

以案释纪说法

中共河南省委直属机关
纪检监察工作委员会

2023年5月30日

目 录

- ◆ 利用影响力骗取财物构成何罪
- ◆ 签订书面合伙协议并获取“分红”怎样定性
- ◆ 本案定受贿罪还是非国家工作人员受贿罪
- ◆ 对公职人员成为监察对象前的违法行为如何处置
- ◆ 斡旋被拒后收受财物构成何罪

利用影响力骗取财物构成何罪

一、基本案情

赵某，系甲县县长刘某表弟，二人关系密切。2017年初，赵某邀商人张某到甲县投资一政府招商项目，并告知其与刘某的特定关系，有能力为项目中标及实施提供帮助。后经赵某请托，刘某在该项目竞标过程中为张某谋取了竞争优势，使其顺利中标，并在项目建设相关手续办理方面提供了帮助。项目完工后，赵某谎称刘某要求张某提供100万元“辛苦费”，后张某将100万元交给赵某并委托转交刘某，赵某予以私吞，刘某对此不知情。

二、案例分析

本案中，对赵某的行为如何定性，有两种观点。

第一种观点认为：赵某的行为构成诈骗罪。主要理由是，赵某以非法占有为目的，使用欺骗方法，使他人陷入认识错误并基于认识错误处分财产，从而获取他人财物，应认定为诈骗罪。第二种观点认为：赵某的行为构成利用影响力受贿罪。主要理由是，赵某属于与刘某关系密切的人，其利用刘某的职务便利，为张某谋取不正当利益，索取财物，应认定为利用影响力受贿罪。笔者同意第二种观点。

三、释纪说法

(一) 利用影响力骗取的财物是被利用的职务行为的

对价

判断是否构成贿赂犯罪，关键在于权力是否与财物相交换，行为人索取或者收受的财物，是否与已经实施的、正在实施的、将要实施的或者许诺实施的职务行为之间具备对价关系。国家工作人员的近亲属或者其他与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，为请托人谋取不正当利益，索取或者收受请托人财物时，财物作为职务行为的不正当报酬，二者已经具备对价关系。即便行为人在索取财物时，虚构部分事实，隐瞒部分真相，但只要其通过国家工作人员的职务行为为请托人谋取不正当利益的事实是真实的，行贿人对财物与职务行为的关联性真实存在具有概括知情，二者具备对价关系，则贿赂犯罪“权钱交易”的本质就能够体现。

本案中，赵某虽编造了国家工作人员索要财物的事实，但其通过国家工作人员职务上的行为为请托人谋取不正当利益的事实真实存在，其骗取的财物与国家工作人员的职务行为具有关联性，换言之，请托人给付财物是基于职务行为为其取得了不正当利益，虽然赵某称财物系国家工作人员刘某索要，但行贿人张某将钱交给赵某时认为赵某和刘某是亲属，赵某既可能全部送给刘某，也可能与刘某分配，还可能自己独占，无论哪种形式对张某并无利害关系，足以认定二者具备对价关系。

（二）认识错误并不当然成立违法阻却事由

犯罪故意是认识因素与意志因素的统一，行为人明知其行为会发生危害结果，仍希望或放任结果的发生，便成立犯罪的故意。在贿赂犯罪中，只要行为人明知自己提供的财物是职务行为的不正当报酬并希望或者放任这种交易行为的发生，则可以认定行为人具备行贿的违法性认识，成立行贿的故意。本案中，虽然赵某采取了欺骗的手段，但张某给付财物是基于刘某的职务行为为其谋取了不正当利益这一事实，故张某对其行为具备违法性认识，且张某对行贿对象的认知是概括的，具有较为宽泛的认知范畴。

