

行贿罪刑罚配置的立法变迁与建构展望

马松建 赵吉平

摘要: 制定法预示着法律的发展趋势,《刑法修正案(十二)》体现了行贿罪立法现代化的发展方向。我们可以从行贿罪的立法变迁中提炼出一些规律性表征,为行贿罪刑罚配置提供立法思路。宽严相济刑事政策是行贿罪刑罚配置的灵魂,行贿罪刑罚配置应当考量与其具有对向关系的受贿罪,行贿罪修订需要对刑法结构进行反思和重塑。行贿罪刑罚配置问题被社会广为关注,但如何配置行贿罪的刑罚却见仁见智。对此应当从刑事政策出发,合理设计行贿罪刑罚配置,以期符合“受贿行贿一起查”的价值蕴含。

关键词: 行贿罪;立法变迁;立法思路;刑罚配置

中图分类号: D924 **文献标识码:** A **文章编号:** 1003-0751(2024)05-0071-07

长期以来,理论界对如何配置行贿罪的刑罚存在较大争议,2023年12月《刑法修正案(十二)》对行贿罪法定刑的修订又将这一问题推向了新的阶段,标志着我国行贿罪立法朝着刑法现代化的发展方向迈进。在学界和立法机关都高度关注行贿罪刑罚配置背景下,我们有必要以此次法律修订为契机,继续深入研讨行贿罪的刑罚,以高水平的行贿罪立法研究实现预防和遏制贿赂犯罪的目的。本文通过对行贿罪刑罚立法演进过程的梳理与分析,揭示行贿罪刑罚立法发展的某些共性,探寻行贿罪刑罚的内在规律和基本特征,对行贿罪刑罚配置的建构提出初步的思考和设想,以求教于同仁。

一、行贿罪刑罚配置的立法变迁

中华人民共和国成立以来,行贿罪刑罚配置经历了几度变迁和数次转型。1952年,国家颁布了《中华人民共和国惩治贪污条例》(以下简称1952年《惩治贪污条例》),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”,行贿罪的最高法定刑为无期徒刑甚至死刑。总体而言,这一时期的立法技术相对比较落后、线条粗疏。在1979年国家颁布的第一部刑法典《中华人民共和国刑法》(以下简称1979年刑法)中,行贿罪法定刑被规定为“三年以下有期徒刑或者拘役”,相对于1952年《惩治贪污条例》,这一刑罚配置非常轻。1979年刑法颁布以后,全国人大常委会和最高人民检察院、最高人民法院根据商业经济发展形势下腐败现象蔓延的趋势,对行贿罪作出了一系列调整。1985年“两高”出台《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》(以下简称1985年《解答》),调整了行贿罪的构成要件,增加“个人为谋取非法利益”的构成要件,限缩了行贿罪的犯罪圈。1988年,全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(以下简称1988年《补充规定》)将行贿构成要件“谋取非法利益”修订为“谋取不正当利益”,同时加大了对行贿罪的惩治力度,规定行贿罪三档法定刑为“五年以下有期徒刑或者拘役,五年以上有期徒刑,以及无期徒刑并处没收财产”。1997年修订的《中

收稿日期:2024-03-20

作者简介:马松建,男,郑州大学法学院教授、博士生导师(河南郑州 450001)。赵吉平,男,郑州大学法学院博士生(河南郑州 450001)。

华人民共和国刑法》(以下简称1997年刑法)对1988年《补充规定》中关于行贿罪的内容基本保留,在结构上将行贿罪和贪污受贿从渎职罪中分离出来,规定贪污贿赂犯罪一章。1999年,“两高”印发《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的通知》(以下简称1999年《通知》),要求“严肃查处严重行贿犯罪”。2012年,“两高”《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》(以下简称2012年《应用解释》)将行贿罪入罪标准界定为一万元,并规定了情节严重、情节特别严重的情形。2015年,全国人大常委会颁布《刑法修正案(九)》,从罪状到量刑对受贿罪进行了较大的修订,对行贿罪三档法定刑增加“并处罚金”,严格了行贿罪特别自首制度。2016年,“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(以下简称2016年《贪污司法解释》),将行贿行为的入罪标准提升至三万元,具有特殊情形的入罪标准定为一万元至三万元,把行贿罪、受贿罪入罪数额拉平,从入罪数额看行贿罪与贪污受贿犯罪没有更大区别。2024年3月开始实施的《刑法修正案(十二)》对行贿罪的法定刑进行了调整,将第一档法定刑降为三年以下有期徒刑或者拘役,将第二档法定刑降为三年以上十年以下有期徒刑,规定了从重处罚的情形,着力解决与受贿罪法定刑的倒挂问题,使行贿罪、受贿罪第一档和第二档法定刑相协调,努力回应社会广泛关切。

