

行贿罪之“谋取不正当利益” 的法理内涵

车 浩*

内容提要：“谋取不正当利益”是行贿罪解释论的核心问题。为了实现行贿罪的法益保护目的，保证行贿罪构成要件结构的完整性，应当将解释方向由行为人一端转换到国家工作人员一端，将国家工作人员是否违背职务作为判断行为人所谋取的利益是否正当的标准。由此，在立法文字上缺失的“违背职务与给予财物之间的对价关系”，就在解释论上被建构起来，被补充进行贿罪的构成要件。国家工作人员违背职务，包括违反规则与违背原则两种形式。在适用2012年“两高”《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》第12条第1款时，可以抛弃前段中关于实体违法利益的无益规定；在适用该条第2款时，应当注意规范对象已由行为人回归到国家工作人员，注意“酌情决定”与任意处置性职务行为的区分，注意违背公平、公正原则与“竞争优势”之间的关系。

关键词：行贿罪 谋取不正当利益 新违背职务说

刑法第389条第1款规定，“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。”关于“谋取不正当利益”的认定，一直困扰着刑法理论与司法实践。从比较法的层面看，域外刑法中的行贿罪大都没有类似“谋取不正当利益”的规定。从我国的司法实践看，一系列司法解释和判例都在不断校正和改变“谋取不正当利益”的边界和含义。本文结合域外刑法理论和我国司法实践提供的经验素材，反思理论通说和相关司法解释的逻辑困境，尝试以2012年“两高”《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称“2012年行贿罪司法解释”）的相关规定为基础，对其进行理论改造和教义学阐释，提出“违反规则—违背原则”二元的“新违背职务说”。

一、“谋取不正当利益”的理论争议

1979年刑法第185条第3款规定，“向国家工作人员行贿或者介绍贿赂的，处三年以下

* 北京大学法学院副教授。

有期徒刑或者拘役。”但“行贿”的具体要件是什么，付之阙如。在1985年“两高”《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》中，“为谋取非法利益”作为行贿罪的构成要件首次出现；1988年全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，将“为谋取不正当利益”明确规定在行贿罪的构成要件之中；1997年刑法正式确立了“谋取不正当利益”的行贿罪构成要件地位。此后若干年中，刑法理论和司法实务部门一直在努力澄清“谋取不正当利益”的含义，对之作出尽可能明晰的解释。

在刑法理论上，对“谋取不正当利益”向来存在不同解读。概括起来，大致有下列几种观点。第一种是“非法利益说”，其直接来自1979年刑法的规定，将不正当利益等同于非法利益，即违反法律、法规和政策而取得的利益。^{（1）}第二种是“不应得利益说”，其在非法利益的基础上进一步扩大到其他不应得的利益。^{（2）}与非法利益说一样，该说也是着眼于利益的不正当性，而不讨论获得利益的手段。第三种是“手段不正当说”，其主要着眼于行为人获取目标利益的手段，认为“谋取不正当利益”是指行为人在获取请托的利益时所采取的手段、方式、方法不正当。^{（3）}根据该说，只要是采取行贿手段谋取利益，都可以直接认定为“谋取不正当利益”，不必再考量利益本身的合法性。第四种是“不确定利益说”，其认为解释“不正当利益”的关键是确定“不确定利益”，这是一种介于“应得利益”与“禁止性利益”之间的“可得利益”。^{（4）}

最高司法机关也一直在努力为“谋取不正当利益”提供解释标准。1999年“两高”《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》首次对“谋取不正当利益”进行界定，其明确规定：“‘谋取不正当利益’是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益，以及要求国家工作人员或者有关单位提供违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件。”2008年“两高”《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》对“谋取不正当利益”作了新的解释：“在行贿犯罪中，‘谋取不正当利益’，是指行贿人谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件”；“在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于‘谋取不正当利益’。”

“2012年行贿罪司法解释”是迄今为止最高司法机关对此问题作出的最全面、最权威的规定。其第12条第1款规定：“行贿犯罪中的‘谋取不正当利益’，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件”；该条第2款规定：“违背公平、公

（1）参见黄太云、滕炜主编《〈中华人民共和国刑法〉释义与适用指南》，红旗出版社1997年版，第231页；黄道诚、赵辉《论行贿罪》，《河北法学》1998年第3期，第45页；李希慧主编《贪污贿赂罪研究》，知识产权出版社2004年版，第249页。

（2）参见卢雪勇《行贿罪“不正当利益”规定存在天然缺陷》，《检察日报》2004年10月7日第4版；高铭喧、马克昌《刑法学》下编，中国法制出版社2007年版，第1141页。

（3）参见赵秉志主编《疑难刑事问题司法对策》，吉林人民出版社1999年版，第1848页；郭晋涛《论行贿罪中的“为谋取不正当利益”》，《中国刑事法杂志》2000年第6期，第33页。

（4）参见朱孝清《论贪污贿赂罪的几个问题》，《人民检察》1998年第3期，第19页；邹志宏《论行贿罪中不正当利益的界定》，《人民检察》2002年第3期，第7页；邹志宏《以行贿手段谋取的“不确定利益”属于不正当利益》，《国家检察官学院学报》第2001年第3期，第91页。

正原则,在经济、组织人事管理等活动中,谋取竞争优势的,应当认定为‘谋取不正当利益’。”一方面,该解释将办理商业贿赂刑事案件中的“不正当利益”标准推广到了全部行贿犯罪;另一方面,该解释把“谋取竞争优势”的适用范围从“招标投标、政府采购等商业活动”扩展为“经济、组织人事管理等活动”。⁽⁵⁾上述解释在学界得到广泛认同,被一些教科书作为解释“谋取不正当利益”的标准答案。⁽⁶⁾

尽管司法解释和主流观点一直在解释论上努力阐明“谋取不正当利益”的含义,但取消“谋取不正当利益”这一要件的主张始终存在。取消论的主要理由有:一是行贿罪侵害的法益与行贿人所得利益是否正当无关。行贿罪的危害性不取决于行贿人有无谋取不正当利益,只要行贿人给予国家工作人员以财物,就侵害了行贿罪的保护法益。行贿人所谋取的利益是否正当,不能作为定罪的一个条件,它只是反映行贿人的主观恶性,而不影响其行为的本质。⁽⁷⁾二是包括司法解释在内各种关于“谋取不正当利益”的解释,始终没有提供一个明确的认定标准,阻碍了司法实践打击行贿犯罪,对证据认定造成困扰。⁽⁸⁾取消论的观点之所以经久不衰,是因为现有的解释工作的确不尽如人意,未能提供既具有理论一般性又具有实践操作性的解释标准。关于“谋取不正当利益”的各种司法解释和学理解释,可能已经山穷水尽。

二、贿赂与违背职务之间的对价关系

目前坚持保留“谋取不正当利益”要件的观点,几乎都是站在行为人的角度,着眼于其所谋取的利益的性质来展开解释,试图为“不正当利益”提供解释标准。但在笔者看来,这种解释思路可能搞错了行贿罪认定的思考方向 and 问题的重点。本文认为,要突破这一困局,就要转换解释思路 and 方向,将“谋取不正当利益”的含义放在行贿罪的保护法益、构成要件结构以及刑事政策导向中来理解和把握。

(一) 贿赂犯罪的共性: 贿赂与职务行为之间的对价关系

要对行贿罪进行有效解释,首先要让行贿罪回归到贿赂犯罪的共性之中,这可从贿赂犯罪的法益问题入手。关于贿赂犯罪的法益,历来存在保护信赖说、廉洁性说、职务行为不可收买性说以及职务行为公正性(纯洁性)说等诸多观点。⁽⁹⁾“但无论哪一种学说,都认为贿赂罪的基本成立要件是设定了‘职务行为与贿赂之间的对价关系’”。⁽¹⁰⁾这一对价关系是贿赂犯罪的核心要件,关于贿赂犯罪法益的各种理论都是对这一核心要件的实现所损

