

Countermeasures
Against Occupational Crimes
in State-Owned Enterprises

国有企业

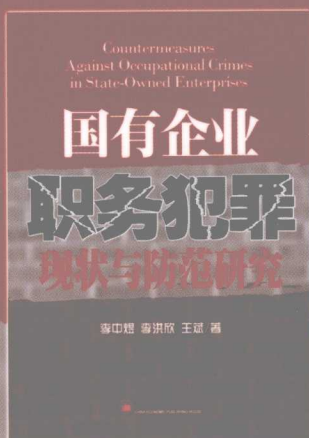
职务犯罪

现状与防范研究

李中煜 李洪欣 王斌/著



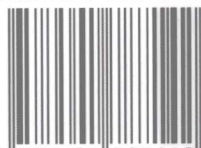
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE



Countermeasures Against Occupational Crimes in State-Owned Enterprises

上架建议：法律类

ISBN 978-7-5017-8714-2



9 787501 787142 >

Countermeasures
Against Occupational Crimes
in State-Owned Enterprises

国有企业

职务犯罪

现状与防范研究

李中煜 李洪欣 王斌 / 著



中国经济出版社
CHINA ECONOMIC PUBLISHING HOUSE

北京

图书在版编目 (CIP) 数据

国有企业职务犯罪现状与防范研究/李中煜、李洪欣、王斌著

北京: 中国经济出版社, 2010. 4

ISBN 978 - 7 - 5017 - 8714 - 2

I. 国… II. ①李…②李…③王… III. 国有企业 - 职务犯罪 - 预防犯罪 - 研究 - 中国 IV. D924. 304

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2010) 第 006425 号

责任编辑 师少林

责任印制 张江虹

封面设计 白长江

出版发行 中国经济出版社

印刷者 潮河印业有限公司

经销者 各地新华书店

开 本 880mm × 1230mm 1/32

印 张 10. 625

字 数 270 千字

版 次 2010 年 4 月第 1 版

印 次 2010 年 4 月第 1 次

书 号 ISBN 978 - 7 - 5017 - 8714 - 2/F · 7687

定 价 35. 00 元

中国经济出版社 网址 www.economyph.com 社址 北京市西城区百万庄北街 3 号 邮编 100037

本版图书如存在印装质量问题, 请与本社发行中心联系调换 (联系电话: 010 - 68319116)

版权所有 盗版必究 (举报电话: 010 - 68359418 010 - 68319282)

国家版权局反盗版举报中心 (举报电话: 12390)

服务热线: 010 - 68344225 88386794

前 言

2008年整个世界遭遇了严重的经济危机,在世界性的经济危机下,一些传统的市场经济国家反思的内容之一就是如何加强国家对经济的干预,以增强整个国家抵御经济危机的能力。这从一个方面说明了,我国坚持在市场经济体制下将国有资产作为建立社会主义市场经济的物质基础,从各个方面保证国有资产的保值、增值的方针是具有战略意义的选择。国有企业是国有资产保值、增值的重要方面,要实现国有企业国有资产保值、增值的战略目标,使我国有强大的经济实力抵御国内外的经济危机,我国除了在当前和今后一段时期内坚持以国有企业为中心的经济体制改革外,还必须对国有企业职务犯罪的高发态势进行有效的遏制,以保证改革的成果不被国有企业的职务犯罪分子破坏、吞食,从而更好地发挥国有企业在国民经济中的主导地位,保证国有企业的控制力、影响力和带动力。

国有企业的职务犯罪通常是指国有企业的工作人员利用职务上的便利,违背职务要求滥用职权、徇私舞弊或玩忽职守或以权谋私,危害企业的正常经营管理活动,及违背国家对国有企业工作人员廉洁的要求,使公共财产、企业利益和人民利益遭受重大损失的,依照刑法的规定应当受刑罚处罚的行为。国有企业职务犯罪在我国30年改革开放的不同阶段呈现出不同的特征,计划经济时期单纯的以权谋私、权钱交易型的传统国有企业职务犯罪的形式依然存在,但市场经济条件下国有企业职务犯罪的新特征更应引起我们的关注。对待现阶段犯罪的智能化、国际化发展趋势,以非法资本运营、利用企业改制化公为私的新型犯罪作案方式,以及作案后携款外逃等现象,要引起全社会尤其是肩负反腐败直接责任

