

廉政学研究 第1辑

第71~99页

© SSAP, 2018

## 受贿罪中“利用职务上的便利”的动态界定

蔡士林\*

**摘要：**受贿罪是典型的职务犯罪，故而“利用职务上的便利”的判定就显得格外重要。目前无论是“法定职务权限说”、“实际职务权限说”抑或是“实际影响力说”都是以静态的实定法为依托，忽视了“职务上的便利”本身属于规范构成要件要素，需要接受社会价值的补充。应该借助于“法律介入可能性”与“事实参与可能性”互动来对国家工作人员的行为属性进行检视，从而实现法定性和社会相当性的兼顾。上述两种理论紧密结合，交互作用，共同构成了“利用职务上的便利”动态界定的新路径。

**关键词：**“职务上的便利”；法律介入可能性；事实参与可能性；社会相当性

### 一 问题的提出

尽管我国理论界和实务界在受贿罪保护法益问题上尚未达成共识，

---

\* 作者简介：蔡士林（1989~ ），男，河南信阳人，中南财经政法大学博士研究生。研究方向：刑法学、犯罪学。

但都将论证的逻辑起点置于“国家工作人员职务行为”之上。此种思想在刑事立法中也得到了充分体现，例如我国《刑法》第385条规定：“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，是受贿罪。”基于此，“利用职务上的便利”就成为受贿罪成立与否的关键要素，目前我国学界对其判定存在以下几种观点。

其一，“法定职务权限说”。该说认为，对于“利用职务上的便利”判定应当严格以国家工作人员的法定职责为基准。换言之，从事公务的国家工作人员具有何种权力与义务，一般都由法律、行政法规等严格规定，不得肆意扩大，否则有违反罪刑法定原则之嫌（肖扬，1994：182）。其二，“实际职务权限说”。该说认为，由于我国政府机构庞大，职责不清，形成了权力的交织现象。因此，国家工作人员实际职权范围远大于法律的明文规定（孙国祥，2011）。申言之，“利用职务上的便利”的判定不应拘泥于法律，只要存在关联性即可，所以该说也被称为“职务行为密切关联说”（张明楷，2011：1071）。其三，“实际影响力说”。该说认为，法规上即使并未明确某项职务，但其只要在公务员实质影响力所及，而与该公务员职务行为有关，都是其职务权限范围内的事务（甘添贵，2014：381）。

相较于理论界的学说讨论，司法实践中关于“利用职务上的便利”的认定同样混乱。一方面表现为“同案不同判”，司法判例的依据出现抵牾。例如在“孙杰受贿案”中，原审法院认为：“被告人利用其系建设银行高新区支行房地产金融业务部经理和建设银行陕西省分行住房金融与个人信贷部总经理助理、副总经理的职务便利，收受财物，为他人协调办理的抵押登记业务属于‘利用职务上的便利’，所以构成受贿罪。”然而，二审法院却认为：“该业务并不属于孙杰的业务和职权范围，孙杰与所请托之人也无职务上的管理、制约等关系，故对该起事实不应认定为受贿”（陕西省高级人民法院，2014）。另一方面，为了避免判决结果引起争议，部分法官选择模糊处理，即不直接明确行为是

“利用职务上的便利”抑或是“利用本人地位或职权形成的便利条件”。例如在“傅克受贿案”中，法院认为：“上诉人傅克身为国家工作人员，利用职务之便为他人谋取利益，非法收受贿赂共计人民币 127339.4 元，其行为已构成受贿罪。”（广东省湛江市中级人民法院，2018）

本文认为之所以出现上述情形，主要是因为我国关于“利用职务上的便利”的认定囿于实定法之内，缺乏对于动态社会生活的观照。因此有必要对现有学说进行反思，进而提出一个为实践所需的恰当理论。

## 二 既存学说的聚焦和评析

为了能够将刑事立法与司法适用相结合，消弭理论与实践的罅隙，笔者认为有必要对当前判定“利用职务上的便利”的各种学说予以剖析，进而探索易于理解和操作的规则。

### （一）法定职务权限说及其问题

持“法定职务权限说”的学者认为，“利用职务上的便利”的判定的标准只有一个，即国家工作人员相对应的法律准则。因为职务权限本质上是依照职务所获得的自由裁量权，而权力的限度则是由法律明文规定（邢雯，1998）。

笔者认为，此观点存在诸多问题。（1）存在明显的处罚漏洞。该说认为，有关国家工作人员受贿所利用的“职务便利”是依照法律、行政法规或服务章程之规定而定，因此倘若一项事务由法令或者其他行政上之规则规定而定，则相应的判定便不言自明。然而，鉴于现代国家体制与行政事务的多样化与复杂化，即使行政法令规定已经为数众多，理论上仍然难将国家工作人员为达成行政上目的必要的行为均事无巨细地以法令规定（川端博等，2006：374）。（2）与世界通行做法存在差异。世界上多数国家对于“利用职务上的便利”或“职务行为”（Official Act）的界定都不拘泥于法定职权。例如《美利坚合众国法典》

第18编第201条就规定：“公务员作为公务职能或以涉及公务委任或利益的身份，对任何时候自己都可能面对或依法移送到自己面前的任何问题、事项、主张、诉讼、手续及纷争所做出的任何决定和所采取的任何行动。”<sup>①</sup>（3）属于典型的古典犯罪论体系思维。古典犯罪论体系是以经验主义为基础，认为构成要件都是客观、记述并且明确的（张明楷，2010：6），基于此理论“利用职务上的便利”的内容是可以具体罗列出来的。

为了解决这一问题，有“法定职务权限说”支持者反驳道，“利用职务上的便利”本身就应该辩证地看待，即分为直接利用职务上的便利和间接利用职务上的便利。但是无论哪一种观点，核心皆在于“职务行为”的行使，而这一切都是由法定职权决定的（周光权，2003：531）。这种理解实际上是将“利用职务上的便利”的判定路径与职务行为的权力来源联系到一起，但如此理解存在两个疑问。其一，权力的来源与权力的行使是两个不同的概念，二者属于“应然”与“实然”的关系。即权力的来源与行使并非绝对的一致，多数情况下国家工作人员的实际权力大于法定的权力，例如，某市市长给该市的国有企业负责人“打招呼”，为人谋取工作岗位。换言之，非法定而实际拥有的权力同样可以发挥与公权力等值的功能。其二，该观点与2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）的内容不协调。《纪要》对“利用职务上的便利”的界定并不局限于法定的“主管、负责、承办”等个人职责上的分工，而是延伸到了“制约”的程度，即一种广义的约束力。对于此，“法定职务权限说”难以解释。

## （二）实际职务权限说及其问题

与“法定职务权限说”所包含判定标准的单一性不同，“实际职务权限说”是为了将“利用职务便利”判定延伸至与职务行为存在密切

---

<sup>①</sup> 18U. S. C § 201 (a).

