



# 贪污贿赂犯罪研究

下册

Study on Crime of Corruption and Bribery

孙国祥 著



# 贪污贿赂犯罪研究

下册

Study on Crime of Corruption and Bribery

孙国祥 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污贿赂犯罪研究: 全 2 册/孙国祥著. —北京: 中国人民大学出版社, 2018. 8  
ISBN 978-7-300-25520-0

I. ①贪… II. ①孙… III. ①贪污贿赂罪-研究-中国 IV. ①D924.392.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2018) 第 024876 号

国家社科基金后期资助项目  
贪污贿赂犯罪研究 (上下册)  
孙国祥 著  
Tanwu Huilu Fanzui Yanjiu

---

出版发行	中国人民大学出版社	邮政编码	100080
社 址	北京中关村大街 31 号		
电 话	010-62511242 (总编室)	010-62511770 (质管部)	
	010-82501766 (邮购部)	010-62514148 (门市部)	
	010-62515195 (发行公司)	010-62515275 (盗版举报)	
网 址	<a href="http://www.crup.com.cn">http://www.crup.com.cn</a>		
	<a href="http://www.ttrnet.com">http://www.ttrnet.com</a> (人大教研网)		
经 销	新华书店		
印 刷	涿州市星河印刷有限公司		
规 格	165 mm×238 mm 16 开本	版 次	2018 年 8 月第 1 版
印 张	79.75 插页 4	印 次	2018 年 8 月第 1 次印刷
字 数	1 458 000	定 价	268.00 元

---

## 下册目录

第八章 受贿罪的司法认定 .....	663
第一节 受贿案件罪与非罪的若干界限 .....	663
第二节 受贿与相关犯罪的界限 .....	715
第三节 受贿罪既遂、未遂的区分 .....	727
第四节 受贿罪共同犯罪认定中若干特殊问题 .....	741
第五节 受贿案件的罪数 .....	750
第六节 行为人退还或者上交贿赂款的罪与非罪 .....	761
第九章 新类型受贿犯罪的司法认定 .....	786
第一节 交易型受贿 .....	786
第二节 干股型受贿 .....	806
第三节 合作投资型受贿 .....	826
第四节 委托理财型受贿 .....	837
第五节 赌博型受贿 .....	848
第六节 特定关系人“挂名”领薪型受贿 .....	854
第七节 授意请托人将财物给予第三人 .....	862
第八节 权属未变更型受贿 .....	894
第十章 利用影响力受贿罪、对有影响力的人行贿罪 .....	907
第一节 利用影响力受贿罪 .....	908
第二节 对有影响力的人行贿罪 .....	943
第十一章 行贿罪、单位行贿罪 .....	946
第一节 行贿罪的立法概述 .....	946
第二节 行贿罪 .....	952
第三节 单位行贿罪 .....	996
第十二章 介绍贿赂罪 .....	1017
第一节 介绍贿赂罪的立法沿革 .....	1017

第二节	介绍贿赂罪的构成要素 .....	1018
第三节	介绍贿赂罪的司法认定 .....	1023
第四节	“截贿”行为的刑法性质 .....	1036
<b>第十三章</b>	<b>巨额财产来源不明罪 .....</b>	<b>1050</b>
第一节	巨额财产来源不明罪的立法和司法解释 .....	1050
第二节	巨额财产来源不明罪的构成要件 .....	1051
第三节	巨额财产来源不明罪的司法认定 .....	1077
<b>第十四章</b>	<b>私分国有资产罪 .....</b>	<b>1085</b>
第一节	私分国有资产罪的法益、对象和行为 .....	1085
第二节	私分国有资产罪的主观方面和主体 .....	1100
第三节	私分国有资产罪的司法认定 .....	1108
<b>第十五章</b>	<b>商业贿赂犯罪 .....</b>	<b>1121</b>
第一节	商业贿赂的概念和本质 .....	1121
第二节	商业贿赂犯罪的立法比较 .....	1126
第三节	商业贿赂犯罪司法认定中的争议问题 .....	1135
<b>第十六章</b>	<b>贪污贿赂犯罪的刑罚裁量和涉案财物的处理 .....</b>	<b>1155</b>
第一节	贪污贿赂犯罪刑罚裁量的立法和司法解释 .....	1155
第二节	贪污贿赂犯罪的刑罚体系 .....	1157
第三节	贪污受贿犯罪死刑配置的存废争议 .....	1165
第四节	贪污贿赂犯罪的量刑情节 .....	1170
第五节	贪污贿赂犯罪的缓刑和终身监禁的适用 .....	1219
第六节	贪污贿赂犯罪涉案财物的处理 .....	1226
附录：	《刑事审判参考》（截至总第 106 集）中贪污贿赂犯罪指导案例 目录 .....	1249

## 第八章 受贿罪的司法认定

### 第一节 受贿案件罪与非罪的若干界限

由于立法和刑事政策等诸多原因，在受贿罪的司法认定中，罪与非罪的界限一直是困扰司法机关的难题。司法实务中，既存在将已经成立受贿的案件错定为无罪而导致规制不力的实例，也有将本不符合受贿罪构成的案件错定为犯罪而导致惩治不准的情况。可以说，与其他类型的案件比较，贿赂案件起诉和司法裁判的错案率要高得多。在党和国家以及社会公众期待司法机关加大对贿赂犯罪的规制力度的背景下，如何进一步厘清贿赂案件罪与非罪的界限，不仅十分重要，而且尤为迫切。

