

中国名律师

辩护词代理词

精选

田文昌

专辑

法律出版社

中国名律师

辩护词代理词

精选

田文昌专辑

责任编辑 / 伍远超

装帧设计 / 曹铀



ISBN7-5036-2294-6/D · 1912 定价:18.00元

中国名律师

辩护词代理词

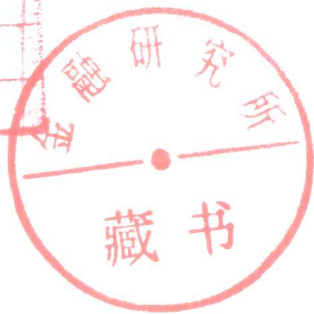
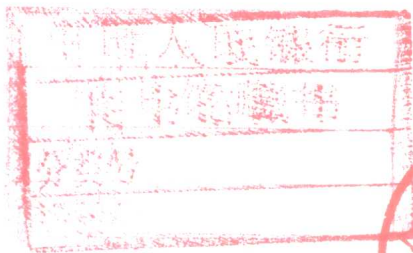
精选

田文昌

专辑



Z0000151



法律出版社

图书在版编目 (CIP) 数据

中国名律师辩护词代理词精选：田文昌专辑/田文昌著.
北京：法律出版社，1998.1

ISBN 7-5036-2294-6

I. 中… II. 田… III. 律师-辩护-中国-汇编 N.D926.5

中国版本图书馆 CIP 数据核字 (97) 第 26889 号

出版·发行/法律出版社

经销/新华书店

印刷/中国人民解放军第一二〇二工厂

开本/850×1168 毫米 1/32 印张：10.75 字数/284 千

版本/1998 年 1 月第 1 版 1998 年 4 月第 2 次印刷

印数/6,001—14,000

社址/北京市广外六里桥北里甲 1 号八一厂干休所 (100073)

电话/63266794 63266796

出版声明/版权所有，侵权必究。

书号：ISBN7-5036-2294-6/D·1912

定价：18.00 元

(如有缺页或倒装，本社负责退换)

▼
▼
▼
▼

序

我和文昌认识有十多年了。那时，我在中国政法大学担任主管教学的副校长，他刚刚从西北政法学院获得刑法学硕士来中政大工作。我和他的专业不同，但这丝毫不影响我对这位新来的教师的注意，因为反馈来的信息使我深知，这位新来教师的讲课倍受学生的欢迎。在一个尚受人际关系影响的环境里，作为一个与中国政法大学及其前身北京政法学院毫无学缘关系、靠山关系的纯“外来户”，他在短短时间内所取得的成就，应该说，全凭着他个人的聪明才华和勤奋努力。

后来，他又担任了法律系的一些领导工作，我又被他的组织才能、工作魄力及思想解放所吸引。在传统观念还比较严重的环境里，他的作风和一些措施、办法当然也招引了一些“非议”。某种特定的环境可以使一个人的才华能力充分得到显现，从而造就了一位人才；某种特定的环境也可以使同样一个人的才华被湮没，从而埋葬了一位人才，田文昌也是这样。在中国政法大学不大不小的政治“漩涡”中，他也被卷入了。他并不惮于在这样的“漩涡”中搏击，然而另一片激流更吸引他，于是他毅然跳进了另一个大海——作专业律师的大海。

在律师的工作中，我始终把他看作是一位学者型的律师。这不仅因为他具有硕士的学历以及他有较长的法律高校执教的

教历，更重要的是他学者的气质和风度，善于在办案中从学理的角度去分析问题并不断在工作中学习、研究，乃至著书立说，把实践升华为理论，又以理论指导其实践。他办案非常忙碌，但我觉得他不是“办案机器”，这本书就是一个明证，体现了他用知识和智慧去办案，用理性和思维去办案的经验总结。

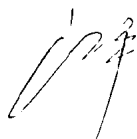
在律师的工作中，我始终把他看作一位有理想型的律师。在办案过程中他不仅仅只是为当事人提供应有的法律服务，而是抱着强烈的匡复法律尊严和神圣的信念和勇气。有了这种信念和勇气他就常常出于一颗赤子之心，同情弱者或者叫童心未泯，良知未泯，不是一个“律师油子”。有了这种信念和勇气他就敢于为弱小的受害者打抱不平，向手持权鼎者挑战。虽然在律师工作中他的名气越来越大，物质生活也比在高校当“穷教师”时不知高出了多少倍，但我始终不把他看作是终日为金钱而奋斗的人。这本书就是一个明证，体现他办案中的“正气歌”。只有具有为捍卫法律的理想，辩护词和代理词才能有震撼力，光靠华丽的辞藻是写不出好的辩护词和代理词来的！

在律师工作中，我始终把他看作是一位多面手的律师。他本身的专业是刑法，办刑事案件自然是他的特长，本书中的十篇辩护词当然精彩。他对民商法经济法原本很少接触，但他从很早开始就不断在这些领域内学习、研究、请教。很快地，他就深入到这些领域之中。本书中他的十篇代理词也毫不逊色。他还努力学习，参加了证券律师资格的考试，还准备向更高的层次，更艰难的领域进军。我始终不把他看作是那种安于现状不求进取的律师，“人无远虑，必有近忧”，文昌是一位胸有大志，胸有远虑的律师。

一篇优秀的律师辩护词、代理词不亚于一篇优秀的学术论文，这二十篇辩护词、代理词，就是一本二十篇优秀的论文

集。希望从田文昌这本书的出版可以看到将会有更多的这类作品问世。

是为序。



1997年6月北京



引 言

中华全国律师协会和法律出版社向我约稿，要我出版一本辩护词与代理词专辑。并且，还要陆续出版一批这样的专辑。我想，出版的目的是在于推动律师的工作，加强律师的责任感，也是为了使人们进一步了解律师的作用和意义。所以，我挑选的内容并不是以取得胜诉的结果为标准，而是更多地考虑到案件的典型性和代表性。我一向认为，律师不是单纯以胜败论英雄，因为影响胜负的因素实在太多。律师办案子，赢，要赢的光彩，输，要输的潇洒。重要的是你是否真正尽到了律师的职责，发挥出真正的水平。

在诉讼业务中，辩护词与代理词是律师水平与成果的结晶，应当由律师的心血来完成。当一个律师将自己的辩护词与代理词公诸于众的时候，他必须有勇气迎接众多的批评与挑战，进而在批评中检讨和提高自己，以求得到不断进步。

每一次出庭后，我都会发现自己有不同程度的失误或遗憾，总会感到遗漏了一些内容或者换一种说法会更好，即使再精彩的辩论之后也不无这种感觉，完美无缺的情况几乎没有过。所以，尽善尽美的辩护词与代理词并不存在。

正因为如此，我愿呈此拙作，以求在公众和同行面前得到批评与指教。

田文昌

1997年6月25日

中国
名律师
辩护词
代理词
精选



文昌，1947年生，1983年毕业于西北政法学院，获法学硕士学位，同年到中国政法大学任教，1986年任法律系副主任，1988年破格晋升为副教授。1995年创建京都律师事务所，任该所主任，专职律师。

田文昌自1985年从事律师工作以来，在执业生涯中形成了独特的办案风格，以擅长办理各类典型疑难法律事务而著称。先后成功地代办了天津大邱庄被害人控告禹作敏案、河北省企业家商禄与黑龙江省企业家朱佩金无罪辩护案、81名乘客诉西北航空公司误机索赔集团诉讼案等数十例重大疑难案件。上述案例及对田文昌进行专访的文章曾被国内外多种报刊、广播电视等新闻媒介广泛报道，在海内外产生了重大影响。

田文昌1996年被评为北京市首届“十佳律师”，同年4月中央电视台《东方之子》节目以“京城律师田文昌”为题分上、下两集播放了对田文昌的专访。

田文昌素有“学者律师”之称，科研成果丰硕。共发表学术论文、译文、专著、教材等百余万字。1989年获国家教委“优秀青年教师科研基金资助”奖，并被收入《当代中国青年社会科学辞典》。

▼
▼
▼
▼
目 录

法庭辩论技巧·····	(1)
1. 商禄贪污、挪用公款、玩忽职守、毁灭公文、 证件案辩护词·····	(41)
2. 张某贪污、受贿、流氓案辩护词·····	(78)
3. 云立坤故意杀人案辩护词·····	(98)
4. 朱佩金贪污、诈骗、行贿案辩护词·····	(107)
5. 邹为瑞贪污、诈骗案辩护词·····	(138)
6. 黄某受贿案辩护词·····	(153)
7. 王保珍受贿案辩护词·····	(169)
8. 李晓春走私案辩护词·····	(190)
9. 贺某贪污、挪用公款案辩护词·····	(205)
10. 珠海金镭联激光主盘制造有限公司侵犯著作权 犯罪案辩护词·····	(216)
11. 马金山诉赵玉明返还财产案代理词·····	(225)
12. 黄庭桥诉湖北省宜昌市西陵峡口风景名胜管理 局承包企业产权纠纷案代理词·····	(231)
13. 南京华夏实业有限公司与新华日报社相邻关系 侵权纠纷案代理词·····	(239)
14. 广西玉林 133 名客户诉农业银行广西玉林分行	



- 外汇期货交易纠纷案代理词 (257)
15. 希望集团有限公司与广西饲料集团粮油经营部
购销合同纠纷案代理词 (279)
16. 华冠公司与山东临沂公司化肥购销合同纠纷案
代理词 (289)
17. 国营七〇七厂诉北京三科经贸公司侵犯商业秘
密案代理词 (295)
18. 山东××经济发展公司与中国××工业供销总
公司合同纠纷案代理词 (304)
19. 香港三公司诉广东省湛江海关没收货物违法案
代理词 (308)
20. 李强律师诉贵州省遵义县公安局限制人身自由
违法案代理词 (317)

法庭辩论技巧^①

法庭辩论技巧这个题目应当说是一个比较深的课题，要把这个题目讲好是很不容易的，我没有任何理由自信能够讲好。既然来了，今天就与在座的同行一块探讨一下。我只能讲一些粗浅的体会，希望在我讲的当中和讲后大家能够提出一些问题我们互相探讨、互相研究，大家可以随时发问，我讲话的时候不怕打断，因为在座的各位恐怕比我有更深刻的体会，比我讲得更好。说实话，我也没作什么准备，原来我在政法大学讲座时讲过一个类似的题目：《法庭论辩艺术漫谈》，当时并没有稿子，只是聊天式的即席发挥，后来研究生们帮我整理出来，这样才有了一点基础。今天我想结合新刑事诉讼法出台的一些相关内容来谈谈法庭辩论技巧这个话题，供大家参考。

第一个问题 首先谈一下新刑事诉讼法中规定的关于刑事辩护和刑事案件代理当中律师工作的内容和方式

根据新刑事诉讼法的规定，律师参与刑事案件的工作内容和阶段有了比较大的变化。可以分为三项内容和两个阶段（或三个阶段）。这只是我个人的认识。

^① 本文为作者于1996年5月15日在司法部首期刑事辩护律师高级培训班上的讲座。曾连载于《中国律师》1996年第11期、1997年第1、2期。

三项内容：一个是被告辩护人，这是和原来的规定一致的。再一个是被害人代理，这点在原刑法中没有规定，后来逐步地开始了这项业务，我们律师在有些案件中作了被害人的代理人，但是这个问题没有得到普遍认同，有些省市的法庭拒绝律师代理被害人出庭；有的可以代理，但只有在民事部分才有发言权，刑事部分没有发言权。现在新的诉讼法中明确规定了这个权利，可以说加大了律师业务的范围，增加了工作内容。当然这个规定更重要的意义是对被害人的保护更明显、更明确了，因为过去被害人没有诉讼地位。不知大家注意到这个问题没有，我们的刑事诉讼法中诉讼当事人是单方的，这是非常可笑的。在十几年前第一部刑事诉讼法刚刚出台时我就反复提到过这个问题。所谓诉讼，必须是双方的，有诉有讼。可是在我们的刑诉法中公诉人代表国家，不算当事人，被害人也不算当事人，所以在进行诉讼的法庭上，只有被告一方当事人，这是非常不完善的规定。但当时既已规定，也只能那样了。十几年之后，这个问题终于解决了，应当说这是一个很大的进步：被害人作为当事人了。由于被害人作为当事人，被害人就有抗辩权，特别是被害人有了告状的权利。我这几年遇到过许多被害人告状无门的案子，公安机关不给立案，检查机关不给立案，被害人找到律师，律师也无能为力。新刑法出台之后，这项工作就可以做了，律师可以代理被害人去起诉。在公诉案件中，如果公诉机关不提起公诉的话，被害人也可到法院提起诉讼。这是一个很大的进步，随着这个进步的出现，律师工作的内容也增加了，律师的作用也加强了，这是第二项内容。

第三项内容更新，那就是对犯罪嫌疑人提供法律帮助，比如在第一次讯问以后，或者被采取强制措施以后，犯罪嫌疑人可以聘请律师提供法律帮助，代为申诉、控告、申请取保候审等等。这个规定也是一个大的进步，所以律师的工作内容又加

了一项。这就是律师工作的三项内容：为被告辩护、为被害人代理、为犯罪嫌疑人提供法律帮助。

那么两个阶段又是什么呢？我认为审查起诉和开庭审判可以作为两个阶段，因为它们都是诉讼阶段。在这个阶段，从审查起诉时，律师就提前介入了。这个阶段由过去的只是起诉以后律师才能介入延伸到审查起诉时律师就可以介入，所以律师的工作量加大了。当然，如果分得细一些，审查起诉与开庭审判也可以分为两阶段。

另一个阶段就是被采取强制措施或者第一次讯问之后到审查起诉之前，为犯罪嫌疑人提供法律帮助。当然，根据目前新刑事诉讼法的规定，这个阶段律师工作的内容还不是太具体，现在谁也说不清楚究竟能干些什么。根据目前的立法内容来看，应当说规定得比较空泛，在今后的实践当中可能会进一步解决这个问题。总之，究竟能做些什么，这是个很值得研究的问题。

那么，概括起来，律师工作的三项内容和两个阶段（或三个阶段）与原来的刑事诉讼法相比，可以说律师的作用加强了，工作量增多了，工作的难度加大了，这不是一般的加大，而是加大了许多。

首先，调查取证难度加大了。我们的刑事诉讼法规定，调查取证时证人和作证的机关可以不回答律师的提问，可以不作证，因为我们要征得别人同意才能取证。这种拒绝权原来还没有这么明确，这一次更加明确了。我认为这一规定是对我们律师非常不利的一条规定。在几次座谈会上我都提出这个问题，不仅是我，许多律师还有学者都提出这个问题，这是个难度很大的问题。而且，虽然我们的介入时间早了，但主动权基本上控制在控诉方，所以说在这个问题上，律师的调查取证是相当困难的，这是第一个难度。

第二，了解案情难度加大了。因为我们不能看卷宗了，看到的卷宗也不会那么具体了，所以了解案情更加困难。过去虽

然律师介入的时间晚，但是介入时全部的卷宗都在法院，我们可以仔细研究，从卷宗里发现问题，虽然很被动，有时就是从鸡蛋里挑骨头，挑不出来你就没辙，但是毕竟你还是可以看到全部的案卷材料，包括证据材料在内，你都可以看到。可是，根据新的刑诉法规定，公诉机关给法院的材料本身就比较简单，律师看到的也只能更加简单，许多关键的内容和证据他们就不一定附卷。所以，对律师来讲，他的思维方式应当有重大改变，他不能够只凭卷宗来了解案情。这也是一个难度很大的问题。

第三，风险加大了。这次刑诉法规定，如果律师在调查取证过程中有诱证等其它制造伪证的行为，要追究法律责任。可以说这对律师是很不公平的，我在会议上多次呼吁过这一点，因为调查取证当中更容易违法的是侦查机关而不是律师；事实上经常违法的也是侦查机关多于律师；现在仍在违法的更是侦查机关而不是律师。这是因为侦查机关实施违法取证的权力和机会比律师更多。那么，如果公平地把侦查机关和律师放在一起规定还可以，但事实上却没有提及侦查机关，而是单独针对律师列了一条，这样问题就比较大了。特别是有这样一个问题（我在一些文章中也写到过），律师和侦查机关是控辩双方平等而又对立的两个方面，侦查机关搞违法取证的时候，由侦查机关自己来追究，而律师要是发现有这个问题，却要由律师的对立方侦查机关来追究。毫不隐晦地讲，这在立法原则上是有问题的。如果由第三方来处理还可以，现在是在对立的双方中由其中的一方来追究另一方，这种规定明显有问题，很难避免职业报复行为。当然，现在立法已经出台，至少暂时是无法修改了，这是一个很严峻的现实。那么，我们面对这个现实就要充分考虑到这个风险，要知道自己的工作该怎么做。特别一条最危险的是关于律师出伪证，诱使证人改变证词的问题，这个问题是难以明确界定的，是说不清楚的。在过去和现在，已经屡

屡发生过这类事情：检察机关、公安机关调查以后，律师再找证人，证人改变了证词，而且有些证词原来是在逼供下出具的，现在经过律师的教育或自己的思考、自己的反省而改变了证词，这是律师工作的贡献，律师并没有采取非法的手段，但是已经有一些律师被抓起来了，因为你改变了我的调查，所以我就认为你改变的手段是非法的。就在最近几天，我还频频听到北京和外地都有律师被抓的消息。所以说这个问题难度是相当大的。那么，是不是由于律师的调查取证在后，而事后调查就不能改变侦查机关的调查，一旦改变，就有违法取证之嫌呢？应当说，根据目前的现状，这个嫌疑很难避掉。所以说，这个问题是相当严重的。正因为如此，我曾经在今年以来的大大小小的包括很高层次的会议上多次呼吁、警告、预测，我说在新刑诉法实施以后，全国将有一批律师被抓起来，这是个很严峻的现实，但是从宏观角度来讲，这也是中国法制建设向纵深发展的进程中所必须付出的一种代价，包括我本人也准备付出这个代价。我说的话是指在明年一月份以后。然而，更严峻的事实已经出现了，现在已经陆续抓了一些人。我听一些个别的检察人员和公安人员讲，已经做好了准备，要抓几个律师。如果一个地方抓几个，全国就要抓几千了。当然我们不希望这个现实出现，也不会这样严重，但是这个问题确实是不可回避的。我说这句话并不是言过其实，而是希望同行们意识到这个现实，更慎重地、更稳妥地、更负责地、更严格地做好我们的工作。不能因噎废食，工作还要做，问题是怎么做。一些年轻的律师，像初生牛犊，没有更多的经验，再不慎重，可能由于自己的原因而导致这种结果，这是更加需要注意的。反过来，不是由于我们自身的原因，而是由于对方的原因出现了这种情况，我们也应尽力防止。新刑诉法起草过程中各方争论相当激烈，但总的来讲，进步是很大的。尽管有许多难以突破的困难，但新刑诉法应当说是在新中国立法史上的一个重大突破，

这点是应当肯定的。对于律师来讲，这个重大突破出现之后，应当说是面临着一场挑战，如何做好刑事辩护和代理工作是值得长时间深入探讨的问题。关于律师工作的风险，我希望在坐的同行们能充分认识到，注意到，以便最大限度的予以防止。

第四，回到我们的主题上：辩论的难度加大了。因为庭审方式改变了，所以法庭辩论的方式、内容都有了新的变化。这点对我们每个人来讲都是非常陌生的。那么，法庭辩论难度为什么加大了？表现在什么地方呢？

第二个问题 法庭辩论难度加大的原因

法庭辩论的难度加大主要是由于控辩式的庭审方式所引起的。

一方面，在控辩式审判中，由于庭审前律师不能全面地了解控方的证据内容，应变能力就变得更加重要了。

与目前情况所不同的是，以后起诉机关移交给法庭的案卷内容很简单，这样，我们对好多问题都会措手不及，不可能了解那么透彻，所以，必须有很强的应变能力。我们不可能事先准备好辩护词，甚至连质证的提纲都难以事先拟好。过去我们把辩护词都打印好了，法庭调查提纲至少也拟得相当详细，将来恐怕办不到了，因为不知道对方的底细，对方会拿出什么关键性的证据我们事先甚至都不能了解，所以法庭调查质证的提纲我们也难以准备。那么，就有相当一部分内容要由法庭上的应变水平来决定，这是增加法庭辩论难度的一个很重要的原因。

另一方面，控辩式的审判方式将会使法庭辩论的方式和内容发生两个重要转变。

一个转变是由集中辩论向交替辩论的转变。

过去我们法庭的审理泾渭分明，先法庭调查，后法庭辩论。可能大家都有体会，我们有些律师在法庭调查当中常常难以把握这个程序，有时就把辩论的内容提前了，而且发生这种

情况时往往要受到法官的制止，让你留待辩论的时候再谈。过去的方式都是这样的。那么，将来的方式恐怕就不一样了，因为它是边质证边辩论，很重要的一部分辩论内容挪到法庭质证中了，这样就加大了法庭质证的力度和份量，质证当中就要融进辩论的内容。法庭调查之后的辩论当然还要有，但是前边质证当中已经开始了^①了对证据的辩论。试想，如果对于控方证据的真实性、有效性、合法性我们不能及时提出否定的理由来，就等于认可控方证据。反过来我们如果不能举出对我方有利的证据并且能说明它的有利之处，又怎么能^②使这个证据得到认可呢？所以说，在质证阶段，一旦失去机会，质证就会失利，这是个非常重要的问题。面对这种情况，我们必须把辩论的某些内容融合在法庭质证之中。如果我们注意到一些文学作品和影视作品所反映的国外法庭审判的情况，就可以发现他们的法庭辩论常常是在质证当中交替进行，若干个轮回地进行辩论。所以，在新刑法实施后，我们必须注意到这一点，在质证阶段要不失时机地提出自己的观点和理由，这样才能否定一些不真实的证据，坚持我方的证据。这是第一个转变，即由集中辩论向交替辩论的转变。

另一个转变是由以实体辩论为主向实体与程序并重的转变。

过去在我们的法庭上，辩论的内容重点是实体法问题，这点恐怕大家都有体会，我们辩论的重点主要是定性准不准，罪与非罪及此罪与彼罪的界限问题，重点都是在这些方面，对证据的辩论并不突出。但是在国外的法庭上，恰恰相反，他们打的主要是证据仗，这一点在一些影视节目中也可以反映出来，这是一个很重要的差别。我曾讲过，我们的律师到国外去，肯定会不适应，尤其是英美法系国家，我们是重实体轻程序，他们是重程序轻实体，辩论的内容和方式差别很大。

为什么会有这种差别？

一个是我们国家历史上一直沿续到现在的一种重实体轻程序的概念，把程序法没有放在一个很重要的地位。

再一点就是实质上的有罪推定。在我们司法人员的意识中，深深保留着一种有罪推定的思想，这个问题在座的同行们一定会深有体会。有罪推定与无罪推定的问题在我国法学理论界争论了几十年。无罪推定的原则是资产阶级革命胜利以后资产阶级刑事诉讼法中一个重要原则之一，它是对封建制刑法和刑法的一个最根本性的否定。直到我国新的刑诉法颁布之前，关于无罪推定的争论，曾经出现过几次高潮，几起几伏。遗憾的是，每当有学者提出无罪推定时，就会被一棒子打倒。我也曾经提出过这个问题，但没有专门地来长篇大论，因为那时正在有人被批判。这个问题是相当严重的，这种观点的存在，对律师的辩护特别不利，大家可能都听过这种普遍的说法：许多公安和司法人员认为，放人就要证明他无罪。我在讲课时曾经问过许多司法人员，有些罪定不上，证据不足时怎么办？他们的回答是我不能证明他无罪，我就不能放他。这是一种根深蒂固的思想，即有罪推定的思想。我经常对他们讲：“宣告一个人无罪不等于他事实无罪，只能说明我们不能证明他有罪，只要不能证明他有罪，就得宣告他无罪。”但这个说法很难被接受。前几年有好多文章，包括权威的立法人员所作的解释中都有一种观点：“我们既不搞无罪推定，也不搞有罪推定，我们讲的是实事求是。”多年来一直是这样讲。我不客气地讲，在这个意义上实事求是只是一句空话，谁都强调自己是实事求是，但重要的是，如何实事求是？做到实事求是的原则是什么？根据是什么？说到底，无非是一个无罪推定和有罪推定的问题。我们这么多年来反对无罪推定的结果实际上就是搞有罪推定，这个问题相当严重，是对我国法制建设的一种障碍。好就好在这次刑事诉讼法基本上肯定了无罪推定，这个问题早就该肯定，在联合国的有关公约中明确写上了无罪推定，

而我国也参加了这个公约，所以当然应当承认这个问题。这次原则上是承认了，比如说任何犯罪嫌疑人没有被法院认定有罪之前都不能视为有罪，这个表述至少在一定程度上包含了无罪推定的内容，还有些相关的表述，这是一个相当大的突破。只有转变这一思想之后，在防止错案方面才会有重大的进步，对搞好律师工作也是有利的。实质上的有罪推定观念使我们律师工作包括法庭辩论的难度很大，因为一个“实事求是”的抽象性概念掩盖了程序上的违法性和主观臆断性，所以不重视程序。可见，我们律师在法庭辩论当中怎样打破这种错误观念？怎样阐述自己的观点？怎样在证据不足时否定对犯罪的指控？这是个很重要的问题。

第三点，我们不是严格的罪刑法定。罪刑法定也是资产阶级刑法当中最根本的一条原则，这条原则的核心是，法无明文规定不为罪，不处罚。我国刑法和刑诉法都没有这样规定。国外有两种情况，有的将罪刑法定原则规定在刑法里面，有的规定在诉讼法里面，英美法系国家一般是规定在诉讼法里面，还有一些国家把这个内容规定在宪法里面。可是我国这几个法中都没有明确规定。在1979年刑法、刑诉法出台之后，学术界一直在讨论我们国家是不是罪刑法定原则，有的说是，有的说不是，有的说基本上是罪刑法定原则，有的说是以罪刑法定为基础，以类推为补充的原则，有的说是有限的罪刑法定原则。有一位学者说的很有新意，他说我们不是罪刑法定原则，而是罪刑合法原则，因为类推和罪刑法定是尖锐对立的，但如果法律规定有类推，就不能说它不合法，所以说是罪刑合法原则，即只要没有超出法律规定的范围就视为合法。可见，罪刑合法原则和罪刑法定原则差之千里，是不一样的。这次修改刑法时大家意见比较一致，主张废止类推。这次新刑诉法的出台在一定意义上也推进了罪刑法定原则的贯彻，将来我国刑法应当明确把这一原则确定下来。我最近准备出一本书：《罪刑法定原

则在中国》，我在书中谈到了罪刑法定的概念、内容、起源、历史发展过程和现状，中国现行法律与罪刑法定原则的冲突以及将来怎么办等等一系列问题。罪刑法定原则如不明确下来，我们律师工作的难度也会相当大，因为定罪量刑的随意性太强，法官主观臆断的权力相当大，这也是律师在法庭辩论中难度大的原因之一。

还有一点，就是我们的实体法规定得过于空泛、抽象，伸缩性太大，在理解上很容易发生歧义，这也是一个非常现实的问题。大家知道，我国刑法非常简练，只有192条。一些外国学者说：非常欣赏你们的法律，非常欣赏你们的概括能力，你们的法律言简意赅，不过我们是无论如何接受不了的。他们这些话的含义很明确，是认为我们的刑法太简单了。在这个问题上我专门和外国学者探讨过，我说你们的陪审团制度怎么能够做到严格依法办事呢？陪审团成员不懂法律，他们根据什么行使定罪权呢？在英美国家陪审团的成员要求非常严格，必须是德高望重的、受人们尊敬的，这当然没得说，但还有一条，不能是法律专业人员。很多人都可以报名参加陪审团，经过审查之后就可以成为陪审团的候选人，当一个案子出现后，就可以从中挑几个参加陪审团。所以针对这种情况我就问：你们陪审团成员不懂法律，怎么能够来定罪呢（因为法官没有定罪权，陪审团才能定罪，法官只是作为顾问，定罪之后进行量刑，至于能不能定罪，由陪审团表决，法官没有权力。）？他们解释的一个很重要的原因就是他们的实体法规定的相当具体细致，绝大部分情况是可以对号入座的。所以说律师也好，控方也好，主要是在案件事实上下功夫，把陪审团从情感上、道义上打动了，使他们产生某种倾向和确信。所以双方必须有充分的证据，证据仗打得很具体很激烈，主要是证明犯罪事实是否存在，当然也包括行为人的动机、目的和背景等等。可是这一点在我国却很难做到。我国有陪审员，但陪审员的作用大家都很

清楚。因为我们的法律连律师与法官都争不清楚，有时连最高法、最高检都争不清楚，甚至连我们很多高层的专家论证会都争不清楚，陪审员怎么会清楚呢？我在一些重大疑难案件中，经常请专家开论证会，我也应邀参加过一些有关部门举办的论证会，我很少遇到过观点完全一致的，大多数都有一些争论。这种现象一方面说明法律是一门科学，理论很高深，有争论是正常的。但是恐怕更重要的是反映出我们的立法太抽象了，给人留下那么多争论的余地。立法不一定都那么科学，任何一个国家，任何一个时代的立法都不可能无可挑剔，都是不断补充和完善的，但是立法一定要明确，不能给人那么多空子可钻。我们国家法律的空子是比较多的，谁都可以钻，这是我们亟待解决的问题。目前为止，刑法修改的草案已出了好多稿，现在已经变成三十七章五百多条，恐怕还要增加，这是一个大的进步，估计一两年之内能够出色。

我讲这些是说明在国外的法庭上重点是证据的辩论，是打证据仗，程序问题占了很重要的地位，而我国的法庭上程序的内容较少，主要是在打实体，这是过去，将来新刑诉法实施以后，程序上的问题增多了，在程序中辩论的难度增大了。但是，由于我国目前刑事实体法的立法现状所决定，在法庭辩论中我们实体上的内容并没有减少，过去是重实体，轻程序，现在是实体与程序并重，并不是因为程序上的份量加大了就减少了实体上的份量。所以说，我们律师面临的是双重的难度，比在国外做律师更难，我们是这边顾着程序，那边还不能忘了实体。当然这不是单方面的，我们难，控方也难，难度是对等的。但是我们对自己就要提出更高的要求，程序与实体这两个问题都不能忽略。要适应这个转变。

好，现在我们来总结一下，刚才讲到新刑诉法实施后在法庭辩论中将要发生两个转变：一个是从法庭调查与法庭辩论分阶段进行向法庭调查质证与辩论交叉进行的转变，另一个是辨

论中由重实体轻程序向实体与程序并重的转变。要适应这两个转变，不是件很容易的事情，我们每个律师都应当作好充分的思想准备，要探索，要锻炼，要提高。律协前几天开了几个会在研究这个问题，全国律协准备搞这样几个动作：一是搞模拟法庭，现在我正在拟写模拟法庭的提纲。准备先各搞一个美国律师和香港律师的模拟法庭，因为许多人包括我在内到底怎么搞控辩式审判都是空白。搞了这两个模拟法庭之后，再搞国内律师的控辩式的模拟法庭。把这三个模拟法庭搞好之后，制成录像带，全国每个律师事务所一套。这是初步定下来的一个打算，是为了使大家能够尽快适应这种庭审方式。另外一个动作就是在全国范围内搞律师的辩论大赛，大学生辩论赛搞了这么多次了，我们律师若不搞辩论赛就非常遗憾了，真正该搞的应该是律师。准备在几个省市先搞，通过中央电视台合作来搞。我们争取年底之前把准备工作做好，这也是对提高律师法庭辩论水平的一个促进，也显示一下律师的实力，律师出来表演，大家看一看。这个辩论赛的提纲也正在准备。

适应新的论辩方式确实要有一个过程，更主要的是多学习。

第三个问题 法庭辩论中律师的优势和劣势

从形式上讲，应当说控方是主动的，辩方是被动的，因为控方掌握证据在先，始终处于攻势的地位。辩方掌握证据在后，处于守势。

但是，辩方律师也有天然优势，这个优势就是举证责任，因为是控方举证，辩方反驳，这是很大的优势。控方必须保证证据的真实性、合法性、一致性和排他性，这一点对控方来讲压力很大。因为谁主张谁举证，民事审判上也是这样。首先，你控告的证据要真实，要经得起推敲；其次要合法，不能违法取证；第三要一致，不能自相矛盾；第四证据要有排他性，特别是间接证据，我们知道，间接证据必须形成一个完整的、一

致的、无法攻破的证据链条，必须具有排他性，否则多少个证据加起来也没有用。在这一点上，作为辩方律师只要攻破控方证据就可以取胜，并不一定要举出反证。这个优势很大。也就是说，只要攻破一点，这一证据就不能成立，就打破了控方证据，控方就要失利，这点的的确是律师的优势。

我讲这个问题的意思是我们应当了解自己在法庭辩论中的位置，在法庭辩论中的劣势、优势各是什么。在处于劣势的一方面，我们应有充分的思想准备，在优势这一方面要更加充分的发挥，这样才有利于取胜。

但是辩方的优势也不是绝对的，有时也有例外。比如正当防卫的问题，我碰到过好多这样的案子。应当说我国对正当防卫的研究在理论上比较薄弱，立法上不够具体，实践中问题非常大。我们在政策上一再讲，鼓励正当防卫，鼓励人民群众用正当防卫的方式同违法犯罪行为作斗争，来维护社会的安定，要放宽防卫的条件。但是由于理论上研究的不够，实践当中往往是左的倾向占主导地位。实践中防卫的案件很难辩护，明明是防卫的，常常被定为防卫过当；明明是防卫过当的，常常连防卫的性质都被否定；总是要有些偏差。所以说防卫的案件很难辩护。但我现在说的不是指这个问题，而是说在防卫案件的辩论中律师的位置变了，辩方往往会处在劣势的位置。为什么呢？是因为举证责任变了。一般情况下是控方举证，但是防卫案件中却往往要相反，因为杀人、伤害这样的事实确已发生了，事实在先，控方只要拿出这种事实就可以了，但如果律师认为这是防卫，你就要提出防卫的证据。所以，此时对防卫成立的举证责任就落在了辩护人头上，这时候，我们就处于劣势。而且实践当中，防卫案件常常是没有多少证人的，往往是一对一的，这个问题难度相当大。所以在这一点上，我们应当有充分的思想准备，遇到这样的案件，要尽可能充分的寻找证据，要不然即使明知是防卫，拿不出证据也是不行的。再譬如

精神病的问题，也比较困难，你怀疑他有精神病，你就要举证。当然精神病要由鉴定机关来认定，但提出鉴定要求本身你就要有一定的证据作基础，否则人家凭什么给你做鉴定呢？我办过一些怀疑有精神病的案子，有的确实被鉴定为无责任能力，有的被鉴定为有责任能力，总之，该是什么就是什么，我们责任尽到了。但是无论如何，你必须提出鉴定的理由，并且要有一定的证据支持这种理由才行。在这方面，律师也是处于劣势的位置。所以说，辩方律师的天然优势并不是绝对的，有些问题上你也要承担举证责任，这样难度就比较大。

第四个问题 法庭辩论的目的和侧重点

应当说，律师进行法庭辩论的目的是使自己的观点能够被接受，而不是哗众取宠，这一点非常重要。我见过一些律师，确实有这种毛病，他们的口才不错，思维很敏捷，但是他们并不考虑实效。在辩论中，只注重以各种华丽的辞藻来展示他的才华，常常博得掌声和喝彩声。当事人往往喜欢这样的律师，他们会感到解恨，感到精彩，感觉到压抑了多时的情绪终于得到发泄。由于当事人不懂法律，所以不知道后果，有时就图一时痛快，这是可以理解的。但是律师不能这样，因为这样讲了之后并没有什么实际的作用，这样的表演并未充分表达他辩护的理由，而且还很容易刺伤控诉方，甚至刺伤了法官，有的律师对法官也百般嘲笑，结果谁吃亏呢？还是当事人吃亏，没有起到律师应有的作用。法庭辩论的目的是什么？是为了在辩论大赛上的表演呢？还是为了辩论理由的成功呢？这一点是不言自明的。所以，这种表演次数多了之后，当事人也会有所察觉，也不会欢迎，因为他光是说的好听，却没什么效果。这样传来传去对律师的声望也不好，而且司法机关也容易形成对立情绪。所以，应当引以为戒。

那么，法庭辩论的侧重点是什么？与目的一致，法庭辩论的侧重点应当是晓之以理，动之以情，言之有据，而并不在于

攻击对方，这是非常重要的。有的律师只是沾沾自喜于把对方打败了，把对方驳得无话可讲了。要知道这一点是远远不够的，重要的是结果怎么样，法官是不是理解了、采纳了。律师在辩论中应当特别注重晓之以理，动之以情，因为你的目的是让人家接受你的观点。所以，侧重点是在于表演？还是在于对实际效果的追求？这个问题非常重要。

在法庭辩论中，论题的确立，辩论内容的展开与调整，辩论方式与技巧的选择和运用等一系列问题，都不能偏离法庭辩论的目的和侧重点。所以，这个问题是法庭辩论取得成功的首要前提。在这个前提确立之后，法庭辩论技巧才可以得到有效的发挥，才会有用武之地，才不会浪费口才。

好，现在我们进入本讲的中心话题：

第五个问题 法庭辩论技巧的具体运用

这个问题比较庞杂，我只能就个人体会较深的几个方面，结合具体案例来谈谈感受，不可能全面展开，更谈不上系统性。

一、辩论要抓住要害突出重点

抓住要害，突出重点，这不仅在法庭辩论中十分重要，在法庭调查和庭前准备中也同样重要。有些比较复杂的案件，内容很多也很乱，这时候一定要抓住要害，突出重点，不宜面面俱到，避免冲淡了主题。有些案件很复杂，甚至涉及到十几项、几十项犯罪事实。这还不说，关键是有的案件涉及的证据内容及其它一些内容太多太乱，如果在有限的庭审时间内不能抓住要害，往往会被牵着鼻子走，陷入一种难以解脱的境地，不利于把重点问题说清楚。大兴安岭朱佩金的案子就很典型。这是一件因承包经营而被指控犯罪的案件，被告被关押了5年半，起诉书指控他贪污近40万，诈骗近40万，再加行贿共3个罪名，案件历时长达7个年头，最后被宣告无罪。这个案子检察院侦查了3年多，起诉到法院后，法院又搞了一年多，到

我去开庭的时候就只有7天，就在7天时间里我们两名律师除了阅卷和会见被告，还要调取一系列证据，包括坐十几个小时火车到泰来农场和老来农场两个监狱去取证，而且因时过境迁取证相当困难。所以，我看卷的时间只有3天。3860多页的卷宗，就是不睡觉也看不完。怎么办？我通过对一些主要线索的分析，终于找到了关键问题，从根本上否定了犯罪的性质，其他一些次要问题有的一翻而过，有的干脆不看了。因为此案的关键是承包合同的性质和方式，只要把个人承包的基本性质和“大包干”的承包方式弄清楚了，就足以否定贪污和诈骗的问题。所以，对其他一些次要问题就可以泛泛地翻阅，甚至可以略过不看。这样一来，不足3天，我已经把案件全部吃透了。后来同院长交换意见时，他问我看完了卷宗材料没有，我回答说，“我都看明白了。”他会心地笑了。这个院长是科班出身，很有水平，他知道我不可能看完卷宗。但当我全面地分析案情，陈述理由之后，他既满意又吃惊，对我的工作效率感到惊讶。后来在法庭辩论中涉及其他一些枝节问题我一律不予纠缠，就抓住这个要害问题不放，从根本上否定了犯罪性质。假如我陷入那些琐碎的枝节问题之中，那就非常麻烦了，就很难把握住重点，甚至连基本案情都吃不透。事实上，开庭的情况表明，公诉人和审判长对案情都没有吃得很透，尽管他们研究、调查了几年时间。为什么？因为他们没有抓住要害，没有理清法律关系。

二、善于抓住和利用矛盾

新刑事诉讼法实施后，法庭调查质证中必然溶进辩论的内容，这时如何进行辩论，如何使辩论更有力度，这是个很值得研究、探讨的问题。法庭调查中，主要是举证和质证，事先一定要有一个举证、质证的基本思路，在庭上则要不失时机地寻找对我方有利的线索和机会，一方面要善于发现对方举证中的矛盾，另一方面一定要避免自相矛盾。有些情况下，在法庭调查

中不宜过早地暴露自己的思路，以免使对方有所防备，使得一些重要证据无法核实。法庭调查当中这些技巧是很重要的，这不仅是在刑案的辩论中，在民事案件和其他案件中也一样，凡是涉及到法庭辩论的都有这样的问题。下面，我就个人的体会举几个相关的例子供大家参考。

前几年我在广东办了一件行政诉讼案，我方代理香港的3家公司和越南船长诉湛江海关扣船没收货物违法。这件案子一审胜诉，但后来二审败诉了。尽管二审败诉了，我认为这案子是非常成功的，这案子随时随地我都想把它翻过来。案情是海关扣了一艘越南船，运的是香港公司的货物。这船的合法航程是从香港向越南运货，提单等手续齐全。航行至越南与中国的分航点之前，在琼州海峡的国际航线上，遇到了12级台风，所以驶入广东湛江境内紧急避险。在抛锚停靠当中被公安机关和海关查获，两千多万元货物被扣留。假如该船是在国内航线上行驶中被扣留，认定走私是没有问题的，但它是在避险中被扣的，而且是处在国际航线上的分航点之前，所以认定走私是缺乏根据的。那么，海关认定走私的关键性证据是什么呢？其中之一是24名船员和船长的口供。但是，阅卷时发现被告把第一次口供全部隐匿了，没有向法庭提交，只提交了第二次口供，而第二次口供虽然承认是走私却有许多破绽，这些口供中有的前后矛盾，有的相互矛盾，显然是不真实的，被逼出来的。在法庭调查中我首先以此为突破点，我开始并没有否定这些口供，只是举出了其中的各种矛盾，当对方被质问得不能自圆其说的时候，就乱了阵角，跳起来了。在慌乱之中，对方代理人极不冷静，声色俱厉地说：“我们重证据，不轻信口供，那些口供都是胡说八道，不能算数。”结果，本来被当作王牌证据使用的口供首先被他自己否定掉了。于是，我立即提请法庭将被告代理人的这些话记录在案，并声明在口供的真实性和效力问题上，原被告双方已经达成共识，请法庭调查下一个问

题。口供的证据效力之争就这样结束了。这时，对方才发觉上当，追悔莫及，但为时已晚。由此可见，一些关键问题在交叉质证时必须及时抓住，一旦失去机会或者一朝失误，就容易陷入被动局面。

再举一个例子，还是刚才我讲的那个行政诉讼案，这个例子发生在二审阶段。当对方的第一个王牌证据——船员的口供被攻破之后，第二个王牌证据是三份电报底稿。海关向法庭提供了船上尚未发出的八份电报底稿，这八份底稿中有三份是最重要的，这三份底稿虽然也是间接证据，但是可以反映出该船具有走私嫌疑。因为按正常手续是从香港运货到越南，在越南办了手续后，不卸货，再从越南转到广西，这样就是合法的，是边贸政策所允许的。而海关扣船的理由，就是认定该船假借到越南的名义，直接驶往广西北海市，这样就会由于没有从香港到广西的合法手续而构成走私。那么，在这三份电报稿的内容中，确实可以反映出从香港直驶广西的嫌疑，至少可以反映在主观上有这种动机。所以，海关将这三份电报稿作为第二张王牌证据。但是经过分析之后，我发现这些电报稿的真实性值得怀疑。第一，这些电报稿是在该船搁浅后草拟的，而在拟稿之前，船上的发报机天线已被风刮断，收、发报已经无法进行。这种情况下拟写电报稿是没有意义的，这种作法违反常理。第二，这八份电报稿都是复印件，海关拒不提供原件。第三，据我方初步调查，这最重要的三份电报稿的拟稿时间是在船被扣押后船员已经失去自由的第二天。这是最大的疑点，若果真如此，这些电报肯定是假的，因为任何人都不会在失去自由的情况下再主动去为自己制造罪证。但是，由于时间紧迫，我们当时无法取得直接证据来揭穿这个伪证。于是，就只能在法庭上斗智，设法在法庭质证中寻找对方的破绽。为了麻痹对方而防止他们说假话，我并不直接提出这个问题。而是东一下西一下地将各种问题混在一起连续发问，在他们摸不清我方思

