

# 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

2024年9月23日

---

## 目 录

- ◆ 只做面上轰轰烈烈的传达
- ◆ 聚焦违规吃喝问题
- ◆ 收钱后转为本金让行贿人代持并付息如何定性
- ◆ 约定离职后收钱但离职前案发如何定性
- ◆ 擅自以单位名义收受挂靠管理费并占有构成何罪

# 只做面上轰轰烈烈的传达

## 一、基本案情

某市原市委副书记张某，平日里一贯不苟言笑，常在各种会议上“苦口婆心”教育干部，时时处处把中央精神、与党中央保持一致挂在嘴上。然而，张某对中央精神、国家大政方针只是浮于表面，并未将中央精神和本地区实际工作、实际情况结合起来。表面上轰轰烈烈的传达，口号式、机械式的传达，不加消化、囫圇吞枣的传达，上下一般粗的传达，内心里对中央精神完全不了解，不消化，实际上也只是在做表面文章。

## 二、案例分析

上述案例中的张某便是只做表面上轰轰烈烈传达的典型，看似雷厉风行，但因对中央精神不了解、不消化，执行往往表面化、简单化、绝对化，致使“落实”成“落空”。

工作中，每当上级召开重要会议、下发重要文件，都要组织传达。这是落实上级精神、领会上级意图的实际举措。然而，传达不是简单地念文件，而是要把中央决策部署和上级精神、政策要求对接基层实际、对接群众心声。如果不在“具体化”“针对性”上下功夫，出真招、办实事、求实效，

而是满足于当“二传手”“收发室”，照本宣科、生搬硬套，好政策就会变形走样，而不能真正落地惠民。

有人说，世界上最遥远的距离，不是天与地的距离，而是从“想到”到“得到”的距离，因为它们中间隔着“做到”。上面一个政策下来，不“消化”，不“加工”，就直接“贯彻”。毛泽东同志曾指出：“盲目地表面上完全无异议地执行上级的指示，这不是真正在执行上级的指示，这是反对上级指示或者对上级指示怠工的最妙方法。”邓小平同志早在1978年全军政治工作会议上就指出：“领导干部的责任，就是要把中央的指示、上级的指示同本单位的实际情况结合起来，分析问题，解决问题，不能当‘收发室’，简单地照抄照转。”对具体问题作出具体分析，这是“马克思主义的灵魂”。具体化，是一种工作要求，也是一种思想方法和工作方法。不当“收发室”，就是指各级领导干部要发挥主观能动性，把普遍要求具体化，从而提出落实的具体方案和管用办法来，创造性地执行上级的决策部署。40年过去了，邓小平同志这句“不能当‘收发室’”的忠告，仍有很强的现实意义。

现实中，一些地区、部门和单位在传达中央精神时，往往表面上轰轰烈烈，搞口号式、机械式的传达，不加消化、囫圇吞枣的传达，上下一般粗的传达，一抄一转了事，以文件落实文件；有的对待上级部署囫圇吞枣、断章取义，执行

上级决定照本宣科或者照猫画虎、生搬硬套，以前怎么做就怎么做，别人怎么做就怎么做，完全不顾本地区、本部门实际情况；一些党员领导干部光说不练、表里不一，喜欢用轰轰烈烈的形式代替扎扎实实的落实，爱好用光鲜亮丽的外表掩盖存在的问题。诸如此类的传达，往往是雨过地皮湿，看似完成了传达任务，实际上并没有把上级精神领会透，何谈正确执行，又何谈落地落实？

### 三、释纪说法

“道不虚谈，学求实效。”不做“收发室”，就要善于“仰观俯察”。“仰观”，就是切实吃透“上情”；“俯察”，就是摸清“下情”。落实党中央各项决策部署，就要在领悟中央精神的前提下，创造性地执行、结合实际地贯彻、接“地气”地落实，具体问题具体分析地办理，而不是当“收发室”、做“应声虫”，把上级通知和文件原封不动地转发下去。

从根本上说，能不能把中央决策部署落实到位，关键在于为官者的思想认识。对为官者来说，有两种做官的态度：一种是为己做官；一种是为党、为国、为人民做官。只有一心为党、忠心为国、倾心为民的人，才会结合本地区、本单位实际，经常自觉、主动、坚决地落实中央决策部署，同时对接基层实际，对接群众心声。而那些为己做官者，唯恐出了错，丢了乌纱帽，只好盲目执行、照搬照抄。

当前，全面深化各项改革的任务异常繁重，实现中国梦的伟大事业异常艰巨，迫切需要领导干部提高辩证思维、系统思维、战略思维、底线思维能力，增强看问题的眼力、谋事情的脑力、察民情的听力、走基层的脚力，把握事物的内在联系，顺应事物发展趋势，把主观认识同客观实际结合起来，使发展思路、规划、方案符合客观规律，符合党中央指示精神。如果搞“认认真真走形式、虚虚假假抓落实”“执行政策像月亮，初一十五不一样”“上有政策、下有对策”等假把式，何谈牢固树立政治意识、大局意识、核心意识、看齐意识？

