

刑法修正案(七) 及网络犯罪实务问题研究

XINGFA XIUZHENGAN QI
JI WANGLUO FANZUI
SHIWU WENTI YANJIU

主编 曲伶俐



中国人民公安大学出版社

齐鲁法学文库 2010·4

刑法修正案(七) 及网络犯罪实务问题研究

主 编 曲伶俐

副主编 李蕴辉 王占启

中国人民公安大学出版社

·北 京·

图书在版编目 (CIP) 数据

刑法修正案 (七) 及网络犯罪实务问题研究/曲伶俐主编. —北京: 中国人民公安大学出版社, 2010. 11

(齐鲁法学文库/姚成林主编)

ISBN 978 - 7 - 5653 - 0222 - 0

I. ①刑… II. ①曲… III. ①刑法—中国—文集②计算机犯罪—中国—文集 IV. ①D924. 04②D924. 364

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 207362 号

齐鲁法学文库 2010 · 4

刑法修正案 (七) 及网络犯罪实务问题研究

XINGFAXIUZHENGAN QI JI WANGLUOFANZUI SHIWUWENTI YANJIU

主 编 曲伶俐

出版发行: 中国人民公安大学出版社

地 址: 北京市西城区木樨地南里

邮政编码: 100038

经 销: 新华书店

印 刷: 北京泰锐印刷有限责任公司

版 次: 2010 年 11 月第 1 版

印 次: 2010 年 11 月第 1 次

印 张: 18.5

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

字 数: 373 千字

印 数: 1 ~ 2000 册

书 号: ISBN 978 - 7 - 5653 - 0222 - 0

定 价: 50.00 元

网 址: www.cppsups.com.cn www.poreclub.com.cn

电子邮箱: zbs@cppsup.com zbs@cppsu.edu.cn

营销中心电话: (010) 83903254

读者服务部电话 (门市): (010) 83903257

警官读者俱乐部电话 (网购、邮购): (010) 83903253

教材分社电话: (010) 83903259

公安图书分社电话: (010) 83905672

法律图书分社电话: (010) 83905745

公安文艺分社电话: (010) 83903973

杂志分社电话: (010) 83903239

电子音像与数字出版分社电话: (010) 83905727

本社图书出现印装质量问题, 由本社负责退换

版权所有 侵权必究

编写说明

《年度刑法》是一系列针对当前重要或前沿刑法问题连续而集中的研讨文集。它依托山东省法学会刑法学研究会，希望通过每年年会的机会，搭建一个百家争鸣、有责任感的学术平台，借此表达深度的思考，唱响时代的先声。它不以任何偏见为由拒绝某种类型的论文，而强调展开以主题为中心的学术讨论，从而开拓刑法学的新论域，改变既有的问题体系与概念体系。为此，我们选取那些与当下社会生活和刑事法治格局密切联系的刑法学问题作为主题，组织学术专家与实务工作者进行讨论。其中既包括历久弥新的基本问题，也包括新近的热点问题。在这一学术策划方向下，我们确定“刑法修正案（七）及网络犯罪实务问题研究”作为2009年年会的主题。在2009年11月27日、28日，山东省法学会刑法学研究会2009年度学术年会在威海市召开。会议由山东省法学会刑法学研究会主办，威海市中级人民法院承办，来自学术界和实务界的50多位专家学者参加了会议，提交学术论文近50篇。这些论文紧密围绕上述主题，选题集中，达到了推进积累、开拓创新的目的。

2009年2月28日第十一届全国人民代表大会常务委员第七次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案（七）》，刑法修正案（七）共修改了13个罪名，本次年会收集的论文涉及了其中的11个罪名，只有走私国家禁止进出口的货物、物品罪和妨害动植物防疫、检疫罪没有论及。对于《中华人民共和国刑法修正案（七）》，与会专家学者在对其给予高度赞扬评价的同时，也从宏观和微观两个方面对其进行了深入探讨。网络犯罪是指以计算机网络为工具或以计算机网络资产为对象，运用网络技术和知识实施的犯罪行为。网络犯罪不是一个具体罪名，而是某一类犯罪的总称，其基本类型有两种：针对网络的犯罪和网络扶持的犯罪。在目前的网络犯罪中，有关“人肉搜索”、“虚拟财产”问题广受国内社会大众的关注。因此，有关“人肉搜索”和“虚拟财产”的刑法问题自然成为本次年会研讨的热点。学者们还对网络诈骗犯罪、网络裸聊行为的刑法规制等其他问题展开了研讨。