#### 一、人情往来、感情投资与受贿

在贿赂案件的查处和审理过程中，许多犯罪嫌疑人（被告人）乃至辩护人的重要辩护理由之一就是指控的受贿数额中有不少是逢年过节收受的礼金、红包，是“人情往来”，所得是所谓“灰色收入”，不应该成立受贿，应从指控的数额中予以扣除。被告人和辩护人的这一辩护理由能否成立，涉及“人情往来”“感情投资”与受贿的界限，而这也是长期以来难于厘清的疑难问题。

##### （一）“人情往来”“感情投资”的特点

在现实社会中，作为国家工作人员财产来源的“人情往来”有以下特点：

（1）名目繁多。通常是国家工作人员及其家庭成员在婚丧嫁娶、生病住院、逢年过节时收受的“贺礼”“奖金”“福利”“慰问金”等形成的收入。这些都是因古往今来国人特别重视的节日或事件，这样的日子行送钱物，借口比较充分，形式上也合乎情理，话题也似乎好找，收的人也不难堪，甚至心安理得。以往逢年过节带点水果、糕点之类的礼物，现如今则直接用金钱即所谓“红包”或者以各种“购物卡”代之。

（2）大都是围绕着权力而产生的。“灰色收入”的取得者对提供者通常有

直接的或者间接的职务上的制约关系或者职务影响。如果与国家工作人员身份和职务没有任何关系,则属于人们之间的赠与行为,不应属于刑法所关注的对象。与权力因素有关的“人情往来”,通常是提供者与收受者之间客观上存在职务上的制约或影响关系。

(3) 没有证据证明他人提供财物与国家工作人员的职务行为之间已经建立起直接的因果联系。由于国家工作人员的“灰色收入”的来源,大都是对方以拜年、祝贺、慰问等名义所行送,行送者往往送钱后就走,很少有人“当场”提出什么要求。而国家工作人员接受该财物时,也没有作出为他人谋利益的允诺或行为。即使国家工作人员日后为他人谋取利益的行为,也因为其给付的财物与谋取的利益在时间和空间上无法一一对应,导致当事人之间的贿赂的交易性不明显、不典型。

## (二) “人情往来”“感情投资”的法律性质辨析

### 1. 理论界的不同观点

国内刑法学界有学者将国家工作人员获取“灰色收入”称为“单纯受贿行为”<sup>①</sup>。在现行刑法的框架内,这种在“人情往来”中收受“礼金”“红包”而形成“灰色收入”的行为是否构成受贿罪?对此,刑法理论界存在着激烈的争论,形成了肯定说、否定说和区别对待说等不同的观点。

肯定说指出:“在司法实践中,‘一事一贿’的贿赂模式已基本遭到淘汰,取而代之的是‘感情投资’、‘放长线钓大鱼’的模式,行贿人在进行投资时,并无明确的请托事项……受贿人也心知肚明,知道行贿人是冲着其手中的权力而给予其财物,但在收受贿赂后并不立即为行贿人谋取利益,这样一旦东窗事发,就能以‘友人馈赠’的名义蒙混过关……这使得实践中‘灰色收入’大行其道”。因此,收受礼金、红包等“灰色收入”的实质是贿赂的隐蔽形式。<sup>②</sup>现阶段完全可以将“感情投资”解释成一种行受贿行为<sup>③</sup>,接受“感情投资”的国家工作人员的行为以受贿罪定罪量刑。

否定说认为:“《刑法》第385条规定得很清楚,收受他人财物须同时具备利用职务便利为他人谋取利益的条件方能构成犯罪,若当事人行贿只是为了博感情,并未提出具体的请托事项,而受贿人收下财物,并不为当事人谋取什么利益,这一收受财物的行为并不构成犯罪。”<sup>④</sup>或者说,国家工作人员

① 所谓单纯受贿行为,是指仅仅因“职务关系”而收受他人财物,不以实施职务行为作为犯罪构成要件。参见储槐植、杨书文:《公务活动中单纯受贿行为之贪污处理》,载《国家检察官学院学报》,1999(1)。