我国刑法通说对事实认识错误的处理采取法定符合说，在行为人所认识的事实与现实所发生的事实，分别属于不同的犯罪构成要件时，应在故意内容与客观事实相符合的范围内认定犯罪，即在具备归责可能性的范围内，按照主客观相一致的原则进行判断。本案中，张某的主观目的是给付刘某财物作为其职务行为的不正当报酬，客观事实是给付的财物被赵某予以收受，即主观认识上具有行贿故意且是对国家工作人员行贿，实际发生的事实是对有影响力的人行贿。但由于张某的行贿故意具有概括性，对向赵某或刘某行贿均具有概括认识，张某的故意内容与客观事实在对有影响力的人行贿罪的犯罪构成内实现重合，因而张某成立对有影响力的人行贿罪。综上，张某的认识错误并不阻碍对其行贿故意的认定，更不能以此认定其为诈骗犯罪的受害者，从而对涉案财物行使返还请求权。

同时，基于贿赂犯罪的对向关系，如果给付财物的一方构成行贿犯罪，而将收受财物的一方认定为诈骗犯罪，则明显不合理。本案中，只有将赵某的行为认定为收受贿赂，并构成利用影响力受贿罪才能更加全面准确反映其犯罪手段、目的及侵犯的法益，才更有利于实现刑罚目的。（选编自中央纪委国家监委网站）

签订书面合伙协议并获取“分红”怎样定性

一、基本案情

张某，中共党员，A市某国有粮食公司总经理，该粮食公司经营范围包括向B公司供应小麦。2017年，粮食经销商王某找到张某，称其有渠道拿到向B公司供应小麦的指标，由其组织供应，请张某利用粮食公司资金、仓储等条件，帮助解决供应小麦资金不足等问题，承诺事成后按照75%、25%比例分配收益，双方签订合伙合作协议。2018年至2021年，王某拿到供应指标后，张某安排其所在的粮食公司通过代收、代储、代交（以下简称“三代”）等方式，帮助王某完成小麦供应，王某获得净利润690万元。2021年前，王某未严格按协议约定比例分配利润，而是在业务全部完成后，从690万元净利润中一次性分给张某340万元。

二、案例分析

本案中，对张某的行为定性存在两种意见。

第一种意见认为：张某与王某存在书面合伙合作协议，明确了职责分工、权益分配等权利义务，双方按照协议开展小麦经营活动，张某实际参与经营且该业务与其所任职公司业务属于同类业务，张某分得的340万元是其利用职务便利参与经营获取的“分红”，张某构成非法经营同类营业罪。

第二种意见认为：张某之所以同意与王某合作是基于小麦供应指标由王某自行争取，其主要负责安排粮食公司解决业务中资金、仓储等问题，且不需要承担市场经营风险就能获得好处，双方并非真正的合伙经营，不符合非法经营同类营业罪关于“经营”的客观要求，张某分得的“分红”本质上是权钱交易，张某构成受贿罪。本案中，笔者同意第二种意见。

三、释纪说法

（一）非法经营同类营业罪和受贿罪区分的关键

根据刑法规定，非法经营同类营业罪是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。受贿罪是指国家工作人员利用职务便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。从客观方面看，二者存在不少相似之处，比如行为人都利用了职务便利、获取了非法利益，但其还是存在严格区别。主要表现在两个方面：

首先，二者客观行为不尽相同。虽然两罪都要求利用职

务便利，但非法经营同类营业罪同时要求行为人具有独立于其职务之外的经营行为。非法经营同类营业罪中的“利用职务便利”，是指行为人违背竞业禁止义务，利用职务便利，通过将其任职国有公司、企业的商业机会交给兼营公司、企业经营等方式，与所任职公司、企业形成竞争或利益冲突关系。对于受贿罪来说，行为人利用职务便利为他人谋取利益与获得财物之间是直接的，不要求有经营行为。

其次，二者获取的非法利益性质不同。非法经营同类营业罪中的“非法利益”是指行为人所获取的与其非法经营同类营业行为具有直接关系的非法所得，带有经营利润性质；而受贿罪中的非法利益是对行为人职务上作为或不作为的“酬谢”，行为人事事实上并未自己经营或为他人经营，其获得的“分红”是为了掩盖权钱交易，性质属于受贿。

