



贪污贿赂犯罪研究

上册

Study on Crime of Corruption and Bribery

孙国祥 著



贪污贿赂犯罪研究

上册

Study on Crime of Corruption and Bribery

孙国祥 著

中国人民大学出版社

· 北京 ·

国家社科基金后期资助项目 出版说明

后期资助项目是国家社科基金项目主要类别之一，旨在鼓励广大人文社会科学工作者潜心治学，扎实研究，多出优秀成果，进一步发挥国家社科基金在繁荣发展哲学社会科学中的示范引导作用。后期资助项目主要资助已基本完成且尚未出版的人文社会科学基础研究的优秀学术成果，以资助学术专著为主，也资助少量学术价值较高的资料汇编和学术含量较高的工具书。为扩大后期资助项目的学术影响，促进成果转化，全国哲学社会科学规划办公室按照“统一设计、统一标识、统一版式、形成系列”的总体要求，组织出版国家社科基金后期资助项目成果。

全国哲学社会科学规划办公室

2014年7月

前 言

贪污贿赂等腐败犯罪是困扰现代社会的一大顽疾。贪污，一般被认为是自体式、掠夺式的腐败，包括刑法中的贪污罪、挪用公款罪、私分国有资产罪等犯罪，与公共财产被侵吞、占用直接相关；贿赂，是所谓交易型的腐败，指各种直接、间接的行贿受贿行为，公权力蜕变成谋取私利的交易筹码。无论是贪污还是贿赂，都是利用国家工作人员手中的公权力谋取私利，不但攫取了社会财富，而且危及国家统治秩序和社会稳定，形成的危害常常使社会难以承受。“一些国家因长期积累矛盾导致民怨载道、社会动荡、政权垮台，其中贪污腐败就是一个很重要的原因。大量事实告诉我们，腐败问题越演越烈，最终必然导致亡党亡国。”^①

根据 2016 年第十二届全国人民代表大会第四次会议上《最高人民法院工作报告》披露的数据，2015 年全国检察机关共立案侦查职务犯罪案件 40 835 件计 54 249 人；查办贪污贿赂、挪用公款 100 万元以上案件 4 490 件，同比上升 22.5%；查办涉嫌犯罪的原县处级以上干部 4 568 人，同比上升 13%；其中原厅局级以上干部 769 人；查办受贿犯罪 13 210 人，查办行贿犯罪 8 217 人。^② 根据 2017 年第十二届全国人民代表大会第五次会议上《最高人民法院工作报告》，2016 年检察机关立案侦查职务犯罪数继续保持高位，共查办职务犯罪 47 650 人，其中原县处级干部 2 882 人、原厅局级干部 446 人。其中查办受贿犯罪 10 472 人、行贿犯罪 7 375 人。^③ 2016 年，各级法院审结贪污贿赂等案件 4.5 万件 6.3 万人，其中，被告人原为省部级以上干部 35 人，厅局级干部 240 人。在加大对行贿犯罪惩治力度的背景下，判处罪犯 2 862 人。^④ 由此可见，我国现阶段贪污贿赂犯罪仍处于高发期。当然，现阶段贪污贿赂犯罪的高发也带有鲜明的时代烙印。总体上看，四十年改革开放

^① 习近平：《紧紧围绕坚持和发展中国特色社会主义学习宣传贯彻党的十八大精神》，载《十八大以来重要文献选编》（上），81 页，北京，中央文献出版社，2014。

^② 参见曹建明：《最高人民法院工作报告》，载《检察日报》，2016-03-21。

^③ 参见曹建明：《最高人民法院工作报告》，载《检察日报》，2017-03-19。

^④ 参见周强：《最高人民法院工作报告》，载《人民法院报》，2017-03-20。

正处于历史上少有的社会、经济体制的剧烈转型期。转型时期，原有的腐败控制机制式微，而新的腐败预防和惩治机制尚未完善，形成了各种漏洞和空隙，无论是 20 世纪 80 年代的“价格双轨制”，还是 90 年代开始的大规模“招商引资”以及肇始于 21 世纪初的企业改制，在推动经济发展的同时，也为贪污贿赂犯罪提供了可资利用的“良机”。不过，近年来查处的腐败案件大都是十八大以前的“存量”案件，反腐高压下仍不收手的腐败“增量”已经得到有效遏制，贪污贿赂犯罪的惩治和预防取得了阶段性的成效。

