

对干股受贿案件的认识及律师辩护技巧 PDF转换可能丢失图片或格式，建议阅读原文

https://www.100test.com/kao_ti2020/480/2021_2022__E5_AF_B9_E5_B9_B2_E8_82_A1_E5_c122_480761.htm 随着经济和社会的发展变化，受贿犯罪出现了一些新情况，受贿手段不断翻新，更具隐蔽性、复杂性，权钱交易由“直接”变为“间接”、由“现货”变为“期权”。虽然刑法对受贿犯罪的定罪处罚有明确规定，特别是“两高”为了加大对权钱交易腐败犯罪行为的惩治力度，教育、警示国家工作人员严格自律，于2007年7月8日制定了《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》（以下简称《意见》），明确规定了10种新类型的受贿刑事案件法律适用问题的具体意见。但由于现实情况的复杂、犯罪证据的收集困难、中国传统的重刑主义思想的影响，对这些受贿犯罪的新情况、新问题，理论和实践中仍然存在不同认识，导致在实践操作中存在巨大的认识反差。由于笔者近期代理了一起被检察机关起诉涉嫌干股受贿的案件，因此本文只对《意见》第二条“关于收受干股问题”的规定展开讨论。以期能够正确理解关键概念与准确把握操作难点，试图对干股受贿案件中出现的许多疑难问题进行细化分析。现以《意见》第二条为基础，结合《公司法》关于股份及其转让的规定和近期代理的一起案件加以探讨。笔者在此问题的认识上，或许有不成熟之处，仅为一家之言，希望能够抛砖引玉，引发大家探讨。《意见》第二条规定：“干股是指未出资而获得的股份。国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的，以受贿论处。进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生

了实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额。”可以看出，该《意见》明确了干股的定义、干股受贿的构成和认定以及干股受贿数额计算的得两条判断标准。因此本文拟从这四个层次来谈谈对该意见的理解和认识。在探讨《意见》之前，首先介绍一下笔者代理的这起案件基本情况。案由是这样的：2002年，任浙江省Z县某局局长汪某，经县委县政府委派、县法院指定，担任A厂破产清算组组长，对A厂进行资产（包括债权债务）清理登记。根据该县政府和发改委破产清算重组的精神，决定伴随着A公司的宣告破产而成立B公司。刘某原是A公司的厂长，作为留守人士配合破产清算组的工作，后来通过专家评议和职工选举当上了B公司的法定代表人。B公司的性质是股份制有限责任公司。2007年7月汪某因涉嫌受贿B公司股份被Z县人民检察院提起逮捕。检察机关提供的主要证据如下：（一）2007年7月20日对汪某的讯问笔录：2003年初，刘某提出向我送一部分股份，我没有同意。2003年6月份，刘某和徐某带着入股申请表到我的办公室又提出送干股一事，并且说把手续办一下，这时我就给女儿汪某某打电话让她过来一下，刘某、徐某就和汪某某一起办了入股手续，汪某某在表上签了字，把身份证复印件交给了徐某。我和汪某某都没有实际出资。（二）刘某的讯问笔录：2003年初，我在看公司入股人员名单时，发现公司职工入股总额是43.6万元，而公司注册登记中职工入股的数额是50万元并且已经经过验资。这样就有6.4万元公司股金没有具体所有人，考虑到组建B公司的事情上汪某帮忙不少，为了以后能给B公司继续

帮忙，我就考虑将6.4万元的股份送给汪某，2003年年初，我到汪某办公室提出送股份的事情被汪某拒绝，过了10多天，我又提出送股份的事情，汪某置之不理。5月份，我让徐某带着入股申请表和我一起到汪某办公室又提此事，我说办了也不影响什么，汪某说安排其女儿汪某某来办这个手续，汪某就打电话给其女儿，女儿过来后汪某说让填个单子，这时徐某就把职工申请表交给汪某的女儿，汪某某填完后在表上签了字，按了手印就交给了徐某，然后将汪某某的身份证复印件粘贴到汪某某签名的职工申请表背面，和B公司的全体职工的入股申请表放在一起，入股申请表经整理后就由我保存。后来因为B公司经济效益不好，就没有给她发过任何红利。2007月初将职工申请表交给了徐某保存，2007年7月12日汪某某打电话说要还给她以前填的那张单子，徐某就找到她的职工申请表交给了她。（三）徐某的讯问笔录：2002年10月10日，B公司成立后向该县工商局申报注册资本200万元，其中法定代表人占75%即股份150万元，其他位职工股占25%即50万元，而经过统计当时的职工股是43.6万元，还剩余6.4万元的股份。2003年初，刘某找到我说汪某为我们公司帮了不少忙，我们把6.4万元股份作为干股送给汪某，我同意了。过了半个月刘某让我带着一份空白的B公司入股申请表到汪某的办公室，他们提出用汪某女儿汪某某的名字填表签名，汪某某来看了一下就写下了自己的名字。在刘某的要求下汪某某把身份证的复印件交给我了一份。然后就把汪某某的入股申请表和职工的申请表放在了一起。这事情只有我和刘某知道。2007年7月12日晚，刘某和我在下班的路上，刘某接到汪某家属的电话，然后刘某就说让我把汪某某的职工申请表

