

# 中国刑法、日本刑法与《联合国反腐败公约》关于贿赂的内容和范围的比较

冯春萍

(海南师范大学政法学院 海南 海口 571158)

【内容摘要】对贿赂的内容和范围的规定直接决定一国对贿赂犯罪的打击力度。日本刑法和判例确定的是否构成贿赂的判断标准就是是否满足人们的欲望。只要能满足人们的欲望的东西,无论其种类和形式如何,都构成贿赂。《联合国反腐败公约》将“不正当好处”作为受贿罪贿赂内容和范围。而中国刑法规定的范围最窄,仅仅规定了“财物”和“财产性利益”,不利于打击和遏制贿赂犯罪。因此,有必要在立法上进行修改。

【关键词】财物 财产性利益 非财产性利益 不正当好处 性贿赂

中图分类号 D914

文献标识码 A

文章编号 1007-9106(2010)05-0091-04

中日两国的刑法基本上是以大陆法系国家刑法典为参考而制定的,两国刑法在贿赂犯罪刑事规制方面既有相同之处,又存在一定差异。而在贿赂的内容和范围方面,日本刑法的规定较为完善,值得我国借鉴。

在当今世界性的反腐形势非常严峻的情况下,对受贿罪进行比较研究,对于打击贿赂犯罪、完善中国刑法典,无疑具有重要的现实意义。

第58届联合国大会于2003年10月31日通过的《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》),是迄今为止全球性治理腐败最完整且具有创新性的国际法律文件。中国已于2005年加入了该《公约》。《公约》对腐败犯罪的界定、腐败利益的剥夺及反腐败国际合作问题作了规定,为国际社会反腐败提供了基本法律指南。《公约》关于贿赂的内容和范围的规定,对推动反腐败领域国际法治和中国法治的进程将产生积极的影响。

一、日本《刑法》和判例关于受贿罪贿赂的内容和范围的规定

日本现行刑法典于1907年4月24日公布,1908年10月1日起施行。关于贿赂罪,规定在第197条和第198条中。从生效到现在,贿赂罪除了增加罪名和变动法定刑外,没有其他的修改。日本《刑法》第197条规定了公务员贿赂犯罪。在该条款中,虽然使用了“贿赂”一词,但并没有就贿赂的具体内容和范围再做具体规定。贿赂的内容和范围是通过法院的判例来具体规定的。

日本法院通过判例对贿赂的内容和范围的态度如下:

首先,判例认为,贿赂可以是财产性利益,也可以不是财产性利益,可以是确定性利益,也可以是不确定性利益;

可以是现实的利益,也可以是将来的利益。总之,是否构成贿赂的判断标准就是是否满足人们的欲望。只要能满足人们的欲望的东西,无论其种类和形式如何,都构成贿赂。

其次,判例指出,下列情况都属于贿赂:第一,财产性利益。如金钱、物品、有价证券等,无论有形财产还是无形财产都属于贿赂。如行贿人答应替受贿人偿还债务。第二,除财产性利益外,能够满足人间的需要、欲望的非财产利益也构成贿赂。例如,答应给受贿人的亲戚安排工作就构成贿赂;帮助受贿人提供性服务也构成贿赂;再如,答应给受贿的公务员投资的机会也构成贿赂。此外,还有招待活动、娱乐活动、提升职位等都是贿赂。第三,成为贿赂的利益不一定非是确定性的或永久性的利益不可,只要能满足人们意识上的欲望就构成贿赂。例如,向公务员赠与股份或股票,赠与时该股份或股票具有价值,但以后因市场的变动,赠与的股份或股票失去了价值,即使这种情况,也构成贿赂。

此外,对公务员接受财产性利益的贿赂没有数额的标准。受贿的财物或财产性利益只有1日元(折合人民币0.07元),也构成受贿罪。

可以看出,日本在《刑法》中虽然没有明确“贿赂”的具体内容,但其判例对贿赂的解释相当宽泛,具体包括:(1)能用金钱衡量的利益;(2)债务;(3)艺妓的表演;(4)性服务;(5)公司职务的有利地位;(6)参与投机的机会;(7)帮助介绍职业;(8)履行期未确定的谢礼;(9)将来在建立的公司股票;(10)其他满足人们需要欲望的一切利益。

