

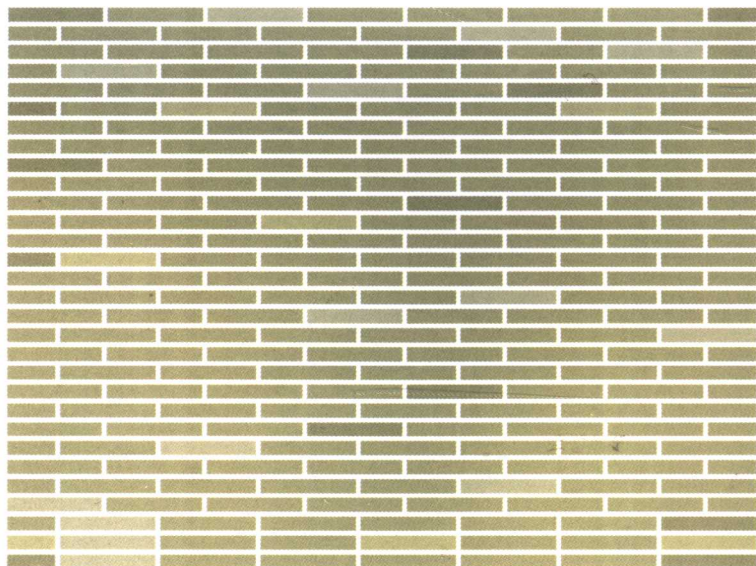


贪污贿赂罪

若干问题研究

TANWU HUILUZUI RUOGAN WENTI YANJIU

■ 许海波 著



知识产权出版社

贪污贿赂罪若干问题研究

许海波 著

知识产权出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污贿赂罪若干问题研究/许海波著. —北京: 知识产权出版社, 2005. 8
ISBN 7 - 80198 - 340 - 8

I. 贪… II. 许… III. ①贪污 - 刑事犯罪 - 研究 - 中国 ②贿赂 - 刑事犯罪 - 研究 - 中国 IV. D924. 392. 4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2005) 第 092775 号

内容提要

惩治贪污贿赂犯罪是目前中国社会最受关注的问题之一, 对贪污贿赂犯罪进行研究则是刑法理论界必须长期面对的重大课题。本书作者选择了实践中较常见的、问题较多、争议较大的 6 个罪名进行研究, 以期对相关立法的完善与司法实践有一定益处。

本书适于高校法学专业师生教学参考使用, 并适于司法实务人员参考使用。

贪污贿赂罪若干问题研究

许海波 著

责任编辑: 石红华 荆成恭

文字编辑: 刘 睿

责任校对: 张春燕

责任出版: 杨宝林

出版发行: 知识产权出版社

社 址: 北京市海淀区马甸南村 1 号

邮 编: 100088

网 址: <http://www.cnipr.com>

邮 箱: BJB@cnipr.com

电 话: 010 - 82000893 82000860 转 8101

传 真: 010 - 82000893

印 刷: 北京白帆印务有限公司

经 销: 新华书店及相关销售网点

开 本: 880mm × 1230mm 1/32

印 张: 8.75

版 次: 2005 年 10 月第一版

印 次: 2005 年 10 月第一次印刷

字 数: 220 千字

定 价: 20.00 元

ISBN 7 - 80198 - 340 - 8/D · 361

如有印装质量问题, 本社负责调换。

序

经过二十余年的改革开放，中国当前社会秩序稳定，经济建设正朝着健康有序的方向发展。但是，从另一方面也可以看到，伴随着经济交往领域的不断扩大，受社会生活的复杂化及各种不良因素的影响，贪污贿赂犯罪正日渐猖獗，已经成为影响党和政府形象、抵消经济建设总体成果和危害社会安定的突出消极因素。

惩治贪污贿赂犯罪，是目前中国社会最受关注的重大问题之一，也是党和国家将长期面对的艰巨历史任务。对贪污贿赂犯罪的研究，则是刑法理论界必须长期面对的重大课题。1997年刑法，不但在分则部分将贪污贿赂罪单列一章，对其作了集中和系统的规定，而且在分则的第三章和第五章中也有特别贪污罪、受贿罪和挪用公款罪的规定。1999年全国人大常委会通过的《刑法修正案》，对贪污贿赂罪又作了一些补充规定。围绕着贪污贿赂罪的认定问题，全国人大常委会、最高人民法院、最高人民检察院相继制发了一些立法解释和司法解释，反映了立法机关和司法机关对惩治贪污贿赂犯罪的高度重视。同时，刑法理论界也对贪污贿赂犯罪的研究投入了极大的热情，不断有新的成果问世，这在一定程度上为完善贪污贿赂罪的立法和惩治贪污贿赂犯罪提供了理论基础。

