

A Guide to Criminal Justice

张仲芳/主编

本集要目

【司法实务】

关于受委派、受委托从事公务的人员的理解与适用

死刑量刑情节适用研究

集资诈骗罪司法认定中几个问题的探讨

【证据运用】

自白审查中证据规则的应用

制作二审检察讯问笔录的实践与思考

【法律释义】

《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》的理解与适用

【疑案剖析】

公诉环节贯彻宽严相济刑事司法政策若干案例分析

以抢劫为掩饰实施伤害行为的定性

——析李某某、郭某某、董某某故意伤害、抢劫案

总第32集

刑事司法指南



法律出版社
LAW PRESS CHINA

D924.04/37
:2007(4)
2007

刑事司法指南

2007 年第 4 集(总第 32 集)

主 编 : 张仲芳

副主编 : 彭 东 王 军 聂建华

黄 河 史卫忠

法律出版社

图书在版编目(CIP)数据

刑事司法指南. 2007 年. 第 4 集: 总第 32 集 / 张仲芳主
编. —北京: 法律出版社, 2007. 12
ISBN 978 - 7 - 5036 - 6997 - 2

I. 刑… II. 张… III. ①刑法—研究—中国②刑事诉讼
法—研究—中国 IV. D924. 04 D925. 204

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2007) 第 163473 号

© 法律出版社·中国

责任编辑/林 红

装帧设计/李 瞻

出版/法律出版社

编辑统筹/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京北苑印刷有限责任公司

责任印制/陶 松

开本/A5

印张/6.75 字数/161 千

版本/2007 年 12 月第 1 版

印次/2007 年 12 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010 - 63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

咨询电话/010 - 63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

全国各地中法图分、子公司电话:

第一法律书店/010 - 63939781/9782

西安分公司/029 - 85388843

重庆公司/023 - 65382816/2908

上海公司/021 - 62071010/1636

北京分公司/010 - 62534456

深圳公司/0755 - 83072995

苏州公司/0512 - 65193110

书号: ISBN 978 - 7 - 5036 - 6997 - 2 定价: 19.80 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

《刑事司法指南》
2007 年第 4 集(总第 32 集)

顾问委员会

总 顾 问:高铭暄 陈光中 王作富 姜 伟
顾 问:(以姓氏笔画为序)

龙宗智 刘绍武 张 军 陈卫东
陈兴良 郎 胜 南 英 胡安福
赵秉志 阎敏才

编辑委员会

主 编:张仲芳
副 主 编:彭 东 王 军 聂建华 黄 河
史卫忠

编 委:(以姓氏笔画为序)
卜大军 王光月 王 健 卢宇蓉
李树昆 李景晗 张凤艳 张寒玉
张晓津 张希靖 贺湘君 侯亚辉
黄卫平 路 飞

通讯编委:苗生明 张道发 殷玉谈 刘永志
周东曙 苑瑞先 吕景文 李成林
沙 莎 季 刚 蒋永良 沈雪中
张厚琪 施忠华 黄秀强 王景风
鲍 峰 刘在贤 刘光圣 李芳芳
丁维群 徐新励 朱乾坤 李思阳
潘祥均 孙凡示 孙志红 陈雪梅
李志虎 王 炜 朱绍银 苟军德
孙金梁 刘 军 焦甸凉 勇 扎

执行编委:张希靖 张 军

目 录

【司法实务】

关于受委派、受委托从事公务的人员的理解与适用	罗 猛 (1)
死刑量刑情节适用研究	苏 敏 吴姿虹 (21)
集资诈骗罪司法认定中几个问题的探讨	凌志敏 张 军 (38)
强奸罪中胁迫手段的理解与思考	罗 翔 (51)
组织残疾人、儿童乞讨罪若干问题研究	刘光圣 刘晓山 陈金林 (61)
聚众斗殴罪“着手”的司法认定	孟 伟 苏 凌 (77)
当前办理黑社会性质组织犯罪案件若干问题探讨	刘莉芬 熊红文 (87)
过失犯罪中负管理和监督职责者责任认定若干问题探讨	
——兼论监督过失理论在司法中的运用	丁天球 何小华 (101)

【证据运用】

自白审查中证据规则的应用	徐 平 马 融 (117)
制作二审检察讯问笔录的实践与思考	李 奇 (139)

【法律释义】

《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》

的理解与适用 陈国庆 韩耀元 邱利军(156)

【疑案剖析】

公诉环节贯彻宽严相济刑事司法政策若干案例

分析 苗生明(169)

