



THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF BEIJING COURTS

审判前沿

新类型案件审判实务

总第56集

北京市高级人民法院研究室/编

特定关系人构成受贿罪共犯及从犯的认定——罗某受贿案相关法律问题研究

劳动合同继续履行争议的处理——某物流公司诉郝某劳动争议纠纷案相关法律问题研究

再审判决撤销给付义务，已履行义务当事人的权利救济途径分析——某集团公司执行异议案相关法律问题探讨

“消费型”网络盗窃犯罪的认定——马某盗窃案相关法律问题探讨

交通肇事后找人“顶包”行为的界定——张某江交通肇事案相关法律问题分析

在办公室内泼洒汽油并威胁点火的行为应认定为放火罪——史某放火案相关法律问题分析



法律出版社
LAW PRESS · CHINA



THE FOREFRONT OF JUSTICE

THE LATEST CASES AND MATERIALS
OF BEIJING COURTS

审判前沿

新类型案件审判实务

总第56集

北京市高级人民法院研究室/编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿:新类型案件审判实务.总第56集/北京市高级人民法院研究室编.--北京:法律出版社,2017(2018.1重印)
ISBN 978-7-5197-1860-2

I. ①审… II. ①北… III. ①审判—研究—中国—丛刊 IV. ①D925.04-55

中国版本图书馆CIP数据核字(2017)第318957号

审判前沿——新类型案件审判实务.总第56集
SHENPAN QIANYAN—XINLEIXING ANJIAN
SHENPAN SHIWU. ZONG DI-56 JI

北京市高级人民法院研究室 编

策划编辑 戴 伟
责任编辑 程 岳
装帧设计 李 瞻

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 天津嘉恒印务有限公司
责任校对 王菊萍
责任印制 胡晓雅

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第一分社
开本 720毫米×960毫米 1/16
印张 17.5
字数 318千
版本 2017年12月第1版
印次 2018年1月第2次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话:

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号:ISBN 978-7-5197-1860-2

定价:32.00元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

编辑委员会

主任：杨万明

副主任：王明达 吉罗洪 高晓陵 安凤德 马 强
刘 毅

委员：（按姓氏笔画排列）

王宜生 朱 军 李瑞翔 李颖丽 杨 艳
杨柏勇 杨 越 张仲侠 张农荣 杭 涛
单国钧 赵德云 娄宇红 袁丽忠 雷运龙
薛 强

编辑部

主 编：马 强

副主编：张农荣 刘书星

编 辑：凌 巍 刘晓虹 项利军 胡浩立 赵 彤
张新平 王 晨 熊 鹏 彭 春 张灏元
阚道祥

目 录

案例研究

- ◆ 被告人与他人共同共有房产中的个人“份额”可成为
刑事判决中的“责令退赔”对象
——仲某挪用公款案相关法律问题研究 王 鹏 王丽蕊(1)
- ◆ 特定关系人构成受贿罪共犯及从犯的认定
——罗某受贿案相关法律问题研究 杨子良(12)
- ◆ 未办理就业证的香港居民与用人单位之间的法律关系
属于无效劳动合同关系
——张某诉 H 北京公司、H 中国公司劳动争议案相关法律问题
研究 巴晶焱 王 奔(23)
- ◆ 劳动合同继续履行争议的处理
——某物流公司诉郝某劳动争议纠纷案相关法律问题研究
..... 刘德恒 程立武(33)
- ◆ 单方约定解除权与实际履行请求权权利冲突及价值选择
——尹某某诉张某某、杨某某房屋买卖合同纠纷案相关法律
问题研究 张英周 张 鹏(41)
- ◆ 通谋虚伪表示行为的认定及其效力判断
——李某甲等诉张某等房屋买卖合同案相关法律问题研究
..... 史智军(52)
- ◆ 合伙人律师与所在律所之间不存在劳动关系
——班某与北京市某律师事务所劳动争议案相关法律问题
研究 黄海涛(60)

