



REFERENCE TO CRIMINAL TRIAL

刑事审判参考

办理贪污贿赂刑事案件专刊

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办

总第106集

【指导案例】

张建军、刘祥伟对非国家工作人员行贿案 [第1136号]

——在国有建设用地使用权挂牌出让过程中串通竞买的行为应如何定性

周爱武、周晓贪污案 [第1139号]

——贪污特定款物的司法认定以及新旧法选择适用时罚金刑的判处

罗菲受贿案 [第1143号]

——如何认定特定关系人是否成立受贿罪共犯

李明辉受贿案 [第1146号]

——刑法修正案（九）施行后，二审在减轻犯受贿罪被告人主刑的同时，能否加重财产刑

耿三有受贿案 [第1150号]

——二审期间因刑法修改及司法解释出台导致定罪量刑标准发生变化的，应如何适用法律

【立法、司法规范】

最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释

《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的理解与适用

最高人民法院关于被告人林少钦受贿请示一案的答复

【刑事政策】

在全国法院学习贯彻《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》电视电话会议上的讲话（节选）

【实务探讨】

贪污贿赂刑事司法解释具体问题解读



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



REFERENCE TO CRIMINAL TRIAL

刑事审判参考

中华人民共和国最高人民法院
刑事审判第一、二、三、四、五庭 / 主办

总第106集



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

刑事审判参考. 总第106集 / 最高人民法院刑事审判一至五庭主办. —北京:法律出版社,2017.3

ISBN 978 - 7 - 5197 - 0696 - 8

I. ①刑… II. ①最… III. ①刑事诉讼—审判—中国—参考资料 IV. ①D925.218.2

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第054691号

刑事审判参考(总第106集)

最高人民法院刑事审判一、二、三、四、五庭主办

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社

责任编辑 聂颖

装帧设计 李瞻

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

经销 新华书店

责任印制 胡晓雅

印刷 三河市龙大印装有限公司

开本 720毫米×960毫米 1/16

印张 19

字数 269千

版本 2017年3月第1版

印次 2017年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/ www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/ info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/ jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071010/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978 - 7 - 5197 - 0696 - 8

定价:38.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

总第106集

刑事审判参考

编辑委员会

主任：沈德咏

副主任：李少平 南英 张述元 刘学文 胡云腾

委员：(以姓氏笔画为序)

马岩	万永海	王晓东	叶晓颖	朱和庆
李勇	李睿懿	沈亮	张明	杜国强
周峰	苗有水	罗国良	陈鸿翔	姜永义
党建军	徐静	韩维中	翟超	裴显鼎
管应时	欧阳南平	戴长林		

主编：南英

副主编：沈亮 裴显鼎 戴长林 周峰 叶晓颖

执行编辑：赵俊甫 于同志 刘静坤 陆建红 方文军

特邀编辑：

朱军(北京)	肖晚祥(上海)	程庆颐(天津)
袁胜强(重庆)	宋殿宝(黑龙江)	张太范(吉林)
姜阳(辽宁)	范俊峰(内蒙古)	张忻如(山西)
陈庆瑞(河北)	张正智(山东)	吴远阔(安徽)
陈增宝(浙江)	楼建群(江西)	蔡绍刚(江苏)
陈建安(福建)	陈殿福(河南)	官文生(湖北)
杨学成(湖南)	黄建屏(广东)	段洪彬(海南)
韦宗昆(广西)	袁彩君(四川)	梅育(云南)
杨雪梅(贵州)	李永强(陕西)	董颖(宁夏)
张根虎(甘肃)	王新林(青海)	杨庭轶(西藏)
袁勤(新疆)	张艳荣(兵团分院)	程东方(军事法院)

编辑说明

党的十八大以来,按照全面依法治国、全面从严治党的战略部署,中央就反腐败工作提出了一系列新精神、新要求。在坚决依法从严惩治腐败犯罪,持续保持高压态势,有效遏制腐败蔓延势头的同时,把制度反腐、法治反腐提到了更加突出重要的位置,要求坚持运用法治思维和法治方式惩治腐败,适应社会发展变化需要不断提高惩治腐败的法治水平,做到宽严得当、于法有据。为此,刑法修正案(九)对贪污贿赂犯罪的刑法规定进行了修改,取消贪污罪、受贿罪定罪量刑的具体数额标准,增设终身监禁制度,对贪污罪、贿赂犯罪增设罚金刑,进一步严格行贿罪从宽处罚的条件,增设对影响力的人行贿罪等。为正确适用刑法修正案(九)的新规定,解决司法实践中遇到的新情况以及长期存在的争议问题,最高人民法院、最高人民检察院经过深入调研后,于2016年4月18日联合发布了《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《解释》)。

