

刑法学前沿

董邦俊◎著

TAN WU ZUI
XIN LUN

贪污罪 新论



贪污犯罪是困扰人类社会的沉痾痼疾。作者以服务实践为目的,运用多学科的研究方法,对古今中外贪污罪的规定进行全面、系统介绍和深入比较分析,提出了新颖、可行的立法建言。视野开阔,资料翔实,观点独到,对研究贪污罪具有重要的参考价值。

中国方正出版社

刑法学前沿

贪污罪新论

董邦俊 著

中国方正出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污罪新论/董邦俊著. —北京: 中国方正出版社, 2004.8

(刑法学前沿)

ISBN 7-80107-862-4

I. 贪… II. 董… III. 贪污-刑事犯罪-研究-中国

IV. D924.392.4

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2004) 第 070323 号

刑法学前沿

贪污罪新论

董邦俊 著

责任编辑: 许 杰 邹 楠

责任校对: 张 蓉

责任印制: 郑 新

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

发行部: (010) 66124758 门市部: (010) 63094573

编辑部: (010) 63099854 出版部: (010) 66510958

网 址: www.FZPress.com

责编 E-mail: zounan@fzpress.com

经 销: 新华书店

印 刷: 北京地质印刷厂

开 本: 890×1240 毫米 1/32

印 张: 13.25

字 数: 330 千字

版 次: 2004 年 8 月第 1 版 2004 年 8 月北京第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-862-4

定价: 28.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与本社发行部联系退换)

序

李希慧^{*}

贪污罪作为一种腐败犯罪，不仅侵犯公职人员的职务廉洁性，而且危及社会与政治稳定，为了巩固政权、维护统治，历代统治者无不十分重视对贪污犯罪的惩治。我国是人民民主专政的社会主义国家，国家的性质决定了国家工作人员及相关从事公务的人员必须始终廉洁奉公，所以，我国一再强调对贪污罪的打击。但是，目前贪污犯罪的形势依然严峻，这不得不引起刑法学界对贪污罪的理论与实践、立法与司法问题的深深思索。

近些年来，在我国，有关贪污罪的研究可谓成果丰硕，但仍有诸多问题尚无定论，司法实践中发生的种种疑难案件也对刑法理论和刑事立法提出了极大的挑战，这是董邦俊研究贪污罪问题的一个契机，也是他撰写本书的原因所在。

董邦俊是我指导的博士研究生，他对刑法学有着浓厚的学习兴趣与极大的研究热情，近年来他致力于探索贪污罪的有关问题，在撰写本书之前他已经发表多篇相关论文，这为本书的撰写打下了良好的基础，使得本书的不少观点建立在较长时间思考的基础之上。

^{*} 作者系武汉大学法学院教授、博士生导师、法学博士，中国法学会刑法学研究会副会长。

在我看来,《贪污罪研究》一书具有以下几个特点:

第一,体系完整,结构合理。本书对贪污罪的概念、对象、客观方面、主体、主观方面、共同犯罪、数额、量刑、过程形态、一罪与数罪以及贪污罪与相关犯罪的关系等方面进行了全面、系统、深入的分析,对贪污罪的问题进行了全方位、多角度的考察。

第二,观点鲜明、新颖。作者就目前刑法学界有关贪污罪的争议问题发表了个人的明确观点,有一些看法颇具新意,体现了作者独立思考和解决问题的能力。如关于贪污罪的概念、贪污罪的客观方面、贪污罪的主体、贪污罪的数额与量刑、贪污罪的法定刑设置,以及贪污罪在整个刑法分则体系中定位等方面的论述,即是如此。

第三,视野开阔,学科融会性强。作者没有局限在刑事法领域研究贪污问题,而是在广泛涉猎相关学科论著的基础上,运用行政法学、民法学和社会学等多个学科的知识解决贪污罪的相关问题,如有关占有的理解、知识产品的界定等问题都体现了这一特点。

第四,资料丰富、翔实。本书引用了古今中外诸多学科的大量论著,并反映了司法实践中所发生的不少情况,使得本书的理论资料和案例材料都颇为丰实。

第五,以服务实践为目的,注重理论与实践的结合。作者所探讨的很多问题是司法实践提出来的,作者在解决问题时也注重与司法实践的实际情况相结合,在注重理论本身的协调性的同时,关注理论作用于实践的可行性。

