

职务犯罪定罪量刑丛书

新型受贿犯罪 争议问题研究



中国方正出版社畅销图书**50**强

中国法学会廉政法制研究会 组织编写

●顾问 刘 颺 ●主编 于志刚

中国方正出版社

职务犯罪定罪量刑丛书

中国方正出版社

新型受贿犯罪争议问题研究

中国法学会廉政法制研究会组织编写

顾问 刘 飏

主编 于志刚

中国方正出版社

主编 于志刚

副主编 刘 飏

编委 于志刚

中国方正出版社

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

（北京）

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

新型受贿犯罪争议问题研究/于志刚主编. —北京:中国方正出版社, 2010. 12
ISBN 978 - 7 - 80216 - 710 - 0

I. 新… II. 于… III. 贿赂—刑事犯罪—研究—中国 IV. D924. 392. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 251359 号

新型受贿犯罪争议问题研究

于志刚 主编

责任编辑: 张玮琳

责任印制: 李 华

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010)66560950 门市部: (010)66562733

编辑部: (010)59596653 出版部: (010)66510958

网 址: www.FZPress.com.cn

责编 E-mail: Fangzheng1313@126.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京外文印刷厂

开 本: 787 毫米 × 1092 毫米 1/16

印 张: 25.25

字 数: 384 千字

版 次: 2011 年 1 月第 1 版 2011 年 1 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 978 - 7 - 80216 - 710 - 0

定价: 48.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

编辑委员会

主 编 于志刚

撰稿人 (以撰写章节顺序为序)

解琳琳 张 虹 李怀胜

郭小锋 雷 娜 李彦宏

于志刚 时 斌 鞠佳佳

前 言

以权钱交易为本质的受贿犯罪，一直是严重困扰世界各国的重大社会问题之一。世界各国对于受贿犯罪的打击都毫不手软，我国也不例外。但是，道高一尺，魔高一丈，随着贿赂犯罪行为入罪经验的长期积累和日益丰富，犯罪人的自我保护意识和自我保护方式越来越多，规避法律意识和反侦查的能力也日益提高，贿赂犯罪行为已经习惯于通过改变犯罪形式和增加行为的隐蔽性、伪装性来改变“传统”的、与刑法规定直接“对号入座”的行为方式，因此，规避法律制裁的种种变相贿赂行为愈来愈多，表现为不断以新的形式、合法的外衣作为“伪装色”、“保护色”、“迷惑色”来遮掩贿赂犯罪行为的不法性和“权钱交易”的本质特征，试图营造一个“掩耳盗铃式”的刑法真空以逃避刑罚惩罚。

受贿犯罪的犯罪形式的异化和升级、繁衍过程，与病毒的异化和升级、繁衍极其类似。当侵害肌体健康的病毒受到来自药物的打击后，其自身会积极适应添加了强效药物的外界环境的变化，并通过自身的变异、升级以适应新的环境；随后，药效更强的药物会被研制出来，用以打击变异、升级的病毒，而病毒又会再次变异、升级以适应新的环境。如此循环往复，周而复始，使得病毒因其自身的不断变异、升级，而具有了一定程度的逃避打击的自我保护能力。近年来，受贿犯罪开始表现出通过自身的变异、升级来试图逃避新的打击形势的特征。因此，从2007年“两高”出台的《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》中对十种新型受贿方式的规定，就可以看出受贿犯罪已经不同于以往简单形式的财物的直接转移，而发展为手段隐蔽、形式多样的财物转移；2008

年11月20日“两高”《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》，对于此类问题再次出台认定标准，反映了司法机关对于贿赂犯罪形式的重视。

