

论受贿罪的客观要件

张明楷

本文作者认为,在我国,“贿赂”应只限于财物,财物除包括金钱、物品外,还包括可以转移占有的财产性利益,非财产性利益不应视为财物。“索取”包括要求、索要、勒索等行为,它们必须是公务人员在他人有求于自己的职务行为之际所为。“为他人谋取利益”,正确的解释应该是,为他人谋取利益只是受贿人的一种许诺,而不要客观上有为他人谋取利益的行为与结果。公务人员是否“利用了职务上的便利”,只能从两个方面加以认定:一是他人有求于公务人员的职务行为,二是索取或者收受的财物是公务人员职务行为的不正当报酬。

全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(以下简称《补充规定》)第4条第1款规定:“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员,利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物为他人谋取利益的,是受贿罪。”尽管这一规定比《刑法》第185条要明确得多,但仍然存在许多需要研究的问题。本文仅就受贿罪的客观要件进行探讨。

一、如何确定“贿赂”的范围?

《刑法》第185条规定受贿罪是收受“贿赂”的行为。但贿赂究竟包括哪些内容,理论上存在很多争议。有人认为贿赂应限定为金钱与物品即“财物”,有人主张贿赂是指财物及财产性利益,有人提出贿赂包括财物及其他不正当利益。^①如果这种争议没有形成统一意见,必然不利于对受贿罪的认定。有鉴于此,《补充规定》将《刑法》第185条中的“贿赂”修改为“财物”,意在确定贿赂的范围。但是,《补充规定》中的“财物”在性质上仍然是“贿赂”,而且“财物”的范围也并非不言自明。所以,我们仍然需要探讨贿赂的性质与范围。

贿赂的本质在于,它是与公务人员(包括国家工作人员、集体经济组织工作人员及其他从事公务的人员,下同)的职务有关的、作为不正当报酬的利益。^②贿赂首先与公务人员的职务具有关联性。贿赂与职务的关联性,是指因为行为人具有某种职务,才可能向他人索取贿赂,他人才向其提供贿赂。不仅如此,贿赂还是作为职务行为的不正当报酬的利益,

^① 参见肖扬主编:《贿赂犯罪研究》,法律出版社,1994年版,第172—174页。

^② 参见前田雅英:《刑法各论讲义》,东京大学出版会,1989年版,第571页。

它与职务行为之间存在对价关系。即贿赂是对公务人员职务行为的不正当报酬。不正当报酬并不要求公务人员的职务行为本身是不正当的,而是指公务人员实行职务行为时不应当索取或收受利益却索取或收受了这种利益。贿赂还必须是一种能够满足人的某种需要的利益。

那么,贿赂究竟包括哪些内容呢?由于《补充规定》明文将贿赂表述为财物,故我们只能在“财物”范围内确定贿赂的内容。但是我认为,不能因为《补充规定》将贿赂表述为财物,就当然地将财物局限于金钱与物品即局限为有体物。因为财物不等于有体物。

国外刑法都规定财产犯罪的对象是财物或者物,但国外刑法理论并非将财物当然理解为金钱与物品,而是出现了不同主张。有体性说认为,财物仅限于有体物,有体物包括固体物(包括金钱)、液体物与气体物;无体物不是财物,将光、热、信息等解释为财物,违反罪刑法定原则。物理管理可能性说认为,财物并不限于有体物,只要有物理的管理可能性就是财物,因此,有物理管理可能性的无体物也是财物。事务管理可能性说认为,凡是具有事务的管理可能性的东西,都是财物。如牛马的牵引力、债权、信息等都是财物。^①

我国《刑法》第151条规定的盗窃罪对象也是财物,但最高人民法院、最高人民检察院1992年12月11日《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》指出:“盗窃的公私财物,既指有形财物,也包括电力、煤气、天然气、重要技术成果等无形财物。盗用他人长途电话帐号、密码造成损失,盗窃他人非法所得,数额较大的应当以盗窃罪定罪处罚。”可见,在我国,财产犯罪中的财物,也不只是有体物,而是包括了无体物或无形财产。

