

# 受贿犯罪的保护法益： 公职的不可谋私利性

劳东燕\*

---

内容提要：基于融贯性的要求，界定受贿犯罪的保护法益，应当结合权力的支配类型与职权特性的演变，放在现代公法体系的框架下来进行。在家产制国家，职权具有人身性与财产性，职位作为私人财产而存在，受贿犯罪的不法本质在于官吏背叛了对支配者的人身忠诚关系。在现代国家，职权表现出去人身化与非财产性的特点，职位具有公共性，受贿犯罪的不法本质演变为违反不得利用公共职位谋取私利的义务，把公共职位当作私有财产来对待。基于此，受贿犯罪的法益应当是公职的不可谋私利性，其在不法构造上不以形成交易关系为必要。公职不可谋私利说与作为通说的廉洁性说有相同之处，但也存在实质区别。公职不可谋私利说可以合理解决受贿犯罪的刑法解释所面临的诸多问题，也符合刑事政策上的合目的性要求，能够妥当地将缺乏事先约定的事后受财与感情投资型受财纳入处罚范围。

关键词：受贿犯罪 保护法益 公职的不可谋私利性

---

## 一、问题背景与方法论说明

在受贿犯罪的保护法益问题上，我国刑法理论的观点可谓纷杂多样，不仅存在单一法益说与双重法益说之争，在内容的界定上也有很大差异。<sup>(1)</sup>大体来说，传统理论的通说经历了从国家机关正常活动说到职务廉洁性说的转变。<sup>(2)</sup>从实务的情况看，似乎也主要持廉

---

\* 清华大学法学院教授。

本文系国家社科基金重大项目“我国刑法修正的理论模型与制度实践研究”(16ZDA60)的阶段性成果。

(1) 参见赵秉志主编《刑法各论研究述评(1978-2008)》，北京师范大学出版社2009年版，第658页以下。

(2) 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；王作富主编《刑法分则实务研究》，中国方正出版社2013年版，第1619页；曲新久《刑法学》，中国政法大学出版社2017年版，第585页。

洁性说<sup>(3)</sup>或是以廉洁性为基础的混合说。<sup>(4)</sup>不过，廉洁性说面临诸多批评；<sup>(5)</sup>尤其是，它从未作过体系性的自我证成，更没有将自身与受贿犯罪的构成要件解释结合起来，这使得其徒具通说之形而缺乏实在的说服力。晚近以来，受日本刑法理论的影响，职务行为的不可收买性说<sup>(6)</sup>与职务行为的公正性说<sup>(7)</sup>渐成对垒之势，成为新的争论面向，并形成对廉洁性说的双面夹击。

然而，无论是廉洁性说、不可收买性说还是公正性说，都未考虑受贿犯罪与公法领域内相关命题的内在关联。受贿犯罪涉及职权的不法使用，而对于职权性质的理解，传统社会与现代社会存在重大差异。近代以来，在有关国家与权力的命题上，无论是观念还是制度都经历了重大变迁。就受贿犯罪的法益而言，不考虑公法领域的这种变迁，不仅使现有的学说争论容易产生视野狭隘的弊端，也可能导致对受贿犯罪的不法本质作出误判。

在界定受贿犯罪的法益时，某种学说倘要完成自我证成，须经受法教义学的严格检验。在一个目的理性的刑法体系中，这一检验包含四项要求：

其一，尊重我国刑法的规定及相应文义。无论是作为方法论还是知识论，法教义学论证的展开，必然以承认现行立法规定的正当性为前提。基于此，在界定受贿犯罪的法益时，应考虑晚近的立法变化，尊重现有的立法体例及其特点。同时，对于立法明文规定的构成要件要素，不应通过解释而使之虚化。

其二，确保刑法中有关受贿犯罪的规定之间以及与其他规定之间的协调。(1) 受贿犯罪相关规定之间的协调。我国刑法对受贿犯罪规定了三个罪名，即受贿罪、单位受贿罪与利用影响力受贿罪。就受贿罪而言，立法规定了索取与收受两种行为方式，还规定了商业受贿（第385条第2款）与斡旋受贿（第388条）两种特殊类型。合理的法益界定应能涵盖这三个罪名与受贿罪的所有行为类型，并能据以对利用影响力受贿罪的处罚根据作出合理说明。(2) 受贿犯罪的规定与刑法其他规定（尤其是行贿犯罪与渎职犯罪）之间的协调。

(3) 在方俊受贿案中，最高人民法院相关业务庭在裁判理由的解说中指出，受贿行为的社会危害本质在于职务便利与金钱的交易，侵犯国家工作人员的廉洁性。参见最高人民法院刑事审判第一、二、三、四、五庭主办：《刑事审判参考》第51集，法律出版社2006年版，第50页。类似的主张，参见山东省潍坊市寒亭区人民法院（2017）鲁0703刑初95号刑事判决书；四川省德阳市中级人民法院（2014）德刑二初字第19号刑事判决书；湖南省高级人民法院（2016）湘刑终50号刑事判决书；浙江省杭州铁路运输法院（2014）杭铁刑初字第63号刑事判决书；山西省太原市晋源区人民法院（2015）晋源刑初字第94号刑事判决书。

(4) 从对中国裁判文书网相关判决书的检索情况看，对于绝大多数受贿犯罪，法院都将法益认定为职务行为的廉洁性。其中，超过一半的法院直接将廉洁性作为受贿罪的法益，其他则是在廉洁性的基础上添加国家机关的正常管理活动、公共财产权、职务行为的不可收买性、职务行为的公正性等，作为并列或选择性法益。

(5) 参见孙国祥《受贿罪的保护法益及其实践意义》，《法律科学》2018年第2期，第131页；马春晓《廉洁性不是贪污贿赂犯罪的法益》，《政治与法律》2018年第2期，第51页以下；张明楷《刑法学》，法律出版社2016年版，第1203页。

(6) 参见上引张明楷书，第1203页；张明楷《受贿犯罪的保护法益》，《法学研究》2018年第1期；陈兴良主编《刑法各论精释》下，人民法院出版社2015年版，第1151页；陈兴良《判例刑法学》下，中国人民大学出版社2017年版，第642页以下；周光权《刑法各论》，中国人民大学出版社2016年版，第475页；叶良芳《“为他人谋取利益”的一种实用主义解释》，《浙江社会科学》2016年第8期，第31页；付立庆：《受贿罪中“为他人谋取利益”的体系地位：混合违法要素说的提倡》，《法学家》2017年第3期，第120页；上引马春晓文，第58页。

(7) 参见黎宏《受贿犯罪的保护法益与刑法第388条的解释》，《法学研究》2017年第1期；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；姜涛《刑法中国家工作人员定义的个别化解释》，《清华法学》2019年第1期，第91页。

受贿犯罪与行贿犯罪是对合犯，合理的法益界定应有助于说明二者的关系，且能体现立法对二者在不法评价上的区别对待。受贿犯罪与渎职犯罪均涉及职权的违法使用，合理的法益界定也应使二者易于区分，并确保对不法行为进行充分而不重复的评价。

其三，确保刑法有关受贿犯罪的规定与公法（尤其是宪法）的相关规定及其价值秩序相协调。受贿犯罪涉及公权力的违法使用，公法上对国家与权力的性质设定，对个人与国家之间关系、国家作为主权者与公职人员之间关系的基本设定，必然会影响对受贿犯罪法益的界定。只要承认法秩序的统一性由以宪法为基础的价值秩序来体现，对受贿犯罪法益的研究，就势必要与宪法的相关规定、价值秩序乃至背后的基本理念相协调。

其四，考虑刑事政策上合目的意义的预防需要。无论是犯罪论体系的建构，还是特定条文的解释，都应避免刑事政策上的评价与法教义学上的评价发生冲突。由于具体罪刑规范的保护目的指向特定法益，故刑事政策对刑法解释的形塑，主要借助方法论意义上的法益概念来实现。<sup>〔8〕</sup>倘若采纳某种法益观会过于限缩受贿犯罪的处罚范围，导致公职人员利用公权力受财的行为被大量去罪化，该法益观便背离了合目的性的要求。

上述要求意味着，在界定受贿犯罪的法益时，需兼顾融贯性与合目的性的双重考量，确保由特定法益观所致的构成要件解释及处罚范围的划定，不仅在法教义学逻辑上是成立的，在刑事政策上也是合理的。

鉴于对职权的理解与受贿犯罪的法益界定息息相关，本文先行论述权力关系在传统与现代国家制度语境中所经历的变化，进而分析不同的职权特性如何影响对受贿犯罪本质的把握。这两部分的论述，旨在使受贿犯罪的刑法解释与现代国家理论以及相应的公法框架相契合。在此基础上，本文提出受贿犯罪的基础法益应是公职的不可谋私利性，并分别从融贯性与目的性的视角对该主张展开论证。

