

# 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10月30日

---

## 目 录

- ◆ 利用职权协调他人帮助承揽工程如何定性
- ◆ 党员干部“借鸡生蛋”是否构成受贿
- ◆ 指使下属增加工程套取公款构成何罪
- ◆ 利用职权为入股公司谋利获取“分红”怎样定性
- ◆ 共同骗取房屋征收补偿款如何定性

# 利用职权协调他人帮助承揽工程如何定性

## 一、基本案情

李某，A 大学党委组织部部长。赵某，B 市市长，与李某是大学同学。刘某，A 大学基建处处长。

2022 年 5 月，赵某找到李某，请托其为赵某亲戚赵某甲承揽 A 大学科技楼工程项目提供帮助。此后，李某组织饭局邀请赵某和刘某参加，并介绍二人认识，刘某当场答应为赵某甲承揽 A 大学科技楼工程项目事宜提供帮助，但事后其并没有干预该项目的招投标工作。饭局结束时，李某收受赵某所送现金 10 万元。几个月后，该工程项目公开招投标，赵某甲并没有成功中标该项目。李某得知了此情况，也没有退还赵某上述 10 万元。

## 二、案例分析

本案中，对于赵某送给李某 10 万元行为应定性为行贿罪没有异议。然而，对于李某的行为如何定性，产生了分歧。

第一种意见认为：李某在帮助协调赵某甲承揽 A 大学科技楼工程项目时，只是介绍赵某认识了刘某，并没有提供其他帮助，且李某的上述行为与其职权的关联性较弱，并没

有利用其职务上的便利为他人谋取利益，不符合受贿罪的构成要件，其行为应定性为违反廉洁纪律。第二种意见认为：李某利用职务便利，介绍赵某认识了刘某，试图通过刘某主管学校建设工程项目的职务便利，帮助赵某亲戚赵某甲承揽学校工程项目，并收受财物，其行为符合斡旋受贿的构成要件，应定性为受贿犯罪（斡旋受贿），适用刑法第三百八十八条定罪处罚。第三种意见认为：李某作为 A 大学党委组织部部长，对 A 大学基建处处长刘某存在职务上的制约关系，可以认定李某直接利用了自己的职务便利，帮助赵某亲戚赵某甲承揽学校工程项目，并收受财物，应定性为受贿犯罪（普通受贿），适用刑法第三百八十五条定罪处罚。本案中，笔者赞同第三种意见。三种意见分歧的关键，在于判断李某的行为是否符合受贿罪的构成要件，以及其为他人谋取利益是直接利用了本人职务上的便利，还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谋取利益。

### 三、释纪说法

#### （一）李某是否为他人谋取利益是认定行为性质的关键

受贿的本质是权钱交易，是一种双向行为，行贿人给予国家工作人员财物，谋取的是国家工作人员利用职权提供的帮助；国家工作人员通过利用职务便利为行贿人谋取利益，与行贿人进行权钱交易。相比之下，违规收受礼品礼金则是

一种单向行为，送礼者没有具体的谋利事项，也没有指向具体的职务行为，收礼者只是单纯收受财物，没有利用职务便利谋取利益。因此，“为他人谋取利益”是受贿罪的构成要件。从罪刑法定角度讲，要认定某人涉嫌受贿，就必须有证据证明其“为他人谋取利益”。根据最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》，为他人谋取利益包括承诺、实施和实现三个阶段的行为，只要具有其中一个阶段的行为，就具备了为他人谋取利益的要件。2016年“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》明确了收受他人财物时承诺为他人谋取利益即可认定“为他人谋取利益”，是否着手为他人谋取利益以及为他人谋利事项是否已完成，既不影响定罪也不影响既遂的认定。

本案中，李某作为国家工作人员，承诺为赵某亲戚赵某甲提供帮助，并介绍赵某认识了刘某，虽然事后刘某并没有具体干预承揽工程项目事宜，但李某介绍赵某认识了主管基建工作的刘某，协调推动帮助赵某亲戚赵某甲承揽工程项目事宜，为他人谋利这一行为已经进入了实施阶段，其侵犯了国家工作人员职务行为的廉洁性和不可收买性，符合受贿罪的构成要件。

