



HOUSE FOR JURISTS 2003.4

法学家

第五辑

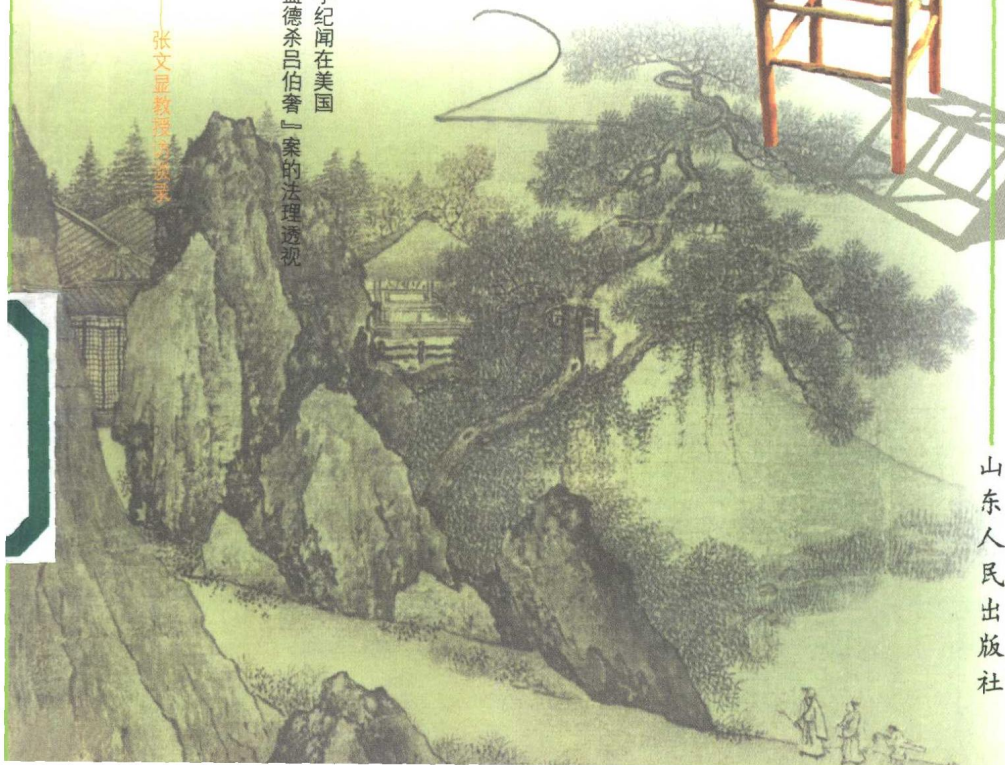
茶座

陈兴良
张明楷
陈卫东
刘武俊
吕忠梅
张新宝
刘星
刘大生
陈泽宪
信春鹰
古远清
廖明

何以止「腐」
置贿赂者于囚徒困境
重提「权利的缺陷」
审视司法与传媒的冲突
独唱的教授与合唱的法官
读书和学问漫想
有产阶级的法律——新游学纪闻在美国
肥猪不是毛毛虫——「曹孟德杀吕伯奢」案的法理透视
追忆吴大英先生
我与余秋雨和解真相
双肩担教学，妙手著华章——张文显教授访谈录



山东人民出版社



法学家风采



陈兴良，1957年出生，浙江人。1974年高中毕业，下乡两年，在建德县公安局工作一年，1977年底考上北京大学法律系。十年寒窗苦读，1987年12月毕业于中国人民大学法学院，获法学博士学位。从1987年至今，分别在我国最著名的两所法学院——人大法学院和北大法学院任教，并从事刑法理论研究，主张“在刑法之中研究刑法、在刑法之外研究刑法、在刑法之上研究刑法”，以此作为学术研究的奋斗目标。在刑法哲学、专体刑法学和规范刑法学等领域略有所成，先后出版个人专著《刑法哲学》等12部，论文集《当代中国刑法新理念》等5部，序跋集1部，主编各种著作数十部。

个人喜欢的一句话：

好读书不求甚解，

辄饮酒未尝先醉。

1998年,“依法治国,建设社会主义法治国家”成为执政的共产党的治国方略与目标;1999年初,它又载入了庄严的宪法。从此,一个光辉的时代——中国走向法治的时代——开始了。

就是在那个时刻,那种背景下,山东人民出版社推出了一套旨在“弘扬法治精神,重在学术探讨”,面向全国、面向未来的大型法理丛书《法理文库》。

转瞬间七年已经过去了,七年里,《法理文库》和着时代的步伐成长着、发展着,它现在已是全国法理学科规模最大的丛书。从中国学者对法治理论的第一次建构到对法治的整体性生态环境的探讨,从关于中国法制现代化的沉思到司法权威、程序正义的专题性研究,从对西方法治化道路及法学思潮的研析到对中国法律传统精神的探寻……《法理文库》真实地记录、反映了当代中国法理学者关于法、法治、宪政、人权、权利等等重要问题的学术思考的历程及其成果。它庄重、认真,决不浮躁、媚俗;它开放、包容,在发展中追求神圣。

让岁月见证《法理文库》的成长,让《法理文库》见证时代的变迁!





