

升级版“律师业务必备”丛书

权威中国律师业务指南

# THINKING *and* METHODS

## 律师办案的 思维和方法

朱加宁 徐鹏◎著

行政诉讼代理要“稳”  
商事诉讼代理要“狠”  
申诉案件代理要“韧”  
调解和仲裁代理要“和”  
法律咨询要“全”

刑事辩护要“准”  
民事诉讼代理要“细”  
非诉讼业务要“专”  
法律顾问要“勤”  
法律文书要“精”



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

# THINKING *and* METHODS

## 律师办案的 思维和方法

朱加宁 徐鹏◎著



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

# 修订说明

本书原名《律师实务技能十字诀——律师各项业务的特点和操作要领》，于2013年1月由法律出版社出版发行，出版后读者的认可度较高，之后也在多地律师上岗培训中作为教材或辅助读物，获得了较好反响。本书出版至今的几年中，我国法治建设又有了长足发展，其间有多部重要的法律法规颁布或修改，新法新规在司法实践中又产生了新的问题，而我们在实务中也有了新的体验和感受。鉴于此，我们对本书作了修订，更新了旧的法律法规，增加了新的典型案例，并补充了一些办案技巧，希望对有志于和正在从事律师工作的读者有所帮助。

我国法治建设的逐步完善，除了立法者、司法者、学者等群体的努力，律师这一社会群体所起的作用也不容忽视。律师在维护社会公平正义中所肩负的特殊使命，以及律师职业本身具有的挑战性和荣誉感，吸引着越来越多的人投身律师职业。然而，律师在执业中面对的社会关系包罗万象，代理的案件类型层出不穷，且身处的办案过程瞬息万变。如何拥有律师思维，把握每种业务的特点，在实务操作中做到对症下药、化繁为简，争取最好的办案效果，是我们共同追求的目标。为此，我们针对律师实务中常见的十类业务，将每类业务的特点用一个最为核心贴切的字加以提炼，并在每个章节中对需要注意的各种问题和办案技巧进行归纳，同时结合我们办理的一些典型案例加以说明阐述。正所谓大道至简，万变不离其宗。我们希望通过这样一种方式，使读者在阅读本书后，可以从较为宏观的角度对律师业务有一个总体把握，从而初步形成律师的办案思维模式。在有了总体的理性认识和思维模式后，还需要我们通过实践去反复验证，将实践经验再抽象总结成新的理性认识去指导实务。以此往复，最终使自己成为一名优秀的法律职业人，为我国的法治建设添砖加瓦，做出自己的贡献。

孙国栋先生在百忙中为本书作序，我们倍感荣幸，孙主编对本书的肯定和建议

让我们不敢懈怠,促使我们完成了修订工作;法律出版社应用分社戴伟社长和聂颖编辑、李璐编辑为本书的再版付出了辛勤努力,因为他们的关心和帮助才有了本书修订版的问世;北京浩天信和(杭州)律师事务所的刘练、曾春红、王思忆、钱炬雷、沈州阳、黄潇炜、张浩哲、陶潺等律师为本书的修订工作付出了辛勤劳动。我们在此一并表示深深的谢意!由于作者才疏学浅,本书对律师实务的论述难以面面俱到,只能抛砖引玉,还望读者不吝指正。我们将在今后继续修改完善,更好地服务律师实践。

朱加宁 徐鹏

二〇一七年十月

# 序

人生在世,不能不相信缘分。

2009年夏,《律师文摘》收到一篇文章,推荐者是我的老朋友——浙江省律协前任秘书长秦小平,文章首发刊物《法治研究》的前身是业界名刊《律师与法制》,主编是我的另一老朋友董服民,文章作者却是个陌生的名字——恕我孤陋寡闻,后来方知朱加宁律师在业界早已功成名就。

我对朋友荐稿一向心存警惕,不敢轻诺。待我展读这篇《律师实务“十字诀”》,却不禁被深深吸引,当即决定转载——《律师文摘》太稀缺这样言之有物又言简意赅的佳作了。

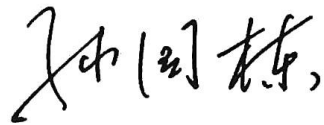
众所周知,中国律师制度恢复重建之初,囿于实务类型和知识结构,绝大多数从业者都是“万金油”式的律师。历经三十余年,律师业务范围越来越广,分工越来越细,专业化已是大势所趋。但许多律师又滑向另一极端,在自己的一亩三分地里精耕细作,忽视甚至蔑视其他业务领域及其从业律师。只见森严壁垒,不见融会贯通;只知单打独斗,不知齐头并进。更有甚者,昧于天下大势和司法环境,乃至昧于常识,沦为事务主义者和工具主义者。

如此说来,《律师实务“十字诀”》便显得更为难能可贵。它几乎涵盖了律师业务的所有门类,不可谓不“博”;又准确提炼出每个门类的特点,均以单字名之,不可谓不“精”。我们不妨欣赏一下这“十字诀”:稳(行政)、准(刑事)、狠(商事)、细(民事)、韧(申诉再审)、专(非诉讼业务)、和(调解与仲裁)、勤(法律顾问)、全(法律咨询)、精(法律文书)。你不能不佩服作者慧眼独具、概括精当。时隔三年,加宁律师和更为年轻的徐鹏律师一起,在“十字诀”一文的基础上,深入理论挖掘,细化操作规程,填充实战案例,扩展为一本专著——《律师实务技能十字诀——律师各项业务的特点和操作要领》,弥补了原先篇幅不足、言犹未尽之憾,内容更为丰

满,论证也更为充分有力。本书既可作青年律师的入门读物,又可作律协业务培训的  
的优秀教材。

当然,人无完人,一个律师不可能对所有业务领域面面俱到且面面精通,总有  
生熟深浅之别。希望作者多方吸取同行办案之经验教训,取长补短,精益求精,使  
本书再版时更趋完善。

加宁律师命我作序,论资历论学识,我均不堪此任。但基于本文开头所述之缘  
分,更因加宁律师为人谦和、与人为善,善于学习、勤于思考,本书确为用心用力之  
作,因此不揣浅陋,写下上面这些话,以就教于作者和读者。



2013年1月29日于京城过客居

# 目 录

<b>第一章 行政诉讼代理要“稳”</b> .....	1
一、行政诉讼代理需要“稳中求胜” .....	1
二、行政诉讼的战略要“稳” .....	4
三、行政诉讼的战术要“稳” .....	9
四、行政诉讼的其他注意事项 .....	13
<b>第二章 刑事辩护要“准”</b> .....	32
一、刑事辩护要力争“弹无虚发” .....	32
二、律师在侦查阶段的工作及注意事项 .....	34
三、律师在审查起诉阶段的工作及注意事项 .....	37
四、律师在审判阶段的工作及注意事项 .....	42
五、律师的其他刑事业务 .....	56
<b>第三章 商事诉讼代理要“狠”</b> .....	85
一、狭路相逢勇者胜的商事诉讼 .....	85
二、商事案件的原告可以“漫天要价” .....	87
三、商事案件的被告可“坐地还价” .....	91
四、商事案件的第三人应“鼎力相助” .....	96
五、执行程序要做到权利穷尽 .....	99
六、商事案件代理的其他注意事项 .....	103

<b>第四章 民事诉讼代理要“细”</b> .....	127
一、民事诉讼“慢工出细活” .....	127
二、民事诉讼代理方法要“细” .....	131
三、民事诉讼收集分析证据要“细” .....	134
四、民事诉讼主张权利和适用法律要“细” .....	142
五、民事诉讼代理的其他注意事项 .....	146
<b>第五章 申诉案件代理要“韧”</b> .....	164
一、申诉案件成功往往在“再坚持一下的努力中” .....	164
二、“循规蹈矩”依法申诉 .....	166
三、“斗智斗勇”巧妙申诉 .....	171
四、申诉和再审代理的其他注意事项 .....	176
<b>第六章 非诉讼业务要“专”</b> .....	193
一、非诉讼律师业务需要较强的专业技能 .....	193
二、律师处理合同的非诉讼业务及注意事项 .....	195
三、律师使用律师意见书的情况及注意事项 .....	198
四、律师使用律师函的情况及注意事项 .....	202
五、律师办理公司非诉业务及注意事项 .....	204
<b>第七章 调解和仲裁代理要“和”</b> .....	234
一、律师参与调解大有可为 .....	234
二、律师参与调解要贯彻“和”的精神 .....	236
三、律师参与调解的其他注意事项 .....	241
四、律师参与仲裁要讲究“和” .....	243
五、律师参与仲裁如何做到“和” .....	244
六、律师参与仲裁的其他注意事项 .....	247
<b>第八章 法律顾问要“勤”</b> .....	254
一、法律顾问是综合性很强的律师主要业务 .....	254



二、法律顾问的工作职责和工作程序 .....	255
三、做好法律顾问工作要“勤” .....	257
四、新常态下如何做好政府法律顾问 .....	263
五、担任法律顾问的其他注意事项 .....	266
<b>第九章 法律咨询要“全” .....</b>	<b>283</b>
一、法律咨询是律师业务的试金石和敲门砖 .....	283
二、准确获取信息,提供全面解答 .....	284
三、法律咨询的其他注意事项 .....	292
<b>第十章 法律文书要“精” .....</b>	<b>306</b>
一、法律文书要做到精益求精 .....	306
二、民商事案件的法律文书写作 .....	308
三、刑事案件法律文书写作 .....	328
四、行政诉讼法律文书写作 .....	340

# 第一章 行政诉讼代理要“稳”

行政案件代理要做到“稳”。要稳扎稳打,不要草率开打。行政诉讼案件代理主要有三类:原告代理、被告代理和第三人代理。实践中以原告代理居多。原告代理是“民告官”的诉讼,需要讲究诉讼战略和战术。诉讼战略和战术要稳,主要应从以下三个方面逐一考虑:一是要不要打?要考虑开打后有无不利后果,即考虑行政救济程序后,案子最终处理结果是否可能加重当事人的行政责任或是否有可能转换为刑事责任?二是在哪里打?要分析在哪里打的效果更好。是先行政复议,还是直接行政诉讼?如先行政复议,是向本级人民政府申请复议,还是向上级行政机关申请复议?如果是直接诉讼,如何在法定管辖范围内选择对己方更为有利的法院?三是怎么打?要思索主攻哪个方面能克敌制胜。是主攻执法主体资格,还是主攻行政程序;还是主攻事实认定和法律适用?是针对行政合法性,还是针对行政合理性?这些都是需要事先考虑周详的。

## 一、行政诉讼代理需要“稳中求胜”

### (一)行政机关“居高临下”占尽先机

行政诉讼是“民告官”的案件,是行政相对人与国家行政机关对簿公堂。虽然行政诉讼法规定当事人在行政诉讼中的法律地位平等,但实践中行政诉讼双方在实质上并不平等。很多当事人提起行政诉讼时,起先都是满怀信心、踌躇满志,到最后却是垂头丧气,心灰意冷。究其原因,是对行政机关的“自由裁量权”以及对行政诉讼的艰难性估计不足,对居高临下、手握实权的行政机关可能“以权代法”“以权压法”的情况缺乏足够认识。因此,在行政诉讼提起前要反复论证,以求稳中取

胜,如果盲目“开打”,则可能事与愿违,得不偿失。

笔者曾接到过一起行政争议的咨询:有一位当事人在取款机上取钱时,发现前一位取款者将银行卡遗留在取款机上。于是他便接着进行了取款操作,取走了3000元钱。后来他被公安机关抓获,处以治安拘留10天的行政处罚。释放后,他不服气,想跟公安机关打行政官司。笔者与他分析,这个行政官司具有较大风险,因在法律定性上你的行为究竟是刑事犯罪、治安违法还是民法上的不当得利存在很大争议。公安机关因为吃不准,所以才对你进行了行政处罚。如果你找公安机关打行政官司,公安机关很可能在行政诉讼终结后启动刑事程序把你抓进去。当事人听了笔者的分析,放弃了行政诉讼的想法。此外,有些因税务处罚等产生的争议,如果盲目启动行政诉讼程序,也很可能导致税务机关因此再来查账,致使处罚加重或者案件“升级”。还有对安监、食品监督等可以进行日常监督管理的部门所作的具体行政行为不服,是否要提起行政诉讼,也需要慎重考虑,以避免“轻举妄动”而带来的“无穷烦恼”。

可见,在行政诉讼中我们要面对的是在诉讼之内和诉讼之外都占有优势、实力强大的行政机关。首先,行政机关具有诉讼资源和财力上的优势。行政机关内设法制部门,有专业法律工作人员处理法律事务。且遇到重大诉讼纠纷时,还会聘请行政法领域内的资深律师。因此,行政机关可以享受高水平的诉讼服务,相比普通老百姓来说,优势明显。而且,行政机关有足够的财力和人力去扩大调查范围以及进行法律适用的论证,而一般的行政相对人则没有这方面的能力。其次,行政权对行政诉讼有一定的影响力。虽然行政权不能干预审判权,但在实践中,法院无法摆脱行政机关的影响。对原告而言,特别是公司等市场主体,平时均处于行政机关的监管之下,行政机关可以在行政职权范围内(如税务、安监、食品卫生监督、环保等各方面)对原告“特别关照”,给原告施加压力,迫使原告在诉讼中不战而败。此外,行政机关的行政行为具有先定的执行力。根据我国《行政诉讼法》第56条的规定,诉讼期间不停止具体行政行为的执行,特殊情况除外。行政行为的执行力,要求行政相对人自行履行或者强制履行义务。通常情况下提起行政诉讼并不能停止已生效行政行为的执行,这对原告而言会产生较大程度的压力,很多时候不得不半途而废。

由于行政诉讼中原、被告之间的力量对比悬殊,原告起诉既有诉讼内的败诉风险,也有诉讼之外的重重顾虑,因此,打行政官司必须稳扎稳打,不能草率行事,以

免造成处罚升级或其他不利后果。

## (二) 诉讼制度“关卡重重”逾越艰难

除了行政机关的先天优势,行政诉讼中我们还要面对行政诉讼制度上的关卡障碍。行政诉讼制度中有很多不同于民商事法律的规定,这些制度无形中对原告的起诉和胜诉造成了很多障碍,使行政相对人维护自身权益的难度大大提高。

在行政诉讼管辖方面,原《行政诉讼法》第17条规定:“行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。经复议的案件,复议机关改变原具体行政行为的,也可以由复议机关所在地人民法院管辖。”2015年5月1日起施行的新《行政诉讼法》在第18条中修改为“经复议的案件,也可以由复议机关所在地人民法院管辖”,给予了行政相对人更大的地域管辖选择权。但这一修改,仍然是在“原告就被告”这一法定管辖范围内的“微调”,行政相对人无论是诉在原作出行政行为的行政机关所在地法院,还是诉在复议机关所在地法院,均是在行政机关所在地,均无法改变同一区域行政机关与审判机关的“近亲”关系和可能存在的“官官相护”情况,增加了原告胜诉的难度。虽然现在进行的司法体制改革,会逐步改变法院原先的财政供给关系和人事管理关系,但地方政府及工作部门对法院的相互依存度和影响力,很难有大的改变。

