



检察实务专家指导丛书

总主编 陈辐宽
副总主编 谢佑平 周永年

3

职务犯罪 疑难问题解析

ZHIWU FANZUI YI' NAN WENTI JIEXI

周永年◎主编

真实案例拓展办案思路 法学理论破解实践难题

中国检察出版社



检察实务专家指导丛书

总主编 陈福宽
副总主编 谢佑平 周永年

3

职务犯罪 疑难问题解析

ZHIWU FANZUI YI' NAN WENTI JIEXI

周永年◎主编

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

职务犯罪疑难问题解析/周永年主编. —北京: 中国检察出版社, 2009. 4

ISBN 978 - 7 - 5102 - 0076 - 2

I. 职… II. 周… III. 职务犯罪 - 案例 - 分析 - 中国
IV. D924. 305

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2009) 第 055713 号

职务犯罪疑难问题解析

主编 周永年

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

电子邮箱: zgjccbs@vip. sina. com

电 话: (010)68682164(编辑) 68650015(发行) 68636518(门市)

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市燕山印刷有限公司

开 本: 720mm×960mm 16 开

印 张: 21.25 印张 插页 4

字 数: 390 千字

版 次: 2009 年 6 月第一版 2009 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 0076 - 2/D · 2056

定 价: 45.00 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

学术顾问

顾肖荣，中国法学会理事，国际刑法学学会中国分会常务理事，上海法学会副会长，上海社会科学院法学研究所所长、研究员、博士生导师。

严 励，中国犯罪学研究会副会长，上海市刑法学研究会副会长，上海政法学院副院长、教授、博士生导师。

谢佑平，中国刑事诉讼法学研究会副会长，最高人民检察院专家咨询委员，复旦大学法学院教授、博士生导师。

游 伟，国际刑法学学会中国分会理事，中国犯罪学研究会常务理事，华东政法大学刑事司法研究中心主任、教授。

杨兴培，华东政法大学教授、博士生导师。

徐澜波，上海社会科学院研究员，《政治与法律》杂志主编。

陈辐宽，西南政法大学客座教授，上海市人民检察院第二分院检察长。

周永年，全国检察业务专家，华东政法大学兼职教授，上海政法学院客座教授。

龚培华，法学博士，全国检察业务专家，华东政法大学兼职教授，上海政法学院客座教授。

徐燕平，上海政法学院客座教授，上海市检察业务专家。

《检察实务专家指导丛书》总序

陈 旭*

《检察实务专家指导丛书》是一套将上海市检察院、分院、基层院在司法实践方面的优势与复旦大学法学院在法学理论研究方面的优势相结合，追求实践为理论提供实证研究对象、理论为实践释疑解惑，实现两者良性互动的丛书。本书通过汇集全国特别是上海检察实务中遇到的重点、疑点和难点问题，结合案例，由法学理论专家和检察实务专家以现行的法律和司法解释为依据，逐个分析解答，论述客观，依据充分，旨在为司法实践提供参考，以厘清认识中的误区，排解实务人员的困惑，促进严格、公正、文明执法。

丛书内容翔实，既包括实体法、程序法专辑，也包括各项检察业务专辑。丛书的作者既有在法学理论领域有较高理论水平的著名专家学者，又有在检察实务领域有较高知名度的检察业务专家或专门人才。丛书坚持开创性、理论性和操作性的有机统一，以生动的案例和理性的思辨，力求走出一条检察理论与司法实践相结合，用科学理论指导检察实践，推进检察机关规范执法的探索之路。该书具有以下特点：

一是突出针对性。丛书针对司法实践中的重点、疑点和难点问题，列举“主案例”，提炼重点，蒸馏疑点，分析难点，在专家作出“指导意见”的基础上，又列举“辅助案

* 上海市人民检察院检察长。



例”进一步论证和诠释，并指明“关联法规”等法律依据，切实解决事实认定和法律适用等方面的争议。

二是把握实践性。丛书以现行法律、解释等各种规范为依据，突出实践性和实用性，坚持为办案服务，为检察工作服务的宗旨，用法学理论来破解实践难题。只有在缺乏法律规定或法律有重大瑕疵时，才提出作者的观点，理论深度中等，其对检察工作第一线的办案人员具有指导意义。

三是注重广泛性。丛书包括实体法、程序法和检察业务三个专辑，既体现了传统丛书对实体问题的重视，又结合案例，对司法实践中经常遇到的刑事、证据、民事行政等程序问题进行了深入探讨。同时，还对刑检、自侦、控申、监所、民行等检察业务进行了研究。