刑法增修问题和新近热点问题是推动法律与社会事实共同成长的力量，也是学术与实务工作者长期关注的焦点。“刑法修正案（七）及网络犯罪实务问题研究”针对当前刑法面临的挑战进行探讨，厘清观念，研制对策，对于改

进社会治安和厉行法治无疑具有积极意义。

需要说明的是，由于本次年会论文征集的时间截止至 2009 年 8 月 31 日，此时，《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定（四）》尚未公布，文集中有关刑法修正案（七）新增设的罪名探讨，均为作者的学理解释。另外，鉴于文集字数的限制，以及本着质量第一、兼顾参会的原则，本书共收录了 36 篇论文，对于未能收录的论文，在此深表歉意！

最后，本书虽经百般校勘，校改不周，甚至挂漏谬误之处在所难免，尚祈各位读者不吝赐正！

编者
2010 年 4 月

第一章 利用影响力受贿犯罪问题研究

- 解析刑法修正案(七)利用影响力受贿犯罪 李蕴辉(3)
- 利用职务影响力交易罪几个问题的探讨 王 玮 洪求华(10)
- 斡旋受贿犯罪独立性之探讨
- 基于《刑法修正案(七)》第13条的思考 张爱艳(18)
- 利用影响力受贿罪主体问题探析 于同良(25)
- 试论利用影响力受贿罪 王光明(30)
- 浅析利用影响力受贿罪 陈志刚(37)
- 利用影响力受贿若干问题研究 李建玲(42)

第二章 刑法修正案(七)其他犯罪问题研究

- 侵犯个人信息罪问题研究 冯殿美 秦荣萌(51)
- 浅析组织领导传销罪 张德军 于晓伟(60)
- 浅议《刑法修正案(七)》第224条之一的界定 刘修军(66)
- 组织未成年人进行违反治安管理活动罪问题探析 逯 星(72)
- 论刑法修正案(七)对偷税罪的修改
- 以数学为进路对“数额+比例”模式的分析 李 涛(79)
- 评析刑法修正案(七)第三条 李 震(94)
- 论我国刑法中的绑架致人死亡 张铭东(101)
- 坚持严格规则主义解释并完善巨额财产来源不明罪 牛忠志(110)
- 对宽严相济刑事政策指导下刑法修正案(七)惩治腐败
- 相关条文修改的理解 宋聚荣 刘 晓(121)
- 贿赂犯罪主体三十年之辨证
- 1979年刑法至刑法修正案(七)的历史回溯 孙一文(128)

论刑法的客观性

- 关于《刑法修正案(七)》的另类解读 王占启(136)

第三章 “人肉搜索”与犯罪问题研究

- “人肉搜索”的界限与刑法规制 马 勇 周长军(145)
- 慎用刑法手段调整人肉搜索问题 杨曙光(156)
- “人肉搜索”的刑法观察 张传伟(164)
- “人肉搜索”无须犯罪化
- 刑事法学视野下的“人肉搜索” 辛 科(173)
- “人肉搜索”犯罪化的困境及规制 赵 星 冯玉辉(179)
- “人肉搜索”犯罪化探讨 李 露(189)
- 试论“人肉搜索”与犯罪问题 郭方利(195)
- “人肉搜索”的刑法规制
- 以刑法基本原理为视角 刘广平(202)
- “人肉搜索”不应纳入刑法规制 杨 哲(209)
- 关于“人肉搜索”犯罪化的理性思考 丁延松(215)

第四章 虚拟财产与犯罪问题研究

- 论虚拟财产的刑法保护 李大欣(225)
- 盗窃虚拟财产何以为罪?
- 以法益保护为视角 刘 军(233)
- 窃取网络游戏中虚拟财产行为之定性研究 范婷婷(239)

第五章 其他类型犯罪问题研究

- 网络“裸聊”行为之刑法规制 柳忠卫 马振华(249)
- 对韩国和中国间“国际网络犯罪”的现况和对策研究
- 赵炳宣 张 霞(260)
- 论网络犯罪及其防控对策 黄佳君(270)
- 计算机犯罪概念的厘定和刑法学思考 魏中礼(276)
- 也论刑事立法的方向 温登平(283)

