

〔案例研究〕

“家族公司”的大股东近亲属侵占公司财产的犯罪认定
已亡公司股东股份归属问题研究
装修合同的风险负担
MTV作品著作权的法律保护问题

〔疑案探讨〕

证券商提供的股票交易系统无法及时撤单所产生的法律责任
妨碍依法排除后当事人又施以妨害的程序处理

〔案例分析〕

交通肇事后疯狂逃逸并连续制造多起事故的犯罪定性

〔参阅案例〕

公民个人购买的公有住房可以依法遗赠他人

〔司法文件〕

北京市高级人民法院关于统一全市法院民事、行政、刑事和执行案件立案材料要求的通知

审判前沿 新类型案件 审判实务

北京市高级人民法院 / 编

05



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

审判前沿

新类型案件 审判实务



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

图书在版编目(CIP)数据

审判前沿. 2005 年第 2 集. 总第 13 集, 新类型案件审判实务 / 北京市高级人民法院编著. —北京: 法律出版社, 2005. 9

ISBN 7-5036-5862-2

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

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2005)第 111780 号

©法律出版社·中国

责任编辑/周瑾

装帧设计/于佳

出版/法律出版社

编辑统筹/法规与大众读物出版社

总发行/中国法律图书有限公司

经销/新华书店

印刷/永恒印刷有限公司

责任印制/吕亚莉

开本/A5

印张/10.75 字数/281 千

版本/2005 年 10 月第 1 版

印次/2005 年 10 月第 1 次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里 7 号(100073)

电子邮件/info@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

网址/www.lawpress.com.cn

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、子公司电话:

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85388843

重庆公司/023-65382816/2908

上海公司/021-62071010/1636

北京分公司/010-62534456

深圳公司/0755-83072995

苏州公司/0512-65193110

书号: ISBN 7-5036-5862-2/D·5579

定价: 25.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)

目 录

案例研究

- ◆“家族公司”的大股东近亲属侵占公司财产的
犯罪认定
——李某职务侵占案法律问题研究…………… 罗鹏飞(3)
- ◆已亡公司股东股份归属问题研究
——张某继承其父在某公司股份案法律问题
研究…………… 马 强(11)
- ◆装修合同中的风险负担
——张某某与张某因装修引发的劳务报酬案
法律问题研究…………… 程 屹(28)
- ◆突出使用他人注册商标导致混淆的构成商标侵权
——中化集团公司诉浙江中化网络股份有限
公司等侵犯商标权及不正当竞争纠纷案
法律问题研究…………… 焦 彦(37)
- ◆“夸大宣传并带有欺骗性”的认定
——某公司不服商标行政决定诉商评委案法
律问题研究…………… 辛尚民(49)
- ◆MTV 作品著作权的法律保护问题

- 华纳唱片公司诉唐人街餐饮娱乐公司侵犯著作权案法律问题研究…………… 张晓津(65)
- ◆既判力的扩张与被执行人的变更和追加
 - 南方证券有限公司申请追加中国房地产集团公司为被执行人案法律问题研究…………… 丁亮华(77)
- ◆作出撤销行政处罚决定应当适用的法定程序
 - 日本可乐丽株式会社不服北京市工商行政管理局朝阳分局撤销行政处罚决定案法律问题研究…………… 倪建新(91)

疑案探讨

- ◆转化型抢劫罪若干问题研究
 - 申某抢劫案法律问题探讨…………… 于同志(103)
- ◆抢夺中对财物施加暴力仍应认定为抢夺罪
 - 李某、刘某抢夺案法律问题探讨…………… 崔永红 梁延昊(111)
- ◆为亲友非法牟利罪若干法律问题研究
 - 李某为亲友非法牟利案法律问题探讨…………… 孙丽芳 易珍春(120)
- ◆单位与自然人共同诈骗银行贷款行为的定罪处罚
 - 马某等三人合同诈骗、违法发放贷款、挪用资金案法律适用问题探讨…………… 邓 钢 康 瑛(129)
- ◆证券商提供的股票交易系统无法及时撤单所产生的法律责任
 - 李某诉金谷证券公司、深圳证券交易所证券权益纠纷案法律问题探讨…………… 张 鹏(141)
- ◆一般保证人先诉抗辩权若干问题
 - 罗某与姚某、李某保证合同纠纷案法律问题探讨…………… 曾小华(151)
- ◆申请撤销仲裁裁决案件的重新仲裁问题

