

受贿犯罪保护法益与 刑法第 388 条的解释

黎 宏*

内容提要：受贿犯罪的保护法益应当是国家工作人员职务行为的公正性。据此来理解受贿犯罪，则刑法分则第 8 章所规定的受贿犯罪不再只是“以权换利”，即侵害职务行为不可收买性的犯罪，而是扩展至行为人凭借其职权或者地位形成的便利条件，即影响力，进行利益交易的“影响力交易”犯罪，所侵害的不仅是行为人本人职务行为的公正性，还包括被其利用的其他国家工作人员职务行为的公正性。这种保护法益理解上的转变，使刑法第 388 条等在立法上具有了存在的理由。同时，行为人并非亲自以权获利，而是利用其他国家工作人员的职务行为间接获利的情况，使第 388 条受贿罪的主体具有了“类似教唆犯”的构造，从而使其在认定上具有了不同于刑法第 385 条所规定的一般受贿罪的若干特点。

关键词：受贿罪 斡旋受贿 职务行为的公正性 类似教唆犯

一、问题意识

刑法第 388 条规定，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。因为本条规定的“权钱交易”不能通过行为人本人的职务行为完成，而只能通过行为人以外的其他国家工作人员职务上的行为实现，所以，其在理论上常被称为“斡旋受贿罪”或者“间接受贿罪”。^{〔1〕}和刑法第 385 条规定的（直接）受贿罪相比，其在客观方面最为显著的特点是，行为人必须“利用本人职权或者地位形成的便利条件”，而不是“利用职务上的便利”。由此带来的疑问是，第 388 条规定的受贿行为能够“以受贿论处”吗？因为第 385 条规定的受贿罪，其本质是进行“权钱交易”的渎职类犯罪，是行

* 清华大学法学院教授。

〔1〕 参见张明楷《刑法学》下，法律出版社 2016 年版，第 1212 页；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 2016 年版，第 630 页。

为人以为他人谋取利益的方式“出卖”手中的权力，换取对方的交易对价。但第 388 条规定的受贿罪，行为人用以换取对价的手段并不是直接“出卖”自己手中的权力，而是与权力（职务上的便利）不同的“本人职权或者地位形成的便利条件”，即伴随职权、地位而形成的客观影响。但即便如此，第 388 条对这种情形仍然明确规定“以受贿论处”。

可见，刑法第 388 条的存在，已经突破了受贿罪是国家工作人员“以权换利”的传统理解。但我国刑法学者似乎没有注意到这一点，仍然在“以权换利”的观念之下对该条进行理解。如就“利用本人职权或者地位形成的便利条件”，先前的通说是“制约说”，认为其意味着行为人和被利用的其他国家工作人员之间，必须存在领导与被领导、钳制与被钳制程度的制约关系。⁽²⁾但是，行为人利用自己能够领导或者制约其他国家工作人员的关系，而让该国家工作人员为请托人谋取不正当利益，不正是“利用职务上的便利”为他人谋利吗？既然如此，为何不将该种受贿行为直接按照刑法第 385 条处理，而要另外单独规定第 388 条？显然，“制约说”存在严重缺陷。取而代之的是“影响说”，这种见解主张“利用本人职权或者地位形成的便利条件”意味着“职权或者地位形成的影响”，即行为人与被斡旋人之间只要存在未达职务上制约的程度、超出一般亲友关系程度的影响关系即可。⁽³⁾司法实践也采用了这种观点。⁽⁴⁾但是，在受贿罪是公职人员“以权换利”的传统观念之下，能够推导出即便行为人利用“影响力”间接获利的，也要构成受贿罪的结论吗？毕竟，“职务上的便利”和“职权或者地位形成的便利条件”是两个完全不同的概念。而且，以“影响说”来阐释“利用本人职权或者地位形成的便利条件”，对于第 388 条的认定会产生什么影响，似乎也没有人作进一步的探讨。

本文认为，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。受贿罪的本质不仅仅是“权钱交易”，而是扩展到了“影响力交易”的范围，因此受贿犯罪的保护法益应当重新界定。第 388 条所规定的受贿罪的适用，也必须在此基础上重新阐述。⁽⁵⁾以下，笔者首先对受贿犯罪的保护法益进行探讨，主张受贿犯罪的保护法益是职务行为的公正性；然后，在此基础上论证“影响说”的合理性；进而，说明第 388 条所规定的受贿罪的主体属于被其利用的其他国家工作人员渎职行为的共犯，具体来说是“类似教唆犯”的角色；并以此为基础，对第 388 条的处罚范围进行界定。

(2) 参见赵秉志主编《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社 1997 年版，第 1265 页；苏惠渔主编《刑法学》，中国政法大学出版社 1997 年版，第 876 页。

(3) 参见朱孝清《斡旋受贿的几个问题》，《法学研究》2005 年第 3 期，第 84 页。

(4) 参见 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》第三部分“关于受贿罪”的第三项。

(5) 实际上，在其他条文乃至整个刑法分则第 8 章规定的贿赂犯罪中都存在类似问题。如刑法第 388 条之一规定，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，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（第 1 款），离职的国家工作人员或者其他与其关系密切的人，利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的（第 2 款），成立利用影响力受贿罪。尽管本条的犯罪主体不要求是国家工作人员，但行为人之所以能够获利，说到底还是通过“国家工作人员职务上的行为”，因此，仍然将这种行为规定在刑法分则第 8 章“贪污贿赂罪”中。刑法第 390 条之一规定，为谋取不正当利益，向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，或者向离职的国家工作人员或者其他与其关系密切的人行贿的，构成向具有影响力的人行贿罪。但是，不具有国家工作人员身份的人受贿以及向不具有国家工作人员身份的人行贿，如何能够影响国家工作人员的职务行为？这些都是和本文有关的类似问题。为了使问题更加明确、集中，本文仅以刑法第 388 条为中心进行探讨。

