贪污罪的认定与处罚

俞波涛 著

百姓实用法律丛书
丛书主编 李力
BAIXING SHIYONG FALU CONGSHU
南京出版社

丛书主编　李　力

百姓实用法律丛书

贪污罪的认定与处罚

俞波涛　著

南京出版社

图书在版编目(CIP)数据

贪污罪的认定与处罚/俞波涛编著.—南京:南京出版社,2001.9
(百姓实用法律丛书/李力主编)
ISBN 7-80614-655-5

Ⅰ.贪… Ⅱ.俞… Ⅲ.贪污-刑事犯罪-研究-中国 Ⅳ.D924.392

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 062426 号

贪污罪的认定与处罚
俞波涛 著

南京出版社出版
(社址 南京市北京东路 41 号 邮编 210008)
江苏省新华书店发行
南京大众新科技印刷厂印装
开本 787×1092 1/32 印张 9.75 字数 190 千
2001 年 9 月第 1 版 2001 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 7-80614-655-5/D·50
定价 12.30 元

序

本书是《受贿罪的认定与处罚》一书的姊妹篇，在秉承理论联系实际的原则、立足于解决实际问题的同时，在内容、体例上又作出了不少调整。一方面，结构、体例更加全面、科学和完善。例如，“贪污罪的处罚”一节，补充增加了犯罪嫌疑人、被告人的自力救济措施，关于处罚的分析、论述更加系统和全面。再如，在“贪污罪的认定”这一节，分别从主体、客观方面、此罪与彼罪的界限及贪污罪认定的相关问题等四个方面详加阐述，每一部分都非常全面、具体，理论上和实践中争议比较大的疑难问题，几乎均有所涉猎。另一方面，本书的资料更加详实。作者不是进行空泛的理论探讨，而是精心摘编了近几年发生的大量典型案例，通过旁征博引，深入浅出地说明抽象的理论问题，使得理论性与通俗性成功地结合在一起。正因为这一点，本书不仅是理论研究者和实务工作者的一本较好的参考书，更是普通群众看得懂、说得清的一本法律书籍。

从我国刑法学研究领域看，已有大量的刑法学著作将贪污罪作为研究课题，但一般都存在两个局限性：一是内容缺乏系统性，往往只涉及其中的一点或几部分内容；二是一般都侧重于理论层面，所得出的结论和研究成果往往不能直接为实

践所用。改革开放以来，经济形势发生了极大的变化，就贪污犯罪而言，给刑法学领域提出了许多问题。从主体来看，国家工作人员的概念和范围是一个传统型的理论难题，不仅仅在过去很长的一段时间里，而且现在仍然是众说纷纭，莫衷一是。比如在“三资”企业、中外合作、合资经营企业及股份制企业等混合型经济成分的企业中的工作人员，是否存在贪污罪的可能；承包、租赁经营企业中的工作人员贪污罪与非罪的界限等等。从客观方面来看，近年来，有些国家工作人员为了逃避法律的打击，侵占公共财物的方式也日趋隐蔽和复杂，除了采取侵占、骗取、窃取等传统型的方式外，还产生了“迂回”型、网络贪污等等多种新的方式。尽管认定罪与非罪的标准与其他传统型的贪污犯罪没有本质的区别，但应当注意到，这些方式往往是与经济变革相联系的，不仅具有新颖性，而且体现了时代性，认定罪与非罪的标准也就具有一定的特殊性。从定性角度看，与贪污罪相关联的罪名有十余种之多，此罪与彼罪的界限往往也不是非常清晰，极容易混淆。总之，贪污犯罪的认定与处罚中存在的问题非常多，对贪污罪进行全面、系统的研究，确实有其现实的必要性。本书作者对贪污犯罪的相关问题均作了深入的研究和探讨，并提出了具体的处理意见，一定程度上填补了现有理论对贪污犯罪研究的不足和空白。所以我认为，本书的出版会对理论界继续深入研究和探索贪污犯罪问题，为这一领域理论的完善和司法实践起到很大的推动作用。

作者作为一个实务部门的工作人员，能够潜心于理论研

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.

