

# 斡旋受贿的几个问题

朱孝清\*

---

内容提要:斡旋受贿的职务要件具有职务的非制约性、职务行为的依赖性、第三人意志自由的不完全性和权力可交换性的特点,其“利用职权或者地位形成的便利条件”是指利用职权或者地位形成的能对其他国家工作人员施加职务影响的便利条件,其核心是职务影响力。“不正当利益”分实体违法利益和程序违法利益;“谋取不正当利益”应以行为人明知利益的不正当性为条件,以第三人承诺为具备要件的起点。对第三人中的国家机关工作人员应注意以渎职罪追究责任。

关键词:斡旋受贿 客观要件 渎职罪

---

1997年修订后的刑法除以第385条规定了受贿罪的一般形式外,还以第388条规定了斡旋受贿这种受贿罪的特殊形式,即“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。”由于对该规定中某些问题的理解不一甚至存在严重分歧,影响了该法条的正确适用和案件的正确处理,故很有加以研究之必要。

## 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国家工作人员在职务上的隶属关系;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。<sup>[1]</sup>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

---

\* 最高人民检察院工作人员。

[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年版,第876页。

之间的工作联系。<sup>[2]</sup> 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。<sup>[3]</sup> 至于“非制约关系”究竟是一种什么关系,则又存在多种认识,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,以致司法实践中案件处理各异。例如,某市公安局局长受他人之托,给其下属的某县公安局局长打招呼,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,也不存在横向的制约关系,因此,根据“制约关系说”,该工商局长不构成受贿,而根据“非制约关系说”,该工商局长有可能构成斡旋受贿。

笔者认为,“制约关系说”值得商榷。首先,从刑法第385条与第388条所规定的职务要件的逻辑关系来看,刑法第385条的职务要件是“利用职务上的便利”,而第388条的职务要件是“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”。立法原理告诉我们,这两个法条和两个职务要件之所以要并列地加以规定,是因为二者为并列关系,各自有清晰的边界,而非种属关系或交叉关系,否则,就会出现某些行为既可以适用第385条又可以适用第388条的不正常状况。关于第385条的“利用职务上的便利”,最高人民法院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》作了如下解释:“是指利用本人职务范围内的权力,即自己主管、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。”它在纵向上可以表现为以下两种情形:一种是行为人利用本人职务直接为行贿人谋取利益。如市长某甲应私营企业主某丙的请托,直接决定批其土地20亩,从中收受丙贿赂10万元。另一种是行为人要求与自己职务有制约关系的其他国家工作人员利用职务为行贿人谋取利益。此种情形多是职务高的领导干部,因为职务越高,办事越不需要亲自动手,只要发出指令,他人就会去办。如前述市长某甲指令其下属的一位县长某乙批给私营企业主某丙土地20亩,甲从中收受丙贿赂10万元。显然,在上述两个案例中,市长某甲无论是自己直接批给某丙土地还是指令其下属县长某乙批给某丙土地,都是利用了自己职务上的便利,其收受贿赂10万元的行为都应适用刑法第385条。可见,行为人要求在职务上有制约关系的其他国家工作人员为请托人谋取利益,是第385条所规定的一般受贿中“利用职务上的便利”的一种表现形式,它既然已被包含在第385条“利用职务上的便利”的外延之内,就不应再一次将其包含在第388条斡旋受贿的“利用本人职权或者地位形成的便利条件”之内。否则,就会出现要求职务有制约关系的其他国家工作人员为请托人谋取利益的行为,既可适用第385条、又可适用第388条这种违反逻辑关系的结果。其次,从“制约关系”的实质来看。在行为人的职务与第三人的职务存在制约关系的情况下,第三人之所以利用职务之便为请托人谋取利益,其根源在于行为人的职务,是行为人依其职务指挥、命令、支配、左右的结果,如果第三人不按行为人的要求去做,行为人就可能利用职务给他带来不利的结果。在这里,第三人仅是行为人为他人谋取利益的工具,第三人的职务行为是行为人的职务使然,是行为人职务的自然传递或延伸,因而归根到底是基于行为人的职务。因此,它应当也只能适用第385条,而不应也不能适用第388条。再次,从修订刑法增加第388条的初衷来看,刑法第385条与原刑法关于受贿罪的规定完全

