

受贿罪的共犯

张明楷*

内容提要:刑法第 382 条第 3 款不是法律拟制,而是注意规定。一般主体与国家工作人员相勾结、伙同受贿的,成立受贿罪的共犯;国家工作人员使请托人向第三者提供贿赂时,故意接受贿赂的第三者与国家工作人员成立受贿罪的共犯;以各种形式帮助行贿或者受贿的,分别成立行贿罪或受贿罪的共犯,而非介绍贿赂罪;受贿罪的共犯人应当对所参与的共同受贿数额负责,追缴受贿所得时原则上应采取连带追征说。

关键词:受贿罪 共犯

一、法定拟制的界限:非国家工作人员伙同受贿的共犯认定

在《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》颁布之前,就一般主体与特殊主体共同故意实施以特殊身份为要件的犯罪时,如何确定共犯性质的问题,出现过激烈论争。最高人民法院与最高人民检察院的司法解答曾经规定:“内外勾结进行贪污或者盗窃活动的共同犯罪(包括一般共同犯罪和集团犯罪),应按其共同犯罪的基本特征定罪。共同犯罪的基本特征一般是由主犯犯罪的基本特征决定的。如果共同犯罪中主犯犯罪的基本特征是贪污,同案犯中不具有贪污主体身份的人,应以贪污罪的共犯论处。……如果共同犯罪中主犯犯罪的基本特征是盗窃,同案犯中的国家工作人员不论是否利用职务上的便利,应以盗窃罪的共犯论处。”^①但是,“这一解答大有商榷的余地。行为人在共同犯罪中所起的作用大小,是确定共犯人种类的依据,而不是定罪的依据;主犯是在确定了共同犯罪性质的前提下认定的,并非先认定主从犯,后确定构成何种犯罪。因为主从犯只是量刑的情节,不能作为定罪的依据。如果按作用大小确定罪名,必然使司法机关在许多情况下束手无策。”^②例如,一般公民与特殊主体均在共同犯罪中起主要作用时,应怎样定性?又如,起主要作用的行为本身无法确定罪名时,该如何处理?因此,“刑法理论认为,案件的性质依犯罪的实行犯的行为性质来确定,认定是否构成真正身份犯以及构成怎样的真正身份犯,应当以有身份者所实施的犯罪构成要件的行为为

* 清华大学法学院教授。

① 最高人民法院、最高人民检察院 1985 年 7 月 8 日《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)》。

② 拙著:《犯罪论原理》,武汉大学出版社 1991 年版,第 530 页。

根据,而不以谁在共同犯罪中所起作用最大为转移。”^③有鉴于此,全国人大常委会1988年1月21日《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》分别就贪污罪、受贿罪的共犯作了明确规定。其第1条第2款指出:“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手管理公共财物的人员相勾结,伙同贪污的,以共犯论处。”第4条第2款写道:“与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员相勾结,伙同受贿的,以共犯论处。”不言而喻,两处的“以共犯论处”意指以贪污罪的共犯论处和以受贿罪的共犯论处。可是,1997年修订后的新刑法只是保留了贪污罪的共犯规定,而删除了关于受贿罪共犯的表述。于是有人认为,“修订后的刑法已取消内外勾结的受贿罪共犯,修订后的刑法施行后,对非国家工作人员勾结国家工作人员,伙同受贿的,不能以受贿罪共犯追究其刑事责任。”^④这种观点(以下简称否定说)在司法实践中造成的消极后果已经发展到令人惊讶的严重程度,^⑤正本清源实属当务之急。不难发现,此处的关键在于如何理解刑法第382条第3款的性质,即澄清该款属注意规定还是属法定拟制。

注意规定是在刑法已作相关规定的前提下,提示司法人员注意、以免司法人员忽略的规定。它有两个基本特征:其一,注意规定的设置,并不改变相关规定的内容,只是对相关规定内容的重申;即使不设置注意规定,也存在相应的法律适用根据(即按相关规定处理)。^⑥例如,刑法第285条与第286条分别规定了非法侵入计算机信息系统罪与破坏计算机信息系统罪;第287条规定:“利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法的有关规定定罪处罚。”此条即属注意规定,一方面它旨在引起司法人员的注意,对上述利用计算机实施的各种犯罪,应当依照有关金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款等罪的规定定罪处罚;不能因为规定了两种计算机犯罪,便对利用计算机实施的金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款等罪也以计算机犯罪论处;另一方面,即使没有这一规定,对上述利用计算机实施的各种犯罪,也应当依照刑法的相关规定定罪处罚。可见,注意规定并没有对相关规定作出任何修正与补充。其二,注意规定只具有提示性,其表述的内容与相关规定的内容完全相同,因而不会导致将原本不符合相关规定的行为也按相关规定论处。换言之,如果注意规定指出:“对A行为应当依甲犯罪论处”,那么,只有当A行为完全符合甲罪的构成要件时,才能将A行为认定为甲罪。例如,刑法第163条前两款规定了公司、企业人员受贿罪,第3款规定,国家工作人员“有前两款行为的,依照本法第385条、第386条的规定定罪处罚。”显然,只有当国家工作人员的行为完全符合刑法第385条所规定的受贿罪构成要件时,才能以受贿罪论处;所以,第163条第3款也是注意规定,它不会导致将原本不符合受贿罪构成要件的行为也认定为受贿罪。根据上述两个特征,刑法第183条、第184条、第185条、第198条第4款、第242条第1款、第24条第2款、第272条第2款等均属注意规定。

法定拟制(或法律拟制)则不同,其特点是导致将原本不符合某种规定的行为也按照该规定处理。换言之,“法学上的拟制是:有意地将明知为不同者,等同视之。……法定拟制的目标通常在于:将针对一构成要件(T1)所作的规定,适用于另一构成要件(T2)。”^⑦换言之,在法定拟制的场合,尽管立法者明知T2与T1在事实上并不完全相同,但出于某种目的仍然对

③ 马克昌:《共同犯罪与身份》,《法学研究》1986年第5期。

④ 王发强:《内外勾结的受贿罪共犯是否已被取消》,《人民法院报》1998年8月13日。

⑤ 例如,有的法院对于检察机关起诉的联防队员与警察共同刑讯逼供致人死亡的案件,也只认定警察的行为构成犯罪,而将联防队员作无罪处理。理由是,刑法第247条没有像第382条那样的规定。

⑥ 在何种情况下应当设置注意规定、滥用注意规定可能造成的不良后果等,是需要另撰文探讨的问题。

⑦ [德]KarlLarenz:《法学方法论》,陈爱娥译,台湾五南图书出版公司1996年版,第160页。

T2 赋予与 T1 相同的法律效果,从而指示法律适用者,将 T2 视为 T1 的一个事例,对 T2 适用 T1 的法律规定。例如,刑法第 269 条规定:“犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者以暴力相威胁的,依照本法第 263 条的规定定罪处罚。”此即法定拟制。因为该条规定的行为(T2)原本并不符合刑法第 263 条(相关规定)的构成要件(T1),但第 269 条对该行为(T2)赋予与抢劫罪(T1)相同的法律效果;如果没有第 269 条的规定,对上述行为就不能以抢劫罪论处,而只能对前一阶段的行为分别认定为盗窃、诈骗、抢夺罪,对后一阶段的行为视性质与情节认定为故意杀人罪、故意伤害罪,或者仅视为前罪的量刑情节。由此可见,法定拟制可谓一种特别规定。^⑧其特别之处在于:即使某种行为原本不符合刑法的相关规定,但在刑法明文规定的特殊条件下也必须按相关规定论处。

区分法定拟制与注意规定的基本意义,在于明确该规定是否修正或补充了相关规定或基本规定,是否导致将不同的行为等同视之。例如,刑法第 247 条前段规定了刑讯逼供罪与暴力取证罪,后段规定:“致人伤残、死亡的,依照本法第 234 条、第 232 条的规定定罪从重处罚。”如果认为本规定属于注意规定,那么,对刑讯逼供或暴力取证以故意杀人罪定罪处罚的条件是,除了要求该行为致人死亡外,还要求行为人主观上具有杀人的故意。如果本规定属于法定拟制,那么,只要是刑讯逼供或者暴力取证致人死亡的,不管行为人主观上是否有杀人故意,都必须认定为故意杀人罪。换言之,尽管该行为原本不符合故意杀人罪的成立条件,但法律仍然赋予其故意杀人罪的法律效果。与旧刑法相比,新刑法既增加了法定拟制,更增加了注意规定。如何区分法定拟制与注意规定,是解释刑法分则面临的重大课题,也影响刑法总则的适用。

就我们所讨论的问题而言,如果说刑法第 382 条第 3 款属于法定拟制,则意味着一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪时,原本并不成立共同犯罪;因此,对于一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪的,只要没有这种拟制规定,就不得认定为共犯。由于规定受贿罪的第 385 条没有设置这样的拟制规定,故一般主体与国家工作人员相勾结伙同受贿的,不得以受贿罪的共犯论处;否定说便是由此形成的。但是,如果说该款只是注意规定,则意味着一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪时,根据总则规定原本构成共同犯罪。所以,不管分则条文中有无这一注意规定,对一般主体参与以特殊身份为要件的犯罪的,均应认定为共犯。故一般主体与国家工作人员相勾结伙同受贿的,应以受贿罪的共犯论处。