联系的每一个角落。1997年《刑法》修订以后，有学者认为，如果利用与本人职务有关的便利条件通过第三者的职务便利为请托人谋利而受贿的，也应该解释为属于《刑法》第385条规定的范围；如果纯粹利用与本人职务无关的、第三者的职务的行为，则应该理解为《刑法》第388条规定的斡旋受贿罪（陈兴良，2001）。此理论旨在通过受贿罪与斡旋受贿罪的比较，凸显“利用职务上的便利”的行为特征。因而，该观点获得了多数人的支持。申言之，“实际职务权限说”导出的判定标准与职务行为存在关联性。

笔者认为，“实际职务权限说”的问题首先在于，它将受贿罪的本质归于“权钱交易”，所以既无法理清“利于职务上的便利”与“利用地位和职务形成的便利条件”关系，也无法提炼出正确的判定公式。详言之，由于《刑法》第385条和第388条都规定为受贿罪，因而“利用职务上的便利”与“利用地位和职务形成的便利条件”的关系及判定自然成为理论和实务界讨论的重点。目前无论持何种观点，都认为二者是“权钱交易”这一受贿罪本质在现实生活中的折射。但是在斡旋受贿情形中，国家工作人员实际上并不是“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，二者是完全不相同的概念。立法者在立法时也认识到二者的区别，即后者对于结果发生因果关系贡献上，只是使得更加容易实行贿赂人受期待的构成要件、强化了或保障了构成要件的实现，因此斡旋受贿罪的实现要求受贿人必须为请托人谋取不正当利益。申言之，“权钱交易”作为受贿罪本质，这一先入为主的观念致使其后的每一步论证都是在错误的逻辑前提下完成。基于对这种观点的反思，有学者开始尝试用教唆犯原理来解释斡旋受贿罪的结构（黎宏，2017）。

其次，“实际职务权限说”较之“法定职务权限”说究竟要向外延伸多远未尝得知。假设，一个国家工作人员的“法定职务权限”包含的行政自由裁量权总量为X，而“实际职务权限”包含的行政自由裁量权总量为Z，则可以表述为 $Z = X + \dots$ ，中间的差额理应成为“实际职务

权限说”论证的重点和创新点。然而，该标准并未澄清这一“差额”，却卷入了与另一概念（“利用本人职权或者地位形成的便利条件”）的对比中。如上所述，第388条虽然与第385条同属于受贿罪的亚种，但斡旋受贿罪的特殊结构决定其独立存在的必要。正如有学者指出，“利用本人职权或者地位形成的便利条件，实际上是一种未达到制约之程度但又超出一般亲友关系程度的影响关系”（朱孝清，2005）。故而，论证方向的错误会弱化“实际职务权限说”这一判定理论的功能，最终难免落入“法定职务权限说”的窠臼之中。

最后，该说对于构成要件的解释与刑法解释原理相悖。孙国祥教授作为“实际职务权限说”的倡导者，其进步之处在于将该说的内容具体化为7种类型，<sup>①</sup>此举显然利于司法人员在审判过程中对于该要件的把握。但是笔者认为，孙教授对于该说的解读存在肆意扩大的倾向，例如其认为“利用滥用职权所产生的便利条件”也属于“利用职务上的便利”的一种形式。无论是按照文义解释抑或扩大解释，都不能将“利用”解读为“利用滥用”，因为这不再是对犯罪构成要件的解释，而是额外的要素，这无疑违反了罪刑法定的精神。之所以出现此种情形，是因为我国学者对于日本“职务权限”认定方法的固守，但其忽略了日本早期是将受贿罪置于渎职罪体系之下的事实（曾根威彦，1991）。一旦将所有利用滥用职权的行为都纳入受贿罪的构成要件内，则滥用职权罪便会被架空，形成所谓的“僵尸条款”。我国司法实践也对这种解释方法予以抵制，例如在“凌志纯受贿、滥用职权案”中，法院认定：“被告人凌志纯明知项目实施单位未实际施工或未按项目实施方案进行投资建设、提供虚假材料送审送验，仍然违反规定处理公务，使相关项目顺利

---

<sup>①</sup> 孙国祥教授认为，受贿罪中“利用职务上的便利”具体可以分为7种形式：①利用本人直接主管、经办和参与某种具体公共事务的职权；②利用本人的一般职务权限；③利用滥用职权所产生的便利条件；④利用自己分管、主管的下属国家工作人员的职权；⑤利用不属于自己分管的下级部门国家工作人员的职权；⑥利用自己居于上级领导机关的地位而形成的对下级部门的制约力；⑦利用自己居于监督地位所形成的对监管对象的制约力。参见孙国祥，2011。

通过检查、验收，构成滥用职权罪。”（江苏省高级人民法院，2014）

### （三）实际影响力说及其问题

为了克服以上两种学说的缺陷，学界提出了“实际影响力说”。该说认为，判定行为是否属于公务员的职务行为主要考察其身份对于事态的发展具有实质影响（甘添贵，2014：382）。此理论具体适用又可以分为两种情形，我国大陆地区主要将其适用于斡旋受贿罪中“利用本人职权或地位形成便利条件”的判定，但是该说有蔓延至《刑法》第385条之趋势（郭纹静，2017：128）。

持肯定态度的学者认为：“在比较法上（特别是与日本相比）采取法定职权说是一种过于保守的见解，应该将公务人员所实施之行为在实质上有利用其本来职务之地位，在形式上具有公务性，且该行为又对本来职务执行之公正有影响力之行为，也应该纳入职务行为范畴。”（李锡栋，2011）持否定态度的学者认为，“实际影响力说”概念的使用实质上是将一种“非职务行为”的事务，转化为“职务上行为”的目的性扩张解释，这样的解释已经超出法律条文本身的含义，有类推适用刑法的危险（萧宏宜，2012）。

尽管我国大陆地区对于“实际影响力说”在受贿罪中的适用范围存在差异，但笔者认为即便是范围一致该说仍存在致命的缺陷。主要可以归纳为以下几点。其一，“实际影响力说”与“利用职务上的便利”强调的载体不同。受贿罪本质上是以职务行为公正性为核心的权力的“二次建构”，这种建构并不一定由其亲自完成，但不能脱离公务性的语境。而前者已经将受贿罪的语境扩展到了整个职务犯罪的序列中，使得权力所依托的载体放大至与国家工作人员有关联的一切人员中去。其二，“实际影响力说”是在日本刑法上的“职务密切关联性说”的基础上演化而来（西田典之等，2012），但是，究竟能够影响到何种程度，并不清楚。如果没有特殊的限制，这种思考一旦贯彻，越高级别的国家工作人员的职务行为权限范围就越广，影响力就越大，以至于越容易构

成受贿罪。倘若如此，则贿赂犯罪的处罚范围显然会过度扩张。其三，采用“实际影响力说”难以妥当说明相关的贿赂犯罪。按照该说导向的判定模式，我国刑法分则中的利用影响力受贿行为中，由于存在国家工作人员的影响力，可以判定为职务行为。然而，实际上本罪中主体并非国家工作人员，甚至可以说与第385条或第388条规定的受贿罪关系不大。申言之，该说弱化了受贿罪“公务性”的特征，而盲目突出“影响力”，如此难免会导致涵摄内容的泛化。

总体而言，理论上对于受贿罪“利用职务上的便利”的界定，或过于抽象、泛化，或者过于具体、狭隘，既没有对刑法规定做出细致的分析，也未给予当前的反腐败刑事政策以必要的关切，仅在封闭的文本体系内“捉迷藏”。故而，无法对受贿罪中“利用职务上的便利”界定做出恰当的回应。

### 三 “利用职务上的便利”界定的维度和展开

“利用职务上的便利”的界定之辨，表明对其识别仍不明晰，共识性的认同仍然需要继续探索和挖掘。行为是“目的性”而非纯粹“因果性”的事件，“职务行为”的理解更需要在实定法的基础上以社会相当性的视角去予以审视（韦尔策尔，2015）。既存的关于“利用职务上的便利”的讨论只是在现有论断中简单地“选边站”，或者采取一种自说自话的描述性而非命题证成式的研究方法，不够细致和深入，所以有失偏颇，不足以为疑难案件的解决提供有效的指导。

#### （一）“利用职务上的便利”界定的维度

“利用职务上的便利”的分析不仅要立足于受贿罪本身的特殊性和规制目的，而且不能脱离刑法中对于规范构成要件考察的基础性理论。在笔者看来，受贿罪“利用职务上的便利”的界定，应当从以下几个维度考量。