(5) 陈国庆、韩耀云、宋丹《〈关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释〉理解和适用》,《人民检察》2013年第4期,第23页。

(6) 参见高铭暄、马克昌主编《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第637页;黎宏《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第540页。

(7) 参见赵翀《行贿罪中“谋取不正当利益”之要件》,《华东政法学院学报》2005年第2期,第104页;李希慧、徐光华《贿赂犯罪立法完善的几个问题》,《刑法评论》2009年第2期,第199页。

(8) 参见何显兵《行贿罪“谋取不正当利益”要件研究》,《黑龙江省政法管理干部学院学报》2007年第1期,第29页;徐胜平《行贿罪惩治如何走出困境》,《人民检察》2012年第16期,第52页。

(9) 参见前引(6),高铭暄等主编书,第629页;陈兴良《规范刑法学》,中国人民大学出版社2008年版,第1004页;张明楷《刑法学》下,法律出版社2016年版,第1201页;黎宏《刑法学各论》,法律出版社2016年版,第523页;[日]山口厚《刑法各论》,王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第717页;Lackner/Kuehl, StGB Kommentar, 2014, § 331, Rn. 1.

(10) 上引山口厚书,第719页。

害的客体进行描述和说明。至于行为人是否取得了利益，与保护法益并无关系，它仅仅是国家工作人员职务行为的一个盖然性结果。概言之，贿赂犯罪的设立不是为了禁止行贿人谋取利益，而是为了禁止双方设立贿赂与职务行为之间的对价关系。

从上述前提性认识出发，分析刑法第389条第1款的规定，就会发现在“为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物”的法条表述中，立法者仅仅规定了贿赂与职务行为之间对价关系的一端，即“给予国家工作人员以财物”，而没有规定另一端的职务行为，相反却规定了与行贿赂罪保护法益无关的“谋取不正当利益”。传统理论和司法解释似乎未能注意到这一法条文字表述上的缺损，因而汲汲于对无关紧要的“不正当利益”进行解释。以“2012年行贿赂罪司法解释”第12条第1款为例，“谋取不正当利益”的首要表现形式是“行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定”。但只要对下面的案例稍作分析，即可发现上述规定不合理。A得知公安局举办打击毒品犯罪成果展，遂给受邀前去参观的政府工作人员B一万元，让B在公安局内部接待室休息时，趁管理人员不备，偷出一些备展的海洛因给A。在这个案例中，根据上述规定，A谋取的毒品就其实体性质而言，明显是“违反法律、法规、规章、政策规定”的，属于不正当利益。在这种情况下，该案符合“谋取不正当利益”要件，也符合“给予国家工作人员以财物”要件。但是，B并非公安局工作人员，其仅仅是利用进入公安局的机会盗窃；A送钱给B，是对盗窃行为的报酬，显然不能成立行贿赂罪。在这里，对实体利益违法的论证越充分，离正确的结论越远。

由此可见，司法解释与传统观点既没有把“谋取不正当利益”放在整个构成要件结构之中来解释，又把对价关系错误地理解为贿赂与行为人所获利益之间的对价关系。于是，仅着眼于行为人一端，顺着“不正当利益”的表面字义，将其孤立地解释为“非法利益”、“不应得利益”或者“不确定利益”等。然而，当依托于这些解释的“谋取不正当利益”与“给予国家工作人员以财物”被组合在一起时，就如同上述案例所显示的那样，在形式上构成要件要素都齐备了，却不能得出构成行贿赂罪的结论，其原因就是贿赂与职务行为之间的对价关系这一核心要件并没有得到满足。

笔者认为，作为贿赂犯罪核心要件的对价关系，不是贿赂与行为人所获利益之间的对价关系，而是贿赂与国家工作人员职务行为之间的对价关系。这是贿赂犯罪的危害性所在，也是理解贿赂犯罪构成要件的逻辑主线。既然立法在文字上只规定了贿赂（“给予国家工作人员以财物”）这一端，而没有规定职务行为这一端，那么，为了构建起两者之间的对价关系，就应当对“谋取不正当利益”进行功能性解释，使其承担起表征国家工作人员职务行为的功能。明乎此，再回头看“谋取不正当利益”的规定，就会有新的理解。

（二）行贿赂罪的个性：贿赂与违背职务之间的对价关系

指出贿赂犯罪的核心要件是贿赂与职务行为之间的对价关系，仅仅是规整行贿赂罪解释工作的第一步。接下来的问题是，所有满足这种对价关系的情形都构成行贿赂罪吗？我国刑法规定的行贿赂罪是否有进一步的自身特点？职权行使包括遵循职务要求与违背职务要求两种情形，对于国家工作人员虽然接受财物却没有违背职务的情形，对给予财物者是否也按照行贿赂罪论处？

要回答上述问题，首先要注意到我国刑法在规定受贿罪与行贿赂罪时的不对称性。受贿罪和行贿赂罪都有关于谋取利益的规定，但存在明显差异。根据刑法第385条的规定，收受型受贿罪的成立需要国家工作人员“为他人谋取利益”，这里的利益没有正当与不正当之分。

而根据刑法第389条的规定,行贿罪的成立需要行为人“为谋取不正当利益”,明确区分了正当利益与不正当利益。由此可见,在犯罪认定的范围上,受贿罪与行贿罪不是完全对合的。在行为人为谋取正当利益而给予国家工作人员以财物的场合,国家工作人员构成受贿罪,但行为人不构成行贿罪。

一些学者对这种不对称性提出了质疑,认为行贿罪中正当利益与不正当利益的立法区分并无必要。“不正当利益实际上可以表现为任何性质和形式”;⁽¹¹⁾“行为人为了谋取正当利益,给予国家工作人员以财物的行为,也属于一种钱权交易。国外刑法以及旧中国刑法均未要求行贿罪出于为谋取不正当利益的目的。”⁽¹²⁾这种观点相当于在解释层面将“谋取不正当利益”改造成“谋取利益”,从而消除了正当利益与不正当利益之别,将所有为了谋取利益而给予国家工作人员以财物的行为都等同视之,一律按行贿罪认定。在实际效果上,这种解释结论已经与废除“谋取不正当利益”要件的立法论主张相去不远了。

笔者不赞成这种观点。一方面,从比较法的视角看,虽然域外立法没有像我国这样规定“谋取不正当利益”,但仍然对给予国家工作人员以财物的行为规定了不同类型,在定罪量刑上区别开来。例如,根据德国刑法的规定,在公务员正常行使职权与违背职务的情况下,行为人给予财物,按不同罪名分别论处。前者适用第333条,属于给予利益罪,刑罚相对较轻;后者适用第334条,构成行贿罪,刑罚相对较重。另一方面,从刑事政策的角度看,立法者之所以将谋取正当利益者排除出犯罪圈,是“充分考虑到实际情况”。鉴于现阶段我国社会普遍存在制度不健全、办事难等现象,这种立法“有利于缩小打击面,也有利于分化瓦解贿赂犯罪分子,重点惩治受贿犯罪活动”。⁽¹³⁾由此可见,我国刑法没有追求行贿罪与受贿罪的完全对称,也没有像域外立法那样,将给予国家工作人员以财物的行为区分为重罪与轻罪,而是区分为罪与非罪。这不是立法技术上的疏漏,而是立法者根据刑事政策考量有意为之。总之,既然立法者明确规定了“不正当”的限定语,就不能将“谋取不正当利益”等同于收受型受贿罪中的“谋取利益”。

