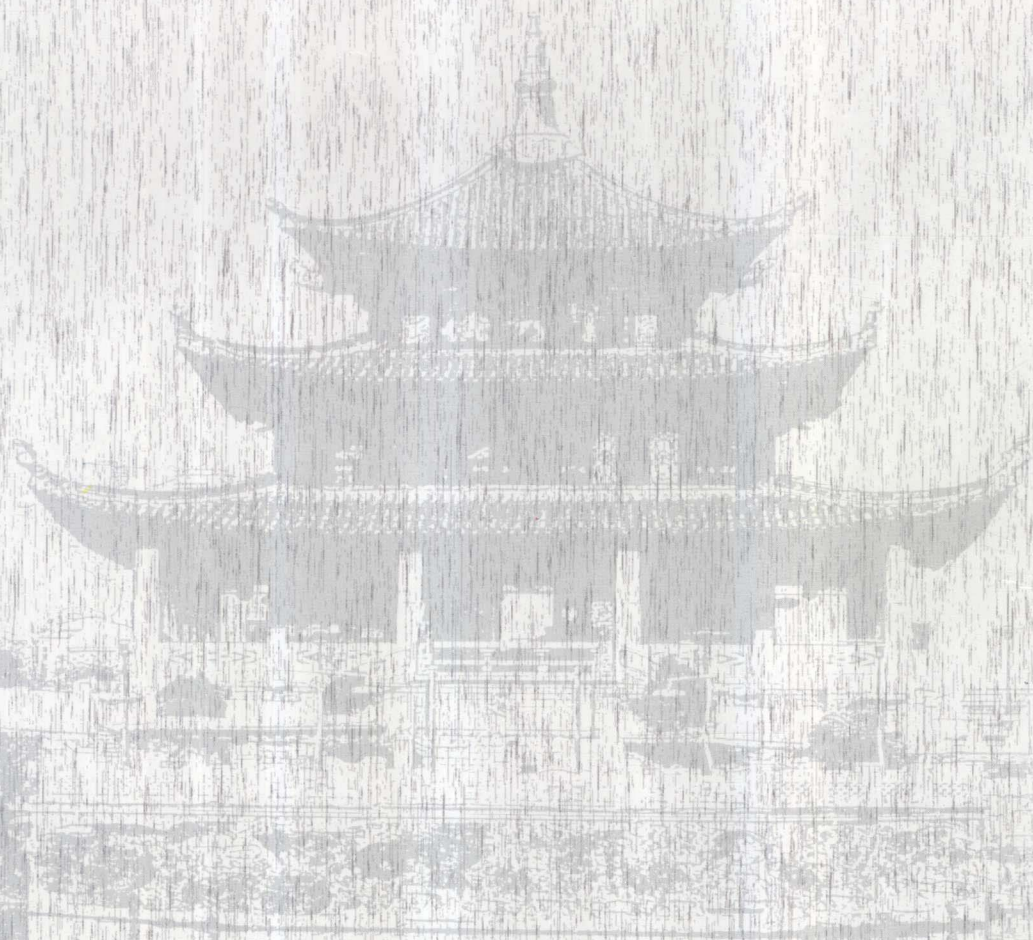




当代法学论坛

DANGDAI FAXUE LUNTAN



中国方正出版社

2007/1

当代法学论坛

贵州省法学会 主办

编委会

主任：姜延虎

副主任：张国新 栗先惠(女) 张卫华 王心海
赖梁盟

主编：赖梁盟

编委：(按姓氏笔画为序)

刘 鹏	任永强	陈小平(女)	杜文忠
余贵忠	宋 强	冷传莉(女)	杨正万
杨仁厚	彭剑鸣	徐晓光	翦继志(女)
谭振亭	潘 弘(女)		

中国方正出版社

dcx36/02

图书在版编目(CIP)数据

当代法学论坛 / 赖梁盟主编 - 北京: 中国方正出版社, 2007.2

ISBN7-80107-814-4

I. 当… II. 赖… III. 法学 - 文集 - 中国 IV. D924.2

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2007)第 001369 号

《当代法学论坛》

赖梁盟 主编

责任编辑: 王相国

出版发行: 中国方正出版社

(北京市西城区平安里西大街 41 号 邮编: 100813)

经销: 新华书店

印刷: 贵阳黔灵印刷工业公司

开本: 大 16K

印张: 10.5 印张

字数: 280 千字

版次: 2007 年 2 月第 1 版 2007 年 2 月贵阳第 1 次印刷

(版权所有 侵权必究)

ISBN 7-80107-814-4

定价: 15.00 元

(本书如有印装质量问题, 请与贵州省法学会联系退换)

泛珠三角合作与发展法治论坛



中国法学会副会长罗锋同志讲话



广西自治区区委常委、政法委书记彭祖意同志致欢迎词

2006年12月2日至3日，在广西南宁市召开了“泛珠三角合作与发展法治论坛”，中国法学会副会长罗锋、广西自治区党委常委、政法委书记彭祖意等领导参加会议并讲话。重庆、贵州、四川、云南、西藏、天津、河北、吉林、上海、江苏、福建、山东、河南、湖北、湖南、广东、海南等省市自治区法学会的领导也参加了会议。会议期间，召开了中南、西南十一省市自治区法学会联席会议。



左起：彭祖意、梁毅（中国法学会会员部主任）、罗锋在茶闲期间亲切交谈



广西自治区法学会会长何新同志致开幕词



广西自治区政法委副书记李先明同志主持开幕式



广西自治区政法委副书记刘耀龙同志



第二届泛珠三角合作与发展法治论坛全体代表合影

第二届中国与东盟法律合作与发展高层论坛

2006年12月15日至17日，第二届中国与东盟法律合作与发展高层论坛在越南下龙湾召开，中国法学会副会长刘法合参加了会议，来自吉林、山东、贵州、武汉、广西、宁夏、重庆、福建、内蒙等省市自治区的六十多名中国代表参加了会议，来自越南、文莱、老挝、马来西亚、新加坡、泰国、缅甸等国家的代表也参加了会议。



第一排左起：周彤（中国驻越南大使馆一等秘书）、梁泊林（马来西亚律师）、何孟智（越南最高人民检察院检察长）、刘法合（中国法学会副会长）、范围英（越南法学会主席）、阮红君（越南广宁省副省长）、Phoumy Sioudomphanh（老挝律师协会主席）



左起：谭春瑞（越南律师协会办公室主任）、范围英（越南法学会主席）、陈大兴（越内政部常务副部长）、陈小平（贵州省法学会常务理事、贵州民族学院法学院教授）、阮红君（越南广宁省副省长）、刘法合（中国法学会副会长）、范仲明（翻译）



陈小平教授代表贵州作大会发言

日本三位法学博士与贵州法学届专家进行法学学术交流

时 间：2006年12月27日

地 点：贵州大学法学院

热烈欢迎日本北海道大学中国法专家莅临法学院学术交流



第一排左起：崔广日（日本尚美学园大学教授、法学博士）、木间正道（日本明治大学教授、法学博士）、铃木贤（日本北海道大学校长助理、教授、法

学博士、中国法的领军人物）、张光博（原吉林大学法学院院长、教授、博士生导师、中国法学会宪法学研究会顾问）、廖克林（贵州大学法学院教授）、赖梁盟（贵州省法学会专职副会长）、杜国辉（贵州大学法学院党委书记）

第二排左起：李卫国（贵州大学法学院副教授）、陈松（贵州大学法学院讲师）、翦继志（贵州大学法学院副院长、教授）、李庆华（贵州大学法学院副院长）、赵少群（贵州大学法学院教授）、王先达（贵州大学法学院副教授）、刘爱军（贵州大学法学院副教授、法学博士）、刘诚（贵州大学法学院副教授）

目 录

专家论坛

国有公司、企业转制过程中贪污罪的认定难题 肖中华(1)

法 廊 漫 谈

刑事法制建设三十年回眸 刘 鹏(9)