第一章

利用影响力受贿犯罪问题研究

解析刑法修正案(七)利用影响力受贿犯罪

李蕴辉*

2009年2月28日公布施行的刑法修正案(七)(下简称修正案七)在刑法第388条后增加一条作为第388条之一,该条对受贿罪作出了重大补充和完善,将刑法第388条规定的国家工作人员受贿罪的主体扩大为其近亲属及与其该国家工作人员及离职的国家工作人员关系密切的人。这一规定与第一款利用在任职权受贿不同,可谓对受贿罪增加了一种全新的类型,应当视为增加了一个新类型的受贿罪。

一、修正案七规定的特点

1997年刑法第388条规定的是受贿罪的一种特殊形式——间接受贿,修正案七对该条的修改是在其后增加了一条,单独规定了一种与原条文第388条不同的受贿罪,但在构成要件上与第388条有相近之处,虽仍然保留了原条文的规定,但仍可看作是对这一条的修改,或说是增加了受贿罪的类型,当然也可以说扩大了刑罚圈,而且主要通过的是扩大了受贿罪主体范围的方式,增加了受贿罪类型。

从增加的第388条之一的规定可以看出国家反腐败的决心和力度,它具体体现了宽严相济刑事政策之“严”的一面。笔者认为,这一规定将改变以往认定受贿罪的惯常思维,其具体影响可涉及以下几方面。

(一)受贿罪主体扩展为一般主体

由于犯罪主体的变化,该罪客观方面的构罪条件也随之发生了变化,也因此会湮灭很多曾有的关于受贿罪的争论。

无论是1979年刑法还是1997年新修订刑法所规定的受贿罪主体皆为国家工作人员,而非国家工作人员单独只能成为行贿罪、介绍贿赂罪主体。修正案七第388条之一规定的主体则为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近亲属以及其他与其关系密切的人。如果说近亲属和关系密切的人能够与国家工作人员成立受贿罪共犯这还容易理解,但是将离职的国家工作人员直接作为受贿罪的主体以及其近亲属和其他与其关系密切之人均可成为受贿罪主体,范围较之受贿罪更为宽泛。综合原有受贿罪主体,可以讲,新的规定已将能够按照受贿罪处罚的对象均划入刑罚圈内。

关于近亲属的范围,刑事诉讼法第82条第六项有明确规定:“‘近亲属’是指

* 李蕴辉,山东政法学院教授。

夫、妻、父、母、子、女、同胞兄弟姐妹”,而“其他与其关系密切的人”的范围无法律的规定,语焉亦不详。与该词相近的规定是2007年最高人民法院、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》(以下简称“两高”《意见》)中出现的“特定关系人”这一名称。该《意见》解释了“特定关系人”的范围,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。但两者相比较,仍可看出修正案七与“两高”《意见》的规定有着明显不同:一是修正案七无“情妇(夫)”;二是修正案七为“其他与其关系密切的人”,而“两高”《意见》为“其他共同利益关系的人”。从含义理解上看,“两高”《意见》相对要容易理解和把握,修正案七的“关系密切”既与已有司法解释不同,也表明了新立法之新意,确切含义还有待“两高”予以解释。从外延上看,修正案七的“关系密切”范围相对更大,但“关系密切”与“共同利益”不能作同一范围的理解,因为存在“关系密切”但不存在“共同利益”和存在“共同利益”但关系未必密切的情况。

(二)受贿罪侵害的法益由公职人员的不可收买性及公正性延及国家对公职人员的管理秩序

刑法第385条和第388条规定的受贿罪的主体皆为国家工作人员,即公职人员,公职人员利用职务便利进行权钱交易,其行为背离了职责要求。修正案七规定的非国家工作人员利用影响力受贿的行为因其主体不是国家工作人员,所以受贿行为并不能直接侵害对公职人员的不可收买性,而就其利用影响力影响其他国家工作人员并通过其职务行为为请托人谋取利益的行为而言,其行为破坏了国家机关及其对公职人员的正常管理秩序。笔者认为,这种利用影响力受贿的行为破坏的也不是国家对国家工作人员的管理制度,因为一定的制度约束的是在制度框架下行使一定职能负有一定职责之人,而利用影响力受贿罪的主体是非国家工作人员,并不是国家对其工作人员管理制度下的人员,因此非国家工作人员利用影响力的犯罪侵害的是由管理制度所形成的正常工作秩序。

