



京都律师事务所
King & Capital Law Firm



北京师范大学刑事法律科学研究院
COLLEGE FOR CRIMINAL LAW SCIENCE

2018 年建设工程领域 刑事案件研究报告

王春军、印波等

北京市京都律师事务所

北京师范大学刑事法律科学研究院

2019 年 4 月 26 日

作者简介：

印波，北京师范大学刑事法律科学研究院副教授，北京市京都律师事务所刑事部律师，英国阿伯丁大学法学博士，中国行为法学会新闻监督行为研究会副秘书长，中国银行法学研究会理事。

王春军，北京市京都律师事务所合伙人、朝阳律协房建委副主任、民建朝阳中纺支部副主委、中国公路学会筑机分会常务理事、对外经贸大学就业指导导师。

其他作者：杜中华，郑肖垚，吴阳阳，谭程昊，许珂，郑语婷，贾雪莹，邓莉泓，王陈炜铭，黄钊艺，吕岩，李磊

目录

第一章	导论·····	1
第二章	2018 年建设工程领域刑事案件数据概况·····	7
第三章	建工领域高发犯罪：罪名解读、风险防范与辩护要点·····	12
第四章	结语·····	90

2018 年建设工程领域刑事案件研究报告

第一章 导论

一、背景概述

建设工程涉及建筑业、房地产业和市政公用事业等行业，市政、住宅、铁路、公路、机场、港口、邮电、通讯、电站、矿山、冶金、石油、有色金属、化工、核工业等领域的基础及配套设施建设均离不开建设工程。各级政府部门、司法机关、军事机关以及各个单位均不同程度地需要工程建设。工程建设往往需要消耗最多的生产资料，尤其是土地和资金。建设工程涉及的部门不仅仅是项目法人单位，还往往涉及到规划、设计、勘察、施工、监理、环保、卫生等多重职能管理部门及中介性机构。建设工程行业除了自身系支柱产业之外，还有诸多重要的关联产业，诸如钢筋水泥、混凝土、国土资源等行业。因此，建设工程的合规有助于关联产业的健康有序发展。

在我国总体国民经济稳步增长的同时，建设工程作为国民经济支柱产业，发展极为迅速。据统计，2018 年国内生产总值 900309 亿元，较上年度同比增长 6.6%。在这其中，建设工程业总产值高达 235086 亿元，较上年度同比增长 9.9%。根据上述两组数据，2018 年建设工程行业占到国内生产总值的 26.1%。与此同时，农民工总量为 2.8652 亿人，建设工程业吸纳的农民工就业占总量的 18.9%¹。总而言之，建设工程无处不在，无所不包，关

¹最高人民法院民一庭：《最高人民法院建设工程施工合同司法解释（二）理解与适用》，人民法院出版社 2019 年版，第 15 页。

系到社会生活的方方面面 ,对于国民就业安全及社会经济整体的良性运转至关重要。

建设工程行业往往具有投资金额巨大、利润丰厚的特点 ,因而也是刑事犯罪的高发、频发领域。在建设工程的项目审批、勘察设计、工程施工、价款结算等多个方面 ,受贿、行贿、贪污、滥用职权、串通投标、重大安全责任事故、拒不支付劳动报酬等犯罪时有发生。一旦出现刑事犯罪 ,企业及其从业人员不仅会受到巨大经济损失 ,也会受到刑罚的严惩。因此 ,对建设工程领域的刑事案件进行系统分析 ,做好刑事风险的预防尤为重要。

一直以来 ,建设工程领域法律问题的关注主要集中在民商事领域 ,很少有人重视建工刑事问题。建设工程领域的民商事案件即便争议较大、情节复杂 ,但是基本上观点较为成熟 ,在实务层面也形成了类型化的处理方式。最高人民法院于 2005 年和 2019 年颁布了两个关于审理建设工程施工合同纠纷的司法解释 ,各省高院也总结了不少民商事解决建设工程施工合同纠纷的经验 ,形成了一系列的办案指南。然而 ,无论是从理论探讨的欠缺 ,还是从现实的风险防范必要考虑 ,建设工程领域的刑事案件亟需系统研判和分析。对于建设工程单位及其负责人而言 ,很少有认为自身会承担刑事风险的 ,有很多人认为即便自身违规操作不至于遭受刑责。然而 ,建设工程领域一旦出现刑事犯罪 ,不仅是主要负责人遭受刑罚 ,单位的信用记录及未来竞标、生产经营均会遭受不利影响。因此 ,对建设工程领域的刑事案件作系统分析 ,对刑事风险作全面预防 ,对刑事辩护要点作深入了解尤为必要。

本报告旨在通过对 2018 年建设工程领域刑事案件数据作系统分析 ,达

到全面了解 2018 年建设工程领域刑事案件的高发风险点 ,以期提高“事前预防”的意识 ,找到“事前预防”的方法 ,给予相关行业的从业者、国家工作人员、从事工程建设的企业、行业组织及有关部门有效的建议。同时 ,作为专业的刑辩团队 ,提供“事后辩护”的要点 ,以期为建设工程单位及人员保驾护航 ,提供有效果的辩护策略和意见。

二、团队介绍

诞生于 1995 年的知名法律服务机构——京都律师事务所 ,秉承“追求卓越 ,不负重托”的职业理念 ,致力于为客户提供优质、专业、高效的法律服务 ,经过二十四年的稳健发展 ,京都不仅在刑事诉讼领域持续居于全国领先地位 ,而且在房地产与建设工程方面为客户提供全方面、高水准的法律支持与服务 ,是中国大型综合性律师事务所。

北京市京都律师事务所刑事业务闻名遐迩 ,被誉为刑事辩护业务的“王者战队”。京都所由全国律协刑委会主任、被业界誉为“中国刑辩第一人”的著名律师田文昌教授和一批知名律师、学者创立 ,成立至今二十年间 ,京都律师承办的涉及刑事法律问题的案件多达数千件 ,为众多知名企业、企业家提供了优质、高效的刑事法律服务 ,深得客户的信任和赞誉。北京市京都律师事务所建设工程法律服务团队是专业从事建设工程领域的行业律师团队 ,多年为客户提供建设工程法律服务。结合本团队法律服务经验 ,客户在处理工程的立项、融资、招投标、结算过程中 ,在处理涉及建设工程质量、工期、价款民商事纠纷过程中 ,在 PPP、BOT 项目的协商解决过程中 ,经常会遇到建设工程领域的刑事问题。

北京师范大学刑事法律科学研究院是专门从事刑事法学研究的、中国刑事法学领域的综合学术研究机构，系中国刑法学研究会秘书处所在地。本着刑事法学一体化的精神，全面发展刑事法的学术领域，北京师范大学刑事法律科学研究院为我国刑事法学研究和高层次人才培养作出巨大的贡献。北京师范大学刑事法律科学研究院现任名誉院长为刑法泰斗高铭暄教授，院长为张远遑教授，副院长为阴建峰教授。

为了追踪建设工程领域的热点刑事问题，及时掌握最新的司法裁判动向，以便对建设工程纠纷进行更加准确地预判，协助客户更好地预防与处理建设工程领域法律风险，提供优质的刑事辩护，北京京都律师事务所建设工程法律服务团队与北京师范大学刑事法律科学研究院共同成立了建设工程刑案项目组（负责人：印波、王春军，成员：杜中华、郑肖垚、吴阳阳、谭程昊、许珂、郑语婷、贾雪莹、邓莉泓、王陈炜铭、黄钊艺、吕岩、李磊），对相关裁判文书进行检索、分析，以期总结出司法裁判规律，指导法律实践。此篇研究报告系集合京都刑事业务、北师大刑事法专业研究优势和建工领域行业的特点所作的一次全新尝试，希望对整个行业起到一定的借鉴作用。

三、样本收集与遴选

（一）样本要求：

1、案件类型：只保留 2018 年建设工程领域刑事案件，和建设工程本质上无关的刑事案件不予采集，例如样本排除了单纯发生在建筑工地、或是由建设工程公司的员工实施的盗窃、故意伤害等与工程运行无关的案件。

2、文书类型：只保留刑事判决书，样本排除了裁定书和调解书。系统

数据来源为裁判文书网,因此未登入裁判文书网的判决书不纳入本次报告的数据分析范围。

3、时间范围 2018 年 1 月 1 日至 2018 年 12 月 31 日期间的已审结案件,其中部分刑事案件是在 2018 年甚至更早,对于那些发生在 2018 年度的刑事案件尚未审结的案件并没有上传到“Alpha 法律智能操作系统”,因此,本数据报告中所统计的判例并不能对 2018 年度所有案例进行完全详尽归纳。

(二) 收集方法:

为了准确、全面地进行数据分析,本团队采取大数据分析系统检索的方式,在“alpha 法律智能操作系统”检索系统中选取“刑事案件”“判决书”“2018”,并输入关键词“建筑”“工程”等,对样本进行检索和统计。截图如下:

Alpha 案例库检索记录

检索时间	2019年01月09日
检索关键词	全文:建筑,全文:工程,文书类型:判决,案由:刑事,年份:2018

检索出样本共 6902 份。(见附件)

(三) 人工筛选:

严格按照本报告样本收集的原则,待样本检索完成后,将与工程运行无关的刑事案件,例如单纯发生在建筑工地、或是由建设工程公司的员工实施的盗窃、故意伤害,空壳公司假冒建设工程公司进行的诈骗案等案件进行人

工筛除。

例如：

赵俊峰盗窃一审刑事判决书，（2018）渝0112刑初566号：删除；

龚仁贵抢劫一审刑事判决书，（2018）渝0112刑初40号：删除；

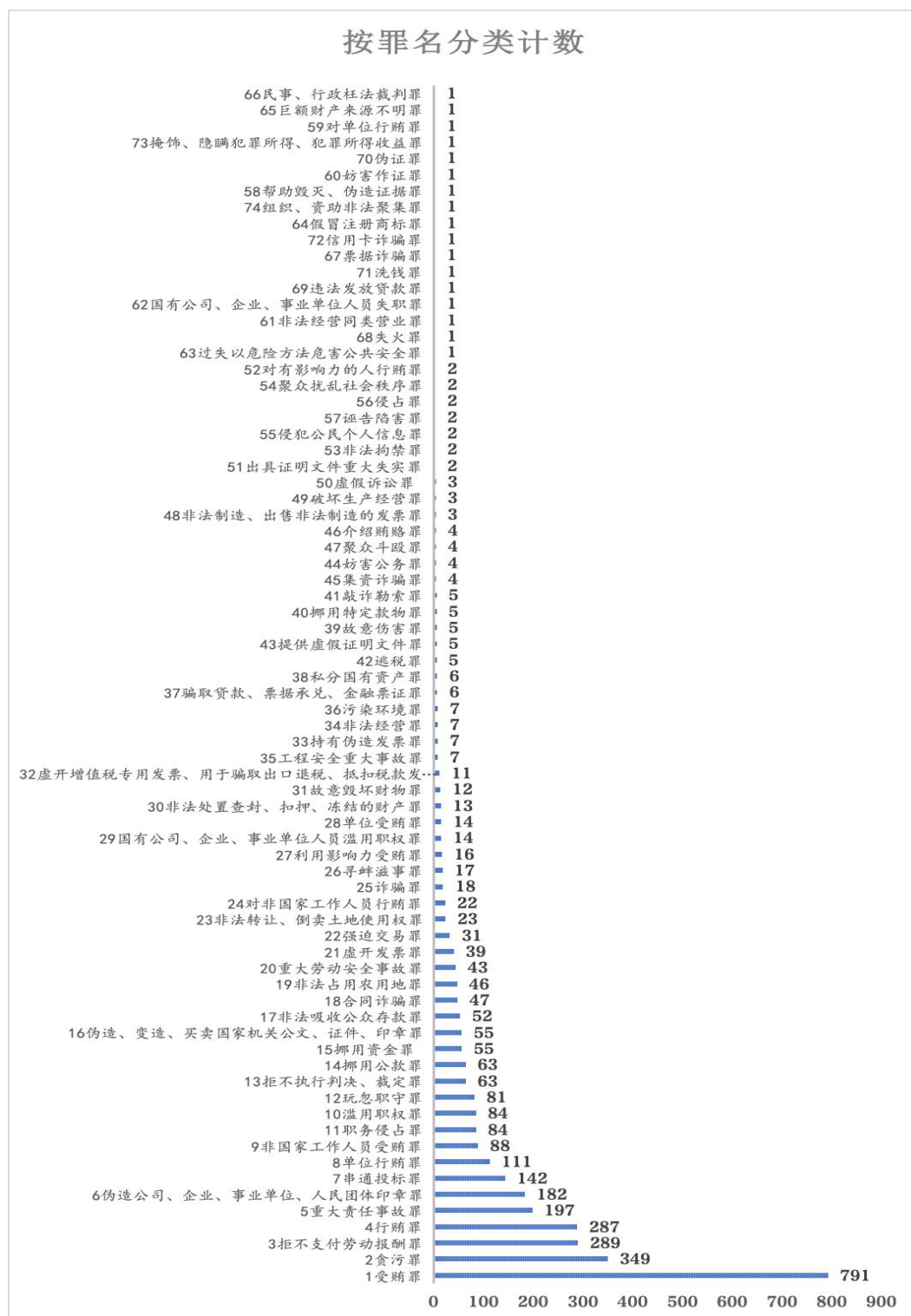
黄成龙诈骗一审刑事判决书，（2017）浙0282刑初1781号：删除；

最终，将6902份样本中的无效样本排除在外，最终得到约3600份有效样本。（见附件）

在这份司法裁判数据分析报告中，我们对全国建设工程领域刑事案件的罪名分布、各地区纠纷案件情况等数据作了搜集、分类、整理，并对主要的风险点和辩护理由作重点分析。通过这项工作，项目组研究和总结建设工程领域刑事案件的法律焦点问题、裁判思路和意见，找出其中的规律，以便于指导建设工程的相关从业者、提供专业法律服务的律师同行们能够快速、高效识别建设工程中的刑事法律风险，在发生刑事问题时能提供有效的辩护方案，充分维护当事人的权益。

第二章 2018 年建设工程领域刑事案件数据概况

一、按罪名统计



根据上述数据一目了然，建设工程领域内有以下十大高发犯罪：1、受贿罪（791件）；2、贪污罪（349件）；3、拒不支付劳动报酬罪（289件）；4、行贿罪（287件）；5、重大责任事故罪（197件）；6、伪造公司、企业印章罪（182件）；7、串通投标罪（142件）；8、单位行贿罪（111件）；9、非国家工作人员受贿罪（88件）；10、职务侵占罪（84件）；滥用职权罪（84件）。

根据数据统计及办案经验，作下列初步分析：

1、高发的犯罪中职务类的经济犯罪数量最多，但受贿罪与行贿罪件数差距较大；建设工程领域国企是重要主体，被绳之以法的也主要是国家工作人员，主要表现为受贿罪、贪污罪、滥用职权罪等。也有一些非国家工作人员，主要表现为非国家工作人员受贿罪、职务侵占罪等。这有可能与当前我国反腐的高压态势密切相关。这也同时说明，与建设工程有关的纠纷主要集中在发生于工程立项、融资、招投标、结算环节中。

2、位居高发案件第三位的是拒不支付劳动报酬罪，这说明在建设工程领域仍然普遍存在拖欠农民工工资的现象，同时也揭示出国家正在积极运用刑罚措施治理拖欠工资之乱象。当今司法解释允许施工人突破合同相对性向发包人主张权利，这一偏向保护弱者利益的衡平考量正与国家刑罚设立目的保持一致，也与住建部及各级建设行政主管部门出台的工程款支付担保、建立的建筑市场“黑名单”制度所体现出的政策导向相契合。

3、重大责任事故罪位居第五位（197件），除此以外，工程重大安全事故罪（第二十名，共计43件）、重大劳动安全事故罪（第三十五名，共计7件）亦是高发犯罪。在建设工程领域，安全事故类罪名频增，说明安全

责任事故是建设工程亟待破除的魔咒 ;国家通过设置诸多罪名应对安全事故 ,就是希望通过系统的威慑手段强化相关人员的责任 ,从而达到一般预防与特殊预防的效果。当然 ,由于当前反腐高压态势 ,该类罪的绝对数量远远低于受贿、贪污等腐败犯罪的数量 ,其原因可能是安全事故类罪必须要产生严重的后果 ,而受贿、贪污行为只要一旦发生 ,口供相互印证 ,即易定案。