以抢劫为掩饰实施伤害行为的定性

——析李某某、郭某某、董某某故意伤害、

抢劫案 张威力 李洪川(186)

交通肇事逃逸的逻辑结构与考察要素

——析朱某交通肇事逃逸抗诉案 陈 俊 苗永前(193)

【司法实务】

关于受委派、受委托从事 公务的人员的理解与适用

罗 猛*

相关法律及司法解释

《中华人民共和国刑法》(节录)

第九十三条 本法所称国家工作人员,是指国家机关中从事公务的人员。

国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。

第三百八十二条 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。

受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的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国有财产的,以贪污论。

与前两款所列人员勾结,伙同贪污的,以共犯论处。

* 北京市海淀区人民检察院反贪局局长、刑法学博士研究生。

最高人民法院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定(试行)》(节录)

“受委托管理、经营国有财产”是指因承包、租赁、聘用等而管理、经营国有财产。

目 次

一、受委派从事公务的人员

(一)如何理解“受委派从事公务”

(二)关于受国有公司委派到非国有公司从而被非国有公司聘任的人利用被聘任的职务犯罪能否认定为受委托从事公务人员犯罪

(三)关于“二次委派”的人员能否认定为受委托从事公务型国家工作人员

(四)受委派的非本单位的人员能否成为受委派从事公务型国家工作人员

(五)国有企业改制以后在该企业从事公务的原企业人员能否认定为受委派从事公务型国家工作人员

二、受委托从事公务的人员

(一)受委托从事公务的人员的特征

(二)关于委托的种类

(三)司法实践中如何认定“受委托从事公务”

(四)受委托人员是否属于国家工作人员

受委派、受委托从事公务的人员的理解认定问题,自1997年刑法实施以来就一直争论不断,此问题在刑法学界似乎也已成为一个老问题。在理论界和实务部门对此问题已经争论得筋疲力尽

时,笔者又重提此话题,试图在本文中通过不同的解释方法和不同的视角提出自己的观点,以期对司法实践有所帮助。

一、受委派从事公务的人员

受委派从事公务的人员的规定见于我国刑法第 93 条,其第 2 款规定:“国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员,以国家工作人员论。”对后者,即受委派从事公务的人员,笔者称为“受委派从事公务”型国家工作人员。如何理解“受委派从事公务”型国家工作人员,理论界和实务部门都有不同的认识,这直接关系到国家工作人员的职务犯罪是否能够被正确定罪量刑。

(一) 如何理解“受委派从事公务”

如何理解“受委派从事公务”,这其中包含两方面的内容:一是该人员必须是受委派,即由国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体;二是该人员必须是从事公务的人员。

1. 对“从事公务”的理解

(1) “从事公务”的含义以及特点

何谓“从事公务”,在理论界有不同的认识,通常有以下几种观点:①从事公务即处理公共事务,包括国家或集体的事务。②从事公务即“依法履行职责的职务行为以及其他办理国家事务的行为。”③从事公务即“依法所进行的管理国家、社会或集体事

① 杨兴国:《贪污贿赂罪法律与司法解释应用问题解疑》,中国检察出版社 2002 年版,第 48 页。

② 张穹主编:《修订刑法条文实用概说》,中国检察出版社 1997 年版,第 111 页。

务的职能活动。”^{①④}从事公务即“在国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体等单位中履行组织、领导、监督、管理等职责。”^②以上观点都有一定的道理。在《现代汉语词典》中,所谓“公务”就是“关于国家或集体的事务”,^③所以笔者认为,对“从事公务”的含义,较为合理的就是以上观点中的第一种,即处理国家或集体的事务。

那么,在实践中怎么去认定“从事公务”呢?看似简单的几个字,却是颇有争议的问题。有学者认为从易于把握,具有实践操作意义上讲,从事公务有两个标准:“一是必须具有管理性,即对公共事务进行管理。这里的‘公共事务’应当作广义解释,既包括国家事务,也可以是集体事务和社会事务,其范围涉及政治、经济、文化、军事、体育、卫生、科技以及同社会秩序有关的各个领域的事务;二是应当具有国家代表性,即这种活动是代表国家进行的,是一种国家管理性质的行为,而不是受某个个人、集体或团体之托所进行的。换言之,这种活动是国家权力的体现或至少是国家权力的派生权力的一种体现。”^④笔者认为该文对从事公务的标准一是合理的,即从事公务的行为必须是具有管理性的行为。但标准二却把从事公务的条件提得太高,该标准认为从事公务应具有国家代表性,是国家权力的体现或至少是国家权力的派生权力的一种体现。试想,在一个国家有多少公务活动是代表国家在进行的,毕竟代表国家的公务活动是一个国家公务活动的少部分。且能够体现国家权力或国家权力的派生权力的公务活动在一国的公务活动

