



东南法学教育

主编 刘艳红

江苏高校“青蓝工程”项目

职务犯罪案例解析

冀洋·编著

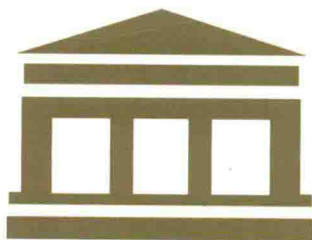


Legal Case
Teaching

课外借



东南大学出版社
SOUTHEAST UNIVERSITY PRESS



东南法学教育

主编 刘艳红

责任编辑：刘庆楚
责任印制：周荣虎
封面设计：毕真

ISBN 978-7-5641-8239-7

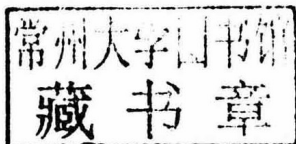


9 787564 182397 >

定价：48.00元

职务犯罪案例解析

冀 洋 编著



东南大学出版社

· 南京 ·

图书在版编目(CIP)数据

职务犯罪案例解析/冀洋编著. —南京:东南大学出版社,2019.3

ISBN 978-7-5641-8239-7

I. ①职… II. ①冀… III. ①职务犯罪—案例—中国—教材 IV. ①D924.305

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2019)第 011173 号

- * 江苏高校哲学社会科学重点研究基地成果
- * 江苏高校“青蓝工程”项目

法律资料分享, docsriver.com

职务犯罪案例解析

Zhiwu Fanzui Anli Jiexi

编 著 者: 冀洋
出版发行: 东南大学出版社
社 址: 南京四牌楼 2 号 邮编: 210096
出 版 人: 江建中
网 址: <http://www.seupress.com>
照 排: 南京星光测绘科技有限公司
经 销: 全国各地新华书店
印 刷: 兴化印刷有限责任公司
开 本: 787mm×1092mm 1/16
印 张: 13.75
字 数: 343 千字
版 次: 2019 年 3 月第 1 版
印 次: 2019 年 3 月第 1 次印刷
书 号: ISBN 978-7-5641-8239-7
定 价: 48.00 元

本社图书若有印装质量问题,请直接与营销部联系。电话(传真):025-83791830

目 录

第一章 贪污罪 / 1

- 一、贪污罪的沿革 / 3
- 二、贪污罪的法益 / 6
- 三、贪污罪的构成 / 7
- 四、贪污罪的处罚 / 18

第二章 挪用公款罪 / 25

- 一、挪用公款罪的沿革 / 27
- 二、挪用公款罪的法益 / 28
- 三、挪用公款罪的构成 / 29
- 四、挪用公款罪与贪污罪(职务侵占罪)、挪用资金罪 / 40
- 五、挪用公款罪的处罚 / 45

第三章 受贿罪 / 47

- 一、受贿罪的沿革 / 48
- 二、受贿罪的法益 / 50
- 三、受贿罪的构成 / 54
- 四、受贿犯罪追诉的证据规则 / 67
- 五、受贿罪的处罚 / 71

第四章 利用影响力受贿罪 / 76

- 一、利用影响力受贿罪的沿革 / 78
- 二、利用影响力受贿罪的构成 / 80
- 三、利用影响力受贿罪的共犯 / 99
- 四、利用影响力受贿罪的处罚 / 100

第五章 行贿罪 / 101

- 一、行贿罪的沿革 / 104

二、行贿罪的构成	/ 106
三、行贿罪的处罚	/ 111
第六章 对影响力的人行贿罪	/ 115
一、对影响力的人行贿罪的沿革	/ 116
二、对影响力的人行贿罪的法益	/ 120
三、对影响力的人行贿罪的构成	/ 123
四、对影响力的人行贿罪的处罚	/ 131
第七章 对单位行贿罪	/ 134
一、对单位行贿罪的沿革	/ 135
二、对单位行贿罪的构成	/ 136
三、对单位行贿罪的处罚	/ 141
第八章 介绍贿赂罪	/ 143
一、介绍贿赂罪的沿革	/ 143
二、介绍贿赂罪的构成	/ 144
三、介绍贿赂罪与行贿罪、受贿罪的关系	/ 146
四、介绍贿赂罪的处罚	/ 149
第九章 巨额财产来源不明罪	/ 150
一、巨额财产来源不明罪的沿革	/ 151
二、巨额财产来源不明罪的构成	/ 152
三、巨额财产来源不明罪的处罚	/ 154
第十章 滥用职权罪	/ 157
一、滥用职权罪的沿革	/ 159
二、滥用职权罪的构成	/ 160
三、滥用职权罪的“罪与非罪”：以一起拆迁案件为例	/ 165
四、滥用职权罪的处罚	/ 169
第十一章 玩忽职守罪	/ 171
一、玩忽职守罪的沿革	/ 173
二、玩忽职守罪的构成	/ 174
三、玩忽职守罪的处罚	/ 178
第十二章 故意(过失)泄露国家秘密罪	/ 180
一、故意(过失)泄露国家秘密罪的沿革	/ 183