我以为,刑法第 382 条第 3 款属于注意规定,而非法定拟制。要形成这一结论,就得证明刑法总则已经存在意义相同的相关规定。换言之,必须证明,根据刑法总则关于共同犯罪的规定,完全可以得出“一般主体与特殊主体共同故意实施以特殊身份为要件的犯罪的,均应认定为共犯”的结论。^⑨首先,刑法在总则中设立共犯规定的原因之一,就是刑法分则所规定的主体均为实行犯,所以,刑法分则所规定的国家工作人员等特殊主体仅就实行犯而言;至于教唆犯与帮助犯,则完全不需要特殊身份。其次,虽然我国刑法没有像日本刑法第 65 条那样就身份犯的共犯作出规定,^⑩但我国刑法有关共犯人的规定已经指明了这一点。例如,刑法第 29 条第 1 款前段规定:“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。”这表明,只要被教唆的人犯被教唆的罪,教唆犯与被教唆犯就构成共犯。刑法第 27 条第 1 款规

^⑧ 拟制规定只是特别规定的一种情形;特别规定还有其他种类,如与普通规定相对应、对立的特别规定。

^⑨ 刑法理论上早已得出这种结论(参见前引③马克昌文),故没有必要进一步说明。

^⑩ 日本刑法第 65 条第 1 款规定:“对于因犯罪人身份而构成的犯罪行为进行加功的人,虽不具有这种身份的,也是共犯。”

定:“在共同犯罪中起次要或者辅助作用的,是从犯。”单个人犯罪无所谓主从犯,从犯只能存在于共同犯罪之中;这证明,起帮助作用的人,也与被帮助的人成立共犯。当然,帮助犯也可能是胁从犯,但第28条的规定说明,胁从犯也只存在于共犯之中。这三条足以表达以下含义:一般主体教唆、帮助特殊主体实施以特殊身份为构成要件的犯罪的,以共犯论处。^⑪ 进一步而言,即使没有刑法第382条第3款规定,对于一般公民与国家工作人员相勾结、伙同贪污的,也应当根据刑法总则的规定,以贪污罪的共犯论处。因此,刑法第382条第3款只是重申了刑法总则关于共犯的规定,或者说只是将刑法总则关于共犯的规定具体化于贪污罪的规定中,而没有增加新的内容,只能视为注意规定。最后,如果将刑法第382条第3款理解为法定拟制,那么,一般主体与特殊主体共同故意实施以特殊身份为要件的犯罪时,除贪污罪之外,一概不成立共犯;这样,刑法总则关于共同犯罪的规定几近一纸废文,总则也不能起到指导分则的作用。例如,一般公民教唆国家机关工作人员叛逃的,一般公民教唆、帮助司法工作人员刑讯逼供的,一般公民帮助在押人员脱逃的,一般公民教唆国家工作人员挪用公款的,均不成立共犯,^⑫ 而且通常只能宣告无罪。但这些结论无论如何不能得到国民的赞同。

现在必须回答的问题是,为什么新刑法在贪污罪中保留注意规定,而删除受贿罪中的注意规定?对此也不难解释。因为贪污罪包含了利用职务之便的盗窃、骗取、侵占等行为,而一般主体与国家工作人员相勾结、伙同贪污时,一般主体的行为也符合盗窃罪、诈骗罪、侵占罪的构成要件;刑法第382条第3款的注意规定,是为了防止司法机关将贪污共犯认定为盗窃、诈骗、侵占等罪。刑法就受贿罪取消注意规定,是因为基本上不存在将受贿共犯认定为其他犯罪的问题;刑法对其他特殊主体的犯罪没有设置类似的注意规定,也是因为基本上不存在类似问题,因而没有提醒的必要。“法律是欲以极少数的条文,网罗极复杂的社会事实,为便于适用和遵守起见,条文固应力求其少,文字尤应力求其短,以免卷帙浩繁,人民有无所适从之叹。”^⑬ 因此,刑法没有必要、也不可能、更不应当随处设立注意规定,只有当立法者担心司法机关可能存在误解或者容易疏忽的情况下,才作出注意规定。由于教唆或者帮助受贿的行为不可能构成其他犯罪,不会引起误会,故立法者删除了原有的注意规定。

二、立法体例的比较:使请托人向第三者供贿的共犯认定

国家工作人员要求、暗示请托人向第三者提供贿赂的现象,在现实生活中并非罕见。例如,丙有求于国家工作人员甲的职务行为,甲便要求或暗示丙向乙提供财物,乙欣然接收;或者甲利用职务上的便利为丙谋取了利益,事后丙欲向甲提供作为职务行为的不正当报酬的财物时,甲则要求或暗示丙将财物提供给乙,乙没有拒绝。如果乙根本不知道丙所提供的财物与国家工作人员甲的职务有关,当然不可能成立受贿罪的共犯。所以,现在所要讨论的问题是:如果乙明知丙提供的财物与甲的职务有关,即明知该财物属于甲的职务行为或所允诺的职务行为的不正当报酬而收受时,是否与甲成立受贿罪的共犯?显然,讨论这一问题的前提

^⑪ 在修订刑法的过程中,曾有学者建议设立类似于日本刑法第65条的规定(参见陈兴良:《共同犯罪论》,中国社会科学出版社1992年版,第538页),应当说这种建议具有相当的合理性,但立法者之所以没有采纳该建议,就是因为根据刑法关于教唆犯与从犯的规定,完全可以得出日本刑法第65条的结论。

^⑫ 或许有人认为,因为有司法解释,所以一般公民(包括使用人)与国家工作人员构成挪用公款罪的共犯。可是,司法解释也受罪刑法定原则的约束;在学理解释上违反罪刑法定原则的结论,在司法解释上也必定违反罪刑法定原则。

^⑬ 林纪东:《法学通论》,台湾远东图书公司1953年版,第89页。

是明确:甲的行为是否成立受贿罪?尽管无罪说论者不乏其人,但我仍然对此持肯定回答。

关于受贿罪的立法形式,一直存在两种立场:起源于罗马法的立场是,受贿罪的保护法益是职务行为的不可收买性。根据这一立场,不管公务员所实施的职务行为是否正当合法,一旦他要求、约定、收受与职务有关的报酬,就构成受贿罪。起源于日耳曼法的立场是,受贿罪的保护法益是职务行为的纯洁性公正性、职务行为的不可侵犯性。按照这一立场,只有当公务员实施违法或者不正当的职务行为,从而要求、约定或者收受不正当报酬时,才构成受贿罪。^⑭以往,我国刑法理论一直认为,受贿罪侵犯的是国家机关的正常管理活动;^⑮近年来则大多认为,受贿罪所侵害的法益是国家工作人员职务行为的廉洁性,^⑯其中也有人表述为公务人员的廉洁性。^⑰不过,我国的廉洁性说究竟是以不可收买性说为立场,还是以纯洁性说为立场,仍不明确。本文对此不必深究,只是需要说明,上述设例中的甲的行为是否侵犯了职务行为的不可收买性与职务行为的纯洁性、公正性。

职务行为的不可收买性与职务行为的纯洁性、公正性密切联系:防止权力滥用、保障权力公正行使的最起码、最基本的措施,就是防止权力与其他利益的相互交换;古今中外的客观事实不可置疑地告诉人们,职务行为的纯洁性、公正性首先取决于职务行为的不可收买性。否则,必然损害其他人的利益,进而导致公民丧失对职务行为公正性和国家机关本身的信赖。所以,为了保障职务行为的纯洁性、公正性,首先必须保证职务行为的不可收买性。现实与常识告诉人们,国家工作人员要求、暗示请托人向第三者提供财物时,该第三者必定与国家工作人员具有某种亲密关系:要么国家工作人员需要报答第三者或者需要满足第三者的需求,要么第三者在接受财物后将所接受的财物私下转交给国家工作人员,要么第三者会采取其他方式报答国家工作人员。说到底,国家工作人员仍然是为了自己的利益而要求、暗示请托人向第三者提供财物。同样,请托人也必然认识到第三者与国家工作人员的密切关系,否则,决不会向第三者提供财物;现实生活中,一些请托人在有求于国家工作人员的职务行为却又无法接触国家工作人员时,想方设法通过与国家工作人员有密切关系的人牵线搭桥,进而实现行贿的事实,也充分说明了这一点。既然如此,我们就应当肯定这种行为侵犯了国家工作人员职务行为的不可收买性,进而也侵犯了职务行为的纯洁性、公正性,理当以受贿罪论处。如果对这种行为予以放任,必将为权钱交易开避一道宽阔的畅通大道:国家工作人员不直接收受贿赂,而由第三者收受,最终仍然实现自己的利益,却可以免受刑事责任追究。不难看出,在大力反腐倡廉的今天,无罪说有悖民意。