伴随着贪污贿赂犯罪的高发，贪污贿赂犯罪的形态也变得复杂多样，成为司法中复杂多变、难以把握的一类犯罪。据相关部门对全国 2008—2012 年人民法院宣告无罪人数和案件数的统计，贪污罪都位列全部无罪人数和案件数第三。但位居第一的故意伤害和位居第二的重婚案件中，属于自诉案件的占多数，公诉案件涉及类型比较集中的案件是贪污受贿型案件。^① 最高人民法院 1985—2017 年在《最高人民法院公报》发布的刑事案件 203 例，其中贪污贿赂犯罪有 50 例，占了近 25%。最高人民法院编撰的用以指导全国各级法院刑事审判工作的刊物《刑事审判参考》从 1999 年创办第 1 集到 2017 年第 108 集，共选择“认定事实、采信证据、适用法律和裁量刑罚等方面具有研究价值”，能够“为刑事司法工作人员处理类似案件提供具体的指导和参考”的典型案件 1 179 件，其中直接涉及贪污贿赂犯罪罪名的有 119 件。这些案例既有涉及罪与非罪界限的，也有涉及犯罪主体身份的认定等从而影响此罪与彼罪区分的，还有涉及罪数的认定以及自首等量刑情节的，可以说涉及定罪量刑的方方面面，这从一个侧面反映了贪污贿赂犯罪的复杂性。

为应对贪污贿赂犯罪的复杂性，自 2006 年以来，立法机关针对贪污贿赂犯罪进行了数次立法修正^②，司法机关也频频出台了针对贪污贿赂的司法解释、司法文件。^③ 可以说，“立法和司法解释对贪污贿赂类犯罪的罪名增设、

① 参见马剑：《人民法院审理宣告无罪案件的分析报告——关于人民法院贯彻无罪推定原则的实证分析》，载《法制资讯》，2014（1）。

② 包括：《刑法修正案（六）》（2006 年）修改了有关非国家工作人员受贿罪、对非国家工作人员行贿罪的规定，《刑法修正案（七）》（2009 年）增加了利用影响力受贿罪，《刑法修正案（八）》（2011 年）增加了对外国公职人员、国际公共组织官员行贿罪，《刑法修正案（九）》（2015 年）对贪污贿赂犯罪的刑法规范作了比较全面的规定。

③ 典型的有：最高人民法院、最高人民检察院（以下简称“两高”）《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（2007 年）、“两高”《关于办理商业贿赂刑事案件适用法律若干问题的意见》（2008 年）、最高人民法院《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》（2009 年）、“两高”《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》（2010 年）、“两高”《关于办理职务犯罪案件严格适用缓刑、免予刑事处罚若干问题的意见》（2012 年）、“两高”《关于办理行贿刑事案件具体应用法律若干问题的解释》（2012 年）、“两高”《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（2016 年）等。