路并且公开嘲笑我的提问不着边际的情况下，我突然清描淡写地问起了扣船的时间和船员第一次被讯问的时间。但是，就在对方准备回答这个问题的时候，被审判长制止了。说是后面专门安排时间调查这个问题。审判长的这个举动，进一步加深了我的怀疑。于是，我在纸上写了几个大字摆在面前，防止在混战中这个问题被漏掉。果然不出我所料，在以后漫长的法庭调查中，我又两次提出这个问题，每当对方要回答的时候，都被审判长制止了。这样，我总共提出三次，被制止三次，但是每次提问都是单独提出，故意避开电报底稿的问题。所以，对方一直没有弄清我提问的真实用意。最后，直到在审判长宣布法庭调查结束的时候，也没有调查这个问题。这时候，我严厉地向审判长提出质问：“审判长，我三次提出扣船时间的问题，你三次制止，表示安排专门时间调查，现在却宣布法庭调查结束，是忘记了呢，还是不想调查？”审判长迟疑了半天，说“可以调查”。我当即要求对方宣读办案记录，结果真是不出所料，是前一天下午两点钟扣的船，限制了所有船员和船长的人身自由，并于当时进行了第一次询问，录了口供，而这三份电报稿的拟稿时间却是在第二天早上八点钟。宣读完之后，对方律师才反应过来，企图改变说法，但是为时已晚。我当即要求法庭将此记录在案，并提请法庭责令对方将办案记录提交给法庭。这一段艰难的调查、质证，终于揭开了电报底稿之迷，接下来，便开始了充分占有主动权的步步紧逼的辩论，攻破了对方的第二张王牌证据。

第三个例子，前年，我在东北办了一个比较大的贪污受贿案，是一个企业家的案子，因时间关系，具体案情我不多讲，只讲其中有一笔贪污1.6万元的证据问题。公司出纳员证明说，这1.6万元是她分成若干次送给被告的，每次都是被告指示出纳员到银行取款，取款后不许让别人知道，单独交给被告。但在证词中我发现了几处矛盾，一个是出纳员说：“我每

次给他钱都没有留存根”，而且又说（在卷宗里反映出来），“我怕他不认帐，所以就吧存根都给他了。”这句话是矛盾的。又说：“还有一次是他让我到一个地方去送钱，我不认识那个人的家，是他告诉我如何走法，他在门口接我，也不让我进屋，把钱交给我我就走了。”而在另一次的调查笔录中她又说送钱时看见了屋里有人在打牌，有人在睡觉。更重要的是，我经调查得知，送钱的这家就是她原来的男朋友的家，既然如此，她为什么还需要在被告的指点下才能找到家门呢？根据这些疑点，我坚持要求法庭传这个出纳员出庭作证。法庭调查时，我步步紧逼，穷追不舍地向出纳员发问，结果，她慌乱之中，破绽百出，无言以对，竟在法庭上哭了起来。这时候，我又抛出了一个关键性的反证：我已经查明，这个出纳员最后一次取款的时间是在被告被抓起来之后。举证之后，我当即向法庭指出：“很显然，作为证人的出纳员是不可能到看守所去送钱供被告贪污的。因此，贪污这笔钱的真正罪犯是谁，已经不言自明。”通过这一场质证，得到了一个必然的但又超出了我们律师职责范围内的结果：被告贪污这 1.6 万的事实被否定了，但是，作为证人的女出纳员被抓起来了。

实际上，法庭辩论与法庭调查、质证本来就是不可分割的。两者或者是环环相扣，或者是前后呼应。在法庭审理中如何能够及时、准确地击中要害，不失时机地运用证据，发现、寻找证据或者否定证据，其中确实是有些技巧问题的。在庭审方式改革之后，这些问题会更加突出。

我再讲一个例子，就是大家都知道的李强律师诉贵州遵义公安局的行政诉讼案。李强是政法大学的教师，也是我的学生，是华联律师事务所的兼职律师。他代理一个经济纠纷案件时，因为遵义公安局非法干预经济纠纷，把他的委托人抓了，他向公安部和高检等部门反映了情况，告了公安局。结果公安局恼羞成怒，索性把他也给抓了起来，非法拘禁 16 个小时，

打成轻伤害。这个案子也是我代理的，打了两审，第一审胜诉了，对方拒不出庭，是缺席判决。后来对方又提起上诉，二审又维持原判。这个案子的影响是比较大的，国内外律师纷纷通电声援。在二审开庭时，对方有一个代理人还是有些论辩水平的，准备很充分，口才也不错。他们精心策划后制造了一个抓李强律师的借口，说李强律师唆使委托人进行诈骗，但在法庭质证中这个谎言被揭穿了。在法庭调查中我问了几个问题：第一个是公安局对李强立案的时间，对方回答是1994年3月31日。过了一会儿我又问，公安局认定李强涉嫌诈骗的根据是什么？他回答是李强唆使委托人转移赃款。第三个问题我又问他认定李强唆使委托人转移赃款的根据是什么？对方回答是根据他的委托人即案件当事人韩××的供述，说韩××供认是李强让他转移的。三个问题全问完了之后，真相就已大白。因为韩××即李强的委托人被抓走的时间是1994年4月7日，而他们对李强立案时间却是3月31日，这里明显发生了时间倒置的问题，因为委托人供述李强唆使转移赃款在后，对李强立案在前，所以，对李强立案根据的谎言不攻自破。在接下来的法庭辩论中，我在代理词中列出了一份对方在李强案中详细的活动时间表，前后一对照，破绽百出。这时候，对方已经没有任何反驳余地了，因为他们犯了一个无可挽回的错误，而这个错误——时间差，被我及时抓住了。后来，《中国青年报》等一些报纸在报道这个案件时把这个时间表也登了出来。像这些关键性的问题，千万不能忽略，不仅要抓住不放，而且还要及时，不可错过时机。

三、深入浅出，生动形象

法庭辩论是一场关于事实、法律和理论的争论，常常会涉及到一些复杂、疑难的理论问题。同时，由于辩论的对手不同，有时候简单的问题也会变得复杂化。在这种情况下，在有限的时间内能够有针对性地使一个复杂的理论问题深入浅出，

往往会收到明显的效果。

在前面提到的朱佩金案中有一个涉及法庭辩论的典型例子。其中有一笔指控被告诈骗 20 万，理由是被告人制造两个假文件实施诈骗。两个假文件是什么呢？其实是两封便函。这两封便函的内容是完全真实的，惟独查不清的就是这两封便函怎么出来的，被告说是单位的书记兼经理（一把手）让他写的，起草了以后，拿到文印室打印后盖章，公章确实是真的，也有这回事，只是没有备案，文印室没有底稿。实际上地区的一个林产公司没有那么严格的程序，没有备案也并不稀奇，由于是一把手让他起草的，他又让文印室打印的，所以文印室的人不能证明是一把手亲自对他说的，一把手又没有书面指示，更重要的是一把手死了，死无对证。所以公诉人和法官都一口咬定这是假文件，他有一百张嘴也说不清。就这么一个问题，庭上调查了近一个上午，还是说不清楚。我一再讲，真假的区别关键在于内容是否真实，伪造是指虚构事实，现在已证明了文件的内容是百分之百的真实，充其量就是文件怎么形成的说不清楚，退一步讲，即使是他私自搞的，但他没作假，是真实的，这就不能说是“伪造”，不能说是“假文件”，所以，不能成为认定诈骗的根据。在法庭辩论中，任凭我从事实、法律和理论上反复论证，也还是无法说服对方。正当我感到哭笑不得，无可奈何的时候，急中生智，打了一个比喻，我说：“私生子是不是假孩子？如果公诉人认为私生子就是假孩子，那么认定这两个文件是假文件似乎情有可原，否则就没有理由认定这两个文件是假文件。私生子无非是程序不合法，但生出来的仍然还是人，除非是狸猫换太子，才能说是假孩子，只要生出来的是人，你就不能说孩子是假的。”出乎我的意料，这句话真的起了作用，法庭上的真假文件之争就此结束。休庭以后，很多人心悦诚服，法官也认为这个比喻用的好，采纳了我的辩护理由。后来，省高院刑庭庭长还专门对这个比喻大为称赞，

认为有些情况下用这种恰当的比喻比讲道理更有说服力。应当说，这种比喻很通俗，也谈不上文雅，但有的情况下它就起作用。也难怪，在那种紧张激烈的辩论中难免有人一时反应不过来，但“私生子”这样的一个比喻却很容易点中要害，既通俗，又有效果。可见，生动形象的比喻往往会取得意想不到的效果，它可以使一些理论性较深的问题深入浅出，通俗易懂。

四、语言表达要注重方式

在法庭辩论中，还要注意语言本身的表达艺术，其中很重要的一条，就是让人家听得进，听得懂，给人家留下反应和理解余地。大家都知道，语言的连贯性是很重要的，做律师的不能结结巴巴，张口结舌，要连贯地表达一种意思。但反过来切不可忘了另一条：要给人留下理解和琢磨的余地。律师的口才在法庭上是需要充分表现的，但滔滔不绝、连珠炮似的发言并非是贯穿始终的惟一方式，这一点我的体会非常深。因为我是教师出身，所以非常注重讲课的效果，比如，讲课时我要看学生的表情和反应，因为我讲的是我已经理解的甚至深思熟虑的内容，可人家听着却是新的东西，那么，要不要让人家思考一下？要随时根据听众的反应来调整自己讲授的内容和速度，不能强求别人的思维跟你一块走，谁的脑子是计算机？有的人只顾自己不顾别人，像机关枪一样一路小跑地讲下去，自我感觉很好，可到头来别人却什么也没听进去，白说了。所以我们一定要明确，我们说话的目的是给别人听，一定要留下充分的余地去听者反应、理解和思考。否则人家连听都听不懂，又怎么会接受和采纳你的主张？所以，我们的语言表达应当丰富多采，应当有针对性地变换语速和语调，有时甚至需要一定时间的停顿，让人家重视你的话，琢磨一下你所讲的内容，这样才会使你的语言具有一种磁性，才会使别人愿意听，听得懂，能够品出味道，从而能够专心地听下去。这时候，你的发言就会有感染力，就会有魅力，就会收到最佳效果。我曾有幸遇到

过几次精彩的法庭辩论，虽然双方争执到了白热化程度，但每当我发言的时候，全场鸦雀无声，真是静到了连地上掉一根针都能听到的程度。这种气氛首先是由我讲话的内容和方式创造出来的，继而又为我更充分、更自如地表达自己的意思奠定了基础。所以，人们会认真地听我讲的每一句话，我又会在高度放松的境界中充分地敞开思路。当时，我本人和听众，包括法官和另一方当事人似乎都忘记了时间，没有人打断我，直至我发言结束的几十秒钟之后，才突然打破了沉默。我感到，当法庭辩论达到了这种气氛的时候，可能就接近了最佳状态。当然，这种情况并不多见，我只是有幸遇到几次而已，但这应当是我们努力的目标。

我也遇到律师辩论的两种极端现象：一种是张口结舌，说话没有逻辑性，词不达意，别人听不懂，这当然不好。另一种是说得很利落，很洒脱，但就是太快，又太平淡，不给人以思考的时间。这有什么用呢？你说十句话，可人家却什么也没听进去，与其这样，还不如说一句让人永远也忘不了。可见，发言要注重效果，不能只图自己痛快。否则，就无异于吵架和发泄，就背离了辩论的目的。

五、说理也要讲究策略

法庭辩论中，既要重说理又要讲策略，在关键时刻要善于选择最容易使人接受的理由和辩论方式。在辩论的时候我们可能有很多的道理，但是如何表达？选择什么样的落脚点才会使对方易于接受？这一点非常重要。有时法庭辩论很激烈也很精彩，但水火不相容，双方陷入僵局，又确有各自的道理。在这种情况下，如果仅仅是各执一词，一味僵持下去，也并不见得总是上策。反过来，如果能够不失时机地跳出圈外，找到一个有可能打破僵局的新的思路作为切入点，侧面迂回地发起新的攻势，却很可能取得成功。

例如，不久前我在江苏办了一个受贿案，是同邓斌非法集

资案相关联的。邓斌案中不是有五朵金花吗？其中第三号人物（被判死缓）是此案的行贿人黄某，我的被告是受贿人，是当地的一个领导干部，也姓黄。被告托黄某买了一所房子，价值12万元，他没有给黄钱。被告供称，因为他只有9万元，不足以支付房款，所以，他将9万元作为集资款交给黄，待集资返利后就会远远超过12万元（因集资利率很高），再用这钱补齐房款。后来黄将房子手续办了，钥匙交给了被告。这时被告感到房子比较贵，找到了更便宜的房子，于是他没有办房产证，也没有住进去，房子一动没动，同时，他又找好目标，打算把这房子转卖给别人，他另买的一处房子也联系好了，后来就把房子钥匙还给了黄某。但是，在此期间该房的钥匙已经在他手里放了一年多。起诉书认定他受贿了这套房子（12万元），主要理由是：第一，买房没有交钱，集资款和房款是两码事。第二，钥匙在他家放了一年多，退还钥匙是在邓斌案发之后，是为了掩盖罪行。这件案子可以说控辩双方在证据上都比较欠缺，如果按照无罪推定原则来适用证据，作无罪辩护还是比较容易的，但在目前情况下就相当困难。针对这种情况，我在第二轮辩论中就采取了一种新的思路：我首先客观地摆出了控辩双方对此案认识的两种截然相反的思路，而后再对此两种思路作以分析。我指出，按控方思路去分析，“被告为什么要黄某以自己妻子的名义买房？为什么自己有9万元却不交房款而交了集资款？为什么房子钥匙在你手里放了一年多？为什么归还钥匙发生在邓斌案发生之后？如果将这一系列问题联系起来，站在控方的角度，越分析越是受贿。”反过来，我又从辩方的角度提出了另一种被告不构成受贿的思路。然后指出，从这两套完全相反的思维模式来看，虽然见仁见智，各有理由，都有符合逻辑的一面。但是，在这两种可能性之中事实却只有一种。因此，如何认定，以什么原则来认定被告的行为性质就成为问题的关键。首先，第二种情况（辩方的思路）比第

一种情况有更多的证据支持，更有说服力。其次，退一步讲，即使前后两者分量相等，那么，在控方的思维模式和证据不具备排他性，从而无法否定辩方证据和思维模式的情况下，也同样是不能作出有罪认定的结论的，至少是证据不足，而证据不足就不能认定有罪。我这种辩论方式超出了公诉人和法官的意料，但是效果很好。庭上公诉人顿时感到无法反驳，休庭后公诉人表示我的理由确有一定道理，值得考虑。法官态度则更明朗，采纳了无罪辩护的意见，并明确表示辩护意见精彩而客观。所以，有时候讲点策略换一种方式还是非常必要的。

六、把握主攻方向，切忌偏离主题

在法庭辩论时，还要注意一个十分重要的问题，就是一定要把握住自己的思路和主攻方向，不要让对方牵着走，以免误入歧途而不能自拔。有时候，对方会有意识地避实就虚，转移话题，然后攻其一点，不及其余，达到改变辩论主题的目的，这时候一定要反应敏捷，切勿上当。

两年前我在广西玉林办了一件 133 名客户集团诉农业银行的期货纠纷案。这个案子影响也比较大，国内 10 余家报纸曝光，新华社发了国内动态清样。基本案情是农行与外商合作搞非法外汇金融期货交易，结果加拿大外商把钱全骗走了。这案子开庭前对方没有提交答辩状，我当时就有察觉，估计到他们可能要搞突然袭击，但袭击的方式和内容我却无法预料。这次开庭是比较热闹的，我方是一百多个原告，5 位律师，因为除了我代理集团诉讼之外，还有其他的共同原告单独委托的律师，对方是两个被告 3 位律师，再加上十几个诉讼当事人和诉讼代表人，庭上一共坐了 20 多人，简直是一场混战。应当说，对方的律师阵容是比较强的，其中主辩的就是法大毕业的研究生。不出所料，答辩一开始对方就企图转移话题。原告起诉的是他们非法经营外汇期货，经营中有大量欺诈行为。可对方一开口就讲他们根本没有经营外汇金融期货，他们搞的是外汇见

证业务，然后就大谈见证业务的内容，见证业务与金融期货的区别，简直就像作学术报告。有的律师一时反应不过来，就想顺着这个话题去同他辩。我立即识破了对方的意图，是想改变主题，金蝉脱壳。而且，我对外汇见证业务并不熟悉，如果跟着他的思路去理论，势必陷于被动。所以，我在辩论时立即跳出了外汇见证业务的圈子，针锋相对地直奔主题。我首先宣读了广西壮族自治区有关部门的几份文件，指出，这些文件已经明确认定了玉林农行非法经营外汇期货的基本性质，所以，关于被告开展业务的性质和内容已经不存在争议。然后指出，关于外汇见证业务的内容及其与外汇期货业务的区别问题与本案无关，如果作为学术探讨可以专门安排时间，但在法庭辩论中无此必要，除非法庭同意把开庭变成学术讨论会。这样一来，终于破了对方突然袭击、避实就虚的招数，使辩论的基调回到了主题。如果当时稍不慎重，只是出于急于反驳的心理，顺着见证业务与外汇期货业务两者区别的思路去辩论，就会被引入歧途，不仅扭转了辩论的主题，而且会使自己陷入一个陌生的领域，造成被动。

七、法庭辩论中的应变能力

在法庭辩论中，常常会遇到一些意想不到的情况，对于这些情况如何应付？这确实是对律师应变能力的考验。在法庭上，有些情况是不可能提前做好准备的，所以，应变能力对于律师来说非常重要。《三国演义》中孔明说郭嘉：“坐说立议，无人可及，临机应变，百无一能。”就是说郭嘉没有应变能力。可见，缺乏应变能力的只能做谋士，不适合做律师。

我在1990年至1993年承办的那个“河北省企业家商禄”案，就出现过这种情况，这个案子影响较大，好多报纸都报道了，《民主与法制》曾连载八期，题目是：“著名企业家商禄为何被数罪并罚”，这个案子历时3年，从有期徒刑十八年打到无罪。商禄案开庭审理时曾有过这样一段插曲：公诉人借发表

公诉词的机会，宣读了一篇文革期间大批判式的文章，历时50分钟，严重地污辱了被告的人格。商禄当时是59岁，公诉词从他十几岁上初中时开始，分析他所谓的犯罪思想根源，例如从十几岁开始，就借人家钢笔不还，占小便宜，从而养成了爱占便宜的恶习，所以导致了贪污公款。还说厂里有句顺口溜“商禄说话十句话九句空”，甚至讲厂里许多女工都被他玩弄了，完全是个大流氓，如此等等，罗列出一大串罪状，但是一件具体事实都没有。当时商禄气得脸都白了，我与另一位律师也感到十分气愤。这种情况我们是万万没有料到的，如果不加驳斥，就等于放任，难以维护被告的合法权益，而且会使被告因心理严重失衡而过于激动，影响审判效果。可是驳斥的角度又不好选择，因为他打出的旗号是分析犯罪根源。所以，当时我确实是既气愤，又紧张，真是有些无可奈何的感觉。后来，我强制自己冷静下来，考虑对策，终于找到了反攻的突破口。对方花了足足50分钟，洋洋洒洒地宣读这篇精心撰写的杰作，然而，这50分钟也给我留下充分思考的时间。公诉词不仅充满了污辱性的语言，而且还列举了一大堆起诉书中没有指控的“罪行”，按照公诉词的说法，其中有些行为不仅已构成犯罪，而且比起诉书中指控的罪行还要严重。于是，我把其中的一些内容和数字迅速记下来，这些内容成了我驳斥对方的重磅炮弹。在开始辩论的时候，我针对公诉词首先作了一些一般性的驳斥，比如法庭上控辩双方应有的态度，公诉人的立场，公诉人和辩护人的关系和地位等等。进而指出：“法庭既不是控辩双方互相攻击的场所，也不是控方污辱、攻击被告人的场所，法庭上的每一句话都要有事实和法律为依据，‘十句话九句空’，空在何处？必须拿出事实来。难道顺口溜也可以作为公诉词的内容？也可以作为指控犯罪的依据吗？如果可以这样做，那么，‘以事实为依据，以法律为准绳’，岂不成了一句空话？”最后，我直指要害，点中了对方致命之处，我重复了公

诉词中列举的几项已经足已构成犯罪的却又在起诉书中没有指控的事实，严肃地指出：“上述行为早已经构成犯罪，而且犯罪的程度远远超过了起诉书中指控的其他罪行。但是，对于这些罪行公诉人却没有向法庭提出指控。原因何在？这个问题公诉人必须作出解释。辩护人认为，这种解释只存在两种可能：要么是公诉人袒护被告，避重就轻，在起诉书中回避了更加严重的罪行，若如此，就是徇私枉法；要么就是公诉人无中生有，污辱诽谤，将莫须有的罪名强加到被告身上，借发表公诉词之机肆意贬低被告的人格。除此之外，不可能再有第三种解释。因此，公诉人对此必须承担责任！”这个问题，的确是个要害，一旦抓住，对方是无法解脱的。因为他无法作出解释。你说人家构成那么多犯罪，你为什么不起诉？这样一来一下子扭转了整个局面，法庭上一片骚动。休庭后，十几名旁听的记者找公诉人要公诉词，但公诉人就是不给。此后，任何人都再也没有见到这份公诉词。

我对这个例子的体会是，遇到突然情况时一定要冷静，应变的前提是冷静，如果缺乏冷静，就难以找出应变的对策。这件事在开始时我就不够冷静，只是感到气愤加紧张，而且是越气愤，越紧张，真是有点发懵的感觉。如果继续懵下去，肯定会十分被动，幸好我终于冷静下来了。反过来，一旦你找到了反击的对策，对方就会陷入尴尬的境地。所以，换一个角度来讲，当你进攻的时候也不能盲动，不能没有退路。否则，反而会引火烧身，自找麻烦。

又如在东北那个企业家的案子中，就是那个出纳员做假证的案子，在法庭辩论结束之前，也有一个小小的插曲。那个公诉人的辩才是很不错的，在当地很有名气，在整个辩论过程中思路都很清楚，但是在最后却出了一点问题。在最后一轮辩论中，我指出，认定被告有罪的证据明显不足，但被告在经济问题上确有错误，这一点辩护人并不否认，被告作为一名企业管

理者，在改革的大潮中放松了警惕，确实犯了一些很严重的错误，对此应当引以为戒。我是从宏观角度来谈这个问题的，意思是要分清犯罪与错误的界限。结果公诉人不加思索，自以为抓住了我的话柄，立即反击说：“看来，连辩护人都不得不承认被告确实犯有严重的错误，问题不是很清楚了吗？既然如此，还有什么好辩的呢？”大家想一想，这句话纯粹是自找麻烦。这句话本来是多余的，完全可以不讲，他只是想找个漏洞攻我一下，结果反把自己绕进去了。当然，我也可以不作回击，但作为律师在那种情况下似乎不该放过反击的机会。所以，我立刻回答：“我非常赞同公诉人刚才所说的一番话，不能否认，被告人确实犯有非常严重的错误，但是必须提醒公诉人，错误不等于犯罪。”话音刚落，听众席上立刻反应过来，我听见前排有人说：“掉进去了，掉进去了！”意思是说，公诉人掉进自己的圈套了。很明显，错误与犯罪怎么能混为一谈呢？可见，在关键的时候，一句话被抓住了，就显得特别被动，这一点是很值得注意的。当然，这种例子中的失误并不会涉及什么实质性的问题，纯粹是一些技巧。但有时在不失体统的情况下，利用某些技巧来取胜，还是可以收到一些辩论效果的。但是，在法庭上一定要避免人身攻击，切忌用恶劣的语言攻击对方，这一点我是很不赞同的。作为律师，应当看重自己的身份，也应当尊重别人。

我也时常遇到在法庭上恶意攻击的现象。有一次我在江苏某地办案，我们四个教授出庭，办一个共同犯罪的案子。公诉人在法庭上拍着桌子说我们四个教授连起码的常识都不懂，语言十分尖刻。面对这种情况，我们都没有采取以牙还牙的做法，而是用一些得体的语言予以回击。这个案子辩论的焦点是强奸的概念，因为它涉及到强奸的次数。这个案子有8个被告，强奸、轮奸了很多女孩，确实是一起恶性案件，但起诉书认定的事实和证据出入很大。这些被告年龄都不大，多数是

20岁左右，有的还不满18岁，大多数是汽车司机。他们开着车领着一些女中学生出去玩，玩的当中，有的没有发生关系，有的是自愿发生两性关系，有的确实是强奸。但是起诉书认定，凡是一起去玩并发生关系的都是强奸，没有发生两性关系的也是共犯。公诉人坚持说，在这些被告中玩的概念就是强奸，所以认定强奸的人数和次数很多。这种认定是很不严肃的，而且在辩论的时候语言十分尖刻。针对这种情况，我与人民大学的周振想教授商量一下，决定就在“玩”的概念上展开辩论。我们从事实、证据和法律依据等各个方面，轮番论证了“玩”与强奸的本质区别，当然也时常点出对方所暴露出的一些真正的常识性错误，指出了究竟什么问题才属于常识。这场辩论的确使对方显得很不自在，收到了反击的效果。但是尽管如此，我们并没有使用过激的言辞。我认为，对于律师来讲，一个很好的素质很重要，包括人格素质、语言素质、心理素质等等都非常重要。不能为了一时的痛快而有失你的身份，使人觉得你没有层次，没有涵养，没有深度。

第六个问题 赢得法庭辩论的理论基础和工作基础

前面我支离破碎地谈了一些辩论当中的技巧问题，既不全面，也不一定科学，仅供大家参考。现在我要谈的是，技巧归技巧，它毕竟只是赢得法庭辩论的因素之一，而并不是赢得法庭辩论的基础。那么，赢得法庭辩论的基础是什么？首先，要有扎实的理论功底，你没有理论功底，你就要犯错误，你再有技巧也没用，只是哗众取宠，只是嘴上功夫。其次，要有扎实的工作基础，就是说要充分调查取证。你没有证据作基础，凭什么去辩论呢？有些律师连案卷都不看，被告也不见，大致了解一下情况后，就上法庭去辩论，效果如何他不管。我听说有这样一位律师，卷宗不看，被告不见，什么时候见被告呢？在开庭前几分钟把被告提来的时候同被告说几句话，就视为会见被告。出庭时连辩护词也没有，就是在法庭上跟人家要聪

明、斗嘴。这是极不负责任的。你没有深厚的理论基础，口才再好也没有用，即使你是个演讲天才，你也讲不出真正有深度的理论内容和法律依据来；你没有调查研究，没有取证，也讲不出事实依据来。所以，当你在法律依据和事实依据都很缺乏的情况下，你再能讲也是毫无意义的。希望同行们一定要注意这个问题。法庭辩论是一种技巧，但在这个技巧的背后，有大量的工作要做，同时，还要有深厚的理论功底和工作经验为基础。要不然，你这种技巧是没法发挥出来的。前面我曾经讲过，在法庭辩论的某些关键问题上，用一个恰当的比喻，就能起到很好的作用，比如我刚才说的私生子不是假孩子的比喻，确实产生了意想不到的作用，类似的情况我想大家都有可能遇到过。重要的是，当遇到这种情况时，你能否运用自如？因为这种情况往往是事先无法预料的，我当时没有想到，是逼出来的。但逼出来的前提是什么？是理论基础。如果没有理论基础，一旦说错了，那就了不得了，就会弄巧成拙陷入极大的被动。

现在我介绍几个在这方面可以引以为戒的例子，供大家参考：

例如，前面讲到的商禄案中，有一个非常荒唐的贪污情节：商禄率先搞承包，救活了一个企业，采用的方法是：他发动全厂职工缴纳承包风险股金，按风险金的比例承担风险和分红。风险金数额分成几个等级，工人最少，只有几百块钱，他个人最高，要缴1万元。当时，他拿不出那么多钱，他就在大会上表态，他用全部家当作抵押，如果不够，再用四个子女的家当作抵押。由于经营有方，第一年年底就盈利了。厂里成立了一个班子，研究分红的问题，关于如何给商禄分红还专门做了研究，后来决定，虽然商禄的风险金没有缴足，还是应当按照全额计算比例分红，因为他已经用财产作了抵押，如果亏损了，他同样也是要全额承担风险的。就是这么明显的一个问

题，却被指控为贪污，说他贪污了那笔分红款，理由就是他没有缴足风险金。在法庭辩论时，我一再指出公诉人在此问题上混淆了民事法律关系与刑事法律关系的界限，因为，首先这笔分红款的取得是公开的，经过认真研究的，不存在私自侵吞或占有的问题。其次这笔款的取得是合理的，符合风险与利益对等的原则。退一步讲，即使这笔款不该得，充其量也是民事上的不当得利，根本不存在贪污问题。这个问题本来是非常简单而明确的，但公诉人却纠缠不休，不依不饶。后来，他很自信地打了一个比喻。他说：“其实，这个问题很简单，打个比方说，我们大家都把鸡抱到一个地方去下蛋，人家的鸡都抱去了，你的鸡还没抱去呢，你就去找人家收鸡蛋，这不是贪污是什么？”这个比喻恰恰使他自己栽进去了。大家想一想，这种行为怎么会构成贪污呢？这种时候我当然不会放过反击的机会。我当即指出：“关于分红款的问题，我本来打算从民事法律关系与刑事法律关系的界限上作以进一步的分析，现在看来已经没有这个必要了。因为公诉人刚刚讲过的‘鸡生蛋’的故事已经非常生动、非常准确地证明了自己的错误。很显然，‘鸡生蛋’的故事反映的内容恰恰是典型的民事法律关系。可见，公诉人在分红款问题上所犯的错误正是在这种错误认识的支配下形成的，由此看来，公诉人的错误也就不足为怪了。”

这个例子充分说明理论功底的重要性。理论功底深的人，是不会犯这种错误的，如果他自己都搞不清楚，犯这种错误就毫不奇怪。

还有一个更典型的例子，又回到刚才讲过的行政诉讼案。我在前面不是讲过，越南的货船是在分航点之前，在偏离国际航线避险时被查获的吗？所以，我在法庭辩论时强调说，“既然船还没到分航点，你怎么能断定它是去越南还是去广西呢？认定走私必须以一定的行为事实为依据，在走私的行为事实还没有发生之前，就认定是走私，显然是没有根据的，纯属主观

推断。”这时候，对方律师打了一个更加可笑的比喻。她用嘲笑的口吻对我讲：“被上诉方代理人怎么会连这一点常识都不懂？比如说贼进了屋，还非得等他拿了东西才能确定是贼吗？他只要进了屋就已经是贼了。这么简单的道理还值得一辩吗？”当时，对于这种说法我简直是哭笑不得。不客气地讲，我感到对于这种无知的比喻如果不加纠正简直就是一种失职，就是对不起良心。所以，我抓住机会，很不客气地反击了一番。我说：“上诉方代理人所讲的‘贼进屋’的故事非常深刻而又生动地反映了被上诉人在本案中贯穿始终的思想脉络。首先，我提醒一下，最高人民法院《关于处理盗窃罪的若干问题的解释》刚刚公布，建议被上诉人代理人先认真学习一下这个司法解释，做律师是不能忽视学习的。俗话说得好，‘捉贼要捉赃，捉奸要捉双’这句话甚至连小孩子都知道，掏包的还要按住手腕才能认定盗窃呢，我实在无法想像，进了屋，没拿东西也是贼，这样的语言居然也会出现在法庭上！”接下来，我进一步指出：“‘贼进屋’故事的真正荒唐之处还并不在于‘进屋是贼’，因为对方代理人刚才所讲的是‘贼’只要进了屋，没拿东西也是贼。所以，事实上她把对贼的定性又向前推进了一步，就是说在进屋之前就已经认定是贼了。这种逻辑如果可以成立的话，恐怕只有一种例外，那就是：除非那个屋是贼屋，不是贼不往里进。否则的话，怎么能还没进屋就认定是贼呢？”接着我开始进一步发挥，指出“‘贼进屋’的故事讲得非常好，因为它充分暴露了上诉人的思维方式和违法行为的思想根源。从违法扣船到制造伪证，直至在法庭上的种种表现，一切都是先入为主，主观推定，就像丢斧子的人一样，把别人都当成偷斧子的人。正是在这种思想支配下，人为地杜撰了一部推理侦探小说。所以，上诉人在法庭上所讲的纯粹是一部推理小说，根本没有事实，更没有法律依据。”说实话，我这一席话讲得比较尖刻，但这也是被逼无奈，因为对方讲话实在太难听，太

过分，而且太荒唐。

“鸡生蛋”和“贼进屋”这两个例子反映了同一个问题，就是理论知识的重要性。如果你理论功底深，即使再紧张、再慌乱，也不会出现这种明显的错误。如果你理论知识不足，功底太浅，临场发挥时犯错误就在所难免。而且，你一旦出现错误就容易紧张，就容易乱了阵角，乱了方寸。这是一种连锁反应，而且是合乎规律的连锁反应，这种现象在法庭辩论中经常可以遇到。所以，有时候主动者越战越勇，失利者节节败退，就是这种效应造成的，这也属于一种心理效应。这种效应与讲课的效应很相似，因为我是做教师的，对这一点体会很深。当你讲课效果很好，学生愿意听的时候，会越讲越好，发挥得很充分。反过来，当你讲得不好，尤其是当你察觉到下面出现不满情绪的时候，你就会紧张，甚至会越讲越糟，比你原有的水平还要差得很多，这种情况与法庭辩论中的状态是同一个道理。避免这种现象发生的前提就是理论基础。所以，理论基础至关重要，它是赢得法庭辩论的前提，是发挥辩论技巧的基础。广义上讲，也可以说它是法庭辩论技巧的一部分。

但是，话又说回来，法庭辩论并不是一件容易的事情。因此，谁也不敢自称是常胜将军，理论功底深的人，也不见得没有失利的时候；理论和辩才两者具备的人，也同样不能排除失利的可能。记得有一次在人民大学讲座，学生向我提了这样一个问题：“您认为有一天您会不会输给您的学生？”我回答说：“我毫不怀疑，一定会有这么一天。而且，这一天正是我所期待的。我并不会因此而感到惭愧，相反，我为击败我的学生而自豪；同时，也为我自己感到自豪，因为我教出了能够击败我的学生。”既然法庭辩论中暂时的失利是难免的，那么，在出现这种局面的时候，如何控制和扭转呢？这就是我要涉及的一个话题：法庭辩论中的心理素质问题。

第七个问题 良好的心理素质是赢得法庭辩论的重要因素

心理素质方面包含的因素很多，就我个人的体会而言，最突出的一点就是自信。记得有一次在政法大学讲座时，学生问我：“您成功的秘诀是什么？”我说，“我不敢说我已经取得了成功，我只是在不断地争取成功，如果让我谈争取成功的感受，那么，我个人的感受是努力加自信。”我的回答不一定恰当，但我的体会确实如此。在生活中没有自信是不行的，在法庭上更是如此。有一个比喻不知道对不对？当我在舞台上表演的时候，我的感受是目中无人，这样我就能进入角色，不受干扰。相反，如果我总是想着台下的人比我强，谁会挑我的毛病，我就会心慌意乱。当我在讲台上讲课的时候，我的感受还是目中无人。否则，我也会过于拘谨，放不开思路。当然，我所说的目中无人并不是看不见人，而是讲一种自信心。我说句话请大家不要介意，既然我现在在这里讲课，我就觉得我现在比你们强，至少在某个问题上如此。反之，如果我觉得你们都比我强，那我肯定就底气不足，就要慌张，就讲不好。诸位不要觉得我太狂妄了，不是这个意思，谦虚与自信并不矛盾。反过来，诸位要是上来讲，首先你也要建立自信心，你上来讲，我到下边去听，首先你要认为比我强，这样你才能有自信心，要不然你就讲不好。同样道理，在法庭上我也是这种感受，因为法庭也是一个舞台，也是一个课堂，至少我感觉是这样。当然自信要有基础。如果自信没有基础，那就是狂妄。

有很多时候，失败的原因就是缺乏自信心，包括我们的一些教授在内，常常由于缺乏自信而在法庭上失利。有些人的理论水平很高，但一旦有一点失误，就乱了阵角，就像计算机的程序被打乱了一样，死机了，这时候必败无疑。所以，自信心是保持良好的竞技状态，控制和扭转法庭气氛的重要心理支柱。有了这个支柱，天就塌不下来，出一点点的偏差并不可怕，而支柱一倒，必然天塌地陷。

▲ 自信心可以使你保持一种良好的心理状态，这样你就能充

分发挥你的应变水平，善于应付各种环境和场面。由于我国的司法环境并不尽如人意，所以，有些案子该输的不一定输，该赢的不一定赢，特别是当这种迹象在法庭上显露出来的时候，就可能影响你的情绪。在这种情况下，自信心会帮助你解脱困境。我曾经对学生讲，律师办案子，赢，要赢得光彩。输，要输得潇洒。就是说：赢，我不是乱赢的，我不是靠拉关系，走后门，搞不正当手段赢的；输，要输得潇洒，因为输的因素很多，不能都怪律师。也许当事人本身就没理，律师又不能光打有理的官司，没理的，我们要给他提供必要的法律帮助，最大限度地维护他合法权益的一面。所以，输了官司不等于一定是失败。更重要的是，由于各种案外因素，本来有理的官司也会输，这就更不能怪罪于律师。所以，只要我们在任何情况下都能充满自信不乱方寸，充分发挥了才智，尽到了责任，该说的都说到，该做的都做到，即使输了，也是虽败尤荣，照样潇洒。但是，作为律师，你不能在法庭上输得狼狈不堪，不能被人家驳得张口结舌，体无完肤；更不能强词夺理，胡搅蛮缠；那样就输得不够潇洒了。例如，在前面提到的那件告海关的行政诉讼案中，虽然我们二审败诉了，但我并不觉得有什么不光彩。我的学生曾经写了一篇文章，叫作《田教授潇洒走麦城》，就是写这个案子。确实，这个案子办得很成功，而且法庭辩论也很精彩，直到现在，它被我视为精品。虽然二审输掉了，但我认为该赢，不该输。所以，任何时候我都可以大言不惭地谈论这个案子，我认为输得很潇洒。相比之下，对方虽然赢了，但赢得并不光彩，而且法庭表现也并不出色；那就并不能算是成功，也没有什么光彩。

说到这里，我想谈谈：律师的责任感和事业心。

这应当算是题外话，但我想也许并非多余，因为做律师不仅需要水平、有技巧、更要有责任感和事业心。否则，你能力再强也做不成好的律师。今年四月份，中央电视台《东方之

子》节目采访我的时候，要我谈谈好律师的标准，我说，一个好律师不仅要有水平，有能力，还要对当事人高度负责，更要有了一份社会责任感。所以，律师不能光靠技巧吃饭，一个没有责任感的律师无法取得委托人的信赖，时间长了，水平再高也没有用武之地。一个有责任感，有事业心的律师，就会对他所承办的案件高度负责，就不会轻易放弃他所追求的目标。

我觉得，每一个律师都应当有自己的精品和杰作，有些案子，该做的你都做了，似乎是无可指责的，但不一定是完美的。如果再做一步，再做两步，就可能取得成功，那你就应当再做下去，我的感受就是这样。当我承办一个案子的时候，特别是一个典型的案子，如果没有做好，我就觉得我的一件作品没有完成，总是耿耿于怀，甚至当事人都觉得没有信心了，不想打了，我还念念不忘，不想放弃，因为作品没有完成，总是感到遗憾。只有把它做好了，或者我所有的努力都尽到了，我才能不后悔，不遗憾。我想，只有这样才能做出精品来，才能做出成绩来。所以我对学生说：“做律师怎么样才能做得最好，我也说不准。但我有一个感觉：就是当你办一件案子办到了忘我的程度，忘记了功利，忘记了艰辛，忘记了风险，忘记了别人怎么说，忘记了各种其它因素，你就是为了办好这个案子而不遗余力地工作，就像是为了完成一个作品一样，一定要把它做到底的时候，那就会达到一种出神入化的境界，那就是做律师做到家了。”这种感受不知道对不对，反正我是有这种感觉。我认为，你既然当了一回律师，一辈子也好，几年也好，总之你在律师的舞台上走了一遭，你就应当有几个得意之作，哪怕是一个也好，也不枉做了一回律师，也是自己的一种欣慰和自豪。

这一次我又在河南碰到一个案子，也是当事人家属拿着报纸来找的。本来不想接，因为案子实在太多接不过来了，但发现太有典型性，只好接下来。被告是桐柏县县长，一审认定他

受贿 12 万元，判 14 年。我阅卷之后，同被告在看守所里谈了整整一天，发现又是一个错案。这个县长是个难得的人才，有极强的事业心，忍辱负重，为了改变桐柏县的落后面貌，做了许多工作，并没有中饱私囊。而且这个人说起话来口若悬河，字写得漂亮，文采也好。就这样一个能干实事的县长，被判了 14 年。这个案子难度很大，是河南省反腐败的典型，翻起来谈何容易？但是，一碰上这种事我就觉得难以超脱，就想把它打到底。一审开庭时，有一个很感人的场面，一审是在离他本县两百多里地的另外一个县开庭，开庭后，近千名农民围着囚车鼓掌、叫好，说我们不怕你受贿，我们就要你去我们县当县长。这个场面是非常奇怪的，想一想，在老百姓对贪污腐败切齿痛恨的情况下，为什么能够对这个县长这么拥护和信任？这个问题不是很值得深思吗？据说他的法庭陈述非常感人。确实，他拿了 12 万元的好处费是不假，但他并没有揣入个人腰包，而为了改变桐柏县的落后面貌，他身为县长却代替厂长、经理去跑项目，拿着这笔钱到处烧香磕头去了。并且，他拿这笔钱的数量、用途都向县委书记汇报了，县委书记同意了，并且直到今天，县委书记还证明这个事实。在这种情况下，还要认定他犯了受贿罪，怎么能说得过去呢？这个案子究竟能不能翻过来？我也没有把握，但我是下定决心了。大家知道，这种案子是没有什么经济效益的，但是律师应当有一份社会责任感。否则，正义如何伸张？法制如何健全？社会如何发展？从另一个角度讲，这种典型、疑难的刑事案件也是很能锻炼人的。

有些律师包括有些学者在内认为刑事案子最好办，说这种话的人是他根本就不懂什么是刑事案。刑事案是律师的看家本领，办刑事案子付出的劳动最多，要求律师的素质也最强，是对律师基本功的一种锻炼。当然，在目前条件下，律师特别是专职律师单纯地只办刑事案是有一定困难的，因为要考虑生存、发展，要考虑经济效益。但是却没有理由鄙视和放弃刑事

案件，这样对律师事业和律师自身的发展不利，将来也不能放弃刑事案件，而且从长远观点来看，它是维护人权最基本的一项内容。

我在许多场合讲过，在中国现阶段做律师是最难的，比什么时候都难，比哪个国家都难，律师的苦衷太多了。这一点不仅我的体会很深，大家的体会都很深。但是大家必须看到，在这个阶段做律师又是最光荣、最有价值的。因为在中国法制建设刚刚开始走向深入的时候，作为一个律师，虽然我们所付出的代价是成倍的，我们所得到的很少的，但是从历史的观点，从长远的观点来看，功绩是不可磨灭的，这些年来律师的工作在中国的法治发展史上必将留下功不可没的一页。所以说，在这种时候做律师尽管很艰难，但又要有一种很大的荣誉感和价值感。尽管我们面临着许多困难，但只要我们每个律师都尽心尽力去做了，在几年以后，十几年以后，当我们回顾这段往事的时候，就一定会觉得有很多欣慰和自豪的。

好，话题可能扯得远了一些。因为今天是结合刑事诉讼法的修改来谈法庭辩论问题，所以，重点谈的是刑事案件。但是，无论在任何种类、任何性质案件的代理过程中，这些问题都是有共性的：法庭辩论技巧是相同的；理论功底是必备的；律师的人格素质、心理素质、律师的事业心和社会责任感更是不可缺少的。

希望今天我讲的这些内容对诸位同行能够有一定的参考价值。

谢谢！

▼
▼
▼
▼

商禄贪污、挪用公款、玩忽 职守、毁灭公文、证件案

案情简介 关于第一次起诉和判决

一、案情

被告人：商禄，男，59岁，原承德市第三塑料厂厂长、中国北方塑料编织工业集团总经理、燕承塑料工贸公司经理，河北省劳动模范。

被告人商禄于1991年4月26日被河北省承德市双桥区检察院以贪污、挪用公款罪起诉。其中，贪污罪共包括4项犯罪事实，贪污数额为12087.03元；挪用公款罪1项犯罪事实，挪用数额为9万元。

