

胜诉之门

奚玮
胡忠义 著

法律出版社
LAW PRESS·CHINA

胜诉之门

奚 玮 胡忠义 著



图书在版编目(CIP)数据

胜诉之门 / 奚玮, 胡忠义著. -- 北京: 法律出版社, 2019
ISBN 978-7-5197-2839-7

I. ①胜… II. ①奚… ②胡… III. ①诉讼—案例—中国 IV. ①D925.05

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2018)第 252031 号

胜诉之门
SHENG SU ZHI MEN

奚玮 胡忠义 著

责任编辑 刘琳
装帧设计 凌点工作室

出版 法律出版社
总发行 中国法律图书有限公司
经销 新华书店
印刷 中煤(北京)印务有限公司
责任印制 沙磊

编辑统筹 法律教育出版分社
开本 710 毫米 × 1000 毫米 1/16
印张 20.5
字数 350 千
版本 2019 年 5 月第 1 版
印次 2019 年 5 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)

网址/ www. lawpress. com. cn

投稿邮箱/ info@ lawpress. com. cn

举报维权邮箱/ jbwq@ lawpress. com. cn

销售热线/ 010-83938336

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、子公司销售电话:

统一销售客服/ 400-660-6393

第一法律书店/ 010-83938334/ 8335

西安分公司/ 029-85330678

重庆分公司/ 023-67453036

上海分公司/ 021-62071639/ 1636

深圳分公司/ 0755-83072995

书号: ISBN 978-7-5197-2839-7

定价: 78.00 元

(如有缺页或倒装, 中国法律图书有限公司负责退换)



奚玮

中国政法大学法学博士，北京师范大学刑事法律科学研究院博士后。现任安徽师范大学法学院教授、诉讼法研究所所长、硕士生导师，上海金茂凯德（芜湖）律师事务所管委会主任。兼任中国法学会法律文书学研究会常务理事暨学术委员会委员、中国刑事诉讼法学研究会理事暨少年司法专业委员会委员、中国民事诉讼法学研究会理事、中国政法大学刑事辩护研究中心与西北政法大学证据法学研究所研究员、安徽省法学会港澳台法律研究会常务副会长、安徽省律师协会刑事法律专业委员会副主任、芜湖市人民政府法律顾问、芜湖仲裁委员会仲裁员、芜湖市人民检察院专家咨询委员会委员等职，在安徽大学法学院、安徽省高级人民法院法官培训学院及安徽省人民检察院任兼职教授。擅长刑事辩护与代理、企业刑事法律风险防控以及各类合同纠纷代理。

联系邮箱：2567607528@qq.com



胡忠义

现任北京市盈科律师事务所党委委员，盈科全球律师联盟主任，盈科中国区董事会副主任兼秘书长，盈科北方区管委会主任联席会议主任，盈科北京刑民交叉与产权保护法律业务部主任。在中国科学技术大学等近十家高校任兼职教授、西南政法大学等三家高校任兼职硕士研究生导师，兼任中国行为法学会培训和合作中心客座教授，合肥仲裁委员会仲裁员，湛江国际仲裁院仲裁员。胡忠义律师从事法律教学和司法实务工作三十二年，曾任高等院校法学教师、中级法院审判员、副庭长等职。擅长重大、疑难商事纠纷案件的代理；职务犯罪、经济犯罪的辩护；政府法律顾问及重大行政案件的代理。

联系邮箱：13910614450@126.com

自序

本想请一位法学理论界或者司法实务界的大家为本书作序,况且,我们身边也不乏此类人士,但想到作序者一定会碍于情面,慷慨给予本书溢美之词,又或许会对作者给予名实不符的揄扬,所以,经过认真考虑,我们认为还是自己为自己编著的书写个简单的序更为适宜,如此,方为实事求是。至于本书的水平,想必每位读者都会有自己的评价。

作为本书的作者,我们是一对特殊的搭档。奚玮是专职教授、兼职律师,忠义是专职律师、兼职教授;此前,我们联袂授课、联袂办案,本次,我们联袂著书。我们的能力并不强,但也自诩尚有些许法学理论水平和司法实践经验,在编著本书时,又能各有侧重、优势互补。恰好本书的责任编辑法律出版社的刘琳女士又是奚玮的高足,具有完整的法学硕士研究生的教育经历。由这样的作者联袂著书,如此专业背景责任编辑把握政治方向和业务观点,我们也敢大胆地说,这是一本比较适合法学院学生和青年律师阅读的书,也是一本可以作为法学案例教学的辅助参考书。

