
内部交流刊物

法律资讯汇编

(2016 年第一期)

上海王岩律师事务所

2016 年 1 月

目录

2015 年重大立法、案例全面梳理	1
贪污与受贿的界限与竞合	26

2015年重大立法、案例全面梳理

中央级立法

最高法院发布《最高人民法院司法解释汇编（1949—2013）》

2015年4月8日，最高人民法院召开新闻发布会，发布了《最高人民法院司法解释汇编（1949—2013）》。

在最高人民法院党组领导下，历时两年时间，最高人民法院21个部门共同努力完成了新中国成立以来第一次全面集中清理司法解释的工作。为全面及时总结司法解释清理成果，最高人民法院研究室历经一年编纂的《最高人民法院司法解释汇编（1949—2013）》（以下简称《司法解释汇编》）正式出版了。周强院长高度重视司法解释集中清理工作，并为《司法解释汇编》作序，在序言中指出了司法解释工作的发展方向，对全国法院适用好司法解释提出了明确要求。这项工作是中国特色社会主义法律体系形成后，最高人民法院推进司法为民、公正司法的一件大事，更是落实党的十八届四中全会加强和规范司法解释要求的重要举措，对于人民法院准确适用法律，促进社会公平正义，维护国家法制统一、尊严和权威，具有重要意义。

最高人民法院发布行政诉讼法司法解释

最高人民法院审判委员会第1648次会议审议通过了《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》（以下简称《解释》），将于5月1日起施行。《解释》共27条，包括十个大的方面：立案登记制，起诉期限，行政机关负责人出庭应诉，复议机关作共同被告，行政协议，一并审理民事争议，一并审查规范性文件，判决方式，有限再审以及新旧法衔接。

最高人民法院发布保险法司法解释（三）

《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（三）》（以下简称《解释三》）的有关情况。据了解，《解释三》将于2015年12月1日起施行。

《解释三》的主要内容包括以下几个方面：（一）明确人身保险利益主动审查原则，防范道德风险。（二）细化死亡险的相关规定，鼓励保险交易。（三）明确体检与如实告知义务的规定，维护诚实信用。（四）明确保险合同恢复效力的条件，维持合同效力。（五）规范受益人的指定与变更，保护受益人的受益权。（六）规范医疗保险格式条款，维持对价平衡。

《解释三》的出台，是最高人民法院依法保障保险消费者，促进保险市场健康发展的重要举措，对各级人民法院正确审理保险合同纠纷案件，妥善化解当事人纠纷，维护公平的市场交易秩序，促进保险行业健康发展具有重要意义。

最高法明确办理死刑复核案件应听取辩护律师意见

最高人民法院发布《关于办理死刑复核案件听取辩护律师意见的办法》（以下简称《办法》），共10条，规定了最高人民法院在办理死刑复核案件中，就辩护律师提出查询立案信息、查阅案卷材料、当面反映意见、提交书面意见、送达裁判文书等事项的处理办法和流程。其中明确，辩护律师可以联系最高人民法院查询立案信息和查阅、摘抄、复制案卷材料；辩护律师要求当面反映意见的，案件承办法官应当及时安排。《办法》还同时公布了最高人民法院相关审判庭的联系电话和通信地址。

民间借贷年利率超36%部分利息无效 9月1日起施行

根据《最高人民法院关于审理民间借贷案件适用法律若干问题的规定》，明确超过年利率36%部分的利息应当被认定无效，借款人已支付的有权请求返还。此外，司法解释还首次明确企业之间出于生产经营需要而相互拆借资金受司法保护。对于呈井喷式发展的P2P网络借贷，则明确网络贷款平台的提供者如仅提供媒介服务则无需担责。该司法解释将于今年9月1日起施行。

最高法出台案例指导工作实施细则

最高人民法院研究室副主任郭锋说，案例是法制宣传教育的“活教材”。最高人民法院印发《〈关于案例指导工作的规定〉实施细则》，进一步明确指导性案例的标准、推荐主体和程序，统一法律适用标准，维护司法公正。

根据《实施细则》，指导性案例应当是裁判已经发生法律效力，认定事实清楚，适用法律正确，裁判说理充分，法律效果和社会效果良好，对审理类似案件具有普遍指导意义的案例。《实施细则》规定，向最高人民法院推荐指导性案例的主体是最高人民法院各审判业务单位和全国各高级法院。

我国第一个全面反家暴刑事司法指导性文件发布

最高人民法院、最高人民检察院、公安部、司法部联合制定了《关于依法办理家庭暴力犯罪案件的意见》，意见从基本原则、案件受理、定罪处罚、其他措施4个方面，对依法办理家庭暴力犯罪案件提出了指导意见，全文共25条。意见明确了虐待罪、遗弃罪的认定，提出对实践中较常出现的4种虐待情形、4种遗弃情形可以认定为“情节恶劣”，为这两种犯罪的立案、起诉和定罪提供了统一标准；对与家庭暴力犯罪相关的故意伤害罪、

故意杀人罪、虐待罪、遗弃罪等，相互之间的界限予以区分，为准确定罪处罚提供了依据。

最高人民法院关于巡回法庭审理案件若干问题的规定

为依法及时公正审理跨行政区域重大行政和民商事等案件，推动审判工作重心下移、就地解决纠纷、方便当事人诉讼，根据《中华人民共和国人民法院组织法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国行政诉讼法》、《中华人民共和国民事诉讼法》、《中华人民共和国刑事诉讼法》等法律以及有关司法解释，结合最高人民法院审判工作实际，就最高人民法院巡回法庭（简称巡回法庭）审理案件等问题做出规定。

最高人民法院设立巡回法庭，受理巡回区内相关案件。第一巡回法庭设在广东省深圳市，巡回区为广东、广西、海南三省区。第二巡回法庭设在辽宁省沈阳市，巡回区为辽宁、吉林、黑龙江三省。

最高法明确法官违法审判必须追责 7 种情形

最高人民法院于9月21日发布《最高人民法院关于完善人民法院司法责任制的若干意见》。《意见》明确了违法审判责任必须追责的七种情形：审理案件时有贪污受贿、徇私舞弊、枉法裁判行为的；违反规定私自办案或者制造虚假案件的；涂改、隐匿、伪造、偷换和故意损毁证据材料的，或者因重大过失丢失、损毁证据材料并造成严重后果的；向合议庭、审判委员会汇报案情时隐瞒主要证据、重要情节和故意提供虚假材料的，或者因重大过失遗漏主要证据、重要情节导致裁判错误并造成严重后果的；制作诉讼文书时，故意违背合议庭评议结果、审判委员会决定的，或者因重大过失导致裁判文书主文错误并造成严重后果的；违反法律规定，对不符合减刑、假释条件的罪犯裁定减刑、假释的，或者因重大过失对不符合减刑、假释条件的罪犯裁定减刑、假释并造成严重后果的；其他故意违背法定程序、证据规则和法律明确规定违法审判的，或者因重大过失导致裁判结果错误并造成严重后果的。

最高检：六类案件可向社会公众以案释法

最高人民检察院印发《最高人民检察院关于实行检察官以案释法制度的规定（试行）》（下称规定），对检察官以案释法工作的原则、方式、内容、责任等进行明确规范。

《规定》明确规定了检察官应当向诉讼参与人开展以案释法的三种情形，即法律文书说理、应诉诉讼参与人请求释法说理和特定情况下的主动释法说理，检察官对其正在办理的案件，如果符合规定情形，应当及时开展以案释法工作。

最高法发布四五改革纲要 涉及 65 项改革内容

全面深化人民法院改革的主要任务包括7个方面65项改革举措：

（一）建立与行政区划适当分离的司法管辖制度

必须从维护国家法制统一、体现司法公正的要求出发，探索建立确保人民法院依法独立公正行使审判权的司法管辖制度。

（二）建立以审判为中心的诉讼制度

必须尊重司法规律，确保庭审在保护诉权、认定证据、查明事实、公正裁判中发挥决定性作用，实现诉讼证据质证在法庭、案件事实查明在法庭、诉辩意见发表在法庭、裁判理由形成在法庭。

（三）优化人民法院内部职权配置

必须优化人民法院内部职权配置，健全立案、审判、执行、审判监督各环节之间的相互制约和相互衔接机制，充分发挥一审、二审和再审的不同职能，确保审级独立。

（四）健全审判权力运行机制

必须严格遵循司法规律，完善以审判权为核心、以审判监督权和审判管理权为保障的审判权力运行机制，落实审判责任制，做到让审理者裁判，由裁判者负责。

（五）构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制

必须依托现代信息技术，构建开放、动态、透明、便民的阳光司法机制，增进公众对司法的了解、信赖和监督。

（六）推进法院人员的正规化、专业化、职业化建设

必须坚持以审判为中心、以法官为重心，全面推进法院人员的正规化、专业化、职业化建设，努力提升职业素养和专业水平。

（七）确保人民法院依法独立公正行使审判权

必须坚持在党的领导下，推动完善确保人民法院依法独立公正行使审判权的各项制度，优化司法环境，树立司法权威，强化职业保障，提高司法公信力。

全面深化公安改革意见审议通过：将取消暂住证

《关于全面深化公安改革若干重大问题的框架意见》及相关改革方案，已经中央审议通过，即将印发实施。全面深化公安改革的总体目标是：完善与推进国家治理体系和治理能力现代化、建设中国特色社会主义法治体系相适应的现代警务运行机制和执法权力运行机制，建立符合公安机关性质任务的公安机关管理体制，建立体现人民警察职业特点、有别于其他公务员的人民警察管理制度。全面深化公安改革共有七个方面的主要任务、100多项改革措施。一是健全维护国家安全工作机制，二是创新社会治安治理机制，三是深化公安行政管理改革，四是完善执法权力运行机制，五是完善公安机关管理体制，六是健全人民警察管理制度，七是规范警务辅助人员管理。

农村土地制度改革试点意见出台

中共中央办公厅和国务院办公厅联合印发了《关于农村土地征收、集体经营性建设用地入市、宅基地制度改革试点工作的意见》，这标志着，我国农村土地制度改革即将进入试点阶段。

农村土地制度改革

- 1、建立城乡统一的建设用地市场。
- 2、在符合规划和用途管制前提下，允许农村集体经营性建设用地出让、租赁、入股，实行与国有土地同等入市、同权同价。
- 3、缩小征地范围，规范征地程序，完善对被征地农民合理、规范、多元保障机制。
- 4、扩大国有土地有偿使用范围，减少非公益性用地划拨。
- 5、建立兼顾国家、集体、个人的土地增值收益分配机制，合理提高个人收益。完善土地租赁、转让、抵押二级市场。

中共中央印发《中国共产党廉洁自律准则》

中共中央印发了《中国共产党廉洁自律准则》。《准则》贯彻党的十八大和十八届三中全会、四中全会精神，坚持依规治党与以德治党相结合，紧扣廉洁自律主题，重申党的理想信念宗旨、优良传统作风，重在立德，是党执政以来第一部坚持正面倡导、面向全体党员的规范全党廉洁自律工作的重要基础性法规，是对党章规定的具体化，体现了全面从严治党实践成果，为党员和党员领导干部树立了一个看得见、够得着的高标准，展现了共产党人的高尚道德追求，对于深入推进党风廉政建设和反腐败斗争，加强党内监督，永葆党的先进性和纯洁性，具有十分重要的意义。

聚焦刑法修正案(九)七大亮点

在京闭幕的十二届全国人大常委会第十六次会议，表决通过了备受关注的现行刑法第九个修正案。

亮点一：减少适用死刑罪名

再减少9个适用死刑罪名 刑法死刑罪名已减至46个

亮点二：严惩恐怖主义犯罪

一些行为规定为犯罪形式 增加恐怖犯罪财产刑规定

亮点三：加强人身权利保护

嫖宿幼女罪名已成为历史 收买妇儿一律作犯罪评价

亮点四：维护信息安全

将加强公民个人信息保护 新增加编造虚假信息犯罪

亮点五：加大惩处腐败力度

删去贪贿罪具体数额规定 重特大贪贿者可终身监禁

亮点六：惩治失信背信行为

增加组织考试作弊等犯罪 虚假诉讼妨害司法为犯罪

完善国家统一法律职业资格制

中共中央办公厅、国务院办公厅印发了《关于完善国家统一法律职业资格制度的意见》（下称《意见》）。《意见》贯彻落实党的十八大和十八届三中、四中全会精神，提出了完善国家统一法律职业资格制度的目标任务和重要举措，对于推进法治工作队伍正规化、专业化、职业化，为建设社会主义法治国家提供人才保障具有重要意义。

◎将现行司法考试制度调整为国家统一法律职业资格考试制度

◎把具有准司法性质的法律从业人员纳入法律职业资格考试的范围

◎建立法律职业资格暂停、吊销制度

不动产登记条例 3月1日起施行

《不动产登记暂行条例》将于3月1日施行，全国业已完成职责整合及机构建设的地区将尽快颁布统一的登记簿册和证书，力争2015年底全面颁发新证书。据介绍，目前国家层面不动产登记职责整合工作已经完成。不动产登记簿册设计已经完成，相关配套规章政策不断细化，登记信息互通共享加快推进。地方职责整合工作全面启动，26个省份完成了省级不动产登记职责和机构整合。市县级不动产登记职责整合工作全面推进，30多个市（州）完成了市本级职责整合工作，70个县（市区）完成了县级职责整合。

