

新型隐性受贿案件的适法统一探讨

——第五期“至正·理论实务同行”刑事审判研讨会综述

□ 李杰文



2026年4月30日，由中国刑法学研究会、上海市高级人民法院指导，上海市第二中级人民法院与华东政法大学联合主办的“职务犯罪审判研究与实践基地”揭牌活动暨第五期“至正·理论实务同行”刑事审判研讨会在上海二中院举行。本次研讨会聚焦“新型隐性受贿案件的适法统一”主题，结合典型案例进行研讨，现将研讨内容整理如下：

议题一：利用职务便利购买原始股谋利行为的定性与数额认定

案例1：国有证券公司总经理张某在组织开展对B公司的IPO保荐业务过程中，与B公司总经理王某约定以每股4元的价格购买该公司原始股100万股，由其朋友代持，并支付400万元股权转让款。二人还约定若B公司IPO失败或新股破发等，由B公司回购股权并补足利润差价。后B公司成功上市，发行价为12元。上述股票解禁后首个交易日的收盘价为16元。数日后，张某将上述股票以20元的均价全部卖出，得款约2000万元。

案例2：国有证券公司经理赵某在组织开展对C公司的IPO保荐业务过程中，与C公司老板钱某约定以每股6元的价格购买该公司原始股50万股并由钱某代持，待C公司成功上市，扣除股权转让款后获利归赵某所有。同期C公司发行原始股的均价为每股10元。后C公司成功上市，发行价为15元。上述股票解禁后的首个交易日收盘价为20元。后赵某通过钱某不断买卖涉案股票，并于半年后以18元的均价全部卖出，扣除300万元股权转让款，赵某得款约600万元。

实践中，对于利用职务便利购买原始股谋利的行为是否构成受贿罪及受贿数额如何认定，存有争议。针对案例1、案例2，第一种观点认为，张某、赵某以相对合理的价格购买原始股，相关交易安排均系正常市场操作，且原始股的预期收益并不确定，不属于受贿罪的对象，二人均不构成受贿罪。第二种观点认为，二人利用职务便利购买原始股，并通过各种方式排除交易风险，具有权钱交易的本质特征，均构成受贿罪。受贿数额应以案发时价格扣除成本后的实际获利来计算，分别为1600万元和600万元。第三种观点认为，二人的行为构成受贿罪，受贿数额应以扣除成本后受贿行为所产生的自然收益计算，排除个人交易等因素对股票收益的影响，分别为1600万元和700万元。

针对前述争议焦点，虽然“两高”发布的《关于办理贪污贿赂刑事案件适用

法律若干问题的解释(二)》(以下简称《贪污贿赂解释二》)中对此作了原则规定，但仍有必要探讨较为系统的审判思路和方法。经过研讨，形成以下倾向性意见：

首先，关于利用职务便利购买原始股谋利的行为是否构成受贿罪，需从三个方面作整体把握。一是把握原始股的典型特征。原始股是公司上市(IPO)之前发行的股份，其典型特征包括：第一，价格较低。通常按照公司净资产定价或协商定价，远低于上市后二级市场的交易价格，投资者主要看重其巨大增值预期。第二，发行对象特定与交易场所特殊。根据相关规定，原始股一般仅面向创始人团队、核心高管、骨干和早期员工、机构投资者(VC/PE)等，通过协议转让等方式非公开发行。普通投资者直接购买优质公司原始股的渠道非常有限，一般仅可间接投资或参与新三板、四板市场投资。第三，高风险、高收益、周期长、流动性受限。原始股成功上市后持有者可能获得数十倍收益，若上市失败或经营不善也可能血本无归，且通常设有禁售期，预期收益并不确定。第四，融资轮次较多，价格不断变化。临近上市突击入股可能面临上市失败的风险较低，但价格升高、禁售期变长带来的风险却有所上升。把握上述特征，是准确区分正常投资和权钱交易的前提。

二是判断是否具备权钱交易的本质。对此应穿透审查，实质认定。第一，涉案原始股是否具有稀缺性。一般而言，对于普通投资者而言原始股具有稀缺性，具体可结合公司经营状况、融资轮次、市场情况、发行的原因、范围和数量、投资渠道等作综合判断。第二，涉案原始股的预期收益是否明确。一般而言，原始股的预期收益并不确定，但为了权钱交易和利益输送，双方会尽量使预期收益确定化。例如，利用职务便利在市场上上升周期购买优质公司的原始股，或者通过压低交易价格、选择时机突击入股、约定高价回购、补足利润、获利还本等特殊条款，不断消解受贿人的投资风险，则可认为其预期收益较为明确。第三，购买原始股是否利用了职务便利或职权影响力，体现权力对价。可结合双方是否具有职务制约或委托关系，是否为涉案公司谋取利益，购买原始股的原因、时机、对价及具体交易过程等作综合判断。第四，购买原始股是否通过正常市场交易。如行为人通过机构投资者间接投资原始股，或通过新三板、四板市场投资原始股，其稀缺性、预期收益确定性、权钱交易关联性等因素可能会明显减弱，对此需要审慎判断。