(一) 关于贪污罪

1. 1989年12月初，被告因故未能参加中国贸促会组团赴美举办展览的活动。因被告于1990年1月还要赴美签约，便向贸促会提出退回部分余款作为下次出国费用。由于1990年1月被告赴美时贸促会尚未结算，被告便自行筹款垫付了出国费用；没有另行申请出国差旅费。当被告赴美归来后，贸促会

至1990年4月才结清帐目，同意退回余款1370美元，被告通过正当手续，经本人签字后领回这笔余款。被告本应将出国费用单据报销后，以这笔退款折还他预先垫支的出国费用，结清帐目。但因其工作繁忙并频繁出差，还未及报帐，即于同年9月被捕。被捕时，这1370美元和出国未及报帐的单据均保存在被告的办公室桌里。自4月份领后这笔退款至9月份被捕，时间近5个月。起诉书认定这1370美元为被告贪污。

2.1990年8月7日台商黄世民先生来承德第三塑料厂洽谈联营业务，住在外交人员宾馆。8月9日黄离承德前与宾馆结帐时，值班服务员因不了解规定而收取了人民币，当另一位服务员得知后又找到黄要求其改付外汇。正当黄没有外汇而感到为难时，恰值被告为送别黄而赶到现场。见状后，被告说明黄是被告单位请来的客人，应由单位为其结帐，并上楼征得宾馆经理同意后，又下楼送黄上汽车。当黄已坐进汽车时，服务员又匆忙出来，将原来已经开好的住宿费和电话费收据交给了被告，并没有说明黄第一次已经交付过人民币的情况，而黄缴付人民币时被告还没有来到现场。事后，被告将收据（共751.53元）交给办公室主任丁园，要她处理。丁园在处理收据时，未去宾馆核对，也未向被告查问，而误认为是被告垫付了这笔费用，就将单据报销后，冲减了被告在厂里帐上的借款。因被告经常出差，借款、还款频繁，而借还款的帐目都由丁园保管，所以，丁园没有告知被告这笔钱已经冲减他个人的借款。直至被告被捕后，被告也不知道他已经占有了这笔款的事实。起诉书认定这751.53元为被告贪污。

3.1990年6月份，被告在上海公出期间，其妻子、儿媳也来看望正在上海进修学习的儿子。此间，被告家属将车费、宿费等一些票据交给与被告同行的办公室主任丁园。当被告得知此事后，不同意丁园用公款报销。而丁园感到被告经常出差，花销很大，而且在被告为集团所做的大量工作中，家属也

是有贡献的，便主张予以报销。经丁园劝说后，被告表示：“要报也得经董事会同意。”后来，丁园为其报销了一部分票据，但报销时向集团主管会计公开说明了情况，事后又向集团董事长汇报了此事。

当丁园刚刚给被告家属报销了票据后，正值集团决定发给被告等人一部分奖金。其中董事长书面指示发给被告本人奖金2000元。在被告审批这笔奖金时，因考虑到其家属的票据可能已经报销（尚未确知）便坚持拒领这笔奖金，并在主管会计已经作表以后，又责令其重新作表取消了给自己的奖金。起诉书认定其家属报销了975元（实际报销的数额不足975元），也属于被告贪污事实的一部分。

4. 因被告身兼数职，其担任总经理的“北塑”集团又是分布在20个省市包括60多个厂家的大型企业集团，所以，被告经常在外出差。仅1987年至1989年三年出差总天数就达833天，其中1988年一年就出差324天。

由于被告有时为第三塑料厂出差，有时是为集团事务出差，所以，差旅费的报销渠道也不同。按照规定，是为哪里出差在哪里报销。同时，按照第三塑料厂的内部规定，对于长期出差的人还要发给年终一次性补助。即全年出差天数累计超过一个月者，对于其超过部分年终时按每日2元或2.5元的标准（每年标准不一样）予以额外补助。

被告在外出差时，本人从不经管钱物，领钱，花钱都由随行人员办理。被告本人只是保留一本出差记录，记载着每年出差天数、日期和地点。在次年年初时，根据记录找会计报销前一年的出差费。由于平时出差经常是集体领钱、共同报销，随行人员有时也将被告的差旅费一起报销、冲帐。所以，被告在年终报帐还应扣除平时他人已经代为报销的出差天数。

上述几方面的情况，使被告报帐时在计算天数的问题上比较复杂、混乱，以致于出现了三年中总共重复报销差旅费将近

400天的问题。具体情况是：

①1987年被告出差274天，年终时被告委托前厂长马亚玲代为报帐。马亚玲没有仔细核对，未扣除平时他人已经代为报销过的46天（起诉书认定是55天），所以多报了46天；同时，对于被告在广州、深圳出差的天数也没有按照特殊的补助标准单独计算。即将274天都是按照每天2.5元的标准计算的。所以，在这一方面被告又少领了一部分差旅费（这一点起诉书没有认定）。

②1988年被告出差324天，1989年3月被告委托三塑厂会计张云为其报销1988年全年的日常出差补助，告知了全年出差的总天数并说明其中在深圳出差35天。张云未与集团会计核对，即根据估算按照两个半月的时间（74天），扣除了被告在集团出差的天数，又凑整数为被告报销了250天的差旅费。后查明，被告实际为集团出差143天，少扣了69天。所以，又多出69天。

1989年5月被告又委托三塑厂会计张惠云为其报销1988年全年年终一次性补助，只说明总天数为324天。而未说明深圳出差天数，因为年终补助是不分地区的。而张惠云却误认为被告要领取的是1988年全年的日常出差补助。经与集团会计认真核对后，扣除其为集团出差的143天，本应报补助181天，但为凑整数，又报了190天，而实际上，被告1988年的年终一次性补助事前已被其在三塑厂工作的女婿刘长余代领并交给了被告之妻，代领的时间在1988年3月被告领取了日常出差补助之后。但被告不了解这一情况。

综上，由于会计张云估算差误、会计张惠云对两种补助性质的误解和被告不知其女婿已事先领取了年终补助的这一误解，被告实际上多领了259天的补助费。

此外，同被告一起出差的随行人员平时在厂内报领的出差补助中，有18天也包括被告在内。因会计张云和张惠云在两

次报帐时都没有认真核查而未予扣除。所以，被告在1988年多领补助费的总天数是277天。

③1989年被告出差235天，当被告委托会计张云为其报销补助费时，张云仍以估算的办法扣除平时随行人员代报的天数为100天，为被告领取了135天的出差补助。而后来查明应当扣除的是140天，又多出40天。

此外，1989年被告在国外出差34天。集团办公室主任丁园在替被告报帐时，因不了解在国外出差国内不予补助的规定，而没有扣除这个天数，因而多出34天。

这样，1989年被告又多领了74天的出差补助费。

综上，被告在1987年至1989年三年中，总计多领出差补助397天。（起诉书认定为406天）

起诉书认定被告以骗取补助费的方法，贪污公款1455.50元。

以上认定的4项贪污事实，总数额为12087.03元。

（二）关于挪用公款罪

1988年春天，被告为购买原料找到国家计经委经济协作局副局长王秀英，要求帮助解决外汇额度。王帮助北塑集团解决了750万美元外汇额度。1988年7月初，王秀英即找到被告，要其帮助解决其子去英国留学的保证金问题。被告表示为难，王又提出可由她自己在英国的朋友担保，但因其朋友资产不足没有担保资格，请被告为其借一些钱汇给对方，在通过官方验资后十天八天即可归还。被告虽感到十分为难但因北塑集团及承德市都继续有求于王秀英，又无法拒绝王的要求。所以，只好采取变通方式，求助于北塑集团成员厂家广东湛江强力包装企业公司经理李茂红。李同王直接面谈后，应允通过其合资伙伴港商许树朋借钱给王，遂由许将1.5万美元汇至英国，以便使王的担保人通过资信验证。

因李茂红担心王秀英还款有诈，自己向港商不好交代，又

同被告商量，要求被告将委托李茂红为三塑厂购买原料的货款先行汇到李的公司9万元，理由是：为了使港商许树朋放心。被告无奈，只好按李的要求汇了款。

后因王秀英迟迟不予归还，被告多次委婉向其催要后，王便改变口气，要求集团为其子作智力投资，将这笔钱算到了北塑集团的帐上。在此情况下，李茂红便扣下了三塑厂的9万元不予归还，购买原料的事也告吹。

当被告被起诉后，王秀英也因受贿（索贿）罪被起诉，现已判刑。

起诉书认定被告因此而构成挪用公款罪。

二、律师辩护意见

辩护人认为：

1. 在贪污罪的4项犯罪事实中，被告既无贪污的故意，也无贪污的行为；在重复报销补助费的问题上虽有错误，但仅仅是过失行为。因此，起诉书对被告犯有贪污罪的指控不能成立。

2. 王秀英利用职权向北塑集团勒索钱财，被告被迫向其行贿，不构成行贿罪。由于王秀英并不想归还这笔钱而事实上也没有归还，因此，被告也没有构成挪用公款罪，因为挪用是以归还为前提的。因此，起诉书对被告犯有挪用公款罪的指控不能成立。

结论：被告无罪。

三、法院判决

1991年6月29日承德市双桥区法院作出一审判决，认定：被告人商禄犯有贪污罪，共包括3项犯罪事实。其中，仅对于家属去上海包销票据的问题未予认定。贪污数额为11112.03元，判处有期徒刑5年。被告人商禄犯有挪用公款罪，数额9万元，判处有期徒刑7年。二罪合并执行有期徒刑11年，附加剥夺政治权利2年。

关于第二次起诉和判决

一、案情

一审判决作出后，被告不服提出上诉。经承德市中级人民法院二审后，裁定发回重审。发回后，又经承德市检察院补充侦查终结，再次移交双桥区检察院起诉，变成4个罪名，并将犯罪事实增加至11项。其中，贪污罪包括8项犯罪事实，在原4项的基础上又增加4项，总数额为22154.53元；挪用公款罪罪名不变，但撤销了原起诉并经一审判决认定的挪用公款9万元的事实，改换成另外一笔挪用公款12万元的事实；增加了两个新罪名即玩忽职守罪和毁灭公文、证件罪。

双桥区检察院前后两次起诉的罪名和犯罪事实，均为承德市检察院首次立案侦查中所包括并早已记录在卷的内容。第二次起诉时，在没有提出任何新证据和新事实的情况下，只是将早已侦查终结而却在第一次起诉时没有提起的其余事实无一遗漏地全部增添进去。

(一) 关于贪污罪

贪污罪的1~4项犯罪事实与第一次起诉相同。

(从略)

5.1988年初，被告作为总承包人，对承德市第三塑料厂实行风险责任承包，承包期限3年，并主持制定了全厂的风险责任承包办法，按照风险责任金的比例，承担风险和享受奖励。按规定，全厂上下缴纳的风险责任金数额分5个层次，最低50元，领导决策层3000元。而被告作为总承包人的风险责任金为10000元，其中，6000元以资产抵押，4000元需缴纳现金，因为数额较大，现金规定分三次缴清。被告因一时拿不出4000元现金，曾在全厂职工会上多次表态，如个人资产不够，愿以子女资产抵押。在厂领导的号召、动员下，职工行动

迅速，于1988年3月底即交清了风险金。而被告在1988年内尚未能交足风险金4000元，直至1989年5月才交足，并且多交了现金1000元，总共交了5000元。因承包期为3年（1988年至1990年）被告于1989年交足了风险金，所以符合风险承包办法的明文规定。

由于企业承包后第一年即1988年就开始盈利，1988年底三塑厂就按承包规定开始发放风险责任奖。根据被告缴纳风险责任金数额，于1988年底和1989年初两次发给他风险责任奖金3680元。在分发这两次奖金时，做奖金表的几位负责人都清楚当时被告的4000元风险金尚未交足。

起诉书认定，1988年底和1989年初，被告在尚未缴足风险责任金的情况下，就与他人一样领取了风险责任奖金3680元，已构成贪污罪。

6.1990年9月26日台商黄世民再次来承德洽谈业务，住在外交人员宾馆。临走时在众人面前留给集团办公室主任丁园400美元，请其代为结算宿费。事后丁园向被告请示如何处理时，被告根据联营合同的明文规定，指示丁园由三塑厂为其结算宿费，并告诉丁园钱先放在她那儿，事后再打电话通知黄先生，待下次黄再来承德时还给他。被告本人并未见过这400美元。事隔两天，被告就被逮捕。这400美元由丁园主动交给检察院。起诉书认定，被告贪污了这400美元。

7.1986年12月至1987年1月，被告人在厂生活部三次借款共2510元，均有借条。1987年上半年当厂里决定将生活部的帐和厂财务的帐目合并时，由主管副厂长裴绍成作主，将这笔单据和借条用小金库款处理，其中包括被告的这笔2510元借款和其他人的一些条子。但这件事被告本人并不知道。事后，裴绍成也没有及时告知被告。直至1989年12月份，在有关部门过问小金库的情况时，裴才在北京办事处向被告提起这件事，被告得知后即批评了裴并表示等他回承德时处理，随后

于1989年12月27日向厂财务科如数归还了这笔借款。被告还款时其借条已经转到了厂财务科的帐上。起诉书认定，被告“得知承德市人民检察院查询此款后，才将该款还厂财务科”，因而构成贪污罪。

8.1989年初北塑集团在深圳召开会议时，被告指示工作人员用董事津贴买回10台柯尼卡60型照相机，回厂后发给厂级领导和中层干部每人一台，自己留用一台。当被告找主管财务的副厂长黄德春报销这笔钱时，黄用小金库的款将这笔钱报销了。而被告原意是用董事津贴报销。起诉书认定，购买这10台照相机的2050元属于被告个人贪污。理由是：被告是以个人名义发送的相机。

综上，加上第一次起诉的4项事实共8项，认定贪污总额为22154.53元。

（二）关于挪用公款罪

1987年正值三塑厂原料供应极端困难时期，被告经承德市委秘书长介绍，找到北京向阳化工二厂副总工程师夏××向其求援。在夏帮助下，北京向阳化工二厂在1987年至1989年间共为三塑厂解决聚丙烯近3000吨，并为之建立了联营公司——燕承工贸公司。仅这项援助即使三塑厂获利500多万元并解决了20多人的就业问题。直至被告被捕后，该厂还继续为三塑厂提供原料。1989年初，夏××因其女婿杨×（为彩扩个体户）急于还贷款，向被告求援，请被告帮助杨×卖掉彩扩设备，以解决资金问题。面对这种情况，被告经过厂党政班子联席会反复研究、讨论后，集体决定买下这套设备，以满足夏××的请求。后来经过双方洽谈，达成一项以12万元购买对方设备的转卖协议（该设备对方买进时是20多万元），并准备买过设备后经营彩扩业务。后因人员技术培训需要时间，又与杨×签订一项租赁合同，由杨×租用该设备2年，向三塑厂缴纳租金。在被告被捕时，该合同尚在履行中，并该套设备的所

有权早已属于三塑厂。起诉书认定，被告经集体决定并正式签订合同购买和租赁彩扩设备的行为构成了挪用公款罪。在被告被关押期间，承德市检察院以转卖设备和租赁合同无效为理由，向杨×索要不了租金4万元，并作为赃款上缴。

（三）关于玩忽职守罪

1986年为了解决啤酒周转箱生产问题，经派技术人员在国内考察后，决定从香港引进一套啤酒周转箱注塑模具。引进前，先在厂内进行了分析、论证。而后，又以书面形式向承德市二轻局呈送了《关于请求准予在香港定制模具的报告》，后经河北省经委审核批准，又将该项目引入承德市1986年技术改造计划。经过层层审批后，又委托中国国家机械进出口公司北京分公司与港方签订了内容详尽的购销合同。

合同签订后，因港方延期交货并出现了质量问题，被告按合同坚持索赔，直至对方支付了违约金同意出钱在北京另行为三塑厂定做模具。港方同意出钱另做模具后，因当时没有人民币，请求三塑厂先垫付制作费用83000元，并出具了正式借据。被告为了尽快投产，经请示了领导并得到批准后，同意先行垫款。

目前，啤酒箱已投产并取得了效益。而三塑厂垫付的83000元因被告被捕后无人联系至今未还。由于被告被捕前一直关注并亲自过问此事，留下了与港方交涉过程中的大量来往电函以及向我方上级机关的请示报告。港方对于83000元的垫款也没有拒绝偿还。

起诉书认定，被告在这个问题上不尽职责，已构成玩忽职守罪。

（四）关于毁灭公文、证件罪

1986年至1989年期间，承德三塑厂为了解决经营活动中一些难以支付的费用，设立了小金库，小金库由一个副厂长专门管理，帐目有专人来负责，并规定，动用小金库的资金，必

须有两个厂长签字方可报销。

1989年清理、检查小金库问题时，三塑厂召开领导班子专门研究处理小金库问题，包括如何处理小金库的单据和白条以及今后不再设立小金库等内容。当时，主管和处理小金库的是副厂长黄××。

起诉书认定，在被告授意下，三塑厂烧毁了小金库的大部分原始单据和白条，总数额是30万7千多元。但被告坚持说，第一，处理小金库单据是在班子会上集体研究的，并有集体签名。第二，在班子会上提出烧毁单据是对外宣传的口径，目的是为了维持与关系单位的继续合作。销毁是假，保存是真。事后查明，小金库的单据和白条确实烧毁了一部分，但具体数额不确切，且烧毁时被告不知道。在检察院调查时，有几个主管过小金库的副厂长又陆续交出了一部分条子，尤其是凡涉及到被告本人的条子，一张也没有销毁，全部交给了检察院。

在1989年11月14日和11月17日国务院正式下发了《关于清理检查“小金库”的通知》和贯彻落实《通知》的具体规定后，三塑厂对小金库进行了全面的自查自检，清理了小金库开支的全部帐目，并接受了市税务局联合检查组的复查，于1989年12月30日呈交了《关于清理、检查“小金库”工作的报告》。承德市有关部门已经对之作出了具体的处理。

起诉书认定，根据以上事实，被告构成了毁灭公文、证件罪。

二、律师辩护意见

辩护人认为：

1. 在贪污罪的8项事实中（包括第一次起诉的4项），被告人均无贪污的故意和行为，有些根本就不是刑事法律关系，如风险奖金问题，充其量也只是一种民事法律关系。因此，起诉书对被告犯有贪污罪的指控不能成立。

2. 起诉书指控的所谓挪用公款罪，事实上完全是法人之

间的合法经营活动，不仅不构成挪用公款罪，而且检察机关根本无权干预。

3. 被告与香港签约定制模具的前前后后整个过程表明：被告在该项活动中认真负责，尽心尽职，而且并未造成严重后果，根本不存在任何玩忽职守的问题。

4. 起诉书对被告犯有毁灭公文、证件罪的指控，事实不清，对象不符，缺乏基本的法律依据，混淆了违反财经制度行为与犯罪行为的界限。

结论：被告无罪。

三、法院判决

1992年3月3日承德市双桥区人民法院第二次开庭重新审理此案。开庭地点改在承德县法院，开庭前没有通知被告。

经过两天开庭审理后，双桥区法院于1992年3月19日作出第二次判决。认定：

①被告人犯有贪污罪，共包括5项犯罪事实。其中，对于第一次判决中未予认定的家属报帐975元的问题，在没有任何新证据的情况下，又重新认定。认定贪污总数额为15767.03元，判处有期徒刑6年。

②被告人犯有挪用公款罪，挪用公款额为12万元，判处有期徒刑8年。

③被告人犯有玩忽职守罪，判处有期徒刑2年。

④被告人犯有毁灭公文、证件罪，判处有期徒刑2年。

以上四罪并罚，合并执行有期徒刑16年。

被告不服，再次提起上诉。

1992年8月31日，承德市中级人民法院作出终审判决，认定商禄犯贪污罪，判处有期徒刑5年；犯挪用公款罪，判处有期徒刑5年；犯毁灭证件罪，判处有期徒刑2年，决定执行有期徒刑10年。

终审判决宣告后，商禄本人和辩护律师分别向河北省高级

法院提出申诉。

河北省高级法院依审判监督程序提起再审后，宣告商禄无罪。

辩 护 词

审判长、审判员：

我们接受被告人的委托，并受北京市侨务律师事务所和北京市第六律师事务所的指派，担任被告人商禄被指控犯有贪污罪、挪用公款罪、玩忽职守罪和毁灭公文、证件罪一案的辩护人。

通过查阅案卷、会见被告人，进行充分的调查，取证和认真听取法庭调查之后，辩护人认为：承德市双桥区人民检察院对被告人商禄构成上述四种犯罪的指控均不能成立——被告人商禄无罪。

具体理由如下：

一、关于贪污罪

在起诉书指控被告犯有贪污罪的事实中，共包括八项内容：

1. 被告利用职务之便侵吞公款 1370 美元。

辩护人认为：在 1989 年 12 月初，被告人因故未能参加中国贸促会组团赴美国举办展览的活动，因而领回贸促会应当退还给承德市第三塑料厂缴纳的推销费用剩余款 1370 美元，作为下次出国费用的做法是合法行为。

(1)三塑厂按规定推销出国费用理所应当，而当商禄因故未能出国后，为了给本单位节省开支，向贸促会申请退回部分余款作为下次出国费用。这种行为无可指责，而且应当受到表扬。

(2)被告人商禄于 1990 年 1 月因公出国时，没有另行报请出国费用，预先就决定以这笔退款支付。由于这笔退款当时未

能及时结算,被告人只好自己兑换了美元!先行垫付了出国费用。并使用了1989年12月份未曾使用的护照和机票。这种做法和预想,被告人预先曾多次同北塑集团的领导、有关人员及承德市有关领导作过汇报,打过招呼。这一事实有北塑集团驻北京办事处主任吕杰民、北塑集团原副总经理现代总经理薛垂章等人的证言为据[见证据(1)一(6)]。

(3)被告人出国回来后,到1990年4月领回这笔款项(1370美元)时,经过本人签字,手续合法,经被告人签字的领款单据一直保存在北塑集团驻京办事处主任吕杰民手中。

(4)被告人1990年1月份出国先以自筹的美元垫付,至同年4月份才领回这笔退款。本应在报帐后,以这笔退款折还他先行垫支的出国费用。但因其工作繁忙并频繁出差,还没有来得及报帐,即于9月份被拘捕。被捕后,这笔钱及其出国时未报帐的单据还完好地保存在被告人的办公室里。

以上事实充分说明,被告人主观上既无侵吞、占有这笔公款之故意,客观上亦无侵吞、占有这笔公款的行为,更没有侵吞、占有这笔公款的现实可能性。因此,公诉人指控被告人的这一行为属于贪污犯罪的理由是完全不能成立的。尤其令人吃惊的是,明知被告人确实具有因公出国并预先垫付用的事实,而在被告人还没有报销出国帐目之前,就凭主观臆断,预先推定出被告人必然要侵吞、占有这笔公款,并认定其已经构成贪污犯罪,这种毫无事实和法律依据的指控,实属罕见。

2. 被告人利用职务之便骗取台湾兴明塑胶实业有限公司经理黄世民先生住宿费、电话费751.53元。

辩护人认为:这一问题纯属一种偶然性的误解,根本不具有贪污的性质。

(1)从事实经过来看:黄先生第一次与外交人员宾馆服务员结帐时,因服务员不了解规定而收了人民币。此时被告并不在场,因而并不了解黄已经以人民币付帐的事实。当服务员第二

次找到黄先生及其夫人提出应当改付外汇,黄表示因没有换取外汇券而无法交付。正当双方处于僵持局面时,恰值被告人为送别黄先生刚来到现场,遇到此情前去解围,向服务员提出黄是被告单位请来的客人,应由其单位即三塑厂为其结帐。当被告人找到宾馆经理说明情况并取得其同意后,又下楼去送黄先生上汽车。而当黄已坐进汽车时服务员又匆忙将住宿费和电话费的收据交给了被告,并没有说明黄已付过帐的情况。此有外交人员宾馆经理唐林峰 91.4.17 的证言曹连明和姚宽 91.4.3 的证言为据[见证据(7)、(8)]。

以上事实表明,被告人本意是由三塑厂结帐,并向宾馆服务员及经理明确表明了这种态度。同时他并不了解黄先生在第一次与服务员结算时已经付过人民币的情况。

(2)按照规定,虽然在正常情况下应当是付款在前,开收据在后,但由于服务员的工作失误,出现了误收人民币之后又要求改付外汇的情况,那么,开好收据又没有付款的情况就完全有可能发生(既可能是开好收据后才知道应收外汇,而拒收人民币;也可能是开好收据并收下人民币后才知道应收外汇,而退还了人民币)。因此,被告人虽然接过了收据而又认为黄先生尚未付款的误解就完全是在情理之中。

(3)被告事后将收据交给办公室主任丁园处理,从没有讲过黄先生已经付过帐,更没有讲过是他自己替黄先生付的帐。此有丁园 91.6.10 的证词为据[见证据(9)—a]。

(4)丁园拿到收据后,即去烟台等地出差,回来后在报帐时看到二张收据,因想到收据是商禄给她的,就误认为是商禄付款,因而就直接报销后冲减了商禄的借款,亦没有去宾馆核对。此有丁园 91.6.10 的证言为据[见证据(9)—b]。

(5)由于丁园报帐时并没有向商禄本人查问两张发票的事,并且将报销后的钱直接冲减了商禄在帐上的借款,既没有将钱交给商禄本人,也没有告知商禄报销这两张收据后的处理情况。

因而,商禄本人根本就不了解他已经占有了这笔款项的事实。

综上所述,起诉书指控被告人骗取 751.53 元的事实是没有根据的。被告人既无骗取的故意,亦无骗取的行为,完全是由于被告及丁园和宾馆服务员三方面的疏忽大意而造成的误解所致,然而,众所周知,过失行为是不能构成贪污罪的。

3. 被告利用职务之便,认可其家属在北塑集团财务报帐贪污公款 975 元。

辩护人认为,被告家属为私事在其集团财务报销费用的做法显然是错误的。被告人在这个问题上有错误、有责任,这一点是不能否认的,但是,并不能构成犯罪。

(1) 被告家属交给丁园单据时,被告并不知道,此有丁园 91.3.19 的证言和 91.6.10 的证言为据 [见证据(10)、(11) —a]。

(2) 当丁园告知被告此事时,被告开始不同意,后在丁园劝说下,表示要报也得经董事会同意。此有丁园 91.6.10 的证言为据[见证据(11)—b]。这种态度表明被告并没有利用职权私自报销这笔费用的动机。由于被告经常出差,花费很大,而且正如丁园所说,在被告为集团所做的大量工作中,家属也是有贡献的。因此,如果经过董事会同意后报销这笔费用,就是一种合乎情理的补助方式。

(3) 丁园将这些钱报销时,向集团主管会计侯琳说明了情况。事后,又向集团董事长毕连生作了汇报。此有丁园 91.6.10 的证言为据[见证据(11)—c、d]。

(4) 当丁园刚刚给被告家属报销了单据之后不久,正值集团决定发给商禄等人一部分奖金,其中,集团董事长毕连生明确指示发给被告奖金 2000 元。此有毕董事长 90.2.18 的亲笔信为据[见证据(12)]。而在被告审批这笔奖金时,因考虑到其家属的单据可能已经报销,所以坚持拒绝领取这笔奖金,以纠正错误。并且在主管会计已经做好奖励表格之后,责令其重新做表

取消了给自己的这笔奖金,而这笔钱的数额远远高于起诉书中认定的 975 元的数额。此有侯琳 91.3.20 日的证词和丁园 91.6.10 的证词为据[见证据(11)—e、(13)]。

此外,起诉书认定丁园在北京开出的 360 元餐费单据是为被告儿子报销了买酒和上海到北京的火车票钱。这个说法与事实不符。360 元餐费单据是 8 月 2 日开出的,而买酒的单据和火车票是 9 月份才交给丁园的,这些单据,以及打火机单据和被告家属的飞机票等,丁园并未给予报销。因此,起诉书中认定的 975 元的这一数额也与事实不符。此有丁园 90.6.10 的证言为据[见证据(11)—f]。

根据以上理由,在被告家属报销费用的问题上,也同样不能认为被告人是利用职务之便,以非法占有为目的,用欺骗手段贪污了公共财产。

4. 被告利用职务之便,重复报销出差补助费骗取补助费 1455.50 元。

辩护人认为,被告在 1987 年到 1989 年三年中之所以出现重复报帐近 400 天的问题,纯属是一种过失的行为,而且是多人过失所致。起诉书将这个问题牵强附会地指控为是一种骗取补助款的贪污犯罪,是没有法律依据的。

公诉人应当清楚,所谓贪污罪中的骗取手段,是指行为人利用本人职务上的便利条件,以非法占用公共财物为目的,以骗取、隐瞒等方式,故意逃避他人的监督、审查,骗取公共财物的行为,而被告人重复报帐的问题,根本不符合贪污罪的这一特征,请看事实:

首先,起诉书认定,被告人在 1987 年至 1989 年三年中总计多报出差天数 406 天,骗取补助费 1455.50 元,据辩护人调查,起诉书认定的上述天数及金额均与事实不符。

仅以 1987 年为例,第一,经辩护人根据检察院人卷的单据查帐,1987 年多出的天数是 46 天而不是 55 天;第二,经马亚玲

根据全年 274 天总天数报销的出差补助,全部是以每天 2.5 元
的标准计算的,而事实上,在这 274 天中,除去由随行人员已经
报销过即多报的 46 天之外,被告还有若干天是到广州、深圳出
差,而这两天也是按每天 2.5 元的标准计算的。这里,被告人又
少领了一部分补助费。而这部分金额,起诉书并没有扣除。此
有三塑厂原财务科长张广恒 91.6.10 的证词为据[见证据 14]。
至于起诉书中认定的三年中在天数和金额上具体误差总数,因
调查时间和条件有限,我们尚无法详细查对。

其次,从出现多报天数的全过程来看,主要误差有两点:

一是被告人年终报帐与其随行人员平时替其报帐所造成的
重复。

二是平时出差正常补助与三塑厂自行规定的年终一次性出
差补贴混淆。

具体情况如下:

1987 年多出的 46 天是因没有扣除随行人员平时已经代办
报销的天数所造成的。

1988 年的具体情况是:

(1)被告于 1989 年 3 月委托会计张云代为报销 1988 年全
年的出差补助,告知张云全年总天数为 324 天,其中深圳出差
35 天。根据张云的估算扣除在集团出差 74 天,按 250 天予以
报销。而由于在集团出差实际天数是 143 天,所以多出 69 天,
此有张云 1991 年 6 月 17 日证言为据[见证据 15]。

(2)被告因不知道其女婿刘长余已经为其代领了 1988 年度
的一次性补贴,于 1989 年 5 月委托会计张惠云为其报销 1988
年全年一次性出差补贴,而张惠云误认为是报销日常出差补助,
经与集团会计查对扣除其在集团出差实际天数 143 天,324 天
减去 143 天本应为 181 天,张惠云为凑整数为其报销 190 天。
由于被告与张惠云之间的这种误解,又多出 190 天。之所以说
这是一种误解,理由很明显:被告 3 月份委托张云报销的是全年

日常补助,所以向张云告知了其中去深圳出差 35 天。而被告于 5 月份委托张惠云报销时,只是告知全年 324 天的总天数。并没有告知其中有深圳出差的 35 天,同时,张惠云做的报销表也没有区分出差地区,完全是一次性补贴的报帐形式。这一点可以充分表明被告这次报销补助费种类的本来意图,是指的全年一次性补贴。否则,他应当单列出去深圳出差的 35 天,而张惠云也应当分项做报销表。此有张惠云 91.6.10 的证言为据[见证据 16]。

(3) 随行人员平时在厂内代替被告报销出差补助 18 天。由于会计张云和张惠云在两次报帐时都没有认真核查而予以扣除,因此又多出 18 天。

根据检察院的认定,以上三项为 $69 \text{ 天} + 190 \text{ 天} + 18 \text{ 天} = 277 \text{ 天}$,为被告在 1988 年全年多报的总天数。

1989 年的具体情况是:

(1) 被告委托会计张云为其报销补助费,告知其全年出差总天数为 235 天,这个数字也是准确的,但经张云估算后扣除平时由随行人员代报的天数,为被告报销了 135 天的出差补助,而后查出随行人员平时为其代报的是 140 天,因而多出 40 天。

(2) 1989 年被告在国外出差 34 天,在丁园为被告报销时,因不了解在国外出差国内不予以补助的规定,而为其领取了补助费,检察院将这一部分也作为被告多报天数,因而又多出 34 天。

综上, $34 \text{ 天} + 40 \text{ 天} = 74 \text{ 天}$,为被告在 1989 年全年多报的总天数。

根据上述情况不难看出:

第一,被告多数情况下都是与他人共同出差,而随行人员有时替他报销有时不替他报销。其中,替他报销的情况是少数,被告三年中出差总天数是 833 天,而随行人员平时为其代报只有 104 天,加上在集团报帐 143 天,最多也只有 240 多天。因此,

被告年终时找会计核查报销出差费的做法是正常的。

第二,许多人都证实,被告平时从不管钱,也不管帐,出差时大家一起花消,少了跟他要,多了退给他,有时还由财务人员直接冲抵了借款。具体数目他从不过问。这充分说明他对于平时报销出差费的情况既不清楚,也不关心,根本就不了解平时已经报销过的天数。

第三,被告本人每年都有出差记录,年终报帐时,他都是按照出差记录向委托报帐的人提供全年总天数,而这个数字是准确的,并未多出过一天。

被告每年出差频繁,最多时一年达300多天,平时又不是亲自报帐,在年终时,不可能对平时别人代为报帐的天数记忆清楚。因此,向财务人员报告总天数,以财务人员核对扣除后提供的天数为依据报销补助费,是完全合乎情理的,财务人员也有责任予以核查。

第四,被告在年终报帐时,既没有伪造过单据和其他任何报销凭证,也没有利用职权违反报销程序,逃避财务审核和财务主管人员审核,故意虚报冒领的行为,其每一次报帐,都是经过正常程序进行的。

第五,被告人虽有多领补助的情况,但同样也有少领补助的情况(如去深圳、广州出差也按内地标准补助),而被告人对于这种情况也从来没有过问过。这一事实进一步证明,被告人主观上不具有虚报、冒领的故意,而说明无论是多领还是少领,他自己心里都是既不清楚,也没有认真计算过。

第六,辩护人在查帐中发现,在被告本人及其随行人员三年报销的总次数中,除两次没有经过厂长和财务科长审批外,其余全部都有主管负责人审批签字。如“请核报”、“审核报销”、“可报”等字样。而这两次未经审批的情况,也是因财务人员的疏忽所致,与被告本人并无关系。那么,在这种情况下,被告委托他人结帐,他人又通过会计。会计又找主管领导审批,审批后会计

还应当进一步审核,最后,通过现金出纳才能支付补助费。在这么多的审核、批准、监督的环节中,出现了重复报销的情况,究竟是被告一个人的责任?还是其他人共同具有的责任呢?辩护人认为这其中每个人都负有不可推卸的责任,但这些责任都属于过失,正是由于这么多人的共同过失,造成了被告人重复报帐的结果。

第七,对于被告在国外出差 34 天而又报销了补助费的问题,是由于具体报帐人及财务人员都不了解有关规定所造成的,显然也不能视为被告人的贪污行为。

以上理由充分说明,被告人重复报销出差补助的问题,完全是由于被告本人不了解情况,加上有关人员执行财务制度不严格,所共同造成一种误解和错报现象。被告一无重复报帐,多领补助的故意,二无逃避审核,弄虚作假的欺骗行为。这种情况与起诉书所说的“骗取”补助费的行为,在性质上具有根本性的区别,二者绝对不能混为一谈。

因此,起诉书对于被告贪污补助费的指控不能成立。

5. 被告骗取分红款 3680 元。

起诉书认定:被告人在未交 4000 元风险股的情况下,得分红款 3680 元属于贪污犯罪行为。辩护人认为,这种认定没有法律根据。

①被告人商禄在三塑厂风险承包办法确定实施之后,为了动员全厂职工积极投股,在全厂职工大会上多次表明:自己作为总承包人,愿意按规定承担风险,如果个人财产不够,就用子女的资产抵押(见证据 17)。商禄为什么多次表明这种态度?理由很清楚:第一,他向全厂职工立下了军令状,公开表明了他愿意承担风险的态度和决心;第二,根据承包办法,全厂上下的风险责任金数额分为 5 个层次,除商禄之外,最低 50 元,最高 3000 元,而只有商禄一个人是 10000 元。而 10000 这个数额,已经超出了他当时的实际支付能力。第三,在这 10000 元风险

金中,6000元以家庭资产抵押,4000元需交纳现金。商禄当时的个人家产已经超过6000元。只是由于支付现金有一定困难,才提出以子女的资产抵押来作保证。如果不存在支付现金的困难,他就根本没有必要提出以子女的资产作抵押的问题。第四,在商禄多次向全厂职工表明这种态度之后,群众并未提出异议,并且纷纷积极按规定交纳股金。这充分表明商禄的态度和作法得到了全厂职工的支持,并使风险承包办法得以落实。

因此,商禄认缴风险股金的态度既是积极的,又是明确的。并且在个人现金不足的情况下,他多次提出以其子女资产作抵押的变通作法已经得到了全厂职工的认可。

②三塑厂的“风险责任承包办法”明文规定,承包期为三年,总承包人风险股金的现金部分分三次交清(见证据18)。商禄虽然未能在1988年以内交足4000元现金,但是,第一,在1988年曾有市政府发给商禄的1万多元奖金放在厂里使用而没有及时领取,这一点足以表明商禄已经具备了承担风险的实际能力。第二,商禄已分别于1987年4月,1989年3月和5月三次共缴纳了现金5000元。在三年和三次之内超额缴纳了风险股金。所以,起诉书认定商禄未交风险金的说法是违背客观事实的。

③退一步讲,假定商禄根本就未交风险金而领取了风险责任奖金。那么,第一,做奖金的表格时,商禄不在场;第二,参加做表的三个人都知道当时商禄的风险金尚未交足,又都同意按规定发给他奖金;第三,奖金又不是商禄本人亲自领取的。这种情况,难道能够视为商禄利用职务之便贪污公款吗?他利用职务之便的表现何在?他贪污公款的行为又何在?认定他构成贪污犯罪的法律依据又何在?

④众所周知,风险股金,只是一种抵押性质的保证资金,在其承担的风险尚未发生之前,这种资金的所有权并未发生变更。缴纳风险股金与承担亏损风险和领取盈利奖金之间的关系,完全是一种民事法律关系。承包盈利,商禄可以得到责任奖金,如

果承包亏损,商禄作为总承包人则必须按规定承担风险。因此,再退一步讲,在这个问题上,无论商禄本人具有多大责任,充其量也只能构成民事法律关系中的违约行为,与贪污犯罪毫无关系。

综上,辩护人认为,起诉书对被告人有贪污分红款 3680 元的指控不能成立。

6. 被告以三塑厂结帐为由,贪污台商黄××留下的 400 美元。

起诉书认定,台商黄××来三塑厂办事,临走时交给北塑集团办公室主任丁园 400 美元,要其代为结宿费,而被告以厂子统一结帐为由,将 400 美元存于丁园处,由丁用厂内支票结算。因此,被告就贪污了这 400 美元,辩护人认为,这种指控既违背事实,也违背了法律。

①台商黄先生是三联公司总经理,他来承德三联办事,由三联结算宿费,是按合同规定办事,理所当然。虽然黄先生主动要求用自己的钱结帐,但商禄信守合同,坚持由三联结帐的做法,完全合法。因此,所谓“以厂子统一结帐为由”的说法,纯属主观臆断(见证据 19)。

②黄先生留下 400 美元给丁园,让其代为结算宿费,有多人在场,是在众目睽睽的场合下公开所为,而丁园又是与三联公司办公室财会人员关金颖一块去宾馆结算的宿费。在这种情况下,根本不存在贪污的客观条件(见证据 20)。

③丁园是北塑集团办公室主任,在黄先生来承德时负责接待工作。她接下黄先生留下的 400 美元后,请示商禄如何处理,商禄让她先保存这笔多人知晓的 400 美元,并明确指示要还给黄先生。这完全是正常的工作安排,没有任何理由成为指控商禄贪污的根据。

④更加使人无法理解的是:1990 年 9 月 28 日黄先生才留下这笔钱。9 月 30 日丁园去结算宿费,当天晚上商禄就被捕。

在这总共才历时3天的时间里,商禄既没有拿过这400美元,也没有碰过这400美元,钱一直放在丁园手中,商禄又没有做过要丁园隐匿这笔钱的任何表示。即使按照公诉人的主观推测,假定商禄真的打算贪污这笔钱,至少也得给他一点时间,让他留下作案的证据,并且要以丁园作为共犯。反之,就这样含糊其词,毫无根据地指控被告贪污了400美元,岂不是违背了正常人的思维逻辑?简直是岂有此理!

