

# 河北省石家庄市中级人民法院

## 刑事裁定书

(2018)冀01刑再4号

原公诉机关石家庄市裕华区人民检察院。

申诉人（原审被告）董雄飞，男，1961年10月5日出生，汉族，大学文化，中共党员，原籍：河北省迁安县，系北京城建八建设发展有限公司石家庄项目部工作人员，住北京市海淀区。因犯贪污罪被判处有期徒刑三年。现在河北省石家庄监狱服刑。

辩护人吕连根、焦银忠，河北世纪联合律师事务所律师。

河北省石家庄市裕华区人民法院审理的石家庄市裕华区人民检察院指控原审被告人董雄飞犯贪污罪一案，于2015年12月1日作出（2014）裕刑初字第00016号刑事判决。原审被告人董雄飞不服，提出上诉。本院于2016年4月14日作出

（2016）冀01刑终138号刑事裁定，撤销原判，发回重审。石家庄市裕华区人民法院依法另行组成合议庭重新审理本案，于2017年3月13日作出（2016）冀0108刑初379号刑事判决，以被告人董雄飞犯贪污罪，判处有期徒刑三年，并处罚金二十万元。原审被告人董雄飞不服，提出上诉。本院于2017年6月8日作出（2017）冀01刑终532号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。被告人董雄飞不服，向本院提出申诉。本院于2017年11月7日作出（2017）冀01刑申64号驳回申诉通知，驳回董雄飞的申诉。董雄飞不服，向河北省高级人民法院提出申诉。河北省高级人民法院于2018年5月16日作出（2017）冀刑申4号再审决定，指令本院另行组成合议庭对本案再审。本院依法另行组成合议庭公开开庭审理了本案，石家庄市人民检察院

指派检察员王良出庭履行职务，原审被告人董雄飞及辩护人吕连根、焦银忠出庭参加诉讼。现已审理终结。

原判决认定，被告人董雄飞在北京城建集团石家庄市裕华区工程工作期间伙同该项目另一负责人董某义（已判刑），利用职务便利，分两次将单位工程款 206 万元从项目部转出。其中，2005 年 12 月 20 日，董雄飞伙同董某义将单位工程款 150 万元从项目部转入其开办的北京东方盛业经贸有限公司，于 2005 年 12 月 22 日将其中 110 万元从北京东方盛业经贸有限公司转入北京亚之杰汽车贸易有限责任公司，连同此前董雄飞支付的 2 万元定金，用于个人购买奥迪 A6 汽车两辆，分别登记在董某义、北京东方盛业经贸有限公司名下。董雄飞伙同董某义用北京东方盛业经贸有限公司开具的一张 99.43 万元材料款发票和北京海龙女建材商店开具一张 99.2 万元材料款虚假发票及车辆保险、付汽油费车辆保险 1.148188 万元、办公招待等费用 6.221812 万元的票据交财务平账，骗取单位工程款 112 万元。事发后，被告人董雄飞主动向公司领导汇报了私自使用工程款的情况。

以上事实，有被告人董雄飞的供述；董某义供述；证人强某 1、周某、张某 1、李某、王某、申某的证言；书证、董某义的刑事判决书等书证证实。

原审法院认为，被告人董雄飞伙同国家工作人员，利用职务上的便利，侵吞公款，数额巨大，其行为已构成贪污罪。公诉机关指控的犯罪事实清楚，证据确实充分，指控的罪名成立，予以支持。关于被告人及其辩护人认为不构成贪污罪的辩护意见，经查，被告人董雄飞伙同董某义利用职务便利，分两次将单位工程款 206 万元从项目部转出，其中将单位工程款 150 万元从项目部转入董雄飞开办的北京东方盛业经贸有限公

