

以案释纪说法

中共河南省委直属机关
纪检监察工作委员会

2021年3月29日

目 录

- ◆ 国有企业中“国家工作人员”含义辨析
- ◆ 如何认定挪用公款罪与贪污罪的主观目的及转化
- ◆ 挪用公款罪中“归个人使用”含义辨析
- ◆ 以收银行卡方式受贿中犯罪数额的认定
- ◆ 准确认定受贿案件中的自首情节

国有企业中“国家工作人员”含义辨析

一、基本案情

万某，某国有企业（以下简称“A公司”）合同聘用制业务员，2010年5月被派到该公司的江苏办事处工作，代表A公司与江苏某股份有限公司（以下简称“B公司”）对接工作。2014年5月至2019年1月期间，万某因迷恋网络赌博欠下大量赌债无法归还，遂利用担任A公司销售业务员负责收款核账的职务之便，利用B公司开出银行承兑汇票“不背书”和A、B两个公司之间长期不对账的管理漏洞，分多次从收取的货款中挪用票面金额总计1400余万元的银行承兑汇票，私下通过其朋友帮忙贴现后用于网络赌博。截至2019年1月17日，万某投案，对挪用的1400余万元资金分文未还。

二、案例分析

A公司在2008年3月至2017年11月期间为国有资本占96.97%，民营资本占3.03%的国有控股企业，从2017年11月至今转为国有独资企业。万某自2008年3月开始在A公司担任合同聘用制业务员，2013年8月与A公司签订无固定期限劳动合同，担任该公司业务员，劳动合同中写明

万某的工作岗位为“管理”岗位。岗位说明书中载明万某的工作职责包括负责管理用户合同或订单的签订，产品发送和收款核账，确保按制定计划回款等。此案的争议焦点在于，万某作为A公司合同聘用制业务员，其是否属于国家工作人员？

第一种观点认为，A公司向万某出具了委托授权书，万某的工作职责包括合同签订、产品发送和收款核账等，具有管理职责内容，属于2003年最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《纪要》）中第一条规定的从事公务。劳动合同书标明万某的工作岗位为“管理”岗位，属于2018年中央纪委国家监委印发的《国家监察委员会管辖规定（试行）》（以下简称《管辖规定》）第四条规定的“国有企业管理人员”，万某是国家工作人员，其构成挪用公款罪。第二种观点认为，万某在工作中虽具有一定的管理职权，但不属于《纪要》中第一条规定的“从事公务”；劳动合同书标明万某的工作岗位为“管理”岗位，但与《管辖规定》中明确的“国有企业管理人员”存在较大的区别。万某没有经过A公司委派及相关批准或研究决定程序，对其不能以“国家工作人员”论，因此万某不是国家工作人员，其构成挪用资金罪。笔者赞同第二种观点。

三、释纪说法

（一）万某所从事工作不符合国有公司中从事公务的

规定

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。《纪要》第一条第（四）项规定：从事公务，是指代表国家机关、国有公司、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。万某作为 A 公司合同聘用制业务员，不具有《纪要》中明确的国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理人员或关键岗位人员身份。虽然万某在工作中具有一定的管理职权，但其职权职责内容主要是根据 A 公司销售部的安排，负责联系产品发送并向 B 公司收款核账，其职权职责内容更多地体现为程序性和服务性，所体现出来的“管理”“监督”国有财产的属性较弱，类似于《纪要》中明确的一般不认为是从事公务行为的售货员、售票员，因此不能认定万某

系从事公务。

（二）对万某不能“以国家工作人员论”

按照刑法第九十三条的规定，国有公司中两种情形下可以以国家工作人员论，一是经委派后从事公务，二是其他依照法律从事公务。依据《纪要》第一条第（二）项的规定，国有公司中要成立有效的委派，需要同时具备三个条件，第一是具有任命、指派、提名、批准等形式；第二是被委派人接受委派；第三，代表国有公司在非国有公司中从事组织、领导、监督、管理等工作。现有证据证实，万某到B公司对接工作是经过A公司销售部的口头安排派遣过去的，A公司内部没有任何委派的研究程序和相关书面文件，不具有委派的“形式”；万某的工作内容多为程序性和服务性，不具有从事组织、领导、监督、管理国有资产等实质性的工作内容，因此对万某不能认定为依法委派。而且，2001年5月最高人民法院向重庆市高级人民法院批复《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》中明确指出：“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。”综上，对万某不能“以国家工作人员论”。