二、泄露国家秘密罪的构成	/ 185
三、泄露国家秘密罪的处罚	/ 188
第十三章 徇私枉法罪	/ 189
一、徇私枉法罪的沿革	/ 190
二、徇私枉法罪的构成	/ 190
三、徇私枉法罪的处罚	/ 193
第十四章 环境监管失职罪与食品监管渎职罪	/ 195
一、环境监管失职罪、食品监管渎职罪的沿革	/ 197
二、环境监管失职罪、食品监管渎职罪的构成	/ 198
三、环境监管失职罪、食品监管渎职罪的处罚	/ 201
第十五章 非法批准征收、征用、占用土地罪	/ 207
一、非法批准征收、征用、占用土地罪的沿革	/ 210
二、非法批准征收、征用、占用土地罪的构成	/ 211
三、非法批准征收、征用、占用土地罪的处罚	/ 212

第一章 贪污罪

【《中华人民共和国刑法》(最新版)相关法条】

第三百八十二条 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,是贪污罪。

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。

与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。

第三百八十三条 对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:

(一) 贪污数额较大或者有其他较重情节的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。

(二) 贪污数额巨大或者有其他严重情节的,处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。

(三) 贪污数额特别巨大或者有其他特别严重情节的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,并处罚金或者没收财产;数额特别巨大,并使国家和人民利益遭受特别重大损失的,处无期徒刑或者死刑,并处没收财产。

对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚。

犯第一款罪,在提起公诉前如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃,避免、减少损害结果的发生,有第一项规定情形的,可以从轻、减轻或者免除处罚;有第二项、第三项规定情形的,可以从轻处罚。

犯第一款罪,有第三项规定情形被判处死刑缓期执行的,人民法院根据犯罪情节等情况可以同时决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后,终身监禁,不得减刑、假释。^①

【司法解释】

■ 2016年4月18日,最高人民法院、最高人民检察院《关于办理贪污贿赂刑事案件

^① 2015年8月29日第十二届全国人民代表大会常务委员会第十六次会议通过《刑法修正案九》对刑法第三百八十三条进行了修正,原条文为:对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:(一)个人贪污数额在十万元以上的,处十年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。(二)个人贪污数额在五万元以上不满十万元的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处无期徒刑,并处没收财产。(三)个人贪污数额在五千元以上不满五万元的,处一年以上七年以下有期徒刑;情节严重的,处七年以上十年以下有期徒刑。个人贪污数额在五千元以上不满一万元,犯罪后有悔改表现、积极退赃的,可以减轻处罚或者免于刑事处罚,由其所在单位或者上级主管机关给予行政处分。(四)个人贪污数额不满五千元,情节较重的,处二年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。对多次贪污未经处理的,按照累计贪污数额处罚。

适用法律若干问题的解释》

第一条 贪污或者受贿数额在三万元以上不满二十万元的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额较大”,依法判处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金。

贪污数额在一万元以上不满三万元,具有下列情形之一的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他较重情节”,依法判处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金:

- (一) 贪污救灾、抢险、防汛、优抚、扶贫、移民、救济、防疫、社会捐助等特定款物的;
- (二) 曾因贪污、受贿、挪用公款受过党纪、行政处分的;
- (三) 曾因故意犯罪受过刑事追究的;
- (四) 赃款赃物用于非法活动的;
- (五) 拒不交待赃款赃物去向或者拒不配合追缴工作,致使无法追缴的;
- (六) 造成恶劣影响或者其他严重后果的。

受贿数额在一万元以上不满三万元,具有前款第二项至第六项规定的情形之一,或者具有下列情形之一的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他较重情节”,依法判处三年以下有期徒刑或者拘役,并处罚金:

- (一) 多次索贿的;
- (二) 为他人谋取不正当利益,致使公共财产、国家和人民利益遭受损失的;
- (三) 为他人谋取职务提拔、调整的。

第二条 贪污或者受贿数额在二十万元以上不满三百万元的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额巨大”,依法判处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。

贪污数额在十万元以上不满二十万元,具有本解释第一条第二款规定的情形之一的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他严重情节”,依法判处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。

受贿数额在十万元以上不满二十万元,具有本解释第一条第三款规定的情形之一的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他严重情节”,依法判处三年以上十年以下有期徒刑,并处罚金或者没收财产。

第三条 贪污或者受贿数额在三百万元以上的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“数额特别巨大”,依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产。

贪污数额在一百五十万元以上不满三百万元,具有本解释第一条第二款规定的情形之一的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他特别严重情节”,依法判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑,并处罚金或者没收财产。