### 1. 界定“利用职务上的便利”应标示出职务行为的法定性

法定性并不代表法律无遗漏地对“利用职务上的便利”的种类完全背书出来，而是指应该有明确性的导向，这一点是与罪刑法定的精神相一致的。有论者认为，“职务行为”既然属于国家工作人员的公务行为，其法定性势必需要得以阐明（F. Minchew, 2017: 1825），故而最佳途径便是“利用职务上的便利”这一构成要件的确切性得以巩固。有学者由此进一步认为，构成要件确切性根源于三权分立制度中的分权原则，即只有代表民意的立法机关方可事先制定规制民众行为的刑罚法规，法官的任务就是将事物进行系统归类，将案件明确地归类于相关法律之下（孟德斯鸠，1982）。按照该种逻辑，“利用职务上的便利”应该可以通过构成要件的解释实现对具体内涵的全部囊括。但是笔者认为，“利用职务上的便利”既然作为公权力的行使形式，需要标示出其法定性，抑或是内涵的相对明确性，而这不同于上述学者所倡导的绝对明确性，原因如下。

其一，无论是记述的构成要件要素抑或是规范构成要件要素都难以达致绝对的目的理性。理论上对于记述构成要件与规范构成要件要素的区分是可以被证成的，但实践中是很难的。例如受贿罪中的“财物”一词，通说认为其属于记述的构成要件要素，不需要社会价值的补充，即可认定（蔡墩铭，1982: 67）。但是实际上并非如此，这也是为什么该问题的讨论再次热门的原因。笔者认为无论是“财物”的认定，抑或是对“利用职务上的便利”的考察，都离不开社会价值的填补，因为评价客体进入法律视域内，即表明其具有价值的关联性，“法益”的形成便是对这一原因的最佳诠释。换言之，受贿罪“利用职务上的便利”的界定无法实现绝对的明确性和法定性。

其二，“利用职务上的便利”的法定性并不意味着绝对的明确性。20世纪60年代美国最高法院在判例中创制了“不明确即无效”（void-for vagueness doctrine）的刑法合宪性审查原则，并且得到了德日等国家的积极响应（梁根林，2004）。这表明刑事立法并不能理所当然地制定

出明确无疑的法律，那种试图通过立法理性的概念逻辑演绎获取社会有效控制的方式是理想化的，所以我们能做的是在有限理性的视域内实现对行为的有效规范。与此同时，法定性和相对明确性并不矛盾，因而二者讨论的并非同一层面的问题。虽然《纪要》中对于“利用职务上的便利”做了一系列的解释，但并不全面，因为它囿于文本的封闭体系内探求真相，正如有学者所言：“应当按照权力阀门开启后，它所流进的地方去发掘真正的方向，否则你会被遮蔽双眼。”（卢克斯，2008：54）笔者认为，公共权力的持有者可能采取无言的预期同意的形式或对预期的可预见到的预期的形式；也可能是现实化的，而且归根到底，可以借助于示意和无法回答的暗示而得到清楚的表达。故而，我们应当将对于“利用职务上的便利”的研究视角从“条文本身的法定性”转向“职务本身的法定性”，也即“权力结构”上来。

## 2. 界定“利用职务上的便利”应该符合规范构成要件要素基本原理

根据评价体系的不同，构成要件被分为记述的构成要件要素和规范构成要件要素。详言之，记述的构成要件是由法官借由刑法立法自身的文本描述便可实现确证，而规范构成要件的界定则需要法官进行必要的价值填充。受贿罪之“利用职务上的便利”属于典型的规范构成要件要素，具有典型的类型结构，它属于人们社会道德实践领域，其对本质属性的识别已经超越了立法理性的限定（王昭振，2008：40）。故而“利用职务上的便利”的判定向外界呈现出开放性的姿态，它不但向审判机关开放，由法官进行价值评价，与此同时它也向社会大众开放，法官的认识很大程度上取决于社会大众的一般认识与社会实践的普遍原理，使法官与社会大众实现互动，从而达致刑法诠释学所倡导的“视域融合”。

然而在罪刑法定原则的强大磁场作用下，所有的构成要件要素都异化或将要演化为记述构成要件要素的聚合，丝毫不给规范构成要件要素存在留下余地。正如有论者认为，受贿罪中“职务行为”的合法性需要实现由规范构成要件要素向记述构成要件要素的过渡，如此法官的审判权才不会出现恣意样态（竹田直平，1961：2）。笔者认为，既然“利

用职务上的便利”作为规范构成要件要素，那么对其认定就应该借由法官依据社会价值予以评判，而非人为地割裂其与社会的关联性。一方面，随着社会的进步，其社会内涵也会得到逐步的发展与变化，所以试图为“利用职务上的便利”寻找一条普遍性的规则势必是徒劳的。另一方面，作为规范构成要件要素“利用职务上的便利”的存在是有其合理性的。立法者为规制受贿罪所侵害的法益在构成要件上已经明确其形式，但是并未确定具体内涵，究其缘由是立法者无法确定其具体内涵。故而法官无法从立法者处获得对于“利用职务上的便利”的理性认识，而需要从社会大众的道德文化实践中去寻找，此谓之“立法任务的司法负担”。遗憾的是，无论是立法者抑或是司法者都过于强调理性建构的现代化范式，造成了国家意志与本土文化的绝对对立以及人们对社会经验积累的轻视（谢晖，2000）。

### 3. 界定“利用职务上的便利”应体现出独立性

有学者认为，对于“利用职务上的便利”的界定，应该结合受贿罪的犯罪构成要件予以整体判断（孙国祥，2011），所以“收受财物”和“为他人谋取利益”自然成为其中一部分。详言之，“利用职务上的便利”与“收受财物”抑或者“为他人谋取利益”之间存在因果关系，所以受贿罪的本质特征便是权与利的不法交易，也即“利用职务上的便利”实质就是一种无形的“制约关系”。这也被视为“实际职务权限说”的理论根源。

本文认为，这是长期以来理论界对于“利用职务上的便利”这一要件属性的误解，实际上它并不依附于其他构成要件，且更多呈现的是其独立性的一面。如果受贿罪中“利用职务上的便利”与“为他人谋取利益”之间存在因果关系，则此罪的既遂点应该是为“他人谋取利益”之时。而根据《纪要》的规定，只要承诺、实施或者实现满足其中之一便成立，显然这与假设的前提是矛盾的。同样的原理，“利用职务上的便利”与“收受财物”之间也并不存在天然的关系。故而，我们需要正视“利用职务上的便利”这一构成要件的独立性，不能从上

述两个构成要件与其因果关系中推导其具体的表现形式。

## （二）“利用职务上的便利”的界定

### 1. 职务便利之界定需要法律介入可能性的支撑

“利用职务上的便利”的界定核心在于职务上的便利的考察，“利用”仅是对现存权限内容的“借用”而非“创造”，所以国家工作人员的行为要接受法律介入可能性的度量。法律介入可能性是指国家工作人员依据法律规定职权所能触及的事务的可能性（橘爪隆，2008）。换言之，国家工作人员法律介入可能性与职务行为概率是呈正相关的。“职务便利”包含权力主体和权力内容两个层面，前者圈定对象后者澄清内容，二者缺一不可，共同作用于对职务便利的界定。但是，职权在行使过程中经常会出现交织和叠加，因而本文认为应该借由国家工作人员的事务处理样态，即垂直型和水平型予以考察法律介入可能性的内容。