- ◆关于婚姻关系存续期间夫妻一方以个人名义所负债务性质的举证责任
——张某诉徐某、范某、海福鑫公司民间借贷纠纷案相关法律问题研究 金 曦(71)
- ◆融资融券交易中的担保物性质与条款适用
——中信建投证券股份有限公司诉杨某融资融券交易纠纷案相关法律问题研究 尚晓茜(79)
- ◆公司高级管理人员谋取属于公司商业机会的认定
——北京全圣时代数字技术有限公司诉郅某某、冯某等损害公司利益责任纠纷案相关法律问题研究 刘 琦(89)

疑案探讨

- ◆再审判决撤销给付义务,已履行义务当事人的权利救济途径分析
——某集团公司执行异议案相关法律问题探讨 刘旭峰 高 可(102)
- ◆“消费型”网络盗窃犯罪的认定
——马某盗窃案相关法律问题探讨 丛卓义(107)
- ◆以房屋租赁合同作为债权担保应如何认定
——王某诉江某房屋租赁合同案相关法律问题探讨 邹 萌(116)

案例分析

- ◆交通肇事后找人“顶包”行为的界定
——张某江交通肇事案相关法律问题分析 熊寿伟 李宗阳(122)
- ◆掩饰、隐瞒犯罪所得案件中上游犯罪成立及被告人明知
的成立标准
——云某盗窃、掩饰、隐瞒犯罪所得案相关法律问题分析
..... 钟 欣 曹西鹏(126)
- ◆在办公室内泼洒汽油并威胁点火的行为应认定为放火罪
——史某放火案相关法律问题分析 李中华(133)
- ◆“明知他人报警而在现场等待”成立自首的要件及证据采信标准
——王某等人非法吸收公众存款案相关法律问题分析
..... 辛祖国 付想兵(137)

- ◆ 相当性原则在刑事涉案财物没收中的运用
 - 王某、刘某盗窃案相关法律问题分析 蒋为杰(143)
- ◆ 用人单位违法约定二次试用期的认定
 - 武某与乐胜启成公司劳动争议案相关法律问题分析 李 坤(149)
- ◆ 对“婚生子”身份存疑申请亲子鉴定应设定必要限制条件
 - 申某甲诉巩某离婚纠纷案相关法律问题分析 余亚妮(156)
- ◆ 关于确定“婚庆喜钱”“节日喜钱”受赠主体的法律分析
 - 赵某诉申某离婚纠纷案相关法律问题分析 张清波(161)
- ◆ 继承人能否依据错误的生效裁判取得家庭联产承包地的继承权
 - 耿某甲、时某、耿某乙诉耿某丙土地承包经营权继承案相关法律问题分析 刘 芳 石 菲 李 慧(167)
- ◆ 公路遗撒类案件相关法律问题分析
 - 某保险公司诉某公路发展公司保险人代位求偿权纠纷案相关法律问题分析 厉 莉(173)
- ◆ “一房多卖”中非法占有目的事后形成不影响合同诈骗罪的认定
 - 魏某某合同诈骗案相关法律问题分析 赵 佳(178)
- ◆ 消费者应及时行使“七天无理由退货”的法定解除权,超期退货应承担举证责任
 - 藏某公司与袁某、京某公司网络购物合同纠纷案相关法律问题分析 胡新华(182)
- ◆ 对司法人员提起公务侵权民事之诉不属于人民法院受案范围
 - 宋某某诉董某名誉权纠纷案相关法律问题分析 谷绍勇(188)
- ◆ 环保部门是否应依村民申请对停业主体的水污染事项予以查处
 - 王某某诉北京市丰台区环境保护局不履行法定职责案相关法律问题分析 郑文静(192)
- ◆ 婚姻登记案件中无效判决的适用
 - 冉某诉某市民政局无效结婚登记案相关法律问题分析 哈胜男(196)

观点争鸣

- ◆夫妻约定共有房产归一方所有当事人不享有《婚姻法解释(三)》第六条的撤销赠与权 李春香(201)
- ◆农村不动产能否适用善意取得制度产生物权变动效力
..... 赵 志 樊振国(206)
- ◆交通事故损害赔偿案件中,侵权人赔偿受害人受损车辆
重置费用应当包含的范围如何界定 李志峰(210)