4、伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪以及伪造、变造、买卖国家机关公文、证件、印章罪分别位居第六位 (182 件) 和第十六位 (55 件)。这说明一些建设企业为了签单、赶工期、增加净利润 ,造假行为时有发生。一则诸多类罪系合同诈骗罪降格处理的结果 ,二则在建设工程中 ,印章的伪造现象还比较常见。对于那些合同诈骗罪无法查清、口供无法印证的情况下 ,往往会对伪造公司、企业印章者予以处罚。

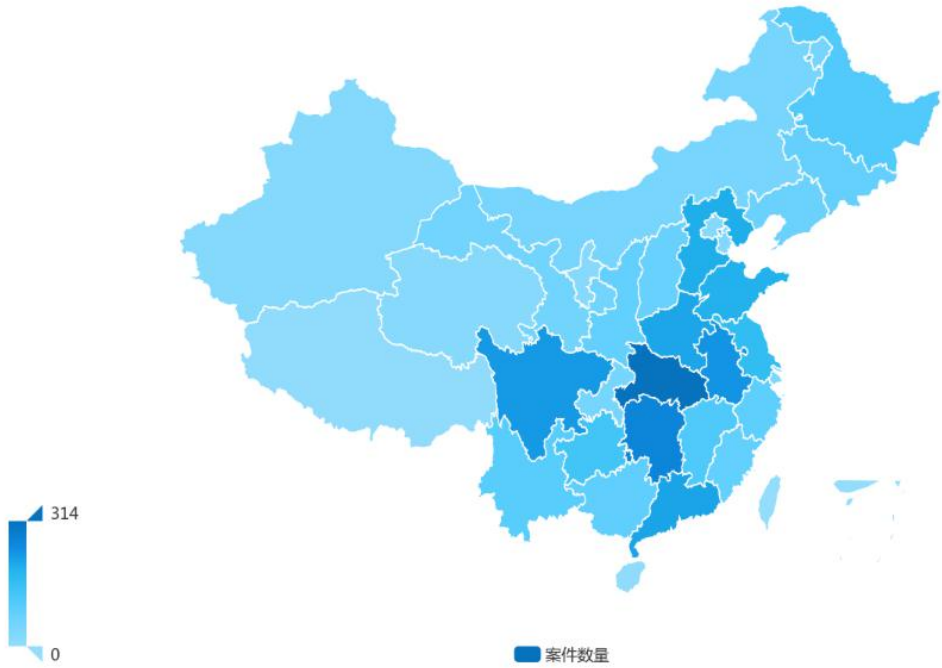
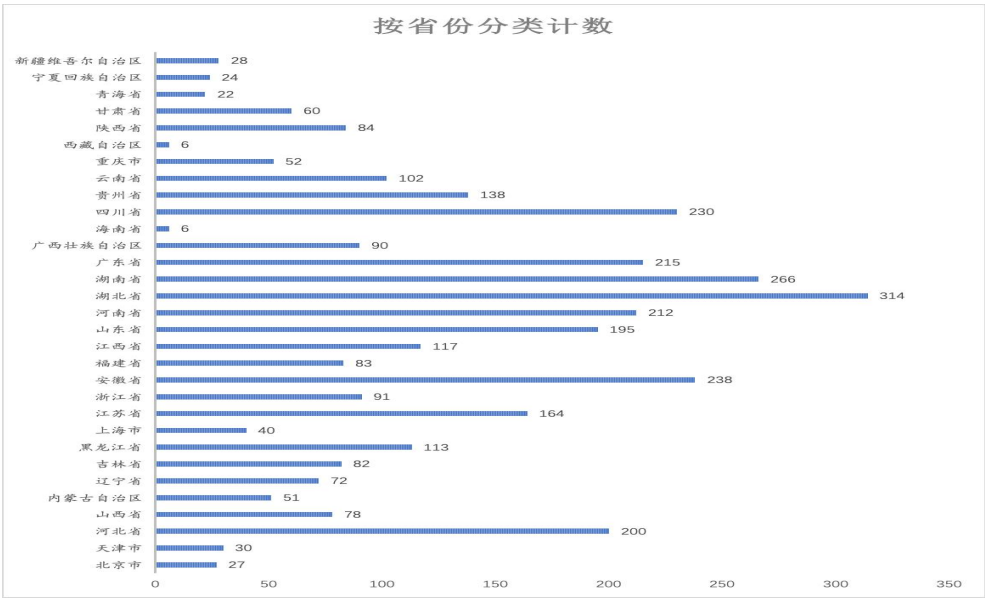
5、串通投标罪位居第七位 (142 件) ,说明在建设工程领域 ,串通招投标仍然常见 ,招投标程序的设计上总是有所疏漏、缺少真正的监管。当然 ,随着国家计委 3 号令的废止 ,发改委 16 号令的实施 ,大量民营房建项目不用再进行招投标 ,此类犯罪可能出现减少的趋势。

6、一些在建设工程领域虽然没有上榜 ,确实体现了这个领域刑事风险的罪名值得关注 ,例如 ,合同诈骗罪 (第十八位 , 47 件) ,非法占用农用地罪 (第十九位 , 46 件) 也都时有发生。一则说明了建设工程领域设计的利益大、工程周期长、涉及环节多、程序繁复 ,通过合同诈骗财物现象多 ;二则说明了建设工程容易触犯国家土地红线 ,农用地划转手续不完整 ,小产权房现象严重。

7、在建工领域所涉的 72 个罪名中 ,有 33 个罪名涉及单位犯罪 ,其中

工程安全重大事故罪、单位行贿罪、单位受贿罪这三个罪名的犯罪主体法定要求必须是单位的。可以看出，在罪名数量的分布上，建工工程领域内的单位犯罪与单纯的个人犯罪基本持平。这一定程度上说明单位犯罪在建工工程领域的严峻态势，应当引起各建设主管部门及司法部门的高度重视。

二、按省份分类计数



根据数据统计及办案经验，作下列初步分析：

1、犯罪高发省份前三位：湖北省（314件）、湖南省（266件）、安徽省（238件）。湖北省的建工领域刑事案件数量占全国同类案件数量的9.15%，为2018年度全国建设工程领域刑事案件发生量最多的省份。建设工程领域刑事犯罪的发生概率与地区的经济状况没有必然联系，因为上述三个省份既不是经济发达地区，也不是经济不发达省份；建设工程领域刑事案件主要分布在中部地区。可以推测，相对于经济体系已经成型的东部，中部地区目前建设工程正处于蓬勃发展阶段，建设工程体量更大，因此，刑事案件高发也在常理之中。

2、犯罪高发省份四至六位：广东省（215件）、山东省（195件）、江苏省（164件）。这三个省都是传统的建筑大省，因此，其建设工程领域犯罪数量较多本就在意料之中。湖北省、湖南省、安徽省、广东省、山东省、江苏省六省市在建设工程领域的刑事犯罪案件数量达到1392件，占全国同类案件数量的40.6%。

3、犯罪低发省份：海南省（6件）、西藏自治区（6件）、青海省（22件）。上述三个省份的建设工程领域刑事犯罪之所以较低，可能与其人口基数较少有一定的关联。当然，这三个省份相应的基础设施建设并不少。

第三章 建工领域高发犯罪：罪名解读、风险防范与辩护要点

第一大罪名：受贿罪
基本罪状
1、国家工作人员利用职务便利，索取他人财物，或非法收取他人财物，为他人谋取利益的（第 385 条第 1 款）； 2、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（第 385 条第 2 款）； 3、国家工作人员利用本人职权或地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，索取请托人财物或收受请托人财物的（第 388 条）； 4、国有公司、企业、金融机构中从事公务的人员和国有公司、企业、金融机构委派到非国有公司、企业、金融机构从事公务的人员利用职务上的便利，索取他人财物，或非法收受他人财物，为他人谋取利益的，或违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的（第 184 条第 2 款）。
具体表现形式
1、以交易形式收受贿赂 国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以下列交易形式收受请托人财物的，以受贿论处： （1）以明显低于市场的价格向请托人购买房屋、汽车等物品的；

(2) 以明显高于市场的价格向请托人出售房屋、汽车等物品的 ;

(3) 以其他交易形式非法收受请托人财物的。

受贿数额按照交易时当地市场价格与实际支付价格的差额计算。

前款所列市场价格包括商品经营者事先设定的不针对特定人的最低优惠价格。根据商品经营者事先设定的各种优惠交易条件，以优惠价格购买商品的，不属于受贿。

2、收受干股及分红

干股是指未出资而获得的股份。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的，以受贿论处。进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生了实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额。

3、以开办公司等合作投资名义收受贿赂

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，由请托人出资，“合作”开办公司或者进行其他“合作”投资的，以受贿论处。受贿数额为请托人给国家工作人员的出资额。

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以合作开办公司或者其他合作投资的名义获取“利润”，没有实际出资和参与管理、经营的，以受贿论处。

4、以委托请托人投资证券、期货或者其他委托理财的名义收受贿赂

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，以委托请托人

投资证券、期货或者其他委托理财的名义，未实际出资而获取“收益”，或者虽然实际出资，但获取“收益”明显高于出资应得收益的，以受贿论处。受贿数额，前一情形，以“收益”额计算；后一情形，以“收益”额与出资应得收益额的差额计算。

5、以赌博形式收受贿赂

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，通过赌博方式收受请托人财物的，构成受贿。实践中应注意区分贿赂与赌博活动、娱乐活动的界限。具体认定时，主要应当结合以下因素：（1）赌博的背景、场合、时间、次数；（2）赌资来源；（3）其他赌博参与者有无事先通谋；（4）输赢钱物的具体情况和金额大小。

6、特定关系人“挂名”领取薪酬

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，要求或者接受请托人以给特定关系人安排工作为名，使特定关系人不实际工作却获取所谓薪酬的，以受贿论处。

7、特定关系人收受贿赂

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，授意请托人以上所列形式，将有关财物给予特定关系人的，以受贿论处。特定关系人与国家工作人员通谋，共同实施前款行为的，对特定关系人以受贿罪的共犯论处。特定关系人以外的其他人与国家工作人员通谋，由国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人财物后双方共同占有的，以受贿罪的共犯论处。

8、收受贿赂物品未办理权属变更

国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人房屋、汽车等物品，未变更权属登记或者借用他人名义办理权属变更登记的，不影响受贿的认定。

认定以房屋、汽车等物品为对象的受贿，应注意与借用的区分。具体认定时，除双方交代或者书面协议之外，主要应当结合以下因素进行判断：（1）有无借用的合理事由；（2）是否实际使用；（3）借用时间的长短；（4）有无归还的条件；（5）有无归还的意思表示及行为。

9、收受财物后退还或者上交

国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不构成受贿。国家工作人员受贿后，因自身或者与其受贿有关联的人、事被查处，为掩饰犯罪而退还或者上交的，不影响受贿罪的认定。

10、在职时为请托人谋利，离职后收受财物

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。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，离职前后连续收受请托人财物的，离职前后收受部分均应计入受贿数额。

11、“特定关系人”的范围

“特定关系人”是指与国家工作人员有近亲属、情妇(夫)以及其他共同利益关系的人。

12、正确贯彻宽严相济刑事政策

要根据刑法关于受贿罪的有关规定和受贿罪权钱交易的本质特征，准确区分罪与非罪、此罪与彼罪的界限，惩处少数，教育多数。在从严惩处受贿犯罪的同时，对于具有自首、立功等情节的，依法从轻、减轻或者免除处罚。

量刑标准

1、受贿数额较大或有其他较重情节，判处3年以下有期徒刑或者拘役，并处10万元以上50万元以下的罚金；

2、受贿数额巨大或有其他严重情节，判处3年以上10年以下有期徒刑，并处20万元以上犯罪数额2倍以下的罚金或者没收财产；

3、受贿数额特别巨大或有其他特别严重情节，判处10年以上有期徒刑或无期徒刑，并处50万元以上犯罪数额2倍以下的罚金或者没收财产，数额特别巨大并使国家和人民利益遭受特别重大损失，可处无期徒刑或死刑，并处没收财产。

4、数额较大：受贿数额在3万元以上20万元以下；数额巨大：受贿数额在20万元遇上不满300万元；数额特别巨大：受贿数额在300万元以上。其他严重情节：在一定受贿数额的情况下，多次索贿的；为他人谋取不正当利益,致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的；为他人谋取职务提拔、调整的。

建工警示

1、本罪要点：

(1) “利用职务之便”

“利用职务之便”不仅仅指利用本人主管、负责、承办公共事务的职权，还可指利用与本人职务有隶属、制约关系的其他国家工作人员的职权。另外，一些担任单位领导职务的国家工作人员通过非自己主管的下级部门的国家工作人员的职务为他人谋取利益的也属于“利用职务之便”。

(2) “利用本人职权或者地位形成的便利条件”

“利用本人职权或者地位形成的便利条件”指的是行为人与被其利用的国家工作人员之间虽然没有直接的隶属或制约关系，但是行为人利用了自身的职权或地位产生的影响关系。比如同一单位不同部门之间、上下级单位没有职务上隶属、制约关系的国家工作人员之间、不同单位但工作上存在联系的国家工作人员之间等均有可能存在“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的情况。

(3) “为他人谋取利益”

“为他人谋取利益”包括三个阶段：承诺、实施和实现，不管是根据请托事项承诺为他人谋取利益，还是利用职务上的便利为他人实施一定行为以实现某种利益，抑或是利用职务便利已实际为他人谋取到了利益，均可认定为“为他人谋取利益”。另外，只要具有下列情形之一的，就应当认定为“为他人谋取利益”：①实际或者承诺为他人谋取利益的；②明知他人有具体请托事项的；③履职时未被请托，但事后基于该等事由收受他人财物的。

(4) “谋取不正当利益”

“谋取不正当利益”指的是行贿人谋取的利益违反了法律、法规、规章、政策或者行业规范的规定，或者要求国家工作人员违反相关规定为自己提供帮助或者方便条件。具体情形包括：①谋取的利益属于非法利益，即其利益违反了法律、法规、规章、政策及行业规范，例如，违反法律、法规，向国土部门负责人行贿，擅自侵占农用地盖小产权房；②谋取的利益本身是合法的，但是行为人谋取利益的途径或者手段违法，例如，为了加快审批流程，向国土部门负责人行贿；③违背公平、公正的原则，例如，为了竞标成功，谋取竞争优势，向发标方的负责人行贿。

2、风险防范建议：

在建设工程领域，发生频率最高的案件是受贿案。在行政审批、工程招投标、工程项目发包分包、工程规划设计、征地拆迁、材料采购、工程施工、建设监理、设计变更、追加投资、项目结算及工程款支付、竣工验收等环节，均有可能产生受贿。在这些环节中，工程招投标环节发生受贿的概率最大。具体有以下表现：

(1) 违规不招标、规避招标、违规变更招标方式如变相邀请招标；
(2) 违规内定投标人或专门为特定投标人设计入围条件；(3) 违规定向邀请评标专家或以串通等方式左右专家评标；(4) 向投标人泄露或暗示与招标相关的信息；(5) 纵容、支持围标、串标、资质挂靠等弄虚作假行为。

受贿相对的行贿手段推陈出新，从早期以实物、现金、银行卡、购

物卡等形式发展到现在通过安排行贿对象免费旅游、子女出国留学、入股等方式来达到行贿的目的。行贿方法可归纳为两大类：

(1) 变相贿赂。例如有的行贿人为了掩护行贿的事实，以劳务费、咨询费、外协费、节日慰问金、会议赞助费的形式行贿；有的以逢年过节、婚丧嫁娶、子女升学等为名义行贿；有的以借款的形式掩盖贿赂事实；有的以在微信、QQ 等平台“抢红包”“赌博”等形式行贿。(2) 间接贿赂。例如受贿人员自身不露面，而由其配偶、子女或者其他关系人出面收受贿赂，或先以他人的姓名、地址将现金存入受贿人指定的账户，后受贿人通过各种方式占为己有。

在建设工程领域，国家工作人员要严格要求自己，特别是在立项阶段、招标投标、材料采购、工程竣工验收、工程结算规程中注意防范行贿受贿的发生。同时，理解和牢记两高司法解释中可能构成受贿行为的 12 种情形，不要放松律己要求、不给行贿者可乘之机。

