

中国特色反腐败制度框架下贿赂犯罪 法益的确定

陈金林*

内容提要 当前,我国贿赂犯罪法益学说深受德国理论的影响,而后者是迎合德国贿赂犯罪立法和实用主义需求的产物。回顾 19 世纪至今的德国贿赂犯罪立法史可知,德国逐渐抛弃了精细立法的传统,不再区分诸多影响不法内容与损益关系的细节,立法日趋道德化、形式化、口袋化,与刑事法治的要求相悖。以此为基础的贿赂犯罪法益学说,不具有法益应有的品格。我国的反腐败制度具有恤民、深究最终损益关系的传统,源自德国的法益学说与我国的反腐败制度并不兼容,难以合理说明立法的诸多处罚限制。根据贿赂触及的现实利益及损益关系,可将贿赂区分为以下三类:第三人利益侵犯型贿赂,即通过职务行为为行贿人谋取不正当利益的贿赂,其法益内容是职务行为直接损害的第三人利益;敲诈勒索型贿赂,即利用职权对相对人正当利益的制约索取或收受财物,其法益是“行贿人”的财产和意志活动自由,这种情形下的“行贿人”系被害人;纪律违反型贿赂,即与职务行为不具有充分关联的贿赂,这种贿赂只影响不具有法益品格的廉洁性,应以纪律处分等刑法之外的方式回应。

关键词 贿赂犯罪 法益 敲诈勒索 谋取不正当利益 紧急避险

目 次

- 一、问题的提出
- 二、贿赂犯罪的概念、基本结构及其立法与学说史回顾
- 三、对贿赂犯罪法益既有学说的批判
- 四、贿赂犯罪法益的具体化及其应用
- 五、结语

* 武汉大学法学院副教授,法学博士。

一、问题的提出

贿赂犯罪法益学说会对刑法的规制范围、定罪量刑、涉案财产处理等问题产生重大影响。有关贿赂犯罪实质不法内容的探讨,可追溯至古罗马法、古日耳曼法时期,^①不过,直到今天,理论界和实务界也没有就贿赂犯罪法益的精确内容达成共识^②。当前德国理论界的通行做法是糅合多种要素,形成一种“复合的法益观”。^③

近年来,我国刑法理论界掀起了研究贿赂犯罪法益的热潮,形成了职务行为的不可收买性或不可交易性说、公正性说、职务的不可谋私利说分庭抗礼的局面。^④这些学说推进了该问题的精细化研究,但依然没能挣脱德国刑法学给定的基本框架,很难全面回答从我国特有的制度土壤中生发的问题。我国反贿赂制度的重要特点之一,是强调“为他人谋取利益”这一要件,并根据利益是否正当区分可罚性的范围。对此,当前流行的学说很难作出合理解释。例如,为什么普通受贿罪不以“谋取不正当利益”为前提,而斡旋受贿型受贿罪和利用影响力受贿罪却要受此限制?为什么行贿罪要以“为谋取不正当利益”为目的?为什么行贿罪有因被勒索且未获得不正当利益的免责规定?谁是贿赂犯罪的被害人?“围猎干部”的行贿人与被“吃拿卡要”的对象应否区别对待?受贿方构成犯罪、行贿方不构成犯罪时,贿赂究竟应予以收缴还是退还给“行贿人”?贿赂犯罪的量刑应考虑哪些数额之外的情节?

当前理论之所以难以回答前述问题,原因有二:一是理论界还没能就贿赂犯罪本身形成一个清晰且无争议的概念;二是贿赂犯罪的法益学说过度受制于德国刑法理论给定的术语和前见,未能在中国特有的制度框架和社会现实下确定具体的法益内容并厘清其损益关系。本文首先以“委托—代理—客户”关系为基础,给贿赂犯罪下一个一般性的定义,分析该框架中损益关系的具体类型,并在该概念所涉的范围内回顾中、德两国的制度与理论发展史,指出两国反腐败的制度选择存在明显差异、有关贿赂犯罪法益的术语却高度雷同的撕裂现象;在此基础上,提出确定贿赂犯罪法益的基本标准,并对既有的观点展开批判性分析;最后,结合我国特有的反腐败制度,具体化贿赂犯罪的法益,并尝试用其解释我国贿赂犯罪的立法。

二、贿赂犯罪的概念、基本结构及其立法与学说史回顾

在确定贿赂犯罪的法益之前,有必要在犯罪学的意义上界定贿赂犯罪的概念,探讨该社会现象可能损害的利益。

① Vgl. Jürgen Durynek, Korruptionsdelikte (§ § 331 ff. StGB). Reformsdiskussion und Gesetzgebung seit dem 19. Jahrhundert, 2008, S. 9.

② Vgl. Matthias Korte, in: Münchener Kommentar StGB, Band 5, 3. Aufl. 2019, § 331 Rn. 2.

③ Vgl. Christoph Sowada, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 13, 12. Aufl. 2009, Vorbem § 331 Rn. 37.

④ 参见张明楷:《法益初论》(增订本下册),商务印书馆2021年版,第897-900页。

（一）贿赂犯罪的概念及其基本结构

在犯罪学意义上,贿赂是一种广为存在的行为方式,其范围远超狭义的贿赂犯罪。与犯罪学意义上的典型事实和立法实践相比,当前贿赂犯罪的定义过度受制于从部分典型贿赂类型中提取的前见,导致其更多关注表面的现象,而不注重具体的损益关系。

在德国被广为接受的贿赂概念是“以违反规则为前提的好处交换”^⑤。金德霍伊泽尔细化了该概念,将贿赂界定为“将因受托而获得的决定权之行使与特定的好处建立关联并由此引发利益冲突的行为”^⑥。萨利格尔认为贿赂是“以好处为条件并造成利益冲突的一人侍奉二主”^⑦。前述定义仅概括了贿赂的形式要件,未深究其实质内容和损益关系。而指涉具体损益关系的贿赂概念又过于狭隘,如将贿赂界定为“主动或被动地从他人那里为自己或第三人获得好处,并以有利于对方的方式滥用公职、经济领域的职务或政治委托,因而威胁或损害公众或企业的利益”^⑧。该定义将贿赂提供者限定为现实或潜在的受益者,事实上,即便贿赂提供者没有获得不正当利益,也可能成立贿赂犯罪。

为尽可能全面地覆盖当前理论界讨论的贿赂,并将其与其他腐败或渎职类犯罪区隔开,本文将贿赂犯罪界定为:“以从委托人处直接或间接获得的职权或地位为条件,从该职权或地位直接或间接影响的对象那里获得个人好处,并因而侵犯第三人或对方利益的行为。”从这一定义中,可以推导出以下结论:

第一,贿赂犯罪以“委托人—代理人—客户”三者形成的三角关系为前提。受贿人(代理人)之所以能够从行贿人(客户)那里获得好处,是因为他直接或间接地从委托人那里获得了一定的权限或地位,能够支配某种事关行贿人(客户)利益的资源。理想的情形下,三者的利益应是一致的,贿赂则会引发三者之间的利益冲突,禁止贿赂也是为了防止该冲突。相应地,如果好处的提供与收受并未引发利益冲突,就不构成需要刑法介入的贿赂。^⑨同样地,如果只涉及两个主体,也不可能构成贿赂。我国刑法没有规定非国有单位受贿罪,正是因为非国有单位与“行贿人”两个主体没法构成三角关系。当然,三角关系是构成贿赂的最低门槛,有些贿赂所涉的关系可能更为复杂,如斡旋受贿或利用影响力受贿。

第二,贿赂犯罪中存在对职权或地位占有者的利益激励机制。贿赂犯罪中必然存在拥有职权或地位的主体,他总是能享有贿赂带来的利益。同时,拥有职权或地位的人必须通过前述三角关系从客户处获得利益,而不是直接利用职权攫取利益,因此它不同于直接利用职权侵吞财产的贪污类犯罪。

第三,贿赂只是侵犯特定利益的路径或方法,它本身并不锁定特定的利益内容,损益

⑤ Klaus Volk, Die Merkmale der Korruption und die Fehler bei ihre Bekämpfung, GS-Zipf, 1999, S. 423.

⑥ Urs Kindhäuser, Voraussetzungen strafbarer Korruption in Staat, Wirtschaft und Gesellschaft, ZIS 2011, S. 463.

⑦ Frank Saliger, Das Unrecht der Korruption, FS-Kargl, 2015, S. 498.

⑧ Bundeslagebild Korruption 2004, 2005, S. 81, zitiert nach Christoph Sowada, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 3), Vorbem § 331 Rn. 41.

⑨ Vgl. Urs Kindhäuser (Fn. 6), S. 464.

