

ZHONGGUO JIANCHA

XINGFA SHIYONG YU XINGSHI SUSONGFA XIUGAI

中国检察

——《刑法》适用与《刑事诉讼法》修改

第12卷

主 编 张智辉

副主编 向泽选 谢鹏程



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

ZHONGGUO JIANCHA

CHINA'S JIANCHA

中国检察

——中国检察与检察制度的发展

第1卷

主编：王仲

副主编：王仲、王仲

中国检察

ZHONGGUO JIANCHA
XINGFA SHIYONG YU XINGSHI SUSONGFA XIUGAI

中国检察

——《刑法》适用与《刑事诉讼法》修改

第12卷

主 编 张智辉

副主编 向泽选 谢鹏程



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

中国检察——《刑法》适用与《刑事诉讼法》修改(第12卷)/张智辉主编.
—北京:北京大学出版社,2007.1
ISBN 978-7-301-11453-7

I. 中… II. 张… III. 检察机关-工作-中国-文集 IV. D926.3-53

中国版本图书馆CIP数据核字(2006)第157137号

书 名: 中国检察——《刑法》适用与《刑事诉讼法》修改(第12卷)

著作责任者: 张智辉 主编

责任编辑: 周 微 吕亚萍

标准书号: ISBN 978-7-301-11453-7/D·1658

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://www.pup.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

出版部 62754962

电子邮箱: law@pup.pku.edu.cn

印 刷 者: 北京大学印刷厂

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 19.75印张 344千字

2007年1月第1版 2007年1月第1次印刷

定 价: 29.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,侵权必究

举报电话:010-62752024 电子邮箱:fd@pup.pku.edu.cn

卷首语

近些年来,程序正义价值的张扬最终促使三大诉讼法被提上全国人大修法日程。此乃我国法治生活中的大事。2005年结题的最高人民检察院检察理论研究课题中,有九个研究报告的内容都与诉讼法的修改有关。这九个研究报告分别是《“轻轻”刑事政策及其在检察工作中的应用》、《刑事诉讼法适用问题调查研究》、《〈刑事诉讼法〉修改中涉及检察机关的若干主要问题》、《刑事强制措施制度的立法完善》、《刑事强制措施的检察监督》、《刑事证明标准的层级性研究》、《减刑检察监督研究》以及《民事、行政裁判执行的检察监督》(该题目由两个课题组各自独立完成,其结果形成两份结题报告)。我们将这九个研究报告与另外一篇报告——《刑法适用中若干疑难问题研究》一起,以《刑法适用与诉讼法修改》为主题,编辑成《中国检察》第十二卷。这一主题细分为“《刑法》适用”、“《刑事诉讼法》的修改”和“《民事诉讼法》和《行政诉讼法》的修改”三个栏目。

一、《刑法》适用

新现象和老问题总是与法的适用相伴而行,《刑法》的适用也不例外:对新老问题的解决离不开对法律条文的精当理解和对刑法理论的牢固把握。最高人民检察院朱孝清副检察长独立完成的《〈刑法〉适用中若干疑难问题研究》报告,在理论与实践相结合的框架下,对斡旋受贿、医生收受药品回扣、盗窃科研产品等刑法适用中存在争议的新老问题进行了分析。报告认为,斡旋受贿中的“利用本人职权或者地位形成的便利条件”,应当是指利用职权或者地位形成的,能对第三人施加职务影响的便利条件。它的核心是职务影响力,具有职务的非制约性、职务行为的依赖性、第三人意志的不完全性、权力的可交换性等特点。这种影响力必须以职务为基础,不同于利用亲友关系和利用非职务性地位形成的便利条件。行为人斡旋第三人为请托人“谋取不正当利益”时,必须明知所谋取的是不正当利益,缺乏这一明知的行为人的行为不构成斡旋受贿。对于“为请托人谋取不正当利益”行为的内容,报告认为应当包括行