综上,起诉书对商禄贪污400美元的指控不能成立。

7. 被告以在小金库报销个人借款的方式贪污2510元。

辩护人认为,对于这个问题,起诉书的指控与事实明显不符,在法律上同样没有根据。

①1986年12月至1987年1月,商禄在厂生活部三次借款共2510元确实不假,但借款时出具了借条。这表明商禄借款是公开、合法的行为。

②在1987年上半年决定将生活部的帐与厂财务的帐合并时,由副厂长裴绍成做主,决定将一些单据和借条用小金库款处理。这其中包括商禄的这笔2510元借款和其他人的一些条子。但这件事商禄本人并不知道,事后,裴绍成也没及时告知商禄。这表明,用小金库报销个人借款的事与商禄本人无关(见证据21)。

③直至1989年12月份,在有关部门过问小金库的情况时,裴绍成才向商禄提起这件事。商禄知道后批评了裴绍成,并于事后向厂财务科如数归还了这笔借款(见证据22)。

④起诉书指控,裴将用小金库款为商报销借款的事向商汇报后,“商以等等看为由,未曾还款。直到1989年12月27日商得知承德市人民检察院查询此款后,才将该款还厂财务科。”这一指控是没有根据的。

第一,裴绍成关于此事共有三次证言,一是1990年10月6日,二是1990年10月14日,三是1990年10月18日。这三次

证言前后不一致。有的承认,事后他只向商禄汇报过一次,即只是在1989年底或1990年初的时候去北京时才向商汇报的。这个证词的时间和内容与商禄本人的供述是相一致的。而且裴的这个证词内容详细,语气也比较肯定。有的又承认他曾向商禄汇报过两次,即在1987年市二轻局党委副书记闫德友找过他以后,他“记得向商禄简单说过这件事”。而商禄本人则坚决否认这一点。并且裴的证词本身又是含糊的。这种证词本身就值得怀疑(见证据22、23)。

第二,当时的承德市二轻局党委副书记闫德友证明:1987年他找裴绍成汇报处理这笔帐的问题时,只是向裴指出他处理的不合理,“但没让他立即纠正。这事就这样放下了。并且,事后他也没找商禄谈,也没告诉裴绍成让他和商禄谈”(见证据24)。

以这两个人的证词和商禄本人的供述相互印证,不难得出结论:裴绍成关于曾向商禄汇报过两次的证言显然不具备可信性。

第三,即使在这种不可信的证言中,裴绍成也从未讲过商禄作过任何“等等看”的明确表示。而仅仅是含糊其词地说“大意是再等等看,没有表明怎么处理。大概是这样的情况,具体想不起来了”和“商禄当时的原话我记不起来了,意思是让等等看,也没说怎么处理。”我们暂且不说这种十分勉强的证词是如何形成的,也暂且不去讨论它们的合法性问题。仅就这种凭借分析,猜测而形成的模棱两可的证词本身而言,就不具备起码的真实性、可靠性。所以,起诉书将这一点作为定罪的理由,并且是最主要的理由,显然是毫无事实根据的。

⑤起诉书还以商禄得知检察院查询此款后,才将该款还厂财务科为理由,推断出商禄具有贪污这笔借款的动机。而事实上,商禄不仅已经归还了借款,并且归还的时间是在检察院立案侦查之前。即当裴绍成去北京向商禄汇报此事以后,大约半个

月左右,商禄回到承德时,就立即归还了借款。

更重要的是,在商禄归还这笔借款之前,借条已经转到了厂财务科的帐上,并且,裴绍成还留了复印件。商禄即未抽回借条,也没有人毁掉借条。直到今天,借条的复印件还在检察院手里。留下借条去实施贪污,请问,难道世上会有这么愚蠢的贪污犯吗?既然借条放在厂财务科,借款行为就是手续健全的公开性行为,就不具备隐匿不还的任何可能性。而还款早晚只是一个时间问题。因此,商禄还款的时间与“检察院查询此款”的行为没有必然联系,与贪污犯罪的性质毫不相干。

综上,商禄借款、还款手续合法;借款期间用小金库报销借条的行为是他人所为,商禄得知后即加以纠正,并主动还款。他既无贪污的行为,也不存在贪污的可能性。因此,起诉书对商禄贪污 2510 元的指控不能成立。

8. 被告贪污 10 台柯尼卡照相机款 2050 元。

辩护人认为,商禄身为厂长,用董事津贴购买 10 台相机,作为奖励送给厂领导和中层干部,纯属正常的职务行为。起诉书指控这个行为属于商禄个人贪污是毫无根据的。

①商禄在深圳开展销会时购买 10 台相机是人所共知的公开行为,回厂后将相机分送给副厂长和中层干部也是公开进行的。二者均未采取任何隐蔽手段。

②起诉书认定,商将 8 台相机“分别以个人名义送给厂领导和中层干部”。这种强加于人的指控是毫无任何事实根据的主观臆断。请看事实:

副厂长黄德春证实:“有一天上午,商禄把我叫到他办公室,商说:‘这次深圳开会,我带回几台照相机,给你一台,副厂级的每人一台,为了来客人时用着方便,就不收个人钱了。’”(见证据 25)。

副厂长马亚玲证实:“大约在 1989 年 3、4 月份,商禄从深圳开商品展销会回来。有一天下午,商禄叫裴绍成通知我到他办

公室去一趟。我到商厂长办公室后,商说:‘给你一台照相机’。我问他多少钱,他说:‘不要钱,是这次深圳开会的纪念品’。(见证据 25)。

厂工会主席李汉青证实:“有一天在商禄办公室开会,开完会后,商禄叫我等一会儿。我问他有什么事,他说:‘给你一台照相机’。我问他多少钱。他说:‘等以后收点钱。’”(见证据 25)。

集团办公室工作人员徐丙霞证实:“在 1989 年 3 月底,丁园、李月平他们从深圳开展销会回来,听他们说在那每人发了一台照相机,是会议纪念。北塑集团就我一个人没去,我非常生气。他们在那儿开会能给,我在家也干工作,然后我就找我们厂子的王凤玉书记,把我的想法向他说了。他说别着急,我问一下商厂长。没过几天,有一天下班后,商厂长把我叫到他的办公室给了我一台傻瓜照相机”(见证据 25)。

以上事实足以说明,所谓以个人名义送照相机的说法,如果不是捏造,那就只能是从天上掉下来的。

③商禄告诉黄厂长,这 10 台相机的钱要以董事津贴开支。后来,黄厂长用小金库款报销,商禄本人并不知道(见证据 26)。退一步讲,即使商禄知道用小金库报销了这笔钱,也只能涉及到财务制度问题,而绝不能认定为贪污。因为商禄并未采取侵吞、盗窃或欺骗的方法将这笔钱占为己有。

因此,商禄从深圳购买照相机送给厂领导和中层干部的行为同样也不能构成贪污罪。

综上所述,双桥区人民检察院指控商禄犯有贪污罪的 8 项事实均不能成立,被告人商禄的上述行为不构成贪污罪。

二、关于挪用公款罪

辩护人认为,承德三塑厂指令其下属单位兴塑实业公司与房山区燕山华艺图片社签订“设备转卖协议书”,向其购买彩扩设备的行为,属于法人之间的合法经营活动,不具有挪用公款的性质。理由如下:

1. 签订协议事出有因，商禄的行为是为了维护三塑厂的利益。

在1987年正值三塑厂原料供应极端困难时期，商禄经承德市委秘书长介绍，找到北京向阳化工二厂副总工程师夏××向其求援。在夏××帮助下，北京向阳化工二厂在1987年至1989年之间共为三塑厂解决聚丙烯近3000吨，并与之建立了联营公司——燕承公司。仅这项援助就使三塑厂获利500多万元并解决了20多人的就业问题。更为重要的是，直至商禄被捕之后，向阳化工二厂还继续为三塑厂提供原料。正是出于这种与三塑厂利益悠关的经济协作关系，当夏××提出要三塑厂帮助其女婿杨×卖掉彩扩设备，解决资金困难的请求时，三塑厂购买了杨的彩扩设备满足了夏××的要求。在这项活动中，无论夏××的请求出于何种动机，但商禄的行为完全是为了维护三塑厂的经济利益。

2. 三塑厂购买对方设备的做法虽然具有一定的援助性质，但这种行为是在维护自身利益的前提下实施的。它不仅维持了向阳化工二厂继续向三塑厂提供原料的协作关系，而且在对方急需资金之时，廉价买进了对方急于出让的彩扩设备，并且在对方租用期间收取租金。更为重要的是，这种活动是在双方签订了正式协议，履行了正常法律手续的前提下进行的。双方的关系是法律承认的合同法律关系。这套彩扩设备的所有权和租金追索权至今仍属于三塑厂。而且目前承租合同已经履行，因此，这种合同行为的性质与挪用公款的概念和特征根本不能相容，没有任何理由将其混为一谈（见附件三）。

3. 挪用公款罪是职务犯罪。国家公务人员个人利用职务上的便利私自挪用公款是该罪的本质特征。而三塑厂的上述行为是由领导班子集体研究决定的，而且是经过反复讨论，反复争议，在达成共识以后才形成的原则性决议。在决议形成之后，又授权商禄与其他负责人一起，共同与对方洽谈、签约。

而谈判、签约自始至终都是由副厂长黄德春主要负责的。这种活动，是一种完完全全的法人行为，没有任何理由强加到商禄个人头上（见证据27）。

4. 起诉书指控，“商禄为尽快达到目的又擅自改变原意见”，将联营计划改成设备转卖的方式。且不谈这种指控是否真实，即使如此，这也只是一种合作方式的变通，作为一厂之长的商禄，应当具有这种权力。因为这种变通并没有违背和改变集体决议的基本原则。起诉书还指控，商禄未经买方即兴塑实业公司负责人同意，就指令其在协议书上盖公章。似乎可以以此来说明商禄利用职权，私自进行了上述活动。然而，起诉书却不提另一个更重要的事实，即兴塑实业公司是三塑厂所属的下属单位。很明显，商禄在三塑厂领导班子集体决议形成之后，指示其下属单位执行决议，决不是将个人意志强加于人，而完全是无可非议的正当职务行为。

综上所述，辩护人认为，被告人商禄经过集体研究决定之后，与房山区燕山华艺图片社签订设备转卖协议书，向其汇出设备款12万元的行为是合法的，不能构成挪用公款罪。

三、关于玩忽职守罪

关于起诉书对被告人的这项指控，辩护人实在感到大惑不解。众所周知，玩忽职守罪，是指国家工作人员由于对工作严重不负责任，擅离职守，不尽职责，或者在工作中马虎大意，不正确履行职责义务，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。然而，在商禄从香港购买模具的活动中，根本就找不到上述特征的影子。请看事实：

1. 在购买模具之前，商禄曾派人在国内作考察。结果表明，国内虽有生产这种模具的厂家，但是交货期长、寿命短，并且材质不好，用的是45#钢而不是模具钢。因此，才决定由香港引进。而事实证明，从香港引进的模具所使用的确实是模具钢。

2. 在三塑厂内部经过考察、研究、论证之后，又于1986年2月7日和3月10日以书面形式向承德市二轻局先后呈送了《关于请求准予在香港定制模具的报告》和《关于在香港订制模具呈请外汇额度的报告》。1987年1月14日经河北省经委审核批准，又将该项目列入承德市1986年技术改造计划。

3. 经过内部考察和上级部门同意后，三塑厂又委托中国机械进出口公司北京分公司与港方正式签订了内容详尽的购销合同，并且在合同中明确规定了各方的违约责任。

以上三点，足以表明商禄进行该项活动时的负责精神和慎重态度。

4. 当对方违约，延期交货和模具质量不合格的事实发生后，商禄采取了一系列补救措施，多次请对方派人来调试、维修设备，请求有关部门进行技术鉴定，向对方要求索赔，直至对方同意出钱在北京另行定做模具。这一系列行为，表明商禄在这个问题上一直是忠于职守，认真负责的（见附件一）。

5. 港方同意出钱在北京另行定制模具后，由于没有人民币，请求三塑厂先行垫付83000元，并且出具了正式借据。为了尽快得到模具投入生产，商禄请示局领导并得到同意后，才同意先行垫款（见证据28）。

6. 从香港引进的模具，经过进一步调试，后来已经投入使用，并且取得了较好的效益。

以上大量事实充分证明，在这项购买模具的经济活动中，虽然由于港方的违约事实，在客观上使三塑厂蒙受了一定的经济损失。但在这项活动的整个过程中，商禄却始终尽心尽力，忠于职守，他先有考察、论证，后有请示、汇报，对方违约后又积极采取各种补救措施，以求减少损失。没有任何玩忽职守的行为表现，也没有造成法律所要求的严重后果。即使退一步讲，这种行为充其量也只能是一种经营活动中的决策失误而

已。如果这种情况也能算作是犯罪，那么，不知有多少个企业领导人将会因对方的违约行为而陷入牢狱之灾！而这样做的结果，无疑是对企业正常经营活动的干扰和严重破坏！是对法律的亵渎！

四、关于毁灭公文、证件罪

辩护人认为，起诉书对于被告人犯有毁灭公文、证件罪的指控，事实不清，对象不符，缺乏法律依据，混淆了违反财经制度行为与犯罪行为的界限。

1. 起诉书指控，商禄授意主管人员烧毁小金库单据 30 多万元，事实究竟如何？

第一，在决定小金库单据是否烧毁的问题上，说法始终不一致。有人说会上研究时决定烧毁，而商禄本人则始终坚持说，他的意见是对外说烧毁，对内不烧。商禄的这种说法不无道理，因为他作为企业的一把手，对于小金库的开支情况负有监督责任，应当心中有数。

第二，既然在多次会议上都决定要烧毁小金库的单据，商禄也积极坚持烧毁，为什么事实上却没有全部烧毁？为什么又偏偏留下商禄等少数几个人经手的一部分单据没有烧毁？这个事实可以说明两个问题：①烧毁 30 多万元的小金库单据到底是真是假？究竟烧毁了多少？这个情况至今还是一个谜！②如果真如起诉书所说，烧毁单据是商禄授意，那么，就只会存在两种可能：要么全烧，要么全都不烧。因为从来没有一个证明过，商禄授意要烧一部分，留一部分，尤其是让把他自己经手的条子保留下来。这一点进一步证明，小金库单据烧与不烧的真正权力，并不掌握在商禄之手。

2. 无论小金库的单据是否真正烧毁，其决定都是集体研究、集体决定、集体签名的。这一点已经无可非议（见证据 29）。然而，毁灭公文、证件、印章罪却只能是个人犯罪，并不追究法人的刑事责任。在这种情况下，即使追究责任，也应

当追究直接负责的主管人员和直接责任人员的责任。而商禄既不是主管财务的厂长，又不掌握处理小金库单据的实权。又有什么理由成为主要的追究对象呢？可是，起诉书却置他人于不问，将一切责任都统统加到商禄的头上，显然是没有法律根据的。

3. 根据《刑法》第 167 条的规定，毁灭公文、证件、印章罪的对象只能是公文、证件和印章。其中，公文是指以国家机关、企事业单位、人民团体的名义制作，用以联系事物、指导工作的书面文件，例如：指示、决议、命令、请示报告等等。证件，是指由有权制作的机关、单位、团体颁发的，证明身份和权利义务关系或有关事实的凭证。例如：工作证、身份证、营业执照、结婚证等等。而小金库的单据，却显然不能包括在公文、证件的范围之内，不属于本罪的犯罪对象。

4. 《中华人民共和国会计法》第 26 条规定：“单位行政领导人、会计人员和其他人员伪造、变造、故意毁灭会计凭证、会计帐簿的，给予行政处分；情节严重的，依法追究刑事责任。”请注意，所谓会计凭证，《会计辞典》解释为：“用来记载经济业务的发生，明确经济责任，作为记帐根据的书面证明。通过会计凭证的填制和审核，不仅可以保证帐簿记录的真实可靠，而且可以检查各项经济业务是否合法、合理，促进有关单位贯彻执行国家的方针、政策、法令、制度和计划，维护财经纪律。”而小金库的资金，则是违反财经纪律，不合法的开支，未纳入财务收支管理的帐外款和非法支出。很显然，《会计法》所保护的是财会工作的正常活动，而小金库则是本应依法取缔的帐外不合理开支。由于设立小金库本身的不合法性，使得小金库的白条子，不能进入会计凭证。因而它不是会计凭证。它与《会计法》所规定的会计凭证、会计帐簿在性质和法律地位上完全不同。因此，根据《会计法》的规定，小金库的单据同样不能成为毁灭公文、证件、印章罪的犯罪对象。

5. 小金库的出现和存在，是在改革、开放这一特定条件下出现的新问题，在国家机关和企事业单位中具有相当广泛的普遍性。为了整顿财经纪律，彻底解决好小金库问题，国务院于1989年11月14日正式发出了《关于清理检查“小金库”的通知》。11月17日，财政部、国务院税收、财务、物价大检查办公室又作出了贯彻落实《国务院关于清理、检查小金库的通知》的具体规定。《通知》和《规定》明确指出，私设小金库的性质是违反国家财经制度，并且对于清理、检查小金库的方法要求和政策原则等作出了具体规定。根据这些规定和承德市的要求，三塑厂已经对小金库进行了彻底的自查自检并接受了市税务局联合检查组的复查，于1989年12月30日呈交了《关于清理、检查小金库工作的报告》。报告中有检查、有认识，并且如实汇报了小金库资金来源和支出的具体情况。承德市有关部门也对三塑厂的小金库问题作出了具体处理（见附件二）。

以上情况说明，既然国务院已经对清理检查小金库问题作出了专门规定，就应当按照国务院的规定来处理小金库问题。而在国务院的规定中，除了发现有个人贪污等触犯刑律的行为以外，并不要求移送司法机关作犯罪处理。承德市税收、财务、物价大检查办公室于1989年10月9日发布的《关于清理“小金库”的紧急通知》也只是规定，对于“利用小金库手续不健全进行贪污的，要依法惩处”。更为清楚的是：国务院《规定》第3条第2款第3项明确指出“为有利于开展清理和检查工作，自国务院《通知》发布之日起，小金库资金一律停止支付。如有继续支付、转移资金、将帐内资金转作帐外销毁帐目、凭证、记录的，要从严处理。”这一规定已经十分明确地划定了清理小金库时处理销毁帐目、凭证、记录行为的政策界限：

第一，该款所指的“将帐内资金转作帐外销毁帐目、凭

证、记录”，无疑是指将帐内资金转作帐外后销毁那些原有的会计帐目、凭证、记录，而并不是那些根本就无法入会计帐的小金库的帐目、凭证、记录。

第二，该款所指的支付，转移小金库资金，销毁上述凭证的行为，必须是在国务院《通知》发布后，有禁不止，继续进行的。《通知》发布之前所实施的上述行为，也不属于该款规定的范围。

第三，即使对于触犯该款规定的行为，也只是要求从严处理，而并未要求移送司法机关作犯罪处理。

综上，即便是三塑厂经过领导班子决定后烧毁了小金库单据，那么，首先，他们烧毁的不是上述规定中所指的特定对象，其次，他们烧单据的行为不是在国务院《通知》发布后继续实施的。因此，这种行为连国务院《规定》第3条第2款第3项所要求的“从严处理”的严重程度也尚未达到。在这种情况下，追究商禄个人刑事责任的法律依据又从何而来呢？难道国务院的规定没有法律效力吗？

根据上述理由，辩护人认为，起诉书对于商禄犯有毁灭公文、证件罪的指控，不仅事实不清，对象不符，而且明显缺乏法律依据，无论依照我国《刑法》、《会计法》，还是依照国务院关于清理检查小金库的《通知》和《具体规定》，都没有理由追究商禄的刑事责任。因此，起诉书对商禄犯有毁灭公文、证件罪的指控不能成立。

综观全案，辩护人认为，承德市双桥区人民检察院对于商禄包括11项具体犯罪事实的前述四种犯罪的指控，事实不清，证据不足，适用法律不当，因此，统统不能成立。被告人商禄无罪！

在此，辩护人还要着重指出一个十分重要的问题：

根据我国《刑法》规定，犯罪的本质特征是行为人的行为具有法律要求的社会危害性。而根据对本案的调查和审理，可

以充分说明，被告人商禄的行为并不具备这一本质特征，这正是考查和确认本案性质的关键问题。

首先，被告人商禄作为承德市第三塑料厂厂长和中国北方塑料编织工业集团总经理，在建立、发展三塑厂和北塑集团的过程中做出了巨大贡献，被评为河北省劳动模范。由于他的不懈努力，使北塑集团迅速发展成为在全国 500 家大集团公司中排列前 121 名，在国内外建立各种横向联合关系，具有一定国际影响的联合企业，这些成绩，是有关部门和群众有目共睹的。

其次，商禄在工作中确实犯有一定的错误，但这种错误主要是在改革的尝试中出现的，应当加以客观的分析，不能混淆罪与非罪的界线。

当前，我国正处在经济体制改革的条件下，在经济体制改革不断深入和不断探索的过程中，由于新旧体制的交错和变更，许多新的问题和难题会不断出现，这些难题正是通过改革者的大胆尝试和不断实践才逐步得以解决的。因此，改革者的道路不仅是曲折的，而且是艰难的。党中央一再提倡、鼓励要加大改革的步伐，要在改革的道路上勇于创新，大胆尝试，并要求我们正确对待改革过程中出现的错误和失误，严格掌握好政策的界线。

本案的全部事实表明，商禄作为一个具有改革精神的优秀企业家，在取得了巨大成绩的艰苦创业的道路上，确实也出现了一些这样那样的错误和失误。但这些错误和失误主要是在特定的背景和条件下出现的，并不具有法律所要求的社会危害性。

例如：在小金库的问题上商禄确有错误，但是，小金库出现的背景是人所共知的，问题的关键是，商禄并未利用小金库去贪污公款，满足私欲，而是在特定经济环境的迫使下不得不以此来求得企业的生存和发展。更值得我们注意的是：中央有

关部门在清理、检查并取缔小金库的同时，已经调整了财经政策，将过去企业只能以小金库开支的一些必要经费纳入了合法的轨道，据了解，三塑厂取缔小金库后，被允许花销的同类费用每年就可达10万元左右，这一点充分证明，小金库中的一些经费开支在当前条件下确实具有一定的不可避免性。正因为如此，中央在处理小金库的问题上，才持以慎重态度，并做出专门的规定，而法律也没有规定对小金库问题追究刑事责任。

又如，在重复报帐和台商黄××结算宿费的问题上，商禄也确有失误，至少可以说明商禄在对待报帐问题上不够认真，不够慎重。但是分析这种失误不能脱离当时的背景和商禄本人的具体情况，商禄每天忙于企业的事务，一年中又有300多天出差在外，连自己的家事都置之度外，如果要求他事无巨细，不能出现一点差错，对一个年近60岁的老人来说，显然是一种过分的苛求。他确实重复报销了补助费，但也确实有少领补助费的时候，这足以证明他对报帐天数的问题并不完全清楚。然而，公诉人却在没有任何充分证据，证明被告人具有骗取公款的主观故意的情况下，仅仅以重复报销的客观结果，就认定被告人犯有贪污罪，完全是一种违背法律的客观归罪。

综上，只要站在客观、公正的立场上来分析本案，就会发现，本案中的种种罪名，要么是不加分析的客观归罪，要么是凭借办案人员的主观推定，唯一缺少的，就是法律规定的犯罪构成要件，就是证明被告有罪的充分证据，就是被告人行为的社会危害性。

这样的指控显然是不能成立的！

公诉人应当清楚，我国刑法的主要任务之一，就是保护改革，保护四化建设的顺利进行。那么，对于商禄的指控，是否符合刑法任务的要求呢？

对于商禄这样一个勇于改革、努力工作的企业家，本应以

肯定成绩、纠正错误的正确方法加以对待，使他扬长避短，在经济建设中为国家做出更多的贡献，然而，承德市检察机关却在缺乏基本证据的情况下，以有罪推定为前提，先入为主，不顾客观事实，不顾法律规定，不惜花费大量人力物力，不惜强行划拨北塑集团在经营活动中可以发挥重大作用的30万元巨款，以一年多的侦察，一年多的羁押，以一些无法成立的罪名，反反复复地提起公诉，甚至将已经法院判决不予认定的事实和经检察机关反复侦查已经自行否定的罪名，又重新拿出来，提起公诉，这种做法究竟是保护改革，还是妨害改革，难道不应当引起深思吗？

由于商禄的被捕和羁押，三塑厂的生产受到影响，北塑集团人心涣散，濒于解体，好几个中外合资项目中外商正在陆续撤回资金，有的外商甚至误解商禄的被捕与政治原因有关，失去了在大陆投资的信心。这一系列经济损失和政治影响，究竟是促进了改革，还是影响了改革？难道不应当引起重视吗？

回顾本案侦查和审理的前前后后，辩护人认为，检察院的有关办案人员在对本案的侦查、起诉工作中，违背了以事实为根据，以法律为准绳的基本原则，态度是不够严肃的。这种态度是不利于对本案进行正确审理的。也是不符合刑法任务要求的。

为此，辩护人诚恳地希望：任何一个法律工作者，都应以国家利益为重，以改革大业为重，以法律的原则为重，公正、慎重地对待本案。

最后，希望法庭在查清事实的基础上，依法对本案作出公正的判决。

辩护人：北京市侨务律师事务所律师 许玲斐

北京市第六律师事务所律师 田文昌

1992年3月4日

▼
▼
▼
▼

张某贪污、受贿、流氓案

案情简介

张某，原辽宁省某市轻工装饰工程公司总经理，毛纺制品厂厂长。

起诉书指控张某在 1988 年至 1990 年任职期间，利用职务之便贪污公款 11 笔，总数额 51867 元；受贿 3 笔，总数额 20100 元及金戒指 2 枚；并因流氓斗殴构成流氓罪。

一审判决认定，张某贪污总数额为 20770 元；受贿总数额为 6790 元；同时构成流氓罪。以贪污罪判处有期徒刑 8 年，以受贿罪判处有期徒刑 3 年，以流氓罪判处有期徒刑 2 年。数罪并罚执行有期徒刑 12 年。

二审判决否定了受贿罪，减少了贪污罪的总数额，以贪污罪和流氓罪二罪并罪，合并执行有期徒刑 7 年零 6 个月。

一审辩护词

审判长：

合议证：

我们接受被告委托，受陕西第四律师事务所和北京市第六律师事务所指派，担任××市人民检察院指控张某犯有贪污、受贿和流氓等罪一案的辩护人，出庭为被告张某辩护。通过查阅案卷，会见被告人和调查取证，特别是经过法庭调查和对本案部分证人证言进行当庭质证之后，认为本案在事实、证据和侦查程序方面均存在严重的问题和许多疑点。现提出具体辩护意见如下：

一、关于贪污罪

针对本案的具体情况，辩护人认为，首先，被告人被指控的问题，大部分属于在改革中出现的政策界线上的失误和违反财务制度的问题。由于承包、租赁企业的特殊性质，被告人管理经验不足，造成财务制度混乱。为了救活企业，他又采取了一些超出常规的变通做法，因而导致了一系列违反财政纪律的错误。但是，这些错误与故意侵吞公共财务的贪污行为具有完全不同的性质。必须划清这些错误与犯罪的界限。其次，起诉书中指控的问题，许多是在帐目没有结算或结清的情况下提出的。然而，众所周知，一般来说在没有结帐的情况下，是不能证明行为人具有贪污事实的。其三，被告人在公款开支上比较随便，甚至有挥霍之嫌。但是，这些行为也不能与贪污罪混为一谈。本案起诉中失误的要害之一，正是将上述错误与贪污罪的界限相混淆。

下面分析起诉书指控的具体事实：

1. 关于从宋××手提取现金 16507.24 元占为己有的问题。

(1) 宋××的证词前后矛盾，不能自圆其说；在当庭质证中，进一步暴露了其证言的虚假性。

(2) 宋××提取现金不入帐的共有 77 笔，付转帐支票不入帐的还有几十笔，其总额远远超出了认定被告贪污的数额。

这些问题应当如何理解？公诉人无法解释。

(3) 如果确是被告人经常指使宋××这样做，为何年终被告还要会计对帐？而会计却对这一情况一点都没有察觉？

(4) 宋××证明自己是受被告人指令，不得不这样做。然而，受过会计业务培训的宋××，却在付钱时不留任何依据，连支票存根都全部给了被告。这种做法根本解释不通。

(5) 宋××声称将钱给了被告，当然负有举证责任。但是，宋却拿不出任何证据，如何能认定是被告贪污？

(6) 在1990年6月，当被告被捕后，宋××仍有提款不入帐的行为发生。

以上情况足以说明，目前，谁是贪污这笔公款的真正罪犯，还是一个很大的问号。因此，仅凭宋××的证言来认定被告贪污这一笔公款，是明显缺乏根据的。这项指控不能成立。

2. 关于侵吞杜桂琴卖短纤款 5000 元的问题。

(1) 被告从未否认拿过这 5000 元。

(2) 这 5000 元去向明确：被告用以支付了处理交通事故中的花销。理由很清楚：

a. 一次重大肇事，花费一万多元十分正常，并不算多。

b. 处理此次事故时，毛毡制品厂帐面无钱可支，没有出过一分钱。这一事实可以证明被告人的供述真实，证明被告没有将这一笔钱占为己有。

3. 关于侵吞张宗禄卖横机款 5000 元的问题。

(1) 被告坚持只拿了张宗禄 500 元。这一供述合乎逻辑，而张宗禄称给被告 5000 元的说法不能成立。理由很明显：

a. 起诉书认定的几种价格本身就自相矛盾。起诉书第四项犯罪事实中认定每台横机价格为 1350 元；第五项又认定为卖给张宗禄的是 1800 元，而实际上被告卖给田吉亮的又是 880 多元；每台横机的原价又是 4000 元。到底以哪个为标准？作价的根据又是什么？

b. 张宗禄是被告单位卖横机的联系人，又为被告单位做过贡献，明知卖给田吉亮的是每台 880 多元，而自己却情愿花 1800 元，这种违背常理的做法无法作出解释。

c. 张宗禄讲：取横机时，刘萍单独去找被告要求抹去 400 元，而刘萍却证明：刘与张一同去找被告要求抹去 400 元。这两个人的证词相互矛盾，不能成立。

(2) 被告收到 500 元后，将其用作招待费，没有占为己有。

因此，指控被告侵吞卖横机款 5000 元的事实不能成立。

4. 关于侵吞田吉亮买 34 台横机款 5290 元问题。

(1) 被告取得田吉亮买横机款 38000 元后，大部分用于厂内各项开支，剩余 8000 多元，均用于去上海、常熟出差费用。

(2) 去上海出差时，被告交给孔凡志一笔费用 5000 元，孔凡志给被告出具了欠条，说明该 5000 元在孔凡志之手，与被告无关。

(3) 在侦查机关的压力下，孔凡志后来又否定原来证言；声称出具的欠条是假的，否定原来收到 5000 元的说法，这种说法不能成立。

a. 出具欠条，即已形成民事法律中的债务关系，受到法律保护。

b. 孔凡志是债务人，被告为债权人，在此种已形成事实的债务关系发生纠纷时，债务人负有举证责任。孔凡志仅以口头否认不能推翻原始书证。

c. 孔凡志证言有诈，因此，虽经法庭传唤，孔凡志始终不敢出庭质证。

综上所述，指控被告贪污这一笔款项毫无根据，纯属主观推定，不能成立。

5. 关于被告侵吞邵刚交出的 4300 元问题。

(1) 兰鸟车肇事属重大车祸，被告为减轻对邵刚处罚，四

处活动。在厂里资金十分困难的情况下，让邵刚本人出一些钱，完全在情理之中。

(2) 被告用该款 4300 元给他人送礼，确有其事。后虽被退回，仍可证明其使用该款的本意。

(3) 被告并不知道邵刚借用了公款，借用公款系邵刚私自所为。贪污罪是故意犯罪，在不知是公款的情况下，即使是占用，也不属贪污性质。

(4) 事实上，该款并未被被告个人侵吞，仍然用于其他开支。公诉机关也并未提出任何证据证明被告侵吞了这笔款项。在此问题上，请法庭计算一下车祸中所发生的各项开支总额。有花销必有来源。在此次车祸中，仅被告个人就花费了数千元。一方面个人垫款，一方面又贪污公款，这种现象无法解释。

因此，该项指控仍不能成立。

6. 关于侵吞赵长锁盘圆款和卖铁罐款 5000 元的问题。

(1) 卖盘圆款 3000 元去向明确，用于汽车肇事开销。

(2) 铁罐的所有权并不属于毛毡制品厂，处理权在郭新。且事实上，郭新在此之前已经处理了一个铁罐。

(3) 事实上，被告并未得到卖铁罐款 2000 元；

a. 赵长锁的盘圆共为 3.6 吨，价值为 5000 元，毛毡制品厂副厂长杨长河为厂长办事占用了一吨，被告责成韩林卖掉了 2.6 吨。因此，毛纺制品厂应欠赵长锁盘圆款 5000 元。可见，起诉书认定赵卖罐得款 6000 元，留下盘圆款 4000 元，将余款 2000 元交给被告一说自相矛盾。赵长锁并非不会算帐，为何甘愿少得 1000 元？

b. 赵长锁卖铁罐的起因，是因郭新卖掉了赵长锁的电缆线，赵以卖铁罐所得弥补其电缆线的损失。所以，卖铁罐款与盘圆款是不相干的两回事，二者没有联系。

c. 赵长锁给被告 2000 元，确属求被告为其办理驾驶执照

用的，与卖铁罐的事无关。

(4) 被告后来偿还赵长锁盘圆款 5000 元，进一步证明被告与赵长锁之间关于盘圆的债务关系是 5000 元而不是 4000 元。

可见，被告侵吞卖掉赵长锁盘圆款和赵长锁卖铁罐款合计 5000 元的事实根本不存在。

7. 关于侵吞吴国荣卖呢子款 5000 元的问题。

(1) 被告给仓库保管员开据了出库单，卖呢子是公开行为，手续齐全。

(2) 被告留下 5000 元作为出国费用，已经告知邵刚。

(3) 虽然邵刚不承认知道此事，但是，被告给吴国荣写了 1 万元的欠条，又当着吴国荣的面，给了副厂长王洪奎 5000 元，而留下 5000 元。说明被告一切行为系公开所为，没有贪污的故意和准备。

(4) 因呢子价格没有最后确定，销路状况也难以预测，所以，吴国荣所付的 1 万元是押金，而不是货款（此点王洪奎已经出庭作证），即二者之间还没有结算。因此，被告尚不具备贪污这笔公款的客观条件即客观可能性。

(5) 被告留下的 5000 元确已用于出国前在广州等地的出差费用，且与回来后报销的数额相符。

(6) 被告出差返回后，在装饰公司报帐 1 万多元，而被告原欠装饰公司也是 1 万多元，二者虽然相抵，但被告在装饰公司原借款中，有 5000 元已经偿还了赵长锁的盘圆款。此数又恰好与卖呢子款 5000 元相抵。因此，被告将此 5000 元用作差旅费事实清楚。

(7) 被告卖呢子的动机明确，就是因出国急需用钱。这一动机进一步证明被告将此款用于公出的目的明确。

因此，起诉书指控被告贪污该款 5000 元的事实不能成立。

8. 关于被告侵吞卖鸡笼子款 1200 元的问题。

(1) 被告先以私人款 1500 元垫付修车费，后来留下卖鸡笼子款 1200 元抵帐，并未占有公款 1200 元。

(2) 王洪奎虽然证明 1500 元不是被告所垫付，而是经王洪奎手支付的公款，但是，王洪奎却不能出据任何证据。

(3) 王洪奎声称给了被告 1500 元，王洪奎负有当然的举证责任。在王不能举证的情况下，不能认定被告取得了这笔钱。

因此，认定被告侵吞该款 1200 元是没有根据的。

关于其他几项贪污事实，不仅证据本身自相矛盾，而且许多证人都与被告是利害关系冲突人，而被告本人又坚决否认。更值得注意的是，许多证言一经法庭当庭质证就明显发生变化。这充分说明，这些证言是经不起质证的，缺乏真实性。在此事实不清，证据不足并且证据内容十分混乱的情况下，如果没有新的扎实的证据加以佐证，也同样不足以认定。

此外，辩护人向法庭提出一个值得重视的问题，即关于本案中证据的使用问题。辩护人发现：在本案中相当一部分证据都属孤证。

例如：

关于张宗禄买横机价格为 1800 元问题系张宗禄一人孤证（虽有刘萍等人旁证，但这些旁证也是源于张宗禄一人之口）。去上海出差的 5000 元花消问题，系孔凡志一人孤证，且是以事后证言否认其亲自出具的原始书证；邵刚筹借公款 4300 元问题，系邵刚一人孤证；卖鸡笼子款 1200 元问题，系王洪奎一人孤证；宋××向被告交付现金问题，系宋××一人孤证，等等。这种现象说明：

(1) 凭这些一对一的证言认定被告有罪，证据不足。这种做法意味着，似乎任何人只要指控被告贪污、受贿均可成立，而不需要任何旁证。这完全违背我国《刑事诉讼法》的基本原则。

(2) 为何这些证人同被告发生经济往来时都是单独进行的，为何凡是单独往来时被告都实施了贪污行为？联系起来看，这正是本案中的一个重大疑点。

(3) 在宋××等人声称交给了被告钱而又没有任何凭证的情况下，公诉人就不容置疑地认定被告一定接受了这些钱；而当被告坚持声明给了孔凡志 5000 元钱且又有书面借据的情况下，公诉人却仅凭对方当事人的口头否认，就武断地认定被告人一定没有给钱。这种一面倒的认定方式不仅背离了我国《刑事诉讼法》中运用证据的起码原则，也违背了正常的思维逻辑，岂有此理。

二、关于受贿罪

1. 关于受贿李克林 1.5 万元问题。

(1) 李克林和刘丽的证言均与被告供述相符，15000 元属朋友之间借款，且事后李克林又找被告索要过这笔钱。

(2) 被告与李克林平时关系十分密切，密切到“说借都感到不够意思”，只能以“拿”来表达“借”字的含义的程度。

(3) 李克林承包香滨湖酒店并未受益，而且预先已经知道不能受益。

(4) 李克林即使具有部分行贿意图，也从未向被告表明过，被告本人并不知道。

(5) 李克林前后十几次证言矛盾相当多，但当庭质证时比较客观，充分反映了侦查人员违法取证的后果。

因此，指控被告受贿 1.5 万元纯属强加于人。

2. 关于受贿肖伟的金戒指和 2000 元问题。

(1) 肖伟证实，与被告是朋友关系，“我们挺好”，“他也认识人多，将来求他好办事”，“他去美国肯定带回来几件东西，我拿几件就行了”等等。

(2) 肖与被告确系朋友关系。

(3) 换车交易是等值交换，肖伟并未取得额外好处；所

以，戒指与换车并无必然联系。2000元钱系肖伟带给被告出国时用，且本人另有所图。

因此，这种关系显然也不是受贿。

3. 关于受贿吴国荣戒指问题。

(1) 吴与被告也是朋友关系。

(2) 吴国荣证实，这个戒指“张并未明确要，我也未明确给，就是戴几天。”

这种关系也同样不能认为是受贿。

综上，被告平时朋友很多，哥们义气思想浓厚。将这些朋友之间的正常交往与被告的职务行为人为地牵到一起，属于牵强附会的主观推定，是没有根据的。

4. 关于受贿田吉亮的1000元好处费问题。

被告接受了田吉亮1000元，但并未个人占有，而是用于招招待费。这种情况自然也不能认定为被告受贿。

三、关于流氓罪

1. 在此事件中双方各持一词，而被告一方并未主动侵害对方。

2. 被告没有动手参加殴斗，更不能证明被告具有教唆、指使行为。

3. 此事事出有因，被告事先并无聚众的故意，亦没有流氓斗殴的思想动机，整个事件属一般殴斗性质。

4. “流氓罪”必须以“情节恶劣”为要件，而被告在整个事件中均不属情节恶劣。

5. 据了解，参与殴斗者中确有流氓成性者，而且已被判刑，但决不能因此而认定并未参加殴斗，也无教唆、指挥行为的被告也构成流氓罪。

因此，起诉书指控被告犯有流氓罪不能成立。

四、关于程序问题

检察机关的办案人员在侦查过程中采取了一系列违法手

段，这些违法行为严重地影响、干扰了本案的正确审理。

1. 搜查不合法。

在搜查装饰公司被告办公室时，没有提供搜查记录，致使在搜查物品中涉及的一些重要书证，至今下落不明，严重妨碍了案件的审理和取证。

2. 大量证据没有人卷，形成了卷中证据材料几乎一面倒的不正常现象，使法庭和辩护人无法对于证言进行全面质证，致使现有证言缺乏可靠性。

3. 有的证人竟被反复询问十几次之多，在询问时经常以逮捕、送看守所、抓小辫子等相威胁，使证人产生了严重的心理压力，甚至使有些人不敢出庭作证或者不敢纠正违心作出的伪证据实陈述，这种做法严重地影响了证据的客观性。

4. 更为严重的是，在侦查过程中，对被询问人反复、连续地采用逼供、诱供、指供的非法手段，甚至使用电警棍进行残酷刑讯。不仅给被询问人造成肉体上、精神上的极大痛苦，而且影响了口供和证据的真实性。这些证据不具有合法性，不能作为定案的依据。

5. 更使人不能容忍的是，在法庭审理过程中，检察院的办案人还继续公然威胁被告人，不让被告人当庭揭露其刑讯逼供的行为；并对证人实行暗中威胁，致使有些本来愿意出庭作证的证人临阵退避，妨碍了法庭的质证调查。

辩护人不得不严肃地指出，检察机关办案人员在侦查过程中的违法行为已经引起了严重后果。妨碍、破坏了法庭审理。并因这种人为的因素，造成了各种证人、证言的变化不定和相互矛盾，使本案变成了一起无头案。

对于这些严重违法行为，请有关部门予以高度重视，查明情况，严肃处理。

最后，希望法庭在合议时充分考虑到上述情况，注意到证据的合法性和真实性问题，在分析认定事实时持高度慎重的态

度，依法秉公作出判决。

辩护人：陕西省第四律师事务所律师 解士彬

北京市第六律师事务所律师 田文昌

1992年4月9日

二审辩护词

二审合议庭审判长并审判员：

我们接受本案上诉人张某委托，受北京市第六律师事务所和陕西第四律师事务所指派，担任上诉人的二审辩护人。根据本案卷宗材料，会见上诉人，特别是调查取证的结果，进一步认为一审判决在认定事实、采信证据和侦查程序方面确实存在严重问题。现谨就本案一审判决提出如下二审辩护意见：

一、关于贪污罪

1. 一审判决认定上诉人张某于1988年10月间将杜桂芹送交的销售10吨晴纶短纤维指标加价部分5000元私自留用。此项认定不符合事实：

(1) 10吨短纤维是原价出售的，买方是以委托杜桂芹送交汇票的方式支付的货款，毛纺制品厂财务科按杜要求先进帐又立即以支票形式原数支付给化纤厂，并未加价出售；

(2) 杜桂芹交给张某的5000元现金，显然属于“好处费”性质，并非货款或企业利润；

(3) 张某收受此5000元“好处费”，用以扣还此前的垫款。1988年9月由当时副厂长邵刚驾驶的公司轿车发生交通事故，造成两人死亡、汽车报废的严重后果，处理如此严重的交通肇事，需用大笔款项，当时公司与工厂均无现金可支，作

为公司总经理张某只好设法到处凑钱和自己垫支，包括处理善后在内，整个交通肇事事件花掉 12000 元，其中以唐亮亮（死者遗孤）名义存入银行的 5000 元抚恤金就是张某用自家款垫支的，张某收留杜桂芹送交的 5000 元现金，正是扣还此笔垫支，并非“私自留用”。

证明材料：杜桂芹证词、陈永光书证、唐亮亮银行存折、张某写交书面材料及公司与工厂帐簿（经查证，两家帐本均未查出有此项 5000 元支出）。

2. 一审判决认定张某于 1989 年 1 月用公司公款购回汽油 2 吨，用以换得张宗禄 6.76 克金戒指 1 枚私吞。情况属实，定性有误：

此事发生在 1988 年末至 1989 年初，当时恰逢抚顺市轻工局下达红头文件宣布承包兑现奖获得者名单，张某个人将得到 6800 元承包奖，但鉴于企业当时资金困难的实际情况，又担心以后政策变化，他未领取现金，却采取了用汽油换戒指的变通办法。这显然违反财务纪律，但尚不构成贪污罪，因为缺少贪污罪的直接故意。

3. 原判认定上诉人于 1989 年 2 月又用工厂价值 1350 元的编织机一台换取张宗禄重 5.98 克的另一枚金戒指。情况属实，但不构成贪污罪，因为金戒指用于奖励对公司和工厂有贡献的市政府车队队长任海，主观上缺少贪污故意，客观上也未将戒指据为己有。

4. 原判认定上诉人张某占有毛纺制品厂处理编织机价款 5000 元。此项认定与事实不符。

1989 年 4 月张宗禄听说毛纺制品厂要处理编织机，便介绍沈阳田吉亮来厂洽购，上诉人认为当时工厂资金紧张，确需钱用，但不知该批编织机本厂是否还能使用，遂召集副厂长王洪奎、综合分厂厂长刘萍等人商议，一致认为零件短缺，不能使用，遂决定处理，并请田家三人（田吉亮、田母和另一人）

及张宗禄、保管员小褚等人同去仓库看货。当场商定：一堆一块全部买走，不能挑选，计价 28000 元，田家回沈阳取钱。此时张宗禄串通刘萍（当时编织机由综合分厂管理并置于该分厂仓库内）及仓库保管员小褚三人做了手脚，从已卖给田家的一堆编织机中取出三台藏到退休工人宿舍张宗禄床下。待田家三人来厂交钱提货时，发现仓库编织机有人动过，上诉人询问时刘萍否认，田家虽表示怀疑，但最终还是将货提走。数日后张宗禄以老职工、贡献大、又帮助推销设备、如今即将离厂为理由，要求厂里低价卖给几台编织机，以示照顾，上诉人表示同意，张宗禄将一台给沈阳毛纺二厂离休副厂长王景富，两台自己留用，后两台共给 500 元，上诉人考虑到货已卖给田吉亮，货款也已收回，此三台是从田已付款的货物中提出，厂里不但无损失，反而多得一笔货款，何乐不为，遂收下 500 元货款，交职工食堂为职工谋福利了。至于判决认定张宗禄以每台 1800 元买走三台，并交给上诉人 4000 元货款，所欠 1400 元后又经刘萍说情免去 400 元，余下 1000 元由刘萍受张宗禄委托去他宿舍从王景富副厂长手中拿到现金并亲手交给上诉人，实际并无此事：

(1) 张宗禄明知田吉亮是以每台 800 多元的价格买的编织机，自己却愿花 1 倍还多的价格去买同样的东西，显然不符合生活逻辑。尽管田吉亮是成堆全部买下，无挑选余地，张宗禄和王景富本想进仓库挑选好些的，但被保管员制止，货物还是从货堆的最上层任意拿的，也未挑成。事实证明，他们买去的编织机质量也相当差，王景富又花 600 元修配，才勉强可以工作。

(2) 张宗禄是介绍人，应该说对买卖双方都有所贡献，田吉亮原打算酬谢他，厂方自然也有回报之意，结果却恰恰相反，张宗禄非但未得到任何回报，反而花高于被介绍人 1 倍以上的价格买到同样的东西，也不符合人情常规。

(3) 张宗禄是在田吉亮看过货并与工厂商定价格后，通过综合分厂厂长刘萍与仓库保管员小褚，从仓库暗中提出3台藏到自己床下的，所有权虽然尚未转移，实际拿的是田吉亮的货物，张宗禄明知上诉人了解此情，价款已由田吉亮支付过，此3台卖多少钱均属额外收入，在此情况下张宗禄反以高价买进，岂非怪事！据辩护人得知，张宗禄一贯爱占便宜，例如沈毛二厂原副厂长王景富（当时也在毛纺制品厂协助工作）是在张宗禄鼓吹下买那台编织机的，他对王说，抚顺毛纺制品厂要处理编织机。每台只要1800元，市面上要3000多元，划得来，王分两次交给张1800元，“厂里减收400元”一事也未告知王，有些零配件也未给王。从王景富一台机中还要赚钱的张宗禄，用高价购买的可能性微乎其微，甚至可以否定。