正确的解释工作是应当进一步从谋取利益中,有效地划出“谋取不正当利益”的部分。为此,必须要和贿赂犯罪的核心要件“贿赂与职务行为之间的对价关系”联系起来。如上文所述,对于“谋取利益”的含义,要从这种对价关系的一端即国家工作人员的职务行为来展开功能性理解。就收受型受贿罪而言,立法者没有对“谋取利益”作出正当与否的限定,因此解释论上对于职务行为就没有必要区分是否违背职务。相反,对行贿罪来说,立法者限定为“谋取不正当利益”,因此解释论上对于职务行为就应仅限于违背职务的情形。

三、“新违背职务说”的展开:违反规则与违背原则

(一)“新违背职务说”的提出

其实,在学说史上,从违背职务的角度理解“不正当利益”,很早就出现了。⁽¹⁴⁾根据

(11) 张明楷《刑法学》,法律出版社2011年版,第1082页。

(12) 前引〔9〕,张明楷书,第1229页。

(13) 参见王爱立主编《中华人民共和国刑法解读》,中国法制出版社2015年版,第920页。

(14) 参见肖扬主编《贿赂犯罪研究》,法律出版社1994年版,第273页;陈兴良主编《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第640页。

这种观点，谋取的利益是否正当，应以国家工作人员是否违背职务要求为标准，违背的为不正当利益，不违背的为正当利益。遗憾的是，这种观点并未得到足够的重视和广泛的赞同，其不仅处于少数说和边缘说的地位，而且基本上销声匿迹。其原因主要在于，在多个司法解释中，针对“谋取不正当利益”的解释基本上都是站在行为人的角度，顺着“不正当利益”的表面含义去展开，而没有重视国家工作人员违背职务这一因素。司法解释的巨大影响力，引导了学界和实务界也顺着这一方向展开解释，几乎没有人再深入思考“违背职务说”的合理性。当然，违背职务说的式微也有其自身原因。这种观点虽然提出较早，但后续没有深入的研究进展；更重要的是，其未能对之后多个司法解释的具体规定作出回应，给人造成与时代发展脱节、与司法解释格格不入的印象。

笔者赞成违背职务说的基本立场，即行为人谋取的利益是否正当取决于收受财物的国家工作人员是否违背职务；但同时，也必须结合贿赂犯罪出现的各种新的犯罪形式，与时俱进地丰富、更新违背职务说的内涵。与“2012年行贿罪司法解释”第12条的规定相对应，本文尝试构建一种二元形式的“新违背职务说”。国家工作人员违背职务包括违反规则与违背原则两种形式，这分别是对该条第1款规定和第2款规定的理论化；第1款规定了违反规则，第2款规定了违背原则。

国家工作人员履职应当遵守规范的义务要求。通常情况下，这种要求具有明文规定的规则体系，但仅仅是明确具体的规则，还不能涵盖现实中职务行为的所有特征。由于职务行为的复杂性和多样性，在规则体系之外还存在留给国家工作人员酌情决定的空间。当然，这种自由裁量权是有限度的，必须受到公平、公正等原则的限制。因此，国家工作人员的履职规范既包括规则也包括原则。在“2012年行贿罪司法解释”第12条第1款规定的情形中，针对行为人的请托事项，国家工作人员如何履职均有明确规则，这些规则的表现形式包括“法律、法规、规章、政策、行业规范”。在国家工作人员的职责范围之内，（行为人请托所涉及的）相关事务如何处理，存在着法律、法规、规章、政策、行业规范的具体指引和约束，国家工作人员依照规定办理即可，不需要个人进行价值方面的权衡。相反，在该条第2款规定的情形中，国家工作人员如何履职并无具体明确的规则，但要求其按照公平、公正的原则酌情处理。在一些涉及经济活动和人事管理活动的领域中，（行为人请托所涉及的）相关事务如何处理，没有具体明确的规定，而是留给国家工作人员自由裁量、酌情决定。此时，国家工作人员违背职务的形式，不是违反了法律、法规、规章、政策、行业规范的具体规定，而是在酌情处理时违背了公平、公正原则。

综上，“2012年行贿罪司法解释”第12条第1款和第2款的差别，在于违反规则与违背原则之别。行为人请托的事项落在不同层次的规范领域，国家工作人员违背职务的表现形式就会不同。进一步而言，在解释和适用第1款和第2款时，还有以下诸多问题需要注意。

（二）违背职务之一：（法定履职）违反具体规则

国家工作人员违背职务的第一种形式，是在应当履行明确的法定职责的场合，违反关于职责的具体规定。这是对“2012年行贿罪司法解释”第12条第1款规定的类型化和理论提炼。该款规定“行贿犯罪中的‘谋取不正当利益’，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定，或者要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范

的规定，为自己提供帮助或者方便条件。”该款规定的关键是“或者”之后的内容。行为人给予国家工作人员以财物的对价，就是国家工作人员违反“或者”之后所列举的具体规则。至于行为人所谋取的不正当利益，不过是国家工作人员履职违反规则的一个大概率结果。因此，适用第1款的关键在于，检验国家工作人员在履职过程中，是否违反了法律、法规、规章、政策、行业规范的规定；除此之外，还包括违反一般的工作细则或者程序规定。

第1款中“或者”之前的内容是没有意义的。以往学界的多数观点，往往是将“或者”前后的内容，分别归纳为“实体违法利益”和“程序违法利益”。实体违法利益是指行为人最终要实现的目的本身违反法律、法规、政策规定，即利益本身具有非法性，其包含三种情况：一是对于任何人在任何情况下都是非法的利益，例如贩毒。二是行为人不具备条件却获得的利益，例如不具备经营条件却获得经营资格。三是减免行为人依法应当承受的负担，例如纳税人获得不合法的减免税款待遇。程序违法利益是指行贿人最终所要实现的利益本身不违法，但要求国家工作人员违反法律等规定为行贿人提供帮助或者方便条件，即通过违法途径实现合法利益。⁽¹⁵⁾但是，实体违法利益与程序违法利益的区分并无实益。从法秩序的规范层面看，如果行为人通过国家工作人员履职而获得的利益本身是违法的，那么，该国家工作人员的职务行为也必然违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定所提出的义务要求。在法治国家，不可能想象国家工作人员合乎规范地履职，却为他人谋取了实体上非法的利益。因此，第1款中“或者”之前规定的“‘谋取不正当利益’，是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、规章、政策规定”，是与国家工作人员职务无关的表述，属于在行贿罪的构成要件之外，纯粹就“不正当利益”进行孤立解释，缺乏实际意义。一方面，对行贿罪的认定而言，这种实体违法利益的解释远远不够。例如，A给予国家工作人员B报酬，要求B帮助自己入户盗窃，A谋取的利益属于“违反法律、法规、规章、政策规定”，在实体上违法的利益，但这种情形显然不能构成行贿罪。另一方面，对行贿罪的认定而言，这种关于实体违法利益的解释又完全多余。例如，A给予看管实验室的国家工作人员B报酬，要求B违反监管要求让自己进入实验室趁机盗窃财物。在这个案例中，A谋取的利益属于“违反法律、法规、规章、政策规定”，在实体上违法的利益，而要想取得这一利益，前提是B在程序上违反规定；对此，只要认定B在工作程序上违反规定就够了，至于A谋取的利益在实体上是否违法，对于认定A的行贿罪而言是多余的。

