

签订书面合伙协议并获取“分红”怎样定性

来源：中央纪委国家监委网站

作者：罗泽旭 甯麟

作者单位：重庆市纪委监委 重庆市綦江区纪委监委

【典型案例】

张某，中共党员，A市某国有粮食公司总经理，该粮食公司经营范围包括向B公司供应小麦。2017年，粮食经销商王某找到张某，称其有渠道拿到向B公司供应小麦的指标，由其组织供应，请张某利用粮食公司资金、仓储等条件，帮助解决供应小麦资金不足等问题，承诺事成后按照75%、25%比例分配收益，双方签订合伙合作协议。2018年至2021年，王某拿到供应指标后，张某安排其所在的粮食公司通过代收、代储、代交（下简称“三代”）等方式，帮助王某完成小麦供应，王某获得净利润690万元。2021年前，王某未严格按照协议约定比例分配利润，而是在业务全部完成后，从690万元净利润中一次性分给张某340万元。

【分歧意见】

本案中，对张某的行为定性存在两种意见。

第一种意见认为：张某与王某存在书面合伙合作协议，明确了职责分工、权益分配等权利义务，双方按照协议开展小麦经营活动，张某实际参与经营且该业务与其所任职公司

业务属于同类业务，张某分得的 340 万元是其利用职务便利参与经营获取的“分红”，张某构成非法经营同类营业罪。

第二种意见认为：张某之所以同意与王某合作是基于小麦供应指标由王某自行争取，其主要负责安排粮食公司解决业务中资金、仓储等问题，且不需要承担市场经营风险就能获得好处，双方并非真正的合伙经营，不符合非法经营同类营业罪关于“经营”的客观要求，张某分得的“分红”本质上是权钱交易，张某构成受贿罪。

【评析意见】

本案中，笔者同意第二种意见，分析如下：

一、非法经营同类营业罪和受贿罪区分的关键

根据刑法规定，非法经营同类营业罪是指国有公司、企业的董事、经理利用职务便利，自己经营或者为他人经营与其所任职公司、企业同类的营业，获取非法利益，数额巨大的行为。受贿罪是指国家工作人员利用职务便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。从客观方面看，二者存在不少相似之处，比如行为人都利用了职务便利、获取了非法利益，但其还是存在严格区别。主要表现在两个方面：

首先，二者客观行为不尽相同。虽然两罪都要求利用职务便利，但非法经营同类营业罪同时要求行为人具有独立于其职务之外的经营行为。非法经营同类营业罪中的“利用职

务便利”，是指行为人违背竞业禁止义务，利用职务便利，通过将其任职国有公司、企业的商业机会交给兼营公司、企业经营等方式，与所任职公司、企业形成竞争或利益冲突关系。对于受贿罪来说，行为人利用职务便利为他人谋取利益与获得财物之间是直接的，不要求有经营行为。

其次，二者获取的非法利益性质不同。非法经营同类营业罪中的“非法利益”是指行为人所获取的与其非法经营同类营业行为具有直接关系的非法所得，带有经营利润性质；而受贿罪中的非法利益是对行为人职务上作为或不作为的“酬谢”，行为人事事实上并未自己经营或为他人经营，其获得的“分红”是为了掩盖权钱交易，性质属于受贿。

二、张某的行为不构成非法经营同类营业罪

首先，王某的经营业务系其个人谋取，张某并未利用职务便利提供帮助。非法经营同类营业罪要求行为人利用在经营国企过程中具有选择交易对手、渠道和价格等职务便利，利用所任职国企的资金、物资、渠道等资源，或利用所任职国企在产、供、销、市场、物资等方面优势，在市场竞争中让自己经营或为他人经营的公司排斥所任职国企交易机会，或让自己经营或者为他人经营的公司与所任职国企交易，损害国企利益，具体表现为在横向竞争上将国企的承揽业务、项目等交给自己或他人经营，或者在纵向竞争上将国企的购销业务交给自己或他人经营的公司低买高卖等，不管是自己