(4) 王景富断然否认刘萍曾去张宗禄宿舍找自己取1000元所欠货款，自己也从未交给过刘萍1000元，甚至根本不知道两台机少交400元之事。他从未见过刘萍。足见刘萍证言是有意编造的。

(5) 编织机单价1800元最初只有刘萍和王景富知道，他俩都说是听张宗禄说的。

由此可见，上诉人贪污编织机款5000元一事，证据不足，且互相矛盾，不能认定。此外，通过调查，辩护人确信：张宗禄与刘萍在编织机问题上难以回避相互勾结从中捣鬼取利和伪造陷害之嫌。

5. 一审判决认定上诉人于1989年9月27日将吴国荣交来大调合呢货款10000元中的5000元“隐匿占用”。定性不当：

(1) 在大调合呢与10000元现金的交易中，从事实上看，上诉人张某收吴国荣10000元时给他开有收条，呢子出库时在出库单上签了字，收款时有包括吴国荣爱人在内的数人在场，且帮助点钱，均有据可查，性质上自属正常的业务往来。

(2) 上诉人张某将其中 5000 元交给副厂长王洪奎，另 5000 元用于出国考察的国内交通费（沈阳——广州——香港——南朝鲜——美国），副厂长邵刚、吴国荣和差旅票据（已交公司财务科，因公司无钱至今未及结算）可资证明。

上诉人张某作为总经理、厂长，因公出国，差旅费自应由企业承担，但当时两家企业不景气，财务拮据，无钱支付，只好从处理滞销的大调合呢（用废毛织造的）货款中暂先借支，无可非议。手续显然不周，但绝不能因而改变行为性质构成贪污犯罪。

证明材料：吴国荣、邵刚、李凤等人证言材料。

6. 关于鸡笼款 1200 元问题。

(1) 鸡笼是毛纺制品厂的财产，1990 年 1 月中旬出卖时，上诉人已不是该厂厂长，也非该厂职工，主体不合格，不可能构成贪污罪。

(2) 卖鸡笼前张某曾征得现任厂长杨长和同意，由该厂工作人员王青春经手卖出，张某收到价款 1200 元后，立即还清对个体户韩素琴的欠款 1000 元（从她处借款是为支付王拐子修车费）余 200 元交给了公司书记张晓江（她用于请老虎台矿服务公司经理到沈阳的花费）

(3) 至于 1200 元价款留待装饰公司与毛纺制品厂两家结算，杨长和厂长也表示同意。

从上列情况不难看出，鸡笼子是经所有人毛纺厂法人代表同意并经其职工手出售的，张某动用价款是以装饰公司总经理身份用以偿还为公司而发生的借贷，并且此举事前也经杨长和同意，留待两家企业日后结算。张某以公款为公家办事，两家企业间属于正常业务往来，何罪之有？

证明材料：杨长和、王青春、韩素琴证言。

7. 关于将郭延群所交地毯款 800 元据为己有问题。

(1) 张某确实收到郭延群买两块地毯钱 200 美元（拟去美

国用)，言明 100 美元折合人民币 800 元。

(2) 因颜色不满意，郭延群退回一块，由李克林代退 800 元。

(3) 提地毯时有地毯公司经理鄂士发和郭新签署的欠条，手续齐全。

(4) 因地毯质量不好，已报轻工局物价科削价待批，待批准后由张某将货款交鄂士发与郭新，再由他们交公司结帐。实际上是张某私人欠鄂、郭二人一块地毯钱。

(5) 地毯公司是独立核算单位，法人代表是鄂士发，张某不具备职务条件，不可能构成贪污罪（郭延群证明材料）。

二、关于受贿罪

1. 田吉亮是在抚顺市检察院威逼下承认送给上诉人 1000 元的，而今他本人已否认此事，故不能认定。

证明材料：田吉亮证言。

2. 换汽车是在 1989 年 3 月，签有协议书，公司从中盈利 10000 元，金戒指是肖伟借给上诉人戴的，肖伟于 1989 年 9 月 28 日送的 2000 元，是支持上诉人出国考察用的，因为当时公司和工厂均无钱，肖伟同上诉人是好朋友，属于支援馈赠性质，与换车没有关系，不属受贿行为。

3. 吴国荣将一枚金戒指交上诉人戴也属借用性质，仍归吴国荣所有，并非赠与。

证明材料：田吉亮、吴国荣证言。

三、关于流氓罪

1. 1989 年 7 月 21 日在抚顺友谊宾馆发生的殴斗事件，是由宾馆副总经理李嘉臣酒后寻衅引起的。

2. 在与李嘉臣争吵过程中客房部经理李德胜、李金贵拉扯上诉人，劝他不要去找总经理黄利斌，但不慎将上诉人鼻子碰撞出血，上诉人见血昏倒在地，醒来后便被带到保卫处长室问明情况，绝未动手打人。

3. 上诉人同李德明、阎军、刘长才和陈强等人互相认识并有过交往（上诉人明知他们行为不端、声名狼藉，但为维持香滨湖酒家正常营业不得不与他们周旋应付），他们几乎每天都去宾馆鬼混，当天在宾馆是偶然相遇，绝非有意“等候”上诉人调遣的。

4. 上诉人并未向他们“挥手大喊：‘小明，你们过来给我打，打出事我兜着！’”因为流鼻血后很快便昏倒，殴打过程根本不了解。

5. 李德明等人在法庭受审过程中，均不承认上诉人曾鼓励他们动手行凶，他们寻衅滋事并非受上诉人指使。

6. 构成流氓罪必须具备流氓动机，即是非荣辱观念颠倒，在一种变态的、反社会的心理支配下，企图用危害公众的流氓活动来寻求精神刺激，填补精神空虚的心理状态。上诉人张某是总经理兼厂长，县团级干部，具有起码的道德水准和法制观念，从个人历史上考查，也从无打架骂街恶习，此次争吵发生，是由于自认为李嘉臣故意向他挑衅寻隙，争吵也是针对李个人的，具有特定对象。至于李德明等人群起殴斗，是误以为张某被殴打流血，自发地挺而“拔刀相助”，这是他们个人的事，绝非张某号召煽动所致，更非预谋组织。因此，上诉人张某不构成犯罪，更不能构成流氓罪。原判根据显有偏听偏信之嫌。

证据材料：友谊宾馆保卫处调查记录，流氓犯李德明等人口供。

四、关于被认定为“非法所得”的5000元铁罐款问题。

1. 铁罐是郭新存放在毛纺制品厂的，处分权属于郭新。

2. 赵长锁委托郭新将赵存放在毛纺制品厂的电缆线卖掉，但迟迟不交货款，赵处于无奈遂将郭的两个铁罐卖掉，得款2000元，以抵电缆线货款，张某只调解过纠纷，但与货款无关。

3. 赵长锁通过李克林爱人吴淑秋交给张某 2000 元，是委托张用以代办驾驶证的，与卖铁罐无任何联系。

4. 该 2000 元已由张换成 2000 港币转借给辽宁发电厂马东厂长。

5. 该 2000 元属私人债务性质，并非非法所得。

6. 一审判决认定铁罐款 5000 元恐系 2000 元之误。此前郭新自己曾卖过铁罐，但与赵长锁所卖铁罐是两回事。

综上所述，不难看出，一审判决认定上诉人张某所犯罪行为均不能成立：或者定性有误或者证据不足。造成如此状况的重要原因是抚顺市检察机关在侦查过程中采取了违法的刑讯逼供、诱供手段，致使被告人和证人产生恐惧心理，供述和陈述混乱不实，甚至逃避出庭。在一审过程中也曾出现拒绝当庭质证、限制被告人陈述等不当作法。在侦查阶段还出现过不恰当的言过其实的扩大宣传，造成“骑虎难下”的尴尬局面，给案件的侦查与审判造成某种心理压力。

上诉人张某曾是抚顺颇有名气的年轻企业家，宁肯放弃“铁饭碗”“铁交椅”，承包濒临倒闭的烂企业、又第一个租赁了亏损更加严重、管理更加混乱的另一企业，身兼公司总经理和工厂厂长，他曾身先士卒，摸爬滚打，带领职工艰苦奋斗，终于使企业扭转局面，不仅养活了数百名职工，而且扭亏为盈，利润逐年增加，因而曾多次受到市领导表扬和各种媒体的广为宣传。上诉人张某的工作是有成绩的。至于 1989 年后企业又日趋下坡，与他个人的经营管理不善有直接关系，但更深刻的原因则在于全国出现的经济不景气形势。

正是在步步高升的顺境中，上诉人张某逐渐得意忘形，甚至忘乎所以，骄娇二气滋长膨胀，在经营管理上独断专行，缺乏民主作风；讲排场，摆阔气，任意挥霍企业资金；行为放任无羁，不受纪律约束，在财经手续上恣意妄为，常常绕过必要程序；不懂得承包与租赁的性质，忽视公私界线；甚至还残存

有江湖意识，经营企业靠“哥们义气”，对朋友有求必应，缺乏现代经营管理观念。所有这些毛病无不在本案中得到不同程度的反映，也是他此次跌交的内在原因。

然而，案件材料同时也显示张某在主观上缺乏利用职务便利非法将公共财物占为己有或者为他人谋取利益而非法索受其财物的犯罪故意。他财务手续不清，有其主观原因，也有客观原因：

第一，在主观上，他认为至少自己还有三笔应得收入迄今尚未领取，企业还欠他钱：

①1988年租赁合同兑现奖：19558.23元；

②1988年承包合同兑现奖：6562.80元；

（以上两项请见抚轻字〔1989〕13号抚顺市轻工业管理局文件。1990年3月10日抚顺市审计事务所虽曾发出复查报告认为对市毛毡制品厂122号审计查证报告有错误，1988年利润额应减少租赁合同并未完成，但辩护人曾为此走访市轻工局张书禄主管副局长，他明确表示，轻工局所发兑现合同的红头文件，未经本局明文废除或修改，仍然有效，应继续执行，审计事务所未经本局委托所进行的复审，轻工局不予承认。）

③承揽工程提成奖：任何职工向公司介绍一项工程，都按利润提成。公司绝大部分工程都是张某揽来的，其应提成数额虽未作精确计算，但肯定相当可观（请见原公司办公室主任陈永光“情况介绍”）。用汽油换戒指就属此类。一方面在当时拿那么多奖金太刺眼，另一方面不拿又怕夜长梦多政策变，刚好碰上换金戒指机会，便用公司汽油换下金戒指自戴。

第二，在客观上也确有难言之隐：企业困难，无钱开支，偶有收入就被银行、税局、水电部门扣截。为维持企业运转只好不入帐，不通过财会部门，不走财务手续，凭白条甚至凭口头办事。

第三，企业间或企业与个人间的业务正常往来，有待结算

的，未结算前即被认定为贪污。例如吴国荣的5000元呢子款，张某回国后国内差旅费尚未结算，10000元借款也未及清偿便认定为贪污公款。

第四，朋友个人之间的馈赠、支援与借用被认定成贪污或受贿。张某借戴肖伟的戒指、接受他支援出国的2000元钱被认定为受贿罪即属此类。

第五，原始单据不全或去向不明即被推定为贪污。例如上诉人办公桌抽屉内和两个大皮包后口袋内放有数千元单据，经检察院搜查后不翼而飞，至今下落不明，而许多花销因无单据证明而被定为贪污犯罪。

邓小平同志南巡讲话以来，国内形势已发生巨大变化，改革开放的深度、广度和力度均已加强，我国经济已停止滑坡，又出现了明显的高速度发展势头。检察系统在强调打击严重经济犯罪的同时，也响亮地提出了大胆保护犯错误企业家的口号；法院系统成都会议也就严格划清经济犯罪与企业家犯错误的界限，允许他们在改革开放中犯错误，不能一有问题就治罪。上诉人张某的许多经济问题只有置于当前形势的大背景下，宏观微观相结合，才能准确定性，正确加以处理。

审判长和合议庭各位审判员：辩护人经过调查访问、倾听职工和有关部门反映以及会见上诉人，得出如上结论，并提出上述辩护意见。恳望合议庭能从宏观着眼，排除地方干扰和舆论压力，充分估计到侦查材料的倾向性，纠正一审判决的错误，作出公正的终审判决。

辩护人：北京市第六律师事务所律师 田文昌
陕西第四律师事务所律师 解士彬

1992年8月15日

云立坤故意杀人案

案情简介

被告人云立坤，黑龙江省双鸭山市人。1991年冬，被告等10余人为了庆祝其朋友复婚在饭店喝酒，与此同时，被害人也在同一饭店楼上喝酒，被害人因与邻桌斗殴被打伤，随即跑出饭店寻找凶器欲行报复。当被害人手持大棒跑回酒店时，恰值被告等人刚出饭店门口，被害人因天黑看不清目标错将被告当成报复对象，当头一棒将被告打倒在地。被告的朋友徐某见状立即跑上前来抱住被害人与之争夺棒子，二人撕打之中被害人还用另一只手抡着棒子乱打。此时被告从地上起身掏出随身携带的折叠刀向被害人连刺数刀。之后被告等人当即去公安机关报案，称遇到抢劫犯。

被害人被刺后，经抢救无效，死亡。

此案原经一、二审判决认定被告犯有故意伤害（致死）罪，属于防卫过当，判处有期徒刑3年。缓刑5年。3年后又提起审判监督程序，重新审理后，以故意杀人罪判处有期徒刑13年。

此案目前仍在申诉中。

辩 护 词

审判长、合议庭：

我接受本案被告人云立坤的委托，受北京第六律师事务所的指派，担任本案被告的辩护人，出庭参加诉讼。经过查阅案卷，调查访问和庭审调查，现提出辩护意见如下：

辩护人认为，本案被告刺伤侵害者致死的行为属于正当防卫。由于涉及正当防卫的案件比较复杂，而且社会意义重大，因此，辩护人诚恳地希望控辩双方能够在查清事实的基础上，深入分析正当防卫的条件和正当防卫的社会意义，正确理解我国刑法关于正当防卫的立法精神，努力排除我国长期以来由于法制不健全而形成的以后果论责任的客观归罪的传统观念的干扰，从维护社会治安的大局和加强国家法制建设的高度上，紧密结合正当防卫的法定条件，去审查、认定本案的基本性质，只有这样，才能求得本案的公正判决并收到积极的法制宣传效果。下面，辩护人本着这一原则阐述具体辩护理由：

我国《刑法》第17条规定：“为了使公共利益、本人或者他人的人身和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的正当防卫行为，不负刑事责任。”“正当防卫超过必要限度造成不应有的危害的，应负刑事责任；但是应当酌情减轻或者免除处罚。”根据这一规定，正当防卫需要具备以下条件：（1）行为人所受到的侵害必须是非法的，即侵害行为必须具有非法性。（2）行为人所保护的权益必须是合法的，即防卫的权益必须具有合法性。（3）不法侵害必须是真实的并且是正在进行的，即不法侵害必须具有真实性和现实性；（4）防卫行为必须是针对侵害者本人实施，即防卫对象必须是特定的；（5）防卫不能超

过必要限度。根据本案的事实和证据，辩护人认为，被告的行为完全符合正当防卫成立的上述法定条件。在本案中，关于侵害行为的非法性、防卫权益的合法性和防卫对象的特定性，这三个条件不仅是十分明显的，也是无须争论的。因此，辩护人不予赘述。法庭调查表明，涉及本案关键的和有争议的问题是被告人的行为是否符合成立正当防卫的另外两个条件。因此，辩护人主要就此两个问题陈述辩护理由。

一、关于本案中不法侵害的真实性和现实性

所谓不法侵害的真实性，是指不法侵害是确实发生的，既不是虚构的，也不是想象和推测的。在本案中，“被害人”在被告等人毫无防范的情况下，手持木棒，毫无缘由地突然实行暴力袭击，并且已经将被告打倒在地。这一事实已经充分证明了不法侵害的真实性。

所谓不法侵害的现实性，是指不法侵害已经开始实施，并且正在进行，既没有结束，也没有被有效制止。在本案中，“被害人”将被告打倒后，在继续攻击的过程中，被徐洪宇搂住脖子抢夺手中的棒子，但徐却始终未能抢下“被害人”手中的棒子，二人一直处于激烈的撕打状态中，并且“被害人”一直还在抡着棒子。直到他被被告刺中后，才失去侵害能力而扔掉棒子。[见证据：①李林：“我看见徐洪宇用一只手按住那小子脖子，用另一只手抢棒子”（卷宗 P21）；②韩绍明：“我一回头见云立坤坐着刚起来，又奔徐洪宇去了，徐洪宇过去一只手按住他脖子（指死者），另一只手划拉他的棒子。”“棒子有1米多长，有5—6个见方的棒子”，“云立坤喊手折了，那小子还没倒地地下呢。我们就奔云立坤过去了。”（卷宗 P26—27）；徐洪宇：“我回过身斜对面搂住那人脖子，用左手搂的，右手去划拉他的棒子”，“我拽他胳膊，没拽着棒子，我和他撕打两分多钟，那人就瘫地下了，我看他倒地了，我没动。”（卷宗 P30）]。这个情节充分说明，死者对被告等人的侵害行为直到

被刺中以前一直没有停止。同时，被告在刺死者的时候，还将徐洪宇的衣服刺破了好几道口子。这个事实进一步证明，死者与徐洪宇一直处于剧烈撕打之中，正是由于在这种剧烈撕打的频繁移动状态中，被告才会多次将刀错扎在徐洪宇的身上。如果死者的侵害行为已被控制，撕打已经结束，被告是绝不会往徐洪宇的身上捅刀的。

以上事实充分说明，本案不法侵害的现实性是明显的，不容置疑的。被告在当时的具体情况下对侵害者实施防卫具有充分的合法性和适时性。

公诉人认为死者当时已被徐洪宇搂住了脖子，就表明其已经停止了侵害行为，这种观点的错误是十分明显的。道理很简单：死者的不法侵害不是用脖子实施的，而是用手中的棒子实施的。辩护人在此提请法庭注意，在判断不法侵害是否具有现实性的时候，必须注意到一个十分重要的原则性问题，即侵害行为被有效控制与侵害行为的暂时受阻，是完全不同的两个概念。侵害行为被有效控制，是指侵害行为在外力强制下已经完全停止而无法继续实施，侵害他人的紧急危险状态已经消除。这种状态才是防卫条件消失的标志。而侵害行为的暂时受阻，是指侵害行为只是受到了外力的障碍，使其暂时没有发生预期的危害后果。在这种情况下，侵害行为并没有停止，预期的危害后果随时都可能发生，其侵害他人的紧急危险状态并没有消除。因而，防卫的法定条件仍然存在。

本案中，“被害人”与徐洪宇始终处于撕打状态，并且一直在抡动手中的棒子。这说明其侵害行为仅仅是暂时受阻而并没有被有效控制。“被害人”既没有放弃侵害意图，也没有停止侵害行为，更没有失去侵害能力。值得特别指出的是，因受到阻碍而处于搏斗中的侵害行为，由于在心理上和行为上产生了巨大的反弹力，侵害者更急于达到侵害目的，因而具有更猛烈的攻击性和更大的盲目性。一旦击中目标，就会造成更加严

重的危害后果。这种因作用力与反作用力相互作用而形成的行为趋势，是犯罪学的常识，是不可否认的客观规律。正如困兽犹斗一样，对于受到阻碍而又没有被有效控制的侵害行为，防卫的必要性不但没有消失和减弱，而且更加增强了。因此，被告在这种情况下对侵害者实行防卫反击，是完全符合正当防卫条件的。

还应当着重指出的是，正当防卫是防卫行为与侵害行为相互对抗的一个完整过程，并不是一个简单的行为公式。有人将防卫过程认识得过于简单化，似乎防卫就是指一打一防，象武术表演中双刀架住棍棒的造型一样，既明显，又精彩，只有符合这种条件的才能算是正当防卫。这种认识是形而上学的，也是脱离实际的。如果按照这种逻辑，认定正当防卫就不需要法官和律师了，任何人都是一目了然。相应之下，如果按照这种逻辑，法律对于正当防卫的规定也就形同虚设，司法实践中也就不会存在正当防卫了。因此，必须明确，无论是不法侵害，还是正当防卫，都是一种行为，而不是一种简单的动作。行为与动作不同，行为是指在人的主观意志支配下为了达到一定目的而实施的，由一系列单个动作所组成的动作系统。现实生活中的正当防卫有时是相当复杂的，尤其在双方打得难解难分的情况下，侵害行为与防卫行为往往会交叉进行，持续许多回合，形成一个连续进行的行为过程，很显然，在收回拳头打人的时候，收回拳头的目的并不是为了停止打击，而是为了加强打击的力度，收回拳头的动作仍然是打击行为的必要组成部分。所以，在这种情况下，绝不能将单个动作从侵害者的行为整体中人为地孤立出来，割断侵害行为的连续性和整体性，将某一种暂时性的停顿或间断视为侵害行为的停止或结束。更不能简单地以某一个具体动作的先后顺序或实施方式去判断防卫的性质，而应当看整个侵害行为是否真正受到有效控制，即侵害者是否已经被制服，其继续侵害他人的现实危险性是否已经

消除。

本案中，自“被害人”用棒子打倒被告开始，直到与徐洪宇撕打争夺棍棒的整个过程中，“被害人”的侵害行为并未受到有效控制，并且由于其手中一直抡动着棒子而占据着攻击他人的主动地位，因此其侵害行为是连续进行的，不法侵害的现实危险性并没有消除。事实非常清楚，直到被告用水果刀刺中了被害人身体后，被害人才失去了侵害能力，致使徐洪宇在撕打中突然感到对方力量减弱，没劲儿了，于是放开“被害人”，双方停止了搏斗。这个事实充分说明，致使“被害人”失去侵害能力的原因，正是发生于“被害人”被刀刺中的事实。而这个事实又恰恰证明了被告实施防卫的必要性。

二、关于被告的防卫行为是否超过必要限度

正当防卫必要限度的标准是：防卫行为的手段、强度和所造成的后果应当是为了制止不法侵害所必需的；在符合这种必要性的前提下，防卫的手段、强度和所造成的后果可以小于、等于或者大于不法侵害的手段、强度和后果。

本案中，“被害人”手持1米多长的方木棒猛打被告头部，且将被告打倒在地之后，又连续实施侵害，其手段、工具和强度足以造成死亡后果。当徐洪宇抢上前去搂住“被害人”脖子，企图夺下棒子制止其侵害行为时，又未能奏效；在搏斗中被害人手中始终在抡动棒子乱打。在这种紧急危险状态中，被告从地上起来后，掏出水果刀将“被害人”刺伤，致使其失去侵害能力，并未明显超出不法侵害所必要的程度。

至于被告从地上起来后为什么不躲闪，不逃避，却偏偏要去刺伤“被害人”？这个道理是很简单的：

第一，当时“被害人”与徐洪宇正在撕打中，即使被告避开了，其他人还处在不法侵害的威胁之中。

第二，正当防卫的意义就在于以暴力手段及时制止不法侵害，如果以躲避的方式摆脱侵害，那就不是正当防卫，而是紧

急避险了。

同样道理，至于被告为什么向死者连续刺了几刀，而没有做到一刀刺中后就立即停手？理由也是十分明显的。众所周知，正当防卫是在紧急危险状态下实施的。根据本案的具体情节我们不难看出：

①侵害者的袭击是猛烈、凶残而且突然的。被告遭到这种突然袭击后，精神处于极度紧张和惶恐状态，不可能象正常时期一样，十分冷静地去把握自己行为的精确程度。

②侵害者的下一次袭击随时可能发生，被告没有时间和机会去选择自己的行为方式。

③侵害者与徐洪宇正处于激烈的厮打中，两人的身体都处于剧烈的移动状态，并且时值冬天的夜晚，身上的衣服很厚，致使被告难以判断攻击的目标和深浅程度。正由于如此，被告才刺错了目标，将徐洪宇的衣服刺破了几道口子。这个事实证明，在当时的状态下被告难以判断哪一刀刺中了目标，哪一刀没有刺中目标，因此他无法掌握出刀的次数。他所能够掌握自己行为程度的唯一尺度，只能是看侵害者是否失去了侵害能力。而事实又证明，当被告确知侵害者被刺中后，就立即停手收刀，并在收刀中因过于紧张而割伤了自己的手。在被告惊恐地大喊“手折了！”的时候，被害人只是停止了与徐洪宇的搏斗，但还没有倒下。这充分说明被告对自己的防卫行为是有所节制的。

从以上三种因素不难看出，被告当时已经没有条件去准确地把握其防卫行为的精确程度，而只能追求一个目的，即迅速制止不法侵害，使侵害者停止侵害行为。应当指出，这种心态和具体的行为表现并不是本案被告人所独有的，而是在所有类似情节的正当防卫中普遍存在的，同时也是符合事物发展客观规律的。直到案件发生后，被告也不知道究竟刺中了几刀，并且也不知道刺破了徐洪宇的衣服。这个情况又一次印证了被告

当时内心的极度紧张状态。事实上，假如被告在当时果真具有冷静思考的条件，可以想好了对策再去反击，甚至于可以去选择一个与侵害者对等的武器，判断好打击的部位和强度再去反击，那才真正是缺乏防卫必要性的表现。

最后，在涉及正当防卫必要限度时，有必要提及一个值得司法界高度关注的问题：由于我国的法制建设起步较晚，在人们的意识中存在一种残留已久的错误而又顽固的传统观念，这就是客观归罪的后果责任论，即只要造成严重后果，则不问行为主观上是否有责任，都要或多或少地受到惩罚，或予以赔偿，这是封建主义的报复观念，是封建意识与社会主义法律规范的冲突，是感情代替法律的表现。近些年来，正是由于受到这种错误观念的影响，严重妨碍了正当防卫权的行使，这个问题已经引起国家立法机关和最高司法机关的重视。法律规定正当防卫的意义，就在于鼓励公民及时制止不法侵害，奋起同不法侵害行为展开积极而有效的斗争，这是国家维护社会安定，发动群众保护公民生命健康和财产安全的一项重要措施，也是法律赋予公民以正当防卫权的宗旨。如果对正当防卫的条件过分苛求，限制公民行使防卫权，不仅违背了立法精神，客观上也助长了违法犯罪分子的嚣张气焰。法律究竟是保护无辜受害的防卫者？还是保护危害社会的侵害者，这是一个不容回避的原则性问题，一个正当防卫的案件能否得到公正处理，其意义绝不仅仅限于这个案件本身，而是涉及到法制教育与法制建设的基本导向问题，它将给全社会的公民提供一个什么样的答案？什么样的榜样？它将给社会治安的综合治理带来什么样的后果！对于这一系列问题，辩护人希望法庭予以高度重视。

综上所述，根据本案的基本事实和具体情节，辩护人认为，被告对“被害人”所实施的防卫行为在性质上完全符合正当防卫的法定条件。在防卫限度上，虽然被告的行为造成了侵害者死亡的后果，但由于被告的防卫行为是在面临生命与健康

的严重威胁下实施的，其防卫的手段和强度并没有明显超出制止不法侵害所必须的程度，被告所造成的危害后果与其本人及他人所面临的以大棒猛击头部所能够引起的危害后果基本相适应；并且“被害人”的死亡结果本来是可以避免的，只是由于在医院里救治不及时才未能避免。因此，严格地讲，不能认为被告的行为超出了正当防卫的必要限度。退一步讲，即使对于目前群众中仍然存在的后果责任论的传统意识作出一定程度的迁就，也只能认为其超出必要限度的情节显著轻微，属于防卫过当当中的最轻情节，应当依照《刑法》第17条第2款之规定，予以免除处罚。所以，原审判决不是偏轻，而是偏重了。

但是，考虑到本案属于再审案件，根据审理再审案件的基本原则，对于再审案件，在基本事实和证据没有发生明显出入、案件性质没有改变，量刑没有明显畸轻畸重的情况下，原则上不宜改变原判决，以有利于维护刑事审判的严肃性。根据这一原则的基本精神，并考虑到原判决已经执行了较长时间的特定情况，辩护人对于维持原判决可以表示不持反对意见。

辩护人：北京第六律师事务所律师 田文昌

1994年10月26日

▼
▼
▼
▼

朱佩金贪污、诈骗、行贿案

案情简介

一、关于定销承包合同的签订、履行和变更及其争议

1987年2月23日，因大兴安岭木材滞销现象严重，大兴安岭林业管理局林工商联合公司经理办公会议决定动员职工搞承包销售。当时任销售科副科长的朱佩金率先接受任务，领命在河北省昌黎县设立木材经销处。1987年9月20日，朱与该公司主管副经理王连才签订“定销合同书”。合同规定，“甲方（联合公司）为乙方（昌黎经销处）提供木材指标抚育伐5000立方米，每立方米上缴利润65元；火烧木5000立方米，每立方米上缴40元；板方按厂内指导价格每立方米上缴10元。按数量年终一次性上交利润；甲方不给乙方提供流动资金，一切费用包括职工工资均由乙方自行承担；乙方保证上交利润外，剩余额均由乙方自行安排，甲方不干涉乙方结算”。

朱佩金按合同规定从事经销木材活动期间，因经营有方，甲方国拨木材指标已用完，并销售火烧木2710.038立方米。此外，又向联合公司一、二分厂借用国拨材指标1500立方米，用此指标，从松岭、新林两个林业局发出国拨材1547.957立方米。销售后获利233281.34元。此间，有人向联合公司反映

昌黎经销木材中有经济问题，1988年3月9日联合公司经理办公室责成本公司财务科长和审计科两名科长对朱佩金销售木材情况进行审计，朱在接受审计时，因当时有些客户尚未结算，票据不全，只是进行了口头申报和估算。同月29日，联合公司召开经理办公会议，听取了审计人员对朱销售木材情况的匡算后，决定对原合同中规定朱佩金上交利润的数额进行调整；即鉴于朱营利较多，根据所谓“国家拿大头，个人拿小头”的原则，增加上交利润的数额，变成定额上交总利润54万元。因朱在春节期间受命为公司职工搞福利买大米（高价购买后又低价卖给职工）时倒贴了钱，决定由公司承担其中4万元，由朱凑整数上交总利润50万元。这种情况下，朱所剩利润已经微乎其微甚至可能赔本。因此，朱在会上据理陈词不情愿接受。后来，在公司承诺明年再无偿拨给朱1000立方米木材指标以补偿损失的前提下，朱被迫接受了这一会议决定。但是，当朱事后与公司结算时，因公司领导没有兑现再拨给1000立方米木材指标的许诺，朱即不同意按50万元总数上交利润。此时，朱已经上交利润30万。

朱佩金提出，公司经理办公会作出的变更原“定销承包合同”改为定额上交利润50万元的决定，是以再拨给1000立方米木材指标为前提的。如果木材指标不兑现，即失去了变更原“定销承包合同”的前提，同时也无法补偿其为职工买福利大米的损失。因此，不同意按“决定”算帐，而坚持按原“定销承包合同”算帐。按照朱的算法，在朱已经交付30万元利润的基础上，扣除为职工买大米的钱，不仅朱不应再向公司上交利润，公司还应还朱4万元。分歧发生后，因双方各执一词，致使这笔帐目拖延下来，迟迟未能清结。

二、关于两份“假文件”和一张“假收据”

在朱佩金与联合公司发生算帐争议时，拿出了两份盖有公司公章的便函和一张返利款30万的收据。据以证明自己已经

交付了30万利润和承担了为职工买大米的损失。其中，一份便函是“1987年抚育伐木材指标由昌黎木材经销处负责经销，全年上交30万元，由兴隆加工厂收管理费”。

一份返利收款收据则证明已经收到朱上交的30万利润。该收据是真实的。

另一份便函是“公司领导决定今年春节职工大米由昌黎木材经销处购买，由你处负责以1987年利润中支付”即证明朱已经承担了买大米的款。

以上两张便函的内容都是真实的。但是在公司档案中没有存底，也没有领导的签字批示。据朱讲，此是公司总经理口头指示起草，由文印室打印后盖章的，但案发后总经理已病故，文印室又回忆不起来。检察院据此认定这两份便函是“假文件”同时认定确实交付了30万元利润的收据为“假收据”。据此指控朱以制造假文件的手段拒不向公司按50万元总数交付利润，长期赖帐不还，构成诈骗罪。

三、关于税金的缴纳

朱佩金在昌黎县销售木材期间，应纳税金均已缴纳给当地税务机关。朱同时还在大兴安岭地区原销售一部分木材。由于其在该地区设有帐户，即经联合公司领导同意后，使用联合公司帐户和联合公司一分厂的发货票，即以联合公司名义进行经销。关于对这部分销售活动如何纳税，朱曾请示联合公司主管领导，领导答复说这部分经营活动由公司统一纳税，至于朱如何承担税金，待朱与公司最后结帐时再研究。由于朱与公司迟迟未能结帐，致使这部分税金至案发时未能缴纳。案发后，根据检察院提供的材料，税务机关直接对朱佩金作出了罚款253975.30元的处罚决定（已执行）。事后，检察院又根据税务机关的处罚决定起诉朱佩金犯有“贪污税款罪”。

四、关于朱佩金与一分厂之间两笔帐目混淆的问题

1987年朱承包期间，曾聘用联合公司一分厂调材员聂志

明为昌黎木材经销处的调材员，并使用聂原在松岭林业局林产工业科使用的联合公司一分厂的帐户。此间，由于松岭林业局对联合公司所属各厂在该局所立帐户实行并户管理，误将原来聂志明经办的一分厂在松岭林业局发木材时所欠的 185435.80 元木材款划到了朱佩金的帐上。朱佩金发现后，找到公司主管领导索要，后经公司审计科派人查帐属实，令一分厂将此款退还了朱佩金。但此后，在聂志明与朱妻结算个人往来帐时，由于不知道朱已将这笔木材款划走，又将这笔款从个人帐面上划给了朱佩金，形成了重复还款的事实。但直至案发时，朱并不知道这件事。

在松岭林业局对帐户实行并户管理中，同时还误将朱佩金所欠的木材款 24174.55 元划到了一分厂的帐上。这笔款直到案发时朱佩金本人并不知晓。

以上两笔款，均被起诉书指控为诈骗。

五、关于朱佩金向张安君和白树民行贿的问题

朱佩金与联合公司副经理张安君及其子张××一向关系密切，1988年初，张××结婚时，朱到其家送彩礼 3 千元。1988年4月张与公司财务科长李某去昌黎时，朱又送给张 5 百元及马裤呢衣服一套。随后张因出差用钱又向朱借 5 百元并写了借条，后来张还钱时朱坚持不要。张是公司主管财务的副经理，与朱的承包经营没有直接关系。

朱佩金与松岭林业局木材科副科长白树民是朋友关系。1988年9月白树民送孩子去哈尔滨自费读书时在火车上与朱佩金巧遇，朱表示自己承包赚了钱，送白 5 千元给孩子读书用。

以上行为均被指控为行贿罪。

六、朱佩金案件的发生及司法机关的侦查、审判过程

在朱佩金与公司算帐发生争执致使帐目无法清结而拖延下来的情况下，朱不想再继续承包下去，即终止承包去哈尔滨船

泊工程学院自费进修。此时，因有人举报即在1989年8月7日在船泊工程学院宿舍突然遭到加格达奇检察院拘捕，8月12日被正式逮捕羁押。此后被长时间超期羁押而无法定论，直到1992年2月（2年半以后）大兴安岭地区检察分院对其以贪污罪（总数额386314.74元）、诈骗罪（总数额407784元）、行贿罪（总数额10115元）向大兴安岭地区中级法院提起公诉。起诉后经几次退卷补充侦查，大兴安岭中院于1993年3月11日（即起诉1年多以后）开庭审理。开庭时因律师进行无罪辩护，控辩双方分歧过于悬殊，法院在充分考虑律师辩护理由的情况下又经过反复调查和内部请示，在1年零8个月后即于1994年11月2日作出一审判决宣告朱佩金无罪。由于大兴安岭地区检察分院对一审判决提起抗诉，又经过189天后，黑龙江省高级法院于1995年5月12日下达二审裁定，驳回抗诉，维持原判。

七、朱佩金案件的难点

朱佩金案的难点主要包括两个方面：一是公诉机关的特殊背景。二是案件本身的难度。

加格达奇检察院拘捕朱佩金时，是报请省检察院批准，以黑龙江省特大贪污案立案的，加格达奇的检察长李凤海因此而获得了一级奖章。但是，逮捕后由于证据不足，难以定性，造成了久押不决骑虎难下的被动局面。在此期间，朱父多次上京告状并找律师寻求帮助。因在侦查期间律师无法介入，律师只好向最高人民检察院和黑龙江省检察院反映情况，同时人民大学王作富教授、中国政法大学罗大华、曹子丹教授等多人也不断向各方呼吁。然而，虽经最高人民检察院告申厅多次发文催促仍无效果。随后，法制日报记者方晓黎同志亲往加格达奇调查采访并向最高人民检察院正式发函、请求关注此案并解决超期羁押问题。这些做法激起了加格达奇检察院的一系列反应，先是给朱佩金上重镣3个月并不予治病、扬言关死拉倒，继而

准备收押朱父以阻止其上京告状，致使其长期流落外乡不敢回家。后来在各方面关注、督促下终于在1992年提起公诉后，又在黑龙江省内部检察刊物《检察探索》上以“攻克难关，侦破朱佩金特大贪污案”为题发表长篇文章，该文不光罗列了一堆莫须有的罪状，还将矛头直指律师和记者，例如“朱定功（朱父）通过关系，搬出了中国政法大学一位教授（田文昌），给办案单位施加压力”，“又搬出法制日报社的一位记者，专程来黑龙江了解朱佩金案件，要求我们立即放人”。更为严重的是，加格达奇检察院查抄的朱佩金个人包括房产在内的百余万元财产，均未随案移送给法院，已经全部自行处理掉，直至今日这些财产尚未返还。

至于朱案本身，则涉及到一个在承包经营中如何划清罪与非罪界限，如在不同的承包性质和承包方式中如何分清公私财产关系，以及如何理解纳税主体等一系列改革开放中所发生的新问题。同时，由于在侦查当中人为地罗织罪状，致使案卷材料十分混乱而庞杂，原卷27本达3860多页，后又补充至33本，内容词不达意，逻辑混乱，中院和省院的承办人几经查阅都感到难以看懂。足见其侦查案卷的混乱程度。

在开庭审理时，无论是法庭调查还是法庭辩论都是比较困难的。在法庭调查中，由于公诉人避实就虚，转移主题，常常使一个简单的问题长时间调查不清。律师则必须以高度的警觉和以不断发问的方式随时纠正被歪曲的事实，并将转移的话题再拉回来。在法庭辩论中，针对一些出人意料的近乎荒唐的指控理由，有时候只得以雅俗并用的语言深入浅出地据理陈词。例如，起诉书指控被告贪污税款，这种指控本不值一驳，被告作为纳税人怎么可能“贪污”税款？但为了防止将罪名改为偷税，则必须从贪污罪的构成条件谈起一直论证到被告也不构成偷税罪为止，并且语言必须简明准确。又如，起诉书指控被告以制造两份假文件的手段实施诈骗，这个问题辩论的难度更

大。我们先是从理论上一再说明：既然已经查明文件的内容完全属实，那么，真与假的界限关键在于文件的内容，不能因为发文的程序查不清楚就认定是假文件。但是，公诉人却一直抓住这个问题紧追不放，大有一槌定案的架式。无奈之中，律师只好提出了一个通俗而浅显的设问：“私生子是不是假孩子？”继尔指出，“私生子虽然出生的程序不合法，但不能据此认定他是假孩子，程序不合法并不等于内容不合法，更不等于内容也一定是虚假的”。出乎意料的是，这个急中生智的比喻不仅驳倒了公诉人，而且也说服了合议庭。事后，合议庭成员和黑龙江省高、中级两级法院的负责人都对这个比喻表示赞同，认为确有说服力。

一审辩护词

审判长、合议庭：

根据我国法律的规定，北京市第六律师事务所和黑龙江省律师事务所接受被告人朱佩金家属的委托，并征得被告人的同意，指派我们担任本案被告人朱佩金的辩护人依法参予本案的诉讼活动，出庭履行辩护人的职责。

在开庭前，辩护人认真查阅了案卷，会见了被告人并进行了必要的调查取证，在庭审中，又认真听取了法庭调查和公诉人的发言。辩护人认为：公诉人对被告人朱佩金犯有贪污罪、诈骗罪和行贿罪的指控，事实不清、证据不足、运用法律明显不当，因此，被告人被指控的上述三个罪名均不能成立！

辩护人遵照“以事实为根据，以法律为准绳”的原则，发表如下辩护意见：

一、关于贪污罪

法律明确规定，贪污罪是指“国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他经手、管理公共财物的人员，利用职务的便利，侵吞、盗窃、骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为”。而起诉书所指控的被告人朱佩金的行为，不具备这一特征。

（一）关于贪污两笔木材款

首先，朱佩金与林产工业公司之间，是一种合法的合同关系。

1987年9月，朱与公司签订了“定销承包合同书”，该合同明确规定：甲方（公司）提供木材指标，乙方（朱佩金）按合同规定的固定数额上缴利润，“甲方不给乙方提供流动资金，一切费用均由乙方承担”，“乙方保上交利润外，结余款额均由乙方自行安排，甲方不予干扰乙方结算，人员工资奖金由乙方自定”。而事实上，甲方也未向乙方提供任何生产资料和流动资金。合同签字的双方，甲方为企业法人（不仅盖有公章，还有4名副经理的联合签名），而乙方则是承包者个人即被告人朱佩金。以上约定的，事实和签订形式充分表明：第一，该项合同的性质是个人承包；第二，该合同主体合格、内容合法，双方意思表示真实，完全符合有效合同的法定要件。与此同时，公司又同另一个承包人张加忱也签订了一份性质完全相同的承包合同。

公诉人否认上列“定销承包合同”的效力并且以1987年4月2日被告人朱佩金与关孝坤签订的另一份“承包合同”作为证据来认定被告人朱佩金属于集体承包，这在事实和法律上是毫无根据的。第一，1987年4月2日的所谓“承包合同”既无法人的公章，又缺少合同内容应有的基本条件，且合同双方当事人均属同一方，即都是以林工商联合公司经销公司代表的名义签署的。更重要的是，其所谓的这个合同的主体“林工商联合公司经销公司”只是一个拟建的单位，并未经任何工商

行政管理机关注册登记（尚未依法成立），但检察机关却以无公章、无合法主体资格的这个无效“承包合同书”来否定合法有效的“定销承包合同书”，这显然是站不住脚的。第二，在1988年3月9日公司党政联席会上。公司经理刘树清和其他领导也明确表示了对“定销承包合同书”的效力的认可。因此，1987年9月的“定销承包合同书”的效力问题，无论从事实、法律形式和性质上都是无可非议的。

其次，在起诉书指控的被告人朱佩金贪污的两笔木材款的事实中，决定被告人是否构成贪污罪的关键并不在于认定合同是属于集体承包还是个人承包的性质，而是在于合同所约定的内容。“定销承包合同书”的约定方式是按固定数额返利（扶育伐每 m^3 65元，火烧木每 m^3 上交40元），并不涉及承包方实际获利的多少（不问承包方取得利润情况如何）。在这种形式的承包合同中，只能存在是否履约的问题，不可能发生贪污犯罪的问题。

其三，关于串用1500 m^3 国拨材问题。

第一，串用这批国拨材并不是合同内容之中的问题，与承包合同没有直接关系。

第二，被告人串用这批指标，是经一分厂领导同意的，并无隐瞒这批指标的行为。

第三，对于这批国拨材的返利数额，是在会议上确定的，由于当时这批木材尚未销售完，返利数额的标准，完全是根据当时的市场价格估算的，无论是被告人朱佩金本人，还是与会的公司领导，都不知道也不可能知道其获得利润的准确数额。正是在这种情况下，会上曾提出过每米上交150元和130元的不同标准，最后拍板定为每米上交利润130元。虽然后来经检察院认定被告人朱佩金销售这批木材的实得利润超出了每米130元，但这只能说明在开会确定上交数额时对利润估计不准确。而事实上，在会议确定上交标准以后的相当长的时间里，