二、中国《刑法》和相关的司法解释、立法解释关于受贿罪贿赂的内容和范围的规定

(一)立法和司法解释的发展变化

\* 本文为日元贷款项目成果。

\* 作者简介:冯春萍,女,海南师范大学政法学院副教授,主要从事刑法学研究。

1.1979年《刑法》第185条关于贿赂罪的表述是：“国家工作人员利用职务上的便利，收受受贿的，处五年以下有期徒刑或者拘役，赃款、赃物没收，公款、公物追还。犯前款罪，致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑。”根据该条规定，当时对贿赂的对象和范围只是笼统地表述为“贿赂”而未称“财物”。这主要是由当时的立法背景所决定的。1979年《刑法》制定前，正是中国尚未进行改革开放的时候，贿赂行为并不普遍，受贿案件很少，加之是新中国第一部刑法典，因而当时的立法在前瞻上有所不足。从法条规定上来看，该条对受贿罪表述中虽无“财物”字样，但从条款中有“赃款、赃物没收、公款、公物追还”的规定可以推断出，贿赂的内容和范围是“财物”。

2.从1979年以后颁布的单行刑法，在惩治贿赂罪的刑事政策上采取了从严从重的精神，但仅限于量刑，对受贿罪中的贿赂的内容和范围仍未做出界定。如1982年3月8日五届全国人民代表大会常务委员会第22次会议通过的《关于严惩严重破坏经济的犯罪的决定》第一条第二款规定：“对刑法第一百八十五条第一款和第二款受贿罪修改规定为：国家工作人员索取、收受受贿的，比照刑法第一百一十五条贪污罪论处，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。”这一规定相对于1979年刑法第一百八十五条有三点主要变化：一是明确把索取贿赂作为受贿罪的客观表现形式之一；二是增加了受贿罪的法定刑种，即无期徒刑和死刑；三是对1979年《刑法》第九条有关刑法适用的时间效力上从旧兼从轻的原则进行了修改，突破了刑法适用上的从旧兼从轻原则的规定。

随着中国计划经济转为市场经济，有关受贿罪的案件也开始突出。对国家机关的声誉造成严重的损害，严重损害了党和政府的形象。

3.鉴于此，全国人大常委会法制委员会总结了经济犯罪方面出现的新情况、新问题，对受贿罪的定罪量刑又作了补充规定，这就是1988年1月21日六届全国人大常委会第2次会议通过的《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》）。

该《补充规定》第四条规定：“国家工作人员、集体经济组织人员或者其他从事公务的人员，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。与国家工作人员、集体经济组织人员或者其他从事公务的人员勾结，伙同受贿的，以共犯论处。国家工作人员、集体经济组织人员或者其他从事公务的人员，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。”与1979年刑法相比，该《补充规定》第一次将受贿罪的范围及对象明确为“财物”。

4.1993年9月2日，立法机关通过了《中华人民共和国反不正当竞争法》（以下简称《反不正当竞争法》），该法第22条规定：“经营者采用财物或者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。”同时第8条规定：“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品，在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的，以行贿论处；对方单位或者个人在账外暗中收受回扣

的，以受贿论处。”该法规定的贿赂犯罪在客观上表现为经营者在账外暗中给付交易对方一定财物或其他利益的行为。即贿赂的内容是财物或者其他利益，这种规定，是对传统刑法的一种修改和发展。但对于“其他手段”或“其他利益”究竟具体包括哪些内容，当时法律没有明确规定，后来1997年修改《刑法》时也未在有关贿赂犯罪中得到体现。

5.2003年11月13日最高人民法院印发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2003〕167号）的通知中第三部分之（七）规定了股票受贿案件认定的有关问题，该文件虽然不是司法解释，但是从司法审判指导性文件的角度明确了股票应该属于受贿罪意义上“财物”的范畴。这是对贿赂的内容和范围的一个较为扩大的解释。

但是，从已经查处的受贿案件来看，除股票外，行贿人所提供的财产性利益还有以下几种：（1）为受贿人提供不动产和耐用消费品的使用权，如长期免费提供别墅、住房或交通工具，免费提供各种家用电器进行“试用”“试看”，实际上根本打算收回。（2）为受贿人无偿提供某些劳务，如免费装修住房，无偿提供司机、保姆、清洁工等。（3）向受贿人免费提供各种高消费活动，如旅游、高档宴请、观看演出、赠送高尔夫球场、网球场、钓鱼场会员证，代为支付桑拿、嫖娼、娱乐等费用。（4）给受贿人送公司债权或股权、为其免除债务、代为偿还受贿人所负债务、为受贿人购买保险等。（5）受贿人以不等价交换的形式收受受贿，如以明显低于市场价的价格购买住房或其他商品、本应有息或高息贷款而给予无息或低息贷款等。（6）以赌博为名故意输钱给受贿人。（7）以“讲课”、“作报告”等形式向受贿人支付高额报酬进行贿赂。（8）受贿人以投资理财名义收受受贿，等等。