## 聚焦违规吃喝问题

### 一、基本案情

四川轻化工大学武装保卫部（处）部（处）长封雪松在担任四川轻化工大学后勤管理处处长、后勤服务总公司总经理等职务期间，2019年先后2次参加该校某校区特色餐厅合作商安排的宴请和娱乐，相关费用由合作商支付。2020年春节前，封雪松接受该校某校区后勤服务总公司饮食中心邀请，参加该中心以团年名义违规组织的聚餐、饮酒，费用由该中心以虚报低耗品品名和数量方式套取公款支付；2020年下半年，封雪松在该校某校区检查工作结束后，参加该校

区后勤服务总公司饮食中心负责人安排的聚餐、饮酒和娱乐，相关费用由该负责人私人支付。2023年3月，封雪松受到党纪处分。

## 二、案例分析

违规吃喝被人民群众称为“舌尖上的腐败”，是“四风”问题中最容易发生、最容易败坏党的形象、最容易带坏社风民风的典型问题之一。根据《中国共产党纪律处分条例》相关规定，违规吃喝涉及的情形主要有四类：

一是接受、提供可能影响公正执行公务的宴请。处理依据是《条例》第一百零一条，主要是指党员干部接受、提供与执行公务相关联、与公正行使公权力相冲突的吃喝，此处的“可能”不以党员的主观意愿为依据，而是由党组织根据客观情况综合分析判断。案例中高维银的行为便属于此类。

二是违规出入私人会所吃喝。处理依据是《条例》第一百零二条，主要是指党员干部为规避组织和群众监督，到相对隐秘的私人会所或带有私人会所性质的场所大吃大喝。监督执纪发现，有的吃喝场所藏在住宅小区，内部装修奢华，披着“茶道”“工作室”等外衣，却从不对外营业，仅为特定人员提供餐饮服务，一般在同一时段内只接待一批次客人。党员干部出入私人会所或带有私人会所性质的场所容易沾染奢靡享乐的不正之风，甚至滋生腐败问题，应精准甄别、严肃处理。

三是违规组织、参加用公款支付的宴请。处理依据是《条例》第一百一十三条，主要是指党员干部违反厉行节约反对浪费和公共财物管理的制度规定，违规使用公款用于吃喝。从执纪情况看，该类行为手段多样，日益隐蔽。如，假借办公用品、会议费等名义报销餐费；在内部食堂吃喝，将违规吃喝费用混入食堂正常开支；虚列业务经费开支，用于购买高档酒水等。

四是违反接待管理规定，超标准、超范围接待或者借机大吃大喝。处理依据是《条例》第一百一十六条，此次修订将原条文“违反公务接待管理规定”修改为“违反接待管理规定”，涵盖公务、商务、外事等各种接待。主要是指党员干部违反接待管理制度，挥霍浪费公共资金，借接待之机吃喝。该行为的违规之处主要包括接待安排的就餐场所、用餐次数、陪餐人数、餐饮费用等超出规定的标准，甚至借接待之名，使用公款进行大规模、高档次吃喝。

从实践中查办的案件来看，党员领导干部由风及腐的问题依然较为突出，尤其是违规吃喝衍生出的一系列问题更应当引起关注。有的党员干部“酒杯一端，原则放宽”，酒前违规收送、酒后违规驾驶，围绕一个“酒”字可能衍生出违规收送礼品礼金、违规吃喝等违反廉洁纪律问题，还可能涉及酒驾醉驾等违法犯罪问题。有的党员干部以吃喝为媒介为商人老板“站台背书”，之后大搞权钱交易，可能衍生出受

贿等职务犯罪问题。还有的党员干部以联络感情为借口、以“酒桌”为平台，搞团团伙伙、拉帮结派等非组织活动，意不在“酒”而在“局”，推杯换盏、觥筹交错间，下位者寻求拓展人脉、找“靠山”；上位者则企图借此培植个人势力、营造“圈子”，这些行为严重违反了党的政治纪律和政治规矩，侵害了党的执政根基，必须以零容忍态度坚决查处。此外，在一些公务接待当中还可能存在搞攀比、讲排场、摆阔气，导致餐饮浪费、造成严重不良影响的问题，等等。由此可见，违规吃喝问题绝非小事小节，其侵蚀中央八项规定精神堤坝，损害党的形象，滋生政治和腐败问题。纪检监察机关在查处违规吃喝问题时要“由风查腐”，深挖细查违规吃喝背后隐藏的腐败问题，对顶风违规吃喝行为从严处理。

### 三、释纪说法

违规吃喝不是简单的一顿饭、一杯酒的事，体现的是党性宗旨，折射的是纪律作风，事关群众对党的信任和信心，绝非小事小节，而是关系党的作风和形象的大问题。二十届中央纪委三次全会强调，突出常态长效深化落实中央八项规定精神。对违规吃喝开展专项整治，严查“吃公函”“吃食堂”“吃老板”“吃下级”等问题，继续扭住违规吃喝问题不放松，坚决防止老问题复燃、新问题萌发、小问题坐大，推动中央八项规定精神化风成俗。持续深化风腐同查同治，既“由风查腐”，深挖不正之风背后的请托办事、利益输送等腐