拿出来交给汪某某，汪某某就拿走了。（四）汪某某于2007年7月18日写给检察院领导的一封信：前几年有一天，我爸说刘某有事找我，我就去了他的办公室，刘某拿了一张纸，让我在上面签名，我问他这是什么，他说这是我名字的集资款和欠的工资，共6.4万元，我问有什么用，他没说什么，我当时没多想，就签了字给他。前几天我父亲被调查后我忽然回忆起这张纸的事情，就找刘某把那张纸还给我，我拿到后边走边撕，2007年7月17日检察院的领导说那张纸是股权认购表，但我和父亲从来没有取得任何款项，我撕表是错误的，但我和父亲没有拿到任何好处。（五）2007年7月15日刘某出具的一份B公司股东及出资表复印件，第二页中一处记载：序号142；姓名汪某某；出资额64000元。印章看不清楚，没有注明统计日期。检察院移送起诉卷中提供的证据有：（一）甲方A公司破产清算组和乙方B公司于2002年9月16日签订的一份协议书，约定了协议的内容及双方的责任，由双方代表的签名和甲方的公章、乙方的签字。（二）2007年7月15日刘某提供的于2003年1月22日统计的B公司入股人员名单，没有汪某某的名字。（三）2007年7月15日刘某出具的一份B公司股东及出资表复印件，第二页中一处记载：序号142；姓名汪某某；出资额64000元，没有注明统计日期。（四）Z县人民检察院起诉意见书一份，内容中提到汪某接受刘某送的价值6.4万元股份。我们邦道律师事务所于2007年7月17日接受了汪某家属的聘请代理这起案件。收集到如下证据：（一）2007年10月10日在Z县看守所会见了汪某，进行了如下笔录：B公司的股份我没有接收，我拒绝了刘某的干股：（1）既无分红，又无参加股东大会，我怎么知道我是股东。（2）我什么凭

证也没有，送干股的人若是反悔了，或者是公司倒闭了，我的干股还存在吗？在客观上我没有股东的权利。（3）我脑子里根本没有这个印象。（二）检察院没有对我进行刑讯逼供。下面结合案例从四个层次来谈谈对该意见的理解和认识。

一、对干股的认识（一）干股的概念“干股”是一种俗称，干股股东又被称为影子股东，它并非是一个严格的法律概念。由于没有一个明确的概念，存在着对干股的大量的误读，有的文章认为干股不被法律认可，在法律上是不成立的；有的认为干股就是红利股，不参加经营，但是取得红利等等，不一而足。因此有必要进一步澄清概念，理清法律关系，准确认定干股的定义，以便于发挥法律的教育、引导、裁判作用，为实务部门深入认识干股受贿提供思路。《意见》中是这样定义的：干股是指未出资而获得的股份。也就是说，干股是指在公司的创设过程中或者存续过程中，公司的设立人或者股东依照协议无偿赠予非股东的第三人的股份。该种股份就是干股，持有这种股份的人叫做干股股东。可以得知，干股具有如下特点：一是干股是股份的一种。二是干股是协议取得，而非出资取得。三是干股具有赠与的性质。四是干股的地位要受到无偿赠予协议的制约。根据我国《公司法》一贯主张，公司出资必须实际到位，否则就涉嫌注册资本虚假，即出资不实。因此广义上讲，公司法禁止设立干股，即也不认可“干股股东”。现实中有些律师把工业产权、非专利技术等无形资产的出资称作“干股”，这其实是没有正确认识无形资产的资产价值。经过评估确认了价值的无形资产，在公司设立时，依法办理了转移手续的，应当认为是实际出资，而不是所谓的“干股”。《公司法》第二十七条规定

，股东可以用货币出资，也可以用实物、知识产权、土地使用权等可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资；但是，法律、行政法规规定不得作为出资的财产除外。因此，如果是以无形资产出资的股份，律师只要查看该公司的工商登记档案，其名下的股份份额就是其应有的股份，而不是干股。《中华人民共和国公司登记管理条例》第14条规定，股东不得以劳务、信用、自然人姓名、商誉、特许经营权或者设定担保的财产等作价出资。如果以这些出资是否算干股，公司法并没有做出规定。笔者认为，除了公司法允许的可以用货币估价并可以依法转让的非货币财产作价出资外，其他的都应该算是干股。