纵览我国行贿罪法定刑的立法变迁,可以发现,行贿罪立法在整体上呈现内容逐渐丰富、程序日益完善和立法技术不断提升的趋势。从行贿罪的笼统规定发展为明确犯罪构成要素,增加了行贿罪立法的确定性;从比照其他条款处罚演进为单独法条规定,增强了行贿罪立法的重要性;从条例规定转变为修正案修订,增进了行贿罪立法的技术性。上述发展过程,尤其是《刑法修正案(十二)》的颁布标示着行贿罪立法现代化的发展方向,即行贿罪犯罪圈更加具体化,行贿罪法定刑更加理性化,行贿罪立法技术更加精细化。同时,行贿罪刑罚配置的立法变化也凸显出行贿罪立法的一些规律性特征。

1. 刑事政策是行贿罪刑罚配置的灵魂

通过梳理行贿罪立法的发展脉络,可以发现不同时期的行贿罪法定刑都体现了当时不同的刑事政策。一是中华人民共和国成立初期对行贿罪采取的“镇压与宽大相结合”政策。毛泽东同志结合当时的政治形势,明确提出“镇压与宽大相结合”的政

策^[1],这个时期关于行贿罪的立法鲜明地体现出这一政策导向。二是1979年刑法体现的“惩办与宽大相结合”的刑事政策。我国1979年第一部刑法典开宗明义规定了“惩办与宽大相结合”的刑事政策,并且将该刑事政策贯穿于总则和分则^[2]。三是有关司法解释中体现的“重受贿轻行贿”政策。2012年《应用解释》将行贿罪入罪标准界定为一万元,充分体现了“重受贿轻行贿”政策。四是《刑法修正案(九)》体现的“行贿受贿并重惩治”刑事政策。《刑法修正案(九)》提高了行贿罪的入罪标准,并加大刑罚惩治力度,体现“惩办行贿与惩办受贿并重”^[3]。凡此种种,说明每一次行贿罪法定刑修订都离不开刑事政策的灵魂作用。

2. 行贿罪刑罚配置应当考量与其具有对向关系的受贿罪

法律条文本身并不是孤立存在的,贿赂犯罪的修订应当注意刑法自身条文之间的协调^[4]。从行贿罪立法发展来看,其法定刑的修订多与受贿罪有关,因为“有行贿才有受贿存在,有受贿必有行贿存在”。比如,1988年《补充规定》在提升行贿罪法定刑的同时,对受贿罪的刑罚标准也予以明确;2015年《刑法修正案(九)》对受贿罪的法定刑进行修订的同时,也规定了行贿罪的罚金刑、修改特别自首制度;2016年《贪污司法解释》规定行贿罪、受贿罪的入罪标准都是三万元,并且规定了从重处罚情形。行贿罪与受贿罪之所以关系密不可分,是因为二者是对向犯罪关系。所以,考察行贿罪刑罚强度应当与受贿罪相比较。

3. 行贿罪修订离不开对刑法结构的深刻反思

刑法结构是刑事政策的基本载体,也是罪刑关系的形象表达。可以看出,行贿罪立法修订基本上都涉及罪刑关系的调整和刑法结构的变化。1952年《惩治贪污条例》将行贿罪的危害性和贪污罪等同,体现的是“又严又厉”的刑法结构;1985年《解答》沿袭了1979年刑法的法定刑,严格了行贿罪犯罪圈,呈现“不严不厉”的特点。20世纪90年代以来,经济的快速发展和市场经济转型对人们的价值观念带来强烈冲击,贿赂犯罪呈现出迅速增加的苗头。从1988年《补充规定》到2015年《刑法修正案(九)》,一系列立法和司法解释提高了行贿罪的入罪标准,并逐渐加大对行贿罪的刑罚惩治力度,这一时期的行贿罪立法可以说是“厉而不严”^[5]。由此可见,每次行贿罪修订都是对刑法结构的改变。因此,从刑法结构来看行贿罪修订,更容易发现其利弊