② 李洁:《官员的灰色收入当属贿赂犯罪隐蔽形式》,载《政府法制·半月刊》,2005(7)。

③ 参见刘岩:《浅议受贿案件的两种疑难情形——“感情投资”与“潜规则”》,载顾军主编:《职务犯罪的理论与司法实践》,北京,法律出版社,2009。

④ 谢红星:《唐代受贿罪研究——基于现代刑法的视角》,290页,北京,中国政法大学出版社,2011。

单纯获得“礼金”等“灰色收入”的情况不符合受贿罪的构成要件。“‘灰色收入’因为不存在具体的请托事项不属于贿赂。”<sup>①</sup>有学者还强调：“受贿罪的成立需认识到自己是在为他人谋取利益或者是允诺为他人谋取利益，但在‘感情投资’过程中，‘投资人’并未提出任何请托事项，只是为了将来办事方便做前期投资，有时甚至是想通过这种送礼形式先与国家工作人员搭上关系，逐步培养‘感情’，在获得该国家工作人员的信任之后，再做进一步‘投资’。在此情形下，‘投资人’一方事先没有要求国家工作人员为其谋取不正当利益；而作为收受财物的一方，国家工作人员也不可能认识到自己是在为他人谋取利益或允诺为他人谋取利益，因而不能认定其主观上具有受贿的故意。”<sup>②</sup>还有学者从证据认定的角度分析认为：“从社会现实来看，那些送红包的人的心态，确实是为了巴结国家工作人员，也确实存在这样的现象——‘红包’送的越大，以后办事越方便，从这种角度来看，似乎表明国家工作人员在接受‘红包’时就产生为他人谋取利益的意图，但是这只是一种推测，从法律的角度并不能推定领导干部是准备为他人谋取利益的。因此，可以说大部分国家工作人员的‘灰色收入’掩盖着权钱交易的实质，它没有行贿、受贿那样明显的交易性、直接性、连续性，也表明‘灰色收入’含有较高的犯罪系数，但是我们必须坚持罪刑法定原则，重证据，对于没有证据证明的，就不能以受贿来追究行为人的刑事责任。”<sup>③</sup>

区别对待说认为，对于收受礼金、红包行为是否构成犯罪，不能一概而论，关键看是否与行为人的职务因素有关。既不能说领导干部过春节收受礼品的行为全部是受贿，也不能说全部不是受贿，而要看礼品背后所隐藏的目的，以及领导干部对这种动机和目的的认识和态度。如果送礼只是为了对送礼对象表示礼貌和联络感情，并没有其他希望对方为自己谋取利益的目的，则不属于行贿，受礼方也就不属于受贿了。如果以送礼为名，行收买对方为自己谋取利益之实，则属于行贿，收受财物方如果在收受财物后为送礼方谋利益，则属于受贿。<sup>④</sup>也有观点分析认为，应以受贿罪中基本构成要件来衡量，即是否“利用职务”和“为他人谋取利益”。主要从正反两个方面进行判断：正面的判断是上级在收受下级红包的过程中是否利用了职务及职务形成的地位和影响；反面判断是考察上级与下级有无个人馈赠往来的可能，如果排除私人感情基础上的财物交往的可能性，即可认定为利用了职务便利。区

① 李辰：《受贿犯罪研究》，39页，北京，中国政法大学出版社，2011。

② 李少平：《行贿犯罪执法困局及其对策》，载《中国法学》，2015（1）。

③ 林亚刚主编：《贪污贿赂罪疑难问题研究》，121页，北京，中国人民公安大学出版社，2005。

④ 参见赵秉志主编：《中国刑法案例与学理研究》（第六卷·渎职罪），183页，北京，法律出版社，2004。



分是否“为他人谋取利益”，主要看两个方面：一看是否有谋取的利益指向，二看上下级之间是否为谋取利益进行沟通。这种沟通有时是直截了当的，有时是迂回曲折的，但必须是相对明确的。对于有为他人谋取利益的意思，利用职务之便收受下级“红包”的，应当以受贿论处，当达到受贿罪的定罪数额时，应当以受贿罪定罪处罚。<sup>①</sup>

## 2. 实务中对“感情投资”的处理

关于“灰色收入”法律性质的理论争议与现行法律和司法实务对收受“礼金”“红包”行为的性质界定不明密切相关。现行刑法规定的受贿罪构成要素中，明确受贿罪成立犯罪必须同时具备“利用职务上的便利”和“为他人谋取利益”两个要素，同时收受财物必须具有非法性。行送“礼金”“红包”等财物时，形式上缺乏“利用职务上的便利”和“为他人谋取利益”的要素，似乎不具备受贿罪构成要素的符合性，因此，难以在刑法中得到犯罪的评价。同时，“立法用‘非法’来限定收受他人财物的行为，可能是为了把民间逢年过节给国家工作人员‘送红包’或者日常的请客送礼等情况从受贿犯罪中区别开来，以缩小刑法的打击面”<sup>②</sup>。鉴于现阶段国家工作人员的“灰色收入”现象有一定的普遍性，相关行政规章和党纪均将典型的收受“礼金”“红包”行为作为一般违纪违法行为认定。如每到年终，相关部门在所谓“打招呼”而所下发的文件中，均毫无例外地将收受“礼金”“红包”作为违纪行为认定，2010年中共中央印发的《中国共产党党员领导干部廉洁从政若干准则》也将大办婚丧喜庆事宜，或者借机敛财作为违纪行为认定，这些看似严格的认定由于停留在党纪、行政纪律的层面上，排除了刑法介入的可能性，因而形成对于收受“礼金”“红包”行为刑法上的规制缺位。2015年《中国共产党纪律处分条例》第83条规定：收受可能影响公正执行公务的礼品、礼金、消费卡等，或者收受其他明显超出正常礼尚往来的礼品、礼金、消费卡等的，情节较轻的，给予警告或者严重警告处分；情节较重的，给予撤销党内职务或者留党察看处分；情节严重的，给予开除党籍处分。对于如何将这一规定与刑法相关规定无缝对接，需要进一步明确。