(二)干股取得的几种情形和表现形式

1.干股取得的几种情形

(1)干股既可以是部分股东对股东之外的人赠与股份，也可以是全体股东对股东之外的人赠与股份。

(2)干股既可以在创设时取得也可以在公司存续期间取得。如果股东在公司存续期间取得干股，公司并没有扩资，发行新的股份，但原有股东所持股份比例随之下降。

(3)干股可能是附条件股份赠与，也可能是未附条件的股份赠与。附条件股份赠与协议中所附条件对股份的转让方和受让方产生约束力，在所附条件成就时，受让方取得或者失去相应的股份。由于对所附条件是否成就可能存在异议，工商机关在登记变更时对该情况也难以认定，客观上要求法院判决后，工商机关依据法院的判决办理变更登记。

(4)干股的取得既可能是因为个人的技能或者经营才能而取得，也可能因为其他原因而取得，比如受贿。

2.干股股东的表现形式

(1)不公开身份的干股股东。在现实的经济活动中，一些国家公务人员利用自己职务上的便利条件，以及一些不愿意公开身份，但却

掌控公司资源，或对公司的经营活动有重大影响的自然人或法人采取不投入出资而占有公司股权。其所占有股权的出资并未体现在公司登记或备案的工商材料中，也未体现在公司的股东名册中，而是以他人名义占有公司股权，或干脆用另外的文字载体、口头协议等约定享受企业收益。

(2)公开身份的干股股东。与不公开身份的干股股东相对应，有一些自然人或法人虽未对公司履行出资义务，但却通过种种方式登记为公司股东，并取得了公司向股东颁发的出资证明，也登记在公司的股东名册，并参与公司的管理及利润分配。这种不出资但却取得股东资格的民事主体也被称为“干股”股东。在实践中，这种干股的表现形式较为多样，其存在基础有两种情形，其一是因腐败而产生，其二是因交易而产生。在刑事犯罪中大部分是因前者而产生。

(三)干股股东的法律责任

1.不公开身份的干股股东的法律责任。不公开身份的干股股东，其共性在于既未出资，也未进行形式登记，这种共性的法律后果是无论其股权取得的原因有何不同，其股东资格都不会受到法律保护。对于一些对公司的成立或运营起过重大作用，通过不对公司出资却享受公司收益的法人或自然人而言，其收益权随时可能被终止，法律无法以股东资格去保护其取得收益的权利。对于那些利用职权享有公司收益，这种股无疑是“权力股”，这种不劳而获的行为无疑是违法或犯罪行为。如果这种“干股”股东的违法行为符合受贿罪等罪名的构成要件，则要受到刑法的制裁。但由于不公开身份的股东的隐蔽性，在工商登记和股东名册中难以查到受贿人的名字，用另外的文字载体、口头协议等约定享受企业收益的证据具有很大的随意性，受贿行贿双方在案发时可以随时销

毁，存在较大的随意性。2.公开身份干股股东的法律责任。根据公开股东身份干股股东的两种存在基础，其法律后果也不同。对于因腐败而产生的干股股东要承担其违法甚至于犯罪行为所带来的法律责任。辩护律师根据工商登记、股东名册、股东大会和公司的管理及利润分配证据就可以判断出当事人是否受贿。结合以上的定义，可以得出，汪某没有实际出资而B公司坚持送6.4万元的股份应该被称为干股。在这点上应该没有任何分歧。

二、对干股受贿罪成立的认识

《意见》中规定：国家工作人员利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的，以受贿论处。

（一）干股受贿的构成要件

从《意见》中可以看出，其一：由于干股受贿本质上仍是受贿罪的一种形式，因此，本罪侵犯的客体仍是复杂客体。其中，主要客体是国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体的正常管理活动。次要客体是国家工作人员职务行为的廉洁性。本罪的犯罪对象是干股。其所追逐的利益着眼点，是干股分所带来的红利和其他财产性受益。其二：本罪的客观方面表现为行为人具有利用职务上的便利为请托人谋取利益，收受请托人提供的干股的行为，而没有提到“国家机关人员利用职务上的便利，索取他人干股的行为。”当然，这样并不能由此认定的它另一种表现形式就不能认定为受贿罪。其中，利用职务之便又可以分为以下两种情况：

（1）利用职务上的便利。

职权是指国家机关及其公职人员依法作出一定行为的资格，是权力的特殊表现形式。具体是指利用本人职务范围内的权力，也即利用本人在职务上直接处理某项事务的权利。利用职权为他人谋取利益而收受他人干股的，是受贿行为。在司法实践中，大量受贿罪是利

