



常见职务犯罪 解析与预防

CHANGJIAN ZHIWU FANZUI
JIEXI YU YUFANG

杨兰臣 / 编著

人民法院出版社

常见职务犯罪解析与预防

杨兰臣 编著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

常见职务犯罪解析与预防/杨兰臣编著. —北京: 人民法院出版社, 2017. 2

ISBN 978-7-5109-1690-8

I. ①常… II. ①杨… III. ①职务犯罪—预防犯罪—研究—中国 IV. ①D924.304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2017) 第 013516 号

常见职务犯罪解析与预防

杨兰臣 编著

责任编辑 路建华

出版发行 人民法院出版社

地 址 北京市东城区东交民巷 27 号 (100745)

电 话 (010) 67550660 (责任编辑) 67550558 (发行部查询)
65223677 (读者服务部)

客服 QQ 2092078039

网 址 <http://www.courtbook.com.cn>

E-mail courtpress@sohu.com

印 刷 保定市中画美凯印刷有限公司

经 销 新华书店

开 本 787×1092 毫米 1/16

字 数 410 千字

印 张 25

版 次 2017 年 2 月第 1 版 2017 年 2 月第 1 次印刷

书 号 ISBN 978-7-5109-1690-8

定 价 65.00 元

版权所有 侵权必究

前 言

职务伴随着国家产生，职务犯罪是一种社会历史现象，但职务犯罪为历代统治阶级所不容，均以法的手段、利用国家机器进行严厉惩治，以维护江山社稷的稳固。

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。

职务犯罪的产生，既有外因也有内因。法国启蒙思想家孟德斯鸠在《论法的精神》中曾作出这样一个经典论断：“一切有权力的人都容易滥用权力，这是万古不易的一条经验。有权力的人使用权力一直到遇有界限的地方才休止。”可见，有权力的人如果不清楚权力的边界，就容易步入违法乃至犯罪的区域。编写本书的主要目的在于提高公职人员的法律意识，澄清一些常见的模糊认识，从而减少犯罪。我在多年的律师工作中，接触过很多党政官员、国企领导和企业管理人员等，了解到他们由于忙于工作，缺少法律知识，常常在违法乃至犯罪的边缘处徘徊，这是非常危险的。有的人已处在悬崖边，而自己却浑然不知；有的人因为职务的原因，时常经受各种利诱的考验。这些人如果对法律没有清醒的认识，难免迟早坠入深渊。近年来，不少位高权重的官员因腐败相继落网，他们有过刻苦求学的经历，也有过令人羡慕的辉煌，而走到这一步，实在令人惋惜。除社会环境以外，这与他们缺乏对法律的领悟和敬畏不无关系。有的人东窗事发，看似偶然，实则必然。法网恢恢、疏而不漏，经常是一个不起眼的小人物犯了事，连环牵出一系列案件，一个个活生生的窝案、连环案，令人触目惊心。因此，从小处说，为了自己，为了家人；从大处说，为了社会，为了国家，都不应触犯刑法这道红线，否则，自己埋下的“不定时炸

弹”随时都有可能被他人引爆，届时后悔也于事无补。

本书根据现行法律、法理并结合真实的案例，对常见的职务犯罪进行解析，对社会中一些常见的模糊认识和有争议的问题加以阐释。本书注重现行法律规定与刑法理论和司法实践的结合，结合相关典型判例加以阐述，以尽可能地保证其中介绍的法律知识既符合立法本意，又与司法实践相一致，并有利于读者的理解。

本书分为四章。为了让非法律专业的读者对本书中每一个罪名都能够理解透彻，首先在第一章介绍刑法基础知识，以帮助他们更好地理解本书后面三章的内容。第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。第三章是国家机关工作人员渎职犯罪，例如滥用职权罪、玩忽职守罪等。第四章是国家机关工作人员侵权犯罪，例如刑讯逼供罪、报复陷害罪等。第二章至第四章是本书的核心内容，对常见的职务犯罪进行详细介绍，并注意尽量用通俗易懂的表述方式，对每一个罪名都详细地解释其含义，介绍其构成要件、立案追诉标准、量刑标准、常见问题、典型案例及评析、相关法律规定和司法解释等。

本书可供各类国家机关工作人员、国有企事业单位的管理人员和业务人员以及法律职业者阅读。特别是非法律专业的公职人员，阅读本书将有助于远离职务犯罪。

杨兰臣

二〇一六年八月于济南

目 录

第一章 刑法基础知识	1
第二章 贪污贿赂类犯罪	26
第一节 贪污罪	26
第二节 挪用公款罪	45
第三节 受贿罪	62
第四节 单位受贿罪	99
第五节 利用影响力受贿罪	119
第六节 行贿罪	128
第七节 对有影响力的人行贿罪	147
第八节 对单位行贿罪	150
第九节 单位行贿罪	161
第十节 介绍贿赂罪	175
第十一节 巨额财产来源不明罪	186
第十二节 隐瞒境外存款罪	195
第十三节 私分国有资产罪	202
第十四节 私分罚没财物罪	216
第三章 国家机关工作人员渎职犯罪	228
第一节 滥用职权罪	228
第二节 玩忽职守罪	244
第三节 徇私枉法罪	255
第四节 民事、行政枉法裁判罪	267
第五节 执行判决、裁定滥用职权罪	284

第六节	徇私舞弊不移交刑事案件罪	291
第七节	徇私舞弊不征、少征税款罪	303
第八节	环境监管失职罪	310
第九节	食品监管渎职罪	320
第十节	传染病防治失职罪	326
第十一节	非法批准征收、征用、占用土地罪	334
第十二节	非法低价出让国有土地使用权罪	347
第十三节	帮助犯罪分子逃避处罚罪	353
第四章	国家机关工作人员侵权犯罪	365
第一节	刑讯逼供罪	365
第二节	暴力取证罪	372
第三节	虐待被监管人罪	380
第四节	报复陷害罪	386

第一章 刑法基础知识

一、什么是刑法？

刑法是规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律。刑法有狭义和广义之分，在中国，狭义的刑法是指现行有效的 1997 年 10 月 1 日起施行的《中华人民共和国刑法》及其修正案，以下简称刑法。它是一部全面系统规定犯罪与刑罚的法律，因此又被称为刑法典。广义的刑法是指一切规定犯罪、刑事责任和刑罚的法律规范的总和，不仅包括刑法典，还包括单行刑事法律、非刑事法律中的刑事责任条款、刑法立法解释、刑法司法解释。

二、什么是刑法的基本原则？我国刑法有哪些基本原则？

刑法的基本原则是指贯穿全部刑法规范、体现我国刑事法律的基本性质与基本精神、具有指导和制约全部刑事立法与刑事司法意义的准则。

根据刑法典的规定，我国刑法的基本原则包括罪刑法定原则、适用刑法人人平等原则、罪责刑相适应原则。

罪刑法定原则的含义是：什么是犯罪，有哪些犯罪，各种犯罪的构成要件是什么，有哪些刑种，各个刑种如何适用，以及各种具体罪的具体量刑幅度等，均由刑法明文规定，对于刑法分则中没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。概括地说，就是“法无明文规定不为罪”“法无明文规定不处罚”。罪刑法定思想渊源，可以追溯到 1215 年英王约翰签署的大宪章，1789 年法国《人权宣言》也明确了这一原则。罪刑法定原则已成为不同社会制度的世界各国刑法中最普遍、最重要的一项原则。我国 1997 年修订的刑法废除了有罪类推制度，明确了罪刑法定原则，修订后的刑法典第三条规定：“法律明文规定为犯罪行为的，依照法律定罪处刑；法律没有明文规定为犯罪行为的，不得定罪处刑。”

适用刑法人人平等原则的含义是：对任何人犯罪，不论犯罪人的家庭出身、社会地位、职业性质、财产状况、政治面貌、才能业绩如何，都应追究刑事责任，一律平等地适用刑法，依法定罪、量刑和行刑，不允许任何人有超越法律的特权。

罪责刑相适应原则的基本含义是：刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和应承担的刑事责任相适应。犯多大罪承担多大的刑事责任；罪轻罪重，应考虑行为人的犯罪行为本身和其他各种影响刑事责任大小的因素。在分析罪重罪轻和刑事责任大小时，不仅要看犯罪的客观危害性，而且要综合考虑行为人的主观恶性和人身危险性，把握罪行和罪犯各方面因素体现的社会危害性程度，从而确定刑事责任程度，适用相应轻重的刑罚。

三、什么是犯罪？其特征是什么？

刑法第十三条规定，一切危害国家主权、领土完整和安全，分裂国家、颠覆人民民主专政的政权和推翻社会主义制度，破坏社会秩序和经济秩序，侵犯国有财产或者劳动群众集体所有的财产，侵犯公民私人所有的财产，侵犯公民的人身权利、民主权利和其他权利，以及其他危害社会的行为，依照法律应当受刑罚处罚的，都是犯罪，但是情节显著轻微危害不大的，不认为是犯罪。

犯罪具有三个特征。第一，犯罪是危害社会的行为，即具有一定的社会危害性；一种行为若无社会危害性，则不是犯罪。第二，犯罪是触犯刑律的行为，即具有刑事违法性；一种行为若没有触犯刑事法律，则不是犯罪。第三，犯罪是应受刑罚处罚的行为，即具有应受刑罚处罚性；如果一种行为不应受到刑罚处罚，也就意味着这一行为不是犯罪。

四、什么是单位犯罪？对单位犯罪如何进行处罚？

单位犯罪，是指由公司、企业、事业单位、机关、团体实施的依法应当承担刑事责任的危害社会的行为。单位既包括国有、集体所有的公司、企业、事业单位，也包括依法设立的合资经营、合作经营企业和具有法人资格的独资、私营等公司、企业、事业单位、团体。