北京法院参阅案例

- ◆北京法院参阅案例第28号:郭某诉贺某某、中国人寿财产保险股份有限公司北京市分公司机动车交通事故责任纠纷案 (213)
- ◆北京法院参阅案例第29号:宫某某诉北京屈臣氏个人用品连锁商店有限公司、北京屈臣氏个人用品连锁商店有限公司朝阳第三十分店买卖合同纠纷案 (217)
- ◆北京法院参阅案例第30号:龙某诉河北聚精采电子商务股份有限公司北京分公司买卖合同纠纷案 (222)

热点问题聚焦

- ◆关于立案登记制对北京法院工作影响的调研报告
..... 北京市高级人民法院审判管理办公室(227)
- ◆债务加入审判实务研究——最高人民法院裁判规则总结 向 珂(237)

法律文书之窗

- ◆北京市第一中级人民法院刑事附带民事判决书
(2014)一中刑初字第1930号 (245)
- ◆北京市第三中级人民法院民事判决书
(2015)三中民终字第5397号 (255)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院关于审理违法建设查处案件法律适用问题座谈会会议纪要 (266)
- ◆北京市高级人民法院关于政府信息公开裁驳类案件研讨会会议纪要 (270)

【案例研究】

被告人与他人共同共有房产中的个人“份额” 可成为刑事判决中的“责令退赔”对象 ——仲某挪用公款案相关法律问题研究

王 鹏* 王丽蕊**

裁判要旨

当被告人的违法所得因被其挥霍而无法被追缴时,如需用其与他人共同共有房产中的个人“份额”进行退赔,可在诉讼程序中,采用有效方式对该共有房产予以析产,用该房产中被告人的个人“份额”弥补其所造成的损失,最大程度恢复因犯罪行为所造成的社会关系裂痕,达到法律效果与社会效果的有效统一。

一、据以研究的案例

1999年至2000年,被告人仲某利用担任香港某贸易有限公司(以下简称香港公司)业务经理的职务便利,在代表本公司向顺德市某集装箱制造厂有限公司(以下简称顺德公司)催收货款的过程中,采用收取货款不入账的手段,将本公司公款80万美元(折合人民币6 622 720元)汇入香港某财务公司,后用于个人炒股。案发后,上述钱款均未归还。被告人仲某于2014年11月29日向检察院投案,并如实供述了犯罪事实。被告人仲某对公诉机关指控的事实没有提出异议,并称希望通过变卖自己名下位于海淀区某小区15号楼8层C的房产,用该

* 北京市第一中级人民法院法官。

** 北京市第一中级人民法院法官。

房产中其个人部分弥补被害单位的损失。被告人仲某的辩护人希望法庭鉴于仲某具有自首情节,且具有积极为被害单位挽回损失的态度,对仲某减轻处罚。

一审法院审理后认为:仲某于1999年至2000年,利用其担任国有公司业务经理,对公司资产负有经营、管理的职务便利,采取收取货款不入账的手段,将公款美元80万元用于其个人炒股,进行营利活动,最终造成前述公款全部亏损,案发后至今仍未退还,以及其在司法机关因其涉嫌犯罪对其立案查缉后即逃逸达10余年后才主动投案的事实,证据确实、充分,足以认定,其行为已构成挪用公款罪。针对退赔部分,一审法院查明:被告人挪用公款炒股的犯罪行为给被害单位造成80万美元的损失,被告人仲某应当履行退赔80万美元的义务,但该赃款已经无法追缴;本案中仅扣押被告人与其妻子共同共有的婚后个人名下合法房产一套,被告人合法拥有该房产中的部分份额,且被告人并无其他财产;被告人与其妻子长达十余年失联,且其妻子已加入加拿大国籍,并未在国内居住,该房产长期处于空置状态,该房产亦非保障二人基本生活的生活必需品,如若对该房产进行析产处置,并不会损害该房产的其他共有人——被告人妻子的权益,也不会给其他共有人的基本生活造成影响,但却可大大弥补被告人给被害单位造成的损失,故可对该房产进行析产,用被告人应有份额弥补其犯罪造成的损失。一审判决如下:(1)被告人仲某犯挪用公款罪,判处有期徒刑10年;(2)本案扣押仲某名下位于海淀区某小区15号楼8层C的房产,变价后将属于被告人仲某的份额款项发还香港公司,其余款项退回检察院处理;(3)责令被告人仲某继续退赔赃款不足部分,发还香港公司。