为人的承诺和斡旋行为、第三人的承诺、实施及实现行为等。斡旋受贿应以第三人承诺为请托人谋取不正当利益作为既遂标志。关于盗窃葡萄、豆角等科研产品案件的定性,报告认为,作为一种财产犯罪行为,这类行为人也应当具有对行为对象的认识,认知内容应包括财物的自然属性、价值以及非本人所有等。因此,如果查明行为人不明知所盗科研产品性质的特殊性及由此所带来的价值的特殊性,就不具备“明知”这一主观认识要素,即使其所盗窃葡萄、豆角的价值经鉴定属于较大或者巨大,其行为也不能被认定构成盗窃罪,否则就是客观归罪。报告专门指出,对这类案件主观故意的认定不能比照司法实践中处理拎包案件的概括故意原理。另外,在计算所盗特殊产品的数额时,应当注意以下两点:第一,在计算其价值时,要注意分析所窃取的试验品与科研成果(包括终极成果与阶段性成果)之间的关系,如性质的差异、距离的远近、表现形式的异同等等。第二,在计算这类案件的盗窃数额时,不能将投入科研的成本计算为盗窃数额,不能将科研的整体价值和可期待价值计算为盗窃数额,也不能将盗窃造成的损失数额计算为盗窃数额,只能计算行为人所窃取的科研产品本身的数额。由于科研活动总体上属于生产经营活动,且取得罪与毁灭罪在一定条件下存在竞合关系,因此报告又考虑到了前者转化为后者,即构成破坏生产经营罪的可能性。另外,报告还讨论了医生收受药品回扣及国企改革中隐瞒国有资产等行为的定性问题。

这篇报告在分析中将基本理论与我国社会实践紧密结合,结论令人信服,令人读后顿觉豁然。加之其言辞洗练,表达准确,通篇没有一句赘语,是一份颇具语言功力的研究报告。

20世纪中期,在“新社会防卫论”的影响下,西方国家提出了“合理地组织对犯罪的反应”的口号,掀起了一场以“非犯罪化”和“非刑罚化”为主题的刑法改革运动。“轻轻”刑事政策便是这一运动的产物。“轻轻”即轻其轻者,就是对轻微犯罪,包括偶犯、初犯、过失犯等主观恶性不大的犯罪,处罚较以往更轻。其基本策略是刑事立法上的“非犯罪化”、刑事司法上的“非刑罚化、程序简易化”、刑事执行上的“非机构化、非监禁化”。“轻轻”思想对各国刑事政策产生了重大影响,对我国也是如此。河北省人民检察院何军恒主持完成的《“轻轻”刑事政策及其在检察工作中的应用》研究报告,对检察工作中如何运用“轻轻”刑事政策进行了思考,提出、论证并设计了缓起诉制度,着重探讨了在我国引进刑事和解制度的问题,构建了以“被害恢复”和“民事赔偿”为主题,以“审查公诉阶段”为背景的“现代的、中国模式的刑事和解方案”。为了给刑事和解提供法律依据,报告建议对《中华人民共和国刑事诉讼法》第142