二、受贿犯罪的保护法益

传统意义上的受贿罪，是指刑法第385条规定的国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的情形。鉴于现实生活中，存在国家工作人员不直接利用自己的职务之便，而是利用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，为请托人谋取利益，本人从中向请托人索取或者非法收受财物的情形，1989年《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》规定：“受贿罪中‘利用职务上的便利’，是指利用职权或者与职务有关的便利条件。‘职权’是指本人职务范围内的权力。‘与职务有关’，是指虽然不是直接利用职权，但利用了本人的职权或地位形成的便利条件”；“国家工作人员不是直接利用本人职权，而是利用本人职权或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，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的，应以受贿论处。”根据这一解答，利用“本人职务范围内的权力”与利用“职权或地位形成的便利条件”均属“利用职务上的便利”。

但是，“职务范围内的权力”与“职权或地位形成的便利条件”毕竟是两个不同的概念，将二者同样看待，有违反罪刑法定原则之嫌。因此，1997年刑法区分了“利用职务上的便利”的受贿罪和“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的受贿罪。刑法第385条中“利用职务上的便利”，专指利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、负责或者承办某种公务的职权所形成的便利，而不再包括利用“职权或地位形成的便利条件”。同时，刑法第388条另行规定了“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的（斡旋）受贿行为，将“利用本人职权或者地位形成的便利条件”与“为请托人谋取不正当利益”相联系，作为斡旋受贿的构成条件。在国家工作人员不是利用自己的职务之便，而是“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”，从而获取作为对价的财物的一点上，第388条有其独特之处。在此意义上讲，该条的存在扩大了传统意义上的受贿罪的处罚范围。^{〔6〕}

应当说，这种扩张对受贿犯罪保护法益的理解带来了深刻影响。刑法理论历来将受贿罪的本质理解为“权钱交易”，即国家工作人员利用职务上的便利，索取或者收受职务行为的对价。但刑法第388条的出现，为这种理解带来了不小的困扰。因为在第388条规定的情形下，国家工作人员不是“利用职务上的便利”，而是“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的职务行为，索取请托人财物或者收受请托人财物。如此说来，在刑法的规定之下，受贿罪不一定是“权钱交易”。而这种扩张受贿罪成立范围的做法，必然会波及对受贿犯罪保护法益的理解。

〔6〕 贿赂犯罪处罚范围的扩张并不到此为止。2009年刑法修正案（七）增设了刑法第388条之一，规定了利用影响力受贿罪。这个罪名的存在，可以说颠覆了传统的关于受贿犯罪是渎职罪的理解。作为与利用影响力受贿罪的对应，2015年刑法修正案（九）增设了刑法第390条之一向具有影响力的人行贿罪。行贿犯罪是通过向国家工作人员提供贿赂，侵害公务公正执行的犯罪，其行为对象应当是国家工作人员，但向具有影响力的人行贿的对象不是国家工作人员。至此，有关贿赂犯罪的理解，已经完全脱离了只有国家工作人员才能实施或者只能针对国家工作人员实施的传统理解，而扩张到了非国家工作人员。

关于受贿犯罪的保护法益,从比较法的角度看,历来存在纯粹性说和不可收买性说的对立。纯粹性说源自日耳曼法的立场,以公务员职务行为的不可侵犯性即公正性或者纯粹性为基本内容,主张对于偏离公务员职责的不正当职务行为,公务员收受报酬的话,即成立受贿罪。按照这种见解,受贿犯罪的保护法益就是国家机能或者职务行为的公正性。不可收买性说源自罗马法的立场,认为公务行为不得受他人是否给予一定对价或者报酬的影响,公务员在职务行为上收受对价或者报酬,即便没有实施不正当的职务行为,也要成立受贿罪。因此,受贿犯罪的保护法益就是国家权威或者公务的威信。按照这种观点,在实施职务行为之前提供或者约定职务行为的对价,属于贿赂;但事后向公务员提供谢礼,由于不能说是职务行为的对价,所以不是贿赂。⁽⁷⁾从当今域外的刑事立法例来看,关于受贿犯罪,基本上采用了折中说的立场,即在以不可收买性说为基础的同时,也加进了纯粹性说的宗旨。具体来说就是,在职务行为上收受贿赂,一律成立受贿犯罪,和职务行为是否公正无关;在实施了有害职务行为公正性的不正当行为时,则加重处罚。⁽⁸⁾

在我国,关于受贿犯罪的保护法益,通说认为是国家工作人员职务行为的廉洁性。⁽⁹⁾详言之,国家工作人员在已经获得合法报酬的情况下,不能以职务上的作为或者不作为为由索取、收受他人财物。国家工作人员以直接或者间接索取或者收受他人财物,作为其执行职务时作为或者不作为的条件的,即构成对职务行为廉洁性的侵害,以犯罪论处。按照这种理解,国家工作人员在已经获得合法报酬的情况下,接受职务报酬以外的财物的,都有受贿之嫌。⁽¹⁰⁾

但是,近年来,这种通说观点已经遭到批判。反对观点认为,“廉洁”本身的含义不明确,没有说明其是以纯粹性说为基本立场,还是以不可收买性说为基本立场;并且,根据廉洁性说难以区分受贿罪与贪污罪、巨额财产来源不明罪。持上述反对观点的学者主张,受贿犯罪的保护法益是国家工作人员职务行为的不可收买性,或者说是国家工作人员职务行为与财物的不可交换性。该学者还进一步指出,不可收买性至少包括两方面的内容:一是职务行为的不可收买性本身;二是国民对职务行为不可收买性的信赖。⁽¹¹⁾

确实,作为通说的廉洁性说内容过于抽象,不仅无法将受贿罪与贪污等国家工作人员渎职犯罪区分开来,还可能无限扩张受贿罪的处罚范围,但作为其替代的不可收买性说也并非没有问题。不可收买性说将国民对职务行为不可收买性的信赖,也作为不可收买性的内容,这样尽管可以对国家工作人员只是承诺为他人谋取利益而尚未着手时也要构成受贿罪这一点进行合理说明,但将“信赖”这种内容模糊、主观色彩浓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。受贿犯罪的保护法益应当是职务行为的不可收买性之

