

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12月28日

目 录

- ◆ 所收房屋灭失后的补偿款是否属于犯罪孳息
- ◆ 向请托人出售房产长期不实际交付如何定性
- ◆ 签订履行合同中失职违规造成损失构成何罪
- ◆ 如何认定实际出资和参与管理经营
- ◆ 如何理解“本单位的盈利业务”

所收房屋灭失后的补偿款是否属于犯罪孳息

一、基本案情

2008年10月，某市副市长张某接受企业主王某请托，利用职务之便为王某企业谋取利益，王某出资100万元购买一套别墅随即送给张某，并将出资情况告诉张某。2018年，该别墅因属于违章建筑被依法强制拆除，张某获得补偿款20万元。

二、案例分析

本案中，张某获得的20万元补偿款是否应作为犯罪孳息追缴，有两种不同意见。

第一种意见认为，20万元补偿款应作为犯罪孳息追缴。理由是，张某因收受他人所送房产而获得补偿款20万元，属于因受贿所得财物而获利的情况，应作为犯罪孳息依法予以收缴，同时，由于该房产灭失，无法追缴原物，应按照收受房产时的价值折价100万元予以追缴，共需向张某追缴120万元。第二种意见认为，20万元补偿款不属于犯罪孳息。理由是，张某收受他人所送房产因被强制拆除获得的补偿款20万元，并不属于受贿所得房产的收益，而是属于受贿所得财物价值减损的情况，该房产由收受时的价值100万

元减损为房产被拆后的 20 万元，因此，向张某追缴 100 万元即可。笔者赞同第二种意见。

三、释纪说法

刑法第六十四条规定，犯罪分子违法所得的一切财物，应当予以追缴或者责令退赔。监察法第四十六条规定，监察机关经调查，对违法取得的财物，依法予以没收、追缴或者责令退赔。监察法实施条例第二百零八条规定，对查封、扣押、冻结的涉嫌职务犯罪所得财物及孳息应当妥善保管，并制作《移送司法机关涉案财物清单》随案移送人民检察院。不难看出，对于受贿房产被强拆后的补偿款是否属于犯罪孳息、是否需要单独予以追缴，关键在于厘清犯罪孳息的概念以及犯罪所得如何追缴的问题。

首先，关于犯罪孳息的概念。“孳息”原本为民法概念，民法典明确，孳息分为天然孳息和法定孳息。天然孳息是指因物的自然属性而获得的收益，法定孳息是指依据法律的规定或者当事人的约定而产生的收益。实践中，犯罪数额计算与追缴时常会涉及孳息的问题，一般认为，犯罪孳息是指犯罪所得产生的收益。在经济学中，收益是指“那部分不侵蚀资本的可予消费的数额”，即收益是财富的增加。因此，孳息的本质是收益，即在犯罪所得原有价值基础上的增值部分，如行为人盗窃所得牲畜后出生的仔畜、受贿所得赃款存入银行获得的利息，等等。

本案中，张某因受贿所得房产被强拆而获得的补偿款，其本质并非因犯罪所得而产生的收益。因为在该房产被强拆的过程中，张某受贿所得已经灭失，犯罪所得或其等价物已不复存在，因强拆获得的20万元补偿款远小于该房产收受时的价值，故已经失去了收益的基础，不存在增值的可能性，反而是犯罪所得价值的减损，其由收受时的价值100万元减损为房产被强拆后的20万元，该20万元是房产被强拆后最终价值的体现。对此问题应综合考虑、全面分析，不能看到张某获得补偿款就认为存在获利的情况，而割裂其受贿所得灭失、价值减损的客观实际，应透过现象看本质，对张某是否存在获利进行实质判断。因此，张某获得的20万元补偿款不宜认定为犯罪孳息。

其次，关于犯罪所得如何追缴的问题。监察法实施条例第二百零九条第二款规定，追缴涉案财物以追缴原物为原则，原物已经转化为其他财物的，应当追缴转化后的财物；有证据证明依法应当追缴、没收的涉案财物无法找到、被他人善意取得、价值灭失减损或者与其他合法财产混合且不可分割的，可以依法追缴、没收其他等值财产。上述规定，对犯罪所得原物出现价值灭失减损时如何追缴进行了明确规定，即依法追缴、没收其他等值财产。

本案中，由于房产被拆，原物已灭失无法追缴，依法应予追缴100万元的等值财产，同时房产被拆后张某获得的

20万元是当地政府考虑到房产建筑时存在一定支出而进行的适当补偿，本质上相当于受贿所得的残值，即实质上存在80万元的价值减损。在实际操作上，可以在向张某追缴上述20万元补偿款的同时追缴价值80万元其他等值财产。

综上，笔者认为，张某因受贿所得房产被强拆而获得的补偿款不属于犯罪孳息，而是犯罪所得价值减损后残值的体现，不能作为犯罪孳息予以单独收缴，而应作为受贿所得残值与其他财产合并补足受贿所得等值财产予以收缴。

