如何认定贪污罪和盗窃罪

雷　鹰

贪污罪与盗窃罪是目前我国刑事犯罪中占比例较大、危害相当严重的犯罪。根据我国刑法的规定，贪污罪和盗窃罪均属侵犯财产的犯罪。它们在犯罪构成的条件方面有较多相似之处。但是，贪污罪与盗窃罪又是不同性质的犯罪，各自具有特殊的犯罪构成。刑法第一百五十一条、一百五十二条和一百五十五条，分别对这两种犯罪构成的条件以及量刑幅度做了明确规定。然而，在实施刑法的过程中，贪污罪和盗窃罪的界限有时仍容易混淆。因此，有必要对贪污罪和盗窃罪的概念、它们各自的犯罪构成以及相互的区别进行探讨，以便分清贪污罪与盗窃罪的界限，做到正确地定罪量刑，稳、准、狠地打击贪污、盗窃的犯罪活动。

贪污罪是指国家工作人员以非法所有的目的，利用职务上的便利，取得数额较大的公共财物的行为。

盗窃罪是指以非法所有的目的，窃取数额较大的公私财物的行为。

本文试从四方面对贪污罪与盗窃罪的构成条件进行比较，并进一步说明上述概念。

一、贪污罪与盗窃罪侵害客体的比较

贪污罪和盗窃罪侵害的客体都是财产的所有权，即财产的所有关系。财物本身是被侵害的对象，而贪污、盗窃行为的实质是侵犯财物背后的所有权这样一种社会关系。

马克思主义认为，财产所有权是所有制在法律上的反映，是统治阶级通过国家立法形式，确认所有者对物质资料首先是生产资料的占有、使用、处分的权利。占有权指所有人对财产控制、掌握的权利；使用权指所有人按照财产的经济用途加以利用的权利；处分权指所有人在法律许可的范围内，根据自己的意志，对财产进行处理的权利，这就是所有权的三项权能。我国现阶段主要的生产资料所有制是社会主义全民所有制、社会主义劳动群众集体所有制，又称公有制，其所有的一切财产是公共财产；国家现阶段还允许公民个人具有一定的生产资料以及生活资料，这些是指公民通过劳动或者其它合法方式取得的个人财产。国家、劳动群众集体以及公民个人对财产的所有权受到法律的保护。如果非财产所有人，在没有法律根据的情况下，占有、使用、处分了公私财产，就侵犯了财产所有权，是违法、犯罪行为。

贪污罪与盗窃罪都是侵犯财产所有权的犯罪，但是，贪污是非法取得公共财物，侵犯了国家、劳动群众集体对公共财产的所有权；盗窃是非法取得公私财物，侵犯了国家、劳动群众集体以及公民个人对公私财产的所有权。直接客体的差别，是贪污罪与盗窃罪的区别之一。

贪污罪侵犯的公共财产，不仅是全民所有、劳动群众集体所有的财产，根据刑法第八十一条第二款规定，还包括由国家、人民公社、合作社、合营企业和人民团体管理、使用或者运输中的私人财产。这部分私人财产以公共财产论，是因为有关单位对财产所有人负有实际责任，如果财产遭受损失，有关单位须以公共财产赔偿。

贪污分子贪污的多是本人经手、管理或者主管的公共财产，国家、集体只是委托其经手、管

理，而财产所有权并未改变。财产经管人只有经管的责任，没有据为已有的权利。如果经管人非法将公共财物据为己有，就侵犯了公共财产所有权。有的贪污分子，利用职务之便，贪污非本人经管的公共财物，即他人经管、主管的公共财物，这同样是对公共财产所有权的侵犯。例如某邮电营业员，利用办理汇兑业务的职务之便，在一年零三个月的时间内，先后开空头汇款单三百五十三张向外"汇款"，贪污公款一万三千六百七十七元，这些公款并非该营业员所经管，他就是采用欺骗方法，贪污非本人经管的公款。

盗窃罪侵犯公私财产所有权，如果行为人只是取得财产所有者抛弃的物品，或者是出借人擅自取回借用人应当归还的财物等，都谈不到侵害财产所有权，也不构成犯罪。如果行为人盗窃他人犯罪所得赃款、赃物数额较大的，应当认定为盗窃罪。这并不是说法律保护他人对赃款、赃物的非法所有，而是因为赃款、赃物说到底仍是公私合法所有的财物，盗窃赃款、赃物的行为只不过是把公私财物从某人的非法所有，转为另一人的非法所有，而财产所有者的所有权依然遭受侵犯。所以，这种行为实质上侵犯的还是公私财产所有权。

