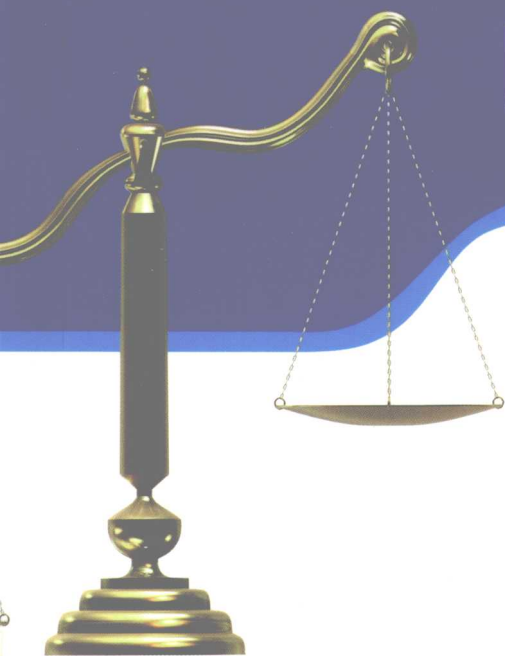


张志平·主编

法律监督 的实践与思考



- 干股受贿刑法适用疑难问题研究
- 强化沟通实现反贪案件的动态监控
- 审查批捕阶段非法证据排除范围研究
- 民事行政检察部门侦查权的行使
- 民事裁判执行检察监督的范围
- 侦监干部核心本领建设问题初探
- 构建检察机关“事—岗—人”管理模式
- 审查逮捕阶段体现宽严相济刑事司法政策的思考



上海社会科学院出版社

法律监督 的实践与思考



上海社会科学院出版社

图书在版编目(CIP)数据

法律监督的实践与思考/张志平主编. —上海:上海社会科学院出版社,2008

ISBN 978-7-80745-418-2

I. 法… II. 张… III. 法律监督-中国-文集 IV. D926.34-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2008)第 120213 号

法律监督的实践与思考

主 编: 张志平

责任编辑: 赵玉琴

封面设计: 闵 敏

出版发行: 上海社会科学院出版社

上海淮海中路 622 弄 7 号 电话 63875741 邮编 200020

<http://www.sassp.com> E-mail: sassp@sass.org.cn

经 销: 新华书店

印 刷: 上海图字印刷有限公司

开 本: 787×1092 毫米 1/16 开

印 张: 28.75

插 页: 2

字 数: 561 千字

版 次: 2008 年 9 月第 1 版 2008 年 9 月第 1 次印刷

ISBN 978-7-80745-418-2/D·051

定价: 58.00 元

版权所有 翻印必究

序 言

加强检察理论研究,繁荣发展检察理论,是做好检察工作的重要基础。它关系检察制度的前途,关系检察工作的全局,关系检察事业的根本,是必须高度重视、着力抓好的一项重要工作。胡锦涛总书记深刻指出,全党同志必须认识到,我国社会主义的自我完善和发展还有许多重大课题需要进一步探索和回答,还有大量工作需要去做,必须坚持解放思想、实事求是、与时俱进,从理论和实践的结合上不断研究新情况、解决新问题,不断有所发现、有所创造、有所前进。检察干警要充分认识加强检察理论研究的重要性和紧迫性。

上海市宝山区人民检察院非常重视检察理论研究,出台了《调查研究工作管理办法》、《检察调研工作管理细则》等规章制度。2005年至2007年,全院干警撰写各类检察研究文章250余篇,在《法学》、《华东政法学院学报》、《人民检察》、《检察日报》、《刑事法杂志》、《中国检察官》、《犯罪研究》等具有统一刊号的刊物以及《上海检察调研》等刊物上发表各类文章200余篇次;在各类评比中荣获最高人民检察院理论研究所、上海市人民检察院等单位颁发的各类奖项达20余次;中标和参与中标上海市人民检察院及上海市检察官协会重点研究课题《民事行政检察工作机制改革设想》、《中国检察机关的宪法地位及其实现》、《商业贿赂犯罪情况调查与法律适用研究》、《贪污贿赂案件线索分析与初查取证实务研究》、《行贿犯罪情况调查与法律适用研究》、《民事执行检察监督及工作机制研究》等6个课题,参与中标最高人民检察院理论研究所重点课题《法律监督的价值功能研究》。可以说,近年来,上海市宝山区人民检察院理论研究的成果颇丰。

