

业务侵占：贪污罪的解释方向

王彦强^{*}

内容提要：立法与司法解释对贪污罪入罪标准的修正，导致贪污罪与盗窃、诈骗等侵犯财产罪之间产生严重的罪刑失衡。为解决这一问题，学者们提出了不同的解决方案。竞合论方案，包括想象竞合说和特别关系法条竞合从一重处断说，虽然简单易行，但这一方案或者因为理由不充分，或者因为混淆了功能、性质迥异的罪量、罪质因素，破坏了行为类型（定型）的统一性，甚至引发同一行为类型内部产生罪刑失衡，而难以采用。因此只能尝试互斥论方案，即坚持贪污罪应为单一侵占行为类型，将盗窃、诈骗等行为方式排除在贪污罪之外，从而从一开始就否定贪污罪与盗窃罪、诈骗罪的竞合关系。无论从罪刑均衡的角度看，还是从体系解释、法条文义、语义解释、目的解释的角度看，互斥论方案都是能够成立的。

关键词：贪污罪 职务侵占罪 竞合论 业务侵占

一、问题的提出

刑法修正案（九）、“两高”2016年《关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》（以下简称“‘两高’司法解释”）对贪污罪的入罪标准予以重构，尤其是入罪数额标准大幅提高，必将导致贪污罪与盗窃、诈骗等侵犯财产罪之间产生罪刑评价上的不协调、不均衡。这是因为，刑法理论一般无争议地认为，贪污罪的“盗取”“骗取”与盗窃罪、诈骗罪的行为方式是相同的（至少是重合的）；贪污罪也保护财产法益，贪污罪与盗窃罪、诈骗罪系特别关系法条竞合。于是，国家工作人员利用职务之便盗取、骗取公共财物，达到3万元的，才构成犯罪（贪污罪），而普通公民盗窃、诈骗公共财物1000元、3000元即可入罪（盗窃罪、诈骗罪），这难免让人产生同罪不同罚的不平等之感。

“作为宪法和刑法所明文规定的基本原则，平等原则是任何刑法解释都必须遵守的界限，任何违反平等原则的刑法解释，不仅损害了宪法和刑法适用的有效性和权威性，同时

^{*} 南京师范大学法学院副教授。

本文受江苏省高校优势学科建设工程（PAPD）、中国法治现代化研究院院内项目资助。

也危害到解释本身的正当合理性。”〔1〕面对立法和司法解释相关规定所遭遇的刑法平等适用方面的诘难，本文尝试提出以下解决方案：在否定竞合论方案（包括想象竞合说和特别关系法条竞合从一重处断说）的基础上，提倡一种互斥论主张，即将贪污罪限定为单一侵占行为类型，从而将贪污罪限定理解为国家工作人员业务（公务）侵占罪。如此，从源头上否定贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间的竞合关系，仅肯定贪污罪与作出同样限缩解释的职务侵占罪之间存在法条竞合关系。

二、竞合论方案之不足

贪污罪入罪数额标准（3万元，其他较重情节下为1万元）与盗窃罪、诈骗罪的入罪数额标准（前者为1000—3000元，后者为3000—1万元），二者间最高可达30倍的巨大差距，造成了国家工作人员与普通公民——在窃取、骗取等公共财物时——在犯罪成立标准和刑罚配置等方面遭遇了严重的不平等对待。由此导致两个司法适用难题：一是，国家工作人员利用职务之便窃取、骗取公共财物，业已达到贪污罪入罪数额标准的，是一律按贪污罪定罪处罚，还是比较贪污罪与盗窃罪、诈骗罪处罚之轻重，从一重处断？二是，国家工作人员利用职务之便窃取、骗取公共财物，未达到贪污罪入罪数额标准，但已达到盗窃罪、诈骗罪入罪数额标准的，可否按盗窃罪、诈骗罪定罪处罚？

针对上述问题，有学者从竞合论的角度提出了解决方案。其中，一种观点是直接否定贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间的法条竞合关系，主张以想象竞合从一重处断（想象竞合说）；另一种观点则维持二者系特别关系法条竞合的传统立场，但主张按从一重处断的原则处置（特别关系法条竞合从一重处断说）。

（一）想象竞合说

论者认为，“法益同一性”是认定法条竞合的实质标准；一般来说，刑法分则不同章节规定的犯罪指向不同性质的法益，它们之间基本不可能是法条竞合关系；虽说保护社会法益、国家法益以保护个人法益为最终目的，但不能说个人法益等同或者包括了社会法益、国家法益；如此，侵犯个人法益的过失致人死亡罪与侵犯国家或社会法益的玩忽职守、交通肇事、医疗事故等犯罪之间，侵犯个人法益的诈骗罪与侵犯社会法益的合同诈骗、金融诈骗等犯罪之间，就不是法条竞合关系，而是想象竞合关系。〔2〕依此观点，分属刑法分则不同章节、分别侵犯国家法益（职务行为的廉洁性）和个人法益（财产）的贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间亦应为想象竞合关系。

不过，以上论断未免有些粗糙。的确，法益同一性是区分法条竞合与想象竞合的实质标准，但同一性判断应当是就个罪保护的具体法益内容而言的，不应仅停留在类罪归属层面。比如，当某一犯罪以复合法益为保护法益内容时，由于类罪的归属只是按照该罪主要法益的性质来进行，故类罪归属的不同只能说明该罪的主要法益与其他犯罪的（主要）法益不同一，却不能由此否认该罪的次要法益与其他犯罪的法益之间有可能存在同一性。例

〔1〕 于改之、吕小红：《刑法解释中平等原则的适用》，《比较法研究》2017年第5期，第88页。

〔2〕 参见吕英杰：《刑法法条竞合理论的比较研究》，载陈兴良主编：《刑事法评论》第23卷，北京大学出版社2008年版，第482页以下；张明楷：《法条竞合与想象竞合的区分》，《法学研究》2016年第1期，第135页。

如贪污罪,因其主要法益是职务行为的廉洁性,从而被归入“贪污贿赂罪”这一章,但刑法理论一致认为公共财产是贪污罪的次要法益,这一次要法益与盗窃罪、诈骗罪所保护的财产法益完全可能是同一的。所以,二者之间仍然有可能构成法条竞合关系。

于是,部分论者在法益同一性之外,将“不法的包容性”也作为区分法条竞合与想象竞合的实质标准。法益同一性重在解决行为不法性质的充分评价问题,不法的包容性则是要解决不法程度的全面评价问题。这一观点,将不法内容重但法定刑轻的情形排除在法条竞合之外,而将其认定为想象竞合;当一个行为同时触犯两个法条时,即便这两个法条存在形式上的包容或者交叉关系,且具有法益同一性,但只要适用特别法条的刑罚明显较轻时,即表明该特别法条不能完全评价行为的不法内容,此时,这两个法条之间不是特别关系法条竞合,而是想象竞合。例如,倘若坚持认为保险诈骗罪是诈骗罪的特别法条,也只有当保险诈骗数额在普通诈骗数额较大或巨大的范围内,才承认二者是特别关系法条竞合;若保险诈骗数额达到普通诈骗应判处无期徒刑的数额特别巨大标准,此时保险诈骗罪与诈骗罪便是想象竞合关系。^{〔3〕}依此观点,贪污罪与盗窃罪、诈骗罪一般也是特别关系法条竞合,但若以贪污罪论处刑罚明显低于盗窃罪、诈骗罪时,即表明贪污罪不能完全评价行为的不法内容,此时贪污罪与盗窃罪、诈骗罪是想象竞合关系。^{〔4〕}

在存在罪量要素的犯罪构成体系下,法条竞合的实质判断标准必须要考虑不法程度(罪量),这一点值得肯定。但对于已经符合法条竞合的形式标准(法条包容或者交叉关系)和实质标准(法益同一性)的两个法条,仅因适用特别法条时刑罚相对较轻,就认为特别法条不能完全评价行为的不法内容,理由未免单薄了些。

