

利用职务便利由自开公司向所任职国有公司销售钢材并获利

无竞争营业不构成非法经营同类营业罪

高之深 高洪江

基本案情

被告人张某、李某分别担任某国有造船公司的董事和经理。1997年,经张某提议,张某与李某、刘某(另案处理)共同成立经营A公司,股权比例为张某占股34%,李某与刘某分别占股33%。张某、李某在国有造船公司任职期间,二人分别利用担任董事、经理的职务便利,为A公司向其所任职的国有造船公司钢材销售提供帮助。1998年至2012年,A公司共向二被告人任职的某国有造船公司销售钢材3.56亿余元,获利达3200余万元。检察机关以被告人张某、李某犯非法经营同类营业罪向法院提起公诉。

一审法院开庭审理后认为,被告人张某、李某分别利用担任国有造船公司董事、经理的职务便利,由自己经营的钢材销售公司向其所任职的国有造船公司销售钢材,并获取巨额利益。但从涉案公司的经营范围来看,张某、李某开办的A公司所经营的是钢材采购、销售业务,既不在二被告人所任职造船公司的工商登记经营范围之内,也不在被告人所任职公司的实际经营范围之内,即A公司所经营的业务是二被告人所任职公司不经营的业务,不属同类的营业,故张某、李某的行为不构成我国刑法第一百六十五条规定的非法经营同类营业罪,被告人亦不构成其他犯罪。公诉机关指控的罪名不能成立,依法应宣告被告人张某、李某无罪。

一审宣判后,检察机关没有抗诉,二被告人没有上诉。判决已发生法律效力。

对于此案有三种观点,第一种观点认为,被告人张某、李某利用职务便利,通过自己开办的A公司向其所任职的造船公司供应钢材,属于非法经营同类的营业。虽然非法经营“同类营业”的核心含义是指与国有公司、企业的董事、经理所任职公司、企业具有横向竞争关系的营业,但核心含义并不完全等同于全部含义,刑法用语通常有必要做体系解

释和目的解释。有鉴于此,与国有公司对口进行的买卖经营活动也可以理解为同类营业。与为亲友非法牟利罪相比较,国有公司、企业的董事、经理利用职务便利为亲友经营的公司牟利的,可以构成亲友非法牟利罪。但国有公司董事、经理利用职务便利直接为自己经营的公司牟利,其行为性质更为严重,理应以刑法规制。

第二种观点认为,非法经营同类营业罪源于公司的董事、经理对竞业禁止义务的违反,与所在公司订立合同或者交易的行为并未违反这一义务,而是违反了其对公司的忠实义务。在公司法已经将“与本公司订立合同或者交易”与“经营与所任职公司同类的业务”明确并列作为违反对公司忠实义务行为的基础上,刑法只将后者规定为犯罪,应认为立法已有特殊考虑。如果认为这一规定存在漏洞,也应当通过修法而非类推解释的方式加以解决。

第三种观点认为,国有公司的董事、经理,利用职务便利向所任职的造船公司供应钢材,是否属于非法经营“同类的营业”,应参照公司法、民事实践中的规定或做法,不能任意扩大范围,把行为人所有与本单位的交易都认为是同类营业。

法官评析

与本公司的业务相同或者相近似的营业才属同类营业。《中华人民共和国刑法》第一百六十五条规定:“国有公司、企业的董事、经理利用职务便利,自己经营或者为他人经营的与其所任职公司、企业同类的营业,获取非法利益,数额巨大的,处三年以下有期徒刑或者拘役,并处或者单处罚金,数额特别巨大的,处三年以上七年以下有期徒刑,并处罚金”。对具有链接关系的营业,若与本公司的业务不存在竞争或利益冲突,不属于非法经营“同类的营业”。就本案来讲,笔者赞同第二种观点,即认为国有公司的董事、经理,利用职务便利向所任职的造船公司供应钢材,不属于非法经营“同类的营业”,被告人张某、李某的行为不构成非法经营同类营业罪。具

理由阐述如下:

首先,从公司经营的范围来看,行为人自己开办的公司,经营的是钢材采购、销售业务,既不在行为人所任职公司的工商注册登记经营范围之内,也不在行为人所任职公司的实际经营范围之内,即行为人自己的公司所经营的业务与其所任职公司不经营相同或相近似的业务。

其次,从利益受损者角度来看,行为人自己经营的公司作为钢材供应商,向其所任职的造船公司供应钢材,与其他供应商展开不正当竞争,损害的是其他供应商的利益。行为人的公司既未高价供应钢材,也未供应不合格钢材,亦未独家垄断供货渠道,故未实际损害行为人所任职公司的利益。

第三,有观点认为,本案是一种上下游产业链关系,竞业禁止的立法目的是为了阻止利益冲突,而利益冲突的表现形式是多样的。笔者认为,从上下游产业链关系来看,假设行为人自己的公司经营了与其所任职公司同类的营业,则可得出这样一个结论,即造船企业与钢材销售或者生产企业经营的是同类的营业,钢材生产企业与铁矿石的销售或者生产企业经营的也是同类的营业,这模糊了上下游产业链之分,有

违一般人的认知。

第四,非法经营同类营业罪属于行政犯,对于相关术语的界定不宜明显有违相关法律法规的规定。公司法第一百四十八条列举了董事、高级经理不得有违反对公司忠实义务的八种行为,其中明确包括“违反公司章程的规定或者未经股东会、股东大会同意,与本公司订立合同或者进行交易”“未经股东会或者股东大会同意,利用职务便利为自己或者他人谋取属于公司的商业机会,自营或者为他人经营与所任职公司同类的业务”。可见,相关法律已经明确区分了“与本公司订立合同或者交易”与“经营与所任职公司同类的业务”。从上述规定也可以看出,公司法已认为“与本公司订立合同或者进行交易”和“经营与所任职公司同类的业务”是两种不同的行为,适用刑法时更不宜再将二者混为一谈。

第五,上述第三种观点认为,非法经营同类营业犯罪的立法目的从一定程度上来说是防范性的。这类行为违反了利益冲突原则和竞业禁止义务,这是刑事定罪的根本依据,并不要求一定给所在单位造成实际损失。这也是刑法将非法获利而非损失结果作为该罪定罪要件的重要原因。不能否认,任职公司与自己公

司做买卖而不作披露,是违反交易伦理、存在高度道德风险的行为,任职公司也将因此面临利益受损的巨大可能性,这种行为本身就具有了刑事可罚性。而将同类营业理解为完全相同的业务,并进一步认为只有因经营相同业务导致所在单位的市场份额受到减损才构成犯罪,是对本罪适用范围的一种不当限缩。笔者认为,从刑法的谦抑性来看,非法经营同类营业罪源于公司法中董事、经理对竞业禁止义务的违反,公司法规定任何类型公司的董事、高级管理人员均有竞业禁止义务,而刑法则只对国有公司、企业的董事、经理违反竞业禁止义务的行为给予刑事处罚。公司法规定了董事、经理的多项竞业禁止义务,刑法也未全部规定为犯罪。同理,对刑法第一百六十五条规定的“与其所任职公司、企业同类的营业”一般也不宜作扩大解释。

第六,上述第一种观点认为,对刑法规定的同类营业在理解上有一个较大的弹性空间。从字面来说,横向的、纵向的、相向的关联业务都可以理解为同类营业,并不排除自己和自己做交易的行为。同类业务不限于同种业务,造船公司的业务不能限定就是造船、卖船,设计、购买原材料也是其中的一项内容。如果

说被告人开造船厂才算经营同类营业,那么范围就变窄了。笔者认为,从罪刑法定原则来看,在刑法、立法解释、司法解释、规范性文件未对“与其所任职公司、企业同类的营业”做出明确解释的情况下,扩大解释应慎重。根据罪刑法定原则的要求,对于刑法用语的解释不宜超出一般人的理解范围。如果认为国有公司董事、经理利用职务便利向其所任职的造船公司供应钢材的行为属于“与其所任职公司、企业同类的营业”,则此解释明显有违一般人的认识,有类推解释的嫌疑,并不可取。但如果行为人开公司所任职公司的交易行为严重损害了任职公司利益,造成了重大损失,构成刑法第一百六十六条为亲友非法牟利罪、第一百六十八条国有公司、企业、事业单位人员滥用职权罪等规定的犯罪的,则可依照刑法相关规定处理。