（二）区分李某行为系普通受贿还是斡旋受贿，关键在于判断李某对刘某是否存在职务上的制约关系

普通受贿和斡旋受贿是受贿罪的两种类型，我国刑法第

三百八十五条和第三百八十八条分别作出了规定。其中，普通受贿系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；斡旋受贿系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。实践中，可以通过判断行为人与被其利用的国家工作人员在职务上是否存在制约关系对二者进行区分。

普通受贿中，国家工作人员“利用职务上的便利”是指利用本人职务范围内的权力，即自己职务上主管、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。根据最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》，刑法第三百八十五条第一款规定的“利用职务上的便利”，既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。担任单位领导职务的国家工作人员通过不属于自己主管的下级部门的其他国家工作人员的职务行为为他人谋取利益的，也应当认定为利用职务上的便利为他人谋取利益。

实践中，制约关系较难界定。笔者认为，职务上的制约关系，一方面包括直接的上下级关系，另一方面包括行为人虽不直接领导、管理其他国家工作人员，但其职务范围内的权力能够派生出对其他国家工作人员的职务利害影响和相关

约束力。比如，行为人或其所在单位对被其利用的国家工作人员在职务晋升、薪酬待遇等方面能够产生决定性影响或关键作用，可以界定为存在制约关系。具体实践中要结合行为人的职务职责范围、所在单位性质和职能、有关法律政策规定、实践中的惯例等方面综合判定。

斡旋受贿中，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，为他人谋取不正当利益，是指行为人与被其利用的国家工作人员之间没有隶属、制约关系，行为人利用了本人职权或者地位产生的影响，实践中主要体现在利用工作关系等。比如，某区民政局局长向该区人民法院院长打招呼，请其对一起案件给予照顾。该区民政局局长与法院院长之间不存在职务上的隶属、制约关系，只是基于日常工作关系请求提供帮助，应当认定为利用本人职权或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他人谋取利益。

本案中，李某行为侵犯的客体是国家工作人员职务行为与财物的不可交易性，其之所以获得10万元，是赵某有求于李某的职务行为。李某作为A大学党委组织部部长，具体负责学校的组织人事工作，对学校干部在职务晋升、薪酬待遇等方面能够起到关键作用，应当认为其对刘某存在职务上的制约关系。因此，李某虽然没有直接利用本人的职权，但其利用了职务上有制约关系的刘某的职权，应认定为“利

用职务上的便利”。

综上，李某作为党员领导干部，利用职务便利为他人谋取利益并非法收受赵某所送现金 10 万元，数额较大，涉嫌受贿犯罪，应依法追究其刑事责任。（选编自中央纪委国家监委网站）

## 党员干部“借鸡生蛋”是否构成受贿

### 一、基本案情

甲系某国有银行某支行行长，乙、丙均系房地产开发企业主，乙、丙二人不认识，甲曾多次利用职权，为乙、丙在贷款融资等事项上提供帮助。2021 年 6 月，乙因公司资金周转困难，找甲帮忙，并提出愿意按照年化 10% 的利率支付利息。甲找到丙，提出自己的朋友乙目前遇到资金困难，希望丙能出借 1000 万元用于周转，丙同意，后丙将 1000 万元直接转入甲提供的乙公司账户中，乙将款项用于生产经营。1 年后，乙用款完毕，告诉甲打算归还本金和利息。甲将此事转告丙，丙表示把本金给自己即可。后乙按照甲要求，将 1000 万元还给丙，将 100 万元利息转给甲。

### 二、案例分析

对于甲收受 100 万元利息行为的性质，存在以下三种意见。

第一种意见认为：甲利用职权为乙谋取利益，乙通过借款并支付利息的方式，变相向甲输送100万元利益，应认定甲构成受贿犯罪，乙为行贿人。第二种意见认为：甲借给乙大额资金，并收受利息，由于利率未显著高于民间借贷利率标准，且乙确实有资金需求，所获利息不属于受贿犯罪，可根据党纪处分条例认定为借用管理和服务对象大额钱款、通过民间借贷等金融活动获取大额回报情形，违反廉洁纪律。第三种意见认为：甲利用职权为丙谋取利益后，让丙向乙大额借款，并将本应该由丙享有的利息据为己有，属于变相收受丙的财物，应认定为受贿100万元，丙为行贿人。笔者同意第三种意见。

