



刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 46

◆ 赵秉志 / 主编

◆ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

本卷要目

反腐败问题专栏

【王 充】

论受贿罪中“为他人谋取利益”

【周振杰】

惩治企业贿赂犯罪的冲突模式与合作模式研究

中国刑法

【王复春】

但书：一种体系外出罪机制

【张道许】

转基因作物的风险管理与刑法规制

外国刑法

【[德] Eric Hilgendorf】

是否存在“风险社会的刑法”？

【孙建保】

苏俄（联）刑法中社会危害性概念内涵

嬗变的“点”型勾勒

区际刑法

【卢映洁 李嘉泰】

台湾地区非法吸金之法律规范适用及实务案例分析

国际刑法

【王秀梅 任成堡】

哲学视域下的恐怖主义概念的界定

2016年第2卷

第46卷



法律出版社
LAW PRESS CHINA

刑法论丛

CRIMINAL LAW

REVIEW VOL. 46

■ 高铭喧 / 学术顾问

■ 赵秉志 / 主 编

■ 阴建峰 / 副主编

■ 袁 彬 / 专业编辑

■ 北京师范大学刑事法律科学研究院 / 主办

中文社会科学引文索引 (CSSCI) 来源集刊

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法论丛. 2016 年. 第 2 卷: 总第 46 卷 / 赵秉志主编. —北京: 法律出版社, 2016. 6

ISBN 978 - 7 - 5118 - 9704 - 6

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法—文集 IV.
①D914.04 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2016) 第 155734 号

刑法论丛 (2016 年第 2 卷 ·
总第 46 卷)

赵秉志 主编

责任编辑 黄倩倩
装帧设计 李 瞻

© 法律出版社 · 中国

开本 A5

版本 2016 年 6 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 北京京华虎彩印刷有限公司

印张 18.375 字数 520 千

印次 2016 年 6 月第 1 次印刷

编辑统筹 学术 · 对外出版分社

经销 新华书店

责任印制 陶 松

法律出版社 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

电子邮件 / info@lawpress.com.cn

网址 / www.lawpress.com.cn

销售热线 / 010 - 63939792/9779

咨询电话 / 010 - 63939796

中国法律图书有限公司 / 北京市丰台区莲花池西里 7 号 (100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店 / 010 - 63939781/9782

重庆公司 / 023 - 65382816/2908

北京分公司 / 010 - 62534456

西安分公司 / 029 - 85388843

上海公司 / 021 - 62071010/1636

深圳公司 / 0755 - 83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 9704 - 6

定价: 78.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

〔反腐败问题专栏〕

- 1 论受贿罪中“为他人谋取利益” 王 充
26 轻微腐败犯罪的刑事立法与司法完善 孟祥微
42 惩治企业贿赂犯罪的冲突模式与合作模式研究
..... 周振杰

〔中国刑法〕

- 73 罪刑法定原则的中国化研究
——以我国司法实践为视角 李冠煜 吕明利
110 但书:一种体系外出罪机制 王复春
140 论司法犯罪化的实践理性 李正新
164 监督过失理论及其适用
——兼评天津港爆炸案 卢有学 吴永辉
189 必要共同犯罪司法适用问题研究
——以与任意共同犯罪的分类功能为视角
..... 熊亚文

213	论自媒体时代刑事司法公众认同的实现 ——以大学生掏鸟窝案为视角 熊明明 朱建华
235	《刑法》第64条的实然解读与应然重构 蔡可尚 庞 梅
263	我国风险犯罪认定中的刑事司法解释 赵 康
291	转基因作物的风险管理与刑法规制 张道许
310	网络预备犯罪行为的法教义学分析 孙道萃
339	重新认识滥用职权和玩忽职守的关系 ——兼论《刑法》第397条的结构与罪名 高国其
	〔区际刑法〕
358	台湾地区非法吸金之法律规范适用及实务案例分析 卢映洁 李嘉泰
	〔外国刑法〕
399	是否存在“风险社会的刑法”? [德]Eric Hilgendorf 著 苏 青 译
418	苏俄(联)刑法中社会危害性概念内涵嬗变的 “点”型勾勒 孙建保
471	美国《联邦量刑指南》强制性效力转向及其蕴意 陆 凌
	〔国际刑法〕
502	哲学视域下的恐怖主义概念的界定 王秀梅 任成玺
	〔刑事执行法〕
522	论行刑的效率与正义 贾长森 阴明皓

