

# “权色交易”非罪容忍几时休？

## ——从国际反腐败公约的启示谈我国反性贿赂的立法问题

王 蕾<sup>1</sup>, 杨秀翰<sup>2</sup>

(1. 厦门大学; 福建厦门 361000; 2. 中国建设银行山东省分行, 山东济南 250001)

摘 要: 随着腐败的社会危害不断加剧, 严惩腐败为大多数国家的刑法所采纳。贿赂除了财物、非财产性利益之外, 还包括性服务在内的其他非物质性利益。国际反腐败公约也规定贿赂的范围为不正当好处。我国应当借鉴扩大贿赂犯罪的范围, 把性贿赂在内的非物质性利益纳入刑法打击的范围, 以遏制日益猖獗的腐败犯罪。

关键词: 性贿赂; 立法; 国际公约; 反腐败

中图分类号: D924.392 文献标识码: A 文章编号: 1008-3154(2005)06-0089-03

When will the Tolerating Non-crime of the "Transaction of the power and sex" Stop?  
——On the legislation problem of the sex bribe from the revelation of the international anti-corruption pact

WANG Lei, YANG Xiu-han

(1. Xiamen University, Xiamen 361005, China; 2. China Construction Bank in Shandong, Jinan 250001, China)

Abstract: With the social harm of the corruption growing on, chastising the corruption was concluded by the criminal law of the most countries. The bribe includes sex service and money and so on. The international anti-corruption pact prescribes that the scope of bribe is the malfeasance good. Our country should enlarge the scope of the bribery crime and make the non-money advantage include the scope of the criminal law in order to restrict the serious bribery crime.

Keywords: Sex Bribe; Legislation; The International Anti-corruption Pact; Anti-corruption

不可否认, 世纪之交的中国经济正在飞速发展, 但同时权力腐败也正处于高发时期。一方面国家不断加大反贪肃贿的力度, 另一方面以贪污贿赂为代表的各种腐败行为也在大量滋生。行贿和受贿的技巧不断提高, 从金钱、房子、汽车等直接的财物贿赂方式转向免费旅游、免费服务等比较隐蔽的贿赂方式, 其中以“性贿赂”形式所代表的非财物交易问题尤为突出。但由于我国刑事立法上的缺陷, 使得诸如“性贿赂”等非财物贿赂无法纳入刑法的视角, 而放纵犯罪。笔者从联合国反腐败公约中关于贿赂范围的规定来探讨我国反性贿赂罪的立法问题。

### 一、与国际公约的现实差异

2000年12月12日中国政府签署的《联合国打击跨国有组织犯罪公约》中第8条第1款规定, 行贿罪是指“直接或间接向公职人员许诺、提议给予或给予该公职人员或其他人员或实体不应有的好处, 以使该公职人员在执行公务时作为或不作为”; 受贿罪

则是指“公职人员为其本人或其他人员或实体直接或间接索取或接受不应有的好处, 以作为其在执行公务时作为或不作为的条件。”可见, 其规定的“贿赂”是指作为公职人员在执行公务时作为或不作为的条件“的不应有的好处”。

2003年10月31日, 第58届联合国大会正式通过了《联合国反腐败公约》。同年12月10日, 中国政府签署了该《公约》, 其中也规定了贿赂的标的物是“不正当好处”。

然而, 我国刑法关于贿赂罪的规定中, 将“贿赂”定位于国家工作人员利用职务上的便利而索取或非法收受的他人财物。这样, 在贿赂的范围问题上, 我国刑法规定的“财物”明显窄于国际公约中的“不正当好处”; 造成了诸如“性贿赂”等非财物性贿赂游离于法律惩治之外。

### 二、我国传统“性贿赂”不宜入罪的观点

早在20世纪80年代中期, 我国一些刑法学者

收稿日期: 2005-07-07

就对性贿赂问题展开过激烈的争论。到现在的讨论中,仍然存在“肯定说”和“否定说”两种对立的意见。“肯定说”认为现行刑法将贿赂对象界定为财物,范围过于狭窄,已不能适应当前反腐败斗争的需要,因此建议修改立法,将性贿赂纳入贿赂物的范围。而关于“否定说”的观点大致包括以下几点:

1、首先,从词语学的角度看,“贿赂”以“贝”字为偏旁,“贝”即古代原始的“货币”,因此,“贿赂”与财物有着天生而又紧密的联系。《说文解字》中对贿赂的解释是:“贿,财也;赂,遗也。”“贿赂就是‘以财物枉法相谢也’”。《现代汉语词典》对贿赂一词则有动词和名词两种解释,动词意为“用财物买通别人”,名词意为“用来买通别人的财物”。可见,贿赂的原始含义只是财物,而不能是财物以外的其他。