的党政机关和司法部门的重视。

国有企业职务犯罪产生的主客观原因是十分复杂的,国有企业工作人员的职务犯罪是典型的多因一果的犯罪。就主观原因而言,人性的弱点,部分国有企业工作人员世界观、人生观、价值观的扭曲,法律意识的淡薄,对拜金主义、享乐主义的追求等都会成为犯罪的潜在动因;就客观原因而言,国有企业政治思想、传统道德教育的不被重视,新旧体制转化过程中法律、法规滞后所导致的管理制度上的漏洞也为国有企业的职务犯罪提供了可乘之机。我们应当正视国有企业职务犯罪的主客观原因,采取有针对性的对策,努力减少致罪因素。

国有企业职务犯罪是我国职务犯罪中的一个较为特殊的犯罪类型,是一种非典型意义上的国家工作人员犯罪,但是这一职务犯罪类型的社会危害性并不在其他职务犯罪之下。国有企业职务犯罪造成国有资产的大量流失,侵蚀建立社会主义市场经济的物质基础;国有企业职务犯罪严重破坏国家的市场经济秩序,阻碍公平、公开、公正、诚信市场经济规则的建立;国有企业职务犯罪严重败坏党风、民风和社会风气,毒害国家工作人员队伍和广大青少年的身心;国有企业职务犯罪在一定程度上削弱了党、政府、法律的权威,动摇执政党的执政地位;国有企业职务犯罪导致社会贫富分化的加剧,在一定程度上会成为激化社会矛盾的导火索。因此,对于国有企业职务犯罪要在“宽严相济”刑事政策的指导之下,加强特殊预防和一般预防的力度,对已经发现的犯罪依法予以严厉的打击,让犯罪人受到应有的惩罚,付出应有的代价,警示、震慑后人;与此同时要根据“综合治理”的犯罪预防方针,认真进行预防国有企业职务犯罪系统工程的建设,既要对国有企业工作人员进行经常的、有针对性的思想政治、世界观、人生观、价值观的教育,使我们的国有企业工作人员提高自觉抵制腐朽思想侵蚀的能力;又应对国有企业工作人员进行持续的法律常识尤其是刑法知识培训,让他们了解犯罪的严重社会危害性以及犯罪人犯罪后所付出

的惨痛代价,使我们的国有企业工作人员珍惜家庭、身份、荣誉、地位,远离犯罪,耻于犯罪;同时要加快现代企业制度的建设,完善国有企业管理的各项法律、法规,堵塞可能导致犯罪的漏洞。在预防和打击国有企业职务犯罪的“综合治理”中,更要充分发挥各级纪检、监察等专门机构和国有企业广大员工的监督作用,及时发现和纠正违纪、违法行为,阻止一般违纪行为发展成违法、一般违法行为发展成犯罪,防患于未然。

2008年10月28日,第十一届全国人大常委会第五次会议高票通过了《企业国有资产法》,这部经过15年的立法历程、跨越三届全国人大的重要立法,不仅使我国数十万亿国有资产的监管问题实现了有法可依,而且为我们预防和打击国有企业职务犯罪提供了新的法律依据。在此背景之下,我们在对发生在江西省及全国其他地区 and 部门国有企业职务犯罪的状况进行了较为全面的调研之后,面对严峻的国有企业职务犯罪现状,本着对国家、国有企业工作人员和国有企业资产高度负责的精神,撰写了这部《国有企业职务犯罪现状与防范研究》的专著。笔者在对古今中外公职人员职务犯罪的历史回顾和比较的基础上,总结出了公职人员职务犯罪的一般规律和主要特点,并进而在对各家学说进行评述的前提下厘清了中国国有企业职务犯罪的相关范畴。通过对大量真实案例的剖析,运用犯罪学和刑法学及现代企业制度的原理,明确了中国国有企业职务犯罪的概念、特征,阐明了中国国有企业职务犯罪的现实状况,指出了中国国有企业职务犯罪的主要原因,探讨了遏制中国国有企业职务犯罪的对策,使这部著作兼具了理论性和实践性的特色。

