

受贿犯罪的保护法益

张明楷*

内容提要：刑法第388条、第388条之一将“为请托人谋取不正当利益”规定为斡旋受贿、利用影响力受贿罪的构成要件要素，所以，认为斡旋受贿、利用影响力受贿罪的保护法益包括职务行为的公正性，具有明显的合理性。但是，不能据此认为，普通受贿的保护法益也是职务行为的公正性。换言之，职务行为的公正性不是所有受贿犯罪共同的保护法益。在刑法分则规定了不同类型受贿犯罪的情况下，应当根据宪法的规定、刑法条文表述的构成要件内容以及受贿犯罪与相关犯罪的关系，分别阐释普通受贿、斡旋受贿与利用影响力受贿罪的保护法益。普通受贿的保护法益是职务行为的不可收买性；加重的普通受贿的保护法益则可能还包括职务行为的公正性；斡旋受贿的保护法益是被斡旋的国家工作人员职务行为的公正性，以及国家工作人员的职权或地位所形成的便利条件的不可收买性；利用影响力受贿罪的保护法益是国家工作人员职务行为的公正性，以及国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖。

关键词：受贿犯罪 保护法益 职务行为的公正性 职务行为的不可收买性

一、学说演变与问题意识

准确理解受贿罪的保护法益，对受贿罪的认定具有重要指导意义。^{〔1〕}1979年刑法第185条第1款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，处五年以下有期徒刑或者拘役。赃款、赃物没收，公款、公物退还。”第2款规定：“犯前款罪，致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑。”不管人们如何认识第1款规定的保护法益，但可以肯定的是，由于国家或者公民利益遭受严重损失是不公正的职务行为造成的，所以第2款的规定至少包含对职务行为公正性的保护。遗憾的是，由于各方面的局限性（如对国外的学说状况不了解，没有掌握确定保护法益的方法等），刑法学界在关于受贿罪

* 清华大学法学院教授。

本文是国家社会科学基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”（16ZDA060）的阶段性成果。

〔1〕 参见张明楷：《刑法学》下，法律出版社2016年版，第1201页。

保护法益的讨论方面，走了一段弯路。

最早的观点只是将受贿罪的保护法益简单地表述为“国家机关的正常活动”。〔2〕这种“正常活动说”虽然在较长时间内是一种通说，但它没有说明“国家机关的正常活动”的具体内容，这使得受贿罪的保护法益过于抽象，也不能反映受贿罪的罪质特征；事实上它也不可能指导对受贿罪构成要件的解释。所以，现在的刑法理论完全放弃了这种学说。1987年，郝力挥、刘杰提出：“受贿罪的直接客体就是国家工作人员职务行为的廉洁性，而严惩国家工作人员职务行为上的贪婪，也就是国家设置受贿罪的宗旨所在。”〔3〕这种“廉洁性说”展现出受贿罪的“钱权交易”特征，与正常活动说相比，是一种学术上的进步。但是，刑法理论并没有立即接受廉洁性说。在此后的一段时间内，不少学者仍然只是对正常活动说进行修补。例如，有学者指出，受贿罪的客体不仅包括国家机关、企业、事业单位、军队、团体的正常活动，而且包括公私财产所有权。理由是：无论是民主革命时期的立法，还是建国后公布的惩治贪污条例、农业税暂行条例等法规、法令，一直将受贿罪视为贪污罪的一种表现形式；1982年全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》又把受贿与走私、投机倒把、套汇、盗窃等严重经济犯罪并列规定，而且明确规定要比照贪污罪论处。这些都表明受贿罪是一种与财产有关的犯罪，具有侵犯公私财产所有权的一面。大量的案件材料也表明，受贿罪确实严重侵犯着公私财产的所有权。〔4〕然而，这一观点的结论并不符合受贿罪的本质。一方面，在通常情况下，受贿罪并没有侵害行贿人的财产，或者说行贿人并不都是受贿罪的被害人。〔5〕另一方面，受贿人既可能为他人谋取正当利益，也可能为他人谋取不正当利益，而后者不仅仅表现为对公私财产所有权的侵害。所以，将公私财产所有权纳入受贿罪的保护法益，缺乏正当理由。

从上世纪90年代开始，廉洁性说逐渐得到学者们的支持。到90年代中期，廉洁性说基本成为刑法理论的通说。

如所周知，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（Unentgeltlichkeit der Amtshandlung）。根据这一立场，不管公务员实施的职务行为是否正当合法，只要他要求、约定或者收受与职务行为有关的不正当报酬，就构成受贿罪（不可收买性说）。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（Reinheit der Amtshandlung）或公正性、职务行为的不可侵犯性。根据这一立场，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，才构成贿赂罪（公正性说或纯洁性说、纯粹性说）。〔6〕在德国、日本的学说被引介到我国之后，一些学者（包括笔者在内）在讨论受贿罪的保护法益时，自觉或者不自觉地在这两种学说中进行选择。

尽管廉洁性说占通说地位，但笔者选择了不可收买性说。其一，廉洁性说中的“廉洁”本身的含义不明确，学者也没有给予具体说明。廉洁性说也不能说明受贿罪与贪污罪、挪

〔2〕 参见高铭喧主编：《刑法学》，法律出版社1982年版，第562页。

〔3〕 郝力挥、刘杰：《对受贿罪客体的再认识》，《法学研究》1987年第6期，第55页。

〔4〕 参见刘白笔、刘用生：《经济刑法学》，群众出版社1989年版，第504页。

〔5〕 根据刑法第389条第3款的规定，只有当“行贿人”因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益时，才可能成为被害人。

〔6〕 参见大塚仁『刑法各論（下卷）』青林書院新社1968年678頁。

用公款罪的本质区别。其二，廉洁性说中的“廉洁”究竟是公务人员本身的廉洁还是职务行为的廉洁，也并不明确。事实上，职务行为只有公正、适法与否的问题，国家工作人员本身才存在是否廉洁的问题。然而，倘若将国家工作人员本身的廉洁性作为受贿罪的保护法益，就意味着国家工作人员所有的收受财物、接受馈赠的行为均成立受贿罪，但事实上并非如此。其三，廉洁性说究竟是以不可收买性说为立场，还是以纯洁性（公正性）说为立场，仍然是不明确的问题。^{〔7〕}

有人针对笔者的上述批评指出：“这种批评对廉洁性说并不是致命的，因为廉洁性说完全可以进一步阐释来表明其立场，而且一般来说，廉洁的本质含义就是‘在金钱方面没有欺诈或者欺骗行为的’、‘不损公肥私、不贪污’，所以职务行为的廉洁性，从其字面含义来理解，应当是兼有职务行为的不可收买性和职务行为的公正性。”^{〔8〕}然而，这一回应仍然不能说明受贿罪与贪污等罪的本质区别。而且，更为重要的是，职务行为的不可收买性与公正性是两种不同的法益，有的受贿行为侵害了职务行为的不可收买性，却没有侵害职务行为的公正性，反之亦然。如果要求受贿罪的成立以同时侵害职务行为的不可收买性与公正性为前提，就不当缩小了处罚范围，明显不现实。

但是，不能不承认的是，笔者主张的不可收买性说只是以刑法关于普通受贿的规定为依据。然而，受贿犯罪除了普通受贿（刑法第385条）之外，还有斡旋受贿（刑法第388条）、利用影响力受贿罪（刑法第388条之一）以及单位受贿罪（刑法第387条）。刑法第388条虽然规定对斡旋受贿行为以受贿罪论处，但斡旋受贿与普通受贿的构成要件存在明显区别。最为明显的是，普通受贿的构成要件要素之一是“为他人谋取利益”，而斡旋受贿中与之对应的构成要件要素是“为请托人谋取不正当利益”。正因为如此，近年来有不少学者主张，受贿犯罪的保护法益是职务行为的公正性。例如，黎宏指出，“刑法第388条的存在，对受贿犯罪保护法益的传统理解形成了挑战。”“和廉洁性说和不可收买性说相比，职务行为公正性说更能准确说明我国刑法中受贿犯罪的性质。按照公正性说，将授受贿赂的行为规定为犯罪的目的在于，防止在职务行为与贿赂之间建立对价关系，使得职务行为被不公正地实施。而贿赂犯罪所处罚的对象，正是授受贿赂这种行为所引起的对职务行为公正性的侵害及其危险。”^{〔9〕}概言之，黎宏着眼于刑法第388条关于斡旋受贿中“为请托人谋取不正当利益”的规定，主张受贿犯罪的保护法益是职务行为的公正性。亦即，不管是普通受贿，还是斡旋受贿与利用影响力受贿罪，其保护法益均为职务行为的公正性。^{〔10〕}

可以肯定的是，认为斡旋受贿的保护法益包括职务行为的公正性，具有明显的合理性。这是因为，刑法第388条将“为请托人谋取不正当利益”规定为斡旋受贿的构成要件要素。同样，如后所述，认为利用影响力受贿罪的保护法益包括职务行为的公正性，也具有妥当性。但问题是，能否据此认为所有受贿犯罪的保护法益都是职务行为的公正性？此外，斡旋受贿与利用影响力受贿罪的保护法益是否只有职务行为的公正性？这都是需要进一步讨

