



第 1 期

主办：泰和泰律师事务所刑事合规中心

刑事合规法律信息简报

日期：2019 年 3 月 12 日

网址：www.tahota.com

免责声明

Tahota criminal compliance legal information briefing is for reference only. Tahota Law Firm makes no guarantees or warranties of any kind, expressed or implied, regarding the accuracy and reliability of information sources. The fact of reading this Briefing only shall not be construed that the readers and Tahota Law Firm have established customer relationship, nor shall be deemed that Tahota Law Firm has provided legal advice on specific issue to the readers. Readers of this Briefing shall not take any content herein as the basis of their own action or inaction. If legal advice is required, the readers shall resort to professional lawyers for consultancy service.

泰和泰刑事合规法律信息简报仅作为参考资讯，泰和泰并不为信息来源的准确性作出任何保证或担保。不应视为简报阅读者与泰和泰构成律师客户关系或泰和泰就特定事项提供了法律意见，简报阅读者不应以简报的任何信息作为采取行动或不行动的依据。简报阅读者如需具有法律效力的意见，应向专业律师咨询。



地址：贵州省贵阳市观山湖区金融101大厦B座42楼
邮编：550009
电话：0851-85650777
传真：0851-85650777
Email: yan.pan@tahota.com

目 录

- 政策速递
- 新法速递
- 行业新闻
- 深度剖析
- 典型案例

主办：泰和泰（贵阳）律师事务所刑事合规中心

顾问：樊光中

主编：潘燕

编辑：潘燕 吴英 游若曦 肖化雨

习近平《要解决金融领域特别是资本市场违法违规成本过低问题》

中共中央政治局2月22日下午就完善金融服务、防范金融风险举行第十三次集体学习。习近平强调，要解决金融领域特别是资本市场违法违规成本过低问题。要提高金融业全球竞争能力，扩大金融高水平双向开放，提高开放条件下经济金融管理能力和防控风险能力，提高参与国际金融治理能力。

赵乐际《把思想和行动统一到党中央决策部署上 拧心聚力做好经济社会发展各项工作》

2019年3月5日，中共中央政治局常委、中央纪委书记赵乐际参加十三届全国人大二次会议黑龙江代表团的审议。赵乐际书记强调，要集中整治形式主义、官僚主义问题，对典型案例通报曝光。要精准惩治审批监管、资源开发、金融信贷、工程招投标以及公共财政支出等重点领域腐败问题，坚决整治群众身边腐败和作风问题。

张茅：实行最严厉惩罚 使假冒伪劣制造者付出付不起的成本

2019年3月5日，十三届全国人大二次会议开幕会之后，今年全国两会的第二场“部长通道”正式开启。国家市场监督管理总局局长张茅接受采访。

张茅回应称，假冒伪劣产品严重侵害了消费者的利益，严重干扰了公平竞争的市场环境，打击假冒伪劣是市场监管总局的重要职责。

张茅还表示，今年有几项工作要重点做好，一是抓住重点领域，特别是食品、药品、儿童、老年人用品等重点领域；依法严格监管，实行最严厉的惩罚，要在这方面创新企业制度。比如巨额赔偿制度、内部举报人制度，还有一项，重要的就是要没收和全部销毁假冒，被发现的假冒伪劣产品，使得假冒伪劣制造者付出付不起的成本；要加强企业的自律和社会共治。完善社会信用体系，完善有关的法律法规，要解决假冒伪劣产品是一个长期存在的问题。经过不懈努力，打持久战来逐步减少假冒伪劣，做到天下少假，让消费者少一分担心，多一分放心。

➤ 企业经营中的资金结算刑事风险：

两高出台《关于办理非法从事资金支付结算业务、非法买卖外汇刑事案件适用法律若干问题的解释》

《解释》已于2018年9月17日由最高人民法院审判委员会第1749次会议、2018年12月12日最高人民检察院第十三届检察委员会第十一次会议通过，现予公布，自2019年2月1日起施行。

