

Tanwu Huilu
Fanzui Rending
Jingjie Jingxi

贪污贿赂犯罪认定 精解精析

—（修订版）—

杨兴国◎著

中国检察出版社

Tanwu Huilu
Fanzui Rending
Jingjie Jingxi

贪污贿赂犯罪认定 精解精析

—（修订版）—

杨兴国◎著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污贿赂犯罪认定精解精析/杨兴国著. —修订本. —北京: 中国检察出版社, 2015. 10

ISBN 978 - 7 - 5102 - 1483 - 7

I. ①贪… II. ①杨… III. ①贪污贿赂罪 - 定罪 - 法律解释 - 中国
IV. ①D924. 392. 5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2015) 第 202161 号

贪污贿赂犯罪认定精解精析 (修订版)

杨兴国 著

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区香山南路 111 号 (100144)

网 址: 中国检察出版社 (www. zgjccbs. com)

编辑电话: (010) 68630384

发行电话: (010) 68650015 68650016 68650029

经 销: 新华书店

印 刷: 三河市西华印务有限公司

开 本: 720 mm × 960 mm 16 开

印 张: 21 印张 插页 4

字 数: 387 千字

版 次: 2015 年 10 月第二版 2015 年 10 月第二次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 5102 - 1483 - 7

定 价: 58.00 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

目 录

绪 论	(1)
第一节 贪污贿赂罪刑事立法概述	(1)
一、贪污贿赂罪的立法沿革 / 1	
二、贪污贿赂罪是刑事立法的重点、焦点和难点 / 5	
三、贪污贿赂罪的分类及本书的体系 / 8	
第二节 贪污贿赂罪认定的一般原理	(11)
一、贪污贿赂罪的客体 / 14	
二、贪污贿赂罪的客观方面 / 16	
三、贪污贿赂罪的主体 / 16	
四、贪污贿赂罪的主观方面 / 19	
第一章 贪污罪	(21)
第一节 贪污罪的主体	(22)
一、关于贪污罪主体的历史演进 / 22	
二、关于国家工作人员的范围 / 24	
三、关于以国家工作人员论的范围 / 27	
四、关于受委托经营、管理国有财产人员的认定 / 39	
五、正确理解刑法中的从事公务 / 40	
第二节 贪污罪的客体 and 对象	(45)
一、公共财物 / 45	
二、国内公务或者外交中收受的礼物 / 46	
三、非国有保险公司和非国有公司、企业以及其他单位的财产 / 47	
四、认定贪污罪对象应注意的几个问题 / 48	
第三节 贪污罪的客观方面	(50)
一、利用职务上的便利 / 51	
二、非法占有公共财物 / 52	
第四节 贪污罪的主观方面	(54)
一、贪污罪的主观要件 / 54	

二、如何理解贪污罪的犯罪目的 / 54	
第五节 认定贪污罪需要注意的几个问题	(57)
一、关于共同贪污的认定 / 57	
二、关于贪污礼品的认定 / 60	
三、关于贪污罪未遂的认定 / 62	
四、关于国有企业改制中的贪污罪认定问题 / 62	
五、关于涉及科技人员贪污的认定问题 / 65	
第六节 贪污罪的处罚	(68)
一、关于贪污罪处罚的一般规定 / 68	
二、坚持从刑法的基本原则出发,正确把握贪污罪的认定和量刑 / 72	
三、关于共同贪污案件的处罚问题 / 76	
四、股票贪污案件中犯罪数额的认定问题 / 79	
第七节 贪污罪与其他罪的界限	(84)
一、贪污罪与盗窃罪和诈骗罪的界限 / 84	
二、贪污罪与侵占罪的界限 / 85	
三、关于贪污罪与职务侵占罪的界限 / 87	
四、关于贪污罪与为亲友非法牟利罪的界限 / 88	
五、关于贪污罪与徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪以及背信损害上市公司利益罪的界限 / 91	
六、关于贪污罪与私分国有资产罪的界限 / 94	
第二章 挪用公款罪	(96)
第一节 挪用公款罪的主体	(97)
一、关于对受委托管理、经营国有财产人员挪用国有资金行为如何定罪问题 / 97	
二、关于使用人构成挪用公款罪的共犯问题 / 98	
三、关于国有单位领导向其主管的具有法人资格的下级单位借款归个人使用的法律适用问题 / 100	
第二节 挪用公款罪的客体和对象	(100)
一、关于挪用一般公物的行为能否构成挪用公款罪 / 101	
二、关于对“公款”的理解 / 101	
第三节 挪用公款罪的客观方面	(103)
一、关于挪用公款归个人使用,进行非法活动 / 104	
二、关于挪用公款数额较大,归个人进行营利活动 / 106	
三、关于挪用公款数额较大,超过三个月未还的行为 / 109	