(7) 参见[日]飞田清弘、佐藤道夫《贿赂》(二订),立花书房1994年版,第37页;[日]大谷实《刑法讲义各论》,黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第574页。

(8) 就我国的情况而言,也大致如此。即依照刑法第385条,只要国家工作人员利用职务上的便利索取他人财物,或者收受他人财物,不管为他人谋取的利益是否正当,一律构成受贿罪。可以说,这是基于职务行为不可收买性的考虑。依照刑法第388条,国家工作人员如果为他人谋取不正当利益,索取或者收受他人财物,即便不是利用本人职务上的便利,而是利用本人身份所具有的事实上的影响力的,也要构成受贿罪。可以说,这是基于职务行为公正性的考虑。

(9) 参见前引[1],高铭喧等主编书,第629页;齐文远主编《刑法学》,北京大学出版社2016年版,第568页。

(10) 参见曲新久《刑法学原理》,高等教育出版社2014年版,第356页。

(11) 参见前引[1],张明楷书,第1203页。

类的客观内容,而不应当包括对不可收买性的信赖之类的主观内容。再者,如果受贿犯罪的保护法益也包括国民的信赖,则在受贿犯罪的处罚上,就要脱离个别具体的职务行为,而要在距离渎职结果非常远的阶段,将具有渎职危险的行为也考虑在内。如国家工作人员在日常生活中,哪怕是收受他人在正常社交礼仪范围内馈赠的礼物,也有可能因为破坏了社会信赖而成立受贿。尤其是在刑法明文将“利用职务上的便利”或者利用“职权或者地位形成的便利条件”作为受贿罪成立要件的情况下,更不能将社会一般人的信赖作为保护法益。因为信赖保护说所倡导的不是对国家工作人员某具体职务行为不可收买性的信赖,而是对该国家工作人员能够执行的职务行为整体的不可收买性的信赖。这种观点,和主张国家工作人员不得收受职务报酬之外的财物,否则就会丧失社会信赖的廉洁性说,实际上不过一纸之隔。最后,如果社会信赖也是受贿犯罪的保护法益,受贿罪的犯罪构成就容易演变为“国家工作人员索取他人财物,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益”,“利用职务上的便利”或者利用“职权或者地位形成的便利条件”可以忽略不计,这显然不符合刑法的明文规定。

从刑法的相关规定看,受贿犯罪的保护法益,应当是国家工作人员职务行为的公正性。理由如下:

首先,受贿行为侵害的是国家工作人员职务行为的公正性。从宪法第2条“中华人民共和国的一切权力属于人民”的规定看,国家工作人员是全体人民的公仆,而不是部分人的仆人。正因如此,就要求国家工作人员为所有人提供服务,而不是仅为某个人或者某部分人提供服务。同时,对于国家立法、司法、行政等权力的运用而言,具有自由裁量性质的职务行为也必须是公平公正、不偏不倚的,否则整个国家机关的权力运行就会因为丧失公信力而陷入瘫痪。若国家工作人员在履职时,收受某个人或者某部分人提供的贿赂,就会出现“将职务行为置于贿赂的影响之下的危险”,进而出现“在执行职务的过程中不当行使裁量权的危险”,⁽¹²⁾从而直接破坏职务行为的公正性。在此意义上,将职务行为的公正性作为受贿犯罪的保护法益,符合宪法的相关规定,也是国家权力运行的必然要求。

其次,采用职务行为公正性说,也能妥当说明为何将为他人“谋取(不正当)利益”作为受贿罪的成立要件。在域外刑法中,公务员只要是在职务关系上收受他人贿赂,就要构成受贿罪,并不要求为他人“谋取(不正当)利益”。如公务员在事先没有任何约定的情况下,依法为他人办理了审批某项营业资格的事项,事后收受了他人的感谢费,该公务员被认定构成受贿罪。⁽¹³⁾有为他人谋取利益的约定而收受贿赂,属于受托受贿罪,必须按照受贿罪加重处罚。⁽¹⁴⁾在这种规定之下,公务员只要是在职务关系上收受对价或者报酬,一律构成受贿罪,而不管该公务员有没有实际或者意图为他人谋取正当或者不正当的利益。因此,将职务行为的不可收买性作为受贿犯罪的保护法益,是对该种受贿犯罪规定模式的最忠实理解。但我国有所不同,刑法第385条、第388条等均明确将为他人“谋取(不正当)利益”作为受贿罪的成立条件。这意味着,在我国刑法的规定之下,理论上,仅仅收受职务行为的对价,还不一定构成受贿罪(也正因如此,在我国,事后收受他人财物并不构成受

(12) [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718页。

(13) 参见前引(7),大谷实书,第575页以下。

(14) 参见日本刑法第197条第1款后段。

贿罪，除非行为人事先和他人有约定），这种对价还必须达到使行为人产生为他人谋取（不正当）利益的意图或者为他人实际谋取（不正当）利益的程度。而这种国家工作人员在职务关系上收受他人财物并不一定都构成受贿罪，只有收受财物能够产生为他人谋取（不正当）利益的结果或者危险的场合，才能成立犯罪的规定模式，实际上表明，我国刑法在受贿罪的规定上，采用了和职务行为不可收买性说迥异的职务行为公正性说的立场。⁽¹⁵⁾

