

贪污罪主体、客体的立法完善

王作富 党剑军*

正在中国大陆深入开展的反贪污腐败的斗争,是在公务人员中推行廉政建设的重要组成部分。斗争的成败直接关系到党和政府在人民群众中的威信以及政权的稳定。

反贪污腐败斗争的成效,不取决于任何人的主观愿望。完善的法律及对其正确的运用,是达到预期目标的重要条件。实践表明,我国现行惩治贪污犯罪的刑事法律虽然在斗争中发挥了重要的作用,但其本身还存在着一些不尽完善之处,这在一定程度上影响着斗争的实际效果,故有必要通过修改刑法加以完善。本文拟就贪污罪主体、客体的立法完善问题谈谈笔者的一些粗浅意见,以就教于同行们。

一、完善贪污罪主体、客体的立法根据

完善贪污罪主体、客体的立法之要求的提出,不是学者们在书斋里臆想出来的,而是在对现行刑事立法、惩治贪污犯罪的司法实践以及与贪污犯罪相关的现实社会经济条件进行科学分析的基础上得出的必然结论。

当前,惩治贪污罪的基本法律,除刑法外,就是全国人大常委会通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(以下简称《补充规定》)。《补充规定》第1条规定:“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员,利用职务上的便利,侵吞、盗窃、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的,是贪污罪。”据此,贪污罪以其犯罪主体的特殊性、侵犯对象的公有性以及犯罪实施的职务性,与盗窃、诈骗等其他犯罪相区别。结合几年来的司法实践,我们认为,上述规定主要存在以下几个值得研究的问题:

第一,汉语文法的科学性,要求法律用语及其表述必须具有明确性和准确性,但是,《补充规定》对贪污罪主体的规定存在着一定程度的模糊性,其范围难以把握,反映了从立法到司法出现的贪污罪主体范围不断扩大的趋势。刑法将贪污罪的主体规定为“国家工作人员”,而《补充规定》不仅增加了“集体经济组织工作人员”,而且还扩大到“其他经手、管理公共财物的人员”。由于对“经手、管理公共财物”的含意缺乏明晰、确切的解释,人们对此往往产生不同的理解,致使在司法实践中出现了把国有商店的售货员、公共运输公司的货运司机甚至是个体运输户等从事劳务的人员,也看作贪污罪主体的案例,从而混淆了公务与劳务的界限。同时,贪污罪

* 王作富,中国人民大学法学院教授,博士生导师;党剑军,中国人民大学法学院博士研究生。

主体范围的不断扩大,使得刑法原有“从严治吏”的立法精神也难以真正体现。

第二,随着贪污罪主体范围的扩大,贪污罪的法定对象——“公共财物”在认定上也出现了困难。刑法和《补充规定》均把公共财物规定为贪污罪的对象,其原意显然是指国家机关、国有或集体企业(事业)单位以及接受国家财政拨款的人民团体所有的财物。但是,由于《补充规定》规定了不易把握的“其他经手、管理公共财物的人员”这一主体,“两高”就在1989年11月6日下发的《关于执行(补充规定)若干问题的解答》中规定,以全民所有制和集体所有制企业为基础的股份制企业中经手、管理公共财物人员,中方是全民所有制或集体所有制企业性质的中外合资经营企业、中外合作经营企业中经手、管理财物的人员,也可以成为贪污罪的主体。应当看到,上述企业都是在经济体制改革中,由计划经济向社会主义市场经济转轨过程中的产物,其企业的资本既有来源于公有制主体的成分,又包含有私人投资,因而该企业的财产在总体上是否还能视为公共财产,或是象一些学者所主张的那样,只能称之为公私“混合财产”,仍存在疑问。故把上述人员作为贪污罪的主体,值得进一步研究。

