

试论贪污罪主体

金 凯

准确认定贪污罪主体，是准确认定并有效地打击、惩罚贪污罪的一个重要条件。因而探讨研究贪污罪主体的条件、特征等，无疑是有理论与实践意义的。

—

我国刑法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，……”是贪污罪。同条第三款又规定“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。”这一规定说明贪污罪主体必须具有法定身分的合法性、有效性；合法经管公共财物的直接性、实际性；利用职务上的便利性三个条件。也可以说它是贪污罪主体的三个重要特征。

贪污罪既是侵犯财产罪，又是渎职罪，所以贪污罪的主体是一种具有法定身分的特殊犯罪主体，即属身份犯。刑法学领域内所称身分，一般是指犯罪的行为人（即主体）所具有的特定的资格或其他特定的关系。身分有自然身分（如男女之别、父母子女、亲属关系等）与法定身分（如国家工作人员、司法工作人员、军人、仲裁员、鉴定人、翻译人、证人等。有时也包括业务上的资格如药剂师等）之分。特定关系是特殊的人基于特殊的事实而生的关系。（如怀孕的妇女、受强制执行的债务人、依法逮捕拘禁的

人犯、依法应负扶养义务的人等等）。刑法学依身分的性质、作用，将身分分为犯罪构成要件之身分、刑之加减身分和消极的身分（即阻却行为的可罚性的资格）。以身分作为重要构成要件的犯罪，称身分犯（亦称纯正或真正身分犯）。不同的犯罪主体要求具有不同的身分。就法定身分而言，不同的犯罪其内容也是不同的。如厂矿重大责任事故的主体，要求具有厂矿、企业、事业单位中直接从事生产、作业的职工和直接指挥生产、作业的干部身分；交通肇事罪的主体，要求具有从事交通运输安全有直接关系的业务人员的身分；神汉、巫婆造谣、诈骗罪的主体，要求具有神汉、巫婆的身分；伪证罪的主体要求具有案件中证人、鉴定人、记录人、翻译人的身分；徇私枉法罪、体罚虐待监管人罪、私放罪犯罪的主体，要求具有司法工作人员的身分；邮电工作人员渎职罪的主体，要求具有邮电工作人员的身分；挪用救灾、救济款物罪的主体，要求具有掌握国家救灾、抢险、防汛、优抚、救济款物的财会人员和有权调拨的人员的身分。而贪污罪的主体与上述各罪均有不同，它要求具有国家或集体经济组织的工作人员或受国家机关、企业事业单位、人民团体委托从事公务的人员的身分。单人所犯贪污罪如此，共同贪污犯罪也是如此。即使是一般的共同贪污犯罪，其主犯亦必须具有国家或集体经济组织

工作人员或受法定单位委托从事公务人员的身分。在贪污罪主体问题上目前法学界有两种主张：其一是认为贪污罪主体只限国家或集体经济组织的工作人员或受国家机关、企业事业单位、人民团体委托从事公务的人员。其二是主张贪污罪主体包括国家或集体经济组织的工作人员、受国家机关、企业事业单位、人民团体委托从事公务的人员和其他经手、管理公共财物的人员。这两种主张前者可称为狭义贪污罪主体说，后者谓之广义贪污罪主体说。两种主张有共同的地方，也有不同之点。共同的地方是都把国家或集体经济组织的工作人员或受国家机关、企业事业单位、人民团体委托从事公务的人员视为贪污罪主体。这也是极易理解的。第一，刑法第八十三条、第一百五十五条和全国人大常委会《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》都对国家工作人员作了明确具体的解释，因而这部分贪污罪主体的适用范围是清楚明确的，是没有疑义的。第二，集体经济组织工作人员是贪污罪主体，也是为有关的政策法律所规定的了。但是缺少具体的法律解释，因而掌握适用这部分贪污罪主体有一定的复杂性。什么是集体经济组织的工作人员？一般的说应是依法在集体经济组织中从事管理（包括经手、主管）公共财物的人员。因此确定其是否为集体经济组织的工作人员，首先是确定其经济组织的性质是否集体经济组织。集体经济组织，并非就是集体经营、集资经营的经济组织。而是指经济的性质即生产资料归劳动群众集体所有，在扣除生产中的物质资料消耗和向国家提供积累以后，剩余部分由各集体单位自己支配，积累基金归本集体的劳动群众自己使用，消费基金也在本单位内进行分配的经济组织。目前各种经济联合体的情况是较复杂的，其联合的成分、程度和组织形式等等都存在着差别，甚至存在较大的差别。就联合的经济成分而言，有集体经济之间、国营经济之间的联合或承