综上，“2012年行贿罪司法解释”第12条第1款中“或者”之前关于实体违法利益的规定，是没有实益的内容。在行贿罪的认定中，没有必要区分实体违法利益与程序违法利益。对行贿罪而言，所有的实体违法都是程序违法，都是以国家工作人员违反职责要求的具体规定为前提的。因此，第1款前段的规定，完全可以忽略。只有该款后段的规定，“要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定，为自己提供帮助或者方便条件”，才有助于认定“谋取不正当利益”要件。这就是从违背职务的角度来解释“谋取不正当利益”的第一种形式，即国家工作人员在履行法定职责的场合，违反了关于职务行使的具体规则。

(15) 例如参见肖中华《贪污贿赂罪疑难解析》，上海人民出版社2006年版，第169页；吕天奇《贿赂罪的理论与实践》，光明日报出版社2007年版，第215页。

(三) 违背职务之二: (酌定履职) 违背公平、公正原则

国家工作人员违背职务的第二种形式,是在酌定履职的场合,违背公平、公正原则。这是对“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款规定的类型化和理论提炼。如前所述,该条第1款针对的是那些有明确具体规则的职务行为,对此比较容易认定,没有什么大的争议。但该条第2款针对的是一些没有具体规则,仅涉及公平、公正原则的职务行为。相对于第1款,第2款因其抽象、模糊而更不易把握,是本文讨论的重点。接下来,笔者从规范对象、酌情决定与违背原则三个角度,对第2款的适用展开详细探讨。

1. 规范对象的错位与回归

“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款规定“违背公平、公正原则,在经济、组织人事管理等活动中,谋取竞争优势的,应当认定为‘谋取不正当利益’。”已如前述,这一规定的问题是从行为人的视角出发来解释“不正当利益”。

通常而言,“谋取竞争优势”是一个中性用语,任何人参与竞争性活动,都要谋取竞争优势。因此,这一用语本身并不能给“谋取不正当利益”之“不正当”提供有效解释。这样一来,解释的关键就落在了“违背公平、公正原则”上。按照司法解释的用语和逻辑,违背公平、公正原则的问责对象是行为人,很多论者也是从这一角度展开讨论。⁽¹⁶⁾很多判决也是遵循这样的逻辑,例如“吴某某的行贿行为违背了市场公平、公正原则,其目的是为了在招投标活动中谋取竞争优势,应认定为谋取不正当利益”;⁽¹⁷⁾“被告人谢某违背公平、公正原则,在襄阳广播电视台与襄阳市人力资源和社会保障局面向社会公开招聘电视台工作人员时,为其女儿赵某甲谋取竞争优势”。⁽¹⁸⁾

但是,上述解释逻辑存在疑问。在经济、组织人事管理等活动中,规范上要求不得违背公平、公正原则的问责对象,应当是国家工作人员而非普通公民。问责对象的错位会导致规范呼吁的低效以及解释上的自我循环:一方面,普通公民参与经济、组织人事管理等竞争性活动,虽然也有公平、公正参与竞争的要求,但如果其没有明确违反针对参与者的具体规范,这种要求参与者不得违背公平、公正原则的规定,就只能是道德层面的呼吁,既容易与情理相悖也缺乏实际效力。例如,在罗泽中行贿案中,法院认为上诉人罗泽中“在承建工程时没有经过招、投标、竞争性谈判等公平竞争程序,在取得工程时违背了公平、公正的原则,其行贿的目的系为了谋取竞争优势,应当认定为谋取不正当利益。”⁽¹⁹⁾显然,法院是将行为人罗泽中作为违背公平、公正原则的主体,但是,认定一个承建商“在承建工程时没有经过招、投标、竞争性谈判等公平竞争程序”,从而指控其违背了公平、公正原则,是不妥当的。是否设置招投标等竞争程序,决定权不在承建商手中,而在负责相关工程建设事宜的国家工作人员手中。如果不设置招投标等竞争程序的决定本身不存在问题,承建商未经招投标而直接取得工程就没有任何可指摘之处。所以,需要判断是否违背公平、公正原则的,是国家工作人员不设置招投标等竞争程序的决定,而不是承建商没有经过招投标就取得了工程。另一方面,如果按照司法解释的逻辑进一步追问如何认定行

(16) 例如参见王萧《行贿罪构成要件中“谋取竞争优势”的理解》,《人民法院报》2013年12月25日第6版。

(17) 南昌铁路运输中级法院(2015)南铁中刑终字第8号刑事裁定书。

(18) 湖北省谷城县人民法院(2015)鄂谷城刑初字第00135号刑事判决书。

(19) 四川省宜宾市中级人民法院(2015)宜刑终字第95号刑事裁定书。

为人“违背公平、公正原则”，那么答案只能是行为人采用了行贿手段。但这样一来，就陷入了解释上的死循环——问：什么是行贿？答：行为人为谋取不正当利益而给予国家工作人员以财物。问：什么是谋取不正当利益？答：行为人违背公平、公正原则，谋取竞争优势。问：怎样做是违背公平、公正原则？答：行贿——在这番问答中，并不能对“谋取不正当利益”展开更进一步、更加具体深入的分析，而只能是停留在同一层面的循环论证。

针对“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款中存在的规范对象错位的情况，应当从刑法理论上促使对该款的解释向正确的规范对象回归。按照新违背职务说，经过改造的第2款应当是：“（行为人）要求国家工作人员违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，为自己谋取竞争优势。”这样一来，第2款就能与第1款既在结构上区分出层次，又在语词和逻辑上前后对应，由此形成“违反规则—违背原则”双层次的新违背职务说。

2. “酌情决定”与任意处置

从“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款的规定看，在经济活动和组织人事管理活动等领域，国家工作人员违背职务的形式主要是违背公平、公正原则为行为人谋取竞争优势。但是，一方面，“经济、组织人事管理等活动”包罗万象，几乎包括了国家工作人员所有的职务行为，以至于难以区分该条第1款与第2款的适用范围；另一方面，“违背公平、公正原则”又过于模糊，法理内涵不清。例如，在孙某甲行贿案中，针对上诉人及其辩护人认为孙某甲在经营太湖围网的过程中未谋取不正当利益的上诉理由和辩护意见，法院认为，“孙某甲在经营太湖围网过程中，长期超面积无证经营，并通过将自己水面挂靠在原吴江市水产局的方式，少缴数年的渔业资源赔偿费。同时，在与原吴江市水产局联营850亩水面的过程中，孙某甲亦将依照协议约定本应分给水产局的经营收益占为己有，以上利益的取得均违背了太湖渔业养殖的相关规定，是其与庞某、董某二人通过权钱交易手段排斥竞争对手，使自己获得的非法竞争优势”，⁽²⁰⁾从而驳回上诉，维持原判。孙某甲获得的利益表现为长期超面积无证经营、少缴数年的渔业资源赔偿费，以及将本应分给水产局的经营收益占为己有，等等。但是，这些利益都是国家工作人员违反具体、明确的规定帮助行为人获得的，属于典型的违反规则的职务行为。对此，应当适用该条第1款，但法院一方面认定“违背了太湖渔业养殖的相关规定”，另一方面又认定获得“非法竞争优势”，这就把对案件事实的解释导向了适用该条第1款还是第2款的混乱之中。究其原因，还是对第2款的含义和应当适用的场合缺乏正确把握。又如，在范海金行贿案中，法院认定“被告人范海金送涉案相关人员财物的目的，一是为了感谢他们将业务交给其做，二是为了顺利结算工程款。范海金的上述行为，违背公平、公正原则，在经济活动中谋取了竞争优势，应认定为刑法规定的‘谋取不正当利益’。”⁽²¹⁾对于这种“为了顺利结算工程款”而给予国家工作人员以财物的所谓“加速费”问题，是否应当将“加速费”归入贿赂，由于理论上缺乏明晰的说法，实践中的认定常常存在混乱。

