

顾肖荣 主编

经济刑法

Economic Criminology

7

游伟 李长坤

我国贿赂犯罪立法的回顾与展望

杨兴培

论刑法修正案对经济犯罪罪名及构成要件的修改

杨诚

身份犯罪立法的国际动态及其启示

林荫茂

从信用卡犯罪看身份信息犯罪

龚培华 王立华

涉信用卡信息资料类犯罪法律适用问题研究

沈新康 曹坚

信用卡诈骗犯罪认定中的五个问题



上海社会科学院出版社

经济刑法

Economic Criminology

7

顾肖荣 主编



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

经济刑法. 第7辑/顾肖荣主编. —上海: 上海社会科学院出版社, 2008

ISBN 978-7-80745-299-7

I. 经… II. 顾… III. 经济犯罪—刑法—研究—文集
IV. D914.04-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 156015 号

经济刑法(第七辑)

主 编: 顾肖荣

责任编辑: 周 河

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海惠顿实业公司印刷部

开 本: 787×1092 毫米 1/16 开

印 张: 21.75

插 页: 2

字 数: 390 千字

版 次: 2008 年 10 月第 1 版 2008 年 10 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-299-7/D·056

定价: 40.00 元

版权所有 翻印必究

卷首语

今年是我国改革开放三十年的大庆之年。为此,《经济刑法》编委会在本辑特设专题“改革开放三十年与经济刑法的发展”进行研讨;同时,以《刑法修正案(七)》(草案)中新增设的身份信息犯罪为契机,我们邀请了部分专家、学者就此进行了广泛、深入地研究。除以上两个特设专题外,在本辑中我们仍然保留了“经济刑法专论”栏目,为广大专家、学者继续提供发表独到见解、创新理论的平台。

“改革开放三十年与经济刑法的发展”专题下的论文,视角新颖、观点鲜明。《我国贿赂犯罪立法的回顾与展望》以改革开放三十年我国贿赂犯罪立法为宏线,从贿赂犯罪类型、主体范围、立法技术及立法观念等方面探讨了我国贿赂犯罪立法三十年的演进历程,回顾了贿赂犯罪立法演进中的相关重大案件及其理论纷争,展望了全球化背景下我国贿赂犯罪立法的发展趋势。《繁荣与困惑》一文系统地梳理了三十年来单位犯罪的研究历程和理论成果,总结了我国单位犯罪理论研究的特点与现状,理性地反思我国单位犯罪刑事责任的基础,不乏真知灼见。《中国经济刑法发展现状不足之检讨与完善对策》则从目前我国经济刑法的现状出发,详细论证了我国三十年来经济刑法发展的不足,提出了我国应建立起统一的独立的经济犯罪法。《论刑法修正案对经济犯罪罪名及构成要件的修改》以刑法六个修正案对经济犯罪的修正为视角,全面、系统地梳理了1997年刑法典实施以来修正案对经济犯罪的发展和完善。《改革开放三十年来经济刑法基础理论研究概览》一文,以时间为主线,通过翔实的资料整理和归纳,精炼地总结了三十年来经济刑法的学科发展和基础理论不断创新、完善的研究历程,是一篇文献式的论文。本专题下的其他论文也各有特色,观点异彩纷呈。

上海社会科学院法学研究所在国内较早地关注并进行了身份信息犯罪的研究,在我国《刑法修正案(七)》(草案)出台之前,2008年8月《政治与法律》就曾设专题讨论“身份信息犯罪”,并连续两期刊登了国内外最新研究成果,在法学界引起了强烈反响。为了深入本专题的讨论和研究,本辑组织了8篇论文和

