

行贿罪从重处罚情节的规范适用

——兼论个罪从重处罚情节的功能定位

姜 涛

内容提要:《刑法修正案(十二)》对行贿罪增加了七种从重处罚情节,以加大对行贿罪的惩治力度。如果将七种从重处罚情节理解为量刑情节,会造成《贪污案件解释》与《刑法修正案(十二)》之间的司法适用冲突。刑法总则中的从重处罚是指在法定刑限度内选择较重刑罚或较长刑期,而刑法分则中的个罪从重处罚情节,不仅是确定个罪之犯罪构成的补充性标准,而且是确定个罪的法定刑幅度后选择较重刑罚或较长刑期的依据,两者不能等同视之。在定罪层面,在基本型犯罪构成不充足的情况下,从重处罚情节应当作为补充型构成要件;在基本型犯罪构成充足的情况下,从重处罚情节应当作为加重型构成要件。在量刑层面,在基本型犯罪构成或加重型犯罪构成充足的情况下,从重处罚情节属于量刑规则。立足于禁止重复评价原则,从重处罚情节在同一案件中不能既作为构成要件,又作为量刑规则。

关键词:行贿罪 从重处罚情节 定罪情节 犯罪构成 重复评价原则

姜涛,华东政法大学刑事法学院教授。

《刑法》第390条的行贿罪规定了三档法定刑,分别对应行贿罪的基本型犯罪构成、情节严重型加重犯罪构成与情节特别严重型加重犯罪构成(下文将两者统称为“加重型犯罪构成”)。《刑法修正案(十二)》对行贿罪规定了七种从重处罚情节,这与最高人民法院、最高人民检察院2016年4月《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“《贪污案件解释》”)中作为行贿罪之犯罪构成的定罪情节之间具有一定重合之处,两者都包括“将违法所得用于行贿的”“向多人行贿”“向司法工作人员行贿”等情节。《贪污案件解释》明确了基本型犯罪构成与加重型犯罪构成的“入罪数额打折”模式,形成了“数额较大+情节严重”型基本犯与“数额巨大+情节特别严重”型加重犯标准。《刑法修正案(十二)》对行贿罪的修正,为我们重新审视定罪情节与量刑情节之间的关系

提供了非常难得的适例。从法教义学上,在《刑法修正案(十二)》增设七种从重量刑情节后,应当如何把握其与行贿罪的犯罪构成之间的关系,存在一些理论与实践困惑,例如能否继续沿用《贪污案件解释》对行贿罪规定的“入罪数额打折”模式等,对此需要从理论上予以回应,并提出合理的解决方案。

一 行贿罪七种量刑情节的适用困境

《贪污案件解释》对行贿、受贿等犯罪首创“入罪数额打折”模式,以严密贿赂犯罪的刑事法网。《刑法修正案(十二)》新增七种从重处罚情节之立法目的,在于加大对行贿犯罪的惩罚力度,如果仅将其理解为纯粹的量刑情节,则会造成《贪污案件解释》与《刑法修正案(十二)》之间的司法适用冲突。

(一)《贪污案件解释》的“入罪数额打折”模式

《刑法修正案(九)》对贪污罪、受贿罪采取数额及情节的基本犯与加重犯标准。以受贿罪为例,《贪污案件解释》第 1 条对受贿罪的基本犯采取择一标准,即受贿数额达到三万元,或者受贿数额在一万元以上不满三万元,但具有三种从重处罚情节的,可见,司法解释采取“数额为主、情节辅助”的入罪与量刑标准。将具有特殊从重处罚情节与受贿所得数额关联起来,对入罪数额进行打折,是司法解释之能动性的体现,^[1]也是对刑法“入罪数额打折”模式的延续。这令司法解释与刑法典之间的关系变得更为复杂。

情节有定罪情节与量刑情节之分,这种区分只是学理上的分类,而刑法分则规定的具体从重处罚情节可以同时作为定罪情节与量刑情节,即在基本型犯罪构成不充足的情况下属于定罪情节,在基本型犯罪构成充足的情况下属于量刑情节。以索贿为例,《刑法》第 386 条规定:“索贿的从重处罚。”这一规定基本上能与受贿罪定罪与量刑标准之间保持协调性。依据 1997 年《刑法》第 383 条的规定,个人受贿数额不满五千元,情节较重的,处二年以下有期徒刑或者拘役。这里的“情节较重”是一种基本犯标准,包括多次索贿。《刑法修正案(九)》明确了“数额+情节”的二元处罚标准,犯罪数额和犯罪情节都是受贿罪独立的入罪与量刑加重标准。如多次索贿仍可以成为定罪情节或量刑加重标准。《贪污案件解释》是对刑法修正案的明确化,该司法解释第 1 条将“多次索贿”作为“入罪数额打折”的依据,这一从重处罚情节关系到受贿罪基本犯、加重犯等的认定:第一,在受贿金额不足三万元的情况下,如有多次索贿情节,可以认定为受贿罪的基本犯。第二,在受贿金额没有达到二十万元的情况下,如有多次索贿情节的,则认定为受贿罪的情节严重型加重犯,需要在上一格法定刑(三至十年有期徒刑)幅度内量刑。在受贿金额没有达到三百万元的情况下,如有多次索贿情节的,则认定为受贿罪的情节特别严重型加重犯,需要在更上一格法定刑(十年以上有期徒刑、无期徒刑或死刑)幅度内量刑。第三,在受

[1] 这类司法解释较为常见,如 2013 年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理敲诈勒索刑事案件适用法律若干问题的解释》第 2 条,2023 年《最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部关于办理醉酒危险驾驶机动车刑事案件的指导意见》第 10 条、第 12 条等。

贿金额充足受贿罪的基本犯和加重犯的情况下,需要依据《刑法》第386条对受贿从重处罚的规定,此时多次受贿又属于量刑情节。《贪污案件解释》将“多次受贿”作为入罪的数额打折标准,具有降格入罪和升格法定刑的功能。由此带来的问题是,“受贿”与“多次受贿”之间的关系到底是什么?有实务界人士指出:“与单纯收受贿赂相比,受贿表明行为人的主观恶性较深,所以,受贿本身就是一个法定的从重量刑情节。而在多次受贿情形下,即使受贿未到达数额较大标准,但因多次受贿导致的行为不法与责任程度均明显增大,有必要将其认定为情节较重而论以受贿罪。所以,多次受贿可以成为受贿罪的定罪情节加以考量。”〔2〕笔者同意这一分析结论,对其论证理由补充如下:从文义解释角度,受贿与多次受贿的含义并不完全相同,即行为次数是个罪之保护法益侵害及其程度判断的重要指标;具言之,去除受贿金额的因素,多次受贿通常比一次受贿更值得加重处罚,理由在于多次受贿是对受贿罪的保护法益的持续性侵害,且行为次数的增加亦体现行为人的社会危险性程度升高,故具有多次受贿情节的,可以降低受贿罪的犯罪数额标准要求。

(二)《刑法修正案(十二)》与《贪污案件解释》之间存在司法适用冲突

如果将《刑法修正案(十二)》对行贿罪规定的七种从重处罚情节解释为量刑情节,使其丧失了降格入罪和升格法定刑的功能,则会产生限缩行贿罪的处罚范围及处罚轻缓化的后果。这与《贪污案件解释》的规定之间存在冲突,会导致行贿罪在司法适用中出现“不严不厉”现象。

