关于我国性贿赂罪立法问题的思考

王祎敏1, 贾小龙2

¹(兰州大学 法学院, 甘肃 兰州 730050) ²(兰州理工大学 人文学院, 甘肃 兰州 730050)

摘要:本文从贿赂的特点、目的物范围、侵害的法益等方面来分析"性交易"符合贿赂罪的构成要件,应对其予以立法化。

关键词:贿赂罪;性贿赂;犯罪构成;法益

中图分类号:D924.399 文献标识码:A 文章编号:1673-2006(2005)02-0023-03

当前,我国正处于社会转型期,同时也是权力腐败的高发期。尽管国家不断加大反贪肃贿力度,依法严刑重惩了许多重大贪贿犯罪,但以贪贿为代表的各种腐败行为还在大量孳生,而且越来越偏离"公权"与"私财"的直接非法交易而呈现出多样化的特征。为应对这种规避"公权"与"私财"的直接非法交易,转而以公权和财产性利益、非财产性利益的"不法对价"交换的社会现实,我国刑法应扩大贿赂罪的范围,将财产性利益、非财产性利益悉数纳入贿赂罪的范围。这里笔者将以"性贿赂"为切入点,从贿赂罪的界定、贿赂罪的危害性、司法实践中的问题等方面逐一阐述,以求促使将性贿赂等非财产性利益同"公权"的交易尽早纳入刑法网。

1 "性贿赂"的普遍性和社会危害性

关于"性贿赂",现行《刑法》并未做出明确规定,然而在司法实践中,此类案件却屡屡发生。有学者统计,发生在上世纪末十年的上千例腐败犯罪案件中,竟有九成以上夹杂着不同形式的权色交易。从陈希同、孟庆平到胡长清、成克杰,一个个好色贪官在金钱与美色的夹攻下"前仆后继",一幕幕石榴裙下的罪恶丑剧不断上演。

从近年来诸多的"性贿赂"案件中,不难发现,牵涉的国家干部级别愈来愈高,由县(处)局级直至省部级干部,人数也越来越多,呈现蔓延扩大的趋势。随着对外开放的深入和市场经济的完善,国内外经济交流活动日益频繁,一些资产阶级的腐朽生活方式、思想、道德观念也接踵而来,特别是色情服务死灰复燃,屡禁不止。一些不法分子利用女色或花巨资

收稿日期:2004-11-27

雇佣妓女向掌权者进行"性贿赂",达到谋权、谋钱、谋利、谋保护伞的目的。而且,"性贿赂"一旦既遂,便可多次为行贿者谋取不正当利益,多次危害社会(不管是主动还是被迫),这是一般财物所不具有的,故其有着更为严重的腐蚀性和危害性。

2 "性贿赂"的界定

对于以提供性服务作为收买权力的对价的做法 是否属于贿赂罪在许多国家以及香港、澳门地区都 有立法例,而就个人贿赂罪而言,我国《刑法》规定了 受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪三种形式,这三种形式 均只将贿赂罪的内容限定为财产性的物质利益,将 性服务排除在外。下面将对"性交易"是否属于贿赂 罪予以解析。

(1) 从贿赂的特点来看。贿赂最重要的特点就是 其实用性。所谓实用性就是指能够为人所用。一方 面能满足受贿人物质上、精神上或其他方面的需求, 另一方面可为行贿人换取某些好处。人的行动是受 一定动机支配的,而动机是产生于某种需要的。正是 因为贿赂能够满足当权者的某种需要,才使得他们 以之为追逐的目标,铤而走险、以身试法。受贿者们 在受贿前也必然在受贿而得的满足与因触犯刑律而 受到的惩罚之间进行权衡,而后才决定是否接受贿 赂。因此,不能满足人们任何需要的东西或事物,也 就是对任何人都没有价值的东西、事物,不可能成为 贿赂品而介入行贿与受贿的活动之中。而性服务正 是满足了受贿者的性需求,给行贿者换取到了某些 好处。故将其界定为贿赂的一种特殊形式没有疑问。

