

审判前沿

新类型案件 审判实务

□北京市高级人民法院/编

(总第6集)

本集要目

【案例研究】

建筑物区分所有权理论在审理实践中的运用
公司成立中出资失败纠纷案件法律问题初探
合作开发项目公司法律地位的甄别问题研究

【疑案探讨】

酒后搭车摔下死亡责任的认定
眺望权、视觉卫生权法律问题探讨

【案例分析】

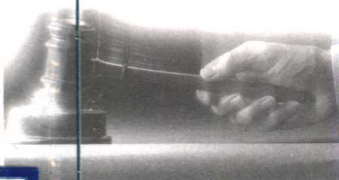
刑讯逼供致使被害人心脏病发作死亡的犯罪认定
高考报名权纠纷案中的法律问题
公安机关不同意公民变更自己的姓名行政诉讼中的法律问题
假币被没收能否对金融机构提起行政诉讼

【观点争鸣】

违法经营者的非法利益是否受法律保护

【参阅案例】

在繁忙道路上故意挤别他人机动车放任严重后果发生的构成以危险方法危害公共安全罪
商品性能应当符合在产品或包装上注明的标准和以产品说明、实物样品等方式表明的质量状况



法律出版社
LAW PRESS CHINA

2003年第4集
(总第6集)

审判前沿

新类型案件审判实务

□北京市高级人民法院/编



法律出版社
LAW PRESS CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿. 第6集, 新类型案件审判实务/北京市高级人民法院编. —北京: 法律出版社, 2004. 2

ISBN 7-5036-4197-5

I. 审… II. 北… III. 审判—案例—研究—中国
IV. D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2004)第 005599 号

法律出版社·中国

责任编辑/戴伟

装帧设计/李瞻

出版/法律出版社

编辑/法律应用出版分社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/北京中科印刷有限公司

责任印制/陶松

开本/A5

印张/9.625 字数/248千

版本/2004年3月第1版

印次/2004年3月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

电话/010-63939796

网址/www.lawpress.com.cn

传真/010-63939622

法律应用出版分社/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

电子邮件/yingyong@lawpress.com.cn

读者热线/010-63939642

传真/010-63939650

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里法律出版社综合业务楼(100073)

传真/010-63939777

中法图第一法律书店/010-63939781/9782

客服热线/010-63939792

中法图北京分公司/010-62534456

网址/www.chinalawbook.com

中法图上海公司/021-62071010/1636

电子邮件/service@chinalawbook.com

中法图苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-4197-5/D·3915 定价: 20.00 元

审判前沿

2003 年第 4 辑(总第 6 辑)

编辑委员会

主 任:秦正安

副 主 任:马艾地 李 克 王 明 贺 荣 朱 江

委 员:(按姓氏笔画排列)

田玉玺 刘兰芳 吉罗洪 孙国明 李大元

李振奇 张柳青 张鲁民 徐 扬 谭京生

编辑部

主 编:贺 荣

副 主 编:张 悦 辛尚民

编 辑:毕东丽 薛 峰 曾宏伟 唐 明 范跃如

乔新生 万 钧 张 灵 张新平 宋洪印

目 录

案例研究

- ◆挪用公款归个人使用的认定
 - 被告人田某等挪用公款案法律问题研究 朱 平 周万毅(3)
- ◆限制责任能力的精神病人犯罪案件中的法律问题研究
 - 被告人王某故意伤害案法律问题研究 李增森 云 强(12)
- ◆建筑物区分所有权理论在审理实践中的运用
 - 季某诉朱某侵犯居住安全及休息权案法律问题研究 徐锦平(22)
- ◆不动产赠与合同撤销问题研究
 - 李某诉于某返还财物案法律问题研究 马 强(29)
- ◆盖然性标准在认定案件事实中的运用
 - 某律师事务所诉中财信业房地产开发有限公司委托代理协议纠纷案法律问题研究 肖荣远(38)
- ◆公司成立中出资失败纠纷案法律问题初探
 - 联合证券有限责任公司诉华诚投资管理有限公司参股协议案法律问题研究 胡 君(46)

