华南农业大学学报(社会科学版)
2007年第2期 JOURNAL OF SOUTH CHINA AGRICULTURAL UNIVERSITY No. 2 2007
(第6卷) (SOCIAL SCIENCE EDITION) (Vol. 6)

“委派”人员职务犯罪的司法适用

林镜兰

(华南农业大学 人文学院,广东 广州 510642)

摘 要:追究国家工作人员中的委派人员的刑事责任首先要界定其范围,可以从形式和实质要件两方面确定委派人员的适格性,形式要件指委派人员接受国家机关、企事业单位、社会团体的委任,实质要件指委派人员从事公务,委派和从事公务是委派人员的根本属性,司法实践中认定是否从事公务对于判断委派人员的国家工作人员身份具有重要意义。

关键词:国家工作人员;委派人员;职务犯罪;司法适用

中图分类号:D924.393 **文献标识码**:A **文章编号**:1672-0202(2007)02-0118-05

随着我国混合所有制企业的不断出现,国家工作人员到其中任职的也会不断增加,这些国家工作人员当中,他们的身份有的符合我国刑法第93条第2款规定的“委派”人员的特征,而有的不符合,在司法实践中增加了性质认定的难度,本文拟就这种情况展开分析、论证,以期解决司法适用中的一些争议。

一、“委派”人员之界定

(一)委派的形式要件

所谓委派,就是委任、派遣,即派人担任职务。我国刑法第93条第2款所规定的“委派”,是指受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体的委任、派遣,到非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事公务之意。我国刑法所规定的“委派”,必须具备以下要件才具适格[1]:第一,委派的主体特定,即委派的主体必须是国有单位。依我国刑法第93规定,包括国家机关、国有公司、企业、事业单位,且须以单位名义。如果“委派”是基于个人之间的合意,则属于无效的委派,受委派人也不能认定为国家工作人员。第二,委派的方式有效。委派方与被委派方均有同意的意思表示,且这种意思表示必须以书面的形式予以确认①。第三,委派的内容合法。即委派的内容没有超出委派方的职权范围。如果是越权委派,那么,这种委派就不具有合法性,受委派人也就不能由此被认为国家工作人员。第四,委派目的特定。即委派的目的是为了使被委派者到被委派单位代表委派的国有单位从事公务活动,即从事领导、监督、管理活动,而不是直接从事生产、劳动、服务等活动。第五,委派关系的隶属性。即委派关系成立后,委派人与受委派人之间就形成了一种行政上的隶属关系。也就是说,受委派人要接受委派人的领导、监督、管理,在受委派事项范围内,两者之间是领导与被领导、服从与被服从、管理与被管理的行政隶属关系,而不是民法上的平等委托、代理关系。

收稿日期:2007-01-05

作者简介:林镜兰(1971-),男,江西寻乌人,华南农业大学法律系讲师,主要研究方向为刑事诉讼法、刑法.

① 我国刑法理论界一般认为,委派方与被委派方的意思表示,特殊情况下可以以口头表示。我们认为,如果存在情况紧急的事项,是可以以口头方式表示的,但也必须事后以书面的形式予以确认。

(二)“委派”的实质要件

从我国 1997 年刑法第 93 条的规定来看,无论是国家工作人员,还是准国家工作人员,“从事公务”是其共同的特征。无论是刑法理论界,还是司法实务部门,都毫无例外地把“从事公务”看作是国家工作人员的本质特征。换言之,“从事公务”是刑法规定的认定国家工作人员实质适格的要件,问题在于应如何把握这一实质。

我们可以将刑法第 93 条规定的“从事公务”理解为是代表国家对公共事务所进行的管理、组织、领导、监督等活动。它具有两个最基本的特征:一是管理性,即对公共事务进行管理。“公共事务”的范围很广,它涉及政治、经济、文化、军事、体育、卫生、科技等领域,但在这里应对其作相对狭义的理解,它必须与国家公权力、地方公权力或者国有企事业单位的经营管理活动,人民团体的公共职能活动等具有直接的联系,不能把其理解成刑法意义上的“公共事务”。二是国家代表性。即代表国家而进行,它是由国家行为或者国家权力派生的行为[2]。管理性是公共行为的实质特征,国家代表性是公务行为的形式特征,两者之间互相结合。