另外,判决撤销重作等制度也削弱了胜诉的实际效果。《行政诉讼法》第70条规定,行政行为在主要证据不足、适用法律、法规错误、违反法定程序、超越职权、滥用职权、明显不当的情况下,人民法院应判决撤销或者部分撤销,并可以判决被告重新作出具体行政行为。因此,在法院判决撤销行政行为要求被告重作的情况下,尽管行政机关不能作出与原具体行政行为相同的行为,但行政机关仍可以重新作出“换汤不换药”的相似行政行为。原告有时候只能是出了口气,但无法改变行政机关作出不利于原告的具体行政行为。

还需要注意的是,行政诉讼中调解制度无法得到充分运用。行政诉讼不同于民商事诉讼,一般不适用调解。新《行政诉讼法》第60条在“人民法院审理行政案件,不适用调解”的前提下,增加了对“行政赔偿、补偿以及行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件可以调解”的规定,但在实践中由于行政机关处理弹性小,内部报批手续复杂,原告在很多情况下仍难以取得满意的结果。

### (三)代理工作“瞻前顾后”稳扎稳打

面对行政机关的强大实力,诉讼制度的种种不利,律师代理行政诉讼案件需要更多的谨慎。面对一个行政案件,不仅要在宏观上深入分析诉讼的走向和风险,还要在微观上部署代理工作的各个步骤和方案。因此,律师的代理工作需要瞻前顾后,只有步步为营,才能稳中求胜。

同时,律师担任行政诉讼原告的代理人,不仅应当尽到受托人的义务,还承担着维护法律正确实施、维护社会稳定的职责。行政诉讼与国家政治密切相关,代理行政诉讼的律师要有一定的“政治头脑”,要熟悉党和国家的方针政策,了解我国政治体制和行政管理模式。我国不实行西方国家的三权分立制度,审判机关和行政机关都要在党的领导下开展工作、行使职权。因此,律师应当积极学习党和国家的各项政策和方针,关注国家政治动态。对于律师而言,在行政诉讼中不仅要用好法律,还要用好各项政策。律师在代理行政诉讼时,既要依据法律规定,又要根据党和国家的方针政策,只有两者的有机结合,才能达到行政诉讼的最佳效果。如果行政案件原告(特别是人数众多的集团诉讼)的行为影响到了社会秩序,律师很可能被行政机关“告状”和受到司法行政机关的调查、警告甚至处分。因此,律师代理行政诉讼应注意谨慎稳妥,既要最大限度地为委托人争取合法权益,又要防止出现“赔了夫人又折兵”的情况,要注意防范自身的执业风险。

关于行政诉讼,我们讲“稳”,并不是“怕”。我们讲“稳”是为了取得好的代理效果。而且,对原告而言,行政诉讼不以成败论英雄,不少案件,原告虽败犹荣。通过行政诉讼,行政机关认识到了自身在行政执法中的问题,改变了执法理念和工作作风,解决了与原告之间的行政争议。因此,只要我们稳扎稳打,讲究战略和战术,找出行政机关执法中存在的问题,依法击中行政机关的“软肋”,就能最大限度地维护行政相对人的合法权益。

## 二、行政诉讼的战略要“稳”

“战略”(strategy)一词最早来自军事范畴。我国春秋时期,孙武所著的《孙子兵法》就开始对战略进行全面的研究。就词义而言,“战”指战争,“略”指谋略。现代意义上的战略主要指统领性和全局性的谋略和对策。行政诉讼要打得好,必须从诉讼战略开始筹划。如果战略这个大方向不正确,案件就不可能胜诉。未经深

思熟虑的战略策划就仓促上阵,容易产生“方向”或“路线”错误,开战后再行弥补和调整就难上加难,原告要想在二审或再审中扭转局面的可能性微乎其微。因此,行政诉讼的特点决定了原告必须充分重视诉讼战略。

### (一)要不要打行政官司的决策要“稳”

要不要打行政诉讼是首要的战略考虑。民商事案件虽然也不能草率起诉,但是行政案件由于其特殊性,对要不要起诉更要谨慎和稳妥。

#### 1. 防止案件“升级”风险

实践中,我们要特别注意有些案件可能存在的“升级”风险。例如,某塑料薄膜生产企业从国外进口了两条生产流水线。后因市场情况变化销量减少,企业经营陷入困境。为此,该企业将该生产设备长期租赁给其他企业,并一次性收取了租金。当地海关认为,该生产设备是免税进口的海关监管设备,未经批准不得擅自处分。考虑到本案的特殊性和实际情况,当地海关作出了巨额罚款的行政处罚。本案经上级海关行政复议,维持原处罚决定。该企业不服,欲提起行政诉讼。对此,笔者与公司董事长作了分析:既然企业对海关认定的事实没有争议,也认为海关在处罚时已作了从轻考虑,那么就需要郑重考虑本案是否会出现行政诉讼后海关重作处理加重处罚或转入刑事诉讼的可能。考虑到此类风险难以预测,该企业后来放弃了行政诉讼的打算。

#### 2. 诉讼之外的风险评估

行政相对人如果起诉税务、公安、安监、质检等行政机关,应当注意评估诉讼之外的“风险”。对公司、企业而言,这些行政机关有对其进行监督管理的职能,是其“父母官”。行政机关讲“脸面”和“权威”,原告一旦挑战其“权威”,损其“脸面”,很有可能在诉讼之外遭其经常性的无休止的“特别关照”。就务实角度而言,企业应当在充分衡量轻重得失和诉讼风险后,再作出诉讼与否的决定。当然,如果出现行政机关作出的具体行政行为关乎原告从事某种行业的经营资格,或者行政处罚决定数额巨大导致企业面临倒闭,或者行政处罚严重影响了企业的声誉等情况时,原告则需要迎难而上,尽力争取合法权益。

### (二)直接诉讼还是先行政复议的选择要“稳”

法谚云:有权利必有救济。行政机关作为国家行政权力的行使机关,在其履行

职权的过程中造成行政相对人权益损害的情况时有发生。因此,赋予行政相对人充分的救济权利和救济途径,是现代行政法进步发展的标志。行政救济以是否由行政机关实施救济作为标准,可分为行政内救济和行政外救济。行政内救济在我国法律体系中主要是指行政复议、信访、行政仲裁等,涉及的法律规范主要有《行政复议法》《行政复议法实施条例》以及各行政部门实施《行政复议法》的相关通知和规定;行政外部救济在我国主要是指行政诉讼,涉及的法律规范主要有《行政诉讼法》、相关行政实体法及最高人民法院的司法解释等。根据《行政诉讼法》的规定,除法律规定的复议前置案件外,大部分行政争议均可以选择救济途径,即可以先复议再诉讼,也可以直接诉讼。如何选择救济途径,取得较好的救济效果,要因案而定。

### 1. 涉及具体行政行为合理性的案件,可考虑先行行政复议

提起行政诉讼还是行政复议,应当从争议的行政行为的合法性与合理性角度进行考察。在行政复议中,合理性审查原则是全面适用的基本原则。在行政诉讼中虽也存在合理性审查的规范,但审查范围很窄。我国原《行政诉讼法》第54条第4项规定为“行政处罚显失公正的”,新《行政诉讼法》第77条规定为“行政处罚明显不当”。对于其他情形如何判决,原《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第56条规定:“被诉具体行政行为合法但存在合理性问题的,人民法院应当驳回原告的诉讼请求。”2015年4月20日《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称新司法解释)对此没有新规定,新司法解释第27条规定:“最高人民法院以前发布的司法解释与本解释不一致的,以本解释为准”。因此,人民法院只对显失公正或明显不当的行政处罚行为进行合理性审查,而其他行政行为只审查合法性。

### 2. 涉及抽象行政行为的行政处罚案件,应考虑先行政复议

行政复议属于行政机关的内部审查,“自家孩子自家管”,可以管得面面俱到;而行政诉讼则是外部监管,只管合法与否,一般不管合理与否,管的面相对较窄。因此,对于可以申请行政复议的情况,当事人通过行政复议进行权利救济,如果依据的抽象行政行为不合法,还可以附带提出审查申请,使行政案件得到更大范围的社会关注,给行政机关增加外部压力。例如,交警执法实践中存在的“执法陷阱”,某道路规定时速80公里,但是交警在岔路口又竖了个40码的限速标志,并进行测速。很多车辆在岔路口速度都不会马上降到40码,就被交警抓

到受到处罚。对这种情况,我们可以要求对超速的行政处罚申请行政复议,并同时根据《行政复议法》第7条的规定,对设立限速40码的抽象行政行为要求进行审查。按照公路技术规范,行政机关在没有学校或闹市等情况下设立这个40码限速标志不符合规范要求。因此,对于类似情况,我们通过行政复议进行维权比行政诉讼更加有利。自2015年5月1日起,新施行的《行政诉讼法》第53条增加规定了行政相对人在提起行政诉讼时也有权一并请求对与作出行政行为有关的规范性文件进行审查。据此,行政相对人也可以直接在行政诉讼中要求对行政规章以下的相关“红头文件”的合法性进行审查。但一般而言,在既可以选择行政复议,又可以选择行政诉讼的情况下,先通过行政复议处理更为合适,至少是多了一次处理机会。

### 3. 对行政程序明显违法或主体明显错误的案件,可直接提起行政诉讼

对于一些具体行政行为存在明显错误的案件,特别是程序上存在严重问题的案件,我们则可直接向法院提起行政诉讼,给行政机关更大的压力,最大限度地维护自己的权益。

例如,某印染公司诉某市环保局责令停产停业案。某印染公司在厂区对生产设备进行技术改造时,有少量污水排放,被市环保局查获。市环保局在查获后的第四天作了责令停业的行政处罚决定。处罚前未依照《行政处罚法》第42条的规定书面告知印染公司有要求听证的权利,行政程序明显违法。对这类案件,律师可以建议直接提起行政诉讼。争取在行政诉讼过程中通过协商恢复生产。

又如,某县水利局认为某水产养殖研究所在未取得水产养殖证的情况下承包水库违规养鱼,对该所法定代表人作出了强制拆除养殖网箱的行政处罚决定。该法定代表人提出:承包水利局所属的水库养鱼都是研究所的单位行为,不是个人行为。且签订承包合同在水库养鱼是经县水利局批准的,现合同双方因经济补偿问题未能协商一致,水利局动用行政手段强拆养殖设施是违法行为。对于此类案件,因行政争议的主体和实体等方面均存在明显问题,律师也建议直接提起行政诉讼,以取得较好的处理效果。该案经二审判决确认行政行为违法(代理词见本章附录1-1)。

## (三)对复议机关的选择要稳

行政相对人选择先行行政复议的案件,以及法律规定复议前置的案件,也同样存在再行选择的问题。即选择哪个行政机关复议更为有利的问题。复议前置案件



是法律法规明文规定的在提起行政诉讼之前必须先行政议的案件。除了涉及垂直领导体制部门(如海关等部门)的案件必须向上级行政机关申请复议,其他非垂直领导部门的案件,行政相对人均可以根据法律法规的规定,选择是向上一级行政机关复议,还是向当地人民政府复议。

不同的复议机关的工作职责和工作角度不一,行政相对人选好复议机关,有助于实现其诉求。例如,笔者代理的一起税务处罚案件中,某市地方税务局认定某医药集团公司偷税,少缴转让房屋的企业所得税、转让房屋的营业税等税费共计 164 万余元,并对此加收滞纳金 101 万余元。之后,该市地税局作出税务行政处罚决定书,对该医药公司处以 82 万余元罚款。针对案件情况,笔者建议医药公司不要向上一级税务机关申请复议,而以税务局巨额罚款缺乏合理性、处罚过重为由,向当地人民政府提起行政议。同时提出医药公司多年来为本市的社会经济发展作出了较大的贡献,为维护社会稳定,帮助企业渡过难关,请求市人民政府在查明相关情况,依法减轻或免除对医药公司的处罚。最终,通过行政议,市地税局免除了对医药公司 82 万元的罚款。

#### (四)对法院的选择要稳

对于选择直接向法院提起行政诉讼的案件,同样也存在选择问题。法院管辖包括地域管辖和级别管辖等。地域管辖中,在一般情况下是按照“原就被”原则,即由被告所在地法院管辖,但在部分案件中,也可以选择由原告所在地法院管辖。例如,根据《行政诉讼法》第 19 条的规定,对限制人身自由的行政强制措施不服的诉讼,也由原告所在地法院管辖(根据司法解释,原告所在地包括原告户籍所在地、经常居住地或限制人身自由所在地),不一定要告到被告所在地。这样可以更有效地保护原告的合法权益。

对于“原就被”管辖的案件,也存在级别管辖问题。在通常情况下,行政案件由最初作出行政行为的基层法院管辖,但对县级以上人民政府或本辖区内重大、复杂案件,海关处理的案件或其他法律规定由中级法院管辖的案件,由中级法院管辖。因此,对行政相对人来讲,能告到上级法院的尽量找理由告到中级法院,以争取更加超脱的审判环境。例如,对于本辖区确实有重大影响、复杂疑难的案件,可争取告到中级法院;对于政府工作部门作出的具体行政行为,行政相对人原本只能告到基层法院,但也可以通过先向上级人民政府申请行政议,在人民政府逾期不作出

行政复议决定的情况下,向中级法院起诉人民政府不履行法定职责;或在接到人民政府的行政复议决定书后,将最初作出具体行政行为的机关和上级行政机关一并起诉至法院的方法,促使上级行政机关有效地监督下级行政机关纠正不当行政行为。

### 三、行政诉讼的战术要“稳”

#### (一)主攻主体

在行政争议中,行政机关存在一些“狗拿耗子”的“行政越权”行为。现在,虽然工商局收缴企业“税务登记证”、税务局责令企业“停业整顿”的情况已经罕见,但有些执法权力交叉的部门,如工商管理和技术监督部门对假冒伪劣产品的查处,公安机关与文化管理部门对黄色出版物的查处,仍然时有职责不清、越权行政的情况。对于此类行政争议,律师应当审查作出具体行政行为的主体是否合法、行政机关是否超出自己的权限范围。对于“授权执法”和“委托执法”,还要审查是否有明确授权的法律规范和授权范围等问题。这里列举一个笔者曾参与代理的涉及“授权执法”的深圳贤成大厦清算案。1988年,泰国贤成两合公司与国内的四家公司共同合作建设深圳贤成大厦。贤成大厦有限公司在深圳市工商局注册登记并领取了营业执照。之后,因开发所需资金短缺,贤成公司与国内公司之间的合作出现中断,贤成大厦处于全面停工状态。1994年,深圳市外经贸委和工商局决定注销贤成大厦公司,之后由国内四家公司与港商合作设立新的合作公司,接手处理贤成大厦有限公司的债权债务,并重新开发经营大厦的土地。1995年,泰国贤成公司及投资人吴贤成不服深圳外经贸委和市工商局注销贤成大厦公司等行政行为,向法院提起行政诉讼。该案经广东省高级人民法院一审和最高人民法院二审,判决深圳市外经贸委和市工商局的具体行政行为违法,予以撤销。之后,国内四家公司通过仲裁解除了与泰国贤成公司的合作协议。深圳市工商局批准对深圳贤成大厦公司进行清算。泰国贤成公司及吴贤成认为深圳市工商局的批准行为超越法定职权。根据国务院批准原外经贸部发布的《外商投资企业清算办法》,外商投资企业的清算,应当由外经贸部门主管,市工商局的批准行为超越了法定职权。为此,泰国贤成公司及吴贤成向法院提起行政诉讼。经深圳市中级人民法院一审,广东省高级人民法院二审,认为根据深圳市地方性法规的授权,深圳市工商局有权批准外

