

# 中国大律师 辩护词精选

| 王九川专辑 |

CHOICE PLEADINGS OF CHINA'S BARRISTERS

王九川 著



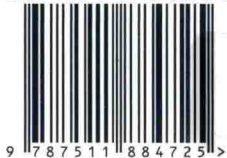
法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

作者精选从事律师行业二十年来办理的一批刑事知名案件、疑难案件，汇集其中有代表性的辩护词，并通过“案情介绍”及“辩护思路”的展示，帮助读者领会每一起案件的辩护技巧，也借此得以了解当今中国刑事案件的真貌。

本书所收录辩护词各具特点，在整体上则体现出平和、质朴的风格，彰显出色的论辩逻辑和说理能力，展现了一位优秀辩护律师运用法律的智慧、高度的责任感和执着于法治理想的情怀，其内容和风格被认为在辩护领域“引领了一种正确的方向”。

本书可供法律实务者借鉴，为法律研究者作案例参考，法律专业外读者也会从中获得启示。

ISBN 978-7-5118-8472-5



9 787511 884725 >

定价：45.00元

# 中国大律师 辩护词精选

| 王九川专辑 |

CHOICE PLEADINGS OF CHINA'S BARRISTERS

王九川 著



法律出版社  
LAW PRESS · CHINA

## 图书在版编目(CIP)数据

中国大律师辩护词精选·王九川专辑 / 王九川著.  
—北京:法律出版社,2015.10  
ISBN 978-7-5118-8472-5

I. ①中… II. ①王… III. ①律师—辩护—案例—汇编—中国 IV. ①D926.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2015)第225386号

中国大律师辩护词精选:王九川专辑  
王九川 著

编辑统筹 法律应用出版分社  
责任编辑 何海刚  
装帧设计 乔智炜

© 法律出版社·中国

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 固安华明印业有限公司  
责任印制 翟国磊

开本 720毫米×960毫米 1/16  
印张 17  
字数 250千  
版本 2015年11月第1版  
印次 2015年11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  
网址/www.lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792/9779  
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  
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 978-7-5118-8472-5  
(如有缺页或倒装,中国法律图书有限公司负责退换)

定价:45.00元

## 序

辩护词是表达辩护理由最主要的方式,也是展现律师能力和风采的亮点。在我国现阶段,由于证人不出庭而形成的交叉质证还几乎是一种摆设的状况下,辩护词的作用就更加重要。

然而,由于法治环境的总体状况不佳和律师水平的参差不齐,我国刑辩律师撰写辩护词的普遍水平还有待提高。今天,法治建设在中国已经走过了30多年,总结经验、发现问题将是我们向下一步迈进的重要基础。

由于律师制度发展尚处于初期阶段的现状使然,我国的辩护方式乃至庭审方式都缺乏规范性,辩护词的体例和风格当然也是百花齐放、各领风骚。概括起来,主要表现为以下几种:说理,煽情,抠法条,抠程序。在我看来,这几种方式都不可缺少,问题在于应当以哪一种方式为重点。我认为,以说理为主应当是辩护内容的核心,其他几个方面都是为增强辩护理由和力度服务的。只有达到说理充分,才能使辩护理由经得起推敲和检验,而且,法治环境越成熟,说理的作用越重要。无论是现在还是将来,只有说理充分才能立于不败之地。

但是,在我国当前法治环境不成熟甚至不健康的状况下,往往由于说理难以奏效而导致了辩护重心的偏移。例如,在有些法庭上,煽情式的公诉和煽情式的辩护成为控辩双方争取舆论和自我表现的首选,而且这种方式还常常会受到舆论的欢迎和当事人的认同。然而,这些缺乏证据支撑和法理依据的煽情过后,说理的内容却显得苍白无力。有些人在法庭上慷慨陈词甚至博得阵阵掌声的高谈阔论之后,其整理成文的书面辩护词不仅逻辑混

乱,甚至连语句都不通。这种只图一时之快的辩论风格迟早是要遭到摒弃的。

又如,抠法条、抠程序本来就是辩护内容的一部分,是为支持辩护理由服务的。但是,如果只是停留在抠法条、抠程序的层面,而轻视了说理,就会顾此失彼,因小失大。在偏重于抠法条、抠程序的辩论方式中,有些人是走偏了方向,也有些人是出于理论功底不足的无奈之举。但无论如何,这都不是应当提倡的辩护方式。

任何情况下,说理都应当是律师辩护的主要内容。一篇好的辩护词也应当是一篇好的论文,而一篇好的论文则未必是一篇好的辩护词,因为二者的功能不同。论文可以自行立论,而辩护词则必须有力地反驳对方。所以,辩护词不仅仅是说理,而且还要充分说理。否则,就会喧宾夺主,就偏离了辩护的主要方向。所以,评价辩护词的水平 and 分量,最重要的依据应当是其说理的充分程度。

遗憾的是,总体上讲,我国律师辩护词的水平在总体上亟待提高,否则,将难以适应法治社会发展的需求。欣慰的是,在已经成长起来的新一代律师之中,已经涌现出一批佼佼者,他们不仅达到了辩护水平的新高度,而且还愿意并且勇于将自己的体会与大家分享。王九川律师就是其中的一位。他是我二十年前创办京都所后最早带出来的律师,他发展全面,业绩突出,在刑事辩护上其风格体现出京都所倡导的“主动、平和、充分”而又不失激情的特点。

王九川律师的辩护词平和、朴实,少有华丽的辞藻和煽情的语言,却重在以逻辑的力量来加强说理的分量。而且,在说理的同时也并不忽略对法条和程序的精细分析。这样的辩护词乍看起来似乎不够激昂,但细读之后却会感受到其分量的厚重。同任何人的任何辩护词一样,王九川的辩护词也有可圈可点之处,但是,其内容和风格却引领了一种正确的方向,这正是他出版本书的真正价值所在。

当然,该书也是一部优秀的案例选集,所收录的案件都具有一定的典型意义或独特之处,也表明作者具有丰富的刑事辩护阅历。通读这些辩护词,我们可以看到一位优秀辩护律师运用法律的智慧、高度的责任感和执著于法治理想的情怀。我相信王九川律师会走得更远。

希望有更多的人读到这本辩护词专辑,更希望有更多的辩护词专辑陆续问世。在法治建设向纵深发展的今天,辩护水平的总体提升已经迫在眉睫。在切磋中发展、在争论中提高,这是中国律师向新高度迈进的必由之路。但是,愿意将自己的辩护词与大家分享的首要前提是足够的勇气和认真的态度。试想,有多少律师能够以公开发表的标准去撰写辩护词?又有多少律师愿意将自己的辩护词以公开发表的方式公之于众?再试想,如果以公开发表为前提去撰写辩护词,有多少律师在撰写辩护词时会更加努力和认真?又有多少律师的理论功底和文字水平能够经得住检验和推敲?

当然,有一个非常现实的问题降低了律师对辩护词的重视程度,那就是:辩护词究竟有多大作用?对于律师来说,解决问题多多少少会受外部环境的影响,而发现和提出问题是不应受外界制约的,所以是否发现并提出好的问题是衡量一个律师水平的重要标准。在本书中,王九川律师提出了许多高质量的问题,这些是其辩护胆略的真实表现。所以,我更想对大家说的是,首先要能够发现并勇于提出问题,再尽力去解决问题,如果人们都在现状的束缚中不思进取,社会将无法进步!而安于现状,绝不是律师的选择!

田文昌

2015年5月7日



## 自序

在法学院读书时,和许多同学一样,我并没有做律师的打算,那时律师所大多还在体制内,并没有多少诱人的故事。在律师所全面松绑后,我也受到感召,参加律师资格考试,然后告别体制。

在曹子丹教授的推荐下,我走进京都所主任田文昌的办公室,从此与刑事辩护结下不解之缘。“我要像带研究生那样带你,能到什么程度,也要看自己的悟性。”在我执业初期,田老师的这句话给我以极大的鼓励。我有幸遇到一流的老师,站到一个较高的起点上。我最初的表现也让他看到我成长的希望。

然而,当时的刑事辩护并没有今天这样的地位,刑辩律师的整体处境远不如现在,不少初做刑辩的青年律师因为冷酷的现实而感到苦闷、焦虑,我也曾经一度考虑要去做非诉讼律师。当时能够一直把刑辩做下去,有两个重要原因:一是我曾学习并参与公司法律事务等非诉讼业务,发现自己还是更喜欢自由度较高的诉讼业务的工作方式。二是通过和田老师办理一些大案、要案,亲身感受到刑事辩护的魅力,预见刑辩律师的前景,也从中看到自己的潜力。

此后,不管有怎样的变动,一直没有放弃刑事辩护。这样做下来,就是二十年,其中的甘苦可以想象。这期间,我办理过大量的法律业务,其中多半是刑事案件;也曾参与组织许多法律事务活动,其中大多也与刑事领域有关;在诸多的社会活动中,我被视为以刑事见长的律师。“刑事辩护”已成为我这段人生经历中最重要的一部分。



今天的刑事辩护环境,比二十年前要好许多,尽管问题仍然不少。全社会对刑辩律师已有更多的认识和理解,刑事法律服务的市场更大,立法上刑辩律师的操作空间也更多了,而律师的刑事业务水平也有不小的提升。我看到越来越多的年轻律师放下顾虑,向刑事业务靠拢,希望成为一名受人尊敬的刑辩律师。

就个人经历来看,我们这一代律师没有田老师那一代的坎坷与传奇。上一辈的辉煌经历,我们无法复制。但是,我们也有属于自己的时代烙印。我们这一代的童年,大多在“文化大革命”后期;在进入法学院前后,中国正进入搭建现代法律框架的阶段;当我们走入社会,市场经济进入快速发展阶段,不断催生出新的法律课题。可以说,我们是转型的一代、走向正规化的一代。

走向正规化,也是市场化的过程,在这个转变过程中,如何避免过度商业化,又是一个难题。前辈律师的理想主义信念、勇猛精进的精神和洞悉时事的智慧,值得我们领悟和继承。我想作为一名律师,尤其是刑辩律师,更要重视精神资源的培育,这样才有希望超越法律商人、法律技工的层面。

可惜在这方面我做的也不够。这些年来,能用来静心读书和做研究的时间越来越少。我一直想把从业以来的个人心得整理成书。虽然写过若干零散的文章,做过一些演讲,也参与过一些专著的撰写,但还缺乏系统的总结。近两年我做过一些写作计划,但因为种种原因,一再拖延。今年春节,我终于腾出时间来,开始认真总结,这本辩护词选算是这总结工作的一部分。

我翻检过去的大量案卷,选出近二十个有代表性的案件。这些案件的辩护词多数是我过去在法庭上发言的整理稿,还有一些是为书面审理案件撰写的文字稿(其中也有合作者的意见)。同时,这里还收入几篇有特点的民事、行政案件代理词,以使读者对我多一些了解。