博 士 论 坛

确立诚实信用为诉讼基本原则 宋 强(14)

论我国商标侵权及其民事和行政法律制裁 刘远山 夏余杨(17)

理 论 探 讨

商业贿赂及犯罪律治 赖梁盟(24)

诬告陷害罪构成要件若干问题探讨 陈建清(32)

中日纳税担保制度比较分析及启示 郑丽清(37)

国际投资领域中次国民待遇问题探析 吴耀党(40)

浅析我国刑事诉讼辩诉交易制度的若干问题 张允祥(43)

浅析宪法价值与传统文化的融合 蒋侯玲(47)

通向法律职业人群体的桥梁 舒 兵 杨卓林(51)

论我国个人所得税制度的进一步完善 郑 涵(54)

政治体制改革与和谐社会构建 赵传伟 党 云(57)

行政诉讼第三人研究 郝 静(60)

存贷关系中银行可以单方面行使抵销权 曾春蝶(63)

简论刑事诉讼中民事调解书的法律定位 赵为纲 付永伟(65)

论抽象行政行为的不可诉性 李 飞(68)

论公司终止后责任主体保留制度 王小清 杨 毅(70)

浅论诚实信用原则 向 琳(73)

试论盗窃网络虚拟财产犯罪 孟庆伟(76)

刍议加强社会主义民主法制建设 陈庆笙(78)

试论第三人交通肇事侵权和工伤竞合的赔偿问题 柏亚琴 张广永(81)

法治建设与和谐社会 李 刊 何 明(86)

浅谈患者用药知情权的保护 吴水松(89)

论公诉中恢复性司法的运用 吴常青 张 洋(92)

驰名商标的价值维护 纪光兵 任良芳(95)

论企业合并构成垄断的实质性标准	徐忠连(98)
对我国商标确权司法审查制度几个问题的思考与探讨	崔文俊(101)
论科研权	李 萍 张志坡(105)
浅议情势变更原则是否应该纳入合同法	王海霞 刘晓艳(107)
由 2006 秀水街侵权案看中国知识产权保护体系的发展	孙晓东(110)
论刑事附带民事诉讼中的精神损害赔偿	王桂英(112)
直接言辞原则的确立与完善对策	孙明涛 陈大陆(114)
中国侦查模式弊端剖析	李 荐(118)
浅议贷款银行抵销权	袁圣兰(121)
《埃克森 - 弗洛里奥修正案》浅探	胡文敏 江 澜(124)
绝对豁免与限制豁免的取舍	张晓声(128)
经济犯罪中单位适用罚金刑的确定方法	张 昆 郭 庆(131)
从自然状态社会契约到政治社会的演进	陆 燕(134)
由企业商号价值所引发的思考	陈美颖(137)
共同危险行为浅析	汪 飞 高 腾(140)

全国社会主义法治理念教育征文

浅议用社会主义法治理念指导当前的司法审判实际	侯建英(142)
社会主义法治的本质和执法理念探析	张 印(147)

司法实践

住宅小区车库车位所有权的法律问题探索	卢安龙(150)
从人权保护角度看我国的指定辩护制度	庞 敏(153)
论我国确立沉默权的必要性和可行性	李浩宁(156)

各抒己见

性骚扰的法律思考和分析及立法建议	李凉斌(160)
------------------------	----------

案例评析

浅析委托服务合同与雇佣合同的区别	陈玉民 华颖霖(163)
------------------------	--------------



国有公司、企业转制过程中 贪污罪的认定难题

肖中华*

作者:肖中华,男,汉族,1970年11月出生,江西丰城人。1999年7月毕业于中国人民大学法学院刑法学专业,获法学博士学位。现为上海社会科学院法学研究所研究员、博士生导师。2005年10月起挂职任贵州大学校长助理、法学院院长。2001年度国家社科基金项目“刑法基本原则及其司法化”(01CFX008)和2004年度国家社科基金项目“犯罪构成及不典型犯罪形态研究”(04CFX021)负责人。主要兼职:北京师范大学刑事法律科学研究院兼职研究员;上海市人大常委会立法和咨询专家;上海法院系统咨询专家;上海市人民检察院特约研究员。发表论文140余篇,主要代表作为“论刑法中危害行为的概念”(《法律科学》1996年第5期)、“中国刑法改革若干问题研究”(《法学研究》1996年第5期)、“论死刑的立法控制”(《中国法学》1998年第1期)、“我国刑法中犯罪构成概念的再探讨”(《法学评论》1999年第5期)、“经济犯罪的规范解释”(《法学研究》2006年第5期);出版《犯罪构成及其关系论》(中国人民大学出版社2000年版);《侵犯公民人身权利罪》(中国人民公安大学出版社1998年版、2003年再版);《伤害犯罪的定罪与量刑》(人民法院出版社2001年版);《刑法疑难争议问题与司法对策》(中国检察出版社2002年版)等个人专著。作为主要作者参与编写刑法理论著作50余部。

内容摘要:国有公司、企业转制过程中,行为人以非法占有标的物为目的,利用职务上的便利隐瞒债权的行为,应认定为贪污罪。行为人利用改制之机,隐匿国有财产并将之转化为改制后公司的资产的,应认定为贪污罪或私分国有资产罪,不可以妨害清算罪或国有公司、企业人员滥用职权罪定罪。贪污罪存在既遂、未遂之分,其区分标准是行为人是否实际控制公共财物。国有公司、企业改制中,中介组织人员提供虚假证明文件帮助国家工作人员隐匿国有财产实施贪污的,不应以贪污罪的共犯论处,而应认定为提供虚假证明文件罪。

关键词:国有企业转制 贪污罪 司法疑难 解释

The difficulty of confirming the crime of embezzlement in the process of a State-owned company or enterprise reforming
Xiao ZHONG_hua

Abstract: In the process of a State-owned company or enterprise reforming, for the purpose of illegal possession, the person shall be regarded as being guilty of embezzlement, by taking advantage of his office to hide creditor's rights. When the person utilizes the reforming chance and conceals the State-owned property which is changed into the reformed company's capital, he shall not be regarded as being guilty of disturbing liquidation or abusing his power by the person of the State-owned company or enterprise, but be regarded as the crime of embezzlement or the crime of dividing privately State-owned property. The crime of embezzlement contains the attempted form and the completed form, the differentiated criterion between them is whether the person actually controls public property. In the process of a State-owned company or enterprise reforming, a member of an intermediary organization deliberately provides false testifying papers for State functionaries to conceal the State-owned property and embezzle, he shall not be considered as the accomplice of the crime of embezzlement, but as being guilty of providing false testifying papers.

Key words: State-owned enterprise reform the crime of embezzlement judicial difficulty explanation

国有公司、企业转制过程中贪污罪的认定,主要涉及这样几个问题:第一,债权能否成为贪污罪对象?第二,行为人利用改制之机,隐匿国有财产并转入改制后的公司作为改制后公司的资产的,如果改制后的企业系股份制公司,行为人系改制后公司的股东,行为人是

构成贪污罪还是国有公司、企业人员滥用职权罪?如果上述情况认定为贪污罪,如何计算其“个人贪污数额”,是以隐匿的国有资产全额作为其贪污的犯罪数额,还是以其个人所占的股份作为其贪污犯罪的数额?第三,如何判断贪污罪的既、未遂状态?部分既遂、部分未遂

*肖中华,上海社会科学院法学研究所研究员、贵州大学法学院教授、博士生导师。电话:0851-8290566。

时如何处理?第四,在国企改制前隐匿国有资金,改制后继续隐匿改制后企业的资金,前后两种不同性质的资金混放在同一个账户中,行为人在改制后非法占有其中部分资金,且无法区分资金性质的,如何定性?第五,帮助作虚假验资、提供虚假证明文件的中介机构人员,可否与国家工作人员构成贪污罪的共犯?本文下面逐一进行探讨。