- 某房地产公司与某建设公司申请撤销仲裁裁决案法律问题探讨…………… 顾国增(157)
- ◆妨碍依法排除后当事人又施以妨害的程序处理
 - 杨某两次起诉方某排除妨碍纠纷案法律问题探讨…………… 白 昊(167)
- ◆注册商标三年不使用撤销案件审查程序及后续救济途径的完善
 - 杜比斯注册商标撤销行政案法律问题探讨…………… 周云川(172)
- ◆域名之争与商标权的网络冲突
 - 宝洁公司与天地电子集团计算机网络域名纠纷案法律问题探讨…………… 刘晓军(179)

案例分析

- ◆操纵证券交易价格犯罪行为的认定
 - 中科创业操纵证券交易价格案法律问题分析…………… 白 波 赵瑞昱(195)
- ◆交通肇事后疯狂逃逸并连续制造多起事故的犯罪定性
 - 王某以危险方法危害公共安全案法律问题分析…………… 易大庆(204)
- ◆交付所购楼房楼层错误的购房合同效力认定
 - 刘某与某房地产开发公司商品房预售合同纠纷案法律问题分析…………… 吴 岩(211)
- ◆浅析继子女对继父母的赡养
 - 刘老太与马某赡养纠纷案法律问题分析…………… 李晓明(217)
- ◆撤销权成立应以撤销权人已对债务人享有债权为要件

- 北京兆维电子(集团)有限责任公司诉中国对外贸易咨询公司撤销权纠纷案法律问题
问题分析…………… 郭莉蓉(221)
- ◆意思表示“错误”之范围认定
 - 王某、李某诉张某补偿纠纷案法律问题
分析…………… 胡建勇(227)
- ◆浅谈合同当事人主从义务的确定
 - 会之光公司诉中国医师协会会展合作合同纠纷案法律问题
分析…………… 钟蔚莉 赵一平(234)
- ◆股权转让合同效力问题研究
 - 某投资控股有限公司诉某医药开发总公司股权转让合同纠纷案法律问题
分析…………… 李旭辉(240)

观点争鸣

- ◆与有配偶者非法同居的当事人提起重婚刑事自诉的诉讼主体认定…………… 崔永红(249)
- ◆售楼处工作人员越权收取购房款据为己有的行为构成诈骗罪…………… 曹正中 李中华(254)
- ◆业务员超越职权对外免除债务由谁承担责任…………… 蔡俊清(259)
- ◆承租人对租赁物存在权利瑕疵的合同是否享有合同解除权…………… 刘书星 刘 峰(262)
- ◆受害人损失由发包方与雇主承担…………… 刘 梅(266)

参阅案例

- ◆利用信用证抵押贷款诈骗银行的行为如何定罪处罚…………… (271)
- ◆退休人员与重新聘用单位签订的聘任合同不属于劳动法的调整范围…………… (277)
- ◆公民个人购买的公有房屋可以依法遗赠他人…………… (281)

- ◆确认宅基地收归集体的协议是否有效属于人
民法院民事案件的受理范围…………… (286)
- ◆合同解除后违约方不丧失利息返还请求权…………… (289)

法律文书之窗

- ◆益安贸易公司不服商标异议复审裁定诉国家
工商行政管理总局商标评审委员会行政诉
讼案行政判决书
——北京市高级人民法院(2005)高行终字第
202号行政判决书…………… (295)
- ◆寇某诉北京美加建业教育发展有限公司、美
加时代(北京)教育发展有限公司服务合同纠
纷案民事判决书
——北京市海淀区人民法院(2004)海民初字第
8145号民事判决书…………… (303)

司法文件

- ◆北京市高级人民法院关于统一全市法院民
事、行政、刑事和执行案件立案材料要求的通知…………… (313)

案例研究

“家族公司”的大股东近亲属 侵占公司财产的犯罪认定

——李某职务侵占案法律问题研究

罗鹏飞^①

一、据以研究的案例

2001年4月10日,北京天旭实业集团(股份制合作)下达文件聘任李某为北京天旭实业集团总经理助理、北京天旭达房地产开发有限责任公司(有限责任公司)副总经理兼销售部经理。2003年2月间,北京天旭达房地产开发有限责任公司决定在北京市区发布户外房地产广告,时任公司副总经理的李某让市场部工作人员分别征询广告价格。公司市场部员工高某联系到北京中亚博文广告公司,该广告公司向高某报价为182万元,高某便把中亚博文广告公司的情况介绍给被告人李某,李某与北京中亚博文广告公司经理刘某

