



为亲友非法牟利罪客观方面要件若干问题探讨

刘 科

根据刑法第166条的规定，为亲友非法牟利罪的客观方面表现为：利用职务便利，有下列情形之一，致使国家利益遭受重大损失的：（一）把本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的；（二）以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的；（三）向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的。本罪是1997年刑法新增设的罪，在法条中使用了一些日常生活用语，理论界对一些重要问题认识很不一致，特别是在如何界定亲友范围的宽窄、什么是盈利业务、什么是亲友经营管理的单位等方面争议很大。本文拟对该罪客观方面的要件中的几个疑难问题进行探讨，以求教于同仁。

一、关于利用职务之便问题

为亲友非法牟利罪客观方面一个重要特征是国有公司、企业、事业单位的工作人员在实施法定的三种为亲友非法牟利的行为时，都要利用职务上的便利。在这里，利用职务便利是构成为亲友非法牟利罪的必备要件，如果行为人没有利用职务便利，就不可能构成本罪。但是，关于如何具体准确地界定国有公司、企业、事业单位工作人员职务上的便利问题，理论界尚无统一的认识。目前，比较通行的观点是借鉴1989年11月6日最高人民法院、最高人民检察院《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》中的规定。该《解答》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，但利用了本人的职权或者地位形成的便利条件。”根据这一规定，为亲友非法牟利罪利用职务上的便利可以理解为国有公司、企业、事业单位工作人员利用职务产生的职权管辖及其派生的便利条件。这种职务的管辖性主要表现为职权上的控制性，如纵向的级别管辖和职权控制，形成控制与被控制关系；职权管辖派生的便利条件主要表现为职能上的制约性，如横向的行业牵制和职能制约，形成制约和被制约关系。正是这种基于职务产生的职权管辖及其派生的便利条件才为为亲友非法牟利行为大开方便之门。

实践中，利用职务上的便利主要表现为以下两种情况：

（一）利用本人职务范围内的权力产生的便利。

国有公司、企业、事业单位工作人员任职范围内所享有的诸如主管、负责、分管、处理、经办某项事务或工作的职权，对在商品购销价格、商业机会等具体方面形成了直接的控制关系。这也是为亲友非法牟利罪中最典型的利用职务上的便利。例如，某省汽车销售公司销售经理李某，在公司内部主管汽车销售价格，在1998年至2000年间先后利用职务便利，向其弟弟经营管理的单位销售十几辆汽车，比市场正常价格低近二十万元，使该国有公司遭受严重的经济损失。在本案中，李某正是利用了其职务范围内权力的便利，实施为其亲友非法牟利的行为。

