

中南监察学文库

总主编 / 齐文远 执行主编 / 童德华

CASE
ANALYSIS
OF
DUTY CRIME

职务犯罪案例分析

丁友勤 / 主编

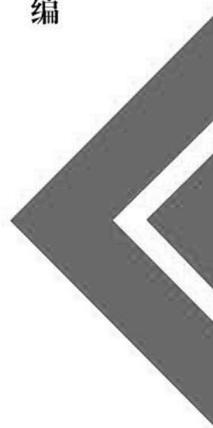
中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

中南监察学文库
总主编 / 齐文远 执行主编 / 童德华



职务犯罪案例分析

丁友勤 / 主编



中国法制出版社
CHINA LEGAL PUBLISHING HOUSE

序

党的十八大以来，党的十八届三中全会吹响了全面深化改革的号角，全会通过的《中共中央关于全面深化改革若干重大问题的决定》明确强调，强化权力运行制约和监督体系是把权力关进制度笼子的根本之策。这不仅回应了社会的关切和期待，也是全面深化改革的重要一环。近些年来，中央持续加强了对职务犯罪的预防与惩治，腐败案件的存量明显减少，腐败案件的增量也得到了有效控制，党风、政风得到了纯化，权力监控体制得到了加强和完善。

据统计，2013年，全国共审计党政领导干部和企事业单位领导人员2.6万多名，查出领导干部负有直接责任的问题金额230多亿元，62名被审计领导干部和135名其他人员的问题被移送司法、纪检监察机关处理；2013年1月至11月，全国共审计11万个单位，促进增收节支和挽回损失2600多亿元，移送违法违纪案件线索1400多件，提交报告和信息8.5万多篇，发布审计结果公告5700多篇，推动建立健全制度2600多项。^[1]而且反腐表现出持续化、制度化和规范化的发展趋势。自2013年至2016年，违反中央八项规定精神被处分人数占处理人数比重呈上升趋势，分别为25.29%、32.96%、68.61%、73.57%，2017年上半年亦保持在68.61%；而查处的违反中央八项规定精神问题数量则逐年减少，分别为9.44万起、3.45万起、2.65万起、1.61万起，2017年上半年为0.45万起，不到去年的一半。在此情况下，人民群众对党风廉政建设和反腐败工作满意度不断增加，2013年为81%；2014年为88.4%；2015年为91.5%；2016年为92.9%；2017年为93.9%。这些数据说明腐败问题得到了有效遏制。^[2]

但是，中央清醒地认识到“党风廉政建设和反腐败斗争形势依然严

峻复杂”，^[3]腐败问题依然严重，买官卖官、批地抢项目、收红包、收敛钱财等违法乱纪的问题并未根除。在这种形式下，建立反腐败的制度至关重要，用法治推动职务犯罪预防与打击尤其重要。习近平总书记曾提出：“深化司法体制改革，建设公正高效权威的社会主义司法制度，是推进国家治理体系和治理能力现代化的重要举措。”^[4]2016年，中央提出建立覆盖国家机关及其公务员体系的国家监察体制，旨在将党内监督与法律监督、民主监督、审计监督、司法监督、舆论监督协调起来，形成监督合力，“推动国家治理体系和治理能力现代化”^[5]。2017年，在中国共产党第十九次全国代表大会上，习总书记在报告中提出，深化国家监察体制改革，在全国范围内组建国家、省、市、县监察委员会，“实现对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖”^[6]。2017年10月，中共中央办公厅印发《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点方案》，部署在全国范围内深化国家监察体制改革的探索实践，完成省、市、县三级监察委员会组建工作，实现对所有行使公权力的公职人员监察全覆盖。

文件下发不久，在全国范围掀起了“转隶潮”，《关于在全国各地推开国家监察体制改革试点方案》，旨在深化国家监察体制改革的要义，强化党对反腐败斗争的领导，通过整合检察、侦查、预防腐败和行政监察力量，组建集中统一、权威高效的反腐败国家机关——监察委员会，与党的纪律检查机关合署办公，实现对所有党员干部和公务人员监督、监察全覆盖；与此同时，国家监察法立法工作也同步展开。2018年3月20日，备受瞩目的《中华人民共和国监察法》正式公布施行。

这是新时代的重大政治改革，它标志着党和国家反腐败专门机构在政权结构中正式建立，对健全完善中国特色社会主义监督体系必将产生重大影响。^[7]1998年最高人民检察院印发的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件范围的规定》的通知中规定，人民检察院直接受理的案件一共三大类涉及53个罪名。这三大类分别为：（1）《刑法》分则第八

章规定的贪污贿赂犯罪及其他章中明确规定依照第八章相关条文定罪处罚的犯罪案件；（2）《刑法》分则第九章规定的渎职犯罪案件；（3）国家机关工作人员利用职权实施的特定侵犯公民人身权利和民主权利的犯罪案件。而根据《中华人民共和国监察法》，监察机关的职责包括对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资财等职务违法和职务犯罪进行调查。监察机关对如下6大类公职人员进行监察：第一，中国共产党的机关、人民代表大会及其常务委员会机关、人民政府、监察委员会、人民法院、人民检察院、中国人民政治协商会议各级委员会机关、民主党派机关和工商业联合会机关的公务员，以及参照《中华人民共和国公务员法》管理的人员；第二，法律、法规授权或者受国家机关依法委托管理公共事务的组织中从事公务的人员；第三，国有企业管理人员；第四，公办的教育、科研、文化、医疗卫生、体育等单位中从事管理的人员；第五，基层群众性自治组织中从事管理的人员；第六，其他依法履行公职的人员。这意味着，监察机关对职务犯罪的调查范围并不限于上述53个罪名，如《刑法》分则第三章第三节妨害对公司、企业的管理秩序罪中的非法经营同类营业罪，为亲友牟利罪，签订、履行合同失职被骗罪，国有公司、企业、事业单位人员失职罪，国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪，徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪等，其犯罪主体为国有公司、企业或者事业单位的管理人员，属于监察机关的监察范围，对于这些犯罪案件的受理与侦查机关发生的变更，显然是值得研究的。

从国家监察的使命看，国家监察机关并不是简单接收检察机关的原来工作，因为监察机关负有三大职责：一是监督，即监察机关对公职人员依法履职、秉公用权、廉洁从政从业以及道德操守情况进行监督检查；二是调查，监察机关对涉嫌贪污贿赂、滥用职权、玩忽职守、权力寻租、利益输送、徇私舞弊以及浪费国家资产等职务违法和职务犯罪进行调查；三是处置，监察机关依据相关法律对违法的公职人员做出政务处分决定；对在行使职权中存在的问题提出监察建议；对履行职责不

力、失职失责的领导人员进行问责；对涉嫌职务犯罪的，将调查结果移送检察机关依法提起公诉。可见监察机关将成为一个集行政执法与刑事执法于一体的机构。因此，凡是属于不正确行使公权力的案件都可能纳入监察机关的工作中去，包括国有公司、企业、事业单位的管理人员渎职的行为。毫无疑问，这种体制变化必将扩大原来检察机关办理的职务犯罪的案件范围。

为了适应时代变化和法治建设的要求，中南财经政法大学的童德华教授和陈梅博士结合以往的教学和研究成果，编写了《职务犯罪构成新论》^[8]一书，总结了公职人员职务犯罪在司法实践中的一般经验，并对一些争议提出了自己的观点。“以审判为中心”的司法体制的核心要求，不是将法官置于最重要的地位上，而是各个机关在办理有关案件的时候，要基于审判中的争议问题展开工作。这注定了《刑法》关于犯罪构成和刑罚的实体规定，应当成为刑事诉讼中始终面向的课题，如侦查中应根据涉嫌犯罪的各个构成要素搜集相关证据，在审判中也要围绕这些构成要素是否能成立展开指控和辩论。对于新成立的监察委员会及其工作人员而言，适应上述时代变革的要求，为他们编写有参考价值的书籍，是我们作为《刑法》教学和研究人员的历史使命。本书是《职务犯罪构成新论》一书的配套读物，书中精选了实务中有代表性的职务犯罪判例，将其汇编成书，这些案例或存在疑难争议问题，或是近年发生的具有警示教育意义的案件。书中每一个案例均由两部分组成：基本案情（包括诉讼过程和结果）和案例分析。案例是法律实施的后果，案例中所包含的案情有较强的可读性，案件的裁判结论与裁判理由具有生动的逻辑性。希望本书的出版能为广大实务工作者提供工作上的参考。当然本书对于一般的读者来说也是了解我国有关职务犯罪法律实施状态的良好途径。

