

论国有控股公司中国家工作人员的司法界定

尹 强 周亚兰*

On the Judicial Determination of State Functionary in the State-holding Companies

Yin Qiang Zhou Yalan

摘 要: 国有控股公司不同于纯粹的国有公司, 其被监管的力度明显弱于后者。由于现行法律法规的不完善以及监督制约机制的不健全, 导致改制后的国有控股公司成为职务犯罪的高发领域, 对国有控股公司中国家工作人员的身份认定也一直是司法实践中探讨和争论的话题。在具体司法实践中, 应当严格依据“受国有单位委派”以及“从事公务”两个必要要件来准确认定国有控股公司中国家工作人员的特殊身份, 这对预防和惩治国有控股公司中的职务犯罪具有重大现实意义。

关键词: 国家工作人员 职务犯罪 委派 从事公务

Abstract: Unlike State-owned companies, the State-holding companies have not been strictly regulated. Because the supervisory mechanism on the State-holding companies is imperfect, and the existing laws and regulations are not fully operated, crimes committed in the State-holding companies maintain a high rate in recent years. The identity of state functionary in the State-holding companies be-

* 作者简介: 尹强 (1975—), 男, 湖南株洲县人, 湖南省株洲市石峰区人民法院副院长; 周亚兰 (1986—), 女, 湖南攸县人, 湖南省株洲市石峰区人民法院刑庭助理审判员。

comes a controversial and academic issue in the judicial practice. Strictly according with these two necessary elements, which are "delegated by the State-owned units" and "engage in public service", we can accurately identify the national functionary in the State-holding companies. The solution of this question will have a great practical significance on preventing and punishing of crimes committed in the State-holding companies.

Key words: National Staff The Duty Crime Appoint Engaged in Public Service

随着国有企业改制及战略重组、再投资的步伐不断加快,国有控股企业的股权结构、管理人员构成、职务产生及职权属性多样,监督、管理国有资产的难度更大,防止国有资产流失、确保国有资产增值保值的目标遭遇更多的挑战。如何准确认定国有控股企业中的职务犯罪,如何衡平刑法的谦抑性与反腐严厉性之间的价值,成为国有控股企业职务犯罪问题的刑法规制难题。

[案例] B公司是A国有公司下面的控股公司。C厂是B公司下属的无独立法人资格的二级机构。2010年1月至2012年11月,被告人刘某在担任C厂煤管副主任期间(实际职位为煤管技术员,由C厂厂长任命),利用自己监督管理入厂烟煤取样、制样等工作的职务便利,通过多取好煤、少取差煤的方式帮助行贿人贺某提高其所送的样品质量,抬高结算价格。为了感谢被告人刘某的关照,2010年1月至2012年12月,行贿人贺某共送给被告人刘某好处费共计72000元,被告人刘某全部予以收受并用于个人开支。

问题:被告人刘某的行为是构成受贿罪,还是非国家工作人员受贿罪?定性的关键就是被告人刘某是否是国家工作人员。

一、国有控股公司的法理分析

国有控股公司作为我国市场经济体制改革中出现的一个新型的经济实体,其不同于计划经济时代下纯粹的国有企业,也有别于其他非国有公司。在我国大力建立现代企业制度、鼓励混合所有制经济发展的社会背景下,国有控股公司在这一历史潮流下应运而生,其自身的特殊性决定了国有控股公司在国家经济发展中的战略性地位以及承担重要公共服务的历史使命。

(一) 国有控股公司的基本特性

国家控股公司是指国家出资的资本在企业的全部资本中占有大多数比例,对该企业具有控制权,并依法登记注册的特殊企业法人。国有控股公司主要的投资主体是国家或者政府,政府为了整合资源,调控国民经济,以国家出资的方式,对国有资产的运营进行监管。^①政府通过国有控股公司参与市场经济这样一种模式,巧妙地将企业与政府相分离,有效地把行政机构改革与国有企业改制相结合,实现了国有资产管理制度的创新。

