

八方律师联盟法学研究丛书之五

Legal Cases of the
Grand Compass Law Alliance



律师案例选

2010年卷(下)

朱洪超 郭星亚 潘公明/主编



法律出版社
LAW PRESS · CHINA

八方律师联盟法学研究丛书之五

Legal Cases of the
Grand Compass Law Alliance



律师案例选

2010年卷(下)

朱洪超 郭星亚 潘公明/主编



法律出版社
LAW PRESS • CHINA

图书在版编目(CIP)数据

律师案例选. 2010 年卷(下) / 朱洪超、郭星亚、潘公明主编.
—北京: 法律出版社, 2010. 4
ISBN 978 - 7 - 5118 - 0580 - 5

I. ①律… II. ①朱…②郭…③潘… III. ①律师业务—工作经验
IV. ①D916.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字(2010)第 043090 号

律师案例选. 2010 年卷(下)

朱洪超、郭星亚、潘公明 主编

责任编辑 潘洪兴
装帧设计 贾丹丹

© 法律出版社·中国

开本 787×960 毫米 1/16

版本 2010 年 5 月第 1 版

出版 法律出版社

总发行 中国法律图书有限公司

印刷 固安华明印刷厂

印张 21.75 字数 404 千

印次 2010 年 5 月第 1 次印刷

编辑统筹 独立项目策划部

经销 新华书店

责任印制 张宇东

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

网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779

咨询电话/010-63939659

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

重庆公司/023-65382816/2908

北京分公司/010-62534456

西安分公司/029-85388843

上海公司/021-62071010/1636

深圳公司/0755-83072995

书号: ISBN 978 - 7 - 5118 - 0580 - 5

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)

前 言

本书是“八方联盟”的律师奉献给广大同仁、广大读者的又一力作,涉及诉讼与非诉讼诸多法律专业领域。

本书的作者均来自北京、上海、天津、重庆、江苏、辽宁、内蒙古、广东、山东、山西、吉林等省市自治区“八方联盟”的律师。他们在各自的专业领域积累了丰富的经验,由他们多年执业经验的总结汇聚出此本案例选。书中案例涉及公司法、证券、期货、基金、国际贸易、融资租赁、外商投资、BOT 项目、建筑工程、房地产、矿产、企业改制、兼并收购、股权转让、知识产权、合同、保险、产品质量、名誉权及人身损害赔偿、医疗纠纷、劳动、刑事诉讼、行政诉讼复议、仲裁等多个法律专业,有些案例也涉及社会上近期经常出现的热点纠纷和事件。“八方联盟”各个律师事务所提供的案例还反映了中国主要省市的律师执业和发展情况,同时,也间接体现各个地区经济的发展情况。

本书是“八方联盟”律师向社会反馈自己的点滴经验,希望能为同仁、为社会、为关注中国法治进程的人们有所帮助,有所借鉴。

谨以此书纪念“八方联盟”成立 5 周年。

2010 年 4 月 2 日



目 录

刑事诉讼案例

谢正宾受贿案辩护记

..... 江苏法德永衡律师事务所 任忠敏 (3)

“审慎原则”在刑事案件裁判中的运用

..... 广东星辰律师事务所 欧湘富 (7)

“特情”介入的毒品犯罪

..... 辽宁申扬律师事务所 刘 丹 (11)

银行工作人员不负责任应定何罪

..... 天津张盈律师事务所 宋振东 (13)

公款借贷引发的“挪用公款”案

..... 辽宁申扬律师事务所 于振森 (17)

是挪用资金还是“合户”回款

..... 内蒙古建中律师事务所 刘怀宽 刘 宇 (24)

为涉嫌受贿进行罪轻辩护案例

..... 吉林常春律师事务所 姜长明 (27)

一起单方交通事故引发的“诈骗”案

..... 辽宁申扬律师事务所 唐敬杰 邹 欣 (31)

王某被控交通肇事罪案

..... 内蒙古建中律师事务所 段 禹 (34)

雷某是否涉嫌强奸犯

..... 重庆星全律师事务所 熊先奎 黄奕龙 (38)