新行诉法实施 打通“民告官”七大关卡

24年来首次大修的行政诉讼法5月1日正式实施。

关卡一：立不了案？

通关法则：对依法提起的诉讼，一律接收起诉状！

关卡二：不立不裁？

通关法则：可以向上一级人民法院起诉！

关卡三：告官不见官？

通关法则：被诉行政机关负责人应出庭应诉！

关卡四：“红头文件”违法？

通关法则：法院可认定“红头文件”合法与否！

关卡五：行政复议时“官官相护”？

通关法则：维持原行政行为的，复议机关作共同被告！

关卡六：地方保护主义？

通关法则：跨行政区域管辖行政案件！

关卡七：行政机关当“老赖”？

通关法则：可拘留其直接负责的主管人员和其他直接责任人员！

新广告法正式施行 严格规范医疗、保健品广告

新修订的《中华人民共和国广告法》9月1日起正式施行。新修订的广告法具体有哪些亮点，对人们生活会产生哪些影响？

药品广告须显著标明不良反应

针对违法广告泛滥的重灾区，新广告法重拳出击，将广告准则特殊商品增至17种。对17种与消费者生产和生活关系密切，并且在实践中违法广告发生率较高的商品和服务的广告准则，进行了大幅度补充和完善。

做虚假广告三年内不能代言

不满10周岁的童星不能作为代言人、各类明星接广告代言需使用过该产品……针对广告领域的“任性”代言现象，新广告法做出了严格限制。

按照规定，广告代言人在广告中对商品服务做推荐证明，应当依据事实，符合本法和有关法律、行政法规规定，不得为其未使用过的商品或者未接受过的服务做推荐证明。不得利用10周岁以下未成年人作为广告代言人。

发布虚假广告最高可罚200万

根据新广告法，对发布虚假广告的一般情节，罚款额度从1994年广告法规定的广告费用的1到5倍，调整为广告费用的3到5倍，起罚点大幅提升，两年内有3次以上违法行为或者有其他严重情节的，最高可罚200万元。

史上最严《食品安全法》通过

新版食品安全法共十章，154条，将于今年10月1日起正式施行。这部经全国人大常委会第九次会议、第十二次会议两次审议，三易其稿，被称为“史上最严”的食品安全法，都有哪些主要修改呢？

禁止剧毒高毒农药用于果蔬茶叶

保健食品标签不得涉防病治疗功能

婴幼儿配方食品生产全程质量控制

网购食品纳入监管范围

生产经营转基因食品应按规定标示

全面两孩政策明年元旦起实施

十二届全国人大常委会第十八次会议12月27日闭幕，会议经表决通过关于修改人口与计划生育法的决定。修改后的计生法明确国家提倡一对夫妻生育两个子女，新法将于2016年1月1日起施行。

【无论一孩两孩 均可延长生育假】

修改后的计生法规定，符合法律、法规生育子女的夫妻，可以获得延长生育假的奖励或者其他福利待遇。

【符合规定可要求安排再生育子女】

在明确国家提倡一对夫妻生育两个子女的同时，新计生法规定，符合法律、法规规定条件的，可以要求安排再生育子女，具体办法由省、自治区、直辖市人民代表大会或者其常务委员会规定。夫妻双方户籍所在地的省、自治区、直辖市之间关于再生育子女的规定不一致的，按照有利于当事人的原则适用。

【已取消相关鼓励晚婚晚育条款】

这次根据五中全会关于全面“两孩”政策的部署，人口与计划生育法已经取消了相关鼓励晚婚晚育的条款，而是作出了符合法律法规规定生育的，无论是一孩还是两孩，甚至一些符合地方法规规定的再生育三孩以上的，都可以享有延长生育假的相关奖励，及其他相关的社会福利。

国企改革 商业类和公益类

国务院国资委、财政部、国家发展改革委 12 月 29 日联合发布《关于国有企业功能界定与分类的指导意见》。

公益类国有企业以保障民生、服务社会、提供公共产品和服务为主要目标，必要的产品或服务价格可以由政府调控。

注册制来了！资本市场将发生巨变

全国人大常委会 2 月审议通过《关于授权国务院在实施股票发行注册制改革中调整适用〈中华人民共和国证券法〉有关规定的决定》，注册制来了，资本市场将发生哪些变化？投资者需怎样顺应这些变化？

IPO 将更加高效

注册制改革将对企业发行上市的注册条件、注册机关、注册程序、审核要求作出相应调整，改变如今的核准制，企业上市效率将得到大幅提升，一大波企业将在未来几年快速上市

上市企业将失去“监管背书”

注册制以信息披露为中心，股票发行时机、规模、价格等由市场参与各方自行决定，投资者对发行人的资产质量、投资价值自主判断并承担风险，监管部门重点对发行人信息披露的齐备性、一致性和可理解性进行监督，不再为企业上市“背书”。

违法将付出更高代价

注册制改革实施中将切实维护“三公”的市场秩序，严厉打击和惩处违法违规行为，全面加强对欺诈发行和信息披露虚假的惩罚力度，保护投资者的合法权益，让违法违规者付出更高代价。

我国首次建立人身安全保护令制度

十二届全国人大常委会第十八次会议，表决通过了反家庭暴力法。

可以禁止被申请人骚扰申请人

反家庭暴力法借鉴国外民事保护令制度，总结部分地区人民法院人身安全保护试点经验，建立了人身安全保护令制度。该法规定，当事人因遭受家庭暴力或者面临家庭暴力的现实危险，向人民法院申请人身安全保护令的，人民法院应当受理。当事人因受到强制、威吓等原因无法申请人身安全保护令的，其近亲属、公安机关、妇女联合会、居民委员会、村民委员会、救助管理机构可以代为申请。

申请人身安全保护令应当以书面方式提出；书面申请确有困难的，可以口头申请。人身安全保护令案件由申请人或者被申请人居住地的基层人民法院管辖。家庭暴力发生地的基层人民法院可以管辖人身安全保护令案件。人身安全保护令应当由人民法院以裁定形式作出。

新版网络支付办法出台

中国人民银行发布《非银行支付机构网络支付业务管理办法》（以下简称《办法》），自2016年7月1日起实施。

支付账户分类管理

支付账户“分类管理”理念可谓贯穿《办法》始终，对验证级别越高的账户给予越多的功能。I类账户只需要1个外部渠道验证客户身份信息（例如联网核查居民身份证信息），账户余额可以用于消费和转账，主要适用于客户小额、临时支付，身份验证简单快捷。

开立账户“实名制”是否需要证明“我是我”？

《办法》第六条明确提出，“支付机构为客户开立支付账户的，应对客户实行实名制管理”，实名制落实的方式一个是“面对面”开立账户，客户可在I-III类账户中自主选择；而通过非面对面方式开立账户时，通过至少1个外部渠道验证身份的，开立I类账户；通过至少3个外部渠道验证身份的，开立II类账户；通过至少5个外部渠道验证身份的，开立III类账户。

居住证条例明确落户条件 将于2016年起施行

《居住证暂行条例》自2016年1月1日起施行。条例规定，居住证持有人符合居住地人民政府规定的落户条件的，可以根据本人意愿，将常住户口由原户口所在地迁入居住地。条例明确，居住地人民政府应当根据规定确定落户条件。城区人口500万以上的特大城市和超大城市应当根据城市综合承载能力和经济社会发展需要，以具有合法稳定就业和

合法稳定住所、参加城镇社会保险年限、连续居住年限等为主要指标，建立完善积分落户制度。

互联网保险监管办法出台 解读八大看点

保监会已于7月23日在内部印发《互联网保险业务管理暂行办法》。

《意见》的重点：一、经营主体明确。二、经营方式明确。三、自营网络平台条件明确。四、第三方网络平台条件明确五、经营人身意外伤害保险、定期寿险和普通型终身寿险；投保人或被保险人为个人的家庭财产保险、责任保险、信用保险和保证保险；独立、完整地通过互联网实现销售、承保和理赔全流程服务财产保险业务险种不受经营区域限制。六、信息披露明确。七、明确经营规则。

养老金投资股票类资产不超 30%

国务院8月17日印发了《基本养老保险基金投资管理办法》，管理办法自印发之日起施行。管理办法规定，投资股票、股票基金、混合基金、股票型养老金产品的比例，合计不得高于养老基金资产净值的30%。同时，国有重点企业改制、上市，养老基金可以进行股权投资。

房地产税立法初稿已形成 税率或由地方自行决定

据悉，房地产税主体税种或由房产税、城镇土地使用税合并，具体税率可能将由地方在中央确定的税率区间内自行决定。立法框架建立起来之后，具体征收时，地方应有一定的自主权。“房地产税将作为地方税种，给地方一定的征税自主权。比较可能的方式是类似于煤炭资源税的征税方式，全国规定一个税率区间，各个地方在这个区间范围内根据当地的具体情况自主确定具体税率。各地的开征时间、具体征税依据、操作细节也会有细微不同。”施正文说，即便房地产税立法完成，可以开征房地产税，也不会全国范围内统一开征，各地会各自出台征收细则。

地方特色立法

北京“史上最严”控烟条例

6月1日起北京将实施“史上最严”控烟条例。该条例被誉为“史上最严”，因为“凡是有屋顶的地方都不能抽烟”，且未成年人为主要活动人群的场所、对社会开放的文物保护单位、体育场、儿童医院等场所的室外区域均为禁止吸烟区域。北京将力争在一到两年内全面实现公共场所、工作场所无烟。

北京凭积分将可落户

12月10日北京市政府官方网站公布《北京市积分落户管理办法（征求意见稿）》，公开征求社会意见。根据《北京市积分落户管理办法（征求意见稿）》，申请人参加积分落户应同时符合下列条件：（一）持有北京市居住证；（二）年龄不超过45周岁；（三）在京连续缴纳社会保险7年及以上；（四）符合本市计划生育政策；（五）无违法犯罪记录。积分落户指标体系由基础指标和导向指标构成。基础指标包括合法稳定就业、合法稳定住所、教育背景。导向指标包括职住区域、疏解行业就业、创新创业、专业技术职务、纳税、信用记录、守法记录。总积分为各项指标的累计得分。

北京拟立法破解病人摔倒不敢扶现象

街头有人突发疾病摔倒，到底扶不扶？7月24日，首次提交北京市十四届人大常委会20次会议审议的《北京市院前医疗急救服务条例（草案）》让好心人服下了定心丸：今后遇街头突发病症，好心人再也不用担心出手相救反遭诬陷了，患者及其家属如捏造事实向提供帮助者恶意索赔，将承担法律责任。

对于经常引起社会热议的街头突发病症由于害怕担责而无人施救以及好心人出手相救反遭诬陷的现象，《草案》第三十八条规定，鼓励具备医疗急救专业技能的个人在院前医疗急救人员到达前，对急、危、重患者实施紧急现场救护；其紧急现场救护行为受法律保护。

京津冀三地试点跨区买养老服务

京津冀三地民政部门签订《京津冀民政事业协同发展合作框架协议》，明确将在养老等十大领域开展合作，政府也将给予政策等扶持。根据合作协议，养老领域是合作的重点之一。市民政局相关负责人介绍，与北京市市区相比，河北的养老机构在价格方面有极大优势，“在北京养老机构仅仅是吃饭的钱可能在河北周边就可以吃住全包。”根据协议，三地还将加强社会救助政策制度的对接，完善跨区域户籍人口的救助工作，建立“救急难”异地转办及三地协同办理工作机制。

上海司改方案：法官检察官工资比公务员高43%

上海召开全面推进司法体制改革试点工作会议，改革在上海全市所有法院、检察院全面推开。

8个“关键词”读懂上海全面司改

1. 可复制、可推广。
2. 法官/检察官“员额制”。
3. 法官/检察官助理。
4. 法官、检察官遴选（惩戒）委员会。
5. 主审法官/主任检察官办案责任制。
6. 院长/检察长的“权力清单”。
7. 跨行政区划法院/检察院。
8. 人财物省以下统管。

上海试收“雾霾费” 三阶段收费逐步提高

上海市发展改革委（市物价局）、上海市财政局、上海市环保局制定了《上海市挥发性有机物排污收费试点实施办法》上海开始试点启动挥发性有机物（VOC“）排污收费。排污收费分为三个阶段，每个阶段实施不同的收费标准。自2015年10月1日起（第一阶段）收费标准为10元/千克，自2016年7月1日起（第二阶段）收费标准为15元/千克，自2017年1月1日起（第三阶段）收费标准为20元/千克。同时，对按上海工业VOCs治理方案要求完成废气治理的，排放浓度低于或等于排放限值的50%，且当年未受到环保部门处罚的，按收费标准的50%计收排污费；对于未按方案要求完成废气治理的，或废气治理设施运行不正常，或挥发性有机物超标排放等环境污染行为的，按收费标准的2倍计收排污费。

17省份出台“地方版”户改方案

“地方版”户籍制度改革意见正加速出台，目前，已有17个地区推出省级深化户籍制度改革的实施意见。从意见内容看，几乎所有省份都提出建立居住证制度，取消农业和非农业户口的性质区分，以及细化落户政策等，但在涉及土地问题时多采取“模糊处理”的方式，农民原有的土地承包经营权、宅基地使用权该如何保障，目前还没有统一的解决方案。