另外,性贿赂还具有客观实在性和具体性的特点。贿赂是受贿者所追求的目标和以职权与他人相交换的标的,这就决定了它的这一客观属性。各国、各地区对贿赂有不同的定义,但不管是物质性利益,抑或是非物质性利益,都是客观实在的利益,是看得

见、摸得着的,甚至是可以定量的。那么,就行贿者对受贿者提供的性服务而言,它同样是客观具体的。

(2) 从贿赂的目的物范围来看。不管贿赂的目的 物是有形的还是无形的,它包括足以满足人的需要 或欲望的一切利益[1]。当前,在我国刑法理论界和司 法实践部门中,对于贿赂的内容是怎样或者应当是 怎样,争论不一。"财物说"者认为贿赂应限定为金钱 或物品。原因在于,我国自古以来贿赂均指财物。 《说文解字》中有:"赇,以财物枉法相谢也。"赇即指 贿赂,也即以财物相酬谢[2]。《辞海》进一步解释:"贿 略就是私赠财物而行请托";《现代汉语词典》把贿赂 分为动词和名词,动词之意为用财物买通别人,名词 之意为用来买通别人的财物。《唐律》中的贿赂犯罪 实行"计赃论罪","赃"都是以财物之量计算的。建国 后, 1952 年的《惩治贪污条例》, 1982 年人大常委会 《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》都是把贪污 受贿的对象规定为财物。1988年《关于惩治贪污贿 **赂罪的补充规定》也明确将贿赂规定为财物。**1997 年八届人大五次会议修订《刑法》,决定保留"计赃论 罪", 贿赂仅限财物。

但仔细研读我国历代的法律文件,且不论其它的财产性利益、非财产性利益,仅就本文主题"性贿赂"而言,其概念早在《唐律》中就有规定。如在《唐律、职制管》53条规定:"诸监临之官私役所监临,及借奴婢……之类各计庸、赁以受所监临财物论罪"。其中,借奴婢可谓索取性服务,即索取"性贿赂"。另外,《唐律疏仪·户婚》卷14规定:"有事之人,或妻告妾,而求监临官司法判事,娶其妻妾及女者,以奸论加二等。为亲属娶者亦同。亲属知行求枉法,而娶人妻妾及女者,自论本法为从坐。"可知,唐朝当时对权色交易的处罚,实际就是对"性贿赂"的处罚。《清律》规定:"监临娶见问为事人妻妾及女为妻者,杖一百。"说明清朝对贪官索取"性贿赂"亦予以重罚[3]。

因此,我国《刑法》将贿赂仅限制为财物是欠妥的。从历史上看,贿赂是伴随权力的出现而产生的一种社会现象,而掌握权力的人会陷于一种很强的诱惑,即使牺牲被统治者的利益,也要为个人私利而滥用权力。贿赂其实就是掌权人利用己有之权力为己谋求的一种私利,也是受权力制约之人收买掌权人,使其利用权力为己谋取利益的诱饵。这个诱饵事实上并非一定是财物。近年来,某些当权的高职人员实际收入已达到相当水准,在官欲、财欲等得到一定的满足后,内心的空虚又使他们本能的性欲空前的膨胀,对异性的追逐超越甚至取代了对金钱的追逐。而行贿者正是看准了法律上这一空当与死角,抓住了当前某些贪官的心态和需求,提供多种形式的性服

