

TAHOTA
LAW FIRM

[刑事合规] 法律信息简刊

行贿罪研究专刊

第 006 期

2019 年 08 月 28 日



主办：泰和泰|刑事合规法律中心

主编：潘燕|编辑：白则平 吴英 鲁珺江

经济活动潜规则是催生行贿犯罪的深层原因，行受贿虽然是对合犯罪行为，但是刑法对行贿行为的评价与受贿行为大相径庭，无论在犯罪构成、归案情节、刑期设置等都有必要对行贿罪进行独立的认识。本期从预防角度对行贿罪进行深入剖析，旨在让人们深刻认识行贿犯罪的界限，把握行为底线。

一、刑法规范及其风险防控对策

（一）行贿罪的刑法规范及其风险防控对策

1. 行贿罪的刑法规范

《刑法》第 389 条规定，为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的，是行贿罪。在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，数额较大的，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的，以行贿论处。因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。

“两高”2012 年 12 月 26 日《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《行贿案件解释》）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。”“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’。”根据《贪污贿赂案件解释》第 7 条的规定，为谋取不正当利益，向国家工作人员行贿，数额在 3 万元以上的，应当以行贿罪追究刑事责任。行贿数额在 1 万元以上不满 3 万元，具有下列情形之一的，应当以行贿罪追究刑事责任：（1）向 3 人以上行贿的；（4）向负有安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，实施非法活动的；（5）向司法工作人员行贿，影响司法公正的；（6）造成经济损失数额在 50 万元以上不满 100 万元的。多次行贿未经处理，按照累计行贿数额处罚。

《刑法》第 389 条规定，对犯行贿罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，

并处罚金；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的，处5年以上10年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处10年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

《贪污贿赂案件解释》第8条规定，具有下列情形之一的，应当认定为“情节严重”：（1）行贿数额在100万元以上不满500万元的；（2）行贿数额在50万元以上不满100万元，并具有下列五种情形之一的：向3人以上行贿的，向负有安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，实施非法活动的，向司法工作人员行贿，影响司法公正的；（3）其他严重的情节。为谋取不正当利益，向国家工作人员行贿，造成经济损失数额在100万元以上不满500万元的，应当认定为“使国家利益遭受重大损失”。犯行贿罪，具有下列情形之一的，应当认定为“情节特别严重”：（1）行贿数额在500万元以上的；（2）行贿数额在250万元以上不满500万元，并具有上述五种情形之一的；（3）其他特别严重的情节。为谋取不正当利益，向国家工作人员行贿，造成经济损失数额在500万元以上的，应当认定为“使国家利益遭受特别重大损失”。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

《贪污贿赂案件解释》第14条规定，根据行贿犯罪的事实、情节，可能被判处有期徒刑以下刑罚的，可以认定为“犯罪较轻”。根据犯罪的事实、情节，已经或者可能被判处有期徒刑以上刑罚的，或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响的，可以认定为“重大案件”。具有下列情形之一的，可以认定为“对侦破重大案件起关键作用”：（1）主动交待办案机关未掌握的重大案件线索的；（2）主动交待的犯罪线索不属于重大案件的线索，但该线索对于重大案件侦破有重要作用的；（3）主动交待行贿事实，对于重大案件的证据收集有重要作用的；（4）主动交待行贿事实，对于重大案件的追逃、追赃有重要作用的。

2. 风险防控对策

不得为了谋取非法利益向国家工作人员行贿。在正常的礼仪性往来上，赠予

国家工作人员的财物不能超过 3 万元。

在正常礼仪往来中，赠予 3 人以上财物不能超过 1 万元；不得向负有安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，实施非法活动；不得向司法工作人员行贿，影响司法公正。

不得在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员以财物，或者违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费。超过 3 万元的构成行贿罪。

（二）对有影响力的人行贿罪及风险防范

1. 刑事法律规范

《刑法》第 390 条之一规定，为谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处 7 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

根据《贪污贿赂案件解释》第 10 条的规定，对有影响力的人行贿罪的定罪量刑适用标准，参照该解释关于行贿罪的规定执行。单位对有影响力的人行贿数额在 20 万元以上的，应当以对有影响力的人行贿罪追究刑事责任。

2. 风险防控对策

公司员工和公司、企业本身不得为了谋取不正当利益，向国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，或者向离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人行贿。个人行贿数额达到 3 万元、单位行贿数额达到 20 万元的，构成对有影响力的人行贿罪。