《法律监督的实践与思考》一书是上海市宝山区人民检察院的调研文集,是近年来宝山区人民检察院理论研究成果的一个缩影,凝聚着宝检人的心血。该书具有以下特点:一是覆盖面广。研讨的内容涉及检察制度理论、检察体制改革、检察业务工作、实体法与程序法研究、检察队

伍建设等多个方面。二是针对性强。围绕检察实践中重大理论和实务问题进行探讨,提出了一些很有创造性的观点和意见,对启迪思维、开拓工作有积极的意义。三是实践性强。问题从实践中来,解决问题的方案也充分考虑实践条件,使其具有现实的合理性和可行性。四是充分借用外脑。在研究过程中,宝检人充分借助复旦大学法学院、华东政法大学等大学的理论研究优势和上级检察院的信息优势,与大学教授以及上海市人民检察院等单位的干部合作,共同研究,创造出了一批精品。尤其是在民事行政检察研究、检察制度研究、未成年人刑事检察研究等方面取得了丰硕的成果。

《法律监督的实践与思考》一书是上海市宝山区人民检察院将实证方法与检察业务相结合进行研讨的论著,书中对一些前瞻性问题的研讨还需要进一步深入,有的观点也还可以进一步商榷。从总体上说,该书无论是对检察人员,还是对法学理论研究者,都会有一定的启迪,定会为服务检察实践和促进法学理论研究方面发挥积极的作用。

上海市宝山区人民检察院检察长

张建平

2008年6月

目 录

序言	张志平	1
一、刑事法律适用研究篇		1
干股受贿刑法适用疑难问题研究		1
新型受贿案件法律适用若干问题研究		9
单位行贿罪法律适用研究		15
商业贿赂犯罪“经济往来”系列条款研究		19
正确界定商业贿赂犯罪案件需把握的几个问题		26
对交通肇事后逃逸行为处置原则的若干思考		29
犯罪单位变更或终止后刑事责任承担问题探讨		32
对侵害性质认识错误是否影响防卫认定		36
单位犯罪案件区分主犯、从犯及相关问题探讨		39
单位犯罪诉因变更若干问题研究		43
一人公司犯罪主体论		47
“两个当场”的刑法适用探讨		53
非法行医罪主体的认定与审查		56
《刑法》第 270 条侵占罪的缺陷与完善探讨		59
容留、介绍卖淫罪的客观行为探讨		62
倒卖车票犯罪未遂的定罪处罚		65
信用卡诈骗犯罪若干问题研究		68
二、职务犯罪侦查研究篇		74
强化沟通实现反贪案件的动态监控		74
检察机关初查制度的现代法治内涵		78
完善初查未成案线索管理探析		84
徇私舞弊类犯罪的“原案”探析		87
反贪案件线索流程管理研究		90
贪污贿赂案件职能管辖错位问题研究		96

