

犯罪形态

研究系列

6

贪污论

唐保银 著

中国检察出版社

贪 污 论

唐保银 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污论/唐保银著. —北京: 中国检察出版社, 2007. 5
ISBN 978 - 7 - 80185 - 774 - 4

I. 贪… II. 唐… III. 贪污—刑事犯罪—研究
IV. D914. 04

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 073679 号

贪污论

唐保银 著

出 版 人: 袁其国

出版发行: 中国检察出版社

社 址: 北京市石景山区鲁谷西路 5 号 (100040)

网 址: 中国检察出版社 (www.zgjccbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010)68630385(编辑) 68650015(发行) 68650029(邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 北京东海印刷有限公司

开 本: A5

印 张: 9.125 印张

字 数: 240 千字

版 次: 2007 年 6 月第一版 2007 年 6 月第一次印刷

书 号: ISBN 978 - 7 - 80185 - 777 - 4/D · 1753

定 价: 24.00 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

《犯罪形态研究系列》丛书编辑委员会

总 主 编：吴 振 兴

副总主编：张明楷 陈兴良

编 委：刘明祥 李 洁 张 旭

张明楷 陈兴良 陈忠林

吴振兴 邱兴隆 谢望原

曲新久

总 序

犯罪形态是刑法理论中重大而深邃的研究课题，其研究状况不仅能够反映刑法理论的发展程度，而且往往直接关涉司法实践中刑事个案的法律适用。犯罪形态的研究虽然颇为重要，理论界也给予了一定的关注，但在研究范围上尚未充分展开，理论内容上除少数犯罪形态研究较为深入而外，大多还比较薄弱，有相当数量的犯罪形态甚至还没有进入研究视野。特别值得提出的是，犯罪形态究竟意指何物，学术界亦未作深入探讨。这就为犯罪形态的研究提供了很大的空间。

所谓“形态”，在汉语语义上是指事物的存在状态或者存在形式。而犯罪形态，简单说来可以理解为犯罪的样态或者存在类型，它可以是行为类型，如自手犯、不作为犯；也可以是结果类型，如结果犯、危险犯；还可以是罪过类型，如过失犯、故意犯；可以是停止类型，如中止犯、未遂犯；也可以是共犯类型，如必要共犯、片面共犯；还可以是罪数类型，如想象竞合犯、结果加重犯；如此等等，不一而足。

然而，对于犯罪形态的定义不应只停留在简单的字面意义上，而应以犯罪构成为中心来认识犯罪形态。从这样一个前提出发，我们认为犯罪形态的严格含义，是与定罪量刑有关的犯罪构成特定特征的类型化样态。它既不是刑法分则规定的个罪，也不

是任何法定类罪（如金融诈骗罪）或者学理类罪（如货币犯罪），而是根据一定的标准对具有特定共性的犯罪进行相应概括形成的样态类型。它既是各种具体犯罪的抽象和升华，又是刑法一般原理的深入和展开，是犯罪总论与各论错综交织、有机结合、样态繁复的结晶体。

犯罪形态在研究范围上是相当广泛的。大陆法系的刑法理论中几乎已经约定俗成的就有几十种。这些犯罪形态中大多是常见的，而且如前所述国内有些学者对有的常见性犯罪形态已有了较深入的研究，本《丛书》中收集的大多是关于常见性犯罪形态的研究。还有少部分犯罪形态，国内外刑法学界研究较弱，如以是否危及国家安全为标准而划分的国事犯、混合犯等；以行为入主观心理状态为标准而划分的倾向犯、表现犯等。本《丛书》虽有部分非常见性犯罪形态的研究论著，但数量较少，如不能未遂犯、复行为犯的研究。这固然与国内外的理论研究现状有关，也因有的犯罪形态作为研究论著尚嫌题目过小。除此而外，本《丛书》中还有一定数量的论著，是以我们自己概括出来的一些犯罪形态为研究对象的，如过当犯、假想犯、过限犯。这些犯罪形态的研究在国内刑法学界是开创性的，在大陆法系刑法理论中也是前所未见的。但我们认为，国内外刑法理论中未见的，未必就是不当。数额犯、情节犯等概念，过去国内外刑法学界也未曾见，但是国内刑法学界现已几乎尽人皆知，并被普遍接受。所以问题在于犯罪形态是否可以理解为犯罪的样态或存在类型，以及过当犯、过限犯等究竟是不是不同的犯罪样态或存在类型。现在，我们将这类研究论著收入《丛书》中，也有敬请同行赐教之意。