四是紧跟时代性。丛书不事先确定每册书籍的内容，而是根据司法实践中迫切需要解决的实体、程序和检察业务中的问题，以“之一、之二、之三”等形式，连续、滚动出版。因此，丛书是一个只有“起点”没有“终点”的开放体系，与时俱进，与检察实务同步，充分展现时代性。

五是立足可读性。丛书援引了发生在司法实践中的大量典型案例，融会了真实性、理论性和趣味性的统一。丛书摒弃空洞的理论和晦涩的文字，以朴实无华的语言，体现出通俗和专业的结合，使其既适用于“内行”，又有益于“外行”，凸显了工具书和教科书的双重价值。

丛书追求作为静态法学和作为灵动法学的统一与和谐，以达致充满活力、开放性和创造性，其对于干部培训工作也具有重要参考作用。最高人民检察院根据中央颁布的《干部教育培训工作条例》和《关于进一步加强人民法院、人民检察院工作的决定》，制定了《检察官培训条例》和《“十一五”期间全国检察干部教育培训规划》，明确了检察队伍建设的指导思想，确定了以提高广大干警的素质和能力为重点，加强针对性和实效性的职业培训要求。最近，上海检察机关也制定了《关于全面开展岗位练兵岗位成才活动的指导意见》，围绕“一个素质、四个能力”，即检察官综合素质和出庭公诉能力、法律文书写作能力、侦查突破能力和证据分析运用能力，突出检察实务技能和执法办案规范化“两个重点”，推进岗位练兵、岗位成才活动。中国检察出版社组织策划的《检察实务专家指导丛书》，以提高执法办案能力、服务一线干警为宗旨，对落实中央和最高人民检察院的干部培训部署具有重要的实践意义。

目 录 Catalogue

《检察实务专家指导丛书》总序	1
一、贪污罪	
1. 虚增中间单位侵吞国有资产、国有公司赢利机会的行为如何认定	3
[主 案 例] 王某贪污案	3
[辅助案例] 张某贪污案	10
李某、赵某贪污案	11
2. 用公款为自己购买保险的行为是否构成贪污罪	12
[主 案 例] 刘某贪污案	12
[辅助案例] 王某、张某、曹某贪污案	20
丁某挪用公款案	21
3. 不动产权属未变更型贪污犯罪的认定	23
[主 案 例] 王某贪污案	23
[辅助案例] 孙某贪污案	31
于某贪污案	32
4. 国企改制时隐匿国有财产并转入自己占有股份的民营公司的行为如何定性	33
[主 案 例] 张某某贪污案	33
[辅助案例] 杨某某徇私舞弊低价出售国有资产、贪污案	40
王某某贪污案	41
5. 挪用公款用于赌博后销毁凭证的行为应如何定性	43
——兼论“非法占有目的”的认定	
[主 案 例] 任某贪污案	43
[辅助案例] 郑某贪污案	51
张某贪污案	51
6. 以税务机关名义继续向印制单位收取已经停收的“监印费”的行为如何定性	53

[主 案 例] 杨某贪污案	53
[辅助案例] 昌某贪污案	60
徐某贪污案	61
7. 对资金自筹解决,以国有公司子公司名义注册登记的公司的性质应如何认定	62
[主 案 例] 郑某、贾某贪污案	62
[辅助案例] 沈某某贪污案	69
李某某、何某贪污案	70
二、贿赂犯罪	
8. 低价购房交易型受贿的数额认定问题	75
[主 案 例] 李某受贿案	75
[辅助案例] 李某受贿案	82
王某受贿案	83
9. “利用职务上的便利”及索贿的认定	84
[主 案 例] 张某某受贿案	84
[辅助案例] 陈某受贿案	90
何某受贿案	91
10. 利用下属的职权为他人谋利而收受财物的行为如何定性	92
[主 案 例] 陈某受贿案	92
[辅助案例] 张某受贿案	101
王某受贿案	101
11. 非国家工作人员受贿罪与受贿罪应如何区分	103
[主 案 例] 朱某受贿案	103
[辅助案例] 许某某受贿、挪用资金案	109
吴某受贿案	110
12. “事后受贿”行为如何认定	112
[主 案 例] 邢某受贿案	112
[辅助案例] 陈某受贿案	123
黄某受贿案	124
13. 要求被监管单位存款至指定银行帮助用款单位贷款并收受息差的行为能否认定为受贿罪	125