上海市高级人民法院刑二庭、上海市人民检察院公诉处2006年印发的《商业贿赂犯罪法律适用研讨会纪要》对“行为人接受不具有具体、明确请托事项的‘感情投资’，能否认定受贿犯罪”问题，作了如下规定：“对于收受他人不具有具体、明确请托事项的‘感情投资’的行为，一般不能认定为受

<sup>①</sup> 参见于志刚主编：《多发十种职务犯罪的定罪与量刑》，193页，北京，中国方正出版社，2001。

<sup>②</sup> 张智辉：《受贿罪立法问题研究》，载赵秉志主编：《当代刑事科学探索》，750页，北京，大学出版社，2010。

贿犯罪。如果‘感情投资方’多次给予行为人数额巨大的财物，最后行为人接受具体请托为其谋利的，应当将多次收受的数额巨大的财物予以累计，以受贿犯罪论处。上述数额巨大的财物，一般掌握在2万元以上。”按照该规定，“感情投资”一般不作为受贿认定，如果最后行为人接受具体请托为请托人谋利的，也只能就单笔超过2万元以上的收受行为累计计算。基本的精神就是“没有具体请托事项，而只是利用过年、过生日送钱收钱的，则只能按照违纪处理”<sup>①</sup>。所以，实务中，即使检察机关指控，法院一般也不作为受贿认定。

### 【案例1】姜某受贿案

**事实认定** 被告人姜某，原系某区公安分局局长。起诉书指控，被告人姜某利用职务之便，先后收受贿赂3万余元。其中，被告人姜某于1998年和1999年春节前一天，先后两次收受下属派出所所长送的“礼金”4300元。

**争议焦点** 检察机关指控被告人姜某收受上述款项属于受贿，与其他受贿数额一起累计计算。被告人及其辩护人提出，上述款项只是相关单位节假日送的“礼金”，并无特定的为他人谋取利益的目的，不构成受贿。

**裁判结果** 法院经审理认为，被告人收受的上述“礼金”是基层派出所经集体研究在春节之际慰问干警家属时将时任局长的姜某一并作为慰问对象所发放的“慰问金”，相关基层派出所在送钱给姜某时并无特定的目的和动机，仅仅出于一般的联络感情的考虑，不具有权钱交易的性质，因此该指控不能成立。<sup>②</sup>

### 【案例2】曹某受贿案

**事实认定** 被告人曹某，在担任深圳市道桥维修中心主任、路桥建设集团董事长期间，利用职务之便，收受工程承包商符某现金22万元，并收受工程承包商曾某现金20万元，他还收受路桥建设集团下属7个单位负责人节日所送的礼金或购物卡价值共计41.8万元，共计83.8万元。

**争议焦点** 检察机关据此指控被告人曹某构成受贿罪。在一审法院审理过程中，曹某虽然承认收受下属单位经理节日礼金或购物卡，但辩解自己都是严格按照公司章程管理分公司及分公司负责人的，按职责对他们实施帮助、指导，只是一般的收受礼金、红包的违纪行为。

一审法院经审理认为，对于被告人收受路桥建设集团下属单位所送的节

<sup>①</sup> 熊选国：《刑法刑事诉讼法实施中的疑难问题》，288页，北京，中国人民公安大学出版社，2005。

<sup>②</sup> 参见《姜杰受贿案——逢年过节收受下级单位“慰问金”的行为如何定性》，载最高人民法院刑事审判第一庭、第二庭编：《刑事审判参考》2002年第6辑（总第29辑），61页，北京，法律出版社，2003。

日礼金或购物卡，这几家单位在送礼时均未提出具体要求，也没有证据证明曹某在管理公司过程中给予这些单位特别的照顾，因此，这些礼金或购物卡不宜作为犯罪金额予以计算。故只认定被告人收受符某现金22万元和工程承包商曾某现金20万元共42万元构成受贿罪。一审同时认定曹某在检察机关立案侦查之前，在未受到检察机关询问和采取强制措施之时，如实供述自己的罪行，具有自首情节，且退清全部非法所得，具有悔罪表现。一审法院判决曹某犯受贿罪，判处有期徒刑3年，缓刑5年。

**裁判结果** 一审判决后，检察机关提起抗诉，认为一审判决适用法律错误，量刑明显不当。曹某所收受的深圳市路桥建设集团下属单位过节所送现金、购物卡共计41.8万元，应当计入受贿犯罪金额。曹某身为董事长，与给予其财物的下属单位之间构成权属制约关系，曹某利用职务之便，收受这些财物，应当认定存在请托事项以及对日后为其谋取利益的默示承诺，且数额巨大，其行为应当构成受贿罪。同时，曹某并非主动投案，检察机关之前就已掌握了曹某受贿的犯罪线索，因此，曹某不构成自首，一审法院量刑明显不当。二审法院经过庭审，对于曹某收受下属单位的41.8万元仍没有认定为受贿，但支持了检察机关曹某不构成自首的抗诉意见，改判曹某有期徒刑10年。<sup>①</sup>

上述两案例都涉及被告人逢年过节收受下属单位的礼金、购物卡，尤其是第二例，尽管数额巨大，但因为谋利不明显，而被法院认定为不构成受贿罪。实际上这也是纪检监察机关处理的通例。例如，有纪委官员就认为：“刑法对行贿、受贿行为有严格的界定，其构成要件中有‘为他人谋取利益’。现实中，一些官员送礼不一定马上产生效果，有的官员非常优秀、本应提拔重用，也很难界定是否是送礼的结果。所以，在现行法律范围内，除了特别严重、特别典型的个案，不少官场送礼问题最后都以红包、礼金、人情往来论处了。”<sup>②</sup>