(三)客观上不再以职务为构罪前提,而且既可以由受贿数额较大构成,也可以由较重情节构成

总的来看,修正案七的规定似乎完善了立法——囊括了国家工作人员、离职国家工作人员的身边人,最终使得几乎所有与国家工作人员职务有关的收受财物的行为都可构成受贿一类的犯罪。而由于犯罪主体范围的扩大,第388条之一的规定类似于受贿类犯罪的口袋罪或受贿罪构成的兜底性条款。

二、关于受贿罪主体的演变及国外法比较

认定国家工作人员受贿罪,通常看主体是否为国家工作人员;客观方面上是否有从事公务及利用职务之便,并为请托人谋取利益。认定的关键还是落脚在是否是国家工作人员上,因为不具有这一身份既不可能有可利用的职务之便,也不可能发生

所谓的权钱交易。在解决离休、退休人员受贿的问题上,20年前司法部门作出过尝试,1989年最高人民法院、最高人民检察院印发《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》中即已对已离、退休的国家工作人员利用本人原有职权或地位形成的便利条件间接受贿的,规定以受贿罪论处。^①其规定的主体范围没有修正案七规定的广泛,因司法解释与刑法规定不同而受到了人们的质疑,现在人们或可谅解当时的立法技术。2000年7月最高法院作出的《关于国家工作人员利用职务上的便利为他人谋取利益离退休后收受财物行为如何处理问题的批复》中确定了这种行为构成受贿罪,但是明确必须双方存在事先约定,在离退休后收受财物。2007年“两高”《意见》就在职时为请托人谋利,离职后收受财物的事后受贿作出规定,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。值得注意的是2007年的“两高”《意见》表述的用语是“离职”,而不再使用“离退休”一词,更加客观、中性地强调了离职的状态而不是离退休的身份。然而该规定虽然在犯罪主体上为离职后的国家工作人员,但其受贿行为的着手自允诺为请托人谋取利益时已开始,只是完成受贿行为达成既遂是在其离职之后,受贿以职务为前提,本质上仍然是权钱交易,因此实质上仍未超出刑法受贿罪主体为国家工作人员的规定。真正的突破来自于刑法修正案七第388条之一。

如何评价修正案七第388条之一的规定?这一规定不仅反映了我国反腐败形势的艰巨性和复杂性,具有我国特色,它扩大了受贿罪主体范围,同时又符合国际上受贿罪的立法模式和趋向。世界各国和地区的刑法对受贿罪主体的规定基本为特殊主体即公务员,当然各国具体的范围不尽一致,有的国家不限于公务员,如日本和我国台湾地区规定受贿罪的主体为公务员和仲裁人。也有国家将受贿罪的主体规定为一般主体的,如捷克斯洛伐克,1950年该国刑法第181条规定:任何人因对于具有社会意义的事件作出或执行决定而收受、同意收受贿赂的,均构成受贿罪。其中,公职人员犯受贿罪,从重处罚。^②

有的国家将特殊主体的受贿罪与一般主体的受贿罪作出分别规定,罪名不同。新加坡1970年颁布的《防止贿赂法》规定了形式受贿罪、利用影响力受贿罪,其犯罪主体为非公务人员。该法第162条规定的形式受贿罪,是指任何非公务人员为了自己或者他人的利益,收受或索取或同意收受或者着手索取酬劳并且以腐败或非法方法使公务员为提供酬劳的人办事的行为。第163条规定的利用影响力受贿罪,是指

^① 1989年11月6日“两高”印发《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》规定:“已离、退休的国家工作人员,利用本人原有职权或地位形成的便利条件,通过在职的国家工作人员职务上的行为,为请托人谋取利益(修正案七为“不正当利益”——笔者注),而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的,以受贿论处。”

^② 廖福田:《受贿罪纵览与探究》,中国方正出版社2007年1月版,第352页。

非公务员为自己或他人从别人处收受或索取,或者同意收受或者着手索取任何酬劳作为诱因或报酬并运用个人影响力诱使公务人员为或不为某事的行为。^①

意大利、西班牙等国家的刑法典在公职人员受贿罪外,也另有非公职人员受贿罪。意大利刑法典第346条“因吹嘘信誉受贿罪”主体就是非公职人员。西班牙刑法典第429条规定:“私人对某公务员施加影响,利用后者或者其他源于其人际关系,或者官职等级的地位,达成能直接或者间接为其或者为他人谋取经济利益的决议的,处6个月以上1年以下徒刑。同时给予追求或者获得利益两倍的罚金。”^②该条规定的行为类型基本与我国修正案七第388条之一相同。