总之,《贪污罪研究》是一部具有较高学术质量和

较强实践运用性的刑法学论著。作为一名年轻学者，董邦俊能够独立完成这样的著述是值得肯定和赞许的。作为他的导师，我为他取得的这一成就深感欣慰，也希望他继续努力，进一步夯实刑法学基础，取得更多更好的研究成果。

此为序！

目 录

第一章 贪污罪概述	(1)
第一节 中国古代反贪污犯罪的立法与司法.....	(2)
第二节 外国反贪污犯罪的立法与司法.....	(14)
第三节 港、澳、台地区贪污罪的立法.....	(28)
第四节 新中国反贪污犯罪立法沿革.....	(38)
第二章 贪污罪的概念	(46)
第三章 贪污罪的客体	(55)
第四章 贪污罪的犯罪对象	(61)
第一节 贪污罪的犯罪对象概说.....	(62)
第二节 公共财物.....	(72)
第三节 以公共财物论的私人财物.....	(83)
第四节 保险金.....	(89)
第五节 单位财物 (包括公司、企业或 其他单位)	(92)
第六节 礼 物.....	(95)
第五章 贪污罪的客观方面	(106)
第一节 利用职务上的便利.....	(107)
第二节 对“利用职务上便利”属性的思考.....	(113)
第三节 “利用职务上便利”的内容.....	(121)
第四节 贪污罪的行为手段研究.....	(126)
第五节 贪污行为方式.....	(151)
第六章 贪污罪的主体	(155)
第一节 贪污罪主体的立法演变.....	(155)
第二节 国家机关工作人员.....	(163)

第三节	准国家工作人员的认定·····	(171)
第四节	特殊贪污罪的主体·····	(190)
第五节	贪污罪主体的本质属性·····	(202)
第七章	贪污罪的主观方面·····	(215)
第一节	贪污罪的罪过形态·····	(215)
第二节	贪污罪的犯罪目的·····	(225)
第三节	贪污罪的犯罪动机·····	(233)
第八章	贪污罪的共同犯罪·····	(242)
第一节	关于贪污共犯的刑事立法·····	(242)
第二节	对共同贪污犯罪的一般理解·····	(244)
第三节	具有不同特殊身份者的共同 贪污犯罪问题·····	(251)
第四节	不同身份者(混合主体)的共同 贪污犯罪问题·····	(256)
第九章	贪污罪的数额·····	(264)
第一节	贪污罪数额的概念·····	(264)
第二节	贪污罪数额的分类·····	(274)
第三节	贪污罪数额的计算·····	(294)
第十章	贪污罪的量刑·····	(299)
第一节	贪污罪量刑的原则·····	(299)
第二节	贪污罪量刑上有关数额的规定·····	(303)
第三节	贪污罪量刑上有关情节的认定·····	(307)
第十一章	贪污罪的犯罪过程形态·····	(315)
第一节	贪污罪的犯罪过程形态概述·····	(315)
第二节	贪污罪是否存在未遂·····	(317)
第三节	贪污罪既遂与未遂的认定·····	(321)
第四节	贪污罪既遂与未遂的构成特征·····	(330)
第五节	贪污罪未遂认定与处理·····	(335)
第十二章	贪污罪的一罪与数罪形态·····	(338)
第一节	贪污罪的一罪类型·····	(338)

第二节 贪污罪的数罪形态区分·····	(346)
第十三章 贪污罪与相关犯罪之关系·····	(348)
余论 贪污罪的完善立法与立法完善·····	(379)
后 记·····	(411)