由于贪污贿赂犯罪具有相当的复杂性，理论界虽然经过多年

的研究取得了诸多成果，为统一人们的认识起到了重要作用，但是至今仍有许多问题没有得到很好的解决。同时，由于我国正处于社会转型期，司法实践中贪污贿赂犯罪的新情况、新问题不断出现，立法、立法解释和司法解释的规定总是呈现出一定的滞后性，不能完全满足实践的需要。因此，不断开展对贪污贿赂犯罪的研究，无论对于完善立法还是指导司法实践都具有重要意义。

本书是在笔者硕士学位论文的基础上扩充而成的。需要说明的是，刑法分则贪污贿赂一章中共涉及 12 个罪名。本书并没有对全部罪名展开研究，而是选择了实践中较常见、问题较多、争议较大的 6 个罪名进行了研究。笔者在写作过程中参阅了大量近年来学者的研究成果。由于学识和信息的局限，加之时间仓促，对许多问题的阐述仍显浅陋，有些观点也未必经得起推敲和得到认同。不足之处敬请读者不吝赐教。

著 者

2005 年 5 月于济南

目 录

1	第一章 贪污罪研究
1	第一节 对我国刑事立法中贪污罪规定的回顾
2	一、古代刑法关于贪污罪的立法概况
3	二、中华人民共和国成立后关于贪污罪的立法概况
5	三、我国港澳台地区关于贪污罪的立法概况
6	第二节 贪污罪的主体问题
6	一、贪污罪主体的立法沿革
9	二、与贪污罪主体相关的几个概念的界定
17	三、关于贪污罪主体有争议的几个问题
21	第三节 贪污罪的犯罪对象问题
21	一、传统理论中的贪污罪犯罪对象
22	二、新刑法对贪污罪犯罪对象的界定
23	三、关于贪污罪犯罪对象有争议的几个问题
32	第四节 关于贪污罪的客观行为问题
32	一、利用职务上的便利问题
38	二、“不作为”可否构成贪污罪
40	第五节 关于贪污罪的共同犯罪问题
40	一、贪污共犯成立的条件
43	二、对贪污共犯定罪各不同观点的评析
48	三、混合主体贪污共犯中的一般主体也可以成为实行犯

● 目 录

49	四、刑法中的“与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处”的含义
53	五、对贪污罪共犯的处罚
56	第六节 关于贪污罪的犯罪形态问题研究
56	一、贪污罪存在犯罪预备与中止形态
57	二、贪污罪存在犯罪未遂形态
60	三、关于贪污罪既遂与未遂的认定标准
61	第七节 对贪污罪的处罚问题
61	一、对贪污罪的量刑原则
62	二、完善对贪污罪刑事处罚的建议
65	第二章 挪用公款罪研究
65	第一节 挪用公款罪的立法沿革
68	第二节 挪用公款罪的客体 and 对象
68	一、挪用公款罪的客体
70	二、挪用公款罪的犯罪对象
75	第三节 挪用公款罪的客观要件
76	一、关于“利用职务上的便利”
78	二、对挪用公款“归个人使用”的理解
83	三、关于挪用公款归个人使用之三种具体用途
86	第四节 挪用公款罪的主观方面
87	一、挪用公款的目的

目 录

87	二、挪用公款罪的罪过因素
90	第五节 关于挪用公款罪的其他几个问题
90	一、挪用公款罪的共犯问题
92	二、“挪用公款数额巨大不退还”的认定问题
94	三、携带挪用的公款潜逃行为的性质问题
95	四、挪用公款罪的既遂、未遂形态问题
97	第三章 受贿罪研究
97	第一节 有关受贿罪主体的两个问题
98	一、关于受委托管理、经营国有财产的人员能否成为受贿罪的主体
100	二、关于离退休国家工作人员能否成为受贿罪的主体
102	第二节 对“为他人谋取利益”要件的理解与把握
102	一、“为他人谋取利益”要件的理论纷争
104	二、“为他人谋取利益”应当是受贿罪必备要件
106	三、索贿是否要求以“为他人谋取利益”为要件
108	四、“为他人谋取利益”构成要件的属性
114	五、“为他人谋取利益”的分类及其意义
116	第三节 受贿罪的共同犯罪问题
116	一、受贿犯罪是否存在共同犯罪问题的争论
122	二、构成受贿共犯的条件
132	三、共同受贿犯罪的定罪原则及受贿数额的确定