检察机关对涉案商业行贿单位移送工商管理机关予以行政处罚问题研究	101
建立反贪、公诉部门工作协作机制的思考	104
贪污贿赂案件中污点证人的突破与处置	107
“赃款去向”在贪污案件中的认定与查证	110
反贪举报线索“量少质差”的原因及对策	115
证据补强措施在渎职案件中的运用	118
新型受贿犯罪若干疑难问题的认定标准与查证方向	121
法警介入后反贪涉案对象安全防范工作的思考	126
律师法实施后职务犯罪侦查工作面临的新问题及对策思考	129
三、刑事检察研究篇	134
论新时期侦检关系的构筑	134
运用证据参考标准规范审查逮捕工作的途径与方法	138
审查批捕阶段非法证据排除范围研究	143
不批准逮捕理由说明初探	147
罚金刑执行监督的若干问题探讨	151
加强对变更逮捕措施法律监督的思考	155
审查逮捕阶段讯问嫌疑人方法的探讨	158
完善起诉案件中部分不起诉决定监督制约机制的若干思考	162
审查起诉阶段追诉工作机制的完善	166
刑事立案监督工作的思考	170
审查逮捕中“两个监督”的难点及对策	175
简易程序中“辩诉协商”的探索	178
推进量刑建议的若干思考	181
浅谈视听资料证据在刑事诉讼中的运用	185
刑事二审抗诉中存在的若干问题研究	189
检察机关提起刑事附带民事诉讼的若干问题探讨	196
在押人员的羁押表现作为量刑情节的探讨	200
驻监狱检察工作的若干思考	204
浅谈对罪犯离监探亲活动的检察监督	207
四、未成年人刑事检察研究篇	210
未成年人犯罪刑事检察工作的若干思考	210

捕、诉、防一体化工作机制的理性思考	215
未成年人刑事责任年龄证据的若干思考	219
完善未成年人回访制度的思考	223
完善检察环节未成年犯罪嫌疑人(被害人)法律援助制度之探讨	226
社工作为合适成年人介入未成年人刑事案件的若干思考	229
完善分案起诉制度若干思考	233
对未成年人轻微刑事案件适用非逮捕强制措施的重点及对策	236
刑事案件未成年被害人诉讼权利的保障	239
五、民事行政检察研究篇	242
民事行政检察案件审查机制的改革与完善	242
论既判力规则与民事抗诉机制的冲突与协调	247
构建两级院的民检联合办案组的思考	253
民检案件审查程序的繁简分流	257
完善民检案件的内部制约机制	264
民事行政检察部门侦查权的行使	269
民事检察证据问题研究	274
民事裁判执行检察监督的范围	283
论我国检察机关提起公益诉讼	289
解决检察机关公益诉讼的若干问题研究	295
规范检察官、律师办理民事申诉案件协作机制探讨	302
民事检察和解模式的构建	306
民事检察建议的适用与完善	311
六、检察队伍建设研究篇	315
正确把握科学发展观对检察工作的影响及要求	315
文化育检是实现检察工作全面发展的路径选择	320
加强与人大代表的联系推动检察工作深入开展	323
基层院的检察文化建设研究	326
侦监干部核心本领建设问题初探	331
构建检察机关“事—岗—人”管理模式	336
检察机关实行绩效管理的价值评析	341
加强检察队伍建设若干问题的思考	345
检察干部应树立“从检为公、事检为民”新理念	349

检察机关队伍廉政建设中引入预警预控机制的探讨	352
七、综合研究篇	355
中国检察权的宪法审视	355
检察权权能建设新论	361
审查逮捕阶段体现宽严相济刑事司法政策的思考	367
宽严相济的刑事司法政策在公诉环节中的体现	372
论证人出庭作证制度的现状及完善	376
和谐社会与检察监督	380
维护公平正义 促进社会和谐	384
平安建设中的司法权功能及协调研究	388
办案工作区规范化建设的若干思考	392
论同案共犯被告人供述的证据价值	397
完善检察机关内部不立案监督机制研究	401
责令退赔的司法适用及程序完善	407
数字签名鉴定机制的探讨	411
处理交织争议的理想选择——行政附带民事诉讼制度	414
三位一体维稳工作机制的构建	418
检察长接待在构建和谐社会中的作用及其规范	422
刑事赔偿归责原则与构成探讨	425
对刑事赔偿案件中“确认”程序的若干思考	429
运用控制论开展预防工作的思考	433
中国和澳大利亚刑事强制措施比较研究	436
侦查效益评估的若干问题	441
罚金刑与减刑假释关联执行情况研究	445
司法鉴定人出庭作证若干问题研究	448

一、刑事法律适用研究篇

干股受贿刑法适用疑难问题研究

最高人民法院、最高人民检察院联合发布的《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》(以下简称《意见》)第2条“关于收受干股问题”明确了干股受贿案件行为性质认定与犯罪数额计算的判断标准。各级司法机关正确理解关键概念与准确把握操作难点是认真贯彻执行《意见》的基础。故有必要以《意见》第2条为基础,结合《公司法》关于股份及其转让的规定,就干股受贿刑法适用若干疑难问题进行细化分析,为实务部门深入认识与依法认定干股受贿提供思路。