《福建省人民陪审员制度改革试点工作方案》发布

据统计，目前，福建全省人民陪审员达6474人，是人民陪审员“倍增计划”实施前的2.1倍，共参审案件113887件，其中新增人员中基层普通群众所占比例达到72%，更好地实现人民陪审员的广泛性和代表性。

方案规定，福建省各试点法院人民陪审员名额应为本院法官额数的5倍左右。试点工作开始前已经选任的人民陪审员，计入人民陪审员名额；人民陪审员的选任应当兼顾社会各阶层人员的结构比例，确保工人、农民、社区居民等普通群众代表比例不低于新增人民陪审员的三分之二。方案特别提出要抓好台胞陪审员的选任，厦门市海沧区人民法院、龙海市法院应继续做好台胞陪审员改革试点工作，根据辖区涉台案件数量、台资数额、台胞分布状况等因素，结合审判工作的需要，合理确定台胞陪审员名额数。

山西：将女职工“更年期”纳入劳动保护范围

《山西省女职工劳动保护条例》近日由山西省十二届人大常委会第二十一次会议日前审议通过了，并于10月1日起正式实施。“条例的实施将惠及全省240多万女职工以及她们的下一代健康和家庭和谐幸福。”

女职工劳动保护监管责任主体更加明确

即全省国家机关、企业、事业单位、社会团体、个体经济组织以及其他社会组织等用人单位的女职工劳动保护工作，都适用本条例。

女职工劳动保护更加全面，操作性更强

国务院制定的《女职工劳动保护特别规定》中，只对女职工“经期、孕期、产期、哺乳期”保护作了规定。山西省将女职工“更年期”也纳入劳动保护的范畴。

条例第十九条规定，“经二级医疗机构确诊为更年期综合征的女职工，经治疗效果仍不显著，本人提出不能适应原劳动岗位的，用人单位应当安排其他适合劳动岗位”。

条例第十一条在针对女职工经期保护中规定，女职工痛经或者经量过多的，可给与一至二日的休息；从事连续四个小时以上站立劳动的，安排二十分钟工间休息。

老年人有权拒绝成年子女“啃老”

《吉林省老年人权益保障条例》明年5月1日正式实施。本条例所称老年人是指六十周岁以上公民。

老年人有权拒绝“啃老”

有独立生活能力的成年子女或者其他亲属要求老年人给予经济资助的，老年人有权拒绝。成年子女及其亲属不得因无收入、低收入或者其他理由，以窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。老年人与子女或者其他亲属共同出资购买、建造的住房，按照出资比例或者约定，依法享有相应份额的所有权和使用权。

浙江省专利条例明年正式实施 重点打击电商侵权

12月14日，《浙江省专利条例》新闻发布会在杭州召开。此新条例明确了一些制约电商平台的原则性意见，如电商平台要有承担通知删除、管理的义务；一定要设置假冒侵权产品的告知义务，如果不告知，发生侵权案件，电商网络平台须承担连带责任，如果行政部门处理后，电商平台必须按照要求进行删除或者屏蔽。据悉，《浙江省专利条例》将于2016年1月1日正式实施。

中国首部地方治霾法规正式实施

《四川省灰霾污染防治办法》实施，这也是我国首部专门针对灰霾污染防治的政府规章。首次从立法层面上对“灰霾污染”进行了界定，并对灰霾污染管理体制、工业废气粉尘、施工道路扬尘、车辆船舶排气、露天焚烧烟尘等方面的污染防治以及重污染天气应急处置等进行了规范。办法也在全国首次明确规定，露天焚烧秸秆，可以处以200元以下罚款。该办法还明确了治霾责任主体，提出县级以上政府实行环境空气质量目标责任制，并将环境空气中灰霾控制作为主要指标纳入目标绩效管理。如果未完成环境空气质量目标任务的，按照规定将对其主要负责人进行约谈，予以通报批评。

典型案例、重要案例

最高人民法院发布第11批指导性案例

经最高人民法院审判委员会讨论决定，将福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案等四个案例，作为第11批指导性案例发布。

指导案例53号福建海峡银行股份有限公司福州五一支行诉长乐亚新污水处理有限公司、福州市政工程有限公司金融借款合同纠纷案，旨在明确特许经营权的收益权可作为应收账款予以质押，对于协调新生物权与物权法定原则提供了指引，有利于解决对特定项目（如污水处理）的特许经营权能否质押及收益权质押实现方式的争议，统一裁判标准，对规范金融机构特许经营权的质押贷款业务并促进基础设施项目的融资有积极指导意义。

指导案例54号中国农业发展银行安徽省分行诉张大标、安徽长江融资担保集团有限公司执行异议之诉纠纷案，旨在明确担保公司在与银行合作开展贷款担保业务中，开立担保保证金专户并存入一定比例保证金，属于设立金钱质押。明确了保证金专户内即使出现资金浮动，也不影响对金钱特定化的认定，有利于法院统一此类案件的裁判标准，有利于引导金融资本支持企业发展，促进中小企业融资环境改善。

指导案例55号柏万清诉成都难寻物品营销服务中心等侵害实用新型专利权纠纷案，旨在明确对于保护范围明显不清楚的专利权，不应认定被诉侵权技术方案构成侵权。这就确定了“不保护不应保护或者无法保护的专利权”的原则，有利于提高专利侵权案件的审判效率，有利于推动科学技术的应用，促进经济社会发展。

指导案例56号韩凤彬诉内蒙古九郡药业有限责任公司等产品责任纠纷管辖权异议案，旨在明确当事人在一审提交答辩状期间未提出管辖异议，在二审或者再审发回重审时提出管辖异议的，人民法院不予审查。这就贯彻了管辖恒定原则，避免一些当事人就人民法院依法管辖和审理的案件就管辖问题纠缠不休，拖延诉讼，有利于提高诉讼效率，节约诉讼成本，尽快解决诉讼纠纷，促进社会和谐。

最高人民法院发布第十批指导性案例

经最高人民法院审判委员会讨论决定，现将清理编纂后的北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案等八个案例（指导案例45-52号），作为第十批指导性案例发布。

指导案例45号北京百度网讯科技有限公司诉青岛奥商网络技术有限公司等不正当竞争纠纷案，旨在明确从事互联网服务的经营者，在其他经营者网站的搜索结果页面强行弹出广告等不正当竞争行为，虽然反不正当竞争法没有明确列举，但可以根据反不正当竞争法第2条的原则性规定认定为不正当竞争。这有利于依法制止常见多发的网页上强行弹出广

告等不正当竞争行为，有效惩治损人利己、违背诚信和商业公德的行为，保护经营者和消费者的合法权益，从而维护诚实守信、公平竞争的市场经营秩序。

指导案例 46 号山东鲁锦公司诉鄞城鲁锦公司等侵害商标专用权和不正当竞争纠纷案，旨在明确具有地域性特点的商品通用名称的判断标准。这就统一了商品通用名称的裁判标准，明确划定了注册商标专用权与通用名称正当使用的界限，有利于规范市场秩序，促进公平竞争。

指导案例 47 号意大利费列罗公司诉蒙特莎（张家港）食品有限公司、天津经济技术开发区正元行销有限公司不正当竞争纠纷案，旨在反不正当竞争法所称的知名商品的内涵及认定标准，以及知名商品特有的包装、装潢的概念和范围。该案例还明确了对他人能够区别商品来源的知名商品特有的包装、装潢，进行足以引起市场混淆、误认的全面模仿，属于不正当竞争行为。这对于知名商品及其特有的包装、装潢的认定标准提供了明确的依据，有利于准确认定不正当竞争行为，规范市场秩序，营造公平正当的市场竞争环境。

指导案例 48 号北京精雕科技有限公司诉上海奈凯电子科技有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案，旨在明确计算机软件著作权人为保护其软件著作权而采取的技术措施的边界。该案例通过进一步明确软件著作权保护的范围，有利于防止权利滥用，鼓励合法有序的市场竞争，促进技术创新。

指导案例 49 号石鸿林诉泰州华仁电子资讯有限公司侵害计算机软件著作权纠纷案，旨在明确计算机软件著作权侵权案件中的举证责任分配问题。该案例合理界定了当事人双方的举证责任和转移，有利于明确侵权对比标准，保护著作人权的合法权益。

指导案例 50 号李某、郭某阳诉郭某和、童某某继承纠纷案旨在明确夫妻关系存续期间，双方一致同意利用他人的精子进行人工授精并使女方受孕后，男方反悔，而女方坚持生出该子女，该子女出生后应当认定为婚生子女，以及在夫妻一方所订立的遗嘱中没有为胎儿保留遗产份额的遗嘱效力等问题。该案例有利于依法保护通过人工授精出生子女的以及妇女的合法权益，统一类似案件的裁判标准。

指导案例 51 号海南丰海粮油工业有限公司诉中国人民财产保险股份有限公司海南省分公司海上货物运输保险合同纠纷案旨在明确海上货物运输保险合同“一切险”条款所规定的“外来原因”应如何理解的问题，界定了“一切险”的责任范围。该案例有利于规范海上货物运输保险合同双方当事人的权利义务，促进海上货物运输保险业的有序发展。

指导案例 52 号阿卜杜勒·瓦希德诉中国东方航空股份有限公司航空旅客运输合同纠纷案旨在明确航空旅客运输中，对实际承运人履行的运输航段提起的损害赔偿诉讼中，被诉承运人申请追加另一个承运人参加诉讼的，法院可以根据案件的实际情况，决定是否准许。当不可抗力造成航班延误，致使航空公司不能将换乘其他航班的旅客按时运抵目的地时，航空公司应当及时履行告知义务。另外，该案例还明确航空公司在打折机票上注明“不得退票，不得转签”，只是限制购买打折机票的旅客由于自身原因而不得退票和转签，不能据此剥夺旅客在支付票款后享有的乘坐航班按时抵达目的地的权利。该案例有利

于规范航空公司的服务行为，引导旅客依法理性维权，维护民航秩序，促进航空运输业的发展。

最高人民法院公布第六批指导性案例

最高人民法院 9 日发布第六批指导性案例，对各级检察机关办理核准追诉案件作出具体规范指导。

马世龙（抢劫）核准追诉案

【基本案情】

1989 年 5 月 19 日下午，犯罪嫌疑人马世龙、许云刚、曹立波（后二人另案处理，均已判刑）预谋到吉林省公主岭市苇子沟街獾子洞村李树振家抢劫，并准备了面罩、匕首等作案工具。5 月 20 日零时许，三人蒙面持刀进入被害人李树振家大院，将屋门玻璃撬开后拉开门锁进入李树振卧室。马世龙、许云刚、曹立波分别持刀逼住李树振及其妻子王某，并强迫李树振及其妻子拿钱。李树振和妻子王某喊救命，曹立波、许云刚随即逃离。马世龙在逃离时被李树振拉住，遂持刀在李树振身上乱捅，随后逃脱。曹立波、许云刚、马世龙会合后将抢得的现金 380 余元分掉。李树振被送往医院抢救无效死亡。

【案件结果】

2014 年 6 月 26 日，最高人民法院作出对马世龙核准追诉决定。2014 年 11 月 5 日，吉林省四平市中级人民法院以马世龙犯抢劫罪，同时考虑其具有自首情节，判处其有期徒刑十五年，并处罚金 1000 元。被告人马世龙未上诉，检察机关未抗诉，一审判决生效。

丁国山等（故意伤害）核准追诉案

【基本案情】

1991 年 12 月 21 日，李万山、董立君、魏江等三人上山打猎，途中借宿在内蒙古自治区莫力达瓦达翰尔族自治旗（下称莫旗）红彦镇大韭菜沟村（后改名干拉抛沟村）丁国义家中。李万山酒后因琐事与丁国义侄子常永龙发生争吵并殴打了常永龙。12 月 22 日上午 7 时许，丁国山、丁国义、常永龙、闫立军为报复泄愤，对李万山、董立君、魏江三人进行殴打，并将李万山、董立君装进麻袋，持木棒继续殴打三人要害部位。后丁国山等四人用绳索将李万山和董立君捆绑吊于房梁上，将魏江捆绑在柱子上后逃离现场。李万山头部、面部多处受伤，经救治无效于当日死亡。

【案件结果】

2014 年 6 月 13 日，最高人民法院作出对丁国山、常永龙、丁国义、闫立军核准追诉决定。2015 年 2 月 26 日，内蒙古自治区呼伦贝尔市中级人民法院以犯故意伤害罪，同时考虑审理期间被告人向被害人进行赔偿等因素，分别判处主犯丁国山、常永龙、丁国义有期徒刑十四年、十三年、十二年，从犯闫立军有期徒刑三年。被告人均未上诉，检察机关未抗诉，一审判决生效。

杨菊云（故意杀人）不核准追诉案

【基本案情】

1989年9月2日晚，杨菊云与丈夫吴德禄因琐事发生口角，吴德禄因此殴打杨菊云。杨菊云乘吴德禄熟睡，手持家中一节柏树棒击打吴德禄头部，后因担心吴德禄继续殴打自己，便用剥菜尖刀将吴德禄杀死。案发后杨菊云携带儿子吴某（当时不满1岁）逃离简阳。9月4日中午，吴德禄继父魏某去吴德禄家中，发现吴德禄被杀死在床上，于是向公安机关报案。公安机关随即开展了尸体检验、现场勘查等调查工作，并于9月26日立案侦查，但未对杨菊云采取强制措施。

