

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

2022年9月27日

目 录

- ◆ 借用管理服务对象钱款长期不还怎样定性
- ◆ 收取“违约金”为何构成受贿
- ◆ 收受好处层层请托谋利怎样定性
- ◆ 行贿获得项目后合法经营获利是否应予追缴
- ◆ 改变优抚资金用途，构成犯罪吗

借用管理服务对象钱款长期不还怎样定性

一、基本案情

甲系国家出资企业 A 公司的工作人员，负责品牌管理及营销推广，乙系某广告公司实际控制人，是 A 公司的供应商之一。2012 年上半年，甲欲购买本市一处房产，因资金不足，乙得知情况后主动借给其 275 万元用于购房。2013 年甲因无钱归还，双方口头约定该借款作为乙投资甲在澳大利亚一处房产的投资款，但未约定投资收益和风险等。之后甲利用职务便利为乙的广告公司陆续承接了 4000 多万元的业务，其间双方均未提及上述钱款如何处置。2021 年 5 月，甲得知其被限制出境，又听闻自己被举报，因害怕上述钱款出问题，遂找到乙签订一份投资退款协议，将 275 万元全部退还。

二、案例分析

本案中，对甲的行为如何定性存在三种意见。

第一种意见认为：275 万元一开始是正常的借贷，之后双方口头约定投资协议，此钱款转为乙投资甲在澳大利亚一处房产的投资款，2021 年双方约定终止该投资，甲将 275 万元全部退还给乙，甲乙双方是正常的民事活动。第二种意

见认为：甲借用管理服务对象乙的钱款用于购房，之后双方虽口头约定转为投资款，但并没有改变“借用”的本质。其间甲利用职务便利为乙的公司承接了大量广告业务，严重影响公正执行公务，属于违规借款物行为。第三种意见认为：甲乙之间一开始是借款，之后双方虽然口头约定该借款为投资款，但这一大额投资既没有签订投资协议，也没有约定投资收益和风险，不符合正常投资要件，故本质上还是借款。借款期间，甲利用职务便利为乙的公司承接大量广告业务，在长达9年的时间里甲没有归还的意思表示和行为，乙也未主动催讨，直到甲听闻自己被举报，才将钱款全部退还，其行为符合以借为名的受贿。笔者同意第三种意见。

三、释纪说法

（一）甲乙之间不是正常的民事法律关系

随着经济环境的不断变化以及反腐败斗争的持续深入，权钱交易的方式呈现出多样化、隐蔽化和复杂化的趋势，尤其是以借款、合作投资为名的受贿行为，往往披着“合法”的外衣，行贿赂之实。本案中，甲乙双方建立起来的关系明显区别于普通的民事法律关系。首先，甲乙是管理服务对象关系，双方的地位不平等。乙出于让甲利用职权为其承接A公司广告业务的目的而借款，之后为了感谢甲为其提供的帮忙，完全听任甲对该借款的处置，放弃自己的正当权益。甲在双方的关系中始终处于一种优势地位，使得甲乙之间难以

形成平等的民事法律关系。其次，甲乙之间不是正常的投资者关系。双方虽然口头约定 275 万元借款为投资款，但乙对所投资房产的具体位置、面积和户型等情况均不了解，且双方既没有签订书面投资协议，也没有约定投资的收益、风险等内容，不符合正常投资的特性。甲乙之间这种所谓的合作投资已经背离民事法律关系的本质，仅是掩饰双方非法行为的一种手段。

（二）甲乙之间不是违规借用钱款关系

违规借款物是党员领导干部借用管理服务对象的钱物，影响公正执行公务，情节较重的行为。世上没有无缘无故的示好，本行为实际上出借的是手中的权力，本质是公权的异化和滥用。本案中，甲因购房缺资金，乙为了承接 A 公司的广告业务，主动向其示好，自愿出借 275 万元。但在之后长达 9 年的时间里，随着甲利用职权不断为乙谋取利益，该借款性质也随之发生改变，从一开始的借用变为主观上的占有，甲没有归还的意思，乙也不向其讨要，所以不符合违规借款物的构成要件。