（二）张某的行为不构成非法经营同类营业罪

首先，王某的经营业务系其个人谋取，张某并未利用职务便利提供帮助。非法经营同类营业罪要求行为人利用在经营国企过程中具有选择交易对手、渠道和价格等职务便利，利用所任职国企的资金、物资、渠道等资源，或利用所任职国企在产、供、销、市场、物资等方面优势，在市场竞争中让自己经营或为他人经营的公司排斥所任职国企交易机会，或让自己经营或者为他人经营的公司与所任职国企交易，损害国企利益，具体表现为在横向竞争上将国企的承揽业务、项目等交给自己或他人经营，或者在纵向竞争上将国企的购

销业务交给自己或他人经营的公司低买高卖等，不管是自己经营还是为他人经营，均要求产生竞争关系，出现利益冲突。本案中，该供应业务系王某自己谋取，张某未利用职务便利为王某提供帮助。

其次，“三代”业务为张某所在公司的正常业务，并非张某独立于其职务之外的经营行为。非法经营同类营业罪中“自己经营”，是指行为人实际出资、参与管理并承担市场风险，“为他人经营”是指行为人虽未参与投资和利润分配，但被雇佣、聘用担任他人公司的管理人员参与管理，或者为他人公司、企业的业务进行筹划、指挥，并领取一定报酬的行为，不管是“自己经营”还是“为他人经营”，均要求行为人存在独立于职务行为之外的客观经营行为。本案中，张某虽参与王某的供应业务，但在“合伙经营”过程中，其主要利用在任职国企主管粮食购销的职务便利，安排任职国企与王某进行“三代”商业合作，为王某完成供应业务提供帮助，不存在“自己经营”模式下独立于其职务行为之外的与王某共同经营行为，也不存在受王某雇佣、聘用或委托参与决策、管理等劳务行为，不符合非法经营同类营业罪中的“经营”要求。

再次，张某所获“分红”与合同约定并不对应，不能认定为经营所得。非法经营同类营业罪中行为人所获取非法利益是与其非法经营同类营业行为具有直接对应关系的非法所得。不管是“自己经营”还是“为他人经营”，行为人所得

均与市场经营风险关联。本案中，双方协议虽约定了权益分配比例，但双方未就业务发生亏损后市场经营风险如何分担进行约定，实际上张某安排粮食公司与王某开展“三代”商业合作，合作的经营风险均由王某承担。此后双方进行利润分配时，王某考虑到张某所起作用大，决定分给张某更多利润，张某分得的利润与其付出的“劳务”极不对等，其获得的利润不能认定为经营所得。

（三）张某的行为构成受贿罪

首先，双方达成的是权钱交易合意。该笔业务系王某自行筹划、自己谋取的业务，属于王某的业务，但因其不具备资金、仓储、加工等条件，遂请托张某帮忙。为争取张某同意，王某提议通过合伙形式进行合作，张某考虑其安排粮食公司通过“三代”帮助王某完成业务就能获取巨额“分红”，不需要出资和承担市场风险，便同意与王某合作，双方主观上达成权钱交易合意。

其次，合伙协议本质上是权钱交易协议。张某与王某签订的合伙合作协议，核心是明确双方权益分配比例，该协议并未约定合伙具体事务如何管理，更未明确市场经营风险如何分担，明显异于共同出资、共同管理、共担风险、共享收益的合伙合作关系，并非真实合伙经营协议，实质是以签订合伙合作协议掩盖权钱交易。

再次，张某获取的“分红”是其权力的对价。王某负责供应业务的获取以及业务开展过程中具体事务的管理，张某

主要协调粮食公司与王某签订“三代”协议，安排粮食公司为王某提供帮助，其本人实际上并未参与供应业务过程中具体事务管理。而“三代”业务系粮食公司的正常业务，属于张某职权范围，并非独立于其职权之外的个人行为，其行为属于利用职务便利为请托人王某谋取利益。业务完成后，张某一次性收受王某给予的340万元“分红”属于其职务行为的对价。