第四节 挪用公款罪的主观方面	(113)
一、挪用公款罪的主观要件 / 113	
二、对承包人利用承包经营权挪用公款行为处理时应注意的问题 / 113	
第五节 认定挪用公款罪的重点和难点	(114)
一、行为人必须是利用职务上的便利 / 114	
二、必须实施了挪用公款行为 / 115	
三、必须是归个人使用 / 121	
第六节 挪用公款罪的处罚	(125)
一、关于挪用公款数额巨大不退还的处罚问题 / 125	
二、关于挪用公款的数额计算问题 / 127	
三、关于挪用公款引起的数罪并罚问题 / 129	
四、关于“挪而未用”是否构成犯罪问题 / 130	
第七节 挪用公款罪与其他相关罪的界限	(131)
一、挪用公款罪与贪污罪的界限 / 131	
二、挪用公款罪与挪用资金罪的界限 / 132	
三、挪用公款罪与挪用特定款物罪的界限 / 133	
四、挪用公款罪与用账外客户资金非法拆借、发放贷款罪（吸 收客户资金不入账罪）的界限 / 133	
五、挪用公款罪与玩忽职守型犯罪的界限 / 137	
第三章 受贿型犯罪	(140)
第一节 受贿罪的主体	(141)
一、关于“其他国有单位”的理解 / 142	
二、关于医疗机构、教育机构中的工作人员的身份问题 / 142	
三、关于评标委员会等组织中的组成人员的身份问题 / 145	
四、关于离退休国家工作人员能否成为受贿罪主体问题 / 146	
五、关于非国家工作人员成为受贿罪共犯的问题 / 148	
六、关于受委托管理、经营国有财产的人员能否成为受贿罪主体 / 153	
第二节 受贿罪的客体和对象	(155)
一、关于受贿罪对象的法律规定 / 155	
二、关于涉及不动产的受贿问题 / 160	
第三节 受贿罪的客观方面	(166)
一、关于“利用职务上的便利”与“利用本人职权或地方形成 的便利条件”的理解问题 / 166	
二、关于“为他人谋取利益”的理解 / 179	

三、索取或者非法收受他人财物 / 186	
第四节 受贿罪主观要件	(188)
一、受贿犯罪行为是否必须对其行为结果的社会危害性有认识 / 189	
二、关于“事后受贿”问题 / 190	
三、收入钱财但未来得及为他人谋取利益而案发的，是否以受贿论处 / 192	
四、关于收受财物后退还或者上交的处理问题 / 192	
五、将收受的财物用于单位公务活动的认定问题 / 194	
六、关于近亲属参与型的共同犯罪中国家工作人员受贿故意的认定问题 / 196	
七、关于受贿与借款的区别 / 198	
第五节 商业贿赂和新型受贿等认定中的问题	(198)
一、关于商业贿赂认定中的若干问题 / 199	
二、关于新型受贿的认定问题 / 205	
三、关于涉及科技人员受贿的认定问题 / 220	
四、其他需要注意的问题 / 222	
第六节 受贿罪的处罚	(226)
一、关于受贿罪依照贪污罪处罚的问题 / 226	
二、关于受贿数额计算其他需要注意的问题 / 229	
三、关于“因受贿而进行违法活动构成其他罪的”是否实行数罪并罚的问题 / 234	
第七节 受贿罪与其他罪的界限	(239)
一、受贿罪与非国家工作人员受贿罪的界限 / 239	
二、受贿罪与敲诈勒索罪和诈骗罪的界限 / 240	
三、受贿罪与贪污罪的界限 / 241	
四、受贿罪与单位受贿罪的界限 / 245	
第八节 单位受贿罪	(245)
一、单位受贿罪的特征 / 246	
二、单位内设分支机构索取、收受贿赂，能否以单位受贿罪论处的问题 / 247	
三、单位受贿罪的处罚 / 251	
四、单位受贿罪查处中需要注意的问题 / 252	
第九节 利用影响力受贿罪	(253)
一、本条规定是我国惩治腐败犯罪刑事立法的重大历史突破 / 254	