得失。

以上这些行贿罪法定刑修订的特点和规律,对于研究行贿罪刑罚配置具有重要的借鉴意义和参考价值。下面笔者试结合刑法理论进行详细阐述。

二、行贿罪刑罚配置的立法思路

制定法预示着法律的发展趋势,蕴含着法的精神^[6]。刑罚的预防目的不仅要从事司法、执行环节开始,更要从立法阶段开始^[7]。从行贿罪法定刑修订中提炼出来的规律性表征,能够为行贿罪刑罚配置提供些许思路和启示。

1. 行贿罪刑罚配置与刑事政策

刑事政策给予我们评价现行法律的标准,它向我们阐明应当适用的法律^[8]。1803年费尔巴哈最早提出刑事政策的概念,认为刑事政策是国家据以与犯罪作斗争的惩罚措施的总和^[9]。我国学界普遍认为,刑事政策是刑法的灵魂和核心,刑法是刑事政策的条文化和定型化^[10]。刑事政策的出现,是刑事立法规范化、科学化和现代化的体现,因为刑罚使刑事政策同刑法联系起来,良好的刑事政策可以将刑罚的合理性与正当性传递给刑法。

宽严相济刑事政策是我国预防和控制犯罪的基本政策。宽严相济刑事政策要求对犯罪区别对待、分清轻重,做到当宽则宽、该严则严,严中有宽、宽中有严,处罚轻重适中,并符合罪刑相适应原则^[1]。正确理解宽严相济刑事政策,必须站在制约权力和遏制腐败的基本判断上,区别对待行贿者和受贿者,做到当宽则宽、该严则严。

一方面,“严”体现在重点治吏。眼下社会上形形色色的行贿具有被塑造的性质,权力与生俱来的滥用性动机决定了国家应当将对受贿行为的预防和惩治置于刑事政策的中心地位^[11]。反腐的重点在于公职人员,但从行贿罪与受贿罪的对合关系看,贿赂双方刑罚配置的不对称性导致了行贿罪的法网疏松,难以对行贿人形成威慑并达到预防效果,这也在一定程度上造成行贿人围猎公职人员的现象。因此,要严惩受贿罪,就要织密行贿罪犯罪法网,改变以往行贿者很少受到刑法惩治的现象。

另一方面,“宽”体现在对行贿罪当宽则宽,但仅指刑罚的适量限缩。1764年意大利刑法学家贝卡利亚在《论犯罪与刑罚》一书中指出,一种正确的刑罚,它的强度只要足以阻止犯罪就够了^[12]⁴⁷。对行贿者而言,重点不是加大刑罚强度,而是要降低其

对所得利益的期待。因为行贿行为多属于贪利、人事性犯罪,相对于受贿行为,其社会危害要轻,适度的被剥夺感能阻止行贿犯罪,应当分清行贿与受贿的轻重,对行贿者当宽则宽。

“受贿行贿一起查”是我国预防和惩治行贿罪的具体刑事政策。“受贿行贿一起查”是基于贿赂犯罪的生成机理和腐败问题的现实状况做出的遏制受贿又遏制行贿的精辟概括,与宽严相济刑事政策是一脉相承的策略。

首先,“受贿行贿一起查”与宽严相济是内在统一的。从外延上说,前者是反腐政策,后者是刑事政策。从内涵上说,在刑事犯罪领域,前者是具体刑事政策,后者是基本刑事政策。从旨趣上说,前者表明的是态度和决心,后者阐述的是一种方法和措施。

其次,“受贿行贿一起查”并不意味着二者应当配置同样的刑罚。“受贿行贿一起查”并未要求增大对行贿行为的刑罚强度,强调的是应当“严查”而不是“重罚”,对行贿行为该查处的不能姑息,并不是要对行贿行为的处罚加大刑罚量。正如中央纪委国家监委案件监督管理室负责人就《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》答《中国纪检监察报》记者问时所指出的:“‘受贿行贿一起查’并不是‘同等处理’。”^[13]对于行贿者而言,要害不在于判处多重的刑罚,而在于惩处的可能性有多大^[14]。

最后,“受贿行贿一起查”意味着扩大行贿罪处罚范围,严密行贿罪刑事法网,凸显惩治行贿罪的坚定决心,体现宽严相济刑事政策“当宽则宽、该严则严”的核心要义。“受贿行贿一起查”可以对行贿人产生一定的心理威慑,使其断绝侥幸心理。