单位犯罪必须由刑法分则条文明确规定，没有明确规定的，不构成单位犯罪。单位犯罪必须是经单位集体研究决定或者单位主要领导讨论后实

施，且犯罪所得归单位支配。个人为进行违法犯罪活动而设立的公司、企业、事业单位实施犯罪的，或者公司、企业、事业单位设立后，以实施犯罪为主要活动的，不以单位犯罪论处，仍按自然人犯罪论处。盗用单位名义实施犯罪，违法所得由实施犯罪的个人私分的，依照刑法有关自然人犯罪的规定定罪处罚。

对于单位犯罪，我国刑法采用双罚制与单罚制相结合的方式，对大部分单位犯罪，实现双罚制，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员判处刑罚。而对少部分单位犯罪，只处罚单位的直接负责的主管人员和其他直接责任人员，例如私分国有资产罪。在审理单位故意犯罪案件时，对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，一般不区分主犯、从犯，而是按照其在单位犯罪中所起的作用判处刑罚。

直接负责的主管人员，是指犯罪单位内对单位犯罪起主要决策作用的主管人员，可以是一人，也可以是数人，应从两个方面来加以把握：一是直接负责的主管人员是在单位中实际行使管理权的负责人员；二是对单位具体犯罪行为负有主管责任，具体说是对单位犯罪行为有批准、指挥或授意的责任。上述两个条件缺一不可。一般说来，主管人员主要包括单位法定代表人、单位的主要负责人、单位的部门负责人等。但上述单位的主管人员并非在任何情况下都要对单位犯罪承担刑事责任，只有当其在单位犯罪中起着组织、指挥、决策作用，才能成为单位犯罪的直接负责的主管人员，对单位犯罪承担刑事责任。单位的法定代表人作为单位的最主要的领导成员，一般情况下，在单位里对重大问题的决定起着重要作用，但在单位实施犯罪的情况下，是否应承担刑事责任，不能一概而论，应视其在单位犯罪过程中是否起到了组织、指挥、决策作用而定。如果法定代表人参与单位领导层集体研究、决定或者依职权个人决定实施单位犯罪，则属“直接负责的主管人员”；反之，在由单位其他领导决定、指挥、组织实施单位犯罪、其本人不知情的情况下，则不属于对单位犯罪直接负责的主管人员。当然，单位的法定代表人因失职行为，构成其他犯罪的，应依法承担相应的法律责任。

其他直接责任人员，是指在直接负责的主管人员的授意、指挥、组织下，积极参与实施单位犯罪的单位内部一般工作人员，是实施单位犯罪的主要执行人，一般是从事生产、经营活动的财务人员、营业员、业务员以及其他一般工作人员。只有那些在单位犯罪中起了一定积极作用的人，才

能认定为“直接责任人员”。

五、什么是故意犯罪？

根据刑法第十四条的规定，明知自己的行为会发生危害社会的结果，并且希望或者放任这种结果发生，因而构成犯罪的，是故意犯罪。故意犯罪，应当负刑事责任。“明知”就是预见到、认识到，“会发生”包括必然发生和可能发生。

六、什么是犯罪的直接故意和间接故意？

犯罪的直接故意，是指行为人明知自己的行为必然或者可能发生危害社会的结果，并且希望这种结果发生的心理态度。犯罪的间接故意，是指行为人明知自己的行为可能会发生危害社会的结果，并且放任这种结果发生的心理态度。

理论上划分故意犯罪内容的主导思想，是基于故意犯罪的危害程度不同，以及适用刑罚上应轻重有别。对于直接故意，危害结果发生与否不影响定罪，只影响量刑，也就是说，只要是实施了犯罪行为，并且是直接故意，即使未发生危害结果，也要定罪，但因未发生危害后果，量刑时可考虑从轻或减轻处罚。对于间接故意，只有发生了特定危害结果才能认定构成特定的犯罪。

七、什么是过失犯罪？

应当预见自己的行为可能发生危害社会的结果，因为疏忽大意而没有预见，或者已经预见而轻信能够避免，以致发生这种结果的，是过失犯罪。过失犯罪，法律有规定的才负刑事责任，也就是说只有法律明文规定某一过失行为构成犯罪，才能按犯罪处理。

过失犯罪分为过于自信的过失和疏忽大意的过失。

过于自信的过失，是指行为人预见到自己的行为可能会发生危害社会的结果，但轻信能够避免，以致发生这种结果的心理态度。疏忽大意的过失，是指行为人应当预见到自己的行为可能会发生危害社会的结果，因为疏忽大意没有预见，以致发生这种结果的心理态度。“应当预见”，是指行为人负有预见到行为可能发生危害结果的能力和义务。预见的义务来源于

法律的规定或者是职务、业务上的要求，或者公共生活准则的要求。法律不会强人所难，要求公民去做他实际上无法做到的事情，只对有实际预见可能的人才赋予其预见的义务。行为人能否预见，要根据行为人本身的年龄、智力发育状况、文化知识水平、业务技术水平和工作、生活经验等因素决定的其实际认识能力，以及他行为当时的客观环境和条件，来判断他对发生这种结果能否预见。

八、什么是共同犯罪？对共同犯罪人如何处罚？

根据刑法第二十五条的规定，共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。二人以上共同过失犯罪，不以共同犯罪论处；应当负刑事责任的，按照他们所犯的罪分别处罚。

共同犯罪应当具备以下两个特征。

(1) 共同犯罪的人必须是二人以上。既可以是两个以上的具有刑事责任能力的自然人，也可以是具有刑事责任能力的自然人与单位，还可以是两个以上的单位。

(2) 共同犯罪必须是共同故意犯罪。所谓“共同故意犯罪”，应当具备以下条件。首先，几个犯罪人必须有共同故意。这里有两层意思：一是几个犯罪人对自己实施的危害行为都持故意的心理状态，即几个犯罪人都明知自己的行为会发生危害社会的结果，并希望或者有意放任这种结果的发生；二是几个犯罪人相互明知，即几个犯罪人都认识到自己和其他行为人在共同进行某一犯罪活动。这两方面的统一，就形成了犯罪人的共同故意。其次，几个犯罪人必须有共同的犯罪行为。所谓共同的犯罪行为，是指各个犯罪人的犯罪行为具有共同性。即犯罪人各自的犯罪行为都是在他们的共同故意支配下，围绕共同的犯罪对象，为实现共同的犯罪目的而实施的；各个共同犯罪人所实施的犯罪行为都同危害结果具有因果关系，是完成同一犯罪活动不可缺少的组成部分。共同犯罪的表现形式有：①共同作为、共同不作为、作为与不作为的结合；②共同直接实行犯罪；③存在分工的共同犯罪行为。最后，共同犯罪具有共同的犯罪客体。即共同犯罪人的犯罪行为必须指向同一犯罪客体，这是共同犯罪的成立必须有共同的犯罪故意和共同的犯罪行为的必然要求。所谓犯罪客体，是指我国刑法所保护而为犯罪行为所侵犯的社会关系。社会关系就是人们在生产和共同生活活动过程中所形成的人与人之间的相互关系。作为犯罪客体的社

会关系不是一般的社会关系，如友谊关系、同学关系等，这些一般的社会关系只能由道德规范或由民事、行政法律加以调整与保护，而不在刑法保护之列，因此不能成为犯罪客体。而我国刑法所保护的社会关系是指国家主权、领土完整和安全，人民民主专政的政权，社会主义制度，社会秩序和经济秩序，国有财产或者劳动群众集体所有的财产权，公民私人的财产所有权，公民的人身权利、民主权利和其他权利，等等。

共同犯罪可分为事前有通谋的共同犯罪与事前无通谋的共同犯罪。事前有通谋的共同犯罪，亦称事前共犯，指共同犯罪人的共同犯罪故意是在着手实行犯罪前形成的。事前无通谋的共同犯罪，亦称事中共犯，指共同犯罪人的共同犯罪故意是在着手实行犯罪之时或实行犯罪的过程中形成的。根据刑法第二十六条的规定，三人以上共同实施犯罪而组成的较为固定的犯罪组织，称为犯罪集团。

我国刑法以共同犯罪人在共同犯罪中的地位 and 作用为主，并适当考虑共同犯罪人的分工情况，将共同犯罪人分为主犯、从犯、胁从犯和教唆犯。有的共同犯罪可能只有主犯，没有从犯、胁从犯或教唆犯。

主犯是指组织、领导犯罪集团进行犯罪活动或者在共同犯罪中起主要作用的犯罪分子。主犯可以是实行犯，也可以是教唆犯。所谓实行犯，是指具体实施犯罪行为的人。按照刑法第二十六条的规定，对组织、领导犯罪集团的首要分子，按照集团所犯的全部罪行处罚；对其他主犯，应当按照其所参与的或者组织、指挥的全部犯罪处罚。

从犯是指在共同犯罪中起次要作用或者辅助作用的犯罪分子。根据刑法第二十七条的规定，对于从犯应当从轻、减轻处罚或者免除处罚。

胁从犯是指被胁迫参加共同犯罪的犯罪分子。根据刑法第二十八条的规定，对于胁从犯，应当按照他的犯罪情节减轻处罚或者免除处罚。

教唆犯是指故意唆使他人犯罪的犯罪分子。教唆犯本人不亲自实行犯罪，而故意唆使他人产生犯罪决意并实行犯罪。根据刑法第二十九条的规定，对于教唆犯，应当按照他在共同犯罪中所起的作用处罚。教唆不满 18 周岁的人犯罪的，应当从重处罚。如果被教唆的人没有犯被教唆的罪，对于教唆犯，可以从轻或者减轻处罚。

九、什么是犯罪构成要件？

犯罪构成要件是犯罪构成的基本单元，是犯罪构成整体的各个有机组

成部分，它包括四个方面，即犯罪主体、犯罪主观方面、犯罪客体和犯罪客观方面。任何一种犯罪的成立都必须具备上述四个方面的构成要件，缺少任何一个构成要件，就不构成犯罪。