再次，不采用职务行为公正性说，难以对刑法分则第 8 章的相关规定进行妥当解释。通常认为，贪污贿赂犯罪属于渎职犯罪，因此，关于这些犯罪的犯罪构成，传统学说认为，就受贿犯罪而言，其主体必须是国家工作人员；就行贿犯罪而言，其对象也仅限于国家工作人员。⁽¹⁶⁾但是，这种理解对于刑法第 388 条之一（利用影响力受贿罪）、第 390 条之一（对有影响力的人行贿罪）而言，并不妥当。因为，这两种犯罪尽管均被规定在刑法分则第 8 章之中，但其主体（利用影响力受贿罪）和对象（对有影响力的人行贿罪）并不要求是国家工作人员。在受贿主体和行贿对象不必是国家工作人员时，贿赂如何能够左右国家工作人员的职务行为，从而侵犯职务行为的不可收买性？但是，从破坏职务行为公正性的角度看，就可以认为上述规定是可以成立的。因为无论是利用影响力受贿，还是向具有影响力的人行贿，都会间接损害被影响或者被斡旋的国家工作人员职务行为的公正性。详言之，国家工作人员的近亲属或者其他与之关系密切的人以及离职的国家工作人员，他们虽然不具有国家工作人员的身份和职权，但由于与国家工作人员具有特殊的利害关系，其能够对该国家工作人员产生某种实际影响，故属于对公权力具有影响力的人。在其为请托人谋取不正当利益而对公权力施加影响时，其虽然因不具有相应身份而不可能直接破坏职务行为的公正性，但其能对被影响或者被斡旋的其他国家工作人员的职务行为产生影响，从而间接破坏该国家工作人员职务行为的公正性，而这符合贿赂犯罪的本质。

最后，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。

如此说来，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。⁽¹⁷⁾

三、“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的理解

如果说受贿犯罪的保护法益是职务行为的公正性，则在刑法分则第 8 章所规定的受贿

(15) 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。

(16) 参见前引〔1〕，高铭喧等主编书，第 620 页，第 631 页，第 636 页。

(17) 参见前引〔12〕，山口厚书，第 719 页。

犯罪的理解上,会发生一些观念性的变化。这种变化对于理解刑法第388条,特别是“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的意义,具有重要的参考价值。

目前,在刑法理论上,何谓“利用本人职权或者地位形成的便利条件”,可以说是众说纷纭、莫衷一是。

“制约说”认为,只有在行为人与被利用的国家工作人员之间存在职务上的制约关系时,行为人才属于“利用本人职权或者地位形成的便利条件”。有学者指出,制约关系表现为纵横两个方面:纵向制约关系表现为上级对下级的制约关系,包括从属关系与非从属关系。前者指上级可以通过其领导地位要求下级实施职务行为;后者指上级不能直接要求下级作为或者不作为,但可以利用其职权、地位形成的便利条件施加某种影响。横向制约关系表现为无隶属关系的同级国家机关工作人员职务之间的制约关系,如公安局、检察院和法院之间在工作上的制约关系。⁽¹⁸⁾

“身份说”认为,在一般人看来,国家工作人员之间经常性地进行业务上的往来,彼此较为容易接触,请托人通常也愿意借助国家工作人员这一身份委托请托事项,事实上请托人也是看中了行为人的职权和身份,即一般人特别是请托人将国家工作人员身份等同于其享有相应的职权。因此,只要国家工作人员利用其特殊身份,斡旋于请托人和其他国家工作人员之间,收受或者索取财物,为请托人谋取不正当利益,即以受贿论处,而不问其与被斡旋的国家工作人员之间的特殊关系。⁽¹⁹⁾

“影响说”认为,行为人与被利用的第三人之间不存在职务上的制约关系,而只有程度要轻得多的“影响”关系。这种“影响”关系主要表现为要求方与被要求方不处于同一职能部门,两者的职责范围不具有直接上下级关系,其他国家工作人员若不依要求实施职务行为,对其以后的工作、协作等可能会带来一些不利影响。但这些不利只能是潜在的不利,不利后果与不依要求实施职务行为之间缺乏必然性,被要求的一方有完全的意志选择自由。在多数情况下,要求方和被要求方都是具有一定身份地位的国家工作人员,而且尽管两者间不是纵向的隶属关系,但具有横向的高低级别之分,也不排除同级国家工作人员之间的影响关系。⁽²⁰⁾还有人认为,在斡旋受贿中,斡旋者与第三者的关系只有一种情况,即斡旋者的职务对第三者具有影响力。这种影响力的上限是尚未达到制约的程度,也就是请托人不正当利益实现的根本原因在于第三者职务行为的行使,而不在于斡旋者职务行为的行使;其下限是超出亲友关系等一般社会关系。这表明,在斡旋受贿中,斡旋者的职务对第三者的影响力,是一种基于斡旋者职务身份形成的、尚未达到制约程度的影响作用。⁽²¹⁾

总体上讲,上述三种见解均是在和刑法第385条进行比较的基础上,来说明“利用本

(18) 参见何秉松主编《刑法教科书》,中国法制出版社1997年版,第1052页;前引〔2〕,赵秉志主编书,第1265页;前引〔2〕,苏惠渔主编书,第876页;黄太云、滕炜主编《〈中华人民共和国刑法〉释义与适用指南》,红旗出版社1997年版,第561页。

(19) 参见王健《再论斡旋受贿中“利用本人职权或者地位形成的便利条件”》,《山东农业工程学院学报》2015年第2期,第115页以下。

(20) 参见游伟、谢锡美《斡旋受贿罪司法认定的理论展开——以陆来富受贿案终审裁定为例》,《法学》2001年第1期,第74页。

(21) 参见前引〔3〕,朱孝清文,第84页;林雪标《论“行为人所具有的职权或者地位形成的便利条件”》,《中国检察官》2006年第10期,第58页。

人职权或者地位形成的便利条件”的意义的，只是各自背后的理论基础不同。

“制约说”要求行为人与其他国家工作人员之间存在职务上的制约关系，这实际上是直接照搬了对刑法第 385 条“利用职务上的便利”的理解。按照 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》，第 385 条第 1 款规定的“利用职务上的便利”，既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。既然“利用职务上的便利”也包括利用具有“制约”关系的其他国家工作人员的职权，则将“利用本人职权或者地位形成的便利条件”理解为行为人与其他国家工作人员之间存在职务上的制约关系，无疑是使刑法第 388 条与第 385 条协调一致的最佳方式。⁽²²⁾ 依照第 385 条的规定，国家工作人员只要为他人谋取利益，收受职务行为的对价，即便没有不当实施职务行为，也要成立受贿罪，因此其体现的当然是职务行为的不可收买性。既然“制约说”将第 388 条和第 385 条捆绑在一起考虑，那么也可以说，其对“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的理解，当然是以职务行为不可收买性说为基础。但按照“制约说”来分析，第 388 条所规定的行为人实际上是利用自己的职务之便受贿，于是，该条根本就没有存在的必要，这显然不符合刑法的明文规定。