第一,无法通过入罪数额打折实现行贿罪基本犯的认定。从严惩治行贿犯罪首先是严密刑事法网,这意味着行贿罪之犯罪圈的适度扩大。如,对于多次行贿金额达到两万元的行为,《贪污案件解释》第7条明确规定了“向三人以上行贿的”“向司法工作人员行贿,影响司法公正的”等六种情形的,行贿数额在一万元以上三万元以下的仍可认定为行贿罪的基本犯。但是,在《刑法修正案(十二)》把多次行贿作为从重量刑情节后,意味着不能进行入罪数额打折,多次行贿金额没有达到三万元的基本犯标准则一律不成立行贿罪,这会导致法网不严密问题,且出现行贿罪之犯罪构成中的“唯数额”倾向,严重背离了从严惩治行贿犯罪的立法目的。

第二,无法通过入罪数额打折实现行贿罪加重犯的认定。如,多次行贿金额达到三万元的基本犯标准,但是没有达到“情节严重”“情节特别严重”的加重犯标准,只能在“三年以下有期徒刑或拘役”或“三年以上十年以下有期徒刑”幅度内量刑,不能因为具有加重情节对入罪数额打折而认定为行贿罪的加重犯,由此导致对行贿罪的处罚宽缓化。换言之,原来因为数额没有达到“情节严重”的标准,但具有从重处罚情节的,在三年以上十年以下有期徒刑幅度内量刑。《刑法修正案(十二)》将从重处罚情节规定为量刑情节后,反而只能在三年以下有期徒刑或拘役的幅度内量刑,即使从重处罚,最高也只能判处三年有期徒刑。原来因为数额没有达到“情节特别严重”的标准,但具有从重处罚情节的,在十年以上有期徒刑或无期徒刑幅度内量刑。《刑法修正案(十二)》将从重处罚情节规定为量刑情节后,反而只能在十年以下有期徒刑的幅度内量刑,即使从重处罚,最高也只能判

〔2〕 贾永平、戴有举:《“多次受贿”作为定罪情节的若干问题思考》,《检察调研与指导》2016年第6期,第93页。

处十年有期徒刑。这种处罚上的轻缓化态势十分明显。

第三,无法正确认定行贿罪之情节加重犯未遂。如上所述,依据《贪污案件解释》的规定,具有从重处罚情节,即使行贿数额没有达到“三年以上十年以下有期徒刑”“十年以上有期徒刑或无期徒刑”等对应标准,仍可以上升一格法定刑量刑。对于此类情况下的行贿未遂,是以“三年以上十年以下有期徒刑”“十年以上有期徒刑或无期徒刑”为基准,可以从轻或减轻处罚。在减轻处罚的情况下,将从重处罚情节解释为定罪情节,对行贿人的最终量刑结果影响不大。但是,在从轻处罚的情况下,将从重处罚情节解释为定罪情节,则对行贿人需要上升一格量刑,而不是行贿金额所对应的法定刑幅度,即使从轻处罚,也不会降低到“三年以下有期徒刑或拘役”的幅度内量刑。《贪污案件解释》第 8 条规定了应当认定为《刑法》第 390 条第 1 款“情节严重”的五种情况。如,行贿人意图行贿 80 万元,分四次完成,每次给二十万元,在给了六十万后被抓,交代尚有最后一次的二十万没有给付。如果将多次行贿视为从重处罚情节,对行贿人只能在“三年以下有期徒刑或拘役”的幅度量刑,相反,如果将多次行贿视为数额打折的定罪情节,对行贿人只能在“三年以上十年以下有期徒刑”的幅度量刑,即使对其部分犯罪按照犯罪未遂从轻处罚,也不会低于三年有期徒刑。

第四,可能导致行贿罪与受贿罪之间的罪刑体系不协调。《贪污案件解释》仍对受贿罪的基本型犯罪构成与加重型犯罪构成采取“数额打折”标准。加之,《刑法修正案(十二)》对行贿罪规定的七种从重处罚情节,与《贪污案件解释》规定的影响数额打折的情节并不完全重合。如《贪污案件解释》中“造成经济损失数额在五十万元以上不满一百万元的”情节,《刑法修正案(十二)》就没有将其明文规定为从重处罚情节。不难看出,《贪污案件解释》把经济损失作为入罪数额打折的标准之一,就是考虑到贿赂犯罪的渎职犯罪属性,即“刑法对行贿罪的处罚以其引起的枉法及其程度为重心”,^[3]这种枉法及其程度主要体现为行贿人与受贿人的行为给国家或第三方造成的严重经济损失。在《刑法修正案(十二)》颁布后,《贪污案件解释》中其他五种数额打折的情节因被刑法修正案采纳成为量刑情节,仅对“造成经济损失数额在五十万元以上不满一百万元的”情节作为数额打折标准,自然存在个罪之间罪刑体系上的失衡现象。

由上可见,《刑法修正案(十二)》与《贪污案件解释》的规定明显冲突,甚至导致相同犯罪数额的量刑结果可能低于修法之前,进一步扩大了行贿罪和受贿罪之间的体系矛盾,反而有悖“受贿行贿一起查”的政策精神,由此带来《刑法修正案(十二)》七种从重处罚情节之规范属性上的争议。

二 个罪从重处罚情节的功能定位

正确适用行贿罪从重处罚情节涉及其功能定位问题,在法理层面涉及分则个罪量刑情节与定罪情节的关系,故本部分将其提升为一般命题,专门讨论个罪从重处罚情节的功

[3] 张明楷:《行贿罪的处罚根据——兼议〈刑法修正案(十二)〉对行贿罪的修改》,《政法论坛》2024 年第 2 期,第 17 页。

能定位。

(一) 个罪从重处罚情节的规范属性

刑法典中的从重处罚条款较多,个罪中的“从重处罚情节”不同于总则中的从重处罚,两者的规范属性并不相同。就刑法典个罪中的从重处罚情节来说,大致有两种具体类型:一是概括性规定,即在具备某种情节的前提下从重处罚,如《刑法修正案(十二)》对行贿罪增设的七种从重处罚情节,《刑法》第386条规定的“索贿的从重处罚”,等等;二是具体性规定,即在具备某种从重处罚情节的情况下直接规定更重的法定刑,如《刑法》第268条规定:“数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金。”由此产生“数额巨大”“多次”是加重型犯罪构成还是量刑规则的理论争论。^[4]在司法实践中,受制于《刑法》第62条中“从重处罚”含义的路径依赖,多把分布在分则个罪中的从重处罚情节与总则中从重处罚的含义等同视之。

笔者认为,上述观点其实是对概括性从重处罚情节的错误理解。就刑法典个罪中规定的从重处罚来说,就不能完全照搬《刑法》第62条规定的从重处罚之含义,对成立犯罪有数额或情节限制的个罪而言,从重处罚情节涵摄的事实可以为量刑情节,也可以为定罪情节。以《刑法》第345条规定为例,该条第1款对盗伐林木罪、滥伐林木罪有“数量较大”的构罪要求,该条第4款规定从重处罚的条件是盗伐、滥伐国家级自然保护区内的森林或者其他林木,由此产生行为人盗伐、滥伐国家级自然保护区内的森林或者其他林木中“数量较大”标准是否与非国家级自然保护区内的森林或者其他林木区别对待的问题,如果认为前者“数量较大”标准低于后者,这里的“从重处罚”同时还是一种定罪情节。就此而言,从重处罚情节涉及定罪与量刑两个维度,具有二重规范属性。