犯罪主体，是指实施危害社会的行为、依法应当负刑事责任的自然人或单位。例如，根据刑法规定，贪污罪的犯罪主体是国家工作人员，不是这方面的人就不会构成该罪。

犯罪主观方面，是指犯罪主体对自己危害行为及其危害结果所持的心理态度。犯罪主观方面包括罪过（罪过包括故意和过失）、犯罪目的和犯罪动机。罪过是一切犯罪构成都必须具备的主观方面要件，犯罪目的只是有些犯罪构成的必备主观要件，也就是说，有的罪名，法律规定必须具有特定的犯罪目的，否则，不构成该罪，而另外一些罪名，法律并不强调必须具备某一犯罪目的。犯罪动机不是犯罪构成的必备主观要件，也就是说，有无犯罪动机，不影响定罪。犯罪的目的，是指行为人希望通过实施行为实现某种危害结果的心理态度。犯罪目的的内容是危害结果的实现。犯罪目的仅存在于直接故意之中，间接故意与过失不可能存在犯罪目的。犯罪动机，是指刺激、促使犯罪人实施犯罪行为的内心起因或思想活动。产生犯罪动机的条件：一是行为人内在的需要和愿望；二是外在的诱因与刺激。犯罪目的与危害结果直接相关，犯罪动机是追求危害结果的原因。任何一项犯罪，都必须有主观方面的要件，例如，根据刑法规定，抗税罪的主观方面必须是出于故意，即明知是负有纳税或扣缴义务而故意抗拒缴纳税款，如果不是故意抗拒缴纳税款，就不构成抗税罪。例如，如果不是不想缴税，而是对纳税数额有异议，而拒不缴纳个人认为多缴的部分，则属于税收争议，不构成抗税罪。

犯罪客观方面，是指犯罪活动的客观外在表现，包括危害行为、危害结果。

某些特定犯罪的构成还要求行为人的行为发生在特定的时间、地点、采用特定方法或者损害特定的对象等。例如，根据刑法规定，抗税罪的客观方面表现为以暴力、威胁方法拒不缴纳税款的行为。所谓以暴力、威胁方法拒不缴纳税款，是指对税务机关进行暴力冲击、对税务人员进行暴力围攻、强制、殴打、伤害甚至杀害的方法，或者对税务机关、税务人员以实施上述暴力行为相威胁，公开抗拒缴纳税款。如果行为人未采取暴力、威胁方法抗拒缴纳税款，而是寻找理由和借口，软磨硬泡拖欠税款的，则

不能以抗税罪论处。抗税罪还必须发生在征税过程中，如果在征税前或者在征税后，对税务人员使用了暴力，也不能构成抗税罪，但有可能构成故意伤害罪。

犯罪客体，是指刑法所保护而为犯罪所侵犯的社会关系。例如，抗税罪侵犯的客体是复杂客体，不仅破坏了国家税收管理制度，妨害了税务机关依法纳税，而且侵犯了依法执行公务的税务人员的人身权利。

理解犯罪构成要件有助于区分罪与非罪、此罪与彼罪，切实有效地保障公民的合法权益，保障无罪者不受非法追究，具有重要意义。

十、什么是犯罪对象？

犯罪对象是指犯罪行为直接作用的具体物或人。例如，盗窃犯窃取他人的机动车，犯罪对象是机动车，犯罪行为侵犯的客体则是失主对机动车的所有权。因此，犯罪对象与犯罪客体是不同的。一般说来，犯罪客体决定犯罪的性质，例如，无论是窃取现金还是机动车，如果窃取的财物价值达到法定的数额，虽然犯罪对象不同，但均侵犯了他人的财产所有权，均为盗窃罪。只有在法律规定将特定对象作为某一犯罪的构成要件时，犯罪对象才对犯罪性质起决定作用。所有犯罪都有犯罪客体，但不是所有犯罪都有犯罪对象。

十一、什么是犯罪目的？犯罪目的对定罪和量刑有无影响？

犯罪目的，是指犯罪人希望通过自己所实施的犯罪行为达到某种危害社会的结果的心理态度，一般只存在于直接故意犯罪的过程中。某人对某种危害结果所持的希望、追求的心理，就是犯罪目的的内容。杀人犯希望把对方杀死，对方的死亡就是他所要追求的目的。盗窃犯希望把别人的财物非法占有，公私财产被他占有就是他所追求的目的。

犯罪目的，在一般情况下，法律并没有把它作为一个要件加以规定。但有些犯罪，法律明文规定是以某种犯罪目的作为构成要件的，在这种情况下，还要查明行为人有无法律规定的犯罪目的，这对正确定罪有重要的意义，某种目的是区分罪与非罪的标准。例如，刑法第三百六十三条规定的制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪，必须是以牟利为目的，这个目的是构成这种犯罪的要件；不具备这个目的，就不构成此罪。

有时犯罪目的还是区分此罪与彼罪的标准，例如，同为传播淫秽物品，若以牟利为目的，则按刑法第三百六十三条以传播淫秽物品牟利罪进行定罪量刑；若没有营利目的，则按刑法第三百六十四条以传播淫秽物品罪进行定罪量刑。

犯罪目的能够说明行为人主观恶性程度大小，不同的犯罪目的，行为的危害性往往不同，因此，犯罪目的影响量刑。

十二、什么是犯罪动机？犯罪动机对定罪和量刑有何影响？

犯罪动机，是指刺激犯罪人实施犯罪行为以达到犯罪目的的内在冲动或者内心起因。犯罪动机产生于犯罪目的之前，犯罪目的形成于犯罪动机之后。同一种犯罪，犯罪目的相同，而犯罪动机则可能有所不同。同一种犯罪动机可以导致几种不同的犯罪目的。譬如，杀人犯的犯罪目的是要把人杀死，但促使他杀人的动机可能是多种多样的，如有的是图财，有的是报复，有的是出于嫉妒等。犯罪的动机，一般不影响定罪，但影响量刑。例如，图财杀人、出于义愤杀人、防卫过当杀人等，其动机不同，在处理上有轻有重，对动机卑劣的，处刑要重些，对出于一些情有可原的动机，处刑可以轻一些。

十三、依照法令的行为是否都不负法律责任？

依照法令的行为，是指根据法令而实施的行为，虽然有时从外观上看与某些犯罪行为相似，但实际上不具有社会危害性，故而不认为是犯罪。例如，在特殊条件下，限制某类人的人身自由。依照法令的行为不构成犯罪必须符合下述条件：第一，实施的行为必须是法令明文规定当为或可有的；第二，行为人必须依照法定程序行使权利/权力或履行职责；第三，实施的行为必须在法定限度范围之内。

十四、执行上级命令而造成的后果是否都不负法律责任？

执行上级命令的行为，有时从外观上看好像是犯罪行为，而实际不属于犯罪，例如执法干警接受上级命令强行拆除违章建筑。但是，执行上级命令的行为而不承担刑事责任，必须符合下列条件：第一，该命令必须是上级国家工作人员发布的；第二，上级国家工作人员发布的命令必须是其

职权以内的事项，对于执行超越职权的命令可能造成严重危害的，不得执行，否则，执行者要负法律责任；第三，命令的形式必须符合法律规定，例如，有的命令必须是书面的、盖章的或签字的，这些都必须符合；第四，命令内容必须不具有犯罪性，例如，强制拆迁时，如果可能造成人员伤亡，就不能执行该命令；第五，执行命令的行为不能超过必要限度。

十五、什么是犯罪既遂？既遂犯的处罚原则是什么？

犯罪既遂即故意犯罪的完成形态，是指行为人所实施的犯罪行为已经具备了刑法分则所规定的某一犯罪的全部构成要件。犯罪既遂的类型包括四种：结果犯、行为犯、危险犯和举动犯。

(1) 结果犯，指由危害行为和危害结果共同构成犯罪的客观方面的犯罪。结果犯的既遂，不仅要求有犯罪行为，而且必须发生法定的犯罪结果，缺少危害结果，犯罪的客观方面就不具有完整性或者说犯罪客观方面的要件就不齐备。结果犯的结果，是指有形的、可以计量的具体危害结果，是与犯罪的性质相一致的结果。这类常见的犯罪很多，如故意杀人罪、故意伤害罪、抢劫罪、盗窃罪、诈骗罪等。故意杀人罪的犯罪结果就是他人死亡，如果发生了死亡结果，就是犯罪既遂，如果因行为人意志以外的原因未发生死亡结果，就是犯罪未遂。

(2) 行为犯，指以危害行为的完成作为犯罪客观要件齐备标准的犯罪。只要行为人完成了刑法规定的犯罪行为，犯罪的客观方面即为完备，犯罪即成为既遂形态。这类犯罪的既遂并不要求造成物质性的和有形的犯罪结果，它以行为是否实施完成作为标志。但这些行为又不是一着手即告完成，这种行为要有一个实施过程，要达到一定的程度，才能视为行为的完成。在着手实施犯罪的情况下，如果达到了法律要求的程度，完成了犯罪行为，就视为犯罪的完成，构成了犯罪的既遂。这类常见的犯罪有强奸罪、奸淫幼女罪、脱逃罪、诬告陷害罪等。

(3) 危险犯，指以行为人实施的危害行为造成法律规定的危险状态作为既遂标志的犯罪。这类犯罪不是以造成物质性的和有形的犯罪结果为标准，而以法定的客观危险状态的具备为标志。例如，破坏交通工具罪、破坏交通设施罪，都是以行为人的破坏行为造成足以使火车、汽车、船只、航空器发生倾覆、毁坏危险，作为犯罪既遂的标准，而不以造成实际的损害结果为标志。

(4) 举动犯, 指按照法律规定, 行为人一着手犯罪实行行为即构成既遂的犯罪。例如我国刑法规定的组织、领导、参加黑社会性质组织罪, 传授犯罪方法罪等, 只有犯罪既遂, 不存在犯罪未遂的问题。

犯罪既遂的处罚原则是直接按照刑法分则具体条文的法定刑幅度处罚。

十六、什么是犯罪未遂? 犯罪未遂的处罚原则是什么?

