

定罪量刑与办案精要系列

# 常见职务犯罪 定罪量刑与办案精要

THE CONVICTION, SENTENCE AND HANDLING STRATEGY  
OF COMMON DUTY CRIME

★ 常见的二十余种职务犯罪  
剖析典型案例 明确量刑标准 总结办案策略 提示法律风险

★ 结合2018年3月20日公布施行的《中华人民共和国监察法》编写

莫基君 莫文球 编著  
吴晗 刘晓

中国法制出版社  
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

# 常见职务犯罪定罪量刑与办案精要

中国法制出版社

CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

图书在版编目(CIP)数据

常见职务犯罪定罪量刑与办案精要/莫基君等编著.—北京:中国法制出版社,2019.3

ISBN 978-7-5216-0024-7

I.①常... II.①莫... III.①职务犯罪-研究-中国IV.①D924.304

中国版本图书馆CIP数据核字(2019)第026143号

策划编辑/责任编辑:韩璐玮(hanluwei666@163.com) 封面设计:杨泽江

常见职务犯罪定罪量刑与办案精要

CHANGJIAN ZHIWU FANZUI DINGZUI LIANGXING YU BAN'AN  
JINGYAO

编著/莫基君等

经销/新华书店

印刷/

开本/710毫米×1000毫米 16开 印张/ 17 字数/ 200千

版次/2019年3月第1版 2019年3月第1次印刷

中国法制出版社出版

书号ISBN 978-7-5216-0024-7 定价:59.00元

北京西单横二条2号

邮政编码 100031 传真:010-66031119

网址:<http://www.zgfzs.com> 编辑部电话:010-66070084

市场营销部电话:010-66033393 邮购部电话:010-66033288

(如有印装质量问题,请与本社印务部联系调换。电话:010-66032926)

# 序

“国家之败,由官邪也。”

职务犯罪作为一种社会历史现象,伴随阶级、国家、职务、法的产生而出现。近年,我国职务犯罪案件数量呈增多趋势,社会影响恶劣,败坏了党和政府形象。

引发职务犯罪的原因复杂,涉及体制、文化教育、社会价值取向等多个领域。预防惩处职务犯罪是一项系统工程,需要全社会共同努力,方能从根本上解决。打击是手段、教育是根本、预防是目的,为此本书作者编写《常见职务犯罪定罪量刑与办案精要》一书,供实务人员阅读,认识职务之图(贪图、图谋)的后果及法律风险。

本书作者均系一线基层法律实务人员,实务经验丰富。本书的显著特点有二:一是从实务出发,凝炼实务辩护思路,探究各类职务犯罪认定和预防的关键环节,以案说法、用案析理;二是语言通俗简明,直入主题,符合现代人的读书节奏与阅读习惯。

本书严格遵行《中华人民共和国刑法》罪名设置顺序,形成全书的统一体例:第一章至第十五章为常见职务犯罪,第十六章至第十七章为其他职务犯罪及非国家工作人员职务犯罪,各章通过案例引出对应的罪名,系统阐述对应罪名的概念、最新法律法规、立案标准、量刑标准等基础知识。读者通过阅读浅显易懂的案例解析和基本知识,能够较为全面地了解职务犯罪的基本理论和司法应用情况,知晓在履行职务过程中哪些行为是不为法律所允许的,从而避免履职中触碰法律底线。

“畏法律而不敢取”,希望本书能让读者朋友们有所收获!

广西民族大学法学院党组书记 蒋慧教授

2019年1月

# 前言 职务犯罪

## 一、职务犯罪的渊源及概念

职务犯罪是社会历史发展中必然出现的现象,自古以来职务犯罪就不被社会所容忍,如夏商周时期对犯“昏”“贼”“墨”三罪的都要处以死刑,其中这里的“墨”指的就是官员违法乱纪。西周的《吕刑》也提及司法官员的五种职务犯罪——“惟官、惟反、惟内、惟货、惟来”,其中的“惟货”和“惟来”分别指敲诈勒索、行贿受贿和接受请托、贪赃枉法。

现代意义的职务犯罪分广义和狭义两种。广义上的职务犯罪是指一切有一定职权的人,在从事与职权或职务相关的活动中,由于违法作为或违法不作为而触犯国家刑法、应受刑罚制裁的行为;狭义上的职务犯罪仅指国家工作人员在从事公务活动中,由于违法作为或违法不作为而触犯刑法、应受刑罚制裁的行为。本书介绍的职务犯罪是广义上的职务犯罪。

## 二、职务犯罪的特点

与其他常见的犯罪,特别是常见的暴力犯罪相比,职务犯罪有其自身的特点:

- 1.职务犯罪往往都存在“公”与“私”的相互关系。行为人因其特定的身份及职务要求,在进行职务犯罪时往往打着“公平”“合法”执行职务的身份进行或实施以权谋利、将公权暗化为私权来谋取个人(私)利益。如果没有相应职务及权力,即“公”的旗号,行为人就难以获取“私”利,继而也就不存在职务犯罪。

