

行贿犯罪不正当利益之剥夺研究

曾庆云 著

西南政法大学 刑法学术文库

 法律出版社
LAW PRESS · CHINA

西南政法大学 刑法学术文库

行贿犯罪不正当利益之剥夺研究

曾庆云 著

图书在版编目(CIP)数据

行贿犯罪不正当利益之剥夺研究 / 曾庆云著. —北京: 法律出版社, 2016. 7
ISBN 978 - 7 - 5118 - 9796 - 1

I. ①行… II. ①曾… III. ①贿赂罪—研究—中国
IV. ①D924.392.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2016)第 179163 号

©法律出版社·中国

责任编辑/徐蕊

装帧设计/凌点工作室

出版/法律出版社

编辑统筹/法律教育出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京京华虎彩印刷有限公司

责任印制/沙磊

开本/A5

印张/8.625 字数/290 千

版本/2016 年 7 月第 1 版

印次/2016 年 7 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782 西安分公司/029-85388843 重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636 北京分公司/010-62534456 深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 9796 - 1

定价:35.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

西南政法大学刑法学术文库

编辑委员会

主 编 梅传强

委 员 (按姓氏笔画排序)

王利荣 石经海 卢有学

朱建华 李永升 陈 伟

袁 林 高维俭

总 序

歌乐葱葱,嘉陵滔滔。当历史的车轮跨入2013年之际,伴随着中华人民共和国的铿锵脚步和西南政法大学的风雨征程,西南政法大学刑法学科走过了60年的峥嵘岁月。60年,对于一个人而言意味着花甲之年,但对一个学校和学科而言却正当壮年。在这个具有历史性意义的癸巳年,由西南政法大学刑法学科组办的“西南政法大学刑法学术文库”诞生了,我们以这种特殊的方式向走过的光辉岁月致敬,向即将迎来的全新征程启幕。

60年一甲子,走过的是匆匆脚步,留住的是辉煌记忆。1953年,西南政法大学刑法学科由四川大学、重庆大学、云南大学、贵州大学等西南著名高校法律系的刑法学科合并组建而成。在60年的发展历程中,以邓又天、董鑫、伍柳村、赵长青、高绍先、李培泽、朱启昌等为代表的老一辈学者,以陈忠林、邱兴隆等为代表的中年学者,辛勤耕耘、默默奉献,为本学科的发展奠定了坚实的基础。特别是改革开放以来,本学科取得了一个又一个骄人的成绩,1981年成为全国最早获得硕士学位授权的刑法学科之一,1995年被评为省部级重点学科,2001年成为我国西部地区唯一的刑法专业博士学位授权点。经过几代人的薪火相传和不懈努力,西南政法大学刑法学科已经成为具有雄厚学科基础和优良学术传统、在全国发挥重要影响并且具有一定国际知名度的省部级重点学科。

本学科历来注重学术著作的产出,在过去10年间,曾以“西南刑

“刑法与毒品犯罪研究文库”、“西南毒品问题研究文库”等为丛书名，出版发行了一系列的著作，展示了西南政法大学刑法学人的良好形象。但是，由于原有丛书中的每部著作分属于不同出版社出版，每本著作在版式、体例、风格等方面并不完全统一，在一定程度上影响了丛书所应具有的社会价值。2013年年初，为大力加强学科建设，承蒙法律出版社的盛情支持，西南政法大学刑法学科决定积极整合学科力量，将本学科拟出版的优秀著作纳入“西南政法大学刑法学术文库”（以下简称“文库”），以学术文库的形式公开出版发行。“文库”将延续“西南刑事法与毒品犯罪研究文库”等既往丛书的基本精神，秉承思想交流与学术创新的基本宗旨，着力打造学术精品，展示西南政法大学刑法学人形象，献力中国刑法学术发展。

科学研究与人才培养是学科建设的两翼。西南政法大学刑法学科具有数量规模庞大、年龄结构合理、学历水平优化、学缘结构合理的学科团队，他们积极投身于教学科研任务一线，近年来在科研项目立项、学术论文发表、科研成果获奖等方面成绩斐然，在科学研究方面取得了优异的成绩。此外，本学科在大力加强科学研究的同时，也着力于人才培养。自2001年获得博士学位授权点以来，本学科已培养了近百名博士，他们活跃在法学理论和司法实务的各个领域，他们所取得的成绩在一定意义上也是本学科所取得的成绩。为此，“文库”将立足本学科，主要出版本学科教学科研人员的优秀著作；同时，“文库”也将选择本学科培养且已经毕业的部分博士的学位论文或其他优秀学术著作出版。为了发挥“文库”的学术价值和社会效应，体现学术丛书的性质，“文库”将采取不定期常年出版的形式，对于拟出版的著作由“文库”编辑委员会审定同意后出版，每本著作连续编号，力争将“文库”打造成为规模较大、质量上乘、影响广泛的学术精品。