综上所述,非法经营同类营业罪中的“同类营业”,应当是指与行为人所任职国有公司、企业具有一定竞争关系的营业,且该罪侵犯的客体是国有公司、企业的利益。而虽具有链接关系的营业,但若与本公司的业务不存在竞争或利益冲突,则不属于非法经营“同类的营业”。

(作者单位:最高人民法院)

名义借款人与出借人签订合同而供实际借款人使用
还款义务应由名义借款人承担

许建军 张曼

基本案情

2014年1月15日,王某(甲方)作为出借人,方某(乙方)作为借款人,双方签订借款协议书,约定借款30万元及其他相关内容。同日,王某分两次通过银行转账将借款转至方某指定账户共计29.2万元,并通过现金支付了方某0.8万元。随后,方某向原告王某出具了借据一张,载明“今借到人民币(大写)叁拾万零仟零佰元(小写:

¥300000.00),借款人:方某,2014年1月15日”,并以其所有的本田车作为抵押。借款期限届满后,被告方某拒绝归还借款,称其未收到王某的30万元借款,30万元的实际借款人和使用人是杨某,应由杨某还款。双方形成纠纷调解不成,王某将方某及方某妻子柴某诉至法院。

该案中出现了两个借款主体——名义借款人和实际借款人。名义借款人即本案被告方某与出借人签订借款合同,实际借款人即案外人杨某使用借款。因此,本案争议的焦点为还款义务应由名义借款人承担还是实际借款人承担,对此有三种意见。

第一种意见认为,名义借款人应承担还款责任。名义借款人与出借人之间签订了借款合同,系双方真实意思表示,合法有效,形成了借款合同法律关系,再根据合同相对性原则,应由名义借款人承担还款责任;名义借款人在偿还借款后,可向实际借款人追偿,双方的民间借贷纠纷应另案处理。

第二种意见认为,实际借款人应承担还款责任。民事法律行为探究的是当事人的真实意思,应该按照真实的法律关系分配责任,由实际使用人承担还款责任。名义借款人只是出面代实际借款人借款,而非自己借款。尽管本案存在多重法律关系,但实际借款人系该借款的真正受益者,应为借款归还责任

的最终承担者。

第三种意见认为,名义借款人与实际借款人应分别承担责任。名义借款人作为完全民事行为能力人,对自己本人身份资料与出借人签订借款合同,并将自己所有车辆作为抵押的法律后果应当能够预见,应承担由此产生的法律后果。而且从更好地维护出借人合法权益的角度出发综合考虑,实际借款人仍应承担连带归还责任为宜。

法律解析

笔者同意第一种意见,理由是:

第一,原告王某与被告方某签订的借款合同,系当事人双方真实意思表示,合法有效,被告方某应承担还款义务。民事法律行为有效有以下三个条件:一是行为人有相应的民事行为能力;二是意思表示真实;三是不违反法律、行政法规的强制性规定,不违背公序良俗。在本案中,被告方某系成年人,具有完全民事行为能力,能够理解借款合同的内容及签订后产生的法律后果,并且方某以自己所有的车辆作为抵押,可以推定其在签订借款合同时是出于本人的真实意思表示。因此,该借款合同符合法律规定的构成要件,依法成立有效,双方由此形成了借款合同法律关系。根据合同法第八条的规定,依法成立的合同对当事人具有