- 2.职务犯罪的社会危害性相对隐蔽。常见的一般犯罪如杀人、放火、抢劫、贩卖毒品等,除受害者与犯罪嫌疑人利益冲突激烈外,还因犯罪侵害

的对象是人身权利和财产权利,对社会安全及社会秩序的影响会即时进行传递,让人的感官马上意识到其危害性。而职务犯罪是行为人利用职务之便在单位内部实施的,如贪污贿赂犯罪侵犯的对象又是属于国家或集体的公共财产,或者是行贿者为谋取私利主动送财上门,国家机关工作人员不履行职权或者不正确履行职权,即便造成严重后果也不会即时传递,社会感官意识里认识不到是由于工作人员不作为、乱作为才导致出现了后果。正是因为职务犯罪一般不是以公民个人利益为直接侵害对象,因此,外人既不容易了解贪污者或者渎职者的职务内幕,又不容易与之发生直接的利益冲突,故不易被察觉和揭露。其社会危害性属于潜移默化式的侵蚀。

3.职务犯罪的作案手段智能化程度高、隐蔽性强。职务犯罪主体一般文化水平相对较高、阅历较为丰富,对自己职务范围内的情况了如指掌,深知本行业管理制度和机制中的漏洞,以权谋私的行为方式越来越隐蔽,规避法律的手段越来越狡猾。

4.职务犯罪还具有窝案、串案多,结伙犯罪成趋势的特征,有些行为人的职务本身就来源于某个利益共同体,无论是基于抱团取暖的心态还是对“提拔”的感恩之情。职务犯罪谋取的私利也出现了利益均沾。行为人同在一个系统工作,并在同一事项的决策过程中互有联系,是一个利益共同体,因而互相关照、结伙犯罪。

### 三、职务犯罪的构成

1.职务犯罪的主体除个别罪名(如行贿罪)外,大部分均要求特定的身份及职务特征。例如,贪污罪、受贿罪要求的是国家工作人员;利用影响力受贿罪要求的是国家工作人员的近亲属或者其他与该国家工作人员关系密切的人,以及离职的国家工作人员或者其近亲属以及其他与其关系密切的人;刑讯逼供罪和暴力取证罪要求的主体必须是司法工作人员;单位受贿罪要求的是国有单位构成,包括国家机关、国有公司、企业、事业单

位、人民团体等。

2.职务犯罪的客体也与其他大多数犯罪客体不同。基本上职务犯罪都存在侵犯两种或两种以上的社会关系,既犯罪客体为多重客体,如果将职务犯罪作为与普遍刑事犯罪相区别的一类犯罪,那么此类犯罪无一例外地侵犯了国家对职务活动的管理职能,同时还侵犯了具体的社会关系。职务犯罪除侵犯了国家对职务活动的管理职能这一同类客体外,往往还要侵犯其他的具体社会关系。例如,受贿罪还同时侵犯了国家工作人员职务行为的廉洁性,刑讯逼供罪同时侵犯了公民的人身权利,这表明职务犯罪侵犯的客体是多重性及复杂性的。

3.职务犯罪的主观要件基本上由故意构成,与其他常见普通犯罪差别不大。例如,国家工作人员利用职务上的便利实施的贪污、贿赂、挪用公款、私分国有资产、巨额财产来源不明、隐瞒境外存款不报等行为;当然,也存在少数职务犯罪由过失构成,如玩忽职守罪、重大责任事故罪。

4.职务犯罪的客观要件核心在于“利用职务上的便利”,这也是职务犯罪有别于其他类型犯罪的特点。我国法律规定职务犯罪的客观要件主要有以下三种形式:一是利用职务之便;二是滥用职权;三是严重不负责任,不履行或不正确履行职务。为此,职务犯罪必须与国家工作人员的职责有必然的联系,是在履行职责过程中发生的犯罪行为。如果行为人的犯罪行为与其职责无关,则不能构成职务犯罪。

#### 四、职务犯罪的法律规定

现行《中华人民共和国刑法》将狭义的职务犯罪分为贪污贿赂型、渎职型和侵权型三种类型,共五十八个罪名。其中:

《中华人民共和国刑法》第八章规定贪污贿赂型职务犯罪共有十四个罪名,以贪污贿赂罪为代表,包括:(1)贪污罪;(2)挪用公款罪;(3)受贿罪;(4)单

位受贿罪;(5)利用影响力受贿罪;(6)行贿罪;(7)对有影响力的人行贿罪;(8)对单位行贿罪;(9)介绍贿赂罪;(10)单位行贿罪;(11)巨额财产来源不明罪;(12)隐瞒境外存款罪;(13)私分国有资产罪;(14)私分罚没财物罪。

