



“截贿”行为应当受到刑法规制

热点聚焦

黎宏（清华大学法学院教授）

近年来,我国实施“受贿行贿一起查”的反腐政策,在立法和司法层面强化了对贿赂犯罪的打击力度,在执法层面完善了对贿赂犯罪的打击策略,在此过程中衍生出来的一个问题就是如何处理“截贿”行为。“截贿”行为既包括通常认为的中间人在受托转交贿赂过程中擅自截留的情形,也包括中间人在代为受贿时截留以及公职人员拒绝受贿时,中间人截留而未退还行贿人的情形。如何处罚“截贿”行为,司法实务和理论界本就存在争议,最近理论界的一种学说以“法秩序统一性”和“不法原因给付不得请求返还”为基础主张“截贿”行为无罪,使得相关争议更加复杂。

“截贿”行为处理的已有方案及评析

目前,理论界和实务界对“截贿”行为的处理主要有三种做法:一是将“截贿”行为放在贿赂犯罪中,作为介绍贿赂罪或行贿罪、受贿罪的共犯处理;二是将“截贿”行为放在财产犯罪中,作为诈骗罪或侵占罪处理;三是认为“截贿”行为无罪。

但上述做法均有一定不足,现分析如下:第一,将“截贿”行为作为贿赂犯罪处理的做法,忽视了“截贿”行为侵犯犯罪的性质,特别是无法处理行贿人和受贿人对中间人的“截贿”行为均不知情的情况;作为介绍贿赂罪处理的做法,则与司法解释关于介绍贿赂“情节严重”的规定不符,且中间人的“截贿”行为本就超出了介绍贿赂罪中介人处于绝对中立地位的基本性质,适用该罪进而科处明显较轻的刑罚,有罪责刑不相适应的疑问;作为利用影响力受贿罪处理的做法,则没有注意到中间人的“截贿”并非其利用国家工作人员的职务行为为请托人谋取不正当利益的对价,将中间人在请托人或者国家工作人员不知情情况下私自截留的款项认定为“感谢费”“辛苦费”,存在评价上的错误。

第二,将“截贿”行为作为诈骗、侵占等财产犯罪处理的做法,在学说上遭到非议。对于“诈骗罪说”,批判意见认为,由于请托人给付的款项正是其非法

请托事项的对价,在其请托事项得到办理后中间人再中途截留交付给国家工作人员的贿赂款场合,请托人难言有财产损失;而且“截贿”行为多是中间人在转交贿赂的中途才产生截留意思,因此,在其接受请托人交付的贿赂款时并没有实施欺骗行为;此外,诈骗罪存在被害人,这意味着被截留的贿赂可以被索回,这在政策效果上存在疑问。“侵占罪说”借鉴外国理论,试图区分“不法原因给付”和“不法原因寄托”:行贿人对中间人的请托并非利益的终局性转移,而是出于不法的“寄托”目的将贿赂款交由中间人代为处理,应视为“不法原因寄托”;虽然寄托本身是违法的,但是这一委托信任关系仍有保护的必要,故而承认侵占罪的成立,问题是,本说是国外刑法学者为了讨论类似“截贿”行为的处理而提出来的,民法学者认为,上述分类属于刑法学者的臆想,没有民法依据。

第三,“无罪说”基于大陆法系民法理论“不法原因给付不得请求返还”的原理,认为由于行贿是不法原因给付,行贿人已经丧失了对此的返还请求权,作为行贿人不能请求返还的反射效果,行贿人已经丧失了相关财物的所有权,故中间人的“截贿”行为没有侵害财产犯罪的保护法益。此外,该说认为,将“不得请求返还”视为对行贿人的“惩罚”,自然可以遏制行贿。但是,我国民法典并未规定“不法原因给付不得请求返还”的规则,而且即便承认该规则,涉案财物也应基于其不法性被国家没收,中间人更无权截留;基于朴素的正义观,中间人的“截贿”行为本应受到谴责,但现在却受到保护,有违公序良俗原则。另外,在“掮客”横行,助长腐败犯罪的背景下,对作为贿赂犯罪的中间环节的“掮客”不予任何处罚,不利于查处、预防腐败犯罪。刑法作为维持社会秩序的最有力手段,对此种行为不能视而不见。

刑法规制“截贿”行为的根据及展开

在“掮客”仍然猖獗的现实背景下,对于在行、受贿双方之间充当“穿针引线”角色的中间人所实施的“截贿”行为以刑法进行规制,既有必要,也有理由。

首先,从民法典的相关规定看,难以得出“截贿”行为不能入刑的结论。我国在制定民法典时,有不少学者建议规定不法原因给付的处理规则,但关于其法律效果的争议较大,最终该建议未被采纳。相反,

