

论法益的判断方法

——以受贿罪中“为他人谋取利益”的解释为例

谭 芑

北京师范大学法学院, 北京

收稿日期: 2023年9月14日; 录用日期: 2023年10月30日; 发布日期: 2023年11月8日

摘 要

如果从基础主义的进路讨论法益问题, 那么就会脱离实际情况, 过度依赖直觉, 造成不同直觉之间的冲突与对抗, 形成无效的争论。为了避免使得理论争议成为概念争议, 应当利用反思平衡的方法思考法益, 将法益规定为纯粹语词、视为对某一犯罪处罚模式的总体命名, 而不应当将其视为形而上的犯罪处罚基础; 从而可以在一定的社会共同体的实践的价值观、伦理道德体系中对法益进行反思。借助受贿罪中“为他人谋取利益”要件是否应当删去的问题入手, 展示如何运用反思平衡的方法将法益问题导入教义学运思, 并且形成了对受贿罪保护法益的初步结论。廉洁义务说建立在并不区分不法和责任的刑法评价体系上, 无法和其他法益理论进行对话; 不可收买性说无法妥当地解释“为他人谋取利益”要件的存在; 公正性说能够解释“为他人谋取利益”的存在, 但是太过模糊, 一方面无法阻挡将“为他人谋取利益”理解为可罚性要件, 另一方面无法解释作为程序的公正性。最终, 公权力的不可谋私性是更为妥当地解释方案。

关键词

受贿罪, 法益, 反思平衡, 法教义学

On the Judgment Method of Legal Interests

—Taking the Interpretation of “Seeking Benefits for Others” in the Crime of Bribery as an Example

Peng Tan

School of Law, Beijing Normal University, Beijing

Received: Sep. 14th, 2023; accepted: Oct. 30th, 2023; published: Nov. 8th, 2023

Abstract

If we discuss the issue of legal interests from a foundational perspective, it will deviate from the

actual situation, overly rely on intuition, cause conflicts and confrontations between different intuitions, and form invalid debates. In order to avoid making theoretical disputes conceptual disputes, a reflective and balanced approach should be used to consider legal interests. Legal interests should be defined as pure words and regarded as the overall naming of a certain criminal punishment model, rather than being seen as a metaphysical basis for criminal punishment; thus, it is possible to reflect on legal interests within the practical values and ethical and moral system of a certain social community. Starting from the question of whether the element of “seeking benefits for others” in the crime of bribery should be deleted, this article demonstrates how to use the method of reflection and balance to introduce the issue of legal interests into the theoretical thinking, and forms a preliminary conclusion on the protection of legal interests in the crime of bribery. The theory of integrity obligation is based on a criminal law evaluation system that does not distinguish between illegality and responsibility, and cannot engage in dialogue with other legal interest theories; the theory of non buy ability cannot properly explain the existence of the element of “seeking benefits for others”; the theory of fairness can explain the existence of “seeking benefits for others”, but it is too vague to prevent the understanding of “seeking benefits for others” as a punitive element, and on the other hand, it cannot explain the fairness of the procedure. Ultimately, the unselfishness of public power is a more appropriate explanation for the solution.

Keywords

Bribery, Legal Interests, Reflective Equilibrium, Doctrinal Thinking

Copyright © 2023 by author(s) and Hans Publishers Inc.

This work is licensed under the Creative Commons Attribution International License (CC BY 4.0).

<http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/>



Open Access

1. 法益争论的异化与方法论谬误

1.1. 法益争论的异化

大体上可以将学界对法益的理解区分为“体系固有的法益”和“体系批判的法益”两种观点的分歧——在中国学者这里，前者也基本上等同于法益的形式说，认为法益是从实定的刑法规范中得到的，后者则是法益的实质说，认为法益不依赖于刑法规范而独立存在；前者认为法益是一种规范产生效用的状态，故而也可称为状态说，后者认为法益是法保护的生活利益，也可以称为利益说[1]。状态说和规范违反说具备亲和性，在说明犯罪本质的问题上并不以法益为根据，因此没有成为法益理论的通说。利益说的代表李斯特认为法益是法所保护的人的生活利益，法益指向法保护的價值客体，而不是行为指向的保护客体(人或物)，这样，法益在因果上就是不可能被侵犯的[2]。李斯特一方面认为法应当保护利益，另一方面又认为利益不可能被侵犯，这种矛盾在他的理论中并没有得到解决[2]。

