



司法疑难问题研究丛书

肖中华 著

贪污贿赂罪 疑难解析



上海人民出版社

司法疑难问题研究丛书

肖中华 著

贪污贿赂罪 疑难解析



上海人民出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污贿赂罪疑难解析/肖中华著.

—上海: 上海人民出版社, 2006

(司法疑难问题研究丛书)

ISBN 7-208-06190-4

I. 贪... II. 肖... 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(2006)第 027519 号

责任编辑 曹培雷

封面装帧 王小阳

· 司法疑难问题研究丛书 ·

贪污贿赂罪疑难解析

肖中华 著

世纪出版集团

上海人民出版社出版

(200001 上海福建中路 193 号 www.ewen.cc)

世纪出版集团发行中心发行 上海颀辉印刷厂印刷

开本 635×965 1/16 印张 22 插页 4 字数 298,000

2006 年 4 月第 1 版 2006 年 4 月第 1 次印刷

印数 1-4,250

ISBN 7-208-06190-4/D·1063

定价 36.00 元

前言

本书在性质上属于刑法规范解释读本,内容以我国刑法分则第八章贪污贿赂罪涉及的司法实务疑难争议问题为核心。

一个国家法学的发展、发达和繁荣,最重要的标志应当是法律解释的完美程度,而不是对立法批判的激烈程度。因为立法的研究固然重要,但面对现行的法律,我们要做的第一件事情就是解释它,第二件事情才是批判它、完善它。如果解释不好、解释中不能发掘问题,要想客观地批判它自然也是一句空话,批判的结论对于立法也无多少实益。鉴于司法和立法的两面性,在本书中,我试图从解释论的立场对贪污贿赂罪中的疑难问题展开研究,只对法律适用予以解析,原则上不对立法善恶进行评价。

关于适用或者解释法律的空间,在许多人看来,法律学者和司法人员对待法律的区别在于前者可以不受法律的约束而后者必须恪守规范的框架。而在我看来,这是一个误区。法律的含义“应该是怎样”在法律学者和司法人员之间标准完全是一致的,如果学者为了标新立异而随心所欲地解释法律,其结果便是不负责任的,对司法实践祸害无穷。如果司法人员为了弥补漏洞而不顾正确理论引导、自命

不凡地适用法律,其结果也会是糟糕的。法律学者应该从形形色色的个案寻找普遍公正的规律,司法人员应该善于将普遍的法则运用于个案。本书的写作,力图实现这样的目的,但作者的诸多观点也是探索性的,错误之处诚望读者批评赐教!

为了给读者一个清新、使用的读本,我的研究直奔问题要点。

为了便于读者研析切磋,本书体例章下一级标题直接标明问题要点,不同于历来分则著述中“概念、特征、构成要件”的程式。由于一些问题内容庞杂,有的标题略显冗长,也只能如此。为了方便读者了解法律依据,在论述有关问题时,本书在阐明作者观点的同时,尽量完整地引用刑法立法解释和司法解释并就其进一步的理解适用予以展开,但有些地方因行文不便未能引用,所以在本书的最后收录了贪污贿赂罪司法认定的相关法律、法规以及立法、司法解释。