《解释》规定，违反国家规定的下列行为，构成非法经营罪：（一）使用受理终端或者网络支付接口等方法，以虚构交易、虚开价格、交易退款等非法方式向指定付款方支付货币资金的；（二）非法为他人提供单位银行结算账户套现或者单位银行结算账户转个人账户服务的；（三）非法为他人提供支票套现服务的；（四）实施倒买倒卖外汇或者变相买卖外汇等非法买卖外汇行为，扰乱金融市场秩序，情节严重的。

《解释》规定，（一）非法经营数额在五百万元以上的；（二）违法所得数额在十万元以上的，构成非法经营罪的追诉标准。具有解释规定的特定情形的，追诉标准分别减半计算：（一）曾因非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇犯罪行为受过刑事追究的；（二）二年内因非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇违法行为受过行政处罚的；（三）拒不交代涉案资金去向或者拒不配合追缴工作，致使赃款无法追缴的。

《解释》规定，二次以上非法从事资金支付结算业务或者非法买卖外汇，依法应予以行政处罚或者刑事处罚而未经处理的，非法经营数额或者违法所得数额累计计算。

简评：《解释》的出台彰显了我国依法严厉打击各种形式的非法资金结算业务或买卖外汇业务犯罪的态度和决心。从事跨境支付和买卖外汇的相关从业人员要严格遵守外汇管理及资金支付结算方面的法律法规，事先制定风险防控措施，避免触碰监管红线。

➤ 企业融资过程中的刑事风险：

两高一部出台《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》

2019年1月30日，“两高一部”出台《关于办理非法集资刑事案件若干问题的意见》，通报近年来打击相关犯罪的情况，并发布典型案例。

《意见》规定，关于单位犯罪的认定问题。单位实施非法集资犯罪活动，全部或者大部分违法所得归单位所有的，应当认定为单位犯罪。个人为进行非法集资犯罪活动而设立的单位实施犯罪的，或者单位设立后，以实施非法集资犯罪活动为主要活动的，不以单位犯罪论处，对单位中组织、策划、实施非法集资犯罪活动的人员应当以自然人犯罪依法追究刑事责任。

《意见》规定，关于涉案下属单位的处理问题。办理非法集资刑事案件中，人民法院、人民检察院、公安机关应当全面查清涉案单位，包括上级单位（总公司、母公司）和下属单位（分公司、子公司）的主体资格、层级、关系、地位、作用、资金流向等，区分情况依法作出处理。

《意见》规定，关于犯罪数额的认定问题。非法吸收或者变相吸收公众存款构成犯罪，具有下列情形之一的，向亲友或者单位内部人员吸收的资金应当与向不特定对象吸收的资金一并计入犯罪数额：（1）在向亲友或者单位内部人员吸收资金的过程中，明知亲友或者单位内部人员向不特定对象吸收资金而予以放任的；（2）以吸收资金为目的，将社会人员吸收为单位内部人员，并向其吸收资金的；（3）向社会公开宣传，同时向不特定对象、亲友或者单位内部人员吸收资金的。非法吸收或者变相吸收公众存款的数额，以行为人所吸收的资金全额计算。集资参与人收回本金或者获得回报后又重复投资的数额不予扣除，但可以作为量刑情节酌情考虑。

《意见》规定，关于宽严相济刑事政策把握问题。重点惩处非法集资犯罪活动的组织者、领导者和管理人员，包括单位犯罪中的上级单位（总公司、母公司）的核心层、管理层和骨干人员，下属单位（分公司、子公司）的管理层和骨干人员，以及其他发挥主要作用的人员。

简评：《意见》的出台对于依法打击非法集资违法犯罪，防范化解金融风险，维护人民群众合法权益具有十分重要的意义和作用：一是有利于司法机关统一法律适用和政策把握，依法准确有效惩治犯罪，把依法办案与化解风险、追赃挽损、维护稳定结合起来。二是有利于促进有关行政主管部门加强制度建设、工作创新和监管治理，对重大金融风险做到早