败问题，又“由腐纠风”，细查腐败背后的享乐奢靡等作风问题。

各基层党组织和党员干部要清醒认识违规吃喝问题的危害性，自觉同“小节论”“影响发展论”“行业特殊论”等错误思想作斗争，杜绝看客心态、侥幸心理，坚持人情有度、纪法为界，做到知敬畏、存戒惧、守底线，自觉抵制享乐奢靡之风，净化“社交圈”“朋友圈”“生活圈”，追求健康的生活方式。

## 收钱后转为本金让行贿人代持并付息如何定性

### 一、基本案情

陈某某，A市住房和城乡建设局局长。郭某某，A市从事房地产开发业务的私营企业主。2012年至2017年，陈某某利用职务便利帮助郭某某先后承揽多个工程项目并获取巨额利益。2015年1月，郭某某在资金充沛的情况下，主动提出送给陈某某200万元好处费，同时表示可按年利率30%向其借该200万元使用，并承诺不会让陈某某承担任何风险。陈某某听后，在明知郭某某没有借款需求的情况下，同意按年利率30%将郭某某口头承诺所送200万元借给他使用，双方未约定借款期限和支付方式。2015年至2018年，郭某某按约定利率向陈某某给付部分“利息”共计220

万元。2018年12月，陈某某调离A市，郭某某经营出现亏损，二人商议将借款年利率调整为15%。其间，二人多次签订虚假借条确认200万元“本金”以及“利息”变更情况。2020年12月，双方同意终止上述“借贷”关系，经结算，郭某某还需给付陈某某“本金”200万元、“利息”80万元。截至2022年案发，郭某某以投资亏损为由并承诺延迟兑现，未向陈某某给付上述280万元。

## 二、案例分析

本案中，对于陈某某收受郭某某口头约定给予现金200万元构成受贿罪没有争议，但对其后续将该200万元出借给郭某某并收取利息行为是否构成受贿以及全案犯罪数额和犯罪形态的认定，主要存在三种不同意见。

第一种意见认为：陈某某出于对直接收受大额现金的顾虑，选择通过放贷收息的方式改变收受财物方式，其收受郭某某口头约定所送200万元与后续放贷收息行为之间具有目的与手段的牵连关系，故后续放贷收息行为不宜单独评价，放贷所得利息应认定为受贿200万元的孳息。陈某某在郭某某具有交付能力的情况下同意以放贷方式收受财物，在可控情形下免去了财物交付的过程，属于为规避查处而隐匿财物流转方式的情形，应视为财物已实际交付，故本案受贿行为应以双方达成放贷收息合意之时构成既遂。综上，本案应认定陈某某受贿200万元，通过放贷收息实际获得孳息220万

元。第二种意见认为：陈某某利用职务便利为郭某某承揽工程谋利，明知郭某某没有借款需求仍向其放贷收息，其后续放贷收息行为符合权钱交易的本质特征，应予以单独评价。陈某某在明知郭某某没有借款需求的情况下，将约定收受的200万元转为本金出借给郭某某且已实际收受部分“利息”，其收到郭某某给付利息时两个受贿行为均已既遂，故约定收受200万元和以借为名实际收受“利息”220万元为既遂，尚未支付的80万元“利息”为未遂。综上，本案应认定陈某某受贿500万元，其中未遂80万元。第三种意见认为：陈某某收受郭某某现金200万元与后续放贷收息受贿行为系两个独立的受贿行为。其中约定型受贿的既未遂问题要充分考虑受贿人对现金的实际控制力，根据主客观相一致的原则，虽然陈某某与郭某某从主观上认可并口头约定收受200万元，但客观上陈某某一直未能独立支配使用并有效控制该财物，使财物兑现仍具有诸多不确定性。综上，本案应认定陈某某受贿500万元，其中未遂280万元。本案中，笔者同意第三种意见。

### 三、释纪说法

（一）陈某某收受郭某某口头约定所送200万元以及将该200万元出借给郭某某获取“利息”的两个行为，均具有权钱交易的本质特征，应分别评价为受贿犯罪

根据刑法及相关司法解释，认定国家工作人员构成受贿

犯罪的要件为“利用职务上的便利”、“为他人谋利”和“索取或非法收受他人财物”。本案中，陈某某利用职务便利，多次在工程项目承揽方面为管理服务对象郭某某谋取巨额利益，二人长期存在权钱交易关系，其中陈某某收受郭某某口头约定所送200万元以及将该200万元“出借”给郭某某获取“利息”两个法律行为，实际蕴含了两个相对独立的行受贿法律关系。

首先，陈某某与郭某某就收送200万元已达成合意，但受贿人陈某某并不直接持有该财物，而是由行贿人郭某某以借款本金名义持有、使用和保管，故双方达成合意时对国家工作人员的职务廉洁性和不可收买性已经具有现实危险性，犯罪行为已经成立。