《中华人民共和国刑法》第九章规定渎职型职务犯罪共有三十七个罪名,以滥用职权罪和玩忽职守罪为代表,包括:(1)滥用职权罪;(2)玩忽职守罪;(3)故意泄露国家秘密罪;(4)过失泄露国家秘密罪;(5)徇私枉法罪;(6)民事、行政枉法裁判罪;(7)执行判决、裁定失职罪;(8)执行判决、裁定滥用职权罪;(9)枉法仲裁罪;(10)私放在押人员罪;(11)失职致使在押人员脱逃罪;(12)徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪;(13)徇私舞弊不移交刑事案件罪;(14)滥用管理公司、证券职权罪;(15)徇私舞弊不征、少征税款罪;(16)徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪;(17)违法提供出口退税证明罪;(18)国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪;(19)违法发放林木采代许可证罪;(20)环境监管失职罪;(21)食品监管渎职罪;(22)传染病防治失职罪;(23)非法批准征收、征用、占用土地罪;(24)非法低价出让国有土地使用权罪;(25)放纵走私罪;(26)商检徇私舞弊罪;(27)商检失职罪;(28)动植物检疫徇私舞弊罪;(29)动植物检疫失职罪;(30)放纵制售伪劣商品犯罪行为罪;(31)办理偷越国(边)境人员出入境证件罪;(32)放行偷越国(边)境人员罪;(33)不解救被拐卖、绑架妇女、儿童罪;(34)阻碍解救被拐卖、绑架妇女儿童罪;(35)帮助犯罪分子逃避处罚罪;(36)招收公务员、学生徇私舞弊罪;(37)失职造成珍贵文物损毁、流失罪。

侵权型职务犯罪一般指以下七个罪名,分散于《中华人民共和国刑法》各章节中。以刑讯逼供罪和报复陷害罪为代表,包括:(1)国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁罪;(2)国家机关工作人员利用职权实施的非法搜查罪;(3)刑讯逼供罪;(4)暴力取证罪;(5)虐待被监管人罪;(6)报复陷害罪;(7)国家机关工作人员利用职权实施的破坏选举罪。

上述职务犯罪指的是狭义的职务犯罪,就广义职务犯罪而言,还包括非国

家工作人员的职务犯罪,如职务侵占罪;挪用资金罪;非国家工作人员受贿罪;对非国家工作人员行贿罪;签订、履行合同失职被骗罪;虚报注册资本罪;虚假出资、抽逃出资罪;妨害清算罪;高利转贷罪;非法吸收公众存款罪;非法购买增值税专用发票罪;购买伪造的增值税专用发票罪;虚假广告罪;串通投标罪;非法经营罪;强迫职工劳动罪等,同样分散于《中华人民共和国刑法》各章节中。

## 五、本书重点论述的罪名

就我国现行法律涉及的职务犯罪而言,基本囊括了因职务可能导致犯罪的方方面面,但司法实务中较为常见的是《中华人民共和国刑法》第八章规定的十四个罪名。本书以每个罪名涉及的法条为章节,就常见的职务犯罪逐一进行介绍。第一章至第十二章是国家工作人员贪污贿赂类犯罪,包括贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、行贿罪等。第十三章至第十四章是国家机关工作人员渎职犯罪,如滥用职权罪、玩忽职守罪等。第十五章至第十六章是国家机关工作人员侵权犯罪,如刑讯逼供罪、报复陷害罪等。第十七章增加介绍了几个最为常见的非国家工作人员职务犯罪,作为与国家工作人员职务犯罪的对比。

本书的写作是以介绍基础知识为导向,以实务可行为原则。因此,更多知识及篇章直接来自法条、司法解释的规定。

希望读者诸君通过阅读本书能有所收获,如能用于指导(远离)职务犯罪则更是我们所期待的。

目录

[封面](#)

[扉页](#)

[版权信息](#)

[序](#)

[前言 职务犯罪](#)

[第一章 贪污罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第二章 挪用公款罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第三章 受贿罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护技巧](#)

[六、预防](#)

[第四章 单位受贿罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护技巧](#)

[六、预防](#)

[第五章 利用影响力受贿罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护技巧](#)

[六、预防](#)

[第六章 行贿罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护技巧](#)

[六、预防](#)

[第七章 对有影响力的人行贿罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第八章 对单位行贿罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第九章 介绍贿赂罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第十章 单位行贿罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第十一章 巨额财产来源不明罪和隐瞒境外存款罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第十二章 私分国有资产罪和私分罚没财物罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第十三章 滥用职权罪、玩忽职守罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第十四章 国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第十五章 刑讯逼供罪、暴力取证罪](#)

[一、典型案例](#)

[二、基本法律常识](#)

[三、立案标准](#)

[四、量刑标准](#)

[五、辩护思路](#)

[六、预防](#)

[第十六章 其他常见国家工作人员职务犯罪](#)

一、徇私枉法罪;民事、行政枉法裁判罪;执行判决、裁定失职罪;执行判决、裁定滥用职权罪;枉法仲裁罪

(一)概念法条

(二)解析

(三)立案标准

(四)量刑标准

(五)辩护思路

(六)预防

二、徇私舞弊不移交刑事案件罪

(一)概念法条

(二)解析

(三)立案标准

(四)量刑标准

(五)辩护思路

(六)预防

三、环境监管失职罪、食品监管渎职罪、传染病防治失职罪

(一)概念法条

(二)解析

(三)立案标准

(四)量刑标准

(五)辩护思路

(六)预防

四、帮助犯罪嫌疑人逃避处罚罪

(一)概念法条

(二)解析

(三)立案标准

(四)量刑标准

(五)辩护思路

[\(六\)预防](#)

[五、报复陷害罪](#)