首先,这里明显存在“量刑反制定罪”的思维逻辑。对此,论者亦不避讳,认为这无可厚非。“罪数论也好,竞合论也罢,都是为了解决量刑问题。或者说,‘正确的刑罚裁量终究是整个竞合理论的目的。’据此,不考虑罪刑相适应的要求,单纯从形式逻辑出发研究罪数或者竞合问题,是一种方向性的偏差。”^{〔5〕}的确,将竞合论定位在刑罚论(法律效果论),是一种相当有力的观点,^{〔6〕}但这里探讨的是法条竞合的实质标准、法条竞合与想象竞合的区分等问题,而二者的重大区别恰恰在定罪(宣告一罪抑或数罪的区别)而非量刑。事实上,法条竞合是“假性竞合”而非“真实竞合”(包括想象竞合和实质竞合),只是为了厘清想象竞合概念,法条竞合才被置于竞合论中进行讨论。正因如此,学理上才主张用“法条单一”取代“法条竞合”的称谓以避免误解。是故,法条竞合的判断标准(与想象竞合的区分标准)属于定罪问题,而非真实竞合的量刑问题。既是定罪问题,论者亦明确反对的“量刑反制定罪”的逻辑错误,^{〔7〕}就必须避免。

其次,既是定罪问题,不法包容性的判断就必须依据具体个罪自身的罪刑规范(罪状描述和法定刑配置)来进行。详言之,若要基于不法包容性的判断而认定具有法条包容或交叉关系、法益同一性的两个法条是想象竞合关系而非法条竞合关系,其前提条件必须是,

〔3〕 参见前引〔2〕,张明楷文,第136页以下。

〔4〕 不过,在“‘两高’司法解释”出台后的新近论著中,论者并未按照想象竞合说来处理贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间的罪刑失衡问题。参见张明楷:《贪污贿赂罪的司法与立法发展方向》,《政法论坛》2017年第1期。

〔5〕 前引〔2〕,张明楷文,第139页。

〔6〕 参见柯耀程:《刑法竞合论》,2012年自版,第25页以下。

〔7〕 参见张明楷:《许霆案的刑法学分析》,《中外法学》2009年第1期,第50页。

特别法条的罪刑规范中本来就存在着某些显著的特殊因素，这些因素表明该特别法条的法益（与普通法条的法益具有同一性的那个法益）在受保护程度上是受限的、不完全的。^{〔8〕}但在金融诈骗犯罪与诈骗罪之间、贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间，作为特别法条的金融诈骗犯罪、贪污罪，不论是体现法益受保护程度的罪量因素（都采用“数额”即价值标准），还是法定刑配置模式（都是传统的“递增模式”），都没有反映出这些犯罪的法益在受保护程度上受到了限制。如此，就没有充分理由根据不法的包容性这一标准，以特别法条对法益的保护不完全为由，否定法条竞合关系而肯定想象竞合关系。至于罪名之间（即便是呈现包容关系的罪名之间）不同的罪量标准和法定（最高）刑配置，更多是“常态、典型形态立法”的产物，即立法者只会根据某一犯罪常发、多发的情状去确立罪量标准、配置法定（最高）刑，而不会理睬罕见、异常之事。此时的人罪数额标准，仅具有反映相关犯罪所呈现的实际规模、样态的作用，而不具备衡量罪重罪轻的功能。

综上，由于贪污罪中缺乏表明“立法在法益的受保护程度上进行了限制”的特殊因素，意图借助不法的包容性这一标准来否定法条竞合关系而肯定想象竞合关系的解释方案，无法施用于贪污罪与盗窃罪、诈骗罪。简言之，只要承认贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间存在竞合关系，就应当肯定这一竞合关系是法条竞合而非想象竞合。

（二）特别关系法条竞合从一重处断说

此说认为贪污罪与盗窃罪、诈骗罪系特别关系法条竞合。一方面，只有当国家工作人员利用职务之便窃取、骗取公共财物的行为，既符合盗窃罪、诈骗罪的入罪数额标准，也符合贪污罪的入罪数额标准时，才可能成立特别关系法条竞合。^{〔9〕}特别关系法条竞合原则上适用“特别法优于普通法”，但倘若适用特别法条定罪处罚会导致刑罚畸轻，且特别法条本身亦不属于刑罚宽宥事由时，只要普通法条中不存在类似“本法另有规定的，依照规定”这样的禁止性条款，就应当适用“重法优于轻法”，以实现罪刑均衡。^{〔10〕}此种特别关系法条竞合的从一重处断，乃是在法无明文禁止的前提下，基于罪刑均衡考量的补充适用，故可谓“特别关系法条竞合从一重处断补充适用说”。^{〔11〕}

也有学者认为：当贪污行为同时符合贪污罪和侵犯财产罪时，根据法条竞合“特别法优于普通法”的处理原则，一般以贪污罪论处；当以贪污罪论处的刑罚明显低于以普通财产罪论处的刑罚时，为贯彻罪责刑相适应原则，就应该适用“重法优于轻法”的处理原则，以侵犯财产犯罪追究相关国家工作人员的刑事责任，并将利用职务之便，作为加重处罚情

〔8〕 这类特殊因素大概有两种：一种是“限高型法定刑配置模式”，如暴力干涉婚姻自由罪的“处二年以下有期徒刑或者拘役；致使被害人死亡的，处二年以上七年以下有期徒刑”。在立法普遍采取法定刑随罪量程度升高而逐级上升的“递增型配置模式”的情况下，“限高模式”表明立法在法益受保护程度上进行了限制。另一种是特别法条采用与众不同的罪量计量标准，这可能导致其法益保护的不周延。例如，盗伐林木罪与盗窃罪都保护林木所有权，但体现该法益受保护程度的计量标准，在盗伐林木罪中采用的是“数量”即体积标准，这不同于盗窃罪中的“数额”即价值标准。以体积衡量林木的所有权法益，相较于以价值衡量林木的所有权法益，可能是不周延的。参见王彦强：《犯罪竞合中的法益同一性判断》，《法学家》2016年第2期，第72页以下。

〔9〕 参见前引〔4〕，张明楷文，第8页。

〔10〕 参见张明楷：《刑法分则的解释原理》下，中国人民大学出版社2011年版，第702页以下。

〔11〕 参见付立庆：《交叉式法条竞合关系下的职务侵占罪与盗窃罪》，《政治与法律》2016年第2期，第48页。此文虽以职务侵占罪与盗窃罪的竞合关系为主题，但其观点完全适用于贪污罪与盗窃罪。

节,以充分评价该贪污行为的不法性质和不法内容,实现均衡的罪刑关系。^[12]言下之意,特别关系法条竞合的情形,只要适用特别法会导致刑罚过轻、罪刑不均,就应以重法(普通法)取而代之,至于普通法条中有无“本法另有规定的,依照规定”等禁止性规定,在所不问。此可谓“特别关系法条竞合一律从重处断说”。

另一方面,特别关系法条竞合从重处断说还主张,犯罪数额未达3万元的盗窃、诈骗行为,即使行为人是国家工作人员,并且行为人利用了职务上的便利,也没有满足贪污罪的构成要件;既然行为只符合盗窃罪、诈骗罪的构成要件,就表明并不存在竞合关系,此时对行为人以盗窃罪、诈骗罪论处,没有任何法律障碍,也不违反“特别法优于普通法”的原则,并且有利于实现贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间的罪刑协调。^[13]

特别关系法条竞合从重处断说,在坚持贪污罪与盗窃罪、诈骗罪系特别关系法条竞合的传统立场的基础上,通过从重处断的(补充)适用,便捷地消解了罪刑不均衡问题,可谓“巧妙”,但难言合理。

1. 特别关系法条竞合一律从重处断说(唯重法论)

首先,唯重法论导致特别关系法条竞合的处断原则与想象竞合的处断原则完全混同(如果坚持想象竞合从重罪定罪处罚的通说立场),区分法条竞合与想象竞合不再有意义,最终沦为所谓“大竞合论”。这恐怕非论者所愿。

