

2013-4

本
辑
要
目

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

总第31辑

赵秉志◇主编

◆ 名案法理研究

薄熙来案件审判的法理问题研究（下）/赵秉志

◆ 热点案件透视

刑法规范变更导致的溯及力问题探讨

——牛玉强保外就医不归案/吴立欧 吴之欧

◆ 疑难案件探讨

危险驾驶罪中“道路”之认定

——谢忠德危险驾驶案/商浩文

◆ 死刑个案研究

人格障碍、行为模式及犯罪环境与死刑适用

——郑民生故意杀人案/赵秉志 马宝镇

◆ 司法解释研究

《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》评析/党 静

人民法院出版社

2013 年第 4 辑 (总第 31 辑)

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办
赵秉志 主编

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2013年. 第4辑; 总第31辑/赵秉志主编;
北京师范大学刑事法律科学研究院主办. —北京:
人民法院出版社, 2014. 10
ISBN 978-7-5109-1050-0

I. ①刑… II. ①赵… ②北… III. ①刑法-判例-研究-中国 IV. ①D924.05

中国版本图书馆CIP数据核字(2014)第219045号

刑事法判解研究

2013年第4辑(总第31辑)

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办
赵秉志 主编

责任编辑 丁丽娜

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷27号 邮编 100745

电 话 (010)67550608(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092毫米 1/16

字 数 272千字

印 张 15.75

版 次 2014年10月第1版 2014年10月第1次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1050-0

定 价 38.00元

《刑事法判解研究》

学术顾问

高铭暄 陈光中 王作富 储槐植 樊崇义
张 军 南 英 黄尔梅 朱孝清 孙 谦

编辑委员会

主 任 赵秉志

副 主 任 胡云腾 陈国庆

委 员 (以姓氏拼音为序)

戴长林 高贵君 高憬宏 李希慧

卢建平 裴显鼎 彭 东 宋英辉

王尚新 杨万明 张智辉 周 峰

主 编 赵秉志

副 主 编 左坚卫

编 辑 廖 明 郭雅婷 王 帅 赵 远

特邀编辑（以姓氏拼音为序）

- 陈超 广东省揭阳市中级人民法院院长
龚培华 上海市金山区人民检察院检察长
黄祥青 上海市第一中级人民法院副院长
孟燕菲 最高人民检察院法律政策研究室处长
万云峰 广州市中级人民法院刑一庭庭长
翁跃强 浙江省人民检察院控申处处长
吴光侠 最高人民法院研究室案例指导处处长
詹复亮 最高人民检察院反贪总局业务指导处处长
张温龙 福建省石狮市人民检察院检察长
周加海 最高人民法院研究室刑事处处长
邹开红 北京市人民检察院办公室主任

卷首语

本辑【名案法理研究】栏目除了继续登载赵秉志教授撰写的《薄熙来案件审判的法理问题研究》的后半部分，还刊登了石宗智撰写的深度探讨另一个社会影响广泛的著名案件——马尧海聚众淫乱案的文章，对南京某大学副教授马尧海以及其他多人的聚众淫乱行为的可罚性问题进行了较为深入全面的剖析，是一篇具有一定深度的反思性文章。

从1979年刑法颁布到现在30多年已经过去了，一些罪名的变迁让人有沧海桑田之感。曾经配置并且大量适用了死刑的流氓罪，对于如今的年轻人而言已经变得十分陌生，分解出来的几个罪名的法定刑最高也只是有期徒刑。显然，1979年刑法对这种犯罪配置了过于严苛的刑罚，其后遗症至今依然没有完全消失。本辑【热点案件透视】栏目，刊登了吴立欧、吴之欧合作撰写的案例研究文章，对因犯流氓罪被判刑的牛玉强保外就医后没有主动返回监狱从而被重新收监，需服刑到2020年的事件进行了探讨，反思了刑法规范变更导致的溯及力问题。