◆合作开发项目公司法律地位的甄别问题研究

- 卢沟桥农工商联合总公司、仁安房地产开发有限
责任公司、新兴房地产开发华东公司联建合同
纠纷案法律问题研究 张凯军 谷绍勇(56)

◆法人型联营公司若干问题研究

- 冀铁集团诉长安商城解除联营合同、解散
联营公司纠纷案法律问题研究 融 鹏(70)

◆为获得高息而存款引发纠纷法律问题研究

- 中昊碱业有限公司诉建行开发区支行储蓄
存款合同纠纷案法律问题研究 何 波(79)

疑案探讨

◆审判实践中连续犯与罪数判断问题探讨

- 陈某强奸和猥亵儿童案法律问题研究 张代恩(93)

◆共同犯罪中犯罪中止的认定与处罚

- 对赵某等人抢劫案的法律适用问题研究 ... 陈 荣(112)

◆酒后搭车摔下死亡责任的认定

- 何某诉王某人身损害赔偿案法律问题
探讨 商兴佳(119)

◆眺望权、视觉卫生权法律问题探讨

- 吕某诉北京盛荣房地产开发有限公司相邻关系
纠纷、环境噪声污染损害赔偿纠纷案法律
问题探讨 王晓艳(124)

◆未定履行期限债权的诉讼时效期间起算探讨

- 刘某诉鲁某借款纠纷案时效起算问题
探讨 史德海(131)

◆利他合同中第三人履约请求权探析

- 对某买卖合同纠纷案中第三人履约请求权
法律问题研究 刘书星(138)

- ◆对与突发公共卫生事件有关案件及其审理的若干思考
 - 以与传染性非典型肺炎有关案件及其审理为例 薛 峰 (146)

案例分析

- ◆刑讯逼供致使被害人心脏病发作死亡的犯罪认定
 - 被告人张某等刑讯逼供案法律问题分析 臧德胜 康海滨 (161)
- ◆储户与银行对存款数额清点发生争议举证责任之认定
 - 李某诉中国银行北京市崇文支行存款纠纷案法律问题分析 薛春江 张寒松 (167)
- ◆高考报名权纠纷案中的法律问题
 - 杨某与北京市中关村中学教育权纠纷案法律问题分析 马 军 (172)
- ◆以房抵债合同的生效并不以房产过户登记为前提
 - 万兴公司诉滑雪公司、银冠公司建筑合同纠纷案法律问题分析 陈 特 (180)
- ◆提货单产权转移的认定
 - 北京市通北中机械加工厂诉北京亨运通机械有限公司加工纠纷案法律问题分析 顾国增 (188)
- ◆情势变更与不可抗力的区分
 - 北京商建房地产开发公司诉北京市北郊农场合作建房协议案法律问题
分析 单国军 李 梅 (194)
- ◆公安机关不同意公民变更自己的姓名行政诉讼中的法律问题
 - 王某诉某区公安分局不同意变更姓名案法律问题分析 侯桂珍 易珍春 (201)
- ◆铁道部关于票价上浮的《通知》可诉性研究

- 乔占祥诉铁道部铁路旅客票价管理案法律问题
问题分析 林民华 (205)
- ◆浅谈企业国有资产界定纠纷中的法律问题
——某公司诉国家经贸委国有资产产权界定行政案
法律问题分析 朱世宽 (216)
- ◆假币被没收能否对金融机构提起行政诉讼
——霍某不服银行收缴假币行政强制措施案法律
问题分析 孟德英 (222)

观点争鸣

- ◆是敲诈勒索罪还是抢劫罪 徐应举 (231)
- ◆金钱质押物的合同效力如何认定 王文胜 (235)
- ◆违法经营者的非法利益是否受法律保护 钟 鸣 (238)

参阅案例

- ◆在繁忙道路上故意挤别他人机动车放任严重后果发生的
构成以危险方法危害公共安全罪 (243)
- ◆合同约定的违约金过高当事人可请求人民法院适当
减少 (247)
- ◆商品性能应当符合在产品或包装上注明的标准和以产品
说明、实物样品等方式表明的质量状况 (251)
- ◆付出创造性劳动的推荐性国家标准应受著作权法的
保护 (255)
- ◆对电影、电视、录像作品进行制作产生的录制品不属于
录像制品 (259)

