



中国刑法学研究会
北京师范大学刑事法律科学研究院

联合主办

2014年 第1卷 [总第25卷]

刑法评论

CHINESE CRIMINAL LAW REVIEW

赵秉志 主编

论刑法家长主义 【美】道格拉斯·胡萨克著 姜敏译

以轨迹模型为基础的多组犯罪生涯：除了群组还有什么？【德】福尔克·葛温狄斯著 赵书鸿译

一般预防主义：从消极到积极的历史演进 孙道萃

归纳与探索：刑法事后自动恢复制度之构建 闫雨

从影响性刑事个案看民意对刑事司法的影响 徐光华 吴昊

国家工作人员利用职务便利形成借贷关系行为的刑法分析 莫晓宇 李芳芳

盗窃数额认识错误的认定与处理 张薇薇



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

中国刑法学研究会

北京师范大学刑事法律科学研究院

耿吉士办

2014年 第1卷 [总第25卷]

刑法评论

赵秉志 主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑法评论. 2014 年. 第 1 卷: 总第 25 卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2014. 8

ISBN 978 - 7 - 5118 - 6673 - 8

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—研究—丛刊
IV. ①D914.04 - 55

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2014)第 175119 号

刑法评论 2014 年第 1 卷(总第 25 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 易明群
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

开本 720 毫米×960 毫米 1/16

版本 2014 年 8 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 24 字数 358 千

印次 2014 年 8 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术·对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 6673 - 8

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

刑法评论

2014 年第 1 卷(总第 25 卷)

顾问 高铭暄 王作富 储槐植

编辑委员会主任 赵秉志

编辑委员会委员(以姓氏音序为序)

陈泽宪 陈忠林 黄京平 贾 宇 柯良栋
郎 胜 李 洁 梁根林 刘宪权 刘志伟
卢建平 梅传强 莫洪宪 齐文远 曲新久
张 军 张明楷 朱孝清

主 编 赵秉志

副 主 编 张 军 陈泽宪 刘志伟(执行)

主 编 助 理 刘 科

编 辑 刘 科 郭 晶 郭理蓉(英文)

腐败犯罪专论

澳大利亚公司腐败的治理对策：一项新的国家 议程 / [澳]西蒙·H. 布罗尼特 张丽云	1
国家工作人员利用职务便利形成借贷关系行为的 刑法分析 / 莫晓宇 李芳芳	17

理论探索

罪刑法定视野下刑法解释的价值目标 / 李梅容	33
刑民关系视野下违法一元论与相对论之对立及展开 / 张 凯 阎二鹏	44
论间接故意犯罪的停止形态 / 焦 阳	60
一般预防主义：从消极到积极的历时演进 / 孙道萃	79
历史与现实的变奏 ——1949 年以来中国死刑政策的三种时代表达 / 刘春花 过 巍	101
论转化型故意杀人罪条款的性质 / 刘 杰	113

立法研究

归纳与探索：刑法事后自动恢复制度之构建 / 闫 雨	127
我国刑法中的酌定减轻处罚制度刍议 / 孔祥惠 黄晓亮	140
《著作权法》中刑事责任条款的设置模式 / 刘妍妍 刘 科	150
非法贩运文物犯罪的立法完善问题 / 周晓永	161

司法实务

从影响性刑事个案看民意对刑事司法的影响	
---------------------	--

——以 2005 年至 2013 年《南方周末》评选的影响性诉讼为

研究范本 / 徐光华 吴 昊 184

当代中国死刑适用标准探析 / 王鹏祥 205

组织、领导传销活动罪若干疑难问题研究 / 许 佳 227

盗窃数额认识错误的认定与处理 / 张薇薇 244

赃物犯罪“犯罪所得”赃物性质的得与失 / 林 真 257

论职务犯态度矫正 / 王 辉 270

域外法治

以轨迹模型为基础的多组犯罪生涯:除了群组还有什么?