从民法典第一百五十三条看,不法原因给付因违反法律,行政法规的强制性规定或者违背公序良俗,有可能被认定为无效的民事法律行为,那么相关给付就应当根据民法典第一百五十七条予以返还、折价补偿乃至赔偿损失。即便民法典第一百五十七条存在“法律另有规定的”表述,也不能认为其包括了“不法原因给付不得请求返还”的规则,应当认为这只是与相关法律中收缴违法所得的规定相衔接的表述。

其次,即便是不法原因给付,理论上也并非认为一概不得返还。在民法理论中,除了借鉴大陆法系的不得返还的观点,也有观点借鉴普通法系的功利主义思考方式,认为不法原因给付制度的核心在于维护当事人利益平衡和抑制违法行为,能否请求返还需要具体情况具体分析。因此,尽管行贿多使用货币,一般而言“占有即所有”,但是从有效保护当事人利益的角度出发,将已经被指定了用途的货币所有权归属于请托人,并无不可。此外,对于中间人的“截贿”行为不加干涉,对涉及不法原因给付的场合拒绝保护,会引发更多违法行为;即便认为“不法原因给付不得请求返还”是对行贿人的惩罚或者预防行贿犯罪的利器,但这也不是民法本身的功能,且这种只让请托人承担不利后果,使得同样应受谴责的中间人“不法变合法”,在抑制违法行为的效果上也难以接受。

最后,在我国如果不对中间人的“截贿”行为进行刑法干预,不仅不足以预防贿赂犯罪,反而会进一步鼓励违法行为。虽然理论上一般认为行为人本无不法或者悖俗目的而被欺骗进而被动实施不法原因给付时,可以成立诈骗罪等犯罪。然而现实中,许多“掮客”通过表演性质的行为,炮制自己“手眼通天,无所不能”的状态,让不少人主动给付财物,可是这些表演行为往往难以评价为刑法上的诈骗行为。对此不予干预,只会让“掮客”更加猖獗。特别是不予干预还会导致相关案件的查处陷入僵局,进一步放纵不法行为。

因此,从维护当事人利益平衡和抑制违法行为的角度出发,对于不法原因给付,应当将给付人和受领人两方的不法性加以比较,当受领人的不法性占据绝对优势地位时,即便给付人的行为存在不法性,也应对其忽略不计,从而支持给付人的返还请求。所以,不法原因给付制度并非决定所有权归属的规则,



而是处理相关问题时平衡各方利益的规定,必须具体情况具体分析。进而,对于同样涉及不法原因给付的“截贿”行为,也应比较请托人和中间人双方的不法性。总的来说,“截贿”行为原则上不构成犯罪,但在中间人不法性占据绝对优势地位的特定情况下,中间人截留请托人所交付的指定用途的财物(即贿赂)的行为,有可能构成刑法中的财产犯罪。

具体而言,包括以下几种情形:第一,在请托人为了谋取不正当利益而主动请求中间人代为向国家工作人员行贿,中间人借机将该财物全部或者部分据为己有的,中间人的行为不构成犯罪;第二,在请托人主动请求中间人代为向国家工作人员行贿,并向其交付财物后,幡然悔悟或者打消了行贿的念头,并要求中间人返还该财物,而中间人拒绝返还的,中间人的行为构成侵占罪;第三,请托人为了合法利益而请托中间人代为转交财物,中间人予以截留拒不返还的,中间人的行为构成侵占罪;第四,请托人并无行贿之念,但中间人主动让请托人产生该种想法并向中间人交付财物,中间人借机将其部分截留的,就所截留的财产,中间人的行为构成诈骗罪。已经转交的构成行贿罪的共犯。



政府信息公开条例修改:从理念到规范

前沿观点

王成栋（内蒙古大学特聘教授）

《中华人民共和国政府信息公开条例》(以下简称《条例》)已被列入《国务院2025年度立法工作计划》的预备修改项目将进行第二次修改。《条例》自2007年颁布,2019年进行了第一次修订,修订后不仅条文增加了18条,内容也更加充实,更具操作性,有了长足的进步;但多年过去,信息公开实践与建设透明政府、民主政府、法治政府的要求仍有差距。公民通过法规范保护知情权的便利程度还不够,通过信息公开行使监督权的规定更加阙如,一些条款存在纠缠与内在冲突;通过公民监督促进行政机关依法公平公正高效履行信息制作与公开职责的条款缺失。在实现以信息“公开为常态、不公开为例外”的法规范设计上,给予了行政机关过大的裁量权,而行政监督、司法监督又缺乏刚性。《条例》的进一步修改应该在理念、理论、原理和原则上有所修正。