^① 作者单位:北京市第二中级人民法院。

继续洽谈户外广告发布合同的价格,最后双方商定广告发布费为170万元。在此期间,被告人李某以其公司提现金为由,提议将双方在合同上签订的广告发布费增加到1,980,160元,多出的28万元让该广告公司扣除10%税金后以现金形式返给李某。刘某同意后,将其签字的合同交给李某,李某于2003年3月4日把该合同交给总经理孙某(刘某之丈夫),孙某阅后在合同上签字。依据合同约定,签约当日北京天旭达房地产开发有限责任公司应支付给北京中亚博文广告公司合同总价款的50%即人民币990,080元,3月5日高某将北京天旭达房地产开发有限责任公司的990,080元转账支票交给刘某,3月6日该笔款项转到了北京中亚博文广告公司在招商银行建国路支行的账户。3月13日刘某返给李某现金人民币15万元。3月25日,刘某又将现金人民币102,000元送到李某单位楼下,李某让高某下楼拿钱并授意高某把钱存入其在市区内的开户银行,高某于当日将现金人民币102,000元存入李某在招商银行建国路支行设立的存款账户。2003年5月30日,被告人李某将上述两笔款借给他人使用。

2003年3月25日,李某被免职,同年4月9日,公安机关接匿名举报信举报被告人李某有职务侵占行为,经公安机关初查于同年5月29日立案侦查,并将被告人李某抓获。2003年7月21日,被告人李某父母缴至法院现金人民币28万元,表示愿意替李某退还其占有的款项。

检察院以被告人李某犯职务侵占罪,向法院提起公诉。公诉机关认为,被告人李某无视国家法律,在担任北京天旭达房地产开发有限责任公司副总经理期间,利用职务便利,将公司的资金非法占为己有,且数额巨大,其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第271条之规定,已构成职务侵占罪。

被告人李某在法庭审理中辩称称:北京天旭达房地产开发有限责任公司系孙某的家族企业,其没有侵占公司财产的故意,不构成职务侵占罪。其辩护人认为:1. 天旭达房地产开发有限责任公司股东结构发生变化,其实际情况与工商登记内容不符,公司决策无其他股

东参与,李某与其丈夫家中生活开销完全由公司支付,反映出天旭达房地产开发有限责任公司实际经济性质为家族公司,公司财产即是家庭共同财产,李某将公司财产与家庭财产视为一体,李某所提资金应属其与其夫共同拥有的家庭财产,不能认定为侵犯公司财产,该企业内部家族人员尤其是夫妻间发生财产纠纷,不应属于职务侵占范围。2. 起诉书指控李某侵占数额不当,李某应对其夫孙某占有份额的财产享有共有权,对应属于孙某股份的部分款项,不应计算在侵占数额之内。

一审法院经审理认为,李某在担任北京天旭实业集团总经理助理、北京天旭达房地产开发有限责任公司副总经理期间,利用职务上的便利,收取广告业务回扣款现金人民币252,000元(税后),其行为侵犯了有限责任公司的企业财产所有权且数额巨大,已构成职务侵占罪。故判决:一、被告人李某犯职务侵占罪,判处有期徒刑5年。二、被告人李某亲属代其所退款项人民币28万元发还北京天旭达房地产开发有限责任公司。

一审宣判后,被告人李某以其行为不构成职务侵占罪为由提起上诉。二审法院维持了一审判决。

二、相关法律问题研究

(一)股权式公司中的职务侵占罪的客体是法人财产权

根据《刑法》第271条的规定,公司、企业或者其他单位的人员,利用职务上的便利,将本单位财物非法占为己有,数额较大的行为,构成职务侵占罪。职务侵占罪的犯罪对象必须是本单位的合法财产,侵犯的客体是公私财产的所有权。公司是指依据《公司法》成立的有限责任公司或股份有限公司,企业包括集体经济组织、私营企业、中外合资、合作企业、外资企业以及外国公司在我国境内设立的分支机构,这些企业是指依法成立、具有法人资格的经济组织,其他单位是指公司、企业以外的群众团体、管理公益事业的单位、群众自治组织等,上述单位的财产所有权是指该单位对财产的占有、使用、