条第2款以及《人民检察院刑事诉讼规则》第289条进行相应修改。除此之外,报告还探讨了社区矫正制度,设计了“比简易程序更易行的中国式的辩诉交易程序”。

从我国目前司法资源的投入量与需求量的矛盾不断加剧的现状出发,我们应当重视“轻轻”刑事政策并通过该政策的良性运作,将节省出的司法资源投入到对重大犯罪的打击与防范上。检察机关作为刑事法律的执行主体与刑事政策的具体实施者,在检察环节上充分运用“轻轻”刑事政策,对保障人权、促进和谐社会的构建与发展有重大意义。由此看来,该报告在立意与选题上无疑具有积极的现实意义。而且,在报告着力论证并倡导的制度或措施中,有些确实具有与我国传统文化与现实国情天然的相融性,如作为刑事和解制度观念支撑的恢复性司法理念,与我国传统的调解制度所蕴涵的“和为贵”理念不谋而合。因此,对于和解制度来说,现在应论证的问题不是其“是否”应当确立,而是“如何”确立。然而,并非所有措施都像刑事和解制度这样在我国具有明显的本土适应性。如社区矫正制度,在我国流动人口犯罪率在总犯罪率中占很大比例的城市,其可行性有多大,尚难估计。除此之外,该报告还存在更大的缺陷,即整体结构和谐的问题。该报告以“轻轻”刑事政策为语境,对缓诉、辩诉交易、刑事和解以及社会矫正措施四种制度都进行了考察,从刑事政策角度看,比只分析其中之一的其他论文要全面而且集中。但是,在同一国家法治框架或法律平台上确立所有这些制度,除了要分别论证这些制度自身适用的可行性与适用条件等问题外,还必须考虑这些制度的兼容性。只有对这些制度横向之间的关系进行了相当的论证,并明确它们在运用中如何兼容以避免出现制度适用上的冲突时,该报告有关“轻轻”刑事政策在检察工作中运用的构想体系才算完整。然而,该报告中完全没有对诸制度尤其是“暂缓起诉制度”与“辩诉交易制度”之间的逻辑关系进行必要的分析与论证,使得该报告很明显是分别对暂缓起诉等四种制度进行论述的四篇论文的拼接,而未能形成一个有关“轻轻”刑事政策在检察机关合理运行的有机的、完整的论证系统,这使得该报告的学术价值大打折扣。

二、《刑事诉讼法》的修改

《中华人民共和国刑事诉讼法》(以下简称《刑事诉讼法》)修订后近十年来,学界及实务部门对《刑事诉讼法》适用中的诸多问题进行了研究。这不仅对司法实践起到了重要的指导作用,同时也为《刑事诉讼法》的再次修订提供

了理论依据。

中国政法大学刘玫教授主持完成的《〈刑事诉讼法〉适用问题调查研究》报告考察了《刑事诉讼法》适用过程中与检察业务相关的法定期间、检察机关对自诉案件的介入以及撤诉等问题,具有较强的针对性,反映出报告作者对相关问题的深入思考。关于法定期间的问题,报告指出,备受关注的超期羁押问题实际上只是表象,我国《刑事诉讼法》对于法定期间的规定本身存在问题是造成超期羁押现象的重要原因。我国现行立法对法定期间扩展的规定不符合诉讼效率原理和诉讼经济原则,非但无法提高诉讼效率,反而导致了司法资源的更大浪费。在这方面,法定期间的重新计算、回转计算和不计算问题尤为突出。报告列举了立法欠缺、立法矛盾、立法模糊、法的不确定与随意等《刑事诉讼法》立法上存在的诸多问题,提出了相应的解决的途径。检察机关对自诉案件的介入也是检察业务中一个颇值得探讨的问题。报告建议,在修订我国《刑事诉讼法》时,还应当补充自诉案件起诉权行使的障碍及救济的内容以及自诉权行使过程中的障碍及救济的内容。为此,在我国《刑事诉讼法》中应当明确规定检察机关对告诉才处理的案件在法定情形下有权提起公诉,同时还应规定检察机关的担当自诉制度。当然,当检察机关介入诉讼时,如果被害人能自主表达意志,那么基于检察机关的法律监督职能,其在诉讼中的功能应是协助自诉人,案件性质仍为自诉。除此之外,报告还探讨了公诉案件的撤诉、第二类自诉案件起诉阶段公诉程序与自诉程序的选择适用、检察机关自侦案件及抗诉等问题。

《刑事诉讼法》适用问题的研究在我国相对成熟,有大量相关的文章和著作,本报告并未选取当今《刑事诉讼法》适用中的热门问题,而是选择了几个受到关注较少、但又与检察业务密切相关的问题进行探讨。从选材角度看,切中热点的做法无可厚非,但像本报告这样的另辟蹊径做法更值得欣赏。这是该报告的第一个优点。该报告的第二个优点是论证充分、言之有物。在每一部分的论述中,报告首先对现行立法及司法解释存在的问题进行剖析,并在此基础上结合实践提出解决的对策,很好地克服了观点堆砌但没有论证说理的常见弊病,这使得报告的立论既有说服力又不乏启发性。

