

◎孙国祥 著

贪污贿赂犯罪 疑难问题学理与判解

中国检察出版社

贪污贿赂犯罪疑难问题 学理与判解

孙国祥 著

中国检察出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污贿赂犯罪疑难问题学理与判解/孙国祥著. —北京:
中国检察出版社, 2003. 8
ISBN 7-80185-111-0

I. 贪... II. 孙... 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 (2003) 第 071372 号

贪污贿赂犯罪疑难问题学理与判解

孙国祥 著

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.zgjcbs.com)

电子邮箱: zgjcbs@vip.sina.com

电 话: (010) 68650021 (编辑) 68650015 (发行) 68636518 (邮购)

经 销: 新华书店

印 刷: 保定市印刷厂

开 本: A5

印 张: 18.125 印张

字 数: 484 千字

版 次: 2003 年 8 月第一版 2003 年 8 月第一次印刷

书 号: ISBN 7-80185-111-0/D·1100

定 价: 38.00 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

序

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。对贪污贿赂犯罪的研究，也是刑法学界必须长期面对的理论与实践问题。1997年修订后的刑法，不但在分则部分将贪污贿赂罪单列一章，对贪污贿赂犯罪作了集中和系统的规定，而且在分则的第三章、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》，对贪污贿赂犯罪又作了一些补充规定，围绕着贪污贿赂犯罪的认定，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和司法解释，反映了立法和司法对惩治贪污贿赂罪的高度重视。与此相适应，围绕着贪污贿赂罪的定罪量刑，刑法理论界也不断有新的成果问世，一定程度上为惩治贪污贿赂犯罪提供了理论基础。

然而，我们也不难发现，对贪污贿赂犯罪的惩治与公众的期望仍有不小的距离。2003年3月11日，最高人民法院院长肖扬在第十届全国人民代表大会第一次会议上所作的《最高人民法院工作报告》指出，1998年至2002年5年间，全国法院依法严惩贪污贿赂等职务犯罪，共判处犯罪分子83308人，其中，县（处）级以上公务人员2662人，比上一个5年上升65%。^①可见，贪污贿赂犯罪高发势头并没有得到根本的遏制。

近年来，我在从事刑法学教学和刑事辩护中，接触了大量的形

^① 肖扬：《最高人民法院工作报告》，参见2003年3月23日《人民法院报》。

形形色色的贪污贿赂案件，包括许多在本地区或者全国有一定影响的大要案。实务中我深深感到，贪污贿赂是控辩双方产生争议和疑难问题最多、定性难度最大的一类犯罪，贪污贿赂案件的辩护是最具有挑战性和辩护余地的，贪污贿赂罪许多理论与实践问题远未达到共识，急需探讨和澄清。

客观地讲，贪污贿赂犯罪产生疑难争议问题的原因是多方面的。第一，现行刑法虽然对贪污贿赂犯罪作了较详细的规定，但作为法律语言，再具体的法律也是抽象和概括的，运用时，就各取所需、各执一端。例如，对贪污贿赂犯罪中“职务之便”的含义、对“为他人谋利益”的把握、“非法占有目的”的认定等，都存在着不同理解。第二，立法技术造成的混乱。一些规定前后用语不统一或者缺乏与其他法律的配套，适用时容易引起歧义。例如，刑法上同时使用“国有资产”（刑法第396条）、“国有财物”（刑法第382条）、“国有财产”（刑法第91条），它们是否为同一概念，理解上各方各取所需，难免引起争议。第三，现实的需要与立法滞后的矛盾。反思以往的研究，人们常常在既存立法和司法解释的语境中进行，假设这些立法和司法解释已经有了无需论证的合理性，在此基础上对某种犯罪进行观察和解构，这种实证研究当然是必要的。但目前我国处在社会的转型时期，社会关系、经济关系都有许多新特点，贪污贿赂犯罪也呈现出异常复杂的态势，一些特定行为的定性，由于立法的缺失或者学界的分歧或者一些传统思维定势影响常引起争议，成为办理案件的疑点和难点。如对受贿罪中“财产性利益”是否贿赂、“礼金”是否贿赂的争论等。第四，市场经济体制构建中，引发的一些矛盾。市场经济现实运作规律的特殊性与旧体制的滞后性，使刑法规范都或多或少地与社会现实存在着冲突。如关于“国家工作人员”、“国有商业银行工作人员”的认定，无不与相关的改革尚未配套完成有关。