一、干股概念与特征的认识

司法实践对于干股概念与特征的认识存在一定的混乱。有观点认为,干股是无须支付对价的奖励股,只享有分配红利的权利,对股份本身并不具有所有权。^①有观点指出,干股是不投入股金,不参与经营,但对股份享有所有权并分享红利的股份,也称“权力股”。^②有观点从公司管理的角度分析干股概念:干股分为管理干股与技术干股,是股东无须投入资金而获得的股份,作为获得股份的对价,股东投入公司的是专业管理服务、高级技术支持,该部分股份对应的权利可以由当事人自行约定。^③还有观点从资本风险的角度指出:干股是股东没有投入资本、没有参加

① 薛进展:《论商业贿赂的范围及其数额认定》,载《华东政法大学学报》2007年第3期,第77页。

② 最高人民法院刑事审判第二庭:《国有公司经理在公司职工承包的下属经营部中“搭干股并分红”的行为如何认定》,载《人民法院报》2003年1月6日第6版。

③ 李成杰、侯铁红:《干股薪酬制探析——兼评审理公司纠纷征求意见稿第33条》,载《经济工作》2005年第8期,第122页。

运营、没有分担资本风险,却能够分享利润的特殊资本。^①《意见》第2条将干股的概念界定为“未出资而获得的股份”,明确了干股的基础性特征——未实际出资。但《意见》并未指出干股是否具有与一般股份相同的登记程序、是否具有转让限制等其他重要特征。

根据国外公司治理与股权激励经验,干股原是公司治理模式中激励管理者的一种薪酬制度,由董事会作出决议,给予高级管理人员一定的股份分红权,在经过一定期限后,该笔干股可以转化为可供交易的股份,管理者有权进行转让。^②我国公司治理实践基本沿袭国外经验模式,干股享有者在公司担任相应职务或者提供关键技术,拥有相应股本分红权,经过约定年限后,获取全部股权,且干股所有权可以转让或继承。

诚然,干股并非凭空产生或公司对当事人随意许诺。对于获赠人而言,取得干股没有支付对价,但该项干股仍然是有资金对应与依托的,由公司负责支出股金。干股来源于股东赠与、吸纳新股、公积金转增股,是基于既有股份取得股权进而分红的权利载体,经由贿赂双方转让行为实现受贿人私利最大化。实践中出现国家工作人员接受企业“干股”,但这些企业并不是公司,根本就不存在股份,“干股”就是受贿的借口。部分企业虽然是公司形式的市场主体,但国家工作人员收受的“干股”其实本身没有股份载体,只是贿赂双方约定的年底分红,同样属于收受钱款的托辞。此类“干股”既没有《意见》所指干股的表面形式,也不具备干股的本质特征。

二、干股转让与股份价值的理解

按照干股价值计算受贿数额的转让行为分为两种——登记转让与实际转让。《公司法》第74条规定,有限责任公司转让股权后,应当注销原股东的出资证明书,向新股东签发出资证明书,并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。《公司法》第140条规定,股份有限公司转让股份后,由公司将受让人的姓名或者名称及住所记载于股东名册;法律对上市公司股东名册变更登记另有规定的,从其规定。

结合《公司法》关于股份转让登记的规定可知,登记原则上并不是股权转让的生效要件,而是对抗要件,起到公示确认作用。业已登记的,干股产权转让于

^① 薄燕娜:《股东出资形式多元化趋势下的劳务出资》,载《政法论坛》2005年第1期,第117页。

^② Frank B. Cross & Robert A. Prentice, “The Economic Value of Securities Regulation,” 28 *Cardozo Law Review* 333, 346, 2006.

