

## 行贿罪特殊从宽情节研究

孙国祥

**内容提要:**为利用“囚徒困境”分化瓦解受贿与行贿的同盟,《刑法》第390条第3款规定了行贿罪的特殊从宽情节。近年来,理论界有不少学者主张对特殊从宽情节应持进一步宽和扩大适用的立场。司法实务中,对特殊从宽情节适用的条件总体上把握较为宽松。然而,这种宽和扩大适用导致了明显的负面效应,不但刑法行贿罪规范的严肃性和有效性大打折扣,而且对行贿无底限的宽容,成为现阶段腐败久治难愈的重要原因。《刑法修正案(十二)》加大了对行贿犯罪的惩处力度,在贯彻施行中,应当防止宽和扩大化解释导致特殊从宽情节成为行贿犯罪不当出罪或者减免罪责的通道,回归刑法设定该情节的初衷,在法律规定的范围内,对特殊从宽情节适用条件作符合文义和立法目的的解释,并将为相关案件的查处提供实质性帮助作为适用特殊从宽情节的关键,以体现当下“受贿行贿一起查”和宽严相济的刑事政策要求。

**关键词:**行贿罪 特殊从宽情节 受贿罪 《刑法修正案(十二)》

孙国祥,南京大学法学院教授。

《刑法修正案(十二)》修改后的《刑法》第390条第3款规定,“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,对调查突破、侦破重大案件起关键作用的,或者有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚。”理论界通常将这一规定称之为行贿罪的特殊从宽情节。<sup>[1]</sup>近年来,围绕着行贿犯罪的特殊从宽情节,理论界、实务界进行了颇为深入的研讨,形成了不同的主张。《刑法修正案(十二)》增加了行贿罪的法定从重情节,提升了对单位行贿罪(第391条)和单位行贿罪(第393条)的法定刑,由此加大了对行贿罪的惩治力度,但对备受争议的行贿罪特殊从宽情节并没有作实质性的修改。在从严惩治行贿犯罪的刑事政策下,如何精准把握行贿犯罪的特殊从宽情节,防止《刑法修正案(十二)》从严惩治行贿犯罪的规定被特殊从宽情节的不当适用所消减,

[1] 理论界对该情节除“特殊从宽情节”称谓外,还有“特别自首”“特殊宽免情节”“特别减免条款”等不同表述。本文采用“特殊从宽情节”。不过在引文中,仍沿用原作者的表述。

就成为一个亟须研究的理论与实践问题。

## 一 行贿罪特殊从宽情节理论争议

理论界对于立法设定的特殊从宽情节沿着两个争议方向展开。一是特殊从宽情节是否具有正当性的存废之争；二是特殊从宽情节在司法适用中如何把握的宽严之争。

### (一) 特殊从宽情节的存废争议

#### 1. 保留说

肯定特殊从宽情节的观点通常认为,由于贿赂犯罪隐蔽性很强,取证难度较大,行贿人主动交待行贿行为实际上是对受贿人的揭发检举,属于立功表现。因此,只要行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的,就可以从轻或者减轻处罚。<sup>[2]</sup> 基于此立场,特殊从宽情节作为一项制度性安排,不但应该保留,而且应当加大从宽的幅度。

进言之,在我国,刑事政策一直将受贿作为贿赂犯罪惩治的重点,查处行贿是为了打击受贿。有学者曾主张,为了刑罚一般预防目标的实现,立法应“将行贿行为非罪化,完全可以满足从严处罚贿赂犯罪的刑事政策要求”。<sup>[3]</sup> 尽管这一主张过于绝对而难以被认同,但确实有不少学者认为,为降低整体的贿赂案件发生率,倾向于通过鼓励行贿人在被追诉前主动交待行贿行为来获得从宽处理,从而增加贿赂犯罪案件的侦破率。<sup>[4]</sup>

#### 2. 废除说

主张废除特殊从宽情节的观点认为,现阶段之所以对行贿犯罪的惩治不力,除了重受贿轻行贿的传统司法理念影响外,还与立法对行贿罪设定特殊从宽情节有关。实务中查办的行贿案件,相当一部分都被认定为“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为”而被谅解。从立法完善而言,应该取消行贿罪的特殊从宽制度。首先,此项规定不公正。“不要求行贿人投案自首,却使其享受了比投案自首更大的宽宥空间。”<sup>[5]</sup> 其次,实践效果存疑。现行刑法对“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为”的刑罚减免优惠幅度一般只是“可以从轻或者减轻处罚”,希望以此吸引行贿人予以积极配合显然难以实现。<sup>[6]</sup> 因此,从刑法的宣示效果来看,删除行贿罪特殊从宽情节更有利于落实“受贿行贿一起查”政策。<sup>[7]</sup>

### (二) 特殊从宽情节司法适用的宽严之争

特殊从宽情节的保留说与废除说毕竟是立法层面的讨论,在立法没有作修改之前,对

---

[2] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2021 年版,第 1506 页。  
[3] 姜涛:《废除行贿罪之思考》,《法商研究》2015 年第 3 期,第 63 页。  
[4] 参见刘艳红:《轻罪时代刑事立法泛刑化与重刑化之理性反思——以〈刑法修正案(十二)〉为视角》,《法学评论》2024 年第 2 期,第 19 页。  
[5] 李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,《中国法学》2015 年第 1 期,第 8 页。  
[6] 参见刘仁文:《论行贿与受贿的并重惩处》,《中国刑事法杂志》2022 年第 3 期,第 85 页。  
[7] 参见程红、张驰:《行贿受贿“并重异刑”模式的提倡与展开》,《河南财经政法大学学报》2024 年第 4 期,第 88 页。

行贿罪特殊从宽情节的研讨更多地集中在司法适用层面,形成了宽和扩大与严格限制两种不同的司法适用立场。

### 1. 宽和扩大适用

针对行贿罪特殊从宽条件的具体适用,无论理论界还是实务界大多持从宽掌握的立场。例如,有学者认为,“《刑法》第 390 条第 2 款的从宽处罚规定属于特殊的坦白制度,应当采取宽和态度、进行扩大解释,以便使该规定充分发挥揭露、惩罚、预防受贿犯罪的作用。”<sup>[8]</sup>在《刑法修正案(十二)(草案)》研讨过程中,该学者再次提出,特殊从宽不但不应废除,而且立法对《刑法》第 390 条第 3 款的适用条件需要采取更加宽和的态度,在适用条件上进行扩大解释。<sup>[9]</sup>还有学者进一步建议,对该条款中的“主动交待”宜虚化处理,“犯罪较轻”应以犯罪可能适用的刑罚为判断标准,对“重大案件”“重大立功表现”均应作扩大解释,以更多地适用行贿罪的特殊从宽处罚条款。<sup>[10]</sup>

在宽和扩大适用的倡导下,特殊从宽条件发挥的不仅仅是减轻免除处罚的作用,常常也起到了出罪的效果,成为一个出罪事由。正如相关实务部门的专家指出的,如果行贿人在监察机关的调查阶段就交代了行贿事实,就有可能在后续司法程序中免除处罚,这就可能导致上述从宽处罚条款不仅是减轻或免除处罚的依据,还有可能作为不追究刑事责任的依据。<sup>[11]</sup>这一效果也得到不少学者的肯定,一定程度上解决了《刑法修正案(九)》出台前后对行贿罪减免条款修订的担忧,对主动交代行贿行为的犯罪人免除处罚可以提高类似的“污点证人”作证意愿。<sup>[12]</sup>