（三）对单位行贿罪及风险防范

1. 刑事法律规范

《刑法》第391条规定，为谋取不正当利益，给予国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体以财物的，或者在经济往来中，违反国家规定，给予各种名义的回扣、手续费的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金。

单位犯前款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照前款的规定处罚。

根据《立案标准》，涉嫌对单位行贿，有下列情形之一的，应予立案：(1)个人行贿数额在10万元以上、单位行贿数额在20万元以上的；(2)个人行贿数额不满10万元、单位行贿数额在10万元以上不满20万元，但具有下列情形之一的：为谋取非法利益而行贿的；向3个以上单位行贿的；向党政机关、司法机关、行政执法机关行贿的；致使国家或者社会利益遭受重大损失的。

2. 风险防控对策

严禁对单位行贿。在正常的礼仪往来和经济往来中，赠予单位的物品个人赠予，不能超过10万元；单位赠予不能超过20万元。

不得为了谋取非法利益向单位赠予物品。不得向党政机关、司法机关、行政执法机关等单位赠予物品。向三个以上单位赠予物品的，单位赠予的不得超过10万元。

二、不构成行贿犯罪的情形

1. 向国家工作人员及其近亲属提供商业机会（就业岗位）不构成犯罪。

索取商业机会既不属于刑法规定的索取财物，也不属于可以用金钱计算的财产性利益。索取商业机会虽为不当行为，但尚未为我国刑事法律所评价。

由于现行刑法是以受贿数额作为定罪量刑依据的,任何受贿犯罪的司法认定,都需要对受贿数额进行精确计算,因而某种利益可否成为贿赂,一般应受数额可计算性制约。商业机会本身包含获得盈利的可能性,是一种经济利益。现阶段不能直接将通过商业机会所获取的收益作为受贿机会。此外,现阶段商业机会不能贿赂,是因为商业机会能否真正获利仍具有不确定性。如果形式上的商业机会,其可期待的利益是确定的,则应作为直接的财产性利益认定。

国家工作人员利用职权为亲属获取商业机会,或者国家工作人员利用职权直接从事经营活动,违背了职务廉洁性的要求,但根据现行刑法此种行为不构成受贿罪。

2.向国家工作人员及其近亲属提供获取服务报酬的机会不构成犯罪

国家工作人员具有专业服务的能力,并且实际提供了服务,其所付出的劳动不属于本职范围内应该实施的,其所提供的服务与本身的职务、职责无关,则不构成受贿罪。

3.为谋取正当利益而向国家工作人员交付财物的行为不构成行贿罪。

为了谋取正当利益而给予国家工作人员以财物的,不是行贿。

行贿只有在收买国家工作人员背职的职务行为(包括实体的或者程序的背职)的情况下,才能构成。对于以不正当手段谋取正当的、确定的利益,不属于“不正当利益”的范围。现阶段不正当利益包括两类:一是非法利益。二是用不正当手段谋取“不确定利益”。所谓“不确定利益”,往往是通过竞争手段才能获得的利益。

4.行政审批和经济往来中的“加速费”一般不作受贿认定,因而也不构成行贿犯罪。

所谓“加速费”,是指行为人为了加快获取某种确定的合法利益而给予国家工作人员的财物。多数学者认为,在现行的刑法体系内,支付“加速费”的行为不应作为行贿罪认定。首先,“加速费”所谋取的是确定的合法利益,其目的仅在于完成或加快政府文牍进度,而诱导该官员滥用或者偏离其职责。其次,行为人也没有要求国家工作人员提供违法的帮助。国家工作人员接受“加速费”,即使按照行为人的要求办理相关事项,因为该事项本来就是应该办理的,也没有违法违规之处。该利益无法被纳入现行刑法的“不正当利益”解释框架。但司

法实践中，类似“加速费”的行贿案件也有不少是以“谋取不正当利益”的行贿罪定罪量刑的。

5.人情往来、感情投资如非数额巨大且接受具体请托为请托人谋利的，一般不作受贿认定，因而也不构成行贿犯罪。

上海市高级人民法院刑二庭、上海市人民检察院公诉处《商业贿赂犯罪法律适用研讨会纪要》（2006年7月18日）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，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。基本精神是“没有具体请托事项，而只是利用过年、过生日宋钱收钱的，则只能按照违纪处理。”

根据2016年《贪污贿赂解释》第15条规定，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益前后多次收受请托人财物，受请托之前收受的财物数额低于1万元的，不计入受贿数额。之所以如此规定，还是为了排除日常生活中的人情往来因素。