## 二、支配类型与权力关系的基本特点

受贿犯罪涉及职权的违法使用，故厘清不同制度语境下职权的性质，对于准确把握受贿犯罪的本质至关重要。传统等级制国家是依照家庭的模式来塑造几乎所有的人类关系，把相应的活动都纳入私人领域来展开。相应地，整个世俗领域都遵循家政模式，国家也是依照家庭形象建立起来的，并以家族为基础进行统治，统治范围内的事务都被视为家族自身的事务。<sup>〔9〕</sup>这意味着，传统社会对职权的定位与理解，是在家政模式下展开的。现代国家并非按家政模式构建，其对职权的理解自然不同于传统的等级制国家。在研究受贿犯罪时，理应对制度架构中的此种重大差异加以关注；也正是这种差异，导致受贿犯罪在现代语境下呈现出不同的特质。

职权是权力的下位概念，要厘清职权的特性，须从权力范畴说起。权力代表的是规范性的或者说权威主义的支配关系。<sup>〔10〕</sup>按韦伯对支配类型的分类，传统等级制国家对应的是

〔8〕 参见劳东燕《功能主义刑法解释论的方法与立场》，《政法论坛》2018年第2期，第15页。

〔9〕 参见〔美〕汉娜·阿伦特《人的境况》，王寅丽译，上海人民出版社2017年版，第18页。

〔10〕 参见〔德〕韦伯《支配社会学》，康乐、简惠美译，广西师范大学出版社2004年版，第6页以下。

传统型支配，其中家产制是最为主要的表现形式。所谓家产制，是指支配者将原属团体共有的统治权威据为己有，他可以利用其权威，正如他可以处分任何经济资产——出卖、典当或因继承而予以分割，他也有权对管理权进行处分。<sup>(11)</sup> 现代国家则对应法制型支配。

从支配关系的角度看，受贿犯罪的出现需具备两个前提：一是行为人并非真正意义上的支配者，其拥有的职权并非自身所有，而是源于支配者的权力。倘若权力属于行为人所所有，则利用自己所有的权力与他人进行交易，包括出卖官爵，均属所有者权利范围内之事，并无成立受贿犯罪的空间。二是真正的支配者与作为支配对象的一般成员之间，存在中间阶层的管理人员。在管理事务变得复杂之后，支配者若要在日常生活中得以执行，就必须借助管理机构。管理机构的人员即管理干部，其职权并非自身所有而是源于支配者的权力，故不被允许利用职权与他人进行利益交换。只有管理干部对自身职权并不直接所有而只是接受委托行使职权的情况下，才存在构成受贿犯罪的余地。因而，与受贿犯罪密切相关的职权问题指向的是三方之间的关系，即支配者、管理干部与作为被支配者的一般成员。也因此，受贿犯罪的不法内涵，不仅涉及国家与公职人员之间的内部关系，也涉及国家与公民之间的外部关系。

在现代的法制型支配中，支配者、管理干部与一般成员之间，终极的支配者是国家，其既是命令的发出者又是服务者，管理干部是具体执行命令与提供服务的代理人，而作为被支配者的一般成员是作为组织的成员即公民的形象出现的，其既是被支配的一方，也是支配者所享有的支配权根源上的授予者。相应地，此种权力关系呈现出如下特点：（1）统治权不被视为某人或某些人的私有财产，而是归于抽象的国家。（2）支配者与管理干部之间不具有人身依附关系，而体现出非人格化的倾向。职位是依据法律规定，按机关的专门权限与层级制原理而设立的；对管理干部的任用不取决于支配者的恣意，而取决于专业化技能。决定职务忠诚的特性的要素在于，它以非人格的、即事化的目的（sachlicher Zweck）为导向，而非设定在对人的关系上。<sup>(12)</sup>（3）在支配者与一般成员的关系上，支配者的支配权源于法律的授权，而法律是共同体成员的公意的产物。由此，国家与个体的成员之间是支配与被支配的关系，国家对个体成员的支配权来自所有成员的集合（人民）的授予。基于此，支配者也得服从一套无私的法令和程序，而服从支配的人以组织成员的身份服从，他服从的只是该组织的法律；相应地，成员对掌握权威者的服从义务，仅限于这项秩序给予的、为理性所界定的、切实的管辖权范围之内。<sup>(13)</sup>

与此相对，在家产制国家中，支配者、管理干部与一般成员之间，形象地说，支配者是“主人”，管理干部担当“随从”的角色，一般成员则作为“子民”而存在；无论是管理干部还是一般成员，都不被视为结合体的成员。<sup>(14)</sup> 归结而言，其权力关系具有如下特点：（1）统治的权力由支配者据为私有，而支配者是具象化的个人。在家产制下，国家被

(11) 家产制的支配类型既可涵盖中国古代的政治制度（韦伯使用家产官僚制来概括其核心特征），也可涵盖中世纪西方与罗马帝国时期的政治权力结构。参见 [德] 韦伯 《支配的类型》，康乐等译，广西师范大学出版社 2004 年版，第 333 页。

(12) 参见前引〔10〕，韦伯书，第 25 页。

(13) 参见前引〔11〕，韦伯书，第 308 页。

(14) 同上书，第 323 页。

认为是君主私人的世袭财产。<sup>(15)</sup> (2) 支配者与管理干部之间存在强烈的人身依附关系, 这种关系建立在个人效忠的基础上。支配者将自身的权力委托给管理干部或交由后者分享, 管理干部则依附于支配者。支配者要求管理干部接受人身隶属关系, 对其的任用是基于个人信赖, 支配者个人的恣意、好恶是决定性的。<sup>(16)</sup> 作为回报, 管理干部可将官职视为财产而据以谋利。(3) 支配者与一般成员之间类似家父与家子的关系, 同时存在供养关系的面向。前者对后者享有无上权力, 后者作为子民, 最根本的义务是满足支配者纯物质性的需求, 支配者基本上仅在乎其子民是否有能力继续负担对他的义务。<sup>(17)</sup> (4) 管理干部名义上是代为行使支配, 但由于官职作为财产而存在, 权力行为基本被视为官吏个人的支配权。同时, 由于职权来源于具象化的支配者, 故权限范围取决于个人恣意, 官吏可以任意行事, 只要他不违反传统的力量及支配者的利益, 即维持臣民的服从态度与付税能力。<sup>(18)</sup>

归结而言, 现代的法制型支配与传统的家产制支配在权力关系上存在如下区别: 其一, 权力属于公有还是私有。在现代国家, 统治权为共同体所有成员共同所有, 强调主权在民。而在家产制国家中, 整个统治权为某人或某些人私有, 权力行使的基本目的是服务支配者的私人利益。其二, 是否存在公共领域与私人领域的区分。在现代国家, 政治的管理与权力的行使都被认为涉及公共事务的处理, 个人私务则属于自治的领域, 由个人自我决定。在家产制国家, 政治的管理被视为支配者的个人事务, 旨在满足支配者的私人需要, 不存在公域与私域的界分。其三, 权力是否具有人身依附性。在现代国家, 公职人员的职权依法律而设, 其服从的对象是法律和制定法律的国家; 同时, 被支配者服从的是抽象的规则体系而非具体的个人。在家产制国家, 官吏与支配者之间、下级官吏与上级官吏之间都具有人身隶属关系, 被支配者服从的也是具体的个人。其四, 权力是否有明确界限。在现代国家, 权力是共同体成员所让渡的部分权利的凝结, 因此权力是有限的, 需在确定的边界内行使。国家独占遂行支配的物的手段和人的手段;<sup>(19)</sup> 同时, 命令权及其附随的强制权则依据法律, 按专业化的逻辑划分给不同机关及相应职位。在家产制国家, 除受传统或实际情况的制约, 支配者的权力在理论上是无限的, 这种无限性也延及各级官吏的权力; 基于此, 支配权力, 包括支配的法律手段命令权及其附随的强制权, 遂行支配的物的手段和人的手段, 往往作为一个整体被交给官员个人。<sup>(20)</sup> 其五, 权力是否具有私人财产的性质。在现代国家, 权力是公共资源, 无论是支配者还是管理干部, 都不被允许像对待私人财产那样对待权力。而在家产制国家, 权力被当作私有财产, 支配者对之享有财产的相应权能。

