

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1月31日

目 录

- ◆ 国有公司人员渎职犯罪竞合时如何处理
- ◆ 骗取型贪污中利用职务便利之认定
- ◆ 为胞弟购房要求他人居间说情“打折”怎样定性
- ◆ 利用职权获取项目后转卖获利怎样定性
- ◆ 仅交少量定金待房产升值后转售获利如何认定

国有公司人员渎职犯罪竞合时如何处理

一、基本案情

张某，某市国有控股 A 公司副总经理兼进口业务部经理，负责公司某进口化工原料的销售工作。2016 年，张某利用该化工原料市场交易价格波动较大之机，操纵该公司与其姐姐实际控制的私营企业开展该化工原料购销业务，通过在市场高价时不签合同违规发货、低价时再签合同收款的方式，以明显低于市场的价格向其姐姐实际控制的私营企业销售化工原料，帮助其姐姐非法获利 100 万元。2017 年，A 公司以正常市场价格与张某姐姐出资经营的另一家私营企业签订购销合同，此后，张某违反 A 公司先收取货款后发货的规定，擅自将 300 吨化工原料发货给该私营企业，之后该私营企业一直未支付货款且因经营不善宣告破产，造成 A 公司损失 300 万元。2018 年，张某接受某私营企业主李某请托，违反公司决策制度，操纵 A 公司与李某关联的私营企业开展无真实交易的“商贸”业务，并向李某控制的有关公司支付巨额款项，张某因此先后收受李某给予的财物 50 万元。后因李某下落不明，导致 A 公司巨额款项无法回收，造成经济损失 1000 万元。

二、案例分析

对于张某上述行为的认定，有两种意见。

第一种意见认为：张某滥用职权，前后与其姐姐关联的两家私营企业违规开展业务的两个行为，系延续的同一犯罪行为，应一并认定为国有公司人员滥用职权罪；张某接受李某请托，为其滥用职权并收受贿赂，系一个行为违犯两个罪名，为避免重复评价，应从一重罪处罚。第二种意见认为：张某前后与其姐姐关联的两家私营企业违规开展业务的两个行为应当分别评价，其前一行为构成为亲友非法牟利罪，后一行为构成国有公司人员滥用职权罪；张某因接受李某请托而实施的滥用职权和受贿行为虽然系牵连关系，但依法应予数罪并罚。笔者同意第二种意见。

三、释纪说法

（一）准确把握为亲友非法牟利罪与国有公司人员滥用职权罪的区别

为亲友非法牟利罪和国有公司人员滥用职权罪均系刑法分则第三章第三节“妨害对公司、企业的管理秩序罪”中的不同罪名。为亲友非法牟利罪系依照刑法第一百六十六条规定，即国有公司、企业工作人员，利用职务便利，有将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营、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、向自己

的亲友经营管理的单位采购不合格商品等三种情形，使国家利益遭受重大损失的，构成该罪。国有公司、企业人员滥用职权罪系依照刑法第一百六十八条规定，即国有公司、企业的工作人员，由于滥用职权，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，构成该罪。上述两个罪名，犯罪主体相同，犯罪客体相似，量刑尺度一致。在犯罪主体为国有公司工作人员的情况下，刑法关于为亲友非法牟利罪的规定系国有公司人员滥用职权罪的特别规定，两者是法条竞合的关系。简而言之，为亲友非法牟利罪的客观行为方式仅限于刑法第一百六十六条规定的三种情形，国有公司工作人员实施这三种行为致使国家利益遭受重大损失的，应按照为亲友非法牟利罪认定；国有公司工作人员实施刑法第一百六十六条规定以外的行为，滥用职权造成国有公司破产或者严重损失，致使国家利益遭受重大损失的，即使客观上为亲友谋取了利益，也应当按照国有公司人员滥用职权罪认定。因此本案中，张某前后与其姐姐关联的两家私营企业违规开展业务的两个行为，一个系利用职务便利，以明显低于市场价格向亲友经营管理单位销售商品的行为；另一个以市场价签订合同，主观上并非为亲友非法谋利，客观上也不存在低卖高买行为，只是违反公司规定先行发货，且对后续因客观原因不能支付货款不具有明知，系滥用职权行为，应当分别以为亲友非法牟利罪、国有公司人员滥用职权