“身份说”的理由是，国家工作人员在已经获得合法报酬的情况下，不能以职务上的作为或者不作为为由索取、收受他人的财物。可见，其是以行为人的身份为基础，从形式意义上来理解“职权或者地位形成的便利条件”。其背后所体现的应当是国家工作人员职务行为的廉洁性说，但这种理解与刑法第 388 条的规定不符。按照该条的规定，作为行为人的斡旋者除了必须具有国家工作人员的身份之外，还必须“利用本人职权或者地位形成的便利条件”。在实际适用中，可能会存在这种情况，即行为人在让其他国家工作人员利用职务行为为请托人谋取不正当利益时，并没有利用其职权或者地位形成的便利条件。如身为国家工作人员的丈夫让身为国家工作人员的妻子，为请托人谋取不正当利益，就是如此。在这种场合，行为人利用的并不一定是本人职权或者地位形成的便利条件。如果对“本人职权或者地位形成的便利条件”作过于宽泛的理解，会使贿赂和职务行为无关，受贿罪就会成为源于国家工作人员身份，以违反清廉义务为处罚根据，侵害所谓国家工作人员不得收受职务报酬以外财物的“人格信赖”或者“社会信赖”的犯罪，这显然不符合包括第 388 条在内的刑法分则第 8 章关于受贿犯罪的规定。

现在的通说是“影响说”。按照这种理解，所谓“利用本人职权或者地位形成的便利条件”，是指利用本人职权或者地位形成的能够对第三者施加职务影响的便利条件，其核心内容是职务影响力，这种影响力尽管没有达到制约第三者的程度，但超出了亲友关系等一般的社会关系。从本文所主张的受贿犯罪的保护法益是职务行为的公正性，只要以贿赂方式侵害或者威胁国家工作人员职务行为的公正性，即便不具有国家工作人员身份的人也能

(22) 因为行为人要求在职务上有制约关系的其他国家工作人员为请托人谋取不正当利益，是刑法第 385 条规定的“利用职务上的便利”的一种表现形式，如果斡旋者与被利用的其他国家工作人员之间存在制约关系，那么，该国家工作人员利用职务之便为请托人谋取不正当利益，其最终原因就在于斡旋者的职务，该国家工作人员的职务行为实质上是斡旋者职务行为的自然延伸，即斡旋者实施的受贿罪应属于第 385 条规定的直接受贿，而非第 388 条规定的斡旋受贿。参见前引〔3〕，朱孝清文，第 81 页；刘扬《陆某受贿案〔第 754 号〕——国家工作人员通过其情人职务上的行为收受贿赂，为他人谋取不正当利益的行为，如何定性》，载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》2012 年第 1 集，第 61 页。

构成受贿犯罪的立场来看,对于“利用本人职权或者地位形成的便利条件”,“影响说”是最恰如其分的理解。从此意义上讲,本文原则上也支持“影响说”。

只是现在的“影响说”还存在一些需要进一步厘清的问题。具体来说,包括以下几项内容:

首先,内涵不清,难以与“制约说”区分开来。现在,尽管多数人主张“影响说”,但何谓“影响”,众说纷纭。有力观点认为,“制约”就是一方在另一方的限制、约束之下丧失了基本的选择自由。“影响”则没有达到这种程度,被要求的一方有完全的意志选择自由。⁽²³⁾换言之,被利用者没有选择或者选择范围较小的是“制约”;相反,被利用者能够选择或者选择范围较大的是“影响”。但是,被利用者丧失基本选择自由就构成了强迫,而被强迫参与犯罪的,按照间接正犯的原理,不构成犯罪。但实际上,刑法第388条中的“其他国家工作人员”利用职务之便为请托人谋取不正当利益,有可能构成滥用职权罪。依据“影响说”,被利用者有完全的意志选择自由就是“影响”。但是,有完全的意志选择自由就属于自愿,自愿参与他人犯罪的,有可能构成第388条规定的受贿罪的共犯。如此说来,以其他国家工作人员是否丧失基本选择自由为标准来判断有无“影响”,是有问题的。特别是,上述观点还举例说,就具有职务上制约关系的国家工作人员的相互关系而言,因为该国家工作人员对其他国家工作人员具有直接的制约关系,其他国家工作人员在其命令或者旨意下,不能不为或不敢不为,否则会对其日后的晋级、评价、工作等方面带来某些不利后果。相对地,就利用职权或者地位之便的国家工作人员与其他国家工作人员之间的“影响”关系而言,则表现为其他国家工作人员如不按要求实施职务行为,便可能对其日后的晋升、工作等产生潜在的不利影响。⁽²⁴⁾根据此例,既然都表现为对其他国家工作人员日后的晋升、评价、工作等会带来不利后果或者潜在的不利影响,那么区分“制约”和“影响”还有什么实际意义?