本书是“国有企业职务犯罪现状与防范研究”项目的研究成果,不仅填补了江西省对国有企业职务犯罪缺乏研究专著的空白,而且对于促进全国国有企业职务犯罪研究的深化大有裨益,同时对于我国预防和打击国有企业职务犯罪的立法完善和具体实务也具有一定的指导意义。尽管笔者恪守严肃认真的学术研究态度,

但是,囿于才疏学浅以及资料搜集、整理方面难免的疏漏,笔者的所思所得只能是抛砖引玉,书中不足在所难免,恳请读者批评指正。

人非圣贤,犯错误在所难免,但犯罪这一损害国家、社会、他人利益,断送个人前程的行为对于绝大多数人而言是可以也应该避免的,国有企业的工作人员同样如此。我们诚挚地希望广大国有企业的工作人员树立正确的人生观、价值观,加强思想道德修养,提高对职务犯罪危害性的认识,在国家改革开放的进程中保持清醒的头脑,杜绝犯罪,为国有企业顺利完成体制转轨和国有企业资产的保值、增值乃至整个国家的富强作出贡献。

作者

2009年12月1日

目 录

第一章 职务犯罪与国有企业职务犯罪概述

第一节 职务犯罪的基本理论	1
第二节 职务犯罪的历史考查	20
第三节 国有企业职务犯罪的基本范畴	37

第二章 国有企业职务犯罪的现状

第一节 国有企业职务犯罪的初级形态	
——违纪违法	71
第二节 国有企业职务犯罪的表现形式之一	
——贪污型犯罪	85
第三节 国有企业职务犯罪的表现形式之二	
——贿赂型犯罪	102
第四节 国有企业职务犯罪的表现形式之三	
——挪用型犯罪	126
第五节 国有企业职务犯罪的表现形式之四	
——私分型犯罪	137
第六节 国有企业职务犯罪的表现形式之五	
——妨害对公司、企业的管理秩序型犯罪	153
第七节 国有企业职务犯罪的表现形式之六	
——渎职犯罪	181

第八节	国有企业职务犯罪的现实特点	200
第三章 国有企业职务犯罪的产生原因		
第一节	国有企业职务犯罪的社会原因	205
第二节	国有企业职务犯罪的内部原因	215
第三节	国有企业职务犯罪的个体原因	220
第四章 国有企业职务犯罪的防范		
第一节	实行政企分开,健全法人治理机制	231
第二节	建立健全公司经营者的约束和激励机制	252
第三节	立章建制加强管理,实现依法治企	271
第四节	加强监督,保障权力规范运作	286
第五节	严密刑事法网,加大刑事司法力度	302

第一章

职务犯罪与国有企业职务犯罪概述

中外法律沿革的历史表明,刑事立法作为国家法律的重要组成部分,从其产生的那一天起就有关于职务犯罪的规定。根据犯罪学的基本理论,犯罪作为一种社会现象是人类社会发展到一定阶段必然存在的社会现象,因此,职务犯罪在古今中外以及当代世界的所有国家和地区都是普遍存在的,区别只是程度上的差异。我国的职务犯罪问题在当前有日益严重的趋势,这不仅表现在国家立法、行政、司法及执政党直接行使权力的领域,而且表现在决定国家经济发展的国有企业领域。如果说预防和打击职务犯罪是当今全世界所有国家和地区面临的一个共同课题,那么,中国作为一个快速进步的、以社会主义公有制为主导的发展中国家,预防和打击职务犯罪的任务则更加严峻,我们不仅要预防和打击立法、行政、司法及执政党机构中的职务犯罪,还要遏制事关国家物质基础的国有企业的职务犯罪。

第一节 职务犯罪的基本理论

中国刑事法律的基本传统就犯罪而言,最为重视的就是危害国家安全的犯罪,第二位的就是官吏犯罪,因此,中国刑事法律有着“重在治吏”、“从严治吏”的价值取向。就人们习惯称呼的“官吏犯罪”而言,虽然它不能与今天我们所研究的职务犯罪完全划等