犯罪形态理论还有个自身的体系问题。为了便于研究，我们在本《丛书》中对于具有一定共性特征的犯罪形态进行了必要的梳理和分类。在此过程中，我们借用了陈兴良教授提出的罪体和罪责概念，将可以列入客观方面的犯罪形态归为罪体形态，将可以列入主体和主观方面的犯罪形态归为罪责形态，然后将普遍

认可的停止形态、共犯形态和罪数形态与之相提并论。此外，在逻辑上还应当为难以列入前五类的犯罪形态留下一定的空间，如亲告犯等，这一类暂其名曰其他形态。这样，就形成了一个罪体形态、罪责形态、停止形态、共犯形态、罪数形态、其他形态六大门类的犯罪形态理论体系。这种体系的建构也是尝试性的，尚祈学界同仁评说。

深入地、系统地研究犯罪形态理论是我多年的学术夙愿。何鹏教授在我国老一辈刑法名家中是以研究外国刑法与比较刑法见长的。我是何鹏教授硕士生和博士生的开门弟子，对犯罪形态的研究兴趣，始自何鹏教授的“传道、授业、解惑”。师恩不忘，古之名训，吾之永志。如果说1980~1983年的硕士生阶段我对犯罪形态还仅仅是初始性了解，则1986~1990年的博士生阶段我对犯罪形态已有了细化性认识。1996年我曾申请去武汉大学法学院博士后流动站从师于马克昌教授，当时申报的研究计划即为“犯罪形态论”，这个研究计划曾得到马克昌教授的首肯。虽然由于特定的客观原因我的进站申请未果，但一是对马克昌教授为此而做的努力，特别是他老人家对我的学术成长一直热切关怀，晚生始终铭记在心，终生难以忘怀；二是这个研究计划虽然没有实施，但却奠定了我研究犯罪形态的思想基础。

其后，我所指导的研究生，凡理论功底和研究功底好，又对刑法理论研究有兴趣的，大多是从我的“犯罪形态论”（提纲）中选择毕业论文题目，从而使我指导的研究生在研究内容上也多多少少地形成了一点学术风格。这也算是为今天本《丛书》的出版打下了一点点的客观基础。

为了保证本《丛书》的质量，2002年下半年我们曾就《丛书》原写作计划征询了国内诸多刑法专家的意见，其中不少专家学者给予口头答复或书面函复，如北京大学的陈兴良教授，清华大学的张明楷教授，中国政法大学的梁华仁教授、侯国云教授，中国人民公安大学的李文燕教授，武汉大学的莫洪宪教授等。他（她）们在对本《丛书》出版计划给予高度评价的同时，

也提出了宝贵的意见,并推荐了一些博士生和年轻的刑法学者加入到本《丛书》的作者队伍中。这也是本《丛书》作者从校内扩展到国内的重要原因。

为了保证本《丛书》的质量,2003年8月,由吉林大学法学院博士点牵头,与国内部分高校的部分著名刑法学家齐聚北京,正式宣布《犯罪形态研究系列丛书》编委会成立。这里特别需要说明的是,以陈兴良教授、张明楷教授刑法名家的地位而能屈尊在本《丛书》中担任副主编,同学术成果丰硕、学术造诣深湛而在国内刑法学界享有盛誉的邱兴隆教授、谢望原教授、刘明祥教授、曲新久教授、陈忠林教授,却在本《丛书》中屈尊担任一般编委,这不仅使本《丛书》增添了光彩,也必将使本《丛书》扩大影响,是本人之幸,也是本《丛书》之幸。

为了扩大本《丛书》的社会效应,在吉大法学院的大力支持下,我们还在中国人文社会科学核心期刊《法制与社会发展》杂志上开辟了《犯罪形态研究》专栏,该杂志自2002年第4期始,不定期地刊载研究犯罪形态的专题文章,现已发表十几篇。