对受贿罪中的财物范围,必须根据我国的国情、刑事政策及立法精神来确定。

第一,金钱与物品属于财物,对此没有异议,笔者不再说明。

第二,能够转移占有的财产性利益也应属于财物。首先,根据财物的含义及司法解释,可以将财产性利益归入财物,即财产性利益实际上是无形财产。有的学者虽然同意将财产性利益视为贿赂,但又认为:“由于《补充规定》用财物一词取代贿赂一词,现时索取或者收受财产性利益按受贿罪论处,尚无法律根据。”^②我认为,既然财物包括有形财产与无形财产,财产性利益理当属于财物,故认为财产性利益也是贿赂,仍然是有法律根据的。即使认为这是一种扩大解释,但这种解释也是以刑法规定为依据的,不能认为没有法律根据。其次,财产性利益可能通过金钱估价。不仅如此,许多财产性利益的经济价值远远超过了一般物品的经济价值。如果仅将金钱与物品视为贿赂,而将财产性利益排斥在贿赂之外,则明显不合适。而且,《补充规定》规定对受贿罪按照贪污罪的规定处罚,这本身就说明应可以用金钱估价的财产性利益认定为贿赂。再次,贿赂罪是以权换利的肮脏交易,将能够转移占有的财产性利益解释为贿赂,完全符合贿赂罪的本质。某些接受财产性利益的行为,从表面上看没有转移占有,如设定债权、免除债务等,实际上这只是对方支付财物的方式不同,因为收受人无条件地获得了收取金钱的权利,或者没有支出本应支出的金钱,事实上都是财物所有权的转移,都是以权换利的表现形式。^③

① 参见早稻田司法考试研究室编:《刑法各论》,早稻田经营出版,1990年版,第102—103页。

② 喻伟主编:《刑法学专题研究》,武汉大学出版社,1992年版,第502页。

③ 参见肖扬主编:《贿赂犯罪研究》,法律出版社,1994年版,第178页。

第三,非财产性利益不应视为财物。首先,《补充规定》明确规定贿赂罪的对象是财物,无论如何不能将非财产性利益解释为财物,否则便超出了法律用语可能具有的含义,违反罪刑法定原则。其次,非财产性利益不可能用金钱估价,而《补充规定》规定对受贿罪依照贪污罪的规定处罚,这就要求贿赂必须是可能用金钱估价的。因此,将非财产性利益视为贿赂,明显违反立法意图。再次,虽然从贿赂罪的实质以及从国外的刑事立法与司法实践上看,贿赂可能包括非物质性利益。但是,我国的基本刑事政策是惩办与宽大相结合,一贯采取惩办少数、教育多数的做法,这就决定了我国要将受贿罪的认定控制在适当的范围之内。将非财产性利益作为贿赂,则扩大了受贿罪的处罚范围,与我国的基本刑事政策相违背。最后,将非财产性利益视为贿赂,会带来很多问题,不利于司法机关认定受贿罪。例如,甲为乙安排住房,乙为甲提供出国机会,司法机关难以认定谁是行贿、谁是受贿。又如,如果将异性间的性交视为贿赂,则无法区分受贿罪与强奸、通奸的界限。

总之,在我国,贿赂只限于财物,但财物除包括金钱、物品外,还包括可以转移占有的财产性利益。

二、如何理解“索取”的含义?

一种观点认为,索取贿赂时,“有的是以暗示的方式,要当事人给他送财物才能为其办事,不然就拖延不给办;有的是公然以要挟的方式,迫使当事人给他送财物才为其办事。”^①这就肯定了索取包括索要与勒索。有的同志更为明确地指出:“所谓索取他人财物的行为,是指国家工作人员利用职务之便,敲诈勒索,主动向他人索要财物的行为。”^②另一种观点认为:“索贿的实际含义是要求对方提供贿赂”,如果是勒索,则“侵犯了他人的财产所有权,但这已经不属于受贿罪的范畴。”理由是,索贿与公务人员利用职务上的便利敲诈勒索是两个不同概念;外国刑法不用索贿一词,而是用“要求”一语,要求是指请求提供贿赂,我国刑法中的索贿相当于外国刑法中的要求贿赂;“在外国刑法中,公务员在有关职务上采用恐吓的方法让对方交付财物,一般认为是恐吓罪与受贿罪的想象上的竞合。我国刑法中没有恐吓罪,只有敲诈勒索罪,索贿与敲诈勒索罪就如同抢夺与抢劫的关系,应以敲诈勒索罪论处。”^③笔者认为,正确的结论是前者而不是后者。