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

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

相同,修订后的刑法之所以在第385条之外,再以第388条规定斡旋受贿这种受贿罪的特殊形式,是因为现实生活中存在着刑法第385条尚难涵盖、但又需要以刑法调整的情况,从而解决法无明文的问题,其目的是为了严密法网,加大对受贿犯罪的打击力度,把依据原刑法难以对其实施惩治的斡旋受贿列入刑法惩治的范围,从而促进反腐败斗争的深入;同时,修订后的刑法为了防止打击面不适当地扩大,又把惩处对象限制在“谋取不正当利益”范围之内,而把谋取正当利益的排除在外。行为人与第三人在职务上存在制约关系的案件,在刑法修订前,包括1989年最高人民法院、最高人民检察院(以下简称“两高”)《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》对“利用职务上的便利”作适度扩张解释前,<sup>[4]</sup>一直都是按受贿罪处理的,对此不存在什么争议,而在刑法修订以后,如按照“制约关系说”,反而要将其纳入第388条斡旋受贿的范畴,其结果必然是减小了对受贿罪的打击力度,因为在为他人谋利的要件上,第385条一般受贿以“为他人谋取利益”为已足,而第388条斡旋受贿则必须“谋取不正当利益”;在受财要件上,第385条只要“索取他人财物”即可构成犯罪,不必“为他人谋取利益”,而第388条则无论“索取”还是“收受”财物,都要为请托人谋取不正当利益,才能构成犯罪。这就会使行为人与第三人的职务存在制约关系这种在刑法修订前本可直接按受贿罪惩处的某些案件,在刑法修订后却无法惩处了。同时,如按“制约关系说”,还会出现越是职务高的领导干部受贿,就越是难以惩处的不正常情况,因为如前所说,领导干部职务越高,办事越是不需要亲自动手,而只要指挥、命令即可。这显然不符合刑法增设第388条是为了严密法网,加大对贿赂犯罪打击力度的初衷。最后,从斡旋受贿与一般受贿在职务要件上的区别来看,“制约关系说”认为,斡旋受贿与一般受贿在职务要件上的区别在于有没有通过第三人的职务行为,没有通过第三人职务行为的是一般受贿,通过第三人职务行为的是斡旋受贿。其实,斡旋受贿与一般受贿在职务要件上的区别在于是“利用职权或者地位形成的便利条件”,还是“利用职务上的便利”,而不在于有没有通过第三人的职务行为。因为斡旋受贿必须通过第三人的职务行为,一般受贿也可以通过第三人的职务行为,那种认为凡通过第三人职务行为的就是斡旋受贿的观点是站不住脚的。

以上分析表明,“制约关系说”难以成立。至于“制约关系和工作联系说”,由于其中的“制约关系”不能成立,且这种观点把以上两种性质不同的关系予以等量齐观,因而也是站不住脚的。<sup>[5]</sup>

既然“制约关系说”不能成立,根据逻辑学概念关系的原理,“非制约关系说”就符合法条原意。但是,“非制约关系说”仅从反面对“制约关系”作了排除,而未能从正面阐明行为人与第三人职务之间究竟是什么关系。由于非制约关系范围广泛,如不加以界定,则有扩大化之虞,故有进一步研究的必要。

笔者认为,斡旋受贿的“利用本人职权或者地位形成的便利条件”有以下四个特点:

1. 职务的非制约性。即行为人与第三人不存在职务上的制约关系,包括纵向的制约关系和横向的制约关系。这种“非制约性”,说明请托人的请托事项不在行为人职务可及的范围,即既不在行为人自己可以直接办理的权限范围,也不在行为人可以纵向指挥、命令,横向左右、要挟第三人利用职务之便办理的权限范围,因而他必须求助于第三人。斡旋受贿职务上非制约性的特点,使斡旋受贿与职务上有制约关系的一般受贿相区别。在有制约关系的一般受贿中,如果第三人不按行为人的要求去为请托人谋取利益,行为人就可利用职务之便给第三人带来不利的结果。而斡旋受贿由于行为人与第三人不存在职务上的制约关系,因而如果第三人不按行为人的要求去为请托人谋取不正当利益,行为

[4] 1989年11月6日“两高”《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》第3条第(2)项规定“受贿罪中‘利用职务上的便利’,是指利用职权或者与职务有关的便利条件,‘职权’是指本人职务范围内的权力,‘与职务有关’,是指虽然不是直接利用职权,但是利用了本人的职权或地位形成的便利条件。”“国家工作人员不是直接利用本人职权,而是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,为请托人谋取利益,而本人从中向请托人索取或者非法收受财物的,应以受贿论处。”