二、利用影响力受贿罪的主要特征 / 255	
三、本罪的刑罚 / 257	
四、关于本罪认定中需要研究的几个问题 / 258	
第四章 行贿型犯罪	(259)
第一节 行贿罪	(261)
一、行贿罪的构成要件 / 261	
二、行贿罪的处罚 / 267	
第二节 对单位行贿罪	(267)
一、对单位行贿罪的构成要件 / 267	
二、对单位行贿罪的处罚 / 268	
第三节 单位行贿罪	(268)
一、单位行贿罪的构成要件 / 269	
二、单位行贿罪的处罚 / 270	
第四节 对影响力人员行贿罪	(270)
一、对影响力人员行贿罪的构成要件 / 271	
二、对影响力人员行贿罪的处罚 / 271	
第五节 认定行贿犯罪需要注意的几个问题	(272)
一、关于个人行贿与单位行贿的界限问题 / 273	
二、关于行贿罪与对非国家工作人员行贿罪的界限问题 / 276	
三、单位行贿罪与单位犯对非国家工作人员行贿罪的罪刑衔接 问题 / 277	
四、关于“不正当利益”的理解问题 / 278	
五、关于对“被追诉前”的理解问题 / 280	
六、关于对“不正当利益”的处理问题 / 282	
七、关于行贿同时构成其他犯罪的数罪并罚问题 / 284	
第六节 介绍贿赂罪	(284)
一、介绍贿赂罪的构成要件 / 285	
二、认定介绍贿赂罪需要注意的几个问题 / 286	
三、介绍贿赂罪的处罚 / 288	
第五章 财产来源不明型犯罪	(289)
第一节 巨额财产来源不明罪	(289)
一、巨额财产来源不明罪的基本特征 / 290	
二、关于国家工作人员的财产或者支出的范围以及认定共犯问题 / 291	

三、关于共同犯罪问题 / 293	
四、关于“不能说明来源”的理解 / 295	
五、其他需要注意的问题 / 298	
六、对一些争议问题的简要分析和立法建议 / 300	
第二节 隐瞒境外存款罪	(302)
一、隐瞒境外存款罪的构成要件 / 302	
二、隐瞒境外存款罪的处罚 / 304	
第六章 私分国有资产型犯罪	(305)
第一节 私分国有资产罪	(305)
一、私分国有资产罪的主体 / 306	
二、私分国有资产罪的客体 and 对象 / 308	
三、私分国有资产罪的客观方面 / 312	
四、私分国有资产罪的主观方面 / 315	
五、私分国有资产罪的处罚 / 315	
六、私分国有资产罪与其他罪的界限 / 316	
第二节 私分罚没财物罪	(318)
一、私分罚没财物罪的主体 / 319	
二、私分罚没财物罪的客体 and 对象 / 320	
三、私分罚没财物罪的客观方面 / 322	
四、私分罚没财物罪的主观方面 / 323	
五、私分罚没财物罪的处罚 / 323	
六、私分罚没财物罪与私分国有资产罪的界限 / 324	
附 录	(325)
后 记	(326)

绪 论

第一节 贪污贿赂罪刑事立法概述

一、贪污贿赂罪的立法沿革

贪污贿赂犯罪是指国家工作人员利用职务上的便利牟取财物等行为。相对于杀人、盗窃等“道德犯罪”而言，它是一种“法定犯罪”^①，即这种行为的犯罪性是由法律赋予的，是因为法律的禁止性规定而成为犯罪。相反，杀人、盗窃等犯罪行为，人人皆知其为犯罪，其行为本身自然而然具有犯罪的性质，人们无须根据刑事法律进行评价即可得出结论。贪污贿赂罪是法定犯罪的特征，决定了必须科学、合理地在法律上规定哪些行为为犯罪，哪些行为不为犯罪，必须准确地理解立法本意，正确地适用法律。

