

刘宪权 ©主编

刑法学研究

Research on Criminal Jurisprudence

第1卷



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

刑法学研究

Research on Criminal Jurisprudence

主 编 刘宪权

副主编 杨兴培



北京大学出版社
PEKING UNIVERSITY PRESS

图书在版编目(CIP)数据

刑法学研究(第1卷)/刘宪权主编. —北京:北京大学出版社, 2005. 10
ISBN 7-301-09782-4

I. 刑… II. 刘… III. 刑法-法学-研究 IV. D914.04

中国版本图书馆CIP数据核字(2005)第117853号

书 名: 刑法学研究(第1卷)

著作责任者: 刘宪权 主编

责任编辑: 张 晗 王业龙

标准书号: ISBN 7-301-09782-4/D·1310

出版发行: 北京大学出版社

地 址: 北京市海淀区成府路205号 100871

网 址: <http://cbs.pku.edu.cn>

电 话: 邮购部 62752015 发行部 62750672 编辑部 62752027

电子信箱: pl@pup.pku.edu.cn

排 版 者: 北京高新特打字服务社 82350640

印 刷 者: 三河新世纪印务有限公司

经 销 者: 新华书店

730毫米×980毫米 16开本 15.25印张 290千字

2005年10月第1版 2005年10月第1次印刷

定 价: 24.00元

未经许可,不得以任何方式复制或抄袭本书之部分或全部内容。

版权所有,翻版必究

前 言

众所周知,中国传统法律一向以刑法见长。但是,中国古代刑事法的发达并没有产生现代意义上刑法学的研究。一般认为,20 世纪的中国刑法学是指 19 世纪末 20 世纪初西学东渐以来受西方刑法制度和刑法学说影响而形成和发展起来的近现代刑法学。

近现代中国刑法学最早的渊源可以追溯到 19 世纪 80 年代黄遵宪译著的《日本国志·刑法志》一书。^① 中国刑法学转型的基本标志是沈家本在 20 世纪初引进西方立宪法治思想和现代法律体系,主持进行具有深远历史影响的变法修律运动。1903 年,沈家本、伍廷芳出任修订法律大臣。在担任修订法律大臣期间,沈家本积极组织编译西人之刑法和刑法学著作。1906 年,他开始着手起草新刑律,并聘请日本刑法学家冈田朝太郎等为修刑律顾问。1911 年,清政府正式颁布《大清新刑律》。《大清新刑律》的制定与颁布使中国刑法迅速与近现代各国刑法典接轨,从而基本实现了刑法体系的转型。在修律的过程中,沈家本的刑法思想也渐次成型。沈家本主持进行的清末修律带来了中国刑法意识和刑事法制的变革,这场修律运动对后世的影响是巨大的。它标志着近现代刑法体系、刑法观念在中国的落地生根,是中国刑法现代化的发端。这也为民国时期北洋政府、国民政府的刑事立法奠定了基础。

《大清新刑律》刚刚颁布,尚未生效实施,辛亥革命爆发,中华民国即告成立。中华民国自 1912 年成立起,经历了三个发展时期,即南京临时政府时期、北洋政府时期和国民政府时期。这一时期刑法学的发展主要表现在刑事立法与刑法理论两方面。民国时期涌现了很多著名的法学家,如王宠惠、居正、王觐、郝朝俊、陈瑾昆、张知本、赵琛、蔡枢衡、瞿同祖等人,他们均在民国时期的刑法学发展史上留下了深深的痕迹,为中国刑法学的发展作出了巨大的贡献。民国时期是 20 世纪中国现代

^① 参见李贵连:《近代中国法律的变革与日本影响》,载《比较法研究》1994 年第 1 期。

刑法学史上的一个非常重要的时期。这一时期,中国现代刑法学体系得以初步形成,并在诸多的刑法基本理论问题的研究上取得了相当大的成就,对于指导民国时期的刑事立法、司法都起到了非常重要的作用。但是,民国时期的刑法学也存在着诸多的不足,表现为典型的移植刑法学,对西方的刑法学说,不加分析和批判,不经中国现实社会经验的证明,即盲目地加以照搬和移植。