第三,《补充规定》对贪污罪规定的法定刑与盗窃罪、诈骗罪的处刑标准严重失衡。长期以来,司法实践中对盗窃罪的处刑标准一般以二、三百元为起点,而对贪污不满二千元,一般不予定罪。《补充规定》虽然未标明贪污不满二千元,一律不定罪判刑,但规定了贪污不满二千元,“情节较重的”,处二年以下有期徒刑或者拘役。这实际上从立法上对司法实践中的上述作法基本做了肯定,有悖于“从严治吏”的精神。

最后,还应指出,全国人大常委会1995年2月28日通过的《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》(以下简称《决定》)第10条增设了“侵占罪”的规定,一定程度上弥补了刑法因缺少侵占罪而存在的不足,为惩治私营企业、外商独资企业中的董事、监事和职工侵占该企业财物的犯罪提供了法律依据,有其积极的意义。《决定》第10条规定:“公司董事、监事或者职工利用职务或者工作上的便利,侵占本公司财物,数额较大的,处五年以下有期徒刑或者拘役;数额巨大的,处五年以上有期徒刑,可以并处没收财产。”该规定无疑是及时的。但《决定》第12条又规定:“国家工作人员犯本决定第9条、第10条、第11条规定之罪的,依照《补充规定》的规定处罚。”这表明,公司中的国家工作人员侵占本公司数额较大的公司财物的,要适用《补充规定》处刑。这就不能不使人产生疑问:怎样确定上述公司(企业)的所有制性质?侵占罪与贪污罪的区别何在?侵占罪的最高法定刑是15年,而贪污罪则是死刑,国家工作人员和非国家工作人员实施同样的侵占行为,处刑却如此悬殊,其合理性何在?这些不明确、不协调之处,应当通过完善有关立法予以妥善解决。

二、对完善贪污罪立法的主要学说的评析

针对现行惩治贪污罪的立法及司法实践存在的问题,近年来,刑法理论界就如何完善贪污罪立法提出了种种设想或建议,大致可以概括为取消说和保留说两类:

(一)取消贪污罪名,增设侵占罪

持这种意见的学者主张,在取消贪污罪名、增设侵占罪后,应在盗窃罪、诈骗罪、侵占罪各条上增加一款,分别规定公职人员(或国家公务员,或者国家工作人员、集体经济组织工作人员

或其他经手、管理公共财物的人员)利用职务之便,侵占、盗窃、诈骗公共财物的,从重处罚。〔1〕

(二)保留贪污罪名,在立法上适当修改其构成要件

持这种意见的学者主张,对现有贪污罪的构成要件作适当修改。但应如何修改,又有不同的观点:

1. 有的学者主张,应当扩大贪污罪主体和客体的范围。例如,有的学者将贪污罪定义为:“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,非法占有所在单位财物的行为。”〔2〕

2. 有的学者主张,保留贪污罪,增设侵占罪,将贪污罪作为国家工作人员的渎职犯罪移入《渎职罪》一章中,对其构成要件做些修改,并定义为:“国家工作人员利用职务上的便利,侵吞、盗窃、骗取或者以其他手段非法占有公私财物”的行为。〔3〕集体经济组织工作人员利用职务之便侵吞公私财物的,按侵占罪处理。

3. 有的学者主张,保留贪污罪名,但贪污的手段中不应包括盗窃,对于监守自盗的,应以盗窃罪论处。

我们认为,以上各种主张都有其一定的理由,但是,也都存在着可商榷之处。

取消贪污罪名,固然可以消除当前贪污罪与盗窃罪、诈骗罪在立案标准上的不协调、不合理现象,但可能会忽视了下面两个重要因素:

其一,惩治贪污是我国法律文化的传统。中国古代法律中虽然没有“贪污罪”这一概念,但惩治官吏利用职权谋取私利的法律规定早已有之,并历代相续。如《左传》上记载有:“昏、墨、贼、杀,皋陶之刑也。”〔4〕据《汉书·刑法志》,“贪以败官为墨”,而“贪”即相当于今日的贪污犯罪。又如《唐律》中规定:“诸监临主守自盗,及盗所监临财物者,加凡盗二等。”这更是典型的处罚贪污犯罪的法律规范。从我党领导下的革命根据地到新中国成立后,都曾颁布过专门的惩治贪污条例,贪污罪名已广为人知。在当前的反腐败斗争中,广大人民群众都把贪污受贿同腐败联系起来,“贪官污吏”早已成为人们一致鄙弃和痛斥的对象。因此,取消贪污罪名,不易为国民心理所接受。