商投资企业的清算,据此驳回泰国贤成公司和吴贤成的诉讼请求。但结案后不久,最高人民法院发布了《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》,将此类情况认定为超越职权的行为。可见,超越职权的行为有时较难判断,要仔细分析研究。

## (二) 主攻程序

行政程序合法是现代行政法的基本要求。程序正义与实体正义并重,才能切实维护行政相对人的合法利益,才能体现依法治国的精神。在实践中。律师应当从一个具体行政行为的产生、经过、作出、救济等方面出发,分析行政机关的具体行政行为是否违反了程序合法的要求。行政机关程序是否合法,是否按照法律法规规定的步骤履行,有无颠倒程序的问题,如先裁决后取证、先执行后裁决、先裁决后告知权利义务等情况;行为形式是否合法,如必须采取书面形式却采取口头形式作出行政裁决等;基本权利是否告知,如是否告知申请回避的权利等;基本程序义务是否履行,如是否履行了告知义务、表明身份义务、告知权利救济途径;等等。

例如,陆某因不服某区房管局作出的房屋拆迁裁决,向法院起诉称:原告之父在某地块有一些房产,因产权的归属与被告房管局存在矛盾,导致拆迁补偿达不成协议,故被告应当回避,不应由其对原告与拆迁公司之间的拆迁补偿安置争议进行裁决,且拆迁公司未向原告送达过拆迁房屋的评估报告。故要求撤销该裁决。法院审理后认为,本案中被告提供的送达回证上,“房屋评估报告”一项已经从送达材料目录中划掉,故该送达回证不能证明评估报告已经向原告送达的事实。基于正当程序原理,为保障被拆迁人等的合法权益,评估报告应送达各方当事人,以使其有异议时能及时提出意见和申请复估。故本案中被告的行为违反法定程序,依法应予撤销。可见,如果具体行政行为存在程序违法时,主攻程序可以取得立竿见影的效果。

再举一个行政复议中程序违法的案例。某市政府受理了第三人曹某的行政复议申请后,作出了行政复议决定,以张某不是某房屋的合法继承人为由,认定该市房管局为张某颁发房产证的行为违法。张某不服该行政复议决定,向法院提起行政诉讼。张某起诉的理由是:曹某申请行政复议的时间已超过法定期限,复议机关受理无据;人民政府在行政复议中对民事权利予以确认的行为,超出了其职权范

围。法院审理后认为,复议机关在本案中对应由民事诉讼程序解决的民事权益纠纷作出确认的行为,超越了其职权范围。且根据正当程序要求,行政机关在可能作出对他人不利的行政决定时,应当听取利害关系人的意见。而本案中该市政府却没有通知现持证人张某参与行政复议,属于严重违反法定程序。最终法院判令撤销了该行政复议决定。

可见,在代理实践中,主攻程序的胜算较大。这是因为程序违法性的判断比较明显和简单,而且证据容易固定。一旦具体行政行为的程序违法,法院就会判决撤销该具体行政行为,在某些情况下一并要求行政机关重新作出新的具体行政行为。因此,律师应当尽量从程序上寻找案件的突破口。

### (三)主攻证据

《行政诉讼法》第34条规定,“被告对作出的行政行为负有举证责任,应当提供作出该行政行为的证据和所依据的规范性文件。被告不提供或者无正当理由逾期提供证据,视为没有相应证据。但是,被诉行政行为涉及第三人合法权益,第三人提供证据的除外”。《行政诉讼法》第67条规定,“被告应当在收到起诉状副本之日起十五日内向人民法院提交作出行政行为的证据和所依据的规范性文件,并提出答辩状”。而在实践中,行政机关不提交或逾期提交证据的情况也时有发生。例如,某区城管局执法人员,以陈某擅自占用道路经营冷饮并影响市容为由,扣押了陈某经营用的冰柜等物品并作出了行政处罚。陈某不服,以城管局扣押财产的行政强制措施和行政处罚违法,向法院提起诉讼。法院经审理后认为,城管局在收到起诉状副本后的法定期限内,未提供行政处罚的证据和依据,根据上述司法解释规定,应承担败诉的法律后果。故判决撤销城管局行政处罚决定并将暂扣物品返还陈某。

需要注意的是,即使行政机关提供了相关证据,律师仍应当仔细审查这些证据是否符合证据的真实性、合法性和关联性。实践中,有时行政机关提供的证据存在造假的情况而不符合真实性要求;有的证据是事后补作的,不符合合法性要求;还有的证据不能证明行政相对人行为的违法性,不符合证据的关联性要求。例如,某市规划局根据某房地产开发公司的申请,对某处商铺拆迁安置事宜作出了《房屋拆迁行政裁决书》,对拆迁安置方案作出裁决。后商铺业主向法院起诉,称该规划局所作裁决依据的《评估报告》在委托主体等方面违法,且评估人身份

等方面没有经过原告质证,请求法院撤销该行政裁决。一审法院认定被告的行政行为合法,判决驳回了原告的诉请。二审法院审理后认为,作出《评估报告》的两名评估人员中只有一名具有注册评估师资格,根据相关规定,该评估报告无效。且评估报告中的有关评估内容也不符合法律法规的规定。被告将该无效的评估报告作为其裁决的依据,应认定其裁决证据不足。故判决撤销原审判决,撤销规划局的《行政裁决书》。

#### (四)主攻实体

主攻实体主要是主攻具体行政行为在适用法律或处理结果上的问题。在法律适用上,律师应当首先分析该行政行为适用的法律法规的效力,是否存在适用失效的法律法规,包括法律法规本身的失效以及与其他上位法冲突而不能适用;其次,律师还应当分析所援引法律法规的具体含义、适用范围是否与案件相匹配,有时候具体行政行为援引的法律法规是否正确在解释上存在争议,此时律师应当详细分析论证;最后,律师还应当分析具体行政行为引用的法律法规是否明确,如果仅仅是引用法律法规的名称,但未指明具体运用哪一条款,这些都是存在问题的法律适用。

这里以一个撤销土地使用证纠纷的行政案件为例。2003年,在安徽省接轨上海的招商引资洽谈会上,方元公司与安徽某市经济开发区管委会签订了投资产权式酒店项目的合同书。之后,方元公司在土地出让招投标程序中竞得该市某处土地使用权。后方元公司按约支付了首期土地款200万元,某市人民政府为原告颁发了国有土地使用证。方元公司筹集了足额资金准备开工建设,但土地出让方却未能按约进行土地的“五通一平”,无法及时交地,导致项目无法如期开工。后该市规划改变,该地块被规划为其他用途。2008年,某市经济开发区管委会和市国土局致函方元公司,要求其前去办理注销土地使用权手续。因双方协商无果,某市区国土局通过报纸公告该土地使用证作废。为此,笔者代理方元公司向法院起诉,要求撤销某市国土局的违法行为。笔者认为,被告宣告原告依法取得的土地使用证作废,没有说明其作出该具体行政行为所依据的法律条文,不符合行政法的合法行政原则。为此,笔者还向法院提交了《最高人民法院公报》2004年第4期刊登的《宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案》。该案中行政机关所作出的具体行政行为没有引用具体的法律条文,被法院依法确认违法并

撤销,其情况与本案的情况基本一致。同时笔者还指出,被告在没有作出相关实体决定的情况下,就宣告土地使用证作废,是违法的。且被告作为填证机关无权宣告其上级机关人民政府颁发的土地使用证作废,其行为属于超越职权的具体行政行为,是无效行政行为。在该案中,笔者就着重从实体违法上寻找案件的突破口,并引用权威判例来支持己方观点(该案代理词见本章附录1-2)。

对于“显失公正”或“明显不当”的处罚决定中的实体问题,律师应当分析该处罚是否明显超出合理范围,从而导致行政相对人在法律上的权利义务严重失衡。在其他类型案件中,律师也应当分析该实体处理结果是否明显违反了行政法的信赖利益保护原则、比例原则以及人权保障原则等基本原则,从宏观和微观两个角度进行有理有节的分析。例如,曾产生很大影响的汇丰公司诉哈尔滨市规划局一案中,汇丰公司因需翻扩建其所有的房屋,向哈尔滨市规划局提出申请。规划局许可后,汇丰公司又申请增建4层房屋。在未得到规划局答复的情况下,汇丰公司开始组织施工并完成增建。规划局检查后,认定汇丰公司行为违法,并作出了行政处罚决定,责令汇丰公司拆除多层已扩建的房屋,并处以数十万元罚款。汇丰公司不服,向黑龙江省高级人民法院起诉。法院审理后认为规划局处罚显失公正,对其具体行政行为予以变更,减少了拆除面积,变更了罚款数量。最高人民法院二审维持了一审判决。该判决引入了行政法上的“比例原则”,并通过适用原《行政诉讼法》第54条“显失公正”的条款变更了行政机关的处罚内容。现行《行政诉讼法》已将“显失公正”修改为“明显不当”,为人民法院行使有限变更权确定了更为科学合理的范围。

## 四、行政诉讼的其他注意事项

### (一)要选准合适的被告

行政诉讼要找准被告,不能逮到谁就起诉谁。一般而言,作出具体行政行为的机关是被告,但由于行政诉讼法制度的特殊性,在诉讼被告的确定上有许多例外情况。例如,经过行政复议程序的被告确定。根据原《行政诉讼法》和司法解释的规定,相对人对经过行政复议程序,对行政复议决定依然不服的,被告的确定有以下几种情况:行政行为经复议机关复议,复议机关维持原具体行政行为的,作出原具体行政行为的机关为被告;复议机关改变原具体行政行为的,复议机关是被告;复

议机关在法定期限内不作出复议决定,行政相对人对原具体行政行为不服的,以原行政机关为被告;对复议机关不作为不服的,可以以复议机关作为被告。新《行政诉讼法》修改时,为了改变复议机关因为害怕当被告而对原具体行政行为一律维持的“维持会”现状,在新《行政诉讼法》第26条作了如下规定,“经复议的案件,复议机关决定维持原行政行为的,作出原行政行为的行政机关和复议机关是共同被告;复议机关改变原行政行为的,复议机关是被告。复议机关在法定期限内未作出复议决定,公民、法人或者其他组织起诉原行政行为的,作出原行政行为的行政机关是被告;起诉复议机关不作为的,复议机关是被告”。这些新规定,扩大了行政相对人的救济选择权,代理律师应根据案件的不同情况,用足用好法律规定的权利,充分维护委托人的合法权益。

笔者曾经办理过一起“苍南农民两告县政府”的案件,由于选择被告和救济途径得当,取得了较好的效果。案件基本情况如下:苍南县某镇政府和县国土资源局发布通知,称某村民小组未经批准擅自非法占用土地建造农家乐饭店,违反了土地管理法等相关法律规定,要求村民在限定时间前腾空土地并自行拆除建筑物,否则后果自负。村民小组认为违章建房虽然违法但事出有因,涉案土地早在10年前已被政府公告征用,但10年来未被实际征用,村民小组也从未收到过征地补偿款,行政机关在没有明确土地性质并处理好征地补偿的情况下实施强拆的行为不合法、不合理。而且,两行政机关超越法定职权,具体行政行为适用法律错误,故要求县人民政府作出复议决定撤销《通知》。但该县人民政府在法定的60日复议期间内未依法作出复议决定书,并明确表示不作行政复议决定。为此,笔者担任代理人后向温州市中级人民法院提起诉讼,要求依法判令苍南县政府履行法定职责,对原告复议申请作出复议决定,并确认县政府不作为的行为违法。法院审理后,依法判决县政府未履行法定职责的行为违法,判令县政府在法定期限作出复议决定。时隔两个月后,县政府作出复议决定,维持镇政府和县国土局的具体行政行为。村民小组不服,准备再次提起行政诉讼。在通常情况下,对此类诉讼,应在当地基层法院对镇政府和县国土局提起诉讼。考虑到当地基层法院审理不利于本案处理,为此,笔者以复议决定“改变了原具体行政行为”为由,将复议机关县人民政府作为被告,向温州市中级人民法院再次提起诉讼。本案经审理后,法院判决被告县人民政府败诉。

因此,原告起诉应当首先确定合适的被告。实践中,选准、选好被告并非易事。

行政职权不清、行政行为证据不足、行政机关相互推诿等因素都会使行政案件被告的确定远比想象的复杂。例如,房屋被人强制拆除了,是告城管局或者告建设局还是国土局,在没有强制拆除决定书的情况下不容易确定;又如,要求查处假冒伪劣产品是找技术监督局还是工商局不易确定;要求查处邻近的歌舞厅噪声扰民是找文化局、环保局还是公安局,也不易确定。因此,代理律师应当研究法律规定,总结实践经验,准确确定诉讼被告,争取做到“一抓一个准”。

## (二)原告要找出法律上的利害关系

原《行政诉讼法》第2条规定:公民、法人或者其他组织认为行政机关和行政机关工作人员的具体行政行为侵犯其合法权益,有权依照本法提起行政诉讼。原《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第12条规定:与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的,可以依法提起行政诉讼。该解释明确规定了行政诉讼的利害关系原则。新《行政诉讼法》第25条规定,“行政行为的相对人以及其他与行政行为有利害关系的公民、法人或者其他组织,有权提起诉讼”。新法虽然将以前司法解释中的“法律上利害关系”改为“利害关系”,但利害关系的判断在实务中仍是一个需要考虑的问题(如直接利害关系与间接利害关系、必然利害关系与偶然利害关系、物权上的利害关系与债权上的利害关系等问题),各地法院在认定利害关系时的尺度也不一致。从代理行政诉讼稳妥原则出发,律师应当审慎分析原告与争议具体行政行为之间是否具有利害关系。有时候利害关系不明显,需要律师来寻找利害关系,进而为原告主张权利。当然,对于把握性不大的情况,律师应当明确提示原告诉讼的风险并记录在案。

例如,某市规划局批准在该市风景名胜区建造一个老年大学。该市一律师认为,这一具体行政行为违反了风景名胜区保护的地方性法规。为此该律师向法院提起行政诉讼,要求判令确认规划局的行政行为无效。法院审查后认为,该律师与规划局的具体行政行为没有利害关系,为此裁定不予受理。笔者认为,在表面上本案例中该律师与该行政行为之间似乎没有直接利害关系,但是如果仔细分析,还是可以找出利害关系。

再如,该规划局批准的建造老年大学的地方,是原告每天早上打太极拳的地方,现在规划局批准建造老年大学,原告没有地方打太极拳了,这就侵害了原告的



权益,原告就与该行政行为之间具有利害关系,法院应当依法受理该原告的起诉。可见,有时候利害关系要靠律师去寻找。

又如,笔者代理环亚公司诉某电子公司拖欠工程款一案,向某市中级人民法院起诉,并同时申请诉讼保全,要求查封该电子公司在工业区的土地使用权。法院向市国土局送达了查封裁定,但国土局借故未办。后法院判决电子公司支付原告工程款等共计12,166万元。判决生效后,环亚公司向法院申请强制执行,拍卖电子公司的土地使用权。不料法院书面通知原告,该市国土资源局经人民政府批准,已收回涉案土地使用权,案件无法执行。为此,笔者代理环亚公司向法院提起行政诉讼,要求依法撤销国土资源局收回涉案土地使用权的具体行政行为 and 市政府批准收回涉案土地使用权的具体行政行为。一审法院审理后认为:市国土资源局经市政府批准,收回电子公司的土地使用权的行为可能影响建筑公司实现债权,但二者之间没有必然的因果关系。原告债权的实现取决于债务人的履约能力,与两被告收回土地使用权没有法律上的利害关系。裁定驳回环亚公司的起诉。为此,笔者代理环亚公司向省高级人民法院提起上诉,认为环亚公司就涉案土地使用权具有查封在前的在先权利,行政机关的收回行为使环亚公司无法就涉案土地拍卖优先受偿,两者之间具有直接的必然的因果关系,原审裁定的认定是完全错误的。最终,该案在省高院协调结案(该案代理词见本章附录1-3)。