本书精选了我们近年来亲自承办的典型刑事、民事和行政案件,这些都是裁判已经发生法律效力真实案例,所披露的律师策略都是我们和我们的律师团队成员集体讨论的精华,所有的法律文书都是我们亲自撰写的,都凝聚着我们的心血。

本书“案情简介”“诉讼策略”“法律文书”“案件结果”“典型意义”“回顾思考”的写作体例也比较适合法学院学生和青年律师阅读。通过“案情简介”,读者可了解本案的基本情况,先行思考本案的办案思路;通过“诉讼策略”,读者将知悉本案的承办律师组织策划与应对的思路,可与先行思考相比较,体会差异并予研究;通过“法律文书”,读者一方面学会法律文书的基本格式和写作技巧,另一方面也学会如何将律师的策略转化为文书形式;将“案件结果”与“诉讼策略”和“法律文书”相对照,读者可归纳案件承办过程中的不足;总结“典型意义”,读者能够在今后承办

类似案件时作为参考；“回顾思考”，乃承办律师对于相关案件完结后的自我点评，通过回顾案情及办案思路，结合案件结果，思索其中的得与失，总结有效经验，完善存在的不足。

序的最后，感谢为本书给予指导的各位法学专家和司法实务工作者，感谢整理案卷材料、进行校对的团队成员和同学们！

欢迎广大读者对本书批评指正，我们期待您的声音！

奚 玮 胡忠义

2019年4月

目 录

刑事

- 单某挪用资金、伪造公司印章案** 3
在案证据不足以认定行为人主观有明知是单位资金而非法使用的直接故意,不能认定行为人构成挪用资金罪
- 李某故意伤害不起诉案** 19
经过二次补充侦查,人民检察院仍然认为证据不足,不符合起诉条件的,应当作出不起诉决定
- 倪某挪用公款、行贿案** 25
证人证言出现反复、被告人供述与辩解前后不一,无法形成证据锁链,应当认定指控犯罪不成立
- 陶某行贿、对非国家工作人员行贿案** 35
证据不足,没有达到排除合理怀疑的证明标准,不能认定行为人构成犯罪
- 奚某滥用职权、受贿案** 43
被告人不具备相应职权的,不构成滥用职权罪
- 陈某受贿、滥用职权案** 50
受贿犯罪过时效不予追诉,滥用职权情节轻免于刑事处罚
- 郑某非国家工作人员受贿案** 60
所在单位为非国有公司,本人亦不是受委派到非国有公司中从事公务的人员或受委托管理、经营国有财产的人员,不具有刑法意义上的国家工作人员身份

罗某贪污案	72
行为人取得了本应属于自己的合法财产,虽主观上错误地认为该财产是非法所得,也不应认定为贪污罪	
宣某涉嫌贪污案	80
并非受政府委托行使管理职能的,不符合贪污罪“国家工作人员”主体身份要件	
李某非法持有枪支案	95
“动态持有”枪支不构成运输枪支罪而构成非法持有枪支罪	
隋某非法买卖枪支案	99
以自用、收藏为目的购买枪支的行为,不能认定为非法买卖枪支罪,而应认定为非法持有枪支罪	
任某兵、任某良非法采矿案	104
环境类犯罪案件中,针对涉案财物处置范围的一次“刑事辩护第六空间”的积极尝试	
张某容留、介绍卖淫案	112
发回重审后,控方如未补充起诉新的事实,原审法院不得加重被告人刑罚	
李某等人非法吸收公众存款案	125
没有非法占有目的不构成集资诈骗罪,在约定地点等候办案人员谈话属于自动投案	
翁某非法吸收公众存款案	136
借款对象相对特定,亦未公开宣传,不符合非法吸收公众存款罪的“社会性”构成要件	
潘某合同诈骗罪	142
现有证据不足以证明行为人在签订、履行合同过程中主观上具有非法占有目的的,合同诈骗罪不能成立	
徐某合同诈骗罪	153
虽然具有“非法占有”的主观目的,但客观上未采用“虚构事实或者隐瞒真相”的行为,不应认定为合同诈骗罪	