其次，双方约定将收送200万元转为借款本金并按一定年利率收付利息，从表面上看，双方形成了借贷关系，但实际上郭某某并无借款需求，陈某某亦未向郭某某实际出借资金，双方并无借贷事实，所谓借贷关系无非是以借贷为幌子实施新的利益输送，且双方对各自收送财物的目的和动机心领神会、心照不宣，符合权钱交易的本质属性，因而陈某某以借贷为名收受郭某某所送“利息”，并非为规避查处而隐匿财物流转方式的手段行为，此行为与陈某某收受郭某某200万元财物行为均系权钱交易性质，应作为不同的受贿事实予以独立评价。

## （二）陈某某放贷的 200 万元“本金”及全部“利息” 300 万元均应计入其受贿犯罪数额

本案中，对陈某某收受郭某某约定贿送财物即后来转为放贷“本金”的 200 万元争议不大，但对陈某某受贿总额，尤其是对陈某某收受郭某某支付的利息究竟是否应计入犯罪数额存在一定分歧。究其原因，除了前述行为定性争议外，主要在犯罪所得、犯罪孳息的关系方面存在不同的理解和认识。

孳息原本为民法概念，指原物之收益。根据《中华人民共和国民法典》规定，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。通说认为，犯罪所得是指犯罪行为直接获得的财物，犯罪孳息是指犯罪所得产生的收益。根据不能让犯罪分子得利的基本原则，犯罪所得和犯罪孳息皆属于违法所得，应当予以追缴或者没收。

本案中，郭某某以借为名送给陈某某的所谓“利息”系犯罪行为直接指向的对象，而非法律意义上真正因借贷产生的孳息，故郭某某应付“利息”数额应全部计入陈某某受贿犯罪数额。也正因为本案所收“利息”属于犯罪所得而非犯罪所得产生的收益，陈某某收到郭某某实际支付的所谓“利息”时，不能以此为由评判此前约定收受郭某某 200 万元财物行为的既未遂问题。

（三）陈某某实际收到并控制的 220 万元“利息”为既遂，郭某某尚未兑现的“本金”“利息”共计 280 万元为未遂

根据《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》相关规定，“贪污罪是一种以非法占有为目的的财产性职务犯罪，与盗窃、诈骗、抢夺等侵犯财产罪一样，应当以行为人是否实际控制财物作为区分贪污罪既遂与未遂的标准”。目前，实践中判断以非法占有为目的的财产性职务犯罪既未遂形态一般参照该规定，以行为人是否实际控制财物为标准。以受贿犯罪为例，通说认为应采取从实质上判断受贿人对所约定收受财物的控制力是否达到与“实际控制财物”相当的程度。

根据受贿人收受财物的方式，实践中存在“约定型受贿”的形式，即行受贿双方达成行受贿合意后未将约定贿送财物实际交付，客观上仍由行贿人代为持有或保管，待条件成熟后再进行转移交付。此种情形下，受贿人没有实际取得财物，财物由行贿人持有、使用和保管，此种形式下的犯罪既遂未遂如何认定，需具体问题具体分析。

实践中往往根据行受贿双方各自对财物的控制力度综合评判受贿犯罪形态。例如实务中存在这样一种情形，行受贿双方长期进行权钱交易，行贿人同时也是受贿人违纪违法资金的保管人，其始终根据受贿人指示保管和支配财物，受贿

人平时通过其职务制约性、经常对账确认等方式对行贿人保管的财物进行监管，案发后行贿人也主动上交该款项。对于这种情形，实务中只要受贿人对行贿人代持或保管财物具有足够的控制力和相对独立的支配权，就可以认定为犯罪既遂。

结合本案，行受贿双方虽然就收送 200 万元达成合意，但在行贿人郭某某代持和保管财物期间，受贿人陈某某未就贿送财物的占有、使用、收益、处置以及随时兑现等事宜与郭某某进行特别沟通、约定和有效监管，相反，郭某某对财物保管、处置、兑现等起主导作用。结合后期陈某某对郭某某职务制约力降低、郭某某消极被动兑付财物态度以及以投资亏损为由未向陈某某给付等情形，综合认定陈某某收受该笔 200 万元财物系犯罪未遂。

此外，陈某某以借贷方式收受郭某某所送财物，属于典型的“放贷收息型受贿”，对该类受贿犯罪既未遂形态的认定，实践中已形成相对统一的意见，即受贿人不仅要实际控制，而且还要实际取得财物，结合本案，陈某某收到郭某某实际交付由其控制的所谓“利息”220 万元为既遂，尚未兑现的“利息”80 万元为未遂。