我们党历来高度重视惩治贪污贿赂犯罪刑事立法。早在革命战争年代，如1939年的《陕甘宁边区惩治贪污条例（草案）》，就是一部比较详尽的惩治贪污的法规。

新中国成立后，为了防止腐败之风气因革命胜利和掌握政权而蔓延开来，1952年4月21日，中央人民政府颁布了《中华人民共和国惩治贪污条例》。这是在没有刑法典的情况下，新中国最早的刑事法律之一，也是第一部惩治贪污贿赂犯罪的专门法律。条例规定的贪污罪包括现行刑法中的贪污罪、受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪以及私分国有资产罪等罪名，是大贪污的概念。一直沿用到1979年我国第一部刑法的诞生。

党的十一届三中全会后，我国进入改革开放的新的历史发展时期，社会主义民主法制建设得到前所未有的重视。1979年7月1日，第五届全国人民代表大会第二次会议通过了《中华人民共和国刑法》等七部重要法律，这是新中国法制建设中的大事，对我国的民主法制建设产生了深远的历史影响。1979年刑法将贪污罪与贿赂罪分离，分别规定在刑法分则第5章的侵犯财产罪和第8章的渎职罪中。该法第155条规定国家工作人员贪污的最高刑罚可处无期徒刑。

^① 参见杨敦先、谢宝贵主编：《经济犯罪学》，中国检察出版社1991年版，第31页。

刑或死刑。

1982年3月8日，第五届全国人大常委会第二十二次会议通过了《全国人民代表大会常务委员会关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，该决定规定国家工作人员索取、收受贿赂的，比照《刑法》第155条贪污罪论处；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。

1988年1月21日，第六届全国人大常委会通过了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》。该《补充规定》增设了挪用公款罪、单位受贿罪、单位行贿罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪5个新罪名。

1995年2月28日，第八届全国人大常委会第十二次会议通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》，将公司、企业人员（不含其中的国家工作人员）的侵占、挪用、受贿三种行为，分别规定为职务侵占罪、挪用公司资金罪和公司、企业人员受贿罪三个新的罪名，使公司、企业中的非国家工作人员利用职权进行的贪污、受贿、挪用资金犯罪有了新的罪名和刑罚，而不以贪污罪、受贿罪或挪用公款罪定罪处罚。这种规定一直延续到修订后的1997年刑法。

1997年3月14日，第八届全国人民代表大会第五次会议审议通过了修订的《中华人民共和国刑法》，并于1997年10月1日生效施行。1997年刑法在总结我国长期以来反贪污贿赂刑事立法和刑事司法的实践基础上，适应我国社会主义现代化建设的需要，在分则部分以专章形式规定了贪污贿赂罪，共15个条文、12个罪名。其中，只能由自然人构成的有7个罪名，即贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、行贿罪、介绍贿赂罪，巨额财产来源不明罪和隐瞒境外存款罪；只能由单位构成的有4个罪名，即单位受贿罪、单位行贿罪、私分国有资产罪和私分罚没财物罪；既可以由自然人也可以由单位构成的有1个罪名，即对单位行贿罪。上述罪名全部为单一罪名，没有选择性罪名；有死刑的有2个罪名，即贪污罪和受贿罪；有罚金刑的有5个罪名，且均属单位犯罪，即单位受贿罪、对单位行贿罪（仅限于单位犯本罪）、单位行贿罪、私分国有资产罪和私分罚没财物罪；可并处没收财产的涉及3个罪名，即贪污罪、受贿罪和行贿罪。

相比以前的刑事立法，1997年刑法关于贪污贿赂罪的规定，突出有以下特点：

一是使刑法分则在体系设置上更为科学，体现了我们党和政府对反腐败斗争和廉政建设的重视。1979年刑法第二编分则部分，根据我国刑法将犯罪侵犯的同类客体作为刑法分则设章依据的原理，将社会上各种各样的犯罪按照其行为所侵犯的社会关系和对社会的危害程度，将各种犯罪分为八大类八章，每

