

行贿罪与受贿罪的关系

张明楷

内容提要:大多数国家刑法规定的行贿罪与受贿罪都具有明显的对应关系。我国刑法中的行贿罪与受贿罪的关系则具有双重属性,即二者既可能是对向犯,也可能是独立犯罪,但不是通常的共同犯罪关系,不可能按共同犯罪的一般规定处理。在对向关系的场合,不能将受贿罪的对向行为认定为受贿罪的共犯,也不能将行贿罪的对向行为认定为行贿罪的共犯。由于对向犯只要求存在两个以上行为人的相互对向的行为,而非双方行为均构成犯罪,所以,只要国家工作人员获得的是职务行为的不正当报酬,即使双方存在真实的买卖关系,也不影响国家工作人员的行为构成受贿罪;即使给予财物的人没有行贿的意思,甚至因为上当受骗给予了财物,或者给予财物的人属于正当支出乃至因为支出而获利,也不意味着对方的行为不成立受贿罪。由于行贿罪与受贿罪并非通常的共同犯罪关系,故二者的既遂标准并不相同,不能由一方是否既遂决定另一方是否既遂。

关键词:行贿罪 受贿罪 对向犯 独立犯罪 共同犯罪

张明楷,清华大学谭兆讲席教授。

《刑法修正案(十二)》对行贿罪的法定刑进行了修改,单纯从刑种与刑期来看,行贿罪与受贿罪的前三档法定刑相同。根据现行刑法的规定,成立行贿罪要求行为人主观上“为谋取不正当利益”,但成立受贿罪不要求国家工作人员“为他人谋取不正当利益”,显然二者并非对应关系。不管行贿罪与受贿罪是不是对应关系,刑法理论都需要讨论行贿罪与受贿罪是普通共同犯罪关系还是(非共同犯罪的)对向犯,抑或是独立犯罪的问题。^[1]例如,国家工作人员甲利用职务上的便利索取财物时对方没有同意给予财物。倘若认为行贿罪与受贿罪是对向犯或者共同犯罪关系,甲就不成立受贿罪;倘若认为二者是各自独立的犯罪,则甲的行为成立受贿罪。^[2]又如,司法实践中,许多贿赂案件存在多个

[1] 在有关行贿罪与受贿罪是否属于共同犯罪的问题上,仅可能存在这三种关系。下文将行贿罪、受贿罪称为对向犯时,通常是指不构成共同犯罪的对向犯;称为独立犯罪时,是指既不构成共同犯罪也不构成对向犯的情形。

[2] 至于构成受贿罪的既遂犯还是未遂犯,则是另一个问题。

中间人。倘若认为行贿罪与受贿罪是普通共同犯罪关系,就可能将中间人均认定为受贿罪的共犯;若认为二者虽是对向犯但不是普通的共同犯罪关系,则会根据中间人是教唆、帮助给予财物还是教唆、帮助索取、收受财物来判断中间人的行为构成何罪。再如,倘若认为行贿罪与受贿罪是普通共同犯罪关系,那么,一方犯罪既遂时另一方也必然构成犯罪既遂;倘若认为二者是各自独立的犯罪,则一方既遂时另一方可能是未遂乃至不构成犯罪。由此可见,明确行贿罪与受贿罪的关系,有利于对贿赂犯罪的正确认定。本文以狭义的行贿罪与受贿罪为中心,从立法比较、学理解释与司法适用三个方面展开讨论。

一 贿赂罪的立法比较

包含受贿罪与行贿罪的贿赂罪是古老的犯罪,但各国刑事立法对贿赂罪的规定有所不同。

(一) 不处罚或部分处罚行贿罪的立法例

在以往的刑事立法中,存在只处罚受贿罪不处罚行贿行为或者仅处罚部分行贿行为的立法例。例如,日本的旧刑法只规定了受贿罪(第 284 条以下),没有规定行贿罪。^[3]而且,日本大审院的判决明确指出:“从刑法对作为官吏受贿的必要加担者的行贿者不设置处罚规定的精神来看,理所当然地应该解释为,对行贿者不能作为受贿罪的教唆犯或者从犯处罚。”^[4]在这种立法例中,由于刑法没有规定行贿行为构成犯罪,对行贿行为也不得按受贿罪的共犯处罚,故受贿罪要么是独立犯罪,要么仍然是对向犯,而不可能与行贿形成共同犯罪关系。又如,1935 年《中华民国刑法》第 121 条规定了单纯(普通)受贿罪,但没有规定对应的单纯(普通)行贿罪;第 122 条第 1 款规定了违背职责的受贿罪,第 122 条第 3 款规定了对违背职责行为的行贿罪。这表明,上述刑事立法仅处罚对违背职责行为的行贿罪,不处罚单纯行贿。在这种立法例中,单纯受贿罪要么是独立犯罪,要么仍然是对向犯,不可能与行贿形成共同犯罪关系;但违背职责的受贿罪与对违背职责行为的行贿罪是否形成共同犯罪关系,难以直接从法条表述上找出答案。

(二) 同时处罚行贿罪与受贿罪的立法例

现行各国刑法一般对受贿罪与行贿罪都予以处罚。这是因为,不管如何理解受贿罪的处罚根据,行贿行为都促进了受贿罪的实现,甚至可以认为,行贿与受贿侵犯了相同的保护法益。^[5]但从行贿罪与受贿罪是否存在对应关系的角度来看,主要有两种立法例:

一种立法例是行贿罪与受贿罪没有对应关系,即刑法规定了多种受贿罪,却只规定了一种行贿罪。例如,《日本刑法》第 197 条至第 197 条之四规定了法定刑不同的各种受贿犯罪,其中,单纯受贿罪、事前受贿罪、使请托人向第三者行贿罪、事后受贿罪、斡旋受贿罪

[3] 大塚仁『刑法各論(下卷)』(青林書院新社,1968年)676頁参照。

[4] 日本大審院 1904 年 5 月 5 日判決,日本『大審院刑事判決錄』第 10 輯 955 頁。

[5] 当然,由于各国刑法对行贿罪与受贿罪规定的成立条件不同,故两罪的保护法益可能存在细微区别。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 3 页以下。

的法定刑为 5 年以下惩役,受托受贿罪的法定刑为 7 年以下惩役,加重受贿罪的法定刑为 1 年以上 20 年以下惩役。《日本刑法》第 198 条规定:“提供第 197 条至第 197 条之四规定的贿赂,或者就此进行申请或者约定的,处 3 年以下惩役或者 250 万日元以下罚金。”〔6〕又如,《韩国刑法典》规定了多种受贿罪,但仅规定了一种行贿罪,行贿罪的法定刑轻于部分受贿罪的法定刑。〔7〕这种对行贿罪没有个别化的立法例并不多见。

另一种立法例是对行贿罪的规定完全对应于受贿罪,且行贿罪的法定刑一般轻于对应的受贿罪。例如,《意大利刑法典》第 318 条第 1 款规定了因职务行为受贿罪,第 319 条规定了因违反职责义务的行为受贿罪,第 319 条第 2 款规定了第 319 条的加重犯,第 319 条第 3 款规定了司法行为中的受贿罪,第 320 条规定了受委托从事公共服务人员的受贿罪,上述各条对受贿罪规定了轻重不同的法定刑。第 321 条规定:“第 318 条第 1 款、第 319 条、第 319 条第 2 款、第 319 条第 3 款以及与第 318 条和第 319 条相联系的第 320 条规定的刑罚,也适用于向公务员或受委托从事公共服务的人员给予或者许诺给予钱款或其他利益的人。”〔8〕《奥地利联邦共和国刑法典》第 304 条至 306 条 a 分别规定了四种受贿罪,第 307 条规定了与各种受贿相对应的行贿罪。〔9〕又如,《德国刑法典》第 331 条与第 333 条分别规定了单纯受贿罪与单纯行贿罪,第 332 条与第 334 条分别规定了枉法受贿罪与枉法行贿罪。《葡萄牙刑法典》第 372 条与第 373 条分别规定了枉法受贿罪与不枉法受贿罪,第 374 条就对应的行贿罪规定了较轻的法定刑。〔10〕《匈牙利刑法典》第 250 条与第 251 条规定的行贿罪与受贿罪,第 253 条与第 254 条规定的向官员行贿罪与官员受贿罪,第 255 条与第 256 条规定的法院或管理部门诉讼期间的行贿罪与法院或管理部门诉讼期间的受贿罪,分别都是对应关系。〔11〕这种在规定受贿罪的不同类型的同时也使行贿类型个别化的立法例相当多见。