此外，需要注意的是，关于受贿房产灭失后的补偿款是否属于犯罪孳息的问题，不能一概而论，需要结合受贿房产的价值和补偿款的数额等具体情况予以分析。若本案中张某受贿所得房产被拆后获得120万元补偿款，虽同样存在受贿所得灭失的情况，但补偿款高于受贿所得房产价值，相当于张某在受贿所得基础上额外获得20万元，存在增值的情况，增值的20万元依法应作为犯罪孳息单独予以追缴，防止行为人因违法犯罪行为在经济上占便宜，坚持应缴尽缴。（选自中央纪委国家监委网站）

向请托人出售房产长期不实际交付如何定性

一、基本案情

2020年下半年，A市甲公司与乙公司发生合同纠纷，

甲公司向 A 市中级人民法院提起诉讼，要求乙公司按约支付 5 亿元，乙公司以甲公司违约在先拒绝支付。案件审理期间，分管该案审理工作的 A 市中级人民法院副院长周某，向甲公司负责人郑某提出，将登记在其子名下的房产以 400 万元的价格卖给郑某。后周某以其子名义和郑某签订了房产买卖合同，将房产证及钥匙交给郑某，未办理房产过户手续，郑某支付 400 万元购房款。2021 年上半年，周某利用职务便利，向案件承办人打招呼，帮助甲公司与乙公司达成调解协议，最终甲公司获得 3 亿余元款项。后经查明，签订房产买卖合同时，该房产市场价为 350 万元，因当时限购政策，无法办理过户手续。2021 年上半年，限购政策取消，双方仍然未办理过户手续。截至 2023 年案发，郑某一直未使用、处置该房产。周某仍保有房屋备用钥匙，并定期打理、使用，周某之子对出售房产有关事项不知情。

二、案例分析

本案中，周某的行为应当如何定性，有三种不同观点。

第一种观点认为，周某将房产以 400 万元出售给郑某，双方签订了买卖合同，并交付了钥匙，形式上完成了交付行为。因此周某的行为是正常的民事活动。第二种观点认为，周某利用职务之便为郑某谋取利益，将房产出售给郑某，价格明显高于市场价，构成受贿犯罪，实际支付价格与市场价之间的差额 50 万元，应当认定为受贿数额。第三种观点认

为，周某的行为虽然符合出售房产的形式要件，但其主观上没有交付房产的真实意愿，客观上也未履行过户义务，房产的所有权未发生转移，且周某利用职务便利实施了为甲公司谋利的行为，本质上是以出售房产为名收受贿赂，受贿数额为400万元。笔者同意第三种观点。

三、释纪说法

一是从行为双方的地位看，正常的房屋买卖是基于平等主体之间发生的民事法律关系，而行受贿关系中受贿方与行贿方存在制约关系。本案中，周某和郑某之间的关系，与普通的民事法律关系有本质区别。首先，周某和郑某是管理与被管理关系，双方的地位不平等。周某明知郑某在诉讼上有所请托，而向郑某提出以400万元出售相关房产。郑某出于让周某利用职权为其谋利的目的，放弃正当权益，既不对价格提出异议，也不要求周某过户房产。其次，周某和郑某之间并非正常的买卖合同当事人关系。郑某本没有购房需求，双方虽然签订了买卖协议，但对房产的价格，郑某既没有进行市场了解，也没有和周某议价。买卖协议签订后，周某仍然对房产进行使用，郑某未对房产取得实质占有。周某和郑某之间所谓的房产买卖显然已经背离了民事法律关系的本质，仅仅是掩饰双方非法行为的一种手段。

二是从行为的实质看，国家工作人员利用职权为他人谋利，通过虚假交易收受财物，应当认定为受贿犯罪。本案

中，周某和郑某之间本质上是行受贿关系。首先，周某主观上没有出售房产的真实意愿。周某借诉讼之机向郑某提出出售房产，签订买卖协议后，周某仍然保留钥匙，并对房产进行使用。限购政策取消后，没有将房产过户给郑某的意思表示和行为，房产的实际权利人也不知道房产出售的情况，充分表明周某没有真实的售房意愿，和郑某签订买卖协议、交付钥匙的行为只是其收受贿赂的幌子。其次，郑某没有主张房产权利的客观行为。郑某对房产未进行任何形式的处置，反而对周某保留房产备用钥匙并使用房产持放任的态度。不动产物权的变动以登记为要件，该房产具备过户条件后，郑某从未要求周某过户，导致该房产所有权在法律上未发生实际转移，客观上仍一直由周某实际控制。本质上，郑某就是以购买房产为名向周某行贿。最后，双方的行为符合权钱交易的本质特征。周某利用职务之便，向案件承办人员打招呼，促成甲乙公司达成调解协议，甲公司因此获得3亿余元。为感谢周某帮助，郑某放任其继续使用房产、长期不将房产过户，实际上是放弃主张该房产的权利，而默认将400万元“购房款”送给周某。双方对此心照不宣，已经达成行受贿的合意，符合权钱交易的特征。周某的行为本质上是以出售房产为名行收受贿赂之实，而郑某为谋取不正当利益送给周某财物也已构成行贿罪。