法律约束力,当事人应当按照约定履行自己的义务,不得擅自变更或者解除合同。依法成立的合同,受法律保护。

第二,根据合同相对性的原则,被告方某应承担合同规定的还款义务。合同相对性原则包括以下三方面内容:一是主体的相对性,即合同关系发生在特定的主体之间,只有合同当事人一方能够向另一方基于合同提出请求或诉讼。二是内容的相对性。除了法律、合同另有规定的以外,只有合同当事人才能享有合同规定的权利,并承担合同规定的义务,当事人双方的权利义务关系呈现出“对流状态”。当事人以外的任何第三人均不能主张合同上的权利,更不承担合同中规定的义务。在庭审中,方某辩称实际借款人和使用人是案外人杨某,自己只是出面代为借款,而并没有实际使用,不是真正的受益人,但其未提供相关证据予以证明,应承担举证不利的后果。三是责任的相对性,即违约责任只能在特定的合同关系当事人之间发生,合同关系以外的人不负违约责任。方某未按照合同约定归还借款,应承担违约责任,至于其与实际借款人杨某的纠纷,可在偿还借款后向杨某追偿,双方的民间借贷纠纷与本案无关,应另案处理。

(作者单位:河南省焦作市山阳区人民法院)



安徽省六安市公安局裕安分局干警日前走进许继慎烈士纪念馆,从历史层面重温革命先烈前赴后继追求真理的艰难历程。刘容海 杨维传/摄

《中国商报·法治周刊》征稿启事

为了响应中央宣传部、司法部《关于在公民中开展法治宣传教育的第七个五年规划》有关法治宣传教育的号召,更好地发挥媒体公益普法的功能,《中国商报·法治周刊》决定在全国范围内征集有关稿件。

《中国商报》作为我国经济领域的权威媒体,始终秉承“从经济现象中观察社会,在社会发展中关注经济”的办报宗旨,在“法治中国”的大环境下,2013年7月,《中国商报·法治周刊》应运而生;2016年3月1日,正式改版为《中国商报·法治周刊》,旨在弘扬法治精神,宣传法治文化,为法治经济鼓与呼!

《中国商报·法治周刊》开辟“深度调查”、“法治动态”、“法治人物”、“案例评析”、“法官说法”、“检察官说法”、“律师说法”、“法治文化”、“读者来信”等,现重点面向全国政法系统、律所、院校等单位和个人征集稿件。

征稿要求:

■“法治动态”栏目:重点刊登政法系统、律所等各单位学法、普法、执法等动态新闻,字数在1000字之内,配图需文字说明;

■“法治人物”栏目:重点刊登政法系统、律所等单位先进人物的专访或事迹介绍等稿件,字数2500字左右,必须有配图及文字介绍;

■“案例评析”栏目:重点刊登法院、律所、院校等单位撰写的典型案例评析性稿件,字数3500字左右,要求依法分析,法条、法理运用准确;

■“法官说法”栏目:重点刊登基层法官对日常工作中有关典型案例的点评类稿件,字数3500字左右,要求依

法分析,法条、法理运用准确;

■“检察官说法”栏目:重点刊登基层检察官对日常工作中有关典型案例的点评类稿件,字数3500字左右,要求依法分析,法条、法理运用准确;

■“律师说法”栏目:重点刊登律师在日常工作中有关典型案例的点评类稿件,字数3500字左右,要求依法分析,法条、法理运用准确;

■“法治文化”栏目:重点刊登与法治文化有关的书画作品,要求书画家本人书画创作工作照一张、书画家本人简介及成就的文字内容、书画家本人或专家点评作品类文章(字数1500字左右),书画作品电子版照片若干。

☆所有来稿,请务必注明单位、姓名、职务、联系方式等个人信息,一经采用,稿酬从优;条件优秀者,可发展为本刊特约撰稿、特约作者、特约评论员,享受相关优厚待遇。

☆所有来稿,一经采用,均视为作者同意在《中国商报·法治周刊》、《中国商报·法治周刊》官方微信平台、《中国商报·法治周刊》今日头条号等本刊关联网络媒体同步刊发。否则,作者必须提前特别说明。

通信地址:北京市西城区报国寺1号《中国商报·法治周刊》编辑部
来稿邮箱:zgshfbzkk@163.com

电话:010-83128830

《中国商报·法治周刊》编辑部

官方QQ: 3168299721

官方微信号:zgshfbzkk

新闻热线:13611022110