

2011-3

本
辑
要
目

◆ 指导案例研究

潘玉梅、陈宁受贿案裁判原则的理解与参照/
最高人民法院案例指导工作办公室 执笔人 吴光侠
王志才故意杀人案裁判原则的理解与参照/
最高人民法院案例指导工作办公室
执笔人 吴光侠 周小霖

◆ 热点案件透视

投掷点燃汽油瓶以阻碍执法之定性
——周洪宝妨害公务案/陆建红 徐振华

◆ 疑难案件探讨

共同犯罪理论指导实务的例证
——董某、于某抢劫案/刘 涛
死缓执行期间与死缓核准期间的区分
——陈某某死缓期间故意犯罪案/梁 健
“委派”之认定
——王某受贿案/袁 彬 卿雅琴

◆ 死刑个案专论

从一起实例引出的关于死刑适用的思考
——侯某国等抢劫杀人案/左坚卫 肖志平

北京师范大学刑事法律科学研究院◇主办

刑事法判解研究

总第22辑

赵秉志◆主编



NLIC2970804902

人民法院出版社

2011年第3辑(总第22辑)

刑事法判解研究

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办

赵秉志 主编



NLIC2970804902

人民法院出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事法判解研究. 2011年. 第3辑:总第22辑/赵秉志主编. —
北京:人民法院出版社, 2012. 6

ISBN 978 - 7 - 5109 - 0474 - 5

I. ①刑… II. ①赵… III. ①刑法 - 判例 - 研究 - 中
国 IV. ①D924. 05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2012)第 120103 号

刑事法判解研究

2011 年第 3 辑(总第 22 辑)

北京师范大学刑事法律科学研究院 主办
赵秉志 主编

责任编辑 兰丽专 丁丽娜

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 邮编 100745

电 话 (010)67550626(责任编辑) 67550558(发行部查询)
65223677(读者服务部)

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E - mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市 中画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787 × 1092 毫米 1/16

字 数 283 千字

印 张 16.25

版 次 2012 年 6 月第 1 版 2012 年 6 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978 - 7 - 5109 - 0474 - 5

定 价 38.00 元

《刑事法判解研究》

学术顾问

高铭暄 陈光中 王作富 储槐植 樊崇义
张 军 南 英 黄尔梅 朱孝清 孙 谦

编辑委员会

主 任 赵秉志
副 主 任 胡云腾 陈国庆
委 员 (以姓氏拼音为序)
戴长林 高贵君 高憬宏 李希慧
卢建平 裴显鼎 彭 东 宋英辉
王尚新 杨万明 张智辉 周 峰
主 编 赵秉志
副 主 编 左坚卫
编 辑 周振杰 廖 明 郭雅婷 刘媛媛

特邀编辑（以姓氏拼音为序）

- 陈超 广东省揭阳市中级人民法院院长
龚培华 上海市金山区人民检察院检察长
黄祥青 上海市第一中级人民法院副院长
孟燕菲 最高人民检察院法律政策研究室处长
万云峰 广州市中级人民法院刑一庭庭长
翁跃强 浙江省人民检察院控申处处长
吴光侠 最高人民法院研究室案例指导处处长
詹复亮 最高人民检察院反贪总局业务指导处处长
张温龙 福建省石狮市人民检察院检察长
周加海 最高人民法院研究室刑事处处长
邹开红 北京市人民检察院办公室主任

卷首语

最高人民法院案例指导工作办公室发出了征集指导性案例的通知后，各级法院纷纷推荐备选指导性案例。2011年12月20日，最高人民法院以法〔2011〕354号文件发布了第一批指导性案例，其中两个属于刑法案例，分别是潘玉梅、陈宁受贿案以及王志才故意杀人案。这是我国刑事司法走向判例制度迈出的重要一步。本辑基于我国刑事法治发展的这一具体情况，适时增设了一个新的栏目，即“指导性案例评析”，刊登了潘玉梅、陈宁受贿案裁判原则的理解与参照及王志才故意杀人案裁判原则的理解与参照两篇文章，这两篇文章由最高人民法院研究室案例指导处处长吴光侠博士以及周小霖执笔，较为权威阐释了选案原因及裁判理由，有利于各级法院正确解读两个指导性案例中蕴含的裁判原则。

在“热点案件透视”栏目，本辑刊登了两篇来自司法实务界的专业人士撰写的两篇文章，对在抗拒拆迁过程中投掷点燃汽油瓶以阻碍执法之行为的定性问题，以及如何就追诉挪用公款出逃境外的犯罪分子展开国际合作的问题进行了较为深入的探讨。