〔犯罪学〕

- 541 论暴力与妇女的易受害性
——以亲密伴侣间暴力为研究对象 李梅容

〔书评〕

- 561 俄罗斯刑法学研究的特色
——兼评《俄罗斯历史上的犯罪与刑罚》
..... 龙长海

CONTENTS

[Special Column for Ecological Crime]

On the Term "Seeking Benefits for Others" in the Crime of Taking Bribes	Wang Chong	1
The Criminal Legislation and Judicial Perfection of Minor Corruption Crimes	Meng Xiangwei	26
Studies on Conflict Model and Cooperation Model of Sanctioning Corporate Bribery	Zhou Zhenjie	42

[Chinese Crime Law]

A Study on the Principle of A Legally Prescribed Punishment for A Specified Crime in Chinese Context —In the Perspective of Judicial Practice in China	Li Guanyu & Lv Mingli	73
Proviso; as a unsystematic Non-criminalization Judgement	Wang Fuchun	110
Practical Reason of the Criminalization in Judicature	Li Zhengxin	140
Theory of Supervisory Negligence and Its Application —and Discuss on the Bombing Case of Tianjin Port	Lu Youxue & Wu Yonghui	164
Study on Judicial Application Problems of Essential Joint Crime—Perspective of the Classification Function with Random Joint Crime	Xiong Yawen	189

Public Recognition of Criminal Justice in the We-media Era —from the Case of A College Student Hunting and Purchasing National Protected Animal Birds	Xiong mingming & Zhu jianhua	213
The Actual Interpretation and Natural Reconstruction of the Section 64 of the Criminal Law	Cai Keshang & Pang Mei	235
Criminal Judicial Interpretation in Chinese Risk Crime	Zhao Kang	263
Risk Analysis and Criminal Regulation of Transgenic Crops	Zhang Daoxu	291
The Understanding of Network Preparatory Crimes in the Perspective of Legal Doctrine	Sun Daocui	310
Reconsidering the Relationship between abuse of Power and Neglect of Duty —also on the Structure and Accusations of Article 397 of Criminal Law	Gao Guoqi	339
[Inter-regional Criminal Law]		
On the Act of Accepting Deposits Illegally in Taiwan Area —Application of Laws/Regulations and Case Studies	Lu Ying-jie & Li Jia-tai	358
[Foreign Criminal Law]		
Is There a Kind of “Risk Criminal Law ” in “Risk Society”	Written by Eric Hilgendorf & Trans. by Su Qing	399
The “ Point ” Type Outline about the Evolution of the Connotation of Social Detriment Concept in Soviet Russia Criminal Law	Sun Jianbao	418
Transformation of Mandatory Effect of Federal Sentencing Guidelines and Its Meaning	Lu Ling	471

[International Criminal Law]

Research on Concept Definitions of Terrorism

—From the Perspective of Philosophy

..... Wang Xiumei & Ren Chengxi 502

[Criminal Enforcement Law]

Analyze the Efficiency Value and Justice Value of Penalty

..... Jia Changsen & Yin Minghao 522

[Criminology]

On Violence and Women Vulnerable to be Victimization

—in the View of Intimate Partner Violence Li Meirong 541

[Book Review]

Features of the Russian Criminal Law Research

—Commenting on the “ Crime and Punishment in

Russian History” Long Changhai 561

〔反腐败问题专栏〕

论受贿罪中“为他人谋取利益”^{*}

王 充^{**}

目 次

- 一、有关“为他人谋取利益”的理论争议
- 二、有关理论争议问题的属性分析
- 三、“为他人谋取利益”的立法论考察
- 四、“为他人谋取利益”的解释论考察
- 五、结语

一、有关“为他人谋取利益”的理论争议

《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。”从法条规定来看，一般受贿罪存在以下两种基本的行为方式：一

^{*} 本文系国家社科基金青年项目“犯罪构成的思想基础与体系展开研究”（项目编号：11CFX060）；“2011计划”司法文明协同创新中心研究成果；吉林大学哲学社会科学青年学术领袖培育计划（项目编号：2015FRLX12）的阶段性成果。

^{**} 吉林大学法学院教授，博士生导师，法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后研究人员。

种是“索取他人财物”即索取型受贿(索贿);另一种是“非法收受他人财物”即收受型受贿。对于收受型受贿,国家工作人员须利用职务上的便利非法收受他人财物,并同时具备“为他人谋取利益”的要件,才能构成受贿罪。

在我国刑法理论中,围绕“为他人谋取利益”存在以下两个主要的争议问题。

(一)存废之争

“为他人谋取利益”应否作为受贿罪的犯罪成立要件?