目 录

前 言 / 1

第一章 贪污贿赂罪主体的认定 / 1

一、国家机关工作人员的界定 / 2

(一) 中国共产党机关、人民政协机关的工作人员,是否属于国家机关工作人员 / 3

(二) 非国家机关所设的具有国家机关性质的机构和行政性公司、事业单位中从事管理活动的人员,是否国家机关工作人员 / 5

(三) 刑法第九十三条第一款与第二款的关系 / 6

二、准国家工作人员的界定 / 12

(一) 国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员 / 12

(二) 国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员 / 14

(三) 其他依照法律从事公务的人员 / 19

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的界定 / 26

四、离、退休国家工作人员可否成立受贿罪(兼及事后受贿) / 31

五、巨额财产来源不明罪的主体是否仅限于国家机关工作人员 / 34

六、“非法”的国家工作人员可否成立贪污贿赂罪 / 35

第二章 贪污罪 / 38

- 一、贪污罪的对象是否包括不动产、无形财产、违禁品和非法财物 / 38
 - (一) 不动产 / 38
 - (二) 无形财产 / 44
 - (三) 违禁品 / 46
 - (四) 非法财物 / 47
- 二、“名为国有、实为个人所有”的公司、企业财产可否成为贪污罪对象 / 48
- 三、将个人财产风险转嫁给所在单位使公共财物遭受损失的，是否成立贪污罪 / 50
- 四、国有企业承包活动中的贪污罪认定 / 52
- 五、“利用职务上的便利”之含义 / 55
- 六、贪污罪与职务侵占罪的区分 / 61
- 七、公司、企业等单位中不同身份人共同犯罪的定性 / 70
- 八、国有公司、企业转制过程中贪污罪的认定 / 79
 - (一) 债权能否作为贪污罪对象 / 80
 - (二) 隐匿国有财产并转入自己占有股份的股份制公司行为的定性 / 82
 - (三) 隐匿公共财产成立的贪污罪的既遂与未遂 / 90
 - (四) 国企改制前后分别隐匿企业资金，改制后非法占有部分资金，且无法区分资金性质的行为定性 / 95
 - (五) 帮助作假的中介组织人员，可否成立贪污罪的共犯 / 96
- 九、贪污罪的犯罪起点数额及共同贪污中各共同犯罪人犯罪数额的计算 / 96
 - (一) 贪污罪的犯罪起点数额 / 97
 - (二) 共同贪污中各共同犯罪人犯罪数额的计算 / 99
- 十、贪污罪与为亲友非法牟利罪的区分 / 103

第三章 挪用公款罪 / 108

- 一、挪用公款罪的对象性质(及挪用公款罪与挪用资金罪的区分) / 108
- 二、非特定公物、有价证券、金融票证可否作为挪用公款罪的对象 / 110
- 三、国有证券公司工作人员利用职务上的便利挪用客户资金归个人使用,是否挪用公款 / 114
- 四、单位集体讨论、为单位利益而挪用公款行为的定性 / 116
- 五、“挪用公款归个人使用”的含义 / 117
- 六、挪用公款给国有、集体企业承包者、租赁者用于该企业的,能否认定为挪用公款罪 / 123
- 七、“超过三个月未还”的含义 / 123
- 八、挪用公款进行营利活动与进行非法活动的区别 / 124
- 九、“挪而未用”案件的定性 / 127
- 十、挪用公款罪与贪污罪的区分、挪用公款罪转化为贪污罪的条件 / 131
- 十一、挪用人 与使用人构成共犯的认定 / 135
- 十二、挪用公款罪的牵连犯形态 / 137
- 十三、挪用公款罪与挪用特定款物罪的区别 / 138
- 十四、多次挪用公款犯罪数额的计算 / 138
- 十五、挪用公款罪是否为继续犯 / 143

第四章 受贿罪 / 146

- 一、受贿罪的对象是否包括财产性利益 / 146
- 二、“利用职务上的便利”之含义 / 149
 - (一)“利用职务上的便利”是否仅限于利用本人职务上的便利 / 149
 - (二)“利用本人职权或者地位形成的便利条件”的界定 / 157
- 三、受贿罪中“为他人谋取利益”的构成地位及“他人”的

含义 / 160

四、“为请托人谋取不正当利益”的界定 / 168

五、“事后受财”行为是否构成受贿罪 / 170

六、“索而未取”、“收而不受”、“受而不收”等情况的处理 / 172

(一)“索而未取”的处理 / 173

(二)“收而不受”的处理 / 174

(三)“受而不收”的处理 / 177

(四)“案发前退回财物的或将财物交公的”是否影响“收受”的成立 / 179

七、科技人员受贿案件认定中的疑难问题 / 183

(一)科技人员利用自己所掌握的关键技术上的便利是否可以理解为利用职务上的便利 / 183

(二)科技人员在技术咨询等活动中,提供了合同约定以外的技术服务或劳务,收取相应报酬的处理 / 184

(三)如何区分既具有管理职务又具有技术职务的科技人员“利用职务上的便利” / 184

八、涉及有价证券、股票受贿案件认定中的疑难问题 / 185

(一)何时为受贿罪的既遂点 / 186

(二)如何认定涉及有价证券和股票受贿案件的犯罪数额 / 186

(三)股票价格的涨跌能否影响受贿罪数额的构成 / 186

(四)无效发行导致受贿股票的失价性能否影响受贿罪的认定 / 187

(五)股票的转让方式对受贿罪的认定有无影响 / 188

(六)股票盈利性和风险性是否影响受贿数额 / 189

九、涉及“人情往来”的受贿案件认定中的疑难问题 / 190

(一)贿赂与馈赠的界限 / 190

(二)受贿与受礼的界限 / 191

十、涉及借贷的受贿案件认定中的疑难问题 / 194

- 十一、国家工作人员与近亲属共同受贿的认定 / 197
 - (一) 非国家工作人员可否构成受贿罪的共犯 / 197
 - (二) 国家工作人员与近亲属共同受贿的具体认定 / 200
- 十二、“为他人谋取利益”构成犯罪的罪数认定 / 203
- 十三、受贿罪与贪污罪的界分 / 206
- 十四、国家工作人员误认为自己属于一般公司、企业人员而受贿的行为定性 / 208
- 十五、受贿人主动“检举揭发”他人贿赂犯罪事实,能否认定为立功 / 209
- 十六、受贿人受贿后将财物退还送予财物人的,是否属于“积极退赃” / 209