贪污、盗窃财物数额大小是衡量其社会危害程度的重要标志，也是定罪量刑的主要依据。根据刑法总则第十条以及分则第一百五十一、一百五十二、一百五十五条的有关规定，贪污、盗窃财物数额较大的才构成犯罪，数额较小、危害不大，不认为是犯罪。在实践中应当注意掌握罪与非罪的界限。比如对数额不大的多吃多占，以及乱抄乱拿、小偷小摸的行为，不能以贪污、盗窃论罪，可以批评教育或者酌情给予行政处分。对于贪污、盗窃数额巨大、情节严重或者特别严重的犯罪，应当依法给予严厉惩处。

二、贪污罪与盗窃罪所采取手段的比较

贪污犯罪采取利用职务上便利的手段，盗窃犯罪采用窃取手段，这分别是贪污罪与盗窃罪行为的特点。盗窃犯罪不采取任何利用职务之便的手段，因此，是否利用职务之便实施犯罪，是贪污罪和盗窃罪区别的又一显著标志。

盗窃罪窃取的手段是指秘密取得。行为人在不使财物所有人、经管人觉察的情况下，非法取得公私财物。因此，无论是在人多拥挤的公共场所，还是无人在场的居民住宅，都可能采用窃取手段取得公私财物。在前述盗窃罪概念中，使用"窃取"一词，而没有使用"秘密窃取"，这是由于"窃"已包含了"秘密的"意思，不须重复。有一种意见认为盗窃罪"秘密窃取"的手段是和抢夺罪"公开窃取"的手段相比较而言，其实抢夺罪的手段是"公开夺取"。"公开窃取"自相矛盾，还容易混淆与盗窃罪的界限。

贪污罪利用职务上的便利，是指利用本人职务范围内的权力造成的方便条件。贪污分子利用国家、集体给予本人职务所造成的方便条件，非法取得公共财物，因此这又是渎职行为。贪污犯罪利用的职务之便，通常是指主管、经管公共财物的职务，因为只有这种职务才具有对公共财物管理、经手的权力，也才有可能利用职务上的便利贪污。这同利用职务上的便利收受贿赂的行为不同。我国刑法把收受贿赂罪放在渎职罪一章，是指国家工作人员，其中也包括非经管财物的国家工作人员，利用职务之便，收受他人贿赂的行为。

采取利用职务之便的手段，是贪污犯罪构成的要件，实施贪污犯罪可能采取侵吞、骗取、窃取等各种方式，但是这些方式并不直接影响贪污犯罪的构成。在国家工作人员窃取或者骗取公共财物的情况下，区别贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的关键就在于犯罪人是否利用职务之便，凡利用职务之便非法取得公共财物，无论窃取还是骗取，均构成贪污罪；如果没有利用职务之便，

则不构成贪污罪。

例如：甲原系银行某营业室见习出纳员，勾结乙密谋盗窃该营业室金库。甲事先偷印了金库钥匙模型，于某日晚越墙潜入该营业室，乙在外放哨。甲用仿制的钥匙打开金库，盗走人民币十余万元。甲犯罪的情节特别严重，但对其犯罪性质，有两种不同意见。一种意见认为甲犯贪污罪，应该依照刑法第一百五十五条的规定判处死刑；另一种意见认为甲犯盗窃罪，应该依照刑法第一百五十二条的规定，判处无期徒刑。究竟认定为何罪？关键在于甲是否利用职务上的便利。本案甲犯之所以能够窃取银行金库巨款，是由于他偷印了金库钥匙模型。这说明保管金库并不是甲本人的职务，而是他人职务。甲实施犯罪并没有利用本人职务上的便利，即出纳员职务范围内的权力造成的方便，他只是由于工作关系，比较熟悉该营业室情况，从而偷印了钥匙模型，这里不存在渎职行为，不构成贪污罪。甲在夜间越墙潜入营业室，采取秘密手段取得金库的巨款，具备了盗窃犯罪行为的特征，构成盗窃罪，应依照刑法第一百五十二条的规定论处。

三、贪污罪与盗窃罪主体的比较

贪污罪是以特殊主体为条件的犯罪，而盗窃罪的主体则仅是达到法定责任年龄并具有责任能力的自然人。这是贪污罪与盗窃罪相区别的第三点。

根据刑法第一百五十五条第一款和第八十三条的规定，贪污犯罪的主体是国家工作人员，即"一切国家机关、企业、事业单位和其他依照法律从事公务的人员。"又根据刑法第一百五十五条第三款的规定，"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。"即按照国家工作人员贪污处罚。因此，贪污罪的主体不一定必须是国家工作人员，还应当包括那些受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托从事公务的人员。"公务"一般是指公共事务。前文已述，贪污犯罪主体从事的公务通常是指主管、经管公共财物。