第一,公务人员在他人有求于自己的职务行为之际勒索财物时,这种财物就是与公务人员职务有关的、作为职务行为的不正当报酬的利益;公务人员的这种行为同样侵犯了职务行为的不可收买性,完全符合受贿罪的本质与构成要件。

第二,要求、索要与勒索,都是公务人员在他人有求于自己的职务行为时提出的非法要求,它们之间只有程度区别,而没有本质差异。事实上,也难以甚至不能区分什么叫索要、什么叫勒索。如果认为公务人员利用职务之便勒索财物不构成受贿罪,则使性质相同的行为分别认定为不同的犯罪,这是难以被人接受的。

① 林准主编《中国刑法教程》,人民法院出版社,1989年版,第640页。

② 周其华著:《严重经济犯罪与严重刑事犯罪的认定和处理》,中国政法大学出版社,1991年版,第43页。

③ 杨敦先等主编:《廉政建设与刑法功能》,法律出版社,1991年版,第128-129页。

第三,认为只有要求贿赂构成受贿罪,而勒索贿赂只构成敲诈勒索罪,就会导致罪刑不均衡。众所周知,受贿罪的法定刑远远重于敲诈勒索罪的法定刑,在公务人员利用职务上的便利勒索财物时,其危害性重于利用职务上的便利要求财物的行为。如果认为前者属于敲诈勒索罪,后者属于受贿罪,则导致危害重的犯罪适用轻法定刑,危害轻的犯罪适用重法定刑。这有悖于罪刑相适应原则。

第四,日本、德国等国刑法一般使用要求、索要一词。日本在解释与适用上,没有争议地认为要求包括恐吓,而且通说认为,在利用职务恐吓对方使之交付财物时,是受贿罪与恐吓罪的竞合,按重罪处理。^① 由于某些受贿罪的法定刑重于恐吓罪的法定刑,故在许多情况下认定为受贿罪。我国《刑法》第154条规定的敲诈勒索罪就是国外刑法中的恐吓罪,二者在性质与范围上是完全相同的,只是名称不同而已,不能认为我国刑法没有规定恐吓罪。在我国,公务人员在他人有求于自己的职务行为时勒索与职务有关的财物的,是受贿罪与敲诈勒索罪的竞合。由于受贿罪的法定刑重于敲诈勒索罪,故应以受贿罪论处。因此,利用职务勒索财物的,构成受贿罪,而不是敲诈勒索罪。德国刑法理论的通说认为,公务人员利用职务索要财物时,仅成立敲诈勒索罪。^② 这是因为,德国刑法中的敲诈勒索罪的法定刑(最高刑为15年自由刑)重于受贿罪的法定刑(最高刑为10年自由刑)。由于我国刑法的受贿罪的法定刑重于敲诈勒索罪的法定刑,故不能采取德国刑法理论的观点。

第五,《补充规定》第7条第3款规定:“因被勒索给予国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员以财物,没有获得不正当利益的,不是行贿。”这就表明,公务人员利于职务上的便利勒索财物时,被勒索人获得了不正当利益的,仍然构成行贿罪;而公务人员的行为则构成受贿罪。因此可以说,索取包括勒索是法律的明文规定。

第六,在《补充规定》实施以前,《刑法》第185条只规定了收受方式。在这种情况下,将受贿罪的行为方式仅限于收受,而不包括利用职务勒索,或许是成立的。但在《补充规定》明文增加了索取的方式之后,仍然认为利用职务勒索不构成受贿罪,显然有悖于立法精神。

总之,索取包括要求、索要、勒索等行为,但它们都必须是公务人员在他人有求于自己的职务行为之际所为,与职务无关的勒索当然不成立受贿罪。

三、如何解释“为他人谋取利益”?