一类犯罪又分为若干个具体犯罪。在该法典中,贪污罪规定在侵犯财产罪中,而贿赂罪(包括受贿罪、行贿罪和介绍贿赂罪三个具体罪名)则规定在渎职罪一章中。1979年刑法施行后,中国社会发生了翻天覆地的变化,改革开放取得伟大成就,社会主义市场经济体制逐步建立,人民生活显著提高,社会日趋进步文明。与此同时,拜金主义、享乐主义和极端个人主义也逐渐膨胀,犯罪日趋严重,特别是国家工作人员利用职务便利进行贪污受贿犯罪,严重地危害了我国社会主义现代化建设。为了适应同贪污贿赂犯罪作斗争的需要,全国人大常委会对贪污贿赂罪以决定、补充规定等形式作了多次修改、补充,特别是《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》首次在单行刑法中将其规定为一类犯罪,在当时的历史条件下为反腐败斗争发挥了重要作用。上述单行刑法对1979年刑法作了重要的修改和补充,成为我国刑法总则和分则体系的重要组成部分。在刑法修订过程中,曾对贪污贿赂罪是否有必要单设一章产生分歧,但最后立法机关还是决定有必要单独成章。因此,1997年刑法分则部分条文从修订前的103条增加为350条,增加了247条,刑法分则罪名从100多个增至413个,但分则体系设置由8章增为10章,仅增加了2章,其中贪污贿赂罪就独立成章,以体现贪污贿赂罪严重侵犯了我国刑法所保护的国家工作人员职务行为的廉洁性的本质特征。这不仅使我国刑法分则在体系设置上更为科学、完善,更重要的是这种体系安排充分昭示了中国共产党和中国政府对反腐败斗争和廉政建设的高度重视,显示了我们党绝不允许党内有腐败分子藏身之处的坚强决心。这种规定一目了然,有利于司法实践操作,有利于广大人民群众学习、掌握和运用法律武器同贪污贿赂犯罪作斗争,同时也有利于预防、减少犯罪。

二是更加严密法网,贯彻从严治吏思想。对贪污贿赂犯罪从严是我国一贯的立法思想。1997年刑法在关于贪污贿赂罪的规定上,严格将贪污贿赂罪的主体(除行贿犯罪、介绍贿赂罪以外)限制为国家工作人员(包括以国家工作人员论)以及国有性质的单位,排除集体经济组织工作人员成为贪污贿赂罪的主体,这形式上是缩小了主体范围,但实际上更突出了刑法的打击重点;新设了私分国有资产罪、私分罚没财物罪和对单位行贿罪,这就严密了法网,解决了司法实践中大量存在的集体私分国有财产等行为,因囿于法不责众的习惯思维而无法定罪处罚的问题。同时,根据经济发展变化等情况,适当提高了贪污受贿等犯罪定罪起点数额标准,避免了把一般的违法行为当成犯罪,为区分罪与非罪提供了法律根据。这就体现了刑罚的适度原则,也有利于教育挽救干部,有利于节约司法成本。

1997年刑法实施后,全国人大常委会又9次以修正案的形式对刑法进行

修改。其中，修改的内容主要集中在公共安全、公司企业管理、金融管理、职务犯罪等领域，其中不少内容涉及惩治贪污贿赂犯罪。如2006年6月29日通过的《刑法修正案（六）》，将刑法第163条的犯罪主体由“公司、企业人员”扩大到“其他单位的工作人员”，这不仅扩大了公司、企业人员等非国家工作人员受贿罪的主体，实际也进一步明确了受贿罪的主体。同时，该修正案将贪污贿赂犯罪规定为洗钱罪的上游犯罪，这对于加大反贪污贿赂犯罪力度，加大反腐败国际合作，均有重大意义。

2009年2月28日，十一届全国人大常委会第七次会议通过的《刑法修正案（七）》，在贪污贿赂犯罪立法上又有重大突破，进一步严密了刑事法网，必将对惩治贪污贿赂犯罪产生深远的影响。

一是新规定了利用影响力受贿罪，将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利用影响力受贿行为规定为犯罪，突破了在非共同受贿的情况下受贿罪主体只能是国家工作人员的传统刑法规定。按照这一规定，今后国家工作人员的近亲属或者其他关系密切的人，利用该国家工作人员职务上的行为，或者利用该国家工作人员职权或者地位形成的便利条件，通过其他国家工作人员职务上的行为，为请托人谋取不正当利益，从中索取或者收受财物的，将可直接以利用影响力受贿罪定罪处罚。