构成要件改变、法定刑的修正和定罪量刑标准的修改，足以说明当下有关贪污贿赂犯罪立法和司法解释的制定与颁行进入了非常频繁的时期”^①。

本书以贪污贿赂犯罪刑法规范适用中的疑难问题为研究对象，以解释论作为解决问题的基点。即通过对既有立法和司法解释的理解和适用，应对贪污贿赂案件中的各种疑难问题，推进惩治贪污贿赂犯罪立法和司法解释的有效实施。本书所涉及的疑难问题都源自实践，既有理论上的争议焦点，也包括实务中的疑难案件。“法律的发展，在很大程度上就是在取舍难断的疑难案（hard case）中的价值选择推动下进行的。在‘疑难案’的‘拷问’下，裁判者被迫必须对那些‘终极’问题做出正面回答。对这些问题的回答，裁判者必须‘说理’——给出价值判断上的理由，而不能仅仅‘说法’——仅局限于教义分析上的讨论。”^②平时人们接触到并定性为贪污贿赂疑难案件的，不外乎以下类型：一是事实认定复杂。贪污贿赂案件，尤其是贿赂犯罪案件，犯罪手段隐蔽，通常发生在“一对一”场合，少有痕迹，证据不易固定，加之目前侦查、取证手段上存在诸多瑕疵，案件事实真假难辨，导致事实认定的疑难。二是因对刑法规范（包括各种司法解释和司法文件）理解上的差异而形成的法律适用疑难。任何规范都具有抽象性的特点，“当人们使用一个涵义过于宽泛、内容没有精确界定的术语、却未对其中包含的不同意思加以区分时，混淆就产生了，大多数争论皆源于此”^③。换句话说，不同语境、不同的价值立场形成的主观性，导致对同一概念存在着不同甚至截然相反的理解。现行刑法对贪污贿赂犯罪的规制本来就比较繁杂，加之名目繁多的司法解释、司法文件，导致一些概念的内涵和外延或者重复交叉，或者含义模糊，甚至相互抵牾。如对“利用职务上的便利”“为他人谋取利益”的不同理解，直接影响到受贿罪的规制范围。对司法解释中的“授意”“通谋”应如何理解？将对这些问题解读的差异而形成的不同观点用于指导实践，就形成了法律适用上的疑难。对于国家工作人员的不同解释，也导致实务中主体身份的认定无所适从。三是刑法适用上的缺失。一些新类型案件，尽管已经显露出腐败本质，形成了法益侵害，但由于法律规定的空白，现有刑法无法有效规制。第一种类型的疑难案件，是贪污贿赂犯罪的证明标准问题。由于现代刑事法治立足于人权保障，推崇非法证据排除和疑罪从无等原则，因而应按这些法治原则解决此类疑难问题。第三种类型是由现行刑法供应不足、缺位造成的。由于罪刑法定原则底线的坚守，司法无法越位，只要是法无明文规定的，就

① 刘宪权：《贪污贿赂犯罪最新定罪量刑标准体系化评析》，载《法学》，2016（5）。

② 许德风：《论法教义学与价值判断：以民法方法为重点》，载《中外法学》，2008（2）。

③ [美] 本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长》，董炯、彭冰译，19页，北京，中国法制出版社，2003。

不应作为犯罪认定。第二种类型正是理论研究需要解决的难点，也是本书研究的重点。

就研究方法而言，多年来对贪污贿赂犯罪的研究呈百花齐放之势，有偏重于纯粹学理性的理论分析，也有侧重于古今中外的比较研究，还有通过案例进行的实证研究。不同的视角为解决疑难问题提供了可供思考的方向，当然，如能结合起来，自有相得益彰、取长补短之妙。笔者平时比较青睐于案例分析法。因为案例是实践中的法律，或者说，是“大部分法律的仓储所”^①。“在规范性研究中，如果不运用大量的实践思维，那么没有人能提出取得进步的方式”^②。在我看来，典型案例不但体现了裁判人员的智慧，而且是文本上的法律成为生活中法律的桥梁。所谓“学术研究的素材来自生活，法学研究的素材更是来自实例，实务界处理个案时的敬谨，绝对是学术发展蓬勃、理论研究丰硕最根本的基础，因为谨慎处理过的案例，往往提供理论研究最根本的智慧”^③。或者说，“判例在某种意义上、某种程度上就是现实的法”^④。通过形形色色的案例，不难发现现实生活远比立法复杂与丰富，许多典型的案例是针对客观存在的疑难问题作出的，具有明显的客观现实性、问题针对性、生成适时性和问题的直观性。通过典型案例的分析，既可以发现裁判在规范提取中的法的续造，作为司法经验的总结，又可以使案例裁判所表述的法律规则更加具体、细致、明确，便于理解，易于掌握。同时，案件裁判也能反映实践的另一面，即可以发现裁判的问题所在：法律抑或理论在当下是如何遭遇抵抗和消解的，立法者的良好初衷是如何成为一纸空文的，从而激发人们对立法和司法解释的合理性作出批判性的反思，为正确理解法律提供思路。以往案例研究的偏颇之一往往是就事论事，无法从案例中找出法律适用的规则以及蕴含的法理。本书所选择的案例大都是笔者收集的司法机关所披露的贪污贿赂典型案例，有具体的出处。为了突出问题意识，尽可能对案例的内容进行删减，着重归纳这些案例在定罪量刑中所产生的分歧意见，并依据自己的理解对新发现的问题辨析是非。