【卷首语】

茶乘与法缘

我最近读到一本书,名为《茶乘》。开始我不解书名之意,待看了内容,才略有所悟。按作者丁文先生所言,“茶乘”一词是由佛教的“大乘”演化而来,其意有三:第一,茶艺面向大众,十分普及;第二,茶道包含了宗教文化的内涵;第三,茶道以儒、道、佛三教为皈依,犹如心灵的宗教。笔者虽不信奉佛教,但对其中的哲理还是颇感兴趣的。佛教称解释教义深浅的等级为“乘”,取乘车运载之意。“大乘佛教”高于“小乘佛教”,他指能够开启一切智(包括佛智、自然智、无师智)并穷尽未来众生化益之教法。

其实,法治也是一种心灵的追求,一种无神的信仰。倘若一国之人信奉法律能够像信奉宗教那么虔诚,则法治必为该国之大成。因此,法治的精神也需要灵魂的皈依,也需要在社会中传播与弘扬,而法学则应发挥在社会中“乘运”法治精神的功能。笔者无意划分“大乘法学”与“小乘法学”,但真正面向大众并能使众生皈依法治的著作才堪称“上乘”。

据说,研习佛教,既需要执著和勤奋,也需要悟性和缘分,而且对于成就者来说后者更为重要。笔者以为,研习法学其实也需要悟性和缘分。曾经有人以为,我在很年轻的时候就对法律产生了兴趣并立志做一名法学家,然后不懈努力而终有今天的成就。其实,我年轻时确曾有过多梦想,包括当将军、当足球健将、当诗人作家等,但是从来没有想过当法学家,因为我那时尚不知法学为何物。后来为姻缘而考取大学,更以随意的心态选择了法学。今日看来,这只能算是一种缘分。在今日的法学家中,恐怕很多人都是因为这样或那样的缘分才跨进法学的大门。在此,我想郑重其事地向一切与法有缘者发出倡议:

既然我辈与法结缘,那就要以法缘的名义,携手并肩、齐心合力,将中国的法治进行到底!

何家弘

于北京世纪城痴醒斋

主编 官本欣

特邀执行主编 何家弘

责任编辑 李岱岩 学术助理 廖 明

出版发行 山东人民出版社

网址 <http://www.sd-book.com.cn>

社址 济南市胜利大街 39 号 邮政编码 250001

编辑部电话 (0531) 2060055-4901 E-mail vb2k@21cn.com

发行部电话 (0531) 2060055-4912/4903/4966

目 录

- 【卷首语】何家弘 茶乘与法缘/1
- 【法治漫谈】陈兴良 何以止“腐”/4
- 张明楷 置贿赂者于囚徒困境/10
- 陈卫东 重提“权利的缺陷”/15
- 刘武俊 审视司法与传媒的冲突/18
- 杨 涛 民众声音与专家话语的一次博弈/23
- 王新欣 谈对专家论证会的一点看法/25
- 【法苑随笔】吕忠梅 独唱的教授与合唱的法官/29
- 周 珂 人与自然及天地良心/35
- 冯亚东 黄土地上的想像/38
- 胡锦涛 “讲述老百姓自己的故事”/44
- 【专家访谈】廖 明 双肩担教学,妙手著华章
——张文显教授访谈录(上)/47
- 【法学札记】张新宝 读书和学问漫想/57
- 房绍坤 闲话民事司法解释/62
- 【茶客论剑】王会伟 “严打”辨析
——兼与陇夫先生商榷/65