1949年10月1日中华人民共和国的成立,不仅掀开了中国历史一个新的篇章,而且也拉开了新中国法学包括刑法学发展的帷幕。这一时期首先值得介绍的就是苏联刑法理论的全面引进。新中国成立初期,除了聘请苏联刑法学家到中国进行讲学授课,翻译苏联及其他社会主义国家的刑法典外,还翻译出版了三十余部苏联刑法著作。同时,刑法学者们逐渐开始运用马克思主义的立场、观点和方法分析研究一些刑法学的基本理论问题,这从方法论上对于促进刑法学的研究是有很大的意义的。但它所带来的负面效果就是不顾法律文化的历史传承性,隔断了刑法学的历史联系,并使当时的中国刑法学在很大程度上具有教条主义的倾向,从而为当时创建新中国社会主义刑法学的科学体系和理论预设了潜在的障碍。刑法学者在这个时期的另一工作就是参与配合刑法典的起草工作。中央人民政府法制委员会组织一批刑法专家于1950年7月25日拟出了《中华人民共和国刑法大纲(草案)》。1954年,随着新中国宪法的颁布实施,刑法起草工作也正式纳入议程,到1957年已出台草案第22稿。随后,由于历史原因,刑法起草工作一度中断,1962年恢复进行后也只是昙花一现,1963年刑法草案草拟到第33稿后再度中断,直至1978年才得以恢复。

这一阶段的刑法学研究成果不是很多,多体现为一些刑法教科书。这个时期也发表了一些学术论文,这些都在一定程度上推动了刑法学的发展。1958年后,由于轻视法制的左倾思想的抬头,我国的刑法学研究在很长一段时期内基本处于停滞状态。^①一些重要的刑法理论,人们不敢问津,一些政法学院的刑法教学逐渐转向以刑事政策的教学和研究为主。各校教材的编写,也大都是适应政治运动需要的产物,过分强调政治性,专业内容则被大大压缩。

在与中国法制建设一起经历了初创的艰辛、萧条、停滞的痛苦之后,中国刑法学的研究终于走上了恢复、发展的道路。尤其在中国共产党十一届三中全会开辟中国社会主义法制建设新阶段以来,刑法学者在“解放思想、实事求是”方针的指导下,冲破了过去人为设置的诸多禁区,以我国第一部刑法典的颁布为契机,刑法学研究逐步走向深入。这一时期,刑法学研究在我国法学研究的全面繁荣中迅猛

^① 参见张智辉:《回首新中国刑法学研究五十年》,载《国家检察官学院学报》2000年第1期。

发展,长足进步,在法学教育、人才培养、科研成果、促进立法、服务司法和对外交流诸方面成果显著,从而成为公认的我国法学领域较为发达的主要法学学科之一。在这一时期,我国刑法学主要取得了以下的成绩:

第一,面向司法实际,注释刑法学研究迅猛发展。伴随着1979年《刑法》以及1997年《刑法》的颁布,注释刑法学发展迅速,这为刑法的实施奠定了坚实的理论基础,极好地指导了刑事司法实践。

第二,关注并参与刑法典的修改完善工作。1979年《刑法》实施以来,刑法学者注重对刑法典的修改和完善进行研究,1988年、1994年和1996年的中国法学会刑法学研究会年会专门就刑法的修改与完善问题进行研讨。这对于促进1997年新《刑法》的出台起了非常重要的作用。

第三,刑法学理论研究不断深入。这一时期学者们注重刑法基础理论的研究,成绩斐然。发表和出版了一定数量的较高学术水准的学术论文和专著。

第四,外国刑法学、比较刑法学、国际刑法学的理论研究不断加强。中国刑法学界加强了中外学术交流,扩大了中国刑法学的研究视野,使中国刑法学日趋开放性和国际性。

第五,相关刑法学学术机构不断成立,学术活动渐趋系统,成绩斐然。1984年,中国法学会刑法学研究会成立。1988年5月,国际刑法学协会中国分会成立。1999年11月,中国人民大学刑事法律科学研究中心成立。此外,北京大学法学院刑事法理论研究所、华东政法学院刑法学研究中心和华东刑事司法研究中心等学术机构的学术活动也是如火如荼。