### 三、释纪说法

“借鸡生蛋”类案件是指党员公职人员让请托人出资，实施民间借贷或商业投资等行为，但本人独享或与请托人共享收益的情形，通俗而言是借老板的“钱”作为“鸡”，将获得的收益作为“蛋”据为己有，因此被形象地比喻为“借鸡生蛋”，本案就属于比较典型的“借鸡生蛋”行为。

**（一）由丙出资并承担风险，甲所获全部利息应认定为受贿数额**

出资者承担风险并享受收益是一般民事和商业行为的基本原则。无论是个人之间的民事行为，还是企业之间的商业行为，谁出资投资、谁承担相应风险、谁享受收益，是一条

基本原则。对于大多数“借鸡生蛋”型案件而言，表面上看是国家工作人员寻找的投资机会，但其本质上属于“空手套白狼”，资金的损失风险和资金成本实际上是由出资者请托人在承担。正是由于国家工作人员与请托人之间存在谋利事项，因此请托人才愿意承担相应的投资风险，但将收益让渡给国家工作人员，这本质上就是一种利益输送，标的物是相应投资带来的应得收益。

本案中，虽然形式上乙是向甲开口借用资金，但实际上出资者是丙，丙承担了借款行为背后蕴含的资金损失风险和资金成本，而甲并未承担任何风险。相应地，乙为借款而支付的利息应该属于实际出资人丙，但丙将该部分利益让渡给甲，考虑到甲曾利用职权为丙提供过帮助，因此，这种利益输送行为本质上系受贿犯罪，受贿数额为丙让渡给甲的全部利息。

## （二）认定甲、丙构成行受贿犯罪符合主客观相一致原则

认定“借鸡生蛋”型案件性质的一个争议点，在于国家工作人员往往是从第三方处获得“收益”，客观上，提供资金的请托人没有直接输送利益，主观上，其甚至可能不知道国家工作人员获得收益的具体数额，认定双方构成行受贿是否有悖于主客观相一致原则？比如本案中，甲没有直接从丙处取走财物，丙甚至不知道甲收取乙具体利息的金额，此时

能否认定甲、丙双方存在行受贿的主观故意呢？答案是肯定的。

首先，丙与乙不相识，若不是甲打招呼，丙不可能向乙出借巨额钱款，此外，丙与乙之间未签订借款协议、没有约定借款利息、丙未让乙提供相应的抵押物，通过乙、丙之间一系列有悖于正常民间借贷的反常行为，结合常识常情常理能够推断出，丙之所以愿意承担如此高的风险和资金成本，正是由于甲曾利用职权为丙提供过帮助，对此甲、丙均有清晰的认知。其次，丙对于民间借贷特别是企业主之间的大额借款，具有较高风险、需支付一定利息有足够的认识，且甲也明确告诉丙，乙支付了利息，丙表示把本金给自己即可。根据上述情节可见，丙在主观上对于甲收受乙的利息是明知的，在这种主观故意的前提下，甲收取乙利息的具体金额，涵盖于丙的主观认识和追求之中，只需概括知情即可，不需具体明确知晓。甲的主观方面与丙基本相同，对于资金风险由丙承担、利息应由丙享受明知，对于丙愿意将该部分利益让渡给自己的原因和本质明知并积极实施了占有的行为。综上，认定丙向甲行贿符合主客观相一致原则。

**（三）乙不具有通过高息借贷进行利益输送的主观故意，不应认定其为行贿人**

本案中，甲也曾利用职权为乙提供过帮助，表面上看，乙将100万元利息支付给甲，似乎也是行贿人，但实际并非

如此。判断国家工作人员“高息放贷”是否构成受贿，主要考虑借款的请托人是否有真实的借款需求、支付的利息是否明显偏高等。乙确实有资金需求，10%的利率未明显高于4倍同期贷款利率，也基本符合市场资金拆借正常水平，乙不具有通过“支付高息”输送利益的主观故意，其行为不宜认定为行贿。但如果本案中，乙没有借款需求或支付给甲明显超过同期其他借款利率的利息，在具备输送利益故意的情况下，乙也可能成为行贿人。

**（四）国家工作人员投资请托人项目，亏损后请托人给予补偿，补偿款应认定为受贿数额**

实践中还有一种情况，请托人请国家工作人员投资自己的项目，并表示一定会让其赢利，若有本金损失由请托人负责补偿。国家工作人员据此进行投资，最后发生亏损，请托人将亏损部分补偿给国家工作人员，此时应如何定性？