#### （1）垂直型

所谓垂直型主要是指同一部门的上下级之间，不同层级的政府及其部门以及经授权履行政府职责的其他组织之间在垂直方向上形成的各种权力关系（薛立强，2010：27）。《纪要》将这种权力行使方式进一步细化为隶属以及通过不属于自己主管的下级部门的国家工作人员的职务行为为他人谋取利益。此种情形下，对于事务有最终核定、批示权限的领导就该部门下层国家工作人员所办理的事项收受贿赂而为批示、指示时，基本上认为即使这些事项并非领导具体承办，但其仍然具有法律介入的可能性。例如，在“胡长清受贿案”中，法院认为胡长清虽然分管的不是交通、毕业生分配等工作，但是作为副省长其对于全省的政府工作都有法定的领导职权，这种权力本身是不可分割的。当其通过江西省交通厅对有关运输项目进行干预，收受财物时，就可以认定为是利用了其副省长的职务便利，而非斡旋，因此属于直接受贿而非斡旋受贿（江西省高级人民法院，2000）。笔者赞成法院的判决。因为当前我国社会的“官本位”思想余毒尚未清除，“官大一级压死人”的现象仍然

存在，所以上级领导虽然不分管某一业务，但若打招呼或写条子给下级部门，往往后者为了“明哲保身”，通常会按照上级意思办理。换言之，不论分管某一部门与否，上级的“指示”都会对下级产生重要影响。故而，对于这种情状应该按照刑法第 385 条规定的普通受贿罪处理，不需要满足“为他人谋取不正当利益”这一要件。

对于《纪要》中提及的“制约关系”的存在方式争议较大，有学者认为其只限于垂直型“制约关系”，也有学者认为既包括垂直型“制约关系”，也包括水平型“制约关系”（肖中华，2006：155）。笔者赞成第一种观点。因为所谓的“水平型”制约关系，归根到底都是由于国家工作人员隶属所形成的，而非就同一事务彼此都存在权力的交叉。例如“杨继仓滥用职权、受贿、巨额财产来源不明案”中，上诉人认为：“杨某收受翟××财物并非利用职务上的便利，所以不构成受贿罪。”针对该主张，法院认为：“杨某利用其所担任的蓟县消防大队大队长职务对翟××所在公司的制约关系，以借为名向翟××索要钱款，均属于利用职务上的便利收取财物，构成《刑法》第 385 条规定的受贿罪。”（天津市高级人民法院，2015）这里杨某的制约关系，实际上可以还原为其对于翟××所在公司的消防业务有隶属关系，所以并不是真正意义上的制约关系。

垂直型“制约关系”一般表现为上级可以凭借其本人在职务上对其下属单位和人员的领导的便利，利用下属单位及人员职务上的行为为他人谋取利益，而本人从中索取或收受贿赂（参见李洁，2003）。例如，某市教育局局长受人请托为请托人子女安排到本市国家重点中学学习，但该生并不符合该重点学校的招生条件，于是该教育局局长通过给该中学校长写“条子”的方式最终办成了此事，事后收受请托人财物，就属于利用职务上的便利而实施的直接受贿的行为。教育局局长虽然不具体管理升学事务，但其对中学校长的职务具有纵向的制约关系，该校长的利益很大程度上维系在其上级领导即教育局局长身上。而教育局局长正是利用这种关系将该校长作为其实现受贿行为的“工具”，所以实际

上其还是利用自己具有法律上介入的可能性。域外也有类似的判例，例如联邦最高法院2014年“美利坚合众国诉麦克唐纳案”（*United States vs. McDonnell*）就是典型的代表。<sup>①</sup>

## （2）水平型

所谓水平型是指相对于单一处理权限中公务处理的形态，也有就同一事务同时存在若干个处理权限的情形，但是各个权限涵盖的范围不同（薛立强，2010：27）。这里主要是指警察勤务区犯罪侦查时的情形。依照《公安派出所执法执勤工作规范》的规定，基于派出所的规划，一个派出所的管区被划分为若干执勤区<sup>②</sup>，作为个别警察执行日常任务<sup>③</sup>的基本单位。于是问题便产生：警察侦查犯罪的权限，是否也会受到勤务区划分的影响？详言之，当甲地区的警察对于发生在乙地区的犯罪，例如经营色情场所、违法砍伐森林等，因为收受了行为人的财物而不予查处，是否能够认为其具有法律上介入的可能性？对于此种情形我国《公安机关办理刑事案件程序规定》第十一章“办案协作”中第335～339条做了概括式的规定，却没有对未得到法定许可而在其他辖区进行犯罪侦查行为的性质做出正面回应。

笔者认为我国对于本部分所设情形应该认定主体具有法律上的介入可能性，理由如下。

其一，如果将其排除在法律介入可能性之外，容易引起其他国家工作人员模仿，进而形成犯罪学上的“破窗效应”。破窗效应最早产生于

① *United States vs. McDonnell*, 792F.3d478, 513 (4th Cir, 2015) .

② 第18条规定：“城区、城镇公安派出所应当在辖区内以社区为单位设立社区警务室，并根据社区规模、人口数量和治安情况在每个社区配备一名以上责任区民警。农村公安派出所根据辖区人口数量、地域面积、治安情况，实行民警驻村或者包片责任制。”

③ 第17条：责任区工作主要包括：人口管理、情报信息收集、安全防范、治安管理、服务群众。第335条：“对异地公安机关提出协助调查、执行强制措施等协作请求，只要法律手续完备，协作地公安机关就应当及时无条件予以配合，不得收取任何形式的费用。”第339条：“异地执行拘留、逮捕的，执行人员应当持拘留证、逮捕证、办案协作函件和工作证件，与协作地县级以上公安机关联系，协作地公安机关应当派员协助执行。”

美国心理学家津巴多 (Phillip G. Zimbardo) 的汽车实验,<sup>①</sup> 后来后来被美国社会学家詹姆斯·威尔森与乔治·科林予以理论化。主要是指在信息不对称的情形下, 匮乏者可能会不计风险与后果模仿他人之行为而不论合法与否 (伍德志, 2015)。具体到本部分所论之情形, 如果仅仅因为管理地区与职务所涉辖区不对应就予以非罪化, 势必会引起国家工作人员的模仿, 如此一来在跨区职务犯罪尤其是贿赂罪的犯罪率会大幅度提升。申言之, 此种现象不予以入罪, 不仅受贿行为增加, 关联性的行贿罪也会随之攀升。在信息不充足条件下, 为了避免或尽量减少国家工作人员之间不合法模仿, 我们就有必要通过一系列印象管理策略将正面信息符号注入其认知的鸿沟。将警察的跨区职务行为归入法律介入可能性的范畴内将会有效遏制其他警务人员的侥幸心理, 起到一定的预防功能。

其二, 犯罪成立基本原理的要求。通说认为, 无论是构成要件上的“三阶层”还是“四要件”都要求犯罪的成立具备客观要素, 所以需要行为人主观上予以认识 (马克昌, 2015)。然而, 有学者认为地点不属于需要认识“客观的超过要素”<sup>②</sup>, 因为如此会有悖立法初衷且扩大犯罪圈 (康诚, 2006)。笔者认为无论是何种学说, 都不影响将警察之行为为法律介入可能性的证成。一方面, 犯罪构成要求对于客观要素有主观上的认知, 是因为地点的不同对于行为危害性的评判将会产生重大影响, 例如刑法第 341 条第 2 款的非法狩猎罪明确为“禁猎区”。申言之, 在禁猎区以外狩猎并不会对环境秩序产生刑法上的作用。然而, 对于国家工作人员的职务犯罪 (受贿罪) 而言, 刑法并未对于职权适用的区域做特别的规定, 所以警察跨区的犯罪侦查行为应视为法定职权的征

---

① 津巴多将两辆同样的汽车分别置于不同的社区, 治安差的社区先后将其设施破坏或拿走, 而治安好的社区开始并未出现破坏现象。但是, 当津巴多和学生带头将车破坏后, 治安良好社区的成员也相继模仿。见 G. Zimbardo, 1969: 237-307。