——弗赖堡群组研究结论 / [德]福尔克·葛温狄斯 著 赵书鸿 译 290

德国刑法疏议 / [德]托马斯·维根特 著 姜 敏 译 300

论刑法家长主义 / [美]道格拉斯·胡萨克 著 姜 敏 译 339

日本的计算机犯罪 / [日]永井善之 著 段 蔚 译 355

人工分娩与人的始期问题的刑法学

研究 / [韩]许一泰 著 谢鹏远 译 363

新书介评

创建刑事法学领域交叉学科的新探索

——评楼伯坤教授新作《犯罪行为学基本问题研究》/ 赵秉志 371

CONTENTS

Anti-corruption Research

- The Anti-corruption Measures of Private Cooperation in Australia;
A National New Agenda / Simon H. Bronitt (Australia)
Zhang Liyun 1
- Criminal Analysis on the Public Officials Misusing the Facility of
Power Creating Debtor-Creditor Relationship / Mo Xiaoyu
Li Fangfang 17

Theoretical Contention

- The Value of Criminal Interpretation under the Principle of Legality
/ Li Meirong 33
- On the Controversy of Illegality Monism and pluralism from
the Perspective of Criminal Civil Relationship / Zhang Kai
Yan Erpeng 44
- On the Suspended Situation of the Indirectly Intentional Crime /
Jiao Yang 60
- General Prevention Doctrine: from Negative to Positive Historical
· Progress / Sun Daocui 79
- Variations between History and Reality—Three Types Expression
of Times regarding China Death Penalty Policy Since 1949 /
Liu Chunhua Guo Wei 101
- On the Nature of the Provisions of Transformed Intentional Killing
/ Liu Jie 113

Research on Legislation

- Summarizing and Exploring: the Construction of Post-Crime Self-Restoration System in Criminal Law / Yan Yu 127
- On the Discretionary Mitigating Sentence System in China Criminal Law / Kong Xianghui Huang Xiaoliang 140
- On the Modes of Criminal Responsibility Provisions within “Copyrights Law” / Liu Yanyan Liu Ke 150
- Study on the Legislative Reform of Illegal Trafficking of Cultural Property / Zhou Xiaoyong 161

Judicial Practice

- By Studying the Influencing Criminal Sue Case to Study the Influence of Public Opinion in Criminal Justice——Take the From 2005 to 2013《Southern Weekend》Elected Influencing Criminal Case as the Research Sample / Xu Guanghua Wu hao 184
- On the Application Criteria of Death Penalty in Contemporary China / Wang Pengxiang 205
- Study on Controversy of Organizing and Leading in Pyramid Selling Crimes / Xu Jia 227
- Analysis on the Determination of the Theft Crime Amount while a Misunderstanding Exists / Zhang Weiwei 244
- On the Nature of “Criminal Proceeds” and its Relation with Booty / Lin Zhen 257
- On the Attitude Correction of Duty Crime Criminals / Wang Hui 270

Foreign Law

- Multiply Group Criminals Life Based on the Track Mode: Anything Else Apart From Group? ——The Research Results of Freiburg Group / Volker Grundies(Germany) Zhao Shuhong 290

Several Thoughts on German Criminal / Thomas Weigend (Germany) Jiang Min	300
On the Criminal Law Paternalism / Douglas Husak (USA) Jiang Min	339
On the Computer Crime in Japan / Nagai Yoshiyuki (Japan) Duan Wei	355
A Criminal Study on the Beginning of Human Being and Induced Labour / Hoh Iltae (Korea) Xie Pengyuan	363

Book Review

New Exploration on Constructing Interdiscipline in Criminal Law Science—Book Review of Prof. Lou Bokun's New Monograph “Research on Fundamental Questions of Criminal Behavior” / Zhao Bingzhi	371
---	-----