作为市场经济发展趋势下的一种新生事物,国有控股公司在自身的运转过程中,逐渐体现了其区别于其他经济成分的特殊一面,具体表现为:其设立应经国务院或省级人民政府批准;其营业范围也必须经过批准且登记在案;通常情况下,一般不得破产。除了这些基本的特性之外,国有控股公司的独特性还体现在其参与市场竞争的目的不仅仅限于谋取公司利益,其还承担着调控国民经济、提供公共服务等诸多民生职责。如城市公交、铁路客运、自来水等都有着国有控股公司的影子。由于国有控股公司中的国有资产占主导地位,其在市场经营过程中必然要显现出为广大社会公众提供良好公共服务的形象,这样也才能凸显社会主义市场经济的优越性。

(二) 国有控股公司的法律角色定位

基于国有控股公司的特殊社会地位,在我国现有法律及相关政策下,国有控股公司的成立主要是依据特殊立法而设立或者经过政府专门机关批准而设立。在法律适用上,国有控股公司除了要适用《公司法》外,还要同时适用专门的法律法规,这类法律法规对国有控股公司的注册资本、经营范围、准入门槛等都作了有别于一般公司的更加严格的规定。

值得一提的是,虽然我国的《公司法》对一般的公司、企业具有普适性,但其并不完全适用于带有某些行政色彩的国有控股公司。这种法律地位的特殊性是由国有控股公司在国民经济中的政治、经济地位决定的,因为其不仅要实现国家既定的经济目标,而且要完成市场行业调整和国家产业调整的双重任务,多项社会职能的综合使得国有控股公司在一定程度上具备了“半官方”的性质。^②在立法上,国家已有专门针对于国有控股公司的特殊法律规范,在行政管理方面,政府也成立了专门的行政管理机构,也即国有

^① 唐海滨:《国有控股公司理论与实践》,企业管理出版社1999年版,第32页。

^② 朱建华:《刑法中的国有公司、企业辨析》,载《现代法学》2004年第4期。

资产监督管理部门对国有控股公司进行监管，促使国有资产保值增值。而这些特性，是一般企业所不具备的。由此可见，国有控股公司是介于政府与企业之间的特殊经济实体。

二、国有控股公司的属性厘清

国有控股的公司主要是指股份有限公司，即并非全是国家所有的股份，国家所有的股份只是占全部股份的较大部分。自国有控股公司设立以来，关于国有控股公司是否属于国有公司理论纷争，时有发生。目前有以下两种不同的观点：

一种意见认为，全国有资产才为国有公司。国有公司只能是财产完全属于国家所有的公司，也就是过去说的全民所有制公司，包括由国家授权投资的机构或者国家授权的部门单独投资设立的有限责任公司；由2个以上50个以下国有投资主体共同出资设立的有限责任公司以及国有企业作为发起人单独发起设立的股份有限公司。如果是国有公司、企业与非国有单位共同出资组建的股份有限公司、有限责任公司，则不管国有资产占多少比例、持有多少股份，这种股份有限公司、有限责任公司的财产所有权性质均不能视为国家所有。^①这种国有公司的定义是站在宏观企业管理的高度来认定的，以排除国有财产监管的特殊性，增强国有控股公司的经营灵活性，激发企业市场竞争活力，促进国有资产增值。但是这种定义过于强调整体意义上国家所有权的性质，忽视了局部控股或参股的那部分国有财产的监督管理。

另一种主张认为，有国有资产即为国有公司。国有公司是指财产完全属于或者相当一部分属于国家所有并且国家对全部财产具有控制支配力的公司。^②这种界定延伸到了所有具有国有财产的公司。这种宽泛性的定义界定是基于对国有资产实现全面、有力的监管，防止国有资产流失的考虑，比如对国有控股公司的审计监督、行政管理等政策规定纳入与国有公司相同的监督管理体制，以利于全面对国有资产进行全方位监管，不放任参入其他所有权性质的公司、企业的国有资产被流于监督之外，最大限度上打击涉及国有资产的犯罪行为。这种定义显然更细致地强调了国有财产的一致性，以突出