【疑难案件探讨】栏目刊登了八篇案例研究文章，分别探讨了以下几个方面的问题：（1）作为危害公共安全犯罪的危险驾驶罪，其发生场所即“道路”应当作何理解；（2）刑法和民法都对商业秘密作出了保护的规定，那么，商业秘密保护的民刑界限何在；（3）使用商业秘密的行为在何种情况下构成侵犯商业秘密罪；（4）作为强奸罪加重处罚情节的轮奸行为，是否可能存在一人既遂而其他人未完成的情形，对于这种情形应当如何处理；（5）我国刑法对侵犯公民个人信息犯罪的规定存在哪些不足，如何加以完善；（6）关于转化型抢劫罪的司法解释的规定应当如何理解，如何判断这类犯罪的完成形态；（7）借用手机后偷偷溜走的行为如何定性；（8）他人交通肇事后，为肇事者顶罪行为如何定性，构成伪证罪还是包庇罪。司法实务中产生的疑难问题远比任何学者的想像还要复杂离奇，我们希望来自实务

部门的业务人员能够在高质量完成工作的同时，将工作成果转化为研究文章，促进司法工作质量的提升。当然，也欢迎理论研究者站在另一种角度，对司法实务中的疑难问题发表看法。

本刊2013年第1辑曾经刊登了阮方民、封利强撰写的《张辉、张高平“强奸”冤案法理研究》，从辩护人的视角反思了浙江“张氏叔侄”错案形成的原因。本辑【冤错案件剖析】栏目刊登了来自浙江省人民检察院的研究人员王菊芬、王晓霞合作撰写的《错案形成的原因及防范机制构建》，从法律监督机关的视角对浙江“张氏叔侄”强奸杀人错案的形成原因进行了深度剖析，对错案的一再发生进行了刑事司法制度层面的反思，并在此基础上就如何构建预防和纠正冤、假、错案机制提出了建议。

从精神病学角度看，穷凶极恶的杀人犯往往可能存在人格障碍甚至患有更严重的精神疾病，如何确定这类行为人的刑事责任能力，如何对这类行为人正确适用死刑，都是十分复杂而又敏感的问题。本辑【死刑个案研究】栏目刊登了赵秉志、马玺镇合写的文章，以福建省郑民生故意杀人案为例，对人格障碍、行为模式及犯罪环境与死刑适用的关系进行了探讨。

冤错案件的形成原因经常是多方面的，因而需要进行多角度反思。本辑【案例比较研究】栏目刊登了检察官胡延军、张飏撰写的《刑事冤错案件的纠正机制探究》，仍以“张氏叔侄”错案为范本，对如何完善我国的刑事冤错案纠正机制进行了探讨。

【司法解释研究】栏目刊登了三篇文章，第一篇探讨了最高人民法院、最高人民检察院、公安部2013年联合发布的《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的意见》中若干可能存在不同看法的规定的含义，并就《意见》的不足之处进行了分析。第二篇结合最高人民检察院2012年10月颁布的《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》以及同年同月发布的《关于进一步加强未成年人刑事检察工作的决定》的相关内容，探讨了我国未成年人附条件不起诉制度的完善问题。第三篇结合“两高”2013年9月出台的《关于办理利用信息网络实施诽谤等刑事案件适用法律若干问题的解释》，探讨了网络敲诈勒索、非法经营案件法律适用方面的问题。

目录

CONTENTS

【名案法理研究】

- 薄熙来案件审判的法理问题研究(下) 赵秉志(1)
- 马尧海聚众淫乱案法理研究 石宗智(30)

【热点案件透视】

- 刑法规范变更导致的溯及力问题探讨
——牛玉强保外就医不归案 吴立欧 吴之欧(54)

【疑难案件探讨】

- 危险驾驶罪中“道路”之认定
——谢忠德危险驾驶案 商浩文(62)
- 商业秘密保护的民刑界限
——邬某侵犯商业秘密案 杨兴培 朱可人(72)
- 使用商业秘密行为如何定性
——杨某龙侵犯商业秘密案 董莹 张繁荣(84)
- 轮奸可以表现为一人既遂而其他人未完成
——王某军、郭某杰、郭某磊强奸案 张红星 刘菲(91)
- 侵犯公民个人信息犯罪的立法缺陷与完善
——陈某某、侯某某非法获取公民个人信息案
..... 隗立娜 孙玲玉(98)