综合全案，应认定陈某某收受郭某某财物 500 万元，其中受贿既遂 220 万元，未遂 280 万元。

# 约定离职后收钱但离职前案发如何定性

## 一、基本案情

2021年，国家工作人员孙某利用职务上的便利为吴某实际控制的公司谋取利益，吴某为表示感谢并继续维持与孙某的关系，提出送给孙某300万元，孙某欣然同意。为掩人耳目、规避调查，孙某经考虑后认为，其与吴某相识多年、知根知底，钱放在吴某那里保管更安全且自己也能实际控制，遂让吴某将钱从公司提出来为其保管好，待其退休或需要时取用。吴某随即从其公司账上提取了300万元，并让公司会计开设专门银行账户，单独予以存放。后孙某为保值增值，又让吴某以公司会计名义将这300万元为其投资购买了理财产品。后孙某未及退休即案发，吴某尚未向孙某实际交付这300万元及理财收益。案发后，孙某供述称，“这笔钱已是我的，只是在吴某那里放着，让其暂时保管”。吴某称，“这300万元已是孙某的，其什么时候来都可以取走，我绝不会因孙某没拿走而自己用”，并主动向监察机关上缴了这300万元及理财收益。

## 二、案例分析

本案中，关于孙某是否构成受贿犯罪，受贿未遂还是既

遂，存在以下不同意见：

第一种意见认为：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》（以下简称《意见》）第十条第一款的规定，“国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益之前或者之后，约定在其离职后收受请托人财物，并在离职后收受的，以受贿论处。”仅仅事先“约定离职后收受请托人财物”，并不构成犯罪，必须同时具有“并在离职后收受”的行为。本案中，孙某与吴某之间具有离职后收受财物的约定，但因在离职前即案发，并无实际收受财物的行为，故孙某不构成受贿犯罪。第二种意见认为：孙某与吴某约定离职后收受财物，且已着手实施收受财物的行为，但因案发时尚未实际取得财物，构成受贿罪未遂。第三种意见认为：孙某与吴某约定收送财物，虽然孙某在案发前未取得约定财物，但已对约定财物具有了实际控制力，构成受贿罪既遂。笔者同意第三种意见。对于《意见》第十条第一款规定，笔者认为，该条款强调的是在职时为请托人谋利，约定收受请托人财物，即使离职后收受的，也构成受贿犯罪。但这并不是说，因为事先有离职后收受财物的约定，就一定要等到离职后收受才可以认定为受贿。比如本案中，孙某利用职权为吴某谋利并约定离职后收受其财物，但在离职前便让吴某代持并指示其处置财物，此行为中，行受贿双方就收送财物并由吴某代持问题达成行受贿合意，吴某具有给付能力

和意愿，孙某通过吴某实施对财物的控制，达到随时取用或处置财物的目的，构成受贿犯罪。

### 三、释纪说法

(一) 准确分析约定离职后收受财物但离职前已让行贿人代持并处置财物的行为本质

受贿人与行贿人约定由行贿人代持贿赂款，通常指行受贿双方达成请托谋利及贿送财物合意，但客观上受贿人本人并不直接持有财物，而是由行贿人代为持有财物的受贿类型。与“一手交钱、一手办事”的传统行受贿行为不同，这类案件中行受贿双方往往心照不宣、高度默契，妄图通过隐藏真实目的、迟滞交易行为的方式逃避打击。因此，必须坚持主客观相一致原则，准确分析认定行为性质。

本案中，从孙某、吴某的主客观方面看，行受贿双方收送财物表面上仅仅以“约定离职后收受”的方式进行，但实际并非如此。从案件事实看，双方的这种“约定”不仅在主观上达成了行受贿合意，而且在商议如何收受及如何代持贿赂款的过程中，双方也付之于相应的行为，如孙某让吴某将钱从公司提出来为其保管好，吴某提取款项后让公司会计开设专门银行账户单独予以存放，后孙某又让吴某以公司会计名义将这300万元为其投资理财，本质上体现了行受贿双方主观意愿与客观行为的统一，在行受贿双方处置财物过程中，最终受贿人变为实际控制和支配财物，而行贿人则由财

物的所有人变更为持有人、保管人。

从权钱交易的本质看，本案中，孙某之所以敢于乃至乐于将财物交由吴某代持或保管，根源于双方不对等的职权、地位，吴某“有求于”孙某，而孙某能够利用职权已经或继续为吴某谋取利益。换言之，孙某能够通过这种不对等的制约关系左右吴某的利益诉求，主导整个行受贿过程，从而实现对所约定财物的实际控制。这与国家工作人员收受财物后再将所收受财物交由他人保管的行为，在本质上并无二致。因此，应当认定本案中孙某的行为构成受贿罪。

## （二）认定受贿既遂应以“实际控制”为标准

根据2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》相关规定，“贪污罪是一种以非法占有为目的的财产性职务犯罪，与盗窃、诈骗、抢夺等侵犯财产罪一样，应当以行为人是否实际控制财物作为区分贪污罪既遂与未遂的标准。”笔者认为，受贿罪中判断既遂与未遂，可以参照适用该标准，即以行为人实际控制财物作为认定受贿既遂的标准，这也符合我国刑法理论与司法实践。

