**中华人民共和国最高人民法院**

**刑 事 判 决 书**

（2011）刑提字第1号

原公诉机关陕西省西安市人民检察院。

原审被告人周玉林，男，1948年7月15日出生于辽宁省辽阳市，汉族，大专文化程度，曾任西北石化设备总公司、西安永安俱乐部有限公司法定代表人、西安永安俱乐部有限公司副总经理，住陕西省西安市未央区。因本案挪用资金罪被判处有期徒刑六年，职务侵占罪被处有期徒刑五年，决定执行有期徒刑十年。现已刑满释放。

辩护人王宏斌，陕西维真律师事务所律师。

陕西省西安市人民检察院指控被告人周玉林犯贪污罪、挪用公款罪一案，陕西省西安市中级人民法院于2004年12月30日作出（2004）西刑二初字第127号刑事判决，对周玉林以挪用资金罪判处有期徒刑六年，以职务侵占罪判处有期徒刑五年，决定执行有期徒刑十年；依法追缴深圳发展银行深圳发展大厦支行名下的6700万（21.61%）永安财产保险股份有限公司的股权，发还给西北石化设备总公司。宣判后，周玉林提出上诉。陕西省高级人民法院于2005年3月18日作出（2005）陕刑二终字第29号刑事裁定，驳回上诉，维持原判。上述裁判发生法律效力后，案外人深圳发展银行深圳国贸支行（先后名称“深圳发展银行发展大厦支行”、“深圳发展银行深圳发展大厦支行”、“深圳发展银行深圳国贸支行”、“深圳发展银行股份有限公司深圳国贸支行”，现名“平安银行股份有限公司深圳国贸支行”，以下简称“深发展”）以原判决、裁定侵犯其合法利益为由，向本院提出申诉。本院于2008年9月5日作出（2005）刑监字第100-1号指令再审决定，指令陕西省高级人民法院对本案进行再审。陕西省高级人民法院依法另行组成合议庭对本案进行了审理，于2009年12月16日作出（2009）陕刑再字第5号刑事裁定，维持陕西省高级人民法院（2005）陕刑二终字第29号刑事裁定。深发展仍不服，继续向本院提出申诉。本院于2010年12月3日以（2005）刑监字第100-2号再审决定，对本案进行提审。本院依法组成合议庭，经过阅卷，讯问被告人，听取其他当事人、辩护人、诉讼代理人的意见，认为事实清楚，决定不开庭审理。现已审理终结。陕西省西安市中 级人民法院一审认定：

西北石化设备总公司（以下简称“西北石化”）的前身是陕西石化设备总公司，原属集体经济性质。1993年2月改组为有限责任公司，王某才占股份58%，并担任法定代表人。1994年3月，陕西石化设备总公司名称变更为西北石化设备总公司。1996年10月，受主管单位中国天诚（集团）总公司的委托，中国人民解放军兰州军区司令部第一军事调研室现役军官张某代替王某才出任西北石化法定代表人。1998年9月3日，因政策规定部队不得参与经营活动，免除了张某西北石化法定代表人的职务，经股东会决议由被告人周玉林担任西北石化法定代表人。

1997年9月，西北石化和其所属陕西永安建筑工程有限责任公司共同出资成立了西安永安俱乐部有限公司（以下简称“永安俱乐部”），由被告人周玉林担任法定代表人（董事长），李某某任副董事长，汤某任董事。1998年2月，聘任同案被告人汪颖为永安俱乐部副总经理（总经理空缺），主持永安俱乐部的日常经营并主管财务工作。

（一）挪用资金罪

1998年4月6日，深圳市即达行国际投资有限公司（以下简称“即达行”）、深圳市鼎方实业有限公司（以下简称“鼎方”）分别向深圳发展银行发展大厦支行贷款9000万元、7000万元，商定由西北石化用其位于西安市雁塔区南二环路的永安大厦为该1.6亿元贷款提供抵押担保。同日，西北石化与深发展签订两份贷款抵押担保合同，并在陕西省公证处办理核保公证手续。该两份抵押担保合同规定：由西北石化用其永安大厦为上述两家公司在深发展贷款1.6亿元提供抵押担保，贷款到期后贷款人不能归还贷款，由深发展对抵押物即永安大厦拍卖、变卖偿还1.6亿元贷款，拍卖、变卖价格超过1.6亿元的部分归西北石化所有，不足部分由债务人（即达行、鼎方）清偿。

