

职务犯罪案件 典型疑难问题精解

主 编 / 边学文 赵志辉 金小慧
副主编 / 马 楠 魏静华 张 杰

ZHIWU FANZUI ANJIAN
DIANXING
YINAN WENTI
JINGJIE

如何认定国有单位中不同用工形式人员的身份？
“公款私存”行为应如何认定？
如何认定受贿罪中“及时退交”的情形？
挪用公款中“挪而未用”情形应如何认定？

中国检察出版社

职务犯罪案件

典型疑难问题精解

主编 / 边学文 赵志辉 金小慧
副主编 / 马楠 魏静华 张杰

ZHIWU FANZUI ANJIAN
DIANXING
YINAN WENTI
JINGJIE

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

职务犯罪案件典型疑难问题精解/边学文, 赵志辉, 金小慧主编. —北京:
中国检察出版社, 2017. 4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1771 - 5

I. ①职… II. ①边… ②赵… ③金… III. ①职务犯罪 - 刑事侦查 -
研究 - 中国 IV. ①D924. 393. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 043731 号

职务犯罪案件典型疑难问题精解

主 编: 边学文 赵志辉 金小慧

副主编: 马 楠 魏静华 张 杰

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 68682164

发行电话: (010) 88954291 88953175 68686531

(010) 68650015 68650016

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市中画美凯印刷有限公司

开 本: 710 mm × 960 mm 16 开

印 张: 19. 25

字 数: 262 千字

版 次: 2017 年 4 月第一版 2017 年 4 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1771 - 5

定 价: 52. 00 元

检察版图书, 版权所有, 侵权必究
如遇图书印装质量问题本社负责调换

《职务犯罪案件典型疑难问题精解》

编委会

主 编：边学文 赵志辉 金小慧

副主编：马 楠 魏静华 张 杰

委 员：丁 晶 樊 明 毛旭飞

于 宁 郑 岭 杜晓霏

董 娟 漆 禹 沙 帅

序 言

所有案件都是社会矛盾、纠纷和问题的集中反映，具有充分的客观性。而办案则是检察官在理性指导下的司法活动，具有强烈的主观色彩。能否办出高质量的案件则由一个人的政治素质、文化基础、法学理论、司法能力和办案经验所决定的。

近年来，天津市检察机关秉承“立检为公、执法为民”的执法理念和“忠诚为民、依法监督、务实创新、公正清廉”的天津检察精神，奋战在反腐倡廉第一线。随着党和国家强力反腐工作的不断深入，近年来我市检察机关先后审查起诉了一批重大职务犯罪案件，积累了办理职务犯罪大要案的丰富经验，形成的提前介入侦查引导取证、庭审举证示证等全新审查起诉工作模式得到了最高人民检察院的充分肯定，并向全国检察机关推广。在依法履行法律监督职能，努力完成办案任务的基础上，我们还高度重视对检察工作的理性思考和总结。各级检察机关领导班子本着“理论源于实践，服务于实践”的思路，积极带头撰写检察理论研究论文和调研报告，广大检察干警针对执法办案中的热点、难点问题积极开展调查研究和理论研讨，基础理论和应用理论研究能力不断加强，为我市各项检察工作的创新发展提供了强有力的智力支持。

有一句话说得好：我们各有一个苹果，交换以后仍然是

各有一个苹果，但当我们都有一种思想，交换后就各自拥有了两种思想。在当前职务犯罪办案实践中，存在着许多疑难问题。同一个行为，法律适用的把握尺度不同，往往对行为性质的认定大相径庭。司法实践中纷繁复杂的案件，既挑战着法律的规范，也考问着办案人的能力。一起案件的成功公诉，往往既要求公诉人掌握该类案件的特点、规律和办案技巧，又要求具备相应法律适用能力。要运用法律思维进行仔细审查，反复推敲，并结合法学原理拨开迷雾，寻找案件事实与法律规定的最佳对接点，进而对案件的性质作出准确的判断。《职务犯罪案件典型疑难问题精解》即将付梓刊印，全书分为34个专题，囊括了《刑法》第八章贪污贿赂罪、第九章渎职罪的常见罪名，对司法实践中罪与非罪、此罪彼罪、情节认定、法律适用等争议问题进行了系统的梳理、归纳、总结、提炼，具有突出的理论性、实务性，是天津市检察机关多年来办理职务犯罪案件经验积累和集体智慧的结晶。书如其名，该书对于开拓办理职务犯罪案件的思路和视野，真正实现办案法律效果、政治效果、社会效果的有机统一，树立法治权威，做好刑事司法工作大有裨益。

