并重惩处。立法者通过几个修正案对刑法的不断完善,不仅补充了一些与受贿犯罪相对应的行贿犯罪,而且在刑罚上提高了对行贿犯罪的打击力度(包括配置罚金刑和对特别自首从宽制度进行限定)。尽管如此,从行贿受贿并重惩处的角度来看,现行立法仍存在一些不足,需要加以完善。

1. 健全并科学对待贿赂犯罪的对合性

就犯罪的对合性而言,本文主张增设外国公职人员、国际公共组织官员受贿罪。《刑法修正案(八)》已经增设了对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪,但对与之相对应的受贿行为却未予规定。本来,从对合犯的角度来看,增设外国公职人员、国际公共组织官员受贿罪也是顺理成章的事情。但是,争议在于一旦确立这个犯罪,管辖权问题、豁免权问题、调查取证问题等会变得非常复杂。正因如此,《公约》在对对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪作出强制性要求的同时,对外国公职人员、国际公共组织官员受贿罪则只是一种倡导性的规定。笔者认为,虽然增设外国公职人员、国际公共组织官员受贿罪会出现实际操作中的前述其他困难,但仍然不能小看其宣示意义。事实上,美国就曾经起诉过国际足联高官的受贿犯罪,其依据的法律是《美国联邦法典》第18编第1卷第11章第224条所规定的体育竞赛贿赂罪:任何人实施、企图实施或与其他人合谋实施任何商业计划,以任何方式通过贿赂影响任何体育比赛,并且明知此类计划的目的是通过贿赂来影响竞赛的,应当处以罚金或处以不超过5年的监禁,或两罚并处。^①随着中国在国际舞台上发挥越来越重要的作用,我国的涉外立法不能仅从是否具有可操作性角度去考虑,留而备用,适当带一点象征性立法未尝不可。对于那些因受贿损害我国国家、社会或公民利益以及损害人类命运共同体利益的外国公职人员和国际公共组织官员,我们应当有这个罪名来应对,这里面既包括对我国在国际公共组织任职的官员可能受贿的法律威慑,也包括对外国公职人员和其他国家的国际公共组织官员在中国国内可能受贿的法律威慑,还包括中国企业或个人在海外行贿外国公职人员和国际公共组织官员时,对这些被行贿对象的法律威慑。

然而,并不是只要行贿罪与受贿罪对应就符合科学立法的要求。笔者要提出的另一个立法完善建议就是,取消单位行贿罪与单位受贿罪的独立设置,将其分别纳入行贿罪

^① See 18 U. S. Code § 224 - Bribery in sporting contests.

与受贿罪中进行处罚。我国《刑法》第387条规定了单位受贿罪，其犯罪主体为国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体；第393条规定了单位行贿罪，其犯罪主体为单位，行贿的对象为国家工作人员。同时，《刑法》第164条第3款规定：“单位犯前两款罪（是指对非国家工作人员行贿罪和对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪——笔者注）的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他责任人员，依照第一款的规定处罚。”也就是说，当单位行贿的对象为国家工作人员时，单位的行贿行为触犯的是单位行贿罪。但是，当单位行贿的对象为非国家工作人员或者外国公职人员、国际公共组织官员时，单位的行贿行为触犯的则是对非国家工作人员行贿罪和对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪。根据我国刑法的立法习惯，单位犯罪的规定通常都是在自然人犯罪之后，以另起一款或者在一节末尾另设一条的形式予以规定，而不会为其设置独立罪名。只有在纯正的单位犯罪的场合，才以独立条文加以规定。^①然而，贿赂犯罪的立法却突然改变了这一立法习惯，在行贿罪与受贿罪之外，设置了独立的单位行贿罪和单位受贿罪。立法者在设置对非国家工作人员行贿罪与对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的单位犯罪情形时，遵循的是立法惯例，而在设置对国家工作人员的行贿罪的单位犯罪情形时却没有遵循立法惯例。这种立法不仅未能实现对单位受贿犯罪与单位行贿犯罪予以专门规制的目的，反而在一定程度上为单位受贿犯罪与单位行贿犯罪逃脱刑罚的严惩留下了缺口。因为自然人受贿罪的法定最高刑为死刑，而单位受贿罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员的法定最高刑仅为五年有期徒刑；自然人行贿罪的法定最高刑为无期徒刑，而单位行贿罪中直接负责的主管人员和其他直接责任人员的法定最高刑为五年有期徒刑。如此悬殊的法定刑配置所产生的影响，就是大量的行贿行为与受贿行为以单位的名义实施，不仅堂而皇之地获得为单位谋利益的“美名”，而且还可以逃脱刑法的严厉惩罚，其所掩盖的却是对公权力的腐蚀以及单位名义掩盖之下的中饱私囊。