在辩护词筛选中,主要考虑以下几点:

1. 入选案件符合以下三个特点之一:一为大案、要案,如其中使用被告人真实姓名的案件(均被报道过),包括涉及组织、领导黑社会性质组织,故意杀人和职务侵占的几起;二为有代表性的疑难案件,如北京姜某非法经营案(涉及买卖原始股的立法和司法实践问题)、河南李某职务侵占案(涉及国企改革、企业激励机制的法律问题);三为有特点的案件,如余某滥用职

权、贪污案和涂某职务侵占案等。至于案件的审理结果并不是入选考虑的标准,这里收录的案件有无罪、撤诉的情形,有改判、判决部分指控成立的情形,但更多的是判决指控全部成立或维持原判的案件。

2. 辩护词要体现一定的专业度。如果用当下的标准,这些可能会被归于“技术派”。我想律师的职责是依法维护当事人的权益,在法庭辩论中如何说话,在书面辩护中怎样写,一定要围绕当事人合法权益最大化这个中心进行。律师发言是给庭上几方听的,尤其是法官。所以,对于一篇辩护词来说,最重要的是说理。我也喜欢感性的表达,但在法庭上发表意见时,在整理、撰写辩护词时,我更注重理性。辩护需要激情,但绝不能让激情淹没理性。

3. 所选辩护词(包括法律意见书)篇幅均较长。这主要是出于全书结构上的考虑。在我的辩护词里,长、短皆有,多数篇幅比较长。从前曾有同行提示,何必要这么长,法官也不见得看,没有用。我以为长短不是标志,把道理讲透才是标准。法官能否认真听或者认真读,我们可以做出正面的影响;而该讲的没有讲,该写的没有写,却是律师的失职,法官连了解你意见的机会都没有,如何断定无用?以我出庭的经历看,作长篇发言,只要言之有物,不啰唆,一般不会被打断。我想不要让当事人维护权益的机会在我们律师手中丧失。

对于这些辩护词,我视之为“作品”,在“创作”中力求做得更好;但现在回头再读,还是有些遗憾。当然,可能还有未发现的错误、疏漏之处,也请读者指正。

感谢田文昌老师为本书作序。同时,向倾力参与本书编辑工作的谭淼律师致谢。也非常感谢本书编辑法律出版社何海刚先生等相关人士。

今后,在从事法律业务和法律事务活动的同时,我将继续推进自己的研究计划,其重点仍然是刑事辩护。我相信,刑辩律师在今后会有价值,刑事辩护在法治建设中的地位更值得期待。

王九川

2015年5月1日

▼  
▼  
▼  
▼

## 目 录

山西关建军组织、领导、参加黑社会性质组织案 .....	( 1 )
北京李昆挪用资金案 .....	( 15 )
重庆刘某受贿案 .....	( 24 )
河南肖时庆受贿、内幕交易案 .....	( 36 )
贵州余某某滥用职权、贪污案 .....	( 55 )
河南徐某挪用资金、职务侵占案 .....	( 68 )
北京涂某职务侵占案 .....	( 76 )
重庆陈明亮组织、领导黑社会性质组织案 .....	( 84 )
河南李国和职务侵占案 .....	( 127 )
北京许志远故意杀人、受贿案 .....	( 142 )
天津张某受贿案 .....	( 155 )
天津王某贪污、国有公司人员滥用职权案 .....	( 164 )
北京姜某非法经营案 .....	( 172 )
黑龙江王文襄故意杀人案 .....	( 181 )
广东李某诈骗、职务侵占案 .....	( 191 )
广西玛雅生物科技有限公司非法经营案 .....	( 216 )
北京张某私分国有资产案 .....	( 229 )
广东丁某销售伪劣产品案 .....	( 239 )

北京 Y 物业管理有限公司与 H 百货(北京)有限公司服务 合同纠纷案 .....	(247)
北京 D 医院诉某部行政不作为案 .....	(252)
J 大学、A 公司、L 学院与 C 公司建设工程施工合同纠纷案 .....	(257)

## 山西关建军组织、领导、 参加黑社会性质组织案

### 案情简介

2010年5月,山西省公安厅成立“5·6”专案组,对山西阳泉关建军、关建某等人涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织案进行侦查。不久,先后有五十多名犯罪嫌疑人被拘捕,大量财产被查封、扣押或冻结。同年11月,该案被移送山西省长治市人民检察院审查起诉,此后,经过两次退回补充侦查、审查起诉,该案于2011年7月15日被起诉至山西省长治市中级人民法院。

此案被告人共26人(含1名被告单位),其中13名被告人涉嫌组织、领导、参加黑社会性质组织罪,全部涉嫌罪名15个,有具体罪名的犯罪事实25起、“其他违法犯罪事实”8起。

2011年10月,山西省长治市中级人民法院公开开庭审理本案。2012年1月,一审法院判决被告人关建军犯组织、领导黑社会性质组织罪,受贿罪,聚众扰乱社会秩序罪,非法拘禁罪和赌博罪,其他十个指控罪名因缺乏证据支持,不能成立,决定执行有期徒刑十五年,并处罚金十万元。其他各被告人也分别被定罪量刑。另外,判决对全案已扣押、冻结、查封的黑社会性质组织及其成员违法所得予以没收,对其他违法所得继续予以追缴。

多数被告人提出上诉。2012年7月,山西省高级人民法院判决维持原

审判决对关建军等人的定罪量刑部分,对其他部分上诉人的部分定罪量刑判决予以撤销。

此案自侦查至审结,众多媒体曾进行大量报道,引起广泛关注。

## 辩护思路

和多数涉黑案件一样,这起案件的特点也是被告人多、罪名多、涉嫌犯罪事实多、指控证据材料较为繁杂。为此,必须对全部指控事实和证据作出合理分类,抓住每一类的特点,采取相应的辩护策略。为涉黑案组织、领导者辩护,尤其要分清利害主次。对于本案被告人,要分别研究其直接参与和没有直接参与两类行为,还要研究哪些是个人行为、哪些是共同行为、哪些是有组织的行为。为此,在发问和质证中就要注意围绕这几个问题展开。

在法庭调查阶段,通过发问和质证,基本解决了这几个问题,为后面的辩论打下基础。进入辩论阶段,公诉人在公诉意见中对证据体系与指控事实的关系仅作简要归纳,采用大量故事性叙述方式,就指控事实及社会危害、本案教训等方面给出结论。辩护人则首先对13名被告人当庭口供和10名被告人的审判前口供、30位证人的证言和大量书证进行分类概括,从整体上分析本案证据的特点,归纳出控方证据存在的问题。有这样的基础,再来分析指控行为是否与黑社会性质组织罪的四个特征相符,就会顺理成章。

在具体论证四个特征时,先指出控方并没有证实关建军等人设立这个组织的具体经过,没有证明这个组织有一个形成和发展的过程,然后指出有关的经营、资金使用行为都属于个人行为,或是某个经济实体的行为,并非通过有组织的犯罪获取,也没有证明财产的支配使用和有组织的犯罪之间有关联。接下来指明被指控数十起行为事实有一个重要特征:无论参与人数多少,都属于个人偶发性、临时性的行为,不体现组织意志,暴力程度有限,后果不严重,不管是否构成具体罪名,有一点可以肯定的是这些都不属于有组织的暴力犯罪,更不具有黑社会性质组织犯罪的特征。事实上,这也是本案被指控行为的一个重要特征。关于危害特征,就本案来看,不是讨论

的重点,无须过多论述。

在辩论的最后阶段,再次强调刑讯逼供、违法取证问题,同时将本案存在的一些其他程序问题进行简要归纳,包括:重复起诉问题、管辖冲突和对财产采取的措施违法等问题。

对被告人有重要影响的另一项指控是受贿,辩护人曾就此进行调查取证,着重从证据角度进行辩护,在此不再介绍。

## 辩护词(一审)

审判长、审判员:

受被告人关建军的委托,北京市京都律师事务所指派我作为他的辩护人出庭辩护。刚才听到公诉人发表的公诉词,辩护人也同样感到“心情沉重”,这起被称为震惊省内、国内的大案在指控上所存在的问题比想象的还要严重。此前,法院只得到公诉机关的一本证据复印件,辩护人一直要求查阅、复制其他一百多本案卷材料,但直到开庭前两天才得到,经过紧张的阅卷,通过五天的法庭调查,对案件事实、证据终于有了一个较为全面的了解。感谢合议庭给我们充分的发问、发表质证意见的时间。

刚才听到的公诉词,辩护人感觉其更像是一篇“法制”故事(我讲的坦率一点),公诉词的作用应该是通过对有关证据和法律规定的分析,论证起诉的事实、指控的罪名成立,支持起诉书观点;把“揭露犯罪,宣传法制”作为公诉词的基本目的,辩护人不能认同。现在本辩护人结合本案的证据和法律规定,着重就指控的第一起事实(组织、领导黑社会性质组织)发表辩护意见,关于其他几项指控主要由另一位辩护人发表意见。

辩护人认为,公诉机关的起诉证据不能证明本案中存在黑社会性质组织的犯罪行为,指控被告人关建军的行为构成组织、领导黑社会性质组织罪证据不足,罪名不能成立。

第一点,本案大量指控证据缺乏真实性、合法性,与指控事实缺乏关联,不能证实黑社会性质组织存在,也不能证实关建军是组织、领导者。

关于本案的指控证据,在质证阶段,辩护人已提出详细的意见,现在对证据整体上存在的问题作简要的归纳:

#### 一、本案口供存在的问题

本案口供存在三个方面的问题。

其一,口供证据不足。

本案涉黑人员21人,另案处理8人(包括1名组织、领导者),现在被起诉有13人,关建军、关建某、王某3名组织、领导者的审判前口供没有被作为证据出示(在审查起诉阶段部分辩护人曾复制这些证据)。为什么没有作为指控证据出示,是否与刑讯逼供有关,公诉人没有解释。辩护人注意到,这种审判前口供被审查起诉机关提前排除的情况,在刑事诉讼中是非常罕见的,这种严谨的态度,辩护人非常欢迎,希望对本案的其他证据也能做同样严格的审查。

在法庭上,这3名组织、领导者对指控事实和定性都给予否认,出现了“零口供”的局面(这在涉黑案中应该还没有出现过)。另外,被认定为组织、领导者的许某没有到案,还有3名积极参加者、4名一般参加者也没有到案,当然不可能有口供。口供不是定案的必备证据,但就本案来讲,这个所谓的组织已转入“隐蔽状态”的事实、有关人员的关系等许多关键事实,要得到查证,必须有这几位被视为核心成员的供述,还需要其他几位涉嫌参加者的供述,所以,在缺乏这4名组织、领导者口供的情况下,在21名涉黑成员中有8名未到案的情况下,无法对这些事实作出全面、准确的认定,所谓的组织结构存在的事实,不能得到证明。