这本书的出版，天津市人民检察院公诉处及天津市东丽区人民检察院做了大量工作，专门抽调多名业务骨干，经过查档阅卷、挖掘问题、归纳共性、去粗取精，审查了2008年以来我市检察机关办理的近900件职务犯罪案件，查阅各类参考资料50余万字，历时两年，几易其稿，充分展示了我市检察干警踏实严谨、一丝不苟的工作作风和不断强化实务研讨、努力提升业务水平的精神风貌。

在当前全面从严治党的新形势下，依法严惩腐败案件是检

察机关的重要任务，高质量地办理好案件是检察机关的重大责任。在今后的工作中，我们要更加充分地发挥检察机关在反腐倡廉工作中的职能作用，不断加强与纪检和审计等有关部门的协调沟通合作，形成强大合力，为全面深化从严治党、继续深化反腐败斗争、促进政治清明作出新贡献。

是为序。

A handwritten signature in black ink, consisting of stylized characters that appear to be '于世平' (Yu Shiping). There is a small asterisk to the right of the signature.

2016年11月

* 于世平，天津市人民检察院检察长。

前 言

近年来，随着党和国家治理腐败和惩处职务犯罪工作力度的不断加大，涉及国家工作人员的贪污腐败犯罪得到一定程度的遏制。同时，司法实践中处理职务犯罪案件仍然面临着一些疑难复杂问题。一方面，贪污贿赂、侵权渎职等职务犯罪案件仍然处于高发态势，特别是该类案件中大要案频发；另一方面，司法机关对职务犯罪的处罚却存在着量刑轻缓化的趋势，引起了社会的广泛关注，造成了一定的负面影响。如何规范职务犯罪案件的法律适用、定罪量刑等工作，使职务犯罪案件的查办和审理工作取得最佳的法律效果和社会效果，成为当前亟须解决的问题。为进一步提高查办职务犯罪案件工作质量，天津市检察机关不断加强对职务犯罪案件公诉、审判等有关工作的规范和监督力度，逐步积累了一些工作经验和方法。通过对 2008 年以来全市职务犯罪案件梳理，筛选出一批典型案例，汇编成册，并从法律适用、定罪量刑、证据采信等方面进行评析，以期对司法实践工作有所裨益。

目 录

一、关于劳务行为与职务行为的界定	(1)
二、国有单位中不同用工形式人员身份的认定	(7)
三、受委托经营、管理国有财产人员身份的认定	(14)
四、“协助”的具体形式不影响国家工作人员的身份认定	(22)
五、国有单位改制期间国家工作人员身份的认定	(28)
六、双重身份人员犯罪行为认定	(33)
七、利用各自身份共同实施犯罪行为的认定	(43)
八、国家出资企业中国家工作人员的认定	(49)
九、贪污罪共犯的认定	(60)
十、贪污罪主观方面的认定	(68)
十一、国企高管在年薪以外获取收入行为的认定	(75)
十二、“公款私存”行为的认定	(80)
十三、贪污不动产案件中“非法占有”的认定	(89)
十四、对受贿罪中“为他人谋取利益”的相关认定	(93)
十五、以借为名型受贿犯罪的认定	(100)
十六、受贿罪中“及时退交”情形的认定	(109)
十七、斡旋受贿罪的认定	(118)
十八、利用影响力受贿罪的认定	(131)
十九、单位行贿罪的认定	(140)

二十、挥霍公款后又携款潜逃的行为定性	(151)
二十一、挪用公款罪向贪污罪转化的认定	(156)
二十二、为他人挪用公款，事后收受对方财物行为的认定.....	(165)
二十三、挪用公款进行营利活动的认定	(168)
二十四、挪用公款中“挪而未用”情形的认定	(174)
二十五、挪用公款罪犯罪对象的界定	(178)
二十六、检察机关对巨额财产来源不明罪的举证责任认定.....	(186)
二十七、职务犯罪案件“证据确实充分”的认定	(201)
二十八、职务犯罪案件自首、坦白情节的认定	(210)
二十九、特殊主体与非特殊主体共同实施渎职犯罪的 定罪问题	(218)
三十、“国家机关工作人员”的认定和渎职犯罪中的 法条竞合	(226)
三十一、过失型渎职犯罪因果关系的认定	(232)
三十二、徇私舞弊型渎职犯罪中相关问题的认定	(242)
三十三、徇私枉法罪中犯罪构成要件及“零口供”定 案的把握	(254)
三十四、失职致使在押人员脱逃罪中“在押人员”的 界定	(259)
附：参考法律、立法解释及司法解释等规范性文件	(265)