受贿数额在一百五十万元以上不满三百万元,具有本解释第一条第三款规定的情形之一的,应当认定为刑法第三百八十三条第一款规定的“其他特别严重情节”,依法判处

十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处罚金或者没收财产。

第四条 贪污、受贿数额特别巨大，犯罪情节特别严重、社会影响特别恶劣、给国家和人民利益造成特别重大损失的，可以判处死刑。

符合前款规定的情形，但具有自首，立功，如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，或者避免、减少损害结果的发生等情节，不是必须立即执行的，可以判处死刑缓期二年执行。

符合第一款规定情形的，根据犯罪情节等情况可以判处死刑缓期二年执行，同时裁判决定在其死刑缓期执行二年期满依法减为无期徒刑后，终身监禁，不得减刑、假释。

一、贪污罪的沿革

我国现行刑法第八章“贪污贿赂罪”的第一个罪名便是贪污罪，足见国家立法对于惩治贪污行为的重视程度。在民间话语中，“贪污”“腐败”也一直连用，贪污行为成为腐败的最原始行为，人们对腐败官员的第一印象就是“贪”，“贪官污吏”甚至成为职务犯罪人员的统称。我国历代王朝的贪污腐化行为，酿造了无数次的“官民冲突”，以致引发“农民起义”，造成王朝政权更迭，所以“贪污”被统治者视为集团内部最大的祸害，各代君王莫不以“肃贪”为安邦定国之要务。《左传》对夏朝法律的记载中即有“昏墨贼杀，皋陶之刑也”的记载，“墨”就是贪墨、贪污，及至明代洪武时期，耸人听闻的“剥皮植草”成为惩治贪污罪相当严厉的刑罚表现之一。

新中国“第一大贪污案”

【案例 1-1】 刘青山、张子善是经历过土地革命、抗日战争和解放战争严峻考验，对革命事业做出过很大贡献的党和国家老干部。新中国成立后，刘、张二人先后担任河北省天津地委书记。刘、张主要犯罪事实有：一是利用职权，盗用飞机场建筑款，克扣地方粮、干部家属救济粮、民工供应粮等公款总计达 171.6 亿多元（旧币，1 万元折合现行人民币值 1 元，以下同），用于经营他们秘密掌握的所谓“机关生产”。二是勾结奸商，投机倒把，从事倒买倒卖的非法活动，勾结奸商以 49 亿元巨款倒卖钢材，使国家财产损失达 21 亿元；为从东北套购木材，他们不顾灾民疾苦，占用 4 亿元救灾款，还派人冒充军官倒买倒卖。三是刘、张二人生活腐化堕落，拒不悔改，他们从盗取的国家资财中贪污挥霍共达 3.78 亿多元。刘青山还吸毒成瘾；张子善为隐瞒罪证，一次销毁单据 300 余张。四是破坏国家政策。他们以高薪诱聘国营企业的 31 名工程技术人员，成立非法的“建筑公司”，从事投机活动。五是盘剥民工，将国家发给民工的好粮换成坏粮，抬高卖给民工的食品价格，从中渔利达 22 亿元。1952 年 2 月 10 日，河北省人民法院在保定市举行了

公审刘、张二犯的大会，依法判处刘青山、张子善死刑。^①

新中国成立以后，贪污现象依然严峻，毛泽东等党和国家领导人格外重视吏治整顿。1951年11月30日，中共中央根据同年秋季全国工农业战线开展的爱国增产运动中揭发出的大量贪污、浪费现象和官僚主义问题，向全党指出“必须严重地注意干部被资产阶级腐蚀发生严重贪污行为这一事实，注意发现、揭发和惩处”，在“三反运动”中轰动一时的大贪污分子刘青山、张子善被判处死刑。1952年4月18日，中央人民政府委员会批准通过《中华人民共和国惩治贪污条例》，第2条规定：“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，收受贿赂以及其他假公济私违法取利之行为，均为贪污罪。”可见，此时的贪污罪是“大贪污罪”概念：构成要件行为包括了贪污行为、受贿行为以及其他以公谋私的行为，犯罪主体是一切国家机关、企业、学校及其附属机构的工作人员。对待这一贪污罪的最高处罚是：个人贪污的数额，在人民币一亿元以上者，判处十年以上有期徒刑或无期徒刑；其情节特别严重者判处死刑。

1954年9月，新中国召开了第一届全国人民代表大会第一次会议，会议通过了中华人民共和国第一部宪法以及《中华人民共和国全国人民代表大会组织法》等五个组织法；同年10月，在全国人大常委会办公厅法律室的主持下，启动了新中国刑法典的起草工作，截至1957年6月共草拟22稿。^②但由于众所周知的历史原因，新中国第一部刑法典直到1979年7月1日才获得通过（即学界所称的“1979年刑法”“79刑法”或“旧刑法”），1980年1月1日正式施行。该部刑法典第五章“侵犯财产罪”第一百五十五条第一款规定：“国家工作人员利用职务上的便利贪污公共财物的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大、情节严重的，处五年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。”第二款规定：“犯前款罪的，并处没收财产，或者判令退赔。”第三款规定：“受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员犯第一款罪的，依照前两款的规定处罚。”该刑法典第八章“渎职罪”中规定了贿赂犯罪，1952年的“大贪污罪”罪名正式在法典中分化。