客观地讲，虽然立法者与司法者一直在不断严密法网、更新惩罚受贿犯罪的“强效药剂”，但是，贿赂犯罪中犯罪手段和犯罪形式的异化较之于立法和司法解释的出台在速度上更快，可以说凝聚了贿赂犯罪行为人为规避法律、寻找犯罪机会和谋取犯罪利益时的巨大“智慧”。伴随着中国市场经济化程度的日渐提高，贿赂犯罪开始充分利用市场经济体制下形式多样的合法交易行为来作为其“伪装色”、“保护色”。贿赂犯罪在手段和形式上的变异、升级，无疑给其司法认定实践带来了相当大的困惑。例如，上述司法解释出台之后在现实中遇到了相当多的困惑，也引发了许多司法认定上的争议问题。

有鉴于此，中国方正出版社邀请我以“新型受贿犯罪争议问题研究”为题，对于上述司法解释引发的司法困惑加以解析，从而使本书得以完成。参与本课题研究的人员，除本人以外，还包括：李怀胜（中国政法大学刑事司法学院刑法学专业博士研究生）、郭小锋（北京市顺义区人民检察院研究室副主任）、鞠佳佳（北京市顺义区人民检察院研究室助理检察员）、李彦宏（中国政法大学刑事司法学院刑法学专业硕士研究生）、时斌（法学硕士，安阳师范学院教师）、解琳琳（中国政法大学刑事司法学院刑法学专业硕士研究生）、雷娜（中国政法大学刑事司法学院刑法学专业硕士研究生）、张虹（中国政法大学刑事司法学院刑法学专业硕士研究生）。

本书的撰写分工如下（以撰写章节顺序为序）：

解琳琳 第一章

张 虹 第二章

李怀胜 第三章

郭小锋 第四章 第九章

雷 娜 第五章

李彦宏 第六章

于志刚 第七章

时 斌 第八章

鞠佳佳 第十章

全书完成撰写之后，在统稿的过程中，我指导的博士研究生曹晶协助我做了一些编务工作，在此表示感谢。愿本书的出版，能够为司法实践中贿赂犯罪的准确性起到些许的帮助作用。

于志刚

2009年6月2日

目 录

第一章 交易型受贿研究	(1)
第一节 交易型受贿概述	(2)
第二节 交易型受贿的本质分析	(19)
第三节 交易型受贿中的“关键词”分析	(32)
第四节 交易型受贿司法认定中的其他问题	(60)
第二章 收受干股型受贿研究	(70)
第一节 干股的内涵解读	(71)
第二节 收受干股的定性争议及其制度沿革	(81)
第三节 干股受贿的主要表现形式	(90)
第四节 干股受贿的犯罪构成	(97)
第五节 干股受贿的司法认定	(117)
第三章 “合作”投资型受贿研究	(128)
第一节 “合作”投资型受贿的理论属性	(128)
第二节 “合作”投资型受贿的类型界定	(132)
第三节 “合作”投资型受贿疑难问题的法律适用	(135)
第四节 单方控制型的“合作”投资的认定处理规则	(150)
第四章 赌博型受贿研究	(155)
第一节 赌博型受贿的基本类型	(155)
第二节 赌博型受贿的性质界分	(158)
第三节 赌博型受贿的罪数界分	(164)
第四节 赌博型受贿的数额界分	(167)

第五章 关系人受贿问题研究	(169)
第一节 关系人受贿问题概述	(171)
第二节 关系人不构成受贿：“挂名”领取薪酬问题	(189)
第三节 共同受贿：关系人受贿的基本类型	(197)
第四节 关系人单独构成受贿：对《刑法修正案（七）》的 特别关注	(220)
第五节 结论：关系人受贿的刑事政策展望	(226)
第六章 收受物品未办理权属变更型受贿研究	(228)
第一节 收受物品未办理权属变更型受贿的理论概述	(229)
第二节 《意见》第八条的法理评析	(232)
第三节 收受物品未办理权属变更型受贿的法律适用	(239)
第七章 收受财物后的财物处置模式问题研究	(252)
第一节 收受财物而不成立受贿的现象分析	(252)
第二节 “收受财物后及时退还或者上交”的定性分析	(254)
第三节 关于受贿款物用于公务（公益）问题的思索	(268)
第四节 收受财物后的财物处置模式在法律之外 引起的反思	(279)
第八章 离职国家工作人员受贿问题研究	(288)
第一节 离职国家工作人员受贿相关规定的历史沿革	(289)
第二节 离职国家工作人员受贿的概念和类型	(297)
第三节 直接受贿：离职国家工作人员构成受贿罪的 符合性分析	(307)
第四节 间接受贿：离职国家工作人员斡旋受贿 行为的定性	(326)
第五节 离职国家工作人员受贿罪的司法认定	(333)
第九章 单纯受贿行为的定罪研究	(355)
第一节 单纯受贿行为的基本构造	(355)
第二节 单纯受贿行为的定罪争论	(358)

