

# 试论外商投资企业内贪污罪之认定

## 兼论完善刑法对贪污罪的规定

胡 玛 薛 青

—

自从国家实行改革和实施对外开放、对内搞活经济的政策以来，出现了一批新的经济组织形式，如中外合资企业、中外合作企业、外商独资企业（简称“外资”企业，下同）及个体经济、私营企业等等。这些作为社会主义经济补充的新的经济形式，发展很快，如广州市自1979年至1988年3月，“外资”经营项目达877项，外商（含港、澳、台、侨商，下同）投资额达17亿美元。国家为了更好地吸收、利用外资，引进先进的技术和设备，有利于学习国外先进的科学管理方法，扩大国际经济合作和技术交流，加快我国经济建设的步伐，先后制定和颁布了《中外合资经营企业法》、《中外合作经营企业法》等一系列法规，有些地区还根据本地区的实际情况和需要，颁布了有利于发展多种经济的规章制度。这些法规的颁布实施，有力地促进了“外资”企业等经济的发展。但是，当这类企业中的管理人员利用职务上的便利，盗窃、侵吞、骗取或用其他手段非法占有企业的财物的行为发生后，由于“外资”企业在资金来源、原材料供应、企业经营管理、产品销售、利润分配以及企业员工的聘任、劳动福利、解聘等各个方面，与传统的全民所有制企业和集体经济组织有很大的不同，因此，就出现适用刑法条文上的困惑：根据行为特征，适用贪污罪，但主、客体的认定又与刑法有关贪污罪的规定不尽相同或完全不同；若用盗窃、诈骗等罪名，其行为特征又与这些罪的规定不符。我们试把这种现象称之为“外资现象”，并就如何解决“外资现象”、“外资”企业内贪污罪的认定问题提出拙见。

二

我国刑法中的盗窃罪，对其侵犯对象没有作限制性规定，但是对贪污罪的侵犯对象，则限定为公共财产。要认定“外资”企业内贪污罪的构成，首先要确定“外资”企业财产的性质。

合资、合作企业是多元性经济组织，其财产不能简单地以公或私来定性。合资、合作企业是按照我国法律成立的有我国一方参股、服从我国政府引导，接受我国政策监督的新型企业。列宁曾将这种“能够加以限制、能够规定其活动范围的资本主义”称之为国家资本主义<sup>①</sup>。从目前的实际情况来看，参与合资、合作的外方主要是一些私有性质的公司、企业及其他经济组织，其资产属于资本家或小业主所有，它们的财产性质是比较单一的。中方参与合资、合作的既有全民所有制企业，又有集体所有制经济组织，还有私营企业和个体经济。因此，合资、合作企业财产性质的多元性是由中方性质的不特定性所决定的。当中方合资、合

<sup>①</sup> 《列宁全集》第4卷，第827页。

作者是私营企业或者个体经济时，合资、合作企业的资产是两股私有财产的融合，纯是私有性质的财产；当中方合资者是全民所有制企业或集体经济组织时，合资企业的财产是公有制股金（含土地、生产设施等）与私有制企业股金（含技术等）的融合，企业的财产呈二元性结构。一方面，合资者参加董事会，通过行使投票权，决定企业发展规划、生产经营活动方案、收支预算、利润分配、劳动工资计划、停业等重大问题，行使处分、使用、收益权能；另一方面，合资企业是一个完整、独立的民事主体。它在占有、使用、处分企业总财产的基础上，以企业名义对外享受民事权利，并以全部财产承担民事义务，企业的财产呈独立形态。国家或者集体与私人同时对企业财产享有所有权，企业对总资金享有所有权，这决定了合资企业的财产具有特殊性，是一种“混合型”财产，不能简单地作公共财产或私有财产归类。有人援引刑法第81条的有关规定，认为当前“合资企业”已包含在1980年前制定颁布的刑法中，应以“公共财产”论，这是不确切的。首先，从时间上看，彼时的“合营企业”不是此时的“合资”、“合作”企业。其次，当时的立法本意和司法实践证明，之所以把管理、使用或运输中的私人财产以“公共财产论”，是因为这种私人财产一旦受损，就要由“公家”赔偿；而现在“合资”、“合作”企业是共担风险的独立经济组织，所受的任何损失均由合资、合营公方与私方分担。再次，不能因为现实的“外资”企业需要用刑法来加以保护，就硬把“合资”、“合作”企业以“公共财产论”。此种削足适履的做法，同把“合资”、“合作”企业中的公共财产以“私有财产论”一样令人难以接受。