三是审查双方有无行受贿合意并最终实现。根据主客观相统一原则，行受贿双方需具有明确或心照不宣的行受贿合意，均认识到行受贿标的并自愿实施行为，而是其预期收益。原始股具有高风险、高收益、长周期、流动性差等特征，而行受贿双方旨在消解投资风险的各项措施主要说明其有别于正常投资，属于权钱交易。但只有当这种预期收益客观实现时，才能够成为可量化的实际收益，

从而具有刑事可罚性，并确保法律评价的稳定性。若受贿人投资原始股并未实现预期收益，则不属于预期收益型受贿的评价范围。此时受贿人通过高价回购、补足利润等方式最终获得经济利益，符合权钱交易本质的，属于直接收受财物型受贿。总之，利用职务便利购买原始股谋利的行为，违背公平竞争、等价有偿、权责一致的市场原则，所获利益本质上属于权力对价，应当依法惩处。

其次，关于涉原始股受贿的数额认定，需坚持主客观相统一原则和因果关系法，从以下四个方面进行把握。一是案发时受贿人已经将股票卖出套现的，按照实际套现所得与购买原始股所支付价格的差额认定受贿数额。二是案发时受贿人尚未将股票卖出套现的，按照案发时的市场价格与所支付价格的差额认定受贿数额。其中股票已经上市的，以案发前一日该股票的收盘价作为案发时的市场价格；股票尚未上市但有明确市场价格的，以案发前一日该股票的市场价格作为案发时的市场价格，没有明确市场价格的，将案发前一日作为基准日通过价格认定等方式确定市场价格。三是行受贿双方合意以原始股的预期收益作为贿赂标的，同时受贿人又无偿收受或低价购买该原始股的，仍然按照案发时的实际套现所得或案发时的市场价格，与实际支付价格的差额认定受贿数额。与收受干股型受贿不同，“干股”的预期收益通常并不确定，且贿赂标的系“干股”本身。四是应注意超出行受贿概括故意范围，足以导致因果关系中断的情形，对受贿数额认定的影响。作为贿赂标的的预期收益，是指从购买原始股至案发时段内符合正常市场规律的自然增值。如受贿人因送股、分红等市场行为所获额外收益，并未超出行受贿概括故意范围的，应计入受贿数额。但如果涉案原始股上市解禁后经过较长时间(如几年)才案发，其间受贿人追加资金反复炒作股票，明显放大收益或者导致亏损的，该介入因素中断了受贿行为与所获收益之间的因果关系，明显超出了行受贿故意的可预见范围，若仍以案发时的市场价格与所支付价格的差额认定受贿数额，则不具有客观性。根据《贪污贿赂解释二》中“一般按照案发时”的原则性规定，此时可从受贿人首次买卖股票开始，按照“先进先出”原则计算涉案原始股的套现所得，再计算与所支付价格的差额；若案发时只有部分原始股尚未卖出，该部分按照案发时的市场价格认定。若因客观原因无法根据“先进先出”原则查证原始股套现数额，可按照原始股解禁日的收盘价与所支付价格的差额认定受贿数额。当然，若因受贿人个人原因导致本已实现的预期收益又出现亏损，属于受贿既遂后对受贿财物的处分行为，不应从犯罪数额中扣除。

据上，被告人张某、赵某分别利用职务便利购买原始股，又通过低价、回购、补差等方式消解风险，本质上属于权钱交易和利益输送，其行为均构成受贿罪。受贿数额上，按照实际套现所得与

购买原始股所支付价格的差额认定受贿数额。赵某因自身原因导致股票解禁时本可实现预期收益发生价值折损，属于对受贿财物的处分，不应从犯罪数额中扣除。综上，二人的受贿数额分别为1600万元和700万元。