其二,惩治腐败,推行廉政建设,直接关系到党和政府在群众中的威信以及政权的稳定。贪污、受贿是腐败现象的突出表现。贪污罪虽然在刑法中被列入侵犯财产罪,但其在政治上对党和政府威信的损害、对社会风气的败坏、对公职人员形象的玷污,决不可以低估。在刑法上明确规定贪污罪名,不仅有利于刑法在预防贪污犯罪方面功能的发挥,强化刑法的威慑作用,也可以进一步显示政府惩腐倡廉的决心和信心。如果取消贪污罪名,则较难于收到这种成效。

综合以上所述,我们认为,贪污罪名应当保留,但应对其构成要件作一些修改。我们不赞成那种在现行立法的基础上进一步扩大贪污罪主体和客体的范围的观点,相反地,我们主张,贪污罪主体和客体的范围应当加以缩小,同时增设业务侵占罪,把现在作为贪污论处的部分行

〔1〕 参见陈宝树主编:《经济犯罪与防治对策》,河南人民出版社1992年版,第280页;赵长青主编:《经济刑法学》,重庆出版社1991年版,第327页。

〔2〕 胡玛、薛青:《试论外商投资企业内贪污罪的认定——兼论完善刑法对贪污罪的规定》,《法学研究》1989年第3期。

〔3〕 参见崔庆森主编:《中国当代刑法改革》,社会科学文献出版社1991年版,第351页。

〔4〕 《左传·昭公十四年》

为,归入业务侵占罪中。这样做具有积极意义:

1. 有利于更科学、突出地揭示出贪污罪“以权谋私”的本质特征,反映贪污作为权力异化的表现和结果的特点。

2. 有利于更集中体现“从严治吏”的精神,重点打击那些利用国家权力中饱私囊的国家工作人员。

3. 有利于更容易区分贪污罪与盗窃、诈骗、侵占等犯罪的界限,减少或避免因贪污罪主体和客体的范围过宽与上述几种犯罪难以划清界限而产生的种种困惑和争论。

三、完善贪污罪立法的构想

(一)主体的界定

根据《补充规定》,一切“经手、管理公共财物的人员”都可以构成贪污罪的主体,但由于“经手、管理”的含义缺乏明确、严格的界定,致使司法实践中往往不区分因从事公务而经手、管理公共财物,与因从事劳务而有公共财物过手或对公共财物加以整理、照看等界限。这是导致贪污罪主体范围过宽,把部分劳务人员包括在内,从而模糊了贪污罪本质特征的重要原因。

我们认为,修改后的刑法对贪污罪的主体首先应当明确限定为依法从事公务的人员,即该主体必须具备公务人员的身份或资格。而劳务人员,如售货员、售票员等,虽然其工作性质要求经手公共财物或有公共财物过手,也不应作为贪污罪的主体,他们利用工作之便侵吞公共财物的,应以业务侵占罪论处。把公务人员利用职权贪污腐败的行为与劳务人员利用工作之便侵吞公共财物的行为相提并论,淡化了权力异化对贪污的影响或作用,忽视了惩腐倡廉中应当抓住的主要矛盾,是不妥当的。

不少刑法学著作指出,贪污罪主体的本质特征是“从事公务”,如果单就主体进行的本职活动的性质而言,这种看法是正确的,但是,如何理解“从事公务”并据此界定贪污罪主体的范围,还值得研究。

