

doi: 10.15936/j.cnki.1008-3758.2020.02.010

论政府采购领域中的腐败犯罪风险与消减思路

——以“长春长生生物疫苗”事件为切入点

刘 圃 君，曹 富 国

(中央财经大学 财政税务学院，北京 102206)

摘 要：现阶段，我国政府采购领域中腐败犯罪的惩防困境主要表现为前端防范机制缺位与后端刑事制裁不足两个方面。就前者而言，国外政府采购领域中扮演关键角色的资格取消机制，在我国呈现出长期缺位的状态，失信黑名单制度与行贿犯罪档案查询制度难以全面取代资格取消机制的功能和价值；就后者而言，在“重受贿轻行贿”的惯性思维影响下，刑事打击重心偏移，行贿犯罪并未得到应有的重视。因此，我国政府采购领域中腐败犯罪的惩防机制有待更新。实现资格取消机制的中国化构建，应当秉承“治病救人”的基本理念，围绕适用条件、适用期限与解除路径思考资格取消机制的体系化通路；转变刑事司法固有思维，坚持并贯彻“惩办行贿犯罪与受贿犯罪并重”的刑事政策，强化后端刑事制裁力度，与前端防范机制共同作用，从而实现消减政府采购领域腐败犯罪的最终目的。

关 键 词： 政府采购；腐败犯罪；资格取消制；刑事政策

中图分类号： DF 636 **文献标志码：** A **文章编号：** 1008-3758(2020)02-0074-09

A Research on the Risk of Crime of Corruption in the Field of Government Procurement and Methods of Reduction

—— Taking the “Changchun Changsheng Biology Vaccine Incident” as an Example

LIU Pu-jun, CAO Fu-guo
(School of Public Finance and Tax, Central University of Finance and Economics, Beijing 102206, China)

Abstract: Currently, the dilemma facing the Chinese government’s prevention and punishment of crime of corruption in the field of government procurement is mainly reflected as lack of the front-end prevention mechanism and lack of the back-end criminal sanction. In terms of lack of the front-end prevention mechanism, the disqualification mechanism, which plays a key role in foreign public procurement, has been absent in China for a long time. The blacklist of dishonesty and the inquiry system of bribery crime archives are difficult to replace the function and value of the disqualification mechanism completely. In terms of the back-end criminal sanction, affected by the inertial thinking of “overemphasis on bribe-receiving and underemphasis on bribe-offering,” China’s criminal punishment focus has been deviated, resulting in failure of crime of bribe-offering to gain adequate

attention. Therefore, the punishment and prevention mechanism against crime of corruption in the field of China's government procurement is calling for update. To realize localization of the disqualification mechanism in China, the Chinese government should adhere to the basic concept of "treat and save people" and think about institutionalization of the disqualification mechanism revolving around application conditions, application terms and elimination paths. At the same time, the stereotyped thinking of criminal justice should be changed to adherence to and implementation of the criminal policy of "punishing the crime of bribe-receiving and the crime of bribe-offering." The back-end criminal sanction should be intensified to jointly play a role with the front-end criminal sanction system. All this will realize the ultimate goal of reducing crime of corruption in the field of government procurement.

Key words: government procurement; crime of corruption; disqualification; criminal policies

近年来,随着我国公共采购制度的发展完善,公共采购规模逐年放大,在此背景下,公共采购领域暗藏的巨大利益,使腐败犯罪越来越多地侵入其中,政府公信力遭到破坏。“毒疫苗”事件的爆发,不但揭露了药品生产端的药品安全问题,同时也暴露了在药品流通端的腐败犯罪问题,长春长生生物科技有限公司(以下简称“长生生物”)所涉的“12起贿案”使我国公共采购领域中的腐败犯罪风险再度引发社会各界的关注。因此,正视我国公共采购领域中腐败犯罪风险,反思现行惩防机制的困境与短板,积极借鉴国外有益经验,结合我国实际情况,思考消减我国政府领域中腐败犯罪的可行性路径意义重大。

一、我国公共采购领域中的腐败犯罪风险

“毒疫苗”事件仿佛一颗炸弹,在盛夏之时引爆了现实社会与网络社会,在药品安全问题得以暴露的同时,一场由药品采购领域延伸至公共采购全领域的腐败犯罪风险反思也在如火如荼地进行。

1. 从药品采购领域到公共采购领域:“毒疫苗”事件的视觉延伸

“毒疫苗”事件引发的不仅仅是社会各界对于药品安全问题的大讨论,在“毒疫苗”流向市场的关键环节——药品采购环节,腐败犯罪的身影频现,成为“毒疫苗”加速泛滥的助推者,我国公共采购领域的腐败犯罪问题也随之由幕后走向前台。在“毒疫苗”事件中,媒体对药品采购领域中的腐