^① 孙谦：《国家工作人员职务犯罪研究》，法律出版社1998年版，第22页。

^② 王正、付金兰：《国有企业工作人员职务犯罪定性研究》，载《中国检察官》2012年第11期。

国有财产不管在哪种外部形式的公司企业等体制内均受于同样的监管。

上述两种观点都是从不同的角度对国有控股公司的“国有”属性进行了基本的阐述，但都有其局限性，不能在司法实践上有力地维护国有资产的价值，防止国有资产的流失。根据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理国家出资企业中职务犯罪案件具体应用法律若干问题的意见》第7条关于国家出资企业的界定，国家出资企业包括国家出资的国有独资公司、国有独资企业，以及国有资本控股公司、国有资本参股公司；2003年《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（以下简称《会议纪要》）第1条第2项规定，国家机关、国有公司、企业、事业单位委派在国有控股或者参股的股份有限公司从事组织、领导、监督、管理等工作的人员，应当以国家工作人员论；2005年《最高人民法院关于如何认定国有控股股份有限公司中的国有公司、企业人员的解释》（以下简称《解释规定》）规定，国有公司、企业委派到国有控股公司从事公务的人员，以国有公司、企业人员论。^①从概念可知，司法解释条文系严格遵循纯国有的“全国有资产说”，并非直接将国有控股公司列入国有企业范畴。只是在处理国有控股公司工作人员职务犯罪时，仅将国有控股公司中被委派从事公务的人员界定为国家工作人员。这种处理是从保护国有资产，防止国有资产流失，更好地打击职务犯罪出发，认为国有控股公司、企业都具有国有企业的属性，其中的部分工作人员的行为受有关国家工作人员的法律规制。

三、国有控股公司中“国家工作人员”的认定条件

依据我国《刑法》第93条之规定，国家工作人员，是指国家机关中从事公务的人员。国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，以及其他依照法律从事公务的人员，以国家工作人员论。对于该定义，主要存在的争议是国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员自身属性的认定。由此可见，如何准确界定“委派”和“从事公务”的内涵，如何处理两者之间的关系，成为了司法实践中亟待理清的两个问题。

^① 周其华：《国有企业改制中几种职务犯罪的认定与处理》，载《法学杂志》2004年第6期。

（一）关于委派的认定

根据《会议纪要》第1条第2项明确规定，所谓委派，即委任或者派遣，其形式具有多样性，如任命、指派、提名、批准等。不论被委派的人身份如何，只要是接受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派，代表上述主体在非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事组织、领导、监督、管理等工作，都可以认定为国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员。可以看出，刑法意义上的“委派”有以下几个明显的特征：1. 委派的主体必须是国家机关、国有公司、企业、事业单位。必须注意的是，此处的“国有”是指单位的全部资产都属于国家，也就是“纯国有”。^① 2. 委派的目的在于代表国家至被委派单位行使管理、监督、经营国有资产的职权。国有公司之所以要委派，一方面是为了发展自己投资的公司和企业，另一方面是为了对自己投资的企业进行相应的监督和管理。3. 被委派者与委派单位具有一定的隶属关系。被委派的人作为委派单位在被委派单位的代表，其具有代表派出方利益的特点。委派关系一旦形成，委派单位就和被委派人形成了一种行政上的隶属关系。4. 委派方式必须合法。委派单位和被委派单位之间应该有相应的“委派”的意思表示，并明确委派人的职权。当然，委派形式可多样，包括口头形式。