第一章 贪污罪概述

贪污罪作为一种严重的职务犯罪行为，历来是国家统治阶级为了协调统治关系，维护阶级统治予以打击的重点犯罪。马克思、恩格斯在《德意志意识形态》一书中曾经指出：“犯罪——孤立的个人反对统治关系的斗争，和法一样，也不是随心所欲的产生的。相反地，犯罪和现行的统治都产生于相同的条件。同样也是那些把法和法律看作是某些独立、自在的一般意志的统治的幻想家才会把犯罪看成单纯是对法和法律的破坏。”^① 基于生产力与生产关系、经济基础与上层建筑的原理，在一个国家的不同历史时期、不同统治阶级都会对贪污罪这一腐蚀其整体机能的犯罪行为作出不同方式的回应。不同的法律规则、社会制度应运而生，以资国家公务人员（古代的官吏）遵守。如此，使社会（统治阶级）形成一个和谐的整体。^② 我们认为对贪污罪的研究既不能割断历史，也不能回避现实。贪污罪是国际公害，特别是加入 WTO 后的中国，加强对反贪污犯罪理论与实践的学习具有重要意义。而古今中外的反贪污罪的立法与司法实践都是值得我们借鉴的，这无疑有利于我国的反贪污犯罪的立法与司法，进而推动这一系统工程的建设。鉴于此，我们对贪污罪的立法与司法作一比较研究。

① 《马克思恩格斯全集》（第3卷），人民出版社，第379页。

② 参见信春鹰：《人为什么要遵守规则》，载《法学家茶座》（2），山东人民出版社 2003 年第 2 期。

第一节 中国古代反贪污犯罪的 立法与司法

我国对反贪污罪的立法有悠久的历史，有刑便有贪污罪的规定。刑缘何而起？关于中国古代刑法的起源有刑起于兵说、刑出于天说、源于苗民说、刑以定纷止争说、刑法源于人的罪恶性说等，^①但归根结底刑产生于私有制的产生，国家的出现。于是，便有了统治阶级与被统治阶级的斗争（犯罪）。犯罪和刑罚是对立的统一体，马克思说罪犯不仅产生犯罪，而且还产生刑法。^②由于贪污犯罪关系政治之隆污、人心之向背，故历代王朝莫不以肃清贪污为安邦定国之要务。历朝刑法都对贪污罪予以处罚之规定。所不同者，仅是犯罪形态与贪污犯罪率高低之差别而已。古代称此等犯罪为“贪墨”或“犯赃”或“贪赃枉法”。^③总之，它属于官吏赃罪，这种犯罪现象可谓古已有之。历史学家称一部中国二十四史是相斲史，但从另外一个角度看，则又是一部贪污史。^④

在我国，对贪污罪的规定已经有悠久的历史，尽管当时并没有贪污罪的罪名。中国对贪污罪的规定最早可以追溯到距今约4000年的夏朝。《左传·昭公十四年》引《夏书》：“昏墨贼杀，皋陶之刑也。”所谓墨，根据《左传》，春秋时期晋国叔向的解释是“贪以败官为墨”，就是贪污受贿，把“墨”罪与杀人越货的“贼”罪同等处罚，犯者处死刑。最早见诸文献的反

① 参见张晋藩、王志刚等：《中国刑法史新论》，人民法院出版社1992年版，第16—21页。

② 参见《马克思恩格斯全集》（第26卷），人民出版社，第415页。

③ 参见蔡墩铭（台）著：《刑法分则论文选集》，五南图书出版公司1984年版，第40页。

④ 参见王亚南著：《中国官僚政治研究》，中国社会科学出版社1981年版，第117页。

贪立法是在商朝。《尚书·伊训》中记载，为了维护统治阶级的整体利益，商朝制定官刑，打击、预防统治阶级集团内部的职务犯罪，规定了“三风十愆”罪，“三风”即巫风、淫风、乱风，指沉湎歌舞，贪财好色。“三风十愆”是严重危害统治阶级利益的犯罪，法律对此是严厉禁止的，根据《尚书·伊训》，“臣下不匡，其刑墨”。其中有“殉于货色”一条，即贪求财物美色，并规定凡国君有犯而臣下不加劝谏、匡正者，就得处以墨刑。可见贪污犯罪在商朝已被视为关系国家存亡的重大犯罪。商朝奴隶制法中关于惩治贪污罪的内容已经初具规模，并以峻残而著称。西周时期，根据《尚书·吕刑》的记载，《吕刑》规定了“五过之疵，惟官，惟反，惟内，惟货，惟来，其罪惟均。”这里的“惟货”、“惟来”就是贪污贿赂罪的规定。其中，“惟货”是指贪赃枉法，“惟来”是指求情请托。这是中国最早的关于司法官吏的行为规范和惩处办法，即司法官员贪污勒索、接受请托的，其罪责与罪人相同。战国时期，贪污现象更为普遍。魏国李悝制订了《法经》，在其第五篇《杂法》中规定了“借假不廉”，即贪污犯罪行为。