2014年，本研究成果被遴选为国家社科基金后期资助的重点出版项目。三年多来，根据专家的评审意见，特别是根据新的立法和新的司法解释，笔者对原书稿进行了大幅度的修改和完善。其中补充和完善的内容包括：

① [美] 本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长》，董炯、彭冰译，27页，北京，中国法制出版社，2003。

② [美] 道格拉斯·胡萨克：《过罪化及刑法的限制》，姜敏译，3页，北京，中国法制出版社，2015。

③ 许玉秀：《当代刑法思潮》，412页，北京，中国民主法制出版社，2005。

④ [日] 平野龙一：《刑法解释中的判例与学说》，黎宏译，载《国家检察官学院学报》，2015（1）。

(1) 贪污贿赂犯罪的新的立法和司法解释精神。特别是 2015 年通过实施的《刑法修正案（九）》对贪污贿赂犯罪的立法作了重点修正，2016 年“两高”印发了《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》，对立法修正作了进一步的细化，这些成为现阶段办理贪污贿赂刑事案件的主要依据。本书对这些内容都作了进一步的理论解读。(2) 贪污贿赂犯罪理论研究的新进展。十八大以来，国家反腐败力度空前，立足于为反腐败提供理论支持，理论界对贪污贿赂犯罪的研究也十分活跃和深入。“严格、精确和深奥的法律研究是无可替代的，它是前人智慧的结晶，是我们创造的原始材料。”^① 中国刑法学研究会 2015 年、2016 年学术年会，都将贪污贿赂犯罪的立法和司法适用作为研讨的重点。研究疑难问题、不同的观点交锋与争议本是其应有之义，客观介绍各种观点也是研究者的学术义务。只有通过从不同角度乃至不同立场出发的不同观点的真诚交流，才能寻找到合理的解决方案，不断修正对既有概念的理解与表达，乃至推翻既有的观念，提出新观点，以达成某种程度的共识。这些理论研究成果，对完善本课题的研究也具有借鉴和启迪意义。(3) 贪污贿赂犯罪的典型案例。随着反腐败斗争的深入，腐败的形式也在不断地变化。司法实践中出现不少非典型的贪污贿赂案件，面对这些复杂疑难的案件，司法回应中也形成不少规则，对此，理论界常常引起争议。本书借助于这些丰富多彩的实践，就相关裁判规则进行理论的证成。(4) 域外贪污贿赂犯罪的理论研究成果以及立法实践。国外反腐败的理论与实践在发展中形成了许多新的理念、方法和策略，通过比较和分析，从中汲取营养，用以阐释、解决我们在惩治贪污贿赂犯罪中面临的难题。(5) 立足于可操作性。“法学研究在很大程度上更像工科，其主要的追求不是‘学术’或理论创新，而是能够有效回答和解决问题。”^② 尤其是对具体犯罪的研究，只有将“形而上”的理论探索与现实的反腐实践紧密结合起来，才能服务于反腐败的现实需要，彰显贪污贿赂犯罪研究的实践理性。本书梳理理论与实务中的疑难问题，立足于现行刑法和相关司法解释的规定，以期解决法律适用中的矛盾、混乱和不统一，尽可能堵塞贪污贿赂犯罪规定中的漏洞，为现阶段的贪污贿赂犯罪疑难案件的处理提供有说服力的参考意见和解决方案。

本书对贪污贿赂犯罪的研究涉及理论与实务的方方面面，但笔者深知，随着社会的发展、反腐败的深入，对于贪污贿赂犯罪的理论研究和相关问题的解决路径仍需不断精耕细作，在现有基础上进一步创新发展。本书写作过程中，得到了学界和实务界许多同志的关心和帮助。尤其感谢匿名评审专家