——兼论普通受贿与斡旋受贿的界定	
[主 案 例] 张某某受贿案	125
[辅助案例] 陈某受贿案	134
胡某某斡旋受贿案	135
14. 单位行贿经办人与受贿人瓜分回扣款行为的定性	136
[主 案 例] 机场货代公司行贿、乔某受贿案	136
[辅助案例] 某金属有限公司行贿案	143
某装饰有限公司对非国家工作人员行贿、胡某职务侵占案	143
15. 介绍贿赂罪是否应当以行贿或受贿罪成立为要件	145
——兼谈对斡旋受贿中“谋取不正当利益”的理解	
[主 案 例] 张某介绍贿赂案	145
[辅助案例] 孙某介绍贿赂案	152
张某受贿案	153
16. 受贿后不征、少征税款应定一罪还是数罪	154
[主 案 例] 李某徇私舞弊不征、少征税款及受贿案	154
[辅助案例] 曹某徇私舞弊不征、少征税款及受贿案	161
龚某受贿案	161
17. 受贿过程中为请托人谋取不正当利益的行为构成其他犯罪的，如何定罪处罚	163
——兼论特别法条与普通法条的关系	
[主 案 例] 萧某徇私枉法及舒某徇私枉法、受贿案	163
[辅助案例] 张某某受贿案	170
张某某受贿、徇私舞弊少征税款案	171
18. 许诺之后却未为他人谋利能否认定为受贿罪	172
——兼论受贿罪中“为他人谋取利益”要件的性质	
[主 案 例] 何某受贿案	172
[辅助案例] 黄某受贿案	184
关某受贿案	184
19. 行贿罪“谋取不正当利益”的认定	186
——兼论“贿赂对象的范围”	
[主 案 例] 陈某行贿案	186
[辅助案例] 于某行贿案	194
卢某受贿案	195

20. 将贪污款项误以为贿金予以收受的行为应当如何认定	196
[主 案 例] 李某某受贿案	196
[辅助案例] 胡某某盗窃案	204
21. 名为混合投资, 实为国有资本单独出资的有限责任公司能否认定为国有公司	206
——兼论“受委派”“从事公务”的界定	
[主 案 例] 李某受贿案	206
[辅助案例] 蒋某非国家工作人员受贿案	214

三、挪用及其他贪污贿赂犯罪

22. 挪用一般公物是否构成挪用公款罪	219
[主 案 例] 黄某挪用公款案	219
[辅助案例] 赵某、杨某挪用公款案	227
周某挪用公款案	227
23. 挪用公款后又有受贿行为应当如何认定	229
[主 案 例] 陆某某、曹某某挪用公款案	229
吴某挪用公款、受贿案	229
[辅助案例] 鞠某某挪用公款、受贿案	240
孔某某滥用职权、挪用公款案	241
24. 私分违法、违规投资、使用单位资产所获收益是否构成私分国有资产罪	243
[主 案 例] 何某私分国有资产案	243
[辅助案例] 张某、孙某私分国有资产案	251
褚某等贪污、巨额财产来源不明案	252
25. 将预收罚款以单位名义集体私分行为之定性	254
[主 案 例] 殷某某私分罚没财物案	254
[辅助案例] 邵某等私分罚没财物案	261
赵某某私分罚没财物案	262

四、渎职罪

26. 明知缴费凭证系伪造而审核通过是滥用职权还是玩忽职守	265
[主 案 例] 苏某滥用职权案	265
[辅助案例] 张某滥用职权案	277

郝某玩忽职守案	278
27. 如何正确认定玩忽职守罪中的因果关系	280
[主 案 例] 高某玩忽职守案	280
[辅助案例] 王某某等玩忽职守案	290
魏某玩忽职守案	291
28. 放纵走私罪与走私罪共犯的竞合问题	293
[主 案 例] 王某某走私案	293
[辅助案例] 高某某走私普通货物、刘某某放纵走私案	300
孙某等走私普通货物、走私废物案	301
29. 公安内勤能否成为帮助犯罪分子逃避处罚罪的主体及 与受贿能否并罚	303
[主 案 例] 刘某帮助犯罪分子逃避处罚、受贿案	303
[辅助案例] 贾某受贿、帮助犯罪分子逃避处罚案	315
孔某帮助犯罪分子逃避处罚案	316
30. 法院执行人员擅自将被查封财产转移给自家人的行为如何定性 ——兼论执行判决、裁定滥用职权罪的认定	318
[主 案 例] 刘某执行判决、裁定滥用职权案	318
[辅助案例] 卢某执行判决、裁定滥用职权案	326
后记	328