为便于准确理解、适用刑法和《解释》的规定,为司法人员办理贪污贿赂刑事案件提供有针对性和权威性的业务指导和办案参考,经最高人民法院《刑事审判参考》主编会研究决定,我们编辑了本期办理贪污贿赂刑事案件专刊。本集专刊共设以下6个栏目:

【指导案例】选辑了近年来各地法院审结的16个贪污贿赂犯罪的典型案例,涵盖了新旧法选择适用时罚金刑的判处、合法的债权债务关系与非法收受他人财物的区分、收受请托人所送房产的犯罪既遂与未遂认定、疲劳审讯获得的被告人供述以及威胁手段获得被告人的“重复供述”的审查运用等问题,详细分析每个案例的裁判理由,突出其指导、参考意义。

【立法、司法规范】汇编了办理贪污贿赂刑事案件中相对重要的立法解

释、司法解释、指导意见等规范性文件,并配发了规范性司法文件起草同志撰写的理解与适用文章,以便读者更好地了解相关文件的制定背景与条文含义。

【刑事政策】刊登了最高人民法院沈德咏副院长在全国法院学习贯彻《解释》电视电话会议上的讲话,以及最高人民法院、最高人民检察院在《解释》新闻发布会上就办理职务犯罪的有关情况、《解释》的制定背景、原则、主要内容等问题所作的说明。

【经验交流】刊登了天津市高级人民法院课题组撰写的关于《解释》实施情况的报告。报告真实、准确地反映了《解释》出台后,人民法院审理贪污贿赂犯罪案件的基本情况、主要问题,并结合司法实践提出具体建议,以期推动相关工作不断创新、完善。

【实务探讨】针对司法实践中关于《解释》如何理解与适用,以及案件办理遇到的新情况、新问题如何把握等,刊登实务探讨性文章9篇,为相关问题的解决提供参考思路。

【审判实务释疑】刊登了最高人民法院就《解释》若干重要理论和实务问题的问答。

本集专刊立足于司法实践,对办理贪污贿赂刑事案件中涉及的突出的法律适用、政策把握等问题作了全面梳理,内容丰富,实用性和指导性很强,适合办案参考使用,对相关理论研究也具有较强的参考价值,不失为一本法官、检察官、公安人员、刑事辩护律师等法律工作者必备的工作手册与教学、研究人员的重要参考书。由于时间仓促,编辑过程中难免存在疏漏,欢迎广大读者提出宝贵意见和建议。

本刊编辑部
2017年3月

目 录

【指导案例】

张建军、刘祥伟对非国家工作人员行贿案[第 1136 号]

——在国有建设用地使用权挂牌出让过程中串通竞买的
行为应如何定性

张 俊 黄 浩 1

谭世豪职务侵占案[第 1137 号]

——单位员工利用本单位业务合作方的收费系统漏洞，
制造代收业务费用结算金额减少的假象，截留本单
位受托收取的业务合作方现金费用的行为，应当如
何定性

林旭群 潘文杰 8

赵玉生、张书安职务侵占案[第 1138 号]

——村民小组组长将集体土地征用补偿费据为己有的行
为应当如何定性

韩景慧 郭宝安 徐卫岭 12

周爱武、周晓贪污案[第 1139 号]

——贪污特定款物的司法认定以及新旧法选择适用时罚
金刑的判处

藏德胜 19

郑祖文贪污、受贿、滥用职权案[第 1140 号]

——如何处理以威胁方法收集的被告人供述及司法实践
中对“重复供述”如何采信

黄建屏 林恒春 26

吴毅、朱蓓娅贪污案[第 1141 号]

——侦查机关通过疲劳审讯获得的被告人供述是否属于
非法证据以及非法证据排除后是否对量刑事实形成
影响

周庆琳 汤咏梅 33

王雪龙挪用公款、贪污案[第1142号]

——如何认定“小金库”性质公司及公务性支出能否从贪污数额中扣除 王宗光 夏稷栋 关敬杨 40

罗菲受贿案[第1143号]

——如何认定特定关系人是否成立受贿罪共犯 康 瑛 47

孙昆明受贿案[第1144号]

——如何区分合法的债权债务关系与非法收受他人财物的情形 周维平 张 静 段 凰 53

朱渭平受贿案[第1145号]