（二）关于从事公务的认定

从权力的本源来看，从事国家公务是行使国家主权的前提和基础，国家权力必须由一定的行为人和机构来实施以保障国家权力的正常运作。《刑法》将国家工作人员的职务犯罪与一般主体利用职务之便进行犯罪行为有着区别的对待，这是因为两者在实施犯罪行为时，所侵犯的法益不同。^② 虽然都是侵犯了财产权，但国家工作人员除了侵犯财产权之外，还侵犯了公务行为的廉洁性，违背了“公务”的正确执行。其次，从事公务的本质特征主要是有一定的管理性，具体表现为对公共事务的组织、领导和监督，与法定职权无关的行为一般不属于从事公务的范畴。另外，在司法实践上，刑法

^① 刘浪、章祺睿：《国有控股、参股公司工作人员职务犯罪的认定》，载《中国检察官》2014年第4期。

^② 程乐、蒋朝政：《国企改制中职务犯罪的认定》，载《国家检察官学院学报》2009年第1期。

意义上的公务指的是国家权力的享有与行使，如国家机关工作人员从事的具体事务。与一般意义上的公务最大的区别就是代表的主体不同，前者代表的是国家，具有唯一性，后者代表的是国家之外的任何组织，具有不特定性。如非国有单位人员从事的公务只能代表该非国有单位。《会议纪要》第1条第4项关于“从事公务”的理解规定，从事公务，是指代表国家机关、国有公司、企业事业单位、人民团体等履行组织、领导、监督、管理等职责。公务主要表现为与职权相联系的公共事务以及监督、管理国有财产的职务活动。如国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。

四、界定国有控股公司国家工作人员的法律依据及存在的问题

(一) 司法解释的相关规定

除了《刑法》第93条对国家工作人员的概念和范畴作出界定外，《会议纪要》中进一步明确了“国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员”的含义：所谓委派，即委任、派遣，其形式多种多样，如任命、指派、提名、批准等。不论被委派的人身份如何，只要是接受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派，代表国家机关、国有公司、企业、事业单位在非国有公司、企业、事业单位、社会团体中从事组织、领导、监督、管理等工作，都可以认定为国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员，如国家机关、国有公司、企业、事业单位委派在国有控股或者参股的股份有限公司从事组织、领导、监督、管理等工作的人员，应当以国家工作人员论；国有公司、企业改制为股份有限公司后，原国有公司、企业的工作人员和股份有限公司新任命的人员中，除代表国有投资主体行使监督、管理职权的人外不以国家工作人员论。从该规定中可以看出，国有控股公司中关于国家工作人员的认定主要来自两个方面：一是受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派，在国有控股的股份有限公司从事组织、领导、监督、管理等工作的人员，二是国有公司、企业改制为股份有限公司后，代表国有投资主体行使监督、管理职权的工作人员。

早在2001年最高人民法院《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》中规定，在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的

人员，除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外，不属于国家工作人员。对其利用职务上的便利，将本单位财物非法占为己有，数额较大的，应当依照《刑法》第271条第1款的规定，以职务侵占罪定罪处罚。^① 2005年最高人民法院《关于如何认定国有控股股份有限公司中的国有公司、企业人员的解释》的规定中同样有相应的解释，即国有公司、企业委派到国有控股公司从事公务的人员，以国有公司、企业人员论。

以上几个司法解释都对国有控股公司中国家工作人员的认定都作了比较明确的规定，其中的共同之处就是：只有受国家机关、国有企业、事业单位委派至国有控股企业中的工作人员才是国家工作人员。而这与《刑法》第93条第2款中关于国有企业中“准国家工作人员”的界定恰好是契合一致的。

（二）存在的问题

根据前述司法解释，认定国有控股公司中的国家工作人员需要两个要素：一是是否受国有公司、企业委派从事公务；二是是否代表国有投资主体对国有控股公司行使监督、管理职能。然而在具体的职务犯罪案件中，即使按照这两点来进行实际操作，仍然存在认识上的问题。