② “客观的超过要素”是指犯罪构成中的某种超出了故意认识与意志的范畴, 而不需要行为人对此具有主观上的故意, 甚至不需要对应的主观内容。见张明楷, 1999。

表。另一方面，如果承认地点是不需要认识的“客观的超过要素”那就更加容易验证笔者的观点，即无论国家工作人员是否认识到自己未经许可跨区进行犯罪侦查都不能否认其在法律上介入该事务的可能性。

### （3）监督型

除了垂直型和水平型的公务样态外，还存在另外一种特殊公务权力形态——监督型。其特殊之处在于监督者与被监督者并不具有明显的隶属或制约关系，但却会对另一方的利益造成重大甚至是致命的影响。一项公共权力的产生和运行，无疑都需要配套的监督体系与之呼应，否则只会让民众处于焦虑与不安中（R. Melnick, 1994）。有论者认为，所谓监督型，主要是指利用自己居于监督者的地位，通过被监督者为第三人谋取利益（孙国祥，2011）。本文认为这种对于监督的理解过于狭隘，对于将权力监督的模式仍然停留在单一的“以权力制约权力”的层面。目前我国的权力监督体系呈现“单向型”的特征，终极的权力监督落在了社会大众的身上。此种背景下，我国公共权力中的监督就应该得到延展，正如有学者认为，破除中国监督机制的功能性困境应当坚持全局思维（蔡林慧，2012）。

为了合理控制监督权限的主体范围，笔者认为，一方面不能盲目地将监督型的主体扩张至所有法律受众，因为在现阶段他们的监督权尚未完全达致影响监督者的程度，且我国《宪法》虽然赋予普通民众主人翁的地位，但这并不等同于承认其具备国家工作人员同等的法律地位。换言之，民众是权力行使的获益者而非执行者。另一方面，也不能仅仅局限于实定法所规定的监督群体，诸如检察院对错案的监督，安监局对于房屋工程的监督等。最为妥当的理解是将《纪要》中所规定的负责、主管、承办实际上归纳为监督型。因为“负责、主管、承办”本身就隐含着对于该项公共事务的“监督”，而且这里的“国家工作人员”通常对第三人本身就具有监督义务。司法实践通常也采用此种观点，例如在“谢国荣、陈叶受贿案”中，原判法院认为：“被告人谢国荣担任广东电网公司佛山顺德供电局乐从供电所所长，负责配网工程全过程管



理、安全技术和安全生产的监督与管理等工作，利用职务之便收受财物构成受贿罪。”（广东省佛山市中级人民法院，2017）如果将“监督、承办、主管与负责”区隔开来，则不仅难以与我国的国情相映照，而且还会造成审判依据的混乱。

## 2. 职务便利之判断需要事实参与可能性的证成

欠缺事实参与可能性分析的法律介入可能性所呈现出来的只能是冰冷的法条，而缺乏法律介入可能性的事实参与可能性考量也将退化成毫无根据的臆想。受贿罪中职务便利的界定需要法律介入可能性的支撑，无论是《纪要》中提及的“主管”、“负责”、“隶属”抑或是引申出来的“制约”，都是为职务行为判定寻找实定法上论据的过程。或许我们可以说一个缺乏法律依据的职务便利判定是可能的，但很难说它是合理的（张威，2014）。尽管如此，“利用职务上的便利”的判定仍然是一个国家工作人员事实参与可能性的识别过程，只是这个过程需要有法律介入可能性的支撑，是建立在实定法这个客观存在基础上的主观性分析。此处的“事实参与可能性”是指国家工作人员在现实生活中凭借职权所能介入或者干预的社会领域（橘爪隆，2008）。申言之，是在法律介入可能性证成前提下具体化的过程。然而，相较于“法律介入可能性”，“事实参与可能性”是超越法规范的事实因素的筛选，笔者认为对于其判定可以借助社会相当性原理。究其原因在于，“法律介入可能性”的判定很大程度上是依靠法律或者法规性的义务去辨别主体行为的属性，因此应该沿着国家工作人员处理公务样态的方向寻找答案。而对于“事实上参与可能性”考察主体的特殊性，是由“利用职务上的便利”本身属于开放构成要件或者说“职务上的便利”属于规范构成要件要素的性质所决定的。由于它的评价主体是社会大众，评价的依据是事实上的习惯，所以很大程度上与社会相当性原理契合，因此笔者将运用该理论对其进行判定。

韦尔策尔明确将社会相当性定义为：“所有处于共同体生活的历史形成之社会道德秩序内的行为，都是社会相当的行为。”（Welzel，1947）

按照韦氏的逻辑，社会相当性不仅是一个功能性秩序理论，同时还是一个价值性秩序理论（Welzel，1939）。德国学界通说也将社会相当性看作是事实层面与价值层相统一的理论，所以对其判定也自然分为两个阶段。第一个阶段要看某种行为在社会生活中是否具有事实上的通常性，第二个阶段是考察行为是否符合本国历史形成的道德秩序并因此而获得社会的认可。

然而，笔者对于德国通说并不完全赞同。理由在于，社会相当性作为从国家文化和道德中提取的理论，它无疑可以对于行为的通常性做出判定，但不能以此就推导出该行为是社会认可之行为。因为无论何种评价体系（社会规范或法规范），对于行为的审视都需要将客观的物理举动与主观的心理目的结合进行综合考量。例如受贿罪的判定，既需要“利用职务上的便利”这一构成要素的充足，也需要具备“为他人谋取利益”要件。显然，二者缺一不可，单纯对于前者的社会相当性认知并无法证成行为违法与否。正如有学者所言：“社会相当性理论只能完成行为通常性的诠释，它并不是正当化事由的理论源头。”（陈璇，2010：200）具体到利用社会相当性理论来判定“事实参与可能性”则表述为：若存在这种相当性则可以推导出事实参与的可能性，也即属于“利用职务上的便利”。其实这一理论并非笔者首创，德国学者温弗里德·哈赛默（Winfried Hassemer）在对于帮助犯的构成上就尝试利用社会相当性原理来进行限缩解释（Hassemer，1995）。而本文中的受贿罪实际上也可以看作行贿罪的帮助行为，故而有了适用上的逻辑自洽性。在此基础上，笔者认为利用社会相当性判定国家工作人员“事实参与可能性”可以分为两种情况，符合其中一个即可。

第一，从所处的领域或者行业来看，国家工作人员的某一行为应当具有正常性。毋庸置疑，职业行为领域具有先于实定法的规范结构。这一规范结构和后来的实定法规范在涵摄的内容上存在重合之处，但是我们不需要对前者进行系统分析，仅需要筛选出对刑法起补充作用的规范结构即可。以银行为例，其规范结构实际上分为两类。一种是技术类的

结构。这种结构涉及的是复杂行为领域内的有效组织和透明化，它同时也划定了在特定情况下银行能够做出同意和承诺行为。另一种则是规范类型的结构。这种结构表现为对国家制定法的注释或者具体化，例如国有银行内部也存在协助国家追查赃款赃物的规定（Hassemer，1995）。技术类的结构存在的意义在于所处行业的业务活动得以顺利开展，所以它更多聚焦于本部门自身的利益。相较之而言，后者涉及的则是所处部门为了贯彻国家制度而设定的细则，因此比起前一种类型来说，它与实定法的精神和原则关系更为密切。

这里需要注意的是，“事实参与可能性”的判定是在符合“法律介入可能性”的基础上展开的，所以如果前者不成立后者即便满足也不能划入“职务便利”的范畴。例如“孙杰受贿案”，从所处部门来看，作为住房金融与个人信贷部的负责人显然具有参与协调办理的抵押登记业务的可能性，但是该行为还必须满足“法律介入可能性”要件，否则予以排除。而根据《中国人民建设银行贷款担保办法》第3章关于抵押的规定可知，其并未对于办理抵押登记的主体予以明示，所以其行为虽然符合“事实参与可能性”，但是由于不满足“法律介入可能性”的要件，仍然不构成“利用职务上的便利”。又如上文中提及的教育局局长受人请托，通过给中学校长“写条子”的方式安排他人上学，这在当前我国的教育领域内并不少见或者说已蔚然成风，故而从所处的行业来看该行为具备通常性。易言之，此种情况中，国家工作人员具有“事实参与可能性”。