一审宣判后,仲某提出上诉。二审法院审理认为,上诉人仲某挪用公款美元折兑人民币662万余元,数额巨大不退还,已使国有资产遭受重大损失,危害后果严重,应予依法惩处。一审法院已鉴于其所具自首情节,对其予以从轻处罚。原判认定事实清楚,证据确实、充分,定罪准确,量刑适当,审判程序合法,裁定驳回上诉,维持原判。

二、相关法律问题研究

刑事涉案财产处理既关系到对被告人的准确量刑,又与被害人的司法权益保障密切相连,应予重视。然而,我国传统刑事司法理念一直偏重于通过将犯罪人绳之依法、追究犯罪人的刑事责任,以实现司法正义,却轻视了对案件涉财产部分的处理,使被害人的权益无意间被遗忘在司法的角落。这种所谓的“重人身处罚、轻财产处理”的传统观念和法制环境,不仅直接导致付出了高额的司法成本、而刑事裁判涉财部分却执行不力的司法局面,更在被害人的视野中,造成了

司法惩处不力的社会感观。其理由极为简单鲜明:如果未能真正实现依法追缴、责令退赔被害人损失,一方面,即便犯罪人入狱服刑,其家属或者本人出狱后仍可坐享利益,这显然未能达到惩处、预防犯罪的目标;另一方面,由犯罪行为引发的被害人个体及社会损害,并不会因为犯罪人的锒铛入狱而自动修复,社会矛盾难以彻底平复。此外,判决的有效性和可执行性问题,也无一不在敲打法律人和社会公众司法信仰的脆弱神经。随着近年来我国司法人权保障力度日益增强、保护公民私有财产权利的意识越发浓重,规范刑事涉案财产处理机制这一话题逐渐进入司法改革的视野之中。对此,从中央到最高人民法院、最高人民检察院、公安部等有关机关,以及地方性规章制度中都先后出台了进一步规范刑事诉讼涉案财产处置工作的具体措施,^①以便捋顺财产处理流程,真正实现涉案财物的妥善有效处置。然而,司法实践中,涉案财产性质、权益组成的复杂性,不经意间迷惑了司法工作者的办案思路,阻却了司法工作人员的办案进程。以本案为例,在被告人给被害人造成损失,需要以其个人合法财产退赔被害人时,而被告人的个人合法财产的存在权利状态系与他人共同共有,在此类个人合法财产能否处理,以及如何处理问题上,困扰着案件承办人,值得认真探究。厘清事实、剖析法律,被告人具有退赔的义务毋庸置疑,需要探讨的是共同共有财产中的个人“份额”能否作为责令退赔的对象、如何处理的问题。对于以上问题的分析,笔者认为,需以法律对共有本质、共同共有财产的处理规定为出发点,结合共同共有财产在案件中处理的必要性、可行性,提出符合司法实践的处理方式,以使司法审判达到预期的法律效果和社会效果。

(一) 共有的本质、法律规定

1. 共有的本质

台湾地区学者谢在全先生曾定义:“所谓公同关系(即共同关系)系指两人以上因共同目的而结合所成立,足以成为公同共有基础之法律关系。”^②这一定义概括了共同关系的内涵主要包括以下几层含义:第一,共同关系重在体现人与人之间的结合关系,共同共有既包含财产关系,也包含人身关系。按份共有只是财产组合关系。第二,共同关系的成立具有一定的共同目的性,如夫妻关系是夫妻双方为了永久的共同生活而建立。在共同共有关系中,共有人对各自权利的

① 党的十八届三中、四中全会专门提出了“规范查封、扣押、冻结、处理涉案财物的司法程序”的改革要求。中央全面深化改革领导小组通过了《关于进一步规范刑事诉讼涉案财物处置工作的意见》;2014年9月1日,最高人民法院通过《最高人民法院关于刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》;2014年11月19日,最高人民检察院通过《人民检察院刑事诉讼涉案财产管理规定》;2015年9月1日,公安部施行《公安机关涉案财物管理若干规定》等。

② 谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社2000年版,第374页。

行使受到这些目的的规制。第三,共同关系构成了共同共有的基础。共同共有的基础是共同关系的存在。例如,只有夫妻关系的存在,才会有夫妻共同财产的存在,夫妻关系一旦终止,夫妻共同财产也就面临分割。