在“疑难案件探讨”栏目，本辑刊登了十三篇文章，对部分刑法总论性问题以及各罪认定问题进行了探讨。其中包括如何以共同犯罪理论指导共同抢劫犯罪的定罪量刑，如何认定中止犯罪中的“损害”事实，如何区分“死缓执行期间”与“死缓核准期间”，如何理解未成年人犯罪不成立累犯，如何认定受贿犯罪中的“委派”，如何认定共同强奸犯罪停止形态以及区分此类犯罪中的主从犯，如何对盗窃存单后骗取他人身份证取款行为正确定性，如何解决不动产善意取得制度在刑事审判中的适用障碍，如何正确把握犯罪数额在盗窃罪定罪量刑中的作用，如何正确适用抢劫罪中“数额巨大”的加重处罚条款，如何理清维权过度与敲诈勒索的界限，如何把握共同受贿

与介绍贿赂的司法界限，对用国债回购款炒股行为如何定性。这些有针对性的实务问题探讨，将对司法机关正确处理这类情形提供有价值的参考意见。

在前两辑中，我们连续刊登了两组对有关排除非法证据的司法解释进行解读和研究的文章，随着有关司法解释在司法实务中的推行，已经有相关案例产生。本辑组织了三篇案例分析的文章，对非法证据排除的证明标准、非法证据排除的证明责任以及非法证据的排除条件进行了探讨，相信有助于有关司法解释在司法实务中的适用。

死刑改革在今后很长时间内，都将是刑事法领域的重大现实问题。本辑继续在促进死刑改革方面进行探索，在“死刑个案专论”刊登了两篇文章，对如何构建死刑适用标准以及如何理解“不是必须立即执行”进行了有益的探索。

在“案例比较研究”栏目，以三个案例为蓝本，对如何处理恶意诉讼行为进行了较为务实的探讨。

在“域外名案评析”栏目，刊登了两篇日本学者的文章，对日本社会发生的危险驾驶致伤案件的认定问题以及强奸案认定中的疑难问题进行了探讨，希望能发挥他山之石的独特作用。

在“司法解释研究”栏目，刊登了三篇文章，对具有从宽量刑情节的犯罪分子如何适用非监禁刑的问题，如何对减刑、假释予以区别对待，以及有关“强奸转通奸”行为出罪化的司法解释的合理性问题进行了探讨。

目录

CONTENTS

【指导案例研究】

- 潘玉梅、陈宁受贿案裁判原则的理解与参照
 …… 最高人民法院案例指导工作委员会 执笔人 吴光侠(1)
- 王志才故意杀人案裁判原则的理解与参照
 …… 最高人民法院案例指导工作委员会 执笔人 吴光侠 周小霖(14)

【热点案件透视】

- 投掷点燃汽油瓶以阻碍执法之定性
 ——周洪宝妨害公务案 …… 陆建红 徐振华(23)
- 挪用公款出逃境外追诉中的国际合作问题
 ——李继祥涉嫌挪用公款案 …… 陈 雷(29)

【疑难案件探讨】

- 共同犯罪理论指导实务的例证
 ——董某、于某抢劫案 …… 刘 涛(35)
- 中止犯罪中的“损害”认定
 ——朱高伟强奸、故意杀人案 …… 杜军燕 杨 华 吴 政(45)
- 死缓执行期间与死缓核准期间的区分
 ——陈某某死缓期间故意犯罪案 …… 梁 健(51)
- 未成年人犯罪不构成累犯之再解读
 ——潘某贩卖毒品案 …… 徐松青 张 华(57)

“委派”之认定

——王某受贿案 袁 彬 卿雅琴(65)

共同强奸犯罪停止形态认定及主从犯区分

——顾金伟、张阳强奸案 曾 扬(72)

盗窃存单后骗取他人身份证取款行为的认定

——张恋恋诈骗案 王 帅(83)

不动产善意取得制度在刑事审判中的适用障碍

——俞某合同诈骗案 陈 瑶(98)

论犯罪数额在盗窃罪定罪量刑中的作用

——郝卫东盗窃案 陆建红 曹东方(106)

抢劫罪中“数额巨大”加重处罚条款的适用

——朱某某抢劫案 江 媿(114)

维权过度与敲诈勒索的界限

——蔡某、张某敲诈勒索案 毛立新(121)