议题二：利用职务便利收受商业机会谋利行为的定性、数额及既未遂认定

案例3：某建筑公司老板郑某请托国家工作人员高某在其公司涉税事项上提供帮助，并愿将部分装修工程分包给高某的儿子高某伟，高某表示同意。郑某明知高某伟的施工队不具备相应资质，仍通过为其介绍挂靠公司、预付800万元材料款和工程进度款等方式将工程交由其实际施工，在工程尚未完工的情况下，又向高某伟支付全部工程尾款。扣除经营成本后，高某伟实际获利300万元。

案例4：房地产开发商季某请托国家工作人员林某在工程施工和工程款结算等事项上给予关照。为感谢林某，季某将总价1500万元的地下停车场建设给林某的妻弟盛某。盛某因无资质且无力承包该工程，又将该工程转包给齐某实际施工。后齐某以“分成款”名义给予盛某200万元，盛某将其中的120万元给予林某。

案例5：曾某系某建筑设备经销商，请托国家工作人员钱某为其所涉案件提供帮助。曾某得知钱某的表弟金某同样经营该建筑设备，遂在钱某的牵线搭桥下，以高于市场15%的价格委托金某代为向曾某的合作伙伴采购总价1000万元的建筑设备。扣除成本，金某实际获利120万元，分给钱某50万元。

实践中，对于利用职务便利收受商业机会谋利行为的定性、数额和既未遂认定等问题，存有争议。如在案例3至案例5中，针对定性问题，第一种观点认为，商业机会本身不具有财产属性，其经济利益需要实际经营才能实现，且具有不确定性，不能作为受贿标的，三名被告人均不构成受贿罪。第二种观点认为，三名被告人的行为本质上属于权钱交易。商业机会属于财产性利益，被告人利用职务便利获得商业机会，未投入成本实际经营便获得收益，且不承担风险，其行为均构成受贿罪。针对受贿数额和既未遂认定问题，第一种观点认为，商业机会具有财产属性，应以其本身的价值计算受贿数额。只要行为人利用职务便利获得商业机会，便构成受贿既遂。第二种观点认为，商业机会本身的价值难以评价，只有实现收益才能客观评价其财产价值。故应以行为人实际获得的经济利益扣除必要成本后的差额作为受贿数额。若有实际获得财产性利益，才属于受贿既遂；对于仅获得商业机会，尚未实现收益的，宜认定为受贿未遂。在案例3至案例5中，三名被告人与其特定关系人分别构成共同受贿，受贿数额分别为300万元、200万元、120万元，分赃数额不影响对受贿数额的认定。

针对前述争议焦点，经过研讨，形成以下倾向性意见：

首先，关于利用职务便利收受商业机会谋利的行为是否构成受贿罪，需从三个方面作整体把握。一是把握商业机会的性质特征。商业机会即“商机”，是指存在于一定的时空内，能够创造价值的经营机会，通常具有一定的竞争性和稀缺性，同时又蕴含着商业风险。其依托于特定的产品或服务，集合人、财、物、信息、时间等资源要素，具有财产属性，但本身不是财物，而是一种可期待性财产利益。商业机会可归属于特定主体，从而成为一种可识别、可支配、受保护的权利，可以成为潜在的交易对象。据上，真正的商业机会应当公平竞争、权责对等、机会风险并存。获得商业机会应当公平，排除不正当干预；实现商业机会应当实际经营，排除不劳而获；对待商业机会应当客观理性，不排斥正常商业风险。把握商业机会的性质特征，是准确认定商业机会型受贿的前提。

二是判断获得并实现商业机会是否符合权钱交易的本质特征。第一，受贿人是否利用职务便利为对方谋取利益，且双方达成利用商业机会输送利益、支付权力对价的合意。若是，则获得的商业机会排斥了市场竞争，成为潜在的受贿对象。具体可结合获得商业机会的原因、时机、对价、资质、签约过程等作综合判断。第二，行受贿双方是否背离市场规律，采用各种方法帮助受贿人消解所应承担的商业风险，将可期待性利益变为相对确定的预期收益。例如，行贿方采用预付货款、担保托底、提供人员、技术、资源等方法为受贿方“铺路架桥”，排除风险，保证获得相对确定的预期收益，则该商业机会在本质上属于一种输送利益、支付权力对价的幌子。第三，受贿人实现商业机会是否真实投入资源和成本并实际经营，经营行为对商业机会的实现是否具有支配性作用。如是，则需要结合谋取利益与支付对价之间的比例关系，以及实际经营情况等等进行综合判断；如否，则进一步说明该商业机会实为输送利益的幌子。一般而言，如果行为人为人利用职务便利为对方谋取较小利益而获得蕴含巨大利益的商业机会，且获得、实现商业机会除对方给予的少量帮助(如提供信息)以外，主要依靠自身实力和有效经营行为，没有实质违背市场原则和市场规律的，则不宜将实现商业机会所获巨大利益直接认定为受贿所得。同理，如果行为人为人利用职务便利获得商业机会，后续实施、实现过程并无权钱交易性质，相反存在实际经营行为的，亦不属于商业机会型受贿。总之，商业机会的复杂性要求在入罪判断时应坚持主客观相统一原则，注重实质危害性判断，并区分违纪、违法、犯罪的界限。

