关于回扣、手续费性质的探讨

张　穹

回扣，是在经济往来中卖主付给替其“出力”的人的钱，这钱实际是从买主付给卖主的价款中扣出来的；手续费，是在经济往来中买卖双方当事人和居间活动的经纪人以各种名义获取的“酬金”，它包括“活动费”、“好处费”等。

回扣、手续费的性质，在我国刑事立法上是作过规定的。1952年《中华人民共和国惩治贪污条例》第7条规定：“在本条例公布前，曾因袭旧社会恶习在公平交易中给国家工作人员以小额回扣者，不以行贿论。但在本条例公布之后，如在与国家工作人员交易中仍有送收小额回扣情事，不论送者收者，均分别以行贿、受贿治罪。”

近年来，我国实行改革、开放、搞活经济的方针，大力发展社会主义商品经济，在经济往来中，有些国家工作人员、集体经济组织工作人员和其他从事公务的人员，利用职务之便，以各种回扣、手续费的名义，索取和收受贿赂，且屡禁不止，或明或暗，大量存在，严重地腐蚀了党的干部和国家公务员，损伤了人民群众对党和国家的信赖。鉴于这种情况，第六届全国人大常委会第24次会议通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第4条第3款和第7条第2款对回扣、手续费的性质在立法上又一次作了明确规定，“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员，在经济往来中，违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处”；在经济往来中，“违反国家规定，给予国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员以回扣、手续费的，以行贿论处”。

应当指出，资本主义国家商品交换是在私有制基础上进行的，购进卖出、自由竞争都是以私人的自身利益为标准，亏是亏了自己，因此，送、收回扣、手续费者，一般不认为是犯罪。但是“公务员接受请托，使其他公务员在其职务上从事不正当的行为或不从事应当作的行为，作为其进行或已进行斡旋的报酬而收受或要求、约定贿赂的”行为，构成斡旋受贿罪（见日本刑法第197条之四）。这里所说的报酬，是指把目的物作为进行或已经进行的斡旋的代价，至于这种代价以何名义可以不问，这当然包括手续费的名义在内。西班牙刑法典第385条规定：“公务员为其本人，或经由他人索取并收受赠品，或礼品，或接受对方承诺而执行一件与其职务有关，并构成犯罪行为之事件者，应处以短期徒刑，并科以收受礼品价值

罪构成唯一根据论”的综合事实根据论。它要求司法人员在定罪量刑时，应从以上三个方面对犯罪前后及行为时的一切主客观情况进行综合分析，全面辩证地评价犯罪的社会危害性，并在此基础上正确地确定刑事责任的存在、性质和程度。

（作者单位：中国社会科学院研究生院）

责任编辑：王敏远

三倍之罚金。”这些赠品、礼品中亦含有回扣、手续费性质的财物。我们是社会主义国家，商品经济是建立在社会主义公有制基础之上，国家工作人员、集体经济组织工作人员和其他从事公务的人员在经济往来中收取回扣、手续费，归个人所有，往往同损害国家、集体的利益相联系。他们在收取对方回扣、手续费之后，买远不买近，进次不进好，个人得好处，国家和集体利益遭受重大经济损失。因此，对送、收回扣、手续费者，在法定条件下以贿赂论处，追究有关人员的刑事责任是十分必要的。

从实践中查处的贿赂案件来看，在经济往来中，回扣、手续费的表现形式主要有以下几种：

（一）买方付给卖方有关人员手续费。这主要表现为买方需要购进生产必需的原材料；或者超出经营范围购买国家计划供应的物资；或者购买紧俏商品等，就以手续费贿赂卖方的主管人员或有关经管、经手的人员，这些人受贿后，就会按照行贿人的要求为行贿人谋取利益。

（二）卖方付给买方有关人员回扣。卖方为了推销积压的物资；或者销售残次产品、假冒商品等，就用给买主回扣的手段来招揽生意。买方往往是经手人员吃回扣，有的甚至是从单位领导到有关业务人员都吃回扣。这些回扣款大都是买卖双方私下已达成协议，从买方的付款中扣出一定比例给买主。