目 录

138	● 第四节 受贿罪刑罚的立法完善
138	一、对受贿罪应分类立法并分别规定独立适用的法定刑
142	二、受贿罪死刑适用的立法完善问题
144	三、对受贿罪应增设罚金刑和资格刑
149	第四章 行贿罪研究
150	第一节 行贿罪的客体 and 对象
150	一、行贿罪的客体
151	二、行贿罪的对象
155	第二节 行贿罪客观方面的几个问题
155	一、关于经济行贿
158	二、如何理解“给予”的法律内涵
160	三、行贿罪客观要件的立法完善
161	第三节 行贿罪主观方面的几个问题
161	一、行贿罪的“为谋取不正当利益”构成要件
167	二、行贿罪主观要件的立法完善
172	第四节 行贿罪的司法认定
172	一、行贿罪与正常人情交往中馈赠的关系
174	二、行贿罪与感情投资的界限
175	三、行贿罪与一般行贿违法行为的界限
176	四、行贿罪与“被勒索给予国家工作人员财物，没有获得不正当利益”的行为的界限

目 录

176	五、行贿罪是否存在未遂问题
177	第五节 行贿罪的刑事责任
177	一、行贿罪的法定刑
178	二、行贿罪的从宽处罚
180	三、行贿罪的法定刑的适当性问题
182	第五章 巨额财产来源不明罪研究
183	第一节 巨额财产来源不明罪的立法根据和立法价值
183	一、巨额财产来源不明罪的立法根据
185	二、巨额财产来源不明罪的立法价值
190	第二节 巨额财产来源不明罪的构成特征与司法认定
190	一、巨额财产来源不明罪的客观要件问题
198	二、巨额财产来源不明罪的犯罪客体
201	三、巨额财产来源不明罪的犯罪主观特征
203	四、巨额财产来源不明罪的主体
205	五、巨额财产来源不明罪的司法认定
212	第三节 巨额财产来源不明罪涉及的其他几个问题
212	一、关于“责令说明”的有权机关问题
213	二、关于“不能说明”的时间界限问题
215	三、巨额财产来源不明罪的自首问题
217	四、巨额财产来源不明罪的共同犯罪问题
219	五、巨额财产来源不明罪不是有罪推定

目 录

222	六、巨额财产来源不明罪的证明责任问题
226	七、巨额财产来源不明罪的刑罚缺陷及其重新配置
233	第六章 私分国有资产罪研究
233	第一节 私分国有资产罪的客体 and 对象
233	一、私分国有资产罪的客体
238	二、私分国有资产罪的对象
241	第二节 私分国有资产罪的客观方面
241	一、违反国家规定
243	二、以单位名义将国有资产集体私分给个人
245	三、数额较大
246	第三节 私分国有资产罪的主体
247	一、私分国有资产罪是纯正的单位犯罪
248	二、对立法上私分国有资产罪主体的疑问
254	第四节 私分国有资产罪的主观方面
254	一、私分国有资产罪的犯罪故意
257	二、私分国有资产罪犯罪故意的认识因素
259	三、私分国有资产罪的犯罪目的
260	第五节 私分国有资产罪的认定
260	一、私分国有资产罪与非罪的界限
262	二、此罪与彼罪的界限
268	参考文献

第一章 贪污罪研究

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。

贪污罪是社会危害性很大的一类犯罪，也是我国当前发案率很高，社会影响极坏，需要依法严厉惩治的一类犯罪。我国刑法和有关的补充规定对贪污罪的惩处作了比较详细的阐述。但是，随着反贪污贿赂斗争的不断深入，贪污犯罪的形式也发生了许多新变化，出现了许多新特点。司法实践中，对贪污犯罪的主体、客观行为、共同犯罪以及贪污对象的界定等诸多问题，存在很多争议，许多问题得不到顺利解决。因此，加强对贪污犯罪的研究十分必要。本章根据我国现行法律和司法解释的规定，结合司法实践中遇到的疑难问题，从7个方面对贪污罪的相关问题进行探讨。

第一节 对我国刑事立法中贪污罪规定的回顾

贪污犯罪是公职人员利用职务上的便利实施的一类严重的职务犯罪。我国古代的刑事法律对重典治吏作了明确规定，从“夏刑”“唐律”“明律”中可见，古代帝王对文武官员的要求是何等严格，对贪官污吏的惩罚是何等严厉。新中国成立后的有关法律更是将公职人员利用职务之便，侵犯公共财物的行为作为严厉惩治的对象之一。港澳台地区也对惩治贪污罪作了相应的规定。

