

贿赂犯罪的保护法益与事后受财行为的定性

黎 宏^{*}

内容提要 贿赂犯罪的保护法益不是职务行为的廉洁性,也不是职务行为的不可收买性,而是职务行为的公正性。因此,只有危及职务行为公正性的行为才有可能构成受贿罪。事后受财行为,在事先没有约定的场合,因为不可能危及职务行为的公正性,原则上不构成受贿罪;但是,在有证据证明行为人履行职务行为时具有事后受财的心理期待或者心理联想的场合,因为这种期待或者心理联想会对行为人的履职行为产生影响,因此,构成受贿罪。

关键词 受贿罪 职务行为公正性 事先约定 事后受财 心理期待

引 言

典型的受贿罪,根据我国《刑法》第385条的规定,是指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,为他人谋取利益的行为。简言之,就是国家工作人员以权谋利,进行权钱交易,其成立条件如下:一是利用职务行为收受来自他人的对价即财物(贿赂),二是为他人谋利。根据受财(贿)与谋利的先后顺序不同,受贿有“事前受财(贿)”和“事后受财(贿)”之分。所谓“事前受财(贿)”,通俗地说就是“先收财后办事”,是典型的“权钱交易”,毫无疑问地要构成受贿罪;但“事后受财”,特别是在事前没有约定或者没有证据证明事前有约定的场合,因为不能排除国家工作人员事前并无“权钱交易”之念,事后他人仅仅是基于习惯或者道义上的知恩图报的心理而向国家工作人员提供财物的可能,因此,国家工作人员的这种事后受财行为是否构成受贿罪一直存在争议。否定说认为,受贿罪是故意犯,事前没有约定而事后收受他人财物的受财行为不是事后受贿,因为行为人主观上没有受贿故意,而只有收受财物的故意;^①与此相对,肯定说则认为,只要行为人明知其所受财物是其职务行为的对价并予以

^{*} 清华大学法学院教授,博士生导师。本文系2013年清华大学人文社科振兴基金项目“风险社会下的抽象危险犯研究”(项目批准号:2013WYB002)的阶段性研究成果。

^① 参见陈兴良《陈兴良刑法学教科书之规范刑法学》,中国政法大学出版社2003年版,第680页。

接受,就表明其具有受贿故意,构成受贿^②。

司法实务历来采否定说,认为事后受财行为,只有当事人双方具有“事先约定”的场合,才能成立受贿。但2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院发布《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》之后,情况发生了变化。该“解释”第13条规定“履职时未被请托,但事后基于该履职事由收受他人财物的”,也是“为他人谋取利益”;构成犯罪的,应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚。这个规定意味着,从此以后,事后受财的,只要该财物客观上与职务行为有关,即便事先没有约定,也构成受贿罪。此举一出,马上引起了学界的不同看法。如陈兴良教授认为“这一规定,实际上是将刑法对受贿罪所规定的为他人谋取利益要件取消了,因而不适当地扩张了受贿罪的处罚范围,与罪刑法定原则之间存在一定的抵牾”。^③同样,叶良芳教授也认为“将这种没有事先联络的、非典型的‘事后受贿’行为,规定为‘为他人谋取利益’的一种情形,……突破了法条的限制,既没有科学理论的指导,也缺乏成熟的司法经验积累,显然是一种‘应急解释’”^④。

确实,受贿罪的本质是“权钱交易”,既然是“交易”,则双方必须对交易的内容和价格具有认识,否则就说不上是“交易”。正因如此,我国刑法将受贿罪规定为故意犯,以国家工作人员利用职务之便索取他人财物或者利用职务之便非法收受他人财物为他人谋取利益为内容。在行为人事先没有约定也没有任何征兆事后却意外地收到了来自他人财物的场合,如果说这种场合也构成受贿罪,则会偏离受贿罪的“权钱交易”的本质,而违反罪刑法定原则。其中的道理,与客观上占有了他人财物,事前没有认识的,最多只能构成侵占罪而不能构成盗窃罪如出一辙。如果说行为人只要明知是职务行为的对价而收受财物就足以构成受贿的话,则日常生活中常见的公职人员因为秉公执法、事后却意外地收到来自当事人的感谢牌匾、锦旗之类的行为,严格地讲,也是受贿性质的行为了。^⑤这显然不符合社会一般常识,不当扩大了受贿的认定范围。从此意义上讲,上述批判意见是有其道理的。事后受财,只有在行为人事先具有事后收受财物的认识或者说预见时才能成立受贿,而“事先约定”是其最常见的表现形式。

但我们应注意到,所谓“事先约定”,是指双方当事人以口头或者书面形式的约定,其针对的是与法治社会对应的“陌生人社会”而做的要求,但在我国随处可见的“熟人社会”或者“半熟人社会”当中,人们之间的交往,还在遵循费孝通先生在70年前所提出的“意会”法则,即朋友、熟人之间对很多事情心领神会、心知肚明,而不是那些“事先约

② 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1782页。

③ 陈兴良《为他人谋取利益的性质与认定——以两高贪污贿赂司法解释为中心》,载《法学评论》2016年第4期。

④ 叶良芳《“为他人谋取利益”的一种实用主义诠释——〈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条评析》,载《浙江社会科学》2016年第8期。

⑤ 实际上,我国《法官法》第32条规定,法官不得有下列行为:(十二)私自会见当事人及其代理人,接受当事人及其代理人的请客送礼。现实生活中,常有公务人员收受来自当事人的感谢“锦旗”或者“牌匾”,严格地讲,这也是接受当事人的“送礼”行为,在法官不得有的行为之列。

定”之类的公开宣称、白纸黑字、明确界定。这种不用说出来便能自然领悟的“意会”，感觉上甚至比说出来的效果还好。^⑥ 在事后受贿的成立上，如果一定要求双方当事人以口头或者书面形式“事先约定”，便会将那些“熟人社会”中熟人之间配合默契的权钱交易行为排除在法网之外。这是不用说的了。退一步讲，即便说成立事后受贿，当事人双方必须具有“事先约定”，但“约定”的形式恐怕也不能仅限于口头或者书面。

以下，笔者首先就我国目前的事后受财行为是否构成受贿的争议进行梳理，然后从贿赂犯罪的保护法益是“职务行为公正性”的角度出发对上述争议进行评析，最后，就事前没有约定的事后受财行为成立受贿罪的标准问题进行探讨。

一、“事后受财”是否为受贿之争

关于事前无约定的事后受财行为是否构成受贿罪，理论界历来有两种截然相反的观点：否定说认为，事先无约定的事后受财行为不构成犯罪。理由是：（1）不符合受贿罪的本质要求。受贿罪的本质是权钱交易，双方交易的内容分别是“权力”和“财物”。典型的受贿行为中，“受财”和“办事”处于同一时段，交易关系一目了然；但也存在二者之间有时间间隔的场合，其带来的问题是，双方事先不约定的话，就会使双方交易的内容和价格不确定，根本不符合受贿罪的构成。^⑦（2）不具备受贿罪的主观要件。受贿罪中的故意，除了“收受财物”的故意之外，还包括明知所收受财物是本人职务行为对价而予以收受的故意。在事前没有约定的场合，行为人主观上虽有收受财物的故意，但并没有收受职务行为对价的故意。^⑧ 特别是国家工作人员离退休之后，请托人为表示感谢，送财物给离退休的国家工作人员，而其予以接受的，该种情况因为没有或者无法证明行为人有收受财物的合意，只能推定行为人不具备犯罪故意^⑨。