2. 行贿罪刑罚配置与受贿罪

在受贿罪、行贿罪是对向犯的逻辑下,考量二者对法益的侵害程度是选择行贿罪刑罚配置的关键。行贿罪与受贿罪侵害的法益都涉及职务行为的公正性与不可收买性,行贿罪以“为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物”为要件,侵害职务行为的公正性与不可收买性。在多数情况下,受贿罪侵害的法益与行贿罪相同,但在国家工作人员正确履行职务情况下,行贿罪侵害的只是职务行为的不可收买性。

首先,两种行为都侵害相同法益时,侵害法益程度并不相同。就职务行为的收买性来说,公职人员是否出卖,完全由本人决定,而不是由行贿人决定,所以受贿人对职务的不可收买性侵害程度更大;就

职务行为的公正性来说,侵害行为不仅由公职人员决定,而且由其直接实施,所以受贿人对职务行为的公正性侵害程度更大^[15]。

其次,从整体来看,在绝大多数情况下,受贿罪既侵犯职务行为的不可收买性,也侵犯职务行为的公正性;少数情况下,受贿罪只侵犯不可收买性。侵犯法益类型的数量对定罪量刑有一定的影响,但并不意味着侵犯多重法益行为的刑事责任就一定重于侵犯单一法益行为,法益侵害程度也是影响定罪量刑的重要因素。受贿罪法益侵害程度的大小主要基于受贿数额的量刑标准来进行判定,即便受贿行为仅侵犯职务行为的不可收买性,只要受贿数额巨大,犯罪人依然可能会被判处较重的刑事处罚。

最后,引起受贿罪、行贿罪轻重质疑的根源在于二者的入罪标准不同。有时候一个案件构成受贿罪但未构成行贿罪,也存在构成行贿罪而不构成受贿罪的情况。刑法规定构成行贿罪必须“为谋取不正当利益”,是为了将为谋取正当利益给予国家工作人员财物的情况排除在外。但是,行贿罪的犯罪圈小于受贿罪,并不意味着行贿罪的刑罚就重于或等于受贿罪。值得关注的是,二者的法益侵害程度并不相同,受贿者对法益的侵害具有决定性作用。从本质上说,这是因为二者的不法与责任并不相同。受贿罪的实施主体只能是国家工作人员,他们在遵守法律和保持自身廉洁方面应当比普通公民更加严格,具有更高的期待可能性。受贿者收受财物,还直接实施了职务行为,其行为直接损害公民对职务行为的信赖,法益侵害程度更大。此外,行贿罪对法益的侵害具有间接性的特点,而受贿罪对法益的侵害是直接的。

事实上,如果公职人员能够拒腐蚀而不沾,或者收受财物后及时上交,就不会侵害法益,不会损害公民对法律规范和职务行为的信赖,也就不会导致贿赂犯罪多发。进一步分析就会发现,贿赂现象的出现,是因为公民的正当合法利益通过正规合法的渠道可能得不到,有人还能通过别的渠道得到不正当利益。反过来说,如果通过正常渠道能够得到正当利益,而通过其他渠道也得不到不该得到的利益,人们就会按章办事,行贿的现象就会很少甚至销声匿迹。要形成这样公平正义的社会环境,公职人员应该负有更大责任和义务。要使公职人员依法履职,就必须规范和制约权力,把权力装进制度的笼子里。由此看来,从行贿、受贿对腐败犯罪的作用大小分析,受贿者对职务行为公正性和不可收买性的侵害

具有根本作用,亦即行贿罪对法益的侵害小于受贿罪。同时,许多公职人员也希望权力能够得到制约和监督,规范、透明的工作机制能够显著降低公职人员的职业风险,也可以减少公职人员与社会公众之间可能存在的误解和猜忌,有助于营造和谐的政社互动关系。从这个角度来说,坚持受贿罪重于行贿罪的立场,能够更好地预防和控制犯罪。

3. 行贿罪刑罚配置与刑法结构

刑法结构由犯罪和刑罚两翼组成,组合的形式事实上是两种,即“严而不厉”和“厉而不严”^[16]。“厉而不严”刑法结构表现为法网疏松与严刑峻法,法网疏松导致大量轻微的犯罪行为被过滤在刑法惩治之外,严刑峻法实质上是运动式国家治理模式的刑法表达,不能彻底解决问题。在“厉而不严”刑法结构之中,法网不严、刑事责任不严格,但刑罚严峻苛刻,片面认为刑罚量与犯罪率成反比,结果往往是刑罚量与犯罪量同时增长,甚至刑罚被犯罪遏制难以继。很多国家的实践证明,“厉而不严”刑法结构是资源投入很大但是刑罚效率很差的刑法结构^[17]。“严而不厉”刑法结构则正好相反,主张扩大犯罪圈和限缩刑罚量,扩大犯罪圈意味着使刑事法网更加严密,使更多的违法行为犯罪化,同时降低刑罚强度,节省司法资源,以比较低的处罚强度最大限度地体现出刑罚的威慑效应,从而实现一般预防的目的。对于犯罪最强有力的约束力量不是刑罚的严酷性,而是刑罚的必定性^{[12]59}。