败犯罪问题有敏锐的捕捉。据媒体爆出,早在2003年起,长生生物的多个疫苗产品就不断卷入行贿案件之中,行贿对象多达21人^[1]。笔者利用裁判文书网与北大法宝司法案例检索平台,以“长春长生”“长生生物”“长生公司”等关键词进行检索,将重复检索结果筛选剔除后,发现近年来长生生物涉及贿赂犯罪共12起,其中2016—2018年11起,2007年1起。纵观长生生物所涉“12起贿案”,不难发现其中规律性:第一,在“12起贿案”中,行贿主体不仅包括长生生物本公司员工,还包括长生生物的代理经销商;第二,行贿对象较为固定,多为防疫部门官员、工作人员或公立医院负责采购工作的医生;第三,行贿行为持续时间长,有的甚至持续数年;第四,单笔涉案金额不高,以“细水长流”为主要表现;第五,行贿行为以回扣款为主要方式。可见,“毒疫苗”之所以能够泛滥市场,其原因在于长生生物打通了“毒疫苗”从生产端流入市场端的关键环节——药品采购环节,“毒疫苗”由此堂而皇之地成为卫生防疫站、公立医院的“座上宾”,危害性得以放大。

2. 公共采购领域腐败犯罪风险初探:“12起贿案”引发的思考

在“毒疫苗”事件中,长生生物所涉的“12起贿案”揭开了药品采购领域的“遮羞布”,在此背景下,审视公共采购全领域中腐败犯罪风险正当时。

(1) 公共采购领域中腐败犯罪的整体表现

论及公共采购领域中腐败犯罪的整体表现,首先应当明确何谓“公共采购”。一般而言,公共采购是指政府部门、事业单位、公共组织以及非营利的国有企业,按照法律规定的方法和流程购买

货物、工程和服务的行为。从公共采购的采购主体角度看,一方面,公共采购有别于政府采购,二者系包含与被包含的关系,很多学者在学术论著中将公共采购与政府采购等同看待、混淆使用是不合适的;另一方面,尽管公共采购的采购主体形式多样,但是可以看出,民营企业甚至众多营利性国有企业都并非是发起公共采购活动的适格主体,公共采购的采购主体与贪污贿赂犯罪的犯罪主体或对象具有很大程度的重叠性,也是腐败犯罪之所以能够在公共采购领域快速滋生蔓延的重要原因。

从整体上看,我国公共采购领域中腐败犯罪的案件数量与我国公共采购规模的逐年发展呈现出正相关的态势,寻求有效途径治理公共采购领域腐败犯罪的需求十分迫切。作为公共采购的主要领域之一,我国政府采购的规模足以反映出我国公共采购总体规模之庞大。从我国政府采购规模的逐年发展看,体量大与稳增长是其主旋律,以2010—2017年间为例,我国政府采购规模年均增长率为21.32%,2017年我国政府采购规模已超3万亿元,见图1。

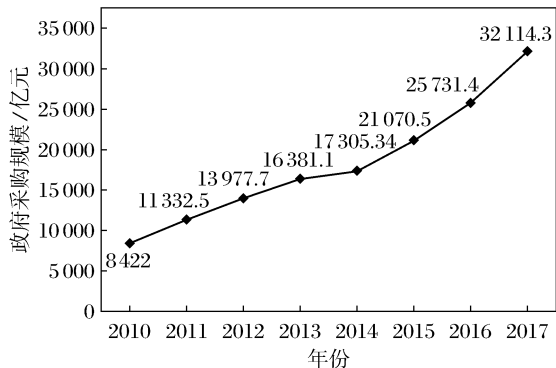


图1 2011—2017年全国政府采购规模趋势图

庞大的数量规模与逐年递增的发展态势意味着公共采购领域蕴含的巨大商机,由此也使得公共采购领域极易沦为腐败犯罪的高发地。笔者将“政府采购”设定为关键字在北大法宝司法案例检索平台进行检索,通过对刑事案例的筛选发现,在贪污贿赂犯罪项下共有2671件刑事案例与政府采购相关联,其中自2010年始,2010—2017年案件数量分别为36件、48件、85件、169件、552件、414件、857件与658件,见图2。

从两个图不难发现,在2010—2017年间,随着我国政府采购规模的逐年扩大,我国政府采购领域贪污贿赂犯罪的案件数量也呈现出整体增长态势。更为明显的是,2014—2017年政府采购规

模持续高速增长,与此相对应,2014—2017年政府采购领域贪污贿赂犯罪的案件数量也较2010—2013年陡然增加,2016年更是达到峰值857件,超过2013年(2010—2013年峰值年份)案件数量的五倍之多。由此可见,我国公共采购领域中腐败犯罪的高发趋势已经形成,其案件数量的增长与公共采购规模的扩张存在正相关性,这意味着现有公共采购领域腐败犯罪的惩防机制存在弊端,在后端刑事制裁手段外思考公共采购领域腐败犯罪的前端预防机制迫在眉睫。