第六,一系列高质量的刑法连续出版物不断推出。相继推出了《刑法论丛》、《刑事法评论》、《刑事法判解》等连续出版物。

第七,我国刑法学的学科建设和队伍建设均取得了长足进展。至2003年止,全国范围内刑法学专业博士学位授予点已有7个(包括法学一级学科博士学位授予点中的刑法专业)。各大院校基本上都有刑法学硕士学位授予点。在专业方向上,也呈逐步拓展的趋势。

二

回首20世纪中国百年刑法史,我们可以获得诸多启示。

首先,刑法学的发展与社会的发展是同步的,只有置身于现实社会,紧密结合社会实践,刑法学的研究才有价值。20世纪初的中国正是面对现实,由最初的被动、无奈被迫转而以积极、主动的心态去适应这场法学近代化运动,近现代刑法学

体系才得以逐渐形成。新中国成立后,刑法学研究亦立足现实,关注社会生活中的重大问题,因此而取得的成就也是有目共睹的。

其次,刑法学的发展必须处理好刑法学的科学性与政治性的关系。新中国成立初期一段时间内中国刑法学的发展表明,在中国,刑法学是一门政治色彩很浓的社会科学,它的兴衰存亡总是与法制在国家政治生活中的地位有关,以致刑法学者们总是过分强调刑法为政治服务,为形势服务,片面强调刑事法制的实用,轻视基础理论研究。因此,我们要反思的就是,如何在保持刑法学科学性的同时,避免它成为政治权威的附庸,处理好刑法的科学性与政治性的关系。

再次,刑法理论研究的成果只有包含更多的理性思考,才具有生命力。回顾20世纪的刑法学研究,应该说是硕果累累。然而值得深思的是,在这些研究成果中,为什么有的如流星般转瞬即逝,而有的则长期为我们所提及与引用?其中一个重要的原因就是该研究是否包含了理性的思考。只有那些经过理性思考,把握或反映了刑法内在规律的研究成果,才能表现出顽强的生命力。

当然,我们应该看到,中国当前刑法学的研究还存在着很多不尽如人意而有待改进的薄弱环节。具体表现为我国的刑法研究方法还相对比较单一,注释方法尚占据过重的地位,基础理论研究相对薄弱,未能取得突破性的进展,对当代世界先进刑法的比较研究不够,尚未完全走出简单移植、生搬硬套的理论研究误区,学科之间的交叉整合几乎处于空白。中国刑法学要走出初级阶段,摆脱“幼稚法学”的讥讽,成为一门真正意义上的科学,依然任重道远,还有很多基础性的问题需要重新研究。时代已经进入21世纪,展望新世纪中国刑法学现代化的实现,我们认为必须解决好以下一些问题:进一步转变刑法观念,培养谦抑、平等、民主、开放的现代刑法精神;完整塑造刑法学独立学术品格,注重“专业槽”的成型;科学选择多维研究方法,完成刑法学方法论上的创新;打破学科之间的壁垒,建构一体化的刑事法学研究模式。^①正如学者李海东所说:“中国有许多出色的刑法学者,但中国的刑法理论却面临着观念上、方法上和内容上多方面的重建。我们的刑法理论,应该对我们这个时代和这个时代的人表现出足够的自知和社会责任感。”^②作为中国刑法学中一分子的我们,均应当具备强烈的危机意识,肩负起历史的责任,将中国刑法学推向一个新的阶段。

① 参见张文、何慧新:《中国刑法学——二十世纪的回顾、反思与展望》,载《当代法学》1999年第1期。

② 李海东:《刑法原理入门》,法律出版社1998年版,第17页。

三

伴随着上述对刑法学的回顾与反思,为促进我国刑法学研究,展示华东政法学院刑法学研究中心的科研成果,同时也为我国刑法理论研究学者以及司法实践工作人员提供探讨问题、开展争鸣、交流经验的平台,华东政法学院刑法学研究中心决定编辑《刑法学研究》这一连续性出版物。