法律文书之窗

- ◆张林英、董沙贝、董沙雷、董一沙与上海广元艺术工艺品
有限公司、中国革命博物馆、北京工美集团有限责任公司

侵犯著作权纠纷上诉案	
——北京市高级人民法院民事判决书(2002)高民终字第 728 号	(265)
◆海南新大洲一洋药业有限公司诉北京圣日医药科技发展有限公司技术转让、合作合同纠纷案	
——北京市海淀区人民法院民事判决书(2001)海知初字第 134 号	(273)
◆北京诚实新文商贸中心诉北京草原之夜大酒楼买卖合同纠纷案	
——北京市丰台区人民法院民事判决书(2003)年丰民初字第 00980 号	(287)
《征稿启事》	(294)

❧ 案例研究 ❧

挪用公款归个人使用的认定

——被告人田某等挪用公款案法律问题研究

朱 平^① 周万毅^②

一、据以研究的案例

宝华公司是被告人马某和妻子杨某出资人民币400万元注册成立的。被告人田某、姜某在分别担任某国有公司总经理、副总经理期间,于1999年9月,在未严格审查宝华公司的资质、借款用途及还款能力的情况下,将本单位人民币300万借予宝华公司。宝华公司使用上述借款偿还银行到期贷款。由于宝华公司经营不善,不能如期偿还全部借款,造成某国有公司人民币949,700.62元国有财产的重大损失。此外,被告人田某于1996年3月间,利用职务便利,将本公司公款人民币100万元,借给集体所有制的润鑫公司进行

① 作者单位:北京市高级人民法院刑二庭。

② 作者单位:北京市第一中级人民法院刑二庭。

营利活动。后某国有公司收取利息人民币 5 万元。案发后,润鑫公司偿还某国有公司人民币 100 万元。检察院于 2001 年 4 月 16 日向法院提起公诉,认为:被告人田某、姜某身为国家工作人员,利用职务上的便利,伙同被告人马某挪用公款归个人使用,进行营利活动,且数额巨大不退还,被告人田某利用职务上的便利,挪用公款归个人使用,进行营利活动,数额巨大,3 被告人的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 384 条第 1 款之规定,均已构成挪用公款罪。3 被告人均作了无罪辩护。

一审法院经审理认为,被告人田某、姜某身为国有公司的工作人员,严重不负责任,在未严格审查宝华公司的资质及还款能力的情况下,将本单位公款人民币 300 万元借给宝华公司使用,致使国家利益遭受重大损失,其行为均已构成国有公司人员失职罪,依法应予惩处,根据本案具体情节,可分别适用缓刑。被告人马某为其所在公司向国有公司借款的行为,不构成犯罪。检察院关于被告人田某、姜某、马某共谋挪用公款及田某挪用公款给润鑫公司使用的指控,经查,现有证据不足以证实被告人田某、姜某以个人名义为谋取个人利益将公款借给宝华公司、润鑫公司使用,故公诉机关指控被告人田某、姜某相勾结,共同挪用公款,因而构成挪用公款罪亦不能成立。依照《中华人民共和国刑法》的规定,其行为应认定为国有公司人员失职罪。据此,依照《中华人民共和国刑法》第 168 条、第 72 条第 1 款、《中华人民共和国刑法修正案》第 2 条及《中华人民共和国刑事诉讼法》第 162 条第(2)项之规定,于 2001 年 11 月 15 日判决:1. 被告人田某犯国有公司人员失职罪,判处有期徒刑 2 年,缓刑 2 年。2. 被告人姜某犯国有公司人员失职罪,判处有期徒刑 2 年,缓刑 2 年。3. 被告人马某无罪。4. 在案扣押的作废转账支票一张发还被告人马某。

一审宣判后,被告人姜某以一审法院在开庭审理时没有对判决书确定的国有公司人员失职罪进行调查且剥夺了其申辩的诉讼权利,故原判认定的部分事实与实际情况不符为由,向上级法院提起

上诉。

二审法院经审理认为,一审法院判决认定被告人田某、姜某犯国有公司人员失职罪的事实不清,证据不足。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第189条第(3)项之规定,于2002年1月31日裁定撤销一审法院刑事判决,发回重新审判。

