

国有单位挂靠私企分包项目，个人从中套取 工程款构成何罪

来源：中央纪委国家监委网站

作者：车德文 单位：江苏省连云港市赣榆区纪委监委

【典型案例】

2020年6月，A市B区农业农村局为解决其下属事业单位B区能源办经费不足的问题，借用开源公司（有施工资质的私营建筑企业）资质承建工程项目获取收入。B区农业农村局与开源公司商定：开源公司配合B区能源办设立开源公司C分公司，C分公司由B区能源办全权负责，B区农业农村局安排B区能源办工作人员李某担任C分公司负责人，李某无需向开源公司负责，开源公司中标工程项目后转包给C分公司，C分公司负责工程建设和质量，按工程款5%比例上交开源公司管理费，并自负盈亏。2020年9月，开源公司中标了某价值600万元项目后将其转包给C分公司，在扣除30万元管理费后，将项目款570万元拨付给C分公司，B区能源办负责C分公司账务。李某将上述工程分给4名施工人实施，并负责拨付工程款等。其间，李某以处理B区能源办有关费用为由，让施工人D虚开水泥款发票30万元向C分公

司报账，李某在支出审批单上签批同意，D收到款项后交给李某，李某将其非法占有。

【分歧意见】

本案中，对于李某套取30万元行为如何认定，有两种不同意见。

第一种意见认为：B区农业农村局设立C分公司分包工程的行为系违规经商办企业，且B区能源办无施工资质，其通过C分公司分包开源公司工程的行为无效，工程的实施主体仍是开源公司。另外，开源公司虽拨付给C分公司570万元，但该570万元仍是开源公司资金。因此，李某是利用代表开源公司管理工程项目的职务便利套取开源公司资金，构成职务侵占罪。

第二种意见认为：B区农业农村局设立C分公司分包工程的行为系违规经商办企业。虽然挂靠他人资质分包工程的行为违法，但B区农业农村局仍要以单位财产对分包的工程负责。李某受B区农业农村局委派并按照其授权在C分公司管理工程项目、拨付工程款等，系国有单位委派到非国有公司从事公务的人员，其利用职务便利套取公款归个人非法占有，构成贪污罪。

【评析意见】

笔者同意第二种意见，理由如下：

一、B区农业农村局设立开源公司C分公司承揽业务构成违纪违法，但仍需以单位财产承担责任

首先，B区农业农村局借用开源公司资质设立C分公司系违规经商办企业，并违反禁止挂靠资质分包工程的相关法律规定。《关于严禁党政机关和党政干部经商、办企业的决定》规定，各级党政机关及隶属于这些编制序列的事业单位，一律不准经商、办企业。凡违反规定仍在开办的企业都必须立即停办，或者同机关彻底脱钩。《民法典》第七百九十一条第三款规定，禁止承包人将工程分包给不具备相应资质条件的单位。因此，B区农业农村局通过设立开源公司C分公司的方式承揽业务的行为违纪违法，应按照《党纪处分条例》及《公职人员政务处分法》相关规定，追究有关人员的党纪政务责任，并按照规定停办C分公司或同其脱钩。对于李某套取工程款的行为，还要依照《刑法》的规定对其作出处理。

其次，B区农业农村局因过错仍需对违规承揽的工程项目承担责任。《最高人民法院关于审理建设工程施工合同纠纷案件适用法律问题的解释（一）》第七条规定：“缺乏资质的单位或者个人借用有资质的建筑施工企业名义签订建设工程施工合同，发包人请求出借方与借用方对建设工程质量不合格等因出借资质造成的损失承担连带赔偿责任的，人

民法院应予支持。” B 区农业农村局借用开源公司资质承揽工程项目虽系违法行为，但根据上述规定，仍要以单位财产对工程质量承担责任。

二、李某系受 B 区农业农村局委派管理工程项目的国家工作人员

一方面，李某系受 B 区农业农村局委派至 C 分公司管理工程项目，无需对开源公司负责。另一方面，李某受委派至 C 分公司管理工程项目的活动系“从事公务”。根据《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》，“从事公务”主要表现为与职权相联系的公共事务及监督、管理国有财产的职务活动。李某被委派至 C 分公司后，根据授权选择施工人、负责监督施工质量、拨付工程款等。如上所述，B 区农业农村局尽管承揽项目的手段违法，但仍要以单位财产对工程质量负责。因此，李某在 C 分公司管理工程项目及拨付工程款的活动就是管理公共事务和国有财产，系“从事公务”。因此，李某系国家机关委派到非国有公司从事公务的人员，依据刑法第九十三条第二款之规定，应以国家工作人员论。

三、李某利用受委派管理工程项目的职务便利套取公款

开源公司扣除管理费 30 万元后将余款 570 万元拨付 C 分公司。B 区能源办负责 C 分公司账务，事实上控制和管理

该款项。也就是说，570 万元系国有财产，属于贪污罪的犯罪对象。李某受 B 区农业农村局委派管理工程项目，其采取虚构事由手段让 D 帮助套取工程款。D 之所以帮助虚开水泥款发票并将套取的 30 万元交给李某，主要考虑李某将工程分给其施工，并负责监督其施工质量、拨付其工程款等。李某之所以能取得 30 万元，是因为其受 B 区农业农村局委派和授权管理项目，掌握审核拨付工程款的权力，因此审批同意拨付虚列的 30 万元水泥款。

综上，李某代表国有单位利用管理国有财产的职务便利套取公款 30 万元归个人非法占有，构成贪污罪。