从制度层面上来讲,共同关系是共有人之间的人身关系,只在共有人之间具有意义,共有人不得脱离,也不能为第三人取代,因而共有人不得将其份额转让第三人,而由第三人与其他共有人延续共有关系。此外,为维持共同关系的稳定,在一般情况下,不允许共有人分割共同财产。正如谢在全先生所言:“公同共有乃在公同关系上成立,故各公同共有人间有人的结合关系存在,于此种关系未终止前,各共有人既不得处分其应有部分,以求脱离,亦不得请求分割共有物,以期消灭共有关系”。^① 在按份共有中,共有人可随时、自由的处分其在共有物的份额。主要原因在于,按份共有中不存在人身关系,也就无须特别维持这种关系,共有人可以随意转让自己的份额,由第三人继续与原共有人保持共有关系,亦可随时请求对共有物进行分割,以消灭共有关系。正如谢在全先生所言:“按份公有之各公有人,不过系共同享有一物之所有权而已,其各共有人间并无人的结合关系可言,故各人既得随时自由处分其应有部分,以脱离共有关系,各人间权利义务之行使,仅受最小之拘束,原则上亦得随时请求分割共有物以消灭共有关系”。^② 由此可见,共同共有在共同关系解除前,为了维护具有特定人身关系的共有状态,一般不能分割共有物而破坏共有关系,而按份共有因并无人身关系性,可随时请求分割共有财产,以实现自己的份额利益。

2. 我国“共有”的法律规定

在我国,关于共有的法律规定在《民法通则》《物权法》等中均有所体现。《民法通则》第78条规定:“财产可以由两个以上的公民、法人共有。共有分为按份共有和共同共有。按份共有人按照各自的份额,对共有财产分享权利,分担义务。共同共有人对共有财产享有权利,承担义务。”《物权法》第8章就共有的概念、权利、义务等方面也专门作出法律规定。此外,第103条规定:“共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有,或者约定不明确的,除共有人具有家庭关系等外,视为按份共有。”第104条规定:“按份共有人对共有的不动产或者动产享有的份额,没有约定或者约定不明确的,按照出资额确定;不能确定出资额的,视为等额享有。”

由此可见,在一定意义上讲,按份共有各共有人份额的组合——重在个人利益,而共同共有同样是按份额共有,份额不仅存在于共同共有的总财产上,还存

① 谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社2000年版,第325页。

② 谢在全:《民法物权论》,中国政法大学出版社2000年版,第275页。

在于个别共有物上,只是为了维持共同关系,份额的作用受到限制,^①其更倾向于对共有物整体的受益——重在整体利益。

3. 解除“共有”的有关规定

在我国,解除共有的法律规定在《民法通则》《物权法》等有关条文中亦有所体现。《民法通则》第78条规定:“按份共有财产的每个共有人有权要求将自己的份额分出或者转让。但在出售时,其他共有人在同等条件下,有优先购买的权利。”《物权法》第99条规定:“共有人约定不得分割共有的不动产或者动产,以维持共有关系的,应当按照约定,但共有人有重大理由需要分割的,可以请求分割;没有约定或者约定不明确的,按份共有人可以随时请求分割,共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割。因分割对其他共有人造成损害的,应当给予赔偿。”第100条规定:“共有人可以协商确定分割方式。达不成协议,共有的不动产或者动产可以分割并且不会因分割减损价值的,应当对实物予以分割;难以分割或者因分割会减损价值的,应当对折价或者拍卖、变卖取得的价款予以分割。共有人分割所得的不动产或者动产有瑕疵的,其他共有人应当分担损失。”

由此可见,共有财产分割方式,在约定不得分割的情况下,出现“重大理由”时亦可分割;未约定的,按份共有可随时请求分割,共同共有则“在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割”。本案中,被告人仲某夫妻二人并未针对该房产约定份额,故该房产属于夫妻共同共有财产无疑,那么当仲某的妻子不同意分割该房产时,是否可以依据“在共有的基础丧失或者有重大理由”对该房产进行分割,此为以下需要论述的问题。