[5] 这是笔者主张称刑法第388条是“斡旋受贿”而反对称“间接受贿”的原因之一,因为如称“间接受贿”,就容易产生误解:以为凡经过第三人职务行为间接为请托人谋取利益而受贿的就应适用刑法第388条。

人一般难以利用职务之便给第三人带来不利结果。

2. 职务行为的依赖性。即行为人利用自己的职务无法为请托人谋取不正当利益,而必须依赖第三人的职务行为。因此,斡旋受贿的职务要件必须由行为人“利用本人职权或者地位形成的便利条件”与第三人“利用职务上的便利”二者联结而成,只有该二者的紧密结合和共同作用,才能实现权与钱的非法交易。但二者在权钱交易中的作用有别,其中前者仅是实现权钱交易的基础,后者则是实现权钱交易的关键。需要说明的是,在有第三人介入的一般受贿中,行为人为他人谋取利益也要通过第三人的职务行为,但其职务要件是行为人“利用职务上的便利”与第三人“利用职务上的便利”的联结;行为人不是“依赖”第三人的职务,而是“指令”第三人实施职务行为;在权钱交易中起关键作用的是行为人的职务行为,第三人的职务行为仅是行为人职务行为的延伸和用来为他人谋取利益的工具。

3. 第三人意志自由的不完全性。一般受贿中行为人与第三人职务上的制约性,决定了第三人在是否按行为人的要求为请托人谋取利益的问题上没有或基本没有意志自由。而在斡旋受贿中,由于行为人与第三人不存在职务上的制约关系,第三人如果不按行为人的要求为职务行为,一般不会带来不利的结果,因此,第三人在是否按行为人要求为请托人谋取不正当利益的问题上,其意志总体上是比较自由的。但是另一方面,“权”与“威”是密切相连的,有权就有威,职务越高,权力越大,其威势也往往越大,这种因职务而产生的威势就是职务影响力。特别是我国官本位、封建等级特权等思想观念严重,公民对权力一般有敬畏感;部分干部的职务和工作岗位变动快,今天与自己没有隶属关系的领导干部说不准明天就成了顶头上司;加之当前某些职务的权力边界不清,因而职务的影响力就更为明显。行为人向第三人提出为请托人谋取不正当利益的要求,难免会给第三人造成思想压力。第三人就是在这一思想压力的推动下,实施为请托人谋取不正当利益的行为。从这个角度来说,第三人的意志虽有较大的自由,但不具有完全的自由。也正因为行为人以职务影响力推动了第三人为职务行为,并从中索取或收受财物,刑法才能将其纳入以权钱交易为本质的贿赂罪。

4. 权力的可交换性。即行为人与第三人可利用职务互为对方谋取利益。这是斡旋受贿中的行为人和第三人都具有一定的职务所致。诚然,第三人在利用职务为请托人谋取不正当利益时,不一定就想到有何事需求助于行为人,以实现权力互换,但是,行为人与第三人在客观上具有权力的可交换性。这种权力的交换在双方所在地区(单位、部门)上,既可以是不具有制约关系、纵横结合的地区(单位、部门)之间,如省级法院刑事审判庭与县级法院民事审判庭之间;<sup>[6]</sup>又可以是不具有制约关系的横向地区(单位、部门)之间,如同一单位内部不具有制约关系的不同部门之间,或不具有制约关系但有工作联系的不同地区、单位之间。在双方职务的级别上,既可以是同级的,也可以是非同级的,只要行为人的职务影响力能够促使或推动第三人为职务行为即可。在权力交换的时间上,既可以是即时的,也可以是预期的。行为人与第三人之间这种权力的可交换性,把斡旋受贿与利用亲友关系通过第三人为请托人谋取不正当利益的行为严格区分了开来。因为我国由于封建思想影响,人们往往重人情,轻法制,人情也会给人造成思想压力。第三人在亲友要求其利用职务为请托人谋取不正当利益的情况下,也会受到一定的思想压力,其意志自由也具有不完全性。但是,这种因人情所致的意志自由的不完全性与斡旋受贿因职务影响力所致的意志自由的不完全性,在法律上具有不同的性质。斡旋受贿中行为人与第三人权力的可交换性,为区分这两种不同性质的意志自由的不完全性提供了依据。