〔7〕 参见张明楷：《法益初论》，中国政法大学出版社2003年版，第625页。

〔8〕 吕天奇：《贿赂罪的理论与实践》，光明日报出版社2007年版，第120页。

〔9〕 黎宏：《受贿犯罪保护法益与刑法第388条的解释》，《法学研究》2017年第1期，第67页，第71页。

〔10〕 参见郑泽善：《受贿罪的保护法益及贿赂之范围》，《兰州学刊》2011年第12期，第61页以下；李邦友、黄悦：《受贿罪法益新论——以“为他人谋取利益”为切入点》，《武汉理工大学学报（社会科学版）》2013年第2期，第274页以下。

论的问题。

普通受贿的行为主体必须是国家工作人员，并以“为他人谋取利益”为要件；显然，这一要求不同于斡旋受贿所要求的“为请托人谋取不正当利益”。利用影响力受贿罪虽然也要求“通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益”，但行为主体并不是国家工作人员。由此看来，我们既不能因为普通受贿中为他人谋取合法、正当利益的也构成犯罪，就否认斡旋受贿与利用影响力受贿罪具有侵犯职务行为公正性的本质；也不能因为斡旋受贿与利用影响力受贿罪具有侵犯职务行为公正性的本质，就认为普通受贿的本质也只能是侵犯职务行为的公正性。从方法论上说，在刑法规定了多种不同类型受贿犯罪的立法体例之下，需要根据刑法的规定分别探讨不同类型受贿犯罪的本质。

总之，在刑法增设了斡旋受贿与利用影响力受贿罪之后，刑法理论上仍是针对普通受贿讨论保护法益问题，而没有思考各种学说相对于何种类型的受贿犯罪具有合理性。即使是主张受贿罪的保护法益是国家工作人员职务行为廉洁性的观点，也忽视了刑法规定的利用影响力受贿罪的行为主体并非国家工作人员这一事实。^[11] 如果套用廉洁性说，就意味着利用影响力受贿罪的保护法益是“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，以及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的职务行为的廉洁性”。可是，要求这些人员具有廉洁性的根据何在？这些人员的职务行为何在？显然，近年来关于受贿犯罪保护法益的表述与讨论一直存在以偏概全的现象。

本文的基本观点是，应当根据刑法的不同规定，分别阐释普通受贿、斡旋受贿与利用影响力受贿罪的保护法益。^[12]

二、普通受贿的保护法益

如前所述，笔者主张受贿罪的保护法益是职务行为的不可收买性，是就普通受贿而言的。以往对此有较为详细的论证，^[13] 故在此仅对公正性说进行评论，同时就国内外刑法学者针对不可收买性说的批评做些回应。^[14]

（一）公正性说的缺陷

公正性说虽然一直是一种有力的学说，但相对于我国刑法关于普通受贿的规定而言，仍然存在诸多难以说明的问题。

1. 公正性说与滥用职权罪的处罚不协调

可以肯定的是，如果认为普通受贿的保护法益是职务行为的公正性，就意味着普通受

[11] 例如，持廉洁性说的观点认为，利用影响力受贿罪的客体是国家工作人员的职务廉洁性（参见高铭暄、马克昌主编：《刑法学》，北京大学出版社、高等教育出版社2017年版，第633页）。这一表述与对普通受贿的客体的表述完全相同。

[12] 本文所称受贿犯罪是指普通受贿、斡旋受贿与利用影响力受贿罪。刑法虽然还规定了单位受贿罪与非国家工作人员受贿罪，但在本文看来，有关普通受贿保护法益的观点可以适用于单位受贿罪与非国家工作人员受贿罪，只是具体表述需要与各罪的行为主体相协调。

[13] 参见前引〔7〕，张明楷书，第627页以下。

[14] 本节所称受贿罪均为普通受贿，不包括斡旋受贿与利用影响力受贿罪，也不包括加重的普通受贿（另有说明的除外）。

贿不是实害犯，而是危险犯，并且是抽象危险犯。^[15]这是因为，普通受贿中的“为他人谋取利益”包括收受财物为他人谋取合法、正当的利益，但这种行为并没有给职务行为的公正性造成任何实害。基于同样的理由，在国家工作人员客观上为他人谋取了合法、正当利益的情况下，就可以否认具有侵害职务行为公正性的具体危险。因此，只有认为普通受贿是抽象危险犯，才有可能维持公正性说。

与普通受贿形成对照的是，滥用职权罪不仅侵害了职务行为的公正性，而且造成了严重后果。而且，滥用职权罪的职务行为表现为明显的不公正，而公正性说所称的受贿罪中职务行为的不公正则对不公正没有任何程度要求。因此，就对职务行为公正性的侵犯而言，滥用职权罪的不法程度明显高于普通受贿。可是，不管是在日本还是在我国，滥用职权罪的法定刑均明显轻于普通受贿。公正性说无法说明的是，为什么对公正性造成严重实害的滥用职权罪处罚较轻，而对公正性仅造成轻微抽象危险的普通受贿反而处罚更重？

或许有人认为，普通受贿的一般预防必要性大，滥用职权罪的一般预防必要性小，所以形成了这种局面。可是，法定刑的根据首先是有责的不法程度，一般预防必要性的大小只能对法定刑的确定起辅助作用。如果有责的不法程度较低（如非法侵入住宅罪、侵犯通信自由罪、侵犯公民个人信息罪等），不管一般预防的必要性多大，都不应当规定较重的刑罚。

2. 公正性说与罪数的认定不协调

“为他人谋取利益”虽然是普通受贿的构成要件要素，但由于这一要素只需要表现为承诺即可，^[16]所以，如果为他人谋取利益的行为构成其他犯罪，就必须数罪并罚。例如，最高人民法院、最高人民检察院2012年《关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》第3条规定：“国家机关工作人员实施渎职犯罪并收受贿赂，同时构成受贿罪的，除刑法另有规定外，以渎职犯罪和受贿罪数罪并罚。”最高人民法院、最高人民检察院2016年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第17条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。”显而易见，既然为他人谋取利益的行为构成犯罪的，除刑法另有规定以外应当数罪并罚，就意味着对于普通受贿的保护法益不可能采取公正性说。这是因为，如果采取公正性说，对于侵害公正性的职务行为与结果，就必须评价到受贿罪的不法之中，而不可能另行定罪。只有当侵害公正性的职务行为与结果不属于受贿罪的不法内容时，才有可能数罪并罚，否则就违反了禁止重复评价原则。相反，如果采取不可收买性说，对上述行为实行数罪并罚就不会导致重复评价。这是因为，国家工作人员对职务行为公正性的侵犯，就是对受贿罪保护法益之外另一法益的侵犯，因而可以数罪并罚。

3. 公正性说与受贿数额、量刑情节的规定不协调

首先，按照公正性说，受贿罪的法定刑应当取决于国家工作人员对职务行为公正性的

[15] 参见中森喜彦『刑法各論』有斐閣2016年4版306頁；曾根威彦『刑法の重要問題（各論）』成文堂2006年2版380頁；齊藤信治「賄賂罪の保護法益——信賴保護説の妥当性（二）」法学新報96卷3.4号（1990）59頁；北野通世「収賄罪の一考察」刑法雜誌28卷3号（1987）415頁。

[16] 参见最高人民法院、最高人民检察院2016年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第13条。

侵害与威胁程度，而不可能取决于受贿数额。这是因为，受贿数额与对职务行为公正性的侵害或者威胁并不成正比关系。事实上，有的国家工作人员收受贿赂的数额特别巨大，却没有违反职务的行为，而是客观公正地履行了职责。如果采取公正性说，对这种情形只能科处较轻的刑罚，但刑法第 383 条的规定并非如此。

反过来说，刑法第 383 条之所以将受贿数额与法定刑直接挂钩，就是因为受贿数额直接与职务行为的不可收买性成正比关系。职务行为原本就不能出卖，受贿数额越多，就意味着将职务行为出卖的越昂贵，对职务行为不可收买性的侵害越严重。

其次，如果说受贿罪的保护法益是职务行为的公正性，就没有理由对索取贿赂的从重处罚。这是因为，没有根据表明，与收受贿赂相比，索取贿赂更为严重地侵害了职务行为的公正性。事实上，有的国家工作人员是基于正当职务行为索取财物；反之，有的国家工作人员因为收受了财物而实施不公正的职务行为，为他人谋取了不正当利益。

对索贿行为从重处罚，正好说明职务行为的不可收买性是受贿罪的保护法益。也正因为如此，刑法第 385 条没有将“为他人谋取利益”规定为索贿的构成要件要素。如果说收受贿赂相当于普通交易，那么索取贿赂时就是强迫交易。或者说，收受贿赂时，是行受贿双方自愿收买与出卖；而索取贿赂时，是国家工作人员强行出卖，对方被迫收买。所以，就对职务行为不可收买性的侵害而言，索取行为比收受行为更为严重，理当从重处罚。