知情权是一种“复合权利”

政府信息公开法规范创制中,知情权是与政府信息请求权、意见表达权、公共事务参与权、对公共机构监督的监督权相融通的既包含私权维护,又包含公益保护的复合权利。申请人行使政府信息公开请求权,不应该仅被认为是行政机关具体行政行为侵犯其合法权益而进行的私权利维护,还应包括公

民作为国家主人,对于社会公共利益,对公共权力机关进行监督的公权利保护。

公民知情权在现代社会应该定位为一种新型的复合权利。因此,不能将信息获取权狭隘片面化。其实,无论是复议请求权,还是行政诉讼诉权,都包含私益与公益。由此,无论是信息公开范围的确立与排除,还是申请人的请求程序、监督与救济程序的设计,都应当与公民信息权利是复合权利相匹配。那种公民信息权或知情权,被认为仅是与行政机关具体行政行为相联系保护私权的观点是片面的,有害的。建议在总则第一条增加“监督、促进行政机关依法行政”的内容,即“为了保障公民、法人和其他组织依法获取政府信息,提高政府工作的透明度、监督、促进行政机关依法行政,充分发挥政府信息对人民群众生产、生活和社会经济活动的服务作用,制定本条例”。

以“行政过程公开”理论作为政府信息公开法规范创制的原理,以“全过程人民民主”作为构建政府信息公开法规范的灵魂

信息公开在现代社会应定位为公共权力机关从机构设置、职权职责配置、权力运行、权力反馈以及对权力的监督的全过程信息公开。不限于决策、执行和监督所谓的三阶段程序公开,更不仅仅是行政机关行使权力作用于相对人的具体行政行为之公开。中国的法律制度更强调实体与程序的统一,在强调主体及其职权职责法治化的同时,也强调程序法律制度建设,而行政组织法治化恰好回应了“打铁必须自身硬”的权力主体的自我革命,对公共权力主体及其职权职责配置的法治化要求,对组织者、决策者、执行者与监督者的这些实体的要求,与程序各要素的配置法治化有同等重要的作用。行政全过程公开,首先是享有公共权力的主体或组织本身的法律地位的公开,是机构、人员、编制、职级、职权、经费等的法治化。主体法治化是其权力运行法治化的前提,没有主体的法治化与公开化,就没有行为及其结果的法治化与公开化。将主体仅理解为行政机关的内部事务信息,显然是矮化了主体信息的地位与作用,建议删除再排除。

信息公开排除的再排除

究竟是路径依赖,还是作茧自缚?无论是行政复议,还是行政诉讼立法中,公民对具体行政行为

不服哪些可以请求救济、哪些无权申请,即所谓“收(受)案范围”,不论在理论上还是在规范创制时都成了一个难解的“结”。在政府信息公开立法中,哪些可以通过行政机关的主动公开获得,哪些可以通过申请获得,同样成了一个“茧”。但因具体行政行为引起权利受损的复议请求权范围、行政诉讼诉权范围与信息公开范围毕竟有别,前者更多的是以行政法上权利受到损害之名。而知情权与其不同,是一种基于人民主权主体地位享有的更具有公共性的权利。权利性质不同,复议请求权与诉讼请求权如果更多地定位为抵抗抗权利,而知情权更多的是通过“知”达至参与的权利。

行政机关制作、获取、处理行政信息,并不是传统意义上的以产生、形成、确立、变更某种法律关系的行政行为或具体行政行为,更多的表现为准行政行为或事实行为形成的监督关系,其意义更多的是在民主政府满足公民“知”的需求,是履行职责过程中的记录或状态。既然信息公开与复议、诉讼请求权主要是因私权利受公权力损害而产生不同,信息公开则是政府机关更多表现为满足公民“知”的义务。

行政机关满足公民“知”的义务不能说毫无边界,但与因行政行为损害合法权益形成的“有权利必有救济”不同。其排除标准或边界只能是《条例》第十四条规定的法律、行政法规禁止公开的政府信息,以及公开后可能危及国家安全、公共安全、经济安全、社会稳定的政府信息和第十五条涉及商业秘密、个人隐私等公开会对第三方合法权益造成损害的政府信息。在逻辑上是一种反向路径,前者是有损害即有救济,后者是不禁止、不损害皆公开。那么第十六条规定的可以不予公开的行政机关的内部事务信息、行政机关的过程性信息以及行政执法案卷信息就不具有可以不予公开的理由。