（二）利用本人职权或地位形成的便利条件。

国有公司、企业、事业单位的工作人员在一定情况下由于其职权和地位具有对他人的制约性，因而形

成了可以间接利用被制约者职务的便利条件。在这种情况下，国有公司、企业、事业单位的工作人员不是直接地利用自己的本身职权，而是间接地利用其职权或地位形成的便利条件，通过国有公司、企业、事业单位其它工作人员的职务行为，而把本单位的盈利业务交给其亲友进行经营，或者向其亲友经营管理的单位高价采购、低价销售商品、采购不合格商品。有这样一个案例，张某是某省一大型国有企业集团公司的副总经理，李某是该集团公司控股子公司的总经理，两人日常往来较密切。一天张某找到李某说，自己有一个弟弟在经营建筑材料，现在市场竞争激烈，货物不太好销售，而且售货款回收很不及时，经营困难，希望李某帮他一把。李某当即表示同意，实际上李某对张某的话心领神会，他非常清楚在集团公司张某是常务副总经理，握有集团公司重大事项决策权，如果不答应张某，自己公司的经营将因得不到集团公司的支持而变得非常困难，甚至自己的乌纱帽也可能保不住。于是，从1999年到2000年短短两年间，李某负责的公司共从张某弟弟经营管理的的水泥厂购进水泥近10万吨，价格远高于市场价格，而且所购水泥标号偏低，部分水泥无法使用，给国家造成经济损失100多万元。当然，李某为张某的弟弟牟取利益，张某也没亏待李某，在集团财务状况吃紧时，张某总是优先安排李某的公司用款，在年终考核时对李某公司所存在的违规问题也视而不见。从上述案例中可以看出国有公司、企业工作人员利用其职权和地位形成的便利条件实施为亲友非法牟利行为时，对其职务的利用具有间接性。张某虽想为其亲友非法牟利，但其并没有进货权，按照企业管理制度，他必须通过李某的职务便利以实现为亲友非法牟利的行为，如果没有李某的职务便利，张某就不能实现为自己亲友牟利的行为。在这里，张某首先利用自己集团公司常务副总经理的地位和职权对控股公司总经理李某的纵向的制约关系形成的便利条件，然后通过李某的职务行为，为自己的亲友牟取了利益。张某在形式上是利用了李某的职务便利，但实质上利用的是本人的职权和地位对李某的制约而形成的职务便利，如果没有这种制约力，李某就不会听从于张某，这就是理论界通常所讲的间接利用职务便利。间接利用职务之便是基于双层职务产生的双重制约关系形成的。仍以前述案件为例，双层职务即张某的集团公司副总经理职务和李某的子公司总经理职务；双重制约关系即张某的集团公司副总经理职务对李某的子公司总经理的制约关系和李某的总经理职务对张某的弟弟的制约关系。张某的弟弟受制于李某，他只好求助于其哥哥，而其哥哥利用其职务对李某的制约，使李某利用职务之便为其弟弟牟取利益。由此，可以得出一个结论：只有双层职务产生的双重制约关系才能形成间接利用职务之便，反之，凡是间接利用职务便利都是基于双层职务产生的双重制约关系。需要说明的是，双层职务不一定是上下级之间的隶属性的双层职务，也可能是在职务上是平行的或者是平等的但其职权对另一同级职务的职权具有职能性的直接制约关系。例如某省金属总公司财务科科长李某的亲戚创办了一家门窗厂，每年需要钢材、铝材等金属材料数百吨。为降低进货成本，李某的亲戚找到李某问能不能搞到便宜钢材，李某说试试看。于是李某就找到该公司经营一科科长赵某，要求以每吨低于市场价400元的价格向其亲属销售钢材，赵某虽不想答应但苦于李某掌握着本公司财务大权，只好同意以此价格向李某的亲属经营管理的门窗厂销售钢材，给国家造成了重大经济损失。在此案中，李某与赵某同为省金属公司中层干部，都是级别相同的科长，没有纵向的上下级隶属关系，但是经营科的进货付款需要财务科审批，李某的财务科科长职务对赵某的经营科科长职务实质上具有制约关系。这是属于横向的同级职务不同职权的职能制约，即财务管理职能对生产经营职能的制约。由此可以进一步推论出一个结论：利用职务便利的双重制约关系，既可能产生于纵向的上下级隶属职务的职能性制约，又可能产生于横向的同等级职务的职能性制约。

在理解本罪利用职务上的便利时，还应注意以下几点：

（三）利用的职务必须是现任职务

国有公司、企业、事业单位的工作人员利用职务上的便利为亲友非法牟利，所利用的是行为时的实际职务所产生的便利。这是因为，离退休、辞职、调离或被开除后该工作人员原任职务已丧失，而为亲友非法牟利罪所侵犯的客体包含有职务行为的廉洁性，一个人连职务都没有了，自然谈不上职务行为，没有职务行为也就谈不上利用职务便利、侵犯职务行为的廉洁性。所以，在司法实践中发现国有公司、企业、事业单位工作人员利用本人原有的职权或者地位形成的便利条件，通过在职的国有公司、企业、事业单位工作人员职务上的便利，为其亲友牟取非法利益，不能以为亲友非法牟利罪处罚。

（四）本罪所利用的职务不同于私有公司、企业工作人员利用职务便利中的“职务”