2篇翻译稿,内容丰富、论证翔实。《身份犯罪立法的国际动态及其启示》一文在借鉴国外立法和司法实践的基础上,鲜明地提出根据控制身份犯罪的国际动态和国内需要,有必要在我国刑法中增设身份犯罪的独立罪名,用刑罚手段坚决打击非法收集、窃取、滥用、伪造、贩卖身份信息、文件和标志以及利用虚假身份实施盗窃、诈骗、洗钱、腐败的违法犯罪活动,以维护身份信息安全和社会安定秩序。《从信用卡犯罪看身份信息犯罪》一文以信用卡信息犯罪链的重大立法价值为视角,将身份信息犯罪分为广义和狭义的概念,创造性地提出,独立规制身份信息犯罪有利于从犯罪预备行为阶段遏制严重犯罪的发展,有利于构建单位和个人信息保护的法制体系,同时,独立规制身份信息犯罪也是打击网络犯罪的需要。《“网络钓鱼”与刑法规制》一文则从介绍美国反网络钓鱼刑法规制的现状入手,论证了我国刑法应对网络钓鱼的不足与缺陷,指出完善我国反网络钓鱼刑事立法的必要性和紧迫性。《涉信用卡信息资料类犯罪法律适用问题研究》和《使用虚假身份信息骗领信用卡行为若干问题研究》以实证的研究方法提出了我国身份信息犯罪中的疑难复杂问题,作者并就这些司法实务问题给出了理性的解决方案。本专题下组稿的另一个亮点是,我们邀请了部分专家、学者、博士研究生专门就国外身份信息犯罪的研究动态及前沿问题作了追踪,其中《日本网络钓鱼的现状与对策》详细介绍了日本在反网络钓鱼方面的做法和经验;《加拿大C—27法案评述》介绍了加拿大关于身份信息犯罪的先进的立法尝试;对于《加拿大C—27法案》和《关于身份盗窃和欺诈的报告》的翻译稿更为广大从事“身份信息犯罪”的研究和教学人员提供了宝贵的参考资料,其原创性价值极高。

“经济刑法专论”栏目下的论文有的从总论的角度,阐述了经济犯罪不应配置死刑的问题,有的论证了单位共同犯罪中的从犯认定问题,更多的文章则从个罪刑法规范完善的角度,阐述了作者的观点和看法。值得一读。

最后,我们衷心希望凭藉改革开放三十年的春风,经济刑法学科不断发展和完善,经济刑法的理论研究不断拓宽和加深,《经济刑法》越办越好,成为广大读者的良师益友。

《经济刑法》编委会

2008年8月

目录

CONTENTS

第七辑

[改革开放三十年与经济刑法的发展]

- | | | | |
|-----|---------------------------|-----|-----|
| 003 | 我国贿赂犯罪立法的回顾与展望 | 游 伟 | 李长坤 |
| 018 | 繁荣与困惑——单位犯罪研究三十年的回顾、评析与反思 | 杨国章 | 文 武 |
| 044 | 中国经济刑法发展现状不足之检讨与完善对策 | | 杨兴培 |
| 057 | 论刑法修正案对经济犯罪罪名及构成要件的修改 | | 柯葛壮 |
| 070 | 改革开放三十年来经济刑法基础理论研究概览 | | 涂龙科 |
| 090 | 信用卡诈骗罪的立法发展与完善 | 柯葛壮 | 车敏义 |
| 101 | 浅谈三十年经济刑法观念的变革 | | 张少林 |
| 110 | 三十年来我国金融犯罪刑事立法的发展与反思 | | 刘 源 |

[身份信息犯罪研究]

- | | | | |
|-----|-----------------------|-----|-----|
| 119 | 身份犯罪立法的国际动态及其启示 | 杨 诚 | |
| 127 | 从信用卡犯罪看身份信息犯罪 | 林荫茂 | |
| 137 | “网络钓鱼”与刑法规制 | 陈 玲 | |
| 147 | 涉信用卡信息资料类犯罪法律适用问题研究 | 龚培华 | 王立华 |
| 158 | 增设非法获取、传播身份信息罪初议 | 陈为钢 | 张少林 |
| 167 | 使用虚假身份信息骗领信用卡行为若干问题研究 | | 秦新承 |
| 177 | 日本网络钓鱼的现状与对策 | | 尹 琳 |

