



两岸四地 法律实务点滴

孙志祥 李志强 钟颖 顾跃进 □ 主编

大陆商人赴港澳台投资的法律指引
港澳台商人赴大陆投资的一些热点法律问题探讨

文匯出版社

两岸四地法律实务点滴

孙志祥 李志强 钟颖 顾跃进 □ 主编

文匯出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

两岸四地法律实务点滴 / 孙志祥等主编. -- 上海: 文汇出版社, 2012.4

ISBN 978-7-5496-0420-3

I. 两… II. 孙… III. 法律 - 中国 - 文集 IV. D920.4-53

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (2012) 第 009741 号

两岸四地法律实务点滴

主 编: 孙志祥 李志强 钟颖 顾跃进

责任编辑: 朱耀华

特约编辑: 葛珊南 甫跃辉

装帧设计: 祁德隆

出版发行: **文汇**出版社

上海市威海路 755 号 (邮政编码 200041)

印 刷: 上海锦佳印刷有限公司

版 次: 2012 年 4 月第一版

印 次: 2012 年 4 月第一次印刷

开 本: 890×1240 1/32

字 数: 145 千

印 张: 6.75

印 数: 1-2600

ISBN 978-7-5496-0420-3

定 价: 28.00 元

目录

孙志祥	两岸关于背信行为之法律认定初探	5
李志强	大陆企业赴台上市的律师实务	15
李志强	刍议上交所国际板之法律适用	24
钟颖	从沪港两地相似案例谈设立夫妻分居期间子女探望 权之必要	35
顾跃进	香港借贷行为的法律思考	43
王桂平	两岸上市公司治理之异同	51
亓玉晶	因“地”制宜，投资先机	59
严嫣	港台人在大陆重婚现象剖析	65
李晓平	试论内地与港澳民事管辖权冲突	75
肖万华	律师维护香港股东权益的一个案例	85

沈亢 施君	沪港台三地房地产市场和交易环境比较	98
张志良	浅析公司法定代表人制度	113
张翊	台湾地区继承制度特留份扣减权评析	121
陈琴峰	香港公司的设立制度	131
范嬛菁	后 ECFA 时代台商投资大陆的税法问题研究	137
周礼轩	上海与香港法院小额争议处理对比	155
洪猛	关于海峡两岸移管被判刑人制度	165
徐晓	股权转让税收筹划	175
韩璐	香港公司董事责任的承担	183
温嘉蕾	谈香港居民在大陆的不动产继承问题	193
蔡岚	试析香港与大陆土地出让法律制度	199

前言

伴随着改革开放，大陆经济得到了飞速迅猛的发展。香港、澳门相继回归，加之陆台两地经济文化交流的日趋广泛，经贸往来频繁，两岸四地间法律实务及案例显著增多。由于法域冲突，法律差异、文化差异等问题，在两岸四地的经济、生活交往中，还有许多法律困扰，甚至法律难点。

上海市律师协会港澳台业务研究委员会于2010年成立，委员多为从事涉港澳台业务的专业律师。现在，他们将多年的业务研究经验、实务案例等写成论文，集结成书。这些论文主要涉及两岸四地常见法律规定之比较；港澳台商人赴大陆投资的一些热点法律问题探讨；大陆商人赴港澳台投资的法律指引等。希望本书能成为两岸四地经济生活互动中的法律工具。

目录

孙志祥	两岸关于背信行为之法律认定初探	5
李志强	大陆企业赴台上市的律师实务	15
李志强	刍议上交所国际板之法律适用	24
钟颖	从沪港两地相似案例谈设立夫妻分居期间子女探望 权之必要	35
顾跃进	香港借贷行为的法律思考	43
王桂平	两岸上市公司治理之异同	51
亓玉晶	因“地”制宜，投资先机	59
严嫣	港台人在大陆重婚现象剖析	65
李晓平	试论内地与港澳民事管辖权冲突	75
肖万华	律师维护香港股东权益的一个案例	85

沈亢 施君	沪港台三地房地产市场和交易环境比较	98
张志良	浅析公司法定代表人制度	113
张翊	台湾地区继承制度特留份扣减权评析	121
陈琴峰	香港公司的设立制度	131
范嬛菁	后 ECFA 时代台商投资大陆的税法问题研究	137
周礼轩	上海与香港法院小额争议处理对比	155
洪猛	关于海峡两岸移管被判刑人制度	165
徐晓	股权转让税收筹划	175
韩璐	香港公司董事责任的承担	183
温嘉蕾	谈香港居民在大陆的不动产继承问题	193
蔡岚	试析香港与大陆土地出让法律制度	199