因此，笔者认为，将单位受贿罪与单位行贿罪设置为独立的罪名弊大于利，应当将这两个罪名纳入到受贿罪与行贿罪之中，在相应的罪名中增设单位犯罪的规定即可。同时，为直接负责的主管人员和其他直接责任人员配置与自然人贿赂犯罪相当的法定刑。

2. 调整并辩证看待贿赂犯罪刑罚的相称性

就刑罚的相称性而言，行贿受贿犯罪的对向关系决定了二者的犯罪行为基本上是相对应的，行为的对应性又决定了刑罚应当大体具有相称性。因此，在对贿赂犯罪罪名体系进行完善、实现罪名对应性的同时，还应对相关罪名的法定刑进行调整，使之保持相称性，防止罪名相对应而法定刑却轻重悬殊。

例如，《刑法》第387条规定的单位受贿罪的法定刑为“对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役”。^②但是，与

^① 参见孙国祥：《贿赂犯罪的学说与案解》，法律出版社2012年版，第176页。

^② 前面已论述单位受贿罪没有必要作为独立罪名存在，而应将其纳入受贿罪之中，该论述与此处的论述并不冲突。因为即使将单位受贿的情形纳入受贿罪之中，单位受贿犯罪情形依然存在，只是没有独立的罪名而已。

之相对应的第 391 条规定的对单位行贿罪法定刑却是“处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”“单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚”。单位受贿与对单位行贿是罪行相对应的犯罪，前者的法定最高刑为五年，后者却为三年，看不出这种区分的内在逻辑是什么。又如，根据我国《刑法》第 383 条的规定，构成受贿犯罪的，可以判处死刑、无期徒刑、有期徒刑，并且《刑法修正案（九）》还增加了终身监禁措施。但是，在单位受贿罪的场合，对于同样构成犯罪的自然人即直接负责的主管人员和其他直接责任人员，立法者为其所配置的法定刑仅为五年以下有期徒刑或者拘役。还如，在针对自然人的《刑法》第 389 条、第 390 条规定的行贿罪中，立法者为其配置的法定最高刑为无期徒刑。但是，在以单位为对象的《刑法》第 391 条规定的对单位行贿罪中，立法者为其配置的法定刑仅为三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。这些犯罪的罪行相似，根据罪刑相适应原则，法定刑也应当相似。因此，贿赂犯罪刑罚的相称性，还应当注意对相近犯罪之间的法定刑进行协调，使罪行相似的贿赂犯罪之间的法定刑大致相当。