用职权的便利条件构成的。例如，负责掌管物资调拨、分配、销售、采购的人，利用其调拨权、分配权、销售采购权，满足行贿人的愿望，而收受干股。（2）利用与职务有关的便利条件。利用与职务有关的便利，即不是直接利用职权，而是利用本人的职权或地位形成的便利条件，而本人从中向请托人索取或存非法收受干股的行为。实践中，利用第三者职务上的便利，主要有以下三种情况：一是亲属关系，二是私人关系，三是职务关系。至于前两种情况，利用的主要是血缘与感情的关系，与本人职务无关。对于单纯利用亲友关系，为请托人办事，从中收受干股的，不应以受贿论处。在第三种情况下，则与本人职务有一定关联。受贿人利用第三者的职务之便受贿，必须具备以下两个条件，（1）利用第三者的职务之便，必须以自己的职务为基础或者利用了与本人职务活动有紧密联系的身份便利。（2）是受贿人从中周旋使他人获得利益。根据司法实践，利用与职务有关的便利条件，一般发生在职务上存在制约或者相互影响关系的场合。其三：本罪的主体是特殊主体，即国家工作人员，另据刑法第93条规定，国家工作人员包括当然的国家工作人员，即在国家机关中从事公务的人员；拟定的国家工作人员，即国有公司、企事业单位、人民团体中从事公务的人员和国家机关、国有公司、企事业单位委派到非国有公司、企事业单位、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。其四：本罪在主观方面是由故意构成，只有行为人是出于故意所实施的受贿干股行为才构成受贿罪，过失行为不构成本罪。如果国家工作人员为他人谋利益，而无受贿意图，后者以酬谢名义将干股送至其家中，而前者并不知情，不能以受

贿论处。在实践中，行为人往往以各种巧妙手法掩盖其真实的犯罪目的，因而必须深入地加以分析判断。本案中，汪某作为某局局长是一名国家机关工作人员，符合受贿罪的主体要件，刘某送干股也是认为汪某有职务上的便利，该罪侵犯了国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体的正常管理活动和国家工作人员职务行为的廉洁性。但是汪某的行为是否能够认为已经“收受”了干股，在这个问题的认识上存在很大的分歧。因此在本文中，笔者首先重点谈一下对“收受”的理解。（二）“收受”在新华词典里的解释是“收纳、接受”。实践中，若是现金、实物等，只要当事人双方完成交付就表示已收受，即民法中的动产物权的转移以交付为准（特别情形除外）。不动产物权的转移以登记完成为准。但由于股权既不属动产，也不属不动产，自然不能套用此物权变动规则。股权（指有限公司，下同）与股票也不同。股票属于有价证券，为特别动产。记名股票以背书方式转让，无记名股票以交付为转让，若是上市公司股票，则通过证券交易所的自动交易系统进行清算交割。而股权应采取何种方式转移才视为此《意见》中的“收受”？是股权转让合同成立就认为“已收受”，还是股权转让合同生效时就认为是此《意见》中的“收受”，抑或股权转让合同的履行才能视为“已收受”？它涉及到对股份性质的认识等一定的民法功底，笔者谈一下自己的看法，共同仁参考。首先，讨论一下民法中的股权合同的成立与此《意见》中的“收受”。既然干股属于一种股权，而股权首先来自于股权合同，不管这种合同的形式如何，都是双方的意思表示的一致。干股作为未出资而获得的股份，来源于股东赠与、吸纳新股、公积金转增股

，是基于既有股份的一种分红权的载体，只有经过贿赂双方的转让行为才能满足受贿人私利最大化的贪欲。行贿人给受贿人赠送干股，就意味着股东的变更、股权的转让。我国《公司法》第74条规定：依照本法72、73转让股权后，公司应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股份及其出资额的记载。我国《公司登记管理条例》第35条规定：“有限责任公司转让股权的，应当自公司转让股权之日起30日内申请变更登记，并应当提交新股东的主体资格证明或者自然人的身份证明”。根据上述法律规定，股东转让股权涉及两个变更登记：一个是股东工商登记的变更，另一个是公司股东名册的变更。“两个变更”对股权转让合同的成立是否有联系或者影响？笔者认为，“两个变更”与股权转让合同的成立没有联系，也没有影响。因为合同属于合意范畴，合同体现的是当事人的主观意思表示，不涉及效力评价问题。股权转让人与受让人就股权转让的主要条款达成一致，或者符合我国《合同法》第37条等所规定的情形，股权转让合同即告成立。登记等手续都是当事人合意之外的因素，不属于合同成立要件范畴。但是否可以说只要该股权转让合同成立就意味着此《意见》中的“已收受”。也就是说，只要股权转让人与受让人就股权转让的主要条款达成一致，就视为《意见》中“已收受”，本人持否定态度。我们从刑法中的犯罪构成四要件谈起。犯罪构成要件是犯罪构成的基本单元，它是犯罪构成整体的有机组成部分。倘若缺少这些要件就根本不能构成犯罪。犯罪构成是法律明文规定的，任何人都不得擅自决定。其中犯罪的犯罪客体所描述的是侵害行为是否存在，是犯罪