第五章 单位受贿罪和单位行贿罪 / 211

- 一、单位受贿罪与受贿罪、单位行贿罪与行贿罪的区分 / 211
- 二、单位的内部职能部门、下属部门或者分支机构可否成立单位受贿罪和单位行贿罪 / 215
- 三、国有单位和该单位工作人员共同受贿,以及单位和该单位工作人员共同行贿的行为处理 / 217
- 四、单位受贿罪和单位行贿罪中的“直接负责的主管人员和直接责任人员”的认定 / 219
- 五、受贿、行贿共犯单位及各单位的直接责任人员之责任分担 / 221
- 六、单位受贿“为他人谋取利益”的罪数问题 / 222
- 七、单位行贿后在被追诉前主动交代行贿行为的,可否减轻处罚或者免除处罚 / 225

第六章 行贿罪和对单位行贿罪 / 226

- 一、行贿罪和对单位行贿罪是否存在未遂 / 226
- 二、行为人对利益正当与否的主观认识是否影响行贿罪的

成立 / 228

三、私营企业主为本企业谋取不正当利益而向国家工作人员行贿的,是行贿罪还是单位行贿罪 / 228

四、单位对单位行贿的,是单位行贿罪还是对单位行贿罪 / 230

第七章 介绍贿赂罪 / 232

一、本罪的成立是否以受贿罪和行贿犯罪的成立为前提 / 232

二、本罪的成立是否要求以“谋取非法利益”为目的 / 235

三、介绍贿赂罪与受贿、行贿帮助行为的关系 / 238

四、介绍贿赂罪的既遂未遂形态 / 242

五、介绍贿赂人“劫贿”的定性 / 243

第八章 巨额财产来源不明罪 / 245

一、“司法机关无法查清巨额财产的真实来源”是否本罪的客观要件 / 245

二、“不能说明”巨额财产来源的构成要件地位和含义 / 247

三、“非法获取巨额财产”是否巨额财产来源不明罪的客观要件 / 251

四、巨额财产来源不明罪是否存在自首 / 252

五、行为人如实说明巨额财产来源于贪污受贿等犯罪,可否成立贪污受贿犯罪的自首 / 254

六、对行为人以巨额财产来源不明罪定罪处罚后,又查明行为人全部或者部分巨额财产来源于贪污、受贿的,如何处理 / 256

七、国家工作人员的亲属是否成立巨额财产来源不明罪的共犯 / 257

第九章 隐瞒境外存款罪 / 259

一、隐瞒境外存款罪的主体是否仅限于部分国家工作人员 / 259

二、“境外”的含义 / 260

三、“存款”是否仅限于外汇、合法收入 / 262

四、隐瞒境外存款罪与逃汇罪的区别 / 264

第十章 私分国有资产罪与私分罚没财物罪 / 265

一、私分国有资产罪的主体是单位还是自然人 / 265

二、国有单位的下属部门(内部职能部门)或者分支机构以及政府设立的临时性机构,可否成立私分国有资产罪 / 268

三、私分国有资产罪中的“直接负责的主管人员和直接责任人员”的含义 / 271

四、“违反国家规定”是否包括违反地方性法规等规范性文件的规定 / 275

五、私分国有资产的数额计算 / 276

六、“国有资产”与“国有财产”的关系及“国有资产”的含义、范围 / 280

七、国有单位通过欺骗手段套取上级主管部门国有资金发放职工福利、奖金、津贴的,是否构成私分国有资产罪 / 287

八、私分国有资产罪与共同贪污罪的区分、私分国有资产罪是否要求单位“人人有份” / 289

九、隐匿国有财产可否构成私分国有资产罪 / 293

十、私分罚没财物罪与私分国有资产罪的区别 / 294

附 录

贪污贿赂罪司法认定的相关法律、法规以及立法、司法解释 / 297

后 记 / 338

第一章

贪污贿赂罪主体的认定

在刑法分则第八章贪污贿赂罪的 12 种具体犯罪中,贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、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 7 种犯罪的主体只能是自然人,其中行贿罪和介绍贿赂罪的主体为一般主体,其余 5 种犯罪的主体为特殊主体。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 4 种犯罪的主体只能是单位,其中单位受贿罪和私分国有资产罪的主体仅限于国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体,私分罚没财物罪的主体仅限于司法机关和行政执法机关。对单位行贿罪的主体既可以是自然人,也可以是单位,但刑法对于自然人和单位没有特殊身份或特定性质的要求。