犯罪的本质如果是对法益的侵犯，那么首先，法益的确定就成为问题，要想确定某个犯罪的法益，我们又必须设想犯罪已经发生，这里就出现了犯罪和法益之间的循环论证。其次，犯罪对法益的侵犯，如果承认这是一个事实，那么法益也无法成为犯罪的本质规定，因为这从事实的因果性规则跨越到了价值的归属性规则，犯罪的规范性特征并没有被指出，犯罪为什么是错的，犯罪为什么应当被谴责，这类问题就无法得到回答。最后，法益的确定是偶然的，并不是出于犯罪自身对自身的必然规定，必然带有观察者的主观视角；每一个观察者都可以设定自己的法益，即便这种偶然的法益被确定了下来，也无法排除其他法益对犯罪的说明，即，为什么犯罪的本质只能由一个法益呢？同一个犯罪可以有很多个侵犯

的法益，并不能、也不需要依靠法益来对不同犯罪作区分[3]。

1.2. 基础主义与法益的规范性基础

1) 基础主义：一种错误的方法论

我们对理想化的收受贿赂行为的处罚模式的想象是什么？不同的处罚模式之间的分歧，决定了不同法益的争论。对于法益的确定，决不能是基础主义式的——通常是依赖直觉或者常识设定一些前提条件，在此基础上提出某罪的保护法益。而应当是反思平衡式的，或者称之为融贯主义式的。

美国哲学家理查德·罗蒂首先提出了哲学中的基础主义(fundationalism)这一概念，用其指称一种传统的哲学倾向，即将我们的知识、信念，以及世界的表象都归结到某种形而上的基础之上[4]。受到当代社会思潮的影响，在刑法中，也存在着这种基础主义式的研究方法：由于教义学研究需要具有说服力的解释根据，我们总是要在刑法之外寻找一些解释理由，由这些刑法之外的原因来为刑法教义学的结论提供正当性，说明施加刑罚的措施是合理的。被法益学说替代了的权利侵害，或者我国刑法上的社会危害性说，都把刑法规定的惩罚犯罪行为的规范性要求的终极正当性诉诸人的权利或者社会的整体安全这些最高原则。但是事实上，基础主义的方法把整个犯罪解释体系建立在由假设组成的地基上，这带来法律解释的随意性，使得法律争论毫无意义地无休无止，也易于偏离事情本身。例如，就贿赂犯罪而言，如果仅仅依赖于直觉，那么会形成大致两种立场，一种起源与罗马法，认为受贿罪保护职务行为不可收买性；一种起源于日耳曼法，认为受贿罪保护职务行为的公正性；“刑法理论以这两种立场为基础，形成了诸多学说”[5]。显然，立场是无所谓对错的，起源于罗马法的立场与起源于日耳曼法的立场并没有什么正确与错误的区分，从选定的立场出发去得到法益，是不可能做到的。教义学研究不能假设一个贿赂犯罪的保护法益，然后在遭遇不同观点时，躲进去寻求庇佑，这缺乏理论上的说服力。

总之，基础主义在确定法益时过于依赖直觉，法益作为一个解释的出发点是随意确定的，依赖于道德直觉，并且只考虑解决处罚犯罪的正当性问题，无法消除实质解释和形式解释之间的紧张关系。要解决这些问题，只能另寻其他的方法。

2) 反思平衡(融贯主义)方法论

基础主义之外的另一种思考法益的方法，则是反思平衡的方法。作为当代道德哲学和政治哲学应用得最为广泛的方法之一，反思平衡的方法在哲学史上有着一段漫长的演变过程。这种运思方法最早可以追溯到古希腊，后来在《事实、想象和预测》一书中，古德曼在讨论理论的推演和归纳的证成问题时相对详细地阐释了反思平衡的方法；1971年，罗尔斯出版《正义论》，抛弃以往的基础主义立场，转向另一种更接近于融贯主义(coherentism)的立场，正式引出了反思平衡的方法[6]。反思平衡的思考方法需要我们在抽象的原则和深思熟虑的判断之间反复权衡。我们首先依赖自己的直觉得到某一个确定的法益，然后，这个法益需要放入具体的司法环境中进行检验，通过深思熟虑的判断，试试看得出的教义学结论能否满足我们通行的公平正义观念。如果某一法益不能通过这种深思熟虑检验，则应当回头反思我们的直觉和常识得到的答案，然后再次重复这一过程。