从具体操作上看,对“从事公务”的内容应从活动的职能和内容两个方面去把握[3]。从活动的职能上看,从事公务的活动是一种具有领导、监督、指导、组织、管理性质的职能活动。这种职能活动可概括为管理活动。它通常是以有关的主体享有一定的管理职权为前提的。从活动的内容上看,公务应指公共管理事务。它主要包括:(1)国家事务,即涉及国家政治、经济、文化、社会发展的重大事业;(2)地方事务,即涉及地方经济、文化、社会发展的重大事务;(3)社区事务,即关系到一定社会范围内正常生活的事务;(4)社会公益事务,即关系公共利益的各种慈善活动,赈灾扶贫,希望工程等。

二、“公务”在“委派人员”上的特殊意义

对于“委派人员”法律主体地位的认定,即是否界定为国家工作人员,根据刑法第 93 条的规定,必须把握两点,即委派性和从事公务性。委派性要求委派的形式必须是合法、有效的,否则不能认定其为国家工作人员。“从事公务性”是根本属性,缺乏这一属性,即使委派的形式是合法、有效的,也不能认定其为国家工作人员。问题在于,能否因为行为人是“委派人员”就认定其在非国有公司中所从事的一切管理行为都属于公务行为?对此如果作肯定回答,当然很利于司法机关的实务操作,然而,这样一来,法律在此种情况下强调“公务性”又还有什么实际的意义?与过去的“身份说”又有何实质差异?据此,我们认为,对于“委派人员”在非国有公司中所从事的事务的性质认定,应根据其具体的情况进行分析。

第一,如果“委派人员”经股东大会选为国家参股、控股公司的董事(长)、监事,在这一情况下,委派人员在这一职位上对公司所实行的管理行为,可认定其为“公务”行为。

依据我国《公司法》的规定,虽然股份有限公司董事会的成员包括董事长,董事只能由股东大会选举产生,但是,由于股东大会选举是依照资本多数的决定原则进行的,并且只能在股东中产生,国家通过其控股地位选举自己信任的人担任董事并不是一件难事,这种选举也是符合《公司法》规定的。委派人员在国家参股、控股公司所拥有的这一管理权,来源于国有投资主体(股东)的控股权,换言之,其具有的管理行为是由国家行为或国家权力(控股力)派生的。由此看来,委派人员基于董事权对公司所实行的管理行为,如果其委派的形式合法,便可认定其所从事的是公务行为,从而认定其为国家工作人员。

至于委派人员为国家控股公司监事会成员的情况下,其对公司所从事的监察活动也应认定其为公务活动。这从监事会监督权产生的基础及监事制度的价值功效中可看出这一点。

从公司监事会监督权产生的基础上看,监事会监督权的行使是以出资者所有权为基础的。首先,出资者投资形成公司法人财产,出资者为了维护其投资利益和资产安全,防止董事会的经营、管理人员拥权自重,他在选择管理者的同时,又将监督权授予自己选出的机构——监事会,由监事会代表出资者行使对公司董事会和经理人的监督权。因此,监事会行使的职权是出资者所赋予的,是出资者所有权的延伸。