随着改革开放以后国家经济体制的改革，1988年1月21日全国人民代表大会常务委员会公布实施《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，第1条规定：“国家工作人员、集体经济组织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。与国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”1989年11月16日，最高人民法院、最高人民检察院联合发布《关于执行〈关于惩治贪污罪贿

^① 《新中国成立后第一个被处死刑的高级干部贪污犯》，<http://fanfu.people.com.cn/BIG5/143349/165093/165095/9882743.html>。

^② 参见高铭喧：《中国共产党与中国刑法立法的发展》，载《法学家》2011年第5期。

赂罪的补充规定》若干问题的解答》，旧刑法中的贪污罪犯罪主体、构成要件行为、数额与量刑等开始具备一定的体系性，相关认定很大程度上得到细化。

1997年3月14日，新中国成立之后的第二部刑法典审议通过，同年10月1日正式施行，即现行刑法典（也称“1997年刑法”“97刑法”或“新刑法”）。新刑法第八章“贪污贿赂罪”第三百八十二条规定：“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，是贪污罪。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。与前两款所列人员勾结，伙同贪污的，以共犯论处。”该条的这一规定，一直实施至今，历次刑法修正案均未对此作出改变^①，第三百八十二条成为当前贪污罪的司法定性根据、教义学分析依据。在新刑法生效后，新中国发生了很多重大贪污犯罪行为，包括贪污数额、贪污犯身份、社会影响等都在国家反腐史上留下印记，新的第三百八十二、三百八十三条成为反腐利器。

2014年10月，全国人大常委会着手准备修改刑法，法制工作委员会在《刑法修正案九（草案）》说明中指出：“按照党的十八届三中全会对加强反腐败工作，完善惩治腐败法律规定的要求，加大惩处腐败犯罪力度，拟对刑法作出以下修改：一是，修改贪污受贿犯罪的定罪量刑标准。现行刑法对贪污受贿犯罪的定罪量刑标准规定了具体数额。这样规定是1988年全国人大常委会根据当时惩治贪污贿赂犯罪的实际需要和司法机关的要求作出的。从实践的情况看，规定数额虽然明确具体，但此类犯罪情节差别很大，情况复杂，单纯考虑数额，难以全面反映具体个罪的社会危害性。同时，数额规定过死，有时难以根据案件的不同情况做到罪刑相适应，量刑不统一。根据各方面意见，拟删去对贪污受贿犯罪规定的具体数额，原则规定数额较大或者情节较重、数额巨大或者情节严重、数额特别巨大或者情节特别严重三种情况，相应规定三档刑罚，并对数额特别巨大，并使国家和人民利益遭受特别重大损失的，保留适用死刑。具体定罪量刑标准可由司法机关根据案件的具体情况掌握，或者由最高人民法院、最高人民检察院通过制定司法解释予以确定。同时，考虑到反腐斗争的实际需要，对犯贪污受贿罪，如实供述自己罪行、真诚悔罪、积极退赃，避免、减少损害结果发生的，规定可以从宽处理”。^② 2015年8月29日，第十二届全国人大常委会第十六次会议表决通过《刑法修正案（九）》，对刑法第三百八十三条进行了修订，修正案于2015年11月1日开始施行，贪污罪的定罪量刑标准就此发生了巨大变化。就数额而言，修订后的刑法入罪门槛被大幅提高，相同犯罪数额的贪污罪量刑被大幅降低，根据我国刑法第十二条“从旧兼从轻”的原则，《刑法修正案（九）》之前的

^① 2006年6月29日，审议通过的《刑法修正案（六）》将贪污贿赂犯罪纳入刑法第一百九十一条洗钱罪的上游犯罪。1997年刑法典颁布时，洗钱罪的上游犯罪只有毒品犯罪、黑社会性质组织罪、走私犯罪，2001年《刑法修正案（三）》增加了恐怖活动犯罪，2006年增加了贪污贿赂犯罪、破坏金融管理秩序犯罪、金融诈骗犯罪。

^② 2014年10月27日，法制工作委员会主任李适时委员长在第十二届全国人民代表大会常务委员第十一次会议上就修改草案作出说明，参见《关于〈中华人民共和国刑法修正案（九）（草案）〉的说明》，http://www.npc.gov.cn/wxzl/gongbao/2015-11/06/content_1951884.htm。