收受人名下;尚未登记但签署股权转让协议的,属于干股实际转让。股份转让权利变动的根本原因在于当事人的意思表示。贿赂双方股权转让行为的效力不能由转让登记来决定。即使收受干股没有经过登记,只要有证据证明发生实际转让的,也应当认定为受贿。一些特殊行业的股权转让需要经过审批机关的批准,股东资格的变更必须经登记机关的确认,这类公司的股权转让以登记为生效要件。^①在这种情况下,应当注意把握刑事法律认定与商事法律判断的关系——刑法侧重客观事实的认定,公司法侧重商事技术的规定,故未经登记但达成合意的干股转让行为在公司法上并未生效,但在刑法上却发生了事实转让,也应当认定为受贿。

《意见》将计算股份价值的时间节点确定为“转让行为时”。故如何有效获取干股转让行为发生时间的证据是反贪部门在查办案件中必须予以高度重视的问题。应当集中搜集产权交易中心办理股权过户手续的时间记录、股东名册变动的登记时间、股权转让合同生效时间、贿赂双方关于股权转让行为时间的供述等证据。实践中有观点指出:国家工作人员接受盈利状况良好的上市公司干股,一般均在日后的交易中获取丰厚收益,较之于“转让行为时”而言,以案发时的股份价值计算受贿数额更能体现绝大多数受贿人非法获利的实际情况。^②然而,刑法适用过程中的财物价值计算原则上均以行为时作为犯罪数额计算的基准时间;即使是股票等犯罪对象,实践中亦根据犯罪行为时的平均成交价格计算数额。^③《意见》规定了干股受贿数额计算的基准时间,应当依法适用。

《意见》第2条并没有具体规定计算股份价值的价格依据。应当根据公司性质确定干股价值。(1)有限责任公司是闭合性公司,属于人合与资合相结合的市场经营实体。有限责任公司的设立须经投资者合意确定投资比例从而形成股本总额。根据公司法规定,有限责任公司的投资证明是出资证明书,不能流通,其股权并不能在产权市场进行交易,不存在市场价格。收受有限责任公司干股的股份价值应当将转让行为时干股所占总股份的比例乘以公司注册资本额后得出的价格计入受贿数额。(2)《公司法》第139条规定,股份有限公司股东转让其股份,应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。各省市人民政府批准设立的产权交易场所负责包括股权在内的各类财产交易的市场管理与协调。股份有限公司的股份能够在产权市场进行交易,收受股份有限公司的干股应当以转让行为时产权交易市场的价格计入受贿数额。(3)收受上市公司在调整原有股本结构、股权转让、增资扩股过程中形成的干股,能够在证券市场通过交易变现,应以贿

① 甘培忠:《企业与公司法学》,北京大学出版社2006年版,第309页。

② 黄祥青:《如何认定收受干股类受贿犯罪》,载《上海审判实践》2007年第9期,第45页。

③ 参见1998年3月10日最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》第5条。

赂双方转让行为时该股份在证券市场的价格计算受贿数额。

三、干股受贿未遂的认定

《意见》第2条后段规定,股份未实际转让,以股份分红名义获取利益的,实际获利数额应当认定为受贿数额。在对《意见》进行解读后,实践中有观点指出:此段规定表明,国家工作人员未通过股权转让控制干股产权的,此笔干股价值便不再予以认定,若其根据贿赂双方约定的干股比例实际收取红利的,仅以红利数额计入受贿数额。《意见》将国家工作人员所获红利认定为受贿数额,并不绝对排除将未实际转让的股份认定为受贿未遂的数额。实践中部分国家工作人员收受的股权达到几千万股,但基于时间原因或者其他沟通障碍无法及时将股权过户至名下由其自由支配,同时亦没有收取任何红利。按照上述观点解读《意见》,此类国家工作人员无法定罪处罚,显然与受贿未遂的实践判断规则不符,也与依法惩治受贿犯罪、加大受贿犯罪处罚力度的反腐败刑事政策相悖。