说到底,无罪说论者无非是因为国家工作人员本人表面上没有得到请托人所提供的财物,即没有当场实现利己的意图而得出了无罪的结论。然而,犯罪的本质是对法益的侵害(包括威胁),而不是行为人取得利益;同样,刑法的目的是保护法益,而不是禁止人们获得利益。

^⑭ 参见[日]大家仁:《刑法各论》下卷,青林书院新社1968年版,第678页。

^⑮ 参见高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第601页。

^⑯ 参见郝力挥、刘杰:《对受贿罪客体的再认识》,《法学研究》1987年第6期。

^⑰ 参见赵长青:《经济犯罪研究》,四川大学出版社1997年版,第563页。

如果行为侵害了法益,即使行为人没有获得利益,也可能成立犯罪;反之,如果行为人取得了利益,但其行为并未侵害法益,则不可能构成犯罪。^⑮既然国家工作人员使请托人向第三者提供财物的行为侵害了其职务行为的不可收买性与纯洁性,那么其行为便具备了受贿罪的本质。事实上,在司法实践中,对国家工作人员使请托人向其妻子或子女提供财物的,即使其妻子或者子女不知情,也认定国家工作人员成立受贿罪,而且所认定的受贿数额以其妻子或者子女实际接受的数额为准。^⑯按照无罪说的逻辑,既然国家工作人员使请托人向第三者提供财物时无罪,那么,国家工作人员使请托人向妻子提供财物而妻子不知情时,由于其中的二分之一在形式上由妻子所有,故只能将妻子接受财物的二分之一认定为国家工作人员的受贿数额。但事实上并非如此。显然,只有肯定了国家工作人员使请托人向第三者提供财物的也成立受贿罪,才能说明上述司法实践的正确性。

关于使请托人向第三者提供财物构成犯罪的刑事立法,大体上有三种体例:一是对受贿罪的构成要件规定得比较简洁,没有明文指出使请托人向第三者提供财物是否构成受贿罪。如我国台湾地区刑法第121条第1款规定:“公务员或仲裁人对于职务上之行为,要求、期约或收受贿赂或其他不正利益者,处7年以下有期徒刑,得并科5千元以下罚金。”二是以德国刑法为代表,所规定的受贿罪构成要件包含了使请托人向第三者提供利益的情况。如其第331条第1款规定:“公务员或者对公共职务特别负有义务的人员就其职务活动为自己或者第三者要求、使被约定或者接受利益的,处3年以下自由刑或者罚金。”第332条第1款规定:“公务员或者对公共职务特别负有义务的人员就其已经从事或者将要从事的职务行为和因此侵害了或者可能侵害其职务义务,作为回报,为自己或者第三者要求、使被约定或者接受利益的,处6个月以上5年以下自由刑。在较轻的严重情形中处3年以下自由刑或者罚金。”三是以日本刑法为代表,将使请托人向第三者提供贿赂规定为独立的罪名,其第197条之二规定:“公务员或者仲裁人,就其职务上的事项,接受请托,使请托人向第三者提供贿赂,或者要求、约定向第三者提供贿赂的,处5年以下惩役。”

我们现在要讨论的是,能否因为外国刑法对使请托人向第三者提供贿赂有明文规定,而否认该行为在我国成立受贿罪?无罪说论者的理由往往是:我国实行罪刑法定原则,对于刑法没有明文规定的行为不得定罪处刑;日本、德国刑法明文将该行为规定为犯罪,而我国刑法对此没有明文规定,所以,在我国不得对该行为定罪处刑。但我认为,这种推论存在两个不能令人接受的缺陷。

首先,该观点的判断方法是,先以国外刑法的规定为依据将某种行为概括为国外刑法所规定的某种“犯罪”(大前提),然后说中国刑法没有国外刑法的类似规定(小前提),因而该行为无罪(结论)。即前述设例中甲的行为在日本属于使请托人向第三者提供贿赂罪,而我国刑法没有规定该罪,所以甲的行为在我国无罪。由此我们会进一步发现,该观点将事实作为大前提,^⑰将法律作为小前提,然后得出了无罪的结论:即甲的行为属于使请托人向第三者提供贿赂(大前提),刑法没有规定该罪(小前提),所以该行为无罪(结论)。然而,这种判断方式存在重大疑问。“从形式逻辑规则的观点来看,对法律案件的决定是根据三段论法作出的,其中法律规范是大前提,案件的情况是小前提,案件的决定是结论。把案件的决定看作是按照

^⑮ 参见拙著:《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第269页以下。

^⑯ 在日本,公务员使请托人向自己的妻子、子女等亲属提供财物的,并不认定为使请托人向第三者提供贿赂罪,而是直接认定为普通受贿罪(参见林干人:《刑法各论》,东京大学出版会1999年版,第450页)。

^⑰ 因为论者根据外国刑法而非根据本国刑法归纳了事实特征,确定了行为性质,并将其作为大前提。

三段论法的规则得出的结论,对于彻底确立法制原则具有重要的意义,法制的实质就在于使所有主体的行为符合法律规范的要求。而在法的适用方面,只有当适用法的机关准确地和正确地把法律规范适用于一定的具体情况,即按照三段论法的规则决定法律案件时,才能出现这种相符合的情况。^{②①}因此,我们在判断构成要件符合性时,应当以法定的构成要件为大前提,以具体的事实为小前提,从而得出正确结论。就判断受贿罪成立与否而言,应当采取以下方法:首先确定受贿罪的构成要件,然后,判断甲的行为是否符合受贿罪的构成要件,再得出甲的行为是否构成犯罪的结论。无罪说论者不仅在判断方式存在缺陷,而且有违反罪刑法定原则之嫌。因为根据罪刑法定原则,必须先考虑刑法的规定,即先有大前提,然后才审视现实中的某种行为是否构成犯罪,这样便限制了司法权力。人们不难发现,无罪说论者的上述判断方法完全可以做到为所欲为:“想入罪便入罪,想出罪即出罪”。例如,当判断者想将某种行为认定为抢劫罪时,他便可以进行如下推理:该行为是抢劫行为,我国刑法规定了抢劫罪,所以对该行为应当以抢劫罪定罪处刑;又如,当判断者欲将某种行为认定为受贿罪时,他就能进行如下推理:该行为是受贿行为,我国刑法规定了受贿罪,所以对该行为应当以受贿罪论处。反之亦然。例如,当判断者不想将某抢劫行为认定抢劫罪时,他便可以进行如下推理:该行为是一种强制行为,我国刑法没有规定强制罪,所以对该行为不得定罪处刑;当判断者不愿将溺婴行为认定为故意杀人罪时,他就能进行如下推理:该行为属于溺婴行为,我国刑法没有规定溺婴罪,所以对该行为不得定罪处刑。或许读者以为我在随心所欲地任意编造。其实不然,事实上我们已经随处可见这种不可思议的现象。例如,有人认为,单位贷款诈骗时;对直接负责的主管人员与其他直接责任人员不得认定为贷款诈骗罪,其判断过程便是:该行为属于单位贷款诈骗,而刑法没有规定单位可以成为贷款诈骗罪的主体,所以该行为无罪。^{②②}再如,有的学者认为,单位盗窃时,对单位中的直接负责的主管人员和其他直接责任人员不得以盗窃罪论处,其判断仍然是:该行为属于单位盗窃行为,应以单位犯罪论处,但刑法没有规定单位可以成为盗窃罪的主体,故该行为无罪。^{②③}不难发现,倘若人们将刑法规范由小前提回到大前提,则会得出相反结论。

由此看来,当人们自觉或者不自觉地将三段论式中的大前提与小前提倒置时,所造成的混乱是相当严重的。无论是司法人员办案还是刑法学者著书,都不应当出现这样的现象,否则便无法治可言。

其次,解释刑法不可缺少比较方法,尤其是在刑法条文表述相同或者相似、条文适用背景相同或者相似的情况下,参考外国的刑法学说与审判实践解释本国刑法规规范,有助于得出发人深省的结论。但是,在进行比较解释时,不可忽视中外刑法在实质、内容、体例上的差异。例如,就某类犯罪而言,有的国家刑法规定得非常详细(可能有多罪名),有的国家刑法则规定得十分简单(可能只有一个罪名)。在这种情况下,后者的一个罪名可能包含了前者的多个罪名的内容;而不能简单地认为,后者只处罚一种情形,前者处罚多种情形。例如,德国刑法第 211 条、第 212 条、第 216 条、第 220 条 a 分别规定了谋杀罪、故意杀人罪、受嘱托杀人罪、灭绝种族罪;而我国刑法仅第 232 条规定了故意杀人罪。我们显然不能认为,谋杀、受嘱托杀人

②① [苏]C. C. 阿列克谢耶夫:《法的一般理论》(下册),黄良平、丁文琪译,法律出版社 1991 年版,第 729 页。另参见前引⑦, Karl Larenz 书,第 168 页以下;[日]团藤重光:《法学的基础》,有斐阁 1996 年版,第 213 页以下;[美]E. 博登海默:《法理学:法律哲学与法律方法》,邓正来译,中国政法大学出版社 1999 年版,第 491 页以下;等等。