此外，在涉及巨额财产来源不明罪的案件审理中，如果被告人能够证明超过其合法收入的巨额财产中有部分系“灰色收入”，这部分“灰色收入”即可以从指控的来源不明的巨额财产数额中予以扣减。

正因为单纯收受“礼金”“红包”而形成的“灰色收入”一般不评价为犯罪，一定程度上强化了人们观念中只要能与“人情往来”挂上钩，收受“礼金”“红包”就不是受贿的思维定式。例如，原沈阳市市长慕绥新在自我忏悔中提到：“我在沈阳市任职的4年中，有180余人，其中85%以上是各类干部，逢年过节，大事小事，以各种名义给我送钱送物多达600余万元，这是

<sup>①</sup> 参见王纳：《购物卡应当计入受贿金额》，载《广州日报》，2011-06-13。

<sup>②</sup> 褚朝新：《行贿的官员个个都在？》，载《南方周末》，2013-09-26。

一组十分可怕的数字。但是过去很长一段时间，我一直把这种送礼行为看做是‘人情往来’而坦然待之。”<sup>①</sup> 尽管拥有“灰色收入”并不是光彩之事，但因腐败犯罪而站到法庭上的被告人几乎毫无例外地将“灰色收入”作为否定贿赂犯罪和巨额财产来源不明罪指控的一个重要辩解理由，法庭上常常听到被告人的抱怨，办案机关对其所获得的“灰色收入”算少了。<sup>②</sup> 就实践效果而言，“灰色收入”俨然已经成为贪官脱罪的“护身符”。

### （三）对“感情投资”刑法规制的比较视野

贿赂与馈赠、贿赂与礼尚往来的界分，在古今中外的司法实践中都是一大难题。在我国古代社会，官场腐败成风，贿赂也常以各种名目的馈赠形式出现。为防止官吏“灰色收入”泛滥，法律也对官员的各种名目的敛财行为进行严格规制。如在《唐律》中，官吏奉派出使，于执行公务之地受财及索取财物者，构成出使受贿罪。在北魏，官吏利用喜庆宴会之机私自接受馈赠，称为“义赃”，对此，无论用何种名义，皆计赃定罪。<sup>③</sup> 不过，封建社会形式上对官员“灰色收入”的严格规制，大都也只是停留在文本中，各级官吏通过收受礼金而获得“灰色收入”是古代官场的常态。当然，古代官吏“灰色收入”横行，也与中国的人情文化和官场生态有关。中国本来就是一个熟人社会、人情社会，人情是中国人与他人进行交往时所表现出来的互惠互利的社会性行为和在人际交往活动中的趋利价值取向。在人情文化的背景下，双方平素就可能有一些来往，人们之间的财物往来到底是基于人情上的“礼尚往来”还是基于权力的行贿受贿，二者确实纠缠不清。“在这种社会，公民们认为要办事就得同官员拉关系，而且用礼物和小费酬谢那些帮过自己忙的官员并无什么不妥。”<sup>④</sup>

在域外，贿赂是否需要与行为人的公务行为相联系，公职人员收受馈赠是否构成受贿，也并未形成统一的处理模式，大致有三种不同立法的实践。

（1）贿赂罪的成立需要与特定的职务行为相联系。例如，在美国，对于不法馈赠罪（贿赂罪）的成立是否需要在礼物与特定的公务行为之间存在直接联系，法院曾经理解不一。采用“身份标准”的观点主张，不法馈赠罪的

<sup>①</sup> 寒山石：《春节为何变“敛节”且看贪官的八种心态》，载《检察日报》，2011-02-15。

<sup>②</sup> 例如，在重庆市“文强受贿案”审理中，文强辩护的理由之一就是“平时过年过节下级单位送来的红包、烟酒等‘灰色收入’被计算得太少”。他称“每年下属几十个单位，都要给他拜年送钱，有些并未被以受贿追究，但在巨额财产来源不明中，应该扣除掉这些‘灰色收入’”。刘薇：《文强庭上激辩后表示认罪服法 公诉人称应严惩》，载《京华时报》，2010-02-07。

<sup>③</sup> 参见刘守芬等：《对中国古代廉政法律制度的历史考察》，载《北京大学学报（哲学社会科学版）》，2003（5）。

<sup>④</sup> [美] 苏珊·罗斯·艾克曼：《腐败与政府》，王江、程文浩译，139页，北京，新华出版社，2000。

成立并不需要在馈赠与公务行为之间存在直接联系,只要给予馈赠者是基于受馈赠者的职务或身份而给予馈赠即可,而不论行馈赠者与受馈赠者是否具有影响特定公务行为的意图。采用“直接联系标准”的观点主张,根据联邦贿赂法的规定,成立不法馈赠罪必须在礼物与特定的公务行为之间存在直接的联系,没有直接的联系,则不构成犯罪。联邦最高法院则通过判例支持了“直接联系说”,认为如果采用“身份标准”对该不法馈赠罪作扩大解释,会导致将没有社会危害性的馈赠行为犯罪化。因此,“不法馈赠罪(即贿赂罪)的成立,必须在馈赠与公务行为之间存在直接联系”<sup>①</sup>。又如,《澳大利亚联邦刑法典》规定有“收受腐败利益罪”,一个联邦政府公职人员的下列行为构成犯罪:“(a)该公职人员不诚实地:(i)为自己或者他人索要某种利益;或(ii)为自己或者他人收受或获取某种利益;或(iii)同意为自己或他人收受或获取某种利益;而且(b)收受该利益或期待收受该利益将在某一公职人员(可能是先前提及的公职人员)履行职责的过程中影响该政府公职人员。”构成本罪,处“5年监禁”<sup>②</sup>。由此,与职务行为无关的馈赠行为并不属于刑法的规制范围。