[\(一\)概念法条](#)

[\(二\)解析](#)

[\(三\)立案标准](#)

[\(四\)量刑标准](#)

[\(五\)辩护思路](#)

[\(六\)预防](#)

[第十七章 非国家机关工作人员职务犯罪](#)

[一、职务侵占罪](#)

[\(一\)概念法条](#)

[\(二\)解析](#)

[\(三\)立案标准](#)

[\(四\)量刑标准](#)

[\(五\)辩护思路](#)

[\(六\)预防](#)

[二、挪用资金罪](#)

[\(一\)概念法条](#)

[\(二\)解析](#)

[\(三\)立案标准](#)

[\(四\)量刑标准](#)

[\(五\)辩护思路](#)

[\(六\)预防](#)

[三、非国家工作人员受贿罪](#)

[\(一\)概念法条](#)

[\(二\)解析](#)

[\(三\)立案标准](#)

[\(四\)量刑标准](#)

[\(五\) 辩护思路](#)

[\(六\) 预防](#)

[四、对非国家工作人员行贿罪](#)

[\(一\) 概念法条](#)

[\(二\) 解析](#)

[\(三\) 立案标准](#)

[\(四\) 量刑标准](#)

[\(五\) 辩护思路](#)

[\(六\) 预防](#)

[五、签订、履行合同失职被骗罪](#)

[\(一\) 概念法条](#)

[\(二\) 解析](#)

[\(三\) 立案标准](#)

[\(四\) 量刑标准](#)

[\(五\) 辩护思路](#)

[\(六\) 预防](#)

[附录](#)

[后记](#)

# 第一章 贪污罪

贪污犯罪是古今中外一直存在的一种犯罪形式,是国家廉政建设的大敌。

西方国家以及我国的香港地区并未给贪污一词一个独立的罪名。在国际上和我国香港地区对其法律含义的解释是相当宽泛的,通常认为贪污犯罪是对公职人员诈骗罪、公职人员侵占罪、公职人员拥有来源不明财产罪等几种具体犯罪的概称,而不是一种独立的罪名。每两年一次的国际反贪污大会中的“贪污”一词使用的英文单词为corruption,包含了官员各种贪赃受贿、营私舞弊的行为,大会所讨论的主要贪污内容之一就是受贿。但是我国对贪污犯罪的立法并没有采取这一观点,而是从狭义上进行了定义,《中华人民共和国刑法》第三百八十二条第一款规定“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,是贪污罪”。

随着我国经济持续、高速发展,贪污犯罪也呈现大幅上升的势头,极大影响了民众对政府的信赖程度。

## 一、典型案例

案例一:国有事业单位改制过程中,国家工作人员瞒报国有资产的行为,构成贪污罪【《中华人民共和国最高人民法院公报》2005年第7期(总第105期)】

法院经审理查明:2002年下半年,经无锡市北塘区改革工作领导小组办公室同意,全民所有制的原设计所进行改制工作,委托宝光会计所对原设计所的全部资产及负债进行评估,确定2002年11月30日为资产评估基准日。被告人束某某利用担任原设计所所长的职务便利,对改制基准日前原设计所承接的建筑设计项目合同应收款1020795元,不按规定如实申报,致使宝光会计所于2003年6月11日提交的资产评估报告书中,对该部分资产未作评估。

2003年9月5日,经工商变更登记确认,原设计所更名为嘉德公司,被告人束某某个人投资占嘉德公司总投资的25%,成为嘉德公司的法定代表人,另一国有事业单位市政设计院的投资占嘉德公司总投资的10%。

案发后,宝光会计所对原设计所未如实申报的1020795元建筑设计项目合同应收款重新进行了评估。扣除在改制基准日前原设计所为履行合同应当支付的成本费用,再扣除改制基准日后因嘉德公司代为履行了合同而应当由嘉德公司收取的费用,宝光会计所确认原设计所被瞒报的净资产值为413287.78元,此款由原设计所改制成的嘉德公司收取。

原设计所委派钱某为项目负责人履行了盐都宏都花园的建设工程设计合同后,工程设计费86000元于改制基准日后到账。2003年2月,钱某按25%的比例,领取了完成此项目的奖金21500元。钱某在改制基准日后领取的奖金,未从宝光会计所确认的瞒报净资产值中扣除。硕放镇星月苑B区工程项目中的勘察费,已由市政设计院在该项目设计费中直接支付给完成

此项勘察工作的华东勘察院,宝光会计所确认的瞒报净资产值中,只计算了扣除勘察费后的设计费,故勘察费不应再从瞒报净资产值中扣除。从宝光会计所确认的瞒报净资产值中,扣除钱某领取的奖金,原设计所被瞒报的净资产值应为391787.78元。

一审法院判决:

被告人束某某犯贪污罪,判处有期徒刑五年,并处没收财产10万元。

案例二:为了谋利开设账户私下进行期货交易,盈利归自己,亏损即转嫁给国有企业,构成贪污罪【《中华人民共和国最高人民法院公报》2003年第2期(总第82期)】

法院经审理查明:

被告人窦某某自1995年5月起,担任中国有色金属材料华东公司(以下简称华东公司)期货部经理。被告人冼某某自1995年4月至1996年6月,任上海市金属材料总公司(以下简称金属公司)期货部报单员。二人因业务关系相识后,冼某某提出,以其丈夫朱某的名义开设私人账户。窦某某同意,在华东公司期货部为冼某某设立了编码为034的私人账户。

1995年11月1日,被告人冼某某电话委托被告人窦某某,在034账户上买入交割期为1995年11月、代号为9511的胶合板300手(每手200张,买入价为每张43.7元)。成交后,胶合板行情下跌,冼某某为避免个人损失,利用其报单员的职务便利,通知窦某某将这300手合约转入金属公司开设的001期货自营账户上。窦某某同意,但提出冼某某必须向该公司副总经理何某报告。当日交易所收盘后,窦某某通知华东公司的结算人员,将原本应入034私人账户上的300手胶合板合约,转入金属公司的001自营账户。冼某某则对何某谎称,该300手合约是其听错指令购入的,因此得到金属公司认可,记入该公司持仓情况汇总表。11月1日胶合板的收盘价为每张43.06

元。因冼某某的转嫁行为,300手胶合板合约使得金属公司当天持仓亏损3.84万元。之后,冼某某按何某的指令,将这300手合约平仓卖出,共亏损26.9万元。

1995年11月17日,被告人冼某某电话通知被告人窦某某,要求在034账户上买入交割期为1995年12月、代号为9512的红小豆400手(每手2吨,每吨买入价为2380元)。成交后,红小豆价格上涨,冼某某电话通知窦某某下仓。而窦某某认为红小豆的行情还会继续上涨,劝冼某某再看一看,冼某某同意。但在当日临收盘前,红小豆价格下跌。交易所收盘后,冼某某给窦某某打电话,责怪其没有及时平仓。窦某某坚称此行情还会看好,并表示如果冼某某后悔,这400手可算在他们公司的自营账户上,冼某某听后默认。窦某某随后电话通知华东公司结算人员,将原本应入冼某某私人账户上的合约,转入华东公司编号为018的自营账户上。当日红小豆的收盘价为每吨2345元,400手红小豆合约使华东公司当天持仓亏损2.8万元。同年11月22日,窦某某因担心红小豆行情继续下跌会影响当年利润指标的完成,遂决定将400手红小豆平仓,此举使华东公司亏损24.4万元。平仓后,红小豆行情反弹,窦某某又大量买入后不久即平仓,又使华东公司获利。

案发后,被告人窦某某退缴44万元,被告人冼某某退缴9万元。

一审法院判决:

一、被告人窦某某犯贪污罪,判处有期徒刑一年六个月。

二、被告人冼某某犯贪污罪,判处有期徒刑一年九个月。

## 二、基本法律常识

### 【概念及法条】

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。

#### 《中华人民共和国刑法》

第三百八十二条 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,是贪污罪。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员,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国有财物的,以贪污论。

与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。

第三百八十三条 对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:

(一)贪污数额较大或者有其他较重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。

(二)贪污数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。

(三)贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。

对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚。

犯第一款罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第一项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有第二项、第三项规定情形的,可以从轻处罚。

犯第一款罪,有第三项规定情形被判处死刑缓期执行的,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。

第三百九十四条 国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物,依照国家规定应当交公而不交公,数额较大的,依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

第二百八十七条 利用计算机实施金融诈骗、盗窃、贪污、挪用公款、窃取国家秘密或者其他犯罪的,依照本法有关规定定罪处罚。

第一百八十三条 保险公司的工作人员利用职务上的便利,故意编造未曾发生的保险事故进行虚假理赔,骗取保险金归自己所有的,依照本法第二百七十一条的规定定罪处罚。

国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员有前款行为的,依照本法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。

第九十三条 本法所称国家工作人员,是指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。

第九十一条 本法所称公共财产,是指下列财产:

(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,以公共财产论。

### 【构成要件】

- 1.本罪的犯罪主体为特殊主体,即必须是国家工作人员或者受委托管理、经营国有财产的人员。
- 2.本罪侵犯的客体是复杂客体。既侵犯了公共财物的所有权,又侵犯了国家机关、国有企业事业单位的正常活动以及职务的廉洁性,但主要是侵犯了职务的廉洁性。侵犯的是公共财物,所谓公共财产,是指国有财产、劳动群众集体所有的财产和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。
- 3.本罪在主观方面必须出自直接故意,即具有非法占有公共财物的目的。
- 4.本罪的客观方面表现为利用职务之便,侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。

### 【常见方式】

- 1.侵吞财物,是指行为人将自己管理或经手的公共财物非法转归自己或他人所有的行为。例如,将自己管理或经手的公共财物加以隐匿、扣留,应上缴的不上缴、应支付的不支付、应入账的不入账,如上述案例一中的被告人束某某作为经营国有企业多年的法定代表人,在改制过程中隐瞒国有资产;或者将自己管理、使用或经手的公共财物非法转卖或擅自赠