二是明确离职国家工作人员及特定关系人受贿行为，可以利用影响力受贿罪定罪量刑。这就解决了理论界和司法实务部门长期争论不休的关于离职的国家工作人员利用原职权或者地位形成的便利条件，收受他人财物是否构成犯罪的問題。

三是将巨额财产来源不明罪的法定刑由1997年刑法规定的最高5年，提高到最高可判处10年有期徒刑，体现了罪刑相适应原则。

2015年8月29日，第十二届全国人大常委会第十六次会议通过的《刑法修正案（九）》，对刑法关于贪污贿赂犯罪立法再次做了很大的修正和完善，对惩治和预防贪污贿赂犯罪影响深远。本次修正内容很多，主要有：

一是取消刑法关于贪污、受贿犯罪定罪、量刑的数额规定，在刑法中不再对这两种犯罪规定具体的定罪、量刑数额标准。

二是在刑法第390条增加规定：“为谋取不正当利益，向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，或者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行贿的，处3年以下有期徒刑或者拘役，并处罚金；情节严重的，或者使国家利益遭受重大损失的，处3年以上7年以下有期徒刑，并处罚金；情节特别严重的，或者使国家利益遭受特别重大损失的，处7年以上10年以下有期徒刑，并处罚金”。“单位犯前款罪的，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,处3年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金”。这一规定弥补了对有影响力人员行贿不能以犯罪处理的规定,因为《刑法修正案(七)》仅规定了利用影响力受贿罪,而没有规定对有影响力人员行贿如何定罪处罚,故是惩治贿赂犯罪的重要立法完善。

三是对重特大贪污、受贿犯罪增设“终身监禁”,即对犯贪污、受贿罪,“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”。

四是完善贪污、受贿、行贿犯罪财产刑,对贪污、受贿、行贿犯罪普遍增加规定要判处罚金,这对于遏制贪污贿赂犯罪必将起到重要作用。

此外,全国人大常委会2000年4月29日通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第九十三条第二款的解释》,就村民委员会等村基层组织人员在从事哪些工作时,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”进行了解释;2002年4月28日通过的《关于〈中华人民共和国刑法〉第三百八十四条第一款的解释》,就挪用公款“归个人使用”的含义进行了解释,这些立法解释充分体现了国家对惩治贪污贿赂犯罪的重视。而全国人大常委会2002年12月28日《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》,虽然是对渎职罪主体认定所作的解释,但对于准确认定贪污贿赂犯罪也具有重要意义。这从侧面也说明贪污贿赂问题本身的复杂性,如国家工作人员的范围问题,虽然1997年刑法第93条作了比较明确的规定,但实践中认识分歧仍然很大,特别是涉及数以百万计的村民委员会等村基层组织工作人员能否成为贪污、受贿和挪用公款罪的主体问题,最高人民法院、最高人民检察院也无法通过司法解释来加以界定。而这个问题不解决,不仅关系到法律的适用,关系到法律的尊严,更重要的是它关系到基层政权的稳定。立法机关及时作出立法解释,不仅有利于澄清认识,结束纷争,更有利于实践操作,有利于准确地打击犯罪。总之,1997年刑法施行以来,上述刑法修正案以及立法机关作出的立法解释,表明在刑事立法上对这些罪名的设定在认识上是不断发展变化的,是刑事法律适应经济社会发展变化和犯罪变化的体现。

二、贪污贿赂罪是刑事立法的重点、焦点和难点

在当代中国,贪污贿赂罪的刑事立法不仅一直是我国刑法立法的一个重点,也是司法解释的重点。因为贪污贿赂罪的认定问题一直是司法实践中的难点、焦点,与一般的刑事犯罪有很大的不同。如某人被杀了,实践中难就难在谁是杀人者,有什么证据证明是张三还是李四干的;而对贪污贿赂罪来说,虽然国家工作人员张三占有了公共财物,或者李四收受了他人的财物,事实清