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。但，也有学者指出，实务中，虽然“馈赠”者当时没有提出谋利益的请托，但是如果能够推定是为了收买国家工作人员职务行为的，则所谓的“感情投资”，仍应认定为受贿行为。

6.为谋取不正当利益给国家工作人员财物但没有达到法定数额、法定严重情节的行为不构成行贿罪。

不足1万绝对不构成犯罪，不足3万相对不构成犯罪。

根据《贪污贿赂案件解释》第7条的规定，为谋取不正当利益，向国家工作人员行贿，数额在3万元以上的，应当以行贿罪追究刑事责任。行贿数额在1万元以上不满3万元，具有下列情形之一的，应当以行贿罪追究刑事责任：（1）向

3人以上行贿的；（4）向负有安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，实施非法活动的；（5）向司法工作人员行贿，影响司法公正的；（6）造成经济损失数额在50万元以上不满100万元的。多次行贿未经处理的，按照累计行贿数额处罚。

7.因国家工作人员主动索贿而交付财物且没有获得不正当利益的行为不构成行贿罪。

因被勒索给予财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。

8.向国家工作人员单纯提供性贿赂不构成犯罪。

根据现行法律规定，把贿赂限定为“财物”，这就从立法上将各种非财产性利益排除在贿赂内容之外。

在我国迄今为止，性贿赂没有犯罪化。性贿赂形式包括：一是国家工作人员去色情场所嫖娼，由请托人埋单；二是行贿方根据国家工作人员的喜好专门物色“小姐”，再找一个幽静、隐蔽的场所供其淫乐；三是国家工作人员“包养”情人的花费均由行贿方负担；四是请托方的女职员主动与国家工作人员发生性关系，从而使国家工作人员利用职权为请托方谋利益。站在现行刑法的立场，请托人为了自身或者本单位的利益，通过向国家工作人员投怀送抱，使国家工作人员利用职务上的便利为其谋利益，各取所需，本质上是权色交易而非权钱交易，故在现行刑法规制范围内无法将其入罪。

有学者认为，国家工作人员直接接受请托人提供的“嫖资”或者包养“情妇（夫）”的费用，等于直接接受了请托人的财物。

三、行贿犯罪认定中的疑难问题

行贿罪认定的几个要素：一、是否为谋取不正当利益，谋取的利益正当不正当；二、是否达到了法定的追究刑事责任的数额；三、行贿标的是否属于财物（包括一切可以计算的财产性利益）；四、行贿对象是否属于国家工作人员。

1. 行贿犯罪中“为谋取不正当利益”要素的认定

“不正当利益”的范围。行贿罪，是贿赂以国家工作人员违背职务为对价，因此，应以国家工作人员是否违背职务作为判断行为人谋取的利益是否正当的标准。对行贿人而言，“不正当利益”是行为人追求的主观目的，“为谋取不正当利益”，是指行为人意图以贿赂收买国家工作人员的不当履职行为。行贿罪的实质，是指为了促使国家工作人员的不当履行职务而给予国家工作人员以财物。

“为谋取不正当利益”司法认定。行贿人要求国家工作人员违背自己的正当职务要求为请托人谋利益，包括要求国家工作人员违背职务谋取实体上不正当的利益，也包括要求国家工作人员违背职务的正当程序要求为请托人谋取利益。据此，不正当利益有以下情况：

（1）要求取得违法违规的实体利益。包括：1）取得的利益违反法律法规。判断是否为“不正当利益”，首先看其是否为非法利益，包括对任何人并在任何情况下都是非法的利益；只有特定主体能获得的利益，在不具备特定主体条件的情况下所获得的利益；特定主体应当履行的义务，非法得到减免。2）取得的利益违反政策。政策应以国家政策作为判断依据。

（2）行贿人要求受贿人违反规范提供帮助或者方便条件，以获得利益。实体违法的利益，程序上也必然是违法违规的。程序违法的利益，则既可能是实体违法的利益，也可能是实体上应得的利益。因此，仅仅要求提供违法的帮助获得实体上合法的利益，该行贿人的不法程度相对较轻，可以酌情从轻处理。