送他人;或者将追缴的赃款赃物或罚没款物私自用掉或非法据为己有。

2.窃取财物,是指行为人利用职务之便,采取秘密窃取的方式,将自己管理的公共财物非法占有的行为,也就是通常所说的监守自盗。

3.骗取财物,是指行为人利用职务之便,采取虚构事实或隐瞒真相的方法,非法占有公共财物的行为。例如,出差人员用涂改或伪造单据的方法虚报或谎报支出冒领公款,工程负责人多报工时或伪造工资表冒领工资,收购人员谎报收购物资等级从中骗取公款等。

4.其他方法,是指除了侵吞、盗窃、骗取之外,其他非法占有公共财物的方法。主要有以下几种方法:

(1)内外勾结,迂回贪污。

(2)公款私存、私贷,将利息据为己有。

(3)利用回扣、合同等的形式非法占有公款。

(4)占有应交单位的劳务收入。

(5)消极地把亏损、风险转嫁给公款单位,致使国家利益遭受损失。例如,上述案例二中的窦某某、洗某某,并不是利用职务上的便利,直接侵吞、窃取、骗取公共财物,而是将自己经营期货的风险、亏损转嫁到国有企业,由企业承担亏损。

### 【疑点解析】

#### 1.何谓国家工作人员

《中华人民共和国刑法》第九十三条规定,本法所称国家工作人员,是指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。

根据该条的规定,国家工作人员可以分为四类:

(1)国家机关工作人员,指各级国家权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军事机关中从事公务的人员。根据有关规定,参照国家公务员条例进行管理的人员,应当以国家机关工作人员论。例如,根据中央和国务院有关规定,参照国家公务员条例管理的各级党委、政协机关中从事公务的人员,应视为国家机关工作人员。此外,根据2002年12月28日《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第九章渎职罪主体适用问题的解释》,以下人员也视为国家机关工作人员:

- ①在依照法律、法规规定行使职权的组织中从事公务的人员;
- ②在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员;
- ③虽未列入国家机关人员编制,但在国家机关中行使职权的人员。

(2)国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员。这里的国有公司,是指依照公司法成立,财产全部属于国家所有的公司。国有资本控股及参股的股份有限公司不属于国有公司。国有企业,是指财产全部属于国家所有,从事生产、经营活动的营利性的非公司化经济组织。国有事业单位,是指受国家机关领导,财产属于国家所有的非生产、经营性单位,包括国有医院、科研机构、体育、广播电视、新闻出版等单位。人民团体,是指由国家组织成立的、财产属于国家所有的各种群众性组织,包括乡级以上工会、共青团、妇联等组织。

(3)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,这里的委派是指受有关国有单位委

任而派往非国有单位从事公务。被委派的人员,在被委派以前可以是国家工作人员,也可以是非国家工作人员。不论被委派以前具有何种身份,只要被有关国有单位委派到非国有单位从事公务,就应视为国家工作人员。

(4)其他依照法律从事公务的人员。这类人员的特征是,在一定条件下代表国家行使国家管理职能。

例如,根据2009年4月29日《全国人大常委会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》:村民委员会等村基层组织人员协助人民政府从事下列行政管理工作,属于《中华人民共和国刑法》第九十三条第二款规定的“其他依照法律从事公务的人员”:

①救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济款物的管理;②社会捐助公益事业款物的管理;③国有土地的经营和管理;④土地征用补偿费用的管理;⑤代征、代缴税款;⑥有关计划生育、户籍、征兵工作;⑦协助人民政府从事的其他行政管理工作。

除上述立法解释确定的人员外,其他依照法律从事公务的人员,还包括:

- ①依法履行职责的各级人民代表大会代表;
- ②依法履行职责的各级人民政协委员;
- ③依法履行审判职责的人民陪审员;
- ④协助乡镇人民政府、街道办事处从事行政管理工作的村民委员会、居民委员会等农村和城市基层组织人员;
- ⑤其他由法律授权从事公务的人员。

2.何谓利用职务上的便利

1999年9月16日《最高人民法院人民检察院关于人民检察院直接受理立案侦查案件中立案标准的规定(试行)》对于贪污罪中“利用职务上的便利”的解释为:利用职务上的便利,是指利用职务上主管、管理、经手公共财物的权力及方便条件。

主管,主要是指负责调拨、处置及其他支配公共财物的职务活动,如厂长、经理等具有的一定范围内支配企业内部公共财产的权力;

管理,是指负责保管、处理及其他使公共财物不被流失的职务活动,如会计员、出纳员、保管员等具有监守和保管公共财物的职权;

经手,是指领取、支出等经办公共财物的职务活动。

### 3.何谓公共财物

《中华人民共和国刑法》第九十一条规定,本法所称公共财产,是指下列财产:(1)国有财产;(2)劳动群众集体所有的财产;(3)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,以公共财产论。

根据该规定,公共财物分为两类:

其一,当然的公共财物。包括:国有财产、劳动群众集体所有的财产以及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。其中,国有财产,是指国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体所拥有的财产;劳动群众集体所有的财产,是指集体经营组织所拥有的所有权属于该组织全体成员共同所有的财产;扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产,是指通过捐助或专项基金手段募集的用于扶贫或其他公益事业的慈善性质的款物;