（三）万某不属于“国有企业管理人员”

第一种观点认为，A公司与万某之间签订的《劳动合同书》中标明万某的工作岗位为“管理”岗位，因此其属于《管辖规定》第四条规定的“国有企业管理人员”。笔者认为，认定国有企业管理人员，不仅要看形式要件，更重要的是实质要件。依据《管辖规定》第四条第（三）项的规定，认定国有企业管理人员需要同时具备两个实质要件，一是由党组织或者国家机关、国有公司等提名、推荐、任命、批准等；二是需要从事领导、组织、管理、监督等活动。在万某完全不具备这两个条件的情况下，第一种观点仅依据合同上“管理”岗位的形式就认定其为国有企业管理人员，忽略了问题的本质，有失偏颇。

综上所述，万某作为A公司的合同聘用制业务员，其到江苏办事处工作不能认定为“委派”，万某也不属于其他依照法律从事公务的人员范畴，万某的工作内容多为程序性和服务性，不具有监督、管理国有资产的实质性工作内容，不能认定其为国家工作人员或以国家工作人员论。对万某挪用1400余万元用于网络赌博的行为，人民法院一审以挪用资金罪判处其有期徒刑9年6个月。（选编自《中国纪检监察报》）

如何认定挪用公款罪与贪污罪的 主观目的及转化

一、基本案情

张某，某镇政府公务员，主要从事党建工作，负责管理和发放党建经费。2016年7月，根据相关文件要求，经履行相关手续，张某以党建经费的名义在镇财政所支取现金40万元，拟用于发放基层党支部书记补贴及慰问困难党员。张某将上述钱款存放于自己办公室抽屉里，未按规定及时发放。2016年7月至11月期间，张某陆续从上述钱款中拿取37万元，用于购买彩票。后由于党建经费拖延发放时间过长，缺口过大，加之单位领导催促，张某自知无力补缺发放，遂于2016年11月底携带余款3万元潜逃他省。2019年2月，张某落网。据张某交代，其并无贪污公款的故意，只想暂时挪用，待彩票中奖后偿还，无力偿还被发现才潜逃。

另查明，张某每月工资3500元，无其他收入，也无其他个人财产。2016年10月，朋友杨某曾归还张某借款3万元，张某彩票中奖1万元，这些钱用于个人花销。自2016年7月至落网，张某未偿还被其使用的上述公款。

二、案例分析

本案中，张某作为镇政府公务员，从事党建工作，负有管理和发放党建经费的职权，其非法使用党建经费符合利用职务之便的条件，因此，对其国家工作人员身份并无争议。本案的争议在于，张某的行为是构成刑法第 382 条第 1 款规定的贪污罪还是构成第 384 条第 1 款规定的挪用公款罪，抑或两个罪名均构成。质言之，如何认定张某的主观目的及本案是否存在挪用公款转化贪污的问题。

第一种观点（笔者称其为两目的论）认为，根据张某供述，其有彩票中奖后偿还公款的意图，可见其在非法使用公款之初并无非法占有公款的目的，仅有挪用的故意，当其携余款潜逃时，始具有非法占有公款目的，此时，其挪用公款行为转化为贪污行为。由此，对张某挪用 37 万元的行为应定为挪用公款罪，对携余款 3 万元潜逃的行为应定为贪污罪，数罪并罚。第二种观点（笔者称其为吸收论）认为，张某起初有偿还公款的意图，确属挪用公款，而非贪污，但其携余款潜逃时则表现为非法占有公款的意图，此时非法占有公款的意图可以追溯到全案，吸收起初的挪用意图，挪用公款全部转化为贪污，故张某仅构成贪污一罪。第三种观点（笔者称其为单一目的论）认为，张某的行为是一个连贯的过程，不能将其简单割裂为两个行为看待，应从整体上把握，同时，不能仅依据张某的供述，应综合分析其主客观行为，认定主观目的。本案中，张某既无偿还能力亦无偿还行