由于许多木材帐并未结清，并且这批木材又与其他木材混合销售，连被告人朱佩金本人也不知道这批木材究竟获得了多少利润。

因此，在这批木材中，既不存在被告人朱佩金隐瞒指标的问题，也不存在朱佩金假报利润的问题。起诉书脱离当时的具体背景和会议研究该问题的具体过程，置有关会议的决定于不顾，在被告人没有贪污的主观故意和客观行为的情况下，仅仅以上交利润数额估算中出现的误差为依据，认定被告构成贪污犯罪，实属客观归罪，不能成立。

其四，关于火烧木问题。

第一，公司给被告人朱佩金的 5000m^3 火烧木指标分为四个地区，其中塔河的 2000m^3 因车皮指标用完已经落空，合同没有签成，后来刘凤琴通过个人关系找的车皮才发出了一部分，在这种情况下被告人认为这部分木材并未占用公司的指标，因此没有向公司申报。

第二，在西林吉除有公司给的 1000m^3 指标外，被告人自己又另搞了 1000米^3 指标，并且先后签订了三个合同都交了预付款，而在这三个合同的履行过程中，实际上只发出了 600多米^3 ，在这种情况下，被告并不知道已发出的木材是否占用了公司的指标，因此也没有向公司申报。

第三，在图强发出的 900m^3 火烧木中，因为只有用公司指标签订的 1000m^3 合同，所以被告人不仅毫无隐瞒地作了申报，而且还多报了 100m^3 。这又进一步说明，被告人对于实发木材的准确数字是心中无数的。

第四，被告人在申报合同规定的 5000m^3 扶育伐指标和火烧木指标时，都是在没有帐目为依据的情况下，口头估算的。因 5000m^3 扶育伐已经销售完毕，所以申报的数字比较准，而火烧木因当时销售困难，大部分没有销售出并且直到最后也没有销完。所以被告人心中无数，在申报时出现了误差。这个事

实说明，被告人申报火烧木销售数量的差误是有客观原因的。

第五，被告人在当时的申报还是一种估算，最后结算时，必须以实际发生的帐目为依据。而事实上，直到被告人被捕时，尚未作最后结算，在帐目没有结清的情况下，就先入为主地认定被告人贪污，显然是于法无据，于理不通的。

综上，在火烧木指标问题上，被告人只是在特定的原因下，在申报中估算不准确，不能视为谎报，更重要的是，这种情况发生在双方正式结算之前。然而，众所周知，在这种形式的经济往来中，只要不能证明行为人具有作假帐的行为，在帐目正式结算之前，是没有根据认定贪污的事实。

此外，针对起诉书指控的以上两笔贪污事实，辩护人还要着重指出三点很重要的问题：

第一，在研究被告人上交利润时，公司领导并未严守合同，而是在合同约定之外强行摊派，以行政手段迫使被告人承担大米差价款，加重了被告人的经济负担。对于这种明显违约的作法公司领导是负有责任的。

第二，在公司一方首先违反合同的前提下，又进一步突破了合同的规定，在没有具体依据的情况下，以估算、参照的方法，笼统地确定被告人上缴利润的数额。在这种情况下，被告人的实际销售情况事实上已经失去了意义。会议的结论已经确定让被告人上缴总数为50万元，在总数已经确定的情况下，贪污的手段是不可能发生的。

第三，在该项承包合同中，作为承包人的被告人没有占有国家提供的任何生产资料，仅仅是利用木材指标，销售后向公司返利。在法律关系上，被告人与作为发包方的公司是平等的行为主体，当履行合同发生争议时，无论哪一方有过错，都属于民事法律关系中的冲突，不属于刑事法律关系调整的范围，这一点提请法庭予以高度重视。

（二）关于贪污税款问题

首先，起诉书认定被告人贪污税款，主体不符。被告人并非税收人员，也并非受委托管理税款人员。纳税人不可能构成贪污税款的犯罪，这是起码的常识。

其次，被告人在昌黎经营活动中的税款已缴，只是在加格达奇经营中尚未纳税，而在加格达奇未予纳税，是有其客观原因的：

第一，被告人在加格达奇的经营活动中，是经领导批准，通过正式手续，使用一分厂的帐户、发票以一分厂的名义进行，并向一分厂返利。在这种情况下，已经自然地形成了一种内部委托关系，即被告人只能以一分厂代理人的身份出现，并以一分厂或公司的名义纳税，被告人朱佩金不能作为直接的纳税人。

第二，为了在加格达奇如何纳税的问题，被告人曾多次请示有关领导，而这些领导明确表示，纳税问题由公司统一研究办理，你不用办，到时候向你交多少交多少就行了。

第三，被告人并未采取过隐瞒、欺骗等偷税手段，而是因故不能申报纳税，然而因故不能申报与不如实申报是完全不同的两个概念。

第四，不能申报的原因之一还在于是帐未结清，部分发票还没有开出，而并非是被告人主观上故意拖欠，并且即使申报，也应由一分厂或公司申报（其是直接的纳税义务人）。

因此，被告人既不构成贪污税款的犯罪，也不构成偷税罪。充其量也只是一个拖欠税款的问题，并且拖欠的发生也是事出有因的。

此外，辩护人还应指出的是：加格达奇检察院在没有进行审计或由司法会计鉴定的情况下，仅凭其自行整理的财务数据作为证据向税务机关提供，税务机关以此作为认定偷税的根据予以处罚，反过来检察机关再以此认定被告人贪污了税款，这不仅是自相矛盾的，而且是违反程序的。当税务机关作出偷税

的处罚决定时，被处罚人有申请复议的权利，但是至今为止，被告人也没有看到税务机关的处罚决定，因回执还在检察院的卷宗里，这种做法是明显违法的。

故辩护人认为：检察机关对于被告人朱佩金犯有贪污罪的指控是不能成立的。

二、关于诈骗罪

(一) 诈骗一分厂两笔款数额为 209610.35 元（其中包括一笔 185435.80 元和另一笔 24174.55 元）

关于第一笔 185435.80 元：

被告人向一分厂索回 185435.80 元确有其事；

在聂志明个人往来结帐单上也记载了聂向被告人返 23 万多元的事实（据讲含上列 185435.80 元），但是这两个事实并不能表明被告人构成诈骗罪。因为这笔款的重复计算，事出有因。

第一，当聂志明与朱妻张玉霞算帐，将这笔钱划归被告人时，被告人并不在场，事后也不清楚。并且，由于被告人始终认为与聂志明的帐没有算清，事后曾多次找聂算帐，直至其去哈尔滨上学后也没有算清。这充分表明，被告人与聂的帐并未清结。

第二，聂志明与张玉霞算帐的明细表中，只写了小聂发了 1400m³ 木材，价额是 23 万多元，而在松岭帐面上反映的一分厂欠被告人的木材款是 18 万余元，发木材的数量是 1066m³，两种数字不相吻合。并且，在松岭的木材帐上并未反映出这批木材是聂志明所发走的。因此，被告人也不可能知道这笔款与聂志明发出的 1400m³ 木材是同一笔款。

第三，当松岭林业局将一分厂的这笔欠款划到被告人帐上时，被告人并不知道。

第四，所谓被告人与聂志明商定由被告负责替聂结清一分厂木材帐的指控并无充分证据。

第五，被告人与一分厂和聂志明之间，事实上是一种三角债务关系，松岭未经被告人同意擅自划款，被告人以合法程序追回，无可非议。在没有任何债务关系转移的委托手续或证据的情况下，没有理由认为被告人不该向一分厂索还（185435.80元），更无理由认定被告人诈骗。

第六，被告人与聂志明的帐并未算清，并且聂志明其人也并未消失。因此，只要一分厂找到聂志明就会理清这种债务关系，在这种情况下，被告人根本就不存在实施诈骗的条件。

综上，对于这笔款项，被告人既无诈骗的故意，也无诈骗的行为，更不具备诈骗的条件，认定被告人有诈骗罪，只是一种缺乏客观依据的主观推断，是对民事法律关系与刑事法律关系界限的混淆。

关于第二笔 24174.55 元：

此笔款是松岭工业科会计在并户时，在被告人并不知道的情况下，并到被告人帐上的，与被告人本人毫无关系。直至案发时被告都不清楚。在这个问题上，被告人不仅没有诈骗的故意，而且连任何过错都没有，纯系办案人员的主观推定。

（二）关于诈骗向公司的返利款 20 万元

起诉书指控被告人骗取假收据，伪造假文件向公司诈骗 20 万的事实，根本就不存在。

第一，返利款收据不假，因为返利是事实。

第二，两个文件不假，因为文件内容属实，并且是由会议决定和领导同意的。文件的公章也不假，因为公章并非朱伪造也非偷盖的。关于起草文件的程序上手续不全，并不能影响文件内容的真实性。

第三，两个文件均不涉及骗取利润问题。大米的差价款是会议决定的，但这个决定以拨给被告人木材指标为前提，当指标未兑现时，被告人提出不承担大米差价款，属于合理要求。

第四，在大米差价款等问题上，由于公司领导违约，在

“定销承包合同”以外，人为地造成了一种新的债务关系，造成了依法兑现合同的障碍，在这种情况下，被告人在作概算时据理力争，是无可非议的。“概算”既不是最后结算的结论，也不能作结算的依据，主要解决结算时所应遵循的原则。例如：被告人提出不同意承担大米差价，不同意按 130 元/m³ 返还 1500m³ 木材指标利润等，均属于对算帐原则的争议。这种争议只有在双方达成一致意见后才能起作用，不存在任何诈骗的条件和可能性。因此，这纯属合同争议中的正当行为，与诈骗的性质毫不相干。

第五，起诉书明确写到，由于“公司领导对此结算没有同意，朱佩金声称保留向公司索要 4 万元的权利”，起诉书以此指控被告人朱佩金“长期赖帐，不向公司返利却占为己有”，这两句话，实际上已经十分明确地反映了一个民事法律关系的基本事实，从而也证明公诉人自我否定了对诈骗罪的指控理由。任何人都会清楚，赖帐与诈骗，是不能相提并论的。

故辩护人认为：起诉书指控被告人朱佩金犯有诈骗罪是不能成立的，被告人朱佩金不构成诈骗罪。

三、关于行贿罪

根据全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，行为人为谋取不正当利益，给予国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务的人员以财物的，是构成行贿罪的必备要件。但是，在起诉书及有关的案卷材料中，没有任何证据证明被告人的行为符合这一要件。

起诉书认定被告人行贿的对象为 3 人，行贿总数额为 10115 元。

首先，被告人在松岭林业局购买木材是与其工业科发生联系，与木材科长白树民没有任何业务往来，只因是朋友关系，当白遇到经济困难时，由于被告人自己承包挣了钱，而送给白 5000 元，此纯属正常的个人赠与。

其次，被告人与张安军和李家瑞，虽属上、下级和同事关系，但是，在给钱的问题上并不能反映出行贿的性质。

第一，给线的数量不大，给张安军的钱3次总共为4000元，其中最多的一次3000元是张的儿子结婚时的随礼钱，而被告人挣钱多了随礼多一些正是壮壮脸的一种表示；也是符合情理的，给李家瑞的只有500元。

第二，被告人平日与张安军关系密切，叔侄相称，这一点是众所周知的。张家生活相对又比较困难，这种情况下被告人给张资助一点钱，也不能说是违反人之常情的。

第三，更重要的是，在被告人给张安军和李家瑞钱的时候，并未提出或表示过任何具体的不正当的利益要求，对方也没有作出过任何为其谋取不正当利益的许诺或行为，这一事实足以表明缺乏定罪根据。辩护人所看到的唯一理由是有人曾经承认过：“可能他为了以后找我办事方便”之类的表示，暂且不谈这种证言的真实性如何，仅凭这种含糊其词的表达方式，就不能作为认定行贿罪的根据。任何犯罪构成都离不开一种基本的犯罪事实，行贿罪则需要具有明确、具体的为自己谋取不正当利益的目的请求和事实。在缺乏这些要件的情况下，仅凭上下级关系这种特定身份来认定犯罪，如果不是主观推定，则没有任何理由可以作出解释。

第四，据辩护人了解，当时的林工商联合公司，仅公司领导层就有8个人，论权力，最大的是一把手刘树清，以下有书记王惠臣，常务副经理唐希发；论业务主管关系是副经理王连才；而张安军只是分管财务的副经理。事实上，平时张安军根本管不着被告人承包中的财务问题，在承包结算时，他不仅帮不了被告人的什么忙，也没有帮过被告人什么忙，公司原书记王惠臣同志明确表示：“朱交多少钱，帐怎么算，是刘树清主持的党政联席会议定的，张安军根本无权定，也定不了，会上的结论谁也不能作出变更，所以，张安军没有也不可能在这件

事上给朱佩金什么好处”。“如果说朱佩金买张安军的好，是没有意义的”，“此事我问过张安军，他说：‘我被逼的不承认不行，还有老婆孩子在家，不承认我出不来，只好先承认再说吧’”。以上事实可以进一步说明，朱佩金未给其他领导钱而单给张安军，并非为了达到谋取不正当利益的某种目的。至于李家瑞，作为平级干部，也就更无这种必要了。

综上，辩护人认为，起诉书指控被告犯行贿罪，缺乏基本的事实和证据。任何一条法律也没有规定，凡属上下级关系或同事关系，只要发生经济往来和个人援助，就必然构成行贿与受贿的关系。这样做的结果，不仅会造成错案，还会淡化人与人之间的真实情感，导致人际关系的庸俗化。辩护人诚恳地提醒公诉人，严厉打击真正的受贿和行贿犯罪，不仅是我国一项坚定不移的刑事政策，也是世界各国所共同奉行的政策；但是严格依照事实和法律，准确把握定罪的界限，也同样是一条不可忽视的重要原则，只有这样才能真正起到兴利除弊的积极作用。

故辩护人认为：起诉书指控被告人朱佩金犯有行贿罪，是不能成立的。

综上所述，辩护人认为：在这起案件中，被告朱佩金的罪名一概不能成立，而起诉书之所以能以3种罪名予以起诉，其根本原因，除了事实和证据的问题之外，最根本的问题就是在对一些事实的分析和认定中，混淆了民事法律关系与刑事法律关系的界限，对另一些事实的认定中则忽略了法律规定的犯罪构成要件。

审判长、审判员：综观全案，辩护人认为本案具有十分突出的典型性。因为在当前形势下，司法机关如何正确理解立法精神，准确运用法律，如何贯彻邓小平同志南巡讲话的精神实质，如何以“三个有利于”为出发点，充分发挥为改革开放保驾护航的作用，是评价司法机关工作的一项重要标准，也是对

每一个司法工作者的重大考验。对于承包经营中所发生的有关问题如何正确处理，更是涉及到国家经济腾飞和改革开放的基本政策和方向问题，尤其应当持以格外慎重的态度。本案被告人朱佩金在几年前就能够在公司亏损、木材滞销的形势下，勇于探索，担起了个人承包的重担，虽然在工作中难免出现一些错误和失误，但不可否认地也为改革开放的深化作了一定的贡献。对于这样的人，究竟是捕风捉影地兴师问罪，还是在客观、冷静地评价是非的前提下，促使其扬长避短，为改革开放发挥出更大的作用，无疑是个十分重要的原则问题。

为此，辩护人希望法庭对本案予以高度重视，辩护人也诚恳地愿意为司法机关提供尽可能的协助，尽到一个法律工作者应尽的职责。

最后，希望本案能够得到公正的裁决。

辩护人：北京第六律师事务所律师 田文昌
黑龙江省律师事务所律师 刘树森

1993年3月11日

二审辩护词

审判长、合议庭：

我们依法再次担任被告人朱佩金的辩护人，参与本案第二审的诉讼活动，履行辩护人的职责。

本案第一审时，辩护人提出了：被告人朱佩金的行为不构成贪污罪、诈骗罪、行贿罪的辩护意见。一审人民法院采纳了辩护人的意见，判决宣告被告人朱佩金无罪。但黑龙江省人民检察院大兴安岭分院（下称检察院）提出抗诉，使本案进入第

二审程序。

现辩护人依据本案的事实和法律，坚持被告人朱佩金无罪的辩护意见，请第二审人民法院依法裁定驳回检察院的抗诉，维持原判。为此，辩护人发表如下辩护意见：

一、关于贪污罪

法律明确规定，贪污罪是指“国家工作人员、集体经济组织人员或者其他经手、管理公共财物人员，利用职务的便利，侵吞、盗窃、骗取或者以其它手段非法占有公共财物的行为。”而抗诉书所指控的被告人朱佩金的行为，不具备这一特征。被告人朱佩金没有实施贪污行为，不构成贪污罪。

第一，检察院称，“被告人朱佩金以欺骗手段，将应上缴国家的利润据为己有，”这不是事实。

1. 检察院极力否定本案中《定销承包合同》的法律效力，将根本不具备有效合同要件的《承包合同》作为证据，曲解本案的基本事实。

1987年9月，被告人朱佩金与林业部大兴安岭管理局林工商联合公司（现为林产工业公司，下称公司）签订了《定销承包合同》。该合同明确规定：甲方（公司）提供木材指标，乙方（朱佩金）按合同规定的固定数额上缴利润，“甲方不给乙方提供流动资金，一切费用均由乙方承担，”“乙方保上缴利润外，结余款额均由乙方自行安排，甲方不予干扰乙方结算，人员工资奖金由乙方自定。”合同签字的双方，甲方为企业法人（盖有公司公章，还有4名副经理的联合署名），乙方则是承包者个人即被告人朱佩金。

上列事实表明：《定销承包合同》的主体合格、内容合法，合同双方意思表示真实一致，完全符合有效合同的法定要件；应当受到法律的保护。

1987年4月，被告人朱佩金与关孝坤草拟的《承包合同》，既无法人公章、又缺少合同内容应有的基本条件且合同

双方的当事人均属同一方，即都是以林工商联合公司经销公司代表的名义签署的。而所谓的这个“林工商联合公司经销公司”，只是一个拟建单位，其未经任何工商行政管理机关注册登记（根本没有依法成立）。而且对于这个《承包合同》，除了草拟者朱、关两人之外，公司的总经理与其他副经理根本不知有此合同。

检察院将无公章、无合法主体资格的无效《承包合同》视为有效合同，并称其“已经正在履行”。其目的是以无效的《承包合同》来否定合法有效的《定销承包合同》，进而曲解本案最基本之事实，即：《定销承包合同》确定了被告人朱佩金与林产工业公司之间权利、义务关系。本案中决定被告人是否构成贪污罪的关键并不在于认定合同是集体承包还是个人承包性质，而在于合同所约定的内容。《定销承包合同》约定方式是按固定数额返利润，并不涉及承包方实际获利多少。在这种形式的承包合同中，只能存在是否履约问题，不可能发生贪污犯罪问题。

检察院以无效的《承包合同》，否定合法有效的《定销承包合同》的作法，既不符合法律的规定，也不会得到二审人民法院的支持。

2. 检察院以否定《3.29 公司经理办公会议》调整《定销承包合同》内容的合法有效性，指控被告人朱佩金构成贪污罪，其指控不能成立。

《定销承包合同》签订后，被告人朱佩金认真履行了合同的约定。但其在经营中，出现了串用国拨材指标和口头申报销量、估算所获利润等问题。为此在 1988 年 3 月 29 日的公司经理办公会议上，在承包人朱佩金在场的情况下，对于《定销承包合同》中所规定的上缴利润进行了调整，对此调整被告人朱佩金与公司双方认可。《3.29 公司经理办公会议》调整了被告人朱佩金向公司上缴利润数额，是合法有效的。

对于上列事实，检察院一方面称其不持异议。另一方面又称，“这个合法有效的调整是以被告人谎报发运米数和售价、隐瞒应返公司利润 15 万余元为前提的，”“被告人朱佩金构成贪污罪。”

检察院的上列说法，在法学逻辑上犯了自相矛盾的错误且没有正视如下事实：

其一，申用国拨材指标，是经一分厂领导同意的，并不存在被告人朱佩金隐瞒这批指标的行为。

其二，《3.29 公司经理办公会议》确定返利数额时，其木材尚未销售完。会议确定返利润数额及其标准，完全是根据当时市场价格估算的。在客观上当时无论是被告人朱佩金，还是与会的公司领导，都不知道也不可能知道其准确的获利润数额。正是这种情况下，经《3.29 公司经理办公会议》决定：“每米上缴利润为 130 元”。检察院以被告人朱佩金自称每米获利 200 元为由称被告人有谎报行为，构成贪污罪；这是与事实相悖的。

其三，公司领导在研究被告人朱佩金上缴利润时，并未严守合同，而是在合同之外强行摊派，以行政手段迫使被告人朱佩金为公司承担大米差价款，加重了被告人的经济负担。公司一方在明显违反合同的前提下，突破了合同的约定。在没有具体依据的情况下，以估算、参照的方法笼统地确定被告人朱佩金上缴利润数额，因此《3.29 公司经理办公会议》确定，让被告人朱佩金向公司上缴利润总额为 50 万元。“会议”的结果，是经合同双方认可的，并不存在以被告人朱佩金谎报、隐瞒为前提的事实情节。

在上缴利润总额已经确定的情况下，被告人朱佩金实际销售情况在事实上已经失去意义，其贪污手段则是不可能发生的。在本案中根本没有证明被告人朱佩金有作假帐的行为，并且在公司与朱佩金之间的帐目未正式结算之前，是没有根据认

定被告人朱佩金有贪污行为的。

检察院脱离当时的具体背景和对《3.29 公司经理办公会议》的合法有效性于不顾，在被告朱佩金没有贪污的故意和行为的情况下，仅仅以其在“会议”上估算所获利润与在“会议”之后实际可能发生的差误为由，来指控被告人朱佩金构成贪污罪，实属客观归罪，是不能成立的。

其四，本案中的承包合同，作为承包人的被告人朱佩金没有占有国家的任何生产资料，仅仅是利用木材指标，销后向公司返利。在法律关系上被告人与作为发包方的公司是平等的行为主体，合同一经依法成立，对合同双方均有约束力。当履行合同发生争议时（含结算分歧），属于民事法律关系中的冲突。显而易见，属于债权债务范围内的民事法律关系，则应由《民法通则》、《经济合同法》等民事法律规范予以调整，其不属于刑事法律关系调整的对象和范围，与贪污犯罪是毫无联系的。

第二，检察院称，“被告人朱佩金侵吞应纳税金，构成贪污罪。”这并没有事实和法律根据。

被告人朱佩金并非税收人员，也并非受委托管理税款人员，其不构成贪污税金的犯罪主体。

1. 检察院称，不知被告人朱佩金在昌黎县销售木材应缴的税金均缴纳给当地税务机关的根据在何处。事实上，被告人朱佩金在河北省昌黎县销售的木材分为两部分：一部分是由昌黎县经销处直接出具的发货票，其税金均缴纳给当地税务机关了。另一部分则由大兴安岭林产工业公司一分厂出具发票（应由一分厂向大兴安岭税务机关代缴税金），这部分销售木材税金的缴纳与被告人朱佩金直接在大兴安岭用一分厂发票销售的木材一样，应由一分厂向税务机关缴纳，再由被告人朱佩金向一分厂缴纳该部分税款。对于上列被告人朱佩金在河北省昌黎县销售木材应缴纳税金均给当地税务机关的事实，卷中有昌黎县税务局税务所税收检查结论、工商企业所得税申报表、国家

能源交通建设基金申报表等书证、被告人供述、证人张玉霞等人证人证言可资佐证。检察院对此佯作不知，说明其并未尊重事实。

2. 检察院称，“被告人朱佩金在昌黎县销售木材偷税33869.82元，并将此应纳税金据为己有。”这并非是事实。

其一，卷中没有可以认定被告人朱佩金在昌黎县偷税33869.82元的证据（包括没有被告人的企业所在地及工商和税务登记所在地——河北省昌黎县税务机关对于朱佩金有偷税33869.82元情节的认定及处罚材料）；也没有经国家授权的鉴定机关予以司法审计鉴定或刑事技术鉴定的结论；更没有检察院自称的所谓税务机关的《鉴定结论》。卷中却有检察院所编写的一些数字材料且以此作为指控被告人偷税的数额依据。如：公司木材经销处费用支出表、经销木材获毛利汇总表、应纳木材批发税计算表、在昌黎各项税款汇总表等；这些数字材料虽然是由检察院组织人员所编写的，但却无编写人的署名、无公章、无编者的合法资格证明、且未标明这些数字材料的出处和依据。这些数字材料并不具有法律效力，如何能作为认定被告人朱佩金有偷税行为，及其将应纳税金据为己有的证据？

其二，大兴安岭税务机关仅仅依据检察院编写的被告人朱佩金的偷税数额，作出的税务违章处理决定，也是不符合法律规定的。

卷中的大兴安岭税务机关的《违章案件调查处理审批表》、《营业税检查表》等材料上记载了：“数字材料由加区检察院提供。”“由加格达奇检察院提供材料。”卷中还有加格达奇检察院代替昌黎木材经销处及被告人朱佩金向大兴安岭地区行署财政局缴纳偷税款及其收取的《税收专用缴款书》、《税务违章处理通知书》等书证。

上列证据表明：检察院以其自行编写的数字材料（包括编写了被告人在昌黎偷税33869.82元的数额）为证据，提供给

大兴安岭税务机关；税务机关按照检察院提供的数字材料作出税务违章处理决定（含所谓朱佩金在昌黎有偷税行为，但却由大兴安岭税务机关越权作出处理决定）之后由检察院收取该“处理决定”，并以此作为指控被告人朱佩金在昌黎县经销木材偷税行为的“证据”。

我国法律赋予检察院具有依法收集证明被告人有罪或者无罪证据的权力，却没有准许检察院可以用自己编写的所谓证据来证明被告人有罪的特权。似上列这种以检察院自己出证的“证据”作为证据，并不属于《刑事诉讼法》规定的6种证据的范畴，其不具有证据力。

其三，检察院指控被告人朱佩金侵吞应纳税金，犯有贪污罪；但其并没有指控被告人朱佩金犯有偷税罪；故检察院代替被告人向税务机关缴纳所谓偷税款额的行为，并不合法。

依据最高人民法院、最高人民检察院、公安部、财政部发布的《关于没收和处理赃款赃物若干问题的暂行规定》“检察院……依法移送人民法院判处的案件的赃款赃物，应该随案移送，由人民法院在判决时一并作出决定。”的规定及有关“偷税、抗税案件，应当由税务机关办理补缴税款手续”的法律规定，检察院并没有代替被告人缴纳所谓侵吞税金的义务，且其在事实上也并未将收缴的被告人的朱佩金的巨额款物依法随案移送，交由人民法院判决时一并作出决定。

检察院指控被告人犯有贪污罪，却以偷税案件处理了收缴的被告人之巨额款物。其在表面上代替被告人朱佩金向税务机关办理补缴税手续，其实质上对收缴被告人的大部分款物却没有随案移送，使该部分款物至今去向不明，这是与上列法律规定相悖的。

其四，卷中根本不存在被告人朱佩金将应缴税金据为己有的事实。检察院明知其指控缺乏认定依据，故而其称“即使被告人朱佩金个人承包，按《刑法》规定，也将构成偷税罪。”

检察院在抗诉书中出现了在起诉书中并没有指控的这个“偷税罪”，对此检察院理应拿出确实、充分的事实和证据来支持其指控，否则只能被看做是一句空话。

其五，关于在当地（即大兴安岭加格达奇地区）的纳税问题。被告人朱佩金在加格达奇的经营活动中，经公司领导批准使用一分厂的帐户和发票，并向一分厂返利。其与一分厂已形成了内部委托关系，即：被告人只能以一分厂代理人的身份出现，并以一分厂或公司的名义纳税，被告人朱佩金不能作为直接纳税人。对于在当地（加格达奇）如何纳税问题，被告人曾多次请示公司领导，公司领导明确表示：纳税问题由公司统一办理，你不用办，到时候向你交多少就多少就行了（见王连才证言）。在客观上由于帐未结清，部分发票尚未开出，并非是被告人朱佩金主观故意拖欠纳税，并且申报纳税也应由一分厂或公司进行申报，再由被告人承担应纳税额。由于一分厂或公司未能按时申报，使得被告人未能按时纳税。被告人朱佩金并未采取隐瞒、欺骗等偷税手段，而是因故未能按时申报纳税，因故未能按时申报与不如实申报是性质不同的。检察院将被告人朱佩金由于上列原因因故未能按时申报纳税，说成是被告人侵吞单位应缴纳的税金并据为己有，构成贪污罪；并没有做到实事求是。

被告人朱佩金没有实施侵吞税金（包括应纳税金）的行为，既不构成贪污罪，也不构成偷税罪。

对于以上贪污罪部分，辩护人认为：被告人朱佩金在主观上没有贪污的故意，在客观上没有实施贪污的行为；检察院指控被告人朱佩金犯有贪污罪，是不能成立的。被告人朱佩金不构成贪污罪。

二、关于诈骗罪

法律规定，诈骗罪是指：以非法占有为目的，用虚构事实或隐瞒真相的方法，骗取数额较大的公私财务的行为。而抗诉

书所指控的被告人朱佩金的行为，是不符合上列犯罪构成要件的。

被告人朱佩金在主观上没有欺骗的故意，也未实施诈骗行为，不构成诈骗罪。

第一，检察院称，“被告人朱佩金骗出一分厂人民币185435.80元”，这并无事实根据。

1. 1987年1月，被告人朱佩金聘用一分厂的调材员聂志明为昌黎木材经销处的调材员，其使用了聂原在松岭林业局林产工业科所用的一分厂帐户。在此期间，松岭林业局林产工业科对公司所属各厂在该科所立帐户实行并户管理。当被告人朱佩金发现一分厂1986年所发木材在其木材予付款中结算的情况后，找到公司主管财务副经理，又经公司审计科审计查帐属实后，一分厂向被告人朱佩金退回了予付木材款185435.80元。被告人朱佩金是通过合法程序向一分厂索回其予付木材款的，并没有使用虚构和隐瞒真相的方法。这本属正常的经济流转，不存在诈骗。

2. 检察院以所谓被告人朱佩金隐瞒其与聂志明结清木材帐目的事实，否定被告人朱佩金从一分厂索回其自己的木材款(185435.80元)的合法性，指控被告人朱佩金犯有诈骗罪，是没有事实根据的。

事实上，聂志明是在1987年才被被告人朱佩金聘用为调材员的。在聂志明与张玉霞清结其聘用期间的往来帐时，聂曾经将其聘用前的1986年欠松岭林业局木材款23万多元，划归被告朱佩金。并在“聂志明往来帐单”上由张、聂签名且写上“大计估算”的字样。但在聂与张玉霞算帐时，被告人朱佩金并不在场，事后对该结算单未予认可，其后聂志明对此次算帐也不予承认，双方为此商议以后再算帐。特别是聂志明已证实其在1986年发运的1400立方米木材、价款为23万元，应由其自己与松岭林业局进行结算，与被告人朱佩金无关(见聂志

明 93.3.14 证言)。故检察院所称聂志明与被告人朱佩金结清往来帐，有被告人朱佩金与聂志明双方签字的情节并不属实。检察院以并不是属实的事实为依据推断出聂志明所欠债务（含 185435.80 元）应由被告人朱佩金返还，进而得出：被告人朱佩金诈骗了原属于朱佩金的木材款（185435.80 元）的结论，是不正确的。

3. 被告人朱佩金与一分厂和聂志明之间在事实上是一种三角债关系。松岭林业局未经被告人朱佩金同意擅自划款，被告人朱佩金以合法程序追回，无可非议。在没有债权人与债务人对其债务关系转移委托手续或证据的情况下，没有理由认为被告人朱佩金不该向一分厂索回木材款 185435.80 元，更没有理由认定被告人朱佩金犯有诈骗罪。

第二，检察院在抗诉书中并未提及在起诉书中指控被告人朱佩金诈骗人民币 24174.53 元问题。为此辩护人认为：检察院已默认其指控不能成立。

上列所谓朱佩金诈骗的 24174.53 元，实际是由松岭林业局林产工业科会计在并帐时造成的，其并未通知被告人朱佩金。这笔款并到了被告人朱佩金帐上，朱并不知道，与朱佩金毫无关系，且被告人朱佩金任何过错都没有。故检察院以此指控被告人诈骗，是毫无道理的。

第三，检察院称，“被告人朱佩金骗取假返利款收据，伪造假文件向公司诈骗 198173.68 元，”其事实是不存在的。

1. 被告人朱佩金应向公司返利 50 万元，其除已向公司上缴部分利润外，尚有 189173.68 元未与公司结算。当被告人朱佩金要求与公司算帐时，公司领导委派审计科副科长李成斌与朱佩金结算，朱佩金拿出了“经销抚育伐木材”和“为职工购买大米”的两份文件，要求冲抵其应返利款。对此公司领导未予同意，双方形成结算争议，故双方帐目未作最后结算。

2. 有关返利款的收据不假，因为返利是事实。上列两个

文件也不假，因文件的内容属实，并且是由会议决定和领导同意的。文件上的公章不假，因为公章并非伪造也并非偷盖或盗用。至于起草文件的程序上手续不全，则不影响文件内容的真实性。特别是两个文件均不涉及利润问题，在客观上并不能起到抵销应返利润余额的作用。大米差价款是会议决定的，而这个决定又是以拨给被告人朱佩金 1000 立方米木材指标为前提的。在公司未兑现拨给木材指标的情况下，被告人提出不承担大米差价款，实属合理要求。在大米差价款问题上，由于公司一方违约，在合同之外，人为地造成了一种新的债务关系，造成了依法兑现合同的障碍。正是在此种情况下，被告人在作概算时据理力争，无可非议。“概算”既不是最后结算结论，也不能作结算的依据，主要解决结算时所应遵循的原则。由于合同双方发生争议，这种争议只有双方达成一致意见才能起作用，不存在任何诈骗的条件和可能性。这种属于合同争议中的正当行为，与诈骗性质毫不相干，却明确反映了民事法律关系的基本事实。

3. 检察院指责被告“长期赖帐，不向公司返利却占为己有。”以此论证被告人朱佩金构成诈骗罪。退一步讲，赖帐与诈骗，根本不能相提并论，检察院以其上列论据自我否定了其指控被告人朱佩金构成诈骗罪的结论。

固然，被告人朱佩金与公司之间在结算问题上产生分歧，致使双方未能最后结算，但这属于债权债务范围内的民事法律关系，受民法或经济法调整，不属于《刑法》调整的对象和范畴。本案中并未发生被告人朱佩金骗取公司 198173.68 元和公司由于被骗将其 198173.68 元交给被告人朱佩金的情况。检察院指控被告人朱佩金向公司诈骗 198173.68 元的事实，是根本不存在的。

对于以上诈骗罪部分，辩护人认为：被告人朱佩金在主观上没有诈骗的故意，在客观上也未实施诈骗行为，不构成诈骗

罪。

三、关于行贿罪

检察院的抗诉书并未提及在起诉书中指控被告人朱佩金向他人行贿 10115 元，构成行贿罪问题。为此辩护人认为，检察院已默认被告人朱佩金的行为不构成行贿罪。

被告人朱佩金送给张安君、李家瑞、白树民等人款物折合人民币 10115 元，是事实。但在事前和事后，被告人朱佩金均未提出为自己谋取不正当利益的要求，卷中也没有证据能证实对方为被告人朱佩金谋取任何不正当利益，被告朱佩金的上述行为，是个人之间的赠与行为。故辩护人认为：被告人朱佩金的行为，不构成行贿罪。

综上所述，本案的事实是明晰的：首先，被告人朱佩金与公司之间存在合同关系，后经会议对其合同内容进行了调整。在“会议决议”明确规定了被告人上缴利润总额数额的前提下，被告人不可能具备实施贪污行为的任何客观条件。其次，后来由于公司领导再次违约，没有兑现另拨给被告人 1000 立方米木材指标的承诺，致使被告人拒绝按“决议”规定数额返利并据理力争，直至双方争执不下而导制双方帐目未能清结。这些过程表明了：此案属于承发包方的合同纠纷，这是一种典型的民事法律关系。被告人朱佩金只不过在正当而公开地维护和争取自己的利益。因此，其行为与犯罪毫无关系。再次，本案中有确实、充分的证据证实了被告人朱佩金没有实施贪污、诈骗、行贿行为。故辩护人认为：被告人朱佩金的行为，不构成贪污罪、诈骗罪、行贿罪。

审判长、合议庭：

综观全案，本案具有十分突出的典型性。本案涉及承包经营、合同、税收、企业内部因管理混乱而造成错划帐目、三角债、发包方以行政手段强迫承包方承担合同之外的义务、民事法律关系和刑事法律关系的界限、犯罪构成理论在实践中的应

用等一系列问题。这些问题大部分是在经济体制转轨过程中应加以注意的问题，这其中所涉及的一些罪与非罪的界限，确实比一般经济犯罪更加难以区分。

一审人民法院本着对国家和法律负责，对被告人负责的精神；以事实和法律为依据，在全面调查案情事实的基础上，客观、认真听取和采纳了辩护人的意见；准确地理解和适用法律，作出了宣告被告人朱佩金无罪的判决；该判决在认定事实和适用法律上都是正确的，辩护人表示赞同。

而检察院的抗诉书之所以认为被告人朱佩金构成贪污罪、诈骗罪（未提行贿罪），并依《刑法》第152条、155条和全国人大常委会《关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定》欲对被告人朱佩金定罪量刑，其根本原因是：其在对本案一些事实的分析和认定上，混淆了民事法律关系与刑事法律关系的界线，曲解了本案的基本事实和法律规定之犯罪构成要件，故其在认定事实和适用法律上都是不正确的。

检察院的抗诉书对于一审人民法院及其判决，称之为“初审法院”、“初审判决”及使用了诸如：“凭空捏造”、“信口开河”、“掩盖朱佩金贪污”、“为被告人朱佩金开脱罪责”、“我们专政工具只能适用那些傻瓜和笨蛋”等用语，也是欠妥的。

对于本案，人民检察院、人民法院、辩护人是各司其职，其“分工负责、互相配合、互相制约，以保证准确有效地执行法律。”尽管对于罪与非罪、死罪与无罪等问题的看法上，检察院与辩护人控辩结论相差悬殊，但终将会殊途同归于遵循“以事实为根据，以法律为准绳”的法律原则上来，会使本案得到公正的裁决。

最后，辩护人请二审人民法院对本案予以高度重视，辩护人将尽可能为司法机关提供协助，尽到一个法律工作者的职责。请二审人民法院依据本案的事实和法律，依法裁定驳回检察院的抗诉、维持原判。

辩护人：北京市法大律师事务所律师 田文昌
黑龙江省光华律师事务所律师 刘树森

1994年12月28日

▼
▼
▼
▼

邹为瑞贪污、诈骗案

案情简介

被告人邹为瑞，男，系鲁南某水泥厂招聘干部，《中国建材报》社记者。

1993年6月至11月，邹为瑞在任《中国建材报》鲁南通联站副站长期间，先后为鲁南地区厂、矿等企业在《中国建材报》筹办广告专版。报社按规定将广告费的10%返还给联络站人民币共6200元，由邹为瑞掌管并以其妻子之名如实存入银行，后用于办公花销，至案发时尚未清理结算。

1993年11月，邹为瑞在任“纪念毛泽东诞辰一百周年中华当代文化精粹博览会”组委会办公室主任期间，曾代表组委会委托广州某公司制作纪念手表5000只。后因该公司代销的该手表滞销，预定向组委会的提成未能兑现。同年12月，该公司赠送组委会手表300只，对其中110只，组委会主任同意由邹为瑞机动处理。邹为瑞从中拿走110只，用于组委会工作，至案发时尚未结清。

1993年11月，广州某手表厂为感谢邹为瑞和组委会在业务上曾给予的帮助，送给邹为瑞金表1只（价值人民币3000元），组委会主任得知后同意邹为瑞接受这块金表。

1993年5月，江苏省某钢厂委托邹为瑞为其在广州某手表厂联系定做纪念手表2000只。在业务进展中，邹为瑞曾向钢厂主管领导电话请示：制作手表的价格有所下降，在总价款不变的情况下，可多做出300只男式手表，该领导答复：多做的300只手表归邹为瑞支配。同年9月至11月，广州某手表厂共寄给钢厂手表1190只，尚欠810只手表，因钢厂未汇齐款，没有发货。邹为瑞于1993年12月两次收到广州某手表厂寄给的手表214只（价值人民币12840元）。

1994年5月，鲁南某水泥厂将邹为瑞非法拘禁，不久，当地检察院对其实行收容审查。

1994年7月25日，检察院以邹为瑞上述行为构成贪污罪为由将其逮捕。1995年1月2日，检察院以被告人邹为瑞犯诈骗罪，向当地法院提起公诉。法院受理后，经审查认为起诉的犯罪事实不清，证据不足，于1995年1月28日退回补充侦查。检察院于同年2月3日重新以诈骗罪起诉，法院于3月10日再次退查。1995年6月23日，检察院以被告人邹为瑞犯贪污罪、诈骗罪向法院提起公诉，法院仍认为起诉的事实不清，证据不足，于7月31日退回补充侦查。检察院继续认定以上各项事实分别构成贪污罪、诈骗罪，并于同年9月10日提起公诉。法院受理后，依法组成合议庭，公开开庭审理了本案，认定邹为瑞无罪。但在法院的判决宣告之前，检察院又撤回案卷；继而邹为瑞取保后审。后来，在最高人民检察院干预下，检察院于1996年7月12日撤销此案。

辩 护 词

审判长、合议庭：

北京市京都律师事务所和北京市经济律师事务所共同接受被告邹为瑞的委托，指派我们做被告邹为瑞的辩护律师。经过阅卷，会见被告及庭外调查和法庭调查，我们对本案的基本事实和性质已经清楚。纵观全案，我们的辩护意见是明确而肯定的：

起诉书对于被告邹为瑞犯有贪污罪和诈骗罪的指控均不能成立。被告邹为瑞无罪。现发表具体辩护意见如下：

一、起诉书指控被告邹为瑞贪污 2660 元办公费不能成立

起诉书指控被告于 1993 年 6 月至 11 月，在筹办峰城水泥厂，台儿庄石膏矿，临沂地区水泥厂在中国建材报社第四版广告专版期间，先后收取中国建材报社返给鲁南通联站的办公费 6200 元，除将其中 3540 元用于办公费用外，余款 2660 元被其占为己有。

第一，认定邹为瑞是否将办公费据为己有，要考察邹为瑞使用经费的整个情况。

办公经费的余款有以下几个去向：

(1) 购买纪念章。其一，1993 年 5 月在无锡召开建材报刊负责人会议，邹为瑞带去 60 枚左右，发给与会人员；其二，1993 年 9 月，邹为瑞去包头参加建材笔会，带去 60 多枚发给与会人员；其三，1993 年 10 月，邹为瑞送给建材报社 80 枚。

以上 200 枚，每枚 4.20 元，合计 840 元。

(2) 购买毛主席纪念堂纪念画册和手表。画册每本 154 元，手表每块 164 元，共计 2176 元。上述纪念画册作为纪念

品送与广告专版有关人员。

(3) 去包头参加金秋笔会的卧票和住宿费等 360 元左右；为鲁南有关企业订建材报款 700 元，几年来报社记者来往的单程票 300 元；为有关企业专版拍照胶卷，招待费等近千元。

以上共用去 5000 多元，而起诉书指控邹为瑞贪污的所谓“余款”只有 2660 元，此 2660 元，从实际支出来看，尚不足以弥补上述办公费的支出。只是实际支出办公经费的一部分，其差额部分还要由邹为瑞垫付，可见“余款”在事实上并不存在，而是公诉人推断和臆想的。

特别应当指出的是：在漫长的侦查过程中，邹为瑞曾一再提出还有未结的发票在办公室和家中。而公诉人竟然视而不见，听而不闻，直至今日也未查找这些资料，这种做法和态度，是完全违反正常的侦察程序的。在没有查明款的去向的情况下，否定被告人的口供是没有根据的，指控被告人有罪也同样是没有根据的。

第二，上述经费是在使用过程中被指控为贪污的。通联站与省记者站尚未结帐。而建材报社返回的办公费用是公开的，无法隐瞒的，也就是说，邹为瑞在最后结帐时，必须把上述经费的使用情况交待清楚，因此，对这笔经费，邹为瑞根本不存在实施贪污的客观条件。问题很明显，如果在最终结帐时，邹为瑞以弄虚作假的手段，将办公费占为己有可以构成贪污。但是，公诉人却在邹为瑞可能实施这种行为之前，就以强制手段迫使邹为瑞无法结帐，从而人为地剥夺了其实施贪污的可能性。由此可见，在邹为瑞上述经费去向不完全清楚的情况下，也没有理由认定被告个人占有了这笔钱。对于正在使用中的经费，在帐目尚未结清的情况下，由于无法证明使用人是否已将其占为己有，故不能认定其犯有贪污罪。这是认定贪污罪的起码原则。而公诉人对邹为瑞的指控明显违背了这个原则。