(二)对于解除共同共有条文中“共有的基础丧失或者有重大理由”的认知

我国的共同共有分为合伙、继承、家庭、夫妻共有。合伙关系是为经营一定的合伙事业而成立;共同继承关系则是为了处理遗产而存在;家庭关系是为了家庭成员共同经营和生活而持续;夫妻关系则是男女双方为永久共同生活。共同的合伙关系和继承关系更多地体现了财产性,在成立之初往往即已设定份额,合伙表现为股份和继承份额。家庭关系中,家庭成员原本就具有亲属属性,主要目的还是共同生活,因而主体之间的结合程度较为紧密;夫妻关系不具有经济目的,是结合得最紧密、最长久的共同关系,这样家庭关系和夫妻关系更多体现了人身性。因此,《物权法》第99条规定,“共同共有人在共有的基础丧失或者有重大理由需要分割时可以请求分割”。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和

^① 裴桦:《关于共同共有两个基本问题的思考——兼评我国〈物权法〉相关条款》,载《甘肃政法学院学报》2008年第4期。

国婚姻法)若干问题的解释(三)》(以下简称《婚姻法解释三》)对夫妻共有财产的请求分割的“重大事由”作了进一步明确,第4条规定:“婚姻关系存续期间,夫妻一方请求分割共同财产的,人民法院不予支持,但有下列重大理由且不损害债权人利益的除外:(一)一方有隐藏、转移、变卖、毁损、挥霍夫妻共同财产或者伪造夫妻共同债务等严重损害夫妻共同财产利益行为的;(二)一方负有法定扶养义务的人患重大疾病需要医治,另一方不同意支付相关医疗费用的”,但此款在司法实践中的适用并不乐观^①。

无论是因夫妻离婚、家庭成员独立分户等原因导致的“共同的基础丧失”,还是《婚姻法解释三》中“重大事由”的确定,均以维护家庭关系和家庭成员的利益为目的。鉴于此,对此类共同共有财产的处理上,曾有人提出“为了确保其他共有人的利益,共有人的债权人不得对共有财产申请强制执行”的观点^②。这一观点值得研究,如果凡是共同共有的财产都不得申请强制执行,维护了债务人的家庭“幸福”,可能使债权人赢了官司仍需面对“家徒四壁”,显然对债权人极不公平,且共有状态无形中成为债务人逃避履行债务的挡箭牌。因此,《最高人民法院关于人民法院民事执行中查封、扣押、冻结财产的规定》(以下简称《民事执行规定》)第14条明确:“对被执行人与其他人共有的财产,人民法院可以查封、扣押、冻结,并及时通知共有人。共有人协议分割共有财产,并经债权人认可的,人民法院可以认定有效。查封、扣押、冻结的效力及于协议分割后被执行人享有份额内的财产;对其他共有人享有份额内的财产的查封、扣押、冻结,人民法院应当裁定予以解除。共有人提起析产诉讼或者申请执行人代位提起析产诉讼的,人民法院应当准许。”由此可见,虽然《婚姻法解释三》中仅仅明确了两项规定,界定在婚姻法律关系中何为“重大事由”可分割共有财产,但是根据《民事执行规定》可以看出,当夫妻一方对外承担债务时,在执行阶段仍然需要面临析产,夫妻一方债务履行义务成为解除共同共有的“重大理由”。本案中,被告人仲某需要履行为刑事退赔义务,该义务能否理解为“夫妻一方对外承担债务”,值得探讨。