作为理论研究而言，实证研究有助于实然的立法在实践中得以实现，当然是重要的，但这只是一个方面，立法和司法解释本身的

合理性基础也是值得充分关注的，从应然出发，不难发现，贪污贿赂犯罪的立法和司法解释仍有一些疏漏和缺憾，对这些问题的进一步研究，有助于立法的完善。因此，本书写作思路是，以现行的刑事立法、立法和司法解释为依据，结合典型案例，对贪污贿赂犯罪认定中的疑难问题进行理论和实践分析，努力探索立法精神，反映最新的理论进展，力求找到解决问题的合理途径。由于选题侧重于有争议的问题，因此，本书并没有追求体系完整，对各罪的刑事责任部分基本没有涉及。

应该说，近年来众多学者对贪污贿赂犯罪的深入研究，为本书的写作提供了丰富的基础，最高人民法院和最高人民检察院组织编写的《刑事司法指南》、《刑事审判参考》和有关媒体披露的大量实例，为本书的写作提供了鲜活的实证材料。所有这些，本书一方面尽可能详尽注明；另一方面也对作者深表敬意。此外，本书写作过程中，得到了许多同事的真诚帮助，南京大学法学院研究生魏昌东、刘伟等同学为本书的校对付出了辛勤的劳动，特别是他们在校对过程中，对书中的观点提出了许多有见地的斟酌意见，“教学相长”的古训在现实中再次得到验证。

本书的选题尽管早就开始酝酿，但真正动笔是在去年。就我个人愿望而言，总想将贪污贿赂犯罪疑难问题梳理得细一些，理论挖掘深一些，但初稿完成后才感到，由于学识和信息的局限，对许多问题的阐述仍是浅陋的，有些问题的资料搜集未必全面。任何理论的合理性，存在于人们的普遍认同中，对本书中的有些观点能否经得起推敲和得到认同，笔者不免惶恐。作为一家之言，其谬误难免，敬祈读者不吝指正。

孙国祥

2003年初夏于南京龙江小区

目 录

序	1
第一章 贪污罪	1
一、贪污罪的客体 and 对象	3
(一) 贪污罪的客体	3
(二) 贪污罪的对象	5
二、贪污罪的客观方面特征	23
(一) 利用职务上的便利	24
(二) 非法占有公共财物	32
(三) 贪污的数额	44
三、贪污罪的主体	46
(一) 国家工作人员	46
(二) 受国家机关、国有公司、事业单位、人民团体 委托管理、经营国家财产的人员	82
(三) 国有保险公司的工作人员	96
四、贪污罪的主观方面	98
(一) 关于贪污罪主观方面的认识因素	99
(二) 关于非法占有目的	99
五、共同贪污的认定	108
(一) 共同贪污的定罪	108
(二) 贪污共犯的刑事责任	119
六、贪污罪未遂的认定	125

(一) 贪污罪有无未遂	125
(二) 贪污罪既遂、未遂区分的标准	127
七、贪污案件中罪与非罪的界限	130
(一) 错账错款行为与贪污罪的界限	130
(二) 贪污罪与一般贪污违法行为的界限	131
(三) 公款去向与贪污罪的认定	132
(四) 企业性质与贪污罪的认定	135
(五) 收受礼物隐匿不缴行为的罪与非罪	139
八、贪污案件此罪与彼罪的界限	140
(一) 贪污罪与盗窃罪的界限	140
(二) 贪污罪与非法经营同类营业罪的界限	146
(三) 贪污罪与为亲友非法牟利罪的界限	147
九、贪污数额的计算	150
(一) 不同流通领域赃物的计算	150
(二) 不同质量赃物的计算	150
(三) 不同时空赃物的计算	152
(四) 有价证券数额的计算	153
(五) 多次实施贪污数额的计算	156
(六) 特殊物品的数额计算	159
十、贪污罪的量刑	160
(一) 关于贪污罪从严惩处的立法精神	160
(二) 贪污数额与贪污情节的关系	161
第二章 挪用公款罪	163
一、挪用公款罪的客体和对象	164
(一) 挪用公款罪的客体	164
(二) 挪用公款罪的对象	167
二、挪用公款罪的客观方面	182
(一) 关于挪用公款“归个人使用”的理解与认定	182
(二) 挪用公款用途的理解	199