接下来，本文借鉴域外理论，⁽²²⁾尝试在我国刑法语境下构建“酌情决定”的教义学概念，在法理上对“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款予以整理和澄清，从而为司法实

(20) 江苏省苏州市中级人民法院（2015）苏中刑二终字第00009号刑事裁定书。

(21) 浙江省杭州市中级人民法院（2015）浙杭刑终字第30号刑事裁定书。

(22) 德国刑法第332条、第334条规定了行使裁量权的情形，德国学者对于这一规定展开了大量的学理分析。

践准确理解和把握第2款提供指引。

(1) 酌情决定意味着允许国家工作人员作出实质不同的决策选择

与第1款指向的有具体规则约束的职务行为不同,第2款涉及的职务行为实际上并无外部的明文标准,而是由国家工作人员自己的内心来决定其“违背职务性”。⁽²³⁾这种在缺乏明确规范指导的情况下直接作出的职务行为,就涉及本文所说的酌情决定。只要国家工作人员处在某种具体的待决定状态,其中至少展现出两种以上合法的决策选择,就是刑法上的酌情履职。换言之,酌情决定的前提条件是国家工作人员“至少有两个可选择的为”。⁽²⁴⁾这个概念要解决的问题是,在难以用明确的法律概念区分各种不同具体情形的场合,容忍国家工作人员在个案中具体考虑和审查决定,⁽²⁵⁾它指向一种“允许国家工作人员作出不同决定的情境”。⁽²⁶⁾而一个没有独立的价值判断空间,仅仅是为其他人的酌情决定纯粹提供资料的人,是不具有刑法意义上的酌情决定权的。⁽²⁷⁾但在某些场合,一个国家工作人员虽然没有独立的管辖权和决定资格,不是独立的决策者,但根据他的职权范围,在决策的过程中他也必须参与进来,此时,至少在实际的影响可能性层面,他对这个酌情决定发挥了作用。换言之,他作为一个协助者对于他人的酌情决定,能够发挥“事实上的影响力”。这种事实上的影响不是仅仅给他人的决策编排一些缺乏行为人个人价值活动范围的资料,而是能够给之后的决策者提供专业或法律上的建议。在这个范围之内,该国家工作人员具有实施合法行为可能性的回旋空间——处在这个空间内,怎么做都不算违法。这种情况也属于具有酌情处理权。⁽²⁸⁾

从司法判例的情况看,酌情决定的事项包括但不限于:城市规划评估;施工安排或者建筑计划;招投标过程中,在评估标准的基础上评价投标书,决定哪个公司能够中标;决定在何种条件下,不经由公开招标而将合同订单给予某个公司;决定政府采购的范围、对象和费用;预选投资对象,为产品定位;国有资产的出租和承包;人事方面的招聘、晋级、提拔、调整,等等。⁽²⁹⁾

(2) 加速履职不包含实质的决策选择,属于任意处置而非酌情决定

以下情形不属于酌情决定:国家工作人员手里的权力空间,仅仅是可以作出时间上加快与否的替代性选择,例如抓紧时间尽快办理还是正常操作。⁽³⁰⁾这就是通常所说的“加速

(23) Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB Kommentar, 2014, § 332, Rn. 15. 在讨论德国刑法第332条第1款与第3款的区分时,也会提到这一点,即第1款中的职务行为是较为明确的,而第3款中的行为不适合具体化,因此第3款具有独立的构建性、创设性作用,而非第1款的简单推演或包含。NK-StGB/Kuhlen, 2013, § 332, Rn. 15.

(24) LK-StGB/Sowada, 2011, § 332, Rn. 13.

(25) NK-StGB/Kuhlen, 2013, § 332, Rn. 9.

(26) Rengier, Strafrecht BT II, 2013, § 60, Rn. 33.

(27) Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB Kommentar, 2014, § 332, Rn. 19.

(28) MK-StGB/Korte, 2014, § 332, Rn. 32; LK-StGB/Sowada, 2011, § 332, Rn. 13; Fischer, StGB, 2011, § 332, Rn. 9.

(29) 类似情形在德国的判例中也时常出现。BGHSt 47, 260 (262 f.); BGHSt 48, 44 (46, 50); BGHSt 54, 39.

(30) 我国也有很多学者主张这种观点(例如参见赵秉志《商业行贿犯罪中“谋取不正当利益”的认定与修改》,《人民检察》2006年第7期,第7页)。这也是德国刑法学界在讨论贿赂犯罪时的理论共识(Fischer, StGB, 2011, § 332, Rn. 9; MK-StGB/Korte, 2014, § 332, Rn. 33; LK-StGB/Sowada, 2011, § 332, Rn. 13; NK-StGB/Kuhlen, 2013, § 332, Rn. 10)。

(费)”问题。在司法实践中,对这一点的认识还往往存在模糊。例如,在王某某行贿案中,法院认定的基本事实如下:“2008年5月至2014年10月,被告人王某某作为新疆九州通药业有限公司及江苏康生药业有限公司的销售员,在向新疆生产建设兵团第10师181团医院销售药品的过程中,为了多销售药品并及时收回药款,被告人王某某先后向时任181团医院院长的谢光明(另案处理)、内科主任谭某某(另案处理)行贿,贿赂款共计256000元。”该案辩护人提出,被告人王某某给谢光明送的钱中有4次合计69000元,是为了尽快收回药款,此系正当利益,不应计入行贿数额。对此,法院在判决理由中指出:“王某某想尽快收回药款,获取的利益本身是合法的,但其通过不正当手段即行贿手段要求国家工作人员提供‘帮助或者方便条件’是违反法律法规的,应当认定‘谋取不正当利益’;故辩护意见不成立,本院不予采纳。”⁽³¹⁾法院的逻辑是适用“2012年行贿罪司法解释”第12条第1款规定的“提供帮助或者方便条件”,但是,根据行为人采取行贿手段要求国家工作人员提供帮助这一点,来认定行为人谋取不正当利益,属于循环论证。

与上述案例类似,为尽快结款而给予国家工作人员“加速费”的案件,实践中所在多有。在何某甲行贿案中,一审法院认定“被告人何某甲挂靠四川煤矿基本建设工程公司承揽到神华宁夏煤业集团有限责任公司灵新煤矿六采区2013年度矿建工程。为了矿建工程的顺利进行及能及时结算工程款,被告人何某甲于2013年中秋节前及2014年春节前先后两次,到时任灵新煤矿矿长的苟某某(另案处理)的办公室,送给苟某某人民币共计30万元。”法院承认被告人何某甲行贿的目的是“为了矿建工程的顺利进行及能及时结算工程款”,并将此认定为谋取不正当利益。宣判后,何某甲提出上诉,认为“一审法院认定上诉人谋取不正当利益,属于错误认定”,主张其向苟某某请托的事项不属于不正当利益。这些请托事项主要包括两类:第一类是请求苟某某对施工现场各承包人、基础施工条件(包括道路、运输、供电、供水等)、各作业层面、作业环节进行协调。对此,何某甲的辩解是,“在涉案施工合同中,明确约定发包人有责任向上诉人提供施工场地,统一协调管理各施工单位,协调交叉作业,合理安排施工顺序,上诉人有权要求作为发包人的宁夏煤业集团有限责任公司完成各项协调工作,证人苟某某作为灵新煤矿矿建工程某某管理人员,有义务履行管理职责,完成施工合同义务。”第二类是请求苟某某按时支付工程进度款项。对此,何某甲提出,“宁夏煤业集团有限责任公司未按约定向上诉人支付工程进度款,导致上诉人无奈只能对外大量借款,用于支付人工工资及各类机械、设备费用,从而导致上诉人工程建设施工成本大幅提高,对外形成大量债务,上诉人要求宁夏煤业集团有限责任公司依约支付工程款的请求完全合法,截止目前宁夏煤业集团有限责任公司仍欠上诉人大量应付工程进度款,上诉人请求作为直接管理者的苟某某按时、足额拨付工程款项并未违法也未违反合同约定。”⁽³²⁾就第一类事项而言,何某甲请求苟某某对施工现场各承包人、基础施工条件、各作业层面、作业环节进行协调,符合法律规定与合同约定,也符合矿建工程施工实际,应当说这些要求并未超出苟某某的职责范围,也没有违反法律、法规、规章、政策规定。就第二类事项而言,何某甲要求苟某某按时支付工程进度款项,就涉及工程建