3.辩护要点：

(1) 关于“利用职务上的便利”的辩护

“利用职务上的便利”是受贿罪的关键要件，因此，在辩护上应着力区分“利用职务之便”与“利用劳务之便”。在建设工程类企业及与个人交往中，一些行为系“利用劳务之便”，而非“利用职务之便”，在辩护时应注意对职务关系作出合理的限定。

(2) 关于“为他人谋利益”的辩护

应审查涉嫌行贿人是否有直接向当事人提出具体请托事项，当事人在收受他人财物时是否有受到请托，请托人和被请托人是否存在上下级的职务关系或者其他管理支配关系，是否会影响到职权的正常行使。对于“感情投资”的辩护应调整思路，两高司法解释对“感情投资”提出了明确的处理意见，即国家工作人员索取、收受具有上下级关系的下属或者具有行政管理关系的被管理人员的财物，价值 3 万元以上，可能影响职权行使的，则视为承诺为他人谋取利益，应当以受贿犯罪定罪处罚。

(3) 关于利益正当性的辩护

收受或索取型受贿的“为他人谋取利益”是不区分正当利益和不正当利益的；但是斡旋受贿和利用影响力受贿要求为他人谋取是不正当利益，如果该利益系正当利益，则应当提出关于利益正当性的辩点。

(4) 关于财物合法性的辩护

①“合法劳动报酬”

如果国家工作人员获得的报酬系其在业余时间利用自身的专业知识、技术技能和劳动，为其他单位或个人提供咨询、服务而取得的，不宜按照受贿来予以处理，充其量是违反纪律禁止性规定。如果确系合法劳动报酬，辩护人应当积极取证，将之与以合法报酬为掩护的受贿行为区别开。判断标准有两个方面：一是当事人利用自己的知识技术和服务给他人提供了劳务，还是利用了其职务上的便利为他人谋取利益；二是当事人收受的财物是否与其所提供的知识技术和劳务价值相当。

②“正常借款行为”

判断是不是正常借款行为，可以根据：有无正当合理的借款事由；款项的去向；双方平时关系如何，有无经济往来；是否利用职务上的便利谋取利益；是否有归还的意思表示；是否有归还能力；未归还的原因等来综合分析判断。

（5）新型受贿的辩护

①收受干股，是否进行转让登记？

进行股权转让登记或有证据证明股份已经发生实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份若未实际转让，以股份分红名义获益，实际获利数额应认定为受贿数额。对于此类案件，应认真审查是否进行了转让登记，因为被告人收受的是干股，还是分红在数额认定上存在着巨大差异。

②安排特定关系人工作，其所作的工作与获得报酬的价值是否相当？

安排特定关系人工作的情况容易被认定为“挂名领薪”，一般以受贿论处。对于该类情况，辩护人应当认真查阅案卷材料，查找特定关系人是否实际参与工作，是否真实为单位提供劳务。即使通过职务便利给特定关系人安排了工作，只要特定关系人确实付出了对等的劳动，则不能认定为挂名领取薪酬型受贿。

③合作投资，应判断当事人是否实际出资，实际参与经营管理？

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”公司名义获取“利润”，若其没有实际出资和参与该公司经营管理的，

按照受贿罪处理。相反，如果其确实有出资和参与该公司经营管理的行为，则不能认定为受贿罪。如果发现当事人有实际出资、参与经营管理的行为，应尽快收集固定并提交相关证据材料。

④ 赌博型受贿

贿赂和赌博活动、娱乐活动不同，应注意区分它们之间的界限。可以通过核定下列因素进行辩护：一是赌博的背景、场合、时间、次数；如在赌博中，国家工作人员和其他参与者是否有利益关系；场合是随机的，还是请托人精心策划的；是经常性的还是偶然性的。二是赌资来源；是否为国家工作人员自己出资。三是其他参赌者是否经过设计和串通，达到对赌博输赢结果的控制；输赢钱物的具体情况和金额大小。

(6) 程序性辩护

辩护人可以申请调取同步录音录像，仔细比对发音和笔录，视讯问过程是否完整、连贯，自犯罪嫌疑人进入讯问室开始至笔录阅读完签字的整个过程有无间断；需要关注录像的起止时间与笔录上记录的时间是否一致，是否同步录制，有无事后补录的嫌疑；录像次数与审讯次数是否一致等。如果发现严重瑕疵或者不完整情况，应当申请法院，要求控方对此作出合理解释。通过仔细审查，与当事人交流，关注审讯过程是否存在刑讯逼供或者实施了变相肉刑，如果出现这样的情况，应当坚决要求排除非法获取的口供。对于有指定监视居住的情况，辩护人还应当认真审查指定的理由是否合法、审批程序是否合法、执行地点是否在专门的场所、通知家属是否及时。辩护人适时还应当提出羁押必要性审查

的意见，积极变更强制措施，排除非法证据，充分维护当事人的合法权益。

(7) 自首和立功情节辩护

犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件等立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实；提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实；阻止他人犯罪活动；协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；具有其他有利于国家和社会的突出表现的，均应当认定为有立功表现。实践中，辩护人应当重点关注当事人是否有自首或者立功的表现，如果有自首或者立功的情节未被认定的，辩护人应进一步申请法庭对当事人自首或者立功的行为以及在押期间的其他举报予以查证，审查看守所的相关说明材料、笔录以及其他与案件定性相关的法律文书，收集、调取、核实相关证据，以充分维护当事人的合法权益。

(8) 涉案物品的价值鉴定

在受贿案件中，涉案物品的价值对量刑有重大影响。因此，辩护律师应当对涉案物品的价值鉴定高度重视，认真全面审查鉴定意见，具体可以从以下几方面入手：

① 审查鉴定主体是否适格。

例如鉴定机构是否具有相应的资质，辩护律师若发现卷宗里没有能证明鉴定机构相关资质的材料，可要求其提供，如果提供不了，辩护律师可以向法院提出重新委托有相关鉴定资质的鉴定机构进行鉴定的申请。又如，鉴定人应该是该领域的相关专家，应有相关的任职证书复印件证明，如果没有，辩护律师可以通过质疑其不具有相应鉴定能力进一步削弱其鉴定结果。

② 审查鉴定程序是否合法。

判断鉴定程序是否合法需要辩护律师熟悉鉴定涉及的法律法规，甚至需要了解涉案地的地方性法规。

③ 审查其鉴定过程和方法是否合理、科学。

实践中，许多鉴定意见只是简单地给出一个结论，缺少鉴定的过程，或者鉴定过程过于简单，如：“根据……的规定，我们得出……的结论”，这样的鉴定结论当然不能令人信服。辩护律师可以从鉴定过程和方法的合理性和科学性方面提出质疑。此外，应审查涉案财物是否系通过正规渠道取得的，有无相关凭证予以证明。因为涉案财物的来源不仅涉及到鉴定的合规性问题，还会直接影响到对该财物价值数额的认定。

第二大罪名：贪污罪

基本罪状

1、国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或以其他方式非法占有公共财物的（第 382 条第 1 款）；

2、受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产人员，利用职务便利，实施侵吞、窃取、骗取或以其他方式非法占有公共财物的（第 382 条第 2 款）；

3、上述人员相互勾结，伙同贪污的（第 382 条第 3 款）；

4、国家工作人员在国内公务活动或对外交往中接收礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的（第 394 条）。

具体表现形式

1、国有公司、企业或者和其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或国有单位委派到非国有公司、企业以及其他非国有单位从事公务的人员，利用职务便利，将本单位财物非法占为己有的；

2、国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员，利用职务便利，编造未曾发生的保险事故虚假理赔，骗取保险金归自己所有的；

3、国家工作人员在国内公务活动或对外交往中接收礼物，依照国家规定应当交公而不交公，数额较大的；

4、通过伪造国家机关公文、证件担任国家工作人员职务后，有实施贪污本单位财物、受贿、挪用单位资金犯罪的，以伪造国家机关公文、证件罪和相应的贪污罪、受贿罪、挪用公款罪，数罪并罚；

5、国家工作人员或受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产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、企业所有的；

6、国家出资企业中的国家工作人员在公司、企业改制或国有资产处置过程中徇私舞弊，将国有资产低价折股或低价出售给特定关系人或本人实际控制的公司、企业，致使国家利益遭受重大损失的；

7、国家工作人员利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件，或利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员职务便利，非法占有公众财产的。

量刑标准

1、贪污数额较大或有其他较重情节，判处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处 10 万元以上 50 万元以下的罚金；

2、贪污数额巨大或有其他严重情节，判处 3 年以上 10 年以下有期徒刑，并处 20 万元以上犯罪数额 2 倍以下的罚金或者没收财产；

3、贪污数额特别巨大或有其他特别严重情节，判处 10 年以上有期徒刑或无期徒刑，并处 50 万元以上犯罪数额 2 倍以下的罚金或者没收财产，数额特别巨大并使国家和人民利益遭受特别重大损失，可处无期徒刑或死刑，并处没收财产。

4、数额较大：贪污数额在 3 万元以上 20 万元以下；数额巨大：贪污数额在 20 万元遇上不满 300 万元；数额特别巨大：贪污数额在 300

万元以上。

5、其他严重情节：在一定贪污数额的情况下，①贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的；②曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的；③曾因故意犯罪受过刑事追究的；④赃款赃物用于非法活动的；⑤拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的；⑥造成恶劣影响或者其他严重后果的。

建工警示

1、本罪要点：

(1) “从事公务的人员”

村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作，属于“其他依照法律从事公务的人员”，包括：①救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理；②社会捐助公益事业款物的管理；③国有土地的经营和管理；④土地征用补偿费用的管理；⑤代征、代缴税款；⑥有关计划生育、户籍、征兵工作；⑦协助人民政府从事的其他行政管理工作。上述人员利用职务上的便利，非法占有公共财物，构成贪污罪。

(2) “侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的”

“侵吞”是指行为人将自己依照职权为公共目的直接或者间接占有的公共财物加以隐匿、扣留与侵占，具体的犯罪手法在所不论。

“窃取”“骗取”即所谓“监守自盗”的行为，“侵吞”“窃取”“骗取”的手法没

有本质不同，“窃取”“骗取”更多强调行为人以欺骗的手法单独实施的侵占公共财物的行为。

建设工程企业国家工作人员比较常见的贪污手段包括：收款不入账、高买低卖做空国有企业资产；开具虚假购料发票套取公款；串通国家行政机关的财务部门虚增、谎报工程用料，骗取国家资金；骗取侵吞集体所有土地补偿款；建设工程项目虚报里程数与材料消耗以实现虚增工程款的目的；暗中行贿招标单位主管官员获得工程中标；办理房屋搬迁的虚假手续，骗领国家搬迁补偿款；虚报工程款并侵吞“结余”的工程款项；企业出纳员在办理代扣代缴基建项目建安税业务时，通过开具假发票贪污税款；隐匿设立“小金库”侵吞公款；利用国企改革侵吞公款。

（3）“利用职务上的便利”

贪污罪中的利用职务之便，强调行为人依职权对公共财物的占有本是合法的，但由于行为人为自己牟利的非正当目的而不当隐匿、处置公共财物，最终导致了国家公共财产的流失。这里的职务之便必须与个人职权关联，对于仅仅是出于工作便利了解财物所处的方位、便于窃取财物，不属于典型的利用职务之便。

具体而言，职务之便可以归纳为主管、管理和经手。主管是指负责批准、安排、审核、调拨、处分等可以依职权支配财物的情况；管理是指处理、保管、看管等可以依职权占有、保护财物的情况；经手是指在整个财物流程中，临时性地支取、接手、传递财物的情况。

2、风险防范建议：

2018 年，建筑业共有 88074 家企业，其中国有企业为 3453 家，国有企业为 26414.38 亿元，产值在建筑业总产值占比超过 10%。我国的国有建设工程企业在资源配置、行业竞争中处于优势地位，享受政府更多的政策优惠和财政补贴，央企更是占据绝对优势。截至 2019 年，建筑业上市公司多达 141 家，其央企收入占据的比重高达 80%，堪称行业的脊梁。这些企业把持着建筑行业的龙头地位，包揽国家重点工程项目的设计施工，其高管一旦行政权力膨胀，其利用职务便利觊觎、窃取、侵吞企业（国家）的巨额财富的机会将大大增加。此外，负责建设工程审批、监管的行政机关的公务人员在铁路、公路（尤其是高速路）建设以及城市（城镇）公共交通系统运营线路承包等环节权力难以受到有效监管，容易滋生贪污行为。

建设工程领域的贪污犯罪中“塌方式贪腐”“前腐后继”“贪腐家庭化”“秘密小金库”现象突出。“前腐后继”的犯罪现象究其根本乃是任性的权力集于一人，却无人可监督、无制度可制约之过。不科学的内部制度建构为贪污犯罪人窃取、侵吞公共财产提供了便利。扭曲的政商关系、激烈的市场竞争等外部动因诱使许多企业放松财务管理制度——私设“小金库”，公款私存，以保证商业贿赂的支出。建设工程行业蓬勃发展，产值高速增长的同时，国有企业应当重视和排查企业内部管理的这些潜藏的隐忧。建设工程领域贪腐犯罪预防和控制实践中，要重视和防控单位管理的漏洞、行业潜规则、类案作案等情况，将不公开的、行内人心照不宣但违

背制度规定的行规性做法纳入企业风险防控管理框架内。建筑企业应强化财务监管制度，取缔“小金库”，禁止公款私存、杜绝公款行贿、杜绝财务黑洞。

此外，要严格监督建筑企业生产、经营、管理过程中涉及人、财、物的关键部门和岗位，重点抓住掌握实权、可能面临诱惑的关键少数。建设工程企业应通过事前干预，有效预防和控制贪贿犯罪的发生，尤其是避免企业高管甚至“一把手”卷入贪腐犯罪，给企业造成巨大的经济损失。加强对企业高管尤其是一把手的制度监督，避免权力过于集中，增加财务信息的透明度；帮助企业高管树立正确的法律观、价值观、家庭观，抵制来自外部经济社会和来自家庭的诱惑，从行动上不敢贪转变为从思想上不想贪。

3、辩护要点：

与受贿罪相似的部分不再重复。其他补充若干辩护要点：

（1）关于“公共财物”的辩护。

公共财产，是指下列财产：①国有财产；②劳动群众集体所有的财产；③用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产，以公共财产论。如果涉案的财产性质上已经发生变化，则需要对此作出辩护。

（2）关于“非法占有目的”的辩护。

非法占有目的表现为行为人欲将公共财物占为己有的不正当意图。在刑事辩护中，应当区分行为人将公共财物占为己有的非法意图与以非法手段使用公共财物为单位牟利的意图。一些单位负责人为了招待领导，从政府账户中提取备用金、办理借支手续，使用后找人虚开工程发票平账。考虑到犯罪人因公使用公款，或者将公款用于现行财务制度不允许的用途（例如送礼、接待、发放成员节日补贴）经过所在单位的同意、符合单位意志，虚假列支款项、套取的公款没有被私人占有，即便有平账的行为一般不予认定为贪污罪。

（3）滥用职权的辩护

如果国家工作人员虽然侵吞公款，却未实际占有公款，没有从侵吞公款的行为中获益，那么辩护人可以选择以滥用职权的思路辩护。例如，行为人为支持当地经济发展，与当地企业家共谋套取土地征用补偿费用弥补该企业家在当地投资的损失，即属于滥用职权的行为，而非贪污行为。

（4）主体不适格辩护

对于非国有公司、企业、事业单位、人民团体的管理人员应当与接受国家机关、国有公司、企业、事业单位的委托到非国有公司、企业、事业单位、人民团体从事公务的国家工作人员区分开。被告人在国有公司、企业和非国有公司、企业的职务身份不能直接等同于“国家工作人员”身份，还需进一步的分析。判定此类人员是否具有“国家工作人员”身份，可从职务活动本身是否属于公务，是否存在与职权相联系的公共事务出

发，辩护人需要厘清混合所有制企业中是否存在国有股份，区分国家出资企业中管理人员的股份与归国家所有的股份；并查证行为人管理职权的来源。

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，在其不再是国家工作人员身份后，又实施同种行为，应当认定为不同性质的犯罪行为，分别定罪处罚。对于行为人丧失国家工作人员身份后的侵占单位财物的行为，辩护人可以主张以轻罪——职务侵占罪处罚。

