

 八谦律师文库

律师执业经验与 办案实录

LVSHI ZHIYE JINGYAN YU BANAN SHILU

赵耀 鹿斌◇主编

云南八谦律师事务所法律研究中心◇组织编写



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

律师执业经验与 办案实录

LVSHI ZHIYE JINGYAN YU BANAN SHILU

赵耀 鹿斌◇主编

云南八谦律师事务所法律研究中心◇组织编写



法律出版社
LAW PRESS·CHINA

图书在版编目(CIP)数据

律师执业经验与办案实录 / 赵耀, 鹿斌主编. —北京: 法律出版社, 2013. 6
ISBN 978 - 7 - 5118 - 5024 - 9

I. ①律… II. ①赵… ②鹿… III. ①律师业务—中国—文集 IV. ①D926.5 - 53

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2013)第 118359 号

律师执业经验与办案实录
主编 赵 耀 鹿 斌



编辑统筹 法律应用出版分社
策划编辑 何海刚
责任编辑 何海刚
装帧设计 汪奇峰

© 法律出版社·中国

出版 法律出版社	开本 720 毫米 × 960 毫米 1/16
总发行 中国法律图书有限公司	印张 18
经销 新华书店	字数 292 千
印刷 北京嘉恒彩色印刷有限责任公司	版本 2013 年 8 月第 1 版
责任印制 翟国磊	印次 2013 年 8 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

书号:ISBN 978 - 7 - 5118 - 5024 - 9

定价:48.00 元

(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

本书编委会

主 编：赵 耀 鹿 斌

副 主 编：李 旭 武 侠 王元忠 何蕊珠
杨 清

执行主编：林 文

执行编辑：杨雅涵 徐 毓

编辑委员会(排名不分先后)：

曾粤兴	连高鹏	张 征	宋 杰
王俊杰	晋银涛	董晓宇	张玮频
徐 博	段希霞	李雁函	张 勇
刘 姝	江 岚	谢洪强	王一冰
叶 攀	李容晶	沈 方	杨颖韬
郭先梅	邹 蕊	刘 洁	翟叶叶
李淑芳	许桂华	王琴丽	

序 言

八谦律师事务所(原名八谦律师集团)成立于2008年,由云南省内三家知名律师事务所——云南照耀律师事务所、云南律证律师事务所、云南兴天平律师事务所整体合并以及部分精英律师团队参与设立。自成立以来,八谦相继荣获了“全国优秀律师事务所”、“云南省优秀律师事务所”、“五星级律师事务所”,并入编法律出版社《中国律所100强》。所内多名律师荣获“全国优秀律师”、“全国律师行业争先创优活动党员律师标兵”、“云南省优秀律师”、“云南十佳律师党员”等荣誉。经过近几年稳定而快速的发展,八谦已成为我国综合规模较大的律师事务所之一。

但我们并不满足于这些成绩,因为我们深知作为律师最重要的是完成法律赋予我们的使命——“维护当事人的合法权益,维护法律正确实施,维护社会公平和正义”。这是每一名律师对自己的承诺,更是一个国家律师制度的基石。

当“为法治而献身”这一口号作为越来越多律师的座右铭;当越来越多的律师站出来,挑战涉及公共利益的不合理现象;当越来越多的律师开始参与到国家立法中;当越来越多的律师认真履行法律援助义务,积极参与化解社会矛盾纠纷的工作,我们看到的是这一职业或者可以说是这一行业,在用实际行动去践行我们的使命,在用理性力量来引导法制的进步与完善。

怀抱着对美好未来的憧憬,经过漫长的筹划准备,《律师执业经验与办案实录》这本集结全所同仁智慧的著作面世了。在筹备写作的过程中,所内同行的高度热情令人欣喜鼓舞。他们工作繁忙,但当发出约稿邀请时,总会不吝支持,在有限的时间内呈上了高质量的作品。

这本著作以律师的视角,有从案件本身出发对重大疑难案件进行点评的、也有从现今实际情况出发对理论问题进行探讨的,以文字的方式将这些年的实践经验进行了总结。我相信,此书不但对当下渴望迅速提高法律知识的律师有一定的指导作用,同时也将对法治社会的实现贡献微薄的力量。

律师行业目前正在快速发展中,但仍有不尽如人意之处。我们应该看到,律师业只会向越来越好的方向发展,只要我们选择了律师职业,就要努力去实现自己的梦想,也终会有成功的那一天。

谨以此书献给奋斗在律师这条职业之路和向往这一职业的仁人志士们!