综上，张某身为国家工作人员，应王某请托，利用其掌管国有企业资金、仓储等职务上的便利，为王某完成小麦供应业务提供帮助，在参与过程中虽外观上有经营行为之形式，但客观上没有实际参与经营，其行为本质上是利用职务便利为他人谋取利益，并收受他人以“分红”名义送予的财物，虽然双方签订了书面合伙合作协议，实际上是想通过协议来掩盖行贿受贿事实，张某的行为侵犯了公职人员职务行为的廉洁性，应以受贿罪定罪处罚。（选编自中央纪委国家监委网站）

本案定受贿罪还是非国家工作人员受贿罪

一、基本案情

曾某，某会计师事务所经理。

甲公司（中外合资企业，中方占40%股权、外方占60%股权）因严重亏损，不能清偿到期债务，向A市中级人民法院申请破产。A市中级人民法院裁定宣告甲公司破产

还债，并依法成立清算组，指定曾某为破产清算组副组长。

在清算过程中，丁公司竞得甲公司某厂区的土地、房屋、机器设备等财产，因涉及到土地、房产过户等事宜，丁公司找到曾某帮忙办理此事，并给予曾某10万元“辛苦费”。

二、案例分析

本案中，关于曾某行为的定性，存在两种不同意见。

第一种意见认为，曾某作为会计师事务所经理，虽然由法院指定其担任甲公司破产清算组副组长，但甲公司系股份制企业而非国有企业，曾某并非对国有财产进行监督和管理，不属于国家工作人员，不符合受贿罪的构成要件，其在破产清算工作中收受丁公司10万元“辛苦费”，应认定为非国家工作人员受贿罪。第二种意见认为，曾某作为甲公司破产清算组副组长，属于“国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员”，应“以国家工作人员论”，其在破产清算工作中收受贿赂的行为，应当认定为受贿罪。笔者同意第二种意见。

三、释纪说法

受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为，属于贪污贿赂罪的一种。非国家工作人员受贿罪是指公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利，索取他人财

物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，依照非国家工作人员受贿罪处罚。非国家工作人员受贿罪属于妨害公司、企业管理秩序罪的一种。

从刑罚上看，受贿罪的最高刑可以为无期徒刑或者死刑，非国家工作人员受贿罪的最高刑为五年以上有期徒刑。从立案标准上看，一般情况下，受贿罪的立案标准为三万元以上，非国家工作人员受贿罪的立案标准为六万元以上。由于受贿罪的刑罚比非国家工作人员受贿罪严厉，而立案标准比非国家工作人员受贿罪低，所以，在不少受贿案件中，行为人会以自己不是国家工作人员为由，主张自己犯的是非国家工作人员受贿罪，而不是受贿罪。区分受贿罪与非国家工作人员受贿罪，我们可以从以下几个方面考量：（1）主体方面，受贿罪的犯罪主体是国家工作人员，非国家工作人员受贿罪的犯罪主体是公司、企业或者其他单位的工作人员；（2）客体方面，受贿罪侵害的法益是国家工作人员职务行为的廉洁性，也可以说是国家工作人员职务行为的不可收买性，而非国家工作人员受贿罪侵害的法益则是公司、企业及其他组织的正常管理秩序，同时也破坏了社会主义经济秩序。（3）表现形式方面，受贿罪的表现形式包括国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物和国家工作人员利用职务上的便利，非法收受他人财物为他人谋取利益两种。在认