【案件结果】

2013年7月19日，最高人民检察院作出对杨菊云不予核准追诉决定。2013年7月29日，简阳市公安局对杨菊云予以释放。

蔡金星、陈国辉等（抢劫）不核准追诉案

【基本案情】

犯罪嫌疑人蔡金星、林俊雄于1991年初认识了在福建、安徽两地从事鳊鱼苗经营的一男子（姓名身份不详），该男子透露莆田市多人集资14万余元赴安徽省芜湖市购买鳊鱼苗，让蔡金星、林俊雄设法将钱款偷走或抢走，自己作为内应。蔡金星、林俊雄遂召集陈国辉、李建忠、蔡金文、陈锦城赶到芜湖市。经事先“踩点”，蔡金星、陈国辉等六人携带凶器及作案工具，于1991年3月12日上午租乘一辆面包车到被害人林文忠租住的房屋附近。按照事先约定，蔡金星在车上等候，其余五名犯罪嫌疑人进入屋内，陈国辉上前按住林文忠，其他人用水果刀逼迫林文忠，抢到装在一个密码箱内的14万余元现金后逃跑。

【案件结果】

2012年12月31日，最高人民检察院作出对蔡金星、陈国辉不予核准追诉决定。2013年2月20日，芜湖市公安局对蔡金星、陈国辉解除取保候审。

最高法发布十起环境侵权典型案例

12月29日，最高人民法院今天召开新闻通气会，发布十起环境侵权典型案例。

案例1

北京市朝阳区自然之友环境研究所、福建省绿家园环境友好中心诉谢知锦等四人破坏林地民事公益诉讼案

【基本案情】

2008年7月29日，谢知锦等四人未经行政主管部门审批，擅自扩大采矿范围，采取从山顶往下剥山皮、将采矿产生的弃石往山下倾倒、在矿山塘口下方兴建工棚的方式，严重毁坏了28.33亩林地植被。2014年7月28日，谢知锦等人因犯非法占用农用地罪分别被判处有期徒刑。2015年1月1日，北京市朝阳区自然之友环境研究所（以下简称自然之友）、福建省绿家园环境友好中心（以下简称绿家园）提起诉讼，请求判令四被告承担在一定期限内恢复林地植被的责任，赔偿生态环境服务功能损失134万元；如不能在一定期

限内恢复林地植被，则应赔偿生态环境修复费用 110 万余元；共同偿付原告为诉讼支出的评估费、律师费及其他合理费用。

【裁判结果】

福建省南平市中级人民法院一审认为，谢知锦等四人为采矿占用林地，不仅严重破坏了 28.33 亩林地的原有植被，还造成了林地植被受损至恢复原状期间生态服务功能的损失，依法应共同承担恢复林地植被、赔偿生态功能损失的侵权责任。遂判令谢知锦等四人在判决生效之日起五个月内恢复被破坏的 28.33 亩林地功能，在该林地上补种林木并抚育管护三年，如不能在指定期限内恢复林地植被，则共同赔偿生态环境修复费用 110 万余元；共同赔偿生态环境服务功能损失 127 万元，用于原地或异地生态修复；共同支付原告支出的评估费、律师费、为诉讼支出的其他合理费用 16.5 万余元。福建省高级人民法院二审维持了一审判决。

案例 2

中华环保联合会诉德州晶华集团振华有限公司大气污染民事公益诉讼案

【基本案情】

德州晶华集团振华有限公司（以下简称振华公司）是一家从事玻璃及玻璃深加工产品制造的企业，位于山东省德州市区内。振华公司虽投入资金建设脱硫除尘设施，但仍有两个烟囱长期超标排放污染物，造成大气污染，严重影响了周围居民生活。2014 年，振华公司被环境保护部点名批评，并被山东省环境保护行政主管部门多次处罚，但其仍持续超标向大气排放污染物。2015 年 3 月 25 日，中华环保联合会提起诉讼，请求判令振华公司立即停止超标向大气排放污染物，增设大气污染防治设施，经环境保护行政主管部门验收合格并投入使用后方可进行生产经营活动；赔偿因超标排放污染物造成的损失 2040 万元及因拒不改正超标排放污染物行为造成的损失 780 万元，并将赔偿款项支付至地方政府财政专户，用于德州市大气污染的治理；在省级及以上媒体向社会公开赔礼道歉；承担本案诉讼、检验、鉴定、专家证人、律师及其他为诉讼支出的费用。

山东省德州市中级人民法院受理本案后，向振华公司送达民事起诉状等诉讼材料，向社会公告案件受理情况，并向德州市环境保护局告知本案受理情况。德州市人民政府、德州市环境保护局积极支持、配合本案审理，并与一审法院共同召开协调会。通过司法机关与环境保护行政主管部门的联动、协调，振华公司将全部生产线关停，在远离居民生活区的天衢工业园区选址建设新厂，启动老厂区搬迁工作。2015 年 9 月 21 日，法院组织原、被告双方质证，就相关证据材料、被告整改情况等问题见面沟通、交换意见。本案尚在审理之中。

最高检发布 9 起涉医违法犯罪典型案例

检察机关依法惩处涉医违法犯罪

典型案例

一、医患纠纷引发的侵害医护人员案件

1. 连恩青故意杀人案；2. 王英生故意杀人案；3. 钱德平故意伤害案；4. 李明故意伤害案。

二、妨害医疗秩序类案件

5. 王敏寻衅滋事案；6. 张德义、庞成伟、胡玮恒寻衅滋事案；；7. 陈金泉等聚众扰乱社会秩序案；8. 赵君堂等聚众扰乱社会秩序案；9. 贺志谋聚众扰乱公共场所秩序案。

最高检发布 6 起查处金融犯罪典型案例

9月23日，最高人民检察院举行新闻发布会，发布6起依法查处金融犯罪典型案例。

案例 1：马乐利用未公开信息交易案

案例 2：苏某利用未公开信息交易案

案例 3：某实业有限公司、某动力机械有限公司、王某逃汇案

案例 4：某酒业有限公司、彭某骗取贷款案

案例 5：蔡某集资诈骗案

案例 6：李某等三人内幕交易案

周永康一审被判处无期徒刑

2015年6月11日，天津市第一中级人民法院依法对周永康受贿、滥用职权、故意泄露国家秘密案进行了一审宣判，认定周永康犯受贿罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人财产；犯滥用职权罪，判处有期徒刑七年；犯故意泄露国家秘密罪，判处有期徒刑四年，三罪并罚，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人财产。周永康当庭表示，服从法庭判决，不上诉；进入司法调查以来，办案机关依法办案、文明执法，讲事实、讲道理，充分体现了我国司法的进步，使他认识到自己违法犯罪的事实给党的事业造成的损失，给社会造成了严重影响，再次表示认罪悔罪。

最高法二审王老吉加多宝“红罐之争”

持续近三年的王老吉、加多宝“红罐之争”诉讼纠纷案打到最高法。在当日的庭审中，各方当事人及诉讼代理人就六大争议焦点展开激辩。

焦点一：加多宝公司和广药集团在本案中请求予以保护的特有包装装潢的具体内容和载体是什么？

焦点二：如何理解反不正当竞争法对商品包装装潢提供的保护与商标法对商标标识提供的保护二者之间的关系？

焦点三：加多宝公司和广药集团主张本案知名商品特有包装装潢权益归属的事实和法律依据是什么？

焦点四：两案所涉及的行为是否构成不正当竞争？

焦点五：如果一方当事人实施了不正当竞争行为，应当如何承担相应的法律责任？

焦点六：一审法院是否存在违反法定程序的行为？

念斌获 113 万余元国家赔偿

2006年7月27日晚，平潭县澳前镇澳前村澳前17号居民家发生中毒事件。公安机关经侦查认为，念斌有重大作案嫌疑。案件经检察机关提起公诉，福州中院曾分别于2008年、2009年、2011年三次一审以投放危险物质罪判处念斌死刑，剥夺政治权利终身，并赔偿附带民事诉讼原告人经济损失。2014年8月22日，福建省高级人民法院依法作出终审判决，认为福州中院对念斌作出的刑事附带民事一审判决认定的事实不清、证据不足，依法宣告念斌无罪。

福建福州市中级法院17日中午发布消息称：2月15日，该院依法对赔偿请求人念斌二审宣告无罪赔偿案作出国家赔偿决定，决定先支付赔偿请求人念斌人身自由损害赔偿金58.9万元；支付赔偿请求人念斌精神损害抚慰金55万元；在侵权行为影响的范围内为赔偿请求人念斌消除影响，恢复名誉，赔礼道歉。

复旦投毒案：最高法核准林森浩死刑

12月9日获悉，林森浩的死刑复核已出结果，最高法已下发核准林森浩死刑的裁定书。一场投毒风波，一个打了3年的官司，最后留下的，是两个白发苍苍，形容枯槁的老父亲，他们，一个已经失去儿子，一个将眼看儿子赴死，却无力回天……

复旦投毒案始末

2013年4月16日，复旦大学医学院研究生黄洋遭投毒后医治无效死亡，上海警方认定其室友林森浩有重大作案嫌疑。

2014年2月18日，上海市第二中级人民法院一审以故意杀人罪判处林森浩死刑。

2014年12月8日，上海市高级人民法院二审开庭。庭上，林森浩的代理律师提出，该案在投放毒物的检测程序、剂量等方面存在诸多问题。

2015年1月8日，上海市高级人民法院宣判，驳回上诉、维持原判，死刑判决依法报请最高人民法院核准。

死刑核准期间，该案接连出现“更换代理律师”风波、“林森浩亲笔信”风波等事件。

精神卫生法全国第一案宣判 倒逼监护制度改革

2003年，上海一精神分裂症男子徐为（化名）被家人强制送往上海青春精神病康复医院，在认为自己已经治愈康复符合出院条件想要出院时却受到阻挠。2013年5月6日，徐为将医院和监护人起诉至上海闵行区法院，请求法院判决被告侵犯其人身自由。

闵行法院终于在今年4月对该案作出一审判决，徐为败诉。这个经司法鉴定确认为精神分裂症、但精神症状已基本缓解的患者，终究未能如愿以偿地运用法律武器上演真实版“飞越疯人院”。

这起精神卫生法全国第一案开启精神病患者主动运用司法诉讼手段出庭依法维权的先例，倒逼了成年监护制度改革。

中国首例姓名权行政诉讼案

中国首例姓名权行政诉讼案在被中止5年后，4月24日在山东济南市历下区人民法院作出一审判决，驳回原告“北雁云依”要求办理户口登记的诉讼请求。2009年，济南市民吕某给女儿起了一个既不随父姓、也不随母姓的诗意名字——北雁云依。在办理户口登记时，被当地燕山派出所以姓名“北雁云依”不符合办理户口登记条件为由而拒绝。为此，吕某于2009年12月17日以被监护人“北雁云依”的名义向济南市历下区人民法院提起行政诉讼，成为全国首例姓名权行政诉讼案。

此案经两次公开开庭，因案件涉及法律适用问题，需要送请有权机关作出解释或者确认，于3月11日裁定中止审理。2015年4月21日，历下区法院根据有权机关对“姓名权”作出的司法解释，决定恢复审理。根据2014年11月1日第十二届全国人民代表大会常务委员第十一次会议通过的司法解释，公民有下列情形之一的，可以在父姓和母姓之外选取姓氏：（一）选取其他直系长辈血亲的姓氏；（二）因由法定抚养人以外的人抚养而选取抚养人姓氏；（三）有不违反公序良俗的其他正当理由。少数民族公民的姓氏可以从本民族的文化传统和风俗习惯。

历下区法院依法决定，驳回原告“北雁云依”要求确认被告燕山派出所拒绝以“北雁云依”为姓名办理户口登记行为违法的诉讼请求。

全国首例父母被撤销女儿监护权案宣判

全国首例由民政部门申请撤销父母作为孩子监护人资格的案件，在江苏省徐州市铜山区人民法院公开开庭审理，是今年1月1日起正式实施的《关于依法处理监护人侵害未成年人权益行为若干问题的意见》的首个典型案例。

2014年6月，好心的邻居带小玲吃了顿饭，其间孩子偶然道出了隐情，遂案发。2014年10月，铜山区法院以被告人邵某犯强奸罪、猥亵儿童罪，数罪并罚依法判处其有期徒刑11年、剥夺政治权利1年。公安机关在侦办邵某案件期间，曾将情况告知王某家人，但王某并未将女儿接回抚养。在邵某强奸案件审查起诉期间，铜山区人民检察院对受害女童的遭遇非常关注，经过走访调查发现，小玲因为没有户口以及家庭原因，没有正常入学。母亲王某对小玲一直未尽抚养义务，且自性侵案发后半年多，对女儿不闻不问。小玲的祖父母早年已去世，在铜山也无其他亲属。

铜山区检察院发现上述可以撤销监护人资格情形后，出具检察建议书，建议区民政局向法院申请撤销监护人资格。铜山区民政局于今年1月7日向法院提起撤销女童父母邵某、王某监护人资格的申请，并要求法院依法指定铜山区民政局为其女儿指定合适的监护人。