从行贿罪的复杂生成机理看,行贿罪立法应当选择“严而不厉”的刑法结构。经济的快速繁荣在创造大量社会财富的同时,也给行贿犯罪的治理带来了新的难题,比如行贿方式日趋多样、隐蔽,行贿数额不断攀升,传统行贿犯罪的治理方案亟须因应时代的变化而作出积极改变。如果没有了刑罚,强有力的法秩序就不复存在,法就会降格为仅受道德约束的规范^[18]。刑事法网粗疏是造成追究行贿罪不力的立法原因,这样在客观上也使大量行贿行为处在非刑事处罚与刑事处罚之间的灰色地带。

因此,遏制行贿罪应当严密法网、扩大犯罪圈,增加行贿罪的追诉率。同时,惩治行贿罪不必采取过度的刑罚量,而应适当降低行贿罪的刑罚强度。张明楷教授认为,责任与意志自由不可分离,没有自由意志就没有选择,没有选择就没有责任^[19]。行贿罪高位多发有其自身的规律性,在权力任性和不良风气的影响下,行贿人自由意志的选择是很有限的,如果其洁身自好,可能会面临物质、人事等方面

的不利后果。相比之下,生产、销售伪劣商品罪、盗窃罪等其他与其法定刑相当的犯罪,行为人在自由意志上有更多的选择空间,如果其不去犯罪,不一定会存在很确定的不利后果。因此,遏制行贿罪应当严密刑事法网,降低刑罚力度,采取“严而不厉”的应然刑法结构。正如储槐植教授所指出的,我国刑法的现代化即是从“厉而不严”发展为“严而不厉”的刑法结构完善的过程^[16]。

从以上三个层面的论述可以看出,行贿罪的刑罚强度应当适当限缩,限缩具体表现在降低行贿罪法定刑、放宽特别自首制度、发挥罚金刑和职业禁止作用,这也是行贿罪刑罚配置的应然理论模型。

首先,行贿罪的法定刑应当低于受贿罪。诚然,比较行贿罪与受贿罪的法定刑应当联系犯罪圈来考察刑法结构,而行贿罪的构成要素多于受贿罪也是广为关注的问题,由于这些并不是本文的重点,这里不展开论述。与受贿罪造成的危害相比,行贿罪法益侵害程度低,对行贿罪就要当宽则宽,行贿罪法定刑应当低于受贿罪。

其次,行贿罪特别自首制度不能严于受贿罪相关从宽制度。根据刑法的规定,犯受贿罪,在提起公诉前有如实供述自己罪行等情节,可以从轻、减轻或者免除处罚;犯行贿罪,在被追诉前主动交代行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚,重大立功、情节较轻等可以减轻或者免除处罚。显然,无论是时间条件还是从宽幅度,前者远大于后者。特别自首制度的收紧会极大动摇行贿人主动交代行贿事实的积极性。由于大量的行贿数额会在三万至一百万元,法定刑为三年以下有期徒刑或者拘役,按照现行刑法可能从轻处罚,不一定会减轻处罚(第一档法定刑减轻处罚就意味着可能免刑),所以行贿人不会很积极地主动交代。应当在立法上采取恰当措施,打破贿赂双方的信任关系,使行贿人主动交代犯罪事实,受贿人拒绝贿赂,从而控制贿赂犯罪^[20]。

再次,罚金刑的作用不应体现在加大刑罚强度上。2016年《贪污司法解释》规定,对被判处行贿罪刑罚的,并处十万元以上犯罪数额两倍以下罚金。立法层面对行贿罪配置罚金刑是一大进步,但司法实践中判处的罚金数额仍然倾向于罚金的最低数额,以致罚金刑没有发挥出应有作用。行贿罪三档法定刑都规定了并处罚金,但是对于轻微的行贿行为,单处主刑有时候已经颇为严厉,并处罚金就更难以让犯罪人接受,这样并不能达到好的社会效果与法律效果。与此相比,单处、选处罚金不仅能够起到