对此存在以下两种意见:一种意见主张删除“为他人谋取利益”的要件,其认为,只要是利用职务上的便利,索取或者非法收受他人财物的,就构成受贿罪。这样规定,更能体现对国家工作人员的严格要求。另一种意见认为:“为他人谋取利益”应作为受贿罪的要件,这样规定才能体现受贿罪权钱交易的特征。“索取”和“非法收受”都是受贿,都是权钱交易;因此,构成犯罪的条件不应有区别,均应以“为他人谋取利益”为要件,建议修改为“国家工作人员,利用职务上的便利,为他人谋利,索取或者非法收受他人财物的,是受贿罪”。^①

1. 废除论

持废除论主张的学者如李洁教授认为:“为让人谋取利益的行为,由于其所牟取的利益有正当利益与不正当利益的区别,两种牟利行为具有价值对立性质,虽然其表现形式相同,其价值评价则相反,将其作为一种行为无论是索取型还是收受型的受贿,其对犯罪客体的侵害程度都主要不是依据受贿者的主动还是被动,而是依据对刑法所保护利益的侵害程度,因此有必要取消为他人谋取利益作为收

^① 高铭喧:《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》,北京大学出版社2012年版,第608页。

受型受贿罪成立之必要条件的规定。”^①

2. 保留论

持保留论主张的学者如张明楷教授认为:“将职务行为的不可收买性作为受贿罪的法益,最有说服力……由于刑法保护职务行为的不可收买性以及公民对职务行为不可收买性的信赖,所以,刑法对受贿罪的构成要件的描述必须说名受贿行为侵犯了这种法益。而行为是否侵犯了这种法益,关键在于国家工作人员索取或者收受的财物是否与已经实施的、正在实施的、将来实施的或者许诺实施的职务行为之间具有对价关系。即国家工作人员所索取或者收受的财物是否其职务行为(包括已经实施的、正在实施的、将来实施的或者许诺实施的)的不正当报酬……他人主动向国家工作人员交付财物,以期国家工作人员通过职务行为为其谋取利益时,国家工作人员收受财物的,该财物与国家工作人员将来实施的或许诺实施的职务行为(许诺为他人谋取利益)之间便具有了明显的对价关系。国家工作人员在通过职务行为为他人谋取利益的过程中,他人主动交付财物,国家工作人员予以收受的,该财物与国家工作人员正在实施的职务行为(正在为他人谋取利益)之间具有对价关系。同样地,国家工作人员通过职务行为为他人谋取利益后,他人主动向国家工作人员交付财物,是基于对国家工作人员通过职务行为为其谋取利益行为的不正当酬谢时,该财物与国家工作人员已经实施的职务行为(已经为他人谋取利益)之间具有对价关系。”^②

(二)体系定位之争

虽然保留论者一致认为在受贿罪中国家工作人员非法收受财物的

^① “无论是单纯受贿还是索贿,都是以其收受或者索取的行为表现了其职务行为的不廉洁,刑法设定受贿罪的保护客体,即供孩子人员职务行为的廉洁性受到了侵害。至于公职人员是否为他人谋取利益,只是表明行贿人的预期利益死否实现,而与公职人员的职务行为廉洁性是否受到侵害没有直接关系。”李洁:《为他人谋取利益不应成为受贿罪的成立条件》,载《当代法学》2010年第1期。

^② 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。

情况下,“为他人谋取利益”是受贿罪成立的一个必要的构成要件。但是,“为他人谋取利益”这一要件在受贿罪的犯罪构成中是一个什么样的要件,也就是在其体系定位上存在不同的看法。对此,在刑法理论中主要存在“客观要件说”与“主观要件说”之争。

1. 客观要件说

“客观要件说”中按照时间的先后可以分为“旧客观说(客观行为说)”与“新客观说(承诺说)”。

(1) 旧客观说(客观行为说)

“为他人谋取利益”的客观行为说曾经是我国刑法理论界和司法实务界的通说观点,这种观点认为:第一,“为他人谋取利益”是受贿罪的客观构成要件,因此如果国家工作人员收受他人财物,但事实上并没有为他人谋取利益的,则不构成受贿罪;第二,为他人谋取的利益是否正当以及是否已经实现,不影响受贿罪的成立;^①第三,受贿罪的既遂标准在于行为人实际上收受了他人的财物。^②