华东政法学院刑法学研究中心是以学院的刑法学科为基础设置的专门学术研究机构。华东政法学院刑法学科是上海市教委重点学科,早在1981年就获批准设立刑法学硕士点,现已获批设立刑法学博士点和博士后流动站,刑法学课程被评为上海市精品课程和华东政法学院精品课程,并得到联合国教科文组织和世界银行的重点资助。刑法学研究中心的教授、教师和研究人员近年来在科研方面可谓硕果累累,有多人完成或正在承担国家社会科学基金项目、上海市哲学社会科学基金项目、司法部科研项目、上海市教委重点科研项目等,并有多人多次获得国家和省部级科研成果奖。学科设立至今,刑法学科的研究人员共出版专著、教科书、工具书等两百多部,发表学术论文、研究报告和法制宣传文章两千余篇。学科在刑法基础理论、刑事立法改革研究、经济刑法学、犯罪学等领域均有突出建树,出版了一批具有一流水平的学术代表作;形成了理论刑法学与规范刑法学研究并重,刑法学研究与犯罪学研究融会贯通,中国刑法学与国际刑法学研究交叉互动的学科特色。学科先后有不少专家受上海市司法实务部门的聘任,担任重要领导职务,积极投身于刑事司法实践,有多位专家受聘在司法机关兼任顾问、专家咨询委员,经常就一些重要司法解释和疑难刑事案件提供咨询意见,在刑事司法实务界具有极高声望和影响。

《刑法学研究》不仅是华东政法学院刑法学科研究人员检验成果的园地,也是向国内外刑法学界开放,反映学科前沿动态和发展趋势,展示名家研究精品和后起之秀优秀成果的平台。

依我之见,《刑法学研究》的特点突出表现在以下几个方面:

首先,本书研究的主题侧重于刑法学研究,特别是侧重于刑法基本理论的研究。其覆盖面包括刑法学中的犯罪论、刑事责任论、刑罚论和个罪论等领域。

其次,本书注重理论和实务并重。强调理论指导实践,实践反作用于理论研究,两者形成互动才能相得益彰。我们将在研究刑法基本理论的基础上,关注司法实践中出现的与刑法学相关的疑难案件,为实践部门排忧解难,帮助司法机关在理论的指导下正确处理案件。

再次,本书重点关注刑法理论和司法实务中出现的热点和前沿问题。随着社会主义市场经济的建立和发展,我们将立足于上海及长江三角洲经济发展中心的有利地位,着重就经济犯罪、金融证券期货犯罪、职务犯罪等近年来理论和司法实践中的热点和前沿问题开展研究。

最后,本书重点为中、青年刑法研究人员和司法实务人员提供研究场所。我们认为,学科的发展离不开队伍,而队伍的梯队建设显然是重中之重。为此,我们将设专栏竭诚为广大初出茅庐的中、青年学者的研究提供服务 and 帮助。

我们衷心希望《刑法学研究》成为中外刑法学界交流探讨的乐园,期望通过编辑《刑法学研究》,推动和繁荣我国刑法学研究,为中国刑事法治建设增添一份动力。

刘宪权

2005年7月于华东政法学院学科楼

目 录

专题笔谈

- 国有企业转制中的若干刑法问题笔谈 (1)
- 国有企业转制过程中隐匿债权行为的司法认定 龚培华(1)
- 从国企转制后国有资产流失审视私分国有资产罪的缺陷 吴九锋(6)
- 国有企业转制中国家工作人员认定的若干问题 王恩海(12)
- 国企转制中转移国有资产行为的定性分析 万国海(17)
- 国企转制中串通拍卖国有资产行为定性研究 安文录(22)

专 稿

- 包庇罪与帮助毁灭证据罪之界分
- 冉儒超案研究 陈兴良(29)

理论前沿

- 刑法与司法解释溯及力疑难问题探析 流 泉(37)
- 穿行于形式和实质之间
- 对犯罪概念的解读 吕 洁 杨兴培(59)