赵耀

目 录

第一章 律师实务

- 3 从受贿罪到非国家工作人员受贿罪
- 9 城中村改造(集体土地上房屋)专项法律服务操作指引
- 18 螺蛳湾不正当竞争纠纷
- 23 土地一级开发整理探析
- 33 公司股权转让中的尽职调查
- 38 土地一级开发新模式探索
——昆明试水模拟征收

第二章 案例评析

- 49 著作权纠纷中接触加相似是否必然构成侵权
——一起著作权纠纷案例法律问题研究
- 55 股权转让纠纷中当事人真实表示的判断
- 67 中介机构在交易过程中应尽到如实告知义务
——一起房屋租赁托管协议纠纷案法律问题研究
- 77 云南商品房买卖合同中的“白案模式”
——白浩明与昆明市房地产开发经营公司商品房买卖合同纠纷案
- 81 商品房买卖纠纷中的法律问题
——一起商品房买卖合同纠纷的法律问题研究
- 96 从一起买卖合同纠纷看举证责任的分配及损失的计算

- 101 外观设计专利权侵权问题研究
——谢某某诉易门滇源陶瓷有限公司、林某某外观设计专利权
侵权纠纷案件法律问题研究
- 109 消费者权益保护法在商品房买卖中的适用以及认购定金的法律问题
——汪某诉昆明某房地产开发有限公司商品房买卖合同纠纷案
- 113 一个企业家的死刑案引发的私募股权基金募资风险思考
——非法集资案法律问题研究
- 121 债务转移合同中约定不明引发的纠纷

第三章 实务前沿

- 129 PE 的资金杠杆功能探析
- 137 关于一种融资担保创新模式的探索
- 146 我国商业银行不良资产证券化
- 154 国资背景企业作为 GP 参与有限合伙制 PE 运作的屏障与通道
- 159 建设用地使用权续期问题探析
- 164 公司清算中的公司及责任承担
- 170 商标的显著性探析
- 178 PE 资金来源探析
- 188 企业间的借贷行为探析
- 194 如何认定集资诈骗罪中的“以非法占有为目的”
——从金座公司集资诈骗案谈起
- 203 私募股权基金退出模式的选择与适用
——以云南本土化房地产私募股权基金为视角
- 209 规模化律师事务所人力资源管理探索

第四章 法律解读

- 221 提升私权保障空间 维护精神障碍患者合法权益
——解读《精神卫生法》的相关条款
- 227 《缺陷汽车产品召回管理条例》的法律解读

第五章 律师与政府法制

- 235 政府法律顾问做法与经验
——以昆明市人民政府为例
- 243 发挥律师工作职能作用 服务社会管理创新
——以律师参与地方立法为视角

第六章 专题调研

- 249 律师事务所品牌战略的思考

第七章 法律文书

- 265 广州住建与昆明富天房地产的债务纠纷
- 272 谢某诉易门滇源陶瓷有限公司等专利侵权纠纷

第一章

律 师 实 务

从受贿罪到非国家工作人员受贿罪*

王俊杰

一、案件情况

公诉机关:曲靖市麒麟区人民检察院

被告人:董某某

辩护人:赵耀、王俊杰

审判机关:曲靖市麒麟区人民法院

公诉机关指控:董某某在担任曲靖市公路建设开发有限责任公司总经理和曲靖“宣天”公路指挥部指挥长期间,利用担任公司总经理及指挥长的职务便利,为他人谋取利益,于2003年至2006年期间先后六次收受他人的贿赂人民币64万元,数额特别巨大,其行为已经触犯《刑法》第385条之规定,构成受贿罪,提请法院依法判决。