为了扩大本《丛书》的社会效应,2005年3月,我们还出版了《犯罪形态研究精要》(上、下册),以此作为本《丛书》的序曲,并申请后头大戏即《犯罪形态研究系列丛书》。

80年代以来,我国刑法理论获得长足发展,现今已是姹紫嫣红。与此同时,一些研究犯罪形态的专著也已陆续出版,如80年代的专门研究未遂犯、教唆犯、故意犯和过失犯的专著;90年代专门研究危险犯、行为犯、间接正犯、预备犯的专著;最近几年专门研究不能犯、持有犯、身份犯、帮助犯、结果加重犯的专著;而且,其中有几本就是我和我所指导的硕士生或博士生的论著。这些专著的陆续问世,反映的并不仅仅是犯罪形态研究的状况,主要的是反映了犯罪形态的深入研究及刑法理论发展之必然这样一种态势。换句话说,它与刑法理论的深入发展是相伴而行的,甚至在一定的意义上说,也是刑法理论深入发展的一个标志。文章大家写,何必限一人。同样的题目或者同样内

容的题目，出版几部不同的专著，这不仅是学术争鸣的需要，也是学术繁荣的表现。为此，已经问世的犯罪形态研究专著，虽然题目与本《丛书》相同，但只要谋篇布局、基本内容和观点论证有着较大差别的，我们仍作为本《丛书》之一列入出版计划。

对于本《丛书》的撰写，我们力求体现如下三个特色：

一是小题目与大规模相结合。本《丛书》的写作采用小题大做的方式，各个专题基本上是定位于末级犯罪形态，题目小，资料少，难度大。但是，《丛书》是按30本构设，每本20万字左右，总计约600万字，分三年陆续完成并出版，也称得上是鸿篇巨制。

二是创新性与深入性相结合。本《丛书》的部分专题系国内外刑法理论中前所未论，具有开创性，大部分专题在国内外的刑法著述中虽曾论及，但仅一带而过，未曾展开。而这些专题的研究要达到本《丛书》的篇幅要求，是必须依托于深入性的。换句话说，本《丛书》的每一个专题只有将创新性和深入性结合起来，才能完成撰写任务。

三是理论性与实用性相结合。本《丛书》的理论性已不言自明。其实用性则体现在《丛书》的每一本都有结合分则或实践进行研究的内容，这是由犯罪形态本身就具备刑法总论与各论错综交织的天然特征所决定的。

近些年来，中国检察出版社为繁荣和发展我国法学特别是刑法学的研究，已陆续出版了大量学术专著，贡献不菲。也许正是基于这种学术青睐，中国检察出版社对于本《丛书》给予了大力支持。借此机会，我本人并代表编委会对该社、该社的安斌编审及其他责任编辑致以由衷的谢意。

在本《丛书》业已付梓之际，略赞数语，是为总序。

吴振兴

2005年5月26日于深圳

序

悉唐保银同志的博士论文《贪污论》即将由中国检察出版社出版，作为其导师，我由衷地感到高兴。现应作者之邀，命笔作序，以示祝贺。

唐保银同志1982年就读于吉林大学法律系本科学习时，其学士论文即由我指导并获优。毕业后，唐保银同志在司法工作岗位上不仅业务突出而且始终理论学习不辍。期间，唐保银同志于华东政法学院获法律硕士学位，并被最高人民检察院确定为首届专家型人才培养对象。鉴于唐保银同志扎实的理论功底和长期的检察实务工作特点，我量体打造为其博士论文确定了贪污罪的研究方向。

贪污罪的研究是一个既具挑战性又有现实意义的选题。其挑战性在于学术界关于贪污罪研究成果丰硕，但仍存在着诸多学术纷争，许多方面尚无定论，有进一步研究的空间；其现实性在于当前反腐败的严峻形势，要求我们对贪贿犯罪有精深领悟并据此加大打击力度。唐保银同志作为查办职务犯罪主体之检察工作者，依此为题，不仅近水楼台，而且更具意义。