- 【域外法制】刘 星 有产阶级的法律
——新游学纪闻在美国/71
- 【身边法事】汤啸天 郭光允的遭遇和对《举报法》的呼唤/76
乔新生 动物福利法散议/80
李 侠 婚内强奸,合法吗?/87
- 【聊斋闲话】崔 敏 从一起故意伤害案的判决说起/90
刘大生 肥猪不是毛毛虫
——“曹孟德杀吕伯奢”案的法理透视/98
朱伟一 性骚扰与黄段子/102
- 【法林逸事】陈泽宪 西政棋人逸事/105
范忠信 激情燃烧的“贡献”岁月/113
- 【当事人语】古远清 我与余秋雨和解真相/121
- 【名师剪影】信春鹰 追忆吴大英先生/126
王昭祥 吕夺印 先生,其实如此平凡/130
杨立新 在法制的苍松翠柏之间/138
- 【书城夜话】戴宜生 他山之石有用吗?
——读《犯罪率为什么降低》杂感/145
张 群 读《政法界右派分子谬论汇集》/156
- 【何博士信箱】 读者来信二封/159

图书在版编目(CIP)数据

法学家茶座. 第5辑/宫本欣主编

济南:山东人民出版社,2004.3

ISBN 7-209-03433-1

I.法... II.宫... III.法学-文集 IV.D90-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2004)第020871号

山东新华印刷厂印刷

880×1230毫米 32开本 5印张 140千字

2004年3月第1版 2004年3月第1次印刷

定价:10.00元



何以止“腐”

陈兴良*

腐败问题已经成为一个社会问题,引起全社会的高度关注,自在情理之中。学者作为社会的一分子,也同样在观察腐败并思考何以阻止腐败。在《法学家茶座》第二、三辑,家弘学兄发表了“反腐败的‘六小理论’”,是他在探究形成腐败的社会原因并求索走出腐败怪圈的路径这一过程中形成的一些零星的断想,读后颇受启发。尤其是“零星的断想”一词,使我也有了置喙的余地。腐败与反腐败,是一个太严肃、太沉重的话题,高头讲章也未必能够把它讲清楚,不太适合在“茶座”上闲聊。当然,如果是“零星的断想”则另当别论,我以为茶余饭后还是可以助兴的。此是引言,以下切入正题。

腐败,原意指物质,尤其是指食物的腐烂变质。例如《汉书·食货志》云:“太仓之粟,际际相因,充溢露积于外,至腐败不可食。”在汉语中,腐败引申为一切事物由生机健康的状态向着腐朽、败落状态转变的过程以及表现形态。将“腐败”一词引入政治学,用来描述公共权力的行使者为谋取个人私利而为他人谋取利益这种公权力的不正当运用的状态,始于西方。应当说,腐败现象并不是中国特有的现象,而是一种全球现象,只是各国的腐败程度有所不同而已。腐败是人类社会发展到一定历史阶段的产物,是社会公共权力异化的结果。尽管当今世界各国存在着政治制度、经济体制和文化传统上的差异,但腐败现象如同社会瘟疫般严重地侵蚀着各国的政治、经济和文化。因而,世界各国都面临着反腐败这一共同的课题。无论在政治学上对腐败存在多少种定义,将腐败视为社会公共权力异化的结果这一点上是可以形成共识

* 作者为北京大学法学院教授。



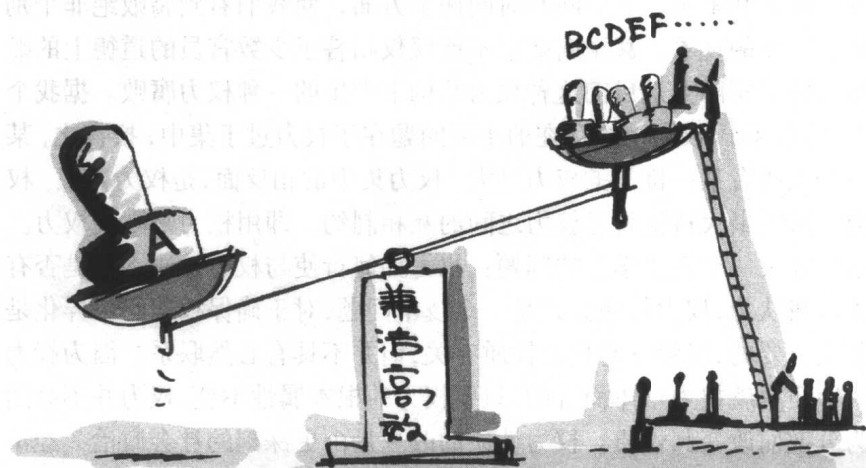
的。可以说,任何腐败都具有职权的关联性,都是权力的滥用和职责的亵渎。只有从权力切入,我们才能深刻地认识腐败的本质。