① 刘家琛主编:《新刑法条文释义》,人民法院出版社1997年版,第1660页。

② 赵秉志主编:《新刑法教程》,中国人民大学出版社1997年版,第780页。

③ 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆2000年版,第436页。

④ 游伟、周宜俊:“‘受委托从事公务’的国家工作人员之界定”,载《人民检察》2006年第4期,第21页。

中也是少数,绝大多数公务活动都是代表一个集体所从事的处理集体事务的活动。比如,一个单位的财务人员所进行的财务管理行为,一个单位的经理对单位业务进行的日常管理活动,而这些公务活动很难和国家代表性挂上钩。事实上,在社会中多数都是诸如此类的以国家机关、国有公司、企事业单位或其他单位名义,为了单位利益所进行的日常管理活动。所以笔者认为,从事公务的特点二应该是具有代表性,即是代表国家或集体进行的。

(2) 公务

不少人把“公务”中的“公”理解为公有制,在我国也就是体现为国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体,在个体、私营单位中就没有公务活动。这种理解是错误的。根据《现代汉语词典》的解释,所谓“公务”就是“关于国家或集体的事务”,大家对这里的“国家”理解没有歧义,但是对“集体”就容易产生不同的理解。许多人就是把这里的集体理解为集体所有制,所以得出了公务活动就是国家或在集体所有制单位的事务的理解。其实,根据《现代汉语词典》的解释,所谓“集体”,就是许多人合起来的有组织整体(跟“个人”相对)。^①由此可见,“集体”跟所有制性质没有关系,它包括全民所有制性质的集体、集体所有制性质的集体,也包括以个体、私营形式出现的集体。只要在这些集体里,为了集体利益,以集体名义从事的管理活动就是公务活动。

(3) 公务、劳务与私务

在理论界,有一些学者提出了将一个人的社会活动区分为公

^① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆2000年版,第593页。

务和劳务,^①或者区分为公务活动、劳务活动以及私务活动,^②从而得出国家工作人员从事公务的职务行为认定为国家工作人员犯罪,国家工作人员从事劳务活动的职务行为则认定为非国家工作人员犯罪的观点,比如公司、企业人员犯罪,实践部门也有些人在司法实践中采用了此种观点进行了司法认定。^③

笔者不赞同对公务活动和劳务活动进行区分来认定是否是国家工作人员犯罪的观点。理由如下,一是从目前看,对“劳务活动”的含义学界有不同的认识。有人认为:“所谓劳务,一般是指直接从事具体的物质生产活动或者劳动服务活动,劳务既有可能是体力劳动,也有可能是脑力活动。”^④另有人认为:“所谓劳务活动,是指直接从事具体的物质生产或社会服务性的勤杂工作,前者如工人生产、农民种田、个体户经营,等等,后者如科技人员提供的技术咨询、会计人员进行的财务活动,等等。”^⑤由此可见对劳务的理解认识不统一,致使在司法实践中很难准确地认定劳务活动,从而将公务活动与劳务活动区别开来。二是公务活动与劳务活动很难进行区分。有学者认为两者的区别在于:①劳务活动同所有制性质没有直接关系,无论是在国有单位还是在集体单位、个体经营中,都存在劳务活动;而公务活动在个体、私营单位中就没有存在的余地,因为在这些单位里不可能存在什么公共职能,也不可能赋