刑事强制措施的实践问题一直是理论与司法实践关注的焦点。最高人民检察院侦查监督厅万春副厅长主持完成的《刑事强制措施制度的立法完善》报告,对我国刑事强制措施制度进行了认真反思,并对如何从立法上进一步健全和完善它们进行了探讨。关于逮捕的作用,报告认为,逮捕不具有惩罚或先予惩罚性。将逮捕理解为具有惩罚性或先予惩罚性的观点违背了逮捕的目的。

逮捕除了保证侦查和审判顺利进行外,还在保障犯罪嫌疑人、被告人人权方面发挥着重要作用。“逮捕必要性”在逮捕措施的应用中尤其是在贯彻我国刑事政策中具有不可替代的作用。但是,由于法律的规定过于原则,致使“逮捕必要性”条件没有充分发挥其“分水岭”作用。为节约司法资源、维护当事人的合法权益,应当明确“逮捕必要性”的法律规定。报告指出,“逮捕必要性”中嫌疑人所具有的“社会危险性”与“社会危害性”不同,“社会危险性”包括“罪行危险性”与“人身危险性”两部分。报告还专门分析了在刑事强制措施适用中审前羁押存在的诸多问题,也注意到了现行立法中办案期限与羁押期限未做区分,犯罪嫌疑人、被告人被错误羁押后缺乏完善救济程序等较严重的问题。为此,应当将羁押期限与办案期限区别开来,建构审查批准延长羁押期限的程序。由于办案期限和地域的限制等原因,最高人民检察院办理延长羁押期限案件,不能保证批准延长羁押期限的质量。因此,有必要修改法律,明确规定省级人民检察院和最高人民检察院批准和决定逮捕的案件,需要延长羁押期限的,可以由作出逮捕决定的检察机关直接决定。报告还提出了建立延长羁押期限的救济程序、赋予当事人申诉权等观点,这些都具有理论上的创新性,尤其是关于嫌疑人所具有的“人身危险性”的内涵的分析,颇有独到之处。

原湖南检察官协会李志辉会长主持完成的《减刑检察监督研究》报告集中探讨了我国减刑制度的检察监督中存在的问题。报告认为,完善减刑的检察监督方式要以有效制约可能影响减刑的各种公权力的运行为目标;按照事前、事中、事后监督相结合的原则,实行同步监督、动态监督,以确保减刑的检察监督能够及时、准确、全面展开。这是该报告对减刑检察监督机制的总体构想。在对完善减刑检察监督的具体设计上,报告指出,公正、合法的申报程序对减刑的良好运作十分重要。因此,应当完善这个程序的检察监督:第一,加强对监管机关及时申报的监督;第二,监督监管机关对符合减刑条件的犯罪人如数全部申报;第三,通过立法赋予检察机关对监管机关申报意见的形式审查权。第四,赋予检察机关建议申报权,且检察机关的建议具有引起监管机关审核申报程序的效力。裁定中的检察监督也亟待完善。报告认为,根据司法实践,加强减刑裁定中的检察监督,可以考虑以下两种途径:其一,通过立法将听证制度引入减刑裁定机制;其二,赋予犯罪人参与减刑听证审理活动的权利,并允许其发表个人意见。当其就对减刑裁定不服时,还可以向检察机关申诉,由检察机关审查后依法提出纠正意见。至于裁定后的检察监督,可以从以下两方面来完善:一方面,通过立法赋予检察机关的纠正意见启动审判监督程序的法律效力;另一方面,对于通过采取欺骗、贿赂等非法手段获得减刑的犯罪人,赋予

检察机关取消其一定期限内的减刑资格,甚至撤销减刑的权力。除此之外,还要进一步完善职务犯罪的查办机制等。

最高人民检察院研究室陈国庆副主任主持完成的《〈刑事诉讼法〉修改中涉及检察机关的若干主要问题》与中南财经政法大学张泽涛副教授完成的《刑事强制措施检察监督》都围绕《刑事诉讼法》的修改进行了探讨。后者对强制措施检察监督的价值定位问题给予了高度关注,其提出的针对人身和财产的强制措施都是检察监督的对象,但要遵循比例原则和合法原则进行监督的观点值得注意。