(三) 关于“超过三个月未还”的理解和认定	214
(四) 多次挪用公款数额的计算	217
三、挪用公款罪的主体	222
(一) 国有金融机构工作人员	222
(二) 承包人挪用公款能否构成犯罪	224
(三) 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挪用公款如 何定罪	225
四、挪用公款罪的主观方面	226
五、挪用公款共犯的认定	230
(一) 哪些人可以成为挪用公款罪的共犯	230
(二) 内部勾结共同挪用案件的定性	230
(三) 内外勾结共同挪用的认定	233
六、“挪用公款数额巨大不退还”的认定	236
(一) 对“不退还”的理解	236
(二) “不退还”的时间和数额认定	237
七、挪用公款与借用公款的界限	239
(一) 单位内部决策的“借用”行为的处理	239
(二) 挪用公款罪与用客户资金非法拆借、发放贷款罪 的界限	246
(三) 挪用公款与透支交易	249
(四) 向下级单位“借款”是否构成挪用公款罪	251
八、挪用公款案件的罪数	254
(一) 挪用公款与受贿罪	254
(二) 挪用公款进行非法活动构成其他犯罪的情况	256
九、挪用公款罪与贪污罪的界限	257
(一) 挪用公款罪与贪污罪的一般界限	257
(二) 公款私存、坐吃利息的行为性质	260
(三) 挪用公款进行高风险非法活动的性质	262

(四) 故意内容转化后的行为性质	262
(五) 有能力归还公款而不归还的性质	263
(六) 携带挪用的公款潜逃行为性质	264
第三章 受贿罪	270
一、受贿罪的客体和对象	275
(一) 受贿罪的客体	275
(二) 受贿罪的对象	279
二、受贿罪的客观方面	293
(一) 利用职务之便	293
(二) 索取、收受贿赂	310
(三) 为他人谋利益	316
三、受贿罪的主观方面	327
(一) 受贿罪主观方面的罪过形式	327
(二) 受贿故意的认识因素	329
(三) 受贿故意的意志因素	331
四、受贿罪的主体	331
(一) 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	332
(二) 受委托经营、管理国有资产的人员	333
(三) 国有金融机构工作人员	334
五、斡旋受贿的认定	335
(一) 斡旋受贿概述	335
(二) “行为人利用本人职权或者地位形成的便利条件” 的理解	338
(三) “不正当利益”的认定	344
(四) 离退休的国家工作人员能否成为斡旋受贿犯罪的 主体	351
(五) 斡旋受贿的主观方面	353
六、经济受贿的认定	354

(一) 回扣、手续费的概念	355
(二) 关于回扣、手续费法律性质的争论	356
(三) 作为受贿处理的回扣、手续费的特征	359
七、受贿罪的既遂未遂的认定	363
(一) 受贿罪既遂未遂的认定标准	363
(二) 受贿未遂的处理	365
八、共同受贿的认定	366
(一) 数个国家工作人员共同受贿的认定	367
(二) 国家工作人员与家属共同受贿的认定	369
(三) 国家工作人员同与其有特殊关系的人共同受贿的 认定	375
九、受贿案件的罪数	380
十、受贿罪罪与非罪的界限	385
(一) 收受“礼金”、“红包”行为的定性	385
(二) 人情往来与受贿	390
(三) “事后受贿”的认定	392
(四) 行为人退还或者上缴贿赂款的处理	396
(五) 科技活动中贪污受贿与合法收入的界限	404
(六) 亲属间的贿赂案件的认定	412
(七) 受贿与借款的界限	414
十一、受贿罪此罪与彼罪的界限	417
(一) 敲诈勒索与索贿	417
(二) 受贿罪与诈骗罪的界限	421
(三) 贪污与受贿之界限	424
第四章 行贿罪	430
一、行贿罪的基本构成要件	432
(一) 行贿罪的客体	432
(二) 行贿罪的客观方面	433
(三) 行贿罪的主体	436