全国首例涉代驾软件事故案宣判 运营商担责

酒后找代驾，只需在相关的APP里点几下，代驾司机就会上门服务。不过，一旦发生交通事故，车主、代驾人、手机代驾软件运营商及保险公司，究竟谁来付出“代价”？

■代驾司机撞倒骑车老伯

■老伯索赔不顺起诉各方

■代驾软件公司被判担责

经过审理后，本案主审法官告诉陶老伯，车主鲁能上海分公司在这起交通事故中不承担责任。“有关法规规定，因租赁、借用等情形机动车所有人与使用人不是同一人时，发生交通事故后属于该机动车一方责任的，由保险公司在机动车强制保险责任限额范围内予以赔偿。不足部分，由机动车使用人承担赔偿责任；机动车所有人对损害的发生有过错的，承担相应的赔偿责任。”本案中，并无证据表明车辆所有人鲁能上海分公司对损害的发生存在过错，因此法院对陶老伯要求其承担连带责任的请求不予支持。

全国首例同居关系涉家暴案

浙江省温州市中级人民法院依法公开开庭审理曹某杀人案，这是一起因家庭暴力导致女友杀死同居男友的重大刑事案件。

据公诉机关指控，曹某与被害人王某案发前系同居男女朋友关系，2014年年8月12日凌晨3时50分许，曹某趁王某熟睡之际，在宿舍内持菜刀砍击王某左侧大腿，王某惊醒后呼救、逃跑，曹某又持菜刀追赶，在宿舍门口砍击其右侧大腿致其倒地。此时，曹某见邻居章某用手机报警，因担心王某被救活，再次取来一把水果刀对其腹部实施捅刺。公诉机关认为，曹某因受家庭暴力，故意杀人，致人死亡，犯罪事实清楚，证据确实、充分，应当以故意杀人罪追究其刑事责任。法庭上，曹某对公诉机关指控的事实予以承认。她供称，自己与被害人王某同居期间，常以心情不好、生活习惯不合等原因对其拳脚相向，最严重的一次伤害是王某因为琐事争吵后将曹某带至山上进行殴打，至曹某腿部受伤无法行走。

全国首例众筹融资案一审宣判

借助“人人投”平台进行众筹融资未成，北京诺米多餐饮管理有限责任公司（以下简称诺米多公司）将“人人投”的运营方北京飞度网络科技有限公司告上法院（以下简称飞度公司），飞度公司随即提出反诉。9月15日下午，北京市海淀区人民法院对该案作出一

审判决，认定双方《委托融资服务协议》依法有效，且双方之间成立居间法律关系，在此基础上判令诺米多公司支付委托融资费用，并支付违约金，两项合计4万余元；判令飞度公司返还诺米多公司的出资款。据悉，此案为全国首例众筹融资案。

法官表示，当前，包括众筹交易在内的互联网金融交易仍在快速发展变化当中，规则的形成也并非一蹴而就，有待于实践的进一步发展和检验。另外，众筹融资交易本身具有交易风险，交易各方应严守诚信，注重信息披露的真实、完整、准确，以便于投资人作出投资决策。

国内首起公众号抄袭案立案

3月中旬，上海高朋律师事务所律师朱斌受“花边阅读”和“异见”委托，向深圳南山法院提交民事起诉状，起诉涉嫌抄袭的“酿名斋”和“文字撰稿人”。这些原被告都有个共同身份，就是“微信公众号”。这起诉讼也是自媒体网站“一道网”的首个公益维权项目。一道网CEO、版权公益维权发起者连清川告诉记者：“一道网通过授权协议，让自媒体人将维权的权利委托给一道网，由一道网来承担维权中的时间成本和金钱成本。我们希望开个好头。”

在起诉状中，本次起诉累计索赔金额约2.2万元。朱斌告诉记者：“在确定索赔金额时，我们考虑了作品的类型和创作难度、被告的侵权故意、使用方式和数量等因素。并且参考类似作品的赔偿额，再加上维权的合理费用，包括证据保全公证的公证费和符合政府指导价标准最低标准的律师费。”

“起诉是必要的反击”，连清川说，“如果抄袭者被起诉只是小概率事件，并且被起诉后所付出的代价也不高，仅靠道德约束是无法遏制微信版权侵权的。”

中国大陆首例流量劫持刑案

付某，陕西人，高中文化；黄某，广东人，大学文化。从2013年底至2014年10月，付某、黄某等人租赁多台服务器，使用恶意代码修改互联网用户路由器的DNS设置，进而使用户登录“2345.com”等导航网站时，跳转至其设置的“5w.com”导航网站。两人再将获取的互联网用户流量出售给“5w.com”导航网站所有者、杭州久尚科技有限公司。

“2345.com”网站察觉后向警方报案，上海警方于2014年10月份立案。2014年11月17日，被告人付某接民警电话通知后自动至公安机关，到案后如实供述了犯罪事实。后被告人付某让其母亲熊某打电话劝被告人黄某投案，2014年11月17日，被告人黄某主动投案，并如实供述了自己的犯罪事实。

浦东法院在审理后认为，被告人付某、黄某违反国家规定，对计算机信息系统中存储的数据进行修改，后果特别严重，依照《中华人民共和国刑法》第二百八十六条、第二十五条第一款的规定，均已构成破坏计算机信息系统罪，分别应处五年以上有期徒刑。被告人付某、黄某具有自首情节，可以减轻处罚；被告人付某让其母亲劝说被告人黄某投案，

可以酌情从轻处罚。依照刑法第七十二条第一款和第七十三条第二款、第三款的规定，对被告人付某、黄某均可以宣告缓刑。

公安机关对天津港爆炸事故责任人员采取强制措施

天津港“8·12”特别重大火灾爆炸事故发生后，检察机关积极介入事故调查。经调查发现，天津市交通运输委员会作为天津港危险化学品经营管理行业主管部门，对危险化学品经营业务负有审批、监管等职责，有关责任人员未认真履行职责，违规发放经营许可证，对瑞海公司违法违规经营活动监管不力。天津市安全生产监督管理局和滨海新区安全生产监督管理局，作为安全生产的监督管理部门，对辖区内企业特别是危化品经营企业的安全生产负有监管职责，有关责任人员监管不力，对瑞海公司存在的安全隐患和违法违规经营问题未及时检查发现和依法查处。滨海新区规划和国土资源管理局作为辖区各类建设项目的规划管理部门，对辖区内企业经营危险化学品仓储业务规划负有审批职责，有关责任人员明知瑞海公司经营危险化学品仓储地点违反安全距离规定，未严格审查把关，违规批准该公司危险化学品仓储业务规划。天津新港海关有关责任人员在危化品进出口监管活动中对工作严重不负责任，对瑞海公司日常监管工作失察，对其违法从事危化品经营活动未及时发现并查处；给不具备资质的瑞海公司开辟绿色进出关通道，放纵瑞海公司从事违法违规经营活动。天津港（集团）公司作为港区企业管理单位，对辖区内经营企业负有安全生产监管等职责，有关责任人员疏于管理，对瑞海公司存在的安全隐患和违法违规经营问题未有效督促纠正和处置。专案组还发现，交通运输部水运局副局长王金玉，违法行使职权，帮助不符合安全规定的瑞海公司通过安全评审，致使不具备资质的瑞海公司通过了危险化学品经营有关资质的审批。

浦志强案一审公开宣判

北京市第二中级人民法院依法对浦志强煽动民族仇恨、寻衅滋事案进行一审公开宣判。法院经审理查明，2012年1月至2014年5月间，被告人浦志强使用其注册的“小小律师浦志强”、“发课税案哈律师”、“永州双规案哈律师”、“谱儿大律师”等新浪微博账户，利用网络先后8次发布多条微博，挑拨民族关系，煽动民族仇恨，相关微博共计被转发2500余次，评论1300余条，引发了一些网民激烈的民族对立情绪。2011年以来，被告人浦志强使用其注册的“小小律师浦志强”、“哈儿浦志强有戏”、“浦翠兰律师”、“浦记岳西翠兰”等新浪微博账户，针对社会热点事件等，利用网络先后4次发布侮辱性微博，辱骂田某某、申某某、项某等人，相关微博共计被转发900余次，评论500余条，引发大量辱骂性跟帖和负面言论，造成恶劣的社会影响。

法院根据被告人浦志强犯罪的事实、性质、情节及对于社会的危害程度，依照《中华人民共和国刑法》和《最高人民法院、最高人民检察院关于办理利用信息网络实施诽谤等

刑事案件适用法律若干问题的解释》等法律规定，依法对其两罪并罚，决定执行有期徒刑三年，缓刑三年。

大学生抓 16 只鸟获刑 10 年引争议

河南郑州一在校大学生闫某，放暑假和朋友王某掏鸟窝抓了 16 只鸟出售，因涉嫌犯非法收购、猎捕珍贵、濒危野生动物罪，二人分别被判刑 10 年半和 10 年有期徒刑，并处罚金。警方调查称，16 只鸟都是燕隼，属于国家二级保护动物。

河南省辉县市检察院 12 月 2 日对此回应称，10 年不算重判。负责办理此案的检察官称，被告人闫某是“河南鹰猎兴趣交流群”的一员，曾网上非法收购 1 只凤头鹰转手出售；被告人在网上兜售时特意标注信息为“阿穆尔隼”；被告人王某家是养鸽子的。

该检察官称，捕猎、收购、倒卖“一条龙”，闫某犯罪行为实施了不少次，上述种种行为足以证明其主观明知。

60.88 亿元！高通认领中国反垄断史上最大罚款

经过对数十家国内外手机生产企业和基带芯片制造企业的调查，国家发改委指出了高通公司滥用市场支配地位的“三宗罪”：收取不公平的高价专利许可费、搭售非无线通信标准必要专利许可、在基带芯片销售中附加不合理条件等三项滥用市场支配地位的行为。国家发改委于 2 月 10 日公布了对美国芯片巨头高通公司的调查处罚结果。对高通公司滥用市场支配地位实施排除、限制竞争的垄断行为，执法机构在责令高通公司停止违法行为的同时，依法对高通公司处以 2013 年度在我国市场销售额 8% 的罚款，共计人民币 60.88 亿元（约合 9.75 亿美元）。据了解，这一金额再次刷新中国反垄断罚款纪录。

“三一集团诉奥巴马案”全面和解 破局中企海外维权

备受舆论关注的三一起诉奥巴马一案起于 2012 年。当年 3 月，罗尔斯公司收购了位于美国俄勒冈州的风电场项目。由于奥巴马以涉嫌威胁美国国家安全为由，对风电场项目签发了总统禁令，三一随后将奥巴马告上法庭。这也是美国近 22 年间，总统亲自叫停的首例外资收购案。长达三年有余的“三一集团诉奥巴马案”以双方达成全面和解划上句号。三一集团董事、三一重工总裁向文波 5 日在长沙表示，这是三一更是“中国制造”在美维权取得的胜利，将对中国企业海外维权产生重要的借鉴意义。

对于这场在海内外产生了巨大影响的诉讼案，向文波认为，和解是一个对双方都有利的结果，这为三一在美进一步开发风电项目铺平了道路，也为中国品牌在美的公众形象正名。“这起诉讼案例本身可载入美国司法史。这是三一国际化进程中的一个探索，对今后如何更好地‘走出去’树立了信心，积累了宝贵经验，也可对其他中国企业到海外投资和维权产生借鉴意义，即如果通过更有效的国际方式找到解决问题的方法。”

贪污与受贿的界限与竞合

陈洪兵

【中文摘要】贪污与受贿，在罪质上存在根本性差异，定性贪污还是受贿，不仅可能导致犯罪数额认定上的悬殊而影响处罚轻重，而且事关能否挽回被害单位所实际遭受的财产损失，因而准确定性意义重大；贪污与受贿的关键区别，在于所收受财产的性质和来源；具体个案中，贪污与受贿之间可能发生竞合；为了实现罪刑相适应及最大限度地弥补被害单位所遭受的财产损失，两罪竞合时通常应以贪污罪定罪处罚；无论是特意高价购买，还是有意低价出售，然后要求对方向自己支付合同价与市场价之间的差价款，都是名为收受经济往来中的回扣、手续费，实则“迂回贪污”，系伙同交易对方变相地将本单位财物非法占为己有，应成立贪污罪或者职务侵占罪。