其二,拟定的公共财物,即国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或运输中的私人财产。其中,根据《中华人民共和国刑法》第九十二条的规定,私人财产包括:公民的合法收入、储蓄、房屋和其他生活资料;依法归个人、家庭所有的生产资料;个体户和私营企业的合法财产;依法归个人所有的股份、股票、债券和其他财产。拟定的公共财产的所有权虽然实际上属于公民个人,但是由于它们处于国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或运输中,对其应以公共财产论。

另外,依照《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第二款的规定,非国有单位的财物,是指非国有公司、企事业单位和社会团体所有的财物。

## 【其他】

### 贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的区别

贪污罪与盗窃罪、诈骗罪都是以非法占有公私财物为目的,侵犯财产所有权的犯罪,主观方面都是故意。贪污罪在客观表现上有时也会通过窃取、骗取的手段。三者的主要区别是:

(1)犯罪主体不同。本罪的犯罪主体是特殊主体,即国家工作人员或受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员;而盗窃罪、诈骗罪的犯罪主体为一般主体,即达到法定刑事责任年龄、具备刑事责任能力的自然人。

(2)犯罪对象不同。本罪的犯罪对象是公共财物,盗窃罪、诈骗罪的犯罪对象主要是他人的财物,包括公私财物,但有时本单位的财物也可以成为盗窃罪、诈骗罪的犯罪主体。

(3)犯罪手段不同。本罪是利用职务上的便利侵占实际掌管的公共财物;而盗窃罪、诈骗罪是采用秘密窃取或骗取的手段获取他人财物的行为。

(4)犯罪客体不同。本罪是复杂客体,侵犯了公共财产的所有权和职务的廉洁性,而盗窃罪、诈骗罪只侵犯了公私财产的所有权。

### 三、立案标准

根据《中华人民共和国刑法》第三百八十三条规定,贪污罪的(立案)追诉标准是侵占公共财物达到“数额较大”或者没有达到“数额较大”但具有其他严重情节。结合《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》(法释〔2016〕9号)第一条的规定,以下情形,应予立案追诉:

(一)贪污数额在三万元以上不满二十万元的;

(二)贪污数额在一万元以上不满三万元,具有下列情形之一的:

(1)贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的;

(2)曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的;

(3)曾因故意犯罪受过刑事追究的;

(4)赃款赃物用于非法活动的;

(5)拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的;

(6)造成恶劣影响或者其他严重后果的。

## 四、量刑标准

### 【三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金量刑格】

根据《中华人民共和国刑法》第三百八十三条、《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》第一条的规定,贪污数额较大或者有其他较重情节的:

(一)贪污或者受贿数额在三万元以上不满二十万元的;

(二)贪污数额在一万元以上不满三万元,具有下列情形之一的:

- 1.贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的;
- 2.曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的;
- 3.曾因故意犯罪受过刑事追究的;
- 4.赃款赃物用于非法活动的;
- 5.拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的;
- 6.造成恶劣影响或者其他严重后果的。

### 【三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产量刑格】

根据《中华人民共和国刑法》第三百八十三条、《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》第二条的规定,贪污数额巨大或者有其他严重情节的:

(一)贪污或者受贿数额在二十万元以上不满三百万元的;

(二)贪污数额在十万元以上不满二十万元,具有下列情形之一的:

- 1.贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的;
- 2.曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的;
- 3.曾因故意犯罪受过刑事追究的;
- 4.赃款赃物用于非法活动的;
- 5.拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的;
- 6.造成恶劣影响或者其他严重后果的。

**【十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产量刑格】**

根据《中华人民共和国刑法》第三百八十三条、《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》第三条的规定,贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的:

(一)贪污或者受贿数额在三百万元以上的;

(二)贪污数额在一百五十万元以上不满三百万元,具有下列情形之一的:

- 1.贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的;
- 2.曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的;

- 3.曾因故意犯罪受过刑事追究的;
- 4.赃款赃物用于非法活动的;
- 5.拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的;
- 6.造成恶劣影响或者其他严重后果的。

不过,需要注意的是,《中华人民共和国刑法》第三百八十三条规定的是“贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产”;只有在“数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的”,才“处无期徒刑或者死刑,并处没收财产”。

但是《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》第三条将上述情形增加了“或者死刑”。即“依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产”。

#### 【死刑、死刑缓期二年量刑格】

根据《中华人民共和国刑法》第三百八十三条、《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》第四条的规定:

- 1.【死刑】贪污数额特别巨大,犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的,可以判处死刑;
- 2.【死缓】符合前款规定的情形,但具有自首、立功、如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,或者避免、减少损害结果的发生等情节,不是必须立即执行的,可以判处死刑缓期二年执行。

如前所述,关于“可以判处死刑”量刑,《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》(法释〔2016〕9号)第三条已经有规定“或者死刑”。在第四条再次单独条文规定“可以判处死刑”及“可以判处死刑缓期二年执行”系根据《中华人民共和国刑法修正案(九)》规定和我国保留死刑、严格控制死刑和慎重适用死刑的死刑政策,规定了贪污罪判处死刑立即执行、一般死缓和终身监禁的具体适用。换言之,对于极少数罪行特别严重、依法应当适用死刑立即执行的犯罪分子,应当坚决判处死刑立即执行,但同时具有法定从宽等处罚情节,不是必须立即执行的,可以判处死刑缓期二年执行。