综而观之，唐保银同志博士论文体系完整、结构严谨、内容充实、观点鲜明、视角颖异，采百家之长，对贪污罪的古今中外渊源、犯罪构成、罪数形态、罪间辨析以及立法完善等做了大量

详实的论证，同时思路开阔，思维敏捷，独辟蹊径地提出了诸多与通说不同的新颖观点。如，在贪污之行为手段方面，针对学界视“窃取”和“骗取”为作为方式、“侵吞”手段为不作为，认为“侵吞”是将“应当交公而不交公”的公共财物占为己有属消极行为的通行观点，唐保银同志认为在贪污罪之构成要件中，“应当交公而不交公”仅属环节因素，应当交公而不交公尚不构成犯罪，应当交公而不交公并“非法占有”方为完整之“侵吞”行为，但此为积极行为，系作为。在贪污罪之罪数形态方面，通说认为为了贪污（目的）而“销毁会计账簿”（手段）与贪污公共财物后为了销赃（原因）而“伪造国家机关印章”（结果）属牵连犯，但唐保银同志认为，此手段行为和目的行为、原因行为和结果行为之间，虽有一定的关联性，但并不具有内在的牵连关系，故难以认定为牵连犯，而应独立成罪。在犯罪的主观要件方面，唐保银同志提出了“间接故意与直接故意并合型共犯”的构想。

“间接故意与直接故意并合型共犯”的构想应为该书一大亮点。通说认为贪污罪是目的犯，只能由直接故意构成。唐保银同志认为，某些对公共财物负有主管、管理职责的人员，明知他人贪污，出于做好人、漠视公共财物等而故意放弃监管职责，致公共财物被非法占有，属于间接故意，应视其与直接非法占有人意思联络之有无，分别作为“间接故意与直接故意并合型共犯”或者“片面帮助犯”。因此，贪污罪主观上理应是直接故意、间接故意并存。也就是说唐保银同志提出了贪污罪作为目的犯可以有间接故意构成的特例。这种看法虽与传统理论相悖，但仍不失为一己之见。

基于理论误区、罪刑均衡、立法缺陷以及操作便捷等考虑，唐保银同志提出了以职务侵占罪吸收贪污罪，并建议废除死刑，限制无期徒刑，加大财产刑惩罚力度，强化非刑罚财产追偿举措。本人认为，此说较以往诸多观点更具严谨性，亦与时代发展相符，可为立法所借鉴。

当然作为博士论文，书中难免存在值得商榷之处，如关于贪污罪的想象竞合问题，作者尚须进一步的思考。但此瑕不掩瑜，对于长期从事司法实务工作的唐保银同志，三年脱产攻读并完成洋洋二十余万字博士论文，确属难能可贵。

前年喜闻唐保银同志又跨学科攻读经济学博士，立志以经济的分析方法来进一步研究我国犯罪和刑罚，我觉得这是一个新颖的创意和视角，作为导师，学生如此奋进，甚为欣慰。

希望并相信唐保银博士未来在理论和实务均能取得更为丰硕的成果。

在唐保银博士专著《贪污论》出版之际，特缀数语，是为序。

吴振兴

2007年元旦

目 录

CONTENTS

总序	(1)
序	(1)
第一编 概念界定篇	(1)
第一章 我国贪污罪之立法衍化	(1)
第一节 奴隶社会之贪墨立法	(1)
第二节 封建社会之“坐赃”立法	(2)
第三节 国民党统治时期之贪污立法	(11)
第四节 1979 年刑法出台前之贪污立法	(12)
第二章 我国港、澳、台地区及域外贪污犯罪之立法 考察	(23)
第一节 我国港、澳、台地区贪污之相似立法	(23)
第二节 大陆法系国家贪污之近似立法	(27)
第三节 英美法系国家贪污之类似立法	(33)
第四节 前苏联等国家之贪污立法考察	(36)
第三章 现行刑法贪污罪之概念界定	(39)
第一节 贪污罪与相同相似概念辨识	(39)
第二节 现行刑法之贪污罪概念界定	(51)

第二编 构成要件篇 (61)

第四章 贪污罪主体要件 (61)