是故意杀人还是故意伤害人

..... 辽宁申扬律师事务所 孙海光 (43)

一拳致人命

..... 山西科贝律师事务所 延春旺 (46)

从一起故意杀人案看疑罪从无原则

..... 辽宁申扬律师事务所 张慧昕 刘树国 (49)

刀下留人

..... 辽宁申扬律师事务所 吴建平 (52)



江某贪污案庭审辩护记

.....	江苏法德永衡律师事务所	庄 卓	(55)
李某刑案析之辨		吉林常春律师事务所	张树波 (57)
命悬一线的辩护		辽宁申扬律师事务所	穆景仁 (60)
是行善还是犯罪		江苏法德永衡律师事务所	谭小欣 (64)
是盗窃罪还是收购、售赃罪		吉林常春律师事务所	白柱杰 (69)
大雾之后的死亡迷案		辽宁申扬律师事务所	孙雪飞 (73)
无法挽回的结局		辽宁申扬律师事务所	徐志国 (80)
滥用职权被起诉		辽宁申扬律师事务所	曲柏杰 (84)

劳动纠纷案例

天津市首例人事争议纠纷案例

.....	天津张盈律师事务所	田长慧	(91)
外企高管与企业劳动纠纷案		天津张盈律师事务所	李东光 孙 立 (97)
郭明与包头市环西工贸公司劳动争议案		内蒙古建中律师事务所	王 勇 (101)
做企业和谐劳动关系的护航人		天津张盈律师事务所	陈向娟 徐 岚 (106)

行政复议诉讼案例

司法协助产生的行政诉讼

.....	辽宁申扬律师事务所	巴信萍	(111)
不服行政处罚决定案		吉林常春律师事务所	王维林 (114)
三个原告和四个判决		辽宁申扬律师事务所	冯 颖 (118)

威海某开发区行政复议案

..... 上海联合律师事务所 朱洪超 曹志龙 (121)

某工业有限公司内销保税案

..... 广东星辰律师事务所 郭星亚 杨宝凯 (124)

广州国土局胜诉的依据

..... 辽宁申扬律师事务所 李宗胜 (127)

行政诉讼与民事诉讼交叉程序的探析

..... 辽宁申扬律师事务所 高俊华 (130)

煤矿企业证照变更过程中存在的问题

..... 山西科贝律师事务所 司东南 (133)

融资租赁公司是否应取得医疗器械经营许可证

..... 北京天达律师事务所 陈 烽 宋晓燕 (138)

仲裁类案例

青岛前湾集装箱码头与上海振华港口设备采购合同税收争议案

..... 山东琴岛律师事务所 汪 泉 (145)

国际仲裁胜诉案例

..... 吉林常春律师事务所 何春丽 (150)

天津首例拒绝承认与执行国际仲裁裁决案

..... 天津张盈律师事务所 张 盈 陈向娟 (153)

东阳阁饭店与沈阳工业品贸易公司纠纷案

..... 辽宁申扬律师事务所 潘公明 房 华 (156)

中外合作经营企业合同纠纷仲裁案

..... 吉林常春律师事务所 高 强 郭维东 (161)

严肃约定解除合同

..... 重庆星全律师事务所 刘兴全 (166)

委托合同中的“预约”和“解除”

..... 广东星辰律师事务所 隋淑静 (169)

其他诉讼仲裁类案例

李某诉赵某某等彩票纠纷案

..... 江苏法德永衡律师事务所 沈 华 (177)

律师尽职 客户得益

..... 天津张盈律师事务所 张 盈 陈向娟 (182)



打得精彩

- 天津张盈律师事务所 张 盈 郑 颖 (185)
- 揭开欠条的面纱
- 辽宁申扬律师事务所 孙晓鹏 (190)
- 美国联邦地区法院承认中国法院判决的案例分析
- 重庆星全律师事务所 杨树明 唐 莉 (194)
- “4·15”空难赔偿的全程法律服务
- 上海市联合律师事务所 朱洪超 江 宪 高珏敏 (199)
- 把住涉外案件程序关
- 天津张盈律师事务所 张洪竹 (201)