关系也具有多样性。不同的情形下,享有职权或地位的人获得非法利益的缘由并不相同。他可能与提供财产的人一起,共同侵犯委托人或第三人的利益;也可能利用自己支配特定资源的权力迫使相对人向自己提供好处,相对人则并未因此获得不正当利益。可见,委托人未必是现实受害人,行贿人则既有可能因行贿而获益,也有可能因此而受损。既然如此,行贿和受贿的法律性质、行贿人与受贿人之间的责任分配,就不可能有单一的答案,只能根据其所涉领域、具体情形下的制约关系、贿赂发生的具体方式等因素进行具体判断。

(二) 德国贿赂犯罪立法与学说发展史回顾

我国当前贿赂犯罪的法益学说深受德国理论的影响,因此,在确立扎根于我国本土的贿赂犯罪法益学说之前,有必要回顾德国贿赂犯罪立法与学说的漫长演变史,揭示德国理论迎合德国自身立法与现实需求的特征,呈现其问题与弊病,从根源上破除对其的迷信。德国贿赂犯罪的法益理论与刑事立法相互交织、彼此影响,其贿赂犯罪的立法又将所涉公务行为是否违反职务(Dienstpflichte)作为重要的区隔因素。^⑩其中,以违反职务的公务行为为前提的受贿和行贿,可罚性争议不大,立法和理论讨论主要围绕收受和提供好处的可罚性展开。

1. 魏玛共和国之前

1871年《德国刑法典》形成的过程中,收受好处罪的合法性饱受质疑,直到讨论的最后阶段,立法委员会还曾考虑将其删除。1870年4月,支持好处收受入罪的意见开始占上风,该罪因此得以设立。反对者的主要理由是,好处收受“缺少犯罪属性”,将其犯罪化可能导致不合适的处罚扩张。赞成者则认为,将收受好处的行为入刑,有助于展示官员良好的外部声誉。1871年《德国刑法典》通过后,对收受好处罪的质疑并没有停息,有不少观点主张将其移出刑法典,仅以纪律法(Disziplinarrecht)对其进行调整。同一时期,否定单纯好处提供的可罚性的意见占绝对上风,主要理由是,好处提供者不在“国家—公务员”的关系之中,不涉及职务违反,也不能以共谋(Komplizität)为理由追究好处提供者“基于国家—公务员关系形成的责任”,官员的廉洁性也不需要这种保护。^⑪因此,1871年《德国刑法典》没有规定提供好处罪。

与德国刑事立法相适应,该时期有影响力的学说认为贿赂犯罪的实质不法内容主要是公职人员的内部义务违反。早在1833年,赫夫特尔就指出贿赂犯罪的实质不法内容是“违反职业义务”^⑫;冯·李斯特认为包含贿赂在内的职务犯罪的法益是“国家行政的

^⑩ 德国贿赂犯罪的主要罪名包括四个,即收受好处罪(Vorteilsannahme)、受贿罪(Bestechlichkeit)、提供好处罪(Vorteilsgewährung)和行贿罪(Bestechung),分别规定在《德国刑法典》第331至334条。受贿罪和行贿罪要求作为好处给付原因的公务行为(Diensthandlung)“违反职务”,大体上与枉法型贿赂对应。收受好处罪和提供好处罪大体上与非枉法型贿赂对应,仅要求好处系为职务行使(Dienstausübung)而给付,包括为获得“公务人员与公务事宜相关的好感或偏向”而提供好处。Vgl. Lothar Kuhlen/Till Zimmermann, in: Nomos Kommentar StGB, 6. Aufl. 2023, § 331 Rn. 60.

^⑪ Vgl. Jürgen Durynek (Fn. 1), S. 376 f.

^⑫ 转引自 Christoph Sowada, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 3), Vorbem § 331 ff. Rn. 30.

过程”(Gang der Staatsverwaltung),并认为它具有“背信”的性质;^⑬宾丁认为行贿是对“职务忠诚的攻击”(Angriff auf der Amtstreue)^⑭。既然如此,并非内部关系组成部分的好处提供者自然不在处罚的范围内。

在该阶段,立法、立法讨论以及理论界也特别关注具体细节对贿赂犯罪可罚性及法定刑的影响。1871年《德国刑法典》第333条明确将行贿罪的处罚限于事前行贿。根据行贿罪的教唆犯属性,宾丁认为受贿罪的处罚也仅限于事前受贿。^⑮1833年德国刑法典草案(后文以“发布年份+草案”的形式表示不同时期的德国刑法典草案)还曾明确区分受贿罪中枉法行为的承诺和枉法行为的完成,并为其配置不同的法定刑,^⑯不过该方案并未成为有效的法律条文。

2. 魏玛共和国至1960年

魏玛共和国时期,因为一些原本不涉及实质内容的理由,立法者迈出了将单纯的好处提供犯罪化的第一步。基于立法对称性和审美的需要,1919年草案建议将涉法官的贿赂犯罪整合到一个条文中,^⑰其对应的犯罪包含法官行为不违反职务和违反职务两种情形,后者的法定刑更重。在与此对应的对法官行贿的条文中,1919年草案主张将对法官的好处提供纳入惩罚的范围。1927年,在讨论拉德布鲁赫草案(E Radbruch)的过程中,有人提出设置一般意义上的提供好处罪,但当时多数人反对该建议。^⑱

纳粹统治期间,公职人员裁量型决定(Ermessensentscheidungen)^⑲是否“违反职务”的证明难题,在实用主义层面催生了将好处提供行为犯罪化的需求。为化解该难题,德国帝国法院主张直接从“收受或索要礼物本身的职务违反属性”中推导出“公务行为违反职务”,^⑳由此打破了此前判例严格区分两罪的传统。依照该逻辑,好处提供与行贿罪不存在本质上的差别,自然都应被处罚。二战结束后,德国开始尝试从立法层面解决裁量型行为是否违反职务的难题。1959年,大刑法委员会提议直接将收受好处的裁量行为视为违反职务,无论好处是否在事实上影响了裁量结果,这种情形下的好处提供也应作为行贿罪处罚。不过,德国联邦政府在1960年草案中并没有采纳该提议,理由是,裁量型官员的职务行为是否违法应由事实审法官在个案中进行认定,不能进行推定。^㉑

前述基于形式、实质理由同时推进的设置提供好处罪的立法动议,在本阶段依然未能成功,同时期占主导地位的法益理论,即施密特倡导的以职务行为的合法性为中心的

^⑬ Vgl. Franz von Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 7. Aufl. 1896, S. 581.

^⑭ Karl Binding, Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts Besonderer Teil, 2. Band, 1905, S. 719.

^⑮ Vgl. Karl Binding (Fn. 14), S. 727. 对立的立场可参见 Franz von Liszt (Fn. 13), S. 585.

^⑯ Vgl. Jürgen Durynek (Fn. 1), S. 376.

^⑰ 1871年《德国刑法典》第334条(涉法官的贿赂犯罪)要求法官的决定“有利于或不利于待决事项的一方当事人”,因此只包含枉法型贿赂。对于非枉法的法官受贿,只能以一般性的收受好处罪处罚。

^⑱ Vgl. Jürgen Durynek (Fn. 1), S. 134, S. 380.

^⑲ 即存在两个以上合法方案的公务行为。Vgl. Lothar Kuhlen/Till Zimmermann, in: Nomos Kommentar StGB (Fn. 10), § 332 Rn. 11.

^⑳ Vgl. RGSt 74, 251 (251); RGSt 77, 75 (78).

^㉑ Vgl. Jürgen Durynek (Fn. 1), S. 383 f.