一、债权能否作为贪污罪对象

“债权能否作为贪污罪对象”的问题,是近几年来司法实践讨论热烈、但存在重大争议的问题。针对债权而涉嫌贪污罪的,主要是指国有公司、企业转制过程中,行为人利用职务上的便利将国有公司、企业的对外债权状况予以隐瞒,不纳入国有资产评估,将债权予以控制、进一步实现债权的情况。比如,某建筑安装公司系国有独资企业,被告人卫某担任该公司法定代表人、总经理。2003年,该公司转制为民营企业,该公司在转制前尚有60余万元应收款未收回。被告人卫某在公司转制过程中故意隐瞒该笔应收账款,致使资产评估公司对某建筑安装公司实际净资产低估60余万元。该公司转制后由卫某等五人全额持股,其中卫某持股80%。卫某的行为是否可以认定为贪污罪?又如,被告人李某、丁某、朱某、蒋某利用担任某市房屋材料供应站(国有企业)正、副站长和财务科科长的职务便利,采用应收账款不入账和虚列应付账款的手法,陆续将该单位的公款21万余元隐匿于由其控制的账户内。1998年6月,该单位改制为股份公司,该四名被告人将上述公款隐匿未申报资产评估。1999年3月至2002年6月,该四名被告人在分别担任房屋材料供应站有限公司(非国有企业)正、副总经理和财务主管期间,四名被告人将田林账户内的20余万元予以瓜分,四名被告人行为是否构成贪污罪?

当然,在公司、企业的正常生产、经营期间,也可能发生所谓行为人利用职务上的便利隐瞒债权、事后将债权实现并将财产占为己有的情况。

对于“债权可否成为贪污罪的对象”,司法实践中存在两种相反的观点和立场:一是否定说,认为贪污罪的对象不包括债权,理由是:(1)债权在民法的角度属于请求权,和所有权是绝对权、对物权不同的是,这种权利本身是一种相对权、对人权,债权人只有实现债权之后才对作为标的物的财产拥有所有权,而由于债权的实现具有不确定性,故不能等同于所有权。(2)刑法第382条只将“公共财物”规定为贪污罪的对象,而没有规定债权,“财物”也不可能解释到包括“债权”的地步。1993年国家国有资产管理局《国有资产产权界定和产权纠纷处理暂行办法》第2条也规定:“国有资产,系指国家依法取得和认定的,或者国家以各种形式对企

业投资和投资收益,国家向行政事业单位拨款等形成的资产。产权,系指财产所有权以及与财产所有权有关的经营权、使用权等财产权,不包括债权。”二是肯定说,认为债权可以成为贪污罪的对象,理由是:(1)债权虽然是一种请求权,但债权人要求债务人履行债务,将债权予以实现,在债权实现后,隐瞒债权的行为人实际上就取得了财产权。的可以通过行使债权。(2)国有公司、企业转制过程中国有资产评估的对象不仅包括公司、企业的货币(资金)、实物、工业产权,还包括债权;如果不把债权作为贪污罪的对象看待,对保护国有财产是不全面的。

笔者认为,关于“债权能否作为贪污罪对象”的争议,实际上是关于作为债权或债的标的能否成为贪污罪的问题。具体到国有公司、企业转制过程中的争议案件,就是指行为人利用职务上的便利隐瞒债权并将债权予以实现继而非法占有标的物(金钱或财物)的行为,能否认定为贪污罪。从这个意义上讲,上述情况认定为贪污罪是应当得到肯定的。

由于作为财产的债权标的在尚未实现时,实际上还属于一种财产性利益。这就涉及到如何理解刑法第382条对贪污罪对象规定的“公共财物”的范围问题。所谓财物,与财产没有实质区别,但是,财产是否包括财产性利益、财产和财产性利益在我国刑法中有无区别,则值得研究。贪污罪虽然被规定在“贪污贿赂罪”一章之中,但贪污罪兼具渎职犯罪和财产犯罪的性质或者说属于贪利性渎职犯罪是没有疑问的,所以,对贪污罪对象“财物”的理解,和对其他财产犯罪对象的理解具有共通性。有些国家的刑法专门规定了利益罪(或得利罪),如日本刑法第236条第2项、第246条第2项、第249条第2项,分别规定了利益强盗罪、利益欺诈罪和利益恐吓罪。在这些规定了利益罪的国家,法律把财产罪明确分为财物罪与利益罪两类,作为财产罪侵害对象的财物与财产性利益是相并列的概念,两者之间不存在包容关系。但是,我国刑法并未对利益罪作明确规定,作为侵犯财产犯罪侵害对象的财物是从广义上而言的,自然包括了财产性利益。当然,就具体财产罪而言,有些财产犯罪的对象不可能包括财产性利益,如盗窃罪必须是以秘密窃取方式实施,所以其对象不可能包括财产性利益。^①但是,在贪污罪中,由于行为人具有职务上的便利,行为人完全可以通过隐瞒债权这种欺骗的形式使债权的标的失控于债权人,从而使债权人的财产性利益受到损害,因此,在解释论上将贪污罪对象“公共财物”理解为包括作为财产的债权标的,是符合罪刑法定原则要求的解释结论。

二、隐匿国有财产并转入改制后的、行为人占有股份的股份制公司,是构成贪污罪还是国有公司、企业人

员滥用职权罪;如果认定为贪污,贪污数额是以隐匿的国有资产全额,还是以其个人所占的股份作为其贪污犯罪的数额

行为人利用改制之机,隐匿国有财产(包括上述债权标的之国有财产)并转入改制后的公司作为改制后公司的资产。这种情况下,行为人究竟构成什么犯罪?存在很大争议。例如,被告人王一兵案。被告人王一兵原系国有公司上海宝耀公司法定代表人、总经理,1993年6月,经被告人王一兵提议,宝耀公司出资成立了属于集体所有制企业的宝耀试验所,由王一兵负责经营。至1997年,宝耀试验所已改制为全部由职工个人出资的股份合作制企业,其中王一兵及其妻、母、女、弟、妹等亲属共计投资104万元,占总出资的69%,王一兵担任法定代表人、董事长,并负责经营。1994年底,被告人王一兵指使财务主管人员宋某利用其兼任宝耀试验所会计的职务便利,采取从宝耀公司抽出财务凭证虚假做入宝耀试验所帐目和篡改宝耀公司帐目的方法,将宝耀公司12辆搅拌车资产转移到宝耀试验所名下。1997年宝耀试验所改制为个人股份合作制企业后,王一兵还利用担任宝耀公司总经理的职务便利,隐匿公司对宝耀试验所12辆搅拌车资产的所有权(12辆搅拌车及其附件的价值,计780余万元),使该部分本属宝耀公司所有的公共财产被王一兵及其亲属绝对控股的宝耀试验所非法占有。该案由上海市第二中级人民法院一审,认定被告人王一兵犯贪污罪,判处有期徒刑十五年,并处没收个人财产人民币20万元。一审宣判后,被告人王一兵以其行为不构成贪污罪为由提出上诉。上海市高级人民法院二审查明的犯罪数额高于一审法院所查明的,并认定上诉人的王一兵的其行为成立贪污罪,鉴于“上诉不加刑”原则,裁定驳回上诉、维持原判。^①尽管上述案件的裁判结论是认定被告人王一兵成立贪污罪,贪污数额按照其隐瞒的所有财产计算(而非按照其本人占有的股份比例折算),但是,在该案的起诉、审判过程中,曾经存在较大分歧。有观点认为,被告人王一兵的行为并不是贪污罪构成要件所能恰当评价的,其行为应以国有公司、企业人员滥用职权罪定罪处罚,理由是他并没有将12辆搅拌车及其附件非法占为自己个人所有,而只是将这些财产转移到自己及家属占有有一定比例的股份合作制企业中、被企业所占有,所以属于刑法第168条(修正后)“滥用职权,造成国有公司、企业严重损失,致使国家利益遭受重大损失”的国有公司、企业人员滥用职权罪。又如,被告人吴某一案。被告人吴某,原系某国有公司总经理。按上级主管部门要求,该国有公司决定进行公司改制。在改制