合作企业是中外双方以合同的形式，约定各自投资条件或合作条件、利润分成、责任分担办法，依照《中外合作经营企业法》规定设立的经济组织。它与合资企业不同，它是一种契约式的企业，合作的条件可以是现金、实物，也可以是土地使用权、工业产权和其他权利，双方的投资无需折成股份。与合资企业比较，合作企业的形式比较灵活，财产的性质也比较复杂。在中方合作者是全民所有制企业或集体经济组织的前提下，企业的财产可以从其是否具备法人资格以及合作的实质内容来分析。从企业是否具备法人资格来看，合作企业可以分为具有法人资格的企业和无法人资格的经济组织。前者是指具备法人条件，经申请登记、批准成立的经济实体，这种经济实体的财产与合资企业的财产相似，是公共财产与私有财产的“组合”。后者是指不具备法人条件，仅仅是某一项目合作的经济组织。这种经济组织可分两种情况，一是双方在合同中约定合作项目的投资属双方共有，这与具备法人资格的合作企业一样，其财产是“混合型”财产；二是双方在合同中约定，合作项目的投资属双方各自所有，双方对自己的投资独立行使所有权。这里，属中方的财产，是公共财产；属外方的财产，是私人财产。

独资企业的财产纯属私有财产。独资企业是外商在我国境内设立的私营企业。有人认为，独资企业与社会主义的税收、供销、银行信贷、交通运输、邮政通讯等发生联系，受我国的监督和引导，受社会主义经济关系的制约，应属社会主义公有制经济范畴，其财产可视为公共财产给予法律保护。我们认为，一个经济实体的财产性质虽受它所处的经济关系的制约，但这种制约和影响是有限的。我国现阶段众多的私营企业同样处于社会主义经济关系的制约之中，但并没有因此而丧失其私营经济的特性。事实上，一个经济实体的财产性质取决于两个因素：一是国家意志，二是对该财产的占有、使用、收益、处分的实际情况。从国家决策来看，赵紫阳同志在中国共产党第十三次全国代表大会的报告中指出：“目前全民所有制以外的其他成份，不是发展得太多了，而是很不够。对于城乡经济、个体经济和私营经济，

都要继续鼓励它们发展。……中外合资企业、合作企业和外商独资企业，也是我国社会主义经济必要的和有益的补充。”可以看出，国家没有将所有形态的财产都规定为公共财产。从财产所有权的行使情况来看，独资企业的设立、经营管理、收益乃至停业等一系列反映财产所有权行使的重大问题，均由投资者自己决定，投资者对企业财产享有完全排他的所有权。所以，独资企业的财产属于外商私人所有。

综上所述，“外资”企业内能够成为贪污罪侵害对象的，仅仅是合作企业内的部分特定财产，如中方公有制组织作为参股并约定为投资者所有的厂房、设备等。合资、合作企业约定为公、私双方共有的设备和产品，在其未分割前，非公非私，亦公亦私。而作为一般等价物的货币，在合资、合作企业的经营、流通过程中，也极难确定它是属公有制的中方所有，还是私有制的外方所有。因此，它们的属性是不特定的。

### 三

我国刑法规定贪污罪的主体是“国家工作人员”（含受委托从事公务的人员）。“外资”企业的工作人员，其成份比企业财产的属性更复杂，仅其管理人员，依照其原有身份和在企业内执行职务活动的不同，就可以划分为四类：一是原本是国家工作人员，由中方投资者委派到合资、合作企业内担任董事长或副董事长，总经理或副总经理，厂长或副厂长，主任或副主任或其他管理人员；二是由外方投资者委派（或由投资者本人直接出任）的合资、合作企业的董事长或副董事长、总经理或副总经理，厂长或副厂长等人员；三是合资、合作企业在境内招聘的各级管理人员；四是合资、合作企业在境外聘请的管理集团的成员或有管理专长的人员。在这些人员中，既有中国大陆公民，港、澳、台同胞和华侨，也有外国公民。