孙志祥



现执业于上海市浦栋律师事务所。哈佛大学法学院访问学者，复旦大学法学院硕士研究生毕业。曾获上海市三八红旗手、上海市优秀女律师、上海市20年突出贡献女律师等称号。上海市浦东新区人民政府法律顾问，上海市律师协会外事委员会副主任，上海市律师协会港澳台业务研究委员会主任。常年担任跨国公司和大型国企的法律顾问，主要从事涉外公司投资和融资法律业务。

两岸关于背信行为之法律认定初探

孙志祥

曾经有台湾的律师与我讨论，在台湾构成背信罪的行为在大陆司法实践中是否同样可以立案并最终获得法院的判定？当时，该台湾律师代理的一个案件已经在台湾成功以侵占、欺诈以及背信之罪名予以立案，与该案件相关之财产和公司则分布在大陆各个大中城市，且有关被告都在大陆的公司中兼任重要的管理职位，该台湾律师成功地在台湾立案所涉及的很多证据是基于大陆公司股权异常变动和资产异常转移之行为。而如果想要在大陆依照同样的事实，指控那些涉案当事人犯有同样的背信罪，似乎尚无法可依。本文将简要分析台湾地区 and 大陆关于背信行为的法律规定，并结合一些相关的案例，对背信行为的法律认定作初步探讨。

所谓背信行为，是指处理他人事务或管理、处分他人财产或财产性利益的行为人，故意滥用权限或违背信托义务，损害该人财产利益的行为。（《北京大学法学百科全书·刑法学 犯罪学 监狱法学卷》，北京大学出版社 2003 年版，第 33 页）背信行为的本质在于行为人违背了基于他人的委托而产生的信任关系和诚实处理他人事务的义务，他人可基于委托、委任的基础法律关系而追究行为人的法律责任。而背信行为是否构成犯罪，行为人是否需要承担刑事责任，

则取决于各国或各地区的不同立法。

背信罪属于财产犯罪，是一种破坏诚实信任关系的犯罪。1928年的中华民国刑法及1935年国民党政府颁行的刑法都规定了背信罪，台湾地区目前的刑法仍然延续了当时法律对于背信罪的规定。大陆刑法由于受前苏联刑法的影响，未能规定普通背信罪，但规定了特殊类型的背信犯罪。

台湾地区刑法第342条第1项规定了背信罪，即“为他人处理事务，意图为自己或第三人不法之利益，或损害本人之利益，而为违背其任务之行为，致生损害于本人之财产或其他利益者，处五年以下有期徒刑、拘役或科或并科1000元以下罚金。前项之未遂犯罚之”。

根据该条规定，就客观方面，行为人必须有“为他人处理事务”的义务，须以为他人处理事务为前提。所谓“为他人”，系指受他人委任，而为其处理事务。也就是说，行为人与本人间需有特定的关系，例如委任关系。主观上，行为人需要“意图为自己或第三人不法之利益，或为损害本人之利益”。所谓不法利益，须与本人之财产或其他利益所受之损害为间接关系，方构成本罪。如将持有他人之所有物直接加以处分，应属侵占罪，而非背信罪。也就是说行为人需要故意为此犯罪行为，方可构成本罪。因此，背信罪不处罚过失犯。若有过失为上述行为者，则应依照民法上就其当事人间之法律关系（例如委任关系）处理。此外，行为人须有“违背其任务之行为”，行为结果为“致生损害于本人之财产或其他利益”，也就是说，行为人以有取得不法利益或损害本人利益之意图为必要，若无此意图，则缺乏意思要件，即使有违背任务之行为，并致损害于本人之财产或其他利益，也难以构成背信罪。换句话说，背信罪

必须违背任务之行为，具有为图取不法利益，或图加不法损害之意思，为构成要件。若本人利益之受损害，基于正当原因，并非出于不法行为，则因缺乏犯罪意思要件之故，也难以构成本罪。