刑事证明标准是刑事诉讼证据理论的核心内容,也是争议最大的问题之一。我国传统的刑事诉讼证明标准由于没有充分注意到认识过程的渐进性以及不同诉讼阶段证明要求的区别性而屡遭诟病。随着我国法制建设的不断完善,在刑事诉讼现代化的进程中,从传统的客观真实证明标准到构建层次性证明标准的转变,必将成为当前《刑事诉讼法》修改的重要内容。最高人民检察院副部级检察委员会专职委员、法律政策研究室戴玉忠主任主持完成的《刑事证明标准的层级性研究》报告即从刑事证明标准的阶段层级性、对象层级性以及主体的层级性三个方面确立了刑事证明标准层次性的体系。刑事证明标准的阶段层级性涵盖五个阶段性标准:立案的证明标准——人、事存在;拘留的证明标准——重大嫌疑;逮捕的证明标准——单罪确实;侦查终结的证明标准——确实完备;诉审的证明标准——确实充分。“确实充分”又可以分解为五个具体标准。刑事证明标准对象层级性中的第一辅助形态是确信排疑标准,第二辅助形态是可信释明标准。其程度不但低于上述“确实充分”,也低于“确信盖然”,是公诉审判证明标准的最低层面。除此外,报告还分析了刑事证明标准主体的层级性问题。

刑事证明标准应具有层次性已是理论共识,证明标准的层次性也已成为这一理论研究的基本趋势,该报告在此基础上,从证明过程的阶段性、证明对象的复杂性与证明主体的差异性着眼,着手分析了各自的层级体系,形成了刑事证明标准的整体层级体系,这不能不说是刑事证明层次理论的有益拓展。

三、《民事诉讼法》和《行政诉讼法》的修改

民事、行政裁判执行混乱现象已成困扰实务部门的一个顽疾,因而对其产生的原因进行深入剖析并寻求合理、可行的解决办法和突破口,已成为法学理论上重要而迫切的课题。这也是最高人民检察院设立《民事、行政裁判执行的

检察监督》课题的初衷。最高人民检察院民事行政检察厅王鸿翼厅长主持完成的报告(以下简称“报告一”)与西南政法大学常怡教授主持完成的报告(以下简称“报告二”)二者虽结构相异,但内容基本一致:均有针对民事、行政裁判执行的现状的揭示与原因分析,也都阐述了对民事、行政裁判进行检察监督的正当性,并在此基础上进行了制度设计。只不过两份报告在论述时各有侧重,创新点也不同。在揭示并分析民事、行政裁判执行状况时,“报告一”具有新意,该报告认为,将主、客观原因所导致的生效裁判难以执行的情况笼统地称为“执行难”不够细致,反而模糊或掩盖了对事实的准确分析,也不利于提出合理的对策。我国执行程序中存在的问题,实际上主要表现为“执行难”和“执行乱”两个相互联系又有所区别的层面上。“执行难”特指因执行法院或执行法官之外的因素所导致的生效裁判确认的权利义务不能实现或不能完全实现的情形,是执行法院或执行法官在现行法律框架下难以克服的“难执行”。而“执行乱”是指执行法院或执行法官故意或过失地违背现行法律规定或执行依据,在执行过程中损害审判权威或侵犯当事人或案外人合法权益的“乱执行”情形,是纯粹因执行法院或执行法官的原因导致的执行问题。在一定程度上,社会各界对执行问题的责难,对“执行难”现象的深恶痛绝,主要集中在“执行乱”问题上。“报告一”对民事、行政裁判“执行乱”现象的准确揭示与作者从事民事、行政检察工作的丰富经验不无关系。而对“执行难”与“执行乱”现象的界分,使得该报告以此为基础所设计的完善措施具有了更强的针对性。对于如何加强民事、行政裁判的检察监督,两份报告均提出了体系完整的设计方案。“报告二”还分析了检察机关对民事、行政裁判执行进行监督的原则、范围和方式。报告指出,对民事、行政裁判进行检察监督,应当遵循三个原则:严格依法监督原则,不干预人民法院正常执行活动原则与有限监督、有限救济原则。在对检察监督的程序进行设计时,两个报告均指出,民事裁判执行权分为“执行裁决权”与“执行实施权”两种属性、运行规律和程序都存在差异的权力,因此分别决定了不同的监督方式和监督程序。相比而言,“报告二”对民事、行政裁判执行检察监督的程序设计更为具体:包括抗诉的程序、纠正违法程序、检察建议程序、执行中止程序、民行裁判执行抗诉案件的审理程序、该抗诉案件审理结果的处理、检察院在办理民事行政裁判执行申诉案件中的调(借)卷权等内容。在行使监督权的检察院的级别上两报告观点不同:“报告一”认为,执行程序与审判程序确有相当差异,从对执行案件的熟悉情况、执行进度的把握,特别执行程序的方便、快捷出发,由同级执行法院的同级检察院对执行程序进行监督更为妥当、合理,也更符合执行监督的实际运行状况;“报