一、古代刑法关于贪污罪的立法概况

(一) 夏刑中的贪污罪

根据《左传》记载，我国夏朝就对贪污罪作了明确的规定，主要内容是“昏、墨、贼、杀”。“己恶而掠美为昏”，“昏”是自己做了坏事而剽窃别人的美名；“贪义败官为墨”，“墨”是贪得无厌，败坏官纪（相当于当今的贪污罪）；“杀人不忌为贼”，“贼”是肆无忌惮地杀人。犯这3种罪行都要被杀死。^①

(二) 唐律中的贪污罪

1. 监守自盗

贼盗律第36条规定：“诸监临主守自盗及盗所监临财物者（若亲王财物而监守自盗，亦同），加凡盗二等，三十匹绞（本条已有加者，亦累加之）。”“凡盗”是指一般的盗窃罪。监临主守盗窃自己监守的财物及盗被监管人的财物的（若监守自盗亲王家财物的，也是监守自盗）比照一般盗窃罪的刑罚加重二等处罚，财物满三十匹的处绞刑。犯此罪本律条文已有加等从重处罚的规定，就累计加等处罚。

2. 诈欺官私取财

诈伪律第12条规定：“诸诈欺官私以取财物者，准盗论（诈欺百端，皆是。若监主诈取者，自从盗法；未得者，减二等。下条准此）；知情而取者，坐赃论；知而买者，减一等；知而为藏者，减二等。”

“官私”财物，包括封建国家和官府所有及私有财物。凡诈骗取得官私财物不论用什么方式，也不论是监临主司或其他人，都计赃依窃盗罪论处，未取得财物的，减轻二等处罚。明知是诈骗来的赃物而讨要的，以坐赃论。但明知而购买的，或者代为收藏的，则比坐赃分别减一等或二等处罚。

唐律上述规定不分官吏或平民，也不分国家或私人财物，只

^① 徐祥民等主编：《中国法制史》，山东人民出版社2000年版，第8页。

要诈欺取财的，一律按盗窃罪论处的做法，从现代的刑法学意义上讲，有一定的粗俗性，但是关于官吏诈欺取财的规定，以未取得财物按未遂论处的规定及区别不同情节减轻处罚的规定，都是精辟的。我国现行刑法中规定的贪污罪中国家工作人员利用职务之便骗取公共财物的行为实际就是官吏诈欺自己主管或经管公共财物的行为。

（三）明律中的贪污罪

1. 监守自盗仓库钱粮

刑律贼盗卷云：“凡监临主守自盗仓库钱粮等物，不分首从，并赃论罪，并于右小臂膊上刺盗官（钱粮物）三字。”

监临自盗，是“大明律”中贪污犯罪的主要形态，其余各条中的有关监临非法侵占盗取官府财物归己的行为，均准用监守自盗论处。这种行为相当于我国现行刑法中国家工作人员利用职务上的便利盗窃公共财物，以贪污论的行为。

2. 诈取监守官物

刑律贼盗卷云：“若监临主守诈取所监守之物者，以监守自盗论。未得者，减二等。”上述诈欺取物的行为，是“大明律”中贪污罪的另一种重要犯罪手段，然而这里却规定以监守自盗论处。对于诈欺监守财物者，还罚未遂行为。这种贪污行为相当于我国现行刑法中国家工作人员利用职务上的便利骗取公共财物的行为。^①

二、中华人民共和国成立后关于贪污罪的立法概况

从我国刑事立法发展的情况看，贪污罪在新中国成立 50 年来已有 5 次立法发展演变历程。

（一）1952 年的《中华人民共和国惩治贪污条例》

1952 年 4 月 18 日，中央人民政府委员会第 14 次会议通过了《中华人民共和国惩治贪污条例》（以下简称《惩治贪污条例》）。

^① 孟庆华、高秀东：《贪污罪的定罪与量刑》，人民法院出版社 2001 年版，第 1~7 页。

在《中华人民共和国刑法》颁布之前，该条例对依法惩处贪污犯罪分子起到了重要作用。《惩治贪污条例》第2条规定了贪污罪的概念：“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员，凡侵吞、盗窃、套取国家财物，强索他人财物，收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为，均为贪污罪。”

（二）1979年的《中华人民共和国刑法》

1979年7月第五届全国人民代表大会第二次会议通过了中国历史上第一部刑法典。该法第155条规定，“国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物的，处五年以下有期徒刑，或者拘役；数额巨大，情节严重的，处五年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑或死刑”；犯贪污罪的，“并处没收财产，或者判令退赔”；“受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员”犯贪污罪，依照本条规定处罚。