早期的司法实务界对这一问题持同样的看法。例如,1989年11月6日最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》,在该《解答》中针对“为他人谋取利益”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。”

(2) 新客观说(承诺说)

新客观说的代表人物张明楷教授认为:“为他人谋取利益”是受贿罪的客观要件要素,其最低要求是许诺为他人谋取利益。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,就在客观上形成了以权换利的约定,使职务行为的不可收买性受到了侵犯。为他人谋取利益的许诺本身是一种行为。许诺既可以是明示,也可以是暗示。当他人主动行贿并提出为其谋取利益的要求后,国家工作人员

① 林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社1989年版,第640~641页。

② 高铭喧主编:《中国刑法学》,中国人民大学出版社1989年版,第609页。

虽没有明确答复办理,但只要不予拒绝,就应当认为是一种暗示的许诺。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。许诺既可以是真实的,也可以是虚假的。虚假许诺是指国家工作人员具有委托人谋取利益的职权或者职务条件,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,却又承诺为他人谋取利益。但虚假承诺构成受贿罪是有条件的。其一,一般只能在收受财物后做虚假承诺;其二,许诺的内容与国家工作人员的职务有关联;其三,因为许诺而在客观上形成了为他人谋取利益的约定。^①

目前,承诺说是司法实务界的通说观点。例如,2003年11月13日最高人民法院在《关于全国审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中指出,“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。明知他人有具体请托事项而收受其财物的,视为承诺为他人谋取利益”。

2. 主观要件说

主观要件说的代表人物陈兴良教授认为:为他人谋取利益在受贿罪的构成要件中到底是什么要件?是主观要件还是客观要件?从刑法条文表述来说,“收受他人财物,为他人谋取利益”,似乎是一个客观要件。但是如果把为他人谋取利益理解为客观要件显然是不妥的,也就是收受他人财物构成受贿罪必须具备两个行为,一个是收受财物的行

^① 张明楷:《刑法学教程》,北京大学出版社2011年版,第396页。对作为受贿罪客观要件的“为他人谋取利益”可能做出以下三种解释:第一,只要国家工作人员有为他人谋取利益的许诺即可,而不要求客观上有为他人谋取利益的实际行为与结果;第二,为他人谋取利益是指客观上为他人谋取利益的行为,而不要求实现谋取的利益;第三,为他人谋取利益是指实现了为他人谋取的利益(包括实现部分利益的情况),或者说使行贿人得到了所要求的利益。但现在还没有有人在第三种意义上解释为他人谋取利益;旧客观说是在第二种意义上解释为他人谋取利益的。本文认为,应当采取第一种解释(新客观要件说),只要许诺为他人谋取利益,即可构成要件受贿罪。参见张明楷:《论受贿罪中“为他人谋取利益”》,载《政法论坛》2004年第5期。

为,另一个是为他人谋取利益行为。因此,如果行为人收受他人财物但是未能实施为他人谋取利益行为,就变成了受贿的未遂,因为构成要件不齐备。但是我国刑法理论通常又认为,在收受他人财物、为他人谋取利益的情况下,收受他人财物通常就既遂了,无论是否为他人谋取利益,因此笔者认为,为他人谋取利益不是受贿罪的客观要件,而是主观要件。为他人谋取利益是主观要件,但到底是属于什么性质的要件?我认为,为他人谋取利益表明受贿罪是目的犯。为他人谋取利益是一种主观的意图。^①

主观要件说在司法实务界也很有影响,我国最高人民法院曾赞同此种观点。例如,原最高人民法院副院长熊选国博士和刑事审判第二庭副庭长苗生明博士就持此种观点,他们认为“为他人谋取利益”属于受贿罪的主观要件,“只是受贿人的一种心理态度”或者说是“主观上的一种意图”。当然,这种主观态度或者意图必须有证据、事实来证明。近年来,将“为他人谋取利益”作为受贿罪的主观要件,逐渐获得了大多数人的共识。^②

二、有关理论争议问题的属性分析

对于受贿罪中“为他人谋取利益”的存废之争与受贿罪中“为他人

① 陈兴良:《口述刑法学》,中国人民大学出版社2007年版,第725页。“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。就行贿人而言,是对受贿人的一种要求;就受贿人而言,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。”参见王作富、陈兴良:《受贿罪构成新探》,载《政法论坛》1991年第1期。还有的学者说:“‘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,这样解释才与刑法理论和司法实践相符合。因为从过去的司法实践上看,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的主观要件看待。”参见喻伟主编:《刑法学专题研究》,武汉大学出版社1992年版,第508页。