②② 参见王发强:《单位行为不能构成贷款诈骗罪》,《人民法院报》1998 年 8 月 4 日。

②③ 参见陈兴良主编:《刑事法判解》第 1 卷,法律出版社 1999 年版,第 35 页以下。

以及灭绝种族的行为,没有被我国刑法规定为犯罪,因而不得定罪处刑;相反只能认为,这些行为都包含在我国刑法第 232 条规定的故意杀人罪中。再如,日本刑法第 246 条规定了诈骗罪,第 246 条之二规定了使用计算机诈骗罪,第 248 条规定了准诈骗罪,^{②4}而我国刑法没有规定后两种罪名。我们当然不能认为,使用计算机诈骗与准诈骗的行为,没有被我国刑法规定为犯罪,因而不得定罪处刑;相反只能认为,这些行为包含在我国刑法第 266 条规定的诈骗罪中。反过来情形也值得我们思考。中国刑法规定了抢夺罪,但德国、日本大陆法系国家的刑法中均不见有此罪名;德国、日本的学者与法官面对我们所谓的抢夺行为时,不会作出如下判断:该行为属于抢夺行为,虽然中国刑法规定了抢夺罪,但德国、日本刑法没有规定抢夺罪,故不得定罪量刑;相反,在德国、日本,抢夺行为分别被认定为抢劫罪与盗窃罪。^{②5}由此看来,我们不能只看文字上的表述与犯罪的名称,而应注重规定某种犯罪的条文在刑法体系中的地位,从而了解相同用语在不同国家的刑法中所具有的不同含义。^{②6}而无罪说论者在进行比较解释时,恰恰忽视了这一点。

我国新刑法根据主体的差异规定了几种不同的受贿犯罪,而没有根据行为的不同类型规定不同的受贿罪。与外国刑法进行比较之际,必须对此予以充分注意。例如,德国、日本等国刑法均规定了要求(索取)、约定与收受三种受贿方式,而我国刑法只规定了索取与收受,但我们显然不能认为约定贿赂的行为在我国不成立犯罪。相反,我们完全能够以谁提出约定为标准,将约定归入索取与收受:国家工作人员先提出约定的,属于索取;对方先提出约定的,国家工作人员属于收受。^{②7}再如,日本刑法第 197 条之三明文规定了事后受贿罪,^{②8}我国刑法没有设置该罪名,然而也不能由此错误地推论:某行为属于事后受贿,我国刑法没有规定事后受贿罪,所以不得对该行为定罪处刑。相反,现实的妥当做法是:“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人事先约定,在其离退休后收受请托人财物,构成犯罪的,以受贿罪定罪处罚。”^{②9}

回到使请托人向第三者提供贿赂的问题上来。诚然,我国刑法并没有规定此罪名,但是,从客观上说,刑法所规定的收受他人财物,包括直接收受与间接受受。对方提供给第三者的财物,仍然是国家工作人员(所许诺的)职务行为的不正当报酬,因而具有贿赂性质;对方之所以提供给第三者,是因为有求于国家工作人员的职务行为或者因为国家工作人员已经为其实施了职务行为,这表明国家工作人员利用了职务上的便利。从主观上说,刑法所规定的受贿罪也并没有要求行为人具有接受贿赂据为己有的意图;退一步言,即使认为受贿罪要求行为人主观上具有不法占有贿赂的目的,但刑法从来没有将非法占有目的限定了本人占有的目

^{②4} 准诈骗罪,是指利用未成年人的知虑浅薄或者他人的心神耗弱,使之交付财物,或者取得财产上的不法利益或者使他人取得的行为。

^{②5} 参见[日]西田典之:《刑法各论》,弘文堂 1999 年版,第 159 页。

^{②6} 如上所述,在德国,故意杀人罪是指除谋杀罪、受嘱托杀人罪、灭绝种族罪以外的故意杀人罪;在中国,故意杀人罪则包括一切故意杀人的行为。同样,在日本与中国,“诈骗罪”的外延也不完全相同。

^{②7} 参见拙著:《刑法学(下)》,法律出版社 1997 年版,第 921 页。

^{②8} 该条第 2 款规定:“曾任公务员或者仲裁人的人,就其在职时接受请托在职务上曾实施不正当行为,或者不实施适当行为,收受、要求或者约定贿赂的,处五年以下惩役。”

^{②9} 最高人民法院 2000 年 6 月 30 日《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》。

的,而是包含了使第三者非法占有的目的,这是因为,“行为人是为了本人非法占有还是为了第三者非法占有,对法益的侵犯程度并不产生影响”。^{③①} 凡此种种,都证明国家工作人员使请托人向第三者提供财物的行为,完全符合受贿罪的构成要件。

要之,国家工作人员使请托人向第三者提供贿赂的,成立受贿罪。既然如此,第三者是否成立受贿罪的共犯就取决于对两个问题的认识:其一,受贿罪的既遂标准是什么?其二,是否存在承继的共犯?关于第一点。我国刑法理论一直主张,受贿罪以行为人取得了贿赂为既遂标志,因此,当国家工作人员要求或者暗示请托人向第三者提供贿赂时,受贿行为并没有既遂。^{③②} 关于第二点。既然行为还没有既遂,那么,中途参与犯罪的,当然可能成立共犯。这便是中外刑法理论都承认的承继的共犯。^{③③} 即前行为人已经实施一部分实行行为后,后行为人以共同犯罪的意思参与实行或者提供帮助。承继的共犯包括承继的、实行犯与承继的帮助犯(不可能有承继的教唆犯,因为在实行犯已经着手实行犯罪之后,不可能存在使该实行犯产生实施该犯罪行为的意图的教唆)。例如,甲以抢劫的故意对丙实施暴力后,乙以共同抢劫的意思参与犯罪,强取了丙的财物。由于乙明知甲在实施抢劫行为,而又有共同抢劫的故意,并实施了抢劫的部分行为,故甲、乙二人构成抢劫罪的共犯。我国刑法理论长期将共同犯罪分为事先通谋的共同犯罪与事前无通谋的共同犯罪,而承继的共犯就属于事前无通谋的共同犯罪的一种情况。由此可见,只要第三者明知请托人提供的是某国家工作人员职务行为的不正当报酬而接受的,他便是在国家工作人员的受贿行为还没有既遂的情况下参与受贿犯罪,因而符合了受贿罪共犯的成立条件。

仔细分析,便可发现第三者接受贿赂主要表现为以下情形:第一,第三者已与国家工作人员事前通谋因而接受贿赂;第二,在接受贿赂时,第三者与国家工作人员同时在场,第三者明知请托人交付的财物属于贿赂;第三,虽然没有事前通谋,也非同时在场,但第三者接受财物时,明知请托人提供的是某国家工作人员职务行为的不正当报酬;第四,第三者接受了财物,但不明知该财物属于贿赂。显然,对前三种行为当以受贿罪的共犯论处,第四种行为不可能成立受贿罪的共犯,但在得知是贿赂后仍然窝藏、隐匿该贿赂的,可能成立窝藏赃物罪。

三、法益侵害的衡量:介绍贿赂罪与受贿罪共犯的区别

我国新旧刑法在规定了行贿罪、受贿罪的同时,还规定了介绍贿赂罪,这便带来如下问题:即介绍贿赂罪与受贿罪、行贿罪的共犯如何区分(为了使结论更为明确,以下不得不将行贿罪的共犯也列入讨论范围)?而且,介绍贿赂罪的法定最高刑为3年有期徒刑,而行贿罪与受贿罪的法定最高刑分别为无期徒刑与死刑,这便使得区分二者的意义更为重要。^{③④} 但是,这种区分又是十分困难的。

难在何处?我们不妨先了解刑法理论通说就介绍贿赂罪所设之例:“介绍贿赂通常表现为以下两种形式:其一,受行贿人之托,为其物色行贿对象,疏通行贿渠道,引荐受贿人,转达

^{③①} 前引^{②⑦},拙著,第386页。

^{③②} 参见马克昌:《刑法理论探索》,法律出版社1995年版,第273页。

^{③③} 参见[日]平野龙一:《刑法概说》,东京大学出版会1977年版,第119页;郝朝俊:《刑法原理》,商务印书馆1928年版,第271页。

^{③④} 虽然帮助行贿与帮助受贿的通常属于从犯,因而应当从轻、减轻或者免除处罚,但当法官选择从轻处罚时,或者法定刑较高而法官只选择减轻处罚时,认定为行贿罪或者受贿罪的共犯较之认定为介绍贿赂罪要重得多。此外,对于介绍贿赂罪,刑法设置了“在被追诉前主动交待介绍贿赂行为的,可以减轻或者免除处罚”的规定,而刑法对于受贿罪则没有设置类似规定。