应当认为,将受贿罪和行贿罪分为单纯受贿罪与单纯行贿罪、枉法(加重)受贿罪与枉法(加重)行贿罪,使行贿罪与受贿罪具有对应关系的立法具有合理性。因为单纯受贿与单纯行贿只是侵犯了职务的不可收买性,而枉法受贿与枉法行贿还侵犯了职务行为的公正性。请托人为了使公务员枉法为自己谋取不正当利益而行贿的,其法定刑当然要重于单纯行贿罪。换言之,由于行贿罪与受贿罪的保护法益相同或者基本相同,既然对受贿罪的类型予以个别化,对行贿罪也应当相应地个别化。如前所述,虽然日本刑法规定了各种不同的受贿罪,却仅规定了单一的行贿罪,但正如西田典之教授所言:“从立法论上来说,应当与各种受贿罪的法定刑程度相对应,使行贿罪也个别化。”〔12〕

〔6〕 该条修正前的第 1 项规定,提供、提议或者约定第 197 条至第 197 条之三规定的贿赂的,处 3 年以下惩役或者 250 万日元以下罚金;第 2 项规定,提供、提议或者约定第 197 条之四规定的贿赂的,处 2 年以下惩役或者 150 万日元以下罚金。但后来将两项合并,形成了现行刑法第 198 条的规定。

〔7〕 参见[韩]金永哲译:《韩国刑法典及单行刑法》,中国人民大学出版社 1996 年版,第 22-24 页。

〔8〕 黄风译注:《最新意大利刑法典》,法律出版社 2007 年版,第 115-116 页。

〔9〕 参见徐久生译:《奥地利联邦共和国刑法典》,中国方正出版社 2004 年版,第 115-117 页。

〔10〕 参见陈志军译:《葡萄牙刑法典》,中国人民公安大学出版社 2010 年版,第 163-164 页。

〔11〕 参见[匈]珀尔特·彼得主编:《匈牙利新〈刑法典〉述评》(第 5-6 卷),上海社会科学院法学研究所欧洲刑事法研究中心组织编译,上海社会科学院出版社 2017 年版,第 151-164 页。

〔12〕 西田典之(橘爪隆補訂)『刑法各論(第 7 版)』(弘文堂,2018 年)532 頁。

不管行贿赂罪与受贿罪是否存在对应关系,对行贿赂行为均不得按受贿罪的共犯处罚,反之亦然。在公务员收受了贿赂的场合,受贿罪与行贿赂罪当然也可谓对向犯。至于受贿罪与行贿赂罪有无可能以及在什么情形下成为独立犯罪,则主要取决于刑法对受贿罪与行贿赂罪构成要件行为的具体规定。

(三)我国刑法关于行贿赂罪与受贿罪的规定

根据我国刑法的规定,对行贿赂罪与受贿罪的关系可以概括为以下几点:

第一,国家工作人员为他人谋取正当利益而索取或者收受财物的(单纯受贿),成立受贿罪,但请托人为谋取正当利益给予国家工作人员以财物的(单纯行贿),不成立行贿赂罪,只有为谋取不正当利益而给予国家工作人员财物的(枉法行贿),才构成行贿赂罪。就此而言,行贿赂罪的成立条件与受贿罪的成立条件并非完全对应,或者说受贿罪的处罚范围实际上宽于行贿赂罪的处罚范围。^[13]

第二,从广义的贿赂犯罪来说,我国刑法对受贿罪与行贿赂罪分别规定了不同类型。只不过,由于第388条没有对斡旋受贿规定独立的法定刑,第385条没有明确区分单纯受贿与枉法受贿,第389条与第390条规定的行贿赂罪与第385条、第388条规定的受贿罪,没有形成完整的对应关系。^[14]从司法实践来看,枉法受贿罪与枉法行贿赂罪也不一定完全对应,可能出现行贿人为谋取不正当利益而行贿,但受贿人没有为行贿人谋取不正当利益或者为行贿人谋取正当利益的情形。所以,枉法行贿与单纯受贿可能存在于同一案件中。

第三,行贿赂罪与受贿罪的前三档法定刑没有明显区别,但三档法定刑的适用条件并不存在对应关系。就第一档法定刑(3年以下有期徒刑)而言,受贿罪有“数额较大或者有其他较重情节”的要求,行贿赂罪无此要求;就第二档法定刑(3年以上10年以下有期徒刑)而言,受贿罪的适用条件是“数额巨大,或者有其他严重情节”,行贿赂罪的适用条件是“因行贿谋取不正当利益,情节严重的,或者使国家利益遭受重大损失”;就第三档法定刑(10年以上有期徒刑或者无期徒刑)而言,受贿罪的适用条件是“数额特别巨大,或者有其他特别严重情节”,行贿赂罪的适用条件是,因行贿谋取不正当利益,“情节特别严重的,或者使国家利益遭受特别重大损失”。概言之,行贿赂罪的法定刑升格条件是其行为所引起的国家工作人员“枉法”及其程度,而受贿罪的法定刑升格条件是数额与其他情节并重(其中包括“枉法”及其程度)。^[15]

显然,在我国,由于单纯行贿不构成犯罪,所以,单纯受贿与单纯行贿不可能形成共同犯罪关系,对单纯行贿也不可能按受贿罪的共犯处罚。亦即,不能因为请托人为谋取正当利益而给予国家工作人员以财物的行为不构成行贿赂罪,就对该行为以受贿罪的共犯论处。在行贿与受贿均构成犯罪的场合,不管二者是否对应,均不得以另一方的共犯论处,否则,

[13] 将来关于行贿赂罪的刑事立法,是否应当删除“为谋取不正当利益”的要素,是值得深入研究的问题。

[14] 从贿赂罪的保护法益来看,将来的刑事立法或许应当明确区分单纯受贿罪与枉法受贿罪,对单纯受贿罪只需要规定一档法定刑,对各种枉法受贿罪则应当规定轻重不同的法定刑;对行贿赂罪的规定也应当与各种受贿罪相对应。

[15] 这种非对应的关系并不理想。将来的刑事立法或许应当修改受贿罪的法定刑升格条件,使之与行贿赂罪相对应。参见张明楷:《行贿赂罪的处罚根据——兼议〈刑法修正案(十二)〉对行贿赂罪的修改》,《政法论坛》2024年第2期,第3页以下。

就完全否认了刑法分别规定行贿罪与受贿罪的构成要件及其法定刑的立法例,因而不当。不过,由于“共同犯罪”概念具有不同含义、包含不同的情形,故能否据此否认行贿罪与受贿罪是共同犯罪关系,还需要进一步研究。由于刑法理论一直将对向犯纳入共犯理论中讨论,国家工作人员接受了请托人的财物进而构成受贿罪的,明显属于对向犯,但这种对向犯是否等同于共同犯罪关系,也不无疑问。此外,受贿罪与行贿罪在什么情形下可能成为独立犯罪,也需要展开学理上的探讨。