构成要件在犯罪本质中的集中体现。它是以某种社会关系表现出来的。例如故意杀人罪，他所侵犯的社会关系就是以人的生命为客体的社会关系，而人的生命又是社会关系构成的最基本要素，所以法律对这种犯罪行为惩罚。如上所述，受贿罪侵犯的客体是两个客体。其中主要客体是国家机关、国有公司、企事业单位、人民团体的正常管理活动，次要客体是国家工作人员职务行为的廉洁性。干股受贿所追逐的利益着眼点，是干股分所带来的红利和其他财产性受益。同时，在刑法中对贪污贿赂犯罪的规定中，都是以结果犯作为处罚对象。结果犯，是由危害行为和危害结果共同构成犯罪的客观方面的犯罪。结果犯的成立，不仅要求有犯罪行为，而且必须发生法定的犯罪结果，缺少危害结果，犯罪的客观方面就不具有完整性或者说犯罪客观方面的要件就不齐备。结果犯的结果，是指有形的、可以计量的具体危害结果，是与犯罪的性质相一致的结果。那么作为结果犯的受贿罪，在实际的危害结果没有出现时是不能成立的。这正是刑法和民法在定性上的本质区别所在，也完全符合“两高”发布《意见》的主要精神。有关负责人说，“该《意见》解决两方面问题：一是收受干股是否需要经过登记才可以认定，二是干股没有实际转让的情况下应当如何处理。对于第一个问题，“两高”有关负责人表示，刑事犯罪行为和民商事法律行为的认定上应当有所区分，刑事犯罪行为侧重于客观事实的认定。”其次，我们再来看股权转让合同的生效与此《意见》中的“收受”。我国《合同法》第44条规定，依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。例如，中外合资企业的股权转让

合同必须经过原批准机关的批准，获得批准成为法定生效要件；国有股权转让合同必须经过政府或者主管部门的批准，未经批准的，股权转让合同不发生法律效力。《合同法》第45条规定，附生效条件的合同，自条件成就时生效。对这些方面，实践中并无争议，问题在于，如未办理股东“两个变更登记”，股权转让合同的效力如何，公司法并未作出明确规定。笔者认为，未办理股东变更登记并不影响合同的效力，股权转让合同仍然有效。因为股权转让合同是当事人意思自治的结果，是一种债权行为，根据合同产生的权利是一项债权。债权为请求权、对人权、相对权。因此，应根据合同法、债法的规则来判定其效力。对于登记来说，主要是针对权利的转移而言的。特别是最高人民法院颁布《关于适用若干问题的解释（一）》后，使这一问题变得更加明确，该解释第9条规定：“法律、行政法规规定合同应当办理登记手续，未规定登记后生效的，当事人未办理登记手续不影响合同的效力。”股东变更登记既然不是股权转让合同的生效要件，那么股权转让合同到底何时生效？笔者认为，股权转让合同成立后，并不能立即生效。因为我国公司法规定，向非股东转让股权，必须经全体股东过半数同意。并且在同等条件下，其他股东有优先购买权。而“不违反法律和社会公共利益”是合同的生效要件之一，合同之所以能产生法律效力，就在于当事人的意思表示符合法律的规定。综上，笔者认为股权转让合同应当在过半数股东通过并且其他股东均放弃优先购买权时生效。未满足此要件的，合同未生效。而干股是无偿赠予所得，且通常受赠予的一方往往是国家工作人员，赠与的一方往往采取较为隐蔽的方式不被其他股东所知晓

，也就谈不上在过半数股东通过并且其他股东均放弃优先购买权的情况。并且这种赠与显然违反法律，自然谈不上生效的问题。因此将股权转让合同的生效时间点与此《意见》中的“收受”时间点等同起来，很显然违背常识。最后，我们来看一下是否可以将股权转让合同的履行等同于此意见中的“收受”。实践中，有人认为股权转让合同一旦生效，转让标的（股权）自动转移至受让人，受让人即取得股东资格。这是一种误解。因为合同的生效不等于合同的履行。股权转让合同的生效，只是确定了合同的可履行性。合同关系为达到一定法律目的之手段，其首要法律目的，乃在将债权转变为物权或与物权具有相等价值的权利。因此，合同目的的实现，必须借助于履行行为。股权转让合同中，受让人的主要履行义务是支付股份转让金，转让人的主要义务是将股权让渡给受让人。股权应采取何种方式转移，我国法律并未作出规定。理论上主要有以下三种观点：其一、工商变更登记说。认为股权自公司登记机关核准登记之日起转移。理由有三原因在于：（1）股东的股权产生于公司的登记和设立，其转让应当以登记为要件；（2）出资证明书和股东名册只是公司出具和控制的股权证明形式，易出现不规范的随意行为，不具有登记所具有的公示力和公信力；（3）股权的价值甚至超过不动产，为防止和减少可能的纷争，有必要规定与不动产转让类似的登记生效要件。实践中工商部门均持这种观点，其法律依据是《国家工商行政管理局关于股权转让有关问题的答复》（工商企字〔2000〕第262号）中规定：“股东转让股权，出让人与受让人签订转让协议后，受让人直接支付出让入已缴付公司的出资额，不必再向公司重新入