正是由于如此，至今为止，尽管公诉人以种种理由来否认

这笔经费的去向，却没有任何根据能够证明邹为瑞已经将这笔经费占为己有。这种指控显然是站不住脚的。

二、起诉书指控邹为瑞贪污 14054 元手表款不能成立

起诉书指控邹为瑞在任“纪念毛泽东诞辰 100 周年中华当代文化精粹博览会”组委会办公室主任期间，于 1993 年 12 月至 1994 年 1 月，将广州珠江电脑有限公司总经理张重安无偿送给组委会的纪念手表 300 只，私自以每只 288 元的价格出售 53 只，应得款 15264 元，已得款 14054 元，被其占为己有。

此 300 块手表中的 190 块，由组委会主任郭绍成掌握，另 110 块，郭绍成交邹为瑞机动处理。

郭绍成在证词中说：“关于 110 块手表问题，是我同意由他机动处理的。”“整个活动尚未结算。”郭绍成在律师找他调查取证的时候，明确地说：“那 110 块手表，当时我明确讲由他自己机动处理。”“机动处理”，是一种授权行为，说明邹为瑞对这 110 块手表有处分权。那么，我们来看一看邹为瑞是怎么处理这 110 块手表的。

110 块手表中的 57 块，用于组委会的工作（赠送），检察院对此已经认可，辩护人在此不再赘述。

另 53 块，为筹备出版《优秀作品集》资金，委托徐州肖波、王人善代销 50 块，卖给枣庄日报社驻滕州记者赵广荣 3 块。

根据河北科技出版社王凤玲的证词（第 279 号卷 53—59 页），出版《优秀作品集》应付河北省科技出版社 243700 元。负责该书工作的邹为瑞除寻找赞助厂家以外，还寄希望于总经理张重安。张重安曾答应给组委会 10 万元，用于出版《优秀作品集》，在张重安不支付 10 万人民币的情况下，负责筹集《优秀作品集》资金的邹为瑞只好转卖部分手表以补充资金。可见，表款的去向还是用于《优秀作品集》；有一部分已经用于出版《优秀作品集》，剩余的部分由于邹为瑞被限制自由，

尚未来得及也不可能实际投入《优秀作品集》上。这笔款的具体使用情况是：

(1) 1994年1月23日，王凤玲到北京中铁建招待所，邹为瑞交给其出版费40034元，邮书费4000元，合计44034元，均为现金。此笔款包括肖波1993年12月到北京交给邹为瑞的售表款7200元（25号卷227—230页）。邹为瑞前期编务花去现金3万多元，又交给王凤玲现金44034元。除部分书款外，邹为瑞并无其它现金来源，没有肖波交来的7200元，邹为瑞实际无法支付王凤玲44034元，肖波送款在前，邹为瑞交款在后，从时间看，也是吻合的。

(2) 7200元以外剩余的表款，也是准备用于《优秀作品集》的，但邹为瑞在未收到表款以前，因被限制人身自由，已经丧失了使用尚未收到的表款的可能性。《优秀作品集》的编务邹亚于1993年6月到徐州肖波处取回4000元（25号卷234页）。1993年5月4日和5月31日从徐州王人耆处两次取表款共1990元（25号卷231、232页）。尚欠表款1210元。邹为瑞1993年5月15日深夜被带走审查，被限制人身自由，尚不知道已经收到上述5990元。这5990元，算作邹为瑞的贪污款，只能是一种假想。

(3) 《优秀作品集》出版后，尚欠出版社38160元（279号卷53—59页），故出版社扣住部分《优秀作品集》不发。邹为瑞将前述全部款项都加上，尚不能补足对出版社的欠款。而邹又正是在筹款以待提书的时间内，被限制人身自由的。

以上三个方面，充分说明邹为瑞将可以机动处理的手表，转卖一部分用于交出书款，既没有占有的故意和行为，事实上也没有占有的结果。认定其贪污上述款项缺乏起码的事实根据。

换一个角度来看，即使不考虑上述事实，邹为瑞在法律上也不能构成贪污罪。

其一，贪污罪的对象是公共财产，而博览会的财产，不是公共财产。从来源来看，此次活动经费由港商郭国耀独自出资，不存在国家拨款和集体出资问题。从使用权来看，由郭国耀的全权代表郭绍成支配。从财产最终归属来看，剩余财产不归公有，而归港商所有，由郭绍成与郭国耀结算。因此，在这种情况下不存在贪污罪的客体要件。同样道理，由于邹为瑞使用的财产，不是公共财产，所以，他同样不符合贪污罪的主体条件。所以，假如邹为瑞占有上述款项，也不能构成贪污罪。更何况他没有占有上述财产。

其二，对组委会的经费，包括出《优秀作品集》的经费，至今还没有结算。与河北科技出版社的帐，也未最后结算。资金尚在运转过程中，何以能够认定邹为瑞贪污呢？在这点上，公诉人与前面的认定犯了同样的错误。

三、起诉书指控邹为瑞贪污价值 3000 元的金表不能成立

(一) 广州手表厂的证词指出：“经厂部研究，决定赠送两只我厂敬制的钻石金表，给博览会的郭绍成主任和邹为瑞同志，一方面表示对邹为瑞等同志的谢意，另一方面希望他们佩戴后更好地宣传我厂的产品，扩大我厂产品的知名度。”（第 25 号卷第 92 页）实际上，赠送手表，是广州手表厂对邹为瑞为其联系题词的酬谢。

(二) 郭绍成也说：“广州手表厂的态度很明确，一块表送给我，一块送给邹为瑞。”（证词已提交法院）

(三) 这块表，邹为瑞送给支持、参与组委会工作的同志了，也没有自己占有。

(四) 邹为瑞收到这块手表，不仅郭绍成同意，很多与邹为瑞一起工作的同志也知道。

以上四点足以证明邹为瑞取得该手表的行为不构成贪污罪。

四、起诉书指控邹为瑞构成诈骗罪不成立

邳州钢厂为本厂的纪念活动，想订做一批手表。该厂总指挥瞿超委托邹为瑞帮助定做，邹为瑞与广州手表厂达成口头协议。经瞿同意，多做的部分手表（214 块）给邹，邹收取这部分手表，不构成诈骗。

（一）多做的手表，是瞿超明示送给邹为瑞的。瞿超在给邹为瑞的信中，明确表示在总的费用不增加的情况下，将多做的手表作为酬谢给邹为瑞（证据已提交法院）。瞿超作为委托人（邳州钢厂）的负责人，有权做出这样的决定或许诺，邹为瑞获得这种许诺的事实，说明其没有诈骗的故意。这种许诺或决定，是一种处分财产的行为。因此，邳州钢厂并不是受害人，更谈不上是被诈骗的对象，没有受害人或被诈骗对象的诈骗案是不可能存在的。

（二）邹为瑞为钢厂联系做手表，系个人行为。邹不是钢厂的代理人，也不是手表厂的代理人。本案存在两个法律关系，一是邹为瑞与邳州钢厂；二是邹为瑞与广州手表厂。邹分别与双方达成协议，在整个交易过程中付出义务并承担责任，收取一定报酬是合理的。

（三）邹为瑞并未将 214 块手表据为己有。1993 年 11、12 月份，欧国华分两次给邹为瑞共 214 块手表。1994 年元月份组委会在钓鱼台开会，邹为瑞发手表 42 只。邹以每只手表 82 元的价格报帐了，计款 3444 元，用于后期工作，邹为瑞交给枣庄市建材局陈志学 100 只，按 82 元一只给他。陈志学在 1994 年元月和 2 月，两次付给邹 8200 元。这是邹为瑞为填补出版《优秀作品集》资金空缺而转卖手表所得的款项，因未能凑够拉书的钱，暂时滞留在邹为瑞家中。又因案发，未能交到科技出版社。请注意，转卖这批手表，是在筹集给出版社出书资金的过程中发生的，在邹未与出版社和组委会结算的情况下，认定邹据为己有，在法律上不能成立。

另外 70 余块手表被邹为瑞作为纪念品赠送有关人员（见

卷内名单)。这属于组委会工作的一部分。换句话说，邹为瑞将可以自己留下的手表用于工作上。可见，无论从取得手表的合法性，还是从对手表支配情况来看，邹为瑞都不能构成诈骗罪。

综上所述，辩护人有充分理由足以证明起诉书对被告犯有贪污罪和诈骗罪的指控均不成立。检察院的指控，不能经得起法律和历史的检验。请法庭在充分、慎重审查事实和证据的基础上，依法作出公正的判决。

辩护人：北京市京都律师事务所律师 田文昌

北京经济律师事务所律师 隋彭生

1995年10月5日

第二轮法庭辩论词

(根据录音整理)

现在我仅针对公诉人答辩的几个主要问题谈谈我的观点。

第一个问题，公诉人谈到被告贪污2660元的问题，这个问题谈的比较多，归纳起来有这么几点：

1. 公诉人谈到个人帐户并以个人帐户为依据来证明邹为瑞将这笔钱占为己有。这里有两个问题很清楚，第一，法庭调查当中我们宣读了一个调查笔录，就是个人帐户的立户背景，这一点公诉人已听到了，个人帐户是在特定情况下由邹的妻子设立的。第二，我们查阅了公诉人提供给法庭的个人帐户的复印件，这是从银行调查的，上面有两点很清楚：第一点，每笔钱都明确地写上“中国建材报社汇来办公费”，这说明这些款的来路是明确的、公开的；第二点，这个个人帐户上的钱有进又有出，一共5、6千块钱进了个人帐户，为什么公诉人只认

定了两千多块钱呢？那3千多块钱难道不是从这个帐户上上去的吗？是。那么这为什么不认定呢？这是因为公诉人自认为也实在找不到理由认定被告人占有了，因为有明确的出处了，找到去向了。可见，没找到去向就认为是贪污了，无非是这个逻辑而已。事实上，利用个人帐户只是个手续上的、程序上的问题而已，或是做法当与不当的问题，但是，个人帐户这个有进有出的事实足以说明，不能仅仅以将钱入到了个人帐户作为根据，就认定或者推定被告贪污或占有了这笔款，这是没有任何法律依据的。

2. 公诉人一再强调，从法庭调查一直到刚才的辩论中都一再强调，邹为瑞用这笔钱时没有汇报，或者以前汇报了后来没有汇报。我们暂且不说没有汇报的原因如何，我认为这个问题无足轻重，关键要看到，汇报与结帐是两回事，是完全不同的两个概念。同时公诉人还提到，“入帐不及时，为什么没有及时入帐？”似乎没有及时入帐就是贪污，这同样是没有说服力的。没有汇报和入帐不及时的问题，充其量都只是管理上的问题，难道能以此证明他占为己有了，贪污了吗？能以此证明他构成犯罪了吗？事实上，本案的关键问题是没有结帐。即使结帐以前钱的去向不清楚，换句话说，假如这笔钱就放在邹为瑞的抽屉里，放在他存放的任何一个地方，在他没有结帐之前，有什么理由认为是他个人已经占有了这笔钱呢？公诉人指控邹为瑞贪污是认定他已经占有了这笔钱，那么有什么证据证明他已经占有了呢？到现在为止，经过这么长时间的法庭调查，辩护人没有看到一个有力的证据证明被告邹为瑞如何如何采取什么样的手段、在什么时间、什么地点，有什么人证明他把这2660元揣入了自己的腰包，没有一个，有的只是推定。

3. 说到线索，被告过去谈过，法庭上谈过，刚才法庭调查中，公诉人也应该听到，曾经多次谈过“我还有一部分票据在家里，在办公室的桌子上”。但是，公诉人置之不理，不予

调查。也就是说，凡是能够证明被告无罪的，或者说对被告有利的证据，不调查，而专门去调查证明有罪的证据，这不是正常的侦查程序，是不妥当的，或者说是完全错误的。至于说到为什么“供认”，曾经“供认”过占有过笔款，刚才被告人讲过，这个问题是一个严肃而重要的问题。为什么供认？刚才被告人已经讲了，虽然没能讲完，但意思已很清楚了，是在一种特定的情况下所谓“供认”的。法律有明确的规定，证据不仅要有真实性、客观性，还要有合法性，一切违法取得的证据，没有法律效力；而违法取证的行为，应当受到追究。所以，不能说，凡是被告曾经供认过的就必须承认，就不能变化。如果说，按照公诉人的逻辑，凡是被告在侦查过程当中，无论在什么环境什么情况下，已经承认过或被迫承认过的东西就不能够改变的话，那么，今天的法庭审理就毫无意义，就没有必要。法律规定，定罪量刑唯一的权力机关是人民法院，而不是侦查机关。如果侦查机关代替审判活动，那不仅是错误的，而且是对立法的歪曲，这是不能允许的。难道被告过去承认过的东西在法庭上一定不可以改变吗？那么，还要法庭审理做什么？法庭调查做什么？律师辩护做什么？法庭质证做什么？关于这些证据，没有调查，在尚未结帐的情况下，只是因为公诉人没有找到去向，就认定 2660 元被被告贪污了，这是错误的。我刚才讲过了，没有任何一个证据明确说明他占有了这笔钱。这是毫无根据的指控。这个问题我不想多说，一会儿在我的总结发言里，我再继续说明。

接下来第二个问题，关于卖表款。这个问题我想比较简单，郭绍成授权并且批准用于出书，出处是明确的。那么怎么能证明装入了个人腰包呢？这个问题同前一个问题一样，辩护人从来没有见到、听到或拿到一个证据证明被告装入个人腰包。至于公诉人说被告人讲：张重安说给 10 万元是给邹为瑞个人的，这个说法我想是公诉人听错了吧？法庭调查，众目睽睽，我没听

被告说是给个人的,而是给用于出书的。那么,进尔公诉人又把出书和组委会人为地割裂开来,说出书是邹为瑞个人的事,组委会不管这件事,这不是奇谈怪论吗?这是事实吗?出书是给组委会出书,组委会是领导管理出书的,难道出书是为了邹为瑞个人,与组委会无关吗?如果公诉人这样理解的话,我希望公诉人要好好分析一下案情。这样做,把问题完全搞错了,是不对的。出书和组委会是不能截然分开的。因此,也不能因为将卖表款用于出书就认定被告装入了个人腰包,也不能说这10万元的许诺是许诺给邹为瑞个人的,根本没有这回事。

关于1990元的问题很清楚了,不再多讲了。

第三个问题,也就是金表的问题。这个问题更简单,我不想多重复了。两点:第一点,赠予明确,这个已有广州手表厂盖了公章的说明,别的不说;第二点,作为组委会负责人的郭绍成几次证实,都明确地证实这一点,他同意。这两点只要有一点成立就谈不上贪污,况且这两点同时成立,怎么还能谈得上贪污呢?

第四个问题,关于公诉人专门提到的对瞿超信件的异议,提出了很多疑点。疑点是可以提的,但是办法很简单:不管是信的复印件也好,其它的证词也好,还是公诉人刚才列举的瞿超并不承认的所谓他说过的话也好,请法庭找瞿超本人核实。刚才公诉人也提到这一点,瞿超不是一般的人,是个国家干部,而且还是职位的干部,我同意公诉人的说法,那么我们请瞿超本人来回答这个问题,比谁都更有力,更有效。对于这个问题,不再多讲。

现在,综观此案,我想重点谈几个问题:为什么这个案子会出现这么大的波折,出现这么大的差距,我认为有这样几个问题是本案出现错误的關鍵。

第一点,从几个事实来看,都涉及到被告是否将财产占为己有的问题。那么,在这个问题上,公诉人从来都没有提供出

证据证明他占为己有，至少说是证据极其不足的。公诉人似乎走了这样一条路，只要你拿了这个钱，或者卖了这块表得了钱，我不问去向，这个钱只要得到了，就是占有了。那么，得到了钱，是否就等于他占有了呢？如果一个厂长、一个经理、一个领导，可能从国家拨款中得到几十万、几百万、几千万，总之他权力越大，拨的钱就越多，你能说他得了这笔钱他就贪污了吗？显然是不可能的。那么重要的就是查明钱的去向，是否入了他个人的腰包，被他个人占有了。然而，公诉人提起指控的时候，恰恰缺乏这个最基本的东西，而无非是推来推去，推到他的个人腰包里去了。并没有扎实的证据来证明一点。可能公诉人会讲，他自己对不上帐，可能会提出这样的问题。然而，对不上帐是极其正常的，而如果对得上，完全对得那么准确，恐怕倒有假。为什么？很简单，当一个人长期失去自由，人身受到限制的情况下，什么依据也没有，让他去回忆时间久远的事情，去对帐，而我们的侦查机关又不予正面的负责的配合，让他去回忆，能那么准吗？换了任何一个人，按照人之常情，人之常理，人的正常思维和正常健康状况来讲，能做得得到吗？这个问题谁都可以试一试。这是不可能的。在这个问题上，我们侦查机关有责任去客观地、实事求是地对多方面的、有可能出现的各种情况的证据，都要去逐项查清，这才是正确的、合法的侦查工作方法。如果我们不这样做，认为只要被告说不清楚就是贪污，这是“有罪推定”，而“有罪推定”正是当前我们在司法实践当中极力反对的，很有危险性的一个严重的错误。这样做，是要犯错误的，是容易出现冤假错案的，是要负责的。这个问题即关于没有充分证据就认定为被告占为己有的问题，是公诉人在本案中所犯的一个基本错误。

第二点，涉及到所有制问题。我们刚才谈到了所有制，公诉人反驳，反驳的理由似乎是根据刑法的规定，请公诉人回去好好地翻一翻刑法是怎么规定的？是不是像公诉人所说的？组

委会是不是国家机关？是不是人民团体？究竟是个什么组织？全民所有制、集体所有制的概念是特定的，这是不能篡改的、不容作任何扩大解释的。其次，刚才所说的在国家机关、人民团体中保管、运输中的公共财物，有它特定的立法原意，之所以这样立法是为了考虑一个责任问题，因为在公共机关中管理的私人财物如果受到侵犯，这些机关要承担赔偿责任，从这一点上来讲将其视为公共财产。而在这个案子中，邹为瑞受郭绍成的指派，郭绍成不是国家机关，财产是谁的？是郭国耀出资，由郭绍成全权代理之后，又由邹为瑞具体来办理的，不存在哪个国家机关的管理问题。组委会既不是国家机关，也不是人民团体，哪一条也靠不上，这个法律依据是根本不存在的。所以说，在所有制问题上，根本就谈不上是全民所有制，也谈不上是集体所有制，就是个人投资、组织的临时性活动。这期间所发生的只能是民事纠纷问题；假如说，邹为瑞侵吞了其中的财产，我是说假如，那么也只能是一种侵占行为，而不是贪污罪，与贪污犯罪风马牛不相及。在这一点上，公诉人犯了一个理论性错误。

第三点，没结帐。公诉人指控的几个犯罪事实，都是在没有结帐的情况下指控的，刚才我已经讲过这个问题了，认定贪污罪，在运转中的资金没有结帐的情况下，就这样认定，这是绝对不允许犯的一个原则性错误，而公诉人恰恰犯了这个错误，并且十分明显，一再重复，在几个问题上都犯了这样的错误。没有结帐，敞着口的帐怎么能够认定贪污呢？有什么证据证明他占为己有了呢？即使主观上具有占有的企图，或者一种想法，那充其量也只是一种犯意表示，而犯意表示不等于行为。我们国家刑法绝不允许把犯意表示这样一种思想意识上的东西作为定罪的根据，这是一个基本的原则。所以，在没有任何证据的情况下，把没有结帐的正在运转中的一切资金都认定为贪污，认定为占为己有，这是公诉人在本案中所犯的一个关

键性的错误。如此下去，类似的案子，恐怕就不堪设想。我可以明确地说明一点，在我们国家的司法实践当中，目前已经发现这种倾向，发现了有些地方把没有结帐的资金定为贪污。这样的案子，已经陆续地纠正，可以说，有一个纠正一个，必须翻过来，翻不过来就会造成错案，责任是难以承担的。

第四点，关于诈骗的问题。诈骗的问题，我不想再具体讲了。被告无罪的证据十分充分，不管是瞿超知道也好，还是邹为瑞没有个人占有也好，都充分说明，连诈骗对象都没有，连被害人都没有，而是公诉人人为地制造出了一个诈骗犯，连被诈骗的人都不承认。在这个问题上，可以说公诉人又犯了一个常识性的错误：没有诈骗对象的诈骗犯。

所以，分析整个案件，辩护人认为，公诉人对本案的指控，是不严肃的，不负责任的，不尊重事实的。辩护人认为，检察机关的任务，特别是在改革开放的环境下，是为了维护改革开放的发展，保护国家的经济大环境。如果背离了这个基点，就违背了自己应当遵循的起码的原则。检察机关的基本职能，是侦查犯罪和追诉犯罪，而绝不是制造犯罪，谁要这样做，就违背了检察机关的基本职能，就是对法律的亵渎，是对国家利益的损害，是对改革开放的严重干扰。

案子本来不大，很小，为什么拖了这么长的时间，达一年多之久？为什么又偏偏发生在纪念毛泽东同志诞辰一百周年活动的这个事由上？对此，辩护人不免大大生疑：为什么？为什么？所以，辩护人严肃地提请法庭：注意这个案子的事实，注意这个案子的法律问题，而且注意到这个案子的各种背景。辩护人请求法庭，能够在尊重事实，依法办案的基础上，排除各方面的干扰，对此案作出公正的判决。谢谢！

辩护人：北京市京都律师事务所律师 田文昌

1995年10月5日

▼
▼
▼
▼

黄某受贿案

案情简介

被告人黄某，原江阴市经济技术协作委员会主任。1992年9月，被告托人向江阴市某房管所联系购买该市商品住宅一套。同年10月，被告委托黄桂芬以被告妻子的名义办理购房手续，又让黄桂芬帮其垫付购房款。黄桂芬于1993年4月用其所在公司的集资赢利为被告付清购该套商品住宅的房款计人民币164400余元后，即将该套住宅钥匙交给被告。随后，被告将自己的9万元拿出参与黄某所在公司的集资，准备以集资产生息的手段来凑足房款。不久，被告认为该套住宅的实际价值过高，准备将该套住宅转给自己的同学刘××，同时着手另找住房。1994年8月，无锡市新兴实业总公司非法集资案案发，黄桂芬受到审查时，被告将该套住宅钥匙退还黄桂芬。后被告接受了黄桂芬丈夫送来的以购房款名义开出的9万元收据。被告始终未办理该套住宅的房屋产权证，也未动用该住宅。

检察机关认为被告在购房前曾为黄桂芬的投机倒把犯罪创造了条件，因此向黄桂芬索贿，取得该套住宅的所有权。1995年10月，检察机关以此为由对被告黄某提起公诉。1996年2月，法院判决黄某构成受贿罪。

一审辩护词

审判长、合议庭：

北京市京都律师事务所接受本案被告人黄某的委托，指派我们作他的辩护人。经过阅卷，会见被告、调查取证以及刚才的庭审，我们对本案事实已有了全面的了解。辩护人认为，起诉书对被告人黄某的指控与事实有较大的出入，且证据不足，法律依据不够充分，被告的行为依法不能认定为受贿罪。具体事实和理由如下：

一、被告人黄某的行为不具备我国刑法对受贿罪所要求的必要的犯罪构成要件

1. 被告在主观上不具有非法获得该套住房的故意。

(1) 从被告筹备购房款的情况来看，当时被告在张国兴、陈雅娟的劝说下决定买房，是在考虑自己的经济能力之后作出的。当时陈雅娟报给被告的房价是每套 10 万元，被告自己可以拿出 7 万，同时他又按照陈雅娟的建议借到 2 万元（另 1 万元没有借到），这样被告已基本具备了购买该套住房的经济能力，因此被告没有必要也从未想过向他人索取住房。

那么，为什么在办理购房手续时，被告没有付出这 9 万元呢？主要的原因有两点：其一，在 1992 年 10 月份办理购房手续时，被告所有的 7 万元正存在银行自己的定期储蓄帐户上，取款付息期为 1993 年 4 月份，被告不想损失这笔数字可观的利息，同时又因为筹措不到足够的房款，所以才提出由黄桂芬垫付这 10 万元房款；其二，被告将自己的 7 万元和借到的 2 万元暂时作为投资款使用，其意图很明确：被告自己曾亲口对黄桂芬讲：“我准备凑 10 万块，你要按第一次的标准返利给我

……到明年上半年，我连装修房子的钱都有了，我当时的打算这是9万块到第二年上半年就可以变成20几万，这样到期再把房款付清”对此，黄桂芬并没有反对，被告的妻子也证实了这一点。这9万元从当时看是作为投资款投进了黄桂芬所在的公司，而被告的实际意图是以钱生钱，即以9万元本金获取高额利息，使自己达到购房和装修住房的经济能力，因此，这9万元从实质意义上讲就是购房款，被告是在以投资生息的方式向债权人折抵购房款。

这里需要强调的是，关于这9万元，被告在检察机关讯问时，曾经想解释清楚，但被检察机关制止，只在讯问记录上留下了一句供词：“9万块是投资款，与房子不搭界”。显然检察机关在制作口供时，只记录了对被告不利的口供，而对被告有利的口供却不愿听也不想记，变相地剥夺了被告的陈述权和辩护权，基于这种侦察手段而得出的结论是不能让人信服的。

但是，辩护人也要提请法庭注意：“不搭界”这句话，恰恰可以证明被告人以投资生息方式折抵购房款的真实意图。因为，房款总额后来变为16万元，如果将这9万元直接视为房款，被告就要再向黄桂芬支付7万多元，而如果将这9万元视为集资款，其生息后的数额即可超过购房款，那么被告不必再向黄桂芬支付尚欠的7万元，而且连装修房子的钱都有了，这笔帐是非常清楚明了的。所以，说被告利用他与黄桂芬的特殊关系，先让其垫付房款，再以通过黄桂芬向邓斌投资生息的方式巧取利润来折抵房款，倒是合理而客观的事实。很显然，被告的这种行为是一种投机取巧，但这种投机行为与受贿行为却是应该严格加以区分的，这个问题应该视为本案定性上的一个关键。

因此，从以上筹措购房款的情况来看，被告一方面靠借钱来补充自己购房资金的不足，另一方面又让黄桂芬为其垫款并办理购房手续，并没有非法获取住房的想法。

(2) 从办理购房手续的情况来看，被告只是让黄桂芬在为其垫付房款的同时，把房子预订下来，并没有要求黄桂芬为其办理产权证。被告只知道黄桂芬代办了预订房子的手续，实际上对这些手续（包括购房协议）的情况并不清楚，而且这手续一直在黄桂芬手里，至今未到被告手中。因为被告认为这套房子价格偏高，后来又想转给刘文兴，所以，他特别问过黄桂芬是否办理了产权证。被告这样问还有另一个重要意图，对此他解释说：“我问他的目的就是搞清房产证有没有办，如果办了，我就要干涉，或者是付钱给他，或者退掉，否则我就不清了。”可见，被告对买房这件事的认识是十分清醒的，一方面他想办好预订购房手续，另一方面在自己未付清房款前，不希望拿到房屋产权证，成为这套房子所有人。被告只是要黄桂芬为他垫款，办手续，而并未向黄桂芬表示过凭空获取这套房子的愿望。

(3) 被告将钥匙留在自己手中，并不等于他在主观上要取得这套房子。那么被告为什么将房屋钥匙留在手里长达一年零四个月呢？第一，被告从来就不认为钥匙在自己手里就等于自己是该房子的主人，而是始终将产权证视为占有房屋的标志，对钥匙留在自己手里并不存在什么顾虑。第二，1993年4月，在拿到钥匙时，被告得知这套房子的实际价值已是16万多元，大大超过了原订10万元的标准，因为负担不起，不打算购买，后来在朋友的劝说下没有立即退掉。对此，陈雅娟也作了证明。第三，被告的同学刘文兴当时准备调回江阴工作，因为没有住房，被告同刘文兴商定将房子转给刘文兴，而刘文兴直到1994年6月底才调回江阴，此后，又苦于筹措不到足够的购房款，所以最后决定不再购买此房，当刘文兴将这一决定告诉被告时，已是1994年8月，距离被告拿到钥匙正是一年零四个月。刘文兴及陈雅娟本人都证明了这一事实，所以，被告将钥匙留在手里并非是出于非法占有该套住房的企图而是事出有

因。

(4) 被告事后在购房问题上对黄桂芬、刘文兴等人进行叮嘱，并不能证明他曾经企图占有这套房屋。在退还钥匙时，黄桂芬正在因集资问题受到审查，被告对她所作的叮嘱，正是要黄桂芬如实讲清购房经过，以免受到误解。被告为此事也曾向刘文兴作过叮嘱，要求他实事求是地讲清为他留房的过程，这样做的目的，同样是怕自己受到牵连。被告这种自我保护的行为是可以理解的，请法庭注意这样一个事实：当时黄桂芬是因集资问题而受到审查的，与被告的所谓掩盖罪证行为并无必然的联系。被告因参与非法集资，又想用本息折抵购房款，这才是他作为一个领导干部害怕受到集资问题牵连的真正原因。

(5) 辩护人要指出这样一个事实：被告通过黄桂芬订房子，并非仅此一次。根据被告的供述以及刚才宣读的沈永兴的证明，在这次预订房屋之前，被告为了给自己单位引进人才需要解决住房，曾让黄桂芬帮忙订过两套住房。这次订房，使用的名义也是徐雪芬，预订房款也是由黄桂芬垫付，后来这两套房子都被买走，在办理产权证时，使用的当然是买房人自己的名字。由此可见，被告在两次订房中使用的手段是相同的，即都由黄桂芬垫款并以徐雪芬的名义订房，但订房目的却不同：一次是为他人订房，一次是为自己订房，可见，由他人垫款订房的这种手段与订房的具体目的之间并无必然联系。如果认为只要被告采取这种手段订房，就是索取贿赂，那么被告为他人订房的行为是不是也是出于为自己索贿的目的呢？如果对这一逻辑给予肯定，那就等于说，所有让他人垫款订房的行为都是索贿行为。显然，这种逻辑是不能成立的。

(6) 为证明被告不具备非法占有这套住房的故意，辩护人在这里还要指出另一个事实，被告早在1993年的8月，在没有完全决定买下这套住房时，已经另选了一套住房。当时被告的同学王雨清所在的工厂正筹建商品楼，经过比较，被告认为

这里的住房在价格和位置等方面更为理想，因此决定购买。在1994年5月这批商品楼完工后，被告亲自为自己选定了较理想的一套住房。对此，王雨清已经作证：“（黄某）讲，那边的房子是给刘文兴留的，我知道黄某肯定是要买我这里的房子。”（见《调查笔录》）。当时被告还要交付5万元订金，但王雨清执意不收，他表示，作为老同学，只要口头讲好，就等于达成订房协议。可见，被告已经下定决心要买王雨清那里的住房。既然有了理想的住房，被告当然要退掉原订的房子。况且，被告家中只有四口人，一套四室一厅的住房已完全能够满足居住需要，无需再加一套住房。被告也不具备相应的经济能力。

2. 被告在事实上没有取得该套住房的所有权。

《民法通则》第72条第2款规定：“按照合同或者其他合法方式取得财产的，财产所有权从财产交付时起转移。”对于房屋这样的不动产，根据有关法律和实践，要以办理产权关系，实际交付使用作为产权转移的标准。对此，江阴市的房地产经营和管理部门已作出解释，通过刚才宣读的几份证言，我们更可以明确这一点：只有依法定程序领取房屋产权证书，才能真正取得对房屋的合法所有权；在房屋产权证书办理之前，预订房屋者可以退房，如果已经办理了产权转移手续，领取了产权证书，则不可以退房。

本案中被告如果要实际取得该套住房的所有权，必备的条件是：取得该套房屋的产权所有证，实际使用该住房。事实上，被告已签订了购房协议书，但并没有办理产权证，也没有迁入该房居住或者对该房进行装修（连水电都没有接通），只是依协议领取了房屋钥匙，因此不应视为取得了该住房的所有权。稍有房地产知识的人，都不会否认这个常识。

另外，根据黄桂芬为被告代办的购房协议书的規定，作为协议的乙方（徐×）可以“私自要求中途毁约”，并办理退款手续，这表明房屋出卖方承认乙方（徐×）有退掉自己预订房

屋的权利。如果乙方已领取了产权证书，就失去了这种退房权利。但被告并没办理产权证书，而是退房，并且这种退房行为是符合协议规定的，这足以表明该房屋的所有权并没有转移到被告手中，双方所签的协议实质是预订房屋协议，其效力不可能等同于房屋产权证书。

3. 被告不具有非法占有该套住房的客观条件。

受贿行为都具有隐蔽性，受贿者和行贿者都会费尽心机去隐藏罪证，掩盖自己的不法行为。本案中购房的付款方式是通过转帐支票汇兑，具有公开性。如果被告和黄桂芬有行贿、受贿的想法，不可能采取这种付款方式，在帐目等方面留下明显的证据，而完全可以采用现金付款等更为隐蔽的手段来达到非法的目的。对于这点常识，被告和黄桂芬都是十分清楚的，所以说，被告即使有非法获取该套住房的想法，在黄桂芬用转帐支票的方式垫付房款之后，也不敢接受这套房子，因为在手段上已不具备这种非法获取的可能。

二、对起诉书中有关证人证言的质疑

起诉书指控被告犯有受贿罪，其主要依据是黄桂芬的交待以及陈雅娟、刘文兴和徐湘成的证言。

陈雅娟在证言中，除了对买房过程的陈述之外，还讲了这样一句话：“黄某买房子，是由黄桂芬经手的，至于交款子什么我就不大清楚了。”（见卷宗 P300），可见，陈雅娟对于房款的来源尚不清楚，对所谓的受贿事实自然更是无所知晓。辩护人在其证言中没有找到一句话，能够证明被告非法接受黄桂芬的买房贿赂。

同样，在刘文兴的证言中，也找不到能够证明被告有受贿行为的证词。相反，刘文兴却对黄某讲过这样的话：“别人说你贪污这套房子，是站不牢的，因为你没有办产权证，产权所有权就不属你，你也没有占为己有，你用不着担心。”（见卷宗 P312）可见，刘文兴并不认为被告的行为构成受贿罪，当然

也提供不出令检察机关满意的证言。

那么，究竟陈雅娟和刘文兴的证言是如何证明被告的所谓受贿事实呢？对此，还是请检察机关作出解释。

另外一个证人是徐湘成。就卷中材料来看，他对购房事实的了解完全来自黄桂芬之口，其证言是传来证据。为此辩护人专门对徐湘成作了调查。通过刚才辩护人宣读的对徐湘成的调查笔录可以看出，徐湘成对购房过程的了解极其有限，根本不能说明被告和黄桂芬之间存在行贿、受贿行为，并且徐湘成还明确表示了自己的观点，认为被告的行为不构成受贿罪。

黄桂芬的交待，是检察机关指控被告的主要依据。辩护人首先要指出黄桂芬卷中供述的矛盾之处：其一，黄桂芬在1995年7月21日讲：“有一次我为了兄弟夫妻不和的事打电话给黄某，顺便提到房款的事，我问他怎么办？黄说：我来算呀。”对这一事实，黄桂芬在1995年8月16日的供述中却是这样讲的：“我为我兄弟的事对黄某说要他去做做工作，我顺便问了一句：你的房子钞票怎么办？黄某当时没有响。”黄某在黄桂芬两次供述中的表现截然相反，另外，从这段供述还可以看出：黄桂芬曾就房款一事催问过被告，并没有行贿被告的想法，被告也没有向她索取；其二，黄桂芬在1994年11月23日讲：“当时我没有想到要送一套房子给他”，而在同一次供述中她又讲：“这套房子是黄某买的，是我送给他的。”在同一次供述中，就同一事实有两种相反的说法，实在令人费解，类似的自相矛盾之处，在黄桂芬的供述里不只这两处。

对于付房款的事实，黄桂芬多次讲过，被告当时让她用自己所在的新华公司的钱来垫款，而事实上这个公司是黄桂芬同他人暗自成立的，直到案发之时，被告从来就不知道黄桂芬有这个公司，也不可能说过让她用新华公司的钱来垫款的话，只是说让黄桂芬替他“付一付”，刚才的庭审已经证明了这个事实。可见黄桂芬所讲与事实不符。

那么黄桂芬是如何理解被告让她付房款这一行为呢？当检察机关多次向她提出这一问题时，她没有正面回答，只是说：“黄某对我说，你先帮我付一付，”“你帮我去办一办。”这种回答至少表明黄桂芬并没有认定被告是在向她索贿。另外，还要着重指出这样一个事实：根据卷中黄桂芬的供述，在被告退还钥匙时，黄桂芬说道：钥匙你自己留着吧，集资款返利你不是有了吗？被告自己也证明黄桂芬当时讲过这句话。由此不难看出，黄桂芬也是将集资款及其返利视为房款的，当初黄某将9万元交给她时所讲的用返利抵房款的话，她是记忆犹新的，黄桂芬对9万元投资款与购房款的关系应该是清楚明了的，与被告的想法是一致的。

从上面分析可以看出，黄桂芬的交待在关键事实上，有自相矛盾之处，也有含混不清之处，从中难以得出明确的一致的合乎逻辑的说法。这种证言，是缺乏证明力的，不足为信。

综合以上分析，被告人黄某在主观上并没有非法获取该套住房的故意，在客观上也没有取得该套住房的所有权并实际占有该套住房；起诉书的指控，是在对事实没有完全查清，证据不够充足的情况下作出的，也缺乏相应的法律依据，因此，被告的受贿罪名不能成立。

请合议庭在查清事实的基础上，依法作出公正判决。

谢谢。

辩护人：北京市京都律师事务所 田文昌律师
王川律师

1995年11月30日

第二轮法庭辩论词 (根据录音整理)

现在，我只针对公诉人在辩论中谈到的观点，重点说明几个问题：

一、关于被告人有无索贿的故意

公诉人认为，认定被告具有索贿的故意是有充分根据的：

第一，被告买房为何不自己办手续？在自己有支付能力的情况下为何不付购房款？

辩护人认为，这个问题很简单。因为，被告委托黄桂芬代办手续和垫付房款的事实已经调查清楚。被告也并非只此一次托黄桂芬代买住房和垫付房款。所以，仅就此两点认定被告具有索贿的主观故意是十分不充分的。

第二，既然被告有9万元，为何不用于交购房款而用于集资，而直到黄桂芬受审查时，才作为购房款？

辩护人认为，解释这个问题必须弄清三个事实：

1. 被告将9万元用于集资是为了投资获利，以生息手段来凑足购房款。这一点在第一轮辩论中已经讲清楚了。

2. 黄桂芬是由于非法集资而受审查，与被告受贿一案并无联系。

3. 被告在退还房子钥匙后，之所以接受了黄桂芬丈夫送来的以购房款名义开出的收据，目的是在非法集资案发生后，能够保住投资的9万元本钱。这个思想与其以投资获利手段凑足购房款的想法是相吻合、相一致的。因此，公诉人提出的这个疑问同样不能作为被告具有索贿故意的根据。

第三，公诉人认为，被告指使黄桂芬帮助其掩盖罪行的事实很明确。

辩护人认为，这个事实并不明确：首先，辩护人已经指出，黄桂芬是在对被告抱有怨恨情绪的情况下出具证言的，并且，其证言本身就存在多处矛盾，不能自圆其说。因此，这种证言本身的证明效力就值得怀疑，应当说是不具有证明效力的。其次，黄桂芬的证言本身也并没有明确表示过被告使指她为其掩盖罪行。可见，公诉人以黄桂芬证言来证明被告指使黄桂芬为其掩盖罪行是没有说服力的。

第四，公诉人强调，黄桂芬的案件是最高法院认定的，如果否定黄桂芬证言的可靠性就是否定最高法院的认定。

辩护人认为，公诉人的这个逻辑是站不住脚的。首先，黄桂芬对他人作出的证言与黄案本身是两回事，不能将两个不同的案件混为一谈。其次，最高法院认定黄桂芬案件也并非只凭黄桂芬本人的供述，还必须要有其他证据佐证。在没有其他证据佐证而只有被告人供述的情况下，是不能定罪的。这是我国刑事诉讼法的明确规定。因此，黄桂芬的证言不可靠，不等于对黄桂芬非法集资案的认定不可靠。同理，黄桂芬案件的可靠性也并不能证明黄桂芬的证言就一定可靠。这个界限必须划分清楚。

二、关于分析、认定本案的两种思维模式和对本案定性的原则

辩护人认为，审理案件时，以什么样的思路来分析、判断被告的行为，以什么样的原则来确定案件性质，这是个十分重要的问题。本案确实具有一定的复杂性，面对这样的案件，无论是公诉人、辩护人，还是审判人员，都应当依据法律规定的原则去客观、准确地加以分析，任何违背定罪原则的思维方式都会导致出错误的结论。

根据本案的全部事实依据和法庭调查及法庭辩论中所反映的问题，现在，让我们来客观、冷静地分析一下对本案认识的两种不同的思维模式及其结论。

公诉人的思路是：

被告人委托黄桂芬买房并以其妻名义签订购房协议——由黄桂芬代交房款后又迟迟不交付房款——拿到住房钥匙在手长达一年零四个月——至于没有进住，是为了怕事情败露而等待时机，观察动向——用9万元投资而不作为购房款（9万元集资款与买房款不搭界）恰好印证了被告不想自己出钱买房的真实动机——黄桂芬被审查时闻风退还钥匙，借以掩盖受贿罪行——收下以购房款名义开出的9万元集资款收据，进一步证明了其掩盖罪行的表现。

如果从一个单一的角度来看，以上这种分析和推理不能说是毫无道理的，似乎是合乎逻辑的。但是，是否一种合乎逻辑的推论就一定是事实？是否这种推论就是唯一的思维模式，是否这种推论具有充分的排他性？这个问题是至关重要的。

现在，让我们再分析一下另一种不同的思路：

被告人在他人建议下决定买房——因过去曾委托黄桂芬买过房而又请其帮忙办手续，同时，因一时凑不足购房款而请黄桂芬垫付——为解决房款不足问题而采取投资生息，巧取利润的方式，向债权人黄桂芬的公司投资取利，借以筹集购房款——强调9万元投资款与买房不搭界的事实，印证了以投资取利方式筹集购房款的意图——因房价变高（由10万元变成16万元）并且找到相对便宜的房子后决定退掉该房另买——已经另行订购一套房子的事实印证了其决意退房的意图——与陈雅娟在房款上讨价和另订便宜房子的事实，又进一步印证了被告并没有自己不交付购房款的打算——因决意另行买房，而始终没有进住、装修，没办产权证书——但是，因打算帮助其同学刘文兴或本单位小张买下这套房子而又迟迟没有退还钥匙——最后，当刘、张二人也决定不买此房时，才把钥匙退给黄桂芬——至于接受了黄丈夫送来的以购房款名义开出的9万元收据，是邓斌、黄桂芬因非法集资案发生，担心因此无法收回投

资成本而保留了一份证据。

辩护人认为，以上两种思路比较起来，后一种思维模式具有更为扎实的事实为基础：

1. 被告与卖方讨价以及另选目标购房的事实，足以证明被告始终是准备自付房款的。因为，黄桂芬已经先行垫付了全部房款 16 万元，如果被告企图以索贿手段取得这套房子，就没有必要计较房价的高低，因为在房款已付清的情况下，索贿 10 万元与索贿 16 万元，对被告来说并无差别。同样道理，如果被告企图索贿，更无必要千方百计去另找廉价的房子。

2. 黄桂芬从来没有打算不向被告要钱，自己也讲曾两次向被告提起购房款的事，而被告也从未表示过不给钱，先是说“你替我付一付”，后来又说过房款“我来算呀”。

3. 被告有 9 万元集资款一直在黄桂芬手中，且从未讨取过利息。而事实上，按约定升值率，其本息早已超过了购房款。

4. 被告帮助别人买该套房是事实，正是如此，才延迟了退钥匙的时间。

5. 被告没办产权证，并且购房合同、收据等一切手续一直留在黄桂芬那里，被告人又从未使用、动用过这套房子。所以，被告既没有取得这套房子的所有权，也没有实际占有、使用过这套房子。