### 三、职权的特性与受贿犯罪的不法本质

职权是权力的下位概念, 传统家产制国家与现代法制型国家中的职权, 在基本性质上

(15) 参见前引〔11〕, 韦伯书, 第343页。

(16) 参见前引〔10〕, 韦伯书, 第124页, 第131页。

(17) 同上书, 第104页, 第120页以下。

(18) 同上书, 第131页, 第151页。

(19) 参见〔德〕韦伯《学术与政治》, 钱永祥等译, 广西师范大学出版社2004年版, 第201页以下。

(20) 参见杨利敏《论现代国家的公法内涵》, 《中国社会科学院研究生院学报》2018年第6期, 第119页。

有重大差别，由此导致对受贿犯罪的不法本质在理解上也存在重大不同。

在家产制国家，职权具有两个特性：人身性和财产性。所谓人身性，除了权力的行使服务于支配者或官吏的个人利益与需要，还表现为：<sup>(21)</sup>一方面，由于没有公与私的区分，没有明确的权限，官吏的权力与其人身合一，子民服从的是官吏个人。另一方面，由于家产制的整体服从模式是基于对个人的人格性恭顺，下级官吏对上级官吏的服从也是一样，从而形成人身依附关系；上级官吏可将下级官吏作为自己的手段来使用，即“私有”其下级官吏。所谓财产性是指，在家产制下权力具有财产的性质，可用于交换经济利益。职位为官吏私有，表现出财产的属性。

由于职位被认为是属于占有者的私人财产，利用职务谋取私利就不为支配者所禁止；在家产制国家，是否成立受贿犯罪，在于官吏收受财物的行为是否构成对支配者或上级官吏个人忠诚关系的背叛。从支配者的角度而言，其担心并要防止的只是，官吏是否因收受利益而不再忠诚于自己。家产制下官吏的地位来自其对支配者的人身性隶属关系，其职务忠诚并非针对即事化的任务，而是一种代表着无止境的恭顺的婢仆的忠诚。<sup>(22)</sup>基于此，被论以受贿犯罪的官吏，其受惩罚的根源在于，其违背了对支配者的人身性忠诚义务。在此种制度框架下，受贿犯罪在不法类型上更接近背信犯罪而非渎职犯罪。

现代国家中职权的特性，一是去人身化，二是非财产性。为防止与克服权力的人身化，现代国家通过制度化的规则体系将支配权力予以分解，分解后的支配权力不是直接交给个人，而是交给由规则体系所指定的职位，国民的服从义务也指向该职位，指向由规则所限定的特定职位的权限。<sup>(23)</sup>其一，权力行使的目的是共同体的利益；其二，职位以及相应的职权并不为特定的个人所私有；其三，无论是下级官员与上级官员之间，还是官员与一般成员之间，服从的对象均非具体的个人，而是共同体的法律，是建立法律规范体系的抽象的国家。在现代国家，权力失去了财产属性而成为公共资源，不允许据以谋取私利。在西方，大约从19世纪30年代开始，公职作为一种私有财产的观念变得不再合理，公职上的财产权被认为与共和国的构造和原则不一致。<sup>(24)</sup>

现代国家中，职权的去人身化与非财产性的特点，根源于职位的公共性。它与现代社会对公域与私域的界分有关。职位的公共性蕴含两层意思：<sup>(25)</sup>首先，公共职位的创设必须为统治目的或任务所必需，不能因人设职，而统治目的或任务必须在价值上合乎理性。其次，担任公职的个人，当其执行职务时，是作为执法机器而存在的，其代表国家从而使相对人服从的权威。

在公私二分的制度框架下，担任公职的人员不可避免地具有双重身份，即作为公共职位的占有者与作为对私域享有自主权的个人。现代国家要求公职人员在公域与私域按不同的伦理准则行事，以实现职务工作与私人生活的分离。官员在执行职务时不能受“私我”

(21) 参见杨利敏《论韦伯社会理论中现代国家的特质与实现》，《中国人民大学学报》2019年第2期，第110页。

(22) 参见前引〔10〕，韦伯书，第132页。

(23) 参见前引〔20〕，杨利敏文，第119页。

(24) 参见〔美〕斯图尔特·班纳《财产故事》，陈贤凯、许可译，中国政法大学出版社2017年版，第12页以下。

(25) 参见陈端洪《宪治与主权》，法律出版社2007年版，第211页。

的干预,不能干私活谋私利;作为自然人,他不能动用机构的权力、权威和资源。<sup>(26)</sup>由于公法上的人格必须借助具有私欲的个人才有实现的可能,现代国家必须出台一套规则,以防止公职人员混淆公与私的伦理从而将权力私有化。贪污贿赂及其他渎职犯罪的规定,正是这套规则的必要组成部分,在防止权力私有化的机制中发挥着积极作用。

正是由于公法上的人格寄居在具有私欲的个人身上,才会出现所谓腐败问题。腐败的实质便在于,公共权力被当作私有财产来对待。受贿犯罪的不法,体现的正是公共职位的占有者对权力作为一项财产的收益权的维护。而财产权的重要特点是,所有人享有通过财产获取收益的权利,他人通常需要支付相应对价才被允许使用该财产。这样界定腐败的本质,也有助于说明,为什么贪污与贿赂经常被归类在一起。这两类犯罪在广义上虽然也都属于渎职犯罪,但与其他渎职犯罪不同,后者中权力被当作私有财产的特性并不明显。

可见,只有立足于公域与私域的分离,从公共职位被当作私有财产的角度,才能准确把握当代受贿犯罪的不法本质。根据宪法的规定,我国是人民共和国,一切权力属于人民。共和制下,公职人员是受作为权力所有人的人民所托,对国家事务进行管理。其作为职位的占有者与主权者之间,是单纯的代理人与委托人的关系。一旦代理人将职位据为己有,按财产的逻辑来使用职权,便构成受贿犯罪。基于此,公职人员无一例外被施加一项禁止性诫命——不允许利用公共职位谋取私利。这项诫命属于消极义务,与要求公正履行职务的积极义务不同。从义务的层级看,不得利用职位谋取私利构成底线性义务,公正履行职务是第二序位的义务。贪污贿赂犯罪违反的是不得利用职位谋取私利的消极义务,一般的渎职犯罪则违反了公正履行职务的积极义务。这也是为什么贪污贿赂犯罪属于侵害单一国家法益的犯罪,而其他渎职犯罪,由于涉及积极义务,往往牵涉对第三人权益的处分,所以通常会对国民个人的权利或其他社会利益造成侵害。

由于现代国家与以公司为代表的组织,均可归入相同的支配类型,其组织方式与原理也相似,故将职位当作私有财产的现象在公司中也会出现。公司这种组织形式最重要的特点是所有权与控制权分离,股东拥有公司并分享利润,管理者受雇于公司并作出如何配置公司资源的决策;所有权与控制权的分离会引发“委托—代理”问题,也会出现代理人从事不诚实行为的风险。<sup>(27)</sup>风险的表现之一便是,公司管理人员利用职位为个人谋取私利。现代刑法对此同样予以禁止。说到底,此类公司人员受贿犯罪也未脱离将具有公共性的职位当作私有财产的范畴。因而,管理人员违反的同样是不得利用职位谋取私利的义务。可见,公职人员的受贿犯罪与非公职人员的受贿犯罪,在本质上有相同之处。也正是基于此,国外有学者提出,没有必要对公职人员的受贿罪与非公职人员的受贿罪予以区分,像英国《2010年贿赂犯罪法》(the Bribery Act 2010)那样,作统一的处罚规定更为合理。<sup>(28)</sup>

归结而言,在现代国家,受贿犯罪的不法本质在于,违反不得利用公共职位谋取私利的禁止性义务,把公共职位当作私有财产来对待。既然受贿犯罪的不法本质发生了变化,

(26) 参见前引〔25〕,陈端洪书,第213页。

(27) 参见〔美〕曼昆《经济学原理:微观经济学分册》,梁小民、梁砾译,北京大学出版社2015年版,第491页。

(28) See Jeffrey R. Boles, *The Two Faces of Bribery*, 35 Michigan Journal of International Law 673, 710-713 (2014).