在定罪上,在具有从重处罚情节时,这种从重情节可以转换为定罪情节,即行为并无满足基本型犯罪构成,但具有从重处罚情节而达到基本犯的犯罪构成标准,可以按照补充型犯罪构成对待。行为已满足基本型犯罪构成,但具有从重处罚情节而达到加重犯的犯罪构成标准,可以按照加重型犯罪构成对待。在量刑上,如果行为人的行为已充足基本犯或加重犯的犯罪构成,从重处罚情节当作为量刑规则对待。理由有以下三点:第一,符合法条逻辑。从法条外部逻辑看,刑法分则部分的从重处罚是法律拟制,是不可以反驳的,^[5]刑法总则并无从重处罚适用条件的规定。刑法分则关于从重处罚情节的具体性规定,明确将从重处罚情节作为基本犯或加重犯的犯罪构成。如果把概括性规定理解为《刑法》第62条的从重处罚情节,而把具体性规定理解为基本犯或加重犯的犯罪构成,就会导致罪刑体系上的失衡现象。从法条内部逻辑看,由于刑法分则部分的从重处罚情节多是在规定个罪的犯罪构成之后规定,而不是将从重处罚情节仅规定为加重型犯罪构成或量刑规则的适用情况,因此自然对个罪的犯罪认定、刑罚裁量均适用。从《刑法》第390条的条文逻辑结构来看,立法者是先规定行贿罪的三档法定刑的适用类型,再规定七种从

[4] 参见张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,《清华法学》2011年第1期;王彦强:《区分加重构成与量刑规则——罪量加重构成概念之提倡》,《现代法学》2013年第3期;柏浪涛:《加重构成与量刑规则的实质区分——兼与张明楷教授商榷》,《法律科学(西北政法大学学报)》2016年第6期;等。

[5] 参见张明楷著:《刑法分则的解释原理》(下册),高等教育出版社2024年版,第679页。

重处罚情节,这七种从重处罚情节自然适用于三档法定刑对应的行贿行为,即行贿罪的基本犯、情节严重型加重犯与情节特别严重型加重犯。第二,符合个罪的犯罪构成特征。现代刑法为保持开放性,更倾向采取数额较大、情节恶劣、情节严重等开放性犯罪构成,从而导致定罪情节与量刑情节之间的竞合。刑法教义学需要立足于个罪的保护法益具体化区分定罪情节与量刑情节,而不是仅把从重处罚情节理解为《刑法》第 62 条中的量刑规则。同时,中国刑法多采取定性定量相结合的基本犯与加重犯判断标准,这本身存在个罪的犯罪圈过小问题,在犯罪数额标准之外,需要借助于从重处罚情节来严密法网。当行为人的行贿数额没有达到三万元,但具有多次行贿或向多人行贿事实的,就具有可罚性基础,不能仅以行贿数额作为基本犯与加重犯判断标准。第三,符合个罪之不法性判断的实质。犯罪的不法性判断是一种包括不法行为、不法结果、行为时间、地点、方法、手段等在内的综合判断。就不法结果而言,犯罪数额仅是标准之一而非全部,还包括其他影响法益侵害及其程度的事实特征,如各种从重处罚情节。就行贿罪而言,行贿数额、请托事项、行贿对象等均导致国家工作人员的廉洁性受到侵害,不能简单地说行贿金额越大,这种侵害也就越大。如,金钱贿赂相比于性贿赂而言,其导致国家工作人员滥用职权的可能性及程度未必更高。所以,就情节犯中的情节严重、情节恶劣的具体判断而言,司法解释会将行为方式、行为次数、不法结果、行为对象等影响不法程度的事实作为判断法益侵害及其侵害程度的标准。

(二) 个罪量刑情节可以转化为定罪情节

定罪情节通常是指“犯罪行为实施过程中的,犯罪构成共同要件以外的,影响行为社会危害性和行为人人身危险性程度的,定罪时作为区别罪与非罪、重罪与轻罪以及此罪与彼罪标志的一系列主客观事实”。^[6] 定罪情节在情节犯和情节加重犯中体现最为明显:情节严重(恶劣)一般被解释为基本型犯罪构成的定量(或罪量)要素,^[7]如《刑法》第 293 条规定的寻衅滋事罪;情节特别严重(恶劣)一般被解释为加重型犯罪构成的定量要素,如《刑法》第 226 条规定的强迫交易罪。理论上的争议是:定罪情节与量刑情节之间属于互斥性概念还是交叉性概念?如果是前者,属于量刑情节的就不再转换为定罪情节对待。如果是后者,部分量刑情节仍可以转换为定罪情节,但不能违反禁止重复评价原则。

1. 定罪情节与量刑情节不属于互斥性概念

传统刑法学观点强调定罪情节与量刑情节泾渭分明,不存在同一种情节既属于量刑情节又属于定罪情节的可能。以从重处罚情节适用为例,从重处罚情节的适用前提是行为人的行为本来就已经符合相应法定刑档次所对应的犯罪构成,而定罪情节则是决定行为人的行为符合相应法定刑档次所对应的犯罪构成的情节。二者存在适用位阶的先后,即先通过定罪情节进行犯罪构成符合性的评价,在得出肯定结论的情况下选择应当适用的法定刑幅度,然后在法定刑幅度内实现从重、从轻量刑情节的评价功能。因此,不存在同一种情节既属于量刑情节又属于定罪情节的可能,自然也不存在加重情节在特定情况

[6] 王晨:《定罪情节探析》,《中国法学》1992 年第 3 期,第 66 页。

[7] 参见储槐植、汪永乐:《再论我国刑法中犯罪概念的定量因素》,《法学研究》2000 年第 2 期;王昭振:《刑法中定量因素的故意规制研究——“客观超过要素”理论的再诠释》,《法律科学(西北政法大学学报)》2008 年第 5 期;陈兴良:《作为犯罪构成要件的罪量要素——立足于中国刑法的探讨》,《环球法律评论》2003 年第 3 期。

下转换为定罪情节的可能。

笔者认为,将定罪情节与量刑情节视为互斥性概念显得过于绝对,无法解释在新的立法背景下贿赂犯罪司法解释的发展态势,也无法关注个罪从重处罚情节的特殊性。以行贿金额不足三万元的情形为例,如存在“向三人以上行贿”之情节,固然能依据《贪污案件解释》直接对其入罪,甚至有学者主张,只需要援引《贪污案件解释》第7条的规定就能够解决行贿行为的入罪问题,而并不需要将《刑法》第390条第2款规定的七种从重处罚情节转换为定罪情节解决行贿行为的入罪问题。但是,学理上,“向三人以上行贿”等客观事实的规范属性并非不证自明。同时,如果仅将其理解为《刑法修正案(十二)》中的从重量刑情节,不仅无法解释《贪污案件解释》中入罪标准的数额打折问题,而且会导致行贿数额没有达到三万元的不成立行贿罪,造成法网不严密,从而带来贿赂犯罪治理困境。此外,就贿赂犯罪内部而言,个罪定罪情节与量刑情节的解释,应当遵循同类犯罪的共同属性和内在体系的一致性,在同类犯罪之间达致相对协调的状态,建构同一法律内部不同条款之间的关联性。^{〔8〕} 如果对行贿罪做出不同于受贿罪的解释,则会导致同类犯罪之间的不协调性。

个罪量刑情节可以转化为定罪情节,是由刑法中情节犯的规范属性决定的。归纳来看,“情节”在刑法典中有两种存在方式:一是刑法规定的“情节严重”“较重情节”“情节恶劣”等概念中的“情节”,这是个罪之基本犯或加重犯对应的犯罪构成事实。就这种情节而言,“情节严重”“情节恶劣”等概念本身就是对各种具体从重处罚情节的抽象表达,两者之间是一种包容与被包容的关系。二是刑法规定的不以“情节严重”“情节恶劣”为文字表述,但又体现“情节严重”“较重情节”等概念的多次盗窃、多次行贿、国家工作人员行贿、强奸致人死亡、抢劫致人死亡、持枪抢劫等客观事实,这是一种具体化的从重处罚情节,属于个罪基本型犯罪构成或加重型犯罪构成的范畴。