二 行贿罪与受贿罪关系的学理解释

行贿罪与受贿罪是否存在对应关系,取决于刑法规定,当刑法没有将二者规定为对应关系时,解释者不可能将其解释为对应关系。但是,只要刑法同时规定了受贿罪与行贿罪,不管二者是否存在对应关系,刑法理论都需要讨论二者是普通共同犯罪关系还是对向犯,抑或是独立犯罪的问题。

(一) 共同犯罪说

共同犯罪说认为,“行贿罪是受贿罪的共犯行为。”^[16]但这一简单表述并没有说明其中的共犯行为是指狭义的教唆与帮助行为还是包括受贿罪的共同正犯。我国有学者提出,相对于受贿人而言,行贿人的行为无论如何要通过受贿人的行为才能实质性地侵害法益,在共同犯罪中处于边缘地位,其行为又可以被评价为教唆或帮助国家工作人员使之得以收受贿赂的性质,因此,按照共犯处罚依据的惹起说以及共犯限制从属性说的法理,在行贿人和受贿人之间具有“一对一”关系的场合,如果受贿罪不成立,反过来追究行贿人的刑事责任,可能是不合适的。^[17]这一观点虽然表明了行贿是受贿的教唆行为或者帮助行为的意思,但主要是针对“一对一”关系的情形,亦即,如果国家工作人员不成立受贿罪,就不能认定对方的行为成立行贿罪。还有学者指出:“从本质上看,行贿犯罪与受贿犯罪属于共同犯罪,即使刑法没有设置独立的行贿犯罪,根据共同犯罪的相关规定也是可以以受贿犯罪的共犯对其进行惩处的。……根据共同犯罪原理,作为互为因果、共同侵害职务行为廉洁性法益的共同犯罪人,他们的作用相当,均为主犯,故一方要对另一方的行为承担刑事责任,实施部分行为的人要对共同犯罪所涉及的全部罪行承担刑事责任。”^[18]这一观点其实是将行贿与受贿视为必要的实行共同正犯。

上述观点就部分贿赂犯罪的事实关系而言可能具有妥当性,但不一定符合行贿罪与受贿罪的规范关系。本文的基本观点是,不应当将行贿罪评价为受贿罪的教唆犯、帮助犯或共同正犯,在此意义上说,行贿罪与受贿罪不是普通共同犯罪关系,主要基于如下理由。

第一,如果认为行贿罪是受贿罪的教唆犯或者帮助犯等狭义的共犯,那么,按照共犯从属性说,只有当国家工作人员实施了符合受贿罪构成要件的不法行为时,行贿行为才成

[16] 西田典之(橘爪隆補訂)『刑法各論(第7版)』(弘文堂,2018年)532頁。

[17] 参见周光权:《论受贿罪的情节——基于最新司法解释的分析》,《政治与法律》2016年第8期,第39页。

[18] 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70页。

立行贿罪,但这可能并不符合司法实践需求。例如,行贿人甲为了谋取不正当利益请托国家工作人员乙,并且将贿赂置于乙的办公室,而乙当时并不在场。乙发现后立即上交或者退还了贿赂。在这样的案件中,难以认定乙实施了符合受贿罪构成要件的不法行为。即便如此,仍应肯定甲的行为构成行贿罪的既遂犯。倘若认为行贿罪是受贿罪的教唆犯或者帮助犯,则意味着甲的行为不成立犯罪,这一结论难以被接受。此外,就谋取正当利益的情形而言,国家工作人员收受财物的行为虽然成立受贿罪,但给予财物的行为不成立行贿罪。这也不能用共同犯罪关系来说明。

第二,如果认为行贿罪是受贿罪的教唆犯或者帮助犯,刑法分则就没有必要规定行贿罪,可是各国刑事立法均非如此。换言之,即使从事实上看,行贿罪似乎是受贿罪的共犯,但由于刑法特别规定了行贿罪,对行贿罪不可能适用刑法总则关于共同犯罪的规定。况且,如果刑法仅规定了受贿罪而没有规定行贿罪,就表明受贿罪充其量是片面的对向犯,将行贿行为认定为受贿罪的共犯,并无法律根据。^[19] 日本旧刑法、1935年《中华民国刑法》与我国台湾地区“刑法”的规定与适用状况,也能说明这一点。又如,1928年《中华民国刑法》第128条原本规定了单纯受贿罪与单纯行贿罪,但1935年《中华民国刑法》第121条仅规定了单纯受贿罪,特意删除了相对应的单纯行贿罪。“其修正案要旨认为关于职务上之行为而行贿,每因授受同科,不易发觉,故删去。”^[20] 在这种立法例之下,对于单纯行贿行为当然不能按单纯受贿罪的共犯处罚,否则就会违反立法宗旨,且导致处罚的不均衡。再如,我国台湾地区现行“刑法”没有规定单纯行贿罪,正是因为对这种行为不可能认定为受贿罪的共犯,台湾地区的“贪污治罪条例”增设了单纯行贿罪。^[21] 此外,如果认为行贿罪是受贿罪的狭义共犯,就会导致行贿罪是受贿罪共犯的正犯化。然而,承认行贿罪是受贿罪共犯的正犯化,就意味着行贿罪在任何场合都是一种独立犯罪,但这一结论存在疑问。

第三,认为行贿罪是受贿罪的必要的实行共同正犯的观点则更难以成立。在我国,受贿罪的成立并不以行贿行为构成犯罪为前提。例如,国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取不正当利益,对方给予国家工作人员以财物的,虽然国家工作人员的行为构成受贿罪,但对方的行为并不成立行贿罪。既然如此,就不能认为行贿罪是受贿罪的必要实行共同正犯。

(二) 对向犯说

对向犯说认为,行贿罪与受贿罪属于对向犯(必要共犯的一种情形),这可谓刑法理论上的多数说或者通说。例如,牧野英一认为,行贿罪与受贿罪是同一犯罪,二者相互处于必要共犯关系。^[22] 又如,西田典之教授虽然在教科书中有“行贿罪是受贿罪的共犯行为”的表述,但同时指出,行贿罪与受贿罪是对向犯,即将对向性的互动行为予以类型化

[19] 参见张明楷:《对向犯中必要参与行为的处罚范围》,《比较法研究》2019年第5期,第1页以下。

[20] 陈朴生著:《刑法各论》(第6版),我国台湾地区正中书局1978年版,第29页。

[21] 参见许泽天著:《刑法分则(下):人格与公共利益篇》(第5版),我国台湾地区新学林出版股份有限公司2023年版,第546-548页。

[22] 牧野英一『刑法各论(下卷)』(有斐阁,1951年)333-334页参照。

的情形,而对向犯包括对双方的处罚相同(如重婚罪)、对双方的处罚不同(如行贿受贿罪)以及只规定了处罚一方的三种情形。^[23]又如,国内有学者指出:“在贿赂犯罪中,行贿和受贿是典型的对向关系,行贿和受贿如一体两面。”^[24]前述主张行贿罪与受贿罪是共同犯罪的国内学者也认为,“行贿与受贿的相互对向行为都侵害了不能处分的法益,因而双方都应受到处罚;且由于其所侵害的法益具有同一性,在不法和罪责上也值得给予同等程度的非难。”^[25]