相反地，肯定说则认为，事前无约定的事后受财行为仍然可以构成受贿罪。理由是：（1）即便是事先无约定的受财行为，也侵害了受贿罪的保护法益。我国刑法中，受贿罪的成立并不要求行为人实施职务上的不正当行为，这就意味着，没有侵害职务行为的廉洁性或者纯洁性，但侵害了职务行为的不可收买性的受财行为，也成立本罪。因此，受贿罪危害性的集中体现是国家工作人员对职务行为的出卖即“受财”，其是受贿罪打击的重点，而不是“为他人谋取利益”。事后受财的场合，行为人在收受财物时，只要其

⑥ 对此，费孝通先生在《乡土中国》有过精彩的描述，即“‘我们大家是熟人，打个招呼就是了，还用得着多说么？’——这类话已经成为我们现代社会的障碍。现代社会是个陌生人组成的社会，各人不知道各人的底细，所以得讲个明白；还要怕口说无凭，画个押，签个字。这样才发生法律。在乡土社会中法律是无从发生的。‘这不是见外了么？’乡土社会里从熟悉到信任。这信任并非没有根据的，其实最可靠也没有了，因为这是规矩”。“乡土社会的信用并不是对契约的重视，而是发生于对一种行为的规矩熟悉到不假思索的程度。”参见：费孝通《乡土中国》（修订本），上海世纪出版集团2013年版，第10页。

⑦ 参见刘维兵《成立“事后受贿”须有“事先约定”》，载《检察日报》2006年5月30日。

⑧ 参见陈兴良《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第629页。

⑨ 参见于志刚主编《新型受贿犯罪争议问题研究》，中国方正出版社2011年版，第298页。

明知该财物是自己职务行为的对价而予以收受,就侵害了国家工作人员职务行为的廉洁性,符合受贿罪的本质特征。^⑩(2) 离退休人员事后收受财物的行为具备了受贿罪客观要件。受贿罪虽以“非法收受他人财物”和“为他人谋取利益”为成立要件,但并没有规定这两个要件的先后顺序。受贿罪的本质是权钱交易、以权谋利。先得利后用权的固然是权钱交易;先用权后得利的也同样是权钱交易。故在职期间先为他人谋利,离职后再收受钱财的,与在职期间先为他人谋利后收受财物的行为一样,都构成受贿罪。^⑪(3) 认定受贿故意的关键,在于行为人受财时是否明知该财物的性质,是否认识到该财物是为他人谋取利益的酬谢,而不在于其履职时是否会预料到将来有来自他人的酬谢。当国家工作人员认识到他人交付的财物是自己职务行为的酬谢而仍然收受时,就表明其有职务行为的不可收买性受到侵害的明知或者希望。^⑫有学者进一步指出,行为人在职时为他人谋取了利益,事后收受对方的明显超过友情馈赠程度的财物时,内心必定与先前的职务行为建立联想,这种内心联想就是权钱交易的受贿故意^⑬。

上述两种见解当中,肯定说占据优势地位。这种优势地位的取得,并不完全在于其说理上的充分,还因其迎合了社会一般民众的心理要求,认为如果不将“事后受财”行为在刑法上加以定性,势必造成法律上的漏洞,也不利于我国对腐败犯罪的预防和打击。^⑭如有学者认为,现阶段,腐败犯罪呈现隐蔽趋势,行为人通过变换受贿的时间和空间来规避构成受贿罪的风险,逃避打击。以“事先约定”对事后受贿进行限制,会为“期权腐败”提供免责事由和规避途径,明显与现实生活脱节。因此,有必要取消“事后受贿”中的“事先约定”的限制。^⑮这种从处罚必要性的角度对事后受财行为成立受贿罪进行论证的做法尽管有其道理,但刑法的任务不仅仅是保护法益,还必须保障人权。在缺乏法律上的明文规定的情况下,仅仅以处罚必要性为依据,说明事后受财行为构成受贿罪还是有些底气不足。正因如此,肯定论者也承认:“尽管从解释论的角度,完全可以直接将‘职后酬谢型受财’行为入罪,但鉴于传统观念的影响而导致的目前认识上模糊,立法或者司法解释做进一步完善与明确也非常迫切”。^⑯从贿赂犯罪刑法规制的角度来讲,需要做两件事情:一是通过立法或者司法解释,将职后受财行为明确为受贿行为的一种形式;二是重构受贿犯罪体系,通过刑事立法,增设职后受贿罪。^⑰如果说肯定说前面的

^⑩ 参见施春雷《事后受贿行为的法理评析》,载《检察实践》2004年第1期。

^⑪ 参见徐建、问先国《“事后受贿”无须“事先约定”》,载《江苏经济报》2007年8月10日;袁彬《事后受贿应当以受贿罪论处》,载《人民法院报》2004年1月19日。

^⑫ 参见张明楷《法益初论》,中国政法大学出版社2000年版,第639页。

^⑬ 参见储槐植、杨建民《“事后受贿”能否构成受贿罪——析陈晓受贿案和徐德尘受贿案》,载姜伟主编《刑事司法指南》(总第2辑),法律出版社2000年版,第176页;前引^⑩施春雷文;孙国祥《“职后酬谢型受财”行为受贿性质的理论证成》,载《人民检察》2015年第1期。

^⑭ 参见姜盼盼《事后受贿的认定困境和法律对策》,载《法律杂谈》2015年6月(下)。

^⑮ 参见前引^⑬孙国祥文。

^⑯ 参见前引^⑬孙国祥文。

^⑰ 参见前引^⑬孙国祥文。

论证言之凿凿、底气十足,则后面某些立法建议就有画蛇添足之嫌了。既然事后受财行为无论从哪一方面来看都是受贿,为何还要进行立法和司法上的完善?

司法实践对此问题也是非常纠结,有一个从否定向肯定转变的过程。在2016年4月18日的解释出台之前,司法解释一直是采用否定说的立场,即事先无约定的事后受财行为不构成受贿罪。这一点,从离退休国家工作人员因为其在任职时的原因而在离退休之后收受来自他人的财物时是不是构成受贿罪的相关说明就能看出。最高人民法院在2000年7月13日答复江苏省高级人民法院时指出“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人事先约定,在其离退休后收受请托人财物,构成犯罪的,以受贿罪定罪处罚”。^⑮2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》继承了这一立场,该“纪要”第三条第(四)款中规定“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,并与请托人事先约定,在其离职后收受请托人财物,构成犯罪的,以受贿罪定罪处罚”。2007年7月8日最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》重申了这一立场,该“意见”第10条明确规定“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益之前或者之后,约定在其离职后收受请托人财物,并在离职后收受的,以受贿论处”。但是,这一立场在2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》出台之后,便戛然而止了。从此之后,实际或者承诺为他人谋取利益的,或者明知他人有具体请托事项的场合就不用说了,即便是履职时未被请托,换言之,事先没有约定,但事后基于该履职事由收受他人财物的,也是“为他人谋取利益”,可以构成受贿罪。

二、贿赂犯罪的本质

实际上,“事后受财”行为是否构成受贿,说到底,取决于对贿赂犯罪的保护法益即贿赂犯罪本质的理解,即贿赂犯罪到底保护什么,是职务行为的不可收买性?是职务行为的公正性?抑或是国民对上述内容的信赖?不弄清这个问题,就无法说清“事后受财”行为的性质。

(一) 比较法的立场

从比较法的角度来看,贿赂犯罪的保护法益,自古以来,就存在“纯粹性说”和“不可收买性说”的对立。前者源自日耳曼法的立场,以公务员的职务行为的不可侵犯性即公正性或者说纯粹性为基本,主张对于偏离公务员职责的不正当的职务行为,公务员收受报酬的话,成立受贿罪。按照这种见解,贿赂犯罪的保护法益,就是“国家机能”或者“职务的公正性”。站在纯粹性说的立场上,既然受财行为和已经实施的过去的职务行