(5) 关于贪污财物数额的计算

辩护人应仔细核对贪污财物数额的计算过程。对贪污物品的价格，应以贪污物品价格的有效证明确定。如对单位的办公用品进行贪污的，应以单位采购这些物品的价格计算。如若贪污的是仓储物品，应以仓库库存物品的价格计算。对于不能确定价格的，可区别情况，根据作案当时、当地同类物品价格，并按照下列核价方法，以人民币计算：

①如果贪污的是流通领域的商品，按市场零售价的中等价格计算；属于国家定价的，按国家定价计算；属于国家指导价，按指导价的最高限价计算。

②如果贪污的是生产领域的产品，成品按上述第 1 种情况规定的方法计算；半成品比照成品价格折算。

③如果贪污的是单位的或受托管理、使用和运输中的公民的生产资料、生活资料等物品，原则上按购进价计算。

④对进出口货物、物品进行贪污的按第 1 种情况规定的方法计算。

⑤如果贪污的是金、银、珠宝等制作的工艺品，按国有商店零售价格计算；国有商店没有出售的，按国家主管部门核定的价格计算。黄金、白银按国家定价计算。

⑥对贪污外币的，若贪污日期确定，以确立日期国家外汇管理局公布的外汇卖价计算。若不能确定具体日期或连续多次贪污外币不能够确定当时价格的，可以这一段时期的平均外汇成交价格计算。

⑦如果行为人贪污的公共财物价值难以确定的，可委托指定的估价机构估价。

(5) 积极退赃

辩护人应积极劝说、协助被告人或其亲友将非法取得的赃物返还给原单位，减小该单位的损失，同时对因犯罪行为造成的其他损害予以赔偿，从而获得从轻处罚。

第三大罪名：拒不支付劳动报酬罪

基本罪状

以转移财产、逃匿等方法支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬，数额巨大，经政府有关部门责令支付仍不支付的（第276条之一，《刑法修正案（八）》增设）

具体表现形式

1、以逃避支付劳动者的劳动报酬为目的，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第276条之一第一款规定的“以转移财产、逃匿等方法逃避

支付劳动者的劳动报酬”：（1）隐匿财产、恶意清偿、虚构债务、虚假破产、虚假倒闭或者以其他方法转移、处分财产的；（2）逃跑、藏匿的；（3）隐匿、销毁或者篡改账目、职工名册、工资支付记录、考勤记录等与劳动报酬相关的材料的；（4）以其他方法逃避支付劳动报酬的。

2、经人力资源社会保障部门或者政府其他有关部门依法以限期整改指令书、行政处理决定书等文书责令支付劳动者的劳动报酬后，在指定的期限内仍不支付的，应当认定为刑法第 276 条之一第 1 款规定的“经政府有关部门责令支付仍不支付”，但有证据证明行为人有正当理由未知悉责令支付或者未及时支付劳动报酬的除外。

行为人逃匿，无法将责令支付文书送交其本人、同住成年家属或者所在单位负责收件的人的，如果有关部门已通过在行为人的住所地、生产经营场所等地张贴责令支付文书等方式责令支付，并采用拍照、录像等方式记录的，应当视为“经政府有关部门责令支付”。

3、不具备用工主体资格的单位或者个人，违法用工且拒不支付劳动者的劳动报酬，数额较大，经政府有关部门责令支付仍不支付的，应当依照刑法第 276 条之一的规定，以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。

4、用人单位的实际控制人实施拒不支付劳动报酬行为，构成犯罪的，应当依照刑法第 276 条之一的规定追究刑事责任。

量刑标准

1、数额较大，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或单处罚金；造成严重后果的，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑，并处罚金；

2、“数额较大”：（1）拒不支付1名劳动者3个月以上的劳动报酬且数额在5000元至2万元以上的；（2）拒不支付10名以上劳动者的劳动报酬且数额累计在3万元至10万元以上的。各省、自治区、直辖市高级人民法院可以根据本地区经济社会发展状况，在前款规定的数额幅度内，研究确定本地区执行的具体数额标准，报最高人民法院备案；

3、“造成严重后果”：（1）造成劳动者或者其被赡养人、被扶养人、被抚养人的基本生活受到严重影响、重大疾病无法及时医治或者失学的；（2）对要求支付劳动报酬的劳动者使用暴力或者进行暴力威胁的；（3）造成其他严重后果的。

4、拒不支付劳动者的劳动报酬，尚未造成严重后果，在刑事立案前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以认定为情节显著轻微危害不大，不认为是犯罪；在提起公诉前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以减轻或者免除刑事处罚；在一审宣判前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以从轻处罚。

对于免除刑事处罚的，可以根据案件的不同情况，予以训诫、责令具结悔过或者赔礼道歉。拒不支付劳动者的劳动报酬，造成严重后果，但在宣判前支付劳动者的劳动报酬，并依法承担相应赔偿责任的，可以酌情从宽处罚。

5、单位拒不支付劳动报酬，构成犯罪的，依照个人犯罪的定罪量刑标准，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员定罪处罚，并对单位

判处罚金。

建工警示

1、本罪要点：

(1) 犯罪主体

本罪的犯罪主体是一般主体，我国境内的经济组织（包括企业、合伙、个体工商户）、不具有法人资格的专业服务机构、民办非企业单位、事业单位、社会团体，只要其与劳动者建立了劳动关系，均可以成为本罪的主体。本罪主体的认定不受单位或者个人用工主体资格所限，即使是违法用工，只要满足本罪定罪情形，即应依照刑法第 276 条之一的规定，以拒不支付劳动报酬罪追究刑事责任。同时，用人单位的实际控制人实施拒不支付劳动报酬行为，构成犯罪的，也依照本罪定罪处罚。

(2) 主观故意

本罪的主观方面是故意，即行为人明知自己负有支付劳动者劳动报酬的义务，且有能力支付劳动者的劳动报酬，也知道拒不支付劳动报酬的行为可能损害劳动者的劳动报酬权，仍希望或放任这种后果的发生。

在司法实践中，对用工方是否主观故意的判断，可以从①用工方的财产状况、经营状况；②用工方在案发前的表现；③用工方在案发后有无使用转移财产、逃匿等方法逃避支付劳动者劳动报酬的情形；④是否存在足以导致其不能给付劳动报酬的客观事件、突发情况或者不可抗力；⑤用工方对人力资源社会保障部门或者政府其他有关部门限期整改指令书、行政处理决定书等文书支付令的反应等方面来考察。

(3) “劳动者”

劳动者是指根据劳动力使用者 (即用人单位) 的招聘、管理 , 缔结劳动关系 , 完成指定的任务或工作并领取报酬的主体。由于劳动者受到用人单位的支配 , 接受用人单位的指挥、管理 , 并同时领取报酬 , 这使得该关系与平等主体之间的民商事法律关系以及完全不平等的行政关系均有着一定的区别。根据《民法总则》《合同法》的规定 , 劳务关系、雇佣关系、承揽关系中的报酬纠纷应通过民事诉讼解决。即使用人单位没有与劳动者签订劳动合同 , 只要权利义务实际履行 , 构成事实上的劳动关系 , 不影响劳动者的成立。在刑法意义上 , 即便出现非法用工的情况 , 只要劳动者提供了实际的劳动且劳动内容合法 , 就应当对其未获得报酬的情况加以保护。对于从事非法活动如秘密侦探监视、卖淫、非法传销等活动的人员 , 由于这些活动违反了强制性、禁止性规定 , 不属于法律保护的劳动 , 也不存在政府部门责令其支付的问题 , 因此他们不能视为劳动者。

(4) “劳动报酬”

劳动者应得的劳动报酬包括工资、奖金、津贴、补贴、延长工作时间的工资报酬及特殊情况下支付的工资。故此,拒不支付劳动报酬中劳动报酬应作广义理解,不仅仅包括劳动合同或者用工协议约定的或劳动法规定的工资,奖金或者其他补贴都应当被认定为劳动报酬。

(5) “政府有关部门责令支付”

本罪以行政前置程序为要件,即入罪必须以“经政府有关部门责令支

付，仍不支付”为要件。即使拖欠劳动报酬数额特别巨大，如无行政前置的程序，即使其有巨大的社会危害性，这种行为依然不具有刑事违法性。经人力资源社会保障部门或者政府其他有关部门依法以限期整改指令书、行政处理决定书……应当认定为刑法第 276 条之一第 1 款规定的“经政府有关部门责令支付仍不支付”。

2、风险防范建议

拒不支付劳动报酬罪的数量位居 2018 年建设工程领域刑事案件第三位。拒不支付劳动报酬罪最有可能涉及到两种类型的主体，一是建设单位，二是实际施工人或包工头。建设单位本身有可能构成该罪，相关的负责人也可能受到刑责。转包、违法分包、挂靠或借用资质的无效的建设工程施工合同的承包人均可能是实际施工人。司法解释既然赋予实际施工人追讨工程欠款的权利，同时也必须承担给付劳动者劳动报酬的义务。对于该等刑事风险，实际施工人或包工头应当予以关注。

建设工程企业在支付劳动者工资时，如果有资金（包括现金、账户存款、到期债权等）而不支付，或者低于相应报酬支付都会被认定为“有能力支付而不支付”。即便出现资金周转困难，用人单位也应当尽可能确保劳动者的工资得到优先支付，将有限的资金尽可能首先用于发工资。对于那些用工方确实需要资金周转的情况，也要警示，只要有现金流就应当优先发工资，如果有能力但是没有及时发工资，都有可能在本罪中认为逃避履行发放薪酬。此时，企业应当积极与劳动者沟通，寻求谅解，

在涉嫌该罪时应当积极举证，证明确有交易存在并有资金短期流动之必要和迅速回笼资金之可能。在无力支付劳动报酬时，应及时与被拖欠工资人员或劳动监察部门等联系，若经人力资源和社会保障局等政府有关部门责令支付后而仍不支付、在有能力支付拖欠工人工资的情况下优先支付了其他债务或者藏匿会影响其主观恶性程度的认定。

工程开发单位与承包人在订立承包协议时，应当约定明确，防止未按规定订立或协议不明的情况，严格避免口头约定、未签订分包合同等情况。承包人在施工过程中组织工人于施工现场从事各项建筑施工工作时，不得自行决定款项用途，不能否认其在工程施工期间作为工程负责人所应承担的责任。与工程开发单位、发包人签署的承包合同中规定的索要工程款要及时，防止工程进度款收取延迟，导致拖欠工程款的累积。

3、辩护要点

(1) “无支付能力”的辩护

如果当事人确实无支付能力（由于未能收到足额工程款、承接的工程处于亏本状态、施工工期延长、出现项外工程、施工成本增加、甲方管理不善、存在其他合理支出等原因），应当作充分取证，证明“无支付能力”。

(2) 犯罪主体的辩护

如果当事人不具有用工主体资格，只是劳资双方的中介，与涉案的劳动人员不存在劳动关系，则不应成立拒不支付劳动报酬罪的犯罪主体。

(3)“逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬”的辩护。

辩护律师可以从工程款去向、当事人的支付能力、面对追债所采取的措施等角度，对“逃避支付劳动者的劳动报酬或者有能力支付而不支付劳动者的劳动报酬”作出辩护。

(4) 代付及取得谅解

他人或被告人亲属、朋友代为支付了部分工人工资，可根据所处的阶段从轻、减轻或免除处罚。被告人取得了被害人的谅解，被害人出具了谅解书，亦可酌情从轻处罚。

(5) 犯罪数额的辩护

办理案件时，应对涉案的数额作认真的比对，查找协议约定的工资总额、实际取得的工程款数额、实际工程支出费用、施工时间、雇佣劳务工人数和已完成的劳务工资数量等。可以从拖欠劳动者报酬的数额不属实为突破口；如果劳动部门未核实欠薪工人人数及数额，对于被告人实际拖欠的工资数额均由工人自报，存在虚报的情况，则需要重新稽核相关的数额。此外，对于合同约定以外的工程，如果工作量显著增加而双方并没有变更约定，亦可以对需要多支付的工资数额提出合理异议。

第四大罪名：行贿罪

基本罪状

1、为谋取不正当利益，给予国家工作人员以财物的 (第 389 条第 1

款)

2、在经济往来中，违反国家规定，给予国家工作人员财物，数额较大的，或违反国家规定，给予国家工作人员以各种名义的回扣、手续费的 (第 389 条第 2 款)

具体表现形式

其他具体表现形式 : 行贿数额在 1 万元以上不满 3 万元, 具有下列情形之一的, 应当依照刑法第 390 条的规定以行贿罪追究刑事责任:

- (1) 向 3 人以上行贿的;
- (2) 将违法所得用于行贿的;
- (3) 通过行贿谋取职务提拔、调整的;
- (4) 向负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿, 实施非法活动的;
- (5) 向司法工作人员行贿, 影响司法公正的;
- (6) 造成经济损失数额在 50 万元以上不满 100 万元的。

量刑标准

- 1、对犯行贿罪的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；
- 2、因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；
- 3、情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大的损失的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。
- 4、“情节严重”：(1) 行贿数额在 100 万元以上不满 500 万元的；

(2) 行贿数额在 50 万元以上不满一百万元,并具有“其他具体表现形式”的情形之一的 ; (3) 其他严重的情节。

为谋取不正当利益,向国家工作人员行贿,造成经济损失数额在 100 万元以上不满 500 万元的,应当认定为刑法第 390 条第 1 款规定的“使国家利益遭受重大损失”。

“情节特别严重” : (1) 行贿数额在 500 万元以上的 ; (2) 行贿数额在 250 万元以上不满 500 万元 , 并具有“其他具体表现形式”的情形之一的 ; (3) 其他特别严重的情节。

为谋取不正当利益,向国家工作人员行贿,造成经济损失数额在 500 万元以上的,应当认定为刑法第 390 条第 1 款规定的“使国家利益遭受特别重大损失”。

建工警示

1、本罪要点 :

(1) “谋取不正当利益”

行贿犯罪中的“谋取不正当利益”,是指行贿人谋取的利益违反法律、法规、政策规定,或者要求国家工作人员违反法律、法规、规章、政策、行业规范的规定,为自己提供帮助或者方便条件。在经济、组织人事管理等活动中,为谋取竞争优势的而违背公平、公正原则的,也被认定为“谋取不正当利益”。

不正当利益包含三类 : ①从利益性质上看,“不正当利益”系被禁止

的利益，即违反法律、法规、国家政策和国务院各部门规章的规定所得的利益；②从利益获取方式上看，获得程序违法。此类利益本身是应得利益，即按照现行法律、法规、国家政策和国务院各部门规章的规定可享有利益，但系违反了正当程序所得；③不具备条件而获得的利益。可得利益，在市场经济条件下，符合相关条件即可得到该利益，不具备相关条件则不能得到该利益，这是一种机会性的利益。

(2) “情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失”

具有下列情形之一的，应当认定为刑法第 390 条第 1 款规定的“情节严重”：行贿数额在 20 万元以上不满 100 万元的；行贿数额在 10 万元以上不满 20 万元，并具有下列情形之一的：①向 3 人以上行贿的；②将违法所得用于行贿的；③为实施违法犯罪活动，向负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，严重危害民生、侵犯公众生命财产安全的；④向行政执法机关、司法机关的国家工作人员行贿，影响行政执法和司法公正的；其他情节严重的情形。因行贿谋取不正当利益，造成直接经济损失数额在 100 万元以上的，应当认定为刑法第 390 条第 1 款规定的“使国家利益遭受重大损失”。

(3) “情节特别严重”

因行贿谋取不正当利益，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第 390 条第 1 款规定的“情节特别严重”：行贿数额在 100 万元以上的；行贿数额在 50 万元以上不满 100 万元，并具有下列情形之一的：①向 3 人以上行贿的；②将违法所得用于行贿的；③为实施违法犯罪活动，向

负有食品、药品、安全生产、环境保护等监督管理职责的国家工作人员行贿，严重危害民生、侵犯公众生命财产安全的；④向行政执法机关、司法机关的国家工作人员行贿，影响行政执法和司法公正的；造成直接经济损失数额在 500 万元以上的；其他情节特别严重的情形。