犯罪未遂是指已经着手实行犯罪, 由于犯罪分子意志以外的原因而未能完成犯罪的一种犯罪停止形态。

其特征是: ①行为人已经着手实行犯罪; ②犯罪没有得逞; ③犯罪未得逞是由于行为人意志以外的原因。行为人意志以外的原因, 是指行为人没有预料到或不能控制的主客观原因。

犯罪未遂包括两种类型。

(1) 实行终了的未遂和未实行终了的未遂。实行终了的未遂是指行为人已经将犯罪的实行行为实施完毕, 但由于行为人意志以外的原因犯罪没有得逞。未实行终了的未遂, 是指行为人在实施行为的过程中, 由于行为人意志以外的客观因素的介入, 导致行为人不敢或不能把行为实行终了, 以致犯罪没有得逞。

(2) 能犯未遂和不能犯未遂。能犯未遂是指根据犯罪时的主客观情况, 犯罪行为本来有可能得逞, 但由于行为人意志以外因素的介入使犯罪没有得逞。不能犯未遂, 是指由于行为人主观认识上的原因或行为手段或行为对象等原因, 犯罪不具备得逞的客观可能性。例如, 误认为空包内有钱而扒窃, 误认为被害人在房间内而隔窗射击, 误把男子当成女子而着手实行强奸等, 都属于不能犯未遂。

对未遂犯的刑事责任, 刑法规定可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

十七、什么是犯罪预备? 犯罪预备的处罚原则是什么?

犯罪预备是为实施犯罪准备工具、制造条件的行为, 是故意犯罪过程中未完成犯罪的一种停止状态。

犯罪预备的特征如下。

第一, 是行为人已经开始实施犯罪的预备行为。预备行为有两种表现

形式，其一是为实施犯罪准备工具的行为，如为实施故意杀人而进行配制含毒食品，制造或购买匕首等；其二是为实施犯罪创造便利条件的行为，如为实施犯罪事先调查犯罪的场所、时机和被害人的行踪，准备实施犯罪的手段，排除实施犯罪的障碍，集结共同犯罪人进行犯罪预谋等。

第二，是行为人尚未着手犯罪的实行行为。例如，故意杀人罪中尚未着手实施杀人行为。

第三，犯罪在实行行为尚未着手时停止下来，且是由于行为人意志以外的原因所致。

犯罪预备是指为犯罪准备工具或者制造条件，刑事制裁是从犯罪预备开始的。犯罪预备不同于犯意表示，刑法不处罚犯罪思想。犯意表示是指通过语言、文字单纯地将自己的意图表达出来，犯意表示是思想的范畴，只要没有付诸行动，就不应受刑罚处罚。例如，甲扬言要杀死乙，但甲并没有采取任何行动，则不构成犯罪。犯意表示也有一些危害性，比如说造成被害人恐慌，但是毕竟危害性较小，不需要以犯罪来处理。

刑法规定，对预备犯，应当追究其刑事责任，但可以比照既遂犯从轻、减轻处罚或者免除处罚。由于预备犯仅处于犯罪的预备阶段，犯罪结果尚未发生，其社会危害程度要低于既遂犯，因此对预备犯的处罚要轻于既遂犯。

在认定犯罪预备行为时，应当注意划清犯罪预备与犯罪未遂的界限。二者的主要区别是：前者发生在行为人着手实施犯罪行为之前；而后者发生在着手实施犯罪行为之后，即行为人已经着手实施犯罪，但因其意志以外的原因而没有达到犯罪的目的。后者的危害性要大于前者。危害程度不同，处罚也应不同。

十八、什么是犯罪中止？犯罪中止的处罚原则是什么？

犯罪中止是指在犯罪过程中，自动放弃犯罪或者自动有效地防止犯罪结果发生的行为。

犯罪中止具有四个特征。

(1) 行为人主观上具有彻底中止犯罪的意图，即行为人在客观上能够继续犯罪和实现犯罪结果的情况下，自动作出的不继续犯罪或不追求犯罪结果的选择。首先，行为人明确认识到自己能够继续犯罪或实现犯罪结果；其次，中止行为的实施是行为人自动作出的选择；再次，中止犯罪的

意图必须是完全的、无条件的、彻底的，不是部分的、有条件的或暂时的。中止犯罪的主观原因，有的是惧怕受到刑罚的惩罚；有的是由于他人的劝说而改变了原来的犯罪意图；有的是良心发现，幡然悔悟，改变了自己的犯罪意图；有的则出于对被害人的怜悯，转而防止犯罪结果的出现。犯罪中止的主观原因，不影响犯罪中止的成立。

(2) 行为人客观上实施了中止犯罪的行为。第一，中止行为是停止犯罪的行为，是使正在进行的犯罪中断的行为；第二，中止行为既可以是作为的方式，也可以不作为的方式（根据不同的罪名而不同）。

(3) 犯罪中止必须发生在犯罪过程中，而不能发生在犯罪过程之外。这里的犯罪过程，包括预备犯罪的过程、实行犯罪的过程和犯罪结果发生的过程。不在这些过程之内实施的行为，不属于犯罪中止行为。

(4) 犯罪中止必须是有效地停止了犯罪行为或者有效地避免了危害结果。中止行为以不发生犯罪结果为成立条件，如果行为人虽然采取了防止既遂的犯罪结果发生的积极措施，但实际上未能防止犯罪结果的发生，或者该犯罪结果未发生是由于其他原因所致，则不能认定作为人是犯罪中止，而应认定为犯罪既遂或犯罪未遂。

刑法规定，对于中止犯，没有造成损害的，应当免除处罚，造成损害的，应当减轻处罚。

十九、刑罚有哪些种类？

刑罚分为主刑和附加刑。

根据我国刑法规定，主刑共有五种。

1. 管制

管制是对犯罪分子不实行关押，但限制其一定自由，由公安机关依靠群众监督执行的刑罚方法。根据刑法第三十九条的规定，被判处管制的犯罪分子，在执行期间，应当遵守下列规定：①遵守法律、行政法规，服从监督；②未经执行机关批准，不得行使言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；③按照执行机关规定报告自己的活动情况；④遵守执行机关关于会客的规定；⑤离开所居住的市、县或者迁居，应当报经执行机关批准。

对于被判处管制的犯罪分子，在劳动中应当同工同酬。

管制的期限为三个月以上二年以下，数罪并罚时最高不超过三年。

2. 拘役

拘役是对犯罪分子短期剥夺人身自由，实行就近关押、改造的轻刑刑罚方法，适用于罪行较轻的犯罪分子，拘役的期限为一个月以上六个月以下。被判处拘役的犯罪分子，由公安机关就近执行。在执行期间，被判处拘役的犯罪分子每月可以回家一天至两天；参加劳动的，可以酌量发给报酬。

3. 有期徒刑

有期徒刑是对犯罪分子剥夺一定时期人身自由，并实行强制劳动改造的刑罚方法，有期徒刑的期限，除刑法第五十条、第六十九条规定外，为六个月以上十五年以下。被判死刑缓期执行的，缓期期满后，可减为无期徒刑或二十五年有期徒刑；数罪并罚时，有期徒刑总和刑期不满三十五年的，最高不能超过二十年，总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。有期徒刑的刑期，从判决执行之日起计算，判决执行以前先行羁押的，羁押一日折抵刑期一日。

4. 无期徒刑

无期徒刑是剥夺犯罪分子终身自由的刑罚方法，是仅次于死刑的一种严厉的刑罚方法，只适用于严重的犯罪。被判处无期徒刑的犯罪分子，在服刑期间，如果认真遵守监规，接受教育改造，确有悔改或立功表现，在刑罚执行一定的期限后，可以减刑或假释。

5. 死刑

死刑是剥夺犯罪分子生命的刑罚方法，是一种最古老，最严厉的刑罚。适用于危害特别严重，罪大恶极的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。

犯罪的时候不满十八周岁的人和审判的时候怀孕的妇女，不适用死刑。

判处死刑缓期执行的，在死刑缓期执行期间，如果没有故意犯罪，二年期满以后，减为无期徒刑，如果确有重大立功表现，二年期满以后，减为二十五年有期徒刑；如果故意犯罪，查证属实的，由最高人民法院核准，执行死刑。

据刑法第三百八十三条，对于犯贪污罪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。根据刑法第三百八十六条，对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照刑法第三百八十三条的规定处罚。索贿的从重处罚。

附加刑有以下几种。

1. 罚金

罚金是强制犯罪分子向国家缴纳一定数额金钱，对罪犯进行经济制裁的一种刑罚方法。主要适用于破坏社会主义经济秩序的犯罪和其他非法牟利的犯罪。判处罚金，应当根据犯罪情节决定罚金数额。罚金在判决指定的期限内一次或者分期缴纳。期满不缴纳的，强制缴纳。对于不能全部缴纳罚金的，人民法院在任何时候发现被执行人有可以执行的财产，应当随时追缴。如果由于遭遇不能抗拒的灾祸缴纳确实有困难的，可以酌情减少或者免除。

2. 剥夺政治权利

剥夺政治权利是指依法剥夺犯罪分子一定期限参加国家管理和政治活动权利的刑罚方法。主要适用于危害国家安全和其他严重危害社会治安的犯罪分子。剥夺政治权利是剥夺下列权利：①选举权和被选举权；②言论、出版、集会、结社、游行、示威自由的权利；③担任国家机关职务的权利；④担任国有公司、企业、事业单位和人民团体领导职务的权利。

剥夺政治权利的期限，除刑法第五十七条规定的情况外，为一年以上五年以下。判处管制附加剥夺政治权利的，剥夺政治权利的期限与管制的期限相等，同时执行。

3. 没收财产

没收财产是指将犯罪分子个人所有的财产的一部分或者全部强行无偿地收归国有的一种刑罚方法。主要适用于危害国家安全罪、破坏社会主义经济秩序罪、侵犯财产罪、贪污贿赂犯罪及妨害社会管理秩序罪中较严重的犯罪。