号,但是,职务犯罪在大多数情形下就是“官吏犯罪”应该是不争的共识。根据当今有关刑法效力范围的理论,我国大陆之外的刑事法律统称为域外刑事法律,域外刑事法律由两大部分构成:一是台、港、澳地区的刑事法律,二是其他国家和地区的刑事法律。域外刑事法律同样重视国家公职人员的职务犯罪,但由于固有的法律传统的影响,域外关于职务犯罪的刑事法律往往会将这一类犯罪作为特别法来加以规定,如新加坡、我国香港地区等。因此,有关职务犯罪的概念、犯罪构成域内与域外有所不同。

一、域外职务犯罪的概念

根据我国刑法关于效力范围的规定,我国刑法对于发生在中华人民共和国领域内的犯罪,除法律有特别规定的以外,都享有绝对的管辖权。这里的法律特别规定是指两种情况:一是以特别法的形式宣布一部分属于中华人民共和国的领域内中华人民共和国的刑法不行使管辖权,如对于香港、澳门;二是在刑法中以特别条款的形式规定对于在中华人民共和国领域内犯罪的一部分外国人我国刑法不行使管辖权,这主要是针对我国现行刑法第11条规定的享有外交特权和豁免权的外国人。我们这里所说的域外,是指中华人民共和国刑法没有管辖权的所有地域,包括中华人民共和国以外的其他国家和地区,也包括中华人民共和国的刑法不行使管辖权的中国领域。

(一)外国刑法有关职务犯罪的概念表述

在外国刑法中,欧美等资本主义国家的刑法中都规定有国家公职人员利用职务之便所实施的各种犯罪,但这些国家的刑法对这类犯罪表述并不一致,如《德国刑法典》就用专章规定了“渎职罪”,具体的罪名有:受贿、索贿、行贿、枉法对无罪的人追诉、刑讯逼供、非法超收费用等;《法国刑法典》把职务犯罪称之为“公务员行使职务之犯罪”;《西班牙刑法典》把职务犯罪称之为“公务员执

行职务时所触犯之犯罪”和“公务员侵犯个人行使法律承认的权利之罪”；《意大利刑法典》把职务犯罪称之为“公务员侵害公共行政之罪”，《瑞士刑法典》把职务犯罪称之为“违反职务或职业义务之罪”。这些国家虽然在职务犯罪概念上没有统一表述，但却都把职务犯罪作为专门的一类犯罪加以规定。只有美国例外，美国的《模范刑法典》没有单独的职务犯罪规定，而是把职务犯罪与其他犯罪规定在一起，该法虽然有“贿赂及影响力之罪”等专条罪名，但这一条文却是和一些非职务犯罪规定在一章当中。

上述资本主义国家的刑事立法中都有职务犯罪的规定，但仅仅局限于一个个罪名，对职务犯罪的概念则在立法上都没有规定。《法国刑法典》第166条对渎职罪有一个概念，即：公务员在从事职务行为是犯重罪者，构成渎职罪。但从下定义的角度进行分析，这个概念并没有反映出职务犯罪的实质，因此，只能说是一种表述而已。

资本主义国家的刑事立法虽然没有职务犯罪的概念，但这并不等于说学理上也没有职务犯罪的概念，相反，西方学者对职务犯罪的概念有多种表述。概括起来有以下三种：

1. 称职务犯罪为“白领犯罪”

“白领犯罪”的概念最早是由美国学者萨瑟兰在其任芝加哥大学教授时出版的《犯罪学原理》一书中提出的，具体是指受过良好教育，受到社会的尊重并具有较高的社会与经济地位的人，在其职业活动中谋取非法利益而触犯刑法的犯罪。西方的白领阶层一般是按脑力劳动和体力劳动的标准来加以划分的，白领阶层主要包括各级政府的官员、各级司法官员、律师、教师、医生及企业的经理等高级职员。由此看来，所谓的“白领犯罪”其最为突出的特点就是犯罪的行为人在政治上、经济上、社会地位上居于社会上层，在执行职务的过程中利用职务之便实施严重危害社会的行为。

2. 称职务犯罪为“公务员犯罪”