发现、早处置、早化解。三是有利于增强社会公众的法律意识、风险意识和辨别能力，自觉远离和抵制非法集资违法犯罪活动。

➤ 企业改制过程中的刑事风险

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》（法发〔2010〕49号，20101126）

《意见》规定，关于国家出资企业工作人员在改制过程中隐匿公司、企业财产归个人持股的改制后公司、企业所有的行为的处理。

国家工作人员或者受国家机关、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利用职务上的便利，在国家出资企业改制过程中故意通过低估资产、隐瞒债权、虚设债务、虚构产权交易等方式隐匿公司、企业财产，转为本人持有股份的改制后公司、企业所有，应当依法追究刑事责任的，依照刑法第三百八十二条、第三百八十三条的规定，以贪污罪定罪处罚。贪污数额一般应当以所隐匿财产全额计算；改制后公司、企业仍有国有股份的，按股份比例扣除归于国有的部分。

所隐匿财产在改制过程中已为行为人实际控制，或者国家出资企业改制已经完成的，以犯罪既遂处理。

第一款规定以外的人员实施该款行为的，依照刑法第二百七十一条的规定，以职务侵占罪定罪处罚；第一款规定以外的人员与第一款规定的人员共同实施该款行为的，以贪污罪的共犯论处。

在企业改制过程中未采取低估资产、隐瞒债权、虚设债务、虚构产权交易等方式故意隐匿公司、企业财产的，一般不应当认定为贪污；造成国有资产重大损失，依法构成刑法第一百六十八条或者第一百六十九条规定的犯罪的，依照该规定定罪处罚。

《意见》规定，关于国有公司、企业在改制过程中隐匿公司、企业财产归职工集体持股的改制后公司所有的行为的处理国有公司、企业违反国家规定，在改制过程中隐匿公司、企业财产，转为职工集体持股的改制后公司、企业所有的，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照刑法第三百九十六条第一款的规定，以私分国有资产罪定罪处罚。

改制后的公司、企业中只有改制前公司、企业的管理人员或者少数职工持股，改制前公司、企业的多数职工未持股的，依照本意见第一条的规定，以贪污罪定罪处罚。

《意见》规定，关于国家工作人员在企业改制过程中的渎职行为的处理。

国家出资企业中的国家工作人员在公司、企业改制或者国有资产处置过程中徇私舞弊，将国有资产低价折股或者低价出售给特定关系人持有股份或者本人实际控制的公司、企业，致使国家利益遭受重大损失的，依照刑法第三百八十二条、第三百八十三条的规定，以贪污罪定罪处罚。贪污数额以国有资产的损失数额计算。

《意见》规定，关于改制前后主体身份发生变化的犯罪的处理

国家工作人员在国家出资企业改制前利用职务上的便利实施犯罪，在其不再具有国家工作人员身份后又实施同种行为，依法构成不同犯罪的，应当分别定罪，实行数罪并罚。

国家工作人员利用职务上的便利，在国家出资企业改制过程中隐匿公司、企业财产，在其不再具有国家工作人员身份后将所隐匿财产据为己有的，依照刑法第三百八十二条、第三百八十三条的规定，以贪污罪定罪处罚。

简评： 随着企业改制的不断推进，人民法院、人民检察院在办理国家出资企业中的贪污、受贿等职务犯罪案件时遇到了一些新情况、新问题。这些新情况、新问题具有一定的特殊性和复杂性，需要结合企业改制的特定历史条件，依法妥善地进行处理。

➤ 一、不正当竞争典型违法案例

1、混淆行为

贵州益部岩博酒业有限公司、贵州省仁怀市岩博酒业有限公司混淆行为案

2017年12月28日，原省工商局接到贵州岩博酒业有限公司投诉举报，并于2018年1月17日对举报情况立案调查。经查明，仁怀岩博故意利用归主岩博的影响力，擅自使用与其企业名称、注册商标近似的名称、表示、制售名称、包装与贵州岩博相似的产品。