“国家意志篡改说”,起到了重要作用。施密特针对性地批判了德国帝国法院在纳粹时期对法治国底线的突破,呼吁德国联邦法院在司法过程中尊重概念的清晰边界。^②

3. 1960 年至今

1960 年草案在立法层面抑制了扩张贿赂犯罪的冲动,但在同一年,处罚的扩张却在司法层面取得了突破。德国联邦法院在 1960 年的一份判决中,采纳了“国家行政的功能性”(Funktionsfähigkeit der staatlichen Verwaltung)的法益学说。该理论认为,国家的行政机能依赖于公众对行政决定公正性的信赖,而贿赂则会动摇这一信赖。^③该判例激活了费尔巴哈早在 1812 年就提出但一直未被重视的信赖法益理论。^④一年之后,施罗德将其提升到了通说的地位,并尝试用该理论处理此前一直备受争议的问题,如收受好处罪和行贿罪之间是互斥还是“基本犯—加重犯”关系,索要(预备行为)和收受(既遂行为)能否同等对待,对事前职务行为没有影响的事后受贿的可罚性等。^⑤

以信赖为核心内容的法益学说以民众的视角判断贿赂犯罪的危害性,具有强大的处罚扩张能力,立法讨论自然也能从中借力。1962 年草案以信赖法益为理论支撑,提议废除当时《德国刑法典》第 334 条为法官贿赂特别设置的条文,确立收受好处、受贿、提供好处、行贿的罪名框架,提供好处罪是这种对称结构的必然组成部分。^⑥另外,1962 年草案还建议提升行贿方的法定刑,主张放弃德国维持多年的区分制传统,即对有特别忠实义务的收受方的处罚重于行贿方。最终,1974 年《刑法典施行法》对贿赂犯罪的条文作了自 1871 年《德国刑法典》以来的最大改动,将对裁量型官员未来职务行为提供好处的行为规定为犯罪。^⑦同时,《刑法典施行法》扩张了此前既有罪名的处罚范围,明确收受好处罪、受贿罪和行贿罪中的职务行为包含事前的职务行为和事后的职务行为,还提高了收受好处罪的法定刑,缩小了其与受贿罪的差距。

此后,倾向于扩张惩罚权的法益学说与实用性考量、国际层面的反腐败立法压力结合,导致贿赂犯罪的处罚范围进一步扩张。1997 年《反腐败法》(又称“第一反腐败法”)删除了 1974 年《刑法典施行法》中提供好处罪仅限于未来的裁量型职务行为的限制,开始全面地惩罚单纯的好处提供,同时以“职务行使”替代了此前收受好处罪和提供好处罪中对“职务行为”的清晰限制,并进一步提高了两罪的法定最高刑。2015 年《反腐败法》(又称“第二反腐败法”)进一步大幅拓展了贿赂犯罪适用的主体范围。

通过前述历程,德国贿赂犯罪的处罚范围越来越广,法定刑越来越重,处罚依据越发表象化,罪名迅速同质化,也完全遗忘了早年曾扮演重要角色的纪律处分。尽管德国现

^② Vgl. Simone Gräfin von Hardenberg, Eberhard Schmidt (1891–1977). Ein Beitrag zur Geschichte unseres Rechtsstaats, 2009, S. 490.

^③ Vgl. BGH NJW 1960, 2154 (2155).

^④ Vgl. Till Zimmermann, Das Unrecht der Korruption, 2018, S. 209.

^⑤ Vgl. Horst Schröder, Das Rechtsgut der Bestechungsdelikte und die Bestechlichkeit des Ermessensbeamten, GA 1961, S. 289 ff.

^⑥ Vgl. BT-Drucks. IV/650, S. 648 ff.

^⑦ Vgl. Jürgen Durynek (Fn. 1), S. 385 ff.

行刑法仍在形式上将贿赂犯罪分成四个罪名,但立法实质上是直接为“贿赂”这一整体的概念配置刑罚,因为贿赂犯罪内部的诸多细节,如行为人是贿赂提供者还是收受者、职务行为是否违反相关规定、具体职务行为存在与否及其完成度、贿赂与职务之间的时间顺序等,对可罚性已不再具有影响,对法定刑的影响也已微乎其微。这与当代刑事法治所提倡的立法精细化方向完全相反。

(三) 我国“治吏不治民”的传统与贿赂犯罪立法

我国古代法制具有“治吏不治民”的传统,统治者更多将社会问题归咎于官吏,而不是追究百姓的责任;相应地,法律也将官吏的治理作为重心。这一可回溯至韩非子的传统,在秦汉时期就已经被系统化,并在后世得到了延续,^{②⑧}也影响了我国从两汉时期至今的贿赂犯罪立法。

两汉时期,行贿被称为“赇”,是指“以财物枉法相谢”,^{②⑨}因而并不包含不以枉法为目的的行贿。《唐律》中,行贿罪中的非枉法情节属于刑罚减轻事由。《明律》首次将“被勒索行贿免责”的观念制度化,其“有事以财请求”条规定,“其官吏刁蹬,用强生事,逼抑取受者,出钱人不坐”。《大清律》在“有事以财请求”条中增加了“欲得枉法者”这一主观目的要件,并沿袭了《明律》“(官吏)逼抑取受者,出钱人不坐”的规定。^{③⑩}可见,我国古代涉贿赂犯罪的立法也体现了“治吏不治民”的特色和恤民的传统。

新中国成立之后,我国惩治贪污贿赂犯罪的法律,包括1952年《惩治贪污条例》第6条和1979年《刑法》第185条第3款,未限制行贿罪的处罚范围。不过,1985年《最高人民法院、最高人民检察院关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》又开始重拾这一传统,规定,“个人为谋取非法利益,向国家工作人员行贿或者介绍贿赂的,应按刑法第185条第3款追究刑事责任”。该规定的用语“谋取非法利益”,已具备实质法益概念的精神内核。第六届全国人民代表大会常务委员会第24次会议于1988年1月21日通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第7条为行贿罪设置了“为谋取不正当利益”的要件和“被勒索未获得不正当利益的不是行贿”的限制,进一步稳固了我国刑事立法直面最终损益关系的特征。立法机关的主要考虑是,一些国家工作人员利用手中的职权对当事人“吃拿卡要”,个人捞不到好处的就对该办的事不予办理或拖延办理,迫使群众为达到正当目的也要行贿,在被勒索的情形下,鉴于群众是被强权所迫,只要没有获得不正当利益,就不应当定行贿罪。^{③⑪}

1997年及之后的刑事立法延续了该传统。在贿赂犯罪的问题上,1997年《刑法》未对《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》作重大调整。此后的刑法实践更多是在扩张收受方的处罚范围:立法层面,利用影响力受贿等外围的收受行为已经入刑;司法层面,“为他人谋取利益”等限制要件日趋松弛。与此相对,提供贿赂者的处罚范围则依

^{②⑧} 参见胡世凯:《“明主治吏不治民”:中国传统法律中的官吏渎职罪研究》,中国政法大学出版社2002年版,第3页。

^{②⑨} 参见董平均:《两汉时期的“赇赂”犯罪与防范措施》,载《学术论坛》2004年第5期,第141页。

^{③⑩} 参见张晋藩:《综论中国古代司法渎职问题》,载《现代法学》2012年第1期,第8页。

^{③⑪} 参见王爱立主编:《中华人民共和国刑法条文说明、立法理由及相关规定》,北京大学出版社2021年版,第1504页。

然受到严格限制,《刑法》第389条规定,行贿罪以“为谋取不正当利益”为前提,被勒索且未获得不正当利益的,不是行贿;2017年《最高人民法院充分发挥职能作用营造保护企业家合法权益的法治环境支持企业家创新创业的通知》(高检发〔2017〕12号)规定,对企业为开展正常经营活动而给付“回扣”“好处费”的行为,要在法律允许范围内讲政策、给出路,对因国家工作人员索贿、不作为而不得已行贿、没有谋取不正当利益的,要依法从宽处理;同时,立法不仅确保贿赂惩罚与具体利益的直接联系,还尝试进一步将该利益细化,《刑法修正案(十二)》新增的从重量刑情节中,多数涉及贿赂损及的最终利益的重要性。

与德国的立法相比,我国的贿赂犯罪立法有着鲜明的特色。德国立法更加形式化,坚持全面、对称地处罚所有卷入贿赂犯罪的当事人;我国对贿赂犯罪的处罚则是非对称式的,更关注贿赂犯罪中的实质损益关系并选择保护被迫卷入贿赂的“行贿人”。德国越来越倾向于用刑法回应单纯的违纪并将其处罚范围拓展到不具有职务的外部人员;^②我国在刑法之外,还有在反腐败领域扮演重要角色的党内法规。问题是,我国当前有关贿赂犯罪法益的理论,却完全借用了德国的术语。鉴于此,有必要系统性地反思当前的贿赂犯罪法益学说。

三、对贿赂犯罪法益既有学说的批判

检验具体法益学说的妥当性之前,有必要先明确贿赂犯罪法益应符合的基本条件。在德国贿赂犯罪法益学说形成并被广为接受之际,理论界还未能就一般性的法益确定规则达成共识。法益确定的一般性规则形成后,很难回溯性地重塑已根深蒂固的贿赂犯罪法益结论。这种错位可能导致未必具有法益品格的术语长期盘踞在贿赂犯罪法益的位置,却不能发挥法益应有的作用。

(一) 贿赂犯罪法益确定的基本要求

就法益的确定,刑法学界已经发展出了一系列认同度较高的规则。^③根据法益确定的一般原则及其与贿赂犯罪的关联性,笔者认为贿赂犯罪法益的确定至少应通过以下几方面的检验。

第一,循环论证检验。法益是直接从实质的犯罪概念中推导出来的概念,其意义在于,为刑法的禁止或命令提供实质根据,为刑罚权确定合理的边界。为避免法益成为立法或司法的复读机,就必须用独立于刑法规定和司法惯常做法的法益来指导立法的解释、限定其适用范围、检验司法实践,而不能反过来,用立法的规定、司法解释或理论上接受程度较高的具体结论来推导或推翻某个有关法益的结论。解释论层面的法益,应当与

^② 尽管德国也存在公务员纪律处分制度,但其覆盖面、强度、在现实中扮演的角色与我国的党纪处分不可同日而语。Vgl. Michael Hettinger, Das Strafrecht als Büttel? - Fragmentarische Bemerkungen zum Entwurf eines Korruptionsbekämpfungsgesetzes des Bundesrats vom 3. 11. 1995, NJW 1996, S. 2270 ff.