收益、处分和退还请求权。

依据《公司法》成立的有限责任公司或股份有限公司属于股权式公司,实践中,存在所谓的“个人公司”与“家族公司”,^①“个人公司”是指一个股东占有公司绝大部分股份,其在设立时只是借助他人的名义进行工商登记注册,以达到设立公司所要求的股东人数,或者在设立后通过股份转让,致使其他股东实际上并未出资或出资甚少,不参与或很少参与公司的管理与经营。“家族公司”是指亲属如夫妻、父子等共同出资设立的公司,公司的经营管理权掌握在家族的手中。“个人公司”与“家族公司”财产的得失实际上最终由个人或家族承担,基于此,对上述股权式公司中的职务侵占罪的客体即公司的财产所有权的认识存在着分歧。一种意见认为,股权式公司的财产所有权应当包括法人财产权与股东财产权,只有在职务侵占行为对法人财产权与股东财产权都侵犯的情况下才能被认定为职务侵占罪。因为,公司法人财产的损益最终要由股东本人承担,在“个人公司”与“家族公司”中,公司法人财产的损益最终由个人或家族承担,从公司财产的损益归属上看,公司财产等同于股东个人财产或家族财产,在不存在损害其他股东权益的情况下,不能认定股东个人侵占自己或其家庭的财产。另一种意见认为,公司的财产所有权是指公司的法人财产权,不包括股东财产权。因为公司一旦成立后,公司的法人财产就独立于股东的个人财产。

本文赞同后一种意见,股权式公司中职务侵占罪的客体应当是公司的法人财产权,而不包括股东财产权。首先,按公司法的规定,股东对投入的资产不享有所有权,该资产的所有权已归公司所有,股东与公司间完全是债权债务关系,而不存在所有权关系,尽管公司财产的损益最终由股东个人承担,但是,股东权益是通过对公司法人财产的经营管理权而不是所有权来实现。其次,股权式公司以其独立于股东个人财产的公司法人财产对外承担责任,以工商登记注册的

^① “个人公司”与“家族公司”均不是法律上的概念,只是实践中的一种称谓。

信息对外进行公示,公司的公示力与公信力是其进行正常诚信的市场行为的基础与前提,因此,股权式公司的财产所有权也只能理解为公司的法人财产权。^①无论是“个人公司”还是“家族公司”,其进行市场行为的基础也只是公司的法人财产而不是股东个人财产。

本案中,李某的丈夫系北京天旭达房地产开发有限责任公司的大股东,且公司的经营管理权实际上由其丈夫一人行使,北京天旭达房地产开发有限责任公司也就是所谓的“一人公司”,但是李某侵占公司财产的行为所侵犯的同样是北京天旭达房地产开发有限责任公司的法人财产权而不是其丈夫的个人财产所有权或家庭财产所有权。

(二)职务侵占罪中的非法占有目的的认定

在刑法理论上,职务侵占罪属于侵犯财产罪中的取得罪,一般认为,侵犯财产罪中的取得罪都必须以非法占有为目的,《刑法》第271条也明确规定了只有“将本单位财物非法占为己有”才构成职务侵占罪。因此,职务侵占罪的主观方面不仅要求行为人具有职务侵占的犯罪故意,还要求行为人主观上具有非法占有的目的。

首先,职务侵占罪中的非法占有目的是指将本单位的财物非法占为己有的目的,而不是客观行为意义上的“非法占有”,行为人依职务或业务上的要求占有公司财物是合法的,但是其采取侵吞、窃取、骗取等手段将公司财物据为己有是非法的。其次,职务侵占罪中的非法占有目的是指行为人非法占有独立于股东个人财产或其家庭财产的公司法人财产的目的,而不是非法占有股东个人财产或其家庭财产的目的,不能将二者等同。如果行为人确实自始至终认为自己只是在侵占股东个人或家庭的财产,没有意识到其侵占的是公司的法人财产,则不能认定被告人主观上存在职务侵占罪所要求的非法占有目的。