定是否构成受贿罪时，在索取贿赂这一情形下，只需要利用职务上的便利就成立受贿罪，不要求为他人谋取利益。但在收受贿赂的情形下，只有行为人利用职务上的便利为他人谋取利益才成立受贿罪。非国家工作人员受贿罪的表现形式也包括非国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物和非国家工作人员利用职务上的便利，非法收受他人财物为他人谋取利益两种。但在非国家工作人员受贿罪中，非国家工作人员无论是索贿还是收受他人财物，皆需要为他人谋取利益，才构成非国家工作人员受贿罪。

根据相关规定，企业破产清算组成员由人民法院指定，并向人民法院报告工作，清算组系代表国家对破产企业的事务进行监督和管理，具有公务性质。根据我国刑法第九十三条第二款，国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。根据本案案情，曾某属于“国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员”，应“以国家工作人员论”，系受贿罪的适格主体。曾某在从事清算工作过程中收受他人财物，直接损害了国家工作人员职务行为的不可收买性，其行为符合受贿罪的犯罪构成。所以，曾某构成受贿罪，而不是非国家工作人员受贿罪。（选编自中央纪委国家监委网站）

对公职人员成为监察对象前的违法行为 如何处置

一、基本案情

李某，某全额拨款事业单位下属 A 公司的出纳，2013 年开始在 A 公司工作，2013 年 2 月将一笔金额 40 万元的 A 公司资金用于个人理财，一个月后归还，按照刑法的规定已超过追诉时效。初核发现，A 公司直到 2015 年才改制为该事业单位独资公司，改制前属国有控股公司，而李某是 A 公司经该事业单位授权直接招聘的合同制人员，该事业单位按照雇员制管理办法对其进行管理。

二、案例分析

本案中，对李某现在属于监察对象这一点没有异议；但李某的挪用行为发生在 A 公司改制前，对其成为监察对象前实施的违法行为如何处置存在争议，主要有三种意见：

第一种意见认为：李某实施挪用行为时 A 公司并不是国有独资公司，且李某是 A 公司自主招聘的工作人员，按照 A 公司授权开展出纳工作，并非行使公权力，因此李某既不属于国家工作人员，也不属于公职人员。李某的行为构成刑法第二百七十二条第一款的挪用资金，不构成职务违法，属其他违法行为。但李某现在是监察对象，按照监察法实施条例第二十四条第二款的规定，“监察机关发现公职人

员成为监察对象前有前款规定的违法行为的，依照前款规定办理”，即监察机关可以直接对李某的挪用资金行为给予政务处分。第二种意见认为：同意李某不属于国家工作人员的意见。但 A 公司改制前，李某作为国有控股公司的出纳，从事的工作包括对属于国有的部分财产的监督、管理活动，参照《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》属于从事公务，应当认定为公职人员。李某的行为构成刑法第二百七十二条第一款规定的挪用资金行为，且系职务违法，监察机关应当据此给予其政务处分。第三种意见认为：A 公司招聘李某是经过某事业单位授权，且由该事业单位按照雇员制管理办法管理，属于国有事业单位委派到国有控股公司从事公务的人员，应当以国家工作人员论。李某的行为构成刑法第二百七十二条第二款规定的挪用公款行为，监察机关应当据此给予其政务处分。笔者赞同第三种意见。

三、释纪说法

（一）如果依第一种意见认为李某挪用 A 公司资金时不是公职人员，则不能依据相关规定给予其政务处分

根据监察法及其实施条例相关规定，公职人员成为监察对象前的违法行为可以分为职务违法行为和其他违法行为。因为政务处分法无时效规定，监察机关有权对公职人员成为监察对象前的职务违法行为给予政务处分无需赘述。监察法实施条例第二十四条规定了对公职人员其他违法行为的调查处置，其中第一款强调即便违法行为与职务无关，但关乎公

职人员的道德操守，监察机关仍有权调查、处置，体现了对公职人员监察事项横向的全覆盖；第二款强调对公职人员成为监察对象前的其他违法行为也可调查、处置，体现了对公职人员监察事项纵向的全覆盖。