司，112万元用于个人购买奥迪A6汽车两辆，分别登记在董某义、北京东方盛业经贸有限公司名下，并用虚假发票予以平账。被告人董雄飞与董某义有共同的意思联系，二人明知该工程款为石家庄项目专用款，二人合谋将该款转入到个人控制之下，并用于购买车辆，用于自己使用，在受到查处时，又以虚假票据予以平账。以上二人具有相互勾结的意思联系，又有实际占有财物之实，且董某义已被生效的司法文书认定其具有国家工作人员身份，并已经构成贪污罪。被告人董雄飞应当以贪污罪共犯论处。故其不构成贪污罪的辩护意见不予采纳。但被告人董雄飞在共同犯罪中其起到帮助作用，系从犯，应当从轻处罚；其在事发后主动向公司领导汇报了私自使用工程款的情况，该公司也对董雄飞这一行为未予追究，并在立案前已向公司说明情况，归还涉案物品，系自首，可以从轻处罚。经原审法院审判委员会讨论决定，依照《中华人民共和国刑法》第三百八十二条、第三百八十三条、第二十五条、第二十七条、第六十七条、《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》第十九条之规定，判决被告人董雄飞犯贪污罪，判处有期徒刑三年，并处罚金二十万元。

原审被告人董雄飞上诉主要提出，其不具备贪污罪的主体资格，没有与董某义合谋贪污的故意，其用工程款购买车辆是按协议应付给他的工程款利润，其行为不构成贪污犯罪。辩护人同意其上诉理由。

二审审理查明，原判决认定的事实正确。

本院二审认为，上诉人（原审被告）董雄飞伙同国家工作人员，利用职务上的便利，侵吞公款，数额巨大，其行为已构成贪污罪。原判认定事实清楚，证据确实充分，定性准确，

量刑适当，审判程序合法。上诉人董雄飞及其辩护人关于其不具备贪污罪的主体资格，没有与董某义合谋贪污的故意，其行为不构成贪污犯罪的上诉理由与辩护意见与经查明的事实不符。关于其主体资格问题，原审判决已作出详细解释，论理正确，依法有据。现有证据足以证明上诉人董雄飞与同案犯董某义有共同的犯罪故意，二人明知该工程款为石家庄工程项目专用款，仍合谋将该款转入到个人控制之下，并用于购买车辆，归自己使用，在受到查处时，又以虚假票据予以平账隐瞒，以达到非法占有之目的。其行为完全符合贪污罪的构成要件。故对其上诉理由与辩护意见，本院不予采纳。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百二十五条第（一）项、第二百三十三条之规定，裁定驳回上诉，维持原判。

申诉人董雄飞申诉理由：北京城建八公司仅收管理费，允许董某义以公司名义签订建设工程承包合同，其后工程便交于董某义，之前申诉人与董某义签订了合伙协议，商定以北京城建八公司名义承包建设合同，为方便工作二人以工程款购买了车辆，未损害北京城建八公司利益，不构成贪污罪；从申诉人参与整个工程过程中看，申诉人没有与董某义合谋贪污公款故意和行为，申诉人取得、使用工程款提成和利润，合法有据，并得到了北京城建八公司认可，并与其再次合作，故应宣告无罪。

辩护人的辩护意见：被告人董雄飞不具备贪污罪主体资格，其以个人名义与董某义个人合伙，直到2007年6月北京城建八公司派人介入石家庄工程，不让董某义继续管理该项目，董雄飞主动找公司介绍情况，董雄飞才具备北京城建八公司石家庄项目部工作人员身份；董雄飞没有贪污的故意，（1）董雄飞参与石家庄这两个项目是居间性质，从中获得收益是正当

的，（2）董某义先与董雄飞签订合伙协议，四个月后董某义挂靠北京城建八公司签订施工合同，（3）买车是与董某义商量后为两个项目工作需要，从可能得到的利润中预先支钱购买；北京城建八公司接收项目未向公安报案之前，公司领导不知情下，董雄飞主动向公司领导说明购买车辆一事，提出将车交还公司，董雄飞在得知工程可能亏损有可能没利润的情况下，提出退回所购车辆说明其没有获得非法利益的故意；出现亏损后，董某义说公司要查帐，让董雄飞找材料发票抵顶车款报帐，董雄飞没有参与具体管理，不清楚帐务报帐问题，董雄飞客观上没有贪污行为，应宣告无罪。