(三)刑事损害赔偿义务与民事债务履行的同一

既然夫妻一方对外承担债务可成为解除共同共有的“重大理由”,下面讨论当夫妻一方因犯罪行为应承担的损害赔偿义务,能否理解为上述的“重大理由”。

刑事损害赔偿义务承担主要分为两类:一类为刑事附带民事确定的赔偿义

① 笔者统计了某直辖市析产案件,近三年并未该条款的适用情况。

② 陈华彬:《物权法原理》,国家行政学院出版社1998年版,第476页。

务,此类诉讼可适用民事法律规定,因此,可成为民事法律中对夫妻共有财产进行析产的“重大理由”;另一类为《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑法〉的解释》(以下简称《刑法解释》)第139条规定及第142条第3款规定的“非法占有、处置”型。之所以“非法占有、处置”型不适用刑事附带民事诉讼程序,笔者认为:一是“非法占有、处置”型案件的损害赔偿数额往往作为刑事犯罪的构成要件重要部分,在案证据较为充分,无须当事人举证;二是直接认定后判处被告人退赔可节省司法资源。对于后一类赔偿义务的承担,有观点提出可理解为公法债权范畴,基于债权的同质性,公法债权的实现应当遵从私法债权实现,即民事诉讼的一般法理,参照民事法理的制度、原则和程序。^①笔者同意上述观点,从本质上看,其也是被告人的犯罪行为给被害人造成的损失,亦应如附带民事诉讼的被告一样,需要承担赔偿责任、履行相应债务。一旦被告人与家属共同共有财产时,该共有财产被析产后,被告人的个人份额理应成为被责令退赔的对象。

本案中,被告人仲某因挪用犯罪需要承担“非法占有、处置”型退赔义务,因此,其名下的与其妻子共有房产可称为析产对象,其个人部分可称为退赔份额,并由审判机关以判决形式责令退赔被害单位。

(四)共同共有中共有人份额之确定

对于共同共有问题,首先涉及的问题是共同共有中是否有“份额”问题。有学者观点为,共同共有不存在任何意义上的份额,并以此作为推论共有关系中如有份额,则此种共有非为共同共有,^②而应为按份共有^③。此种观点得到杨立新教授的认同,他认为:“共同共有不分份额,因而是没有应有部分即份额的共有权,以此与按份共有相区别……在这种共有中,各个共有人没有应有部分,没有份额和份额权,只是享有一个共有权。”^④梁慧星和陈华彬先生也有类似阐述:“共同共有是不分份额的共有。在共同共有关系存续期间,共同共有人不能对共同共有财产确定份额。只有在共同共有关系终止,共同财产分割后,才能确定各共有人的份额”。但也有学者认为,无论按份共有还是共同共有,均为按份共有,即:均有份额,并且认为,按份共有与共同共有的主要区别不在于“有无明确的共有份额”,而在于“有无特定的身份关系”。如李锡鹤先生在其《论共有》一文中

① 参见肖建国:《论财产刑执行的理论基础——基于民法和民事诉讼的分析》,载《法学家》2007年第2期。

② 参见孙宪忠:《物权法》,社会科学文献出版社2011年版,第259页。

③ 参见彭万林:《民法学》,法律出版社2000年版,第237页。

④ 杨立新:《共有权研究》,高等教育出版社2003年版,第136、166~167页。

提出:“傅鼎生教授曾在一次物权法讨论会上指出,共同共有和按份共有均为按份额共有,区别在于,在按份共有中共有人之间无特定的身份关系,或者说按份共有只存在财产关系,不存在身份关系。因此,按份共有人可退出共有关系,即向非共有人转让自己的共有份额。而在共同共有中,共有人之间存在特定的身份关系,或者说共同共有既存在财产关系,又存在身份关系,由于身份关系无法转让,因此,在共同共有关系解除以前,共有人不能向非共有人转让自己的共有份额。实际上,正因为共同共有也是按份额共有,共同共有关系解体时,原则上共有人平均分割共有财产。否则,这样分割就没有根据。”^①李锡鹤先生表示“赞同傅教授的论点”。

实践中,由于《物权法》第95条规定,共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权,因此,有人提出人民法院可以直接执行该共有财产的一半份额。^②这一观点在《山东省高级人民法院关于在执行程序中查封、扣押和冻结的暂行规定》中得到体现,该文件第18条规定:“被执行人的个人财产与家庭财产未分开的,可以执行被执行人在家庭财产中的平均份额。”^③《北京市高、中级法院执行局(庭)长座谈会(第二次会议)纪要》中认为“对查封、扣押、冻结的夫妻共同财产,按照最高人民法院《民事执行规定》第14条的规定处理。需要注意的是,对夫妻共同财产的执行,针对的是夫妻共同财产的整体,无须对夫妻共同财产中的单个财产逐一进行分割。可执行的被执行人在夫妻共同财产中的共有部分,不得超过夫妻共同财产价值总额的一半”。上述规定对共同共有财产中共有人份额的确定,都符合“共同共有区别于按份共有的根本不在于是否划分份额,而在于共同共有以共同关系为基础,是‘共同关系’而不是‘不分份额’决定共同共有的本质”^④的观念。由此可见,关于共同共有,在理论和制度上都必须承认,在共同关系存续期间,客观上存在“隐而未现的份额”^⑤。共有人在共有财产中的份额确定问题,确实是刑事司法不敢触碰夫妻共有财产的原因之一。然而,笔者认为,虽然共有人在共同共有财产共有期间无各自的确定份额,但是如果通过析产程序,可使共同共有人的份额加以确定,且处置共同共有财产过程本身就是对共有财产的析产,因此,只要启动析产程序,被告人在共同共有财产中的份额可以确定。本案中,虽然被告人仲某夫妻二人并未约定在共有房产中的