邱少华诉孙杰、加多宝公司一般人格权纠纷案	165
----------------------------	-----

英雄烈士的人格利益不容侵犯

马某与赵某生命权、健康权、身体权纠纷案	175
---------------------------	-----

球员在比赛中因合理碰撞导致他人损伤不属于侵权行为

北京某某房地产公司诉王某房屋买卖合同纠纷案	181
-----------------------------	-----

请求协助办理注销商品房预售预购登记不适用诉讼时效

汪某诉某房地产公司、第三人徐某商品房买卖合同纠纷案	188
---------------------------------	-----

一房二卖情形中房屋买卖合同效力的认定

某某公寓小区业主委员会诉某某房地产开发公司所有权确认纠纷案	193
-------------------------------------	-----

未列入公摊面积的小区锅炉房及配套热力管线并不一定属于全体业主共有

某某村村民委员会诉温州市某某建设指挥部房屋拆迁安置补偿合同纠纷案	201
--	-----

违反民主议定原则而签订的拆迁安置补偿协议无效

甲置业公司与乙置业公司房屋拆迁安置补偿合同纠纷案	208
--------------------------------	-----

房屋拆迁安置补偿合同纠纷中违约责任的认定及救济方式

某科技有限公司与柯某好民间借贷纠纷案	219
--------------------------	-----

民间借贷还款顺序约定不明时还款数额的认定

何某、陈某诉张某民间借贷案	228
---------------------	-----

公司被吊销营业执照后虽未清算,股东如无过错并不必然承担连带清偿责任

詹某与某有限公司损害公司利益责任纠纷案	235
---------------------------	-----

挂靠关系中串投标行为的责任主体认定

三骏租赁公司诉某建设公司等设备租赁合同纠纷案	243
------------------------------	-----

实际施工人以挂靠企业名义签订合同的责任认定

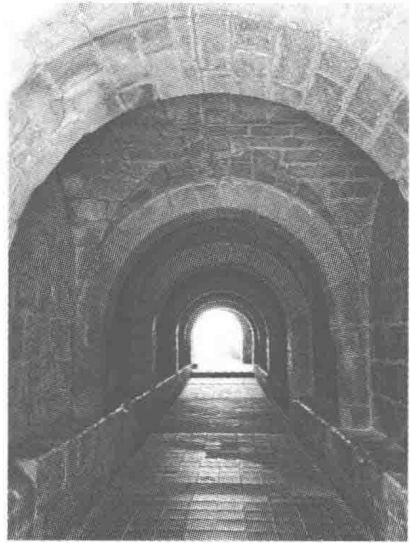
A 智能公司与 B 矿业公司、方某、汪某承包经营合同纠纷案	247
-------------------------------------	-----

合同部分条款因违反法律规定而无效,不影响其他条款效力的认定

夏某诉刘某担保合同纠纷案	252
借款人涉嫌经济犯罪情况下,主合同效力及担保民事责任的认定	
甲公司与乙公司、丙公司、韩某建设工程施工合同纠纷案	258
建设工程施工合同纠纷中合同主体相对性的适用	
某景观公司诉 A、B 两公司建设工程施工合同纠纷案	267
建设工程施工合同中,总公司与子公司突破合同相对性原理共同承担责任的认定	
甲公司与乙区管委会建设工程施工合同纠纷案	274
建设工程施工合同中工程质量评优奖励约定不明时奖励额度的确定	
秦某等与胡某等建设工程施工合同纠纷案	279
建设工程施工合同纠纷中,管理费性质及责任主体的认定	
美国公司与某某汽配城公司等侵害外观设计专利权纠纷上诉案	284
尽到了审慎管理义务的市场管理企业,对承租场地的经营者销售的产品侵犯他人专利权的行为不应承担连带赔偿责任	
珠海某集团有限公司请求确认拍卖无效案	291
受法院委托举办的拍卖行为出现纠纷由负责执行的法院进行处理,不属于人民法院民事诉讼受案范围	
高某与中国某某信息中心经济补偿金争议案	295
用人单位与劳动者签订两次固定期限劳动合同后,再次签订固定期限劳动合同,无需向劳动者支付双倍工资赔偿	

