

斡旋受贿罪客观要件的理解和适用

学校编码: 10384

分类号_____密级_____

学号: X2005120074

UDC_____

厦门大学

硕士学位论文

斡旋受贿罪客观要件的理解和适用 ——兼评《刑法修正案（七）》第十三条的规定

The meaning and justification of the objective constitution of mediation bribery

——A Review on Article 13 of the amendment of Criminal Law(VII)

董 斌

董
斌

指导
教师：
李兰英
教授

指导教师姓名: 李兰英 教授

专业名称: 法律硕士

论文提交日期: 2009年 5月

论文答辩时间: 2009年 月

学位授予日期: 2009年 月

答辩委员会主席: _____

评 阅 人: _____

厦
门
大
学

2009年5月

厦门大学学位论文原创性声明

本人呈交的学位论文是本人在导师指导下,独立完成的研究成果。本人在论文写作中参考其他个人或集体已经发表的研究成果,均在文中以适当方式明确标明,并符合法律规范和《厦门大学研究生学术活动规范(试行)》。

另外,该学位论文为()课题(组)的研究成果,获得()课题(组)经费或实验室的资助,在()实验室完成。(请在以上括号内填写课题或课题组负责人或实验室名称,未有此项声明内容的,可以不作特别声明。)

声明人(签名):

年 月 日

厦门大学学位论文著作权使用声明

本人同意厦门大学根据《中华人民共和国学位条例暂行实施办法》等规定保留和使用此学位论文，并向主管部门或其指定机构送交学位论文（包括纸质版和电子版），允许学位论文进入厦门大学图书馆及其数据库被查阅、借阅。本人同意厦门大学将学位论文加入全国博士、硕士学位论文共建单位数据库进行检索，将学位论文的标题和摘要汇编出版，采用影印、缩印或者其它方式合理复制学位论文。

本学位论文属于：

1. 经厦门大学保密委员会审查核定的保密学位论文，
于 年 月 日解密，解密后适用上述授权。

2. 不保密，适用上述授权。

（请在以上相应括号内打“√”或填上相应内容。保密学位论文应是已经厦门大学保密委员会审定过的学位论文，未经厦门大学保密委员会审定的学位论文均为公开学位论文。此声明栏不填写的，默认为公开学位论文，均适用上述授权。）

声明人（签名）：

年 月 日

内 容 摘 要

1997 修订的刑法第 388 条规定：“国家工作人员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职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。”此条在刑法理论界一般称为“斡旋受贿”或者“间接受贿”。我国斡旋受贿犯罪的立法，最早来源于两高关于执行《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》若干问题的解答，1997 年修订刑法时，对解答内容予以吸收，并在修订后刑法第 388 条专门规定了斡旋受贿犯罪，将“利用本人职权或者地位形成的便利条件”与“为请托人谋取不正当利益”相联系，作为国家工作人员构成斡旋受贿犯罪的要件。但是，没有独立设立斡旋受贿罪，而是规定以受贿罪论处。从 1997 年修订刑法以来，在司法实践中，对于如何理解“利用本人职权或者地位形成的便利条件”和“不正当利益”等问题，分歧较大。2009 年 2 月 28 日由第十一届全国人大常委会第七次会议通过的《中华人民共和国刑法修正案（七）》（以下简称刑法修正案（七）），在刑法第三百八十八条后增加一条作为第三百八十八条之一，将国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，以及离职的国家工作人员或者其他与其关系密切的人，纳入斡旋受贿的主体范围。修正案进一步充实了斡旋受贿的规定，且非常明确的扩大了传统斡旋受贿犯罪的主体，非国家工作人员单独构成斡旋受贿犯罪已成为现实。

本文结合笔者亲历的舒某受贿案件，探讨斡旋受贿犯罪的司法认定问题，同时就目前热点问题，如“利用本人职权或者地位形成的便利条件”、“不正当利益”、“关系密切人”、刑法修正案（七）第十三条的规定等问题进行深入探讨，并就《刑法修正案（七）》对斡旋受贿犯罪认定的影响以及规定的缺陷提出自己的看法。