一、贪污罪

1. 虚增中间单位侵吞国有资产、国有公司赢利机会的行为如何认定

〔案情简介〕王某贪污案

被告人王某系某国有房地产开发公司（以下简称甲公司）总经理。2000年1月至6月间，在甲公司与丙公司已签订委托丙公司销售甲公司所有的24套商品房包销协议后，王某又以其妻和其子的名义成立了乙公司（实质上是“皮包”公司），并让丙公司与乙公司合作销售，按每平方米建筑面积40元的价格，由甲公司支付给并未提供销售服务的乙公司咨询费人民币10万余元。2000年9月至2001年6月间，甲公司又委托丙公司销售甲公司开发的商品房，在归还丁公司参建款的过程中，王某将原值390万元的20套房屋及原值220万元的1300平方米房屋先后抵押给丁公司。因丁公司希望得到现款，王某与丁公司商定，由乙公司分别以人民币350万元、210万元将上述房屋兑现抵付给丁公司。同时，王某又与丙公司商定由乙公司再将上述房屋加价（390万元、221万元）销售给丙公司，从而使乙公司获得差价款人民币51万元。

〔争议焦点〕

对于本案王某行为的定性，存在几种不同的观点：

第一种观点认为，王某的行为构成非法经营同类营业罪。理由在于：一是虽然乙公司名义上是王某的妻儿所开，但公司的实际操纵人是王某，其利用某国有房地产公司总经

1
虚增中间单位侵吞国有资产、国有公司赢利机会的行为如何认定



理的职务便利，非法为自己经营与其任职的国有企业同类的营业，获取非法利益。二是王某非法营业是为了达到获取非法利益的目的，事实上所产生的非法收益也确实归其所有或受其实际支配的。因此，应当认定为《刑法》第165条规定的非法经营同类营业罪。

第二种观点认为，王某的行为构成亲友非法牟利罪。理由在于：一是乙公司是经工商部门核准后合法设立的，公司股东是王某的妻儿，王某不是公司的股东，也不是公司的员工，他只是为自己妻儿所开的公司帮忙。二是乙公司在经营中有资金的投入，付出了一定的经营性劳动，这是乙公司获取非法收益的基础。三是乙公司实施的转手加价行为是一种非法的经营行为，王某利用其职务上的便利，为亲友牟取基于非法经营行为而产生的非法利润。其行为符合《刑法》第166条的规定，应当认定为为亲友非法牟利罪。

第三种观点认为，王某的行为构成贪污罪。理由在于：一是王某系某国有房地产公司的总经理，其身份符合贪污犯罪的犯罪主体要求。二是王某利用某国有房地产公司总经理的职务便利，通过虚设中间环节，将属于国有公司的利益非法占为己有。虽然乙公司股东是王某的妻儿，但实际控制人是王某。三是乙公司虽然有一定的资金投入，但是乙公司成立的目的就是为了侵占国有公司的利益，资金的投入只是为了侵吞国有企业的利益创造条件，是一种犯罪成本。四是乙公司经营的业务只有这一次转手加价业务，除此以外未经营过任何其他业务。乙公司既没有实际的经营场地，也没有其他经营人员。所以王某利用职务便利，虚增中间单位，获取加价后的非法利益应属《刑法》第382条规定的贪污罪。

可见，本案的争议焦点在于：本案中王某的行为构成贪污罪或是非法经营同类营业罪或是为亲友非法牟利罪？

【关联法规】

《中华人民共和国刑法》第93条、第165条、第166条、第382条。

【专家指导】

要准确界定本案的性质，必须对贪污罪、非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪的犯罪构成要件作细致的甄别。贪污罪，是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。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。为亲友非法牟利罪，是指国有公司、企业、事业单位的工作人员，利用职务上的便利，非法为亲友牟利，致使国家利益遭受重大损失的行为。贪污罪、非法经营同类营业罪和为亲友非法牟利罪三者在构成要件上存在包含和交

叉的地方，三个罪名的相同之处在于：（1）从犯罪主体来看，三罪的犯罪主体有重合的地方，即国有公司、企业的董事和经理为三者共同的犯罪主体；（2）从犯罪主观方面来看，三罪都只能由直接故意构成；（3）从犯罪客观方面来看，三者都是利用职务之便而实施的职务犯罪行为。因此，司法实践中容易将三者混淆。但是，从犯罪构成本质上分析，三者之间还是存在着本质上的区别。