（三）甲乙之间实质上是行受贿关系

首先，符合权钱交易的本质特征。甲作为 A 公司负责品牌管理及营销推广的工作人员，在乙借款给其购房后，利用职务便利为乙的公司谋取竞争优势，陆续让该公司承接了 4000 多万元的广告业务，乙的公司从中获取了巨额的不正

当利益。为感谢甲的帮忙和关照，乙默认将该借款送给甲，甲对此心知肚明，双方已达成行受贿合意。甲以借款为名掩盖收受贿赂的非法目的，本质上符合权钱交易的特征。

其次，借钱和还款方式比较反常。甲乙之间虽有真实的借款事由，款项也用于购房，但出借时双方既没有书面借款手续，也没有约定还款时间和计划等内容。之后双方虽然口头约定该借款为投资款，但既没有签订投资协议，也没有约定投资收益和风险，缺乏正常投资要素。之后甲听闻自己被举报，因害怕上述钱款出问题，遂借退出投资之名，急忙将钱款全部归还，符合相关犯罪事实暴露后掩盖犯罪的行为特征。

再次，没有归还的意思表示及行为。甲在长达9年的时间里，对该275万元借款没有归还的意思表示和行为，其占有该借款的主观故意比较明显，不同于一般的民间借贷或者借用管理服务对象钱款。而乙对此听之任之，从未向甲催要，还答应其将该借款作为房产投资款这一不正常的投资，以此为幌子变相向甲行贿。

最后，有归还的能力而不归还。根据调查，甲的银行账户有一定数量的存款，虽不能一次性还清该借款，但可以分期归还，但其不想也不愿归还。这与正常的民间借贷不同，因为正常的民间借贷借款人如果具备还款能力，一般会积极主动还款。而在名借实贿的情况下，借款人即使有还款能力

也不会还款。(选编自中央纪委国家监委网站)

收取“违约金”为何构成受贿

一、基本案情

李某，中共党员，某国有公司董事长。2020年初，承接过该公司工程项目的个体承建商张某得知李某欲购买一套学区房。张某想今后继续承接该公司工程项目，遂即表示愿将其空置的学区房送给李某，李某因害怕未予接受。后张某拟定房屋买卖合同，约定按照市场价格120万元将房屋卖给李某，同时约定李某支付定金5万元后，张某于一个月内配合过户，过户时支付房款，若张某未在约定时间配合过户，需向李某支付违约金50万元。李某表示同意并按照合同约定向张某支付定金。张某故意拖延过户时间，一个月后，张某才配合办理了过户手续，并将违约金从房款中扣除，李某又支付房款65万元。后李某多次利用职务之便为张某承接该公司业务提供帮助。

二、案例分析

本案中，对李某收取“违约金”行为如何定性存在争议，主要有以下两种意见。

第一种意见认为：李某按照市场价值购买张某房屋，合同真实有效。李某收取50万元违约金是按照合同约定的金

额收取，属民事法律关系，不构成行受贿。但李某利用职务之便为张某承接业务提供帮助，其行为违反党的工作纪律。

第二种意见认为：张某系李某的管理服务对象，李某在购买张某房屋之前，张某就表示将房屋赠送给他，此时李某应当知晓张某具有请托事项，尽管未予接受，但在其支付定金后张某故意不配合办理过户手续，满足合同约定的违约条件后，张某积极配合办理过户，并将违约金从房款中扣除，此时，李某并未反对，究其实质是一种变相的交易型行贿受贿方式，故李某的行为构成受贿罪。笔者赞同第二种意见。