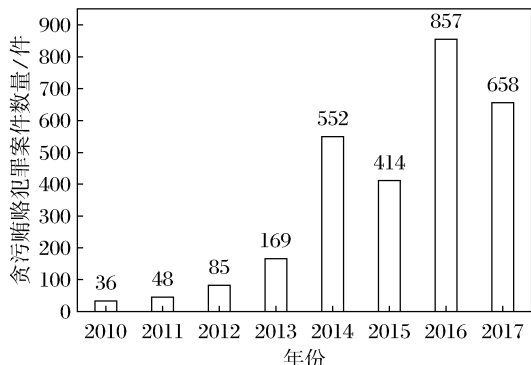


图2 2010—2017年全国政府采购领域贪污贿赂犯罪趋势图

(2) 公共采购领域中腐败犯罪的易发环节

在公共采购领域中,政府采购具有典型性,因此笔者拟以政府采购为例进行探讨。从腐败犯罪滋生环节角度看,腐败犯罪在政府采购程序的多个环节均有不同程度的渗入。具体而言,首先是需求确认环节,供应商可以通过利益输送换取排他性地位,从而取得中标候选人资格。其次是采购方式选择环节,供应商、采购方、监管方相互串通的情况时有发生。其中利益输送是三者之间得以紧密关联的纽带,从而规避公开招标,以不公开招标的方式达到特定供应商中标的目的。再次是评标定标环节,供应商可以通过利益输送影响评标专家的最终打分结果,从而取得中标候选人资格。最后是履约验收环节。在履约验收环节,腐败犯罪较为常见的表现是供应商向采购方输送利益,从而使采购方在采购合同履行环节降低验收标准,以次充好、以劣充优、滥竽充数的情况也就并不鲜见了^[2]。可以看出,腐败犯罪风险贯穿于政府采购程序的多个环节,一方面反映出腐败犯罪在政府采购乃至公共采购领域表现出的无孔不入的发展态势,另一方面也反映出在我国行政与刑事二元政策视角下,行之有效的腐败犯罪惩防机制仍有待探索,对于我国公共采购领

域中腐败犯罪有效消减路径的思考,需求尤为迫切。

二、我国公共采购领域中腐败犯罪的惩防短板

在“毒疫苗”事件中,长生生物腐败犯罪频发的背后折射出的现实问题是,我国公共采购领域中的腐败犯罪惩防机制依然存在明显短板:一方面,我国公共采购领域缺乏良好的前端预防屏障,腐败犯罪以较低的成本就可以实现对于我国公共采购领域的直接侵入;另一方面,面对公共采购领域腐败犯罪复杂多样的罪情变化,“重受贿轻行贿”的惯性思维有待彻底移除。

1. 前端预防机制的失灵:专门性资格取消制度的缺位

长期以来,失信黑名单制度与行贿犯罪档案查询制度在我国公共采购尤其是政府采购领域充当了供应商准入门槛的“客串”角色,我国公共采购领域对于具有专门性、科学性资格取消机制的需求是相当迫切的。

(1) 国外的经验:国外公共采购领域中的资格取消机制

以国际视角观察,无论是发达国家抑或是发展中国家,反腐败机制的构建无疑均占据了个国家立法建设的最为核心的位置,而作为腐败犯罪的重灾区,公共采购领域反腐败机制的构建无疑是重中之重,在此背景下,资格取消机制应运而生,逐步发展成为被世界各国政府广为接受的用于预防公共采购领域腐败犯罪的重要机制,扮演着“关键先生”的角色。

资格取消机制(disqualification)是国外公共采购领域中针对腐败犯罪而创设的专门性预防机制,即通过预设适用条件,附期限的取消不合格供应商的公共采购参与资格,而重新获取公共采购参与资格需要资格取消期限的届满或其他解除条件的成就。“资格取消机制”仅是本文为简化表述而使用的统一称谓,事实上,在不同国家中资格取消机制的称谓是不尽相同的,尽管在这些称谓的背后所包含的实质内容并无明显差异。

世界各国对资格取消机制的适用条件可以归纳为以下三种类型:第一,如果供应商存在曾经违反法律、道德以及反腐败规则的情形,那么应当适用资格取消机制将其参与公共采购的资格取消;

第二,如果在特定的公共采购程序中,供应商违反了该公共采购程序的规则,那么应当适用资格取消机制将其继续参与该公共采购程序的资格取消;第三,如果供应商存在曾经违反公共采购规则的情形,那么应当适用资格取消机制将其未来参与公共采购的资格取消^[8]。对于上述三种类型的资格取消机制,在世界银行的相关规则中均有规定,而在英国与欧盟的相关规则中,第一种类型的资格取消机制是二者的共同选择,美国相关规则中的资格取消机制则是采用了上述第一种与第三种类型。