贪污行为的处理适用新修订的第三百八十三条。

二、贪污罪的法益

贪污罪是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;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也以贪污罪论。

一般认为,刑法典第八章贪污贿赂罪规定的主要是国家工作人员的职务犯罪,这类犯罪侵犯的法益是公务人员职务行为的廉洁性。廉洁性体现在很多方面,如贿赂行为侵犯的廉洁性就是职务行为的不可收买性即权钱不可交易性。就贪污罪而言,职务行为的廉洁性之所以被侵犯是由于从事公务的人员基于自己的职务而贪墨公共财产,这意味着这些公务人员不再“干净”,而是成为“脏(赃)官”,这也是人民群众普遍痛恨“贪官”的原因:身为人民公仆、手握权力,却损公肥私、以权谋私,沦为“国家蛀虫”,完全与“公务人员”的廉洁形象背道而驰。试问,一个见财起意的公务人员,何以保证其在各种条件下为国家服务、为人民服务?贪污罪之所以被规定为第八章第一大罪,正是由于本罪对职务行为廉洁性的极度败坏。

但本书认为,贪污罪侵犯的法益首推财产法益,职务行为的廉洁性是次要法益。如前所述,在旧刑法中贪污罪被置于“侵犯财产罪”一章,当时的第八章“渎职罪”并不仅仅是“狭义的渎职类犯罪”(如玩忽职守、徇私舞弊),而是包括了行贿罪、受贿罪等,^①所以贪污罪主要是对公共财产法益的侵犯,其侵害法益与贿赂犯罪有别,二者在罪名体系上、法定刑设置上都是分离的。其实,这一规定除了受到当时的政策影响之外,其还具有刑法理论上的合理性,主要原因就在于贪污罪与贿赂犯罪在法益侵害上存在很大的区别。贪污罪的行为是非法占有公共财物,其本质上就是一种贪利型犯罪,其危害性主要是通过贪污数额直观反映出来,这与盗窃罪、职务侵占罪等财产犯罪基本一致。^②只不过贪污罪是具有一定身份的人员对公共财物的财产犯罪,盗窃等罪是一般人对公私财物的财

^① “渎”是亵渎、不敬之意,“渎职”就是对职务或职位不尊敬;在古汉语中“渎”通“黷”,即贪求的意思,如黷货病民(贪财害民)、黷财(贪求财货),有贪污之意。因此,“渎职”并非只指玩忽职守、徇私枉法等。我国台湾地区所谓“刑法分则”第四章规定了“渎职罪”,其中第一百三十一条规定的就是“公务员图利罪”：“公务员对于主管或监督之事务，明知违背法令，直接或间接图自己或其他私人不法利益，因而获得利益者，处一年以上七年以下有期徒刑，得并科七万元以下罚金。犯前项之罪者，所得之利益没收之。如全部或一部不能没收时，追征其价额。”所以，贪污罪也是一种渎职罪，这在汉语言上并无不妥，只不过我国1997年刑法典在分则罪名体系上明确区分了第八章贪污贿赂罪和第九章渎职罪。

^② 基于此，日本刑法典第253条在第252条侵占罪之后规定了“业务侵占罪”：侵占业务上自己持有他人之物者，处十年以下惩役。公务人员基于业务上的便利而侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的贪污行为，构成业务侵占罪。张明楷教授就建议：将来应当将职务侵占罪与贪污罪合并成一个职务（业务）侵占罪，将其规定在侵犯财产罪中。参见张明楷：《贪污贿赂罪的司法与立法发展方向》，载《政法论坛》2017年第1期。

产犯罪。刑法首先应当将国家工作人员当做一般人看待,即不允许侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有公共财物;同时,基于国家工作人员的特殊身份,当他们实施了针对公共财产的侵占行为时,刑法对之做出了不同于一般人的评价,^①即国家工作人员除了未尽到普通公民不得侵占他人财物之义务外,还亵渎了国家对公务人员的廉洁性而成为“赃官”。因此,贪污罪主要侵犯的是财产法益,次要侵犯的是国家工作人员的职务廉洁性。

三、贪污罪的构成

(一) 本罪的主体

根据刑法第三百八十二条,贪污罪的主体是国家工作人员,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. 国家工作人员

对于第一类主体“国家工作人员”,刑法从立法上进行了明确。刑法第九十三条规定:本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。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。换言之,国家工作人员包括以下人员:(1) 在国家机关中从事公务的人员;(2) 在国有公司等国有单位中从事公务的人员;(3) 国家机关、国有公司等国有单位委派到非国有单位从事公务的人员;(4) 其他依照法律从事公务的人员。毫无疑问,“从事公务”是国家工作人员的本质特征。2003年11月13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,“从事公务,是指代表国家机关、国有公司、企业事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责,国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动,属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作,如售货员、售票员等所从事的工作,一般不认为是公务”。