行政

某某村村民委员会与温州市房产管理局行政裁决纠纷案	303
律师在代理群体性纠纷案件时,要力求穷尽所有合法救济途径	



刑事

单某挪用资金、伪造公司印章案

在案证据不足以认定行为人主观有明知是单位资金而非法使用的直接故意,不能认定行为人构成挪用资金罪

案情简介

安徽省W市J区人民法院一审判决认定,2011年6月至7月,被告人单某在担任江苏某某二建集团有限公司芜湖分公司(以下简称二建芜湖分公司)副总经理期间,利用职务上的便利,以工程资金周转为由,擅自以二建芜湖分公司的名义,分别向程某借款200万元(实际到账161万元),向马某借款300万元(实际到账284万元),并向二人出具加盖二建芜湖分公司公章的借款协议。程某、马某将445万元转账到二建芜湖分公司的账户,后被告人单某在未征得江苏某某二建集团有限公司同意的情况下,将上述款项中240余万元用于自己承包的工程及偿还个人因工程产生的债务。

被告人单某为了解决自己承建的芜湖某某工程项目所需钢管材料问题,私刻一枚“江苏某某二建集团有限公司芜湖某某镜湖某某项目部”印章,并于2010年9月1日以江苏某某二建集团有限公司芜湖某某镜湖某某项目部的名义与芜湖市某某钢管租赁站负责人张某签订一份《建筑物租赁合同》,将获得的材料用于个人工程。2013年,张某因单某违约向人民法院提起诉讼,并由法院判决江苏某某二建集团有限公司承担违约责任。上述民事诉讼业已生效并进入执行程序。

原判认为,单某身为公司工作人员,利用职务上的便利,挪用本单位资金245万余元,数额较大,进行营利性活动,其行为已构成挪用资金罪;单某伪造公司印章,其行为已构成伪造公司印章罪。单某一人犯数罪,应予数罪并罚。单某伪造公司印章的行为发生在2010年9月1日之前,根据“从旧兼从轻”原则,应适用《中华人民共和国刑法修正案(九)》生效之前的《中华人民共和国刑法》的规定。依照《中华人

民共和国刑法》第二百七十二条第一款、第六十九条、第五十二条、第五十三条第一款、第六十四条,1997年修订的《中华人民共和国刑法》第二百八十条第二款及《最高人民法院、最高人民检察院关于办理贪污贿赂刑事案件适用法律若干问题的解释》第六条、第十一条第二款之规定,判决:一、被告人单某犯挪用资金罪,判处有期徒刑二年;犯伪造公司印章罪,判处拘役六个月;决定合并执行有期徒刑二年。二、违法所得予以追缴,返还被害单位。

被告人单某不服原审判决,向W市中级人民法院提起上诉。

诉讼策略

上海金茂凯德(芜湖)律师事务所奚玮律师和北京市盈科律师事务所胡忠义律师接受本案被告人单某的委托,担任其二审辩护人。经过研究本案全部卷宗并会见单某征求其意见,辩护人决定对单某进行无罪辩护。

本案系发回重审判决后而又提起上诉的案件,W市J区人民法院原作出单某犯挪用资金罪和伪造公司印章罪一审判决后,单某不服提起上诉。W市中级人民法院二审以原审判决认定事实不清为由裁定发回重审后,W市J区人民法院又以原罪名再次作出有罪判决,并且在刑期上也没有做出任何改变,单某再次提起上诉。

辩护人在本案开庭前委托了五名国内知名刑法学家进行了专家论证并出具了单某无罪的专家意见书。在开庭审理后,辩护人也将该专家意见书提交给了合议庭成员供其研究参考。辩护人事后通过对比专家意见书与二审判决书内容,发现承办人事实上接受了专家意见中的主要观点。

由于原审判决认定了两个罪名,其中挪用资金罪被判两年有期徒刑,伪造公司印章罪被判六个月拘役,二者同样均应当予以重视。在二审辩护理由中,辩护人采取了全案应当无罪的辩护方法,但由于原审法院在宣判前已经将单某逮捕,如果二审宣告无罪,则涉及原审法院判决被认定为错案和国家赔偿问题。根据司法实务的“实报实销”规则,辩护人预判本案的结果是撤销挪用资金罪的两年有期徒刑的判决而维持伪造公司印章罪的六个月拘役的判决,并将此种可能性向单某及其家属进行了通报,以免由于辩护人作无罪辩护最后的结果仍然为有罪而出现心理落差。