经过这样的步骤确定的法益，实际上是对某种具体犯罪处罚模式的原则性规定，而不是这种处罚模式的出发点。例如，对于事后受财行为，职务行为公正性说认为，一般不能认定为受贿罪，但是职务行为不可收买性说认为，应当认定为受贿罪[7]。但是这两个方案究竟哪一个更合适呢？目前，一般认为是处罚事后受财行为的观点占据上风，但是正如黎宏教授所说，“这种优势地位的取得，并不完全在于其说理的充分，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[7]。”主张应当以受贿罪处罚事后受财行为的观点，单纯地从法益保护的角度出发，认为应当严厉打击官员的贪腐行为，适应贪腐行为的

隐蔽化趋势，严防“期权腐败”行为[8]。但是刑法的任务不单单是保护法益，还有保护人权等多方面的考虑，如果仅仅因为某种行为具有法益侵害性就予以处罚，不考虑刑法规则的文义特征，那么罪刑法定原则就会逐渐被淡化、突破。

法益在直觉地确定之后，代入具体案件进行深思熟虑的过程，不仅仅要考虑某种行为的实质上的处罚必要性，还要考虑这样处罚是否突破了整体的法律秩序——即罪刑法定原则的要求以及保护人权的宪法要求。在这里存在两种理解法益的可能性。

首先，如果承认法益的反思平衡过程中，仅仅考虑实质上的处罚必要性，那么法益就还必然要受到更高原则的制约——特别是罪刑法定原则对法律形式确定性的要求。如果考虑处罚必要性，那么法益就无法区分利益的侵害和犯罪行为，依据法益为犯罪化提供正当性是不可行的[9]。

其次，如果认为法益的反思平衡过程中，不仅仅要考虑实质上的处罚必要性，还要对处罚结论最终的妥当性、正当性进行深思熟虑的判断，那么法益的外延就进一步扩大。那么对法益的争论就不仅是对“犯罪客体”的讨论，而要涉及到刑法规范的实质正当性；法益就绝对不是一个可以脱离于具体处罚模式的形而上的处罚原则，而是一系列处罚方案的总称。

一旦反思平衡成为一种方法论上的自觉，我们就必须承认，法益的确定最终依赖于社会共同体的实践需求，法益并没有属于自己的内涵，而是指代对某种犯罪行为的处罚模式。作为一种语词经济上的考虑，我们可以使用法益来指代这种综合性的处理意见。这样，纯粹语词意义上的法益，依然能够发挥指导解释法律的作用，只不过法益不能单独作为论据来使用，如果把法益单独作为论据来论证某种处罚模式的合理性，则要么回到了基础主义，要么进行了循环论证。

1.3. 反思平衡方法的优越性

反思平衡是考虑法益问题的更优选择，1) 这集中体现在它对直觉更少的依赖、更多的反思。反思平衡使得我们对为什么要处罚某种行为、怎样处罚某种行为有更清晰的认识，避免了做出决策的武断性，避免我们被常识、被公众意见、被权威学说左右，使我们有机会考虑更多方面更多层次的利益，而不是从特定的视角出发，这一点尤其可以抵御刑法的过度扩张，维护刑法的谦抑性。2) 反思平衡有利于弥合实质解释论和形式解释论的分歧，这是因为刑法的出发点并不被认为是保护某种先在利益(法益保护)，而是对实际后果的反复权衡——这种权衡的最终标准是当代人对某种问题的最大共识，那么实质解释和形式解释都不具有什么“优先地位”，也不是可以被确定下来、加以参照的学说。在任何规范的法益思考中，都既有实质也有形式，有时是实质具有优先地位，有时是形式，在法官的职权范围内，都是正当的，并且不存在理论上的自相矛盾。真正重要的是深思熟虑的过程中参照的、引用的伦理价值标准。3) 最后，反思平衡使得法教义学更具包容性，也更具科学性，法教义学的出发点不再是法学家的直觉，而是利用各种科学方法充分思考的结果。