第一节 贪污罪主体之历史演变 (61)

第二节 贪污罪主体之理论纷争 (69)

第三节 纯正国家工作人员认定之管见 (71)

第四节 准国家工作人员认定之辨识 (76)

第五节 特殊贪污罪主体认定之研讨 (83)

第五章 贪污罪主观要件 (94)

第一节 贪污罪故意之内涵 (94)

第二节 贪污罪目的之分析 (100)

第三节 贪污罪动机之剖析 (106)

第六章 贪污罪客观要件 (109)

第一节 利用职务上便利之解读 (109)

第二节 贪污罪行为方式之论证 (115)

第三节 贪污罪犯罪手段之评析 (119)

第七章 贪污罪客体要件 (139)

第一节 贪污罪客体的理论聚讼 (139)

第二节 贪污罪对象的管窥之见 (143)

第三编 犯罪形态篇 (166)

第八章 贪污罪的共犯形态 (166)

第一节 贪污罪之纯正共犯形态 (166)

第二节 贪污罪之混合共犯形态 (168)

第三节 贪污罪共犯之定性思考 (171)

第四节 贪污罪共犯之责任承担 (172)

第九章 贪污罪的未遂形态 (179)

第一节 贪污罪构成结果之探微 (179)

第二节 贪污罪未遂之立法欠缺 (184)

第三节	贪污罪未遂之理论诠释	(188)
第十章	贪污罪的罪数形态	(194)
第一节	贪污罪想象竞合之质疑	(194)
第二节	贪污罪法规竞合之异议	(198)
第三节	贪污罪牵连犯之疑义	(202)
第四节	贪污罪连续犯、接续犯之解析	(203)
第五节	贪污罪转化犯立法之探议	(204)
第四编	罪间辨析篇	(209)
第十一章	贪污罪与相近的侵占类犯罪之辨析	(209)
第一节	贪污罪与职务侵占罪	(209)
第二节	贪污罪与侵占罪	(213)
第十二章	贪污罪与相关的职务型犯罪之区分	(216)
第一节	贪污罪与受贿罪	(216)
第二节	贪污罪与挪用公款罪	(220)
第十三章	贪污罪与特设的私分性犯罪之辨识	(224)
第一节	贪污罪与私分国有资产罪	(224)
第二节	贪污罪与私分罚没财物罪	(231)
第五编	立法完善篇	(234)
第十四章	贪污罪立法完善时不我待	(234)
第一节	国际合作打击贪污腐败的时代要求	(234)
第二节	我国加强腐败犯罪控制的法律要求	(238)
第十五章	我国现行贪污罪之立法缺陷	(241)
第一节	贪污罪罪名与罪状之弊端	(241)
第二节	贪污罪数额与量刑之缺陷	(244)
第十六章	我国贪污罪立法完善之构想	(246)
第一节	贪污罪名、罪状及数额之科学重筑	(246)



第二节	废除死刑、限制无期徒刑之理性思考	(254)
第三节	简化法定刑幅度、扩大财产刑适用之 刍议	(256)
第四节	强化非刑罚之财产追偿的建议	(258)
参考文献		(261)
后记		(269)

第一编 概念界定篇

第一章

我国贪污罪之立法衍化

我国作为世界著名的文明古国，法制历史源远流长，法律文化丰富多彩。数千年中央集权的专制统治，造就了中国重刑轻民的法制传统。中国的法制史，实质上就是刑法史，其中贪污立法自始贯穿其中。

第一节 奴隶社会之贪墨立法

奴隶社会是人类历史上第一个阶级社会，在奴隶社会出现了国家、统治阶级以及为统治阶级服务的官吏，同时随之出现了官吏腐败及惩贪之法。

一、夏、商之“贪墨”立法

我国自夏朝进入奴隶社会，惩贪之法也随之产生。

早在皋陶造律时便有“恶而掠美为昏，贪以败官为墨，杀人不忌为贼”。《夏书》曰：“昏、墨、贼、杀，皋陶之刑也。”^①该“墨”即为贪污受贿，贪墨等同杀人越货之“贼”罪要处以

^① 《左传·昭公十四年》。