(31) 新疆生产建设兵团巴里巴盖垦区人民法院(2015)巴刑初字第4号刑事判决书。

(32) 宁夏回族自治区中卫市中级人民法院(2015)卫刑终字第28号刑事判决书。

设中常见的拖欠应付款项的问题。相对于款项拖欠,要求对方按时支付工程款也属于变相请托加速办理。对于何某甲的上诉理由,二审法院并未否认何某甲所说的基本事实,但未对适用法律问题作出明确回应,仅仅是说“上诉人何某甲在施工过程中向身为国营企业矿长的荀某某行贿人民币30万元,是为了谋求时任灵新煤矿矿长的荀某某,在其已中标的灵新煤矿矿建工程中给予帮助,意欲谋取竞争优势,上诉人何某甲的行贿行为应认定为谋取不正当利益。”但是,显然不能由谋求给予帮助和谋取竞争优势,就推导出谋取不正当利益,问题的关键仍然在于给予这些帮助是否违背国家工作人员的职务。对于国家工作人员荀某某提供的协调以及加速办理等方面的帮助,是否违反规则或违背原则,法院本应作出明确的说明和评述,法院却未置可否,甚至未置一词。这些案例说明,彻底澄清“加速费”的法律意义和后果,对于司法实践正确处理相关案件具有重要意义。

所谓“加速费”通常是指行为人为了方便和加快日常的公务行为流程而给予国家工作人员以财物。如为尽快取得许可证、营业执照或其他批文,为应付与履行合同有关的例行检查、款项结算等而给予费用。⁽³³⁾那么,这类“加速费”的情形能否适用“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款认定为行贿罪?有的观点认为,“支付目的仅在于加速官员例行职权行使的加速费时,行贿人能否获得加速是不确定的,受贿人对是否加速也有自由裁量权,但如果一概以行贿罪追究刑事责任显然畸重,也有违社会公众的一般认识。”⁽³⁴⁾有学者提出,行贿行为的本质是“不但侵犯了职务行为的不可收买性,而且会造成权力被滥用或者市场秩序等社会秩序被破坏的后果”,从这一点出发,可以认为“加速费”是合法的。⁽³⁵⁾

笔者赞成“加速费”不属于“谋取不正当利益”的观点。按照本文对第2款的解读,之所以将“加速费”排除在“谋取不正当利益”之外,其关键点在于国家工作人员是否加速执行职务行为不属于酌情决定的范围。所谓酌情决定以国家工作人员有两种以上合法的决策选择为前提,且选择的过程包含了价值裁量。但是,国家工作人员在履行职责时,是按照正常速度进行,还是加快办事流程,这并不存在决策选择的问题。因为国家工作人员是否加速办理的决定,对于该职务要求而言,并不会产生两个有不同价值内涵和法律意义的决策结果,也不会对决策结果发生事实上的影响力。当然,一项行政事务能否加速办理,可能对于行政相对人而言有至关重要的意义,但对于国家工作人员的职务要求而言,其既没有违反具体规定,也不属于酌情决定,因而也就不构成行为人所谋取的不正当利益。也就是说,涉及“加速费”的场合,不属于国家工作人员可以作出不同决策的酌情决定的范围,而是国家工作人员在既定的规则和决策框架内展开的日常性事务。

除了“加速费”之外,还有一些情形也不属于酌情决定,而是完全留给国家工作人员任意处置。例如,国家工作人员A出差时,要通过一定渠道订票并选择航班。有些地方将机票纳入政府采购,在这种情况下,A通过什么渠道订票,选乘什么公司的航班,就属于酌情决定的事项。相反,在未纳入政府采购之时或其他未将之纳入政府采购的地方,这就属于A完全自由决定的事项。由于行贿罪明确规定了“谋取不正当利益”要件,并且其仅限于国家工作人员违背职务的情况,所以,当国家工作人员在实施完全由自己自由决定的职

(33) 参见鲁建武、覃俊《行贿罪之“不正当利益”认定中的疑难问题》,《中国检察官》2014年第19期,第64页。

(34) 夏伟、王周瑜《对行贿罪中不正当谋取利益的理解》,《人民司法》2015年第13期,第54页。

(35) 参见前引〔30〕,赵秉志文,第8页。

务行为时,即使受到了他人所给予的财物的影响,也不能认定该国家工作人员违背了职务;相应地,对于给予财物者,也不能认定其谋取不正当利益从而论以行贿罪。⁽³⁶⁾

(3) 通过酌情决定来限定“经济、组织人事管理等活动”的范围

在司法实践中,酌情决定的范围经历了一个逐渐扩展的过程。2008年“两高”出台《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》时,仅仅将“谋取竞争优势”局限于招标投标、政府采购等商业活动领域。而在招投标领域,国家工作人员酌情履职的特征最为典型和明显。例如,招标投标法第17条规定,“招标人采用邀请招标方式的,应当向三个以上具备承担招标项目的能力、资信良好的特定的法人或者其他组织发出投标邀请书”。这就意味着,邀请哪些人(法人或者其他组织)以及多少人(法人或者其他组织)参与投标,招标人有酌情决定的空间。招标投标法第18条第2款规定,“招标人不得以不合理的条件限制或者排斥潜在投标人,不得对潜在投标人实行歧视待遇。”这就意味着,招标人可以设置合理的条件限制或者排斥潜在投标人,而哪些条件是合理的或者不合理的,往往是留给招标人酌情决定的。根据招标投标法第37条第1款、第2款的规定,评标由招标人依法组建的评标委员会负责;依法必须进行招标的项目,其评标委员会由招标人代表和有关技术、经济等方面的专家组成。”显然,在选择哪些(可能有利于行贿人或不利于其他竞标者的)专家进入评标委员会这个问题上,相关国家工作人员有合法的选择空间。⁽³⁷⁾值得注意的是,招投标场合的酌情决定不仅包括招投标过程中的决定,而且从一开始决定是否招投标有时也是由国家工作人员酌情决定的。例如,在罗泽中行贿案中,法院认为上诉人罗泽中“在承建工程时没有经过招、投标、竞争性谈判等公平竞争程序,在取得工程时违背了公平、公正的原则,其行贿的目的系为了谋取竞争优势,应当认定为谋取不正当利益。”⁽³⁸⁾显然,国家工作人员在这里违反的不是必须经过招投标程序的具体规定,而是在酌情决定是否招投标的问题上违背了公平、公正原则。