转化型抢劫罪的司法解释及完成形态分析

——徐某抢劫案 朱 贺(107)

借用手机后偷偷溜走的行为如何定性

——于某江盗窃案 黄 杰 周媛媛(117)

伪证罪与包庇罪的界分

——张某为他人交通肇事顶罪案 张晓明(124)

【冤错案件剖析】

错案形成的原因及防范机制构建

——由“张氏叔侄”案件引发的思考 王菊芬 王晓霞(134)

【死刑个案研究】

人格障碍、行为模式及犯罪环境与死刑适用

——郑民生故意杀人案 赵秉志 马奎镇(150)

【案例比较研究】

刑事冤错案件的纠正机制探究

——张高平、张辉叔侄强奸杀人错案 胡延军 张 飏(189)

【司法解释研究】

《关于办理醉酒驾驶机动车刑事案件适用法律若干问题的
意见》评析

党 静(201)

我国未成年人附条件不起诉制度之完善

——对相关司法解释的解读和评析 罗 瑾 廖 丹(218)

网络敲诈勒索、非法经营案件法律适用问题探讨

——以相关司法解释为主要视角 刘静坤(228)

薄熙来案件审判的法理问题研究（下）^①

赵秉志*

三、薄熙来案件审判的实体法问题

从法律性质上分析，薄熙来案件是一起主要涉及原党和国家领导人腐败犯罪的刑事案件。归根结底，刑事追诉、审判的最终结果是要解决薄熙来的刑事责任问题，即定罪量刑问题。一段时间内，围绕薄熙来案件的定罪是否准确，量刑是否适当，薄熙来对收受财物的过程和具体细节等不知情是否影响其主观之明知，“公事公办”是否不属于为他人谋取利益，“利用职务上的便利”如何理解，“特定关系人”共同受贿如何看待，执行上级命令的职务行为可否免除刑责，拒不认罪应否严惩，贪污数额如何认定，个人社会贡献能否“将功折罪”，是否漏诉薄熙来的包庇罪等问题，在法律界、法学界乃至社会公共空间都引发了热议乃至纷争。应当说，这些问题与刑法适用紧密相关，都是实体法层面应当研究和解决的问题。鉴于此，下

* 北京师范大学刑事法律科学研究院暨法学院院长、教授、博士生导师，中国刑法学研究会会长。

① 本文原载《法学杂志》2014年第4期，在本辑转载后体例稍有变更。

面试对薄熙来案件审判涉及的几个主要实体法问题作些探讨。

（一）关于“明知并认可”的问题

受贿罪是典型的权钱交易性质的腐败犯罪，是指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并为他人谋取利益的行为。构成受贿罪，主观方面要求是直接故意，即行为人明知自己利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物为他人谋取利益，会损害国家工作人员职务的廉洁性，仍希望这一危害结果的发生。具体到薄熙来案件，一、二审裁判认定“被告人薄熙来身为国家工作人员，接受唐肖林、徐明请托，利用职务便利，为相关单位和个人谋取利益，直接收受唐肖林给予的财物，明知并认可其家庭成员收受徐明给予的财物，其行为已构成受贿罪。”^①由上可见，一、二审裁判认定是事实是：薄熙来除了直接收受唐肖林给予的财物（折合人民币110.9万余元）外，还明知并认可其家庭成员收受徐明给予的财物（折合人民币19337930.11元）。那么，如何看待薄熙来对其家庭成员收受徐明财物明知并认可就构成受贿罪？这里可从以下两个方面进行阐述：其一，薄熙来是否明知并认可？在一审中，尽管薄熙来及其辩护人提出了“薄熙来对别墅的运作过程、产权关系、面积、价值等全部细节均不知晓，不能认定薄熙来对薄谷开来收受徐明钱款用于购买枫丹·圣乔治别墅一事知情”“薄熙来对徐明为薄谷开来和薄瓜瓜等人支付机票、住宿、旅行费用以及购买电动平衡车，归还信用卡欠款均不知情”^②等辩护意见，而关于薄熙来是否“明知并认可”也是控辩双方争诉的焦点，但根据庭审查证属实的薄谷开来、徐明的证言以及相关书证等多种在案证据，法院是足以认定薄熙来对其家庭成员收受徐明财物明知并认可的。其二，薄熙来明知并认可其家庭成员收受徐明的财物是否符合了受贿罪的主观要件？答案无疑是肯定的。因为在国家工作人员的家庭成员收受请托人财物的场合，国家工作人员主观上是否“明知并认可”乃成为是否构成受贿罪的关键。就薄熙来案件来说，薄熙来及其家庭成员（妻、子）与徐明之间，自1999年至2012年间长达十几年的时间里，双方已形成权钱交易的概括的、长期的意思联络即故意心态，即薄熙来利用职务便利为徐明的实德公司谋取利益，