联合国反腐败公约第18条“影响力交易”的规定被我国学者认为是公约的一大突破^③,该条文规定:“(一)直接或间接向公职人员或者其他任何人员许诺给予、提议给予或者实际给予任何不正当好处,以使其滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力,为该行为的造意人或者其他任何人从缔约国的行政部门或者公共机关获得不正当好处。(二)公职人员或者其他任何人员为其本人或者他人直接或间接索取或者收受任何不正当好处,以作为该公职人员或者该其他人员滥用本人的实际影响力或者被认为具有的影响力,从缔约国的行政部门或者公共机关获得任何不正当好处的条件。”^④其中第一项是对行贿的规定,第二项即是对利用影响力受贿的规定,且主体可为任何人员。

我国修正案七第388条之一规定的同样是影响力交易形式的受贿,这一规定也同样可以看做是我国反腐败立法进程的一大突破,不仅表明我国刑事立法正逐步与世界接轨,而且兑现着我国加入国际公约承担义务的承诺。但与上述各国及联合国的相关规定不同的是,修正案七将利用影响力受贿的主体范围仅限定为国家工作人员的近亲属、离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人,严格讲不能算作立法已将受贿罪主体扩张为一般主体,这是结合我国实际情况将非公职人员受贿行为犯罪化,较为合理。

三、认定非国家工作人员利用影响力受贿犯罪需要探讨的几个问题

1. 罪名及类型。修正案七第388条之一分两款,第一款规定的是: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,通过该国家工作人员职务上的行为,或者利用该国家工作人员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

① 廖福田:《受贿罪纵览与探究》,中国方正出版社2007年1月版,第352页。

② 《西班牙刑法典》,潘灯译,中国政法大学出版社2004年6月版,第155页。

③ 欧斌:《国际反腐败公约与国内司法制度问题研究》,人民出版社2007年9月版,第360页。

④ 欧斌:《国际反腐败公约与国内司法制度问题研究》,人民出版社2007年9月版,第417页。

财物,数额较大或者有其他较重情节的行为。该行为处罚上分三档各有单独的法定刑,最高刑为15年,不同于受贿罪,显然这是一个新罪。第二款规定的是离职的国家工作人员或者其他近亲属以及其他与其关系密切的人,利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的情形。第一款与第二款的主体都可为非国家工作人员,因此两款可视为一个利用影响力的受贿犯罪,只是类型不同。而且第二款规定“依照前款的规定定罪处罚。”也说明了两款为一个性质的犯罪。

在类型上,第二款主体因不是国家工作人员,因此在客观上不能如第一款一样可直接通过“该国家工作人员”职务上的行为为请托人谋取利益,而只存在间接受贿的形式。

2. 在犯罪主体上,除近亲属和离职后的国家工作人员之外,与国家工作人员及离职后的国家工作人员关系密切的人的范围如何把握?“两高”《意见》中规定了特定关系人与国家工作人员通谋受贿的,对特定关系人以受贿罪的共犯论处。而“特定关系人”范围的落脚点为与国家工作人员具有“共同利益关系”,这与修正案七的表述并不相同。如前所述,这两个名词的内涵与外延并不完全一致,但至少“两高”《意见》或可作参照理解。

首先,关系密切的人在受贿案件中可以是与国家工作人员具有共同利益关系的人。例如,情妇(夫),也可以是在商业往来的客户,二者之间形成共同利益关系的同时关系也密切。

其次,可以是单纯的关系密切的人,密切关系在正常而多次交往中形成。主要包括亲戚、乡邻、同学、朋友,还可以是上下级同事、棋友、票友等。

从上可看出,关系密切的范围是较为广泛的。问题在于关系密切与否的标准是什么?是按当事人的自身感受还是作客观评判?如果为前者,双方的感受不一致的情况下又以何方为准来论?如为客观标准,依来往频次、交往前提和原因又都未必对当事人具有彻底的说服力。故笔者认为,应当主要以社会一般人的立场结合当事人自身的感受作综合的判断。