### 【其他法定量刑情节】

1.在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,【三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金量刑格】情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚。

2.在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第一项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚;【三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产量刑格】【十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产量刑格】情形的,可以从轻处罚。

3.【十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产量刑格】情形被判处死刑缓期执行的,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。

需要注意的是,此处的终身监禁,是介于死刑立即执行与一般死缓之间的一种新的死刑执行措施,而不是一个新的刑种。只是某种意义上比一般死缓更为严厉。

## 五、辯护思路

### 1.是否具备犯罪主体资格

贪污罪的犯罪主体是特殊主体,即从事公务的人员。因此,犯罪主体对是否构成本罪就显得格外重要。在确认行为人身份时,要弄清楚行为人是否具有案涉的职务身份和便利条件,是否符合刑法上规定的贪污罪的犯罪主体资格。如果行为人不具有国家工作人员等特殊的职务身份或并没有利用其职务便利,即使有非法侵占公共财物的行为,也只能属于侵占罪或者罪名较轻的职务侵占罪,不构成贪污罪。

在所有职务犯罪的案件中,我们提及的主体资格要求均指狭义上的主体资格,即主体指的是单人单案的情况,如果属于共同犯罪,共犯中可以是其他自然人。

### 2.贪污数额是否达到标准

行为人贪污的数额是否达到三万元以上。其中,贪污的数额按累计方法计算。对于行为人贪污的数额达到三万元以上的,无论其情节如何,均构成贪污罪;而对于贪污的数额尚未达到三万元以上的,一般应视为一般贪污违法行为。

### 3.贪污情节是否达到严重

贪污情节主要针对贪污数额不满三万元的贪污行为。如果贪污数额不满三万元,贪污情节较轻时,对该贪污行为就应认定为一般贪污违法行为;如果贪污数额不满三万元,但贪污情节较重时,对该贪污行为就应认定为贪污罪。其中,贪污情节是否属于较重或较轻范围,在本章【立案标准】中有详细论述。

#### 4.主观是否故意

如果国家工作人员在工作中因工作疏忽、业务水平不高等原因出现错账、少款等情形,如财务人员在收款时少收了账款,或付款时多付了费用,不能认定为贪污。

另外,根据《中华人民共和国刑法》第三百九十四条规定,国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中接受礼物,依照国家规定应当交公而不交公,数额较大的,依照本法第三百八十二条、第三百八十三条关于贪污罪的规定定罪处罚。因此,如果是国家工作人员在国内公务活动或者对外交往中虽然接受了礼物,但不属于应当交公的情形,或者数额较小,不能认定为贪污罪。

#### 5.犯罪客体是否为公共财物

贪污罪的犯罪客体是公共财物的所有权,如果犯罪嫌疑人或被告人并没有侵害公共财物的所有权也没有侵犯因执行公务代为管理的他人财产,只是单纯侵害了他人的财产所有权,如将本人代为保管的他人财物非法占为己有,或者将他人的遗忘物或者埋藏物非法占为己有,但数额不大,或者并没有拒不退还或交出,则不构成犯罪;如果数额较大,拒不退还或交出,则可能仅构成普通的侵占罪。

#### 6.是否利用职务便利

如果犯罪嫌疑人或被告人确实实施了犯罪行为,但没有利用自己的职务便利,只是利用了因自己在单位工作具有的一些便利条件,如熟悉环境、便于出入等,则可能构成其他犯罪,如普通的侵占罪等;或者因工作关系、朋友、同学、亲友、战友等特殊关系等与行为人职务无关的关系,也不属于利用职务之便。

#### 7.是否实施侵占行为

如果犯罪嫌疑人或被告人没有实施侵占行为,只是临时保管,但并没有实施侵占或挪用行为,则不构成犯罪;如果是短期挪用,并想在以后归还给本单位,则可能构成挪用公款罪或其他罪名,也不构成贪污罪。

## 8.具体犯罪表现是否属于其他罪名

例如,根据《中华人民共和国刑法》第三百九十六条规定,国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,违反国家规定,以单位名义将国有资产集体私分给个人,数额较大的,对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员以私分国有资产罪定罪处罚;司法机关、行政执法机关违反国家规定,将应当上缴国家的罚没财物,以单位名义集体私分给个人的,依照私分国有资产罪定罪处罚。对于私分国有资产罪定罪处罚,数额较大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金;数额巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金。与贪污罪相比,私分国有资产罪定罪处罚的量刑低了很多。

## 9.是犯罪既遂还是未遂

所谓贪污罪的既遂,是指行为人所故意实施的非法占有公共(国有)财物或非国有单位财物的行为,已具备了贪污罪构成的全部要件,同时产生了危害结果。因此,认定贪污罪既遂与否,应把握以下两点:

(1)看行为人的贪污行为是否符合贪污罪构成要件的特征。

(2)看行为人的贪污行为是否造成了客观的危害结果。

对于符合上述两方面的贪污行为,就可以认定为贪污罪既遂。反之,可视为未遂犯。