其二,口供内容与指控事实缺乏关联。

就8名涉黑被告人的讯问笔录来看,在言词上和指控事实有一定联系的,只有张某、杨某、王三某3人,主要是对关建军、关建某、王某等人之间关系的说明、对关建军等人的评价、对有关关建军经商行为的概括性陈述,并没有具体、明确的事实。其中对王三某的讯问笔录在内容上明显前后矛盾(如有关离开赌场的理由)。其他5名被告人或者对自己和关建军的有限往来只作简单的介绍,或者明确表示和关建军没有往来,并没有证明指控的



具体事实。

其三,部分被出示的审判前口供不具有真实性、合法性。

范某、张某、杨某和蒋某某等被告人都明确表示曾受到刑讯、逼供、诱供,包括殴打、电击、超长时间讯问、不许看笔录、被迫用签字换取法律文书等手段。辩护人也注意到,部分讯问笔录的地点是在阳泉市委党校,讯问地点不合法。在法庭调查阶段,多名辩护人己申请对审判前口供的真实性、合法性进行调查,合议庭没有启动调查程序,公诉人也没有提供有关口供合法取得的材料,这些己被出示的口供的合法性、真实性不能得到证明,应作为非法证据给予排除。

## 二、有关证人证言存在的问题

关于黑社会性质组织存在的事实,公诉人出示了30名证人的询问笔录。从法庭调查的情况来看,证人可分为三类:第一类证人,曾陈述与涉黑事实有关的内容,包括5人:张某某、张某(受贿案中的所谓被索贿一方,自称与被告人合伙开赌场)、刘某某(涉黑组织经营实体“南苑天露”的负责人)、姜某某(关建军案的举报人)、戴某某(自称与被告人合伙开赌场),这些人和关建军等涉黑被告人有明显的利害关系,如果他们的陈述属实,按照本案公诉机关的追诉标准,他们也应当被列为黑社会组织成员。没有被追究刑事责任,表明他们有出于利害关系作虚假陈述的可能,而且这些证言的内容大多属于对关建军等人的评价,有关事实的陈述非常简单、概括。第二类证人,也讲到和涉黑事实有关的内容,但和被告人没有明显的利害关系,这只有范某某1人,笔录里证人表示,对关建某、范某的说法,是听说的(姜某某在笔录里也明确表示,自己举报的关建军兄弟的违法犯罪事实都是自己打听到或由别人告诉他的),来源都没有说清,这种证言连传来证据都不够。第三类证人,即其余24名证人,没有介绍本案涉黑成员之间的关系,多数都没有提到关建军,对于个别事实的叙述非常简单,和指控涉黑犯罪事实部分没有关联。

上述证人证言涉及黑社会组织结构的内容,都具有高度概括、揣测评价的特点,最高人民法院、最高人民检察院、公安部、国家安全生产部和司法部《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》(根据“两高三部”通知,办理其他刑事案件,参照该规定执行)第12条第3款规定:“证人的猜测性、

评论性、推断性的证言,不能作为证据使用,但根据一般生活经验判断符合事实的除外。”对这些复杂的事实、对这个处于“隐蔽状态”的涉黑组织,当然不是根据一般的生活经验能够判断出来的。这些证言里有大量的个人评价性言词,关于事实的陈述部分,一部分和关建军没有关联,更多的事实陈述是以评论、推断或猜测的方式作出的。对这类证言,应当依法排除。

那么,这些对被告人不利的证言是如何形成的,是否出自证人的真实意愿?取证程序是否合法?辩护人提请合议庭注意两点:这些询问笔录所记载的询问地点也在阳泉市委党校,询问地点不合法;另外,所有的证人证言都没有身份证明。

两天的法庭调查表明,用来证明黑社会组织成立的口供和证言数量有限,问题很多,这些言词证据形成的真实性、合法性不能得到证明;从内容上看,审判前口供和当庭陈述存在矛盾,供、证之间存在矛盾,口供、证言与指控事实也缺少关联,依据这些证据,不可能得出一个这样的结论:本案13名被告人、另8名另案处理人员已经形成一个黑社会性质组织;关建军是该组织的首要分子。

### 三、本案书证存在的问题

公诉人出示的有关黑社会性质组织存在的书证,主要包括这些涉黑人员投资、管理的经营实体成立、运营的文件和有关的财务资料等。

首先,关于这些书证的合法来源,辩护人在质证阶段已经提出,有关北坪煤业等大量书证材料上的提取记录,是在法院受理本案后由侦查人员在检察院持有的侦查卷宗材料上补签的,签字的时间却显示为侦查阶段,这些书证不具有形式上的合法性。

其次,从这些书证的内容看,不能证明任何一个经营实体和本案的违法、犯罪行为有关,也不能证明任何一笔资金往来和指控的犯罪事实有关。公诉人指出:“梳理这些证据”,有关关建军等人实施黑社会性质组织违法犯罪的事实“历历在目”。然而,辩护人并没有看到这样的犯罪事实。目前,从控、辩双方的证据中能够“理出”的事实只有两个方面:

其一,本案指控事实提到的这些经营实体合法成立、正常经营,在投资人、管理人员上有过若干次调整,在外部合作中有一些经营纠纷。

其二,关建军是一名警察,曾立功受奖,在当地有一定知名度;在从警前

后曾做过多种生意,有一定的积累;近年身体不好,和他人来往较少。

就指控事实来看,根据现有证据,还不能达到“事实清楚”的标准。公诉机关庭前交给辩护人的部分证据材料(法庭上没有出示)表明,在法院受理本案后,有关涉黑事实的侦查取证工作没有停止,公诉人在法庭上也讲了,有些事实确实没有查明,侦查机关还会继续调查,可见,办案机关也认识到,本案的证据体系还远谈不上“充分、确实”。

即使指控的每一起事实是客观存在的,但是否达到每个罪名的标准,是否属于有组织的黑社会犯罪,辩护人也有不同的看法,这就是要讨论的下一个问题。

第二点,指控认定事实不具有组织、领导黑社会性质组织罪的四个特征,关建军的涉嫌行为与该罪无关。

就起诉书指控的第一项具体事实(组织、领导、参加黑社会性质组织罪),结合后面相关罪名事实来看,辩护人并没有发现其中有黑社会性质组织存在的事实,也没有发现有组织的犯罪行为。现在就该罪的四个特征来分析本案。

### 一、关于组织特征

《刑法》关于组织特征的相关规定是:“形成较稳定的犯罪组织,人数较多,有明确的组织者、领导者,骨干成员基本固定。”(《刑法》第294条)

首先,从本案涉黑人员的关系来看,4名组织、领导者中,关建军和关建某两人为兄弟,因为个性不合,两人往来很少;关建军和王某从前是邻居,往来不多,后来王某长时间住在北京,更少有往来;关建军和许某的关系,因为后者没有到案,无法查证,目前证据显示关建军、许某合办过狗场;关建军和其他涉黑人员多数只是认识,没有个人往来,和部分被告人有过几次生意合作。其他涉黑人员之间也有生意合作或个人交往,他们的往来有长有短、有聚有散、时远时近,属于常见的人际交往关系。他们没有私自建立组织,或形成一致认可的稳定组织,彼此没有层级或严密的分工,没有固定的议事场所,也没有明文的或一致公认的帮规或类似的内部议事、行事规则。

起诉书中认定:“在组织内部,称关建军、关建某、王某、许某为领导或关总、王总、许总,组织成员之间以兄弟相称。”这些称呼在人际交往中非常普遍,无论在一个单位,还是某个社交场所,随处可见、随时可闻,熟人之间、

生人之间都会使用这些称谓,根本不能视为黑社会组织内层级的标志。

起诉书中还认定:“关建军等组织、领导者一方面帮助组织成员逃避法律打击,或利用结婚、生病之际抚恤、奖励组织成员;另一方面对不服从管理的组织成员进行惩戒。”这些说法都不见具体的事实,也不见明确的依据。从认定内容来看,任何一个单位的负责人都会帮助自己的下属,都会关心自己的部下,奖励和惩戒是任何一个组织都必不可少的管理措施,而黑社会性质组织的奖惩等手段却具有明显的人身控制特征,这些行为显然不具有这一特征。

其次,任何一个组织都有一个建立、发展的过程,黑社会组织也不例外,公诉机关并没有证实关建军等人设立这个组织的具体经过,没有证明这个组织有一个形成和发展的过程。

起诉书中相关的认定是:“1997年以来,以关建军、关建某、王某、许某(另案处理)为首的犯罪团伙,纠集刑满释放人员等社会不法分子,逐步形成成员固定、参与人数众多的黑社会性质组织。”哪些证据可以支持“1997年以来”这个说法?“逐步形成”的具体事实有哪些?起诉书还有一句相关的认定:“至此,为了逃避打击,该黑社会性质组织转入隐蔽状态。”公诉人强调被告人是在故意制造无组织存在的假象,那么“转入”、“故意制造”的行为是什么?投资、参与管理合法经济实体的行为等于制造假象的行为吗?不能证明黑社会性质组织存在,就可以说成是“隐蔽状态”吗?“隐蔽状态”也是一种事实,也是需要得到证明的。

## 二、关于经济特征

《刑法》关于经济特征的相关规定为:“有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益,具有一定的经济实力,以支持该组织的活动。”(《刑法》第294条)

关于本案黑社会性质组织的经济利益,起诉书中概括出三个来源:(1)通过赌博等违法犯罪活动积累资金;(2)经营7个经济实体的收入(包括酒店、房地产、煤矿、狗场等);(3)向娱乐场所收取费用;(4)向部分成员集资。

关于第一个来源,起诉书中在第一项指控(组织、领导、参加黑社会性质组织)里认定的行为人是“关建军、关建某、王某、许某等”,除了这四个

人,“等”代表的其他人是谁,并没有明确,在第十五项指控(赌博)的四起事实中,也看不到关建军、许某的名字,所以参与赌博的具体人员指控不清。关于赌博的收入情况、和其他违法犯罪活动的关系等事实,更没有具体的指控结论。

关于赌博的四起事实的证明,主要依靠言词证据,其中第一起全部是言词证据(8个证人的证言、4个被告人的口供)。凭借这些证据,怎么能得出自1996年至2010年间发生赌博行为、且与黑社会性质组织犯罪有关的结论?