包联合；或个体与集体、国营经济的联合；还有个体之间或个人集资联合经营等等。前两种联合经济当然属于集体经济组织。一九八一年十二月《全国农村工作会议纪要》指出：“目前实行的各种责任制，包括小段包工定额计酬、专业承包联产计酬、联产到劳、包产到户、到组，包干到户、到组，等等，都是社会主义集体经济的生产责任制。”《国务院关于城镇集体所有制经济若干政策问题的暂行规定》中规定，“（1）城镇集体所有制经济是社会主义公有制经济的一个重要组成部分……（2）城镇集体所有制企业、事业单位，是由劳动群众集体占有生产资料，共同劳动并实行按劳分配的社会主义经济组织。”有的联合经济虽是个体与集体、国营经济之间的联合，即由国营或集体经济企业租给或承包给个体经营的经济，由于其生产资料仍属国营或集体经济所有，其部分收入还要作为公共提留上缴国营经济或集体经济，因此这种联合经济，也属集体经济的一个层次。就联合的程度而论，有常年的联合与短期或临时的联合；有时联时散或联而不合等等不同的情况。时联时散或联而不合等等组织松散的联合，是不会有固定的生产、分配包括提取公共积累等等管理制度的。因而这种联合经济不属于集体经济组织。在这种经济组织工作的人员，是不能成为贪污罪主体的。总之，集体经济分散经营、分散劳动、分散分配，不等于不是集体经济，而集体经营的经济不见得均是集体经济。故判断联合经济或合作经济是否集体经济，主要看其实质，并非取决于经济形式。上述的广义说与狭义说不同之点，在于广义说将其他经手管理公共财物的人员也视为贪污罪的主体，这是值得探讨研究的问题。因为这种人员既非国家、集体经济组织的工作人员，又非受国家机关、企业事业单位、人民团体委托从事公务的人员，而仅仅是经手管理一部分公共财物的人员。这种没有上述

法定身分的人员，所从事的管理活动能否称之为公务活动，其经管的财物与法定的职责是否具有权利义务的关系等等，都是需要具体分析的问题。刑法第一百五十五条第一、三款规定的从事公务的活动，是以具有国家、集体经济组织工作人员的身分或受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务人员的身分为前提的。就是说，上述法定身分的取得，与所进行的经管公共财物的活动，一般的都是同时的或基本上是同时的。因为具有这种法定身分，才能取得或具有其经手管理公共财物的职责与任务，进而才能实际履行管理公共财物的职责，这种活动才属依法从事公务的活动。而没有上述法定身分，尽管也从事一定的经管财物的活动，但不能说这是刑法所规定的依法从事的公务的活动。因而没有法定身分的其他经手管理一定财物的人员，是不能成为贪污罪的主体。

正因为贪污罪主体首先是以具有国家或集体经济组织的工作人员或受法定单位委托从事公务人员的身分为前提的，所以认定贪污罪主体需要查明取得法定身分的原因、条件，进而判定法定身分是否具有合法性、有效性。

国家或集体经济组织的工作人员或受法定单位委托从事公务人员的身分，一般的说，是通过选举委任与提名委任而取得的。选举委任是指由国家机关等通过选举任职的国家工作人员或选派到集体经济组织中任职的工作人员或由集体经济组织内部通过选举任职的工作人员。提名委任是依照法律规定有任免权的机关、企业、事业单位、人民团体，按照法定条件、程序提名任免的从事公务的人员。因此提名委任有有权委任与无权委任，依法委任与非法委任之分。有权委任是有权任免的国家机关、企业事业单位、人民团体等依法而决定的任免。刑法第一百五十五条第三款规定的委托从事公务就属这种委任制。除这种有权委任以外的委