2. 情节是横跨定罪与量刑领域的综合概念

情节并不是定罪或量刑范畴中的专属概念,而是一种横跨定罪与量刑领域的综合概念。定罪与量刑属于刑法中两个范畴的概念,两者的关系不仅体现为定罪是量刑的前提,而且体现为“情节”之量与类型在定罪、量刑上的双重影响。从我国刑法典规定犯罪的犯罪构成来看,犯罪类型有情节犯、行为犯、结果犯以及危险犯等。情节在不同犯罪类型中的作用不同,对情节犯而言,情节可以是定罪情节,也可以是量刑情节,因为情节有程度之分,不同程度的情节分别属于犯罪构成与加重量刑情节,其中存在定罪情节与量刑情节的竞合与转化问题。以“身份”为例,身份既可以影响定罪,如贪污罪与职务侵占罪的区分标准为国家工作人员的身份;也可以影响量刑,如对犯诬告陷害罪的国家工作人员应当从重处罚。对行为犯、结果犯或危险犯而言,犯罪成立依据行为、结果或结果的危险判断,情节通常并不决定犯罪,只能属于量刑情节。但是,如果将数额、行为次数等解释为情节内容,那么数额较大、多次盗窃、多次行贿等情节,便能成为定罪情节。

归纳来看,量刑情节与定罪情节的转换包括两种类型。一是正向转换。在个罪基本型犯罪构成不充足的情况下,因具有从重处罚情节而认定充足个罪基本型犯罪构成;在个

〔8〕 参见陈兴良:《刑法教义学中的体系解释》,《法制与社会发展》2023年第3期,第43页。

罪基本型犯罪构成充足的情况下,因具有从重处罚情节而认定充足个罪加重型犯罪构成。二是反向转换。个罪从轻处罚情节可以成为个罪基本型犯罪构成或加重型犯罪构成不充足的理由,从而出罪或认定为轻罪。将情节理解为跨越性综合概念,符合我国“罪体+罪量”的犯罪论体系。情节是个罪之基本犯罪构成对应事实之外的其他影响定罪量刑的事实。传统刑法理论对犯罪成立的判断标准是犯罪构成,个罪的犯罪构成包括实行行为、不法结果、故意与过失、不法行为与不法结果之间的因果关系等。^[9]这种菜单式的犯罪构成对只有罪体要求的犯罪而言,并不存在难题,但是,对“罪体+罪量”的犯罪而言,则存在重大疑问。这种罪量判断并不单一以实行行为及其对应的不法结果为标准,实行行为之外的非实行行为、不法结果之外的加重结果、行为人的身份特征、行为对象的身份特征、不法行为作用的领域或行为的手段等,均属于影响基本犯或加重犯认定的定罪情节,也是一种补充型犯罪构成事实。归纳来看,这种定量要件类型多样。第一,对于没有数额要求的个罪,情节是加重犯的标准,比如,抢劫罪的暴力、胁迫等实行行为本身的不法程度已经达到犯罪边界,犯罪实行行为之外的情节,属于加重型犯罪构成,也是法定刑升格的标准。第二,对于有数额要求的个罪,情节可以是独立的基本犯标准,如盗窃罪和抢夺罪,也可以是对入罪数额打折的标准,如受贿罪和贪污罪。因为定罪情节有基本型犯罪构成与加重型犯罪构成之分,基本型犯罪构成是成立犯罪所需的不法性及其程度,加重型犯罪构成是结果加重犯、情节加重犯等成立所需的不法性及其程度。加重型犯罪构成需要在更重法定刑幅度内量刑,所以加重型犯罪构成更加容易与量刑规则混淆。

从表面上看,相同事实被赋予不同法律性质,在逻辑上存在矛盾。从实质上讲,定罪情节与量刑情节属于类概念,目的在于区分定罪与量刑。多次索贿、数额巨大、向多人行贿等是具体概念,可以分别从属于不同的类概念,既可以是定罪情节,也可以是量刑情节。如,男性可以归类于国家工作人员,也可以归类于非国家工作人员,不能以国家工作人员与非国家工作人员之间属于互斥性概念,而只把男性归类于国家工作人员或非国家工作人员。从道理上说,犯罪与量刑并不是一种非此即彼的关系,而是一种相互依赖、互为前提的关系网状。被评价为犯罪的事实(犯罪构成符合性所涵摄的事实),也是个罪责任刑确定的事实基础。比如盗窃罪中的多次盗窃,这里的“多次”对盗窃罪的犯罪构成符合性而言,就是一种非常规的实行行为,属于定罪情节,此种情况下对盗窃罪的基本犯判断,应当以“多次”的不法程度及其法益侵害为基础。同时,从本质上是因为其常规的实行行为所要求的不法结果没有出现,而以非常规的实行行为作为不法评价的标准,这种非常规的实行行为从实质上也是一种定罪情节,相反,它在常规的实行行为具备的情况下就是典型的量刑情节,可以成为从重处罚的事由。如,如果多次盗窃的金额达到“数额较大”标准,这里的“多次盗窃”就是一种从重量刑情节。

(三) 个罪从重处罚情节要严格区分犯罪构成与量刑规则

个罪犯罪构成有基本型犯罪构成与加重型犯罪构成之分,决定犯罪构成的实质根据只能是行为的不法性,基本型犯罪构成与加重型犯罪构成区分应当以不法程度为标准,即针对同一行为,具有不法加重事实的,属于加重型犯罪构成。加重型犯罪构成又有结果加

[9] 参见高铭暄、马克昌主编:《刑法学》(第三版),北京大学出版社、高等教育出版社2007年版,第56-57页。

重犯、情节加重犯等类别。就情节加重犯来说,应当以实行行为与非实行行为为标准区分,个罪的实行行为对应的是基本型犯罪构成;在实行行为之外出现非实行行为的,实行行为与非实行行为之叠加对应的是加重型犯罪构成。如,《刑法》第133条中的“交通运输肇事后逃逸或者有其他特别恶劣情节”就是加重型犯罪构成。就结果加重犯而言,个罪的实行行为保持不变,基本的不法结果对应的是基本型犯罪构成,加重的不法结果对应的是加重型犯罪构成。

1. 刑法理论应当区分犯罪构成与量刑规则

学者多主张加重型犯罪构成与量刑规则的区分,但对区分标准及结果有较大分歧。有学者指出:“刑法分则条文单纯以情节(特别)严重(恶劣)、数额(特别)巨大、首要分子、多次、违法所得数额巨大、犯罪行为孳生之物数量(数额)巨大作为法定刑升格条件时,只能视为量刑规则;刑法分则条文因为行为、对象等犯罪构成要素的特殊性使行为类型发生变化,进而导致违法性增加,并加重法定刑时,才属于加重型犯罪构成。”^[10]有学者商榷指出:“具备犯罪个别化、违法性推定与故意规制三大机能的时间地点、行为方式、加重结果等升格条件是典型的(罪体)加重构成要素;而多次、数额巨大等升格条件,仅表征违法程度,但不体现行为类型变异,虽是故意的认识内容,却无法发挥犯罪个别化机能,既非典型的加重构成要素,也非典型的量刑规则,应属于罪量加重构成要素。”^[11]本文无意梳理上述区分标准争议,而是将上述区分进一步拓展至犯罪构成与量刑规则层面,而不是仅仅局限于加重型犯罪构成与量刑规则的区分。