（4）因被勒索给予财物，没有获得不正当利益的。

因被勒索给予国家工作人员以财物，没有获得不正当利益的，不是行贿。所谓“被勒索”，是指给付财物的行为人受到故意刁难，强行索要，实质上就是被索贿；所谓“没有获得不正当利益”，是指给付财物的行为人，虽然欲谋取不正当利益，但实际上并没有达到目的。依照法律之规定，只有同时具备“被勒索”与“没有获得不正当利益”两个条件时，才不构成犯罪。

（5）既遂与未遂

区分行贿罪既遂与未遂的界限，关键看行贿人给予财物的行为是否完成。行贿罪的犯罪动机是谋取不正当利益，而谋取不正当利益不能被视为本罪的客观行为。一旦对方接收财物，即构成既遂，反之，则未遂。至于行贿人是否实际谋取到不正当利益，不影响既遂的判断。

2、风险防范建议：

行贿罪是建设工程领域最为常见的刑事犯罪之一。承建工程本身并不违反法律、法规、国家政策及部门规章之规定，获取的利益也绝非不正当利益。但如果采取行贿的方式承建工程，则所得利益将会被评定为

不正当利益，也即构成行贿罪。随着我国经济建设的不断发展和综合国力的不断增强，重大工程项目建设越来越多，由于投资大、工期长、质量要求高，涉及部门多，工程建设中违规违法现象时有发生，行贿犯罪多发易发。

重大工程建设项目在立项审批、土地征用、房屋拆迁、规划设计、工程发包和转包、招投标、材料设备选购、施工管理、工程项目变更和追加、工程监理和质量验收、工程款预付和结算等各个环节都不同程度的存在行贿受贿等腐败现象。例如，在土地征用、拆迁安置中，权属、性质、面积、登记审核等领域，有时可能需要疏通与城镇街道土管所、拆迁办之间的关系，容易出现行贿行为。在招投标环节，投标人有可能为了竞标成功，而采取各种方式向相关职能部门负责人行贿。行贿罪腐蚀国家工作人员、破坏国家法制。权力可能被滥用以及工程各环节的关卡，使得行贿成为一种加速推进、获取不正当利益的诱因。

行贿与受贿是对向犯，在实践中，受贿的形式多种多样，行贿的方式自然也是层出不穷，主要体现为以下方式：（1）直接给予钱物行贿；（2）以各种名义的回扣、手续费行贿；（3）以财产性利益行贿；（4）以借为名行贿；（5）以交易为名行贿；（6）以提供干股为名行贿；（7）以开办公司等合作投资名义行贿；（8）以受托投资证券、期货或者其他理财为名行贿；（9）以赌博形式行贿；（10）以给特定关系人挂名发放薪酬为名行贿；（11）以各种形式将有关财物给予特定关系人行贿。

为避免因触犯行贿罪而受到刑事处罚，建设工程企业及人员应当警

钟长鸣：(1)为谋取不正当利益，给予招标方、业主、设计单位、监理、检测单位、鉴定机构、总承包方或者其他单位的工作人员财物，将可能涉嫌触犯行贿罪，根据当前的法律，行受贿同罚；(2)要谨记，行贿的方式，不仅限于给予金钱和实物，也包括给予可以用金钱计算数额的财产性利益；(3)逢年过节期间，注意与业主、设计单位及监理单位人员的礼尚往来不能出格，否则即便不触犯行贿罪，也有可能触犯对非国家工作人员行贿罪。

3、辩护要点：

(1)“谋取不正当利益”的辩护。

为谋取不正当利益是行贿类犯罪必要的谋利要件，如果是为了谋取正当利益而行贿的，不论是向谁行贿，均不构成行贿类犯罪。对于谋取不正当利益，还要注意研判是否属于谋取职务提拔、调整等不正当利益，以及谋取不正当利益是否给国家和人民利益造成经济损失。

(2)“被索贿”的辩护

行贿类犯罪要求必须为了谋取不正当利益，至于不正当利益是否实际取得，是不影响犯罪成立的。但是有一种情况例外，那就是行为人因被勒索给予财物，又没有获得不正当利益的，不是行贿。需要注意的是，不是所有被勒索给予财物的都不按行贿处理，如果行为人虽被勒索给予财物，但不正当利益最终也实现或者获取了，则仍旧构成行贿。

(3)自首、立功情节的辩护

在代理行贿类案件时，还需要重点考察犯罪嫌疑人有无自首和立功情节，是不是系主动投案并如实交代案件事实，是否同时系案件的举报人，有无揭发其他行受贿线索并具有查实可能的事实。一旦有该等事实，则需要积极的取证，申请办案单位调取相关的证据材料，积极做实从轻减轻情节。

(4) 单位行贿罪的辩护

同等数额的行贿罪与单位行贿罪在量刑上可能会有巨大的区别，前者情节严重的在 5 到 10 年量刑，而后者仅在 5 年以下量刑。因此，司法实践中，比较可行的方案是将个人行贿辩为单位行贿罪。辩护时需要证明资金的来源、利益的归属等方面。

第五大罪名：重大责任事故罪

基本罪状

在生产、作业中违反有关安全管理的规定而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的（第 134 条）。

具体表现形式

- 1、生产、作业中违反有关安全管理的规定，造成死亡 1 人以上，或者重伤 3 人以上；
- 2、造成直接经济损失 50 万元以上；
- 3、发生矿山生产安全事故，造成直接经济损失 100 万元以上的；
- 4、造成严重职业病或重大安全事故等其他严重后果的情形。

量刑标准

1、“造成严重后果”或者“发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果”，对相关责任人员，处 3 年以下有期徒刑或者拘役；

2、情节特别恶劣的，对相关责任人员，处 3 年以上 7 年以下有期徒刑。

“情节特别恶劣”：（1）造成死亡 3 人以上或者重伤 10 人以上，负事故主要责任的；（2）造成直接经济损失 500 万元以上，负事故主要责任的；（3）其他造成特别严重后果、情节特别恶劣或者后果特别严重的情形。

3、发生矿山生产安全事故，具有下列情形之一的，应当认定为“重大伤亡事故或者其他严重后果”：（1）造成死亡 1 人以上，或者重伤 3 人以上的；（2）造成直接经济损失 100 万元以上的；（3）造成其他严重后果的情形。

具有下列情形之一的，应当认定为“情节特别恶劣”：（1）造成死亡 3 人以上，或者重伤 10 人以上的；（2）造成直接经济损失 300 万元以上的；（3）其他特别恶劣的情节。

建工警示

1、本罪要点：

重大责任事故罪，是指工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工，由于不服管理、违反规章制度，或者强令工人违章冒险作业，因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。重大责任事

故罪、工程重大安全事故罪、重大劳动安全事故罪三类案件数额占所统计的数据近 10%。分析此罪名时也有必要与工程重大安全事故罪(第 20 名, 共计 43 件)、重大劳动安全事故罪(第 35 名, 共计 7 件)相对比。

(1) 重大责任事故罪与工程重大安全事故罪在主观与客观上相一致, 均是因主观过失行为导致客观上的严重后果, 且两罪都与生产有关。两罪的主要区别:

①主体不同。重大责任事故罪的主体是工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位的职工, 本罪的犯罪主体为自然人。工程重大安全事故罪的主体是建设、设计、施工、工程监理等单位, 本罪的犯罪主体为单位, 追究刑事责任接受处罚的为该单位的直接责任人员。

②时空范围不同。工程重大安全事故罪的追责被限定在工程建设、设计、施工、监理的过程中。而重大责任事故罪所规制的是生产、作业过程中发生的重大责任事故, 范围更加广泛。

③客观表现不同。本罪在客观上表现为不服管理, 违反规章制度, 因而发生重大伤亡事故或者造成其他严重后果的行为。工程重大安全事故罪则表现为违反国家规定, 降低工程质量标准, 造成重大安全事故的行为。

(2) 重大责任事故罪与重大劳动安全事故罪比较, 都有重大事故的发生, 行为人对重大事故的发生主观上都系过失。两罪的主要区别:

①主体不同。重大劳动安全事故罪的主体范围较窄, 其中包括工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位负责主管与直接管理劳动安全设施的人员, 普通职工不在此限; 而重大责任事故罪的犯罪主体

包括工厂、矿山、林场、建筑企业或者其他企业、事业单位中的直接责任人员，包括普通职工与负责领导、指挥的人员。

②客观表现不同。本罪是作为犯罪，客观上表现为厂矿企业、事业单位的职工不服从管理、违反规章制度，或者生产作业的领导、指挥人员强令工人违章冒险作业；重大劳动安全事故罪则系不作为犯罪，客观上往往表现为对经有关部门或单位职工提出的事故隐患不采取措施。

(3) 建设工程中出现重大责任事故罪，是指直接从事生产、作业的人员以及组织、指挥或者管理职责的负责人、实际控制人、投资人等人员，未向从事生产、作业的职工发放、提供劳动保护用具，未建立全面有效的劳动安全保障措施；有事故隐患未采取有效措施；事故发生后未采取积极有效的措施抢救、保护伤员，或是伪造、隐匿、毁灭与事故发生有关的证据，企图妨碍调查，或是私下企图转移财产逃避责任追究的行为。

建设工程中的重大劳动安全事故罪，是指对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员，明知存在安全事故隐患，继续施工可能导致安全事故发生的情况下，仍强制施工人员生产、作业；采用恐吓、胁迫、威胁等手段，强制他人违章作业；故意隐瞒、掩饰存在安全事故隐患的事实，仍组织员工进行施工、作业等情形。

建设工程中的工程重大安全事故罪，是建设单位、设计单位、施工单位、监理单位违反国家规定，降低工程质量标准，工程管理出现严重

疏忽。一是大量的“三边工程”存在，对工程进度没有很好的管理，施工组织设计常换常改；二是抢工期。大量工程发包人为了赶某一节点，为了节约投资融资成本，盲目抢工期；三是承包人为了赚取利润，偷工减料时有发生；四是承发包人对工程项目管理缺乏协调，造成衔接脱节；五是现场项目经理或实际施工人或包工头缺乏对劳动者的保护意识，对事故隐患没有及时处理。

(4) 本罪系过失犯罪，有相当多的被告人最终会被判处缓刑，但应注意，缓刑的适用条件之一是“犯罪情节较轻”。但是对那些司法解释明确“情节恶劣”的情形的，则很可能被判实刑，应判处“三年以上七年以下有期徒刑”。

(5) “安全管理规定”理解。《刑法修正案(六)》将“不服管理，违反规章制度”修改为“违反有关安全管理规定”，对行为方式限定在违反有关安全管理规定之中，较修改前限制更为严格。一般来说认定安全生产规定包括以下几种情形：①国家颁布的各种有关安全生产的法律、法规等规范性文件。②企业、事业单位及其上级管理机关制定各类有关生产安全的规章、细则，包括但不限于安全监管、技术质量标准、人员职业技术资格、施工作业人员劳动安全保障等方面。③虽然未出台明确规定，但在实际生产作业过程中依据过往经验所得出的符合生产实际的客观规律、准则，亦应纳入该类型。

2、风险防范建议：

(1)对生产、作业的责任主体作全面的安全警示教育，任何相关的人员都有可能落入本罪。重大责任事故的主体极为广泛，包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员，以及直接从事生产、作业的人员。即便生产、作业的相关合同中对于安全责任有相关的免责性条款，如果出现重大责任事故，直接责任主体也不可能规避所承担的刑事责任。

(2)明确安全责任的主体以及与之相对应法定义务，包括安全监督、施工质量管理、人员安全保障等。在企业内部划定详细领域，在每个领域安排具体负责人，领导并管理安全生产工作，有权必有责，权责相统一。在此基础上，还应进一步明确主体承担的安全义务之间可能存在的关联。若存在违规不作为情形因而导致重大责任事故，相关负责人或对损害结果的发生共同承担刑事责任。另需注意的一点，工程发包人与承包人之间并非只存在单一的承包合同，亦附带相应的监督、管理义务，如未尽相关注意义务，导致安全事故发生，工程的发包方也可能因此承担相对的刑事风险。

(3)注重生产、作业过程的责任制，明确全方位、全流程监管职责。要求责任人对生产、作业时刻保持警惕，及早对潜在的风险和事故进行研判，建立事故处理的应急预案。本罪所指的“在生产、作业过程中”强调的是该行为要与施工行为存在相应联系，为生产、作业、施工而实施的行为就属于本罪限定的时间范围，而不仅仅局限于正常的工作时间或单位独自规定的生产时间。

(4) 制定完善、健全的企业安全管理规定，对一线工作人员予以充分告知。如今现代化生产企业的技术、设备早已不同于往日，复杂的操作程序对施工人员的要求也日趋提升，安全操作、管理的条例、规则也更加细化，施工人员在未经企业系统培训的前提下难以安全、熟练掌握。因此对一线生产、作业人员责任的认定应当以企业是否完全履行其制度建设、培训为前提。单位应当履行相应一线生产、作业人员与各个领域相应负责人的培训工作，在尽到相应培训、告知义务后向其发放安全生产告知书，由相应人员签收，公司留档。今后若是发生生产安全事故，可以出示该安全生产告知书以证明公司与公司的高级管理人员已经尽到相应责任，规避可能发生的刑事风险。

(5) 明确工程合同双方约定的刑事责任分担不影响最终的责任认定。重大责任事故罪往往不是由单一因素介入引起的，通常是多因一果，前一阶段与后一阶段均发生违规行为共同导致生产事故的发生，前后各个导致危险发生的负责人应共同承担刑事责任。若工程合同中约定发生安全事故后由部分主体担责，部分主体免责，则该条款无效。倘若发生重大责任事故，任何一方不得以此规避己方责任并作为无罪抗辩的理由。

3、辩护要点：

(1) “违反有关安全管理的规定”的辩护。

安全监管部门与工程鉴定机构出具的相应报告在事故调查中有着举足轻重的地位。应当以相应安全生产管理等法规，行业企业相关制度条

例为基础，对相关报告进行核查，其中事故调查报告和鉴定分析报告中的事故发生原因会对定罪产生关键性影响，事故主体责任划分则会影响到具体的主体，因此在开展重大责任事故罪辩护时应首要考虑相关报告。

(2) “在生产、作业过程中”的辩护。

应仔细核查相关行政法规和规章，确定行为人是否违反安全管理的规定，分析其在事故伤亡结果上是否存在过错，从中发掘辩护要点

(3) 对主体负责人的职责进行辩护。

本罪的主体包括对生产、作业负有组织、指挥或者管理职责的负责人、管理人员、实际控制人、投资人等人员，以及直接从事生产、作业的人员。可以从法律法规及单位的内部规范中查找其是否具备相应的职责，如无规定的义务，则不应承担刑事责任。对于违反安全管理规定的理解应当灵活，根据案件具体情况进行认定，更应该根据企业公司的实际情况来分析该条款的含义，防止因机械理解相应规范、条例导致加重相关人员的责任。

(4) 对主观方面进行辩护。

重大责任事故罪的主观要件规定为过失。过失是指行为人应当预见该行为可能发生重大事故，因疏忽大意没有预见或已经预见轻信能够避免，以致发生重大责任事故，如果有证据表明当事人已经充分履行了职责范围内相应注意、提示义务，则当事人不构成犯罪。

(5) 对责任主体的地位进行辩护。

重大责任事故案件中由于多因一果即多个行为主体共同导致安全事

故发生则应当由多个主体共同承担刑事责任。可以根据多重责任主体在安全责任事故中所起的作用，生产、作业职责的大小，对一些主体寻求从轻、减轻处罚。实践中有相当一部分被告人被判处缓刑。

(6) 此罪与彼罪的辩护。

从事生产作业的一线人员涉嫌重大责任事故罪的风险更高。但一线人员在施工过程中自主权较低，往往是执行上层指令，故公司上层负责人可能被定为强令冒险作业罪或是重大劳动安全事故罪。倘若因场外因素即与生产、施工无关联的行为导致发生重大安全事故，行为人亦会因其他罪名被追究刑事责任。在进行辩护时往往可以根据量刑轻重来作罪名变更的辩护，帮助当事人减轻相应惩处。

(7) 对被害人家属积极赔偿，获得被害人家属谅解。

通过对 2018 年案例判决书研究发现，被告人在案发后对被害人家属积极赔偿，获取被害人家属谅解，积极认罪悔罪，而非态度恶劣、拒不承认，均获得了两至三年的缓刑。

第六大罪名：伪造公司、企业、事业单位、人民团体印章罪

基本罪状

伪造公司、企业、事业单位、人民团体的印章的 (第 280 条第 2 款)