2. 反思平衡视角下的受贿罪保护法益

2.1. 受贿罪保护法益的规范论起点：公职人员的正当行为

就算明确了作为纯粹语词的法益用法，还有一个问题仍然有待于解答，那就是，受贿罪的不法本质问题——作为一种规范，处罚受贿的正当性在哪里？法益归根到底就是对案件处理的某种学说，这种学说的正当性、规范性，依赖于我们的公平正义观念，而由于我们又是现实实践的主体，其实我们的公平正义观念又在根本上是社会实践的需求。这种社会实践的需求就体现为社会规范，所以不法的本质来自于规范的违反。这里的规范不是指刑事的实定法，而是作为社会存在“本体”的规范。在雅克布斯那里，人格体、规范和社会本来就是同一的：刑事不法是对规范的违反，也是对规范保护的社会秩序的侵犯，

当然也是对自我人格的否认[10]。

当我们讨论受贿罪的法益时，试图解决的问题是究竟应当运用刑罚手段处罚怎样的行为，才能被认为具有正当性，刑罚只能被施加在那些我们共识中值得被处罚的最严重的侵害行为之上。根据反思平衡方法的要求，在此可以先依赖直觉提出假设，然后利用其结果进行反复检验。根据上述雅克布斯理论的启示，做这样一个假设是恰当的：受贿罪的法益，是避免国家工作人员的不当的行为，防止他们收受不合适的财物。

2.2. 受贿罪保护法益反思平衡的展开

我国现行刑法规定，受贿罪是指“国家工作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”行为。¹由此，受贿行为分为两类，一类是主动索贿，一类是被动受贿。通说认为，在被动受贿的类型中，“为他人谋取利益”是必要要件。有的学者认为这个要件是不必要的，但是很可惜却采用了基础主义的方法进行论证，把法益作为单独的论据运用，认为“既然是否为他人谋取利益与受贿罪的保护客体受侵害之间没有直接关系，将其当作受贿罪的成立条件也就没有实在根据”[11]。其实，当我们选定了受贿罪的保护法益是所谓的“廉洁性”(即“不可收买性”)，那么不必要求受贿行为“为他人谋取利益”这一结论是自然而然地包含于前提之中的，这个论证是在做同意反复。

我们先假设，受贿罪的法益是避免不当的行为，同样，接下来的必然结论是，为他人谋取利益的要件是必要的。这和刑法学上的纯洁性说并不相同，纯洁性说要求国家公职人员的职务行为应当公正，如果收取钱财的行为并没有影响到职务行为的结果，那么法益就没有受到破坏[11]。其实这种学说对公职人员的道德要求程度较低，仅仅期待公职人员作出合适的职务行为，而没有期待他们做合适的行为，恰好后者的范围包括了收取财物，前者不包括。在本文看来，收取钱财的行为对法益是直接的侵害，而在纯洁性说看来，收取钱财对法益的侵害是间接的；实际上，纯洁性说在本质上认为受贿罪对法益都是间接性的侵害，只有滥用职权、玩忽职守才是对法益的直接侵害。本文的观点更加接近“不可收买性说”，这种观点认为贿赂行为破坏了职务行为应当具有的“无报酬性”[12]；不过“不可收买性说”是从职务行为的状态出发得到的归纳，相比来说更加抽象。

仅仅得出如上的结论，仍然没有任何论证过程，也和基础主义方法无法区分，因此接下来需要看此种处理结论能否凝聚当前的社会共识，成为妥当的结论。因此，认为受贿罪保护法益是公职人员的正当行为与认为要件不应当包括“为他人谋取利益”，都是仅仅依赖直觉的第一步。罗尔斯将反思平衡的方法分为两种，一种为狭义的反思平衡(narrow reflective equilibrium)，即“当我们所说的这个人接受了这种正义观念，并使其他的判断同它保持一致的时候”；另一种是广义的反思平衡(wide reflective equilibrium)，即“当某人已经认真仔细地考察了其他的正义观念以及与这些观念相关的各种论证力量的时候”[13]。同样，在思考法律问题时，也可以在两种层次上运用反思平衡方法。首先是在接受了关于法益的假设，以及其带来的案件处理后果之间进行，其次是在作出法益假设的出发点和其他出发点之间进行。