^③ Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, Strafrecht Allgemeiner Teil, Band 1, 5. Aufl. 2020, § 2 Rn. 2 ff.

批判立法的法益具有相同的内容,只不过它是在立法生效后起作用,即通过法益这一实质内容防止纯形式化的条文适用。

第二,终极追问检验。法益涉及刑法的正当化,对刑法正当性的追问不能半途而废,而是必须深入到最后一步,直达刑法的根本任务,即以候补的身份维护人自由、和平共存的基本条件,^{③④}任何中间的概念都可能导致可罚性范围不当地扩大或缩小。职务行为的不可收买性就不是最后的追问,因为它并非人生存与发展的前提,有些时候,职务行为的“收买”甚至能改善人类的共同生活,如缴纳诉讼费、机动车牌照拍卖等。

第三,损益关系与法益侵害程度检验。法益的重要使命之一,是对构成要件进行实质解释,阐明构成要件行为对谁的什么利益造成了何种程度的侵犯。而当前的贿赂犯罪法益学说,只能概略性地表明贿赂无论如何都是有害的,而论及究竟谁是受害人,则要么认为没有受害人,要么认为受害人是公众。^{③⑤}这类法益学说不但不能对实定法进行实质限缩,反而会认为实定法已有的限制不具有实质合理性。例如,在德国,经济往来中的受贿是一种相对的自诉罪,如果只是简单地认为贿赂是针对公众的犯罪,就会架空自诉的规定,受害人的具体利益及诉讼权利也就难以得到保障。此外,法益须对犯罪的不法作质与量的判断,要能区分危险与实害,能解析出影响不法程度的量刑情节。

第四,系统、周全性检验。贿赂犯罪的法益理论,要尽可能全面地对贿赂的不法内容作系统、全面、合理的说明,涵盖贿赂收受者与提供者、枉法与非枉法、事前与事后、公共领域与非公共领域、直接贿赂与间接贿赂等,并合理解释这些因素对惩罚范围和程度的影响。当然,这并不意味着所有以贿赂形式展开的罪名或行为类型最后都应取相同的法益结论,也不意味着只能用刑法回应这些行为。相反,刑法的任务是候补性的法益保护,贿赂既是刑法的问题,也是反不正当竞争法等其他部门法的问题,还是纪律处分机制的规制对象。贿赂犯罪法益的探讨,也需要考虑制度体系,将不同行为妥当地安放到这些制度组成的总体框架中。

下文将以前述标准对我国贿赂犯罪法益的既有学说展开分析。

(二) 以不可收买或交易性为中心的观点

职务行为的不可收买性(nicht-Käuflichkeit)以及民众对它的信赖,^{③⑥}是当前处于优势地位的法益学说。职务行为的不可交易性^{③⑦}是与其接近的概念。该理论具有以下缺陷:

第一,不可收买性是一种规范性建构,不具有对规范进行实质解释或限缩的功能。所谓不可收买性,不过是相应主体应遵守特定义务的缩略语,即:普通公民不得收买国家工作人员的职务行为,国家工作人员不得让别人收买自己的职务行为。这种义务约束的

^{③④} Vgl. Claus Roxin/Luis Greco, (Fn. 33), § 2 Rn. 7.

^{③⑤} Vgl. Till Zimmermann (Fn. 24), S. 129.

^{③⑥} Vgl. Hans-Heinrich Jescheck, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 8, 11. Aufl. 1997, Vorbem § 331 Rn. 17; Martin Heger, in: Lackner/Kühl/Heger Kommentar StGB, 30. Aufl. 2023, § 331 Rn. 1; BT-Drucks. 7/550, S. 269; BGH NJW 2001, 2558 (2559); 前注④,张明楷书,第924-958页。

^{③⑦} 参见孙国祥:《受贿罪的保护法益及其实践意义》,载《法律科学》2018年第2期,第135页。

对象,具有高度的随意性,从对相对人具有直接制约关系的国家工作人员,随立法修订扩张至对国家工作人员具有影响力的人;为解释非国家工作人员受贿罪,又扩张至非国家工作人员;为解释行贿罪,自然也可以延及一般公民。

第二,不可收买性难以对贿赂犯罪作周全的解释。不可收买性说无法解释立法对贿赂犯罪的一系列限制条件。如果贿赂犯罪的法益是职务行为的不可收买性,那么即使行贿人并非为了谋取不正当利益,或者斡旋受贿、利用影响力受贿的受贿人没有为他人谋取不正当利益,只要职务与金钱形成对价关系,都应受到处罚。即便根据罪刑法定原则,实定法限制了处罚的范围,也应当在立法论上废除这些限制条件。实际上,不可收买性说是迎合德国刑事立法的产物,既未触及贿赂犯罪的本质,也不符合我国立法的实践。

第三,难以解释不法的程度。从语意上分析,“不可收买性”是一种规范性要求,只有违反与否的要求,没有程度之分。在违反职务行为不可收买性的意义上,用1000万元和1万元收买职务行为没有区别。

(三) 以公正性为中心的观点

部分学者认为贿赂犯罪的法益是职务行为的公正性或公务的纯洁性。^③由于公正或纯洁评价的对象不同,该理论存在内部差异。有的公正性说将公正评价的重心放在职务行为的实体结果之上,^④有的认为公正性的评价对象包括职务行为的行使过程,^⑤从而靠近纯洁性说。以实体结果为重心的公正性说,原本应直接将实体结果所涉的利益作为法益,否则不符合终极追问的要求。而以过程为重心的公正性说,存在以下不足:

第一,难以解释非枉法型受贿。非枉法型受贿不以不正当的职务行为为要件,公正性说很难为这类案件提供实质不法内容。对这一批判,持公正性说的学者尝试通过扩张“公正性”的概念予以回应,^⑥不过这种回应难以成立:如果认为公正性包括过程的公正性,就会导致公正性这一法益不再具有构成要件行为之外的实质内容,并因此让法益的目的(在构成要件之外寻找限制刑罚权的实质根据)落空;如果将公正性扩张至未来可能实施行为的公正性,本质上是将收受贿赂的人将来所有的职务行为推定为不公正,^⑦无异于以人格判断替代“为他人谋取利益”这一构成要件要素的判断;对受贿罪中“公正性”概念的扩张解释,会导致行贿罪中“为了谋取不正当利益”的同步扩张。

第二,公正性说难以解释刑法对行贿处罚的限制。按照公正性说的逻辑,因被勒索给予国家工作人员以财物且没有获得不正当利益的行贿人,也参与了对公正性的损害,即便考虑被勒索的情节,也最多根据胁从犯的规定从宽处罚,而不能作无罪处理。

^③ Vgl. Dieter Dölling, Die Neuregelung der Strafvorschriften gegen Korruption, ZStW 112 (2000), S. 335; Urs Kindhäuser (Fn. 6), S. 465 f.

^④ Vgl. Oliver Pragal, § 299 StGB – keine Straftat gegen den Wettbewerb!, ZIS 2006, S. 75.

^⑤ Vgl. Urs Kindhäuser (Fn. 6), S. 466; 黎宏:《贿赂犯罪的保护法益与事后受财行为的定性》,载《中国法学》2017年第4期,第237页。

^⑥ 参见前注^⑤,黎宏文,第237页。

^⑦ 在“国家意志篡改说”的框架内采取同样处理方式的,可参见 Arthur Kaufmann, Anmerkung zu BGH, Urteil v. 21.11.1958 – 1 StR 458/58, JZ 1959, S. 377.