任，均属不符合刑法上述规定的委任。当然私人、亲属之间的委任更不包括在内了。如某国营工厂仓库保管员，因故委托其子代行其保管员的职责。其子在受托代行保管员职责期间，虽有侵吞公物的行为，但由于这种委任属私人、亲属间的普通委任，故不能视为刑法规定的受法定单位委托从事公务的人员，因此不能成为贪污罪的主体。有的委任，纵然是有权委任，然由于没有依照法律的规定进行委任，缺乏委任的合法性、有效性，因而仍应视为无权的委任或非法的委任。一般的说，有权委任也就是合法的委任，无权的委任往往是非法的委任。无权的委任、非法的委任，尽管也从事了一定的管理财物的活动，但由于不属“依照法律从事公务的人员”，从而缺乏委任身分的合法性、有效性，自然是不能成为贪污罪的主体。总之，具有国家或集体经济组织的工作人员或受国家机关、企业事业单位、人民团体委托从事公务人员的法定身分及其身分的合法性、有效性，是行为人成为贪污罪主体的前提条件，是贪污罪主体的一个重要特征。

二

管理公共财物的直接性、实际性是贪污罪主体的另一个重要特征。贪污罪主体的法定身分的合法性、有效性，之所以是行为人成为贪污罪主体的前提条件，乃是因为法定身分的取得，并不等于正在或已经经受了公共财物（尽管一般情况下行为人的法定身分的取得，往往与实际履行经管公共财物的职责是同时的，但是取得法定身分仍不等于实际正在进行或已经经受了公共财物）。因此行为人具有贪污罪主体法定身分之后，直接、实际的经管公共财物活动之前，非法占有的公共财物，由于非属利用职务之便而取得，因而行为人自然不属贪污罪主体，其犯罪行为也不能以贪污罪论处。倘国家或集体经济组织的工作人员或受法定单位委托从事

公务人员被免职或离任，其身分职权发生变化之后，直接、实际经管公共财物活动结束之前或职责工作交接之前，所非法占有的公共财物的性质则与前种情况有所不同。它是在直接、实际经管公共财物的过程中利用职务上的便利性而非法占有的公共财物，因而行为人应属贪污罪的主体，其犯罪行为自然也应是贪污罪。所以取得国家或集体经济组织工作人员或受法定单位委托从事公务人员的法定身份，只说明法律赋予具有这一身份的人员一定的职责、任务的标志。并不是实际经管公共财物与否的表示。享有法律所赋予的一定的权利与应尽的义务，与实际上履行或执行法律所规定的职责是两码事。因此不能把任命、委任从而取得国家或集体经济组织工作人员或受法定单位委托从事公务人员的身份，视为成立贪污罪主体的唯一条件。当然也不能因此将具有法定身份的合法性、有效性，与经管公共财物的直接性、实际性割裂开来，绝对地对立起来。也就是说，认定贪污罪主体不能单纯看是否具有法定身份的合法性、有效性，而且还要看是否实际上执行或履行了法律所赋予的一定的权利与应尽的义务。因为后者是行为人利用职务上的便利性，非法占有公共财物的一个重要条件。

实际上经管公共财物活动，旧称持有，在学说上有管有说、事实及法律上支配说、事实上支配说、处分可能状态说和支配说等等。这些主张中有的学说对贪污罪（旧称公务上侵占罪）主体所从事的公务活动的特定内容的理解，是欠全面、准确的。我们认为刑法第一百五十五条规定的贪污罪主体所从事公务活动的特定内容，应该包括合法的直接经管权、支配权。因为法律赋予不同的国家或集体经济组织的工作人员或受不同的法定单位委托从事公务人员的职权、职责范围是不尽相同的，而且在不同的时期、条件下，其职责范围还可能发生一定的变化。因此，既不能将经管权与支配权（包括物质上的支配

权与法律上的支配权）完全混同起来，等同视之。但也不能机械地将二者孤立起来，割断其联系。也就是说经管公共财物的内容，应该既包括经手管理，又包括对公共财物的支配权。否则可能会脱离案件的实际，影响办案质量，对打击、惩罚并教育改造罪犯不利。