首先需要说明的是,“必要的共犯”并不意味着存在共同犯罪关系,或者说不等于共同犯罪,只是意味着一人单独不能成立犯罪,需要其他人的参与。必要的共犯包括多众犯与对向犯。^[26]例如,聚众犯罪也可能只有首要分子一人成立犯罪,其他参与人并不成立犯罪(参见我国《刑法》第 291 条)。虽然刑法学界一般在共犯理论中讨论对向犯,但对向犯也不意味着相互实施对向行为的二人成立共同犯罪。这是因为,“对向犯(对立的犯罪)(Begegnungsdelikte),是指以存在二个以上行为人的相互对向的行为为要件的犯罪,……其中存在仅处罚对向者的一方的情形”。^[27]例如,贩卖淫秽物品罪的成立以相对方的对向行为即购买淫秽物品行为为前提,因而属于对向犯,但相对方购买淫秽物品的行为并不成立犯罪(片面的对向犯)。^[28]又如,非法吸收公款存款罪的成立以相对方即投资人的出资行为为前提,同样属于对向犯,投资人的出资行为却不成立犯罪。^[29]在这种情形下,参与人的对向行为并不存在刑法上的不法,故不可能与对向犯构成共同犯罪。刑法学界之所以在共犯理论中讨论对向犯,主要是为了明晰在片面的对向犯中,对于刑法分则没有明文规定的对向行为能否依照刑法总则的规定以共犯论处的问题,^[30]而不是为了说明对向犯就是二人以上共同犯罪。显然,不能因为刑法学界在共犯理论中讨论对向犯,就认为对向犯都是二人以上的共同犯罪,如同刑法学界在共犯理论中讨论间接正犯,间接正犯并不必然属于共同犯罪一样。主张受贿罪与行贿罪是对向犯,充其量只是意味着受贿罪的成立以相对方(承诺)给予了财物为前提,而不是指以相对方的行为构成行贿罪为前提。虽然不可否认部分的行为罪与受贿罪存在对向犯的情形,但认为行贿罪与受贿罪均为对向犯的观点也值得商榷。

[23] 西田典之『共犯理論の展開』(成文堂,2010年)227-228頁参照。

[24] 邱帅萍:《贿赂犯罪刑罚配置的体系性完善——由〈刑法修正案(十二)〉展开》,《比较法研究》2024年第1期,第40页。

[25] 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120页。

[26] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 141 f.; 平野龙一『刑法總論 II』(有斐閣,1975年)378頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法總論(第3版)』(弘文堂,2019年)405-406頁、外木央晃『共犯の基礎理論』(成文堂,2018年)66頁参照。

[27] 大塚仁『刑法概説(總論)(第4版)』(有斐閣,2008年)275頁。

[28] 参见[日]大谷实著:《刑法讲义总论》(新版第5版),黎宏、姚培培译,中国人民大学出版社2023年版,第399页。

[29] 西田典之(橋爪隆補訂)『刑法總論(第3版)』(弘文堂,2019年)407頁参照。

[30] Vgl. Roxin, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band II, 2003, S. 142 ff.; 平野龙一『刑法總論 II』(有斐閣,1975年)378-380頁、西田典之(橋爪隆補訂)『刑法總論(第3版)』(弘文堂,2019年)406-410頁、山口厚『刑法總論(第3版)』(有斐閣,2016年)355-356頁、井田良『講義刑法学・總論(第2版)』(有斐閣,2018年)538-540頁参照。

第一,受贿罪的成立究竟是否以相对方(承诺)给予了财物为前提,不无疑问。根据德国、日本等国刑法,^[31]以及我国台湾地区“刑法”,只要公务员就职务行为向他人“要求”贿赂,便成立受贿罪的既遂犯,而不以相对方的同意为前提,更不以相对方提供贿赂为前提。^[32]就这一类型来说,受贿罪不是对向犯,而是独立犯罪。这充分说明,在德国、日本等大多数国家与我国台湾地区,认为受贿罪与行贿罪是对向犯的观点,并不完全符合其刑法规定。我国《刑法》第385条第1款规定:“国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益的,是受贿罪。”虽然按照通说与司法实践的普遍做法,只有当国家工作人员实际取得或实际控制了财物才是受贿既遂,^[33]但从解释论上来说,完全可以认为,受贿罪中的“索取”就是索要,凡是提出、要求、约定请托人给予财物的就是受贿既遂。^[34]再者,即使按照当下的通说,国家工作人员向请托人索要财物时请托人没有同意的,国家工作人员也能成立受贿罪的未遂犯,而且值得科处刑罚。所以,至少在部分场合,受贿罪与行贿罪不是对向犯。

第二,行贿罪的成立是否以国家工作人员收受财物为前提,同样存在疑问。根据德国、日本等国刑法,^[35]以及我国台湾地区“刑法”,行贿人向公务员“行求”“申请”给予贿赂的,就成立行贿罪的既遂犯,而不以公务员的同意为前提,更不以公务员收受贿赂为前提。^[36]就这一类型来说,行贿罪不是对向犯,而是独立的犯罪。我国《刑法》第389条规定的行贿罪的构成要件行为是“给予国家工作人员以财物”,这似乎说明受贿罪与行贿罪是对向犯。但是,一方面,从解释论上来说,与受贿罪中的“为他人谋取利益”包括许诺为

[31] 例如,《德国刑法典》第331条第1款规定:“公务员、欧洲公务员或者对公务负有特别义务的人员,就行使职务,为自己或者第三者要求、约定或者收受利益的,处三年以下自由刑或者罚金。”《日本刑法》第197条规定:“公务员就职务上的事项,收受、要求或者约定贿赂的,处五年以下惩役;实施上述行为时接受请托的,处七年以下惩役。”《意大利刑法典》第317条规定,公务员强迫或者诱使他人非法地向自己或第三者给予或者许诺给予财物,是索贿罪;第318条规定,公务员接受财物或者接受有关的许诺的,是受贿罪。

[32] 西田典之(橘爪隆補訂)『刑法各論(第7版)』(弘文堂,2018年)525頁參照、山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣,2010年)621頁參照。另參見陳子平著:《刑法各論(下)》(第3版),我國台灣地區元照出版有限公司2020年版,第612頁;許澤天著:《刑法分則(下):人格與公共法益篇》(第5版),我國台灣地區新學林出版股份有限公司2023年版,第534頁。

[33] 參見王作富主編:《刑法分則實務研究(下)》(第5版),中國方正出版社2013年版,第1667頁;陳興良:《受賄罪的未遂與既遂之區分》,《中國審判》2010年第2期,第97頁;李希慧主編:《貪污賄賂罪研究》,知識產權出版社2004年版,第186-187頁;孫國祥著:《貪污賄賂犯罪研究》(下冊),中國人民大學出版社2018年版,第731頁;劉憲權、謝杰著:《賄賂犯罪刑法理論與實務》,上海人民出版社2012年版,第108-109頁;陳國慶著:《新型受賄犯罪的認定與處罰》,法律出版社2007年版,第21頁;黎宏著:《刑法學各論》(第2版),法律出版社2016年版,第532頁;周光權:《論商業受賄犯罪的既遂》,《中國檢察官》2009年第2期,第17頁;勞東燕:《論受賄罪的實行行為》,《政法論壇》2020年第3期,第30頁;等等。

[34] 參見張明楷著:《刑法學(下)》(第6版),法律出版社2021年版,第1608頁。

[35] 例如,《德國刑法典》第333條第1款規定:“對於公務員、歐洲公務員、特別受僱於從事公務事務的人員或者聯邦部队的軍人,就行使職務,向該人或者第三者行求、約定或者提供利益的,處二年以下自由刑或者罰金。”《日本刑法》第198條規定的行賄罪的構成要件行為包括提供、申請與約定。《意大利刑法典》第321條規定,向公務給予或者許諾給予財物的,是行賄罪。

[36] 西田典之(橘爪隆補訂)『刑法各論(第7版)』(弘文堂,2018年)532頁參照、山口厚『刑法各論(第2版)』(有斐閣,2010年)628頁參照。另參見陳子平著:《刑法各論(下)》(第3版),我國台灣地區元照出版有限公司2020年版,第612頁;許澤天著:《刑法分則(下):人格與公共法益篇》(第5版),我國台灣地區新學林出版股份有限公司2023年版,第546頁。