首先,对于什么是公务,人们往往理解不一,公务和劳务的界限有时难以分清,因此有的劳务人员被视为贪污罪的主体。我们认为,公务和劳务是有其本质区别的。根据《现代汉语词典》的解释,公务即“关于国家或集体的事务”。这一解释虽然很简约,且未说明公务的具体表现,但它首先表明了,公务只存在于国家机关、国有或集体企业、事业单位等“公”字号的单位之中;再者,公务属于事务性的活动,而不是劳务。故从事公务,应当理解为办理国家或集体的事务,这种理解是明确和正确的。而所谓劳务,通常是指直接从事生产劳动和劳动服务活动,如理发、售票、电话接线、打扫卫生等活动。劳务和公务的主要区别是:(1)劳务的存在与所有制的性质无关,公务则只存在于公有制性质的机关、单位之中;(2)劳务人员主要是从事体力性劳动,公务人员则是从事对国家、集体的事务的管理活动,包括对政治、军事、经济、文化、体育卫生、民族事务、立法、司法等各领域的事务的管理,这种管理活动主要或基本上是智力性的。管理在活动方式上表现为组织、领导、监督、检查和办理各项公共事务。公务活动往往直接或间接地体现着国家对社会的管理,对于保证社会稳定、有序的发展具有重要的意义。一切劳务归根结底也要在有关公务人员的管理下进行;(3)公务人员在单位内的职能部门中,享有职务上对某种事务进行决策、管理和办理的一定权力,劳务人员则不享有这种权力。

在理论上有的学者主张,公务一词应做狭义和广义两种理解:狭义的公务是指“国家机关

工作人员行使的组织、领导、监督、管理、执行等行政事务”。广义的公务则指“面向社会,为组织、团体、单位或不特定的多数人办理组织、管理以及服务性质的活动”。〔5〕根据这种认识,国营企业的售货员、售票员、出租汽车司机等,都属于广义上的从事公务的人员,因而也就可以成为贪污罪的主体。但是,也有的学者认为,这些人员“从严格意义上说,……不是从事公务的国家工作人员,而是从事服务性劳动的工人,但是,他们正在进行或者兼作经手、管理公共财物的工作,有些人可能乘机侵吞公共财物,所以,在实践中认为他们属于受委托从事公务人员,可以成为贪污罪的主体。”〔6〕我们认为,从定罪的科学化和完善立法方面考虑,上述观点都是值得商榷的。

无论从中国历史还是其他国家的法律规定看,贪污罪是具有渎职性的犯罪,其主体或为官吏,或为公职人员,决非一般劳务人员。所以,不能不管什么人,不问以什么为根据,只要经手了公共财物就可以成为贪污罪的主体,从而把劳务人员也包括在该主体之中。实际上,离开从事公务这一职务性身份,就难免把公务人员利用职权侵占公共财物与劳务人员利用工作之便侵占其劳动对象混为一谈。例如,对售货员侵占其所出售的商品的行为,现在一般都以贪污论处。事实上,售货员是以商品为劳动对象的劳务人员;公共汽车售票员同样是劳务人员,他经手票款是其劳务活动的重要内容,无此,就难以称之为售票员。有的论著把国营商店售货员“经手”(实为过手)货物及货款说成是受委托从事公务,难免有牵强附会之嫌。不言而喻,“经手”货物及货款是售货员从事劳动服务的不可分割的内容,故根本不存在、也无须存在在其劳务之外受委托从事公务的问题。在我们看来,上述主张反映了实践中相当普遍存在的一种认识,即无论何人只要“经手”公共财物,就是从事公务,因而也就具备了贪污罪主体的资格。例如,某国有工厂的一个生产车间工人,多次以操纵车床用润滑油为名从仓库领取油料后,将其私藏,并带到厂外加以出售,因数额较大,被某法院认定犯有贪污罪,并科以刑罚。又如一个个体运输司机,在为粮库运送粮食时,乘无人押运之机,中途将所运部分粮食盗卖,给国有财产造成了损失。对于这后一起案件的性质,有人认为,该司机“经手”了公共财物,是被委托从事公务的,故应以贪污论处。我们认为,如此扩大贪污罪主体的范围,是不适当的。上述观点的错误在于没有正确理解和把握公务的本质属性,硬要在劳务活动中找出公务的成份,并且依据后者将行为人确定为贪污罪的主体,从而得出有的贪污罪主体兼具劳务性和公务性的结论。应当看到,这种导致贪污罪主体范围极度扩大的观点的产生,在于《补充规定》没有体现出贪污罪主体在身份特征上的公务性,而是强调了其对公共财物的“经手、管理”一面。然而,因公务经手与非因公务经手,是有本质区别的。这正是我们主张应当修改贪污罪主体规定的原因之一。