腐败犯罪专论

●澳大利亚公司腐败的治理对策： 一项新的国家议程

[澳]西蒙·H.布罗尼特* 张丽云**

目 次

导论：澳大利亚的反腐败观

一、打击腐败的法律框架：合作的联邦体制

二、迈向全国的反腐败计划：进展中的工作

（一）新反腐败管理模式：从“管理漏洞”到“政府一体”

（二）国外贿赂控制：联邦刑法的局限性

三、执法缺陷的应对措施

结论：推进执法与合规文化

导论：澳大利亚的反腐败观

腐败之灾和滥用高位职权是澳大利亚政治生活中周而复始的话题，其历史可以追溯至殖民地时代初期。^①为了解决20世纪80年代^②

* 澳大利亚警务与安全研究中心主任、格里菲斯大学教授。

** 澳大利亚查尔斯特大学博士研究生。

① 例如涉及新南威尔士军官的造成1808年起义的严重腐败。参见David Neal：《刑罚殖民地的法治：早期新南威尔士的法律与权力》，剑桥大学出版社1991年版；Graeme Davidson、John Hirst、Sturat Macintyre 主编：《澳大利亚历史牛津手册》，牛津大学出版社1998年版，第567页。

② 1987～1989年，昆士兰州的非次吉罗尔德调查委员会调查发现普遍存在警察与政治腐败。

和90年代^①数次警察调查中暴露出来的政治腐败文化问题,澳大利亚在20世纪后期投入了艰苦的努力,包括后来在澳大利亚各司法区内建立监督警察廉洁和独立的反腐机构。公众生活几乎没有哪些方面能够幸免于腐败的污染。在澳大利亚,几乎每个星期都有重大诈骗和腐败的丑闻浮出水面。这些丑闻涉及众多高官,包括总理^②、上议院发言人^③以及联邦政客。^④

在这些大要案的背后,公众舆论调查显示,在日常生活中,澳大利亚人获得公共服务时面临被索贿或期待贿赂的情况并不严重。^⑤ 根据国立大学2012年公布的最新调查问卷结果,^⑥当被调查者被问及他们(或他们的家人)是否曾经遇到过被公共官员暗示或索要贿赂或者好处作为提供某种服务的回报时,91%的调查对象回答从未有过。^⑦ 这一数据证实,澳大利亚涉及公职人员的受贿行为相当少见。公众经历过的索贿行为更有可能出现在从事劳务工作的人员中,如受雇于手工劳动而不是非手工劳动的职员中,或者涉及更年轻的雇员。^⑧ 最受公众信任的部门往往是腐败程度最低的部门,例如,澳大利亚国防军、公务员以及警察。反之,公众信任程度最低的部门诸如媒体、工会和政党,被认为最为腐败。^⑨

① 1994~1995年新南威尔士州的伍德委员会(调查新南威尔士州警察的皇家委员会)。此后,根据《警察廉洁委员会法案》(1996)成立了警察廉洁委员会。参见 Davis Dixon 主编:《腐败文化:澳大利亚警察机构的改变》,霍金斯出版社1999年版。

② Julia Gillard 总理曾卷入到一起工会腐败丑闻中。她被认为协助她前男友 Bruce Wilson 建立“行贿基金”,以供其前男友用于欺诈澳大利亚工人联合会(AWU)和贪污工会基金。Gillard 断然否认其有任何过错。

③ 前联邦发言人 Peter Slipper 先生,目前正因其不当使用联邦政府资助的出租车费和租车费面临欺诈指控。

④ 联邦议员 Craig Thomson 最近遭到逮捕,并因其在担任健康服务联合会全国秘书一职期间的违法行为面临150项指控。

⑤ 澳大利亚国立大学进行的权威群众问卷 ANUPOLL 测试公众对政府和机构的信任程度、对腐败的看法和相关经历以及选举代表和政治人物的道德行为。Ian McAllister, Juliet Pietsch, Adam Graycar:《腐败与道德行为的看法——澳大利亚国立大学问卷调查》第13号报告,2012年发布。