典型的受贿犯罪既遂，以取得财物为标准。由于由行贿人保管贿赂款行为中受贿人外在表现为“并未取得财物”，因此，有观点认为此类受贿一律属于犯罪未遂。很显然，这种观点是值得商榷的。笔者认为，对于受贿人主观上具有受贿故意，客观上对行贿人代为保管的财物拥有支配能力，且

现实中具有使用、收益、处置财物等具体表现的，可以认定为受贿既遂。

实践中，认定受贿犯罪是否既遂应以是否达到“实际控制”为标准，从实质上判断受贿人对所约定收受财物是否具有实际控制力，具体可从以下几方面把握：一是受贿人是否变相占有财物，如行贿人提出安排第三人代为保管所约定财物的建议，受贿人明确表示同意。在此情形下，无论第三人属于双方中的哪方载体，在双方均同意的前提下，只要行贿人向第三人实施了交付行为，即说明受贿人能够支配和控制财物，可认定为受贿既遂。二是受贿人是否实际使用了财物，如受贿人本人或安排第三人使用约定收受的房屋、车辆等，或者指示行贿人代为支付相关费用，受贿人实际使用财物，说明其能够支配和控制财物，可认定为受贿既遂。三是受贿人是否实际享有财物收益，如受贿人是否已获得代持股份分红、代持股票收益、代持房屋租金等。四是受贿人是否实际掌控财物，结合全案事实证据，研判受贿人是否能够对行贿人代持的财物达到实际掌控的程度。

需要注意的是，司法实践中，存在行贿人在保管贿赂款物期间，将代持的财物自行处分，或数年后因经济困难而无力继续支付兑现的情况。对此应当认识到，受贿犯罪既遂是一个单向不可逆的过程，只要在某一节点达到了既遂标准，后续由行贿人继续代持财物等行为在本质上就变成了受贿人

对赃款赃物的处置，因行贿人保管不善、破产等造成财物损失、无力兑现的，应视为受贿人交由行贿人代持或保管财物应当承担的风险，不影响对受贿犯罪及既遂问题的认定。

**（三）孙某虽未在离职后取得财物，但已对约定财物具有了实际控制力，构成受贿既遂**

在约定由行贿人保管贿赂款案件中，既不能简单认为凡是未拿到手的均应认定未遂，也不能以双方因有“保管”的约定，就认为财物已实现交付转移，从而认定既遂，而应以是否实际控制财物为标准，结合主客观两方面的因素全面分析、综合判定。结合实践，笔者认为，主观因素包括行受贿的合意、行受贿双方的心态等。客观因素则包括受贿人是否利用职权为行贿人谋取到了利益及利益大小，与约定贿赂价值是否相当；受贿人是否实施了诸如让行贿人单独存放、安排投资使用等处置约定财物的行为；行贿人是否配合受贿人完成了相应处置行为；行受贿双方是否建立了紧密稳定、相互信赖的关系，等等。

本案中，从主观上看，孙某、吴某已达成行受贿的合意，孙某具有收受贿赂款的明确故意，吴某具有给付贿赂款以感谢并长期维持与孙某关系的强烈意愿。孙某为规避查处，与吴某约定由其保管贿赂款。吴某认为该款项已不属于自己而归属于孙某，自己只是代为保管，孙某可以随用随取，其自始至终并无私自占有使用的意图。孙某也认为这笔

款项是自己的，只是让吴某暂时保管，其可以在退休或需要时随时取用。

从客观上看，孙某利用职务便利为吴某谋取了利益，孙某提出让吴某将约定钱款从其公司账上提出来单独存放后，吴某随即安排公司会计将这 300 万元提出单独开立账户予以存放保管，孙某后又让吴某将这 300 万元投资购买了理财产品，可见孙某可以支配控制这笔款项。虽然这 300 万元仍由吴某保管，但孙某与吴某长期以来已建立了彼此信任、相互依赖的利益共同体关系，孙某对吴某具有充分的控制力，其可以通过控制吴某来实际控制该款项。综合判定，这 300 万元虽由吴某保管，但孙某可以随时取用，可以认定孙某对这 300 万元具有实际控制力，故构成受贿既遂。（廉石）

## 擅自以单位名义收受挂靠管理费并占有构成何罪

### 一、基本案情

袁某，A 国有公司总经理；孙某，B 民营公司法定代表人。2016 年 1 月，孙某与袁某商议，希望能够挂靠 A 公司承接 C 公司建设工程项目，挂靠管理费按照工程总价 5% 左右支付，袁某同意。2016 年至 2021 年间，袁某未经 A 公司同意，擅自使用其私自保留的 A 公司印章，与 B 公司签订挂靠协议，并帮助 B 公司以 A 公司名义与 C 公司先后签订

18份建设工程施工合同并完成施工。施工过程中，袁某要求C公司将项目工程款800余万元打入A公司对公账户，该对公账户系袁某通过私刻A公司职工印章在银行违规开设，A公司对此并不知情，未纳入公司财务管理。项目完工后，袁某与孙某商定挂靠管理费为50万元，从前述对公账户直接支付，其余工程款扣除税费等费用后支付给B公司。后袁某将上述50万元占为己有。