后的私营有限责任公司中,被告人吴某占58%的股份,其余42%的股份由40余名公司职工持有。经查实,在国有公司的改制过程中,吴某指使国有公司的财会人员故意隐匿、瞒报国有资产价值共计400余万元人民币。改制成功后,该笔财产被用作新公司的经营资金。如何认定本案,也曾经存在两种不同意见:第一种意见认为,被告人吴某乘国有公司改制之机,利用职务便利化公为私,可以认定其行为构成贪污罪,并对400余万元的总额负责。其中被公司其他成员非法占有的数额,可以作为量刑情节考虑。第二种意见也赞同认定贪污罪,但主张应按吴某在私营公司中所占的股份比例确定贪污数额,即其个人贪污数额只能认定为200余万元。第三种意见则认为,应当认定为国有公司、企业人员滥用职权罪。第三种观点的理由主要是:(1)刑法条文明确以“个人贪污数额”作为贪污罪的定罪量刑数额起点标准,所以,贪污罪中非法占有的主体应当是个人,而不能是单位。倘若将实际由单位非法占有的数额认定为“个人贪污数额”,则不仅与立法者设置本罪法定刑的基础错位,在司法上极易造成量刑畸重的问题,而且在法理上还难免有类推定罪之嫌,因其构成要素与贪污罪并非完全符合。上述案件中,400余万元的国有资产实际被改制后的私营公司所非法占有与使用,并非完全由吴某个人所控制或支配。(2)假如认定贪污罪,则被告人吴某须对400余万元的总额承担刑事责任,然而因为贪污罪以个人贪污数额为定罪量刑之基础,所以只有在成立贪污共同犯罪的前提下,吴某对所参与的贪污总额负责才具有合法有据。但本案中的其他单位成员并不构成吴某犯罪之共犯,因其在吴某实施隐匿转移国有资产过程中,主观上与吴某没有共同非法占有之故意,客观上也没有参与实施非法占有之行为,只是因其持有公司股份而形成事后的共同非法占有之状态而已。(3)假如在认定贪污罪的前提下,要求吴某只应对200余万元承担贪污的罪责,同样存在一个难以解释的问题,即吴某承担罪责以外的100余万元国有财产也处于非法占有状态,没有人可以承担相应罪责。^②

当然,对于类似上述王一兵案和吴某案中行为之定性,理论上还有人认为应认定妨害清算罪。理由是,企业改制必须进行清算,行为人在改制过程中虚报、瞒报,隐匿国有财产的行为,完全属于刑法第162条规定的“隐匿财产,对财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产”的行为。^③

笔者认为,国家工作人员在国有企业改制过程中,故意隐匿国有财产的行为,应视行为人的目的和行为

① 刘明祥:《财产罪比较研究》,中国政法大学出版社2001年版,第37-38页。

而定,但总的来说,只有两个罪名可以恰当地评价:一是国有公司、企业的主要负责人或相关责任人员集体决定,以单位名义将所隐匿的财产在企业改制后集体私分,这种情况应当认定为私分国有资产罪。认定私分国有资产罪,应当把握“单位集体研究或者主要负责人决定”和“分取国有财产者除了决策者和具体经手、管理财产的人员之外还有普通职工”这两个特征(这一点本书将在“私分国有资产罪和私分罚没财物罪”一章详述)。二是国有公司、企业人员(国家工作人员)对于所隐匿的国有财产,并非进行集体私分,而是将之转移到改制后的公司、企业中,或者转移到其他公司、企业或单位,或者转移到行为人个人或亲属、朋友名下。这些情况下,在笔者看来,对行为人均应认定为贪污罪,而不应认定为妨害清算罪或者国有公司、企业人员滥用职权罪。而且必须强调的是,无论行为人最后有没有将隐匿的国有财产非法占本人所有、行为人在接受这些国有财产的公司、企业(包括改制后的公司、企业)中有没有股份、有多少股份,都不影响贪污罪的认定。至于作为行为人承担刑事责任基础的贪污罪数额,应当以被隐匿的国有财产的总额计算,而不是以行为人个人所得或其所占股份比例折算。理由如下:

第一,这种行为以妨害清算罪论处,既不切合构成要件,也违背刑法立法宗旨。刑法第162条规定的妨害清算罪是指公司、企业正在进行清算时,隐匿财产,对资产负债表或者财产清单作虚伪记载或者在未清偿债务前分配公司、企业财产,严重损害债权人或者其他利益的行为。虽然该罪属于仅处罚“直接负责的主管人员和其他直接责任人员”、采取单罚制的单位犯罪,但犯罪主体毕竟是“公司、企业”单位,公司、企业之所以实施隐匿财产等行为,主要是为了照顾原企业股东、职工或者部分债务人的利益,刑法设立该罪的宗旨就在于惩治公司、企业通过隐匿财产严重损害债权人、企业职工等利益的行为,因为这些行为可能影响企业债权人债权的实现、职工福利工资的清偿、国家税金的缴纳。而国家工作人员在国有企业改制过程中,故意隐匿国有财产的行为(这里的论述不涉及集体私分国有财产的情形,只就上述第二种情形而言),并不反映单位意志,行为人隐匿财产的目的在于为自己本人或其他单位、个人所占有这些财产,所以直接损害的是国家的财产所有权,而非债权人等人利益。另外,妨害清算罪的存在前提是,公司、企业因不能清偿到期债务被依法宣告破产或者因法定事由被解散等情形,国有企业改

制中隐匿国有财产的行为,是在国有资产评估中发生、开始的。因此,国有公司、企业人员隐匿国有财产并将之转移的行为,不符合妨害清算罪的构成要件。

第二,这种行为也不应以国有公司、企业人员滥用职权罪定罪处罚。国有公司、企业人员滥用职权罪是修订后的刑法增设的罪名,是指国有公司、企业的工作人员,滥用职权,造成国有公司、企业破产或者严重损失,致使国家利益遭受重大损失的行为。修订后的刑法增设这一新型职务犯罪,在一定程度上是为了弥补因渎职罪主体范围缩小(由“国家工作人员”缩小到“国家机关工作人员”)而造成的国有公司、企业人员滥用职权行为处罚无据的漏洞。与贪污罪相似的是,该罪也属于国家工作人员的职务犯罪,当行为人“徇私舞弊”实施犯罪时也具有“损公谋私”的特点。但是,国有公司、企业人员滥用职权罪与贪污罪的立法主旨和构成要件存在重大区别,将国有公司、企业人员隐匿国有财产并将之转移的行为以国有公司、企业人员滥用职权罪论处十分不妥:(1)国有公司、企业人员滥用职权罪中,作为客观行为的“滥用职权”表现为擅自行使、超越职权行使职权等情状,尽管存在“徇私舞弊”从重处罚的刑法规定,但这种犯罪毕竟不是必然地是化公为私,“职权的滥用”未必和行为人“谋私”联系在一起,或者说,行为人不谋私,也同样可以实施滥用职权的行为,即使“徇私”,也不是将“国家利益”遭受的“重大损失”与“私利”等同起来,行为人谋取私利总是小于滥用职权行为给国家造成的损失。而贪污罪中行为人利用职务上的便利非法占有公共财物,从泛化的角度来说,当然也可以说是一种滥用自己职权的行为——“滥用”直接为非法占有公共财物服务。但是,这种直接用职权非法占有公共财物的“滥用职权”行为,显然不是国有公司、企业人员滥用职权罪所能完全评价的,因为当国有公司、企业人员利用职务上的便利将国有财产非法占有时,国有财产的损失就与行为人所谓滥用职权获取的利益相同了。(2)将国有公司、企业人员隐匿国有财产并将之转移的行为评价为国有公司、企业人员滥用职权罪,是构成要件形式解释的立场,不符合刑法实质解释的要求。无庸讳言,从形式上看,国有公司、企业人员滥用职权罪在构成要件上具有较多的概括性和包容性其既可以包容“徇私”的、甚至是“非法占有”(最严重的“徇私”)型的滥用职权行为,也可以包容没有徇私动机的滥用职权行为,但是,正因为如此,我们就不能以国有公司、企业人员滥用职权罪对隐匿国有财产并将之转