如前所述,腐败现象在任何国家的任何一个历史阶段,都是或隐或显地客观存在着的。但是,腐败现象又是各个社会的产物,因而只有联系一定社会的政治、经济和文化的特征,才能对这个社会中存在着的腐败现象进行准确的分析。惟有如此,才能对症下药。就目前中国的情况而言,我认为腐败现象的大面积存在主要与我国的权力结构本身的缺陷有关。应当说,我国当前的腐败不是个别性的腐败,而是一种结构性的腐败。结构性腐败的特点是,腐败的根源在于体制内部存在的某种失调,因此,这种结构性腐败也可以说是体制性腐败。在这种情况下,清除腐败不能仅靠法律德治,更重要的是依靠体制调整,乃至体制改革与制度创新。从司法实践情况来看,两种腐败案件是应当引起我们重视的。一是窝案,即拔起萝卜带出泥。拔起萝卜带出泥又有两种情况:一种是拔起一个大萝卜带出泥,一把手腐败,往往使某一部门、某一地区的相当一部分官员腐败;另一种是拔起一个小萝卜带出泥,一个低级别官员的腐败案件往往引发腐败大案,顺藤摸瓜,牵涉到高级别的官员。二是串案,前仆后继型的腐败案件,前任官员因腐败而被判处重刑,甚至被判处死刑,尸骨未寒,后任官员又重蹈覆辙,腐败案件东窗事发。窝案和串案,从空间和时间两个方面,使我们看到腐败绝非个别的、零星的现象,甚至腐败也不能仅仅归咎于少数官员的道德上的败坏,腐败实际上是当前这种权力结构下产生的一种权力腐败。据我个人观察,我国权力结构存在的主要问题在于权力过于集中,换言之,某一个人或者某一机关的权力过大。权力集中的相反面,是权力分散。权力分散的最大特征就是权力之间的互相制约,即用权力来限制权力。这里涉及一个政治学上的问题:权力如何行使与权力性质本身是否有关。我认为,权力行使方式是一个技术问题,对于确保权力不被异化是至关重要的,尽管它与权力性质有关,但并不具有必然联系。因为权力的性质是就权力整体而言的,只要权力的根本属性不变,权力并不会因为分散而改变其性质。权力性质的改变是由更深刻的社会政治、经济原因造成的。正如君主制也有独裁与开明之分,民主制同样也可能演



变为多数人的专制。这些道理,古代的亚里士多德、近代的孟德斯鸠都有科学的论述,需要我们更深的领会。

在解决腐败问题的思路,我以为尚有进一步探讨之必要。对于权力过于集中而产生腐败这一点已经达成共识,但到底如何解决权力过于集中问题,根据我的观察,存在两种思路:一是权力制约,二是权力监督。权力制约,就是分权的思路。这里的制约,是指约束、束缚、限制、牵制、制止等,它通过对事物划定界限、规定范围、设定原则、制造对象、建立机制、控制程序、进行评价等方式表现。权力制约,是以分权为前提的。由于权力过于集中,经过分权使权力分散。因此,权力制约并没有增加权力的总量,而只是对权力进行了分割。分权前,权力 = A;分权后,权力 = $A(B + C + D + E + F \cdots)$ 。权力监督,是对权力加以控制的思路。这里的监督,具有监察、督促之意。因此,权力监督是在现有的权力之外引入一种监督权,以此限制现有的权力。由此可见,权力监督具有权力之外与权力之上的特征。权力之外,是指监督权是原权之外的一种权力,由于监督权的引入,原权没有分散,只是增加了一种权力。因此,引入监督权以后,权力的总量有所增加。引入监督权前,权力 = A;引入监督权后,权力 = A(原权) + B(监督权)。权力之上,是指监督权,确切地说,一种有效的监督权必然是一种在原权之上的权力,监督





本身是以监督者与被监督者之间的上位与下位关系为前提的。相对于监督权而言,被监督的原权是一种下位价的权力,监督权是一种上位价的权力。作为一种下位价的权力,表明这种权力不具有至上性与终极性。监督权固然可以使原权等而下之,但它本身又成为一种至上性的权力,因而又引出谁来监督监督者,即如何限制监督权的问题。为此,在监督权B之外,又要设置监督权C,由此形成无限循环,使社会成本大量增加,国家不堪重负。由上分析,权力制约与权力监督两种思路孰优孰劣是一目了然的。