^⑮ 2000年7月13日最高人民法院《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》。

为之间不可能具有因果关系,那么,在与职务行为的关系上,就没有侵害职务公正性的危险,事后受财不成立受贿。相反地,后者即“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的话,即便没有实施不正当的职务行为,也要成立受贿罪。因此,贿赂犯罪的保护法益就是“国家权威”或者“公务的威信”。站在不可收买性说的立场上,事后受财行为也是受贿。因为,该财物仍然是职务行为的对价,侵犯了职务行为的不可收买性。^{①9}从国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”为基本的同时,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的话,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的时候,则加重处罚^{②0}。

(二) 中国的见解

我国学界和司法实务界关于贿赂犯罪的保护法益大致有以下几种见解:

第一,国家工作人员职务行为的“廉洁性说”。其一度是我国的通说,认为受贿行为“违背了为政清廉的义务,损害了党和政府在人民群众中严明公正的形象”。^{②1}按照这一见解,国家工作人员在已经获得合法报酬的情况下,不能再以职务上的作为或者不作为为由索取、收受他人的财物。否则,就侵害了其职务的廉洁性。^{②2}已经获得合法报酬的国家工作人员接受职务报酬以外的财物,构成受贿。^{②3}但是,批判意见认为,“廉洁性说”存在以下问题:一方面,“廉洁”本身的含义不明,其到底是指职务行为的廉洁性还是指公职人员身份的廉洁性,没有达成共识,但上述差别会影响到受贿罪的解释;另一方面,其难以对受贿罪与贪污罪、巨额财产来源不明罪进行区分。^{②4}因此,近年来已经很少有人主张该学说。

第二,对国家工作人员职务行为的“社会信赖说”。认为社会大众对职务行为公正性的信赖是国家秩序的精神支柱,有必要对其加以保护。这种信赖一旦受到侵害,不仅会导致行受贿等不正之风的泛滥,也会引起一般国民的不安和失望,进而导致对政府和政治的不信任,结果便是国民对整个国家持怀疑态度。对国家的安定而言,这是致命

^{①9} 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》(新版第2版),黎宏译,中国人民大学出版社2008年版,第574页。

^{②0} 就我国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,或者收受了他人财物,不管为他人所谋取的利益是否正当,一律构成受贿罪。可以说,这是基于职务行为的不可收买性的考虑。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,而是利用其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,这是基于职务行为的纯粹性的考虑。

^{②1} 马克昌主编,吴振兴、莫洪宪执行主编《百罪通论》(下),北京大学出版社2014年版,第1169页。

^{②2} 参见高铭喧、马克昌主编,赵秉志执行主编《刑法学》(第7版),北京大学出版社、高等教育出版社2016年版,第629页;齐文远主编《刑法学》(第3版),北京大学出版社2016年版,第568页;前引^{②1},马克昌主编,吴振兴、莫洪宪执行主编书,第1169页。

^{②3} 参见曲新久《刑法学原理》(第2版),高等教育出版社2014年版,第356页。

^{②4} 参见张明楷《刑法学》(下)(第5版),法律出版社2016年版,第1203页。

的威胁。^⑤但是,这里的“社会信赖”所指为何并不明确,将其作为法益,是不是能够发挥法益概念所应有的机能值得怀疑。如日本学者松原芳博教授指出,如果说所谓“社会信赖”就是现实存在的社会信赖这种事实的话,则侵害这种事实的,应当是检举揭发贿赂事件的司法机关和对其进行报道的新闻媒体,而暗中进行贿赂行为的人不过为这种侵害提供了间接原因而已。同时,按照该种理解,可以说,和以巧妙的、难以被发现的方式进行贿赂的人相比,以笨拙的、容易被发现的方式实施贿赂的人,对社会信赖的危险更大,社会危害性的程度更高。行贿者、受贿者的自首就成为加重刑罚的事由。而且,为了保护这种意义上的“社会信赖”,凡是“让国民怀疑的行为”都应当受罚,是否“和职务相关”取决于国民的观感,对于受贿罪的成立而言,根本就不要求公务员有执行职务的意思。但这种理解和“公务员没有执行职务的意思,只是假借执行职务之名”而收受财物的,并不成立受贿罪的判例态度以及日本通说理解相矛盾。相反地,如果将所谓“社会信赖”理解为“不要有腐败”的国民内心期待的话,则所谓社会信赖就演变成了禁止贿赂的规范被严格遵守的状态,并非禁止贿赂所保护的利益。^⑥更为重要的是,将对职务行为的“社会信赖”作为法益在刑法上加以保护,似乎与现代法治理念相冲突。人类社会的发展历史一再证明,“权力导致腐败,绝对权力导致绝对腐败”,因此,现代法治社会的一个基本原则就是对公权力必须加以监督。我国也提倡“把权力关进制度的笼子里”。这些都表明,对公权力的不信任是现代法治社会的进步表现。动用刑法手段让人们人们对某些本来就必须警惕的事物加以信赖,有南辕北辙之嫌^⑦。

第三,职务行为的“不可收买性说”。本说是上述“廉洁性说”的替代学说,也是当今有关贿赂犯罪的保护法益的有力学说。其中心内容是,贿赂犯罪侵害了国家工作人员职务行为的不可收买性,其包括两方面的内容:一是职务行为的不可收买性本身,其包括将来的、正在实施的以及已经实施完毕的职务行为在内,即所有的职务行为均不得与财物进行交换;二是国民对职务行为不可收买性的信赖,这种信赖是国民公正观念的具体体现。^⑧由于职务行为的“不可收买性”中包括“已经实施的职务行为与财物的不可交换性”在内,因此,没有事先约定的“事后受财”行为,毫无疑问地成立受贿罪^⑨。

(三) 以上见解存在的问题

我国的职务行为不可收买性说是受了日本学说的影响而形成的。^⑩在日本,批判意

^⑤ 上述内容,参见郑泽善《受贿罪的保护法益及贿赂之范围》,载《兰州学刊》2011年第12期。

^⑥ 参见[日]松原芳博《刑法各论》,日本评论社2016年版,第598-599页。

^⑦ 参见熊琦《刑法教义学视阈内外的贿赂犯罪法益——基于中德比较研究与跨学科视角的综合分析》,载《法学评论》2015年第6期,第132页。

^⑧ 参见前引^④,张明楷书,第1204页。还有学说将“廉洁性”和“职务行为的不可收买性”并列为受贿罪的保护法益,参见谢望原、赫兴旺主编《刑法分论》(第二版),中国人民大学出版社2011年版,第410页。

^⑨ 参见前引^④,张明楷书,第1211页。张教授认为,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(不可出卖性、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的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,同样侵害了受贿罪的法益。

^⑩ 参见前引^⑫,张明楷书,第十章“受贿罪的法益”中的相关论述。

见认为,其在无法说明日本刑法中的斡旋受贿罪的本质存在致命缺陷。因为,日本刑法规定的斡旋受贿罪中,作为收买对象的,是被斡旋的其他公务员的不正当职务行为,作为行为人的斡旋者本人的职务行为并没有被收买,“不可收买性说”对此无法说明^⑪。

与日本相比,“不可收买性说”在我国刑法规定之下存在更多问题。具体如下:

第一,难以妥当说明我国刑法分则第八章有关贿赂犯罪的规定。^⑫如我国《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便利,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,以受贿罪论处。这个规定,实际上相当于《日本刑法》第197条之4中所规定的“斡旋受贿罪”。从职务行为“不可收买性说”的角度来看,这个规定显然是有问题的。因为,在这种受贿罪中,行为人用以换取对价的手段并不是直接出售自己手中的权力,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”。同时,我国通说认为,我国刑法分则第八章所规定的贿赂犯罪属于渎职犯罪,即以“职务行为的廉洁性、不可收买性”,或者“国家的廉政建设制度”为保护法益的犯罪,^⑬因此,关于本罪的构成,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”。但我国《刑法》第388条之一规定的“利用影响力受贿罪”以及第390条之一规定的“对有影响力的人行贿罪”均突破了这一要求。尽管它们都被规定在刑法分则第八章即“贪污贿赂罪”之中,但就“利用影响力受贿罪”而言,其主体并不要求一定具有“国家工作人员”身份,只要是“国家工作人员的近亲属或者与该国家工作人员关系密切的人”即可;就“对有影响力的人行贿罪”而言,其对象也不要求一定是“国家工作人员”,而是“国家工作人员的近亲属或者与该国家工作人员关系密切的人”,或者“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”。在受贿犯罪的主体和行贿犯罪的对象都不是具有职务上的便利所形成的职权的“国家工作人员”的时候,还能说贿赂犯罪所侵犯的是国家工作人员的“职务行为的不可收买性”吗?

