

A Guide to Criminal Justice

姜伟/主编

本辑要目

【司法实务】

贪污罪若干问题研究

【证据运用】

组织、领导、参加黑社会性质组织案件公诉证据参考标准

【法律释义】

《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》等六个司法解释的理解与适用

【疑案剖析】

刑讯逼供案件中共同犯罪的认定

——析李绍岭等三人刑讯逼供案

【问题征答】

对2002年1—3辑“问题征答”的来稿选登

【2002年刑事法律和司法解释汇集】

2002年第4辑

(总第12辑)

刑事司法指南

法律出版社

刑事司法指南

2002年第4辑（总第12辑）

姜 伟/主编

阎敏才 彭东 王军 黄河/副主编

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2002 年. 第 4 辑/姜伟主编. —北京:
法律出版社, 2002. 12

ISBN 7-5036-3764-1

I. 刑… II. 姜… III. ①刑法—研究—中国②刑事
诉讼法—研究—中国 IV. ①D924.04②D925.204

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2002)第 098659 号

©法律出版社·中国

出版/法律出版社	编辑/法律应用出版中心
总发行/中国法律图书公司	经销/新华书店
印刷/北京四季青印刷厂	
开本/A5	印张/6 字数/143 千
版本/2003 年 1 月第 1 版	印次/2003 年 1 月第 1 次印刷
法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/info@lawpress.com.cn	电话/010-63939796
网址/www.lawpress.com.cn	传真/010-63939622
法律应用出版中心/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn	
读者热线/010-63939640 63939641	传真/010-63939650
中国法律图书公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)	
传真/010-63939777	销售热线/010-63939792
网址/www.Chinalaw-book.com	010-63939778
书号:ISBN 7-5036-3764-1/D·3399	定价:15.00 元

刑事司法指南 2002年第4辑（总第12辑）

顾问委员会

总顾问：高铭暄 陈光中 王作富
顾问：（以姓氏笔画为序）
龙宗智 刘绍武 张军 陈卫东
陈兴良 周振想 郎胜 南英
胡安福 赵秉志

编辑委员会

主编：姜伟
副主编：阎敏才 彭东 王军 黄河
编委：（以姓氏笔画为序）
王健 白贵泉 史卫忠 李树昆
李景晗 张凤艳 贺湘君 侯亚辉
聂建华 黄卫平 路飞 鲜铁可

通讯编委：苗生明 杨宏 马迎春 马和琴 鲍燕莽
王国宏 马迎春 张义昭 胡秋华
沙莎 季刚 严正华 陈海鹰
杨建民 欧秀珠 王景风 王海
刘建国 刘光圣 潘爱民 徐新励
周腾 许玉民 孙治敬 吴永胜
张晓华 王成刚 常雁翎 陈新生
朱绍银 苟军 张彩霞 胡万章
勇扎

执行编辑：史卫忠 侯亚辉 卜大军 孙铁成

目 录

【司法实务】

贪污罪若干问题研究 王作富 唐世月(1)

【证据运用】

组织、领导、参加黑社会性质组织案件公诉证据参考标准
..... 公诉证据参考标准课题组(35)
贪污罪的证明方法 张寒玉(44)
滥用职权罪侦破指南 姜 郁 牛正良(59)

【法律释义】

《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民
共和国刑法〉确定罪名的补充规定》等六个司法解释
的理解与适用 罗庆东(67)

【疑案剖析】

刑讯逼供案件中共同犯罪的认定
——析李绍岭等三人刑讯逼供案 杨建民 丁银舟(96)

【问题征答】

“问题征答”来稿选登 (106)

【2002年刑事法律和司法解释汇集】

[刑法]