惩罚犯罪的目的,而且能够节约司法资源。

最后,关于职业禁止规定。《刑法》第37条规定:“因利用职业便利实施犯罪,或者实施违背职业要求的特定义务的犯罪被判处刑罚的,人民法院可以根据犯罪情况和预防再犯罪的需要,禁止其自刑罚执行完毕之日或者假释之日起从事相关职业,期限为三年至五年。”有学者认为这一规定与保安处分类似^[21]。从立法上禁止行为人从事相关行业、获得职业资格,不仅可以消除其再犯的条件以达到预防犯罪的目的,也可以使其感受到更多被剥夺感。但是刑法关于职业禁止的规定过于笼统,适用条件仅限于已经判处刑罚的行贿者,使得行贿罪职业禁止缺乏更强的适用性和可操作性。

三、行贿罪刑罚配置的设置

行贿罪刑罚配置难以因应犯罪治理的需要既有立法原因,也有司法原因,但两种原因不能等量齐观,立法是根本原因,司法是重要因素^[22]。从我国行贿罪立法历次修订可以看出,行贿罪刑罚应当从宽严相济刑事政策出发,合理评价与受贿罪的对向关系,正确选择“严而不厉”刑法结构,适当限缩刑罚强度,才能建构符合“受贿行贿一起查”价值蕴含的刑罚配置。事实上,《刑法修正案(十二)》已经在很大程度上完善了行贿罪的刑罚配置。在此,笔者拟站在巨人肩膀上,按照这一思路,试对降低法定刑、完善罚金刑、增设资格刑和放宽特别自首制度等方面再进行一些探讨和思考。

1. 适当降低行贿罪法定刑

当前,关于行贿罪法定刑如何配置观点不一。有学者认为,应当适当降低行贿罪最高法定刑^[23]。也有学者认为,应遵循法定刑的均衡性、系统性,合理借鉴域外行贿受贿处罚模式,坚持“宽严相济”刑事政策,提高刑事立法技术,构建“严而不厉”的行贿惩治体系^[24]。还有学者认为,行贿罪三档法定刑应当设置为二以下有期徒刑或者拘役、二年以上七以下有期徒刑、七年以上有期徒刑^[25]。

笔者认为,法定刑的设置非常复杂,应当遵循以下刑法原则:一是罪刑相一致原则;二是系统原则,即行贿罪法定刑应当与受贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪等犯罪保持均衡;三是比例原则,即行贿罪三档法定刑的适用比例应当均衡,或者说不能采取过度的刑罚手段^[25]。从法理上看,行贿罪法益侵害轻于受贿罪,所以其刑罚强度也应低于受贿罪,并且

不能过分高于单位行贿罪、对单位行贿罪。基于此,行贿罪法定刑建议修改为:为谋取不正当利益给予国家工作人员以财物,处三年以下有期徒刑或者拘役,单处或者选处附加刑;情节严重的,或者使国家或者他人损失较大的,处三年以上七年以下有期徒刑,选处附加刑;情节特别严重的,或者使国家或者他人遭受重大损失的,处七年以上有期徒刑,并处附加刑或者没收财产。受贿罪法定刑升格根据“数额”饱受诟病^[15],笔者认为数额只是情节的一种情形,但不是全部,行贿罪法定刑升格根据应该是情节,因为情节更能反映其法益侵害程度。

2. 完善罚金刑

罚金刑的数额计算过于笼统和并处问题,在未来刑法修订和完善的过程中需要引起重视。笔者认为,目前主要可以从以下方面考虑。

一是细化罚金数额。对于情节较重的行贿罪,适用基本法定刑应采取确定限额的罚金刑。这部分行贿行为法益侵害性小,主刑配置三年以下有期徒刑或者拘役,基本能够实现特殊预防的目的,设置确定限额且数额不大的罚金刑符合罪刑相适应原则。对于情节严重和情节特别严重的行贿罪,适用加重法定刑的同时,应当以倍比的方式确定罚金刑的数额。情节加重犯对法益侵害的程度远远超过行贿罪基本犯,应当加大打击力度,使行贿人感受更强烈的被剥夺感,而且情节加重犯的犯罪数额非常大,便于用倍比方式进行计算。