石家庄人民检察院庭审意见：该项工程系北京城建八公司承揽，该公司为国有性质，原审被告人董雄飞与同案被告人董某义经预谋，共同贪污公款 112 万元，构成共同犯罪；原审被告人董雄飞主动向北京城建八公司交待，得到公司谅解，但不能以此解脱其犯罪。

经再审查明，经原审被告人董雄飞介绍，同案被告人董某义（已判刑）代表北京城建八公司承揽了石家庄市裕华区社区服务中心、石家庄四十四中学工程项目。工作期间原审被告人董雄飞与董某义共同商议后，于 2005 年 12 月 22 日将单位工程款中的 110 万元，连同董雄飞交纳的 2 万元定金，用于个人购买奥迪 A6 汽车两辆，分别登记在董某义、北京东方盛业经贸有限公司名下。在公司要查账时，董雄飞伙同董某义开具虚假票据交财务平账，骗取单位工程款 112 万元。事发后，被告人董雄飞主动向公司领导汇报了私自使用工程款的情况。

以上事实有下列经原一审庭审质证的证据证实：

1、北京城建八建设发展有限责任公司企业法人营业执照；北京城建集团总公司工商档案；北京市工商行政管理局名称变

更证明；北京城建八建设发展有限责任公司企业资质；石家庄市裕华社区服务中心工程施工招标文件；北京城建戎某实业发展有限责任公司《关于董某义等同志的聘任通知》戎某人发（2001）087号；北京城建集团有限责任公司《法人委托书》第412号；建设工程施工合同（GF-1999-0201）贰份；北京城建集团与北京城建戎某公司分包合同；北京城建集团有限责任公司工程总承包部关于成立石家庄市裕华区社区服务中心工程项目经理部的通知；北京城建戎某实业发展有限责任公司与新乡市华凤建设安装工程工程有限公司工程分包合同；北京城建八建设发展有限责任公司（原北京城建戎某实业发展有限责任公司）的情况说明。证实戎某公司承揽工程的管理形式是首先由项目领导班子成员集体向公司交纳风险抵押金，按项目工程造价向公司交纳一定数额的管理费，施工过程中公司对项目进行过程管理，就是每个季度或半年对项目的成本情况进行核算，发现问题及时处理，如果一个项目盈利了，要根据盈利情况对项目班子集团进行一定数额的奖励，公司定期进行管理过程中发现因项目管理人责任导致项目亏损，公司扣除风险抵押金，公司对外承担项目亏损责任，公司从未将工程承包给包括公司员工在内的任何个人。北京城建八建设发展有限责任公司提供第二项目部2005年3月至2006年6月份工资分发表；金果林项目部工资发放表；董某义职务、身份证明证实2005年9月北京城建集团有限责任公司授权委托被告人董某义负责办理石家庄市裕华区社区服务中心工程项目，工程备案手续以及签署工程投标文件的授权委托代理人；2005年11月28日北京城建集团有限责任公司工程承包部宣布成立石家庄市裕华区社区服务中心项目经理部，董某义为该项目部经理。以上证据证明北京城建戎某实业发展有限责任公司为国有公司，石家庄市裕