- 全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第二百九十四条第一款的解释····· (112)
- 全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第三百八十四条第一款的解释····· (113)
- 全国人民代表大会常务委员会关于《中华人民共和国刑法》第三百一十三条的解释····· (113)
- 最高人民法院关于审理组织、运送他人偷越国(边)境等刑事案件适用法律若干问题的解释····· (114)
- 最高人民法院、最高人民检察院关于执行《中华人民共和国刑法》确定罪名的补充规定····· (116)
- 最高人民法院关于对采用破坏性手段盗窃正在使用的油田输油管道中油品的行为如何适用法律问题的批复····· (119)
- 最高人民法院关于撤销缓刑时罪犯在宣告缓刑前羁押的时间能否折抵刑期问题的批复····· (120)
- 最高人民法院关于审理非法生产、买卖武装部队车辆号牌等刑事案件具体应用法律若干问题的解释····· (121)
- 最高人民法院最高人民检察院关于办理组织和利用邪教组织犯罪案件具体应用法律若干问题的解释····· (122)
- 最高人民法院关于审理抢夺刑事案件具体应用法律若干问题的解释····· (129)
- 最高人民法院最高人民检察院公安部关于依法严厉打击抢劫抢夺等多发性犯罪有关问题的通知····· (130)
- 最高人民法院最高人民检察院关于办理非法生产、销售、使用禁止在饲料和动物饮用水中使用的药品等

刑事案件具体应用法律若干问题的解释·····	(132)
最高人民法院关于审理骗取出口退税刑事案件具体应 用法律若干问题的解释·····	(136)
最高人民检察院关于非法经营国际或港澳台地区电信 业务行为法律适用问题的批复·····	(138)
最高人民检察院关于企业事业单位的公安机构在机构 改革过程中其工作人员能否构成渎职侵权犯罪主体 问题的批复·····	(139)
最高人民检察院关于涉嫌犯罪单位被撤销、注销、吊销 营业执照或者宣告破产的应如何进行追诉问题的 批复·····	(140)
最高人民检察院关于单位有关人员组织实施盗窃行为 如何适用法律问题的批复·····	(141)
最高人民检察院关于办理非法经营食盐刑事案件具体 应用法律若干问题的解释·····	(142)
最高人民法院关于死刑缓期执行的期间如何确定问题 的批复·····	(143)
最高人民法院 最高人民检察院 海关总署关于办理 走私刑事案件适用法律若干问题的意见·····	(144)
[刑事诉讼法]	
国家计委办公厅关于最高人民法院司法鉴定服务中心 司法鉴定服务收费标准有关问题的复函·····	(154)
人民法院对外委托司法鉴定管理规定·····	(157)
最高人民法院关于人民法院是否受理刑事案件被害人 提起精神损害赔偿民事诉讼问题的批复·····	(160)
最高人民法院关于人民法院合议庭工作的若干规定·····	(161)
最高人民法院关于行政机关工作人员执行职务致人伤 亡构成犯罪的赔偿诉讼程序问题的批复·····	(164)

最高人民法院关于规范人民法院再审立案的若干意见 （试行）·····	（165）
人民检察院办理未成年人刑事案件的规定·····	（169）
关于检察机关与监狱、劳教所建立工作联系制度的 通知·····	（176）

【司法实务】

贪污罪若干问题研究

王作富* 唐世月**

目 次

- 一、刑法规定了构成要件不同的贪污罪
- 二、《刑法》第 382 条第 2 款的理解和适用
- 三、如何理解贪污罪中的“利用职务上的便利”
- 四、国家工作人员非法占有单位管理、使用、运输中的私人财物行为的定性

贪污罪是一个传统罪名,也是一种常见、多发罪,其不仅侵犯财产权利,而且破坏公务人员职务行为的廉洁性,是惩治职务腐败的重点罪之一。同时,贪污罪也是较为复杂的一种犯罪,在理论上和实践中存在着诸多疑点、难点和争议问题。本文仅就下列几个问题进行探讨,供大家参考。