第二,有将受贿犯罪异化为财产犯罪之虞。我国刑法中的贿赂犯罪,从一开始就是渎职类犯罪,这一点,只要看看我国有关贿赂犯罪的立法沿革就能一目了然。我国1979年《刑法》第185条将受贿罪放在刑法分则第八章渎职罪之首。1985年7月18日最高人民法院、最高人民检察院颁布的《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律若干问题的解答(试行)》第二部分即“关于受贿罪的几个问题”中,明文规定“受贿罪是渎职罪的一种”。1997年《刑法》虽然将其从渎职罪一章中抽出,与从刑法分则第五章侵犯财产罪中抽出的“贪污罪”一道独立成章,作为“贪污贿赂罪”规定在刑法分则第八章之中,但其仍处于“危害国防利益罪”和“渎职罪”之间,并且明文将“国家工作人员利用职

⑪ 参见前引⑤,郑泽善文。

⑫ 参见前引②,高铭喧、马克昌主编,赵秉志执行主编书,第620页、第631页、第636页。

⑬ 马克昌主编《刑法学》,高等教育出版社2003年版,第658页。

务上的便利”作为其构成要件,可见其本质上还是属于侵害国家机关正常职能的“渎职罪”即职务犯罪。如果说受贿罪的本质是国家公职人员“职务行为的不可收买性”,重点在于谴责公职人员利用职务便利收受财物形式的对价的话,则有可能将受贿罪异化为一种“国家工作人员索取或者收受财物”的财产犯罪。实践当中,将行为人是不是收受了一定数量的财物作为受贿罪既、未遂的判断标准的见解^④就是其体现。这种见解显然偏离了受贿罪是渎职犯罪,即公职人员不公正履行职责的犯罪的本质。

第三,将国民对职务行为不可收买性的信赖也作为“不可收买性说”的内容,有模糊受贿罪的保护法益,不当缩小受贿犯罪的处罚范围之嫌。这一点,只要将(职务行为不可收买性的)信赖与被“不可收买性说”所严厉批判的“职务行为的廉洁性”放在一起稍加比较,便可知晓。与杀人犯罪的保护法益说到底还是人的生命,而不是一般人所具有的生命受到法律保护的安心感或者人们对“杀人者死”之类的法律规范的信赖一样,受贿罪的保护法益也应当是职务行为的“不可收买性”之类的客观内容,而不应当是对“不可收买性的信赖”之类的主观内容。如果说受贿罪的保护法益中包括国民“对职务行为不可收买性的信赖”,则在受贿罪的处罚上,必然要脱离个别具体的职务行为,将受贿罪中的“职务行为”抽象为所有公职人员的职务行为都包括在内的一般公职行为的整体,将社会一般观念上所想象的影响职务公正性的抽象行为都包括在内。这种程度的理解,与具有国家工作人员身份的人不得收受职务报酬之外的财产,否则就会丧失社会对其信赖的“清廉性说”之间仅一纸之隔。同时,将“职务行为的不可收买性的信赖”作为保护法益,还会不当缩小受贿犯罪的成立范围。因为,可能存在侵害了职务行为的不可收买性,但由于贿赂行为是采用公众并不知情的隐蔽方式实施的,公众因为不知情而没有影响其对职务行为信赖的场合。这种场合,能说该贿赂行为因为没有侵害公众对职务行为不可收买性的信赖而不成立犯罪吗?

其实,“不可收买性说”只是指出了贿赂犯罪保护法益的表象,而没有触及其实质。如果说职务行为被收买,会影响到社会公众对职务行为的信赖的话,则不可收买性说可以还原为“廉洁性说”或者“信赖说”;如果说职务被收买,就会对职务行为的公正性有影响的话,则不可收买性说就能还原为前述的“纯粹性说”。^⑤总之,如果把问题推到极端,进一步追问“为什么职务行为不可被收买?”答案最终也只能是,因为可能引起不公正的职务裁量行为,使得公职人员成为某个人或者某部分人的奴仆,违反我国《宪法》第2条“中华人民共和国的一切权力属于人民”的规定。按照这个规定,国家工作人员是全体人民的公仆,而不是部分人的仆人,国家工作人员必须为所有的人民提供公正服务,而不是仅为某个人或者某部分人提供服务。

(四) 本文的立场

笔者认为,受贿罪的保护法益不是职务行为的廉洁性,也不是职务行为的不可收买

^④ 参见前引②王作富主编书,第1752页;阮齐林《刑法学》(第3版),中国政法大学出版社2011年版,第699页。

^⑤ 参见前引②,〔日〕松原芳博书,第598-599页。

性,而是国家工作人员“职务行为的公正性”。受贿行为之所以可罚,是因为国家工作人员一旦利用职务上的便利,索取或者收受他人贿赂,就会将本应公平公正、不偏不倚地行使的职务行为置于贿赂的影响之下,出现“在执行职务的过程中不当行使裁量权的危险”^{③⑥}。

“职务行为公正性说”不仅仅是一种学说,也是从我国刑法相关规定当中所推导出来的当然结论。如就《刑法》第388条所规定的(斡旋)受贿罪而言,从“职务行为的不可收买性”的立场来看,这种规定是有问题的,但从“职务行为公正性”的角度来看,该种规定则是理所当然。因为,虽说作为斡旋者的行为人所利用的是“其他国家工作人员职务上的行为”,并不存在自己的职务行为被收买的问题;但被其斡旋的其他国家工作人员在履职过程中会有“不当行使裁量权的危险”。换言之,在(斡旋)受贿罪的场合,之所以处罚并未直接出卖职务行为的行为人即斡旋人,是因为其利用本人职权或者地位形成的便利条件为请托人谋取不正当利益,具有破坏其他国家工作人员职务行为公正性的实害或者危险。《刑法》第388条之一所规定的利用影响力受贿罪的场合也能如此理解。本来,刑法分则第八章所规定的贪污贿赂罪是有关国家公职人员渎职行为的犯罪,其犯罪主体应当是“国家工作人员”。但是,《刑法》第388条之一所规定的利用影响力受贿罪则颠覆了这种理解。该罪的主体不是“国家工作人员”,而是“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”。从“职务行为不可收买性说”的角度来看,和《刑法》第388条所规定的(斡旋)受贿罪相比,这个规定更加难以理解。因为,本罪的主体根本不具有国家公职人员的身份,更遑论可供出卖的职务行为即职权了。他们是对公权力具有影响力的人,其用以获利的,只是其与其他国家工作人员之间所具有的特殊的利害关系,这种关系能够对其他国家工作人员的职务行为产生某种现实影响,间接地侵害其他国家工作人员职务行为的公正性。也正因如此,这种不具有国家工作人员身份、没有职务行为可供出卖的人的“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”的行为,也被规定为了受贿犯罪。