其次,我们认为,贪污罪的主体不仅应当限于从事公务的人员,即按法定程序被选举或者聘任而取得公职人员身份的人,而不包括劳务人员(即使其经手了公共财物);还应当限定为国家工作人员,即在国家机关、国有企业事业单位、人民团体中依法从事管理活动的人员。多年来把集体经济组织工作人员与国家工作人员并列为贪污罪主体的作法应当改变,对于后者利用职务之便侵占本单位财物的,应当按业务侵占罪论处。我们的理由是:

1. “从严治吏”是我国法律传统中值得借鉴的历史经验。中国几千年的封建王朝在运用国家权力镇压人民反抗的同时,几乎无不在法律上对于官吏擅权渎职行为作出一系列规定,集封

〔5〕 欧阳涛编著:《经济犯罪的定罪与量刑》,广西人民出版社1988年版,第387页。

〔6〕 林准主编:《中国刑法教程》,人民法院出版社1989年版,第536页。

建法律之大成的《唐律》就是突出的典型。这决不是偶然的。任何一个阶级掌握了政权,首先关心的是如何加强和巩固其政权,维护其统治地位。而国家政权的加强与巩固,必须通过官吏的职务活动才能实现。马克思指出:“要知道,政府当局的存在正是通过它的官员、军队、行政机关、法官表现出来的。”〔7〕在中国古代历史上,历代政权的兴衰,莫不与其官吏是为政清廉,取信于民,还是贪赃枉法,激起人民强烈不满有着密切的联系。

我国是人民民主专政的社会主义国家。我们的国家工作人员,上至中央下至地方的各级领导和干部,肩负着管理国家以及与广大人民群众密切相关的各种公共事务的重任。国家工作人员不论其职位高低,都是人民的“勤务员”,他们秉承国家的意志(人民意志的集中体现),接受国家赋予的权力,都必须运用手中的权力忠实地为人民服务,决不准以权谋私。他们的一言一行,直接关系到党和政府的形象;他们工作的成功与失败,是克己奉公还是贪污腐败,直接关系到全民族的利益,以及党和政府在群众中的威信。由此可见,国家工作人员在社会生活、国家建设与发展中的地位 and 影响,是集体所有制单位的工作人员及劳务人员所不及的。因此,对国家工作人员应当提出更严格的要求。新中国成立初期任政务院政治法律委员会副主任的彭真同志,在1952年所作的《惩治贪污条例》草案的说明中指出:“至于为什么国家工作人员一般地要严一些,理由是很简单的。国家工作人员是受了人民的委托的,是人民的领导者和勤务员,国家和人民对于他们的要求应该从严,也必须从严,不然就不可能把我们国家的各项事业真正的办好。”这种“从严治吏”的思想,表现在贪污罪的构成上,就是有必要把贪污罪的主体限定为国家工作人员,并对本罪规定严厉的刑罚。当然,这样规定并不是因为集体经济组织工作人员利用职务之便侵犯公共财产不是腐败行为,甚至是可以容忍的,而是考虑到他们的地位、影响的不同,以体现区别对待的政策,突出惩腐倡廉的重点。