^① 台湾地区有学者认为,职务侵占罪除侵犯财产所有权以外,还侵犯了业务行为中的诚信原则,我国也有部分学者持这种观点。

对于非法占有目的的认定,在有行为人供述的情况下,可以结合其客观上的侵占行为,根据“主客观相一致”的原则来认定其主观上的非法占有目的,在被告人予以否认的情况下,对于这一主观要素的认定只有通过已查清的案件的客观事实加以推定。实践中,据以推定职务侵占罪中的非法占有目的的客观事实可分为以下几个方面:

1. 行为人的取得行为。取得行为是指行为人将本单位财物置于本人控制之下的行为。职务侵占罪中的侵占行为比刑法第 270 条规定的侵占罪中的侵占行为的外延要大,与贪污罪的非法获取财物的手段有相同之处,包括侵吞、窃取、骗取或其他手段。职务侵占罪中的侵占行为不再以事先合法持有(占有)本单位财物为必要,一部分侵占行为是在合法持有(占有)本单位财物的前提下,实施了非法取得的行为,如将自己控制下的单位财物直接予以侵吞、“监守自盗”等,另一部分侵占行为是指通过非法的方式持有(占有)本单位财物并予以非法取得的行为,如采用虚构事实或隐瞒真相的手段,骗取本单位财物,利用回扣非法占有本单位财物等。上述侵占行为一般都能比较明显地反映出行为人主观上具有非法占有的目的。

2. 行为人的取得后行为。这是指行为人的归还态度、归还能力。行为人对财物的处置行为以及对非法取得行为的掩盖行为,这是区分职务侵占行为与挪用行为的关键。行为人非法取得本单位财物并不必然体现其主观上非法占有的目的,不能排除其主观上挪用的目的。在非法取得本单位财物的前提下,行为人具有下列行为之一的,应当认定其主观上具有非法占有的目的:(1)拒不退还的。这是指经要求退还主观上仍不退还的;(2)挪用于高风险营利活动或进行挥霍、非法活动,致使无法归还的。但是对于非法取得财物后,行为人将财物挪作他用,本来具有归还能力,只是因其他正常的客观原因致使未能及时归还的,不应当认定其主观上具有非法占有的目的;(3)采取平账等手段掩盖非法取得行为的。

3. 行为人是否应当认识到其所侵占的财物是本单位的财物。职务侵占罪中的非法占有目的是指非法占有本单位的财物的目的,

如果被告人无法认识到其所侵占的财物属于本单位的财物,则属于认识错误,不能认定其主观上具有非法占有本单位的财物的目的,不能认定其行为构成职务侵占罪。这需要根据行为人的教育背景、社会经验、所处职位,单位的规范程度等客观条件综合分析,如果在一个管理很不规范的“个人公司”,股东聘请其一未受过教育、很少社会经验的亲属担任仓库主管,其亲属进入公司不久便利用职务便利窃取公司财物,一般不宜认定其主观上具有非法侵占本公司财物的目的。

本案中,李某代表公司在与他人签订合同的过程中,采取编造提取现金的理由,私自收取对方返还的28万元,公司并不能通过正常的财物账目发现其侵占行为,同时,李某作为北京天旭实业集团总经理助理、北京天旭达房地产开发有限责任公司副总经理兼销售部经理,具有高等教育背景,且在公司任职已有相当长的时间,其应当认识到其侵占的是公司财物,因此,应当认定其主观上具有非法侵占本单位财物的目的。

(三)“个人公司”或“家族公司”股东的近亲属利用职务之便侵占公司的财产应认定为职务侵占罪

本案中,北京天旭达房地产开发有限责任公司的法人代表系李某之夫,李某之夫持有该公司的绝大部分股份,其他股东实际上并不参与该公司的经营管理。时任公司副总经理的李某在与北京中亚博文广告公司签订合同时以其公司提现金为职工发放奖金、福利为由,提议将双方在合同上签订的广告发布费由170万元增至1,980,160元,多出的28万元让该广告公司扣除10%的税金后以现金形式返还给李某。后被告人李某取得上述款项并将该笔款借与他人使用。

对于李某的行为的定性与量刑,第一种意见认为,由于李某之夫持有该公司的绝大部分股份,其他股东实际上并不参与该公司的经营管理,该公司实际上系李某之夫的“个人公司”或“家族公司”,公司财产实际上等同于李某与其夫共同拥有的家庭财产,故李某所提款项系其家庭财产,李某的行为未侵犯其他股东财产权,故不能认定李