他人谋取利益一样,^[37]完全可以认为,行贿罪中的“给予”包括为谋取不正当利益而提出给予、许诺给予、约定给予和实际给予。^[38]因为请托人的前两种行为不仅侵犯了职务行为的不可收买性,并且对国家工作人员违背职务起到了诱导作用,具有侵犯职务行为公正性的抽象危险。或者说,只要请托人提出、许诺给予国家工作人员以财物,不论最终是否实际上给予财物,都会引发一般人对国家工作人员是否接受了财物的怀疑,进而侵害了国民对职务的不可收买性与公正性的信赖。另一方面,行贿人客观上给予了国家工作人员以财物,国家工作人员并没有收受财物的,也能认定行贿人的行为构成行贿既遂。例如,请托人甲将贿赂款交付给国家工作人员乙的妻子,乙知道后立即让妻子将财物退回或者上交的,不能认定乙接受了财物,但甲的行为依然成立行贿罪。既然如此,也能肯定行贿罪的部分情形与受贿罪并非对向犯。

(三) 独立犯罪说

独立犯罪说认为,行贿罪与受贿罪是各自独立的犯罪,既不属于必要的共犯(对向犯),也不属于普通共同犯罪。^[39]如上所述,按照德国、日本等国刑法的规定,行贿罪与受贿罪完全可能是各自独立的犯罪。亦即,公务员就其职务向他人要求或提出贿赂的,即使他人并未同意,公务员也构成受贿罪的既遂犯;请托人就公务员的职务申请或者请求给予贿赂的,即使公务员并未同意,请托人也构成行贿罪的既遂犯。例如,犯罪嫌疑人的亲属乙请托警察甲不继续侦查案件时,甲要求乙提供金条。即使乙予以拒绝,甲也成立受贿罪的既遂犯。又如,犯罪嫌疑人的亲属 A 请托警察 B 不继续侦查案件,并拿出金条给 B 时,即使 B 拒收, A 也成立行贿罪的既遂犯。亦即,仅凭公务员或请托人自己的行为就足以满足受贿罪或行贿罪的构成要件,不以相对方实施对向行为为必要。就此而言,应当肯定行贿罪与受贿罪是各自独立的犯罪,并不属于对向犯。根据我国现行刑法的规定与司法实践,虽然上述甲的行为不一定成立受贿罪的既遂犯,但至少能够成立受贿罪的未遂犯;即使 A 的行为不一定成立行贿罪的既遂犯,也能够成立行贿罪的未遂犯。在此意义上说,行贿罪与受贿罪是各自独立的犯罪。

然而,由于《刑法》第 385 条将“收受财物”规定为受贿罪的一种行为方式,而且在多数贿赂案件中,国家工作人员都接受了贿赂,故不能不承认受贿与行贿也可能是对向犯。亦即,既然国家工作人员接受了贿赂,就必然有相对方给予财物的行为。至于相对方给予财物的行为是否构成犯罪,不影响对向犯的认定。

(四) 本文观点

从上面的讨论可以看出,在我国,行贿罪与受贿罪既可能是对向犯,也可能是独立犯

[37] 参见 2016 年 4 月 18 日最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第 13 条。

[38] 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 17 页;陈昊、王志远:《许诺行贿司法处理方式的本土化选择》,载魏昌东、顾肖荣主编《经济刑法》(第 21 辑),上海社会科学院出版社 2022 年版,第 189 页以下。

[39] 木村龜二『刑法各論』(法文社,1959 年)288-290 頁参照。

罪,因而具有双重性,但不可能是共同犯罪。

首先,我国刑法不处罚为谋取正当利益的单纯行贿行为。在这一立法例中,对单纯行贿行为也不可能以受贿罪的共犯论处,否则就形成明显不公平的现象,导致处罚的不均衡。就此而言,受贿罪与单纯行贿不可能形成共同犯罪关系。在行贿与受贿行为均构成犯罪的情形中,对行贿罪不得按受贿罪的共犯处罚,对受贿罪也不得以行贿罪的共犯论处,只能按各自的罪名与法定刑追究刑事责任。就此而言,受贿罪与行贿罪也不是共同犯罪。诚然,行贿人与受贿人具有共同的犯罪故意与共同的犯罪行为,似乎符合共同犯罪的成立条件,但不可能因此适用刑法总则关于共同犯罪的规定。应当认为,行贿罪与受贿罪是共同犯罪的例外。

其次,就国家工作人员已经收受了贿赂或者就收受贿赂形成了约定的情形而言,受贿与行贿是对向犯,此时的行贿与受贿都以相对方实施对向行为为前提,但这并不意味着双方的行为均构成犯罪。例如,国家工作人员甲利用职务上的便利向请托人乙勒索巨额财物,乙也因此给予国家工作人员巨额财物,却没有获得不正当利益。虽然乙实施了与甲的受贿行为相对向的行为(给予财物),甲的受贿罪属于对向犯,但根据《刑法》第389条第3款的规定,乙的行为并不成立行贿罪。在这种情形中,受贿罪是对向犯,却不与行贿行为构成共同犯罪。

最后,在国家工作人员索要但未获得贿赂,也未形成约定的情形下,以及在请托人单纯提出给予贿赂或者客观上给予了贿赂,国家工作人员并未收受与同意收受的情形下,受贿与行贿是各自独立的犯罪,并不属于对向犯。例如,在上例中,倘若乙没有同意给予甲以巨额财物,甲的行为仍然成立受贿罪,只不过对既未遂形态存在不同观点。此时甲的受贿罪就不是对向犯,而是独立犯罪。又如,在前述妻子收受财物案中,即使国家工作人员乙没有实施收受财物的行为,请托人甲的行为也成立行贿罪的既遂犯。此时甲的行贿罪是独立犯罪,并非对向犯。

概言之,行贿罪与受贿罪既可能是对向犯,也可能是独立犯罪,但不可能是共同犯罪关系,不应认为行贿罪是受贿罪的教唆犯、帮助犯或共同正犯,所以对行贿与受贿不能适用刑法总则关于共同犯罪的规定。

三 司法适用

明确行贿罪与受贿罪的上述关系,有利于正确适用刑法关于行贿罪与受贿罪的规定。

(一) 存在中间人的情形

在国家工作人员已经收受贿赂或者就收受贿赂形成了约定的案件中,行贿罪与受贿罪是对向犯,但由于刑法已经就对向行为分别规定了各自的犯罪构成,故不能将对向行为认定为另一方的共犯。以上结论虽然浅显,但在行贿与受贿之间存在“中间人”的场合,以什么标准判断中间人构成行贿罪的共犯或受贿罪的共犯,在司法实践中仍有疑问。行贿与受贿之间存在“中间人”的贿赂案件比较常见而非个案;“监察机关在办理贿赂案件

时,关于涉嫌贿赂犯罪的‘帮助’行为如何定性的问题,常存在认识分歧。”^[40]所以,明确区分判断标准具有重要意义。

例如,某市人民政府 2011 年颁发文件规定,持有本市有效暂住证且连续 5 年以上在本市缴纳社会保险或个人所得税的非本市户籍居民家庭,在本市不拥有住房的,限购一套住房。2016 年 10 月至 2017 年 3 月间,周某通过刘某(非国家工作人员)请托税务局工作人员郝某为不符合条件的人员补缴个税,并通过王某为其提供有意向买房却不符合条件的人员信息,由王某收取以上人员的钱款留存部分后转至孙某名下银行卡,再由孙某向周某名下银行卡转账,周某留存后将钱款转至刘某,刘某留存一部分后将剩余钱款转给郝某等人,由郝某利用职务上的便利,为以上人员违规补缴 5 年个人所得税,骗取购房资格。王某通过上述方式为 100 余人办理补缴个税,收取并转至周某的钱款共计 400 多万元。