### (三)注意行政诉讼的特有原则和规定

行政诉讼与其他诉讼不同,有一些特殊规则 and 规定。一是诉讼不停止执行原则。具体行政行为与法院的判决不一样,法院一审判决后,只要当事人上诉,一审判决就不生效。但行政行为基于公定力和行政效率优先原则,一经作出就具有法律效力,所以诉讼不停止执行。如果想要停止执行,需要行政机关自己提出或者原告根据法律规定的特殊条件提出,以及法院认为执行后难以恢复的,才准予停止执行。所以我们在提起行政诉讼的同时,要根据法定条件写一个书面申请要求停止执行。否则等我们打完官司有争议的建筑物已经拆除、有争议的商品已被销毁,被治安行政拘留的人已被关押,一旦这些不可逆转的执行情况出现,当事人即使打赢官司也毫无意义。二是法院一般只审查合法性不审查合理性。对虽然合法但不合理的处罚,可以先申请行政复议而不直接提起行政诉讼,因为法院一般不管合理性。三是—般不适用调解原则。在以前的司法实践中,行政相对人是通过诉讼外

协商,在实现诉讼目标后用撤诉的方法解决行政争议。现新《行政诉讼法》第60条规定了对行政赔偿、补偿和行政机关行使法律、法规规定的自由裁量权的案件可以调解,给行政相对人及代理律师增加了实现诉讼目标的余地。四是被告负举证责任。行政官司原告一般不需要举证,对书面的处理决定或处罚决定不服,就只要在行政诉讼状后面附上行政机关的行政决定就可以了。案件立案后,法院会通知行政机关提交案卷材料。对不履行法定职责的行政机关提起诉讼,新《行政诉讼法》第38条增加规定了在起诉被告不履行法定职责案件中原告的具体举证责任。因此,原告需要提交行政机关不履行法定职责的证据。对此,我们可以先寄封信给行政机关,要求履职,如果行政机关没有答复,我们凭这封信的复印件和邮寄凭证就可以提起行政诉讼,要求行政机关履行法定职责。对行政赔偿、补偿的案件,原告应提交造成损害的证据或申请损失鉴定。

此外,行政诉讼法与民商事诉讼不同,行政机关必须有工作人员出庭,不能仅委托律师。对某些案件,行政机关负责人应当出庭。新《行政诉讼法》第3条规定:被诉行政机关负责人应当出庭应诉。不能出庭的,应当委托行政机关相应的工作人员出庭。最高人民法院2015年4月22日发布的《关于适用〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》第5条规定,“行政机关负责人”包括行政机关的正职和副职负责人。行政机关负责人出庭应诉的,可以委托一至二名代理人。2016年7月28日,最高人民法院发布了《关于行政诉讼应诉若干问题的通知》,对行政机关负责人出庭应诉又作了具体规定和要求,明确规定对“涉及重大公共利益、社会高度关注或者可能引发群体性事件等案件以及人民法院书面建议行政机关负责人出庭的案件,被诉行政机关负责人应当出庭”。这些新规定,为行政相对人有效地处理行政争议创造了条件,代理律师应用好这些规定,对于行政机关负责人应当到庭而不到庭的情况,应当庭提出异议,以促使行政机关认真面对行政诉讼,重视和负责地解决行政争议。

#### (四)充分利用政府信息公开制度打行政官司

行政案件难打,在某种程度上也体现在诉讼双方信息不对称上。行政机关控制着行政行为过程中的大部分信息,而行政相对人所了解到的情况却微乎其微。虽然《行政诉讼法》规定了被告负举证责任,但要打好行政官司,原告只有在获得充分信息的前提下,才能对诉讼作出合理的筹划,才能做到胸有成竹,稳扎稳打。《政

府信息公开条例》的颁布,为律师代理原告参与行政诉讼提供了强有力的武器。我们应当用好这一制度,收集原告需要的各种信息和证据。例如,笔者代理过的撤销土地使用证的案件中,就利用政府信息公开手段,要求行政机关提供涉案土地审批过程中的各种审批文件和规定,从中寻找对我方有利的案件突破口,取得了很好的效果。

律师在利用《政府信息公开条例》取证时应注意:其一,要充分利用依公众申请公开的方式。根据《政府信息公开条例》的规定,除政府部门应主动公开的信息外,公众还可以根据自身生产、生活、科研等特殊需要申请获取相关政府信息。因此,除了不公开的情形外,均属应当公开的范围。其二,申请信息公开应当符合条例规定的程序要求,以避免行政机关因申请人申请程序不符合要求而拒绝提供信息。其三,要注意对申请事实予以留存,如通过 EMS 要求行政机关提供书面材料,相关邮寄凭证要保留,以备后用。

### (五) 律师异地代理防止干扰报复

律师代理行政诉讼除了本章前述的风险外,还存在两方面的风险:一是委托人;二是被诉行政机关和当地律师主管部门。由于行政诉讼胜诉率低,而当事人的期望值高,因此律师在接受委托时要充分提示当事人诉讼的风险,并以谈话笔录的方式记录在案,防止出现当事人输了案件(特别是案件“升级”和处理加重的案件)怪罪律师的情况。在诉讼过程中,律师也应当视案情发展和行政机关的态度,对诉讼理由明显不足的案件,要与委托人客观分析案件处理趋势,以维护当事人最大合法利益的原则,妥善选择结案方式。对行政机关也不宜“死缠烂打”,应合情合理处理行政争议。对因行政机关“告状”而发生的律师管理部门干预,律师要如实向律管部门汇报案件代理情况,取得律管部门的支持。实践中,对于行政诉讼,律师也可以采用交叉代理的方式与外地的律师进行合作,避免受到律师所在地相关部门的“打击报复”。

## 附录 1-1 原告一审代理词

方元投资发展有限公司诉 A 市国土资源局  
违法注销土地使用证案一审代理词

尊敬的审判长、审判员：

北京市国纲华辰律师事务所接受本案原告方元投资发展有限公司的委托，指派我们担任原告的诉讼代理人，依法参与本案的诉讼活动。现在，我们根据事实和法律，对本案提出以下代理意见：

一、被告宣告原告依法取得的土地使用证作废的具体行政行为没有法律依据，且被告宣告上级机关颁发的土地使用证作废是超越职权的行为。被告的行为违背了行政法的合法行政原则，因此是无效的。

2003 年 11 月 18 日，原告与被告签订了《国有土地使用权出让合同》，被告将位于某村水库旁的 217,975.65 平方米的土地，以人民币 871.89 万元的价格出让给原告。合同约定：首付款 200 万元，余款在“五通一平”并办好施工许可证后支付。合同签订后，原告支付了首期土地款 200 万元，A 市人民政府于同年 12 月 28 日颁发了（2003）字第 15020801-0603 号《国有土地使用证》（原始印刷证号：015023702）。后被告一直未依约履行交付土地的义务。2008 年 7 月 16 日，被告向原告发出了《关于要求你公司前来办理注销土地使用证的函》。2008 年 7 月 22 日，原告复函被告，认为其要求明显不合法。2008 年 8 月 25 日，被告作出了国土告字〔2008〕4 号《关于土管国用（2003）字第 15020801-0603 号国土使用证作废的公告》，公告该土地使用证作废。原告认为，被告宣告原告依法取得的国有土地使用证作废的行为是完全违法的，是无效的行政行为。

（一）被告宣告原告依法取得的土地使用证作废的行政行为没有说明其依据的具体法律规定，属于没有法律依据的行政行为，是无效的。

被告在其《关于土管国用（2003）字第 15020801-0603 号土地使用证作废的公告》中仅写道：“依据《中华人民共和国土地管理法》、《Z 省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》的相关规定”，却没有指出其行政行为具体依据的法律条文。因此，被告没有履行行政机关对行政行为的说明义务，不符合行政法的合法行政原则。

行政机关对自己作出的具体行政行为，应当指出其所依据的具体法律条文这

一制度不仅是依法行政这一基本原则的要求,也同时已为我国司法实践所确认。《最高人民法院公报》2004年第4期刊登的《宣懿成等18人诉衢州市国土资源局收回土地使用权行政争议案》中明确指出:“……国土局在有关该决定的书面通知中,仅说明该决定是依照土地管理法及浙江省的有关规定作出的,但却没有说明确定收回各原告住宅国有土地使用权的具体法律依据……在决定收回各原告住宅国有土地使用权时,对所依据的法律条款应当予以具体说明而没有说明,属于适用法律错误。”因此,被告没有指出其作出该行政行为的具体法律条文依据,属于没有法律依据的行政行为,不符合依法行政原则,是无效的。

(二)被告在没有相关实体决定的情况下,就作出国土告字[2008]4号《关于土管国用(2003)字第15020801-0603号国土使用证作废的公告》,是违法的。

宣告土地使用证作废的公告是一个程序上的手续,必须要有相应的实体决定,现被告在当初没有作出实体决定的情况下就宣告原告依法取得的土地使用证作废,显然是违法的。被告辩称其曾作出过国土告字[2008]3号《关于注销(2003)字第15020801-0603号国有土地使用证的公告》,但事实上,原告根本就没有收到过此注销公告,而且经过本案庭审可以看到,被告自己提交的证据中也没有其向原告已经送达过注销公告的邮寄凭证,只有一张送达作废公告的邮寄凭证。由此可见,被告向法院提交的注销公告事实上是被告在原告起诉之后伪造补作的,被告根本未在当初作出过注销公告。被告在没有履行合法程序、没有作出实体决定的情况下就直接宣告原告合法取得的土地使用证作废,显然是无效的。

(三)被告作为填证机关无权宣告其上级机关颁发的土地使用证作废,其行为属于超越职权的具体行政行为,是无效的。

禁止超越职权是行政法的基本要求,也是依法行政的应有之义。在本案中,原告依法取得的土地使用证是原告完成合法程序后,由A市人民政府颁发的,而A市土地管理局仅是填证机关(见原告提供的证据2-2)。依照行政职权的划分原则,作为颁证机关A市人民政府的下级机关,A市土地管理局无权公告上级机关颁发的土地使用证作废。因此,被告的这一具体行政行为属于超越职权的行为,是无效的。

二、被告在作出宣告原告依法取得的土地使用证作废的具体行政行为中,既没有事先告知原告要求听证、申辩的权利,也没有告知原告依法应当享有的救济权利,就直接宣告原告依法取得的土地使用证作废,严重地侵害了原告的合法权益,

违背了行政法的正当程序原则和合理行政原则。因此,被告的具体行政行为是无效的。

正当程序原则是行政法的基本原则,且已经为我国司法实践所确认。《最高人民法院公报》1999年第4期作为典型案例公布的田永诉北京科技大学案,示范性地确立了正当程序原则在司法审判中的地位,其要求行政机关作出行政行为,必须给予行政相对人申辩的权利,涉及当事人重大利益的,应当给予当事人听证的权利。也就是说,行政机关应当给予行政相对人充分表达自己意见、充分参与具体行政行为的权利。

首先,本案中原告在没有对被告注销土地使用证这一具体行政行为表达自己的申辩意见的情况下,就在2008年7月16日接到了国土资函[2008]102号《关于要求你公司前来办理注销土地使用权证的函》(见原告提供的证据3),该函违法要求原告前去办理注销土地证的手续。2008年7月22日,原告复函被告,指出了其行为的违法性,要求被告依法停止和纠正其违法行为(见原告提供的证据4)。但是,被告对原告要求其停止违法注销土地证的合法要求完全不予理睬,2008年8月25日,被告作出国土告字[2008]4号《关于土管国用(2003)字第15020801-0603号国土使用证作废的公告》(见原告提供的证据1),断然公告原告依法取得的土地使用证作废。可见,在此过程中,被告完全没有给予原告申辩、听证等基本权利的保障。

其次,被告宣告原告依法取得的土地使用证作废的具体行政行为关系到原告的重大经济利益,按照正当程序原则和合理行政原则,以及按照《行政许可法》确立的相关听证原则,被告应当事先告知原告可以申请听证的权利,但是,被告在未给予原告要求听证权利的情况下,就在2008年8月25日作出了国土告字[2008]4号《关于土管国用(2003)字第15020801-0603号土地使用证作废的公告》(见原告提供的证据1),非法剥夺了原告的合法土地权益。

最后,被告不仅未给予原告陈述对土地使用证的有关意见的机会,未给予原告要求听证的权利,而且其在注销通知及公告、作废公告等一系列具体行政行为中,都没有告知原告可以要求申请复议或提起行政诉讼的救济权利,这些都是违反行政法上正当程序原则和合理行政原则的要求的。

因此,被告的具体行政行为违反了正当程序原则和合理行政原则,严重地侵害了原告的合法权益,是完全无效的。

三、原告的土地使用证是经过合法程序取得的,受法律保护。被告因内部程序的瑕疵而否定原告依法取得的土地权益,是完全违法的。被告的具体行政行为违反了行政法的信赖利益保护原则、破坏了政府行为的公信力,因此是完全无效的。

信赖利益保护原则,是指行政主体对其在行政过程中形成的行政行为,必须遵守信用,不得随意变更,应保护外部行政相对人因信赖政府行为而得到的权益。本案中,原告取得的《国有土地使用证》,经过了被告及相关部门办理的一系列法定手续,其取得的《国有土地使用证》依法受法律保护。现被告即使发现当初的内部手续有欠缺,这也应当是内部补正和完善的问题。被告因内部程序的瑕疵而否定原告依法取得的土地权益,是完全违法的,也有失政府的诚信形象。

行政机关不得擅自改变已经生效的行政行为,这是现代行政法制原则的基本要求,也是政府行为具有公信力的根本要求。作为外部行政相对人,完全有理由依法相信政府颁发的权利证书是合法有效的。因此,原告的信赖利益受法律保护,不容非法剥夺。本案中,被告在没有妥善解决相关事宜,没有合法保护好、协调好原告的应有权益的情况下,就以一纸公告剥夺了原告合法取得的土地使用证,是完全违背信赖利益保护这一基本行政法原则的,也严重地破坏了政府行为的公信力。因此,被告违法宣告原告依法取得的国有土地使用证作废的具体行政行为是无效的。

综上所述,被告违法宣告原告依法取得的土地使用证作废的具体行政行为,严重地违反了我国行政法的合法行政原则、正当程序原则和信赖利益保护原则这三大基本原则,严重地损害了原告的合法权益,破坏了政府行为的公信力和政府的诚信形象,因此是完全无效的。望合议庭查明事实后,依法判令撤销被告作出的《关于土管国用(2003)字第 15020801-0603 号土地使用证作废的公告》,以维护原告的合法权益。