关于第二个来源,起诉书中没有否认这7个经济实体收入的合法性,公诉人所讲的违法犯罪收入,是对起诉书认定事实的“扩大”,缺乏证据支持;这些收入资金的具体流向,和每一起具体涉嫌事实的关系,都没有得到证明。

关于第三个来源,有关收费人、收费经过、收费数额等具体事实,还没有查清,但能够初步查证的是:这是关建军所在的巡警大队在收取费用,最后也用在巡警大队内,包括发工资、购买办公用品等,和本案这些涉黑人员无关,关建军自己也没有使用。

关于第四个来源,只有一个涉嫌事实,就是关建军、王某索取蒋某某、张某某20万元用作举报姜某某的经费,法庭调查表明:这些钱是蒋某某、张某某帮助举报、自愿交给他们的。

辩护人还注意到,公诉人提到的这些财产来源中,还包括被告人近亲属的大量合法劳动收入和继承财产,在认定经济来源时,应首先对此进行严格区分。

关于用有组织的收入支持组织活动,起诉书中只认定两起事实:

一个是刚才提到的举报经费20万元,这个已经调查清楚:举报行为并不违法,被举报人姜某某已被起诉、判决,举报事实成立;举报人是王某,关建军、蒋某某、张某某有不同程度的参与,费用由谁来出、出多少,他们有权决定,都是这些公民的个人行为,与任何组织无关,与违法犯罪无关。把这种举报行为作为黑社会性质组织的违法犯罪行为,有些荒唐。

另一个就是“4·29”事件,所谓“用组织资金购买作案工具、处理善后事宜”,这里的“组织资金”是一个无法理解的名词,来自哪个组织的哪一笔

钱,由哪些人使用,都不明确。“购买作案工具”是指用于违法犯罪活动,而“处理善后事宜”表明这是一起民事纠纷,这些认定前后矛盾。事实上,“4·29”事件是两家公司因为煤矿经营权纠纷矛盾激化、出现过激行为的事件,即使其中有违法犯罪行为,也和黑社会性质组织无关。被告人关建军事前不知道,全部过程都没有参与,他和这起事件没有关系。

法庭调查表明,上述事实大多没有得到证实。部分已查明的事实表明:这些经营、资金使用行为都属于个人行为,或是某个经济实体的行为。公诉方不能证明这些财产是通过有组织的犯罪获取,也没有证明财产的支配使用和有组织的犯罪有关联。

### 三、关于行为特征

《刑法》关于行为特征的有关规定是:“以暴力、威胁或者其他手段,有组织地多次进行违法犯罪活动,为非作恶,欺压、残害群众。”(《刑法》第294条)

本案涉及的具有暴力特征的事实包括:(1)寻衅滋事:有两起,王某和杨某因游戏机发生纠纷;范某帮朋友报复窦某。(2)聚众扰乱社会秩序:就是“4·29”事件,北坪煤业和宏达公司的冲突。(3)故意伤害:包括两起,范某、杨某等人打架;郝某因消费中对账发生肢体冲突。(4)非法拘禁:有两起,王某为父亲要账;关建军派人追债。(5)敲诈勒索:包括四起,王某、蒋某某在打牌、玩游戏中因为输钱发生的三起纠纷;张某帮自己公司保安被打伤的赔偿费。(6)其他违法事实里的2、3、4起,是范某等人和他人发生矛盾打架。(还有起诉书第8起,是范某和别人因口角发生的冲突,公诉人只字未提)(7)非法持有枪支:杨某有一支改制射钉枪,是否属于枪支还有争议,他没有使用,也没给其他人持有、使用。

撇开证据上的争议不谈,即使指控事实成立,辩护人认为这些行为具有几个共同的特点:发生在朋友、熟人之间;全都事出有因(讨债、消费等);发生偶然,行为事实各自独立,没有关联;没有严重后果(除一起涉及重伤外);多起事实已经其他法院审理,作出判决。

这些特点表明:上述行为中无论人数多少,都属于个人偶发性、临时性的行为,不体现组织意志,暴力程度有限,后果不严重,不属于有组织的暴力犯罪。

而且,这些行为都有特定对象,不是无故惹是生非,为炫耀势力、强化地位,任意选择侵害对象。公诉人就“为非作歹、欺压残害群众”的事实作出很多说明,认为形成“心理强制”,那么“群众”是谁?谁能代表这样的“群众”?本案有多少这样的“群众”证人?“心理强制”的具体事实是哪些?从本案的证人证言看,找不到这样的“群众”,这里的被害人都是和这些被告人相识甚至很熟悉的人(用范某的话讲:“都是和我一样的坏人”),对行为后果的发生也有一定的责任。上述事实中的行为,根本不具有“为非作歹、欺压残害”的特点。

#### 四、关于危害特征

《刑法》关于危害特征的相关规定是:“通过实施违法犯罪活动,或者利用国家工作人员的包庇或者纵容,称霸一方,在一定区域或者行业内,形成非法控制或者重大影响,严重破坏经济、社会生活秩序。”(《刑法》第294条)

本案不存在“保护伞”的事实,公诉机关也同意这一观点,就此不再多谈。

就所谓的行业影响来看,包括关建军在内的被告人分别或共同从事酒店、娱乐休闲、采矿、运输等行业,规模都很有有限,没有任何一个实体在行业内形成垄断地位。阳泉是一个地级市,关建军本人作为城区分局的巡警大队长,有一定知名度,这并不难理解,但他从事公职的行为、业余经商的行为远没有在本地、周边地区形成“重大影响”,并未形成非法控制的后果。公诉人谈到2002年央视《焦点访谈》的报道,用来支持造成非法控制后果的结论,而新闻报道是不能作为认定事实的依据的。

从以上分析可以看出,公诉机关指控的各项事实,都不具备黑社会组织的四个基本特征,起诉书中关于关建军在该案中处于组织、领导地位的认定,没有关键事实,证据不足,所以对他没有直接参与的涉嫌事实,不能当作共同犯罪来追究刑事责任。

就指控关建军直接参与的事实看,认定他和关建某、王某等人通过赌博等违法犯罪活动积累资金,缺乏具体的事实认定,证据不足;关于受贿、非法拘禁,事实认定不清,即使成立,也是个人行为;向娱乐场所收取费用的行为,涉嫌违法,但没有触犯具体罪名,而且和他所在的巡警大队有关,和本案

其他被告人无关;和王某收取用于举报姜某某费用的行为,属于公民个人举报行为,不构成犯罪;参与调解的行为,不具有违法性;关于违法占地,关建军本人不知情,也没有造成严重危害后果,和犯罪没有联系。即使这些事实成立,从中也无法归纳出关建军组织、领导本案其他被告人实施有组织的犯罪的行为事实。

综合以上意见,本案的指控事实中并不存在黑社会性质组织存在的事实,被指控的各项犯罪事实,无论有几人参与,都不属于黑社会性质组织领导下的犯罪。关建军的涉嫌行为属于个人行为,是否触犯指控的具体罪名,目前控、辩双方在事实和证据上有很大的争议,但有一点是明确的:这些行为不属于有组织的犯罪,更不具有黑社会性质组织犯罪的特征。辩护人相信,几天的庭审能够证明上述结论的正确。

第三点,本案存在的程序问题。

本案存在的程序问题有以下四个方面:

1. 刑讯逼供问题没有得到调查。被告人关建军、关建某、王某都明确提出自己遭受刑讯逼供(关建军还提出过申诉控告,至今没有明确答复),虽然这3名被告人的审判前口供已被公诉机关排除,但由于这些证据材料是案件批捕、移送审查起诉的重要依据,对这几名所谓黑社会性质组织的组织、领导者的非法侦查行为直接关系到对全部侦查行为合法性的判断。而本案的另外8名被告人多数也提出遭受刑讯逼供的问题,他们的审判前口供已经被作为指控证据出示。所以,从非法证据排除的角度,从程序合法性审查的角度,都有必要对刑讯逼供的事实进行调查。

(另外,关于本案的部分证人证言,也存在非法取证的问题,请合议庭给予严格审查。这在质证阶段已作出分析,不再重复)

2. 部分事实已有法定结论,不该被再次起诉。指控第二项(重大责任事故)已经由平定法院在2008年判决,指控第七项(聚众扰乱社会秩序)也由平定法院在2010年、阳泉中院在2009年分别对有关人员作出判决,指控第十六项(其他违法事实)第1起由阳泉城区法院在1999年作出判决,第2、3、4起也由阳泉城区法院在2005年作出判决。对这些事实的重复起诉、审判,并放在黑社会性质犯罪这个口袋里,无疑会造成事实认定、法律适用上的混乱,使无关的人承担刑事责任,使已被处罚的被告人因为同一行为再



次受到处罚,这违背罪刑相当、罪责自负和一事不再理原则。

3. 管辖冲突需得到解决。法庭调查阶段,被告人范某表示在开庭前一天晚收到再审通知,就是指控第二项涉及的2008年的判决(重大责任事故),既然是同一个事实,而且已经立案再审,应由上级法院对两案的管辖问题作出裁决,不该由两个法院同时审理同一个事实。

4. 财产查封、扣押、冻结行为涉嫌违法。法庭调查中,部分被告人提出财产查封手续不合法。还有证据表明,很多被采取查封、扣押、冻结的财产和本案无关,其中被告人关建军的涉案财产,很多是他的近亲属的财产,请合议庭给予审查,及时纠正错误,把和本案无关的财产返还给所有人、持有人。

审判长、审判员:

六天的法庭审理表明,大量的证据并没有证实本案中存在一个黑社会性质组织,更没有证实关建军实施组织、领导黑社会性质组织的行为,被指控的各项事实均不具有黑社会性质犯罪的特征,指控关建军直接参与的涉嫌行为证据不足,和有组织的犯罪无关。请合议庭严格审查证据、程序上的这些问题,对有关行为作出合法裁决。

辩护人还希望合议庭能严格区分普通犯罪与团伙犯罪、黑社会性质组织犯罪,区分犯罪行为、违法行为和民事纠纷,考虑对哪些事实需要依法作出刑事裁决,哪些事实交由当事人通过民事途径解决,哪些事实建议通过行政手段去处理。

刚才在发表公诉词时,公诉人提出证实犯罪、打击犯罪是刑事诉讼的目的,辩护人认为,“证实”只是一种手段,要严格遵守程序原则进行,维护被告人的合法权益也是刑事诉讼中不该被忽视的一个目的,最终的目的是要维护社会公正、树立大家对法律的信心、对正义的信仰。越是大案要案,就越要经得住检验,不能追求“铁案”。辩护人通过庭审和此前从媒体上得到的信息有不小的反差,所以,这里请允许辩护人读一遍有关领导对刑事政策的解读,这就是中央政法委领导在2010年5月中央政法委第十三次全体会议暨司法体制改革第五次专题汇报会上所指出的:

“各级政法机关要认真吸取教训,以对国家、对人民、对法律、对历史高

度负责的精神,始终把确保案件质量作为司法工作的生命线,始终坚持讲事实、讲证据、讲法律、讲责任,精心办好每一起案件,凡是案件事实不清的不能定案,凡是证据不确实不充分的不能定案……真正做到不错不漏、不枉不纵。”