二、辩护思路及辩护观点

辩护人在接受被告人董某某的委托后,认真查阅了本案的卷宗、会见了被告人,经综合分析,认为公诉机关指控被告人“受贿罪”定性错误,被告人的行为应当定性为“非国家工作人员受贿罪”,两罪无论在构成要件还是刑罚适用方面均存在较大的区别。

根据《刑法》第163条的规定,公司、企业或者其他单位的工作人员利用职务上的便利,索取他人财物或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额巨大的,处5年以上有期徒刑,可以并处没收财产。根据《刑法》第385条、第383条的规定,国家工作人员利用职务上的便利,索取他人财物的,或者非法收受他人财物,为他人谋取利益,数额在10万元以上的,处10年以上有期徒刑或者无期徒刑,可以并处没收财产;情节特别严重的,处死刑,并处没收财产。

* 案号:(2007)麒刑初字第340号刑事判决书。

在被告人收取他人人民币 64 万元的情况下,如何定性直接影响到对被告人所判处的刑罚,如果被认定为“非国家工作人员受贿罪”则起刑点为 5 年以上有期徒刑;如果被认定为“受贿罪”,则起刑点为 10 年以上有期徒刑。为此,辩护人主要围绕被告人的身份是否为“国家工作人员”进行了调查取证,向曲靖市工商行政管理局调取了曲靖市公路建设开发有限公司、曲靖市四海公路工程有限公司的工商登记资料,并提出如下辩护意见:

1. 公诉机关对被告人的指控定性错误,所指控的“受贿罪”的罪名依法不能成立,被告人的行为应当定性为非国家工作人员受贿罪。

(1) 从犯罪主体来看,受贿罪的犯罪主体是国家工作人员,被告人并不是《刑法》第 93 条所规定的国家工作人员。

根据《刑法》第 93 条的规定,国家工作人员具体是指以下三类人员:国家机关中从事公务的人员;国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员;国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员,以及其他依照法律从事公务的人员。本案中,被告人并不是上述任何一类国家工作人员。

①被告人不是国家机关中从事公务的人员,被告人在进入曲靖市公路建设开发有限责任公司前后没有任何公务员职务。

②被告人不是国有公司、企业、事业单位、人民团体中从事公务的人员。

从工商登记资料来看,曲靖市公路建设开发有限责任公司是以曲靖市国有资本运营公司、曲靖市四海公路工程有限公司作为出资人的有限责任公司,曲靖市四海公路工程有限公司是由 9 个公司法人股东和 3 个自然人股东出资设立的,其中 3 个自然人股东持有公司 48.78% 的股份。因此,曲靖市公路建设开发有限责任公司的性质是国有控股企业,而不是国有企业,被告人不是国有公司、企业中从事公务的人员。

③被告人也不是国家机关、国有公司、企业、事业单位委派到非国有公司、企业从事公务的人员。

被告人不是云南省公路工程监理咨询公司委派的人员,被告人在进入曲靖市公路建设开发有限责任公司之前所在的单位是云南省公路工程监理咨询公司,该监理公司虽是国有公司,但与曲靖市公路建设开发有限责任公司之间没有任何关系。被告人不是交通局委派的人员,通过曲靖市公路建设开发有限责任公司的工商档案可以看出,曲靖市政府不是投资主体,被告人不是曲靖市政府委派到曲靖市公路建设开发有限责任公司的人员。被告人从来不是曲靖市

国有资本运营公司的人员,也没有证据证明被告人是曲靖市国有资本运营公司委派到曲靖市公路建设开发有限责任公司的人员。被告人作为高级技术人才引进到曲靖市公路建设开发有限责任公司,并与之签订了为期 20 年的劳动合同,被告人在曲靖市公路建设开发有限责任公司中不是国家工作人员。