非诉讼类案例

奥运会筹办过程中的法律风险控制体系

- 山东琴岛律师事务所 周海燕 朱红娟 (209)

2007 年世界夏季特殊奥林匹克运动会的法律服务

- 上海市联合律师事务所 陈国庆 汪 丰
周 晶 吴 盈 (214)

股权信托融资项目案例分析

- 上海市联合律师事务所 江 宪 汪 丰 许建军 (218)

船舶融资租赁交易的若干法律特点分析

- 北京天达律师事务所 陈 烽 陈宝珠 (222)

国家级高速公路 84 亿元 BOT 项目

- 上海市联合律师事务所 陈国庆 汪 丰 罗 茜 (226)

高速公路项目投资入选择中的一些争议

- 山西科贝律师事务所 王 镇 (231)

为上海 49 家国有企业章程修改提供法律服务

- 上海市联合律师事务所 朱洪超 陈国庆 曹志龙 (235)

为青岛市黄金地段项目转让提供全程法律服务

- 山东琴岛律师事务所 唐 健 慈龙军 (240)

为中外合资经营企业设立提供专项服务

- 天津张盈律师事务所 石俊峰 (244)

为北方汽车集团提供法律服务

- 吉林常春律师事务所 高 强 (248)

为吉林省农业农村信息化大项目服务

- 吉林常春律师事务所 王兴志 江顺龙 (253)



为中东集团提供法律服务	吉林常春律师事务所 高 强	(256)
长春拖拉机厂的改制方案	吉林常春律师事务所 田 圃 江顺龙	(259)
国有土地使用权转让中的税务筹划	天津张盈律师事务所 李东光 李康乐	(262)
资产并购中应注意的法律问题	吉林常春律师事务所 何春丽	(267)
上海浦发银行 2009 年非公开增发新股项目	上海市联合律师事务所 朱洪超 江 宪 汪 丰 徐隽文	(272)
一家国有企业的“寿终正寝”	山西科贝律师事务所 孙 智 刘红枝 郭如新 曹晋勇 徐 晶 陈 奇 赵 宇	(276)
一家集体企业的转制历程	山西科贝律师事务所 张秀敏 安燕晨 柳小燕	(281)
中国煤炭“第一股”的成功变身	山西科贝律师事务所 孙 智 郭东平 安燕晨	(285)
由“集体”向“国有”的成功跨越	山西科贝律师事务所 孙 智 赵多政	(288)
山西煤矿企业资源整合的“惊人一跃”	山西科贝律师事务所 孙 智 张秀敏 王 镇等	(292)
兰宝科技信息保牌成功案例	吉林常春律师事务所 王兴志 徐纯刚	(298)
A 公司换股吸收合并 B 公司	内蒙古建中律师事务所 马秀芳	(302)
“主辅分离”与“二次改制”的艰辛	山西科贝律师事务所 孙 智 张秀敏 安燕晨	(306)
北京 DMJ 公司股权转让纠纷	内蒙古建中律师事务所 王永燕	(310)
李连达与天津天士力制药公司的纠纷处理	内蒙古建中律师事务所 王 勇	(315)
证券公司设立集合资产管理计划中的法律服务	上海市联合律师事务所 江 宪 汪 丰 王 皓	(320)



私募股权基金并购民营房地产公司案

..... 天津张盈律师事务所 李东光 邓露茸 (325)

现代企业制度的缓慢建立

..... 山西科贝律师事务所 高满中 安燕晨 (330)

中国近期的知识产权法律动态

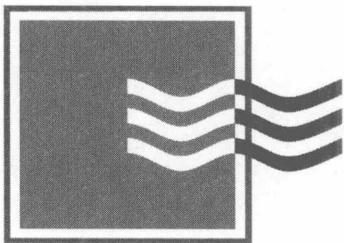
..... 北京天达律师事务所 张青华 沈云峰 (335)