为亲友非法牟利罪的客观要件中的“利用职务上的便利”作为国家工作人员利用职务便利不同于“妨害公司、企业管理秩序罪”一节中其它罪如公司企业人员受贿罪、挪用资金罪等非国家工作人员“利用职务上的便利”。区别的关键在于“职务”的差别性。所谓职务通行的定义是“职位所规定的任务”，具体说就是“职位规定应该担任的工作”，再通俗一点讲即是职权范围内应该处理的一切事务。然而，同是“职务”，对于国家工作人员和公司、企业工作人员来讲具有不同的内涵，由于为亲友非法牟利罪的主体限于国有公司、企业、事业单位的工作人员，是从事公务的人员，因此，他们的职务带有国家管

理事务的性质，即国家对社会公共事务的管理工作。而普通的公司、企业犯罪其犯罪主体是非国家工作人员，即公司、企业中除去从事公务的国家工作人员以外的人员，他们的职务不包括国家对社会公共性事务的管理，而只限于本人所在公司、企业范围内事务的管理。这种事务是与本人所在公司、企业从事的岗位、职业相一致的，主要体现为一种职业性事务。因此，为亲友非法牟利罪中行为人利用职务上的便利与普通的公司、企业工作人员利用职务上的便利是不同的，它的职务主要体现为国家的管理性与社会服务性的统一，而普通的公司、企业工作人员的职务主要体现为组织的管理性与个人职业性的统一。

§§(五) 所利用的职务不同于一般的劳务

§§为了准确把握国家工作人员的职务的含义，还应当进一步研究与“职务”、“公务”相关的另一个问题：“劳务”。所谓劳务，在政治经济学术语中，劳务是指不以实物形式而以提供活劳动的形式满足他人某种特殊需要，本质上是一种服务，通常是指有偿服务，是以劳动形式提供某种价值的活动。最高人民法院和最高人民检察院曾在《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》中，在从事公务的贪污罪主体的范围时指出：“直接从事生产、运输劳动的工人、农民、机关勤务人员、个体劳动者、部队战士经手公共财物的，如果他们从事的仅仅是劳务，不能成为贪污罪的主体。”借鉴这一规定可以发现：即使在国家机关、国有公司、企业、事业单位中工作的人员，如果他们从事的并非公务而仅仅直接从事劳务，那么他们同样不是国家工作人员，也不能以国家工作人员论。因此，在国有公司、企业、事业单位中从业的非国家工作人员，他们从事的实质上是其劳务岗位上的事务，如果他们利用本职工作岗位上的便利条件，实施为亲友非法牟利的行为，就不能构成为亲友非法牟利罪。例如，张某是某国有公司总经理的司机，因为其为总经理鞍前马后的周到服务而赢得了总经理的信任。张某于是利用此关系向总经理说情，请求把本公司的一项盈利业务交由自己的亲友进行经营，总经理碍于面子答应了。在此案中，张某实施为自己亲友牟利的行为所利用的就不是职务上的便利，而是利用的由于工作关系易于接近公司领导的这种工作便利，尽管他在国有公司中工作，但他从事的不是公务，而仅仅是劳务。

§§二、关于把本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的问题

§§(一) 什么是盈利业务

§§盈利业务，指能够使行为人所在的国有公司、企业、事业单位产生经济效益，获得利润的业务。将本单位的盈利业务交给自己的亲友经营，实质上使国家丧失了预期的经济效益，是国有资产流失的重要途径之一。

§§怎么判断一项业务是否为盈利业务呢？由于市场经济体制下，经营风险和机会是相伴而生的，一项业务在合同尚未履行完毕前，这项业务仅仅是预期的商业利益，尚不是确定的现实经济利益。因此，学者们提出的以下几种关于判断“盈利业务”的标准就值得商榷：一是经营结果说，即以其亲友的经营成果作为判断“盈利业务”的标准，该说混淆了经营成果与造成国家重大损失的关系，实际上二者并不具备必然因果关系：亲友经营结果盈利了，并不一定给国家造成重大损失；相反，亲友经营结果亏损了，仍可能给国家造成重大损失。以经营成果判断是否为盈利业务，犯了客观归罪的错误，忽略了经营中风险的存在和各种经营条件的区别。二是“必然盈利”说，是指确定无疑，必然会盈利的业务。该说完全否定了商业经营中风险的存在，在实际生活中，只要未经实际经营，哪种营业也不是确定无疑会盈利的；三是“可以盈利说”是指本可盈利的业务，或者说是在正常情况下预计显然可以盈利的业务，而未必仅仅指后来一定盈利的业务。该说承认经营风险的存在，但是并没有给出一个明确的判断标准，范围过于广泛，例如对于一个单位来说，许多业务都是可以盈利的，否则这些单位也不会从事这些业务。