——国家工作人员对特定关系人收受他人财物事后知情且未退还,如何判定其是否具有受贿故意;国家工作人员收受请托人所送房产,后请托人又将该房产用于抵押贷款的,是受贿既遂还是未遂 黄 勇 余枫霜 59

李明辉受贿案[第1146号]

——刑法修正案(九)施行后,二审在减轻犯受贿罪被告人主刑的同时,能否加重财产刑 周维平 段 凰 67

吴六徕受贿案[第1147号]

——以欺骗方式让行贿人主动交付财物的,应认定为索贿 陈 健 74

丁利康受贿案[第1148号]

——社区卫生服务中心办公室信息管理员“拉统方”非法收受财物行为之定性 陈姣莹 周 嫣 78

毋保良受贿案[第1149号]

——赃款、赃物用于公务支出,是否影响受贿罪的认定;为请托人谋取利益前多次收受请托人财物,数额较大的,如何认定受贿数额;索取、收受下属或者被管理人员的财物价值较大的,能否视为承诺谋取利益 陈华舒 86

耿三有受贿案[第1150号]

——二审期间因刑法修改及司法解释出台导致定罪量刑标准发生变化的,应如何适用法律 汪 雷 李连武 李欣磊 93

沈海平受贿案[第 1151 号]

——如何把握辩方提交的证据证明标准和作相关证据审查以及出于受贿的故意非法收受他人财物后又退还部分钱款的,如何认定受贿数额

沈 言 99

【立法、司法规范】

最高人民法院 最高人民检察院

关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释 109

《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》

的理解与适用 裴显鼎 苗有水 刘为波 王 坤 116

办理贪污贿赂刑事案件要准确把握法律适用标准

万 春 线 杰 卢宇蓉 杨建军 141

最高人民法院

关于《中华人民共和国刑法修正案(九)》时间效力问题的解释(节录) 155

关于被告人林少钦受贿请示一案的答复 157

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》条文对应的刑法规定、相关司法解释及其他司法文件

王坤整理 158

【刑事政策】

在全国法院学习贯彻《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》电视电话会议上的讲话(节选)

沈德咏 177

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》新闻发布稿

最高人民法院 187

检察机关办理贪污贿赂犯罪工作情况介绍

最高人民检察院 197

【经验交流】

关于《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》实施情况的报告

天津市高级人民法院 199

【实务探讨】

- 略谈最新司法解释中贪污受贿犯罪的定罪量刑标准 赵秉志 205
- 贪污受贿犯罪数额的合理调整 陈兴良 214
- 依法从严惩治贪污贿赂犯罪
——解读《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》 阮齐林 218
- 刑法修正案(九)对贪污贿赂犯罪的立法完善 黄太云 225
- 准确实现立法意图 为法治反腐奠定基础 周光权 235
- 贪污受贿犯罪如何适用死刑 林 维 238
- 贪污贿赂刑事司法解释具体问题解读 苗有水 244
- 贪官的命更值钱了吗
——对《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的解读 刘桂明 265
- 不要仅盯着《贪污贿赂刑事司法解释》中修改的数额 王 勇 269

【审判实务释疑】

- 关于《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》的问答 最高人民法院 273

[第 1136 号]

张建军、刘祥伟对非国家工作人员行贿案

——在国有建设用地使用权挂牌出让过程中
串通竞买的行为应如何定性

一、基本案情

被告人张建军,男,1962年2月8日出生。2010年2月12日因涉嫌犯串通投标罪被逮捕。

被告人刘祥伟,男,1969年10月5日出生。2010年8月24日因涉嫌犯诈骗罪被逮捕。

安徽省濉溪县人民检察院以被告人张建军犯对非国家工作人员行贿罪、串通投标罪、诈骗罪、破坏监管秩序罪,以被告人刘祥伟犯对非国家工作人员行贿罪、串通投标罪、诈骗罪,向濉溪县人民法院提起公诉。

被告人张建军及其辩护人对公诉机关指控张建军串通投标的事实不持异议,但辩称不构成串通投标罪;张建军的辩护人另提出张建军的行为不符合对非国家工作人员行贿罪、诈骗罪和破坏监管秩序罪的构成要件,应对其宣告无罪。被告人刘祥伟对指控事实及罪名均无异议。

濉溪县人民法院经公开审理查明:

2009年11月19日至30日,经濉溪县人民政府批准,濉溪县国土资源局挂牌出让濉国土挂(2009)023号地块国有建设用地使用权。安徽通和煤炭检测有限公司法定代表人杨坤(另案处理,已判刑)借用淮北圣火房地产开发有限责任公司(以下简称圣火公司)名义申请参加该宗土地使用权挂牌出让竞买活动,山东日照利华房地产开发有限公司(以下简称日照利华公

司)、淮北春盛公司(以下简称春盛公司)、淮北国利房地产开发有限公司(以下简称国利公司)、淮北金沙纺织服装有限公司(以下简称金沙公司)均报名获得竞买资格。同年11月29日,杨坤与无业人员被告人张建军商议,以承诺给付补偿金的方式,让其他竞买人放弃竞买。当日,张建军在淮北市“爵士岛”茶楼先后与其他竞买人商谈,春盛公司副经理马大中同意接受200万元退出;金沙公司法人代表邵春海、国利公司皇孝利(其妻系该公司法人代表)均同意接受250万元退出。日照利华公司提出接受500万元退出,杨坤向张建军表示最多给付450万元让日照利华公司退出。张建军即通过被告人刘祥伟与日照利华公司商谈,日照利华公司同意接受300万元退出竞买。此后,张建军仍告知杨坤日照利华公司同意450万元退出。次日,在濉溪县国土局023号地块竞买现场,按照杨坤的安排,日照利华公司、春盛公司均未举牌竞价,金沙公司邵志潮以8100万元的价格举牌竞价一次,杨坤以8200万元举牌竞价一次,杨坤的朋友张峰持国利公司皇孝利的号牌以8300万元举牌竞价一次,杨坤与皇孝利又分别加价100万元各举牌一次,最终杨坤以8600万元(保留底价8500万元)竞买成功。后张建军、刘祥伟伙同杨坤共付给参与竞买的其他公司相关人员贿赂840万元。其间,张建军、刘祥伟采取多报支出等方式,侵吞违法所得共计355万元。案发后,刘祥伟向公安机关退缴违法所得130万元。

另查明:被告人张建军于2010年1月8日因本案被羁押于濉溪县看守所期间,多次实施或指使他人殴打同监室在押人员,组织同监室人员绝食,并于开庭前指使他人自杀、袭警,然后由其实施抢救、制止,以骗取立功,严重破坏监管秩序。

濉溪县人民法院认为,被告人张建军、刘祥伟伙同他人在国有建设用地使用权挂牌出让过程中,贿赂参与竞买的其他公司的负责人放弃竞买,共计行贿840万元,数额巨大,其行为均已构成对非国家工作人员行贿罪。张建军、刘祥伟采取行贿方式串通竞买,使杨坤以低价获得国有建设用地使用权,该行为不符合串通投标罪的犯罪构成要件;指控张建军构成诈骗罪的证据不足;张建军虽有破坏监管秩序的行为,但其不属于依法被关押的罪犯,故不构成破坏监管秩序罪。在共同行贿犯罪中,张建军参与预谋并积极实

施,起主要作用,系主犯,应按照其参与的全部犯罪处罚;刘祥伟帮助联络、磋商,起次要作用,系从犯,且已退缴赃款,有悔罪表现,可从轻处罚。根据刘祥伟的犯罪情节及悔罪表现,没有再犯罪的危险,宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响,予以宣告缓刑。依照《中华人民共和国刑法》第一百六十四条第一款,第二十五条第一款,第二十六条第一款、第四款,第二十七条第一款、第二款,第六十四条,第七十二条第一款之规定,判决如下:

1. 被告人张建军犯对非国家工作人员行贿罪,判处有期徒刑六年,并处罚金人民币六百万元;

2. 被告人刘祥伟犯对非国家工作人员行贿罪,判处有期徒刑三年,缓刑四年,并处罚金人民币五十万元。

宣判后,被告人张建军以一审判决对其量刑过重为由,向淮北市中级人民法院提出上诉。其辩护人提出:本案属于单位犯罪,张建军在被追诉前主动交待了行贿行为,请求法院对其自由刑从轻处罚,对财产刑减轻处罚。

淮北市中级人民法院经依法审理,认为原判定罪准确,量刑适当,裁定驳回上诉,维持原判。

二、主要问题

在国有建设用地使用权挂牌出让过程中,通过贿赂指使参与竞买的其他人放弃竞买、串通报价,最终使请托人竞买成功的,应如何定性?