### 2. 严格限制适用

与扩大适用相对,理论界也有观点认为,对行贿罪特殊从宽情节的适用应持严格限制适用的立场。不但特殊从宽的使用要严格,而且该情节的从宽幅度也需要严格限制。因为特殊从宽情节本是出于对行贿人主动交待在受贿犯罪案件查处中起到的作用考虑而做出的让步,但同时造成了行贿犯罪缓、免刑率保持高位,应对特殊从宽情节重新评估并加以调整。近年来,随着反腐败力度的加强,社会上要求限制特殊从宽情节的呼声一直很高,对此,立法和司法解释也有所回应,最典型表现在《刑法修正案(九)》提高了特殊从宽情节的适用门槛,压缩了从宽的幅度,只有在“犯罪较轻的,对侦破重大案件起关键作用的,或者有重大立功表现的”,才可以减轻或者免除处罚。体现立法上严格适用的精神。传导到司法中,成为司法对特殊从宽情节严格适用的依据。

### (三) 现阶段不宜废除行贿罪的特殊从宽情节的理由

不难发现,特殊从宽情节是存是废,司法适用是宽是严,反映了对行贿罪惩治两种不

[8] 张明楷:《行贿罪的量刑》,《现代法学》2018年第3期,第109页。

[9] 参见张明楷:《刑法修正的原则与技术——兼论〈刑法修正案(十二)(草案)〉的完善》,《中国刑事法杂志》2023年第5期,第20页。

[10] 参见刘山焯:《解释论视角下的行贿罪特殊从宽处罚条款》,《社会科学》2020年第5期,第102页。

[11] 参见李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,《中国法学》2015年第1期,第13页。

[12] 参见周光权:《〈刑法修正案(九)〉(草案)的若干争议问题》,《法学杂志》2015年第5期,第81页。

同的刑事政策立场。形式上,无论是保留还是废除行贿罪特殊从宽情节,都能找到理论与实践依据的支撑。本文认为,尽管近年来废除行贿罪特殊从宽情节的呼声颇高。但废除说从一个极端走向另一个极端,并不可取,故不赞成在立法上取消行贿罪特殊从宽情节。

第一,改革需要循序渐进,不能绝对化。我国刑法对行贿罪特殊从宽情节的规定可以追溯到建国之初的 1952 年《中华人民共和国惩治贪污条例》第 6 条的规定。1979 年《刑法》尽管没有行贿罪特殊从宽的规定,但该法第 185 条第 3 款规定的行贿罪,仅处 3 年以下有期徒刑或者拘役,本身属于轻罪的范围,客观上没有必要规定特殊从宽情节。全国人大常委会 1988 年颁布的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中,规定行贿罪的法定最高刑上升至无期徒刑,同时明确规定:“行贿人在被追诉前,主动交代行贿行为的,可以减轻处罚,或者免于刑事处罚。”据介绍,之所以对行贿罪作这样的特殊规定,是因为“行贿人主动交代行贿行为必然同时检举受贿人的受贿行为。而揭发检举他人的犯罪行为,是立功表现之一。它对于分化瓦解贿赂犯罪分子具有重要意义”。<sup>[13]</sup> 1997 年修订刑法时,该规定得到了保留,规定在 1997 年《刑法》第 390 条第 2 款。2015 年《刑法修正案(九)》对该款作了修改,严格了宽免处罚的条件。2023 年《刑法修正案(十二)》考虑到贿赂犯罪案件查办特点和保证顺利查处贿赂犯罪的现实需要和整体效果,仍保留了原第 2 款从宽处罚规定作为第 3 款,只修改了个别表述。<sup>[14]</sup> 通过简要的回顾可以发现,行贿罪特殊从宽情节的规定,一是考虑贿赂犯罪的特点,追求分化瓦解贿赂犯罪的政策效果。二是为了保持立法的连续性。

第二,特殊从宽情节对于分化瓦解行贿受贿同盟的积极作用应当得到肯定。特殊从宽情节对分化瓦解贿赂犯罪分子到底有没有效果,难免言人言殊。但无论如何,贿赂犯罪确实是一种“无被害人的交易型‘密室犯罪’”。<sup>[15]</sup> 从目前办案的模式看,办案机关“在办理受贿案件的过程中,很多情况下要首先依赖于对行贿方面的突破,以行贿事实为证据来进一步查清受贿事实,这是办理大多数贿赂案件所采取的基本策略”。<sup>[16]</sup>

在办案模式没有得到转变的情况下,贸然废除行贿罪的特殊从宽情节,可能会造成不少贿赂案件难以被突破,影响到贿赂犯罪查处的整体质效。现阶段保留这一特殊从宽情节,对于激励行贿人主动交待行贿行为,进而突破贿赂犯罪案件具有一定的积极作用。无论是从刑法罪责刑相当的要求,还是从功利的刑事政策角度,这一激励都具有一定的合理性。实际上,《联合国反腐败公约》第 37 条也明确规定了污点证人宽免制度,要求各缔约国鼓励犯罪参与者提供有助于主管机关侦查和取证的信息,并对腐败犯罪侦查和起诉予以实质性配合的人,考虑减轻处罚或者不起诉。因此,这一激励与《联合国反腐败公约》

[13] 肖扬主编:《贿赂犯罪研究》,法律出版社 1994 年版,第 275 页。

[14] 参见张义健:《〈刑法修正案(十二)〉的理解与适用》,《法律适用》2024 年第 2 期,第 82 页。

[15] 赵军:《贿赂犯罪治理策略的定量研究》,《法学研究》2022 年第 6 期,第 152 页。

[16] 刘方著:《贪污贿赂犯罪的司法认定》,法律出版社 2016 年版,第 310 页。

的要求也是一致的。

第三,行贿罪特殊从宽情节与普通自首的从宽幅度已经大体接近。就立法而言,在《刑法修正案(九)》实施之前,由于特殊从宽情节适用条件宽泛,确实存在着行贿案件的刑事追诉数量较少、行贿犯罪人员适用免于刑事处罚和缓刑比例较高、适用重刑的比例很低的情况。<sup>[17]</sup>但是,在《刑法修正案(九)》对原行贿罪减免条款修改后,只有在犯罪较轻、对侦破重大案件起关键作用等情形下,追诉前主动交代行贿行为才有可能免除处罚,一般情况下被追诉前主动交待行为不再“免除处罚”,这实际上已经大大限缩了“免除处罚”的范围以及司法的裁量余地,并使得行贿罪特别自首与普通自首的从宽幅度大体接近,因此废除的必要性也就降低了。<sup>[18]</sup>

## 二 司法对行贿罪特殊从宽情节应持严格适用的立场

在肯定保留行贿罪特殊从宽情节的同时,本文并不赞成司法对特殊从宽情节宽和扩大适用的主张,认为这不具有正当性。相反,司法对行贿罪特殊从宽情节的适用应秉持严格适用的立场,避免不当适用带来对行贿罪惩治力度的消减。