（三）买卖双方相互给有关人员回扣、手续费。一些企业单位的业务人员，在采购、供应、销售过程中，为了从中渔利，相互勾结，买方付给卖方有关人员手续费，卖方付给买方有关人员回扣。“联系你我他，一齐坑国家。”

（四）国家工作人员、集体经济组织工作人员或其他从事公务的人员，在经济往来中利用职务之便，为人介绍交易，穿针走线，充当经济“掮客”，从中斡旋，索取或收受各种名义的手续费。

根据《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，在经济往来中，认定送、收回扣、手续费的行为构成行贿罪、受贿罪，不同于认定一般的行贿、受贿行为，它必须具备两个方面的条件：

（一）送、收回扣、手续费的行为必须符合贿赂罪的基本特征。1.以受贿罪论处的，必须是国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员，利用职务上的便利，索取他人回扣、手续费的，或者非法收受他人回扣、手续费为他人谋取利益的行为。本罪的主体只能是国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员。本罪的客观方面表现为利用职务上的便利，为他人谋取利益，而索取或者收受他人财物的行为。在索取或者收受他人回扣、手续费以受贿罪论处的案件中，“他人”包括企业事业单位、机关、团体，并且索取或者收受他人回扣、手续费是归个人所有的，才构成犯罪。如果归单位所有则必须情节严重的，才构成犯罪。2.以行贿罪论处的，必须是为谋取不正当利益，给予国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员以回扣、手续费的行为。按照《补充规定》第7条第2款和第9条的规定，送回扣、手续费的行为构成行贿罪的犯罪主体，既指一般公民，也包括企业事业单位、机关、团体。从司法实践来看，以回扣、手续费的名义行贿的，多数是一些法人组织的行为。这类行贿行为可能给一些法人组织特别是乡镇企业的生产或经营带来生机和活力，但却对整个国民经济的生产和经营不利。这是因为某些全民所有制企业事业单位、机关、团体的工作人员收受了贿赂后，就不顾国家和人民的利益，总是千

方百计地为行贿单位谋取小团体的非法利益，行贿单位因此得利，而国家和集体造成损失。因此，对法人行贿构成犯罪的，除对法人组织制处罚金外，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处五年以下有期徒刑或者拘役。

（二）必须违反国家规定。送、收回扣、手续费的行为很复杂，有的是属于国家禁止的，有的是属于国家所允许的。因此，此种行为构成贿赂罪，必须是属于国家禁止的行为，即违反国家规定的行为。国家规定从广义上来说，应包括国家的根本大法——宪法，全国人民代表大会及其常务委员会制定的法律，国家最高行政机关——国务院制定的行政法规，以及国务院各部、委发布的行政规章和国务院各直属机构发布的规范性文件；从狭义上来说，主要指国务院制定的行政法规和国务院各部委发布的行政规章和国务院各直属机构发布的规范性文件，因为宪法和法律属于国家带有强制性的规范这是不言自明的。国家规定有授权法律关系参加者在某种条件和场合出现时，可以作出某种行为，例如国务院《关于技术转让的暂行规定》第3条规定：任何单位、个人，作为中介人，经技术转让有关各方面协商议定，促进技术商品交易，可以从中取得合理报酬。1987年国家科委等单位发出的《关于技术市场若干具体政策的说明》又进一步指出：提供中介服务的技术合同也是技术合同的一种，它是当事人一方为促进另一方与第三方订立技术合同而进行联系和介绍活动所订立的技术合同。根据这一规定，任何单位和个人作为技术合同的中介人可以获取合理的手续费，科研单位进行技术服务和咨询、技术转让也可获取合理的手续费。国家规定亦有命令法律关系的参加者在某种条件和场合出现时，禁止其作出某种行为的。送、收回扣、手续费的行为以贿赂论，违反国家规定的主要内容就是经济往来中的禁止规范。具体地讲包括以下几点：第一，关于送、收回扣、手续费法律关系主体的禁止规范。就公民个人而言，送、收回扣、手续费的活动必须遵守不能利用职务之便的原则。1981年7月15日国务院《关于制止商品流通中不正之风的通知》中指出："禁止企事业单位、经济单位的干部和工作人员，利用职权、物权和工作之便，里勾外联，私通买卖，从中牟利。"1986年6月5日国务院办公厅又发出《关于严禁在社会经济活动中牟取非法利益的通知》，规定："国家工作人员必须严格执行财经纪律，不准在社会经济活动中非法接受任何名义的'酬金'或'馈赠'"。因此，对在职的国家工作人员、集体经济组织工作人员和其他从事公务的人员，应禁止送、收回扣、手续费的活动。就法人组织而言，党和政府一再强调党政机关不能利用职务之便，经商办企业，或作为中介人，牟取非法利润。国务院发布的《关于制止商品流通中不正之风的通知》中明确指出：各种名目繁多的回扣、手续费是一种行贿受贿、损公肥私的行为，"一切社会主义的企事业单位、经济单位之间的购销活动，一律禁止提取'回扣'。"1986年2月4日中共中央、国务院进一步作出了制止党政机关和党政干部经商、办企业的规定。根据这些禁止规范，国家机关、事业单位以及工业企业在商品流转活动中，不得从事居间活动，索取和收受各种名义的回扣、手续费。第二，关于送、收回扣、手续费法律关系客体的禁止规范。1985年3月13日国务院《关于坚决制止就地转手倒卖活动的通知》中指出："重要生产资料和紧俏耐用消费品的批发业务，只能由国营商业、物资供销部门、供销合作社和生产这种商品的企业经营，不准其他单位和个人经营，不准经纪人牵线挂钩从中渔利。"可见，任何人不得为重要的生产资料和紧俏耐用消费品的流通而进行居间牟利活动，收取回扣、手续费。当然，也不得为法律禁止流通的物品，如淫秽物品、赌具、毒品等违禁品进行中介活动，收取回扣、手续费。