4. 驱逐出境

驱逐出境，指将犯罪的外国人或无国籍人逐出我国国（边）境的刑罚方法。它在独立适用时，自判决确定之后执行；作为附加刑适用时，应在主刑执行完毕之后执行。

附加刑一般是随主刑附加适用的，但也可以独立适用。这里的“可以独立适用”是指依照刑法分则单处附加刑的规定适用，而不是随意适用。

它适用于犯罪性质、情节较轻的犯罪，罪行比较严重的，不独立适用附加刑，如果需要适用附加刑，只能附加适用。

二十、由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，应该承担什么责任？

由于犯罪行为而使被害人遭受经济损失的，对犯罪分子除依法给予刑事处罚外，并应根据情况判处赔偿经济损失。承担民事赔偿责任的犯罪分子，同时被判处罚金的，其财产不足以全部支付的，或者被判处没收财产的，应当先承担对被害人的民事赔偿责任。

二十一、对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，如何处置？

对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，可以免于刑事处罚，但是可以根据案件的不同情况，予以训诫或者责令具结悔过、赔礼道歉、赔偿损失，或者由主管部门予以行政处罚或者行政处分。

二十二、什么是刑罚裁量情节？

刑法裁量情节，是指人民法院在对犯罪分子量刑时，作为决定判决刑轻重或免除处罚的各种情况。情节包括法定情节和酌定情节。

法定情节，是刑法明文规定的刑法裁量情节。其中包括总则规定的对各种犯罪共同适用的和分则规定的对个别犯罪适用的情节。我国刑法所规定的法定情节共有四种，即从重、从轻、减轻、免除处罚。

从重、从轻的标准：在不考虑从轻或从重的情况下，根据该犯罪行为的事实、性质、情节及对社会的危害程度，应当判处的刑罚，并以此为基础，在法定刑的种类和幅度内，决定判处较轻或较重的刑罚。

减轻刑罚处罚，是指在法定刑以下判处刑罚。减轻刑罚情节分为两种情况：一种是法律明文规定的减轻处罚的情节；另一种是犯罪分子不具备法定的减轻处罚情节，但是根据案件的具体情况判处法定最低刑仍然过重的，也可以减轻处罚。为避免适用减轻处罚的随意性，刑法第六十三条第二款规定，“犯罪分子虽然不具有本法规定的减轻处罚情节，但是根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准”，才可以突破法定刑的幅度予以减轻处罚。

免除处罚，是指对犯罪分子作有罪宣告，但免除其刑罚处罚。免除刑罚是以行为人的行为已构成犯罪，应受到刑罚处罚为前提条件的，只是为情节轻微，不需要判处刑罚，或存在其他免除处罚的情节，才免除处罚。对于免除处罚的犯罪分子，可以适用非刑罚方法，以妥善处理由于犯罪行为引起的各种矛盾。

酌定情节，是指法律没有明文规定，由人民法院根据立法精神和审判实践，灵活掌握的对量刑有影响的实际情况。刑法第六十三条规定，根据案件的特殊情况，经最高人民法院核准，也可以在法定刑以下判处刑罚；对于犯罪情节轻微不需要判处刑罚的，刑法第三十七条规定可以免除刑事处罚。由此可见，在酌定情节中应当包括酌情减轻、酌情免除的情节。

二十三、什么是累犯？对累犯如何量刑？

累犯是指受过一定的刑罚处罚，刑罚执行完毕或者赦免以后，在一定的时间内又犯被判处一定刑罚之罪的犯罪分子。

刑法第六十五条规定，被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，刑罚执行完毕或者赦免以后，在五年以内再犯应当判处有期徒刑以上刑罚之罪的，是累犯，应当从重处罚，但是过失犯罪除外。

累犯分为一般累犯和特殊累犯两种。

(1) 一般累犯，是指被判处有期徒刑以上刑罚的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后，五年之内又犯应当判处有期徒刑以上刑罚的情形。累犯成立必须具备以下条件：①前罪和后罪必须都是故意犯罪，如果前罪和后罪有一个是过失犯罪，或者前后两罪都是过失犯罪，不能构成累犯；②前罪所判处的刑罚和后罪应当判处的刑罚都是有期徒刑以上的刑罚；③后罪必须发生在前罪刑罚执行完毕或者赦免以后五年之内。

(2) 特殊累犯，是指危害国家安全的犯罪分子，在刑罚执行完毕或者赦免以后任何时候再犯危害国家安全罪的，都构成累犯的情形。

对于累犯，刑法规定，应当从重处罚。从重处罚是处理累犯的一个基本原则，对累犯必须一律从重处罚。对于累犯，不适用缓刑。

二十四、什么是自首？对于自首的犯罪分子可否从轻或减轻处罚？

1. 自首的认定

根据刑法第六十七条的规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。

根据上述规定，构成自首，必须满足两个条件：第一，必须是自动投案；第二，必须如实供述自己的罪行。对于自首的犯罪分子，原则上都可以从轻或减轻处罚，但对于极少数罪行特别严重、情节特别恶劣的犯罪分子，也可以不从轻、不减轻处罚。对于犯罪后自首而罪行较轻的，不仅可以从轻或者减轻处罚，而且可以免除处罚。一般认为，应当判处三年以下有期徒刑的犯罪，视为犯罪较轻。

根据《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《自首和立功司法解释》），有关自首的法律规定如下。

自动投案，是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。犯罪嫌疑人向其所在单位、城乡基层组织或者其他有关负责人员投案的；犯罪嫌疑人因病、伤或者为了减轻犯罪后果，委托他人先代为投案，或者先以信电投案的；罪行未被司法机关发觉，仅因形迹可疑被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的；犯罪后逃跑，在被通缉、追捕过程中，主动投案的；经查实确已准备去投案，或者正在投案途中，被公安机关捕获的，应当视为自动投案。

并非出于犯罪嫌疑人主动，而是经亲友规劝、陪同投案的；公安机关通知犯罪嫌疑人的亲友，或者亲友主动报案后，将犯罪嫌疑人送去投案的，也应当视为自动投案。

如实供述自己的罪行，是指犯罪嫌疑人自动投案后，如实交代自己的主要犯罪事实。

犯有数罪的犯罪嫌疑人仅如实供述所犯数罪中部分犯罪的，只对如实供述部分犯罪的行为，认定为自首。共同犯罪案件中的犯罪嫌疑人，除如实供述自己的罪行，还应当供述所知的同案犯，主犯则应当供述所知其他

同案犯的共同犯罪事实，才能认定为自首。犯罪嫌疑人自动投案并如实供述自己的罪行后又翻供的，不能认定为自首，但在一审判决前又能如实供述的，应当认定为自首。

《自首和立功司法解释》第二条规定：“根据刑法第六十七条第二款的规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。”由此可见，对于已被采取强制措施的犯罪嫌疑人，已经丧失自动投案的机会，但如果所供述的罪行与司法机关已掌握的罪行属不同种罪行的，对于该供述的罪行，也认定是自首。例如，司法机关已掌握贪污犯罪事实，但被采取强制措施后又供述了受贿犯罪事实，对于供述的受贿的犯罪事实，以自首论。所谓强制措施，是刑事诉讼法上的概念，是指司法机关依法对犯罪嫌疑人、被告人的人身自由强行剥夺或者加以一定限制的方法。刑事诉讼法规定的强制措施有五种，包括拘传、取保候审、监视居住、拘留和逮捕。

被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的本人其他罪行的行为，称为特别自首。成立特别自首，须符合下列条件。①从时间上讲，特别自首只能发生在被采取强制措施以后或者服刑期间。在采取强制措施以前，可以成立一般自首，但不能成立特别自首。②特别自首的主体既可以是被采取措施的犯罪嫌疑人，也可以是被提起公诉或者自诉的被告人，还可以是已被判决正在服刑的罪犯。而一般自首则只能是犯罪嫌疑人。③如实供述的必须是司法机关尚未掌握的罪行。司法机关尚未掌握的罪行，是指采取强制措施时或者判决时，司法机关没有发觉的罪行。如果交代的是司法机关业已掌握的罪行，不能成立特别自首。④如实供述的必须是本人其他的罪行。根据有关司法解释，这里的“其他罪行”，是指与司法机关掌握的或者判决所确定的罪行不同种的罪行，具体而言，就是不属于同一种罪名的罪行，如因犯贪污罪被判刑，在服刑期间又如实供述其所犯受贿罪的，就属于不同种罪行。

如果被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已经掌握或者判决确定的罪行属同种罪行的，不能认定为特别自首，而只能视为坦白或者补充交代，可以作为酌定从轻情节。根据有关司法解释，此种情况，通常可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》(法发〔2009〕13号)规定:“根据刑法第六十七条第一款的规定,成立自首需同时具备自动投案和如实供述自己的罪行两个要件。犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握,或者虽被掌握,但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问,或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时,向办案机关投案的,是自动投案。在此期间如实交代自己的主要犯罪事实的,应当认定为自首。犯罪分子向所在单位等办案机关以外的单位、组织或者有关负责人员投案的,应当视为自动投案。没有自动投案,在办案机关调查谈话、讯问、采取调查措施或者强制措施期间,犯罪分子如实交代办案机关掌握的线索所针对的事实的,不能认定为自首。没有自动投案,但具有以下情形之一的,以自首论:①犯罪分子如实交代办案机关未掌握的罪行,与办案机关已掌握的罪行属不同种罪行的;②办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立,在此范围外犯罪分子交代同种罪行的。单位犯罪案件中,单位集体决定或者单位负责人决定而自动投案,如实交代单位犯罪事实的,或者单位直接负责的主管人员自动投案,如实交代单位犯罪事实的,应当认定为单位自首。单位自首的,直接负责的主管人员和直接责任人员未自动投案,但如实交代自己知道的犯罪事实的,可以视为自首;拒不交代自己知道的犯罪事实或者逃避法律追究的,不应当认定为自首。单位没有自首,直接责任人员自动投案并如实交代自己知道的犯罪事实的,对该直接责任人员应当认定为自首。”