① 杨兴国:《贪污贿赂罪法律与司法解释应用问题解疑》,中国检察出版社2002年版,第48页。

② 游伟、周宜俊:“‘受委托从事公务’的国家工作人员之界定”,载《人民检察》2006年第4期,第21~22页。

③ 比如,对邮递员的邮递行为认为是劳务活动,邮递员利用邮递的便利侵吞客户邮递物资、款物的行为不认定为贪污罪而认定为职务侵占罪。

④ 杨兴国:《贪污贿赂罪法律与司法解释应用问题解疑》,中国检察出版社2002年版,第48页。

⑤ 游伟、周宜俊:“‘受委托从事公务’的国家工作人员之界定”,载《人民检察》2006年第4期,第21页。

予其什么公共权力,没有公务活动赖以存在的基础。②劳务活动与管理国家、社会公共事务没有直接联系,尽管从事劳务活动的人员同样有一定的岗位和相应的职责,如国家机关的司机、门卫、锅炉工等,但是他们的岗位和职责要么是直接从事生产经营活动,要么是从事服务性劳动,并不具有公务活动的性质;而公务活动就是凭借国家所赋予的权力代表国家从事的具有国家管理性质的行为。① 笔者认为,以上观点是不正确的。首先,公务活动和劳务活动不是在同一标准划分下的两个范畴,而且公务活动和劳务活动具有交叉,比如,一个国家工作人员利用职务进行的管理活动肯定要付出相应的劳动,而不是像有些学者所谓的公务活动和劳务活动是两个独立的范畴。其次,不仅劳务活动同所有制性质没有直接关系,而且公务活动同所有制性质也没有关系。以上观点正是把“公务”中的“公”理解为公有制所得出的结果。再次,单纯的劳务活动在职务行为中是不存在的,如司机的驾驶活动,门卫的保安活动等劳务行为总是和一定的岗位和职责相联系,该活动就具有了一定的管理性。因为根据《现代汉语词典》的解释,所谓“管理”,就是“负责某项工作使顺利进行”。② 所以在单位中,根据单位的分工,司机的驾驶活动,门卫的保安活动,以及财务人员的财务工作等都具有管理性。可能有些活动要求的管理水平高,有些活动要求的管理水平低,法律对此没有要求,且从管理水平的高低去区分公务活动和劳务活动的行为也是不现实的,不具有操作性。

笔者认为,一个人的社会活动包括公务活动和私务活动。应该将公务活动与私务活动进行区别来认定国家工作人员的犯罪行为

① 游伟、周宜俊:“‘受委托从事公务’的国家工作人员之界定”,载《人民检察》2006年第4期,第22页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆2000年版,第466页。

为,因为公务、私务活动没有交叉性,而且私务活动也易于理解认定。何谓“私务”,在《现代汉语词典》中没有这种词汇,但通过对“私”一字的解释可以得知“私务”一词的基本含义,所谓“私”,即“属于个人的或为了个人的(跟‘公’相对)”。^①由此得知,“私务”就是属于个人的或为了个人的事务。私务活动具有以下几个特点,一是它以个人名义进行,而不是以单位名义进行的活动;二是它是为了个人利益而进行的活动。即使一个人具有国家工作人员身份,但其从事私务活动触犯了刑法,也不是刑法规定的国家工作人员犯罪,而是普通人犯罪。或者一个人打着单位的名义而谋取私人利益的行为,这些都不是正当的公务行为。人的社会活动除了私务活动以外的都属于公务活动。

2. 委派

下面我们将论述“委派”的含义。笔者在此还得根据词典的解释来探寻该词的基本意思,在《现代汉语词典》中,所谓“委派”就是“派人担任职务或完成某项任务”。^②由此可见,“委派”具有以下特点:①委派主体具有特定性,即必须是国家机关、国有公司、企业、事业单位进行的委派,而不是个人或私人进行的委派。②委派单位与被委派单位之间具有投资关系,委派单位是被委派单位的股东。③委派的合法性,这里的合法性包括两方面的含义,一是程序合法,就是委派方是按照合法有效的程序进行的委派行为,委派方与被委派方就委派行为达成了合意;二是实体合法,就是委派的内容是在委派方的职权范围作出的,没有超出其委派职权。④委派的目的是担任受委派单位的某项职务或完成某项任务,对

① 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆2000年版,第1192页。

② 中国社会科学院语言研究所词典编辑室编:《现代汉语词典》(修订本),商务印书馆2000年版,第1312页。

于其具体目的,有学者认为须“从事领导、管理、监督方面的事务,而非直接从事生产、劳务或其他技术性事务”。^①笔者认为此观点有失偏颇,委派的目的只要是担任某项职务或完成某项任务即可,而无论是何职位或完成何任务。

(二)关于受国有公司委派到非国有公司从而被非国有公司聘任的人利用被聘任的职务犯罪能否认定为受委托从事公务人员犯罪

在实践中,国有公司委派人员到非国有公司,一般具有两种情况,一种是委派某人担任非国有公司(在公司法上表现为股份有限公司或有限责任公司)的董事或监事,通过推选其成为公司的董事长或者被董事会聘任为总经理等职务;另一种是委派某人到非国有公司工作,被非国有公司聘任担任某职务或者从事某种工作。以上受委派的人员犯罪是否能够认定为国家工作人员犯罪?对此,有学者持否定的观点。他们认为,“虽然公司总经理等聘任人员具有双重身份,是因为国有单位委派而到非国有单位中从事公务的人员。但是,按照公司法的规定,公司总经理是由公司董事会聘任并对公司负责,代表整个公司的利益,不能由某一个股东包括国有单位来任命或委派”,因此“如果单纯利用其总经理的职权侵占公司财产或者收受他人财物,不应当认定为国家工作人员犯罪”。^②对此,笔者认为,根据我国公司法的规定,国有公司除能够以股东的身份直接委派人员到非国有公司担任董事或监事这一具体职务,代表其行使股东权利以外,不可能直接委派人员到非国有公司担任其他具体职务,即使董事长和副董事长也都要按照公司