“人能弘道，非道弘人。”法治之路是中国这个古老的东方大国在饱经沧桑历史之后作出的选择，时至今日，法治中国已经成为法律

人矢志不渝的共同追求。诚然,法治之路不会一马平川,甚或还会荆棘塞途。但是,涓涓细流,汇聚成潮,只要每一个人都用心去尽一份力,梦想终会成真。回顾改革开放30余年的发展历程,从很多领域无法可依到中国特色社会主义法律体系已经建成,法治从艰难起步到健步前行。这份成绩的得来,凝聚着包括法律人在内的无数国人多年的追求和心血,其中,不乏法学理论界的鼓与呼。

时光荏苒,30年前乃至20年前学术著作匮乏的情形已经不复存在。在这样一个“知识爆炸”的时代,也许每天都有新的著作出版,也许每天都有新的观点出现,也许每天都有无数人在研究同一个问题,但这一切并不会抹杀理论研究的意义,更不会否定法学理论研究对中国法治实践的意义。事实上,对于当下中国而言,法治实践对法学理论的呼唤不是削弱而是加强了,处于深刻转型和社会变迁进程中的中国,有太多的现实问题需要理论关注与研究,这是法学理论界不可推卸的责任,也是每一个法学理论工作者应有的社会担当。我们不奢望“文库”成为夜幕下的灯塔,而更愿其作浩瀚苍穹中一颗闪闪的星星,用朴实无华的光芒照耀行进中的中国法治。因此,“文库”的出版将呈现每一个作者对当下中国刑法理论与实践问题的关注和思考,为学术交流搭建一个有益的平台,用文字和思考对中国法治发展献出自己的绵薄之力。

得益于60年的学术积淀,西南政法大学刑法学科历史厚重、师资雄厚、门类齐全、基础良好,积极加强和推进学科建设具有良好的基础。但是,我们深知,在新的历史条件下,本学科的发展面临着诸多新的挑战与困难,加强学科建设刻不容缓。我们期待着“文库”的出版发行能够为国内外同行了解和认识本学科提供一个窗口,也期待着国内外同行能够以“文库”为平台加强与本学科的沟通交流,国内外同行和广大读者的真知灼见将是我们进一步加强学科建设的重要力量。

学术的生命在于争鸣,思想的火花源于碰撞。我们热切期盼学

4 | 总 序

界同仁以及广大法律工作者为本丛书建言献策,努力推动丛书的发展完善,共同守护我们的精神家园,共同促进共和国法治事业的健步前行。

西南政法大学刑法学术文库编辑委员会
2013 年 5 月

序

曾庆云的博士学位论文《行贿犯罪不正当利益之剥夺研究》将作为西南政法大学刑法学术文库中的一本而出版,作为曾庆云读博士期间的指导老师,我感到十分高兴,遂应其邀请,为该文作序。

任何人不能从犯罪中获益,这是一项基本的正义原则。我国刑法对此也有类似规定:犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔。但是,行贿犯罪作为以追求获得不正当利益为目的的犯罪,其中的不正当利益与盗窃、贪污类犯罪所获赃款赃物存在不同之处,一方面,这种不正当利益不一定表现为财物,还可能为非财物、非财产性利益方面的利益;另一方面,行贿人可能通过行贿行为获得项目以后投入大量的人力物力进行经营。最高人民法院和最高人民检察院在《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中规定,行贿犯罪取得的不正当财产性利益应当依照刑法第六十四条的规定予以追缴、责令退赔或者返还被害人;因行贿犯罪取得财产利益以外的经营资格、资质或者职务晋升等其他不正当利益,应当建议有关部门依照相关规定予以处理。这必然会引出许多在刑法中值得讨论的问题,并且相关问题与司法实务紧密相连,迫切需要解决。例如,非财产性的利益如何剥夺?行贿人获得工程或者项目后进行投资,其中的不正当利益应当如何界定?是否应对其中的资金投入、人力、智力投资予以扣除以及如何扣除?原罪在其中的份额如何认定?等等。这些都是些司法实务中必须面对的紧迫问题。