【中文关键字】贪污；受贿；界限；竞合；罪刑相适应

一、由薄熙来案引发的疑问

“一般而言，从行为人占有财物的归属性质出发，即可以对贪污与受贿作出较为清楚的界定，行为人所取得的财物系他人的财物即为受贿，所取得的财物系本单位财物的即为贪污。但是，司法实践中，贪污行为与经济受贿行为，内外勾结的贪污行为，有外界因素参与的贪污行为与受贿行为等情形仍容易混淆，易引发定性争议。”[1]例如，2013年审结的原中央政治局委员、重庆市委书记薄熙来贪污、受贿、滥用职权一案中，经审理查明：“2000年，在被告人薄熙来担任中共大连市委书记期间，大连市人民政府负责承担了一项上级单位涉密场所改造工程。该工程由薄熙来负责，时任大连市城乡规划局土地局局长王正刚具体承办。2002年3月工程完工后，该上级单位通知王正刚，决定向大连市人民政府拨款人民币500万元（大连市财政局已先期垫付500万元用于该工程建设——引者注）。王正刚遂就如何处理该款项向已调任辽宁省人民政府省长的薄熙来请示，薄熙来未明确表态。不久之后，王正刚再次就此事向薄熙来请示，并提出大连市有关领导及相关部门均不知晓该款，可将该款留给薄熙来补贴家用。薄熙来即将此事通过电话告知薄谷开来（薄熙来之妻——引者注），让王正刚与薄谷开来商议处理。薄谷开来与王正刚商定，将该款转至与薄谷开来关系密切的昂道律师事务所主任赵东平处。后薄谷开来安排赵东平与王正刚办理转款事宜，并让赵东平为其代管。为掩人耳目，王正刚要求上级单位将500万元汇至承揽该改造工程的大连经济技术开发区艺声视听系统有限公司。2002年5月至2005年3月，上述款项陆续汇至赵东平指定的其朋友李石生名下公司账户和昂道律师事务所账户。”对此犯罪事实，一、二审法院均认定为：“薄熙来身为国家工作人员，利用职务便利，伙同他人侵吞公款，其行为构成贪污罪。”[2]

可是，上级单位下拨 500 万工程款时，被告人薄熙来已由大连市委书记调任辽宁省人民政府省长，对该项工程及该笔款项，不再具有“主管、管理、经营、经手公共财物的便利条件”，即不再符合贪污罪中所谓利用职务上的便利的要件。王正刚此举，不过是借花献佛，“是为感谢薄熙来的提拔重用”[3]。也就是说，自从薄熙来调离后，该笔款项的实际主管人员只有王正刚本人，其所作所为，不过就是将自己利用职务便利所侵吞的公款，作为贿赂奉送给薄熙来。故而，就该笔款项而言，成立贪污罪的应是王正刚本人，而薄熙来的所为，应成立受贿罪。

连中外媒体普遍关注的薄熙来贪污受贿案件，贪污与受贿的定性尚且存在误判，可见准确把握贪污与受贿的界限并非易事。事实上，实务中对此争议很大，出现定性错误的判决也绝非个别现象。此外，由于刑法理论通说认为，职务侵占罪与贪污罪的根本区别仅在于主体不同，[4]以致于有学者直言：“既然如此，刑法第 271 条规定的行为，实际上就是公司、企业、单位人员的贪污行为，而不只是侵占行为，因而将本罪概括为公司、企业、单位人员贪污罪更合适”[5]。由此，职务侵占罪与非国家工作人员受贿罪之间的关系，类似于贪污罪与受贿罪，故本文的讨论，同样适用于职务侵占罪与非国家工作人员受贿罪之间关系的处理。若不做特别说明，本文中的“贪污”既包括贪污罪，也包括职务侵占罪，“受贿”既包括受贿罪，也包括非国家工作人员受贿罪。

二、界分贪污与受贿的意义

虽然从立法沿革看，对于受贿行为曾以贪污罪论处，[6]而且现行刑法将贪污罪与受贿罪置于同一章中，并共用一个法定刑条款，但不可否认，贪污罪所侵犯的主要法益还是财产权，而受贿罪所侵犯的并非他人的财产法益，而是国家工作人员职务行为的不可收买性。[7]因此，贪污与受贿在罪质上存在根本性的差异。正因为罪质不同，即便刑法第 383 条将“积极退赃”情节同样作为贪污与受贿减轻或者免除处罚的理由，但“退赃”在二罪中具有不同的意义。贪污罪中的“退赃”是挽回被害单位损失、减轻行为的违法性的情节，而受贿罪中的“退赃”，不仅不能挽回受贿行为已经给国家机关的声誉以及纳税人对国家工作人员职务行为公正性的信赖所造成的侵害，而且在私下退赃给行贿人的场合，还属于毁灭证据的行为。此其一。

其二，贪污是侵害本单位财产的犯罪，有明确的被害人，根据刑法第 64 条规定，所贪污的财产应当及时追缴、退赔给被害单位，而受贿犯罪没有明确的被害人（即被害人不是具体的自然人或者单位），因而对于所收受的贿赂不存在返还被害人的问题。也就是说，是定性贪污还是受贿，牵涉到犯罪所得是返还被害单位还是上缴国库，因而攸关被害单位所遭受的财产损失能否得到弥补。

其三，虽然贪污与受贿的法定刑适用条件完全相同，但同一个案件是认定贪污还是受贿，往往在数额上相差悬殊，因而影响到法定刑轻重的选择及罪刑相适应原则的实现。

其四，若认为“在索取贿赂的情况下，应当以实施了索要行为作为受贿既遂标准”[8]，而贪污罪“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”[9]，因此，贪污与受贿定性的不同，还会影响到犯罪既未遂的认定。

其五，当全案定性为贪污时，参与各方通常应以贪污共犯论处，但倘若认定为受贿，则另一方不成立共犯，而是单独成立行贿罪（或者成立向非国家工作人员行贿罪），因而，定性上的不同还会影响到共犯与否的认定及对方刑事责任的承担。

综上，准确定性贪污与受贿，具有重要的实践意义。

三、界分的标准

关于贪污与受贿的界限，教科书中一般都是些“放之四海而皆准”的区分标准，对于具体案件的处理并无实益。例如，通说教科书指出，“受贿罪与贪污罪的区别主要表现在：其一，犯罪客体和对象不同。受贿罪的客体是单一客体，即国家工作人员的职务廉洁性；贪污罪的客体则是复杂客体，既侵犯国家公职人员的职务廉洁性，也侵犯公共财产所有权。其二，客观行为表现不同。受贿罪的客观方面表现为行为人利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益；后者则表现为行为人利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他方法非法占有公共财物。其三，主体的范围不同。受贿罪的主体只能是国家工作人员，而贪污罪的主体除了国家工作人员外，还可以由受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员构成。其四，犯罪目的不同。受贿罪的目的是非法获取他人财物，贪污罪的目的则是非法占有公共财物。”[10]虽然不能说通说教科书上述所谓的区别标准有错，但是“仔细阅读司法解释与刑法理论关于区分此罪与彼罪的表述，发现许多区分标准并无现实意义”[11]。相信实务工作者碰到具体案件时依然会不知所措。

不过，近年来也有不少学者提出了富有建设性的界分标准。例如，孙国祥教授指出，受贿罪与贪污罪的区别，关键应抓住以下三个方面：其一，分析占有的财产性质和来源。贪污的财产来源通常是自己主管、经营、经手的公共财物，而受贿的财产则是他人（包括其他单位）所有的，不属于受贿者本人主管、经营、经手的公共财物。其二，获得财产的方法不同，贪污罪采用的是侵吞、盗窃、骗取或以其他手段占有公共财物，无须他人配合也能完成。而受贿罪采取的方法是收受或索取贿赂，两种方式都与他人有关，即需他人配合（行贿者行贿）才能完成。其三，贪污与受贿中“利用职务之便”的内涵与外延均有一定的区别，受贿罪利用职务上的便利范围要比贪污罪广。[12]

阮齐林教授也指出，“行为人利用主管、管理、经手公共财产的职务上的便利，将本单位的公共财产以某种名义转给其他单位或个人，然后又以回扣、手续费等名义收回据为己有的，应以贪污罪论处。因为在这种场合，行为人利用的是经管公共财产的职务之便，侵害的是国家和本单位的公共财产权，具有贪污罪的特征。”[13]

应该说，分析所占有的财产性质与来源，可谓抓住了区分贪污与受贿的关键。但认为完成犯罪是否需要他人配合也是二者的区别，恐怕存在疑问。如后所述，在所谓的“迂回贪污”中，也是需要他人配合才能完成的。此外，贪污与受贿中的“利用职务上的便利”

内涵与外延确实有所不同，但不同并不在于范围的宽窄，而是在于因罪质上的差异，致使该要素的含义或者功能存在本质的不同。就贪污而言，因其是财产犯罪，该要素必然与本单位财物的管理控制有关。其中，就“侵吞”行为方式而言，“利用职务上的便利”是指国家工作人员或者受委托管理、经营国有财产的人员基于职务而主管、控制、支配、占有着公共财物。而就“窃取”行为方式而言，“利用职务上的便利”是指行为人基于上述主体身份而共同占有或者辅助、监视占有着公共财物。就“骗取”行为方式而言，“利用职务上的便利”，是指行为人虽不实际控制、占有着公共财物，但基于国家工作人员的身份或地位，可能实施欺骗本单位主管、控制公共财物的人员，使其做出将公共财物处分给行为人的决定。[14]而受贿罪中的“利用职务上的便利”，是指行为人索取或者收受的贿赂与其职务有关，即具有职务关联性，该要素相当于域外刑法中的“就其职务”、“有关其职务”，旨在将正常的社交礼仪范围内的馈赠排除在贿赂之外。诚如学者所言，“利用职务上的便利收受贿赂，只是意味着国家工作人员所收受的财物与其职务行为具有关联性（财物是职务行为或所许诺的职务行为的不正当的报酬），而不意味着利用职务上的便利本身是一个实行行为。”[15]

虽然刑法第385条第2款明文规定“国家工作人员在经济往来中，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的，以受贿论处”，但在司法实践中，对于经济往来中收受回扣、手续费的行为，是构成受贿还是贪污，却常常产生分歧。[16]对此，有法官指出，区分贪污与受贿的关键，“要看回扣、手续费是否按正常的市场价格约定在合同之中，是否有借签订、履行合同之机在价外约定的情况。如果购入方收受的各种名义的回扣、手续费等实际上源于虚增的标的金额，或者卖出方收受的各种名义的回扣、手续费实际上源于降低的标的金额，因该回扣或者手续费实质上属于本单位的额外支出或者应得利益，侵犯的是本单位的财产权利，属于变相的贪污行为。”[17]还有检察官认为，“区分行为人构成受贿罪还是贪污罪的关键，是要看这些回扣、手续费是由经济往来中哪一方支付的：如果这些回扣、手续费是由对方在价款之外直接支付给行为人的，则行为人收受的是对方的财物，应当以受贿罪定罪处罚，如行为人代表单位出售商品的情况下收受回扣、手续费的；如果这些回扣、手续费是由行为人所在单位支付给对方价款的一部分，则行为人收受的实际上是本单位的财物，应当以贪污罪定罪处罚，如行为人代表单位购买商品的情况下收受回扣、手续费的。”质言之，“如果这些回扣、手续费虽然是由对方支付的，但却是对方支付给行为人所在单位价款的一部分，如果行为人收受的，则受到财产损失的实际上是行为人所在单位，行为人收受的实际上是应该属于本单位所有的财物，应当以贪污罪定罪处罚。”[18]

上述区分标准为贪污与受贿基本上划定了界限。从司法实践看，经济往来中贪污与受贿的定性分歧，集中体现在“迂回贪污”上。有学者指出，“所谓‘迂回贪污’，通常是指在购销活动中，买卖双方的经办人暗中约定提高货物价格，待双方成交后，买方经办人员将提高的那部分以‘回扣’、‘手续费’的名义据为己有。”[19]笔者认为，“迂回贪

污”除购买方与出售方串通后有意抬高价格即“高价购买”的情形外，还应包括出售方与购买方通谋后故意压低价格即“低价销售”的情形。我们可将这两种情形简单概括为“高买低卖”。无论哪一种情形，要么使得本单位额外支付价款，要么使得本单位减少应得的价款，都是使本单位遭受财产损失而使自己获得利益的损公肥私的行为，完全符合贪污罪中“侵吞”的行为特征。至于在成立贪污罪之外是否还构成受贿罪，即贪污与受贿之间是否可能发生竞合，则是下面要讨论的问题。

四、可否竞合及竞合时的处理

一直以来，“刑法理论与司法实践往往冀望在此罪与彼罪之间找出所谓关键区别或者区分标志；‘此罪与彼罪的界限’成为刑法教科书不可或缺的内容，成为司法实践经常讨论的话题。但是，在绝大多数情况下，寻找犯罪之间的界限既非明智之举，也非有效之策。在笔者看来，与其重视犯罪之间的界限，莫如注重犯罪之间的竞合。”也就是说，“刑法理论与司法实践需要以犯罪的保护法益为指导，正确解释各种犯罪的构成要件，合理归纳案件事实，妥当判断案件事实符合哪种或哪些犯罪的构成要件，并善于运用想象竞合犯的原理，认定相关犯罪。”[20]

对于贪污罪与受贿罪，刑法理论也是孜孜不倦地为划清其间的界限而努力奋斗着。可事实上，受贿罪中“为他人谋取利益”的行为，往往也是损公肥私的行为，如“迂回贪污”。尤其是在公司、企业人员的受贿犯罪中，因为天下没有免费的午餐，所有的商人都以逐利为先，“羊毛出在羊身上”的朴素道理同样适用于经济交往中所谓回扣、手续费事例。收受所谓回扣、手续费、返价款等名目繁多的好处费的行为，就受贿而言，系利用职务上的便利为他人谋取利益而索取、收受贿赂，而就贪污而言，又属于利用职务上的便利侵吞、窃取、骗取本单位财物的情形。因而，贪污与受贿之间原本就没有截然的界限，问题仅在于，行为同时符合贪污与受贿构成要件时，选择哪一个罪名更为妥当。