总的说来，由于先秦时期，奴隶制国家尚处在人阶级社会的早期，法律部门较少，条文规定不足，而且民刑不分。惩治贪污腐败犯罪行为尚在摸索之中，有关贪污犯罪的法律正处于萌芽阶段，对贪污、贿赂侵犯公私财物的行为杂而不分，缺乏系统。并且有关材料保存的不多，因此难以探究这一时期惩治贪立法的全貌。

到了秦汉时期，由于中央集权专制政体的确立，使君主专制政体得以巩固。自商鞅变法至秦统一，秦朝崇尚法家“明主治吏不治民”之说，提倡“吏道”，重视“吏治”，以保证国家机器的正常运转。秦王朝进一步确认和完善了封建官僚制度，依据《睡虎地·秦墓竹简》的记载，为吏之道需要“五善”。秦代法律中有“府中公金钱私贷用之与盗同法”，这实际上是指封建官吏“监守自盗”的贪污犯罪的规定。秦律还规定，如果

在清查粮草中，不把多出或不足部分如实上报，或私下将多出部分补不足部分，都认为是贪污行为。

封建统治是以封建经济为基础的，官僚集团是地主阶级政治上的代表，官僚的成分往往就是地主，整个官僚集团连同他们所代表的地主阶级占有全国绝大部分土地。很多官吏除做地主外，还兼为商贾、高利贷者。国家在各地方设官职以掌兵、刑、钱、谷等，并依靠地主官吏作为全部封建统治的基础。根据《汉书·食货志》的记载，“今法律贱商人，商人已富贵矣”。这种事实不能不对做官者产生极大诱惑，亦官亦商，官商结合，企图富贵两全。^①再加上，随着经济活动的扩展，国家对各项经济活动加大干预力度，许多官吏又成为经济的控制者，这必然为封建官吏提供了生财发家的大好机会。《后汉书·左雄传》谓当时“乡官部吏……廉者取足，贪者充家”。《汉律》中有“主守而盗，值十金弃市”之罪，即贪污罪的规定。汉代对贪污官吏的处罚不仅及其本身，而且规定“三代禁錮”，即其三代之内的子孙也不得为官。

秦汉两代反贪法律经过初步发展，其罪名不断增多而且日趋完善，如“主守自盗，放散官钱，巧取豪夺”等都被后世广为沿用。同时对贪污犯罪的量刑也有了明确的规定，如“主守自盗，直十金弃市”。而且，法律对贪污行为的规定也较为详细，许多我们现在的法律不认为是贪污的行为，如利用职权进行贸易活动，贱买贵卖，在当时“皆坐赃为盗，没赃而迁徙免罢之”，这也值得我们今天的立法者借鉴。

魏晋南北朝时，张斐《晋律注》简明扼要地解释了《刑明》中20种以上主要罪名的基本含义，《魏律》十八篇专列《请贼》、《偿赃》二篇，既反映了惩治贪污贿赂之法的细密，也反映了贪污贿赂行为的普遍。晋时注解法律盛行，推动了法

^① 参见张晋藩、王志刚等著：《中国刑法史新论》，人民法院出版社1992年版，第69页。

学发展,将其中“贪猎不义之财为赃罪”。“货财之利”谓之赃,^①使贪污罪的概念规范化。《魏律》对贪污犯罪处罚极重,罪不致死者,虽遇赦,仍禁锢终身,轻者20年。

唐朝被称为中华帝国,出现了“开元盛世”、“贞观之治”,创造了影响世界的文明,特别是法制文明。形成了以《武德律》、《贞观律》为蓝本的《永徽律》,后历经疏解,形成《永徽律疏》,后人称之为《唐律疏议》,共12篇。在职制律中规定了如何惩治官吏违法失职行为。《唐律疏议》更是集以往封建法律之大成,它以国家大法的形式把惩治贪污犯罪的规定固定下来,详细规定了各种贪污行为的方式,并确定了计赃量刑的标准,为惩贪提供了基本的法律依据。