此种类型可以形象地表述为“国家工作人员自己出‘鸡’，要求别人补‘蛋’”。对此行为性质的认定思路与“借鸡生蛋”一样，应牢牢把握“谁投资谁享受收益、谁承担相应的风险”这条原则，国家工作人员本人出资，追求投资收益，应当承担相应的投资风险。对于请托人在邀请国家工作人员投资时给予的保底承诺，不符合正常的民事和商业行为，不符合收益与风险并存对等的投资基本原则，这种“承诺”本身就是公权力介入的特殊产物，而非民事主体之

间的民事约定，不具有合法性和约束力，对此，国家工作人员和请托人均心知肚明，请托人根据该“约定”而给国家工作人员的补偿款，不过是一层掩盖权钱交易的“遮羞布”，本质上仍是权钱交易。（选编自中央纪委国家监委网站）

## 指使下属增加工程套取公款构成何罪

### 一、基本案情

李某，时任 A 市市长；刘某，李某的特定关系人；张某，A 市市属国企 B 公司董事长。作为下属，张某为维护好与李某的关系，曾多次宴请李某，李某经常邀请刘某一同参加，张某多次在宴请时表示，“如有需要请尽管吩咐”“一定落实好领导指示，做好服务保障”。

2018 年，李某为帮助刘某购房，二人商议通过抬高报价承揽工程的方式套取公款。后李某指使张某，要求对该公司新建好的培训中心增加一项灯具装饰工程，并指定交由刘某的公司承接，尽量满足刘某的条件。同年 12 月，张某为落实李某的要求，在明知刘某公司报价远高于市场价的情况下，仍安排将该工程交给刘某的公司承接。该工程合同价 530 万元，扣除刘某为此支付的灯具采购及相关税费等费用外，刘某实际获利 341 万元，李某对获利知情。

### 二、案例分析

关于李某的行为应如何认定，存在三种不同意见。

第一种意见认为：李某身为国家工作人员，为帮助刘某筹措资金，明知刘某报价虚高，仍利用职务便利，直接指令下属将相关国企工程交由刘某的公司承揽，无异于利用职务上的便利向张某或 B 公司索要财物，根据刑法第三百八十五条规定，其行为构成索取型受贿罪。该观点进一步认为，即使难以认定李某的行为构成受贿，依据 2016 年 4 月“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《办理贪污贿赂案件解释》）第十三条第二款的规定（即国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物价值三万元以上，可能影响职权行使的，视为承诺为他人谋取利益），亦应认定李某的行为构成感情投资型受贿罪。第二种意见认为：李某身为国家工作人员，违反法定程序擅自决定增加灯具装饰工程，并指定交由刘某的公司承接，造成公共财产重大损失，根据刑法第三百九十七条规定，其行为构成滥用职权罪。第三种意见认为：李某为帮助刘某筹措钱款，利用其担任 A 市市长的职务便利，在明知刘某公司报价虚高的情况下，通过指使下属将相关国企工程交由刘某公司承接的方式，非法侵吞巨额国有资金，根据刑法第三百八十二条规定，其行为构成贪污罪。本案中，笔者同意第三种意见。

### 三、释纪说法

在某些特定情形下，贪污罪、受贿罪、滥用职权罪存在竞合的可能。本案中，从行为主体看，李某系国家机关工作人员，同时符合上述三罪的主体要件。从客观方面看，李某利用职务上的便利要求张某将国企工程交由报价虚高的刘某公司承揽，既可视为利用职务上的便利向张某或 B 公司索取财物，客观上也侵犯了公共财产所有权，造成公共财产重大损失，因而同时符合上述三罪的客观要件。从主观方面看，李某在伙同刘某非法占有目的的支配下，其故意内容的认识因素既包括明知自己滥用职权的行为会发生侵害国家机关公务合法、公正执行的结果，也包括明知其向张某或 B 公司索要工程的行为与其职权相关，进而会侵害其职务行为的廉洁性，还包括明知自己伙同刘某套取公款的行为会发生侵害公共财产所有权的结果，且意志因素均是希望相关结果发生，故而同时符合上述三罪的主观要件。因此，李某的行为从形式上似已同时符合贪污罪、受贿罪、滥用职权罪的犯罪构成。但若从实质上分析，当一行为在形式上同时符合数个犯罪构成时，我们应当坚持全面、充分的评价原则，选择能够完整评价该犯罪行为且最能反映行为本质的罪名认定处理。