① 参见山东省济南市中级人民法院〔2013〕济刑二初字第8号刑事判决书；山东省高级人民法院〔2013〕鲁刑二终字第110号刑事裁定书。

② 参见山东省济南市中级人民法院〔2013〕济刑二初字第8号刑事判决书。

徐明给予薄熙来之妻、子和家庭以财物回报。对双方这种权钱交易的实质关系，双方均心知肚明，对此不仅有薄谷开来、徐明的证言证实，被告人薄熙来在其自书材料和亲笔供词中也有合乎情理的描述与认可。在这种权钱交易的概括故意、长期故意的心态之下，被告人薄熙来对其家庭成员收受徐明财物不知具体细节（如涉案别墅的运作过程、产权关系、面积、价值等）当然不影响其主观之明知；其对具体财物的事后知情和认可也是包含在其事前、事中的概括性权钱交易主观意图之中的，并不影响对其受贿罪主观要件的认定。^①也就是说，在这种概括故意心态的视界下，只要薄熙来明知其家庭成员收受的财物是徐明提供或者支付的并且认可，而不论其是否知晓其家庭成员所收受财物的过程或具体细节，也不管其是在事后知情还是事前知情或者事中知情，亦勿需考虑其是否特意为此或者在某个特定的时间段利用职务便利为徐明谋取某个具体的利益，薄熙来都符合了受贿罪主观方面的构成要件，应以受贿论处。正如中国政法大学阮齐林教授所言：“薄熙来身居高位，其权势及于其管辖的省市范围，任何时候都有条件为请托人谋取利益。高官与商人权钱交易的方式也转换为特殊的‘朋友’关系，高官与大款相伴形成长期稳定的互助互利关系，不一定采取请托人给予财物、受请托官员利用职务便利为其谋利这样具体一一对应形式。”^②应当说，阮齐林教授的这一分析是有道理的。

（二）关于“为他人谋取利益”问题

对于收受他人财物型的受贿，必须同时具备“为他人谋取利益”的要件，才构成受贿罪。正确理解和认定受贿罪构成要件中的“为他人谋取利益”要件，要注意以下两点：一是“为他人谋取利益”既包括客观上实施了为他人谋取利益的行为或者已为他人谋取到了利益的情形，也包括承诺为他人谋取利益的情形。不能将“为他人谋取利益”狭窄理解为已经为他人谋取到了利益。2003年11月13日发布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2003〕167号）明确规定：“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

^① 参见赵秉志：《试析薄熙来案件的定罪量刑问题》，载《法制日报》2013年9月26日。

^② 参见阮齐林：《从薄熙来案件看高官贪贿案件的认定处罚》，载《人民法院报》2013年9月27日。

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。”如果国家工作人员非法收受他人财物，没有利用职务便利为他人谋取利益或者不能证实其意图或准备为他人谋取利益的，不应以受贿论处。二是“为他人谋取利益”中的“利益”，既包括正当利益也包括不正当利益，既包括物质性利益也包括非物质性利益，这亦是我国刑法规定、刑法理论与司法实践所明确认可的。