4. 公正性说与利用正当职务行为索取、收受财物构成受贿罪的处理不协调

如前所述，如果认为受贿罪的保护法益是职务行为的公正性，那么受贿罪就是抽象危险犯。一般来说，抽象危险犯中的危险是刑法拟制的危险，不需要司法工作人员进行具体判断。尽管如此，如果确实不存在任何抽象的危险，就不得认定为犯罪。例如，日本刑法第 108 条规定的对现住建筑物等放火罪就是抽象危险犯，即只要是对现在有人居住或者现在有人在内的建筑物等放火的就成立本罪；即使现在有人居住的建筑物中事实上没有人，只要存在抽象危险，就应适用第 108 条的规定处罚。“但是，引起（1）公共危险和（2）对建筑物内部的人的危险，毕竟是本罪的处罚根据，所以，如果完全不具有（1）和（2）中的任何一项危险，就应否认本罪的成立。”〔17〕换言之，既然抽象危险是某个犯罪的处罚根据，那么，当行为确实不存在抽象危险时，就应当否认行为的构成要件符合性与违法性。

公正性说的逻辑结论是，如果国家工作人员确实客观公正地履行了职务，就不成立受贿罪，但这一结论难以成立。如上所述，刑法第 385 条规定的索贿犯罪并没有要求国家工作人员为他人谋取利益。据此，在他人有求于国家工作人员的正当职务行为时，即使国家工作人员公正地行使职权，但只要借此机会向他人索取财物，就成立受贿罪。在这种情况下，并不存在对职务行为公正性的侵害与危险。黎宏指出：“在索贿的场合，刑法不要求行为人为他人谋取利益。这是因为，国家工作人员利用职务之便向他人索取贿赂，无异于借职务之便敲诈勒索，无论如何，这都是对职务行为公正性的侵害。”〔18〕诚然，索取贿赂的确无异于借职务行为敲诈勒索，可是，无论如何，也不能据此得出结论认为这是对职务行为公正性的侵害。例如，某重点高校在 H 省招收 30 名理科考生，A 考生在理科考生中排名第

〔17〕山口厚『刑法各論』有斐閣 2010 年 2 版 377 頁。另參見內田文昭『刑法各論』青林書院新社 1996 年 3 版 442 頁；曾根威彥『刑法各論』弘文堂 2012 年 5 版 215 頁；前引〔15〕，中森喜彥書，第 185 頁。

〔18〕前引〔9〕，黎宏文，第 71 頁。

三,可以任选该高校的任何专业,但A考生填报的是该高校录取分数线较低的专业。A考生的家长不了解情况,希望招生人员满足A考生的要求。招生人员乘机向A考生的家长索要5万元现金,从而满足了A考生的要求。可以肯定的是,招生人员的行为构成受贿罪,但无论如何都不能认为,招生人员满足A考生要求的职务行为侵害了职务行为的公正性。不仅如此,招生人员的索贿行为也不存在对职务行为公正性的威胁。按照公正性说,招生人员的索贿行为不构成受贿罪,这显然不合适。

山口厚指出:“即使职务行为本身是合法的,就该职务行为授受贿赂的依然成立贿赂罪。这是因为,由此产生了‘职务行为被置于贿赂的影响之下的危险’,‘产生了履行职务时不当行使裁量权的危险’。因此,应当在包含履行职务时适当行使裁量权的意义上理解‘职务的公正’。受贿罪就是在这个意义上理解的对‘职务的公正’的危险犯。”^[19]但是,职务行为被置于贿赂的影响之下,并不意味着当然对职务行为的公正性产生危险。山口厚所称的危险只不过是一种拟制的危险,^[20]而且这一拟制的危险不是刑法拟制的,而是持公正性说的学者自己拟制的。事实上,在许多案件中,国家工作人员是利用正当职务行为索取、收受贿赂。这是因为,在许多场合,国家工作人员的裁量权很小甚至没有裁量权,只能按照规章制度履行职务。或许有人认为,实施正当职务行为的国家工作人员向他人索要财物本身就是不公正的。可是,这种不公正的表现并不是其职务行为不公正,而是其将公正的职务行为出卖给他人,实际侵害的是职务行为的不可收买性。

此外,根据公正性说,“就贿赂实施了收受等行为的公务员,并没有实施与贿赂处于对价关系的职务行为的意思时,应认为不成立受贿罪。这是因为,在公务员不存在实施职务行为的意思时,就不存在将职务行为置于贿赂的影响之下的危险,因而也就缺乏肯定受贿罪成立的实质根据。”^[21]姑且不论这种观点会导致证明上的极大困难,单纯从实体上说,就存在诸多难以解决的问题。例如,如果在请托人主动行贿的情况下,公务员及其家属只是单纯接收,且不符合诈骗罪构成要件的,就只能以无罪论处。这样的处理无疑为收受贿赂犯罪提供了避风港,会助长公务员收受贿赂。再如,公务员收受财物时没有实施职务行为的意思,但后来又产生了该意思乃至客观上实施了不公正的职务行为的,应当如何处理?倘若不认定为受贿罪,恐怕不合适;如若认定为受贿罪,恐怕难以符合责任与行为同时存在的原则。^[22]

5. 公正性说与对事后受财的处理不协调

如果采取公正性说,对事后受财行为就不能以受贿罪论处。正因为如此,黎宏明确指出:“在我国,事后收受他人财物并不构成受贿罪,除非行为人事先和他人有约定。”^[23]但是,这样的主张存在疑问。在我国的司法实践中,对于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益,不管利益正当与否,事后索取、收受该职务行为的不正当报酬的(事后受

[19] 前引[17],山口厚书,第612页。

[20] 参见高橋則夫『刑法各論』成文堂2011年655頁。

[21] 前引[17],山口厚书,第612頁。另参见林幹人『刑法各論』東京大学出版会2007年2版442頁;前引[15],中森喜彦书,第311頁。

[22] 反过来,如果公务员收受财物时具有实施职务行为的意思,但又立即打消了实施职务行为的念头的,应当如何处理,也会存在疑问。

[23] 前引[9],黎宏文,第70頁。

财)，也以受贿罪论处。这是因为：（1）收受财物是事前还是事后，并不影响行为的性质。正如日本学者在解释日本刑法中的单纯受贿罪的构成要件时所说：“所谓‘收受’，是指接受贿赂……不问收受的时间是在职务执行之前还是之后”。〔24〕所以，事前有约定的事后受财与事前没有约定的事后受财只是形式不同，没有实质区别。从财物的性质看，二者都是国家工作人员职务行为的不正当报酬，财物与职务行为形成了对价关系。从实质上看，有约定，也只是说明行为人就自己的职务行为约定、收受不正当利益，当然侵犯了职务行为的无（不正当）报酬性；没有约定，但事后明知他人提供的财物是对自己以前职务行为的不正当报酬时，该财物仍然是职务行为的不正当报酬，同样侵犯了职务行为的不可收买性。不仅如此，在事前受财时，国家工作人员可能只是许诺利用职务为他人谋取利益；而在事后受财时，国家工作人员客观上已经利用职务为他人谋取了利益。应当认为，后者的权钱交换性质更为明显。如果将前者论以犯罪，却不将后者论以犯罪，则难以为国民所接受。（2）只要国家工作人员认识到他人交付的财物是对自己以前职务行为的不正当报酬，就表明其具备受贿罪的故意。（3）从受贿罪的内部协调来考虑，也应肯定事后受财行为成立受贿罪。首先，索取贿赂与收受贿赂除了是否要求为他人谋取利益之外，没有实质区别。国家工作人员事前利用职务上的便利为他人谋取利益，事后索取他人财物的，无疑成立受贿罪。既然如此，国家工作人员事前利用职务上的便利为他人谋取利益，事后收受财物的，也应当认定为受贿罪。其次，事后受财包括两种情形：事前违法实施职务行为的事后受财与事前实施正当职务行为的事后受财。由于为他人谋取利益不限于谋取非法利益，所以对二者的定罪应当完全一致，即如果认为事前实施正当职务行为的事后受财不成立受贿罪，那么事前违法实施职务行为的事后受财也不成立受贿罪。但是，如果对事前违法实施职务行为，事后收受作为该职务行为不正当报酬的财物的行为不认定为受贿罪，则明显不当缩小了受贿罪的处罚范围。换言之，既然事前违法实施职务行为的事后受财成立受贿罪，那么，事前实施正当职务行为的事后受财也应构成受贿罪，否则会导致处罚上的不协调。（4）如果否认事后受财行为构成受贿罪，就给受贿罪犯提供了逃避刑法制裁的途径。亦即，只要事前不约定，事后收受财物的都不成立受贿罪。这恐怕难以被人接受。

在日本，公务员在公正地完成职务行为后收受贿赂的当然成立受贿罪，对此没有任何争议，于是公正性说面临着对此如何解释的问题。一种解释是，在事后受财的场合，公务员在事前的职务行为中期待事后收受贿赂，从而影响了事前职务行为的公正性。例如，山口厚指出：“在这种场合，处罚的根据在于，在实施职务行为之前所能认定的‘已想定的贿赂对职务行为的影响’（因为期待贿赂，而在实施职务行为时不适当地行使裁量权）。事后收受贿赂的行为，在事后确证了这种‘影响’的存在。”〔25〕但是，这只是为了维护公正性说而作的一种推定。其一，不能肯定行贿人都是由于国家工作人员不适当地行使裁量权，才在事后给予国家工作人员以财物。换言之，行贿人完全可能出于感谢、感激之情而给予财物，而这种财物正是国家工作人员正当职务行为的不正当报酬。其二，更不能证明，在事后受财的场合，国家工作人员在事前行使职权的过程中就期待相对方给予贿赂。即使可