⑥ 同上。

⑦ 同上,第11页。

⑧ 同上,第12页。

⑨ 国立大学调查问卷发现在公众信任度方面的最大幅度的提升表现在公共服务和法律系统方面,而最大幅度的下降则是对联邦政府和政党的信任。同上,第8页。

澳大利亚民众对腐败的担忧呈现明显上升迹象。例如,在国立大学的问卷调查中,有相当比例的澳大利亚人(43%)认为腐败呈上升状态,^①1/3的调查对象直言联邦政府是腐败的。^②令人严重担忧的是公众对于如何应对或举报腐败行为缺乏了解。国立大学的问卷调查显示只有半数的调查对象知道如何去举报腐败行为,其中有一半人提到了警察部门,15%的人提到了独立调查委员会,只有区区5%的调查对象表明应该向目前已经设立的几个反腐败机构进行举报。

关于腐败程度的国际观点对澳大利亚的良好表现甚少质疑。透明国际(TI)通常将澳大利亚置于腐败程度最低的前10个国家之列。^③这类来自商业领域的看法可以解释为什么腐败尚未成为澳大利亚政府关心的头等大事。

公众对于腐败的看法与舆论并不一定是这一领域里政府法律政策的风向标。这是因为,正如家庭暴力和工作中的性骚扰一样,涉及腐败的违法行为通常都是隐性或常态化的。这种腐败规制盲点又随之在公务人员、执法官员和第三方,如金融机构和专业人士(律师、会计等)人员中催生了一种相似的态度。不管是否有意为之,这种态度成为了该领域腐败的催化剂。

执法上的不力已经使澳大利亚变成漂洗海外腐败行为的“蜜罐”,这种担忧不断增加。山姆·考因是一位资深律师,在巴布亚新几内亚(PNG)司法部供职并担任被称为“横扫行动”的反腐败专案队主席。最近,他将澳大利亚描述为“太平洋中的开曼群岛”。^④始于2011年的“横扫行动”的目标是调查巴布亚新几内亚腐败程度。该行动已经发现巨额资金转移至如澳大利亚等海外国家。在最近的公共演说中,考因指出,北昆士兰的土地注册局已经确认巴国的政客们在澳大利亚投资了价值百万元的房产(总价值达115万澳元)。针对这一负面新闻,澳大利亚政府宣

① 同上,第12页。

② 同上,第13页。

③ 据透明国际的数据,自从2003年始澳大利亚持续位于被认为腐败程度最低的前10个国家之列。唯一的例外是2007年,当年在该项排名中澳大利亚位列第11位。

④ 这种讽刺也许对开曼群岛政府来说有失公允。他们已经尽了很大的努力与国际伙伴联手应对该国境内的洗钱问题。

布不再为使用腐败而来的赃款在澳投资的巴国公民签发签证。^①

与那些缺少有效法律以及警察、检察院和法院等具备打击腐败权力的独立机构的国家不同,澳大利亚联邦、州及其他司法区并不缺少用来惩治腐败的法律。这一点可以用来解释为什么澳大利亚被认为已经建立了强有力的反腐败机制。但十分清楚的是,仅仅颁布更多的法律(适用更严厉的刑罚)并不一定能解决问题。相反,澳大利亚的反腐败必须着力解决其最根本的、在规制上的薄弱环节,即在政治上致力于强化执法力度方面的薄弱环节,特别是政府未能充分提供资源(资金和技术方面)用以保障有效地发现、调查和起诉腐败行为并没收腐败资产的情况下。下一步则是在跨境调查和起诉方面增加投入,加大力度去查找和没收腐败资产。那么,澳大利亚政府拥有何种“工具”来实现这一目标呢?

