

● 刑 法

两大法系贪污罪立法评析

董 邦 俊

(武汉大学 法学院, 湖北 武汉 430072)

[作者简介] 董邦俊(1973-), 男, 湖北十堰人, 武汉大学法学院法律系博士生, 中国地质大学政法学院讲师, 主要从事刑法学研究。

[摘 要] 外国刑法中虽然对贪污罪也是从严惩治, 但英美法系或者大陆法系国家刑法对贪污罪的规定有所不同, 即使是同一法系国家, 其刑法对贪污罪的立法也未必一致。对外国刑法中的贪污罪做出比较分析, 有利于更好地对我国贪污罪的立法加以反思, 进而使我国刑法对贪污罪的立法合理化。

[关键词] 外国刑法; 贪污犯罪; 立法; 比较分析

[中图分类号] DF636 [文献标识码] A [文章编号] 1671-881X(2004)05-0587-05

贪污罪已经被认为是一种国际“公害”, 在英美法系和大陆法系国家的刑事立法中并无和我国刑法中贪污罪意义完全相同的罪名, 但无论是大陆法系国家或者是英美法系都特别注意对贪污犯罪的预防和打击。资本主义国家特别强调私有财产神圣不可侵犯, 这是资本主义国家宪法的重要原则, 它与人民民主专政的社会主义国家有着本质的不同。在反贪污犯罪的立法上, 资本主义国家与我国也有所不同。如资本主义国家与社会主义国家刑事立法上对于贪污罪的犯罪对象的规定有明显不同, 资本主义国家贪污罪的对象主要是私有财产(包括国家所有的财产), 社会主义国家则要求贪污罪的对象为公共财物。

基于法律渊源, 法典制订, 法的分类, 及适用法的原则和方式的不同, 大陆法系与英美法系的资本主义国家在反贪污犯罪立法与司法上也有所不同。其实, 法律文化是一个开放的系统, 对于外国法律文化的吸收与借鉴有助于繁荣我国的法律文化。我们认为, 在反贪污犯罪的刑事立法与司法方面, 我们有必要对于外国的做法加以研究, 以便“吸取精华”, 这将有利于我们进行反贪污犯罪这项工程的建设。

一、大陆法系国家刑法中的贪污罪

大陆法系国家一般也将贪污罪规定在侵占罪中, 如德国、日本。前苏联、越南等少数国家将贪污罪规定为贪污罪, 在渎职罪中未另行规定这种罪名。法国刑法在渎职罪中规定了“公务员诈职罪”, 其范围是指税务人员、保管员或会计员等对其职掌下的公私款或文件、证券、物品等的贪污行为, 与意大利刑法中的监守自盗罪有相似之处。但是, 需要注意的是, 法国刑法在渎职罪中规定的“公务员盗用公款罪”是指公务员不当收取或超收款额(如税款)的行为; 其规定的“公务员及企业职员贪污罪”实际上是指受贿行为。因此, 与意大利刑法中的监守自盗罪(贪污罪)有根本区别。下面我们主要介绍德国、日本、意大利刑法对贪污罪(侵占罪)的规定。

1. 德国刑法对贪污罪(侵占罪)的规定。德国刑法第 246 条规定了侵占罪的定义是, “非法剥夺已在自己占有或保管之下的他人财物”。德国刑法理论界普遍认为侵占罪是侵犯财产罪的最基本形态, 除此

之外就是盗窃罪,其他各罪都是在侵占罪的基础上增加某一种或几种因素构成的。如盗窃罪加入了侵犯他人占有权的因素,抢劫罪加入了暴力因素。当然,也有人不同意盗窃罪是侵占罪的派生之罪,因为侵占罪有违背他人信托的问题,而盗窃罪与背信无关^[1](第 89 页)。持这种观点的人实际上支持越权行为说,重视违反“信赖”关系,含有行为无价值的成分^[2](第 355 页)。

2. 日本刑法关于贪污罪的规定。日本刑法与德国刑法一样,只规定了侵占罪。日本刑法第三十八章关于侵占罪的规定有三项,第 252 条规定的前两项是:(1)侵占自己占有之他人之物者,处 5 年以下惩役(单纯侵占);(2)虽属自己之物,在公署命令保管的情况下,而侵占之者,与前项相同。这是业务上侵占罪。通常这两种侵占罪被称为侵占委托物罪,侵占委托物罪是基于财物的委托,破坏了委托人与受托人之间的信任关系。这两种犯罪就是大陆法系的“贪污罪”。