关键词：地位的含义；不正当利益；关系密切人

厦门大学博硕士学位论文摘要库

ABSTRACT

According to article 388 of Criminal Law of the People's Republic of China (1997 amendatory version), "any State functionary who, by taking advantage of his own functions and powers or position, secures illegitimate benefits for an entrusting person through another State functionary's performance of his duties and extorts from the entrusting person or accepts the entrusting person's money or property shall be regarded as guilty of acceptance of bribes and punished for it." This article also has been recognized as "mediation bribery" or "indirect bribery" in crime research. In our country legislation on mediation bribery was initially developed from "Some Notes on the Supplement of Bribery Punishment" jointly issued by the supreme people's court and supreme people's procuratorate, which then was included into the 1997 Criminal Law, in which article 388 specified the so-called mediation bribery, and together with "taking advantage of his own functions and powers or position", "securing illegitimate benefits for an entrusting person" has been acknowledged as two primary premise for conviction of bribery. However, in 1997 Criminal Law there is no independent crime for mediation bribery, which was instead classified and treated as general bribery. Therefore, since the 1997 Criminal Law, vast divergences, such as how to recognize "taking advantage of his own functions and powers or position" or "illegitimate benefits", have emerged in justice practice. And in the newly amendatory Criminal Law (version VII) passed at the seventh meeting of the Standing Committee of the Eleventh National People's Congress on February 28, 2009, a supplement clause, which included close relatives or persons of State functionary and also those that resigned as prospective bribery subject, has been added to and greatly enhanced the original article 388 for mediation bribery. Thus, the scope of traditional subject of mediation bribery has been tremendously expanded in the new amendment, then non-state-functionary separately convicted for mediation bribery has been a common fact.

In this paper, based on a bribery case of Mr. Su, which the author went through in person, we will inquire the judicial recognition of mediation bribery, and then discuss some latest hot issues, such as "taking advantage of his own functions and

powers or position”, “illegitimate benefits” and “close persons”. In the end, we will fully examine article 13 in the amendment of Criminal Law (Version VII), and explore its impact on the recognition of mediation bribery and its possible defects.

Keywords: the meaning of position; illegitimate benefits; close person

厦门大学博硕士论文摘要库

目 录

| | |
|---|-----------|
| 引 言 | 1 |
| 第一章 斡旋受贿犯罪的立法沿革及犯罪构成 | 3 |
| 一、斡旋受贿犯罪的立法沿革 | 3 |
| (一) 斡旋受贿犯罪的立法活动 | 3 |
| (二) 新型受贿类型及“特定关系人”的界定 | 5 |
| (三) 《刑法修正案(七)》的颁布对斡旋受贿犯罪的积极影响 | 6 |
| 二、斡旋受贿犯罪构成 | 7 |
| 第二章 斡旋受贿犯罪的客观方面 | 10 |
| 一、聚焦本罪的“不正当利益”的涵义 | 10 |
| (一) 不正当利益内涵之分歧 | 10 |
| (二) 现有法律之依据 | 10 |
| (三) “不正当利益”界定之我见 | 11 |
| 二、“利用本人职权或地位形成的便利条件”的理解 | 13 |
| (一) 理论界的观点碰撞 | 13 |
| (二) 实务界的执法依据 | 14 |
| (三) 刑法 388 条中“地位”含义的理解与界定 | 14 |
| 三、《刑法修正案(七)》颁布前后本罪司法认定之比较 | 17 |
| (一) 颁布前的司法认定 | 17 |
| (二) 颁布后的司法认定 | 18 |
| 第三章 完善斡旋受贿犯罪立法的思考 | 20 |
| 一、《联合国反腐败公约》对我国斡旋受贿犯罪立法的影响 | 20 |
| 二、斡旋受贿应当单独设置罪名 | 21 |
| 三、《刑法修正案(七)》第十三条的不足 | 23 |
| 结 论 | 26 |
| 参考文献 | 27 |