上述四个特点缺一不可,其中“职务的非制约性”和“职务行为的依赖性”是斡旋受贿区别于一般受贿的特征;“权力的可交换性”是斡旋受贿区别于利用亲友关系为他人谋取不正当利益从中收受财物这种非罪行为的特征;由行为人职务影响力所致的“第三人意志自由的不完全性”,是斡旋受贿作为贿赂犯罪并承担刑事责任的依据。

通过以上分析,可以对“利用职权或者地位形成的便利条件”作如下解读:首先,“利用职权或者地

[6] 省级法院与县级法院之间为纵向关系,刑事审判庭与民事审判庭之间为横向关系,故属“纵横结合”的关系。

位形成的便利条件”必须以职务为基础。因为“职权”和“地位”都必须建立在职务之上,离开了职务,“职权”和“地位”将无从谈起;<sup>[7]</sup>同时,离开了职务,行为人的行为也就不能成为职务犯罪。其次,“利用本人职权或者地位形成的便利条件”,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,其核心内容是职务影响力。它与一般受贿“利用职务上的便利”的区别在于:(1)“利用职务上的便利”既可行为人自己直接为请托人谋取利益,也可通过第三人为请托人谋取利益,而“利用职权或者地位形成的便利条件”则必须通过第三人才能为请托人谋取利益;(2)“利用职务上的便利”的行为人与第三人存在职务上的制约关系,而“利用职权或者地位形成的便利条件”的行为人与第三人则不存在职务上的制约关系;(3)“利用职务上的便利”所指令的第三人没有或基本没有意志自由,而“利用职权或者地位形成的便利条件”所斡旋的第三人则有较大而又不完全的意志自由;(4)“利用职务上的便利”在权钱交易中起关键作用,而“利用职权或者地位形成的便利条件”在权钱交易中仅起基础性作用而不起关键作用。再次,“利用职权或者地位形成的便利条件”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,<sup>[8]</sup>因为“利用职权或者地位形成的便利条件”以职务为基础,而亲友关系以血缘、婚姻、感情、友谊为基础;非职务性地位则以个人的社会名望为基础。

## 二、如何理解“谋取不正当利益”

“谋取不正当利益”是斡旋受贿的要件之一。对“谋取不正当利益”,有以下问题需要研究:

1. 如何理解“不正当利益”?“两高《关于在办理受贿犯罪大要案的同时要严肃查处严重行贿犯罪分子的通知》以及最高人民检察院《关于人民检察院直接立案侦查案件立案标准的规定》规定:“‘谋取不正当利益’,是指谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益,以及谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件”。据此,“不正当利益”有两种:一种是“违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益”,这种利益的特点是利益本身违法,故可称为“实体违法的利益”;一种是“违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或方便条件”,这里的“帮助或者方便条件”,笔者认为不应是利益本身,而是指为谋取利益所提供的帮助或者方便条件。因为如果指的是利益本身,那就与前一种不正当利益同义反复了。如果这一理解成立的话,那这种不正当利益的特点是利益本身不违法,但谋取利益的程序(手段)违法,故可称为“程序违法的利益”。程序违法的利益之所以被界定为“不正当利益”,一是因为程序与实体密切相关,程序合法是利益正当的重要保证。国家工作人员通过违反程序,使请托人得到本来得不到或不一定能得到的利益,同时,使其他合法竞争者失去了本来可以得到或可能得到的利益,因而其所谋取的利益就具有不正当性。二是因为程序具有独立的价值,它可以使运作和决定的过程具有公正、民主的外观,从而提高实体决定的公信度和可接受性。

2. 行为人是否必须明知所谋取的是不正当利益?如前所述,“不正当利益”分实体违法的利益和程序违法的利益。实体违法的利益由于本身就能表明其不正当性,行为人在接受请托时便可知悉,却仍斡旋第三人去谋取,因而他对利益的不正当性显然明知。程序违法的利益由于利益本身并不违法,其不正当性须由第三人谋取利益的程序(手段)所决定,因而行为人难以从利益本身看出其不正当性,而对第三人究竟是用合法还是违法的程序(手段)谋取该利益,行为人可能知情,也可能不知情。那么,对利益的不正当性不明知的行为人能否构成斡旋受贿犯罪?要回答该问题,就必须搞清斡旋受贿是否以行为人明知所谋取利益的不正当性为条件。