行贿的信息,为行贿人转交贿赂物,向受贿人传达行贿人的要求。其二,按照受贿人的意图,为其寻找索贿对象,转告索贿人的要求等。”^{③④} 闭目思索之后,一系列问题浮现在眼前:能否说前一种行为属于行贿罪的帮助行为呢?难道不能认定后一行为属于受贿罪的帮助行为吗?如果回答“能”,那么,它们又怎么会成为介绍贿赂罪的实行行为呢?立法者是否将行贿罪与受贿罪的帮助行为独立出来作为介绍贿赂罪,而不再分别以行贿罪、受贿罪的共犯论处呢?果真如此,这种立法的根据何在呢?如果不是,则意味着在介绍贿赂罪之外,仍然存在行贿罪、受贿罪的帮助犯,那么,二者的区别何在呢?^{③⑤}

首先必须证实的是,上述通说所列举的第一种行为属于行贿罪的帮助行为,第二种行为则构成受贿罪的帮助行为。从共犯原理来看,行为人受行贿人之托所实施的上述行为,是促成行贿得以实现的行为,其主观上也当然认识到自己是在帮助行贿人实施行贿行为,这完全符合行贿罪的共同犯罪的成立条件。同样,行为人按照受贿人的意图所实施的上述行为,是促成受贿得以实现的行为,其主观上也必然认识到自己是在帮助受贿人实施受贿行为。这完全符合受贿罪的共同犯罪的成立条件。或许人们会说,上述行为毕竟属于一种“介绍”行为。但我依然认为,对向犯中的介绍行为同样属于共犯行为。从法律规定而言,刑法有的条款明文将介绍或类似介绍的行为规定为共犯行为(还可能是共犯中的实行行为)。例如,刑法第240条将接送、中转妇女、儿童的行为规定为拐卖妇女、儿童行为;换言之,在他人拐骗、贩卖妇女、儿童的过程中,行为人明知事实真相而接送、中转妇女、儿童的,与拐骗者、贩卖者成立拐卖妇女、儿童罪的共犯。再如,根据刑法第205条的规定,介绍他人虚开增值税专用发票的,也属于虚开增值税专用发票的行为;易言之,行为人介绍他人虚开增值税专用发票时,便与实际上虚开增值税专用发票的人构成该罪的共犯。从司法实践来看,对向犯中的介绍、居间等行为历来被认定为共犯行为。例如,“居间介绍买卖毒品的,无论是否获利,均以贩卖毒品罪的共犯论处。”^{③⑥} 又如,“介绍买卖枪支、弹药、爆炸物的,以买卖枪支、弹药、爆炸物罪的共犯论处。”^{③⑦} 这些都表明,通说所列举的介绍贿赂的行为,实际上是行贿的帮助行为或者受贿的帮助行为。此外,刑法明文规定的罪状是“向国家工作人员介绍贿赂”,故按照国家工作人员的意图,“为其寻找索贿对象,转告索贿人的要求”等行为,也似乎并不属于“向国家工作人员介绍贿赂”。

其次应当说明的是,行贿罪的帮助行为与受贿罪的帮助行为,不应当独立成为介绍贿赂罪。一方面,我们无论如何也不能发现将上述帮助行为规定为独立犯罪的任何理由;另一方面,教唆行为与帮助行为都是共犯行为,为什么教唆行贿与教唆受贿分别成立行贿罪与受贿罪,而帮助行为却独立成罪呢?我们也难以发现其中的道理。或许有人联系协助组织卖淫罪来反驳我的这一观点,但我以为,这种反驳难以成立。新刑法第358条第3款所规定的协助组织卖淫罪,确实将组织卖淫罪的帮助行为设置为独立犯罪了;但该规定源于1991年的《关于严禁卖淫嫖娼的决定》,而在卖淫嫖娼绝迹几十年后的当时,组织卖淫嫖娼的行为,被视为极为严重的犯罪,所以立法机关欲对该行为出击重拳;但如果将协助组织卖淫的行为认定为

^{③④} 高铭喧主编:《新编中国刑法学》,中国人民大学出版社1998年版,第996页;赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2001年版,第845页。

^{③⑤} 教唆行贿或受贿的行为,应分别以行贿罪或受贿罪论处,不会与介绍贿赂罪混淆(参见高铭喧主编:《刑法学》,法律出版社1984年版,第569页)。故以下仅讨论行贿、受贿的帮助行为与介绍贿赂罪的区别。

^{③⑥} 最高人民法院1994年12月20日《关于适用〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉的若干问题的解释》。

^{③⑦} 最高人民法院2001年5月10日《关于审理非法制造、买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》。

组织卖淫罪的从犯,司法机关仍然可能根据刑法总则的规定,对协助组织卖淫的行为以从犯论处,进而从轻、减轻处罚甚至免除处罚;于是,立法机关对协助组织卖淫的行为规定了独立的、较重的法定刑。可见,只有当立法者为了重处(或轻处)某种犯罪的共犯行为时,才可能将其规定为独立的犯罪。但对于刑法第 392 条所规定的介绍贿赂罪,则不能作出这种解释。如果说帮助行贿与帮助受贿的罪行严重,需要将其独立成罪予以重处,则不符合立法现状。因为与帮助行为相比,教唆行为更需要重处,可是,刑法并没有将教唆行贿与教唆受贿规定为独立犯罪。而且刑法第 392 条规定,介绍贿赂情节严重才成立犯罪,法定最高刑也仅为 3 年有期徒刑,此外还将追诉前主动交待规定为减免情节。如果说需要轻处行贿、受贿的帮助行为,也不符合客观现实。修订刑法时面临着严峻的贪污贿赂现象,立法机关正是为了严厉打击贪污贿赂犯罪,才将“贪污贿赂罪”独立成章的,不可能为了轻处行贿、受贿的帮助行为,而将其独立成罪。若将行贿、受贿的帮助行为解释成为介绍贿赂罪的实行行为,不仅会导致重罪轻判,还会不当地导致罪数的混淆。例如,甲一方面帮助乙行贿给 A,另一方面帮助丙向 B 索取、收受贿赂。如果将帮助行贿、受贿的行为认定为介绍贿赂罪,则甲只是犯了同种数罪,且通常不并罚;如果说帮助行贿、受贿的行为分别成立行贿罪与受贿罪的共犯,则甲触犯了两个不同的罪名,应当实行数罪并罚。显然,上述通说可能导致数罪一判。所以,从罪刑均衡的角度而言,行贿、受贿的帮助行为不可能独立成为介绍贿赂罪的实行行为。此外,将行贿、受贿的帮助行为解释为介绍贿赂罪也会导致刑法的不协调。因为刑法第 163 条、第 164 条分别规定了公司、企业人员受贿罪与对公司、企业人员行贿罪,但没有规定向公司、企业人员介绍贿赂罪;如果行贿、受贿的帮助行为成立介绍贿赂罪而不成立行贿、受贿罪的共犯,那么,帮助公司、企业人员受贿或者帮助对公司、企业人员行贿的行为便不成立犯罪。这种导致刑法不协调的解释结论,是不宜保留的。因为“使法律相协调是最好的解释方法”,使法律相冲突、相矛盾的解释结论是最糟的解释结论。

接着需要讨论的是,区分行贿、受贿的帮助行为与介绍贿赂罪的标准是什么?

司法实践中的一种做法是,以行为人是否获得利益为标准:帮助受贿并参与分赃(实际分得受贿款物)的,成立受贿罪的共犯,帮助行贿并为了谋取自己的不正当利益的,成立行贿罪的共犯;帮助受贿但没有分赃、帮助行贿却不是为了谋取自己的不正当利益的,成立介绍贿赂罪。^③但从犯罪的本质来考察,便不难发现,这种做法不可取。

刑法第 2 条的规定,清楚地说明刑法的目的是保护法益,也说明犯罪的本质是侵害法益。因为惩罚恶就是保护善,即惩罚恶行就是为了保护恶行所侵害的利益。刑法第 13 条的规定也直接表明犯罪的本质是侵害法益,刑法之所以禁止犯罪,正是因为犯罪侵害了法益。既然刑法的目的是保护法益,犯罪的本质是侵害法益,那么,犯罪人主观上对利益的追求、客观上所获得的利益就不是本质问题、也非重要问题。即定罪与量刑,从根本上考虑的是行为对法益的侵害程度(损人),而不是行为人获取利益的有无与多少(利己)。因为损人与利己并非绝对的对应关系,有的行为既损人又利己,有的行为只损人不利己,有的行为只利己不损人。由于犯罪的本质是侵害法益,所以,在犯罪人事实上没有获得利益,被害人的法益却遭受侵害的情况下,我们首先要考虑的是法益受侵害的事实。或许有人认为,刑法的一些条文规定了某些犯罪的成立要求行为人主观上出于追求利益的目的或者客观上已经获得一定利益,因而说明仍需考虑行为人主观上对利益的追求与客观上所获的利益。但是,我认为,刑法作出这些