② 案件详情、裁判理由可参见最高人民法院刑事审判第二庭(王新英):“利用企业改制侵吞公共财物构成贪污罪——王兵贪污案”,载《人民法院报》2004年1月7日;“上海市人民检察院第二分院诉王兵贪污案”,载《中华人民共和国最高人民法院公报》2004年第5期(2004年5月10日出版)。

移的行为进行评价了,因为既然刑法对于“非法占有”型的滥用职权行为特别规定了贪污罪,而贪污罪在实质上可以评价这种行为,我们就不得从形式上去解释构成要件、去评价相关事实。在刑法解释论上,当相关罪名内涵之间存在丰富程度上之差异时,我们应当用内涵更加丰富的罪名去评价事实。正如旧刑法时代,因为没有设立绑架罪,所以对于绑架勒索的行为可以按照抢劫罪、敲诈勒索罪定罪处罚,但在刑法设立绑架罪(1992年全国人大常委会《关于严惩拐卖、绑架妇女、儿童的犯罪分子的决定》增设绑架勒索罪)之后,我们就不应当再用抢劫罪去评价绑架勒索的行为了,即使是因为已满14周岁不满16周岁的人不符合绑架罪的主体要件要求、而可以成立抢劫罪,我们也不应当将这一年龄阶段的人实施的绑架勒索行为以抢劫罪论处。又如刑法分别设立了私分国有资产罪和私分罚没财物罪,尽管私分国有资产罪的构成要件在形式上可以包容司法机关、行政执法机关私分罚没财物的行为,但是我们不能将后者实质地评价为私分国有资产罪;反之,假如没有私分罚没财物罪的独立罪名,我们不仅可以而且应当将司法机关、行政执法机关私分罚没财物的行为评价为私分国有资产罪。如果站在形式的解释立场,既然国有公司、企业人员隐匿国有财产并将之转移的行为可以评价为国有公司、企业人员滥用职权罪,那么国家机关工作人员利用职务上的便利非法占有国有财产的行为,也可以按照渎职罪中的滥用职权罪定罪处罚。这样的解释势必使得内涵丰富的贪污罪的设立丧失独立价值。(3)将国有公司、企业人员隐匿国有财产并将之转移的行为评价为贪污罪,在司法认定上不存在“个人非法占有”的解释障碍。贪污罪是以非法占有为目的要件的自然人犯罪,这是没有疑问的;贪污罪多表现为行为人将公共财物占为本人所有,这也是不争的事实。但是,在规范的意义,非法占有是否就仅限于行为人本人非法所有呢?笔者认为答案是否定的。笔者在上文关于“贪污罪与职务侵占罪的区分”的论述中,就职务侵占罪罪状中“非法占为己有”的解释问题展开了论证,其结论是这里的“非法占为己有”实际上是行为人以财产所有人自居而“非法处分”财产,对于公司人员利用职务上的便利将本单位财物转移给朋友,或者代替自己或亲属占有股份的公司偿还债务的,也应认定为职务侵占罪。这样的解释规则事实上在贪污罪以及所有取得型财产犯罪的“非法占有”之解释中都是相通并用的。在贪污罪中,行为人是否最终将侵吞的财产非法占为本人所有,并不是判断是否成立贪污

罪的关键,只要行为人在非法占有的故意支配下,其职务行为致使公共财物遭受损失,而又存在接受财物的其他人或单位,就符合贪污罪的构成要件、具备非法占有要件,至于接受财物的是自然人还是单位、这些自然人或单位与行为人是否存在利益关系,在所不问。以上述被告人王一兵案、被告人吴某案为例,被告人王一兵虽然没有将12辆搅拌车及其附件非法占为自己个人所有,而只是将这些财产转移到自己及家属占有有一定比例的股份合作制企业中、表面上被企业所占有,但是应当解释为被告人王一兵以所有人自居、将自己通过非法占为己有后形成的个人财产,投入到股份合作制企业中。正如有的学者指出的那样,这种情况“可以视为行为人将部分被其隐匿的公共财物处置给其他股东,属于非法占有公共财物后的一种处置方式。”^③在被告人王一兵案中,有主张定贪污罪者试图从“改制后的企业实际系处在王一兵的绝对控制之下”来论证这些国有财物实际上被王一兵一人非法占有,这种论证在方法上存在问题,也是没有必要的。同样,被告人吴某故意隐匿、瞒报国有资产价值共计400余万元转移到改制后的股份公司中,虽然自己只占58%的股份,其余42%的股份由40余名公司职工持有,但是,由其转移的400余万元中的42%,应当视为被告人吴某个人占有后让与其他职工股东的部分。我们可以反思:当国家工作人员利用职务上的便利非法侵吞公共财物后,交予自己的兄弟姐妹、亲朋好友为日常支出或经商使用的,从来不怀疑贪污罪成立的合理性,那么又有什么理由对上述情况下认定贪污罪出现疑虑呢?(4)在对“非法占有”进行目的解释的前提下,“个人贪污数额”的认定问题也迎刃而解。笔者认为,按照“犯罪是侵犯法益的行为”之理念以及刑事责任以行为危害而非以行为人得利为基础的原则,贪污罪中作为定罪量刑数额标准的“个人贪污数额”,是指行为人犯罪行为(组织、指挥、策划、参与、实行各种行为)所涉及的数额,而不是指行为人个人所得的赃物数额。在被告人吴某一案件中,400余万元的国有资产虽然最终被改制后的私营公司所有与使用,并非完全由吴某个人所控制或支配,但是这些国有资产被转移,均由吴某一人为所为,其理应对总额负责,而不能因为其他单位成员占有部分股份,就认定吴某只对自己所占股份部分承担贪污罪的罪责。因此,不存在吴某只应对200余万元承担罪责、其余100余万元国有财产无人可以承担相应罪责的事实,也不存在只有共同犯罪的情况下吴某才对400余万元的总额承担刑事责任的合理性。正如行为人将公

③ 参见黄祥青:“略论贪污罪与近似职务犯罪的界限”,载《法律适用》2004年第1期。

④ 转引自朱孝清:“隐瞒国有资产案定性研究”,载《人民检察》2005年第1期(下)。

款贪污后转移悉数赠与亲属的情况,我们不能因为亲属与行为人无共同犯罪故意、不成立共同犯罪,就认为行为人不应对这些公款承担责任、无法将亲属占有的公款归责于行为人。

三、如何判断国有公司、企业改制过程中隐匿公共财产成立的贪污罪的既遂与未遂(兼及贪污罪既遂未遂一般问题)

首先,有必要就贪污罪有无既遂、未遂之分的予以探讨。2003年11月13日最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》就贪污罪既遂未遂标准作了原则性的规定,这实际上反映了司法实践逐渐承认贪污罪未遂的倾向。但是,长期以来,关于贪污罪有无既遂、未遂之分,理论和实践中存在不同的立场,这些立场的争执,即使在《纪要》下发后仍然影响着如何确定贪污罪未遂成立的范围,有必要予以评析:第一种观点可称为“否定说”,认为贪污罪作为数额犯,只有成立与否的问题,而不可能有所谓贪污未遂。第二种观点可称为“部分肯定说”,认为贪污罪存在未遂,但其范围以行为人具有非法占有数额巨大的公共财物为限,如果行为人主观上想非法占有的财物数额不是巨大,就不应以贪污罪定罪处罚。第三种观点可称为“肯定说”,认为贪污罪存在未遂,但不限于行为人主观上贪污数额巨大公共财物的情况。