论共同受贿与介绍贿赂的司法界限

——蔡某受贿、行贿案 袁 彬 张 橙(130)

用国债回购款炒股是否构成挪用公款罪

——对一起挪用公款、滥用职权案法律适用之检讨 张 华(139)

【非法证据排除专栏】

非法证据排除之证明标准

——李某雇凶杀人案 郑 博(150)

非法证据排除的证明责任

——王某受贿案 陈 岩(158)

非法证据的排除条件剖析

——李某、刘某盗窃案 孙 皓(166)

【死刑个案专论】

从一起实例引出的关于死刑适用的思考

——侯某国等抢劫杀人案 左坚卫 肖志平(172)

不是必须立即执行如何理解

——戴某间谍案 彭新林 张 鲲(184)

【案例比较研究】

恶意诉讼的入罪问题探讨

——基于三个实际案例的思考 白 天 白加宁(189)

【域外名案评析】

认定难以控制型危险驾驶致伤罪成立的判例

..... [日]曲田统著 段 蔚译 周振杰校(198)

强奸案认定中的疑难问题思考

..... [日]植村立郎著 牛佳靖译 周振杰校(207)

【司法解释研究】

具有从宽量刑情节的犯罪分子如何适用非监禁刑

——对《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的

若干意见》第16条的解读 刘媛媛(218)

论对减刑、假释的区别对待

——对《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的

若干意见》第34条的解读 王志祥(226)

“强奸转通奸”出罪化司法解释的合理性

——以刑事和解为视角的分析 王志祥 康闫妍(239)

潘玉梅、陈宁受贿案裁判原则的理解与参照

最高人民法院案例指导工作办公室

执笔人 吴光侠*

【基本案情】

2003年8、9月间，被告人潘玉梅、陈宁分别利用担任江苏省南京市栖霞区迈皋桥街道工委书记、迈皋桥办事处主任的职务便利，为南京某房地产开发有限公司总经理陈某在迈皋桥创业园区低价获取100亩土地等提供帮助，并于9月3日分别以其亲属名义与陈某共同注册成立南京多贺工贸有限责任公司（简称多贺公司），以“开发”上述土地。潘玉梅、陈宁既未实际出资，也未参与该公司经营管理。2004年6月，陈某以多贺公司的名义将该公司及其土地转让给南京某体育用品有限公司，潘玉梅、陈宁以参与利润分配名义，分别收受陈某给予的480万元。2007年3月，陈宁因潘玉梅被调查，在美国出差期间安排其驾驶员退给陈某80万元。案发后，潘玉梅、陈宁所

* 最高人民法院研究室案例指导处处长。

得赃款及赃款收益均被依法追缴。

2004年2月至10月，被告人潘玉梅、陈宁分别利用担任迈皋桥街道工委书记、迈皋桥办事处主任的职务之便，为南京某置业发展有限公司在迈皋桥创业园购买土地提供帮助，并先后四次各收受该公司总经理吴某某给予的50万元。

2004年上半年，被告人潘玉梅利用担任迈皋桥街道工委书记的职务便利，为南京某发展有限公司受让金桥大厦项目减免100万元费用提供帮助，并在购买对方开发的一处房产时接受该公司总经理许某某为其支付的房屋差价和相关税费61万余元（房价含税费121.0817万元，潘支付60万元）。2006年4月，潘玉梅因检察机关从许某某的公司账上已掌握其购房仅支付部分款项的情况而补还给许某某55万元。

此外，2000年春节前至2006年12月，被告人潘玉梅利用职务便利，先后收受迈皋桥办事处一党支部书记兼南京某商贸有限责任公司总经理高某某人民币201万元和美元49万元、浙江某房地产集团南京置业有限公司范某某美元1万元。2002年至2005年间，被告人陈宁利用职务便利，先后收受迈皋桥办事处一党支部书记高某某21万元、迈皋桥办事处副主任刘某8万元。

综上，被告人潘玉梅收受贿赂人民币792万余元、美元50万元（折合人民币398.1234万元），共计收受贿赂1190.2万余元；被告人陈宁收受贿赂559万元。

【裁判结果】

江苏省南京市中级人民法院于2009年2月25日以〔2008〕宁刑初字第49号刑事判决，认定被告人潘玉梅犯受贿罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；被告人陈宁犯受贿罪，判处有期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。宣判后，潘玉梅、陈宁提出上诉。江苏省高级人民法院于2009年11月30日以同样的事实和理由作出〔2009〕苏刑二终字第0028号刑事裁定，驳回上诉，维持原判，并核准一审以受贿罪判处被告人潘玉梅死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产的刑事判决。