(四) 行贿罪的主观方面	441
二、经济行贿的有关问题	442
三、行贿罪的既遂未遂界限	445
(一) 行贿罪既遂未遂的区分标准	445
(二) 通过家属行贿行为的既遂未遂问题	448
(三) 介绍贿赂者转交贿赂案件的既遂未遂问题	448
(四) 退还贿赂行为对行贿的影响问题	449
(五) 行贿对象的认识错误	450
四、行贿案件的罪数	450
五、关于被追诉前主动交待的处理	452
(一) “被追诉前”的时间界定问题	452
(二) 行贿人在“被追诉前主动交待”是否属于自首	453
(三) 主动交待行贿的同时揭露受贿人的受贿犯罪是否 立功	453
六、关于行贿罪查处较少的原因分析	455
第五章 介绍贿赂罪	457
一、介绍贿赂罪是否为独立的罪名	457
二、介绍贿赂罪的构成要件	459
(一) 介绍贿赂罪侵害的客体	459
(二) 介绍贿赂罪的客观方面	460
(三) 介绍贿赂罪的主观方面	461
(四) 介绍贿赂罪的主体	463
三、介绍贿赂案件罪与非罪的界限	463
四、介绍贿赂罪与行贿受贿罪的共犯	465
(一) 介绍贿赂罪与行贿、受贿罪共犯的关系	465
(二) 介绍贿赂罪与行贿、受贿罪共犯的区别	467
五、虚假介绍贿赂和劫贿行为的处理	470
(一) 虚假介绍贿赂行为的处理	470

(二) “劫贿”行为的处理	471
六、介绍贿赂以介绍贿赂罪定罪是否重罪轻判	472
第六章 巨额财产来源不明罪	474
一、巨额财产来源不明罪的立法评价	475
二、关于本罪的罪名	479
三、巨额财产来源不明罪的构成要件	480
(一) 巨额财产来源不明罪的客体	480
(二) 巨额财产来源不明罪的客观方面	482
(三) 巨额财产来源不明罪的主体	492
(四) 巨额财产来源不明罪的主观方面	499
四、以巨额财产的来源不明获罪后, 又查清其财产来源的 处理	501
五、关于证明责任问题	504
六、巨额财产来源不明罪的法定刑	505
第七章 私分国有资产罪	507
一、私分国有资产罪的客体 and 对象	508
(一) 私分国有资产罪的客体	508
(二) 私分国有资产罪的对象	509
二、私分国有资产罪的客观方面	513
(一) “以单位的名义”的理解	514
(二) “集体私分给个人”的认定	514
(三) “数额较大”的认定	518
三、私分国有资产罪的主观方面	519
四、私分国有资产罪的主体	520
(一) 关于主体的性质	520
(二) 关于主体的范围	521
(三) 关于是否将单位列为被告人	522
五、私分国有资产罪与贪污罪的界限	522
六、私分国有资产罪与徇私舞弊低价折股、出售国有资产	

罪的界限	525
第八章 贪污贿赂犯罪其他罪名	528
第一节 单位受贿罪	528
一、单位受贿罪的构成要件	529
(一) 单位受贿罪的客体	529
(二) 单位受贿罪的客观方面	530
(三) 单位受贿罪的主体	531
(四) 单位受贿罪的主观要件	532
二、单位受贿与个人受贿的界限	533
(一) 单位分支机构受贿的性质	533
(二) 盗用单位名义实施犯罪, 违法所得中饱私囊的 行为	534
(三) 单位受贿以后将贿赂私分案件的处理	536
第二节 对单位行贿罪	537
一、对单位行贿罪的构成要件	538
(一) 对单位行贿罪的客体 and 对象	538
(二) 对单位行贿罪的客观方面特征	539
(三) 对单位行贿罪的主体	539
(四) 对单位行贿罪的主观方面	539
二、对单位行贿罪与行贿罪的区别	540
第三节 单位行贿罪	540
一、单位行贿罪的构成要件	541
(一) 单位行贿罪侵害的客体	541
(二) 单位行贿罪客观方面的特征	541
(三) 单位行贿罪的主体特征	542
(四) 单位行贿罪的主观方面	544
二、单位行贿罪与行贿罪的区别	544
第四节 隐瞒境外存款罪	545
一、隐瞒境外存款罪的罪名	546