世界各国对于资格取消机制的规定大同小异,具有很大的相似性,英国《公共合同法 2015》(The Public Contracts Regulations 2015)第 57 条的规定十分具有代表性,因此,笔者拟以“排除理由”(exclusion grounds)为例介绍国外公共采购领域资格取消机制的基本内容与构架。在英国《公共合同法 2015》中,“排除理由”部分的规定大体可以分为五个方面内容。第一部分为“强制排除”(mandatory exclusions)。在该部分中,《公共合同法 2015》将腐败犯罪、诈骗犯罪、盗窃犯罪、恐怖主义犯罪、毒品犯罪等犯罪作为强制排除的具体事项予以列举,由此可见,强制排除的事项通常是具有刑事违法性的犯罪行为。此外,在第一部分中,同时规定了未缴纳税款的强制排除规则适用条件,以及适用强制排除的例外情形,强制排除规则由此丰富而饱满。第二部分为“酌定排除”(discretionary exclusions),与强制排除不同,酌定排除的事项并非具有刑事违法性的犯罪行为,而通常是违反道德行为或者违反合同义务行为,例如,《公共合同法 2015》第 57 条(8)规定,“缔约当局可以将任何经营者排除在参与采购程序之外:(a)……(d)如果缔约当局有充分合理的迹象表明经营者已与其他经营者签订了旨在扭曲竞争的协议;……”。第三部分为“程序中排除”(exclusion during procedure),在该部分中,程序中即指公共采购程序中,程序中排除的事项同样可以分为强制排除与酌定排除两种情况,具体情形与第一部分、第二部分中规定情形并无差异。第四部分为“排除期限”(duration of exclusion),在该部分中,英国《公共合同法 2015》针对强制排除与酌定排除分别设置了排除期限,其中强制排除的排除期限为 5 年,而酌定排除的排除期限为 3 年,至于排除期限的起始时间,对于前者而言,

起始时间为定罪之日,对于后者而言,起始时间则为相关事项发生之日。第五部分为“自查整改”(self-cleaning),在该部分中,英国《公共合同法2015》为经营者在排除期限外,另行设置了排除理由消除的程序,《公共合同法2015》第57条(13)规定:“处于第(1)或(8)款所述情况之一的任何经营者可提供证据,证明经营者采取的措施足以证明其可靠性,尽管存在相关排除理由”。同时,第57条(14)规定:“如果缔约当局认为此类证据足够充分,则不应将有关经营者排除在采购程序之外”。而在第57条(15)中,《公共合同法2015》列举了经营者需要证明满足自查整改条件的具体内容,包括“(a)就刑事犯罪或不当行为所造成的损害而支付或承担赔偿责任;(b)通过与调查当局的积极合作,全面澄清事实和情况;(c)采取适当的技术、组织以及人事措施,以防止进一步的刑事犯罪或不当行为”。

由此可见,英国《公共合同法2015》第57条,即“排除理由”部分(资格取消机制)的规定具有鲜明的特点与条理。首先,英国资格取消机制将资格取消理由区分为强制排除与酌定排除,二者之间以行为是否具有犯罪性为划分界限,从而实现了对具有不同危害性行为的差异性对待。其次,英国资格取消机制将公共采购程序以程序前与程序中进行划分,对不同程序环节下资格取消机制的适用办法进行了分别规定,增加了资格取消机制的明确性与可操作性。再次,在对具有不同危害性行为予以差异性对待的基础上,针对犯罪性排除行为与非犯罪性排除行为,分别设置不同的资格取消期限,使得资格取消期限的设置更具科学性。最后,自查整改程序的提出,为经营者提供了通过资格取消期限届满而被动获取资格的途径之外,又一个通过自查整改程序获取公共采购程序参与资格的途径,从“治病救人”角度,英国资格取消机制的合理性突显。

(2) 既有的探索:由失信黑名单制度到行贿犯罪档案查询制度

面对腐败犯罪的猖獗,为了实现市场交易的公平性,我国政府机构与刑事司法机关分别从各自角度,对腐败犯罪的预防机制展开了积极探索,收获了诸多有益经验。

从政府机构的既有探索角度。我国政府机构对于腐败犯罪的防范机制探索主要表现为自上而下地全面推行失信黑名单制度。失信黑名单制度

是我国社会信用体系建设中的重要环节,国务院《关于建立完善守信联合激励和失信联合惩戒制度加快推进社会诚信建设的指导意见》明确指出,不断完善诚信典型“红名单”制度和严重失信主体“黑名单”制度,依法依规规范各领域红黑名单产生和发布行为,建立健全退出机制。对于失信黑名单榜上有名的单位或个人,社会力量将会进行联合惩戒^[4]。不仅如此,国家层面对社会信用体系建设也带动并促进了各省市地区失信黑名单制度实施细则的出台。以温州市为例,《温州市社会组织失信黑名单管理办法(试行)》(以下简称“办法”)的发布首开地方细则之先河。在“办法”中,失信行为被细化为严重失信行为与一般失信行为,前者被进而列举为21种具体情形,后者则被进而列举为13种具体情形。“办法”对严重失信行为与一般失信行为分别设置了不同的惩戒措施与退出条件,更具科学性与可操作性,使失信黑名单制度的效能得到了真正释放。