第三,难以解释商业领域的贿赂犯罪。在商业贿赂所涉的范围内,以公正性或竞争者合作的机会为核心的理论^{④③}显然难以成立。在市场领域,法律尊重私人产权和自由,选择与谁合作应当由产权所有者自由决定。只要行为没有损及产权所有者的利益,就属于市场允许的行为。

(四) 公职的不可谋私利性说

历史上,曾经有学者从背信、忠诚违反的角度理解贿赂犯罪的不法本质。^{④④}如今,这些理论本身已鲜有支持者,但以背信为实质内容演变出来的学说依然存在,如认为贿赂犯罪的不法内容是将“国家行为商业化”(Kommerzialisierung staatlichen Handelns)^{④⑤},或主张贿赂犯罪的法益是“公职的不可谋私利性”^{④⑥}。该理论也不能成立,理由如下:

第一,前述主张是一种宽泛的道德要求,无法有效提炼出贿赂犯罪的不法内容。利用职权谋取私利的行为广为存在,如,公职人员贪污或挪用公款,证券从业者利用因职权掌握的内幕信息进行证券交易牟利,公安局长利用职务便利形成的方便条件开设赌场,国有企业的工作人员为提高年终奖竭尽全力增加公司业绩等。该“法益”不能有效区分犯罪、违法、违纪以及完全值得鼓励的行为,自然难以为贿赂犯罪赋予实质不法内容。

第二,该观点不能解释斡旋受贿、利用影响力受贿、行贿中“谋取不正当利益”的限定。劳东燕教授认为,斡旋受贿和利用影响力受贿作前述限制是为了排除居间服务。^{④⑦}居间合同(中介合同)的本质是克服信息不对称,由中介人向委托人报告订立合同的机会或者提供订立合同的媒介服务。斡旋受贿或利用影响力受贿涉及的公共资源分配具有公开性,原则上应无差别地对所有人开放,不存在信息不对称,没有居间服务的基础。而且,既然是居间服务,无论被居间的人是否知情,都不改变其性质,斡旋受贿、利用影响力受贿显然不符合该特质,因为一旦直接行使职权的国家工作人员知情,前述行为就会转化为普通受贿罪的共同犯罪。

第三,可能导致贿赂犯罪判断重心的不当转移。根据公职行为不可谋私利说,受贿罪是单一的行为犯,实行行为是获取财物的行为,这将会大幅前移贿赂犯罪的既遂时点。这在斡旋受贿和利用影响力受贿罪中尤其明显,只要行为人利用自己的影响力收取了钱财,哪怕斡旋行为尚未开始,也构成犯罪既遂;既遂的过于提前,不利于鼓励行为人在该阶段停止犯罪,从而避免行为人事上影响公职行为,造成进一步的损害。

(五) 以信赖为后缀的法益学说

当前,理论界的多数观点都将对特定内容的信赖作为贿赂犯罪的法益。职务行为的不可收买性和公正性,都可以单独或并列与信赖组合成新的法益。^{④⑧}“凭借自己实力获取

^{④③} Vgl. Maria von Tippelskirch, Schutz des Wettbewerbs vor Korruption, GA 2012, S. 574 ff.

^{④④} Vgl. Karl Binding (Fn. 14); Hans Welzel, Studien zum System des Strafrechts, ZStW 58 (1939), S. 512 f.

^{④⑤} Stefan Sinner, in: Matt/Renzikowski Kommentar StGB, 2. Aufl. 2020, § 331 Rn. 6.

^{④⑥} 劳东燕:《受贿犯罪的保护法益:公职的不可谋私利性》,载《法学研究》2019年第5期,第125页。

^{④⑦} 参见前注^{④⑥},劳东燕文,第129页。

^{④⑧} Vgl. Hans Welzel, Das Deutsche Strafrecht, 11. Aufl. 1969, S. 539; BGH NJW 2001, 2558 (2559); Helmut Satzger, Bestechungsdelikte und Sponsoring, ZStW 115 (2003), S. 473.

相应资源”^{④⑨}等规范性内容,也可以与信赖这一后缀结合,组合成新的法益内容。不过,信赖法益说也具有难以克服的缺陷。

第一,信赖法益并没有自己的法益内核,在引入其他法益学说的内容时,它也会继受这些学说的弊病,因此对其他法益理论的批评,原则上大也都适用于信赖法益。

第二,信赖法益的“外壳”经不起精确分析。信赖可能有两种存在形式:一是民众对特定对象应当如何行动的期待,二是民众对特定内容相信与否的心理事实。不能将前者作为法益,因为它无异于民众对特定对象遵守规范的要求,不能通过循环论证检验。值得讨论的只能是作为一种社会心理事实的国民信赖。部分学者以卢曼的系统理论为基础,认为国民的信赖是公共行政的外部条件,因此值得保护。^{⑤⑩}不过,该主张无法通过终极追问的检验。民众的信赖虽有利于公共行政行为的展开,但公共行政及其指涉的具体利益才是终极的保护目的,不能本末倒置,将信赖本身作为法益。否则,就会导致犯罪的成立取决于民众的观感,让“恶的表象”(der böse Anschein)成为实质不法的内容,^{⑤⑪}即便民众的观感是基于错误认知形成的。依照该逻辑,甚至行政复议、行政诉讼等都会侵犯法益,因为它们可能在一定范围内动摇民众对行政行为信赖。而且,刑法中已经有相关罪名保护公共行政外部条件,如妨害公务罪、袭警罪、扰乱国家机关秩序罪等,根本不需要用贿赂犯罪的条文防止民众对公共行政的不信任以确保公务顺利进行。

第三,信赖法益可能导致犯罪圈的不当扩张。在信赖法益所采用的民众视角中,事实与表象对于构建刑事不法具有同等的意义,对实质不法内容具有重要价值的情节也不会影响罪刑。在德国贿赂犯罪立法的历史长河中,信赖法益被委以重任的时刻包括:绕开存疑有利于被告的原则,规避裁量型决定是否违反职务的证明责任;为单纯的好处提供行为入刑摇旗呐喊;为钱权交易关系的模糊化提供理论支撑。在法律适用层面,信赖法益登场的典型场景,也往往是所涉职务行为不违法或钱权交易关系不明确之时。我国贿赂犯罪的立法不同于德国,因此即使将法益降格为事后为立法提供正当性的说辞,也无需引入信赖法益理论。一旦选择这种法益观,我国当前立法作出的合理限制,如行贿、斡旋受贿、利用影响力受贿中以“不正当利益”为核心内容的要件,就不具有“实质”合理性,因而应被立法删除,被“吃拿卡要”的被害人就会成为被处罚而非被保护的对象。

四、贿赂犯罪法益的具体化及其应用

在法律解释层面确定贿赂犯罪的法益,应将贿赂所包含的行为类型与人自由、和平共存的基本条件对应,只有符合罪刑规范的形式要件且侵犯前述基本条件的行为,才是处罚对象。根据该方法,可将当前进入“贿赂”这一概念中的行为分为以下几种类型:

④⑨ 李世阳:《论贿赂犯罪的差序法益构造》,载《政治与法律》2022年第8期,第71页。

⑤⑩ Vgl. Fritz Loos, Zum „Rechtsgut“ der Bestechungsdelikte, FS-Welzel, 1974, S. 890.

⑤⑪ Vgl. Claus Roxin, Vorteilsannahme, Kargl-FS, 2015, S. 463; BGH NJW 1960, 2154 (2155); Matthias Korte, in: Münchener Kommentar StGB (Fn. 2), § 331 Rn. 8; Christoph Sowada, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 3), Vorbem § 331 Rn. 34.

（一）第三人利益侵犯型贿赂犯罪及其应对

贿赂犯罪的第一种可能性,是行贿人和受贿人共同损害第三人利益,对应着我国刑法中的枉法型贿赂,也即行贿人为谋取不正当利益而实施的贿赂。如果没有这种贿赂发生,与行贿人处于利益冲突关系下的第三人,可获得更多的利益或遭受更少的损失。通过这种构造,就能将受贿罪的法益具体化为财产、就业与晋升机会、自由或生命等利益。由于只有职务行为才能对第三人的利益造成威胁,所有的枉法型贿赂犯罪,也就必然以职权滥用为核心。在这个意义上,可以说枉法型受贿是加重型的滥用职权罪。

将枉法型贿赂与具体利益联系在一起,也有助于厘清不同情形下贿赂犯罪的具体损益关系。根据这种解释模式,在普通枉法型贿赂中,受贿人(也即枉法者)在行贿人的教唆或帮助之下,为给行贿人争取其原本不应得的利益,以违反最终委托人意愿的方式实施职务行为,损害了第三人或委托人的利益。在谋取不正当竞争优势的贿赂犯罪中,因此陷入劣势地位的竞争对手的利益受到了“威胁”,属于被害人;当然,如果确有证据证明财物提供者应享有相应的实体利益,可以将谋取优势的贿赂认定为对第三人利益侵犯的未遂,在满足勒索的前提条件下,还可以借用《刑法》第389条的规定,免除行贿人的责任,只处罚受贿人。