其次,“‘两高’司法解释”确立的贪污罪数额较大、巨大、特别巨大的标准,都明显高出盗窃罪、诈骗罪;依唯重法论,在绝大多数情况下,国家工作人员利用职务之便窃取、骗取公共财物的行为,都应以盗窃罪、诈骗罪论处,因为在绝大多数情况下,同等犯罪数额的盗窃罪、诈骗罪的刑罚都重于贪污罪;只有当犯罪数额达到贪污罪可以适用终身监禁、死刑的标准时,才能构成贪污罪(盗窃罪、诈骗罪的最高法定刑为无期徒刑)。如此一来,一方面,这相当于解释者给贪污罪“判了死刑”,贪污罪绝大部分条文内容变为一纸空文,贪污罪沦为“一触即死”的恐怖罪名,这有违体系解释的要求。^[14]另一方面,国家工作人员利用职务之便窃取公共财物,数额为10万元、100万元时,成立盗窃罪;数额为300万元以上时(根据“‘两高’司法解释”的规定,成立贪污罪可能适用终身监禁、死刑),就摇身一变为贪污罪;行为类型、性质仅因犯罪数额多寡就发生变化,仅表征违法程度的罪量要素却具有了决定行为类型(定型)的功能,实为不妥。诚然“在构成要件要素中,哪些要素是定型性要素,哪些不是定型性要素,也是值得研究的问题”,^[15]但没有争议的是,贪污罪、盗窃罪、诈骗罪中的“数额”都不可能是决定行为类型、性质的定型性要素。^[16]

再次,唯重法论忽视了法条竞合在犯罪宣告、行为评价等方面的独特意义,违背了先

[12] 参见前引[1],于改之等文,第98页。

[13] 参见前引[4],张明楷文,第8页;前引[1],于改之等文,第98页。

[14] 体系解释“不赘言的要求”(das Postulat der Nichtredundanz)是指,“每个法规范都应具有一个自己的适用范围……这个要求,反对通过解释的方式,将一个规范的适用范围紧缩到完全被另一个规范所包含。”参见[德]英格博格·普珀:《法学思维小学堂:法律人的6堂思维训练课》,蔡圣伟译,北京大学出版社2011年版,第61页。

[15] 前引[4],张明楷文,第9页。

[16] “盗窃2000元、2万元或者20万元的行为类型或特征是完全相同的,所不同的只是违法程度。……数额不影响行为类型。”张明楷:《加重构成与量刑规则的区分》,《清华法学》2011年第1期,第10页。

定罪后量刑的基本逻辑，有“量刑反制定罪”之嫌。在竞合问题上，我们关心的是一个适度的、合于比例原则的犯罪宣告及刑罚。审判工作并不只是判一个刑，而是也要让人知道，行为人错在那里；犯罪宣告本身，也就是在宣示行为人行为犯错的地方。^{〔17〕}在特别关系法条竞合的处理上，当行为同时该当普通法条和特别法条时，首先是定罪，即选择最能完整涵盖行为特征、最能完全评价法益侵害内容的法条（即特别法条）进行犯罪宣告；然后才是量刑，即根据特别法条的法定刑裁量刑罚。在法条竞合中，从来都只有一个法条被适用（当发现存在更能完全评价行为不法内容的特别法条时，普通法条即被抛弃，从未被真正适用），又何来两个法条刑罚轻重比较后的“从一重处断”？重新复活根本不能完整评价行为全貌的普通法条，难免有“量刑反制定罪”之嫌。

最后，依唯重法论，绝大多数（除依贪污罪可适用终身监禁、死刑的情况外）同时该当诈骗罪和贪污罪构成要件的行为，都应以重罪——诈骗罪定罪处罚，但刑法第266条明确规定“本法另有规定的，依照规定”，据此，当行为同时该当诈骗罪与刑法规定的其他犯罪时，必须排除诈骗罪的适用。唯重法论以罪刑均衡为由无视刑法明令的禁止性规定，有违罪刑法定原则。

2. 特别关系法条竞合从一重处断补充适用说（补充适用论）

相比唯重法论，补充适用论守住了“本法另有规定的，依照规定”这一底线，值得肯定，但此论也有不少问题。

首先，在盗窃罪与贪污罪竞合关系的处理上，因盗窃罪条文中没有“本法另有规定的，依照规定”的表述，补充适用论此时就沦为了唯重法论。因此，针对唯重法论的上述质疑（除最后一点）皆适用于补充适用论。

其次，在诈骗罪与贪污罪竞合关系的处理上，根据补充适用论，一方面，当行为同时该当诈骗罪与贪污罪的构成要件，因诈骗罪条文中存在“本法另有规定的，依照规定”的表述，故应以贪污罪定罪处罚；另一方面，国家工作人员利用职务之便骗取公共财物，数额尚未达到贪污罪入罪数额标准，但已超出诈骗罪入罪数额标准时，应以诈骗罪论处。可见，补充适用论同样延续着其支持者也明确反对的“犯罪数额决定行为定型”的错误。

再次，依补充适用论，国家工作人员利用职务之便骗取公共财物，数额未达3万元的，成立诈骗罪；而根据罪刑均衡的要求，诈骗数额越接近3万元（诈骗罪法定刑升格条件“数额巨大”的标准），科处的刑罚就应越接近3年有期徒刑（诈骗罪基本犯的法定刑上限）；如果行为人再多骗一些，数额达到3万元，则构成贪污罪；此时犯罪数额刚刚达到贪污罪入罪数额标准，所科处的刑罚不可能、也不应当接近3年有期徒刑（贪污罪基本犯的法定刑上限）。如此一来，同一行为类型，犯罪数额少的，按诈骗罪定罪，处罚重；犯罪数额多的，按贪污罪定罪，处罚反而轻。这与该说维护罪刑均衡的初衷背道而驰。诚然，“在比较犯罪轻重时，不能只是在同一行为类型的内部比较，还需要将刑法处罚的其他行为进行比较”，^{〔18〕}但如果是以牺牲同一行为类型内部的罪刑均衡为代价，就得不偿失了。

最后，补充适用论与“本法另有规定的，依照规定”的注意规定属性相违背。只要坚

〔17〕 参见黄荣坚：《刑法问题与利益思考》，中国人民大学出版社2009年版，第209页。

〔18〕 前引〔10〕，张明楷书，第737页。

持“应当区分想象竞合和法条竞合”的立场,“本法另有规定的,依照规定”,就是表征特别关系法条竞合“特别法优于普通法”处断原则的注意规定。注意规定的意义仅在于“重申教义、提醒注意”。换言之,无论是否有该条款,法条竞合的处理原则都不应受影响。既然贪污罪与盗窃罪、贪污罪与诈骗罪都是特别关系法条竞合,那么相应的处理原则理应完全相同,而不应该因“本法另有规定的,依照规定”这一注意规定的有无而在处理原则上存在差异。更甚者,本说支持者还主张,职务侵占罪应采单一侵占行为模式,将盗窃、诈骗行为类型排除在该罪之外。^[19]如此一来,盗窃罪与(窃取型)贪污罪、诈骗罪与(骗取型)贪污罪以及职务侵占罪与(侵吞型)贪污罪,三种性质完全相同的特别关系法条竞合情形,却分别有唯重法论、重法补充适用论、依特别法论三种不同的处理原则,这恐怕难言合理。

3. “符合特别法条行为类型,未达特别法条数额标准却已达普通法条数额标准的行为以普通法条论处”的主张

特别关系法条竞合从一重处断说主张,只有当国家工作人员利用职务之便窃取、骗取公共财物的行为,同时达到盗窃罪、诈骗罪和贪污罪的入罪数额标准时,才成立特别关系法条竞合。未达到贪污罪入罪数额标准的行为,不满足贪污罪的构成要件,只成立盗窃罪、诈骗罪,属单纯一罪,并不涉及法条竞合问题,自然也不适用“特别法优于普通法”的处理原则。“‘特别法优于普通法’的原则只是表明,在行为完全符合特别法的要求时需要适用特别法,而并未回答,在行为不符合特别法的数额规定时,还能否适用普通法。”^[20]上述观点值得商榷。