2. 对自首的犯罪分子的处罚

根据刑法第六十七条的规定,对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚。其中,犯罪较轻的,可以免除处罚。《自首和立功司法解释》规定:根据刑法第六十七条第一款的规定,对于自首的犯罪分子,可以从轻或者减轻处罚;对于犯罪较轻的,可以免除处罚。具体确定从轻、减轻还是免除处罚,应当根据犯罪轻重,并考虑自首的具体情节。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》的规定,对于具有自首情节的犯罪分子,应当根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度,结合自动投案的动机、阶段、客观环境,交代犯罪事实的完整性、稳定性以及悔罪表现等具体情节,依法决定是否从轻、减轻或者免除处罚以及从轻、减轻处罚的幅度。

二十五、什么是立功？对于立功的犯罪分子如何从轻或减轻处罚？

1. 立功和重大立功的认定

根据刑法第六十八条的规定，立功是指犯罪分子有揭发他人犯罪行为，查证属实的，或者提供重要线索，从而得以侦破其他案件的行为。

根据《自首和立功司法解释》，有关立功的认定还有如下法律规定。

根据刑法第六十八条的规定，有以下行为应当认定为有立功表现：犯罪分子到案后有检举、揭发他人犯罪行为，包括共同犯罪案件中的犯罪分子揭发同案犯共同犯罪以外的其他犯罪，经查证属实；提供侦破其他案件的重要线索，经查证属实；阻止他人犯罪活动；协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人（包括同案犯）；具有其他有利于国家和社会的突出表现的。有以下行为应当认定为有重大立功表现：犯罪分子有检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实；提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实；阻止他人重大犯罪活动；协助司法机关抓捕其他重大犯罪嫌疑人（包括同案犯）；对国家和社会有其他重大贡献等表现的。上述所称“重大犯罪”“重大案件”“重大犯罪嫌疑人”的标准，一般是指犯罪嫌疑人、被告人可能被判处无期徒刑以上刑罚或者案件在本省、自治区、直辖市或者全国范围内有较大影响等情形。

《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》（法发〔2009〕13号），对立功的认定作出如下规定。

第一，立功必须是犯罪分子本人实施的行为。为使犯罪分子得到从轻处理，犯罪分子的亲友直接向有关机关揭发他人犯罪行为，提供侦破其他案件的重要线索，或者协助司法机关抓捕其他犯罪嫌疑人的，不应当认定为犯罪分子的立功表现。

第二，据以立功的他人罪行材料应当指明具体犯罪事实，据以立功的线索或者协助行为对于侦破案件或者抓捕犯罪嫌疑人要有实际作用。犯罪分子揭发他人犯罪行为时没有指明具体犯罪事实的，揭发的犯罪事实与查实的犯罪事实不具有关联性的，提供的线索或者协助行为对于其他案件的侦破或者其他犯罪嫌疑人的抓捕不具有实际作用的，不能认定为立功表现。

第三，犯罪分子揭发他人犯罪行为，提供侦破其他案件重要线索的，必须经查证属实，才能认定为立功。审查是否构成立功，不仅要审查办案机关的说明材料，还要审查有关事实和证据以及与案件定性处罚相关的法律文书，如立案决定书、逮捕决定书、侦查终结报告、起诉意见书、起诉书或者判决书等。

第四，据以立功的线索、材料来源有下列情形之一的，不能认定为立功：①本人通过非法手段或者非法途径获取的；②本人因原担任的查禁犯罪等职务获取的；③他人违反监管规定向犯罪分子提供的；④负有查禁犯罪活动职责的国家机关工作人员或者其他国家工作人员利用职务便利提供的。

第五，犯罪分子检举、揭发的他人犯罪，提供侦破其他案件的重要线索，阻止他人的犯罪活动，或者协助司法机关抓捕的其他犯罪嫌疑人，犯罪嫌疑人、被告人依法可能被判处无期徒刑以上刑罚的，应当认定为有重大立功表现。其中，可能被判处无期徒刑以上刑罚，是指根据犯罪行为的事实、情节可能判处无期徒刑以上刑罚。案件已经判决的，以实际判处的刑罚为准。但是，根据犯罪行为的事实、情节应当判处无期徒刑以上刑罚，因被判刑人有法定情节经依法从轻、减轻处罚后判处有期徒刑的，应当认定为重大立功。

2. 对于立功的犯罪分子如何从轻或减轻处罚

根据刑法第六十八条的规定，有立功表现的，可以从轻或者减轻处罚；有重大立功表现的，可以减轻或者免除处罚。犯罪后自首又有重大立功表现的，应当减轻或者免除处罚。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》（法发〔2009〕13号）的规定，对于具有立功情节的犯罪分子，应当根据犯罪的事实、性质、情节和对于社会的危害程度，结合立功表现所起作用的大小、所破获案件的罪行轻重、所抓获犯罪嫌疑人可能判处的法定刑以及立功的时机等具体情节，依法决定是否从轻、减轻或者免除处罚以及从轻、减轻处罚的幅度。

二十六、不构成自首和立功，但如实交代犯罪事实的，可否从轻处罚？

根据《自首和立功司法解释》，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告

人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属同种罪行的，可以酌情从轻处罚；如实供述的同种罪行较重的，一般应当从轻处罚。共同犯罪案件的犯罪分子到案后，揭发同案犯共同犯罪事实的，可以酌情予以从轻处罚。

根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》（法发〔2009〕13号）的规定，犯罪分子依法不成立自首，但如实交代犯罪事实，有下列情形之一的，可以酌情从轻处罚：①办案机关掌握部分犯罪事实，犯罪分子交代了同种其他犯罪事实的；②办案机关掌握的证据不充分，犯罪分子如实交代有助于收集定案证据的。犯罪分子如实交代犯罪事实，有下列情形之一的，一般应当从轻处罚：①办案机关仅掌握小部分犯罪事实，犯罪分子交代了大部分未被掌握的同种犯罪事实的；②如实交代对于定案证据的收集有重要作用的。

二十七、一人犯多项罪如何处罚？

刑法第六十九条规定：判决宣告以前一人犯数罪的，除判处死刑和无期徒刑的以外，应当在总和刑期以下、数刑中最高刑期以上，酌情决定执行的刑期，但是管制最高不能超过三年，拘役最高不能超过一年，有期徒刑总和刑期不满三十五年的，最高不能超过二十年，总和刑期在三十五年以上的，最高不能超过二十五年。数罪中有判处有期徒刑和拘役的，执行有期徒刑。数罪中有判处有期徒刑和管制，或者拘役和管制的，有期徒刑、拘役执行完毕后，管制仍须执行。数罪中有判处附加刑的，附加刑仍须执行，其中附加刑种类相同的，合并执行，种类不同的，分别执行。

数罪并罚主要是解决判决宣告以前一人犯了两种或两种以上不同的罪，应当如何决定执行刑罚的问题。总的处罚原则是：在总和刑期以下，数刑中最高刑期以上酌情决定执行的刑期。所谓“总和刑期”，是指将犯罪分子的各个不同的罪，分别依照刑法确定刑期后相加得出的刑期总数。“数刑中最高刑”是指对数个犯罪确定的刑期中最长的刑期。

对于被告人犯有数罪的，人民法院在量刑时，应当先就数罪中的每一种犯罪根据具体情节分别量刑，然后再把每一罪判处的刑罚相加，计算出总和刑期，最后在数罪中的最高刑期以上和数罪总和刑期以下，决定执行的刑罚。

二十八、什么是缓刑？缓刑有哪些法律规定？

刑法第七十二条规定：“对于被判处拘役、三年以下有期徒刑的犯罪分子，同时符合下列条件的，可以宣告缓刑，对其中不满十八周岁的人、怀孕的妇女和已满七十五周岁的人，应当宣告缓刑：（一）犯罪情节较轻；（二）有悔罪表现；（三）没有再犯罪的危险；（四）宣告缓刑对所居住社区没有重大不良影响。宣告缓刑，可以根据犯罪情况，同时禁止犯罪分子在缓刑考验期限内从事特定活动，进入特定区域、场所，接触特定的人。被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行。”缓刑，就是对于判处一定刑罚的犯罪分子，在其具备法定条件的情况下，在一定期间附条件地不执行原判刑罚的制度。缓刑，是一种刑罚执行制度，而不是一种刑罚。缓刑就是有条件的不执行刑罚。也就是说，对一些特定的犯罪分子，在其具备了法定的条件之后，可以在一定的期间内不予关押，暂缓其刑罚的执行。如果在缓刑考验期内，没有违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，缓刑期满，所判的刑罚就不再执行，并公开予以宣告。

根据刑法第七十二条的规定，适用缓刑的条件，除必须是被判处拘役、三年以下有期徒刑刑罚以外，还必须满足上述四个条件。是否可以适用缓刑的关键是看适用缓刑的犯罪分子是否具有社会危害性，只有不予关押不会危害社会的，才能适用缓刑。如果犯罪分子有可能危害社会，即使是被判处拘役、三年以下有期徒刑，也不能适用缓刑。是否具有社会危害性，应当根据犯罪分子的犯罪情节和悔罪表现以及其他情况综合加以判断，一般来说，犯罪情节较轻，犯罪分子的认罪态度好，有悔罪表现，对其适用缓刑其回到社会上再危害社会的可能性就小。

（1）缓刑的考验期。刑法第七十三条规定，拘役的缓刑考验期限为原判刑期以上一年以下，但是不能少于二个月。有期徒刑的缓刑考验期限为原判刑期以上五年以下，但是不能少于一年。缓刑考验期限，从判决确定之日起计算。被宣告缓刑的犯罪分子，如果被判处附加刑，附加刑仍须执行。

（2）对缓刑犯的考察和缓刑的撤销。根据刑法第七十六条，被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，由公安机关考察，所在单位或者基层组织予以配合，如果没有刑法第七十七条规定的情形，缓刑考验期满，原

判的刑罚就不再执行。被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内犯新罪或者发现判决宣告以前还有其他罪没有判决的，应当撤销缓刑，对新犯的罪或者新发现的罪作出判决，把前罪和后罪所判处的刑罚，依照刑法第六十九条关于数罪并罚的规定，决定执行的刑罚。被宣告缓刑的犯罪分子，在缓刑考验期限内，违反法律、行政法规或者国务院公安部门有关缓刑的监督管理规定，情节严重的，应当撤销缓刑，执行原判刑罚。