除了招标、投标,2008年“两高”《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》同时规定了政府采购。同招标、投标一样,国家工作人员在使用财政资金购买采购目录以内的或者限额标准以下的货物、工程和服务时,往往有巨大的酌定履职空间。政府部门向哪些符合资质条件的个人或单位采购商品,属于相关部门国家工作人员酌情决定的事项。在这种情况下,如果行为入本没有竞争优势,通过给予国家工作人员以财物,取得了国家工作人员的关照,从而获取了优于别人的竞争条件,那么,谋取竞争优势的目的性就比较明显,认定起来就比较容易。

在“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款中,“两高”将“谋取竞争优势”的适用

(36) 从比较法的层面看,在德国刑法中,这种被认为是自由处置而非酌情决定的职务行为,不被认为是第332条或第334条规定的违背职务,而是属于第331条或第333条规定的正当履职(Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB Kommentar, 2014, § 332, Rn. 12; MK-StGB/Korte, 2014, § 332, Rn. 33)。在法律后果上,对公务员按照德国刑法第331条的收受利益罪论处;对给予利益的人,则按照第333条的给予利益罪论处(BGHSt 3, 143f.; NK-StGB/Kuhlen, 2013, § 332, Rn. 10; Schönke/Schröder/Heine/Eisele, StGB Kommentar, 2014, § 332, Rn. 12)。

(37) 国外也是如此。例如德国学者认为,在招投标的问题上,聘请哪个专家或者是否聘请专家属于决策者可以自由裁量的范围。MK-StGB/Korte, 2014, § 332, Rn. 33。

(38) 四川省宜宾市中级人民法院(2015)宜刑终字第95号刑事裁定书。

范围从“招标投标、政府采购等商业活动”，进一步扩展到“经济、组织人事管理等活动”。如果说“经济活动”是对之前的“商业活动”的适当延展，那么“组织人事管理活动”则是新框定下来的酌情决定领域。一般来说，组织人事管理活动与培养、考察、选拔干部即干部的录用、任免、调配、奖惩、升降、培养等有关。⁽³⁹⁾在这些领域中，掌握人事权的国家工作人员，对于他人职位、职务、职称的取得、变动、提拔和晋升，往往有酌情裁量决定的权力。通常所说的“买官卖官”，就是一种比较典型的在组织人事管理活动中谋取职务提拔和调整的贿赂犯罪。⁽⁴⁰⁾2016年“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》进一步明确和强化了对组织人事管理活动中贿赂犯罪的打击力度，其第7条明确规定，在行贿数额为1万元以上不满3万元的情况下，“通过行贿谋取职务提拔、调整的”，按照行贿罪论处。由此可见，谋取职务提拔和调整，属于谋取不正当利益中较为严重的情节，具有补强行贿数额的功能。

有的学者提出，“‘组织人事管理活动’也是一个需要界定的场域。诸如单位的年度考核、评优评先等日常性的人事管理活动，是否属于‘组织人事管理活动’，值得进一步研究。”⁽⁴¹⁾单纯从文义上看，组织人事管理活动的范围极广，但是否属于“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款规定的“组织人事管理活动”，关键是看相关活动是否具有“酌情决定”的特征。在此前提下，还应当从以下两个方面进一步考虑：一方面，可以看相关的年度考核、评优评先结果，是否会进入当事人的人事档案，成为后续组织人事管理活动的参考因素和决策指标。有些单位组织的年度考核、评优评先活动会将结果记入人事档案，这对当事人的职务提拔、调整会有重要影响，此时就可以将其评价为“组织人事管理活动”。当事人为此而给予国家工作人员以财物的，可以按照行贿罪论处。另一方面，可以看相关的年度考核、评优评先结果，是否与经济利益直接挂钩。有些单位组织的评优评先，虽然其结果不记入人事档案，但会给当事人带来物质奖励。在这种激励下，不排除有些当事人为了获取较大的经济利益，将较小的利益给予有酌情决定权的国家工作人员。这种情况也可以认定为属于“组织人事管理活动”，涉嫌构成行贿罪。

3. “谋取竞争优势”与违背原则

“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款规定了“违背公平、公正原则”与“谋取竞争优势”。对此比较直接的理解是，在经济、组织人事管理等活动中，具有酌情决定权的国家工作人员，应当根据参与竞争者客观上的优势和劣势进行实事求是的评比和判定，让客观上确实有竞争优势的人胜出。这种理解的确能够应对很多案件。在这一类案件中，与其他竞争者相比，客观上不具有竞争优势的行为人，因给予国家工作人员以财物而得到关

(39) 国家机关公务员招录、公务员职务调整、职务晋升等，各级人大代表、政协委员选举和提名推荐，都具有一定的竞争性，属于典型的组织人事管理活动；国有单位的职称评聘、中科院院士、享受国务院特殊津贴者的遴选等，不但具有较强的竞争性，也与相关人员的工资待遇等直接挂钩，也应属于组织人事管理活动。参见孙国祥《行贿谋取竞争优势的本质和认定》，《中国刑事法杂志》2013年第7期，第67页。

(40) 例如，在崔文健行贿案中，法院认定，“在潍坊市科学技术局科室负责人竞争上岗期间，被告人崔文健为牟取晋升单位部门正职、正科级实职的目的，向时任潍坊市科学技术局局长的李某己（另案处理）行贿人民币40000元。”针对上诉人崔文健及其辩护人提出的“没有谋取不正当利益，不构成行贿罪”的上诉理由和辩护意见，二审法院认为本案属于违背公平、公正原则，在经济、组织人事管理等活动中，谋取竞争优势，应认定为“谋取不正当利益”。参见山东省潍坊市中级人民法院（2015）潍刑二终字第177号刑事裁定书。

(41) 前引〔39〕，孙国祥文，第67页。

照,从而胜过了那些具有竞争优势的人。这种情形明显违背了公平、公正原则,适用第2款的规定,既无疑问也无难点。

但在某些场合,与其他现实或潜在的竞争者相比,行为人在客观上具有竞争优势,只是为了保证或者维持既有优势而给予国家工作人员以财物,国家工作人员则根据客观存在的竞争优势状况行使职务,酌情作出有利于行为人的决定。这种情形是否属于谋取竞争优势,违背公平、公正原则,是一个值得研究的问题。例如,在刘某某行贿案中,一审法院认定,“2013年中秋节前后,被告人刘某某为给其儿子在神华宁夏煤业集团有限公司找工作等事项,送给孔某某现金10万元。期间,孔某某承诺为被告人刘某某儿子安排工作等事项提供支持帮助。”法院据此认定刘某某构成行贿罪。上诉人提出,“神华宁煤集团与其儿子签订就业协议的原因是其儿子向该集团人力资源部投递了个人简历,所学专业符合报名条件,并参加了面试,而非孔某某利用职务之便为其儿子就业谋取了竞争优势。”⁽⁴²⁾实践中类似的案例很多。例如,在工程招投标过程中,投标人的资质和实力具有竞争优势,但为了保险起见,给予负责的国家工作人员或者评委以财物。在这些场合,行为人本来在客观上已经具有竞争优势,胜出的概率很高,只是为了降低或消除风险而给予国家工作人员以财物。这种情况是否符合“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款的规定,构成行贿罪?

