

行贿犯罪中“谋取不正当利益”的要素化和区分化认定

◇ 樊桔玺 王佳璇



“谋取不正当利益”是行贿犯罪主观核心要件之一，该要件的设置本质上是宽宥行贿人、重惩受贿人趋利性立法和司法的体现，会对行受贿犯罪的并重惩治造成一定影响。尽管刑法修正案（九）和刑法修正案（十二）基本完成“重受贿轻行贿”的处罚结构向“行贿与受贿并重惩治”的过渡，但这种在以刑罚为主层面的并重惩治改革对行贿罪的治理仍未脱离重受贿轻行贿的本质影响。基于加大行贿犯罪打击力度的刑事政策考量，最高人民法院、最高人民检察院曾二次扩大“谋取不正当利益”的解释范围。但当下关于“谋取不正当利益”的解释在刑法理论和刑事实践的内外部仍存在诸多争议，对其认定至今仍未有清晰明确的标准，且以往争论忽视了对非国家工作人员与国家工作人员行贿的区分。因此，为了进一步深入贯彻党的十九大关于受贿行贿一起查的重要决策部署，认真落实《关于进一步推进受贿行贿一起查的意见》，有必要重新厘定“谋取不正当利益”的标准，真正实现对行贿罪的从严惩治。

“谋取不正当利益”要件认定的争议

从1999年的《通知》到2008年的《意见》再到2012年的《解释》，“谋取不正当利益”要件的语义范围和适用范围不断扩大，但囿于法律用语的抽象性和可解释性，“谋取不正当利益”的司法解释标准在司法实践适用和刑事理论上引起较多争议，可主要归纳为以下三种观点：一是取消论；二是取代论；三是解释论。

取消论主张取消行贿犯罪中“谋取不正当利益”的要件设置，其认为当下有关“谋取不正当利益”要件认定的诸多解释观点都不能将其限定在合理范围内，无法为实践个案提供准确依据，并建议通过完善维权途径、刑法但书条款积极适用、推行行贿人“黑名单”制度等方面消除该要件取消带来的不利影响。取消论在“谋取不正当利益”要件的处置上虽然完美契合受贿行贿一起查的刑事政策要求，但方式过于极端，不仅会增加行贿犯罪个案办理的难度和所需资源，而且会不当扩大行贿犯罪的处罚范围，即便有刑法第十三条但书条款的限制，但这不过是从“谋取不正当利益”要件认定转入“情节显著轻微危害不大”的实践认定，进一步加大了行贿犯罪的认定难度。

另外，囿于中国传统人情文化以及现实索贿现象的存在，不可能也没必要将正常人情往来、被动行贿行为纳入刑事追诉考量。因此，取消论的相关主张在理论层面具有一定合理性，但无法满足行贿犯罪办案的实际需要。

取代论基于行贿行为本质是对国家工作人员职务廉洁性的侵犯，应以“谋取利益”或“影响国家工作人员职务行为”取代“谋取不正当利益”，但该主张忽视了利益性质对行贿犯罪成立与否的深刻影响，也基本继承了取消论的难以解决的问题，如在督促受贿人积极正常履职和要求受贿人违规履职的两种行贿类型中，两者都是“谋取利益”或“影响国家工作人员职务行为”，但在法理上很难将前种情形放入罪化处理。另外，取代论的观点未考量刑法内部体系性统一的要求，其仅着眼于对国家工作人员行为的行贿行为，忽略对非国家工作人员行贿行为的区分认定，囿于某些商业习惯(如满足特定要求的回扣)被前置法明确允许存

在，如果将取代论观点应用于归属“破坏社会主义市场经济秩序罪”章节中的行贿犯罪，会引发更多司法实践问题，甚至造成不同部门法间的法秩序冲突。因此，取代论不能成为行贿犯罪“谋取不正当利益”认定的有力观点。