第二章 贪污贿赂类犯罪

第一节 贪污罪

一、贪污罪的概念及构成要件

（一）贪污罪的概念

根据刑法第三百八十二条，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。

所谓“利用职务上的便利”，是指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；所谓“侵吞”，是指将暂时由自己合法管理、支配、使用或经手的公共财物非法据为己有，例如隐匿不交、收入不入账而据为己有等；所谓“窃取”，是指秘密获取暂时由自己合法管理、支配、使用或经手的公共财物，即监守自盗；所谓“骗取”，是指采取虚构事实、隐瞒真相的手段把公共财产据为己有，例如签订虚假合同骗取国有单位的财产，虚开发票报销费用等；所谓“其他手段”，是指使用除侵吞、窃取、骗取以外的其他手段，例如，国家工作人员在公务活动中接受的礼品，依法应交公而不交公，数额较大的，构成贪污罪。

（二）贪污罪的构成要件

同时具备下列四个要件，可构成本罪。

1. 贪污罪的主体要件

贪污罪的主体是国家工作人员，只有国家工作人员，才能构成贪污罪。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。”由此可见，刑法中的“国家工作人员”包括四类人员：第一类是国家机关中从事公务的人员，即国家机关工作人员；第二类是在国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员；第三类是国家机关、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；第四类是其他依照法律从事公务的人员，这些人虽不是上述单位的人员，但依照法律规定从事国家事务工作。关于“从事公务”如何理解，最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2003〕167号）指出：“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、监督、管理等职责。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。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。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，一般不认为是公务。”司法判例中，国有单位的采购员，利用为单位采购物品的职务便利收受贿赂数额较大的，按国家工作人员认定，定受贿罪。高等院校（国有事业单位）的图书馆馆员在采购图书过程中收取回扣数额较大，按国家工作人员认定，定受贿罪。^① 贪污罪与受贿罪的主体相同，都是国家工作人员，可见，在司法实践中，代表国有单位行使某些权力的人，以国家工作人员论。

2. 贪污罪的客体要件

贪污罪侵犯的客体是公共财产的所有权和国家工作人员职务行为的廉洁性。本罪侵犯的对象是公共财物。若侵占的不是公共财物，则不构成贪污罪。刑法第九十一条对公共财产的范围作了规定，包括：“（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。”

^① 本书编写组：《查办常见犯罪实用手册》，中国检察出版社2007年第1版，第655～657页。

3. 贪污罪的主观方面要件

本罪的主观方面是直接故意，并具有非法占有公共财物的目的。故意的内容，表现为行为人明知自己利用职务之便实施的行为会发生非法占有公共财物的结果，并且希望这种结果发生。非法占有公共财物，是行为人实施犯罪行为直接追求的犯罪目的。构成本罪不要求必须明知是国有财产而占有。只要行为人知道其非法占有的财产是其管理、经营单位的财物，而不是自己或其他个人的财产，即构成贪污罪。间接故意和过失都不构成本罪。

4. 贪污罪的客观方面要件

贪污罪在客观上主要表现为利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。根据《最高人民法院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）》（高检发释字 1999—2 号）的解释，“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。如果没有利用职务上的便利，或者非法占有的财产不是公共财产，不构成本罪。

二、贪污数额达到多少或达到何种情节开始定罪

根据《中华人民共和国刑法修正案（九）》，构成贪污罪的起点是贪污数额较大或者有其他较重情节。根据《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），贪污数额达到三万元以上，就必须定罪；虽未达到三万元，贪污数额在一万元以上不满三万元，具有下列情形之一的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他较重情节”，也应定贪污罪：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拒不交代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、对贪污罪如何量刑

根据刑法第三百八十三条的规定，对犯贪污罪的，根据情节轻重，分别依照下列规定处罚。

(1) 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。

(2) 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。

(3) 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。

关于上述“数额较大”“数额巨大”“数额特别巨大”的标准，《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》中有明确规定：贪污数额在三万元以上不满二十万元的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额较大”；贪污数额在二十万元以上不满三百万元的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额巨大”；贪污数额在三百万元以上的，应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额特别巨大”。

依照《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》，根据不同的贪污数额和其他情节，量刑情况如下。

(1) 具有以下两种情况之一，判处三年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金：①贪污数额在三万元以上不满二十万元的；②贪污数额在一万元以上不满三万元，具有前述“其他较重情节”的。

(2) 具有以下两种情况之一，判处三年以上十年以下有期徒刑，并处罚金或者没收财产：①贪污数额在二十万元以上不满三百万元的；②贪污数额在十万元以上不满二十万元，具有前述“其他较重情节”的。

(3) 具有以下两种情况之一，判处十年以上有期徒刑或无期徒刑，并处罚金或者没收财产：①贪污数额在三百万元以上的；②贪污数额在一百

五十万元以上不满三百万元，具有前述“其他较重情节”的。

(4) 贪污数额特别巨大（三百万元以上），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。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。

对贪污罪判处三年以下有期徒刑或者拘役的，应当并处十万元以上五十万元以下的罚金；判处三年以上十年以下有期徒刑的，应当并处二十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产；判处十年以上有期徒刑或者无期徒刑的，应当并处五十万元以上犯罪数额二倍以下的罚金或者没收财产。

四、对于合伙贪污，如何认定每个人的犯罪数额

贪污数额，也就是犯罪数额。贪污罪的量刑，犯罪数额是重要的量刑依据之一。在合伙贪污的共同犯罪案件中，是按每个人的分赃数额作为其犯罪数额，还是按其参与贪污的数额作为犯罪数额呢？最高人民法院在相关解释中给予了明确答复。《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》中对于共同贪污犯罪中“个人贪污数额”的认定，作了如下解释：“刑法第三百八十三条第一款规定的‘个人贪污数额’，在共同贪污犯罪案件中应理解为个人所参与或者组织、指挥共同贪污的数额，不能只按个人实际分得的赃款数额来认定。对共同贪污犯罪中的从犯，应当按照其所参与的共同贪污的数额确定量刑幅度，并依照刑法第二十七条第二款的规定，从轻、减轻处罚或者免除处罚。”由此可见，对于合伙贪污，是以个人所参与或者组织、指挥共同贪污的数额作为犯罪数额，不是以个人分赃的数额作为犯罪数额，这意味着，如果不是从犯而是主犯，又没有其他法定的减轻处罚情节（例如自首、立功），即使个人分得的赃款较少，但其参与或者组织、指挥共同贪污的数额很大，仍然会被判处较重的刑罚。

五、把应当交公的礼物存放在办公室内，是否构成贪污罪

刑法第三百八十二条规定：“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。”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、第三百八十三条的规定定罪处罚。”根据上述规定，国家工作人员在国内公务活动或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，应当以贪污罪定罪处罚。刑法第三百八十三条是对贪污罪量刑的规定。国家工作人员在国内公务活动或对外交往中接受礼物，并且数额较大，放在办公室里，是否构成贪污罪呢？办公室是一个特殊的场所，既可以存放单位的物品，也可以存放私有物品，把应当交公的物品存放在自己的办公室里，不能算作交公，所谓“交公”，应当是交给有关部门或本单位负责接收、保管此类物品的人，并应登记造册。1988年12月1日，国务院发布《国家行政机关及其工作人员在国内公务活动中不得赠送和接受礼品的规定》（国务院令〔1988〕第20号），其第二条规定：“国家行政机关及其工作人员在国内公务活动中，不得赠送和接受礼品。”第九条规定：“对接受的礼品必须在一个月内交出并上交国库。所收礼品不按期交出的，按贪污论处。”根据这一行政法规，国家工作人员在国内公务活动或对外交往中接受礼品，应当交公而不交公，数额不大的，应当按照贪污给予行政处分。但是，如果数额较大的，以贪污罪论处。作为国家工作人员，应当知道在公务活动中接受的贵重礼物应当交公，收受的礼物私自藏匿在个人专用、他人不得随便进出的办公室内，逾期不交公的，可推定其具有非法占有的犯罪意图，因而符合贪污罪的主观要件。除非有相反的证据证明本人不具有非法占有的故意，例如，因为出差在外来不及在规定的时间内将所收礼物交公处理，或者虽然未按照国家规定交公处理，但没有将礼物私自藏匿，而将礼物公开存放在办公室等。

六、非法处理单位“小金库”中的财产如何定罪处罚

《国务院办公厅转发财政部、审计署、中国人民银行关于清理检查“小金库”意见的通知》（国办发〔1995〕29号）对“小金库”下的定义是：“凡违反国家财经法规及其他有关规定，侵占、截留国家和单位收入，未列入本单位财务会计部门账内或未纳入预算管理，私存私放的各项资金均属‘小金库’。”简单说，“小金库”是“账外账”中的存款，它往往存在于机关、各类公司、企业、国家事业单位、社会团体等组织中。单位中大量的不合法支出往往取自于“小金库”，可以说，“小金库”是滋生腐败和犯罪的温床，很多人就栽倒在“小金库”中。请看以下这样一个案例。

2010年4月，藤县人民法院对藤县某某镇初中原校长覃某某腐败案作出一审判决，以贪污罪、受贿罪、挪用公款罪和隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿罪，数罪并罚判处覃某某有期徒刑18年，责令其退赔给学校529104.52元。

具体案情如下。

2005年建成食堂后，该学校就有了账外资金。2007年至2009年间，覃某某多次指示学校专职报账员周某，将学校食堂利润、虚报工程款、未发放的贫困生补助款以及虚开购物发票套取的办公经费放进学校“小金库”，先后利用职务之便，以招待领导和购物等名义或通过多种方式，侵吞学校“小金库”款项共46万余元。单以招待领导、购物等名义，覃某某就从“小金库”中套取资金27万余元。覃某某搜刮“小金库”的手法可谓令人眼花缭乱：他曾指使周某从学校“小金库”拿出资金8.8万余元，汇给其亲戚朋友、支付其个人购物款和用于个人还贷；2008年春节期间，他再次让周某将3万元“小金库”资金用于购买某公司股份，之后将股份出售给他人，所得款项占为己有；2009年2月21日，覃某某指使周某将“小金库”中的5万元汇至其私人账户。