〔24〕 大塚仁『刑法概説（各論）』有斐閣 2005 年 3 版増補版 635 頁。这也是日本刑法理论通说与判例的一贯主张。

〔25〕 前引〔17〕，山口厚书，第 612 页。

能存在这种推定，这种推定也完全可能被客观事实推翻。其三，即使国家工作人员在正当行使职务行为时，根本没有期待相对方事后会给予财物，事后受财行为也成立受贿罪。例如，重点大学的研究生招生办公室人员按考生成绩与相关规定正常录取了考生，该工作人员根本不认识考生及其家长，但几个月后接受考生家长的酬谢款的，也成立受贿罪。^[26]

另一种解释是，在事后受财的场合，“即使是对方针对过去的职务行为提供了利益，但几乎在所有的场合，都可能对将来的职务公正产生危险。”^[27]这样的解释同样存在疑问。首先，可以肯定的是，贿赂是职务行为的不正当报酬，所以贿赂必须与职务行为具有关联性。那么，在事后受财的场合，贿赂是与事前的职务行为具有关联性，还是与将来的职务行为具有关联性？显然只能是前者。既然如此，就只能针对过去已经实施的职务行为来判断其公正性是否受到了影响。其次，所谓事后受财对将来职务行为公正性的危险只是一种推测，这种推测不能成为认定职务行为公正性遭受危险的根据。论者的“几乎在所有的场合”的表述，事实上也肯定了例外情形的存在。而且，所谓将来职务行为的公正性，是指国家工作人员将来所有职务行为的公正性，还是与行贿人相关的职务行为的公正性？如果是前者，我们也不可能得出结论说：凡是实施过一次受贿行为的国家工作人员，其以后的职务行为都不可能公正。如果是后者，倘若行贿人再也不向国家工作人员请托相关事项，或者国家工作人员转职后不可能再为行贿人谋取利益时，应当如何解释？

如上所述，黎宏原则上否认事后受财行为构成受贿罪，但他同时认为，“根据特定因素能够推定行为人在履行职务时，具有事后收受职务行为对价的心理期待或者内心联想时，即便没有事先约定，也能认定事后受财行为是受贿。因为，行为人在履行职务时所具有的事后收受职务行为对价的预期或者心理联想，会从正面对行为人的履职行为产生影响，从而出现将‘职务行为置于财物影响之下的危险’。”^[28]可是，“事后收受职务行为对价的心理期待或者内心联想”这一判断标准，必然导致刑法适用的不安定。例如，根据这一观点，如果对方是重情重义之人，所处行业又存在潜规则，就能推断国家工作人员具有从对方身上获取职务行为对价的期待。但这样的推断恐怕缺乏任何明确的客观标准，必然造成受贿罪认定的恣意，难以被人接受。另一方面，这一判断标准实际上使事后受财行为均能成立受贿罪，既然如此，不如直接肯定受贿罪的保护法益是职务行为的不可收买性。

6. 公正性说与刑法的文理解释不协调

刑法第385条关于普通受贿表述的是“为他人谋取利益”，而第388条关于斡旋受贿以及第388条之一关于利用影响力受贿罪表述的是“为请托人谋取不正当利益”。这是两种明显不同的表述。就普通受贿而言，即使国家工作人员为他人谋取的是合法、正当的利益，也不影响受贿罪的成立。既然如此，就不可能对两种表述同等看待。黎宏对上述法条的不同规定采取了“谋取（不正当）利益”的表述方式。^[29]笼统地说，认为受贿犯罪要求“为他人谋取（不正当）利益”也未尝不可。但是，在讨论受贿犯罪的保护法益时，将二者同

[26] 参见井田良『講義刑法学·各論』有斐閣2016年586頁。

[27] 前引[21]，林幹人书，第442頁。

[28] 黎宏：《受贿罪保护法益在于职务行为公正性》，《检察日报》2017年2月14日第3版。另参见黎宏：《贿赂犯罪的保护法益与事后受财行为的定性》，《中国法学》2017年第4期，第238頁以下。

[29] 参见前引[9]，黎宏文，第70頁。

等看待是不合适的。

另一方面，如果说，凡是就职务行为索取或者收受财物的国家工作人员为他人谋取利益的行为，都是不公正的或者有不公正的危险，那么，刑法第 388 条、第 388 条之一中“为请托人谋取不正当利益”的“不正当”就是多余的。反过来说，“为请托人谋取不正当利益”的表述，正好说明刑法第 385 条中的“为他人谋取利益”包含了谋取正当利益。既然刑法条文明确肯定谋取正当利益的行为也成立普通受贿，就表明普通受贿的保护法益只能是职务行为的不可收买性，而不是职务行为的公正性。

保护法益对构成要件的解释起指导作用，而法条的文字表述又对保护法益内容的确定起提示作用。换言之，解释者在确定保护法益时，必须考虑法条的文字表述，尤其是法条对客观构成要件的表述。既然法条对斡旋受贿与普通受贿的表述不同，就难以认为二者的保护法益完全相同。质言之，不能因为公正性说可以部分说明斡旋受贿的保护法益，就认为普通受贿的保护法益也是职务行为的公正性。

此外，如果说受贿罪的保护法益是职务行为的公正性，那么，受贿罪构成要件行为的重点就是对职务行为公正性的违反，而不是索取或者收受贿赂。例如，国家工作人员在对方有求于自己的正当职务行为时，因对方未给予财物而不实施正当职务行为的，即使没有索取财物，也应成立受贿罪，但刑法第 385 条的规定并非如此。

（二）不可收买性说的妥当性

日本与国内主张公正性说的学者对不可收买性说的批评只有一点，即不可收买性说只是一种形式的说明。如山口厚就指出，不可收买性说只不过是一种形式的说明，从实质上说，不可收买性最终可以归结于保护信赖说或者公正性说。^[30]黎宏也指出：“不可收买性说只是指出了处罚受贿犯罪的表象，却无法说明其原因。从一般国民感情来看，确实，国家工作人员的职务行为不可收买，但如果把问题推到极端，进一步追问‘为什么职务行为不可收买，为什么公务员不可以以权换利，将财物作为公务的对价’，最终答案也只能是可能会引起不公正的职务行为，即如果职务行为可以交易，则职务行为必然会受到交易对价的影响，从而丧失其裁量上的公正性，最终使国家工作人员成为某个行贿者或者某部分行贿者的奴仆。”^[31]在本文看来，上述批判未必妥当。

第一，不可收买性说的提出并不是基于一般国民感情，而是基于宪法的规定。宪法第 6 条规定：我国“实行各尽所能、按劳分配的原则”，“坚持按劳分配为主体、多种分配方式并存的分配制度”。第 27 条还规定：“一切国家机关和国家工作人员必须……接受人民的监督，努力为人民服务”。据此，国家工作人员不得以职务行为获得不正当报酬，或者说，国家工作人员基于职务为人民服务时，只能就其职务行为在本机关、本单位领取正当报酬，而不得从相对方获取不正当报酬。此外，公务员法第 13 条规定公务员有“获得工资报酬，享受福利、保险待遇”的权利，第 53 条禁止公务员“利用职务之便为自己或者他人谋取私利”。这些规定意味着公务员不得通过职务行为从相对方获得不正当报酬。

第二，职务行为的不可收买性本身就是值得刑法保护的重要法益。诚然，在许多情况

[30] 参见前引〔17〕，山口厚书，第 611 页。

[31] 前引〔9〕，黎宏文，第 71 页。另参见前引〔10〕，李邦友等文，第 276 页。

下，国家工作人员会因为索取、收受贿赂而实施不公正的职务行为。但是，即使国家工作人员没有实施不公正的职务行为或者实施了完全适法、公正的行为，也不得利用职务取得不正当报酬。这正是职务行为不可收买性的意义所在。所以，对职务行为公正性的保护，并不排除对职务行为不可收买性的保护。退一步说，即使保护职务行为的不可收买性是为了进一步保护职务行为的公正性，也必须将不可收买性作为独立的保护法益。

第三，倘若要追问“为什么职务行为不可收买，为什么公务员不可以以权换利，将财物作为公务的对价”，虽然一种回答可能是“职务行为可以收买的话，会影响职务行为的公正性”，但也可以回答说，公务员的职责原本是努力为人民服务，其职务行为已经获得了正当报酬，故不得再利用职务行为获得不正当报酬。事实上，在一种法益本身已经值得刑法保护的前提下，再追问保护这种法益的目的是什么，也未必合适。例如，当人们说故意杀人罪的保护法益是人的生命时，我们不会追问“保护生命是为了保护什么”，因为生命本身就是值得保护的巨大法益。