#### （一）李某的行为不应按受贿罪认定处理

主要原因在于，在不具备具体谋利事项即李某未为张某或 B 公司谋取利益的情况下，无论是认定为索贿还是认定

为感情投资型受贿，都存在一定障碍。一方面，如认定为索贿，由于刑法及相关司法解释未对“索贿”或“索取他人财物”的含义作出具体规定，刑法理论及实务界对究竟何种情况下构成索贿存在不同认识。近期实务上一般认为，索贿突出的是索取行为的主动性，以区别于普通受贿收受行为的被动性；索取包括一般的索要，也包括胁迫式的勒索；国家工作人员利用职务便利主动提出具体明确的财物要求，除事前行贿人已经明示暗示要给予财物外，一般应认定为索贿。即便如此，对行贿人在事前已经具有向国家工作人员输送利益故意的情况下，一般也不能认定国家工作人员构成索贿。本案中，张某为维护好与李某的关系，曾多次宴请李某，李某经常邀请刘某一同参加，张某确知二人关系不一般，因此曾多次在宴请时向二人表态“如有需要请尽管吩咐”等，由此可见，张某本身就有通过向李某输送利益进而主动讨好李某的故意，此种情形下不宜认定李某构成索贿。

另一方面，如认定李某构成感情投资型受贿，无论是将收受财物的对象认定为张某个人还是B公司，都存在问题。假若认定收受财物的对象是B公司，由于《办理贪污贿赂案件解释》关于感情投资型受贿条款的法律拟制性质，能否将该条款中的收受“下属”财物扩大解释为下属单位的财物，实践中存在不同认识。本案中，假若认定收受财物的对象是张某个人，亦存在问题：一是不符合李某主观上以承揽国企工

程方式非法占有公共财产的故意。本案中，李某明确要求张某新增一项国企工程并指定交由刘某公司承接，其意在套取国有资金，并无收受张某个人财物的故意，客观上张某亦未使用其个人财产向李某行贿。二是不符合全面、充分评价原则。此认定方式仅评价了李某与张某之间的权钱交易行为，未评价李某利用张某的职务便利并伙同刘某共同侵吞公共财产的事实，忽略了对公共财产的保护，不利于全面实现刑法的法益保护功能。因此，不应将李某的行为认定为受贿罪。

### （二）李某的行为不应按滥用职权罪认定处理

一是从主观方面看，李某不仅明知自己滥用职权的行为会发生侵害国家机关公务合法、公正执行的结果，并且希望该结果的发生，更为重要的是，其还具有伙同刘某非法占有公共财产的目的，该故意内容已超出滥用职权罪主观方面的评价范畴；二是从客观方面看，公共财产不仅因为李某的职权行为遭受了重大损失，而且该部分损失的公共财产恰恰被李某伙同刘某非法占有，该关键情节也超出了滥用职权罪客观方面的评价范畴。因此，认定为滥用职权罪既不符合全面、充分的评价原则，也未能揭示李某伙同刘某侵吞国有资金的行为本质，亦不应按该罪认定。

### （三）李某的行为应按贪污罪认定处理

一是从犯罪对象及侵犯客体看，李某伙同刘某非法占有的是公共财产，而非张某的个人财产，其行为不仅侵犯了职

务行为廉洁性，而且侵害了公共财产所有权。二是从客观行为看，李某与张某、刘某相互勾结，利用张某主管公共财产的职务便利，通过让刘某故意抬高合同报价，变相套取并侵吞了公共财产。三是从主观故意看，李某明知占有的对象是公共财物，仍与张某、刘某通谋，通过虚报合同价款的方式变相套取国有资金，其主观上具有非法占有公共财物的故意。因此，将李某的行为认定为贪污罪，不仅能全面、充分评价其行为，而且可以准确揭露其伙同张某、刘某“化公为私”的行为本质，有力保护公共财产所有权法益，真正做到依法、精准认定。

此外，本案还需注意两点：一是虽然刑法理论对贪污罪中利用职务上的便利是否仅指利用本人职务上的便利尚存争议，但参考2012年最高人民法院指导案例第11号杨延虎等贪污案的裁判要点，“贪污罪中的‘利用职务上的便利’，是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件，既包括利用本人职务上主管、管理公共财物的职务便利，也包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利”，因此，应当认为李某对非法占有B公司的财产利用了职务上有隶属关系的张某的职务便利，故而应当认为李某对B公司的公共财物具有主管、管理的权力或方便条件。二是鉴于李某既未具体参与刘某虚报合同价款等行为，也未直接参与B公司的资金支付等行为，故李某本人并不具备