楚，证据确凿，但张三是否构成贪污罪，李四是否构成受贿罪，可能是仁者见仁，智者见智，就连司法机关内部检察院与法院之间认识可能也不一致，上级司法机关与下级司法机关之间认识也可能不一致。正因如此，为了统一认识，保证法律的正确实施，最高人民法院、最高人民检察院不得不就贪污贿赂罪作出大量的司法解释。这在其他刑事犯罪中是少见的。但是一些司法解释出台后，学术界又会有不同的声音。这也是研究贪污贿赂罪需要注意的另一个现象，即它一直是刑法理论界研究的热点，理论界一直关注的一些问题，如犯罪主体即“国家工作人员”的范围问题，“利用职务上的便利”、“不正当利益”等的理解问题，等等，至今理论界尚不能讲已完全取得共识。

贪污贿赂犯罪一直是社会各界关注的焦点。在当代中国，社会治安问题和腐败问题一直是国人关注的焦点，社会治安问题直接涉及人民群众的切身利益，关系到人民群众日常生活、工作和学习能否有安全感；而腐败问题则关系到人民群众对党和政府的信任问题，腐败不除，国无宁日。同时，腐败问题又更为复杂。比如，从宏观层面上讲无人不痛恨腐败；但从微观层面而言，具体到某一个人、某一件事，则不同的人就有不同的看法，甲可能认为张三的行为是犯罪，必须严惩；乙则可能认为张三的行为算不了什么犯罪，而且对社会贡献大，该得到的还没有得到；丙则可能认为李四比张三的问题更严重，只是因为这样那样的原因，张三倒霉被抓，而李四则逍遥法外，甚至被提拔重用。一个案件被查办了，可能一部分人认为司法机关办得好，清除了腐败分子；另一部分人可能认为司法机关执法办案中存在这样那样的瑕疵，甚至以此为由要求判决无罪。出现这些现象的原因是与贪污贿赂罪本身的特殊性有关的，是与它是法定犯罪相联系的，同时也与人们的观念、看问题的角度和立场不同等有关。随着法律、政策的变化，同一行为今天是犯罪，明天可能不视为犯罪，或者今天不是犯罪，明天又成了犯罪。同时，其犯罪构成也有其特殊性，人们不能依据常识即可以得出非此即彼的结论。具体讲：

一是涉及主体认定问题。随着经济体制改革的深入和市场经济的健全，认定贪污、受贿、挪用公款犯罪的国家工作人员范围越来越复杂、困难。

二是客观方面的复杂性。如贪污受贿必须是利用职务上的便利，受贿除索贿外，需要为他人谋取利益这一要件，私分国有资产必须是集体私分，而行为人是否利用了职务上的便利，是否为他人谋取利益，认定起来就非常复杂，至于一对一的行受贿就更为复杂。

三是其主观方面的模糊性。贪污贿赂罪是故意犯罪，过失不构成犯罪，而主观虽然可以见诸于客观，然而要证明主观上“明知”、“有故意”其实是很困难的，从认识论来讲是很模糊的。从证据收集认定上讲，有时也是很单薄、

很复杂的,如张三为李四办了事,其妻王五收了李四的钱,张三是否知道王五收了李四的钱,能否认定张三受贿,有时就很困难。

总之,刑法以及相关的立法、司法解释为惩治贪污贿赂犯罪提供了强有力的法律武器,但徒法不足以自行,仅有法律和司法解释还不能解决问题。有法可依只是为惩治、遏制犯罪提供了可能性,有法必依、执法必严、违法必究才更为重要。尤其是贪污贿赂罪的特殊性使社会各界更为关注法律执行、法律实施问题。但要适用好法律:

首先,要准确地理解、把握法律,对法律进行解释、阐述。只有准确地了解法律的真实含义,才能正确地适用刑法。但是因为刑法规范以法律条文为载体,用名词、术语、概念来表达其含义,甚至会使用一些专用术语,^①而且这些法律规范往往是抽象、概括和有限的规定,对其含义不同的人难免就有不同的理解。因此,只有通过法律解释这座桥梁才能将字面上的法律变成实践中的法律,将死的法律变成活的法律,将抽象的法律适用于具体的人和事,才能统一认识。

其次,虽然立法者力图追求刑法规范的明确性,但这种明确性是相对的、有限的;相反,刑法规范的不明确性、模糊性却是绝对的、无限的,甚至存在自相矛盾、法律漏洞等许多问题,^②这是由人们认识世界的相对局限性决定的,因为我们无法穷尽真理。这就要求我们借助法律解释来弥补、整合法律规范之不足,探求立法者的意图所在。