3. 意大利刑法对贪污罪的规定。意大利刑法中的贪污罪被有的学者称为“监守自盗罪”,指公务员或从事公务的人员不法侵占因职务或公务所持有的款项或其他动产物品,或为自己或第三人的利益而窃取的犯罪。本罪归属于公务人员侵犯公共行政罪(即渎职罪中),其主要特征如下:犯罪的主体为公务员或从事公务的人员;客观方面表现为不法侵占或窃取自己所持有的财物,其行为必须是基于职务关系而形成;犯罪对象是动产物品,不包括不动产,可以是金钱;主观上必须由故意才能构成。

意大利刑法典规定,犯第一种类型的贪污罪的,处 3 年以上 10 年以下徒刑,并科 4 万里拉以上罚金;犯第二种类型的贪污罪处 3 年以上 8 年以下徒刑并科 4 万里拉以上罚金。犯前两款罪的,应同时宣告剥夺公权。犯第三款贪污罪的处 6 个月以上 3 年以下徒刑,并科 2 万以上 40 万里拉以下罚金。

关于侵占行为的概念,有取得行为说和越权行为说。根据取得行为说,所谓侵占,是指非法取得自己占有的他人之物的行为,也就是实现非法取得意思的行为。行为人对他人之物本应予以归还的占有,但行为人以非法取得的意图非法据为己有。持这一学说的学者认为,侵占罪的保护法益(我国刑法理论中的犯罪客体)是所有权及其他本权,行为人客观上实施了这种非法取得意思的行为,主观上具有非法取得的意思,这样就有侵害本权的危险,这种行为才是侵占行为。现在,这种学说是德国和日本刑法理论的通说,也是两国审判实践所采取的基本主张。此外,根据越权行为说,不需要有非法占有的意思,只要对占有物实施了超越权限的行为就构成了侵占罪(牧野英一、木村龟二、植松正)。侵占是破坏了基于委托而产生的信任关系,是行为人超越其对占有物的权限的行为。因此,不要求有不法取得的意思,单纯地以临时使用为目的而处理占有物,或以毁弃、隐匿目的物的意思而对其加以处理,都可以构成本罪。越权行为说是德日刑法理论中的少数说。

二、英美法系国家刑法中的贪污罪

英国刑法对贪污罪没有独立的规定,这一犯罪规定在侵占罪中。英国 1529 年的一项法律中使用了“侵占”(embezzlement)一词,规定的是仆人非法侵犯主人的财物(仆人对主人委托的财物有占有权)的行为。但该项法律并未将侵占作为一项独立的罪名来规定,而是将相关行为纳入偷盗罪的规制范围。侵占作为独立的罪名最早体现在 1799 年的一项法律中,从此才成为普通法的一部分。这项法律将行为主体扩大,不仅仅包括仆人,还包括职员以及任何被雇用和受委托的人。主要是因为英国刑法将侵占罪规定在损害财产犯罪中,而且根据英国 1971 年的《刑事损害法》的规定,英国刑法将贪污行为认定为非法占有罪。《刑事损害法》第 3 条规定,“监管或支配某物的任何人,在没有合法理由的情况下,蓄意使用该物或促使或允许他人使用它,符合下列条件者即为犯罪:1. 使用该物毁坏或损害任何属于他人的财产;2. 毁坏或者损害自己的或使用者的财产,在某种程度上他知道可能因此危及其他人的生命”。依照第四条(2)的规定该罪可判处 10 年监禁^[3](第 822 页)。

美国刑法对贪污罪的规定类似于英国,也是将贪污罪规定在侵犯财产犯罪中。所谓贪污罪,根据美国刑法,是指采用欺诈的方式转移了被告对于根据协议所保有的合法的私人财产或其他财产。据此,构

成贪污罪必须实施了欺诈的行为;有转移的方式(即被告对于所保管的财产使用了与协议不同的方法);财产具有合法性,既包括私人财产,也包括其他财产。贪污罪与偷窃的不同在于,贪污罪盗用的是本人合法保有他人财产;而偷窃所盗用的不是本人合法保有的他人财产。除此之外,贪污罪必须具有欺诈的意图。如果被告意图归还所取走的原财产,不是贪污。但是,如果被告意图归还的是相同的或同一财产的替代物则是贪污,即使归还的是相同数量、相同价值的钱,仍是贪污。但是,如果是在声明了对财产的权利后实施了财产转移,而且是公开实施的,则不构成贪污^[4](第274页)。