薄熙来案件也涉及对受贿罪构成要件中“为他人谋取利益”要件的理解和认定问题。首先，本案有经庭审查证属实的确实、充分的证据证明薄熙来利用职务便利为徐明的实德集团等谋取了利益。也就是说，薄熙来实施了利用职务便利为他人谋取利益的行为，而且也为他人谋取到了利益（如为实德集团收购大连万达、建设定点直升飞球项目、申报实德石化项目、列入成品油非国营贸易进口经营备案企业名单提供帮助等）。退一步说，即使薄熙来未来得及为徐明的实德集团谋取利益或者最终没有实施为其谋取利益的行为，仍不影响薄熙来受贿罪的成立，因为本案还有大量的证据表明薄熙来确实意图或者承诺为徐明的实德集团谋取利益。如经法院确认的徐明的证言就证明：2004年8月的一天晚上，薄熙来在商务部一楼停车场和其散步时表示，薄谷开来一直说其很好，这些年对薄谷开来和薄瓜瓜在国外的帮助支持很大，这些事薄熙来他都记着。^①从常理不难分析出，薄熙来说的这些话显然是包含了感谢徐明为薄谷开来、薄瓜瓜等人提供帮助和承诺为其谋利的意思的。否则，薄熙来就用不着专门给徐明说“薄谷开来一直说其很好”，“这些事他都记着”之类的话。薄熙来之所以对徐明说“他都记着”，就是让徐明相信其不会白付出，将来肯定会有回报，实质上就是承诺为徐明的实德集团谋取利益，而且薄熙来当时身居高位、手握重权，在其权势范围内，随时都是有条件、有能力为徐明的实德集团谋取利益的。其次，“公事公办”并不影响“为他人谋取利益”要件的成立。在一审庭审和上诉理由中，薄熙来多次辩解其为大连国际公司、实德集团提供帮助是“正常履行职责、公事公办，不属于受贿罪中的谋利事项”^②等，因而对指控其犯受贿罪予以

① 参见《薄熙来向徐明连发20多问 徐明回答：没有没有没有没有》，载《都市快报》2013年8月23日。

② 参见山东省济南市中级人民法院〔2013〕济刑二初字第8号刑事判决书；山东省高级人民法院〔2013〕鲁刑二终字第110号刑事裁定书。

否认。我们认为，薄熙来提出的上述辩护意见和上诉理由都是不能成立的，前文已提到，行为人为他人谋取的“利益”既可以是正当的利益也可以是不正当的利益。因为受贿罪的本质是权钱交易，只要行为人实施了权钱交易的行为，哪怕为请托人谋取的是正当利益，也不影响其受贿罪的成立。换言之，无论行为人是“贪赃枉法”还是“贪赃不枉法”，均不影响“为他人谋取利益”行为性质的认定，尽管这两种不同的情形在受贿罪成立的基础上对危害程度是有不同影响的。所以，薄熙来以“正常履行职责、公事公办”等为理由否认其行为的受贿性质是站不住脚的。事实上，一、二审裁判也对薄熙来及其辩护人提出的这一辩护意见和上述理由予以了反驳和否定。如一审判决就指出：“只要行为人实施了权钱交易的行为，无论行为人为请托人谋取利益的手段是否合法，为请托人谋取的利益是否属于不正当利益，是为请托人个人谋取利益还是为与请托人相关的单位谋取利益，也无论在为他人谋利时是否已有收受财物的故意，均不影响受贿罪的成立。”^①再次，为他人谋取非物质利益亦不影响“为他人谋取利益”要件的成立。在一审庭审中，薄熙来与证人徐明当庭对质时，多次向徐明发问：“直升飞球、足球队赚钱了没有，大石化办成了没有？”试图以上述涉案项目并没有赚钱或者未获得实际经济利益来否认其为实德集团“谋取利益”。徐明在回答薄熙来的提问时亦表示：“没有实际经济利益，只是无形资产的提升”，“对我们的品牌价值和无形资产有提升，大石化到现在还没有批准”等。应当说，对于直升飞球、足球队这些项目，尽管实德集团并没有因薄熙来利用职务便利行为获得物质性的经济利益，但其却使徐明的实德集团获得了巨大的非物质性利益，具体表现为“品牌价值和无形资产的提升”，这也为日后实德集团的发展壮大奠定了基础。薄熙来在自书材料、亲笔供词中也曾交代和供述：“我从多方面积极支持、大力帮助实德的发展”，“仔细回想，是因为我曾经在他企业发展的关键阶段给予了巨大的支持，其中有些是超乎寻常的。”^②亦即薄熙来承认其对实德集团给予了巨大支持。可以说，对实德集团近年来品牌价值和无形资产的大幅提升，薄熙来是功不可没的。总而言之，尽管在这些项目上，薄熙来利用职务便利为实德集团谋取更多的是非物质性的利益，但丝毫不影响其“为他人谋取利益”行为性质的认定，不能否认其犯受贿罪之权钱交易的本质。