在解释论上,加重型犯罪构成与量刑规则之区分,旨在明确未遂、共犯、明知等情况的认定。这种区分必须立足于法条结构来展开。定性的犯罪构成说与定量的犯罪构成说之间存在分歧,前者强调需要考量行为的单复性及其有无定型性,从而判断其是否属于不法加重的情况。后者立足于我国“罪体+罪量”的犯罪构成属性,在考量行为要素的基础上,还需要把定量要件作为犯罪构成的必要组成部分。上述区分的核心分歧是把数额较大、情节恶劣等体现不法程度的罪量要素作为犯罪构成要素抑或单纯的量刑规则,由此带来以“数额巨大”等财物为目标但没有实际取得该财物的,是否成立未遂、是否需要行为人认识等争议:一方面,如果将其认定为量刑规则,以数额巨大的财物为抢劫目标但未能占有财物的,不成立犯罪未遂。如果将其认定为加重型犯罪构成,以数额巨大的财物为抢劫目标但未能占有财物的,则成立犯罪未遂,需要在上升一格法定刑量刑,即使可以对未遂犯从轻或减轻处罚,这种处罚也比基本犯对应的法定刑量刑要重。另一方面,定罪情节需要行为人有所认识,对于不能认识或无法预见的情况,行为人不应承担责任或更重责任。如,拐卖妇女后被害人或家属自杀的,如果行为人完全无法预见被害人或家属自杀的,或者被害人或家属自杀应当归责于第三人的,不能作为结果加重犯对行为人定罪处罚。相反,把被害人或家属自杀作为从重处罚量刑情节,则不需要行为人的认识或预见。

结合《贪污案件解释》的规定,从重处罚情节不仅影响量刑,还影响定罪,将从重处罚

[10] 张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,《清华法学》2011年第1期,第7页。

[11] 王彦强:《区分加重构成与量刑规则——罪量加重构成概念之提倡》,《现代法学》2013年第3期,第116页。

情节定义为定罪情节,主要在于合理定义个罪之基本犯的犯罪圈大小,而不在于加重对行为人的处罚。就此而言,仅区分加重型犯罪构成与量刑规则还不够,整体上需要明确犯罪构成与量刑规则的区分。一般认为,个罪的犯罪构成是不法及其程度的表征,其基本功能体现在两个方面:一是对国家刑罚权的启动具有个别化、定型化功能,犯罪构成必须满足明确性的要求,这要求个罪涵摄的行为类型及其内涵必须固定,以免法官恣意解释刑法。二是对一般民众的行为具有指示功能,是行为人罪过判断的标准,是“明知”判断中认识与意欲所能企及的内容,也是过失判断中预见可能性或回避可能性的内容。犯罪构成与保护法益之间是表里关系,决定犯罪的形式要件是个罪的犯罪构成,包括实行行为、不法结果、行为与结果之间的因果关系以及犯罪故意或过失等。决定犯罪的实质要件是个罪的保护法益有无受到侵害及其侵害程度,涉及法益侵害及其侵害程度的情节,关系责任刑,属于犯罪构成。与保护法益无关的情节,关系预防刑,属于量刑规则。

将从重处罚情节解释为量刑规则抑或个罪基本型犯罪构成或加重型犯罪构成的充足事实,涉及刑法宽严限度。由于我国刑法及司法解释对个罪通常设置罪量要素,这种罪量要素通常体现为不法结果、行为手段或方式以及超越的不法结果,如,情节严重、情节恶劣等。单一的实行行为仅是体现个罪之不法性的要素之一,对行为人的实行行为本身没达到刑法及司法解释规定的罪量标准,但因具有从重处罚情节,从而导致法益侵害产生或程度增加的,可以适当降低对实行行为所造成不法结果之损害程度的要求。如,多次盗窃、携带凶器盗窃、扒窃、携带凶器抢夺,都是个罪的基本犯对应犯罪构成的特殊情况(笔者称之为补充型犯罪构成),都会导致法益侵害产生或程度增加,从而在基本犯标准上“折抵”部分基本型犯罪构成。从犯罪构成理论来看,决定犯罪成立与否的不法性,通常是实行行为本身的法益侵害性及侵害程度(不法结果);而决定犯罪之不法性程度增加或降低的,则是实行行为之外的不法结果等从重或从轻处罚情节,由此产生补充型犯罪构成、基本型犯罪构成与加重型犯罪构成之区分。三者表面上存在法定刑的差异,实质上都指向个罪的保护法益,只是在法益侵害程度上有所区别。其中,补充型犯罪构成和基本型犯罪构成在保护法益上具有同一性,在法益侵害程度上具有同质性,加重型犯罪构成在法益侵害程度上具有高阶性,即属于更高程度法益侵害,或更多类型的法益侵害。以抢劫罪为例,以暴力、胁迫等方式劫取财物,属于基本型犯罪构成,而“抢劫致人重伤、死亡”“多次抢劫或者抢劫数额巨大的”“持枪抢劫”,会导致更高程度的法益侵害或更多类型的法益侵害,则属于加重型犯罪构成。

2. 犯罪构成与量刑规则区分的新标准

理论界多主张从行为类型变异及其带来的法益侵害同质性区分加重型犯罪构成与量刑规则,这其实存在难题。以轮奸为例,这究竟是行为类型的变异,还是行为次数的增加,并不易辨明。笔者主张立足于责任刑与预防刑的划分来区分犯罪构成与量刑规则。责任刑以责任原则为基础,旨在限制刑法处罚范围,德国学者指出:“责任原则禁止对不承担责任行为科处刑罚和刑罚超过责任程度。”^[12] 责任原则并无明确构成要件与量刑规则的

[12] [德]约翰内斯·韦塞尔斯著:《德国刑法总论》,李昌珂译,法律出版社2008年版,第9页。

区分标准。笔者认为,犯罪构成与量刑规则之间是责任刑与预防刑的区分。刑法规定的与补充型犯罪构成、基本型犯罪构成事实对应的刑罚是基础责任刑,基础责任刑对应的是基本的法定刑。与加重型犯罪构成对应的刑罚是加重责任刑,加重责任刑对应的是加重的法定刑。影响责任刑的情节包括不法事实(法益侵害事实)与表明责任程度的事实(已经作为定罪事实或法定刑升格的事实除外)。〔13〕 犯罪构成之外影响刑罚轻重的事实是预防刑。其中,补充型犯罪构成、基本型犯罪构成、加重型犯罪构成是影响责任刑的事实,体现的是行为之不法性及其程度。因此,决定是否定罪以及能否提升一格法定刑量刑,必须以个罪的保护法益为基准进行判断。量刑规则是影响预防刑的事实,它是在确定基本的法定刑或升格的法定刑的前提下,解决刑罚轻重问题,并不涉及责任有无或责任程度。或者说,它对本罪之保护法益没有影响,只是体现行为人之人身危险性、再犯可能性的事实,包括犯罪动机、非身份犯中的身份属性等。

三 行贿罪从重处罚情节规范化适用的规则构建

《刑法》第390条规定的行贿罪,在基本型犯罪构成上并无数额或情节等定量要求,情节严重和情节特别严重是行贿罪中的基本型犯罪构成与加重型犯罪构成。《贪污案件解释》对行贿罪、受贿罪增加了“三万元”“一万元以上三万元以下”的数额限制以及情节严重、情节特别严重等基本犯标准要求。在《刑法修正案(十二)》部分吸纳《贪污案件解释》而规定七种从重处罚情节之后,七种从重处罚情节的性质如何理解呢?