检察院对王某以行贿罪提起公诉,一审法院则认定王某的行为构成受贿罪的共犯。判决理由如下:(1)王某不是不正当利益的归属人。相反,王某意图谋取的利益是在自己经手贿赂款过程中截留部分款项。这与郝某、刘某等人收取贿赂财物具有利益共同性。(2)周某作为一名普通公司经营者收取高价办理违规补缴税款,王某对此渠道的非法性应具有认知,其仍主动寻找批量无购房资格人员、搜集和传递人员资料并接收、转递贿赂款给周某,其行为系郝某等人受贿行为的中间环节。(3)王某是行受贿链条中的中间人,不是行贿款的支付者,相反,其对于该款项有一定的支配处分的权利。王某收取钱款后截留一部分后再交由周某,周某再交给刘某等人,其行为属于分赃的处置行为,应整体视为受贿罪的共犯。^[41]检察院提起抗诉后,二审法院基于以下理由维持原判:(1)王某与国家工作人员郝某等人主观目的一致。(2)王某对钱款的支配体现了受贿人的意志。王某将钱款截留一部分后将其余钱款交给周某等人及后续国家工作人员,与后续人员对于钱款支配具有利益的共同性,应视为对贿赂款的分配。(3)王某与郝某等人具有共同的犯罪故意。(4)王某的行为应视为共同受贿行为的组成部分。^[42]

不难看出,上述一二审判决都是以共同犯罪的一般成立条件为根据,将王某等中间人的行为认定为受贿罪的共犯。但在本文看来,这样的认定不无疑问。

第一,如前所述,行贿罪与受贿罪并非共同犯罪关系,既然如此,就不能按共同犯罪的成立条件认定某种行为是构成行贿罪的共犯还是受贿罪的共犯,否则就会认为所有行贿行为都构成受贿罪的共犯。易言之,不能因为行贿方的行为唆使或者促成了受贿行为,就将行贿行为认定为受贿罪的共犯。

第二,在国家工作人员收受了财物的情形下,行贿罪与受贿罪是对向犯,所以,凡是与受贿罪对向的行为,只能被认定为行贿罪;只有与受贿罪同向的行为,才能被认定为受贿罪。受贿罪的构成要件行为是索取或者收受财物,因此,只有帮助国家工作人员索要或者

[40] 寇松娜:《介绍贿赂罪与行受贿罪共犯之辨》,《中国纪检监察报》2020 年 10 月 28 日第 8 版。

[41] 参见北京市朝阳区人民法院(2019)京 0105 刑初 27 号刑事判决书,北京市朝阳区人民法院(2019)京 0105 刑初 94 号刑事判决书。

[42] 参见北京市第三中级人民法院(2020)京 03 刑终 247 号刑事裁定书,北京市第三中级人民法院(2019)京 03 刑初 14 号刑事判决书,北京市高级人民法院(2019)京刑终 152 号刑事判决书。

收受财物的行为,才能构成受贿罪的共犯。但在上例中,王某、周某等人所实施的都是向国家工作人员郝某等人提供财物的行为,或者说都是为请托方服务的人员,属于受贿罪的对向行为,因而只能认定为行贿罪。

第三,上述一、二审判决的说理也存在疑问。其一,王某不是不正当利益的归属人,难以成为否认其行为构成行贿罪的理由,因为诸多行贿罪的共犯(包括共同正犯)都不是不正当利益的归属人。其二,王某在经手贿赂款过程中截留部分款项,不能表明其与郝某等人收取贿赂具有同向性。换言之,行贿人与受贿人具有利益共同性,不是将行贿人的行为认定为受贿罪共犯的理由。例如,私营企业负责人 A 长期向国家工作人员 B 行贿,也完全可能形成利益共同性,但不能据此认为 A 的行为构成受贿罪的共犯。其三,王某认识到其行为系郝某等人受贿行为的中间环节,也不可能成为王某的行为构成受贿罪的理由,因为中间环节中与索取、收受财物对向的行为就是行贿行为。其四,王某、周某等中间人不是行贿款的支付者,也不是否认其行为构成行贿共犯的理由,因为行贿共犯(包括共同正犯)完全可能不需要支付行贿款。只要中间人与请托人(购房者)的行为同向,就应将中间人认定为行贿共犯。其五,王某收取钱款截留一部分后再交给周某,周某截留后再交给刘某等人的行为并非对受贿赃物的处置。王某、周某等人既可能截留了行贿款,也可能认为自己作为中介为请托人提供了服务应当获得报酬,这一事实不能说明王某、周某等中间人与郝某在整体上构成受贿罪的共犯。其六,王某、周某等中间人与国家工作人员郝某等人主观目的一致,只是表明中间人与郝某都能获得不法利益。在“一对一”的行贿与受贿案件中,行贿人与受贿人的主观目的其实也是一致的,但不应因此认为行贿行为构成受贿罪的共犯。其七,认为王某、周某等中间人对钱款的支配体现了受贿人的意志,不一定符合事实,因为中间人截留得越多,郝某等国家工作人员得到的越少。而且,王某、周某等人事实上决定了可以向国家工作人员行贿多少,表明他们属于行贿的共犯。其八,认为王某、周某等中间人与郝某等人具有共同的犯罪故意、共同行为等,显然不是认定前者的行为构成受贿罪的理由,因为对向犯的行为人都可谓有共同的犯罪故意与共同的犯罪行为。

总之,上述一、二审判决是因为将行贿罪与受贿罪理解为共同犯罪关系,才将中间人的行为均认定为受贿罪。反之,如若从对向犯与独立犯罪的角度来理解行贿罪与受贿罪的关系,则不会认为中间人的行为均构成受贿罪的共犯。正确的做法应当是,凡是直接为“给予国家工作人员以财物”做出贡献的,均应属于行贿罪的共犯;不能因为其间接为受贿罪的成立作出了贡献,就认定为受贿罪的共犯。反之,凡是直接为“索取或者收受他人财物”做出贡献的,均属于受贿罪的共犯;不能因为其间接为行贿罪的成立作出了贡献,就认定为行贿罪的共犯。例如,甲为了使国家工作人员乙得到贿赂,在与乙没有通谋的情形下劝诱丙向乙行贿,乙接受教唆而向丙行贿。虽然甲主观上是为了乙得到贿赂,但其客观行为是直接为丙“给予国家工作人员以财物”的行为做出贡献,应认定为行贿罪的教唆犯。反之,如果 A 为了使国家工作人员 B 得到贿赂,在经过 B 同意后代替 B 向 C 索要贿赂的,其客观行为直接为“索取或者收受他人财物”做出了贡献,应认定为受贿罪的共犯。

(二) 存在买卖关系的情形

由于行贿罪与受贿罪的部分情形属于对向犯,所以,即使给予财物的人与收受财物的国家工作人员之间形成对某种物品的买卖关系,只要国家工作人员获得的是职务行为的不正当报酬,就不影响受贿罪与行贿罪的成立。因为买卖就是一种对向关系,并非同向行为,因而符合行贿罪与受贿罪的关系。

例如,某交警支队民警曹某于 2017 年 2 月至 2017 年 10 月期间,多次违法利用职务上的便利登陆“交通综合应用平台”,查询车辆信息数千条,然后将 600 余条含有车牌号、车主姓名、车辆抵押等内容的公民个人信息通过微信方式出售给徐某和林某,从中获利 4 万元左右。此外,曹某还向徐某提供含有车牌号、车主姓名、车辆抵押等内容的车辆信息 1000 余条。与此同时,徐某和林某多次通过微信联系曹某等人购买含有车牌号、车主姓名、车辆抵押等内容的公民车辆档案信息,然后将上述信息出售给他人,二人出售的车辆信息均不少于 500 条。原审法院认为,徐某、林某与曹某的行为构成侵犯公民个人信息罪。^[43] 上诉人曹某提出,对其在履行职务的过程中帮助他人查询车辆信息,从中收取他人钱财 4 万余元的行为,应以受贿罪论处。二审法院认为,曹某将他人车辆信息提供给徐某、林某时,按信息条数计价,双方系买卖关系,故其行为不符合受贿罪的构成要件。^[44]