务,来换取自己的目的。

(3) 从贿赂罪侵害的法益来看。日本刑法学者大 塚仁认为,"违法性的实质是违反国家、社会的伦理 规范,给法益造成了侵害或威胁"[3]。那么,"性贿赂" 侵害的法益是什么呢?关于此,起源于罗马法的立场 是:贿赂罪侵犯的是职务行为的不可收买性;起源于 日尔曼法的立场是:贿赂罪侵犯了职务行为的纯粹 性或不可侵犯性[4]。我国一部分学者认为贿赂罪侵 害的法益是国家工作人员的不可收买性[5]。不论以 上任何一种立场,都有"公务员要求、约定或收受不 正当报酬"的条件,而这里的不正当报酬也应包含性 服务等无形利益在内,对此类无形的利益通过实际 上享受了它,就认为犯罪既遂[1]。所以,从犯罪构成 上看,性贿赂则具备了构成贿赂罪的充要条件:客体 上侵犯了国家工作人员的职务的不可收买性和廉洁 性;客观方面行贿者、受贿者双方以发生性关系或提 供性服务为交换条件,为己或为第三者谋利;主观上 有直接故意;主体是有刑事责任能力的自然人或单 位组织。贿赂罪的实质在于受贿者的公权与行贿者 的私利之间形成一种以私利亵渎公权的"不法对价" 关系。在认定贿赂罪时,不仅要看受贿者获得了什么 样的物质利益或需要,更重要的是看受贿者受贿后, 给国家、集体造成了什么样的损失,是否反映了上述 以私利亵渎公权的"不法对价"关系。所以,在任何领 域内,以任何形式、方法实施的贿赂犯罪,无论是财 产性利益还是非财产性利益,无论是承诺还是欲望, 只要其实质上侵害的是国家工作人员的职务的不可 收买性、廉洁性,损害了公众对公权力的信赖感,就 都构成贿赂犯罪。看来,钱权交易与权色交易在本质 上并无二致。

(4) 关于"性贿赂"属于法律问题还是道德问题。 改革开放以来,一部分国家工作人员的性交易行为, 确切地说,被往往只视为生活作风问题而只受到党 纪、政纪处分,不负或少负刑事责任。渐渐地,人们自 然把这种不法行为认为是隐私权。根据法律面前人 人平等的原则,国家工作人员同老百姓一样都有隐 私权,有个人隐私不受干涉的权利。成年人之间自愿 发生的性关系和性行为,只要不伤害他人,都属于个 人或家庭的隐私,国家和群众无权监督和干涉。但奇 怪的是,国家工作人员的隐私权范围往往要比普通 老百姓大得多(实际上,作为公权力的行使者,他们 应该受到更大程度的"曝光"),一旦腐败变成心照不 宣的惯例,"性贿赂"视作婚外性行为的一种,也就被 堂而遑之地纳入了道德范畴,与《刑法》的贿赂罪分 道扬镳。但如果我们换一个角度思考,道德和法律是 如出一辙的。道德是调整人们内心世界善恶的行为 规范,道德的基础是人类精神的自律,法律是判断人 们外部行为是非的行为规范, 法律的基础是人类行 为的他律[6]。而对于国家工作人员的婚外性行为,我 们当然不能一概绝对地确定其就是道德问题抑或就 是法律问题,而要视具体情节论之:如果国家工作人 员与其行使公权力的职务行为无涉,与人婚外苟合, 一般只能视做道德问题;但男女之间非因爱情而进 行的"性交易",如果被用来收买国家工作人员行使 公权的职务行为或违背职务行为,则其职务行为不 再仅仅关系到"性交易"当事人的道德健康,而是构 成了对国家工作人员职务行为的不可收买性和廉洁 性的肆意亵渎,具有严重的社会危害性。

可见,将性贿赂纳入刑法的调整范围,不仅是新 时期下打击犯罪的需要,也是完善刑事法律的必然 要求。同时,性贿赂符合《刑法》中关于贿赂罪的犯罪 构成的规定,在理论上,这样做也是可行的。

司法实践中存在的关于"性贿赂"的问题 及对策

根据罪刑法定原则的要求,在现行《刑法》对贿 赂罪的构成进行修改完善前司法机关只能根据现行 法的规定处理有关"性贿赂"案件。所以在将"性贿 赂"入罪前,理论上,我们可将贿赂罪进行扩张解释。 扩张解释是在法律预定的范围内对其意义作比通常 意义更广的理解,但不能违反罪刑法定原则。事实 上, 罪刑法定原则的贯彻恰恰应当是以对刑法的科 学合理的解释为前提和基础。虽然设定债权,免除债 务,提供担保,免费提供劳务,免费提供住房所有权, 免费装修房屋,免费旅游,等直接表现为财产性利益 或非财产性利益的行为可以解释为财物所有权转移 的一种特殊方式,但若对性服务如法炮制,则恐怕会 勉为其难,因为在法律上不存在这次或那次性服务 会值多少钱的说法。因此,我们主张,应该以修正案 的形式解决此问题。