(一)可转换适用:行贿罪从重处罚情节规范化适用的一般规则

行贿罪是典型的情节犯,刑法对行贿罪的基本犯标准并没有“数额较大或者有其他较重情节”之限制。

1. 从重处罚情节可以转换为定罪情节

在《刑法修正案(十二)》颁布前,《贪污案件解释》将行贿数额在一万元以上三万元以下且具有从重处罚情节的情况认定为行贿罪的基本犯。对行贿数额没有达到五百万元,但系国家工作人员行贿等从重处罚情节的,认定为行贿罪的加重犯,对行贿人在十年以上有期徒刑或无期徒刑的法定刑幅度内量刑,这与在三年以上十年以下有期徒刑幅度内从重处罚,具有完全不同的量刑效果。《刑法修正案(十二)》将“多次行贿或者向多人行贿的”等七种情形明文规定为从重处罚情节,这七种从重处罚情节能否转换为定罪情节,即在未达到数额标准的情况下,因具有七种从重处罚情节的,能否将其分别认定为行贿罪的基本犯、情节严重型加重犯、情节特别严重型加重犯,是《刑法修正案(十二)》颁布后行贿罪适用中的争议问题。对此,有两种不同观点:第一种观点认为,由于《刑法修正案(十二)》将上述七种情节规定为从重处罚情节,故不应再适用《贪污案件解释》关于上述情节导致成立行贿罪的数额降低的规定,司法实践不能将上述情节既作为定罪情节,

〔13〕 参见张明楷:《论影响责任刑的情节》,《清华法学》2015年第2期,第7页。

又作为从重量刑情节。^[14] 第二种观点主张,《刑法修正案(十二)》将七种情节规定为量刑上的从重处罚情节,但这并不影响其作为情节一般的行贿罪的定罪情节。定罪情节和从重处罚的量刑情节,本质上并不冲突。^[15] 第一种观点从刑法解释与罪刑法定原则之间的关系出发,罪刑法定原则强调刑法的明确性对司法解释的制约,在《刑法修正案(十二)》明确将七种情形作为从重处罚情节后,司法解释就不能再将其解释为定罪情节,否则,就有僭越立法权之疑虑。就此而言,《刑法》第 390 条第 2 款所列各项中的“行贿”应是达到了行贿罪构罪的数额标准,如果没有达到的,不应从重处罚。同时,也不能以具有从重处罚情节为由,对行贿罪之基本型构成要件中的数额标准“打折”或认定为行贿罪的加重型犯罪构成。笔者认为,这一观点并不合理。

首先,这会导致立法者加大对行贿罪处罚力度的立法目的落空。与《刑法修正案(十二)》颁布前的司法实践比较,如此认定带来的改变是:第一,导致行贿罪的基本犯标准提高,从某种意义上限缩了本罪的处罚范围,对行贿数额没有达到三万元的行贿人一律不得追究刑事责任。第二,导致某些情况下对行贿罪之处罚力度的降低。如前所述,《贪污案件解释》把特定 5 种情况作为数额标准尚未达到情节严重、情节特别严重情况下法定刑升格的条件,即具有 5 种从重处罚情节的,上升一格法定刑处罚并不需要犯罪数额达到一百万元或五百万元标准,而上升一格法定刑量刑明显重于在对应法定刑幅度内从重处罚。这样限缩行贿罪的犯罪圈及降低刑罚处罚力度的效果与立法者奉行的“受贿行贿一起查”及加大对行贿罪的处罚力度之立法目的相悖。

其次,将《刑法修正案(十二)》七种从重处罚情节解释为量刑情节不符合行贿罪的保护法益。第一,个罪构罪标准当以个罪的保护法益来确定,个罪的法定刑严厉程度,当依据个罪之保护法益的重要性及其侵害程度来确定,而情节恰恰是衡量法益侵害程度的重要指标。行贿罪与受贿罪属于对合型犯罪,两者的保护法益具有同一性。就受贿罪的保护法益来说,早期学者认为,本罪的保护客体(或法益)为国家机关的正常管理活动。^[16] 现有通说观点认为,本罪的保护客体(或法益)是国家工作人员职务行为的廉洁性(或纯洁性)。^[17] 还有学者认为,本罪的保护法益是国家工作人员职务行为的公正性。^[18] 另有学者主张本罪的保护法益是国家工作人员职务行为的不可收买性或不可谋私利性。^[19] 也有学者指出:“行贿罪的基本处罚根据在于,行贿行为不仅侵害了国家工作人员职务行

[14] 参见张明楷:《行贿罪的处罚根据——兼议〈刑法修正案(十二)〉对行贿罪的修改》,《政法论坛》2024 年第 2 期,第 15 页;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 128 页。

[15] 参见黎宏:《论行贿罪的若干问题——以刑法修正案(十二)的相关规定为中心》,《法律适用》2024 年第 3 期,第 65 页。

[16] 参见高铭喧著:《中国刑法学》,中国人民大学出版社 1989 年版,第 601 页。

[17] 参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》(第 9 版),北京大学出版社 2019 年版,第 638 页;《刑法学》编写组:《刑法学(下册·各论)》(第二版),高等教育出版社 2023 年版,第 322 页。

[18] 参见黎宏:《贿赂犯罪的保护法益与事后受财行为的定性》,《中国法学》2017 年第 4 期,第 227 页;[日]大谷实著:《刑法各论》,黎宏译,法律出版社 2003 年版,第 450-451 页。

[19] 参见张明楷:《行贿罪的处罚根据——兼议〈刑法修正案(十二)〉对行贿罪的修改》,《政法论坛》2024 年第 2 期,第 5 页;劳东燕:《受贿犯罪的保护法益:公职的不可谋私利性》,《法学研究》2019 年第 5 期,第 118 页。

为的不可收买性,而且侵犯了职务行为的公正性。”^[20]从上述梳理来看,没有学者会认为贿赂犯罪的保护法益是财产,贿赂犯罪不属于财产犯罪,贿赂犯罪本质是职务滥用或公权私用,整体上属于滥用职权,然后才涉及国家工作人员职务的廉洁性,不能仅以行贿数额为行贿罪之基本犯或加重犯的标准。第二,犯罪数额大小会影响受贿人的渎职行为,但并不是唯一因素,行贿人与受贿人的关系程度、财产之外的性贿赂等,都会影响受贿人滥用职权程度。同时,就犯罪数额而言,并不排除行贿数额小而滥用职权程度高或行贿数额大而滥用职权程度低的情况。如果行贿人系国家工作人员,且向国家工作人员行贿(尤其是司法人员、执法人员),其对国家形象、社会机体等的伤害更大,此类犯罪的法益侵害及其程度,自然并不会以数额为唯一标准。第三,即使为财产犯罪,也不以“数额较大”为单一的基本犯标准,如,盗窃罪中的入户盗窃、携带凶器盗窃以及抢夺罪中的携带凶器抢夺。

最后,不符合严密行贿犯罪法网的要求。在《刑法修正案(十二)》增加七种从重处罚情节后,如果仅将其解释为量刑情节,会导致行贿罪立法上严密法网与处罚严厉之间的矛盾。《贪污案件解释》规定行贿数额三万元以上,或行贿数额一万元以上三万元以下,且具有六种从重处罚情节的,仍成立行贿罪的基本犯,这本身就是刑事法网严密的体现。在《刑法修正案(十二)》颁布后,如果把七种从重处罚情节仅理解为量刑情节,则意味着行贿数额一万元以上三万元以下且具有六种从重处罚情节的,不能再成立行贿罪的基本犯,这在某种意义上导致行贿罪的基本犯标准更高。如,行贿人向法院5位合议庭成员、主管副庭长、庭长行贿,每人行贿五千元,从而导致法官枉法裁判,因为累计数额没有达到三万元标准,不能成立行贿罪的基本犯。

