



为亲友非法牟利罪中“盈利业务”的认定

左坚卫

为亲友非法牟利罪在客观方面的表现之一是将本单位的盈利业务交由自己的亲友进行经营。要正确认定这种类型的为亲友非法牟利罪，必须准确把握“本单位‘盈利业务’”的涵义。关于这一问题在理论界存在分歧意见。有学者认为，只要是可能盈利的业务，即使包含亏损的风险，也属于盈利业务；另有学者主张，只有确定无疑、必然会盈利的业务，才属于本罪中的盈利业务。笔者认为，要确定本罪中的盈利业务究竟是指可能盈利的业务，还是指必然盈利的业务，首先应当弄清楚究竟何为可能盈利的业务，何为必然盈利的业务，在此基础上，才能进一步明确本罪中“盈利业务”的范围。

一、判断可能盈利的业务和必然盈利的业务的标准

笔者认为，所谓可能盈利的业务，应当是指根据当时已知的市场环境和公司、企业已有的生产经营水平，即使没有意外因素介入，公司、企业也存在盈利和不盈利两种可能的业务。例如，某农副产品供销公司业务员甲联系到一笔荔枝购销业务，内容为某南方水果批发公司愿意向甲所在公司提供一批新鲜荔枝，价格为每公斤8元。该笔业务能否盈利，受市场对新鲜荔枝供求状况、销售期间的天气、售货员的服务态度等因素的影响。根据公司负责人计算，如果市场新鲜荔枝仍然保持去年的供求状况和天气情况，售货员提供良好的服务态度，公司就能够盈利；如果今年其他商家也大量购进新鲜荔枝，导致市场供大于求，荔枝滞销，公司就可能亏损。对于今年市场的供求情况，公司无法作出准确预测。在这种情况下，这笔业务就只能属于可能盈利的业务。所谓必然盈利的业务，应当是指根据当时已知的市场环境和公司、企业已有的生产经营水平，只要没有意外因素的介入，公司、企业必定能够盈利的业务。比如，某国营钢铁公司接到一个订单，要求从该公司购买100吨冷轧薄板。根据订单上提供的购价，只要该公司不出意外地将货送到对方，就能盈利10万元。这种业务就属于必然盈利的业务。所有业务都可以根据上述标准，分为可能盈利的业务和必然盈利的业务。

二、为亲友非法牟利罪中的“盈利业务”仅限于必然盈利的业务

之所以要将“可能盈利的业务”排除在为亲友非法牟利罪中的“盈利业务”之外，是因为有关公司、企业在经营这种业务时，在已知的经营条件下既可能赢利，也可能亏损，并没有盈利的把握，这样，不经营该业务也就谈不上会遭受什么损失，将本单位的这种业务交给其亲友经营，也就谈不上会使本单位利益遭受损失，不可能具备“使国家利益遭受重大损失”这一构成本罪的必备条件，当然不可能构成本罪。主张本罪业务包括可能盈利业务的观点，实际上是将部分必然盈利的业务当作了可能盈利的业务，又没有将真正属于可能盈利的业务排除在本罪的“盈利业务”之外。要看清这种观点的不妥之处，必须澄清以下两个问题：第一，必然盈利的业务并非最终一定会盈利的业务。该种业务最终是否盈利，还要看是否有意外因素的介入。如果有，即使是经营必然盈利的业务，最终也可能亏损。第二，“有盈利明显可能”不能作为判断某项业务是否属于“盈利业务”的标准。在“有盈利明显可能”的业务中，包括必然盈利的业务和