§§所以，判断一项业务是否会“盈利”，只能根据国有公司、企业、事业单位的经营条件、经营能力以及本项业务的具体情况，结合经营环境作出综合判断。具体看来，有以下几种情况：第一，该国有单位过去经营此项业务一直盈利，在交给其亲友经营期间，国家政策没有发生重大变化，也没有意外事件的发生，则无论其亲友经营是否盈利，都应视为盈利业务。第二，该国有单位一直主要经营或兼营此项业务，时有盈利时有亏损，或一直亏损，但该国有单位并不打算放弃此项业务，而是通过扩大资金投入，拓展营销渠道，加快技术更新或加强内部经营管理的方法使之具有盈利空间，根据当时的经营环境事实上可能盈利的，应视为盈利业务。第三，国有公司、企业、事业单位虽未经营过某项业务，但经单位同意计划经营此项业务，根据自己的资金实力、技术水平、管理经验和经营战略此项业务是很可能盈利的，而且该单位为此做了必要的准备，比如已投入资金用于研发，这时把此项业务交给自己的亲友经营，应视为该单位预期经济利益的丧失，是为亲友非法牟利的行为。第四，国有公司、企业、事业单位所经营的某项业务虽然一直亏损，但亏损是由于国家政策、市场环境造成的，预期国家政策及市场环境将有明显好转，单位决心继续经营下去，此时如果行为人将此项业务交由其亲友经营，而在其亲友经营期间国家政策及市场环境

境确实明显好转的，则此项业务仍为盈利业务。例如某国有单位生产一种国家定价的产品，过去一直亏损，后来国家放开价格管制，由于此产品销路好，价格又涨了不少，故变成了盈利业务，如果行为人在明知国家将放开价格时将此项业务交由其亲友经营，自然构成为亲友非法牟利行为。第五，国家政策、市场环境、意外事件等对盈利业务的影响，应以国有公司、企业、事业单位是否实际受到影响为准。如果在行为人将某项盈利业务交给其亲友经营期间，该政策，环境等对该国有单位发生了实际的不利影响，该业务不是盈利业务；反之，如果该不利影响对原国有单位没有影响或影响不大，则不论行为人之亲友经营是否盈利，均应视为盈利业务。

（二）什么是“亲友”

刑法第166条的罪名是“为亲友非法牟利罪”，其三种行为方式中无论是把盈利业务交由自己的亲友经营，还是向亲友经管理的单位高价采购商品、低价销售商品、采购不合格商品，都包含“亲友”两字，因此对“亲友”两字的正确理解，关系到本罪的正确认定和处理。然而，理论界对于“亲友”两字的理解有很大的分歧，主要有以下几种观点：

一是“他人说”，这种观点认为，刑法中规定亲友是不妥当的，应为“他人”；行为人将本单位的盈利业务交由任何他人经营，均违背了职责，都侵害了国家利益，因此只要行为人与第三人有一定的联系，均可以认为“亲友”，不应将“亲友”与“他人”作过于严格的区分。

二是“密切关系说”，这种观点认为，所谓“亲友”是与行为人具有密切关系的人，非与行为人具有密切关系的人，不应视其为“亲友”。

三是“一定关系说”，这种观点认为，只要行为人明知是本单位的盈利业务，而利用职务便利交给其它人经营，与他人有一定关系，意在使对方获得利益，就可以认定是“交由自己的亲友进行经营”。

四是“朋友关系推定说”，这种观点认为亲友是亲属、亲戚、朋友的合称，亲属、亲戚的含义比较确定，而朋友有两层意思，一是指彼此有交情的人，二是指恋爱的对象，而朋友中判断是否有交情，不应以彼此平时来往多少为标准，只要行为人将本单位的盈利业务交由对方经营，而对方又不是行为人的亲属、亲戚，也不是行为人的恋爱对象，那么就可以认定对方与行为人有交情，是行为人的朋友。