为，故其从非法使用公款之初即具有非法占有之目的，故张某自始构成贪污罪，不存在转化的问题。笔者赞同第三种观点。

三、释纪说法

本案的争议，既涉及非法占有目的认定标准的问题，也涉及法律规范适用的问题。分述如下：

（一）认定标准之争：非法占有目的认定应综合判断

从规范层面分析，挪用公款罪侵害的法益是公共财物的使用收益权，贪污罪侵害的法益是公共财物的所有权，二者的主要区别在于行为人是否具有非法占有公款目的。但是，如何认定非法占有公款目的，实践中常存误区。笔者认为，应坚持主客观相统一的原则，通盘考虑客观行为、行为人经济状况、公款风险状态及收益处置等因素，综合分析判断，而非简单以行为人供述的个人意图为定案根据。否则，如若行为人均宣称无非法占有公款目的，贪污罪几无适用余地。

判断因素之一：客观行为。主观目的是人的心理活动，心理活动必须见之一定客观行为，方具有刑法评价意义。而心理活动的真实内容，则往往反映在客观行为上。因此，考察行为人主观目的，必须结合其客观行为。举例而言，如果行为人有部分归还款项的行为或者切合实际的计划，则更能体现其挪用的意图；如果行为人采取平账、销账等掩饰隐瞒证据的行为，则更能体现其非法占有的目的。本案中，张某

侵吞公款是一个持续的过程，时间长达4个月，采取反复多次、逐渐侵吞的手段。在此过程中，张某彩票中奖1万元，朋友杨某向其偿还借款3万元，且张某亦有工资收入来源，但其从无归还非法使用公款之行为。此后，张某在潜逃期间，也无归还公款的行为。因此，由客观行为观之，张某自始即表现出非法占有之目的。

判断因素之二：行为人经济状况。根据平等适用刑法原则，财富多寡不应成为行为人在刑法上被区别对待的理由。但是，在此考量行为人的经济状况，目的系分析行为人主观意图，防止行为人滥用主观意图开脱罪行，实质上是更好地坚持了平等适用刑法之原则。本案中，张某虽有稳定收入来源，但除每月工资外再无其他财产，其经济状况明显不足以归还40万元公款。张某虽供述有归还公款的意图，但其明知非法使用的公款数额与自身经济状况悬殊明显仍执意而为，将归还公款的希望完全寄托于彩票中奖这种小概率事件，即已表明其将公款据为己有的主观故意。

判断因素之三：公款风险状态及收益处置。单独考量公款所处风险状态尚难甄别行为人主观意图，必须结合其他因素，方具有实质判断意义。本案中，张某非法使用公款用于购买彩票，属于射幸行为，区别于具有一定收益的理财投资或经营行为，以此具有高风险的投资回报行为作为无非法占有公款目的的抗辩理由，难以成立。另外，张某购买彩票过

程中，亦有中奖1万元的收益，但彩票中奖后张某未用此收益归还公款，而是用于个人花销，其抗辩所述之归还意图根本未付诸行动，由此亦表明其非法占有公款之目的。

综上，两目的论与吸收论实质上割裂了行为的整体性，把整体行为分为两个阶段、区分两个目的，均有失偏颇，不足取。单一目的论则在整体上把握行为过程，综合张某客观行为、经济状况等因素探究其真实意图，即便不能认定其非法占有公款的直接故意，亦能认定其间接故意之存在，即有能力归还则还，无能力归还则不还。张某对法益的侵害结果要么持积极追求的态度，要么持放任态度，但无论持哪种态度，均具有非法占有公款的主观目的。

（二）法律规范适用之争：挪用转化贪污并非涵盖全部款项

虽然笔者赞同第三种观点，认为张某自始构成贪污罪，不存在挪用公款罪转化为贪污罪的问题，也不存在数罪的问题，但前两种观点关于转化问题的争议，实属法律适用的问题，有必要厘清。

根据1998年最高人民法院公布实施的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》（以下简称《挪用公款解释》）第六条规定，携带挪用的公款潜逃的，依照刑法第三百八十二条、第三百八十三条的规定定罪处罚。按照文义解释，对携带挪用的公款潜逃的，全案应转化为贪污