以上代理意见望合议庭充分考虑并采纳。

委托代理人(签章)  
二〇〇八年十二月八日

## 附录 1-2 上诉人二审代理词

## 某水产养殖研究所与某县水利局行政争议案

## 二审代理词

尊敬的审判长、审判员：

北京浩天信和(杭州)律师事务所接受本案上诉人某水产养殖研究所(以下简称上诉人或研究所)委托,指派我担任其诉讼代理人,依法参与其与被上诉人某县水利局(以下简称被上诉人或水利局)“行政执行”案的二审诉讼活动。现在,本代理人根据事实和法律,对本案提出如下代理意见供合议庭参考:

一、原审判决关于水利局被告主体资格适格的认定是错误的

本案强拆行为的执法主体是水利局。原审判决认为主体适格的理由是某县人民政府办公室《关于印发某县水利局主要职责、内设机构和人员编制规定的通知》(某县政办发[2012]97号)。该文件的发布日期是2012年5月16日,而在一年后的2013年6月17日,某县已经设立了渔业局。县渔业局设立的行为本身就证明了常政办发[2012]97号文件原“三定方案”的变化,否则就失去了设立县渔业局的意义。渔业局设立后,虽然与水利局是两块牌子一套班子,但并不意味着水利局可以与以前一样继续行使渔业执法的职能。原审判决无视新执法机构出现的情况,用先前的部分失效的批文作为水利局执法主体适格的依据,显然是错误的。

二、原审判决关于水利局强拆行政行为合法的认定完全错误

本案是作为财产所有权人的研究所不服水利局强行拆除养殖网箱而提起的诉讼,从性质上讲是研究所不服行政强制措施提起的诉讼,而不是针对水利局先前对路某(2014)01号渔业行政处罚决定书提起的诉讼。原审法院将该案案由确定为“行政执行”,并围绕对路某的处罚是否正确进行审理,显然是文不对题的,偏离了方向。水利局的强拆行为搞错了执法对象,显属行政行为错误。原审判决回避了这一主要问题,将错就错,是明显错误的。

三、原审判决关于研究所与路某属于同一主体的认定是完全错误的

原审判决认为,涉案水库的承包人是研究所,但研究所在2012年度的审计报告中,没有缴纳水库承包费的财务支出记录,也没有购买网箱养殖设施的财务支出



记载。原审判决依此认为实际承包人和财产所有人为路某。原审判决的这一推理是违反常理的。认定谁是承包人的唯一依据是承包合同,既然承包合同的签约人是研究所,在没有其他充分证据否认承包主体的情况下,承包人和财产所有人理所当然的是研究所。研究所的当年审计报告中没有该承包费支出,并不能否定该承包合同的主体,因为该款项可能是由他人代为支付或垫付的,这是研究所与他人之间的借款或其他法律关系。网箱养殖设施的支出也是同样道理,也有可能是拖欠他人未付的。总之,没有财务支出并不能否定承包主体,更不能推出就是路某个人支付,从而认定路某是承包人或财产所有人并予强拆。

#### 四、原审判决关于常渔罚(2014)1号处罚决定书合法有效的认定是错误的

原审判决认为水利局对路某的处罚事实清楚、证据充分、适用法律正确、程序合法,这明显是在转移论题。研究所是认为水利局强拆行为违法,原审应围绕强拆研究所的网箱养殖设施是否正确这一问题审理,与(2014)1号处罚决定没有大的关联。既然原审判决认定对路某处罚的合法性,那么上诉人也来讲一讲究竟是否合法:(1)主体错误。如前所述一是执法主体错误,二是执法对象错误。(2)认定事实错误。原审判决书第4页认定“养殖方式为大库养殖,非网箱养殖”,而合同中并没有如此说法。(3)违法行为认定承包费“未依法取得养殖证”错误,作为当时的渔业主管部门水利局,以及下级单位常山中型水库管理局,应当在签订《水产养殖承包合同》时就清楚养殖证的情况,研究所基于对政府的信赖利益与其签订承包合同,合同履行过程中水利局也一直未要求中型水库管理局或研究所申办“养殖证”,现在到了要赶人家走时才提出要办养殖许可证,如果这里有违法行为,首先是水利局行政失职,而且侵害了相对人的信赖利益。(4)违反程序正当原则。在协商解除承包合同但补偿金额有差距的情况下,用行政权力压人,属于报复性执法,毫无正当性。

#### 五、原审判决关于水利局强拆行为未超出处罚决定的认定完全错误

原审判决认为:路某作为行政处罚相对人,又是研究所的法定代表人,受处罚后既不提起复议或诉讼,也不履行拆除义务。水利局经本院裁定准予后强拆,其行为合法。在此,原审判决继续将研究所与路某混为一谈,转移“被强拆的财产属于谁”的主要问题,并以本院准许,被执行人未申请监督纠正为由,论证水利局强拆行为不违法。这是不能成立的。路某对水利局的处罚未提起行政救济,并不等于该行政行为不违法,更不等于因此就可以强拆路某所在单位的财产。路某或研究所

不申请法院监督纠正违法执法行为,是当时不知法院有此裁定。而且,研究所向法院起诉,认为水利局搞错了执法对象并要求确认违法,这更是要求法院监督纠正违法行政行为的有效措施。

综上所述,被上诉人水利局对上诉人研究所的强拆行为明显违法。原审判决无论在认定事实或在适用法律方面均明显错误。需要指出的是:在本案中,原审法院与行政机关已从先前的裁判员的角色变成了运动员角色,“自己当了自己的法官”,从裁定准予执行到确认执行合法性,再到驳回研究所起诉,在衢州中院裁定继续审理的情况下,再继续偏袒水利局,作出违背事实和法律的裁判。为此,望你院查明事实后,依法改判,确认被上诉人水利局的强拆行为违法,以维护法律的正确实施,维护当地政府的诚信形象和招商引资的软环境,维护行政相对人对行政机关的信赖利益。

以上代理意见望合议庭充分考虑并采纳。

上诉人诉讼代理人:(签章)  
二〇一六年三月二十一日

### 附录 1-3 原告一审代理词

#### 环亚建设集团有限公司诉 A 市国土资源局、A 市人民政府 撤销收回土地使用权决定案一审代理词

尊敬的审判长、审判员:

北京市国纲华辰律师事务所接受本案原告环亚建设集团有限公司委托,指派我们担任其诉讼代理人,依法参与本案的诉讼活动。现在,我们根据事实和法律,对本案提出如下代理意见供合议庭参考。

一、两被告收回原告国有土地使用权的行为是具体行政行为,本案属于行政诉讼。两被告关于本案不属于行政诉讼的说法没有事实和法律依据。

本案中,被告 A 市人民政府作出收回原告国有土地使用权的决定(土收[2008]9 号《国有土地使用权批准通知书》)和被告 A 市国土局收回原告国有土地使用权的行为,均属于明显的具体行政行为,两被告关于本案不属于行政诉讼的说法没有任何依据。

被告 A 市人民政府认为,其同意 A 市国土局解除与先新半导体有限公司(以

下简称先新公司)土地出让合同,是其内部工作程序,不属于具体行政行为,不具有可诉性。原告认为,该说法没有任何法律依据。被告A市人民政府作出土收[2008]9号《国有土地使用权批准通知书》,决定收回涉案土地使用权的行为,是一个直接改变行政相对人权利义务的具体行政行为,该文书的收文单位写明是土地所有权人,可见这与不影响外部行政相对人的政府内部工作程序完全是两码事。事实上,政府收回土地使用权使用的行政文书名称应当为《收回国有土地使用权决定书》,而本案中A市人民政府却用了很少见的《国有土地使用权批准通知书》文书名称,但这种“半遮半掩”的做法是无法改变其收回土地使用权行为作为一个明显的具体行政行为的性质的。因此,被告A市人民政府的辩称没有任何法律依据。

被告A市国土局认为,其收回涉案土地使用权,是与先新公司协商一致的结果,其收回土地使用权的行为是普通民事行为而非行政行为,因此不具有可诉性。原告认为,该说法同样没有任何依据。国有土地使用权出让合同是政府对国有土地资源的处分,不论是合同的签订、履行还是合同解除后土地使用权的收回,都需要有权机关的批准,都涉及政府公权力的使用。因此,将国有土地使用权出让合同等同于一般民事合同,可以由出让方和受让方凭意思自治来处分,显然与我国《土地管理法》等法律法规不符。退一步讲,即使不追究出让合同的性质,作为出让方的A市国土局,其收回土地使用权的行为也毫无疑问是一个具体行政行为。因此,被告A市国土资源局的辩称显然没有法律依据。

可见,两被告关于本案不属于行政诉讼受案范围的说法,均没有任何事实根据和法律依据,依法不能成立。

二、原告依据法院生效判决对涉案土地享有拍卖受偿的在先权利,依法应受法律保护。两被告收回涉案土地使用权的行为侵害了原告的在先权利,原告作为利害关系人有权就本案提起行政诉讼。

本案中,原告与两被告收回涉案土地使用权的具体行政行为有着“法律上的利害关系”,符合《最高人民法院关于执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的解释》(以下简称《解释》)第12条“与具体行政行为有法律上利害关系的公民、法人或者其他组织对该行为不服的,可以依法提起行政诉讼”的规定,属于适格的行政诉讼原告,有权依法就本案提起行政诉讼。两被告关于原告与本案没有利害关系的说法不能成立。

首先,原告对涉案土地享有合法确定和在先的权利。2008年2月25日,原告

就先新公司拖欠工程款一案,向A市中级人民法院起诉,并同时申请诉讼保全,要求查封先新公司名下的涉案土地使用权等财产。该市中院于2008年2月27日作出(2008)中民一初字第13号民事裁定书,并随即派员去被告A市国土资源局处办理冻结土地使用权手续,但被告A市国土局无故拖延。2008年6月30日,该市中院就原告诉先新公司建设工程施工合同纠纷一案,作出(2008)中民一初字第13号民事判决,判决先新公司支付原告工程款等共计12,166万元。判决生效后,原告向该市中院申请强制执行,拍卖涉案土地使用权。因此,原告对涉案土地享有拍卖并以拍卖款进行受偿的权利。该权利有法院的生效判决为合法依据,且该权利的形成先于两被告作出的收回涉案土地使用权的具体行政行为。原告对涉案土地的在先权利依法受法律保护。

其次,两被告收回涉案土地使用权的行为已经侵害了原告的在先权利,原告与本案两被告的具体行政行为有直接的利害关系。本案中,原告曾在该市中院(2008)中民一初字第13号民事判决生效后,向该市中院申请强制执行,拍卖涉案土地使用权。由于两被告在其后违法收回了涉案土地使用权,故该市中院在2008年12月底书面通知原告:A市国土资源局经A市人民政府批准,已收回涉案土地使用权,故本案现无法执行。由于两被告作出收回涉案土地使用权的具体行政行为,使原告无法就涉案土地进行拍卖并受偿,故两被告收回土地使用权的行为对原告权利的侵害和影响属于已经确定发生的,而非不确定的或可能的影响。因此,原告与本案的具体行政行为有着法律上的直接利害关系。

最后,两被告的具体行政行为与原告权利受侵害之间存在因果关系。本案中,原告依据法院的生效判决,本可以就涉案土地进行拍卖并以拍卖款受偿债权。但由于两被告为了涉案土地巨大的经济利益而非法收回涉案土地使用权,直接导致了原告在先权利的无法行使。因此,两被告的具体行政行为与原告权利的受侵害之间存在直接的因果关系。

结合上述三点可知,原告完全符合我国法律、司法解释以及司法审判通识对“法律上的利害关系”的判定条件,依法有权提起行政诉讼,维护自身合法权益。两被告关于原告与本案不具有利害关系的说法没有任何依据,完全不能成立。

三、两被告未经涉案土地原批准机关省人民政府的批准就收回涉案土地使用权,属于严重的程序违法,依法应予以撤销。

本案中,由于涉案土地的面积211,971平方米,超过了A市人民政府5公顷

以下的建设项目用地审批权,根据《Z省实施〈中华人民共和国土地管理法〉办法》第21条的规定,该土地是由省人民政府进行用地审批的,省政府的用地批文文号为A200510425号。因此,该土地的原批准机关为Z省人民政府。根据《土地管理法》第58条的规定,收回国有土地使用权的,应由有关人民政府土地行政主管部门报经原批准用地的人民政府或者有批准权的人民政府批准,才可以依法收回。本案中两被告未经涉案土地原批准用地的某省人民政府批准,就将涉案土地予以收回,显然是一种越权的行政行为,是违法和无效的。

至于被告A市人民政府关于其有权直接决定收回土地使用权,地方政府直接收回是实践中的通常做法等辩解,原告认为完全不能成立。首先,涉案土地在供地时有明确的批准机关即省人民政府,因此除非有法律明确的授权性规定,否则下级政府无权代替上级政府行使批准权,这是合法行政的基本要求。其次,被告A市人民政府也不属于《土地管理法》第58条中的“有批准权的人民政府”。我国《土地管理法》第58条中的“有批准权的人民政府”是指我国早期国有土地供地之时没有明确的批准机关或批准机关无法确定的时候,可以由相应的有权机关批准收回,而本案有明确的供地批准机关,因此被告A市人民政府无权越权收回,而两被告也未能出示任何其可以越过原批准机关直接收回土地使用权的法律规定或授权文件。最后,被告以实践中存在地方政府可以越过上级批准机关直接收回土地使用权的做法来证明其行为的合法性,则更加毫无依据且极不严肃。行政机关公权力的行使必须要有明确的法律依据,这是我国行政法的基本原则和依法行政的应有之义,任何违反法律规定和没有法律依据的行政行为都是违法无效的。

因此,两被告未经涉案土地原批准机关的批准就收回土地使用权的行为存在严重的程序违法,依法应予撤销。

四、本案中两被告并未履行收回土地使用权的相关手续,先新公司也不可能提出退地报告。两被告通过违法收回涉案土地使用权夺取巨大的土地价值,有违政府的诚信要求。

本案中,被告A市人民政府和A市国土局并未履行过收回土地使用权的相关法定手续。结合本案的证据和两被告在庭审中对原告提问的回答可以看到:(1)先新公司并未要求过退地。原告要求被告A市国土局出示先新公司提交退地报告的收文记录和相关笔录材料,但A市国土资源局无法提供;先新公司退地报告上的公司章与其在省工商局登记备案的公章不一致,且先新公司早在2005年就已经

被吊销,故两被告存在伪造退地报告的嫌疑;(2)涉案土地使用权收回过程中,两被告也没有证据证明其履行过支付补偿款等款项和手续,该土地使用权的收回也没有依法进行收回公告;(3)A 市中院经原告申请在 2008 年 2 月时去被告 A 市国土局处办理涉案土地使用权的冻结手续,被告无故拖延不予办理,随后即于 2008 年 4 月作出收回土地使用权的决定,使原告无法拍卖涉案土地使用权受偿债权,两被告夺取巨大土地价值的用意明显。

因此,两被告通过越权收回土地使用权,实现了从合法土地权利人的原告处夺取涉案土地巨大经济价值的目的,其行为完全违背了诚信政府的要求,侵害了原告的合法权益,依法应予撤销。