## 二、案例分析

本案中，国有公司管理人员袁某利用职务上的便利，擅自以单位名义与他人签订挂靠协议，再将通过挂靠协议取得的财物占为己有的行为如何定性，存在三种不同意见。

第一种意见认为：袁某的行为构成诈骗罪。袁某利用其A公司总经理的身份，通过私自使用公司印章、私设公司对公账户等方式，虚构A公司同意B公司挂靠的事实，使B公司误以为袁某有权代理A公司与其签订挂靠协议，并据此支付挂靠管理费，构成诈骗罪。第二种意见认为：袁某的行为构成受贿罪。袁某作为A公司总经理，未经公司授权，利用职务之便向B公司出借资质，与C公司签订建设工程施工合同，为B公司承接工程项目赚取利润提供帮助，并私自收受孙某以挂靠管理费为名给予的好处费50万元，谋取了个人利益，构成受贿罪。第三种意见认为：袁某的行为构成贪污罪。袁某作为A公司总经理，利用职务便利，擅

自出借 A 公司资质的行为，对外应认定为单位行为，袁某收取的挂靠管理费应属于 A 公司所有，属于公共财物，袁某非法将其占为己有，数额巨大，构成贪污罪。笔者同意第三种意见。

### 三、释纪说法

（一）袁某利用职务便利擅自出借公司资质的行为，对外应认定为单位行为

刑法第二百六十六条规定了诈骗罪。诈骗罪是指以非法占有为目的，使用欺骗方法，骗取数额较大的公私财物的行为。该罪客观方面系行为人实施了欺诈行为，使被害人产生错误认识处分财产，行为人因此获得财产，被害人财产遭受损害。本案中，认定袁某是否构成诈骗罪，需要区分 A 公司与 B 公司形成挂靠关系过程中，袁某是否具备代表 A 公司的权力外观，使 B 公司基于错误认识而处分财物，遭受损失。

首先，从主体身份的角度来看。袁某系 A 公司总经理，在袁某以 A 公司名义分别与 B 公司签订挂靠协议，与 C 公司签订建设工程施工合同时，其具备国家工作人员的身份和代表 A 公司签订合同的资格和能力。

其次，从擅自签订挂靠协议的方式来看。袁某与 B 公司磋商挂靠事宜，实质是代表 A 公司的单位行为。这里单位行为是指公司、企业、事业单位等为谋取单位利益，经单

位集体研究或者由负责人决定，由单位直接责任人员实施的行为。虽然 A 公司对于袁某擅自使用公章、出借公司资质并不知情，但这是 A 公司与袁某之间公司内部法律关系。在 A 公司与 B 公司外部法律关系中，袁某是以 A 公司名义进行，基于袁某的职务以及持有公司印章等事实，相对方 B 公司有理由相信袁某代表 A 公司行使权力。根据民法典第一百七十二条规定，行为人没有代理权、超越代理权或者代理权终止后，仍然实施代理行为，相对人有理由相信行为人有代理权的，代理行为有效。故在对外法律关系中，袁某的行为应系代表 A 公司的单位行为。

再次，从行为后果来看。根据合同的相对性，对于袁某以 A 公司名义签订的挂靠协议以及施工合同，A 公司应承担相应的责任。此外，B 公司并未基于错误认识处分财物，遭受损失。袁某虽然隐瞒 A 公司对其擅自使用公章不知情的真相，但 B 公司实际借用了 A 公司资质，并以 A 公司名义与 C 公司签订合同，承接相应工程，B 公司并未因袁某隐瞒真相的行为错误处分财物，遭受损失，故袁某不构成诈骗罪。

## **（二）单位尚未实际取得的财物可以成为贪污罪的犯罪对象**

根据刑法第三百八十五条规定，受贿罪是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，为他人谋取利益的行为。该罪本质上体现为权钱交易关系，保护的法益主要是国家工作人员职务行为的不可收买性，即国家工作人员职务行为与财物的不可交换性；而贪污罪侵犯的客体主要包括公共财产所有权以及国家工作人员的职务廉洁性。因此，在认定此类案件性质时，财物的性质是否为单位的公共财物，也是区分受贿罪和贪污罪的关键。

本案中，挂靠管理费 50 万元存于袁某个人掌控的单位对公账户，该账户不受 A 公司财务管理，对此能否认定为单位控制的财物，存在两种观点。一种观点认为，公共财物应是单位实际取得的财物，尚未取得的财物不能认定为公共财物；另一种观点认为，贪污的对象即公共财物，既包括单位实际控制的财物，也包括单位应当取得却尚未取得的财物。

笔者同意第二种观点。对于财物所有权属明确、应当上交单位的财物，虽然单位尚未取得实际控制权，但行为人将其擅自占为己有，不仅损害职务廉洁性，还侵害了单位的财产权益，单位应当取得却尚未取得的财物也系公共财物。比如，根据刑法第三百九十四条规定，国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的，应当认定为贪污罪。又如，根据公安部经济犯罪侦查局《关于对挪用资金罪有关问题请示的答复》，对于在经济往来中所涉及的暂收、预收、暂存其他单