当然,权力制约以分权为前提,而分权又是以权力具有可分割性为前提的。权力的可分割性意味着,没有一种权力是绝对的,任何权力都具有相对性。更为重要的是,权力不具有先天性,任何权力都来自社会,是公民个人权利的集存。因此,在强调以权力限制权力的同时,还应当关注以权利限制权力。权利具有不同于权力的特点,权利具有先天性,即所谓天赋人权,而权力具有后天性。权利具有弥散性,不仅有法定的权利,而且还有推定的权利。对于公民来说,法无禁止即自由。而权力具有边界性,不得逾越法律勘定的权力边界。对于权力行使者来说,法无授予即禁止。只有在法律授权范围内才是可为的。

应当指出,在强调权力制约的情况下,并非完全否定权力监督的作用。我只是说,没有权力限制,奢谈权力监督是解决不了腐败问题的。使我感到忧虑的是,目前权力监督一再被重视,而权力限制则没有提到应有的高度。当然,这是一个政治学问题,作为一个法律学者,对此置喙似乎有些杞人忧天。

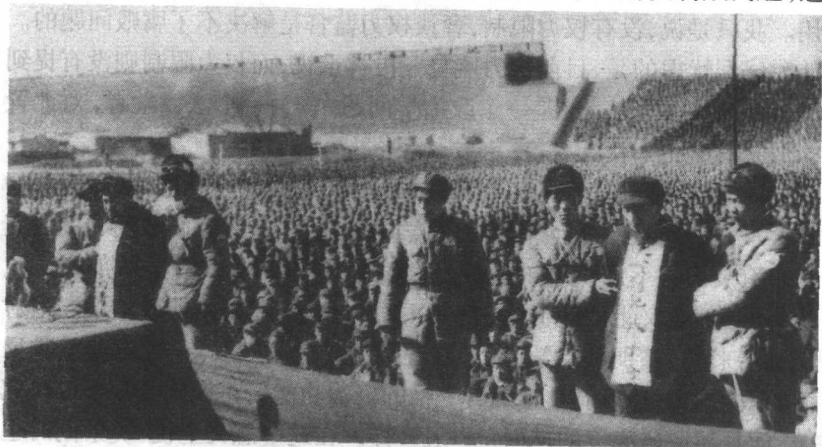
对于腐败问题,我一直在关注,既因为我的专业视角,更因为我的社会良知。当然,我的学术能力与学术精力有限,对于腐败问题的研究是心有余而力不足。例如,我曾经有过写一本《腐败政治学》的闪念。我认为,一般意义上的政治学,都是正面的政治学,是清明政治学。但对于资治来说,清明政治学尚不够,还需要一种腐败政治学,这是一种反面的政治学,它可能具有别具一格的资治功能。正如同美学不仅研究美,而且还要研究美的反面——丑一样。在这个意义上说,美学同时也是丑学。



以上这些关于腐败的“零星的断想”，是为应付家弘学兄的催稿。看完以后，自己也觉得不好意思，似乎还应借题发挥几句，即反腐败的“三不”主义。

一不：反腐不能依靠道德自律。对于一个个因腐败而落马的官员，人们往往把腐败归咎于官员个人道德上的堕落，更多的是伦理上的否定评价。当然，腐败在官员身上发生，不能说与其道德品质没有任何关联。但任何一个人，包括官员，都是一个世俗的人，都有七情六欲。我们不能期待每个官员都是“活雷锋”，因此，对于道德自律不能期望过高。这里存在一个政治制度和法律制度建构的逻辑前提，即是假设制度规范的对象是人性善者还是人性恶者。我以为，制度的建构应以人性恶为逻辑前提。以人性善为假设建构的制度，只能防君子不能防小人，最终使君子也会堕落成小人。而以人性恶为假设建构的制度，既能防君子也能防小人，并且使小人成为君子。在反腐败问题上也是如此，我们不能寄希望于官员的不贪，而应当通过制度建构使官员不能贪。

二不：反腐不能依靠严刑苛罚。惩治腐败，是反腐的题中应有之义，但法律惩治只是治标之策而非治本之道。中国历史上，反腐决心之大、惩治之重，莫过于明太祖，剖心掏肝剥皮之类的酷刑，无所不用其极。但这些严刑苛罚只能救一时之急，不能从根本上解决腐败问题，这



河北省人民政府公审大贪污犯刘青山、张子善



是历史的经验教训。面对我国目前严重的腐败现象，重刑惩治的呼声时有所闻，喊杀之声亦不绝于耳。我甚至听到这样的议论：“上世纪 50 年代，杀了张青山、刘子善，使我党保持了数十年的廉洁。”此言差矣！杀人果然能保持党的廉洁么？回答是否定的。要说杀贪官，最近几年杀得不可谓不多，而且被杀贪官的职位也不可谓不高，尽管有一时之震慑作用，但这只是扬汤止沸之举，而非釜底抽薪之功。须知，官员是社会的精英，在腐败之前都历经磨难才登上高位。对于这样的人都非杀不足以使其保持廉洁，那真是社会的幸事。