对于职务行为公正性说,批判意见认为,其存在对不违背职务行为的受贿行为难以妥当说明的缺陷。^{③⑦}所谓不违背职务行为的受贿,是指公职人员在职权允许或者应履行的义务范围内,为他人谋取合法利益而非法收受他人财物的行为,即通常所说的“贪赃不枉法”,如因为按照法律、政策规定为他人办理工商营业执照或者解决住房等问题之后而收受他人财物的就是如此。按照职务行为的“廉洁性说”,公职人员不得收受职务报酬以外的额外收入,因此,上述场合,当然构成受贿罪。^{③⑧}按照职务行为“不可收买性说”,也能得出同样的结论。因为,我国《刑法》第385条所规定的“为他人谋取利益”,

^{③⑥} 参见黎宏《受贿罪的保护法益在于职务行为的公正性》,载《检察日报》2017年2月14日。

^{③⑦} 参见前引^{②⑤},郑泽善文。

^{③⑧} 参见前引^②,王作富主编,第1753页。

既包括为他人谋取非法的不正当利益,也包括为他人谋取合法的正当利益,因此,“贪赃不枉法”的场合也构成受贿罪。^{③⑨}但若按职务行为“公正性说”,只有在危及职务行为公正性的场合,才能构成受贿罪的话,则“贪赃不枉法”的场合,只能按照无罪处理了。反对意见认为,这是职务行为公正性说的严重问题。^{④①}但是,从本文的角度来看,上述理解是有问题的:

第一,“贪赃不枉法”即为他人谋取合法利益而非法收受他人财物的场合,即便从本文所提倡的职务行为公正性的角度来看,也要构成受贿罪。因为,职务行为的公正性,既包括依据职务行为对所裁量的具体事项的实体内容的公正性,也包括做出该种裁量结果的过程的公正性。即便是实体内容公正的事项,但如果裁量过程不公正的话,也难以说是公正的职务行为。在职务行为裁量过程中,公务人员收受贿赂的话,就会出现将职务行为置于贿赂影响之下的危险,进而出现职务执行过程中不当行使裁量权的危险。换言之,即便是合法的职务行为,但在其为贿赂所影响的时候,就难免出现不公正裁量的危险,最终会因为危及职务行为公正性而成立受贿犯罪。从此意义上讲,受贿犯罪是属于针对职务行为公正性的危险犯^{④②}。

第二,从实体上看,对职务行为公正性的侵害,不仅是对职务行为“合法性”的侵害,还包括对职务行为“公正性”的侵害。合法的职务行为和公正的职务行为不是一回事。即便是形式上合法的职务行为当中,还存在具体细节上的公正裁量问题。具体细节裁量上的不公,也是对职务行为公正性的侵害。如就解决住房问题而言,尽管最终结果都是给他人提供了同等面积的住房,但对送礼者提供了区位、朝向较好的住房,而对没有送礼者则提供区位、朝向不好的房子。此时,尽管行为人声称是照章办事,没有违法,这种由于送礼的影响而导致的细节上的不同,不能说是“公正”的裁量;还有就办理工商营业执照而言,存在办理手续时间长短的问题,对送礼者从速办理,没几天就办下来了,而对没有送礼者公事公办,拖了几周才办下来。这种因为有无送礼而引起的期限上的区别对待,也不能说是“公正”的裁量。如此说来,在“贪赃不枉法”的场合,虽说职务行为的形式合法性没有受到“赃”即财物的影响,但若职务行为履行中的细节受到影响,公正性被破坏时,也要成立受贿罪。

第三,完全没有侵害职务行为公正性危险的受财行为,尽管不构成受贿罪,但可以构成其他财产犯罪。实务当中,存在公务人员虚假承诺,谎称为他人谋取利益而收受财物,但事实上并不打算且也没有为他人谋取利益的情形。对此该如何处理?理论上存在争议。一种观点认为,该行为构成诈骗罪。理由是,行为人根本不打算利用职务之便为他人谋取利益,没有也不可能侵害国家工作人员职务行为的公正性。^{④③}另一种观点认为,该行为构成受贿罪。因为,只要客观上约定了以职务行为为他人谋取利益,其职务

^{③⑨} 参见前引^{②④}张明楷书,第1211页。

^{④①} 参见[日]伊藤涉等《当代刑法各论》,弘文堂2007年版,第509页。

^{④②} 参见[日]山口厚《刑法各论》(第2版),王昭武译,中国人民大学出版社2011年版,第719页。

^{④③} 参见前引^{②③}谢望原、赫兴旺主编书,第412页。

行为的不可收买性就已经受到侵害。^⑬从受贿罪只有在作为主体的国家工作人员已经认识到该财物是职务行为的对价而仍然收受の場合才能成立的角度来看,国家工作人员完全没有执行职务行为的意思の場合,就不存在将职务行为置于贿赂影响之下的危险,根本不可能对职务行为的公正性形成任何侵害,因而也不存在成立受贿罪的实质根据。^⑭因此,认定该行为构成诈骗罪的观点妥当。

可见,职务行为公正性也能对“贪赃不枉法”的行为做出并不违反常识的处理,而并不像反对说所声称的那样,在职务行为公正性说之下,对其只能按照无罪处理。

对职务行为公正性说的另一个批判是,无法对“先办事、后受财”的所谓“事后受财”行为的性质做出妥当说明。这是对职务行为公正性说的最严厉批判,也是本文研究的主要内容之一。

三、“事后受财”行为的性质

(一)事先没有约定的事后受财行为,原则上不成立受贿罪

从职务行为公正性说的立场来看,事先没有约定的事后受财行为,按道理不成立受贿罪。因为,这种場合,行为人尽管有事后受财的结果,但其在收受财物时并不具有受贿罪的故意。将其作为犯罪处理,有违反罪刑法定原则之嫌。

和诸国外的有关规定不同,我国《刑法》第385条明文将“为他人谋取利益”规定在受贿罪的罪状之中。这个规定的存在,使得受贿罪的构成要件充满了争议,其中的一个重要内容就是“为他人谋取利益”要件的属性,其到底是客观要件还是主观要件。这个问题直接涉及受贿罪的故意的认定。

“旧客观要件说”认为,“为他人谋取利益”是受贿罪的客观要件,其意味着,成立受贿罪,行为人必须具有着手为他人谋取利益的行为;收受他人财物但事实上没有着手为他人谋取利益的行为,不成立受贿罪。为他人谋取的利益是否已经实现,不影响受贿罪的成立。^⑮相反地,“主观要件说”则认为,“为他人谋取利益”是受贿罪的主观要件,其意味着,构成受贿罪,行为人只要主观上具有为他人谋取利益的心理态度即可,不要求有为他人谋取利益的具体行为。如有学者认为“为他人谋取利益,只是行贿人与受贿人之间货币与权力交互交换达成的一种默契。就行贿人来说,是对受贿人的一种要求;就受贿人来说,是对行贿人的一种许诺或者答应。因为,为他人谋取利益只是受贿人的一种心理态度,属于主观要件的范畴,而不像通行观点所说的那样是受贿罪的客观要件”^⑯。