资，经公司登记机关核准变更登记后，成为公司股东。”其二、股东名册变更说。认为股权自公司将受让人等情况记载于股东名册之日起转移。理由是：公司股东名册登记属于商事登记之设权性登记。登记的性质决定了相关权利何时诞生。股权转让合同成立之后，其仅在合同当事人之间生效，其能否取得股权取决于公司的态度，公司的认可在形式上表现为股东名册的变更。只有在公司股东名册变更之后，新老股东的交替方才在法律上真正完成。其三、通知转移说。认为股权转让合同生效后，转让人应当书面通知公司依法办理相关的变更手续，股权自公司收到转让人书面通知之日起转移。笔者赞同第三种观点，即通知转移说，同时也认为股权转让合同的真正履行才能等同于此意见中的“收受”。首先，在刑事上，因为刑事诉讼证据是刑事诉讼活动的核心内容。而案件事实是犯罪主体作用于犯罪客体、对象的结果，是犯罪主体认识因素与意志因素的客观反映，是刑事诉讼证据产生的根据。在法律世界中，没有什么“本来是事实”的东西，没有什么“绝对的”事实，有的只是有关机关在法律程序中所确定的事实。事实只有通过法律程序加以确定，才能被赋予法律上的效果。也就是说，确定事实的机关，是在“法律上”创造事实。股权表现的是一种价值形态，其转移不可能像有体物一样交付占有，其外在表现为“三种凭证”（出资证明书、股东名册及工商登记文件），内在属性为“两种权利”（参与公司管理的共益权和分配公司盈利的自益权）。一个完整的股权转让应当包括公司对“三种凭证”的变更和受让人对“两种权利”的行使。并且“股权是既含权利，也含义务和责任的综合性权益”。故股权转让应符合其自身的

特点。股权转让合同生效后，转让人在书面通知公司依法办理相关变更手续后，他在合同中的股权让渡义务就已经履行完毕。出资证明书、股东名册、工商登记文件均为股权的表现形式，只是持有人不同，出资证明书由股东持有，股东名册由公司持有，工商登记文件存于公司登记机关。这“三种凭证”或是由公司签发、记载，或者由公司申请办理，均为公司所控制。而权利的转移应体现合同当事人的意思，这三种股权表现形式所起的主要是证据作用。证明受贿人享有了股东权利，避免了随意性和法官的独自擅断。依照《江苏省现代企业制度试点企业职工持股暂行办法》第二十七条 职工持股会应当建立职工持股名册，作为管理职工股的依据。职工持股名册应当载明下列事项：（一）持股职工姓名、身份证号码、住所、持股卡号码；（二）职工所持股份金额、本人签章、经手人签章；（三）职工入股、增股、减股、腿骨等数额、日期及其有关记录。第二十八条 职工持股会统一发放持股卡，有持股职工本人保存，与职工本人身份证、工作证或离退休证同时使用方为有效。职工持股卡应当载明下列事项：（一）持股职工姓名、身份证号码、工作证号码、职工持股卡号码；（二）职工所持股份金额、入股、增股、减股日期及有关记录，经手人签章；（三）职工持股管委会主任签章；（四）发卡日期及注意事项。该条文为其提供了充分的法律依据。在本案的证据中，第一份物证B公司入股人员名单中没有王某的名字，而第二份物证B公司股东及出资表中只记载了王某某的名字、出资额、序号。没有记载住所和出资证明书编号，更重要的是没有记载该B公司股东及出资表的制作日期。让我们该份B公司出具的股东及出资表证据的真实

性和合法性产生质疑，也不得不质疑汪某是否是股东以及享有股东的权利。其次，采取通知转移方式，不仅有利于犯罪证据的取得，而且也便于认定干股受贿的成立。证据链是由证据环构成的证明案件全部事实的证据体系，是由大小不等的证据环组成的有机统一的整体，是法律体系中实体法与程序法相互融合的体现。证据链的形成源自于能够独立证明案件某一事实的证据环，因此证据链的证明能力和证明力或者说证据链的生命，取决于证据环内在的客观性、合法性、关联性及其证据环相互之间的关联性和与待证事实之间的关联性。而股权的外在表现为“三种凭证”（出资证明书、股东名册及工商登记文件）的有效衔接，内在属性表“两种权利”（参与公司管理的共益权和分配公司盈利的自益权）的充分体现，客观上给受贿人是否真正享有股权做出了一个准确的界定。我国《刑事诉讼法》第46条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据的，不能认定有罪和处以刑罚；没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。具体到本案中，王某没有“三种凭证”中的出资证明书、工商登记文件，只有一份一份孤立的没有记载统计时间的股东名册，也没有任何证据证明王某行使了内在属性的“两种权利”，即参与公司管理的共益权和分配公司盈利的自益权。仅凭一份有疑点的证据和无任何权利的股权，可以认定证据不够充分确实。在被告人没有供述的情况下，是不可以认定被告人有罪和处以刑罚的。因此我们在收集证据的过程中，针对发现的多处疑点请求检察院调去一下证据：(1)汪某某取得此股份的原始凭证。(2)汪某某参与分红的纪录。(3)汪某某