一审法院依法另行组成合议庭,经公开审理认为,现有证据不足以证实被告人田某、姜某以个人名义将公款借给润鑫公司使用,亦不能证实田某、姜某上述行为是个人决定,并谋取个人利益,故公诉机关指控被告人田某、姜某犯挪用公款罪的罪名不能成立。被告人马某为其所在公司向国有公司借款的行为,亦不构成犯罪。被告人田某、姜某未严格审查宝华公司的资质及还款能力,将本单位公款人民币300万元借予宝华公司使用的行为,根据1999年12月25日全国人大常委会通过的《中华人民共和国刑法修正案》第2条第1款的规定,二被告人的行为显系国有公司人员渎职行为。但因二被告人的行为发生在《刑法修正案》公布之前,当时的法律对国有公司人员渎职行为以徇私舞弊作为构成要件,因本案证据不足以证实田某、姜某有徇私舞弊情节,因此依照《中华人民共和国刑法》第12条第1款的规定,二被告人的行为不构成犯罪。据此,依照《中华人民共和国刑法》第12条第1款、第3条、《中华人民共和国刑事诉讼法》第162条第(3)项之规定,于2002年10月24日判决3被告人无罪,在案扣押的人民币15万元发还某国有公司,在案扣押的作废转账支票一张予以没收。

二、主要法律问题研究

(一)被告人田某、姜某、马某的行为是否构成挪用公款罪

关于挪用公款归个人使用,历来是挪用公款罪认定中的一个难点问题,为此最高人民法院先后颁布了两个司法解释,全国人大常委会也颁布了一个立法解释。最高人民法院1998年5月9日颁布施行的《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》(以下

简称《司法解释》一)第1条的规定,“挪用公款归个人使用”,包括挪用者本人使用或者给他人使用。挪用公款给私有公司、私有企业使用的,属于挪用公款归个人使用。最高人民法院2001年10月26日颁布施行的《关于如何认定挪用公款归个人使用有关问题的解释》(以下简称《司法解释》二)规定:1.国家工作人员利用职务上的便利,以个人名义将公款借给其他自然人或者不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的,属于挪用公款归个人使用。2.国家工作人员利用职务上的便利为谋取个人利益,以个人名义将公款借给其他单位使用的,属于挪用公款归个人使用。3.本解释施行后,我院此前发布的司法解释的有关内容与本解释不一致的,不再适用。2002年4月28日通过的全国人大常委会《关于刑法第三百八十四条第一款的解释》(以下简称《立法解释》)规定:有下列情形之一的,属于“挪用公款归个人使用”:1.将公款供本人、亲友或者其他自然人使用的;2.以个人名义将公款供其他单位使用的;3.个人决定以单位名义将公款供其他单位使用,谋取个人利益的。

比较上述两个司法解释与立法解释,对“挪用公款归个人使用”的界定存在较大的区别。表现在:

1.《司法解释》一将挪用公款给私有公司、私有企业使用解释为挪用公款归个人使用,即将私有公司、私营企业作为个人看待;《司法解释》一没有解决挪用公款给私有公司、私营企业以外的其他单位使用的行为如何界定的问题。

2.《司法解释》二将以个人名义挪用公款给不具有法人资格的私营独资企业、私营合伙企业等使用的解释为挪用公款归个人使用,即对于以个人名义挪用公款给具有法人资格的私营企业使用的不属于挪用公款归个人使用,相对于《司法解释》一,缩小了“挪用公款给个人使用”的范围;《司法解释》二规定了将公款借给单位使用如何认定的问题,但没有解决以单位名义将公款借给他人使用如何认定的问题;没有规定挪用公款归本人使用如何认定。

3.《立法解释》将“以个人名义将公款供其他单位使用的”解释为

“挪用公款归个人使用”,不需要考虑借款使用单位是否具备法人资格问题,也不需要具备“为谋取个人利益”的要素,因而扩大了“挪用公款给个人使用”的范围。同时,《立法解释》补充规定了以单位名义将公款借给其他单位使用如何认定的问题。