欧美等资本主义国家的刑法中一般都将职务犯罪的主体规定

为国家或政府的公务员,因此,称职务犯罪为“公务员犯罪”,这种定位最早是在19世纪中叶的英国。英国因为比较早地实行了文官任用制度,为了使被任用的文官在履行职务中利用职务实行犯罪的行为有别于其他身份的人的犯罪,因此,以“公务员犯罪”来进行分类。当然,各国对公务员在称谓上并不完全一样,美国的公务员一般是指政府雇员,法国的公务员一般是指政府官员。

3. 称职务犯罪为“身份犯罪”

这一表述强调的是犯罪人具有公职身份。这里所讲的公职身份是一种职务和权力相结合的身份,它不是一种荣誉身份,更不是一种单纯的义务身份。“身份犯罪”的行为人必须是从事公务活动的人员,所谓“公务”,就是指根据法律规定管理国家和社会事务的活动。公务活动有三大突出特征,一是权力性,二是管理性,三是强制性。只有具备这三大特征的人员所实施的犯罪才被认为是“身份犯罪”。

(二) 台、港、澳地区刑法有关职务犯罪的概念表述

有关职务犯罪的概念,台、港、澳这三个不同的地区由于共同受到欧美刑法的影响,因此,无论是属于英美法系的香港,还是属于大陆法系的台湾、澳门在刑事“立法”中都没有区别,即都没有在刑事立法中规定职务犯罪的概念。但是在刑法的研究领域,台、港、澳地区的学者们对有关职务犯罪的概念有着大体相同的认识,即基本上把职务犯罪等同于“公务员犯罪”。

台、港、澳地区的学者们一般认为,“公务员犯罪”主要与公务员的个人行为相联系,犯罪的公务人员视法律所赋予的服务社会公众的权力为个人谋取私利的筹码,将权力商品化,严重地突破权力的合理界限,损害公众利益、社会利益,用权力换取个人的私利。分析台、港、澳地区刑法中有关最为典型的公务人员犯罪——受贿罪的规定,能够较全面地印证台、港、澳地区刑法学者关于职务犯罪概念的分析。

1. 台湾地区刑法中的贿赂罪

台湾刑法中的贿赂罪规定在台湾刑法分则第四章渎职罪当中,有关受贿犯罪共有三个罪名,其一是“不违背职务之受贿罪”(台湾刑法第121条),其二是“违背职务之受贿罪”(台湾刑法第122条),其三是“准受贿罪”(台湾刑法第123条)。

根据台湾刑法的规定,“不违背职务之受贿罪”是指公务员或仲裁人对于不违背职务之行为要求、期约或收受贿赂,或其他不正当利益的行为。“违背职务之受贿罪”是指公务员或仲裁人对于违背职务之行为要求、期约或收受贿赂,或其他不正当利益的行为。

这两个罪的犯罪主体都是依照法律从事公务的人员和仲裁工作人员。台湾的“公务员”是指根据台湾《公务员任用法》任用的各类公共职务人员;仲裁人员虽然不属于公务员的范畴,但因其依法享有对劳资争议、商事争议等的仲裁权,因而和公务人员一样具有一定的公共职权,为了杜绝仲裁人员收受贿赂的渎职行为,台湾刑法把仲裁人员也列为这二罪的犯罪主体。

两罪的客观方面都是基于行为人自己所享有的公共权力,以自己的公职作为筹码,与想利用这一公共权力达到某种目的的人进行权钱交易。需要指出的是,两罪中的收受贿赂是指收受金钱或一切可以用金钱计价的物质利益;其他不正当利益是指一切可以供人享有的非物质利益,如约定债权、提供官职、提供色情服务等。至于构成犯罪的数额,台湾刑法没有作出具体的要求。

两罪在构罪的要求上主要的区别在于,前罪的行为人虽然收受了他人的贿赂,但并没有违背公共职务所要求的应尽的工作义务;后罪的行为人必须是基于违背自己的公职而收受他人的贿赂和其他不正当利益。对于“违背职务之受贿罪”台湾刑法规定了两种情形,并配置了不同的法定刑:一种是没有真正来得及实施违背职务的行为,但已流露出了违背职务的意愿,让相关人员认为具有可贿赂性时,犯罪即视为成立。对这种没有真正来得及实施违背职务的行为人,台湾刑法规定处3年以上10年以下有期徒刑,可以