笔者认为，虽然贪污与受贿的法定刑完全一样，但在发生竞合时，一般应以贪污罪或者职务侵占罪定罪处罚。因为，一则，贪污的数额是被害单位所遭受财产损失的数额，通常高于对方实际给予行为人“好处费”的数额，故以贪污论处，通常能判处相对较重的刑罚；二则，贪污犯罪是存在具体被害人（单位）的犯罪，由于刑法终究是为保护个人人身、财产法益而存在的，认定为贪污，可以通过追缴、责令退赔等手段，最大限度地保护被害单位所实际遭受的财产损失，倘若认定为受贿，则不仅犯罪数额不能体现被害单位所实际遭受的财产损失数额，而且还会一分不留地予以追缴、没收后上缴国库；三则，由于成立行贿罪要求“为谋取不正当利益”而且在被勒索时还可以免责，若案件以受贿定性，往往难以有效追究事先通谋的交易对方的刑事责任，倘若定性为贪污，则可以贪污共犯追究对方的刑事责任。

不过，如果单位取得相应财物没有合理的根据，而且行为人索要该笔款物后完全占为己有，即贪污数额与受贿数额一致时，为了避免单位“不当得利”，这时以受贿罪论处，可能更为合适。

五、典型判例评析

（一）以单位名义向下属单位索要“赞助款”后非法占为己有

【判例 1】被告人阎某[21]利用担任江苏省体制改革委员会（以下简称体改委）副主任兼江苏省市场协会（系体改委下设机构，以下简称市场协会）理事长的职务便利，以市场协会投资需要为名，向其下属的苏州商品交易所（以下简称苏交所）索要 80 万元的“赞助”。由于苏交所是市场协会的会员，且阎某作为体改委领导及市场协会的理事长，对苏交所多次予以关照，故苏交所同意支付。阎某为方便入账，指使钱某持市场协会的相关证件以市场协会的名义在银行开设了临时账户。苏交所将 80 万元打入该账户后，阎某向体改委工会要了一张空白收据加盖市场协会公章，交与钱某，钱某以借款为由填写内容后直接交苏交所入账。之后，阎某与钱某对该款予以私分。该案一审法院认为，被告人阎某的行为意在利用其职务之便向苏交所索贿，虽然被索贿单位并无向阎某个人行贿的目的，行受贿双方并不存在对合关系，但因索贿人所在单位对该 80 万元并无真实的需求和取得的合理根据，该款实际也未入市场协会的公知账户，在不能确认该款应为市场协会所有的前提下，不能认定阎某利用职务之便非法占有了本单位的财产，故其行为构成受贿罪。二审法院则认为，“上诉人阎某以单位名义向苏交所索款，以其法定代表人的职权开设账户，并将苏交所汇至其单位账户中的款项与他人秘密私分的行为，缺乏索贿行贿中被索贿人对索贿人行为性质的认知和向索贿人付款之行为指向的目的特征，故不属受贿罪的性质……上诉人阎某利用职务便利，伙同原审被告钱某共同非法占有苏交所赞助市场协会 80 万元的行为，已构成贪污罪。”[22]

笔者认为，该案成立贪污罪与受贿罪的想象竞合，以受贿罪论处为宜。首先，认为该款属于市场协会的公款固然没有错，但该款本不应属于市场协会所得，若认定为贪污罪，法院会责令被告人将款退还给市场协会，这对于市场协会而言无异于“不当得利”。相反，若认定为受贿罪，会责令退赃后上缴国库，而避免市场协会“不当得利”的发生。其次，行受贿双方主观认知上的对应性和客观行为上的互动性，即行贿人的行贿故意并非受贿罪成立的前提条件。[23]况且，苏交所按照阎某的要求慷慨给予所谓赞助时，对于阎某的受贿意图未必不是心知肚明。故不能以本案“缺乏索贿行贿中被索贿人对索贿人行为性质的认知和向索贿人付款之行为指向的目的特征”为由，否定受贿罪的成立。再次，虽然贪污与受贿适用同样的法定刑，但从理论上讲，由于受贿行为侵害了国民对国家工作人员职务行为公正性的信赖，导致政府信任危机，危及社稷安全，因而理论上可以大致认为，受贿罪的社会危害性大于贪污罪。此外，由于市场协会并没有实际遭受损失，就本案中被告人行为的法益侵害性而言，以受贿 80 万元进行评价，处罚应当更重。最后，由于苏交所没有“为谋取不正当利益”的意图，向上级单位提供 80 万元赞助款“实属无奈”，并不成立行贿罪。相反，若将本案定性为贪污罪，则苏交所的相关责任人员可能难逃贪污罪共犯的刑事责任，反而不当扩大了处罚范围。

（二）要求对方将本应付给公司的利润款支付给其本人或亲属

【判例 2】被告人胡启能在担任重庆市农业生产资料总公司（以下简称市农资总公司）总经理期间，在公司以联营形式向其他单位转卖进口化肥配额指标或实物化肥的经营过程中，利用职务便利，多次要求对方单位将本应支付给市农资公司的利润款 1191 万元以回扣或者手续费的形式支付给其本人或者亲属，据为己有。对于该案，重庆市第一中院一审及重庆市高院二审，均认定构成受贿罪。最高人民法院复核则认为，“被告人胡启能在受国家机关委派担任重庆市农资总公司总经理期间，利用职务便利，侵吞本公司经营进口化肥配额指标及实物化肥的利润款人民币 1191 万元，其行为已构成贪污罪……一审判决、二审裁定将胡启能利用职务便利，侵吞单位利润款的行为认定为胡启能向他人索取贿赂，构成受贿罪，定性不当，应予纠正。”[24]

可见，法院在该案的定性上分歧严重。笔者认为，最高院改判贪污是正确的，但简单地以对方单位支付给被告人及其亲属的“回扣”款认定为贪污数额，尚存疑问。本案中被告人胡启能的主要操作方式是，协议（是书面还是口头，语焉不详）约定每吨 150 元，其中每吨 100 元的价款付给市农资公司，另每吨 50 元的价款付给胡启能本人或其家属。而包括最高院在内的法院仅以被告人胡启能向对方单位所索取的，即每吨 50 元的价款认定为贪污数额，也就是完全按照认定受贿罪数额的方式认定贪污数额。事实上，“商人无利不起早”，对方之所以答应将利润款支付给被告人，无非是因为被告人“高价低卖”了，即被告人以低于市场价的价格与购买方达成协议，购买方除支付给被告人所谓利润款之外，还“有利可图”。也就是说，合同协议的价格与市场价之差，加上对方支付给被告人及其亲属的 50 元每吨的价款，才是市农资公司实际遭受财产损失的数额，这个数额应该高于对方支付给胡启能及其亲属的 1191 万元。需要指出的是，本案之所以认定为贪污罪较为合适，是因为认定为贪污罪，才能最大限度地弥补犯罪行为给市农资总公司所造成的财产损失。倘若认定为受贿罪，犯罪所得将被上缴国库。

（三）伙同公务员重复登记建筑面积多领拆迁补偿款

【判例 3】被告人袁某系重庆市璧山县璧城街道干部，2006 年 9 月被告人袁某担任璧城园区璧城街道华龙村 2 组征地拆迁工作组组长。被告人廖某系璧山县璧城街道华龙村 2 组被征地拆迁户。2006 年 9 月中旬，被告人袁某在对该组村民张某家附着物和房屋进行实际丈量和登记时，张某之妻被告人廖某将两个砖混结构房屋的产权证和一个土木结构房屋的产权证共计三个房产证交给袁某，并告诉袁某两个砖混结构房屋产权证实际只是一套住房，请求袁某帮忙按两个砖混结构房产证给予补偿，并许诺事后会将多得的钱分一部分给袁某以示感谢。后袁某在张某家附着物清理表上多登记了一套面积为 262 平方米的砖混房屋，园区办工作人员按照登记的内容与被告人廖某签订了拆迁补偿协议并开具了相应的补偿领款单。为此，被告人廖某多领取房屋拆迁补偿款人民币 56635.20 元。之后，廖某让张某分三次送给袁某人民币 22000 元。对于该案，璧山县检察院以贪污罪提起公诉，重庆市璧山县法院一审认定为受贿罪。之后璧山县检察院以一审定性错误为由提出抗诉。重庆市

第一中院二审认为，“原审被告人袁某、廖某相互勾结，利用袁某的国家工作人员职务便利，共同骗取国家征地补偿人民币 56635.20 元，其行为均已构成贪污罪。” [25]

不难看出，审判中关于该案的定性也有争议。该案二审法院法官曾就该案的定性问题撰文指出，该案在审理过程中主要存在受贿罪与贪污罪的分歧。其认为，“本案中，被告人袁某具有国家工作人员的身份，其行为从客观表现上看，既符合受贿罪的行为特征，又符合贪污罪的行为特征，应属于想象竞合犯……本案中两个想象竞合的罪名虽然在量刑上是完全一致的，但由于不同的定性直接导致犯罪数额的不一致，如果被告人袁某定性为受贿罪，其犯罪数额应为其收受的好处费 2 万余元，按照刑法规定处 1 至 7 年有期徒刑；如果定性为贪污罪，其犯罪数额应为其骗取的国有财产即 5 万余元，因此想象竞合中的重罪应为贪污罪，本案应对被告人袁某按照贪污罪定罪量刑。至于被告人廖某的行为，既符合行贿罪的行为特征，又符合贪污罪共犯的行为特征，与上述同理，应对其按照贪污罪定罪量刑。” [26]

笔者以为，二审改判为贪污罪是完全正确的，上述法官的分析也十分精辟。本案认定为贪污时的犯罪数额明显高于认定为受贿时的数额，故认定为贪污，既能做到罪刑相适应，又能最大限度地挽回被害单位所实际遭受的财产损失。

（四）勾结公司人员虚增或者减少数量并给予公司人员好处费

【判例 4】被告人曹某系重啤集团攀枝花啤酒有限责任公司（以下简称攀啤公司）供应科科长，被告人何某系向攀啤公司出售回收的啤酒空瓶的客户。1993 年 3 月，被告人何某开始为攀啤公司回收啤酒空瓶。根据攀啤公司规定，时任供应科长的被告人曹某负责审签被告人何某交回公司啤酒空瓶开具的回收单。1997 年 4 月以来，被告人何某向被告人曹某行贿后，在回收单上涂改增大数量由曹签字，或曹签字后何涂改增大数量骗取回收款。法院认为，“被告人何某以非法占有为目的，采取涂改包装物验收单、虚填啤酒瓶数量的方法，骗取重啤集团攀枝花啤酒有限责任公司现金 749258.76 元，数额特别巨大，其行为已构成诈骗罪。被告人何某为了谋取不正当利益，向被告人曹某行贿 18000 元，其行为还构成行贿罪。被告人曹某身为重啤集团攀枝花啤酒有限责任公司供应科科长，负责原材料采购、包装物回收的签字，收受被告人何某现金 18000 元，其行为已构成受贿罪。攀枝花市人民检察院指控罪名成立。被告人何某的辩护人提出‘二被告人的行为构成贪污罪’的辩护意见，与查明的事实不符，不予采纳。” [27]

笔者认为，该案定性错误，应当认定二被告人成立贪污罪共犯。被告人曹某作为供应科长负责审签的身份，决定了其能够让有关主管人员做出将公司财产处分给其或相关第三人的决定。事实上，其也正是利用自己的职权，伙同何某骗取了本单位财产 749258.76 元，致使本单位实际遭受了上述数额的财产损失。其行为属于贪污罪的中“骗取”，完全符合贪污罪构成要件。即便认为被告人曹某的行为还构成受贿罪，但由于受贿数额只有 18000 元，对其以受贿罪定罪显然不能做到罪刑相适应，也不能弥补本单位所实际遭受的财产损失。至于被告人何某的行为，即便认为其行为符合诈骗罪的犯罪构成，也不可否认

同时还成立贪污罪的共犯。鉴于其在本案中实际起主要作用，即便司法实践中存在虽是同样的犯罪数额但以贪污罪定罪往往比按诈骗罪处罚还要轻的情况，本案对其以贪污罪主犯论处，也能判处不低于诈骗罪的刑罚，故能做到罪刑相适应。总之，对于本案中两被告人的行为，应以贪污罪的共犯论处为宜。

【判例 5】被告人王某、金某系中国货运航空有限公司（以下简称中货航公司）临时工。2000年10月至12月期间，被告人孙善良以北京中辉国际航运服务有限公司的名义以及借用江苏粮油食品进出口有限公司的板舱，与中货航公司发生货物运输的业务往来。期间，被告人孙某利用被告人王某、金某在中货航公司鲜货部担任装卸工，负责鲜货监装和过磅的职务便利，让被告人王某、金某在国际鲜活货物组装单上进行涂改，多次将其所运货物过磅后的分量填低，并用少写重量的运单与中货航公司结算运费，共计逃重44951公斤，少支付运费人民币791514元。其中被告人王某的涂改行为致使被告人孙某少支付运费人民币418755元，被告人金某的涂改行为致使被告人孙某少支付运费人民币372759元。为此，被告人孙某分别给了被告人王某、金某各人民币2万元。该院认为，“被告人王某、金某利用职务便利使被告人孙某少付运费，从而骗取了本公司财产，其行为应当构成职务侵占罪。”[28]