曾庆云博士运用其长期从事司法实务工作形成的独特优势,包括思维优势与资料优势,以司法实务工作者特别关心的视角,使论文围绕司法实务迫切需要明确的问题,紧扣行贿犯罪的不正当利益剥夺问题展开讨论。我认为,其博士学位论文特点是新:一是选题新,虽然“两高”颁布了相关司法解释,但是解释中并没有详细的规定,执行起来还有不少问题需要进一步厘清,而现有的理论研究对之讨论十分稀少。二是视角新,论文不是纯粹的理论分析,而是从现有的司法实务现状出发提出问题,同时不拘泥于刑法规范的分析,还结合其他部门法的规定对行贿犯罪不正当利益剥夺问题进行分析。三是结论新,提出了行贿犯罪不正当利益的识别方法和剥夺行贿犯罪不正当利益应当遵循的原则,对不同类型的不正当利益剥夺应当采取不同的标准。上述讨论,对于正确、恰当、合理运用对行贿犯罪不正当利益剥夺的规定都有积极的理论价值与实务价值。

正是因为论文紧密联系司法实务中迫切需要解决且此前尚未展开较多讨论的问题进行研究,曾庆云博士的论文在评阅老师和答辩老师那里都得到了较高的评价。这是我感觉荣光的事,也是我乐于为之作序的原因。

论文当然也有所不足,如论文主要是对针对国家工作人员的行贿犯罪不正当利益剥夺问题展开,而对其他的行贿犯罪的不正当利益剥夺问题分析较少,资料也较少,导致实际内容与论文题目之间存在一定的距离。相信曾庆云博士以后会有进一步的研究成果出来,以弥补上述不足。

是以为序。

朱建华

2016年1月于重庆

前 言

腐败是现代社会的痼疾之一,在不同社会制度、不同文化传统、不同经济社会发展水平的国家和地区都不同程度地存在。改革开放以来,我国经济社会跨越式发展,取得的成绩举世瞩目,但与此同时,腐败问题滋生严重。一方面国家一直对腐败保持高压态势,另一方面腐败现象并未得到有效遏制,甚至有愈演愈烈之势。腐败现象严重存在有其深刻的政治、经济和社会原因,由此决定反腐败是一项系统的、复杂的工程,需要党和政府的坚定决心,需要全社会的共同参与,并经历长期艰苦的努力,也需要综合施策、多管齐下。发挥市场在资源配置中的决定性作用,简政放权、减少和规范行政审批,将权力关进制度的“笼子”,提高权力运行的透明度,营造风清气正的政务环境,创造公平竞争的市场条件,构建良性健康的政商关系,无疑均是预防和减少腐败发生的基础性措施。但是,只要腐败存在一天,利用法律手段惩治腐败犯罪永远是人类社会无法回避的选择。尤其是在腐败存量较大的情况下,要有效遏制腐败增量,保持对腐败犯罪的惩治力度,以惩促防更具有现实的紧迫性和必要性。

综观近年来的腐败犯罪,直接侵犯公共财产所有权、使用权的犯罪,因留下账务痕迹容易暴露,各单位财务管理控制日益严格,再加上这些犯罪造成的危害容易被人们直接感知,引起抵制和愤慨等原因,贪污、挪用等侵占型、挪用型犯罪的数量逐年下降。贿赂犯罪则由于其高度的隐蔽性和人们对其危害性感知的相对钝化,犯罪数量

逐年上升,在贪污贿赂案件中所占的比例逐年升高。在经济生活领域,行贿办事已经成为公开的“潜规则”,通过行贿在市场上“开疆拓土”成为一些不法商人的不二法门,商业贿赂已经成为影响我国企业和经济健康发展的一大毒瘤。在政治领域,买官卖官、贿选,通过行贿谋求升迁,换取人大代表、政协委员头衔(身份)等现象屡禁不绝,严重破坏政治生态。贿赂犯罪已经成为当前腐败犯罪的主要形式,在一定意义上讲,贿赂已经成为腐败的代名词,反腐败就是反贿赂。