华区社区服务中心工程项目为北京城建八建设发展有限责任公司中标，被告人董某义系石家庄市裕华区社区服务中心项目具体负责人，为受国有公司委托管理、经营国有财产的人员。

2、证人北京城建集团子公司戎某实业发展有限公司董事长强某 1 证言证实，该工程项目部的经理周某任命有文件，董某义作为项目负责人没有书面任命书。2006 年 4 月周某经理调走，后接任经理张某 3 到石家庄工地考察，发现管理混乱有可能亏损，公司想把工程推出去，董某义想以个人名义承包该工程，公司经研究答复不允许个人承包。董某义找了河南新乡华凤建设安装工程有限公司，2006 年 6 月，其做为戎某公司董事长，董某义做为华凤公司代表，签订了合同。应董某义要求，合同签订时间写在了 2005 年 12 月 10 日，这之前绝对不是个人承包，在管理期间的亏损都是戎某公司承担的。2006 年年底公司核算项目成本时，其不知道董某义用工程款买车，公司帐目上没有发现，他也没跟公司说过，后在 2007 年公司决定报案时，董雄飞跟其说他和董某义用工程款买了两部车，用虚假材料款冲抵出来的钱某的。

3、证人北京城建集团项目部经理周某证言证实，2001 年公司聘任董某义为公司的项目经理，有正式文件和聘任通知，后他申请待岗，一直没有解聘。董某义向公司提出石家庄项目，经过公司考察，认为是个不错的项目，集团出函委托董某义投标。北京城建集团把工程分包给了戎某公司，其任项目经理，让董某义做项目负责人。

4、证人北京城建集团石家庄市裕华区社区服务中心工程项目经理张某 1 证言证实，公司向公安机关举报董某义侵占单位工程款。石家庄的两个项目是董雄飞提供，但其没有资质，其找到董某义，董某义被周某聘任为该公司项目工程人员。集团

给董某义签署了授权委托书，二董取得了合法身份到石家庄投标。因管理混乱，集团派员到石家庄对该工程财务进行审核，发现亏损六百万元，董某义从北京城建集团帐上用的款，等于侵占了北京城建集团的款。现集团接管了该工程，派其任该工程的经理，其让董雄飞协助其工作。

5、证人李某证言证实，其按公司安排于 2006 年 6-7 月份到石家庄裕华社区服务中心工程项目任经理。去之前，张某 3、强某 1 跟其谈话时都没提到董某义承包的事，公司也不会将该项目承包给董某义，否则公司也不会安排其去接替董某义担任项目经理。

6、证人河南新乡华凤建设安装工程有限公司法人申某证言证实，2006 年通过其好友王某认识的董某义，王某介绍董某义想借用其公司资质，挂靠到其公司，双方约定公司不干涉董某义在石家庄的工程，不承担任何责任，只收取管理费。王某从其公司拿走合同章和法人章用于和董某义、北京城建集团签订协议，具体时间是 6-7 月初麦收时。证人王某证实以上情节。

7、石家庄市裕华区土地城建开发中心提供的给北京城建集团石家庄裕华社区服务中心工程项目经理部拨款 500 万元系列证据；转走 150 万元支票存根；转走 56 万元电汇凭证；项目部关于董某义签字批准用虚假票据及其他票据平账 206 万元的记账凭证。

8、北京东方盛业经贸有限公司转入 150 万元开户行分户账；2005 年 12 月 22 日北京东方盛业经贸有限公司转入北京亚之杰汽车贸易有限责任公司记账凭证；2005 年 12 月 23 日中国农业银行联行来账凭证；机动车销售统一发票 NO. 00023273、NO. 00023272；北京亚之杰汽车贸易有限责任公司 110 万记账凭

证编号：ARA5120257；北京市公安局公安交通管理局车辆管理所提供的关于号牌为 JD6117 车辆登记信息。

9、北京城建八公司情况说明、北京城建八建设发展有限责任公司给石家庄市公安局经侦支队出具情况说明：2006 年 7 月公司发现聘任的项目经理董某义管理混乱，公司决定解除董某义项目经理职务，在此过程中发现董某义还有一名合伙人，向其了解情况时，该人说一直认为该项目是董某义和公司签订的个人承包协议，所以才与他合作，签订了个人合作协议，给他 3%的利润分成。当董雄飞得知公司免去董某义项目经理时，他主动向公司汇报用工程款购车一事，主动提出将该车交于公司，并离开该项目。公司考虑具体情况请他留下来，决定将该车留在石家庄项目部使用。现该车公司已收回，未给公司造成损失。在后来的实际工作中董雄飞多次帮助公司解决资金困难。恳请在处理董某义贪污一案所涉及购车一案中免于追究董雄飞的责任。落款日期 2013 年 11 月 15 日。