事后的枉法型贿赂也可以在一定条件下成立第三人利益侵犯型贿赂。《刑法》第385条的表述“非法收受他人财物,为他人谋取利益”,很显然不包含实施职务行为时完全未考虑收受财物的可能性的情形。职务行为完成后,对方在职权行使者的预期之外向其输送利益的,并非“买卖”,只能被认定为超越前者预期的“报答”。不过,国家工作人员在事后受财的心理期待下实施枉法行为的,应构成第三人利益侵犯型贿赂犯罪。这种心理期待可以结合行贿人和受贿人此前的交往惯例、行为所处社会环境的默认规则以及事后收受财产的方式进行认定,而未必需要明确的言语表达。缺乏这种心理期待的事后枉法型“受贿”,不构成受贿罪。不过,如果该行为符合渎职犯罪的构成要件,仍需以渎职犯罪处理。

斡旋受贿、利用影响力受贿,是财物收受者推动的侵犯第三人利益的滥用职权。这两种情形下,收受贿赂的人和滥用职权的人不具有同一性:收受财物的人具有利益激励,但却只能借他人之手侵犯第三人权益并为请托人谋取不正当利益;滥用职权者能为他人谋取不正当利益,但未受财产性利益的激励,最多构成徇私舞弊型的滥用职权。因为不同主体之间激励转化存在“损耗”,这种“错位”搭配的犯罪效能低于直接受贿,因此预防的必要性相对较低,其法定刑相对而言应当更轻。如果双方具有共同故意,则不存在激励传递的障碍,因而应按普通受贿处理。

与枉法型受贿对应的行贿参与了对第三人利益的侵犯,因而应根据不同的情况,将其作为第三人利益侵犯的教唆或帮助犯处理。^⑤与事后受贿一致,事后行贿也应受到一

^⑤ 在教唆的意义上理解行贿罪的观点,可参见 Karl Binding (Fn. 14), S. 727。

定程度的限制,只有行贿人在职务行为实施完毕之前用明示或默示的方式表明将为该职务行为支付对价时,其行为才可能对枉法的职务行为产生促进作用,才需要对第三人的利益损害答责。

第三人损害型贿赂犯罪的量刑,应参考其损害利益的性质、损害程度、行为人应承担的责任份额等,贿赂数额能在一定程度上反映但很难完全替代前述因素。以终端法益为参照物,将前文的法益关系引入进来,能丰富贿赂犯罪的量刑事由,从而释放《刑法》第383条和第390条中“情节”的价值。职权行为损害的第三人利益,如财产、经营或就业机会、自由甚至生命,以及这些法益承载的社会价值,是量刑时应考虑的重要因素。^③ 损害的程度则取决于滥用职权的阶段:谋取不正当利益的承诺是对前述具体法益的犯罪预备;未能成功谋取不正当利益的行动相当于犯罪未遂;成功为他人谋取到利益对应着既遂。此外,量刑还需要考虑受贿人和行贿人在共同犯罪中所起的作用,如“围猎”“索贿”“勒索”等。这样一来,就可以引入总论中有关犯罪预备、未遂、从犯、胁从犯的规定,摆脱唯数额论的量刑模式。

(二) 敲诈勒索型贿赂犯罪及其处理

贿赂包含的第二种法益损害类型,是行贿人为其原本应得的利益而提供贿赂。解释这种贿赂类型,是传统法益学说面临的最大挑战。这是因为,这些学说受制于德国立法,将提供好处罪的可罚性作为给定的前提,只能牵强地为其提供理由。^④ 实际上,这种状况下行贿人的总体利益因贿赂的发生而减少,是事实意义上的受害人。对这种具有贿赂外观的敲诈勒索,有不同的处理方式。有的直接将其视为勒索罪,例如,罗马法中有将官员滥用公权逼取礼物或服务认定为勒索罪的做法;英美法中,索取贿赂是普通法上的勒索罪;^⑤ 宾丁也认为收取好处罪包含对职权所管辖对象的剥削^⑥。德国当前的司法实践和理论也承认收受方可能构成收受好处和勒索罪的竞合,^⑦ 但却认为被迫提供好处的行为也损害了“公务的纯洁性”“职务行为的不可收买性”以及民众对前述内容的信赖,最多在受强制的紧急避险的范畴内讨论其出罪的可能性^⑧。在具体的被害人(被迫提供好处者)和抽象、模糊的价值甚至民众错误的印象之间,德国选择保护后者。对受害人,德国刑法不仅不救济其遭受的损害,还对其进行惩罚。这无异于为了维持“无绑架的净土”

③ 《刑法修正案(十二)》新增的从重处罚的情节多数与职务行为所涉具体利益的社会价值相关,如国家重点工程、重大项目,职务提拔、调整,监察、行政执法、司法,生态环境、财政金融、安全生产、食品药品、防灾减灾、社会保障、教育、医疗等。鉴于枉法型贿赂的行贿人和受贿人属于共同犯罪,前述规定对受贿罪的量刑自然也有参考价值。

④ Vgl. Till Zimmermann (Fn. 24), S. 537; Gunther Arzt u.a. (Hrsg.), Strafrecht Besonderer Teil, 3. Aufl. 2015, § 49 Rn. 17.

⑤ 参见蔡桂生:《敲诈勒索罪的规范论展开》,法律出版社2023年版,第408页。

⑥ Vgl. Karl Binding (Fn. 14), S. 731.

⑦ Vgl. BGH NJW 1956, 1526 (1526); Christoph Sowada, in: Leipziger Kommentar StGB (Fn. 3), § 331 Rn. 143, § 332 Rn. 35; Matthias Korte, in: Münchener Kommentar StGB (Fn. 2), § 332 Rn. 49.

⑧ Vgl. Matthias Dann, Korruption im Notstand – Zur Rechtfertigung von Schmiergeld- und Bestechungszahlungen, wistra 2011, S. 129 ff.; Gunther Arzt u.a. (Fn. 54), § 49 Rn. 48.

这一洁癖,将绑架罪被害人家属支付赎金的行为作为犯罪处罚。^{⑤9}

在“治吏不治民”传统观念的影响下,我国的立法选择宽宥而非惩罚这种情形下的行贿人,并将这种特别的敲诈勒索融入《刑法》第385条。当然,成立敲诈勒索型受贿,需综合考虑以下因素以确保敲诈勒索的实质条件:

第一,职权的性质。当今,公民的诸多重要利益仰赖于公职人员的职务行为,公职人员的职权滥用构成了一般公民难以回避的危险。^{⑥0}这种权力毫无疑问可以成为勒索的手段。与此不同,商业贿赂中的职务行为构成敲诈勒索型贿赂的空间要更窄,因为双方在该场景下的法律地位通常是平等的,双方产生交集的目的是寻求市场合作,而“不进行市场合作”的威胁不足以构成“胁迫”。这种情形下,行贿人之所以愿意提供贿赂、回扣或手续费并与受贿人所在的单位进行经济往来,通常是因为代理人没有以足够低的价格从对方购买商品或服务,或者能够以足够高的价格出售产品或服务。这样一来,最终委托人就遭受了财产损失。可见,通常情形下,商业贿赂犯罪中的行贿人和受贿人是最终委托人财产性利益的共同侵害人。当然,前述典型情形并不能完全排除商业贿赂构成敲诈勒索型贿赂的可能性,因为经济往来也包含自由磋商、决定是否进行市场合作之外的内容,如执行立法中有关政府采购的强制性规定、履行已生效的合同(如结算工程款)等。这种情形下,收受方的职务行为也能制约相对方的正当利益,成为敲诈勒索的手段。

第二,行贿人享有仰赖于受贿人职务的正当利益。这里的正当利益,可以是内容明确、与具体职务行为有清晰对应关系的利益,也可以是确定存在但具体内容还不明确的利益,如“防止被穿小鞋”。2016年《最高人民法院、最高人民检察院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《贪污贿赂案件解释》)第13条第2款所述的具有上下级或行政管理与被管理的关系,除有明确的“谋取不正当利益”的请托之外,都可以作为敲诈勒索型受贿罪处理。^{⑥1}利用职务行为为行为人谋取不正当利益时,不可能构成对行贿人的敲诈勒索,因为不实施非法的行为、拒绝为某人提供其不应得的好处不足以成为一种“威胁”,^{⑥2}法秩序原本就不保护职权行为相对人的不正当利益,自然也不会将“不提供贿赂就不为你谋取不正当利益”作为一种需要刑法介入的胁迫。至于具有职权的人和相对人究竟谁先提出贿赂给付的动议,则并非决定性因素。因为敲诈勒索罪中的“胁迫”可以以默示甚至不作为的方式实现,“胁迫”也并不要求威胁方

^{⑤9} 哥伦比亚1993年通过的《反绑架法》中有这样的规定。Vgl. Alejandro Aponte, Krieg und Strafrecht. Überlegungen zum Feindstrafrecht anhand der Situation in Kolumbien, 2004, S. 330.