贿赂犯罪治理的关键首先在于刑事法网的严密,其次才涉及处罚的严厉。^[21]如果立足于从严治治理行贿犯罪的立场,强调“受贿行贿一起查”,那么就需要将七种从重处罚情节与行贿罪的基本犯、加重犯标准关联起来,在《贪污案件解释》的框架下,对没有达到三万元的数额标准的,可以因具有从重处罚情节而入罪;对没有达到一百万元或五百万元的,可以因具有从重处罚情节,认定符合行贿罪的加重型犯罪构成。就此而言,行贿罪并不能单一以行贿数额为犯罪构成内容,行贿罪的法益侵害及其程度,应当通过行为、结果、手段、目的、动机等要件体现出来。以《刑法》第384条规定的挪用公款罪为例,对行为人挪用公款是从事非法活动、营利活动或其他目的三种情况,刑法分别设置不同的入罪条件,对于从事非法活动的,没有数额、期限的限制;对于从事营利活动的,有数额但没有期限的限制;对于从事非法、营利活动之外的,有数额和期限的双重限制。再如,《刑法》第133条之一危险驾驶罪对醉酒驾驶、超速驾驶(情节恶劣)、超载驾驶也有不同的基本犯标准限制。如前所述,受贿罪、贪污罪也不是以单一的犯罪数额为基本或加重型犯罪构成的内容。这种个别化的基本犯标准设置才能完整地体现法益侵害及其程度。

[20] 张明楷:《行贿罪的处罚根据——兼议〈刑法修正案(十二)〉对行贿罪的修改》,《政法论坛》2024年第2期,第7页。

[21] 参见姜涛:《刑事政策视域下我国腐败犯罪立法的重构》,《南京师大学报(社会科学版)》2012年第6期,第67页。

从法条逻辑关系来看,《刑法修正案(十二)》对《刑法》第 390 条增加从重处罚情节适用于行贿罪的基本犯、情节严重型加重犯以及情节特别严重型加重犯,即具备七种从重处罚情节的,当在行贿罪的基本犯、情节严重型加重犯以及情节特别严重型加重犯的法定刑幅度内选择较重刑罚。这一主张的基本理由是:第一,行贿罪的罪责程度低于受贿罪,行贿罪与受贿罪之间属于典型的对向犯,且受贿人代表国家形象,是预防和治理贿赂犯罪的关键,刑事政策应当采取“治官而不是治民”的策略,以免出现受贿行贿并重罚或行贿罪重于受贿罪的悖论,避免给民众留下“轻受贿、重行贿”的错误认知。然而,这并不意味着将《刑法修正案(十二)》规定的七种从重处罚情节解释为量刑情节才能实现行贿罪与受贿罪之法定刑之间的协调性,对行贿罪规定特别自首制度或首犯免责制度才是关键。第二,把刑法规定的从重处罚情节在特定情况下转化为定罪情节在司法解释上也具有先例。如前所述,刑法把索贿作为从重处罚情节的前提下,司法解释把“多次索贿”作为数额打折的定罪情节。从概念上,索贿与多次索贿属于包容与被包容的关系,多次索贿自然属于索贿。第三,就《刑法修正案(十二)》对《刑法》第 390 条的修正而言,它并不是把七种从重处罚情节作为法定刑升格条款,这一立法技术与《刑法》第 263 条抢劫罪将八种从重处罚情节作为情节加重犯或结果加重犯的立法技术具有相同的规范意义。行贿罪的犯罪构成涉及七种从重处罚情节与基本型犯罪构成和加重型犯罪构成之间的转换。

2. 从重处罚情节转换为定罪情节不会产生体系矛盾

有学者可能会质疑,把七种从重处罚情节解释为定罪情节会导致立法与司法之间的不协调,因为刑法对行贿罪的基本犯并没有“数额较大或者有其他较重情节的”罪量要素限制。《贪贿案件解释》对其增加了行贿数额或情节较重标准的要求,明显缺乏立法根据,忽视了受贿罪立法与行贿罪立法之间的差异。笔者认为,这一担忧并无必要,因为我国对行贿罪的基本型犯罪构成采取典型的“立法定性+司法解释定量”的模式,司法解释不是对刑法的明确化,而是对刑法处罚范围的限缩解释。就未来司法解释的补充与完善而言,司法解释的难点在于正确界定行贿罪的处罚边界:对行贿罪的基本犯或加重犯增加数额或情节等限制,体现了对行贿罪处罚边界的限缩;对行贿金额没有达到三万元标准的,以具有多次行贿等情节为由入罪,体现了对行贿罪处罚边界的扩张。这种宽与严的把握,均以行贿罪的情节为主轴,如何把握其尺度是司法解释的难点。在司法解释对受贿罪、贪污罪增加数额等情节限制的情况下,对行贿罪的入罪进行同等限缩具有必要性,这不仅有利于保持对合犯之罪刑体系的一致性,而且也符合贿赂犯罪的保护法益。贿赂犯罪不是财产犯罪,不能以行贿、受贿金额为唯一的犯罪判断标准,而是需要判断情节对基本犯罪构成、加重犯罪构成的补充意义,认真对待刑法处罚行贿罪的宽严界限,体现刑罚处罚的妥当性。就此而言,未来的司法解释需要延续因具有加重情节而折抵犯罪数额的模式。具体来说,在行贿罪罪名规范指涉的个罪之基本型犯或加重型犯构成不充足的情况下,基于刑法明确规定的从重处罚情节,评估行为的法益侵害有无达到个罪之基本犯或加重犯要求的类型及程度,把影响法益侵害程度的从重处罚情节纳入个罪犯罪构成的判断内容,以免造成犯罪认定上的失衡现象。在罪名规范指涉的个罪之基本型犯罪构成或加重型犯罪构成充足的情况下,刑法明确规定的从重处罚情节就属于量刑规则,需要在对

应的法定刑幅度内选择较重刑罚或较长刑期。

(二) 类型化区分与竞合: 行贿罪从重处罚情节规范化适用的补充规则

1. 类型化区分

行贿罪中七种从重处罚情节的性质并不相同,立足于前文有关加重型犯罪构成与量刑规则的区分,行贿罪从重处罚情节就需要进行类型化区分。第一,不同从重处罚情节的作用领域不同。以多次行贿或向多人行贿为例,它与用违法所得行贿的性质不同,多次行贿或向多人行贿会导致行贿罪的保护法益持续或连续受到侵害,会导致法益侵害程度增加,具有更高的不法性,影响责任刑,属于补充型犯罪构成。“用违法所得行贿”只会导致财产没收上的“重复评价”,并不会导致法益侵害程度增加。前者通常是影响定罪的情节,在成立犯罪的前提下,才是影响量刑的情节;后者不会影响定罪,只是一种影响量刑的情节,属于量刑规则。“为谋取职务、职级晋升、调整行贿的”是行贿动机的内容,犯罪动机对行贿罪而言,并不是必要的犯罪构成,而是量刑情节。第二,部分从重处罚情节属于刑法中的常规从重量刑情节。“国家工作人员行贿的”是对行贿人身份的特定限制,即国家工作人员行贿与非国家工作人员行贿区别对待,体现的是行为人的自身危险性,属于预防刑范畴的量刑规则。此外,为谋取职务、职级晋升、调整行贿的,属于犯罪动机的范畴,也是预防刑的量刑规则。但是,“对监察、行政执法、司法工作人员行贿的”是对行贿对象的特定限制。监察、执法与司法是守护社会正义的最后一道防线,对监察、行政执法、司法工作人员行贿会导致执法不公、司法不公等问题,影响责任刑,属于加重型犯罪构成。第三,部分从重处罚情节需要注意重复评价问题。如“在生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾减灾、社会保障、教育、医疗等领域行贿,实施违法犯罪活动的”,这里的“实施违法犯罪活动”是行贿罪之实行行为之外的非实行行为,由于法律对行为人实施的污染环境、金融诈骗、生产销售假药等违法犯罪活动专门规定了独立罪名,在惩罚这些犯罪的同时又对行贿罪从重处罚,则违反重复评价原则,等于“一只羊被剥两次皮”。