第三节	单纯受贿行为的定罪比较	(360)
第四节	单纯受贿行为的定罪障碍	(365)
第五节	单纯受贿行为的定罪误区	(368)
第六节	单纯受贿行为的定罪反思：二元定罪模式	(371)
第十章	医疗机构工作人员受贿的定罪研究	(377)
第一节	医疗机构工作人员的类型	(377)
第二节	医疗机构工作人员受贿的定罪规则	(380)
第三节	对医疗机构工作人员受贿犯罪认识误区的思考	(386)

第一章 交易型受贿研究

“行贿受贿是大多数第三世界国家内部的恶性肿瘤，使国家无力实施自己的法律和法规，改革即使在法律通过了也很难实施。”^① 据联合国工业发展组织对 100 多个国家和地区经济发展的数据所作的统计分析，“人均国民生产总值在 265 美元至 1075 美元的阶段是社会变革最激烈的阶段，亦是包括受贿等腐败在内的社会问题频发的阶段”^②。而目前中国社会正处于急剧转型时期，社会结构各个方面都发生了深刻的变化。随着经济的发展和改革开放的深入，受贿违纪、犯罪案件出现了一些新情况，受贿手段、形式不断翻新，被称为“新型受贿违纪、犯罪案件”。虽然刑法明确了受贿罪的构成要件以及定罪量刑标准，但是在司法实践中，以交易形式收受请托人财物的行为由于其犯罪行为手段更加具有隐蔽性、复杂性，证据搜集方面的困难性，以及各地司法机关认识的差异性等原因，导致对此类行为“有地方仅作为一般违纪行为而不作为犯罪处理，也有以受贿罪定罪处刑的，然而一旦被定罪，被告人往往就被判处重刑”^③。

在司法实践中，由于“或多或少存在着‘选择性执法’的现象，各地甚至同一司法机关执法尺度不一。没有被定罪的案件，具有示范效应，强化了人们对此行为不以为非的评价，形成了此类行为‘非罪化’的错觉；而被定罪的犯罪人，坚持自己是执法不公的牺牲品，申诉不断，难

