

试论受贿罪利用职务上的便利

邢 雯

目前,人们已经越来越认识到受贿罪的严重危害性。它腐蚀着我国的干部队伍,大大降低了国家机关的威望,它不仅使国家机制不能正常运转,而且成为许多其它犯罪诱发的原因。受贿犯罪活动严重干扰着现代化建设的顺利进行,广大人民群众对此已是深恶痛绝。

近几年,受贿犯罪的情况较以往更为复杂,犯罪分子采取更多的新手段对付和逃避司法部门的追究。改革、开放中出现的一些新问题也与受贿活动相互交织,这就给实际部门认定受贿犯罪带来了一定的困难。当前在司法实践中和法学理论研究中,对如何认定受贿罪,特别是如何认定受贿罪“利用职务上的便利”这一要件,存在着较大的分歧意见,故使不少受贿案件得不到及时处理,造成打击不力。因此,统一对受贿罪“利用职务上的便利”的认识是十分必要的。本文就这一问题作些探讨,以求和同志们商榷。

一、对“利用职务上的便利”的分歧意见

受贿罪是一种渎职罪。我国刑法第185条规定:“国家工作人员利用职务上的便利,收受贿赂的”是受贿罪。全国人大常委会通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》规定:国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员,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为他人谋取利益的,是受贿罪。显然,“利用职务上的便利”是法律规定构成受贿罪的要件。这一点无论是司法界还是法学理论界都没有异议。但是,对“利用职务上的便利”这一要件的含义的理解却不同。

一种意见认为,受贿罪既然是渎职罪,那么“利用职务上的便利”就应当作严格的限制。即必须是国家工作人员直接利用本人职务范围内主管、经管某些工作的权力所造成的方便条件去为他人谋利,然后从中受贿。假如不是利用这些权力所造成的方便条件,就不能认定为渎职,也就不构成受贿罪。

另一种意见认为,受贿罪不仅是渎职罪,同时也是贪利性质的犯罪,不能对“利用职务上的便利”作过于严格的限制,那样会放纵受贿犯罪活动,不利于建立廉洁政府。持这种意见的同志认为,“利用职务上的便利”不仅包括直接利用本人职务范围内主管、经管某些工作的权力所造成的方便条件,而且包括利用本人职务的影响而造成的方便条件以及工作上的各种便利条件。还有一种意见认为,对“渎职”应作广义的理解。国家工作人员应当廉洁,只要为他人谋取利益时非法索取或者收受了财物,就是渎职,只要受贿数额达到法定标准,就应以受贿罪追究其刑事责任。

基于以上的不同认识,对具体案件的认定就产生了分歧。同一个案件,有时法院持第一种意见,认为不构成犯罪;但检察院持第二种意见,却以受贿大案起诉到法院。检察院将人

逮捕，法院却予以无罪释放。甚至于在上下级法院、检察院之间，以至同一司法单位之中，对同一案件也有完全不同的意见。使案件久拖不决。例如，某市纪检干部黄某1986年答应帮助某乡建筑施工队办理进某市施工审批手续，事成后，黄收“手续费”三万元。随后，黄以市纪委调查施工队进城审批手续存在的问题为由，到市建委办公室打探审批手续的程序。并多次以纪检干部身份，分别到市建委、市劳动局以及施工处、集体建筑企业管理站等单位与负责人联系办理手续。最终为该施工队200名队员办妥进城手续后，黄某索要联系费共二万五千元。一审法院认定黄某犯受贿罪，判处有期徒刑十年；但二审法院认为，联系办理审批建筑施工队进城的手续不是黄某的职责，黄某并没有利用其主管、经管工作的权力，不属于“利用职务上的便利”，不构成受贿罪。建议给予行政处分。由于上级法院、检察院之间对该案也持不同意见，故一直拖了两年多未能结案。

二、应该如何认定“利用职务上的便利”