首先,将这一主张与特别关系法条竞合从一重处断的结论相结合,前述“犯罪数额决定行为定型”“导致同一行为类型内部罪刑失衡”等错误,就依然存在。

其次,在选择适用抑或不适用法条竞合原理的标准上,主倡者的观点并不统一。论者认为,因行为仅达到普通法条(盗窃罪、诈骗罪)的入罪数额标准,未达到特别法条(贪污罪)的入罪数额标准,仅该当普通法条之罪,根本不涉及法条竞合问题,自然不适用“特别法优于普通法”的处理原则。可是,在(特别关系法条竞合)特别法条的适用前提的问题上,论者却认为:“由于刑法分则的许多条文将‘数额较大’规定为构成要件要素,导致有些特别法条的适用并不以具备普通法条的‘数额较大’的构成要件要素为前提。但是,即使在这种情况下,特别法条的适用,也要求行为具备普通法条所规定的构成要件的基本要素。”^[21]显然,论者一方面认为,行为因没有达到特别法条的入罪数额标准,不该当特别法条之罪,没有同时符合特别法条和普通法条的构成要件,故不存在法条竞合问题;另一方面又认为,行为虽然没有达到普通法条的入罪数额标准,但只要具备了普通法条构成要件的基本要素,就可以肯定特别关系法条竞合,从而适用特别法条。同样都是犯罪构成的罪量要素(数额),为何仅因一个是特别法条的罪量要素、一个是普通法条的罪量要素,就予以区别对待?既然都是犯罪构成的罪量要素,法条竞合原理的适用理应在两种情形中保持一致。

综上,特别关系法条竞合从一重处断说,看似简单易行,却可能带来难以承受的学理

[19] 参见前引[4],张明楷文,第10页以下。

[20] 前引[11],付立庆文,第47页。

[21] 前引[10],张明楷书,第721页。

危机：一则，使仅表征违法程度的罪量要素（数额）具备决定行为类型（定型）的机能，混淆了性质、功能迥异的罪量要素与罪质要素。行为定型仅因犯罪数额多寡而发生变化，破坏了构成要件的类型化机能。二则，局部变更了法条竞合原理，导致法条竞合的认定和处理标准发生混乱。三则，消除此罪与彼罪之间罪刑失衡的努力，却导致同一行为类型内部发生罪刑失衡，可谓得不偿失。

三、互斥论方案的尝试

以上分析表明，竞合论方案虽简单易行，却存在诸多问题，不宜推行。既然竞合论的路径不可取，那么从源头上否定竞合关系是否可行？即将盗窃、诈骗行为类型排除在贪污罪之外，这样，国家工作人员利用职务之便盗窃、诈骗公共财物的行为，仅该当盗窃罪、诈骗罪，而无关贪污罪。若此互斥论方案成立，所有因竞合而生的罪刑均衡问题，岂不迎刃而解？

值得注意的是，在坚持照搬贪污罪的行为类型来解释职务侵占罪，从而导致“‘两高’司法解释”出台后职务侵占罪与盗窃罪、诈骗罪之间也出现罪刑失衡问题的情况下，一种有力的观点正是通过互斥论从源头上解决问题，即认为职务侵占罪仅限于“侵占”这一种行为类型，盗窃、诈骗行为不能成立职务侵占罪。^{〔22〕}

为何这一方案没有被应用于贪污罪？归根结底，贪污罪与职务侵占罪在条文表述上有明显差异。刑法第271条规定，“公司、企业或者其他单位的人员，利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的”，是职务侵占罪。第382条第1款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者其他手段非法占有公共财物的，是贪污罪。”显然，贪污罪条文明确列举了窃取、骗取等行为方式。“由于刑法第382条第1款有明文规定，故对于符合贪污罪构成要件的窃取、骗取行为，仍然应认定为贪污罪。就此而言，解释者无能为力。”^{〔23〕}不过，在本文看来，或许解释者还能有所作为。诚如张明楷补充所言：“当然，也有可能认为，刑法第382条中的‘窃取、骗取’，与刑法第264条的‘盗窃’、第266条的‘诈骗’并不是等同含义。”^{〔24〕}

（一）罪刑均衡：赋予相同法律用语以不同涵义的可能性和必要性

互斥论面临的障碍是，学理上一般将贪污罪的“窃取”“骗取”等同于（盗窃罪的）盗窃、（诈骗罪的）诈骗，认为二者只是一般用语与规范用语的区别。不过，即便认为二者系同一用语，“同一用语在不同法律，有时甚至在同一法律都有不同的使用方式”。^{〔25〕}在刑法中，对相同用语作不同理解并不鲜见。例如，同为“暴力”，在抢劫罪和暴力干涉婚

〔22〕 参见前引〔4〕，张明楷文，第11页；阮齐林、温建康：《职务侵占罪与盗窃罪之比较研究》，《人民检察》2017年第9期。在“‘两高’司法解释”出台前，便有职务侵占罪为单一侵占行为类型的主张，参见周啸天：《职务侵占罪中“利用职务上的便利”要件之再解读》，《政治与法律》2016年第7期；陈洪兵：《体系性诠释“利用职务上的便利”》，《法治研究》2015年第4期；苏云、张理恒：《快递公司分拣员窃取邮包行为定性盗窃罪之刑法教义学可行性路径分析》，《中国刑事法杂志》2015年第5期。

〔23〕 前引〔4〕，张明楷文，第12页。当然，张明楷“限制窃取、骗取行为成立贪污罪的范围”的尝试，实际上也是互斥论方向上的努力。

〔24〕 前引〔4〕，张明楷文，第12页，脚注1。

〔25〕 [德]卡尔·拉伦茨：《法学方法论》，陈爱娥译，商务印书馆2003年版，第193页。

姻自由罪中,暴力的程度和范围明显不同;同为“盗窃”,在侵犯商业秘密、盗窃尸体等罪中,也不宜照搬盗窃罪中“盗窃”所具有的“剥夺占有—建立占有”的规范含义。

当然,法律术语的同一性(Einheitlichkeit der Terminologie)是维护法的统一性的要求,法律采用统一术语体系有利于法的安定性、法律的简洁性和明晰性。^[26]因此,“主张应作他种理解者,就此应特别说明其理由”,^[27]只有当统一性的利益与法律概念的功能相关性(Funktionsgebundenheit)——要求法律语词的解释与待解释之规范所要解决的具体正义问题相适应——发生抵触时,对同样的语词在不同场合才能作不同解释。^[28]在刑法上,法律概念的功能相关性集中体现在罪刑均衡(系统解释)和法益保护(目的解释)两个方面。如抢劫罪和暴力干涉婚姻自由罪中的“暴力”乃是“经由系统解释,得知其不同之意涵”;而盗窃罪和侵犯商业秘密、盗窃尸体等罪中的“盗窃”则是“基于保护法益之不同,经由目的解释,得知其不同之意涵”。^[29]前者是罪刑均衡考量的结果,后者则是规范目的(保护法益)不同所致。

就贪污罪与盗窃罪、诈骗罪而言,在保护财产法益方面存在同一性,因此,欲赋予相同或相似用语以不同意涵,其实质理由只能是罪刑均衡(系统解释)的考量,即入罪标准调整后贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间出现了严重的罪刑失衡。对此,有观点认为:“因为贪污罪的法定最高刑高于盗窃罪与诈骗罪,所以,将盗窃、诈骗行为包含在贪污罪中可以更严厉地处罚该行为。”^[30]“有足够的理论认为贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间系法条竞合关系,因为贪污罪的最高刑罚是死刑,相对于盗窃罪与诈骗罪是重罪,这与贪污罪相较于盗窃罪、诈骗罪要多保护一个法益刚好相对应。”^[31]言下之意,贪污罪的法定最高刑高于盗窃罪、诈骗罪,不存在罪刑失衡。可问题是,刑罚轻重的比较,不应该只是抽象的法定最高刑之间的比较,而应当是同等情状下两罪可资具体适用的刑罚(幅度)之间的比较。事实上,除依贪污罪可能适用终身监禁、死刑的情形外,其他情形下相同犯罪数额的盗窃罪、诈骗罪所可能判处的刑罚都要重于贪污罪。在这些情形下,将盗窃、诈骗行为包含在贪污罪中,不仅不会受到更严厉的处罚,反倒会享受重罪轻罚的优待。由此可见,将盗窃、诈骗行为包含在贪污罪中,必然导致贪污罪与盗窃罪、诈骗罪之间产生罪刑失衡。

概言之,认为贪污罪的“窃取”“骗取”与“盗窃”“诈骗”系同一用语,会导致罪刑关系严重失衡,而竞合论方案又存在诸多问题,这使得我们不得不尝试打破术语统一性,探究互斥论方案的可行性。当然,这还有待体系、语义、目的等解释的证成。

(二) 体系解释:参照刑法中其他条文关于“窃取”“骗取”的规定

学者们总是习以为常地将贪污罪的“窃取”“骗取”等同于盗窃、诈骗,但事实上,贪污罪条文并未使用盗窃罪、诈骗罪条文中“盗窃”“诈骗”的规范化表述;“窃取”“骗取”

[26] 参见[德]齐佩利乌斯:《法学方法论》,金振豹译,法律出版社2009年版,第69页,第89页;Heinz Zipf, Kriminalpolitik, 2. Aufl., 1980, S. 10.