3. 对利用职权或者地位形成的便利条件的理解。

利用国家工作人员职权或地位以及利用离职后的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件是构成利用影响力受贿罪客观方面的条件。认定利用影响力受贿的关键,一是存在可利用的职权或者地位形成的便利条件,即有着实际存在的影响力;二是判断行为人如何“利用”了这一便利条件。

第388条之一的犯罪主体已不再是在职的国家工作人员,以第二款规定为例,对离职的国家工作人员来讲,虽然没有了现职以及由此形成的地位,但有关人员利用影响力受贿仍然要求必须利用离职人员原职权或者地位形成的便利条件,这是构成本罪的前提。修正案七第388条之一与刑法第388条的规定存在一定的渊源,表述也相近。对于间接受贿形式,由于法条规定了“利用本人职权或者地位形成的便

利条件”,因此行为人与谋取不正当利益所需要通过的其他国家工作人员之间存在什么关系从而成为可供利用的便利条件,学界展开了讨论,有制约论、制约影响论、非制约论及身份面子论,等等。^① 这些争论由初始主张的双方制约关系逐步拓及基于身份面子层面上,逐步深化着对受贿的国家工作人员与所需通过的第三方国家工作人员关系的理解,其实这种将对第388条间接受贿罪的考察放在受贿人与第三方身上的认识有失偏颇。间接受贿是请托人、受贿人与第三方三者的关系,请托人看重的是受贿人的身份和地位,以为其能以此为自己谋取利益,由于谋取不正当利益只需承诺以为足,因此事实上受贿人与第三方关系如何并不是成立间接受贿罪的关键。关键在于,首先受贿人有职权及地位这一前提;其次请托人、受贿人主观上认识到这一点并具有利用的意图。同样,第388条之一的非国家工作人员利用影响力受贿犯罪在客观上具有无论在职还是离职的国家工作人员(原)职权及由(原)职权形成的地位这一事实,即有影响力是构罪的关键,至于影响力大小受贿人是否利用这一便利并不是影响该罪成立的关键要素。

认定利用影响力受贿犯罪需要与人情往来相区别,因为毕竟本罪的主体不是国家工作人员本身,人在人情在,尤其对离职的人来说,人走茶凉也不出乎人们意料,因此需要合理界定人情往来与受贿的区别。我国是人情社会,基于人情或联络感情的赠予是常见之事,因此区分人情往来与贿赂往往是实践中认定的难点。一般判断似乎不难,如我国学者提出从以下至少7个方面判断:(1)接受方与提供方是否存在亲友关系;^②(2)提供方是否有求于接受方的职务行为;(3)接受方是否许诺为他人谋取利益,或者是否正在或者已经为提供方谋取利益;(4)所接受的财物是否超出了一般馈赠的数量与价值;(5)接受方是否利用了职务之便;(6)有无正当馈赠的适当理由;(7)接受方提供方式是否具有隐蔽性;等等^③。日本学者认为,在判断之时,应当以公务员与赠与人之间的人际关系、公务员以及赠与者的社会地位、赠与的金额、赠与的时间与形态等作为标准。^④ 这些标准用在受贿的公职人员身上是没有问题的,问题是用在非国家工作人员利用影响力的受贿案件中就不乏疑问。所谓人情社会,人情往来是其重要特征。公职人员受贿因为是权钱交易,故在馈赠上常常是有来无往,但离职后的人员已有名无实,并无职务为贿赂对价,因此对于是否能够利用原职务的影响力,应重点考察其离职的时间、与其他国家工作人员的关系,以此判断是单纯的人际往来还是发挥余热的受贿。判断有无影响力的标准应当将请托人与受贿人的认识相结合,以二者在利用影响力上认识一致为标准。如果接受受贿赂的

① 廖福田:《受贿罪纵览与探究》,中国方正出版社2007年1月版,第207~209页。

② 1989年11月6日“两高”发布的《关于执行〈惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》规定,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。