益部岩博、仁怀岩博的行为，引人误认为两家公司与贵州岩博存在特定联系，造成了产品及企业名称的混淆，违反了《反不正当竞争法》第六条第（一）、（四）项的规定。

具体规定如下：

第六条 经营者不得实施下列混淆行为，引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系：

- （一）擅自使用与他人有一定影响的商品名称、包装、装潢等相同或者近似的标识；
- （四）其他足以引人误认为是他人商品或者与他人存在特定联系的混淆行为。

2、商业贿赂

贵州泰福商贸有限公司商业贿赂案

2018年3月22日，黄果树旅游区市场监管局接到安顺市旅游和发展改革领导小组办公室案件查处线索，要求贵州泰福商贸有限公司涉嫌的商业贿赂不正当竞争行为进行查处。经查实，当事人与贵州汇众旅行社有限公司签定一客源入股分红的合作协议，约定由贵州汇众旅行社带游客到当事人商场消费，并按照购买数量和金额分红。2017年9月19日至2018年3月22日，当事人分批向贵州汇众旅行社返还分红款7.91万元，其中古今分红3.72万元、客源流量奖励分红4.19万元，所返款项均未按照规定如实入账。

黄果树旅游区市场监管局认为，当事人所谓的返还分红是《反不正当竞争法》第七条规定禁止的商业贿赂行为。

3、虚假宣传

贵州奇迹云创科技有限公司虚假宣传案

2018年5月8日，观山湖区市场监管局在开展市场专项检查中，发现贵州奇迹云创科技有限公司涉嫌虚假宣传，当日依法对该公司立案调查。经查实，当事人的法定代表人王麟龙于2017年9月起，通过电话联系方式，以1000元至15000元不等的价格，擅自定做“中国3·15诚信品牌企业”、“中国好品牌·《传奇天露酒》·传承奖”、“2018年中国电子商务十大诚信品牌”、“马一鸣董事长荣膺2017年中国品牌影响力行业十大创新人物”等虚假荣誉牌匾，并在公司场所及公司微信公众平台、朋友圈、微信群等网络媒体进行宣传，以达到提高企业形象、增加信任度，吸引消费人群，促进产品销量的目的。

观山湖区市场监管局认为，当事人的行为是《反不正当竞争法》第八条规定禁止的虚假宣传。

具体规定如下：

经营者不得对其商品的性能、功能、质量、销售状况、用户评价、曾获荣誉等作虚假或者引人误解的商业宣传，欺骗、误导消费者。

经营者不得通过组织虚假交易等方式，帮助其他经营者进行虚假或者引人误解的商业宣传。

➤ 二、非法吸收公众存款

共享单车企业占用押金涉嫌非法吸收公众存款

近期，小蓝单车企业倒闭导致大量押金不能退还用户引发热议。自共享单车诞生之日起，巨额押金问题一直备受关注。保守估计到目前为止，仅共享单车行业的存量押金规模已近100亿元。

共享单车企业面向社会广泛收取并占用押金的行为未经有关部门依法批准，包括1、没有批准权限的部门批准的集资以及有审批权限的部门超越权限批准的集资；2、押金模式是通过互联网面向所有社会公众收取，具有公开性；3、尽管这种模式并不类同于传统非法吸收公众存款惯用的还本付息形式，但其暗含所谓“持续服务”、“便捷服务”、“共享经济”等具有“利诱性”的特征。有些共享单车企业为了消除用户对押金安全的担忧，还欺骗用户称采用了银行第三方监管，如小鸣单车曾声称用户押金是专款专用，委托第三方华夏银行监管，但华夏银行方面表示，小鸣单车在华夏银行广州分行开立的结算账户为一般存款账户，

该行无须履行第三方监管义务；4、共享单车企业是向不特定的广大人群收取押金且长期占用，已经形成巨大的资金池，具有社会性。此外，长期占用用户押金的行为也涉嫌非法变相吸收公众存款。

➤ 三、孟晚舟引渡事件时间表

2018年12月1日，孟晚舟在加拿大温哥华被捕，美国向加拿大要求引渡她，加拿大法院定于2018年12月7日就此事举行保释听证会。

12月11日，加拿大法院作出裁决，批准华为公司首席财务官孟晚舟的保释申请。

2019年1月29日，美国正式向加拿大提出引渡孟晚舟的请求。中方敦促美方立即撤销对孟晚舟女士的逮捕令及正式引渡要求。

3月1日，加拿大司法部长决定就孟晚舟案签发授权进行令。

对此，华为2日发布律师声明称，美国的指控是出于政治动机，在这种情况下，加拿大司法部长仍然决定签发授权推进令，华为对此感到失望。

3月3日，孟晚舟已对加拿大政府的民事诉讼。

3月7日，华为宣布针对美国《2019财年国防授权法》第889条的合宪性向美国联邦法院提起诉讼，请求法院判定这一针对华为的销售限制条款违宪，并判令永久禁止该限制条款的实施。