受贿犯罪的法益观自然不应未加论证地沿袭传统立场。无论是职务行为公正性说还是职务行为不可收买性说，均未立足于现代公法体系来把握受贿犯罪的本质，没有厘清公职人员与职位、国家之间的法律关系，故未真正触及从而也无法说明，为什么将公共职位视为私有财产的行为在现代国家必须受到惩罚。

#### 四、公职不可谋私利说的初步展开

在受贿犯罪的法益问题上，尽管公正性说与不可收买性说之争显得热闹非凡，但两种理论立场之间的差异其实比想象中的要小。之所以如此，与两个阵营将受贿犯罪的本质均理解为权钱交易或者权钱对价关系密切相关。不可收买性说就要求财物与职务行为之间形成收买与被收买的对价关系。持公正性说的论者，一般也都肯定应以交易关系（或对价关系）的框架来理解受贿犯罪的不法构造，<sup>(29)</sup> 职务行为与贿赂之间的对价关系被认为是贿赂犯罪的核心要件。<sup>(30)</sup> 这也是为什么相应论者大多会认为感情投资型受财行为无法构成受贿犯罪。在此种场合，因缺乏相应的职务行为，导致无法形成对价关系，自然难以认定存在将职务行为置于贿赂的影响之下的危险。黎宏虽肯定刑法第388条的存在已然突破受贿罪是“以权换利”的传统理解，但同时认为该条的存在让受贿罪的本质由权钱交易扩展到“影响力交易”。<sup>(31)</sup> 张明楷近期提倡的以不可收买性说为基础兼顾公正性说的修正论，<sup>(32)</sup> 由于未突破交易关系的框架，也不可能避免相应的缺陷。

本文认为，探究受贿犯罪的不法本质，不应以行贿人的视角为主，而必须将关注的重心放在受贿人身上。进一步而言，应当在公域与私域二分的框架下，关注受贿人所占据的职位的公共性与使用职权时的私欲导向之间的紧张关系。即立足于公权私有化的角度，立足于公权力代理人与委托人之间的关系，来把握受贿犯罪的不法本质。就此而言，现有的各类学说只是正确地指出了贿赂犯罪法益的“中间形态”，而没有更深入推进一步；在贿赂犯罪的背后，其实涉及对国家与公民之间“契约”的破坏。<sup>(33)</sup>

不可否认，在受贿犯罪中，公权与私利之间存在某种交换关系，但这种交换不是发生在行贿人与受贿人之间，而是受贿人的职位所蕴含的公权与其所捞取的私利之间的交换。因而，界定受贿犯罪的不法构造，不应立足于交易关系的框架，而应立足于物权关系的框架，在公共职位私有化的意义上理解。经验层面所呈现的收买与出卖的关系，不过是行为人以所有人的名义对其占据的公共职位进行收益与处分的典型表现之一。

受贿犯罪的保护法益应定位为公职的不可谋私利性。不可以公职谋私利，是现代国家

(29) 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227页；[日]山口厚《刑法各论》，王昭武译，中国人民大学出版社2011年版，第720页；[日]西田典之《日本刑法各论》，王昭武、刘明祥译，法律出版社2013年版，第502页；陈子平《刑法各论》下，台湾元照出版公司2016年版，第573页。

(30) 参见上引山口厚书，第720页；车浩《行贿罪之“谋取不正当利益”的法理内涵》，《法学研究》2017年第2期，第134页。

(31) 参见黎宏《受贿犯罪的保护法益与刑法第388条的解释》，《法学研究》2017年第1期，第67页。

(32) 参见前引〔6〕，张明楷文。

(33) 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133页。

对公职人员提出的一项基本规范。受贿犯罪之所以受到严厉惩罚，也是因为把公共职位当作私有财产以谋取私利的做法，肆意打破公域与私域的界限，使得作为权力所有人的人民被迫隐退，瓦解主权在民的基本设定，从而对现代国家的政治架构形成重大冲击。对于正在努力构建现代国家的社会而言，与一般的渎职犯罪相比，为什么受贿犯罪被认为具有更高的不法性，也就变得容易理解了。

可能有人会提出疑问，本文的观点是否本质上就是通说所主张的廉洁性说。公职不可谋私利说在立场上的确与廉洁性说更为接近。廉洁性具有较公正性与不可收买性更为丰富的内涵，能够适应从松到紧的反腐败刑事政策的需要；不可收买性、不可出卖性及不可交易性是廉洁性的重要面相，但不是其全部内涵；廉洁性的关键内容是，国家工作人员不得取得与其职务相关联的财产性利益。<sup>(34)</sup> 在此种意义上，若非要将对公职不可谋私利说理解为对廉洁性说的教义学改造，也未尝不可。正是基于此，本文在诸多问题上得出的结论，与2016年“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“贪污贿赂犯罪解释”）的立场相一致。起草者曾明确表示，该解释对受贿犯罪定罪量刑要件的把握，以职务廉洁性说为理论基础。<sup>(35)</sup>

不过，本文的主张与廉洁性说仍有不同。其一，廉洁性说未具体表明，其指向的是职位本身的廉洁还是职务行为的廉洁。相应地，它也无法说明，财物收受是否需要与职务行为相关。其二，廉洁性作为法益难以与现代的公法体系形成有效衔接，导致其无法承担超越体系的功能。其三，廉洁性在内涵上的模糊，使其难以起到指导构成要件解释的作用，更无法按目的论思考方式对相关规定的含义作反思性重构。其四，廉洁性是针对国家工作人员提出的义务，它难以对利用影响力受贿罪作出合理解释。即，为什么并不占据公共职位的相关人员，也负有保持廉洁的义务。其五，廉洁性说难以区分受贿犯罪与贪污犯罪；鉴于非国家工作人员不负有廉洁义务，廉洁性说也难以在不法本质与构造上对国家工作人员的受贿犯罪与非国家工作人员的受贿犯罪作统一解读。

可见，单就对受贿犯罪处罚范围的影响而言，公职不可谋私利说与廉洁性说可能会得出趋同的结论，但公职不可谋私利说并不是简单重申廉洁性说，而是有实质性的改造与推进。第一，它引入公域与私域二分的解释框架，突出了受贿犯罪公职私用的不法本质。第二，它改为从违反消极义务而非积极义务的角度，界定受贿犯罪法益的具体内容。第三，在构成要件的解释上，它与廉洁性说得出的结论并不相同。比如，根据公职不可谋私利说，受贿罪是单一行为犯，实行行为是获取财物的行为，无论是利用职务便利还是为他人谋取利益，均非实行行为的组成部分；受贿罪中的利用职务便利要件应理解为直接或间接利用公共职位的影响，而不要求与特定职务行为或活动相关。“为他人谋取利益”是主观不法要素，意在表明主观上的徇私动机。第四，它可以对利用影响力受贿罪作出合理解释。不得利用公共职位谋取私利的义务不只适用于职位占据者本人，也完全可以针对与职位占据者有特殊关系从而有机会进行私用的人员。第五，它对贪污罪的解读也有别于廉洁性说。通

(34) 参见前引〔2〕，曲新久书，第585页。

(35) 参见裴显鼎等《〈关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释〉的理解与适用》，《人民司法·应用》2016年第19期，第20页，第22页。

说认为职务廉洁性也是贪污罪的保护客体，<sup>(36)</sup> 而根据本文的主张，贪污罪的不法并不在于把公共职位当作私人财产据以谋利，而是将基于职位便利而控制或支配的公共财产据为私有。因此，两种犯罪的保护法益并无重合之处。对于贪污罪中的利用职务便利要件，也应作不同于受贿罪的界定。

## 五、公职不可谋私利说的融贯性证成

为践行融贯性要求，在解读罪刑规范时不仅要顾及与公法体系的协调，也应注意合乎刑法内部的教义学逻辑。以下从七个方面论证公职不可谋私利说的合理性。

### （一）有助于准确理解受贿犯罪的规范本质与不法构造

受贿犯罪不法评价的重心在于，公职人员是否像对待私人财产那样，依循财产权的逻辑来使用公共职位。基于此，有必要按物权关系的框架来解读受贿犯罪的不法构造。公共职位及相应职权是国家工作人员基于代理关系而占有，由于其并非职位的所有人，任何利用职位或职权谋取私利的行为都不被允许。既然受贿犯罪的本质在于利用公共职位或其衍生的职权谋取私利，而不在于是否利用职务行为使他人获利，理解受贿犯罪的不法构造，自然不应着眼于行贿人与受贿人的交易关系。我国当前的实务与理论，试图从交易关系或对价关系的角度来把握受贿犯罪的本质，实质上是将受贿犯罪按债权关系的框架来理解。由是之故，人们才会将权钱交易视为受贿犯罪的本质，以为受贿犯罪的成立需以职务行为与财物之间形成交易关系为必要。这样的理解是将其中一种谋取私利的形式，误以为是受贿犯罪不法的本质，自始便有以偏概全的问题。

与交易关系的框架相比，由公职不可谋私利说得出的物权关系框架，在对受贿犯罪不法构造的理解上，存在以下差异：（1）受贿犯罪的不法构造是利用公共职位谋取私利、非法获取财物，只要财物的取得是基于公共职位，便符合受贿犯罪的不法构造，而不以职务行为与财物之间形成交易关系为必要。（2）受贿犯罪不法的成立，不要求存在作为对价或交易标的物的职务行为，更不要求职务行为与不法利益的取得之间有因果关联，这是因为不得谋取私利的义务是针对职位本身而设。（3）职务行为是否开始实施、是否违反职责，以及职务行为在前还是获得财物在前，都不影响受贿犯罪不法的成立。这些因素存在与否，会影响不法程度，故需要在量刑中有所考虑。（4）由于不以交易关系的存在为必要，故双方之间有无约定、是否存在具体的请托事项，以及财物是通过交易所得还是向他人索取所得，均在所不论。此类情节的作用至多在量刑中有所体现。（5）受贿故意的成立以取财时为判断基点，只要认识到财物是利用公共职位而取得，即可成立受贿故意。受贿故意的成立，既不取决于行为人是否有意实施职务行为为他人谋取利益，也不取决于在实施职务行为时是否认识到“事”与“财”之间的对价关系。若按交易关系的框架，行为人对交易的内容与对价就必须有所认识，不仅财物是事前取得还是事后取得关系重大，为他人谋取利益的许诺是否真实，也会影响受贿犯罪的成立。