本人或者其委托人参加股东会议、股份分红会议的记载。(4)汪某某享有股东权益的原始凭证。(5)B公司的原始账册。三、对“相关证据证明股份发生了实际转让的”的理解《意见》第二条规定，干股进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生了实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。因此，按照干股价值计算受贿数额的转让行为分为两种--登记转让与实际转让。《公司法》第七十四条、第一百四十条规定，公司转让股权后，应当注销原股东的出资证明书，向新股东签发出资证明书，并相应修改公司章程和股东名册中有关股东及其出资额的记载。从《公司法》关于股份转让登记的规定可以推知，业已登记的，干股产权当然地转让于收受人名下。即使收受干股没有经过登记，只要有证据证明发生实际转让的，也应当认定为受贿。但问题是什么样的证据、多大的证明力才能证明已经发生实际转让？这涉及到证明标准的问题。大陆法系国家的有关法律中对证据的具体适用及规则并不作详尽的规定，法官判案时对证明标准的衡量主要凭内心的“良心”和“理性”自由心证，要求内心形成确信。我国诉讼制度中的证明标准是确实、充分，理论上一般将其概括为“客观真实”人民法院在认定各种案件事实时，均需达到“客观真实”的程度，即“案件事实清楚，证据确实充分”的要求。这一标准的具体要求为：据以定案的证据均已查证属实；案件事实均有必要的证据予以证明；证据之间、证据与案件事实之间的矛盾得到合理的排除；得出的结论是惟一的，排除了其他可能性。所以，这一证明标准在学界又被称为一元标准。我国台湾学者李学灯就认为，刑事案件中，“罪刑愈重者，要

求证明之程度愈高”。显然“相关证据证明股份发生了实际转让的”是个很难界定的问题。如果或者双方就股权转让达成其他真实意思表示的，应该说这份真实的股权转让协议或者其他真实意思表示的书面形式作为证据是完全符合证据的真实性、合法性和关联性。但在本案中并没有进行股权登记，没有签订一份合乎法律手续的股权转让协议，也没有一份其他真实意思表示的书面形式，仅有一份记载有股东姓名、出资额而没有统计时间的股东名册复印件可以认定吗？根据我国《刑诉法解释》第53条规定：收集调取的证据应当是原件。只有在原件取得确有困难时，才可以使用副本或者复印件。可以看出这份证据的证明力是远远不够的。

四、股份价值的计算。

《意见》中规定，“进行了股权转让登记，或者相关证据证明股份发生了实际转让的，受贿数额按转让行为时股份价值计算，所分红利按受贿孳息处理。股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额”。

1. 《意见》将计算股份价值的时间节点确定为“转让行为时”。故如何有效获取干股转让行为发生时间的证据是实务部门在查办案件过程中必须予以高度重视的问题。具体操作时，应当集中搜集产权交易中心办理股权过户手续的时间记录、股东名册相关变动的具体登记时间、股权转让合同生效时间约定、贿赂双方关于股权转让行为时间的供述等证据材料。
2. 《意见》第二条并没有具体规定计算股份价值的价格依据。笔者认为，应当根据公司的性质确定干股的股份价值：（1）有限责任公司的股权并不能在产权市场进行交易，不存在市场价格，收受有限责任公司干股的股份价值应当以转让行为时干股所占总股份的比例乘以公司注

册资本额后得出的价格计入受贿数额。（2）《公司法》第一百三十九条规定，股份有限公司股东转让其股份，应当在依法设立的证券交易场所进行或者按照国务院规定的其他方式进行。因此，股份有限公司的股份能够在合法的产权市场进行交易，收受股份有限公司的干股应当以转让行为时该股份在产权交易市场的价格计入受贿数额。（3）国家工作人员收受上市公司在调整原有股本结构、股权转让、增资扩股过程中形成的干股，能够在证券市场通过交易进行变现，应当以贿赂双方转让行为时该股份在证券市场的价格计算受贿数额。