上述第一种观点,在我国司法实践中处于优势地位,所以即使在《纪要》下发之后,在我国司法实践中以贪污罪未遂的结论处理的刑事案件十分少见。第二种观点具有实定依据,但将贪污罪未遂的成立范围,限定于行为人主观上以数额巨大的财物为非法占有目标之范围,过于限制了贪污未遂的成立范围。笔者赞同最后一种观点,认为贪污罪存在未遂,且不以主观上企图贪污数额巨大的财物为限。具体理由如下:(1)贪污罪属于数额犯无疑,但是,作为数额犯的犯罪并非没有未遂。我国刑法中的数额犯,包括两种情况:一种是以达到一定的数额作为犯罪成立要件(包括选择性构成要件)的数额犯,如刑法第158条规定的虚报注册资本罪,以虚报注册资本“数额巨大”与“后果严重”、“或者有其他严重情节”作为客观构成要件,如果行为人虚报注册资本欺骗公司登记主管部门,取得公司登记,虚报注册资本的数额没有达到“巨大”的标准,也没有造成投资者或其他债权人重大的直接经济损失等严重后果、严重情节,就不能认定为犯罪。另一种就是将一定的数额作为犯罪既遂的标准,犯罪数额实际上是作为既遂标志的法定结果。盗窃罪、诈骗罪、抢夺罪与贪污罪就属于这种情况。既然贪污罪是结果犯,那么就不应

否定其未遂状态的存在。(2)把贪污罪中的数额纯粹作为客观处罚的条件看待,不符合主客观并重的定罪原则,而同时将主观的评价置于贪污数额的评价中,即切合实际情况,又能够体现贪污犯罪主观恶性与客观危害的统一性,准确地判断贪污行为的危害性程度,公正地追究刑事责任。例如,行为人明确以100万元的国有财产为非法占有目标,并且已经着手办理转移财产的相关手续,但是因为意志以外的原因未得逞,结果并没有控制任何数额的财产,如果认为贪污罪没有未遂,行为人便是无罪。然而,这种行为的危害性决不亚于主观上想非法占有5000元公款、客观上也占有了这5000元公款的行为。(3)我国刑法总则确立了处罚未遂犯的一般原则。这样的规定意味着只要分则规定的犯罪行为存在事实未遂的可能性,从刑事政策的角度出发,如果未遂行为值得处罚就应当以未遂犯处罚。盗窃罪、诈骗罪均存在事实上的未遂,最高人民法院1996年12月24日《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》和最高人民法院1998年3月10日《关于审理盗窃案件具体应用法律若干问题的解释》也从刑事政策的角度考虑,对于盗窃未遂、诈骗未遂“情节严重”的,规定应当定罪处罚。而相当一部分贪污罪属于特殊的盗窃罪、诈骗罪,根据“举轻以明重”的原则,对于贪污未遂当然应当追究刑事责任,以未遂犯论处。(4)处罚未遂行为虽然从刑法总则的规定来看是有限制的,但是事实并非如此,因为既然是事实上的未遂,是否值得处罚就必须从总体上去衡量。但是,上述司法解释规定处罚盗窃罪、诈骗罪以盗窃未遂、诈骗未遂“情节严重”的为条件,并不意味着处罚贪污罪未遂以行为人主观上非法占有数额巨大的公共财物为限。因为首先,刑法对于贪污罪没有像盗窃罪、诈骗罪那样规定“数额较大”、“数额巨大”的定罪量刑标准,而是直接以不满5000元、5000元以上不满1万元、1万元不满5万元、5万元以上不满10万元、10万元以上等作为各个量刑档次的界限,同时在每个档次中再附加“情节较轻”、“情节较重”、“情节特别严重”的要素。由此可见,成立贪污罪未遂以行为人具有非法占有数额巨大的公共财物为限,本身缺乏可操作性。其次,数额在贪污罪中不是唯一的影响罪责轻重的因素,除这一因素之外,公共财物的性质和用途(如一般用途的公共财物与用于抢险、救灾的款物不同)、行为人的贪污手段、行为造成的后果和影响等等,均会影响贪污行为的危害性程度。因此,笔者认为,司法实践中,应当综合把握行为人主观上企图非法占有的公共财物数额、公共财物的性质和用途、行为人的贪污手段以及行为造成的后果和

⑤ 龚培华:“贪污对象认定中的争议问题研究”,载《法学》2004年第12期。

影响等等各方面因素,衡量贪污行为本身是否“情节严重”,以确定对贪污未遂是否进行定罪处罚。

那么,如何判断贪污罪的既遂未遂状态呢?与关于盗窃罪的既遂未遂判断标准一样,理论界和实务上主要存在四种学说:一是失控说,认为贪污罪的既遂应以公共财物脱离财产所有单位的控制为标志,只要公共财物脱离财产所有单位的控制,就应认定为既遂。二是控制说,认为贪污罪的既遂应以行为人实际控制公共财物为标志,如果公共财物脱离财产所有单位的控制,但尚未被行为人实际控制,也只能认定为未遂。三是占有(取得)说,认为贪污罪的既遂以行为人是否已经取得所有权、占有权为标志。四是失控或控制说,认为无论当公共财产脱离所有单位的控制还是被行为人实际控制时,都应当认定为既遂。^⑥笔者认为,失控说只注意到财产被侵犯的一面,却没有注意到贪污罪属于非法占有型犯罪,行为人以占有财物为目的、该种目的的实现“得逞”之标志的一面,将贪污既遂过分提前,势必混淆贪污罪的成立与既遂、贪污的实行与完成。控制说才能全面反映犯罪结果和犯罪目的两方面的因素。占有说过分强调所有权,而忽视财产被行为人实际控制后即达到行为人使用、收益的目的之事实,因而过分限制了贪污既遂的成立范围。失控或控制说将“公共财产脱离所有单位的控制”与“公共财产被行为人实际控制”作为贪污罪既遂成立的选择性条件,这种“两可”的立场本身就是自相矛盾的,也抹杀了财产失控与被他人控制、财产仅仅被侵犯与财产被侵犯后行为人达到目的之间在危害性程度上的差别。只有控制说,以行为人是否实际控制公共财物、实现非法占有的目的为标志,既注意到公共财物被行为人侵犯的特征,又注意到行为人目的实现的结果,且不拘泥于所有权意义上的控制,是切合实际需要的;站在法益侵害程度的角度考虑,在理论上也是科学、合理的,因为只有行为人实际控制了财物,才能认为对法益的侵害程度达到了完备状态,也只要行为人实际控制了财物,就可以认为犯罪行为对法益的侵害程度达到了完备状态。最高人民法院2003年11月13日下发的《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》采纳了控制说的观点,明确指出:“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,实施了虚假平帐等

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;行为人控制公共财物后,是否将财物据为己有,不影响贪污既遂的认定。”

根据最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》的规定,国有公司、企业转制过程中隐匿公共财产成立的贪污罪,其既遂与未遂的认定,应当考查被隐匿的公共财产是否已经转移到改制后的公司、企业或者个人,是否为转制后公司、企业或者行为人个人实际控制。需要注意的是,所谓被隐匿的公共财产为转制后公司、企业或者行为人个人实际控制,其前提是这些公共财产已经脱离国有公司、企业的控制,如果国有公司、企业对于行为人想隐匿的公共财产还在事实上拥有支配权,则无论如何也谈不上这些公共财产为转制后公司、企业或者行为人个人实际控制的问题,自然不可能成立贪污罪的既遂。但是,被隐匿的公共财产脱离国有公司、企业的实际控制,并不意味着转制后公司、企业或者行为人个人就一定实际控制了这些公共财产。如果公共财产脱离了国有公司、企业的控制,而国有公司、企业的转制手续还在办理过程中,公共财产还未转移到转制后的公企业或行为人个人帐户上,则成立贪污罪的未遂。例如,国有企业浙江省台州市路桥燃料公司,经政府主管部门批准于1998年实行企业转型。在资产评估过程中,公司经理徐某明知公司的应付款账户中有3笔共计47万余元系上几年虚设,而未向评估人作出说明,隐瞒了该款项的真实情况,从而使评估人员将该3笔款项作为应付款评估并予以确认。公司党支部书记罗某对此情况也是明知。在公司改制过程中,部分职工知道这一内情后,要求对上述虚增的47万余元进行私分,于是徐某和罗某商定召开职工大会,经讨论并确定虚报负债部分用于冲减企业亏损或上交国有资产管理部门,但后来并未按此方案处理。2000年6月30日,处于改制过程中的路桥燃料有限公司股东大会选举产生董事会,董事长为徐某、副董事长为罗某。尔后,两被告人和应某等5人收购了其他16名股东的全部股份,并于2000年8月17日正式成立路桥燃料有限公司。自2000年4月份以来,罗某明知公司资产评估中存在虚报负债的情况,而未向有关部门报告并继续同徐某一起到有关部门办理企业改制的后继手续。2000年9月7日,路桥燃料有限公司向路桥区财政局交清路桥燃料公司国有资产购买款