第二,如果"委派人员"是经董事会聘任而成为国家参股、控股公司的总经理,委派人员在总经理这一职位上对公司所实行的管理行为,不可认定其为"公务行为"。

首先,从经理的产生上看,我国公司法规定,经理是有限责任公司、股份有限公司的必设机构,经理由董事会聘任或解聘。公司董事会可以决定,由董事会成员兼任经理。从此可知,经理产生的范围具有广泛性,股东或股东代表资格并不是其任职的条件,只要具有经营管理能力的人都有可能成为经理。其次,从经理职权设置的目的上看,经理只是辅助董事会负责执行业务的人员。因此,经理行使其管理职权的目的,不是为了某个董事(股东)的利益,也不是代表董事(股东),而是代表整个董事会主持公司日常经营管理工作,组织实施董事会的决议,对董事会负责。既然经理的管理行为不具有国家权力派生性特征,那么,就不能认为其所施行的管理行为为公务行为。再次,从经理职权的渊源上看,经理的职权是由董事会赋予的。我国《公司法》规定,经理还行使由"公司章程或者董事会授予的其他职权"。公司章程规定的权力,从其最终来源来说,是由董事会权力派生出来的。因为,随着公司权力转移到以董事会为中心后,为了避免权力的过分集中,提高业务执行的效率和对董事会的权力实行有效的监督,遏制权力滥用,作为主要负责公司业务执行的经理由此产生。尽管基于国家投资主体的控股地位及董事职权的股东大会赋予性,可推导出作为国家投资主体(股东)代表的董事的管理职权具有国家权力派生性的特征,然而,由于经理产生方式和来源范围的不同,并不能推导出具有委派人员身份的经理的管理行为也具有国家权力派生性特征。

三、"委派"人员职务犯罪的具体司法适用

我们先看下面一则案例:1997 年至 2001 年 6 月,被告人孙若超在上海豫园(集团)有限公司(国有独资公司)任总经理,全面负责公司的管理工作,并直接分管集团财务工作。期间,孙若超利用职务之便,为上海常宏国际贸易有限公司提供信用证担保。该公司经理王臻于 2000 年和 2001 年春节到孙若超家中,分别送给孙若超人民币各 1 万元,合计 2 万元。另外,1997 年 1 月,经原上海市南市区人民政府研究并建议,孙若超被增补为上海豫园商城股份有限公司(系国有资本控股、参股的股份有限公司,以下简称豫园商城)董事,并向豫园商城建议:"孙若超任豫园商城副董事长、总经理"。孙若超在当时并无个人持股的情况下,经豫园商城第二届董事第七次会议决定,被聘任为公司总经理。被告人孙若超于 1997 至 2001 年 6 月担任豫园商在总经理,全面负责该公司的管理工作,并直接分管公司进出口部工作。期间,孙若超利用职务之便,在向上海顺安物资贸易有限公司提供资金经营橡胶业务活动中,先后收受该公司经理杨建新给予的金条一块和人民币 2900元的柯达数码照相机一架。同时,孙若超还利用职务之便,擅自为下属单位亚一金店副经理俞尧勇解决住房补贴,并收受俞勇给予的美金 5000 元(折合人民币 41397 元)。

对于被告人孙若超在本案中实行的行为，上海市黄浦区人民检察院指控其构成受贿罪、公司人员受贿罪。上海市黄浦区人民法院经审理后认为，孙若超原系国家机关干部，个人并不持有豫园商城股份，经政府机关建议，以国有股代表身份被增补为豫园商城董事，是受国家机关委派到股份有限公司从事管理、经营国有资产的公务人员。根据法律规定，国有公司中从事公务人员和国家机关委派到非国有公司从事公务人员以国家工作人员论。孙若超符合法律规定的以国家工作人员论的主体身份。被告人孙若超身为国有公司从事公务人员和国家机关委派到股份有限公司从事公务人员，在业务活动中，利用职务之便，为他人谋取利益，非法收受他人财物，数额达人民币 64000 余元，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 93 条第 2 款、第 385 条规定，构成受贿罪。上海市黄浦区人民法院于 2001 年 12 月 20 日以（2001）黄浦刑初字第 651 号刑事判决书对孙若超作出有罪判决，认定其行为构成受贿罪，判处有期徒刑 5 年，没收财产人民币 3 万元。