6.鉴于上述的贿赂形式，2007年7月8日，最高人民法院、最高人民检察院发布了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》，明确定性了十种新类型受贿行为，这十种受贿行为都涉及到受贿罪的内容和范围。具体如下：

第一种，以交易形式收受受贿。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以下列交易形式收受请托人财物的，以受贿论处：

（1）以明显低于市场的价格向请托人购买房屋、汽车等物品的；

（2）以明显高于市场的价格向请托人出售房屋、汽车等物品的；

（3）以其他交易形式非法收受请托人财物的。

第二种，以收受干股形式收受受贿。

干股是指未出资而获得的股份。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的，以受贿论处。进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生了实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额。

第三种，以开办公司等合作投资名义收受受贿。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，由请托人出资，“合作”开办公司或者进行其他“合作”投资的，以受贿论处。受贿数额则为请托人给国家工作人员的出资额。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,以合作开办公司或者其他合作投资的名义获取“利润”,没有实际出资和参与管理、经营的,以受贿论处。

第四种,以委托请托人投资证券、期货或者其他委托理财的名义收受贿赂。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,以委托请托人投资证券、期货或者其他委托理财的名义,未实际出资而获取“收益”,或者虽然实际出资,但获取“收益”明显高于出资应得收益的,以受贿论处。受贿数额,前一情形,以“收益”额计算;后一情形,以“收益”额与出资应得收益额的差额计算。

第五种,以赌博形式收受贿赂。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理赌博刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第七条规定,国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,通过赌博方式收受请托人财物的,构成受贿。

第六种,以特定关系人“挂名”领取薪酬形式收受贿赂。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,要求或者接受请托人以给特定关系人安排工作为名,使特定关系人不实际工作却获取所谓薪酬的,以受贿论处。

第七种,由特定关系人收受贿赂。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,授意请托人以本意见所列形式,将有关财物给予特定关系人的,以受贿论处。

特定关系人与国家工作人员通谋,共同实施前款行为的,对特定关系人以受贿罪的共犯论处。特定关系人以外的其他人与国家工作人员通谋,由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,收受请托人财物后双方共同占有的,以受贿罪的共犯论处。

第八种,收受贿赂物品未办理权属变更形式收受贿赂。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,收受请托人房屋、汽车等物品,未变更权属登记或者借用他人名义办理权属变更登记的,不影响受贿的认定。

第九种,收受财物后退还或者上交能否认定为受贿。

国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的,不是受贿。国家工作人员受贿后,因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处,为掩饰犯罪而退还或者上交的,不影响认定受贿罪。

第十种,在职时为请托人谋利,离职后收受财物的受贿。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益之前或者之后,约定在其离职后收受请托人财物,并在离职后收受的,以受贿论处。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,离职前后连续收受请托人财物的,离职前后收受部分均应计入受贿数额。

上述意见的出台,顺应了当时形势发展需要,对指导和解决司法实践中出现的疑难问题,具有极为重要的现实意义。但并未将已有的贿赂全部纳入,如其他财产性利益和非财产性利益等。

7.2008年11月20日最高人民法院、最高人民检察院

发布了《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》。该《意见》指出:“商业贿赂中的财物,既包括金钱和实物,也包括可以用金钱计算数额的财产性利益,如提供房屋装修、含有金额的会员卡、代币卡(券)、旅游费用等。具体数额以实际支付的资费为准”。