唐律首次在法律中明文规定了六种非法占有公私财物的犯罪——“六赃”。《唐律疏议·名例律·以赃入罪》的疏议曰:“在律,‘正赃’唯有六色:强盗、窃盗、枉法、不枉法、受所监临以及坐赃。自外诸条,皆约此六赃为罪。”在这六种罪名中,属于我们今天意义上的贪污性犯罪的主体明确分为“主守”和“监临”两种,前者专指亲自主管其事以及守护仓场、狱囚、杂物之类的典史或临时监主;后者指统摄其部、判断其事的总管官吏。可见,其主体有一定的限定性,对这一类贪污罪刑以重法,并予以量化,如《贼盗律》规定:监守自盗或盗所监临部内的人财物的(亲王监守王家财物的同样),比通常盗罪加二等科罚,赃值1尺绢帛杖80,满5匹徒刑2年,30匹处绞刑。《诈伪律》中规定:监临主守诈取所部财物的,同上加凡盗二等,有官职者除名。《厩库律》中规定:官吏检验畜产不实,定价有增减,其赃入己的,计赃以盗罪论处,监主加二等科罚,赃值一匹以上要除名。为了避免主体范围过窄,防止惩罚一般官吏的贪污行为有所疏漏,《唐律疏议·杂律》中

^① 参见魏平雄、王然冀主编:《贪污贿赂罪的认定与对策》,群众出版社1992年版,第76页。

规定了“坐赃致罪”条，曰：“然坐赃者，谓非监临主司，因事受财，而罪由此赃，故名坐赃致罪。犯者，一尺笞二十，一匹加一等，十匹徒一年，一匹加一等，罪止徒三年。”一般官吏因事受财，一律按此条治罪。这样，贪污犯罪在法律上就无所脱逃了。两者对比可知，监临、主守犯贪污罪的，其处罚要比一般官吏重，最高可致绞刑。此外，对于官吏贪财枉法，监临主守自盗的，同“十恶”之罪一样，都不在赦免之列。如唐肃宗在《即位敕》中规定：官吏贪赃枉法，监守自盗者，将受到“终身不齿”，“永不叙用”的处罚。可见，在唐律中，对于不同官职，掌握不同权力官员的贪污行为，是区别对待的。“主守”和“监临”的“窃盗”行为就是官吏的贪污行为。

唐初，李世民非常重视吏治、密切与老百姓的关系，他提出“君舟也，民水也。水可载舟，亦可覆舟”。对官吏犯赃虽亲贵不贷。广州都督党仁弘贪赃百余万，罪当死，李世民哀其老而有功，免其死罪，废为庶人，流徙钦州。为此，特下诏罪己，“请罪于天”，以示不当曲法。濮州刺史庞相寿因贪污解任，甚至皇叔李道宗也因“坐赃下狱”，受到“免官、削封邑”^①的处分。由于唐太宗以皇帝之尊而奉行法律，流风所及，“官吏多清谨，制驭王公嫔妃之家，大姓豪华之伍，皆畏威屏迹，无敢侵欺细人”。^②

北宋王朝建立后，面临着削弱割据势力，巩固国家统一，重建封建经济，恢复社会安定的重任。宋统治者采取种种措施，并将其“悉为之法”——建隆四年（公元963年）制订了《宋刑统》。宋初，以重法治赃吏，对官吏的贪赃行为加重处罚；官吏犯赃或斩首于闹市，或刺配于沙门，少有恩贷，罕见赦免。在太祖之时，数百赃吏被杖杀于朝堂；太宗之时，盗粮胥吏曾被“断腕徇于河畔，三日斩之”。宋律中惩治贪污贿赂

