

定罪与量刑丛书

顾问 高铭喧
马克昌
编委会主任 刘家琛
丛书主编 鲜铁可

贪污罪的

定罪与量刑

孟庆华 高秀东 著



人民法院出版社

《定罪与量刑》丛书
丛书主编 鲜铁可

贪污罪的 定罪与量刑

孟庆华 高秀东 著

人民法院出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

贪污罪的定罪与量刑/孟庆华,高秀东著. - 北京:人民
法院出版社, 2001.5

(定罪与量刑丛书)

ISBN 7-80161-149-7

I. 贪… II. ①孟…②高… III. ①贪污-刑事犯罪
-定罪-研究-中国②贪污-刑事犯罪-量刑-研究
-中国 IV. D924.392

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2001)第 15321 号

贪污罪的定罪与量刑

孟庆华 高秀东 著

人民法院出版社

(北京东交民巷 27 号 100745)

北京人卫印刷厂印刷

850×1168 毫米 1/32 13.5 印张 341 千字

2001 年 5 月第 1 版 2001 年 5 月第 1 次印刷

印数: 1-5000 册

ISBN 7-80161-149-7/D·149

定价: 20.00 元

《定罪与量刑》丛书顾问与编写人员

顾问：

高铭暄 中国刑法学研究会总干事，中国人民大学法学院教授，博士生导师

马克昌 中国刑法学研究会副总干事，武汉大学法学院教授，博士生导师

编委会主任：

刘家琛 最高人民法院副院长

丛书主编：

鲜铁可 最高人民检察院公诉厅副处长，法学博士，副研究员

编委：(按姓氏笔画为序)

于新年 人民法院出版社副总编

王 晨 湖北省高级人民法院研究室主任，法学博士

王礼仁 湖北省宜昌市猇亭区人民法院院长

王秀梅 中国人民大学法学博士

叶高峰 郑州大学法学院教授，硕士生导师

史卫忠 最高人民检察院公诉厅副处长，法学博士

孙绍有 人民法院出版社副社长

刘艳红 北京大学法学博士

刘 方 中国检察理论研究所联络部副主任，法学硕士

- 闵治奎 原人民法院出版社副社长
回沪明 原人民法院出版社社长
但伟 最高人民检察院检察理论研究所,法学博士,博士后研究人员
杨亚平 人民法院出版社副社长
周玉华 中国人寿保险公司,法学博士
陈正云 最高人民检察院职务犯罪预防厅处长,法学博士
范春雪 人民法院出版社编辑
苗有水 最高人民法院刑事审判庭,法学博士
单民 最高人民检察院国家检察官学院教研部主任,副教授,法学博士
赵廷光 武汉大学法学院教授,博士生导师
张绍谦 郑州大学法学院院长,教授,法学博士
张国轩 江西财经大学法律系主任,教授,硕士研究生导师
莫开勤 中国人民公安大学副教授,法学博士
黄芳 北京大学法学博士
韩耀元 最高人民检察院研究室处长,法学博士
蔺剑 最高人民检察院检察理论研究所,法学硕士
熊选国 最高人民法院研究室副主任,教授,法学博士
鲜铁可 最高人民检察院公诉厅副处长,法学博士,副研究员

组织策划: 范春雪

《定罪与量刑》丛书

前 言

新刑法从 1997 年 10 月 1 日实施以来,给我国刑法理论界和司法实务部门都提出了许多新问题。这些问题集中反映在定罪与量刑两方面。因为定罪与量刑是国家司法机关对犯罪嫌疑人认定罪与非罪、此罪与彼罪以及适用刑罚的活动,它是整个刑事司法活动所要解决的两个根本问题,在惩罚犯罪、保护人民,保障改革开放,保卫社会主义市场经济健康发展方面起着举足轻重的作用。认真学习新刑法,提高刑事司法人员的素质,做到定罪准确、量刑恰当,是提高办案质量的根本保证,也是刑法理论界一项义不容辞的重要任务。

基于上述考虑,并从理论研究与司法实务相结合的原则出发,人民法院出版社邀请北京大学、中国人民大学、武汉大学、最高人民法院、最高人民检察院、公安部等单位的教授、博士,共同编写一套《定罪与量刑》丛书,力

图奉献给读者一套全面、系统、详细、有一定深度且实用性突出的大型刑法实务研究丛书。第一批选定的十五本书的书名是：

1. 危害公共安全犯罪的定罪与量刑(已出版)
2. 生产销售伪劣产品犯罪的定罪与量刑(已出版)
3. 走私犯罪的定罪与量刑(已出版)
4. 金融犯罪的定罪与量刑(已出版)
5. 妨害税收犯罪的定罪与量刑(已出版)
6. 商业犯罪的定罪与量刑(已出版)
7. 杀人犯罪的定罪与量刑(已出版)
8. 盗窃罪的定罪与量刑(已出版)
9. 诈骗犯罪的定罪与量刑(已出版)
10. 计算机犯罪的定罪与量刑(已出版)
11. 妨害司法犯罪的定罪与量刑(已出版)
12. 破坏环境资源保护罪的定罪与量刑(已出版)
13. 毒品犯罪的定罪与量刑(已出版)
14. 国家工作人员职务经济犯罪的定罪与量刑(已出版)
15. 渎职罪的定罪与量刑(已出版)