司法实践中，如果个人从单位（指国有单位）的“小金库”中取款数额较大，又不能证明是用于该单位支出，或者自己直接侵吞，则均以贪污罪论处。如果单位领导集体决定或主要领导决定，把“小金库”的钱以奖金、补贴等名义公开分给单位的全体职工或大部分职工，则对决策者和经办人（例如管理“小金库”者）以私分国有资产罪论处。如果把“小金库”的钱非公开地私分给单位的少数人，对决策者和主要经办人按贪污罪论处。有相当一部分涉及“小金库”的案件是在单位领导离任审计中发现的，也有因他人受贿案发，牵连出行贿的单位，从而牵出“小金库”的问题。因此，“小金库”的钱不可乱花，若把握不准，很容易构成犯罪。

七、侵占国有单位持有的来源非法的财物，能否构成贪污罪

有些机关事业单位违法乱收费、拉赞助，有的国有企业非法经营取得非法收入甚至走私。这些钱物，有的应当退还他人，有的应当由国家收缴。如果利用职务之便侵占这类财物，也应以贪污论处，司法实践中有不少此类判例。其理由是，不能因财物的持有人对该财物没有合法的所有权，就可以随意侵占该财物，正如如果抢劫他人盗窃来的财物仍构成抢劫

罪一样，侵占国有单位非法持有的财物也应当以贪污罪论处。况且，国有单位对非法取得的财产负有退还或上缴的义务，侵占该财产必将导致国有单位的损失。刑法第九十一条第二款规定：“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产，以公共财产论。”可见，法律规定国有单位临时占有的他人财产以公共财产论，因此，侵占该财产应当以贪污罪论处。

八、公费旅游是否构成贪污

公费旅游能否构成贪污，是一个有争议的问题，是反腐领域和司法界的老问题。因为旅游属于消费行为，用公款消费也是非法占有公共财物，只要是国家工作人员利用职务之便，采取了侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公款，然后用于旅游，并且数额较大，就符合贪污罪的构成要件。如果公费出国考察过程中，顺便旅游观光，用公款支付的旅游费用未达到刑法上规定的贪污罪的追诉标准，则不构成贪污罪，但公款支付旅游费用属于违纪行为。如果以出国考察之名，行公款旅游之实，则属于贪污行为。

《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》已经明确，贿赂犯罪中的“财物”，包括财产性利益，财产性利益包括可以折算为货币的物质利益如旅游等。

九、在国有资本控股、参股的公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物该定何罪

《最高人民法院关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》（法释〔2001〕17号）规定：“在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。对其利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，应当依照刑法第二百七十一条第一款的规定，以职务侵占罪定罪处罚。”可见，如果是国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到国有资本控股、参股的公司中从事管理工作，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，定贪污罪；如果不是

国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到国有资本控股、参股的公司中从事管理工作，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，定职务侵占罪。

十、如何判断贪污罪的既遂与未遂

刑法中的量刑标准都是以既遂犯为基准的，而司法实践中，有很多是未遂犯，贪污犯罪也存在犯罪未遂的问题。犯罪未遂是指已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未能完成犯罪的一种犯罪停止形态。刑法规定，对于未遂犯可以比照既遂犯从轻或者减轻处罚。

我国刑法理论界对于犯罪既遂与未遂的区分标准问题争议颇多，至少有三种观点：一是失控说，认为应以财产所有单位是否失去对公共财产的控制为标准；二是控制说，认为应以行为人（犯罪嫌疑人）是否实际控制其利用职务之便所非法占有的公共财物为标准；三是失控加控制说，认为应以公共财产是否已经脱离该财产的所有单位的控制和行为人是否实际控制为标准。

最高人民法院于2003年11月13日下发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》采纳了控制说的观点，明确指出：“贪污罪是一种以非法占有为目的的财产性职务犯罪，与盗窃、诈骗、抢夺等侵犯财产罪一样，应当以行为人是否实际控制财物作为区分贪污罪既遂与未遂的标准。对于行为人利用职务上的便利，实施了虚假平账等贪污行为，但公共财物尚未实际转移，或者尚未被行为人控制就被查获的，应当认定为贪污未遂。行为人控制公共财物后，是否将财物据为己有，不影响贪污既遂的认定。”

可见，只要是行为人主观上具有非法占有公共财产的目的，客观上利用职务之便实际控制了该公共财产，即构成贪污既遂，如果行为人已经着手实施贪污，但因行为人意志以外的原因未能完成犯罪，则属于贪污未遂，对未遂犯也要处罚。

十一、如何远离贪污犯罪

贪污罪的发生，有行为人的自身原因，也有社会原因，包括法律制度、财务制度、社会环境等，但其根源是一个“贪”字。“贪”是人性的

弱点之一，如果没有正确的观念，又缺乏对法律的敬畏，在具有“贪”的便利条件时，就很可能栽跟头。贪污犯罪的原因主要是行为人的的人生观、价值观不正确，并具有贪图享受、侥幸心理，法律意识淡薄等。社会原因不是自己可以改变和解决的，远离贪污犯罪，只能从自身做起。

第一，应树立正确的人生观、价值观。

人生观是指人们对人生的根本态度和看法，包括对人生价值、人生目的和人生意义的基本看法和态度。它是世界观的重要组成部分。人生观主要回答人为什么活着，人生的意义、价值、目的、理想、信念、追求等问题。其具体表现为苦乐观、荣辱观、生死观等。

价值观是社会成员用来评价行为、事物以及从各种可能的目标中选择自己合意目标的准则。价值观是一种判断是非、选择取舍的标准。价值观是后天形成的，家庭、学校等群体对个人价值观的形成起着关键的作用，其他社会环境也有影响。个人的价值观具有相对的稳定性，但由于人员的更替和环境的变化，社会或群体的价值观又是不断变化着的。从内容方面看，价值观就是关于价值的观念。价值实际上就是我们平常说的“好坏”，包含善恶、美丑、利弊、得失、荣辱、优劣、有用无用、可爱可恨、不妥当、值不值得、应该不应该、重要不重要等统统在内，都可以用好坏来表达。凡是可以用“好坏”来加以叙述并含有取舍意味的对象，就是价值；“价值观”就是人的“好坏观”，即人们关于什么是好、什么是坏，怎样为好、怎样为坏，以及自己追求什么、舍弃什么、拥护什么、反对什么等的观念、态度的总和。

一个人如果是享乐主义者，在通过合法途径满足不了其享乐欲望时，就容易犯罪，特别是手中具有权力时。关于价值观，如果一个人把贪污视为羞耻的事，就不易贪污。因此，树立正确的人生观、价值观，努力使自己成为一个道德高尚之人，对避免犯罪具有决定性作用。

第二，学习法律，提高法律意识。

贪污犯罪是一种严重的犯罪，我国刑法对贪污罪的处罚力度相当大。任何人都应当对法律怀有敬畏之心，否则，违反法律就有可能受到法律制裁。法律意识是人们对于法和有关法律现象的观点、知识和心理态度的总称。法律意识的增强，有助于人们自觉遵守法律，更好地履行法律义务。法律意识的提高主要是靠学习法律知识、学习有关案例。司法实践中，有相当一部分走向犯罪道路的人是法盲，由于不懂法而毁了自己的前程，因

此，多学一些法律知识和多了解一些典型案例，对避免犯罪具有很好的作用。

第三，因公开支，注意保留证据。

如果从单位财务部门借出款项用于单位的事务，一定要保存好借款手续资料，例如审批单、有关会议纪要等。在开支后注意收集和保存有关单据或其他证据，如果单据不全、丢失等，应及时让有关人员出具证明等。否则，如果事后说不清楚所借款项的支出明细、是否符合有关领导审批的用途，又不及时报账或报账不符合有关财务制度，就会有贪污嫌疑。现实中，有很多这样的案例，从本单位财务部门借出的款项，说是过节期间送礼用了，但案发后拿不出为单位送礼的证据，结果按贪污处理。因此，用公款开支，经办人一定要高度重视有关证据材料的保存。

第四，加强监督与制约，从制度上避免贪污犯罪。

贪财是人性的弱点之一，避免贪污的有效办法之一是加强监督与制约，完善有关制度，避免权力过分集中。有些人对独揽财务大权很得意，岂不知责任也很重大，对于不符合财务制度或法律规定的开支，掌权者必然要承担相应的法律责任。对一些公务活动的开支，避免一人单独进行，最好有制约措施，这样，即使想贪污也难以实现，或有顾忌而不敢贪污，在有贪污嫌疑时，也有人作证澄清。因此，单位制定行之有效的监督、制约制度，是预防贪污的良策。

下面一个案例可以说明监督与制约的重要性。

据《北京晚报》报道：某文化宫是一个仅有几十名员工的事业单位，但自1992年开始设立“小金库”到2002年，文化宫主任吕某某等人通过截留营业收入、虚列职工工资，累计“小金库”金额达到400余万元的惊人数字，并且以各种非正常支出将“小金库”的钱款消耗一空。单位“小金库”逐渐成了“一把手”吕某某、办公室主任宋某某、主管会计张某某三人任意支取现金的“私人钱柜”。到案发前，文化宫“小金库”的财务账目只有主管会计张某某一人管理，支出由吕某某个人决定，造成监管失控，为三人贪污、挪用公款提供了便利条件。吕某某作为单位的“一把手”，既拥有财务上“一支笔”的签字权，又负责具体经营管理工作，在权力运行中难以形成有效的监督。在吕某某退休离任时，在审计中发现了严重问题，才被有关部门查处。北京市第二中级法院于2005年10月作出终审判决：吕某某犯贪污罪、挪用公款罪，被判处有期徒刑10年；办公室