3. “正当行为”的法益假设及其案件处理的后果

前文已经提到，正当职务行为的法益假设，必然会赞成取消“为他人谋取利益”的要件，这种决断的实质合理性应当来自于对案件处理后果的反思和权衡。

3.1. 廉洁义务说的否定

“正当行为”是对国家工作人员的合理期待，其背后是国家工作人员的清廉义务。在这一点上，本

¹《中华人民共和国刑法》第385条。

文的观点和“廉洁性说”出于同样的道德直觉，廉洁性说也是我国的通说，依其观点，如果国家工作人员已经获得了合法报酬，那么就不能再以职务上的作为或者不作为为由索取或者收受他人的财物，否则，就侵害了国家工作人员职务的廉洁性；换言之，已经收取了合法报酬的国家工作人员，如果索取或者收受职务报酬以外的财物，就会构成受贿罪。这是因为，廉洁奉公是国家工作人员的义务，索取或者收受贿赂，是对职务行为承担的廉洁义务的背叛和亵渎[14]。这样的义务在宪法上也能得到支持。宪法第6条与第27条的规定，国家工作人员不得以职务行为获得不正当报酬，或者说，国家工作人员基于职务为人民服务时，只能就其职务行为在本机关、本单位领域正当报酬，而不得从相对方获取不正当报酬。²此外，公务员法第13条和第53条的规定，都意味着公务员不得通过职务行为从相对方获取不正当报酬。³

廉洁性说受到了许多学者的反对，但是相当多现有的反驳都不能从案件的处理后果出发进行反驳，也就是并未运用反思平衡的方式进行，而是从基础主义出发进行直觉上的反驳。例如，有学者认为，倘若将国家工作人员本身的廉洁性作为贿赂犯罪的保护法益，就意味着国家工作人员所有收受财物、接受馈赠的行为均会成立受贿罪，但事实上并非如此[14]。其实，这种推论并不能反驳廉洁性说，因为收受财物和接受馈赠的行为只有达到了违反廉洁义务的程度才会受到处罚，并且，张明楷教授自己的学说也并不必然排斥将此种行为入罪。两种不同观点的学者具有一种共识：正常的接受财物和馈赠的行为不应当作为受贿罪处罚。他们真正的区别在于，用“不可收买性”还是“廉洁性”为处罚的实质理由命名。

还有学者认为，廉洁性说难以将受贿罪与贪污罪、挪用公款罪、巨额财产来源不明罪等相关罪名区分开来，因为廉洁性义务的要求是十分广泛的，禁止贿赂只是其中的一项要求而已，换言之，廉洁性说根本无法发挥其罪与非罪、此罪与彼罪的界分功能[15]。这种批评显得似是而非，因为区分罪与非罪、此罪与彼罪依靠的是犯罪构成，不可能是法益，法益仅仅是妥当的处罚模式的命名而已。

廉洁义务说不适应我国当前理论与司法实践的根本理由在于，廉洁义务说依赖的整体性理论背景，也即不区分不法与责任阶层的四要件体系不符合法治进步的要求，无法和法益学说下的公正性说、不可收买性说在同一平台上对话。

在犯罪客体理论中并不存在不法和责任的区分，这就意味着犯罪客体不仅表征了不法，还表征了犯罪人的责任，而这也正是为什么有的批评者认为“廉洁性说”是作为国家工作人员的“人的不法”，不能体现公权力“行为的不法”，张明楷教授虽然反对“廉洁性说”，但也正是他慧眼如炬，指出了“廉洁性说”的这一特点：职务行为只有公正、适法与否的问题，国家工作人员本身才存在是否廉洁的问题[12]。犯罪客体除了不法以外，本身就要表征责任的要素。此外，由于犯罪客体是犯罪成立需要证明的要件，而法益仅仅是一种解释原则，一种国家意志的表达和自我规定；由此，犯罪客体仅仅是不法的表征，并且不是充分的表征，而法益就是不法性自身，阶层论中只有构成要件该当性才谈得上表征了不法。

3.2. 删去“为他人谋取利益”的刑事政策理由

在展开对法益理论内部的讨论之前，应当依据功能主义的方法对刑事政策中的理由进行阐释，说明删去“为他人谋取利益”要件的合理性。

1) 在我国，传统社会的“差序格局”的影响下，普遍重视人情往来，更讲究“礼尚往来”，国家工作人员在日常交往中也常常会接受礼物，这当然具备一定的合理性，但是，“每当人际交换开始后，受惠的人总是变一个花样加重分量去报答对方，造成施惠的人反欠人情，这就又使施惠的人再加重分量去归还。如此反复，人情关系便建立起来了[16]。”而经常性地赠送大量财物，却从不向国家工作人员提出为其谋取利益的具体请托的行为，则显然已经超出了正常的人际交往范围，才是刑法应当予以规制的[17]。