2.《决定》第10、12、14条对刑法上侵犯财产的犯罪作了重要补充。过去从立法到司法,贪污罪主体逐步扩大,其重要原因之一,是刑法上缺少业务侵占罪的规定。〔8〕因此,在贪污案件中,实际上把一部分本应以业务侵占罪论处的行为,按贪污处理了。现在,由于《决定》的公布,非国家工作人员的董事、监事及其他职工,显然再不能列入贪污罪主体范围之中了。这就为缩小贪污罪主体的范围提供了最新的立法依据,也是在一定程度和范围内使贪污罪立法朝科学化方向发展的重要一步。

值得特别指出的是,上述《决定》第10条未指明公司的所有制性质,因此与《补充规定》对照起来看,如何界定贪污罪与业务侵占罪的主体范围,就值得研究。据我们理解,国有独资公司中的业务人员当然属于贪污罪主体的范围,但是,该公司中的劳务人员利用工作之便侵占公司财物的,则应以业务侵占罪论处。私营企业和外资独资企业中的一切工作人员,当然属于业务侵占罪主体的范围,这是毫无疑义的。问题是如何看待集体经济组织工作人员。考虑到《决定》第12条只规定国家工作人员犯第10条之罪的,依照《补充规定》处罚,即按照贪污罪的规定处罚,而没有规定对集体经济组织工作人员的侵占行为也依照《补充规定》处罚,可见后者只能以业务侵占罪论处。这十分明显地反映出对国家工作人员和集体经济组织工作人员实施同

〔7〕《马克思恩格斯全集》第6卷,第330页。

〔8〕有人把《决定》第10条之罪叫做“侵占罪”,我们认为欠妥。因为,在刑法上作为侵犯财产的一种犯罪形式,通常是指以合法方式持有他人财物,非法转为自己或第三人所有的行为。而《决定》所说的侵占公司财物,不仅仅指“合法持有的”公司财物。所以,以业务侵占罪或其他适当罪名称之为宜。

样行为,分别论处的立法思想,而这种思想正是完善贪污罪立法时应当肯定和坚持的。

3. 1989年11月6日“两高”司法解释表明,以公有制企业为基础的股份公司,以及中方为公有制企业的中外合资或合作经营的企业中,经手、管理财物的人员,也可成为贪污罪的主体。这一解释回避了这些企业财产的所有制性质问题,并且没有明确中方和外方人员是否均可成为贪污罪主体,而这些问题在理论上是有不同看法的。(对此,我们将在下一问题中探讨)。

最后,修改后的贪污罪立法,还应明确规定,受国家机关、国有企业事业单位、人民团体委托从事公务的人员,可以成为贪污罪的主体。但是,我们在认识上必须明确,要把单位委托某人从事公务,与单位和个人作为两个平等的民事权利主体订立的民事委托(或承揽)合同关系(例如国家粮库雇用个体司机运输粮食)严格区分开来。其区别不仅在于二者的活动性质一为公务,另一为非公务;更重要的在于,前者形成了行政上的隶属关系,被委托人要接受委托单位的领导与监督,而后者中双方为平等的权利主体,不存在行政上的隶属关系。

四、完善贪污罪立法的构想

(二)客体的界定

按照现行法律规定,贪污罪侵犯的对象是公共财物,即全民所有和劳动群众集体组织所有的财物,其客体为公共财产的所有权。贪污罪客体范围的确定,是与本罪主体范围的确定紧密相关的。同时,上述规定也反映了长期以来普遍存在的公共财产作为社会主义的经济基础神圣不可侵犯的观点。这种规定也基于这样一种认识,即只有把公共财物作为贪污罪的对象,才能显示出贪污罪的严重危害性,也才能体现出对公共财物的有力保护。

我们认为,贪污罪之严重危害性并不只在于侵犯的对象是公共财物,而在于犯罪行为手段的渎职性,或者说是对其职权的滥用。不然的话,就不好解释,为什么刑法第151条和152条把盗窃、诈骗、抢夺等罪的对象规定为“公私财物”,而不对公有财物和私有财物加以区分;也不好解释,为什么1983年《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》只是根据犯罪方式的严重危害性,把盗窃罪的法定最高刑提高到死刑,而诈骗、抢夺罪的法定最高刑仍为无期徒刑。

