案名：陆某斡旋受贿罪案

主题：斡旋受贿罪中“利用职权或地位形成的便利条件”的界定

文◎丁　宏*

摘　要：正确理解“利用本人职权或者地位形成的便利条件”是认定斡旋型受贿罪的重点和难点。“因职权形成的便利条件”是指行为人在履职过程中，与其他国家工作人员因工作联系等形成的交往关系。这类关系主要体现为合作关系，既可是日常的合作关系，也可是偶发的合作关系，合作关系为权力交换提供了客观基础。“因地位形成的便利条件”，是指行为人与其他国家工作人员之间虽无工作联系，但基于特定的职位，存在权力交换可能。诸如上下级单位国家工作人员之间的影响等。斡旋受贿行为一般有三个重要特征：一是职权未及性，二是职务非制约性，三是权力交换性。

关键词：受贿　利用影响力受贿　斡旋受贿

［基本案情及判案结果］

2005年7月至2011年10月，被告人陆某担任本市甲区某镇镇长、党委书记。2011年11月，陆某就任本市乙区副区长。2014年7月至12月，甲区某镇要增设一名党委委员，级别为副处级。陆某原下属甲区某镇规建科科长王某符合该职务晋升的一般条件，但为了顺利得到提拔便找到陆某希望其帮忙打招呼。陆某接受王某的请托后，违反干部选拔任用的有关规定，向其同学时任甲区区委组织部某负责人打招呼。陆某除了全力推荐王某以外，还以电话、微信等方式向某负责人打听考察进程。公示期间，王某因涉嫌违法违纪被举报，陆某为此还多次向某负责人了解举报核查的进展情况并请托说情。2014年12月初，王某被宣布任命为本市甲区某镇党委委员。期间，陆某先后收受王某给予的现金15万元。

检察机关起诉指控，陆某身为国家工作人员，接受原下属王某关于职务晋升的请托，利用本人职权或者地位形成的便利条件，为其找关系、打招呼，并先后收受其给予的现金共计15万元。同时，检察机关还起诉指控，陆某在担任甲区某镇镇长、党委书记期间，在市政工程建设过程中，利用职务便利，接受请托，先后收受贿赂共计115万元。陆某的行为分别构成刑法第385条第1款、第388条规定的受贿罪。一审法院认为，检察机关指控的罪名成立，陆某犯受贿罪，判处有期徒刑5年，并处罚金人民币40万元，同时追缴违法所得。被告人陆某未上诉，本案判决已经生效。

［争议焦点］

本案的争议焦点集中在陆某帮助王某晋升职务有无利用职务便利或者影响？其收受钱款是否构成受贿罪？

第一种意见认为，陆某的行为不构成受贿罪。理由在于：一方面，陆某在完成王某请托事项的过程中没有直接利用其自身的职权，也没有利用职务上有隶属、制约关系的其他国家人员的职权。因此，不构成《刑法》第385条规定的受贿罪；另一方面，某负责人之所以接受陆某的请托是基于双方的同窗好友关系。双方不属于“有工作联系的不同单位的国家工作人员之间”，也不是“单位内部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”，故陆某的行为不存在“利用本人职权、地位形成的便利条件”，因此，也不构成《刑法》第388条规定的斡旋型受贿罪。

第二种意见认为，陆某的行为应构成利用影响力受贿罪。理由在于，根据《刑法》第388条之一的规定，与国家工作人员密切关系的人，通过该国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益的，构成利用影

* 上海市人民检察院第一分院副检察长［200052］

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved.　http://www.cnki.net

响力受贿罪。在甲区干部人事提拔过程中,陆某并没有直接使用其本人的职权便利，其所利用的是同窗好友某负责人的职务行为，以此为请托人王某谋取不正当利益,并收受财物。因此,陆某可认定为是某负责人的“密切关系人”,其行为应认定为是利用影响力受贿罪。

第三种意见认为,陆某的行为属于斡旋受贿,应构成受贿罪。理由在于,根据《刑法》第388条的规定,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,收受请托人财物的,构成受贿罪。陆某与某负责人均有一定的职务,双方具备权力交换的基础。陆某曾经所任职务与某负责人存在工作联系,由此产生的“职务影响力”促使某负责人接受陆某的请托,为王某谋取不正当的利益,故陆某的行为符合“利用本人职权或者地位形成的便利条件”。因此,陆某的行为构成斡旋型受贿罪。