### (一) 宽和扩大适用削减了行贿罪的惩治力度

#### 1. 宽和扩大适用不当影响了对行贿行为的惩处

2015年《刑法修正案(九)》出台之前,办案机关的重点是惩治受贿犯罪,为了获取受贿案件的证据,以对行贿犯罪从宽处理换取行贿者的证词。但这在一定程度上影响了对行贿罪的惩处。例如,2023年,全国纪检监察机关共立案行贿人员1.7万人,移送检察机关3389人。<sup>[19]</sup>根据《监察法》和《监察机关监督执法工作规定》,监察机关只有对涉嫌行贿犯罪的涉案人员才能进行立案调查。如此,2023年监察机关移送检察机关审查起诉数仅为立案数的20%左右,足见现阶段没有移送检察机关追究刑事责任的行贿案件比例仍然畸高。如果说,立案后有少量的行贿案本来不构成罪而撤案,或者犯罪较轻可以作宽免处理,均属正常。但如果70%-80%的行贿案件没有被移送追究刑事责任,就难说不是异常。可能的理由就是涉嫌犯罪的行贿人因为有配合情节,监察机关调查过程中就可以依据《刑法》第390条第3款特殊从宽条件,将行贿犯罪案件逆转为一般违法案件予以宽免处理。

实务中,行贿人即使被起诉并被定罪,实际处罚力度也不大。有学者曾经梳理行贿案的相关判决,在抓取的行贿犯罪生效判决中,普遍存在刑罚偏低、缓免刑适用率过高

[17] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法修正案(九)条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2016年版,第344页。

[18] 参见孙国祥:《“受贿行贿一起查”的规范化法治化路径》,《中国刑事法杂志》2023年第4期,第18页。

[19] 参见曹溢、陆丽环:《始终保持严的基调严的措施严的氛围——解读2023年全国纪检监察机关监督检查审查调查情况》,《中国纪检监察报》2024年1月26日第4版。

的现象。<sup>[20]</sup> 根据笔者对 2021 年裁判文书网公布的行贿案件的统计,一审判决中,缓刑率有所下降,但仍高达 65%。

可见,《刑法修正案(九)》虽然在立法上加大了对行贿犯罪的处罚力度,对行贿罪从宽处罚的条件进行了严格限制,除对侦破重大案件起关键作用等情形外,被追诉前主动交代行贿行为的不再“免除处罚”。<sup>[21]</sup> 但从实施的效果看,立法的从严规定被司法的从宽解释所消解。司法过程中,通过对相关限制性条件作扩大解释,导致立法从严处罚条件被架空或者虚置。宽和扩大适用特殊从宽情节,不但有违《刑法修正案(九)》加大行贿犯罪惩治力度的初衷,也是对特殊从宽条件的一种滥用。这也说明,立法机关早就认识到的对行贿犯罪仍存在着有案不立、起诉率低或者以党纪政纪处理代替对行贿犯罪的刑事处罚等问题和现象,<sup>[22]</sup> 在《刑法修正案(九)》实施以后之所以仍然久治难愈,很大的原因就是司法对特殊从宽情节扩大适用的惯性所致。

## 2. 宽和扩大适用特殊从宽情节具有明显的负面效应

不可否认,行贿罪特殊从宽情节的规定,具有鼓励行贿人主动交待行贿行为,分化瓦解贿赂犯罪分子的作用,<sup>[23]</sup> 从而实现揭露受贿行为的刑事政策意义。但凡事都有利有弊。也正是因为强调对受贿罪的惩处,对行贿行为网开一面,形成了明显的负面效应:一是淡化了对行贿行为危害性的认识。行贿人俨然成为贿赂案件的受害人。大多数情况下,行贿人不是受害人,而是“围猎者”,是贿赂犯罪的共同犯罪人,对腐败起着推波助澜的作用。从公平正义的角度,要求执法者对两者一视同仁。对行贿人的“无限宽宥”破坏了社会公平正义。<sup>[24]</sup> 二是行贿没有代价。对行贿者无原则底限的过度迁就,“甚至突破罪刑均衡的原则底线,就必然会导致整体上惩治贿赂犯罪不力,激励机制失灵,造成贿赂犯罪行为更加有恃无恐的后果”。<sup>[25]</sup> 对犯罪人而言,犯罪成本的降低必然会导致新的贿赂犯罪的发生,因为行为人在案发前往往存有侥幸心理,在案发后又可以通过坦白换取大幅度减刑,这是行贿受贿双方都乐意接受的。<sup>[26]</sup> 三是助长了司法实务中过分倚重口供等言词证据风气。腐败犯罪的查处,“办案机关应逐渐提高侦破能力,以改变目前侦破受贿犯罪主要依靠行贿人揭发的侦破模式”。<sup>[27]</sup> 从长远看,扩大特殊从宽情节适用消解了

[20] 参见张远煌、彭德才:《贪污贿赂犯罪特别从宽处罚制度价值分析——以司法机关办案数据为基础》,《河南大学学报(社会科学版)》2017年第1期,第85页。

[21] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉条文说明、立法理由和相关规定》,北京大学出版社2016年版,第345页。

[22] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉条文说明、立法理由和相关规定》,北京大学出版社2016年版,第350页。

[23] 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第1506页。

[24] 参见李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,《中国法学》2015年第1期,第11页。

[25] 张勇:《“行贿与受贿并重惩治”刑事政策的根据及模式》,《法学》2017年第12期,第60页。

[26] 参见程红、张弛:《行贿受贿“并重异刑”模式的提倡与展开——兼评〈刑法修正案(十二)〉的相关修改》,《河南财经政法大学学报》2024年第4期,第85页。

[27] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉条文说明、立法理由和相关规定》,北京大学出版社2016年版,第343页。

办案机关调查突破模式转型的动力。

## (二) 现阶段司法对行贿罪从宽量刑情节应从严掌握

### 1. 从严把握是“受贿行贿一起查”应有之义

随着反腐败斗争形势的变化,中央对反腐败作出了重大决策部署,重要内容之一就是推进“受贿行贿一起查”。中央纪委国家监委等部门联合印发的《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》明确,“多措并举提高打击行贿的精确性、有效性、推动实现腐败问题的标本兼治。”《刑法修正案(十二)》对行贿犯罪修改的重要内容之一,就是增设了行贿罪从重处罚的情节,反映了“《刑法修正案(十二)》对行贿犯罪整体从严的惩治立场,与坚持受贿行贿一起查的政策要求相一致”。<sup>[28]</sup>

刑法的适用,同样离不开刑事政策的指导,具体到刑法的解释,是宽是严,需要体现一定时期的刑事政策精神。最高人民法院明确提出准确适用《刑法修正案(十二)》,对行贿犯罪要始终坚持严的基调、严的措施、严的氛围。<sup>[29]</sup>在此背景下,仍坚持扩大适用行贿罪特殊从宽情节,多少也有点不合时宜。例如,将行贿人因交代犯罪事实而适用特殊从宽的时间节点延迟至侦查终结、采取强制措施或者审查起诉之前,势必会导致刑法条文对行贿犯罪的过度宽容,偏离了宽严相济刑事政策当严则严的基本要求。<sup>[30]</sup>换言之,“为了深入贯彻‘受贿行贿一起查’的刑事政策,司法对于特别自首的范围也需要严格限定。”<sup>[31]</sup>而对“被追诉前”这一概念作严格限定,从一个侧面反映了打击行贿犯罪刑事政策的理性转换。<sup>[32]</sup>