因此，从事生产劳动的普通工人、农村社员以及不经管、主管公共财物的其它人员，一般不能成为贪污犯罪主体。他们之中的个别人，如将生产劳动工具、原料非法秘密转为己有，是盗窃行为，不是贪污行为。但是，上述人员如果受国家机关、企业、事业单位、人民团体委托，执行某种主管、经管公共财物的职务，则这种委托的职务无论是长期的还是临时的，受委托人都可能成为贪污犯罪主体。例如谢某原系农业社员，在某大队窑厂当杂务工，受队长委托代收燃料、过秤划码、代发货。在二年多时间里，谢某勾结会计等人，采取变卖空白燃料结算单、过秤划码以少写多、无票发货等手法，给大队造成价值三千多元的损失，本人分得赃款七百八十余元。谢某虽系农业社员，但受委托从事经手大队窑厂部分财物的公务，并利用这一职务的便利，非法取得公共财物，所以应被视为贪污犯罪的主体。根据以上分析，人民公社生产队的队长、集体所有制企业的厂长、经理、财会人员、保管、采购员，合作社、商店售货员，公共电汽车售票员，出租汽车代收款的司机等主管、经管公共财物的人员，均属刑法第一百五十五条规定的从事公务的人员，均有可能成为贪污犯罪的主体。目前在我国审判实践中，大都也是这样认定的。

盗窃罪的主体是达到法定责任年龄并且具有责任能力的自然人，其中当然也包括某些从事公务的人员犯盗窃罪的可能。

四、贪污罪与盗窃罪故意内容的比较

贪污罪和盗窃罪都是故意的犯罪。贪污罪具有把公共财物转为非法所有的目的；盗窃罪具有把公私财物转为非法所有的目的，这分别是贪污、盗窃罪构成要件的第四个方面。

"非法所有的目的"是指行为人在没有法律根据的情况下，具有排除权利人的利益，自行占有、使用、处分公私财产，以在经济上取得同财产所有者同等权利的主观心理态度（不是指在法律上获得财产所有权）。即行为人妄图在经济上非法取得对财产占有、使用、处分的权利，至于是否已经取得或者行使了这些权利，比如是否已经占有、使用、处分了非法所得的财物，并不影响犯罪构成。只要行为人以非法所有的目的，实施了犯罪行为，便构成犯罪。当犯罪分子以非法所有的目的占有财物的时候，就同时取得了非法使用、处分财物的权利，达到了预期的目的，也就构成贪污、盗窃罪的既遂。"非法所有的目的"与"非法占有的目的"不同。后者不一定包括取得使用权、处分权的目的，即不能说明行为人妄图在经济上获得财产所有权的全部三项权能，及在经济上取得同财产所有者的同等权利。

把财物转为非法所有的目的是贪污罪和盗窃罪构成的要件。如果行为人不具有这一目的，即使非法占有，使用了公私财物，侵犯了财产所有权，也不能构成贪污、盗窃犯罪；如果行为人具有其它目的，非法占有、使用了公私财产，侵犯了财产所有权，则可能构成其它性质的犯罪，而不构成贪污罪或盗窃罪。

比如一般性的挪用公款，行为人虽然利用职务之便非法使用了公款，但其主观上的打算是先用后还，没有据为己有的目的，故只是一种违反财经制度的行为，不构成贪污罪，如果挪用国家救灾款物情节严重的，应依照刑法第一百二十六条的规定，以挪用国家救灾款物定罪。另外像利用职务之便借支公款，借用公物或者由于某种原因把公款、公物暂时存放在家里等等，都不具有将财物转为非法所有的目的，也都不应该认定为贪污罪。只有行为人大量"挪用"、"借支"公款，根本无力偿还，也不打算偿还的，才认定为贪污罪。这是因为事实已表明行为人的目的是将公共财物非法转为己有。

同样道理，如果行为人不具有将财物转为非法所有的目的，而是暂借公私财物使用，虽然有的也使用窃取手段，但也不构成盗窃罪。例如某职工住本单位二楼集体宿舍。因管理员不给开放电视，遂于某日晚，趁管理员不在，撬开一楼会议室，悄悄将电视机搬到宿舍，与同室的人共同观看。某职工的行为显然十分错误，但不构成盗窃罪，因为他并没有将电视据为己有的目的。