具体表现形式

- 1、伪造高等院校印章制作学历、学位证明，以伪造事业单位印章罪定罪；
- 2、明知伪造高等院校印章制作学历、学位证明而贩卖的，以伪造事

业单位印章罪共犯论

量刑标准

3 年以下有期徒刑、拘役、管制或剥夺政治权利，并处罚金。

建工警示

1、本罪要点：

在整个建设工程项目的实施过程中涉及到诸多需要签订合同、提供证明的环节，如对建设工程的承揽、分包、转包、贷款等，可能需要签署分包、劳务协议，租赁、借贷或者融资合同，甚至签署一些涉及招标投标性质的合同。这其中都不可避免地需要用到大量的印章、公章。在建工领域的现实中，各个单位之间可能存在着挂靠、内部承包协议等操作其中的工作人员为了各种合同和业务之间灵活操作方便，往往会在项目获得内部承包后，出现擅私自刻项目部印章的行为，并进行对外使用，可能造成被私刻印章的公司或企业或者其他人的不必要的经济损失，甚至可能进行经济犯罪。此类犯罪行为常常因建工民事纠纷的发生而被发现和控诉，同时，由于印章系伪造，对外使用可能被怀疑意思表示不真实，私刻公司、企业印章者很可能被以伪造公司、企业印章罪或合同诈骗罪被起诉或者被同时起诉，并被追究刑事责任。

(1) 行为主体

伪造公司、企业印章罪必须是没有印章刻制许可权的人所为。所以在个案分析中需要注意行为人与被私刻印章的单位的的关系，特别注意是否获得单位的授权和批准。

(2) “印章”

印章应当包括公司、企业的公章，以及公司、企业内部机构、派出机构、分支机构的印章。从现实情况看，当建设工程项目承包人拿到了内部承包协议后，就实际操控着项目的进程，所以伪造的印章范围还包括伪造企业的工程资质印章、工程项目专用章和合同专用章等。本罪名的犯罪行为侵犯的直接客体即被伪造印章的公司、企业的正常活动的声誉和诚实信用度，同时构成对社会公共秩序、市场经济秩序的侵害。

(3) “擅自刻制行为”

在具体的个案分析中，需要注意区分行为人的“刻制”行为属于“伪造”还是“拓印”。另外，从该规定的字面理解来看，本罪属于行为犯，按照文义解释应当是只要进行了伪造印章行为即犯本罪。建工领域项目承包人伪造印章，在民法上对外使用构成表见代理，伪造印章后可能进一步涉及失信违约的赔偿损失，也可能涉嫌侵害市场经济管理秩序或者侵害公私财产，从而成立其他新的犯罪。

2、风险防范建议：

在建工领域，工程项目的实施需要用到大量的人力物力。许多公司、企业为了方便，普遍会备存多个印章。因此，并非与备案印章不完全一致就必然被认定为伪造的印章。只有在行为人没有获得制作公司、企业印章权限的情况下，冒用公司、企业名义，私自制作公司、企业印章的行为，才构成伪造公司、企业印章罪。

若被伪造了印章的公司或者企业发现了本单位的印章遭伪造，需要承担举证责任。所以，保管好本公司、企业的印章，是避免本单位的印章被不法伪造，更是为了防止因印章被伪造而遭受法益侵害的情况发生。公司、企业应该完善内部印章保管和使用规范，单位内部需要专门设立管理印章的部门或者安排人员专管，必要时制定严格的使用、刻印的审批程序，减少一章多刻，提高公司、企业用章的唯一性，能够大大降低鉴别伪造公章的难度。如果公司、企业存在多章的情形，应当尽量能有对外公开使用多次的记录。避免在对外的文书上同时使用多个不同的印章，减少他人的可乘之机。公司或企业确认能够正规使用的印章应当向公安部门申请备案，确保本单位的正规印章刻制有防伪标识。如果单位需要销毁旧印章而启用新印章，应当做好旧印章印鉴的存档和启用新印章的公示，防止伪造印章者以伪造印章来代替旧印章。丢失印章的公司或企业需要到公安机关进行报案，并按照程序依法重新刻制。

3、辩护要点：

(1) “公司、企业印章”的辩护

从犯罪客体方面，可以讨论被告人自行刻制的印章是否属于伪造公司、企业印章罪所规范的“公司、企业印章”范畴。如果被伪造的印章原型本身没有到主管机关处进行备案，那么行为人伪造出的印章就不属于“印章”的范畴。

(2) “伪造”的辩护

如果单位工作人员在履行工作职责的过程中，仅仅为了本单位正常的建设施工目的，并且为了图工作方便，而没有经过本单位主管人员批准而擅自刻印本单位印章，未给单位造成损失，甚至在事后能够得到单位追认的情况，不宜将以上情有可原的情况认定为刑法意义上的“伪造”，认定为伪造印章罪不合适。其实，工程项目部印章的客观作用就是公司或企业在签订合同代表公司或企业的真实意思，即合同的真实性，这往往是行为人认为自己的行为不属于“伪造”的情况的基本理由。被告人为工作方便将公司配发的印章予以刻制，其刻制行为很可能就是属于“拓印”，需要根据不同的案件情况来分辨是“拓印”还是“伪造”，有可能不构成伪造公司、企业印章罪。

（3）被告人的主观恶性辩护

多数情况下，被告人私刻印章是有使用目的，是为了促进项目工程合同的履行或者项目的完成，而没有实施其他非法获利或者犯罪行为的目的，或者用于其他私人行为。例如，有些建工刑案中，被告人私刻印章是为了补办临时建筑批准手续；另外有些建工刑案中，被告人的目的是为了解决当事人之间的债务纠纷，将该公司作为偿还债务的抵押物，公司并不是真正转让，所以才在银行贷款手续加盖了该印章。

（4）被告人与被伪造印章的单位之间的关系辩护

本罪要求行为人必须是无刻制印章的权利人。但现实中的很多情况下，被告人对于被伪造印章的单位的对外经营活动并非完全没有权利，可能存在委托代理关系，或者有一定的实际的控制、管理权利，或者单

位对被告人的行为表示出默许等。可以从被告人与被伪造印章的单位的
关系入手作辩护。例如，被告人刻制的是公司的公章，作为该公司的法
定代表人有权利刻制。再如，被告人可能与被伪造印章的公司之间签订
有委托合同，且该合同尚处有效的存续期间。

(5) 从被伪造印章的单位的实际损害角度辩护

如果被伪造印章的单位并没有受到任何经济损失，其名誉损失也较
小，与本企业有合同关系的主体的损失不大，不足以妨害印章管理秩序，
没有产生实质上的影响，在量刑上就有争取从轻处罚的弹性空间。例如，
被告人在工程款的还款计划书上加盖印章，是为了被伪造印章的单位办
理房产证，并没有给被伪造印章的单位造成任何损失。被告人赔偿了被
害人经济损失，被害单位及负责人出具谅解书对被告人行为表示谅解等，
可以争取对被告人的从轻处罚。

(6) 轻罪辩护：伪造公司、企业印章罪与合同诈骗罪

如果被告人伪造印章通常只是手段，目的却是用于其他方面，可能
进一步涉嫌侵害市场经济管理秩序犯罪、或者侵害公私财产犯罪，触犯
其他更为严重的罪名。依照刑法理论应该按照牵连犯从重处罚。行为人
私刻项目印章对外使用，可能需要签署分包、劳务协议，租赁、借贷或
者融资合同，甚至签署一些涉及招投标性质的合同。合同诈骗罪，是指
以非法占有为目的，在签订、履行合同过程中，使用欺骗手段，骗取对
方当事人财物，数额较大的行为。由于印章系伪造，被告人签署的合同
很可能未获得当事人的真实意思表示，合同的内容可能基于被告人个人

的意思而制定，如果合同内容与实际情况不符，并且被告人有非法占有财物的嫌疑，那么很可能会以合同诈骗罪被起诉。

从本报告数据采集的信息来看，被告人被判处伪造公司、企业印章罪的案件数量为 182 件，其中以合同诈骗罪与伪造公司、企业印章罪 2 罪共同起诉的案件数量为 7 件。这 7 件中，合同诈骗罪以无罪辩护成功的有 5 件。结合上述 5 个成功辩护的案件经验，我们得以提炼出在合同诈骗罪与伪造公司、企业印章罪合并起诉的案件的辩护点：

①是否构成“诈骗”

如果能够证明被伪造印章的单位事后追认了使用伪造的印章的法律效力，或者能够证明合同相对方签订合同时是真实意思表示，或者双方确实正在履行该合同，那么就能说明相关合同或者协议并不违背法律法规而无效，即使行为人表明上符合民法意义上的表见代理，但是为了保护交易和维护市场秩序，应该尽力确认相关合同、协议的有效性。如果被告人与合同相对方订立的合同是基于真实依据，并非虚构或者隐瞒事实，就不构成合同诈骗罪。或者在“合同诈骗”与“民事欺诈”之间根据案情的特殊性做出具体个案的分辨。例如，工程造价的变更并非被告人虚构，是由于市场的变化和合同相对方组织形式的变化，导致了投标时的每平方价格不合理；工程面积变化也是有据可循；另外，被告人最后自行找人将此工程施工完毕，最终的工程款价和工程面积是由市政府与发包公司决算的，所以被告人并非没有任何履约能力，而是积极履约，所以不存在刑法上的“诈骗”的情况。再如，被告人提供的抵押物是真实的，

并且抵押物与其他工程款产生纠纷，属于产权争议问题，不能认定被告人采取了欺骗的手段；被告人采取欺骗行为与刑法上的诈骗行为也有显著区别，被告人无力偿还债务而进行欺骗，应当属于民间借贷纠纷问题，不构成合同诈骗罪。

在一些建工刑案中，被告人存在未履行合同的事实，但是经过审查得知，此处的“未履行”是客观不能，而不是被告人的原因；被告人与另一相对人签订的施工合同约定了支付保证金，其前提是有项目存在，而且工程项目规模较大，先后引进两支队伍施工，也符合常理，不属虚构事实，隐瞒真相，均应按合同条款约定承担各自责任，应由合同法调整；虽然被告人出具了加盖伪造印章的收据，但对合同效力及权利人主张权利不存在民事法律上的障碍。再如，被告人在合同签订后，投入了大量的人力、物力、财力，组织施工。被告人客观上已全部履行了工程合同的主要内容，并且工程已经验收合格，并投入使用。被告人具备履约能力，履约态度积极，并且实际履行了或正在履行合同，并不构成客观上的“诈骗”行为。

②是否具有“非法占有为目的”

利用伪造的公司印章签订合同，行为人的主观目的是为了完成工程建设，没有非法占有的意图，就不能构成合同诈骗罪，而只能构成伪造公司、企业印章罪。合同诈骗的行为人在主观上是根本不想履行合同，只企图虚构事实，迷惑受害人上当受骗，交出财物，非法占有；使用了一些欺诈手段签订合同，但主观上不具有非法占有目的，只是为了通过

合同的签订和履行获利，具有一定的履约能力，并且有积极履约的态度和行为，受害人可以通过民事救济方式解决，从而获得自己的损失赔偿，不宜追究当事人的刑事责任。

对于“非法占有为目的”的认定辩护。例如某案中，被告人为了成功承包改造工程而主动支付居间费用，并且缺乏被告人与居间人诈骗保证金的证据，被告人事实上也未获得保证金，而合同相对人也是为了工程的完成而自愿交纳保证金，并非被欺骗而交纳；被告人并不是为了非法占有财产，而是为了履行合同而获得利益，从主观方面也未达到合同诈骗的入罪标准。再如，某案中，被告人支付利息、以车库抵债、他人代偿债务等方式超额返还给借款人，其主观上没有非法占有的故意。某案中，被告人主观上在同一时段内，追求运作多个项目，在自有资金不足或出现资金链断裂的情况下，就可能会发生挤占挪用合同保证金的情况。但即使确实出现挤占挪用保证金，也无法充分证明被告人具有非法占有保证金的主观故意，因为其挪用的目的在于弥补项目运行过程中的缺陷，反过来想，如果资金充足情况下，行为人可能就不会挪用这笔保证金。双方还没有进行工程量的确认和工程款的最最后结算的情况下，可能会存在工程款多退少补的问题，因此不能认定被告人具有非法占有工程款的目的。

第七大罪名：串通投标罪

基本罪状

- 1、投标人相互串通投标报价，损害招标人或其他投标人利益，情节

严重 (第 223 条第 1 款)

2、投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民得分合法权益
(第 223 条第 2 款)

具体表现形式

串通投标罪有两种具体表现形式，第一种是投标者之间的相互串通，具体表现为投标人之间事前达成合意，刻意压低或者哄抬投标报价，或者在类似项目中轮流以事前合意的价位中标。第二种是投标者与招标者事先串通，具体表现为招标者故意向串通投标者泄露标底或者启标，从而引导串通投标者中标，对招标者实行差别对待等。

量刑标准

1、投标人相互串通投标报价，或者投标人与招标人串通投标，涉嫌下列情形之一的，应予立案追诉：

(1) 损害招标人、投标人或者国家、集体、公民的合法利益，造成直接经济损失数额在 50 万元以上的；

(2) 违法所得数额在 10 万元以上的；

(3) 中标项目金额在 200 万元以上的；

(4) 采取威胁、欺骗或者贿赂等非法手段的；

(5) 虽未达到上述数额标准，但 2 年内因串通投标，受过行政处罚 2 次以上，又串通投标的。

2、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，或者投标人与招标人串通投标，损害国家、集体、公民的合法利益，情节

严重的，处 3 年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金。

建工警示

1、本罪要点：

在重大建设工程项目中，最为关键的一项经营环节即是招标投标环节，在此过程中，极易发生违法违规行为。招标、投标活动中最容易触犯的一项刑事罪名即是串通招投标行为，其行为轻则侵害其他投标人以及招标单位的合法权益，导致单位资产流失，项目建设质量难以保证重则可能造成工程安全事故，这其中往往隐藏着巨大刑事犯罪法律风险。

（1）“投标人”“招标人”

“投标人”和“招标人”是本罪的特定主体。“投标人”是指参与招标活动的个人、法人或者其他组织；“招标人”指的是依法公开提出招标项目、进行招标的法人或者其他组织。此外，需要特别注意的是，本罪犯罪主体还包括在招投标过程中，有参与串通招投标行为的中介组织或代理机构。

（2）“相互串通投标报价”

本罪的客观方面表现为侵害正常的招投标活动秩序，“相互串通投标报价”。投标人和招标人在投标前和投标过程中，串通围标或者事先达成合意，刻意压低或者哄抬投标报价等行为。此种行为侵害招投标活动的正常秩序，社会影响恶劣，已严重违反我国招标投标法有关规定。

2、风险防范建议：

在建设工程行业惯例中，确定承包人均以招标发包的方式。招标人通过投标、评标、定标等一系列环节，科学评估和筛选符合条件的投标竞争者，择优选取。

但实践中，由于一部从业人员怀着侥幸心理，在招投标过程中利用法律法规漏洞，从事违法犯罪行为，其中最为泛滥的行为即为串通招投标行为。当串通投标人违反行政法规强制性规定时，会使合同因此无效，此时需要向合同相对人承担赔偿责任的民事责任，与此同时相关行政机关也会对其采取罚款、没收违法所得、取消招投标资格以及吊销营业执照等行政处罚措施，当达到损害招投标人、他人、集体、国家利益、或者达到一定数额的经济损失、中标金额、违法所得的情况下，还需承担刑事责任。

因此，建议招投标中所涉各方主体应当遵循法律法规，在以下环节中做好风险防范措施，保证招投标活动的合规化：

（1）招标前：

招标人应至有关行政机关将所需审批手续办理齐全，严格依据概算标准，将招标数额控制在合理区间内。

（2）招标时：

采用低价评标法，防止招、投标人串通哄抬标价，与此同时，事先与评标委员会协商降低入标标准和条件，从而达到限制评标委员会的评标权目的。

（3）拟定合同时：

①签订合同内容应与招标、投标文件内容相一致，防止出现“阴阳合同”。例如，在履行合同过程中，建设工程项目范围需要进行重大调整和变动时，应在专业律师及相关从业人员的指导和帮助下签署补充协议或者备忘录，从而防范相应的法律风险。