三是从非法占有的故意看，受贿犯罪数额应当根据非法

占有的对象来确定。本案中，准确认定周某受贿数额，关键在于厘清周某的行为与以明显高于市场的价格向请托人出售房产行为的区别。据周某和郑某交代，双方并没有真实买卖房屋的意愿，之所以签订房屋买卖协议，并移交钥匙，目的是给行受贿行为披上“合法”的外衣以逃避法律的追究。周某提出以400万元向郑某出售房屋，真实意图就是收受郑某400万元，郑某亦心领神会，所以在限购政策取消后，双方仍不办理过户手续。周某的行为本质上是以虚假售房的方式收受贿赂，而非以明显高于市场的价格向郑某出售房产，其非法占有的对象是郑某全部400万元“购房款”，而非50万元的价差，这与其长期不过户房产的客观行为是一致的。因此，周某受贿数额应认定为400万元。（选编自中央纪委国家监委网站）

签订履行合同中失职违规造成损失构成何罪

一、基本案情

案例一：张某系国有独资A公司董事长，长期在国企工作，具有丰富经营管理经验。杨某系张某“发小”，两人交情深厚，杨某经营B商贸公司（以下简称B公司）销售钢材。2022年1月，B公司通过招标与A公司签订合同，约定B公司向A公司分两期供应5000吨螺纹钢，合计1695

万元。合同约定，A 公司对 B 公司第一批 2500 吨钢材验收后支付一半货款。由于 B 公司资金紧张，杨某请托张某提前支付一定货款。因涉及大额资金，按公司章程等规定需召开董事会研究，但张某基于两人私交，直接安排财务部门提前支付 500 万元货款。杨某拿到货款后向他人订货时被骗，B 公司资金链断裂，进而导致 A 公司 500 万元货款无法被追回。事后，张某辩称自己没有预料到杨某被骗，没有滥用职权故意。经查，该公司没有提前支付货款的先例。

案例二：2021 年，袁某担任国有独资公司 C 钢构公司（以下简称 C 公司）副总经理期间，分管采购工作。该公司时任采购经理黄某负责采购钢材和结算货款，黄某为贪污钢材款，在采购专务系统中用多份相同采购合同申请向卖方支付货款。袁某在审核钢材采购合同及付款申请工作中，马虎草率，极端不负责任，对合同签订时间、编号及合同相对人是否雷同等，未认真比对审核，致黄某顺利取得钢材货款并予以贪污，造成 C 公司损失 348 万余元。

案例三：冯某，国有独资 D 粮食公司（以下简称 D 公司）副总经理，分管该公司粮油贸易业务，对自己的市场判断向来自信。E 粮油贸易公司（以下简称 E 公司）法定代表人沈某认识冯某后，与 D 公司开展粮食贸易。2021 年 6 月，D 公司与 E 公司签订玉米购销合同，约定由 E 公司采购玉米后直接发往某地，付款方式为见火车货物托运凭证付款。

合同签订前，冯某由于认为玉米系紧俏商品，预判公司获益较大，为尽快进货，未通过查询国家企业信用信息公示系统等方式审核 E 公司信用（当时 E 公司被多家公司起诉），也未将合同交由公司法律合规部评估，便匆忙签订合同。合同履行过程中，2022 年上半年，沈某通过修改运输货票号等方式，制作 102 张假货票发给冯某。冯某考虑到货源紧俏、时间紧急，轻信沈某发来的货票，未进一步核实货票便匆忙签字，同意支付 200 万元货款。后 D 公司工作人员察觉沈某涉嫌诈骗建议报案，冯某因担心案发被问责而拒绝，致使 D 公司损失 200 万元。

二、案例分析

上述三个案例，虽然均与国有公司人员签订、履行合同行为有关，但案件的定性并不相同。案例一中，张某身为国有公司领导人员，违反公司章程等规定，滥用职权，擅自付款，造成国家利益遭受重大损失，涉嫌国有公司、企业人员滥用职权罪。案例二中，袁某在审核合同及付款申请工作中，马虎草率，极端不负责任，导致严重损失，涉嫌国有公司、企业人员失职罪。案例三中，冯某身为分管 D 公司负责粮油贸易工作的领导，在签订、履行合同过程中，严重不负责任，并被合同相对人骗取货款，致使国家利益遭受重大损失，涉嫌签订、履行合同失职被骗罪。

三、释纪说法

（一）区分国有公司、企业人员滥用职权罪或失职罪以及签订、履行合同失职被骗罪的基本思路

笔者认为，行为人的具体身份、主观心态、履职行为与签订履行合同的关联度及履职行为具体表现，是区分前述三个罪名的关键。

关于行为人的具体身份。上述三个罪名的犯罪主体均要求是国有企业工作人员，但在具体身份上有所差异。根据刑法第一百六十八条规定，国有公司、企业的工作人员滥用职权，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，构成国有公司、企业人员滥用职权罪。可见，国有公司、企业人员滥用职权罪的犯罪主体是国有公司、企业工作人员。案例一中，张某系A公司董事长，符合该罪犯罪主体要求。根据刑法第一百六十八条规定，国有公司、企业工作人员严重不负责任，造成国有公司、企业破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，构成国有公司、企业人员失职罪。案例二中，袁某系C公司分管采购工作的副总经理，符合该罪犯罪主体要求。根据刑法第一百六十七条规定，国有公司、企业直接负责的主管人员在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗，致使国家利益遭受重大损失，构成签订、履行合同失职被骗罪。直接负责的主管人员，主要指对合同签订、履行发挥决策、执行等关键作用的管理人员，范围小于前述国有公司、企业的工作