根据英美刑法的规定,构成贪污罪应当具备下列条件:

1. 贪污罪的客观方面。关于贪污罪的对象,根据英美法律的规定,“以欺骗方式贪污其主人或雇主的全部或部分动产、钱币、或以其主人或雇主名义在其帐户上支付或收取的或记入帐目的财产……”。据此,贪污罪的对象是动产、货币或有价证券。为了与盗窃罪所侵犯的财产相区别,对贪污罪必须由起诉方证实被告侵吞了一个或一些特殊的物品,而且所侵犯的财产是指委托给雇员支付或由雇员收取的这些财产的物质部分,而不是指其价值部分^[5](第86页)。在行为方面表现为受物主委托的人(雇员)对该财产实行欺骗性转变的行为,即雇员在其被雇用并执行其作为雇员的职责时非法侵吞了雇主的动产、货币或有价证券。是与原物主权利严重冲突的行为,如典当、出售、严重损害侵吞等根据英国J·C·史密斯B·霍根所著的《英国刑法》,贪污罪的客观方面为非法保管或控制所使用的物品。其实质是一样的,即受托人按照自己的用途来处理委托他占有的财物,将现存的占有权变成所有权。贪污的时间在执行他与雇主之间的合同明示或默示地要求他执行某项任务的时候对雇员在其所雇用的职责之外的行为所获得的利益,则不可能犯有贪污罪。贪污罪就是受物主委托的人将该财产实行欺骗性转变的行为。

2. 贪污罪的主体与主观方面。贪污罪的主体是受托人,他们对于被委托的财产有合法占有的权利根据英美法系法律的规定,他是“监管或支配某物的任何人”,包括仆人、雇员、代理人、政府职员等。对于雇员或职员的认定在实践中存在一些问题,如甲被乙所雇用而为乙工作,则甲不一定是乙的雇员或职员,而可能只是一个与乙订约的“独立承包人”。如1859年的“国王诉霍尔”案中,当被告在服务合同已经终止之后,又被雇用于收取房租,法院不认为被告是“雇员”^[5](第84页)。在主观方面要求有欺骗的心理,只有当行为人故意使用或促使或允许他人使用某一物品来毁坏或损害财产时,才构成犯罪。即使在将来的某个时候他才实际使用该物品,同样表明有此犯罪意图^[3](第824页)。

因为英美法系法律(刑法)构成犯罪需要一个双层的模式:一是犯罪的本体要件,包括犯罪行为(actus reus)和犯罪时的心理状态,即犯意(mens rea),犯罪行为必须是被证实的,犯罪行为必须是有意识的。无意识行为无责任。二是责任充足条件,即各种合法辩护事由的排除。因此,行为人在转变他人财产时怀有下列心理的都不构成本罪:一是行为人真诚地认为他有权转变该项财产,即使这种认识是错误的,不管是事实错误还是法律错误,也不管其错误是合理的还是不合理的,只要是真实的错误即可;二是行为人转变他人财产时怀有以后归还的意图。但例外的情况是行为人转变受托的财产时虽然有以后归还的意图,但实际上他缺乏这种能力,或者转变行为本身具有非法性质,如把挪用款项用于赌博、嫖妓、供养情妇或放高利贷等;三是行为人转变受托财产时真诚地认为他是在收债^[6](第234页)。

三、对外国刑法反贪污犯罪立法的比较分析与思考

综观现代各国刑法,几乎都将一定条件下的侵占行为(贪污)作为刑法调整的对象,如英国、美国、日本、德国、意大利等国刑法。虽然各国刑法对贪污罪都规定在财产犯罪中,但亦有所不同。从刑法分则的排列看,日本刑法中的侵占罪规定较细,包括单纯侵占罪、业务侵占罪和侵占脱离占有的财物罪三个部分,单纯侵占罪、业务侵占罪实际上是对贪污罪的规定。德国刑法规定的侵占罪则概括了各种侵占行为。意大利刑法对贪污罪也规定得较为细密,意大利刑法典规定了三种类型的贪污罪,即狭义的“贪污罪”,“侵吞私人财物罪”,利用他人错误之贪污罪。英美刑法规定有贪污罪(盗用罪),指“受物主委托的