在理解第二款时，需注意，这里的“公职人员”是仅指成为监察对象前后都是公职人员的情形，还是指包括成为监察对象前不是公职人员，成为监察对象后才成为公职人员的情形？第一种情形是监察法的实施使某人成为监察对象，比如高校的管理人员、国企的管理人员等，改革后的监察体制实现对所有行使公权力的人员全覆盖，这类人员便成为了监察对象。第二种情形是相关事实行为使某人成为监察对象，比如大学毕业生后通过公开招录成为公务员，这类人员成为监察对象前后身份发生了变化，从非公职人员成为公职人员。

针对第一种情形，监察机关根据政务处分法从旧兼从轻的原则可以直接对其成为监察对象前的违法行为给予政务处分，这点是明确的，因为该违法行为发生时存在《事业单位工作人员处分暂行规定》《国有企业领导人员廉洁从业若干规定》等对其进行政务处分的实体法依据。针对第二种情形，在公职人员成为监察对象之前仅仅是普通公民的情况下，其违法行为有可能受行政法规或刑事法律等的制约，但国家对于普通公民不能给予政务处分，而且因为主体不合格，其他政务处分类法规也不能适用于普通公民。如果行为

发生时不需要对其进行政务处分，那么依据从旧兼从轻的原则，其成为公职人员后就不能因为之前的违法行为受到政务处分。

因此，本案中，若认为李某挪用 A 公司资金时不是公职人员，则应当适用第二种情形的处置原则。但此时李某作为普通公民实施的挪用资金行为应当属于公安机关管辖，又因为已经超出追诉时效，对李某的挪用行为只能由该公司自行处置，不能据此给予其政务处分。因此，第一种意见不成立。

（二）如果依第二种意见认为李某挪用 A 公司资金时不是国家工作人员，则不能仅因为工作内容的公共属性认定其为公职人员

政务处分法第二条第三款列明，公职人员是指监察法第十五条规定的人员，监察法第十五条第三项及其实施条例第四十条第二项、第三项则明确了国有控股、参股公司及其分支机构的公职人员范围。将上述规定与“两高”《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》对国家出资企业中国家工作人员的认定进行对比，可以发现二者的范围是重合的，即国有控股、参股公司及其分支机构的公职人员是国家工作人员。这类机构中的非国家工作人员，不可能因为工作内容具有公共属性就认为其是从事公务的公职人员，主要理由是：

从理论上讲，首先，《全国法院审理经济犯罪案件工作

座谈会纪要》对从事公务的解释很明确，“代表国家机关、国有公司、企业事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责”，实际上既强调职权内容的公共属性（组织、领导、监督、管理），也强调了职权来源的公共属性（代表国家机关）；其次，刑法将受委托管理、经营国有财产的人员与国家工作人员并列为贪污罪的主体，是因为受委托管理、经营国有财产这样一个工作内容具有公共属性，但又没有将受委托管理、经营国有财产的人员列为国家工作人员，显然是因为这类人员的职权来源不具备公共属性。

从实践上看，存在一些国有控股、参股公司实际上是由其他非国有成分股东实际管理、经营，包括出纳在内的公司工作人员均由实际管理者自主聘用，国有股东仅仅参与分红的情况，此时很明显不能因为该公司的出纳所监督、管理的部分财产归属于国有就将其视为公职人员。

本案中，第二种意见认为李某不属于国家工作人员，又认为其是公职人员，显然是自相矛盾的。若李某并非受某事业单位委派到 A 公司工作，尽管其从事出纳工作，也仅仅是按照 A 公司的授权，并非在从事公务。因此，第二种意见也不成立。

（三）按照刑法和相关司法解释的规定，李某实施挪用行为时系事业单位委派到非国有公司从事公务的人员，应以国家工作人员论

刑法第九十三条规定，“国家机关、国有公司、企业、

事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以国家工作人员论。”《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》明确，委派，即委任、派遣，其形式多种多样，如任命、指派、提名、批准等。不论被委派的人身份如何，只要是接受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派，代表国家机关、国有公司、企业、事业单位到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中行使管理职权，都可以认定为国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员。《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》进一步明确，“具体的任命机构和程序，不影响国家工作人员的认定。”