《补充规定》第4条的规定表明,索取贿赂时,不以为他人谋取利益为构成要件,而收受受贿时,必须为他人谋取利益。但对这一要件如何理解,也存在争议。

传统观点认为,为他人谋取利益是受贿罪的客观构成要件,如果公务人员收受财物但事实上并没有为他人谋取利益,则不构成受贿罪。同时认为,为他人谋取的利益是否已经实现,不影响受贿罪的成立。^③ 最高人民法院、最高人民检察院《关于执行〈关于惩治贪

① 参见早稻田司法考试研究室编:《刑法各论》,早稻田经营出版,1990年版,第362—363页。

② 参见团藤重光:《刑法纲要〔各论〕》,创文社,1975年增补版,第123页。

③ 参见林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社,1989年版,第640—641页。

污罪贿赂罪的补充规定)若干问题的解答》也指出:“非法收受他人财物,同时具有‘为他人谋取利益’的,才能构成受贿罪。为他人谋取的利益是否正当,为他人谋取的利益是否实现,不影响受贿罪的成立。”显然,传统观点所说的为他人谋取利益,是指客观上有为他人谋取利益的行为,而不要求实际上使他人取得了利益。笔者暂且将这种观点称为旧客观要件说。不可否认,旧客观要件说存在很多问题。

第一,受贿罪的危害性主要表现在损害公务人员职务行为的不可收买性,降低公务机关的威信及人民群众对公务机关的信赖。为他人谋取利益的行为,不能决定受贿罪的危害性,特别是为他人谋取合法利益时,^①更不能说此行为具有危害性。例如,某甲原从城市下放到农村,现按政策应回城市,但负责办理户口迁移手续的国家工作人员某乙起先不予办理,待某甲行贿后才办理手续。显然,危害性产生于收受贿赂,而不在于为某甲办理手续。如果认为为他人谋取利益是客观要件,还会产生以下不合理现象:收受贿赂后不为他人谋取合法利益的,不构成受贿罪;收受贿赂后为他人谋取合法利益的,构成犯罪。本来前者的危害大于后者,而后者却构成犯罪、前者不构成犯罪。

第二,司法实践中,有些人声称或许诺为他人谋取利益,却没有甚至并不打算为他人谋取利益,而只是收受贿赂。但由于这种行为已经达成了以权换利的约定,理当以受贿罪论处,决不能因为他事实上没有为他人谋取利益而予以放纵。根据旧客观要件说,这种行为却不构成受贿罪。

第三,《补充规定》第5条第2款明文规定:“因受贿而进行违法活动构成其他罪的,依照数罪并罚的规定处罚。”这显然是指,公务人员因受贿而为他人谋取非法利益时,如果该行为构成其他罪的,实行数罪并罚。但旧客观要件说面临以下不可克服的矛盾:为他人谋取利益的行为是受贿罪的客观要件,但当该行为构成其他犯罪时,实行数罪并罚。这样,该行为既是认定受贿罪的客观根据,又是认定其他犯罪的客观依据。只有认为为他人谋取利益的行为不是客观要件,才能肯定《补充规定》的合理性。易言之,《补充规定》的上述规定,正说明了为他人谋取利益的行为不是受贿罪的客观要件。

第四,通说(包括旧客观要件说)认为,受贿罪的既遂标准是行为人实际上收受了财物。^②司法实践中,有些人收受贿赂后却还没有实施为他人谋取利益的行为,根据旧客观要件说,犯罪已经既遂却还没有完全符合犯罪构成要件。这违背了刑法的基本理论,因为没有完全符合犯罪构成要件的行为并不构成犯罪,更不可能成立犯罪既遂。

由于旧客观要件说存在上述缺陷,于是有的学者提出“为他人谋取利益”不是客观要件,而是主观要件。有的学者说:“为他人谋取利益,只是行贿人与受贿人之间货币与权力互相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。因此,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,而不象通行观点所说的那样是受贿罪的客观要件。”^③有的学者说:“‘为他人谋取利益’应当解释为是行为人的意图,是一种心理态度,属于受贿罪的主观要件,这样解

^① 旧客观要件说认为,为他人谋取利益包括谋取合法利益与非法利益。参见高铭暄主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社,1980年版,第604页。

^② 参见高铭暄主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社,1989年版,第609—610页。