^⑥ 有人持所谓“失控加控制说”,主张“公共财物脱离所有单位的控制并被行为人实际控制”为贪污既遂的标志,但是,这种学说没有独立价值,因为当行为人实际控制了公共财物时,该公共财物必定脱离了单位的控制。由于不存在所谓行为人实际控制了公共财物而公共财物还没有脱离单位控制的情况,所以,主张以“公共财物脱离所有单位的控制并被行为人实际控制”实际上就是控制说。

465. 3969 万元。随后,被告人徐某、罗某等人积极办理公司产权转移手续。案发时,手续尚在办理之中。案发后,路桥燃料有限公司于 2000 年 11 月 28 日将 47. 435738 万元上交给路桥区财政局国资科。浙江省台州市路桥区人民检察院以贪污罪既遂对被告人徐某、罗某提起公诉,路桥区人民法院经审理认为:被告人徐某为国有公司工作人员,为达到非法占有的目的,在国有企业改制的资产评估中,对公司虚设负债款不作说明,从而骗取评估人员的确认;被告人罗某明知该公司在资产评估中存在着虚报负债的情况,而积极与徐某一起到有关部门办理企业改制后继手续,造成国有资产即将转移;两被告人的行为均已构成贪污罪未遂。该院于 2001 年 3 月 28 日判决认定被告人徐某、罗某均犯贪污罪未遂,分别判处有期徒刑三年,并处没收财产人民币 3 万元和有期徒刑一年,缓刑一年,并处没收财产人民币 1 万元。宣判后,被告人徐某不服,提出上诉,被台州市中级人民法院裁定驳回。^⑦上述案件中,路桥燃料有限公司于 2000 年 9 月 7 日向路桥区财政局国资科缴清国资款后,被徐某、罗某隐匿的 47 万余元国有财产就脱离了国资部门的控制。但是,资产转移手续一直在办理之中,该笔资产尚未到达改制后的路桥燃料有限公司账上,即没有被两被告人所实际控制。因此,法院认定徐某、罗某的行为成立贪污罪的未遂,是正确的。

四、在国企改制前隐匿国有资金,改制后继续隐匿改制后企业的资金,前后两种不同性质的资金混放在同一个账户中,行为人在改制后非法占有其中部分资金,且无法区分资金性质的,如何定性

在国有企业改制过程中,有的行为人在作为国有公司、企业工作人员期间,利用职务上的便利隐匿国有资金,转移到自己控制的帐户中,在国有公司、企业改制后,又作为非国有公司、企业的工作人员(不属于受国有单位委派到非国有公司、企业中从事公务的人员),利用职务上的便利,隐匿该公司、企业资金,转移到同一个帐户中。行为人在公司改制成功后,如果将帐户中所有资金侵占,国有资金和非国有公司、企业财物所占比例明确的,对行为人无疑应根据对象的来源性质,将国有资金部分认定为贪污罪、将非国有资金部分认定为职务侵占罪,实行数罪并罚。但是,如果行为人提取部分资金,由于两部分资金混同在一起,即使国有资金与非国有资金的总比例明确,能否按照比例分别认定为贪污罪和职务侵占罪?如果国有资金和非国有

公司、企业财物所占比例难以明确,行为人予以全部侵吞的,又如何定性呢?笔者认为,对于行为人已经控制了资金,不论是否已经存于个人名下,也不论是否全部提取,只要能够将两部分资金区分开来,或者比例明确的,应当分别按照贪污罪和职务侵占罪定罪处罚,实行数罪并罚。当区分资金性质之后,对应贪污罪部分或者对应职务侵占罪部分的资金之一达不到定罪标准的,应当就达到定罪标准的犯罪,以一罪(贪污罪或者职务侵占罪)定罪从重处罚。如果国有资金与非国有资金比例不明确,两部分资金难以区分的,应本着事实认定存疑有利于被告的原则,同时考虑到资金中包含部分国有资金的情况,以职务侵占罪定罪处罚。

五、帮助作虚假验资、提供虚假证明文件的中介组织人员,可否与国家工作人员构成贪污罪的共犯

国有公司、企业改制中,国家工作人员隐匿国有财产实施贪污,需要中介组织人员在评估过程中作虚假验资、评估、提供虚假的资产评估报告等证明文件。那么,中介组织人员是否因而成为与国家工作人员的贪污罪共犯呢?笔者认为,从刑法总则第 25 条关于共同犯罪的规定来看,似乎应当作出肯定的回答。但是,从刑法第 229 条的规定看,则应当作出否定的回答。刑法第 229 条规定了提供虚假证明文件罪,是指承担资产评估、验资、验证、会计、审计、法律服务等职责的中介组织人员故意提供虚假证明文件,情节严重的行为。在笔者看来,刑法总则的规定在总体上对刑法分则的适用具有指导意义,但是,当刑法分则有特别规定时,特别规定应视为总则指导的例外,不能借口总则的相关规定而排斥特别规定的适用。

刑法第 229 条规定的提供虚假证明文件罪,本身就是相关犯罪的帮助犯,比如行为人将虚假证明文件提供给他人虚报注册资本,原本是虚报注册资本罪的帮助犯;将虚假证明文件提供给他人用以欺诈发行股票、债券,原本是欺诈发行股票、债券罪的帮助犯;将虚假证明文件提供给他人作为隐匿国有财产服务,原本是贪污罪或私分国有资产罪的帮助犯,但是,刑法既然已经将中介组织人员故意提供虚假证明文件,情节严重的行为独立为罪,那么对于这种行为就不能再以相关犯罪的帮助犯定罪处罚了,否则,特别规定就没有实际意义。因此,帮助作虚假验资、提供虚假证明文件的中介组织人员,应当直接以提供虚假证明文件罪定罪处罚,而不能视为国家工作人员贪污的帮助犯而成为其贪污罪的共犯。

^⑦ 案例参见苗有水、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)”,载姜伟主编:《刑事司法指南》2004 年第 2 集,法律出版社 2004 年 7 月版,第 146-147 页;熊选国、苗有水:“如何区分贪污罪的既遂与未遂”,<http://www.chinacourt.org>(中国法院网),2004 年 11 月 29 日。

刑事法制建设三十年回眸

问题、理念与展望

刘鹏*

内容摘要:我国刑事法制建设从1976年“文革”结束后,至今已走过了30年。在这30年中,伴随着社会法律意识的复苏,社会主义法治理念的逐步确立,刑法、刑事诉讼法从无到有,从粗放到细化,从单纯强调犯罪控制到控制犯罪与保障人权并重,走过了一条痛苦的、但却是不断进步的路程。在依法治国,建设社会主义法治国家的进程中,如何进一步树立现代刑事司法理念,彰显法治精神,张扬法的人性关怀本性,是我国刑事法制建设必须直面并研究解决的重大课题。

关键词:刑事法制建设;问题;理念;走向



Looking back to the development of our criminal legal system in the past 30 years
Liu Peng

Abstract: Since the conclusion of the "Cultural Revolution" in 1976, China's criminal legal system has been adopted for 30 years. Over which, along with the recovery of social awareness of law and the gradual establishment of socialist legal system, criminal law & criminal Procedure Law has been gone a long and painful way with a fruitful result, from extensiveness to detail, from focus on crime control to the protection of human rights as well as crime control. In the process of ruling the country with the law and building a socialist country governed by law, it is a major issue for our legal system how to further keep the modern concept of criminal justice, underline the spirit of the rule of law and publicize human caring nature.