在本文看来,上述判决结论存在疑问。“双方系买卖关系”不应成为否定曹某的行为构成受贿罪的理由。因为贿赂罪原本就是在对职务(行为)进行买卖,行贿人在收买职务行为,受贿者在出卖职务行为。从形式上看,徐某、林某与曹某买卖的是公民个人信息,但不可能否认曹某出卖了职务行为,因为其出卖的公民个人信息是通过职务行为获取的,出卖公民个人信息与出卖职务行为并不对立,而是同一或竞合的,不能因为曹某出卖了公民个人信息,就否认曹某出卖了职务行为。诚然,曹某出卖公民个人信息的行为本身,并非利用职务上的便利。但是,曹某利用职务上的便利获取公民个人信息后,将这一信息出卖给他人,就是在利用职务上的便利为他人谋取不正当利益,并且获得了为他人谋取利益的对价,该对价既是公民个人信息的对价,也是曹某职务行为的不正当报酬。因此,曹某的行为同时触犯侵犯公民个人信息罪与受贿罪;徐某与林某的行为则同时构成侵犯公民个人信息罪与行贿罪。至于是否应当并罚,则是另一回事。^[45]

(三) 相对方不知真相的情形

由于行贿罪与受贿罪既可能是对向犯,也可能是独立犯罪,所以,即使给予财物的人没有认识到国家工作人员在索取或收受贿赂,甚至因为上当受骗给予了财物,也不意味着对方的行为不成立受贿罪。这是因为,在受贿罪是独立的犯罪的情形下,原本就不以相对方的行为构成犯罪为前提。即使说受贿罪与行贿罪是对向犯,也只是意味着国家工作人

[43] 参见江西省鄱阳县人民法院(2020)赣 1128 刑初 120 号刑事判决书。

[44] 参见江西省上饶市中级人民法院(2021)赣 11 刑终 86 号刑事裁定书。

[45] 也有法院将类似案件中的国家工作人员的行为认定为受贿罪。参见北京市朝阳区人民法院(2018)京 0105 刑初 79 号刑事判决书,北京市第三中级人民法院(2019)京 03 刑终 47 号刑事裁定书。

员成立受贿罪以对方实施给予财物这一对向行为为前提,而不要求给予财物的行为人知道真相。

例如,某企业负责人甲请托 B 国有银行负责人乙向企业贷款 6000 万元, A 企业符合贷款条件,银行也有资金提供贷款。但是,乙为了获取不法利益而向甲谎称,需要 C 企业向银行存入 6000 万元后再贷款给 A 企业,但 C 企业要求多支付 1%的存款利息,如若 A 企业同意多支付 1%的利息则可以办理贷款。甲信以为真,多支付了 60 万元的利息,该利息被乙据为己有。在本案中,甲不知真相,而且因为上当受骗多支付了 60 万元,但这一事实并不影响乙的行为构成受贿罪(索取贿赂)。因为乙利用职务上的便利为 A 企业谋取了利益,其获得的 60 万元是其职务行为的不正当报酬,而该不正当报酬就是 A 企业给予的,故应认为乙的受贿罪属于对向犯。^[46]

(四) 相对方正当支出的情形

即使给予财物的人属于正当支出乃至因为支出而获利,也不意味着对方的行为不成立受贿罪。这同样是因为,在受贿罪是对向犯或独立犯罪的情形下,原本就不以相对方的行为构成犯罪为前提;在认定受贿罪时需要判断的是,国家工作人员取得的财物是否属于职务行为的不正当报酬;至于相对方给予财物是否属于不正当支出,则不影响对受贿罪的判断。

例如,甲是某国有独资公司中负责市政工程的管理人员,其妻子乙在保险公司担任工程保险的兼职业务员。按照相关规定,市政工程的施工单位应当购买工程保险。由于施工单位在各方面有求于甲的职务行为,甲便要求中标的施工单位找乙购买工程保险,乙因此从保险公司获得了巨额的提成。不可否认的是,施工单位应当购买工程保险,保险公司按其规定也应当向乙支付提成,但不管是施工单位向国家工作人员甲提供了获利的机会,还是保险公司向乙提供了分成,这些利益都与甲的职务行为具有密切的关联性,都是甲的职务行为的不正当报酬。所以,即使施工单位和保险公司的支出是正当的,也不影响甲的行为构成受贿罪。

(五) 相对方没有故意与行为的情形

既然行贿赂罪与受贿罪可能是各自独立的犯罪,即使收受财物的国家工作人员没有受贿的故意,甚至没有收受财物的行为,也不影响对方的行为成立行贿赂罪。^[47] 例如,高三学生小许随其父许某和高中体育教练杨某到北京某大学参加篮球特长生招生测试,在杨某介绍下,许某认识了该大学的篮球队主教练李某。为让李某在招生过程中给予照顾,许某与杨某共同商量给李某送钱,后由杨某将 3 万元现金给了李某。李某随即将所收 3 万元现金上交至单位小金库。^[48] 应当认为,李某不具有受贿的故意,但许某与杨某的行为则完全符合行贿赂罪的构成要件,不仅侵害了职务行为的不可收买性,而且具有侵害职务行为公正性的抽象危险,应当认定为行贿赂罪。

[46] 当然,乙的行为也同时触犯诈骗罪,诈骗罪与受贿罪属于想象竞合。

[47] 同样,如前所述,即使给予财物的人不知真相,没有行贿赂的故意,也不影响对方的行为构成受贿罪。

[48] 参见黄昌学:《贿赂犯罪的司法认定》,《中国检察官》2010 年第 9 期,第 3 页。

(六) 行贿罪与受贿罪的既遂标准

在行贿罪与受贿罪属于独立犯罪的情形下,一方的行为是否既遂就不能取决于另一方的行为是否既遂,只能分别判断各自的行为是否既遂。

不可否认的是,有些对向犯的既遂标准适用于双方的对向行为。例如,重婚罪虽然是对向犯,但其既遂标准是统一的。又如,非法买卖枪支、弹药罪的既遂标准(枪支的转移),同时适用于购买方与出售方。但是,行贿罪与受贿罪的构成要件与重婚罪、非法买卖枪支罪等典型的对向犯并不完全相同。在重婚罪或非法买卖枪支罪对向犯的场所,各自的构成要件行为除了对向行为之外并无其他要求,行贿罪与受贿罪虽然要求有对向行为(如给予与收受),但两罪的构成要件并不完全相同,责任要素也不同,因而可能是各自独立的犯罪。既然如此,两罪的既遂标准就不可能完全相同。即使在大多案件中,受贿既遂就意味着行贿既遂,也不能说凡是受贿既遂的就表明行贿一定既遂。

有观点认为,“贿赂犯罪是一种结果犯而不是一种行为犯。受贿犯罪是涉财职务犯罪,与普通财产犯罪一致,受贿人的主观目的就是获取财物。如果客观上实施了利用职务之便为他人谋取利益的行为,但行为人并未从中收受财物,当然也就不能以受贿罪论处;至于是否已经为他人谋取了利益,并不影响受贿罪既遂的成立。因而,贿赂犯罪的既、未遂标准应当以受贿人是否收受或者索取到财物为标准。”^[49]这一观点对行贿罪与受贿罪适用相同的既遂标准,其实也是着眼于行贿罪与受贿罪的共同犯罪关系,却忽略了部分行贿罪与受贿罪是独立犯罪的情形,本文难以赞成。

2007 年 7 月 8 日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》(法发[2007]22 号)第 9 条第 1 款规定:“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的,不是受贿。”但这一规定没有回答对请托人应当如何处理的问题。需要讨论的是,在这种情形下,请托人的行为是否构成行贿罪的既遂犯?