比较上述三个法律解释,《立法解释》更为全面、且更为宽泛地界定了“挪用公款归个人使用”的适用范围。根据立法解释与司法解释的效力等级关系,立法解释优先于司法解释适用,因此,《立法解释》颁布施行后,《司法解释》一、《司法解释》二的相关规定不再适用。

本案先后经过一审、二审、重审,在第一次一审期间,《立法解释》尚未颁布,《司法解释》一、《司法解释》二颁布施行,根据《司法解释》二第3条的规定,《司法解释》一的内容与《司法解释》二不一致的,不再适用,因此审判机关应适用《司法解释》二的规定,以此界定“挪用公款归个人使用”的涵义。被告人田某、姜某将公款人民币300万元、100万元分别借给宝华公司、润鑫公司使用,从其单位走账看,其填写了单位内部支票请用单,是以单位的名义;从借款的对象看,宝华公司是具有法人资格的有限责任公司,润鑫公司是具有法人资格的集体所有制性质,并非不具有法人资格的私营独资企业或私营合伙企业。可见,田某、姜某二人是以单位的名义将公款借给具有法人资格的单位使用,在案证据不能证实被告人田某、姜某借款300万元具有谋取个人利益的目的,其借款100万元是出于为单位牟利。因此,根据《司法解释》二的规定,不能将田某、姜某出借公款的行为认定为挪用公款归个人使用,其不构成挪用公款罪。

本案发回重审期间,《立法解释》颁布实施,根据《立法解释》的规定,被告人田某、姜某亦不构成挪用公款罪。马某借用国有公司公款的行为亦不构成犯罪。

(二)国有公司、企业、事业单位人员失职罪如何认定

根据1997年刑法第168条的规定,徇私舞弊造成亏损罪,是指国有公司、企业直接负责的主管人员徇私舞弊,造成国有公司、企业破产或者严重亏损,致使国家利益遭受重大损失的行为。1999年刑

法修正案对刑法第 168 条进行了修改,犯罪主体范围扩大,国有事业单位的工作人员也能构成本罪;增加规定了一个量刑档次;“徇私舞弊”由犯罪构成要件变为加重犯罪构成的要件,这样,构成本罪不再要求行为人主观上出于故意,具备徇私的目的,过失也能构成本罪。根据 2002 年 3 月 26 日起施行的《最高人民法院、最高人民检察院关于执行〈中华人民共和国刑法〉确定罪名的补充规定》,罪名也相应地变更为国有公司、企业、事业单位人员失职罪和国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪。因此,对于国有公司人员失职行为,1997 年刑法和修正后的刑法规定了不同的犯罪构成。

根据刑法修正案的规定,田某、姜某身为国有公司的工作人员,严重不负责任,在未严格审查宝华公司的资质及还款能力的情况下,将本单位公款人民币 300 万元借给宝华公司使用,致使国家利益遭受重大损失,其行为均已构成国有公司人员失职罪。根据 1997 年刑法的规定,徇私舞弊是犯罪构成的要件,因本案证据不足以证实田某、姜某的行为具有徇私舞弊的情节,故不构成犯罪。

对于发生在 1997 年刑法颁布实施后,1999 年《刑法修正案》颁布实施前的行为,就存在法律的溯及力问题。对于故意犯罪,一般以行为实施的时间作为判断该行为适用法律的标准。但是,对于过失犯罪,通常要求具备危害后果,对于行为的判断,是以危害后果的发生时间作为行为发生的时间,还是以过失行为发生的时间作为行为发生的时间,则存在较大的争议。以国有公司人员失职罪为例,行为人严重不负责任,或滥用职权,将公款借给其他单位使用,造成重大损失的,是以重大损失发生的时间作为犯罪时间,还是以借出公款的时间作为犯罪时间,这在行为的评价上会得出不同的结论。本案中,被告人田某、姜某借出公款的时间是 1999 年 9 月,其行为属于渎职行为,至案发时(2000 年 2 月)尚不能归还,以起诉时间为界,其造成重大损失的时间为 2000 年 2 月。关于被告人应适用的法律,存在不同的观点。

一种观点认为,应以重大损失发生时的法律作为其行为应适用