经营还是为他人经营，均要求产生竞争关系，出现利益冲突。本案中，该供应业务系王某自己谋取，张某未利用职务便利为王某提供帮助。

其次，“三代”业务为张某所在公司的正常业务，并非张某独立于其职务之外的经营行为。非法经营同类营业罪中“自己经营”，是指行为人实际出资、参与管理并承担市场风险，“为他人经营”是指行为人虽未参与投资和利润分配，但被雇佣、聘用担任他人公司的管理人员参与管理，或者为他人公司、企业的业务进行筹划、指挥，并领取一定报酬的行为，不管是“自己经营”还是“为他人经营”，均要求行为人存在独立于职务行为之外的客观经营行为。本案中，张某虽参与王某的供应业务，但在“合伙经营”过程中，其主要利用在任职国企主管粮食购销的职务便利，安排任职国企与王某进行“三代”商业合作，为王某完成供应业务提供帮助，不存在“自己经营”模式下独立于其职务行为之外的与王某共同经营行为，也不存在受王某雇佣、聘用或委托参与决策、管理等劳务行为，不符合非法经营同类营业罪中的“经营”要求。

再次，张某所获“分红”与合同约定并不对应，不能认定为经营所得。非法经营同类营业罪中行为人所获取非法利益是与其非法经营同类营业行为具有直接对应关系的非法所得。不管是“自己经营”还是“为他人经营”，行为人所

得均与市场经营风险关联。本案中，双方协议虽约定了权益分配比例，但双方未就业务发生亏损后市场经营风险如何分担进行约定，实际上张某安排粮食公司与王某开展“三代”商业合作，合作的经营风险均由王某承担。此后双方进行利润分配时，王某考虑到张某所起作用大，决定分给张某更多利润，张某分得的利润与其付出的“劳务”极不对等，其获得的利润不能认定为经营所得。

三、张某的行为构成受贿罪

首先，双方达成的是权钱交易合意。该笔业务系王某自行筹划、自己谋取的业务，属于王某的业务，但因其不具备资金、仓储、加工等条件，遂请托张某帮忙。为争取张某同意，王某提议通过合伙形式进行合作，张某考虑其安排粮食公司通过“三代”帮助王某完成业务就能获取巨额“分红”，不需要出资和承担市场风险，便同意与王某合作，双方主观上达成权钱交易合意。

其次，合伙协议本质上是权钱交易协议。张某与王某签订的合伙合作协议，核心是明确双方权益分配比例，该协议并未约定合伙具体事务如何管理，更未明确市场经营风险如何分担，明显异于共同出资、共同管理、共担风险、共享收益的合伙合作关系，并非真实合伙经营协议，实质是以签订合伙合作协议掩盖权钱交易。

再次，张某获取的“分红”是其权力的对价。王某负责供应业务的获取以及业务开展过程中具体事务的管理，张某主要协调粮食公司与王某签订“三代”协议，安排粮食公司为王某提供帮助，其本人实际上并未参与供应业务过程中具体事务管理。而“三代”业务系粮食公司的正常业务，属于张某职权范围，并非独立于其职权之外的个人行为，其行为属于利用职务便利为请托人王某谋取利益。业务完成后，张某一次性收受王某给予的340万元“分红”属于其职务行为的对价。

综上，张某身为国家工作人员，应王某请托，利用其掌管国有企业资金、仓储等职务上的便利，为王某完成小麦供应业务提供帮助，在参与过程中虽外观上有经营行为之形式，但客观上没有实际参与经营，其行为本质上是利用职务便利为他人谋取利益，并收受他人以“分红”名义送予的财物，虽然双方签订了书面合伙合作协议，实际上是想通过协议来掩盖行贿受贿事实，张某的行为侵犯了公职人员职务行为廉洁性，应以受贿罪定罪处罚。