其次,外延不确定,难以解释刑法第388条的相关规定。如前所述,按照“制约说”,行为人利用本人职权或者地位形成的对其他国家工作人员的制约关系,包括纵向的制约关系和横向的制约关系。前者是指上级可以通过其领导地位要求下级实施职务行为;后者是指无隶属关系的同级国家机关工作人员职务之间的制约关系,如公安机关、检察院和法院之间在工作上的制约关系。但是,若说横向制约关系就是上述类似关系,则其与“影响说”就是一纸之隔。因为公安机关、检察院和法院之间只是存在工作即侦查、起诉、审判等方面的相互配合、相互制约关系,而不存在法院院长能够指挥检察官、公安机关首长能够指挥法官之类的职务上的制约关系。如果说这种不同机关之间在工作上的相互制约关系也属于横向的制约关系,则其与“影响说”并无本质上的不同。

最后,在实践中也难以操作。如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》指出:利用本人职权或者地位形成的便利条件,“是指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,但是行为人利用了本人职权或者地位产生的影响和一定的工作联系,如单位内不同部门的国家工作人员之间、上下级单位没

(23) 参见前引〔20〕,游伟等文,第74页。

(24) 同上。

有职务上隶属、制约关系的国家工作人员之间、有工作联系的不同单位的国家工作人员之间等”。该纪要在认定“利用本人职权或者地位形成的便利条件”时，并不要求行为人与被利用的其他国家工作人员在职务上具有隶属、制约关系，只要行为人利用了本人职权或者地位产生的影响和一定的工作联系即可。但是，如何判断行为人到底是不是利用了“本人职权或者地位形成的便利条件”，上述纪要只是例举了几种情形，而没有详细展开。也正因为如此，实践中一旦碰到具体案例，便无从入手。如在尹某某受贿案中，被告人尹某某在担任中国外运吉林集团公司董事长、总经理期间，认识了港商韩某某，两人谈到做香烟生意赚钱。韩得知尹与云南省某领导关系不错，便让尹介绍与云南省某领导结识，并经尹联系与时任云南红塔集团董事长褚某某见了面。在省领导的介绍下，韩与褚相识，韩提出要出口 10 个车皮香烟，褚当即向属下打了招呼，爽快地卖给了韩 8 车皮香烟。这一笔生意就让韩获利达九百余万港元。作为感谢，韩给了尹 7 万美元的好处费。后北京市第二中级人民法院以受贿罪一审判处尹某某 12 年有期徒刑，并处没收个人财产 10 万元。⁽²⁵⁾ 对于这个判决，有人提出这样的质疑：尹某某任职的单位与被斡旋的领导所在单位不属于同一单位，也不属于上下级单位，二者也无工作上的联系，二人仅仅是在一次会议上相识。按照上述纪要，能够认定尹某某为斡旋受贿吗？⁽²⁶⁾ 笔者认为，这种质疑是有一定道理的。

因此，即便采用“影响说”，也还是必须厘清“影响”的具体内容，让其在实务中具有可操作性。从本文的立场来看，一旦说受贿犯罪的保护法益不是职务行为的廉洁性或者不可收买性，而是职务行为的公正性，刑法第 388 条所规定的受贿罪的谴责重心，就从行为人自身的渎职转变为被其利用的其他国家工作人员的渎职行为。换言之，在该条规定的受贿罪中，真正破坏职务行为公正性的行为人（正犯），是被利用的其他国家工作人员，而作为受贿罪主体的行为人，即在请托人和其他国家工作人员之间牵线搭桥的人（斡旋者），则成为退居幕后的共犯；具体而言，是“类似教唆犯”的角色。之所以说是“类似教唆犯”，是因为：第一，作为第 388 条受贿罪主体的国家工作人员，在与被其利用的其他国家工作人员的关系上，肯定不会是间接正犯。如果是间接正犯，则就与被其利用本人职权或者地位形成的便利条件而指使的其他国家工作人员之间的关系而言，应当达到“制约”或者“支配”的程度。而一旦达到这种程度，行为人就不是构成第 388 条规定的受贿罪，而应当构成刑法第 385 条规定的受贿罪。第二，作为第 388 条受贿罪主体的国家工作人员，在与被其利用的其他国家工作人员的关系上，也不仅仅是教唆犯。如果仅仅是教唆犯，第 388 条就不会明文要求其在“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”时，必须“利用本人职权或者地位形成的便利条件”。同时，如果第 388 条受贿罪的主体是教唆犯，按照共犯从属性原理，其无论在定罪还是处罚上，都必须从属于被其利用的其他国家工作人员在职务上为请托人谋取不正当利益的行为，即必须从属于其他国家工作人员的渎职行为（如滥用职权），而且也只能按照其在被斡旋的其他国家工作人员的渎职犯罪中所起的作用处罚，这显然不符合第 388 条“以受贿论处”的规定。第三，第 388 条受贿罪的主体，不仅让其他没有犯罪意思的国家工作人员利用职务行为为请托人谋取不正当利益，而且还