对于上述问题,理论和实践中存在很大争议。有的观点持否定态度。“招投标法与政府采购法属于反不正当竞争法律规范体系,其法益在于保护公开竞标的合理竞争秩序。故投标单位采用给付贿赂手段具有违背公认的商业道德与公平原则、扰乱竞争秩序、损害竞争参与者合法权益的法益侵害性,推定符合‘谋取不正当利益’要件。但是,投标单位证明其符合投标条件,尽管其向招标单位负责人、评标小组成员等送去了财物,但如果职务人员并没有泄露投标秘密,或者没有暗中提供帮助,或者没有实施倾向性的投票行为,行贿单位在竞标中符合最优中标条件,投标单位就不能属于《意见》(指2008年“两高”《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》——引者注)第九条第二款中所指的‘给予相关人员财物以谋取竞争优势’,因为竞争优势是客观存在的。如果行贿行为与中标结果没有因果关系,行贿目的并非在于投标单位意图妨碍竞争,而是因社会不良风气的客观存在而求得心理安稳,则中标结果不能认定为不正当商业利益。”⁽⁴³⁾对此,有学者提出了批评意见:“虽然贿赂客观上没有取得实际的效果,但只要行为人在行贿过程中表达出顺利获得不确定竞争利益的愿望,就反映行为人主观上有谋取竞争优势的故意。……竞争优势本身是动态的,所谓行为人在竞争过程中本有竞争优势,实际上也可能是不可靠与不确定的。”⁽⁴⁴⁾这个批评意见是有道理的。所谓“求得心理安稳”本身就已经表明行为人认识到竞争优势的不确定性——即使存在明显优势,仍然不等于确定的胜出结果——因而要进一步谋求稳住优势。从这个角度看,只要存在竞争状态,维持既有优势与谋求初始优势就都属于“谋取竞争优势”,二者本质上是一样的。

不过,这样的解释仍然流于表面。上述否定或肯定的观点,在逻辑上都是从行为入角

(42) 宁夏回族自治区中卫市中级人民法院(2015)卫刑终字第58号刑事裁定书。

(43) 薛进展、谢杰《商业贿赂犯罪刑法适用疑难问题研究》,载最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办《刑事审判参考》2009年第1集(总第66集),法律出版社2009年版,第186页。

(44) 前引〔39〕,孙国祥文,第68页。

度出发,评价行为人的客观优势。按照新违背职务说,行贿罪认定的关键在于国家工作人员违背职务。处理上述问题,仍然要从贿赂犯罪的保护法益——职务行为的公正性——出发进行思考。“即使职务行为本身是合法的,但若就此职务行为授受贿赂的,仍成立贿赂犯罪,其理由就在于,由此会产生‘将职务行为置于贿赂的影响之下的危险’,进而出现‘在执行职务的过程中不当行使裁量权的危险’。这样一来,就应该在也包括执行职务过程中切实行使裁量权在内的意义上,来理解‘职务的公正性’。”⁽⁴⁵⁾由此可见,即使看起来是合法的职务行为,即使履行职务的结果与客观存在的竞争优势状况相符合,也仍然存在由于收受了贿赂而“将职务行为置于贿赂的影响之下的危险”,而这就构成了对国家工作人员职务行为公正性的侵害。

具体来说,“将职务行为置于贿赂的影响之下的危险”是怎样体现出来的?在酌情决定的场合,如果国家工作人员不是完全、唯一地从客观的角度出发,而是在决定的过程中,考虑到了他人实际给予或承诺给予的财物,就可以说这财物在其决策过程中起到了重要的影响和作用。此时,尽管该国家工作人员作出的有利于(承诺)给予财物者的决定处在由他酌定裁量的范围之内,而且从客观上看也具有合理性(例如,行贿单位在竞标中符合最优中标条件),但这种决定仍然“有悖于一个国家工作人员职务行为的要求”,⁽⁴⁶⁾从而可以认定其是违背公平、公正原则的。之所以这样说,是因为有酌情决定权的国家工作人员在收受了(或约定收受)他人财物的情况下,就产生了一种内心负担,而这种内心负担在该国家工作人员酌情作出决定时,往往带来一种指引和导航的效果。⁽⁴⁷⁾由此,他很难无偏私、没有先入之见地完全从客观中立的观点出发酌情作出决定,而是会顾及自己(约定)收受的财物,带着内心的负担去作出决定。这两种状态之间的差异,就是对公平、公正原则的背离。

综上,认定“2012年行贿罪司法解释”第12条第2款规定的“违背公平、公正原则”与“谋取竞争优势”,不需要考虑行为人自身在客观上是否具有竞争优势。因为问题的关键在于,行为人从国家工作人员那里得到了某种承诺:国家工作人员在酌情作出决定时,会放任自己受到贿赂的影响,在一种内心负担的心理状态下作出决定。

结 论

关于行贿罪中的“谋取不正当利益”,通说和司法解释始终未能提供明晰有效的解释标准。其症结在于,通说和司法解释一味站在行为人的角度,顺着“不正当利益”的字面意思去解释“谋取不正当利益”,搞错了行贿罪构成要件结构的重心。本文认为,对“谋取不正当利益”的解释,应当围绕行为人给予国家工作人员以财物与国家工作人员违背职务之间的对价关系来展开,而不能脱离违背职务孤立地评价行为人谋取的利益是否正当。

在解释思路,应当对“谋取不正当利益”进行功能性解释,使其承担起表征国家工作人员违背职务的功能。摆脱从行为人角度进行解释的思维惯性,将思路转换到国家工作

(45) 前引〔9〕,山口厚书,第718页。

(46) Kindhäuser/Neumann/Paeffgen/Kuhlen, StGB Kommentar, 2013, § 332, Rn. 11.

(47) MK-StGB/Korte, 2014, § 332, Rn. 36; LK-StGB/Sowada, 2011, § 332, Rn. 17.

人员一端,把国家工作人员违背职务这一行贿罪的重要特征,纳入对“谋取不正当利益”的解释之中。这样一来,国家工作人员违背职务与行为人给予国家工作人员以财物之间的对价关系就在解释论上被建构起来,被补充到行贿罪的构成要件结构之中。只有如此,行贿罪的法益保护目的才能得到凸显,其构成要件结构才是完整的,其定罪功能才是健全的,围绕“不正当利益”的各种争议和困扰才能得到整体性的克服。

在具体的解释方法上,结合“2012年行贿罪司法解释”的相关规定,本文尝试构建一种二元形式的新违背职务说。国家工作人员违背职务包括违反规则与违背原则两种形式,这分别是对该解释第12条第1款和第2款规定的理论化。在适用第1款时,可以搁置其前段中关于所谓实体违法利益的无益规定。在适用第2款时,应当注意该款的规范对象应由行为人回归为国家工作人员,应当注意“酌情决定”与“加速费”等属于任意处置的情形的区分,注意“违背公平、公正原则”与“谋取竞争优势”的关系。

Abstract “Seeking illicit interests” plays a crucial role in interpreting the crime of bribery. In order to achieve the legislative purpose of protecting legal interests and ensure the integrity of the composition of the constitutive elements of the crime of bribery, the key point of interpretation should be shifted from the briber to the recipient, that is, the civil servant. The question of whether the recipient commits a breach of duty should be taken as the criterion in judging whether the interests are “lawful”. Therefore, although “the consideration relationship between the breach of duty and giving of money or property” does not exist in the legislative text, this element should be taken into consideration in interpreting the constitution of the crime of bribery. A breach of duty can take two forms: violation of rules and breach of principles. In the application of Article 12 Paragraph 1 of the Judicial Interpretation on the crime of bribery issued by the Supreme People’s Court in 2012, it is advisable to ignore the redundant provision referring to “the illegality of substantial interests.” In the application paragraph 2 of this article, focus should be put on the “recipient” rather than the “briber.” In addition, it is necessary to differentiate legitimate discretion from arbitrary duty behavior, such as charging of acceleration fees. Also, attention should be paid to such key issues as the violation of equitable principles, competitive advantage and emotional investments.

Key Words: the crime of bribery, seeking illicit interests, innovative theory of “the breach of duty”