* 王作富:中国人民大学法学院教授,博士研究生导师。

** 唐世月:湖南师范大学法学院教授、硕士研究生导师,中国人民大学法学院博士研究生。

一、刑法规定了构成要件不同的贪污罪

1997年修订刑法颁布之后,司法实务部门和刑法理论界对于贪污罪构成要件的理解存在许多争议。例如贪污罪的对象是否必须是公共财物,贪污罪的主体是否必须是国家工作人员等等。之所以产生上述诸多观点纷争,除了学者理解的角度和立场存在不同外,我们认为,主要原因就是学者们对于我国《刑法》第382条贪污罪的定义,是否包含了一切贪污罪的共同要件,也就是对该条第1款与第2款以及与其他条款(第271条第2款、第394条等)之间的关系,尚未取得完全一致的看法。换言之,刑法究竟是规定了一个贪污罪,还是规定了构成要件不完全相同的几个贪污罪,学界还没有认真展开研究。我们认为,虽然刑法规定对于上述条款的行为都定贪污罪,但它们的构成要件不完全相同,其中有普通贪污罪与特别贪污罪之别。

第一,《刑法》第382条第1款以定义方式规定的是普通贪污罪,或者说是贪污罪基本类型的构成要件。学界通说将该条规定的犯罪构成要件概括为:犯罪主体是国家工作人员;贪污对象是公共财物;客观方面表现为利用职务便利,采取侵吞、窃取、骗取或者其他方法非法占有公共财物的行为;主观方面具有非法占有的目的。由于第382条第1款采取的是定义式规定,因而该款规定的贪污罪构成要件往往被学界当成一切贪污罪的共同的必备要件。然而,事实上该款规定的贪污罪只是实践中常见的、基本的贪污类型。

第二,《刑法》第382条第2款规定的是一种特别贪污罪。尽管它与《刑法》第382条第1款规定的普通贪污罪在客观方面相同,但是,它与普通贪污罪存在两个重大区别:一是主体是受国家机关、国有公司、企业、事业单位和人民团体委托管理、经营国有财产的人员,而不是国家工作人员;二是贪污的对象是国有财物而不是公共财物。尽管公共财物包括了国有财物,但是上述人员非法

占有非国有的公共财物,显然不能构成本条规定的贪污罪。

第三,刑法第 394 条规定的也是一个特别贪污罪。虽然它的主体也是国家工作人员,但是,其他方面与普通贪污罪有着很大的差异。按照通说,普通贪污罪,其行为表现是利用职务上的便利,非法占有公共财物。而第 394 条则是“在国内公务活动或者对外交往中接受礼物,依照国家规定应交公而不交公”。由此不难看出,二者的主要区别:首先,普通贪污罪是“利用职务上的便利”实施。所谓“利用职务上的便利”一般是指利用在职务上享有主管、管理、经手公共财物的权力而产生的便利条件。公共财物成为职务行为的对象(如出纳员、保管员以一定财物为工作对象)或者因执行某种职务而必然经手公共财物。而刑法第 394 条所说“在国内公务活动或者对外交往中接受礼物”,其所执行的公务可以是任何性质的职务,而且并非必然与礼物发生联系,例如因公在国内或者国外进行考察、访问、参加会议等等。其次,普通贪污罪的对象必须是公共财物,其中包含属于国有单位所有的财物,是国有资产的一部分。而上述条文所说“礼物”,原本并不属于国家所有的公共财物,也不同于国有单位基于债权关系应当收归单位所有的财物。刑法作上述规定的立法价值,主要在于要求国家工作人员在任何公务活动中保持清正廉洁,不谋取任何私利,即使因执行公务而与其发生公务联系的对方(一般是单位)以礼物的形式赠送财物给自己,除小额礼品按规定允许自己留用的以外,也应当交公(明确是送给国家的礼物当然更无权占为己有)。这样有助于彻底贯彻国家惩腐倡廉的基本政策,维护国家工作人员的良好形象。