1999年5月，即达行、鼎方未能按期全部归还1.6亿元贷款，深发展将两公司及西北石化诉至广东省深圳市中级人民法院（以下简称“深圳中院”）。西北石化律师苏启明（同案被告人）及陈某、汤某到深圳中院应诉，在未加抗辩的情况下，与深发展达成了由西北石化继续用永安大厦提供抵押担保，并承担连带责任的调解协议，深圳中院据此作出了（1999）深中法经调字第277号和第278号两份民事调解书。

此后深圳中院在多次执行上述贷款未果的情况下，决定对西北石化所有的永安大厦进行拍卖。被告人周玉林为保住永安大厦，达到继续控制永安大厦经营权，为其极少数人获取非法利益的目的，不顾原抵押担保合同的明确约定，私自决定用西北石化及其下属公司（陕西天城石材有限公司，以下简称“天城石材”）委托其他公司投资的永安财产保险股份有限公司（以下简称“永安保险”）6700万股权，为即达行和鼎方1.6亿元贷款增加抵押，并于2000年1月24日、2月25日向深圳中院出具了承诺函，承诺增加用西北石化6700万永安保险股权为即达行和鼎方偿还1.6亿元贷款。在出具第二份承诺函的当天即2000年2月25日，深圳中院即作出了冻结上述6700万股权的（2000）深中法执字第21-699号民事裁定书。

2000年6、7月间，深圳中院重新对永安大厦进行评估，评估价为1.337亿元，拍卖保留价为9359万元。2001年2月28日，西北石化新任法定代表人王某庆与深发展签订了用永安大厦和6700万股权偿还即达行和鼎方1.6亿元贷款的和解协议。同年3月26日深圳中院又作出了将西北石化所有的永安大厦和6700万股权抵偿给深发展的（2001）深中法执字第21-699、700号民事裁定书，并于同年5月、8月间先后将永安大厦和6700万股权过户到深发展名下。

（二）职务侵占罪

2001年5月，深发展将西北石化的永安大厦过户到其名下后，与永安俱乐部共同管理永安大厦，后又将永安大厦的物业管理及日常经营权交于永安俱乐部，并与被告人周玉林签订了每月向深发展交纳22万元管理费的“物业管理委托合同”，由周玉林、同案被告人汪颖等人继续管理永安大厦。周玉林、汪颖在尚欠深发展管理费的情况下，于2002年2月和10月期间，与永安俱乐部董事汤某共同将永安俱乐部18万元私分，三人各得6万元，为掩盖其犯罪行为，汪颖安排财务人员采用重复记账、作虚假领款表的手段进行平账。

陕西省西安市中级人民法院认为，被告人周玉林身为西北石化及其下属企业永安俱乐部的法定代表人，在处理西北石化为深圳两家公司贷款1.6亿元提供抵押担保的纠纷中，为保住永安大厦以便为其个人及其他极个别人获取非法利益，不顾原贷款抵押担保合同关于仅以抵押物担保为限的明确约定。超越职权擅自决定向深圳中院出具承诺函，不惜挪用西北石化6700万永安保险股权为深圳两家公司增加抵押清偿其1.6亿元贷款，直接导致该6700万股权被扣划到深发展名下，造成西北石化巨大的经济损失（6700万股权价值远远大于6700万元），周玉林的行为构成挪用资金罪，依法应予惩处。周玉林还利用职务之便，伙同同案被告人汪颖及他人私分公司款18万元，实得6万元，其行为又依法构成职务侵占罪，依法应予数罪并罚。依照《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款、第二百七十二条第一款、第二十五条第一款、第六十九条第一款、第六十四条之规定，以挪用资金罪判处周玉林有期徒刑六年、以职务侵占罪判处有期徒刑五年，决定执行有期徒刑十年；依法追缴深圳发展银行深圳发展大厦支行名下的6700万（21.61%）永安财产保险股份有限公司的股权，发还给西北石化设备总公司。