厦门大学博硕士学位论文摘要库

CONTENTS

| | |
|--|----|
| Introduction | 1 |
| Chapter 1 The history of the legislation on mediation bribery and its constitution | 3 |
| Subchapter 1 The history of the legislation on mediation bribery | 3 |
| Section 1 Legislation on mediation bribery | 3 |
| Section 2 Emerging new types of bribery and the definition of “special interested” | 5 |
| Section 3 The impact of Criminal Law (Version VII) on mediation bribery | 6 |
| Subchapter 2 The constitution of mediation bribery | 7 |
| Chapter 2 The Objective side of mediation bribery | 10 |
| Subchapter 1 The meaning of “illegitimate benefits” in this case | 10 |
| Section 1 Divergence on the meaning of illegitimate benefits | 10 |
| Section 2 Legal basis in existence | 10 |
| Section 3 Our view on “illegitimate benefits” | 11 |
| Subchapter 2 The meaning of “taking advantage of his own functions and powers or position” | 13 |
| Section 1 Conflicting ideas from the academic | 13 |
| Section 2 Conflicting understanding from the practice | 14 |
| Section 3 The meaning of “position” in Article 388 of Criminal Law | 14 |
| Subchapter 3 Judicial Recognition on this case before and after the amendment of Criminal Law (Version VII) | 17 |
| Section 1 Judicial Recognition before the amendment | 17 |
| Section 2 Judicial Recognition after the amendment | 18 |
| Chapter 3 Reflection on the improvement of the legislation on mediation bribery | 20 |
| Subchapter 1 The impact of UN Anti-corruption Treaty on the legislation on mediation bribery in our country | 20 |
| Subchapter 2 There should be independent crime for mediation bribery | 21 |

| | |
|--|----|
| Subchapter 3 Disputes evoked by article 13 in Criminal Law(Version VII) ... | 23 |
| Conclusion | 26 |
| Bibliography | 27 |

厦门大学博硕士论文摘要库

引 言

被告人舒某，男，某省银行分行营业部原副总经理（正处级），系某省委书记的儿子。因受贿案，于 2004 年 9 月 27 日经检察机关决定被刑事拘留，同年 10 月 11 日被逮捕。

1998 年，某公路工程总公司项目经理周某找到尚某要求帮助疏通关系，让该公司在某高等级公路工程中中标，尚某以文业公司（系虚假公司）法定代表人的身份和周某签定协议，双方约定：由文业公司提供技术咨询，争取让某公路工程总公司取得高等级公路承包权，某公路工程总公司在取得工程承包权后支付工程总价款的 5% 给尚某。之后，尚某找到被告人舒某商量此事，请他帮忙找省交通厅领导疏通关系，并许诺事成之后会分给他工程总价款 5% 的大头。被告人舒某明知尚某的文业公司没有工商登记，也没有公路建设的资质，根本无法提供技术咨询，仍答应了尚某的请求。被告人舒某通过某市公路稽征分局局长万某，找省交通厅厅长宋某帮忙，要求关照该公路工程总公司。宋某考虑到舒某的父亲是省委书记，是其直接领导的特殊身份，就交待高等级公路招评标工作委员会主任委员、交通厅副厅长蒲某对舒某交代的公司予以关照。经过被告人舒某及万某、宋某、蒲某等人的努力，1998 年 9 月，某公路工程总公司取得公路承包权，而后，该公司虚列工程项目并套取工程款 160 万元支付给尚某。尚某在收到该款后，于 1998 年 9 月至 1999 年 5 月先后分 5 次送给被告人舒某人民币 100 万元，被告人舒某收下。2004 年 1 月，被告人舒某得知中纪委对他进行调查后，陆续退还给尚某人民币 100 万元。另外，被告人舒某还受贿 11 万余元。

检察机关认定：被告人舒某在任某省银行管理信息处处长、营业部副总经理期间，利用职便，收受熊某、蔡某、丁某人民币 5.45 万元、港币 5 万元、美元 1000 元，受贿总额合计人民币 116077.1 元，并为上述 3 人谋取利益；同时被告人舒某还利用其本人系省委书记儿子这一特殊家庭地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人尚某谋取不正当利益，并收受人民币 100 万元，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第三百八十三条第一款第（一）项、第三百八十五条第一款、第三百八十六条、第三百八十八条之规定，犯罪事