(2) 贿赂罪的成立并不需要与特定的职务行为联系,只要公职人员收受他人的利益就可以构成。不少国家出于“从严治吏”的需要,规定公务人员接受他人礼物的行为就是贿赂犯罪,即对贿赂的认定采取了一种严格主义的立场。如在瑞典,同事之间因工作关系表示感谢是可以的,其方式可以是一起吃一顿工作午餐,在生日或生病时送一束鲜花或一盒巧克力等,价值一般在200克朗左右,但因工作感谢收受礼金和贵重礼品则不被允许,否则要受到惩罚。据介绍,一名主管建筑工作的市政委员在过60岁生日时,一家私人建筑公司的总经理送给他1000克朗(约合人民币1150元)作为礼物,结果这位委员和总经理分别被判犯了受贿罪和行贿罪。<sup>③</sup>又如,根据《古巴刑法典》第152条第2项的规定,公务员对他人给予礼物、馈赠或者任何其他利益、好处的提议或者许诺予以接受的,就构成受贿犯罪。<sup>④</sup>

(3) 贿赂犯罪的成立不需要与具体职务行为相联系,但需要与职务有关联。大陆法系国家在立法上都强调收受财物与其职务有一定联系。日本刑法中,职务的范围原则上要理解成是因法令的规定而属于职务权限的范围。但是,超越职权范围进行利益收受等行为,当这种行为实际上已和职权联系起

① 杨志琼:《美国公务贿赂犯罪最新发展趋势之研究——以美国联邦贿赂法为中心》,载《中国刑事法杂志》,2008(3)。

② 《澳大利亚联邦刑法典》,张旭等译,112页,北京,北京大学出版社,2006。

③ 参见林喆等主编:《腐败犯罪学研究》,91页,北京,北京大学出版社,2002。

④ 参见《古巴刑法典》,陈志军译,86页,北京,中国人民公安大学出版社,2010。

来时,就仍然构成妨害执行职务本身的公正性以及对它在社会上的一般信赖。<sup>①</sup> 如果行为与职务无关,则行为人的行为不应构成受贿罪。<sup>②</sup> 是否与职务有关,是否属于贿赂,应根据利益的大小,财物的多少作具体判断。例如,在日本,如果赠与的程度尚在习惯社交礼仪可以接受的范围之内,或者认为这实际上并没有侵害公务的公正性,则不具有贿赂性,或者认为可以否定其可罚的违法性。由此,“只要社会一般观念上,赠与限于社交礼仪的范围之内,则应该否定成立贿赂罪,其理由并不是可罚的违法性阻却,而在于因其对价性性质稀薄而失去了贿赂性。因此,重要的是该赠与是否在社交礼仪的范围之内,在判断之时,应当以公务员与赠与人之间的人际关系、公务员以及赠与者的社会地位、赠与的金额、赠与的时间与形态等作为标准”<sup>③</sup>。

域外三种不同的规制模式,反映了贿赂罪入罪范围的法网疏密。如果强调贿赂罪的成立必须与具体的职务行为相联系,则势必导致相当一部分感情投资式的贿赂行为得不到规制,法律的规避也可能变得轻而易举,失之过宽。如果采严格主义的立场,只要是公职人员,就不允许收受他人任何名义给付的财物,否则就成立贿赂罪。这固然严密了法网,但在人情社会中,将一些正常的人情往来作为贿赂行为认定,有悖于国情。相比较而言,第三种观点比较中允,既强调了贿赂与职务有关,又不严格限定为具体职务行为。特别是根据赠与利益的重要性以及是否超出一般社交礼仪可接受的范围作综合判断。这实际上是一种实质判断,需要司法人员有较高的执法技术与水平。

#### (四)“馈赠”与受贿的区分

为遏制“灰色收入”的严重化趋势,应充分发挥刑法的规制功能,对国家工作人员收受“礼金”“红包”等获得“灰色收入”的行为采严格规制立场。

学界对礼物有诸多研究,例如,有观点认为:“礼物可以被视为一种符号,或一种依靠关系这一社会基础传达人情的工具。”赠礼具有一定的复杂性,是人情互动与工具性的结合。<sup>④</sup> “在中国目前的社会文化(传统与市场的混合形态)情景下,贿赂大多兼具关系行为与功利化的市场行为的双重特征,是处于礼物赠予和市场交易之间的状态。”<sup>⑤</sup> 既然具有双重功能,那么“礼物、