^{⑥0} Vgl. Gunther Arzt u.a. (Fn. 54), § 49 Rn. 2.

^{⑥1} 当前,理论界仍尝试用钱权交易模式解释这种情形下的不法内涵,如认为存在“概括性、抽象性的承诺”。参见付立庆:《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》,载《法学家》2017年第3期,第127页。或认为存在“推定的承诺”。参见孙国祥:《“礼金”入罪的理据和认定》,载《法学评论》2016年第5期,第173页。或解释为具有钱权交易的“具体危险”。参见马春晓:《感情投资型受贿的规范本质与体系诠释》,载《法学评论》2023年第5期,第172页。这些解释已经完全脱离了“为他人谋取利益”的语义边界。

^{⑥2} Vgl. Rudolf Rengier, Strafrecht Besonderer Teil II, 11. Aufl. 2010, § 23 Rn. 48.

是主动的一方,即便被害人先提出交付财产,也可以成立敲诈勒索罪。^{⑥3}因此,敲诈勒索型贿赂不限于索贿。即便“实现正当利益需要提供贿赂”系相对人的误认,职权的享有者也有义务澄清误会、拒绝对方交付的财产性利益,利用这种认识错误获取利益者,可以解释为通过不作为的“威胁”实现敲诈勒索。在这种情境下,职权构成了一种危险源,职权的享有者有义务防止其损害他人法益,如成年人有义务制止儿童在自己身上实施猥亵行为。

第三,财物收受方对财物提供者的制约程度。职权享有者明示或默示地以“不提供贿赂就不为你谋取正当利益”为威胁,可以构成敲诈勒索型受贿罪。问题是,斡旋受贿、利用影响力受贿中的行为主体能否构成对相对人的敲诈勒索型受贿。在敲诈勒索罪中,以“第三人恶害”(Übelszufügung durch einen Dritten)为内容的“威胁”,要求行为人传达出自己足以操控第三人的意思。^{⑥4}斡旋受贿、利用影响力受贿罪描述的行为,并未明确“行为人表明自己将‘操控’负责相关事项的国家工作人员使其不为相对人谋取正当利益”的内容。同时,这种情形下也难以通过默示的方式传达出前述“胁迫”的内容,因为具有管辖权的公职人员不知道行为人收取了贿赂,如果行为人只是要求公职人员不为相对人谋取其应得的利益,实质上是要求其实施纯粹“损人不利己”的行为,属于经审慎判断后不可置信的威胁,不足以构成敲诈勒索罪。^{⑥5}如果行为人例外地明示自己将操纵公职人员,使其实施不利于相对人的职权行为并达到足以置信的程度,则直接依照敲诈勒索罪定罪处罚,单独规定敲诈勒索型斡旋受贿、利用影响力受贿罪的必要性不大。这就回答了间接受贿为什么以“谋取不正当利益”为前提的问题。

第四,财产交付的时间。通常而言,在相对人获得正当利益之前,职权行为对其威慑程度高,肯定敲诈勒索的理由充分。相反,如果相对人已经获得了正当利益,由于其合法权益不再受职权行为制约,即便相对人此前曾被迫承诺给付贿赂,也应期待相对人违背承诺,拒绝支付对价。因此,事后就正当职务行为收受他人财物的情形原则上不成立敲诈勒索型受贿罪。不过,如果国家工作人员的职务仍会继续制约财物提供者未来的正当利益,如《贪污贿赂案件解释》第13条第2款所述的上下级或行政管理与被管理的关系,依然有肯定敲诈勒索的基础。需要注意的是,低概率的再次“相遇”(说不定将来还会碰到这名工作人员或与其关系密切的人)形成的不安感,不足以构成现实的“威胁”。

综合前述因素,在所涉职务行为不会侵犯第三人利益的情形下,只要能得出“行贿人交付财产系因维护自己的正当利益不得已而为之”的结论,就应比照敲诈勒索中的“加害—被害”关系处理受贿人和“行贿人”,但因我国立法对利用职务上的便利实施敲诈勒索作了特别规定,其定罪和处罚应适用受贿犯罪的条文。敲诈勒索型受贿犯罪本质

^{⑥3} Vgl. Gerhard Altwater, in: Leipziger Kommentar StGB, Band 7, 2. Teilband, 12. Aufl. 2015, § 240 Rn. 77.

^{⑥4} Vgl. a. a. O., § 240 Rn. 78.

^{⑥5} Vgl. Winfried Küper, Strafrecht Besonderer Teil, 7. Aufl. 2008, S. 109; 车浩:《抢劫罪与敲诈勒索罪之界分:基于被害人的处分自由》,载《中国法学》2017年第6期,第275页。

上是财产犯罪,因此衡量其不法程度的主要因素是财产数额。这种情形下的“行贿人”是受害人,有权要求勒索者返还“贿赂”。在这方面,我国的反腐败制度没有追求抽象的廉洁性,而是精确把握损益关系,特别提示公职人员“故意刁难”“吃拿卡要”的可能性,体谅、保护具体情境下的相对人,是值得肯定的。而受此前法益理论的影响,刑事司法实践动辄将贿赂犯罪视为针对集体法益的犯罪,将涉案财产一律收缴,甚至在财物提供者不构成犯罪的贿赂案件中也是如此,^⑥这是需要及时纠正的误区。

(三) 第三人利益侵犯型贿赂与敲诈勒索型贿赂的竞合

第三人利益侵犯型贿赂与敲诈勒索型贿赂可能会出现竞合。其典型场景是“吃撑或饿死”(friss oder stirb)情境,即,不提供贿赂则难以保障自己的正当利益,提供贿赂又可能损害第三人利益。^⑦对于这种情形,德国当前的理论在有限的范围内承认“受强制的贿赂”阻却违法的可能性,即,难以求助于国家的正式救济机制,且系为了防止生命、身体或自由遭受危险而实施的避险行为,可以阻却违法。^⑧

德国学界认为,相对人通常可向官方寻求救济,有限的例外是,德国官员为了人道主义或安全相关的目的对欧盟之外的外国官员行贿。^⑨除此之外的行贿行为不能通过紧急避险正当化,只能根据起诉便宜主义原则不予起诉或在量刑时予以考虑。^⑩紧急避险中的“不得已”以及利益衡量,应当在具体情境之下结合多方面要素作综合权衡,^⑪前述观点罔顾具体情境下个体的困境,一刀切地否定所有“被迫行贿”成立紧急避险的可能性,显然不合理。更合理的方案是,根据紧急避险的条件,在具体情形下判断“行贿人”提供财产的性质。

避险必要性要求避险人在所有足以避免危险发生的措施中选择对第三人利益损害尽可能轻微的措施。^⑫当前,否认行贿避险必要性的主要理由在于,行贿人应优先寻求国家的正式救济。不过,在负责该具体事务的工作人员“勒索”贿赂的前提下,正式的救济途径通常并非是与“行贿”同样有效的保护正当利益的方法。首先,从理性人事前预测的角度观察,正式救济途径很难高概率地确保相对人的利益:如果行贿人不控告腐败本身,在正当利益与不正当利益难以明确区分的情形下,职务行为具有较大的裁量空间,对其失当的指控很难成功;如果附带性地控告腐败,由于这种指控会给该工作人员带来毁灭性的影响,被卷入的工作人员可能会动用一切可能的资源进行“防御”,作为外部人员的相对人很难不怀疑正式救济的有效性。其次,具有职权、原则上更熟悉正式救济方

^⑥ 参见湖北省十堰市张湾区人民法院(2019)鄂0303刑初438号刑事判决书;江苏省泰州市中级人民法院(2016)苏12刑初16号刑事判决书。

^⑦ Vgl. Till Zimmermann (Fn. 24), S. 403.

^⑧ Vgl. Matthias Dann (Fn. 58), S. 132.

^⑨ Vgl. Matthias Korte, in: Münchener Kommentar StGB (Fn. 2), § 335a Rn. 44.

^⑩ Vgl. Matthias Dann (Fn. 58), S. 132.

^⑪ Vgl. Walter Perron, in: Schönke/Schröder Kommentar StGB, 30. Aufl. 2019, § 34 Rn. 18.

^⑫ Vgl. Walter Perron (Fn. 71), § 34 Rn. 18.