在处理送、收回扣、手续费以贿赂罪论处的案件时，还应当对具体问题进行具体分析：

（一）要看是否利用了职务之便。如果没有利用职务之便，而为他人推销产品、购买物资、联系业务，以回扣、手续费等名义索取、收受财物的，不应认定为受贿罪。对于其中违反党政机关工作人员严禁经商的规定，或违反有关工作制度和纪律的，由有关单位给以党、政纪处理，其中具有其他违法犯罪行为的，按其他法律规定处理。

（二）要划清受贿和接受合理报酬的界限。除在职的国家工作人员、集体经济组织工作人员和其他从事公务的人员以外，在经济往来中，按照国家规定充当“经纪人”，专门从事介绍交易、提供定约机会，以手续费的名义获取报酬，是允许的，不能以受贿论。经国家有关主管部门批准成立的专门机构，从事提供信息、介绍业务咨询服务等工作，，按规定提取手续费的，均不属受贿行为。至于本单位对采购、推销人员按规定给予提成报酬和奖金的，如果不适当，属于滥发奖金、补贴问题，不能视为受贿行为。

（三）要区分谋的是合法利益还是非法利益。如果受贿人利用职权，索取或非法收受他人的回扣、手续费，为行贿人的经济犯罪活动牵线搭桥，或弄虚作假购销残次、假冒的商品，或借出售商品或分配物资之机里勾外联、私通买卖等牟取非法利益，构成行贿罪和受贿罪的都要从重处罚。如果受贿人利用职权，非法接受他人的回扣、手续费，为行贿人谋的是合法利益，受贿人构成受贿，行贿人由于没有获得不正当的利益，不应当以行贿论。

（四）要正确处理对外交往中接受礼物的问题。国家工作人员在对外交往中接受礼物，或按照国际惯例收取的回扣、手续费，应当交公而不交公，数额较大的，以贪污罪论处。如果违反国际惯例，私自索要、收受回扣、手续费，归个人所有的，是受贿犯罪行为。如果收受贿赂致使国家遭受重大经济损失的，应从重惩处。但是，外国和港澳地区的商人，在合法的购销活动中，为酬谢起介绍作用且没有利用职务之便的我国公民，而赠送礼物的，对送者收者均不应视为行贿、受贿犯罪行为。

（作者单位：最高人民检察院）

责任编辑：肖　岚