一、贪污罪与非法经营同类营业罪的区别

（一）主体范围不同

贪污罪和非法经营同类营业罪的主体都是特殊主体，但是两者的范围不同。贪污罪的主体是国家工作人员。根据《刑法》第93条的规定，国家工作人员，是指在国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。

非法经营同类营业罪的主体仅限于国有公司、企业的董事、经理，是国家工作人员的组成部分。我国《公司法》第47条和第50条对公司董事会及经理的法定职权作了详细的规定，董事会是公司的经营决策机构，经理是主持日常经营工作的公司负责人，对公司业务的管理享有广泛的权利。要认定本罪的董事、经理，必须以《公司法》的规定为准。

在司法实践中，对董事的认定比较容易，通常有争议的是对经理的认定。争议的焦点主要是国有公司、企业的副经理、部门经理、项目经理、分公司经理能否成为本罪的主体。过去许多学者都认为副经理、部门经理、项目经理、分公司经理并非《公司法》意义上的经理，他们的主要理由是：（1）根据我国2004年修正的《公司法》第50条规定，有限责任公司经理的职权之一：提请聘任或者解聘公司副经理、财务负责人。这说明副经理等不同于经理。（2）2004年修订的《公司法》第61条并未将副经理等纳入规定的竞业禁止义务主体范围。但2006年《公司法》修订之后，对竞业禁止义务主体范围作出了新的规定。根据现行《公司法》第149条的规定，竞业禁止的义务主体范围扩大为董事和高级管理人员。现行《公司法》之所以要扩大这一范围，主要原因是现实生活中出现了除公司董事、经理以外的其他高级管理人员利用自己在国有公司、企业掌握材料、物资、销售计划、人事等职务便利，实施了损害公司利益的非法竞业行为。上述人员实施竞业行为获利巨大的行为，同样利用了国有公司、企业的管理漏洞，造成国有财产大量流失，对国家利益造成严



重损害。因此,我们认为本罪主体中的经理,不仅包括国有公司、企业的总经理,而且还包括在实践中有利用职务之便实施非法经营同类营业可能的公司副总经理、部门经理、项目经理以及分公司经理等高级管理人员。

(二) 犯罪客体不同

贪污罪是刑法第八章“贪污贿赂罪”中的一种犯罪,目前理论界一般认为贪污犯罪的客体是国家工作人员的职务廉洁性和公共财产所有权,只是对于哪一个为主要客体存在争议。^①非法经营同类营业罪则属于《刑法》第三章“破坏社会主义市场经济秩序罪”中第三节“妨害对公司、企业的管理秩序罪”中的一种犯罪,其侵犯的客体是国有公司、企业的管理秩序和国家的经济利益,不包括国有公司、企业的财物所有权。正因为两罪侵犯的客体不同,贪污罪的社会危害性比非法经营同类营业罪大,因此,刑法规定非法经营同类营业罪的法定最高刑是七年,而贪污罪的法定最高刑则可以达到判处死刑。

(三) 故意内容和犯罪对象不同

两罪的主观方面虽然都为直接故意,但故意内容不同,犯罪目的不同。贪污罪犯罪目的为非法占有公共财物,而非法经营同类营业罪的犯罪目的为获得非法利益。根据《刑法》第91条的规定,贪污罪的犯罪对象——“公共财产”是指:“(一)国有财产;(二)劳动群众集体所有的财产;(三)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。”此外,特殊贪污罪的犯罪对象还包括“保险金”、“本单位财物”、“应交公的礼物”等。非法经营同类营业罪中所指“非法利益”的性质虽然也为国家利益的组成部分,但其与贪污罪的犯罪对象——公共财物具有本质区别。非法经营同类营业罪中行为人所获之非法利益应当是国有公司、企业的可期待利益,后被行为人通过非法竞业行为非法获得。所以,该非法利益表现为经营非法竞业的公司、企业通过一定的经营活动所能获得的利润、收益和行为人个人的非法所得,它并不是直接体现为国有公司、企业的财物。而贪污罪中行为人非法占有的公共财物是行为人自己主观、管理、经手或经营的财物,是已经归国家所有的财物,是国家的既得利益。从本质上来说,贪污罪的行为人具有不劳而获的心理,非法经营同类营业罪的行为人是希望通过一定的经营运作获得可能的商业利益。

① 高铭喧主编:《刑法学》,北京大学出版社、高等教育出版社2000年版,第627页;张明楷:《刑法学》,法律出版社2003年版,第858页。