本书各部分的分工如下：

芦宇婕：第一章第一节

巴南冰：第一章第二节

丁友勤：第一章第三、四节

杨璇：第二章第一节

万振：第二章第二节

焦萌：第三章第一、二节

魏瀚申：第三章第三节、第五章

张媛媛：第四章

最后，特别感谢中南财经政法大学的齐文远教授和童德华教授，本书得以面世，离不开两位教授的鼓励和支持。

[1] 赵丽：《审计反腐成绩斐然但仍面临困难挑战》，载《法制日报》2014年1月1日，第4版。

[2] 瞿芄：《大型成就展“数”说正风反腐》，载《中国纪检监察报》2017年9月30日，第1版。

[3] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社2017年版，第161页。

[4] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社2017年版，第130页。

[5] 习近平：《习近平谈治国理政》（第二卷），外文出版社2017年版，第169页。

[6] 《党的十九大报告辅导读本》，人民出版社2017年版，第66-67页。

[7] 吴建雄：《国家检查体制改革与新时代中国特色社会主义监督体系构建》，载《统一战线学研究》2018年第11期。

[8] 童德华、陈梅编著：《职务犯罪构成新论》，中国法制出版社2018年版。

- [第一章 占有型职务犯罪](#)
 - [第一节 贪污罪](#)
 - [案例一：于某红贪污案](#)
 - [案例二：杨某虎等贪污案](#)
 - [案例三：李某兴贪污案](#)
 - [案例四：宾某春、郭某、戴某立贪污案](#)
 - [案例五：朱某岩贪污案](#)
 - [案例六：胡某玮贪污案](#)
 - [案例七：梁某贪污案](#)
 - [案例八：杨某坤贪污、隐匿会计凭证、会计账簿案](#)
 - [第二节 职务侵占罪](#)
 - [案例一：马某某职务侵占案](#)
 - [案例二：张某职务侵占案](#)
 - [案例三：李某、吴某职务侵占案](#)
 - [案例四：唐某华、邵某初、张某职务侵占案](#)
 - [案例五：王某职务侵占案](#)
 - [案例六：苏某职务侵占案](#)
 - [第三节 挪用公款罪](#)
 - [案例一：杨某林受贿、贪污、挪用公款案](#)
 - [案例二：温某屏挪用公款案](#)
 - [案例三：廖某挪用公款案](#)
 - [案例四：卫某保挪用公款、挪用资金案](#)
 - [案例五：蒋某祥挪用公款案](#)
 - [案例六：荣某文挪用公款案](#)
 - [案例六：歹某学挪用公款无罪案](#)
 - [案例七：江某甲、黄某甲挪用公款、贪污案](#)
 - [案例八：刘某华挪用公款案](#)
 - [案例九：彭某军贪污、挪用公款案](#)

- [案例十：马某华挪用公款案](#)
- [案例十一：陈某龙贪污与挪用公款案](#)
- [案例十二：王某言挪用公款案](#)
- [案例十三：冯某华、张某祥挪用公款案](#)
- [案例十四：张某同挪用公款案](#)
- [案例十五：陈某文挪用公款案](#)
- [案例十六：刘某林等挪用公款案](#)
- [案例十七：鞠某文挪用公款、受贿案](#)
- [第四节 私分国有资产罪和私分罚没财物罪](#)
 - [案例一：杨某、巫某甲私分国有资产案](#)
 - [案例二：李某均、龙某良贪污、私分国有资产案](#)
 - [案例三：董某波、潘某林等私分罚没财物案](#)
 - [案例四：陶某龙、梁某焕私分罚没财物罪案](#)
- [第二章 交易型职务犯罪](#)
 - [第一节 受贿犯罪](#)
 - [案例一：吴某桢等受贿、滥用职权案](#)
 - [案例二：李某滥用职权、受贿案](#)
 - [案例三：龚某平受贿案](#)
 - [案例四：林某非国家工作人员受贿案](#)
 - [案例五：晏某军贪污、受贿案](#)
 - [案例六：吕某某受贿案](#)
 - [案例七：申某德受贿案](#)
 - [案例八：胡某松非国家工作人员受贿案](#)
 - [案例九：王某某受贿案](#)
 - [案例十：孙某贵贪污、受贿、滥用职权、玩忽职守案](#)
 - [案例十一：郑某雄受贿案](#)
 - [案例十二：刘某平受贿案](#)
 - [案例十三：刘某明、刘某乙受贿案](#)

- [案例十四：邵某藩受贿案](#)
- [案例十五：肖某松受贿案](#)
- [案例十六：柴某某受贿案](#)
- [案例十七：王某根受贿案](#)
- [案例十八：尹某明受贿、挪用公款案](#)
- [案例十九：吕某才受贿案](#)
- [案例二十：林某武受贿案](#)
- [案例二十一：马某、杨某等受贿案](#)
- [案例二十二：杨某明利用影响力受贿案](#)
- [第二节 行贿犯罪与介绍贿赂罪](#)
 - [案例一：韩某宝行贿案](#)
 - [案例二：刘某良行贿案](#)
 - [案例三：张某洪行贿案](#)
 - [案例四：阎某行贿案](#)
 - [案例五：罗某勇行贿案](#)
 - [案例六：范某东等对非国家工作人员行贿案](#)
 - [案例七：伍某川等对有影响力的人行贿案](#)
 - [案例八：安某辉对单位行贿案](#)
 - [案例九：欧某泽介绍贿赂案](#)
 - [案例十：浙江某反光材料有限公司单位行贿案](#)
 - [案例十一：西安某房地产集团开发有限公司单位行贿案](#)
 - [案例十二：台州市某物流有限公司单位行贿案](#)
 - [案例十三：新疆拜城某矿业有限责任公司单位行贿案](#)
- [第三章 滥用职权型职务犯罪](#)
 - [第一节 滥用职权罪](#)
 - [案例一：许某永滥用职权案](#)
 - [案例二：徐某东滥用职权案](#)
 - [第二节 特殊的滥用职权犯罪](#)

- [一、国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪](#)
- [二、故意泄露国家秘密罪](#)
- [三、执行判决、裁定滥用职权罪](#)
- [四、私放在押人员罪](#)
- [五、滥用管理公司、证券职权罪](#)
- [六、违法发放林木采伐许可证罪](#)
- [七、食品监管渎职罪](#)
- [八、帮助犯罪分子逃避处罚罪](#)
- [第三节 利用职权侵犯公民人身、民主权利犯罪](#)
 - [一、国家机关工作人员利用职权实施的非法拘禁罪](#)
 - [二、司法工作人员滥用职权实施的非法搜查罪](#)
 - [三、刑讯逼供罪](#)
 - [四、暴力取证罪](#)
 - [五、虐待被监管人罪](#)
 - [六、报复陷害罪](#)
 - [七、国家机关工作人员利用职权实施破坏选举罪](#)
- [第四章 玩忽职守型职务犯罪](#)
 - [一、玩忽职守罪](#)
 - [案例一：吕某玩忽职守案](#)
 - [案例二：孟某某玩忽职守案](#)
 - [二、国家机关工作人员签订、履行合同失职被骗罪](#)
 - [案例一：陈某签订履行合同失职被骗案](#)
 - [案例二：党某某签订履行合同失职被骗案](#)
 - [三、国有公司、企业、事业单位人员失职罪](#)
 - [案例：宋某明国有公司、企业、事业单位人员失职案](#)
 - [四、过失泄露国家秘密罪](#)
 - [案例：李某过失泄露国家秘密案](#)
 - [五、执行判决、裁定失职罪](#)