解释论主张维持行贿犯罪中“谋取不正当利益”的表述，通过对“不正当利益”的相关学理解读来细化“谋取不正当利益”的认定标准。对于何为不正当利益，主要有以下五种学说：一是“非法利益说”，即违反法律、法规和政策所取得的利益；二是“手段不正当说”，认为行贿人以不正当的行贿手段所取得的利益均属于不正当利益；三是“非法利益加不确定利益说”，认为不正当利益“包括非法利益和不确定的合法利益”，后者指“行贿人谋取的利益虽然合法，但是在能否取得、取得多少等方面处于不确定的状态”，如果通过行贿谋取该利益的，属于谋取不正当利益；四是“不应得利益说”，即行贿人依法不应得到的利益；五是“无限制说”，认为谋取任何性质、任何形式的不正当利益都属于谋取不正当利益。其中，“非法利益说”限缩了“不正当利益”的范围，与最新《解释》的要求不相符。“不应得利益说”与“不正当利益”都需要进行规范评价，无法为“谋取不正当利益”提供具体认定标准。“无限制说”和“手段不正当说”其实就是取消论在解释论层面的体现，无法解决取消论面临的问题。“非法利益加不确定利益说”在形式上符合《解释》的相关规定，“非法利益”对应《解释》的前款范围，“不确定利益”则对应后款的谋取竞争优势，但该说很难妥善解决司法实践中在个人已有绝对竞争优势情况下或者用以谋求加塞民事执行类型的行贿行为是否入罪的问题，也无法为未有请托事项的单纯权力围猎行为提供恰当的评价。

“谋取不正当利益”的要素化和区分化认定

长期以来刑事理论和实务界对“谋取不正当利益”要件的认定局限于整体分析，忽略对谋取手段行为的分析，也未能充分考量“贪污贿赂罪”和“破坏社会主义市场经济秩序罪”中“谋取不正当利益”认定的内在差异。“谋取不正当利益”的要素化认定就是要打破整体思维模式，将“谋取不正当利益”分为利益目的和谋取手段两个要素，进而从利益目的要素和谋取手段要素进行“谋取不正当利益”的综合认定，具体可分为以下三步：

第一步需要判断行贿人是否具有明显利益目的，如果行为人不具有明显利益目的，单纯向国家工作人员输送财物，可定性为对权力的前期围猎和腐蚀，其暗含未来“谋取不正当利益”的可能性，如果达到一定输送次数标准，宜认定为“谋取不正当利益”。如果行为人有明显利益目的则进入第二步判

断。值得注意的是，对于索贿而言，无论是请托过程中索贿还是直接索贿，当事人均具有利益目的。

第二步需要判断行贿人的利益目的是非法还是合法，如果是非法利益目的可直接依据《解释》前款情形认定为“谋取不正当利益”，无须进入后续判断；如果是合法利益目的，则要看利益是确定的还是非确定（利益获取时间、数量、质量等核心内容待确认）的，如果利益是非确定的，则可依据《解释》的谋取竞争优势条款予以认定“谋取不正当利益”，例如行为人为了尽快拿到强制执行款项而向执行法官输送财物以请托将自己的案件执行提前，符合非确定的利益标准，宜认定为“谋取不正当利益”，相比较不确定利益说此认定范围更广，更符合行贿罪治理的实际需要。如果利益是确定的，则需要进入第三步判断。

第三步需要在利益目的是合法的且利益是确定的情况下衡量谋取手段要素的主动性和必要性，如果谋取手段是被动的（被索贿），则不宜认定为“谋取不正当利益”；在谋取手段是主动的情况下，需要考量合法且确定的利益是否必须通过行贿手段才能获得，如果有明显其他合规途径能够完成，考虑到行贿对国家工作人员廉洁性的腐蚀，宜认定为“谋取不正当利益”，当然为了保证刑法的谦抑性和预告性，这需要设定次数或前置处罚标准才能认定，如为结算工程款而向国家工作人员行贿，行为人明显有通过诉讼来讨要工程款的正当途径，如果多次或被处罚后仍通过行贿手段来谋取其合法且确定的利益，宜认定为“谋取不正当利益”；如果行为人对合法且确定的利益只能通过行贿手段获得，则不宜认定为“谋取不正当利益”，如在单位本应该得到的正式编制资格，被无故拖延认定，行为人通过行贿手段主动谋取确定资格，不宜认定为符合“谋取不正当利益”。

“谋取不正当利益”的区分化认定就是要从本质上把握对非国家工作人员和国家工作人员行贿犯罪的区别，前者侵犯的是秩序法益，后者侵犯的是职务的廉洁性，两者在性质、危害性方面均有较大差异。对非国家工作人员行贿犯罪中“谋取不正当利益”的认定，绝不能简单按照前述对国家工作人员行贿犯罪制定的要素化标准进行三步检验，要牢牢把握住“谋取不正当利益”的实际表现对经济秩序的实质侵害，特别要重视商业习惯对“谋取不正当利益”的影响，避免因经济纠纷将刑事追诉当作斗争手段。如前置法在部分情况下允许回扣的存在，就不宜认定为“谋取不正当利益”。另外，囿于刑法对非国家工作人员并无廉洁性的强制要求，“谋取不正当利益”必须是通过受贿人违规履职而实现。