需要注意的是，司法解释仅仅列举了常见的委派形式，实践中不应拘泥于此，只要体现了国有单位的意志，代表其行使管理职权，就应当认定为从事公务。本案中，李某虽然是A公司招聘，但招聘系该事业单位的授权委托行为，李某是按照该事业单位雇员制管理办法管理的人员，且年终考核均由该事业单位人事处统一决定，因此，李某实施挪用行为时系该事业单位委派到非国有公司从事公务的人员，应当以国家工作人员论。按照刑法第二百七十二条第二款的规定，李某的行为构成挪用公款且涉嫌职务犯罪，鉴于已过追诉时效，可依据政务处分法和《事业单位工作人员处分暂行规定》等给予其政务处分。（选编自中央纪委国家监委网站）

斡旋被拒后收受财物构成何罪

一、基本案情

张某，某市某区公安局经侦大队大队长，分管该区经济犯罪案件侦办工作。2020年7月，该区居民唐某得知张某女儿之前通过了教师招聘成为教师，遂找到张某，请求张某帮助其女儿能够顺利通过教师招聘考试。张某答应帮忙，唐某许诺事成后给予张某50万元人民币。张某接受请托后找到该区教育局局长谢某。谢某明确表示，目前教师招聘考试工作程序正规，无法办理。张某得知后，未将实际情况告知唐某。2020年8月，唐某女儿通过自身努力，顺利通过教师招聘考试。同月，唐某将50万元给予张某，张某予以收受。

二、案例分析

本案中，对于张某的行为如何定性有三种不同意见。

第一种意见认为：张某虽请托他人，但明知请托事项无法办理的情况下，仍在事后收受唐某50万元，构成诈骗罪。第二种意见认为：张某的行为同时构成诈骗罪和受贿罪（斡旋），属于想象竞合犯，应当择一重处理。第三种意见认为：张某利用本人职权形成的便利条件，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，事后收受请托人财物，构成受贿罪（斡旋）。本案中，笔者同意第三种意见。

三、释纪说法

(一) 张某的行为属于斡旋受贿

根据我国刑法第三百八十五条规定，国家工作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。根据我国刑法第三百八十八条规定，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，索取请托人财物或者收受请托人财物的，以受贿论处。第三百八十八条规定的内容在刑法理论上被称为斡旋受贿。

普通受贿和斡旋受贿既有联系又有区别。二者的联系主要体现在：从罪名本质来说，斡旋受贿与普通受贿没有本质上的差别，都是按照受贿罪定罪处罚。二者的区别主要体现在：第一，普通受贿中国家工作人员是直接利用职务上的便利，而斡旋受贿是国家工作人员利用职权或者地位形成的便利条件，就其他国家工作人员的职务行为进行斡旋，使其他国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取不正当利益；第二，普通受贿中为他人谋取利益即可，对于利益是否正当在所不问，而斡旋受贿中为他人谋取的必须是不正当利益；第三，普通受贿中的贿赂，本质在于它是国家工作人员的职务行为的对价，而斡旋受贿中的贿赂，是斡旋行为的对价，并不是其他国家工作人员职务行为的对价。

本案中，唐某得知张某的女儿通过教师招聘成为教师，

认为张某是公安局领导干部，在当地有一定影响，故在其女儿参加教师招聘考试时，找到张某帮忙。张某接受请托后答应帮忙，应当认定张某属于承诺为唐某谋取利益。再从张某为唐某谋取的利益性质看，属于在组织人事管理活动中谋取竞争优势，应当认定为不正当利益。张某的行为符合刑法第三百八十八条关于斡旋受贿的规定，即利用担任公安机关领导干部形成的便利条件，通过教育局局长谢某职务上的行为，为请托人唐某谋取不正当利益。