②招标人最好能在合同中约定，要求投标人从其公司基本账户中汇出履约保证金，从而避免出现债权主张障碍。

③评标委员会应当严格审查有关从业人员劳动合同是否合规，社保缴纳凭证是否齐全，相关资质证书真伪。

④招标人可以要求在履行合同过程中不得更换项目经理及核心技术人员，若中标人违反该合同义务，应赋予招标人相应的合同单方解除权，并要求中标人承担相应的违约责任。

(4) 招标文件和签订合同时：

招标人可事先对建设工程中违法分包和转包情形设定严格的违约责任，或在合同条款中专门增加一条：进行工程总包时，将专业分包项目单独分立出来招标。另外，在监督工程质量方面，可在合同中事先约定监理单位的职责范围以及惩罚措施。

3、辩护要点：

串通投标罪的构成要件规定较为模糊，该罪为空白罪状。因此辩护人应当明确，该罪需要通过行政法规来填补本罪的构成要件，接下来应当论证控方所指控的串通招投标行为并不存在违约事实，进而说明该行

为不具备行政违法性，最终顺理成章地推导出其并不构成刑事犯罪。

(1) 犯罪构成要件的辩护。

串通投标罪在刑法条文中，仅对犯罪行为进行概括性特征描述，犯罪构成要件规定不明，是以违反行政法规或经济法规为前提的行政类犯罪，此类犯罪的辩护首先需要填充其构成要件，进而进行行政违法性和刑事违法性两个层次的法律评价。也就是说，当涉案行为的行政违法性的程度达到刑事犯罪评价标准时，才构成刑事犯罪。因此如果当事人的行为并不是在招投标双方串通基础上实施，属于招投标主体之外或与中标没有直接关联性的外围行为，并未达到“损害国家、集体、公民的合法权益”的刑罚规制条件，便不构成犯罪。

(2) 从犯罪客观方面辩护。

①从行为主体角度。根据当事人所起的作用，职责的大小，判断如果不属于招标人或者投标人，可对一些主体寻求从轻、减轻处罚。

②从资质角度。根据《招标投标法实施细则》第 68 条规定，采用伪造、变造资格、资质证书，使用他人名义投标等弄虚作假的行为中标的，是行政违法行为。当事人若没有相关资质证书的情况下，可以寻求资质审查机关开具相关证明文件证明其已通过资质审查，且当事人可以开具承诺函承担没有资质造成的损失，以此证明其不具行政违法性，应当不负刑事责任。

③从串通行为角度。本罪的定罪核心即在于招标人与投标人之间是否存在故意串通的行为，这时就需要认定招标人和投标人之间的往来是

否是正当行为。以下例举的往来应属正常合法行为，对投标无指向性：

A.招标前，投标人通过招标人与其他人的交谈了解到招标人的招标意向，进而投标人向招标人表达其参与的意愿；B.投标人带领其团队与招标人的主要成员就投标方案进行正常商业宣传活动；C.投标人帮助招标人对项目的考察方面提出专业建议，提供相关参考技术资料等非物质性帮助。

(3) 从特定的利益损害后果辩护。

根据刑法第 223 条第 2 款的规定，构成串通招投标罪必须满足“损害国家、集体、公民的合法利益的”要件。可从当事人创造巨大经济效益、为社会创造财富、具有高度社会责任感论证其没有造成实质性国家、集体、公民合法利益损害后果。

第八大罪名：单位行贿罪

基本罪状

- 1.单位为谋取不正当利益而行贿（第 393 条第 1 款）；
- 2.单位违反国家规定，给予国家工作人员回扣、手续费，情节严重（第 393 条第 1 款）。

具体表现形式

- 1.在司法实践中，建设工程领域单位行贿罪一般有以下具体表现：
 - (1)建设单位为了获得规划许可证或顺利办理工程项目审批手续等目的而给予规划部门工作人员现金或其他财物；
 - (2)建设单位为了获得建筑企业资质或者完成承包资质的升级等目

的而给予建设行政主管部门工作人员现金或其他财物；

(3) 一些施工单位为了保证某一项目的成功中标而贿赂其他企业进行陪标、串标，或者干脆对发包方、评标委员会委员、发包方委托的招标代理机构等直接贿赂；

(4) 一些供应商在材料设备采购中通过向施工企业或建设单位行贿，导致施工企业或建设单位购买质次价高的材料设备；

(5) 一些施工企业在施工过程中通过向建设单位或设计单位行贿，变更工程量或提高价格等来谋取不正当利益；

(6) 其他表现形式等。

2. 建设工程领域的单位贿赂罪一般具有以下特点：

(1) 建设工程领域单位贿赂的主体具有特定性。一般建设工程领域贿赂的行贿主体主要是建筑施工企业、勘察设计单位、房地产开发企业等企业事业单位等；而受贿主体则一般是建设单位、建设工程项目的监管者或一些负责建设工程的规划审批的建设行政主管部门及其工作人员等。可以看出，建设工程领域中的单位行贿者和受贿者是存在一定交叉的。

(2) 建设工程领域单位贿赂的目的具有明确性。建设工程领域中有关单位行贿的目的不外乎以下三个：一是为了承接工程项目；二是为了搞好与建设单位管理方的关系；三是工程款项的及时给付。

(3) 建设工程领域单位贿赂的形式具有多样性。随着经济的发展，建设工程领域内的单位贿赂手段越来越隐蔽，多是假借消费卡、购物券、

现金、咨询费、佣金、劳务费即宣传费等名义，给予对方单位或者其工作人员以财物。

量刑标准

1.单位行贿涉嫌下列情形之一的，应予立案：一是单位行贿数额在20万元以上的；二是单位为谋取不正当利益而行贿，数额在10万元以上不满20万元，但具有下列情形之一的：（1）为谋取非法利益而行贿的；（2）向3人以上行贿的；（3）向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿的；（4）致使国家或者社会利益遭受重大损失的。

2.单位为谋取不正当利益而行贿或单位违反国家规定，给予国家工作人员回扣、手续费，情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处5年以下有期徒刑或拘役，并处罚金。

3.因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照下列关于个人行贿的规定立案，追究其刑事责任。涉嫌下列情形之一的，应予立案：一是行贿数额在1万元以上的；二是行贿数额不满1万元，但具有下列情形之一的：（1）为谋取非法利益而行贿的；（2）向3人以上行贿的；（3）向党政领导、司法工作人员、行政执法人员行贿的；（4）致使国家或者社会利益遭受重大损失的。因被勒索给予国家工作人员以财物，已获得不正当利益的，以行贿罪追究刑事责任。

因行贿取得的违法所得归个人所有的，依照个人行贿罪的下列处罚规定进行量刑：对犯行贿罪的，处5年以下有期徒刑或者拘役，并处罚

金；因行贿谋取不正当利益，情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处 5 年以上 10 年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。

行贿人在被追诉前主动交待行贿行为的，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，对侦破重大案件起关键作用的，或者有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。

建工警示

1、本罪要点：

从罪名角度入手应注意，（1）单位行贿罪的犯罪主体必须是单位；（2）单位行贿罪在客观方面表现为直接负责的主管人员或直接责任人员根据本单位的意志以单位名义实施的行贿行为。具体包括以下两种情形：一是为谋取不正当利益而行贿；二是违反国家规定，给予国家工作人员以回扣、手续费；（3）主观方面只能是直接故意，并且具有为本单位谋取不正当利益的目的；（4）犯罪对象只能是国家工作人员；（5）构成单位行贿罪必须具备“情节严重”；“情节严重”是构成单位行贿罪的必要条件之一，也是与行贿罪、对单位行贿罪相区别的一个重要标志。

2、风险防范建议：

建设工程领域单位行贿犯罪频发现象的存在具有根本性的诱因。

一是建设项目利润巨大。随着经济的不断发展，房地产市场、城市

建设也蓬勃发展起来，政府加大了对基础设施领域的投入，工程建设项目投入的资金，动辄上百万、甚至上千万，其中巨大丰厚的利润，使不少单位以身试法，为得到工程项目的承包权，不惜一切非法手段进行大肆行贿，为利益铤而走险。

二是建设工程领域市场机制不健全。尽管我国颁布实行了招投标法、建筑法，但是在该市工程建设领域，市场经济条件下的管理体制和监督机制并未完善，没有真正形成一个公开、公平、公正的竞争机制。在建设工程领域内的施工主体，不仅仅存在有资质的建筑主体，同时也存在大量的无资质的、挂靠在建筑单位下的建筑行业工程队。挂靠单位为了合法中标，要么采取挂靠资质较高的建筑企业，要么采取向多个建筑企业借用多个资质进行多头投标，还有就是采取不惜代价找其他建筑企业进行“陪标”，最严重的是利用贿赂手段非法中标。

三是权力运行程序不够规范严密。一些建设工程发包单位内部监督制约机制往往被虚置，一些单位的决策权集中于一把手或少数人手中。建筑单位经营中热衷于积极求助行政权力的介入，不惜采取各种手段感情投资，这为贿赂犯罪提供了土壤。

建设工程领域内的各企业事业单位等也要遵守党纪和国法，强化企业事业单位自我管理和自我监督，不要妄图通过不正当的手段来获取对应的利益。在实践中，可以以工程质量保证、政绩承诺来换取相应的利益。与此同时，需要加强对于单位相关负责人的监管，建立企业的合规机制，更好地防治单位贿赂犯罪。

3、辩护要点：

同个人行贿相似的部分不再重复。

在司法实践中，将个人行贿辩护为单位行贿比较常见。一般而言，二者的区分主要从以下三个方面来考察：

（1）要看行贿资金、财物的来源。考察行贿人究竟是以什么主体的名义给付贿赂。如果以单位的名义利用单位的资金、财物给予有关国家工作人员的，可以认定为单位行贿。

（2）要看行贿的决定是谁作出的。如果行贿的决定是经单位集体研究决定或有关负责人在其职权范围内作出的，则可以认定为单位行贿。

（3）要看行贿所得的不正当利益的归属。单位行贿罪的实质就是为了单位整体的利益而行贿，因此，不正当利益的归属是区分单位行贿和自然人行贿的关键所在。如果行为人事先出于为个人谋取不正当利益的目的，而以单位名义行贿并个人获取违法所得的，或者在进行单位行贿过程中临时起意而将获取的违法所得归个人所有的，应以个人行贿罪论处。

在双罚制下，建工领域涉及行贿犯罪的，辩护人通常要在自然人行贿犯罪与单位行贿罪辩护之间作出取舍。尤其是建设公司与其单位负责人因涉嫌行贿被同时起诉的，多名辩护律师的辩护意见不能相互矛盾。被认定单位犯罪的，根据单位犯罪数额建设公司往往被判处有期徒刑的同时其负责人需承担一定的刑罚，而被认定自然人行贿罪的被告人除被判处

罚金之外还要根据自然人犯罪数额程度更重的刑期。因此，建设公司被指控单位犯罪的，辩护人要做好一致的辩护策略准备，一般遵循将单位负责人的自然人行贿罪辩护为单位行贿罪、将单位行贿罪尝试辩护为无罪或数额较轻的单位行贿犯罪的辩护方向。

第九大罪名：非国家工作人员受贿罪

基本罪状

1、公司、企业或者其他单位的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，数额较大的（第 163 条第 1 款）

2、公司、企业或者其他单位的工作人员在经济往来中，利用职务上的便利，违反国家规定，收受各种名义的回扣、手续费，归个人所有的（第 163 条第 2 款）

具体表现形式

1、非国家工作人员受贿罪中的“其他单位”，包括非国有事业单位或其他组织、居民委员会、村民委员会、村民小组、社会团体等常设性的组织，还包括为组织特定其他正当活动而成立的工程承包队、组委会、筹委会等非常设性的组织。

2、依法组建的评标委员会在招标、评标的相关活动中，谈判小组在竞争性谈判采购中从事政府采购事项活动时，询价采购中的询价小组成员在采购事项中，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的，依照刑法第 163 条的规定，以非国家工作人员受贿罪

定罪处罚。

3、其他具体表现形式，比如：某集中迁建点安置建设指挥部副指挥长利用职务之便，非法收受他人贿赂；某建筑企业工作人员违反国家规定，利用职务上的便利，收受回扣、手续费归个人所有；某建设工程项目副总经理利用职务之便，在工程建设施工、检查、监管过程中为他人谋取利益,非法收受他人贿赂；某招标代理机构负责人，利用组织招投标职权便利，非法收受他人财物，使他人不公正中标，损害其他投标人公平竞争权益，数额较大等。

量刑标准

1、非国家工作人员犯受贿罪，受贿数额较大的，处 5 年以下有期徒刑或者拘役，非国家工作人员受贿罪中“数额较大”的数额起点为 6 万元；

2、数额巨大的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产，非国家工作人员受贿罪中“数额巨大”的数额起点为 100 万元。

另外，非国家工作人员贿赂中的财物，既包括金钱和实物，也包括可以用金钱计算数额的财产性利益，如提供含有金额的商场、超市或其他消费所用会员卡、代币卡（券）、提供房屋装修、旅游等费用。具体数额以实际支付的资费为准。

建工警示

1、本罪要点

非国家工作人员受贿罪，原为公司、企业人员受贿罪，最高人民法

院、最高人民检察院关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定（三）取消该罪，将其修改为非国家工作人员受贿罪，该罪是相对于国家工作人员受贿罪而设立。非国家工作人员受贿罪是指在公司、企业或者其他单位中具有组织领导、管理职责的董事、监事、经理、企业职工或其他非国家工作人员利用职务便利，索取他人财物或者非法收受贿赂，数额较大的行为。在建设工程领域中，国有建筑公司、企业或者国有建筑公司、企业委派到非国有建筑公司、企业代表国有公司、企业行使监督、管理职责的人员属于国家工作人员。除此以外不具有国有资产性质的建筑公司、企业的其他工作人员或者建筑公司、企业虽有国有资产成分，但其工作人员不具有对国有资产的监督管理职责，应认定为非国家工作人员。在建设工程领域，除建设行政主管部门具有国家公权力性质机关的工作人员外，建筑公司、预算单位、勘察设计单位、施工单位、工程监理单位、工程咨询公司等企业事业单位的工作人员以及评标委员会的委员和代理招标的公司、企业人员多为非国家工作人员，在接受需要谋取相应利益的人员给予的财物或相关财产性利益后，很容易构成“非国家工作人员受贿罪”。与贪污受贿罪有所不同，本罪所侵犯的客体是国家对公司、企业的管理秩序。

2、风险防范建议：

建设工程领域中中的工作人员多为非国家工作人员，在建设工程领域非国家工作人员受贿罪属于高频犯罪案件，所以做好风险防范措施，

掌握好《刑法》规定的非国家工作人员受贿罪底线尤为重要。

(1)在建设工程领域 ,非国家工作人员受贿罪主体多为在建设公司、企业在工程招投标环节、工程项目发包环节、材料采购环节、组织建设施工等环节享有一定监督管理职权的工作人员 ,所以建筑企业工作人员是否知法、懂法影响着自身和企业的健康发展 ,依法经营是公司、企业的生命线。对企业职工进行法律培训 ,定期进行法律讲座 ,以培养其法制观念,并使之在较短时间内能比较系统地学习和掌握建筑领域刑事相关法律,使其在企业经营管理活动中依法办事,发挥法律的指导和教育作用。

(2)无论是建筑总公司还是分公司 ,应当聘请法律顾问 ,为建筑公司、企业在工程发包、分包、对外签订施工合同、工程项目开发等过程中发生的法律问题提供咨询 ,以及防止避免碰触法律红线 ,在发生法律问题时 ,及时提出风险提示和建议。

3、辩护要点 :

(1)“非国家工作人员”主体资格辩护

非国家工作人员受贿罪 ,犯罪主体是公司、企业或者其他单位中从事工作的人员。在招投标的过程中 ,行为人与具有招投标资格的公司联系取得实际招标代理权 ,收受投标人财物或非财产性利益等贿赂 ,帮助投标人中标 ,因为从事代理业务、取得代理权的行为人不属于公司、企业或其他单位的工作人员 ,不具备上述主体身份。因此 ,不构成非国家