- | | | |
|-----|---------------|-------|
| 189 | 加拿大 C-27 法案评述 | 陈 玲 |
| 196 | 加拿大 C-27 法案 | 陈 玲翻译 |
| 205 | 关于身份盗窃和欺诈的报告 | 李 林翻译 |

[经济刑法专论]

- | | | |
|-----|----------------------|---------|
| 241 | 论单位共同犯罪中的从犯认定 | 曹 坚 |
| 253 | 经济犯罪不应配置死刑——以单位犯罪为视角 | 杜文俊 |
| 262 | 论票据诈骗罪的客观行为 | 张绍谦 龚振军 |
| 274 | 若干新型受贿犯罪刑法适用问题研究 | 薛进展 谢 杰 |
| 307 | 巨额财产来源不明罪存在的问题及完善 | 黄 敏 |
| 314 | 加拿大反洗钱机制及对我国的启示 | 何 萍 |
| 325 | 信用卡诈骗犯罪认定中的五个问题 | 沈新康 曹 坚 |
| 334 | 集资诈骗罪中“非法占有目的”的再思考 | 程兰兰 |

改革开放三十年与

经济

刑法的发展

GAI GE KAI FANG SAN SHI NIAN YU JING JI
XING FA DE FA ZHAN

经济刑法

Economic Criminology

我国贿赂犯罪立法的回顾与展望

游伟 李长坤*

一、过去与现在：贿赂犯罪 三十年立法演进^①

1979年7月,新中国第一部刑法典正式公布,当时的刑法典对贿赂犯罪仅规定了一个条文。1979年刑法典颁行后的30年,是我国全力推进改革开放的30年,也是我国从传统社会向现代社会、从计划经济体制向社会主义市场经济体制转换的关键时期。随着改革开放的逐步深入与经济体制的转变,贿赂案件呈现出发案数由少到多、涉案金额由小到大、贿赂形式由简到繁、损害程度由轻到重等特征。为了适应经济发展与惩治贿赂犯罪的需要,我国贿赂犯罪刑事立法也在不断发展与完善,并呈现出自身的特点。

(一) 贿赂犯罪类型形式多样

我国改革开放初期,受传统计划经济体制的影响,经济运行过程基本上仍由国家计划控制,因而当时的贿赂行为主要发生在公务部门行使公务活动过程中,体现在刑事立法中,我国刑法规范的重点主要针对公务贿赂犯罪。1979年刑法典设置的一个惩治贿赂犯罪条文,涉及行贿、受贿、介绍贿赂罪三个罪名,受贿罪的主体仅限于国家工作人员,法律条文中并没有对收受“回扣”和“手续费”等形式的经济受贿行为做出特别规定。

随着改革开放的进一步深入,我国社会开始由传统的一元化社会向政府、市场、社会三元化社会转变,由此带来的负面影响是:贿赂犯罪由单一的公权

* 游伟 上海市第一中级人民法院副院长、高级法官、法学教授,华东政法大学司法研究中心主任;李长坤 上海市第一中级人民法院法官,华东政法大学刑法学博士研究生。

力领域向商业领域等私权力领域转变;单一的公务贿赂逐步发展为多元的公务贿赂、商业贿赂、行业贿赂并存状态;特别是为了谋取商业利益而发生在平等商事主体之间的商业贿赂行为,随着商品经济的迅速发展而产生并发展起来,成为日益突出的问题。对此,我国立法为适应这种贿赂形式的变化,由单纯规定公务贿赂向规定公务贿赂、商业贿赂等方向转变,形成了日趋完善的贿赂犯罪刑事立法。1988年1月21日,全国人大常委会通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(简称《补充规定》)明确规定:“国家工作人员、集体经济组织工作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,以受贿罪论处”,同时将相对应的给予回扣、手续费的行为规定为行贿。这是我国刑事立法中第一次关于商业贿赂犯罪实质内容的规定。1995年全国人大常委会通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(简称《决定》)将公司或者其他企业的董事、监事、职工利用职务上的便利,索取或者收受贿赂,数额较大的行为规定为犯罪。而随后最高法院颁布的司法解释则将上述行为解释命名为“商业受贿罪”^②。1997年刑法典除延续上述规定外,又增加了公司、企业人员经济受贿、单位经济受贿及对公司、企业人员行贿的规定,从而使贿赂犯罪的类型更趋多样化,不仅包括公务领域,还涉及经济领域和特定行业管理与服务领域。