笔者认为，该案没有认定为受贿，而是认定为职务侵占是正确的。[29]该案与**【判例 4】**情节相似，均是勾结公司人员错记数量，以多得价款或减少应支付的费用，同时给予公司人员好处费。对于这种案件，认定为贪污或者职务侵占，犯罪数额往往远远高于认定受贿时的数额，以贪污或者职务侵占论处，不仅更能做到罪刑相适应，而且能最大限度地挽回被害单位所实际遭受的财产损失。

（五）利用值班之机私下秘密向其他公司输送丙烯而收取好处费

【判例 6】被告人付某系齐鲁石化公司胜利炼油厂一油品车间丙烯灌区操作工、班长。2000年12月，山东世纪康有限公司副经理唐某找到被告人付某，要付某从其单位通过管道私下秘密向世纪康公司输送丙烯，并许诺每输一吨丙烯送给付某人民币1500元。2000年12月至2001年4月，被告人付某利用其值班之机，先后10余次关闭丙烯管道流量计，使其不显示数量，将本单位价值约40万元的丙烯100余吨私下秘密输送给世纪康有限公司。唐某先后数次送给付某现金人民币16.8万元，付某全部收受并将其中5500元送给同班工人韩某，以防止其检举揭发。该案检察院以贪污罪提起公诉，法院则认为，“被告人付某身为公司、企业的工作人员，利用职务之便，将本单位财物（丙烯）私自送于他人，收受他人贿赂，数额巨大，其行为构成公司、企业人员受贿罪。被告人付某是国有公司的操作工，是从事劳务的人员，不是从事公务的人员，不属于国家工作人员或以国家工作人员论的人员，不符合贪污罪的犯罪主体；且被告人付某并无占有本单位财物的目的，而是有将本单位财物非法送给他人，收取他人财物的目的，其客观行为和主观目的均不符合贪污罪的构成要件。”[30]

笔者认为，该案定性错误，应当认定为贪污罪或者职务侵占罪的共犯。如果认为付某具有贪污罪主体资格，则付某的行为属于利用职务上的便利将自己辅助占有下的财物非法占为己有，系贪污罪中的“窃取”。贪污罪中的非法占有目的，显然包括使与自己有密切关系的第三人占有。判决书以付某无占为“己”有的目的为由而否定贪污罪的成立，显然系对贪污罪中“非法占有目的”主观要件的误解。再则，如果认为职务侵占罪的客观行为方式包括“窃取”，本案也应认定为职务侵占罪，而不是公司、企业人员受贿罪。将本案定性为受贿，显然未能充分评价被害单位实际遭受了价值40万元财产损失的事实，不利于保护法益。而且，认定为贪污罪或者职务侵占罪，对付某和唐某以贪污罪或者职务侵占罪共犯论处，并对40万元的犯罪数额而不是16.8万元的贿赂负责，才能恰当评价二人的刑事责任。倘若认为我国的职务侵占罪，只是相当于国外刑法中的业务侵占罪，即客观行为方式不同于贪污罪，不包括“窃取”行为，[31]则二人的行为成立盗窃罪的共犯，盗窃数额也是40万元，而不是付某所获分赃的16.8万元。总之，该案以受贿论处不够妥当。

（六）刑警向假烟货主非法索取钱款后少数人予以私分

【判例7】被告人沈某、张某、陈某、林某，分别为福建省龙岩市公安局新罗分局刑警大队大队长、刑警大队反盗抢中队负责人、刑警大队教导员、刑警大队干警。1997年11月23日至1998年4月18日期间，先后六次查扣假烟后向假烟货主索要罚款，之后四人予以私分。其中，被告人沈某分得80810元，张某分得80710元，陈某分得80710元，林某分得22750元。对此犯罪事实，福建省龙岩市新罗区检察院以受贿罪起诉。一审法院则认为构成贪污罪，理由是，“四被告人参与查扣假烟，越权罚款，是以刑警大队名义进行的，且带有一定的公开性，并以刑警大队作为执法主体实施‘罚款’，没有直接收受他人财物或索取他人财物归个人所有的故意。举报人、驾驶员、货主的证词及四被告人的供述均证实被告人是以刑警大队的名义对假烟货主实施罚款，被告人将罚款进行私分，其行为构成贪污罪。”二审法院也认为，“上诉人沈某、陈某、林某和原审被告张某身为公安干警，利用职务上的便利，对假烟货主实施非法罚款，并将部分罚款进行私分……其行为均已构成贪污罪。”[32]

笔者认为，该案定性错误，应以受贿罪、行贿罪定罪处罚。对于假烟的处理，不可能是交付所谓的罚款就可以放行的，而是应当予以没收（通常是没收后销毁）。也就是说，本案四名被告人收取所谓的“罚款”，是没有法律根据的，也就是说，这些“罚款”并非新罗公安分局应得的财物。本案被告人的行为系假借罚款之名，实为非法索取他人财物为他人谋取不正当利益的行为。而假烟货主之所以“愿意”交付所谓的“罚款”，也是为了追求假烟得以放行之不正当利益。再则，本案中的所谓罚款原本就不是新罗公安分局应得的财物（即便单位内部存在关于罚款奖励的规定），将此罚款上缴国库，比判令返还新罗公安分局更为合适。故而应当认为，本案被告人的行为是滥用刑警的职权，假借单位名义对假烟货主予以罚款，实为非法索取财物为他人谋取利益，构成受贿罪；假烟货主为了谋取假烟得以放行的不正当利益，给予被告人财物，构成行贿罪。

(六) 有意抬高价款而使自己获得差价款

【判例 8】被告人吴某于 1995 年至 1998 年担任中化海南公司业务员、出口二部副经理。其间，被告人吴某负责向山东恒台新华精细化工有限公司（下称新华公司）购买丙二酸二甲酯化工原料的业务。在业务洽谈过程中，被告人吴某提出，此笔业务是别人介绍的，需要中介费，新华公司集体讨论后表示同意；被告人吴某即以高于实际交易价的价格与新华公司签订合同，双方约定中化公司付款后，新华公司将合同价与约定价的差额部分款项汇至吴某指定账户。中化海南公司依合同价付款后，新华公司将差额部分款项分 12 笔共计人民币 489205 元转入吴某指定的郭某（吴某丈夫）金穗卡账户。法院认为，“被告人吴某身为国家工作人员，在经济往来中，违反国家规定，收受回扣归个人所有，其行为已构成受贿罪。其受贿人民币 489205 元，应依法惩处。公诉机关认定被告人吴某的行为构成贪污罪，定性不准，应予纠正。” [33]

【判例 9】被告人潘某系南通唐闸热电厂厂长。1997 年 7 月，湖北省公安县长江物资公司黄某拟将一批 6600 吨煤炭销售给被告单位南通唐闸热电厂，在被告人潘某“指点”下，由被告人孙某以 160 元/吨向黄购得此批煤炭。后在被告人潘某的决定下，被告单位南通唐闸热电厂以 229 元/吨从被告人孙某处购下这批煤，煤款共计人民币 151.14 万元。被告人孙某于 1997 年 12 月开具假运输发票，提取现金人民币 36.672 万元。期间，被告人潘某先后分得人民币 11 万元，其余由被告人孙某支配。一审法院认为，“被告人潘某身为国有企业中从事公务的人员，利用职务上的便利，索取他人财物和非法收受他人财物，为他人谋取利益，其行为构成受贿罪。被告人孙某在没有煤炭经营许可权的前提下，经被告人潘某介绍经营煤炭业务，谋取的是不正当利益；为了谋取不正当利益而给予国家工作人员以财物，其行为构成行贿罪。公诉机关指控两被告人共同犯贪污罪缺乏证据证实孙某具有共同贪污的主观故意，故不予采纳。”二审法院维持原判。[34]

笔者认为，上述两个判例均定性错误，应当认定为贪污罪共犯。上述案件中，均是被告人利用缔结合同的权限，有意高于市场价格签订合同，然后要求对方将合同价与市场价之间的差价款全部或者部分返还给自己。从形式上看，这种返价款似乎是一种回扣，是对方给予的好处费。究其实质，属于一种“迂回贪污”，系勾结对方变相共同侵吞本单位的财物的行为。以受贿定罪，不仅导致受贿犯罪数额明显低于贪污犯罪数额（即被害单位所实际遭受的财产损失数额），致使罪刑不相适应，而且导致犯罪所得直接被上缴国库，而无法挽回被害单位所实际遭受的财产损失。

如前所述，无论是高价购买财物，还是低价出售财物，然后要求对方返还部分或者全部差价款，都只是具有在经济往来中收受回扣、手续费的表象，实质上是通过“迂回贪污”，变相地将本单位财物非法占为己有。对此，以贪污而非受贿论处，可能更为妥当。

【注释】

本文为“江苏高校优势学科建设工程资助项目”的成果之一。

[1]沈志先主编：《职务犯罪审判实务》，法律出版社2013年版，第104页。

[2]参见山东省济南市中级人民法院（2013）济刑二初字第8号刑事判决书；山东省高级人民法院（2013）鲁刑二终字第110号刑事裁定书。

[3]参见山东省济南市中级人民法院（2013）济刑二初字第8号刑事判决书

[4]参见王作富主编：《刑法分则实务研究》（下）（第五版），中国方正出版社2013年版，第1584页，

[5]参见张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第907页。

[6]参见孙国祥：《贿赂犯罪的学说与案解》，法律出版社2012年版，第486页。

[7]参见张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第1063页。

[8]参见张明楷：《刑法学》（第四版），法律出版社2011年版，第1077页。

[9]参见王作富主编：《刑法》（第五版），中国人民大学出版社2011年版，第506页。

[10]高铭暄、马克昌主编：《刑法学》（第五版），北京大学出版社、高等教育出版社2011年版，第632页。另参加苏惠渔主编：《刑法学》（第五版），中国政法大学出版社2012年版，第563-564页；黄京平主编：《刑法学》（第二版），中国人民大学出版社2011年版，第473-474页；等等。

[11]参见张明楷：“犯罪之间的界限与竞合”，载《中国法学》2008年第4期，第97页。

[12]参见孙国祥：《贿赂犯罪的学说与案解》，法律出版社2012年版，第487-488页。

[13]阮齐林：《刑法学》（第三版），中国政法大学出版社2011年版，第702页。

[14]参见陈洪兵：《财产犯罪之间的界限与竞合研究》，中国政法大学出版社2014年版，第243页以下。

[15]张明楷：“单一行为与复数行为的区分”，载《人民检察》2011年第1期，第13页。

[16]参见李文峰、徐彦丽：《最新贿赂十罪认定与处理实务》，中国检察出版社2012年版，第115页。

[17]沈志先主编：《职务犯罪审判实务》，法律出版社2013年版，第105页。

[18]李文峰：《贪污贿赂犯罪认定实务与案例解析》，中国检察官出版社2011年版，第119页。另参见赵震：《职务犯罪重点疑难精解》，法律出版社2013年版，第303-304页。

[19]孙国祥：《贿赂犯罪的学说与案解》，法律出版社2012年版，第488页。

[20]张明楷：“犯罪之间的界限与竞合”，载《中国法学》2008年第4期，第87、103页。

[21]为保护涉案人员的姓名隐私权，本文中一般用“某”代替“名”。

[22]参见最高人民法院刑事审判第一、第二、第三、第四、第五庭编：《刑事审判参考》，2005年第1辑，法律出版社2005年版，第51页。

[23]参见沈志先主编：《职务犯罪审判实务》，法律出版社2013年版，第108页。

[24]参见最高人民法院“胡启能贪污、受贿案”复核裁定书，http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&keyword=%BA%FA%C6%F4%C4%DC&RID=46457#，2014年3月16日访问；重庆市第一中级人民法院（2001）渝一中刑初字第594号刑事判决书；重庆市高级人民法院（2002）渝高法刑终字第99号。

[25]参见重庆市璧山县人民法院（2009）璧刑初字第128号刑事判决书；重庆市第一中级人民法院（2009）渝一中法刑终字第248号刑事判决书。

[26]参见王蓓：“贪污罪与受贿罪的司法实务区分”，载《人民司法》2010年第24期，第53页。

[27]参见四川省攀枝花市中级人民法院（2000）攀刑初字第59号刑事判决书。

[28]参见上海市长宁区人民法院（2002）长刑初字第42号刑事判决书。

[29]不考虑是否具备贪污罪主体资格，以及职务侵占罪客观行为是否包括“骗取”等因素。

[30]山东省淄博市临淄区人民法院“付玲公司、企业人员受贿案”刑事判决书，http://www.lawyee.net/Case/Case_Display.asp?ChannelID=2010100&keyword=&RID=30159#，2014年3月16日访问。

[31]参见陈洪兵：《财产犯罪之间的界限与竞合研究》，中国政法大学出版社2014年版，第247页。

[32]参见福建省龙岩市中级人民法院（1999）岩刑终字第58号刑事裁定书。

[33]参见海南省海口市中级人民法院（2000）海中法刑初字第108号刑事判决书。

[34]参见江苏省南通市中级人民法院（2003）通中刑二终字第028号刑事裁定书。