



# 对我国单位受贿罪“账外暗中”的理性思考

吴忆萍

(重庆工商大学 法学院,重庆市 400000)

**摘要:**我国刑法第387条第2款规定的单位受贿罪须以“账外暗中”收受回扣为成立要件,但是,实践中已出现用规避“账外暗中”的方式来逃避法律制裁的行为,反商业贿赂的现实已经凸现出我国刑事立法的局限。因此,取消单位受贿罪中的“账外暗中”,使刑法第387条第1、2款规定的单位受贿罪构成要件趋于一致,无论是出于刑法理论的分析还是反商业贿赂的实际需要,都是社会发展的必然。

**关键词:**单位受贿罪;“账外暗中”;理性思考

**中图分类号:**D924.392 **文献标识码:**A **文章编号:**1000-2677(2007)02-0114-04

我国刑法第387条第2款规定,单位在经济往来中,违反国家规定于账外暗中收受各种名义的回扣、手续费,以单位受贿罪论。目前,国家工作人员和国有单位商业贿赂已成职务犯罪重灾区,而“账外暗中”,作为单位受贿罪构成的客观要件,因其不断翻新的方式已成为犯罪分子规避法律制裁、制约司法部门打击商业贿赂的武器。因此,我们将通过对单位受贿罪“账外暗中”的理性检讨以期对其进行完善。

## 一、“账外暗中”在司法中的困惑

### (一)《反不正当竞争法》中的“账外暗中”

商业贿赂行为违法性注定了其“账外暗中”的操作特点。“账外暗中”一词最早出现于我国1993年的《反不正当竞争法》,该法第8条为规范商业贿赂行为,作出了禁止性规定,即:“经营者不得采用财物或者其他手段进行贿赂以销售或者购买商品。在账外暗中给予对方单位或者个人回扣的,以行贿论处;对方单位或者个人在账外暗中收受回扣的,以受贿论处。”可见,商业贿赂的主要表现形式是账外暗中给付回扣。

由于回扣、折扣、佣金经常容易被混淆,正确区分这三者是非常必要的。折扣,即商品购销中的让利,是指经营者在销售商品时,以明示并如实入账的方式给予对方的价格优惠,包括支付价款时对价款总额按一定比例即时予以扣除和支付价款总额后再按一定比例退还两种形式。佣金是指经营者在市场交易中给予为其提供服务的具有合法经营

资格的中间人的劳动报酬。而回扣,通常认为,是在商品交易中,一方在收取货款时,扣出一部分送给对方或其委托代理人(指经办人)的钱财。回扣在形式上通常由卖方支付,用以酬谢买方或其委托代理人,但某些情况下也可能由买方支付给卖方或其代理人。存在回扣的商品交易,交易标的物的实际价格与开价额是不相符的,因此,回扣的实质是销售利益的再分配。按照《反不正当竞争法》的规定,采取的是对回扣有条件的允许原则,即账外暗中给付回扣的,才是非法行为,以贿赂罪论。因此,商业贿赂犯罪中的回扣是离不开账外暗中的,必须对“账外”和“暗中”有准确的理解。

我国学界通常认为,“账外”即指单位将收受的回扣不入账或不入单位正规的财务账。“暗中”指不在合同、发票等中明确表示出来。“账外暗中”是指在商品购销中落入个人腰包或者单位小金库的那部分收入,也即未在依法设立的反映其生产经营活动或者行政事业经费收支的财务账上按照财务会计制度规定明确如实记载,包括不记入财务账、转入其他财务账或者做假账等。

### (二)对“账外暗中”的规避:明折明扣明入账

按照《反不正当竞争法》,对“账外暗中”作上述理解无疑是正确的。问题是随着我国市场经济的飞速发展,商业竞争日趋激烈,供求失衡又必然导致买方市场的出现。而在两种体制交替之时,一些从事公益行为的单位和具有特定职能的部门,在附带从事公益经营和行使管理职能权利时,往往利用其“独家”服务的优势,肆无忌惮地与供货方串通,