并处 7000 元以下罚金;对于实施了违背职务行为的犯罪人,台湾刑法规定处无期徒刑或 5 年以上有期徒刑,可以并处 10000 元以下罚金。

准受贿罪,是指还没有成为公务员或仲裁人时,预先以职务上之行为,要求、期约或收受贿赂或其他不正当利益,而于成为公务员或仲裁人后履行其承诺的行为。

2. 香港地区刑法中的贿赂罪

香港刑法中的贿赂罪,来源于英美刑法的 Bribery 和 Corruption。前者是指“为了影响政府官员之行为或履行法律或公共职务而提供、给予、收受或索要任何有价值之物”,后者是指“故意给与官员和其他人的权利不相协调的某些利益的行为”。^① 现行香港刑法中的贿赂犯罪涉及五个罪名,分别是索取或接受贿赂罪,合约受贿罪,投标受贿罪,拍卖受贿罪和代理人受贿罪。

索取或接受贿赂罪,亦称公职人员受贿罪,指公职人员无合法权益或合理解释,索取或接受任何利益,作为行为人做出渎职行为的诱因或报酬的行为。构成该罪,香港刑法规定不受地域的限制,公职人员不论在香港还是在其他地方,只要有上述行为,一律予以追究。公职人员受贿罪的构成特征如下:一是主体限于公职人员,香港刑法中的公职人员是指所有公共机构的雇员。二是在客观方面表现为行为人无合法权益或合理解释而索取或接受任何利益作为做出渎职行为的诱因或报酬。三是犯罪的成立不以受贿者已经做出渎职行为、行贿人已达行贿目的作为构成要件。

合约受贿罪又称为合约事务上给予协助而为之受贿罪,该罪的成立要件基本上与公职人员受贿罪相同,区别在客观方面,即该罪只限于涉及合约的公共事务领域,如政府采购、政府公用设施维护等。

投标受贿罪、拍卖受贿罪、代理人受贿罪是香港刑法针对负责

^① Black's Law Dictionary, West Publishing Co. 1979, P173, P311.

特定领域公共事务的公职人员所设定的罪名。

3. 澳门地区刑法中的贿赂罪

澳门地区刑法中的贿赂罪规定在澳门刑法分则第五编第五章第二节,只有两个罪名,即受贿作不法行为罪和受贿作合规范之行为罪。

受贿作不法行为罪是指公务员亲身或透过另一人而经该公务员同意或追认,为自己或第三人要求答应接受其不应受的财产利益或非财产利益,又或要求或答应接受他人给予该利益之承诺,作为违背职务上的义务作为或不作为之回报的行为。该罪与台湾刑法中“违背职务之受贿罪”在构罪条件上大体相同。该罪的主要特征在客观要件上,就此而言,客观要件的特征有三点:

一是贿赂的收受可以是受贿者本人,也可以是经受贿者本人同意或追认的其他任何人。收受贿赂的形式可以是“要求”,即索取;也可以是答应接受,即由行贿人表示贿赂后予以允诺接受。对于贿赂的内容,澳门刑法规定可以是财产性质的利益,也可以是一切可供人享用的非财产性好处。

二是受贿人的“要求”和“答应接受”行贿人给予贿赂的表示本身也是该罪的客观构罪要件的内容,即贿赂的双方要对贿赂有明确、客观的意思交流;同时受贿人“要求”和“答应接受”行贿人给予贿赂是将贿赂视为违背职务行为的回报。

三是该罪的成立不以受贿人和行贿人双方的约定完全实现为构罪要求,只要受贿人基于对其职务行为的违反有明确的意思表示传递给行贿人,即使还没有实施答应行贿人的违背职务行为,本罪就视为成立,以既遂论,受贿人在与行贿人达成合意后事实上做出了违背职务的行为,在澳门刑法中以受贿作不法行为罪的加重情节对待。

受贿作合规范之行为罪是指政府公务人员亲自或通过另一个人而经政府公务人员同意或追认,答应以履行“合规范之行为”为回报接受行贿人的财产性质的利益或非财产性质的利益的行为。