干股受贿未遂应当具有区别于其他新型受贿犯罪的独立认定规则。首先,国家工作人员与请托人达成合意收受干股但并未进行股权转让的,应当认定为受贿未遂。受贿未遂是指国家工作人员着手实施受贿罪构成要件行为,由于意志外原因而未得逞。我国刑法理论与实务在如何认定受贿罪的既遂和未遂问题上存在“承诺说”、“谋取利益说”、“实际受贿说”、“收受贿赂与谋取利益说”等观点争议。^①干股受贿的故意内容是利用职务上便利为他人谋取利益以便非法收受他人干股,客观行为的目的就是控制干股的实际产权。应当以行为人是否实际上取得或控制、占有收受到的干股为标准进行受贿既未遂的判断。国家工作人员已经通过股权受让或实际控制被索取或者收受财物的,属于受贿已得逞;干股因意志外原因未实际转让,即属于受贿未遂。其次,干股受贿未遂数额应当结合实际收取红利的受贿既遂数额,根据不同的情况分别采用不同的处理方法。在一般情况下受贿既遂的危害应重于受贿未遂,通常由既遂数额吸收未遂数额。但是在干股受贿中,未遂数额(干股价值)可能远高于既遂数额(红利数额),完全采用既遂吸收未遂的处理方法,难以达到刑罚目的。

司法机关应当考虑以下3种干股受贿未遂的认定方式:(1)干股受贿未遂数额大于既遂数额,且获取红利数额未达到5000元以上的,直接以干股受贿未遂数额即干股的股份价值定罪处罚;(2)干股受贿未遂数额与红利既遂数额均未达到5000元以上的,但因受贿行为而使国家或社会利益遭受重大损失的,也应当以受

^① 刘志高:《认定受贿罪既遂与未遂的两极标准》,载《人民法院报》2005年6月7日第6版。

贿罪追究刑事责任;(3)干股受贿未遂数额与既遂数额均达到立案标准的,根据未遂数额与既遂数额所处法定刑档次的高低,在正确区分孰轻孰重的基础上,采用重刑数额吸收轻刑数额的原则进行处罚。

四、干股受贿犯罪数额认定的疑难问题

传统贿赂犯罪理论对干股受贿数额的认定方式存在争议:有的认为应将交易双方约定的干股比例乘以公司注册资本计入贿赂数额;有的则认为应以商业受贿人凭借干股收取的红利计算贿赂数额。^①实践中,检察机关对干股受贿案件亦提起公诉——例如,指控国家工作人员利用职务上的便利,在发包某区基础建设工程项目过程中为建筑工程公司获取分包业务提供便利,在无需出资的情况下,接受该建筑工程公司30%的股份。但是,由于公司股份缺乏真实性与稳定性,而司法机关难以对干股受贿的犯罪数额进行准确计算,导致最终因财产性利益缺乏数额基础无法认定为受贿犯罪。

为了解决股份受贿数额计算问题,《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《经济犯罪会议纪要》)第3条第7项“涉及股票受贿案件的认定”中规定:(1)国家工作人员利用职务上的便利,索取或非法收受股票,没有支付股本金,为他人谋取利益,构成受贿罪的,其受贿数额按照收受股票时的实际价格计算。(2)行为人支付股本金而购买较有可能升值的股票,由于不是无偿收受请托人财物,不以受贿罪论处。(3)股票已上市且已升值,行为人仅支付股本金,其“购买”股票时的实际价格与股本金的差价部分应认定为受贿。由于上述规则未能对登记转让与实际转让进行区分,《意见》第2条在《经济犯罪会议纪要》的基础上对干股受贿数额计算方法作了进一步的完善。但是,现阶段检察机关在查办干股受贿案件过程中出现了若干犯罪数额认定的疑难情形,亟须根据《意见》第2条提出干股受贿数额计算的细化规则。

1. 股份价值与红利数额悬殊。《意见》第2条规定,股份登记转让或者实际转让的,应当按照股份价值计算受贿数额,所分红利按照受贿孳息处理。但是,实践中有部分干股受贿案件,国家工作人员登记或者实际受让的股份数量相对较小,从请托人处获取的红利数额却相当之大。例如,某建筑工程公司转让国家工作人员干股,其股份价值为5万元,每年支付红利4万元,国家工作人员5年共收取红利达20万元。如果机械地适用《意见》,只能将“小头”(股份价值)计入受贿数额,排除“大头”(红利数额),国家工作人员实施受贿犯罪的实际收益与其承受以犯罪数