^⑬ 参见刘艳红主编《刑法学》(下),北京大学出版社2014年版,第412页;前引^②张明楷书,第1208页。

^⑭ 参见前引^⑪,[日]山口厚书,第731页。

^⑮ 参见张瑞幸主编《经济刑法新论》,陕西人民教育出版社1991年版,第305页;前引^④叶良芳文。

^⑯ 王作富、陈兴良《受贿罪构成新探》,载《政法论坛》1991年第1期。

但是,上述两种观点都不尽如人意。如按照“旧客观要件说”,只有实施为他人谋取利益行为时,才能构成受贿。那么,受贿罪就是由“收受他人财物”和“为他人谋取利益”所组成的复合行为犯。行为人仅有收受财物的行为还不够,还必须有为他人谋取利益的实际举动。但我国的司法实务当中的一贯做法是,行为人只要明知他人有求于己而收受其财物,就能肯定其有为他人谋取利益之“承诺”,^{④7}此时,行为人即便尚未着手为他人谋取利益,也可以说其将职务行为置于了财物的影响之下,职务行为的公正性就有被侵害的抽象危险。但按照上述“旧客观要件说”,这种情形显然难以构成受贿罪;同时,当行为人实施的为他人谋取利益行为构成其他犯罪时,按照“旧客观要件说”,也只能按照一罪处理,而不能数罪并罚。这显然与我国的司法实践不符。^{④8}同样,“主观要件说”的缺陷也极为明显。因为,“为他人谋取利益”整体上是一个偏正结构的词组,所描述的重心在“谋取利益”的客观行为上,整体上应当属于客观行为范畴。因此,从法律规定上来看,“为他人谋取利益”应当是受贿罪的客观要件。^{④9}而且,如果说“为他人谋取利益”是主观要件,是一种主观目的或者内心倾向,不要求有外在的客观表现的话,则极易使受贿罪的成立范围变得模糊不清。如国家工作人员在收受他人的职务行为对价之后,可能仅仅就因为缺乏“为他人谋取利益”这种难以判断的主观目的或者内心倾向而脱罪。

由于上述问题的存在,通说认为,“为他人谋取利益”仍然是受贿罪的客观要件,只是其内容是“许诺”为他人谋取利益,而不要求实施为他人谋取利益的行为。^{⑤0}由于“许诺”本身就是一种行为,因此,这种观点被称为“新客观要件说”。按照这种理解,国家工作人员在非法收受他人财物之前或者之后许诺为他人谋取利益,客观上就形成了以权换利的约定,而且,即便在收受财物之后公正地行使了职务行为,也难免让人对其公正性产生怀疑。这种怀疑本身就意味着职务行为的公正性受到了侵害^{⑤1}。

相关司法解释也采用了同样的立场。如2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中明确规定“为他人谋取利益包括承诺、实施和实现三个阶段的行为。只要具有其中一个阶段的行为,如国家工作人员收受他人财物时,根据他人提出的具体请托事项,承诺为他人谋取利益的,就具备了为他人谋取利益的要件”。2016年4月18日最高人民法院、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》第13条也规定,实际或者承诺为他人谋取利益,或者明知

④7 参见2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院发布《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。

④8 2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院发布《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”。

④9 参见前引④,叶良芳文;游伟、谢锡美《“为他人谋取利益”在受贿罪构成中的地位》,载《法学》2001年第8期。

⑤0 参见张明楷《论受贿罪中的“为他人谋取利益”》,载《政法论坛》2004年第5期;参见前引②,高铭喧、马克昌主编,赵秉志执行主编书,第630页。

⑤1 参见前引⑤0,张明楷文。

他人有具体请托事项的,应当认定为“为他人谋取利益”。

如果说“为他人谋取利益”是成立受贿罪的客观要件,可以将其降低为“许诺”或者“承诺”为他人谋取利益程度的话,则事先没有约定的事后受财行为,无论如何都不能作为受贿罪处理。因为,没有事先约定,行为人就不可能具有收受贿赂的认识,更不可能具有将职务行为置于不公正裁量之下的危险。

按照我国《刑法》第14条的规定,犯罪故意,就是明知自己的行为会发生危害社会的结果而希望或者放任该种结果发生的心理状态,其包括认识因素和意志因素两方面的内容。就认识因素而言,行为人不仅要對犯罪事实即构成犯罪的客观事实有认识,而且还要认识到自己所实施的行为具有社会危害性。就受贿罪而言,依照我国《刑法》第385条的规定,成立本罪的故意,行为人不仅要认识到自己的国家工作人员身份,而且还必须意识到自己是在利用该身份索取他人财物,或者利用该身份,非法收受他人财物,为他人谋取利益。在主动索贿的场合,行为人利用国家工作人员的身份索要财物,明显属于“不给东西,就不办事”或者“不公正办事”的行为,属于对职务行为公正性的侵害,这是毋庸置疑的。而在被动受贿的场合,他人即便不主动给付财物,行为人也并不一定会不公正地办事,因此,在被动受贿的场合,才有“为他人谋取利益”的要求。既然这一要求已经被公认为受贿的客观要件,则其必然在受贿罪的故意认识范围之内,即受贿罪的故意内容“不仅包括非法收受他人财物的故意,而且包括为他人谋取利益即作为非法收受财物的交换条件,即权钱交易的故意”^②,这就要求行为人对所收受财物是职务行为对价的一点必须有认识。而事先未约定,即“履职时未被请托”,就不排除行为人在履行公职时,只是按照职务要求公事公办,心中并没有掺杂任何“为他人谋取利益”的私心杂念在内的可能。这种场合,如何能说行为人会认识到自己的秉公行为会引起侵害、亵渎公职行为的危害后果呢?或许有人说,没有事先约定受财行为的场合,只要行为人在受财时,有该财物是“先前的职务行为的对价”的认识就足够了。^③换言之,受贿罪的故意可以滞后到受财行为时加以认定。但事后的收受“职务行为对价”的认识,如何能够溯及既往,对其先前所实施的职务行为的公正性产生影响或者危险?因此,只要承认受贿罪是将履职行为置于贿赂的影响之下产生不公正裁量危险的渎职犯罪,就必须承认,事先没有约定的受财行为通常情况下难以成立受贿。

(二) 特定条件下的事后受财行为成立受贿罪

但例外地,在能够推定行为人执行公务行为时,具有事后收受来自他人职务行为对价的心理期待或者内心联想时,即便双方没有事先约定,也能认定事后受财行为是受贿。这是因为,行为人在履职时所具有的事后收受财物的预期或者心理联想,会影响行

^② 参见前引⑧,陈兴良文,第629页。

^③ 有学者认为,受贿罪的本质是出卖自己的职务行为。赎买是你先拿钱,我给你办事。感激是先给你办事,然后给我钱,这个钱作为我以前利用职务为你谋取利益的对价形式,也是对职务行为的出卖。所以,本质上跟事前赎买职务行为是一样的。参见张军等《刑法纵横谈(分则部分)》,北京大学出版社2008年版,第415页。

为人的职务裁量行为的公正性,从而产生将“职务行为置于贿赂影响之下的危险”。^{⑤4}

近年来,我国的贿赂犯罪形势已经发生了巨大变化。持续多年的高压反腐使贪官的自我保护意识增强,那种“一事一贿”、临时抱佛脚式的即时性权钱交易模式逐渐减少,取而代之的是“放长线、钓大鱼”,以“培养感情”为名向官员赠送礼金,达到和官员“交朋友”、建立“小圈子”的目的。在“小圈子”的范围之内,人与人的交往所遵循的是费孝通先生所称的“意会”,即“不言而喻”、“意在言外”的境界,要求熟人社会的成员在待人、处事、接物时相互顾及面子,不亏欠人情。^{⑤5}虽说费先生构想的“熟人社会”距今已经70年了,当代中国的社会制度与人际关系已经发生了剧烈的变化,普通人的日常生活逐渐地带有“陌生人社会”的特征,但中国社会因亲缘、地域或者单位关系而结成的熟人社会、圈子社会的差序格局并未完全改变,“意会”的交流方式仍在社会中普遍存在,在当代中国社会仍然占有十分特殊和重要的地位。