1. “受委派”的含义和具体形式不够明确。根据《会议纪要》的规定，委派即委任、派遣，其形式多种多样，如任命、指派、提名、批准等。也就是说，国家机关、国有企业、事业单位的任命、指派、提名、批准以及类似形式的行为均系委派。司法实践中对委派的含义不存在争议，而是对委派的证明材料存在不同的见解。^② 一般来说委派都应当以书面方式予以确认，但是现实中也不排除以口头方式委派的情况，并无相应的书面文件。有些提名和指派可能就是一次非正式会议作出的决定，很难存有会议记录等书证。这样就给司法机关的办案工作带来了直接现实的拷问。对于有书面任命文件的委派人员可以直接认定为国家工作人员，但对于以口头形式委派的人员能否认定为国家工作人员则各执一词。有的职务犯罪嫌疑人辩护人没有书面的委派文件为由，而否定嫌疑人的国家工作人员身份。这样一来，有些以口

^① 参见2001年最高人民法院《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》。

^② 陈广计、毕道群：《国有控股公司职务犯罪主体和犯罪对象的确定》，载《检察日报》2011年4月1日第3版。

头形式委派在国有控股公司的管理人员可能就会被认定为非国家工作人员，而身份认定的不同将直接导致法院在量刑上的重大差别。

2. “代表国有投资主体行使监督、管理职能”的主体范围较为抽象、笼统。在具体的国有控股公司中，谁才能代表国有投资主体行使监督、管理职能在立法上却没有明确的规定。从广义来说，国家才是国有资本的投资主体，具体而言是国务院。而区域性的国有控股公司还包括批准其设立的省政府，以及国务院、省政府下属的国有资产管理部门，依据行政职能，上述部门或者国有控股公司的上级国有公司才有资格代表国有投资主体。但这种行政性的投资主体过于抽象，不利于司法机关对相关直接责任主体的准确认定。由于我国《刑法》遵循的是罪刑法定原则，只有被刑法分则明确规定的具体对象才能在《刑法》的规制范围内，抽象的对象则一般在《刑法》规制范围之外。而代表国有投资主体行使监督、管理职能的特定人员的范围在立法中还未予规定，这就给司法机关准确打击国有控股公司的职务犯罪行为带来了较大的障碍。

五、认定国有控股公司国家工作人员需注意的问题

(一) 国有控股公司的国有属性是认定国家工作人员的重要依据

国有控股公司的国有属性主要看国有股份在资产份额中是否占支配地位，这也是由国有控股公司的特点决定的。同为公司高级管理人员，但并不必然被认定为国家工作人员，这需依赖国有股份在其中的份额，看其是控股还是一般的参股。

1. 国有控股公司中的高级管理人员一般被认定为国家工作人员。在国有控股公司中有一部分人员的人选由处于控股地位的国有投资主体委派作为自己的代表向公司提名。国有投资主体依据公司法及有关法律法规的规定，通过控制公司股东会的多数表决权来达到自己委派提名的人选在公司董事会、监事会成员中占控制性比例，从而通过控制支配公司董事会来控制支配经理及其他管理人员人选和组成。国有投资主体通过委派自己的代表来实际行使控股权，由被委派的代表执行国有投资主体的意志，维护国有投资主体的利益。因此，那些被聘请或任命、选举等而成为国有控股公司高层管理人员之人，在掌握着国有控股公司的经营管理权的同时，实际上也掌握着国有控股公司中占控股地位的国有资产的经营管理权，从法理上讲，其当然负有经营管理好国有资产、保障国有资产增值保值之职责。因此，将上述高层管

理人员视为“国家工作人员”，不仅有法理根据，也符合经营管理实际。所以，国有控股公司的工作人员中只有受国有主体委派的工作人员是代表国家从事公务的人员，即国家工作人员。除此之外，其他工作人员视为非国家工作人员。

2. 至于国有参股、但不控股公司中的高层管理人员，由于公司中国有资产不占控股地位，其经营管理职权主要在于非国有资产，除受国有单位委派外，其他高层经营管理人员应当属于非国家工作人员。