③ 参见周道鸾、张军主编:《刑法罪名精释》,人民法院出版社 1998 年版,第 927 页。

规定是为了使构成要件所反映的、行为对法益的侵害性达到犯罪程度,或者是为了区分此罪与彼罪。例如,高利转贷罪,刑法要求行为人主观上“以转贷牟利为目的”,客观上“违法所得数额较大”。这是因为,一方面,如果主观上不是“以转贷牟利为目的”,客观上就不可能实施套取金融机构信贷资金高利转贷他人的行为,也就不可能侵犯金融秩序。另一方面,如果客观上不是“违法所得数额较大”,就表明行为人套取的信贷资金数额不大而且转贷利率不高,故对金融秩序的侵犯性没有达到犯罪程度。可见,即使在行为侵害了法益又获得了利益的情况下,我们的着眼点仍然在行为对法益的侵害性。如果不是这样考虑,而是自觉或者不自觉地认为,犯罪的本质在于行为人获得利益、刑法的目的在于禁止行为人获得利益,那么,必然不断出现以往所出现过的那种将科技人员利用业余时间为企业排忧解难因而获得适当报酬的行为认定为受贿罪的现象,也会在其他许多方面出现偏差。^{③⑨}所以,以行为人是否分得贿赂款物为标准来区分介绍贿赂罪与受贿罪的共犯,是歪曲犯罪本质的表现。

退一步考虑。就行贿而言,虽然刑法第389条将“为谋取不正当利益”规定为行贿罪的主观要件,但可以肯定的是,“为谋取不正当利益”是驱使行为人实施行贿行为的动因;同样可以断定的是,行为人具有“为他人谋利不正当利益”的心态时,也会驱使其实施行贿的帮助行为。从论理上解释,为自己谋取不正当利益而行贿与为他人谋取不正当利益而行贿,对国家工作人员职务行为的不可收买性的侵害程度,没有任何区别。从文理上解释,刑法并没有将“为谋取不正当利益”限定为“为自己谋取不正当利益”;故“为谋取不正当利益”当然包含为自己谋取不正当利益与为他人谋取不正当利益。因此,当甲出于为自己谋取不正当利益的目的,乙出于为甲谋取不正当利益的目的,而共同实施行贿行为时,乙与甲当然成立行贿罪的共犯,而不能因为乙没有为自己谋取利益的意图,将其认定为介绍贿赂罪。就受贿而言,虽然刑法第385条规定了其客观行为是索取或者收受他人财物,但可以肯定的是,索取、收受他人财物是归自己占有还是归第三者占有,都表现为一种权钱交易,二者对国家工作人员职务行为的不可收买性的侵害程度,不存在差异。同样,刑法并没有要求行为人必须为自己索取、收受他人财物。因此,当A为了索取财物归自己占有,B为了索取财物归A占有而帮助A实施索取贿赂的行为时,B便与A成立受贿罪的共犯,而不能因为B没有为自己索取财物的意图,而将其认定为介绍贿赂罪。

司法实践中的另一种做法是,以非国家工作人员是否参与了国家工作人员利用职务便利为他人谋取利益来区分受贿罪的共犯与介绍贿赂罪。^{④⑩}这一区分标准也值得研究。

可以肯定的是,非国家工作人员与国家工作人员相勾结,参与了国家工作人员利用职务便利为他人谋取利益的行为时,当然成立受贿罪的共犯。但不能由此得出相反的结论,即不能认为,非国家工作人员没有参与国家工作人员利用职务便利为他人谋取利益的行为便属于介绍贿赂罪。刑法理论上就如何理解受贿罪中的“为他人谋取利益”,展开过激烈争论。但现在比较一致的看法是,为他人谋取利益只是受贿人的一种许诺,而不要求客观上有为他人谋

^{③⑨} 参见拙文:《新刑法与法益侵害说》,《法学研究》2000年第1期。

^{④⑩} 参见前引^{③⑨},周道鸾、张军主编书,第928页。

取利益的行为与结果;^④ 许诺既可以是明示的,也可以是暗示的。当他人主动行贿并提出为其谋取利益的要求后,国家工作人员虽然没有明确答复实现其要求,但又不予拒绝时,就应当认为是一种暗示的许诺。因为在此情形中,他人已经认识到国家工作人员的职务行为可以收买,因而国家工作人员职务行为的不可收买性遭受了侵害。许诺既可以是直接对行贿人作出的,也可以是通过第三者对行贿人作出的。因为不管是直接许诺还是间接许诺,都呈现出一种以权换利的交易关系。许诺既可以是真实的,也可以是虚假的。所谓虚假许诺,是指国家工作人员具有为他人谋取利益的职务条件,在他人有求于自己的职务行为时,虽然并不打算为他人谋利益,却又谎称为他人谋取利益。^⑤ 既然“为他人谋取利益”只要表现为许诺即可,而不要求有为他人谋取利益的实际行为与结果,那么,在国家工作人员即使没有为他人谋取利益的实际行为与结果也成立受贿罪的情况下,将是否参与了国家工作人员利用职务便利为他人谋取利益作为区分受贿罪的共犯与介绍贿赂罪的标准,就必然不当地缩小受贿罪共犯的成立范围。

那么,可否以行为人所处的立场来区分介绍贿赂罪与行贿、受贿罪的共犯行为呢?即能否说仅站在行贿人一方为其实施帮助行为的,便是行贿罪的共犯;仅站在受贿人一方为其实施受贿的帮助行为的,就是受贿罪的共犯;同时站在双方立场或者中间立场的,则成立介绍贿赂罪呢?我不得不给予否定回答。因为就法益侵害的程度而言,同时站在双方立场的行为(所谓站在中间立场实际上也是站在双方立场),比只站在一方立场的行为更为严重。将这种法益侵害更为严重的犯罪反而认定为较轻的介绍贿赂罪,导致了刑法的不协调。这是无论如何都必须舍弃的观点。

或许有人认为,既然法律上的介绍贿赂与行贿、受贿罪共犯的区别存在疑问,那么就必须要朝有利于被告人的方向解释,即凡是可能成立介绍贿赂罪的,均不得认定为行贿罪、受贿罪的共犯。但我不能同意该观点。这涉及对“存疑时有利于被告”原则的理解与适用,在此有必要说明的是,“存疑时有利于被告”的原则并不适用于对法律疑问之澄清;当法律存在疑问或争议时,应当依一般的法律解释原则消除疑问,而非一概作出有利于被告人的解释。^⑥ 这不仅是刑法解释态度与方法问题,而且关涉对刑法本身的认识。诚然,法律内容的确定性是罪刑法定原则的要求,可有一句法律格言说得极好:“极度的确定性反而有损确定性”。事实上法律的表述也不可能十分确定,正因为如此才需要解释。诚如波斯纳所言:“法律训练的很大部分,特别是在精英法学院里,就是研究法律的不确定性。”^⑦ 法律当然越明确越好,但又不可避免存在不明确之处。正如布津尔所说:“如果法律没有不明之处,就不存在解释问题,因为在这种情况下,解释不仅无益,而且是有害的。……明确的法律条文需要解释的唯一情况是立法者在制定这项法律条文时出现了明显的笔误或差错。”^⑧ 所以,法律上的疑问需要解释来消除,而对刑法的解释应当遵循解释规则,尤其重要是在法益保护与自由保障两方面求得均衡,在善良人的大宪章与犯罪人的大宪章之间寻找协调,决不可能在任何场合都作出有利于被告的解释。当各种解释方法得出不同的解释结论时,最终起决定性作用的是目的论解

④ 当然,如果已为他人谋取利益的外部行为与结果,则无疑实现了“为他人谋取利益”的要件。

⑤ 参见拙文:《论受贿罪的客观要件》,《中国法学》1995 年第 1 期;另参见高铭喧、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社 2000 年版,第 636 页;前引④,高铭喧主编书,第 981 页;王作富主编:《刑法》,中国人民大学出版社 1999 年版,第 510 页;等等。

⑥ 参见[德]Claus Roxin:《德国刑事诉讼法》,吴丽琪译,台湾三民书局 1998 年版,第 145 页;[德]汉斯·海因里希·耶赛克:《德国刑法教科书》,徐久生译,中国法制出版社 2001 年版,第 178 页。

⑦ [美]波斯纳:《法理学问题》,苏力译,中国政法大学出版社 1994 年版,第 55 页。

⑧ [法]亨利·莱维·布津尔:《法律社会学》,许钧译,上海人民出版社 1987 年版,第 69 页。

释,而不是有利于被告。因此,当出于法益保护的目的,需要对刑法条文作出必要的扩大解释时,即使不利于被告人,也得适用这种解释结论。例如,刑法第 116 条中的“汽车”,常被学者们解释为包括作为交通工具使用的大型拖拉机。⁽⁴⁶⁾ 如果这一解释结论合理,即使是对被告人不利于的,司法实践也应当适用这一解释结论。所以,为了有利于被告人,而不顾合理性,一概对刑法条文作出限制解释,是不可思议的。⁽⁴⁷⁾ 例如,我们显然不能为了有利于被告人,而将刑法第 232 条中的“杀人”限制解释为谋杀或者将其中的“人”缩小解释为精神正常的人;也不能为了有利于被告,而将抢劫罪中的“暴力”限定为使用凶器所实施的暴力。同样,我们更不能因为自己不愿意深究法律条文、或者不善于澄清法律疑点,而在遇到法律疑点时,就来一个“有利于被告”。试想,假如学者与法官不能从构成要件上区分抢劫罪与敲诈勒索罪,又要有利于被告,那么,遇到所有相关案件时,都只能认定为敲诈勒索罪,刑法关于抢劫罪的规定便成为一纸废文。所以,“存疑时有利于被告”之原则只与事实之认定有关,而不适用于法律之解释。因此,不能因为难以从法律上区分介绍贿赂罪与受贿罪的共犯,便一概以轻罪论处。