上述各种观点，哪种更接近立法原意，更能准确地指导司法实践呢？值得注意的是，这几种观点在解释“亲友”的含义时，都先进行了一番文义解释：亲友含亲属、亲戚和朋友。所谓亲属，指和自己有血统或者婚姻关系的人；所谓亲戚，指跟自己家庭有婚姻关系的家庭或成员，亲属和亲戚不但含直系血亲，也含旁系血亲，拟制血亲等；所谓朋友，是指有友好关系、亲近和睦关系的人。上述几种观点对亲属和亲戚的认定没有分歧，分歧点在于如何认定朋友范围的宽窄。第一种观点对亲友认定的范围最宽，其理由是：亲友之概念本为生活用语，含义极其广泛，即便在日常生活中都难以确定其范围，在法律意义上更难得出一个统一的标准。因此，应将“亲友”改为“他人”；第二种观点对亲友认定的范围最窄，其理由是为亲友非法牟利罪的犯罪客体是国有公司、企业、事业单位工作人员职务活动的廉洁性和国家对国有公司、企业、事业单位的管理制度。刑法惩治为亲友非法牟利行为的原因不仅是行为人违反了国家对国有公司、企业、事业单位的管理制度，更重要的是行为人亵渎了国家工作人员职务活动的廉洁性而实施为亲友非法牟利行为，既然刑法着重处罚行为人不廉洁从业的行为，那么这里的“亲友”当然应是指具有密切关系的人。否则，与一般的“他人”进行交易，实施为其非法牟利的行为，则可能构成徇私舞弊造成国有公司、企业破产、亏损罪，而不能构成本罪。第三、四种观点在本质上倾向于第一种观点，其理由是：在实际生活中，行为人决不可能违背自己的职责，损害国家利益，而将盈利业务交给一个没有丝毫关系的人，所以在司法实践中，对是不是亲友的认定并不会成为难题，也不需要机械地判断。只要行为人明知是本单位的盈利业务，而利用职务便利交给他人经营，如果有一定关系，意在使对方获得利益，就足以认定是“交由自己的亲友进行经营”。

第一种观点和第二种观点的分歧从根源上看是对为亲友非法牟利罪所侵犯的首要客体有不同的理解。第一种观点认为本罪的首要客体是行为人实施为亲友非法牟利的行为，而妨害了公司、企业的管理秩序，犯罪的本质是其背职经营，因此，无论是交给自己的亲友进行经营，抑或是交给他人经营并不重要，重要的是行为人违背了职务的要求，妨害公司、企业的管理秩序。第二种观点认为本罪的首要客体是侵犯了国家工作人员职务行为的廉洁性，既然行为人违背职务廉洁性的要求而实施为其亲友非法牟利的行为，这里的“亲友”当然是指具有密切关系的“亲友”。否则，实施为一般的他人非法牟利的行为，双方没有密切关系，则谈不上行为人侵犯了自己职务行为的“廉洁性”，而是徇私舞弊、滥用职权行为，构成其它犯罪的则按其它犯罪处理。

我认为将本罪中的“亲友”理解为“他人”是正确的，除以上所分析的以外，还有以下几点理

由：（1）本罪的首要的直接客体是行为人忠实履行职务的国有公司、企业、事业单位的管理秩序，因此，行为人将本单位的盈利业务交由任何他人进行经营，给国家利益造成重大损失的，都是违背自己忠实履行职务的义务，妨害了公司、企业的管理秩序。（2）把“亲友”理解为具有密切关系的人，何谓“密切关系”？实践中根本不可能给出一个判断标准。如果说“亲友”本身还是一种客观判断，比如说亲戚、亲属、多年的老同学，这种关系是客观存在的话，那么“密切关系”则是一种纯主观判断。用“密切关系的人”来解释“亲友”，只会使“亲友”概念更加含糊。