再如行为人以毁坏财物的目的毁坏公私财物或者出于戏弄报复的动机隐匿公私财物，情节严重的，即使是利用职务的便利或采取盗窃的手段，侵犯了财产所有权，也不构成贪污、盗窃犯罪，而可能构成故意毁坏公私财物罪或者流氓罪。如果行为人的目的是将非法所得财物作为实施其它某种犯罪的工具，属于牵连犯罪的，可以按重罪吸收轻罪的原则定罪。目前，在司法实践中，对于偷开汽车的案件如何定性，存在着不同认识。我们认为不能一概而论都认定为盗窃罪，而应当根据不同的犯罪故意以及犯罪目的、根据案件具体情况，具体分析、区别对待。如果行为人以非法所有的目的窃取汽车使用、变卖的，构成盗窃罪；如果偷汽车的目的是实施其它犯罪活动，如把汽车作为杀人工具，可定杀人罪；如果偷汽车具有毁坏汽车的目的，情节严重的构成故意毁坏公私财物罪；行为人偷开汽车，纯粹是为"兜风过瘾"，情节严重的可定为流氓罪，如情节显著轻微、危害不大的不构成犯罪，可作其它处理。

强调“非法所有的目的”是贪污、盗窃犯罪构成要件，是否会给狡滑的罪犯以抵赖的机会？列宁曾说：我们应该按哪些标志来判断真实的个人的真实“思想和感情”呢？显然，这样的标志只能有一个，就是这些个人的活动。犯罪故意的内容以及犯罪目的是不能只凭罪犯口供认定的，应当把犯罪分子的一系列活动联系起来，对案件全部事实作认真、周密的调查，全面分析、综合研究，最后查明判定。客观事实是检验真实的犯罪目的的唯一标准，任何人狡滑抵赖都将无济于事。在处理贪污、盗窃犯罪案件时，必须强调查明犯罪故意的内容以及犯罪目的，才能做到定罪准确、不枉不纵。

在前述贪污罪、盗窃罪的概念中，分别使用“以非法所有的目的”这样的概念，有的同志习惯于用“以非法占有的目的”，这是不够确切的，容易模糊犯罪分子的真实目的。有的同志认为刑法中“占有”、“所有”都一样，只有民法才区别它们。其实刑、民法对同一个法律词汇的含意应当是统一的，如果分成“刑法的占有”，“民法的占有”等等不同概念，容易造成混乱。另外，在前述两罪的概念里没有提到“为谁”非法所有，这是因为犯罪分子非法取得财物，无论据为己有还是第三人所有，无论为个人还是某团体、某集体所有，都不影响贪污罪与盗窃罪的构成，关键在于是否具有非法所有的目的。目前在司法实践中，将一些集体所有制单位有组织地偷盗数额较大的公共财物转归集体所有的案件，认定为盗窃案件，对组织者、主谋者追究必要的刑事责任，是正确的。如果因为盗窃的财产没有直接归私人而是归集体非法所有，就认为不构成盗窃罪，这在理论上站不住脚，在实践中不利于对全民所有制和集体所有制经济的保护，容易放纵罪犯。当然，在处理具体案件时，可根据行为人的动机、一贯表现、认罪态度以及对社会造成的危害程度，酌情分别给予适当处理。

以上谈了贪污、盗窃罪的概念、各自犯罪构成的条件以及相互区别。其犯罪构成的四个方面不是孤立存在、相互分割；而是相互联系、缺一不可。只有当行为人以非法所有的目的，实施了取得财物的行为并造成一定的社会危害，才构成犯罪。如果缺少犯罪故意，没有非法所有的目的，就不构成贪污、盗窃罪，但是只有非法所有的心理状态，没有任何犯罪行为，也同样不构成犯罪，犯罪故意的内容往往又通过犯罪行为得以表现，等等。综上所述，贪污罪与盗窃罪都是故意的犯罪，都具有将财产转为非法所有的目的，又都实施了侵犯财产所有权的犯罪行为。但是它们之间有严格的区别：(1)贪污罪的主体是特殊的；而盗窃罪不要求特殊主体。(2) 贪污犯罪必须是利用职务上的便利；而盗窃罪不存在这一问题，它采用窃取手段。(3) 贪污罪侵犯公共财产所有权；盗窃罪侵犯公私财产所有权。

免予起诉初探

应后俊

我国刑事诉讼法规定，检察机关有免予起诉权，它与刑法中关于死刑缓刑和管制的规定一样，是我国经过自己的司法实践建立和完善的一种新的制度。了解免予起诉的历史形成过程，以及它的概念与适用范围，正确使用免予起诉，对于正确实施刑事诉讼法，具有一定的理论和实践意义。