从刑事司法的既有探索角度。2013年2月6日《最高人民检察院行贿犯罪档案查询工作的规定》颁布实施,在遏制腐败犯罪方面,尤其在政府采购、工程建设、公共资源领域的腐败犯罪预防方面发挥了积极作用^[5]。与其他国家相比,我国行贿犯罪档案查询制度所发挥的功能与资格取消机制十分相似。就制度创设的初衷而言,二者均是为了阻隔腐败犯罪对于市场公平交易秩序的侵扰而构建,我国行贿犯罪档案查询制度虽然并非专门为公共采购领域而构建,但公共采购领域显然是其重点关注的领域之一。如此一来,行贿犯罪档案查询制度实质上已经充当了资格取消机制的角色。因此,从公共采购领域腐败犯罪的前端防范角度,行贿犯罪档案查询制度可以被看做是我国司法机关面对日益猖獗的腐败犯罪作出的积极回应,是具有“检察建议”性质的腐败犯罪预防机制。在我国公共采购领域资格取消机制整体性缺位的背景下,行贿犯罪档案查询制度的创设在一定程度上填补了我国腐败犯罪前端防范的短板,为我国公共采购领域资格取消机制的中国化构建积累了诸多有益经验。

(3) 仍有的缺憾:我国公共采购领域适用现有制度的困境表现

与国外公共采购领域广泛适用的资格取消机制相比,我国行政管理角度现有的失信黑名单制度与刑事司法角度现有的行贿犯罪档案查询制度

仍存在诸多难以适用于公共采购领域的困境表现。

一是失信黑名单制度的仍有缺憾。我国现有失信黑名单制度处于中央文件缺乏顶层设计,地方文件缺乏统一性的状态,以致失信黑名单制度适用于公共采购领域障碍重重。

从中央层面的失信黑名单制度角度。中央层面的现有文件多以原则性、指导性内容为主,侧重于强调失信黑名单制度的重要价值与意义,而对于失信黑名单制度的具体内容现有文件鲜有涉足,顶层设计的缺陷直接造成的结果是地方细则呈现出“各自为政”的状态,“同事不同罚”在不同地方细则中并不鲜见。从地方层面的失信黑名单制度角度。地方层面的现有文件对失信黑名单制度的规定在不同地区差异性较大^[6],例如,同为市级地方细则的《温州市社会组织失信黑名单管理办法(试行)》与《郑州市社会组织黑名单和异常名录管理办法》,二者仅在“失信”的范围设置方面就差异显著。在温州市出台的地方细则中,失信黑名单中的“失信”由严重失信行为与一般失信行为组成,前者涉及21项内容,登记管理机关发现并核实社会组织具有一次严重失信行为,即可将其纳入失信黑名单,后者则涉及13项内容,相比之下,一般失信行为的要求相对宽松,登记管理机关发现并核实社会组织具有三次一般失信行为,才可将其纳入失信黑名单。郑州市在失信黑名单之外,另行设置了社会组织异常名录,前者黑名单亦不区分严重失信行为与一般失信行为,其范围也压缩至11项内容,后者社会组织异常名录则包括异常一般名录与异常永久名录,分别对应不同的整改和移出条件。然而不难发现的问题是,不同地方细则对于公共采购资格取消条件的规定相去甚远,同一家供应商在此地区属于合格供应商,在彼地区却被排除在公共采购合格供应商范围之外,显然不具有科学性与合理性。总而言之,无论从中央层面抑或者地方层面,现有失信黑名单制度本身缺陷甚多,适用于公共采购领域更是存在诸多困难,体系化思考我国公共采购领域腐败犯罪的前端预防机制势在必行。

二是行贿犯罪档案查询制度的仍有缺憾。行贿犯罪档案查询制度适用于我国公共采购领域并非无可挑剔,与资格取消机制相比,仍有诸多缺憾之处有待完善。一方面,查询强制力角度。在我国行贿犯罪档案查询制度中,人民检察院所扮演

的角色通常是行贿犯罪档案库的建立者、行贿犯罪档案查询申请的受理者以及行贿犯罪档案查询结果的提供者,而对于查询程序的启动事由、查询主体的具体范围、查询结果的适用与否却存在较大的随意性^[7],缺乏强制力的保障。构建行贿犯罪档案查询制度的本质目的是为了在腐败犯罪发生的前端设置屏障,从而实现对于腐败犯罪的有效预防,如果不赋予行贿犯罪档案查询以强制力,行贿犯罪档案查询制度的前端屏障性功能恐怕难以得到有效发挥。另一方面,查询期限角度。《最高人民检察院关于行贿犯罪档案查询工作的规定》第23条规定:“行贿犯罪信息的查询期限为10年。”这意味着,无论犯罪人因行贿犯罪被判处何种刑罚,对该犯罪人的行贿犯罪档案查询期限均为10年。也就是说,犯罪人因行贿犯罪被判处3年有期徒刑和被判处10年有期徒刑,从行贿犯罪档案查询期限角度看效果是等同的,犯罪人因行贿犯罪被判处拘役和被判处有期徒刑,从行贿犯罪档案查询期限角度看效果也是等同的,这显然忽视了不同案情下,行贿犯罪危害性的起伏变化,由此引发的针对犯罪人的过度评价风险应当予以重视。

2. 后端制裁力度与准度的不足:刑事政策更迭中的思维惯性与认识偏差

在当前反腐败刑事政策下,刑事司法的观念更新依然滞后于刑事政策的更迭变化。在司法实践中,司法人员对于传统刑事政策的固守依然存在,其中,较为突出的问题是在“重受贿轻行贿”惯性思维影响下,行贿犯罪的打击效果不尽如人意。