[7] 某些作家、艺术家虽无职务,但在社会上也享有较高地位,但该“地位”不同于以职务为基础、在刑法第388条中作为斡旋受贿客观要件组成部分的“地位”。

[8] 非职务性地位是指非因职务原因在社会上所具有的地位,如某些作家、艺术家、劳动模范所具有的地位。

笔者认为,斡旋受贿犯罪必须以行为人明知所谋取利益的不正当性为条件。首先,从主客观相统一原则来看。主客观相统一是刑法学的基本原则。根据该原则,斡旋受贿罪作为故意犯罪,不仅要求行为人通过第三人谋取的利益在客观上确是不正当利益,而且要求行为人在主观上明知通过第三人谋取的利益是不正当利益。否则,如果行为人主观上不明知,仅凭所谋取利益在客观上的不正当性而认为符合了“谋取不正当利益”的要件,那就是客观归罪。其次,从犯罪故意的内容来看。刑法规定的犯罪故意,是以“明知自己的行为会发生危害社会的结果”为前提的,而要行为人明知自己的行为会发生危害社会的结果,就必须明知具体犯罪构成要件的客观要素及其性质。在斡旋受贿中,“谋取不正当利益”既是其构成要件的客观要素之一,又是其危害结果的重要方面,行为人当然应当对其明知。否则,如果行为人只知道谋取的是“利益”而非“不正当利益”,那他对“谋取不正当利益”这一客观要素和危害结果就没有“明知”,因而也就不具有“谋取不正当利益”的故意。再次,从责任主义原则来看。刑法中的责任主义原则,是指行为人对自己在自由意志下所作的选择承担责任。其基本机理是,人在自由意志下,可以选择为合法行为,也可以选择为违法犯罪行为,而行为人却选择了为犯罪行为,这说明行为人主观上有罪过(故意或过失),因而必须对自己的选择负责。在行为人不明知所谋取利益的不正当性的情况下,行为人只有为请托人谋取“利益”的故意,而无谋取“不正当利益”的故意,因而行为人只能对谋取利益的意志选择负责,而不能对“不正当利益”的结果承担责任。

以明知所谋取利益的不正当性为条件,是否会使一些行为人谎称自己不明知而逃避法律制裁?回答是否定的。因为“明知”虽然是一种心理状态,但总要通过一定的客观事实表现出来。因此,对行为人是否“明知”的认定,不能以其口供为依据,而应以客观事实为依据。同时,“明知”包括“已知”和“应知”。<sup>[9]</sup>“已知”是指有证据证明的知道,“应知”是指根据行为人的认知能力和水平等客观事实推定其知道。可见,无论是“已知”还是“应知”,所依据的都是客观事实,而客观事实是不以行为人的虚假口供而转移的。

3. 如何认定“谋取不正当利益”?在研究一般受贿罪“为他人谋取利益”要件时,理论界有旧客观要件说、主观要件说、新客观要件说三种观点。旧客观要件说认为,为他人谋取利益是指客观上有为他人谋取的行为,而不要求所谋取利益的实现。主观要件说认为,为他人谋取利益只是受贿人的一种心理态度。新客观要件说认为,为他人谋取利益只是受贿人的一种许诺,而不要求客观上有为他人谋取利益的实施行为和结果。新客观要件说的基本理由是受贿罪是直接客体是职务行为的不可收买性,公务人员在非法收受财物之前或者之后许诺“为他人谋取利益”,就在客观上形成了以权换利的约定,同时使人们产生以下认识:公务人员的职务行为是可以收买的,只要给予财物,就可以使公务人员为自己谋取各种利益。这本身就使职务行为的不可收买性受到侵犯。<sup>[10]</sup>笔者基本同意新客观要件说,认为一般受贿的“为他人谋取利益”是客观要件,它包括承诺、实施、实现三个阶段的行为,只要具有其中任何一个行为,就具备了“为他人谋取利益”的要件,其中“承诺”是具备“为他人谋取利益”要件的起点行为。<sup>[11]</sup>

那么,在斡旋受贿中,怎样才算具备了“为请托人谋取不正当利益”的要件?如果也象一般受贿那样把“承诺”作为为请托人谋取不正当利益的起点行为,那么,这“承诺”是行为人的承诺还是第三人的承诺?笔者认为,这要分析斡旋受贿与普通受贿职务要件的共性和特殊性。