对于贿赂犯罪的治理,无论是《联合国反腐败公约》等国际公约,还是不同国家和地区的国内立法,除极个别国家外,均采用的是双向治理模式,既惩罚受贿一方又惩罚行贿一方,甚至实行予受同罚。^{〔1〕}我国现行立法同样选择的是双向治理模式,但是对行贿犯罪设置了“为谋取不正当利益”的特别限定。考察刑法对贿赂犯罪供应的刑罚量,不可谓不足。受贿犯罪刑高至死,而对于行贿犯罪,自1979年《刑法》以来,由最高三年有期徒刑已经调整到最高可至无期徒刑。根据学者的比较研究,在世界各国中我国刑法对行贿犯罪配置的刑罚应属最重。^{〔2〕}尽管如此,我国刑法对贿赂犯罪的遏制作用并不明显。这其中的原因自然是多方面的,但实际办案中对行贿犯罪网开一面是重要原因之一。司法实践中,囿于办案手段的限制,出于查处受贿犯罪的现实功利考虑,实际进入诉讼程序的行贿案件少之又少。即使进入诉讼程序的行贿案件,最终也大多是作不起诉处理和判处缓刑免刑。刑法为行贿犯罪提供的刑罚量,经由司法管道的过滤,实际上大打折扣。与对行贿犯罪刑罚适用偏轻偏软相伴随的是,司法机关对行贿人已经获取的不正当利益重视不够、处置不

〔1〕 如西班牙刑法典规定,“任何人以赠品、礼品、承诺或者应答等方式腐化或试图腐化当局或者公务员者,除不给予停职处分外,与受贿公务员者的处罚相同”。丹麦、瑞典、挪威的刑法则只规定受贿,未规定行贿。参见卢勤忠:“行贿与受贿是否应一视同仁”,载《解放日报》2009年12月21日。

〔2〕 向泽选、高克强:《刑事理念与刑事司法》,中国检察出版社2000年版,第276页。

力。虽然根据刑法的规定“谋取不正当利益”是行贿犯罪的目的,绝大多数的行贿人也已经实际获取其所追求的不正当利益,但司法实践中对于行贿人已经获得的不正当利益极少作出评价和处置。特别是商业行贿犯罪人,偶尔有被判处刑罚的,仍然能够坐拥通过行贿犯罪获得的巨额不正当利益。虽然中央和地方自2006年以来一直在开展规模不等的针对商业贿赂犯罪的专项治理,最高司法机关多次强调加大查处行贿犯罪的力度,但由于实践中对行贿犯罪在刑罚适用上仍然偏轻偏软,行贿人获取的不正当利益又基本上不受损失,行贿成为最划算的“投资”,自然会出现法律对贿赂犯罪控制失灵的现象。

令人欣慰的是,对行贿犯罪不正当利益关注不够、处置不力这一问题已经引起了最高司法机关的重视。2013年1月1日起施行的“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》明确要求,“行贿犯罪取得的不正当财产性利益应当依照刑法第六十四条的规定予以追缴、责令退赔或者返还被害人。因行贿犯罪取得财产性利益以外的经营资格、资质或者职务晋升等其他不正当利益,建议有关部门依照相关规定予以处理”。但是,自该司法解释施行以来,对行贿犯罪不正当利益作出认定和处置的案例仍然是凤毛麟角。由此引人深思的是,莫非法律一方面禁止购买国家公职人员以谋取利益,另一方面又允许行贿人保有通过行贿获取的不正当利益?行贿人获取不正当利益这种腐败后果,难道不应当予以消除?仅仅从犯罪成立的角度来使用、评价“不正当利益”这一要件,是否能够体现法律对行贿犯罪完整的否定性评价?对行贿犯罪获得的不正当利益应当如何认定和处置?笔者的研究正是尝试对这些问题进行求解。

本书中所讨论的行贿犯罪包括行贿罪、单位行贿罪、对单位行贿罪、对非国家工作人员行贿罪。^{〔3〕}但是,为了论述的方便,大多数时

〔3〕 鉴于对《刑法修正案(九)》设置的对有影响力的人行贿罪尚未掌握到相关案例,本书中相关统计数据不包含此类案件。但是,对有影响力的人行贿罪同样以“为谋取不正当利益”为要件,因此本书中所讨论的相关原理对该罪同样是可以适用的。

候笔者会使用个人对国家工作人员行贿这一典型犯罪进行解剖。鉴于介绍贿赂罪通常依附于行贿罪,实际上在大多数情况下属于行贿罪的共同犯罪,本书在讨论时将介绍贿赂罪一并纳入。

至于对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪,在谋取不正当利益(不正当商业利益)和获取不正当利益上与其他行贿犯罪是相通的,只是由于笔者未掌握到这方面的实际案例,以及该罪名涉及国际刑事司法协作等复杂问题,笔者在讨论时未予展开,但行贿犯罪不正当利益剥夺的基本原理对此类犯罪仍然是可以适用的。因此,对于相关国际公约以及域外与对外国公职人员、国际公共组织官员行贿有关的资料,本书仍然会有所引用和借鉴。

本书所讨论的作为剥夺对象的不正当利益,是指行贿人已经实际获取的不正当利益。不正当利益的剥夺是在行贿犯罪已经成立的情况下,解决对犯罪行为产生的后果的认定和处置问题。