### 2. 从严适用体现了现行刑法规定的精神

如前所述,在高压惩治腐败犯罪的背景下,不仅要打击受贿犯罪,对行贿犯罪的治理也有很高的需求,要求从严适用行贿罪特殊从宽情节。反映在立法上就是《刑法修正案(九)》的修订。立法严格适用的规定,就是为了“纠正实践中出现的对行贿犯罪免于刑事处罚和缓刑比例过高等问题,切实加强对行贿犯罪的惩治力度”。<sup>[33]</sup>

可能存在的问题是,在有解释空间的情况下,司法适用如果作不利于被告人的限制解释,是否背离了刑法解释的基本原则。不利于被告的解释,只要符合刑法的目的性,在刑法规范涵义的射程之内,又符合一般公民的预期,就不能说是不当的、不合理的解释。而对被告人有利的解释,也需要符合法律的基本文义。例如,为了减免处罚,将“被追诉前”的时间节点滞后到起诉前,这就超越了刑法规范用语的可能含义,缺乏理据,背离了刑法

[28] 陈伟:《〈刑法修正案(十二)〉行贿犯罪的立法修订及其适用》,《法治研究》2024年第4期,第82页。

[29] 参见孙航:《“两高”联合发布依法惩治行贿犯罪典型案例》,《人民法院报》2024年3月29日第1版。

[30] 参见谢杰、陆裕著:《贪污贿赂犯罪十六讲》,法律出版社2019年版,第187页。

[31] 马春晓:《新时期行贿犯罪的治罪与治理——以〈刑法修正案(十二)〉为分析中心》,《苏州大学学报(法学版)》2024年第2期,第84页。

[32] 参见谢杰、陆裕著:《贪污贿赂犯罪十六讲》,法律出版社2019年版,第187页。

[33] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉条文说明、立法理由和相关规定》,北京大学出版社2016年版,第345页。

解释的法治原则。

### 3. 特殊从宽情节的适用必须满足为相关案件的查处提供实质性帮助的要求

特殊从宽情节是对行贿人实质性地为相关部门的调查、取证提供帮助的奖励。行贿人能否适用特殊从宽情节,关键看是否能够满足这一制度的功利目的。例如,将“被追诉前”滞后到检察机关提起公诉前之所以不合适,是因为提起公诉本身就是建立在事实清楚的基础上的,能够提起公诉,说明证据已经充分,行贿人的供述对相关犯罪的查处已经没有实质性的帮助,认定行贿人符合特殊从宽情节,显然缺乏依据。又如,行贿人主动交待行贿行为,通常理解为侦查机关掌握行贿犯罪事实前,行贿人主动交待行贿行为。实务界有观点认为,“主动”表现的是主观意愿,与侦查机关是否掌握行贿人涉嫌行贿犯罪事实无关,只要行贿人在追诉前能如实供述相关犯罪事实,即应认定为“主动交待”。<sup>[34]</sup> 如此解释只考虑了行贿人的主观意愿,没有考虑主动交待对相关案件查处提供的实质性帮助,无法体现特殊从宽情节应有的功利性。

## 三 特殊从宽情节的适用前提

刑事政策上严格行贿罪特殊从宽情节适用,必须在罪刑法定、罪刑相适应等原则的指导下,在司法过程中通过相关适用条件的细化才能实现。尤其是以下几个关键问题,需要进一步厘清。

### (一) 被追诉前的时间节点

#### 1. “被追诉前”应坚持理解为“立案前”

有学者主张,《刑法》第 390 条第 3 款规定的“被追诉前”应该理解为“检察机关提起公诉前”。因为如果将“被追诉前”理解为“立案前”,则过于严厉苛刻,有悖于立法精神,故认定为“提起公诉前”较为妥当。<sup>[35]</sup> 本文不赞成上述观点。“被追诉”指向的是司法机关依照法定程序追究犯罪人刑事责任的立案、侦查、起诉、审判等一系列司法活动,是一个过程性概念,而立案是其中的一个环节,是在发现了犯罪事实或犯罪嫌疑人的情况下启动的追诉程序,此时不可能再返回被追诉前的状态。将“被追诉前”界定为检察机关起诉前,则将追诉与起诉混同了。如果在侦查程序中行贿人没有主动交代行贿的犯罪行为,更不可能期待进入审查起诉阶段后有这样的主动性。所以这个时间点的选择不仅符合法律规定,而且有利于改变过去对行贿犯罪过于宽纵的思维惯性。所以,对“被追诉前”的理解,无论从文义理解还是根据相关司法解释,都应界定为在侦查机关对行贿人行贿行为刑事立案前。<sup>[36]</sup> 2012 年最高人民法院、最高人民检察院《关于办理行贿刑事案件具体应

[34] 参见刘山煽:《解释论视角下的行贿罪特殊从宽处罚条款》,《社会科学》2020 年第 5 期,第 107 页。

[35] 参见黄鹏飞、陈江海:《如何理解“被追诉前”的法定要件》,《检察日报》2000 年 11 月 20 日第 3 版。

[36] 参见全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《中华人民共和国刑法修正案(九)条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社 2016 年版,第 342 页。



用法律若干问题的解释》也明确规定,《刑法》第 390 条的“被追诉前”,是指检察机关对行贿人的行贿行为刑事立案前。

## 2. “被追诉前”应认定为监察机关“立案调查前”

在监察体制改革后,原职务犯罪案件转由监察机关立案调查,监察机关的立案调查是否属于“被追诉”,实务中有不同的理解。有观点认为,监察机关的立案调查不同于司法机关的刑事立案,因此,即使是监察机关对行贿人立案调查后交代行贿行为的,也应认定为“被追诉前主动交待”。例如,被告人李某为谋取不正当利益向国家工作人员行贿共计 183 万元。辩护人认为,李某在监察委立案调查后主动交待行贿事实,属于“被追诉前主动交待”,应适用特殊从宽情节予以减轻处罚。法院审理后采纳了辩护人的辩护意见,认定李某在监察机关立案后的交待对侦破重大案件起关键作用,依法可以减轻处罚,遂判处李某有期徒刑 2 年,缓刑 2 年。<sup>[37]</sup>

但同样的情况,也有判决做了相反的认定。比如在谭某行贿案中,被告人为谋取不正当利益给予国家工作人员人民币 100 万元,构成行贿罪。在案件审理过程中,辩护人提出,谭某在监察委员会调查期间即移送检察机关提起公诉前已如实供述了自己的罪行,属于可以从轻或者减轻处罚的情节。法院判决认为,谭某交待行贿犯罪事实是在监察机关立案调查并采取留置措施之后,且缺乏交待犯罪的主动性,不属于被追诉前主动交待行贿行为,不应从轻或减轻处罚。遂判决谭某犯行贿罪,判处有期徒刑 5 年,并处罚金人民币 20 万元。<sup>[38]</sup>