（3）违背公正、公平原则谋取竞争优势。

“为谋取不正当利益”司法认定中的争议。利益归属不影响行贿人谋取不正当利益的认定。行贿人谋取不正当利益的主观目的一般不取决于受贿人行为的性质。

超过一定数额标准的“感情投资”超越了正常人际交往的范畴，明显具有通过贿赂手段谋取不正当利益的犯罪意图。行为人平时逢年过节送钱送物，大都出

于谋利益的长期投资，推定为行为人送礼是为了谋利，并无不可。但不能断然推定这种利益就是为了谋取不正当利益。谋利益包括谋取合法的正当利益和谋取不正当利益两种情况，不能排除行为人平时“感情投资”是为了谋取正当利益，或者为了维持已经得到的正当利益，而谋取正当利益的行贿行为在现行立法上尚不构成犯罪。其次，所谓超过一定数额，实际上也很难有一个清晰的界限，缺乏可操作性。因此，就行贿罪的司法认定而言，行送财物应与谋取不正当利益有对应关系，对于没有明确谋取不正当利益要求的“感情投资”式给予财物行为，不能简单推定为“谋取不正当利益”。

采取违法违规的方法要求谋取正当利益在司法实践中有被认定为犯罪的判例，但有些学者认为不应当认定为犯罪。

2. 事后行贿的认定

多数学者认为事后行贿不构成行贿。国家工作人员在为请托人谋取不正当利益时，请托人并没有交付财物，也没有交付财物的约定。在谋取利益的过程中或不正当利益实现之后，请托人出于感激之情而给予财物，不宜认定为行贿罪。也有学者认为应该按照行贿罪论处。

3. 总公司不知情时，分公司、子公司独立承担刑事责任

当分支机构为了分支机构自身的利益，在上级部门不知情的情况下实施犯罪时，其单位犯罪的责任应由分支机构负责；在上级部门指使或知情下实施犯罪的，则犯罪主体应为上级部门。

4. 单位普通职工擅自代表单位行贿的，因推定为个人行贿

单位的一般从业人员（普通职工）在没有得到单位明确授权的情况下为单位利益实施行贿行为能否认定为单位行贿犯罪？有两种不同意见，代表性意见认为，对单位普通职工擅自代表单位行贿的，因推定为个人行贿。为单位谋利益只是单位犯罪的一个特征，将单位的监督责任视为决策机构的决策责任不合适。如果单位个别成员为了单位利益实施犯罪，其犯罪所得的利益实际也归属于单位，但单位和单位决策机构根本不知晓，则该犯罪不能认定为单位犯罪。符合个人行贿特征的，应作为个人行贿认定。但应当注意的是，现实的经济生活中，单位行贿的故意往往有概括的故意。

5. 关于单位行贿罪中单位意志的认定

(1) 经单位研究决定的由有关人员实施的行贿；(2) 经单位主管人员批准，由单位有关人员实施的行贿；(3) 单位主管人员以法定代表人的身份实施的行贿。关键在于能否代表单位，是否追求单位的整体利益。

单位的一般从业人员（普通职工）在没有得到单位明确授权的情况下为单位利益实施行贿行为能否认定为单位行贿犯罪？有两种不同意见，代表性意见认为，对单位普通职工擅自代表单位行贿的，因推定为个人行贿。为单位谋利益只是单位犯罪的一个特征，将单位的监督责任视为决策机构的决策责任不合适。如果单位个别成员为了单位利益实施犯罪，其犯罪所得的利益实际也归属于单位，但单位和单位决策机构根本不知晓，则该犯罪不能认定为单位犯罪。符合个人行贿特征的，应作为个人行贿认定。但应当注意的是，现实的经济生活中，单位行贿的故意往往有概括的故意。

四、行贿犯罪典型案例

案例 1：甲某，某勘验工程公司负责人，中共党员。2015 年，甲某以勘验工程公司的名义欲承接某辖区某勘验工程，在此过程中，为谋取竞争优势，甲某送予分管勘验项目的该区副区长李某好处费 30 万元。经查，甲某以公司名义承接勘验工程的事项由其个人决定，项目经营所得利润也均归甲某所有。

甲某的行为构成行贿罪。《刑法》第 393 条在对单位行贿罪作出规定后，同时又规定，因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照行贿罪定罪处罚。可见，对行贿罪和单位行贿罪区分的关键标准就是看行贿所得利益的归属，归个人的，认定行贿罪，归单位的，认定单位行贿罪。除此之外，司法机关还常以行贿意志对二者进行区分，即行贿罪体现的是个人意志，单位行贿罪体现的是单位意志。案例一中，甲某以公司名义承接勘验工程实为个人决定，体现的是个人意志，且项目利润也尽归其个人所有，因此，应当认定甲某构成行贿罪。另外，由于甲某系中共党员，其行为应当首先根据党纪处分条例第 27 条的规定，给予相应的党纪处分。