“美国国会通过立法惩罚华为，且从未展示支持这些限制条款的证据，因此，华为不得不决定通过法律行动予以回应。”华为轮值董事长郭平表示，“该限制条款违背了美国宪法，妨碍华为参与公平竞争，最终伤害的是美国消费者。

华为在德克萨斯州普莱诺的联邦地区法院提起诉讼。根据起诉书，第889条在没有经过

任何行政或司法程序的情况下，禁止所有美国政府机构从华为购买设备和服务，还禁止美国政府机构与华为的客户签署合同或向其提供资助和贷款，这违背了美国宪法中剥夺公权法案条款、正当法律程序条款；同时，国会不仅立法，还试图执法和裁决有无违法行为，违背了美国宪法中规定的三权分立原则。

华为首席法务官宋柳平表示：“第889条是建立在众多错误、未经证实和未经验证的主张的基础上的。法案里的假设是不符合事实的，华为并不为中国政府所有，也不受其控制。此外，华为拥有良好的安全记录和机制，迄今为止，美国没有提供任何有关安全问题的证据。”

华为认为，限制条款不仅妨碍了华为为美国消费者提供更先进的 5G 技术，将使美国 5G 商用节奏和网络性能落后，还将迫使偏远地区的网络用户在高质量、可负担的产品和联邦政府资助之间做出选择，让网络升级更困难、数字鸿沟加剧。

郭平指出：“只有撤销这条法律，华为才有机会向广大美国客户提供先进的技术，建设最先进的 5G 网络。华为也愿意采取措施消除美国政府的安全担忧。取消该限制法案可以让美国政府与华为一起解决真正的网络安全问题”。

合规专家认为：“从职责和职能分工角度看，其实，华为现在的事情和活动是企业法律事务管理职责和职能范围，而不是企业合规管理职能范围和主责了。常有人问及企业法律事务工作与合规管理工作之间的关系，现在华为起诉加和美，是典型的法律事务工作方法方式。”

“对于华为，合规负责部门目前的主要工作应是全面深入检索华为合规管理体系，查漏补缺，让合规风险尽收于华为合规管理体系之内，更加全面提升华为的合规能力。法律事务负责部门目前的主要工作是瞄准美国及跟班国，针对他们的‘违规攻击’，运用法律法规武器，火力全开，声东击西，以国际法和以其自身的法攻其法，揪住其违法之处，全面保护来犯华为之‘敌’。”

➤ 刑事合规：最优企业犯罪预防方法

最高人民检察院检察理论研究所石磊著文提出，在刑事合规活动中，由于在预防和惩治犯罪上国家、社会、企业有着共同的诉求和利益，这反映在刑事立法和刑事司法上，在中国，刑事合规至少在以下几个刑事法基本制度上产生深远的影响：

单位犯罪。单位犯罪和自然人犯罪的区分、单位犯罪意志的确定、单位行为的认定等单位犯罪的基本问题都与刑事合规密切相关。

过失犯罪。刑事合规运动能显著影响和深化过失犯罪中的注意义务、监督过失、管理过失等过失犯罪中疑难问题的理论和实践。

违法阻却事由和量刑情节。刑事合规能否成为违法阻却事由阻却犯罪？企业刑事合规能否作为从宽处罚的情节？

刑事管辖权和刑事司法协助。在刑事合规中，一个重要的方向是企业在外域的刑事合规问题，以及不同法律体系的法律冲突和司法协助问题。

犯罪证明。这包括刑事合规活动中取得的证据证明效力问题，企业前置调查和制裁与刑事诉讼程序的关系问题。

总之，企业刑事合规不仅对于企业的经营管理具有重要意义，在国家和社会层面上，也具有深远的影响。也许我们可以说，当刑事合规发展到一定程度和规模时，一种新的刑法观和刑法文化就已经悄然成长起来了。