[裁判理由之法理评析]

我们赞同第三种意见。

(一)陆某打招呼的行为属于利用了“本人职权或者地位形成的便利条件”

典型受贿罪和斡旋型受贿罪的区别在于行为人与其他国家工作人员之间关系形成的途径及性质的不同。典型受贿罪“利用职务上的便利”中利用其他国家工作人员职务行为完成请托事项，行为人必须请托的是因其主管、负责等职权产生的具有隶属、制约关系的其他国家工作人员,[1] 其中行为人利用的关系是由其职权直接产生的权力制约关系。而斡旋受贿罪中“利用职权或者地位形成的便利条件”则具体表现为两个方面:一是“因职权形成的便利条件”,即行为人在履职过程中,与其他国家工作人员因工作联系等形成的交往关系。这类关系主要体现为合作关系,既可是日常的合作关系,也可是偶发的合作关系,合作关系为权力交换提供了客观基础;二是“因地位形成的便利条件”，即行为人与其他国家工作人员之间虽无工作联系,但基于特定的职位,存在权力交换可能。诸如上下级单位国家工作人员之间的影响等。当然,这两个方面并不是非此即彼的关系,在一些场合可能会同时存在。

斡旋受贿行为一般有三个重要特征。一是职权未及性。请托人请托的事项并不在行为人职权可及的范围内，即请托事项既不在行为人可以直接办理的权限范围,也不在其可指挥、命令下属办理的操作范围。行为人只能求助于他人,通过他人的职务行为才能为请托人谋取不正当的利益。二是职务非制约性。行为人与被利用的国家工作人员之间不存在职务上的隶属、制约关系,行为人利用因职权、业务联系等职务关系形成的影响力促使他人完成请托事项。易言之,被利用的国家工作人员在接受请托事项时,存在选择的余地,即使拒绝亦不会带来不利的后果。[2]三是权力交换性。行为人和被利用的国家工作人员均具有一定的职权,客观上便具备了权力交换的基础。后者接受行为人的请托并不是单纯碍于双方的私人关系,而是鉴于行为人的职权影响,意图感情投资,日后“相互帮忙”。由此可见,斡旋受贿不仅表现为“权钱交易”,其背后还表现出“权权交易”。[3]

在本案中，陆某接受王某的请托事项是在其担任乙区副区长期间,其中并没有利用到其本人的职权,而是通过甲区委组织部某负责人的帮助完成的。从陆某、某负责人在甲区的任职情况来看,陆某担任某镇镇长、党委书记,某负责人担任组织部门领导,双方虽无上下级直接隶属关系，但在干部人事等方面存在日常工作联系。2010年间,二人配合完成市委组织部的组团式服务工作,促使双方之间的联系更加紧密。从陆某调任乙区副区长后,二人的任职情况来看,陆某和某负责人之间虽无职务上的直接交往，但陆与某负责人长期职务合作形成的关系并没有改变，现任的局级领导职务反而还增加了权力交换的“价值”。由此可见,陆某在通过其他国家工作人员完成请托事项的过程中，利用的是其过去职务关系和现在职务地位形成的非制约、非隶属的影响,故其行为完全符合《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中关于《刑法》第388条“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的相关解释规定。

(二)陆某打招呼的行为不构成利用影响力受贿罪

《刑法》第388条规定的斡旋型受贿罪主要表现为行为人利用“本人职权或者地位形成的便利条件”,通过他人的职务行为完成请托事项。刑法388条之一规定的利用影响力受贿罪主要表现为行为人利用其与国家工作人员之间的近亲属等密切关系，通过该国家工作人员的职务行为完成请

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net

托事项,或者利用该国家工作人员“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完成请托事项。可见,斡旋型受贿罪与利用影响力受贿罪均是通过他人的职务行为完成请托人请托事项,二者同属间接性受贿。[4]因而在适用法律时,可能会产生一定的争议。