其实,《条例》第十六条与第二十条第(二)(四)(七)(八)(九)(十)(十一)(十三)项存在着内在的紧张关系。它们包含在传统的广义的行政机关内部事务信息中,尤其是第(十四)项公务员招考的职位、名额、报考条件等事项以及录用结果,在行政法传统上均具有行政内部事务的性质,也是所谓的一种内部行政行为。而公务员任职、晋级、晋职,在第(十四)项中没有列明,但在公务员法中以及实务中成为常态化的公开信息。另外,第十六条可以不予公开的表述本身具有可以公开的意思,给予行政机关自我决定的裁量权,易导致在实践执行中的不统一。因此,建议删除第十六条。

治理应申请信息公开中的“不作为”

行政机关以“信息不存在”为由搪塞公民申请政府信息公开,其产生原因主要有以下几点:

第一,因经验、能力不足没有制作相关信息,或怠于履行职责而未制作应该制作的信息。对此建议单独立一章“信息制作”。

第二,信息管理系统不完善:部分行政机关缺乏客观、完善的政府信息管理系统,导致信息存储混乱,难以准确检索到相关信息。

第三,法律规定不明确:虽然《条例》规定了信息公开的行为规范,但对于信息保存的义务规定不够明确,实际履职与信息保存之间的关联性不清晰,使得行政机关在信息管理和公开方面缺乏有力的法律约束。

第四,主观故意隐瞒:部分行政机关工作人员可能出于不愿公开某些信息的目的,如涉及自身利益或存在不当行为等,即使信息实际存在,也声称不存在,将“信息不存在”作为托词。

第五,举证责任分配不合理:在政府信息公开争议的行政诉讼中,行政机关需对政府“信息不存在”这一否定性事实进行举证。由于信息掌握在行政机关手中,申请人举证能力有限,难以证明信息存在,这在一定程度上导致行政机关随意以“信息不存在”为由进行答复。

针对这些问题,可以考虑规定如下内容:明确合理检索义务:进一步明确行政机关在答复“信息不存在”时,必须履行合理检索义务,并对合理检索的标准、方式、流程等作出具体规定。例如,规定检索的范围应涵盖相关的数据库、档案系统等,检索人员应具备相应的专业知识和技能等。

建立监督追责机制:对于行政机关主观上怠于检索甚至故意隐瞒信息的行为,建立相应的监督追责机制,明确具体的法律责任,如对相关责任人员进行行政处罚等,以促使行政机关依法履行信息公开义务。

完善举证责任分配:可以借鉴最高人民法院指导案例101号所引入的以初步证据为核心的反驳规则,当申请人提供了信息存在的初步证据后,举证责任转移给行政机关,由其证明“信息不存在”,以平衡双方的举证能力。

摘编

网络聚合犯罪的特征、挑战与规制路径

于冲（中国政法大学数智社会法治一体化研究中心教授）

网络聚合犯罪是内生于网络空间,由主体间无共同故意的行为与结果叠加形成的犯罪形态,呈现实行行为去中心化、危害结果聚量性等特质。这些特质与以实行行为为中心的传统刑法理论存在适配冲突,导致共犯认定、行为评价及因果关系判定陷入困境,亟须规制。

核心特征:无共同故意下的聚合性危害

在网络聚合犯罪中,各行为之间不存在传统共同犯罪所要求的意思联络,但其行为在主观指向上一致性,彼此独立、相互陌生的主体,通过各自行为共同指向同一危害目标,并在网络机制作用下形成事实上的弱协作结构。正是这种无合意而有协同的行为结构,使分散实施的个体行为得以相互叠加并最终转化为整体性的严重危害结果。

网络聚合犯罪对法益的侵害具有聚合性与扩散性。相关危害通常并不限于特定个人法益,而是可能通过网络传播扩展至公共安全、网络秩序等集体法益。由于线上行为具有脱离行为人持续存在并与其他行为交互的特性,碎片化的个体行为得以不断累积,社会危害性随之持续放大,从而呈现类似继续犯的结构特征。

刑法挑战:传统理论的适配困境

在共犯理论层面,网络聚合犯罪实行行为去中心化,参与主体间为弱共生协作关系,无明确主从之分,共犯对正犯的依附性弱化甚至消失。同时,行为人主观明知模糊化、缺乏意思联络,严格遵循“部分行为,整体责任”原则要么无法对聚合危害结果追责,要么陷入客观归罪,违背责任主义原则。

在行为论层面,网络聚合犯罪将完整犯罪行为切割为碎片化、微小化的片段,单个行为多为违规、侵权或中立行为,未达犯罪标准,但聚合后社会危害性显著放大,这些碎片化行为难以直接套用现有罪名评价,导致部分严重危害行为逃脱规制。