➤ 关于职务犯罪

什么是职务犯罪，目前并没有统一定义，有观点认为，职务犯罪是指国家机关、国有公司、企业事业单位、人民团体工作人员利用已有职权，贪污、贿赂、徇私舞弊、滥用职权、玩忽职守，侵犯公民人身权利、民主权利，破坏国家对公务活动的规章规范，依照刑法应当予以刑事处罚的犯罪，包括《刑法》规定的“贪污贿赂罪”、“渎职罪”和国家机关工作人员利用职权实施的侵犯公民人身权利、民主权利犯罪。

《监察法》第11条第（二）项采用列举的方式对职务犯罪进行了规定，对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查。

➤ 国家工作人员、国有单位与公职人员概念解析

1、国家工作人员

《中华人民共和国刑法》第九十三条规定，本法所称国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。

国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。

两高《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见关于国家出资企业中国家工作人员的认定》第六条规定：（1）经国家机关、国有公司、企业、事业单位提名、推荐、任命、批准等，在国有控股、参股公司及其分支机构中从事公务的人员，应当认定为国家工作人员。具体的任命机构和程序，不影响国家工作人员的认定。（2）经国家出资企业中负有管理、监督国有资产职责的组织批准或者研究决定，代表其在国有控股、参股公司及其分支机构中从事组织、领导、监督、经营、管理工作的人员，应当认定为国家工作人员。（3）国家出资企业中的国家工作人员，在国家出资企业中持有个人股份或者同时接受非国有股东委托的，不影响其国家工作人员身份的认定。

《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第七条规定，所谓委派，即委任、派遣，其形式多种多样，如任命、指派、提名、批准等。不论被委派的人身份如何，只要是接

受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派，代表国家机关、国有公司、企业、事业单位在非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事组织、领导、监督、管理等工作，都可以认定为国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员。如国家机关、国有公司、企业、事业单位委派在国有控股或者参股的股份有限公司从事组织、领导、监督、管理等工作的人员，应当以国家工作人员论。国有公司、企业改制为股份有限公司后，原国有公司、企业的工作人员和股份有限公司新任命的人员中，除代表国有投资主体行使监督、管理职权的人外，不以国家工作人员论。

2、国有单位 国有单位包括国有公司、国有企业、国有事业单位等。

国有公司，是指公司财产属于国家所有的公司及国家控股的股份公司。

国有企业单位，是指财产属于国家所有而从事生产性、经营性的企业。

国有事业单位，是指国家投资兴办、管理从事科研、教育、文化、体育、卫生、新闻、广播电视、出版等单位。人民团体，是指各民主党派、工商联、各级青、工、妇等人民群众团体。

特别指出的是，中国共产党和中国人民政治协商会议的各级机关中从事公务的人员也是国家工作人员。

特别需要说明的是，国家出资的企业不仅包括国有独资公司、国有独资企业，还包括国有资本控股公司、国有资本参股公司。

是否属于国家出资企业不清楚的，应遵循“谁投资、谁拥有产权”的原则进行界定。企业注册登记中的资金来源与实际出资不符的，应根据实际出资情况确定企业的性质。企业实际出资情况不清楚的，可以综合工商注册、分配形式、经营管理等因素确定企业的性质。

3、公职人员，是指各级国家机关的工作人员，是行使国家权力、执行国家公务的主体。级别划分为，国家级正职和中共中央总书记。

在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员，或者在受国家机关委托代表国家行使职权的组织中从事公务的人员，或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员，在代表国家机关行使职权时，视为国家机关工作人员。

在乡（镇）以上中国共产党机关、人民政协机关中从事公务的人员，视为国家机关工作人员。

➤ 莫建祥受贿二审刑事判决

1、案件情况：

2011年5月，被告人莫建祥被贵阳市白云区牛场乡党委任命为该乡村镇建设服务中心负责人。2013年起负责该乡“一事一议”项目的申报、实施和验收工作。2014年9月10日，被告人莫建祥未按照规定进行招投标，即代表牛场乡政府与张云燕所代表的贵州世纪新源科技有限公司分别签订了牛场乡2013年度美丽乡村一事一议示范村建设《购置安装合同》和牛场乡2014年度一事一议财政奖补项目太阳能路灯《购置安装补充合同》，共计297盏太阳能路灯购置安装协议。张某为感谢莫建祥在签订协议中的关照，与被告人莫建祥约定以每盏100元的价格给予回扣费。之后张某送给被告人莫建祥人民币3万元。案发后，被告人莫建祥的家属代其退缴赃款人民币3万元。