罪定性处理。

（二）准确理解国有公司人员滥用职权罪与受贿罪的竞合关系

依照“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》（以下简称《办理国资企业职务犯罪案件意见》）第四条第四款规定，国家出资企业中的国家工作人员因实施刑法分则第三章第三节渎职犯罪并收受贿赂的，依照处罚较重的规定定罪处罚，即从一重罪处罚。同时，依照“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《贪污贿赂司法解释》）第十七条规定，国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，为他人谋取利益，同时构成受贿罪和刑法分则第三章第三节、第九章规定的渎职犯罪的，除刑法另有规定外，以受贿罪和渎职犯罪数罪并罚。因此，对于行为人同时犯国有公司人员滥用职权罪和受贿罪，《办理国资企业职务犯罪案件意见》和《贪污贿赂司法解释》作出了“从一重罪处罚”和“数罪并罚”的不同规定。而《贪污贿赂司法解释》于2016年印发，晚于2010年印发的《办理国资企业职务犯罪案件意见》，且《贪污贿赂司法解释》第二十条明确规定，此前发布的司法解释与本解释不一致的，以本解释为准。因此本案中，张某接受李某请托而实施的滥用职权和受贿行为，应当适用《贪污贿赂司法解释》的有关规定，以国有公

司人员滥用职权罪和受贿罪并罚处理。

（三）准确认定因渎职犯罪造成国有控股、参股公司经济损失的数额

本案中，张某的犯罪行为给 A 公司造成巨大损失。因 A 公司是国有控股公司而非国有独资公司，对于“国家利益遭受损失”数额的认定，存在“比例说”“整体说”等不同观点。笔者认为，在企业经营过程中，企业的收益及债务都是基于一个经营整体才能产生，在适用刑法保护该社会关系时理应整体保护。因此，国家出资企业中的国家工作人员涉嫌贪污、挪用公款罪的犯罪数额，亦均以整体数额认定，不能按照国家出资企业中的国有成分比例计算。2022 年 1 月 28 日，国家监委印发《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《办理国企渎职犯罪意见》）明确规定，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”。纪检监察机关在处理国有公司人员滥用职权犯罪时应当准确把握。同时，根据《办理国企渎职犯罪意见》相关规定，对于案例中张某为亲友非法牟利罪的“国家利益遭受损失”如何确定，涉嫌为亲友非法牟利罪且“国家利益遭受损失”数额无法计量时，可将亲友非法获利数额认定为“国家利益遭受损失”数额。因此，本案中，2016 年、2017 年，张某的为亲友非法牟利和滥用职权行为造成的国家利益损失数额为

400 万元；2018 年，张某的滥用职权行为造成的国家利益损失数额为 1000 万元。

在国有公司人员滥用职权犯罪追缴非法利益、挽回国家利益损失方面，有人认为，滥用职权犯罪不是贪污贿赂类犯罪，被调查人没有直接获利，无法对其追缴非法利益。笔者认为，虽然实践中可能存在追缴困难，但滥用职权犯罪造成的国家利益损失也应当做到“应追尽追”。追缴非法利益时要注意：首先要查清非法利益去向，充分固定被调查人、相关证人的证言以及有关书证、物证等，形成完整的证据链条；其次要准确评估、认定利益去向方的不当获利金额，然后视情对违法取得的财物依法予以没收、追缴或者责令退赔；再次根据实际案情，也可以做好被调查人和不当获利方的工作，促使其主动挽回损失或主动上交不当获利。同时，国家利益损失挽回后，鉴于为亲友非法牟利罪，国有公司人员滥用职权罪、失职罪等 3 个罪名关于涉案款物处置尚无明确规定，一般应当结合具体案情妥善处理。首先考虑依法发还发案单位，不适合发还发案单位或者无法发还的则应上缴国库。（选编自中央纪委国家监委网站）

骗取型贪污中利用职务便利之认定

一、基本案情

2017年3月，甲省科学院产业处发展规划科副科长曹某注册成立A公司，法定代表人系其母亲。2018年8月，曹某向省科学院呈送《关于省科学院增资持股的请示》，以筹备投资资金名义请示省科学院认缴A公司25%股份。经办公室主任孟某、副院长杨某、院长顾某逐级签批后，省科学院决定参股A公司。2018年9月，A公司变更注册资本为1000万元，省科学院认缴250万元。根据省科学院《关于印发院机关改革方案及职能分工的通知》，由产业处监管A公司以省科学院名义实施项目，同时曹某作为产业处副科长负责上述项目具体运作。2018年11月，曹某以省科学院名义，起草《省“产资研”结合高技术产业孵化服务平台项目资金申请的报告》，虚构项目内容、建设规模及公司经营情况，由A公司向省发改委申报国家服务业发展引导资金，省发改委审核后上报国家发改委审批。2019年1月，国家发改委批复下达项目资金100万元，确定A公司、曹某为责任人，省科学院为监管责任单位，院长顾某为监管责任人。2019年7月，100万元项目资金由财政拨付A公司后，