专 论

- 刑法目的解释和体系解释的具体运用 肖中华(76)
- 刑法中的身份若干问题新论 杜国强(93)
- 刑法中身份的概念与特征辨析 狄世深(106)

学术争鸣

- 在狱服刑人员没有结婚权 侯国云(116)
- 以“体系”为视角审视我国犯罪构成理论的缺陷 车 浩(124)
- 也论“电脑量刑”
——兼与李爱荣、王传辉博士商榷 张 勇(140)

博士论坛

- 罪刑法定视野下我国金融刑法的立法模式重构 卢勤忠(147)
- 刑事法治的人道主义路径 孙万怀(160)

硕士论文选登

- 执行阶段数罪并罚的适用难点探讨 韩玉蓉(187)
- 论我国刑法中出罪事由体系的完善 徐爱梅(195)

实务探索

- 擅自发行公司、企业债券罪研究 张利兆(202)

域外采撷

- 论日本刑法中的包括一罪
——兼谈对我国刑法的启示 王明辉 唐煜枫(214)

疑案分析

- 非法持有枪支犯罪可以成立共同犯罪 凤 丹(224)

书评书讯

- 证券、期货犯罪理论研究新视野
——评《证券期货犯罪理论与实务》 王玉珏(230)
- 《中国刑法理论前沿问题研究》简介 (235)
- 《刑法学研究》征稿启事 (236)

国有企业转制中的若干 刑法问题笔谈

编者按 近年来,国有企业转制工作正如火如荼地在全国普遍进行。应该说,企业转制有利于生产力的促进和发展,这是毋庸置疑的。但是,我们也应该看到,企业转制过程中存在有许多问题,特别是其中由于诸多原因而引发的违法犯罪现象层出不穷且呈日益严重之势。这种情况不能不引起人们的高度关注和重视。编者认为,从刑法层面对国有企业转制中的违法犯罪行为进行分析,有助于在理论上和司法实践中统一思想认识,划清罪与非罪、此罪与彼罪之间的界限,并有效地惩治和预防国有企业转制中出现的犯罪行为。基于此,特组织一组笔谈以飨读者,并欢迎广大读者参与讨论。

关键词 国有企业 转制 犯罪 罪名 刑法问题

国有企业转制过程中隐匿 债权行为的司法认定

龚培华*

近年来,国有企业转制中国有资产流失的情况十分严重,其中国有企业负责人在转制中利用职务便利在资产评估时隐匿企业的对外债权,并最终实际控制或实现该债权的情况时有发生。对此类具有明显社会危害性的行为应如何认定,需明确以下几个问题。

* 上海市人民检察院研究室主任,华东政法学院刑法学博士研究生。

一、国有企业转制中的债权能否成为贪污罪对象

传统刑法理论认为,贪污罪的犯罪对象是公共财产,公共财产本身要具有确定性、现实性、独立存在性。债权作为民法上的请求权,仅仅是一种权利而不是财产,并且债权本身是一种相对权、对人权,这种请求权具有相对性、临时性、依附性,实现与否具有很大的不确定性。因此,债权无法成为贪污罪对象。

笔者认为,国有企业转制中的债权可以成为贪污罪对象。理由如下:

1. 从债权本身的属性及实现方式看,债权作为一种请求权,其基本特征和功能是债权人可以通过行使债权,要求相对人履行义务,并在实现债权的同时取得对债务人给予财物的所有权,这是法定的继受取得方式之一。虽然从形式上看,企业债权仅是一种权利,但它所对应的是企业的应收款,是财物所有权。国家工作人员利用职务便利隐匿债权,谋求的不是债权本身,而是债权所对应的标的物财产。

2. 从单位财产的组成看,债权、债务都是单位财产的组成部分。企业转制过程中的资产评估是对企业资金、实物、知识产权(商标权、专利权等)、债权、债务等进行整体评估作价的,而不是仅仅把单位的资金、实物作为单位财产进行评价。债权本身就是企业财产权的一个重要组成部分。