(1) 更迭发展:从“惩办与宽大相结合”到“零容忍”的刑事政策演变

纵观我国反腐败刑事政策的更迭发展,从“惩办与宽大相结合”到“宽严相济”再到“零容忍”是整体的发展趋势^[8]。“惩办与宽大相结合”是新中国建立初期至1979年刑法颁布前实施的刑事政策,而“宽严相济”刑事政策则在2006年10月中共中央十六届六中全会通过的《关于构建社会主义和谐社会若干重大问题的决定》中明确提出。有学者提出,“宽严相济”的刑事政策是对“惩办与宽大相结合”的刑事政策的继承与发扬^[9]。事实上,“宽严相济”的刑事政策与“惩办与宽大相结合”的刑事政策的差异性十分明显。相比较而言,在“惩办”与“宽大”之间,“宽严相济”的刑事政策更为强调“宽大”,而“惩办与宽大相结合”的刑事

政策则将重心放在了“惩办”上^[10]。

进入2013年以来,面对反腐败犯罪的严峻形势,“零容忍”刑事政策成为我国“反腐败风暴”背后的重要政策背景。与“宽严相济”刑事政策相比,在“宽”与“严”的选择中,“零容忍”刑事政策完全侧重于“严”,“老虎苍蝇一起打”是“零容忍”刑事政策的通俗诠释,这意味着反腐败没有特权与死角^[11]。尽管如此,在“零容忍”刑事政策的高压态势下,行贿犯罪的惩治问题依然值得警惕,刑事司法对于行贿犯罪的惩办思维依然受到传统行贿犯罪刑事政策的影响,在反腐败工作中暴露出刑事打击重心偏移的现实问题。

(2)现实问题:“重受贿轻行贿”惯性思维下的刑事打击重心偏移

当前,“零容忍”的高压反腐败态势已经形成,行贿犯罪的刑事政策已经由“重受贿轻行贿”转变为“惩办行贿与惩办受贿并重”,与之相印证,《刑法修正案(九)》对于刑法第164条对非国家工作人员行贿罪、第390条行贿罪进行了修改,行贿犯罪的刑事责任得到进一步强化。然而,刑事司法的思维转变与刑事政策的转向步调通常难以保持一致,刑事司法所固有的惯性思维使其滞后性的主要来源。有学者对2000—2014年人民检察院查办行贿犯罪数据进行定量分析,得出结论可以清晰地反映出刑事司法在数次刑事政策更迭中所体现出来的滞后性。根据该学者统计,自2008—2014年七年间,人民检察院查办行贿犯罪人数占全年查办各类职务犯罪人数的百分比除2013年与2014年分别达到10.75%与14.20%外,始终保持10%以下份额,反观同期受贿犯罪人数占全年查办各类职务犯罪人数的百分比,却高达约25.06%的份额^[12]。通过对数据的比较,行贿犯罪占据较低的份额恰恰是“重受贿轻行贿”的刑事政策惯性思维犹存的有力证明。显而易见的是,在“重受贿轻行贿”惯性思维影响下,刑事打击的重心势必发生偏移,“惩办行贿与惩办受贿并重”的刑事政策尽管极具科学性,但却并未得到有效的贯彻与落实,惩治行贿犯罪的高压态势恐难全面形成。

三、我国公共采购领域中 腐败犯罪的消减思路

针对我国公共采购领域中腐败犯罪的惩防短

板,通过中国化的资格取消机制构建,完善针对公共采购领域腐败犯罪的前端防范屏障,通过转变刑事司法的惯性思维,调整刑事司法的工作侧重,强化针对公共采购领域腐败犯罪的后端刑事制裁,从而实现消减公共采购领域腐败犯罪的最终目的。

1. 前端防范机制的构建:资格取消机制的中国化思路

国外公共采购领域中的资格取消机制相比我国失信黑名单制度与行贿犯罪档案查询制度,在公共采购领域拥有更强的针对性和可适用性,而实现资格取消机制的我国本土化,最为恰当的思路是以我国现有失信黑名单制度与行贿犯罪档案查询制度为基础,结合国外资格取消机制的有益经验以及我国公共采购领域的实际情况,增加资格取消机制在我国公共采购领域中的可适用性与可操作性。

(1)资格取消机制的基本理念:“治病救人”而非“一处了之”

纵观我国现有腐败犯罪前端预防机制,与国外资格取消制度相比,从制度的构建理念角度,存在一定程度的差异性。不可否认的是,我国现有腐败犯罪前端预防机制仍然或多或少地存在“要么好同志,要么阶下囚”的观念偏差,预防腐败犯罪的手段过于严苛、僵化,“治病救人”基本方针并未在我国腐败犯罪前端预防机制中得到良好体现。