人员。案例三中，冯某作为 D 公司副总经理，分管粮油贸易业务，符合该罪犯罪主体要求。

关于行为人的主观心态。在前述三个罪名中，一般认为，国有公司、企业人员滥用职权罪系故意犯罪，国有公司、企业人员失职罪及签订、履行合同失职被骗罪系过失犯罪，但由于三个罪名均具有背离职责要求、不正确履职等具体表现，实践中，有的行为人会辩称其不正确履职行为系出于过于自信的过失而非放任犯罪结果发生的间接故意，对此应结合案件事实全面分析。比如，案例一中，张某辩称提前支付货款的原因在于过于信赖“发小”杨某，没有滥用职权故意。

关于系滥用职权还是失职，笔者认为，应从行为人的具体职责、专业素养、违规具体表现等方面，结合案件事实综合研判是否具有滥用职权故意。一是张某的具体身份及经历。张某系 A 公司董事长，对支付货款等重要事项具有较大决策权或建议权。张某具有丰富企业管理经验，明知依据合同约定不能提前支付货款，应当知晓提前支付货款可能存在的风险，仍坚持提前支付货款，显然具有放任心理。需要注意的是，要宏观把握滥用职权故意，滥用职权故意主要针对滥权行为本身。案例一中，张某滥用职权的故意在于未经集体研究提前付款，只需要其认识到滥用职权可能导致的危害结果即可，不要求张某积极追求损害结果发生。二是与合

同相对人具体关系。张某与杨某具有“发小”私交，关系密切，具有较强徇私动机。三是履职违规性具体表现。滥用职权行为包括行为人超越职权和不正当行使职权。A公司此前没有提前支付货款先例，且按公司章程等规定需召开董事会研究，张某未按规定提交董事会研究，而是直接授意财务部办理，系超越行使职权，对损失的发生起决定性作用。就国有公司、企业人员失职罪及签订、履行合同失职被骗罪的犯罪主观方面来说，对被诈骗及造成所在公司、企业损失的后果均系过失，亦可根据上述标准判断行为人的主观方面。首先，从与合同相对人、具体经办人关系看，案例二中的袁某与黄某、案例三中的冯某与合同相对人沈某均无私交。其次，从履职是否违规的具体表现看，袁某、冯某均没有类似于张某直接授意等推动违规支付货款的作为，更多体现了疏忽大意、粗枝大叶等不作为特征，可印证主观上是疏忽大意状态。

关于履职行为与签订、履行合同的关联度。三个罪名中，签订、履行合同失职被骗罪与签订、履行合同关系最为密切。案例一中，虽然发生在合同履行过程中，但张某出于与合同相对人杨某私交，借助合同履行帮助杨某，违规提前支付货款是张某滥用职权的表现，且杨某是为他人所骗，其本人不存在诈骗张某的故意和行为。案例二中，黄某并非合同相对人，采购合同只是其贪污货款的载体。案例三中，冯

某失职行为完全发生在签订、履行合同中，履职行为与合同签订、履行联系紧密，且在签订、履行合同过程中被骗，因此，冯某构成签订、履行合同失职被骗罪。

（二）国有公司、企业人员失职罪和签订、履行合同失职被骗罪中“严重不负责任”的界定

根据刑法第一百六十八条规定，国有公司、企业人员失职罪要求国有公司、企业工作人员严重不负责任。根据刑法第一百六十七条规定，签订、履行合同失职被骗罪要求国有公司、企业直接负责的主管人员在签订、履行合同过程中，因严重不负责任被诈骗。两个罪名均将“严重不负责任”作为构成要件。实践中，如何认定“严重不负责任”，以及两罪关于“严重不负责任”的程度是否一致，存在不同认识。

有观点认为，由于前者不要求被诈骗，后者要求将诈骗作为介入因素，故前者“严重不负责任”具体程度要高于后者。笔者不同意此观点，从刑法条文表述看，两个罪名均表述为“严重不负责任”，具有内在一致性，不宜硬性切割，仍需结合两个罪名客观方面具体把握。根据国家监委《关于办理国有企业管理人员渎职犯罪案件适用法律若干问题的意见》相关规定，“严重不负责任”指行为人不履行或者不正确履行职责，主要表现为工作中轻率大意、粗枝大叶，不认真开展市场调研或者擅离职守、对分工负责的工作失管失察。

就签订、履行合同而言，笔者认为，根据合同签订、履行等不同阶段，下列情形可认定为“严重不負責任”：一是在签订合同阶段，因疏忽大意或过于自信，不认真分析研究，违背客观经济规律，不听取意见和建议，盲目决策。有的在合同签订前的接洽、谈判阶段，麻痹大意、作风漂浮，未按规定认真审查合同相对方的主体资格、资信资质、履约能力、产品质量等信息，盲目轻信对方签订合同。如案例三中，冯某未认真审核 E 公司信用状况，应当发现 E 公司信用状况而未发现，可视为“严重不負責任”。