式的工作人员在这种情境下选择勒索贿赂,表明从事前理性人预测的角度看,正式救济并不会轻易地成功,否则公职人员不会做如此“非理性”的选择。最后,正式救济通常会耗费不可低估的时间、人力、物力成本,且救济失败的后果非常严重,理性的一般人通常不敢轻易选择这种机会成本过高的方案。可见,在本话题所涉的框架内,不能简单地直接否定避险的必要性,对无辜第三人利益的保护应通过利益权衡实现。

为防止行贿人通过具有避险性质的行贿损害无辜第三人的利益,应严格把握避险的限度条件。可以肯定的是,只要“行贿人”没有现实地获得不正当利益,就不构成犯罪,因为这种行为已具有“避险”的性质,只要“行贿人”事实上未获得不正当利益,即便认为其“行贿”超过了必要限度,也不可能造成“不应有的损害”,最多构成“避险过当的未遂”,不值得处罚。《刑法》第389条第3款的规定,正是对这一结论的立法强调。如果行为人事事实上谋取到了不正当利益,则意味着避险行为损害了第三人利益,这种情况究竟是构成紧急避险还是避险过当,需根据避险限度条件结合个案具体判断。

这种情形下的受贿方具有敲诈勒索和第三人利益侵害的概括故意,究竟构成哪种类型的受贿,应根据事后查明的职务行为的法律属性(即是否为“行贿人”谋取到不正当利益)来确定。

(四) 欠缺充分法益关联的纪律违反型贿赂及其应对

除第三人利益侵犯型和敲诈勒索型受贿之外,还有处于中间形态的“贿赂”,即既无证据表明贿赂引发或促进了枉法的职务行为,也不存在认定敲诈勒索基础的贿赂收受。这种类型的贿赂又包括三种情形:第一,对滥用职权行为没有促进作用且不能构成渎职犯罪的事后枉法型贿赂;第二,不具有敲诈勒索认定基础的非枉法型贿赂(如事后的非枉法型贿赂);第三,缺乏明确的职务行为关联性且不具有敲诈勒索认定基础的感情投资型贿赂。前两种情形前文已作论述,此处仅分析第三种情形。

没有明确请托事项的感情投资型贿赂中,不存在“谋取利益”的要件,更不用说“谋取不正当利益”,因此难以构成第三人利益侵犯型贿赂犯罪。同时,如果双方不具有《贪污贿赂案件解释》第13条第2款所述的制约关系,也不宜将其认定为对财物提供者的敲诈勒索。

对于这种纯粹的感情投资,有论者主张通过立法修订解决其可罚性问题,如删除受贿罪中“为他人谋取利益”的要素,^⑦或新设“收受赠贿罪”^⑧。但犯罪化的前提是厘清这种行为的损益关系,评估其危害程度是否足以达到需要刑法介入的程度。如果请托人没有具体的请托事由,财产往来就只会触及抽象的廉洁性,或形成“影响公正执行公务”的遥远的、抽象的危险,这种危险不足以匹配受贿罪的责任与刑罚,只能被认定为《中国共产党纪律处分条例》第88、89条中“可能影响公正执行公务”的财物。对这类行为,

^⑦ 参见王志祥、柯明:《受贿罪中的“为他人谋取利益”要素应当删除——以非法收受礼金行为应否入罪为切入点的思考》,载《法治研究》2016年第1期,第77页。

^⑧ 参见陈兴良:《贪污贿赂犯罪司法解释:刑法教义学的阐释》,载《法学》2016年第5期,第74页。

也只能以纪律处分规制,其所涉的财产应按照《中国共产党纪律处分条例》第40条的规定予以收缴。

通过前文的分析,可将贿赂分解为三种亚类型,即第三人利益侵犯型贿赂、敲诈勒索型贿赂以及因欠缺充分法益关联而只能作违纪处理的纪律违反型贿赂。该拼图中的第三个板块只能作违纪处理,在一定程度上缩小了狭义的贿赂犯罪的覆盖面。不过,防控腐败的法网不等于“刑事法网”或“贿赂犯罪罪名网”,在行为的法益关联具有显著落差的前提下,原本就应以严厉程度有落差的不同手段分别予以回应。此外,这一无需刑法介入的板块不仅所涉情形有限,也并非静止不变,而是处于可“流动”的不稳定状态。将不具有充分法益关联的贿赂作为单纯的违纪处理,会让财物提供者产生不公平的印象,因为明确为了正当利益提供财产的“行贿人”不仅不构成犯罪,其财产还会被返还,而不谋取任何利益的贿赂却会因收受者构成违纪而被收缴。这种不公平的感觉,会促使“行贿人”竭尽全力提供证据证明自己的目的是维护自身的正当利益,这就会增加国家工作人员“谋取利益”的证据,推动临时作为违纪处理的行为朝敲诈勒索型受贿转变。受贿人因此而生的怨恨,又会激励其揭露行贿人“谋取不正当利益”的目的,进而曝光原本可能被隐藏的第三人利益侵犯型贿赂。因贿赂而受损的第三人,也会因民事赔偿的激励机制,在外部提供职务行为“谋取不正当利益”的证据。可见,本文的观点虽看起来限缩了狭义的贿赂犯罪,但依据该观点构建的错落有致的腐败犯罪动态防控结构,能融合具有中国特色的党内法规制度、民事救济、渎职犯罪和贿赂犯罪的刑事立法等手段,增强第三人、贿赂犯罪参与者控告、揭露或曝光贿赂及其细节的激励,提高处罚概率,最终提升贿赂犯罪的实际防控力度。但实现该效果的前提条件是,告别与德国立法高度捆绑的法益理论,清晰地呈现贿赂犯罪的具体损益关系。

五、结 语

贿赂犯罪具有严重的社会危害性,但此前的法益学说不能合理说明贿赂究竟对谁的什么利益产生了何种程度的危害。原因在于,过于强烈的道德情绪抑制了分析贿赂犯罪具体损益关系的耐心,过于模糊、宏大的贿赂犯罪法益学说不具有确定并量化实质不法内容的能力,由此导致贿赂犯罪的理论讨论呈现出过度的“道德加载”,贿赂犯罪的防控实践也越发受简单压制观念的驱使,变成挥向腐败这一复杂社会问题的道德十字架,这自然无助于定位真正的问题、找到相应的答案。^⑦在这种背景下,法益应当承担起隔离道德情绪的功能,清晰地呈现腐败犯罪的不法内容和损益关系,并将惩罚和保护合理地分配给贿赂所涉的各方当事人。

在我国特有的社会现实和制度框架下,理论界通说所述的贿赂,包含具有不同利益

^⑦ Vgl. Martin Killias, *Korruption: Vive La Repression! - Oder was sonst?*, FS-Schneider, 1998, S. 254.

损害关系的三种不法类型,即第三人利益侵犯型贿赂、敲诈勒索型贿赂和纪律违反型贿赂。被卷入贿赂的当事人未必都是罪犯,敲诈勒索型贿赂中的“行贿人”应当是法律保护而非惩罚的对象。在我国腐败犯罪治理的历史实践中,立法对公权力支配之下普通公民的宽容和体谅清晰可见,而由于我们没有发展出一套阐发、释放这种仁爱的理论机制,这种制度层面的仁爱逐渐被深埋在各种从域外进口的冷冰冰的术语群里。敏锐地体察“制约—被制约”关系下相关主体的选择,兼顾制度传承、演变史中隐藏的立法者对国民的感情,就不难发展出扎根于我国现实土壤、能准确反映损益关系且带有温度的贿赂犯罪法益理论。

Abstract: The current theories on the legal interests of bribery crimes are deeply influenced by German doctrine, which is tailor-made for the German Criminal Code and practical requirements. Since the 19th century to the present, Germany's criminal legislation on bribery has gradually abandoned the differentiated model in relation to details that affect illegal content and profit-loss relationships. It has become increasingly moralistic, formalized, and all-inclusive, which is contrary to the requirements of the rule of law. The opinions based on this are not qualified as justifying legal interests. China's anti-corruption system has a tradition of benevolence for the people, and the penalization is based on the ultimate profit-loss relationship. The doctrines of legal interests transplanted from Germany are incompatible with this system, and they cannot explain restrictions of criminalization. According to the actual interests and profit-loss relationships involved in bribery, bribery can be divided into the following three categories: bribery that infringes on the interests of a third party, that is, bribery conducted by the officer seeking improper benefits for the briber and the legal interest is the interest of the third party damaged by the official behavior; extortion bribery, where the officer extorts the counterpart by means of official behavior involving legitimate interests of the latter, and its legal interest is the property and freedom; disciplinary violating bribery, that is, bribery that is not related to definite official behavior and affects only the official integrity, which should be responded with non-criminal measures, such as discipline punishment.

(责任编辑:王 楷)