（二）张某的行为构成斡旋受贿既遂

实践中，斡旋受贿具体犯罪形态存在多种情况，从行为人（斡旋受贿人）行为区分，有承诺并实施，也有承诺未实施等情形，其中承诺未实施还包括开始就不打算实施、因其他原因未及时实施等情形。从被斡旋的其他国家工作人员行为区分，有其他国家工作人员直接拒绝、没有明确表态、实际实施等情形。从收受贿赂时间区分，有事先收受财物的，也有事后收受的等情形。

从普通受贿和斡旋受贿关系分析，斡旋受贿也是受贿，斡旋受贿中的权力影响力无疑是基于行为人自己的职权或者地位形成的便利条件，而非基于被斡旋的其他国家工作人员的职务便利，侵犯的是行为人自己的而非其他国家工作人员的职务行为的廉洁性或不可交易性。因此，国家工作人员接受请托，索取或者收受贿赂，实施斡旋行为被拒绝没有实现的，属于斡旋受贿的既遂。

本案中，张某接受唐某请托后，找到谢某，斡旋行为已经从承诺进入实施阶段。虽然谢某明确予以拒绝，但该拒绝行为只是导致唐某的请托事项未能实现，并不影响张某斡旋受贿成立犯罪既遂。另外，唐某事先约定事成后送给张某50万元，张某在谢某明确拒绝后没有将真实情况告知唐某，在唐某女儿被录用后继续收受该50万元，无论张某事前收钱还是事后收钱，不影响张某行为系受贿犯罪的实质。

（三）张某的行为不构成诈骗罪

斡旋受贿侵害的法益是职务行为的廉洁性或不可交易性，而诈骗罪侵害的法益是财产所有权。从刑法理论上讲，二者在一定情况下存在相互交织的情况，有的案件可能构成受贿罪，也可能构成诈骗罪，还有可能是受贿罪与诈骗罪的想象竞合。笔者认为，认定某行为构成受贿罪还是诈骗罪，应当从两个方面进行分析：第一，从收受财物行为与职权或者地位形成的便利条件之间是否形成对价关系角度分析。行为人承诺后，无论其他国家工作人员是否实施了为请托人谋取不正当利益的行为，都损害了行为人职务行为的廉洁性或不可交易性，如其索取或非法收受他人财物，则构成斡旋受贿。反之，行为人收受财物的行为，同其职权或者地位形成的便利条件无关，或者虚构本不存在的职务行为，致使相对方产生错误认识而交付财物，则涉嫌诈骗罪。第二，从请托人主观方面分析。从请托人角度看，当请托人向行为人交付财物，是对行为人职权影响的“预期收益”，而非错误认识，

在此情况下，应当认定行为人构成受贿罪。在请托人误以为行为人具有职权影响，而行为人欺骗对方获取财物，请托人完全出于错误认识的情况下自愿交付财物的，应当以诈骗罪论处。

本案中，张某不构成诈骗罪。唐某之所以请托张某并承诺事成之后给予张某 50 万元，原因在于唐某了解到张某女儿已经被招聘为教师，且认为张某为当地公安机关领导干部，有能力办成此事，唐某并未陷入错误认识。张某接受请托，主观上认为自己有能力办成此事，客观上实施了斡旋行为，并没有欺骗唐某的主观故意。虽然张某隐瞒请托事项被其他国家工作人员拒绝的事实，但该事实不影响本案犯罪构成，张某不构成诈骗罪。（选编自中央纪委国家监委网站）

送：省直工委领导班子成员、省纪委监委第一监督检查室
发：省直和中央驻豫单位机关纪委，省直工委各部门（单位）
负责人

中共河南省委直属机关纪检监察工作委员会 2023 年 5 月 30 日印发

（2023 年第 5 辑·总第 38 辑，共印 30 份） 组稿：李 强