[27] 前引[25],拉伦茨书,第202页。

[28] 参见前引[26],齐佩利乌斯书,第89页。

[29] 参见高金桂:《论刑法之诈术》,载林山田教授纪念论文集编辑委员会编:《刑与思:林山田教授纪念论文集》,台湾元照出版公司2008年版,第175页。

[30] 前引[4],张明楷文,第10页。

[31] 前引[22],周啸天文,第44页。

的表述更口语化，只能算是日常用语的法定化。“立法者在这里出给学界的题目是，如何将一个在中文语境下司空见惯的、能够引起人们形象联想但含义模糊不清的日常用语，转化为一个在理论上具有明确内涵和规范边界的法学概念。”^[32]法律解释的一个重要原则是，特定措辞在特定的整部法律中有着相同的意思；相应的就是，如果措辞上出现差异，其意思也会有所不同。^[33]立法者避开能够保持统一性且更规范的“盗窃”“诈骗”等特定措辞，而使用“窃取”“骗取”等更日常、更口语化的一般用语，究竟是特意区分，还是无心之失，还是仅系遵从语词的通常使用习惯？要回答这一问题，恐怕需参考刑法中其他条文关于“窃取”“骗取”的规定。

检索可知，“窃取”涉及刑法中的9个条文。在7个条文（第111条、第177条之一、第253条之一、第282条、第287条、第329条、第431条）中，“窃取”的对象是国家秘密、情报、信用卡信息、个人信息、国有档案等特殊物，旨在保护其记载内容不被非法获悉、泄露等。因此，这里的“窃取”泛指一种隐蔽的非法获取行为，而并不关心行为是否剥夺了原权利人对物的占有。这显然有别于盗窃罪中“剥夺占有—建立占有”意义上的盗窃。^[34]在剩下的2个条文中，“窃取”的对象系普通财物：一个是第253条第2款，“犯前款罪而窃取财物的，依照本法第264条的规定定罪从重处罚”；另一个即贪污罪条文。对于前者，一般认为是法律拟制，将本应以贪污罪论处的情形拟制成盗窃罪。若如此，则这两处的“窃取”其实都指向贪污罪。^[35]贪污行为“窃取”的只是普通财物，其对象没有类似秘密、信息等那样的特殊性。如果“窃取”与“盗窃”同义，立法者为何不选用在其他条文中广泛使用且规范含义明晰的“盗窃”？正所谓解释者“必须作出有利于立法者的假定”，^[36]因此合理的推测是，贪污罪的“窃取”同样有着不同于“盗窃”的特殊涵义，选用“窃取”是立法者特意为之。

“骗取”涉及刑法中的14个条文。^[37]5个条文中的“骗取”是针对出口退税、发票（第204条、第205条、第209条、第212条）、出境证件（第319条）等特殊对象，用“骗取”应该主要是语词的通常使用习惯使然。其余9个条文中的“骗取”都以普通财物为对象：第175条之一的骗取贷款、票据承兑、金融凭证罪，第194条、第195条、第198条、第210条、第224条、第224条之一所涉及的金融诈骗犯罪、合同诈骗罪等犯罪，第183条的职务侵占罪，第382条的贪污罪。其中，第175条之一的表述是“以欺骗手段取得”，这显然不能等同于“诈骗”，否则无法将骗取贷款罪与贷款诈骗罪区分开来。而金融诈骗犯罪的实行行为均是以“捏造事实/隐瞒真相+骗取财物”为内涵，旨在完整呈现诈骗犯罪的诈骗行为，“骗取”只是诈骗的一部分，二者系包含关系而非等同关系。如此，如果唯独将贪污罪的“骗取”等同于“诈骗”，反倒会遭致体系解释所要求的用语统一性原则的质疑。

综上，参照刑法中其他条文关于“窃取”“骗取”的规定，贪污罪的“窃取”“骗取”，

[32] 车浩：《刑法教义的本土形塑》，法律出版社2017年版，第299页。

[33] 参见[加]罗杰·赛勒：《法律制度与法律渊源》，项焱译，武汉大学出版社2010年版，第15页。

[34] 比如，为境外窃取、刺探、收买国家秘密、情报罪中的“窃取”，是指通过盗取文件或者使用计算机、电磁波、照相机等方式取得国家秘密或者情报。参见张明楷：《刑法学》，法律出版社2016年版，第685页。

[35] 有不同观点认为，刑法第253条第2款是注意规定。同上书，第925页；前引[10]，张明楷书，第650页以下。

[36] 西班牙经院哲学家弗朗西斯科·苏亚雷斯（Francisco Suarez）语，转引自[美]博登海默：《法理学：法律哲学与法律方法》，邓正来译，中国政法大学出版社1999年版，第337页。

[37] 刑法第175条之一中未出现“骗取”，但罪名为骗取贷款、票据承兑、金融凭证罪。

极有可能是立法者刻意区分使用的结果。易言之,与其他“窃取”“骗取”条款相同,贪污罪的“窃取”“骗取”同样可能只是泛指一种隐蔽的(窃取)、欺骗的(骗取)手段,并非理所应当等同于“转移占有”意义上的盗窃、诈骗。

(三) 法条文理:对“窃取”“骗取”作不同理解,切合贪污罪的文理表述

首先,刑法第382条第1款规定:“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。”从条文表述上看,“非法占有公共财物”是贪污罪的构成要件行为,这与侵占罪、职务侵占罪完全相同。而反观盗窃罪、诈骗罪,其构成要件行为是转移占有的行为,而不是非法占有的行为。在盗窃罪、诈骗罪中,行为人在取得占有后也存在非法占有,即行为人在控制财物的前提下利用、处分财物。但是,这种非法占有只是盗窃罪、诈骗罪不可罚的事后行为,而非两罪的构成要件行为。对于成立盗窃罪、诈骗罪而言,客观的非法占有行为是不必要的。^[38]据此,若将“窃取”“骗取”等同于“盗窃”“诈骗”,按照盗窃、诈骗的规范含义进行解释,必将架空或取消贪污罪中“非法占有”作为客观行为构成要素的性质和地位。^[39]

其次,条文强调在“侵吞、窃取、骗取”以外尚有“其他手段”,可如果“侵吞、窃取、骗取”就是指侵占、盗窃、诈骗,就意味着“其他手段”将无内容可指代。因为盗窃、诈骗、侵占已经涵盖了以平和手段取得财产型犯罪的全部行为类型。

再次,贪污罪的“非法占有公共财物”必须“利用职务上的便利”,职务便利与非法占有之间存在内在关联,即“职务”指向的对象主要是“公共财物”。^[40]“不是任何利用职务上的便利非法占有公共财物的行为都能成立贪污罪;只有当国家工作人员基于职务直接管理(占有)了公共财物,或者基于职务对公共财物享有支配权、决定权,或者对具体支配财物的人员处于领导、指示、支配地位,进而利用了职务上的便利的,才能认定为贪污罪。否则,只能认定为盗窃、诈骗等罪。”^[41]