经管公共财物的直接性与实际性是统一的、一致的。经管公共财物的直接性，也就是实际地经管公共财物，而实际地经管公共财物当然也是经管公共财物的直接性的表示。但是经管公共财物的直接性还有另外一种意义，即表明经管公共财物的活动，是只限于主管公共财物业务的人员的活动，包括直接责任人员及其主管业务部门的直接领导人。不包括本单位的其他人员与其他党政领导人。所以经管公共财物的直接性要求，应将贪污罪主体所从事的公务活动，与其他的国家或集体经济组织中非经管公共财物的人员或依法从事其他公务人员的一般活动区别开来。这不仅是准确认定是否实际履行职务或是否合法履行其职务所必需，而且也是行为人利用职务上的便利的前提与基础。

三

利用职务上的便利性，是贪污罪主体的又一重要特征。行为人之所以能成为贪污罪的主体，也还因为他是利用职务上的便利而非法占有自己直接、实际所经管的公共财物。利用职务上的便利，可以理解为，其一指行为人是在自己的职权、职责范围内，在合法的经管活动的掩盖下而非法占有公共财物；其二指行为人非法占有的对象，恰恰是自己所直接、实际经管的公共财物。法定的职责（包括经管权、支配权）与法律规定所经管的财物对象——公共财物之间是一种法定的权利义务关系。因此利用职务上的便利非法占有公共财物的行为，是违背职责权限规定的行为，是背离法律赋予的特定的权利义务关系的行为。所以利用职务上的便利性，也是贪

污罪这种特殊犯罪主体的一个重要标志。

利用职务上的便利，与利用工作上的便利是不同的，二者不能混为一谈。利用工作上的便利是利用熟悉环境、了解内情、知晓作案条件等等的便利。利用工作上的便利而非法占有财物，其行为人不是在合法的经管活动掩盖下进行的，而且非法占有的财物与行为人的职责之间不存在法定的权利义务关系。所以将工作上的便利解释为职务上的便利，或将职务上的便利解释为工作上的便利都是错误的。

行为人非法占有的公共财物与行为人的职责、职权之间存在的法定的权利义务关系，主要是指行为人所经管对象的性质——公共财物是法定的；而这种法定的经管对象的性质又与行为人所肩负的职责范围是相应一致的等等。因此，尽管公共财物除全民所有、劳动群众集体所有以外，也包括在国家、人民公社、合作社、合营企业和人民团体管理、使用或运输中的私人财物，但不能将公共财物与共有财物相混淆，不能将所有的劳动者合作经营的财物，一律解释为公共财物。根据《国务院关于城镇劳动者合作经营的若干规定》，劳动者合作经营的经济组织，“是我国社会主义经济的一个组成部分”。这种合作经营组织的工作人员，包括厂长、经理、会计、出纳等等所经管、支配的财物，是属各个成员共有的原始股金及其由股金所增殖的财物；倘合作经营经济亏损时，是由“成员共同负担，并负有连带清偿

责任”。所以对其不能不加分析的均视为公共财物，否则是与刑法第一百五十五条规定的精神不相一致的。

利用职务上的便利与非法占有公共财物的犯罪手段是一致的。利用职务上便利的手段，是以行为人肩负法定的职责、职权为前提、为条件的。因为没有法定职责、职权这个前提，利用职务上便利的手段是不存在的。所以割裂利用职务上的便利的手段与职责、职务两者的联系，单纯地将行为手段作为认定贪污罪的根据是不妥的。如认为盗窃、诈骗的手段是以秘密的或欺骗的方法取得财物，属非以职务上的便利而占有，尽管行为人是国家或集体经济组织的工作人员或受法定单位委托从事公务的人员，具有法定的身分，也不应定为贪污罪，而主张定为盗窃、诈骗罪，这种观点，显然是不妥切的。必须明确，国家或集体经济组织的工作人员或受法定单位委托从事公务的人员，非法侵吞、挪用、私分、套取公共财物，是以利用自己的职务上的便利为条件的，同样，上述人员以盗窃、诈骗的手段而占有的公共财物，自然也是以利用自己的职务上的便利为条件的。如监守自盗，以伪造单据、涂改帐目，套取现金，以虚报、重报差旅费等方法骗取公共财物等。总之，贪污罪的主体是一种具有法定身分合法性、有效性，合法经管公共财物的直接性、实际性和利用职务上的便利性的特殊犯罪主体。