【裁判理由】

法院生效裁判认为：关于被告人潘玉梅、陈宁及其辩护人提出二被告人

与陈某共同开办多贺公司开发土地获取“利润”480万元不应认定为受贿的辩护意见。经查，潘玉梅时任迈皋桥街道工委书记，陈宁时任迈皋桥街道办事处主任，对迈皋桥创业园区的招商工作、土地转让负有领导或协调职责，二人分别利用各自职务便利，为陈某低价取得创业园区的土地等提供了帮助，属于利用职务上的便利为他人谋取利益；在此期间，潘玉梅、陈宁与陈某商议合作成立多贺公司用于开发上述土地，公司注册资金全部来源于陈某，潘玉梅、陈宁既未实际出资，也未参与公司的经营管理。因此，潘玉梅、陈宁利用职务便利为陈某谋取利益，以与陈某合办公司开发该土地的名义而分别获取的480万元，并非所谓的公司利润，而是利用职务便利使陈某低价获取土地并转卖后获利的一部分，体现了受贿罪权钱交易的本质，属于以合办公司为名的变相受贿，应以受贿论处。

关于被告人潘玉梅及其辩护人提出潘玉梅没有为许某某实际谋取利益的辩护意见。经查，请托人许某某向潘玉梅行贿时，要求在受让金桥大厦项目中减免100万元的费用，潘玉梅明知许某某有请托事项而收受贿赂；虽然该请托事项没有实现，但“为他人谋取利益”包括承诺、实施和实现不同阶段的行为，只要具有其中一项，就属于为他人谋取利益。承诺“为他人谋取利益”，可以从为他人谋取利益的明示或默示的意思表示予以认定。潘玉梅明知他人有请托事项而收受其财物，应视为承诺为他人谋取利益，至于是否已实际为他人谋取利益或谋取到利益，只是受贿的情节问题，不影响受贿的认定。

关于被告人潘玉梅及其辩护人提出潘玉梅购买许某某的房产不应认定为受贿的辩护意见。经查，潘玉梅购买的房产，市场价格含税费共计应为121万余元，潘玉梅仅支付60万元，明显低于该房产交易时当地市场价格。潘玉梅利用职务之便为请托人谋取利益，以明显低于市场的价格向请托人购买房产的行为，是以形式上支付一定数额的价款来掩盖其受贿权钱交易本质的一种手段，应以受贿论处，受贿数额按照涉案房产交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。

关于被告人潘玉梅及其辩护人提出潘玉梅购买许某某开发的房产，在案发前已将房产差价款给付了许某某，不应认定为受贿的辩护意见。经查，2006年4月，潘玉梅在案发前将购买许某某开发房产的差价款中的55万元补给许某某，相距2004年上半年其低价购房有近两年时间，没有及时补还巨额差价；潘玉梅的补还行为，是由于许某某因其他案件被检察机关找去谈话，检察机关从许某某的公司账上已掌握潘玉梅购房仅支付部分款项的情况

后，出于掩盖罪行目的而采取的退赃行为。因此，潘玉梅为掩饰犯罪而补还房屋差价款，不影响对其受贿罪的认定。

综上所述，被告人潘玉梅、陈宁及其辩护人提出的上述辩护意见不能成立，不予采纳。潘玉梅、陈宁作为国家工作人员，分别利用各自的职务便利，为他人谋取利益，收受他人财物的行为均已构成受贿罪，且受贿数额特别巨大，但同时鉴于二被告人均具有归案后如实供述犯罪、认罪态度好，主动交代司法机关尚未掌握的同种余罪，案发前退出部分赃款，案发后配合追缴涉案全部赃款等从轻处罚情节，故一、二审法院依法作出如上裁判。

[理解与参照]

2011年12月20日，最高人民法院发布了指导性案例《潘玉梅、陈宁受贿案》（指导案例3号）。为了深入理解和准确参照适用该指导性案例，现对该指导性案例的推选经过、裁判要点等有关情况予以解释和说明。