二是在履行合同阶段失察失责、马虎草率，对本单位利益遭受损失存在重大过错。案例二中，袁某在负责审核采购合同及付款申请工作中，主要表现为敷衍塞责、粗枝大叶，不注意比对，未能及时发现采购专务系统内同一合同下重复申请付款问题。案例三中，冯某作为 D 公司分管粮油贸易业务的负责人，主要表现为过于自信对市场行情判断而忽视交易风险，且未对货票进行审核便匆忙签字付款。

三是合同履行结束后，发现合同相对方等人涉嫌诈骗，有的出于掩盖事实、逃避责任等动机，怠于采取报案、诉讼、仲裁等措施，不积极催要货款、交付货物、解除合同，放任诉求超过诉讼、仲裁等时效，甚至纵容诈骗分子潜逃，致损失扩大。如案例三中，在工作人员发现沈某涉嫌诈骗提出报案后，冯某因担心被问责而拒绝报案，错失挽损时机。

（三）准确认定签订、履行合同失职被骗罪和国有公司、企业人员失职罪

由于签订、履行合同中失职和被骗行为并存交织现象客观存在，导致实践中对于定性为签订、履行合同失职被骗罪还是国有公司、企业人员失职罪存在不同认识。对此，参照《刑事审判参考》“王琦筠等国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗案”指导精神，签订、履行合同失职被骗罪和国有公司、企业人员失职罪区分关键在于：一是前者的失职行为必须发生在合同的签订、履行过程这一特定环节；后者的失职行为可发生在国企人员履职任何过程中，无具体时空范围的限制。二是前者损害后果的发生系行为人的失职行为和合同相对方的诈骗行为共同导致的。失职行为与诈骗行为的关系既可能是因行为人的失职行为导致合同相对人有机可乘而诈骗；也可能是行为人审查不严，未恪尽职守，轻信对方被骗；或在被骗后未积极采取补救措施致利益受损。而后者仅要求行为人失职行为与损害后果存在刑法上的因果关系，不需要结合合同相对人等第三人行为认定。

就前述三个案例来说，案例一中，虽然合同相对人杨某拿到货款后为他人所骗，但杨某申请提前支付货款时没有诈骗A公司的主观故意和客观行为，因此张某不构成签订、履行合同失职被骗罪。案例二中，黄某在采购专务系统内同一合同下反复申请付款系贪污行为，而非诈骗行为。因此，

案例一和案例二的事实虽然都发生在履行合同环节，但合同相对人均不存在诈骗行为。案例三中，冯某出于看好市场行情，为急于签订、履行合同被诈骗，符合签订、履行合同失职被骗罪构成要件。需要注意的是，依据最高人民法院刑二庭《关于签订、履行合同失职被骗犯罪是否以对方当事人的行为构成诈骗犯罪为要件的意见》，合同相对方的诈骗行为，是指相对方的行为已涉嫌诈骗犯罪，而不以其行为已被法院判决认定构成诈骗犯罪作为立案追诉的前提。此外，如行为人的行为既符合国有公司、企业人员失职罪犯罪构成要件，同时又符合签订、履行合同失职被骗罪的特别规定，应当适用特别规定，以签订、履行合同失职被骗罪定罪处罚。（选编自中央纪委国家监委网站）

如何认定实际出资和参与管理经营

一、基本案情

2020年1月，某镇镇长林某利用职务之便将辖区便民中心改造项目发包给其子林小某、杨某（林小某朋友）共同实施，并约定“利润平分”。项目实施过程中，杨某负责人工材料费垫付、工程进度督导、纠纷协调处理等事宜。林小某对工程项目的具体实施情况并不过问，仅偶尔从事开车、买水等打杂事项。此外，林某一方在项目承揽时向杨某表达

过出资意愿，但在项目实施过程中一直未出资，项目完工后，林某在杨某的要求下垫付税费3万元。工程款陆续拨付到位后，杨某扣除成本（含林某支付的3万元税费）支付给林某一方38万元。

二、案例分析

本案中，林某“出资”并安排其子“参与”项目，事后收受杨某财物的行为是否构成受贿罪？

第一种意见认为林某不构成受贿罪。理由是，税费是工程项目的必然支出，属于项目整体的一部分，林某支付税费的行为可视为一种出资。同时，在项目实施过程中，林小某跟随杨某“跑现场”，可视为参与了项目的管理、经营。因此，不应认定林某构成受贿罪。第二种意见认为林某构成受贿罪。理由是，出资本质上是一种共担风险行为，目的是保证项目顺利实施。林某支付税费的行为发生在项目完成后，且相应工程款也即将拨付，不属于投资。另外，林小某“跑现场”的行为对于整个项目的推进并未起到实质性作用，不应认定其参与了项目的管理、经营。因此，应认定林某构成受贿罪。笔者赞同第二种意见。

三、释纪说法

2007年“两高”《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）明确规定，“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以合作开办公司或

者其他合作投资的名义获取‘利润’，没有实际出资和参与管理、经营的，以受贿论处”。不难看出，认定“合作”投资型受贿的关键在于准确理解“实际出资”和“参与管理、经营”两个行为要素。