^① 薛进展:《论商业贿赂的范围及其数额认定》,载《华东政法大学学报》2007年第3期,第77页。

额为依据的刑罚成本之间势必出现严重不对等,显然与罪刑相适原则相悖。实践中有观点指出,红利价值超过股份价值会产生股权转移的受贿数额反而低于股权未转移的受贿数额的不平衡情况,适当的处理方式是没收作为受贿孳息的红利。^①对于在国家工作人员登记或实际受让的股份数额与分取红利相差悬殊的情况下,除了应当按照股份价值计算干股受贿数额之外,不能直接将全部红利按照受贿孳息处理。检察机关应当在红利中辨识出具有孳息性质的部分与具有独立贿赂性质的部分——根据公司年度利润与干股在公司股份所占的比例分取的红利,该笔数额属于受贿孳息,不能计入犯罪数额;超出比例收取“红利”的,该笔款项虽具红利之名,却有贿赂之实,不能混同于受贿孳息,应当与股份价值一并计入犯罪数额。

2. 以干股为名获取钱财的受贿。《意见》第2条规定,国家工作人员业已登记或者实际受让股份的,应当按照股份价值计算受贿数额。但司法实践中,不仅有出资规范的公司提供干股,而且存在较多空壳公司向国家工作人员“转让”干股。这些空壳公司的股东在成立公司过程中通过虚报注册资本或者调头寸垫资后抽逃出资等手段,逃避出资义务。因此,其转让给国家工作人员的干股根本没有实际资金对应,也就不存在可资计算受贿数额的股份价值。然而,此类给付干股贿赂的空壳公司经营情况正常、公司收益良好,定期根据公司章程的约定,按照国家工作人员登记或者实际转让所得的“股份”比例分配红利。

若以静态的视角解读《意见》第2条,在行贿公司具有虚假出资而导致受贿股份真实性缺失的情况下,由于不存在股份价值,检察机关无法计算受贿数额。国家工作人员通过股权转让并基于非真实性股份所收取的红利,又属于受贿孳息,同样不能计入犯罪数额。但该种静态解释与受贿犯罪刑法原理并不相符。作为受贿罪的犯罪对象,干股贿赂必须以财产性利益为内容,而并无实际出资的空壳公司给付国家工作人员的“股份”,没有任何现实资金或者财产性利益对应。在司法实践中主要表现为公司负责人与受托人口头商定送干股,但没有进行登记,或者虽然经过登记但受托人实际上无法实现股东应有的控制力。此类缺乏财产利益性质的行为对象,既不属于贿赂,也不能称其为股份,因而不存在登记转让或者实际转让的现实依据与法律效果。我们认为,在受贿股份真实性缺失的前提下,所谓的股份只是给付国家工作人员高额红利的借口,检察机关应当直接将所分红利计入犯罪数额;国家工作人员未分得红利的,由于股份没有对应价值,并未获取财产性利益,不能作为受贿处理。股权转让登记或者实际转让的,按照股份价值计算犯罪数额,只能适用于股份真实的公司,不能适用于出资实质瑕疵的空壳公司。

3. 扩股过程中接受干股。公司资本并不是绝对不变的,处于高速发展阶段的

^① 刘华:《〈关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见〉的学习与理解》,载《上海审判实践》2007年第7期,第17页。

增长型公司会通过扩股方式拓展规模。反贪部门查案过程中出现如下案例:国家工作人员 A 实际向 B 公司投入 50 万元自有资金, B 公司注册资本 500 万元, A 即取得 10% 的股权, 每年收取红利 5 万元。后 B 公司扩股, 总股本增至 1 500 万股。国家工作人员 A 的股份价值按比例增长为 150 万元, 每年收取红利 15 万元。但是, 国家工作人员 A 对增加的 100 万元股份价值并没有实际出资。是否应将该项干股计入受贿数额? 分取的红利如何处理?