(25) 参见邱伟 《烟王手中批来 8 车皮香烟》，《北京晚报》2005 年 4 月 29 日第 7 版。

(26) 参见前引〔19〕，王健文，第 117 页。

必须据此索取或者收受请托人的财物。但在共同犯罪的场合，教唆犯只要让没有犯罪意思的人实施犯罪就足够了，而无需其他成立条件。

刑法第388条受贿罪的主体所具有的“类似教唆犯”的特征，对于我们界定该条的处罚范围，具有重要意义：

首先，可以借助教唆犯的一般原理，探讨“影响说”的实质内涵，为查明“利用职权或地位形成的便利条件”的意义提供帮助。所谓教唆犯就是唆使他人犯罪的人，具体来说，就是以授意、怂恿、劝说、利诱或者其他方法故意让他人犯罪的人。教唆不能达到支配他人犯罪的程度，否则就是（间接）正犯。所谓支配就是对构成要件事实的支配，尤其是对法益侵害及其危险结果的支配。行为人自己直接实施符合构成要件的行为，造成法益侵害结果的，是直接正犯；通过支配他人的行为，造成法益侵害结果的，是间接正犯；共同对造成法益侵害结果起实质支配作用的，是共同正犯。⁽²⁷⁾ 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》有关“利用职务上的便利”的规定，与这一思路不谋而合。其规定“利用职务上的便利”包括三种情形：一是利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，这实际上是行为人本人直接利用自己职务上的便利的直接正犯；二是利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权，这实际上是通过支配他人的行为造成法益侵害结果的间接正犯；三是担任单位领导职务的国家工作人员通过不属自己主管的下级部门国家工作人员的职务为他人谋取利益的，应当认定为“利用职务上的便利”为他人谋取利益，这实际上是共同对造成法益侵害结果起实质支配作用的共同正犯。相反，上述纪要还规定，“利用职权或地位形成的便利条件”是指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，但是行为人利用了本人职权或者地位产生的影响和一定的工作联系，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、制约关系的国家工作人员之间、有工作联系的不同单位的国家工作人员之间等。比照上述关于“利用职务上的便利”的说明，可以看出，对于“利用职权或地位形成的便利条件”，需要探讨的实际上只有一种情况，就是行为人与被其利用的国家工作人员之间在职务上没有隶属、制约关系的场合，除此之外，都属于“利用职务上的便利”。

国家工作人员之间有无职务上的隶属、制约关系，多数时候能够根据相关具体规章制度加以判断。如地方党委书记与同级地方党政干部的关系，无论是根据《中国共产党党章》，还是根据《中国共产党地方党委工作条例》的相关规定，都能看出二者之间的隶属、制约关系。因为党委书记的工作之一就是负责党委班子的思想、组织、作风建设，负责党员、干部的教育与管理，即对同级党政机关干部具有用人权和监督职责。这种用人权和监督权，对于相对方而言，直接关系到相对方的职务晋升等重大利益，可以说是具有制约关系的。

但是，在有的场合，二者之间到底是何种关系，相关规定并不清楚，此时就必须参照一些政策或者习惯进行判断。如市政协主席向同级地方党政机关干部打招呼，从中收受财物的，该市政协主席的行为到底是“利用职务上的便利”，还是“利用本人职权或者地位形成的便利条件”，存在争议。其中隐含的问题是，市政协主席和同级地方党政机关干部之间

(27) 参见张明楷《刑法学》上，法律出版社2016年版，第392页。

是不是存在隶属、制约关系？一种意见认为，政协不是国家权力机关和行政管理机关，而是统一战线组织，是参政议政机关，其与政府机关、企业、事业单位等并无行政隶属关系。⁽²⁸⁾相反，另一种意见认为，按照《中国人民政治协商会议章程》，政协还具有对国家机关及其工作人员的工作，通过建议和批评进行监督的民主监督职能，因此，通过被自己监督的国家工作人员的职务便利，也是利用职务之便。⁽²⁹⁾两种意见相持不下。若要就其中某一种观点作出选择，就必须查找其他更有说服力的根据。2006 年中共中央发布了《关于加强人民政协工作的意见》，其中第六部分“加强和改善党对人民政协的领导”规定，不是同级党委常委的地方政协党员主席或党组书记，可请他们列席党委常委会议和其他有关重要会议。这意味着，作为地方政协一把手，政协主席可以列席地方党委常委会议，并在党委、政府讨论重大事项时履行参政议政职责。在这个意义上，可以说，政协领导与该地方下级党政机关干部之间存在制约关系。⁽³⁰⁾

其次，可以借助教唆犯的一般意义，限定刑法第 388 条受贿罪中“通过其他国家工作人员职务上的行为”的认定范围。我国学者常将第 388 条规定的受贿罪称为“斡旋受贿罪”，这大约是借鉴了日本刑法的规定而提出的称谓。日本刑法第 197 条之四规定“公务员接受请托，斡旋其他公务员在其职务上实施非法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 5 年以下徒刑。”由于该条文明确将“斡旋”，即“对被斡旋公务员做工作，让其实施职务上的非法行为而承担中介之劳”，⁽³¹⁾作为本罪的实行行为，所以，将该种受贿行为称为“斡旋受贿罪”是没有问题的。但第 388 条没有使用“斡旋”一语，因此，像日本一样，将该条规定的受贿类型直接称为“斡旋受贿罪”是不是合适，还必须作进一步说明。

从“类似教唆犯”的角度看，应当说，将刑法第 388 条规定的受贿类型称为“斡旋受贿罪”是有依据的。所谓教唆就是诱导、唆使或者怂恿、指使他人实施非法行为，客观上要有指使、怂恿他人的行为，主观上则要求行为人对自己行为的内容、性质以及被教唆的他人所可能引起的危害后果有明知或者预见，即所谓“故意”。过失唤起他人产生犯罪意图的行为，无论如何都不可能包括在教唆犯的犯罪类型之内。⁽³²⁾按照这种理解，就第 388 条“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”的规定而言，尽管字面上没有明文规定，但其中隐含有这样的意思，即行为人的行为必须达到因具体事项而将请托人介绍给其他国家工作人员，并要求或者拜托其做有利于请托人的处理的程度，否则，不仅无法满足教唆是诱导、唆使或者怂恿、指使他人实施非法行为的要求，而且也不符合“为请托人谋取不正当利益”的规定。如此说来，行为人仅仅是打一个电话介绍请托人和其

(28) 参见王作富主编《刑法分则实务研究》下，中国方正出版社 2010 年版，第 1949 页。

(29) 参见赵煜《政协、人大领导谋利收钱是受贿还是斡旋受贿》，《中国检察官》2014 年第 6 期，第 46 页以下；孙国祥《受贿罪“利用职务上的便利”新论》，《法学论坛》2011 年第 6 期，第 106 页。

(30) 司法实践也是这么理解的。如在广东省政协原主席陈绍基受贿案中，陈作为政协主席为他人项目开发、职务晋升向党政机关有关人员打招呼，均被认定为利用职务上的便利，构成刑法第 385 条规定的受贿罪（参见重庆市第一中级人民法院（2010）渝一中法刑初字第 83 号判决书）。但要注意的是，这种理解仅限于政协主席之类的主要领导，而副职政协领导通常不能列席党委常委会议和其他有关重要会议，故不可能对该地方下级党政机关干部有制约关系。