<sup>(36)</sup> 参见前引〔2〕，高铭暄等主编书，第624页。

## （二）能够为受贿犯罪提供兼具体系内外功能的统一的法益概念

法益概念所具有的超越体系的功能，要求在理解具体罪刑规范时，必须有助于相关法条与公法体系的融贯性处理。这种意义上的融贯性，代表的是刑法法条与以宪法为基础的公法体系在实质价值上的对接。<sup>〔37〕</sup>也正是这种价值对接，使法益概念具有批判性功能。而只有将受贿犯罪的法益定位为公职的不可谋私利性，才能使相应法益兼具体系内的方法论指导功能与超越体系的价值对接功能。

一方面，公职的不可谋私利性着眼于公共职位的私有化来理解受贿犯罪的本质。这样的理解立足于现代公法体系，是由职权在现代公法体系中的性质与地位而推导得出。受贿犯罪的规定在公法上具有重要意义，是因为其是防止公共职位私有化的有力保障，是人民作为权力所有人确保自身始终在场而不被架空的重要举措。

另一方面，公职不可谋私利说可使受贿犯罪的规定获得统一的规范性基础。受贿罪、利用影响力受贿罪与单位受贿罪，是根据犯罪主体的不同而设置的。从公共职位被用于谋取私利的角度，易于将三个罪名统合于同一框架。而斡旋受贿行为，其特殊之处在于国家工作人员利用自身职位的间接影响而通过他人的职务行为谋取私利。不过，斡旋受贿毕竟仍然属于利用自身的公共职位谋取私利，而这正是斡旋受贿被纳入受贿罪定罪处罚的实质根据。利用影响力受贿罪的主体凭借本人与国家工作人员的特殊关系，利用后者的公共职位谋取私利。从防止公权私有化的角度看，不得利用公共职位谋取私利的义务不仅针对国家工作人员，也适用于与其有特殊关系的人。正如受贿罪的行为构造所展现的，在利用影响力受贿罪中，既包括利用公共职位的直接影响谋取私利，也包括利用间接影响谋取私利。至于单位受贿罪，单位的“小公”代表的不过是放大的“私我”，实质上仍是公与私的关系，只是把公共职位用于为放大的“私我”谋取利益，故仍可归入受贿犯罪的不法类型。

## （三）有助于对行贿行为与受贿行为的关系作出合理解读

我国刑法对行贿犯罪配置了较受贿犯罪为轻的法定刑；同时，行贿犯罪在处罚范围上也较受贿犯罪为小，表现出明显的不对称性。有论者批评现行“重受贿轻行贿”的立法政策，认为基于行受贿双方的对合关系，对两类犯罪应配置大致相当的刑罚，立法对二者在构成要件方面实行差异性设置也不尽合理。<sup>〔38〕</sup>基于交易关系的框架，往往只能将行贿行为与受贿行为视为共同正犯的结构，因而难以解释为何对行贿犯罪配置了较轻的法定刑。

立足于公职不可谋私利说，便可对立法上的差别设置进行合理说明。若承认受贿犯罪的本质是利用公共职位谋取私利，受贿行为与行贿行为在实质的不法结构上就是正犯与共犯的关系。无论依据犯罪事实支配标准还是义务犯的特殊标准，都将得出行贿的不法程度较受贿为轻的结论。毕竟，行贿只是为侵害公职的不可谋私利性提供了条件，而不处于支配地位。而且，不得利用公共职位谋取私利，是国家对公职人员及其亲属或关系密切之人提出的诫命，行贿人并非义务承担者，按义务犯的正犯标准，也只能认定为共犯。既然行贿行为实质上是一种共犯行为，其对公职的不可谋私利性的侵害，就只有通过受贿行为才

〔37〕 此方面的研究，参见白斌《宪法价值视域中的涉户犯罪》，《法学研究》2013年第6期；杜强强《论宪法规范与刑法规范之诠释循环》，《法学家》2015年第2期。

〔38〕 参见李少平《行贿犯罪执法困局及其对策》，《中国法学》2015年第1期，第12页。

能实现；相应地，依据共犯从属性原理，对行贿犯罪配置较低的法定刑就理所当然。由于正犯的不法程度较共犯为高，对作为实质共犯的行贿行为在处罚范围上作一定限制，限于为谋取不正当利益的场合，就不能说是不合理的。

#### （四）有助于对斡旋受贿与利用影响力受贿罪的不法构造作出妥当说明

按交易关系的框架，在斡旋受贿中，究竟是第三方国家工作人员的职务行为与财物之间，还是行为人的斡旋行为与财物之间，需要形成交易关系，容易引起争议。如果是前者，由于第三方国家工作人员并不知情，而处于斡旋地位的行为人与前者又不存在隶属或制约关系，行为人就无权将第三方国家工作人员的职务行为拿来与行贿人进行交易。如果是后者，则将斡旋行为也解读为职务行为，势必导致职务行为概念的模糊化。实际上，在斡旋受贿中，行为人利用的只是自身职位的影响，很难说利用了自身的职务行为；毕竟，职务行为是与职权相关联的概念，而斡旋并不要求与职权有内在关联。

按本文的主张，斡旋受贿与一般受贿在不法本质上均属于利用本人占据的公共职位谋取私利，差别仅仅在于：前者是利用公共职位的间接影响，而后者是利用公共职位的直接影响。在利用间接影响的场合，公共职位是否被用于谋取私利较难判断。由于斡旋行为与斡旋者本人的职权并不直接相关，行为人所获得的财物，究竟是对其居间服务的报酬，还是基于对公共职位的私用，往往不易区分。因此，立法上特别规定“为请托人谋取不正当利益”，主要是用于判断行为人的公共职位是否沦为其借以获利的私人财产。

立足于公职不可谋私利说，利用影响力受贿罪的不法本质即在于，行为人凭借其特殊关系的影响，利用他人（或本人先前）的公共职位谋取私利。没有特殊关系的无关第三人利用国家工作人员的职位来谋取私利，看似也符合该罪的构造，但如果与国家工作人员没有任何关系，行为就不可能有机会把相应的公共职位当作私有财产来谋利，他往往只能采取欺诈方式，如此一来，就只能构成诈骗罪或者招摇撞骗罪。由于其并非（或已不再是）国家工作人员，与直接利用自己的现行职位谋取私利的受贿罪相比，利用影响力受贿罪在不法程度上有所降低，故法定刑也较受贿罪为轻。至于为什么规定“为请托人谋取不正当利益”要件，则与斡旋受贿类似，主要是用于区分行为人获得的财物究竟是对其居间服务的报酬，还是基于对公共职位的私用。就利用影响力受贿罪而言，只有在为请托人谋取不正当利益的场合，公共职位被私用的实质才能清晰呈现。反之，如果是为请托人谋取正当利益，公共职位是否被私用就不好判断，因为给予财物也可能只是单纯回报居间服务。

#### （五）有助于适当处理与受贿犯罪构成要件相关的争议

是否有助于对相关构成要件作合乎法教义学逻辑的解读，是判断法益界定合理与否的重要指标。本文的主张有助于对相关争议作出适当处理。

首先，受贿罪中“为他人谋取利益”的规定，是表明将公共职位予以私用的限定要件。

按交易关系的框架，为他人谋取利益是作为对价存在的职务行为所指向的内容，对于受贿罪的不法具有决定性意义。因此，该要件不仅是实体性要件，而且理应是所有受贿罪类型皆须具备的要件。但是，多数观点认为，为他人谋取利益只是收受型受贿的成立要件。这明显与交易关系的框架相背离。对于如何理解为他人谋取利益的内容，交易关系框架下

的解读也往往难以给出合理的解决方案。持主观要素说或传统客观要件说的论者,对基于虚假承诺而收受财物的行为,只能将之排除出受贿罪的处罚范围。传统客观要件说甚至认为,尚未着手为他人谋取利益的收受财物行为,也无法成立受贿罪。持新客观要件说的论者为使受贿罪的处罚范围趋于合理,将“为他人谋取利益”仍归为客观构成要件要素,认为其内容的最低要求是许诺为他人谋取利益。<sup>(39)</sup>新客观要件说通过将“为他人谋取利益”理解为不可反驳的许诺,从而在实质上消解了该要件的意义。这种虚化构成要件的做法,一则背离其以交易关系为基础的设定,而按交易关系的框架,传统客观要件说的立场才合乎逻辑;二则将明文规定的要件予以消解,存在以解释造法的嫌疑。

依公职不可谋私利说,可走出前述进退两难的境地。由于受贿犯罪的不法本质在于利用公共职位谋取私利,在索取型受贿中,单凭索财行为即可判定行为人以公职谋取私利,从而无需借助“为他人谋取利益”的要件,故该要件不为索取型受贿所必需。在收受型受贿中,会面临如何将基于公共职位的受财与基于一般人情往来的受财相区分的问题。在因公与因私交往的场合,并非任何基于公共职位收受财物的行为都构成受贿罪,只有把公共职位当作私人财产据以谋利,才是受贿罪的处罚对象。立法规定“为他人谋取利益”要件,正是旨在对公共职位的使用作必要限定,以便将受贿罪限定于私用公职而谋利的场合。公共职位本身是为谋求公共福祉而设立的,若行为人将其用于为特定他人谋取利益,公职私用便被确凿地呈现出来。这正是立法上为收受型受贿添加“为他人谋取利益”要件的意义所在。

孙国祥在提倡职务以及职务行为不可交易性说的同时,通过把其中的交易性理解为规范意义上的交易性,从而将任何以职务或职务行为为基础而收受贿赂筹码的行为,包括行为人收受财物前虚假承诺为他人谋取利益的情形,一律认定为受贿罪。<sup>(40)</sup>此种解读实际上不再要求财物与职务行为之间存在交易关系,因此已偏离其保护法益立场,而更接近于本文所主张的公职不可谋私利说。

其次,受贿数额体现的是行为谋利性的大小,故对受贿犯罪不法的判断具有重要作用。

我国立法与司法实务都极为重视受贿数额在受贿犯罪认定中的作用,数额不仅是影响定罪的决定性因素,也是影响量刑的首要因素。如何说明数额具有重要作用的原因,是界定受贿犯罪法益时必须思考的问题。

以公正性为受贿犯罪的法益,无法对数额所担当的重要角色作出合理说明。毕竟,行为人所获财物数额的大小与对公正性的侵害之间,很难说存在相关关系。将不可收买性视为法益,所收受财物的数额一般能体现有无收买以及被收买的程度,故可以部分说明数额对于不法的重要作用。但是,在缺乏请托事由的感情投资型受财场合,由于难以认定与职务行为的对价关系,往往只能认为不构成犯罪,数额对于不法的判断也就失去了意义。

立足于公职不可谋私利说,很容易对数额在不法判断中的重要作用进行说明。受贿犯罪并非财产犯罪,自然不应按财产犯罪的逻辑来理解数额在其不法构造中的作用。以数额为定罪量刑的主要依据,恰恰是受贿犯罪保护法益的特性使然。财物数额的大小,体现的

(39) 参见前引〔5〕,张明楷书,第1208页。

(40) 参见前引〔5〕,孙国祥文,第137页。

是行为人利用公共职位谋取私利的程度，故对受贿犯罪的不法判断至关重要。

再次，可合理说明受贿犯罪为什么应以财物的获得作为既遂标准。

当下的理论通说与实务，都承认要以财物是否取得作为受贿犯罪的既遂标准，但公正性说与不可收买性说对此却无法作出合理说明。由于公正性说以对职务行为的公正性造成现实危险作为既遂标志，取得财物充其量只有表征作用，从而难以成为既遂的判断标准。而按不可收买性说的逻辑，可能需要对索取型受贿与收受型受贿采取不同的既遂标准：在收受型受贿的场合，以是否取得财物为既遂标准；在索取型受贿的场合，则以实施索要行为为既遂标准，因为索要行为本身即已侵害职务行为的不可收买性。<sup>(41)</sup>可是，对不法本质相同的两种行为，采取不同的既遂标准，这样的做法存在疑问。而且，以索要行为的实施为既遂标准，其实已偏离对价关系的框架。试问，尚未取得财物，如何形成财物与职务行为的对价关系？更何况，刑法第386条已规定“索贿的从重处罚”，若进一步在既遂标准上采取严厉标准，认为只要实施索取行为就成立既遂，则对索取型受贿的处罚与收受型受贿相比未免落差太大，而这种落差几乎不可能从不可收买性的法益本身得到解释。这是因为，在交易关系的框架中，谁主动提出要约并不重要，至为关键的应当是形成交易关系。

依公职不可谋私利说，受贿犯罪的既未遂取决于行为人是否利用公共职位为自己或第三人取得财物。无论何种行为类型，都以财物的取得为既遂标准。若财物尚未取得，不足以表明行为人已经谋得私利，受贿犯罪自然不可能达到既遂。至于索取行为为何成为法定的从重事由，是因为索取属于主动利用公共职位谋取私利，收受则是被动利用公共职位谋取私利，从违反禁止性义务的角度看，主动求取在程度上比被动收受更为严重，违反义务的程度决定了前者的不法程度要较后者为高。

#### （六）能够涵盖受贿罪的所有行为方式并合理论证缺乏事先约定的事后受财的可罚性

在界定受贿犯罪的法益时，应确保其能够涵盖受贿罪的所有行为方式，以使各法条之间以及刑法第385条之内部实现协调。交易关系的框架是以存在约定的收受型受贿为基础所进行的规范提炼，它甚至连某些索取型受贿行为也无法涵盖。“交易”理应建立在自愿的基础上，在强行索要而相对方被迫给予财物的场合，难以认为相对方是在进行收买从而构成“权钱交易”。与此同时，将交易关系扩张为对价关系，虽说可以将存在约定的收受型受贿与索取型受贿都予以涵盖，但会因难以认定受贿故意而无法涵盖缺乏事先约定的事后受财。问题在于，职务行为在前还是受财行为在前，只是表象不同，以此决定受贿罪成立与否，必定偏离其规范本质。因此，“贪污贿赂犯罪解释”第13条一改此前将缺乏事先约定的事后受财排除出受贿罪的立场，明确肯定事后受财的可罚性。此外，交易关系的框架也很难对第385条第2款的规定作出合理解读，因为该款只要求在经济往来中违反国家规定收受各种名义的回扣、手续费归个人所有，而不要求满足“为他人谋取利益”的要件，也不以职务行为为必要。

依公职不可谋私利说，成立受贿罪的不法只需基于公共职位为自己或第三人获取财物即可，这一界定能够涵盖受贿罪的所有行为方式：（1）普通的索取型受贿。此种行为类型

<sup>(41)</sup> 参见前引〔5〕，张明楷书，第1221页。

中,国家工作人员利用公共职位谋取私利的特性一目了然,无需辅之以“为他人谋取利益”的要件。(2)普通的收受型受贿。收受型受贿的成立,同样在于财物的获得是否基于国家工作人员的职位。不同的是,收受型受贿的场合,需将基于人情往来的财物收受排除在外,这正是“为他人谋取利益”要件的意义所在。至于职务行为在先还是财物收受在先,以及双方是否有约定,都无关紧要。(3)缺乏事先约定的事后受财。依本文主张,成立受贿罪的不法只需满足利用公共职位获取财物的行为构造。据此,在客观层面,需审查财物取得是否与职位相关;在主观层面,需审查在取得财物时是否明知财物与职位有关,即认识到自己在利用公共职位为自己或第三人谋取财物。受贿故意的成立,是在收受财物的当时,而不取决于职务行为履行之时,也无需在履行职务之时对财物与职务行为之间的交易关系有认识。如此一来,便不会像在交易关系框架中那样,出现因违反行为与故意同时存在原则而无法认定受贿故意的问题。赞成交易关系框架的论者,通过将为他人谋取利益的行为视为受贿罪的客观处罚条件,而主张只要行为人在收受财物时,意识到该财物是利用职务上的便利为他人谋取利益的对价,便可成立受贿故意,即认为故意是在收受财物的决意中形成的。<sup>(42)</sup>这样的主张与本文观点并无区别,却无法从交易关系的框架中得出。(4)商业受贿。按交易关系的框架,刑法第385条第2款规定的行为构成受贿罪势必以存在为他人谋取利益的职务行为为必要。唯有如此,才能使财物与职务行为之间的交易或对价关系得以成立。但这样的解读额外添加了构成要件要素,而这并无实质根据。按本文的主张,商业受贿行为类型在构成要件上有其特殊之处:既不以为为他人谋取利益为必要,也无需与职务行为形成对价关系,而仅以将收受的财物归个人所有作为不法的核心要件。在经济往来中收受财物,财物的走向至关重要,只有归个人所有才能体现公职私用的特性。立法上禁止此类行为,恰恰是因为行为人是基于公共职位为个人取财,而这样的取得缺乏正当理由,仅此即已合乎受贿罪的不法本质。这也正是商业受贿与其他受贿行为的不同之处:财物的走向与用途直接决定受贿罪成立与否。在其他受贿行为中,财物的走向与用途原则上不影响先前收受行为的性质。(5)斡旋受贿。斡旋受贿利用的是本人职权或地位形成的便利条件,这种便利条件未必与职务行为相关,但仍基于所占据的公共职位。因而,斡旋受贿虽在具体行为构造上与一般受贿不同,但仍满足利用公共职位谋取私利的不法构造。

#### (七) 有助于区别受贿犯罪、渎职犯罪与贪污犯罪以及合理解决罪数与竞合问题

界定受贿犯罪的法益,需考虑与渎职犯罪、贪污犯罪的关系。在受贿犯罪与渎职犯罪的关系上,法益界定应有利于说明两个问题:第一,同属职务犯罪且同为故意犯罪,为什么受贿罪的法定刑要较滥用职权罪为重。第二,在同时符合受贿犯罪与渎职犯罪的构成要件时,如何处理两者的关系才符合竞合论的原则。公职不可谋私利说可圆满解决这些问题。

就第一个问题而言,相应的理由需结合现代公法体系才能给出。作为防止公权私有化机制的重要组成部分,受贿罪违反的是底线性的消极义务,会直接冲击现代国家的基本政治架构。滥用职权罪涉及的是公正履行职责的积极义务。职务行为的公正性对于现代国家而言也很重要,但并非攸关现代国家存亡的因素,其是第二位的。对于正在构建现代国家

<sup>(42)</sup> 参见孙国祥《“礼金”入罪的理由和认定》,《法学评论》2016年第5期,第174页。

的社会而言，两种义务在重要性上的差别会更加受到关注；更何况，不利用公职谋取私利相较于公正履行职责，从遵守义务的难易而言要容易得多。综合考虑这些因素，立法者对受贿罪配置较滥用职权罪更重的法定刑，就显得理所当然。

就第二个问题而言，将受贿犯罪的法益界定为公职的不可谋私利性，意味着其与渎职犯罪的法益在内容上并不重合，后者的法益一般认为是职务行为的公正性。与此相应，两类犯罪在构成要件上也不可能相同。既然二者在法益与构成要件上都不重合，实行数罪并罚便不涉及重复评价的问题。从竞合论的原理看，若只是从一重罪处罚，势必导致不能充分评价数个不法。如果在获取贿赂的过程中存在违反职责的行为，而该行为未引起成立渎职犯罪所要求的严重后果，则违反职责的情节应在受贿犯罪的量刑中予以考虑。这意味着，本文并未否认，受贿犯罪的从重或加重形式，在侵害公职的不可谋私利性的同时，也可能进一步侵犯职务行为的公正性。

按本文的主张，也有助于将受贿犯罪区别于贪污犯罪（含挪用犯罪）。现代国家对合法暴力的垄断，使得其独占遂行支配的物的手段和人的手段。<sup>(43)</sup> 国家把遂行支配的人的手段、物的手段和法律手段都集中起来，是为了确保支配权力的去个人化，使作为管理干部的官吏不折不扣地服从国家，而不至于成为实质上的微型支配者。<sup>(44)</sup> 基于此，现代国家中受贿犯罪的规定主要维护国家对人的手段的独占，禁止官吏把公共职位当作私有财产来使用；贪污犯罪的规定则主要维护国家对物的手段的独占，禁止官吏将国家独占支配的物质手段予以私有或私用。基于此，与受贿犯罪不同，贪污犯罪不法的本质在于，利用对公共财物的经管便利，将依据职责经管的公共财物为个人所有或私用，从而侵犯国家对物的手段的独占。可见，相比于一般的渎职犯罪，受贿犯罪与贪污犯罪的确存在更多的内在关联，二者违反的义务都直接关涉现代国家建构的底线义务，而且在义务性质上也有相同之处，即禁止将公共职位或相应的职权用作获取私利的手段。在此种意义上，我国刑法将受贿犯罪与贪污犯罪专章单列，并对受贿罪与贪污罪配置相同的法定刑，可谓有相应的理论根据。

## 六、公职不可谋私利说的目的性证成

如何界定受贿犯罪的法益，除考虑融贯性因素外，还应考虑刑事政策上的合目的性。毕竟，法益本身无法自在自为地证成自身。公职不可谋私利说在具备法教义学逻辑上的理由的同时，也有助于确保受贿犯罪处罚范围的合理化。

在感情投资型与“放长线钓大鱼”式贿赂日益普遍的今天，有必要重新思考受贿犯罪的法益与相应构成要件的解释。任何将选定的法益视为固定不变的论证前提的做法，都有违目的理性的刑法体系思想。能否将实质可罚性并无争议的两种情形，即缺乏事先约定的事后受财与感情投资型受财，纳入受贿犯罪构成要件的形式范围，是检验相应法益学说是否合理的重要指标。

(43) 参见前引〔19〕，韦伯书，第201页以下。

(44) 参见前引〔20〕，杨利敏文，第117页。

对于缺乏事先约定的事后受财，公正性说从自身理论逻辑出发，将之排除出受贿犯罪的处罚范围。不可收买性说要么承认因“事”与“财”之间缺乏主观上的关联性而无法认定受贿故意，从而只能得出不以受贿罪论处的结论；<sup>(45)</sup>要么回避实施职务行为为他人谋取利益时并无主观明知的情况，而含糊地以“明知他人交付的财物是对自己职务行为的不正当报酬时仍然收受的，也能够充分肯定‘事’与‘财’的主观关联性”为由，<sup>(46)</sup>肯定事后受财的可罚性。至于感情投资型受财，公正性说与不可收买性说基本上都是无罪的结论。孙国祥虽在理论上对这两类行为的受贿性质作过肯定性的论证，<sup>(47)</sup>但该论证偏离其法益论前提，突破了交易关系的框架。因此，无论是公正性说还是不可收买性说，对于缺乏事先约定的事后受财与感情投资型受财，实际上都无法给出既合乎法教义学逻辑又合乎目的性要求的结论。问题在于，将这两类行为排除在处罚范围之外，不仅有违严惩腐败的现行政策精神，从合目的性的角度看也并不合理。

由于深受交易关系框架的影响，这样的立场也曾为司法实务所认同。对于在职时为他人谋利而于离职后收受财物的行为，2000年最高人民法院《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》要求，国家工作人员在离退休后收受请托人财物，必须以与请托人存在事先约定为成立犯罪的条件。这一意见之后又为2003年最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称“经济犯罪案件纪要”）第3条第4项、2007年“两高”《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第10条所重申。至于感情投资型受财，由于缺乏具体的请托事由，实务中往往以无法满足“为他人谋取利益”的要件为由作去罪化处理。事实上，在“贪污贿赂犯罪解释”之前，无论是理论还是实务都倾向于认为，感情投资型受财不应按受贿罪处罚。<sup>(48)</sup>根据“经济犯罪案件纪要”第3条第2项的规定，以及最高人民法院公布的指导案例3号潘玉梅、陈宁受贿案的说明，只有国家工作人员明知他人有请托事项而收受财物，才能视为承诺为他人谋取利益。迄至晚近，最高人民法院相关领导仍倾向于以感情投资型受财与缺乏事先约定的事后受财不具备以利易权的特征从而存在解释论上的障碍为由，认为对其不宜按受贿犯罪进行处罚。<sup>(49)</sup>

当然，在案件处理中，法院有时会通过扩张对具体请托事由的理解，将一些感情投资类行为纳入受贿罪的处罚范围。比如，在绵竹市原副市长刘小枫受贿案中，辩护人提出，刘小枫所收受的现金大部分是行贿人逢年过节以拜年的名义所送，行贿人并无明确的请托事项，且相应事项都是职权范围内正常的履职行为，故不符合“为他人谋取利益”的要件。一审法院认为，为他人谋取的利益既包括眼前的现实利益，也包括将来会实现的长远利益，即行贿人所谋求的所谓“长期关照”；行贿人虽未提出明确的、现实的请托事项，但其谋求利益的意图为双方所明知，并且这些钱物的价值均超出正常的人情往来范畴；本案的行贿

(45) 参见陈兴良《判例刑法学》下，中国人民大学出版社2017年版，第649页。

(46) 前引〔5〕，张明楷书，第1212页。

(47) 参见孙国祥《“职后酬谢型受财”行为受贿性质的理论证成》，《人民检察》2015年第1期；前引〔42〕，孙国祥文。

(48) 参见前引〔42〕，孙国祥文，第168页。

(49) 参见前引〔38〕，李少平文，第22页。

人多是刘小枫分管工作范围内从事特定行业的人员，即被管理服务对象，行贿人为自己的利益向作为分管领导的刘小枫行贿以谋求帮助或表示感谢，刘小枫对此是明知的，即仍可视为其明知他人有具体请托事项。<sup>(50)</sup> 基于这些理由，一审法院没有采纳辩护意见，认为刘小枫的行为应认定为“为他人谋取利益”，从而成立受贿罪。