究，这是一个很好的现象。实务部门的工作人员有着大量的实际工作经验，如果对碰到的疑难、棘手问题能够进行认真的反思、研究和探讨，并与刑法理论较好地契合在一起，这不仅是对刑法研究的一大贡献，更重要的是，我们用理论的方式储存了这些经验，使之不至于白白浪费，并用这些理论化的经验反过来指导我们的实践，这无疑对实务部门正确地适用法律、准确地裁量刑罚具有重大意义。

吴汝信

2001年8月20日

目　录

序 …… (1)
○ 贪污罪的概况 …… (1)
一、我国关于贪污罪的立法沿革 …… (1)
二、我国贪污腐败的现状 …… (5)
○ 贪污罪的犯罪构成 …… (13)
一、贪污罪的主体 …… (14)
1. 国家机关工作人员 …… (15)
2. 国有单位人员 …… (21)
3. 委派人员 …… (25)
4. 其他依照法律从事公务的人员 …… (27)
5. 委托人员 …… (29)
二、贪污罪的主观方面 …… (30)
三、贪污罪的客体 …… (35)
四、贪污罪的客观方面 …… (37)
1. 利用职务上的便利 …… (37)
2. 非法占有财物的方式 …… (41)

○ 贪污罪的认定 …… (49)
一、贪污罪犯罪主体的认定 …… (49)
1. 承包人 …… (49)
2. 租赁经营人员 …… (59)
3. 经济联合体中的工作人员 …… (59)
4. “三资”企业中的工作人员 …… (66)
5. 股分制企业中的工作人员 …… (71)
6. 金融机构工作人员 …… (77)
7. 城乡信用合作机构工作人员 …… (84)
8. 国有医院工作人员 …… (86)
9. 国有企业销售网点工作人员 …… (91)
10. 汽车驾驶学校从事公务的人员 …… (93)
11. 村民委员会等村基层组织人员 …… (94)
12. 律师等国有中介机构工作人员 …… (99)
13. “假国家工作人员” …… (103)
14. 集体经济组织中的工作人员 …… (106)
15. 工人 …… (108)
二、贪污罪的特殊表现形式 …… (113)
1. 有奖销售、有奖储蓄活动中贪污罪与非罪
…… (113)
2. 接受礼物型 …… (117)
3. 科技人员兼职取酬 …… (123)
4. 挪用型 …… (131)
5. 私分型 …… (135)

6. 迂回型 …… (140)
7. 挥霍浪费型 …… (142)
8. “小金库” …… (148)
9. “隐瞒资金”型 …… (151)
10. 网络贪污 …… (154)
11. 低价收购国有资产 …… (159)
三、贪污罪与其他罪的区别 …… (162)
1. 贪污罪与挪用公款罪的区别 …… (162)
2. 贪污罪与盗窃罪的区别 …… (166)
3. 贪污罪与偷税罪的区别 …… (169)
4. 贪污罪与私分国有资产罪的区别 …… (172)
5. 贪污罪与私分罚没财物罪的区别 …… (174)
6. 贪污罪与诈骗罪的区别 …… (175)
7. 贪污罪与金融工作人员购买假币、以假币换取货币罪的区别 …… (176)
8. 贪污罪与职务侵占罪的区别 …… (177)
9. 贪污罪与受贿罪的区别 …… (187)
10. 贪污罪与巨额财产来源不明罪的区别 …… (192)
四、贪污罪犯罪构成的其他问题 …… (196)
1. 非法占有的认定 …… (196)
2. 一般的贪污行为与贪污犯罪的界限 …… (204)
3. 贪污的数额 …… (205)
4. 共同贪污犯罪 …… (213)
5. 贪污罪的犯罪对象 …… (215)