按照现代汉语词典的解释,剥夺的含义有二:一是“用强制的方法夺去”,二是“依照法律取消”。本书中讨论的剥夺,是两种含义的结合,即剥夺是国家有权机关依照法律的规定,强制性地使行贿人失去既得的不正当利益。绝大多数案件中,行贿人获取的是财产性利益,与《刑法》第64条规定的“犯罪分子违法所得的一切财物”可以置换,该条规定的追缴、责令退赔、返还被害人可以适用,但由于行贿人除了获得财产性利益之外,还可能获得非财产性利益,获得的财产性利益中,也不完全属于《刑法》第64条所指的“财物”,《刑法》第64条规定的处置措施无法覆盖所有的行贿犯罪不正当利益。从程序适用上看,部分不正当利益的处置并不能够在刑事诉讼程序中而需要在刑事诉讼程序之外解决。因此,笔者选择使用同样具有否定意味但覆盖性更强的“剥夺”一词。

目 录

前 言	(1)
第一章 剥夺行贿犯罪不正当利益之现状	(1)
第一节 查处行贿犯罪的司法现状——以 C 市为标本	(1)
第二节 行贿犯罪不正当利益剥夺不力的现状——以案 例分析为方法	(7)
第三节 行贿犯罪不正当利益剥夺不力的原因	(34)
第二章 行贿犯罪不正当利益之解析	(57)
第一节 利益与法律的关系概说	(57)
第二节 对“不正当利益”价值的重新挖掘	(63)
第三节 行贿犯罪获取不正当利益的一般过程	(75)
第四节 行贿犯罪不正当利益的主要形态	(80)
第三章 剥夺行贿犯罪不正当利益之根据	(98)
第一节 剥夺不正当利益之实质根据	(98)
第二节 剥夺不正当财产性利益之根据——以特别没收 为角度	(125)
第三节 剥夺不正当非财产性利益之根据——以撤销行 政许可为角度	(150)
第四章 剥夺行贿犯罪不正当利益之规范	(161)
第一节 法律规范与法律后果的一般原理	(161)

2 | 目 录

第二节	剥夺行贿犯罪不正当利益之刑法规范	(175)
第三节	剥夺行贿犯罪不正当利益之行政法规范	(179)
第四节	剥夺行贿犯罪不正当利益之民法规范	(184)
第五节	剥夺行贿犯罪不正当利益之诉讼法规范	(190)
第六节	剥夺行贿犯罪不正当利益之国际公约	(195)
第五章	剥夺行贿犯罪不正当利益之实务	(199)
第一节	行贿犯罪不正当利益之识别	(199)
第二节	剥夺行贿犯罪不正当利益的原则	(217)
第三节	对不正当财产性利益的剥夺	(225)
第四节	对不正当非财产性利益的剥夺	(235)
第六章	完善行贿犯罪不正当利益剥夺之建议	(241)
第一节	政策调整与规范修改	(241)
第二节	完善行贿犯罪不正当利益剥夺工作机制	(251)
参考文献		(255)
后 记		(260)

第一章

剥夺行贿犯罪不正当利益之现状

第一节 查处行贿犯罪的司法现状 ——以 C 市为标本

对行贿犯罪不正当利益的剥夺,以行贿犯罪被发现和被立案查办为前提。通常情况下,对行贿人定罪甚至量刑,才谈得上对行贿人获取的不正当利益的剥夺。对行贿人的从轻发落,不但会体现在刑罚适用上,而且会延及不正当利益的剥夺。对行贿犯罪的查办力度,直接影响对行贿犯罪不正当利益的剥夺力度。因此,分析行贿犯罪不正当利益剥夺的现状,需要从查处行贿犯罪的现状开始。笔者以 C 市 2004 年至 2013 年 10 年来查处行贿犯罪的情况变化为标本进行分析。

一、办理贿赂案件的总体情况

2004 年至 2013 年 10 年间,C 市检察机关公诉部门办理的贪污贿赂案件总体上呈增长趋势。除极个别年度外,贿赂案件在贪污贿赂案件中所占的比例逐年上升,并逐步占绝对多数,至 2013 年贿赂案件所占比例已经超过 80%。由于渎职侵权案件在检察机关查办的案件中体量极小,甚至有的地方检察机关要求立案查办的渎职犯罪案件应是同时涉及受贿、渎职“双罪名”的案件,近年来检察机关查办的腐败案件实际上主要为贿赂案件。具体情况见表 1.1: