



关于受贿罪主体之重构

刘晓山 吴洪江

摘要：结合我国政府职能转变的现实状况，“公共服务”应纳入到对“公务”范围内的实质解释中；借鉴《联合国反腐败公约》相关规定，我国刑法对受贿罪主体的表述应由“国家工作人员”修改为“公职人员”；以根本解决我国针对受贿犯罪的刑事立法和解释被动应对的局面的理论构想。

关键词：受贿罪；主体；关系刑法；重构

我国《刑法》对受贿罪的规定经历了一个不断演变、完善的过程，关于受贿罪主体的立法，则体现出很强的时代特征，有些规定在具体司法实践中很难界定清楚。本文以关系刑法理论为分析工具，多维度地对受贿罪主体问题展开研究，力求在厘清相关理论难点的基础上，提出重构我国受贿罪主体的合理路径。

一、我国刑法对受贿罪主体规制的本质及其争议

我国刑法界定的受贿罪主体不是单一主体，而是由两类主体共同构成：一类是国家工作人员；单指国家机关工作人员；第二类是指“以国家工作人员论”的人员，也有学者将其界定为“准国家工作人员”。我国刑法对受贿罪主体规制的本质问题实质上就是如何界定“国家工作人员”^①的问题。

在对国家工作人员的界定过程中的出发点是“特定的身份”还是“依法从事公务”的问题上，刑法理论有“身份论”和“公务论”两种观点：“身份论”的观点认为：受贿罪是法定的纯正身份犯，行为人具有国家工作人员的特定身份是其构成受贿犯罪的前提条件。“公务论”的观点认为应当以是否从事公务为出发点，来确定行为人的主体身份归属，不应颠倒思维判断的逻辑顺序，以所谓的“身份”为基点来判断行为人是否属“从事公务”。

我国刑事立法及相关司法解释，对受贿罪等职务犯罪中的“国家工作人员”概念界定上的不统一，不协调的问题，实际上就是“身份论”与“公务论”两种对国家工作人员不同的界定方式相持影响的结果。

1997年刑法典颁布实施以来，关于国家工作人员的认定问题，“两高”先后出台过多个司法解释。这从一个侧面反映出立法对贪污贿赂犯罪主体的界定存在适用上的困难。相关司法解释因基于不同的理论观点和视角，存在明显的司法解释不协调、不统一的问题。为了规避观念上的分歧，有效规制现实生活中反映出的形式不断变化的腐败问题，相关司法解释对“国家工作人员”的定义采取了外延式的定义方法。即采取逐一列举的方法来界定国家工作人员的类型。

^①包涵如何界定“准国家工作人员”的问题。

但由于我国正处于社会经济转型时期,政府职能正在调整之中。政府职能与社会职能的关系有待进一步理顺,经济结构和社会阶层也处于调整和重构过程中,在以控制犯罪,保障人权为基本目标的刑事立法和司法活动中,运用“外延式定义”方法将犯罪主体范围规定的越详细,越复杂,其对社会发展变革的适应能力会更加趋向弱化。因此,采用外延式定义方法来列举界定国家工作人员的类型,虽然从表面上来看易于明确其定义对象的范围,但实质上却显现出难以适应社会发展的需要,给司法实践的具体认定带来困难的现实状况。

二、国家工作人员本质特征“公务论”之提倡

(一)“公务论”提倡之刑法本体论解读

近年来,我国刑法理论受到了德日刑法“三阶层”犯罪构成理论^①的深刻影响。在这一理论思潮的影响下,淡化、甚至消解犯罪主体在犯罪构成体系中的独立地位和其在定罪量刑中的特定作用的观点十分凸显。如有学者将犯罪主体分解为“资格主体”与“身份主体”。该观点认为:资格主体指的是行为人“达到法定责任年龄、具有了刑事责任能力”。而身份主体则是指“行为人实施了犯罪行为”。从这一概念界定可以看出,所谓的资格主体存在于犯罪行为之前,而身份主体则存在于犯罪行为之后。而犯罪构成是确定行为构成犯罪的一种定型性的规定,是确定一种行为判定为犯罪的规格和模型。因此,存在于“犯罪”之前的资格主体和存在于“犯罪”之后的身份主体都不能被纳入犯罪构成的要件(杨兴培,2004:73)。上述观点从一定角度反映出对行为主体的身份判定与对犯罪行为的确定密不可分的思维路径。

刑法对受贿罪的规制所保护的法益是国家工作人员行使职务行为的不可收买性,也可以表述为国家工作人员行使职务的行为与财物的不可交换性。判断行为是否侵犯了这种法益,关键要看行为人索取或者收受的财物,是否与其实施^②的公务行为之间具有“对价关系”。

刑法之所以对贿赂犯罪进行规制,其目的是为了遏制公权力的滥用,保障公权力的廉洁运行。国家之所以处罚受贿犯罪,最为关键、直接的原因是行为人所实施的权钱交易的行为背离了公务行为为公共利益而行使的宗旨,而并不取决于行为人具有何种身份。因此,在对受贿罪主体——国家工作人员的界定中,应当以行为人是否在“从事公务”作为出发点。

法制的近代化历程是从“身份”到“契约”的过程。其首要特征是将契约确立为法律的核心。行为人能成为受贿罪的主体,不是取决于其具有相应的身份,而是因为其在行使相关的公务。从事公务实质上就是展开一种契约活动。因为某一位公民从事公务、行使公权力,必然是基于国家以及公共机构的授权。国家及公共机构将某项公权力授予公民,公民则以国家及公共机构的名义,基于授权行使公务,该公民就负有了廉洁行使公务行为性的义务(刘天虹、魏昌东,2008:79)。对犯罪主体的判定,应当实现从注重主体“身份”向注重“行为方式”的转变。描述“犯罪主体”身份的相关语言文字,只有与行为人的刑事义务以及实行行为的性质密切相关时,才能成为具体的不可缺少的构成要件意义上的“身份”概念(曲久新,2011:11)。

由此可见,“公务论”所倡导的,以行为人是否“从事公务”为出发点,来确定行为人的主体身份归属,而不是以行为人是否具有所谓的“身份”为基点来判断行为人是否属“从事公务”的思维路径,契合了现代刑法理论探索和发展的趋势。

(二)“公务论”提倡之法社会学解读

法社会学是从法学与社会学的结合点上发展起来的一门交叉学科。当代中国正处于变革时期,无论是社会生活还是规制社会生活的法律制度都处于变动之中。作为社会生活系统内部一个组成部分的刑事法治也应当同社会生活的其他部分相互协调(孙应征、刘晓山,2011:理论版)。法社会学的理论和研究方法实际上契合了关系刑法理论倡导的刑法的理论研究和实际运行应当关注包括经济发展状态在内的

^①该犯罪构成要件理论包括“构成要件的符合性”、“违法性”、“有责性”三个层次的内容。在该理论体系中犯罪主体没有独立的犯罪构成要件的地位。

^②这里的“实施”包括:已经实施的、正在实施的、将来实施的或者许诺实施的行为。

诸多外部关系的观点。

回顾我国经济体制改革发展历程可以看出,对受贿罪主体界定的“身份说”从一定意义上讲可以说是计划经济时代泛政治化的产物。在计划经济时期,政企不分,国有企业、事业单位内的工作人员均具有所谓的“干部身份”。单位内部产权单一,几乎没有非国有财产成分,行为人履行单位职务的行为即可以看做是行使公共权力。

随着经济体制改革的深入展开,国有企业大都进行了公司制改造。公司股份来源逐步多元化,股权主体也日趋复杂化,公司法人治理结构逐步建立。改制后的公司由股东会、董事会、监事会领导和监督运作。国有公司的管理层既会有国有资产的代表,也会有非国有财产的代理人;他们职务的取得既有任命、指派,也有公司内部选举、提拔产生。在这种身份“来源”多元、标准界定模糊不清的情况下,适用“身份论”难以准确确定受贿罪的主体范围。

我国的行政体制改革正在开展,行政机关以及其它国家机关为了适应社会发展和管理创新的需要,均在探索新的人事管理制度。如最高法院对部分书记员采用合同聘用制的管理方式。其他一些国家机关、国有事业单位也采用了如人事派遣等用人模式来突破人事编制的限制,解决人力资源不足的问题。在这种新的用人机制下工作的相关人员,与原有机制下的国家工作人员、在行使国家职权的方式上没有实质上的区别,其职务行为的廉洁性同样应当受到法律的保障和规制。而依据“身份论”则难以确定上述人员的国家工作人员的身份。故“公务论”是符合我国政治、经济发展实际情况的正确选择。

(三)“公务”范围的实质解释

在论证了受贿罪主体的本质特征后,对“公务”范围的界定成为亟待解决的问题。有观点认为:公务具有公权力性,体现为对国家公共事务的管理,是行为人在为国家服务、作为国家利益的维护者,其不包含对集体事务的管理和对社会公共事务的管理。还有观点认为公务体现为对公共财产和利益的处分权、对相关相对人利益的给予或剥夺,具有“统治性”特征。

应当看到,上述对“公务”的概念界定、特征描述,在一定时期里对惩治受贿犯罪司法实务起到了积极的引导作用。但是随着社会经济的发展,近一些年来,由相关典型案例而引发的对新型受贿行为形态的定性争议层出不穷。如国有医院医生收受药品回扣的问题;足协官员及裁判员收受俱乐部及其他相关人员财物的问题;国有新闻机构记者在新闻报道中的“有偿新闻”的问题……

笔者认为,导致上述现象产生的根本原因是随着社会经济的发展、行政体制改革的深化、政府职能转变致使国家利益的管理和维护形式以及国家工作人员公权力行使的方式发生了深刻的变化、而且这种变化还在不断地持续之中。

在市场经济体制下,在社会治理结构中“社会自治”将是最为重要的形式。国家权力干预社会的广度和深度将会大为缩减,国家权力只是在社会自治出现问题的情况下才会予以适度“介入”。一些具有自治属性的社会中介组织:如律师协会、会计师协会、足球协会等逐步成立。这些中介组织,以非政府机构的身份承担着整个行业的自治与自律工作,行使着过去只能由政府部门行使的管理职能:包括章程的制定权、强制征收会费权以及纪律处分权等,成为实际意义上社会的管理者。

在政府进一步转变职能的趋势之下,商会、行业协会等社会中介组织,在经济领域的作用也更加突出。这些非营利性组织以其各自的方式实现着市民社会的自主管理,参与部分社会公共产品的供给,进而形成了介乎于市场与国家之间的调节机制,分担了大量社会的公共管理职能(唐光诚,2008:82)。综上所述,公民社会将承担起政府转移出的相当一部分社会公共职能,发挥着代行部分公共管理职能和提供公共及准公共物品的积极作用,这已成为未来我国社会发展的趋势。

一些基层群众自治组织如村民委员会、社区大量也承担了带有政府职能、体现国家利益的最为直接、最为具体的工作如:征地拆迁补偿、最低生活保障对象的调查与发放、保障住房对象的资格确认、独居老人的扶养、社区公共卫生服务等。

可见,随着我国社会转型的进一步深化,公共服务主体范围日益扩大,“从事公务”的内容已经发生了改变,其传统意义上的“统治性”已逐渐淡化,逐步凸显出来的是“服务性”的特征。而正是这个“公务”

行使模式的转型过程,成为新的“权钱交易”形态不断显现的制度背景。

在我国政治、经济、社会环境的变化,国家利益的体现形式和公权力运行的方式发生了深刻的变化,刑法对公权力运行的规制和国家利益的保护,如果不进行相应的改变,必然会使新型的“权钱交易”行为得不到有效的法律规制,更加深刻地影响国民对国家利益的维护与合理分配、公权力公正、廉洁运行的信赖度。这实际上就是近年来理论界和实务部门在个案中对受贿罪认定的不停争议的根本原因。

“法律术语的意义是以这些术语被使用的语境、使用这些术语的人、以及运用这些术语的目的来确定的。”(E·博登海默,2002:198)在法律解释理论上,有实质解释论和形式解释论两种不同的观点。“实质的解释论”强调目的地考量并且根据业已产生变化的情势来发现和判断法律规范所蕴含的意义。而“形式解释论”是一种强调由概念推导出结论,而且注重字面含义的“解释论”。

德国法学家考夫曼曾说过:“只有在规范与生活事实、应然与实然,彼此互相对应时,产生实际的法律:法律是应然与实然的对应。”(亚图·考夫曼,2000:148)笔者认为:为了缓解、改变理论界和实务部门对现实生活中不断出现的新的权钱交易形态“疲于应对”的局面,应当提倡对“公务”行为的实质解释:借鉴《联合国反腐败公约》以及我国澳门地区的相关规定,将从事“公共服务”这一新的国家利益的维护和公权力运行的方式纳入到受贿罪认定过程中对“从事公务”的界定范围之内,在一定程度上“缓解”新型受贿行为定罪难的现实问题;另外也为根本上实现我国刑法对受贿罪主体的科学构建奠定基础。

三、形式主义法治与实质主义法治平衡的根本路径——受贿罪主体之重构

影响“形式解释”和“实质解释”这两种不同的刑法解释方法的理论根基分别是形式主义法治理论和实质主义法治理论这两种不同的法哲学思想。形式主义法治注重守法,强调法律条文应得到严格的执行。在其影响下,刑法的“形式解释”强调由概念推导出结论,关注立法原意,且注重对条文字面含义的解读。实质主义法治则更加注重法律的内在价值,追求的是法律的自然正义性,并将关注的重点延伸到对法律的善恶的判断之中。据此,刑法的“实质解释”强调目的的考量并且根据业已产生变化的情势来发现和判断法律规范所蕴含的意义。

刑法的实质法治与形式法治在现实生活中往往会发生冲突。其中一个重要的表现形式是:成文法的局限性决定刑法不可能对所有犯罪作出毫无遗漏的规定,即存在实质上值得科处处罚,但缺乏形式规定的行为(魏昌东,2008:12)。

平衡形式主义法治与实质主义法治的另外一条路径,是回归到对法治的形式理性的关注,对刑法中已经不能适应社会发展需要,不能有效实现刑法功能的内容进行修订。因此,刑事法领域的形式主义法治与实质主义法治的平衡,实际上就是对刑法有效解释与刑法的科学立法之间的平衡。

当今中国,政治体制改革正在稳步推进、经济持续高速发展、文化及价值体系日趋多元。这一切使得我们所处的社会像一列飞驰的火车,日新月异。受贿案件也不断呈现出新的特点。我国受贿罪主体——“国家工作人员”的基本“语义”所难以涵盖的对社会生活产生深度危害、亟待刑法规制的新的“权钱交易”形式不断呈现^①。仅仅依靠刑法的“实质解释”,应对反腐败斗争中不断呈现出的新情况、新问题已显得越来越“捉襟见肘”。适时的在立法上重构我国受贿罪主体的界定方式,实现形式主义法治与实质主义法治的平衡,已是势在必行。

2005年10月,在十届全国人大第八次会议上通过了批准加入《联合国反腐败公约》决定。《联合国反腐败公约》是全球第一部有关治理腐败犯罪的最具完整性、全面性、创新性的国际公约。笔者认为我国刑法对受贿罪主体的立法重构,应借鉴《联合国反腐败公约》的相关规定,将其表述方式由“国家工作人员”修改为“公职人员”。同时也应当借鉴《公约》所确定的“公职人员”的范围:即“公职人员”是指:无论是通过任命,还是经过选举程序产生的,只要行为人在缔约国中担任着立法、行政、行政管理或者司法