在理解166条第1项所称的“亲友”问题时，这里的“亲友”是否包括自己的亲友经营管理的单位呢？该条第1项使用的是亲友，而第2项，第3项中所使用的是“亲友经营管理的单位”，所以，从该条本身规定的含义来看，似乎“亲友”不包括“亲友经营管理的单位”。但是，我认为，“亲友”可以是作为个体的亲友，也可以是作为某一单位的经营管理者的亲友。将本单位盈利业务交由作为纯粹个人的亲友经营可以构成本罪，将本单位盈利业务交由作为某一单位经营管理者的亲友经营同样也可以构成本罪。当然，这里的亲友经营管理的单位以亲友可以获得经济利益为限。只有这样，才能使一些为亲友非法牟利的不法分子无空子可钻。否则，一些狡猾的不法分子为了为亲友牟取非法利益，就会让亲友先成立一个所谓的单位，然后再将本单位的盈利业务交由该单位经营，从而逃避刑事责任。

（三）什么是“交由自己亲友经营”中的“交由”

所谓“交由自己亲友经营”是指将本属于本单位经营的业务通过委托、承包、乃至没有任何名目地交给自己的亲友经营。理论上有一种观点认为，所谓交由自己的亲友进行经营，是指将本应属于国有公司、企业、事业单位的业务，私自交给自己的亲属或者朋友经营。这种说法是不正确的，因为法律并没有规定只能私自交由，如果强调只能私自交由，就会把行为人利用自己的职权通过单位领导集体讨论决定后以合法的形式把本单位的盈利业务交由自己亲友进行经营的“交由”排除在外，这不利于打击这类犯罪，不利于保护国家的利益。因此，所谓“交由自己的亲友进行经营”，可以是私自进行交由，也可以是利用自己的职权通过单位领导集体讨论后以合法的形式交由。

三、关于以明显高于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位采购商品或者以明显低于市场的价格向自己的亲友经营管理的单位销售商品的有关问题

（一）什么是明显高于或明显低于市场价格

刑法第166条规定的为亲友非法牟利行为的第2种表现形式就是以明显高于或明显低于市场的价格采购、销售商品，这里的“市场价格”是指市场上同样的商品的平均价格。同样的商品，是指规格、质量、品牌等商品的各种特征都相同。任何一种商品在市场上流通，在同一时期的不同地方，该商品的价格可能不完全一致，但总会在一定幅度内变动，明显超出这一幅度是不正常的，要么对商品的销售方十分有利，要么对商品的购买方十分有利，但是，由于价值规律的作用，明显超出这一幅度的价格是不会持久的，因此，商品总会有一个合理的市场价格幅度。“明显高于市场价格”就是明显高于这种商品在市场上的价格变动幅度的上限；“明显低于市场的价格”就是明显低于这种商品在市场上的价格变动幅度的下限。至于高多少算“明显高于”，低于多少算“明显低于”很难给出一个确定的标准，应根据商业惯例和社会上一般观念判断，同时应当结合给本单位造成的经济损失进行判断。如果行为人给出的价格根据一般商品经营者对价格的判断标准，被认为是明显高于或者明显低于市场价格，并且给国家利益造成重大损失，即可认定本罪成立。在这里明显高于或明显低于市场价格和给国家利益造成重大损失是并列条件，而不是择一条件。因此，下列行为就不能认为构成本罪：第一、实际价格虽然没有明显高于或者明显低于市场价格，但是由于采购、销售商品的绝对数额较大，导致造成国家利益的损失达到重大损失标准；第二、实际价格明显高于或者明显低于市场价格，但是由于采购、销售绝对数额较小，导致造成国家利益的损失未达到重大损失标准。

在具体认定市场价格时，由于不同的交易地点、交易时间、市场形态、交易对象导致市场价格也有区别，因此，应注意以下几个问题：第一，应以交易发生时的市场价格为准，而不以交易前或交易后的价格为准，如果实物交付或服务提供日期与付款日期不一致，则应以合同生效时的市场价格为准。例如某国有公司工作人员刘某，在1999年4月25日与一家企业签订了一个供应20辆汽车合同，约定5月25日交付，但1999年5月1日该单位决定每辆汽车价格涨5000元，后来，刘某于5月25日仍按原价向该企业供应了20辆车。该案中尽管刘某与该企业负责人是熟人，符合亲友的法律特征，仍不能构成为亲友非法牟利罪。第二，以交易所在地的市场价格为准。由于同一种商品在同一个时间内因交易地点不同，其交易价格往往有较大差异，很容易达到“明显高于”或“明显低于”标准，因此，认定时只能以交易地的价格为准。第