告二”则认为,除了执行法院的同级检察院外,上级检察院也应当具有监督职责。从效率与效益角度考虑,由熟悉案件的同级人民检察院行使监督权似乎更合适。

与理论界对执行程序独立价值的认识日益深入相一致,强制执行法的立法工作已在酝酿之中,一部独立于我国《民事诉讼法》的强制执行法呼之欲出。在此背景下,对民事、行政执行程序进行检察监督的制度和规范应立即纳入独立的强制执行法中进行考虑,只有这样,才能更合理地确定其体例、框架和具体的规范、结构。从这个角度看,两份报告对强制执行法的制定不无参考价值。

目 录

★ 《刑法》适用

《刑法》适用中若干疑难问题研究	(1)
一、斡旋受贿的问题	(1)
二、医生收受药品回扣行为的定性问题	(13)
三、盗窃科研葡萄、豆角行为的定性问题	(18)
四、国企改制中隐瞒国有资产行为的定性问题	(27)
“轻轻”刑事政策及其在检察工作中的应用	(39)
一、“轻轻”刑事政策及其在我国的发展	(39)
二、“轻轻”刑事政策在检察工作中运用的现状及问题分析	(48)
三、关于在检察工作中运用“轻轻”刑事政策的思考和建议	(66)

★ 《刑事诉讼法》的修改

《刑事诉讼法》适用问题调查研究	(85)
一、法定期间问题	(86)
二、检察机关对自诉案件的介入问题	(92)
三、检察机关撤诉问题	(99)
四、检察机关自侦案件有关问题	(108)
五、抗诉问题	(113)
《刑事诉讼法》修改中涉及检察机关的若干主要问题	(116)
一、关于强制措施的改革完善	(116)
二、关于技术侦查措施的法律化、程序化问题	(123)
三、关于公诉制度的立法完善	(126)
四、关于我国刑事再审抗诉制度的改革	(137)

五、关于完善刑事诉讼监督程序问题	(145)
刑事强制措施制度的立法完善	(154)
一、完善刑事强制措施制度立法的基本价值取向	(154)
二、逮捕制度的立法完善	(161)
三、拘留制度的立法完善	(176)
四、取保候审、监视居住制度的立法完善	(181)
五、拘传制度的立法完善	(186)
六、搜查、扣押制度的立法完善	(187)
七、羁押制度的立法完善	(189)
刑事强制措施的检察监督	(195)
一、刑事强制措施中的检察监督的含义与功能	(195)
二、检察机关监督刑事强制措施的现状及其问题	(202)
三、完善我国刑事强制措施中检察监督的若干构想	(208)
刑事证明标准的层级性研究	(214)
一、刑事证明标准的概念	(214)
二、刑事证明标准的内在层级性	(220)
三、刑事证明标准的层级形态	(229)
减刑检察监督研究	(246)
引言	(246)
一、我国减刑检察监督存在的问题及其原因	(247)
二、我国减刑检察监督的理论基础	(252)
三、完善我国减刑检察监督制度的探索	(254)