此外，刑法学界对于行贿罪与受贿罪的法定刑配置孰轻孰重亦有争议。如有学者指出，根据《刑法》第 390 条的规定，行贿罪的第一档法定刑为“五年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”，但根据《刑法》第 383 条的规定，受贿罪的第一档法定刑却为“三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”，受贿罪的法定最低刑低于行贿罪；行贿罪的第二档法定刑为“五年以上十年以下有期徒刑，并处罚金”，受贿罪的第二档法定刑为“三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产”，在第二档法定刑中，受贿罪的法定最低刑又低于行贿罪；从基本犯的罪状来看，受贿行为构成犯罪必须满足“数额较大或者有其他较重情节”这一条件，但对于行贿罪，立法者却并未在罪状中提出数额或者情节的限制，而只需“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物”，这给人的印象是行贿罪的不法与责任重于受贿罪。^① 笔者认为，从受贿罪的法定最高刑来看，立法者为其配置了死刑，并且设置了终身监禁，应当说刑法对受贿罪的处罚总体上是明显重于对行贿罪的处罚的，不能简单将二者的法定刑做前述比较就得出行贿罪的法定刑高于受贿罪的法定刑。但是，应当看到，正因为立法者在为行贿罪配置法定刑时，未像受贿罪的法定刑配置那样根据不同犯罪情节予以细分，而是规定得过于笼统，才让人产生行贿罪法定刑重于受贿罪法定刑的错觉。这其实也从另一个侧面反映了立法者本身所具有的“重受贿，轻行贿”思想：在为受贿罪配置刑罚时细致而慎重，但在为行贿罪设置法定刑时则粗糙且概括。

总之，刑罚配置是立法者对具体犯罪反对态度的直观体现，法定刑重表明立法者对此类犯罪坚决反对、严厉打击的态度，法定刑轻则表明立法者对此类犯罪相对缓和的反对态度。行贿与受贿并重不仅要求贿赂犯罪的设置具有对应性，同时也要求贿赂犯罪的刑罚配置具有对应性，既不能“重受贿，轻行贿”，也不能“重行贿，轻受贿”。容易被忽略的一点是，行贿与受贿并重还应体现在对不同犯罪主体的一视同仁上。法定刑

^① 参见张明楷：《行贿罪的量刑》，载《现代法学》2018 年第 3 期，第 109 - 110 页。

的设置不应忽视刑罚的报应性，不论是国家工作人员，还是非国家工作人员，不论是纯粹的自然人犯罪主体，还是单位犯罪中的自然人犯罪主体，他们所实施的都是本质上具有同一性的贿赂犯罪行为，因而立法者在为这些不同主体的贿赂犯罪配置法定刑时，原则上不应区别对待。

需要说明的是，笔者主张相对应的贿赂犯罪之间法定刑应当基本相称，但目前我国刑法为受贿罪配置了死刑与终身监禁，那么是否应当提高行贿罪的法定刑，也为其配置死刑与终身监禁呢？对此，笔者的一贯立场是，受贿罪死刑与终身监禁均只是特定阶段的权宜之计，待时机成熟之后最终都需要予以废除。^①就域外立法来看，对行贿罪与受贿罪实施对称性惩罚的基本都是一些刑罚相对轻缓的国家和地区。我国立法虽然为受贿罪设置了死刑，后又增设了终身监禁，但是，司法实务中对受贿罪适用死刑立即执行的情形已经非常少见，而终身监禁按其立法原意就是作为死刑替代措施来设立的。因此，虽然表面看立法者加重了对受贿罪的法定刑（增设终身监禁），实际上却是以减轻受贿罪的法定刑为目标。从这个意义上来讲，所谓贿赂犯罪法定刑的相称性，主要是指从立法上确保行贿受贿的自由刑、财产刑、资格刑的设置整体相称，并在相关立法解释、司法解释和实际执法中尽量统一二者的追诉标准和量刑幅度，而不是要再为行贿罪攀比增设不甚符合立法发展趋势的死刑和终身监禁。

（三）取消介绍贿赂罪

我国刑法对于介绍行为主要有两种处理方式。一种方式是将介绍行为以相关犯罪的共同犯罪论处，如居间介绍买卖毒品的行为。根据《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》的规定：“明知他人实施毒品犯罪而为其居间介绍、代购代卖的，无论是否牟利，都应以相关毒品犯罪的共犯论处。”另一种方式是将介绍行为独立成罪，如介绍卖淫罪、介绍贿赂罪。