曹某分多笔全额提现，用于个人消费。

二、案例分析

本案中，对曹某定性存在两种意见。

第一种意见认为：曹某捏造省科学院文件，虚构项目内容、建设规模及公司经营情况，以“产资研”项目骗取国家专项资金100万元，曹某作为省科学院产业处发展规划科副科长，并无主管、管理、经手国家引导资金的职务便利，也没有贪污本单位支配的公共财物，只是借助省科学院名义为A公司骗取项目资金，曹某构成诈骗罪。第二种意见认为：曹某捏造省科学院文件，虚构项目内容、建设规模及公司经营情况，其目的为骗取公款。A公司和“产资研”项目归口管理系曹某所在的产业处，曹某申报财政资金过程中具有管理、经手“产资研”项目的职务便利。曹某假借职务上的合法形式，采用欺骗手段，以省科学院名义进行资金申请，使得发改和财政部门产生错误认识而拨付国家资金。曹某作为项目实施人利用其在项目实施和资金申报方面的职务便利，以骗取手段非法占有国家资金，构成贪污罪。笔者同意第二种意见。

三、释纪说法

本案中，对曹某主观上具有非法占有公共财物的故意，客观上以欺骗手段非法占有公共财物，不存在争议，关键在于“利用职务上的便利”的认定。具体分析如下：

（一）曹某具有“利用职务上的便利”的行为表现

1999年最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》指出，“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。主管在于行为人一般不控制占有公共财物，但对其具有处置决定权，人财相对分离；管理在于行为人一般也不控制占有公共财物，对其进行日常管控和监督，人财间接关联；经手在于行为人一般控制占有公共财物，具体实施公共财物的日常运转和使用，人财直接关联。

本案中，A公司无法单独以“产资研”项目申请国家资金，需借助省科学院作为项目监管单位进行申报。A公司成为省科学院参股公司后，自身及“产资研”项目归口监管部门为省科学院产业处，省科学院系该项目申请国家资金的监管责任单位。据此，申请国家资金主体具有特定性，能否获批依靠的是省科学院国家事业单位的公有属性，曹某系产业处副科长，具备利用职务便利的条件。另，产业处监管“产资研”项目时，曹某亲自协调、对接和具体实施项目申报事宜。曹某一方面具有处置、监督的宏观管理属性，另一方面也具有推动、协调的具体经手属性。曹某作为省科学院产业处发展规划科副科长，利用项目提出、项目启动、资金申请、手续准备和材料报送等方面经手运作的职务便利，采取虚构事实之手段，通过省科学院正常申报、审核程序，将虚

假材料报送省发改委，曹某具有利用职务便利的行为表现。

（二）曹某的行为符合“利用职务上的便利”的实质内容

有意见认为曹某构成诈骗罪，理由在于行为人需通过自身职务行为，或通过具有隶属制约关系人的职务行为，对公共财物具有支配权，才构成贪污罪；而本案中，曹某不直接控制占有公共财物，其职务行为与要骗取的国家资金之间没有直接性，故不构成贪污罪而是构成诈骗罪。

笔者认为，《刑法》第三百八十二条第一款并未限定公共财物必须是行为人或行为人所在单位所支配掌控，也并未限定职务行为与非法占有公共财物之间必须具有直接性联系。否则，利用自身职务便利，下级骗取上级、以此单位骗取彼单位等各种国家资金的行为，就只能认定诈骗罪。特别是在国家资金扶持领域和村（居）委会等基层组织人员协助政府从事相关工作时，需要多重部门和各类人员协助，这种协助自然是管理职责的延续。当存在事项决定权和执行权分离时，二者仍是公权力的重要组成部分。一方面，如果监督审批权限或环节并存，是否具备决定性处置权不是评判职务便利的唯一标准，行为人对公共财物虽没有直接控制支配权，但其职务能够影响到有控制支配权的人或单位对公共财产处置，就具有职务便利。另一方面，行为人虽不具有处分财物的权限与地位，但是其利用职务便利欺骗具有处分权限

与地位的人，并使之处分财物，属于“骗取型”贪污的行为方式。鉴于公共财物的监管、使用或取得系多个环节、多个层级职权行使的结果，在行为人符合贪污罪法定主体要件的情况下，不能机械要求其职务行为对公共财物获取具有决定性作用，只要该职务行为属于公共财物获取过程中一个环节或层级，应认定为利用了职务便利，同时以欺骗手段使财物处分权人处分财物的，构成贪污犯罪。