这个解读和刑法、刑事诉讼法的基本原则是一致的,也是对司法实践经验、教训的总结。辩护人相信办案机关能够重视证据、遵守程序,不为完成打击任务而进行诉讼,而以公正为己任,辩护人相信,法律最终将大于权力。

请依法判决被告人关建军不构成组织、领导黑社会组织罪。

谢谢。

被告人关建军辩护人:王九川律师

2011年10月30日



## 北京李昆挪用资金案

### 案情简介

深圳航空有限公司(以下简称深航公司)原为一家国有企业,后于2005年改制,成为一家民营控股企业,著名企业家、航空管理专家李昆受邀担任总经理。2011年1月,经过近两年的侦查,北京市公安局将深航公司实际控制人李泽源、董事长赵祥、总经理李昆等10人涉嫌犯罪案件移送审查起诉机关。在起诉意见书中,侦查机关认为上述犯罪嫌疑人分别涉嫌合同诈骗等共5项罪名,涉嫌犯罪事实22起。其中李泽源、赵祥、李昆等人涉嫌伙同他人以“欺诈手段”取得深航公司65%股权,后通过签订虚假经济合同、虚增利润分红等手段骗取深航公司22.85亿元,用于偿还收购深航公司股权过程中形成的借款等,并以获取土地的名义骗取深航公司14.5亿元,其中李昆涉嫌犯罪事实9起。

2011年8月,北京市人民检察院第二分院将该案移送起诉至审判机关,在起诉书中,公诉机关认为李泽源、赵祥、李昆等5人的行为分别涉嫌构成挪用资金罪等两项罪名,涉嫌犯罪事实8起(不包括收购深航公司事实),其中李昆被指控涉嫌挪用资金罪的事实为:同其他公司成员预谋,利用职务上的便利,在2006年挪用深航公司预付租赁飞机资金10.2亿元,用于李泽源个人控制的深圳市汇润投资有限公司(以下简称汇润公司)、刘文彪个人控制的西北租赁有限公司(以下简称西北租赁)偿还债务。2008年

11月,深圳市汇润投资有限公司归还深航公司10.2亿元。

2013年2月,北京市第二中级人民法院决定立案受理,于同年4月至6月先后三次公开开庭审理此案。2014年1月,一审法院判决上述被告人犯有挪用资金罪,被告人李昆被判处有期徒刑三年八个月(刑罚已执行完毕)。李昆等被告人随后提起上诉。后北京市高级人民法院裁定对该案维持原判。

此案自侦查至审结前后近五年,案情复杂多变,一直受到多方关注,国内外媒体曾长期进行跟踪报道。

## 辩护思路

这是一起非常敏感、备受关注的案件。辩护人自侦查阶段介入至领到起诉书,长达两年八个月,指控事实和涉嫌罪名也出现重大变化。辩护人在审查起诉阶段开始阅卷,卷宗有六百四十多本,其内容庞杂。虽然起诉后指控事实减少很多,但由于未得到详细的证据目录(开庭中得到一部分),且指控卷宗和侦查卷宗几乎无变化,只能在通读全部材料中梳理出与李昆有关的部分。当然,对于这样案情复杂的案件,掌握全局显然有助于理解和把握局部。

通过对有关证人证言和书证的查阅,梳理出三个方面的案件事实和证据:(1)收购深航公司股权和偿还债务;(2)与西北租赁公司的合作经营;(3)李昆的具体参与行为。公诉方意在通过对事实(1)的分析,来证明事实(2)中被告人挪用资金的犯罪动机。对此,在辩护中着重通过对事实(2)的有关证据进行归类分析来予以否定,同时也归纳出事实(2)证据材料能够证明的四点基本事实,并论证得出租赁飞机系企业间的正常经营行为、该租赁实为融资租赁的结论,这与指控的方向相反。为增强说服力,进一步从租赁飞机、动用资金行为的法律性质上进行分析,先归纳公诉意见的思路,指出其所指控的挪用属于这种情形:个人决定以单位名义归个人使用,然后从挪用资金的三个特征进行分析,逐一否定。

对于被告人李昆个人的具体行为,双方争议有限,作适当分析即可。就本案而言,从整体上把握涉嫌共同犯罪行为人的共同特征,作深入分析,仅就个人行为进行分析更具有说服力。

## 辩护词(一审法庭辩论第一轮)

审判长、审判员:

北京市京都律师事务所受被告人李昆的委托,指派我们作为他的辩护人出庭辩护,现在发表以下辩护意见。

辩护人认为,公诉机关就李昆参与飞机租赁这起涉嫌事实的指控与事实不符,法律适用不当,该挪用资金罪不能成立。下面从三个方面来阐明具体理由。

第一,公诉机关的指控认定了哪些具体事实?

这里主要从起诉书和公诉意见两个方面来谈。

起诉书中对这起事实的认定非常简单:“被告人李泽源、赵祥、李昆、刘文彪、谢云双经预谋,利用职务上的便利,于2006年6月至7月挪用深圳航空有限责任公司预付租赁飞机的资金人民币10.2亿元,用于李泽源个人控制的深圳汇润投资有限公司、刘文彪个人控制的西北租赁有限公司偿还债务。2008年11月,深圳市汇润投资有限公司已归还深圳航空有限责任公司人民币10.2亿元。”

归纳起来,这段认定包括这么几个方面:(1)本案五名被告人有个人共同预谋挪用的行为;(2)使用资金者为其中两名被告人个人分别控制的两家有限公司,用途为偿还债务;(3)该资金已由汇润公司归还深航;(4)被挪用的10.2亿元资金为深航公司所有。第(1)、(2)点这样高度概括的事实认定,带有明显的性质判断,从中看不到被“查明”的具体事实,第(3)点里关于归还债务的认定回避了汇润公司代西北租赁还款的基本事实,而第(4)点“预付租赁飞机的资金”这样的说法显得自相矛盾。深航公司的资金预付给谁,是哪一家公司收取租赁费用?既然付给对方,资金的所有权是深

航公司的,还是对方的?这是本案事实的关键部分,是不能回避的事实。模糊的事实认定并不能解决资金的归属问题,后面辩护人还要继续谈这一点。

就辩论阶段具体的公诉意见来看,除法律适用外,公诉人主要强调两个问题:

一是有关犯罪动机,认为被告人在利用汇润公司收购深航公司股权后没有履行原来的协议,其行为就是为了挪用深航公司的资金来还收购中形成的债务。这种说法无视李昆等被告人在收购完成后为深航公司经营而履行职责的行为事实,无视深航公司业绩得以快速提升的事实,实际是把汇润公司筹款还债的行为同各被告人参与经营深航公司的行为混为一谈。

二是对包括李昆在内的各被告人在本案中的行为事实,只是作出结论,表明他们在“不同层面”起到“不同程度”的作用。但是,这些人各自的分工、地位和作用如何,行为和所谓危害后果有怎样的关联,都没有予以明确。

所以,从公诉意见来看,对本案的基本事实,也同样是高度概括的结论性意见。到现在我们看不到公诉机关对全案基本事实,对各被告人的行为事实有一个全面、明确、清晰的说法。那么,对被告人有罪认定的基础何在?

## 第二,指控证据材料能够证明哪些事实?

本案从立案侦查至今有三年半时间,相关起诉卷宗六百四十多本,其中和“西北租赁”这起事实相关的有几十本。这里涉及大量的原始书证材料,对这些书证的真实性,控、辩双方并没有多少争议,而关于被告人审判前供述和十几位证人证言,从法庭调查的情况来看,有不少分歧。辩护人认为,这些口供和证言存在以下问题:

首先,被告人的供述,审判前供述和当庭供述有许多矛盾的地方,产生的主要原因在于审判前供述是否合法取得。其中,徐海伟、谢云双提出受到刑讯逼供,法庭已启动非法证据排除程序,现在还没有最后的结论;李泽源在庭审中多次提出受到逼供和刑讯威胁的具体事实,还提供刘文彪也曾受到刑讯逼供的线索;李昆对自己在监视居住期间专案组所作两份讯问笔录部分内容的真实性提出质疑;而另一位被告人(也是本案举报人)赵祥对指控的基本事实没有意见。对于已经启动非法证据排除程序的两位被告人审判前供述,在其合法性、真实性没有得到证实的情况下,当然不能作为证据使用;对于没有启动非法证据排除程序的其他被告人审判前供述,在被告人

提出具有违法取证事实的情况下,公诉方也有责任提供其合法取得的证明材料,否则依法不能作为定案的依据。

从各被告人供述的内容来看,对有关深航公司股权收购过程、西北租赁飞机租赁过程的许多事实陈述和个人认识,庭前和当庭有明显的不同。而且包括赵祥在内的很多书面供述,还有不少猜测性、评价性的内容,根据证据审查的原则,这样的供述也不能作为定案的依据。

即使是被告人的当庭供述,他们提供的事实也不尽相同。比如李泽源和赵祥谁在哪个阶段成为公司的实际控制人,还有飞机租赁谈判的分工这一类事实。公诉人认为尽管这些被告人推翻了侦查阶段的不少供述,但他们当庭的供述还是“客观描述”,能够完整地印证本案指控的事实。在辩护人看,完整的事实还谈不上,但就案件的几个基本关键事实倒是说清楚了,也能够吻合(除犯罪的举报人赵祥外)。这些事实包括:公司对重大事项的决策方式、几位被告人的职责分工、飞机租赁项目的真实性、飞机租赁项目的决策过程和有关该项目中几家公司债权债务的处理过程。结合本案的大量原始书证判断,这些供述是可信的。但是问题恰恰在于,这些供述的事实与起诉书认定的事实完全不同。

其次,就相关的十几位主要证人的证言来看,大多是就飞机租赁项目合作过程、特别是决策事实作证,所陈述的内容比较简略。这些证人可分为三类:

一类证人为参与飞机谈判或资金转账的经办人员,包括陈某、李某、周某某、孙某某等。从他们的身份和证言内容来看,这些人并没有参加飞机租赁、债权债务处理等重要决策,他们负责完成公司交办的技术性工作,关于项目的真实性、有关决策人行为的说法明显是猜测性的,属于典型的意见证据。

另一类证人为西北租赁方面,主要是李某(本案没有关键证人刘某的证言),她是该公司后来的负责人,没有参加飞机租赁项目的决策,只能说明项目结束时的部分事实,这不是本案争议的部分。从刘文彪的供述等证据来看,西北租赁对于该项目的各项进展有过公司决策。

还有一类是深航公司的董事,包括李某甲、赵某某、李某乙、刘某、李某、王某某等。他们谈到两个问题:一是传签董事会决议是公司决策的常用方式,符合公司章程规定;二是对于“西北租赁”这一项的决策也采用这一方