^③ 杨敦先等主编:《廉政建设与刑法功能》,法律出版社,1991年版,第136—137页。

释才与刑法理论和司法实践相符合。……从司法实践上看,审理这类案件,都是根据两高《解答》,不论为他人谋取利益是否实现,均按受贿罪(既遂)论处,这实际上是将它作为受贿罪的主观要件看待。”^① 笔者暂且称上述观点为主观要件说。从合理界定受贿罪的范围来看,主观要件说确实有可取之处。但这种观点又存在问题:

第一,从《补充规定》的表述上看,为他人谋取利益显然是作为客观要件规定的,而不是作为主观要件规定的。从中外刑事立法体例来看,对主观要件只有“故意”、“过失”、“意图”、“明知”、“以……为目的”、“预谋”等表述方式,而《补充规定》中的“非法收受他人财物为他人谋取利益”,显然不是主观要件的表述方式。

第二,根据主观要件说,构成受贿罪时,公务人员主观上必须确实有为他人谋取利益的意图,如果只是虚假表示为他人谋取利益,而事实上并没有这种意图时,并不构成受贿罪,这显然又缩小了受贿罪的范围。因为公务人员在他人有求于自己的职务行为之际,收受财物并虚假表示为他人谋取利益时,也损害了公务人员职务行为的不可收买性,应当以受贿罪论处。

第三,持主观要件说的人认为:“为他人谋取利益,只是行贿人与受贿人之间货币与权力互相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。”这是完全成立的,但不能由此得出为他人谋取利益是主观要件的结论,因为许诺或者答应本身,仍然是一种行为,而不只是一种心理状态。

第四,不论为他人谋取利益是否实现均按受贿罪论处的司法解释与司法实践的做法,并不能说明为他人谋取利益是主观要件。因为司法解释与司法实践只是表明,为他人谋取利益是指受贿人有为他人谋取利益的行为,而不要求事实上有他人得到利益的结果。因此,为他人谋取利益的行为仍然是客观要件,而不是主观要件。

综上所述,旧客观要件说与主观要件说,都存在不妥之处。我认为,为他人谋取利益仍然是受贿罪的客观要件,但对其内容应重新界定。

对作为客观要件的“为他人谋取利益”可能作出三种解释:第一,为他人谋取利益只是受贿人的一种许诺,而不要求客观上有为他人谋取利益的行为与结果;第二,为他人谋取利益是指客观上有为他人谋取利益的行为,而不要求实现谋取利益;第三,为他人谋取利益是指实现了为他人谋取利益,或者说使行贿人得到了所要求的利益。但现在还没有人在第三种意义上解释为他人谋取利益;旧客观要件说是在第二种意义上解释为他人谋取利益的。笔者认为,应当采取第一种解释(为了论述方便,暂且称这种解释为新客观要件说)。理由如下:

首先,关于贿赂罪的性质,一直有两种立场:起源于罗马法的立场是,贿赂罪侵犯的是职务行为的不可收买性;起源于日耳曼法的立场是,贿赂罪侵犯的是职务行为的公正性。根据前一立场,只要公务人员收受、索取与职务有关的不正当报酬,就构成受贿罪;根据后一立场,只有当公务人员实施违法或不公正的职务行为,从而因此收受、索取贿赂时,才构成受贿罪。现代各国都采取第一种立场,但公务人员实施了不公正行为时,加重处罚。^② 我