然而，需要注意的是，介绍卖淫罪之所以需要独立成罪，是因为我国刑法并未将卖淫行为犯罪化，对介绍卖淫的行为不能以“卖淫犯罪”的共同犯罪进行处罚，但介绍卖淫行为本身具有较严重的社会危害性。因此，立法者只有将其独立设置为罪才能实现对此类行为的规制。介绍贿赂行为则有所不同。不论是介绍行贿，还是介绍受贿，居间介绍人都可以按照行贿犯罪或者受贿犯罪的共犯论处，居间介绍人不会因为刑法未规定介绍贿赂罪而逃脱刑事处罚。并且，将介绍贿赂的行为作为共同犯罪处理，还能够更为准确地评价行为人在行贿犯罪或者受贿犯罪中的作用，实现罚当其罪。反之，将介绍贿赂行为独立成罪，不仅会导致司法适用难题，引发介绍贿赂中“沟通、撮合行为”与行贿受贿犯罪的帮助行为之界限区分、行贿受贿的中间人将部分贿赂款截流的“截贿”行为之定性等一系列长期争议问题，而且，介绍贿赂罪的法定刑仅为“三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金”，还可能会导致犯罪人借该罪名逃脱更为严厉的刑事处罚。此外，根据《刑法》第392条的规定，介绍贿赂的对象仅限于国家工作人员。换言之，当介绍贿赂的对象为非国家工作人员或者单位时，不能按照介绍贿赂罪处理，而只能按照行贿

^① 参见刘仁文：《贪污受贿定罪量刑的修改与评析》，载《江淮论坛》2017年第5期，第114-121页。

犯罪或者受贿犯罪的共犯进行处罚。同样的介绍贿赂行为，仅仅因为介绍受贿的对象不同，处理的方式却存在如此之大的区别，这是明显不合理的。

有鉴于此，笔者认为，介绍贿赂罪并无独立存在的必要，而只须按照共同犯罪的原则将其纳入行贿犯罪或者受贿犯罪中进行处理即可。这一罪名的取消有利于优化我国贿赂犯罪立法，使贿赂犯罪体系转变为更为简单合理的“受贿犯罪——行贿犯罪”的二元架构，也使刑法对介绍贿赂者的惩处在公权领域与私权领域归于统一，还可防止司法实务中再次出现以介绍贿赂罪为借口逃避法律严惩的非正常现象，实现对介绍贿赂者的适当惩处。

（四）废除行贿犯罪的特别自首制度

为了分化、瓦解行贿与受贿之间的同盟关系，1997年《刑法》为对公司、企业人员行贿罪，^① 行贿罪，介绍贿赂罪分别设置了特别自首制度。《刑法》第164条第3款规定：“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。”第390条第2款规定：“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。”第392条第2款规定：“介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的，可以减轻处罚或者免除处罚。”此后，《刑法修正案（八）》又增设了对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪，特别自首制度也适用于这个罪名中的行贿人。所有这些，都反映了“打击行贿服务于查处受贿”的立法指导思想。这是导致实务中出现“重受贿，轻行贿”的法律根源。

2015年，《刑法修正案（九）》对行贿罪的特别自首从宽制度进行了限缩：“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。”^② 与此同时，立法者也为受贿罪设置了另一种特殊的从宽处理制度，即《刑法》第383条的规定：“犯第一款罪，在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果的发生，有第一项规定情形的，可以从轻、减轻或者免除处罚；有第二项、第三项规定情形的，可以从轻处罚。”^③ 有人据此认为，“重受贿，轻行贿”做法得到了一定程度的纠正。^④ 但是，行贿犯罪的特别自首制度和受贿犯罪的特殊从宽制度不仅时间节点不

① 1997年《刑法》颁布之时，《刑法》第164条的罪名为对公司、企业人员行贿罪，后经《刑法修正案（六）》修正，该罪名更改为对非国家工作人员行贿罪。

② 需要注意的是，虽然《刑法修正案（九）》对《刑法》第390条中的行贿犯罪特别自首从宽制度进行了限缩，但对于《刑法》第164条第4款规定的对非国家工作人员行贿罪，对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪的特别自首制度，以及第392条第2款规定的介绍贿赂罪的特别自首制度则没有进行任何修正。对于这三个罪名而言，立法者给予行贿人、介绍贿赂人的刑罚优惠仍然是“可以减轻处罚或者免除处罚”。