③ 张明楷:《刑法学》(第三版),法律出版社2007年8月版,第884页。

④ 西田典之:《日本刑法各论》,刘明祥、王昭武译,中国人民大学出版社2007年3月版,第382页。

人并不认为自己具有影响其他国家工作人员的影响力,却仍借口为请托人谋取利益,收受数额较大财物或财产性利益的,那么他的行为构成诈骗罪。

4. 行为人主观上的故意要看他是否必须明知存在可以利用的国家工作人员或离职的国家工作人员(原)职权或者地位形成的便利条件?国家工作人员受贿罪由于存在现实的职务,故可推定明知,并且在认识的程度上能够认识到通过权钱交易为请托人谋取利益,与国家工作人员受贿罪不同的是,此点正是非国家工作人员利用影响力受贿的案件中需要确定的行为人的主观内容。笔者认为,行为人主观上要对国家工作人员身份、地位和离职国家工作人员原有身份和地位这一事实具有明确认识,并有加以利用的意思即可,不要求行为人的明知达到利用这一条件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目的的程度。在第一款情形下,行为人主观上不欲利用在职国家工作人员职权或者地位形成的便利条件的,以及在第二款情形下,行为人主观上明知无可利用的离职国家工作人员的职务、地位上形成的便利条件,而收受财物的属于诈骗。明知自己与在职或离职国家工作人员无密切关系而打着该人旗号对国家工作人员产生影响力的,实质上系虚构二人之间的关系,该行为亦系诈骗。行为人对是否具有这一便利条件存在认识错误的,不影响定性;行为人对这一便利条件存在不确定判断的,也不影响犯罪的成立。

5. 共犯问题。

修正案七规定的第388条之一解决了实践中出现的受贿人以不知身边人代为收受财物从而无法认定其有受贿故意的难题。而如果不扩大受贿罪主体,则家属收受财物因无法与国家工作人员认定为共同受贿的情况就无法认定为受贿罪,这样不利于惩治腐败。有了修正案七的规定,即使不能追究国家工作人员本人的受贿罪责任,仍然也可以追究其亲属甚而身边人的受贿罪,这样就在一定程度上摆脱了只能按巨额财产来源不明罪处理甚至对离职的国家工作人员无法处理的局面。如果近亲属或者其他关系密切之人与该国家工作人员通谋后由前者收受财物的,应当按国家工作人员受贿罪定罪处罚。

利用职务影响力交易罪几个问题的探讨

王 玮 洪求华*

《刑法修正案(七)》第13条规定,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:“国家工作人员的近亲属或者该国家工作人员关系密切的人,通过该国家工作人员职务上的行为,或者利用该国家工作人员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,数额较大或者其他较重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金;数额巨大或者有其他特别严重情节的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金;数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处七年以上有期徒刑,并处罚金或者没收财产。”第二款规定:“离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他关系密切的人,利用该离职的国家工作人员原职权或者地位形成的便利条件实施前款行为的,依照前款的规定定罪处罚。”此举扩充了受贿犯罪的立法体系,契合了司法实践的迫切需要,对于进一步推进反腐倡廉具有重大意义。限于文章篇幅,这里仅对该条罪名的认定、该罪保护的法益以及该罪主体范围之限定进行探讨。

一、《刑法修正案(七)》第13条罪名的确定

关于《刑法修正案(七)》第13条(即刑法第388条之一)规定的是什么罪名,司法解释尚未确定之前,刑法理论界主要有以下几种不同意见:一是认为应定为影响力交易罪;^①二是认为《刑法修正案(七)》扩大了受贿罪的主体范围,应当定为特定关系人受贿罪;^②三是认为《刑法修正案(七)》扩大了斡旋受贿罪的主体范围,应当定为斡旋受贿罪;^③四是认为新增罪名应确定为“利用影响力受贿罪”。^④罪名是对犯罪本质特征或者主要特征的高度概括,确定罪名应遵循合法性原则、概括性原则

* 王玮,日照市中级人民法院副院长,山东大学法律硕士;洪求华,日照市中级人民法院审判员,武汉大学在读刑法博士。

① 侯国云、么惠君:《刑法修正案(七)的罪名如何确定》,载《检察日报》2009年4月3日观点版;杨书文:《试论影响力交易罪》,载《人民检察》2009年第9期,第53页。

② 周道鸾:《刑法修正案(七)新增、修改和保留的罪名探析》,载《检察日报》2009年4月3日观点版。

③ 车明珠:《〈刑法修正案(七)〉实施后斡旋受贿罪如何认定》,载《检察日报》2009年3月30日观点版。

④ 高铭喧:《〈刑法修正案(七)〉罪名之研析(下)》,载《法制日报》2009年3月18日。