实清楚，证据确实充分，应以受贿罪追究其刑事责任。一审法院以受贿罪判处舒某有期徒刑 12 年。被告人舒某不服提出上诉，二审法院驳回其上诉，维持原判。

本案发生在 2005 年，曾经经过最高人民法院、最高人民检察院和中纪委等有关部门的研究，在当时来说，这个案件是一个里程碑式的案件。实际上，当时那些利用领导干部的特殊地位进行腐败活动的领导干部的亲属大有人在，但实际上真正立案侦查提起公诉的还不多。而本案之所以惊动高层，显然是由于被告人舒某的父亲是省部级干部且当时还在位的特殊情况。本案二审终审后，笔者撰写了《斡旋受贿犯罪构成客观要件的理解和适用》一文，先后发表于《中国检察官》杂志(2007 年)和《最新刑事法律解读》(人民法院出版社、2006 年 3 月总第 15 辑)，该文于 2008 年 4 月获得最高人民检察院 2007 年度全国检察机关检察应用理论研究优秀成果三等奖。2009 年 2 月 28 日第十一届全国人民代表大会常务委员会第七次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案（七）》，对于斡旋受贿犯罪的主体补充进行了明确界定，可以说本案对于修正案的颁布起到了一定的作用。笔者认为，司法实践能够推动立法。有法可依固然好，但在法律规定不是很明了的情况下，我们司法实务者如何理性思考，大胆尝试，以此推动立法完善，不能不说是我们广大司法实务者的责任。但是，当时在办理该案的时候，我们所能依据的法律依据很少，且刑法理论界和实务界对刑法第 388 条规定的内容争议很大。因此，我们在办理该案的过程中，困难重重。主要涉及的疑难问题有：

- 1、“不正当利益”如何界定问题；
- 2、如何理解利用本人职权或者地位中“地位”的含义；

本文结合笔者亲历的舒某受贿案件，探讨斡旋受贿犯罪的司法认定问题，同时就目前热点问题，如“利用本人职权或者地位形成的便利条件”、“不正当利益”、“特定关系人”、“关系密切人”、刑法修正案（七）第十三条的规定等问题进行深入探讨，并就《刑法修正案（七）》对斡旋受贿犯罪认定的影响以及规定的缺陷提出自己的看法。

第一章 斡旋受贿犯罪的立法沿革及犯罪构成

一、我国斡旋受贿犯罪的立法沿革

(一) 斡旋受贿犯罪的立法沿革

1、受贿罪的最初立法规定

新中国成立之初，为了巩固新生的人民政权，政务院于 1952 年初颁布了《中华人民共和国惩治贪污条例》。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。”条例规定表明，受贿罪包含在贪污罪之中，即索取或者收受财物的行为均按贪污罪论处而无受贿罪这个罪名，同时也没有将是否为他人谋取利益作为犯罪构成要件。

2、贪污罪与受贿罪的分立

由于受贿罪与贪污罪毕竟在犯罪构成方面和犯罪对象的内容上均有显著区别，因此，1979 年颁布的我国第一部刑法典就将受贿罪从贪污罪中分立出来，将其作为一种独立的犯罪予以专条规定。该法第 185 条规定：“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者拘役，赃款、赃物没收，公款、公物追还。犯前款罪，致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑”。当时，也没有将“为他人谋取利益作为构成受贿罪的法定要件予以规定。

3、索贿的首次规定

1982 年 3 月，鉴于当时国家工作人员利用职务上的便利，索取和收受他人财物的犯罪活动日益猖獗的状况，第五届全国人大常委会第 22 次会议通过《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，将当时刑法第 185 条第 1 款、第 2 款受贿罪修改规定为：国家工作人员索取、收受贿赂的，比照刑法第 155 条贪污罪论处；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。这一规定，明确将“索贿”规定为受贿罪客观方面的表现形式之一，同时增加了受贿罪的法定刑种，即无期徒刑和死刑，这对当时严惩索贿和受贿犯罪起到了很大作用。