(二) 贿赂犯罪主体走向多元

1979年刑法典中贿赂犯罪的主体仅限于自然人中的国家工作人员。随着计划经济体制向市场经济体制的转换,利益主体开始分化并呈现多元发展的态势,一些可能实施贿赂行为的新的主体开始陆续出现,立法为此亦在不断地适应和调整,犯罪主体也日益扩大着自身的范围。这主要体现在两个方面:

一是由单纯的个人犯罪扩展到单位犯罪。1979年刑法典并未规定现代意义上的单位犯罪^③。因为在当时的计划经济模式下,单位尚不存在自身特殊的经济利益,不存在需要用“两罚制”予以惩治的单位犯罪。从80年代中期开始,越来越多的单位参与到经济生活中来,单位或法人行贿、受贿的案件日益增多,形成了自然人、单位单独或者共同犯罪的复杂局面。在单位犯罪中,既有国有单位,又有集体单位与私营企业;既有国内法人单位,又有国外法人组织。因此,贿赂犯罪涉及到形形色色的法人与单位。为了及时应对这一变化,我国刑法逐步将单位贿赂行为纳入规制范围,主要是分三步走:第一步是1985年7月,“两高”《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释(试行)》(简称两高司法解释)对于单位受贿、行贿的问题做出相应解释,从实质意

义上确定了单位受贿、行贿行为。但这一司法解释出现在立法尚未对单位犯罪主体作出明确确认时,而被一些学者认为有僭越立法权之嫌^④。第二步是1988年1月的《补充规定》,它在对受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪等做出更为全面完善表述的同时,首次正式将单位受贿罪、单位行贿罪纳入贿赂犯罪的刑法体系之中。在当时刑法学界反对法人作为犯罪主体的学术声浪颇高的情况下,立法毅然在《海关法》中将单位贿赂犯罪纳入我国刑法,体现了立法应对司法实践中新情况、新问题的迫切需要。第三步是在1997年刑法典中又增加了对单位行贿罪的规定。而值得注意的是,我国刑事立法在对单位受贿行为的规制中,坚持只处理国有单位的受贿行为。

二是由国家工作人员扩展到非国家工作人员。1979年刑法典规定的受贿犯罪主体只限于国家工作人员;而在1988年1月《补充决定》所规定的受贿罪主体中,将国家工作人员与集体经济组织的工作人员或者其他从事公务的人员并列,显然,受贿罪的主体已不限于原本意义上的国家工作人员。1995年的《决定》根据主体的不同,将受贿犯罪分解为受贿罪与商业受贿罪,规定了公司或者其他企业的董事、监事或职工构成商业受贿罪的主体。1997年刑法典除对国家工作人员的概念作出明确限定外,基本上延续了以往的规定。但是,该刑法典对受贿犯罪的主体规定仍然存在盲区,对于公司、企业以外的其他单位的非国家工作人员所实施的贿赂行为刑法无法调整,导致司法者在面对诸如医生利用处方权收受回扣、裁判吹“黑哨”等行为时束手无策^⑤。2006年《刑法修正案(六)》的出台弥补了这一欠缺,将公司、企业人员受贿罪的主体扩展到公司、企业以及其他单位的人员。显然,目前我国贿赂犯罪立法将所有的国家工作人员与非国家工作人员均囊括在内,基本扫除了受贿犯罪主体中的盲区^⑥。