一、打击腐败的法律框架:合作的联邦体制

澳大利亚的联邦体制将立法权与行政权分配给澳大利亚联邦、六个州和两个领地。因此,在澳大利亚,制定刑事法律(包括腐败犯罪)是一项由九个不同司法管辖区共同分担的权力。在澳大利亚,联邦刑事法律不会自动取代州和领地法律,因而经常造成司法管辖的重叠。与腐败有关的法律也是如此。附录一考察了澳大利亚在联邦、州和领地各层级的立法权情况。

联邦议会在这—领域(反腐败)的立法权源自于众多的反腐败国际条约和公约,包括:(1)《联合国反腐败公约》(UNCAC)(2005年12月4日生效)^②;(2)《经济合作与发展组织(OECD)打击贿赂外国公共官员公约》(1999年2月15日生效)^③;(3)《联合国打击跨国有组织犯罪公约》

① Firmin Nanol:“澳大利亚拒绝 PNG 投资者使用腐败所得”,ABC 新闻(在线)2012 年 11 月 2 日报道。

② 《联合国反腐败公约》,2003 年 12 月 9 日签署。

③ 《OECD 打击在国际商业交易中贿赂外国公职人员公约》,1997 年 12 月 17 日签署。

(UNCTOC)(2004 年生效)^①。澳大利亚通过立法^②、执法行动^③、审计^④、行业自我管理以及与其他地区和国际机构进行国际合作等综合手段履行联合国反腐败公约。^⑤

二、迈向全国的反腐败计划:进展中的工作

为反映澳大利亚现存的宪法体制中在联邦、州与领地间共同分担刑事法律立法权的现状而推出的全国反腐计划(NACP),体现出了“政府一体”^⑥和“多部门”^⑦的管理模式。联邦总检察署(AGD)作为核心执行机构负责该计划的制订,具体实施则由各级政府部门负责。全国反腐计划体现出的“政府一体”理念提出了一个问题,即这一政策如何通过澳大利亚模式的联邦体制得以有效实施。在这一体制下,各级政府分担、议定、争取各自规制和执行法律的权力。“政府一体”理念的有效实施必须建立在强有力的合作的基础上——包括政府工作中和政治上的合作——而这种合作难以通过自上而下的方式实现。^⑧在这里,笔者质疑全国反腐败计划是否是一个对付腐败的最佳对策,因为这一模式要求对合作联邦制^⑨的理念有高水平的投入,特别是就其跨国与多管辖模式而言。

(一)新反腐败管理模式:从“管理漏洞”到“政府一体”

直至最近,澳大利亚都缺少一个针对腐败的国策。没有一个单独的政府政策的表述,不管是联邦政府抑或联邦政府理事会(COAG)都没有

① 《联合国打击跨国组织犯罪公约》,2000 年 12 月 12 日签署。

② 联邦法律例如《1995 年刑法》《1999 年公共服务法案》《1918 年联邦选举法案》《1997 年联邦金融管理与问责法案》《1982 年信息自由法案》《2001 年公司法案》以及《1987 年刑事事宜的相互协助法案》等。

③ 澳大利亚政府通过其执行机构,包括检察署、联邦警察、澳大利亚犯罪委员会、澳大利亚证券与投资委员会、澳大利亚公共服务委员会以及澳大利亚交易报告与分析中心(AUSTRAC)执行其现行法律。

④ 对政府部门的审计由澳大利亚国家审计办公室进行。

⑤ 《联邦反腐败对策——反腐败计划讨论稿》,2012 年发布,第 4 页。

⑥ 同上,第 20 页。

⑦ 同上,第 22 页。

⑧ Christopher Pollitt:“联合起来的政府:一个问卷调查”,载《政治研究评论》2003 年第 1 期。

⑨ Tony Blackshield、Michael Coper、George Williams 主编:《澳大利亚高等法院的牛津指南》,牛津大学出版社 2001 年版,第 273 页。

关于这方面全国政策的概述。多少有些让人惊讶的是,并非所有澳大利亚的州和领地都拥有反腐败机构,并且目前还没有一个正式的反腐败机构合作论坛或机制。就全国打击腐败计划而言,这一管理漏洞在2011年9月被认定为是一个问题,当时适逢联邦政府宣布了其制订第一个澳大利亚全国反腐败计划的意图。^①在本文撰写之时,总检察署还未能将全国反腐败计划制订出炉。