第二，从社会大众的角度来看，国家工作人员的某一行为应当具备通常性。法律行为所呈现的是一种社会事实，所以它与自然事实的重要区别就在于获取和认知自始至终都无法摆脱特定社会背景下人的主观价值因素。正如有学者所言：“任何个体或者团体的行为都是被同时代的社会背景所包摄，故而它所投射出来举动的意义就必须借助这一语境来识别。”（Rehbinder，2007）判断国家工作人员行为的“通常性”，纯粹统计学上的概率并不是其全部内容。因为，行为出现的频率或者周期的

长短所形成的比例关系，从来就不可能有一个固定的值。所以在这种情况下，关于通常性的判断就需要参考特定社会背景下法律受众的一般观念。

德国通常将法院判例所创造的“法官的法律”作为一般观念体现，将其用于通常性的识别。但是，笔者认为这种做法并不适用于我国。主要原因在于，德国社会同质化程度高，法律已经渗透到社会的各个角落，所以可以认为从判例中提取的习惯法即可满足社会治理的需要。相反，我国立法中的明确性问题可能滞留到司法层面借由法官去面对，所以此种情形下司法判决积累尚无法成为填补法律资料。换言之，法律受众的一般观念应当成为判断职务行为通常性的依据。可能有学者会质疑法律受众的一般观念是否可以担负起社会通常性识别重任。本文认为，行为是社会语境下的行为，对其评价的话语权原本就应该掌握在社会大众手中。只是后来随着契约性社会的建立，这种话语权一部分让渡给国家借由法律承担，但社会评价的资格得以保留，所以不用担心大众一般观念对于通常性判断出现偏差。例如警察未得到许可跨区侦查，此种行为是否具有通常性？我国《宪法》规定国家工作人员的宗旨是为人民服务，那么这种服务必然不区分时间和场合，所以公民都对于国家工作人员职务行为正当性存在合理期待。也即，在一般人看来只要在国家领土范围内的处理公共事务的行为就是职权行为，而不用刻意区分具体地点。

#### 四 “互动理论”的实践意义<sup>①</sup>

将“互动理论”作为受贿罪“利用职务上的便利”的界定标准，一方面，对于未来受贿罪的立法完善具有指导意义；另一方面，也是最

---

<sup>①</sup> 为了方便论述，笔者将“法律介入可能性”和“事实参与可能性”的互动理论简称为“互动理论”。

为重要的，利于对立法目的的理解，这一目的渗透到犯罪构成要件甚至犯罪构成要件要素的每一个枝节，通过它们予以反映，同时也为构成要件的诠释提供思路。“互动理论”对于受贿罪“利用职务上的便利”的解释具有足够的张力，不仅能够弥补其他学说的诠释窘境，同时还可以对于一直以来司法实务中的既定做法给予更强的说服力，从而有助于实践中具体案件的解决。

### （一）相对于“法定职务权限说”而言，更利于确定受贿罪的不法类型

理性至上与科学实证主义成为刑法犯罪构成中记述构成要件要素产生的原始动力，不管是抽象的独断论抑或是后来的法实证主义，都对于形式理性钟爱有加（王昭振，2009）。“法定职务权限说”正是在这一思想的诱导下所产生，它致力于通过对实定法概念与逻辑演绎到达毫无漏洞的概念金字塔。然而，现实中此种方法根本行不通。原因有两个方面。

其一，与《纪要》对于“利用职务上的便利”的解读存在矛盾。按照“法定职务权限说”的逻辑，判定属于职务行为的终极标准为实定法。然而，《纪要》中将职务上的“制约关系”纳入“利用职务上的便利”的一种形式，是否为其他部门法所涵摄？本文认为不无疑问。“制约”有指制衡、约束之义，而能够达到这一效果的原因是多方面的，单纯依靠制定法有限的解释机能是难以完成的。例如，上文中提及的“胡长清受贿案”（江西省高级人民法院，2000）中，由于其分管的领域中不包括交通，所以“法定职务权限说”推导出的答案是不构成犯罪的。那么司法机关是如何认定其构成受贿罪呢？易言之，在“法定职务权限说”看来，胡某的行为不属于利用职务上的便利，不构成受贿罪。显然，这与法院的判决是相悖的。退一步说，即便是依照《纪要》中所提及的国家工作人员职务上的制约关系，那何为制约关

系，答：法律所作的规定。法律所作的何种规定？答：制约关系。如此会陷入一个自我循环论证的泥潭。

其二，忽视了“职务上的便利”属于规范的构成要件要素的特性。“利用职务上的便利”作为规范的构成要件要素，并非完全依靠实定法的理性能够完全把握的东西。申言之，它与社会道德、文化等紧密相关，属于经验范畴，其内涵是流动的而非固定的，这是实定法所不能囊括的。例如，对于领导向下属使了一个眼色，进而请托事项得以实现。实定法并未将此种举动圈入“职务便利”，但这在社会大众的价值判断仍然属于违法的。这种差异出现的原因在于，立法迫切想为规范构成要件要素寻找一条普适的标准，然而本质上立法者根本无法确定其具体内涵。申言之，“利用职务上的便利”的判定不是法官从立法目中去探求，而应该从社会大众的道德文化实践中去追寻，这一逻辑的层次性是不允许颠倒的。

按照本文所倡导的互动理论，对于受贿罪“利用职务上的便利”的判定分两步完成。第一步，从法律介入可能性的角度分析，胡长清虽然不是主管交通的领导，但是按照其处理公共事务的权力形态来看属于垂直型，所以充足第一个条件。如果仅到这一步，则互动理论优于“法定职务权限说”之处还未体现出来。第二步，按照事实参与可能性的观点，副省长的职业特性决定了胡长清会经常接触全省各个部门的负责人进而了解辖区的发展现状，此举的通常性和必要性与刑法相一致，所以符合社会相当性原理，也符合法律受众的一般认知。综上分析，胡长清作为副省长虽然介入不属于自己分管的行业，但其公务行为具备进入此领域法律上介入的可能性和事实参与的可能性，故而仍然属于“利用职务上的便利”，构成受贿罪。

（二）与实际职务权限说相比，将“利用职务上的便利”内容类型化

学界逐渐认识到“法定职务权限说”的缺陷，进而提出了“实际

职务权限说”。目前“实际职务权限说”为我国学界的通说，它的逻辑起点是将受贿罪的本质视为“权”与“利”的交换，而这又可以概括为“制约关系”。故而，该说认为“利用职务上的便利”就是直接制约关系和间接制约关系的体现（李洁，2003）。上述提及孙国祥教授将该理论具体化为7种类型，显然，此种分类的价值无疑是值得肯定的，它对于司法实践具有参考价值和指导意义，但是笔者认为其努力的方向并非全无疑问。一方面，刑法作为最“严厉”之法，尽量将其中的构成要件明确化或精确化本身并没有错，但试图达致自然科学之精确度，恐难以实现。因为，刑法对于研究对象的考察除了客观事实之外，同时还要进行价值的衡量（杨仁寿，1999：30）。本文论述重点是“职务上的便利”，而实践中公权力的行使样态可谓“五花八门”，为求全面囊括而将与职务有关的所有行为都视为“职务行为”，存在将非职务行为类推为职务行为之嫌疑，且犯罪打击面过于宽泛。例如将“滥用职权所产生的便利条件”也划入到“利用职务上的便利”的阵营，难免会使受贿罪与滥用职权罪相混淆，二者难以有效区隔。虽然在司法实践中遇到此种情形，我们可以通过罪数理论（存在竞合，从重处罚，以受贿罪论处；不存在竞合，则可能数罪并罚）来解决，但是不能以此为由在违法构成要件符合性上人为地创设不必要的障碍。另一方面，“利用职务上的便利”所析出的7种形式本身就存在交叉，所以在认定时无疑会增加认定上的困难。例如，在“利用不属于自己分管的下级部门国家工作人员的职权”、“利用本人的一般职务权限”以及“利用滥用职权所产生的便利条件”之间无法做出区分。如此一来，此种具体化的价值就大打折扣，而本文对于公务样态的划分显得更为合理。基于此，笔者认为互动理论更能合理地对“职务上的便利”做出说明。