① 《旧唐书·李道宗传》。

② 《贞观政要》（卷一）。

犯罪的实行连坐制。如宋太祖令各级官员举荐人才，同时又规定：“异时贪浊畏懦、职务旷废者，举主坐之。”宋太宗时也规定：“所举人若强明清白，当旌举主；如犯赃贿及疲弱不理，亦当连坐。”宋律关于连坐制的规定，一方面加重了举荐人的责任，防止其贪污贿赂，徇私舞弊；另一方面，也扩大了监督范围，对贪污贿赂犯罪形成了一个严密的监视网。此外，宋代还制定了一些惩治贪污犯罪的单行法规，如颁行于神宗三年（公元1070年）的“诸乞丐取法”，又称“仓法”。当时神宗发现京师诸仓普遍有亏损克扣的情况，就令三法司起草法令，严厉禁止。同时又根据中书建议，增加仓场吏人的俸禄，可谓一面高薪养廉，一面对贪污行为严惩不贷。如该法规定“应受千仓界并粮纲钱物，并计赃钱。一千流一千里，每一千加一等”，这比其刑律中规定的监守自盗50匹流2000里要重得多。后来此法又扩展到许多部门，如中书、枢密院、三司、开封府等，“受财者皆以仓法论”。但到真宗之时，赃官弃市之法已为杖流所代，仁宗之后，杖流已不复见。惩赃之法渐宽，先以“八议”之名使死罪有名无实，后以“刑不上大夫”取消对赃吏的刺配。到宁宗之时，宋朝吏治已江河日下。^①

元朝的行政监察制度最为发达，也独具特色，全国设22道监察区，各设肃政廉访使常驻地方。^②元朝时，成宗很重视吏治，强调“牧民官不先洁己，何以治人？”制订了赃罪12章，但整部法律体现了轻典治吏的精神。大德元年（公元1297年），大都路总管沙的贪污巨款，御史台因沙的是故臣，在量刑时从轻，成宗又给其减刑，提出“权停其职即可”。成宗以后的皇帝，除了英宗曾大刀阔斧地进行吏治整顿以外，几乎都继承了成宗的衣钵。

^① 参见魏平雄、王然冀主编：《贪污贿赂罪的认定与对策》，群众出版社1992年版，第78页。

^② 参见张晋藩著：《中国法制史》，中国政法大学出版社1999年版，第275—276页。

明朝确立了重典治吏的思想。以明太祖朱元璋为代表的明初统治者总结了历代统治者的经验教训，提出了一系列的治国方略，其中对法制建设影响最大的是重典治国的思想，其中重典治吏更是对后世影响巨大。设立了严密的职官制度和行政监察制度，严厉惩罚贪赃枉法的官吏是明朝立法的重点。《明史·刑法史》载“太祖开国之初，惩元季贪冒，重绳赃吏”。明代的主要法典《大明律》基本上是在《唐律》的基础上演变而成的，但是就惩治官吏赃罪而言，则比唐律更加严密，处刑也更重，可以说，朱元璋力图对贪官污吏编织一张严密法网。其具体表现如下：

首先，《大明律》改革了《唐律》中规定的六赃的名目，即“监守盗、常人盗、窃盗、枉法、不枉法和坐赃”，并将“六赃”制成图表标在律首，反映了明朝对惩治赃罪的重视和“官吏犯赃不恕不赦”的基本精神。同时，把“监守盗”列于“六赃”之首，突出对官吏贪污的重点打击，而且对其处罚也最为严厉，规定折银 20 两即处流刑，40 两即处斩刑。同时严厉追赃，直至赔补全部家产，若犯人已死，即在其子名下追赃。

其次，明律的条文总数虽比唐律减少，但赃罪条文数目大大增加，而且量刑也明显重于唐宋。朱元璋在洪武十八年（公元 1386 年）到洪武二十年之间连续发布了《大诰》、《大诰续编》、《大诰三编》、《大诰武臣》四部以惩治官吏赃罪为主要内容的特别刑事法规。朱元璋认为“中外贪墨所起，以六曹为罪魁”，因而，“诸司敢不急公而务私者，必穷搜其原而罪之”。《明大诰》的 256 个条目中有 150 个条目是属于惩治贪官污吏的。明律对于赃吏的处罚手段严厉。如监守盗，明律规定不分首从，并赃论罪，1 贯以下杖 80，40 贯就处斩刑；而唐宋律规定 30 匹绞，元律规定为 300 贯处死刑。此外，根据《草木子》、《明朝小史》的记载，朱元璋规定，地方官吏贪污钱财 60 两以上者，除斩首示众外，还要剥皮食草，他下令各州县