4、斡旋受贿犯罪客观方面第一次在法律文件中的体现

1988年1月21日第六届全国人大常委会第24次会议讨论通过并公布施行了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，把受贿罪的罪状进一步具体化，对受贿罪的构成要件和刑罚作了重大修改，为受贿罪的认定与处罚提供了一个较为明确的构成标准和量刑数额标准，在很大程度上弥补了1979年《刑法》和1982年《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》关于受贿罪构成要件和处罚的法律规定上的不足。明确规定了构成受贿罪的两种行为方式，一是利用职务上的便利索取他人财物，不论是否为他人谋取利益，均构成受贿罪；二是利用职务上的便利非法收受他人财物而为他人谋取利益的构成受贿罪。随后，最高人民法院、最高人民检察院关于执行《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》若干问题的解答，该解答第3条第(二)项规定：“受贿罪中‘利用职务上的便利’，是指利用职权或者与职务有关的便利条件。‘职权’是指本人职务范围内的权力。‘与职务有关’，是指虽然不是直接利用职权，但利用了本人的职权或地位形成的便利条件。国家工作人员不是直接利用本人职权，而是利用本人职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取利益，而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的，应以受贿论处。对于单纯利用亲友关系，为请托人办事，从中收受财物的，不应以受贿论处。”这应该是我国最早的关于斡旋受贿犯罪的立法来源。

5、斡旋受贿犯罪第一次在法条中的单独体现

1997年修订刑法时，对解答内容予以吸收，并在修订后刑法第388条专门规定了斡旋受贿犯罪：“国家工作人员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职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。”此条在刑法理论界一般称为“斡旋受贿”或者“间接受贿”。在司法实践中应注意这类行为有一个较复杂的因果链，这个因果关系链是：行为人受贿的意图—利用本人职权或者地位形成的影响—其他国家工作人员利用职务上的便利—为请托人谋取不正当利益—行为人索取或者收受请托人的贿赂。证明这种犯罪时，需要证明该因果关系链中的每一个环节以及相

互之间的联系，以便最终证明行为人受贿的意图与行为的一致性。^①

（二）新型受贿类型及“特定关系人”的界定

2007年5月30日，中央纪委印发了《中共中央纪委关于严格禁止利用职务上的便利谋取不正当利益的若干规定》，同年7月8日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》），以司法解释的形式，全盘吸纳了中央纪委的规定。在这两份重要的反腐败法律和文件中，首次出现了“特定关系人”的概念，并具体指出，特定关系人是指“与国家工作人员有近亲属、情妇（夫）以及其他共同利益关系的人”。这是中国反腐败的各种法律法规、政策文件中，首次纳入这一概念。

1、新型受贿类型

两高的意见，明确了10种新类型受贿刑事案件法律适用问题的具体意见。这是司法机关为依法惩治受贿犯罪，推动反腐败斗争深入开展的又一个重要举措。《意见》规定了10种受贿行为的定性处理问题，包括以交易形式收受贿赂问题；收受干股问题等。针对一些国家工作人员，尤其是一些职务较高的国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，往往不是其本人亲自收受请托人财物，而是授意请托人与特定关系人以买卖房屋、汽车等物品的方式进行交易，有关财物也由特定关系人收取。对这种由“直接受贿”变为“间接受贿”的隐蔽犯罪，《意见》明确规定，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，授意请托人以本意见所列形式，将有关财物给予特定关系人的，以受贿论处。对特定关系人以受贿罪的共犯论处。对在职时为人谋利，离职后收受财物的“期权寻租”的隐蔽腐败行为，《意见》明确规定，国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益之前或者之后，约定在其离职后收受请托人财物，并在离职后收受的，以受贿论处。

2、“特定关系人”的界定

《意见》对于“特定关系人”进行了界定，对于斡旋受贿犯罪的认定提供了一定的理论支持。自从“特定关系人”这个概念进入刑法领域以来，关于“特定关系人”的界定，掀起了很大的争议。特别是“情妇（夫）”这个属于道德领域的词汇进入到法律领域，确实引起人们的广泛关注，也引发了一些不同意见。多数人表

^① 刘生荣、张祖军、许道敏.贪污贿赂罪[M].北京：中国人民公安大学出版社，2003，121.

Degree papers are in the "[Xiamen University Electronic Theses and Dissertations Database](#)". Full texts are available in the following ways:

1. If your library is a CALIS member libraries, please log on <http://etd.calis.edu.cn/> and submit requests online, or consult the interlibrary loan department in your library.
2. For users of non-CALIS member libraries, please mail to etd@xmu.edu.cn for delivery details.

厦门大学博硕士论文摘要库