本文认为,在监察体制改革后,仍将“被追诉”理解为检察机关的立案追诉,怠忽了职务犯罪立案调查已经由监察机关负责而非由检察机关承担的现实。因行贿被监察机关立案调查即代表着被国家追诉。行贿人在监察机关立案调查并采取留置措施之后,交待行贿犯罪事实的,缺乏交代的主动性,不属于被追诉前主动交待行贿行为。因此,行贿犯罪“被追诉前”,应以监察机关是否立案为依据。

有观点担心,由于监察机关的立案标准远低于刑事立案标准,可能影响刑法激励功能的发挥,也有可能不利于提升被调查人主动交待的积极性。<sup>[39]</sup>这种担心是可以消除的。根据《监察法》第 39 条规定,对公职人员的立案,确实涵盖了职务违法和职务犯罪。不过,根据 2021 年国家监委《监察法实施条例》第 181 条的规定,监察机关对涉案人员的行贿立案的,无论是个人还是单位,都是建立在涉嫌行贿犯罪的基础上,并不包括一般违法行为。因此,也就没有必要区分所谓违法性立案和犯罪性立案。

## 3. 特殊从宽情节不同于自首

长期以来,实务界典型的观点认为,“符合《刑法》第 390 条第 2 款规定的‘行贿人在

[37] 参见安徽省霍邱县人民法院(2019)皖 1522 刑初 317 号刑事判决书。

[38] 参见青海省西宁市中级人民法院(2023)青 01 刑终 194 号刑事裁定书。

[39] 参见钱文杰:《入罪与定罪:行贿治理的困境及其消解》,《江苏警官学院学报》2023 年第 5 期,第 34 页。

被追诉前主动交待行贿行为’的情形,自然也符合《刑法》第 67 条的规定,构成自首。”<sup>[40]</sup> 本文认为,成立自首,犯罪分子需同时具备犯罪以后自动投案和如实供述自己的罪行两个条件。特殊从宽情节只需要在被追诉前主动交待行贿行为即可。行贿人投案后“如实供述自己的罪行”无疑是“主动交待行贿行为”的表现。因此,符合自首条件的行贿人必定符合行贿犯罪特殊从宽条款的要求。反之,由于不需要建立在自动投案的基础上,符合特定从宽情节的行贿人不一定符合自首的要求。可见,行贿案件中,行贿人主动交待行贿行为能够包容行贿人的自首。在行贿人同时符合自首和特殊从宽情节时,应选择对被告人有利的情节适用。

在实务中,不乏有将自首和特殊从宽作为两个情节同时认定适用的情况。例如,某甲被控涉嫌行贿罪。法院经审理后认定,某甲为谋取不正当利益,给予国家工作人员以财物,其行为已构成行贿罪;某甲行贿数额巨大,属情节严重,依法应处 5 年以上 10 年以下有期徒刑。某甲犯罪以后自动投案,如实供述自己的主要罪行,是自首,依法可以从轻或减轻处罚;某甲在被追诉前主动交待行贿行为,依法可以减轻处罚或者免除处罚。遂判决某甲犯行贿罪,判处有期徒刑 2 年 6 个月,缓刑 3 年。<sup>[41]</sup> 这显然是一种不当的重复评价。通常情况下,行贿人符合自首都可以直接适用《刑法》第 390 条第 3 款的规定,不需要认定为自首,更不能违反不得重复评价的原则,同时认定被追诉前主动交待行贿行为和自首。

## (二)“主动交待”的认定

### 1. 主动交待的认定不能虚置主动性

现阶段贿赂案件的查处由监察机关调查,大多数情况下,受贿人先被监察机关立案调查,在对国家工作人员受贿调查过程中,行贿人一开始可能作为证人配合调查,在这期间交待了行贿罪行的,能否作“被追诉前主动交待”来认定?适用《刑法》第 390 条第 3 款的重要条件之一是行贿人“主动交待”,但实务中,只要行贿人在纪检监察机关调查阶段交待了行贿事实,将来进入司法程序后都有被免除处罚的可能,至于是否“主动交待”,则属于司法机关灵活掌握的范畴。<sup>[42]</sup> 有论者提出,“被追诉前主动交待”是行贿罪特殊从宽处罚条款的入门条件,宜从宽把握,虚化处理,只要行贿人在被追诉前能如实供述相关行贿事实,就应当认定为“被追诉前主动交待”,便于对尽可能多的贿赂犯罪构建“囚徒困境”模式。<sup>[43]</sup> 还有学者主张,只要行贿人面对侦查、检察机关的讯问而作了如实回答,就应当认定为“主动交待行贿行为”。<sup>[44]</sup>

本文认为,“主动交待”的认定,需要符合刑法的基本规定和基本法理。“主动交待”之“主动”不能成为一个可有可无、灵活掌握的条件,其重点在于“主动性”。其一,行贿受

[40] 胡云腾等主编:《刑法罪名精释》(第五版),人民法院出版社 2022 年版,第 1462 页。

[41] 参见江苏省无锡市南长区人民法院(2014)南刑二初字第 0189 号刑事判决书。

[42] 参见李少平:《行贿犯罪执法困局及其对策》,《中国法学》2015 年第 1 期,第 19 页。

[43] 参见刘山焯:《解释论视角下的行贿罪特殊从宽处罚条款》,《社会科学》2020 年第 5 期,第 107 页。

[44] 参见张明楷著:《刑法学(上)》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 1623 页。

贿本是对合犯罪。如果受贿人已经供述了受贿事实,则已经能够作为证明行贿人成立贿赂犯罪的整局,后续立案调查中的承认不应属于主动交代。其二,既然行贿人已经受到监察机关讯问,那就是行贿人已经作为犯罪嫌疑人被立案调查,如实交待是其义务,处于一种被动交待的境地,将被迫“如实供述”认定为“主动交待行贿行为”,则完全虚置了交待之“主动性”,与刑法规定不符。

## 2. 行贿人作为证人配合受贿调查时,承认行贿事实应作为“主动交待”认定

现阶段贿赂案件的查处由监察机关负责,从类型化的角度,现阶段以下几种情况都可以认定为“主动交待”:

(1) 主动归案+如实交待。行贿人在尚未受到监察机关的调查谈话、讯问或者尚未采取留置措施前,主动归案并交待了行贿事实。

(2) 行贿调查在先+如实供述。监察机关发现国家工作人员有受贿嫌疑,在未立案的情况下,初查中先向行贿人进行调查取证,行贿人如实供述自己的行贿事实。

(3) 行贿人作为证人+如实作证。监察机关在办理受贿案件时,已经掌握了行贿人的行贿事实。一开始只是将行贿人作为证人,行贿人在配合作证时如实交待向他人行贿的事实,可以认定为“主动交待”。