^① [美] 本杰明·N. 卡多佐：《法律的成长》，董炯、彭冰译，35 页，北京，中国法制出版社，2003。

^② 苏力：《中国法学研究格局的流变》，载《法商研究》，2014（5）。

的指导，感谢南京大学法学院博士研究生董飞武、吴涛、吴珊珊以及硕士研究生李博同学的认真校对。鉴于本书的容量有限，贪污贿赂犯罪的立法完善研究涉及不多，读者若有兴趣，可参阅拙著《反腐败国际公约与贪污贿赂犯罪立法研究》（法律出版社 2011 年版）。最后，对本书的疏漏与错误，也祈望读者批评指正！

孙国祥

2018 年春于南京

总目

第一章	贪污贿赂犯罪主体	1
第二章	贪污贿赂犯罪的数额	68
第三章	共同贪污贿赂犯罪	109
第四章	贪污罪	152
第五章	贪污罪的司法认定	274
第六章	挪用公款罪	339
第七章	受贿罪	471
第八章	受贿罪的司法认定	663
第九章	新类型受贿犯罪的司法认定	786
第十章	利用影响力受贿罪、对有影响力的人行贿罪	907
第十一章	行贿罪、单位行贿罪	946
第十二章	介绍贿赂罪	1017
第十三章	巨额财产来源不明罪	1050
第十四章	私分国有资产罪	1085
第十五章	商业贿赂犯罪	1121
第十六章	贪污贿赂犯罪的刑罚裁量和涉案财物的处理	1155
附录：《刑事审判参考》（截至总第 106 集）中贪污贿赂犯罪 指导案例目录		1249

上册目录

第一章 贪污贿赂犯罪主体	1
第一节 贪污贿赂犯罪主体的立法沿革	1
第二节 国家工作人员的司法认定	11
第三节 国家出资企业中国家工作人员的认定	57
第二章 贪污贿赂犯罪的数额	68
第一节 贪污贿赂犯罪的数额规定及其性质	68
第二节 贪污贿赂犯罪数额的计算	83
第三章 共同贪污贿赂犯罪	109
第一节 贪污贿赂犯罪的共同犯罪与身份	109
第二节 共同贪污贿赂犯罪中的责任承担	138
第三节 贪污贿赂共同犯罪与关联犯罪	147
第四章 贪污罪	152
第一节 贪污罪的立法和司法解释	152
第二节 贪污罪的对象	155
第三节 贪污罪的客观方面	193
第四节 贪污罪的主体	246
第五节 贪污罪的主观方面	266
第五章 贪污罪的司法认定	274
第一节 贪污罪的未遂	274
第二节 贪污案件中的罪与非罪	285
第三节 企业挂靠、改制与贪污罪的认定	297
第四节 贪污案件中的罪质区分	318
第五节 征地拆迁领域中的共同贪污犯罪研究	330

第六章 挪用公款罪	339
第一节 挪用公款罪的立法沿革和立法、司法解释	339
第二节 挪用公款罪的法益和对象	341
第三节 挪用公款罪的客观方面	359
第四节 挪用公款罪的主体和主观方面	415
第五节 挪用公款罪的司法认定	425
第六节 挪用公款罪与贪污罪的区别与转化	449
第七章 受贿罪	471
第一节 受贿罪的立法和司法解释	471
第二节 受贿罪的保护法益	473
第三节 贿赂之概念	492
第四节 “利用职务上的便利”	528
第五节 “为他人谋利益”	556
第六节 受贿获取财物的形式以及构罪的情节	593
第七节 受贿罪的主观故意	607
第八节 斡旋受贿	643

第一章 贪污贿赂犯罪主体

贪污贿赂犯罪是职务犯罪，所涉罪名的主体大都需要特殊的身份要素，系刑法中的身份犯。具体罪名所要求的身份并不完全相同，贪污罪、受贿罪、挪用公款罪、私分国有资产罪、单位受贿罪、利用影响力受贿罪等罪的主体分别是国家工作人员，受国有单位委托管理、经营国有财物的人员，国有公司、企业、事业单位、机关、团体，国家工作人员的近亲属、与国家工作人员“关系密切的人”、离职的国家工作人员、离职国家工作人员的近亲属以及与离职国家工作人员“关系密切的人”等。这些身份的具体界定在实务中都有一定的复杂性。但理论争议最多、实务认定最困难的是如何认定国家工作人员的范围，由于这也属于贪污贿赂犯罪核心罪名（贪污罪、受贿罪和挪用公款罪）中的共性问题，故本书开篇探讨国家工作人员的范围及其司法认定问题。