刑法第三百八十二条所规定的侵吞、窃取、骗取等贪污罪的实行行为。但在本案中，李某为给刘某筹资买房，二人先产生套取公款的故意，后经李某指使，张某明知刘某公司报价虚高仍同意与其合作，三人即在主观上产生了非法占有公共财物的共同故意，客观上刘某具体负责虚报合同价款，张某利用职务便利具体实施套取公共财物的行为，根据共犯原理和刑法规定，三人即构成贪污罪共犯，由此即可解决李某本人未实施贪污罪实行行为而仍然能够认定其构成贪污罪的问题。（选编自中央纪委国家监委网站）

## 利用职权为人股公司谋利获取“分红” 怎样定性

### 一、基本案情

卢某，2005年3月经国有控股企业A公司股东国有全资企业B公司推荐，担任A公司董事、副总经理，主管产品营销工作。

2013年7月，商人周某某、刘某某在不缺少资金的情况下，为得到卢某关照，邀请卢某入伙，卢某以亲属名义出资16.5万元，与周、刘二人合伙成立C公司（周、刘分别出资16.5万元、17万元），卢某占股33%。卢某与周、刘二人约定按照出资比例分红，但未就亏损后经营风险如何分

担进行约定。后在卢某帮助下，C公司通过授权取得A公司区域销售代理资格，承接到A公司压缩机的代理销售业务，且该业务为C公司开展的唯一业务。2014年1月，周、刘二人因公司发展需要，追加投资各150万元，卢某未追加。其间，卢某不参与C公司股东会议和经营运作等方面的决策，而是利用职权为C公司争取到压缩机采购价格、付款账期的优惠政策；为C公司提供货源保障；授意A公司的潜在客户向C公司购买压缩机。2018年10月，卢某因他人举报害怕被查处，将其持有的C公司股份转让给周某某，但未主张返还出资款，而周某某承诺以后将继续按原出资比例给予卢某分红，卢某同意并继续利用职权为C公司提供帮助。2021年10月，周某某因卢某调离A公司，不再给予其分红。至案发，周某某为感谢卢某对C公司的支持，以原出资比例分红的名义，先后多次送给卢某财物共计789万余元。

## 二、案例分析

本案中，对卢某的行为如何定性，有两种观点。

第一种观点认为：卢某身为国有控股企业董事、副总经理，利用职务便利，与他人合伙投资成立C公司，经营与其所任职企业A公司同类的压缩机业务，获取非法利益789万余元，其行为构成非法经营同类营业罪。第二种观点认为：卢某的出资入股是形式，其利用职务便利为C公司谋

取利益，获取的“分红”系其权力的对价，其行为构成受贿罪。笔者赞成第二种观点。

### 三、释纪说法

#### （一）卢某的行为不构成非法经营同类营业罪

非法经营同类营业罪打击的是国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，违反禁业限制、抢占竞争优势，损害所任职的国有公司、企业利益的行为。该罪通常要求行为人存在独立于职务行为之外客观、真实的经营行为，且其获取的非法利益应与非法经营同类营业行为具有直接的关联，带有经营利润的性质。

本案中，卢某的出资行为本质上不是正常的投资。周、刘二人并不缺少卢某的投资款，两人拉卢某入伙，目的是让卢某利用职权为其谋利，让卢某出资也只是为了掩盖利益输送，卢某主观上对此明知，故其后来转让股份时未主张返还出资款却仍能获得“分红”，而当其调离岗位无法给予C公司各项优待后，“分红”便随即结束。其次，卢某除原始出资外未有真实的经营行为。双方从未就C公司亏损后经营风险如何分担进行约定，且周、刘二人后期投入远高于出资额的资金时，也未要求卢某追加，但仍按照原出资占股比例给予卢某“分红”，可见卢某并不需要承担经营风险。同时，卢某对C公司的“贡献”完全是基于其作为A公司副总的职权，并非基于市场行为，且其从未参与过C公司的股东