² 参见《中华人民共和国宪法》第6条、第27条。

³ 参见《中华人民共和国公务员法》第13条、第53条。

即犯罪圈不宜扩得太大，把所有的收受财物的行为都纳入受贿罪予以考虑；但也不应当太窄，不处罚所有的单纯受财行为——因为有的受财行为和以权谋私已经难以区分，在不法的程度上是相差无几的。

2) 从“为他人谋取利益”的立法沿革来看，其并非一开始就被作为受贿罪的构成要件要素加以规定，设立的初衷是为了更严厉地打击贿赂犯罪行为，但是，就其设立后在司法实践中的效果来看，却并未达到所预想的结果^[17]。如果能删去“为他人谋取利益”，能够较好地将这种收受礼金的行为纳入处罚范围。

3) 我国于2003年12月10日签署了《联合国反腐败公约》(以下简称《公约》)，并于2005年10月27日由全国人大常委会批准加入，《公约》自2006年2月12日起对我国开始生效。《公约》第15条规定，各缔约国均应当采取必要的立法措施和其他措施，将公职人员为其本人或者其他人员或实体，故意实施直接或间接索取或者收受不正当好处，以作为其在执行公务时作为或者不作为的条件的行为规定为犯罪。⁴换言之，《公约》并未要求受贿罪的成立以“为他人谋取利益”为条件。所以，为了适应《公约》的要求，履行《公约》的义务，从而更有力地开展国际刑事司法协助活动，应当删除受贿罪中的“为他人谋取利益”要素^[17]。

3.3. 不可收买性说无法解释“为他人谋取利益”

不可收买性说的代表是张明楷教授，他分类讨论了受贿罪，斡旋受贿罪和利用影响力受贿罪三类行为。认为受贿罪法益是不可收买性^[12]。

依据第385条的规定，受贿罪分为主动索贿和被动受贿两种类型。其中，被动索贿的行为方式，需要有“为他人谋取利益”的要件存在。不可收买性说对公正性说的一个有力批评，正是第385条的“为他人谋取利益”和第388条的“为请托人谋取不正当利益”之间存在措辞的不同。但是，不可收买性说能否很好地解释385条中的“为他人谋取利益”，同样存在疑问。

司法实践中一般认为，国家工作人员收受贿赂，并不需要实际为请托人谋取利益，甚至也不需要对此做出承诺，即可构成受贿罪。典型案例如“感情投资”行为。2016年的“贪污贿赂犯罪解释”第13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，应接受贿犯罪定罪处罚。

在不可收买性说的视野下，处罚感情投资的决定显得难以理解，因为论者面对这样的两难：要么坚持在感情投资行为中也存在收买与出卖的关系，因此应当构成受贿罪，但388条的“为他人谋取利益”的构成要件就显得多余了。要么认为在感情投资行为中并不存在权力的收买与出卖，也就不满足受贿罪的构成要件，但这样会和司法解释和司法实践的要求产生冲突。如果不可收买性说不想和司法解释产生冲突，那么只能承认，“为他人谋取利益”的要件在事实上被架空了。换言之，在不可收买性说的理解下，构成要件出现了“多余”的现象，这是法解释学难以容忍的。

不可收买性说也没有真正地说明不法的实质。因为收买行使公权力的国家工作人员，本来就是受贿罪的构成要件，不能说受贿行为的可罚性，来自于侵犯了不可受贿性，这完全是同义反复。不法性不能直接复述构成要件的行为，例如不能说诈骗罪的不法是交易的不可欺骗性，抢劫罪的不法是公民的不受威胁性。

3.4. 公正性说与“为他人谋取利益”

廉洁义务要求国家工作人员不得收受工作之外的不当报酬，这种学说和我国现行刑法中的规定似乎存在着冲突，特别是对是否要求“为他人谋取利益”这一点上。在我国刑法的规定之下，理论上，仅仅

⁴《联合国反腐败公约》(Anti-Corruption Convention)，第15条。

收受职务行为的对价,还不一定构成受贿罪,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,采用了职务行为公正性说的立场[18]。