在上述“熟人社会、感情投资”的影响之下,传统受贿犯罪中赤裸裸的“一手交钱、一手谋利”的权钱交易过程被温情脉脉的“人情往来”所掩饰,行、受贿双方在长期的交往当中,以各种名目的礼金、红包做铺垫、打基础,形成了一种彼此信赖且互相依存的权钱交易关系。^{⑤6}在这种关系之下,单次受贿行为中必不可少的“受财”与“谋利”之间的因果关系以及时间的先后顺序已经无关紧要,重要的是双方已经形成的那种只需意会、不用言传的“礼尚往来(权钱交易)”的心理默契。由于这种默契关系的存在,双方当事人之间一旦一方有求,对方便心领神会、不动声色地上下张罗,悄无声息地满足对方要求,而根本用不着在具体细节上“事先约定”。^{⑤7}但这种不再针对具体请托事项而向国家工作人员许以财物、也不就具体事项办成之后定有重谢的“事先约定”为要求的感情投资,实际上是一种更加隐蔽的行、受贿手段,其现实危害和即时性权钱交易的常规受贿之间没有什么差别。而且,和分次出卖国家权力的“一事一贿”的即时性权钱交易相比,这种官商勾结模式或者说小圈子、小团体之中的腐败是一种更彻底的将职权奉与金钱驱使的行为,性质更加恶劣,官员更难抵御,侦查更为困难,社会危害性更大。

⑤4 这种期待或者心理联想与目前认为行为人事后只要明知所受财物是其先前职务行为的对价,就是对贿赂具有明知的理解不同。后者是在受贿罪的保护法益是对职务行为不可收买性的信赖的前提下的结论,而前者是将职务行为公正性作为保护法益前提的结论。

⑤5 参见前引⑥,费孝通书,第9-10页、第14-17页。

⑤6 参见王晓辉《受贿罪与利用影响力受贿罪共犯之交叉问题辩证——以“中间感情投资型”贿赂犯罪为中心》,载《山东警察学院学报》2015年第1期;李琳《论“感情投资”型受贿犯罪的司法认定——兼论受贿罪“为他人谋取利益”要件之取消》,载《法学论坛》2015年第5期。

⑤7 此种情形的材料随处可见。如南方航空原董事、副总经理兼财务总监、总会计师徐杰波涉嫌受贿案于2016年4月6日在深圳市中级人民法院开庭。从庭审内容看,徐杰波在工程承包、工程款结算、飞机租赁等方面为他人谋取利益,涉案数额近700万元。这么高额的受贿,主要是由于抵挡不住行贿人花样百出的行贿方式产生的。行贿人百般“体贴”,如获悉徐想炒股,马上找人以他的名义帮忙炒港股;得知徐想送女友一套房子,“懂事”地分三次支付了房款;甚至一名行贿人因公司没有资质退出投标后,徐要求其收回所送的100万元,该行贿人则表示“先放着吧”。这些行贿方式不再是简单的“一事一求一贿”,而是“放长线钓大鱼”,从“感情投资”入手,将徐杰波这样掌握重要权力或有发展“潜力”的国家工作人员掌握在利益同盟关系网中,一次得手后多次、多年“经营”,从而牟取巨大而稳定的利益。上述内容参见贺晶《行贿频打感情牌,如何避免被“围猎”》,载《北京日报》2016年4月13日。

那么,在上述新型受贿模式之下,如何判断行为人在履职时是否具有“事后收受职务行为对价的期待或者心理联想”呢?本文认为,可以从以下几方面的情况入手:

第一,行为人与提供财物的他人的交往情况。包括行为人与他人交往的契机、交往的时间、交往的方式、双方人情往来的经历、双方相互之间的了解情况等。如在行为人与他人的交往中,得出对方“重情重义”、不是个“鲜情寡义”之辈,在自己利用职务之便为对方谋利之后,对方不会“忘恩负义”的印象的场合,大致能推断出,行为人具有事后从对方处获取职务行为对价的期待或者心理联想。如在法官甲向律师A解释了一个有争议法条在当地法院的习惯用法之后,A不久就奉上1万元的“学费”,给法官甲留下了深刻印象。之后,甲在审理一起涉及律师A所代理的案件时,在A不知情的情况下,做出了明显有利于A的决断。A在知情后,马上给甲送上20万元的感谢费。在此案件中,法官甲在做出具体决定时,内心已经具有了律师A知情后肯定会表示感谢的预期,在此心理预期的影响之下,甲在做具体判断时必然会考虑律师A的利益,具有侵害其职务行为公正性的嫌疑。事后,法官甲收受来自律师A的20万元感谢费的事实,不仅使法官甲的行为完全具备了受贿罪的客观构成,而且也印证了其前面的心理预期。因此,这种情况下,即便没有事先约定,行为人的行为也要构成受贿罪。

第二,行为人与财物提供者所处领域或者行业的“潜规则”。所谓潜规则,顾名思义,就是看不见、没有明文规定,但却在一定领域内被约定俗成,实际起作用的非正式规则。这种规则虽然没有公开,但却在现实生活中实际存在,一定程度上支配着某些领域中的从业人员的行为举止。因此,其也能成为判断公职人员履职时的心理情况的重要参考。如某地建筑行业因为工程队众多,而业务量不足,因此,在当地的建筑业者中,盛行一个凡是介绍业务者可以获取一定比例的“信息介绍费”的不成文规定。王某是A国有公司经理,在代表本公司联系业务过程中,得悉B公司具有工程需求。王某明知自己所在的A公司具有承揽该工程的能力,但为了获取行业中通行的“信息介绍费”,擅自将该工程信息告知B公司,让B公司承揽了该业务,自己因此获得了来自B公司的10万元“信息介绍费”。本案中,王某在将工程信息告知其他公司之前,已经根据行业潜在规则预知,自己若为其他公司介绍工程承揽信息,日后将获取一定的“信息介绍费”,此时,可以说行为人在违反职责要求向其他公司介绍工程时,已经具有收取来自对方好处的心理预期。在这种心理预期之下,王某的履职行为必然要受到影响,因此,其成立受贿。

第三,行为人与财物提供者之间的从属关系。具有上下级关系或者行政管理关系的人之间实际上就是一个所谓的“熟人社会”,而且在这个圈子之内,上级和下级、管理者和被管理者之间存在千丝万缕的利益关系,奉行“意会”的交流方式。行为人一旦收受来自下属或者被管理者的财物,即便现在没有具体的请求事项,但也会在其心中悄然生发出以后给予行贿人方便或者照顾的“还人情式”的心理预期或者承诺。^③而这种预

^③ 参见前引^②,王晓辉文。

期或者承诺,必然会导致平常履职行为偏离公正裁量。如某国有企业招聘一名员工,由副总甲负责。招聘考试分笔试和面试两个环节。经过笔试环节之后,有A、B、C三人进入面试。甲和其他四人组成面试小组,经过面试环节之后,大家一致认为B最为合适。B于是被录用。之后,B给负责招聘的甲送上3万元现金。在这个案件中,不管是按照职务行为的“廉洁性说”、“社会信赖说”还是“不可收买性说”,国企副总甲的事后受财行为都应构成受贿罪。因为,甲明知该3万元现金是其先前的招聘行为的感谢费而收受,影响了其职务行为的廉洁性以及不可收买性,背叛了公众对公职人员的人事录用权的不可收买性的信赖。相反地,从职务行为公正性的角度出发,则能够推导出完全不同的结论来。依照职务行为公正性说,受财行为只有对职务行为的公正性产生影响时,才能构成受贿。在上述案例中,只要不能证明甲与B事前有约定,就难以证明该受财行为对甲的职务行为具有影响,因此,甲的事后受财行为不构成受贿罪。⁵⁹这个结论,有些让人感到意外,也会让很多人感到失望。也正因如此,职务行为“公正性说”在我国几乎无人问津。