正如我们前面着重论证的,作为既具有财产性又具有渎职性的贪污罪,其主体应当限定为国家工作人员,不宜扩大主体的范围,而国家工作人员主要存在于国家机关、国有企业事业单位、人民团体之中,这些单位的财产,都是国有财产。因此,贪污罪侵犯的客体不应再包括集体组织的财产。这丝毫不意味着不重视对集体财产的刑法保护,而是为了突出国家工作人员贪污国家财产的更加恶劣的性质。就象立法机关从拐卖人口罪中分离出拐卖妇女、儿童罪,并不意味着对妇女、儿童以外的人(如男少年)不加保护一样。

无论现在或将来,上述机关、单位所有的财产均为国有财产;在上述机关、单位使用、管理、运输中的私人财产应以国有财产论,也不存在分歧。最值得研究的是,包含有国家投资和私人投资的中外合营企业及各种股份公司中的财产性质如何认定,这直接关系到这些企业中的工作人员能否成为贪污罪主体的问题。我们以中外合营企业为例,略加分析、研究。

目前较为普遍的看法是,中方(公有制企业)与外方合营成立的企业,是中国法人,受中国法律的规范和调整。其中虽然有外方私人投资,但中方公有财产一般占大部分,加上应缴纳的各种税、费等,其财产的绝大部分将归我们国家所有。同时,根据刑法第81条规定,在合营企业使用、管理、运输中的私人财产,以公共财产论。因此,上述合营企业的财产,应视为公共财产,

可以成为贪污罪侵犯的对象。另一种观点认为,中外合资经营企业是股权式企业,中外合作经营的企业是契约式企业,其财产由中方公有财产和外方私有财产构成,在整体上是双方共有的财产,或者叫做“混合财产”,而不是公有财产。换句话说,它既不同于传统意义上纯粹的公共财产,也不同于纯粹的私有财产。硬要把这种改革开放以后出现的新类型财产往“公共财产”里塞,实有削足适履之嫌。

我们倾向于第二种观点。所有权属于民法范畴。财物的所有权是指所有人对财物享有占有、使用、收益和处分的权利,所有权具有排他性。一个企业的财产是否属于公共财产,要看是否只由国家或集体组织行使这种权利。权利主体的单一性和多元性,是公有财产与共有财产的重要区别。中外合营企业是由计划经济条件下的单一公有制向市场经济条件下所有制多元化转变过程中出现的新型企业模式。我们认为,不能否认这种企业财产性质的复杂性,用传统的公有或私有的概念去套。

有的论著为了论证,在公私合营企业中的私人资本投入到运营的企业中,只要采取股权式,其资本所有者就丧失了直接作为财产权利主体的资格,变成了仅具有某种资产份额的持有者和收益权的所有者。从民法的观点看,此种看法可以成立。我国《公司法》第4条第1款规定:“公司享有由股东投资形成的全部法人财产权”。这就是说,投资人通过投资的方式将其对实际财物的所有转变为价格所有即股权,对财物的所有权通过投资的凭证得以确认,并通过获取投资收益而得以实现。但是,投资人作为股东不再以资产所有人的身份直接行使对企业财产的占有、使用、收益和处分的权利,而由企业法人行使占有、使用、初始收益和处分的权利。但是,公司的财产毕竟是由投资人所有的财产组成的,组成股权以及股东享有各项权利的基础,归根结底仍是投资人对其投资的所有权。《公司法》第4条第2款明文规定:“公司中的国有资产所有权属于国家”。如果说上述条文的两款并无矛盾,那么,外方的投资人对其投资也应拥有所有权。实际上,中外合营企业的财产,应当视为中外双方共有的财产。而共有财产与公有财产的重要区别之一,在于前者的权利主体是多元的,后者的权利主体是单一的。