位或个人的款项、物品，或者对方支付的货款、交付的货物等，如接收人已以单位名义履行接收手续的，所接收的财、物应视为该单位资产。再如，实践中，国家机关的财会人员收款不入账占为己有，执法人员将罚没款不入账占为己有，均应认定为贪污。故贪污罪的犯罪对象还应包括单位应当取得却尚未取得的财物。

就本案而言，虽然挂靠管理费实际由袁某掌控的单位对公账户收取，但该挂靠管理费是袁某擅自出借 A 公司资质，并以 A 公司名义所得，属于应当归属于 A 公司的公共财物。同时，B 公司主观上没有给予袁某好处费的行贿意图，仅仅是支付 A 公司挂靠管理费，故袁某不构成受贿罪。

### （三）挂靠管理费虽然系违法所得，但仍可以成为贪污罪的犯罪对象

挂靠管理费是挂靠人借用被挂靠单位资质所支付的对价。根据《中华人民共和国建筑法》第二十六条第二款规定，禁止建筑施工企业超越本企业资质等级许可的业务范围或者以任何形式用其他建筑施工企业的名义承揽工程。禁止建筑施工企业以任何形式允许其他单位或者个人使用本企业的资质证书、营业执照，以本企业的名义承揽工程。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第一条规定，建设工程施工合同具有下列情形之一的，应当依据民法典第一百五十三条第一款的规定，

认定无效：（一）承包人未取得建筑业企业资质或者超越资质等级的；（二）没有资质的实际施工人借用有资质的建筑施工企业名义的；（三）建设工程必须进行招标而未招标或者中标无效的。承包人因转包、违法分包建设工程与他人签订的建设工程施工合同，应当依据民法典第一百五十三条第一款及第七百九十一条第二款、第三款的规定，认定无效。故袁某擅自以单位名义与他人签订的挂靠协议，违反了法律法规的强制性规定，应属无效。

司法实践中，对于挂靠管理费大多按照“原地停留”的原则予以处理，即已经完成给付的，给付一方不得要求返还，尚未给付的，因合同无效不得要求给付。按照该原则，对于B公司已经支付的挂靠管理费，A公司可以获得。但出借建筑资质收取挂靠管理费的行为，会严重扰乱建筑市场秩序，影响建筑行业健康发展，A公司即使获得挂靠管理费，亦违反了法律规定。有观点认为，对于单位违法收取的财物，不具有合法性，单位不能享有所有权，不应认定为单位的公共财物，行为人利用职务上的便利将其占为己有，未侵犯单位合法权益，不构成贪污罪。笔者不赞同该观点，理由如下。

首先，从刑法保护的财产权益方面看。刑法承担着维护社会秩序的基本功能，虽然民法、行政法等法律法规规定了财产权益，但与其相比，刑法具有相对独立性，其更多强调

财产的经济价值属性，即虽然占有的相关财物不受法律保护或者属于法律明文禁止，但只要该财物具有一定经济价值，且不违背刑法保护精神，仍然可以成为财产犯罪的对象。

其次，从保护占有的角度看。非法财物之“非法”，只是相对于财物的合法所有人而言，其最终将返还合法所有人，行为人利用职务便利将其占为己有，必然会侵犯公私财产所有权。同时，刑法规定的财产类犯罪不仅是为保护财产所有权不受侵犯，还为保护其非经合法程序不可改变的占有状态。如根据“两高”《办理盗窃刑事案件适用法律若干问题的解释》第一条规定，盗窃毒品等违禁品，应当按照盗窃罪处理的，根据情节轻重量刑。

再次，从维护职务廉洁性方面看。贪污罪客体不仅包括公共财物的所有权，还包括国家机关、国有企业事业单位的正常活动以及国家工作人员的职务廉洁性。在行为人利用职务便利侵占单位财物时，不能以单位获得财物行为不具有合法性，就肯定行为人侵占财产的正当性。判断的侧重点应是，国家工作人员对单位控制的财物没有所有权，其利用职务便利将其占为己有，侵犯了职务廉洁性。故不能以单位获得的财物违反了国家有关法律规定为由，就不认为其系刑法保护的對象。本案中，袁某收取挂靠管理费的行为虽然违反了相关法律规定，但其侵犯了A公司的财产权益，该财产权益受刑法保护，可以成为贪污罪的犯罪对象。

综上，袁某违反法律规定，擅自出借 A 公司资质并以 A 公司名义收取的挂靠管理费，属于 A 公司的公共财物，袁某利用职务之便，将其占为己有，构成贪污罪。

（本期内容选编自中央纪委国家监委网、《形式主义官僚主义典型案例剖析》等）



---

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 2024年9月23日印发

---

（2024年第9辑·总第54辑，共印30份） 组稿：李 强