但从本文的角度来看,上述结论只是形式地理解职务行为公正性说的一个结论,并不能推广到所有事后受财行为中去。实际上,就上述类型的案件而言,即便在职务行为公正性说之下,也能得出甲构成受贿罪的结论。因为,国企副总甲与新员工B之间存在上下级关系,二者之间在提职晋升、岗位安排、工资待遇、发展机会等诸多方面存在千丝万缕的直接或者间接的现实关系。因此,B给甲送3万元现金,与其说是对先前的录用利益的感谢,毋宁说是为在入职之后,继续获得甲的关照的投资。就甲而言,他应当知道,按照我国传统习俗,“拿人的手短、吃人的嘴软”,接受具有上下级关系的B的财物,就意味着“承诺”从今之后为B在工作中的各方面提供关照。这种关照,从职务行为公正性的角度来看,就是在有关B的事项的处理上,更加“认真、慎重”,而这种“认真、慎重”当中并不排除在相关事情的处理上偏向B的利益。换言之,在涉及B的事务的处理上,从今以后,甲至少具有不当裁量职务行为的抽象危险。当然,必须指出的是,如果双方当事人之间不存在这种上下级、管理与被管理之类的关系的话,因为连将职务行为置于不当裁量的抽象危险都难以说存在,尽管该种收受行为违反相关行政规章制度,但不能构成刑法上的受贿罪。从此意义上讲,2016年4月18日最高人民法院、最高人民检察院发布《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条专门规定,国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者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”的规定是有道理的。而且,依照上述观点,在著名的“陈晓事后受财案”的场合,也能推定法院的有罪判决的妥当性。被告人陈晓担任中国电子物资公司安徽公司总经理期间,前后三次非法收受下属单位承包人李某某所送33万元人民币、15万元港币,被以受贿罪起诉。一审合肥市中级人民法院审理后认为,陈晓的行为是一种事后收受财物行为,认定

⁵⁹ 参见前引^④,[日]伊藤涉等书,第510页。

其构成受贿罪的证据不足,不构成受贿罪。一审宣判后,合肥市人民检察院提起抗诉。安徽省高级人民法院撤销了一审判决,发回重新审判。合肥市中级人民法院依法重新组成合议庭,经公开审理后,认为:陈晓身为国家工作人员,利用职务便利,根据下属部门承包经营人李某某建议,制定新的承包经营政策,协调、帮助李某某承包经营,在李某某获取巨额利润后,非法收受李某某所送33万元人民币、15万元港币,其行为侵害了国家工作人员公务活动的廉洁性,已构成受贿罪,依法应予惩处。公诉机关指控犯罪事实成立。本案中争论的焦点是,陈晓有无受贿的故意?确实,如果从职务行为公正性的角度来讲,陈晓在履行相关职务行为时并无收受财物的约定,现有证据也无法推定行为人当时具有事后收受财物的期待。但是,作为被告人的陈晓所收受的均是与其履职范围关系密切的下属的财物,其与下属之间具有千丝万缕的“剪不断、理还乱”的利害关系;一旦收受这种具有利害关系中的下属的财物,即便不是说其在过去的履职中对他具有关照,也是意味着“承诺”在将来为该下属的工作提供各种方便,而这种承诺使得陈晓在有关李某某及其公司的业务的处理上,至少具有进行不公正裁量的抽象危险。所以,法院认定陈晓的事后受财行为构成受贿罪的判决是妥当的。^{⑥⑦}

由于“事后收受职务行为对价的期待或者心理联想”是一种主观要素,深藏于行为人的内心,不易判断,因此,在其认定时,必须以事实为根据,即以行为人本人、财物提供者的陈述以及周边相关人员的证言等为基础,对上述情况进行分析判断。就行为人本人的陈述而言,必须考察行为人与财物提供者的交往情况,特别是行为人在履行与案件有关的职务行为时的心理活动,判断其在履职当时是不是具有事后收受对方财物的预期;就财物提供者的陈述而言,除了考察其与行为人的交往过程、交往方式、请托事项以及提供财物的时间、地点、动机等之外,特别要查明其在请托行为人的过程中,是不是曾经明示或者暗示对方将来会有回报。就周边人的证言而言,主要了解行为人与财物提供者之间的交往情况、双方的为人以及所处行业的交易规则等情况。通过上述可以发现,即便行为人与财物提供者双方没有“事先约定”,也能够通过一些细节来推断行为人履职时的心理活动。如身为职称申报材料审查小组组长的某省属高校副院长甲,在审查完申请职称的当事人A的申报材料之后,马上向A发短信,告诉对方说他的材料在自己手上。A在职称申报材料审查通过之后,马上给甲送上厚礼,甲予以收受场合,不排除甲在履行审查A的职称申报材料时,具有得到对方A感谢的预期或者心理联想,否则他不会主动告诉对方。

结 论

随着国家反腐斗争的进一步深入,惩治贿赂犯罪的法网越收越紧,现行刑法中的贿

^{⑥⑦} 参见最高人民法院刑事审判第一庭公布的刑事指导案例第64号——“事后收受财物能否构成受贿罪”,载《刑事审判参考》2000年第3辑。

贿赂犯罪也有从“计赃论罪”的数额犯向“数额”和“情节”并重的行为犯转变的趋势;相关司法解释则更进一步通过对“为他人谋取利益”的扩张解释,将事先没有约定的事后受财行为也推定为受贿,从而使得受贿罪从具有侵害职务行为公正性危险的渎职犯罪几乎演变为了侵犯国家工作人员职务行为“廉洁性”或者“不可收买性信赖”的犯罪。这种做法,虽然满足了时下社会整体强烈的反腐要求,但也引起了偏离受贿罪的法条规定与罪刑法定原则冲突的担心。多年以前,笔者曾听到这样一个故事:商人A在某外地经商时遭人陷害,身陷囹圄。法官甲在审理本案的过程中,坚持原则,秉公执法,最后判决A无罪。A获得自由之后,离开该地,回到自己家乡经商,和法官甲再无交集。多年之后,偶然听说法官甲退休之后,身患重病,经济拮据,晚景凄凉,于是托人送给甲20万元现金权作治病费用。如果说行为人“只要明知是过去职务行为的对价而收受”,就具有受贿故意的话,则上述故事中的法官甲便难逃构成犯罪的厄运。但是,如此活生生的、倍受我国传统文化推崇并作为现代社会稀缺资源的“感恩”故事,却被刑法学者演绎为了受贿犯罪,真的让人唏嘘不已。刑法的逻辑难道就如此背离人性、惨不忍睹吗?其肯定是某个论证环节上出了问题。因此,密切关注当前受贿行为的发展动态,实质地理解刑法以及相关司法解释中有关受贿罪的规定,对于合理认定受贿罪具有重要意义。事先没有约定的事后受财行为,尽管在通常情况下,因为行为人没有受贿故意而不构成犯罪,但如有某些因素的存在,让行为人在履行职务时能产生事后收受职务行为对价的心理期待或者联想的场合,由于这种心理预期或者联想能够使职务行为处于不公正裁量的抽象危险之下,符合渎职罪的本质,因此,可以也必须将其作为受贿罪处理。

Abstract: The legal interest of the bribery crime is the fairness of the state functionary's duty, rather than the probity or the non-transaction. Therefore, only those that damage the fairness of the state functionary's duty can commit the crime of acceptance of bribes. In principle, it does not constitute the crime, if the state functionary accepts the property after he performs duty and without any agreement in advance, for there is no damage to the fairness of the state functionary's duty. However, if there exists the proof that the state functionary has the expectation or the association in mind about accepting property after he performs the duty, he still commits the crime of acceptance of bribe, because this expectation or association will endanger the fairness of the state functionary's duty directly.

(责任编辑:白岫云)