如果认可多次行贿或向多人行贿,可以降低行贿罪成立所要求的数额标准,那么在行贿人多次行贿或向多人行贿不成,且欲行贿总金额在一万元以上三万元以下时,能否对行贿人以行贿罪(未遂)追究刑事责任?既然多次行贿或向多人行贿属于定罪情节,能够降低行贿罪入罪的数额标准,在行贿未成的情况下,应当成立行贿罪(未遂)。当然,从更长远的角度看,行贿罪的保护法益并不是财产,即使对方拒绝接受贿赂,多次行贿或向多人行贿的行为本身也会破坏行贿罪的保护法益,具有可罚性基础,其实已经可以认定为行贿罪的既遂犯。所以,在未来,刑法修正案可以考虑将多次行贿或向多人行贿单独入罪。

2. 竞合适用规则

定罪情节与量刑情节的竞合与转化,是由从重处罚情节的多重功能所决定的。正如此罪与彼罪之间会存在交叉与竞合一样,定罪情节与量刑情节之间也会存在竞合,出现既属于定罪情节又属于量刑情节的情形。作为刑法解释,问题不在于是否承认情节竞合,而是在情节竞合的情况下,如何适用刑法中的从重处罚情节。对于从重处罚情节竞合,如,国家工作人员为谋取职务、职级不正当晋升或不正当调整而行贿的,理论界与实务界多数

观点认为只作为一个从重情节予以考虑。^[22] 笔者认为,这一观点并不符合量刑规范化的要求,违背责任原则,也不符合从重处罚情节的规范性质。第一,从量刑规范化角度,量刑规范化强调不同量刑情节对基准刑的影响,且这种影响以量刑比例方式存在,以体现罪责刑相适应原则。如果把这种情况合并为一个从重量刑情节,那就不是量刑规范,而是量刑失衡,导致法律适用上的不平等。第二,从性质上,犯罪身份与犯罪动机是两个性质不同的情节,刑法对国家工作人员行贿从重处罚,是强调犯罪身份的人身危险性,而谋取职务、职级不正当晋升或不正当调整,则是犯罪动机,强调犯罪人的主观恶性,两者都具有从重处罚的根据,予以全面评价才符合责任原则。第三,刑法理论对犯罪竞合的处理早已形成“从一重处罚”的处理规则,体现了对犯罪竞合状态下加重处罚的刑法立场。^[23] 定罪与量刑虽然属于刑法的两大不同领域,但在竞合问题上的处理规则应保持一致。就此而言,对量刑情节的同向竞合问题,当采取犯罪竞合的处理规则,即“从一重从重处罚”。此外,从重处罚情节与自首等从轻处罚情节之间也存在竞合。如《刑法》第 390 条第 3 款对行贿罪有从宽处罚的规定,行贿人有认罪认罚、自首、立功等法定或酌定从宽处罚情节,又有七种从重处罚情节的,应当如何定罪量刑? 笔者认为,逆向情节适用不能简单地加减,而是需要以宽严相济刑事政策为指导,以犯罪轻重为基础,分别评价从宽情节与从重情节对宣告刑的影响程度,进而决定对案件从宽抑或从重处罚。如果犯罪较轻,且从宽处罚情节对法定刑影响程度高于从重处罚情节的,对案件适度从宽处罚。相反,如果犯罪较重,且从重处罚情节对法定刑影响程度高于从宽处罚情节的,对案件适度从重处罚。同时,对于行贿人具有认罪认罚、自首、立功等法定或酌定从宽处罚情节的,即使行为人具有七种从重处罚情节,既不能降低行贿罪构罪的数额标准,也不能升格行贿罪的法定刑。

四 结 语

行贿罪属于社会顽疾,从严治行贿罪,涉及行贿罪的犯罪圈及惩罚强度,刑法理论需要审慎思考行贿罪的处罚边界,并实现从惩罚的严厉性到惩罚的有效性的政策转变。实践经验表明,刑事法网严密比惩罚本身的严厉性更为重要,也是实现犯罪惩罚的有效性的客观选择。坚持“受贿行贿一起查”的刑事司法政策,要求加大对行贿犯罪的处罚力度,这包括严密法网(严密)、提高案件发现率(严格)和加大惩罚强度(严厉)三个维度。正确对待行贿罪从重处罚情节的规范化适用,改变其实质上降低行贿罪处罚强度的现实,将其解释为兼具有定罪情节与量刑情节的规范属性,在基本型犯罪构成不充足的情况下,将从重处罚情节作为补充型构成要件,在基本型犯罪构成充足的情况下,将从重处罚情节作为加重型构成要件,这是行贿罪法网严密的体现,对保持同类犯罪之协调性至关重要,也是坚持“受贿行贿一起查”的应有之义。同时,尽管本文是针对行贿罪从重处罚情节的规范化适用进行研究,上述研究结论对分则个罪从重处罚情节的理解与适用均具有参考意义。

[22] 参见刘仁文:《贿赂犯罪的最新修正及其司法适用》,《中国刑事法杂志》2024 年第 1 期,第 123 页;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。

[23] 参见徐凌波:《犯罪竞合的体系位置与原则——以德国竞合理论为参照》,《比较法研究》2017 年第 6 期,第 96 页。

Standardized Application of Aggravating Circumstances to Bribery Crimes: Also on the Functional Orientation of Aggravating Circumstances in Individual Crimes

[**Abstract**] The 12th Amendment to the Chinese Criminal Law provides for seven additional aggravating circumstances of bribery to increase the punishment for the crime. Understanding these aggravating circumstances as a purely sentencing circumstance will result in conflicts of judicial application between related judicial interpretations and the 12th Amendment to the Criminal Law. There are many provisions on aggravated punishment in Criminal Law. The aggravated punishment in the General Provisions refers to choosing a heavier punishment or longer sentence within the statutory limit of punishment. The aggravated circumstances in the Special Provisions are not only supplementary standards for determining the criminal composition of individual crimes but also the basis for choosing a heavier punishment or longer sentence after determining the statutory range of punishment for individual crimes. At the level of conviction, in cases where the basic criminal elements are insufficient, aggravating circumstances should be considered supplementary elements. In cases where the basic criminal elements are sufficient, aggravating circumstances should be considered additional aggravating elements. At the level of sentence, in cases where the basic or aggravated criminal elements are sufficient, aggravating circumstances belong to the sentencing rules. The key to the fight against bribery crimes lies in the strictness of the criminal law network. As for the crime of offering bribes, in cases where an individual crime referred to in the standard of charges does not sufficiently constitute an aggravated crime, whether the legal interests infringed upon by the behavior meet the type and degree required for aggravated crimes of individual crimes should be evaluated based on the aggravating circumstances stipulated in the Criminal Law, so as to avoid deficiency in the identification of serious crimes. In cases where the basic or aggravated criminal elements of individual crimes referred to in the charge standard are sufficient, the aggravating circumstances specified in the Criminal Law belong to the sentencing rules, and it is necessary to choose a heavier punishment or longer sentence within the corresponding statutory range of punishment. Under the original judicial interpretation framework, those who do not meet the RMB 30,000 yuan standard of the amount involved in the crime may be charged with a crime due to aggravating circumstances; and those who have not reached RMB 1 million yuan or RMB 5 million yuan standards of the amount involved in the crime may be deemed to have committed an aggravated crime of bribery due to aggravating circumstances. Of course, based on the principle of prohibiting repeated evaluations, aggravating circumstances cannot be both a constituent element and a sentencing rule in the same case.

(责任编辑:贾元)