罪，不需区分携带的公款与未携带的公款。可见，该条规定实际上采取的是吸收论，即行为人一旦携带挪用的公款潜逃，其非法占有公款的主观意图强化，吸收前面挪用公款的意图，全案转化为贪污罪。这种规定看似合理，实则对行为人不公。犯罪后逃避处罚是人之本性，行为人携带公款潜逃的，对其携带的部分推定非法占有目的，尚可理解。但对其未携带的部分，也推定具有非法占有的目的，则有不当加重行为人罪责之嫌。据此，2003年最高人民法院公布实施的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第八条对《挪用公款解释》第六条进行了修正，明确行为人“携带挪用的公款潜逃的”，对其携带挪用的公款部分，以贪污罪定罪处罚。由此观之，该条规定采取两目的论，携带挪用的公款潜逃的，并非全案转化为贪污罪，而是需要区分携带的部分与未携带的部分，对携带的公款部分，转化为贪污罪；未携带的公款部分，仍应认定挪用公款罪。显然，上述法律适用的前提是行为人首先构成挪用公款罪，再有携带挪用的公款潜逃的行为，才有转化适用的空间。本案中，张某自始具有非法占有公款的目的，自始构成贪污罪，故不存在转化的问题。（选编自《中国纪检监察报》）

挪用公款罪中“归个人使用”含义辨析

一、基本案情

赵某，某市红十字会会长。2017年6月12日，赵某个人同意王某某到单位账户上借用人民币6万元，用于民办非企业单位某市救援队注册，并让单位财会部门具体负责办理借款手续。2017年6月16日王某某到登记管理机关申请登记。借款过程中赵某没有谋取个人利益。

2018年4月2日，赵某被该市纪委监委立案审查调查，此时，王某某仍未归还上述6万元。

二、案例分析

根据2002年4月28日第九届全国人大常委会第二十七次会议通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》（以下简称《解释》），有下列情形之一的，属于挪用公款“归个人使用”：（一）将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的；（二）以个人名义将公款供其他单位使用的；（三）个人决定以单位名义将公款供其他单位使用，谋取个人利益的。此案的争议点在于赵某的行为是否属于上述挪用公款“归个人使用”的情形。

第一种观点认为，赵某超越职权，未经单位党组讨论决

定，将公款6万元借给王某某，用于民办非企业单位某市救援队注册，属于以个人名义将公款供其他单位使用，赵某的行为符合挪用公款罪构成要件中的“归个人使用”情形，构成挪用公款罪。第二种观点认为，民法总则第七十五条第一款规定“设立人为设立法人从事的民事活动，其法律后果由法人承受；法人未成立的，其法律后果由设立人承受”，王某某作为设立人，以设立某市救援队的名义来借款，某市救援队成立后，该笔借款要归属于某市救援队，所以该笔借款属于单位借款。赵某未经党组讨论决定，超越职权通过单位财会部门将公款借出，属于个人决定以单位名义将公款供其他单位使用。由于赵某在这过程中没有谋取个人利益，所以赵某的行为不符合挪用公款罪构成要件中的“归个人使用”情形，不构成挪用公款犯罪。第三种观点认为，该笔借款属于王某某个人借款，王某某个人借款后拿该笔钱用来注册某市救援队的行为并不改变王某某个人借款的性质。赵某的行为属于将公款供其他自然人使用，符合挪用公款罪构成要件中的“归个人使用”情形，构成挪用公款犯罪。笔者赞同第三种观点。要成立“将公款供其他单位使用”，前提是要有借款单位的存在。

本案中，前两种观点与第三种观点在挪用公款供自然人使用还是供其他单位使用上产生了分歧。根据《最高人民法院关于审理单位犯罪案件具体应用法律若干问题的解释》第

一条规定，刑法第三十条规定的公司、企业、事业单位，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。王某某借款虽然是为了注册非营利性法人救援队，但借款时该救援队还未具有法人资格，不能视为单位。因此，该借款应属于王某某的个人借款。根据《解释》，赵某将公款借给王某某，符合将公款供本人、亲友或者其他自然人使用，且王某某超过3个月未还，赵某的行为已涉嫌挪用公款罪。

三、释纪说法

第一种观点和第二种观点都认为该案系挪用公款供其他单位使用，分歧之处在于以“个人名义”还是“个人决定以单位名义”。那么，“以个人名义”与“个人决定以单位名义”如何区分？