按照刑法关于贪污罪特殊主体的规定，合资、合作企业中的第一类人员是国家工作人员，可以成为贪污罪主体。第二类人员，若是独资企业主聘用的管理人员，不论来自境外或境内，业主与雇员的关系是一般的民事法律关系，该雇员对其受雇的业主负责，是受委托从事私务的人员，不能成为我国刑法贪污罪主体。合资、合作企业中、外方投资者根据合同委派的管理人员，到职后实质是对企业整体负责，而不是单独对聘用者负责，可以说他是“受企业委托”。尤其是合资、合作企业的业务活动既涉及到公有利益，又涉及到私有利益，贴上“公务活动”的标签，实属牵强。所以不能硬性把这类人员视为“受委托从事公务”的人员。若是由投资者（含直系亲属）直接充任管理人员，更不能将其视之为“受委托从事公务”的人员。这与国家公务人员依法维护公民个人的合法权益所进行的公务活动是不能相提并论的。第三类人员若受聘于合资企业，如上所述，一般不应视为受委托从事“公务”的人员。若是受聘于独立行使所有权的合作的中方，则不论其身份是国家工作人员或非国家工作人员，应该当作是受委托从事公务的人员。至于第四类人员，情况则比较复杂，如广州花园酒店的主管人员，是酒店外方投资者向半岛管理集团聘请来的。半岛管理集团对花园酒店负责。这类管理人员无论如何不能套上“国家工作人员”或“受委托从事公务人员”的帽子。此外，承包责任制也已推行到“外资”企业。广东有些地区有相当数量的“外资”企业是包给境外投资者全权管理的，类似国内公有企业所有权与经营权分离，使“外资”企业在经营阶段其财产的属性及其管理人员的法律地位更加复杂化，要依照刑法规定认定贪污罪尤为困难。由于上述种种情况，在“外资”企业出现了种种奇特的现象：在同一个企业担任同类职务，使用同样手段非法占有企业财物的，甲为贪污，乙为盗窃；同一个人在同一个企业，用同样的手法，在经营

管理的不同阶段，前一行为可能是诈骗，后一行为可能是贪污。

近几年通过立法解释、司法解释和补充规定的形式，虽然从某种程度上解决了认定贪污罪主体方面的一些问题，但由于客体仍然限定为“公共财物”，所以，“外资现象”并未从根本上加以解决。

#### 四

社会上的事物总是复杂和变化的。“外资”企业内贪污罪之认定变得如此复杂，是因为事物本身固有的复杂性造成的，还是因我国刑法贪污罪规定之局限性造成的呢？我们认为主要是后者。

我国刑法酝酿制定在产品经济时代，经济成份单一，经济活动按国家计划轨道运行。在这种背景下，考虑法规条款时，粗被认为是概括，细被认为是繁琐，于是人分两群，非干即群；物分两类，非公即私。改革、开放创造了全新的管理机制，商品经济改写了人与人、人与物之间的关系，一切都变得复杂起来，“贪污”也复杂化了。有的同志认为，可以用盗窃或诈骗罪来替代“外资”企业内的类同贪污行为，如此，盗窃罪或诈骗罪的定义就要重新改写，我们认为这不可取。有的同志主张，以“侵占罪”作为贪污罪的姐妹罪，来调整“外资”企业内的同类行为，或者专门用于调整私有企业内的同类行为，我们认为，这样做还是在坚持划分公与私上做文章。如此，是不是所有侵犯财产罪都以公和私划线，分立两个罪名呢？显然是没有必要的。再者，从刑事法律角度来说，把财产分成公和私并无积极意义。法律只保护合法的财产关系，不保护非法的财产关系，不论其是公或私。