③ 由于我国刑法对受贿罪并未设置独立的法定刑，而是依照贪污罪的法定刑进行处罚，因而这一从宽处理制度也适用于受贿罪。但是，就贪污罪与受贿罪的具体情况而言，这种规定是不科学的，受贿罪应当有独立于贪污罪的法定刑、量刑幅度和量刑情节。参见陈俊秀：《贪污罪和受贿罪法定刑并轨制的法治逻辑悖论——基于2017年公布的2097份刑事判决书的法律表达》，载《北京社会科学》2019年第4期，第23-27页。

④ 参见陈金林：《通过部分放弃刑罚权的贿赂犯罪防控——对〈刑法修正案（九）〉第45条的反思》，载《法治研究》2017年第1期，第154-156页。

同,其立法目的也有所不同。行贿犯罪特别自首制度的时间节点是“被追诉前”,即立案前,目的是希望通过查处行贿来为查处受贿服务;受贿犯罪特别从宽制度的时间节点是“提起公诉前”,其至少没有通过该制度来揭发检举行贿人的目的,此时更多的考虑已经不在案件的侦破,而是被告人与检察机关的合作态度以及避免、减少损害结果的发生。

而且,即便加上《刑法修正案(九)》对行贿犯罪特别自首制度和受贿犯罪特殊从宽制度的修正,我国刑法中的贿赂犯罪特别自首或特殊从宽制度依然存在忽视行贿犯罪与受贿犯罪的对应性,未能体现行贿与受贿的并重对待。因为,行贿罪特别自首制度仅仅适用于对非国家工作人员行贿罪,对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪,行贿罪,受贿罪特殊从宽制度仅仅适用于受贿罪。^①但是,在我国刑法中,行贿犯罪还包括对有影响力的人行贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪等,受贿犯罪还包括非国家工作人员受贿罪、利用影响力受贿罪、单位受贿罪等。在行为人实施这些犯罪的场合,即便其在被追诉或提起公诉前主动交代或如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,也难以获得特别自首制度给予的刑罚减免优惠,而只能按照《刑法》总则中的自首、坦白、立功制度以及《刑事诉讼法》中的认罪认罚从宽制度来予以从宽处理。同属贿赂犯罪,同样具有隐蔽性强、查处难度大、取证困难等特征,这些犯罪却被立法者区别对待,这是立法不周延、欠缺体系性考虑的表现,也有“头痛医头,脚痛医脚”之嫌。

如此论说,笔者并不是主张要将行贿犯罪特别自首制度和受贿犯罪特殊从宽制度扩大到前述所有的贿赂犯罪。相反,笔者主张不专门针对贿赂犯罪在《刑法》分则中设置上述特别自首或特殊从宽制度。

先来看受贿犯罪的特殊从宽制度。有学者不仅肯定该制度,还认为应把其时间节点提前到和行贿罪一样的“被追诉前”,并加大从宽处理幅度。^②笔者认为,应当把这类特殊从宽制度进行改造,将其中的如实供述自己罪行并入自首、坦白,而将真诚悔罪、积极退赃、避免和减少损害结果的发生从《刑法》分则上升到《刑法》总则,并从职务犯罪扩大到所有的财产犯罪和经济犯罪,作为量刑的法定从宽处理情节来对待,这样可防止社会上产生法律对贪官网开一面的误读。^③正如学者所指出的:“在所有的财产犯罪、经济犯罪中,罪犯能够认罪悔罪、积极退赃或弥补被害人损失的,其再犯可能性、预防必要性都有所降低。但过去在实务中仅将上述情形作为酌定量刑情节加以考虑。将类似情节的地位提升为法定量刑情节,并在总则中进行规定,以没有例外地适用于所有财产犯罪和经济犯罪,才是符合刑法平等原则之举……将类似奖励规定放在贪污贿赂罪这些身份犯中,而不能适用于普通人可能触犯的大量财产犯罪,与刑法平等原则有所抵牾。”^④