在因果关系论层面,网络聚合犯罪的累积效应、溢出效应稀释了单一行为与危害结果的因果关联,依据相当因果关系说难以通过一般生活经验判断关联性,按照客观归责理论,微小行为或中立行为也难以被认定为“制造了法所不容许的风险”。

规制路径:传统刑法框架下的适应性调整

明确可罚行为类型是基础,以行为对聚合结果的作用力为标准,重点规制聚合结果的发起与积极同向促进行为,具有聚量危险的行为,流量操纵行为以及未履行监督、删减等作为义务的不作为行为,实现对核心危害行为的精准打击。

完善情节要素与定量标准是关键,打破单一量化评价模式,综合考量行为的时间、空间、方法等情节要素,采用“实质多元化”的情节判断与打包评价模式,将社会性影响,秩序性法益侵害等纳入“情节严重”认定,未达定量标准的可按相应比例折算补足,兼顾聚量效应与处罚合理性。

规范责任认定规则是保障,责任认定从“归因”转向“归责”,以聚量性危害结果的责任分配为中心,结合义务犯理论,将聚合结果视为客观超过要素,无需行为人对具体结果有明确认识,仅需证明其明知行为违反刑法或前置法,同时区分合意型故意、并合型故意及不作为犯的罪过类型,实现主观与客观相统一。

总之,网络聚合犯罪的规制需在传统刑法框架内,结合义务犯理论,聚焦聚量性危害结果责任分配,明确规制路径。(原文刊载于《中国法学》2025年第5期)

公司董事勤勉义务的类型化研究

陈洪磊（吉林大学法学院副教授）

各国公司法普遍对董事苛以勤勉义务,也称注意义务,我国公司法也不例外。虽然公司法(2023年修订)第一百八十条第2款以“为公司的最大利益尽到管理者通常应有的合理注意”充实了董事勤勉义务的内涵,但对何为“勤勉”的问题,理论界与实务界并未形成统一的认识。对此,可以选择求助于类型化的思维方式。

现有董事勤勉义务类型化的尝试及不足

目前,已有学者对董事勤勉义务进行了类型化尝试,大抵呈现两种分类模式:一是直接从勤勉义务项下类型化出具体子项,即“一元构造”;二是在董事勤勉义务之下,先寻找一个较为上位的大型(第一层级),再去找寻与上位类型具有相同或类似之规范上需要的下位类型(第二层级),即“二元构造”。然而,“一元构造”的弊病在于外延太过不固定。“二元构造”虽然在很大程度上克服了上述弊端,但对勤勉义务审查标准认识分歧的回应力不足,未深度触及法院应当秉持何种标准来具体确定董事是否已尽勤勉义务的争论。

第一层次董事勤勉义务类型化之重构

从我国审判实践出发,应当以是否需要董事进行有意识的判断为标尺,将勤勉义务分为运营类义务和决策类义务。前者是一种事务性职责,往往内容具体,要求明确,董事自由裁量空间小。后者是风险性和未来性的,更多依赖董事的经验及技能,董事拥有广泛的自由裁量权。识别“有意识地判断”事项的重要辅助标准是,该行为是否有法律、行政法规、公司章程或行业规章惯例的明确规定,运营类义务一般可以从中找到具体指引,而决策类义务往往不能。这种类型化可以克服“一元构造”分类模式的缺点,实现对商业世界的包容。由于运营类义务的审查标准与董事行为标准一致,所以应对其配置一般过失标准,促使董事认真履职;由于决策类义务的审查标准低于行为标准,所以应适用故意和重大过失标准,鼓励董事勇于决策,适度容错,弘扬企业家精神。

第二层次董事勤勉义务类型化之展开

运营类义务给董事提出了数项具体要求,包括召集、主持和出席公司会议,制作和妥善保管重要资料,信息披露,保持沉默以及监督;决策类义务则与之相反,其既要要求董事在决策权限范围内不缺位,不越位,不仅要禁入股东会专属权力事项,而且要主动与股东会寻求合作,还要不缺位于自身享有的广泛决策权力,也希望董事在决策时运用比例原则呈现为公司最大利益的主观状态。

概言之,我国对董事勤勉义务标准的描述应当在严苛与宽松之间,明确与模糊之间,鼓励与约束之间寻找最适配的尺度,一种可行的路径便是,以是否需要董事进行有意识的判断为标尺来区分董事勤勉义务类型,并差异化配置审查标准。(原文刊载于《政法论丛》2025年第6期)