我们认为认定受贿罪应当从我国现实的客观情况出发，不应从抽象的定义或者概念出发。当前，我国正面临着一场政治改革，处于新旧体制的交替时期。长期以来形成的党政职能不分，以党代政，以及政企职能不分，政府机构庞大、职责不清等现象还没有从根本上解决。国家公务员制度尚未建立。某些党政干部权力集中于一身，他们实际上掌握的权力，要比法律（或者某些规章）赋予他们“直接主管、经管的权力”大得多。这些人可以利用他们实际上的权力，或者说他们权力的实际影响，直接或者间接地为委托人谋取利益并从中收取贿赂。（这里所谓间接地为请托人谋利，是指利用本人权力去指使、影响第三人为请托人谋利。）其次，由于官僚主义、封建主义的影响尚严重存在，有的干部称兄道弟毫无原则，拿权力、金钱作交易，互相利用手中职权为请托人谋利，从中收取财物。还有的干部以为“一人得道，鸡犬升天”，利用丈夫、“老子”等亲属的“官职”的影响，为请托者谋利并从中受贿。这些人往往受贿金额惊人，情节手段恶劣，甚至于不惜触犯刑律，给国家造成损失。如果我们对这些大量存在的客观事实视而不见，一味强调构成受贿罪只限于利用本人主管、经管工作的权力，那就会放纵受贿罪犯，使干部队伍的腐败现象越发严重。显然，这样解释法律是不适合我国实际情况的。

为进一步研究这一问题，我们不妨借鉴一下国外法律的有关规定。联邦德国刑法第331条规定：公务员或从事特别公务之人员；法官、仲裁人，对现在或将来职务上的行为要求、期约或收受利益者，均构成受贿罪。^①捷克斯洛伐克刑法典分则第三章第四节，不仅规定了收受贿赂罪，而且规定了间接贿赂罪，其中第183条规定：“因允许以自己势力影响社会活动家的行使权力，或因已发生此种影响而要求或收受贿赂者”即构成犯罪。法国刑法典第178条规定：“任何人为使或意图使他人得到勋章、奖章、荣誉、奖赏、职位或任何官方厚遇、买卖契约、企业或其它利益，要求期约或收受赠与而滥用其实际或假定影响力者，处一年至五年监禁”并科罚金。印度刑法典第九章“公务员犯的罪或有关公务员的罪”不仅规定“身为公务员或将成为公务员的任何人，为自己或任何其他入，从任何人处接受或获得，或同意接受或企图获得任何合法酬劳以外的酬谢作为动机或作为报酬，而实施或不实施任何职务上的行为”即构成犯罪（见第161条）；而且规定，无论何人，为自己或任何人，从任何人处接

^① 本文重点符号均是作者所加。

受或获得，或同意接受或企图获得任何酬谢作为动机或报酬，而通过贪污或非法方法（第162条）或运用个人势力（第163条）诱使任何公务员实施或不实施任何职务上的行为，或使该公务员在行使职权时对任何人表示照顾或不照顾”的行为，也构成犯罪。日本对受贿罪的规定有一个变化过程。原来只规定了含义比较狭窄的受贿、加重的受贿，后来经过几次修订，增加了许多内容。如：收贿、事前收贿、对第三者提供贿赂、有不正当行为的贿赂、事后收贿和斡旋收贿等。根据这些规定，不仅公务员或仲裁人（包括将要充当公务员或仲裁人的）关于职务上的事项，收受或要求、约定贿赂的构成收贿罪（第197条）；而且公务员接受请托，使其他公务员在其职务上从事不正当的行为或不从事应当作的行为，作为其进行或已进行斡旋的报酬而收受或要求、约定贿赂的（见第197条之4）；公务员或仲裁人关于职务上的事项接受请托而使请托人向第三者提供贿赂，或要求、约定提供的（第197条之2）；以及曾任公务员或仲裁人的人，于其在任职时接受请托，关于职务上曾从事不正当的行为或不从事应当作的行为，接受或要求、约定贿赂的（第193条之3）。都构成受贿罪，由此可见，各国刑法有关贿赂罪的规定也都是由于本国犯罪的具体情况不同而各不相同。与我国刑法相比，多数国家规定的受贿罪比我国受贿罪范围要宽，而且更为具体。

综上，根据我国的实际情况，借鉴外国的立法情况，笔者认为：在认定受贿罪时，不宜把“利用职务上的便利”的范围限制过窄，如仅限于“利用本人职务范围内直接主管、经管某些工作的权力”。但是也不需要无限制地扩大其范围，把与职务毫无关系的收受财物的行为一律作为受贿罪追究刑事责任，从而完全改变了受贿罪构成的要件。也就是说，既要对于干部队伍中严重的腐败现象坚决打击，又要注意严格划清罪与非罪的界限，不要把一般的不正之风或者群众之间的正常交往也作为犯罪处理。因此应对“利用职务上的便利”划定具体的范围或标准。