台湾有个购买彩票的案例，比较好地说明了背信罪的构成以及相应的刑事处罚：

高雄市一张姓夫妇原经营乐透彩投注站，涂姓台商因每次返台都向他们投注而与他们相识；之后涂姓台商在大陆经商时，就电话委托张姓夫妇代下注。2009年5月间，涂姓台商赴大陆前，给了张2000元，并说“投注的号码，会用短信传回来”；事后张姓夫妇依涂姓台商发回的号码买了5期都没中。2009年7月2日，涂姓台商又请张姓夫妇以先前短信里的两组号码再买3期，结果中了“威力彩”头奖，奖金9.2亿元新台币。中奖后，张姓夫妇于7月8日到中信银行台北总行领奖，将税后7亿多彩金存入张太太账户。而在涂姓台商回台后，两人更加避而不见。涂姓商人指控张姓夫妇受托代购彩券，中奖后私吞彩金。最终，高雄地方法院以背信罪分别判处张姓夫妇两人2年有期徒刑。（本案例来源于 <http://sports.163.com/11/0606/16/75SK904V00052DT2.html>）

关于背信罪与侵占罪，台湾地区法院曾经在其判决中加以释明：刑法上之背信罪，系指为他人处理事务之人，以侵占以外的方法违背任务，而损害本人利益之行为而言；至于侵占罪，则系以侵占自己持有他人之物为其特质，故行为人对因处理他人事务而持有之物，以不法所有之意思据为己有之行为，属侵占罪，而非背信罪；背信罪，为一般的违背任务之犯罪，而侵占罪，则专指持有他人所有物以不法之意思，变更持有为所有的侵占人自己而言。故违背任务行为，虽然系其持有之他人所有物，意图不法据为己有，应以侵占罪处罚，

不能援用背信罪处断。因此，若行为人之行为已该当侵占罪之构成要件时，即无背信罪之适用。

对于行为人不履行合同，是否构成背信罪，台湾地区法院也曾经在判决中释明，背信罪之主体限于为他人处理事务之人，如为自己之工作行为，无论图利之情形是否正当，与该条犯罪之要件不符。委托人向行为人定制证章，限时完成，银货两交，属于民法上之承揽契约。行为人于订约后为委托人制作证章，属于自己之工作行为，并非为他人处理事务，即使其工作瑕疵由于故意或过失所致，委托人除依法请求修补或解除契约或请求减少报酬，并得请求损害赔偿外，不能绳以刑法上之背信罪；行为人未履行出卖人之义务，而将买卖标的物再出卖于他人，与为他人处理事务有区别，与背信罪以为他人处理事务为前提之构成要件不符；耕作地之出租人，依法应将耕作地交与承租人使用收益，但其交地行为，并非为承租人处理事务，则其不能交付，不问其原因如何，均与刑法上之背信罪无关。因此，行为人在签署合同后，拒不履行合同，因行为人行为属于“自己之工作”，而非“为他人处理事务”，亦不能以背信罪论处。

对于行为人处理他人事务或管理、处分他人财产或财产性利益的行为，大陆《民法通则》规定了代理制度，大陆《合同法》则具体规定了委托合同，并从民事角度规范了代理、委托制度；另外，在一些特别法中，如大陆《公司法》对公司董事、监事、高级管理人员的“忠实义务和勤勉义务”作出了具体规定。大陆《信托法》原则性地规定了“受托人应当遵守信托文件的规定，为受益人的最大利益处理信托事务。受托人管理信托财产，必须恪尽职守，履行诚实、信用、谨慎、有效管理的义务”。

大陆现行刑法未规定普通背信罪，但规定了多种特殊的背信犯

罪，如非法经营同类营业罪、为亲友非法牟利罪、徇私舞弊造成破产、亏损罪、徇私舞弊低价折股、出售国有资产罪、挪用资金罪、擅自运用客户资金罪、违法发放贷款罪、侵占罪、职务侵占罪、挪用公款罪等。这些犯罪都具备了背信罪的构成要件，只不过在犯罪主体、侵害对象或者行为方式等方面有一定的特殊性，因而是特殊类型的背信犯罪。（任彦君：《论背信犯罪》，《甘肃政法学院学报》2008年第3期）

对于滥用权限或违背信托义务，损害委托人财产利益的行为，除非行为人具备特殊身份，或侵害对象特殊，委托方可追究行为人的刑事责任，大部分情形下，委托人只能通过民事诉讼的方式来追究行为的违约责任。要正确区分背信的罪与非罪，必须明确背信与违约的界限。首先，它们产生的前提条件不一样，违约的前提条件是约定（即订有合同），这种约定可以是民事合同也可以是经济合同，背信的前提是委任；其次，其行为的内容不一样，违约是违反约定中的义务，而背信则含有滥用权利与违背义务两种情形；最后，违约与背信的结果要求也不同，违约不一定造成他人财产上的损失，而背信罪的成立必须造成他人财产上的损失。