首先，“实际出资”应重点考察出资的真实性、风险性和主体的平等性。其一，实际出资是一种真实出资，对于由请托人代为出资或由请托人垫资，事后以“利润”归还垫资的，实践中一般认定为虚假出资。因为这种情况下，国家工作人员从始至终并未实际投入资金，属于“空手套白狼”。其二，投资是一种风险性行为，在真实的投资活动中，投资各方需要审慎考虑投资风险。如果国家工作人员进行的投资活动，收益与风险完全不成正比，甚至毫无风险性，则不宜认定为正常投资。其三，投资是一种民事行为，各主体之间应体现平等性。如果投资主体之间是管理与被管理的关系，且投资内容属于国家工作人员职权范围内的事项，则投资主体之间便不具有平等性。

本案中，尽管林某一方在项目承揽时表达过出资意愿，但在项目实施过程中从未出资，至项目完工后，林某作为项目发包方的负责人，已然意识到此时出钱毫无风险，且在该项目中，林某与杨某作为管理者与被管理者的关系，不具备主体平等性，因此，林某支付3万元税费的行为不宜认定为“实际出资”。

其次，“参与管理、经营”应以在经济活动中的重要性为标准。管理、经营是经济学概念，意指为实现特定目的，依据一定的原则、程序、方法、手段等，对人、财、物等资源进行合理分配并实现有机运行的一系列活动的总称。在经济活动中，经营、管理与资金投入是最为重要的两大要素，《意见》亦将“实际投资”与“参与管理、经营”并列作为认定“合作”投资型受贿的消极要件。笔者认为，管理经营应具有以下特点。其一，参与管理、经营活动是由投资者权限派生出来的权力，它根源于投资者对投资项目的支配和控制权，因此，管理、经营是投资者的一种职权行为，实践中应当区分参与管理、经营与不具有职权内容的劳务活动。其二，参与管理、经营应对经济活动起实质促进作用。《意见》未对参与管理、经营的程度作出明确说明，实践中，对于参与到何种程度可以认定为参与管理、经营存在不同认识。笔者认为，参与管理、经营行为，应对相关经济活动起到实质性的助推作用。这是因为，贿赂犯罪的本质是权钱交易，所侵害的法益是职务行为的廉洁性。如果国家工作人员对经济活动作出实质贡献的管理、经营行为与权钱交易无关，则不构成受贿。如果国家工作人员或其指定的第三人参与管理经营的行为对整个经营活动无实质助推作用，只是徒有其表，却收受大额好处，则显然存在权钱交易的嫌疑。

本案中，林小某仅从事开车、买水等一般劳务性活动，

与正常投资者的职权职务行为并无关联，且其行为对整个项目的推进未起到任何实质性作用。因此，林小某的行为不宜认定为参与管理、经营。

综上，笔者认为，林某虽然在项目承揽时表达过出资意愿，但未实际出资；安排其子参与工程项目，但其子仅从事一般劳务性活动，对项目推进未起到实质性作用，未实际参与管理、经营。林某利用职务之便将项目发包给林小某、杨某共同实施，收受杨某 38 万元的行为应当认定为受贿罪。（选编自中央纪委国家监委网站）

如何理解“本单位的盈利业务”

一、基本案情

A 集团公司是某市属国有全资公司，营业范围是酒店运营和房地产开发，彭某从 2018 年 1 月至案发一直担任 A 集团公司党委书记、董事长。

2015 年 2 月，A 集团公司董事会鉴于集团系统内装修项目较多，决定全资设立 C 装修公司，并要求将集团所属公司的装修项目原则上交给 C 公司承揽，C 公司因此承揽了集团所属公司大部分装修项目。C 公司总经理刘某由 A 集团公司任命，该公司每年结算时，如公司盈利则上交部分利润给 A 集团公司。

2020年2月，彭某通过给B酒店（A集团公司的全资子公司）总经理赵某打招呼，采取拆分项目方式规避招投标，将B酒店上报给A集团公司年度计划中的装修项目直接指定给其妻弟王某经营的D公司承揽，王某从中获利300万元。2022年3月，彭某案发。经查，彭某自2018年3月开始多次收受他人贿赂，数额巨大，但与王某没有经济往来。

二、案例分析

根据刑法第一百六十六条规定，国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务便利，将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营的，或者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，或者向自己的亲友经营管理的单位采购不合格商品的，致使国家利益遭受重大损失的行为，构成为亲友非法牟利罪。本案中，彭某身为国有公司董事长，利用对A集团公司下属B酒店的经营管理权和人事管理权，在明知公司规定要将集团系统内的装修项目原则上交由C公司承揽的情况下，采取对有隶属和制约关系的赵某打招呼的方式，将B酒店装修项目交由其妻弟王某经营的D公司承揽，致使D公司实际获得巨额收益，而C公司预期收益遭受重大损失，构成为亲友非法牟利罪。

三、释纪说法

本案中，对于彭某为王某打招呼承揽 B 酒店装修项目的行为是否构成亲友非法牟利罪，难点在于，能否认定 C 公司属于彭某的“本单位”，以及能否认定 B 酒店发包的装修项目属于 C 公司的“盈利业务”，以及国家利益是否遭受重大损失等。