会议或市场经营运作等方面的重大决策。因此，卢某不符合非法经营同类营业罪关于“经营”行为的客观要求，其获取的“分红”是周、刘二人对其职权行为的“酬谢”，而不属于非法经营同类营业罪中“非法利益”的范畴。再次，C公司通过授权取得A公司区域销售代理资格，进而从事压缩机销售业务，两公司间不存在竞争或利益冲突关系，故卢某的行为不符合非法经营同类营业罪中违反禁业限制、损害国有企业利益的构成要件。

## （二）卢某的行为构成受贿罪

实践中，国家工作人员打着与请托人“合作”的旗号并出资，再利用职权帮助完成请托事项，最终获取“分红”，表面上看符合正常投资的形式，但本质上是给公权力找一个变现的渠道，在认定此类行为时，必须穿透现象看本质，坚持主客观相一致的原则。

本案中，双方达成权钱交易的合意。周、刘二人邀请卢某出资入股的目的在于利用卢某的职务便利获得压缩机销售保障，卢某对此心知肚明，之后亦利用职权为C公司谋利，使C公司取得与同类企业相比较大的市场竞争优势并从中获利，C公司只承接A公司业务，就迅速发展壮大。另一方面，周、刘二人因公司发展追加高额投资，而卢某并未追加，卢某的股权应当被稀释，但其却仍然能按原入股比例获得“分红”。周某某在卢某股份转让和调离岗位这两个时间

段支付“分红”的不同态度，亦表明一旦卢某丧失为C公司谋利的职权，“分红”基础即随之消失。可见，周、刘二人让卢某进行少量投资，进而不断“分红”给卢某，目的在于以实际出资入股的经济活动为外衣，实质暗中进行利益输送。对卢某而言，其能获得“分红”与其原始出资并无关系，而是与其职权有直接的关联性，系权钱交易的对价，构成受贿罪。

### （三）卢某受贿数额应为全部“分红”款

实践中，对于认缴出资但未实际出资、实际部分出资或者增资扩股时未全额缴纳增资部分等问题，除了影响定性外，还影响犯罪金额的认定。

本案中，卢某所获周某某给予的“分红”并非基于股东权利，而是公权力的变现。卢某在C公司成立时仅出资16.5万元，后期未追加投入，且其后因担心被查处将所持“股份”转让给周某某后仍能继续获取“分红”，亦说明其出资款和所持股份与“分红”之间无必然的联系。该出资款并非真实的民商事投资，不具有风险属性，只是卢某为了让权钱交易符合形式上的合法化，是其为获取巨额“分红”而支付的犯罪成本，无需在受贿金额中扣除。故本案受贿数额应按卢某实际获利计算，即卢某假借分红名义所获得的789万余元。（选编自中央纪委国家监委网站）

# 共同骗取房屋征收补偿款如何定性

## 一、基本案情

刘某，A区房屋安全鉴定所副所长，受该区房管局委派，担任甲片区征收项目组组长。陈某，A区国有B公司办公室主任，负责配合甲片区征收项目组，处理涉及本公司资产的征收事宜。

2020年征收工作启动后，陈某得知B公司乙楼栋（系无产权证工业用房）属于征收范围。为骗取补偿款，陈某在公司内部台账中将乙楼栋性质填写为住宅用房，并谎称征收工作需要，在骆某等七人名下各登记1间房屋，要求在收到补偿款后转交自己，骆某等七人在不知情的情况下予以同意。按照征收工作规定，房屋性质及权属情况需由征收项目组核实确认。为顺利通过审核，陈某找到刘某告知其更改乙楼栋性质的实情，并提出一起合作骗取补偿款。二人商议后约定陈某将乙楼栋的另外4间房屋交由刘某登记，刘某对陈某登记的7间房屋予以确认，各自获取相应的补偿款。随后，刘某采用与陈某相同的方法，以欺骗方式将4间房屋登记在万某等四人名下，万某等四人在不知情的情况下同意收到补偿款后转交刘某。在刘某审核通过11间房屋的性质及