综上所述,被告 A 市人民政府和 A 市国土局违法收回土地使用权的行为,严重违反了我国行政法的合法行政原则和正当程序原则等基本原则,严重损害了原告的合法权益,破坏了政府行为的公信力和政府的诚信形象,因此是完全无效的。望合议庭查明事实后,依法判令撤销 A 市国土资源局收回涉案土地使用权的具体行政行为 and A 市人民政府批准收回涉案土地使用权的具体行政行为,维护原告的合法权益。

以上代理意见望合议庭充分考虑并采纳。

原告诉讼代理人(签章)  
××××年××月××日

#### 附录 1-4 被告一审代理词

### Z 省新闻出版广电局与颜甲履行法定职责案

#### 一审代理词

尊敬的审判长、审判员:

北京浩天信和(杭州)律师事务所接受本案第一被告 Z 省新闻出版广电局的委托,指派我担任其代理人,依法参与原告颜甲诉第一被告 Z 省新闻出版广电局、第二被告国家新闻出版广电总局履行法定职责案的一审诉讼活动。现在,我根据事实和法律,对本案提出如下代理意见:

一、第一被告 Z 省新闻出版广电局对原告颜甲的履职申请已依法进行了处理 2015 年 9 月 3 日,Z 省新闻出版广电局(以下简称本局)收到颜甲的《履行监

督管理职责申请书》后,立即交办本局有关处室负责处理。9月15日,本局召集有关职能处室专题研究处理意见。会后,本局报刊期刊处对《×××报》当年的新闻报道事件再次进行调查和研究后,于11月2日上午由本局工作人员王乙用办公室电话答复颜甲:关于监管问题,根据《报纸出版管理规定》第46条“报纸出版活动的监督管理实行属地原则”的规定,申请人应向A市文化广电新闻出版局提出其要求履行监督管理职责的申请,且此前A市局已作对先关单位和人员进行了处理,原《×××报》也已登报致歉。如还有异议,可通过其他法律途径解决。关于要求本局对《×××报》进行行政处罚的问题,因没有证据证明《×××报》的行为符合行政处罚的标准,故对申请人要求省局履行行政查处的要求不能满足。本局依法答复颜甲的情况事实,有中国电信股份有限公司Z省分公司出具的本局办公室电话(××××-××××××××)与原告颜甲手机(××××××××××××)的通话记录为凭,也有本局内部的书面电话记录等证据证实,以及颜甲2015年12月30日写给第二被告承认收到电话回复的《说明》为证,且颜甲在今天庭审中对上述事实 and 证据也均予认可。

关于电话通知形式是否符合法律规定的问题,目前我国法律法规对要求履行法定职责的答复形式没有明确规定,国家新闻出版广电总局也没有相关的规章规定。在此情况下,本局按照程序正当原则,采用电话通知的方式回复当事人并无不妥。而且,根据Z省人民政府法制办浙府法办(2014)14号《关于行政复议审理不履行法定职责案件若干问题的指导意见》第2条第3项的规定,行政机关可以用口头或书面形式作出答复。事实充分说明,本局对颜甲的履职申请已作出了合法合理的处理。

## 二、原告颜甲要求本局履职的申请事项,不属于本局的法定职责范围

关于原告颜甲要求本局履行的申请事项不属于本局法定职责范围的法律依据主要有:(1)《出版管理条例》(国务院 2001年12月25日)第27条规定:“出版物的内容不真实或者不公正,致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的,其出版单位应当公开更正,消除影响,并依法承担其他民事责任。报纸、期刊发表的作品内容不真实或者不公正,致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的,当事人有权要求有关出版单位更正或者答辩,有关出版单位应当在其出版的报纸、期刊上予以发表;拒绝发表的,当事人可以向人民法院提起诉讼”。(2)《报纸出版管理规定》(新闻出版总署 2005年9月30日)第26条第3款规定:“报纸刊

载虚假、失实报道,致使公民、法人或者其他组织的合法权益受到侵害的,当事人有权要求更正或者答辩,报纸应当予以发表;拒绝发表的,当事人可以向人民法院提出诉讼”。该条第5款还规定:“报纸刊载虚假或者失实报道,损害公共利益的,新闻出版总署或者省、自治区、直辖市新闻出版行政部门可以责令该报纸出版单位更正。”根据以上法规规章的规定,结合颜甲提交的《履行监督管理职责申请书》及相关附件(A市局查处情况及法院判决)反映,本局认为没有证据证明《×××报》涉案报道中的不实部分“损害公共利益”,因此本局对颜甲要求履职的申请事项没有行政查处的法定职责。

关于“公共利益”的含义,根据我国《民法通则》和《合同法》的规定,是指“社会公共利益”。从学理解释的通说来讲,是指为公众所能享受的公益性整体利益,不是个人利益。而涉案报道的失实部分,可能涉及颜甲或少数个人的民事权利,不是公共利益。因此,颜甲应当通过其他法律途径维护自己的民事权利,而不应当坚持要利用公权利来解决自己的私权利纠纷。

综上所述,原告颜甲要求本局履行法定职责的诉讼请求和理由根本不能成立。本局对原告的申请事项没有法定管辖权,且已依法作出了答复,本局的处理合法合理。为此,望你院查明事实后,依法驳回原告的全部诉讼请求。

Z省新闻出版广电局代理人:(签章)

二〇一六年四月二十一日



## 第二章 刑事辩护要“准”

刑事辩护要有的放矢,不能狂轰滥炸。律师的刑事业务主要是刑事辩护、被害人代理和自诉代理,其中主要是刑事辩护。刑事诉讼主要是“官告民”的诉讼,处理力度大,可抗辩的理由少,因此在三大诉讼中,刑事诉讼的抗辩准确度要求是最高的。这就要求律师辩在点子上,要辩得准。如果辩得离谱,动辄就作无罪辩护,那么就好比炸弹未炸中对方目标反而炸在自己阵地一样,不仅起不到任何作用,反而会产生被告人被重判的不利后果。律师办理刑事辩护案件,可从以下三个层面逐一分析考虑:首先是考虑被告人有罪还是无罪?如果排除了无罪,则考虑是此罪还是量刑更轻的彼罪?如无法排除此罪,则再考虑是罪重还是罪轻?找出从轻减轻处罚的法定和酌定情节。

### 一、刑事辩护要力争“弹无虚发”

#### (一)“狂轰滥炸”往往“殃及池鱼”

刑事案件是典型的“官告民”案件。在刑事公诉案件中,公诉机关代表国家对犯罪行为人进行追诉,要求法院对被告人定罪量刑;被告人根据法律赋予的权利进行自我辩护或委托律师辩护。在刑事辩护中,被告人和辩护人要面对的是强大的公权力,过度的不适当辩护,不仅无济于事,反而会“越辩越重”。就此角度而言,刑事辩护对准确性的要求大大高于民商事案件。如果辩护“狂轰滥炸”,没辩到点子上,则可能造成事与愿违、适得其反的后果。

笔者曾参与过一件刑事案件的二审辩护。被告人蔡某是个学生,参与了打架斗殴,但他仅仅是一起到了现场,并未直接进行斗殴。一审的时候,被告人不认罪,

辩护人作了无罪辩护。法院判决认定蔡某犯故意伤害罪,是从犯,判处有期徒刑两年。同时,法院还认为,被告人蔡某系未成年人,犯罪情节较轻,本来可以判处缓刑,但由于被告人不认罪,不符合缓刑条件,所以不适用缓刑。被告人不服,以不构成犯罪为由提出上诉。上诉期间聘请笔者为二审辩护人。笔者认为,蔡某参与故意伤害的事实清楚,本案关键是法律认定和处理。在一审已判决蔡某实刑的情况下,若继续坚持原先的辩护思路,则改判的可能性极小。考虑到被告人的上诉状中全是无罪理由,“急转弯”辩护并不妥当。为此,笔者建议蔡某作“模糊的认罪”,即一方面在二审法庭上讲清对自己有利的事实;另一方面承认自己确实有错,愿意服从法院的处理。而笔者作为辩护人,一方面认为一审时被告人和辩护人的辩护观点有事实根据和法律依据;另一方面从退一步的角度讲,认为即使被告人的行为构成犯罪,也应依法从轻处罚并宣告缓刑。后二审法院采纳了笔者的辩护意见,改判减轻了蔡某的刑期并适用缓刑。可见,刑事辩护的角度和准确度要求较高,要面对现实,尽可能辩得“准”。

刑事辩护要“准”的另一原因是:在刑事案件中,事实与证据基本已经固定,被告人的抗辩事由较少。在实践中,律师进行刑事辩护,应首先考虑罪与非罪(是否构成犯罪),其次考虑此罪与彼罪(构成重罪还是轻罪),最后考虑罪重还是罪轻(有无从轻减轻情节)。辩护理由主要集中在刑事责任能力、证据是否能达到刑事证明标准、是否符合犯罪构成以及是否存在从轻减轻情节等方面。由于可辩理由少,也就显得特别宝贵。因此,刑事辩护特别需要强调“准”,只有珍惜手中的“炸弹”,“有的放矢”,炸在点子上,辩在关键上,才能达到“事半功倍”的效果。

## (二) 驾驭刑诉规则方能精准辩护

刑事法律有其特殊规则,这些规则相比民商事法律缺乏足够的弹性,往往让初涉刑事辩护的律师感到无所作为。但事实上,“死板”的刑事法律规则,正是刑辩律师大展拳脚的有力武器。

从刑法基本原则来讲,我国《刑法》第3条规定“法律明文规定为犯罪行为的,依照法律定罪处刑;法律没有明文规定为犯罪行为的,不得定罪处刑”,这是我国罪刑法定原则的法律明文。根据罪刑法定原则,法院定罪量刑必须要符合犯罪的法定构成要件。因此,律师可以针对公诉机关指控的罪名,从犯罪构成要件上花大工夫,寻找公诉机关指控罪名不能成立的漏洞。司法实践中诸如受贿罪、行贿罪等常

见罪名中,也经常因为指控罪刑不符合犯罪构成而出现很多无罪辩护成功的案例。除此之外,刑事诉讼中的严格证明标准、疑罪从无、刑法谦抑性等原则,也是刑辩律师很好的辩护武器。

从刑事证据规则来讲,虽然公诉机关指控犯罪会提交相应证据证实犯罪,但律师还是有很大的辩护空间。民商事案件的审理采用优势证据原则,即使原被告一方的证据还不能完全排除存在相反事实的可能性,也允许法官根据优势证据认定事实。而在刑事案件中,采用严格证明标准,需要排除一切合理怀疑,认定被告人构成犯罪,其证据必须达到“无可置疑”的程度。因此,这就要求辩护律师准确发现并指出公诉机关提供的有罪证据中的问题,进而达到成功辩护的目的。

可见,刑事辩护的制度特性,决定了律师为被告人辩护必须选好辩护角度和辩护理由。胡辩、乱辩不仅不能取得好的辩护效果,还有可能适得其反。因此,“准”是刑事辩护的精髓所在。

## 二、律师在侦查阶段的工作及注意事项

### (一)提供法律帮助要“准”

现行《刑事诉讼法》第33条第1款规定:“公诉案件自案件移送审查起诉之日起,犯罪嫌疑人有权委托辩护人。自诉案件的被告人有权随时委托辩护人。”第36条和第37条规定,“辩护律师在侦查期间可以为犯罪嫌疑人提供法律帮助;代理申诉、控告;申请变更强制措施向侦查机关了解犯罪嫌疑人涉嫌的罪名和案件有关情况,提出意见”;“辩护律师可以同在押的犯罪嫌疑人、被告人会见和通信”。这是律师在侦查阶段的主要工作依据。律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人提供法律帮助时,要注意做到“准”。

#### 1. 提供法律咨询要“准”

犯罪嫌疑人在侦查阶段聘请律师,特别渴望得到律师的专业帮助。律师提供的法律咨询对犯罪嫌疑人了解自己行为的性质以及如何作无罪辩护或有罪陈述等具有指导意义。因此,律师应当在会见犯罪嫌疑人前认真研究相关法律规定,并在会见时为犯罪嫌疑人提供诉讼程序、诉讼权利义务、涉嫌罪名、犯罪构成、量刑等各方面的法律知识,不能不懂装懂胡乱回答,否则可能会误导犯罪嫌疑人,给后阶段的律师工作造成被动。

## 2. 代理申诉控告要“准”

律师在侦查阶段,可以依法代理犯罪嫌疑人申诉、控告。因此,需要询问犯罪嫌疑人是否在侦查阶段是否受到过刑讯逼供或羁押虐待等情况,询问其是否需要代理申诉和控告。但律师对此工作要格外谨慎。一是不能偏听偏信;二是方式方法要适当,不要过激;三是要加强自身保护,以免作出不必要的“牺牲”。

## 3. 申请取保候审要“准”

根据1997年《刑事诉讼法》,律师在侦查阶段为犯罪嫌疑人申请取保候审,时间点是在犯罪嫌疑人被逮捕之后。在逮捕之前,律师没有法定权利为其申请取保候审,但是犯罪嫌疑人的近亲属有权为其申请取保候审。2013年实施的新《刑事诉讼法》对此作了修改,将申请取保候审时间提前到了律师介入后。律师在提出取保候审申请时,应当注意准确书写取保候审申请书,对于申请主体,可以是辩护律师,也可以是犯罪嫌疑人的近亲属。但特别要注意的是:律师不要作为取保候审的担保人,否则犯罪嫌疑人一旦逃跑,会给律师增添不必要的麻烦。

## (二)“会见难”的应对方法

律师在侦查阶段的工作难点依然是“会见难”。在侦查阶段,几乎每个案件律师会见犯罪嫌疑人都不是一帆风顺的。虽然2013年实施的新《刑事诉讼法》规定除了危害国家安全案件、恐怖活动案件和重大贿赂案件,其余案件辩护律师均可直接去看守所会见。但在我国现在的执法环境下,律师“会见难”的问题依然存在。1997年《刑事诉讼法》实施期间,侦查人员常常会以出差在外无法安排会见为由,不安排律师会见。笔者甚至还遇到过侦查人员拿着犯罪嫌疑人不愿会见律师的笔录,不安排笔者依法会见。对此情况,律师还能通过据理力争,向办案机关的负责人或上级办案机关书面反映情况,解决会见问题。而现在,《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第45条将重大贿赂案件解释为,“(一)涉嫌贿赂犯罪数额在五十万元以上,犯罪情节恶劣的;(二)有重大社会影响的;(三)涉及国家重大利益的”,并规定对此类案件,侦查机关只要在侦查终结前许可律师会见即可。可见,现行法律在对“贪官”的律师会见权方面,比以前是后退了。

在过去“会见难”还体现在二次会见难。在侦查阶段,律师会见都需要办案人员陪同,而办案机关往往只给律师一次会见的机会,而不再安排第二次会见。对此,律师应当向办案机关指出,我国《刑事诉讼法》并没有限制律师会见的次数,律