笔者认为,“惩前毖后、治病救人”的基本方针应当作为我国公共采购领域中资格取消机制构建的基本理念得到坚持,“一处了之”的观念应当予以摒弃。具体而言,“惩前毖后、治病救人”不仅是中国共产党处理违反党纪行为所秉承的基本方针,从预防腐败犯罪角度强调“惩前毖后、治病救人”同样具有重要的意义与价值。构建我国公共采购领域中的资格取消机制,不仅要实现其腐败犯罪的前端预防功能,还应当为“问题企业”指出一条通过自查整改、合规发展而完成涅槃的通路。笔者认为,所谓“治病救人”,应当将“救”作为制度设计的根本目的看待,“治”仅是“救”的手段与途径,而非根本目的,简单僵化地将“问题企业”排除在公共采购的范围之外,从犯罪预防的成本与收益角度,其中的科学性与合理性恐怕有待商榷。

(2)资格取消机制的构建思路:以适用条件、适用期限、解除路径为侧重的展开

构建我国公共采购领域中的资格取消机制,

既意味着应当摆脱现有机制的零散状态,在我国创设一套独立、完整、体系化的公共采购领域资格取消机制,同时也应当注意不能够脱离我国现有预防腐败犯罪的机制基础。笔者认为,我国公共采购领域资格取消机制构建的整体思路应当包含两方面内容:一方面,对于现有失信黑名单制度与行贿犯罪档案查询制度的调整与完善,赋予其适用于公共采购领域更多的科学性与合理性;另一方面,贯彻“治病救人”的基本理念,引入合规激励机制,从而使资格取消机制的腐败犯罪前端预防功能得到充分发挥。结合国外有益经验与我国既有探索,我国公共采购领域中的资格取消机制应当围绕以下三个方面为重点展开:适用条件、适用期限以及解除路径。

就适用条件而言,笔者认为,我国公共采购领域中资格取消机制的适用条件应当包括两个方面内容,一方面是犯罪行为,另一方面是失信行为,犯罪行为兹不赘述,而失信行为则需要进一步考虑其具体指向。在现有行政政策法规中,对于涉及公共采购领域的失信行为规定较为冗杂,笔者认为,可以采用类似刑法分则空白罪状的立法模式,直接将需要参照的法律法规条文予以列举,例如直接援引《中华人民共和国政府采购法》第七十二条、第七十七条,以及《中华人民共和国政府采购法实施条例》第七十二条、第七十四条列举的政府采购领域中较为典型的失信行为。

就适用期限而言,笔者认为,应当针对犯罪行为与失信行为分别设置资格取消机制的适用期限,从而实现行为危害性与适用期限的科学化匹配。从犯罪行为角度,应当参考我国刑法关于追诉时效的规定,分档、分段划分资格取消机制的适用期限。从犯罪行为角度考虑适用期限的划分,侧重点在于行为危害性与资格取消机制适用期间的长短相适应,对于具有较高危害性的犯罪行为,则应当对应较长的适用期限,反之则应当对应较短的适用期限。从失信行为角度,失信行为并不具有犯罪性,因此,可以考虑不必采用类似犯罪行为的分档、分段划分资格取消机制的适用期限的做法,而采用一档期限即可。

就解除路径而言,笔者认为,资格取消机制中的解除路径主要涉及解除条件的设定,根据犯罪行为与失信行为两种截然不同的适用条件,应当相应地设置不同的解除条件与之对应。例如针对因犯罪行为所引发的资格取消后果,可以参考英

国《公共合同法 2015》的规定将解除条件设置为“针对犯罪行为所造成的损害后果支付或承担赔偿责任”,针对因失信行为所引发的资格取消后果,可以将解除条件设置为“针对失信行为全面澄清事实与情况并防止失信行为的再次发生”。解除路径与企业内部合规计划的构建关系紧密,在事后赔偿与减轻责任、解除制裁方面,二者所表现出的因果关系值得重视。因此,在设置解除条件之外,还应当综合考虑解除路径与企业自身合规计划的有效衔接,注重评估审查机制的全面引入,用以考核企业的自查整改效果与所构建的合规计划的有效性。

2. 后端刑事制裁的强化:刑事司法的思维转变与重点切换

消除公共采购领域中腐败犯罪风险,务必要转变“重受贿轻行贿”的传统观念,补齐行贿犯罪的打击短板,打破行贿犯罪与受贿犯罪的制裁顺位关系,坚持倡导并持续贯彻“惩办行贿与惩办受贿并重”的刑事政策。