2、如果将“性贿赂”入罪,将会导致“性行为是商品或工具”的谬论。有专家指出,“性贿赂”中所涉及的“性”和人身属性不可分离,是人类的特有现象,不像财物那样具有可转让性。当一个人在实施财物贿赂时,财物仅仅是行为的对象和工具,但是,如果实施的是“性贿赂”,那么除了本人的性行为外,还有他人的性行为,例如通过提供性工作者的服务达到不法意图。若将“性贿赂”规定为犯罪,那么就会导致“性行为是商品或工具”的谬论。这是违反我国基本的社会道德伦理的。

3、传统贿赂罪都是论赃定罪,而“性贿赂罪”无法量化、取证困难和“感情”界定难,司法实践的操作性不强。与财物贿赂的取证难度相比,财物贿赂可以通过查获赃物、提取书证、证人证言等多种途径收集证据,从而形成证据链,一般即使受贿人不承认,也不影响对其定罪量刑;而“性贿赂”则不然,这种交易更为隐蔽,所能收集到的证据形式往往只有犯罪嫌疑人的供述而已,很难取得其他形式的证据来相互印证,如果渗入男女双方的情感因素,性质就更难以判断,同时如果受贿人受到诬陷很难辩白,易形成错案。

4、性贿赂涉及到的问题,属于国家工作人员的道德品质问题,应该属于道德范畴。而道德与法律是两个并行的意识形态,不能用法律来规范道德层面的事情。

### 三、性贿赂的立法根据

(一)现实根据:“性贿赂”已经成为一个不容忽视的社会问题,“色情腐败”成为当前腐败现象的新

动向

虽然以性贿赂为核心的非财产性利益与公权力的非法交易古已有之,但成为亵渎国家公权利行使的突出问题,却是近来的事情。据学者统计后发现,发生在20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各种形态的权色交易。

(二)理论根据:针对反对者的观点,笔者试作出相应的理论分析来论证“性贿赂”纳入贿赂范围的必要性

1、首先,语言文字作为表达思想的方式和工具并不是亘古不变的。不容忽视,为了规避法律,现实生活中的确实存在着大量以各种利益包括“性”来请托的现象,而如果我们的法律继续机械地固守贿赂这个词语的本意而无视大量非财产性利益的贿赂,那么只能放纵犯罪,对新出现的犯罪形式无所适从。

其次,贿赂范围的界定会随着社会生活的变迁而不断发生变化。随着社会的发展,财物以外的各种非财产性利益也成了贿赂犯罪的对象。非财产性利益贿赂有着跟财物贿赂相同的作用及社会危害性,甚至更有过之而无不及。社会已经发生了变化,随之而来贿赂范围也发生了很大的变化,尤其是“性贿赂”问题大量存在着。1993年《反不正当竞争法》将“采用财物以外的其他手段”作为商业贿赂的一种形式,正是在经济法领域适应了社会生活这一变化的结果。可见,“作为贿赂的利益,其内容未必是确定的或永存不变的。它的实现可能要受以后不同的条件所左右,如果实现了预想的可能性,就成为贿赂所得。”

2、受贿罪的实质在于受贿人的“公权”与行贿人的“私利”之间形成一种“以私利亵渎公权”的不法对价关系。也就是受贿罪的本质在于亵渎国家工作人员职务行为的不可收买性或廉洁性。在性贿赂中,行贿者雇佣女色实施行贿,“性工作者”是其用来与受贿方换取权力和利益的筹码,是其花钱买的“特殊商品”。对受贿者来说,“性工作者”是其用手中的权力换来的可以满足自己性欲的玩物。以公共权力和女色为媒介,行贿者与受贿者各取所需,已经反映了侵犯国家工作人员职务行为的不可收买性,因此,性贿赂已经具备了普通贿赂犯罪的实质条件。在这里,当事各方是把“性工作者”作为一种“特殊商品”,并在实际活动中进行着“转让”和“收受”,这说明性行为在行

贿人和受贿人眼里已异化为商品和工具。

3、对于传统贿赂罪都是论赃计罪,而“性贿赂罪”无法量化、取证困难和“感情”界定难,司法实践的操作性不强的问题,笔者认为,首先,困难不是退缩的理由。刑法的作用是打击犯罪,防卫社会,保护人民,如果出现了需要刑法防卫和保护的对象,而刑法仅以操作性不强、取证困难等理由推托,这在法理上是讲不通的。