斡旋受贿和普通受贿在职务要件上的共性在于:它们作为受贿罪中两种不同表现形式的犯罪,侵

[9] 参见“两高”1992年12月11日《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》第8条。

[10] 张明楷:《论受贿罪的客观要件》,《中国法学》1995年第1期。

[11] 笔者观点与新客观要件说也有不同之处:新客观要件说认为,因受贿而进行其他违法犯罪活动构成其他罪的,应当依照数罪并罚的规定处罚。在这里,他把“为他人谋取利益”中的“实施”、“实现”行为作为为了认定其他罪的客观依据,而不作为受贿罪的客观依据。笔者则认为,承诺、实施、实现行为都是为他人谋取利益的表现形式,在因受贿而进行违法犯罪活动构成其他罪的情况下,根据一事不再罚的原则,实施、实现行为不能同时作为认定其他罪的客观依据,因而不适用数罪并罚。

犯的直接客体都是公职人员职务行为的不可收买性。据此,与普通受贿罪一样,承诺、实施、实现都是“为请托人谋取不正当利益”行为的表现形式,其中“承诺”是认定具备“为请托人谋取不正当利益”要件的起点。

斡旋受贿较之普通受贿在职务要件上的特殊性在于:普通受贿利用的是行为人自己的职务,行为人一旦承诺为他人谋取利益,其职务行为不可收买性就受到了侵犯。同时,只要行为人的承诺不是虚假的,如按正常方向发展,“为他人谋取利益”就会依次进入“实施”、“实现”阶段。而斡旋受贿则不然,行为人利用自己的职务是无法为请托人谋取不正当利益的,而必须斡旋第三人利用职务,离开了第三人的职务行为,“为请托人谋取不正当利益”根本不可能实现。因此,如果行为人索取或收受财物后仅承诺为请托人谋取不正当利益,而不实施斡旋行为,其与请托人权钱交易的约定仅初步达成但未真正达成;其职务行为的不可收买性受到了一定的侵害,但未受到实质性的侵害。这一方面是由于行为人具有以职务为基础的职务影响力,请托人也是冲着其职务影响力而来;另一方面由于仅凭行为人的“权”尚难以为请托人谋取不正当利益,行为人的“职务行为”也不是能为请托人谋取不正当利益的典型意义上的“职务行为”。只有当行为人接受请托,并实施斡旋第三人的行为,且第三人承诺按行为人的要求为请托人谋取不正当利益后,行为人与请托人权钱交易的约定才真正达成,公务人员职务行为的不可收买性才受到了实质性的侵害。同时,第三人承诺后,如按正常方向发展,“为请托人谋取不正当利益”就会依次进入“实施”、“实现”阶段。因此,斡旋受贿的“为请托人谋取不正当利益”,应当包括行为人对“谋取不正当利益”的承诺行为和斡旋行为,以及第三人对“谋取不正当利益”的承诺、实施、实现行为,其中第三人的承诺,是认定具备“为请托人谋取不正当利益”要件的起点行为。总之,“为请托人谋取不正当利益”的行为始于行为人的承诺,终于不正当利益的实现,但第三人承诺就具备了该要件。因此,当行为人索取或非法收受财物并实施斡旋行为,第三人承诺为请托人谋取不正当利益后,斡旋受贿就构成了既遂。

那么,如果行为人非法索取或收受请托人财物并承诺为其谋取不正当利益,但未实施斡旋行为,或虽实施斡旋行为但遭第三人拒绝的,又当如何处理?笔者认为,根据刑法理论,这种情况由于第三人未作承诺,“为他人谋取不正当利益”这一犯罪构成要件尚未完全具备,因而只能根据案件具体情况,分别作犯罪中止或犯罪未遂处理。

### 三、对第三人应当如何处理

对斡旋受贿案件中的第三人如何处理,刑法第388条未作规定。但是,刑法罪名是一个体系,对触犯了其他罪名的,尽管刑法第388条未作直接规定,也应按所触犯的罪名定罪处罚。笔者认为,对国家机关工作人员和其他代表国家机关行使职权的人员,<sup>[12]</sup>利用职务上的便利为请托人谋取不正当利益,致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失或者造成其他法定危害后果的,应以刑法第九章规定的渎职罪追究刑事责任;对不构成犯罪的,则应追究纪律责任。下面主要探讨追究刑事责任问题。

对第三人中符合上述情形的人员之所以应以渎职罪追究责任,是因为:

1. 第三人在斡旋受贿案件中处于关键地位,其行为具有较大的社会危害性。在斡旋受贿中,行为人职务影响力和第三人职务行为的共同作用,使请托人得到不正当利益,从而完成了权与钱的肮脏交