(1) 从对向犯理论看行贿与受贿并重惩办的合理性

从我国刑法分则条文的实然规定看,行贿犯罪与受贿犯罪分别规定于两个相互独立的罪名当中,无论定罪抑或量刑似乎并无过多“瓜葛”。然而,从传统刑法理论角度看却远非如此。就本质而言,抛开刑法分则的具体罪名不谈,行贿犯罪与受贿犯罪原本属于典型的共同犯罪,这意味着,对于行贿犯罪与受贿犯罪的定罪量刑,如果没有刑法分则的具体罪名可以依照,也可以通过共同犯罪理论加以实现^[13],进一步而言,在以行贿犯罪与受贿犯罪构筑的共同犯罪中,二者具有对应关系,亦即对向犯关系。所谓对向犯是指“以存在二人以上相互对向的行为为要件的犯罪”^[14]。在对向犯关系中,相对应存在的行贿犯罪与受贿犯罪的关系是平等且协调的,这就要求刑事立法与司法应当将行贿犯罪与受贿犯罪的惩办置于并重的地位。就刑事立法而言,应当注重行贿犯罪与受贿犯罪构成要件、刑罚量的对应性与协调性,《刑法修正案九》强化了行贿犯罪的惩罚力度正是体现了行贿犯罪与受贿犯罪之间的对向犯关系^[15];就刑事司法而言,提升行贿犯罪的打击顺位,扭转“重受贿轻行贿”的传统观念是当务之急的工作,“惩办行贿与惩办受贿并重”的刑事政策应当得到坚持倡导并持续贯彻。

(2) 从“囚徒困境”理论看行贿与受贿并重惩办的必要性

同一共犯关系下的行贿行为与受贿行为具有隐匿性,通常被冠以“密室交易”之名,行贿人与受贿人之间也因此极易形成同盟关系,打击贿赂犯罪的难度由此大幅提升^[16]。如此一来,有效破解行贿人与受贿人之间所形成的同盟关系成为打击贿赂犯罪的难点所在。以经济学的视角观察,尽管行贿人与受贿人之间存在“共进共退”的同盟关系,但是二者同样可以被置于“囚徒困境”之中。“囚徒困境”是博弈论非零和博弈的经典例子,根据“囚徒困境”的假设,两名因共同犯罪入狱的囚徒将面临三种选择:如果双方均缄口沉默,那么结果是每个人将获刑一年;如果两名囚徒中一人揭发而另一人沉默,则揭发者将仅获刑半年而沉默者将获刑十年;如果两名囚徒互相揭发则均将获刑五年。在“囚徒困境”理论看来,处于困境中的囚徒,为了博取个体利益的最大化,最有可能做出的选择是互相揭发对方,而非缄口沉默,以规避个体风险。通过对“囚徒困境”的简要概述不难发现的是,破解行贿人与受贿人之间的同盟关系重点在于将二者置于“囚徒困境”之中,迫使双方陷入相互背叛的状态,揭发彼此的犯罪行为,以换取从轻或者减轻处罚机会。行贿与受贿并重惩办的必要性正源自于此,这就要求我国刑事立法与司法为行贿犯罪与受贿犯罪提供平等进入“囚徒困境”场景的机会,摒弃偏重一方而弱化另一方的打击策略,方能充分发挥刑事制裁价值,有效消减公共采购领域腐败犯罪风险。

参考文献:

[1] 该! 公安机关对长春长生生物立案调查,涉案公司董事长

和 4 名高管被依法审查[EB/OL]. [2019 - 02 - 10].
https://www.sohu.com/a/242902096_355570.

[2] 政府采购的腐败风险与防治策略(上)[EB/OL]. [2019 - 03 - 10]. http://news.hexun.com/2015 - 11 - 12/180531605.html.

[3] Williams-Elegbe S. Fighting Corruption in Public Procurement[M]. Portland: Hart Publishing Ltd., 2012:31 - 33.

[4] 发改委就信用红黑名单制度征求意见: 将统一认定标准[EB/OL]. [2019 - 03 - 05]. http://www.myzaker.com/article/5924bb6a1bc8e0401300000a/.

[5] 冯艺. 政府采购成全国行贿犯罪档案查询制度主推领域[N]. 中国政府采购报, 2013 - 07 - 19(1).

[6] 王义. 推进社会组织失信“黑名单”制度建设的路径分析[J]. 大连干部学刊, 2017(4):51 - 54.

[7] 卞建林,白思敏. 行贿犯罪档案查询的制度完善[J]. 人民检察, 2015(1):60 - 62.

[8] 郭立军,阮建华. 论我国反腐败刑事政策[J]. 北京政法职业学院学报, 2015(4):59 - 65.

[9] 罗猛. 论反腐败的刑事政策体系[J]. 中国刑事法杂志, 2013(6):16 - 24.

[10] 黄京平. “宽严相济”刑事政策的时代含义及实现方式[J]. 法学杂志, 2006(1):10 - 12.

[11] 孙道翠. 论“零容忍”反腐作为具体刑事政策及其展开[J]. 河南师范大学学报(哲学社会科学版), 2015,42(5): 65 - 70.

[12] 高诚刚. 实证研究视角下“行贿从轻”的实效[J]. 政治与法律, 2016(5):48 - 60.

[13] 刘仁文. 惩办行贿与惩办受贿应并重[N]. 人民法院报, 2018 - 07 - 18(6).

[14] 张明楷. 刑法学[M]. 北京:法律出版社, 2016:386.

[15] 王新. 贿赂犯罪不完全对向性的研判[J]. 湖北社会科学, 2015(7):147 - 152.

[16] 张勇. “行贿与受贿并重惩治”刑事政策的根据及模式[J]. 法学, 2017(12):52 - 62.

(责任编辑:王 薇)