权属情况后，国家按照每间 31 万元的价格进行了征收。陈某收到骆某等七人中五人转交的补偿款，刘某收到万某等四人转交的补偿款。

## 二、案例分析

本案中，对刘某、陈某的行为如何定性以及犯罪金额如何认定，有四种不同意见。

第一种意见认为：陈某以骆某等人名义骗取 7 间房屋征收补偿款的行为构成职务侵占罪，将 4 间房屋交由刘某登记的行为构成行贿罪，应数罪并罚；刘某利用职务上的便利收受 4 间房屋征收补偿款，并为他人谋取利益，构成受贿罪。第二种意见认为：陈某违规处理 11 间房屋的权属登记，致使公共财产遭受损失 341 万元，构成滥用职权罪；刘某利用职务上的便利骗取 4 间房屋征收补偿款，构成贪污罪。第三种意见认为：刘某、陈某均构成贪污罪，陈某贪污金额为 7 间房屋的征收补偿款 217 万元；另外 4 间房屋交由刘某处置后，陈某已无实际支配权，对应的征收补偿款 124 万元由刘某承担刑事责任。第四种意见认为：刘某、陈某构成贪污罪共犯，二人主观上具有非法占有征收补偿款的共同故意，客观上各自利用职务便利共同实施了骗取行为，应当共同对 11 间房屋的 341 万元征收补偿款承担刑事责任。本案中，笔者同意第四种意见。

## 三、释纪说法

### （一）从财物性质上看，陈某的行为不构成职务侵占罪

贪污罪与职务侵占罪均体现为行为人利用职务便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有他人财物，二者的一个主要区别在于侵占的财物性质不同。职务侵占罪的侵害对象是非公共财物，即非国有公司、企业或者其他单位的财物；贪污罪的侵害对象是公共财物，即刑法第九十一条规定的“公共财产”。本案中，刘某、陈某的行为侵害对象是11间房屋的征收补偿款，拨付主体为国家机关，在性质上属于“公共财产”中的国有财产，故而职务侵占罪不能成立。

### （二）从主体身份上看，陈某的行为不构成滥用职权罪

依照刑法相关规定，渎职犯罪的一般主体是国家机关工作人员，相较于贪污受贿犯罪的一般主体为国家工作人员，内涵有所不同。全国人民代表大会常务委员会《关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》对国家机关工作人员的范围进行了明确，规定了“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”等三种类型，认定的关键在于是否代表国家机关从事公务。本案中，陈某系国有企业员工，其职权来自于B公司授权，负责配合处理涉及本公司资产的征收事宜，既未接受国家机关委托，也未从事公务，故而不具有滥用职权罪的主体身份。

### （三）刘某、陈某的行为应认定为贪污罪共同犯罪

贪污罪和受贿罪均以国家工作人员所具有的职权为基础，贪污罪的本质在于“监守自盗”，利用职务便利侵吞自己管理、经营的公共财产；受贿罪的本质在于“权钱交易”，利用职务便利索取或收受他人财物，为他人谋取利益。在贪污案件中，行为人将职务权力作用于管理、经营的公共财产，采用侵吞、窃取、骗取等方式予以非法占有。在受贿案件中，行为人将职务权力作用于行贿人请托的事项，并收受财物作为“交换”。

本案中，陈某将4间房屋交由刘某登记，以换取刘某对另外7间房屋登记的认可，看似是“权钱交易”，实则是共同侵吞公共财产。首先，二人在主观上明知征收补偿款由国家机关拨付，陈某以4间房屋登记为媒介，与刘某形成共同骗取国有财产的犯罪故意。其次，二人在客观上各自行使职权，分别实施了虚假登记、违规审核等行为，共同完成对征收补偿款的骗取。再次，二人在犯罪过程中不存在“权钱交易”和请托事项，不法行为侵犯的客体是国家对公共财物的所有权，而非职务行为的不可收买性。因此，刘某作为国家工作人员，利用审核职权与陈某勾结共同骗取征收补偿款，二人应当以贪污罪共犯论处。

#### （四）刘某、陈某应当共同承担刑事责任

我国刑法确立了共同犯罪“部分行为全部责任”原则，行为人对参与的全部犯罪事实负责，进而根据各自的地位

和作用，承担相应的刑事责任。本案中，刘某、陈某二人的主观故意与客观行为均及于全部 11 间房屋，并共同实现对法益的侵害，因此，都应当对全部犯罪事实和犯罪金额负责。在国家机关全额拨付 11 间房屋的征收补偿款后，刘某、陈某的共同贪污行为即已整体既遂，其中 2 间房屋的征收补偿款未实际转移给陈某，属于贪污既遂后的赃款去向问题，仅能作为酌定量刑情节供司法机关参考。（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10月30日印发

---

(2023年第10辑·总第43辑，共印32份) 组稿：李 强