10、2007 年 6 月 11 日北京城建戎某公司与董雄飞的合作协议书。

11、本院（2016）冀 01 刑终 312 号刑事判决，被告人董某义犯贪污罪，判处有期徒刑六年，并处罚金人民币 30 万元。

12、同案被告人董某义供述，2005 年 8-9 月份其和董雄飞在筹建石家庄裕华区社区服务中心这个项目时，董雄飞当时没有办公用车所以他提出买两辆车，其当时同意了，说等工程款下来项目有了钱再买。2005 年 12 月份的一天，董雄飞告诉其买车的事弄好了，今天一起去提车，给你一辆车，其二人一起到北京办理了购车手续。50 多万元一辆，资金是从裕华区社区服务中心项目部的工程款中支出的。其往董雄飞的北京东方盛业公司转了 150 万元，提车之后时间不长，董雄飞给了其两张

已填好材料款的发票，董雄飞说两张发票别盖一个单位的公章，董某义拿了其中一张票盖了海龙女的章，之后入了财务帐。购车后 2006 年 1 月份左右，戎某公司强某 1 来石家庄工地董雄飞跟他说过，购车前没有给戎某公司请示，项目部财务人员不知二董用的虚票也不知冲抵钱某车的事。从项目部支取钱款、报票由董某义签批，董雄飞和其是合伙关系。

13、被告人董雄飞供认犯罪事实，辩解其和董某义系合伙关系，其与董某义签了协议，但没有具体合作，其按工程造价的百分比提成，后公司接管工程前其如实向北京城建集团的领导汇报此事，北京城建集团在口头答应继续同其合作。

原审被告人董雄飞及其辩护人辩解被告人董雄飞无罪。第一个观点被告人董雄飞不具有国有公司人员身份，2007 年 6 月北京市城建八公司与之签订合作协议后才具备北京市城建八公司石家庄项目部工作人员身份。经查北京城建八建设发展有限责任公司提供第二项目部 2005 年 3 月至 2006 年 6 月份工资分发表；金果林项目部工资发放表，证明被告人董某义、董雄飞在该公司领取工资。董某义、董雄飞两人商议各买一部车，后董某义利用职务便利，分两次将单位工程款中的 150 万元转入董雄飞开办的北京东方盛业经贸有限公司。2005 年 12 月 22 日二人一起到北京亚之杰汽车贸易有限责任公司以 112 万元价格购买奥迪 A6 汽车两辆，分别登记在董某义、北京东方盛业经贸有限公司（董雄飞个人公司）名下，后用虚假发票予以平账而据为已有。二人明知该工程款为北京市城建八公司石家庄项目工程专用款，二人合谋将该款转入到个人控制之下，并用于购买车辆，用于自己使用，在得知单位要查账时，又以虚假票据予以平账。以上二人具有相互勾结的意思联系，又有实际占有财物之实，且董某义已被生效的司法文书认定其具有国家工作

人员身份，已经构成贪污罪，被告人董雄飞应当以贪污罪共犯论处。

原审被告人董雄飞及其辩护人的第二个观点，被告人董雄飞主观上没有贪污的故意，更没有与董某义合谋贪污的故意。理由一、收取并使用的购车款是其应得的合法收入（居间费用），应受法律保护。经查，董某义在找董雄飞商量开假发票平账以应对北京城建八公司核对查账时，董雄飞此时应当明知其用于购车的款项不是董某义和董雄飞的合法收入。