本案在辩护人的选择上也是精心考虑的。虽然坐在辩护人席位上的律师是奚玮和胡忠义律师,但本案实际上是由上海金茂凯德(芜湖)律师事务所的奚玮刑辩

团队和北京市盈科律师事务所的胡忠义律师团队多名成员共同分析研究案情、撰写辩护意见的,共享了团队的集体智慧。根据团队成员的社会影响和专业特点,最后决定由奚玮和胡忠义律师出庭担任辩护人。由于出具法律意见书的五名专家均为教授,本案曾被趣称“坐在辩护人席位上共有七名教授”。

一般而言,律师的辩护词都是在开庭审理后向合议庭提交的,但由于本案是发回重审又上诉的案件,承办人对案件非常熟悉,对案件事实了如指掌,故奚玮、胡忠义律师在开庭审理之前向承办人提交了包括主要辩护意见的辩护词初稿,供其在阅卷时参考。

法律文书

辩护词

本案二审期间,上诉人单某委托奚玮律师和胡忠义律师担任其辩护人,二位辩护人一致认为,上诉人单某的行为不符合《刑法》第二百七十二条和第二百八十条规定的主客观要件,不构成挪用资金罪和伪造公司印章罪,二审法院应当依法撤销原审判决。奚玮律师和胡忠义律师就本案发表的二审辩护意见如下:

上诉人单某挪用资金、伪造公司印章罪

二审辩护词

尊敬的审判长、审判员:

上海金茂凯德(芜湖)律师事务所和北京市盈科律师事务所依法接受本案上诉人单某的委托,指派我们担任其挪用资金、伪造公司印章案件的二审辩护人,依法出庭为其辩护。

辩护人认为,上诉人单某的行为不符合《刑法》第二百七十二条和第二百八十条规定的主客观要件,不构成挪用资金罪和伪造公司印章罪,恳请二审法院依法撤销原审判决,改判上诉人单某无罪。

我们现发表如下四点辩护意见:

一、单某不构成挪用资金罪

根据我国《刑法》第二百七十二条第一款之规定,挪用资金罪是指“公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人”的行为。构成本罪要有两个基本要件:第一,必须是“公司、企业或者其他单位的工作人

员,利用职务上的便利”;第二,必须存在“故意挪用本单位资金”的事实。二者缺一不可。根据本案经审理查明的事实,分析单某是否符合以上条件:

(一)单某不是江苏某某二建集团有限公司芜湖分公司的工作人员

1.单某是案涉“芜湖某某镜湖某某项目第4-1地块和第5-2地块六栋楼房地块”的实际施工人,也就是建筑行业俗称的“包工头”

根据卷内上海某某建筑工程有限公司合肥分公司(以下简称某某建筑合肥分公司)于2015年5月13日出具的《关于单某在我公司内部承包建筑施工的情况说明》、汇款单等证据,单某在本案所涉及的建设项目中,实际上是以个人名义取得了芜湖某某镜湖某某项目第4-1地块和第5-2地块六栋楼房的承包权,也就是成为俗称的“包工头”。这是其自2009年以来通过某某建筑合肥分公司承包工程而取得的实际地位和真实身份,本来与案涉的某某二建芜湖分公司没有任何关系,但由于我国建筑法律的相关规定和建筑市场特有的混乱现象,“包工头”不挂靠一家公司是难以开展相应业务的,也是难以取信于人的,故“包工头”取得工程前后,是需要挂靠一家有实力、有口碑的建筑公司的。挂靠后,以该公司的名义设立项目部,再以项目部名义从事施工和对外进行往来,这种“拉大旗作虎皮”的现象已经成为一种常态,司法部门也清楚此类现象的存在,故在司法实践中,将实际施工人也视为了诉讼的主体,此类民事判决俯拾皆是。我们研究本案,不能不考虑这一基本事实,不能不考虑单某这一真实的身份。

就案涉项目而言,单某也曾实际挂靠某某二建南京分公司、某某二建芜湖分公司和某某三建集团公司。但无论怎样挂靠,单某的实际身份仍然是芜湖某某镜湖某某项目第4-1地块和第5-2地块六栋楼房实际施工人,这是单某真实、唯一的身份。