应当根据国家工作人员的出资情况与公司增资情况分析干股性质与计算犯罪数额。(1)国家工作人员作为业已出资的合法股东但非公司人员, 在公司扩股过程中接受干股的, 应当根据扩股性质判定受贿数额。如果属于增资扩股, 则所有公司股东应当根据其股权比例增加出资, 国家工作人员没有出资却实际获取增加部分的股份价值, 属于干股受贿, 应将增加的股份价值计入受贿犯罪数额, 多收取的红利属于受贿孳息。如果属于资本公积金转增扩股, 则公司股东无须按照股权比例增加出资, 国家工作人员获取增加部分的股份价值由公司资本公积金派生而来, 本质上是公司在扩股前未向股东分配的利润积累, 多收取得的红利亦是股东投资公司后合法利益, 不属于受贿。(2)国家工作人员在没有实际出资的情况下获得股份进而取得公司股东身份的, 股东增资扩股过程中仍然未实际出资却根据干股比例增加股权的, 属于干股受贿的犯罪延续, 应将所有干股计入受贿数额, 分取的红利作为受贿孳息。增资扩股过程中实际支付对应价款的, 该部分股份不属于干股, 不能以受贿论处。在公积金转增扩股过程中继续凭借干股按比例获取增加股份的, 基础股份的受贿性质决定了增加部分同样具有受贿性质, 应当将所有股份价值一并计入受贿数额。

4. 支付股金明显低于股份价值的干股受贿。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益, 低价受让请托人股份的, 虽然支付部分股金, 但受让价格低于股份价值, 谋取差价利益, 符合权钱交易的本质特征, 应当以受贿论处。然而, 对于该项差价利益的犯罪数额, 究竟是认定为干股受贿, 还是以交易型受贿论处? 有观点指出: 根据《意见》第 2 条的规定, 干股的核心在于受股人未实际出资。既然国家工作人员实际支付了部分股权对价, 就不能认定为干股受贿, 支付股金的价格明显低于股份价值的, 可以认定为交易型受贿。^①但我们认为: 国家工作人员低价受让股份, 符合干股受贿的行为特征, 不能以《意见》第 1 条“明显低于市场的价格”的标准判断受贿性质, 而应当根据《意见》第 2 条追究其刑事责任。

低价受让股份符合干股受贿的本质特征, 适用《意见》第 2 条能够准确判定其行为性质与犯罪数额。《意见》第 2 条将干股定义为“未出资而获得的股份”。从语义解释的角度进行静态分析, 缴纳部分股金的, 不能认定为干股。因此, 若国家工

^① 刘志远:《新型受贿犯罪司法指南与案例评析》, 中国方正出版社 2007 年版, 第 50—51 页。

作人员以每股8元的价格受让每股股份价值为10元的股份1万股,属于有自有资金对应的股份,表面上并不属于《意见》第2条所规定的干股。然而,若对上述低价受让股份行为进行整体性考察,国家工作人员每股少支付2元使其节省2万元的股权转让对价。这意味着国家工作人员获得的1万股中有2000股是完全没有资金支撑的,属于“未出资而获得的股份”。国家工作人员获利意图明确定位于股份价值,受贿故意直接指向收益总额,只是其通过股权转让合同在形式上包容无偿受让部分股权。尽管缴纳部分股金的行为模糊了未出资而获得股份的行为目的,但只要能在股权转让合同中能够析出没有对价的部分股份,不仅能够在客观上确认股份贿赂性质,而且可从犯罪故意的角度侧面印证干股受贿的本质。股份不属于“物品”,在股权交易过程中无法对合同价格与市场价格进行比对,不应将低价受让股份置于商品交易环节进行犯罪性评价。以非正常价格实施股权交易的,不能对“物品”进行拓展性解释,适用交易型受贿的判断标准进行刑法适用。低价受让股份应当直接以是否偏离股份价值为基础,判断差额部分是否属于未出资而获取的股份,不应以是否明显偏离市场价格为标准,判断股权转让是否属于交易型受贿。

张志平

(原载《国家检察官学院学报》2008年第4期)