三不：反腐不能依靠高薪养廉。在分析腐败的成因时，常有人说我国官员的薪金过低，几条烟几瓶酒就能把我们的一位官员打倒。因此，高薪养廉每每被人提及。高薪使人不必贪，对于养廉来说确有一定成效。但我们也必须看到，人的欲望是无止境的，仅从满足人的物欲使其减少贪欲而言，高薪未必真能养廉。更何况，薪之高低是相对的，取决于一个社会财富的丰富程度。在我们这样一个尚不发达的国家，指望高薪养廉并不十分现实。

在这“三不”的基础上，我可以说止腐之道在于政治权力的科学配置与合理使用。在此，我们首先应当摆脱在腐败问题上的一些政治教条的束缚，祛除意识形态之局限。实际上，任何性质的权力，无论是世袭而来的权力还是民主获得的权力，都会导致腐败。在这个意义上，意大利著名刑法学家贝卡里亚的政治几何学想法是极具启迪的。贝卡里亚指出，运用何种刑罚来预防犯罪的发生，这是一个可以用几何学的精确度来解决的问题。立法者像一位灵巧的建筑师，他的责任就在于纠正有害的偏重方向，使形成建筑物强度的那些方向完全协调一致。^①防腐如同预防犯罪一样，一定应当采用科学方法。关键在于，在国家权力的设计上，应当将保证权力的正确行使放在第一位。而这个问题也同样是可以几何学的精确度来解决的，全部的问题仅仅在于：做还是不做。

^① 参见〔意〕贝卡里亚：《论犯罪与刑罚》，黄风译，中国法制出版社 2002 年版，第 8～76 页。



置贿赂者于囚徒困境

张明楷*

腐败不仅是全中国人谈论的话题，而且是全世界人关注的问题。2003年10月31日，联合国大会审议通过了《联合国反腐败公约》。联合国秘书长安南在《公约》通过后发言指出，腐败是对社会产生广泛腐蚀作用的隐性恶疾，它破坏民主与法治，扭曲市场，助长有组织犯罪和恐怖主义，危害正常的生活；所有国家，不论大小与贫富，都存在腐败这种丑恶现象，但腐败对发展中国家的破坏性尤其严重，是阻碍脱贫和经济发展的重要因素。的确，腐败现象严重妨碍着我国的经济社会发展，破坏了社会心理秩序体系和社会成员心理平衡状态。如果没有严重的腐败现象，我国的经济与社会发展会更迅速，我国的人民会更开心。无论如何界定腐败，贿赂是腐败的最重要表现形式之一。也正因为如此，任何国家的刑法都规定了贿赂罪（包括各种受贿罪与行贿罪）。一般来说，行贿与受贿在刑法理论上属于对向犯，即以对方相对的行为为前提。在受贿人并没有索取贿赂的情况下，如果行为人不主动行贿，就不可能有受贿。事先行贿的，都是为了收受国家工作人员的职务行为；事中或者事后行贿的，是为了给予国家工作人员的职务行为以不正当报酬，结果仍然是金钱与权力的交换。也正因为如此，各国刑法无不在处罚受贿行为的同时，也处罚行贿行为。

从刑法目的与犯罪本质来考虑，设立并处罚受贿罪与行贿罪，没有任何值得非难之处。但是，由于贿赂行为总是发生于没有第三者在场的时空，贿赂双方都不是被害人，没有任何一方告发，所以，贿赂的暗数令人吃惊。更为重要的是，由于贿赂双方的行为都构成犯罪，故任何一

* 作者为清华大学法学院教授。



方都不希望东窗事发,导致行贿人与受贿人之间自然而然地形成了一种相互“信任”关系:对方不会告发我,否则对方也会受到刑罚处罚;我也不会告发对方,否则我也会受到刑事追究。在有些情况下,除了行贿人与受贿人之外,可能还有贿赂介绍人,但介绍贿赂的行为也成立犯罪,故三方之间依然存在相互信任关系,都相信任何一方不会告发。由此可见,只要犯罪人之间形成了这种相互信任关系,案件就往往石沉大海,而不会露出水面。这种局面,不仅导致贿赂案件难以侦破,而且导致受贿者肆无忌惮,贿赂犯罪愈演愈烈。不难发现,在其他没有被害人的对向犯(如贩卖毒品与购买毒品、贩卖假币与购买假币等)场合,也存在相互信任关系,犯罪暗数同样很高。而其他几乎不存在这种信任关系的犯罪,如伤害罪、强奸罪、抢劫罪、盗窃罪等,都不存在双方信任问题,所以被害人一般会告发,行为人因而会受到刑罚处罚。由此看来,如果采取某种立法措施,使行贿人与受贿人之间的信任关系不复存在,至少有一方面主动检举、交待贿赂犯罪事实,那么,就可能收到较好的效果。而要使行贿人与受贿人不存在信任关系,就需要将行贿人与受贿人置于囚徒困境。