三、“利用职务上的便利”的具体标准

下列几种情况应认定为“利用职务上的便利”，构成受贿罪。

1. 国家工作人员^①直接利用本人职权（即利用自己职务上主管、经管某项工作的权力），为他人谋取利益，非法收取他人财物。

所谓职权，是指法律、法规、命令、以及权力机关对国家工作人员规定的工作职责，包括职务和责任，即权利和义务。如果国家工作人员索取或者非法接受请托人的财物，并利用自己的职权为请托人谋利（包括作为和不作为），即构成受贿。例如北京市某税务所专管员甘某，在负责某地区税收工作中，凡是给他好处的，他就有意退税、减税、免税，甚至为纳税人出谋划策偷漏国家税款。索取财物共四千多元，给国家税收造成损失几十万元。这是一种典型的“利用职务上的便利”。这类受贿还可分为两种表现形式，一是国家工作人员为他人谋取的利益是非法的，即如甘某贪赃枉法的例子；另一种是国家工作人员为他人谋取的利益是合法的，即贪赃未枉法。但无论哪种情况，都是渎职受贿，只是情节不同。只要达到法律规定的犯罪数额标准，都应当追究刑事责任。

2. 国家工作人员利用上下级隶属关系，要求下级为请托者谋取利益，自己非法收取请托者的财物。

^① 《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》已把受贿罪的主体扩大为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员”，这里为了叙述方便，只写国家工作人员。

这里所谓上下级隶属关系，又有两种情况，一种是行政上的领导和被领导关系，包括政府机关对所辖地区的领导关系、以及其它行政部门之间的领导和被领导关系。比如，某个城市的副市长主管工业，却“批条子”给物资部门为农村专业户买化肥，从中收取该专业户的财物。这位副市长并不主管、经管化肥的供销工作，而是利用他在职务上对该地区的各个行业的上下级领导关系，要求下属为他人办事的。这种情况应当认定为利用职务上的便利。另一种是指党组织的领导和被领导关系，即某地区或某单位的党委领导机关对该辖区或该单位在组织系统上的领导关系。如上海余铁民一案。余铁民于1981年至1985年先后担任中共上海市委主要领导人的秘书和市委办公厅副主任职务，在此期间，他通过打电话、批条子、转信件等方法，插手市外贸、公安、房管等单位，为港商办事，给“熟人”、“关系”办理出境、分配房子等，从中收取财物价值三万多元。从余的职务来看，无论是当秘书，还是当市委办公厅副主任，都不主管、经管外贸、公安、房管部门的工作，也不是这些单位的行政领导，但是他利用在市委主管领导机关担任一定职务这种便利条件，干预下级单位的业务工作，这实质上也是利用了职务上的便利。

前面已经谈到，由于党政不分，政企不分，领导干部职责权限不清等现象仍严重存在，因此，我们在分析是否利用职务上的便利的时候，就应当结合这些具体情况，不仅要看某个干部是否直接利用本人主管、经管某项工作的便利条件，而且要看他是否具有实际上左右该项工作的领导权和影响力，利用这种实际上的领导权和影响力，指使他人作为请托者谋利，并从中索贿、受贿的，与直接利用职权索贿、受贿的，在本质上是没有什么区别的。