第四，不可收买性表达的是受贿罪的最基本法益，亦即只要侵害了职务行为的不可收买性，就具备受贿罪的本质。首先，依照刑法第383条、第385条的规定，索取或者收受他人财物“数额较大或者有其他较重情节的”，才成立受贿罪。所以，一方面，如果仅仅侵害或者威胁了职务行为的公正性，但没有侵害职务行为的不可收买性的，就不可能构成普通受贿，而只能成立滥用职权罪或者玩忽职守罪。另一方面，如果国家工作人员客观上根本没有收受财物，主观上没有收受财物的故意，则无论如何也不可能以“有其他较重情节”为根据认定成立受贿罪。换言之，“有其他较重情节”是以国家工作人员索取、收受他人财物为前提的，只是数额不需要达到通常的较大程度。^[32]其次，如果国家工作人员为他人谋取利益的行为侵害或者威胁了职务行为的公正性，则可能导致法定刑升格，成立加重的普通受贿（刑法第383条第1款第2、3项）。从刑法第383条的规定看，普通受贿有加重根据分为三种情形：其一是数额巨大或者特别巨大，这是对职务行为不可收买性的加重侵害；其二是情节严重或者情节特别严重等，这可谓是对职务行为公正性的侵害，但这是以对职务行为不可收买性的侵害为前提的；其三是数额与情节同时加重（数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失），这是对职务行为不可收买性与公正性的同时加重侵害。综合上述内容可以看出，普通受贿的保护法益只是职务行为的不可收买性，加重的普通受贿的保护法益则除了职务行为的不可收买性之外，还可能包括职务行为的公正性。^[33]

第五，认为不可收买性说只不过是一种形式的说明的观点，其背后的意思可能是，国家工作人员接受贿赂进行权钱交易就意味着其职务行为被收买，因此，将受贿罪的法益表述为职务行为的不可收买性，实际上只是把“国家工作人员不得进行权钱交易”又重复了一遍。然而，这样的质疑并不妥当。首先，结果本来就是对保护法益的侵害与威胁，因此结果是对法益的反面描述（反之亦然）。如果说国家工作人员接受贿赂进行权钱交易意味着职务行为被收买，这正好说明这种行为造成了职务行为被收买的结果，正好说明职务行为不可收买，职务行为的不可收买性便成为刑法所要保护的法益。其次，法益与构成要件行

[32] 参见最高人民法院、最高人民检察院2016年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第1条。

[33] 参见团藤重光『刑法綱要各論』創文社1990年3版129頁；福田平『全訂刑法各論』有斐閣2002年3版增補版46頁；前引〔24〕，大塚仁書，第627頁；前引〔26〕，井田良書，第586頁。

为具有密切关联，即构成要件行为具有侵害法益的危险性。不可收买性所表述的不是禁止规范本身，而是禁止规范所要达到的目的。“国家工作人员不得进行权钱交易”可谓是一个禁止规范，但这一规范的目的就是为了使职务行为不被收买，而禁止规范的目的就是保护法益的内容。所以，将普通受贿的法益表述为职务行为的不可收买性，并不是对禁止规范本身的简单重复。再次，对法益内容的正面表述与反面表述（使用“不”“非”等否定词）一般不会影响内容本身所具有的意义。在某些场合，正面表述与反面表述的意思相同。例如，职务行为的公正性说也被称为职务行为的不可侵犯性说，二者的含义相同。但我们不能认为，受贿行为侵犯了职务行为，所以说受贿罪的保护法益是职务行为的不可侵犯性就是同义反复。另一方面，在某些场合，由于语言的局限性，可能存在正面表述过于抽象，反面表述更为准确的现象。职务行为的不可收买性的正面表述或许是职务行为的廉洁性，但由于廉洁性的表述过于抽象（事实上，各种关于廉洁自律的规定都是采取反面表述，而不可能采取正面表述），自罗马法时代以来就基本没有采取这种正面表述，而是采取了反面表述即不可收买性。这是因为，职务行为的不可收买性就是指职务行为的无（不正当）报酬性、无对价性，对此难以甚至不可能用一个准确的正面表述来予以替代。所以，不能因为不可收买性是一个反面表述，就误以为它只是表述了一个禁止规范。

保护法益不能过于抽象与精神化，否则法益概念既不能发挥立法批判功能，也不能发挥解释指导功能。职务行为的不可收买性并不是一种抽象的法益，而是具有经验实在性的法益。如所周知，“‘法益’是从‘财产’‘财物’派生出来的概念。盗窃等罪的对象是财物，财物并不是作为物体就具有价值，而是所有者或占有者在可以使用、收益、处分它的效用中承认其价值。同样，法益意味着与人和某种事物的联系。因此，要能够说是法益，必须具有经验上可能把握的实体，而且该实体对人是有益的。可以说，法益概念在与人和事物相联系的同时，通过价值与事实的联系，给刑事立法提供价值的正当性与事实的基础。没有满足这种经验的现实性及其与人的关系性的要求的存在，不能说是刑法应当保护的法益，将其作为理由的刑事立法就不具有正当性。”^[34]与公正性相比，职务行为的不可收买性更加具有经验的实在性。因为公正与否有时缺乏具体的判断标准，而职务行为是否被收买，则有客观、明确、具体的判断标准。

到此为止，还有一个问题没有解决。公正性说认为，保护职务行为的不可收买性就是为了保护职务行为的公正性；倘若如此，职务行为的公正性就是比职务行为的不可收买性更为实质、更为重要的法益；然而，如前所述，采取公正性说不能说明受贿罪与滥用职权罪的协调关系；既然如此，不可收买性说就更不能说明受贿罪与滥用职权罪的协调关系。对此，应当如何解释？

其一，职务行为公正性的内容十分宽泛，或者说不公正的范围特别广。以评分为例，倘若给考生90分是公正的，那么给91—100分以及给0—89分都是不公正的。然而，与给0分或100分的不公正相比，给89分或91分的不公正就极为轻微，几乎可以忽略不计，亦即此时的法益侵害相当轻微。至于评分人原本想给91分以便收受贿赂，但最终仍然给了90分时，其中所谓职务行为不公正的危险，就更为微不足道。但是，当评分人利用评分职权

[34] 松原芳博「刑事立法と刑法学」ジュリスト1369号（2008）71頁。

索取或者收受考生财物时，其职务行为的不可收买性就直接受到了侵害，所产生的危害结果就重于前者。这足以说明，职务行为的不可收买性这一法益，在整体上比职务行为的公正性更为重要。

其二，如前所述，由于不可收买性是一项独立的法益，故没有理由认为，保护职务行为的不可收买性就是为了保护职务行为的公正性。退一步说，即使为了维护职务行为的公正性，也要优先保护职务行为的不可收买性。这是因为：国家工作人员职务行为的宗旨是为人民服务，由于国家工作人员实施职务行为已经取得相应报酬，不能再直接从相对人那里收受职务行为的报酬，否则就属于不正当的报酬，所以国家工作人员理所当然要合法、公正地履行职务行为；但权力总是会被滥用，没有权力的人也会期待掌握权力的人为自己滥用权力，而一旦滥用权力，将权力与其他利益相交换，权力就会带来各种利益；所以，防止权力滥用、保障公正行使权力的最起码、最基本的措施，就是防止权力与其他利益相互交换。换言之，职务行为的公正性首先取决于职务行为的不可收买性。如果职务行为可以收买，可以与财物相互交换，那么，职务行为必然只是为提供财物的人服务，从而会损害其他人的利益，进而导致公民丧失对职务行为公正性和国家机关的信赖。因此，为了保护职务行为的公正性，首先必须保证职务行为的不可收买性。正如平野龙一所言：“国家的作用即公务，必须得到公平地执行。公务大多通过裁量来执行，但这种裁量不能只是为了某个人的利益。如果为了某个人的利益而进行裁量，此外的人便在不能得到利益的意义上受到了损害。在公务员收受作为其裁量行为对价的利益，进行这种不公平的裁量时，所导致的危险就特别大。因此，规定贿赂罪就是为了禁止将公务作为利益的对价来执行。说贿赂罪的保护法益是公务的不可收买性，正是这个意思。此外，不正当执行公务可以成为加重刑罚或者扩张处罚范围的理由，但这是次要的。处罚贿赂罪的基本理由在于上述不可收买性。”^[35] 正是因为职务行为的不可收买性比公正性更为重要，受贿罪的法定刑才重于滥用职权罪的法定刑。

其三，退一步说，即使认为保护职务行为的不可收买性是为了保护职务行为的公正性，也不意味着公正性必然优于不可收买性。在刑法中，大量存在为了保护A法益（背后层）而保护B法益（阻挡层）的立法现象。例如，要保护国民的生命、身体，首先必须对弱者的生命、身体进行特殊保护，于是刑法设立遗弃罪。再如，要保护居民在住宅内部的各种利益，就必须对进入住宅的许诺权、管理权进行保护，于是刑法设立非法侵入住宅罪。这便是各国刑法中普遍存在的“阻挡层法益构造”。^[36] 但是，首先，阻挡层的保护法益并不一定轻于背后层的保护法益。例如，劫持航空器罪的设立旨在保护乘客与机组人员的生命、身体、自由，但航空器的安全本身却成了更为重要的法益，所以劫持航空器罪的法定刑重于故意杀人罪的法定刑。其次，只要有效地保护阻挡层法益，背后层法益就能得到保护。例如，倘若有效地保护了职务行为的不可收买性，职务行为的公正性就能得到保护。再次，对阻挡层法益的保护不只是保护对应的背后层法益，而是还可能保护更多的法益。例如，对住宅不受侵犯权的保护，事实上能够有效保护住宅内人员的生命、身体、自由、财产、