二、隐瞒境外存款罪的构成要件·····	546
(一) 隐瞒境外存款罪侵害的客体 and 对象·····	546
(二) 隐瞒境外存款罪的客观方面·····	548
(三) 隐瞒境外存款罪的主体·····	549
(四) 隐瞒境外存款罪的主观方面·····	550
三、隐瞒境外存款罪的罪数·····	551
第五节 私分罚没财物罪·····	552
一、私分罚没财物罪的客体 and 对象·····	552
二、私分罚没财物罪的客观方面·····	553
三、私分罚没财物罪的主体·····	555
四、私分罚没财物罪的主观方面·····	556
附录一：主要参考法律、立法、司法解释·····	557
附录二：主要参考文献·····	559

第一章 贪污罪

关于贪污罪的立法在我国法制建设的进程中，也有一个发展变化的过程。建国初期的1952年，中央人民政府颁布的《中华人民共和国惩治贪污条例》第2条曾规定：“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、骗取、套取国家财物，强索他人财物，收取贿赂以及其他假公济私的违法取利之行为，均为贪污罪。”因此，该条例中所称的贪污罪也是泛指一切公职人员贪财图利的渎职行为，包括公职人员的侵吞行为、受贿行为和国家工作人员的敲诈勒索行为。1979年制定的中华人民共和国第一部刑法典，将贪污与受贿分立罪名，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，是贪污罪。使贪污罪成为刑法中的一个独立的具体罪名。由于1979年刑法对贪污罪的规定采取的是简单罪状的立法方式，实施中出现了许多疑难问题。最高人民法院、最高人民检察院于1985年7月8日制发了《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》，有针对性地明确了贪污罪认定中的一些界限。1988年1月21日全国人大常委会共同颁行了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（本章以下简称为《补充规定》）明确：国家工作人员、集体经济组织的工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员，利用职务上的便利，侵吞、盗窃、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。在立法上进一步明确了贪污罪的概念和构成要件。1989年1月6日，最高人民法院、最高人民检察院制发了《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《解答》),对贪污罪主体范围、共同贪污数额以及多次贪污的数额认定又作了具体解释,使贪污罪的内涵和外延进一步明确。1995年,全国人大常委会制定了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(本章以下简称为《决定》),根据主体身份的不同,对贪污罪进行了分解和调整,使贪污罪的内涵、外延更加明确,而且打击的重点也更加集中。

1997年刑法修订前,理论界对贪污罪的存废曾有过争论。一部分学者主张废除贪污罪罪名,其理由是:贪污罪的设立表明在刑事立法上对国家工作人员从严惩处的原则,但在司法实践中,这一原则不仅得不到贯彻,处罚反而要轻。这主要体现在贪污罪与盗窃罪、诈骗罪在定罪量刑所要求的数额的悬殊上。为此,在立法上应撤销贪污罪的罪名,而把其包含的几种行为方式分别纳入其他犯罪。^①但也有相当部分的学者认为,贪污罪这一罪名已经约定俗成,在这种情况下,取消贪污罪几乎是不可能的,难以为社会所接受。^②1997年修订后的刑法吸收了《补充规定》和《决定》的内容,仍然将贪污罪作为一个独立的具体罪名加以规定,并作了补充和完善。

现行刑法规定了多种类型的贪污,并扩展为以下数个条文:

1. 第382条规定了两种贪污罪的概念和基本构成特征:(1)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,是贪污罪(第1款);(2)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行为,以贪污论处(第2款);

2. 第383条规定了贪污罪的刑罚运用,这对所有类型的贪污罪都适用;

^① 参见赵秉志主编:《刑法修改研究综述》,中国人民公安大学出版社1990年版,第330页。

^② 陈兴良著:《刑法疏议》,中国人民公安大学出版社1997年版,第620页。