在贪污罪的主体认定中,高等院校、科研院所的科研人员能否成为贪污罪的主体,是近年来备受学者和实务部门讨论的新的焦点问题,一些顶级科学家因经费报销问题而身

^① 由于贪污罪比盗窃罪、诈骗罪含有更多的构成要件要素,即刑法对国家工作人员有着比普通人更高的职务或者业务要求,贪污罪应当比盗窃罪、诈骗罪等财产犯罪入罪门槛更低、处罚力度更大,但实际上我国刑法典却背道而驰,尤其《刑法修正案(九)》大幅提高了贪污罪的入罪门槛,这造成了贪污罪与盗窃罪、诈骗罪等罪的“天壤之别”。对相同法益的侵犯,由于国家工作人员身份的不同而产生了对公务人员的刑法“优待”,这违背了宪法与刑法上的平等原则。

陷囹圄,为国家发展作出重大贡献的人轻易变为“国家罪人”,让刑法研究者心生很多困惑。有人认为,在目前的管理体制下,进入国有单位管理的科研经费应属于公款,科研人员支取和核销科研经费的行为是科研经费管理活动中的重要环节,具有公务活动的性质,非法占有地套取科研经费,可以为现行刑法中的贪污罪所评价。^①有人认为,科研活动作为宪法规定的公民的基本权利,不能因科研经费姓“公”而将科研人员的科研活动解释为从事公务,进而将科研人员认定为刑法意义上的国家工作人员。^②

山东某大学教授套取科研经费案

【案例 1-2】 刘某自 2002 年 9 月任山东某大学实验动物中心主任(副处级),尹某系山东某大学实验动物中心实验师。2003 年 11 月,山东某大学成立山东某大学新药评价中心(以下简称“药评中心”),刘某任副主任,主持该中心工作,负责该中心日常行政管理、科研经费的支出,试剂耗材及设备采购、合同制工人工资的发放等相关费用报销的签字审核等全面工作。药评中心通过济南和诺人力资源服务有限公司劳务派遣方式聘任张某为员工。济南市人民检察院指控:2009 年 3 月至 2012 年 3 月,刘某在担任药评中心副主任及科研项目负责人期间,利用职务上的便利,单独或指使被告人张某、尹某,采取虚开发票的方式,多次套取山东某大学公款共计 9 211 970 元,用于支付刘某个人公司的设备款、工程款。刘某参与全部作案,张某参与套取公款 4 553 940 元,尹某参与套取公款 1 281 700 元。山东某大学科研经费管理规定,对于横向科研经费的结余部分,项目负责人填制《山东某大学科研经费结余分配单》后,课题组成员在依法纳税的前提下可从结余经费中提取 40%作为科研酬金。截至 2011 年年底,药评中心、实验动物中心横向科研项目结余资金为 5 272 879.23 元。济南市中级人民法院认为,刘某身为国有事业单位中从事公务的人员,利用职务上的便利,采取骗取的手段,非法占有公共财物,其行为构成贪污罪;张某、尹某身为国有事业单位中从事公务的人员,明知刘某骗取公款,而仍按照刘某的指使,分别利用职务上的便利为其提供帮助,张某、尹某的行为亦构成贪污罪。刘某实际骗取公款 3 418 030.3 元,张某参与骗取公款 1 689 511.74 元,尹某参与骗取公款 475 510.7 元。法院依法判决刘某犯贪污罪,判处有期徒刑十三年,并处没收财产 30 万元;张某犯贪污罪,判处有期徒刑六年,并处没收财产 5 万元;尹某犯贪污罪,判处有期徒刑两年,并处没收财产 1 万元。^③ 一审宣判后,三人均不服判决,分别以“其行为不构成贪污罪”为主要理由提出上诉。山东省高级人民法院审理后认为,原审判决认定事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法,遂裁定驳回上诉,维持原判。