[35] 平野龍一『刑法概説』東京大学出版会1977年294頁。

[36] 參見和田俊憲「賄賂罪の見方」高山佳奈子=島田聡一郎編『山口厚先生献呈文集』成文堂2014年367頁以下。

名誉。同样，对职务行为不可收买性的保护可以保护职务行为的公正性，可以保护国家意志不被篡改，可以保护国民平等享受各种权利与自由，如此等等。由此可见，与职务行为的公正性相比，职务行为的不可收买性是更值得保护的法益。

总之，“‘职务的公正’本身不是贿赂罪共通的保护法益……在此意义上说，不能贯彻‘公正性说’”。^[37] 普通受贿的保护法益是国家工作人员职务行为的不可收买性（加重的普通受贿则同时保护职务行为的公正性）。由于任何受贿行为都侵害了职务行为的不可收买性，而不是只对职务行为的不可收买性产生了危险，所以普通受贿是实害犯而不是危险犯。

三、斡旋受贿的保护法益

根据刑法第388条的规定，国家工作人员利用本人职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。这在刑法理论上称为斡旋受贿。斡旋受贿不是国家工作人员就自身的职务行为索取或者收受贿赂，而是利用自身职权或者地位所形成的便利条件，就其他国家工作人员的职务行为进行斡旋，使其他国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取不正当利益，从而索取或者收受贿赂。

首先，斡旋受贿的客观行为表现为，国家工作人员（行为人）接受他人请托，使其他国家工作人员实施（包括放弃）职务上的行为，为请托人谋取不正当利益。与普通受贿相对应，只要请托的事项不正当，行为人对此有认识即可，而不要求其他国家工作人员已经为请托人谋取了不正当利益，也不要求其他国家工作人员认识到行为人索取、收受贿赂。^[38] 但是，成立斡旋受贿，要求行为人对其他国家工作人员提出为请托人谋取不正当利益的请求、约定（必须实施斡旋行为）。可以肯定的是，行为人实施斡旋行为之时或者之后，被斡旋的国家工作人员许诺、答应为请托人谋取不正当利益，行为人索取或者收受请托人财物的，即使被斡旋的国家工作人员没有实施为请托人谋取不正当利益的具体行为，斡旋受贿就已经既遂。在这种情况下，斡旋受贿行为显然已经对职务行为的公正性造成了危险，而且这种危险容易现实化为实害。可能存在争议的是，如果行为人实施了斡旋行为，但被斡旋的国家工作人员不许诺、不答应为请托人谋取不正当利益的，行为人是成立斡旋受贿的既遂犯还是未遂犯？但是，不管答案如何，都应当承认，这种情形对被斡旋的国家工作人员的职务行为的公正性造成了一定危险，只不过这一危险没有现实化为对公正性的实害。这是因为，行为人具有职权或者地位所形成的便利条件，可以影响被斡旋的国家工作人员的自由裁量权，或者说被斡旋的国家工作人员有可能按行为人的要求为请托人谋取不正当利益。由此可见，斡旋受贿的保护法益首先是职务行为的公正性。

其次，斡旋受贿中的贿赂是指斡旋行为的对价（不正当报酬），而不是被斡旋的国家工作人员的职务行为的对价。^[39] 换言之，行为人向请托人索取的财物或者收受的请托人财

[37] 松宫孝明『刑法各論講義』成文堂2016年4版490頁。

[38] 如果行为人与其他国家工作人员通谋，则应认定为普通受贿的共同犯罪。

[39] 如果认为斡旋受贿中的贿赂是其他国家工作人员职务行为的对价，就不应当将斡旋受贿的主体限定为国家工作人员。而且，这种观点会导致斡旋受贿与利用影响力受贿罪完全同一化。

物,是行为人使被斡旋的国家工作人员为请托人谋取不正当利益的行为的不正当报酬。例如,甲请国家工作人员乙向国家工作人员丙(税务工作人员)说情,为其非法减免税款,乙利用自己的职权与地位所形成的便利条件,使丙为甲减免税款。乙以此为条件事先索取、收受甲的财物的,或者以此为根据事后索取、收受甲的财物的,成立斡旋受贿。此时的财物是乙进行斡旋的报酬,而不是丙的职务行为的报酬。既然如此,就可以肯定斡旋受贿也侵害了国家工作人员(行为人)职务行为的不可收买性。

在本文看来,正是由于斡旋受贿不仅间接侵犯了被斡旋的国家工作人员的职务行为的公正性,而且直接侵害了国家工作人员(行为人)职务行为的不可收买性,才使得斡旋受贿的法定刑重于滥用职权罪,而与普通受贿相当。

问题是,如果说普通受贿的保护法益是职务行为的不可收买性这一单一法益,而斡旋受贿的保护法益是复数法益,那么,斡旋受贿的法定刑应当重于普通受贿,而不是按普通受贿的法定刑处罚。对此应如何说明?

其实,所谓斡旋受贿行为对职务行为不可收买性的侵害,只是一个粗略的表述。按照刑法的规定,这里的职务行为的不可收买性,应当具体化为职权或者地位所形成的便利条件的不可收买性。这是因为,在斡旋受贿的场合,国家工作人员(行为人)并没有出卖自己的职务行为,而只是出卖了职权或者地位所形成的便利条件。换言之,在斡旋受贿的场合,行为人只是利用本人职权或者地位所形成的便利条件,立于国家工作人员的立场进行斡旋,而不要求行为人积极地利用其职权或地位。^[40] 具体而言,行为人与被其利用的国家工作人员之间在职务上虽然没有隶属、制约关系,但行为人利用了本人职权或者地位产生的影响或一定的工作联系,如单位内不同部门的国家工作人员之间、上下级单位没有职务上隶属、制约关系的其他国家工作人员之间、有工作联系的不同单位的其他国家工作人员之间的影响关系和工作联系,就具备实施斡旋受贿行为的条件。如果国家工作人员利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权,或者利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权索取、收受贿赂的,则应直接适用刑法第385条。所以,严格地说,斡旋受贿不是直接侵害职务行为的不可收买性,而是直接侵害国家工作人员(行为人)的职权或者地位所形成的便利条件的不可收买性。而职权或地位所形成的便利条件由来自于国家工作人员的职务,或者说是职务的延伸。既然国家工作人员不能出卖职务与职务行为,当然也不能出卖由此产生的职权或地位所形成的便利条件。因此,职权或地位所形成的便利条件的不可收买性,也是值得刑法保护的法益,但这一法益的重要性低于职务行为的不可收买性。另一方面,斡旋受贿虽然侵犯了职务行为的公正性,但行为人只是“唆使”其他国家工作人员实施不正当的职务行为,而没有直接实施不正当的职务行为。换言之,在斡旋受贿中,被斡旋的国家工作人员是实施不正当职务行为的“正犯”,行为人只是“教唆犯”。^[41] 所以,斡旋受贿虽然侵犯了两种法益,但由于不可收买性的内容轻于普通受贿,对职务行为公正性的侵犯又具有间接性,故其整体上与普通受贿的不法程度相当。

与日本刑法的规定进行对比,也能说明这一点。日本刑法第197条规定的普通受贿罪

[40] 参见前引[24],大塚仁书,第641页。

[41] 参见前引[9],黎宏文,第76页以下。

(或单纯受贿罪,不以违反职务行为的公正性为前提)的法定刑为“五年以下惩役”;第197条之三第1款规定,公务员实施普通受贿行为,因而实施不正当行为,或者不实施适当行为的,处“一年以上有期惩役”;^[42]第197条之四规定:“公务员接受请托,使其他公务员在其职务上实施不正当行为,或者不实施适当行为,作为其进行或者已经进行斡旋的报酬而收受、要求或者约定贿赂的,处五年以下惩役。”普通受贿罪不以违反职务行为的公正性为前提,即使就正当职务行为收取、要求或者约定贿赂,也成立犯罪;斡旋受贿则以其他公务员实施不公正的职务行为为前提,但二者的法定刑是相同的。之所以如此,就是因为斡旋受贿的场合,行为人对职务行为不可收买性的侵害轻于普通受贿罪,而其对职务行为公正性的侵犯又具有间接性。

综上所述,斡旋受贿的保护法益是被斡旋的国家工作人员的职务行为的公正性,以及国家工作人员(行为人)的职权或地位所形成的便利条件的不可收买性。反过来说,斡旋受贿的本质是间接侵犯被斡旋的国家工作人员的职务行为的公正性,而直接侵害国家工作人员(行为人)的职权或地位所形成的便利条件的不可收买性。

四、利用影响力受贿罪的保护法益

根据刑法第388条之一的规定,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(以下简称“关系密切人”),通过该国家工作人员职务上的行为,或者利用该国家工作人员职权或者地位所形成的便利条件,通过其他国家工作人员职务上的行为,为请托人谋取不正当利益,索取请托人财物或者收受请托人财物,数额较大或者有其他较重情节的,以及离职的国家工作人员或者其他近亲属以及其他与其关系密切的人(以下简称“关系密切人”),利用该离职的国家工作人员原职权或者地位所形成的便利条件实施上述行为的,构成利用影响力受贿罪。