这种内在关联,集中表现为对“职务上的便利”的界定。学理上普遍认为,职务上的便利是指主管、管理、经营、经手公共财物的权力及便利条件。从这一界定看,贪污罪的犯罪手段大部分应当是侵占,因为主管、管理、经营、经手本身就会对财物形成事实上或法律上的支配或控制,而实际支配或者控制是刑法中占有概念的核心要素。随着财产犯罪理论的发展,占有概念不再仅局限于事实上的支配,在扩张的、去事实化的占有概念下,利用职务便利主管、管理、经营、经手公共财物的情形,都可以被解释为行为人已然占有公共财物。就主管公共财物而言,虽然行为人未必在事实上支配财物,却拥有对财物的直接处分权,属于法律上的占有;而管理、经营、经手公共财物,则属于事实上的占有。^[42]

[38] 参见徐凌波:《存款占有的解构与重建:以传统侵犯财产犯罪的解释为中心》,中国法制出版社2018年版,第322页以下。

[39] 例如,2003年最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》就完全无视条文表达,将贪污定义以非法占有为目的的财产性职务犯罪。

[40] 参见邹兵建:《论贪污罪中的“利用职务上的便利”》,《政治与法律》2016年第11期,第51页。

[41] 前引[4],张明楷文,第12页;前引[34],张明楷书,第1184页。

[42] 值得注意的是,这种扩张的占有概念仅适用于侵占罪,而不及于盗窃等罪。日本学者认为,侵占罪中占有的含义要比盗窃罪等夺取罪中占有的含义更广,前者不仅包括事实上的支配还包括法律上的支配,而后者仅指事实上的支配。这是因为,侵占罪中的占有,无非是基于自己的占有而具有处分可能性(参见李强:《日本刑法中的“存款的占有”:现状、借鉴与启示》,《清华法学》2010年第4期)。“事实支配+法律支配”意义上的占有概念,可以贴切地解释贪污罪中国家工作人员基于主管、管理、经营、经手公共财物的职务对公共财物的占有。

管理、经营、经手公共财物的人在公共财物上建立的是直接占有，而主管公共财物的人在公共财物上建立的是间接占有；“利用职务上的便利”的实质内涵是，行为人在非法占有公共财物之前，要么基于其职务而合法占有该公共财物，要么基于其职务和特定事实的发生而享有在价值上与其后来所占有的公共财产相对应的债权请求权。^[43]如此，盗窃、诈骗概念中“以占有转移为要素，其成立前提是财物不处于行为人占有之下”的规范涵义，便与“利用职务上的便利”所内含的“行为人已经占有公共财物”的规范涵义相抵触。而基于扩张的占有概念，“利用职务上的便利”实施的贪污，其行为方式只有侵占这一种可能。^[44]

正是出于上述原因，那些试图在“盗窃”“诈骗”的规范意义上寻找贪污罪“窃取”“骗取”适格例证的尝试，注定是失败的。

例如，关于“窃取”。有学者指出：“所谓利用职务上的便利窃取公共财物，只有一种情形。亦即，当国家工作人员甲与国家工作人员乙共同占有公共财物时，甲或者乙利用职务上的便利窃取该财物的，才属于贪污罪中的‘窃取’。例如，当单位保险柜需要同时使用钥匙与密码才能打开，而钥匙与密码由甲、乙二人分别掌管时，甲利用自己掌管的钥匙并猜中密码取得保险柜中现金的，或者乙利用自己掌管的密码和私自配制的钥匙取得保险柜中现金的，可以认定为利用职务上的便利窃取公共财物。”^[45]可问题是，贪污罪的“窃取”是利用职务上的便利窃取，即着眼于窃取与职务的内在关联。在共同占有中，行为人主管、管理财物的职务便利，应当仅及于自己占有权限的那一部分，而不及于另一共同占有人的权限部分。^[46]例证中，甲利用自己掌管的钥匙开锁，是利用自己管理财物的职务上的便利，但开锁行为并未使财物脱离占有（尚处在乙的管理、控制之下），真正使财物脱离占有的是甲“猜中密码并输入解码”的窃取行为，而该窃取行为与甲管理财物的职务（掌管钥匙）并无内在关联。因此，侵害共同占有，这种唯一可能被评价为利用职务上的便利窃取公共财物的例证，并不适格。

例如，关于“骗取”。论者指出：“利用职务上的便利骗取公共财物，只限于与刑法第183条第2款规定相当的行为类型，即国家工作人员基于职务处理有关财产的事项，但其对财产并没有直接的处分权限，进而利用职务上的便利使上级处分财产，使自己或者第三者取得财产的，才能认定为贪污罪。例如，国有银行负责贷款事项的国家工作人员甲，与贷款人乙共谋骗取银行贷款，在没有担保的情况下谎称有担保，欺骗主管贷款事项的副行长，使其同意发放贷款的，对甲、乙应以贪污罪的共犯论处。”^[47]可问题是，这种“处理有关财产的事项，但对财产没有直接处分权限”的职务，既没有基于职务直接管理（占有）公共财物，也没有基于职务对公共财物享有支配权、决定权，更不是对具体支配财物的人员

[43] 参见前引[40]，邹兵建文，第59页，第57页。

[44] 参见马春晓：《廉洁性不是贪污贿赂犯罪的法益》，《政治与法律》2018年第2期，第57页。诚如该文所言，立法之所以将窃取、骗取视为贪污罪的行为方式，与当时对于占有概念的解释仍局限在事实上的支配，有密切关系。

[45] 前引[4]，张明楷文，第13页；前引[34]，张明楷书，第1184页。类似观点参见黎宏：《刑法学各论》，法律出版社2016年版，第509页；曲新久：《刑法学》，中国政法大学出版社2017年版，第577页；刘艳红主编：《刑法学》下，北京大学出版社2016年版，第435页；前引[22]，陈洪兵文，第61页。

[46] “侵占”自己与他人共同占有之物，成立盗窃罪而非侵占（委托物）罪。参见[日]山口厚：《刑法各论（第2版）》，王昭武译，中国人民大学出版社2011年版，第341页。

[47] 前引[4]，张明楷文，第13页。

处于领导、指示、支配地位,即并不符合论者所要求的职务与公共财物须有内在关联。至于国有银行职员甲欺骗主管副行长取得贷款的行为,是贪污罪还是诈骗罪,取决于甲的职权或职务。倘若甲具有实质的贷款审批权(主管副行长仅作形式审查),即表明其对贷款发放具有决定权、支配权,应对其论以贪污罪。反之,如必须经由主管副行长实质审批审核方能发放贷款,则表明甲并无公共财物的支配权、决定权,其骗取财行为应以诈骗罪论处。

可见,从贪污罪的法条文理解看,不宜将“窃取”“骗取”简单等同于规范意义上的盗窃、诈骗。

(四) 语义解释:在侵占的涵义内理解“窃取”“骗取”

如上,根据贪污罪的法条文理解,尤其是职务与公共财物的内在关联,恐怕只有侵占才是贪污罪唯一适格的行为类型,因此,有必要尝试在侵占的框架内理解“窃取”“骗取”。事实上,在侵占的规范意义上理解“窃取”“骗取”一直是学界的惯常做法。诚如学者所言:“贪污罪与职务侵占罪在客观行为手段上没有实质区别,亦即职务侵占罪中的‘非法占有’即‘侵占’应作广义的理解,与贪污罪中的‘侵吞、窃取、骗取或者其他手段’含义一致。对于职务侵占来说,即使是采用秘密的‘窃取’手段、隐瞒事实真相或虚构事实的‘骗取’手段,也都是将原为自己持有的本单位财物转变为自己非法占有,因而都属于侵占行为的范畴,而与将自己原本并不持有的他人财物非法占有的盗窃、诈骗行为有异。”^[48]

1. 关于“窃取”