Key words: criminal law; Philosophy; tendency;

严格的讲,我国的刑事法制建设起步于上世纪七十年代末、“文革”结束后。1949年10月1日,中华人民共和国成立。五十年代初,由于当时特定年代的特殊情况,百废待兴,法律的制定不可能与建国同步,客观上看,是可以理解的。然而,在随后的30年中,由于种种原因,始终未能制定出一部完整的刑法,以及刑事诉讼法。在非法治的大环境中,法律纯工具论拥有无可争辩的话语权。从而,法律作为一种工具,只能配合实用主义的需要而被有选择的纳入视野,这就不难理解为什么某些法律早在五十年代便制定颁行,而其他基本大法却长期置入冷宫。就刑法领域而言,同样出于实用主义,为配合某种惩治的需要,也曾制定过为数很少的单行刑事法律,以分则的形式适用于某个方面,但就整体而言,则处于一种无法可依的状态。虽然有关部门也曾就刑法典的制定做过论证、研究,并形成了草案,但草案终因各种原因、各种运动而被长期储之高阁,不能修成正果。终于“文革”这一人治的怪胎应运而

生,并形成了十年浩劫。然而正所谓“祸兮福所伏”,正是这一空前的浩劫,却导致了社会法律意识的复苏。文革结束,国家的中心工作转为经济建设,随着改革开放的提出和深入,解放思想、实事求是的大讨论,社会对民主与法制的愿望与需求意识日益增强,法律虚无主义受到摒弃,在治理国家中“有法可依、有法必依、执法必严、违法必究”成为了这一时期人们追求社会法制化的理想^①,而在这当中,“有法可依”首当其冲,成为矛盾的焦点。对于一个长期处在人治环境,无法可依的社会来说^②,首要的便是迅速构建一套相对完整的法律体系,首先实现有法可依,作为国家基本大法的刑法、刑事诉讼法便是在这一背景下率先出台的。1978年10月,国家组成了专门的刑法草案修订班子,1979年7月,在刑法草案第33稿的基础上,由第五届全国人民代表大会第二次会议审议通过了首部《中华人民共和国刑法》,并同时通过了《中华人民共和国刑事诉讼法》,从此结束了我国刑事司法领域长达30年无法

*作者:刘鹏(1957-),男,湖南衡阳人,法学教授,硕士生导师,中国法学会刑法学研究会理事,贵州省法学会常务理事,贵州省法学会刑法学研究会会长,贵州省人民政府法律顾问室专家咨询委员

可依的不正常状态。1979年两法的制定颁布,率先在我国刑事司法领域步入了法制化的轨道,为我国的刑事法制建设完成了基础性的工作,从而具有里程碑式的意义。

但是法典的制定并不等于法治理念的确立,如前所说这一时期仅仅处在一种法律意识的复苏,或者说是催生阶段,因此在1980年两法生效正式施行后,便出现了一系列问题,归结起来大致表现在两个方面:

一、立法方面的问题。就刑法而言,79刑法共192条,条文少,涉及的罪名也不多,是一部粗线条的简明法典。当时的立法指导思想很明确,即我国30年中没有一部完整的刑事法律,开始阶段不宜搞得过细,粗线条的就主要问题作出规定即可。由于当时的社会关系相对不那么复杂,同时还有立法技术上的障碍,在思想领域很多禁锢亦未消除,因此粗线条的制定一部法典也就在情理之中了。然而随着其后对法律的适用,问题便不断产生,如在其后的十几年中,随着改革开放的不断深入,经济体制改革和社会主义市场经济的确立,新的社会关系不断产生,一个开放的、多元的社会相对来讲也是一个宽松的社会,但新的矛盾亦随之出现。这一时期一些原来并不严重的犯罪日趋严重,一些原来没有或者已经消失的犯罪大量出现,尤其是新型经济犯罪的大量出现,使得建立在计划经济基础上的79刑法捉襟见肘,远远不能适应惩治犯罪的需求。为此,立法部门采取了必要的补救措施,即制定大量的决定、补充规定,作为单行刑事法律弥补刑法的不足。从1981年至1995年,全国人大常委会先后制定颁布了二十几个单行刑事法律,同时还在众多的非刑事法律中制定附属刑法,以适应惩治犯罪的需求,应该说,这些法律的出台,对于完善刑法的功能,实现刑法的目的是十分必要的。但是,由于多是应急式的立法,导致刑法的科学性受到忽视,且在立法指导思想上,一些“左”的,体现“人治”观念的随意性的东西在这些法律中也时有出现。比如1981年颁布的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》中,关于“劳改犯……刑满释放后又犯罪的从重处罚”的规定,不仅与刑法总则中确立的累犯制度相冲突,而且这种不加区别一刀切的做法亦有违刑法个别化原则,不利于刑罚目的的实现,显得极不科学。再如1982年、1983年相继出台

的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》,在法律的时间效力上分别采用了有条件的从新原则和绝对的从新原则,再次与刑法总则中关于刑法溯及力采用从旧兼从轻原则的规定相冲突。并且,由于违反了罪刑法定原则之“重法不溯及既往”的精神,使得刑法制订之初即带上不确定性的罪刑法定原则再次遭受动摇^①。就刑事诉讼法而言,其立法背景与刑法一样,故也存在着粗放的问题。由于当时思想界众多的禁区尚未突破,理论研究颇多掣肘。反映到立法上,体现现代刑事司法理念应有的诸多诉讼制度在法典中难觅踪迹。诸如无罪推定原则、非法证据裁量排除规则、被告人不得被迫自证其罪、控辩双方诉讼地位对称结构设计等均付阙如。尤其是,在被告人获得辩护的问题上,法律明确了被告人有权聘请律师为其辩护,但同时,在律师介入刑事诉讼的时间上,采取了极端限制的做法,使控辩双方形成一种极不对称的不对等关系。事实上严重削弱了被告人的辩护权力。律师出庭参与诉讼活动,往往流于一种形式,对于被告人而言,律师的帮助在很多时候只能起到一种心理上的安慰作用,而这一状况在其后更有加剧之势。1983年,立法机关制定了一个《关于迅速审判严重危害社会治安的犯罪分子的程序的决定》,其中第一条规定:“对杀人、强奸、抢劫、爆炸和其他严重危害公共安全应当判处死刑的犯罪分子,主要犯罪事实清楚、证据确凿,民愤极大的,应当迅速及时审判,可以不受刑事诉讼法第一百一十条规定的关于起诉书副本送达被告人期限以及各项传票、通知书送达期限的限制^①。”这一规定对被告人获取律师帮助作出了更为严厉的限制,从某种意义上看,重大刑事案件的律师辩护权蜕变为一种法律假设,律师的安慰作用更趋淡化。

二、司法方面的问题。由于立法的不完善,也由于对于社会主义法治理念尚处于一种感性认识而非理性认知的阶段,因此这一时期在法律适用上存在着不少的问题,突出的如死刑复核权的下放^②,判案中的疑罪从轻、办案中的刑讯逼供屡禁不止,流于形式的陪审员制度,变相的上诉加刑等。就刑法的执行情况而言,众所周知当时刑法中有三个著名的“口袋罪”,即投机倒把罪、流氓罪、玩忽职守罪,尤其是前两个罪名,为司法随意性大开了方便之