其次,由于性贿赂的发生十分隐蔽,很少有第三者在场。因此,很多情况下犯罪嫌疑人的口供是唯一的证据,很难有其他形式的证据相互印证,司法机关事后侦查较为困难。有的学者从经济学的角度认为惩治性贿赂犯罪将耗费大量的司法资源或收效低微,认为将性贿赂纳入犯罪并不可取。然而,从哲学角度上来讲,证据具有客观性,是不以行为人的意志为转移的,只不过是要求侦查人员有更高的技术和更多的侦查手段,做更多的耐心细致的工作。而且从司法现实角度上说,由于性贿赂行为的隐蔽性、不易证明性,普通的调查(纪检、监察调查)已无能为力,根本不可得到证明。将其提升为犯罪可以动用调查手段中最强有力的刑事侦查手段,相比之下更容易破获案件。

第三,贿赂是一类特殊的犯罪,证据难取是区别于其他犯罪的显著特征。财物贿赂也常常出现“一对一”的现象《刑法》照样规定惩治。所以,性贿赂跟普通贿赂一样,也遵循着腐败本质的恶性循环:行贿——受贿——渎职——非法利益。在任何一个环节上都不会天衣无缝,总会留下蛛丝马迹。性贿赂其实是对某些人的权力产生影响,往往伴随着钱财或非法利益。因此,可以从行贿者获取的非法利益、受贿者的渎职行为入手。

4、感情界定难的问题,笔者认为,当道德问题上升为法律问题,我们就没有理由用“感情界定难”去包庇犯罪。博登海默指出:“法律和道德代表着不同的规范和命令,然而它们控制的领域都在部分是重叠的。从另一角度来看,道德中有些领域是位于法律管辖范围之外的,而法律中也有些部门在很大程度上是不受道德判断影响的。但是,实质性的法律规范制度仍然是存在的,其目的就在于强化和使人们对一个健全的社会所必不可少的道德规则的遵守。”所以说,道德与法律并不存在不可逾越的鸿沟,调整的范围也从本来就没有明显的固定界限而相互

转化,出现了某些原来属于道德调整的问题而现在由法律来调整。性贿赂就是如此。

#### 四、立法建议

从国际立法潮流看,随着腐败的社会危害不断加剧,严惩腐败为大多数国家的刑法所采纳;贿赂除了财物、非财产性利益之外,还包括性服务在内的其他非物质性利益,“如日本、意大利、德国、瑞士、我国台湾等即是如此。在腐败问题相当严重的我国,更不能让诸如性贿赂在内的非物质性贿赂处于刑罚惩罚之外。另外,国际反腐败公约关于贿赂范围的规定明显宽于我国相关法律规定,从履行国际法义务的角度看,我们也应当将贿赂罪的构成要件达到国际公约所确定的标准。至于可行性困难的问题,是不容回避的,我们应当正视它并积极找出解决的办法。

首先,将定罪的贿赂范围扩大至包括非物质性利益的不正当好处。对于较为普遍、危害性较大的性贿赂作为情节加重情形,加重处罚。

其次,在量刑上,以“计赃定罪”的标准在一定程度上可以体现贿赂犯罪的社会危害本质和程度,但其社会危害性和程度并不仅仅甚至有时不是通过财物的多少来体现的。因此,这种量刑标准并不全面。并没有任何法律将贿赂罪纳为财产性犯罪,必须按照数额来定罪量刑。因此,应当遵守我国《刑法》第61条“对于犯罪分子决定刑罚的时候,应当根据犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对于社会的危害程度,依照本法的有关规定判处”的规定。比照侵犯人身权利、民主权利罪,对贿赂罪按照犯罪事实,性质、情节、社会危害程度(如造成的损失数额、对国家工作人员职务廉洁性的侵害程度等)综合考虑来量刑处罚。

#### 参考文献:

- [1]中国社会科学院法学研究所编.中日公务员贿赂犯罪研究.[M].中国社会科学出版社,1995.
- [2]宗剑峰.中西文化与贪污贿赂犯罪学研究.[M].中国检察出版社,2003.
- [3]王俊平,李山河.受贿罪研究.[M].人民法院出版社,2002.
- [4]何承斌.贪污犯罪比较研究:兼从《联合国反腐败公约》看中国廉政法制[M].法律出版社,2004.
- [5]金卫东.应设立“性贿赂罪”[J].江苏公安专科学校学报,2000.6.

(责任编辑:肖成)