师有权进行二次会见,并提交再次会见的书面申请。当然,律师应当与办案人员保持良好的沟通,这也有助于律师顺利进行会见。“会见难”还体现在即使安排了会见,律师也会受到很多限制。例如,限制律师的会见时间,常常只给律师不超过半小时的会见时间;限制律师了解案情,不让律师向犯罪嫌疑人询问案件的基本情况。对此,律师虽不宜与侦查人员正面冲突,但应当据理力争,可以在会见犯罪嫌疑人时,介绍律师在侦查阶段的三大法定职责,并当着侦查人员的面将《刑事诉讼法》第36条和《公安机关办理刑事案件程序规定》第40条的规定中律师有权了解案情的法条全文读给犯罪嫌疑人听,间接向办案人员表明律师依法有权了解案情。在此种情况下,办案人员一般不会再粗暴阻止律师的询问。近年来,办案人员陪同律师会见的情况已不多见,但个别办案机关仍有这方面的要求,在门外窗外或监控室“旁听”律师会见。对此,律师应指出其行为的违法性,并要求纠正。

新《刑事诉讼法》实施几年来的实践证明,虽会见程序的改变(律师可直接到看守所要求安排会见)会使“会见难”而有所改变,但“会见难”这一老大难问题,在实践中不会根本得到解决,新的问题会随之而来。特别是敏感案件的会见,看守所和办案机关还会以种种理由不让会见或拖延会见。例如,将寻衅滋事、扰乱社会秩序案件,归入危害国家安全、恐怖活动犯罪案件;将贪污、挪用公款、私分国有资产案件,归入为重大贿赂案件;将一般贿赂案件,归入特别重大贿赂案件;还有在其他刑事案件中加入行贿、受贿罪名,以阻止律师会见等。尽管最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全部、司法部于2015年9月16日印发的《关于依法保障律师执业权利的规定》对律师会见作了更加明确具体的规定,如“看守所安排会见不得附加其他条件或变相要求辩护律师提交法律规定以外的其他文件、材料,不得以未收到办案机关通知为由拒绝安排辩护律师会见”、“侦查机关不得随意解释和扩大前款所述三类案件(指《刑事诉讼法》第37条规定的危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、特别重大贿赂犯罪案件)的范围,限制律师会见”。但律师会见难的问题,仍不能彻底解决。如何应对“会见难”和妥善处理会见中的问题,需要我们在实践中不断总结。

### (三) 律师在侦查阶段应注意的事项

#### 1. 办齐委托手续

实践中,侦查机关因为担心律师会见后会影 响犯罪嫌疑人的继续讯问,都会找岔子不让律师会见。特别是家属委托律师的,办案机关及看守所就会以委托人与

犯罪嫌疑人的亲属关系没有证据为由不让会见,所以我们事先要准备好户口簿、结婚证等资料。笔者在北京办理一件刑事案件,还遇到了申请会见时侦查机关以笔者的委托书不是统一格式文本为由不让会见的情况。此外还有办案机关或看守所要求律师事务所公函要盖有骑缝章才给予会见的。因此,办齐办好委托手续,避免办案机关或看守所找碴而拖延,是实践中需要注意的一个问题。

## 2. 依法会见和咨询

律师会见要做到依法会见。法律允许的咨询和谈话,我们要根据法律规定坚持自己的办案权利。但是,法律不允许的我们坚决不要做。例如,不要将手机拿给被告打,不能帮助犯罪嫌疑人往外递纸条、不能从外面带东西进看守所给犯罪嫌疑人吃,也不能给被告人香烟等物品让其带回监房等。对于犯罪嫌疑人因案情之外要求律师转告家属的事项,律师可记入会见笔录。

## 3. 可向批捕机关要求不批准逮捕

侦查阶段公安机关或检察机关的反贪、反渎部门对犯罪嫌疑人采取刑事拘留措施后,会向检察机关批捕部门申请批准逮捕。律师如果认为犯罪嫌疑人无罪或罪轻不应逮捕的,可以直接与检察机关的批捕部门联系,要求检察机关不予批准逮捕。一般应当采用书面形式,向检察机关出具律师意见书,说明不应批捕的理由。例如,笔者曾经代理过的一个唐某正当防卫的案件,笔者向检察院反映了案件性质和律师意见,最后成功“拦截”批捕,唐某也被无罪释放。新《刑事诉讼法》和最高人民检察院的《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》以及“两高三部”《关于依法保障律师执业权利的规定》为律师介入审查批捕阶段以及羁押必要性审查阶段创造了条件。近年来,检察机关充分听取律师意见,对犯罪嫌疑人不批捕或批捕后改变强制措施的案件比例有大幅度的上升。律师应充分适用法律规定,通过出具《律师意见书》的方式,在批捕“关口”或批捕后的羁押阶段,为犯罪嫌疑人或被告人申请不予批捕或改变强制措施,争取使案件“大事化小,小事化了”。

# 三、律师在审查起诉阶段的工作及注意事项

## (一) 审查起诉阶段的工作要“准”

### 1. 分析案卷材料要“准”

我国现行《刑事诉讼法》第38条规定:辩护律师自人民检察院对案件审查起诉

之日起,可以查阅、摘抄、复制本案的案卷材料;《人民检察院刑事诉讼规则(试行)》第47条规定:自案件移送审查起诉之日起,人民检察院应当允许辩护律师查阅、摘抄、复制本案的诉讼文书、证据材料。诉讼文书包括立案决定书、拘留证、批准逮捕决定书、逮捕决定书、逮捕证、搜查证、起诉意见书等为立案、采取强制措施和侦查措施以及提请审查起诉而制作的程序性文书。技术性鉴定材料包括法医鉴定、司法精神病鉴定、物证技术鉴定等由有鉴定资格的人员对人身、物品及其他有关证据材料进行鉴定所形成的记载鉴定情况和鉴定结论的文书。

律师分析这些案卷材料要找准“点”。对于立案决定书、拘留证、提请逮捕决定书、逮捕证等程序性文书,我们要重点审查是否存在违反法定程序的问题;对于提押单,要将记载的提审时间、次数与讯问笔录时间、份数相对照,以分析侦查机关有无将全部讯问笔录收入案卷,有无隐匿了对犯罪嫌疑人有利的讯问笔录对于搜查证,要审查侦查机关的搜查是否存在违反法定程序要求的问题;对于鉴定文书,要审查鉴定机构的资质、鉴定人员的资格以及鉴定意见是否有依据等问题。此外,我们还要注意扣押物品清单中列举的物品内容,并与被告人进行核对,如有已被扣押但未列举的对被告人有利的证据要及时记录,以便在法院审查阶段向法院申请调取。对于起诉意见书,我们要研究起诉意见书中犯罪嫌疑人的身份、年龄等基本信息,以及起诉意见书对基本犯罪事实的认定、被告人在共同犯罪中的地位、作用、具体的罪责等。总之,案卷材料是律师审查起诉阶段工作的主要对象,也是我们确定辩护思路的主要依据。

## 2. 起草律师意见书的工作要“准”

律师在审查起诉阶段,可以向检察机关提出自己的律师意见。律师意见书主要针对起诉意见书在认定事实和适用法律方面存在的问题,提出一个总体的辩护意见。律师起草意见书要准确击中要害,不能信口开河。律师意见书主要从认定事实和适用法律两方面进行论述。事实认定部分主要根据侦查机关提交的主要证据材料着手,指出起诉意见书指控的犯罪全部或部分没有事实根据;法律适用部分要针对起诉意见书指控罪名的犯罪构成上进行分析和辩护。需要注意的是,律师在取得起诉意见书和案件材料后,要与被告人进行会见,向被告人了解案件的基本事实,律师应当根据案卷材料反映的内容与被告人陈述的事实进行分析对比,形成律师自己对案件的基本看法。

例如,笔者办理的黄某职务侵占案。黄某系上海名红公司总经理,因与董事

长有矛盾,被控告犯有职务侵占罪。公安机关的起诉意见书认定黄某有以下职务侵占事实:一是在公司报销私车修理费和汽油费;二是在公司报销亲友往返上海的飞机票;三是在公司报销买画送人的费用;四是在公司报销个人打官司的费用。笔者在审查起诉阶段介入后,通过阅卷、会见被告人后,认为起诉意见书中列举的“犯罪事实”与客观事实不符,且适用法律错误,向公诉机关提交了《律师意见书》,要求依法作出不起诉决定。后公诉机关虽部分采纳了笔者意见,但仍向法院提起公诉。经一、二审法院审理后,公诉机关撤回起诉,最终对黄某作出了不起诉决定。

## (二)“阅卷难”和“调查取证难”的应对方法

### 1. 阅卷难问题

在新《刑事诉讼法》颁布以前,律师在审查起诉阶段往往只能复印诉讼程序资料和技术性鉴定资料,其他证据材料难以复印。新《刑事诉讼法》实施后,律师在审查起诉阶段可以复印全部案件材料,但实践中一些检察院仍然以各种理由限制律师的这一权利。以“办案人员还未阅卷”“没有复印设备”等理由进行限制的情况在某些地方也存在。对此,律师应当向公诉机关据理力争,及时复印全部案卷材料,为下一步的辩护工作做好准备。

需要注意的是,起诉意见书是侦查机关写给公诉机关的内部文件,属于保密文件,不能复印给被告人家属(防止其看后去寻找证人要求改变证言等),但可以告知被告人侦查机关认定的基本犯罪事实和涉及的罪名。案卷材料也不能复印给被告人或其家属。

### 2. 调查取证难问题

《律师法》和《刑事诉讼法》虽然赋予律师调查取证权,但在实践中,律师的调查职能一直有名无实。律师调查取证不具有强制性,需要被调查人的配合才能进行,律师向被害人进行调查,还需要经过办案机关和被害人的双重许可,而公诉机关一般都不会同意律师进行调查取证。另外,律师调查取证又带有很大的法律风险,我国《刑法》第306条规定的辩护人、诉讼代理人毁灭证据、伪造证据、妨害作证罪就像一把悬在律师头上的“达摩克利斯之剑”,随时可能终结律师的职业生涯。因此,律师对待调查取证要谨慎,尽量申请证人到庭作证或申请法院调查取证。



这里讲述一个笔者遇到的有关调查证人的案件。富某是某饲料公司老总,公司向某粮油经营部购买一批玉米,由公司将18万元货款通过银行汇入粮油经营部账户。因粮油经营部向农民收购玉米需要现金,不收转账过来的钱,故经营部又将该18万元退到饲料公司老总富某个人的银行卡上,让富某取出现金后交给经营部。后来饲料公司有人知道了这个事情,认为富某未将粮油经营部退来的钱交回公司,是侵吞行为,遂向公安机关举报。公安机关羁押富某后,向粮油经营部的经理陈某作了调查笔录,陈某称富某在收到退回的18万元货款后,没有将18万元现金交给经营部。在审查起诉阶段,律师给陈某作了笔录,陈某讲富某收到退款后,到银行取出了18万元现金又交给了自己。证人陈某的这份笔录可以证明富某无罪。开庭前,为避免执业风险,辩护人未将这份笔录作为证据交给法院,而是申请法院通知陈某到庭作证。但是案件开庭的时候,证人却逃掉了。庭审中,公诉人宣读了陈某向侦查机关所作出的笔录后,辩护人只得提交并宣读了陈某向辩护人所作的笔录。因为两个笔录内容完全相反,公诉人当即要求休庭,并称证人陈某和辩护人有伪证嫌疑。两个月后,陈某被公安机关抓回。在第二次庭审中,公诉人问证人陈某:你向公安机关作的笔录和向律师作的笔录哪个是真的?证人回答:我向公安机关说的话是真的,向辩护人说的是假的。公诉人又问:那你为什么要说谎话,跟律师说收到了这笔现金?当时笔者非常担心,因为通常证人都会说是律师叫我这么说的。而证人陈某却说:因为公安机关叫我作证后要保密,所以我就骗了律师。证人此话使笔者如释重负。于是,笔者就转守为攻。笔者问证人:你是否出具过收到货款现金18万元的收条?证人答:出具过的,但我实际没有收到钱,是碍于朋友情面应富某的要求而出的。笔者又问:你是在何地写收条的?当时是否有他人在场?证人答:在富某公司里,有一女的在。这时,笔者再申请富某公司的一女同事到庭作证。该女同事证实:证人陈某曾来公司富某处取走了一个包,富某讲这包钱你拿去了要给我写个收条,陈某就写了个收条。在法庭辩论中,笔者指出陈某证言内容前后相反,先前的证言与其出具的收条矛盾,应当以书证为准。最终法院判决宣告富某无罪。

### (三) 律师在审查起诉阶段应注意的事项

#### 1. 取齐案卷材料

律师在审查起诉阶段,要根据法律赋予的权利,尽量取齐案卷材料,以供律师

进行案件分析和提出律师意见。律师在审查起诉阶段除了索要或复印起诉意见书,还要复印诉讼程序材料(如立案决定书、提请逮捕申请书等)和全部证据材料。从立案到提请逮捕、批准逮捕等诉讼程序材料,是律师审查办案程序是否符合法律规定、案件定性,以及被告人是否具有自首情节等情况的基础材料。有时侦查机关立案的时候是一个罪名,后来可能增加为两个或多个罪名,或者改变罪名,对此律师也应当仔细分析。例如,笔者曾办理一件侵占罪的案件。陈某是某公司的实际控股股东,为公司运营考虑,其将自己的股份挂在朋友张某名下。后陈某发现挂名股东张某有侵占公司财产的行为,为此,陈某冒签了张某名字去工商登记机关办理变更登记,将挂名在张某名下的股份过户到了陈某亲戚名下。不料张某知道后,向公安机关控告陈某非法侵占其股份。公安机关最初以盗窃罪提请检察院批准逮捕,检察机关审查后不予批捕。后公安机关又改变罪名,以职务侵占罪提请批捕,检察院仍不予批捕。案件几上几下,虽然最后还是以陈某涉嫌职务侵占罪将案件起诉至法院,但从这些罪名变更和提请批捕的材料中,律师寻找到案件的不少突破口和辩护理由,最终法院否定了该罪名。

## 2. 适当提出律师意见

如果案件在是否构成犯罪方面争议较大,律师可以在审查起诉阶段向公诉机关提出书面的律师意见。律师书面意见应当根据案件证据事实,进行法律适用的分析,以争取公诉机关对案件不予起诉。但是,律师提出的意见特别是事实证据方面的意见,视不同情况可以有所保留。有的案件不必将事实证据分析得太透彻,因为公诉机关很有可能针对律师提出的意见退回补充侦查,完善其起诉证据,这样会对律师下一步的工作会带来难度。对于事实和证据上存在较大漏洞的案件,律师也可以留在法院审理时“大做文章”。

例如,笔者曾担任过第一例“大海捞铁”案主犯方某的辩护人。方某等人是浙江台州渔民,得知有一艘运载钢材的货轮在台州海域沉没,在探测到沉船的位置后,方某等人与一些福建渔民准备了打捞工具前去打捞。在打捞过程中被海警抓获。公安机关侦查完毕后,以方某等人涉嫌盗窃罪将案件移送给检察机关。接受方某家属委托后,笔者认为本案中方某等人是否构成犯罪存在较大争议,需要在审查起诉阶段向检察院提出律师意见,以争取检察院对案件不起诉。为此,笔者起草了律师意见书递交给检察院。考虑到案件发展的趋势,笔者着重就方某是否构成盗窃罪提出了法律适用上的意见,但对公安机关没有查明的几个关键事实,笔者有