（三）1988年的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》

随着中国改革开放的不断深入，贪污犯罪出现了一些新情况。1988年1月第六届全国人大常委会第24次会议通过了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，该补充规定对惩治贪污罪、贿赂罪作出了补充和修改，重新规定了贪污罪的概念，进一步明确了贪污罪的主体和客观行为表现。此外，该补充规定还明确规定不再将挪用公款视为贪污罪，划清了贪污罪与挪用公款罪的界限。

（四）1995年的《关于惩治违反公司法的犯罪决定》

1995年2月28日，全国人大常委会颁布了《关于惩治违反公司法犯罪的决定》，对贪污罪作了一定的修改，将公司企业中非国家工作人员排除于贪污罪主体范围之外（第12条），纯化了贪污罪的主体要件，同时使贪污罪的客体不再仅限于公共财产所有权。

（五）1997年的《中华人民共和国刑法》

1997年3月全国人民代表大会通过的《中华人民共和国刑法》（以下简称《刑法》）第382条和第383条规定了贪污罪的概念和处罚措施。新刑法所规定的贪污罪，其基本内容是在《关于

惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》基础上修订而成的，其将贪污罪界定为：“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。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。”

三、我国港澳台地区关于贪污罪的立法概况

（一）香港刑法中的贪污罪

1948年7月香港曾公布施行《防止贪污条例》，其中将所有贪污、贿赂行为，均论之为“贪污”。1971年5月香港又制定了新的《防止贿赂条例》，同时废止《防止贪污条例》，其中又将所有贪污贿赂行为均称为“贿赂”。事实上，在《防止贿赂条例》中仍有贪污罪的规定。贪污罪是指没有合法权力或者适当理由，代理人或者其他人以收受利益为报酬或代价对与主事人的事情进行不忠实交易或代理人使用有关收据账目，或其他文件蓄意欺骗其主事人的行为。^①

（二）澳门刑法中的公务侵占罪

澳门刑法第340条规定了公务侵占罪，从其所规定的犯罪行为方式看，等同于内地刑法中的贪污罪。澳门刑法中的公务侵占罪，是指公务员为自己或者他人之利益，将因其职务而获支付、占有或其可接触之公有或私有之金钱或任何动产，不正当据为己有的行为。但是构成本罪，应以行为按其他之规定不科处更重刑罚为限。

（三）台湾刑法中的贪污罪

台湾“刑法”中的贪污罪，主要是由1992年7月17日颁布的“贪污治罪条例”规定的。其中第2条规定，贪污罪主体包括依据法令从事公务之人员和“受公务机关委托承办公务之人”。

^① 孟庆华、高秀东：《贪污罪的定罪与量刑》，人民法院出版社2001年版，第30页。

依据法令从事公务之人员也就是台湾“刑法”第10条规定的公务人员。

根据台湾学者的解释，所谓法令，包括一切法律和各级各类机关发布的命令、规程、规则、细则、办法等。所谓公务，是相对于私务而言的，政府机关和民意机关之事务，都是公务。凡依据法律、法规、命令从事公务的公职人员，不论是政务官或事务官，不论有无官阶，也不论名义高下，都是公务员。

此外，“贪污治罪条例”第3条规定，与公务员或委托承办公务之人共犯贪污的，以贪污罪共同犯罪处断。^①

贪污罪自古有之，面对权力腐败对于统治秩序的侵害，历代封建统治者为了维护自身的利益，达到根治腐败之目的，不得不动用严刑酷法。我国新刑法在充分吸收以往关于贪污罪立法的成功经验的基础上，借鉴古今中外及我国港澳台地区反贪污贿赂立法的有益做法，立足于司法机关惩治贪污贿赂罪的考虑，将贪污罪与贿赂罪专门设立一章，明确了贪污罪主体的特定性及贪污罪定罪量刑的数额标准和量刑档次。司法实践证明，这对惩治贪污贿赂罪起到了积极作用。

第二节 贪污罪的主体问题

一、贪污罪主体的立法沿革

我国刑事立法中的贪污罪主体有一个演变和发展的过程。

1952年4月21日，中央人民政府公布实施的《惩治贪污条例》是新中国历史上第一部关于惩治贪污罪的刑事立法。该条例第2条规定“一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员”都是贪污罪的犯罪主体。按照条例第15条、16条规定，社会团体的工作人员、现役军人也是贪污罪的犯罪主体。从这些规定看，贪污罪的基本主体是“国家工作人员”。但由于当时社会

^① 鲜铁可主编：《贪污罪的定罪与量刑》，人民法院出版社2001年版，第32~34页。