[12] 根据刑法规定,渎职罪的主体是国家机关工作人员。同时,根据2002年12月28日全国人大常委会关于渎职罪主体适用问题的解释,在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员,或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员,或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员,在代表国家机关行使职权时,均属于渎职罪的主体。但笔者为了叙述方便,下文仍将渎职罪主体简称为“国家机关工作人员”。

易。在这一肮脏交易中,起关键作用的是第三人,如果离开了第三人的职务行为,不正当利益就不可能谋取,权钱交易就不可能实现。在权钱交易的链条中,行为人这一环节本是可以减少的,只是由于请托人与第三人不熟悉或请托人面子不够等原因,才需要行为人介入并予以斡旋。因此,第三人对权钱交易负有重要的责任,其行为具有较大的社会危害性。由于他没有非法取得财物,因而无法追究以非法受财为要件的受贿罪的责任,但这并不影响以其他相应的罪名对其进行追究。

2. 第三人具有负刑事责任的理论基础。在斡旋受贿中,行为人利用职务影响力进行斡旋的行为,使第三人受到思想压力,从而在是否利用职务为请托人谋取不正当利益的问题上,其自由意志受到了影响,但是,这种思想压力毕竟不同于一般受贿。因为在一般受贿中,行为人对第三人具有职务上的指挥、命令等制约关系,第三人对行为人的要求一般难以拒绝,必须服从或屈从。也就是说,第三人在是否按行为人的要求为职务行为的问题上,没有选择的余地,即没有意志自由,因而不具有负刑事责任的理论基础。而斡旋受贿中的行为人和第三人没有职务上的制约关系,第三人对行为人的要求并非不能拒绝,他在是否利用职务为请托人谋取不正当利益上,具有较大的意志自由。在这种情况下,第三人却仍然接受行为人的斡旋,利用职务为请托人谋取不正当利益。根据责任主义原则,他应对自己的意志选择承担责任,这就构成了第三人负刑事责任在主观方面的理论基础。

3. 第三人中造成法定危害后果的国家机关工作人员符合渎职罪的构成要件。首先,第三人实施的是渎职行为。第三人作为国家机关工作人员,理应恪尽职守,全心全意为人民服务。然而,却受他人斡旋,利用职务为请托人谋取不正当利益,即谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的利益,以及谋取违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章规定的帮助或者方便条件,其违背并亵渎职责的性质十分明显。其次,第三人的行为侵犯的是国家机关正常的职能活动。第三人不是代表自己而是代表国家机关进行活动,他们正确履行职责,是国家机关得以正常运转、职能得以实现的重要保证。然而,第三人却亵渎职责,为他人谋取不正当利益,其结果必然侵犯了国家机关正常的职能活动。再次,第三人的心理状态符合渎职罪主观方面的特征。渎职罪的主观方面有的是故意,有的是过失。第三人利用职务为请托人谋取不正当利益时的心理状态一般出于故意,即明知自己的行为会造成危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果的发生,故符合渎职罪主观方面的要件。

综上所述,对第三人中致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失或者造成其他法定危害后果的国家机关工作人员,以渎职罪追究责任是适当的。由于渎职罪是类罪名,其具体罪名有35个之多,其中既有一般滥用职权罪、玩忽职守罪、徇私滥用职权罪、徇私玩忽职守罪,又有一系列特定国家机关工作人员在特别行业的渎职罪,而第三人渎职犯罪的分布也往往较广,会涉及多个罪名,因为从理论上说,凡有国家机关的地方,就存在着发生第三人被斡旋进行渎职犯罪的可能。因此,在追究第三人渎职犯罪的刑事责任时,应当根据各具体犯罪的特征,按相符的罪名定罪量刑。同时,由于第三人的行为是在行为人职务影响力的推动下实施的,其意志自由具有不完全性,因而一般可予酌情从轻处罚。

---

**Abstract :** The constituent elements of mediating bribery bear characteristics as the following: independence from the third official, dependence on one's authority, the incomplete freedom of the will of the third official, and the interchangeability of power. The advantages produced by one's official status means the influences on other officials. The illegal interests can be divided into substantial interests and procedural ones. It should be limited within the scope that the one aware of the illegal nature of the interests. The promise of the third official is the start to constitute a criminal offence. The third official should be charged with the crimes of dereliction of duty.

**Key words :** mediating bribery, objective requisites, crimes of dereliction of duty

---