该丛书出版后,深受读者欢迎,应广大读者的要求,本丛书编委会和人民法院出版社一致决定继续出版《定罪与量刑》丛书,第二批《定罪与量刑》丛书的书名是：

16. 证券犯罪的定罪与量刑(已出版)
17. 受贿罪的定罪与量刑(已出版)
18. 性犯罪的定罪与量刑(已出版)

19. 抢劫罪的定罪与量刑(已出版)
20. 贪污罪的定罪与量刑(已出版)
21. 挪用公款罪的定罪与量刑
22. 伪造、变造犯罪的定罪与量刑
23. 妨害对公司、企业管理犯罪的定罪与量刑(已出版)
24. 侵犯知识产权犯罪的定罪与量刑(已出版)
25. 伤害犯罪的定罪与量刑(已出版)
26. 侵占犯罪的定罪与量刑
27. 妨害海关监管犯罪的定罪与量刑(已出版)
28. 扰乱市场秩序罪的定罪与量刑
29. 枪支、弹药、爆炸物犯罪的定罪与量刑
30. 共同犯罪的定罪与量刑
31. 未成年人犯罪的定罪与量刑
32. 单位犯罪的定罪与量刑

该《丛书》力图体现以下三大特点:(1)深入细致。每本书对各自范围内的每种犯罪,均全面系统地论述其概念、构成、界限、认定、形态、量刑等问题。对各种罪的论述,一方面要细致地研究其定罪与量刑的各种问题;另一方面强调一定的深度,避免泛泛而谈。(2)突出实用。《丛书》所研究论述的应是实实在在的司法实务操作中存在或会遇到的实际问题,而不应是纯粹的理论问题或偏重于理论的问题。因而在准确把握实务问题的基础上,要侧重于充分地运用案例进行研究和分析。(3)突出重点。《丛书》选定的犯罪都是司法实务中常见多发性犯

罪,对每一种犯罪的重点疑难问题都要以较大篇幅作深入细致的研究,对其他问题只作一般性介绍。

《丛书》的编著得到了刑法理论界和各有关司法机关的大力支持,有幸聘请到高铭暄教授(中国人民大学法学院教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会总干事)、马克昌教授(武汉大学法学院教授、博士生导师,中国法学会刑法学研究会副总干事)担任学术顾问。在《丛书》作者的选择与安排上,兼顾了理论与实务两个方面。一方面,作者大多为法学博士、教授,是最高人民法院、最高人民检察院、公安部等司法领导机构中具有丰富实践经验和较高理论素养的专家;另一方面,在《丛书》的内容安排与形式上,也体现了灵活性,主要采取独著形式,少量的二、三人合著或主编制。

本《丛书》设立编委会。编委会主任是刘家琛教授(最高人民法院副院长,中国法学会刑法学研究会顾问,中国人民大学法学院兼职教授)。编委会的成员由各本书的主要作者组成。

这套丛书先由我和出版社的编辑共同确定编写计划和选题,并同时确定各本书的主要作者和编委会。在出版社领导主持下,召开编委会大会,讨论《丛书》的编写要求和写作规范。然后,由作者提出书面的编写大纲与内容构想,交给编委会审查。作者撰写完书稿后,由我和出版社领导、编辑共同审定。主要审定每本书的体例、技术规范 and 主要观点。力争在尽量保留每本书的特色基础上,使整套丛书的体例、风格一致。

由于人民法院出版社诸位领导的魄力、胆识和范春雪等编辑人员卓有成效的辛勤劳动,使本套《丛书》得以顺利出版,并使已出版的书得到2~3次的重印,在这里对他们表示诚挚的谢意!

由于我国新刑法典实施时间不长,司法实践经验积累还很不够,新刑法的理论研究也不成熟,加之作者水平所限,《丛书》中不免有所疏漏和不当之处,敬祈专家和读者批评指正。

丛书主编 鲜铁可*

二〇〇〇年十二月

* 鲜铁可的联系地址是:北京市北河沿大街147号,最高人民检察院公诉厅;邮政编码:100726;电子信箱:zhouyh7066@263.net.