三、裁判理由

本案审理过程中,对被告人张建军、刘祥伟通过贿赂指使参与竞买的其他人放弃竞买、串通报价,使请托人杨坤竞买成功的行为如何定性,存在不同意见:

第一种意见认为,二被告人的共同犯罪部分,仅构成串通投标罪一罪。理由是,挂牌出让系国土资源部《招标拍卖挂牌出让国有建设用地使用权规定》(以下简称《规定》)规定的国有建设用地出让的重要形式。虽然挂牌和招标在设置目的、运作形式等方面有很多不同点,在目前尚未出台相关法律对该制度予以规制的情况下,挂牌制度的操作也是参照招标进行的。本案

中,被告人张建军、刘祥伟在国有建设用地使用权挂牌出让过程中,通过购买参与竞买的其他公司的负责人的方法,指使其他公司负责人串通报价,放弃竞拍,使杨坤以低价获得国有建设用地使用权,其行为均构成串通投标罪。二被告人受杨坤指使向其他竞买人行贿,该行为属于前行为,是串通投标整体行为中的一部分,不应单独定罪。因此,二被告人的行为不构成对非国家工作人员行贿罪。

· 第二种意见认为,被告人张建军、刘祥伟受杨坤之托,在国有建设用地使用权挂牌出让过程中,向参与竞买的其他公司的负责人行贿,数额特别巨大,指使其串通报价,放弃竞拍,使杨坤以低价获得国有建设用地使用权,其行为同时构成对非国家工作人员行贿罪和串通投标罪。

第三种意见认为,对二被告人的共同犯罪部分应以对非国家工作人员行贿罪一罪定罪。从刑法规定来看,尚没有对挂牌竞买人相互串通,情节严重,追究刑事责任的规定,也无相关司法解释。本案中,二被告人为达到让几家竞买企业串通报价,从而使请托人杨坤顺利竞买成功的目的,采取了行贿的手段,该手段行为显然触犯了刑法的规定,构成对非国家工作人员行贿罪。

我们同意第三种意见,即被告人张建军、刘祥伟的行为构成对非国家工作人员行贿罪。具体理由如下:

第一,挂牌竞买不能等同于招投标。招标与挂牌均系国有建设用地使用权出让的重要形式,国土资源部《规定》对此予以明确并加以区别,按照《规定》及《中华人民共和国招标投标法》的规定,招标的主要程序为:公开招标或邀请招标—投标(仅有一次竞买机会)—开标—评标—中标(发出中标通知书,招标人可否决所有投标)。招投标作为市场经济条件下一种常用的竞争方式,在我国建筑工程等领域普遍推行。《规定》第二条第四款规定,“挂牌出让国有建设用地使用权,是指出让人发布挂牌公告,按公告规定的期限将拟出让宗地的交易条件在指定的土地交易场所挂牌公布,接受竞买人的报价申请并更新挂牌价格,根据挂牌期限截止时的出价结果或者现场竞价结果确定国有建设用地使用权人的行为”,其主要程序为:出让人挂牌公告—竞买人挂牌报价—更新挂牌价(竞买人可反复更新报价,有多次竞买机会)—确定竞得人(签订成交确认书,出让人无权否决最高挂牌人)。挂牌

制度脱胎于拍卖制度,但又不同于拍卖制度,该制度有一个挂牌报价、更新报价的前置程序,而且不必然进入公开竞买程序(该程序类似于拍卖程序)。目前,挂牌出让仅发生于建设用地流通领域,在适用范围、操作程序、出让人否决权等方面与招投标程序有显著的区别。因此,挂牌竞买与招投标无论是在字面上还是实质程序上均存在差别,不能等同。

第二,法律没有明文规定为犯罪的,不能类推定罪。刑法第二百二十三条的规定:“投标人相互串通投标报价,损害招标人或者其他投标人利益,情节严重的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金。投标人与招标人串通投标,损害国家、集体、公民的合法利益的,依照前款的规定处罚。”从文义解释的角度,挂牌竞买显然不能等同于招投标。

有一种观点认为,可以忽略二者文义上的差别,从实质危害性相当的角度对串通投标罪中的招投标进行合目的的扩张解释。具体言之,该观点认为挂牌出让是在总结国有建设用地使用权拍卖和招投标实践基础上的创新,具备招投标的主要特点,同时融入了拍卖制度的某些有益成分;从危害性来看,串通竞买与串通投标均是采取串通方式消除或减少公平竞争,损害出让人或招标人利益,由串通者分享,故将挂牌出让过程中的串通竞买行为解释为串通投标,符合立法本意。