- [案例一：许某霖执行判决、裁定失职案](#)
- [案例二：孙某某执行判决、裁定失职案](#)
- [六、失职致使在押人员脱逃罪](#)
 - [案例：李某失职致使在押人员脱逃案](#)
- [七、环境监管失职罪](#)
 - [案例：李某、韩某某环境监管失职案](#)
- [八、食品监管渎职罪](#)
 - [案例：何某某食品企业监管渎职案](#)
- [九、传染病防治失职罪](#)
 - [案例：黎某某传染病防治失职案](#)
- [十、商检失职罪](#)
 - [案例：王某某商检失职案](#)
- [十一、动植物检疫失职罪](#)
 - [案例：徐某、代某民玩忽职守案](#)
- [十二、失职造成珍贵文物损毁、流失罪](#)
 - [案例一：闵某失职造成珍贵文物损毁、流失案](#)
 - [案例二：王某某失职造成珍贵文物毁损、流失案](#)
- [第五章 徇私舞弊型职务犯罪](#)
 - [一、徇私枉法罪](#)
 - [案例：韩某某徇私枉法案](#)
 - [二、民事、行政枉法裁判罪](#)
 - [案例：吴某某民事、行政枉法裁、裁判案](#)
 - [三、枉法仲裁罪](#)
 - [案例：梁某某枉法仲裁案](#)
 - [四、徇私舞弊减刑、假释、暂予监外执行罪](#)
 - [案例：赵某某徇私舞弊假释案](#)
 - [五、徇私舞弊不移交刑事案件罪](#)
 - [案例：段某春徇私舞弊不移交刑事案件案](#)

- [六、徇私舞弊不征、少征税款罪](#)
 - [案例：钱某红、王某荣、陆某宏徇私舞弊少征税款案](#)
- [七、徇私舞弊发售发票、抵扣税款、出口退税罪](#)
 - [案例：林某徇私舞弊发售发票案](#)
- [八、违法提供出口退税凭证罪](#)
 - [案例：贺某伟违法提供出口退税凭证案](#)
- [九、非法批准征用、占用土地罪](#)
 - [案例：任某举非法批准占用土地案](#)
- [十、非法低价出让国有土地使用权罪](#)
 - [案例：黄某远非法低价出让国有土地使用权案](#)
- [十一、放纵走私罪](#)
 - [案例：于某放纵走私案](#)
- [十二、商检徇私舞弊罪](#)
 - [案例：张某商检徇私舞弊案](#)
- [十三、动植物检疫徇私舞弊罪](#)
 - [案例：宋某、米某动植物检疫徇私舞弊案](#)
- [十四、放纵制售伪劣商品犯罪行为罪](#)
 - [案例：赵某某放纵制售伪劣商品行为案](#)
- [十五、招收公务员、学生徇私舞弊罪](#)
 - [案例：桂某明招收学生徇私舞弊案](#)

第一章 占有型职务犯罪

第一节 贪污罪

案例一：于某红贪污案^[1]

1.基本案情

被告人于某红，女，原系某市房地产管理局八道江房管所房管科副科长。

1992年年底，某市建设银行房地产综合开发公司（以下简称开发公司）归还因开发建银小区而占用八道江房产管理所（以下简称房管所）商企房面积321.52平方米（5户），被告人于某红利用负责房管所回迁工作之机，于1993年12月18日在给财务科填报经租房产增加、减少通知单时，将建行开发公司归还的面积填报为305.75平方米，并将其中4户面积加大，从中套取商企房1户，面积为52.03平方米，价值人民币93133.70元，用于个人出租牟利。同年，某市建设银行房地产综合开发公司开发建银小区时，被告人于某红利用负责因开发建银小区拆迁房产管理所管理的房屋工作之机，在其母亲孙某香购买拆迁户房屋面积时，虚添拆迁面积17平方米，价值人民币16320元，并将建行开发公司还房管所面积顶交其母所购买房屋取暖费、热水费2669.55元。综上，被告人于某红利用职务上的便利，非法占有公共财物共计价值人民币112123.25元。

一审法院认为，被告人于某红利用职务之便，虚增拆迁面积17平方米，占为己有的事实清楚，证据充分，应予认定。被告人于某红身为国

家工作人员，利用职务便利，非法占有公共财物，数额在10万元以上，其行为已构成贪污罪。根据被告人于某红犯罪的事实、犯罪的性质、情节和对社会的危害程度，判决被告人于某红犯贪污罪，判处有期徒刑10年，并处没收个人财产人民币3万元，追缴52.03平方米商企房一户，赃款18989.55元（含17平方米面积折价）。

一审宣判后，于某红不服，向吉林省高级人民法院提出上诉。二审法院经审理认为：上诉人于某红利用职务之便，非法占有公共财物的行为已构成贪污罪。其提出不具有利用职务之便非法占有国有资产行为及其母买房是经所长苏某同意在动迁之前购买的上诉理由，经查，八道江房管所任命书及转干表，证实于某红为八道江房管所房管科副科长，负责房管所拆迁工作，其套取商企房并占有使用的行为，已构成贪污犯罪；其母买房是经所长苏某同意在动迁之前购买的上诉理由没有证据证实，不予支持。其辩护人提出认定于某红贪污52.03平方米房屋的所有权未发生转移，原审判决事实不清、证据不足的辩护意见，因上诉人利用职务上的便利，骗取公有房屋并实际占有使用，故虽未办理私有产权证，仍应构成贪污既遂，该项犯罪事实清楚，证据充分，辩护意见不予采纳。其母孙某香购买拆迁户魏某成的房屋面积是36.5平方米，不是23平方米或者40平方米的辩护意见，因房管所1986年出售老房名单证实此户面积为23平方米，于某红向动迁员提供的面积是40平方米，故原审认定虚增面积17平方米正确，辩护人的辩护意见不成立，不予采纳。原审法院根据上诉人于某红犯罪的事实和情节，依照有关法律对本案做出的判决事实清楚，证据确实、充分，对被告人定罪准确，量刑适当，审判程序合法，上诉人的上诉理由及其辩护人的辩护意见均不予采纳。裁定驳回上诉，维持原判。

2.案件分析

本案被告人于某红系经某市房地产管理局八道江房管所任命的国家

工作人员，负责房屋拆迁、回迁工作，其在从事公务过程中，采用欺骗手段套取公房，显然属于利用职务上的便利，非法占有公共财物，故认定其构成贪污罪，在主体身份、行为方式方面均无异议。本案的特殊之处在于，被告人于某红所侵占的对象系公有房屋，且至案发时一直未办理私有产权证，这就涉及以下三个方面的法律适用问题：一是作为不动产的公有房屋，能否构成贪污罪的犯罪对象；二是在未办理产权变更、转移登记的情况下，能否认定行为人主观上具有非法占有的目的；三是在这种情况下如果构成贪污罪，其犯罪形态的既遂与未遂的问题。

（1）不动产能否成为贪污罪的犯罪对象

公有房屋可以成为贪污犯罪的对象，不应以房屋属于不动产为由，而将公有房屋排除在贪污罪的犯罪对象之外。依照《刑法》第91条的规定，“公共财产”包括国有财产、劳动群众集体所有的财产、用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金以及在国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产。《刑法》第382条规定的贪污罪对象的“公共财物”与《刑法》第91条规定的“公共财产”的内涵与外延应当是相同的，均未将不动产排除在公共财产或者公共财物之外。在司法实践中，财产犯罪中的抢劫罪、抢夺罪因以“当场”为要件，盗窃罪、聚众哄抢罪因一般需以对象物的物理移动方可完成、挪用类犯罪因立法上明确规定其对象为资金或者公款而不可能以不动产作为犯罪对象。除此之外，诈骗罪、（职务）侵占罪、敲诈勒索罪、故意毁坏财物罪等均可以不动产作为其侵害的对象。例如，行为人完全可以通过诈骗手段，实现对他人所有的不动产事实上的占有，甚至是以产权变更登记的形式实现“法律上”的占有。作为职务性的财产犯罪，就实施及完成犯罪行为方面而言，贪污罪与诈骗罪、侵占罪等一般财产犯罪并无两样，而且，较之于后者，贪污行为人因其有着职务上的便利可资利用，故通常情况下更易于得逞。因此，有必要运用《刑法》手段对不动产予以保护。本案中，被告人于某红利用负责还迁、拆迁工

作之机，采取不下账、少下账、虚添拆迁面积和虚添住户的手段，从中套取商企房、住宅房各1户，加上用面积顶交的取暖费、热水费，总价值112123.25元，一、二审法院认定其行为构成贪污罪是正确的。

（2）是否具有主观上的非法占有目的

作为侵占类财产犯罪，贪污罪的构成需以行为人主观上具有非法占有目的为其要件，这也是区分贪污罪与挪用类犯罪的一个重要方面。本案被告人于某红贪污的对象为公有房屋，公有房屋属于不动产，不动产所有权的取得以办理产权登记为标志。被告人于某红侵占的公有房屋尚未办理产权变更登记，那么，如何认定被告人于某红具有非法占有的目的，对于本案的定性具有关键意义。