一般认为,“窃取”是指利用职务上的便利,用秘密获取的方法,将自己主管、管理、经手的公共财物占为己有,即常说的“监守自盗”。^[49]“监守自盗”,在刑法上的规范评价正是侵占。对此,批评意见认为:“监守自盗概念,是一个极不准确、没有严格区分盗窃与侵占的含混概念,其中的‘监守’也没有确定的含义,不应当、也没有必要再使用这一概念。”^[50]“这种说法(即监守自盗)从逻辑上讲不通,行为人不可能采取自己不被自己发觉的方法占有公共财物;另外,其也混淆了侵吞与窃取的界限。”^[51]可问题是,批评意见乃是建立在将日常用语“窃取”等同于规范术语“盗窃”的基础上的。而在本文看来,贪污罪的“窃取”不宜简单等同于盗窃,而应尝试在侵占的框架内理解。对法律中的日常用语应采用平义解释,“监守自盗”是耳熟能详、约定俗成的日常用语,用它来解释“窃取”这一法律用语,并没有超出语义范围,不致抵牾国民的预测可能性。不仅如此,“监守自盗”更是中国古代刑律中贪污罪的惯常用语。^[52]“作为一种犯罪类型,这个图像已经历史悠久,

[48] 肖中华:《也论贪污罪的“利用职务上的便利”》,《法学》2006年第7期,第140页。

[49] 参见郎胜主编:《中华人民共和国刑法释义》,法律出版社2015年版,第652页;高铭暄、马克昌主编:《刑法学》,北京大学出版社2011年版,第621页;马克昌主编:《百罪通论》,北京大学出版社2016年版,第1137页;陈兴良主编:《刑法学》,复旦大学出版社2009年版,第685页;赵秉志主编:《刑法新教程》,中国人民大学出版社2009年版,第691页;周光权:《刑法各论》,中国人民大学出版社2016年版,第459页;阮齐林:《中国刑法各罪论》,中国政法大学出版社2016年版,第477页。

[50] 前引[4],张明楷文,第13页。

[51] 前引[45],黎宏书,第509页。

[52] 贪污罪在古代刑律中被称为“主守盗”“监守自盗”。《汉书·陈万年传》如淳注引汉律:“律,主守而盗直(值)十金,弃市。”《汉书·刑法志》颜师古注:“守县官财物而即盗之,即今律所谓主守自盗者也。”《唐律疏议·贼盗律》规定:“诸监临主守自盗及盗所监临财物者,加凡盗二等,三十匹绞。”参见周东平:《论唐代官吏的贪污罪》,《中国社会经济史研究》1993年第4期,第26页。

并且在一般人的意识中根深蒂固。”^[53]

2. 关于“骗取”

一般认为，“骗取”是指采取虚构事实、隐瞒真相的方法取得公共财物。例如，国有公司负责人用涂改、伪造的单据，谎报冒领公款；工地负责人多报购买材料的支出，从中骗取公款。^[54]可以说，传统观点依然是在侵占的涵义内界定“骗取”，即“使用欺骗手段的侵占”。^[55]在此，国有公司负责人用伪造的单据谎报冒领公款（如公司负责人伪造工资表，从财会人员手中冒领根本不存在的工人工资占为己有的），乃是基于负责人主管、决定处分公司财物的职务权限，以欺骗手段侵占公共财物。而工地负责人多报材料支出骗取公款的，则应当限定在所骗之公款事前已经划入工地账户或已先期支付的情况下。因为只有在这种情况下，工地负责人才拥有主管、处分财物的职务和地位。倘若是采用欺骗手段，使发包方陷入错误而处分财产，这其实与国家工作人员谎报出差费用或者多报出差费用骗取公款的行为（通说观点常将此作为骗取型贪污罪的例证）基本相同。在这两种情况下，行为人是否取得财物，需要发包方、所在单位财务部门对报销凭证作实质审核审批，这表明行为人并无主管、管理、经手公共财物的职权，其非法占有的财物也不是其主管、管理、经手的财物，因而不成立贪污罪，仅成立诈骗罪。^[56]

反对者认为，是否构成贪污罪并不是根据行为人是否有决定权来认定，许多情况下，贪污罪中的职务之便可能只是行为人管理公共财物的一个中间环节或组成部分，而并非最终决定环节。^[57]但根据本文的观点，成立贪污罪要求职务与公共财物有内在关联，故不宜将职务范围扩大至“公款正常发放的任一环节”。就中间环节而言，要成立贪污罪，恐怕仅限于行为人基于管理、经营、经手公共财物的职务而事实性占有公共财物的情形。

此外，理解“骗取”还涉及对刑法第183条第2款的理解。该款规定，国有保险公司工作人员和国有保险公司委派到非国有保险公司从事公务的人员利用职务上的便利，故意编造未曾发生过的保险事故进行虚假理赔，骗取保险金归自己所有的，依照贪污罪的规定定罪处罚。学理上常将此款视为骗取型贪污罪的适例。那么，如果将“骗取”理解为使用欺骗手段侵占，应当如何理解本款规定？一种可能是，将本款视为法律拟制，即将原本成立诈骗罪的行为拟制为贪污罪，就像张明楷将职务侵占罪限定为单一侵占行为类型后，对具有相同内容的第183条第1款的定性那样。^[58]另一种可能是，对本款的行为主体作缩限解释，即仅限于拥有主管职责的保险公司负责人以及具体负责保险理赔审核职责的保险工作人员。这样，行为人乃是基于自己主管、管理公司财物（保险金）的职务之便，通过虚假理赔将自己管理、审批的财物占为己有，当然应以贪污罪论处；不具备上述职责的其他保险工作人员编造保险事故，欺骗理赔审核人员，骗取保险金的，则应以诈骗罪论处。本

[53] 前引[14]，普珀书，第62页。

[54] 参见前引[45]，曲新久书，第577页；前引[49]，郎胜主编书，第652页；前引[49]，高铭喧等主编书，第621页；前引[49]，马克昌主编书，第1137页；前引[49]，赵秉志主编书，第691页；前引[49]，周光权书，第460页；前引[49]，阮齐林书，第477页。

[55] 参见前引[46]，山口厚书，第365页。

[56] 参见前引[34]，张明楷书，第1186页；前引[45]，黎宏书，第509页。

[57] 参见孙国祥：《内外勾结骗补行为的定性研究》，《人民检察》2017年第15期，第6页。

[58] 参见前引[4]，张明楷文，第11页。

文倾向于第二种解释。

综上,应当在侵占的涵义内解释贪污罪的“窃取”“骗取”。“窃取”,是指以秘密获取的方式侵占,即常说的“监守自盗”;“骗取”,是指以欺骗的手段侵占。二者与“侵吞”一样,都不过是对侵占的具体手段的列举。

(五)目的解释:立法意图和法益内容的改变,有助于在侵占的涵义内理解“窃取”“骗取”

目的解释乃解释方法之“桂冠”,^[59]任何解释结论如得不到目的解释的证成,恐怕难以让人信服。“法律是原创者——企图创设完全或部分的法律规整之——意志的具体化,此中既有‘主观的’想法及意志目标,同时也包含——立法者当时不能(全部)认识之——‘客观的’目标及事物必然的要求。如果想充分了解法律,就不能不同时兼顾两者。”^[60]因此,在目的解释中,主观的“立法意图”和客观的“规范目的(法益)”是两个相关但不相同的重要指标。

1997年修订刑法时,贪污罪的规定有两个变化:一是类罪归属的调整,从原先的“侵犯财产罪”调整至新设的“贪污贿赂罪”;二是与同源的职务侵占罪相比,贪污罪特别载明“侵吞、窃取、骗取或者以其他手段”。前者乃是出于“从严治吏”的立法意图。“惩治贪污受贿犯罪,是我国现阶段反腐败斗争的重点,将贪污贿赂罪列为专门的一章,作为独立的类罪,对于整顿吏治,加强国家廉政建设,突出刑法惩治腐败的打击重点,有效遏制这类犯罪活动,都具有积极意义。”^[61]而后者包含有对公共财物予以特别保护的立法意旨。“立法者之所以在贪污罪的行为方式中规定,除狭义的侵吞之外还包括‘窃取’‘骗取’,旨在突出和加强对公共财物的特殊保护。”^[62]简言之,“从严治吏”与公共财物的特别保护是贪污罪立法意图的集中体现。

关于公共财物的特别保护,应当拷问的是,“在历史条件或法律观点的变迁下,这个目的设定在多大的范围内才能算是有效?”^[63]随着市场经济的深入发展,私有财产保护条款入宪,中央明确提出平等保护非公有制经济,^[64]对公共财物予以特别保护的历史条件和法律观念已完全改变。人们越发认识到,“财产权不分所有者性质的平等保护已经成为一项基本法理为诸多法治国家所遵循,这是政治平等权在财产领域的必然延伸,是现代平等权的基本要求。”^[65]在现行立法背景下,贪污罪已经不再看重其保护的财产的所有权性质了。^[66]