① 因为笔者主张取消介绍贿赂罪,所以关于该罪的特别自首制度之不足与立法完善暂且议。

② 参见陈金林:《通过部分放弃刑罚权的贿赂犯罪防控——对〈刑法修正案(九)〉第45条的反思》,载《法治研究》2017年第1期,第160页。

③ 参见刘仁文:《贪污受贿定罪量刑的修改与评析》,载《江淮论坛》2017年第5期,第117页。

④ 周光权:《转型时期刑法立法的思路与方法》,载《中国社会科学》2016年第3期,第129-130页。

再来看行贿犯罪的特别自首制度。对于这个学界争议已久的问题, 笔者的观点一直是明确的, 那就是该制度不符合受贿行贿一起查的要求, 应予以取消。众所周知, 在《刑法修正案(九)》之前, 行贿犯罪特别自首制度的适用效果就不好。在司法实践中, 适用行贿犯罪的特别自首制度所得到的最终结果往往是抓了受贿人、放了行贿人。行贿受贿本来是相互对应的两种犯罪行为, 需要从请托人、被请托人两方面来双向遏制。“多年的司法实践证明, 对行贿人的宽宥并没有产生遏制贿赂犯罪的效果, 相反, 过度宽宥行贿犯罪反而会促使行贿者想方设法‘围猎’公职人员。这是导致贿赂犯罪高发的重要原因之一。”^① 在刑法给予行贿人“可以减轻处罚或者免除处罚”的刑罚减免优惠幅度下, 行贿人尚且不愿以出卖受贿人的方式获取从宽处罚, 在刑罚减免优惠幅度被限缩为一般只能“可以从轻或者减轻处罚”的情况之下, 希望以此吸引行贿人予以积极配合显然就更难以实现。^② 一些人往往借“囚徒困境”来强调行贿犯罪的特别自首制度在分化、瓦解行受贿利益共同体方面的作用。但是, 事实上, 且不论在侦查中完全符合“囚徒困境”的情形并不多见,^③ 即使按照“囚徒困境”博弈理论来分析我国刑法的相关规定, 也不难发现, 对于行贿者在追诉前主动交行贿行为的, 可以根据行贿犯罪的特别自首制度予以从轻、减轻或者免除处罚, 而对于受贿者在追诉前主动交代受贿事实的, 除了受贿罪的特殊从宽制度, 仍然可以根据刑法关于自首、坦白、立功的规定, 视情形不同分别适用从轻、减轻和免除处罚。虽然受贿者选择招供而获得的收益比行贿者选择招供而获得的收益少, 但与选择抗拒相比, 其境况仍能得到改善, 因而其仍有选择招供的积极性, 故并不违反“囚徒困境”博弈的运作机理。“不过, 《刑法》第390条第2款规定, 极易使执法者和贿赂双方产生‘行贿可宽宥、受贿罪无赦’的误解, 甚至逼使受贿者始终选择抗拒的立场。所以, 从立法完善而言, 非不应增设受贿特别自首制度, 而是要取消行贿特别自首制度, 使行贿者和受贿者在自首宽宥方面享受同等的待遇。”^④

总之, 行贿犯罪特别自首制度与《刑法》总则中的自首、坦白、立功制度以及《刑事诉讼法》中的认罪认罚从宽制度存在交叉重复。该制度除了较之《刑法》总则中的自首、坦白、立功制度以及《刑事诉讼法》中的认罪认罚从宽制度的刑罚优惠幅度更大, 比《刑法》总则的规定更为细化, 其所规定的情形其实与自首、坦白、立功、认罪认罚

① 张远煌、彭德才:《贪污贿赂犯罪特别从宽处罚制度价值分析——以司法机关办案数据为基础》, 载《河南大学学报(社会科学版)》2017年第1期, 第83-89页。

② 笔者并不是反对《刑法修正案(九)》对此制度的限缩, 只是想说明立法者虽然注意到该制度存在的问题, 但采取这种方法并不能从根本上解决问题, 相反还增加了新的问题。