三、释纪说法

（一）本案中约定违约金行为不是真实意思表示

债权是指按照合同约定或者依照法律的规定，在当事人之间产生的特定的权利和义务关系。合同的订立应当遵守平等、自愿、公平、诚实和公序良俗原则，合法的债权债务关系受法律保护。相反，违反上述原则的合同不受法律保护。结合本案，一是存在利益关系。李某身为国有公司董事长，对该公司的工程发包、款项支付等方面具有决定权，也正基于此，作为管理服务对象的张某才想方设法贿赂李某，从而谋取不正当利益。二是故意制造违约。本案中，违约条款系由张某自行设定，是在其直接将房屋送给李某被拒绝后，才故意设置的违约条件，且故意拖延过户时间，让自己构成违约，从而达到向李某行贿的目的。三是故意规避调查。从房

屋买卖合同内容看，双方存在不对等的权利义务，即张某违约时需要支付高额的违约金，而对李某违约时的责任未予规定，且一般情况下违约金是定金的2倍，过高的违约金约定本身不符合常理。究其实质，系以违约的方式变相进行权钱交易、规避调查。

（二）李某的行为构成受贿罪

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》对收受贿赂的不同形式作出规定，常见的有交易形式、欠条形式、收受干股、合作投资、委托理财等。实践中，行为人为了逃避调查，往往会将行受贿伪装为合法的债权债务关系。结合本案，一是李某具有收受贿赂的主观故意。李某明知张某系其管理服务对象，双方存在利益制约关系，虽然以“违约金”形式收受财物时，张某没有明确提出请托要求，李某也未明确承诺，但后来李某基于收受了张某财物，多次利用职务之便为张某承接该公司业务提供帮助，李某此时已具有受贿的故意。且本案中，二人约定的违约金远远高于定金，明显是张某故意制造的，李某却欣然接受，表明主观上系积极追求收受贿赂的结果。二是李某收受财物后，实际也利用了职务之便为张某承揽其所属国有公司的项目提供帮助，更能够说明二人之间权钱交易的本质，李某的行为严重损害了公职人员职务廉洁性和不可收买性。故李某的行为符合权钱交易本质，应认定构成受贿罪。

综上，在具体案件处理过程中，应结合案情，对涉案行为进行实质审查，要从“权钱交易”本质上看，特别是与职务行为相关联，明显违反公平原则、加重一方义务的合同要注重审查双方订立合同的本意，从而准确界定合法的债权债务关系与非法收受他人财物的行为，依法打击以“违约”之名行贿赂之实的行为。（选编自中央纪委国家监委网站）

收受好处层层请托谋利怎样定性

一、基本案情

2018年5月，万某的公司因涉嫌虚开增值税专用发票罪被A省甲县公安局立案侦查，该案承办人为甲县公安局民警胡某。为了打点关系，万某找到其同学B省乙县公安局民警黄某，黄某找到其老乡甲县公安局民警何某，通过何某牵线搭桥最终与胡某取得联系并在涉案金额上得以关照。2018年5月，受万某委托，黄某、何某一起送给胡某2万元。2018年11月，万某送给黄某3万元，次日，黄某陪同万某送给何某3万元。移送起诉后，2020年6月，法院一审判处万某有期徒刑二年四个月，宣告缓刑三年，并处罚金18万元，万某对判决结果很满意。2020年7月，为表示感谢，万某送给黄某15万元，并明确表示给黄、胡、何每人5万元，黄某留下5万元后，将10万元送给了何某，并请

何某代为送给胡某 5 万元，后何某转送给胡某 5 万元。

综上，万某先后 3 次行贿共 23 万元（资金来源均为其公司），其中，黄某实得 8 万元、何某实得 8 万元、胡某实得 7 万元。

二、案例分析

本案中，对万某的行为构成单位行贿罪没有异议。胡某收受贿赂，且对黄某、何某另外收受万某贿赂的行为不知情，故其构成受贿罪毋庸置疑。黄某、何某既参与行贿，又接受贿赂，行贿过程中黄某及何某具体参与实施，且明知万某送钱的目的并从中牵线搭桥，故其行为被认定为单位行贿共犯无异议，但黄某及何某收受贿赂行为如何适用法律存在三种意见。