有的论著承认中外合营企业的财产是共有财产,但又认为根据刑法第81条,外方投入的财产应以公共财产论,这也值得商榷。我们认为,该条所说的“合营企业”,概念是欠缺明确性的。单就“合营”二字的字义讲,就是共同经营的意思。五十年代中期,对民族工商业实行社会主义改造后,才出现了“公私合营”企业,那是政府对民族工商业者实行赎买政策的结果。国家以支付定息的方式实际上把私人企业变成了国家财产。但是,这种合营企业早已不复存在。同时,一般认为,在合营企业使用、管理、运输中的私人财产,以公共财产论,因为如果这部份私人财产遭到损失,合营企业要用公共财产进行赔偿,最终损失的仍然是公共财产。^{〔9〕}在一定意义上,这样理解立法理由是正确的,但却不能确切反映外方投资在中外合营企业中的特殊地位。因为,中外合营企业是中外双方共同投资、共同经营、共享利润、共担风险的企业。经营中企业蒙受损失,不发生以公共财产对其进行赔偿的问题。因此,依据刑法第81条论证中外合营企业的财产应视为公共财产,显得论据不足。

实际上,《决定》第10条规定的业务侵占罪,已经注意到目前许多公司资本构成的复杂情况,把“混合财产”型的公司包括在其所说的公司之中了。不然,就谈不到第12条所说国家工作人员犯第10条之罪的问题。由此可见,并非公与私合营企业中一切经手、管理财物的人员,都

〔9〕 参见张穹主编:《职务犯罪概论》,中国检察出版社1991年版,第125页。

可以或应当成为贪污罪的主体。至于说其中由国家主管部门或国有企业委派的工作人员犯第10条之罪依《补充规定》处罚的问题,涉及几个问题值得研究:

其一、上述企业中一切国家工作人员是否都可以成为贪污罪的主体?有人认为,应当限于国有资产占控股或主导地位的企业。从抑制无限扩大贪污罪主体范围的趋势看,这种意见有可取之处。但是,这仍然存在从理论上如何确定上述企业财产的整体性质的问题。

其二、如果上述企业中的国家工作人员利用职务之便侵占所在企业财物,定为贪污罪,其法定最高刑是死刑;其他管理人员实施同样行为则定业务侵占罪,最高刑是15年徒刑。两者刑罚相差过于悬殊,也不尽合理,不符合刑法内部的协调性原则。

其三、从立法及人事制度的改革角度看,在股权制的企业中,不论其管理人员是由谁委派或聘用的,都是企业的工作人员,是否有的人还要保留国家工作人员的身份?有人主张,遵循政企分开原则,要在干部体制上有所创新和突破,即明确公司企业中的干部不属于国家公务员的系列。^[10]如果这个意见是可行的,那么,修改后的贪污罪应当把上述企业排除在外。这样一来,贪污罪与侵占罪的界限,不论是主体还是客体,都变得泾渭分明、便于操作了,前述理论上的分歧也可消除了。

• 书 讯 •

《戒严法律制度概要》即将出版

由中国社会科学院法学所宪法学博士莫纪宏和宪法学者徐高撰写的《戒严法律制度概要》一书即将由法律出版社出版。

该书是国内对戒严法律制度作系统学术研究的第一本著作。全书共分七个专题,包括戒严的概念及由来,戒严的法律形式,戒严法与紧急状态法、军事法、战争法、动员法、经济统制法和一般法律的关系,戒严的条件(包括戒严原因、戒严权、戒严与公民权),戒严的程序,戒严措施和戒严的法律后果。同时该书还对我国现行紧急处置制度作了全面系统的分析,提出了制定我国戒严法,完善我国戒严法律制度的整体思路,是了解和掌握国内外戒严制度历史与现状的必备参考书。

全书共10万字,文中资料引用翔实,论理充分,观点简明扼要,是一本不可多得的兼具实用性的理论专著。

[10] 《法学杂志》1995年第4期。