④根据相关司法解释,被告人也不能作为国家工作人员处理。

法释〔2001〕17 号最高人民法院《关于在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员利用职务便利非法占有本公司财物如何定罪问题的批复》明确:“在国有资本控股、参股的股份有限公司中从事管理工作的人员,除受国家机关、国有公司、企业、事业单位委派从事公务的以外,不属于国家工作人员。”法〔2003〕167 号最高人民法院《关于印发〈全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要〉的通知》明确:“如国家机关、国有公司、企业、事业单位委派在国有控股或者参股的股份有限公司从事组织、领导、监督、管理等工作的人员,应当以国家工作人员论。国有公司、企业改制为股份有限公司后,原国有公司、企业的工作人员和股份有限公司新任命的人员中,除代表国有投资主体行使监督、管理职权的人外,不以国家工作人员论。”〔2004〕高检研发第 17 号最高人民检察院《法律政策研究室关于国家机关、国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务但尚未依照规定程序获取该单位职务的人员是否使用刑法第九十三条第二款问题的答复》明确:“对于国家机关、国有公司、企业委派到非国有公司、企业从事公务但尚未依照规定程序获取该单位职务的人员,涉嫌职务犯罪的,可以依照刑法第九十三条第二款关于‘国家机关、国有公司、企业委派到非国有公司、企业、事业单位、社会团体从事公务的人员’,‘以国家工作人员论’的规定追究刑事责任。”

本案的事实是:曲靖市公路建设开发有限责任公司开办后,以股东会决定的形式设立了董事会、监事会组成人员,董事会任命被告人为公司总经理。从这一事实可以看出,被告人作为高级技术人才引进到曲靖市公路建设开发有限责任公司并依照公司法和公司章程的规定依法取得了该公司相应的职务,是依法从事公司管理的工作人员,而不是国家机关、国有公司、企业委派到国有控股企业从事公务的人员,因此不是《刑法》第 93 条所规定的国家工作人员,也就不能成为受贿罪的主体。

(2)从犯罪客体来看,受贿罪所侵害的客体是国家工作人员公务行为的廉洁性,而被告人收受贿赂的行为所侵害的客体是公司企业经营管理秩序和社会主义市场经济公平竞争秩序。

因此,无论从犯罪的主体来看,还是从犯罪所侵害的客体来看,公诉机关所指控的事实均不符合受贿罪的构成要件,被告人的行为符合非国家工作人员受贿罪的构成要件。

2. 被告人具有法定和酌定从宽处罚的量刑情节,依法可以从轻、减轻处罚。

(1) 被告人具有自首的法定量刑情节。

被告人自第一次受到传唤时,就如实交代了检察院尚未掌握的其在担任曲靖市公路建设开发有限责任公司总经理期间的主要受贿行为,具有自首的法定情节,依照《刑法》第 67 条的规定,可以从轻或者减轻处罚。

(2) 被告人没有索贿行为,更没有违反规定损害公司利益给行贿人提供便利,也未给公司造成任何经济损失,其犯罪的主观恶性不深,社会危害性相对较小。

被告人作为曲靖市公路建设开发有限责任公司总经理和宣天公路兼职总指挥,负责工程的融资、协调、工程结算事宜,为了整个工程的进度和质量在工作岗位上认真负责,才使工程能够顺利进行,被告人在任职期间没有向任何施工单位、承包单位索取贿赂,更没有违反规定损害公司利益给行贿人提供便利,也未给公司造成任何经济损失。因此在量刑时应当与那些利用公司职权进行权钱交易、损害公司利益并给公司造成重大经济损失的非国家工作人员受贿的犯罪行为区别开来。