\* 收稿日期:2006-11-25

作者简介:吴忆萍(1957-),女,江苏江阴人,重庆工商大学法学院,副教授,主要研究民商法学与刑法学。

大量获取回扣,一些政府官员“权钱交易”的腐败行为,也为商业贿赂的猖獗提供了肥沃的土壤。为遏制商业贿赂,国家加强了对商业贿赂的打击力度,使商业贿赂有所收敛。但是由于现有法律存在的缺陷,给了行为人以逃避法律制裁的机会,其中,规避“账外暗中”就是比较典型的例子。由于我国刑法规定构成单位受贿罪必须是以账外暗中收受各种名义的回扣、手续费,于是行为人双方便恶意串通采取签订合同的方式,明文约定以让利、折扣等形式给予单位或者在合同中约定双方以低于或者高于市场一定的价格进行交易,从而予以接受单位较大利益。虽然这种利益之实质乃非法利益或商业贿赂,有时甚至可以超过单位账外暗中所得到的回扣,但由于行为人的规避,从而因不符合单位受贿罪的“暗中”要件,检察机关即使明知就里也奈何不得,无法予以法律制裁。更令人困惑和担忧的是,这样的合同是有法律效力的,因为市场经济条件下,企业享有越来越多的经济权利,由于市场经济在原则上、微观上是不需政府干预的自治经济,再加上社会公共事业逐渐实现与政府职能分开,医疗、教育、文体等事业成为企业或单位式自主管理。因此,经营者与销售者对商品是有自主定价权的,尤其是产品、原材料等的价格经常随市场的变化而上下波动,随行就市无可非议。因此,即使从合同法的角度,对上述行为也难以规范。

至于“账外”,单位需要的只是改动一下本单位的财务制度让其成为“账内”,就可轻而易举地规避法律了。例如,将通过合同明里拿到的商业贿赂纳入单位的会计账簿,进入正规的财务渠道,成为单位的创收。支出时,单位用所得到的商业贿赂,一部分投入到正常的需要中,一部分用于单位的第二次分配,例如给予职工福利等。无论单位如何分配商业贿赂,如果交易双方在商品交换过程中,将商品价款所作折扣全部记入会计账目,作为经营者公开的收入或支出,按照我国现行法律,则不能以回扣对待。例如发生在我国某些高校的图书与教材的采购,就是比较典型的案例。以前书商是采取“两笔扣”方式:“明扣”给图书管理部门的小金库,“暗扣”给负责购买图书的工作人员。而现今高校在采购图书、教材及教辅资料时双方采用合同方式明示入账,巨额利益进入学校账目,这几乎成了一些高校采购的“潜规则”。显然,明折明扣明入账地收受贿赂,行为人双方是企图用折扣的形式掩盖回扣的本质,强调的是折扣。若果真如此,那么,按照折扣应让利给最终消费者的原则,校方应将巨额利润让利于学生,使学生成为真正的受益者。“如果仅仅是因为垄断甚至政府特权而获取的超过正常价格的多余部分,就是对消费者利益的掠夺。”<sup>[1]</sup>事实也正是这样,出自于交易双方的恶意串通,在给