可能盈利的业务两种业务在内。其中必然盈利的业务，属于本罪中的盈利业务；可能盈利的业务，则不属于本罪中的盈利业务。如果将“有盈利明显可能”作为判断某项业务是否属于本罪中的盈利业务的标准，必然将必然盈利的业务和可能盈利的业务混淆在一起，因而难以得出合理的结论。例如，某国有家电生产企业计划在非洲某国投资，建立一个彩电生产基地。根据该企业的技术水平和在国内积累的生产经验，只要该非洲国家的投资环境与国内基本相同，该项目肯定会盈利。但是，中方企业派人到实地考察发现，有以下两方面不确定因素，一是该国政局隐藏着不稳定因素；二是该国劳动力素质较低，需要培训。从目前的情况看，该国政局比较稳定，劳动力培训也能够展开。显然，这是一项有盈利明显可能的业务，但这是否属于本罪中的盈利业务呢？我们认为不能。这是因为，该项投资虽然明显存在盈利的可能，但即使没有意外因素的介入（政局动荡由于是已经预见到可能实际发生的情况，因而不属于意外因素），也存在盈利和不盈利两种可能。因此，如果正在该国有家电生产企业的负责人甲犹豫不决的时候，他的好友，负责经营一家私营家电生产企业的乙希望甲将这笔业务交给他所在企业去开展，甲于是答应。在这种情况下，如果因为乙的经营获得成功，便认定甲是将本单位的盈利业务交给亲友经营，使国家遭受重大损失，显然对甲是不公平的。因为甲在犹豫的时候，也就是他在考虑究竟是冒险去赚钱还是稳妥起见不让国有资产冒险的时候，仅因为甲不愿冒险便追究其刑事责任，在情理上是说不通的。可见，以“有盈利明显可能”作为判断是否属于本罪的“盈利业务”的标准，难以得出令人信服的结论，因而不可取。如果以笔者提出的“可能盈利的业务”和“必然盈利的业务”作为判断是否属于本罪的“盈利业务”的标准，问题便迎刃而解了。

三、不能将为亲友非法牟利罪中的“盈利业务”等同于经营风险小的业务

有学者认为，在盈利与风险并存，但风险较小，盈利可能性很大的情况下，应当属于本罪中的盈利业务。理由是：在这种情况下，一般的经营者都会决定经营该项业务，一旦将该项业务让与他人，尽管彻底避免了风险，但也失去了获利可能性，损失了预期利益。笔者认为，上述观点通常情况下是可取的，但将所有风险较小，盈利可能性很大的业务都归入本罪的盈利业务之中不妥。所谓“风险较小，盈利可能性很大”的业务，多数属于必然盈利的业务，即根据当时已知的市场环境和公司、企业已有的生产经营水平，只要没有意外因素的介入，公司、企业必定能够盈利的业务，当然属于本罪的盈利业务；但是，不能排除还有少部分这种业务仍然属于可能盈利的业务，不能归入本罪的盈利业务。例如，某书商甲找到某国有图书出版公司经理乙商洽，准备在该图书出版公司出版一套丛书。经市场策划部有关人员研究，认为虽然目前市场上这类丛书销路不错，但由于这类性质的丛书已经出版多种，因而再出这类丛书的销量难以预测。结论是，出版这套丛书可能亏本，但亏本的可能性较小；盈利的可能性较大，但盈利不会很多。乙正在权衡时，得知其好友（另一私营出版公司的负责人）丙也想出一套这方面的丛书，于是乙将甲介绍给丙。甲的这套丛书在丙和甲的精心策划下大获成功，给出版公司和甲都带来巨额利润。我们认为，该项业务虽然属于风险较小，盈利可能性很大的业务，但不属于本罪中的盈利业务。这是因为，根据已知的市场环境和乙所在的出版公司已有的经营水平，即使没有意外因素介入，乙所在的国有图书出版公司出版该套丛书也只是可能盈利，也可能不盈利，即并没有盈利的把握。因此，出版该套丛书属于“可能盈利的业务”，不属于本罪中的“盈利业务”。事实上，乙在将这笔业务转给丙经营时，也是考虑到这笔业务毕竟存在一定风险，同时还考虑到盈利可能性虽然很大，数量却不会很多的因素，才将这笔业务让出。这种情况下，乙将该笔业务介绍给丙虽然也存在照顾丙的成分，但更多的是不愿意本单位为该笔业务冒险，因此，显然不宜认定乙是为了为丙经营的公司非法牟利而将本单位的盈利业务交由丙经营。当然，如果正常情况下出版这套丛书根本不可能亏本，乙只是由于认为盈利不会很多而不愿意出版，于是将这笔业务介绍给丙，那么，这笔业务仍然是“盈利业务”，这种情况下乙是否构成为亲友非法牟利罪，取决于他是否使国家利益遭受重大损失。

（作者系北师大刑科院副教授、法学博士）

更新日期：2006-6-17

阅读次数：521

上篇文章：如何适用刑法修正规范

下篇文章：析解刑事诉讼法第209条“释放”一词