① 参见〔英〕保罗·哈里森著，钟非译：《第三世界：苦难、曲折、希望》，新华出版社 1984 年版，第 120 页。

② 参见《为什么当今反腐败是长期的、艰巨的和复杂的》，载正义网 2008 年 12 月 18 日。

③ 参见孙国祥著：《新类型受贿犯罪疑难问题解析》，中国检察出版社 2008 年版，第 85 页。

以息讼”^①。这些情况破坏了刑法适用的统一性，产生了一定的负面影响。然而由于立法具有一定的稳定性和相对滞后的特性，面对这些市场经济中凸显的新的受贿行为，应当司法先行，用司法解释来解决实践中的司法适用问题。“一个国家法学的发展、发达和繁荣，最重要的标志应当是法律解释的完美程度，而不是对立法的批判的激烈程度。因为立法的研究固然重要，但面对现行的法律，我们要做的第一件事情就是解释它，第二件事情才是批判它、完善它。”^② 面对实践中出现的上述令人尴尬的现象，也为了惩治腐败、严厉打击贿赂犯罪活动，2007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》），明确了“低买高卖”、“收受干股”、“委托投资”等行为的定性以及处理方式，其中第一条就是关于以交易形式收受贿赂的问题，明确将“低买高卖”行为认定为受贿。《意见》的出台，使得立法的模糊性得到了一定程度的弥补，同时解决了司法人员认识上的一些分歧，但是《意见》毕竟是技术性的，《意见》发布后司法机关在处理交易型受贿的个案中仍然遇到不少难题。虽说从刑法理论上讲，该司法解释并非独创的刑法禁止性规范，不存在独立的是否溯及既往的时间效力判断问题^③，但由于交易型受贿在此之前的司法实践中较少作为犯罪处理，或者即便认定为犯罪，各地做法也不尽统一，因此，在《意见》发布以后，仍然需要结合实践中出现的相关案例对相关争议、疑难问题加以研究，对交易型受贿作出理论与实践上的诠释，以期统一认识、明确罪与非罪的界限。

第一节 交易型受贿概述

从《意见》的规定来看，交易型受贿是指国家工作人员利用职务之

① 参见孙国祥著：《新类型受贿犯罪疑难问题解析》，中国检察出版社2008年版，第86页。

② 参见肖中华著：《贪污贿赂罪疑难解析》，上海人民出版社2006年版，第1页。

③ 参见游伟主编：《理念与实践：面向我国刑事司法》，上海交通大学出版社2007年版，第49~50页。

便为请托人谋取利益,以明显低于市场价格购买或者明显高于市场价格出售房屋、汽车等大宗贵重物品的行为。^①受贿等职务犯罪历来是党和国家反腐败的重点,针对实践中出现的新的受贿手段、方式,尤其是以交易形式收受请托人财物行为的定性问题,从中央纪委的文件到“两高”司法解释,对此都经历了一个认识逐渐加深的过程。虽然《意见》明确将以交易形式收受请托人财物的行为定性为受贿,但交易型受贿却并不是一个新的罪名,不过是新形势下一些国家工作人员为掩饰自己的受贿犯罪行为而采取的更加隐蔽的受贿方式而已。

一、惩治交易型受贿的制度考察

预防和惩治受贿等职务犯罪,是一项长期而艰巨的任务,党和国家在政策和法律上一直都很重视。面对贿赂犯罪在实践中不断出现的新的变种,中央纪委和“两高”针对交易形式掩盖下的收受贿赂问题,在各自的职权范围内,发布了禁止性的文件和对实践具有指导意义的司法解释,加大了在新形势下打击腐败的力度。

(一) 中共中央文件的相关规定及评析

国家工作人员以交易形式收受请托人财物的行为在实践中一直是存在的,并非是最近几年才出现的新现象。随着经济体制改革的深入,中国逐渐由计划经济向社会主义市场经济过渡,市场中出现的绝大部分商品的价格已经取消了国家定价,在供求关系和竞争机制等多种因素的作用下,形成了市场定价的价格形成机制。中央文件对于实践中一些党员干部实施的“以购代贿”行为的性质也作出了规定,并且惩处的力度也在不断加强。