我们认为，对于侵害对象为不动产的，办理产权变更登记是行为人非法占有目的的客观实现，但在很多情况下，行为人对于侵占的不动产往往由于取得方式的非法性而不敢去办理产权变更登记，因此，不能以没有办理产权变更登记来证明行为人主观上不具有非法占有的目的。在通常情况下，非法占有目的形成于产权变更登记之前，根据行为人客观上所采取的欺骗手段等行为事实，是可以认定其主观上具有非法占有目的的。在本案中，一方面，被告人于某红利用负责还迁房屋职务上的便利，通过少下台账、虚增面积等行为，将其他公司归还房管所的商企房予以截留，而且该被截留的商企房在房管所的相关文件中不再有任何体现，证明被告人于某红主观上具有将该商企房脱离房管所管理非法据为己有的故意；另一方面，被告人于某红将该截留的商企房用于个人出租牟利，说明被告人于某红已经在事实上将该房产视同为个人财产行使使用权、收益权。被告人于某红的辩护人关于房屋所有权并没有发生转移的辩护意见是不能成立的。一、二审法院根据以上事实认定被告人于某红具有非法占有该商企房的主观目的是正确的。

（3）本案的犯罪完成形态问题

以不动产为对象的贪污以及一般的侵占类犯罪的既、未遂的认定问题，在理论和司法实务中均有争议。其中，较为典型的意见有以下两种：一种意见认为实施了意图实现非法占有目的的行为，即可认定为贪污既遂；另一种意见认为只有当所有权登记结束之后，才构成贪污既遂。前者属于占有意思行为观点，其立论依据在于，行为人所侵占之不动产通常属于行为人所经手、管理之物，无须进一步实施转移占有的行为；后者属于严格的登记主义观点，其立论依据在于，不动产的转移以登记为其成立要件，未经登记即意味着所有权并未受到侵害。我们认为，以上两种意见既有合理之处，又有偏颇之处。占有意思行为观点注意到了贪污罪的对象本来就是行为人所经手、管理之物这一点，是其可取之处，但过分地强调该特点，势必会从实际上排除贪污罪的未遂形态，而且也难以偏概全、有悖于客观实际，毕竟，将为他人管理、保管之物转化为自己占有之物，通常情况下尚需实施更具体的行为，尤其是不动产。登记主义观点注意到了不动产转移的特殊性，但是片面强调这种法律意义上的转移，未能注意到贪污的对象物系行为人所管理之物及基于此所可能形成的事实性转移，同样存在不足。在此需要说明的是，通过登记所达成的法律意义上的转移，因其行为的违法性，在法律上同样是无效的，因此，将《刑法》上的非法占有的认定标准完全等同于民法上的合法所有的认定标准是不妥当的，非法占有目的的实现并不以得到法律上的确认为条件，是否在法律上取得了对物的所有权，并不能对事实上占有某物的认定构成障碍。这一点，与我国《刑法》将赃款赃物、违禁品作为财产犯罪的对象是同样的道理。因此，我们主张，作为以非法占有为目的的直接故意犯罪，贪污罪存在未遂形态；其既、未遂的判断标准，与盗窃、诈骗、抢夺等财产犯罪一样，应当视行为人是否实际取得财物而定。具体到贪污不动产犯罪，只要行为人利用职务之便，采取欺骗等非法手段，使公有不动产脱离了公有产权人的实际控制，并被行为人现实地占有的，或者行为人已经就所有权的取得进行了变更登记的，即可认定为贪污罪的既遂。而且，在办理不动产转移登记

之后，即使不动产尚未实现事实上的转移，也不影响贪污罪既遂的成立。在本案中，被告人于某红虽未就其所截留的公有房屋进行私有产权登记，但因该截留行为系在房屋移交过程中、房屋的所有权人不知情的情况下实施的，房屋所有权的代表人——房管所在一般情况下是不可能对该房屋主张权利的，被告人于某红弄虚作假、欺瞒所在单位截留公房的行为本身即意味着被告人于某红实现了对该公房事实上的占有。由于该公房已经实际脱离了房管所在的控制，因此，被告人于某红将来是否进行私有产权登记，并不影响对其已经将该公房据为己有事实的认定。

一、二审法院认定被告人于某红构成贪污既遂是正确的。

案例二：杨某虎等贪污案^[2]

1.基本案情

被告人杨某虎于1996年8月任浙江省某市市委常委，2003年3月任某市人大常委会副主任，2000年8月兼任某国际商贸城建设领导小组副组长兼指挥部总指挥，主持指挥部的全面工作。2002年，杨某虎得知某市稠城街道共和村将列入拆迁和旧村改造范围后，决定在该村购买旧房，利用其职务便利，在拆迁安置时骗取非法利益。杨某虎遂与被告人王某芳（杨某虎的妻妹）、被告人郑某潮（王某芳之夫）共谋后，由王、郑二人出面，通过共和村王某某，以王某芳的名义在该村购买赵某某的3间旧房（房产证登记面积61.87平方米，发证日期为1998年8月3日）。按当地拆迁和旧村改造政策，赵某某有无该旧房，其所得安置土地面积均相同，事实上，赵某某也按无房户得到了土地安置。2003年三四月，为使3间旧房所占土地确权到王某芳名下，在杨某虎指使和安排下，郑某潮再次通过共和村王某某，让该村村民委员会及其成员出具了该3间旧房系王某芳1983年所建的虚假证明。杨某虎利用职务便利，要求兼任国际商贸城建设指挥部分管土地确权工作的副总指挥、某市国土资源局副局长吴某某和指挥部确权报批科人员，对王某芳拆迁安置、土地确权

予以关照。国际商贸城建设指挥部遂将王某芳所购房屋作为有村证明但无产权证的旧房进行确权审核，上报某市国土资源局确权，并按丈量结果认定其占地面积64.7平方米。

此后，被告人杨某虎与郑某潮、王某芳等人共谋，在其岳父王某祥在共和村拆迁中可得25.5平方米土地确权的基础上，于2005年1月编造了由王某芳等人签名的申请报告，谎称“王某祥与王某芳共有三间半房屋，占地90.2平方米，二人在1986年分家，王某祥分得36.1平方米，王某芳分得54.1平方米，有关部门确认王某祥房屋25.5平方米、王某芳房屋64平方米有误”，要求某市国土资源局更正。随后，杨某虎利用职务便利，指使国际商贸城建设指挥部工作人员以该部名义对该申请报告盖章确认，并使该申请报告得到某市国土资源局和某市市政府的认可，从而让王某芳、王某祥分别获得72平方米和54平方米（共126平方米）的建设用地审批。按王某祥的土地确权面积仅应得36平方米建设用地审批，其余90平方米系非法所得。2005年5月，杨某虎等人在支付选位费24.552万元后，在国际商贸城拆迁安置区获得两间店面72平方米土地的拆迁安置补偿（案发后，该72平方米的土地使用权被依法冻结）。之后杨某虎等人在获得安置的地块上建造商铺房并予以使用，杨某虎之妻已将建成的商铺出租并收取租金（案发时，杨某虎等人的土地使用权证并未核发），获利153650元。该处地块在用作安置前已被国家征用并转为建设用地，属国有划拨土地。经评估，该处每平方米的土地使用权价值35270元。杨某虎等人非法所得的建设用地90平方米，按照当地拆迁安置规定，折合拆迁安置区店面的土地面积为72平方米，价值253.944万元，扣除其支付的24.552万元后，实际非法所得229.392万元。

此外，2001年至2007年，被告人杨某虎利用职务便利，为他人承揽工程、拆迁安置、国有土地受让等谋取利益，先后非法收受或索取57万元，其中索贿5万元。

一审法院认为，被告人杨某虎作为国家工作人员，利用担任某市市领导兼国际商贸城指挥部总指挥的职务便利，伙同被告人郑某潮、王某芳通过虚构事实的方法，骗取国有土地使用权，其行为均已构成贪污罪，杨某虎系主犯，应从严惩处。郑某潮、王某芳起次要作用，均可减轻处罚。杨某虎还利用职务上的便利，索取或收受他人贿赂，为他人谋取利益，其行为又构成受贿罪，应一并处罚。浙江省金华市中级人民法院于2008年12月15日做出（2008）金中刑二初字第30号刑事判决：一、被告人杨某虎犯贪污罪，判处有期徒刑15年，并处没收财产20万元；犯受贿罪，判处有期徒刑11年，并处没收财产10万元；决定执行有期徒刑18年，并处没收财产30万元。二、被告人郑某潮犯贪污罪，判处有期徒刑5年。三、被告人王某芳犯贪污罪，判处有期徒刑3年。宣判后，三被告人均提出上诉。浙江省高级人民法院于2009年3月16日做出（2009）浙刑二终字第34号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。