人对该财产实行欺骗性转变的行为”。前苏联刑法的侵占罪仅以国家财物或公共财物为对象,分为以侵占、侵用或滥用职权的方法盗窃国家财产或公共财产罪;侵吞拾到的或偶然获得的国家财产或公共财产罪。各国侵占罪的外延有区别,但主旨是一样的,就是充分运用刑法来保护公私财产所有权。

从刑法典立法趋势来看,由于贪污罪、受贿罪、渎职罪都属于利用职权的职务犯罪,有的国家刑法就把贪污罪与受贿罪、渎职罪规定在一起。许多国家未将贪污受贿罪与渎职罪分开,而是将贪污贿赂罪规定在渎职罪一章中,有的国家规定了公务员之罪及与公务员有关之罪。但是,由于贪污贿赂罪的特殊的危害性,许多国家制订了专门的反贪污贿赂法律。如泰国 1975 年反贪污法,新加坡 1988 年没收贪污所得利益法,英国 1916 年防止贿赂法。有的国家甚至在宪法中规定了反贪污罪的条款,这些国家主要是部分东南亚国家、中亚国家,以及奥地利、芬兰等国家。有的国家则在行政法、经济法中对贪污罪作了附加规定。如日本在《商法》、《防止不正当竞争法》、《有限公司法》、《破产法》、《商品交易法》等经济法中也规定了反贪污贿赂罪的条款。此外,英国、澳大利亚等国家在地方政府组织法中也设置了反贪污贿赂罪的条款。与其他国家刑事立法的发展趋势不同,我国刑法对于惩治贪污罪没有专门的法律。这主要是由我国当时的立法思想决定的。我国 1997 年刑法是一部统一的刑事法典,它除基本条款外,还将单行刑法、特别刑法纳入其中,形成一部规模宏大的法典,这样有利于刑法的一体遵循。

从各国刑法对贪污犯罪主体的规定来看,也有所区别。首先,从主体称谓上看,各国存在区别。如有的国家将贪污罪的主体限定为公职人员,如前苏联刑法、朝鲜刑法、蒙古刑法、匈牙利刑法、阿尔巴尼亚刑法;有的国家刑法将贪污罪的主体称作公务员,如德国刑法、日本刑法、奥地利刑法、西班牙刑法、泰国刑法等,都规定为公务员。意大利刑法将贪污罪的主体规定为公务员或受托从事公务的人。美国刑法将贪污罪主体概括为“受托人”,包括受托人、监护人、遗嘱执行人、财产管理人、破产管理以及为从事受托业务的法人或组织执行受信托工作的其他人。也有的国家把贪污罪的主体称作官员或官吏,如加拿大刑法典第 107 条规定:“官员指下列人员:a. 在职人员,b. 受命执行公务的人员。”瑞士刑法第 110 条规定:“称官吏者,临时性派职或临时性雇用,或执行临时性之职务者,亦视为官吏”。

其次,对于贪污犯罪的主体的概念,有的国家规定在刑法总则中,有的规定在分则中,而且有的国家刑法对贪污犯罪主体概念未做出明确规定。日本刑法、德国刑法、奥地利刑法都是在总则中对贪污罪主体的概念做出了规定。如联邦德国刑法第 11 条规定:“公务员,谓依德国刑法:a. 任公务人员或法官者,b. 担任其他公法上之勤务关系者,c. 其他经指定在官署或者其他机关或受委托从事公共行政工作者。”日本刑法规定:“本法所称公务员者,谓官吏、公吏,依法律从事公务的议员、委员及其他职员。”从这些规定来看,这些概念也不一致。将贪污罪主体的概念规定在分则中的有 1960 年的苏俄刑法典,1950 年的朝鲜人民民主共和国刑法典,1947 年的蒙古刑法典。外国刑法对贪污罪主体的称呼不完全相同,概念表述上不一致,从范围上来看,也不一样。概括起来说贪污罪的主体包括下列几种:行政人员、司法人员、立法人员、军职人员,这 4 种人员是贪污罪的主要主体。此外,将任公务员或曾任公务员、仲裁人、企业主管人员、代理人、医师或助产师、律师等在某些国家也可以成为贪污罪的主体。