顺便指出,普通贪污罪与受贿罪的界限比较明确,不容易混淆,而第 394 条规定的贪污罪与受贿罪的界限却并非十分明晰,比较容易混淆。因为,贿赂也往往以礼物的形式出现。那么,刑法第 394 条的“礼物”与贿赂的界限怎样区分呢?一般说,前者是行为入公务交往的对象,作为一种友好或者礼节性、纪念性的表示而赠

送的,与行为人的职务不存在对价关系。反之,如果事实证明,行为人在上述公务活动中,利用职务上的便利,为对方(单位或者个人)谋取利益而索取或者收受“礼物”据为己有,明显具有权钱交易性质,构成犯罪的,应当以受贿罪论处;单位有上述行为,构成犯罪的,应以单位受贿罪论处。在国内或者国外执行公务过程中,接受亲友作为亲情、友情的表示的馈赠,与其职务行为没有关系,并不违法,当然不可能构成犯罪。

第四,《刑法》第271条第2款规定的也是一种特别贪污罪。该款规定,国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员和国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的,依照该法第382条、第383条的规定定罪处罚。本款的规定是否属于特别贪污罪,存在较大的争议。有相当一部分学者和司法工作者认为,上述规定只是一种提示性规定而非特别规定。因此,只有行为人的行为既符合上述规定又符合《刑法》第382条第1款的规定,即具备普通贪污罪的全部要件时,才能定贪污罪。我们认为,这种观点值得商榷。我们不否认,《刑法》第271条第2款的规定中,确实包含有提示性的规定,即“国有公司、企业或者其他国有单位中从事公务的人员……有前款行为的”,显然是指国家工作人员利用职务上的便利非法占有国有单位财物的行为,这种行为完全符合《刑法》第382条第1款规定的构成特征,当然应当以贪污罪论处,因此,其确属于提示性规定。但是,其中规定“国有公司、企业或者其他国有单位委派到非国有公司、企业以及其他单位从事公务的人员有前款行为的”,却不是提示性规定,而是规定了与普通贪污罪不同的特别贪污罪,理由是:

其一,普通贪污罪的犯罪对象必须是公共财物,而《刑法》第271条第2款规定的“非国有公司、企业以及其他单位”并非限于国有单位以外的集体所有制单位。因而,其利用职务上的便利,非

法占有的“本单位财物”，也不可能都属于公共财物。也就是说，国家工作人员被派往任何单位从事公务，该单位的财物都可成为其贪污的对象。当然，这里有个国有与非国有概念的界定问题，理论上不同认识。以公司、企业为例，其全部资产归国家所有，其财产属于公共财产范围，没有分歧。但是由国家与私人共同出资成立的各种形式的公司、企业，包括中外合资经营、合作经营企业、有限责任公司等等，是否属于国有公司、企业，则有不同认识。一种观点认为，国家控股的公司、企业视为国有公司、企业；另一种观点认为，无论国家投资比重多大，都属于混合所有制公司、企业，不是国有公司、企业。国家控股只是表明国家对于公司、企业的经营、管理、决策等方面取得更大或者说决定性的权利，但不等于说该公司、企业财产全部归国家所有。我们认为，混合所有制公司、企业是由计划经济向社会主义市场经济转变过程中经济体制改革的产物，是对传统的以公有、私有划分财产所有制模式的重大突破。固守传统观念，硬要把已经形成的多元财产所有关系，分别纳入公有、私有范畴，显然不合时宜。江泽民同志在党的十五大报告中指出：“公有制经济不仅包括国有经济和集体经济，还包括混合所有制经济中的国有成分和集体成分。”可见，混合所有制公司、企业中有国有财产和集体财产，决不等于该公司、企业的财产就是国有或者集体的财产。即使国有资产管理部门在统计上或者在管理政策上，一般把国有控股的公司、企业作为国有公司、企业对待。但是，把国家控股的公司、企业财产全部视为国有财产，在法律上是没有根据的。我国《民法通则》第72条规定，财产所有权的取得，不得违反法律的规定，但是，没有任何法律规定国家控股的公司、企业财产属于国家所有。2001年5月22日最高人民法院《关于在国有资产控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》中规定：在国有资产控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员，除受国家