① 金泽刚:“刑法中‘委派从事公务’的学理分析与司法认定”,载《法学》2002年第9期,第75页。

② 游伟、周宜俊:“‘受委托从事公务’的国家工作人员之界定”,载《人民检察》2006年第4期,第22页。

的章程规定产生,而公司的其他职位,如总经理、副总经理或部门负责人等都要由非国有公司聘任,而单纯的董事职务除按照公司法的规定,参与公司的重大事项的决策,如制订公司的经营计划和投资方案、制订公司的年度财务预算决算方案等以外,不可能从事具体的经营管理活动。监事也只是行使诸如检查公司财务等监督行为,也不从事具体的经营管理工作。如果按照有关学者的观点,“公司总经理等聘用人员,不应当认定为受委托从事公务的人员。”^①其原因是:“公司总经理是由公司董事会聘任并对公司负责,代表整个公司的利益,不能由某一个股东包括国有单位来任命或委派。”^②按照他们的观点,只有公司的董事身份是因为委派而来,利用董事的身份犯罪,可以认定为国家工作人员犯罪。试想,一个不可能从事具体经营管理活动的董事能够利用董事的身份去从事什么犯罪,那么在实践中哪还有什么受委派从事公务型国家工作人员犯罪。该立法在实践中还有什么实际意义,从此方面来推断,笔者认为以上观点是和立法原意是相悖的。

笔者认为,我们应该看到那些被委派的人员,他们到非国有公司去从事公务的直接根据是受到该国家机关、国有公司、企业、事业单位的委派,虽然按照公司法的规定,不可能直接委派他们担任具体的职务,但是在实践中,委派什么人到该企业中去担任什么职务,一般也是经过委派方和被委派方协商的结果,只不过是按照公司法的规定履行了一定的合法的手续而已。即使该人因为一些原因要被提升或不再适合担任该职务,被委派的单位也得与委派方进行协商,就该人员的提升职务或者降级、降职、撤职等事项达成

① 游伟、周宜俊:“‘受委托从事公务’的国家工作人员之界定”,载《人民检察》2006年第4期,第22页。

② 游伟、周宜俊:“‘受委托从事公务’的国家工作人员之界定”,载《人民检察》2006年第4期,第22页。

一致。对此种人员在人事手续上看似与该非国有公司直接聘用人员的手续是一致的,但我们不能将他们打等号,简单地从人事聘用手续上来把他们认为不是受委派从事公务的国家工作人员,而没有看到在简单的人事手续后面具有中国特点的人事制度。所以,笔者认为,以上人员应该认定为受委派从事公务的国家工作人员。

(三)关于“二次委派”的人员能否认定为受委托从事公务型国家工作人员

所谓“二次委派”,有学者称为“转委派”,即某人员被国有单位委派到某非国有单位从事公务,在委派持续有效期间,该人员又被该非国有单位委派到其他非国有单位从事公务的情况。

对此种情况,有学者认为不能认定为国家工作人员,因为“在转委派的过程中,第二次委派的主体是该非国有单位,这与刑法作为国家工作人员认定的委派主体的特定性要求不符”。^①笔者认为,对受委派从事公务的国家工作人员的认定,是我国政治经济体制改革的结果在法律上的充分体现,我们不能简单地以上面的理由就认为二次委派的人员不是国家工作人员,而要根据具体情况进行分析。在笔者的办案实践中,对二次委派应该区分两种情形区别对待:第一种是该二次委派是经过原委派的国有单位的同意。在中国的历史条件下,人事关系是最复杂的关系,非国有单位要将国有单位委派到自己单位从事公务的人员转委派到其他单位从事公务,在大多数情况下都会与原委派的国有单位进行协商,取得同意,则应该认定为原国有单位的重新委派,该二次委派人员应该认定为国家工作人员。当然,从刑事证据的角度出发,在证明该人员是否是在转委派中得到了第一次委派的国有单位的同意,必须要有相应的证明材料,比如,双方往来的与该委派有关的

^① 游伟、周宜俊:“‘受委托从事公务’的国家工作人员之界定”,载《人民检察》2006年第4期,第23页。