根据2003年最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》规定，“在司法实践中，对于将公款供其他单位使用的，认定是否属于‘以个人名义’，不能只看形式，要从实质上把握。对于行为人逃避财务监管，或者与使用人约定以个人名义进行，或者借款、还款都以个人名义进行，将公款给其他单位使用的，应认定为‘以个人名义’。‘个人决定’既包括行为人在职权范围内决定，也包括超越职权范围决定。”笔者认为区分以个人名义与个人决定以单

位名义的关键在于，公款的所有权单位对公款的真实去向是否知情，至于是否超越当事人职权范围并不是决定因素。《解释》第（三）项之所以强调个人决定以单位名义将公款供其他单位使用时需要谋取个人利益才属于挪用公款“归个人使用”，是因为单位成员具有双重身份，不仅是自然人，还是单位成员。为了单位并且不夹杂谋取个人利益的行为，不评价为挪用公款犯罪行为，而以单位为名义，实际上是为了谋取个人利益，则不能视作单纯的单位行为。（选编自《中国纪检监察报》）

以收银行卡方式受贿中犯罪数额的认定

一、基本案情

张某某，中共党员，某市某开发区党工委委员、管委会主任，分管开发区工程项目建设。

2014年9月，侍某某希望承接某工程业务，送给张某某一张存有10万元的银行卡（该卡实际开户人为侍某某的下属员工赵某，该卡还捆绑一张存折，并保管在侍某某处），同时将该银行卡密码告知了张某某。张某某收到银行卡后没几天就取出现金3万元，此后未再使用过该银行卡。过了一段时间，侍某某通过该银行卡捆绑的存折发现卡内还有余额，遂取出3万元使用。2016年10月，赵某在办理银行业

务时，得知自己名下的银行卡中还有余款，遂在银行挂失补卡后将卡内余额4万元取出归个人使用。2018年9月，该市纪委监委对张某某涉嫌严重违纪违法问题立案审查调查，并依法采取留置措施。

二、案例分析

本案中，对张某某的行为构成受贿罪没有争议，但在受贿数额认定上产生了分歧。第一种意见认为，张某某受贿数额为10万元，且全部为既遂。第二种意见认为，张某某受贿数额为3万元。第三种意见认为，张某某受贿数额为10万元，其中3万元为既遂，7万元为未遂。经分析研究，笔者倾向同意第三种意见，一般情况下，收受银行卡应将卡内数额全额认定为受贿数额。

受贿行为的本质是权钱交易，一般情况下，只要受贿人与行贿人双方的行贿、受贿意思明确（包括明示或暗示）、真实，并将财物交付受贿方占有，受贿行为即已完成。具体到以送银行卡方式行贿时，一旦行贿人、受贿人对以送卡的方式行贿、受贿的意思明确、真实，且行贿人提供了完全充分的信息足以保证受贿人完全取出卡内存款或者进行消费的，不论受贿人是否实际取出或消费，卡内的存款数额都应全额认定为受贿数额。特殊情况下，银行卡具有透支功能的，受贿人使用银行卡透支，如果由给予银行卡的一方承担还款责任，透支数额也应当认定为受贿数额。这与最高人民

法院、最高人民检察院《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》第八条的规定是一致的。本案中，张某某身为国家工作人员，利用职务上的便利，收受他人给予的银行卡后立即取款，显见其主观上对该卡及卡中全部的存款具有非法占有的故意，虽尚未实际全部取出或消费该卡内存款，但其收受银行卡的行为已经实施终了，已构成受贿罪，且原则上卡内的全部资金10万元皆应认定为张某某的受贿数额。

三、释纪说法

有观点认为，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》第十六条之规定，受贿后赃款赃物的去向（除及时退还或上交外）不影响对受贿罪的认定。因此，受贿人收受银行卡后，卡内资金被行贿人、卡主取走的，也不影响受贿的认定，应全部认定为既遂。笔者认为此种观点值得商榷，收受银行卡一般对卡内的全部数额认定为受贿数额，但并不意味没有例外，更非所有情况下卡内的全部数额都要认定为受贿既遂的数额。理由如下：