本案中，省科学院作为申报国家资金的适格主体，具有项目确定权和申报权，而最终能否获批国家资金的审批权和决定权在省级和国家发改部门。省科学院产业处负责项目的审核、监督和推动，曹某作为产业处副科长利用具体实施项目报送、对接和申请资金的职务便利，采取虚构项目内容、建设规模及公司经营情况等欺骗手段，获得省级和国家发改部门审批通过，进而取得项目资金，反映出“骗取型”贪污的行为特征。

（三）曹某骗取的项目资金体现“利用职务上的便利”的对象载体

构成贪污罪，必然要求职务便利作用于公共财物。那么如何准确界定公共财物受到侵害至关重要。首先，公共财物不仅包括动产、不动产等有形财产，也包括无形财产，判断重在“公共”属性，不在财产的外在表现形式。随着时代变迁，对公共财物理解为有形财产显然不能满足案件办理的实

际需要。其次，在市场经济愈加活跃的当今，具有公共属性的债权、知识产权，以及可转化为货币的可期待性权益等无形财产，比如可转化为公共财物的各种财政扶持项目，在转化为项目资金时仍然可以成为贪污罪的犯罪对象。曹某所经手的国家资金申报项目，通过其欺骗手段转化为项目资金被贪污时，体现了贪污罪所侵害对象的公共价值属性。（选编自中央纪委国家监委网站）

为胞弟购房要求他人居间说情“打折” 怎样定性

一、基本案情

王某，女，中共党员，A县政府原副县长。2017年，时任A县政府副县长的王某为该县“多馆合一”建设项目责任领导。商人邢某请托王某帮忙承揽该建设项目，王某表示同意。不久，王某和其胞弟王某某到B房地产公司售楼处看中一套总价为280万元的房子。王某让邢某帮忙说情打折。邢某找到朋友B房地产公司总裁欧某帮忙，欧某给予该套房产最高权限优惠九四折（优惠16.8万元）。邢某将情况反馈王某后，王某仍不满足，继续要求邢某在此基础上再少四五十万元。随后，邢某又找到欧某，表示在九四折基础上自愿出50万元左右帮王某某购房。最终房地产公司将该

套房产以 217 万元的价格销售给王某某。王某某实际享受购房优惠 63 万元，其中 46.2 万元由邢某转账给欧某用于公司内部结算。事后，王某得知邢某为王某某在九四折优惠的基础上另支付近 50 万元。此后，王某未帮助邢某承揽到“多馆合一”建设项目，但承诺以后有其他项目会关照邢某。

二、案例分析

本案中，对王某如何定性处理，存在三种不同意见。

第一种意见认为：王某的行为既不构成违纪，也不构成受贿罪。理由是：现实生活中购房找熟人说情打折是人之常情，王某找邢某说情打折的行为不具有违纪处罚性。王某某享受的购房优惠是 B 房地产公司自愿给予的，符合民事活动平等、自愿原则。王某本人没有享受购房优惠，也没有帮助邢某承揽到建设项目，不具备国家工作人员“非法收受他人财物”“为他人谋取利益”等受贿罪的构成要件。第二种意见认为：王某的行为虽不构成受贿罪，但是构成严重违纪。不构成受贿罪的理由同第一种意见。构成违纪理由为：王某利用职务之便，通过管理服务对象的帮助，为其特定关系人谋取利益，侵犯职务行为的廉洁性，违反廉洁纪律，违纪所得为王某某实际享受购房优惠 63 万元。第三种意见认为：王某的行为既构成违纪，又构成受贿罪，应分别处理。构成违纪的理由同第二种意见。构成受贿罪理由为：根据相关司法解释，王某的行为符合由特定关系人通过房产交易的

方式受贿。由B房地产公司给予九四折的购房优惠16.8万元为违纪所得，由邢某支付低于九四折的购房差价款46.2万元为受贿所得，应分别收缴违纪所得和追缴受贿所得。笔者赞成第三种意见。

三、释纪说法

本案中，王某通过管理服务对象而非直接与房地产商商谈打折事宜，其行为显然不是正常的民事行为，不符合民事行为平等、自愿原则，违反公职人员廉洁从政的规定，具有违纪处罚性。王某要求管理服务对象向房地产商说情，是基于其职权和地位影响，获取的折扣优惠明显超出市场交易习惯，具有权钱交易性质。