① 参见孙国祥:《套取并占有科研经费的刑法性质研究》,载《法学论坛》2016 年第 2 期。

② 参见姜涛:《科研人员的刑法定位:从宪法教义学视域的思考》,载《中国法学》2017 年第 1 期。

③ 《山东省济南市中级人民法院刑事判决书》,(2013)济刑二初字第 2 号。

浙江某大学研究院院长套取科研经费案

【案例 1-3】 陈某系浙江某大学水环境研究院原院长，浙江省杭州市人民检察院指控：2008 年 8 月至 2011 年 12 月期间，陈某作为浙江某大学水环境研究院院长，在承担国家科技重大专项课题“太湖流域苕溪农业面源污染河流综合整治技术集成与示范工程”过程中，利用自己作为课题总负责人负责专项科研经费的总体把握、分配管理、预算决算编制等职务便利，将自己实际控制的杭州高博环保科技有限公司、杭州波易环保工程有限公司列为课题外协单位，以承接子课题部分项目任务的名义，将课题经费 200 万元和 870.73 万元分配给自己实际控制的波易公司、高博公司支配使用。除少量费用用于课题开支外，被告人陈某授意其博士生杨某甲、王某甲、梁某等人陆续以开具虚假发票、编造虚假合同、编制虚假账目等手段，将其中 1 022.664 6 万元专项科研经费套取或者变现非法占为己有。被告人陈某否认犯有起诉书指控的贪污罪，辩称起诉书指控其编制虚假预算、虚开发票、编制虚假账目均不符合事实；其并未利用职务进行违法犯罪。其辩护人认为，起诉书指控的 1 022 万元所谓的贪污款是在浙江某大学与协作单位之间转移的资金，转移资金之举不能被认为是陈某贪污的行为；高博公司、波易公司作为课题的协作单位在使用科研经费中有违约行为，可以合同法规定的违约行为来追究责任，不应动用刑法；许多无法列支到预算的费用，如前期垫付费用、示范工程建设资金缺口填补、示范工程长效运行与后期维护费用等都将从中开支，陈某没有贪污的主观故意，没有实施贪污的客观行为。杭州市中级人民法院审理后认为，被告人陈某犯贪污罪，判处有期徒刑十年，并处没收财产计人民币 20 万元。^①

从我国实务情况看，贪污罪论成为实务中的主流意见，如上述案例 1-3 中，杭州市中级人民法院审理认为：被告人陈某身为国有事业单位中从事公务的人员，利用国家科技重大专项苕溪课题总负责人的职务便利，采用编制虚假预算、虚假发票冲账、编制虚假账目等手段，将国拨科研经费 1 000 万余元冲账套取，为己所控，其行为已构成贪污罪。但是，这也常常面临很多质疑，例如清华大学建筑学院付林教授被北京市海淀区人民检察院以贪污罪立案，而清华大学师生发起联名信否认清华大学有损失，并且向被采取强

^① 《浙江省杭州市中级人民法院刑事判决书》(2013)，浙杭刑初字第 36 号。2017 年 4 月，杭州市中级人民法院审理认为，罪犯陈某在服刑期间，能认罪悔罪，认真遵纪守法，接受教育改造，确有悔改表现，执行机关对罪犯陈某提请减刑的事实清楚，证据充分，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》裁定准予减刑八个月。参见《浙江省杭州市中级人民法院刑事裁定书》，(2017)浙 01 刑更字第 1799 号。

制措施的付林提出签订续聘合同。^①一时间舆论哗然,这场针对高校的“反腐斗争”变得具有戏剧性甚至讽刺性。

我们认为,科研人员从事的科研活动属于“劳务”而非“公务”,他们不属于“国家工作人员”而是普通科研工作人员,其违规套取或以其他方式违规使用研究经费的行为不构成贪污罪。2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》规定的“从事公务”只是代表国家机关、国有单位等履行组织、领导、监督、管理等职责,行使与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。当今高校内从事科研工作的教师一般分为教学科研岗位与专职研究员岗位,其最高专业身份称为“教授”“研究员”,如北京大学某某教授、南京大学某某研究员(科研院所一般只称“研究员”,如中国社会科学院某某研究员),这种身份称谓与其职业行为是表里如一的,即教授从事的活动是教学和科研,研究员从事的活动一般为科研(可能兼顾教学),而无论科学研究、专业研究还是对在读学生的教学,这都与“代表国家机关、国有单位等履行组织、领导、监督、管理等职责”没有任何关系,这里虽然涉及的是“人民教师”这一主体,但其行为与“公共事务”“监督管理国有财产”没有联系,科研活动所具有的只是一种“技术性”劳动。以成功获得国家社科基金资助项目“法治时代的刑法解释规则研究”的高校教师甲为例,甲对刑法解释规则的研究行为本身是属于其自己申报立项、自己组织研究团队、自主开展研究,整个研究活动和目标是对刑法解释的相关理论和实务进行的原理性、立场性以及方法论的知识生产,无论其研究方法为何、研究结论为何,这都不成其为“公务”,他的研究与没有获得资助的其他科研人员一样,都只是将自己的所思所得呈现出来,完全是一种独立性研究活动,不代表国家和任何国有单位行使任何与公共事务相联系的职权。并且,获得国家资助的科研人员在研究过程中对经费的使用不是直接支配管理,高校人员获得的项目资金均由学校收取管理费并代管,研究人员的经费开支由其在单位财务系统办理报销手续,不符合规定的票据,财务人员可以“拒收”。这就意味着,科研人员对国家资助的资金并不享有管理职责,直接管理经费的是用人单位的财务部门而非个人。因此,上述案例中的刘某、陈某只是埋头做研究的劳务人员,国家出钱资助甲的研究是提供物质保障的行为,科研行为即是“科研合同”下的“劳务”而并非代表公权力行使“科研职权”。