付和收取回扣的双方都能取得可观利益之时,不仅破坏了公平竞争机制、孳生了贪污腐败,而且被损害的,除国家利益之外,更直接的就是广大消费者的合法利益。

## 二、对我国单位受贿罪“账外暗中”规定的评价与修改建议

### (一)关于刑法第 387 条第 2 款立法指导思想之思考

1997 年我国将罪刑法定主义作为基本原则载入刑法典。按照罪刑法定原则的精神,刑法条文应当明确,否则就容易侵犯公民的可预测性进而侵犯公民的基本人权。在这种背景下,我国 1997 年修改刑法时的指导思想从原来的“宜粗不宜细”转变为“宜细不宜粗”。反映在受贿罪问题上,刑法第 387 条第 1 款规定:“国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,索取、非法收受他人财物,为他人谋取利益,情节严重的,对单位判处处罚金,并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员,处五年以下有期徒刑或者拘役。”刑法第 387 条第 2 款规定:“前款所列单位,在经济往来中,在账外暗中收受各种名义的回扣、手续费的,以受贿论,依前款的规定处罚。”第 2 款将“账外暗中”作为对单位受贿罪的构成要件的规定,就充分体现了“宜细不宜粗”的立法原则。应该说“账外暗中”要件对单位在什么样的情况下构成受贿犯罪提出了明确的与多样化的法律要求,起到了限制单位受贿罪范围的作用,缩小了犯罪圈。但我们认为,“宜细不宜粗”的思想虽有其进步意义,但仅仅靠这一点来指导立法就难免会出现刑法立法过程中不该细化的条文也细化了。例如用“账外暗中”作为单位受贿犯罪的构成要件,也许在立法当时尚能对司法机关正确判定商业贿赂犯罪起到一些规范作用,但随着商业贿赂不断猖獗乃至疯狂地发展,其犯罪手段日新月异的更新、变化,“账外暗中”要件就成了犯罪分子规避法律的武器,往往置司法机关于无奈与尴尬的境地,使之成为刑法打击商业贿赂犯罪的障碍。对此,哈罗多·伯曼曾经认为:“人类深谋远虑的程度和文字论理能力不足以替一个广大社会的错综复杂情形做详尽的规定。”<sup>[2]</sup>无论法律的规定是相对粗糙还是过于细致总是会存在一定程度的不足,因为它须在基于过去的同时着眼未来,否则就不能预见未来可能发生的全部情况,而现代社会变化之疾之大使刑法即使经常修改也赶不上它的速度,因此,刑法不可能没有漏洞。“当刑法确实存在漏洞而又不能填补时,我们必须遵循罪刑法定原则。这是没有疑问的。但是,为了实现刑法的正义,我们必须尽可能地在不违反罪刑法定原则的前提下,减少和避免刑法的漏洞。”<sup>[3]</sup>就“账外暗中”而言,如

果能通过刑法的一切解释(类推解释除外),使之同社会的发展相适应,当然很好。问题是由于法律对“账外暗中”已经赋予了明确的含义且在汉语言文字上又并不存在歧义,使之无法通过刑法解释的方式以填补漏洞。因此,由立法过细产生的问题,自然只能用修改刑法的方式去完成。

## (二)关于单位受贿罪中的“账外暗中”——对刑法第387条的思考

为了与主要发生在人事权、行政执法权和司法权等领域的国家工作人员贿赂犯罪相区别,刑法第387条单独用一款特别强调国家工作人员或者国有单位在商业活动领域中利用职权实施的受贿犯罪。应该说,刑法作这样的规定既有“宜细不宜粗”的考虑,更有深层的理论底蕴:我国在传统观念上认为贿赂可以分为普通贿赂和商业贿赂,认为贿赂行为在不同的社会层面上其社会危害性是不一样的;从职务行为的廉洁性层面来讲,在政府、国有单位或国家工作人员的职务犯罪中,由于职务行为性质的存在,受贿人与行贿人之间存在着管理与被管理、制约与被制约的关系,因此在行贿与受贿之间,受贿是打击的重点,刑法也规定了受贿更为严厉的法定刑罚。在商业贿赂犯罪中,没有特别的职务行为要求,一般情况下是行贿人行动在先,是行贿人破坏了正当的市场竞争,所以进行贿赂则是打击的重点。正是受传统观念对贿赂犯罪的认识的影响,立法者在刑法第387条第1、2款所规定的犯罪构成要件几乎完全一样且两者之间并无通常的逻辑递进关系的情况下,由第2款对第1款进行了补充性说明:前款所列单位,在经济往来中,必须“账外暗中”收受回扣才以受贿论。问题是这样的规定难免使人产生困惑与不解:难道国有单位在行使其他的单位受贿行为,例如因行使行政执法权和各种管理权时,“利用职务之便”所收受的贿赂未必就不需“账外暗中”?我们知道,单位犯罪不同于自然人犯罪的根本在于,单位犯罪是在单位意志支配下实施的,行为人的行为是单位自身意志的体现,况且单位犯罪往往还有“为单位谋取利益”的意图,因此,单位受贿的资金一般不会直接由单位私分,而是先进入单位的小金库,如若单位没有“账外暗中”,其受贿资金又怎能进入小金库呢?即使为规避“账外暗中”也必须进入单位正规账簿,否则便不是单位受贿犯罪。显然,无论何种形式的单位受贿行为,都离不开“账外暗中”。法律没有要求“账外暗中”要件,我们的理解如前所述,是立法者认为上述单位贿赂犯罪是对职务行为的廉洁性的极大挑战,已经有足够严重的社会危害性。但是法律这样的理解,只能产生更大的疑惑:国有单位在经济活动中,利用职务上的权利,收受贿赂显然也是具有严重的社会危害性的,否则法律也不会认为这种行为是犯