作者简介

孟庆华,男,山东人。1983年专科毕业于山东大学科社系法学专业。1983年至1989年在山东经济学院图书馆工作。1989年至1992年在北京大学法学院学习,获法学硕士学位。1993年至1998年任山东大学法学院讲师。1998年起至今,为北京大学法学院刑法学博士生。参与或主持编写《附属刑法规范集解》、《外国监狱史》、《犯罪控制论》、《刑事法学要论》、《刑法新罪名与疑难案例评释》、《刑法理念与刑事司法》等多部。发表学术论文10余篇。

高秀东,女,山西人。1983年至1990年在北京大学法学院学习,先后获法学学士和法学硕士学位。1992年至今,在外交学院法律系任讲师。参与编写《刑事法学大辞书》、《刑事法学要论》、《刑法理念与刑事司法》等多部。发表学术论文10余篇。

目 录

第一章 刑事立法中的贪污罪	(1)
第一节 我国刑事立法中的贪污罪	(1)
第二节 我国港澳台刑事立法中的贪污罪	(29)
第三节 外国刑法中的贪污罪	(36)
第二章 贪污罪的概念及其特征问题	(44)
第一节 贪污罪的概念	(44)
第二节 贪污罪的特征问题	(55)
第三章 贪污犯罪的特点、成因及其对策	(60)
第一节 贪污犯罪的特点	(60)
第二节 贪污犯罪的成因	(66)
第三节 贪污犯罪的对策	(69)
第四章 贪污罪客体特征	(73)
第一节 贪污罪客体问题	(73)
第二节 贪污罪的犯罪对象	(82)
第三节 贪污罪犯罪对象中的争议问题	(107)
第五章 贪污罪客观方面特征	(113)
第一节 利用职务上的便利	(113)
第二节 非法占有公共财物的方式	(130)
第三节 贪污行为的基本表现形式	(150)
第六章 贪污罪主体特征	(154)
第一节 贪污罪主体的立法演变	(154)
第二节 贪污罪主体的范围	(159)
第三节 贪污罪主体的本质属性	(185)
第七章 贪污罪主观方面特征	(196)
第一节 贪污罪的罪过	(196)

第二节	贪污罪的动机与目的	·····	(203)
第八章	贪污罪数额特征	·····	(214)
第一节	贪污罪数额的概念	·····	(214)
第二节	贪污罪数额的变动沿革	·····	(217)
第三节	贪污罪数额的种类及其意义	·····	(225)
第四节	贪污罪数额的计量方式	·····	(234)
第五节	贪污罪数额的立法价值	·····	(239)
第九章	贪污罪过程犯罪形态	·····	(242)
第一节	贪污罪预备与中止形态	·····	(243)
第二节	贪污罪既遂与未遂形态	·····	(248)
第三节	贪污罪过程犯罪形态案例评释	·····	(256)
第十章	贪污罪共同犯罪形态	·····	(265)
第一节	贪污共犯的概念及其特征	·····	(265)
第二节	贪污共犯的表现形式	·····	(271)
第三节	贪污共犯中主从犯的认定问题	·····	(276)
第十一章	贪污罪一罪与数罪形态	·····	(286)
第一节	贪污罪的一罪形态	·····	(286)
第二节	贪污罪的数罪形态	·····	(291)
第十二章	贪污罪罪与非罪界限	·····	(295)
第一节	认定贪污罪罪与非罪界限的标准	·····	(295)
第二节	贪污罪与一般贪污行为的区别	·····	(298)
第三节	贪污罪与科技人员业余兼职获取报酬的界限	·····	(302)
第十三章	贪污罪此罪与彼罪界限	·····	(310)
第一节	贪污罪与盗窃罪界限	·····	(310)
第二节	贪污罪与诈骗罪界限	·····	(330)
第三节	贪污罪与职务侵占罪界限	·····	(334)
第四节	贪污罪与挪用公款罪界限	·····	(337)

第五节	贪污罪与受贿罪界限·····	(345)
第六节	贪污罪与巨额财产来源不明罪界限·····	(354)
第七节	贪污罪与私分国有资产罪界限·····	(359)
第八节	贪污罪与侵犯商业秘密罪界限·····	(361)
第十四章	贪污罪量刑特征·····	(365)
第一节	贪污罪量刑原则·····	(365)
第二节	贪污罪量刑情节·····	(371)
第三节	贪污罪共犯处罚原则·····	(382)
第四节	贪污罪累犯·····	(396)
第五节	贪污罪自首与立功·····	(400)
第六节	贪污罪刑罚适用·····	(409)