从法条表述的为委托人谋取不正当利益的行为主体来看,本罪可以分为两类:第一类是通过国家工作人员的职务行为为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂。具体包括四种情形:(1)与国家工作人员具有密切关系的人通过国家工作人员的职务行为,为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂;(2)与国家工作人员具有密切关系的人通过国家工作人员对其他国家工作人员的斡旋行为,为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂;(3)离职的国家工作人员利用原职权或者地位所形成的便利条件,通过其他国家工作人员的职务行为,为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂;(4)与离职的国家工作人员具有密切关系的人,利用该离职国家工作人员原职权或者地位所形成的便利条件,通过其他国家工作人员的职务行为,为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂。第二类是通过离职国家工作人员原职权或者地位所形成的便利条件,为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂。具体包括两种情形:(1)离职的国家工作人员利用自己的原职权或者地位所形成的便利条件,为请托人谋取不正当利益,索取、收受贿赂;(2)与离职的国家工作人员具有密切关系的人,通过该离职国家工作人员的原职权或者地位所形成的便利条件,为请托人谋取不

[42] 根据日本刑法第12条的规定,有期惩役的期限为“一个月以上二十年以下”。

正当利益,索取、收受贿赂。从法条表述上看,这两种类型的犯罪侵犯的法益似乎不完全相同,需要分别展开讨论。

(一) 第一类行为的保护法益

可以肯定的是,就第一类行为而言,如果国家工作人员知道关系密切人索取、收受请托人财物,仍然承诺为请托人谋取不正当利益的,国家工作人员成立受贿罪,关系密切人成立受贿罪的共犯。^[43]那么,在国家工作人员不知情的情况下,利用影响力受贿罪的保护法益是什么?为了表述的方便,下面以第一类行为的第一种情形为例予以说明。

首先,由于利用影响力受贿罪的行为主体不是国家工作人员,所以,本罪的保护法益不可能是国家工作人员及其职务行为的廉洁性。也不能认为,利用影响力受贿罪的保护法益,是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的廉洁性。因为将其作为刑法的保护法益缺乏宪法上的依据;而且,如果将其作为法益予以保护,容易导致处罚范围的宽泛与不确定。

其次,基于同样的理由,利用影响力受贿罪的保护法益也不是国家工作人员职务行为的不可收买性。在本罪中,虽然国家工作人员可能基于关系密切人的“斡旋”(如要求或者唆使等,也不排除引诱、欺骗等行为),承诺或者已经为请托人谋取了不正当利益,但是,请托人提供的财物是关系密切人的“斡旋”行为的报酬,而不是国家工作人员职务行为的报酬。换言之,请托人是将财物提供给关系密切人,而不是让关系密切人将财物转交给国家工作人员。所以,难以认为利用影响力受贿罪的保护法益是国家工作人员职务行为的不可收买性。

或许有人认为,利用影响力受贿罪的主体虽然不是国家工作人员,但由于他们与国家工作人员具有密切关系,实际上是以一种迂回的方式侵犯了国家工作人员的廉洁性或者国家工作人员职务行为的不可收买性。但是,在国家工作人员并无索取、收受财物的行为与故意,不知道关系密切人索取、收受财物,行贿一方也只是间接利用国家工作人员的不正当职务行为的情况下,直接认定利用影响力受贿罪侵害了国家工作人员的廉洁性或者国家工作人员职务行为的不可收买性,是缺乏根据的。不过,如后所述,正是由于利用影响力受贿罪的行为主体与国家工作人员有密切关系,行贿一方以及一般人会认为国家工作人员的职务行为与贿赂之间建立了对价关系,所以,利用影响力受贿罪侵犯了国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖。

再次,利用影响力受贿罪以通过国家工作人员为请托人谋取不正当利益为要件,所以,本罪的保护法益包括职务行为的公正性。对此应当没有疑问。但问题是,利用影响力受贿罪是实害犯还是危险犯?如果认为,只有当国家工作人员实施了为请托人谋取不正当利益的行为时,才成立本罪,本罪就是实害犯;如果只需要国家工作人员许诺为请托人谋取不正当利益就成立本罪,本罪就是危险犯。按理说,本罪也只是危险犯。亦即,只要国家工作人员承诺为请托人谋取不正当利益,行为人就成立本罪的既遂。

最后,还需要回答的是,如果利用影响力受贿罪只是对职务行为的公正性产生了危险,

[43] 最高人民法院、最高人民检察院2016年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第16条第2款规定:“特定关系人索取、收受他人财物,国家工作人员知道后未退还或者上交的,应当认定国家工作人员具有受贿故意。”

而没有产生实害，其法定刑为什么与产生实害的滥用职权罪相当？况且，滥用职权罪是国家机关工作人员从内部对职务行为的公正性造成危险，国家机关工作人员直接实施了滥用职权的行为，而利用影响力受贿罪是关系密切人从外部侵犯国家工作人员职务行为的公正性。既然如此，利用影响力受贿罪的法定刑应当轻于滥用职权罪的法定刑。反过来说，如果利用影响力受贿罪的法定刑与滥用职权罪相当，就表明它不仅侵犯了职务行为的公正性，而且侵犯了另一法益。唯有如此，才能说明两罪法定刑之间的关系。

本文的初步看法是，利用影响力受贿罪不仅侵犯了职务行为的公正性，还侵犯了国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖。宪法第 27 条第 2 款规定：“一切国家机关和国家工作人员必须依靠人民的支持，经常保持同人民的密切联系，倾听人民的意见和建议，接受人民的监督，努力为人民服务。”反过来说，国家工作人员的职务行为必须得到国民的信赖，而国家工作人员职务行为的不可收买性正是国民信赖的内容之一。这种信赖是国民公平正义观念的具体表现，它使得国民进一步信赖国家工作人员的职务行为，信赖国家机关（在我国还应包括国有企业、事业单位、人民团体，下同）本身，从而保证国家机关正常活动的开展，促进国家机关实现其活动宗旨。如果国民认为职务行为可以与财物相互交换，职务行为可以获得不正当报酬，就意味着国民不会信赖国家工作人员的职务行为，进而不会信赖国家机关本身，从而导致国家机关的权威性降低，各项正常活动难以顺利展开。这种不信赖也会促使国民向国家工作人员行贿，会进一步诱使国家工作人员索取、收受他人财物。因为当国家工作人员知道国民不相信职务行为不可收买时，就预测到国民在有求于自己的职务行为时通常会行贿，于是就会出卖自己的职务行为。这反过来说明，国民对职务行为不可收买性的信赖是值得刑法保护的重要法益。黎宏指出：“将‘信赖’这种内容模糊、主观色彩深厚的要素作为保护法益，则和廉洁性说并无明显的高下之分。”^[44]但是，国民对职务行为不可收买性的信赖并不是空泛的抽象概念，而是具有经验实在性的利益。国民是否对职务行为的不可收买性产生疑念，是否信赖职务行为不可收买，并不是纯粹的主观臆断，而是一种客观存在。^[45]单独来看，行贿、受贿通常只是双方的钱权交易，但当这样的现象不断出现时，就会越过某个阈值，导致国民信赖的崩溃。一旦国民信赖崩溃，国家机关的公信力就难以补救。为了防止这种情况出现，当某种行为损害了国民对国家工作人员职务行为不可收买的信赖时，就必须加以处罚。这就是“信赖”与生活实态的关联。^[46]

在利用影响力受贿罪中，虽然国家工作人员没有索取、收受他人财物，也没有出卖其职务行为的故意，但在关系密切人索取、收受他人财物时，国民会理所当然地认为，正是由于国家工作人员出卖了自己的职务行为，关系密切人才可能索取、收受请托人的财物。换言之，在利用影响力受贿罪中，虽然关系密切人并没有就索取、收受贿赂与国家工作人员通谋，但国民不会相信是关系密切人本人为请托人谋取了不正当利益，而是意识到相关国家工作人员为请托人谋取了不正当利益。尽管关系密切人没有将不正当报酬分配给国家

[44] 前引〔9〕，黎宏文，第 69 页。

[45] 正因为如此，日本的判例与多数说都认为，国民的信赖本身是值得刑法保护的法益（参见西田典之ほか編『注釈刑法（第 2 卷）』有斐閣 2016 年 726 頁）。德国也有不少学者持相同主张（Vgl. Arzt/Weber, Strafrecht Besonderer Teil, Verlag Ernst und Werner Gieseking GmbH, 2000, S. 1046）。

[46] 参见熊琦：《刑法教义学视阈内外的贿赂犯罪法益》，《法学评论》2015 年第 6 期，第 132 页。

工作人员,但国民要么认为关系密切人与国家工作人员是利益共同体,国家工作人员不需要直接获得利益,要么认为国家工作人员会从中直接获得利益。概言之,利用影响力受贿的行为,实际上向国民清楚地宣示了国家工作人员的职务行为可以收买,只不过行为人相当于中介者,这同样会让国民形成职务行为可以收买的印象。于是,国民不是因此产生对关系密切人相关行为的不信赖,而是产生对国家工作人员职务行为不可收买性的不信赖。所以,即使国家工作人员主观上没有出卖职务行为的故意,但关系密切人通过国家工作人员为请托人谋取不正当利益的行为,依然使人民群众产生了职务行为可以收买的疑念,从而侵害了国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖。^[47]