（一）王某获取折扣优惠的条件符合受贿罪的“利用职务上的便利”

本案中，王某的违纪违法行为分为三个阶段。第一阶段，王某承诺为邢某谋取利益，此时，王某对邢某有求于其职权是明知的，但对于是否通过其职权获得相应的对价还不得而知。第二阶段，王某先后两次要求邢某为其胞弟王某某购房说情打折。这已经表明王某有通过其职权获取相应对价的直接故意，但对于所获对价是否由请托人邢某支付存在放任态度。第三阶段，王某事后知道邢某为王某某支付购房差价款后，过问邢某是否承揽到“多馆合一”项目，并承诺以后有其他项目会关照邢某。此时，足以判定王某明知财物是

邢某支付，并持希望权钱交易结果发生的态度，符合受贿罪“利用职务上的便利”的构成要件。

（二）王某获取折扣优惠的性质属于受贿罪的“收受他人财物”

实践中，行为人“收钱”的表现形式复杂多样，有直接收受财物的，也有通过投资、交易、特定关系人等方式变相收受财物的。万变不离其宗，只要行为人最终收受的“财物”与其“职权”产生对价关系，即符合受贿罪“收受他人财物”的构成要件。通过梳理发现，本案行贿人是邢某而非B房地产公司，贿赂行为通过欧某的帮助以B房地产公司销售房产的方式完成，此时的贿赂款变成了购房优惠（财产性利益），并由王某某实际获得。王某某在九四折基础上享受的购房优惠46.2万元由邢某直接支付，根据“两高”《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》相关规定，王某某是王某的特定关系人，王某某获得的财产性利益应认定为王某收受的财物。

（三）王某获取折扣优惠的同时也“为他人谋取利益”

根据我国《刑法》规定，索取型受贿不以“为他人谋取利益”为构成要件，王某利用职务之便，主动向邢某提出再少四五十万元，这一要求明显超出平等主体的协商范围，更主要基于双方的管理和被管理的关系，其行为构成索取型受贿罪无疑。退一步说，即使王某的行为不构成索贿，根据

“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》第十三条的规定，“具有实际或者承诺为他人谋取利益的、明知他人有具体请托事项”等行为的，均可认定为“为他人谋取利益”。王某承诺为邢某承揽建设项目提供帮助，系明知他人有具体请托事项而予以承诺的行为，应认定王某利用职务之便，为他人谋取利益，构成收受型受贿罪。

（四）准确计算折扣优惠型受贿的犯罪数额

本案中，王某某实际获得购房优惠 63 万元，其中 46.2 万元由邢某支付，16.8 万元系房地产公司优惠让利，那么，王某受贿数额究竟是多少？根据“两高”《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》规定，以交易形式非法收受请托人财物的，受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。根据 B 房地产公司内部价格折扣，涉案房产最高只能优惠至九四折，即九四折是房地产公司底价，根据“有利于被告人”原则，应就低认定九四折的房产销售价格为“当地市场价格”。据此，王某受贿数额是低于九四折的购房差价款 46.2 万元。

（五）处理好本案中违纪数额和犯罪数额的关系

本案中，王某通过管理服务对象邢某的帮助，为王某某谋取购房优惠，违反了 2015 年《中国共产党纪律处分条例》第八十条规定，违规所得 63 万元应予收缴。但是，王某的行为已构成受贿犯罪，按照《刑法》相关规定，邢某支付的

46.2 万元应评价为受贿数额。为避免重复评价，应准确使用纪律和法律两把尺子，将九四折内的购房优惠 16.8 万元作违纪处理，并予以收缴。（选编自中央纪委国家监委网站）

利用职权获取项目后转卖获利怎样定性

一、基本案情

周某，中共党员，A 县水务公司董事长。2014 年 2 月，A 县水务公司作为业主单位对外公开招标一水库建设项目，周某欲通过该项目谋利，但其认为直接收钱的方式不安全，为掩人耳目，其欲自己先承接该项目，再以转让项目为名收受他人好处费。5 月，周某委托专门从事帮助他人投标的中间人叶某，寻找到具有相应资质的甲公司，通过挂靠甲公司参与该项目投标，投标的相关费用由周某支付。为保证甲公司顺利中标，周某向负责该项目招标代理公司“打招呼”，要求设置投标公司资质、增加技术标准等有利于甲公司的招标条件。10 月，周某挂靠甲公司顺利中标该项目。11 月，周某找到个体工程老板陈某，通过签订内部承包协议的方式，将该项目转让给陈某，收受陈某 220 万元。