^{①②} 参见山东省济南市中级人民法院〔2013〕济刑二初字第8号刑事判决书。

（三）关于“利用职务上的便利”问题

从我国刑法第三百八十二条、第三百八十五条关于贪污罪、受贿罪的规定看，“利用职务上的便利”均是贪污罪、受贿罪客观方面的必备构成要件。何谓“利用职务上的便利”，根据1999年8月6日最高人民检察院颁布的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》，贪污罪中“利用职务上的便利”，是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件。受贿罪中“利用职务上的便利”，是指利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、负责或者承办某项公共事务的职权及其所形成的便利条件。另根据刑法第三百八十八条关于“斡旋受贿”的规定，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。可见，贪污罪与受贿罪中“利用职务上的便利”的含义是不同的，贪污罪中“利用职务上的便利”一般仅限于利用本人职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件；而受贿罪中的“利用职务上的便利”的范围更广，除了可以直接利用本人职务上行为为请托人谋取利益，索取或收受请托人财物外，还可以是通过其他国家工作人员的职务行为，为请托人谋取不正当利益，索取或收受请托人财物。

具体到薄熙来案件，就其“利用职务上的便利”而言，既有薄熙来直接利用本人职务行为的情形，如其亲自签批大连国际公司、徐明等提交的请示报告，从而完成相关请托事项；也有利用其他国家工作人员职务行为的情形，如薄熙来亲自出面给时任辽宁省副省长夏德仁或者相关部门“打招呼”为唐肖林及大连国际公司谋取利益等。上述这些薄熙来“利用职务上的便利”的情形相对清楚，争议不大，也比较容易认定。这里值得探讨的主要是以下两个问题：其一，薄熙来给时任深圳市人民政府市长于幼军写信请其支持“大连大厦”建设，是否属于受贿罪构成要件中的“利用职务上的便利”？对此，薄熙来的辩护人在庭审中提出：“薄熙来与时任深圳市人民政府市长的于幼军之间没有职务上的隶属、制约关系，其批请于幼军支持‘大连大厦’建设，没有利用职务上的便利。”^①令人遗憾的是，一、二审裁判均回避了这一问题。如一审判决只是指出：“经查，公诉机关未将被告人薄熙来批请于幼军支持‘大连大厦’建设的行为作为其受贿犯罪的谋利