前两种情况基本没有争议,但对于第三种情况,有判决作了明确的否定。例如,行贿人某甲,为谋取非法利益,向国家工作人员某乙行贿人民币 15 万元。在调查某乙受贿案件的过程中,监察机关找某甲调查,某甲交待了自己向某乙的行贿罪行。检察机关指控某甲构成行贿罪,被告人有坦白情节,可以从轻处罚。辩护人提出,被告人在被追诉前主动交待了行贿罪行,应当免除处罚。法院经审理认为,受贿人某乙交代收受某甲 15 万元后,某甲才供述行贿某乙 15 万元的事实,不属于主动交代行贿行为。<sup>[45]</sup> 有学者分析认为,“实践中,司法机关往往是对受贿犯罪进行立案,并因此查及相关行贿犯罪,行贿人在此期间交代问题,一般均是在‘行贿案立案’之前,都可以按规定从轻或减轻处理,不利于对行贿犯罪的打击。”<sup>[46]</sup> 本文认为,由于贿赂犯罪的特殊性,在大部分贿赂案件中,如果没有行贿人的积极配合,受贿人的单方面交待无法顺利移送起诉。通过适用特殊从宽情节,有助于鼓励行贿人提供受贿人受贿的证据,从而形成完整的受贿犯罪证据链。另外,虽然公民有如实作证的义务,但法律对证人消极不作证并没有强制性措施。因此,行贿人在作为证人作证的过程中承认行贿,具有一定的主动性,基本满足了为相关案件查处提供实质性帮助的要求。最高人民法院案例库选编的参考案例也肯定了这种情况下行贿人行为属于“主动交待”的观点。<sup>[47]</sup>

## 3. 因行贿被立案调查后,交待其他行贿罪行应认定为“主动交待”

行贿人因为行贿被立案调查,在调查中主动交待了办案机关尚未掌握的其他行贿罪

[45] 参见江苏省东海县人民法院(2015)连东刑初字第 155 号刑事判决书。

[46] 赵煜著:《惩治贪污贿赂犯罪实务指南》(第三版),法律出版社 2019 年版,第 661 页。

[47] 人民法院案例库:《袁某行贿案——配合检察机关调查他人受贿案件时,交代向他人行贿犯罪事实的,应当认定为被追诉前主动交代》,入库编号:2023-05-1-407-001。

行,对监察机关尚未掌握的其他行贿罪行,应属于主动交待。例如,甲因为行贿国家工作人员乙被采取留置措施,在留置调查期间,甲又主动交代了调查机关未掌握的向国家工作人员丙行贿的犯罪事实。根据甲的主动交代,纪检监察机关突破了丙的受贿案件。如果按照关于自首认定的司法解释,由于甲交代向丙行贿与办案机关掌握的向乙行贿是同种罪行,不构成自首。但按照《纪检监察机关处理主动投案问题的规定》第 7 条,纪检监察机关对有关人员进行初核谈话、审查调查谈话、讯问期间,或者采取留置措施后,有关人员主动交代纪检监察机关未掌握的本人涉嫌违纪或者职务违法、职务犯罪问题的,不认定为主动投案,但可以依规依纪依法从轻或者减轻处理。

本文认为,由于“被追诉前主动交待行贿行为”并不以“主动投案”为条件,结合交待办案机关尚未掌握的行贿罪行可以依法减轻处理的规定,宜将行贿人立案后主动交待行贿余罪的行为作为“被追诉前主动交待行贿行为”认定。进言之,是因为行贿人交待纪检监察机关未掌握的行贿行为,开启了一个新的追诉过程。同时,“被追诉前主动交待行贿行为”的主要意义是激励行贿人主动揭发受贿行为,减少贿赂犯罪的黑数,正如立法机关分析指出的,“由于贿赂犯罪隐蔽性很强,取证难度较大,行贿人主动交待行贿行为,实际上是对受贿人的揭发检举,属于立功表现。”<sup>[48]</sup>将交待同种行贿的行为认定为“被追诉前主动交待行贿行为”,与这一立法精神也是一致的。

#### 四 减免处罚情节的理解与适用

对于《刑法》第 390 条第 3 款中的“犯罪较轻”“对调查突破、侦破重大案件起关键作用”以及“重大立功表现”,司法适用中需要有一个正确的理解。

##### (一) 关于犯罪较轻

根据最高人民法院、最高人民检察院 2016 年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》(下称“《2016 年贪污贿赂解释》”)第 14 条规定,“根据行贿犯罪事实、情节,可能判处三年有期徒刑以下刑罚的,可以认定为刑法第三百九十条第二款规定的‘犯罪较轻’。”本来,这一规定是明确的,但有学者质疑《2016 年贪污贿赂解释》对“犯罪较轻”的解释,认为根据《刑法》第 67 条的规定,普通自首中“犯罪较轻者,可以免除处罚”;而符合行贿罪特殊从宽情节,犯罪较轻的,可以减轻或者免除处罚,从法律后果看,从宽的幅度还不如普通自首,不符合特殊从宽情节的刑事政策目的,因此,《刑法》第 390 条第 3 款中的“犯罪较轻”,应当宽于普通自首中的“犯罪较轻”。<sup>[49]</sup>应该说,这种分析有一定的道理。但如前所述,特殊从宽情节并不能简单地与普通自首类比。特殊从宽情节中,存在着一些并不符合自首的情况,成立的范围比自首认定宽。尽管自首和特殊从宽情节重合的情况下,通常适用特殊从宽情节。但如果行贿人既符合自首的条件,又属于“犯

[48] 王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由和相关规定》,北京大学出版社 2021 年版,第 1506 页。

[49] 参见张明楷:《行贿罪的量刑》,《现代法学》2018 年第 3 期,第 126 页。

罪较轻”,则选择对被告人有利的条款,例外不适用行贿罪特殊从宽情节,而直接适用《刑法》第67条自首的规定,没有必要放宽“犯罪较轻”的认定范围。

## (二)关于对调查突破、侦破重大案件起关键作用

### 1. 调查突破

调查突破是指监察机关调查贿赂案件的过程中,客观上存在着障碍,根据行贿人主动交待,打开了缺口,案件的调查得以顺利进行。这主要是指对受贿人受贿案的突破。例如,吴某涉嫌受贿被监察机关留置,但吴某一开始仅承认收受他人红包累计10万余元,其他问题拒不交代。行贿人陈某主动到监察机关交代了向吴某行贿的事实。根据陈某的交代,吴某收受陈某及其他行贿人巨额贿赂的事实得以证实。基于陈某在该案件中所发挥的关键作用,监察机关对其予以从宽处理。<sup>[50]</sup>

应当强调,行贿人与受贿人存在着对合型的共同犯罪关系,受贿人受贿事实本身就是行贿行为的一个组成部分,因此,行贿人的主动揭发并非立功,不能按照立功的标准去作判断,<sup>[51]</sup>但从立法规定的从宽效果看,与立功无异,这也是“被追诉前主动交待行贿行为”之所以比一般自首更宽的原因。

### 2. 重大案件

相比于最高人民法院1998年《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》(下称“《1998年自首和立功解释》”)第7条第2款中规定的“重大犯罪”“重大案件”“重大犯罪嫌疑人”的标准,《2016年贪污贿赂解释》对《刑法》第390条的“重大案件”的解释扩大了“重大案件”的范围。而且,“可能判处十年有期徒刑以上刑罚”,是指在不具有法定减轻处罚情节的情况下,受贿人的受贿对应的法定刑应该是10年以上有期徒刑,即使案件破获后,由于受贿人有法定减轻处罚情节,被判处了10年以下有期徒刑,也不影响该案件系“重大案件”。<sup>[52]</sup>例如,行贿人甲向国家工作人员乙行贿数额达到判处10年以上有期徒刑的标准,调查中甲主动交代了乙受贿的犯罪事实,由于乙归案后有重大立功表现,最终被判处8年有期徒刑,但这并不影响对甲的检举揭发属于侦破重大案件的认定。