第一种意见认为：黄某与万某系朋友、同学关系，黄某与何某系老乡关系，均属于关系密切的人员，黄某向何某转达了请托事项，何某又向胡某转达了请托事项，并通过胡某职务上的行为为请托人万某谋取了不正当利益，并收受财物，黄某、何某的行为性质均构成利用影响力受贿。第二种意见认为：黄某与何某、胡某通谋，由胡某利用职务上的便利为请托人谋取不正当利益，在收受请托人财物后共同占有，黄某、何某的行为性质均构成受贿罪共犯。第三种意见认为：黄某、何某利用职权或地位形成的便利条件，通过胡某职务上的行为，为万某谋取不正当利益，并收受财物，黄

某、何某的行为性质均构成斡旋受贿。笔者赞成第三种意见。

三、释纪说法

(一) 胡某有明确的谋利故意，黄某、何某行为不符合利用影响力受贿的特征

《刑法》第三百八十八条之一对利用影响力受贿作出了规定，即国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人，通过该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，索取请托人财物或者收受请托人财物。实践中，利用影响力受贿罪中的受贿人非直接利用本人的职权为他人谋取不正当利益，本案中黄某、何某行为符合该特征，但不符合“被利用（被企图利用）的国家工作人员主观上没有为他人谋取利益的故意”条件。在2018年5月，黄某、何某第一次送给胡某2万元时，已明确告知胡某请托事项，胡某认可并实施关照，已具有谋取不正当利益的故意。因此，黄某、何某行为不符合利用影响力受贿的特征。

(二) 受贿故意和行为均具有独立性，不符合共同受贿的特征

2007年《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》中规定，“特定关系人以外的其他人与国家工作人员通谋，由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利

益，收受请托人财物后双方共同占有的，以受贿罪的共犯论处”。本案中，万某共有三次行贿，第一次送给胡某 2 万元，第二次送给黄某、何某各 3 万元，第三次送给黄某、何某、胡某各 5 万元。在整个行贿过程中，万某明知黄某不是案件承办人，万某为何送钱给黄某，目的就是让黄某帮助找人疏通关系；万某为何送钱给何某，因为没有何某的牵线搭桥，胡某不会收受财物，更不会在案件上给予万某关照；为何送钱给胡某，因为胡某是万某案件的承办人，通过胡某的帮忙万某的涉案金额才降了下来。上述的每一层行贿都有具体的、明确的请托故意，且每个人都是明知的，行受贿故意都是独立的，故不符合共同受贿中通谋情节。黄、何、胡三人收钱的行为亦是独立的，胡某对黄某、何某另外收钱的行为不知情，何某对黄某另外收钱的行为亦不知情，不符合共同占有的特征。

（三）黄某利用其工作关系形成的便利条件，通过何某与胡某工作关系形成的便利条件，利用胡某职务便利，为请托人谋取不正当利益，构成斡旋受贿

本案特殊之处在于比一般斡旋受贿多一个层级，但并不影响认定。刑法本身对斡旋层级并没有明确的限制性规定，本案中黄某对其与何某的关系，以及何某与胡某的关系有明确认知，黄某对万某为何要对其行贿也有明确认知，黄某利用其本人工作关系（职权或地位）形成的便利条件，最终通

过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取了不正当利益，收受请托人财物，其行为符合《刑法》第三百八十八条之规定。何某作为居间联络人，与胡某之间虽没有职务上的隶属、制约关系，但其利用其工作关系形成的便利条件，通过胡某职务上的便利，为请托人谋取了不正当利益，并收受财物，行为性质同样构成斡旋受贿。（选编自中央纪委国家监委网站）

行贿获得项目后合法经营获利是否应予追缴

一、基本案情

孙某，B县某建筑企业负责人；李某，B县县委书记。孙某想获得该县某产业扶贫建设项目，向李某提出请托并向其行贿100万元。在李某授意下，建设项目招标书基本按孙某企业的资质定制，后孙某企业顺利中标该建设项目，合同金额3500万元，工期一年。后经专业鉴定机构鉴定，用于项目建设的合理支出为2750万元。