最后,法律具有相对稳定性,不能朝令夕改,而社会生活、人的认识总是不断发展变化的,这就需要通过法律解释来使法律适应变化的社会。正因如此,法律适用的过程,也是一个法律解释的过程,也是一个法律推理的过程。当然,法律解释应当遵循相关的规律,不能违背罪刑法定原则等刑法的基本原则。刑法解释包括立法解释、司法解释和学理解释,刑法的立法解释、司法解释属有权解释,对于实现刑法功能、指导司法实践和处理刑事案件具有重要的意义。而从理论上、学术上对刑法和相关立法、司法解释进行阐述、研究,即学理解释,对于正确理解和适用刑法不仅是十分必要的,同时也是进一步完善立法和相关的立法、司法解释的理论前提和基础。

基于此,如何在司法实践中正确地适用法律,依法办案,贯彻好罪刑法定原则,准确地认定犯罪,区分罪与非罪,违法与犯罪,此罪与彼罪的界限;如

① 参见樊凤林、周其华、陈兴良主编:《中国新刑法理论研究》,人民法院出版社1997年版,第50页。

② 参见杨书文:《刑法规范的模糊性与明确性及其整合机制》,载《中国法学》2001年第3期。

何做到既要坚决，又要慎重，使那些贪污贿赂犯罪分子受到法律的制裁，有罪必罚，重罪重罚，轻罪轻罚，罪刑相当，无罪不罚，不刑及无辜，就不仅是一个重要的理论问题，更需要在实践中对理论不断进行总结和深化。这也一直是笔者多年来一直思考、关注的问题，而这也是本书的出发点和落脚点，即本书关注的是贪污贿赂罪的法律和司法解释适用问题，具体关注的是贪污贿赂罪的认定与处理，其中重点是认定问题。至于贪污贿赂罪的现状、原因以及预防对策等，本书将很少涉及，以免冲淡主题，因此，实用性是本书最大的特点。

1997年刑法施行十多年来，司法机关处理了数十万计的案件，积累了丰富的法律适用经验。同时，实务界、理论界也有大量的富有真知灼见的研究成果问世。这些为本书写作提供了坚实的基础。因此，在实践基础上对法律和有关司法解释进行阐述，检讨其得失利弊，对理论分歧进行分析，以便更好地打击犯罪，保护人权，乃是本书的出发点和归宿。

三、贪污贿赂罪的分类及本书的体系

本书根据犯罪的基本特征和犯罪构成理论，对贪污贿赂罪所涉及的14个具体罪名进行系统、详细的分析和研究。力图阐明每个罪名的具体构成要件，认定罪与非罪的法律标准，即什么样的自然人或者单位，在什么样的主观心理态度支配下，实施什么样的行为及其后果，这种行为侵犯了我国刑法所保护的什么样的社会关系，具体构成了什么样的犯罪。在每个罪的认定中，需要注意的重点是什么，实践中的难点在哪里，都有一些什么分歧观点，应当怎样解决以及每个罪中需要注意哪些具体问题，等等。包括《刑法修正案（九）》增加规定的对有影响力人员行贿罪（最终罪名有待最高司法机关做出司法解释），在书中对增设的罪名做适当的研究。

贪污贿赂罪共涉及14个具体罪名，为便于学习和研究，理论和实践中往往对其进行分类。分类的标准也不尽相同，有的采取二分法，分为贪污犯罪和贿赂犯罪两大类，其中贪污犯罪包括贪污罪、挪用公款罪、巨额财产来源不明罪、隐瞒境外存款罪、私分国有资产罪、私分罚没财物罪；贿赂犯罪包括受贿罪、单位受贿罪、利用影响力受贿罪、行贿罪、介绍贿赂罪、对单位行贿罪、单位行贿罪和对有影响力人员行贿罪。有的将其分为贪污挪用犯罪、贿赂犯罪和其他犯罪三类。有的则分为贪污犯罪、挪用犯罪、受贿犯罪、行贿犯罪和财产来源不明犯罪五类。^①

^① 参见张穹主编：《贪污贿赂渎职“侵权”犯罪案件立案标准精释》，中国检察出版社2000年版，第28页。