（一）准确把握为亲友非法牟利罪的客体要件

国有企业是中国特色社会主义的重要物质基础和政治基础，是我们党执政兴国的重要支柱和依靠力量。党和人民把国有资产交给企业领导人员经营管理，是莫大的信任。国有企业领导人员是党在经济领域的执政骨干，肩负着经营管理国有资产、实现保值增值的重要责任。国有企业领导人员必须做到对党忠诚、勇于创新、治企有方、兴企有为、清正廉洁。

为亲友非法牟利行为在法律上也称为背信经营行为。公司法第一百四十七条规定，董事、监事、高级管理人员应当遵守法律、行政法规和公司章程，对公司负有忠实义务和勤勉义务。我国刑法设置为亲友非法牟利罪，是为了督促国有公司、企业、事业单位的工作人员特别是负有管理职责的人员，忠诚履行确保国有资产保值增值的职责，防止其利用职务便利将国家利益输送给亲友而造成损失，保护的法益是国家利益和国有公司、企业、事业单位人员的职务廉洁性。

为亲友非法牟利罪侵犯的客体是双重客体，即国有公

司、企业、事业单位的经营管理秩序和国有公司、企业、事业单位工作人员职务行为的廉洁性。国有公司、企业、事业单位的正常管理秩序是由一系列管理制度所建立起来的秩序，它体现了国家在管理、引导、规制国有公司、企业、事业单位在各种活动中必须遵循的基本要求。同时，为亲友非法牟利罪是国有公司、企业、事业单位工作人员利用职务之便实施的犯罪。国有公司、企业、事业单位工作人员受国家委托经营管理国有资产，承担着使国有资产保值增值的职责。国有公司人员利用职务便利将本单位的利益输送给自己的亲友，本质是腐败行为。

本案中，A集团公司基于统筹集团内部装修项目管理经营的需要，通过董事会决议的形式，决定设立C公司，并要求集团内部装修项目原则上交由C公司承揽。公司董事会的决议和要求，是公司经营管理秩序的具体表现形式，对包括管理人员在内的全部公司职员具有约束力。彭某作为A集团公司的董事长，在明知上述决议和要求的前提下，利用职务便利将B酒店装修项目交由其亲友承揽，直接侵害了公司对装修项目的经营管理秩序。同时，彭某作为市属国有公司董事长，本应坚守为A集团公司及其所属公司代表的国有资产保值增值的职责，却背弃职责要求，优亲厚友、损公肥私，虽未直接收受王某的好处，但将原则上由其管理的下属公司承揽的盈利项目，交由其亲友经营的公司承揽，实

质上造成了本单位收益减少，侵害了国有公司管理人员职务廉洁性，侵害了为亲友非法牟利罪保护的法益。

（二）彭某是 A 集团公司董事长，并未在 C 公司任职，能否认定 C 公司是彭某的“本单位”

根据刑法第一百六十六条规定，为亲友非法牟利罪的行为表现之一是“将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营”，因此，如何认定“本单位”至关重要。实践中，有观点认为，本单位仅仅指行为人所任职公司，如果其任职公司下设分公司、子公司，因分公司、子公司等具有独立法人资格，而行为人又不在分公司、子公司任职，则不能认定这些分公司、子公司是其“本单位”。笔者不同意此观点，笔者认为，彭某任职的 A 集团公司投资成立的 C 公司属于“本单位”范畴。

根据 2022 年国家监委印发的《关于办理国有企业管理人员渎职犯罪案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》）第七条“关于为亲友非法牟利罪”第（一）项“本单位盈利业务”的相关规定，“本单位”既包括行为人所在的公司、企业，也包括该单位所属分支机构及其投资入股的公司、企业等。

本案中，从形式上看，B 酒店、C 公司均是由 A 集团公司全资设立，是 A 集团公司“投资入股的公司”；从实质上看，A 集团公司设立 C 公司的目的，就是为了承揽集团内

部的装修项目，并要求集团内部装修项目原则上交由 C 公司承揽，C 公司的主要负责人由 A 集团公司任命，收益也与 A 集团公司共享。因此，B 酒店、C 公司均属于彭某履职范畴内的“本单位”。

（三）B 酒店的装修项目是否属于 C 公司的盈利业务

根据《意见》第七条规定，“盈利业务”是指行为人将该业务交由其亲友经营时，根据当时市场环境和经济预期，在正常经营管理条件下，有较大获利可能的业务；将上述盈利业务交由亲友经营后未获利的，不影响盈利业务的认定；盈利业务被拆分出的某一具体业务环节，仍属于盈利业务。

因 A 集团公司的经营范围不包括装修业务，故在认定 C 公司属于彭某履行职务范畴内的“本单位”基础上，需要进一步判断 B 酒店的装修项目是否属于 C 公司的盈利业务。笔者认为，可参考法学理论上关于“公司机会”认定方式，以是否利用职务便利、是否与公司的经营活动密切相关认定。具体来说，判断是否属于本单位的盈利业务，应主要考察该盈利业务是否系公司董事及高级管理人员利用职务上的便利而知悉、该业务是否与本公司的商业活动范围（经营范围）有密切联系、提供业务的人的主观意图、是否符合本公司利益等因素来综合认定。