2、判决结果：

一审原判：

被告人莫建祥身为国家工作人员，利用职务之便，非法收受他人财物，为行贿人谋取利益，数额较大，其行为已构成受贿罪。

一、被告人莫建祥犯受贿罪，免于刑事处罚。二、被告人莫建祥受贿赃款人民币三万元予以没收，上缴国库。

依据：《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第二款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（一）项、第六十七条第一款、第六十四条、第三十七条。

二审判决：

原审被告人莫建祥曾因职务犯罪被判缓刑，在担任贵阳市白云区牛场乡村镇建设服务中心负责人后，不吸取教训，身为国家工作人员，利用职务之便，非法收受他人财物，为行贿人谋取利益，数额较大。其行为已构成受贿罪。原判事实清楚，证据充分，定罪准确，但量刑偏轻，应予改判。判决结果如下：

一、撤销贵州省贵阳市白云区人民法院（2018）黔0113刑初6号刑事判决第一项，维持第二项；

二、原审被告人莫建祥犯受贿罪，判处有期徒刑六个月，缓刑一年，并处罚金人民币十

万元（缓刑考验期限，从判决确定之日起计算）。

依据：《中华人民共和国刑法》第三百八十五条第二款、第三百八十六条、第三百八十三条第一款第（三）项、第六十七条第一款、第六十四条、第七十二条以及《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》第十九条。

第三百八十五条 【受贿罪】国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。

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。

第三百八十六条 【受贿罪的处罚规定】对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。

本案二审抗诉理为：“被告人莫建祥为职务犯罪前科人员、其侵害的是民生资金项目并还有其他侵害农户利益行为，一审判决对莫建祥量刑明显畸轻，应依法改判”。

一审被告曾因职务犯罪被判缓刑，又不吸取教训，在缓刑期间仍旧利用职务之便为行贿人谋取利益。

➤ 黄正田、许敬杰等串通投标案

【刑事审判参考裁判观点】 拍卖和招标投标是两种不同的法律行为，立法上对两者分别作出规定，对串通投标设定了刑事责任，对串通拍卖则没有，故不宜以串通投标罪对串通拍卖行为定罪处罚，否则有类推解释之嫌。

➤ 王志芳非法转让土地使用权案

【刑事审判参考裁判观点】农民私自转让自有宅基地的行为，基于农村宅基地的政策导向，并参照最高人民法院《关于个人违法建房出售行为如何适用法律若干问题的答复》的精神，不宜按犯罪处理。

➤ 曾海涵非法经营案

【刑事审判参考裁判观点】（1）未经批准开采稀土矿产品的行为虽然在客观上违反国家规定，但是如有证据证明其主观上没有违法开采的故意，则对该开采行为不宜追究刑事责任。（2）将碳酸盐稀土加工成草酸盐稀土的行为不属于冶炼分工，未违反国家规定。（3）行为人因抵债原因获得稀土，后销售给有加工稀土资质的企业，属于定向选择，而非“自由买卖”，不违反国务院 1991 年颁布的《关于将钨、锡、铋、离子型稀土矿产列为国家实行保护性开采特定矿种的通知》（国发[1991]5 号）。（4）对一般稀土矿产品销售行为以非法经营罪追究刑事责任应持审慎态度。

如有问题需要垂询或需要进一步信息，欢迎联系：

- 泰和泰律师事务所| Tahota Law Firm
- 手机 Mobile:13985146338
- 电子邮件 Emai: yan.pan@tahota.com
- 电话 (Tel) 0851-85650777 传真(Fax) : 0851-85650777
- 邮编 (Post Code) : 550009
- 地址(Add) : 贵阳市观山湖区中天会展城金融 101 大厦 B 座 42 楼