受贿罪属于故意犯罪，存在未遂状态，一般而言，受贿罪与贪污罪一样，以行为人是否实际控制（收受）财物为区分既遂与未遂的标准。具体到送银行卡的情况下，一般来说，当受贿人收受了银行卡且获得密码，就能够实现对卡内

钱款的实际控制，即可认定为既遂。但是银行卡不同于一般的财物，它只是钱款的一个载体，卡本身并无太大价值，受贿人实际收受的是卡内的钱款，而非卡本身。在一些特殊情况下，占有银行卡并获得卡的密码，也不一定就能完全实现对卡内钱款的实际占有。现实生活中，行贿人（卡主）将银行卡送出后，还能通过存折、手机银行、网上银行、挂失补卡等诸多方式将卡内存款取出或消费，从而阻碍受贿人对卡内钱款的控制占有。换言之，在一些情况下受贿人占有银行卡后，其对卡内的钱款并未实现刑法意义上的完全控制，此时行贿人（卡主）实际上是和受贿人共同控制卡内的钱款，只有在行贿人（卡主）放弃控制权，卡内全款完全处于受贿人控制之下，才能对卡内全部钱款认定为受贿既遂。因此，在受贿人收受银行卡的情况下，评价受贿是否既遂，可采取“受贿人控制+行贿人（卡主）放弃控制”的标准。对于送卡后行贿人（卡主）抽回存款或者以挂失等方式阻碍受贿人取款或者消费的，受贿数额虽然仍为收卡时卡内的全部钱款，但是受贿既遂的数额应扣除因行贿人（卡主）的原因致使受贿人客观上无法占有、控制的部分。这部分数额宜按受贿未遂论，只有这样才能避免主观归罪，达到主客观一致的要求。本案中，张某某收受银行卡后取出使用的3万元，应认定为受贿既遂，而余款7万元因被行贿人及卡主取出使用，应认定为张某某受贿未遂的数额。

需要说明的是，上述情形与受贿人因自身原因导致的不能取出或消费卡内金额的情形不同。在行贿人提供了完全充分的信息足以保证受贿人完全取出卡内存款或者消费的情况下，由于受贿人自身操作，如记错密码、操作错误导致受贿人暂时不能全额取出存款或者消费的，或者由于认识错误，如认为已经将卡内存款用完而实际没有完全取出或者消费的，未取出或者未消费的卡内存款余额应当全部认定为受贿既遂数额。因为此种情形下，行贿人（卡主）并未行使共同控制的权利，阻碍受贿人对卡内资金的实际控制。（选编自《中国纪检监察报》）

准确认定受贿案件中的自首情节

一、基本案情

案例一：于某某，A区财政局预算处副处长。2011年至2014年期间，于某某基于为A区某街道办事处在财政资金拨付等方面提供的帮助，多次以“需要打点人情”为名，先后5次向该街道党工委书记索要钱款共计人民币150万元。

2018年7月20日，A区纪委监委工作人员在于某某单位找到他，经谈话教育，于某某交代了纪委监委不掌握的其收受60万元的事实，并在单位等待处置。随后，经讯问行

贿人，A区纪委监委又掌握了于某某另外90万元受贿事实。当日，A区监委将于某某留置。此后，面对办案机关掌握的事实，于某某才交代受贿该90万元的事实。

案例二：朱某某，B市某区某镇党委书记。任职期间，朱某某利用职务便利，在土地出让和镇属资产转让方面，为他人谋取利益，收受某公司贿赂人民币100万元、港币390万元，收受张某贿赂人民币50万元。

2018年4月，B市纪委监委收到省委巡视组转来的反映该镇在土地出让过程中涉嫌违纪违法问题的函，遂开展初核，掌握了朱某某收受张某部分贿赂的线索。同年8月，B市纪委监委对朱某某采取留置措施后，朱某某交代了其收受某公司和张某贿赂的全部犯罪事实。根据朱某某交代，办案机关认为其初期掌握的收受张某贿赂的线索针对的犯罪事实不成立。