① 李锡鹤:《论共有》,载《法学》2003年第2期。

② 刘璐:《民事执行重大疑难问题研究》,人民法院出版社2010年版,第157页。

③ 江必新:《民事强制执行操作规程》,人民法院出版社2010年版,第211页。

④ 裴桦:《关于共同共有两个基本问题的思考——兼评我国〈物权法〉相关条款》,载《甘肃政法学院学报》2008年第4期。

⑤ 戴永盛:《共有释论》,载《法学》2013年第12期。

各自份额,但是通过析产程序确定二人的份额并无障碍。

但是需要注意:对夫妻名下共同共有房产进行析产时,其他共有人很可能以该房产为“唯一住房,系生活基本保障”为由提出抗辩。针对该抗辩,笔者认为可参照《最高人民法院关于人民法院办理执行异议和复议案件若干问题的规定》(以下简称《执行异议规定》)予以判断析产的可行性。该规定第20条规定:“金钱债权执行中,符合下列情形之一,被执行人以执行标的系本人及所扶养家属维持生活必需的居住房屋为由提出异议的,人民法院不予支持:……(三)申请执行人按照当地廉租住房保障面积标准为被执行人及所扶养家属提供居住房屋,或者同意参照当地房屋租赁市场平均租金标准从该房屋的变价款中扣除五至八年租金的。执行依据确定被执行人交付居住的房屋,自执行通知送达之日起,已经给予三个月的宽限期,被执行人以该房屋系本人及所扶养家属维持生活的必需品为由提出异议的,人民法院不予支持。”因此,笔者认为对夫妻一方作为债务人,应履行法定给付义务时,对夫妻名下共有财产进行析产并以债务人个人份额进行偿付于法于理可通,理由如下:一是债务人作为共有人,其在家庭中所拥有的财产就是对共有财产经法定析产后属于自己的部分,因此,对属于其的部分予以变价退赔是“应当”的。二是假设认定债务人在共有财产中占有共有财产的二分之一份额,以现有的房屋租售比作简单估算,配偶(其他共有人)对房产二分之一份额所对应的金钱额,应当能够支付远远超出当地房屋租赁市场平均租金为标准的五至八年租金。以租赁权置换所有权,并不会实质损害到被告人所扶养家属的基本生存权益,不足以阻却析产和执行,且这与民事执行案件中的代位析产诉讼的权利保护程度也是相一致的。三是如析产问题不能在刑事审判程序由予以解决,将导致在执行程序中,仍需另行启动实体审查程序解决共同共有财产的析产问题后,方可进行对特定财产的处置变现,浪费司法成本。

(五)共有财产的刑事析产程序和方式

虽然刑事法律并未规定刑事案件中的析产程序,但《刑诉法解释》第447条规定:“财产刑和附带民事裁判的执行,本解释没有规定的,参照适用民事执行的有关规定”和《刑事裁判涉财产部分执行的若干规定》第16条规定:“人民法院办理刑事裁判涉财产部分执行案件,刑法、刑事诉讼法及有关司法解释没有相应规定的,参照适用民事执行的有关规定”。因此,在处置涉案的被告人与他人的共同共有房产过程中,可参照民事诉讼法律的析产程序进行,并结合《刑诉法解释》第139条的规定,及刑事司法实践中对“非法占有、处置型”涉财部分的处置方式,对涉案共有财产的处置程序予以简化。

第一,被害人、公诉人、被告人需对被告人名下与他人共同共有财产进行析产提出申请。《民事执行规定》第14条第3款规定:“共有人提起析产诉讼