关于行贿罪的既遂标准,刑法理论上主要有以下观点:第一,以行为人实施给付财物的行为作为既遂的标志,不要求对方实际接受贿赂。第二,以行贿人实际给付财物,并请求受贿人为其谋取不正当利益作为行贿罪既遂的标准,但不要求谋取不正当利益的目的已经实现。第三,以行贿人给付财物行为的完成为标志,这一行为的完成是受贿人接受财物。第四,以受贿人实际为行贿人谋取不正当利益作为行贿罪既遂标准。第五,应区别不同情况区分行贿罪的既遂与未遂,对为今后获取不正当利益而预先给付财物的,以是否给付财物为既遂、未遂的标准;对先已获取不正当利益,然后给付财物的以是否获取不正当利益为行贿罪既遂、未遂的区分标准。^[50]上述第四种观点明显难以成立。因为当行贿罪中的“为谋取不正当利益”属于主观的超过要素时,原本就不需要现实化,故不可能以请托人是否谋取了不正当利益作为区分行贿罪既遂与未遂的标准。第五种观点所讲的前一种情形与第一或第三种观点相同,所讲的后一种情形还没有给予财物,认定为行贿既遂可

[49] 王晓东、段凰:《贿赂犯罪既、未遂疑难问题研究》,《法律适用》2023 年第 11 期,第 166 页。

[50] 参见刘生荣、张相军、许道敏著:《贪污贿赂罪》,中国人民公安大学出版社 1999 年版,第 213-214 页;莫洪宪、叶小琴:《论贿赂犯罪形态》,《甘肃政法学院学报》2005 年第 5 期,第 69 页。

能存在疑问。一方面,如果认为“给予国家工作人员以财物”是指现实地给予了财物,那么,在行贿人并没有实施这一行为时,不可能构成行贿既遂。另一方面,如果认为“给予国家工作人员以财物”包括许诺给予国家工作人员以财物,那么,只要许诺给予财物就属于行贿既遂,而非以已经获得了不正当利益为既遂标准。

在现实生活中,请托人向国家工作人员给予财物时,通常会同时表述请托内容,或者先前已经表达了请托内容。所以,在我国通说与司法机关还没有接受“给予”包括许诺给予的司法现状下,或者说,如若认为行贿罪中的“给予”是指现实地给予,那么,关键在于如何判断行贿人是否给予了财物。换言之,是不是只有当国家工作人员“收受”了财物时,才能认定行贿人给予了财物?本文对此持否定回答。

一方面,既然请托人给予了财物,就表明财物已经发生了转移,而不再由请托人占有和支配。因此,只要财物脱离了请托人的占有,并且转移给了国家工作人员或者其指定的特定人员,就能认定请托人给予国家工作人员财物。例如,国家工作人员离开办公室时,请托人将财物放在国家工作人员办公室的柜子后离开,但国家工作人员不知情。在这种情形下,即使国家工作人员还不知情,也能确定请托人将财物给予了国家工作人员。又如,请托人将财物交给国家工作人员的妻子,妻子还没有告诉国家工作人员。在这种情形下,尽管收到财物的是国家工作人员的妻子,也应认为财物给予了国家工作人员。^[51] 既然如此,就应认为当请托人的行为客观上完全满足了行贿罪的构成要件时,只要请托人主观上是为了谋取不正当利益,就成立行贿罪的既遂犯。

另一方面,对受贿罪中的“收受”财物应当进行规范判断。在上述两例中,都不能认为国家工作人员实施了“收受他人财物”的构成要件行为。因为受贿罪中的收受他人财物,意味着职务与财物之间的不法交易,财物已经成为职务行为的不正当报酬,但上述两例并非如此。反之,即使国家工作人员客观上没有接收财物,也可能规范地评价为收受了财物。例如,请托人甲有求于国家工作人员乙的职务行为,并提出将财物交付给乙,乙承诺为甲谋取利益,同时要求甲将财物交付给丙,甲按乙的吩咐将财物交付给丙。在这种情形下,即使丙不知情,也应认定乙收受了贿赂。又如,2016年4月最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第16条第2款规定:“特定关系人索取、收受他人财物,国家工作人员知道后未退还或者上交的,应当认定国家工作人员具有受贿故意。”这一规定并不只是肯定了国家工作人员具有受贿故意,而且同时肯定了国家工作人员有收受财物的行为。亦即,国家工作人员在知情后未退还或者上交,就表明国家工作人员认可了以自己的职务与他人财物进行不法交易,使他人财物成为自己职务行为的不正当报酬。显然,从受贿罪中的“收受”的规范含义可以看出,并不是只有当国家工作人员客观上有接收财物的物理动作时,才是收受财物。既然如此,行贿人是否给予了国家工作人员以财物,也不能以国家工作人员客观上是否接收了财物为标准进行判断,只能将行贿本身的客观事实作为判断资料得出结论。只有这样,才能体现行贿罪在某些情形下是独立犯罪。

[51] 当然,如果是对有影响力的人行贿,则是另一回事。

The Relationship Between the Crime of Offering Bribes and the Crime of Taking Bribes

[**Abstract**] Under Chinese criminal law, a state functionary who solicits or accepts property for the legitimate interests of others (simply taking bribes) is guilty of accepting bribes, but a person who offers property to a state functionary for legitimate interests (simply offering bribes) is not guilty of the crime of offering bribes. Thus, the relationship between the crime of offering bribes and the crime of taking bribes has a dual attribute, that is, they may be symmetrical crimes or independent crimes, but they are not joint crimes in a general way. In cases where a state functionary has accepted bribes offered by a trustee or the two parties have formed an agreement on how to accept bribes, the crime of offering bribes and the crime of taking bribes are symmetrical crimes. Under these circumstances, the acts of both parties are based on the premise that the other party carries out symmetrical acts of bribery crimes. However, this symmetrical structure does not mean that both parties' acts constitute a crime. In cases where a state functionary solicits but does not receive bribes and has not reached an agreement with the other party and in cases where a trustee simply promises to give bribes or offers bribes objectively, but the state functionary does not take or agree to accept such bribes, the crime of offering bribes and the crime of taking bribes are separate and independent crimes, rather than symmetrical crimes. The establishment of symmetrical crimes only requires the existence of two or more actors' symmetrical acts, rather than that all acts involved constitute a crime, nor does it mean that symmetrical crimes are joint crimes. Therefore, as long as a state functionary receives improper remuneration for his act of duty, his act constitutes the crime of taking bribes, even if a real business relationship exists between the involved parties. Even if the other party who offers the property does not have the intention to bribe, or the other party is tricked into offering the property, or the offered property falls within the other party's legitimate expenditure, or the other party even profits from this expenditure, or the other party does not have the intention to bribe, the symmetrical act of the state functionary can still constitute the crime of taking bribes. Since there are circumstances in which the crime of offering bribes and the crime of taking bribes may be independent of each other, neither the establishment of the crime of taking bribes is premised on the giving of property by the other party, nor the establishment of the crime of offering bribes is premised on the acceptance of the concerned property by the state functionary. Since the relationship between the crime of offering bribes and the crime of taking bribes is not that of general joint crimes, the criteria for the accomplishment of each crime involved are different. Therefore, the fact that one party has accomplished his crime does not necessarily mean that the other party has also accomplished his crime.

(责任编辑: 贾 元)