三是审查商业机会的可期待性财产利益是否实现。不同于原始股，商业机会本身不是财物，无法直接衡量其价值，且权钱交易的内容并非机会本身，而是机会所蕴含的可期待性利益。虽然行贿人采取各种措施消解受贿人的风险，以实现利益输送之目的，但只有当可期待性利益变为实际收益时，才满足受贿对象所要求的确定性、可计量性特征，才属于可折算成货币的受贿财物或财产性利益。

其次，关于商业机会型受贿的数额认定和既未遂标准，需要把握以下三个方面。一是以受贿人实际获得的财产价值扣除其投入的必要成本认定受贿数额。理由如前所述，商业机会本身不是财物，无法直接衡量其价值，且行受贿合意所指向的对象系该商业机会所蕴含的可期待性利益。

二是区分不同类型认定受贿数额。受贿人利用职务便利获得商业机会以后，如果将其直接转让，获得转让对价，此时所谓的商业机会实为可交易的“物品”，可将交易价格认定为受贿数额；如果受贿人所获商业机会系行贿人交易链条中的某一环节，且未发挥实际作用仅过账截留利润，此种情况属于以商业机会之名行受贿之实，可将其截留利润数额认定为受贿数额，支出的少量成本可认定为犯罪成本，不予扣除；如果受贿人在交易链条中具有实际贡献，或者在获得商业机会以后实施了自己经营、合作经营等行为，则在认定受贿数额时需扣减必要的经营成本。

三是以受贿人是否实际获得财产性利益作为既未遂的判断标准。如前所述，作为受贿对象的财物或财产性利益应当明确、具体、可计量。在商业机会型受贿中，商业机会本身的价值无法衡量，即使行贿人想方设法消解受贿人的风险，使可期待性利益相对确定化，但只有最终实现了经济利益，可期待性利益才成为体现权力对价的实际利益，才能够明确受贿的数额并齐备受贿罪的构成要件，才属于受贿既遂。如果受贿人利用职务便利获得商业机会，又利用职务便利实施、实现该商业机会，可期待性利益已经确定化，具有权钱交易的本质特征，但因案发等原因尚未获得经济利益的，宜认定为犯罪未遂。

据上，被告人高某、林某、钱某分别利用职务便利获得和实现商业机会，排除公平竞争和市场风险，无真实对等投入，本质上属于权钱交易和利益输送，其行为均构成受贿罪。受贿数额分别为300万元、200万元、120万元，分赃数额不影响受贿数额的认定。

(作者系上海财经大学法学院博士研究生、上海市第二中级人民法院刑事审判庭副庭长)

责任编辑 唐亚南
美术编辑 武凡熙
电子邮箱 llb@rmfyb.cn
llzk@rmfyb.cn

刑事推定在认定电信网络诈骗犯罪数额中的准确适用

□ 李雁飞 李东亮 石 巍

(一) 刑事推定适用的基础与前提

在电信网络诈骗案件的犯罪数额无法完全查清之时，根据《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》第六条第一款规定：“办理电信网络诈骗案件，确因被害人人数众多等客观条件的限制，无法逐一收集被害人陈述的，可以结合已收集的被害人陈述，以及经查证属实的银行账户交易记录、第三方支付结算账户交易记录、通话记录、电子数据等证据，综合认定被害人人数及诈骗资金数额等犯罪事实。”此规定中“综合认定”实际上是指，在无明确直接证据证明犯罪数额时，可以结合证据类型、适用方式，依照逻辑思维和经验法则，推定待证事实成立的一种证明方式。

刑事推定是指基于基础事实，推定待证事实成立的一种证明方式。在具体方法上，刑事推定需要在全面考量在案证据的基础上，依据经验法则中不同事实间高概率的“伴生关系”，从在案证据能够确认的基础事实中综合认定待证事实。在此过程中，经验法则、逻辑法

则、人情事理等都可能成为推定的参考根据。刑事推定不是证据裁判原则的例外，而是以间接证据为基础，通过逻辑思维及经验法则，以定罪事实为对象，允许被告人提出反驳，通过实质审查，构建严谨的证据体系。