1. 不同时期的相关规定

关于党员干部在经济生活中购买物品仅支付少量价款的行为,中共

^① 参见最高人民法院反贪污贿赂总局编:《反贪工作指导》(2008年第3辑),中国检察出版社2008年版,第32~33页。

中央纪律检查委员会在1990年7月1日《关于共产党员在经济方面违法违纪党纪处分的若干规定（试行）》（中纪发〔1990〕1号）第5条规定，“利用职务上的便利，以无偿占有或购买物品时象征性的只付少量现金等方式侵占国家、集体、个人财物，折款价额不满1000元的，给予警告处分，其中情节轻微的，可免予处分；折款价额在1000元以上不满5000元的，给予严重警告或撤销党内职务处分；折款价额在5000元以上的，给予留党察看处分，情节严重的，给予开除党籍处分”。同时在该规定的附件《〈中共中央纪律检查委员会关于共产党员在经济方面违法违纪党纪处分的若干规定（试行）〉的几点说明》中又指出：“本《规定》第五条，对‘利用职务上的便利，以无偿占有或购买物品时象征性的只付少量现金等方式侵占国家、集体、个人财物’的违纪行为，根据不同的折款价额，规定了处分档次标准。制定这条规定的考虑是，当前，利用职务上的便利，以无偿占有或购买物品时象征性的只付少量现金等方式侵占国家、集体和群众利益的行为，是以权谋私的一个重要表现形式，严重地影响着党风状况和社会风气，群众意见很大。但这种行为又与贪污和受贿不同。由于认识问题没有处理标准可依，一些党组织对这种行为不予追究或处理甚轻。因此，有必要以党的纪律规范形式做出明确规定。本条规定对这种行为的处分标准，比对贪污、受贿行为的处分轻一些。”

近年来，随着纪委查处涉及权钱交易的违纪违法案件力度的不断加强，受贿犯罪行为手段不断翻新，形式变化多样，行为方式比以前更加趋于隐蔽化和智能化，出现了“低买高卖”、“收受干股”、“合作投资”、“特定关系人”收受贿赂等多种新类型受贿犯罪形式。为加大对这些本质上为权钱交易的行为的惩处力度，中共中央纪律检查委员会在2007年5月29日下发的《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》规定：“严格禁止利用职务上的便利为请托人谋取利益，以下列交易形式收受请托人财物：（1）以明显低于市场的价格向请托人购买房屋、汽车等物品；（2）以明显高于市场的价格向请托人出售房屋、汽车等物品；（3）以其他交易形式非法收受请托人财物。前款所列市场价格包括商品经营者事先设定的不针对特定人的最低优惠价格。根据商品经营者事先设定的各种优惠交易条件，以优惠价格购买商品的，

不属于违纪。”

2. 评析

从以上相关文件的规定可以看出,中央纪委对于党员干部采用交易形式收受请托人财物的行为原则上是作为违纪行为处理的,并没有将之看做是市场上正常的合法交易。

2007年5月29日发布的《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》中,将国家工作人员以交易形式收受请托人财物的行为明确界定为受贿行为,除了低价买进这种以前经常出现的形式之外,还新增了高价售出等新的受贿形式,相对于上个文件来说,对行为方式有了更加详细的规定,且规定特殊情形“优惠购物”不属于违纪行为,在实践中有更强的可操作性,同时对于以后进一步完善受贿犯罪的立法也有一定的指导意义。

(二) 与交易型受贿相关的司法解释及评析

在《意见》发布之后,尽管现在理论界、实务界大都将以交易形式收受贿赂的行为称为“新型受贿”,但是以交易形式收受请托人财物的行为却并非实践中的新生事物。有关这种行为的定性问题,随着实践中贿赂犯罪的不断变异,国家反腐败力度的逐渐加强,法律上也经历了将以交易形式收受请托人财物行为由作为受贿罪处理到回避此种行为的定性,再到重新被界定为受贿罪的过程。

1. 与交易型受贿相关的司法解释

我国在20世纪80年代初实行改革开放以后,经济生活中出现了一些新情况、新问题,针对新的“以购代贿”的贿赂形式,1985年7月18日,最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答(试行)》规定:“国家工作人员利用职务上的便利,为他人谋取利益,收受物品,只付少量现金,这往往是行贿、受贿双方为掩盖犯罪行为的一种手段,情节严重,数量较大的,应认定为受贿罪。受贿金额以行贿人购买物品实际支付的金额扣除受贿人已付的现金额来计算。行贿人的物品未付款或无法计算行贿人支付金额的,应以受贿人收受物品当时当地的市场零售价格扣除受贿人已付现金额来

计算。”