制订全国反腐败计划的一个关键目的就是通过形成“政府一体”反腐败政策理念来强化澳大利亚现存的政府管理方式。全国反腐败计划将会将多个责任机构联合起来,在密切配合的框架之下强化政府辨识和解决腐败风险的能力。同时该计划还将概述联邦政府现存的打击腐败的手段,对目前和新出现的腐败风险进行评估以确认全国工作重心。全国反腐败计划代表了联邦政府建立打击腐败的多司法管辖方式的政治决心。^②这一政策动议在国际上受到欢迎。联合国反腐败公约缔约国会议的执行审查小组在2012年6月建议澳大利亚继续进行全国反腐败计划的咨询和制定。^③

澳大利亚多机构打击腐败的方式反映了在其国境内多机构共同承担打击腐败责任的事实。如前所述,虽然不具有颁布刑法的充分权力,但联邦政府却具有颁布法律(并创建执法机构)以执行其缔结参加的反腐败条约的权力。反映后一种情况的一个例子就是《1999年刑法(贿赂外国公职人员)修正案》(以下简称BFPO)。这一修正案规定了澳大利亚在执行《经济合作与发展组织(OECD)打击贿赂外国公共官员公约》过程中的义务。^④规定联邦腐败罪的好处就是其既可以在澳大利亚全部九个司法管辖区适用,也可以适用于发生在境外的行为。

① 联邦政府总检察署:《联邦政府反腐败对策——反腐败计划讨论稿》;2012年发布,第4页。

② 同上,第5页。

③ 联合国反腐败公约缔约国会议执行审查小组:《2012年联合国反腐败公约执行情况审查》,联合国文件CAC/COSP/IRG/I/2/1,第9页。

④ 该罪名获得了立法通过以遵守澳大利亚已经批准的《OECD打击贿赂国际商业交易中国公职人员公约》。Cindy Davids、Grant Schubert:“外国贿赂的入罪:澳大利亚的决心是否更为坚定了?”,载《刑事法律期刊》第35期,第98页。

(二) 国外贿赂控制: 联邦刑法的局限性

BFPO 对联邦刑法进行了修订, 加入了贿赂外国公职人员罪这一新的罪名。根据《刑法》第 70 条, 向他人“提供”、“促成”、“表示提供”或者“承诺提供”, 或者“促成表示提供某种好处, 或者承诺提供某种利益”, 且“该种利益并非他人应该合法取得”, 并且“目的在于影响一个外国公职人员(该官员也有可能即为前文中的“他人”)行使其职权”, 以期“获得或维持生意”或者“获得或维持不应依法获得的生意上的便利”。该罪名适用于境内与境外行为, 其中后者适用于境外的澳大利亚公民、居民和公司。^① 犯贿赂外国公职人员罪的个人最高刑罚可达十年监禁, 或并处 10,000 单位的罚金(目前合 110 万澳元)。^② 根据《刑法》第 12 条的规定,^③ 该罪名同样适用于公司, 其刑罚相应重于个人犯罪。^④ 除《刑法》第 10 条所规定适用于所有犯罪的一般辩护理由外, 另有两项专门适用于国外贿赂, 即合法行为辩解(根据外国法律, 或者“外国法律辩解”)^⑤ 以及“好处费”辩解。^⑥

当一个外国官员所在国的法律明文规定“要求”或者“允许”向该官员提供利益时, 可以使用外国法律辩解理由。^⑦ 将外国法律辩解理由限制在成文法律范畴之内排除了那些非制定法(如立法、法规)范畴内的惯例行为, 以防止被告方以外国法律并未明文禁止支付好处费为由提出辩解。在澳大利亚小麦局(AWB)丑闻曝光之后, 这一限制在最初出现在《国际贸易廉洁法案》(2007)中。该丑闻涉及小麦局向侯赛因政府支付超过 2