(三) 贿赂犯罪立法技术日益成熟

30年来,我国贿赂犯罪立法技术始终处于不断变化、发展之中,并呈现出日趋成熟的特点。其主要表现在以下几个方面:

一是贿赂犯罪的立法模式趋于成熟。1979年刑法典将贿赂犯罪规定在第8章渎职罪中,涉及刑法条文仅有一条;1982年《关于严惩破坏经济的罪犯的决定》、1988年的《补充规定》和1995年的《规定》以单行刑法的形式对贿赂犯罪作了相应规定;1997年修订刑法时,将《补充规定》与最高人民检察院正在起草的《反贪污贿赂法》结合并编为刑法典的一章“贪污贿赂罪”,并将《规定》中的商业受贿罪、商业行贿罪规定在破坏社会主义市场经济秩序罪之中。1997年刑法典将贪污贿赂罪单独成章作出规定,这在我国刑事立法例中具有创新意

义^⑦。2006年,我国再次以刑法修正案的形式完善了刑法中“公司、企业人员受贿罪”的主体及公司、企业人员经济受贿是否需要利用职务便利的规定。从上述贿赂犯罪立法模式的演进情况看,包括在刑法典中以专章加以规定及采用刑法修正案的形式予以修改等形式,均体现了我国刑事立法模式及技术的成熟。

二是贿赂犯罪的罪状建构更趋明确。在立法过程中,运用罪状对犯罪行为进行描述,其重点在于进行定性还是兼顾定量因素。对此,各国刑法呈现出不同的模式,即定性模式或定量模式^⑧。我国1979年刑法典对贿赂犯罪采用了定性模式,但自1988年《补充规定》开始,我国贿赂犯罪的罪名大量采用了定量的罪状建构模式,即将数额及数量按照大小、多少区分为多个彼此衔接的幅度,再相应地规定轻重不同的刑罚,从而形成幅度相对而言较小,数额、数量的大小与法定刑的轻重相互对应的罪刑等级系列^⑨,增强了刑法的具体性与明确性,以防止司法擅断。当然,这种罪状建构方式在一定程度上有罪刑法定主义张扬过度之嫌,在法律的司法运用中也反映出一定的弊端,有待进一步观察和研究。

三是贿赂犯罪的罪名安排更趋缜密。我国1979年刑法典仅包含受贿、行贿、介绍贿赂三个罪名,颇为粗略。从《补充规定》、《规定》直至1997年刑法典,贿赂犯罪的罪名更趋严密。首先,基于犯罪客体的不同,立法对私营部门的贿赂罪与公务部门的贿赂罪予以分立,将贿赂罪的犯罪主体区分为国家工作人员和非国家工作人员,非国家工作人员的贿赂犯罪被规定在破坏公司、企业管理秩序罪中,国家工作人员的贿赂罪及与国家工作人员、国家单位有关的贿赂犯罪,被纳入到刑法分则贪污贿赂罪专章。然后,立法者再根据贿赂罪的主体或对象是单位还是自然人的不同,将它们进一步划分为受贿罪与单位受贿罪、行贿罪与单位行贿罪,以及对单位行贿罪,从而使其罪名体系更为完善和周全。

(四) 贿赂犯罪立法观念趋于理性

由于我国目前正处于腐败行为相对高发的时期,在这样一个特定历史阶段,如何设定贿赂行为的犯罪圈,无疑是对刑事立法者智慧的考验。30年来,在党纪、政纪处分的配合下,我国贿赂犯罪的刑事立法始终坚持有所为、有所不为的原则,在犯罪圈的划定上,坚持逐步扩大又谦抑谨慎的态度。如前所述,随着我国社会初步实现从传统的一元化社会向政府、市场、社会三元社会的转变,我国刑法中贿赂犯罪的主体、范围也在不断扩张,体现了贿赂犯罪刑事立法与我国社会结构三元发展变化的协调与一致。同时,对于贿赂内容是否应当包括非物质性利益、被动型受贿罪是否应当取消“为他人谋取利益”的要件、行贿罪是否应当取消主观上“为谋取不正当利益”的要求、贿赂犯罪的数额标准如何设