(31) 参见前引〔7〕，大谷实书，第 586 页；前引〔12〕，山口厚书，第 738 页。

(32) 参见黎宏《刑法学总论》，法律出版社 2016 年版，第 298 页。

他国家工作人员认识,或者让请托人带上自己的名片去找其他国家工作人员,而并未就具体事项进行斡旋或者要求关照等场合,就不能成立第388条规定的受贿罪。

再次,被利用的其他国家工作人员的行为,必须达到承诺为请托人谋取不正当利益的程度。这是从刑法第388条受贿罪的主体具有“类似教唆犯”特征所推导出来的当然结论。刑法第29条第1款规定,“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”。这意味着教唆犯的成立以存在教唆者与被教唆者之间的共同犯罪为前提。而成立共同犯罪,就要求被教唆者即正犯已经着手实行刑法分则具体条文所规定的特定犯罪,否则,共同犯罪无从谈起,更遑论“教唆他人犯罪的,应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚”。如此说来,成立第388条规定的受贿罪,被行为人指使或者教唆的其他国家工作人员的行为,至少必须达到承诺为请托人谋取不正当利益的程度,否则,行为人即便有拜托或者请求等行为,也不能成立本罪。因为只有正犯即被指使的其他国家工作人员有为请托人谋取不正当利益的承诺的场合,职务行为的公正性才有被侵害的危险。

最后,其他国家工作人员不和行为人一道构成受贿罪,但在其属于“国家机关工作人员”时,可以构成刑法分则第9章规定的滥用职权犯罪。因为尽管利用本人职权或者地位形成的便利条件而斡旋其他国家工作人员的人,和被斡旋的其他国家工作人员,在客观上或者说违法性层面具有引起和被引起的共犯因果关系,但二者在主观责任层面并没有共同的犯罪意思。就行为人而言,其具有利用其他国家工作人员的职务之便换取不正当利益的受贿罪的故意;而就被利用者而言,其只具有利用自己的职务便利为请托人谋取不正当利益的滥用职权犯罪的故意。行为人借助被利用者的职务之便实现了自己的受贿罪,因此构成刑法第388条规定的受贿罪,而被利用者只是可能构成滥用职权犯罪。

结 论

受贿犯罪的保护法益不是职务行为的廉洁性。廉洁性说的内容过于抽象,其不仅无法将受贿罪与贪污等国家工作人员渎职犯罪区分开来,还可能无限扩张受贿罪的处罚范围。受贿犯罪的保护法益也不是职务行为的不可收买性和国民对职务行为不可收买性的信赖。“信赖”的内容模糊、主观色彩浓厚,将其作为保护法益,会导致脱离个别具体的职务行为,将普通的人情往来以及在距离渎职结果非常远的阶段上有渎职危险的行为都考虑在内,从而不当扩大受贿罪的处罚范围。不仅如此,将不可收买性说推到极端,追问“国家工作人员为什么不可以以权换利,为什么不可以收受职务行为的对价”,最终答案也只能是可能会引起不公正的职务行为。即如果可以就职务行为做交易,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。因此,受贿犯罪的保护法益应当是国家工作人员职务行为的公正性。

受贿犯罪法益观的转变,不仅夯实了刑法第388条规定的斡旋型受贿罪的合法性基础,而且改变了有关受贿犯罪本质的认识。刑法分则第8章规定的受贿犯罪,不再只是“以权(职务之便)换利”,即侵害职务行为不可收买性的犯罪,而是扩展至成立范围更加广泛的“影响力(职权或者地位形成的便利条件)交易”犯罪。其侵害的不是行为人本人的职权即职务之便的公正性,而是扩张到了被其利用的其他国家工作人员职务行为的公正性。这种

利用其他国家工作人员职务行为间接获利也构成受贿罪的规定，使第 388 条受贿罪的主体具有了“类似教唆犯”的构造。这种构造使第 388 条规定的受贿罪在认定上，具有了不同于刑法第 385 条规定的受贿罪的若干特点。具体而言，成立第 388 条规定的受贿罪，行为人不能只是在请托人和被利用的其他国家工作人员之间牵线搭桥，让二者认识，还必须就具体的请托事项与被其利用的其他国家工作人员进行沟通、交流，拜托后者为请托人在职务行为上做有利处理。同时，被利用的其他国家工作人员至少必须承诺为请托人谋取不正当利益，否则，就会因为没有侵害职务行为公正性的危险，而使斡旋者无法成立受贿罪。

Abstract: The protected legal interest in bribery crime should be “the fairness of duty behaviors” of public officials. The transformation of the protected legal interest in the bribery crime not only expands the penalty scope of the crime of bribery, but also changes the nature of the crime. As a result, the bribery crime regulated by Chapter Eight of Chinese Criminal Law is no longer a crime of “exchanging power for interest”, namely, a crime of harming “the nature of duty behaviors which cannot be purchased”, but rather a crime of “influence transaction” where the perpetrator takes advantage of their convenience, namely the influence deriving from his power or position, to undertake interest transaction. What it harms is not only “the fairness of duty behaviors” of the perpetrator himself, but also that of other public officials who have been utilized by him. This transformation of protected legal interest makes it possible for Article 388 of the Criminal Law and other such articles to exist in legislation. Meanwhile, the existence of situations in which the perpetrator obtains interest not directly by abusing his own power, but indirectly by utilizing the duty behaviors of other public officials gives Article 388 a structure similar to that on the crime of instigating others to commit a crime. This structure gives the bribery crime regulated by Article 388 characteristics that distinguish it from the common bribery crime regulated by Article 385.

Key Words: bribery crime, mediate bribery, fairness of duty behaviors, a crime similar to the crime of instigating others to commit a crime