（二）委派主体与受委派主体的严格法定

委派主体必须是国有单位，并且是纯粹国有的单位，这是现行法律所规定的。虽然法律规定不论何种委派形式，必须是受国有单位委派。倘若是受国有控股公司委派均不视为合法委派。具体到前文案例中，被告人刘某虽然是C厂厂长任命的煤管副主任，负有监督管理现场取样的职责，但其任职从形式上不符合受国有单位委派的要件，因而可以直接否定其国家工作人员的身份。从理论界和实务界来看，将委派主体严格界定为国有单位的观点是统一的，已然形成了通说。但对受委派人的身份确有不同的主张。有学者提出，受委派到国有控股公司或改制公司中担任董事或监事等管理职务是受委派人员被视为国家工作人员的法律要件。^①此种观点从公司法、中外合资经营企业法、中外合作经营企业法等规定中出发，认为股东委派到合资、合作、股份制企业中代表自己行使管理权的人员只限于所到公司、企业的董事和监事，股东委派董事、监事以外的经理及经理以下的管理人员是没有明确法律依据的。可知，受委派到国有控股公司中担任董事和监事的人员可以视为国家工作人员，而经理及经理以下的管理人员则不应认定为国家工作人员。笔者认为，此种观点似乎过于狭隘和片面。从司法实践中来看，从事监督管理国有资产的人员不仅仅局限于董事、监事，还包括高级管理人员、会计等。从现行法律规定来看，《刑法》规制视野下的受委派主体，是不论原有身份的，关键在于被委派从事公务这一本质特征。因而，前文所提案例中的被告人刘某区别其身份的本质在于是否从事公务，是否负有监管国有资产的职责，而非受谁委派。

^① 谢杰：《国有资本控制公司中国国家工作人员刑法甄别疑难问题研究》，载《北京政法职业学院学报》2012年第2期。

(三) 从事公务与其他职务之间的界限

《会议纪要》第1条第4项关于“从事公务”的理解规定，国家机关工作人员依法履行职责，国有公司的董事、经理、监事、会计、出纳人员等管理、监督国有财产等活动，属于从事公务。那些不具备职权内容的劳务活动、技术服务工作，如售货员、售票员等所从事的工作，一般不认为是公务。从事公务的本质特质在于是否是履行管理国家、社会公共事务的职责，其与一般的劳务工作是有本质区别的。尽管从事劳务活动的人员同样有一定的岗位和相应的职责，如国家机关的司机、门卫、锅炉工、取样员等，但是他们的岗位和职责要么是直接从事生产经营活动，要么是从事服务性劳动，并不具有公务活动的性质。对于公务活动而言，其是凭借国家所赋予的权力代表国家从事的具有国家管理性质的行为。劳务则是以劳力为主，不具有国家权力性、职能性和管理性，从事劳务的人员不是国家管理意义上的管理者。从事公务与其他一般劳务活动无论在性质上还是在职责上，都有着天壤之别。具体到文章案例中，被告人刘某身为煤管技术员，对烟煤取样具有监督、管理的职责，但其工作岗位实际是技术管理，属于带有服务性质的工作。虽具有管理职责，但并非属于行使监督、管理企业国有资产的公权力，因而不能认定为国家工作人员身份。

结 语

随着当前经济体制改革的深化以及反腐败工作的进一步深入，国有控股企业必将是国家查处职务犯罪的重要阵地。在认定国有控股企业中国家工作人员的身份时，务必要弄清楚涉案的具体人员是否同时具备“受国有单位委派”和“从事公务”两个重要的前提条件。在司法实践中，办案机关对部分涉案人员的身份认定存在误判的原因，一方面来自立法的不够完善、不够明晰，另一方面来自在国企改制过程中，相关人员的职务产生和职务属性存在混合交叉的情况，给司法工作人员在认定特殊身份时带来较大麻烦。这些都是亟待解决的现实问题。对于司法机关来说，国有资产的维护以及国有控股企业中职务犯罪的预防和惩处是一个任重而道远的课题。