（作者单位：苏州大学王健法学院；河北省武强县人民法院）

析疑断案

网络用工平台应对存在事实劳动关系的个体工商户劳动者承担工伤保险责任

◇ 李娜 王焕

【案情】

甲公司系外卖配送服务商，承接某平台外卖配送业务。2020年8月，甲公司与乙公司签订《平台服务协议》，约定甲公司将外卖配送业务发包给乙公司，乙公司再转包给具有经营资质的接活方，包括但不限于个体工商户。同年10月9日，张某注册个体工商户，经营范围包括外卖配送服务。当日，张某以个体工商户名义，与乙公司签订《项目转包协议》，与甲公司签订《承揽合作协议》。其中，《承揽合作协议》明确约定双方无劳动关系，只是业务合作关系。

2023年8月6日早上，张某起床后准备接单配送外卖，在其住所正在充电的电动车（张某日常配送外卖使用）因电池故障引发火灾，导致张某重度烧伤。2024年2月，张某以甲公司为被申请人向区人社局申请工伤认定，区人社局作出认定工伤决定书，对张某受到的事故伤害认定为工伤。甲公司向区政府申请行政复议，区政府维持了区人社局作出的认定工伤决定书。甲公司不服，认为其与甲公司之间不存在劳动关系，且事发时，张某尚未接单工作，事故发生非工作原因，事故发生地也非工作场所，故诉至法院。张某依据《工伤保险条例》第十四条第（一）项中规定的工作时间、工作场所和工作原因。

【分歧】

本案的争议焦点在于网络用工平台是否应对个体工商户劳动者受到的伤害承担工伤保险责任。

第一种意见认为，网络用工平台不应应对个体工商户劳动者受到的伤害承担工伤保险责任。个体工商户不具有劳动者主体资格，平台公司将外卖配送业务发包给第三方，且平台公司与个体工商户之间明确约定不存在劳动关系。此外，劳动者受到的伤害不符合《工伤保险条例》第十四条第（一）项中规定的工作时间、工作场所和工作原因。

第二种意见认为，网络用工平台应对个体工商户劳动者受到的伤害承担工伤保险责任。依据《关于确立劳动关系有关事项的通知》第一条的规定，劳动者人格从属性和经济从属性是认定劳动关系的核心标准。应以案件具体事实为基础，对网络用工平台与个体工商户劳动者之间的劳动关系进行合理判断。适用《工伤保险条例》第十四条第（二）项进行工伤认定时，应结合行业特点，对工作时间、工作场所及与工作有关的预备性工作进行综合考虑。

【评析】

笔者同意第二种意见，理由如下：

一、运用“穿透式”思维刺破网络平台用工“面纱”

2019年，最高人民法院在《全国法院民商事审判工作会议纪要》中明确提出“通过穿透式审判思维，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系”。

平台企业通过创设发包转包法律关系，在其与劳动者之间引入第三方，但在实际用工过程中，第三方往往只承担少量辅助工作，未实际履行承包、转包义务。此种情况下，应运用“穿透式”思维，揭开发包转包法律关系“面纱”，认定网络用工平台企业为实际用工主体。本案中，虽然甲公司与乙公司签订了《平台服务协议》，约定甲公司将外卖配送业务发包给乙公司，乙公司再转包给有关商事主体。但实际用工情况为，甲公司向张某派单，张某接单对外提供配送服务，乙公司仅是张某报酬的代付主体，未实际参与相关业务的经营、转包。因此，甲公司应认定为实际用工主体。

平台企业通过要求劳动者注册个体工商户，将劳动者包装成自主经营的商事主体，但在实际用工过程中，劳动者注册的个体工商户往往并未实际经营。此种情况下，应运用“穿透式”审判思维，刺破个体工商户“外衣”，确定劳动者身份。本案中，虽然张某应甲公司要求注册成立个体工商户，并以个体工商户名义与甲公司签订《承揽合作协议》，但是，该个体工商户并未实际经营。因此，张某符合劳动者主体资格。