一、关于劳务行为与职务行为的界定

【要旨】 行为人因工作需要，在特定的时间、空间内实际控制本单位财物的，属于从事公务。

【基本案情】

◆案例 1

犯罪嫌疑人邢某，男，1982年3月19日出生，天津市人，原系某电力公司城南供电分公司小站用电营业所抄表员兼催费员。

犯罪嫌疑人滕某某，男，1980年4月25日出生，天津市人，原系某电力公司城南供电分公司小站用电营业所抄表员兼催费员。

某电力公司城南供电分公司小站用电营业所系国有事业单位。2003年至2008年间，犯罪嫌疑人滕某某、邢某利用在该单位负责抄表和催费以及代收电费的工作便利，采取实收少交的手段，分别贪污各自收取的电费45615.32元及93000元。赃款被二人全部挥霍。案发后，赃款已全部追缴并发还单位。

◆案例 2

犯罪嫌疑人崔某某，女，39岁，天津市人，原系某区地下水管中心税费征收组内勤。

2007年11月至12月，犯罪嫌疑人崔某某利用收取水费的职务之便，将收取的某工贸发展有限公司等4家单位开具的转账支票，转入其丈夫周某某的工资存折上，后取出存入崔某某的股票基金账户用于购买股票。2008年1月，犯罪嫌疑人崔某某陆续将挪用的水费款67400元归还单位。

◆案例3

犯罪嫌疑人王某某，男，1986年5月17日出生，天津市人，原系某供热工程有限公司维修部职工。

2007年3月至2010年7月间，犯罪嫌疑人王某某利用受其单位指派收取和保管居民供暖费的职务便利，采取收款不入账的手段，将单位公款18020元侵吞挥霍。2010年8月，经上级公司审计时发现后，犯罪嫌疑人王某某将上述款项全部退缴。

◆案例4

犯罪嫌疑人张某某，男，1969年6月21日出生，原系某县某镇农业办公室协勤。

2007年底，犯罪嫌疑人张某某利用其保管镇政府2006年虚报的国家种粮补贴款的机会，将其中的20417元直接侵吞，用于个人生活消费。案发后，赃款被全部追缴。

【争议焦点】

1. 应当如何区分行为人在单位中从事劳务与从事公务的行为？

一种意见认为，上述案例中的犯罪嫌疑人工作职责是收取、保管本单位财产或国家财产，在单位内从事的是劳务行为，犯罪嫌疑人从事的工作，对于国有资产仅是具体的保管和经手等劳务活动，不属于“从事公务”；另一种意见认为，行为人在特定的时间、空间内，因工作需要实际控制了本单位的财物，就应当认定是从事公务，属于国家工作人员。

2. 本单位的财物是否包括以单位名义代为保管的财物？

一种意见认为，贪污贿赂犯罪侵犯财产的范围应当作限制解释，避免扩大刑法打击面，国有单位工作人员收取的费用由于尚未纳入单位财务，不应认定为国有财产，收取费用的行为系犯罪嫌疑人的个人行为；另一种意见认为，1997年《刑法》将贪污贿赂犯罪从其他章节中独立规定就是为了加大对国有财产的保护力度，国有单位工作人员以单位名义代为保管的财物所有权没有发生变化，应当认定为国有财产。

3. 案例4中侵占虚报的国家种粮补贴款的行为是否构成贪污罪？

一种意见认为，刑法保护的法益以合法性为前提，案例4中犯罪嫌疑人张某某非法占有的财产本身是单位虚报的国家种粮补贴款，该补贴款的取得是违反国家种粮补贴政策相关法律法规的，不是所在单位的合法财产，张某某的行为不构成对单位财产权的侵犯；另一种意见认为，虚报的国家种粮补贴款不属于镇政府的合法财产，但补贴款属非法财产而非无主财产，应当依法追缴上交国库，侵吞补贴款的行为侵犯了国家财产所有权，故惩治张某某的贪污行为不是保护镇政府的非法利益，而是维护国家利益和职务行为的廉洁性。

【评析意见】

1. 案例中各犯罪嫌疑人以单位名义收取、保管本单位财物的行为在特定的时空上已经对国有财产具有控制、处分的权力，属于从事公务行为。

判断案例中各犯罪嫌疑人的刑事责任关键在于对收取、保管国有单位财物行为的认定，即是属于劳务行为还是公务行为。劳务行为是指物质生产和劳动服务活动，其不受财产所有制性质的限制。与劳务相比，公务活动的特点有两个：一是管理性。公务活动是对单位内部依照法律、法规、规章应当承担和执行的事务，进行组织、领导、监督、检查、办理等具有管理性质的活动。其内容、范围十分广泛，涉及社会生活的方方面面。二是职权性。公务活动一般都是在—一个机关、单位内部从事事务管理的职能部门中，由具有一定职务的工作人员，依照法律、法规和规章的有关规定进行，包括对涉及人、财、物、事的决定权、决策权、监督权、调查权、处置权、办理权等。对于国家公务人员来说，其一切权力都直接、间接来自于国家，即表现为公共权力的直接运用。没有相应的职务权力，不可能实现对社会的管理，也不可能保障社会在有条不紊的状态中向前发展。因此，公务活动表现为职权性的管理活动。