6. 侵占技术成果 …… (221)
7. 国有公司、企业所有制性质的认定 …… (227)
○ 贪污罪的处罚 …… (232)
一、贪污罪的量刑原则 …… (232)
1. 从重处罚的量刑原则 …… (232)
2. 区别对待原则 …… (235)
二、贪污罪刑事责任的基本规定 …… (238)
三、贪污罪的量刑情节 …… (252)
1. 贪污罪法定的具体量刑情节 …… (253)
2. 正确适用贪污罪的法定量刑情节 …… (260)
3. 应综合分析酌定量刑情节 …… (264)
四、贪污罪的量刑制度 …… (268)
1. 自首制度 …… (268)
2. 立功制度 …… (273)
3. 数罪并罚制度 …… (277)
4. 缓刑制度 …… (281)
5. 不起诉制度 …… (284)
五、立案、侦查、起诉、审判阶段贪污犯罪嫌疑人、被告人的自力救济 …… (290)
1. 申请取保候审 …… (290)
2. 聘请律师 …… (296)
3. 上诉权 …… (300)

○ 贪污罪概况

一、我国关于贪污罪的立法沿革

贪污罪古来有之，只不过表现形式及其轻重程度因不同历史时期的社会条件等因素的差异而有所不同而已。据史载，早在夏商奴隶制社会的法律中就有关于贪污罪及其处罚的规定。《左传》曾记载："己恶而掠美为昏，贪以败官为墨，杀人不忌为贼。"《夏书》曰："'昏、墨、贼、杀，陶之刑也。'请从之。"陶是舜掌管法律事务的大臣。"墨"即为贪，意为贪官之心黑如墨。官吏贪污受贿同杀人、淫乱一样，要处以死刑。足见当时对贪官污吏惩罚之严厉。秦朝作为我国历史上第一个中央集权制的封建王朝，其对贪污罪及其处罚的规定已较为具体。据1975年12月在湖北云梦出土的《秦简·法律答问》记载，当时规定的贪污罪主要指三种情况：一是私用府中的钱，即"府中的钱私赍用之，与盗同法"；二是借官物逃亡，即"把其以亡，得以自出，当为盗不当？自当，以亡论。其得，坐臧(赃)为盗，盗罪轻于亡，以亡论"；三是盗盗，即"盗盗，当刑为城旦，问罪当驾，如害盗不当？当"。专门拘捕盗犯的官吏利用职务去盗窃，其社会危害性更大，应当加重处刑，加至同

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.

盗窃罪一样论罪处刑。《唐律》对贪污罪的规定已非常详尽完善，主要有：①监守自盗。《贼盗律》第36条："诸监临主守自盗及盗所监临财物者，加凡盗二等，三十匹绞。"我国1300多年前的法律所确定的监守自盗的概念，至今仍为刑法学界所沿用。②诈取官私取财。《诈伪律》第12条："诸诈欺官私以取财物者，准盗论。"我国现行刑法贪污罪中国家工作人员利用职务之便骗取公共财物的行为，实际上也就是官吏诈欺自己主管、经管的公共财物的行为。③其他侵用官府财物的行为。如：私借官婢官畜，假请官物，官有财物入私等等。明代的贪污罪集中规定于《刑律·受赃卷》中，其详尽完备之程度，不亚于唐律的规定。主要有：①监守自盗仓库钱粮。"凡监临主守，自盗仓库钱粮等物，不分首从，并赃论罪。"②诈取监守财物。其中又分诈取官物、库秤雇役侵欺官钱粮、侵欺守掌在官物、克留盗赃等行为。③其他侵占官府财物的行为。如：冒支多支官府钱粮、私借官船、私役民夫抬轿等行为。清朝作为我国最后一个封建王朝，在追求高度集权统治的同时，并未足够重视法律的修订工作，其大部分法律都是沿袭前朝的规定。例如最后一部封建法典《大清例律》中关于贪污罪的规定基本上是《大明律》的翻版，罪名和罪状及其法定刑几乎完全相同，立法上处于停滞状态。

我们党和国家历来十分重视同贪污犯罪的斗争。早在1931年，鉴于"苏维埃政府机关和经济机关有违反苏维埃政纲政策及目前任务、离开工农利益、发生贪污浪费、官僚腐化或消极怠工的现象"，中华苏维埃政府特设工农检查部控告