★《民事诉讼法》和《行政诉讼法》的修改

民事、行政裁判执行的检察监督(一)	(259)
一、民事、行政裁判执行的重要性及存在的主要问题	(259)
二、民事、行政裁判检察监督的必要性	(264)
三、民事、行政裁判执行检察监督的法理基础	(267)
四、民事、行政裁判执行监督的障碍分析	(270)
五、民事、行政裁判执行监督的制度完善	(272)

民事、行政裁判执行的检察监督(二)	(276)
一、从民事、行政裁判执行的现状看引入检察监督的必要性	(276)
二、检察机关对民事、行政裁判执行实施法律监督的原则、 范围和方式	(295)
三、关于在民事、行政强制执行立法中设立检察监督程序的 立法建议	(298)

★ 《刑法》适用

《刑法》适用中若干疑难问题研究

课题完成者

朱孝清 最高人民检察院副检察长

当前刑法适用中遇到了一些疑难问题,学界和实务界对其均存在不同认识,它们不仅涉及对法条的理解,而且涉及刑法基本理论。本文试通过辨法析理,对其中的若干问题作些探讨,以求教于同仁。

一、斡旋受贿的问题

八届全国人大五次会议通过的修订《刑法》除了以第 385 条规定受贿罪的一般形式外,还于第 388 条规定了斡旋受贿这种受贿罪的特殊形式。该条规定:“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。”对该法条,有以下问题需要研究:

(一) 如何理解“利用本人职权或者地位形成的便利条件”

“利用本人职权或者地位形成的便利条件”，是斡旋受贿的客观要件之一。由于行为人“利用本人职权或者地位形成的便利条件”，是为了“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”，因此，如何理解“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的问题，实际上就是如何理解行为人与其他国家工作人员（以下简称“第三人”）职务之间关系的问题。对此，当前主要有以下三种观点：第一种是“制约关系说”，即行为人利用本人职权或者地位形成的对其他国家工作人员的制约关系，包括纵向的制约关系和横向的制约关系。其中纵向制约关系是指上级领导人员对其下级的国家工作人员在职务上的制约关系；横向制约关系是指不同单位、部门之间、这一国家工作人员与那一国家工作人员之间存在的职务上的制约关系。^①第二种是“制约关系和工作联系说”。即指行为人利用自己的职权或地位形成的对其他国家工作人员的制约关系或工作联系，如上下级之间的隶属关系，或单位与单位之间的工作联系。^②这种观点与上述第一种观点的相同点是认同“制约关系”，不同点是除“制约关系”外，还包括“工作联系”，显然，其范围要大于前者。第三种是“非制约关系说”，即认为该条与第385条一般受贿的区别之一，是行为人与被利用的国家工作人员之间不存在职务上的制约关系，而一般受贿则存在职务上的制约关系。^③至于“非制约关系”究竟是一种什么关系，则又存在多种认识，如有的认为是“平行职务关系”，有的认为是“工作关系”，还有的认为是“影响关系”等等。由于认识存在分歧，以致案件处理各异。例如，某市公安局长受他人之托，给其下属的某县公安局长打招呼，要求对一贩毒案件停止侦查，不予追究。事后，该市局局长收受请托人人民币5万元。该市公安局长与县公安局局长存在领导与被领导的关系（制约关系中的一种形式），根据“制约关系说”，该市公安局长的行为属于斡旋受贿，应适用《刑法》第388条；而根据“非制约关系说”，该局长的行为属于一般受贿，应适用《刑法》第385条。又如某县工商局长受他人之托，要求该县法院某民庭庭长对一合同纠纷案的原告方予以关照，致使本应败诉的原告方胜诉。事后，该工商局长收受请托人人民币10万元。由于该工商局长与该法庭庭长之间既不存在纵向的领导与被领导关系，也不存在横向的

① 参见赵秉志主编：《新刑法全书》，中国人民公安大学出版社1997年版，第1265页；苏惠渔主编：《刑法学》，中国政法大学出版社1997年修订版，第876页。

② 郎胜主编：《中华人民共和国刑法释解》，群众出版社1997年版，第515页。

③ 陈兴良著：《刑法疏议》，中国人民公安大学出版社1997年版，第635页。