博弈论最著名的囚徒困境模型告诉人们:两个罪犯正是由于相互不信任并且不敢相互信任,而都不愿意冒险选择抵赖罪行;如果一方坦白,另一方抵赖,则坦白方被释放,而抵赖方会被判处重刑,结果几乎都是两个罪犯选择坦白而被从轻处罚。所谓置贿赂者于囚徒困境,就是采取立法与司法措施,使行贿者、贿赂介绍者选择主动交待贿赂事实,使受贿者选择拒绝贿赂,从而减少贿赂犯罪。而要做到这一点,必须对现行刑法的几处规定做适当修改。

我国刑法第三百九十条第2款规定:“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。”刑法第一百六十四条第3款的规定与此规定的表述完全相同。第三百九十二条第2款规定:“介绍贿赂人在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的,可以减轻处罚或者免除处罚。”不难看出,刑事立法之所以做出这样的规定,已经考虑到贿赂犯罪的隐蔽性以及行贿人、受贿人、介绍人之间的信任关系,旨在使司法机关尽快、尽量发现并查处贿赂犯罪事实。但是,由于只是“可以”



减轻或者免除处罚,而非不追究刑事责任,或者说仍然可能被追究刑事责任,主动交待者依然会担心自己实际上会受到刑罚处罚,所以,实际上在案发前主动交待行贿事实、介绍贿赂事实的并不多见。一段时间,司法机关甚至将行贿罪作为打击的重点,意在通过遏制行贿来遏制受贿,可事与愿违。因为这种做法更加强化了行贿人与受贿人之间的信任关系,行贿人更不会主动交待,贿赂犯罪愈发严重和普遍。如果刑法将前述规定中的“可以减轻处罚或者免除处罚”修改为“不以犯罪论处”或者“不追究刑事责任”,那么,行贿人、介绍人就不会心有余悸,受贿人、行贿人、介绍人之间的信任关系当不复存在,行贿人、介绍人随时可能在被追诉前主动交待贿赂事实。另一方面,许多行贿人之所以行贿,往往是迫不得已,即使他们行贿之后得到了某种利益(尤其是得到了其应当得到的利益时),也会痛恨受贿人。例如,有的律师将陪法官、检察官打高尔夫球当作工作的一部分,表面上显得非常自愿,装着十分高兴,但内心里异常痛苦,因为在“诉讼如同贿赂竞赛”、“打官司就是打关系”的环境里,不(帮助)行贿难以做律师,只是在权衡了得失之后而“愿意”行贿。所以,设立了“案发前主动如实交待贿赂事实就不追究刑事责任”的规定后,行贿人、介绍人为了确保不受受贿人损害而力求损害受贿人,就会在案发前主动如实交待,为自己寻找处罚阻却事由。

当行贿人、介绍人不担心自己的主动交待也会使自己承担刑事责任后,行贿人、介绍人与受贿人之间的那种信任关系便不复存在,受贿人就开始担心:索取、收受贿赂后,行贿人、介绍人在行贿后是否会主动交待?因为一旦行贿人、介绍人在被追诉前主动交待,行贿人、介绍人便可以“逍遥法外”,而受贿人却身陷囹圄。于是,行贿人、介绍人与受贿人之间产生了相互不信任。进一步的局面是:国家工作人员不敢受贿,至少不会像现在这样普遍和严重。

这样一来,是否会出现人人都敢于行贿,反而会导致受贿增加的局面呢?不会!因为当国家工作人员不敢或者不会受贿时,行贿人的行为依然成立行贿罪,此时,国家工作人员可以而且应当立即告发行贿者的犯罪事实,行贿者反而成为阶下囚。换言之,行贿人也会担心:对方是否担心我主动告发而不敢收受,反而告发我的行贿犯罪呢?这种担心