由此可见,利用影响力受贿罪间接侵犯了职务行为的公正性以及国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖,这使得其法定刑轻于普通受贿,但与滥用职权罪相当。因此,如果国家工作人员的近亲属或者其他与国家工作人员关系密切的人,索取或者收受请托人的财物,但没有要求国家工作人员为请托人谋取不正当利益的,或者虽然要求国家工作人员为请托人谋取不正当利益,但国家工作人员并未许诺的,由于不存在对职务行为公正性的危险,或者没有侵害国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖,故不能认定成立利用影响力受贿罪。如果行为符合诈骗、敲诈勒索、侵占等侵犯财产罪的犯罪构成,可以认定成立侵犯财产罪。

(二) 第二类行为的保护法益

第二类行为的行为主体是离职的国家工作人员及其关系密切人;从法条的表述来看,为请托人谋取不正当利益的仍然是离职的国家工作人员。亦即,离职的国家工作人员原本没有职务,但其原职权或者地位所形成的便利条件依然能为请托人谋取不正当利益。

表面上看,第二类行为侵犯了离职的国家工作人员原职务行为的公正性,但是,不管离职的国家工作人员原来具有何种职权或地位,其为请托人谋取不正当利益的行为,仍然需要在职的国家工作人员具体实施。离职的国家工作人员不能脱离在职的国家工作人员,直接为请托人谋取不正当利益。只不过,在这种情形下,离职的国家工作人员往往积极主动地为请托人谋取不正当利益,而在职的国家工作人员常常消极被动地为请托人谋取不正当利益。既然如此,就可以肯定,即使是第二类行为,也同样侵害了在职国家工作人员职务行为的公正性。

笔者全面查阅了中国裁判文书网登载的有关离职的国家工作人员构成利用影响力受贿罪的判决,判决表述的案件事实可以分为三种类型:

其一,明确说明离职的国家工作人员通过在职的国家工作人员为请托人谋取不正当利益。例如,被告人罗卫国,系广西壮族自治区国土资源厅原党组成员、广西壮族自治区纪委监委驻广西壮族自治区国土资源厅原纪检组组长。2011年上半年,李海萍请罗卫国帮其承揽贵港市港北区大圩镇新建村土地整治项目,罗卫国答应后向时任贵港市国土资源局副局长何海良打招呼。次年2月,李海萍挂靠广西五鸿建设集团有限公司中标。李海萍多次共送给罗卫国25万元现金、8万元购物卡、价值4.38万元的金条一根。2011年下半年至2013年,罗卫国以相同方式帮助郑阳承揽到罗城县龙岸镇三灵村等七个土地开发整理项目,多

[47] 参见前引[45],西田典之等编书,第727页。

次收受郑阳给予的好处费 530 万元；被告人崔丽华多次收受郑阳给予的好处费 225 万元。^[48]显然，这类案件可以归入上述第一类行为。

其二，没有说明离职的国家工作人员是否通过在职的国家工作人员为请托人谋取不正当利益。例如，被告人袁兆亭，原系莒南县国土资源局主任科员。2012 年底，袁兆亭离职后利用其原来担任莒南县国土资源局主任科员的职务影响力，非法收受莒南县洙边镇洙边社区书记刘某乙为感谢其帮忙办理土地手续而贿赂的现金 1 万元。^[49]该判决虽然没有描述袁兆亭通过其他在职国家工作人员为请托人办理土地手续的事实，但可以肯定的是，土地手续的办理一定通过了在职的国家工作人员，离职的袁兆亭不可能直接办理土地手续。所以，在不应办理手续却予以办理的情况下，离职的国家工作人员仍然侵犯了在职国家工作人员职务行为的公正性。同样，这种侵犯是间接的，而不是直接的。

其三，明确肯定离职的国家工作人员通过自己的原职权或者地位所形成的便利条件为请托人谋取不正当利益。例如，被告人欧世美，原为甘孜州财政评审中心监管员。欧世美离开甘孜州财政评审中心后，利用其原职权形成的便利条件，为四川省兴良信造价咨询招标代理有限公司介绍巴塘县教育园区评审业务，获取介绍费共计人民币 15 万元；为四川中道诚工程造价咨询有限公司介绍乡城等县评审业务，获取介绍费共计人民币 4 万元。辩护人提出：“构成利用影响力受贿罪必须是‘通过其他国家工作人员的职务行为’，而本案中公诉机关并未举证证实欧世美在离职后有任何通过其他国家工作人员职务行为来为中介公司谋取不正当利益，且在辩论阶段，公诉机关也当庭承认缺失了这一环节。”判决指出：“《中华人民共和国刑法修正案（七）》规定构成利用影响力受贿罪的第二类主体是离职的国家工作人员，具体行为内容包括直接利用其原职权或者地位形成的便利条件为请托人谋取不正当利益，索取、收受贿赂，以及利用原职权或者地位形成的便利条件通过其他国家工作人员的斡旋行为，为请托人谋取不正当利益，索取、收受贿赂。本案欧世美离开州财政评审中心后，直接利用原职权或者地位形成的便利条件为中介公司介绍项目谋取不正当利益，收受贿赂，构成利用影响力受贿罪。故，本院认为，其辩护人辩护称欧世美若要构成利用影响力受贿罪，必须要有‘通过其他国家工作人员的斡旋行为’这一构成要素的辩护意见不成立，不予采信”，进而认定被告人欧世美的行为构成利用影响力受贿罪。^[50]

姑且不论公诉机关当庭承认缺失“这一环节”是否意味着欧世美通过其他在职国家工作人员的职务行为为请托人谋取了不正当利益，只是没有收集这方面的证据而已，但可以肯定的是，如果只有欧世美的介绍，没有巴塘县教育园区以及乡城等县的相关国家工作人员的同意与具体操作，兴良信造价咨询招标代理有限公司与中道诚工程造价咨询有限公司不可能直接为这些单位开展评审业务。欧世美的“介绍”实际上是说服相关国家工作人员同意由两家公司开展评审业务，所以，欧世美虽然利用了自己的原职权或地位所形成的便利条件，但仍然需要通过在职的国家工作人员为请托人谋取不正当利益。

由此可见，虽然从法条表述上看，上述第二类行为似乎与在职国家工作人员的职务行为无关，但事实上仍然侵犯了在职国家工作人员职务行为的公正性。所以，第二类行为的

[48] 广西壮族自治区高级人民法院（2016）桂刑终 44 号刑事判决书。

[49] 山东省临沂市中级人民法院（2015）临刑二终字第 51 号刑事判决书。

[50] 四川省甘孜藏族自治州中级人民法院（2015）甘刑初字第 17 号刑事判决书。

保护法益仍然包括了国家工作人员职务行为的公正性。

如前所述,如果利用影响力受贿罪只是对职务行为的公正性产生了危险,而没有产生实害,其法定刑就应当轻于滥用职权罪。与上述第一类行为相同,第二类行为同样侵害了国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖。这是因为,即使第二类行为由离职的国家工作人员实施,但国民依然会认为,正是由于在职的国家工作人员出卖了自己的职务行为,离职的国家工作人员才可能索取、收受请托人的财物;如果在职的国家工作人员不为请托人谋取不正当利益(包括不承诺),离职的国家工作人员根本不可能直接为请托人谋取不正当利益,从而也就不存在利用影响力受贿的行为。

综上所述,利用影响力受贿罪的保护法益是国家工作人员职务行为的公正性,以及国民对国家工作人员职务行为不可收买性的信赖。

Abstract: Both Article 388 and Article 388 (A) of the Chinese Criminal Law take “seeking unlawful profits for the entruster” as one of the constitutive elements of the crime of mediatory bribe and the crime of accepting bribe by abusing influence. Therefore, it is obviously reasonable to claim that the protected interest of the aforesaid crimes should include the fairness of duty behavior. However, this should not be the reason for claiming that the fairness of duty behavior is also the protected interest of common bribery crimes. In other words, the fairness of duty behavior is not a common protected interest of all bribery crimes. Under the circumstance that the Specific Provisions of the Criminal Law have stipulated different types of bribery crimes, the protected interest of common bribery crimes, the crime of mediatory bribe and the crime of accepting bribe by abusing influence shall be interpreted separately according to the constitutional prescriptions, the constitutive elements of criminal articles and the relationships between the bribery crimes and other relevant crimes. The protected interest of common bribery crimes is the un-purchasability of duty behavior, which is a concrete legal interest that has empirical substance and deserves the protection by the criminal law. The protected interest of an aggravated common bribery crime may include the fairness of duty behavior. The protected interest of the crime of mediatory bribe should be the fairness of duty behavior of the civil servant subjected to mediation as well as the un-purchasability of the favorable conditions brought about by the position or status of the civil servant. And the protected interest of the crime of accepting bribe by abusing influence should be the fairness of duty behavior of the civil servant and the public trust in the un-purchasability of duty behavior.

Key Words: bribery crimes, protected interest, fairness of duty behavior, un-purchasability of duty behavior