同时,我们应当看到,不论是将其作扩大解释还 是予以立法化,要将"性贿赂"定罪量刑具有一定的 操作难度。具体如下:

(1) 立法确认"性贿赂"后,由于性无法量化,无 法按贿赂的财物数额大小定罪量刑,也不宜单纯的 根据接受性服务的次数或女性人数以及色相指数作 为标准。故将非财产性利益纳入贿赂罪范围后,首先 需要解决的一个前置性问题就是彻底改变我国现行 刑事立法和司法实践中对贿赂罪片面强调"以赃论 罪"这样一种扭曲贿赂罪犯罪本质的不合理规定和 做法。否则,由于非财产性利益特别是性服务不能直 接以财物数额进行计量,对出卖公权力以换取非财 产性利益特别是性服务的受贿行为,即使在刑事法 理和刑事立法上确认其构成贿赂罪,在司法操作层 面上也难以具体论罪科刑。

我们主张,应从行为的社会危害程度、情节、社 会影响、后果等方面予以综合考虑。

(2)《刑事诉讼法》中有无罪推定的原则,即未经 审判定罪,被告人得享有推定无罪的权利。而要对其 定罪,则首先需充分的证据。对"性贿赂"定罪,取证 难度相当之大。性服务大多是心照不盲或隐秘的交 易,调查取证难免与当事人的人身及财产权利产生 正面冲突,这是调查取证的一个重大障碍,且较多情 形下得不到证人配合。再者,拿到证据后,如何证明 受贿者主观上有收受"性贿赂"的犯意,而非仅属生 活作风问题或两情相悦之事,也是司法机关的困扰 之一。笔者认为,如果行贿者行为的发生在受贿者行 使职权的范围内,行为时具有色、利交易的目的,则 对于受贿者而言,只要其在此情形下接受服务,并有 为他方谋取利益的目的,就可以认定为具备了犯意。

(3) 容易引起司法腐败。"性贿赂"定罪量刑不好 操作,入罪后难免会加大法院的自由裁量权。如果赋 予司法人员更大的自由裁量权,难免会加重司法腐 败。目前执法队伍中的一部分执法人员政治业务素 质低,因利欲熏心,滥用职权索贿受贿,敲诈勒索、只 认钱不认法、枉法裁判、是非颠倒, 甚至与犯罪分子 同流合污,充当歌舞厅、赌场、卖淫场的保护伞的现 象屡有发生。而要解决司法腐败的问题,就要追根溯 源,加大制度保障,提高司法工作人员的综合素质和 道德修养。

当前形势下,要解决将"性贿赂"入罪后的种种 难题,就要从最根本的源头入手,紧抓"教育是基础, 制度是保证,监督是关键"这一指导方针,坚决查处 违法案件,坚决处理贪污分子,坚决纠正不正之风, 将反贪污工作进行到底。

参考文献:

- [1][日]大士冢仁著,冯军译.刑法概说(各论)[M].北京:中 国人民大学出版社,2003:596
- [2]鲜铁可. 国家工作人员经济犯罪与定最量刑研究[M]. 北 京:中国方正出版社,2000:124~125
- [3]金卫东. 应设立性贿赂[J]. 江西公安专科学校学报, 2000, (6):86~87
- [4]谢望远. 国家工作人员犯罪认定中疑点难点问题研究 [M]. 北京:中国方正出版社, 2000:106
- [5]张明楷·法益初论[M]·北京:中国政法大学出版社, 2000.627
- [6]曹刚. 法律的道德批判[M]. 南宁:广西人民出版社, 2001.14