案例 2：乙某，某实业公司法定代表人。2016 年，乙某在该公司旧生产厂房拆迁的过程中，为违规获得拆迁补偿款，送予辖区拆迁队负责人王某好处费 20 万元，后该公司违法获得拆迁补偿款 188 万元，其中 180 万元归公司所有，8 万元由乙某本人使用，乙某辩称该 8 万元系公司事先约定的奖金。

乙某的行为构成单位行贿罪。如前所述，区分行贿罪和单位行贿罪的关键标准是对行贿所得利益的归属进行认定。但实践中，单位负责人或其他成员以单位名义实施行贿犯罪，所取得的利益极有可能一部分归属单位，一部分归属个人，对此，应如何认定？这里要分情况讨论，如果归属个人的一部分利益属于公司事前承诺的奖金、提成等，行为人只是从单位的违法所得中进行了支取，那么，其行贿行为从本质上讲是为单位谋取不正当利益，应认定构成单位行贿罪；如果个人所得的一部分利益并非事先约定的奖金、提成等，在这种情况下，说明行为人所谋取的利益既包括个人不正当利益，又包括单位不正当利益，对此，应当对个人和单位分别定行贿罪和单位行贿罪。但如果双方所得利益比较悬殊，则宜按

照获得较大利益者认定犯罪。因此，对案例二中乙某的行为，不管其所得利益是否是基于事先的约定，均应按照单位行贿罪对其定罪处罚。

案例 3：丙某，某劳务公司经理。2016 年，丙某在承接某辖区市政开发总公司项目的过程中，为使部分不合格工程通过验收，送予该辖区市政开发总公司副总经理赵某好处费 50 万元。经查，该劳务公司系丙某个人出资的一人公司，公司财务制度完整，项目开支及收益均由公司支配。

丙某的行为构成单位行贿罪。根据最高人民法院《关于审理单位犯罪案件具体应用法律有关问题的解释》相关规定，单位行贿罪的主体应当包括一人公司，但因一人公司的特殊性，公司的决策常常会被个人行为所取代，公司财产与个人财产也极易混同。这种情况下，一人公司的行贿行为是否构成单位行贿罪，要看该公司是否具有独立的法人人格。具体应从两方面进行认定，其一，是否有独立的财产利益，即公司的财务制度是否完整，与个人的财产是否混同，因行贿所得利益是否归属于公司；其二，是否有独立的意志，即公司的决策及行为是否依程序作出。上例中，某劳务公司虽为一人公司，但其具有独立的财务制度，且是以公司名义承接的相关项目，因行贿所得利益也由公司支配，因此，对于丙某的行为应认定为单位行贿罪。

案例 4：丁某，某建筑设计公司某分公司负责人。2015 年以来，丁某以该建筑设计公司的名义先后承接多个设计项目，其间，丁某请求国家工作人员陈某违背行业规范为其提供帮助，并送予陈某好处费 20 万元。经查，该建筑设计公司对该分公司仅提供营业执照和资质，并收取固定的承包费用，该分公司实为丁某个人出资成立。

丁某的行为构成行贿罪。实践中，认定案例四中的行贿行为的性质需要对承包经营行为作出准确界定。承包经营一般是指承包人通过与发包单位签订承包合同，从发包企业处取得经营管理权，并以该企业的名义从事经营活动。在承包经营活动中，对承包人所实施的行贿行为如何认定，应具体分析。如果发包单位在发包期间，实际参与了企业的经营管理，并根据企业的盈利状况收取承包费用，这种情况下，承包人的行为、利益与发包单位的行为、利益挂钩，承包人因行贿

所谋取的不正当利益也与发包单位的利益相关，对此，应认定为单位犯罪。但如果发包单位在发包期间没有实际出资，没有参与经营管理，只是按照约定收取固定的承包费，相关盈利均归承包人所有，此时，虽然承包人仍以发包单位的名义从事经营活动，但在具体认定中应将发包单位剥离，对承包人的行为进行独立认定。案例四中，该建筑设计公司分公司由丁某个人出资成立，由其经营管理并承担责任，相应的，公司经营的利润亦归其所有，因此，丁某的行贿行为本质上属于为个人谋取不正当利益，应认定为行贿罪。