二、案例分析

对于案例中孙某获得的不正当利益，是否应予追缴以及如何追缴在实践中存在一定争议。

第一种意见认为：孙某虽然在争取项目过程中对公职人员行贿，获得了一定的机会或竞争优势，但其获得收益主要

是靠其后合法的项目建设行为，其行贿行为与获利之间并无直接关系，因此，对于孙某在该项目中的获利不应追缴。第二种意见认为：虽然孙某的获利是靠合法项目建设产生，然而该项目建设的机会是通过行贿获得，没有行贿获得的机会，就不可能有后面的巨额所得，项目建设行为只是一个中间介入的促进利益实现的因素，并不会阻却行贿行为与违法所得之间的因果关系，所以对于孙某在该项目中的获利应全部予以追缴。第三种意见认为：根据“任何人不因不法行为获利”原则，对孙某在该项目中的获利应予追缴，但在追缴数额方面，应当扣除直接用于该项目建设的合理支出及该支出的同期银行存款利息。笔者赞同第三种意见。

三、释纪说法

本案争议的焦点在于，通过行贿手段获得机会或竞争优势，后来又通过合法途径取得的利益是否可以作为不正当利益予以追缴。笔者认为，可以从“不正当利益”表现形式、行为本质及社会公平正义三个维度分析。

（一）从“不正当利益”的表现形式分析

何为不正当利益？2008年“两高”《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第九条规定：在行贿犯罪中，“谋取不正当利益”，是指行贿人谋取违反法律、法规、规章或者政策规定的利益，或者要求对方违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定提供帮助或者方便条件。

在招标投标、政府采购等商业活动中，违背公平原则，给予相关人员财物以谋取竞争优势的，属于“谋取不正当利益”。据此，可以将不正当利益分为两大类：一类是从法律、法规、规章、政策、行业规范的规定中能够找到不正当依据的利益，另一类是发生在竞争性商业活动中谋取的不公平利益。本案显然属于发生在竞争性商业活动中谋取不公平利益。

（二）从是否具备“直接性”的角度判断

对违法所得进行追缴的前提是行为人通过其行贿行为直接获得了切实的利益。若行贿行为和取得利益之间没有其他中间环节，直接性的认定便没有问题。但在实践中，利益的获得往往比较复杂，很多时候表现出“多因一果”的现象。此时，需要透过现象看本质，判断行贿行为是否为导致利益获得的最根本因素，为我们追缴通过行贿获得不正当利益提供坚强证据支撑。本案中，孙某通过行贿获得承接工程项目的机会，其最后利益的实现虽然包括孙某企业资质、施工能力、劳务付出和质量验收等，但是若不能承接到项目，一切获利便无从谈起。在此，行贿对于利益的获得就显得尤为关键，直接性的因果关系在这里不言而喻。所以笔者认为，只要该利益在行贿行为当时具有实现可能性及预见可能性，后期也合乎常理地获得了现实化的利益，中间介入的其他合法行为，并不影响行贿行为与违法所得之间因果关系直接性的

认定。

（三）从维护社会公平正义的维度推导

行贿行为直接破坏市场经济机会平等原则，造成“劣币驱逐良币”和畸形垄断，损害公权力的廉洁性和公平正义的价值理念。因此行贿者理应受到应有的惩罚。然而，案发后，其行贿所得的机会和竞争优势已被利用完毕，不具备恢复原状的现实可能性，倘若不对其利用该机会和竞争优势开展经营活动获取的利益予以剥夺，绝大多数行贿行为将得不到真正处置，与社会公平正义理念相背离。因此，在案件查办过程中，不仅要對行贿直接所得不正当利益予以剥夺，还应该对行贿间接所得不正当利益予以剥夺。