对于其中的“利用职务上的便利”，《意见》第四条规定，刑法第一百六十五条、第一百六十六条规定的“利用职

务便利”，既包括利用本人在经营、管理国家出资企业事务中的职权，实践中通常表现为利用自己掌管材料、物资、市场、计划、销售、项目、人事、资金等方面的职权，也包括利用职务上有隶属、制约关系的他人的职权，且不限于直接主管下属。是否具有职务上的隶属、制约关系，应当结合行为人任职单位的性质和职能、所任职务，法律的规定、政策的影响、实践中的惯例、国情形成的制度安排等具体认定。因在某项公共事务中担负的职责对他人具有制约关系的，可认定为在职务上有制约关系。

结合《意见》规定和“公司机会”理论，笔者认为，本案中 B 酒店的装修项目属于 C 公司的盈利业务，理由是：

首先，从彭某的履职要求来看，彭某作为 A 集团公司的董事长，应当忠实履行为 A 集团公司及其投资的公司经营活动谋求收益的职责，在履职过程中获悉的商业机会，应当优先通知本集团有经营能力的公司，并努力促成该公司获得盈利机会。然而，彭某违背忠实履职的义务，非但没有优先将该盈利机会通知其管理的下属公司，更是利用对 B 酒店的人事管理权，将装修项目指定给自己的亲属承揽，客观上造成了 C 公司丧失了盈利机会。

其次，从彭某利用的职务便利来看，主要有两个方面，一方面是彭某利用其担任 A 集团公司董事长掌管年度计划的职务便利，获悉了 B 酒店将开展装修项目的商业机会；

另一方面，彭某利用其对下属公司负责人的人事管理权，通过给有职务隶属关系的赵某打招呼，将 B 酒店装修项目指定给其亲属承揽。如果没有介入彭某为亲友谋取私利的动机和违反尽职要求的干预行为，正常情况下，C 公司有极大可能性获得 B 酒店的装修业务并因此获得盈利。

再次，从是否符合 A 集团公司利益来看，A 集团公司及其投资的公司作为市场经济主体，在公平参与市场竞争的原则下，应当通过增强竞争优势、完善管理体制、拓展经营范围等方式，实现国有资产保值增值，C 公司就是在这种体制下应运而生的，其成立的初衷就是解决集团公司装修项目多、利润大，但没有经营能力的困境。C 公司通过承接集团内部的装修业务，可以将该类项目利润留在集团内，以达到最大限度维护国家利益的目的。B 酒店作为 A 公司所属子公司，其开展生产经营活动需要符合 A 公司的整体发展、政策导向和实际利益，其发包的装修项目，亦应当遵循 A 集团公司的经营管理制度和要求，原则上应当交由与集团公司存在共同利益的 C 公司承揽。综上，B 酒店的装修项目应属于 C 公司的盈利业务。

（四）如何认定彭某为亲友非法牟利行为造成的国家利益损失

根据《意见》第五条关于“国家利益遭受损失”及挽回处置第（一）项“国家利益遭受损失的认定”的相关规定，

刑法第一百六十六条、第一百六十八条规定的“国家利益遭受重大损失”和“国家利益遭受特别重大损失”，既包括国家经济损失，也包括造成国家出资企业破产、停业、停产，或者被吊销许可证和营业执照，责令关闭、撤销、解散等情形。其中，国家经济损失包括直接经济损失和间接经济损失。计算损失数额时应重点把握以下方面：一是行为人的渎职行为或者其关联行为涉嫌渎职犯罪，被监察机关立案调查时已经实际造成的经济损失，包括为恢复企业正常的管理活动和挽回损失而支付的各种开支、费用等，应当计入国家利益遭受损失数额。二是依据市场及国家出资企业经营管理惯例，对于数量明确、正常情况下可以确定获得的预期利益损失，应当计入国家利益遭受损失数额。三是因渎职犯罪造成国有控股、参股公司的经济损失，可全部认定为国家利益遭受损失。四是行为人将本单位的盈利业务交由亲友经营，涉嫌为亲友非法牟利罪的，亲友经营所得（按照盈利业务经营收入扣除直接用于经营活动的适当合理支出计算）全部计入非法获利数额。五是行为人涉嫌为亲友非法牟利罪且国家利益遭受损失数额无法计算时，可将亲友非法获利数额认定为国家利益遭受损失数额。

本案中，根据 A 集团公司经营管理惯例和岗位职责要求，彭某本应支持 C 公司承揽 B 酒店的装修项目，在正常情况下 C 公司可以确定获得预期利益，但其背弃职责要求，

利用职务上的便利将该装修项目交由其亲友经营管理的公司承揽，并因此获利 300 万元。C 公司的损失，可以从两个方面予以认定：一是预期利益损失，可以通过评估方式确定 C 公司在正常情况下经营该项目可以获得的利益；二是在无法评估的情况下，将王某非法获利数额 300 万元认定为国家利益遭受损失的数额。（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12月29日印发

（2023年第12辑·总第45辑，共印30份） 组稿：李 强