一、推选经过及其意义

最高人民法院案例指导工作办公室发出征集指导性案例的通知后，江苏省高级人民法院审委会经讨论决定于2011年1月10日向最高人民法院推荐了该备选指导性案例。1月24日，最高人民法院案例指导工作办公室经研究讨论后将该案例送刑二庭审查。2月10日，刑二庭认为该案属新类型案件，所涉四个问题虽然在2007年7月8日印发的《最高人民法院、最高人民检察院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《受贿意见》）中有所规定，但是刑法和司法解释尚未明确具体规定，并且四个问题具有一定代表性，同时出现在一个案例中很难得，故同意将该案例作为指导性案例。2月15日，研究室室务会讨论研究认为，该案例属于具有典型性的新类型案例，符合《最高人民法院关于案例指导工作的规定》第二条第二、三、四项规定的情形，裁判要点涉及的法律适用问题，刑法和司法解释都没有明确具体规定，在有关法律比较原则的情况下，将其作为指导性案例予以发布，对全国法院办理类似案件提供指引，对社会公众予以法制宣传和教育，能够取得良好的法律效果和社会效果，同意作为指导性案例报请院领导提交审委会讨论。3月1日，最高人民法院审委会经讨论认为，该案例符合指导性案例有关规定的要求，具有重要指导意义，同意将该案例确定为指导性案例。12月20日，最高人民法院以法〔2011〕354号文件将该案例作为第一批指导性案例予以发布。

该指导性案例的发布，对于依法惩治新形势下出现的新类型受贿犯罪，加大惩治腐败力度，推进反腐败斗争深入开展，具有重要意义。其一，它针对近年来受贿案件出现的一些新情况、新问题，透过合办公司、低价购房等表面现象，抓住了受贿罪权财交易的本质，对利用更具有隐蔽性、复杂性的新手段受贿提出了具体明确的处理意见，解决了司法实践中经常遇到、存在认识分歧的问题，有利于统一认识，及时、有效地依法查处手段翻新、花样百出的新类型受贿犯罪案件，有利于依法从严惩处腐败犯罪。其二，它对新型受贿行为的细化及其罪与非罪界限的区分，划清了国家工作人员经济生活和社会交往的应有边界，可以教育和警示国家工作人员廉洁自律、遵纪守法，提高拒腐防变、掉入受贿犯罪泥潭的警惕性和自觉性。其三，它具有宣传法制和教育群众的作用，有利于人民群众依法监督国家工作人员的职务行为，提高人民群众参与惩治腐败犯罪的积极性，从而推动反腐败斗争的全面和深入开展。

二、裁判要点的理解与说明

该指导性案例的裁判要点确认，国家工作人员以“合办”公司的名义或以交易形式收受贿赂的、承诺“为他人谋取利益”未谋取利益而受贿的以及为掩饰受贿犯罪而退赃的，不影响受贿罪的认定，从而对近年来以新的手段、新的形式收受贿赂案件的处理提供了明确具体指导。

（一）关于以合办公司等合作投资名义收受贿赂问题

裁判要点1确认：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，并与请托人以“合办”公司的名义获取“利润”，没有实际出资和参与经营管理的，以受贿论处。该裁判要点针对近年来出现的受贿新手段、新形式，在《受贿意见》第三条第二款的基础上明确解决了以合办公司等名义收受贿赂问题。理解和参照适用这一裁判要点，需要注意把握以下几点：

1. 关于是否以受贿论处的认定标准。对于国家工作人员以本人或者他人（亲属或者其他关系密切人员）名义，参与合办公司或者进行其他合作投资，是否以受贿论处，关键在于国家工作人员本人有无实际出资。如果国家工作人员真实出资，即使未参与经营管理，也不能认定为受贿罪。这主要是因为根据公司法规定，是否出资，是能否取得收益的依据。该裁判要点在规定没有实际出资的同时，附加了国家工作人员不参与经营管理的条件。这主要考虑到，规定“不参与经营管理”是以确认名义出资而非真实出资为

前提的；是否实际出资与是否参与经营管理是相互关联的，可以相互印证，“不参与经营管理”是判断是否名义出资的一个方面。同时，经营管理行为在一定情况下（如个人以劳务出资合伙）也可能成为合伙出资的一种方式。所以，裁判要点关于此种情形是否认定为受贿，坚持的标准仍然是名义、虚假出资还是实际、真实出资。

2. 关于受贿数额的认定。国家工作人员利用职务便利为请托人谋取利益，以开办公司等合作投资名义收受贿赂的，如何具体认定其受贿数额呢？根据《受贿意见》第三条的规定，结合司法实践中的具体表现形式，我们认为应当区分不同情况予以认定：