罪。但同样的主体与同样的单位贿赂犯罪罪名,仅仅因为发生在经济活动中,其社会危害程度的差异就真的大到需用“账外暗中”要件予以限制吗?我国反商业贿赂的事实已经证明并非如此。这样的法律明显地违背了“相同的人和相同的情形必须得到相同的或至少是相似的待遇,只要这些人和这些情形按照普遍的正义标准在事实上是相同的或相似的”<sup>[4]</sup>原则要求。因此,理性地思考刑法第387条,它不仅破坏了法条之间的内在联系,形成了判断单位受贿犯罪的双重标准,而且显现出刑法对商业贿赂犯罪的危害性认识不足,从而在司法实践中削弱了对商业贿赂犯罪的制裁。

根据2003年10月31日第58届联合国大会全体会议审议通过的《联合国反腐败公约》的相关规定,商业贿赂从本质上讲是一种腐败行为。该公约不仅在第12条使用了“私营部门的腐败”一词,其第21条更是专门针对私营部门内的贿赂提出:“各缔约国均应当考虑采取必要的立法和其他措施,将经济、金融或者商业活动过程中下列故意实施的行为规定为犯罪:(1)直接或间接向以任何身份领导私营部门实体工作的任何人许诺给予、提议给予或者实际给予该人、本人或者他人不正当好处,以使该人违背职责作为或不作为;(2)以任何身份领导私营部门实体或者为该实体工作的任何人为其本人或者他人直接或间接索取或者收受不正当好处,以作为其违背职责作为或者不作为的条件。我国是《联合国反腐败公约》的创始缔约国之一,公约对商业贿赂的本质界定,对我国反腐倡廉具有特别重要的理论与实践意义。在我国,长期将腐败指向政治腐败,把腐败定义为公权力的滥用或权力寻租。在这种定义下,反腐败的任务是建设廉洁的政府。这种观点的缺陷在于割裂了政府与市场及社会的内在联系,事实上,随着社会经济的发展,特别当市场在整个国家和社会生活中日益发挥基础性作用,而社会主义市场体制尚未健全的情况下,商业贿赂成为许多行业的市场潜规则,形成了严重的市场腐败。尤其在我国公有制企业中所有权人的监督经常不到位,企业负责人可以肆意行贿、受贿。我国公有制经济又在市场经济中居主导地位,相当一批国有企业在关系国计民生的重要行业中掌握着独占地位,它们成为了商业贿赂的重要“公关”对象。一些政府官员及国有企事业单位及负责人以权谋私,和商人通过贿赂发展成为长期稳定的利益同谋关系,这些企业和商人以各种名义源源不断地给特定政府官员及国有企事业单位及负责人送去好处,后者则持续为前者谋取利益,使国有企事业单位、政府采购中心成为商业贿赂的重灾区。