更 正

由于我们的疏漏,本书下列页码中事务所名称和人名错误,特此更正。

页码	更正为	原误为
第 138 页,标题下署名	北京天达律师事务所	北京天达律师所
第 156 页,标题下署名	辽宁申扬律师事务所	沈阳律师事务所
第 222 页,标题下署名	陈烽 陈宝妹	陈烽 朱宝妹





刑事诉讼案例

谢正宾受贿案辩护记

江苏法德永衡律师事务所 任忠敏

一、基本案情

被告人谢正宾,男,1964年8月1日生,汉族,大学文化,历任建设银行江苏仪征支行行长、江都支行行长,2002年从建设银行辞职后任江苏扬州宇企光电有限公司副总经理。因涉嫌犯受贿罪于2008年3月5日被监视居住,同年3月7日被刑事拘留,同年3月21日被依法逮捕。

江苏省扬州市维扬区人民检察院以被告人谢正宾犯受贿罪、挪用公款罪,向扬州市维扬区人民法院提起公诉。

扬州市维扬区人民法院依法公开审理查明:

被告人谢正宾于1999年至2001年期间,利用其担任的建设银行仪征支行行长职务之便,先后3次收受扬州市扬晨建安装潢配套公司负责人刘德山的钱物,为其谋取利益,合计价值人民币24780元。2001年至2004年期间,被告人谢正宾与王勇、王广田、吴春球等人,利用王勇管理公路建设资金的职务之便,多次擅自从其管理的淮高指、高指还资办账户中挪用公款,合计人民币3250万元。

扬州市维扬区人民法院认为,被告人谢正宾利用职务之便,接受他人财物,为他人谋取利益,其行为已经构成受贿罪;被告人谢正宾还利用王勇的职务之便,共同挪用公款,数额巨大,其行为已构成挪用公款罪。被告人谢正宾犯数罪,应数罪并罚。被告人谢正宾揭发他人犯罪,系立功,可以依法从轻处罚;谢正宾在第一节挪用公款犯罪中系从犯,应当从轻处罚。依照《中华人民共和国刑法》第385条第1款、第386条、第383条第1款第3项、第93条、第384条第1款、第25条第1款、第27条、第69条、第68条第1款、第64条以及最高人民法院《关于审理挪用公款案件具体应用法律若干问题的解释》第3条之规定,判决如下:

一、被告人谢正宾犯受贿罪,判处有期徒刑一年;犯挪用公款,判处有期徒刑八年。决定执行有期徒刑八年六个月。

二、被告人谢正宾未退出的赃款予以继续追缴。

一审宣判后,谢正宾向扬州市中级人民法院提出上诉。



二、二审争议焦点

1. 行为人接受他人贿赂期间,上缴纪检部门的财物数额超出了指控认定的受贿数额,指控的受贿事实是否还能成立?
2. 在以公款作质押进行贷款的挪用公款犯罪形态中,审批贷款的银行工作人员未能尽到实质审核义务,是否据此推定其具有挪用公款的共同故意?
3. 被分案处理的共同犯罪行为人,其量刑的均衡性应如何把握?

三、二审辩护观点

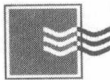
(一) 行为人接受他人贿赂期间,上缴纪检部门的财物数额超出了一审判决认定的受贿数额,除非控方有证据证实上缴的财物和一审认定的受贿事实无关,否则不能认定上诉人受贿犯罪。

二审期间,辩护人向法庭提供了七份上诉人任职银行纪检部门出具的礼金收据和两份相关工作人员出具的收条,以及时任银行办公室主任石名岐的证言作为新证据。该组证据证明从 1999 年至 2002 年间,上诉人分别向仪征市建行和江都市建行的纪检部门上缴了收受的礼金和礼物若干,其中礼金的数额共计 55 600 元。石名岐的证言证实 1999 年 9 月 30 日收到谢正宾上缴个人礼金 8000 元的收条是他出具的。二审庭审过程中,上诉人对新证据质证时表示,因时间太久,其对当年上缴礼金的具体经过记忆不清,具体是上缴礼金为何人所送,现在也无法回忆。