以上文中的“孙杰受贿案”为例，按照“实际职务权限说”，受贿罪成立与否关键在于查明孙杰担任建设银行高新区支行房地产金融业务部经理和建设银行陕西省分行住房金融与个人信贷部总经理助理、副总

经理实际享有哪些权力。显然，该说不仅回避了如何判定职务行为，而且将问题转移到何为特定国家工作人员的实际拥有的权上来。法院的判决理由也是遵循这种思路，因为抵押登记业务并不属于孙杰的业务和职权范围，所以不属于“利用职务上的便利”进而否定受贿罪的成立。此种理由看似符合逻辑，但实际经不住拷问，例如为何抵押登记业务不属于其孙杰业务？除此之外，即使在案发地区，孙杰所在的岗位实际上对于协调办理的抵押登记业务享有一定的决策权，是否就能够将其扩大至全国的建设银行抑或者延展至所有的国有银行显然存在疑问。笔者认为，哪怕是同一行业，不同地区的职业习惯也未必相同，所以基于此而确立了的共同义务或习惯并不具有普适性。正如美国学者吉尔兹所言：“法律，乃是一种地方性知识，它与地方传统习俗密切相关。”（Geertz, 1983: 94）依照互动理论，先判断孙杰是否具有法律上介入抵押登记业务的可能性，而后再进入到下一环节的判断。根据《中国人民建设银行贷款担保办法》第3章关于抵押的规定可知，其并未对办理抵押登记的主体予以明示，所以孙杰之行为便欠缺“法律介入可能性”。申言之，就此否定了主体构成要件符合性中的行为要素，故而不成立受贿罪。

### （三）相对于实际影响力而言，能将直接受贿与间接受贿（斡旋受贿）区别开来

2003年的《纪要》除了对“利用职务上的便利”认定做了概括性的说明之外，还将“利用职权或地位形成的便利条件”的内容予以阐述，<sup>①</sup>希冀能够清除直接受贿与间接受贿区分上的障碍。

---

<sup>①</sup> 《纪要》第（三）规定：刑法第388条规定的“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，如单位内部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。



对于我国《刑法》第388条所规定的“利用职权或地位形成的便利条件”界定，“实际影响力”是目前学界通说。概言之，“利用职权或地位形成的便利条件”的核心内容就是职务的影响力，但是这种影响力是大于亲友关系而又小于制约关系。为了消除该说饱受诟病的抽象性和空洞性，有学者将其与“制约关系做对比”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；而‘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。”（游伟、谢锡美，2001）上文中提及，“实际影响力”说在我国大陆地区的适用有扩展至《刑法》第385条适用的趋势，于是就产生了下列两个问题。

其一，如果“实际影响力说”仅在斡旋受贿罪适用，是否就可以达到界分与直接受贿的效果？从“实际影响力说”的构造上看，通过对职务行为的识别的确可以将斡旋受贿与直接受贿辨别开来，但是在应用环节却难以践行。正如有学者认为：“影响力的内涵和外延都不明确，很难将其与制约关系相区别。”（黎宏，2017）以“陈某受贿案”为例，原审法院认为：“被告人陈某系怀化中院依法从事公务的国家工作人员，利用职务上的便利，伙同他人非法收受他人财物，为他人谋取利益，构成受贿罪。”陈某及上诉人认为：“收受明某公司好处费6万元的行为应适用《刑法》第三百八十八条，虽收受财物，但其没有为请托人谋取不正当利益，所以不构成受贿罪。”二审法院最终认为：“陈某的行为性质并非利用本人职权或地位形成的便利条件从中斡旋，而是与杨某、张某直接共同受贿，应当依照《刑法》第三百八十五条的规定，认定上诉人陈某构成直接受贿罪。”（湖南省张家界市中级人民法院，2017）

针对此案中的争议，即便按照“实际影响力说”恐怕也难以作出正确的判断。陈某作为非执行局人员，但是起到协助作用，继而与法院执行局杨某等由此产生了关联。如果按照“实际影响力说”，本案中陈某作为助理审判员，对于执行局人员之行为确实不存在所谓影响意志自由之情形，则构成斡旋受贿罪。显然这一结论与法院判决相悖。笔者认

为按照互动理论不仅结论与法院审判结果一致，而且更加具有说服力。从法律参与可能性的角度分析，根据《执行局内部管理制度》规定：“负责办理该院受理或移送的民事执行案件、财产型案件和外地法院委托执行的案件。”由此可见执行局有配合执行法院判决的义务，而陈某作为法院助理审判员自然具有参与的可能性。接着从事实介入可能性的角度来看，作为和执行局一起处理此次执行案件的人员，也当然具有事实参与的可能性。因此，陈某的行为符合《刑法》第385条之“利用职务上的便利”，进而构成直接受贿罪。

其二，如果“实际影响力说”适用整个受贿罪，是否比其他学说在职务行为认定上更具优势？笔者认为答案是否定的。与其他学术相比，“实际影响力说”并没有对于“职务行为”的具体内容抑或者判定公式作出明示。有学者想通过直接受贿与斡旋受贿的比较，将“影响力”定格在大于亲友关系而又小于制约关系的域值内。但笔者认为，这一目的难以实现。一方面，社会关系本来就是历史、文化、风俗的背景所构建的关系网格，差异性较大，不同职业间更是如此，正所谓“百里不同俗，十里不同风”。所以将“影响力”和“制约关系”的区分作为逻辑起点本身就注定了结论难以在实践中展开。另一方面，“实际影响力说”是将排除“制约关系”以外的“影响力”作为其核心内容。这使得它与制约关系形同水火，自然无法进行体系性的说明，故而应当予以剔除。否则，只会使得受贿罪与斡旋受贿缠绕在一起，难以区分。

#### （四）能为构建“既严又厉”的受贿罪治理体系做出实质性贡献

如果按照刑法规制的广度和力度的组合来对刑法治理模式予以分类，大致可以归为四种：既严又厉（罪状设计严密、刑罚严苛）、不严不厉（罪状不严密、刑罚不严苛）、严而不厉（法网严密而刑罚不严

苛)、厉而不严(刑罚严苛而法网不严密)(储槐植,2000)。不管是从我国当前贿赂犯罪的严峻形势出发,还是为了实现与《反腐败公约》的接轨,笔者都认为应该在我国确立“既严又厉”的受贿罪治理体系。正如有学者所言:“由于我国不具备对贿赂犯罪采取‘严而不厉’规制模式的基础,所以在刑法上应该保持足够的威慑力”(孙国祥,2012:62)。就本文而言,问题在于如何在现有的受贿罪治理体系下做到“既严又厉”。