<sup>①</sup> 参见[日]木村龟二主编:《刑法学词典》,顾肖荣等译,539页,上海,上海翻译出版公司,1991。

<sup>②</sup> 例如,在日本法院的判例中,被告人在课余为学生进行辅导而接受学生家长的金钱,考虑到该金钱与行为人的职务无关,应不构成犯罪。参见[日]大谷实:《刑法讲义各论》,新版第2版,黎宏译,580页,北京,中国人民大学出版社,2008。

<sup>③</sup> [日]西田典之:《日本刑法各论》,3版,刘明祥、王昭武译,382页,北京,中国人民大学出版社,2007。

<sup>④</sup> 参见阎云翔:《礼物的流动》,李放春、刘瑜译,219页,上海,上海人民出版社,2000。

<sup>⑤</sup> 李辉:《当代中国反腐败制度研究》,42页,上海,上海人民出版社,2013。

贿赂与商品并不是可以严格以概念加以区分和标签的实体”<sup>①</sup>。在俄罗斯，学者也认识到：“一些腐败现象正是以民法性质的交易来‘做掩护’，其中包括馈赠。例如，有些医药公司会打着赠予合同和咨询服务的幌子对医务工作者行贿，以达到帮助一部分生产商销售药品的目的，同时打压一部分生产商。”<sup>②</sup>

正因为礼物与贿赂的界限难分，所以，有学者指出，贿赂和表示友谊礼节或善良风俗的送礼，在外部行为特征和好处内容上很可能相差无几，例如都是投桃报李，在形式上表现为自愿。对此，该学者认为，一行为出于互惠的目的却令人厌恶、引起公愤乃至入罪，离不开社会道德、文化价值和政治利益等各方面的甄别和意识形态化的法律定义。也就是说，一时一地的法律之所以认定一桃一李为贿赂而禁止，最终只有在产生该法律的社会政治、文化、经济体制和正义观那里才能找到解说。<sup>③</sup> 换句话说，对贿赂犯罪的实质作综合判断是把握受贿与馈赠界限的主要方法。例如，我国台湾地区法院判决认为，职务上之行为收受贿赂罪，只需所收受之金钱或财物与其职务有相当对价关系，即已成立，且包括假借馈赠等各种名义之变相给付在内。对是否具有相当对价关系，应就职务行为之内容、交付者与收受者之关系、贿赂之种类、价额、赠与之时间等客观情形加以审酌，不可仅以交付之财物名义为赠与或政治献金，即谓与职务无关而无对价关系。<sup>④</sup> 或者说，“以社会通念，已足认受、授双方主观上均有各以所冀求者作为对价关系之默示合致，纵一方系假借馈赠名义为变相给付，仍难谓与职务无关而无对价关系”<sup>⑤</sup>。日本也是一个非常重视人的情感的国家。日语中“腹艺”这一词汇，指的就是心理交往或感情交往的艺术。日本社会中判断何种社交礼仪属于贿赂的问题，远比其他国家要复杂得多。但判断基准还是有的，对于社交礼仪行为在理论上比较一致的意见是，从赠与物的性质、状况、金额、赠与方式、时间、赠与者和接受赠与者的关系等方面考察，如果超出了正常交往的范围，损害国民对职务行为公正性的信赖，构成了行为无价值和结果无价值，达到了可罚的违法性的程度，便可判定赠与物性质属于贿赂。<sup>⑥</sup> 我国台湾地区的判决也指出，贿赂与非贿赂取决于财物与职务行为之间是否具有对价关系，“又是否具

① Smart, Alan, "Gifts, Bribes, and Guanxi: A Reconsideration of Bourdieu's Social Capital", *Cultural Anthropology*, Vol. 8, No. 3, 1993, p. 388.

② [俄] 哈布里耶娃主编：《腐败：性质、表现与应对》，李铁军译，127页，北京，法律出版社，2015。

③ 参见冯象：《性贿赂为什么不算贿赂》，载《读书》，2001（4）。

④ 参见一品法学苑编：《模范新六法（刑事法编）》，150页，台北，一品文化出版社，2008。

⑤ 陈子平：《刑法各论》（下），572页，台北，元照出版公司，2016。

⑥ 参见刘守芬、许道敏：《日本刑法中贿赂罪问题研究》，载《中外法学》，1999（6）。

有相当对价关系，应就职务行为之内容、交付者与收受者之关系、贿赂之种类、价额、赠与之时间等客观情形加以审酌，如公务员就其职务范围内，允诺践履贿求对象之特定行为，双方相互之间具有对价关系，纵假借馈赠、酬谢、咨询顾问费或政治献金等各种名义之变相给付，亦难谓与职务无关而无对价关系，且究系事前抑或事后给付，以及该公务员事后是否确已践履该项职务上之特定行为，俱非所问；否则，该公务员收受馈赠、酬谢、咨询顾问费等，固有悖箴，仍不能遽论以对于职务上之行为收受贿赂罪”<sup>①</sup>。