本律师就职的律师事务所曾经处理过这样的一个案件：一家著名的餐饮连锁企业，其下属餐厅遍布大陆各地。丁某为该公司的区域开发经理，负责公司下属餐厅的选址、与房屋占有人洽谈、签订租赁协议等事宜。2006年10月，公司发现下属餐厅经营场地的租赁情况极不正常，于是展开调查。后发现自2003年4月至2006年2月，在丁某任公司开发部经理期间，在公司可以与大房东直接签订租赁合同，取得低廉租金且不需要支付电增容补偿费的情况下，丁某伙同他人另行设立公司作为二房东，以公司代理的名义，按照低廉的

租金价格与大房东签订租赁合同，然后再以非常高的租金价格外加虚假的电增容补偿费将该等房屋转租给公司，从中赚取巨额差价。

本所律师协助该公司进行了各方面的调查，据此掌握了大量的事实和详细的证据，并向公安机关报案，举报丁某涉嫌商业贿赂、职务侵占、伪造公司印章、侵犯商业秘密等多项犯罪行为。最终，法院根据公安机关查获的证据，判处丁某构成公司人员受贿罪。

同样的案例还有一个：张某于2008年5月至2009年9月，在大陆某公司先后担任公司总裁秘书、销售总监助理等职务，负有保管上司英文私章、为上司填写报销单等职责。2008年11月至2009年8月，张某利用职务便利，虚构公务开支，将私人消费的发票及空白发票自行填写之后，擅自加盖自己保管或私刻的上司私章向公司报销，金额共计人民币175783.01元。同时，陈某某于2007年8月起担任该公司会计，负有初审公司人员报销事宜等职责。陈某某明知张某系虚假报销，仍于2009年2月下旬至8月，多次审核通过张某虚假报销的有关材料，张某因此得以报销金额共计人民币113985元。期间，陈某某还帮助填写空白发票用于张某向公司报销，陪同张某私刻上司私章并替张某藏匿私章。上述虚报的钱款全部转入被告人张某的银行账户，后张某通过银行转账给予陈某某人民币7200元，其余款项除少部分被二人吃用花销外，均由张某占有、使用。法院经审理认定，张某、陈某某在担任公司工作人员期间，利用职务便利，将本单位资金非法占为己有，金额巨大，其行为已构成职务侵占罪。（本案例来源于北大法宝案例库）

上述两案例中，行为人作为公司的业务经理或总监助理，“为他人处理事务”，属于背信罪的主体，其行为方式及行为后果皆符合背信罪的构成要件，但因大陆刑法没有明文规定普通背信罪，法

院最终以特殊背信罪判处。

2006年6月29日通过《中华人民共和国刑法修正案（六）》首次明确规定了“背信”犯罪，即，第9条规定的“背信损害上市公司利益罪”和第12条第1款规定的“背信运用受托财产罪”。

《中华人民共和国刑法修正案（六）》第9条规定，上市公司的董事、监事、高级管理人员违背对公司的忠实义务，利用职务便利，操纵上市公司从事下列行为之一，致使上市公司利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处或者单处罚金；致使上市公司利益遭受特别重大损失的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处罚金：“（一）无偿向其他单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的；（二）以明显不公平的条件，提供或者接受资金、商品、服务或者其他资产的；（三）向明显不具有清偿能力的单位或者个人提供资金、商品、服务或者其他资产的；（四）为明显不具有清偿能力的单位或者个人提供担保，或者无正当理由为其他单位或者个人提供担保的；（五）无正当理由放弃债权、承担债务的；（六）采用其他方式损害上市公司利益的。”

《中华人民共和国刑法修正案（六）》第12条第1款规定：“商业银行、证券交易所、期货交易所、证券公司、期货经纪公司、保险公司或者其他金融机构，违背受托义务，擅自运用客户资金或者其他委托、信托的财产，情节严重的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处三万元以上三十万元以下罚金；情节特别严重的，处三年以上十年以下有期徒刑，并处五万元以上五十万元以下罚金。”

从以上规定可以看出，虽然首次明确了“背信”犯罪，但大陆刑法仍然严格限制了背信犯罪的主体、行为对象及行为形式。首先，