而根据公安部近5年来的相关统计显示,商业贿赂犯罪案件占同期所有经济犯罪案件立案数的

比例始终非常小,尚不到1%<sup>[5]</sup>,由检察院负责查处的职务犯罪里,真正以商业贿赂犯罪定罪量刑的也并不多,这说明对商业贿赂案件的查处难度非常大。原因虽然很多,但可以肯定的是,行贿受贿双方为逃避法律制裁,在交易中不断用新的贿赂方式来掩盖贿赂的实质,是重要手段之一,就犹如犯罪分子对账外暗中的“新诠释”一样。本来商业贿赂手段是越来越隐蔽,大量的商品交易通过账外暗中的方式转为地下,但犯罪分子却明折明扣入账,使司法机关对单位通过合同等形式得到的大宗利润虽有所警觉和发现或者也得到群众举报,但真正查处起来,由于不符合“账外暗中”的法定行为要求,只有不了了之。而事实上,这样的“回扣”,由于是单位或集团采购,数额往往比较大甚至巨大,双方交易时间长,配合默契,还有单位作后盾,很容易形成长期稳定的利益集团,不仅损害国家和消费者利益,侵蚀社会基本细胞,破坏社会风气,降低执政党的威信,让不少国有单位和国家工作人员在市场经济大潮和所谓潜规则中迷失了方向,还会对我国塑造一个廉洁清明的国际形象产生极大的负面影响。正如温家宝总理曾指出的:商业贿赂虽然发生在经营者的交易活动中,但与政府机关及其工作人员滥用职权、以权谋私有密切关系。因此必须严肃查处政府工作人员利用职权参与或干预企业事业单位经营活动,谋取非法利益、索取受贿行为。综上所述,无论是出于刑法理论的分析还是反商业贿赂的实际需要,取消单位受贿罪中的“账外暗中”,使刑法第387条第1、2款规定的单位受贿罪构成要件趋于一致,已是社会发展之必然。

### (三)吸收国内外治理商业贿赂的成功经验,完善刑法第387条

针对贿赂问题,我国香港颁布的《防止贿赂条例》是非常著名的特别法例。它列出了香港对贪污贿赂的定义、各项罪名和相关细节及刑罚等。根据该条例,任何人士向政府雇员或公共机构提供任何利益都属违法(这里所指“利益”指除款待外的礼物、借贷、报酬或佣金、任何职位或契约、代支付或

免除偿还任何借贷、任何服务或优待及执行或不执行任何职责)。为保持政府廉洁,条例还规定,政府雇员未获得政府的准许,即使不是公事也不能随意接受利益。比如接受下属赠送的结婚礼物也需要得到有关部门的特别许可,并有明确的数额限制。同样是规范贿赂犯罪,《防止贿赂条例》并没有什么“账外暗中”等行为的限制,以此杜绝了犯罪分子用任何方式钻法律漏洞的企图,减轻了司法机关举证的难度,从而可以更加有力地打击各种形式的贿赂犯罪,使香港政府及公务员的廉正清明全世界有名。而日本在反商业贿赂时也首先把法律作为重要防线,用法律严厉打击商业贿赂行为,连微小的商业贿赂事件也决不放过。日本刑法将商业贿赂统一为行贿罪和受贿罪,无论在商业方面还是其他方面,具有行贿或者受贿行为必须承担相同的法律责任。

所以,我国要达到治理商业贿赂的良好效果,必须将反商业贿赂纳入到反腐败的框架中,废除法律中影响、阻碍商业贿赂犯罪构成的客观要件,形成有层次的(并非所有的商业贿赂都是犯罪)互相衔接的(《反不正当竞争法》、《公司法》、《刑法》)统一的法律体系。让单位受贿所带来的利益无藏身之处,使其不愿为,既使为之,不但没有实惠,还要受到相关法律制裁。

#### 参考文献:

- [1] (美)肯尼斯·W. 克拉克森. 产业组织:理论、证据和公共政策[M]. 上海:上海三联书店,1989:382.
- [2] (美)哈罗德·伯曼. 美国法律讲话[M]. 北京:三联书店,1988:20.
- [3] 张明楷. 刑法分则的解释原理[M]. 北京:中国人民大学出版社,2004:96.
- [4] (美)E·博登海默. 法理学:法律哲学与法律方法[M]. 北京:中国政法大学出版社,1999:286.
- [5] 程宝库. 商业贿赂社会及其治理对策[M]. 北京:法律出版社,2006:153.

责任编辑 刘荣军

## Thinking About Secret Kickbacks in the Crime of Organizational Bribery

WU Yi-ping

(School of Law, Chongqing Technology and Business University, Chongqing 400000, China)

**Abstract:** Along with the increase of the striking dynamism of our government to the commercial bribery, the new means of the commercial bribery appeared unceasingly. In order to evade legal sanction, they adopt the way of evading give kickbacks in secret out of their account. We should accelerate the process of combat corruption and build a clean government and improve the quality of opposing the commercial bribery and the way of giving kickbacks in secret out of the account in the crime of bribe taken by a unit ought to be canceled.

**Key words:** crime of bribe taken by a unit; give kickbacks in secret out of the account; rational thinking