① 喻伟主编:《刑法学专题研究》,武汉大学出版社,1992年版,第508页。

② 参见大冢仁:《刑法概说〔各论〕》,有斐阁,1980年增补2版,第514—515页。

国《补充规定》第5条第2款规定,对因受贿实施其他违法行为构成犯罪的,实行数罪并罚,这表明我国采取的是前述第一种立场。近年来,不少学者认为,受贿罪的客体不是所谓国家机关的正常活动,不是公私财产的所有权,也不是国家经济管理的正常活动,而是公务人员职务行为的廉洁性,^①日本刑法学者小野清一郎也持这一观点。^②但是,廉洁性的概念过于抽象,它可能包括职务行为的不可收买性与职务行为的公正性,故哪些行为侵犯了职务的廉洁性,仍然是一个不明确的问题。^③因此,应当将廉洁性具体化,即职务行为的廉洁性并不包括职务行为的公正性,只是指职务行为的不可收买性。即受贿罪的直接客体是职务行为的不可收买性。公务人员在非法收受财物之前或者之后许诺为他人谋取利益,就在客观上形成了以权换利的约定,同时使人们产生以下认识:公务人员的职务行为是可以收买的,只要给予财物,就可以使公务人员为自己谋取各种利益。这本身就使职务行为的不可收买性受到侵犯。并非待实施了为他人谋取利益的行为后,才侵犯职务行为的不可收买性。

其次,新客观要件说与《补充规定》及刑法理论相符合:为他人谋取利益的许诺本身是一种行为,故符合《补充规定》将为他人谋取利益规定为客观要件的表述;为他人谋取利益只要求是一种许诺,不要求有谋取利益的行为与结果,符合《补充规定》中“因受贿而进行违法活动构成其他罪的,依照数罪并罚的规定处罚”的规定;为他人谋取利益只是一种许诺,而不要求有谋取利益的行为与结果,故只要收受了财物就构成受贿罪的既遂,而不是待实际上为他人谋取利益之后才是既遂。

为他人谋取利益的许诺本身也是一种行为。许诺既可以是明示的,也可以是暗示的。当他人主动行贿并提出为自己谋取利益的要求后,公务人员虽没明确答复办理,但不予拒绝时,就应当认为是一种暗示的许诺。因为在这种情况下,他人已经认识到公务人员的职务行为可以收买,因而公务人员职务行为的不可收买性已经荡然无存;只有当公务人员拒绝财物时,才维护了职务行为的不可收买性。许诺既可以直接对行贿人许诺,也可以通过第三者对行贿人许诺。因为不管是直接许诺还是间接许诺,都呈现出一种以权换利的交易关系,都使职务行为的不可收买性受到侵犯。许诺既可能是真实的,也可能是虚假的。所谓虚假许诺,是指公务人员具有为他人谋取利益的职权或职务条件,在他人有求于自己的职务行为时,并不打算为他人谋取利益,却又答应为他人谋取利益。需要指出的是,虚假许诺构成受贿罪是有限制条件的:其一,一般只能是收受财物后作虚假许诺。在这种情况下,客观上约定了以其职务行为为他人谋取利益,其职务的不可收买性已受到损害。事先作虚假许诺并要求他人交付财物的,则是索取贿赂或是诈骗罪,不属于收受贿赂的问题。其二,许诺的内容与公务人员的职务有关联。如果公务人员根本没有为他人谋取利益的职权或职务条件,却谎称为他人谋取利益,则构成诈骗罪。其三,因为许诺而在客观上形成了为他人谋取利益的约定,这样才能说明行为侵犯了职务行为的不可收买性。如果没有形成这种

^① 郝力挥、刘杰:《对受贿罪客体的再认识》,载《法学研究》1987年第6期;杨敦先等主编:《廉政建设与刑法功能》,法律出版社,1991年版,第126-130页;喻伟主编:《刑法学专题研究》,武汉大学出版社,1992年版,第490-493页。

^② 参见小野清一郎:《新订刑法讲义各论》,1950年第3版,第48页。

^③ 参见大家仁:《刑法各论》下卷,青林书院新社,1968年版,第677页。

约定,则不构成受贿罪。

四、如何认定“利用职务上的便利”?

《刑法》第185条与《补充规定》都将“利用职务上的便利”规定为受贿罪的客观要件要素。许多人对利用职务上的便利的含义进行了解释,即利用职权或者与职务有关的便利条件。但还存在两个没有统一的问题:一是利用职务上的便利干什么?二是哪些情况属于利用职务上的便利?