① 《刑法修正案》第 70 条第 1(b) 款。本条款适用于相关行为“全部或部分发生在澳大利亚”(或者全部或部分发生在澳大利亚的船只或飞行器上; 或者该行为由澳大利亚公民、居民或依据澳大利亚联邦或州及领地法律建立的实体公司)。

② 总检察署, 情况介绍(1): 《为什么你需要了解国外贿赂及其适用》, 2010 年发布, 第 1 页。

③ 《1995 年刑法》第 12 条第 1 款。

④ 同上。

⑤ 《刑法修正案》第 70 条第 3 款。

⑥ 同上, 第 70 条第 4 款。

⑦ 《2007 年国际贸易廉洁法案》在《刑法修正案》第 70 条第 3(1) 款中加入了“该部法律明文要求或者允许提供利益”。

亿美元的回扣,此举与联合国“石油换食品”计划唱反调。^① 经过对小麦局的行为的调查,科尔调查委员会发现小麦局所支付的回扣并不违反伊拉克当地的法律,虽然违反了当时联合国的制裁规定,但依据《刑法》第70条第2(1)款^②的规定该行为并不构成犯罪。由于伊拉克政府的部长们或官员们签署了说明或命令要求小麦局向伊拉克实体支付内地运输费或者售后服务费,科尔调查委员会的结论认为依据伊拉克法律和第70条第3款关于辩解的规定可以认定这些费用的合法性。^③

好处费辩解理由只适用于向外国公职人员支付的费用价值属于“小额性质”^④,并且该行为“通过支付小额费用,单纯或主要的目的在于促成或确保政府的常规行为的发生”^⑤。另外该辩解还要求费用的支付人在行为发生后在尽可能早的时间内将其记录在案。^⑥ 这一辩解本身是自相矛盾的,因为它将好处费的做法正常化和合法化了。而这种行为正是好处费支付和收取双方不应该(无论从健康的政策角度还是最佳商业行为角度)提倡的。^⑦ 澳大利亚在某些种类的好处费的准许上沿用了美国在《1977年外国腐败行为法案》(US)(FCPA)中的做法。但是,与FCPA不同的是,BFPO中体现的澳大利亚式的立法模式缺少一种能够审查好处费的合法性问题的制度。因此,澳大利亚公司和他们的法律顾问在评估好处费的合法性问题时就可以过分慷慨地、依据自我的需要解释什么是用于促成“常规政府行为”的“小额性质”的费用。换言之,公司高层执行官们在意的是只要在高额国际合同中不被淘汰,他们情愿在事实上最大限

① Linda Botterill:《小麦市场的转变:澳大利亚小麦局的转型》,斯博林格出版社2012年版,第94页。

② Terence Cole:《针对某些澳大利亚公司在联合国“石油换食品”计划中的问题的调查报告》,2006年第5卷。http://www.oilforfoodinquiry.gov.au/agd/WWW/unoilforfoodinquiry.nsf/Page/Report_Volume_5_Volume_5_-_Index.html。

③ 同上。另见 Ross Buckley、Mark Danielson:《国际商务中的好处费:促使刑法第70条第4款生效的建议》(2008年),新南威尔士大学法律研究论丛,第2页。

④ 《刑法修正案》第70条第4(1)(b)款。

⑤ 同上,第70条第4(1)(b)款。

⑥ 同上,第70条第4(1)(c)款。

⑦ 同澳大利亚税务局坚决禁止将此类(看似合法的)费用作为合法的经营费用的态度相比,政府在好处费这一问题上的政策立场显得模棱两可。澳大利亚税务局:“贿赂与好处费:税务义务管理指南”(2008年4月27日),载<http://www.ato.gov.au/corporate/content.aspx?menuid=0&doc=/content/00104079.htm&page=4&H4>。