笔者认为,准确区分斡旋型受贿罪和利用影响力受贿罪,关键需要把握以下两个方面的内容:一方面,犯罪主体不同。斡旋型受贿罪的犯罪主体为国家工作人员,而利用影响力受贿罪的犯罪主体则是国家工作人员的近亲属或者关系密切的人。但实践中会有身份重合的情况,即国家工作人员的近亲属或者关系密切的人,其自身亦可能具备国家工作人员的身份。[5]此种情况下,如果直接通过国家工作人员职务上的行为完成请托事项,就需要对行为人是否利用了本人职权或者地位形成的便利条件作进一步具体分析。另一方面,犯罪关系有别。斡旋型受贿罪主要涉及两方关系,即行为人和其他国家工作人员。利用影响力受贿罪涉及的犯罪关系则更为复杂,在行为人直接通过国家工作人员职务行为完成请托事项的场合,其犯罪关系主要涉及行为人和国家工作人员两方;在行为人利用国家工作人员的“职权或者地位形成的便利条件”,促使其他国家工作人员完成请托事项的场合,其犯罪关系主要涉及行为人、国家工作人员以及其他国家工作人员三方。

在本案中,陆某并非系与某负责人关系密切的人,陆某向某负责人打招呼的行为并非单纯利用二人之间的私人交情,而是主要利用其职权或者地位形成的便利条件。因此,陆某的行为不构成利用影响力受贿罪。

(三)认定陆某构成斡旋型受贿罪符合立法本意

在司法实践中,以斡旋型受贿罪定罪处罚的案例并不多见,其原因除了本罪的构成要件在司法认定中存在争议外,还在于本罪的社会危害性尚未引起足够的重视。

笔者认为,在斡旋型受贿行为中,国家工作人员相互照应、权力交换,其隐蔽的犯罪手段促使犯罪人员多存侥幸心理,其严重社会危害性主要表现为以下几个方面:第一,斡旋受贿严重违反党政纪律,直接挑战党纪国法最低线。从严管理党员领导干部始终是我党秉持的重要原则和底线。犯罪分子实施斡旋受贿,罔顾党的纪律,践踏党的规矩,显然具有极其恶劣的后果和影响。第二,斡旋受贿极强的隐蔽性诱使国家工作人员铤而走险。在司法实践中,行为人并没有利用到自身的职权,往往是通过打招呼,甚至是暗示其他国家工作人员来实现请托事项,属于典型的间接性受贿。在巨大的利益诱惑前面,行为人自感神不知鬼不觉,心存侥幸实施犯罪行为。第三,国家公权力被最大程度地异化为谋利工具。斡旋受贿不仅直观表现为“权钱交易”,而且间接表现出“权权交易”,其造成的社会危害性显然极其严重。第四,斡旋受贿严重削弱人民群众对党政领导干部的信任度。在司法实践中,上级领导干部请托没有隶属关系的同级或下级国家工作人员完成请托事项是最为常见且多发的情形,领导干部的犯罪行为不仅直接影响当地政治生态,起到极为恶劣的示范作用,而且大大动摇了我党执政理国的根基。

在本案中,陆某接受原下属王某的请托收受贿赂,为其找关系、打招呼,企图通过其他国家工作人员职务上的行为完成请托事项,陆某将公权力异化为谋取私利的工具,是“权钱交易”的典型体现,其行为辜负了组织的培养和期望,也亵渎了国家公职人员的神圣职责,造成了恶劣社会影响。对陆某斡旋受贿行为的依法惩处体现了司法机关以法律手段遏制公权力异化的决心和勇气。

注释:

[1]2003年11月13日最高人民法院关于《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》规定,《刑法》第385条第1款规定的“利用职务上的便利”,既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权,也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。

[2]参见段启俊、周后有:《斡旋受贿若干问题辨析》,载《政法论丛》2007年第1期。

[3]参见朱孝清:《斡旋受贿的几个问题》,载《法学研究》2005年第3期。

[4]参见赵煜:《利用影响力受贿罪疑难问题研究》,载《法治研究》2015年第2期。

[5]参见杨俊:《利用影响力受贿罪若干问题解读》,载《法学论坛》2012年第4期。

(C)1994-2019 China Academic Journal Electronic Publishing House. All rights reserved. http://www.cnki.net