第一节 贪污贿赂犯罪主体的立法沿革

有关贪污贿赂犯罪的主体范围，立法和司法解释变动不居。梳理立法和司法解释的沿革，有助于理解现行刑法中国家工作人员范围的来龙去脉。

一、贪污贿赂犯罪主体范围的确立

新中国贪污贿赂犯罪立法可追溯至1952年4月颁布的《中华人民共和国惩治贪污条例》，鉴于当时国家政治、经济、文化制度尚处于初创时期，作为一项应急性的法律，条例对贪污罪（涵盖了受贿罪）主体的设定较为笼统、宽泛。根据该条例第2条、第15条与第16条的规定，一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员，社会团体的工作人员，现役革命军人，均可构成贪污罪的主体，但并未明确“国家工作人员”的范围。最高人民法院（以下简称“最高法院”）1957年8月21日印发的《关于公私合营企业的私方人员利用职权违法取利的行为应如何适用法律问题的批复》规定：“公私合营

企业的私方人员利用职权违法取利的行为，如系发生在公私合营企业的清产核资、人事安排之后的，即应按照惩治贪污条例第二条规定，以国家工作人员贪污论罪。”由此，公私合营企业中私方利用职权的腐败行为也被纳入贪污贿赂的惩治范围，从而扩大了贪污贿赂犯罪的主体范围。

1979年新中国第一部刑法典首次将贪污罪、受贿罪的主体限定为“国家工作人员”，根据1979年《刑法》第83条解释，“本法所说的国家工作人员是指一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员”。刑法对贪污贿赂犯罪主体的设定基本反映了立法时国家政治、经济、社会制度的现实。单一的生产资料社会主义公有制（包括全民所有制和劳动群众集体所有制）、计划经济的运行模式，决定了劳动人事制度高度集权，国营企业、事业单位、人民团体等单位与国家机关一样都被视为国家设置的公职部门，国家机关、国营企业、事业单位、人民团体中的工作人员也都成为事实上的“国家工作人员”。国家工作人员范围的广泛性，导致贪污贿赂犯罪容纳了社会上各类主体实施的侵占贿赂行为。不过，当时的规定也存在明显的逻辑上的矛盾之处，表现为1979年《刑法》第155条规定将“国家工作人员”和“受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员”并列作为贪污罪主体。但根据1979年《刑法》第83条的规定，“受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员”本应属于“其他依照法律从事公务的人员”的“国家工作人员”范围。所以，形式上，1979年《刑法》第155条将“受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员”排除在国家工作人员之外，立法上的画蛇添足导致了自相矛盾，说明当时立法对国家工作人员的认识并不细致。

二、贪污贿赂犯罪主体范围的调整

（一）贪污贿赂犯罪主体范围的扩张

1979年刑法典颁行后，全国人大常委会1982年3月8日通过的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》（以下简称《决定》）对“国家工作人员”的范围作了进一步明确，《决定》第1条第1款规定，国家工作人员是指“在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关、军队、国营企业、国家事业机构中工作的人员，以及其他各种依照法律从事公务的人员”。显然，《决定》将1979年《刑法》第83条所规定的“企业”与“事业单位”修正为“国营企业”与“国家事业机构”，从而把非国营企业和非国家事业机构中的工作人员排除在国家工作人员的范围之外。但是，由于《决定》中仍有“其他各种依照法律从事公务的人员”的兜底性规定，对于此类人员应如何理解，是否涵盖集体经济组织工作人员，仍存在争议。如有观点认为，“其他各种依

照法律从事公务的人员”，包括民主党派、人民团体等机关的工作人员。但集体组织的工作人员（如生产队的队长、会计，城乡集体企业的管理人员），当然不算国家工作人员。^①而相反的观点则认为，集体所有制企业和人民公社的社办厂厂长、经理、生产队长、会计、出纳员、保管员、营业员、采购员等可视为“其他各种依照法律从事公务的人员”^②。实务中，“其他各种依照法律从事公务的人员”在当年一直被扩展到集体经济组织工作人员。可见，伴随着1979年《刑法》的实施，“国家工作人员”的范围是一个争议问题。