局，允许“苏维埃的公民无论何人都有权向控告局控告”。为了便于控告，工农检查部将一个小木箱挂在了江西兴国县高兴区苏维埃政府门口。据考证，这是我党首个反腐举报箱。1933年，中华苏维埃政府又公布了《关于惩治贪污浪费行为的训令》。这是我党关于贪污罪的第一次立法。抗日战争时期，各地区为“厉行廉洁政治”，依法惩治贪污犯罪，相继制定、公布了一系列惩治贪污条例。解放战争时期，《东北解放区惩治贪污暂行条例》等惩治贪污罪的立法也相继出台。中华人民共和国成立后，1952年4月21日，中央人民政府为了配合“三反”、“五反”运动，公布了《中华人民共和国惩治贪污条例》。1979年7月1日第五届全国人民代表大会第二次会议通过的《中华人民共和国刑法》，总结了建国以来同贪污贿赂犯罪斗争的经验，改变了传统的贪污罪概念，把受贿罪从贪污罪中分离出来，形成一个内涵明确、外延相对缩小的贪污罪概念，这是立法技术上的一次进步。随着改革开放政策的施行，我国的经济生活发生了重大变革，1979年刑法规定的贪污罪在主体范围、罪与非罪界限以及量刑标准等方面已明显不适应社会发展的需要。为此，最高人民法院和最高人民检察院相继颁布了一系列司法解释弥补这一刑事立法滞后的问题，但是缺乏系统性和可操作性，难以适应司法实践的需要。鉴于此，全国人大常委会于1988年通过了《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》（以下简称《补充规定》）。随着我国社会主义市场经济体制的建立和发展，公司企业组织形式应运而生，并在经济生活中起着日益重要的作用。在这种经济发展趋势

下，全国人大于1993年颁布了《中华人民共和国公司法》。为了打击破坏公司企业正常秩序的犯罪活动，全国人大常委会于1995年通过了《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》。根据这一规定，集体经济组织工作人员被排除在贪污罪主体之外，贪污罪主体范围缩小。这一决定的颁布对贪污罪的认定与处罚产生了很大的影响。1997年全面修订刑法时，从突出强调对国家工作人员和经手管理国家财物人员的腐败渎职行为的打击力度出发，考虑到司法实践中一些实际情况，对1979年刑法和单行刑法中规定的贪污罪的犯罪构成和处刑作了较大的修改。主要体现在两个方面：一是将贪污罪的主体严格限定为国家工作人员以及受国家机关、国有公司、企业、事业单位或人民团体委托管理、经营国有财产的人员。对于其他人员利用职务之便非法占有单位财物的行为，包括集体经济组织工作人员利用职务上的便利非法占有单位集体所有制的公共财物的行为，不再以贪污罪论处，而应根据修订后的刑法第271条的规定按职务侵占罪定罪处罚。二是对定罪量刑的数额标准作了修改。修订后的刑法第383条第1款第1－4项的法定刑档次完全沿用《补充规定》第2条第1款第1－4项的规定，但根据情况的变化，将原来贪污罪法定最低刑的数额由2000元修改为5000元，法定最高刑的数额由5万元修改为10万元，其他两个量刑档次的数额标准也相应作了调整。对于《补充规定》第2条第1款第3项关于个人贪污数额在2000元以上不满5000元而积极退赃可以减轻处罚和免予刑事处罚的规定，修订后的刑法第383条第1款第3项将