三，应以同一性质产品的正常市场价格为准。所谓“同一性质产品”指同一牌子，同一规格型号，同一用途，相近似颜色等的产品。如果没有同一性质的产品，则以该产品生产厂家的生产成本加上合理利润来确定正常的市场价格。第四，应以经过充分竞争的寡头垄断，垄断竞争市场形态下的正常价格为准。而在完全垄断的市场形态下，由于没有买卖双方的竞争以及买方和卖方内部的竞争，市场价格是由垄断者（或买方或卖方）独自决定的，此时应以该垄断价格为正常的市场价格。第五，注册商标使用权、专利权中的使用权、著作权中的使用权等无形产品，如果没有合理的市场价格或初次进入市场，可以国家有关部门估定的价格为准，也可参照行为人与第三人交易时的价格确定。

（二）什么是亲友经营管理的单位

第166条规定“明显高于或明显低于市场价格向自己的亲友经营管理的单位购进或销售商品的，或者向自己亲友经营管理的单位采购不合格产品的”。该罪二种行为方式中均提到“亲友经营管理的单位”，何谓“亲友经营管理的单位”？

所谓经营，通俗的讲即运筹谋划，从经济学角度看，指对经济活动具有支配能力的人们，为在有利条件下实现更高目标或在不利条件下实现既定目标，自觉地利用价值规律进行的谋划活动。所谓管理，即在既定的目标以及人、财、物等资源条件下，合理安排和组织生产，合理的配置和使用各种生产要素，以提高产品质量、降低成本，使生产某种产品的的时间尽可能少于社会必要劳动时间，其所履行的是由共同劳动所引起的一种“组织”、“协调”的职能。由此可见，经营和管理是既有联系又有区别的，它们的共同点是不同于一般劳务而带有一定的职务性质，而且相互影响，相互促进。它们的区别是经营主要涉及企业外部的一些问题，以协调企业内部与外部的关系，实现企业目标和一些综合性问题，所要解决的是企业战略方面的问题，管理所解决的是企业的战术问题。尽管二者存在上述区别，但在实践中往往相互影响，界限不明显，二者合称，泛指有关企业的一切内部、外部的运行方式。

从形式意义上看，经营管理和所有是不同的概念。所有权是物权的核心，是占有、使用、收益和处分各种权能的总称。一个人对一个单位拥有经营管理权，不一定拥有所有权；同样，一个人对一个单位拥有所有权，并不一定亲自实施具体的经营活动。所有权和经营管理权的分离，是现代企业制度的主要特征之一。那么，本罪中的“亲友经营管理的单位”是否包括亲友拥有所有权但不参与经营管理活动的单位呢？回答是肯定的。本罪是故意犯罪，行为人向自己亲友经营管理的单位高价收购或低价销售商品的目的是使自己的亲友能从中获得利益。如果其亲友不可能从该行为中取得利益，则该单位也就不是本罪中的“亲友经营管理的单位”。在司法实践中，以下几种单位均可以认为是“亲友经营管理的单位”：其一、自己的亲友拥有全部产权的私有公司、企业、事业单位等；其二、自己的亲友拥有部分产权的有限公司、股份公司、合伙制企业等；其三、亲友虽不拥有产权但担任负责人，承担着经营管理职责的非国有单位；其四、亲友承包、租赁经营其它国有公司、企业、事业单位的，由于亲友一般能获得较大利益，而且国家利益也会因此遭受重大损失，应当以本罪论处。特别是亲友按照承包合同只上缴固定数额承包租赁费的，实际上同亲友自己经营私有单位没什么区别。