根据《刑法》第93条的规定，“从事公务”是国家工作人员的共同特征。2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》

明确“从事公务，是指代表国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等履行组织、领导、管理、监督等职责”，强调“公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动”，并将“那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作”，从公务中予以排除。根据上述规定，判断是否属于公务应以是否具备职权内容或管理性为标准。对具有职权内容或管理性的工作，应认定为公务活动。实践中，煤、水、电、气等国有公司的收费人员，经手收取煤、水、电、气等属国有财产的费用，具有依职权对国有财产经手、管理的性质，应认定为从事公务。

案例1~3中的犯罪嫌疑人均为国有单位在职人员，案例4中张某某为国家机关的协勤人员，他们共同的特征是在特定的时间内承担了对国有单位财产收取、保管的职责，是以国有单位的名义从事的活动，其权力直接来自于国有单位，是对公共权力，即国家对煤、水、电、气专营专卖权力以及对国家机关内部财产管理权力的直接运用。与普通的劳务活动、技术性工作不同，他们不是基于生产、经营、服务等工作性质而经手单位财物，而是基于对国有财产的管理职能控制财物的。上述犯罪嫌疑人的职责是对国有单位内部事务的管理活动，享有对国有财产实际控制、处分的权力，应当认定为从事公务。

2. 贪污贿赂犯罪中本单位的财物包括以单位名义代为保管的财物。

由于贪污贿赂犯罪具有严重的法益侵害性，现行《刑法》为了突出对此类犯罪的惩罚，将其规定为独立的犯罪类型。贪污贿赂犯罪侵犯的法益包括公共财产所有权和职务行为的廉洁性、不可收买性两方面。贪污贿赂犯罪对象应当限于公共财产，至于公共财产的范围《刑法》第91条作出了明确规定。公共财产不仅包括国有单位财务账目中的财产，也应当包括他人代为保管的财产。因为所有权中的占有、使用、收益、处分权能是可以脱离主权利独立行使的，对所有权归属没有影响，“谁占有即谁所有”是没有透过现象看本

质的片面观点。国有单位工作人员根据聘任或委派，承担收取煤、水、电、气等费用的工作时，是以国有单位的名义实施的，一般需要向用户提供统一的票据作为从事公务的证明，其行使的权力是单位赋予的，收取的费用当然属于国有单位所有，不应当以是否入账作为认定公款的标准。案例中滕某某、邢某收取的电费，崔某某收取的水费以及王某某收取的供暖费均是以所在单位的名义向用户收取的，侵吞的费用应当认定是国有单位的公款。

3. 案例4中张某某利用职务之便侵占虚报的国家种粮补贴款的行为应当认定构成贪污罪。

行为对象直接或者间接体现刑法所保护的法益。例如：国有单位的财物体现了国有单位对财物的所有权。同时，二者也有所区别：首先，一般来说，行为对象所呈现的是事物的外部特征，而保护法益则是内在本质；其次，行为对象并非在任何犯罪中都受到侵害，而保护法益在一切犯罪中都受到了侵犯；最后，行为对象不具有法益所具有的多种机能。刑法不同章节的设置是根据犯罪行为的客体不同界定的，不同的犯罪客体所反映的保护法益各不相同，因此判断行为是否构成犯罪以及构成何种犯罪，应当透过行为对象本身看行为本质上造成了何种保护法益的危害。即使犯罪行为作用的对象属于权利主体的非法利益，但是法律并不因此就允许其他行为人以严重危害社会的方法任意地占有该财物，虽然非法利益在法律意义上不属于占有主体所拥有，其所有权应属于国家或其合法所有人。但权利主体对非法利益享有的占有权仍然要受到法律保护，“黑吃黑”的行为对权利主体的占有权造成了法益侵害。行为人通过犯罪行为改变非法利益的权属状态，严重侵害了占有者的财产权益，仍然符合犯罪行为的本质特征。同时，非法利益最终应当通过正当程序收缴或发还而变成合法利益，因此作用于非法利益的犯罪行为也对真正权利主体的法益造成了危害。2005年最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第7条关于抢劫特定财物的定性规定，“以毒品、假币、淫秽物品等违禁品为对象，实施抢劫的，以抢劫罪定罪；……抢劫赌资、犯罪所得的赃款赃物