随着经济体制和政治体制改革的推行，计划经济模式逐渐为社会主义市场经济体制所取代，经济组织的出资主体呈现多元化，多种经济成分组成的股份制企业也呈雨后春笋之势，非公有制经济开始萌芽与发展，国有、集体企业也广泛推行各种形式的承包制，国家工作人员的司法认定也随之出现新的疑难问题，例如国有、集体企业的个人承包经营者能否成为贪污贿赂犯罪主体？中外合资、中外合作经营企业的工作人员是否属于国家工作人员？“两高”1985年印发的《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）》（现已废止），明确贪污罪的主体“是国家工作人员，也可以是集体经济组织工作人员或者其他受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员”，并且规定，凡生产资料、资金全部或者基本上为集体经济组织所有，交由个人或若干人负责经营的，应视为集体经济组织的经营层次，其主管人员或者管理财物的人员，利用经营之便，以侵吞、盗窃或骗取等手段，将属于集体经济组织的生产资料、资金或应上交集体经济组织的利润非法占为私有的，以贪污罪论处。这一司法解释，一方面将集体经济组织的工作人员排除在国家工作人员的范围之外（国家工作人员与集体经济组织工作人员两者是并列关系）；另一方面又明确集体经济组织的工作人员应包含在贪污罪的主体范围内（受贿罪的主体仍然是国家工作人员），同时还确定了集体经济组织承包人的贪污罪主体资格。司法解释虽然解决了实践中的一些分歧，但其法律依据的不足是显而易见的。

全国人大常委会1988年1月21日通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》），从立法上调整了贪污贿赂犯罪主体范围，将贪污罪的主体扩展为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员”（《补充规定》第1条）；受贿罪主体扩展为“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员”（《补充规定》第4条）。《补充规定》对贪污贿赂犯罪主体的扩大，解决了贪污贿赂犯罪主

^① 参见高铭喧：《中华人民共和国刑法的孕育诞生和发展完善》，81页，北京，北京大学出版社，2012。

^② 中央政法干部学校编：《中华人民共和国刑法讲义》，202页，北京，群众出版社，1982。

体立法与司法的矛盾。在《补充规定》中，贪污罪的主体侧重于“经手、管理公共财物”，受贿罪的主体侧重于“从事公务”。“两高”1989年印发的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》（以下简称“两高”1989年《解答》），对贪污罪和受贿罪的主体作了进一步细化，其中，明确贪污罪中的“‘其他经手、管理公共财物的人员’包括：刑法第一百五十五条中规定的‘受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员’；基层群众性自治组织（如居民委员会、村民委员会）中经手、管理公共财物的人员；全民所有制企业、集体所有制企业的承包经营者；以全民所有制和集体所有制企业为基础的股份制企业中经手、管理财物的人员；中方是全民所有制或集体所有制企业性质的中外合资经营企业、中外合作经营企业中经手、管理财物的人员”；同时强调“个人投资、家庭投资、合伙人投资的私人经营的工商户不属于集体经济组织，其人员不能成为贪污罪主体”，以及“直接从事生产、运输劳动的工人、农民、机关勤杂人员，个体劳动者，部队战士，经手公共财物的，如果他们所从事的仅仅是劳务，不能成为贪污罪的主体”。受贿罪中的“‘其他从事公务的人员’，是指国家工作人员、集体经济组织工作人员以外的依照法律从事公务或者受委托从事公务的人员”。《补充规定》对贪污贿赂犯罪主体范围的立法扩大，减少了理论界与实务界关于贪污贿赂犯罪主体的争议。