“亲友经营管理的单位”是否包括行为人亲友所有经营或管理的个体商店、生产作坊？有人认为不包括，因为个体商店、作坊不是单位，因此如果行为人利用职务便利，以明显高于市场的价格向自己亲友经营管理的个体商店、作坊采购商品或者以明显低于市场的价格向自己亲友经营管理的个体商店、生产作坊销售商品，或者向自己亲友经营的个体商店、作坊采购不合格的商品，就不能构成犯罪。我认为这种观点值得商榷。诚然，单位是指机关、团体或者属于一个机关、团体的各个部门。从字面含义来讲，的确不应该包括个体商店、作坊。但是，将个体商店、作坊一概排除于“亲友经营管理的单位”之外是不妥当的，正如上一段所述，本罪的宗旨是惩治背职经营的行为，行为人只要利用了职务的便利实施了为其亲友非法牟利的行为，这里的“亲友经营管理的单位”是仅限于严格意义上的单位抑或是包括个体商店、作坊并不重要，重要的是行为人的背职行为给国家利益造成了重大损失。因此，个体商店、小作坊也应该包括在“亲友经营管理的单位”之内。当然，行为人向自己亲友经营管理的个体商店、小作坊实施了为其非法牟利的行为是否按为亲友非法牟利罪处罚，应区别不同情况处理：第一，如果个体商店、作坊的所有者、经营管理者是行为人具有财产共同共有关系的亲属，如夫妻、未分家的父母、子女等，不能构成亲友非法牟利罪。因为此时行为人为亲友非法牟利实质上也是变相为自己牟利。如果行为人向具有财产共同共有的亲属所经营的个体商店、小作坊采购或销售商品的，是变相的贪污国有财产的行为，应按贪污罪处罚；如果采购的是不合格商品，则应按国有公司、企业、事业单位工作人员滥用职权罪处罚。第二，如果个体商店、小作坊的所有者、经营管理者与行为人不具有财产共同共有关系，行为人实施为亲友非法牟利的行为而收受贿赂的按受贿罪处罚；如果没有收受贿赂或者受贿数额达不到受贿罪要求但使国家利益遭受重大损失的则按为亲友非法牟利罪处罚。

（三）什么是“商品”

目前国内教科书及理论著作均未对本罪犯罪对象作出解释，但不论是“本单位的盈利业务”，还是“采购不合格商品”、“低价销售或高价购进商品”，其行为对象都可以概括为“商品”，但该商品不仅指政治经济学意义上的商品——用来交换的劳动产品，而是广义的，还包括服务这种无形产品。有这样一个案子，某省汽车销售公司经理王某利用职务便利，让其弟的私有运输公司为本公司从汽车厂运输车辆，每辆运费1400元，而当时其它几家运输公司的正常运价是1000元，每辆车多付给其弟公司400元，1998年4月——2001年5月，王某先后让其弟运输汽车达5千多辆，使国家利益遭受巨大损失。本案中，王某向其弟所经营管理的单位以明显高于市场价格采购了“服务”，因此，应当构成为亲友非法牟利罪。当然，由于人们的思维习惯，把“服务”也当作“商品”不易理解，因此建议修改刑法时将商品和服务并列规定为本罪行为对象。目前，为避免理论上的争议和实践中理解的混乱，司法机关有必要作一个司法解释。另外，其它无形产品也可能是本罪的行为对象。例如某县电力公司经理利用职务上的便利，长期以明显低于市场的价格向其弟弟经营的砖窑厂供电，导致国家利益遭受重大损失，本案中的犯罪对象即是电力这种无形产品。当然，知识产权中的财产权利如专利使用权、著作权使用权、注册商标使用权也可以成为本罪的行为对象。如果行为人向其亲友经营管理的单位以明显高于市场的价格购进注册商标使用权，或以明显低于市场价格销售专利使用权，并使国家利益遭受重大损失的也可构成本罪。

（作者系北师大刑科院讲师、法学博士）

更新日期：2006-7-5

阅读次数：412

上篇文章：[试论我国刑法中“致人死亡”的罪过形式](#)

下篇文章：[渎职罪在司法适用中存在的若干问题研究](#)

 打印 |  关闭

 TOP