陕西省高级人民法院二审认定的事实与陕西省西安市中级人民法院一审认定的事实基本相同。

陕西省高级人民法院二审认为，上诉人周玉林身为西北石化及所属永安俱乐部的法定代表人，在西北石化控股股东王某才被关押期间有明确指示“任何人无权处理公司财产”的情况下，明知自己并非公司董事长，且无王某才授权，未提交公司董事会或股东会研究，违背西北石化仅就永安大厦对1.6亿元贷款为深圳两家公司贷款承担抵押担保责任的明确约定，为私利擅自决定给深圳中院出具愿意用西北石化在永安保险的6700万股权增加抵押的承诺函，将西北石化在永安保险的6700万股权挪用给深圳两公司使用，替两公司向深发展还清贷款，而给西北石化造成巨大损失，其行为构成挪用资金罪；周玉林还利用职务之便，伙同同案上诉人汪颖及他人私分公司款18万元，实得6万元，其行为又构成职务侵占罪。原审判决定罪准确，量刑适当。审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百八十九条第（一）项之规定，裁定驳回上诉，维持原判。

本院指令陕西省高级人民法院对本案再审后，该院经再审查明的事实与原一审、二审查明的事实基本相同。

陕西省高级人民法院再审认为，原审上诉人周玉林利用职务上的便利，伙同汪颖及他人私分公司款，其行为构成职务侵占罪；周玉林还利用职务上的便利，个人决定以西北石化名义将资金挪给其他单位使用，数额特别巨大，并谋取个人利益，其行为构成挪用资金罪，依法应数罪并罚。原一、二审裁判认定周玉林犯挪用资金罪、职务侵占罪的事实清楚，证据确实充分，定罪准确，量刑适当。审判程序合法。依照《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百零六条、第一百八十九条第（一）项之规定，裁定维持陕西省高级人民法院原二审刑事裁定。

本院再审期间，原审被告人周玉林辩称，其是配合深圳中院执行，不构成挪用资金罪；原判认定其分得6万元“奖金”属实；周玉林的辩护人认为，周玉林不构成挪用资金罪，职务侵占罪量刑过重，请求最高人民法院予以改判。

本院经再审查明：西北石化设备总公司的企业类型为有限责任公司，股东均为自然人。1998年9月3日，原审被告人周玉林被西北石化股东会和董事会任命为西北石化法定代表人，至2000年11月23日王某庆接替周玉林担任西北石化法定代表人止。

1997年9月，西北石化和其下属企业陕西永安建筑工程有限责任公司共同出资成立了西安永安俱乐部有限公司，由原审被告人周玉林担任法定代表人（董事长）。

1998年4月6日，即达行、鼎方分别与深发展签订贷款合同，分别从深发展贷款人民币9000万元、7000万元，合计1.6亿元，期限6个月。同日，西北石化与深发展签订两份贷款抵押担保合同，约定由西北石化以永安大厦（主楼）为抵押物为上述两家公司的1.6亿元贷款提供担保。1999年4月20日，深发展按约定向即达行、鼎方发放贷款。1999年10月20日贷款到期以后，即达行未归还贷款本金及部分利息；鼎方仅归还1500万元本金，欠本金5500万元及部分利息。

1999年4月，深发展将即达行、鼎方及西北石化诉至深圳中院，要求即达行、鼎方分别归还贷款，并要求拍卖西北石化所有的抵押物（永安大厦主楼）以偿还贷款。1999年5月6日，深圳中院开庭调解两案。调解过程中，深发展与即达行、鼎方及西北石化达成调解协议，约定即达行、鼎方在民事调解书生效10日内偿还拖欠深发展贷款的本金及利息，西北石化继续用原抵押物（永安大厦主楼）作为上述贷款的抵押物，并承担连带责任（连带清偿责任）。深圳中院据此作出了（1999）深中法经调初字第277号和第278号民事调解书（以下简称“第277号、第278号民事调解书”）。

因即达行、鼎方未在民事调解书约定时间内偿还拖欠深发展的贷款本金及利息，1999年6月，申请执行人深发展向深圳中院申请强制执行第277号、第278号民事调解书，要求对被执行人即达行、鼎方、西北石化强制执行，同时要求拍卖被执行人西北石化所有的永安大厦主楼以偿还贷款本金及利息。