式,其中有的董事证人对于决策过程有明确的陈述,肯定了决策的真实性,有的讲尽管对飞机租赁项目了解有限,但也明确表示同意这个项目。这些签字的董事包括内部董事、外部董事,有熟悉飞机租赁业务的,也有不熟悉的,有事前知道该项目的,也有在项目开始筹划后知道的。分工不同、对项目的了解程度不同并不影响董事意思表达的真实性和自愿性,不影响他们正常履行参与决策的职责。项目决策在程序上符合公司章程,这样形成的董事会决议就是合法有效的。

最后,从相关书证材料分析,关于“西北租赁”这起事实的书证有六十多种,包括有关决议、合同和财务资料。这些原始书证当庭得到查证,真实且合法,能够客观、全面地证实飞机租赁项目从谈判、达成协议到执行再到协商终止的过程。这里比较重要的证据有关于深航公司同意与西北租赁进行租赁飞机业务的董事会决议、深航公司对2006年财务决算及2007年财务预算方案(包括飞机租赁)的董事会决议,证实该项目始终是深航的公司行为。有关汇润、西北租赁等相关公司的工商登记资料,再次证明这两家公司是由多名股东组成的股份制公司,并不是由哪个人一手控制的公司。西北租赁与汇润的借款协议、有关催款函及后来几家公司的债权债务处理协议等,足以证实西北租赁与汇润之间形成10.2亿元借款关系。涉嫌被挪用的10.2亿元资金,每一次流转的背后都能看见相关几家公司的有关合同、决议和财务手续。资金流转的后面是公司之间清晰的民事法律关系,这里有融资租赁关系、企业借贷关系、债权转股权关系等。相反,却没有证据表明这些商业行为是由哪一个或几个人密谋操纵完成的个人行为。

总之,通过梳理本案有关的大量证据材料,不难看出,尽管这些证据庞杂,就部分争议事实难以得出明确的证明结论,但就飞机租赁这起事实能否被定罪来说,已经够用了。辩护人认为,现有证据所能证实的几个基本关键事实包括:

1. 飞机租赁项目是真实的。从深航公司与西北租赁的业务状况来看,两家企业都迫切需要这个项目,在操作上,有谈判,有考察,有上报,有融资安排,有协议的签订和履行。这里有两点值得注意:一是由于该项目具有融资租赁的特点,西北租赁的现金流多少、飞机是否已经生产这两点不能被当作判断项目真假的依据;二是这个租赁协议是在执行中由于市场变动等客



观因素由各方协商解除的。

2. 飞机租赁项目自始至终都是有关企业的公司行为。这些公司包括深航公司、西北租赁、西北爱尔兰和汇润公司等。这里发生的租赁、融资、借贷、担保、股权变更等行为,是有关参与企业的正常经营行为。关于这 10.2 亿元的流转有完整的法律手续和财务手续,是相关公司法人意志的体现。

3. 汇润公司和西北租赁分别是由多名股东组成的有限公司,不属于哪一个被告人实际控制,更不能等同于个人公司。

4. 这 10.2 亿元资金在依租赁协议被付给西北租赁后,其所有权已由深航公司转为西北租赁所有。该资金由西北租赁依照借款协议付给汇润公司,属于企业间借贷行为,与深航公司无关。

辩护人还注意到,在以上行为事实中,涉及李昆的并不多。因为他没有参与对深航公司股权的收购行为,也不在汇润公司担任任何职务,没有任何职责,更没有参与汇润公司与西北租赁的借款行为。这些事实经过法庭调查,没有争议。作为主管飞行安全的职业经理人、董事,李昆负有维护深航公司利益的职责,对于可能影响深航公司资金安全的行为,他采取了适当的方式给予回绝。在 10.2 亿元债权发生后,他和其他公司同事一同全力追讨,最终收回资金,为深航公司挽回损失,这些事实也得到查证。

因此,可以得出这样的结论:关于飞机租赁这一起,公诉机关的证据并不能证明指控的四点事实,法庭调查查明的事实与指控的指向是相反的。

第三,指控的法律依据能否适用本案?

关于李昆涉嫌的挪用资金罪,公诉机关适用《刑法》第 272 条第 1 款的规定:“公司、企业或者其他单位的工作人员,利用职务上的便利,挪用本单位资金归个人使用或者借贷给他人,数额较大、超过三个月未还的,或者虽未超过三个月,但数额较大、进行营利活动的,或者进行非法活动的,处三年以下有期徒刑或者拘役;挪用本单位资金数额巨大的,或者数额较大不退还的,处三年以上十年以下有期徒刑。”

公诉意见中结合包括挪用公款罪在内的司法解释进一步明确本案被告人的情形属于:个人决定以单位名义挪用归个人使用。

辩护人认为,挪用资金里的资金是指本单位的钱,所以应该首先明确钱的归属,先确认资金的所有者是否为本单位。前面分析论证的事实非常清

楚,这10.2亿元在依照协议被转入西北租赁后就不再归深航公司所有,深航公司已失去对这笔钱的控制权。尽管有所谓的“共管账号”,那也和深航公司无关,这是汇润公司和西北租赁之间为完成借款协议而采取的临时措施,如果西北租赁不同意,汇润公司不可能得到这笔钱。西北租赁多次发出催款函,正是其行使债权人权利的表现。西北租赁和汇润公司的债务抵销协议也再次证实10.2亿元的所有者为西北租赁。资金的权属清楚了,罪名能不能成立就很简单了。

再看被告人的行为特点,是不是由个人决定?关于飞机租赁项目,各相关公司的决策和执行行为,都是以公司名义进行,由相关公司成员按照各自职责分工去实施。还有一点值得注意,就是对资金的风险控制,除项目决策程序和严格的财务流程外,在有关合同里还有相应的担保条款和救济措施。项目后期的债权债务处理能够顺利进行和这些约定有关,而这些风险防控措施,都是公司之间的约定。

最后,这笔钱是不是归个人使用?公诉方的基本逻辑是:李泽源控制汇润公司,所以汇润公司是他个人的,所以该公司得到的利益就是他个人的利益。事实上,汇润公司不是个人控制的公司,即使的确为李泽源控股,也不能说有限责任公司等同于个人公司,更不能把公司获得的收益同某个股东的收益画等号,这些说法没有法律依据。对于起诉书中提到的“刘文彪控制的西北租赁”(公诉意见里没有讲),道理是一样的。

所以,从“决定”和“使用”两个方面讲,在飞机租赁这起事实里,单位决定并执行、单位使用资金和承担风险的事实是不能被否认的。

可见,关于挪用资金罪的三个基本特征,被告人的行为都不符合,在法律适用上也只能得出无罪的结论。有关涉嫌罪名的法律问题,另一位辩护人会作更深入的论证。

审判长、审判员,由于本案涉嫌共同犯罪,而李昆个人涉入本案的行为事实有限、也非常清楚,所以辩护人着重对全部被告人行为的共同特征进行分析,这对深入、准确地理解指控事实非常必要。辩护人也一直认为,李昆被立案侦查、被起诉,是超出预料的情况,包括他本人。正如他本人所讲,他在民航业工作三十多年,兢兢业业,成绩有目共睹,他经得起调查。辩护人也了解到,李昆是一个口碑极好的职业经理人、航空业不可多得的管理专

家、有理论创新的国内外知名的企业家。在深航案件发生后临危受命,仅仅三个月后突然被拘捕,至今三年多,这足以表明这起案件的复杂性。对于民航界,这是一个损失;对于一个认真做事的企业家,是一个不小的打击。我们希望他能早日回归社会,这个社会非常需要他这样的人。

辩护人也注意到,这起案件的定性从最初的合同诈骗到今天的挪用资金,从涉嫌二十几起事实减少到今天的八起事实,这个漫长的过程表明审查起诉机关对案件事实和证据曾作出严格的审查。这种依法处理的慎重态度,辩护人非常欢迎。辩护人请求审判机关继续严格执法,独立审判,作出公正结论,依法判决被告人李昆无罪。

谢谢。

被告人李昆辩护人:田文昌律师 王九川律师

2013年6月5日



## 重庆刘某受贿案

### 案情简介

2011年8月,重庆市人民检察院第一分院向法院提起公诉,指控原国家广播电影电视总局某处副处长刘某有以下受贿事实:

1. 2007年,中电某科技有限责任公司吴某请刘某利用职务便利帮助S电视台取得“电视购物频道”经营权。后吴某以其妻名义与朋友杜某共同成立北京Y文化发展有限公司,吴某代表该公司于2008年12月与山西电视台签订合同,合作经营“数字电视付费频道”。2009年5月,刘某收受吴某给予人民币50万元。2010年,刘某先后向吴某索要人民币30万元。

2. 2007年,时任重庆广播电视集团总裁李某、重庆重视传媒有限责任公司总经理周某与广东都市影业有限公司法定代表人林某共同商议利用职权经营“电视购物频道”获利事宜。2008年4月,刘某利用职务便利为重庆电视台申办电视购物频道提供帮助,李某利用职务便利将“时尚购物付费电视频道”独家经营权授予重庆重视传媒有限责任公司。2009年,刘某、李某和周某分别以他人名义与广东都市影业有限公司合资成立广州时尚购物传媒有限责任公司。2009年3月,周某代表重庆重视传媒有限责任公司与广东都市影业有限公司签订合同,合作经营“重庆市电视台时尚购物付费电视频道”。2009年6月,林某代表另三人将广州时尚购物传媒有限责任公司持有的广州时尚购物影视公司的股权卖给乐拍(上海)贸易有限责任

公司,索取收购价 3150 万元及乐拍 150 万股期权股,共计折合人民币 4239 万余元,刘某后分得 1400 万元。

案发后,刘某退出人民币 1490 万元。

2011 年 11 月,重庆市第一中级人民法院宣判,判决认定第 2 起事实成立,构成受贿,对第 1 起事实没有作认定,只在评判部分直接写明“索取或收受他人 80 万元”(无具体事实),判处刘某死刑,缓期两年执行,剥夺政治权利终身,并处没收个人全部财产。被告人刘某未提出上诉。

此案曾有媒体进行报道。

## 辩护思路

通过阅卷,发现本案指控有几个特点:

有关申报、审批的事实,只有部分书证,并无电视台、广电总局的任何证人证言,从认定“利用职务便利”的有关事实来看,证据不足;就共谋事实来看,口供显示刘某与另三个人并没有共谋行为,通过林某的单向联系方式,是否能使四人形成共同犯罪的意思联络,分别实施完成,这对证据体系提出了更高的要求;公诉机关没有追究四个人出资 500 万元成立公司行为的法律责任,而把出售另一家股权获得收益的行为视作接受贿赂,且在计算上,将出售股权所得款项(4000 多万元)用来减去前一个公司的注册资金(500 万元),将此差额视作受贿款;将本应同案处理的被告人分成四个案件,交由不同的司法机关处理。