理由二、被告人董雄飞一直认为取得和使用项目款项是其应得的报酬和利润，没有与董某义合伙贪污公款的主观故意。经查，董雄飞在公安机关供述，董某义有一次跟我说，北京城建戎某公司对石家庄裕华区社区服务中心项目财务要检查，得找票把买两辆奥迪车和其他一些费用平了账，董某义和我一起计算了发票的总数，开了两张材料票，共计 198 多万元，入了财务账。到 2006 年 11、12 月份，北京城建戎某公司来人核算成本时，我觉得用工程款为个人购车不合适才跟戎某公司领导说了这事并主动提出把车交给公司。

理由三、被告人董雄飞开具提供发票的行为是为了配合举报人尽早管理公司工程项目及账册凭证而实施的。根本没有掩盖弄虚作假之意。经查，被告人董雄飞在公安机关的供述中供认在得知单位要查账时，与董某义共谋开具假发票平账；举报单位证明董雄飞主动向公司交代了在此之前购买汽车。足以说明被告人开具提供假发票的主观故意，为隐瞒其和董某义私自动用单位公款的事实，而且其向单位主动交代之前贪污行为已经实施完毕。

理由四、被告人及其辩护人辩解，被告人董雄飞后来与北京城建八公司就涉案两项工程重新签定协议，并依照约定已取

得 85 万利润，这种方法与董某义的合作是相同的，可以印证董雄飞的行为不构成犯罪。经查，被告人董雄飞主动向北京城建八公司交代，并与之签订协议合作，该事实证明被告人董雄飞的行为得到了公司谅解，但是被告人是否构成犯罪，应当经过法定的程序，最终由审判机关作出裁决；原判决、裁定已认定被告人董雄飞这一行为构成了自首，依法予以了从轻处罚。

被告人及其辩护人辩解的第三个观点，被告人董雄飞根据董某义的要求开具发票供董某义平帐的行为，原判决没有考虑用于购车的涉案资金是董雄飞合法应得款项，不属于《刑法》贪污罪中的“公共财物”。经查，该工程是由北京城建集团承揽，之后转包给其下属子公司北京城建八公司，北京城建八公司明确规定该公司从不承包给包括公司员工在内的个人。该公司为了让董某义承包该工程，还让其找公司（河南新乡华凤公司），以与该公司签订合同的形式转让该工程，且后期因违约引起的民事诉讼也是应该由公司承担责任，以上证据足以证实用于购车的涉案资金系单位公款。

辩护人辩解的第四个观点，被告人董某义无罪，董某义在在工程前期个人垫资 374 万，在工程项目收到拨款后在不超过垫资金额的情况下，使用项目资金不具有违法性。经查，该工程是由北京城建集团承揽，之后转包给其下属子公司北京城建八公司，该公司委任董某义对涉案工程进行管理，对涉案工程前期投入巨额资金，董某义应当依照有关财务制度处理。北京城建八公司在收到发包方转来的工程款转给了石家庄项目部，该系国有资产，不属于董某义个人财产。

本院认为，原审被告人董雄飞伙同同案被告人董某义，利用职务上的便利，侵吞公款，数额巨大；董某义被已生效的判决认定具有国家工作人员身份，被告人董雄飞在共同犯罪中其

起到帮助作用，系从犯，其行为已构成贪污罪。被告人及其辩护人辩解被告人董雄飞无罪的理由不能成立。原审被告人董雄飞系从犯，依法从轻处罚；其在事发后主动向公司领导汇报私自使用工程款的情况，并在立案前已向公司说明情况，归还涉案物品，系自首，依法从轻处罚。原判认定事实清楚、证据充分，量刑在法定幅度内。经本院审判委员会研究决定，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百五十六条第一款、第二百三十六条第一款第（一）项之规定，裁定如下：

维持本院（2017）冀01刑终532号刑事裁定和石家庄市裕华区人民法院（2016）冀0108刑初379号刑事判决。

本裁定为终审裁定。

审判长 吕 玲

审判员 王彦松

审判员 高玉坡

二〇一九年三月十二日

书记员 王 帆