本书认为，从社会学的角度研究礼物的性质虽然有一定的帮助，但刑法的判断终究需要基于刑法思维而展开。礼物既然具有市场交易的工具性质，行送礼物完全有可能被当成收买公权力的工具而成为贿赂，其关键是该礼物是否与国家工作人员的权力有联系，有无侵害到贿赂罪的法益——国家工作人员职务的不可交易性。如果某项礼物具有此功能，则应作为贿赂认定。这应该是礼物与贿赂的最本质的界限所在。最高法院曾提出，是馈赠还是受贿，关键是要紧紧把握“权钱交易”这个贿赂犯罪的本质特征。首先要看行为人是否利用职务上的便利为对方谋取了利益，还要考虑双方之间亲友情谊的发展程度、收受财物的数额是否正常、接受财物的目的、方式等诸因素等。<sup>②</sup>

当然，是否侵害法益，还需要进一步的综合判断。“两高”2008年《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》指出，区分贿赂与馈赠的界限，“主要应当结合以下因素全面分析、综合判断：（1）发生财物往来的背景，如双方是否存在亲友关系及历史上交往的情形和程度；（2）往来财物的价值；（3）财物往来的缘由、时机和方式，提供财物方对于接受方有无职务上的请托；（4）接受方是否利用职务上的便利为提供方谋取利益”。这些规定都体现了综合判断的精神。本书认为，以下因素可作为实务中区分馈赠与受贿的重要事实依据。

### 1. 涉案的财物数额

纯粹的感情上的往来，“红包”“礼金”等馈赠财物的数额一般不会太大，如果通过“礼金”“红包”馈赠大额财产，超越了正常人际交往的范畴，其属贿金的可能性就比较大；反之，如果馈赠的财物是日常社交礼仪范围内的，则不应认定为贿赂。在一些国际公约中，也将支付“打通关节”的小钱，作为贿赂犯罪的抗辩理由。<sup>③</sup>当然，所谓数额的大小，也没有绝对的标准。不同

<sup>①</sup> 许恒达：《贪污犯罪的刑法抗制》，55页，北京，法律出版社，2016。

<sup>②</sup> 参见熊选国：《全面加强刑事大案要案审判工作 为经济社会和谐稳定发展提供有力司法保障》，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》2007年第4集（总第57集），112页，北京，法律出版社，2007。

<sup>③</sup> 参见联合国毒品和犯罪问题办事处、条约事务司：《联合国反腐败公约实施立法指南》。



的地区，由于风俗习惯和经济发展程度不同，人情往来所涉及的财物数额也会不同。同样的数额在有的地方可能比较高，在有的地方则完全是象征性的。此时，社会相当性的理论具有参考价值。这一源于德日刑法的理论，认为一个符合历史所形成的社会伦理秩序的行为不应受非法价值评价，换言之，对于某些在通常情形下本属于违法的法益侵害或威胁行为，只要该行为能够被一般国民的社会通念所认可，就应否定该行为的违法性。“如根据《刑法典》第331条的规定，在新年到来时向邮差赠送普通礼物并不构成贿赂，因为职务行为不可收买性的被保护的法益并没有因此而受到不利影响。”<sup>①</sup>而“所谓贿赂，是指与职务相关的不法报酬利益。此时的利益不论有形、无形，只要能够满足人的需要与欲望，即为利益。但是，如果贿赂罪是以公务员职务行为的不可收买性为法益的话，那么，社交上的习惯、礼仪范围内的利益并不构成贿赂，因为职务行为的不可收买性并未因此而受到影响。至此，哪些行为属于与不可收买性无关的行为，即属于社交上的习惯礼仪范围内的行为呢？其判断基准仍然是社会相当性，即赠与能否被归类为社交上的赠与，必须考虑具体案情，以社会生活认可与否进行判断”<sup>②</sup>。借助这一域外理论，对一些小额礼金收受行为作非罪认定是合乎情理的。例如，某地查处一副市长受贿案，检察机关指控被告人在生病住院期间，收受他人以“慰问费”名义行送的财物。其中，有一个下属送了200元，也被起诉书指控为受贿所得而累计在其受贿数额中。将收受200元“慰问金”的行为作为受贿认定有违社会相当性的判断。因为即使生病住院者不是上级，仅是一般的同事，到医院看望病人，也可能会送数百元“慰问金”以示关怀之意。这属于社会上一般的、礼节性的人之常情，作为受贿数额认定显然过于严苛。纵然送的人是因为副市长的职务因素而行送，但行送的财物在礼仪范围内，不具有收买职务行为的性质。实际上，即使在贿赂的范围十分广泛的日本，理论界也普遍认为：“这些赠与，即便关系到职务，但如果主要是基于私人交往、同乡关系、前辈与后辈之间的关系等个人关系，则不存在是否具有贿赂性的问题……只要在社会一般观念上，赠与止于社交礼仪的范围之内，就应该否定其成立贿赂犯罪，其理由并不是可罚的违法性的阻却，而是因对价性性质稀薄而失去了贿赂性。”<sup>③</sup>在美国，政府官员一般不得直接或间接地索取或者接受礼物，但可以接受不高于20美元的礼物，每人每年从同一来源中收到的礼物价值不得超过50美元。

① [德] 汉斯·海因里希·耶塞克、托马斯·魏根特：《德国刑法教科书（总论）》，徐久生译，312～313页，北京，中国法制出版社，2001。

② 于改之：《社会相当性理论的机能》，载《武汉大学学报（哲学社会科学版）》，2007（5）。

③ [日] 西田典之：《日本刑法各论》，6版，王昭武、刘明祥译，500页，北京，法律出版社，2013。