众所周知,与1997年《刑法》相比,《刑法修正案(九)》对于受贿罪处罚的整体变更呈现轻缓化的趋势。有学者认为:“此种规定表明我国对于受贿罪道德治理正走向‘严而不厉’的方向。”(黎宏,2017)笔者认为这种观点是有问题的。一方面对于受贿罪治理的“既严又厉”并不是单纯体现在刑罚上的重,而是要将其与具体的犯罪情节联系起来。例如受贿罪中数额与刑罚的比例关系,并非衡量治理体系唯一标准。另一方面,“既严又厉”并不是仅指罪和刑的组合,它还意味着在尊重现有规定的情形下,如何对于构成要件进行解释的认定。“既严又厉”的受贿罪刑法体系在本文中的具体化可以表述为:如何将《刑法》第385条所规定的直接受贿罪予以严格界定,防止其异化为第388条所规定的斡旋受贿罪。申言之,防止罪质由重向轻逃逸。

笔者认为在这一点上,互动理论起到了至关重要的作用。具体而言,上文中的阐述已经论证了互动理论较之于其他学说的优势,而在我国受贿罪的法条进路下,如何区分直接受贿罪与斡旋受贿罪就是严密法网的关键。然而两罪的实质性区别在于“利用职务上的便利”与“利用职权或地位形成的便利条件”。互动理论为准确界定“利用职务上的便利”提供了指南,这无异于划定了直接受贿罪的犯罪圈,避免了嬗变为斡旋受贿罪的可能性。基于此,可以毫不夸张地说,互动理论为构建“既严又厉”的受贿罪治理体系作出了实质性贡献。

## 参考文献

- 甘添贵, 2014, 《刑法各论》(下), 三民出版社。
- 邢雯, 1998, 《试论受贿罪利用职务上的便利》, 《法学研究》第6期。
- 张明楷, 2010, 《犯罪构成体系与构成要件要素》, 北京大学出版社。
- 蔡墩铭, 1982, 《中国刑法精义》(第三册), 汉林出版社。
- 蔡林慧, 2012, 《试论中国行政监督机制的困境与对策》, 《政治学研究》第5期。
- 陈兴良, 2001, 《受贿罪研究》, 载陈兴良主编《刑事法判解》第3卷, 法律出版社。
- 陈璇, 2010, 《刑法中社会相当性理论研究》, 法律出版社。
- 储槐植, 2000, 《议论刑法现代化》, 《中外法学》第5期。
- [日]川端博、西田典之、原田國男、三浦守共編, 2006, 裁判例コンメンタール刑法第2卷(小川新二執筆), 立花書房。
- 甘添贵, 2014, 《刑法各论》(下), 三民出版社。
- 广东省佛山市中级人民法院, 2017, 粤06刑终第955号刑事裁定书。
- 广东省湛江市中级人民法院, 2018, 粤刑二终字第96号刑事判决书。
- 郭纹静, 2017, 《刑法中的职务便利研究》, 中国检察出版社。
- 湖南省张家界市中级人民法院, 2017, 湘08刑终70号刑事裁定书。
- 江苏省高级人民法院, 2014, 苏刑二终字第0025号刑事裁定书。
- 江西省高级人民法院, 2000, 赣刑二终字第02号刑事裁定书。
- 康诚, 2006, 《“客观的超过要素”视野下的主客观相统一原则》, 《江西社会科学》第4期。
- 黎宏, 2017, 《受贿犯罪保护法益与刑法第388条的解释》, 《法学研究》第1期。
- 李洁, 2003, 《受贿罪法条解释与评析》, 《河南省政法管理干部学院学报》第5期。
- 李锡栋, 2011, 《日本法上贿赂犯罪职务行为之研究》, 《法学丛刊》第7期。
- 梁根林, 2004, 《罪刑法定视野中的刑法合宪审查》, 《法律科学》第1期。
- 林山田, 2012, 《刑法各罪论》(下), 北京大学出版社。
- [美]卢克斯, 2008, 《权力:一种激进的观点》, 彭斌译, 江苏人民出版社。
- 马克昌, 2015, 《比较刑法原理——外国刑法学总论》, 武汉大学出版社。
- [法]孟德斯鸠, 1982, 《论法的精神》(上册), 张雁深译, 商务印书馆。
- 橘爪隆, 2008, 警察官の一般的職務権限と収賄罪の成否, ジュリスト, 1352号, 頁152-153。
- 陕西省高级人民法院, 2014, 陕刑二终字第00009号刑事判决书。
- 孙国祥, 2011, 《受贿罪“利用职务上的便利”新论》, 《法学论坛》第6期。
- 孙国祥, 2012, 《贿赂犯罪的学说与案解》, 法律出版社。
- 天津市高级人民法院, 2015, 津高刑二终字第7号刑事裁定书。
- 王昭振, 2008, 《犯罪构成视野下规范构成要件要素基础理论研究》, 中国检察出版社。
- 王昭振, 2009, 《类型思维:刑法中规范构成要件要素存在的法理根据》, 《法制与社会

- 发展》第1期。
- 〔德〕韦尔策尔, 2015, 《目的行为论导论——刑法理论新图景》(增补第4版), 陈璇译, 中国人民大学出版社。
- 伍德志, 2015, 《论破窗效应及其在犯罪治理中的应用》, 《安徽大学学报》(哲学社会科学版)第2期。
- 西田典之、高橋宏志、能見善久等編, 2012, ポケット六法平成25年版, 有斐閣, 頁1457-1458。
- 萧宏宜, 2012, 《贿赂罪的“职务上行为”概念——兼评99年度台上字第7078号判决》, 《东吴法律学报》第1期。
- 肖扬, 1994, 《贿赂犯罪研究》, 法律出版社。
- 肖中华, 2006, 《贪污贿赂罪疑难解析》, 上海人民出版社。
- 谢晖, 2000, 《判例法与经验主义哲学》, 《中国法学》第6期。
- 薛立强, 2010, 《授权体制: 改革开放时期政府间纵向关系研究》, 天津人民出版社。
- 杨仁寿, 1999, 《法学方法论》, 中国政法大学出版社。
- 游伟、谢锡美, 2001, 《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》第1期。
- 〔日〕曾根威彦, 1991, 《受贿罪——以职务权限论为中心》, 张凌译, 《环球法律评论》第2期。
- 张明楷, 1999, 《“客观的超过要素提倡”概念的提倡》, 《法学研究》第3期。
- 张明楷, 2011, 《刑法学》, 法律出版社。
- 张威, 2014, 《论排除合理怀疑的动态界定》, 《中国刑事法杂志》第2期。
- 周光权, 2003, 《刑法各论讲义》, 清华大学出版社。
- 朱孝清, 2005, 《斡旋受贿的几个问题》, 《法学研究》第3期。
- 〔日〕竹田直平, 1961, 《法规范及其违反》, 有斐閣。
- F. Minchew. 2017. “who put quo in quid pro quo? why courts should apply mcdonnell’s ‘official act’ definition narrowly,” *Fordham Law Review*, Vol. 85, p. 1825.
- Geertz, 1983, *Local Knowledge—Further Essays In Interpretive Anthropology*, Harper Collins Press.
- G. Zimbardo, 1969, “The Human Choice: Individuation, Reason, and Order Versus Deindividuation, Impulse, and Chaos.” *Nebraska Symposium on Motivation* 17, edited by W. T. Arnold and D. Levine, pp. 237-307.
- Hassemer, 1995, *professionelle Adäquanz*, *Zeitschrift für Wirtschaft. Steuer. Strafrecht* (wistra), S. 81.
- Manfred Rehbinder, 2007, *Rechtssoziologie*, 6. Auf., Verlag C. H. Beck, S. 58.
- R. Melnick, 1994, *Between the Lines: Interpreting Welfare Rights*. Booking Institution.
- Welzel, 1947, *Das Deutsche Strafrecht*, Walter de gruyter & Co., S. 35.
- Welzel, 1939, *Studien zum system des Strafrecht*, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 58 Band, S. 517.