（1）国家工作人员既没有实际出资，又没有参与管理、经营，以合作开办公司或者进行其他合作投资名义获取“利润”。此种情形属于“虚假出资、虚假合作”，即国家工作人员出资数额没有明确，或者虽然协议中有明确的出资数额，但是国家工作人员只是虚假出资和虚假合作，都没有获取所谓“利润”的任何正当理由和法律依据，属于打着合办公司或者其他合作投资的幌子，行权钱交易之实的变相受贿行为，其获取的所谓“利润”数额应当认定为受贿数额。

（2）国家工作人员没有出资，由请托人出资，合作开办公司或者进行其他合作投资。此种情形属于“虚假出资、真实合作”，即国家工作人员的出资额虽然由请托人出资，系虚假出资，但是其出资额在协议中有明确记载，且国家工作人员参与了经营管理，并分担经营风险，有真实合作成分。对于此种情形应当将出资额认定为受贿数额没有异议，但是对于经营利润是否计入受贿数额，司法实践中有不同意见。有意见认为，此类行为多发生在暴利行业，利润金额往往远大于出资额；出资额是该出而未出，利润额是不该得而非法得，收受利润应当视为一个连续的受贿行为。该指导性案例则认为，此种情形的受贿数额为请托人给国家工作人员的出资额，经营利润认定为受贿资本的非法孳息。其主要理由是：首先，将收受出资及其利润割裂开来合并计算，忽视了出资不同于其他物品的特殊性和利润对出资资本的依附性，有重复评价之嫌；其次，此种情形与前述第一种情形有所不同，国家工作人员虽然虚假出资，但是其参与经营管理，并分担经营风险，有真实合作成分。

（3）国家工作人员有实际出资，但收取了超出出资比例应得的收益。此种情形是否一律属于受贿，司法实践中也有不同意见。有意见认为，此种情形应当一律认定为受贿，因为国家工作人员只是象征性地出资，却获得额

外的巨额利润。这与以交易形式收受贿赂性质相同，属于变相受贿，受贿数额应以收益额与实际出资应得收益额的差额计算。我们认为，此种情形是否属于受贿，关键看国家工作人员是否利用职务便利为其他合作人谋取利益。如果国家工作人员利用职务便利为其他合作人谋取利益，因为符合受贿权财交易的本质特征，则不论全体合作人是否明确约定不按出资比例分红，都应当将收取的超出出资比例的部分认定为受贿数额。

3. 关于垫资问题的处理。司法实践中还有一种垫资的情形，即国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，由请托人垫付资金，国家工作人员或者其指定的第三人以参与合作开办公司或者进行其他合作的形式，不参与经营管理而获取经营利润。对此，是否认定为受贿有不同意见。肯定意见认为，此种情形即使国家工作人员事后归还了请托人的垫付款，也应当以实际收受的利润部分追究受贿责任。因为由请托人垫出资，只是一种更为隐蔽的受贿手段，归还出资的本意是掩盖非法收受的投资收益，这种行为同样属于打着合办公司或者其他合作投资的名义，行受贿之实的行为。反对意见认为，按照“谁出资，谁收益”的原则，既然是垫付，就意味着国家工作人员是投资方，自然可以获取投资的收益。我们认为，由于这一问题比较复杂，应当结合案件具体情况，根据是否真实出资、是否权钱交易这一根本判断标准，进行具体分析认定。此种情形下，判断国家工作人员是否真实出资，不能仅仅看是否有垫出资的书面约定，应当根据以下因素综合判定：（1）有无正当合理的垫资事由和垫资原因；（2）双方平时关系如何、有无经济往来；（3）垫资方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；（4）国家工作人员是否利用职务上的便利为垫资方谋取利益；（5）垫资后是否有归还的意思表示和行为；（6）是否有归还能力；等等。

需要指出的是，该指导性案例与《受贿意见》有关规定列举的具体情形有所不同，该案例中合作开办公司的名义人并非国家工作人员本人，而是以其亲属的名义，并且被告人及其辩护人辩称注册资金由请托人垫付，一审和二审法院根据证据查明的事实均未认定为垫出资。我们认为，该案例中辩护方提出的垫出资，不过是一种更为隐蔽的受贿手段。因为从垫资的事由和垫资原因来看，垫资方即请托人出于要求被告潘玉梅、陈宁利用职务上的便利为其谋取利益的原因而为其各垫资 20 万元；作为国家工作人员的二被告人利用职务上的便利，为垫资方谋取了低价获取 100 亩土地和不按协议支付土地款的利益；双方在受贿的当年通过第三人介绍认识，平时没有经济往来；二被告人有归还垫资 20 万的能力，垫资后直至案发没有归还的意