本文认为,对《2016年贪污贿赂解释》“重大案件”的规定,仍需要一定的限缩。

第一,行贿人主动交待的行贿行为,受贿人通常应该判处10年以下有期徒刑,但因为有降额提档的情节,实际判处了10年以上有期徒刑。如果该情节是案发后的情节,与行贿人的交待无关,对行贿人而言,主动交待的不应属于“重大案件”。例如,行贿人甲交待了向国家工作人员乙行贿200万元的事实。乙的受贿行为通常是10年以下有期徒刑,但案发后,乙拒不交待赃款赃物的去向或者拒不配合追缴工作,被降额提档判处10年有期

[50] 参见薛鹏:《深入推进受贿行贿一起查》,《中国纪检监察报》2023年12月21日第4版。

[51] 《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第7条规定,“因行贿人在被追诉前主动交待行贿行为而破获相关受贿案件的,对行贿人不适用刑法第六十八条立功的规定”。

[52] 尽管《2016年贪污贿赂解释》已经降低了“重大案件”的认定标准,但仍有学者认为不够,“既然司法统计将5年以上有期徒刑作为重刑,那么,也可以将重大案件的标准降低至已经或者可能被判处5年有期徒刑以上刑罚的案件。”参见张明楷:《行贿罪的量刑》,《现代法学》2018年第3期,第127页。

徒刑。甲的交待不应属于“重大案件”。

第二,行贿人主动交待的线索不属于重大案件的线索,该线索对重大案件的突破也不具有关键作用。例如,行贿人甲主动交待了国家工作人员乙收受 50 万元的事实,在监委调查过程中,乙主动交待了其收受他人 300 万元的受贿事实,甲主动交待 50 万元的事实与乙主动交待受贿 300 万元的事实没有直接的联系,尽管乙可能判处 10 年有期徒刑以上的刑罚,也不能认定甲的主动交待突破了“重大案件”。

第三,可能判处 10 年以上有期徒刑不是指所适用的法定刑幅度的最高刑,而是指根据具体案情,受贿人可以判处 10 年以上有期徒刑。有学者认为,只要对有责的不法行为所适用的法定最高刑是 10 年有期徒刑及以上刑罚的,就符合“重大案件”的认定标准。<sup>[53]</sup> 这种观点并不妥当。按照这种观点,行贿人主动交待行贿 20 万元以上,就可以认定为“重大案件”,使得绝大部分的主动交待行为都可以认定为“重大案件”,从而行贿人获得减轻或者免除处罚的机会,这不但有违立法和司法解释关于“重大案件”的标准,也与国民一般理解的“重大案件”相去甚远。

### 3. 关键作用

《2016 年贪污贿赂解释》规定了可以认定为“对侦破重大案件起关键作用”的四种情形,其中,主动交待办案机关未掌握的重大案件线索的;主动交待行贿事实,对于重大案件的证据收集有重要作用的;主动交待行贿事实,对于重大案件的追逃、追赃有重要作用的这几种情况比较容易掌握。但对于交待的不属于重大案件的线索,但该线索对于重大案件侦破有重要作用的情况,判断则比较灵活。有观点指出,“由于‘调查突破’的含义较之‘侦破’要宽泛,故而虽然在侦查中获得的线索,且该线索并非使案件得以侦破的直接线索,但只要该线索对案件调查突破具有重要作用,就应当认定为‘对调查突破重大案件起关键作用’。”<sup>[54]</sup> 这有一定的道理。因为关键作用具有裁量性,实务中应从严把握,不能泛化,只有当案件突破遇到障碍,行贿人提供的该线索,使得受贿人相关防线崩溃,对突破案件具有了决定性作用,才能认定为“对调查突破重大案件起关键作用”。

需要指出的是,行贿人在被追诉前主动交待行贿行为,对调查突破、侦破相关案件起到了关键作用,但并非重大案件的,对此,尽管不能直接适用“可以减轻或者免除处罚”的规定,但也应该在“可以从轻或者减轻处罚”的幅度内作为酌定情节予以考量。

### (三) 关于重大立功表现

第一,该款规定的“重大立功”不包括行贿人检举揭发受贿人收受自己行贿的犯罪事实。如果是检举揭发受贿人收受行贿人自己行贿的财物,属于前述对调查突破、侦破重大案件起关键作用的情况,不属于立功,但可以作为一个酌定从宽处罚的情节考虑。例如,曾在全社会引起广泛关注的吴某集资诈骗案,吴某因为集资诈骗而被一审法院判处死刑,

[53] 参见张明楷著:《刑法学》(第六版),法律出版社 2021 年版,第 1624 页。

[54] 彭文华:《〈刑法修正案(十二)〉视角下贿赂犯罪的罪刑关系及其司法适用》,《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期,第 134 页。

上诉期间,吴某的辩护律师在量刑辩护中提出,吴某有重大立功表现。吴某检举揭发了他人的犯罪行为,已经查证属实。二审法院审理后认为,吴某检举揭发他人受贿的事实均是源自其本人为获取非法利益而向他人行贿,所以应当认定为坦白交代而非立功,最终维持原判。最高人民法院在死刑复核后作出不核准死刑发回重审的裁定,该裁定指出:“被告人吴某集资诈骗数额特别巨大,给受害人造成重大损失,同时严重破坏了国家金融管理秩序,危害特别严重,应依法惩处。吴某归案后,如实供述所犯罪行,并供述了其贿赂多名公务人员的事实,综合全案考虑,对吴某判处死刑,可不立即执行。”<sup>[55]</sup> 该案再审判决认为,鉴于吴某归案后如实供述所犯罪行,并主动供述其贿赂多名公务人员的事实,其中已查证属实并追究刑事责任的有三人,综合考虑,对吴某判处死刑,可不予立即执行,遂改判吴某犯集资诈骗罪,判处死刑,缓期两年执行。<sup>[56]</sup> 可见,尽管最高人民法院不核准死刑的裁定以及再审判决未将吴某供述贿赂多名公务人员的事实作为立功认定,但作为其判处死刑不立即执行的重要考量情节。

第二,重大立功的标准不同于重大案件。《1998年自首和立功解释》中对重大立功的认定标准是否适用于《刑法》第390条第3款中的“重大立功”,对此,理论界认识不一。持肯定说的学者认为,虽然《2016年贪污贿赂解释》将《刑法》第390条第3款“重大案件”的标准降低为10年有期徒刑以上的刑罚,但并不意味着降低了“重大立功”的认定标准。“重大立功”的标准仍需沿用《1998年自首和立功解释》。<sup>[57]</sup> 相反的观点认为,《刑法》第390条第3款中的“重大立功表现”宜做扩大解释,与“重大案件”的解释一致,被检举、揭发的犯罪嫌疑人、被告人可能被判处10年以上有期徒刑以上刑罚的,即应认定为“重大立功表现”。<sup>[58]</sup>