1999年7月至10月，深圳中院对该笔贷款多次执行未果，深发展要求尽快采取拍卖永安大厦主楼的强制执行措施。在深发展与西北石化协商还款过程中，深发展提出如果西北石化增加担保，可以与西北石化继续协商、暂不要求深圳中院拍卖永安大厦主楼。

为避免永安大厦主楼被深圳中院依法拍卖，在深发展和原审被告人周玉林协商一致的情况下，深发展于2000年1月24日给周玉林发了一份传真，该传真是深发展代西北石化和天城石材草拟的致深圳中院的函，主要内容为请求暂缓拍卖永安大厦主楼，并同意深圳中院查封西北石化和天城石材委托其他公司持有的永安保险股权作为担保。周玉林按上述内容以西北石化及天城石材的名义向深圳中院出具了落款时间为2000年1月24日和2000年2月25日的两份承诺函。2000年2月25日，深圳中院作出（2000）深中法执字第21-699号民事裁定，冻结了承诺函中涉及的永安保险6700万股权。

2001年2月至3月间，西北石化新任法定代表人王某庆与深发展签订了执行和解协议，约定以永安大厦主楼作价9360万元和永安保险6700万股权抵偿即达行、鼎方所欠深发展贷款本金、利息及其他费用。同年3月26日深圳中院作出（2001）深中法执字第21-699、700号民事裁定，将永安大厦主楼和永安保险6700万股权抵债给深发展，抵偿即达行、鼎方欠深发展的所有债务及相关费用。同年5月和8月，深圳中院将永安大厦主楼和永安保险6700万股权过户到深发展名下。

上述事实，有经原审及陕西省高级人民法院再审质证、认证的西北石化、永安俱乐部的营业执照、工商档案和相关任命文件、深发展分别与即达行、鼎方签订的贷款合同、深发展与西北石化签订的两份贷款抵押担保合同、深圳中院（1999）深中法经调字第277号、第278号民事调解书、2000年1月24日深发展给周玉林拟定的承诺函内容的传真件、2000年1月24日和2月25日西北石化和天城石材联名致深圳中院的承诺函、深圳中院（2000）深中法执字第21-699民事裁定书、西北石化和天城石材与深发展签署的执行和解协议、深圳中院（2001）深中法执字第21-699、700号民事裁定书、中国保险监督管理委员会的批复、国家工商行政管理总局文件、西北石化与永安俱乐部签订的承包经营合同、深发展与永安俱乐部签订的物业管理委托合同、深发展出具的情况说明等书证，证人王某章、陈某等人的证言，原审同案被告人苏启明的供述及原审被告人周玉林的辩解等证据证实。足以认定。

另查明，2001年5月，深发展将西北石化的永安大厦过户到其名下后，与永安俱乐部共同管理永安大厦，后又将永安大厦的物业管理及日常经营权交于永安俱乐部，并与永安俱乐部签订了每月向深发展交纳22万元管理费的“物业管理委托合同”，委托永安俱乐部继续管理永安大厦。2002年2月和10月期间，原审被告人周玉林伙同同案被告人汪颖（永安俱乐部副总经理）与汤某（永安俱乐部董事）共同将永安俱乐部18万元私分，三人各得6万元。为掩盖其犯罪行为，汪颖安排财务人员采用重复记账、作虚假领款表的手段进行平账。

上述事实有经原审及陕西省高级人民法院再审质证、认证的王某才的10万元收条、两张奖金发放表（各发放奖金5万元，上有汪颖的签名）及有关记账凭证等书证，证人吴某某、汤某、石某、张某、雷某等人的证言，同案被告人汪颖的供述等证据证实。原审被告人周玉林对上述事实亦供认不讳。足以认定。

本院认为，原审被告人周玉林利用职务之便，伙同同案被告人汪颖及他人私分公司款，其行为已构成职务侵占罪。原审裁判及陕西省高级人民法院再审裁定认定周玉林犯职务侵占罪的事实清楚，证据确实充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。

但原审裁判及陕西省高级人民法院再审裁定认定原审被告人犯挪用资金罪不能成立。理由：

第一，西北石化在执行过程中承担连带清偿责任源于第277号、第278号民事调解书。虽然1998年4月6日西北石化与深发展所签订的为贷款抵押担保合同，限以永安大厦（主楼）承担抵押担保责任，但此后在诉讼中达成和解，西北石化同意在承担抵押担保责任基础上，还承担连带责任（连带清偿责任）。因此，自第277号、第278号民事调解书生效起西北石化应以其全部资产承担连带清偿责任。