本章着重对贪污罪、挪用公款罪、受贿罪、巨额财产来源不明罪和隐瞒境外存款罪 5 种犯罪的特殊主体认定问题进行论述,对于其余各种犯罪的主体认定中存在的疑难问题,在后面有关犯罪的章次中分别论述。

从刑法的规定看,挪用公款罪、受贿罪、巨额财产来源不明罪和隐瞒境外存款罪的主体都是“国家工作人员”,贪污罪的主体主要也是“国家工作人员”,但它与上述 4 罪又存在差别。刑法第三百八十二条第二款规定:“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。”从而将“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”亦纳入贪污罪的主体范围。由于贪污罪、受贿罪和巨额财产来源不明罪客观要件的特殊性,使得认定这几种犯罪的主体时存在一些侧重点不同的问题。下面主要从总体上谈谈“国家工作人员”的认定,同时结合贪污罪、受贿罪和巨额财产来源不明罪的特点,论述其中的特性问题。

一、国家机关工作人员的界定

在刑法中,挪用公款罪、受贿罪、巨额财产来源不明罪和隐瞒境外存款罪的主体都表述为“国家工作人员”,贪污罪的主体也主要由“国家工作人员”构成。根据刑法第九十三条的规定:“本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员”(第一款);“国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论”(第二款)。在理论上,第一款所指的人员,被称为严格意义上的国家工作人员或“国家机关工作人员”;第二款所指的人员,被称为准国家工作人员。

2003年11月3日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》指出:“刑法中所称的国家机关工作人员,是指在国家机关中从事公务的人员,包括在各级国家权力机关、行政机关、司法机关和军事机关中从事公务的人员。”对于这类人员的界定,在以往的刑法理论研究中探讨不多。但是,在司法实务中,围绕这类人员的认定,实际上也产生了值得研究的疑难问题。特别是修订刑法施行后,最高人民法院、最高人民检察院制发了若干有关渎职犯罪主体界定问题的《批复》和《解释》,全国人大常委会也于2002年12月28日通过了《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》,^①这些刑法解释虽然不是针对贪污贿赂罪所作,但是凡能够

^① 顺便指出,因为我国刑法总则与分则“章”的序号分别排列,故该《解释》的名称应为《关于〈中华人民共和国刑法〉分则第九章渎职罪主体适用问题的解释》,方为贴切。

认定为国家机关工作人员的人员,均可以成为贪污罪、挪用公款罪、受贿罪等罪的主体,因而对有关人员的性质认定,直接涉及贪污贿赂罪的主体问题,不免引发贪污贿赂罪主体理解上的分歧。兹一并评释:

(一) 中国共产党机关、政协机关的工作人员,是否属于国家机关工作人员

中国共产党是我国执政党,人民政协是参政议政机构。但是,从实践的情况看,对于中国共产党的机关、政协机关的工作人员是否属于国家机关工作人员,存在较大的争议。有人持肯定态度,认为在我国,这些机构的经费来自于国家的财政拨款,组成人员在编制、福利待遇等方面和国家权力机关、行政机关、司法机关完全相同,而且这些机构及其成员实际上或部分行使着国家机关的职权,在国家事务中具有十分重要的作用,因此,这些机构虽然不是国家机关,但应当以国家机关论,其中的工作人员也应当“以国家机关工作人员论”,属于“准国家机关工作人员”。有人则竭力反对,认为根据我国宪法的规定,这些机构并不属于国家机关,相应地,在这些机构中从事管理的人员不是国家机关工作人员,他们属于刑法第九十三条第二款所讲的“其他依照法律从事公务的人员”,可以对其利用职务上的便利非法侵占本单位财物、挪用公款和受贿的行为,按照贪污罪、挪用公款罪、受贿罪定罪处罚,但不可以构成渎职罪。

由此看来,确定国家机关的含义,是认定国家机关工作人员的前提。对于何为“国家机关”,我国目前没有法律明文规定。从当前的司法实践来看,“国家机关”的界定,主要在于如何理解宪法中的“国家机构”与刑法中的“国家机关”的关系。在我国宪法中,没有使用“国家机关”这一概念,但却使用了“国家机构”。根据宪法第三章的规定,我国国家机构包括七种,即全国人民代表大会、中华人民共和国主席、国务院、中央军事委员会、地方各级人民代表大会和地方各级人民政府、民族自治地方的自治机关、人民法院和人民检察院。