第一章 刑事立法中的贪污罪

第一节 我国刑事立法中的贪污罪

一、中国历代各朝刑律中的贪污罪

(一)夏朝刑法中的贪污罪

夏朝刑法以野蛮残酷性著称于世。据《左传》记载：“夏有乱政，而作禹刑。”所谓乱政，也就是奴隶的反抗。但他们在残酷镇压奴隶“乱政”的同时，也注意到奴隶主统治者内部关系的调整，不惜用刑法惩治其贪官污吏。《左传》昭公十四年：“夏书曰：昏、墨、贼，杀，皋陶之刑也。”皋陶是舜之臣，掌管法律刑狱之事。《竹书纪年》：“帝舜三年命咎陶作刑。”又《后汉书·张敏传》：“孔子重经典，皋陶造法律。”上述皋陶之刑中的“昏”，同昏，是淫乱掠美之罪；“墨”，是贪污受贿不法官吏之罪。《左传》载：“贪以败官为墨”，“杀人不忌为贼”。杀为死刑。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。

(二)秦律中的贪污罪

秦律对贪污罪的规定较为完备,根据《秦简·法律答问》,其主要内容是:

1. 私用府中公钱。《秦简·法律答问》:“府中公金钱仅贲用之,与盗同罪”。私自借用府中公家的金钱,在现代法律中,如果经批准,仅是借贷民事法律关系;如果不经批准,擅私自用,那也只是挪用公款的行为,但秦律却规定与盗窃罪一样论罪处罚。

2. 借官物逃亡。《秦简·法律答问》:“把其(假)以亡,得以自出,当为盗不当? 自当,以亡论。其得,坐藏(赃)为盗,盗罪轻于亡,以亡论”。这是携带借用官物逃亡论罪处刑的规定。携带所借官物逃亡,表明犯罪者无归还意图,实为贪污行为,但秦律按其犯罪后的态度是自首还是捕获的不同,以不同的犯罪论处,若自首,则以逃亡论罪;若系捕获,则按赃数,作盗窃罪论处,但其盗窃罪必须重于逃亡罪;如果以盗窃论罪轻于逃亡处罚的,则仍以逃亡罪论处。

3. 求盗盗。《秦简·法律答问》:“求盗盗,当刑为城旦,问罪当驾(加),如害盗不当? 当”。“求盗”是专门拘捕盗犯的官吏,盗罪的刑罚为城旦。求盗利用职务去盗窃,其社会危害性更大,应当加重处罚,加至同害盗一样论罪处刑。

(三)唐律中的贪污罪

唐律规定的贪污罪具有承前启后的重要意义,其主要内容是:

1. 监守自盗。贼盗律第三十六条:“诸监临主守自盗及盗所监临财物者,(若亲王财物而监守自盗,亦同)加凡盗二等,三十匹绞。(本条已有加者,亦累加之)”。

“监临主守”,名例律第五十四条作了界定:“诸称‘监临’者,统摄案验为‘监临’。称‘主守’者,躬亲保典为‘主守’,虽职非统典,临时监主亦是”。《唐律疏议》曰:“统摄者,谓内外诸司长统摄所部者。验案,谓诸司判官判断其事者也……,‘主守’谓行案典吏,专主管其事及守当仓库、狱囚、杂物之类,谓非管摄之司,临时被遣监

主亦是”。

“凡盗”是指一般的盗窃罪。监临主守盗窃自己监守的财物及盗被监管人的财物的(若监守自盗亲王家财物的,也是监守自盗。)比照一般盗窃罪的刑罚加重二等处罚,财物满三十匹的处绞刑。犯此罪本律条文已有加等从重处罚规定的,就累计加等处罚。

2. 诈欺官私取财。诈伪律第十二条:“诸诈欺官私以取财物者,准盗论。(诈欺百端,皆是。若监主诈取者,自从盗法;未得者,减二等。下条准此。)知情而取者,坐赃论;知而买者,减一等知而为藏者,减二等”。

“官私”财物,包括封建国家和官府所有及私有所有的财物。凡诈骗取得官私财物,不论用什么方式,也不论是监临主司或其他人,都计赃依窃盗罪论处,未取得财物的减轻二等处罚。明知是诈骗来的赃物而讨要的,以坐赃论。但明知而购买的,或者代为收藏的,则比坐赃分别减一等或二等处罚。

唐律中一切违法财产收入都称之为“赃罪”,包括受财枉法罪、受财不枉法、受所监临、强盗、窃盗及坐赃六种。坐赃是其中处罚最轻的一种赃罪,其法定刑为:一尺笞二十,一匹加一等;十匹徒一年,十匹加一等,罪止徒三年。

唐律上述规定不分官吏或公民,也不分是国家或私人财物,只要是诈欺取财的,一律按盗窃罪论处的作法,从现代刑法学意义讲,虽然有一定粗俗性,但是关于官吏诈欺国家财物的规定,以未取得财物按未遂论处的规定,以及区别不同情节减轻处罚的规定,都是精辟的,有深远历史意义的。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或经管公共财物的行为。

3. 其他侵占侵用官府财物的行为

(1) 私借官婢官畜。厩库律第十三条:“诸监临主守,以官奴婢及畜产私自借,若借人及借之者,笞五十;计庸重者,以受所监临财