其适用对象相应地调整为个人贪污数额在5000元以上不满1万元者。

二、我国贪污腐败的现状

从目前的情况看，腐败之风有了缩小和减缓的趋势。首先，1993年党中央决定开展反腐败斗争时，党内和社会上各种腐败现象泛滥，特别是党政机关干部在吃喝玩乐、住房用车、买卖股票、出国(境)旅游等方面，各种不正之风此起彼伏，竞相发展。这几年，通过对这些问题一项一项地进行专项清理，通过制定廉政准则对领导干部的从政行为进行规范等工作，尽管在不正之风方面还存在不少问题，但从总体上讲都有所收敛，领导干部的具体从政行为已有所规范，风气中的"热点"问题已经不明显，并且不具有规模性。其次，在经济领域特别是涉外经济领域，腐败问题也有明显的好转。总部设在德国柏林的透明国际(TI)，每年都根据国际商务活动情况对各国的腐败状况进行评估，其中我国腐败印象指数(CPI)的排名是逐年上升的。我国1995年得分为2.16分，在41个国家中列倒数第二位；而1998年得分为3.5分，在85个国家的排名中位于52位，倒数第34位。从排名和得分逐年上升的态势看，我国在与外国经济交往中存在的腐败问题尽管还比较严重，但呈现的是逐年好转的迹象。应当说，这还是比较可信的。

但是，好转并不等于扭转。客观地说，我国社会生活和司法实践中的腐败现象目前仍然十分突出，惩贪反腐的任务仍

然相当艰巨。这是因为，我国正处在从计划经济体制向社会主义市场经济体制转换的过程中，适应市场经济发展要求的管理体制、监督制约机制不可能在短时期内建立和完善，行政行为、企业行为和市场行为不可能得到严密规范和有效约束，社会主义民主和法制也不可能在短时期完善，这就有了腐败滋生蔓延的条件，存在着腐败易发多发的可能性。鉴于此，1997年1月29日，江泽民总书记在中纪委第八次会议上的讲话中指出："反腐败斗争是关系党心、民心，关系党和国家前途命运的严重政治斗争。在这个问题上，旗帜必须鲜明，态度必须坚决。这个问题不解决好，我们的改革开放和现代化建设就没有坚强的政治保证，就会走到邪路上去，就有亡党、亡国的危险。"1997年9月12日，江泽民总书记又在《中国共产党十五大政治报告》中重申："反对腐败是关系到党和国家生死存亡的严重政治斗争……如果腐败得不到有效惩治，党就会失去人民群众的信任和支持"，因此，"在整个改革开放过程中都要反对腐败，警钟长鸣"，"要通过深化改革，不断铲除腐败现象滋生的土壤"，"坚决遏制腐败现象"。2000年12月26日江总书记在中央纪委第五次全体会议上再次强调："党内廉政建设与反腐败斗争关系党和国家的生死存亡……反腐倡廉工作具有长期性、艰巨性和复杂性，必须坚持不懈地与腐败现象进行斗争，既要有持久作战的思想，又要有紧迫感。"

从所披露的腐败案件情况看，当前的贪污犯罪呈以下特点：

1. 贪污犯罪案件数量逐年上升，数额越来越大①

据最高人民检察院统计，1997年至1999年9月，全国检察机关反贪污贿赂部门立案查办贪污贿赂等犯罪案件共计103497件，而2000年1月至11月全国检察机关就已查办贪污贿赂等案件42933件，接近前三年办案总量的一半，办案数量呈剧增势头。仅以北京市为例，该市2000年受理案件1293件，比上一年同期增长了17%；立案386件，比上一年同期增长了23%。

此外，涉案金额也在大幅度升高。从1997年至1999年9月，全国检察机关查办的100万元以上的特大案件是3006件，而从2000年1月至11月，仅11个月的时间，全国检察机关查办的案值在100万元以上的贪污贿赂等案件就已达1270件，占前三年特大案件总量的四成多。以北京市为例，该市2000年查处的100万元以上案件计64件，1000万元以上案件13件，处以上干部90人，局以上干部28人，与上一年同期相比上升了46%。现在不断披露于报端的贪污几十万、几百万元的特大案比比皆是，即使成千万、上亿元的重特大案件也屡见不鲜。如宁波中拓建设有限公司总经理、"浙江第一贪"朱华光贪污公款人民币达959万余元，广东天龙食品集团公司原总经理及集团公司驻港企业香港日明实业有限公司原董事长谢鹤亭贪污公款人民币419万元、美元2万元、港币

① 前述的好转，主要是横向比较，即与周边国家相比。如果从纵向角度看，无论是从案件数量还是数额来看，都是越来越严重的。

此为试读，需要完整PDF请访问：www.ertongbook.