定等问题,虽然理论界常有扩大犯罪圈的呼声,而且相关国际条约以及各主要国家的立法中也有相应规定,但我国立法者坚持从我国国情出发,不为所谓“与国际接轨”而贸然修改刑法,将我国贿赂犯罪设定在一个相对限缩的范围之内^⑩。

鉴于目前贿赂行为的总体态势与司法状况,笔者认为,上述有所扩大但又有所限缩的贿赂犯罪刑事立法正是立法者基于刑事政策的考量所做的一种选择。刑法并不是灵丹妙药,如果我们不顾实际情况,轻易扩大贿赂的内容,将其内涵十分丰富的所谓“性贿赂”等非物质性利益均予入罪,或者取消被动型受贿罪与行贿罪中的相应要件限制,或者盲目降低受贿罪的定罪量刑数额标准,则由此造成的后果极有可能与我们的立法初衷背道而驰。贿赂行为立即大量犯罪化的结果,可能就是实践中越来越大的“犯罪黑数”,以及更多的法律上的“死的条款”,导致刑法条文虚置,使刑法的打击力量更加软弱无力,反而助长贿赂人员的气焰和降低人民群众对执政党和政府的信任度,形成巨大的政治压力。因此,在目前我国国情情况下,我们不能奢望通过刑法的增量来显著减少贿赂行为的发生率,必须适当限缩刑法规范的范围,集中力量打击那些严重的贿赂犯罪,而将其他贿赂行为作为一般违法违纪现象,由党纪、政纪或者行政处罚手段去加以调整。

二、事件与理论争议:贿赂犯罪 立法中的典型事例

在我国 30 年惩治贿赂犯罪的立法历史进程中,一些案件曾经引发罪与非罪、此罪与彼罪的激烈争议,受到了社会的广泛关注,其中的是非争论,有些绵延至今仍未完全平息;还有一些涉及贿赂犯罪立法的理论问题,也曾引发理论界的深入讨论,其中一些意见已经被现行刑法所吸纳。可以这么说,我国贿赂犯罪立法演进的过程与这些重大案件及理论的争论、探讨息息相关。回顾贿赂犯罪立法、司法过程中的这些典型事例,有助于我们进一步廓清贿赂犯罪的立法脉络,看清它的发展轨迹。

(一) 韩琨案:受贿罪与取得合法报酬的界限问题

20 世纪 80 年代初期,我国改革开放刚刚起步,计划经济体制仍占主导地位,当时对居间交易、介绍信息收费、业余兼职提供技术服务取酬等有利于商品经济发展的行为,常常被以行贿、受贿行为予以打击。这种错将从事合法劳动

获得合理报酬的行为当作贿赂犯罪予以处理的做法,极大地挫伤了广大科技人员和知识分子的创造性和积极性。其中一些案件经媒体报道后,引发社会巨大反响,一些涉案人最终被无罪释放。其中比较典型的如韩琨涉嫌受贿案。

韩琨系上海橡胶制品研究所的助理工程师,1979年他受家乡奉贤县钱桥公社橡胶塑料厂请求,担任了该厂技术顾问。后韩帮助该厂研制成功新产品橡胶密封圈,创造了很好的经济效益。1981年,钱桥公社党委开会讨论,认为橡胶厂取得的效益与韩琨等人的辛苦劳动是分不开的,决定以奖金的方式发给有贡献的人员共3300元,韩分得1200元;同时还决定将韩的妻子吸收到橡胶厂工作,后韩妻实际上未到该厂工作,韩连同其妻的“挂名工资”共得3000余元。此事不久即被韩琨单位发现,领导认为他涉嫌犯罪,向上海市长宁区人民检察院控告,后被以受贿罪起诉。该案被曝光后,犹如一把盐撒入了社会经济生活的热锅,引起了社会各界的强烈反响并波及全国。当时主张有罪与有功的双方互不相让,针锋相对。加之当时全国不少地区均存在类似案件,韩琨案引发的风波,其波及面之广,影响面之深,可以说是空前的^⑩。最后该案在中央高层“不应作为犯罪处理”的批示下才逐渐平息,由检察机关撤回了对韩琨涉嫌受贿罪的起诉。