机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外,不属于国家工作人员。由此可见,最高人民法院也是坚持认为国家控股的公司、企业,不属于国有公司、企业,即不属于国有单位,因而其管理人员当然不是国家工作人员。

所谓“非国有单位”,从逻辑上讲,是指国有单位以外的一切单位,包括私有单位。国有单位委派国家工作人员到私有单位从事公务的现象虽然不多见,但是,《刑法》第271条第2款并未排除私有单位。例如,一个私有公司进入破产程序后,有关国家机关委派国家工作人员到该公司、企业进行清算工作,就属于上述情况。因此,我们的结论是,被委派到非国有单位的国家工作人员,利用职务便利非法占有“本单位财物”的,包括非公共财物,都属于贪污。

其二,把公私混合所有制的财产说成是公共财产,与刑法总则的规定不符合。《刑法》第91条规定:“本法所称公共财产,是指下列财产:(一)国有财产;(二)劳动群众集体所有的财产;(三)用于扶贫和其他公益事业的社会捐助或者专项基金的财产。在国家机关、国有公司、企业、集体企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产,以公共财产论。”公私混合所有的财产,显然不属于上述任何一项规定的财产。

其三,刑法规定,国家工作人员利用职务上的便利,非法占有本单位非纯粹的公共财物以贪污罪论处,不仅仅因为其非法占有了单位财物,更重要的是,本质上其是代表国有单位去从事公务的,其非法占有单位财物,严重破坏了国家工作人员职务行为的廉洁性。因此,其立法价值在于体现“从严治吏”的政策思想,彻底贯彻国家惩治国家工作人员的职务腐败行为的方针。

其四,从表面上看,《刑法》第382条第1款规定了贪污罪的定义,似乎规定了只有行为符合它的条件才能定贪污罪。但是,我们也不能无视这样一种立法现象,即刑法规定的“依照本法第××条的规定定罪处罚”,并非都是指完全符合第××条规定的构成要

件,才能按照该条定罪处罚。例如,第269条和第267条第2款分别规定了“犯盗窃、诈骗、抢夺罪,为窝藏赃物、抗拒抓捕或者毁灭罪证而当场使用暴力或者暴力相威胁”和“携带凶器抢夺的”,“依照本法第263条抢劫罪的规定定罪处罚”。其实,上述规定并不完全符合第263条抢劫罪的要件,否则,在刑法上完全没有必要专门作出上述特别的规定。也正因为这样,理论上将它们称为转化型抢劫罪或者准抢劫罪。也就是说抢劫罪有典型抢劫罪和准抢劫罪之分,各自的构成要件可以存在不同。那么,对于贪污罪也是同样的道理。

基于上述分析,我们认为,既然我国刑法上的贪污罪存在普通贪污罪和特别贪污罪,那么,司法部门在处理案件时,就应当根据不同贪污罪的构成要件分别进行认定,而无须要求行为都要符合第382条第1款的规定。符合《刑法》第382条第1款规定的,是贪污罪;不符合第382条第1款规定,但是符合其他各特别条款规定的,也要按照各特别条款规定以贪污罪定罪处罚。

二、《刑法》第382条第2款的理解和适用

本来在刑法修改草稿中并没有规定《刑法》第382条第2款的内容,但是在1997年3月1日至14日的第八届全国人民代表大会讨论刑法修正案时,“有的代表提出,贪污罪的主体中未能包括受国家机关、国有公司、企业、事业单位委托管理、经营国有财产的人员,不利于国有财产的保护。因此,建议在贪污罪中增加一款规定: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”。^①从这个立法缘由可以