外国刑法中贪污罪的客观方面表现各不相同。英、美法刑法对贪污罪的客观方面的规定可以概括为:欺骗性转移占有的行为,必须实施了欺诈的行为;有转移的方式。德国、日本刑法规定为非法的占有行为。意大利刑法规定的较为具体,分为两个方面:一是把因为职务或公共服务的原因,把归公共管理的财物或其他动产“据为己有”行为外,还包括为自己或者他人的利益挪作他用的行为;二是在从事职务或服务活动中,利用他人的错误,为自己或第三人收受或不正当持有钱款或其他利益。

最后,我们需要注意的一个问题就是,我国刑法在侵犯财产罪一章规定了侵占罪,把贪污贿赂罪作为单独一章加以规定;而外国刑法将贪污罪(狭义的贪污罪)和侵占罪混合在一起加以规定,实际上狭义的贪污罪被侵占罪所吸纳。那么,这两种立法模式究竟哪一种更合理呢?我国现行刑法将贪污贿赂罪单独列为一章,而不再规定在侵犯财产罪中。从一定意义上讲,它根源于中国现阶段的反贪实践,加大对贪污贿赂犯罪的惩罚力度,体现了刑法的原则性与灵活性的统一,有利于实现刑法的目的。这是一种

创新,它打破了以犯罪的同类客体作为犯罪分类依据的定律。但从另一方面看,在这一章里,贪污罪(含贿赂罪)的条目是有限的,与其他章节的规定的条文相比,显得较为单薄,存在着明显的不均衡现象。

但是,贪污罪属于职务犯罪,我国刑法在渎职罪一章也专门规定了国家工作人员的犯罪(排除军人违反职责罪)。事实上,贪污罪(包括贿赂罪)也属于渎职犯罪的一种,是与职务有关的犯罪或职务上的犯罪。在我国渎职罪是妨碍国家机关正常活动,损害人民群众对国家工作人员职务活动公正性的信赖,致使国家、人民利益遭受重大损失的行为。这与贪污罪有着本质上的相同点。而且,从国外有关刑事立法的情况来看,有的国家就是将贪污罪规定在渎职罪这一大章中。如法国刑法典规定的“渎职及公务员行使职务时之犯罪”就包括公务员之诈取罪、公务员盗用公款罪、公务员及私营企业职员之贪污罪等(也有许多国家将贿赂罪规定在渎职罪中,如苏俄刑法典第七章关于渎职罪的规定)。如果将贪污罪(含贿赂罪)规定在渎职罪一章中,既能够突出本罪的职务行为相关性、廉洁性(正当性),又能够克服贪污贿赂罪法条不均衡的现象,集中反映我国刑法惩治职务犯罪的立法旨趣。

综上所述,对贪污罪的中外立法比较研究,笔者认为外国刑法中贪污罪的立法和我国刑法对贪污罪立法有很大不同,找出差别所在,分析其各自存在的条件,结合我国目前的国情,吸收其中合理成分以资立法者参考,意义重大。

[参 考 文 献]

- [1] 朱荣华,莫洪宪. 各国刑法比较研究[M]. 武汉: 武汉出版社 1995.
- [2] 刘明祥. 财产犯罪比较研究[M]. 北京: 中国政法大学出版社, 2001.
- [3] [英] J. C. 史密斯, B. 霍根. 英国刑法[M]. 北京: 法律出版社, 2000.
- [4] 刘生荣. 美国刑法大纲[A]. 赵秉志. 刑法评论[C]. 北京: 法律出版社, 2002.
- [5] 魏平雄, 王然冀. 贪污贿赂罪的认定与对策[M]. 北京: 群众出版社, 1992.
- [6] 储槐植. 美国刑法[M]. 北京: 北京大学出版社, 1996.

(责任编辑 车 英)

On Criminal Legislation of Corruption Crime in Continental Law System & Common Law System

DONG Bang-jun

(Wuhan University Law School, Wuhan 430072 Hubei, China)

Biography: DONG Bang-jun (1973-), male, Doctoral candidate, Wuhan University Law School, majoring in criminal law.

Abstract: Although corruption offence is severely punished, there are some differences between continental law system and common law system in criminal law, even in the same law system, different countries have some differences in the regulations. The comparative research is beneficial to retrospect the criminal legislation of corruption offence, which makes the legislation of corruption offence more proper.

Key words: foreign criminal law; corruption offence; legislation; comparative research