网络平台用工作为一种新兴的复杂用工模式，由于新算法、新技术加持，平台用工企业对劳动者的侵害方式更为隐蔽，一定程度上加剧了“资强劳弱”的不平等局面。因此，网络平台用工劳动关系认定应运用“穿透式”审判思维，突破私主体之间意思表示一致的表象，根据实际用工情

况作出司法判断。本案中，张某在明知《承揽合作协议》中存在双方不存在劳动关系条款的情况下签署协议，表面上看双方无建立劳动关系的合意，但应从实际用工全过程呈现的法律事实出发，审查双方是否构成事实上的劳动关系。

二、人格从属性与经济从属性并存构成事实劳动关系

劳动关系和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）第一条规定：“用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务组成部分。”劳动者人格从属性和经济从属性是认定劳动关系的核心标准。

人格从属性主要体现在平台企业对劳动者的管理、监督和控制，应结合控制方式、强度、奖惩措施等进行判断。本案中，甲公司通过钉钉软件、微信群对张某进行排班和考勤管理。张某按照排班时间在甲公司指定APP上线，接受甲公司派单后，进行外卖配送；张某休假需提前申请，若张某不上线、不接单，甲公司会按照旷工处理或者进行罚款；甲公司对外卖配送过程进行监控。由此可知，张某工作时间、任务、数量、休息休假等劳动要素，均体现甲公司意志，且甲公司通过奖惩机制保障张某予以遵循。因此，甲公司事实上对张某劳动过程具有管理、监督和控制权，张某与甲公司之间具有较强人格从属性。

经济从属性主要体现在报酬支付方式和生产资料配置分工两方面。一般来说，平台企业向劳动者持续、规律支付报酬，并提供核心生产资料，便可认定双方具有较强的经济从属性。本案中，张某的薪酬主要依据接单数量计算，并根据接单距离、天气情况等进行补贴，由乙公司每月定期发放。可见，张某劳动报酬的支付具有持续性、稳定性。同时，就《平台服务协议》《承揽合作协议》的实际履行情况而言，张某对交易价格和劳动对价无决定权，甲公司向张某提供的APP是张某从事外卖配送的重要生产资料。此外，《承揽合作协议》中“未经甲公司同意，张某不得同时与其他单位建立合作关系”的排他性约定，导致张某从事甲公司获取的报酬成为其主要生活来源，张某事实上成为甲公司的全职骑手。因此，张某与甲公司之间具有相当经济从属性。综上，甲公司与张某之间存在事实劳动关系。

三、网络平台用工模式下劳动者的工伤认定

《工伤保险条例》第十四条第（二）项规定，工作时间前后在工作场所内，从事与工作有关的预备性或者收尾性工作受到事故伤害的，应当认定为工伤。在网络平台用工劳动关系中，“工作时间”应延伸至劳动者从事与工作有关的预备性或收尾性工作的时间以及因工作需要加班、必要工间休息的时间等；“工作场所”除包括劳动者完成本职工作所涉及的范围外，还应根据劳动者工作性质、职责、需要等综合认定；“与工作有关的预备性工作”应根据行业特殊性，结合工作实际情况进行合理把握，把有证据证明的关联度高的情形纳入工伤保护范围。

本案中，张某是外卖配送员，工作时间弹性、灵活，日常工作工具是电动车。张某在正式接单开始工作前为电动车充电的行为，应认定为“从事与工作有关的预备性工作”。同时，根据生活经验，电动车充电通常需要持续一段时间，张某为电动车充电持续到事发当日6时，属于“工作时间前后”合理范围。此外，由于外卖配送工作的特殊性，张某的住所作为其从事与工作有关的预备性工作的合理区域，应认定为“工作场所”的延伸。

综上所述，网络平台用工模式下，对于平台企业与劳动者之间法律关系的审查，应运用“穿透式”思维，以用事实为依据，查明当事人的真实意思，探求真实法律关系。在适用《工伤保险条例》进行工伤认定时，对“工作时间”“工作场所”及“与工作有关的预备性工作”的认定，应充分结合网络平台用工的行业特点、工作实际进行综合考量。

（作者单位：北京市通州区人民法院）

刑事诉讼中人工智能证据的不可解释性困境及其化解路径

◇ 石巍 陈渝欣



随着科技的飞速发展，人工智能证据正逐步融入刑事司法领域。我国公安、检察及审判机关已积极投身智能化转型实践，智慧公安、智慧检务、智能审判等模式标志着科技司法改革的显著成就。人工智能驱动下的刑事证据变革已成为前瞻性热点。“人脸识别证据”“智能轨迹分析证据”“自动驾驶睡眠检测证据”“算法证据”及“区块链证据”等新兴证据在刑事证明中日益活跃。然而，这些新型证据能否被正式纳入刑事诉讼证据体系并获采纳，是当前司法实践中面临的关键挑战。