二是扩大罚金适用方式。对于基本犯,可以设置选处罚金或者单处罚金。罚金刑具有防止“交叉感染”、有利于犯罪人适应社会、实现特殊预防目的等优点。而行贿罪基本犯对法益造成的危害较小,单处罚金既可以实现刑罚的目的,又能体现罚金的优点;选处罚金赋予司法人员一定的裁量权,既能够适用较轻的主刑,也能够选择是否让行贿人承担经济上的损失。对于情节严重的行贿人,设置选处罚金。这一类行贿罪不仅对法益的侵害较大,而且多是贪利性犯罪,适用选处罚金既能严惩行贿犯罪,又不致不当地扩展刑罚的处罚范围。对于情节特别严重的行贿罪,适用并处罚金。这一类行贿罪不仅情节特别严重,而且往往造成国家和他人特别巨大的损失,所以适用刑罚时不仅要适用主刑,而且要使行贿人承受经济上的剥夺性痛苦,从而实现刑罚的特殊预防与一般预防的目的。

3. 增设资格刑

刑法中关于职业禁止的定位和定性并不准确,

可以从资格刑的设置层面进行完善。笔者主要基于以下方面的考虑。

一是行贿罪资格刑与世界立法趋势相符。在世界刑罚立法发展中,量刑总体上由严厉走向舒缓^[26]。资格刑具备经济性、非物质性和舒缓性的特点,其执行的成本小,符合刑罚的经济原则。

二是行贿罪资格刑能够实现刑罚的一般预防和特殊预防目的。行贿罪的刑罚配置如果能囊括对行贿人某种资格的否定,那么行贿人在接受刑事处罚后再犯行贿罪的可能性将会大大降低。这样也就实现了特殊预防的目的,并能够告诫潜在的行贿人不要重蹈覆辙,彰显法规规范的指引和规范作用。

三是资格刑的适用并不是必须以其他刑罚执行完毕为前提。参考罚金刑的适用方式,对于情节较重的行为人,应当单处或者选处资格刑;对于情节严重或者使国家和他人遭受特别重大损失的,应当并处资格刑。

4. 完善特别自首制度

特别自首制度建议修改为:“在提起公诉前主动交代行贿行为的,可以免除处罚;其中犯罪较轻的,可以不以犯罪论;但是情节严重或者特别严重的,可以减轻处罚或者从轻处罚。”具体可以从以下方面考虑。

一是延伸“被追诉前”的时间界限。行贿、受贿属于对向关系,既然受贿罪适用从宽处罚的时间限定在提起公诉以前,那么行贿罪特别自首制度的适用时间也至少应当延伸至提起公诉之前。

二是对主动说明情况的宽宥处理。一般情形下,可以免除处罚。行为人主动说明情况,说明其人身危险性降低,特殊预防的目的已经达到。在这种情况下,如果再适用刑罚,不仅没有必要,而且浪费司法资源。犯罪较轻的,可以不以犯罪论。我国《刑法》第67条规定:“对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。”特别自首制度是优先适用于一般自首制度并在分则中予以规定的刑罚制度,从宽幅度应当大于一般自首制度,“不以犯罪论”才能体现与一般自首制度的区别。情节严重或者特别严重的,要限缩从宽的幅度。“免除刑罚”总体上能激励行贿人瓦解“攻守同盟”,但是对个别特别严重的行贿罪,如果一概不予追究,也会使得刑事法网过于疏松,会伤害普通民众憎恨罪犯的朴素情感,影响公平正义的实现。作为免除刑罚或不以犯罪论的例外,对这些行

贿行为从宽的幅度应予以必要的限缩。

结 语

真理的追寻永不停歇,立法的探讨也永不止步。行贿罪刑罚的立法变迁,尤其是《刑法修正案(十二)》对行贿罪法定刑的降低,使得行贿罪刑罚配置变得更加科学和理性。但围绕遏制贿赂犯罪的行贿罪犯罪圈、罪刑关系和受贿罪独立性等其他立法问题仍需进一步研究和分析,一些社会问题也应当格外关注。因为法律是最低价值标准的权威表达,提高公民文化修养和规则意识,才有可能不用或少用刑法规范。一次法律修订不能解决所有立法问题,问题的解决有待立法者、司法者等共同完成。只要我们以铲除腐败之恶为目标,以维护社会公平正义为己任,科学合理设置行贿罪犯罪圈与刑罚量,并不断提升全社会文明程度,贿赂犯罪乃至腐败的蔓延就能够得到预防、惩治和遏制。