(3) 被告人没有犯罪前科,积极退赃,认罪、悔罪表现较好。

被告人在案发前没有受过刑事处罚,案发后被告人积极主动地交了自己的犯罪行为,配合司法机关查明案件事实,并积极退还了赃款,认罪、悔罪表现较好。

(4) 被告人为曲靖市公路建设做出了杰出贡献。

被告人作为公路方面的高级技术人才被引进到曲靖市公路建设开发有限责任公司后,曲靖市公路建设开发有限责任公司在被告人的领导下实现融资 50 亿元,创造税收几千万元,被告人为曲靖市公路建设付出了大量的心血和汗水,使宣天、江石、曲嵩等公路能按时保质保量地完成,被告人为此也受到多次表彰,被评为先进个人、云南省交通系统十佳能工巧匠、交通工作先进个人等,对社会做出了较大的贡献,请法庭在合议时酌情从宽处罚。

(5) 被告人身体状况较差,患有严重疾病尤其是传染性疾病,不宜长期关押和集体劳动改造。

被告人身患脑梗塞、肾囊肿、肾结石、高血压(极危)、乙型肝炎、脂肪肝、脑供血不足、前列腺增生、高甘油酯血症等十多种疾病,并多次住院就治疗,身

体状况十分糟糕,部分疾病(乙型肝炎)还具有较强的传染性,因此,不适宜长期关押和集体劳动改造,请求法庭在法律许可的范围内考虑被告人的身体状况酌情从宽处罚。

三、审判结果

经审理查明:曲靖市公路建设开发有限责任公司是以曲靖市国有资本运营公司、曲靖市四海公路工程有限公司为主要出资方出资设立的有限责任公司。曲靖市四海公路工程有限公司章程记载该公司有自然人股东3人,占注册资本的48%,曲靖市公路建设开发有限责任公司属国有控股公司。2002年9月被告人董某某从云南省公路工程监理咨询公司调入曲靖市公路建设开发有限责任公司,从2002年9月1日经曲靖市公路建设开发有限责任公司董事会决定,任命被告人董某某为公司总经理。被告人董某某在履职期间,担任曲靖“宣天”公路指挥部指挥长。被告人董某某利用担任总经理及指挥长的职务便利,于2003年至2006年期间先后六次收受他人送给的人民币64万元。曲靖市人民检察院在办理其他案件时发现被告人董某某有受贿嫌疑,于2007年6月12日立案侦查,2002年6月22日被刑事拘留,同年7月5日逮捕。在侦查期间,被告人董某某主动交代了上述事实,并退缴了全部赃款。

曲靖市麒麟区人民法院于2007年12月8日做出一审判决。曲靖市麒麟区人民法院认为,曲靖市公路建设开发有限责任公司属国有控股的有限责任公司,被告人董某某利用其任该公司总经理及曲靖“宣天”公路指挥部指挥长的职务之便,为他人谋取利益,收受贿赂64万元,数额巨大,其行为构成公司企业人员受贿罪。公诉机关指控罪名不当。其辩护人提出的辩护意见部分支持。鉴于被告人董某某有自首情节并积极退缴赃款,确有悔罪表现,可对其从轻处罚。依照《刑法》第163条第1款、第67条、第64条第2款之规定,判决如下:

1. 被告人董某某犯公司、企业人员受贿罪,判处有期徒刑5年零6个月,并处没收个人财产人民币10万元(刑期自判决执行之日起计算。判决执行以前先行羁押的,羁押1日折抵刑期1日,即自2007年6月22日起至2012年12月21日止;附加刑于本判决生效后30日内履行完毕)。

2. 被告人董某某已退缴的非法所得人民币487,716元、美元2万元(折合人民币152,284元)依法没收,上缴国库。

一审宣判后,被告人董某某服判,未上诉。

笔者注:

根据2007年11月6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(三)》,被告人董某某的准确罪名应当为“非国家工作人员受贿罪”,法院在2007年12月8日作出判决时仍使用老的罪名“公司、企业人员受贿罪”是错误的。

作者简介:

王俊杰,八谦律师事务所公司合伙人、律师、公司业务部主任,擅长公司、建筑房地产及金融等业务诉讼及非诉讼法律服务。邮箱: JJW826@163.com。