意作了保留未详细提出。这是考虑到如果检察机关可能会坚持认为构成盗窃罪而将事实问题退回补充侦查,将对律师之后在法院的辩护带来困难。

## 四、律师在审判阶段的工作及注意事项

### (一)罪与非罪的辩护要“准”

#### 1. 犯罪构成上的罪与非罪

犯罪的构成要件,是指法定的确立犯罪的必要条件。按照我国刑法理论的通说,犯罪构成要件有四个方面,即犯罪客体、犯罪客观方面、犯罪主体、犯罪主观方面。犯罪构成要件主要是法律适用上的问题。就刑事辩护角度而言,如果公诉机关追诉的犯罪行为在犯罪构成上存在问题,律师可以就此作犯罪构成上的无罪辩护。

##### (1) 犯罪构成上的无罪辩护要准确把握法律规定

律师如果作无罪辩护,首先应当准确理解案件具体适用的刑法规定。犯罪构成是刑法总则与分则的有机统一体,并非仅仅由我国刑法分则内容决定,不能简单地认为分则条文都完整地规定了犯罪构成要件。我国《刑法》第14条规定:“明知自己的行为会发生危害社会的结果,并且希望或者放任这种结果发生,因而构成犯罪的,是故意犯罪。故意犯罪,应当负刑事责任。”因此,各种犯罪的故意内容,必须同时根据刑法分则对客观构成要件的描述和刑法总则的规定予以确定。

在研究涉案罪名的具体犯罪构成时,应当对刑法分则的条款进行研究,准确把握刑法分则中规定的犯罪主体要件、犯罪主观要件、犯罪客体要件、犯罪客观要件等,并对照案件的现有证据,发现其中可以为被告人进行辩护的要点。

另外,我国《刑法》中既有叙明罪状(条文对具体犯罪的基本构成特征作了描述,如《刑法》第217条规定的侵犯著作权罪),也有简单罪状(条文只简单地规定罪名或者简单描述具体犯罪的基本构成特征,如《刑法》第264条的盗窃罪),特别是对简单罪状,律师应当根据刑事审判司法实践和理论通说,分析罪名的各个构成要件,不可浮于表面。

例如,笔者办理的“大海捞铁”案,就是涉及对深海打捞沉船是否构成盗窃罪的问题。根据我国刑法和司法解释的规定,盗窃罪侵犯的客体是公私财物的所有权,犯罪对象即被盗的财物应当是权利人占有和控制的财物。对于方某等人打捞深海沉船的行为,首先从犯罪客体来看,该案中权利人对沉船上的货物已丧失了可控制

性,客观上已丧失了对货物的占有、使用、收益和处分的权能,此时被告人打捞取得沉船上钢材的行为并不侵犯我国刑法所保护的社会关系,其行为不构成犯罪;其次从犯罪对象来看,权利人对沉船上的钢材没有设置浮标或作出警示,更谈不上进行有效看管,事实上,沉船漂离原沉没点2海里,原所有权人对沉船失去控制,而且,原权利人也因打捞成本过高而放弃所有权,因此涉案钢材已属于无主财产,不能成为盗窃罪的犯罪对象。而且本案中原权利人对沉船上的钢材也不成立观念上控制的情况。因此,本案中方某等人在深海打捞沉没钢材的行为,不符合盗窃罪的客体要件,其打捞的钢材也不能成为犯罪对象,其行为没有盗窃罪的客观行为和主观故意,因此不构成盗窃罪。在此类案件中,主要存在一个法律适用问题,辩护人应从犯罪构成要件进行详细的分析和辩护。

又如,笔者办理陈某私分国有资产案。陈某系浙江某建设开发公司总经理。该公司的前身是某银行的咨询服务部,1985年设立后于1987年经上级银行和当地计划委员会批准改名为投资咨询公司,企业性质由全民所有制变更为集体所有制。工商管理机关办理了集体所有制企业的变更登记。1999年在清理公司进行企业产权界定时,当地经济委员会向该公司(当时已更名为建设开发公司)颁发了《城镇集体资产产权登记证》。2009年,作为主管部门的“中建投”公司将该公司资产定向拍卖给建设开发公司的职工技术协会后,公司变更登记为建设开发有限公司。之后,由于房地产行业的发展,公司一跃成为当地的龙头企业和纳税大户,由此也产生了一些利益冲突。有人举报该企业是“假集体真国有”,要求司法机关予以查处。当地某区检察院因此介入,以贪污罪羁押了总经理陈某等三人。侦查终结后,以私分国有资产罪向法院起诉陈某等三人。对于该案,笔者主要从犯罪构成要件方面进行了辩护,认为陈某不构成犯罪(辩护词详见本章附录2-2)。

## (2) 犯罪构成上的无罪辩护要准确抓住案件的关键缺口

一般而言,如果公诉机关指控的罪行不符合犯罪构成要件时,律师可以为被告人作无罪辩护。但是,公诉机关追诉的犯罪行为不会完全偏离刑法的规定,大多数情况下都处于事实认定和法律适用的模糊边缘。此时,作为辩护律师应当紧紧围绕公诉机关提供的证据和起诉书所涉及的法律适用中争议较大的问题,去寻找案件的突破口。例如,在受贿案件中,无罪辩护大多集中在被告人是否“利用职务便利”;在合同诈骗案件中,主要也是从是否具有非法占有目的,在合同诈骗与合同违约等区别上进行辩护;等等。

笔者曾办理过一起公路建设公司老总吴某涉嫌虚假出资等三罪的案件。某公路建设公司老总吴某,因公司股权、施工工期等原因与地方政府发生冲突。后公安机关以吴某涉嫌虚假出资、抽逃出资、合同诈骗犯罪为由,将吴某羁押。笔者参与本案后,在审查起诉阶段向检察机关提出:首先,虚假出资是指没有真实的出资投入,而本案吴某投入公司的注册资金虽然是向他人所借,但已经投入公司,借款也已经由吴某筹集归还;其次,抽逃出资罪是将公司注册资本抽走,而本案注册资本已全部投入工程建设,已由货币资本转化为实物资本不存在抽逃的情况;最后,合同诈骗罪必然要有非法占有的目的以及将他人财物占有不予归还的事实,而本案中吴某将融得的资金全部投入工程建设中,虽然有逾期归还的违约事实,但没有非法占有不还的故意和行为,故也不构成合同诈骗罪。笔者通过对每种犯罪行为关键点的论述,清楚地论证了司法机关指控的罪名均不能成立。该案经县、市、省三级检察机关公诉部门审查,最终认定吴某及同案人的行为不构成犯罪,吴某等被无罪释放。

因此,律师进行无罪辩护,应当准确抓住案件的关键突破口,集中全力攻其重点,才能争取到较好的结果。

## 2. 证据认定上的罪与非罪

我国《刑事诉讼法》第195条第1款第3项规定:“证据不足,不能认定被告人有罪的,应当作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决。”这是律师进行证据不足无罪辩护的法律依据。因证据不足而进行的无罪辩护,同样需要注意“准”。

### (1) 把握刑事诉讼证据“三性”要准确

刑事诉讼证据与民事证据一样,同样应当符合证据的客观性、关联性和合法性要求。民商事等案件对证据一般偏重于关联性的审查,但刑事案件则多偏重于合法性和客观性的审查。民商事案件各方当事人都会提供多种类型的证据以支持其诉讼请求,其中往往有与案件无关的证据,因此证据的关联性问题较多。而刑事案件主要是公诉机关负举证责任,证据的关联性争议不多,主要集中在证据来源的合法性和客观性问题上。

律师在进行证据认定上的无罪辩护时,应主要在证据的合法性和客观性上找突破口。细分而论,可以从证据的形式合法性和实质合法性上进行分析。例如,对于口供等证据,应当审查是否有两位侦查人员进行讯问(形式合法),是否存在刑讯逼供(实质合法);对于鉴定意见,应当审查鉴定人员是否有鉴定资格(形式合法),

鉴定意见是否符合客观真实(实质合法);等等。律师对于证据合法性的审查应当准,应当有客观依据和充分把握,不能轻信被告人的说法,随意否认公诉机关提供的证据的合法性。否则,不仅不能收到良好的庭审效果,还会引起公诉机关对辩护人和被告人的“反攻”,徒增辩护压力。

例如,笔者担任二审辩护人的张某被控受贿犯罪案。原审判决认定张某担任某发改局科技科科长期间,利用职务之便,以借款等名义多次索要或收受业务单位及个人钱款30余万元。二审期间,笔者向法院提交了辩护意见,就原审判决认定的每一笔受贿款的证据合法性和证明力逐一进行了分析,认为这些款项均是张某向他人的正常借款,均有借条和还款凭证来证明,原审判决关于张某利用职务之便非法收受或索要他人财物构成受贿的认定没有事实根据,依法不能成立。

又如,笔者担任辩护人的黄某被控职务侵占一案中,公诉机关提供证据证明,张某为某公司股东,占有公司60%的股份。黄某为该公司财务经理。公司经营期间,黄某与公司另一股东王某通过窃取公司营业执照、私刻公司印章、伪造被害人张某签名等方式,将张某所持有的公司股份非法转让至黄某亲戚名下。黄某的行为构成职务侵占罪。笔者担任黄某的辩护人后,对公诉机关提交的多份证据逐一提出质疑:本案实际出资人是黄某,张某只是黄某的挂名股东,并非实际出资人,对此银行汇款凭证等书证均可证实。公诉机关仅凭张某的一面之词就认定张某对公司享有股份,根本不能成立;黄某作为公司实际出资人,控制着公司营业执照等材料,不存在还要从张某处窃取的问题;公司印章是合法刻制的,不存在私刻问题;且黄某也没有伪造张某签名等行为。公诉机关指控的事实与辩护人提交的客观书证完全相反,控方证据明显不足,依法不能认定犯罪。法庭上,公诉人与辩护人唇枪舌剑,庭审也足足进行了两天。通过庭审中的举证和质证,黄某不构成职务侵占罪的事实非常明确。但令人遗憾的是,一审法院最终虽然认定黄某不构成职务侵占罪,却认定黄某伪造自己公司的印章,以伪造印章罪定罪量刑。该案现还在申诉之中(该案辩护词参见本章附录2-2)。

## (2) 证据链的分析要准确

公诉机关要指控被告人,需要提供能证明被告人犯罪的完整证据链;辩护律师要无罪辩护成功,则必须打破这一证据链。因此,无论是对证据三性的审查,还是对非法证据的排除,辩护律师最终想要达到的就是在证据链条上打出缺口。对此,律师必须对案件证据全面审查,逐一分析,准确把握。

根据刑事证据理论,证据链是指由两个或两个以上不同的证据链节所组成的、通过链头的相互联结形成的联结点以及链头与链体的客观联系,内容能得到相互印证并体现或提高证据的证明力,用以证明案件事实的证据集合体。分析证据链,辩护律师应当从这几方面入手:第一,证据链是否完整。律师应当准确分析各个单一证据之间是否能环环相扣,是否能形成完整、闭合的证据链,并最终得出被告人犯罪的结论。第二,证据链的证明力是否足够排除合理怀疑。有时候,证据可以形成一个证据链证明犯罪事实,但是该证据链的证明力较弱,不能排除法官的合理怀疑,此时律师应当提出准确的辩护意见。

这里讲一个笔者辩护的薛某被控持有假币案。某公安机关接到群众举报称有人携带假币乘坐某长途大客车。为此公安机关拦截了该辆大客车进行检查,发现车内有一只旅行袋无人认领,内装巨额假钞和一张薛某的身份证。公安机关据此通缉薛某。薛某被抓后称自己的身份证早已遗失。但公诉机关提供了其他证据证明薛某的犯罪事实:一是大客车的司机和售票员均证实,当天薛某打来电话,并在途中上了车,但公安机关检查时薛某已失踪;二是司机和售票人员所讲的薛某的手机号码和薛某承认的手机号码一致。控方认为根据这些证据足以认定薛某的犯罪事实。笔者担任二审薛某辩护人后,向法庭提出:首先,装假币的包内有薛某的身份证并不能证明薛某就是假币的携带者,且薛某遗失身份证后有报失和补发的证据。其次,群众举报的是该大客车上有人携带假币,大客车的司售人员本身也有作案嫌疑。在没有其他无利害关系的乘客证实下,司售人员的证言不能单独证实指控事实。最后,薛某与司售人员是熟人,相互知道电话号码也证明不了问题。因此,本案应当根据疑罪从无的原则宣告薛某无罪。二审法院采纳了笔者的辩护意见,将案件发回重审。一审法院重审后仍坚持原判,经再次上诉,二审法院最终判决宣告薛某无罪。本案中笔者就是抓住案件证据链上的缺口,从疑罪从无的角度来作辩护,取得了很好的效果。

又如,笔者办理的戚某抢劫杀人案。戚某因抢劫杀人被一审判处死刑。戚某不服提起上诉,提出自己不存在抢劫杀人事实,要求二审宣告无罪。笔者担任其二审辩护人后,着重从证据的充分性和证据链是否完整的角度,论证本案主要事实不清、证据不足,不能排除他人作案的可能性,要求根据《刑事诉讼法》第195条第3项的规定,作出证据不足、指控的犯罪不能成立的无罪判决(辩护词详见本章附录2-3),后二审法院做出了撤销原判、发回重审的裁定。

### (3) 准确把握非法证据排除规则

我国《刑事诉讼法》第54条规定：“采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人、被告人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当予以排除。收集物证、书证不符合法定程序，可能严重影响司法公正的，应当予以补正或者作出合理解释；不能补正或者作出合理解释的，对该证据应当予以排除。在侦查、审查起诉、审判时发现有应当排除的证据的，应当依法予以排除，不得作为起诉意见、起诉决定和判决的依据。”《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国刑事诉讼法〉的解释》第102条第1款规定：“经审理，确认或者不能排除存在刑事诉讼法第五十四条规定的以非法方法收集证据情形的，对有关证据应当排除”；两院三部于2017年6月发布的《关于办理刑事案件严格排除非法证据若干问题的规定》，对各类情况下的非法证据排除问题，作出了详细明确的规定；《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第65条规定：“对采用刑讯逼供等非法方法收集的犯罪嫌疑人供述和采用暴力、威胁等非法方法收集的证人证言、被害人陈述，应当依法排除。”这些规定确立了我国刑事审判中的非法证据排除规则。

对此，律师首先应当准确理解我国现行《刑事诉讼法》中的非法证据排除规则。第一，我国的非法证据排除规则一般只限于取证程序违法的证据；第二，非法手段有明确规定。因此，如果有确凿的依据或明确的线索，应当向审判机关提出，要求排除该非法证据。

需要说明的是，《人民检察院刑事诉讼规则（试行）》第379条规定：“人民检察院公诉部门在审查中发现侦查人员以非法方法收集犯罪嫌疑人供述、被害人陈述、证人证言等证据材料的，应当依法排除非法证据并提出纠正意见，同时可以要求侦查机关另行指派侦查人员重新调查取证，必要时人民检察院也可以自行调查取证。”因此，排除了非法证据并不代表辩护大功告成。但是从律师辩护角度而言，非法证据的成功排除不仅可以鼓舞“士气”，扭转刑事审判中的控辩局势，还能展现辩护律师的职业风采。

### 3. 阻却违法事由上的罪与非罪

排除事由上的罪与非罪，主要是指在某些情况下，虽然被告人的行为在形式上符合犯罪的构成要件，但由于存在法律的特殊规定，被告人不需要负刑事责任。律师对此类案件进行无罪辩护时，应当着重研究被告人的行为或情节是否符合排除事由的法律规定，适当提出辩护意见。