辩护人认为,这组新证据能充分证实上诉人在一审认定的受贿犯罪期间曾上交礼金的事实,而无论从上缴时间还是上缴数额上,均已经全面涵盖了一审认定的受贿犯罪事实。在控方没能提供能够证实上述上缴礼金和一审认定的受贿财物无关的反证时,不能排除上诉人当年上缴财物中就包括一审认定其收受的贿赂,故目前的证据体系不能得出唯一的、排他的结论,控方应承担相应的证明责任,认定上诉人受贿犯罪的证据不足。

(二) 在将公款作质押进行贷款的挪用公款犯罪形态中,如无证据证实审批贷款的银行工作人员和挪用人具有共谋,不能仅以该银行工作人员未尽到实质的审核义务为由而认定其构成挪用公款共犯。

在一审认定的事实中,上诉人谢正宾在向挪用公款行为人王勇、王广田等人介绍办理质押贷款的过程中,虽然对质押款的公款性质是清楚的,但对这笔公款的质押没有经过公款所有单位的集体研究是不知情的。上诉人的供述证实,他在向王勇、王广田等人介绍如何办理质押贷款时,只知道王勇欲使用单位的公款进行质押贷款,但王勇未经集体同意而擅自决定,甚至冒充单位负责人签名来办质押贷款是他未曾预料到的。综合分析一审定案证据,无论是上诉人





的供述,还是王勇、王广田等人的证言,无任何言辞证据能够证实上诉人在和他們进行所谓商议的过程中,曾明知该笔贷款业务的办理未获得单位的同意。

根据一审定案证据中王勇的证言,在签订相关贷款合同过程中,王勇冒充单位法定代表人的签字以及越权加盖单位公章,是其一人所为,并没有告诉过上诉人谢正宾。而上诉人也一再强调,当时他是根据王勇提供的有单位领导签字并盖章的质押合同来发放贷款的,至于签名和盖章的真实性,他并没有进行调查核实,上诉人的这一供述得到了贷款申请表、质押合同等书证的印证。至于根据银行内部的相关规定,经办贷款的工作人员应当对贷款申请人提交的相关材料的真实性进行核实,但辩护人认为,这种核实只是一种程序性的要求,其只要求银行经办人比对贷款材料上的印鉴和申请人预留在银行的印鉴是否一致即可,并不要求贷款经办人对印章是否为偷盖、签字是否为模仿进行实质性调查。而即使经办人没有对印鉴的真实性进行实质性调查违反了银行的相关规定,该行为也仅是违反了银行的内部工作纪律,并不具有刑事违法性,更不能仅凭此就证明其具有相关的挪用公款共同犯罪故意。

(三)分案处理的共同犯罪行为人,各共犯的量刑也应和行为人在共同犯罪中的地位作用保持对应,以体现刑法的平等原则。

平等适用刑法是刑法的一个基本原则,而该原则一个最为重要的表现即为平等的裁量刑罚。在犯罪性质相同、行为人的危险性相同的情况下,所处的刑罚必须相同,虽然平等的量刑并不意味着对实施相同犯罪的人必须判处绝对相同的刑罚,但导致差别的原因必须符合刑罚的原则和目的,以及普遍的正义标准。在共同犯罪中,各共犯的量刑应和各人的地位作用一一对应。

在上诉人谢正宾一审被宣判后,仪征市人民法院对本案中作分案处理的刘德山作出刑事判决,认定刘德山构成挪用公款犯罪。比较两份刑事判决:刘德山挪用公款共十次,数额达4750万元,其犯罪地位为主犯,至案发共有660万元挪用的款项未归还,诉讼过程中全部退还;上诉人谢正宾挪用公款共三次,数额是3250万元,其中挪用3000万元部分的犯罪地位为从犯,其参与挪用的款项已经全部归还;在法定情节上,刘德山具有自首的情节,谢正宾具有立功的情节。通过判决认定事实的比较,刘德山无论是犯罪数额,还是挪用次数或是犯罪地位都超过上诉人谢正宾,但是被告人刘德山一审只被判处了有期徒刑1年6个月,相比之下,对谢正宾8年有期徒刑的量刑显得过重。仪征市作为扬州的一个县级市,在行政区划上和本案的一审法院所在地维扬区同属于扬州市,同一个地级市范围内,相同时间、相关案件、相似案情,最终判决的结果却有这么大的差异,有悖于平等适用刑法原则,二审法院应予以纠正。