^① 薛驹:《第八届全国人大法律委员会关于〈中华人民共和国刑法(修订草案)〉、〈中华人民共和国国防法(草案)〉和〈中华人民共和国香港特别行政区选举第九届全国人民代表大会代表的办法(草案)〉审议结果的报告》。

看出,关于《刑法》第382条第2款规定的贪污罪,有两点值得注意:其一,“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”,没有被包括在“国家工作人员”的含义内,是与“国家工作人员”并列的两类犯罪主体;其二,本款完全是基于加强对国有财产的保护的立法目的而设立。这两点对于理解和适用《刑法》第382条第2款的规定具有重要的指导意义。基于这样的理解,我们认为,在司法实践中,具体认定“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有资产的人员”时,需要掌握如下几点:

第一,委托的单位必须是“国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体”。关于上述各单位的含义,学界已经有很多的讨论,限于本文的篇幅,我们不打算展开论述,我们的观点是:

1. 国家机关是指国家各级权力机关、行政机关、审判机关、检察机关和军事机关。根据我国的政治实际,乡级以上中国共产党各级机关和人民政协机关,也应当以国家机关论。

2. 国有公司,是指依照公司法成立,财产完全属于国家所有的公司。国有资本控股、参股的股份有限公司不属于国有公司。国有企业,是指财产完全属于国家所有,从事生产、经营活动的营利性的非公司化经济组织。原来是国有公司、企业,经过股份制改造之后,公司、企业吸收了非国有资本,改制后的公司、企业也不再属于国有公司或者国有企业。

3. 国有事业单位,是指受国家机关领导,财产属于国家所有的非营利性单位,包括国有医院、学校、科研机构、体育、广播电视、新闻出版等单位。

4. 人民团体是团体中的一种。根据刑法中人民团体与社会团体相互区别使用,且人民团体与国有单位并列规定的立法现状,人民团体在性质上应属于国有性质。我们认为,人民团体,是指享受国家财政拨款、在群众自愿参加的基础上成立的,代表参加者利

益的非营利性社会组织,如乡级以上工会、共青团、妇联等组织。

第二,委托的做出是国有单位的单位行为,不是单位中的个人行为。委托单位必须有委托某人从事管理、经营国有财产的意思表示,被委托人也必须有接受委托的意思表示,委托关系才能成立。

第三,被委托人在接受委托时,是作为与委托单位平等的民事主体发生的关系,至于被委托人原来是属于委托单位内部人员还是外部人员无关紧要,只要当事双方在就委托事项的委托与接受委托上处于平等地位就符合本条的含义。

须指出的是,“受国有单位委托管理、经营国有财产的人员”与“受国有单位委派到非国有单位从事公务的人员”存在着重大差别。委派,是单位派出,实质是任命,带有行政性,被委派者在就委派事项是否接受委派上与委派方不是处于平等地位而是具有行政隶属、服从性。同时,被委派者接受委派后获得一定授权,在授权范围内独立从事公务,公务行为的结果具有独立的法律意义。委托,则是国有单位以平等者身份就国有财产的管理、经营与被委托者达成的协议,本质上是民事委托关系。当然委托人可以根据委托协议对被委托人的活动进行监督,但是,被委托人与委托者不属于行政隶属关系。

第四,委托的事项特定,即只能是对特定的国有资产进行管理、经营活动。这里的管理、经营主要是指围绕国有资产的保值、增值进行的经济行为。从修订刑法时一些代表提出要增加本条的理由看,这里的“管理、经营”,主要是指对国有企业的管理、经营行为,包括小型国有企业的租赁经营、承包经营等经济行为。但是,除了国有企业之外,其他的国有财产也可以成为委托管理、经营的对象。

第五,委托的方式,包括国有单位采取聘请、聘用形式委托,也包括国有单位采取发包形式由承包人承包经营、采取出租形式由