通过对韩琨案的大讨论,理论与实务界达成共识:科技人员在从事本职工作之外,利用业余时间,以自己的知识和技能,为其他企事业单位提供有益于社会生产的劳动和服务,取得适当报酬的,不能作为犯罪认定。^⑪当然,对那些以“工资”、“劳务费”、“辛苦费”名义收受财物,并利用职务之便为他人谋取利益的行为,如果符合受贿罪其他要件的,仍然应当以受贿罪论处。在1985年7月“两高”的司法解释中,对类似的收取劳务费、介绍费、回扣等问题做出了明确规定:对于国家工作人员在经济活动中,没有利用职务上的便利,而为他人推销产品、购买物资、联系业务,以酬谢费、手续费、提成、回扣等各种名义收受财物的,不应认定为受贿罪,从而解决了曾经颇具争议的对这类行为是否需要动用刑事手段作为犯罪处罚的法律界限,也在一定程度上推进了智力成果、创新技术向乡镇企业和社会的转移,并进一步促成了科技人才的市场化流动,推动了社会生产力的发展。

(二) 龚建平“黑哨”案:贿赂犯罪主体认定之争

龚建平“黑哨”案系我国司法介入足球赛事腐败行为的“第一案”,从侦查、起诉到审判都受到法学界、体育界乃至全社会的广泛、持续关注。该案被告人龚建平是国际级足球裁判、首都体育学院教师,在2000年至2001年受中国足

球协会指派担任全国足球甲A、甲B主裁判期间,利用主裁判的职务之便,受贿9次,合计人民币37万元,并为相关球队或俱乐部谋取利益,在国家监察部介入调查的基础上,最终由公安司法机关侦查、起诉。对“黑哨”裁判的此类权钱交易行为能否使用刑法予以处罚,以及如果构成犯罪又该怎样治罪,社会公众与法学理论界见仁见智,观点不一^⑬。争论的焦点在于:中国足协聘任或者聘请的裁判员是否属于国家工作人员。如果认定裁判员属于国家工作人员,则构成受贿罪;如果认定裁判员属于公司、企业人员,则构成公司、企业人员受贿罪;如果认定裁判员既不属于国家工作人员亦不属于公司、企业人员,那么将无法追究“黑哨”行为的刑事责任。正当各方争议不休之际,最高人民检察院于2002年2月发出《通知》,要求依法严肃处理“黑哨”腐败问题,并明确指出,根据目前我国足球行业管理体制现状和体育法等有关规定,对于足球裁判的受贿行为,可以依照《刑法》第163条规定,以公司、企业人员受贿罪依法批捕、提起公诉;同年12月,检察机关即以企业人员受贿罪提起公诉。2003年1月,法院做出一审判决,认定龚建平系国家工作人员,构成受贿罪,判处有期徒刑10年;一审判决后,龚建平提出上诉,2003年3月,二审法院作出终审判决,维持一审判决。