可是,黎宏教授的观点的结论是否合理暂且不谈,论证的过程是缺乏严密性的。主要是,不能因为我国刑法规定了受贿罪需要“为他人谋取利益”,就认为公正性说符合了我国刑法。实际上,对构成要件的解释有很多空间,构成要件要素的存在固然是实定法直接给出的,但是各种要素依据怎样的逻辑组织起来,是可以讨论的。依照不可收买性说,受贿罪成立并不要求为他人谋取利益,那么刑法上的这一规定可以理解为限制处罚的条件,是可罚性要件,而不是构成要件的要素。换言之,行为人只要收受了财物,就符合构成要件该当、违法、有责,只不过如果没有为他人谋取利益,可以认为出于刑事政策的原因,或者情节不够严重不值得处罚。

并且,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》,其中第13条规定:具有下列情形之一的,应当认定为为他人谋取利益,构成犯罪的,应当依照刑法关于受贿犯罪的规定定罪处罚:(一)实际或者承诺为他人谋取利益的;(二)明知他人有具体请托事项的;(三)履职时未被请托,但事后基于该履职事由收受他人财物的。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三万元以上,可能影响职权行使的,视为承诺为他人谋取利益。⁵

1)从刑法358条的条文表述看,“为他人谋取利益”应该是客观条件,即国家工作人员虽然收受了他人的财物,但没有为他人谋取利益,不构成受贿罪。陈兴良教授将传统观点归纳为旧客观说,把张明楷教授称为新客观说,即为他人谋取利益仍然是受贿罪的客观构成要件要素,其内容的最低要求是许诺为他人谋取利益[5]。但是,陈兴良教授认为,新客观说“将承诺为他人谋取利益理解为是为他人谋取利益的行为,显然是名不副实的”;并且客观说还无法解决受贿罪的构成要件中的体系性地位问题,即为他人谋取利益行为与收受财物行为之间的关系问题[19]。进而,陈兴良教授主张的,是将刑法条文中的“为他人谋取利益”理解为主观要件,进而将司法解释和刑法规定统一起来,乃至认为这一要件具有“限缩受贿罪构成要件的功能”“将那些虽然收受他人财物但不具备为他人谋取利益要素的情形排除在受贿罪的构成要件之外[19]。”这一点,正和上文所述不谋而合。

2)这意味着事后受财的行为依据实定法应当构成受贿罪,那么在这种情况下,肯定不存在“为他人谋取利益”的情形(因为职务行为已经履行完毕,不可能再谋取利益,当然为了以后进一步谋取利益的情形除外),但依然要依照受贿罪处罚,是不是说明,为他人谋取利益在成立犯罪时,并不需要考虑呢?如此一来,只要不把“为他人谋取利益”认定为是构成要件,司法解释和刑法规定仍然可以得到协调。

因此,虽然“为他人谋取利益”要件可以为公正性说提供支持,但这一要件并不必然指示行为不法的特征,公正性说无法为公职人员的行为标准提供充足的规范性理由。

3.5. 不可谋私利性说对公正性说的优越性

职务行为的公正性仍然是模糊的,以此为基础无法证明“为他人谋取利益”要件存在的必要性。因为职务行为的公正性不仅仅包括了作为行为结果的公正性,还包括了作为行为程序的公正性,因此就算收受财物的行为并不具备为他人谋取利益的意图和行为,甚至于表现为“事后受财行为”,也仍然有可能对职务行为的公正性造成影响。在这方面,劳东燕教授提出的“公权力不可谋私性”为公职人员行为的标准提供了更为精确的规范性基础[20]。

⁵《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。

不可谋私利性说的合理性来自于现在国家公权力性质和家产制国家中公权力性质的不同。由于家产制国家公私部分，所以职位被认为具备官员的私产属性，以权谋私仅仅构成官员对上级或者君主的“不忠”，而并非构成对社会具有侵害性的“不公”。家产制国家导致权力对上负责，和君主专制的政治体制是密不可分的。然而现代国家公私分离是一种规范性设定，官员仅代表人民的意志短暂行使公权力，公职并非是上级和君主的施舍，而是人民的委托，因此，公共权力和私人利益必须分开，官员的公共角色和私人角色也应当分开，这是保障人民当家作主的一种方式。在这个意义上说，受贿罪和贪污罪具备不同的法益基础，受贿罪保护法益是国家公共机构的正常运行，也因此是一种职务犯罪，而非财产犯罪。