从以上立法的发展变化可以看出,现行中国《刑法》和相关的司法解释明确将贿赂的内容和范围表述为“财物”及可计算的“财产性利益”。

(二)中国现行刑事法律尚未纳入的贿赂

现实中贿赂的范围已大量地涉及非财产性利益。从目前已经查处的案件来看,除了法律明确规定的“财物”和“财产性利益”的贿赂外,行贿人还使用以下非财产性的利益的贿赂行为以谋取不正当利益。这类贿赂的主要表现形式有:(1)安排工作、提干、晋职提级、升学留学、迁移户口等;(2)接受著作权、专利权、商标专用权、发明权等知识产权及其它科技成果的名义(如果受贿人同时接受著作权、专利权、商标专用权、发明权等知识产权及其它科技成果应得的报酬,则应纳入财产性利益);(3)政治性利益,如出国签证、给予顾问、名誉主席、立功嘉奖、荣誉称号或给予某种政治待遇等;(4)免受刑事、民事、行政诉讼(经法院裁判确认的权益);(5)精神性贿赂,如性贿赂,等等。

三、《联合国反腐败公约》关于贿赂内容和范围的规定

《联合国反腐败公约》第15条规定:“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”;第16条规定:“直接或间接向外国公职人员或者国际公共组织官员许诺给予、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,以使该公职人员或者该官员在执行公务时作为或者不作为,以便获得或者保留与进行国际商务有关的商业或者其他不正当好处。”

从以上规定可以看出,“不正当好处”是《联合国反腐败公约》所指的受贿罪贿赂内容和范围。

四、中国刑法、日本刑法和《联合国反腐败公约》的比较  
日本的刑法和判例是从公务员职务的廉洁性、不可收买性这一犯罪客体来确定贿赂的内容和范围的。

与《联合国反腐败公约》确定的“不正当好处”的内容和范围相比,日本刑法关于贿赂的内容和范围的外延至少与《联合国反腐败公约》的规定相当,甚至超过了《联合国反腐败公约》的范围。所以,日本刑法规定的范围最广。

中国的刑法及相关司法解释确定的贿赂的内容和范围,只限于财物和司法解释中认定的几种财产性利益。与《联合国反腐败公约》确定的“不正当好处”、日本《刑法》及判例的解释相比,中国《刑法》关于贿赂的内容和范围的外延显然要小得多。这对于打击目前居高不下的受贿犯罪显然不利。

即使这样,现行刑事法律关于贿赂的范围的规定之间还存在以下矛盾和缺陷:

中国现行刑法与经济法律之间的冲突。中国《反不正当竞争法》将“财物”和“其他不正当手段”都视为行贿的方式。



同时该法第 22 条又规定:“经营者采用财物或者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。”其中“其他不正当手段”可以是除以财产行贿之外的其他手段,可以包括前面所述的一些财产性利益和部分非财产性利益形态。《反不正当竞争法》第 22 条规定,“经营者采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或购买商品,构成犯罪的,依法追究刑事责任”。如果可以追究刑事责任,只能是按《刑法》追究。但是,依照现行中国《刑法》如果经营者采用的是“其他手段”如提供性贿赂或职务升迁等,依据刑法则无法追究刑事责任。这就出现了部门法之间的矛盾冲突。

五、现行中国刑法及司法解释中对贿赂的内容和范围的规定缺陷将会直接导致追究贿赂罪程序和实体的缺陷,从而放纵犯罪分子

中国作为《联合国反腐败公约》的倡导国之一,应当在反腐败国际事务中发挥着重要的作用。然而,国内法律规定上的冲突与不完善将会制约中国的反腐败工作的深入开展。如,外国人、无国籍人以“财物”之外的“不正当好处”、“非财产性利益”对中国国家工作人员进行贿赂,同样侵害了国家工作人员职务的廉洁性、不可收买性,但是依据中国现行刑法和司法解释的规定却不能对中国国家工作人员进行定罪处罚。如果中国要求引渡国外的行贿方,也会被对方以中国法律没有从实体上规定该行贿受贿行为是犯罪行为而予以拒绝。最终的结果是无法从程序上和实体上追究行贿人和受贿人的刑事责任。事实上,已经发生了多起外国的公司企业向中国国家工作人员行贿而无法追究刑事责任的情形。

#### 六、立法建议

现实中贿赂的范围已事实上大量地涉及非财产性利益。随着非财产性利益贿赂发生的严重性,学界及司法部门将非财产性利益纳入贿赂的内容和范围的呼声与日俱增,正在冲击着以财产性利益为贿赂的内容和范围的主导地位。中国是《联合国反腐败公约》的成员国,而《联合国反腐