（二）贪污贿赂犯罪主体范围的限缩

20世纪90年代，随着社会主义市场经济体制的提出与强力推进，企业的所有制形式和经营方式呈多元化和复杂化发展趋势，同时也逐渐暴露出《补充规定》有关贪污贿赂犯罪主体设定的局限性，单一的贪污贿赂罪罪名无法涵盖发生在非公有制企业内的侵吞或者贿赂行为，无法满足非公企业财产保护和正常的市场竞争秩序维护的需要，同时贪污贿赂犯罪的主体范围过于膨胀而陷于泛化，也失去了惩治的重点。全国人大常委会1995年2月28日颁布了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》（以下简称“1995年《决定》”），根据主体身份的不同，将原贪污、挪用、受贿等罪分解成贪污罪、挪用公款罪、受贿罪和侵占罪、挪用资金罪、商业受贿罪，并对侵占罪、商业受贿罪和挪用资金罪设置了与贪污罪、受贿罪和挪用公款罪不同的法定刑；同时限定贪污、挪用公款、受贿犯罪的主体为“国家工作人员”，单一主体的限定大大限缩了贪污贿赂犯罪的范围。不过，罪名分立后，不同罪名在法定刑上形成的巨大差异，使得国家工作人员特别是国有公司、企业中的国家工作人员的范围，再次成为理论与实务界激烈争论的焦点。最高人民检察院（以下简称“高检院”）1995年11月印发的《关于办理公司、企业人员受贿、侵占和挪用公司、企业资金犯罪案件适用法律的几个问题的通知》指出，所谓国家

工作人员是指：(1) 国家机关工作人员，即在国家各级权力机关、各级行政机关、各级司法机关和军队工作的人员；(2) 在国家各类事业机构中工作的人员；(3) 国有企业中的管理人员；(4) 公司、企业中由政府主管部门任命或委派的管理人员；(5) 国有企业委派到参股、合营公司、企业中行使管理职能的人员；(6) 其他依法从事公务的人员。显然，这一通知所确定的国家工作人员范围比较宽泛。其后，最高法院 1995 年 12 月印发的《关于办理违反公司法受贿、侵占、挪用等刑事案件适用法律若干问题的解释》，则将公司、企业中的国家工作人员规定为：“在国有公司、企业或其他公司、企业行使管理职权，并具有国家工作人员身份的人员”。这一解释强调了国家工作人员的两个特征：一是在国有公司、企业或其他公司、企业中行使管理职权，二是具有国家工作人员的身份（也就是通常人们理解的干部身份）。由于“两高”对国家工作人员范围的解释不一致，行为人是否为国家工作人员，不但控方与辩方各执一词，而且检察机关指控与法院裁决也时有矛盾，因而引起了司法实务中操作上的混乱。

【案例 1】 陈某等贪污案

事实认定 被告人陈某，无业。被告人钟某，原系中国工商银行某支行办事处出纳员（计划内临时工）。被告人卢某，原系中国工商银行某支行办事处会计（计划内临时工）。1995 年春节前，陈某向钟某提议并多次密谋，制造被抢劫假象，秘密窃取办事处的公款。同年 2 月 3 日上午，被告人陈某又邀卢某一起作案，遭卢某的拒绝。钟某从陈某口中得知卢某不同意后，亦向陈某表示放弃作案。当日下午 6 时许，陈某来到该办事处。陈某敲门进屋后，让钟某把办事处的公款装入行李袋。钟某未作任何反抗，即打开钱柜，将公款装入行李袋。卢某向陈某指明报警线及桌上摆放的剪刀后，陈某将报警线剪断。钟某将公款 273 000 元装给陈某。之后，为了制造被抢劫的假象，陈某将钟某、卢某叫进卫生间，向两人各打一拳，然后扣上卫生间的门，携带赃款逃离现场。钟某在陈某逃离后，与卢某商议统一口径报假案，谎称被一持枪歹徒抢劫。后在公安人员的教育下，卢某、钟某才先后供认了案件的真相。案发后追回全部赃款。

争议焦点 检察机关指控被告人陈某、钟某、卢某犯贪污罪。法院在审理过程中，对银行临时工与外部人员内外勾结、里应外合的监守自盗应如何定罪，有不同的意见，有主张定盗窃罪，也有主张认定为侵占罪。其焦点在于不具有国家干部身份的人能否被认定为国家工作人员，具体到本案，争议焦点是：银行临时工是否属于国家工作人员？

裁判要旨 法院经审理认为：被告人陈某与被告人钟某、卢某内外勾结，相互配合，共同侵占银行的巨额现金，其行为均已构成（职务）侵占罪，均应依法惩处。在共同犯罪中，陈某、钟某起主要作用，是本案主犯，应从重