3. 国家工作人员利用职务上的权力能够左右对方某种利益的方便条件，要求对方为请托者谋取利益，非法收取请托者的财物。

这种情况多见于工商、税务、公安、司法、纪检、以及物资、银行、劳动人事、房管、水电等部门。由于这些部门掌握着一定的财权、物权、人权、司法权、检查权、监督权等，其工作人员往往就可以利用这些权力影响、指使、甚至要挟对方办某件事，谁不买帐，就要“卡脖子”。我们前面谈到的某市纪检干部黄某受贿一案，就属于这种情况。黄某利用的就是监督检查他人工作的方便条件，要求他人利用职权为请托人谋利并从中索贿的。又如某厂房管干部某甲要求招工干部某乙为几个朋友解决就业问题；而乙也要求甲为自己的“哥儿们”照顾几套房子。在此过程中，房管干部从朋友那里收取了财物，招工干部也从“哥儿们”那里收取了财物。虽然收受财物的人没有直接利用自己的职权替请托者谋利，而直接利用自己的职权为他人谋利的人也没有得到请托者的好处，但是双方都是利用自己职务上的权力能够左右对方某种利益的方便条件，要求对方为请托者谋利，从中受贿的。这种情况还有很多，如“电霸”、“水霸”，甚至还有“粪霸”等等。本来，国家机关是为社会、为人民服务的，但是某些管理这些公共事务的部门，却把工作性质颠倒过来，首先考虑的是如何利用手中的权力去“卡”别人，以此作为谋取私利的资本。如果这种风气盛行，国家机关就会腐败。这种行为同直接利用本人职权为他人谋利而受贿，在本质上也是一样的，故也应当认定为“利用职务上的便利”，以受贿罪追究责任。

4. 国家工作人员要求其他国家工作人员为请托者谋取非法利益，并非法收取请托者的财物。

这一类与前三类略有不同，只要国家工作人员甲明知请托者的要求是非法的，而又要求国家工作人员乙帮助办理，甲从中收取请托者的财物，就应当以受贿论处。如果甲明知为请

托人谋取的利益已构成犯罪，仍托乙帮忙，则还可定为该罪的共犯。前面提到日本刑法第197条之4规定的“斡旋受贿”，就是这种情况。

这一类行为同前几类的明显区别在于：第一类是直接利用本人的职务之便为他人谋利，后二类虽未直接利用本人职务之便为他人谋利，但也是直接利用自己的职务去影响他人为请托者谋利的，可以理解为间接地“利用职务上的便利”受贿。但这一类与本人职务似乎没什么联系，如甲乙两个国家工作人员纯粹是熟人关系，如老同学、邻居等。我们所以提出这一类也应以受贿论处，主要是从国家工作人员必须守法这一角度考虑的。国家工作人员，无论职务高低，都应当尽遵法守法的义务。不履行这种义务，支持纵容违法活动，并要求其他国家工作人员利用职务之便为他人谋取非法利益，自己从中索取或接受财物，就是一种渎职行为，与受贿罪的本质特征没有多大差别。比如某科研所的一位干部郑某，与某卷烟厂的副厂长过去是老同事，郑某通过这一关系，长期为烟贩子批出大量高级香烟。烟贩子转手倒卖，获取了暴利。同时，郑某也先后从烟贩子那里收取现金2千多元，还有高级烟酒、布料、沙发等。在这一案件中，郑某既没有利用本人的职务，也不存在利用职务左右对方某种利益的情况，纯粹是托老熟人的关系，为请托人办事。但是，郑某明知烟贩子从事的是倒卖香烟的非法活动，仍然为其提供方便，从中捞取好处，并坑害了消费者的利益。这种情况在刑法尚未修改时，可以作为特殊的受贿罪予以处罚。

以上阐述了三种属于“利用职务上的便利”的具体标准，以及一种特殊情况。下面还想谈谈不属于“利用职务上的便利”的几种情况，以便有所比较，更准确地划定“利用职务上的便利”的标准。

1、国家工作人员利用朋友、熟人等关系，为请托者谋取合法利益，收取请托者财物。

这是指纯粹利用朋友、熟人、老同学、老同事等关系为请托者办合法的事，而又与本人职务、工作没有联系的情况。实际生活中这种情况相当多，对此有一种意见认为：作为国家工作人员就应当廉洁，凭一句话就拿钱，甚至几百元、几千元、上万元，这不符合“按劳分配”原则，也不利于建立廉洁政府。因此，对这种行为应当以受贿论处。但我们认为，还是不以受贿论处为宜。首先，这种情况在现实生活中很多，并不一定都是非法的。这与我国社会主义商品经济的发展有密切联系。商品经济的一个重要原则就是等价有偿，包括提供信息、咨询以及联系业务等。这些活动在商品经济活动中往往能起到很大的作用，有时它能够几十倍、几百倍地提高工作效率和生产效益。我们不能把信息、咨询等活动同体力劳动在一个层次上比较，更不能仅仅以体力劳动的多少作为衡量“按劳分配”的标准。如果一个建议、一个信息能带来生产效益，对社会的发展有利，不仅个人从中获得了一定报酬，而且社会得到的好处更大。对这种有益于社会的活动是不应绳之以法的。如果其中有些行为违反了党纪、政纪，可以通过党纪、政纪的方法处理，如没收其不正当的收入，给予一定的处分等等。其次，受贿既然是一种渎职行为，在认定受贿时，还应当注意到行为与职务的关系。在刑法规定的受贿罪中，收受财物的行为和利用职务上的便利，是两个同时存在的要件。我们在前面例举的几种受贿形式，除最后一种特殊情况外，都紧紧扣住了“利用职务上的便利”这一点。如果把与职务无关的收取财物的行为都扩大进来，就改变了受贿罪的本质特征和法定要件，从而不适宜地扩大打击面，这是没有必要的。