此外，在确定不正当利益应予追缴的前提下，应进一步明确追缴范围。对于孙某在项目建设中获得的不正当利益，可参照原国家工商行政管理总局制定的《工商行政管理机关行政处罚案件违法所得认定办法》中第二条关于“以当事人违法生产、销售商品或者提供服务所获得的全部收入扣除当事人直接用于经营活动的适当的合理支出，为违法所得”的规定予以处理。本案中，经委托专业鉴定机构对项目建设的合理支出进行鉴定，并扣除支出的同期银行存款利息50万元，最终追缴孙某700万元。（选编自中央纪委国家监委网站）

改变优抚资金用途，构成犯罪吗

一、基本案情

甲省优抚医院（以下简称“优抚医院”）为全额拨款事业单位，主要负责伤残军人的康复医疗工作，也对外开展医疗服务。孙某为该医院院长。

国家每年会向优抚医院拨付一笔荣誉军人伤残抚恤金和生活补助（以下简称“×经费”）。但是，优抚医院却主要把这笔经费用于购置医疗器械、米面油等生活物资以及节假日给休养员改善伙食。为了逃避上级民政、财政部门的审查监督，这笔开支一般不在医院账上记载，而是把将“×经费”从财务科转入生活科下账，再用于购买休养员医用耗材、康复理疗器械及诊疗小型器械等物资或给休养员改善伙食。截至案发，优抚医院共挪用“×经费”185.285213万元。

另查，对于“×经费”的性质及使用，孙某一直知晓，并在购买物资的单据上签字报销。

二、案例分析

本案中，孙某的行为应该如何定性，存在两种不同意见。

观点一：虽然“×经费”是国家拨付的抚恤类专项资金，但是将该项资金从财务科划拨到生活科，再用于购买休养员医用耗材、康复理疗器械或给休养员改善伙食，也是将该项资金用到了住院休养员身上。优抚医院的做法虽然不妥，但是不构成犯罪。观点二：优抚医院将用于优抚的款项185.258213万元用作购买医疗器械、生活物资等工作经费开支，违反了国家规定的关于特定款物专用的财经管理制度，构成挪用特定款物罪。孙某作为直接责任人员，应当以挪用特定款物罪追究刑事责任。笔者同意第二种观点。

三、释纪说法

我国在政府财政支出中特别设立民政事业费一项，包括救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，以帮助人民群众解决生活中的具体困难或者优待抚恤特定对象。上述特定款物必须做到专款专物专门使用，决不允许任意挪用，这是我国一项重要的财经管理制度。

根据我国刑法的相关规定，挪用特定款物罪，是指挪用用于救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物，情节严重，致使国家和人民群众利益遭受重大损害的行为。挪用特定款物罪的犯罪对象是特定的，必须是救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济等七项款物，既可以是款，也可以是物。挪用特定款物罪的“挪用”，一般是指擅自将专用款物挪作其他公用，不包括放进个人腰包的行为，如果国

家工作人员利用职务便利将上述7种专款归个人使用的，则应以挪用公款罪从重处罚。

本案中，被挪用的款项为荣誉军人伤残抚恤金和生活补助，该资金是抚恤类专项资金，属于挪用特定款物罪侵犯的对象。根据《优抚对象抚恤补助资金使用管理办法》的相关规定，各地不得将抚恤补助资金用于工作经费支出，各级财政部门应当根据优抚工作实际，在部门预算中安排必要的工作经费，保障优抚工作的顺利开展。将荣誉军人伤残抚恤金和生活补助用于购买休养员医用耗材、康复理疗器械或给休养员改善伙食，虽然也是将该项资金用到了住院休养员身上，而不是被个人据为己有，但是该行为违反了国家关于特定款物专门使用的财经管理制度，而且其严重程度达到了挪用特定款物罪的立案追诉标准，所以，构成挪用特定款物罪。孙某作为优抚医院院长，对“×经费”的性质及使用情况一直知晓，并在购买物资的相关单据上签字报销，是挪用“×经费”的直接责任人员，应该以挪用特定款物罪定罪处罚。（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 2022年9月27日印发

（2022年第9辑·总第30辑，共印30份） 组稿：李 强