一、人工智能的不可解释性困境

在现实的刑事司法活动中，人工智能证据的应用面临着一系列复杂的障碍，这些障碍主要体现在概念界定模糊、未被纳入法定证据范畴、潜在的人权侵害风险以及可靠性争议等。其中，可靠性问题尤为突出。然而，针对人工智能证据可靠性的探讨，尽管看似直击要害，却也在一定程度上模糊了问题的核心焦点，这主要基于以下两点考量：首先，人工智能证据的可靠性并不必然低于传统证据形式。以人脸识别技术为例，其准确率已超越人类水平，在犯罪嫌疑人身份辨识上展现出更优的性能。其次，理论上任何证据都存在被推翻或修正的可能性，曾一度被奉为主臬的鉴定意见也可能出错。能被证伪是证据科学性的体现。可见，可靠性缺失并非制约人工智

能证据发展的核心障碍。其根本挑战在于算法黑箱现象的存在导致我们难以对人工智能证据进行有效审查与验证。在深度学习驱动的人脸识别系统中，人脸特征提取与表达依赖模型自主学习大量样本数据，减少了对人工模型和规则的依赖，展现出高度自主性，并能自我调整以适应多样数据。深度学习人脸识别结果更难以预测和理解，不仅法官和被告人难以洞悉其识别流程，就连系统操作员和开发者也难以精确解析和阐述。由于知识上的不确定性，导致人工智能证据的可信度存疑。因此，问题的关键在于如何突破人工智能证据的不可解释性困境并建立相对应的审查制度。

二、算法黑箱对刑事证明的负面影响

算法黑箱是指人工智能算法不公开、不透明。该特性既可能来源于商业目的下的算法保密行为，亦可能源于算法本身无法被彻底解释的属性。决策过程不清晰直接导致人工智能面临证据缺失、质证难题和信任危机这三大环环相扣、呈阶梯式递进的障碍。

首先，对人工智能证据的采纳往往缺乏充分论证，对刑事证明中的证明标准构成挑战。算法的不透明性（即算法黑箱）导致机器虽能得出结论，却无法说明推理路径，从而使裁判者难以详尽阐述证据认定过程及理由，实质上难以达到“证据确实、充分”的证明标准。人脸识别系统一般以似然比的形式展示最终的识别结果，而其对于图像数据的分析、学习、决策等过程就被无法理解的黑箱“笼罩”。此缺陷使得人工智能证据显得突兀，有被异化为公诉机关定罪工具的风险。

其次，辩方在人工智能证据质证方面遭受机会与能力双重缺失，话语权被削弱。质证权是国家保障公民的基本义务，在刑事诉讼中体现为被告人对控方证据进行反驳与质疑的权利，其关乎发现真相与人权保障的双重价值。质证的前提是辩方清晰了解控诉内容、证据及其逻辑链条。在人工智能证据的情境下，辩方难以获取证据全貌，面临逻辑链条断裂，陷入“无证可质”的困境，严重阻碍其庭审话语权实现，违背了“平等武装”原则。

最后，人工智能证据在论证逻辑上的断裂及辩方质证权受限，直接引发了裁判公信力的危机。当人工智能结论作为定罪量刑证据时，“算法黑箱”导致实体论证不足与程序正当性受损并存。一方面，论证缺失损害实体公正；另一方面，质证权受限削弱程序正当性基础。面对实体与程序均有瑕疵且关乎被告人基本权利的裁判，公众难免产生疑虑与不信任。

三、算法黑箱在刑事证明中的化解路径

人工智能证据的科学性与其不透明性之间存在着显著张力。问题的核心在于构建目标明确的审查框架，确保相关各方能了解、质疑乃至推翻机器生成的结论，而非追求对人工智能证据的绝对准确性，此属技术范畴，非司法职责所在。

首先，提高证据生成机制的透明度，以保证审查效能。尽管人工智能证据的证明路径必然会存在一段“盲区”，但对于可能被理解的部分，应积极提高其透明度，并据此建立相应审查制度，具体措施包括：一是促进原始数据资料