② 熊选国、苗生明:《如何把握受贿罪构成要件之“为他人谋取利益”?》,载《人民法院报》2005年7月6日第8版。

谋取利益”的体系定位之争在理论上属于什么性质的问题?它们的问题属性是否相同?如果两者是属于不同类型的问题,那么针对这两个理论争议问题的讨论方法和评判标准就不相同。确定围绕“为他人谋取利益”问题在理论上存在的各种争议的问题类型和属性是妥当解决这些争议问题的前提。

陈兴良教授认为在法学研究方法中排在首位的就是立法论的思考方法与司法论的思考方法。其中,所谓立法论的思考是指关于法律的思考,而司法论的思考是指根据法律的思考。可以说,立法论的思考是一个有关“应当”与“不应当”问题的思考,而司法论的思考是一个有关“是”与“不是”问题的思考。前者是对法的正当性与合理性的评判,而后者则是以法律为逻辑起点的推理。在上述两种思维过程中,法律所处的地位是不同的。在立法论中,法律是思考的客体;而在司法论中,法律是思考的根据。^①

根据陈兴良教授有关法学研究方法的论述,在刑法学研究方法中同样也可以分为刑法立法论的思考与刑法司法论的思考。再进一步讲,如果以研究方法作为标准来对刑法学问题进行划分的话,可以将所有的刑法学问题划分为面向立法的刑法学问题与面向司法的刑法学问题。所谓面向立法的刑法学问题就是讨论应不应该进行刑法规制的问题,这是一个价值判断问题,主要讨论刑法规制的必要性问题;所谓面向司法论的问题就是讨论如何解释立法规定的问题,从表面上来看,针对立法规定的解释问题是一个事实判断的问题,也就是一个“是”与“不是”的问题,其实这这也是一个价值判断问题,在所有的解释结论中都包含了解释者的价值判断内容,解释者的价值立场决定了最终的解释结论。

以面向立法论的思考与面向司法论的思考为出发点,考察上述有关受贿罪中“为他人谋取利益”问题的理论争议,我们就会发现,其中有关受贿罪中“为他人谋取利益”的存废之争就属于刑法学问题中的

^① 参见陈兴良:《立法论的思考与司法论的思考——刑法方法论之一》,载《人民检察》2009年第21期。

面向立法论思考的问题,与之相对,有关“为他人谋取利益”的体系定位问题之争则属于刑法学问题中的面向司法论思考的问题。

那么,针对受贿罪中“为他人谋取利益”的存废之争的讨论与针对受贿罪中“为他人谋取利益”的体系定位之争的讨论就需要根据其不同的问题属性采用不同的研究方法和判断标准来展开。

三、“为他人谋取利益”的立法论考察

(一)相关立法的基本情况

1. 立法不规定“为他人谋取利益”要件阶段

新中国成立以后,我国关于受贿罪的规定最早见于1952年政务院颁布的《惩治贪污条例》(以下简称《条例》)。该条例第2条规定:“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员,凡侵吞、盗窃、骗取、套取国家财物,强索他人财物,收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为,均为贪污罪。”《条例》是我国第一个规定贿赂犯罪的刑法规范,在《条例》的规定中受贿罪不是独立罪名,而是作为贪污罪来规定的;受贿犯罪主体宽泛,“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员”都可以成为受贿犯罪的主体;而对于受贿犯罪的客观方面也仅是规定了“强索他人财物,收受贿赂”的行为,没有规定利用职务便利和“为他人谋取利益”。

1979年7月五届全国人大第二次全体会议制定并颁布了我国第一部刑法典,该部刑法分则第八章规定的是渎职罪,贿赂犯罪列渎职罪一章之首,规定在第185条中,内容如下:“国家工作人员利用职务上的便利,收受贿赂的,处五年以下有期徒刑或拘役,赃款、赃物没收,公款、公物追返。犯前款罪,致使国家利益或公民利益遭受严重损失的,处五年以上有期徒刑。向国家工作人员行贿或介绍贿赂的,处三年以下有期徒刑或拘役”。在1979年刑法典中,受贿罪开始作为独立罪名,从贪污罪(贪污罪被规定在侵犯财产罪中)中分立出来,成为一种独立的渎职犯罪;受贿罪的犯罪主体被限定为“国家工作人员”即“一切国家机