解构之后,当是建构。从以上论述可以发现,帮助行贿或帮助受贿的行为,应当排除在介绍贿赂之外。易言之,根据刑法分则关于行贿罪、受贿罪的规定以及刑法总则关于共同犯罪成立条件的规定,凡是行贿罪、受贿罪的帮助行为,都是行贿罪、受贿罪的共犯行为,理当分别认定为行贿罪与受贿罪,而不得认定为介绍贿赂罪。如果某行为同时对行贿、受贿起帮助作用,则属于一行为触犯数罪名,应从一重处罚,⁽⁴⁸⁾ 也不宜认定为介绍贿赂罪。

那么剩下哪些行为构成介绍贿赂罪呢?这的确是难以回答的问题。根据刑法的规定,只有情节严重的介绍贿赂行为,才成立本罪。而刑法之所以要求情节严重,显然是因为介绍贿赂行为本身对法益的侵犯性还没有达到应当追究刑事责任的程度;否则立法者不会设置“情节严重”的规定。⁽⁴⁹⁾ 既然如此,介绍贿赂行为本身应当仅限于相对轻微的行为。依笔者之浅见,所谓“向国家工作人员介绍贿赂”,是指行为人明知某人欲通过行贿谋求国家工作人员的职务行为,而向国家工作人员提供该信息;⁽⁵⁰⁾ 在此基础上,情节严重的才成立介绍贿赂罪。

读者不难发现,笔者的上述观点导致介绍贿赂罪的成立范围极为窄小甚至取消,这或许是本文的当然结论。众所周知,德国、日本等大陆法系国家刑法以及旧中国刑法,均不见介绍贿赂罪的规定。我国新旧刑法均规定的介绍贿赂罪,源于《苏俄刑法典》。但是,在苏俄时代,关于介绍贿赂罪的成立范围的确呈由宽到窄的局面;⁽⁵¹⁾ 1996 年的《俄罗斯联邦刑法典》则取消了介绍贿赂罪的规定。其解释的变化与立法的变迁值得我们思考。从立法论上而言,介绍贿赂罪没有存在的必要。即介绍贿赂可以分别视为行贿或受贿的教唆犯、帮助犯看待,没有必要规定为独立的罪名。从刑法没有规定向公司、企业人员介绍贿赂罪来看,将介绍贿赂的行为分别认定为行贿、受贿的共犯也无不当之处。

四、共犯原理的展开:共同受贿的犯罪数额与追缴数额的确定

认定二人以上的行为是否构成共同犯罪,其重大意义有二:一是确定对哪些人以共犯追

⁽⁴⁶⁾ 参见前引⁽⁴²⁾,王作富主编书,第 12 页以下。

⁽⁴⁷⁾ 果真如此,则必须舍弃其他诸多解释方法。但这是不可能的。

⁽⁴⁸⁾ 刘明祥教授认为,如果行为同时对行贿与受贿都起帮助作用,则视对哪一方所起的作用大,而分别认定为行贿罪或者受贿罪的共犯(参见刘明祥:《简析全国人大〈补充规定〉对贿赂罪的修改》,《法学》1988 年第 6 期),但我对这种观点持怀疑态度。

⁽⁴⁹⁾ 参见拙文:《论刑法分则中作为构成要件的“情节严重”》,《法商研究》1995 年第 1 期。

⁽⁵⁰⁾ 从下面可以看出,这是笔者勉强作出的解释,在解释论上需要进一步研究。

⁽⁵¹⁾ 参见[苏]沃尔仁金:《贿赂中介之定罪问题》,《中外法学》1981 年第 3 期,第 27 页以下。

究刑事责任;二是在实施了部分行为的情况下是否对全部结果承担责任。众所周知,对于共同犯罪应当采取“部分实行全部责任”的原则。^②因为如果不是共同犯罪,行为人就不能对他人的行为及其结果承担刑事责任;如果成立共同犯罪,则由于各共犯人相互利用、补充对方的行为,而使数人的行为形成为一个整体,每个共犯人的行为都是其他共犯人行为的一部分,其他共犯人的行为也是自己行为的一部分,故共犯人不仅要对自己的行为及其结果承担刑事责任,而且要对所参与的整个共同犯罪承担刑事责任,即对其他共犯人的行为及其结果承担刑事责任;纵然不能查清结果由谁的行为引起,也要让所有共犯人对该结果承担刑事责任。例如,甲与乙共谋杀丙,二人同时在一地点持相同的枪支向丙射击,但丙的心脏因中一弹而死亡(即二人中的其中一弹未击中)。由于成立共同犯罪,采取部分实行全部责任的原则,故即使丙所中一弹是由甲所发,乙也应与甲共同对丙的死亡负责;基于同样的理由,倘若只能断定丙的死亡是由甲、乙中的一人造成,而无法查明丙所中一弹由谁所发,甲与乙也均对丙的死亡负责。这种做法也是我国的司法传统。如大理院1915年上字第8号判例指出:“该被告人等均有持枪在场之事实,自不问何人开枪轰击,对于死亡之结果,皆应共负杀人之责任。盖下手为一人或数人,其皆应成立共同正犯,在法律上本无区别。”^③反之,如果A、B二人在共同狩猎的过程中发现“野兽”,为了击中目标,二人商定同时开枪,结果导致C只因心脏中一弹而死亡。由于A、B二人均为过失,根据我国刑法的规定不成立共同犯罪,故不得采取部分实行全部责任的原则。因此,如果查明C所中一弹是由A所发,则只有A对C的死亡负责,B不承担任何刑事责任;基于同样的理由,如果无法查明C所中一弹由谁所发,则既不能追究A的刑事责任,也不能追究B的刑事责任。这也正是国外刑法不将共同犯罪明文限定为故意犯罪的原因。

事实上,部分实行全部责任的原则,并不只是适用于共同正犯(或共同实行犯),而是延伸适用于教唆犯与帮助犯。例如,甲帮助乙强奸丙女时,如果乙强奸既遂,甲也负强奸既遂的刑事责任;不能因为甲没有实行强奸行为,而认定甲只负强奸未遂的刑事责任。同理,A教唆B抢劫C女时,如果B抢劫既遂,A也负抢劫既遂的刑事责任;不能因为A没有实行抢劫行为,而认定A仅负抢劫未遂的刑事责任。这也是因为,既然是共同犯罪,那么,实行犯、教唆犯、帮助犯的行为便形成一个整体,各人的行为都是对方行为的一部分,对方的行为也是自己行为的一部分,故教唆犯、帮助犯不仅要对自己的教唆、帮助行为负责,而且要对实行犯所实施的、没有超出教唆、帮助范围的实行行为及其危害结果承担刑事责任。

我国的司法实践大体上也贯彻了上述原则。例如,最高人民法院1997年11月4日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第8条规定:“审理共同盗窃犯罪案件,应当根据案件的具体情形对各被告人分别作出处理:(一)对犯罪集团的首要分子,应当按照集团盗窃的总数额处罚。(二)对共同犯罪中的其他主犯,应当按照其所参与的或者组织、指挥的共同盗窃的数额处罚。(三)对共同犯罪中的从犯,应当按照其所参与的共同盗窃的数额确定量刑幅度,并依照刑法第27条第2款的规定,从轻、减轻或者免除处罚。”教唆犯既可能是主犯,也可能是从犯,帮助犯则通常为从犯,可见,上述司法解释对教唆犯、帮助犯也贯彻了部分实行全部责任的原则。例如,在一次盗窃活动中,从犯甲在门外望风,主犯乙进入室内盗窃10万元,事后,甲分得2万元,乙分得8万元。由于成立共同犯罪,故甲、乙均对10万元负责,

^② 参见[日]大谷实:《刑法总论》,成文堂2000年第2版,第226页。

^③ 转引自潘恩培:《刑法实用总则》,国风书局1935年版,第120页。

而不能以分赃数额为标准确定量刑幅度。

既然对共同盗窃如此认定犯罪数额,那么,对共同受贿也应当如此认定。例如,甲与乙为某国家机关的基建处正副处长,在该机关准备建办公大楼之际,负责招标及其他相关事项。在招标过程中,某建筑队负责人丙为了中标,而向甲、乙提出10万元贿赂的约定。在该建筑队中标之后,丙将10万元贿赂交付给甲、乙二人。甲分得6万元,乙分得4万元。根据部分实行全部责任的原则,根据共犯人必须对所参与的犯罪数额负责的原理,甲、乙均应对10万元的贿赂负责,即应当认定甲与乙均受贿10万元,而不能根据分赃数额仅认定甲受贿6万元、乙受贿4万元。或许有人要问:既然丙仅行贿10万元,到受贿人那里怎么变成了受贿20万元?我的回答是,在此共同受贿案件中,受贿的数额仍然是10万元,但甲与乙均得对该10万元负责,而不意味着甲、乙二人共同受贿20万元。换一个设例即可明了:A、B、C三人共同故意杀害D,根据部分实行全部责任的原则,A、B、C均对D的死亡承担刑事责任,但决不意味着A、B、C总共杀害了三个人。