对此,我们持否定意见。刑法第二百二十三条的规定显然将串通投标罪限定在招投标领域。罪刑法定原则是刑法的基本原则,刑法的扩张解释的适用在部分条款中虽不可避免,但应该遵循基本的文义解释规则。换言之,对法律概念进行扩张解释不能远远超出概念的核心含义,解释结论要在一般公民的预测可能性范围之内。否则,抛开概念的基本语义,完全从处罚必要性的角度进行扩张解释,容易滑向类推适用的境地。挂牌出让固然与招投标有相似之处,但二者无论是在概念文义,还是适用范围、操作程序、出让人否决权等方面都存在显著差异,二者的差异性远大于相似性。尽管从实质上看,挂牌出让中的串通竞买行为也具有社会危害性,但在刑法明确将串通投标罪的犯罪主体界定为投标人、招标人的情况下,客观上已不存在将挂牌出让解释为招投标从而予以定罪的空间。

第三,数个关联行为存在牵连关系,但只有其中某一行为构成犯罪的,

可以该行为触犯的罪名对被告人定罪处罚。本案中,二被告人实施了一系列的关联行为,其中包括:接受杨坤的请托向其他竞买人行贿;指使其他竞买人放弃竞买或串通报价;直接占有请托人给付的部分行贿款项等。二被告人实施的上述系列行为,存在手段行为与目的行为间的牵连关系。二被告人指使其他竞买人放弃竞买或串通报价是目的行为,向其他竞买人行贿是手段行为,但鉴于目的行为不构成犯罪,而实施的行贿行为显然触犯了刑法的规定,已构成对非国家工作人员行贿罪,依法予以认定是正确的。

关于本案中诈骗罪的指控。杨坤作为串通竞买的主谋和主要受益者,系本案对非国家工作人员行贿罪的共犯,根据审理查明的事实,被告人张建军受杨坤之托与竞买人交涉,协商支付款项等事宜,在这一过程中向杨坤虚报了部分支出,但总体尚在杨坤授权的事项范围内,且杨坤对张建军可能从中非法占有部分款项持听之任之的默认态度。张建军所实施的行为确有一定背信性质,但认定其故意捏造事实、隐瞒真相以达到非法占有目的的证据并非特别充足。故一、二审法院对公诉机关的指控未予支持。

关于被告人张建军在看守所羁押期间破坏监管秩序的行为,我们认为不构成破坏监管秩序罪,主要理由是:张建军不符合该罪的主体要件。刑法第三百一十五条明确规定破坏监管秩序罪的犯罪主体为罪犯;第三百一十六条脱逃罪的犯罪主体则规定为罪犯、被告人、犯罪嫌疑人。两相对比,显然可以得出罪犯即被生效法律文书确定为构成犯罪的人,而不包括犯罪嫌疑人、被告人。张建军在被羁押的看守所实施不服管教、绝食、指使他人自杀、袭警等行为时,尚未被确定为罪犯,属于未决犯,不属于依法被关押的罪犯。因此,张建军不符合破坏监管秩序罪的主体要件。

需要指出的是,本案的审理也反映出几个值得重视的法律完善问题:一是国有建设用地使用权挂牌出让、拍卖活动中串通竞买的的行为与招投标过程中串通投标行为,均是采取串通方式消除或者减少公平竞争,从而损害出让人、拍卖人、招标人利益,破坏市场公平竞争秩序的行为,两者侵害的法益及社会危害性相当,但刑法仅对串通投标行为进行规制,对出让和拍卖活动中的串通竞买行为亟待完善相关法律规定。二是刑法所规定的对单位行贿罪中的“单位”仅限于国有单位,在当前经济往来中,作为市场主体的非国有

单位既可能是商业行贿的主体,也完全可能成为商业受贿的主体,但类似本案,目前只能以对非国家工作人员行贿罪定罪处罚,回避了实践中存在的非国有单位受贿行为的法律评价。三是刑法将破坏监管秩序罪的主体限定为罪犯,但是,在看守所羁押的未决犯,完全可能实施类似本案被告人张建军破坏监管秩序的行为。且实践中,一些犯罪嫌疑人、被告人,特别是拟判处并复核死刑的被告人长期羁押,实施破坏看守所监管秩序的行为,具有相当严重的社会危害性,但刑事定罪依据不足,立法上确需引起重视并予以完善。

(撰稿:安徽省高级人民法院 张俊 黄浩
审编:最高人民法院刑一庭 杜国强)