③ 因为“囚徒困境”模型是以下列假设为前提的:(1)两犯罪嫌疑人在作案之前未达成攻守同盟;(2)两人都是理性的(个体理性而非集体理性);(3)两人对对方的信息完全不清楚;(4)两人必须作出选择, 且彼此也没有可以用来对对方实施威慑或作出许诺的手段;(5)不能改变对方的收益值;(6)没有第三方的强势干预。参见刘为军:《侦查中的博弈——侦查对抗与合作》, 中国检察出版社2011年版, 第81页。

④ 叶良芳:《行贿受贿惩治模式的博弈分析与实践检验——兼评〈刑法修正案(九)〉第44条和第45条》, 载《法学评论》2016年第1期, 第113页。

从宽制度并无本质区别。分化、瓦解贿赂犯罪人的效果，在很大程度上可以通过自首、坦白、立功、认罪认罚从宽等制度来实现。作为刑法上取消该制度后的一个弥补和配套措施，还有必要在《刑事诉讼法》中规定污点证人制度，以实现对其犯罪人的分化、瓦解目的，从而解决贿赂案件侦办难的问题。污点证人制度，是指国家承诺对涉罪证人免于刑事追诉，以换取其提供证据。该制度是在证据不充分的情况下，为了达到追诉犯罪的目的，国家承诺对作证的犯罪人予以豁免以换取其供述或证言的一种国家与犯罪人之间的交易形式。与在实体法中的个罪中规定职务犯罪特别从宽制度相比，在程序法中针对所有犯罪设立污点证人制度不仅更显公平，也更具优势，更有利于实现一般预防。就污点证人制度的设计来看，这一制度的适用应当只是极少数情形下的例外情况。由此，如果废止职务犯罪特别从宽制度，转而采用刑事诉讼中的污点证人制度，原则上所有的贿赂犯罪人都将受到刑事处罚，这对于纠正我国民众对行贿犯罪所形成的错误认识无疑也是有好处的。

四、结语

法与时转则治，治与世宜则有功。如果说在过去我们许多制度不健全、民众普遍“办事难”的时代，“重受贿，轻行贿”还有其特定的社会土壤，那么，在今天端正党风、政风、行风已初见成效，对腐败实行“零容忍”，中国大量的企业和投资走向海外的新形势下，就再不能不加区分地一概持有“行贿人弱势”这样一种刻板印象。在许多场合，行贿人“围猎”官员，更是诱发受贿、滋生腐败的根源。像《意见》中提到的那些重大商业贿赂行为，在国家重要工作、重点工程、重大项目中行贿的行为，在生态环保、安全生产、食品药品、帮扶救灾、养老社保、教育医疗等重要民生领域行贿的行为，以及某些党员和国家工作人员在组织人事、执纪执法司法、财政金融等公共领域行贿的行为，都是近年来相当严重的腐败现象。我们不能再向社会传递“行贿非罪”“行贿低风险”的错误信号，否则将导致大量行贿者逍遥法外，催生新的受贿行为，形成恶性循环，使贿赂犯罪的治理迟迟得不到好的效果。^① 行贿的源头不止，受贿就难以根治。基于受贿行贿一起查的基本理念，笔者重点从严肃查处行贿犯罪的角度提出了执法、司法和立法的完善建议。作为当前我国反腐败的一项重要刑事政策，受贿行贿一起查这一命题有着丰富的内容，比如，如何在具体的量刑活动中，既在总体上实现对行贿受贿的并重惩处，又对“围猎者”和一般的行贿者区别对待。相信随着观念的转型和制度的完善，我国对贿赂犯罪的治理一定会早日跃上新的台阶。

(责任编辑：高磊)

^① 参见叶良芳：《行贿受贿惩治模式的博弈分析与实践检验——兼评〈刑法修正案（九）〉第44条和第45条》，载《法学评论》2016年第1期，第115页。