通过会见,辩护人还发现本案有刑讯逼供问题;卷中一些口供在文字上的高度吻合,也表明发生非法讯问的可能。

根据以上发现,在组织辩护意见的同时,辩护人还到有关部门调查了解被告人的一些情况,并请教有关电视付费频道申报、审批的行业状况,搜集相关行政规定。

最后,形成明确的辩护意见:“事实不清、证据不足,法律依据不充分。”

此案曾被媒体报道。

## 辩护词(一审)

审判长、审判员、陪审员：

北京市京都律师事务所受本案被告人刘某的委托，指派我作为他的辩护人出庭辩护，现在发表以下辩护意见：

对于公诉机关的起诉，辩护人的基本辩护观点是：指控刘某的行为构成受贿罪事实不清、证据不足，法律依据不充分。

### 一、关于起诉书指控的第一起涉嫌事实

通过研究本案相关起诉证据材料，结合今天的法庭调查情况，辩护人认为该起指控存在以下几个方面的问题：

#### (一) 部分事实没有查明

第一，关于 S 电视台申报电视购物频道的事实。

目前只有部分申报开办频道材料作为相关证据，没有见到申报方的相关决策人员、手续经办人员出具的任何一份证言，这些申报材料的形成过程没能得到查证，认定申报电视购物频道的事实证据不足。

第二，关于北京 Y 文化发展有限公司获得“优购物”频道经营权的事实。

除该公司与 S 电视台签订的合作合同等书证外，只有吴某、杜某在书面证言中对这部分事实作出简单的说明，S 电视台方面没有任何证人提供证言陈述该经营权转让的经过，合作经营的事实没能查清。单就《〈优购物〉数字电视付费频道合作合同》这一重要书证来看，仅有吴某的辨认，而 S 电视台方面只是在合同上盖了一个公章，合同上有复制人、提取人的签字，既然侦查人员已经到该电视台取证，为何没有对参与合同签订的相关证人进行询问的记录？

此外，北京 Y 文化发展有限公司的工商登记资料显示，该公司自成立起股权结构多次变更，担任股东者包括李某、张某、张某、孙某、李某和丁某等多人，起诉卷宗里没有这些证人的证言（张某的证言仅提及送 10 万元的

事实),股权为何多次转让?这些股东和吴某、杜某是什么关系?公司如何作出与山西省电视台合作的决策以及具体的操作过程怎样?目前这些问题都没有查明。

### 第三,关于电视购物频道开办申请获得批准的事实。

对于S电视台的申报,国家广电总局依照相关规定履行审批程序,从会签单来看,就有社会司、科技司、办公厅等相关部门负责人、总局领导和其他经手人共9人签字,包括被告人刘某,但在本案的证据材料中,只有刘某一人的口供,不见其他参与审批人员的证言。本案指控被告人为S电视台获得购物频道经营权“提供了帮助”,只有先查明全部行政审批经过的事实,才能对被告人在其中的具体行为进行准确的认定,从而对这些行为与其职责的联系作出判断,以认定该行为是否具有公诉人解释的“利用职务便利提供帮助”的特点,仅有购物频道审批的书面材料和被告人的口供,无法解决这一问题。

最后,也提请合议庭注意,申报材料与合作经营合同等书证材料中均使用“S广播电视台”名义,起诉书中指控的主体为“S电视台”,是分属两家机构,还是出于笔误,公诉机关没有进行说明并提供相关证据材料,请给予核实。

### (二)部分事实认定错误

根据国家广电总局的相关规定,电视购物频道开办机构享有频道所有权,节目编排、审查、播出权和经营权,其中的经营权可以对外转让,经营性业务可对外合作。本案相关书证显示,S电视台已获得批准开办电视购物频道,享有上述各项权利,而起诉书中提及S电视台取得电视购物频道的“经营权”,将该开办机构享有的各项权利等同于经营权,这与事实不符,也是对广电管理相关法律规定的误解。

### (三)已被查明的以下事实,应该得到认定

吴某、丁某等人的证言、部分转账资料和有关频道审批材料等证据,能够印证被告人讲明的以下事实:

第一,在参与审批S电视台申报购物频道的过程中,刘某履行了正常的初查职责,该申报材料符合国家广电总局对电视购物频道的资质要求,其审批程序合法;

第二,丁某的公司急需资金解困,刘某应丁某要求帮助借款;刘某向吴某借款50万元,吴某安排将款项直接汇给丁某的公司;丁某的公司具有偿还能力;丁某向刘某表示要还款,刘某立即向吴某明确表示归还,吴某明确表示暂时不用还;

第三,为帮助林某,刘某先后向吴某借款共30万元,连同从丁某那里取走的钱,一起交给戴某使用。

对于以上事实,公诉方也不持异议,应该得到认定。

#### (四)控、辩双方存在争议的部分

争议在于如何认定上述行为中刘某和吴某的主观意图,这是区分借款行为和受贿行为的关键。

公诉人认为,刘某以借款为借口,主观上不想归还,借款30万元具有索取贿赂的主观故意,接受50万元具有收受贿赂的故意。这一观点的主要相关证据是被告人的部分口供和吴某的证言。

辩护人认为,从借款、准备还款的行为事实中,都无法推断出刘某、吴某都将这80万元作为贿赂款看待这一结论。50万元和30万元两笔借款都有具体的事由,并非被告人编造的借口,钱款也没有归被告人自己保管、使用,其实际用途与借款事由一致;50万元这一笔事后有正在实施的归还行为,因为债权人的意见暂时停止,30万元这一笔还在使用中,且被告人很快被羁押,还不具备归还的条件。这些行为事实证明,被告人没有编造理由索要、故意不归还30万元的意图,没有接受50万元的意图。

已被查明的事实表明,刘某、吴某在当时都没有将这80万元当作感谢费的说法,所谓的承认,是他们二人在接受侦查讯问、询问时留在笔录中的一种事后解释,特别是吴某的证言,将被自己阻止的归还行为推断为对方主观上不想归还,并归纳出许多推测性的理由。这些事后解释缺乏依据,是否代表被告人、证人的真实意愿,应先查明其口供与证言是否属于合法取得。

被告人在侦查阶段的自书口供里和今天的法庭上明确表示曾遭受刑讯逼供,公诉机关也没有提供口供合法取得的证据,所以应将其认罪口供作为非法证据予以排除;关于吴某这一和本案有利害关系的证人的证言,是否真实、合法,也需要给予证实,在无旁证的情况下,对所谓被告人具有受贿故意的说法仍是一种推测。



从以上几个角度来理解本案的涉嫌事实,不难看出:第一起指控部分的基本事实还没有被查清、查明,部分事实认定存在错误,已经查明的事实表明被告人刘某和吴某有借款关系,依据现有证据,不能证明被告人实施利用职务便利提供帮助的具体事实,无法认定被告人具有非法占有 80 万元的主观故意,因此,这项指控罪名不能成立。

## 二、关于起诉书指控的第二起涉嫌事实

### (一)在以下几个方面,指控均存在事实不清的问题

第一,重庆电视台决定申报电视购物频道的事实、国家广电总局进行审批的事实及重庆广播电视集团授权重视传媒公司经营该购物频道的事实。

用于证明重庆电视台作出申报电视购物频道决定的证据,有部分书证和李某的证言(简要提及),没有重庆电视台其他参与决策人员、相关手续经办人员的证言;重庆广播电视集团授权重视传媒公司经营该购物频道的事实,也只有部分书证和李某的证言,也不见其他相关人员的证言。所以,认定上述基本事实证据不足。

关于国家广电总局审批的过程,目前只有刘某的口供和部分书证材料。仅“广局(2008)126号发文稿”会签单就已显示,先后有社会司、科技司和办公厅相关负责人及总局领导共 8 人参与审批并签字,还有其他经手人共 4 人签字,这些人没有出具任何一份证言。当然,还有一些其他实际参与审批程序而没有签字的人员,也没有作证。这样重要的事实,没有一个证人,辩护人难以理解。审批的具体事实还没有被查明,怎么去界定参与审批的刘某的行为?

第二,指控李某、周某、林某和刘某共同参与经营“电视购物频道”的事实。

起诉书明确认定四人共同实施的行为是“四人约定利润分配比例”,有证据表明,林某和“重庆方”谈合作事项时,并没有同刘某谈具体经营方案,直到一年半后,才将“重庆方”同意转让 70% 经营权、已经办理运营公司的情况告诉刘某,所以,认定四人在 2007 年即达成合作协议、约定分配比例,缺乏依据。

起诉书中认定李某、周某、林某“共同商议”利用职权经营电视购物频道获利,同时认定“通过林某联系”刘某共同商议,一方面表明,公诉机关也

没有认定这四人有在一起共同商议的行为发生,另一方面,公诉机关将林某与“重庆方”、“北京方”各自联系的行为视为共谋的行为。

所谓的“重庆方”李某、周某和“北京方”刘某之间互不相识,就此事从无联络,连对方是几个人、姓名字谁都不清楚,这是本案的一个特点。林某的这种单向联系方式,能否使四人形成共同犯罪的意思联络?要证明这四个人的行为构成共同犯罪,必须证实他们在主观上具有共同实施犯罪的认识因素、意志因素,必须查明他们的行为客观上有共同的指向目标,每个人的行为和结果有必然的因果关系,这需要完整、严密的证据链条,现有的证据材料还远远不能达到这样的证明标准,何况主要证据(口供)明显有问题,其真实性、合法性还没有得到证实(后面辩护人将继续阐述这一问题)。

第三,被告人利用职务便利为重庆电视台申办电视购物频道提供帮助的事实。

关于刘某“提供帮助”的有争议事实,归纳如下:(1)对重庆电视台申报购物频道提供咨询、解答,催告提交申报材料,进行初步审核,安排报批等;(2)同意不符合资质要求的机构获得购物频道经营权;(3)同意该购物频道违规超期开播。

即使这些事实成立,辩护人认为也不符合公诉人解释的利用职务便利提供帮助的特点:

就第1种行为来看,均为正常的履行职责行为,为何具有“提供帮助”的性质,公诉人也没有作出具体的说明和分析。

认识第2种行为,需先正确理解国家广电总局关于参与频道合作机构资质的有关规定。所谓参与这种频道合作的机构应符合注册资金1500万元、净资产3000万元且无境外资金背景的条件,这是对参与合作开办机构的资质要求,并不是对开办后参与业务经营一方的约束条件,至于像重庆电视台这样的地方开办机构在运营中选择合作对象的标准,包括在资金规模方面的具体要求,国家广电总局对此并没有明确的规定,这些由频道开办方自己把握。