二、案例分析

本案中对于周某的行为应如何定性，有两种不同意见。

第一种意见认为：周某通过招投标程序中标项目，投入

了一定的劳动和资金，后通过交易，将项目转让给工程老板陈某获利，属于违规从事营利活动的违纪行为。第二种意见认为：周某利用职务便利，通过承接工程项目并转卖的方式，获取巨额利益，本质上属于“以权换利”，并非正常的经营行为，不能简单地以违纪进行评价，应当以受贿罪论处。笔者同意第二种意见。

三、释纪说法

（一）周某的行为不属于违规从事营利活动

《中国共产党纪律处分条例》第九十四条列举了违规从事营利活动的几种情形，如违反有关规定经商办企业、拥有非上市公司（企业）的股份或者证券、从事有偿中介活动等。这里所指的从事营利活动是一种正常经营行为，行为人虽然违规，但实际投入了资金、技术、劳动力或知识产权等生产要素，参与了经营或管理，承担投资风险，分得利润正当合理，不以利用职务之便为要件。本案中，周某挂靠公司参与项目“投标”，后通过“交易”将项目转卖获利，表面上看似有一定的经营行为，但其所从事的并非正常的经营活动，没有对社会其他不特定对象开展业务，而是完全围绕其职务和职权开展，周某利用职务便利承接下工程项目后，亦不开展实际建设，而是直接转卖，不承担经营风险，坐享收益，不符合市场经营行为的特征，抛开周某职权因素，毫无投资经营的痕迹可言，不属于违规从事营利活动的范畴。

值得注意的是，行为人是否真正实施了经营管理活动，是认定行为人构成违纪或者犯罪的关键要素之一。就本案而言，如果周某利用职务之便获取工程项目后，将工程项目实施完毕赚取工程利润，虽然其系利用职权获得了相关工程项目，但实际投入了工程项目建设，一般应当认定为违规从事营利活动的违纪问题。如承揽工程系为掩盖非法谋利，比如利用职权获得明显高于正常收益的利益，应当精准识别隐性腐败问题，依规依纪依法认定处理。

（二）周某的行为本质上是权钱交易，构成受贿罪

受贿罪的本质是权钱交易，从受贿罪保护的法益来看，国家工作人员利用职权为他人谋利，只要从整体上收受了不应获得的利益，即应予充分评价。所以，对受贿罪的认定不能仅看外在形式，应充分考量行为人主观意图、客观表现、危害后果等，从实质上进行把握。本案中，周某主观上有以权谋私的犯意，客观上采取了先利用职务便利承接工程，再转让项目实施权的方式收受财物，其利用职权谋利在先，主动寻找行贿人在后，获取的财物与其职权以及职务行为具有高度的关联性，转让工程项目获利的220万元，系以其权力为基础获得的交易对价，对此周某与工程承包方具有共同的概括认知，本质上是一种权钱交易行为，其承接、转让工程均为其实现犯罪的手段，不影响受贿罪的认定。

有种观点认为，本案中，个体工程老板陈某通过送给周

某 220 万元，获取了该项目的实际实施权，其主观上认为是一种转让项目的市场交易行为，并无行贿的故意，不构成行贿罪，既然陈某不构成行贿，那么周某是收受谁的贿赂？没有行贿人，哪里来的受贿人？

笔者认为，陈某的行为是否构成行贿并不影响对周某行为性质的认定。行贿与受贿，传统上属于对合犯，属于事实上的共同犯罪范围，通常情况下行贿方与受贿方的行为均成立犯罪，但并不意味着一方成立犯罪时另一方也必然成立犯罪。实践中，仅一方的行为成立犯罪的现象大量存在。例如，因被勒索给予财物，没有获得不正当利益的，不是行贿，但国家工作人员的行为仍然是索取贿赂。再如，为了谋取正当利益而给予国家工作人员财物的，不是行贿，但国家工作人员接受财物的行为成立受贿罪。所以，对于受贿与行贿行为，应该以其各自的犯罪构成评判其行为的性质。而且，实践中有关公职人员为了规避调查，通过转包工程收受财物的情况已经成为工程领域的潜规则。陈某对转包并无相关成本，所谓转包费系向公职人员利益输送应当具有明知，其行为符合行贿犯罪的构成。