3. 在司法实践中存在着干股受贿案几种犯罪数额难以认定的疑难情形。因此，有必要加以讨论，便于在现实中操作。

（1）股份与红利数额悬殊 实践中有部分干股受贿案件，国家工作人员登记或者实际受让的股份数量相对较小，从请托人处分取的红利数额却相当之大。例如，某建筑工程公司转让国家工作人员干股，其股份价值为5万元，每年支付红利4万元，国家工作人员5年共收取红利达20万元。如果机械地适用《意见》，只能将“小头”（股份价值）计入受贿数额，排除“大头”（红利数额），国家工作人员实施受贿犯罪的实际收益与其所受的刑罚严重不对等，显然与罪刑相适原则相悖。笔者认为，在国家工作人员登记或实际受让的股份数额与分取红利相差悬殊的情况下，除了应当按照股份价值计算干股受贿数额之外，不能直接将全部红利按照受贿孳息处理。司法实践中应当在红利中辨识出具有孳息性质的部分与具有独立贿赂性质的部分??根据公司年度利润与干股在公司股份所占比例分取的红利，该笔数额属于受贿孳息，不能计入犯罪数额；超出比例收取的“红利”，虽具红利之名，

却有贿赂之实，不能混同于受贿孳息，应当与股份价值一并计入犯罪数额。（2）受贿股份真实性缺失 国家工作人员业已登记或者实际受让股份的，应当按照股份价值计算受贿数额。但受贿犯罪在司法实践中，不仅有出资规范的公司提供干股，而且存在较多空壳公司向国家工作人员“转让”干股。这些空壳公司的股东在成立公司过程中通过虚报注册资本或者垫资后抽逃出资等手段，逃避出资义务。因此，其转让给国家工作人员的根本没有实际资金对应，也就不存在可兹计算受贿数额的股份价值。然而，此类给付干股贿赂的空壳公司经营情况正常、公司收益良好，定期根据公司章程的约定，按照国家工作人员登记或者实际转让所得的“股份”比例分配红利。若以静止的视角解读《意见》第二条，在行贿公司具有虚假出资而导致受贿股份真实性缺失的情况下，由于不存在股份价值，司法实践中无法计算受贿数额。国家工作人员通过股权转让并基于非真实性股份所收取的红利，又属于受贿孳息，同样不能计入犯罪数额。但该种静态解释与受贿犯罪刑法原理并不相符。作为受贿罪的犯罪对象，干股贿赂必须以财产性利益为内容，而并无实际出资的空壳公司给付国家工作人员的“股份”，没有任何现实资金或者财产性利益对应。此类缺乏财产利益性质的行为对象，既不属于贿赂，也不能称其为股份，因而不存在登记转让或者实际转让的现实依据与法律效果。笔者认为，在受贿股份真实性缺失的前提下，所谓的股份只是给付国家工作人员高额红利的借口，检察机关应当直接将所分红利计入犯罪数额；国家工作人员未分得红利的，由于股份没有对应价值，并未获取财产性利益，不能作为受贿处理。股权转让登记或者实际转让

的，按照股份价值计算犯罪数额，只能适用于股份真实的公司，不能适用于出资有瑕疵的空壳公司。因此在本案中，B公司也可以被认为是出资有瑕疵的公司，给王某提供的干股并没有实际的任何现实资金或者财产性利益对应。在未分得红利时，由于股份没有对应价值，并未获取财产性利益，不能作为受贿处理。按照股份价值计算犯罪数额，只能适用于股份真实的公司，不能适用于出资有瑕疵的公司。（3）扩股过程中接受干股 公司资本并不是绝对不变的，处于高速发展阶段的增长型公司会通过扩股方式拓展规模。反贪部门查案过程中出现如下案例：国家工作人员A实际向B公司投入50万元自有资金，B公司注册资本500万元，A即取得10%的股权，每年收取红利5万元。后B公司扩股，总股本增至1500万股。国家工作人员A的股份价值按比例增长为150万元，每年收取红利15万元。但是，国家工作人员A对增加的100万元股份价值并没有实际出资。是否应将该项干股计入受贿数额？分取的红利如何处理？笔者认为，国家工作人员作为公司的合法股东，在公司扩股过程中接受干股的，应当根据扩股性质判定受贿数额。如果属于增资扩股，则所有公司股东应当根据其股权比例增加出资，国家工作人员A没有出资却实际获取增加部分的股份价值，属于干股受贿，应将100万元股份价值计入受贿犯罪数额，多收取的10万元红利属于受贿孳息。如果属于资本公积金转增扩股，则公司股东无须按照股权比例增加出资，国家工作人员A获取增加部分的股份价值由公司资本公积金派生而来，本质上是公司在扩股前未向股东分配的利润积累，多收取的10万元红利亦是股东投资公司后合法利益，不能将之计入受贿数额。（作者：杨念平，邦道律师

事务所) 100Test 下载频道开通, 各类考试题目直接下载。详细请访问 www.100test.com