司法实务和理论界有人认为,刑法中所谓“国家机关”,应当在宪法中寻找根据,因此“国家机关”理应是指根据宪法的规定而设立的

这些“机构”。而从严格意义上说,中国共产党机关和人民政协机关,都不属于宪法规定的国家机构,因此也不属于刑法中的国家机关,其中的工作人员也自然不属于国家机关工作人员。

笔者认为,从我国政治生活的实际情况看,国家机关并不限于宪法所规定的国家机构。宪法中国家机构的设置,主要是为了将属于人民的权力通过人民代表大会和其他国家机构的职权予以充分实现,体现的是国家权力的配置、各种权力部门的职权范围及其相互关系。而刑法中规定“国家机关”、将国家机关工作人员作为某些犯罪的主体,强调的是身份背后体现的实际职权,利用这种职权或背离这种职权实施的犯罪行为值得非难,所以,刑法中的“国家机关”,应当从另一个角度来理解,即应指具有行使国家管理社会公共事务权力的组织,是事实上行使公共管理职能的具体主体。所以,刑事司法实践中,应当将国家机关界定为:在国家政治或者社会生活中具有重要作用,行使公共组织、管理、监督、协调职能的机构。凡是符合这一概念内涵的组织或机构,都应理解为刑法所规定的国家机关。而根据我国实际情况,中国共产党的机关、人民政协机关,就是在国家政治或者社会生活中实际行使公共组织、管理、监督、协调职能的组织,应当属于刑法中所说的“国家机关”,所以其中的工作人员也应当属于国家机关工作人员。

上述肯定说的观点把中国共产党的机关、政协机关的工作人员视为“准国家机关工作人员”,进而以此为根据认为他们就属于“国家机关工作人员”,论证逻辑上有所欠缺,因为刑法并没有规定“以国家机关工作人员论”的一类人员,人为地归纳出一类“以国家机关工作人员论”的人员,于法无据。

需要指出,中国共产党机关、人民政协机关的工作人员属于刑法所讲的国家机关工作人员,是从总体上而论的。由于中国共产党的机关、政协机关还存在级别、建制问题,因此是否任何级别、建制的机构都应视为国家机关,还需要进一步具体分析。笔者认为,原则上,与各级行政建制相对应的乡(镇)级以上的中国共产党机关、县级以上人民政协机关的工作人员都应视为国家机关工作人员,其他级别

较低的中国共产党的机关中的工作人员,除非其受国家机关聘请在该机关中从事公务时属于国家机关工作人员,否则不宜视为国家机关工作人员。比如,目前,在一些沿海经济发达地区,有的私有企业也建立有中国共产党的组织,这些组织中的工作人员如果不是依法直接受聘从事公务,就不属于国家机关工作人员。

(二) 非国家机关所设的具有国家机关性质的机构和行政性公司、事业单位中从事管理活动的人员,是否国家机关工作人员

由我国特殊的政治和经济体制决定,在我国,存在一些非国家机关所设的、具有国家机关性质的机构和行政性公司、事业单位。如我国铁路、林业、农垦、油田等系统内设立的公安机关、人民检察院、人民法院、监察机关和新疆生产建设兵团,它们都属于企业编制,经费来自于本系统、企业自身的经营收入;其中在上述机关中从事公务的人员享受的福利待遇,也是企业性质的。又如我国专利局、气象局、地震局、科学院等单位,属于行政性事业单位编制,但具有行政性质的公共管理职能。再如,国家的烟草公司和烟草专卖局,实际上是一套人马两块牌子,类似此种具有行业垄断地位的大型国有公司,往往也具有一定的公共事务管理、协调职能。那么,这些单位的工作人员能否视为国家机关工作人员呢?

笔者认为,从前述关于国家机关的概念出发,凡是非国家机关所设的具有国家机关性质的机构,以及具有公共管理职能的事业单位,都应当纳入“国家机关”的范畴。全国人大常委会《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》明确指出:“在依照法律、法规规定行使国家行政管理职权的组织中从事公务的人员,或者在受国家机关委托代表国家机关行使职权的组织中从事公务的人员,或者虽未列入国家机关人员编制但在国家机关中从事公务的人员,在代表国家机关行使职权时,有渎职行为,构成犯罪的,依照刑法关于渎职罪的规定追究刑事责任。”最高人民检察院 2000 年 4 月 30 日《对〈关于中国证监会主体认定的请示〉的答复函》援引中央机构编制委员会办公室的意见:“中国证券监督管理委员会为国务院直属事业单位,是全国证券期货市场的主管部门。其主要职责是统一管理