^① 参见山东省济南市中级人民法院〔2013〕济刑二初字第8号刑事判决书。

事项予以指控，本院也未在受贿事实中予以认定。”^①我们认为，尽管薄熙来当时作为大连市人民政府市长与时任深圳市人民政府市长的于幼军之间，确实没有职务上的隶属、制约关系，但仍然不能否认薄熙来“利用职务上的便利”的实质。薄熙来之所以给于幼军写信请其支持“大连大厦”建设，也正是利用了其作为大连市人民政府市长这一职务或者地位上形成的便利条件。详言之，薄熙来写信时是以其大连市人民政府市长的身份，代表的是大连市人民政府，请作为时任深圳市人民政府市长的于幼军对在深圳的大连市的项目予以支持，相当于是城市与城市之间的关系，而非基于薄熙来与于幼军之间的个人感情或者私人关系。2003年11月13日发布的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2003〕167号）在解释刑法第三百八十八条规定的“利用本人职权或者地位形成的便利条件”时，也明确指出：“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。”薄熙来与于幼军的关系正是上述纪要所提到的“有工作联系的不同单位的国家工作人员之间”，因而薄熙来写信给于幼军请其支持“大连大厦”建设的行为，认定为“利用职务上的便利”是完全没有问题的。其二，在侵占大连市人民政府承担的一项上级单位涉密场改造工程的500万元工程款的问题上，薄熙来是否具有“利用职务上的便利”？对此，薄熙来的辩护人在一审庭审时提出：“指控的贪污事实发生时，薄熙来系担任辽宁省人民政府省长一职，不能直接决定、支配大连市的财务事务，故其不具有贪污的职务便利。”^②薄熙来在其上诉理由中亦表示：“其在涉案工程款拨付时已调任辽宁省省长，不再兼任大连市的职务，且其亦非相关工程的负责人，没有贪污涉案工程款的职务便利。”^③但一、二审裁判予以了驳斥，其主要理由有两点：一是薄熙来作为辽宁省人民政府省长，其职权覆盖辽宁省辖下的大连市，对大连市人民政府具有管理职权，故薄熙来具有管理、支配涉案款项的职务便利；二是薄熙来作为该涉案工程的原负责人，他当时对该工程仍负有特定的延续、管理职责，具有管

①② 参见山东省济南市中级人民法院〔2013〕济刑二初字第8号刑事判决书。

③ 参见山东省高级人民法院〔2013〕鲁刑二终字第110号刑事裁定书。

理、支配涉案款项的职务便利。^①我们认为，一、二审法院的这两点理由是合乎案件事实并有充分确凿证据支持的，是合乎法理、情理的，因而其结论也是成立的。而且更为重要的还在于，薄熙来事实上也是行使了支配此笔款项的职权，利用职务便利实际支配了涉案款项。当然，薄熙来对涉案款项的贪污有其特殊性，不同于一般的利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件直接侵吞公共财物，而是伙同他人（王正刚）并在他人（王正刚）的帮助下，由其妻最终非法占有此笔款项。尽管贪污的过程较为复杂、行为方式相对隐蔽，但涉案款项被侵吞的犯罪行为的脉络是清晰的，贪污的性质是不容否认的。

（四）关于“特定关系人”共同受贿问题

随着近年来我国反腐败斗争的深入开展，新情况、新问题不断涌现，腐败犯罪也呈现与以往不同的特点和发展趋势。其中，腐败犯罪官员与特定关系人共同受贿已成为当前我国腐败犯罪中的一个新动向，在腐败犯罪案件中占有较大比例。所谓特定关系人，根据2007年7月8日最高人民法院和最高人民检察院联合发布的《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》^②（以下简称《受贿意见》）的规定，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。特定关系人在近年来的官员腐败犯罪中扮演了十分重要的角色，有的还是官员腐败犯罪的催化剂和加速器。由于腐败犯罪官员与特定关系人关系的紧密性、经济的关联性和活动的隐蔽性，使得对这种新型腐败犯罪的证明、发现和查处，比传统型腐败犯罪难度更大，任务更为艰巨。

在薄熙来案件中，薄谷开来、薄瓜瓜都是薄熙来的特定关系人，公诉机关所指控的薄熙来受贿的犯罪事实中，大部分也是涉及薄熙来通过其妻薄谷开来、其子薄瓜瓜收受徐明给予的财物（折合人民币19337930.11元）。这就涉及薄熙来的特定关系人薄谷开来、薄瓜瓜是否构成受贿罪共犯的问题。其中，以薄熙来被指控受贿最大的一笔即薄熙来通过其妻薄谷开来收受徐明出资购买的法国尼斯别墅为例，有学者认为，薄谷开来的行为性质属于

^① 参见山东省济南市中级人民法院〔2013〕济刑二初字第8号刑事判决书；山东省高级人民法院〔2013〕鲁刑二终字第110号刑事裁定书。

^② 参见《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（法发〔2007〕22号，2007年7月8日）。