3. 从财产本身的内涵、外延看,刑法已经从立法上确立了刑法意义上的财物,除有体物、特定的无体物外,还包括特定情况下的财产性利益。司法解释还进一步明确债权可以成为财产性犯罪的对象。如最高人民法院《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》(法释[1998]4号)第5条第(二)项“有价支付凭证、有价证券、有价票证……”就明确了有价支付凭证、有价证券、有价票证等都可以成为盗窃犯罪对象,而无论是有价支付凭证、有价证券还是有价票证本身都仅仅是一种权利凭证而不是财物,但取得这些权利凭证就等于取得了债权,通过主张债权就可以实现对债权对应的财物的占有。正是基于此,司法解释将其规定为盗窃罪等侵犯财产类犯罪的对象。虽然贪污罪不是侵犯财产罪,但作为一种以非法占有为目的的财产性职务犯罪^①,盗窃、诈骗、抢夺等侵犯财产犯罪的很多规定都可以参照适用于贪污犯罪中,犯罪对象方面的规定当然也可以参照适用。

综上,国有企业转制中的债权可以也应当成为贪污罪对象。当然,需要明确的是,作为贪污罪犯罪对象的债权必须是法律之债、有效债权,自然债权等无效债权不能成为贪污罪对象。

^① 参见2003年11月13日《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(法[2003]167号)。

二、国有企业转制中贪污债权的犯罪数额计算标准

《刑法》第383条规定,对犯贪污罪的,根据情节轻重,分别依照下列规定处罚:(一)个人贪污数额在10万元以上的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产……(四)个人贪污数额不满5千元,情节较重的,处2年以下有期徒刑或者拘役;情节较轻的,由其所在单位或者上级主管机关酌情给予行政处分。对多次贪污未经处理的,按照累计数额处罚。从前述法条规定可以看出,贪污罪是数额犯,^①即犯罪数额是贪污罪一般和加重犯罪构成的必要要件,是定罪量刑的重要依据。因此在解决贪污债权时的犯罪数额计算标准之前,有必要对贪污犯罪数额的确定这一重要问题进行一些共性探讨。

犯罪数额作为具有定罪量刑意义并与犯罪行为相关联的、以货币形式表示的经济利益数量,^②根据不同标准,可以将其划分为犯罪所得数额、犯罪损失数额、犯罪所及数额、犯罪指向数额、票面数额、实际数额、销售数额、获利数额等不同种类。^③ 犯罪类型不同,犯罪数额的计算方式也颇不相同,有的以犯罪损失数额作为犯罪数额,如故意毁坏公私财物罪;有的以犯罪所得数额作为犯罪数额,如诈骗类犯罪;有的以获利数额作为犯罪数额,如制作、复制、出版、贩卖、传播淫秽物品牟利罪;有的以销售数额作为犯罪数额,如生产、销售伪劣商品罪等等。贪污罪如何计算犯罪数额,刑法没有明确规定,但因其使用的是“个人贪污数额”的表述方式,因此实践中一般采取“实得规则”进行认定,即行为人在实施犯罪过程中,当其犯罪手段所涉及的数额与其最后实得的犯罪数额不一致时,以其最后实得的犯罪数额为准,其犯罪手段所涉及的数额作为量刑的情节。^④ 但这种认定一般只适用于犯罪既遂形态,当贪污行为处于犯罪预备、中止、未遂等未完成形态时,如何计算犯罪数额在实践中存在争议。

有人认为,对贪污罪应以既遂数额作为犯罪数额,而不能把贪污罪未遂、预备、中止涉及的金额作为处罚金额。因为在犯罪未完成的情况下,很难证实确切的数额,因此把这样的目标数额当作定罪处罚的基本依据是不合适的;而且,根据我国

① 犯罪数额是贪污罪的成立要件还是贪污罪构成犯罪既遂要件,理论界存在争议,但通说认为贪污罪作为结果数额犯,犯罪数额是贪污既遂要件而非犯罪成立要件,故贪污罪存在未遂形态。本文采用学界通说。