败公约》已将非财产性利益纳入贿赂的内容和范围。《联合国反腐败公约》中的“不正当好处”的外延远远大于中国现行刑事法律关于贿赂的内容及范围。

因此,建议中国立法机关应当考虑修改我国刑法中现有的对贿赂的内容和范围的界定,可以参照日本刑法及判例的解释,合理引入《公约》的相关规定,将非财产性利益纳入贿赂的范围当中,以打击司法实践当中出现的各种贿赂行为,包括性服务、升迁机会、就业机会等非物质性利益。

同时,法律要规定在定罪的问题上体现非财产性利益,将是否构成犯罪的标准与如何量刑的标准区分开来,在量刑上改变以往的“计赃论罪”的方法,建立以案件具体情节为量刑标准的处罚体系。

参考文献:

- [1]肖扬主编.贿赂犯罪研究[M].北京:法律出版社,1994.
- [2]江辉,张惠.非物质利益贿赂立法化的思考[J].宜春学院学报,2001(1).
- [3]杨兴国著.贪污贿赂罪法律与司法解释应用问题疑疑[M].北京:中国检察出版社,2002.
- [4]周振想主编.公务犯罪研究综述[M].北京:法律出版社,2005.
- [5]熊选国著.刑法刑事诉讼法实施中的疑难问题[M].北京:中国人民公安大学出版社,2005.
- [6]陈正云,李翔,陈鹏展著.联合国反腐败公约——全球反腐败的法律基石[M].北京:中国民主法制出版社,2006.
- [7]穆妍.关于贿赂犯罪中贿赂范围的认定[J].长春理工大学学报,2006(3).
- [8]高艳东.贿赂范围的比较研究与新探[J].河北法学,2004(2).
- [9]阮传胜.论我国贿赂犯罪的立法对《联合国反腐败公约》的应对[J].河北法学,2006(4).
- [10]莫洪宪,叶小琴.贿赂的范围[J].当代法学,2006(3).
- [11]张辉.受贿罪中有关“贿赂物”范围的探究[J].中国民营科技与经济,2006(3).

(上接第 82 页)①本文如无特别说明,涉及草案内容均以本稿为依据。

②李静堂教授在“新中国民法典起草五十年回顾与展望”理论研讨会上的发言。“新中国民法典起草五十年回顾与展望”理论研讨会是由西南政法大学张玉敏教授主持的“新中国民法典起草五十年回顾与展望”课题组组织的,于 2005 年 11 月 12-13 日在重庆市西南政法大学召开。下文所言“新中国民法典起草五十年回顾与展望”理论研讨会均指此处所述的理论研讨会。

③魏振瀛教授在“新中国民法典起草五十年回顾与展望”理论研讨会上的发言。

④在此必须指出的是,我们通常说的毛泽东思想仅指毛泽东的思想中正确的部分,毛泽东同志所犯的错误的也是因为其违反了自己正确的论断,而此处对毛泽东同志“阶级斗争”观的描述则不区分其是否具有真理性,而着眼于其对中国法制建设实实在在的影响方面。

⑤余能斌教授在“新中国民法典起草五十年回顾与展望”理论研讨会上的发言。

参考文献:

- [1]何勤华.新中国民法典草案总览(下卷)[M].北京:法律

出版社,2003.

- [2]谢怀栻.大陆法国家民法典研究[M].北京:中国法制出版社,2004.

- [3]周旺生.立法学教程[M].北京:北京大学出版社,2006.

- [4]“建设新中国的法律与司法工作”(社论)[N].人民日报,1949 年 6 月 18 日第 1 版.

- [5]江海.毛泽东阶级斗争学说的早期来源与晚期表现[J].内蒙古社会科学(汉文版),2006(1).

- [6]中央政法干部学校民法教研室.中华人民共和国民法基本问题[M].北京:法律出版社,1958.

- [7]中国政治法律学会资料室.政法界右派分子谬论汇集[C].北京:法律出版社,1957.

- [8]胡乔木.胡乔木文集(第 2 卷)[M].北京:人民出版社,1993.

- [9]黄建武.法应与政治保持适当距离[J].学习与探索,2005(5).

- [10]郭道晖.毛泽东邓小平治国方略与法制思想比较研究[J].中国法学,2000(2).

- [11]卓泽渊.政治与法律关系再探讨[J].学习与探索,2005(5).

- [12]艾伦·沃森著,李静冰,姚新华译.民法法系的演变及形成[M].北京:中国法制出版社,2005.

- [13]谢怀栻.谢怀栻法学文选[M].北京:中国法制出版社,2002.