2.案件分析

该案例旨在为处理新类型贪污案件提供指导，其裁判要点之一在于确认贪污罪中的利用职务上的便利，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，既包括利用本人职务上主管、管理公共财物的职务便利，也包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利；其裁判要点之二在于确认作为贪污罪对象的“公共财物”，既包括动产，也包括不动产，并包括国有和集体所有土地使用权；土地使用权具有用金钱计算数额的财产性利益，本质上属于《刑法》第382条第1款规定中的“公共财物”，利用职务便利非法占有土地使用权的，能够构成贪污罪。该裁判要点根据《刑法》、司法解释和规范性文件的有关规定，明确了利用职务上的便利和公共财物的含义，解决了土地使用权能否成为贪污对象的争议问题，对于依法惩治腐败具有重要的现实意义。

（1）关于“利用职务上的便利”问题

贪污罪作为一种贪利性渎职犯罪，利用职务便利是其显著特征，是认定贪污罪的前提条件，也是区别于其他侵犯财产犯罪的主要标志。对于何谓职务上的便利，没有明确法律规定，刑法理论上对此理解存在不同观点，具有代表性的主要有以下几种。第一种观点认为，利用职务上的便利是指利用自己暂时合法管理财产的便利。第二种观点认为，利用职务上的便利，不仅是指直接利用自己主管或者分管某项工作的职权，而且包括凭借自己职务的间接影响，通过人情、人事关系等实施贪污的情形。^[3]第三种观点认为，利用职务上的便利是指利用自己职权范围内的权力和地位形成的主管、经手、管理公共财物的便利条件，不是指利用他人职务上的便利（共同犯罪除外），也不单纯是利用工作上的便利。^[4]第四种观点认为，利用职务上的便利，主要是利用职权范围所具有的管理、经营公共财物的便利条件，是直接利用职务上的便利，不包括间接利用职务上的便利。^[5]第五种观点认为，利用职务上的便利，是指国家工作人员利用其职务范围内的权力和地位所形成的主管、管理、经手公共财物的有利条件，而不是利用与其职务无关的仅因工作关系对作案环境比较熟悉，凭其身份便于进出本单位、易于接近作案目标的方便条件。^[6]第六种观点认为，利用职务上的便利，是指利用自己主管、管理、经手公共财物的职权以及与职务有关的便利条件。“与职务有关”是指虽然不是直接利用职权，但是利用了本人职权或者地位形成的便利条件，也叫间接利用职务之便^[7]。

我们认为，第一种观点对利用职务便利的理解过于狭隘，将不直接管理财物的主管行为排除在贪污行为之外了。第二种观点对利用职务便利的理解扩展到包括人情、人事关系，过于宽泛。第三种观点没有严格区分职务便利与工作便利，也排除了既利用自己职务便利，又同时利用他人职务便利的情形。第四种观点排除了间接利用职务便利，列举的“经营”似有多余，因其可以被“管理”和“经手”所包含。第五种观点和第六种观点比较妥当，与该指导性案例裁判要点基本一致。这不仅是目

前《刑法》理论界多数学者的主张，符合立法原意，而且有相关司法解释作为依据，符合惩治贪污犯罪的实际需要。例如，最高人民法院、最高人民检察院1985年7月18日印发的《关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）》（已失效）就曾指出：利用职务上的便利，是指利用职务上的主管、管理、经手公共财物的便利条件。例如，出纳员利用职务上保管现金的便利，盗窃由其保管的公款，是贪污罪；如果出纳员仅是利用对本单位的情况熟悉的条件，盗窃由其他国家工作人员保管的公共财物，则是盗窃罪。最高人民检察院1999年9月16日印发的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》在贪污罪中指出，“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。最高人民法院2003年11月13日印发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》在受贿罪中指出，“利用职务上的便利”，既包括利用本人职务上主管、负责、承办某项公共事务的职权，也包括利用职务上有隶属、制约关系的其他国家机关工作人员的职权。由此可见，利用职务上的便利，是指行为人利用主管、管理、经手公共财物的职权及与职务有关的方便条件，既包括利用本人直接管理、经手公共财物的职务便利，也包括利用职务上有隶属关系的其他国家工作人员的职务便利，因为在后一种情况下行为人虽然未直接管理公共财物，但是具有主管公共财物的职务便利。

本案例中，国际商贸城指挥部系浙江省某市市委、市政府为确保国际商贸城建设工程顺利进行而设立的机构。指挥部下设确权报批科，工作人员从国土资源局抽调，分管该科室的副总指挥吴某某是国土资源局的副局长。在实际工作中，该科室等同于国土资源局设在指挥部的派出机构，负责土地确权、建房建设用地的审核及报批工作。确权报批科作为指挥部下设机构，同时也受指挥部领导。被告人杨某虎作为指挥部总指挥当然对该科具有领导职权。同时，杨某虎还担任某市市委常委、某市人大常委会副主任的领导职务，与某市国土资源局具有领导与被领导的隶属关系。本案例中，杨某虎正是利用“主管”的职务便利，给确权报

批科的科长及分管副总指挥打招呼，利用了与其职务上有隶属关系的其他国家机关工作人员的职权，才使得虚假的土地确权得以实现，构成“利用职务上的便利”进行的贪污行为。

（2）关于土地使用权是否属于公共财物问题

根据我国《刑法》第382条第1款规定，贪污罪的犯罪对象主要是公共财物。根据《刑法》第183条第2款和第271条第2款的特别规定，非国有保险公司的保险金和非国有公司、企业以及其他单位的财物，也可以成为贪污罪的对象。关于土地使用权是否属于公共财物，能否成为贪污罪的对象，《刑法》没有具体规定，刑法理论界对此鲜有论述，司法实践中有的认为因土地属于不动产，所有权的转移必须经法定的登记程序才能实现，土地不能成为贪污的对象。本文对此持否定意见，认为土地使用权可以成为贪污罪的对象，其主要理由如下：

首先，土地属于公共财物。根据《刑法》第91条有关公共财产的解释，公共财产包括国有财产、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。根据《土地管理法》第2条和第9条的规定，我国土地实行社会主义公有制，即全民所有制和劳动群众集体所有制，并可以依法确定给单位或者个人使用。因此，土地当然属于“公共财物”。

其次，土地使用权属于“财物”的范围。关于“财物”的范围，最高人民法院、最高人民检察院2008年11月20日印发的《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第7条指出，商业贿赂中的财物，既包括金钱和实物，也包括可以用金钱计算数额的财产性利益。虽然土地所有权实行公有制，但是土地所有权与使用权可以分离，个人或者单位可以拥有土地使用权，对土地能够进行占有、使用、开发、经营，并可以带来相应的经济收益。因此土地使用权具有财产性利益，属于“财物”的范围。

再次，土地使用权可以成为贪污罪的对象已为有关规范性文件所肯定。最高人民法院、最高人民检察院2010年1月1日印发的《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》（法发〔2010〕49号）第1条第1款规定，国家工作人员或者受国家机关、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，在国家出资企业改制过程中故意通过低估资产、隐瞒债权、虚设债务、虚构产权交易等方式隐匿公司、企业财产，转为本人持有股份的改制后公司、企业所有，应当依法追究刑事责任的，依照《刑法》第382条、第383条的规定，以贪污罪定罪处罚。根据国家国有资产管理局1993年11月制定的《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》中的有关规定，有权代表国家投资的部门和机构以货币、实物和所有权属于国家的土地使用权、知识产权等形成的资产，界定为国有资产。由此可以得出，在国家出资企业改制过程中故意低估土地使用权，转为本人持有股份的改制后公司、企业所有的，可以构成贪污罪。

最后，土地使用权能够被非法占有。虽然土地等不动产所有权的转移需要登记，但是所有权的转移与贪污罪构成要件中的“非法占有”是不同概念，非法占有可能并不具备形式上的所有权。土地使用权虽与房产等实物财产有所不同，但土地使用权是国有或者集体所有土地财产权的重要部分，具有占有、使用、收益的权能，具有财产性利益，能够被国家工作人员利用职务便利非法占有。