法院只是从孙若超的董事身份及其基于这一身份在豫园商城从事管理、经营国有资产的角度，认定其为国家工作人员。对于法院的这一认定，我们认为并未有什么不妥，因为，孙若超是国有股的代表，其董事职权从实质上来说是源于国有投资主体的控股权，其基于这一职权对豫园商城的经营、管理行为具有国家权力派生性特征。然而，“委派人员”基于不同的身份角色在国家参股、控股公司中，所从事的管理活动并不是都可认定其为“从事公务”，这时，应根据不同的情况具体分析。因为，如果可以予以这样认定的话，那么刑法第 93 条规定的国家工作人员（委派人员）的“从事公务”属性便失去了其应有的实质意义。结合法院所认定的有关事实材料可看出，被告人孙若超向上海顺安物资贸易有限公司提供资金经营橡胶业务，利用的是其“直接分管公司进出口部工作”之便，而这一职务之便从其职权范围上看，应归属于公司总经理职权之范围；其“为下属单位亚一金店副总经理俞尧勇解决住房补贴”，利用的是其“负责上海豫园商在股份有限职工的福利待遇工作”之便，而这一工作之便，也属于职权范围之内。从我国《公司法》第 112 条和第 119 条的规定来看，董事会是公司的经营决策机构，经理是主持日常经营工作的公司负责人，负责公司的具体业务活动，本案被告人孙若超在此所实施的这些行为，都属于经理职权范围内的具体经营管理活动。这样看来，被告人孙若超在这一情节中，所利用的是经理职权之职务之便，而不是董事的职务之便。而经理的职权是由董事会赋予的，经理职权的设置目的，是为公司利益，即所有股东的利益服务的，它并不具有国家权力的派生性特征，因此，在这种情况下，对孙若超所实行的对公司的管理行为，不能认定其为公务行为。既然孙若超在此所从事的不是我国刑法第 93 条规定意义上的“公务”，那么，就不能认定其为国家工作人员。我们认为，这一结论与我国刑法第 93 条规定的“委派人员”法律地位的宗旨并不冲突。因为，正如我国刑法理论界一般所认为的，“委派人员”只是属于“以国家工作人员论”的人员，他本身并不具有国家工作人员的身份，只是基于法律规定（合法委派）从事才认定其为国家工作人员，换句话说，如果当其不是从事公务时，则不能对其以国家工作人员论。根据我国刑法第 385 条之规定，受贿罪的犯罪主体必须是国家工作人员，因此，我们认为，法院所作出的被告人孙若超的行为构成受贿罪的结论，存在定性上的错误。

综合本案案情及我国刑法分则相关条文之规定，我们认为孙若超在豫园商城所实施的行为应认定其为公司人员受贿罪。所谓公司人员受贿罪，根据我国刑法第 163 条的规定，是指公司企业的工作人员利用职务上的便利，索取他人财物或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。本罪的主要特征是：客体是公司、企业工作人员廉洁制度。客观方面表现为利用职务上的便利，索取他人财物或者收受他人财物，为他人谋取利益，数额较大的行为。主体为一般主体，但

不包括国有公司、企业中从事公务的人员和国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务的人员。本案中,被告人孙若超虽为国家机关的委派人员,但其在总经理的职权范围内对公司所进行经营、管理活动,并非刑法第93条规定意义上的"公务",他的主体身份属于公司的工作人员范畴,由于他在总经理的职权范围内,利用职务之便利,为他人谋取利益,并收受了他人财物,且数额达到较大程度,因此,其行为完全符合公司、企业人员受贿罪的构成要件要求,构成公司、企业人员受贿罪。

参考文献:

[1] 陈正云. 认定国家工作人员职务犯罪若干问题研究[J]. 政法论坛,1999,(4):58;贾宇,舒洪水. 论刑法中"国有公司"及"受委派从事公务的人员"之认定[J]. 法学评论,2002,(3):36.

[2] 孙 谦,尹伊君. 国家工作人员职务犯罪论[J]. 法学研究,1998,(4):56.

[3] 阮方民. "国家工作人员"概念若干问题辨析[J]. 浙江大学学报(人文社科版),2000,(2):92.

Application of Law as to "Authorized" Proxy's Crime on Duty

LIN Jing-lan

(*College of Humanities, South China Agricultural University, Guangzhou* 510642, *China*)

Abstract: To call to account the criminal responsibility of an "authorized" proxy, we should first prescribe its limits, which can be done from the form and the substance two aspects. The former refers to an "authorized" proxy's acceptance of an appointment from a national organization, business unit or a social group. The latter refers to an "authorized" proxy's engagement in official business. They are the base attributes of an "authorized" proxy.

Key Words: state personnel; "authorized" proxy; duty crime; application of law