有学者认为,只要是国有单位中的工作人员,他们在单位中的活动都应作“公务活

^① 参见《他攻克了雾霾,却被抓起来了!》, http://www.sohu.com/a/209947263_640913.htm。付林于2016年3月17日被刑事拘留,同年4月1日被逮捕,2018年2月14日春节前夕被取保候审,返回家中。海淀区检察院于2017年5月27日向海淀区人民法院提起公诉,指控被告人付林犯贪污罪、挪用公款罪。在付林案侦查和审查起诉阶段,他的律师为他作了无罪辩护,曾多次申请取保候审被拒。2018年9月20日,海淀区检察院最终要求撤回对付林的起诉,海淀区法院认为经审查撤诉符合法律规定,准许撤诉。2018年10月18日,海淀区检察院作出不起诉决定书,认为被不起诉人付林利用职务上的便利挪用公款,其行为符合挪用公款罪的构成条件,鉴于其对该行为性质有一定认识,并于案发前已全部归还挪用款项,可以免于刑事处罚,决定对付林不起诉。至此,检方仍然认定的是“有罪(不起诉)”。参见《清华付林案后续:检方撤诉后称仍构罪》, <http://www.infzm.com/content/140792>。

动”认定,故他们都应属于刑法中的国家工作人员;^①国家资助项目的管理过程中,从经费拨发入账、申领使用到核销有许多环节,科研人员在使用科研经费时,要进行经费的申领和核销,其申领和核销活动,是学校科研经费公款管理的一个重要环节,属于典型的经手“公共财物”的行为,应属于公务活动。由此,科研人员的身份能够成为刑法上的国家工作人员。^② 本文认为这值得商榷。“公务活动”是须要从实质进行认定的,“从事公务”与工作人员的“身份”(是否在编、正式职工抑或临时职工)没有关系,“从事公务”即考察该工作人员所从事的内容具体是否与公共管理等职权相关,而非从事的一切活动均为公务,否则“身份论”与“公务论”就没有区别。国有单位的仓库保管员、会计、证券部经理等在从事国有公司货物保管、财务管理、证券事务管理时,属于“劳务”,也属于“从事公务”,因而按照刑法第九十三条构成“国家工作人员”;而高等院校、科研院所等国有事业单位的工作人员虽然也具备“处级”等干部等级身份或者享受相关待遇,但他们在从事科学研究活动等专业性事务时,就只是从事“劳务”,不具有单位公共事务的管理性质,不是“国家工作人员”。

我国台湾地区学者对大学教授是否可以构成贪污罪的主体有过理论和实务上的讨论,争议焦点也在于大学科研人员是否属于“公务员”。台湾地区所谓“刑法”第10条规定:“称公务员者,谓下列人员:依法令服务于‘国家’、地方自治团体所属机关而具有法定职务权限,以及其他依法令从事于公共事务,而具有法定职务权限者;受‘国家’、地方自治团体所属机关依法委托,从事与委托机关权限有关之公共事务者。”这包括三类公务员,即身份公务员、授权公务员和委托公务员,^③科研人员是否构成贪污罪的关键主要在于科研人员是否属于这里的“授权公务员”。为消弭争议,台湾地区“最高法院”2014年通过刑事庭会议决议,认定“公立大学”教授受当局、“公立研究机构”或民间之委托或补助,负责科学技术研究计划,由学校出面签约,受托或受补助之研究经费拨入学校账户,其办理采购事务的,此教授或科研人员无所谓“刑法”上“公务员”身份。理由是:(1)“公立大学”教授并非所谓“刑法”第10条第2项第1款所称“依法令服务于‘国家’、地方自治团体所属机构而具有法定职务权限之人”,并非“身份公务员”。(2)“公立大学”教授受当局或“公立研究机构”委托,负责科学技术研究发展计划,性质上仍属学术研究,并未经由所谓“法令”授权而取得任何职务权限。其为完成该项科研计划而参与相关之采购事务,仅属于执行该项科研计划之附随事项,无“涉公权力”行使,也非有关“国计民生”之事项,非属于公共事务,与第10条中的“依法令从事公务事务而具有法定职务权限”之要件不符,不是“授权公务员”。(3)教授并非“公立大学”之“承办或监办采购人员”而具有办理采购事务之法定职务权限,也非“立法”理由例示之“授权公务员”,因而教授为执行科研计划而参与之相关采购事务,既非从事公权力或公共事务,也与委托或补助之当局

① 参见孙国祥:《论刑法中的国家工作人员》,载《人民检察》2013年第11期。

② 参见孙国祥:《套取并占有科研经费的刑法性质研究》,载《法学论坛》2016年第2期。

③ 参见张丽卿:《刑法总则理论与运用》,五南图书出版股份有限公司,2014年版,第60-61页。