工作人员罪。

(2) 如何判定工作人员职务是否系从事公务？

①从建设单位性质来说，公务主要表现为对公共事务具有相应监督管理职权，通过行使该项职权，可以达到监督、管理、保护国有资产，使国有资产效益提升的目的，通常公务与具有相应职权相联系。如国企建设单位中工程拆迁项目经理利用管理拆迁工程项目职权，收受贿赂，为被拆迁人提高拆迁补偿单价、虚报拆迁补偿金额，骗取国家拆迁补偿款，造成国家财产损失，该行为属于国家工作人员从事公务的行为，可能构成受贿罪。如果建设工程公司、企业没有任何国家资产，其经营活动只与工程项目投资人和职员有关，只涉及个人利益，则不能视为履行公共管理和公共服务职能，为非国家工作人员。

②从建设单位工作人员从事工作的性质看，“公务”与“劳务”相对，行为人只有在建设公司、企业中从事招标、评标、建筑材料采购、工程项目发包、工程质量监督等各个环节的组织、领导、主管工作时，具有并且行使其监督、管理、签字等职权，才能认定其从事公共事务。如果行为人从事的工作仅为劳务活动、技术性工作，如建设工程施工现场中的测量员、放线员、技术员和现场施工人员（俗称力工、瓦工、钢筋工等），根据工程项目管理者的指挥和任务分配，提供自己的劳力，其行为不具有职能性和管理性，属于劳务性质，不能认定为从事公务，从而不能认定为国家工作人员。

在建设工程领域刑事案件中，因为行为人经常既具有国家工作

人员身份，同时在非国有公司、企业或其他单位又从事非公务性质的相应管理工作，收受贿赂，为他人谋取利益的情形。所以常出现一审法院认定为受贿罪，二审法院改判为非国家工作人员受贿罪，二罪名量刑差距较大，因此要进行罪轻辩护，主要应结合行为人在受贿的时间、受贿时的身份以及被认定为犯罪的行为是否属于公务，来确定当时是否具有国家工作人员身份，在行为时不属于从事公务、不具备国家工作人员身份的，不应认定为受贿罪，而应认定为非国家工作人员受贿罪。

(3) “职务便利”的辩护

受贿人利用职务便利为行贿人谋取利益,前提是其对承办事项具有相应的主管、负责职权，如在建设工程领域，发包方具有在招标时，使投标方中标的权利；工程造价员有编制标底、预算和审核预算、结算的权利；工程监理单位有监督工程质量的权利。对于行为人本人主管、分管、负责的工程项目，从中收受回扣、手续费的，则构成非国家工作人员受贿罪。如果行为人的职务仅是在建设工程公司、企业中从事劳务、技术等具体事务性工作，听从项目负责人指挥，则不应认定为具有相应的职务。

(4) “为他人谋取利益”的辩护

“为他人谋取利益”包括承诺为他人谋利、实施为他人谋利的行为和他人利益的实现三个阶段。行为人只要具备其中一个阶段的行为，如发包方收受投标人财物，承诺使该投标人中标，或者收受工程项目负责人的贿赂，承诺帮助其通过工程质量检查，就具备了为他人谋取利益的要

件。判断是否“为他人谋取利益”，从受贿人在收取行贿人财物时是否具有“为其谋取利益的合意”尤为重要。可以从没有这种谋取利益的合意加以辩护，但是，对于受贿人接受行贿人财物时是否有合意，需要形成完整的证据链加以证明，如果仅有行贿人的证言或者同案犯的供述或者其他人的证言，无法证明受贿人收受财物的行为事实。因此，证据辩护也是该类案件重要的辩护形式。

(5) 财物的性质及占有形式的辩护

收受财物一方虽然具有收受他人财物的事实，但若将该财物登记公司名下，用于建筑公司业务上的活动，在双方展开合作后将该财物的价值金额返还（直接全部返还、陆续返还或其他方式返还）给他人，则该行为不应认定为受贿行为，而提供财物一方的行为也不应认定为行贿行为，其实质性质是一种“垫资”行为。

“收受各种名义的回扣、手续费”的数额应如何认定？应从回扣、手续费“归个人所有的数额”及其钱款去向进行辩护，将数额降低，如果受贿人收受回扣、手续费后作为建设工程公司、企业公务和业务费用或工人工资支出，则该部分或全部数额应从受贿数额中扣除，以降低受贿人的量刑，进行罪轻或无罪辩护。

(6) 量刑情节辩护

受贿人的犯罪性质、犯罪情节和受贿数额确定后，应从案件中找到对其量刑有利的从宽量刑情节，从降低量刑方面进行辩护：

①第一，被告人是否具有法定从轻、减轻处罚的情形，如自首、立

功、重大立功等。第二，受贿人实施受贿行为的实际危害性大小，是否因其受贿行为，给国家、社会或工程建设单位造成了损失。如监理单位把握着工程质量最后一道防线，如因受贿行为，为不该通过工程质量检查的建筑公司谋取利益，造成人身或财产损失的，其危害性不言而喻。

②非国家工作人员受贿罪的本质特征是“权钱交易”，可以从是否具备权钱交易的性质，即否利用职务便利为行贿人谋取实际利益进行无罪或罪轻辩护。

③被告人的认罪、悔罪态度对法官心证具有重大影响，被告人认罪、悔罪态度良好，对其自身量刑的降低有益无害，因此可以从认罪悔罪态度方面进行减轻量刑的辩护。被告人是否属于专业技术人才、是否系初犯、偶犯，主观恶性大小，以及被告人的身体状况、家庭状况、社会影响和社会评价等方面也极为重要，因为这些反应着被告人的人身危险性和再犯可能性，影响是否可以对其适用缓刑、暂予监外执行等非监禁刑，能否放归社会进行教育改造，因此可以根据上述几个方面提出减轻量刑的罪轻辩护。

第十大罪名：职务侵占罪

基本罪状

公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的（第 271 条第 1 款）。

具体表现形式

1、在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，

除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。对其利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，应当依照刑法第 271 条第 1 款的规定，以职务侵占罪定罪处罚。

2、行为人与公司、企业或者其他单位的人员勾结，利用公司、企业或者其他单位人员的职务便利，共同将该单位财物非法占为己有，数额较大的，以职务侵占罪共犯论处。

3、公司、企业或者其他单位中，不具有国家工作人员身份的人与国家工作人员勾结，分别利用各自的职务便利，共同将本单位财物非法占为己有的，按照主犯的犯罪性质定罪。

量刑标准

1、公司、企业或者其他单位的人员犯职务侵占罪数额较大的，处五年以下有期徒刑或者拘役，职务侵占罪中“数额较大”的数额起点为 6 万元；

2、公司、企业或者其他单位的人员犯职务侵占罪数额巨大的，处 5 年以上有期徒刑，可以并处没收财产，职务侵占罪中“数额巨大”的数额起点为 100 万元。

建工警示

1、本罪要点

职务侵占罪是企业家、公司高管最容易触犯的罪名之一，建设工程领域因其产业链长、参与主体复杂、建筑市场管理不规范等原因，职务

侵占罪多发。尤其是对于涉嫌犯罪的民营建工企业的企业家，职务侵占罪的占比较大。

(1) “公司、企业或者其他单位的人员”

具体包括：一是股份有限建筑公司、有限责任建筑公司的董事、监事，他们不具有国家工作人员身份，但是却是公司的实际领导者，具有一定职权；二是建筑公司除董事、监事之外的经理、部门负责人以及一般职员；三是集体性质建筑企业、私营建筑企业职工，国有建筑企业、公司、中外合资、合作建筑企业不具有国家工作人员身份的所有职工。本罪与贪污罪的区别是犯罪人是否具有国家工作人员身份。

建设工程领域认定职务侵占行为的性质经常出现各种争议，而导致建设工程领域中的职权侵占罪认定极其困难。比如，建设工程领域中经常出现“挂靠方侵占工程款的行为是否构成职务侵占罪”就存在很大争议。另外，实践中，项目经理不时会将公司拨给该项目的工程款挪作他用又或直接自己使用再或将施工项目部的建筑材料、器材等私自买卖，套取现金予以侵占等等，此类行为，易构成职务侵占罪。但建设工程领域项目经理经济犯罪因工程项目所在地一般不同于企业所在地、项目经理一般不是公司的员工等原因，有着犯罪立案难及犯罪主体认定难的问题，且目前职务侵占罪犯罪客体的认定标准与实际认定存在差距，更加不利于工程项目经理经济犯罪行为的司法处理。

(2) “本单位财物”

本罪的对象是行为人职权范围内或是工作范围内经营的本单位的财

物，这既可是公共财物，也可是私有财物，贪污罪则仅指公共财物。本单位财物除了是本单位“所有”的财物，还有不属于本单位“所有”但为本单位“占有”的财物，如本单位所有的债权；临时管理、使用的他人财物等。从表现形式上看，“本单位财物”包括动产和不动产，有形财产和无形财产，如汽车、房屋、器材设备、工业产权、土地使用权、对外债权等等。

(3) “非法占为己有”

本罪与贪污罪在犯罪行为上有区别，本罪是利用职务之便，侵占本单位财物的行为。而贪污罪则是利用职务之利侵吞、盗窃、骗取公共财物的行为。

实践中，工程项目经理（包括挂靠的）非法占有单位财物；项目工作人员截留工程款、农民工工资等款项的行为；挪用建工项目资金的行为；以工程项目部名义对外签订合同取得财物后，不按合同约定支付合同费用，但将合同购买的材料、设备等据为己有的行为，因此将债务转嫁给工程项目部所在单位的；采用欺骗手段以自己工程项目部的名义对外借款后携款潜逃，将债务转嫁给所在单位或者以自己的名义对外借款，但该笔借款实际属于挪用公司资金，后将还款非法占有的行为等等此类行为都可能被以职务侵占罪被起诉。

2、风险防范建议：

对于上述利用职权进行犯罪等行为，建工单位建立严格的监督制约机制，公司、企业要紧紧围绕以下几个环节完善的规章制度：

(1) 财务管理，保持财务部门工作的独立性，项目经理不能独权，给予财务部门一定的监督权，有效限制高管专权，对预防打击该类犯罪至关重要。公司或企业可开通开户银行短信提醒业务、综合对账业务，使之及时了解每一笔款项的数目和去向，发现问题，立马追回。

(2) 货物流转，可在工地或者办公的入口公示货物材料的材料签收人员，签收人必须具体到某天谁负责，有特殊情况需写在公示备注一栏，签收人员必须由建设公司直派，可起到相互制约的作用，避免工作人员的私自操作。

(3) 合同签订环节，合同签订尽量有多人在场，避免自说自话情形出现。实行专项专章，私章或非合同用章无效。印章可以刻上“不得用于签订经济合同”标志，发现失窃或私刻现象，保留证据，立即报案。

(4) 加强对项目经理、发包人代表、工程监理等的监督管理；不采用挂靠、违法转包、分包等方式。

3、辩护要点：

(1) 犯罪主体不适格的辩护

例如，关于挂靠人侵占工程款是否构成职务侵占罪，可从以下方面辩护：

① 挂靠双方是平等的法律主体关系，非管理与被管理的关系，挂靠人不属于被挂靠单位人员，不符合职务侵占罪的主体要件；

② 从主观意图方面来看，挂靠人对整个工程自负盈亏，其不能对他

人财产产生类似于贪污或侵占的危害行为，等同于自我独立经营管理，主观上不存在侵占的故意；

③工程款性质是动产，所有权应当以交付为准，谁占有谁支配，工程款虽是以被挂靠人的名义领取，但实际是属于挂靠人，挂靠人支配具有合法依据，因此，不存在侵占他人财产的可能。

(2) “利用职务便利”的辩护

利用职务便利是指自己管理、经手单位财物的便利条件，与利用工作机会有所区别。这里的“管理、经手”应与“主管”进行同类解释，限定为对本单位财物进行支配或控制的决定权，在认定职务侵占中利用职务便利的管理、经手时，仅限于对单位的财物有处分权限。单位财物仅仅从行为人手中“经手”时窃取单位财物的，这并不是利用职务之便，而是单纯的利用其工作机会窃取他人占有的财物，不应当成立职务侵占罪。要注意的是若是在职权范围内的支出符合公司正常的生产经营及公司规定，则不属于非法侵占单位财物行为。

(3) “本单位财物”的辩护

职务侵占罪侵犯的是公司、企业等单位的财产所有权，仅仅是使用权，不构成职务侵占罪，但有可能构成挪用资金罪；若侵犯的是个人财物，则有可能构成侵占罪，但侵占罪属于“告诉才处理”，未给本单位的财物造成损失的，不属于职务侵占行为。

若行为人所占有的非单位财产，或者在发生个人与公司财产混同的情况下，从本单位财产界定的概念着手。例如，对某一建工刑案，对其

中 148947 万元职务侵占罪的控诉，个人资产与项目费用发生财产混同，证言无法相互印证。公诉机关提供的证据，无法证实被告人在主观上是否具有非法占有该 148947 元的故意，该指控属事实不清，证据不足，依法不能成立。

（4）非法占有财物犯意的辩护

间接故意和过失都不构成本罪，若工程企业的项目经理或包工头将截留款项用于集体支出（如作为奖金发给大家），行为人主观上不具有非法将财物占有的目的，不具有职务侵占罪或其他侵犯财产之犯罪的主观要件。例如，某一建工刑案中，虽然被告人用单位资金为自己缴纳 11824 元的社保，但被告人符合缴纳社保条件，不能证明其有非法占有的故意，故不能认定被告人构成职务侵占罪。

（5）罪轻辩护

①从犯罪所涉数额上出发，所涉工程款用于项目经营，则应当从涉案款项总数中扣除。

②从非法侵占的目的、用途、社会危害性大小出发，做量刑上的辩护。如某一建工刑案中，虽然当事人构成犯罪，但其将大部分和部分赃款用于庄头村支出，法院判决构成职务侵占罪，但犯罪情节轻微，可免予刑事处罚。

（6）职务侵占罪与诈骗罪、合同诈骗罪之区分

职务侵占罪与诈骗罪的区别：犯罪对象不同，诈骗罪的对象是他人的财物，但当建工人员采用欺骗手段，以本单位项目部的名义向第三人

“借款”，之后携款潜逃，且债务转嫁给本单位，此时的“他人财物”就变为项目部的对外负债，工程项目部遭受财产损失，此时按照职务侵占罪定罪处罚；若本单位并未承受该债务，依然是出借人遭受财产损失的，则应按诈骗罪定罪处罚。

职务侵占罪与合同诈骗罪的区别：当企业的工作人员对外以项目部名义对外签订合同,但将材料、器材等据为己有，此时若债务最终由本单位承受的，应认定为职务侵占罪。若只是利用职务之便的外在表现，实际债务并未转嫁给本单位，使提供建筑材料、设备的合同对方遭受财产损失的，只要该工作人员与合同对方签订合同时就没有履行合同之意，就是以非法占有为目的骗取对方财物的，应以合同诈骗罪定罪处罚。

由于职务侵占罪的量刑明显轻于诈骗罪及合同诈骗罪，在辩护中应当根据情况积极区分此罪与彼罪，争取对被告人按照轻罪处罚的可能。

注意：职务侵占罪中犯罪数额不大，情节较轻，积极退赔被害人相关经济损失，并取得被害人谅解的，有悔罪表现，没有再犯罪的危险的，实践中被宣告缓刑的机会较大。

第四章 结语

建设工程领域刑事案件的研判与分析任重道远，我们仅对 2018 年度判决的建工刑案作了初步的分析，所涉及的指数以及考虑的维度仍然在一个相对适中的层面。一则通过裁判文书研判的罪名要点、风险防范建议以及辩护要点具有一定的局限性，刑事案件纷繁复杂，实践中有很多细节未能准确地反映到裁判文书中；二则大量犯罪黑数有可能通过行政处罚等其他方式得到处理，或者尚未暴露，不能说这些领域就一定没有风险。我们将在现有的报告基础上进一步拓展研究，以求对建设工程领域的刑事案件作全面、深入、细致的分析，将建工刑辩建成我们的品牌产品，以为广大建设工程企业及其人员提供优质的刑事法律服务。研究好处理好建设工程领域的刑事案件之于行业、之于从业者、之于团队，善莫大焉，是为本报告结语，也为本研究主旨。