本案例中，根据某市稠城街道办事处文件规定，非本村集体经济组织成员只有在村内有祖传合法旧房的才可得到拆迁安置。被告人王某芳（杨某虎之妻妹）虽然形式上购买了赵某某的房屋，但是该房屋不是王某芳祖传的房屋，王某芳并不属于拆迁安置对象，不具备获得土地确权的资格，也不能得到拆迁安置。被告人杨某虎等人对此心知肚明，遂虚构“该房子是由王某芳在1983年建造并一直使用”等事实，让所在的共和村及相关村干部出具虚假证明。在土地确权和报批过程中，杨某虎为了

王某芳获得土地确权，利用其职务便利，给指挥部下属科室、某市相关职能部门打招呼。在办理相关手续过程中，违反有关规定，对王某芳的拆迁安置资格也没有经过张榜公布等程序。有关部门也是基于杨某虎的职权而违规操作，让王某芳最终获得国有土地使用权。王某芳被安置的地块位于某市稠城街道长春村，该地块已于2002年8月经浙江省人民政府批准征为国有并转为建设用地。某市市政府文件抄告单亦明确共和村的拆迁安置土地使用权登记核发国有土地使用权证。因此，杨某虎利用职务便利非法占有土地使用权，能够构成贪污罪。

案例三：李某兴贪污案^[8]

1.基本案情

被告人李某兴，男，原系浙江省瑞安市劳动和社会保障局某劳保所所长。

2004年8月至2008年10月，被告人李某兴在企业和参保人不知情的情况下，将参保人员（非企业员工）30多次挂靠到企业名下以企业员工身份办理社会养老保险关系，使企业虚增养老保险参保人数并多缴纳养老保险金合计人民币（以下币种均为人民币）425360.12元，然后再私自收取参保人的养老保险费（数额与企业缴纳的数额基本一致）。此外，李某兴通过操作，将非企业人员代替企业的“空名户”名额，以两种方式非法获利96677.73元：一是占用32位“空名户”名额并让参保人继续参保。由于企业在社保统筹账户内已为“空名户”缴纳了保险费并不得主张返回，这笔预征款被用来折抵占用“空名户”名额参保人员的保险费，其又再私自收取了这些参保人员已被抵缴了的保险费计78166元。二是占用企业37位“空名户”名额激活养老保险关系后，随即停止参保，终止养老保险关系。依据相关规定，终止因占用“空名户”名额而成的养老保险关系，可将企业已缴的养老保险预征款约三分之一退还给参保个人，

而这部分应退款共计18511.73元也被李某兴领取占有。案发后，李某兴主动退还赃款514424.69元。

一审法院认为，被告人李某兴身为国家工作人员，利用职务上的便利，非法占有公共财物，数额巨大，构成贪污罪。鉴于其认罪态度好，已退还绝大部分非法所得，可酌情从轻处罚。关于辩护人提出的李某兴的行为应定性为挪用公款罪的意见，与相关法律不符，不予采纳。判决被告人李某兴犯贪污罪判处有期徒刑11年，剥夺政治权利1年，并处没收个人财产8万元。

一审宣判后，被告人未上诉，检察机关亦未提出抗诉。

2.案件分析

本案被告人李某兴的行为方式有三种：第一，通过隐瞒事实使企业为非企业人员缴纳养老保险费，又私自向参保人员收取养老保险费并占为己有；第二，利用企业“空名户”名额收取参保人员已被抵缴的养老保险费并占为己有；第三，占用企业“空名户”名额激活养老保险关系后，随即停止参保，领取应退还给参保人员的养老保险预征款。下面将分别阐述这三种行为的定性：

(1) 将非企业员工挂靠企业参保后收取参保费并占为己有的行为定性

本案在审理过程中，对李某兴实施的此种行为如何定性，有两种观点。第一种观点认为，李某兴的这一行为构成诈骗罪。理由是：①虚增企业的参保人数，欺骗企业为非本企业人员缴纳保险费，同时自己又收取参保人员的参保费，是典型的虚构事实、隐瞒真相的行为。②就被诈骗财物的属性而言，李某兴形式上是收取了参保人员的参保费，如果不能确认参保人员与国家建立了养老保险关系，则实际受到财产损失的是

参保人员，诈骗的对象为参保人员；如果能够确认参保人员与国家建立了养老保险关系，则李某兴实质上是骗取企业多缴纳了保险费，实际受到财产损失的是企业。但无论哪种情况，李某兴的这一行为都应当构成诈骗罪。第二种观点认为，李某兴的这一行为构成贪污罪。李某兴利用职务便利，将代为保管的他人所上交的养老保险费据为己有，其行为完全符合贪污罪的构成特征。

我们同意第二种观点。诈骗罪与贪污罪的行为人在客观方面都可能采取虚构事实、隐瞒真相的方法，但诈骗罪的主体是一般主体，客观上要求行为人未利用职务上的便利条件。本案被告人李某兴身为国家工作人员，利用职务上的便利非法占有公共财物，应当认定构成贪污罪。具体理由如下：

首先，李某兴非法取得的42万余元钱款性质属于社会养老保险基金。要厘清这个问题首先要关注本案存在的行政法律关系，本案被告人李某兴在经手办理社保关系时，对电脑上设档的单位投保人员名单进行修改，虚增非企业人员为企业人员，企业已经缴纳了虚增人员的参保费，在此情况下，各参保人员、被挂靠企业与管理养老保险费的社会保障机构已经形成行政法上的法律关系，无论参保人员与国家建立的养老保险关系是否有效，均应依据相关行政法律进行处理；如果养老保险关系有效，参保人员的保险种类可以转换为城镇个体户或者灵活就业人员户养老保险形式，企业对于多缴纳的养老保险费拥有无限期的主张返还的权利，社保单位自发现起，也有依职权主动返还的职责；如果养老保险关系无效，社保单位应当退还参保人员所交的养老保险费。在上述行政法律关系存在的前提下，各参保人员基于对李某兴（劳保所所长）职务身份的信任，交给李某兴42万余元参保费，李某兴是以社保经办人的身份收取参保费的，因此该笔参保费理所当然地属于社会养老保险基金。无论李某兴收取的程序违法还是收取的目的非法，均不影响该笔钱款的属性。

其次，社会养老保险基金属于公共财物。社会养老保险是按国家统一政策规定强制实施的社会统筹与个人账户相结合的养老保险制度。按照相关法律、法规规定，社会养老保险基金由以下几个部分构成：①用人单位和职工、城镇个体劳动者缴纳的基本养老保险费；②基本养老保险基金的利息等增值收益；③基本养老保险费滞纳金；④社会捐赠；⑤财政补贴。社会养老保险基金中的国家财政补贴部分当然属于国有财产，用人单位的缴费（除去纳入个人账户的部分）在一定范围内进行社会统筹，进入统筹的部分显然属于集体财产。然而，社会养老保险基金中个人账户部分（包括职工个人缴费和企业缴费纳入职工个人账户的部分）的性质，法律、法规没有明确规定。由于这部分资金在个人符合法定的领取条件时可以领取，个人享有实际的支配权，个人死亡的，个人账户中的余额还可以全部继承，因此个人账户中的养老保险基金从本质上说属于个人财产。但是根据《刑法》第91条的规定，“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物”也属于“公共财物”的范畴。社会养老保险基金中个人账户部分虽然是私人所有，但在个人不符合领取条件时一直由劳动保障行政部门负责管理、使用，在此期间损毁灭失风险由国家机关承担，因而应以公共财物论。

最后，李某兴系利用职务上的便利非法占有公共财物。李某兴系瑞安市劳动和社会保障局某劳保所所长，某劳保所系瑞安市劳动和社会保障局下设机构，因此李某兴的身份属于国家机关工作人员。根据瑞安市劳动和社会保障局的相关规定，劳保所具有“负责所在辖区内机关、事业单位、社会团体、企业、个体工商户的养老保险、医疗保险、工伤保险、生育保险、失业保险的管理及各险种的宣传、扩面工作”等八项职责。李某兴在主管和经手办理社保关系时，对电脑上设档的单位投保人员名单进行修改，虚增非企业人员为企业人员，再要求企业缴纳虚增人员的参保费。可见，李某兴利用其职务上的便利条件，骗取企业多缴纳参保费（由地税代扣），同时利用他人对其身份的信任，承诺为他人建