二、案例分析

两个案例中，对于某某和朱某某严重违纪，构成受贿罪，应当给予开除党籍、开除公职处分，并依法追究刑事责任，没有异议。然而，对于两人行为能否认定为自首，存在争议。

第一种意见认为，于某某交代的另外90万元受贿事实属于办案机关已掌握的问题，对此不应认定为自首，但是对其主动交代60万元的行为可以认定为自首。朱某某不是自

动投案，在被留置后才交代受贿事实，不应认定为自首。

第二种意见认为，虽然于某某在未受到讯问、未被采取强制措施前主动交代了60万元犯罪事实，但其交代的犯罪数额低于未交代的犯罪数额，不是如实供述自己的主要犯罪事实，不应认定为自首。朱某某所交代犯罪事实，属于办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立，在此范围外交代同种罪行，以自首论。笔者同意第二种意见。

三、释纪说法

自首是我国刑法中一项重要的量刑制度，正确适用自首制度，对于引导犯罪分子自动投案，改过自新，具有重要意义。

（一）于某某主动交代犯罪事实的行为不能认定为自首

我国刑法第六十七条第一款规定，“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。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。”自首和坦白的认定标准不同，对量刑的影响也不同。自首的，可以从轻、减轻或者免除处罚；坦白的，可以从轻，特殊情况下，可以减轻处罚。

根据刑法规定，成立自首需同时具备两个要件：自动投案、如实供述自己的罪行。2009年最高人民法院、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》（以下简称2009年《意见》）规定，

“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。”在于某某案中，于某某在经谈话教育后即如实供述自己部分受贿事实，并在单位等待处置，可以视为自动投案。然而，于某某如实供述自己部分罪行的行为尚不足以认定为自首。1998年最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第二条规定，“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。”本案中，于某某仅犯有受贿罪一罪，不存在针对部分犯罪认定为自首的情形。因此，如何认定“如实交代自己的主要犯罪事实”颇为关键。2010年12月最高人民法院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》（以下简称2010年《意见》）第二部分“关于‘如实供述自己的罪行’的具体认定”规定，“犯罪嫌疑人多次实施同种罪行的，应当综合考虑已交代的犯罪事实与未交代的犯罪事实的危害程度，决定是否认定为如实供述主要犯罪事实。虽然投案后没有交代全部犯罪事实，但如实交代的犯罪情节重于未交代的犯罪情节，或者如实交代的犯罪数额多于未交代的犯罪数额，一般应认定为如实供述自己的主要犯罪事实。无法区分已交代的与未交代的犯罪情

节的严重程度，或者已交代的犯罪数额与未交代的犯罪数额相当，一般不认定为如实供述自己的主要犯罪事实。”于某某仅如实供述了同种罪行中的60万元数额，低于未交代的90万元数额，不应认定为如实供述自己的主要犯罪事实。针对有观点认为，对90万元不认定为自首，但对60万元可认定为自首。笔者认为，自首作为量刑情节，是针对特定罪行而言，不能将数罪并罚情形下的自首认定规则适用到同种数罪情形的自首认定上。本案中，针对于某某仅犯有受贿罪一种罪行，自首只存在构成与不构成问题，不存在部分构成与部分不构成问题。

（二）朱某某如实供述自己犯罪事实的行为构成自首

有观点认为，尽管朱某某在被留置期间交代了所有受贿事实，但是仍不符合自动投案要件，不构成自首。

需要注意的是，按照2009年《意见》规定，“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。”案例二中，根据朱某某的交代进一步查明，办案机关认为其初期掌握的收受张某贿赂的线索所针对的犯罪事实不成立，朱某某交代属于办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立，在此范围外交代同种罪行，应当以自首论。

在办理贪污受贿案件实践中，经常出现以下情形：第一，自动投案，但只交代部分数额，企图蒙混过关。对此，要判断其交代的事实是否构成主要犯罪事实。第二，没有自动投案，被采取留置措施后全部交代。对此，要判断其所交代的罪行是否与办案机关已掌握的罪行属不同种罪行；或者，是否属于办案机关所掌握线索针对的犯罪事实不成立，在此范围外交代同种罪行；这两种情况下，可构成特殊自首。（选编自《中国纪检监察报》）

送：省直工委领导班子成员、省纪委监委第一监督检查室
发：省直和中央驻豫单位机关纪委，省直工委各部门（单位）
负责人

中共河南省委直属机关纪检监察工作委员会 2021年3月29日印发

（2021年第3辑·总第12辑，共印30份） 组稿：李强