2.国家工作人员离、退休后，利用过去的老关系、老部下，为请托者谋利，收取请托者的财物。

这一类情况目前争论也很大。一种意见认为,可以把“利用职务上的便利”进一步扩大解释,包括利用过去的权力,即所谓利用“余权”,这样,对离退休人员收取请托者财物的,也可按受贿处理了。另一种意见认为,离退休人员已经不是国家工作人员,如果扩大为受贿罪的主体,就会牵扯到其他人是否也可成为受贿罪主体的问题。例如本人不是国家工作人员,而是国家工作人员的亲属。受贿罪主体扩大,其行为要件也必定扩大,容易成为一个可以随意解释的“大口袋”,失去刑法规定的涵义。对于离退休人员利用“余权”收取财物情节恶劣需要处理的,可以通过党纪、政纪的方法。笔者倾向于第二种意见。对这个问题更多地应该从严格要求在职的国家工作人员这一方面考虑。因为离退休人员必须通过他们,才能达到为请托人办事的目的。这些掌管一定权力的现职干部,应当忠于职守,不能因为是老上级、老同事就徇私情。他们虽未接受财物,但如果所办的事是非法的,就必须承担责任,直至追究法律责任。

这里有一种需要区别对待的情况,即有的离退休人员,受原单位或者外单位的聘请、委托,仍然参加某些工作。如根据其所担任的工作,符合受贿罪主体条件的,就应当适用前面例举的四项“利用职务上的便利”的标准;如根据其担任的工作,尚不构成受贿罪主体条件的,比如是清洁工、炊事员等,就不适用上述标准。

3. 国家工作人员的亲属在该国家工作人员不知道的情况下,接受请托,然后打着该国家工作人员的“牌子”,要求其他国家工作人员为请托者谋利,自己从中收取请托者的财物。

这里,如果国家工作人员的亲属本身不是国家工作人员,当然不能以受贿罪论处。如果其本身是国家工作人员,就需要具体分析了。主要有两种情况:比如某化肥厂厂长之妻王某,本身是其他单位的干部。她接受某生产单位请托,购买一批化肥。王某未找丈夫,直接找了化肥厂供销科长,科长见是厂长夫人的请求,便欣然同意了。王某从中收取六千元。王某收取财物的行为与自己的职务没有任何联系,也不属于上述几种受贿情况,可不按受贿处理。这种情况主要在于封建主义思想的影响,“当官”的亲属好像有一种无形的权力,其中有些人,就拿着这张“牌”四处伸手。而有一些干部对这些特殊人物往往不敢坚持原则,甚至投其所好。要改变这种状况,主要还是要肃清人们头脑中的封建主义意识,提高干部队伍的素质。靠刑罚手段不可能解决一切社会问题。但是还有另一种情况,我们还以刚才说的例子来说,如果请托者是投机倒把分子,而该化肥厂厂长的妻子也明知这种情况,仍然帮助购买,并且从中收受财物,那么,对王某这样的国家工作人员,就应以受贿论处。这同前面构成受贿罪的第四种情况,即国家工作人员要求其他国家工作人员为请托者谋取非法利益,自己收取请托者财物的情况是相同的。如果请托者倒卖化肥的行为构成投机倒把罪,而王某又明知这一点还可考虑对王某同时定投机倒把罪,以共犯论处。

以上看法,只求为解决当前司法实践中的问题提供参考,同时也希望有关专家、学者对此发表更精辟的见解。笔者希望,对于“利用职务上的便利”的具体标准,在深入研究的基础上,由立法机关或者司法机关尽快作出立法解释或司法解释。

(作者单位:全国人大常委会)

责任编辑:王敏远