关于第3种行为,也需要先了解包括电视购物频道在内的国内有线数字电视业务的现状,这种业务还处于培育期,一个频道在组建、技术调试等

各个方面需要较长的筹备时间,要求在180天内开播不符合行业自身的运营规律。最初关于180天内开播的规定是在缺乏实际运作经验的情况下作出的,明显滞后于实践,所以国家广电总局对超期开播的情况原则上都予准许,包括本案这个电视购物频道在内。

可见,在当时广电行业管理的背景下,地方开办机构自主选择合作对象和频道超期开播的情况普遍存在,因为立法不明、规定滞后等原因,必然会产生这种现象,并不是短期内能够解决的,被告人作为一个负责受理、初核业务的副处长,更无法以个人能力这种改变现状,以上第2、3种行为的发生,非他个人能够避免,更不可能是个人追求的结果,与公诉人理解的个人利用职务便利提供帮助没有必然联系。

而就重庆电视台的自身情况来看,也完全符合开办电视购物频道的资质要求,重庆作为直辖市的特殊地位等多种客观因素是成功获得审批的决定性条件,被告人也无须为该申报违规提供帮助。

另外,从被告人自身的职责看,他也不具备提供这种帮助的条件。电视购物频道的审批,需要经过多个程序,社会管理司、科技司、办公厅、总局领导等多个部门的人员先后参与审查,刘某的职责只是初步审核,从权限上看,他对频道审批不具有决定性的影响。

以上有关广电行业管理的情况,也请合议庭向国家广电总局相关部门核实。

第四,被告人“索贿”的事实。

公诉机关认定被告人有索贿行为,但在事实认定上没有明确的说法,起诉书中只是通过“索取的收购价为……”这种表述来表明存在索贿的事实,那么,被索贿对象究竟是谁?是收购股权方乐拍(上海)公司,还是如张某所讲他个人是被索贿的对象?张某所在的乐拍(上海)公司相关股东、董事对这起收购如何作出决定,只有元某的简单说明,全部事实没有得到查证。

第五,有关转让款、个人分配的事实。

其一,起诉书中认定收购广州时尚传媒公司股权价格中的3150万元与事实不符,该数字应为3650万元;认定150万股期权股为乐拍(上海)公司股权与事实不符,该股权应为乐拍(开曼)公司所有。

其二,认定被告人个人分得钱款数额为1400万元事实不清,被告人认

为其中 500 万元是从林某那里得到的借款。

其三,关于转款 1400 万元的事实,尽管有相应的书证,但缺少相关开户人、汇款经手人的证言(公诉人并没有将卷宗中的有关证言材料作为起诉证据使用),不能证实该 1400 万元与被告人的关系。

## (二)关于收购转让行为的性质

林某与乐拍(上海)公司谈判并签订股权转让协议,是代表广州时尚传媒公司进行的商业经营行为,还是代表李某、周某、刘某、实施的索贿行为?

辩护人认为,可从以下几个角度来理解:<sup>1</sup>

### 第一,两种行为的关系。

起诉书中认定:刘某利用职务便利为重庆电视台申办电视购物频道提供了帮助,同时认定:林某按照与李某、周某、刘某的约定代表广州时尚传媒公司与乐拍(上海)公司签订股权转让合同,向收购方索取收购价,对方支付了收购款。

可见,公诉机关认定获得被告人这种帮助的是重庆电视台,并不是其他个人、单位,而事实上,得到所谓帮助的重庆电视台并没有给被告人好处费。

如果被索贿对象是指乐拍(上海)公司,那么被告人利用职务便利给这家公司提供了哪些帮助?受贿的本质是权钱交易,公诉方没能证明这种交易的事实,甚至连这种交易的对象都没有给予明确。

股权谈判、签约的过程本身表明这是两个企业间的商业行为,双方采取签订多份合同、多途径转款的方式不影响公司交易行为的真实性,这一系列行为与被告人审批重庆电视台的申报行为没有因果关系。

### 第二,两个错误认识。

公诉人认为支付超出注册资金(500 万元)的部分,数额巨大,所以构成受贿。这里混淆了两个概念,该 500 万元是广州时尚传媒公司的注册资金,而乐拍(上海)公司收购的对象并非该公司,而是该公司在另一公司持有的股权,收购方支付 4000 多万元是购买该股权的对价,将股权价格与注册资金直接进行加减,是错误的。所谓乐拍(上海)公司高价收购,是基于对该电视购物频道市场价值的判断,此后该公司对外转让获取巨额收益的事实,也足以证实这一点。

公诉人还认为,被告人等四人成立的广州时尚传媒公司无具体业务,即

以股权转让的方式卖掉,所以构成受贿。没有从事具体业务,不等于公司没有经营,股权转让本身也是公司从事商业经营活动的一种形式,也是一种获利方式,并不违法。

第三,公司成立和股权转让的合法性。

在指控中,公诉机关将广州时尚传媒公司500万元注册资金减掉的做法,表明其并不否认该500万元被用于投资成立公司行为的合法性,同时,公诉机关也没有否认重庆电视台委托重视传媒公司经营该电视购物频道的合法性,没有否认该公司与广州时尚传媒公司合作成立广州时尚影视公司共同经营该频道的合法性,那么为何要否认此后广州时尚传媒公司转让股权行为的合法性,并且视为犯罪行为?

上述分析表明,公诉方对有关行为涉及的民事、刑事法律关系存有误解,公诉机关的指控没能充分证明权、钱交易的具体事实,从指控证据和法律适用上来看,关于被告人刘某的第二起指控也不能成立,请合议庭给予审查。

三、关于本案的程序和证据

本案第二起事实涉嫌共同犯罪,但被拆为四个案件,四名行为人被分别起诉,虽然这种做法没有为法律所禁止,但有悖于程序公正原则。

对于共同犯罪案件的各被告人,由同一个审判机构的同一合议庭审理,可最大限度避免被告人受到“差别对待”,有效维护其诉讼权利;这也有利于合议庭及时查明全部事实,对于证据材料可当庭同时进行质证,对于有争议的事实,被告人可以当庭对质;还有利于准确认定各被告人行为的性质,各自的地位和作用,做到裁决结果上的平衡。

分案审理将可能造成部分非法证据被提前采信的后果。如李某一案,同一事实的行为人林某、刘某和周某的书面口供还没有经过本人质证即被采信。刘某现在已对自己大部分口供的合法性给予否认,但是这些书面口供已在李某案中被采信,该判决已经生效,这种做法侵害了刘某对自己书面口供质证的权利。

即使在不能同案审理的情况下,其他被告人也具备出庭的条件,可以以证人的身份出庭作证。在没有出庭的情况下,合议庭也可以到看守所向他们核实有争议的事实。

辩护人之所以提出这些问题和建议,有两个原因:

其一,被告人刘某已提出自己受到刑讯逼供的问题(此前也有申诉),而公诉人提供的简单证据根本不能证实这些认罪口供的合法性。

公诉人出示的对被告人进行身体检查的看守所在押人员体检表并不能否认刑讯逼供事实的存在。这一体检是在2011年3月4日进行,此前被告人在1月、2月已在检察院和看守所多次接受提讯,这份记录并不是接受侦查人员提讯前后的体检记录;体检表的内容表明,这只是对身体状况最基本的、简单的检查,不能排除有内伤、外伤伤痕消退的可能,更不能排除未造成伤情的体罚和威胁、逼供的事实的存在,被告人自己已经讲明,曾遭受讯问人员用杂志抽打、多种姿势戴手铐体罚和口头威胁。

关于被告人刘某(以及林某、李某、周某)的讯问,目前辩护人没有看到每一次讯问完整的、未经过剪辑的录音录像等证据材料,这些讯问笔录上首页的姓名笔迹是否为讯问人书写还未得到证实,即使是本人书写,也不是讯问记录完成后的签字,违反有关证据审查的规则。这些认罪书面口供的真实性、合法性没有得到证实,请合议庭将其作为非法证据予以排除。

其二,在阅读本案相关口供材料和部分证人证言时,辩护人发现其中有大量的相似内容,包括部分对林某、刘某、李某、周某讯问笔录和对张某等人的询问笔录,这些内容主要与“提供帮助”、“受贿故意”等问题有关;其中有些段落逻辑结构、用词造句上非常相近,部分词句完全相同。对这部分证据的真实性、合法性,也需要公诉方提出相应的证明材料,请合议庭进行审查。

综上所述,辩护人认为,公诉机关对被告人刘某的指控事实不清、证据不足,法律依据不充分。指控没能证明被告人单独或伙同他人利用职务便利提供帮助的具体事实,没能证明权钱交易的事实成立,将被告人进行的经营活动认定为受贿,法律依据不足,被告人的两起涉嫌行为不构成受贿罪。

辩护人也注意到,被告人自接受讯问到今天的法庭审理,没有回避案件事实,没有隐瞒自己的行为,而主动提供相关事实,能够把自己的所作所为和主观认识过程详细、如实地讲明,在侦查阶段也主动提出退回涉案款项,配合办案机关查明有关事实。被告人没有回避自己行为违规的问题,辩护人也同意被告人的意见,作为国家公务员参与营利性活动,违反有关行政

法律规定,愿意按照有关行政程序接受处理。

辩护人认为,应严格区别违法行为和犯罪行为,对被告人作出公正处理。

因此,请求合议庭从本案的证据体系、法律适用和程序等方面进行严格审查,对以上辩护意见给予采信。

谢谢。

被告人刘某辩护人:王九川律师

2011年10月9日



## 河南肖时庆受贿、内幕交易案

### 案情简介

被告人肖时庆在案发前先后任中国证监会上市公司监管部副主任、并购重组审核委员会委员，中国银河证券股份有限公司总经理等职。2010年，河南省郑州市人民检察院指控肖时庆犯受贿罪、内幕交易罪，具体事实如下：

1. 2006年，青岛金王集团有限公司为谋求某下属公司公开发行股票，委托天津某公司帮助运作，该公司负责人王某得知中国证监会发行审核委员会委员马某反对某下属公司上市，即请肖时庆提供帮助。肖时庆联系具有多年工作关系的马某，使得某下属公司顺利通过审核，挂牌上市。后王某送给肖时庆20万元作为酬谢。

2. 肖时庆在证监会、东方证券有限责任公司任职期间曾对涌金集团控股的株洲千金药业有限公司、湖南九芝堂股份有限公司提供帮助。2006年，涌金集团实际控制人魏东出于感谢，并欲使肖时庆利用职务便利为涌金集团控股的国金证券股份有限公司借壳上市提供帮助，为肖时庆提供其控股的云南国际信托投资有限公司发行的瑞兴财产信托理财产品。肖时庆收受魏东委托雷某转交的15万元本金，以他人名义签订资金委托协议。该理财产品到期后，肖时庆妻子周某账户内收到本金及收益共6,157,797.96元。