② 参见张勇、高新杰:《犯罪数额问题研究》,载《河南师范大学学报》2002年第5期。

③ 参见刘华:《论我国刑法上的数额及数量》,载《刑事法评论》1998年第2卷,第572—584页。

④ 参见贺平凡:《论刑事诉讼中的数量认定规则》,载《法学》2003年第2期。

的司法习惯,通常只把既遂的数额算入到犯罪数额中,作为适用刑罚的基本依据;同时,既然未完成罪不算作累计处罚的金额,自然也就没有必要考虑适用有关预备、未遂、中止的量刑情节。^①

笔者认为,贪污罪法定刑的设置是以犯罪数额为基础的,但这并不意味着应以贪污的既遂数额作为犯罪数额。因为贪污罪是直接故意犯罪,属结果犯^②,除既遂形态外,还存在未遂形态,这一点在理论上争议不大,实践中也时见贪污未遂的案例。^③如果把既遂数额作为贪污犯罪数额,贪污罪未遂、预备、中止涉及的金额只能作为量刑的依据,不能作为处罚金额的话,就无法解决贪污未遂时的定罪处罚问题。因为贪污罪是数额犯,犯罪数额不仅是量刑的依据,也是定罪的基础,直接决定着贪污罪与非罪的认定。如果认为只有既遂数额才能作为贪污的犯罪数额的话,那么在犯罪未遂等未完成的情况下,等于无法认定犯罪数额,也就无法成立贪污未遂,即等于从根本上否定了贪污罪具有未遂等犯罪未完成形态。这与传统的犯罪形态理论和刑法总则关于犯罪形态的规定不符。因此笔者认为,将贪污数额等同于既遂数额的观点值得进一步研究。

综上,笔者认为,在现有的立法、司法背景下,应以具体犯罪形态为基础,准确认定贪污犯罪数额:当贪污罪处于犯罪既遂形态时,应以行为人实际占有的财物数额作为贪污数额并以此为基础进行相应的定罪量刑;当贪污罪处于未遂等未完成形态时,因公共财物的实际损失数额和行为人实际所得数额都不存在,只存在犯罪所及数额,犯罪所及数额也最能反映出贪污行为的社会危害性和行为人主观上想要非法占有的财物数额。根据主客观相一致的原则,应以此作为定罪量刑的依据。当然,在具体量刑时,应按照《刑法》第23条第2款的规定,比照既遂犯从轻或者减轻处罚。^④

在确定了贪污犯罪数额的计算标准后,我们来看国有企业转制中贪污债权的犯罪数额的计算标准问题:当行为人不仅占有了债权凭证,而且已经实现了全部债权,获得了债权给付,即贪污处于既遂形态时,应以行为人通过实现债权实际获得的财物数额作为犯罪数额;当行为人虽然占有了债权凭证,但尚未实现债权、获得债权给付,即贪污处于未遂形态时,应以被行为人隐匿的债权的标的额作为犯罪数额;当行为人占有了债权凭证后,部分获得了给付、部分尚未获得给付,即贪污处于

① 参见阮齐林:《对贪污受贿应以既遂数额作为犯罪数额》,载《检察日报》2003年12月3日。

② 对结果犯,结果的发生是犯罪成立要件还是犯罪既遂要件,学界存在争议,但通说认为结果的发生是犯罪既遂要件。本文采用学界通说。

③ 参见苗有水、侯亚辉:《关于〈全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要〉适用解读(上)》,载《刑事司法指南》2004年第2辑,第142页。

④ 参见田鹏辉:《合同诈骗罪的数额认定问题》,载《学术交流》2004年第1期。

部分既遂、部分未遂时,应按贪污既遂定罪,未遂部分在量刑中予以考虑。

三、国有企业转制中贪污债权的既、未遂判断标准

国有企业转制中的债权可以成为贪污罪的犯罪对象,但隐匿债权并不意味着即成立贪污罪既遂。贪污债权的既、未遂判断标准应从以下几方面把握:

1. 应与贪污罪既、未遂的判断标准保持一致

贪污罪的既、未遂的判断标准问题理论界一直争论不休,实际取得说、失控说、控制说、失控加控制说这四种主要学说^①不但没有解决实践中关于贪污罪既、未遂判断标准的需要,而且使本来就颇具争议的问题变得更加复杂。为更好解决这一困扰实务部门的问题,《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(以下简称《纪要》)采用“控制说”,并作了进一步的解释。《纪要》指出:“贪污罪是一种以非法占有为目的的财产性职务犯罪,与盗窃、诈骗、抢夺等侵犯财产罪一样,应当以行为人是否实际控制财物作为区分贪污罪既遂与未遂的标准。对于行为人利用职务上的便利,实施了虚假平账等贪污行为,但公共财物尚未实际转移,或者尚未被行为人控制就被查获的,应当认定为贪污未遂。行为人控制财物后,是否将财物据为己有,不影响贪污既遂的认定。”由此可以看出,《纪要》实际采用了“控制说”作为贪污罪既、未遂的判断标准。笔者认为,对隐匿债权贪污的既、未遂判断标准上,应采“控制说”。当然,需明确的是,贪污债权的“控制”不仅指对债权凭证的控制,而且指对债权获得实现后标的物的控制。

2. 正确理解贪污罪中行为人“实际控制财物”的含义

贪污罪中行为人“实际控制财物”强调的是对公共财物的一种有效支配,体现为行为人已经实现了对公共财物的支配权,而不是实际占有。对目标财物控制的有效性、现实可支配性,在判断行为人是否已经实现了对公共财物的“实际控制”上具有至关重要的作用。受害单位对公共财物的失控,不意味着行为人必然已经控制了财物;但行为人“实际控制”了财物,必然意味着受害单位对财物的“失控”。^② 行为人利用企业转制之机隐匿债权的,因债权的实现有赖于债务人的实际履行,故一般而言,在债务人实际履行债务之前,虽然国有单位已经失去对被隐匿债权的控制,但因行为人尚未取得对应收款(债权的标的物)的有效支配,宜认定为贪污未遂。

^① 参见2003年11月13日《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》(法〔2003〕167号)。

^② 参见苗有水、侯亚辉:《关于全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要适用解读(上)》,载《刑事司法指南》2004年第2辑,第145页。

3. 贪污债权既、未遂的判断标准要具体情况具体分析

当行为人隐匿债权后,已经实际获得清偿的,无论实际接受债务履行的是行为人个人还是转制后行为人控制的单位,都成立贪污既遂,贪污数额以行为人实际获得债权履行数额为准,获得清偿日为贪污既遂成立之日;当行为人隐匿债权后,尚未来得及将债权转归个人或转制后的企业名下或虽已进行了债权转移但尚未实现债权就案发的,因该债权虽已脱离国资部门控制但并没有为行为人所实际控制,故成立贪污未遂,犯罪数额以被隐匿的债权标的额为准;当行为人隐匿债权后疏于行使债权并使债权因超过诉讼时效而成为自然之债的时候,宜认定为贪污未遂。之所以作这样的认定,主要是因为,虽然经过诉讼时效的自然之债对于国资部门来说已经无法通过法律手段获得清偿,但对行为人而言也还没有实现对该笔债权的有效控制,故无法成立贪污既遂;但如果行为人和债务人恶意串通、故意隐匿债权后,利用诉讼时效的经过免除债务人债务履行义务的,应认定为贪污既遂。诉讼时效经过之日为贪污既遂之日。之所以这样理解,是因为诉讼时效一旦经过,债务人可以拒绝履行债务,行为人实际上是借助债务人实现了对债权的有效控制,成立贪污既遂。

从国企转制后国有资产流失 审视私分国有资产罪的缺陷

吴允锋*

一、问题与争议

在对某全资国有企业A公司的延伸审计中,审计人员发现:该企业控股90%的一家子公司(B公司,为改制后的股份有限公司)于2000年与一家境外公司(C公司)在英国注册成立了D公司。2001年,D公司在英国成功上市。据该公司2001年年报,公司总股本为9700万股,其中B公司持有1455万股,占总股本的15%。而据D公司2003年年报显示,B已不再是公司的股东。

审计人员调查发现,B公司系A国有企业控股90%、另一民营企业(E企业)

* 华东政法学院法律学院讲师,刑法学研究中心研究人员,刑法学博士研究生。