在不可谋私利性说之下，公职人员不得收受财物，“为他人谋取利益”反倒显得不那么重要了。因为收受财物即代表着公职人员将代表公意的职位进行交易，侵犯了现代国家的组织原则。

4. 结语

本文只是展示了一些运用反思平衡方法的粗略过程，并且由此得出的结论：受贿罪的保护法益应当是公权力的“不可谋私性”。限于篇幅，本文所得出的结论也仅仅是部分的、不全面的，因为反思平衡方法所要求的，是对所有构成要件及其组合关系的全面深思熟虑，为了得到最终可靠、合适的结论，还应当对其他要件进行检省。并且，反思平衡的方法其实并未超过大多数法学家的自发表理论实践，法学结论最终的正当性判断正是来源于实践的效果，理论争议的最终上诉法庭即实践。正如罗尔斯的在正义论中的论证结构那样，契约论的主体是假想的道德人、理性人，反思平衡的主体则是处于具体实践关系中的“我们”，包括了读者、作者在内的一切实践者^[21]。在这个意义上，本文主张的反思平衡方法不是对现有刑法学方法论的超越，而仅仅是指出一种方法论上的自觉姿态：我们应当摒除那些作为论据发挥作用的法益概念，把法益当做反思的结果，而不是反思的前提对待，把理论的争议和实践的争议相统合，而不是偏废某一方。

参考文献

- [1] 田宏杰. 刑法法益: 现代刑法的正当根基和规制边界[J]. 法商研究, 2020, 37(6): 75-88.
- [2] 张明楷. 法益初论[M]. 北京: 商务印书馆, 2021.
- [3] [德]京特·雅克布斯. 保护法益?——论刑法的合法性[M]//赵秉志. 当代德国刑事法研究(第一卷). 北京: 法律出版社, 2016: 5-38.
- [4] 杨虎. 哲学的新生——新基础主义道路: 传统基础主义和反基础主义之“后”[J]. 江汉论坛, 2016(10): 47-53.
- [5] 张明楷. 刑法学[M]. 第5版. 北京: 法律出版社, 2007: 1199, 1068.
- [6] 吴楼平. 反思平衡: 罗尔斯理论转向的方法论基础[J]. 哲学动态, 2020(3): 93.
- [7] 黎宏. 贿赂犯罪的保护法益与事后受财行为的定性[J]. 中国法学, 2017(4): 227-245.
- [8] 孙国祥. “职后酬谢型受财”行为受贿性质的理论证成[J]. 人民检察, 2015(1): 16-22.
- [9] 赵书鸿. 犯罪化的正当性: 法益保护? [J]. 中国刑事法杂志, 2019(3): 88-89.
- [10] [德]雅克布斯. 规范·人格体·社会——法哲学前思[M]. 北京: 法律出版社, 2001: 62, 64.
- [11] 李洁. 为他人谋取利益不应成为受贿罪的成立条件[J]. 当代法学, 2010, 24(1): 83-91.
- [12] 张明楷. 受贿罪的保护法益[J]. 法学研究, 2018, 40(1): 146-166.
- [13] [美]罗尔斯. 作为公平的正义——正义新论[M]. 北京: 中国社会科学出版社, 2011: 41, 42.
- [14] 高铭喧, 马克昌. 刑法学[M]. 北京: 北京大学出版社, 高等教育出版社, 2016: 629.
- [15] 孙国祥. 受贿罪的保护法益及其实践意义[J]. 法律科学(西北政法大学学报), 2018(2): 131-132.
- [16] 翟学伟. 人情、面子与权力的再生产[M]. 北京: 北京大学出版社, 2013: 103-104.
- [17] 王志祥. 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是否入罪为切入点的思考[J]. 法治研究, 2016(1): 74-75.

- [18] 黎宏. 受贿犯罪保护权益与刑法第 338 条的解释[J]. 法学研究, 2017(1): 71-72.
- [19] 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[J]. 法学评论, 2016(4): 1-9.
- [20] 劳东燕. 受贿犯罪的保护法益: 公职的不可谋私利性[J]. 法学研究, 2019, 41(5): 118-137.
- [21] 钱一栋. 论反思平衡在《正义论》论证结构中的位置——兼谈桑德尔对《正义论》的误读[J]. 北大法律评论, 2017(1): 73-98.