2.单某与某某二建芜湖分公司之间属于挂靠关系

根据本案经审理查明且各方均予以认可的事实,某某二建芜湖分公司对单某个人承包的芜湖某某镜湖某某项目并未实际投资也没有其他任何方式上的支持,仅是许可单某以其名义设立项目部,单某的项目与某某二建芜湖分公司之间的关系仅体现按照行业惯例由单某向某某二建芜湖分公司上缴一定的管理费,也就是通常所称的“挂靠”关系。

由于某某二建芜湖分公司的负责人季某某与单某之间就挂靠的某某项目存在合伙关系,单某的项目部与某某二建芜湖分公司之间并没有签订书面的挂靠协议,但不能因此而否定双方之间存在事实上的挂靠关系,是否具备书面挂靠协议并不是判断挂靠关系是否存在的唯一标准。根据庭审查明的事实,某某二建认可的单某承包的某某包装厂建设项目也是挂靠某某二建芜湖分公司,也没有签订挂靠协议;以某某二建芜湖分公司名义承接的某某荷塘月色住宅小区也是由实际施工人谢某挂靠该公司而承包的,由谢某向公司缴纳相应工程管理费,而荷塘月色住宅小区工程也并未签订书面挂靠合同,这也进

一步印证了挂靠某某二建芜湖分公司未必签订书面协议。

虽然某某二建及其芜湖分公司竭力否认与单某的挂靠关系,但在单某以某某二建芜湖分公司名义与上海某某物资有限公司于2010年10月20日签订的《产品购销合同》文本上,某某二建芜湖分公司及某某二建均为合同当事人,且某某二建在“担保人”栏内加盖了公章并且特别注明“本合同担保金额为人民币陆佰万元”,合同中也出现了“由乙方承建的芜湖某某5-2地块”内容,而合同中的乙方就是某某二建芜湖分公司;同时该合同中明确约定买卖钢材的数量为八千吨、交货地点为“芜湖某某镜湖某某5-2地块”。作为成立于1998年、注册资本高达三个多亿的大型建筑企业,某某二建在如此重要的合同上加盖公司印章的行为应当是极为慎重的,此证据足以证明某某二建及其芜湖分公司均知情并同意单某以某某二建芜湖分公司名义承包芜湖某某镜湖某某5-2地块项目的。另外,与单某实际施工的芜湖某某镜湖某某项目相关的2011年6月23日由某某二建南京分公司汇入上海某某物资有限公司130万元的徽商银行业务委托书上有某某二建董事长肖某印章,2011年6月24日由某某二建南京分公司汇入单某之父单某甲的31万元的转账支票上也有肖某印章等事实,也能够推定某某二建对单某以某某二建芜湖分公司名义承包芜湖某某镜湖某某项目应当是知情并同意的。

在公安机关补充侦查时获得的某某二建芜湖分公司的会计季某的证人证言中,也证明季某的工资和某某二建芜湖分公司开支的款项也是由单某的项目部负责根据凭证报销。如果不存在挂靠关系,单某不可能承担某某二建芜湖分公司的费用,就此事实,我们也可以理解为实际上单某也在向某某二建芜湖分公司支付挂靠费用,仅是尚未明确具体数额而已。

本案挂靠并非典型的挂靠关系。作为典型的挂靠,应当是单某直接挂靠某某建筑合肥分公司,以该公司的名义开展对外活动,但由于该公司禁止分包人进行挂靠,故在对外开展经营活动时,单某不得不依托其他建筑公司,故出现本案中的挂靠某某二建南京分公司、芜湖分公司。

以上事实,足以认定,单某作为“包工头”,实际上是挂靠到某某二建芜湖分公司并以该公司的名义对外开展业务往来的。

3. 从劳动关系的和劳务关系方面分析,单某不是某某二建芜湖分公司的工作人员

一方面,单某个人与某某二建芜湖分公司并未签订劳动合同,未实际上接受某某二建芜湖分公司的管理、指挥与监督,未领取过工资或者其他报酬,未纳入该公司的生产组织体系中从事相关工作,更未在某某二建芜湖分公司指定的工作时间、工作场所工作并受该公司决定或者控制,完全不符合劳动关系的特点。

另一方面,无论单某是否被选举或者被任命过“副总经理”职务,事实上单某并未在