此案虽然早已盖棺定论,但法院的判决结果仍然耐人寻味。该案所引发的关于“国家工作人员”范围的界定及我国刑法中贿赂犯罪主体规定的不周延等问题,在刑法学界与司法实务中亦未完全平息。由于1997刑法典并未直接明确地将类似“黑哨”裁判之类的人员纳入受贿类犯罪的主体范围,对龚建平一案直接认定为国家工作人员受贿罪,实际上存在一定的法律障碍和认识差异。而审判机关对该案的最终处理,实际上是一次“软着陆”,是司法者发挥司法能动功能、回应社会需求的体现,相关的判决结果是否具有普适性,确实值得探讨^⑭。其实,“黑哨”裁判事件处理中所显现的司法尴尬,缘于1997年刑法典对贿赂类犯罪主体规定的不周延性,问题的真正解决有待于刑事立法的不断完善。值得欣慰的是,2006年6月颁布的《刑法修正案(六)》,将公司、企业人员受贿罪的主体扩大到了公司、企业或者其他单位的人员,于是,上述问题才得到了更为明确的解决^⑮。

(三)“廉政账户”制度:收受财物后退还或上缴的性质界定

行为人在利用职务上的便利收受他人财物后予以退还或者上缴的行为如何界定,一直是受贿罪认定中颇有争论的一个问题。前者通常表现为行为人在个案被查处之前,将贿赂财物退还给原来的行贿单位或者个人;而后者,则大多表现为行为人将贿赂财物上缴给有关组织或者各级纪委在相关银行设立的“廉

政账户”^⑥。2000年1月,在原市委书记许运鸿等多名官员因腐败案被查处后,宁波市纪委在全国较早设立了廉政账户581(谐音“我不要”)。党员干部对于无法退回或不便退回的礼金,可以在规定时间内上缴至该账户。缴款人在填写“现金缴款单”时,可以不署明本人的姓名和工作单位名称。缴款后由银行提供专用账户的“缴款回执”。凡持有该账户“缴款回执”的,可视为主动拒礼、拒贿。宁波廉政账户出台后,迅速在浙江全省得到推广,江苏、山东、福建、安徽、黑龙江等地也竞相效仿,有的地方还做了一些改进。廉政账户作为反腐败新举措推出之后,一直面临着合法性质疑与合理性争议。成立之初,赞赏者居多,但随着廉政账户在实践中的逐渐推广,又遭到了各方的反对。在这一背景下,福建省纪委在2002年5月发出通知,要求全省各地、各单位全部无条件撤销已经设立的廉政账户,此后其他省市的廉政账户制度亦相继消亡。但在2006年开始的反商业贿赂斗争中,颇具争议的廉政账户又“悄悄”地把阵地转向了商业贿赂领域,成了一些省市悬在医卫领域惩治商业贿赂行为的一把“利剑”。

应当说,廉政账户制度本身存有一定的合理性,但实践中该制度的设计与刑法的基本原理相悖,对刑事法制的冲击极大。在刑法理论与司法实践中,对廉政账户所引发的“收受财物后退还或者上缴的行为”应如何认定的争议一直延续下来。对此,“两高”在2007年7月《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》中区分两种情形做出了规定:国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上缴的,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缴的,不影响认定受贿罪。笔者认为,这一规定是合理的:对于前者之所以不认定受贿,是因为难以认定行为人主观上的受贿故意;而后者从法律上讲,受贿犯罪行为已经实施完毕,行为人主观上也没有悔罪的态度,于法于理均应依照受贿罪定罪处罚。

(四)“性贿赂”之争:贿赂内容的界定与选择

在不断出现的新的腐败形式中,涉及权色交易的“性贿赂”越来越引起社会的关注。早在20世纪80年代中期,刑法学界就针对性贿赂是否应当纳入刑法规制进行过讨论。1997年修订刑法时,个别学者再度呼吁将性贿赂行为规定为犯罪。但立法者考虑到此种行为入罪与我国的传统法律文化观念冲突较大,也与贿赂犯罪立法的设计不相一致,司法操作层面上难度较高,故未加以采纳。由于“性贿赂”的危害巨大,且近几年又有愈演愈烈之势,造成了严重的危害,法学界呼吁对性贿赂进行刑法制裁的呼声有日趋强烈之势,并引发了媒体与社会各界的关注^⑦。一些全国人大代表亦曾两次提出增设“性贿赂罪”的