因索贿构成受贿罪的,不要求公务人员为他人谋取利益。显然,在索贿时,是利用职务上的便利索取财物,而不是利用职务上的便利为他人谋取利益。索贿是公务人员在他人有求于自己的职务行为时,利用他的困境,要求、索要、勒索财物;如果他人不交付财物,就不满足他人的要求。这是一种恶劣的以权换利的行为,行为人索取的财物是其职务行为的不正当报酬,理应以受贿罪论处。但是,如果他人请托的事项与自己的职务行为没有关系时,利用他人的困境,要求、索要、勒索财物时,则不构成受贿罪,而构成敲诈勒索罪。因为在这种情况下,行为人索取的财物与其职务行为没有任何关系,因而不是其职务行为的不正当报酬。由此看来,在索贿时,利用职务上的便利表现为:他人有求于自己的职务行为,公务人员以交付财物为前提而实施(包括放弃)职务行为,该财物成为其职务行为的不正当报酬。

因收受财物构成受贿罪的,要求公务人员为他人谋取利益。于是就出现了这样的问题:利用职务上的便利干什么?是利用职务上的便利收受财物(指单纯接受财物的行为)?还是利用职务上的便利为他人谋取利益?抑或收受财物与为他人谋取利益都要求利用职务上的便利?但刑法理论几乎都不探讨这个问题,只是谈论利用职务上的便利本身是什么含义。这样一来,利用职务上的便利就更难理解了。我们先对上述三种情况进行分析。

如果说利用职务上的便利,是指利用职务上的便利收受财物,则难以理解,也不利于司法机关对受贿罪的认定。因为并非只有利用职务上的便利才能收受财物。例如,甲向乙交付财物,要求乙为其子女安排工作,乙收受了财物。我们无论如何看不出乙收受财物本身是利用了职务上的便利。实践中存在公务人员的家属帮助收受财物的现象,这更清楚地说明了收受财物本身无需利用职务上的便利。如果说利用职务上的便利,是指利用职务上的便利为他人谋取利益,也难以令人赞同。因为为他人谋取利益只是一种许诺,而许诺本身不需要利用职务上的便利。主观要件说也说明为他人谋取利益的心理状态不需要利用职务上的便利。基于上述理由,我们也可以得出以下结论:不能要求公务人员同时利用职务上的便利收受财物和为他人谋取利益。

那么,能否说利用职务上的便利不是构成要件呢?回答也是否定的。众所周知,收受贿赂表现为行贿人主动交付财物,以期公务人员为其谋取利益,即有求于公务人员的职务行为。公务人员接受财物并许诺为行贿人谋取利益,就使财物成为其职务行为的不正当报酬。司法实践中,往往需要注意区分的是收受贿赂与接受赠与的界限,其关键在于是否利用了职务上的便利。人们虽然从许多方面提出了区分的标准,但其核心标准应当是:交付财物者是否有求于收受财物者的职务行为;所交付的财物是否职务行为的不正当报酬。这

表明,在收受贿赂时,利用职务上的便利也表现为:他人有求于公务人员的职务行为,公务人员以交付财物为前提而实施(包括放弃)职务行为,该财物成为其所许诺的职务行为的不正当报酬。

关于这一点,我们可以参考国外刑法的一些规定。日本刑法第197条规定:“公务员或仲裁人,就其职务收受、要求或期约贿赂者,处五年以下惩役。”德国刑法第331条规定:“公务员或从事特别公务之人员对现在或将来职务上之行为要求、期约或收受利益者,处二年以下自由刑或并科罚金。”奥地利刑法第303条规定:“公务员关于违背职务之作为或者不作为,为自己或第三人对于他人要求、收受或期约财产上之利益者,处三年以下自由刑。”第304条规定:“公务员关于职务上之作为或者不作为,为自己或第三人对于他人要求、收受或期约财产上之利益者,处一年以下自由刑。”可以看出,上述规定基本相同,只是表述略有差异,含义都是“就”(或“对”)其职务行为要求、期约或者收受贿赂。将这一点具体化,实质上也是指,他人有求于公务人员的职务行为,公务员要求、期约或者收受作为职务行为不正当报酬的财物。

由上可见,不管是索贿还是受贿,利用职务上的便利都表现为二个密切联系的内容:一是他人有求于公务人员的职务行为,二是索取或者收受财物是公务人员(所许诺的)职务行为的不正当报酬。公务人员是否利用了职务上的便利,也只能从这两个方面加以认定。

[作者单位:中南政法学院]

(责任编辑:谭明志)