贪污行为内涵的核心是单位内经手或管理财物的人员，利用职务上的便利条件非法占有该单位财物。这是一种极易得逞的非法行为，社会危害性很大，因此要特别严加惩戒。我国刑法把贪污罪的主体限制为国家工作人员，既有受苏联刑法影响的一面，也有受我国政治经济影响的另一面。五十年代颁布的惩治贪污犯罪条例，及声势浩大的“三反”运动，目的是打击革命队伍中的贪污腐化分子，以保卫年轻的人民共和国的经济建设。随后，私有资本被改造，全国企业一片公，腐化分子要贪要占，只能是公共财产了。我国刑法把贪污罪的主体特定为国家工作人员，把贪污罪的客体限制为侵犯公共财物的所有权，其受到当时特定经济、政治的影响，是显而易见的。现在，不要说“外资”企业、私营企业等多种经济发展和经济承包责任制的推行使刑法关于贪污罪的限制性规定变得不合时宜，就是原公有制企业，随着政治体制改革的深入，政企分开，权力下放，人事制度的改革及公务员制度的实行，“国家工作人员”的称谓在这类企业中也将成为过时的名词。但是，形势的发展变化，并不会使主管或经营财物的人员利用职务上的便利非法占有单位财物的行为消失。相反，新的经济形式和新的经济单位独立灵活，管理人员少，人员流动性大，在管理、监督等环节上有的可能不及旧的行政管理模式严密，那种极易得逞的不法行为（贪污）的发生可能会更多，由此造成的社会危害性会更大。因此，修改刑法关于贪污罪的规定，以适应我国经济、政治形势发展的需要，显得尤为重要和迫切了。我们还要强调的一点是，我国的公、私企业必将走向世界，他们的合法利益国家是要关注和保护的。而且现在已有一些公有制企业在向外发展时，为适应国际惯例和便于拓展业务，往往以个人名义在外注册开业，成为名私实公的企业。作为一般法规保护法的刑法，在不违宪的情况下应尽快适应正在发生的变化，在条文表述和内容的包涵上尽量参照国际惯例，减少司法冲突，以利于国家、集体和公民的在外

利益一旦受到侵犯时，国家有可能运用刑法武器和其他手段对其加以保护。从这个意义上说，贪污罪的规定亦有完善之必要。

我们认为新的贪污罪可以表述为：贪污罪是指国家机关、社会团体、经济组织中经手、管理财物的工作人员，利用职务上的便利条件非法占有所在单位财物的行为。新的贪污罪的主体仍然是特殊主体。所不同的是，它除了包容现行贪污罪主体所特指的“国家工作人员中经手、管理财物的人员”以外，还包容了非国家工作人员中经手、管理财物的人员，即“外资”企业、私营企业内的其他经管财物的人员。新的贪污罪的客体是公私财产的所有权。这一扩大的实际意义前文已有论及，在此不须赘言。《刑法》和补充规定用举要法写出了侵吞、盗窃、骗取等贪污常用的手法，我们认为，不写不会产生歧义，而且可使条文更精练。

在完善贪污罪之规定时，重新规定对贪污犯罪的刑罚是必不可少的一环。贪污罪名存在的实际意义是，它的刑罚比盗窃、诈骗等犯罪重，只有这样，才能收到扼制这种极易得逞的犯罪的社会效果。自从盗窃犯罪增加死刑后，其最高刑与贪污罪持平，其非法占有财物的定罪起点比贪污罪低十几倍，大有“盗不如贪”了。这种偏向，客观上是不利于国家机关工作人员和经济组织的管理人员为政清廉和保障企业内部经济管理秩序正常运行的。我们认为，新的贪污罪的处罚规定中，要具有两个特点：其一，认定贪污罪成立的非法占有财物数量的起点要与盗窃罪持平；其二，自由刑与财产刑并罚。对于贪污数额不大的，自由刑可适当从轻，如处一年以下徒刑，或不处自由刑而财产刑则可相应加重，如并处或单处非法占有金额七至十倍罚金。对于判处无期徒刑以上主刑的贪污犯可并处没收全部财产。对于处在两者之间的贪污犯罪行为，再划分若干处刑幅度，按反向增减原则，随着有期徒刑年限的增加，罚金的倍数相应减少。

修改后的贪污罪对国家机关、社会团体和各种性质的经济组织都能适用，不仅可以解决当前的“外资现象”问题，就是以后经济成份变得再复杂及人际关系更多样化，在贪污罪的认定上，也不会再出现类似的“外资现象”了。

（作者单位：广州市人民检察院）

责任编辑：庄立