综上所述，周某的行为是一种权钱交易的受贿行为，而非违规从事营利活动的违纪行为。（选编自中央纪委国家监委网站）

仅交少量定金待房产升值后转售获利 如何认定

一、基本案情

关某，中共党员，某国有银行某支行行长；李某，某房地产开发公司总经理。2016年2月，在李某推荐下，关某以市场价每平方米3万元的价格，在李某公司订购一套200平方米的房产，总价600万元，关某交纳定金20万元，未签署定金协议。此后，关某一直未与李某公司签订正式购房合同、未交纳后续购房款，李某也未催促关某。（后查明，其他客户在李某公司定房时均签署书面定金合同，明确在一个月內签署购房合同、交齐首付款）。其间，李某公司在关某所在银行申请2亿元贷款，关某作为行长签字审批通过。2017年2月，关某与李某公司签署正式购房合同并交纳首付款，随后关某以900万元将房产在二手房市场出售。

二、案例分析

本案中，对于关某行为如何认定，有三种意见。

第一种意见认为：关某在李某公司以市场价订购一套房产并按惯例交纳定金，锁定该套房产价格，后因市场变化，预定的房产大幅升值，关某的购房行为系正常民事行为，所

获利益来自投资房产收益，与公权力无关，不应认定为受贿犯罪或违纪。第二种意见认为：关某在李某公司以20万元定金订购一套价值600万元房产，拖了一年时间才交后续房款，该行为变相增加了李某公司资金成本，让关某“占了便宜”。由于李某公司正在关某任职的银行申请贷款，因此关某的上述行为利用了本人的职权和地位，应认定为违反廉洁纪律，可考虑适用兜底条款。第三种意见认为：关某在李某公司以正常市场价订购房产，虽然交纳了定金，但此后一年的时间内未签署正式购房合同、未交纳后续房款，根据常识和惯例，该定金及其锁定的价格已失效。关某利用职权审批通过李某公司贷款，李某允许关某以一年前的价格购买该房产，本质上是权钱交易，应认定关某构成受贿犯罪，受贿数额为该套房产2017年2月出售市场价格与购买价格600万元的差额。笔者同意第三种意见。

三、释纪说法

（一）根据民法典相关规定和一般常识，准确把握定金的涵义

分析判断关某行为性质，首先要把握关某交纳20万元定金的涵义。民法典第五百八十六条规定了“定金担保”：当事人可以约定一方向对方给付定金作为债权的担保。定金合同自实际交付定金时成立。第五百八十七条规定了“定金罚则”：债务人履行债务的，定金应当抵作价款或者收回。

给付定金的一方不履行债务或履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，无权请求返还定金；收受定金的一方不履行债务或者履行债务不符合约定，致使不能实现合同目的的，应当双倍返还定金。

在日常民事行为中，行为人交纳定金的同时，一般会签署一份书面定金合同，简要约定债权债务内容和违约责任。本案中，虽然关某交纳定金时未与李某公司签署任何书面协议，但根据民法典和一般商业常识，交付定金就意味着双方初步达成了关于房产买卖的民事约定，约定内容包括拟购买的具体房产、3万元的购买单价及不予返还定金或双倍返还的违约责任，这是定金背后蕴含的自然约定，在其交付时即生效。

（二）对于未约定的事项，可参照与其他客户的约定、市场通行做法和常识

虽然交纳定金意味着关某与李某公司达成了购房的初步约定，但由于双方未签署定金合同，因此没有对于何时应履行后续债权债务的具体约定，而这是判断整个案件性质的关键。

房地产系资金高投入、高周转行业，一般而言，开发商出于迅速回笼资金目的，在消费者交付定金时，均会要求其在较短时限内，完成后续购房事项，否则需承担取消定金合同、赔偿定金的违约责任，这是市场通行做法。至于时限的具体时间，由双方在定金合同中明确，对于未签署定金合同的，需根据定金占房款的比重、开发商与其他客户的常规约

定、定房时市场及楼盘的热度等因素，结合市场通行做法和常识进行判断。具体到本案中，考虑到李某公司与其他客户约定交首付款的正常期限为一个月，结合2016年房地产市场热度和该套房产600万元市场价的事实，能够得出“一年的时间已经超出20万元定金蕴含的合理时限”的结论，对此，即使关某与李某双方没有约定，根据其他客户的交易情况、房地产市场的通行做法和商品房交易常识也能得出。