刑事推定的基础是事物之间的普遍联系，其底层逻辑是运用长期以来积累的经验去缓解证明难题。其中，必须正视的是，“推定”与“确定”不同，推定中必然带有一定的不确定性，可以说刑事推定是在直接证据缺失时的无奈之举，因而只有在案件中缺少直接证据，无法“确定”待证事实时方可适用刑事推定，且在刑事推定中需重点关注如何平衡推定中不确定性的风险。

(二) 刑事推定中基础事实与待证事实的关联性

刑事推定包括直接证据和间接证据，刑事推定一般适用于直接证据缺失的场景下，因而推定中主要依赖间接证据，综合性对比证据间的关联性并证明对象的同一性和指向性，依据证据整体效应来证明犯罪事实。作为推定前提的基础

事实，需有客观证据予以确认，在基础事实认定的基础上，结合公诉方提出的其他间接证据，依赖逻辑思维和经验法则去论证基础事实与待证事实之间的关联性。基础事实与推定事实之间要求具有内在联系，两者之间需具有“前者大概率会引发后者”的高度盖然性的因果链条，基础事实与推定事实之间构建合乎逻辑的常态联系，这种常态性是基于一长期、反复的社会实践检验，符合人类认知规律且经检验论证的经验做法。通过间接证据的证明力提炼、推定基础事实所反映或存在的高度关联性。

被害人人数众多的电信网络诈骗犯罪案件中，由于被害人分布区域广泛且具有不特定性，被害人方证据也呈现出海量化的特点，控方往往无法对被害人方证据收集全面。取证工作的现实困境使得以往由控方承担全部证明责任的传统证明模式遭受严重挑战，控方指控，尤其是对于犯罪数额的指控难以达到刑事诉讼的法定证明标准。电信网络诈骗犯罪中适用刑事推定，应当采用

类型化基础事实与推定事实的客观情形，在司法实践中提炼、总结与电信网络诈骗赃款高度关联的客观情形，属于此类情形的资金数额，应直接认定为诈骗数额。

(三) 刑事推定允许被告人提出反证

在适用刑事推定时，应当保留被告人说明合法来源的权利，适当将部分证明责任转移给被告人。刑事推定作为由控方承担全部举证责任的例外性制度，常应用于一些犯罪手段隐蔽、取证困难的犯罪案件中，对于实现司法公正、提高司法效率发挥着重要作用。在控方完成对基础事实的证明后，可结合基础事实与待证事实间关联的常态性和前者引发后者的高度盖然性，推定待证事实成立，但因推定事实仅是“高概率”的，未必是完全确定的，因而应允许被告人对该推定事实提出反证或予以反驳。

在电信网络诈骗犯罪案件的办理中，当控方能够证明有关账户的

作用主要为接收、流转涉案资金，即完成了对基础事实的证明，在没有其他在案证据能够证明账户内部分钱款来源合法的情况下可以推定该账户所接收的资金均为涉案资金。此时，犯罪嫌疑人、被告人一方可以对相关涉案钱款进行“说明合法来源”或“作出合理解明”的反证。但需要注意的是，由于犯罪嫌疑人、被告人一方本身处于举证的优势地位，因此不应将“说明合法来源”或“作出合理解明”单纯理解为要求被告方提供相关证据进行证明，而应将其最低限度设定为要求犯罪嫌疑人、被告人提供能够说明涉案账户内部分钱款确实来源合法并且可供公安司法机关进一步查证属实的线索。如果犯罪嫌疑人、被告人一方无法提供相关证据或线索，则推定事实成立并排除了合理怀疑，达到了犯罪事实清楚、证据确实充分的法定证明标准。

(作者单位：北京师范大学、北京市东城区人民法院)



近年来，电信网络诈骗犯罪持续高发，犯罪数额作为判定行为人为罪质及量刑裁量的关键因素，实践中囿于客观条件的局限，存在认定难的问题。对此，最高人民法院、最高人民检察院、公安部发布的《关于办理电信网络诈骗等刑事案件适用法律若干问题的意见》《关于办理信息网络犯罪案件适用刑事诉讼程序若干问题的意见》等规范中对此问题进行了回应，学界将从这一系列规定中概括出的认定网络犯罪数额的方法称为“综合认定法”，“综合认定法”的核心是运用刑事推定缓解网络犯罪数额认定的难题。但是目前相关规范对刑事推定的规定与解释过于概括，刑事推定的适用亟须进一步规范与阐述。