2016年的“贪污贿赂犯罪解释”一改之前相对保守的立场，正式承认缺乏事前约定的事后受财的可罚性，并明确肯定感情投资型受财有构成受贿犯罪的余地。其第13条第1款第3项规定，履职时未被请托但事后基于该履职事由收受他人财物的情形，应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚。该条第2款规定，国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或具有行政管理关系的被管理人员的财物价值3万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益，应按受贿犯罪定罪处罚。从理论逻辑的角度分析，这等于明确否决了以交易关系为框架的解读。对于前述规定，学界有不少批评，认为存在违反罪刑法定的问题。<sup>(51)</sup> 此类批评显然是以公正性说或不可收买性说为理论依据而得出的。

问题在于，这样的批评并不是以现行立法规定为基础，而是以论者自己认同的法益为论证前提。因而，仅仅据此尚难断言，缺乏事先约定的事后受财与感情投资型受财，就一定超出受贿犯罪构成要件在形式上的涵摄范围。说到底，这在根本上取决于如何界定法益，以及在此基础上如何理解“为他人谋取利益”的要件。如果以公职的不可谋私利性作为受贿犯罪的法益，则无论是缺乏事先约定的事后受财还是感情投资型受财，就都符合受贿犯罪的规范本质与不法结构。这两类行为本质上均属于凭借公共职位谋取私利的情形。这意味着，只要对受贿犯罪的法益进行反思性重构，就完全可能得出“贪污贿赂犯罪解释”的立场有其合理性从而应予支持的结论。

由于不以交易关系的形成为必要，在缺乏事先约定而事后受财的场合，成立犯罪的关键便不在于行为人是否与他人形成交易，而在于财物的获得是否是利用公共职位予以谋利的结果；因而，双方之间事先有无就“事”与“财”的关系进行约定，并不影响受贿犯罪的成立。即便缺乏事先约定，行为人在收受财物的当时，也会对财物系利用公共职位所得的事实具有认识，从而不可能影响受贿故意的成立。这意味着，“贪污贿赂犯罪解释”第13条第1款第3项的规定，完全能够在刑法理论中找到相应的论证基础。

同时，既然不以交易关系的形成为必要，感情投资型受财是否构成受贿犯罪，就不取决于有无请托事由，而在于能否排除财物的取得是基于人情往来的可能。对于国家工作人员而言，在感情投资型受财的场合，只要能够确定地排除收受财物是出于单纯的亲情与友情关系，便可径行推定财物是基于其公共职位而不当获得。“贪污贿赂犯罪解释”第13条第2款将感情投资型受财构成受贿犯罪的情形，限定于具有上下级关系或具有行政管理关系的场合，并且附加财物数额与可能影响职权行使这两个条件，就已然将单纯基于人情往来

(50) 参见四川省德阳市中级人民法院（2014）德刑二初字第19号刑事判决书。

(51) 参见陈兴良《为他人谋取利益的性质与认定》，《法学评论》2016年第4期，第6页，第8页；陈兴良《贪污贿赂犯罪司法解释：刑法教义学的阐释》，《法学》2016年第5期，第74页；前引〔6〕，叶良芳文，第27页；前引〔29〕，黎宏文，第228页。

的馈赠排除在处罚范围之外。一旦排除基于人情往来的馈赠,便足以表明财物的获得与行为人的公共职位有关。可见,依据“贪污贿赂犯罪解释”的相应规定,感情投资型受贿犯罪的成立,不再以具体请托事由的存在为必要。认为在“贪污贿赂犯罪解释”出台之后,受贿犯罪谋利要件的认定仍需以“经济犯罪案件纪要”确立的具体请托事项为把握底线的看法,<sup>(52)</sup>为本文所不取。这样的解读,一则不符合“贪污贿赂犯罪解释”第13条第2款的文义所表达的意思。从该款的表述看,并无任何要求具体请托事项的指涉。二则将使本款规定成为多余。因为第13条第1款第2项已明确将“明知他人有具体请托事项”视为应当认定为“为他人谋取利益”的情形。

从各国的情况看,也普遍将此类行为作为贿赂犯罪来处罚。德国刑法第331条专门规定了收受利益罪,该罪的成立并不要求收受利益与特定的职务行为相关。根据日本刑法第197条第1款的规定,受贿罪的基本犯也只要求收受、要求或期约贿赂与职务相关,接受请托的情形则构成法定刑升格事由。美国模范刑法典在第240.5条专门规定受管辖者向公务员提供赠物的犯罪,该罪的成立不要求职务行为与赠物之间存在对价或报酬关系。英国《2010年贿赂犯罪法》第2条也将索取、同意收取或接受行为本身视为不正当履职行为,放在受贿罪中作为行为类型之一予以处罚。我国刑法对受贿罪的规定并未像前述国家那样,对相关行为类型作明确列举或分条式规定。但这并不意味着,在国外普遍作为受贿犯罪予以处罚的收受利益行为,在我国就缺乏处罚的必要,或是认为基于罪刑法定原则而无法进行处罚。仅因我国刑法第385条有“为他人谋取利益”的规定,并不足以得出与公共职位相关的感情投资型受贿超出了该条文义的可能性范围,从而应排除在受贿罪的处罚范围之外或者应另设相关罪名的结论。

不可否认,按本文的主张,在感情投资型受贿的场合,财物的收受是否是将公共职位予以私用的结果,往往不易作出判断;同时,若对公共职位中的“公共”作泛化理解,也可能导致处罚范围不当扩张。不过,借助对利用职务便利要件的实质性界定,即直接或间接运用与国家事务有关的公共职位的影响力,以及将“为他人谋取利益”定位为表明徇私动机的主观要素,完全可以将基于正常人情往来的财物收受排除出受贿罪的处罚范围。鉴于篇幅所限,本文无法对此作进一步展开,笔者将另文撰述作具体交待。

## 结 语

刑法学界日益注重保护法益对于构成要件解释所具有的指导机能,却经常忽视这样的事实:特定犯罪的保护法益是什么,是无法自我证成的,它本身就是解释者自己解读出来的。将某种法益观视为不可动摇的论证前提,并以此为基点展开演绎性的分析,或许能得出表面上合乎法教义学逻辑的解释结论,却无法获得新知,更无法确保相应结论在刑事政策上是明智的。

保护法益与构成要件之间,也并非单向度的作用与被作用的关系。解释者有必要立足于现实,以刑事政策上的目的为指引与参照,目光在保护法益与构成要件之间往返流转。

<sup>(52)</sup> 参见前引〔35〕,裴显鼎等文,第22页。

只有这样，解释者对构成要件的解释才能保持必要的开放性，通过解释实现刑法体系自我更新的目标也才能实现。但是，这并不意味着置法教义学本身的要求于不顾，或者任由刑事政策的目的性考量突破法教义学的逻辑，而只是说，应当追求一种同时合乎法教义学的融贯性要求与刑事政策的目标设定的刑法解释，以确保法教义学层面的评价与刑事政策层面的评价之间的协调。无论如何，不经反思地以职务行为的不可收买性说或职务行为的公正性说作为论证的前提，借助单纯的概念性演绎来解释受贿犯罪的构成要件及相关问题，这样的做法并不可取。在受贿犯罪的保护法益问题上，有必要摆脱非此即彼的思维惯性，另辟蹊径探寻新的理论路径。

---

**Abstract:** In view of the requirement of coherence of the legal system ,the protected legal interests of bribery crimes should be defined within the framework of modern public law and in light of the types of power dominance and the evolution of the authorities of public offices. In traditional patrimonial states ,the authorities of public offices are characterized by personalization and propertization. Public offices exist as a kind of private property ,and the unlawfulness of bribery crimes lies in an official's betrayal of personal loyalty to his power dominator. In contrast ,the authorities of public offices in modern states are characterized by de-personalization and de-propertization ,and the public nature of governmental offices derives from the dichotomy between the “public sphere” and the “private sphere”. Correspondingly ,the unlawfulness of bribery crimes lies in the violation of the doctrine of non-self-profitability of public office and treatment of public office as private property. Therefore ,the protected legal interest of bribery crimes should be non-self-profitability of public office ,and the formation of transaction relationship is not an indispensable constitutive element of bribery crimes. The doctrine of non-self-profitability of public office shares some features with that of the integrity of public office ,which is the current mainstream doctrine in China. This doctrine meets the logic requirements of criminal dogmatics and is able to reasonably solve the many problems faced by the criminal law interpretation of bribery crimes. It also meets the teleological requirements of criminal policy and is able to bring into the scope of punishment such acts as accepting bribery after the performance of duty without prior agreement and receiving bribes given as investment in human relations.

**Key Words:** bribery crimes ,protected legal interest ,non-self-profitability of public office

---