四、二审法院意见

(一)对辩护人提交的新证据,试图证明上诉人已将收受的钱款上缴的事

实,不仅有上诉人在侦查阶段稳定供述证实,也得到了行贿人证言的印证。同时,上诉人收受钱物的时间不能和银行纪检部门出具收据的时间相吻合,故对辩护人提供的新证据的证明效力不予采纳。

(二)对辩护人提出上诉人主观上无挪用公款共同犯罪之故意的辩解,经查,在该起挪用公款犯罪中,上诉人谢正宾不但明知王勇等人违规挪用公款进行质押贷款,而且积极参与谋划,该事实有上诉人谢正宾在侦查阶段稳定供述的证实,也得到了相关证人证言的印证。此辩护意见无事实依据,不能成立。

(三)对辩护人提出原审对上诉人挪用公款犯罪部分量刑畸重。经查,原审法院根据上诉人犯罪事实、情节、对社会危害程度以及其本人认罪悔罪态度,对其作出的刑罚并无不当。此辩护意见亦不予采纳。

五、判决结果

扬州市中级人民法院经开庭审理后认为,原审法院认定事实清楚,证据确实、充分,审判程序合法,定罪量刑并无不当,应予维持。故驳回上诉,维持原判。

点评:同样性质的案件,很可能出现量刑标准不一的现象。这种情况在实践中经常见到。这是因为法律的“弹性”太大所致吧。



“审慎原则”在刑事案件裁判中的运用

广东星辰律师事务所 欧湘富

一、基本案情

深圳市中级人民法院一审判决认定:被告人黄燕敏、王昭国与赵辉(另案处理)预谋抢劫。2005年10月30日早上6时许,被告人王昭国驾驶红色“三鑫”摩托车,搭载着黄燕敏和赵辉,窜到深圳市宝安区沙井新沙路天桥底的107国道旁,见潘为栋、黄兵夫妇在桥下候车,即驾车冲过去,黄燕敏和赵辉跳下车,持刀抢劫潘为栋,遭到反抗,黄遂持刀将潘为栋胸部及右大腿刺伤,赵辉抢得潘为栋诺基亚手机1部,后乘坐王昭国驾驶的摩托车逃离现场。潘为栋受伤后因被刺破右肺静脉致失血性休克经抢救无效于当天死亡。2005年11月4日,黄燕敏、王昭国被巡逻的保安员抓获;缴获作案用的摩托车及弹簧刀。一审判决认为,黄燕敏、王昭国以非法占有为目的,结伙使用暴力手段强行劫取他人财物,并致一人死亡,其行为均已构成抢劫罪。在共同犯罪中,二被告人均参与了预谋,并按事前的分工积极实施抢劫行为,在犯罪中均起主要作用,均属主犯。一审判决黄燕敏犯抢劫罪,判处死刑,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产;王昭国犯抢劫罪,判处无期徒刑。

二、黄燕敏上诉称

同案被告人王昭国虽然只负责开车,但他和赵辉都要听王昭国的,他说抢谁就抢谁。我和赵辉都是从犯。案发时,我并没有伤害被害人之意,由于被害人强烈反抗无意中伤了对方面,而且当时我和赵辉都有拿刀,到底是谁砍中被害人并不清楚,事后两人的刀上都有血迹。而一审判决却将责任全部让我承担不合实际。

三、本律师二审辩护意见

本律师作为黄燕敏的二审辩护人,提出的辩护意见是:1. 被害人之死是上诉人黄燕敏和在逃的赵辉共同行凶所致,原审判决认定为黄燕敏一人持刀直接所为,证据不足。虽然黄燕敏在公安机关的多次供述及一审开庭时的供述,均供称是其用弹簧刀刺了被害人的上半身,被缴获的弹簧刀长约20厘米,单刃带