（三）对关某、李某的主观认知，可结合客观事实进行合理判断

行为人的主观认知对认定行为性质至关重要，本案中，由于关某、李某未对交付定金后的后续购房事项进行过任何沟通，如何判断双方在此事上的主观认知？对于实践中行为人无明确意思表示的案件，可结合有关客观事实判断主观方面。本案中，关某系银行领导干部，曾购置过多套商品房，具备相当的知识水平和充足的购房经验，李某系房地产开发商，根据二人的身份、经历和认知水平，可以作出第一个合理判断：双方对于定金的含义、交付定金时需签署定金合同、在较短时限内需履行后续购房手续，以及一年的时间已经超出合理时限、定金已经失效等问题，有清晰明确的认知。在此基础上，结合李某公司在关某银行申请贷款的事实，可对二人的主观方面作出第二个合理判断：李某公司未按照惯例与关某签署定金合同、未催促关某履行后续手续、

未在一年时间内取消定金合同等“异常”行为的原因，在于李某正在关某银行申请贷款，其希望得到关某的帮助，对于上述因果关系，虽然关某、李某没有明确沟通，但结合常识、常情、常理，能够得出双方对此“心知肚明”的结论。在结合客观事实进行合理判断的基础上，再与关某、李某进一步谈话取证，将二人的主观认识揭露出来。

（四）在主客观一致的原则下，从本质上把握双方行为性质

在以上客观事实和对主观认识取证到位的基础上，可对关某、李某行为性质进行分析。关某交付少量定金后，在一年时间内，未履行后续购房手续，依据常识和交易惯例，该定金已经失效，交付定金时约定的购房价格也随之失效，对此关某、李某均明知。一年后，关某仍以3万元的价格从李某处购买房产，其性质已经变为以明显低于市场的价格购房行为。由于在此期间，关某审批通过李某公司的贷款，综合考虑主客观方面，双方的行为应认定为行受贿犯罪，具体受贿数额为2017年2月该房产出售市场价与购买价600万元之间的差额。

分析本案时，最关键也最具争议的问题，在于关某和李某是否具有行受贿的主观故意。一般而言，贿赂犯罪中行为人的主观故意，从利益输送行为实施之始起即具备，并持积极追求的态度。但本案中，从2016年2月交纳定金到一年

后正式交易房产，关某和李某对利益输送的主观心态和行为方式呈现出由“放任”到“追求”、由“不作为”到“作为”、由“间接故意”到“直接故意”的动态过程，需整体把握。最初，对于关某通过20万元定金预定一套600万元房产、未签署定金合同、不交纳后续房款等行为，在主观认识上关某和李某均处于“明知”状态，在心态上持一种“放任”态度，对李某而言，因有求于关某，只要关某不主动退房或履约，李某不会按惯例“没收”定金、收回房产，关某对此持同样的认知和心理状态；在行为方式上，二人表现为不催促、不主动履约等“不作为”的方式，此时，二人的主观方面更多是一种间接故意。一年后，随着房价大幅上涨，二人的主观认识和心态均发生变化，关某、李某对于超过合理时限后定金已经失效心知肚明，对于仍以原价格交易房产输送巨大利益和背后原因心知肚明，二人对利益输送的主观心态由“放任”变为“追求”，行为方式变为积极签署购房合同的主动“作为”，至此，双方贿赂的主观故意已经明确。分析本案的关键，在于要认识到虽然二人未签署书面定金合同，但绝不意味着定金锁定的价格会一直有效，超出合理期限后，定金及其背后蕴含的民事约定自然失去效力，双方对此有清晰的认知，这是认定构成贿赂犯罪的基础。一年后，关某与李某公司真实交易房产时，“定金”已经变成了权钱交易的一种“掩饰”。

实践中，领导干部在有求于自己的房地产开发商处预定房产，只交少量定金，不签正式购房合同，不交纳后续尾款，待房价大幅上涨后，再转手出售获利的情形时有发生。由于具体案件的事实、情节和行为人的主观认识、心态不同，对于此类案件，切记不能完全、盲目、机械地照搬本文结论，简单地搞“一刀切”，认为都应认定为犯罪或都不能认定为犯罪。必须根据个案具体情况具体分析，综合考虑国家工作人员交纳定金的数额、交纳定金后履行后续手续的时间、市场普通购房客户交纳定金和履行手续的情况、所在地房地产市场形势和一般交易惯例、国家工作人员为请托人谋利的情况等因素，坚持透过现象看本质，精准把握行为人的主观认识和心态，做出构成犯罪、违纪或正常投资等不同结论。特别是对于实践中存在的大量在纪法边缘“打擦边球”的情形，要秉承刑法谦抑性原则，从严把握入罪门槛，坚持有利于调查对象原则，坚持疑罪从无，确保执纪执法的最佳效果。（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2月3日印发

（2023年第1辑·总第34辑，共印30份） 组稿：李 强