参考文献

- [1] 马克昌.“宽严相济”刑事政策与刑罚立法的完善[J].法商研究,2007(1):3-8.
- [2] 储槐植.刑法修订与刑事政策[J].中外法学,1997(1):52-54.
- [3] 李少平.行贿犯罪执法困局及其对策[J].中国法学,2015(1):5-24.
- [4] 张旭.也谈《刑法修正案(九)》关于贪污贿赂犯罪的修改[J].当代法学,2016(1):3-11.
- [5] 王志祥,刘婷.刑事政策视域下的行贿罪:以《刑法修正案(九)》为背景的思考[J].知与行,2015(4):44-52.
- [6] 何海波.法学论文写作[M].北京:北京大学出版社,2014:154.
- [7] 张明楷.刑事立法的发展方向[J].中国法学,2006(4):18-37.
- [8] 李斯特.德国刑法教科书[M].徐久生,译.北京:法律出版社,2000:2.

- [9] 马登林,张长红.德国刑事政策的任务、原则及司法实践[J].政法论坛,2001(6):141-152.
- [10] 陈兴良.刑事政策视野中的刑罚结构调整[J].法学研究,1998(6):41-55.
- [11] 何荣功.“行贿与受贿并重惩罚”的法治逻辑悖论[J].法学,2015(10):153-160.
- [12] 贝卡利亚.论犯罪与刑罚[M].黄风,译.北京:中国大百科全书出版社,1993.
- [13] 进一步推进受贿行贿一起查 巩固发展反腐败斗争压倒性胜利[N].人民日报,2021-09-09(4).
- [14] 肖瑞宇.受贿行贿一起查的理论基础和现实意义[EB/OL].(2024-02-04)[2024-03-28].https://zgjjc.ccdi.gov.cn/bqml/bqxx/202402/t20240204_326882.html.
- [15] 张明楷.行贿罪的处罚根据:兼议《刑法修正案(十二)》对行贿罪的修改[J].政法论坛,2024(2):3-17.
- [16] 储槐植.刑法现代化本质是刑法结构现代化[N].检察日报,2018-04-02(3).
- [17] 梁根林.刑罚结构论[M].北京:北京大学出版社,1998:62.
- [18] 耶塞克,魏根特.德国刑法教科书:总论[M].徐久生,译.北京:中国法制出版社,2001:81.
- [19] 张明楷.刑法格言的展开:第三版[M].北京:北京大学出版社,2013:349.
- [20] 陈洪兵.我国贿赂犯罪体系的整体性反思与重构:基于法治反腐的使命[J].法治研究,2014(12):18-30.
- [21] 卢建平,孙本雄.刑法职业禁止令的性质及司法适用探析[J].法学杂志,2016(2):22-30.
- [22] 谢望原,张宝.从立法和司法层面加大对行贿罪的惩治力度[J].人民检察,2012(12):22-27.
- [23] 张宇,张庆杰.适当降低行贿罪法定最高刑[N].检察日报,2011-12-16(3).
- [24] 梅传强,孟祥金.行贿罪法定刑失衡:学理反思与体系完善[J].刑法论丛,2020(1):360-379.
- [25] 张明楷.刑法修正的原则与技术:兼论《刑法修正案(十二)(草案)》的完善[J].中国刑事法杂志,2023(5):3-20.
- [26] 刘春花.行贿罪立法新动向之思考:兼议行贿罪废除论[J].中州学刊,2015(10):53-59.

Legislation Changes and Construction Prospects for the Punishment Configuration for Crime of Offering Bribes

Ma Songjian Zhao Jiping

Abstract: The enactment of laws foreshadows the development trend of the law, and the *Amendment to the Criminal Law (12)* reflects the direction of modernization in the legislation of crime of offering bribes. We can extract some regular characteristics from its legislative changes, providing legislative ideas for its punishment configuration. The criminal policy of combining leniency and severity is the soul of its punishment configuration. Its punishment configuration should consider the crime of accepting bribes that has a direct relationship with it. The revision of the crime of offering bribes requires reflection and reshaping of the criminal law structure. The issue of punishment allocation for offering bribes has been widely concerned by society, but how to allocate punishment for offering bribes varies from person to person. We should start from criminal policy and design a reasonable punishment configuration for offering bribes, in order to meet the value connotation of “investigating both offering bribes and accepting bribes”.

Key words: crime of offering bribes; changes in legislation; legislative thinking; punishment configuration

责任编辑:一鸣