^①如“征地拆迁”活动经常引发群体性事件,究其原因是政府将拆迁的部分职权委托给“拆迁公司”代理行使,而法律对拆迁公司相关人员在利益驱动下的违法行使“职权”事前缺乏有效监控、事后无法有效惩治。深圳还出现了政府将城市管理的部分职权交由有关“公司”代理行使,导致不法行为产生的事件。

职务,就可以界定为“公职人员”。公职人员的任职方式,既可以是长期的,也可以临时的,不区分计酬或不计酬,也不区分该人的资历深浅;只要是履行着“公共职能”,既包括在公共机构以及公营企业中履行公共职能的人员,也包括提供相关公共服务的任何其他人员。

将我国受贿罪主体表述为“公职人员”,有利于在反腐败斗争中,建立“严而不厉”的处罚机制,严密惩治受贿罪的法网,体现刑罚的确定性,以充分实现刑罚的一般预防功能(刘晓山、吴洪江,2010:理论版)。将受贿罪界定为“公职人员”同时也体现了刑事立法前瞻性意识,顺应刑法国际化、现代化的趋势,既能解决现实问题,又在对新型社会关系进行预测的基础上,对未来可能出现新的“权钱交易”形式的刑法规制予以充分的关照;有利于实现刑法的稳定性,彻底改变长期以来,我国针对受贿犯罪的刑事立法和解释被动应对的局面;有利于用更具实效的刑事法治来回应人民群众遏治腐败现象的迫切期待!

参考文献:

- [1] 储槐植(2007). 刑事一体化论要. 北京:北京大学出版社.
- [2] [美]E·博登海默(2002). 法理学——法律哲学与法律方法. 北京:中国政法大学出版社.
- [3] 刘天虹、魏昌东(2008). 中国刑法贪污贿赂犯罪主体的审视与重构——以联合国反腐败公约为视角. 南京审计学院学报,2.
- [4] 刘晓山、吴洪江(2010). 刑法一般预防功能对职务犯罪防止的影响. 检察日报,2010-08-06.
- [5] [德]亚图·考夫曼(2000). 法律哲学. 台北:台湾五南图书出版有限公司.
- [6] 曲兴久(2007). 从“身份”到行为——工程重大安全事故罪的一个解释问题. 人民检察,17.
- [7] 唐光诚(2008). “其他依照法律从事公务的人员”商榷. 广东行政学院学报,5.
- [8] 魏昌东(2008). 刑事法治与刑事立法关系思辨. 刑法论丛,14.
- [9] 孙应征、刘晓山(2011). 将法社会学方法融入法律监督理论研究. 检察日报,2011-05-27.
- [10] 杨兴培(2004). 犯罪构成原论. 北京:检察出版社.

Reconstruction Bribery Subject on the Perspective of “Relation Criminal Law”

Liu Xiaoshan (Associate Professor, Civil Aviation University of China)

Wu Hongjiang (Dean, People's Procuratorate of Wuhan Hanyang District)

Abstract: In order to fundamentally solve criminal legislation of bribery crime and theoretical supposition so as to explain the situation of passive response, we, using the “Relation Criminal Law” as the analysis tool and combining with Transformation of government functions the reality of our situation, advocated that we should put the “public service” into the substantive interpretation of “Official business”; we also presented that we should change the expression of the subject of bribery crime in Criminal Law of China from the “State Functionary” to “Public official”, referring to the relevant provisions of the “UN Anti-Corruption Convention”.

Key words: bribery; subject; relations criminal; reconstruction

■作者简介:刘晓山,中国民航大学航空与法律政策研究中心暨法学院副研究员,法学博士,哲学博士后;天津430051。Email:shannancy@163.com。

吴洪江,武汉市汉阳区人民检察院副检察长。

■基金项目:国家检察官学院2012年检察理论研究重大项目

■责任编辑:车英