“从严治吏”一直是我国打击贪腐犯罪的基本刑事政策,贯穿刑事法治全过程。可如前所述,“‘两高’司法解释”调整入罪标准,导致的现实局面却是多数情况下本应从严处罚的贪污(窃取、骗取)行为,反而比普通盗窃、诈骗行为入罪门槛高、处罚轻,罪刑关

[59] 参见[德]耶赛克、魏根特:《德国刑法教科书》上,徐久生译,中国法制出版社2017年版,第215页。

[60] 前引[25],拉伦茨书,第199页。

[61] 高铭喧、马克昌主编:《刑法学》下编,中国法制出版社1999年版,第1119页。

[62] 前引[22],陈洪兵文,第66页。

[63] 前引[14],普珀书,第68页。

[64] 2016年中共中央、国务院《关于完善产权保护制度依法保护产权的意见》。

[65] 刘用军:《贪污罪与盗窃罪法律处遇差异的社会学反思》,《中国海洋大学学报(社会科学版)》2017年第3期,第79页。

[66] 参见前引[49],马克昌主编书,第1134页;前引[48],肖中华文,第142页。

系严重失衡，这与“从严治吏”的意旨背道而驰。如此，在竞合论方案存在缺陷的情况下，将以往依贪污罪处置的盗窃、诈骗行为还原为盗窃罪、诈骗罪，将贪污罪严格限定在单一侵占行为类型，反倒能维系“从严治吏”的立法意旨。

另一方面，在贪污贿赂犯罪中，“从严治吏”的立法意旨通过职务行为的廉洁性这一法益而得以体现。但贪污罪和受贿罪是性质迥异的两类犯罪，廉洁性之于二者有着完全不同的具体内容。受贿罪的本质是进行权钱交易的渎职类犯罪，体现的是国家与民众之间的外部关系；而贪污罪是非法占有主管、管理的公共财物的侵犯财产罪，体现的是国家与国家工作人员之间的内部关系。在受贿罪中，廉洁性指向的是职务行为的不可收买性，旨在确保正确行使公共职务（职务的公正性）。^[67]而在贪污罪中，廉洁性指向的只能是侵占公共财物从而获取“不当得利”，这不仅与另一法益公共财产有内容重合之嫌，而且更重要的是，这里并不涉及公职人员执行具体职务时相关义务的特别规定，而只是对其与国家之间委托信任关系的违背（背信）。这与职务侵占罪中违背委托信任关系并无质的差异。

可见，在贪污罪中，对公共财物予以特别保护的立法意图早已时过境迁，而其所具有的“从严治吏”的立法意旨与受贿罪根本无法等量齐观。既然如此，对贪污罪的解读，应还原其侵犯财产罪的本色，将其纳入财产犯罪体系进行理解适用。退一步讲，即便一定要在贪污罪中体现“从严治吏”的要求，也不应当将其与受贿罪比肩（遗憾的是，现行立法和司法解释正是这么做的），至多将其与同为违背委托信任关系的职务侵占罪进行比较：基于公共职务产生的委托信任关系，在违法程度（量）上高于基于普通职务、业务产生的委托信任关系。^[68]因此，应当将贪污罪纳入“侵占罪—职务侵占罪（业务侵占）—贪污罪（特殊业务侵占/公务侵占）”的体系中。^[69]

在“侵占罪—职务侵占罪（业务侵占）—贪污罪（特殊业务侵占/公务侵占）”的体系中理解贪污罪，同样是基于对职务侵占罪与贪污罪法益同一性的认识。通说认为，职务侵占罪侵害单一的财产法益，而贪污罪侵害公共财产和职务行为廉洁性的双重法益。这一观点值得商榷。一方面，如上所言，如果贪污罪真的侵害廉洁性法益，那也只能指向就公共财物而形成的委托信任关系，这与职务侵占罪并无不同。如果认为贪污罪的职务行为廉洁性法益是基于特殊主体而决定的，^[70]那么，职务侵占罪的主体也是特殊主体，理应推导出类似的法益内容。另一方面，坚持通说的学者认为：“（职务侵占罪中）‘单位的公权力’或者‘公司、企业的管理制度’都是为了达到保护公司、企业财产目的的手段，没有必要在财产法益之外，将其作为一项单独的法益加以保护。”^[71]从论者后续的论述可以发现，以上论断是针对“以营利为目的的公司、企业”的。如此一来，一则，对于职务侵占罪所涉及的非营利性单位，当作何解释？二则，对于贪污罪所涉及的同样以营利为目的的国有公司、企业，又当作何解释？只要坚持通说的基本结论不变，对这两个问题的回答就不可能保持一致立场。因此，在本文看来，应当承认贪污罪和职务侵占罪的法益同一性，要么

[67] 参见黄荣坚：《侵害财产法益的贪污犯罪？》，台湾《法令月刊》第63卷（2012）第9期，第1319页。

[68] 即将贪污罪视为职务侵占罪的违法加重类型，但不是附着新法益的质的加重，而是违法程度的量的提高。

[69] 这与我国台湾刑法中“普通侵占罪—业务侵占罪—公务或公益侵占罪”的体系相似。参见林山田：《刑法各罪论》上册，北京大学出版社2012年版，第293页以下。

[70] 参见前引〔22〕，周啸天文，第40页。

[71] 同上书，第39页。

承认二者皆是对（公共）财产和廉洁性（实为委托信任关系）双重法益的侵害，^{〔72〕}要么认为二者都只侵害单一的财产法益。^{〔73〕}

综上，通过对贪污罪立法意图的“祛魅”以及贪污罪和职务侵占罪法益同一性的揭示，表明应当在财产犯罪的体系内理解贪污罪。而为了实现与盗窃罪、诈骗罪、职务侵占罪等财产犯罪的体系协调，贪污罪应当与职务侵占罪一样，被限缩解释为单一侵占行为类型。体系解释、法条文理、语义解释、目的解释等方面的分析表明，这一限缩解释方案即互斥论方案是可行的。

Abstract: The recent adjustment of the standard of the crime of corruption, especially the substantial increase of the amount standard of this crime, by the new amendment to the Chinese Criminal Law and related judicial interpretations has led to serious punishment imbalance between the crime of corruption and such ordinary property crimes as theft and fraud and it is therefore necessary to seek an appropriate solution to this problem in criminal dogmatics. The solutions based on the concurrence theory—either treating the relationship between this two kinds of crime as “imaginative joiner of offenses”, or treating it as “overlap of articles of law” and dealing with it according to the principle of “heavier clause first”—are simple and easy to implement, but difficult to adopt, because these two solutions may lead to serious “crises in dogmatics”: the former ignores the fact that the legal interests protected by corruption crime and those protected by ordinary property crimes are identical, and blurs the boundary between “imaginative joiner of offenses” and “overlap of articles of law”, whereas the latter confuses the quality element with the quantity element, undermines the unity of conduct classification, and even leads to new imbalance between crime and punishment within the same category of conduct. Therefore, we can only try the solution based on mutex, which insists that “embezzlement” is the only behavior type of the crime of corruption; that there is no concurrence relation between the crime of corruption and the crimes of theft and fraud in the first place; and that the behavior which is called “committing theft or fraud by taking advance of his or her position” only constitutes the crime of theft or fraud and has nothing to do with the crime of corruption. In this way, the problem of punishment imbalance arising from the concurrence between these two kinds of crimes can be easily solved. It can be argued that the solution based on mutex is tenable both from the perspective of the necessity of realizing the balance of penalty and from the perspective of systematic interpretation, reasoning behind legal provisions, literary interpretation or teleological interpretation.

Key Words: crime of corruption, crime of embezzlement, concurrence theory, embezzlement

〔72〕 参见刘伟琦：《“利用职务上的便利”的司法误区与规范性解读》，《政治与法律》2015年第1期，第50页以下。

〔73〕 参见前引〔44〕，马春晓文，第50页以下。