这里有必要就刑法第383条、第386条的规定作出解释。刑法第386条前段规定:“对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及其情节,依照本法第383条的规定处罚。”而第383条根据个人贪污数额规定了不同的法定刑。首先必须说明的是,在共同贪污的案件中,刑法第383条所说的“个人贪污数额”,不是泛指整个共同犯罪的数额,也不是指分赃数额,而是指个人应当承担刑事责任的数额。对此,必须根据刑法总则关于各共犯人承担刑事责任的原则确定。^④例如,贪污犯罪集团总共贪污100万元,由于首要分子对整个犯罪集团的罪行承担责任,故首要分子的个人贪污数额是100万元;由于集团犯罪中的其他主犯按其所参与的全部犯罪承担责任,故其他主犯的个人贪污数额按其实际参与贪污的全部数额计算;如果主犯参与贪污的数额为70万元,则认定其个人贪污数额为70万元。对其他共同犯罪形式的主犯,也应当按照其所参与的或者组织、指挥的共同贪污的数额计算。对共同贪污中的从犯,同样将其所参与的共同贪污的数额作为其个人贪污数额。如果从犯参与贪污70万元,则其个人贪污数额为70万元(只是应当从轻、减轻或者免除处罚)。其次应当指出的是,刑法第386条中的“受贿所得数额”是就单个人犯罪而言的,并不含有“共同受贿时根据个人分赃数额与情节处罚”的旨意。因为除了必要共犯以外,刑法分则规定的构成要件与量刑标准以单个人犯罪为模式;就单个人受贿而言,其所得数额便是其犯罪数额。但是,总则关于共犯的规定适用于分则。因此,在共同受贿案件中,刑法第386条所规定的“受贿所得数额”便是指共同受贿所得数额。如果甲、乙二人共同受贿数额为10万元,则意味着对甲、乙二人均以该数额处罚,而不是以分赃数额处罚。

可是,司法实践中总是存在按分赃数额处罚的现象。例如,对于类似上述设例的案件,司法机关往往只是认定甲受贿6万元、乙受贿4万元。这种做法或许在以往的司法解释与刑事立法中能够找到根据。例如,最高人民法院、最高人民检察院1985年曾解释道:“对两人以上

^④ 参见前引②,拙著,第912页。

共同贪污的,按照个人所得数额及其在犯罪中的地位和作用,分别处罚。^⑤再如,全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 5 条第 1 款前段规定:“对犯受贿罪的,根据受贿所得数额及情节,依照本规定第 2 条的规定处罚。”而该规定的第 2 条第 2 款规定:“两人以上共同贪污的,按照个人所得数额及其在犯罪中的作用,分别处罚。”可是,这种规定与做法,既违反刑法总则关于共同犯罪的原理,也有悖刑法的目的。新旧刑法都是按照行为人在共同犯罪中所起的作用确定处罚原则的,即在共同犯罪中起主要作用的是主犯,在共同犯罪中起次要或者辅助作用的是从犯,被胁迫参加犯罪的是胁从犯。刑法并没有将分赃数额作为处罚依据。按分赃数额决定处罚轻重的观点与做法违反了刑法关于共犯的处罚规定,也违反了部分实行全部责任的原则。正因如此,新刑法摒弃了上述规定,分赃数额不再是处罚共犯人的依据;前述司法解释也不再具有效力。既然如此,司法机关就不能继续沿袭以往的不当做法,而应根据刑法总则有关共犯的规定,依照部分实行全部责任的原则,确定共同受贿案件中的各人犯罪数额。

需要进一步说明的是,由于对共同犯罪采用部分实行全部责任的原则,故只要某共犯人的行为导致犯罪既遂,其他共犯人也应承担既遂责任。例如,甲与乙共同以暴力强奸丙女,甲强奸既遂,但乙由于某种原因未得逞或者自动放弃奸淫行为。尽管孤立起来看,乙的行为本身没有既遂,但不能据此认定乙只成立强奸未遂或者强奸中止。因为甲与乙成立共同犯罪,二者的行为构成强奸行为的整体;甲的行为既遂便意味着甲、乙的共同强奸行为已经造成了既遂的结果,意味着强奸这一共同犯罪的既遂;根据部分实行全部责任的原则,乙作为共犯人对甲所造成的结果也应当承担既遂的刑事责任。倘若不这样处理,就会出现极为矛盾的现象:如果乙只是帮助甲强奸,则乙成立强奸既遂;如果乙是实行犯,则成立强奸未遂或者强奸中止。这无法令人接受。基于同样的理由,如果甲、乙共同受贿 10 万元,甲分赃 6 万元、乙分赃 4 万元。但乙担心被发现后受刑罚处罚,随即将 4 万元退给了行贿人。在这种情况下,由于共同受贿的整体行为已经既遂,乙又是共犯人之一,故他仍应对受贿 10 万元承担刑事责任。

既然在共同受贿的案件中,应当按参与受贿的数额认定犯罪数额,那么,对随之而来的追缴数额也得采用相同的原理。刑法第 64 条规定:“犯罪分子违法所得的一切财物,应当予以追缴或者责令退赔。”显然,在通常情况下,对受贿人的受贿所得不是责令退赔而是追缴。但我认为,“追缴”一词同时具有许多国家所规定的没收与追征的含义。即一方面,在索取或者收取的贿赂仍然存在的情况下,应当全部没收,上缴国库(没收);另一方面,当受贿人消费了全部或者部分贿赂后,应当令受贿人以金钱抵缴所索取或者收取的贿赂(追征)。例如,行为人为人收受了他人提供的一辆价值 15 万元的轿车,使用多年后已报废。没收轿车已不可能、也无意义,故应当令行为人向国库缴纳 15 万元的金钱。但问题是,在数人共同受贿的情况下,虽然各人分赃可能不同,但都应对参与受贿的数额负责;那么,在部分共犯人没有缴纳能力时,其他共犯人是否负连带责任?例如,甲、乙二人共同受贿 10 万元,其中甲分得 6 万元、乙分得 4 万元。但乙不仅将 4 万元全部消费,而且没有任何个人财产可以追征,甲则有较多的财产。在这种情况下,能否向甲追缴 10 万元?对此,存在两种不同的理论与做法:连带追征说与分配追征说。

^⑤ 前引①,最高人民法院、最高人民检察院解答。

我国台湾 1981 年“台上字第 1186 号”指出:共同收受之贿赂,没收追征均采共犯连带说,“司法院”著有“院字第 2024 号解释”可循,上诉人等多人违背职务共同向人索取贿款 3600 元,如应论以因受贿而违背职务共犯罪,纵上诉人仅分得 200 元,亦应就赃款全部负连带责任,殊无仅没收追征分得 200 元之余地。^{⑤6} 据此,对上例中的甲应当追缴 10 万元。

日本大审院 1934 年 7 月 16 日的判决指出,在数人共同收受贿赂的场合,应当按照各共犯人分配的数额追征已经消费的贿赂。^{⑤7} 据此,对上例中的甲只能追缴 6 万元。

我的观点是,作为部分实行全部责任原理的延伸,原则上应当采取连带追征说,但在各受贿人均有追征能力的情况下,采取分配追征说。就前述设例而言,如果甲、乙二人均有相应财产,则应向甲追缴 6 万元,向乙追缴 4 万元。但是,如果乙只有 2 万元的财产可供追缴,则采取连带追征说,向甲追缴 8 万元的财产;如果乙没有分文财产可供追缴,则向甲追缴 10 万元的财产。反之亦然。

Abstract : The third paragraph of article 382 is an attention provision , rather than a legal fiction. According to this paragraph , any general subject who conspires with a state functionary to engage in the act of accepting bribes should be regarded as joint offender in the crime of accepting bribes. A third person who intentionally accepts the entrusting person 's bribes introduced by a state functionary is the joint offender with state functionary in such a crime. Anyone who helps the offer or acceptance of bribes in any way commits respectively the joint crime of offering or accepting bribes , rather than the crime of introducing bribes. Joint offenders should be responsible for the money accepted in the joint bribery in which they have participated. Related recovery doctrine should be adopted in principle in the recovery of the bribed money.

⑤6 连一鸿编:《最新审判实务(解释裁判、会议决议、法律问题)汇编》(二),台湾大公文化事业股份有限公司 1982 年版,第 686 页。

⑤7 日本《大审院刑事判例集》第 13 辑,第 972 页。