必然使得行贿人不敢轻举妄动。当然,这里有两个前提。第一,必须明确行贿罪的成立条件。根据刑法第三百八十九条第1款的规定,为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物的,是行贿罪。因此,当行贿人为了谋取不正当利益,给国家工作人员以财物时,其行贿罪不仅成立,而且既遂。第二,受贿人索取、收受贿赂后退还给行贿人的,不影响受贿罪的成立。因为受贿罪侵犯的是职务行为的不可收买性,其中包括职务行为的无报酬性。当行贿人有求于国家工作人员而向其提供财物时,或者他人有求于国家工作人员的职务行为,国家工作人员索取财物时,或者当国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益,他人向其提供不正当报酬时,就已经形成了职务行为可以收买的事实,公众对职务行为的不可收买性便丧失信赖,职务行为的不可收买性已经受到了侵害,受贿罪完全既遂。既然如此,就没有理由不以受贿罪论。司法机关常常将受贿人退回贿赂的行为不以犯罪论处,这是误解了受贿罪的本质,将受贿罪视为经济犯罪、财产犯罪了。当然,我并不否认在有某些情况下,收受者确实无法拒绝而不得已收下对方的财物,但可以肯定的是,在贿赂罪中,行贿人并不是受害人,行贿人将财物交付给国家工作人员之后,便丧失了对该财物的追求权。该财物是行贿罪的重要且关键的证据,联系行贿罪的成立条件来考虑,国家工作人员不愿意收受贿赂却将收受的财物退还给行贿人,意味着毁灭犯罪证据。如果上述两个前提得以成立,那么,国家工作人员要么不敢索取、收受贿赂,要么在不得已收受的情况下依法作出处理,而不会将贿赂退还给行贿人。于是,行贿人在行贿前忐忑不安:国家工作人员是否因为不信任我,以为我会主动告发,而不接受贿赂,反而检举我的行贿行为?有了这种心理负担后,行贿人也就不敢轻易行贿了。基于同样的理由,行贿人在行贿后也会寝食不安:国家工作人员是否担心我主动交待,而将贿赂依法处理?有了这种心理恐惧后,行贿人为了不受刑事追究,便会主动交待行贿事实。这反过来又使受贿者多了一份担心。

置贿赂者于囚徒困境后,便会形成如下局面:受贿人担心行贿人在案发前主动如实交待行贿事实,而不敢受贿;行贿人担心受贿人不接受贿赂而使自己成为犯罪人因而不敢行贿;行贿人在行贿后也会担心受



贿人依法处理贿赂而使自己承担刑事责任而主动交待行贿事实。双方为了自己的利益而形成了相互不信任的局面。因为不存在信任关系,一方面,受贿人不敢受贿、行贿人不敢行贿,于是可以在很大程度上遏制贿赂犯罪;另一方面,已经发生的贿赂案件,因为行贿人勇于主动交待,便使得贿赂暗数大大降低。贿赂暗数降低意味着贿赂受刑事追究的概率提高;这一概率的提高,又利于实现对贿赂犯罪的一般预防。

不言而喻,对于受贿人不能设置这样的规定:受贿人在被追诉前主动交待受贿行为的,不以犯罪论处。因为受贿罪的主体是国家工作人员,公司企业人员受贿罪的主体也是具有某种职权的人,对他们应当严格要求。与行贿、介绍贿赂相比,受贿的危害程度严重得多;虽然在个案中,当国家工作人员收受财物时,行贿者处于主动行贿的地位,但从整体上说,行贿依然是被动的、不得已的;至于在索贿案件中,提供财物者还可能是被害人。也有“革命干部”对我讲过这样的话:“行贿的真坏,把我们好多革命干部拉下了水。”可这只是少数“革命干部”的立场,我不相信善良的平民百姓会这样认为。

写到这里,又怀疑自己的想法异想天开,于是信手翻阅了外国刑事立法,还居然发现国外刑法也有这样的规定。例如,印度 1988 年《反腐败法》第二十四条规定:在审理公务员受贿案件时,如果某人供认他已经送给或同意送给该公务员合法报酬之外的酬金或者贵重物品,那么,不得对其提起诉讼。蒙古国刑法典第一百三十一条规定:行贿或者介绍行贿者,在行贿后即行自首的,免除刑事责任。阿尔巴尼亚刑法典第二百一十三条规定:在追究刑事责任以前已经自首的行贿人,不负刑事责任。此外,保加利亚、捷克、罗马尼亚等国刑法对行贿者都有类似规定,但对受贿者没有设置如此规定。看完之后,我对自己的上述建议付诸立法后可能产生的积极效果更有信心了。