立保险关系并收取参保人的参保费，其行为应当认定为利用职务上的便利非法占有公共财物。

（2）利用“空名户”收取参保人保险费及套取保险费的定性

李某兴实施的第二种行为，即利用“空名户”继续保持保险关系，使参保人员因“空名户”而无须向国家缴纳参保费（因为企业已为“空名户”向社保统筹账户缴纳了保险预征款），同时又私自收取参保户已被抵缴了的保险费。与第一种行为一样，李某兴向这批占用“空名户”名额的参保人员收取的参保费本应该是向国家补交的保险费，属于社会养老保险基金，具有公共财物的性质。虽然从表面上看，社会养老保险基金并没有损失，因为企业已经缴纳了用以充当保险费的预征款。但实际上，社会养老保险基金受到了损失，因为这批参保人员不符合抵充“空名户”保险费的资格，应该另行向国家缴纳与其保险类别相应的参保费。就犯罪手段而言，李某兴利用“空名户”的漏洞，能够顺利地将应缴未缴的参保费占为己有，与其职务上的便利离不开关系，属于利用职务便利侵吞公共财物的行为。

（3）李某兴实施的第三种行为，即将非企业人员替代“空名户”后立即停保套取国家作为保险费的部分预征款的行为性质

进入社保统筹账户的预征款，其公共财物的性质毋庸置疑，依规定只能由企业实有人员占用“空名户”并停保后才可以退还约三分之一给参保个人。李某兴编造虚假的企业人员，能够顺利地套领这笔退款，与其职务上的便利也密切相关，属于利用职务骗取公共财物的行为。

综上，被告人李某兴实施的侵吞、骗取公共财物行为，符合贪污罪的构成特征，原审法院以贪污罪判处被告人李某兴有期徒刑十一年，定罪准确，量刑适当。

案例四：宾某春、郭某、戴某立贪污案^[9]

1.基本案情

被告人宾某春，男，原系湖南省湘潭市岳塘区荷塘乡某村村民委员会主任。被告人郭某，女，原系湖南省湘潭市岳塘区荷塘乡某村党支部书记、村民委员会委员兼出纳。被告人戴某立，男，原系湖南省湘潭市岳塘区荷塘乡某村村民委员会委员兼会计。

一审法院查明，1997年9月18日，被告人宾某春使用作废的收款收据到湘潭电厂领取“施工作业上坝公路用地补偿费”10万元。同月26日，湘潭电厂应宾某春要求将该款转账至清水建筑工程队在中国农业银行岳塘支行某储蓄专柜开设的户头上。当日，宾某春在该工程队法人代表戴某的协助下，又将该款转至以假名“戴荣华”开设的活期存折上。之后，分三次取出，除部分用于做生意外，余款以其妻的名义存入银行。

1997年9月，被告人宾某春、郭某、戴某立伙同村支部委员赵某龙，出具虚假领条，从湘潭市征地拆迁事务所套取付给某村的“迁坟补偿费”1.2万元，四人平分，各得赃款3000元。

1997年9月23日，被告人宾某春使用作废的收款收据从湘潭市征地拆迁事务所领取“油茶林补偿费”10万元。同年10月8日，宾某春将该款转至某村在湘潭市板塘城市合作银行以“清水工程款”名义虚设的账户上。同月24日，被告人郭某将款取出，又以宾某春个人名义存入中国银行某支行。1998年3月的一天，宾某春对郭某、戴某立说：“那10万元钱三个人分了，以后被发现各退各的。”郭、戴均表示同意。尔后，三人平分，各得赃款3.3万余元。

1998年4月4日，被告人宾某春以湘潭市荷塘乡某村村民委员会名义使用作废的收款收据从湘潭电厂领取“租用运输道路泥沙冲进稻田补偿

费”4.2916万元。同月20日，湘潭电厂将该款转账至某村在荷塘信用社开立的账户上。尔后，宾某春对被告人郭某、戴某立说：“电厂来了笔扫尾工程款，这笔款不入账，几个人分了算了。”郭、戴均表示同意。于是，被告人郭某分两次将钱取出，并将其中的3.2916万元予以平分，各得赃款1.0972万元。

综上，被告人宾某春、郭某、戴某立利用职务便利，共同侵吞公款14.1916万元，各分得赃款4.7305万元。被告人宾某春单独利用职务便利侵吞公款10万元。案发后，各被告人所得赃款全部退回。

一审法院认为，被告人宾某春、郭某、戴某立作为依法从事公务的国家工作人员，利用职务上的便利，使用作废收款收据领款等手段套取征地、迁坟等补偿费用不入账，然后予以侵吞，其行为均已构成贪污罪。判决如下：一、被告人宾某春犯贪污罪，判处有期徒刑10年，并处没收财产1万元；二、被告人郭某犯贪污罪，判处有期徒刑3年，缓刑4年；三、被告人戴某立犯贪污罪，判处有期徒刑3年，缓刑4年。

2.案件分析

本案的主要争议点在于三被告人村委会成员身份和村党支部成员的身份是否具有贪污罪主体资格的问题。贪污罪的犯罪主体是特殊主体，即必须是国家工作人员。根据《刑法》第93条的规定，可以把国家工作人员划分为如下几类：（1）国家机关工作人员；（2）在国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员；（3）受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派，到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务的人员；（4）其他依照法律从事公务的人员。就本案而言，三人属于《刑法》第93条第2款规定的“其他依照法律从事公务的人员”。

（1）三人为协助人民政府从事行政管理工作的村民委员会等村基

层组织成员

本案被告人宾某春、郭某、戴某立利用职务便利，共同侵吞“迁坟补偿费”“油茶林补偿费”和“租用运输道路泥沙冲进稻田补偿费”，共14.1916万元，各分得赃款4.7305万元。被告人宾某春还独自利用职务便利侵吞“施工作业上坝公路用地补偿费”10万元。对于三被告人的行为如何处理，关键在于三被告人是否属于《刑法》第93条第2款所规定的“其他依照法律从事公务的人员”。

由于村民委员会等村基层组织不是国家机关，但村民委员会等村基层组织人员在管理基层集体性自治事务的同时，还经常受乡、民族乡、镇人民政府委托协助乡、民族乡、镇人民政府开展工作，执行政府指令，组织村民完成国家行政任务，行使一定的行政管理职能。因此，《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》（以下简称《解释》）明确规定了村民委员会等基层组织成员在从事下列七种工作时，属于依照法律从事公务的行为：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土地征收、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。村民委员会等村基层组织成员在从事上述七种工作时，属于“其他依照法律从事公务的人员”。他们利用职务便利非法占有公共财物、挪用公款、索取他人财物或者非法收受他人财物构成犯罪的，适用《刑法》关于国家工作人员犯罪的处罚规定。本案被告人宾某春、郭某、戴某立均系村委会的组成人员，宾某春还是村民委员会主任，在依职务管理村集体土地征用补偿费用过程中，三人共同利用职务上的便利，非法占有公共财物，依法共同构成贪污犯罪。

（2）村党支部成员在协助行政管理工作时属于“其他依照法律从事

公务的人员”

虽然《解释》没有明确村党支部成员在协助人民政府从事行政管理工作时，是否属于“其他依照法律从事公务的人员”，但从《解释》的规定和我国的实际情况来看，村党支部成员无疑也属于“其他依照法律从事公务的人员”。其理由是：第一，从立法解释的技术来看，《解释》用“村民委员会等村基层组织人员”这种列举加概括的方法，应当认为是涵盖了村党支部、村经联社、村经济合作社等各种依法设立或者经过批准设立的村基层组织；第二，认定村民委员会等村基层组织人员是否属于“其他依照法律从事公务的人员”，关键在于其是否协助人民政府从事行政管理工作。在我国农村的各种公共管理活动中，村党支部实际上起着领导和决策的作用，乡级人民政府不仅通过村民委员会而且主要是通过村党支部落实国家的各种路线、方针、政策，组织实施与村民利益及社会发展相关的各种公共事务管理活动。也就是说，村党支部成员更为经常地协助人民政府从事行政管理工作。因此，村党支部成员在协助人民政府开展工作时，利用职务上的便利非法占有公共财物、挪用公款、索取他人财物或者非法收受他人财物，构成犯罪的，当然也适用《刑法》关于国家工作人员犯罪的处罚规定。