第二，西北石化在深圳中院执行案件中处于“被执行人”的法律地位，原审被告人周玉林向深圳中院如实报告西北石化财产状况是法律责任。由于即达行、鼎方没有在第277号、第278号民事调解书约定的期限内还清贷款本息，深发展向深圳中院申请强制执行第277号、第278号民事调解书，西北石化与即达行、鼎方同处于“被执行人”的地位，不仅深圳中院对西北石化、即达行和鼎方均可采取强制执行措施，而且作为被执行单位法定代表人的周玉林有义务向深圳中院如实报告本单位的财产情况并配合深圳中院的执行工作。

第三，西北石化追加永安保险股权作为担保，是旨在保护其自身利益的执行担保行为。《中华人民共和国民事诉讼法》（1991年）第二百一十二条规定：“在执行中，如果被执行人向人民法院提供担保，并经申请执行人同意的，人民法院依法可以决定暂缓执行及暂缓执行的期限。”西北石化为了暂缓永安大厦（主楼）被拍卖，同意深圳中院对该公司实际所有的永安保险股权予以查封，这是其作为被执行人，为自身利益而提供的执行担保。认为该担保系原审被告人周玉林挪用西北石化实际所有的永安保险股权给即达行、鼎方使用，明显与事实不符。

第四，认定原审被告人周玉林参与永安俱乐部后续经营永安大厦的行为，是与深发展恶意串通而谋取非法利益的行为，与事实不符。2000年初时，周玉林按深发展的要求向深圳中院出具承诺函时，并不能预见2001年西北石化新任法定代表人将永安大厦主楼抵债给深发展的情况发生，因此认为其出具承诺函是为了换取在深发展取得永安大厦所有权后继续经营永安大厦而与深发展进行的恶意串通，与事实不符。况且，2002年10月，是永安俱乐部而非周玉林本人与深发展签订了承包费较低的物业管理委托合同，即便因此受益，受益主体也应当是永安俱乐部而非周玉林个人。

综上，在深圳中院执行第277号、第278号民事调解书过程中，原审被告人周玉林作为西北石化的法定代表人，向深圳中院出具承诺函，请求深圳中院查封西北石化实际所有的永安保险股权作为执行担保的行为，不属于《中华人民共和国刑法》第二百七十二条规定的“挪用本单位资金归个人使用或者借贷他人”的行为。周玉林的辩解及其辩护人的相关辩护意见有事实和法律依据，予以采纳。原判认定周玉林犯挪用资金罪不当；因周玉林不构成挪用资金罪，原判相关追缴挪用资金犯罪违法所得的判项亦不当。依照《中华人民共和国刑法》第二百七十一条第一款、第二十五条第一款、《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百四十二条第（三）项、第二百四十三条第二款、第二百四十五条第一款之规定，判决如下：

一、维持陕西省西安市中级人民法院（2004）西刑二初字第127号刑事判决第三项关于原审被告人周玉林犯职务侵占罪的定罪量刑部分及陕西省高级人民法院（2005）陕刑二终字第29号、（2009）陕刑再字第5号刑事裁定对周玉林职务侵占罪定罪量刑予以维持的部分。

二、撤销陕西省西安市中级人民法院（2004）西刑二初字第127号刑事判决第三项中关于原审被告人周玉林犯挪用资金罪的定罪量刑、决定执行刑期，及第五项追缴深圳发展银行深圳发展大厦支行名下的6700万（21.61%）永安财产保险股份有限公司的股权还给西北石化设备总公司的部分。

三、撤销陕西省高级人民法院（2005）陕刑二终字第29号、（2009）陕刑再字第5号刑事裁定维持对原审被告人周玉林犯挪用资金罪的定罪量刑、决定执行刑期，及追缴深圳发展银行深圳发展大厦支行名下的6700万（21.61%）永安财产保险股份有限公司的股权还给西北石化设备总公司的部分。

本判决为终审判决。

审　判　长　　罗智勇

审　判　员　　董朝阳

代理审判员　　邓　亮

二〇一五年十月二十八日

书　记　员　　王京天