本文认为,上述肯定说观点是正确的。与调查突破、侦破“重大案件”不同,行贿人在追诉前主动交待行贿行为,对侦破重大案件起关键作用,说明“重大案件”与行贿人的行贿案件有密切关系(这可以从《2016年贪污贿赂解释》列举的“对侦破重大案件起关键作用”的四种情形得到印证)。行贿人与受贿人本是利益共同体,放宽“重大案件”的认定标准,可以最大程度地发挥分化瓦解攻守同盟的作用。而对于《刑法》第390条第3款中的“重大立功表现”,立法机关在相关解读中说明,“这里所说的‘重大立功表现’,是指《刑法》第78条所列的重大立功表现之一。”<sup>[59]</sup> 也就是说,《刑法》第390条第3款中的“重大立功表现”,既可以是受贿人受贿犯罪以外的“重大犯罪”(如受贿人实施重大贪污犯罪),也可以是涉及第三人的“重大犯罪”,还可以是与犯罪没有直接联系的其他对国家与社会有重大贡献的行为。由于该立功本来就符合《刑法》第68条重大立功的规定,刑法将行贿罪特殊从宽情节与重大立功规定在一起,两个法定从宽情节

[55] 张先明:《最高人民法院未核准吴英死刑》,《人民法院报》2012年4月21日第1版。

[56] 参见浙江省高级人民法院(2012)浙刑二重字第1号刑事判决书。

[57] 参见赵秉志:《论行贿罪从宽处罚制度的司法适用》,《人民检察》2016年第12-13期,第55页。

[58] 参见刘山焯:《解释论视角下的行贿罪特殊从宽处罚条款》,《社会科学》2020年第5期,第109页。

[59] 全国人大常委会法制工作委员会刑法室编:《〈中华人民共和国刑法修正案(九)〉条文说明、立法理由和相关规定》,北京大学出版社2016年版,第342页。

合并一起,具体从宽的幅度把握上应该比单一情节更宽的处理,充分体现两个法定从宽情节对量刑的影响。<sup>[60]</sup>

第三,行贿人在被追诉前主动交待行贿行为,同时具有一般立功的,应作为两个从宽量刑情节考虑。根据 2012 年《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》的规定,“行贿人揭发受贿人与其行贿无关的其他犯罪行为,查证属实的,依照刑法第六十八条关于立功的规定,可以从轻、减轻或者免除处罚。”如前所述,《刑法修正案(九)》已经将行贿罪特殊从宽情节与重大立功合并在一起考虑,就不需要将重大立功作为单独的从宽情节。值得注意的是,行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的同时,具有一般立功表现,例如,行贿人甲主动交待了向国家工作人员乙行贿行为,同时还揭发了乙挪用公款 100 万元供个人使用的犯罪,经查证属实。此种情况应如何处理?第一,应肯定行贿人甲的揭发行为只成立一般立功,不能直接适用“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为,有重大立功表现的,可以减轻或者免除处罚”的规定。第二,仍应按照上述司法解释的规定,将其作为两个同向(从宽情节)情节综合考虑。由于“行贿人在被追诉前主动交待行贿行为”和一般“立功”在刑法上都属于“可以从轻或者减轻处罚”的情节,同向相加后可以优先考虑适用减轻处罚。

## 五 结 语

受贿行贿虽然是对合犯,但两罪的危害程度存在一定的差异。在“受贿行贿一起查”和从严惩治行贿犯罪的背景下,一方面,仍有必要继续保留行贿罪的特殊从宽情节,通过“囚徒困境”以提高对贿赂犯罪的惩治效能。另一方面,需要防止宽和扩大化解释导致特殊从宽情节成为行贿犯罪不当出罪或者减免罪责的通道。对行贿罪特殊从宽情节应采严格适用立场。当然,严格适用并非脱离法律规定的限制适用,而是在法律规定的范围内,严格掌握特殊从宽情节的适用条件,回归刑法设定该情节的初衷,将是否为相关案件的查处提供实质性帮助作为适用特殊从宽情节的关键条件,该用则用,该宽则宽,严宽有度。从长远看,立法对行贿罪特殊从宽情节的设置可以进一步优化,将其修正为一个类似于坦白,从宽幅度比自首低比坦白适当高一些的特殊量刑情节。因非本文主旨,在此不赘。

[本文为作者主持的 2020 年度国家社会科学基金项目“监察法与刑法衔接问题研究”(20BFX056)的研究成果。]

[60] 理论上观点认为,行贿人同时符合自首和重大立功的,应当排除行贿罪特别宽免情节的适用,根据《刑法》第 68 条第 2 款对行贿人作出减免处罚。因为《刑法》第 68 条第 2 款属于“应当”型减免条款,而《刑法》第 390 条第 2 款属于“可以”型减免条款,根据有利于被告人原则,应当适用前者。参见谢杰、陆裕著:《贪污贿赂犯罪十六讲》,法律出版社 2019 年版,第 186 页。这种观点可能没有注意到 2011 年《刑法修正案(八)》已经删除了《刑法》第 68 条第 2 款“犯罪后自首又有重大立功表现的,应当减轻或者免除处罚”的规定。



---

---

## Research on the Special Mitigating Circumstances of Bribery Crimes

[Abstract] Article 390 Paragraph 3 of the Criminal Law stipulates that: “A briber who voluntarily confesses to his or her conduct of offering bribes before being prosecuted may be given a lighter or mitigated punishment. If the crime is relatively minor, and the briber plays a crucial role in the breakthrough made during investigation or uncovering of a major case or has any major meritorious performance, the briber may be given a mitigated punishment or be exempt from punishment.” This provision is referred to as the provision on special mitigating circumstances for the crime of bribery. There have always been controversies regarding the legitimacy and abolition of special mitigating circumstances, resulting in two different positions on judicial application: expansion and restriction. The former believes that due to the strong secretive characteristic of the crime and the difficulty in obtaining evidence, the special mitigating circumstances of bribery crimes should be expanded in scope and the extent of leniency should be increased. The latter believes that the role of special leniency should not be overestimated. Over the years, leniency towards bribe-givers has not produced the effect of curbing bribery crimes. On the contrary, excessive leniency towards bribery crimes may encourage bribe-givers to find ways to “hunt” public officials. This article argues that expanding the application of special mitigating circumstances for bribery crimes has significant negative effects. It not only reduces public awareness of the harmfulness of bribery but also excessively accommodates bribers without principle or bottom line. The reduction of criminal costs will inevitably lead to the increase in bribery crimes, and may also promote the trend of excessive reliance on oral evidence such as confessions in judicial practice. However, there is no legal basis for excessively limiting the application of these circumstances. Judicial organs should adopt a strict application stance towards special mitigating circumstances. Strict application does not mean restricting the application. Rather, it means that judicial organs should return to the original intention of criminal law to establish this circumstance, and take whether special mitigating circumstances can substantively assist the investigation and handling of relevant cases as a key condition for their application and interpret the relevant conditions of application plainly, so that they are applied where applicable and in a justifiable manner. Among them, “before being prosecuted” should be understood as “before a case is filed for investigation by a supervisory authority”; “voluntary confession” should reflect the briber’s initiative in the confession; and “breakthrough made during investigation” should refer to the decisive role played by the briber’s active confession in the breakthrough in the investigation of the case. In cases where special mitigating circumstances exist, the magnitude of leniency should be considered comprehensively to avoid arbitrariness.

---

---

(责任编辑: 贾元)