案例五：朱某岩贪污案^[10]

1.基本案情

2002年年底，被告人朱某岩与某县食品总公司破产清算组签订租赁经营某县食品总公司肉联厂（国有企业）的合同，租赁期限为2003年1月1日至2003年12月31日。协议签订前后，有韩某业、王某宇等9名股东入股经营，朱某岩任厂长，韩某业、王某宇任副厂长。由于经营亏损，股东向朱某岩索要股金。2003年11月，被告人朱某岩让王某宇通过马某国联系，与扬州市一名做废旧金属生意的商人蒋某达成协议，将肉联厂

一台12V-135型柴油发电机和一台170型制冷机以8万元价格卖给蒋某。2004年1月2日深夜，被告人朱某岩及韩某业、王某宇等人将蒋某等人及货车带到肉联厂院内，将两台机器及附属设备（价值9.4万余元）拆卸装车运走。被告人朱某岩及韩某业、王某宇等人将蒋某的货车“护送”出泗阳后，携带蒋某支付的8万元返回泗阳。在王某宇家中，朱某岩从卖机器款中取3万元给王某宇，让王某宇按股东出资比例予以分配，又取2000元交给韩某业，作为某县食品公司破产清算组的诉讼费用。朱某岩携带其余4.8万元潜逃。2004年7月，朱某岩写信给某县反贪局供述自己盗卖机器的事实。2004年8月，朱某岩被抓获归案。案发后，朱某岩亲属退回赃款计6.5万元。

一审法院认为，朱某岩作为受委托代为管理、保管国有财产人员，利用职务之便，盗卖国有资产，其行为构成贪污罪。朱某岩能坦白交代自己的罪行，认罪态度较好，酌情从轻处罚。判决被告人朱某岩犯贪污罪，判处有期徒刑7年，追缴违法所得8万元。

宣判后，朱某岩不服，以不具备贪污罪的主体身份，其行为构成投案自首等为由，向江苏省宿迁市中级人民法院提出上诉。其辩护人提出：朱某岩不是贪污罪的主体，没有非法占有的故意，其行为不构成贪污罪；朱某岩写信给检察机关的行为构成投案自首；价格鉴定不能作为证据使用。

二审法院经审理认为，原判决认定的朱某岩在承租经营国有资产期间盗卖所承租的国有资产的事实，上诉人朱某岩未提出异议，并得到其以往的供述及相关证人证言、书证、价格鉴定等证据证实。原判决认定事实清楚，证据充分。上诉人朱某岩在承包租赁属于国有性质的食品厂厂房机器设备期间，即具备“受委托管理、经营国有财产人员”的贪污罪主体身份，此间利用负责经营管理的职务之便利，盗卖所承租的国有资产，其行为构成贪污罪。原判定性适当。故上诉人及辩护人提出朱某

岩不具备贪污罪主体身份的理由及辩护意见不能成立。朱某岩的辩护人还提出朱某岩不具备非法占有公共财物的故意。经查，上诉人朱某岩为弥补在承租期间的经营亏损，而采取秘密手段将国有资产出卖并进行分配等处置，足以认定其具有非法占有的故意。辩护人还提出价格鉴定不能作为证据使用。经查，原判决所采信的价格鉴定是由法定机关法定人员依法做出，并经一审法庭质证，具备证据效力和证明力。上诉人及辩护人提出朱某岩写信给检察机关的行为构成投案自首。经查，上诉人朱某岩没有主动到案，也非因病因伤或为挽回损失暂无法到案而事先以电信方式投案，故不能认定为投案自首。朱某岩的上诉理由及其辩护人的辩护意见均不能成立，不予采纳。朱某岩能主动坦白罪行，认罪态度较好，可酌情从轻处罚。原判决量刑并无不当，审判程序合法。据此，裁定驳回上诉，维持原判。

2.案件分析

该案的主要问题在于朱某岩能否被认定为具备贪污罪的主体身份。

根据《刑法》第382条的规定，贪污罪的主体包括两类：一类是国家工作人员；另一类是受国家机关、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。本案被告人朱某岩既非《刑法》第93条规定的在国家机关中从事公务的人员，也不是“以国家工作人员论”的人员，故不属于上述第一类主体。因此，朱某岩是否构成贪污罪的关键，在于准确把握《刑法》第382条第2款规定的内涵，认定其是否属于“受.....委托管理、经营国有财产的人员”。我们认为，朱某岩租赁经营国有企业的行为，属于受委托管理、经营国有财产，符合《刑法》关于贪污罪规定的第二类犯罪主体构成要件，其利用职务上的便利盗卖国有财产并私分的行为，应当以贪污罪定罪处罚。

《刑法》第382条第2款规定：“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。”对于其中的“委托”应当如何理解的问题，最高人民检察院于1999年9月19日下发的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》做出了如下规定：“受委托管理、经营国有财产”是指因承包、租赁、聘用等而管理、经营国有财产。2003年11月13日，最高人民法院下发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）中规定：“受委托管理、经营国有财产”是指因承包、租赁、临时聘用等管理、经营国有财产。可见，承包、租赁和聘用是“受委托”的主要方式，不同之处在于《纪要》对聘用的范围限制在“临时聘用”。因为长期受聘用的人员直接可视为国家工作人员，对于其利用职务上的便利侵吞国有财产的，可以直接适用《刑法》第382条第1款的规定处罚，而临时聘用人员由于尚未与国有单位形成固定的劳动关系，难以认定其为国家工作人员。因此，将临时聘用的人员纳入《刑法》第382条第2款规定的受委托人员范畴，符合《刑法》的立法精神和保护国有资产的价值取向。

尽管委托方式多种多样，实践中除了承包、租赁和临时聘用以外，不排除其他形式存在的可能，但其共同的特征在于，委托双方属于平等的民事主体关系，这种委托是国有单位以平等主体身份就国有财产的管理、经营与被委托者达成的协议，本质上是民事委托关系，因此有别于《刑法》第93条规定的“委派”。委派的实质是任命，具有一定的行政性，被委派者在委派事项及是否接受委派方面，与委派方不是处于平等地位而是具有行政隶属性质，两者间的关系具有隶属性和服从性。本案被告人朱某岩与某县食品总公司破产清算组签订了租赁经营某县食品总公司肉联厂的合同，属于一种典型的民事委托方式，因此，朱某岩符合“受委托”管理、经营国有财产的要件，一、二审法院对朱某岩以贪污罪定罪是正确的。

案例六：胡某玮贪污案^[11]

1.基本案情

被告人胡某玮，男，被捕前系江苏某物贸中心（集团）有限公司副总经理，某外贸物资总公司法定代表人、总经理，曾任某物资集团公司汽车经营公司总经理、某汽车贸易某联营公司总经理、某物资集团公司第三贸易公司总经理。

一审法院查明，被告人胡某玮于1990年11月18日至1997年2月17日担任某物资集团公司〔后更名为某物贸中心（集团）有限公司〕总经理助理；1990年11月至1996年7月，被告人胡某玮担任某物资集团公司汽车经营公司（1993年10月起更名为某物资集团汽车贸易总公司）总经理；1992年5月至1995年，兼任某物资集团公司第三贸易公司总经理。1997年2月17日，胡某玮辞去某物贸中心（集团）有限公司董事、某物资集团股份有限公司董事职务，同时被某物贸中心（集团）有限公司解除其担任的该公司总经理助理的职务。1998年2月，胡某玮重回某物贸中心（集团）有限公司，担任董事、副总经理。胡某玮于1992年1月15日被吸收为国家干部。另查明：某物资集团公司系全民联营企业；某物资集团公司汽车经营公司是由某物资集团公司投资500万元注册成立的 全民所有制企业；某物资集团第三贸易公司由某物资集团公司拨款50万元注册成立，隶属于某物资集团公司的非独立核算全民联营公司。

1991年至1993年，被告人胡某玮利用担任某物资集团汽车经营公司总经理、某物资集团公司第三贸易公司总经理的职务便利，在公司经营活动中，采用“虚开发票”“收入不入账”“串票经营”“两价结算”“抬高进价、故意亏损”及虚设“外汇补差”“联合经营钢材业务利润分成”等手段，将本公司公款人民币1777.620263万元截留至海南某科技发展有限公司等单位。被告人胡某玮于1999年3月利用上述截留利润中的1658.8