进入 21 世纪后,随着国家反腐败力度的不断加强,2003 年 11 月 13 日最高人民法院发布了《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》),其中对受贿罪的主体、离职国家工作人员收受财物行为的处理、以借款为名索取或非法收受财物行为的认定、涉及股票受贿案件的认定等实践中出现的关于受贿罪司法认定中的疑难问题,都作出了比较详细的规定,遗憾的是对于国家工作人员以交易形式收受贿赂的行为,该《纪要》采取了回避的态度,并没有对此加以规定。

近年来,随着房屋价格的不断上涨,房地产领域逐渐成为腐败的高发地带。然而国家惩治腐败的力度也在不断加强,国家工作人员直接收受财物的风险随之增加,为了能在获利的同时逃避打击,于是就想到了利用职权便利“低买高卖”、“低价值房屋置换高价值房屋”等形式获得其他人难以获得的差额利益,面对这种新形势下出现的新的腐败形式,为加大对这些本质上为权钱交易的行为的惩处力度,2007 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》,该《意见》规定:“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益,以下列交易形式收受请托人财物的,以受贿论处:(1)以明显低于市场的价格向请托人购买房屋、汽车等物品的;(2)以明显高于市场的价格向请托人出售房屋、汽车等物品的;(3)以其他交易形式非法收受请托人财物的。受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。前款所列市场价格包括商品经营者事先设定的不针对特定人的最低优惠价格。根据商品经营者事先设定的各种优惠交易条件,以优惠价格购买商品的,不属于受贿。”

2. 评析

纵观“两高”《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解释(试行)》对国家工作人员购买物品时仅支付少量现金的行为的规定,可以看出有以下特点:

(1) 国家工作人员利用职务上的便利收受物品,只付少量现金的行为,应当认定为受贿罪。

(2) 行为方式主要是“低价购买”,手段比较单一,不能涵盖实践中

出现的各种形式,如高价售出、低价值房屋置换高价值房屋的行为。

(3) 关于受贿数额的认定,分两种情形:其一是在行贿人对于购买的物品已付款的情况下,以行贿人在购买该物品时实际支付的价款扣除受贿人已付的现金额来计算;其二是在行贿人对于所购买的物品未付款或无法计算受贿人支付金额的情况下,应以受贿人收受物品当时当地的市场零售价格扣除受贿人已付现金额来计算。可见,当时认定受贿数额原则上是以行贿人的购进价格为基础进行计算的,在当时计划经济体制条件下,全国大部分商品的价格都是国家统一定价,市场在商品价格的形成过程中所起的作用很小,市场价格的判定比较清楚,在认定受贿数额的时候,司法机关较少出现分歧,比较好把握和认定。尽管这一司法解释存在很多不足,但把当时国家工作人员采用支付少量现金收受请托人物品的行为认定为受贿,为实践中司法人员遇到类似情形时如何操作提供了可供适用的法律依据。

然而随着实践中越来越多的房地产领域的国家工作人员与房地产商官商勾结的腐败案件浮出水面,“两高”在中央纪委2007年5月29日发布了《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》(以下简称《规定》),一个多月后就随之出台《意见》,一方面显示了国家打击贿赂等职务犯罪的决心,另一方面也使得党纪和法律很好地衔接起来。如今,严密贿赂犯罪的刑事法网,已经是理论界、实务界的共识。^① 刑法典在制定后具有一定的稳定性,其修改程序非常严格,面对实践中不断涌现的贿赂犯罪的新的变种,“规则必须具有弹性,才能将不断变化的事物囊括其中”^②。而《意见》在刑法典之外以司法解释的形式,对实践中出现的关于受贿罪的认定出现的一些疑难复杂的问题给出处理意见,既保持了法律的稳定性,同时又细化了现有法律关于受贿罪的行为方式的规定,明确了“低买高卖”等交易形式收受请托人财物的行为的性质,为查处此类案件提供了明确的法律依据,统一了执

① 参见孙国祥著:《新类型受贿犯罪疑难问题解析》,中国检察出版社2008年版,第8页。

② 参见〔德〕古斯塔夫·拉德布鲁赫著,舒国滢译:《法律智慧警句》,中国法制出版社2001年版,第17页。