以上几个基本事实可以说明，被告客观上没有受贿的行为事实，主观上也没有索取和收受贿赂的故意。而恰恰相反，公诉人推定被告人受贿的思路却是缺乏事实基础的。准确地讲，是一种主观推定的思维模式，而按照这种模式所推出的，只能是一种似是而非的结论。

好，现在让我们再换一个角度。且不论哪一种思路及其结论更合理，更客观。退一步讲，假使前后两种思维模式及其结论的份量相等，也足以证明公诉人的结论不具有排他性。那

么，在公诉人所推定的结论没有充分的排他性，在以上两种可能性并存的情况下，也是不能认定被告构成受贿罪的。这是我国刑事诉讼法的一个基本原则。否则，就是有罪推定论。

综上所述，公诉人指控被告构成受贿罪，证据是很不充分的。这一点，请法庭予以高度重视。

三、关于房屋产权证书的作用和被告人对产权证书的理解

房屋产权证书究竟是否房屋所有权转移的标志，在这个问题上，看来有两种不同的理解。首先，我纠正一下公诉人的比喻和对这个比喻的解释。公诉人讲：产权证书并非所有权转移的标志，这个问题很简单，如同在市场上买东西一样，一手交钱，一手交货，只要你付了钱，所有权就同时转移了。

辩护人认为，公诉人在这个问题上忽视了动产与不动产的交易区别。所以，公诉人关于一手交钱，一手交货的比喻对于本案来说是不恰当的。恐怕正由于如此，公诉人才对于产权证书的作用产生了不准确的理解。其实区别产权证书与购房协议书的的不同作用并不复杂，我们只要对比一下就可以弄清楚了。经黄桂芬代办与卖方签订的购房协议书第五条明确规定：“……若甲方不按期交付使用（除人力不可抗拒的自然灾害外）每逾期一个月，甲方按乙方预付款额的银行月息补偿给乙方。同时，乙方有权提出毁约、退款。如果不属甲方责任而乙方私自要求中途毁约，退回价款时，需支付总房价 5% 的毁约费，然后办理退款手续。”这条约定表明，购房协议书签订且交付购房价款后，乙方仍然可以毁约、退款。而办理了产权证书的房子是不可以毁约，退款的。相反，有产权证书的房子，所有人可以自行出售，即有处分权。而没有产权证书的房子是不能出售的，即使用人没有处分权。由此可见，产权证书与购房协议书的区别应当是显而易见的，仅仅以协议书来确认其享有所有权和处分权的认识是缺乏根据的。

更重要的是，在本案中认定被告人是否构成受贿罪的关键

问题并不在于产权证书的客观作用如何，而是在于被告人对产权证书作用的理解即主观认识。

在此，辩护人提请法庭特别注意到这样一个问题：受贿罪是故意犯罪，即被告人在主观上必须具有索取或收受他人财物的故意才能构成犯罪。那么让我们来回顾一下，本案所有卷宗材料、调查材料和法庭调查的整个过程都一致表明，被告人自始至终都是将产权证书当作房屋所有权转移的唯一标志，坚持认为不办产权证书自己就没有取得房子的所有权。这一点已经足以说明被告不具有索取或收受这套房屋的主观故意。所以说，在被告人主观心理态度已经十分明确的情况下，对于产权证书法定作用的争论已经没有必要，也就是说，假定产权证书并非所有权转移的唯一标志，假定被告人事实上已经取得了该房屋的所有权。而被告却误认为尚未取得，那也只是被告人的一种主观认识错误。那么，只要被告人在这种错误认识支配下没有产生无偿获取这套房屋的主观故意，也照样不能构成犯罪。这正是刑事法律关系与民事法律关系相区别的一个重要界限。道理很清楚，在民事法律关系中，常常是以客观事实和后果为依据的，而在认定犯罪时则必须坚持主客观相统一的原则，即使发生了某种实际后果，即使行为人产生了某种认识错误，只要行为人在主观上不具有犯罪的故意或过失，就不能构成犯罪。这一点在我国刑法中具有明确规定。所以，如果背离这一原则，不去重视和分析被告人的主观心理态度，而是单纯纠缠于产权证书的法定作用本身，仅是以房屋的客观归属权去认定被告是否构成犯罪，即属于客观归罪，是法律所不允许的。更何况公诉人对产权证书的理解并不正确。因此，只要能够严格遵守我国刑法的定罪原则，只要认真准确地分析、理解法律关于受贿罪主观要件的规定，就不难得出结论：本案被告人缺乏索取或收受他人贿赂的主观故意，因而不能构成受贿罪。

综上所述，在本案中，公诉人对被告人构成受贿犯罪的指控缺乏两个最基本的事实：第一，在客观上被告人并未实际占有和使用该套房屋，充其量只是存在着一种将会占有的可能性。第二，被告人不具有索取或收受该套房屋的主观故意。公诉人所指控的受贿故意，只是在缺乏事实依据的情况下推定出来的。

辩护人再次提请法庭注意：在全部卷宗和法庭调查中，公诉人既没有提出任何一个直接证据能够充分证明被告事实上已经占有或使用了这套房屋，也没有提出任何一个直接证据能够明确反映出被告在主观上确有不欲付款而取得这套房屋的动机和目的。所以，本案中公诉人指控被告人犯有受贿罪的事实和证据极不充分；认定犯罪的指导思想偏离了我国刑法的定罪原则，既有先入为主的有罪推定倾向，又有忽视被告人主观心理态度的客观归罪倾向。这些问题，正是控辩双方发生重大争议的关键所在，也正是能否客观、公正地审理、判决本案的关键所在。

为此，辩护人请求法庭对本案的判决持慎重态度。充分考虑到辩护人提出的上述观点和理由，依法对本案作出公正判决。

辩护人：北京市京都律师事务所 田文昌律师
王川律师

1995年11月30日

▼
▼
▼
▼

王保珍受贿案

案情简介

王保珍，原河南省桐柏县县长。其任职期间为桐柏县建棉纺厂时，承建单位湖北襄樊建安公司表示按当地规定可以给工程总造价1%—3%的回扣，总数约10万—30万元左右，陆续给付。同时，在承建合同中还载明，待工程结束后交付工程款时，按工程总造价回扣1%。

王保珍在收到建安公司给的第一笔款4万元后，即向当时的县委书记燕振群作了汇报，说明：按照当地规定，襄樊建安公司能给工程总造价的1%—3%的回扣，或叫信息费、好处费，大概30万元左右；县里没有钱跑项目，可以用这钱跑项目，引资金。当时燕表示可以收下，但要管好，花这笔钱时要按一定的程序，不能乱花。至案发时为止，王保珍分三次共收到建安公司的好处费12万元。在此期间，他还从县里的几家企业拿钱共12.5万元用于跑项目，其中从棉纺厂拿了近10万元，这些钱都挂在企业的帐上，因难以言明去向而无法核销。建安公司和其他企业的这两笔钱，王保珍是交叉取得并混用的。事后查明，王保珍跑项目的花费可以查实的有30多万元，已经超出了这两笔钱的总和。

后来，当检察院抓了几家企业的厂长，审查其经济犯罪问题时，王保珍又借钱凑足10万元平了棉纺厂的帐。王保珍借钱平帐的行为引起了检察机关怀疑，认为他是听到风声为了掩盖罪行而退回了赃款。

在侦查过程中，检察院认为，王保珍从企业拿到的另一笔钱总数是18.5万元（王保珍承认是12.5万元），这些钱确实用于跑项目花费掉了，而从建安公司拿到的12万元好处费却企图占为己有。因此，指控他受贿12万元。而王保珍则辩称：他收取12万元好处费已向县委书记汇报，且确实用之为公（跑项目）。后来个人借款替棉纺厂平帐，是为了保护县里企业负责人和保护外界的关系人（指支持县里上项目而得到好处的一些人），自己既没有将公款据为己有，也没有这种企图。

此外，检察院还指控王受贿了另外两笔款，总数额为5000元。

一审判决认定了检察院指控的犯罪，判处王保珍有期徒刑14年。

王保珍不服一审判决，提出上诉，并委托田文昌、崔英律师担任其二审辩护人。

二审法院河南省高级法院没有采纳律师无罪辩护的意见，驳回上诉，维持原判。

此案目前尚在申诉中。

辩 护 词

审判长、合议庭：

北京市京都律师事务所接受上诉人王保珍的委托，指派我们担任王保珍的二审辩护人。经查阅案卷、会见被告人和必要

的调查，辩护人认为：本案事实有重大出入，一审判决对本案的定性是错误的，判决被告王保珍的行为构成受贿罪不能成立。现根据本案的事实及有关法律规定，发表辩护意见如下：

一、上诉人王保珍收取襄樊建筑安装公司（以下简称襄樊建安公司）的12万元人民币的行为不构成受贿罪

（一）收取襄樊建安公司12万元钱，在主观上没有占为己有的受贿故意

1. 王保珍收取该款后，向燕振群作了汇报，没有隐瞒收款事实。

1993年2月底，王保珍收到襄樊建安公司给的第一笔款后不久，即在当时的县委书记燕振群（现南阳市计划建设委员会主任）去省委党校学习前（1993年5月去学习）的一次会议后，向燕作了汇报：按照当地的规定，襄樊建安公司能给工程总造价的1%—3%的回扣，或叫信息费、好处费，大概30万元左右；县里跑项目没钱，用这钱跑项目、引资金。当时燕表示可以收下，但要管好，花这笔钱时要按一定的程序，不能乱花（见案卷5，P94和一审律师会见燕笔录）。

受贿行为具有隐蔽性，如果王保珍企图私吞这笔钱，即不会将收款的事实公开。王保珍在收到襄樊的第一笔款后不久，即向县委书记燕作了汇报，汇报的内容说明了襄樊给钱的依据、比例、数额及用向，王的这一行为说明其主观上没有将襄樊建安公司给的钱占为己有的故意。

2. 王保珍向燕振群汇报的回扣，与补充协议上规定的给棉纺厂筹建处回扣1%的劳务费不是一回事。

一审法院认定，“棉纺厂与襄樊建安公司补充协议上‘1%的回扣’是结算时给的‘劳务费’，而不是中间给现金，更没言明回扣要给王保珍个人，行贿单位的所有知情人及主要送钱人均证实这12万元是给王保珍的个人好处费；王保珍给燕汇报的是将来工程队要给回扣一事……”，这认定是不符合事实，

不合乎常理的。

(1) 从常理上看，补充协议上规定，给棉纺厂筹建处回扣1%的劳务费，待工程决算时代扣，这是一笔公开的回扣，是在协议上明确规定的。这种在协议中公开的回扣，是没有必要向燕汇报的，所以王保珍向燕汇报的回扣，正是这笔没有公开的，“黑黑的来”与准备“黑黑的去”，用作引资、跑项目的款项。

(2) 从数额上看，补充协议上写明是1%，而王向燕汇报的是“1%—3%”，“约30万元”。对于这个1000万元的工程而言，“1%”充其量不过10万元，而只有“3%”才能达到“30万”。这表明，王汇报的正是襄樊人指的“个人好处费”，而不是补充协议上代扣的1%。

(3) 从时间上看，王汇报“县里跑项目没钱，就用这些钱跑项目、引资金”。显然，这钱不是“待工程决算时”由厂方代扣，因为王汇报时间是1993年春，决算时间可能在1994年底，这一年半时间要“跑项目、引资”、“县里没钱”，靠结算代扣后才能得到的钱是不可能解决县里“没钱”这一矛盾的。这再一次表明，王汇报的不可能是指补充协议上代扣的1%。

(4) 王汇报“1%—3%”，“约30万元”，襄樊建安公司只兑现了12万元，余18万元尚未兑现。这是王汇报时所说的“一共可以回扣二、三十万”的概念，它不是“一次”而是“一共”，说明给回扣是一个过程或多次才能达到这个额度。退一步讲，即使补充协议约定的1%也包括在3%之内，两笔款相加的总和也没有超过3%的总数。因此，王向燕汇报的回扣与补充协议规定的回扣确实不是一回事，收取襄樊建安公司的12万元钱正是向燕汇报的回扣的一部分。

综上所述，一审法院认定“王保珍给燕汇报的是将来工程队要给回扣一事”既无根据，又违背常理，纯系主观推定。至于行贿单位的知情人和送钱人是否证实这12万元是给王保珍

个人的好处费，与王保珍是否构成受贿并无必然联系，关键是王保珍将这笔钱如何处置。收受礼品或钱财而主动交公的行为不构成受贿，这是认定受贿罪的基本常识。

(二)从客观上看，王保珍收取襄樊建安公司的12万钱已用于引资、跑项目，垫支棉纺厂的挂帐费用，没有存入银行，也没有占为己有，更没有为对方提供便利

1. 王保珍收取襄樊建安公司的12万元钱中，2万元已用于跑项目、引资。

(1) 1993年3月，王保珍第一次收到襄樊建安公司的4万元时，就计划作为引资费用。

4月份，王到上海洽谈合资兴办无纺布项目，当得知几个地方争这个项目时，为取得这个220万美元的项目，王请外商聘用的经理朱永清从中做工作，并许诺：如果合资项目签约，付给朱5万元的劳务费。

同年6月3日，王保珍与刘宗森去上海签合同，王随身携带5万元钱，其中有襄樊建安公司给的4万元，有棉纺厂的1万元，准备兑现对朱永清的许诺。在这期间，恰巧省纺织厅服装公司的李柯玲（王的同学）也在上海谈一个合资项目，王见到李时曾谈起过：“带来5万元钱，合同签约后作为中介费给中介人”。李向王建议：不要把5万元一次兑现，怕资金不到位，当时朱永清正在医院生病，因此，王只给朱5000元作为住院费，余下的钱又带了回来。

李柯玲证实：1993年初，李在上海谈合资项目遇见王保珍，王带了不少钱准备给中介人。还进一步证明数目很大，不只几千元，但到底几万元钱记不清了（见附件李柯玲证言）。李的证言证明了王保珍当时确实带去上海大量钱款——几万元钱，是为跑项目用。

桐柏棉纺厂工人刘宗森在一审律师调查时也证实：1993年6月刘随王保珍去上海签无纺布合同时，王有一个随身携带

的箱子，叫刘随身提着，无论是吃饭，去商店，还是去华盛公司都叫提着。有一次去吃饭，刘不愿随身提箱子，王把刘训斥一顿，非提着不可（见附件刘宗森证言）。从这一点可以推断箱子里有非常重要的东西。这也从侧面证实：王当时确实带着大量现金去上海的。

值得强调的是：

第一，1993年6月左右，王保珍除从刘万保处拿过2万元钱款之外，在其他企业没拿过超出5000元的钱款。因此，王保珍去上海带的大量现金，只能是襄樊建安公司给的4万元钱。

第二，刘宗森作假证事出有因。

刘宗森曾作证：1993年6月2日去上海给朱永清的5000元钱，是电扇厂王栓彦给的。这是王保珍在1994年6月底让刘这样说的。但事实是：给朱永清的5000元钱是王亲自给的，是襄樊建安公司给的4万元钱中的一部分，不是电扇厂的钱。王当时让刘宗森说假话的原因，是电扇厂厂长王栓彦被县检察院传讯并带走，王担心花给其他业务部门跑项目用掉的王栓彦的5000元，被查出来会影响桐柏县与外界的关系，于是王在1994年6月底，让王栓彦作了是刘给朱5000元钱的假证。

综上，王保珍在第一次收到襄樊建安公司的4万元钱后，即把它带到上海，准备用于跑项目、引资，并给朱永清5000元。虽然没有全部花掉，但至少证明一点：王收取襄樊建安公司的钱，在主观上不是留给自己占为己有，而是为了跑项目、引资。

(2) 1993年8月份，王与蒋玉申、刘宗森赴上海，催要220万美元合同款，带上襄樊建安公司给的钱备用、准备兑现付朱。因外商改口“解决2万纱锭”算入股，合同没有谈成，王迫不得已只好请上海纺织大学教授吴秀玉赴常州考察，王给吴1000元考察费。

(3) 用襄樊建安公司给的4万元中的3500元，支付给司机作为差旅周转金使用（付明发1000元，政府司机刘伟2500元），以免临时突然外出从财务上取不来钱。

(4) 1994年5月2日左右，王保珍到南京看无纺布设备，住金陵饭店。王先到，付房费1500元押金，结算票在刘宗森处（房费980元，另加10%服务等，底联可查）。

(5) 1994年5月4日，王先到达上海，付吴宫饭店住房押金2000元（底联可查）。票由刘宗森拿去。

(6) 1994年5月10日左右，梁广华、施鲁中为桐柏去的4人提供咨询等方便，还用个人钱招待4餐，用款6000元左右。为了表示心意，王从襄樊建安公司给的4万元中拿出5000元给刘宗森，让其办礼品给梁、施二人。

以上可以说明去向的共2万元，证明王将襄樊建安公司给的钱用于跑项目。

2. 余下的10万元钱原打算给广东湛江作为劳务费，后垫支给棉纺厂。

(1) 1993年10月份，棉纺筹建处副主任宋金玲、刘兴云到王保珍家，商讨购买广东湛江棉纺厂转产而出售的棉纺设备，售价700万元左右。王向宋、刘指示，如果设备考察可行的话，可以成交。在听宋说如果给点好处还可压价时，王当时表示：“可以。压下去100万元，给10万劳务费；压200万，给20万”。“但此事不要给郑主任说，他嘴快，说出去不好，钱由我筹办”。

王当时准备兑现上海朱永清的钱，因合同资金迟迟不到位而没有兑现，不能把棉纺厂设备的事压在这上面，同时凑钱兑付广东湛江设备压价后的劳务费，又成了王必须办的大事，因筹建处4个正副主任，没有一个跑来资金。这个项目是王提议筹建，怀疑建成的人不少，所以王压力很大。同年11月份，刘、宋从广东回来，由于许诺给好处费，合同以450万元成交，在

这种情况下，王需凑齐起码 10 万元，就只有盯着襄樊建安公司许诺的，书记同意收的这些钱。因为怕外传影响不好，能够“黑黑的来”再“黑黑的去”的，也只有襄樊建安公司给的这笔款。所以，就将这笔钱留下来，准备付给湛江。

后来于 1994 年 6 月 19 日前后从刘万保处得知已汇给湛江 460 万元（多汇 10 万劳务费），至此，广东湛江方面的劳务费已不必再付。因此，仍将其留在手中。

（2）垫支棉纺厂业务费用。

6 月 20 日左右，县检察院在查企业的金融问题，因为不必再支付湛江方面，王就把襄樊建安公司给的 10 万元钱给了刘万保，让他垫支了王从他那拿来用掉而又无法报帐的挂帐费用，免得在县检察院查金融问题时，把往来送礼争取项目、资金的事暴露出来，影响到桐柏与外界的关系，这些关系包括河南油田、省物资厅及地委领导等。至此，襄樊建安公司给的 12 万元扣除已花掉的 2 万元，余下 10 万元又填补了棉纺厂的空帐，已经全部用完。这是襄樊建安公司给的钱的真实用向。

（三）借债加私款近 10 万元，以襄樊建安公司给的钱的名义再次交棉纺厂，以保护桐柏与外界关系

一审判决认定：“王保珍又在当晚（1994 年 6 月 23 日）12 时左右将筹建处会计刘万保、出纳赵莉叫到邻居周大友家，商量退款……被告人王保珍这一系列行为进一步证明他受贿属实”。这一认定的最后结论又是缺乏事实依据的主观推定。因为王保珍退款是为了保护已垫支费用的业务关系，仅凭上述“一系列行为”并不能证明王“受贿属实”。

王收取的襄樊建安公司 12 万钱，花掉 2 万，垫支 10 万元，至此已全部用完。但是这样一来，王用襄樊建安公司的钱去平了棉纺厂的帐，襄樊建安公司钱的真实用向又无法说清了。所以，1994 年 6 月 23 日王又借款凑足数目，以襄樊建安公司的 12 万元的名义交棉纺厂，以表明这 12 万元并未花掉。

这样做的目的很清楚，主要就是为了保护桐柏与外界关系。王从棉纺厂拿钱跑项目是有帐的，刘万保清楚，而这些帐又无法冲抵。王收取襄樊建安公司12万元也是公开的，县委书记燕振群知道。在此情况下，王说出真实用向会影响外界关系，且自己难以做人。不说出用向就只有他自己承担。在这种进退两难的境地中，作为一县之长的王保珍选择了后者：借钱、拿自己的钱退款，牺牲自己的利益。

可见，王这样做并不是为了掩盖罪行，更不能证明他“受贿属实”。

（四）没有为襄樊建安公司谋取任何利益

1992年10月份，桐柏棉纺厂正式筹建，王保珍分工负责该项工作。王领命后，在桐柏发表关于筹建桐柏棉纺厂的电视讲话，讲后很长一段时间，没有工程队前来承建，在此情况下，王才与襄樊建安公司联系，并最后决定由襄樊建安公司承建。但是，并未因此给襄樊建安公司谋取任何利益。

1. 取费标准：襄樊建安公司由国营二级降格取费，即按3.5级取费。

2. 让利1%，即给棉纺筹建处1%回扣或叫劳务费，待工程结算时，由棉纺厂代扣。

3. 按当地文件回扣1%—3%，约30万元（本案王收的款）。

因此，襄樊建安公司并未因承建该工程而获得大利，相反受益的是桐柏棉纺厂。一审法院认为襄樊建安公司送钱是“感谢王保珍将桐柏工程交给他们承建”，“感谢其为工地想办法拨款”，“并为以后结算铺路”是完全错误的。承建工程本无人竞争，给工程拨款是棉纺厂方应尽的义务，作为主抓该项目的县长为工程解决这一问题，也是其职责之内的事，不存在为襄樊建安公司方谋取利益的这一问题。因此，一审法院认定王利用职务之便，为他人谋取利益之说是缺乏根据的。

综上所述，王保珍收取襄樊建安公司的12万元钱是向原县委书记汇报的，12万元钱用向明确：2万元用于跑项目、引资，余下10万元钱垫支了棉纺厂挂帐费用，并未占为己有，而且在整个棉纺厂建设过程中，王并未给襄樊建安公司谋取任何利益，王收取12万元钱的行为，从主观到客观都不符合受贿罪的条件。因此，一审法院认定王受贿襄樊建安公司12万元钱不能成立。

二、检察卷上认定上诉人王保珍从桐柏棉纺厂等5家企业拿款18.5万元，用于跑项目、引资金，这一事实与本案有重要联系，但在认定数额上有出入

除了襄樊建安公司的12万元之外，王保珍还用了几个企业的钱跑项目，总共是12.5万元，但检察院认定是18.5万元，这不是事实。王确实承认过18.5万元，但那是在体罚、逼供情况下承认的，不承认就过不了关，睡不着觉，在上诉人实在承受不了的情况下，王按他们说的数承认了，说多少就认多少。

（一）王保珍从桐柏棉纺厂等几家企业拿款情况

1. 王保珍从棉纺厂拿款9.8万元，与检察院认定的相差5万元。

刘万保证实说，1994年4月24日，刘取了5万元给王保珍，说是那天王去跑项目，去郑州要的经费。实际上王没拿这些钱，时间上也不对。

4月23日王从郑州开会回来，住在南阳宾馆。24日上午回桐柏，下午到家，王并没有当时返回郑州，也没必要刚回来就再返回去。另一方面，事先不打招呼一下子也是提不出5万元的，王过去从未一次从刘万保处拿过这么多钱。这从时间、情理上都说不过去。相反，王保珍自认还从刘万保处拿过1万元，而刘万保的日记中却没有记载，检察院却予以认定了。可见，刘万保日记记的数并不准确，不能作为根据。检察院以此

认定这5万元，显然证据不足，而且在认定依据上，自相矛盾。

2. 从天然碱矿拿款1.7万元，与检察院的认定相差8千元。

为了引资，王曾让碱厂经理黄安甫给省人行计划处处长郭××女儿出学费，在检察院初查企业时，为了保护人行的关系，王从天然碱实际拿了1.7万元，但还了2.5万元，多给他8千元，替他平帐。天然碱矿经理黄安甫曾交代说王拿过这8千元，并有两张领款凭证，1993年3月5日和3月12日各一张，3千元加5千元共8千元，是领款后立即送给王的（领款人不是王签字）。事实上，1993年3月1日至3月17日，王随南阳代表团在香港和泰国考察，根本就不可能拿这两笔钱。所以，此8千元纯属虚构。

3. 王从水泥厂拿钱5千元，与检察院的认定相差6千元。

(1) 1994年初，为解决贷款，王保珍让李顺山厂长准备一个信封装5千元，给省建行租赁公司经理任××。王拿到装钱的信封后，原封不动地给了任××。之后，李顺山说是7千元，有2千是给王的。但王在当时不可能当着任××的面打开信封，看钱是多少，所以根本不知道是7千元还是5千元。因此，王没拿这2千元。

(2) 1994年4月，有两个外商到桐柏谈项目，王约李顺山准备3千元，可直到吃中饭时，李也未到。故王从天然碱和棉纺厂各拿3千元，给了外商。李顺山到时外商已走，王也就没收李的3千元。

(3) 李顺山称，1994年春节，李顺山到王保珍家送礼给了王1千元。王称没有收下这笔钱，这里只有李的证言，故认定这1千元，证据不足。

4. 从电扇厂拿钱5千元，与检察院认定是一致的。

这样王从这几家企业总共拿钱12.5万元。

（二）12.5万元的去向

其中用掉7.5万元跑项目，已落实。余下5万元原是经县委研究为跑1000万元贷款项目用的。后来这笔钱没有用，在检察院初查企业时，王把其中2.5万元给了碱厂经理黄安甫，另外2.5万元加上个人借的8万元共10.5万元，交给刘万保了。

这样，从棉纺厂等几家企业拿的12.5万元钱，笔笔有来源，也笔笔有去处，来龙去脉是清楚的。

（三）已查明的公款去向，支出远远大于收入，说明一审对数额重复认定，自相矛盾

王保珍从襄樊建安公司拿钱12万元，从棉纺厂等企业拿钱12.5万元，总共24.5万元。而已查证、落实的总支出为37万元，多支出12.5万元。退一步讲，即使如检察机关所认定的，王保珍从棉纺厂等企业拿钱18.5万元，加上从襄樊建安公司拿钱12万元，总共30.5万元，也多支出6.5万元。这样计算，检察院也重复认定了6.5万元，支远远大于收。出现这种支大于收的原因只能有一种解释：王保珍的确用襄樊建安公司的钱垫支了棉纺厂无法报帐的挂帐费用，然后又用自己的钱及借来的钱补上了襄樊建安公司的钱，这笔多支出的钱正是王保珍个人补上的钱。这再一次证明：王保珍将襄樊建安公司的12万元钱已经用之于公，全部支出了。

（四）上述12.5万元（检察院认定的18.5万元）已经用于为公跑项目、引资金的事实，印证了王保珍用襄樊建安公司的12万元跑项目的真实性。

王保珍从5家企业拿钱跑项目的事实已经得到证实，而且这些钱与从襄樊建安公司收取的12万元是交错取得和使用的。这表明，第一，王保珍用公款跑项目确属必需而且确属事实。第二，王保珍使用这些钱时没有私吞的意图和行为。第三，两笔钱在使用中不能截然分开。钱是种类物而不是特定物，计算

时只能算总帐而不能区分彼此。

所以，这笔钱的用途充分印证了襄樊建安公司 12 万元用途的正当性，说明王保珍没有私吞这 12 万元的意图和行为。

一审中检察院和法院将这两笔钱人为地加以区分和割裂，将查明落实去向的统统归到另一笔中，将难以查明去向的统统归到襄樊建安公司的 12 万元之中，以此来证明，王保珍企图将襄樊建安公司的 12 万元占为己有，并且无视支出大于收入的这种明显的、无法解释的重大矛盾，强行认定王保珍受贿。这种思维逻辑和定罪结论是违反常规、违背事实和不负责任的。

三、王保珍在检察机关调查企业过程中用私款平帐，让人出假证，造成了某些假象，但这不能成为认定其受贿的根据

在检察机关初查企业时，王保珍拿钱给企业，又用襄樊建安公司给的 10 万元钱垫支给棉纺厂，用来平这些企业跑项目，引资已经花掉而无法报帐的挂帐费用，随后又拿自己的钱和借来的钱给棉纺厂并人为把交款时间提前，以使从襄樊建安公司拿钱合法化等等。王保珍这样做并不是为了掩盖自己的罪行，而是为了保护企业、保护厂长，保护桐柏与外界的关系。王保珍上述行为，在客观上确实造成了掩盖罪行的嫌疑，但这不等于王保珍确实有罪，这种行为与犯罪构成没有必然联系。

受贿罪的本质特征是利用职务便利，为他人谋取利益而收受他人财物。在本案中，王保珍能否构成受贿罪的基本界限是他是否将襄樊建安公司的 12 万元占为己有。在不能证明王保珍将此 12 万元占为己有的情况下，其他任何情节都不能作为认定王保珍受贿的根据。且不论王保珍以私款平帐等行为的解释和理由是否成立或真实，无论如何，这些情节只能作为侦查中的一种线索，而不能作为定罪的根据。

实践中，行为人由于对法律认识错误而采取某些错误乃至违法手段的情况经常发生。如正当防卫者因不懂法律而掩盖防

卫事实；私营企业主或上缴固定承包金的承包者采取做假帐或吃空额等手段取得本应属于他自己的财产，等等。这些行为常常会引起怀疑而被立案侦查，但一经查明真相便应认定无罪。这是认定犯罪的一项基本原则。法院是定罪机关而不是侦查机关，因此，必须分清定罪与侦查的界限和标准。绝不能将犯罪构成要件以外的因素当成定罪的依据。

在此，辩护人特别提请二审法院高度重视这一问题。

四、一审法院认定：王保珍分别收受钮国山、郭贵良、陈金山的贿赂共计 5000 元人民币，其事实不清，证据不足

1. 1985 年 11 月份，王保珍在任新野棉纺厂厂长期间，新野县城郊乡民政助理钮国山、城郊乡福利建筑公司经理郭贵良送给王保珍 3000 元钱，但王在第三天又退还给了钮国山（见一审律师会见被告笔录）。郭贵良证实：送钱后 10 多天，王保珍见到郭贵良说：“你们送的钱，已退给老钮了”。后听钮国山说：“王保珍把钱退给我了”（见一审律师调查证人郭贵良笔录）。

但是，钮国山否认钱退给他了。因此，一审法院就认定：钱是送给王保珍了，有钮、郭两人证实，王也不否认，至于王退钱给钮，钮不承认，郭没亲见，证据不足，不能认定。故王保珍受贿这 3000 元成立。这种推理显然是不合逻辑的。这里，在检察院和一审法院也同样不能出具充分的证据证明没有退钱的情况下，就草草地下结论，认定受贿，是不负责任的。

2. 1994 年 2 月，王保珍收取桐柏县大河大理石厂厂长陈金山 2000 元钱，收取这 2000 元钱不构成受贿。

(1) 王保珍没为陈金山谋取利益。陈是桐柏大理石厂厂长，该厂是乡镇企业，不属王保珍负责管理。因此，在业务上没有必然联系，也就谈不上为其提供方便。

(2) 王保珍没有受贿故意。王保珍在陈金山执意留下“2000”元钱（放下钱就走）后，追出屋门对其说：“这钱随后

还你”。

在检察院询问陈金山的笔录中陈说：“我从裤子兜里掏出来，递给王保珍，他不接并说，谁家兴搞这，我看他不接，为了表示心情，就扔到客厅的桌子上。我一走出客厅，王保珍站起来说，这钱随后还给你”（卷6.P42）。

问：这个钱王保珍后来给你没有？答：没有。

但在陈金山证言同一页，陈金山回答“没有”之后有这么一句话“后来我就一直没有见过他”，不知出于什么原因被划掉了。陈的证言证明了王保珍说的“随后还你”是客观存在的，是实话，而被划掉的陈金山的这句证言正好说明：王保珍为什么没有将2000元还给陈金山，——因为一直没有见过陈金山。

检察院在全部侦查卷宗中至今没有任何材料显示：从1994年2月王保珍收下陈金山2000元之日起到1994年8月9日失去自由，被告王保珍与陈金山到底见过面没有？在这种情况下，一审法院是依据什么事实、什么证据，给王保珍定性受贿这2000元呢？

所以，一审判决认定王保珍收受以上三人贿赂5000元的事实不能成立。

综上所述，我们认为：一审法院认定王保珍受贿罪的判决事实不清，证据不足，不能成立。辩护人请求二审法院实事求是，认真调查，依法改判王保珍无罪。

此致

河南省高级人民法院

辩护人：北京市京都律师事务所律师：田文昌

崔英

1996年4月6日

附 1：王保珍并非受贿 好县长人才难得

河南省桐柏县县长王保珍经南阳市中级法院一审认定为受贿罪，判处有期徒刑 14 年。然而，作为王保珍的二审辩护人，经过充分调查分析之后，我竟然发现，王保珍不仅无罪，而且是一位人才难得的好县长！感叹之余，我认为有责任向有关部门陈词汇报。

有人也许会认为，作为律师，尽责辩护就是了，何故在辩护之外多此一举？但我却以为，作为律师，作为法学工作者，此举并非多余。因为对于改革开放，对于反腐倡廉，对于维护法律的公正性和严肃性，每个公民都有义不容辞的责任。正是基于这样的信念，多年来我在代理案件中一直遵循这样一条原则：对于真正的腐败分子、社会蛀虫，该打击的绝不姑息；对于改革开放中无辜蒙冤的开拓者，该保的竭尽全力。正是遵循着这样一条原则，我冒着生命危险状告大邱庄主禹作敏，历时 3 年，禹作敏被押上审判台；也是遵循这样一条原则，我为被四罪并罚判处 18 年徒刑的河北省著名企业家商禄作无罪辩护，四处呼吁，历时 3 年，终于为商禄洗清了罪名使之再次腾飞；我为被指控为死罪的大兴安岭企业家朱佩金作无罪辩护，历时 5 年半终得无罪判决……我感到办好一个案件的深层意义，绝不仅仅在于告倒某个人或保住某个人，而是在于维护法律的尊严，维护改革开放的大局。

今天，当我深入调查、分析了王保珍案件之后，又一次意识到王保珍案所引发的深层意义：反腐败的目的在于摘除国家肌体中的毒瘤，如果因误诊而做错了手术割除了健康肌体中的重要部位，其后果不亚于毒瘤所带来的损害。

王保珍是一位事业心很强的年富力强的县长，为了转变桐柏县的落后面貌，为了发展桐柏县的工业，他顶住各种压力，克服重重困难，身为县长却身先士卒，亲自替企业去引资金、跑项目；为了在夹缝中求发展，他带着从企业筹集来的资金，四处奔走去磕头作揖；为了桐柏县几十万父老能够脱贫致富，他不得不屈从于连我们党和政府目前都尚未根治的腐败的社会环境去请客送礼。为了解决这些无法报帐的资金，他只好“黑黑地来，黑黑地去”，冒着被别人误解的风险，以各种方式筹款去默默地奔波；当检察机关开始调查的时候，为了保护各方面的关系，为了企业的利益，他又自己借钱去平了那些无法平衡的帐目。然而，正是为了这一切，他被误解，被错判，被当成了腐败分子的典型而蒙受冤屈。

王保珍所做的这一切，果真是犯罪，果真是为了掩盖个人的罪行吗？不是。大量事实表明，他所做的这一切，有错误，甚至有违法性，但却不是犯罪，最重要的，是因为他并没将这些钱装入自己的腰包。他只是为了桐柏县群众的利益才犯错误，而这些错误却是在他那种特定的奋斗环境中所难以防止的。选择似乎很艰难，要么象他那样去做，要么不做。也许这并非唯一的选择，然而，就王保珍来讲，他是在找不到第三条路的情况下，才选择了前者。这至少可以说明他不是个无所作为的混世者，而是个想干事业并正在干事业的人。

据了解，在一审开庭审判的时候，千百名旁听群众为王保珍的陈述所感动，拍手叫好，希望王保珍到他们那个县去当县长。试想，在人民群众对贪污、贿赂等腐败行为切齿痛恨的今天，群众何以会对一个受贿的县长叫好？这种令人费解的现象不值得引起足够的重视吗？群众最清楚他们需要什么样的干部，群众需要真干实事的人，哪怕他有这样那样的错误，群众理解王保珍，相信他不是在做损公肥私。

在改革开放的今天，象王保珍这样的干部，不是太多，而

是太少，不是打击的目标，而是保护的對象。我們的司法機關，切不可草率從事！只有準確地掌握法律的尺度，才能真正體現法律保護社會，促進經濟發展的作用。

王保珍一案影響廣泛，典型性很強，希望有關領導予以密切關注。

王保珍無罪的理由，詳見二審辯護詞和北京法學專家論證會紀要。

北京市京都律師事務所律師 田文昌

1996年3月25日

附2：北京法學專家法律意見書

應京都律師事務所邀請，北京11位刑法學專家於1996年4月3日就王保珍受賄案進行了專題論證。

與會專家有：

- | | |
|-----|-----------------|
| 曹子丹 | 中國政法大學刑法學教授 |
| 梁華仁 | 中國政法大學刑法學教授 |
| 楊敦先 | 北京大學刑法學教授 |
| 楊春洗 | 北京大學刑法學教授 |
| 張文 | 北京大學刑法學教授 |
| 王作富 | 中國人民大學刑法學教授 |
| 陳興良 | 中國人民大學刑法學教授 |
| 歐陽濤 | 中國社會科學院刑法學研究員 |
| 樊鳳林 | 中國人民公安大學刑法學教授 |
| 張泗漢 | 最高人民法院政策研究室原副主任 |
| 江禮華 | 中國人民檢察官學院刑法學教授 |

专家们在详细研究案件资料的基础上，对王保珍案进行了深入分析和反复论证，提出法律意见如下：

一、王保珍不具有受贿的主观故意和客观条件

王保珍在接受襄樊建安公司 12 万元好处费第一笔款时向县委书记燕振群作了请示汇报，并取得了燕的同意。以上事实表明他没有个人私自占有这笔钱的主观故意，并且在客观上也不具备占有这笔钱的条件。因此，不具备占有或企图占有这笔钱而构成受贿罪的基本特征。

此 12 万元与补充协议中写明的 10%（10 万元）是性质不同的两笔钱。协议中的 10 万元是公开写明的必须入帐的款项。一不必向县委书记汇报，二不可能私自支配，三是因只能在决算后兑现而不可能用于跑项目。而王保珍在向燕振群汇报时，已明确说清了是二、三十万元，并且说明了用于跑项目、引资金的具体用途。这个事实可以表明，王保珍汇报的不是指协议中写明的 1%，而正是他后来收取的 12 万元。在这个问题上，尽管燕振群的证言前后有些差别，但在基本事实上是清楚的。所以，燕振群的证言可以表明，王保珍没有受贿的主观故意和客观条件。一审判决认定“王保珍给燕汇报的是将来工程队要给回扣一事”，明显缺乏根据。

在燕振群证言之外，还有两个人也曾经证明过知道此事，但此二人是在被检察机关限制自由之后又予以否认的，这种否认后的证言的效力值得怀疑。

另外，王保珍事后又向县市多位领导汇报过此事。检察机关认定这是王保珍在风闻被查之后企图掩盖罪行的表现，这种认定缺乏根据。事后又向多位领导汇报与先前已向县委书记汇报，这两种行为不能割断。两者联系起来可以印证王保珍没有私吞这笔款的主观意图和客观条件。

本家中构成受贿的基本要件是王保珍将该笔好处费私自占为己有。然而，“私吞”与“主动告知他人”在主观意愿和客

观行为上都是相矛盾的。因此，认定王保珍私吞该款而构成受贿显然缺乏依据，且难以自圆其说。

二、王保珍将 12 万元用于为公跑项目具有比较充分的事实依据

1. 王保珍从企业拿钱并非只是 12 万元，而是还有一笔，即一审中没有认定为犯罪的 18.5 万元（王保珍只承认 12.5 万元），之所以没有认定为犯罪，是由于已查明该笔款确实为跑项目所花掉了。这个事实表明，王保珍从企业拿钱跑项目确属事实。

2. 李柯玲的证言表明，王保珍带几万元钱去上海跑项目，确属事实。而这笔钱已经超出了 18.5 万元的范围，可以证明是 12 万元中的一部分。

3. 18.5 万元与 12 万元不能截然分开。王保珍手中的两笔钱是交错取得和使用的。检察机关人为地区分，将查明去向的都归到 18.5 万元之中，查不清楚去向的都归在 12 万元之中，由此推出结论，认为王保珍企图将 12 万元占为己有，而用于跑项目花掉的只是另外一笔钱，这种推定是不正确的。

综上，虽然王保珍手中掌握的总钱数尚未全部落实去向，但是，大部分去向已经落实，有一小部分由于种种原因难以落实。这个事实可以表明，王保珍收取公款用于跑项目的基本事实是存在的。

三、一审在证据认定上有重大矛盾

检察机关认定王保珍从企业拿钱总数为 30.5 万元，王保珍坚持是 24.5 万元。而事实上已查明，总支出为 37 万元，支出超出收入。在支明显大于收的情况下，轻率地认定王保珍私吞 12 万元，这是对数额的重复认定，缺乏起码的事实依据。这个矛盾恰恰形成了反证：王保珍将该款用之于公，又用自己及借来的钱补上了难以查明用向而无法平衡的帐目，这些多出来的钱显然是王保珍个人的。这个事实进一步说明王保珍将

12万元确实用之于公。一审法院在这种重大矛盾存在的情况下，认定王保珍受贿是不负责任的。

四、王保珍在检察机关调查企业的时候用私款平帐的行为不能作为认定其受贿的根据

王保珍上述行为在客观上确实造成了掩盖罪行的嫌疑。但是，且不谈王保珍自己陈述的为“保护外面关系”和“保护企业”的理由是否充足，重要的是这种行为与犯罪构成没有必然联系。行为人对法律认识的错误或者手段错误都不能成为构成犯罪的依据。司法实践中，由于行为人不懂法律或者各种原因，以某种错误手段掩盖并非犯罪事实的现象经常发生，这种现象往往会造成一种构成犯罪的假象。司法机关应当保持清醒的头脑，不应为这些假象所误导。这个问题对于正确办案是至关重要的。王保珍收到钱以后即向县委书记燕振群请示汇报，这是本案最关键的事实依据。如果抛开这个事实去孤立地考察所谓“掩盖罪行”的手段，难免会导致“似是而非”的结论。

五、一审判决对于王保珍受贿5千元的认定，证据不足。并且证据冲突明显，不能成立

综上，王保珍构成受贿罪证据不足，不能认定为犯罪。

根据全案资料可以看出，王保珍是一个事业心强、敢于开创和做实事的干部。对于这样的干部更应当严格区分工作失误与犯罪的界限。王保珍在使用资金方面缺乏法制观念，违反了财经制度。但这些问题与犯罪的界限应当严格予以划清。

为此，建议二审法院慎重处理此案，严格区分罪与非罪的界限，撤销一审法院对王保珍犯有受贿罪的判决。

1996年4月3日

▼
▼
▼
▼

李晓春走私案

案情简介

被告人李晓春，男，35岁，江苏东台市人，大学文化，原任香港宝联国际有限公司（以下简称宝联公司）副总经理，是宝联公司在大陆有关投资及贸易事项的全权代表。

1993年初，江苏省邮电器材公司基于移动通信发展的需要，准备从香港进口一批“金心”TAC-1300型手持机（俗称大哥大）。邮电器材公司由于没有进出口权，找到当时在南京的李晓春。李晓春经与香港公司总部联系，同意经营此项业务。宝联公司在香港又通过亚太通信卫星有限公司，向金心公司开具L/C信用证落实了货源。李晓春又通过他人介绍找到具有进出口经营权的中国惠通（集团）总公司（以下简称惠通公司）。经过几次接触，宝联公司与惠通公司单签了委托进口报关协议，约定宝联公司按总货款的10%，即一美元一元人民币的比价，每部手机600元人民币向惠通公司支付包括关税款在内的代理费；惠通公司负责办理此批手机的进口批文、报关手续、完税交货。

惠通公司于1993年5月通过深圳金峰实业公司（属武警部队边防局）以“直接军事装备”的名义办理了进口军事装备

报关证明，编号：9376、9377 及机电设备进口证明（深圳金峰实业公司收取了手续费）。

1993 年 8 月 13 日货物从南京进关，总计手持机 1990 台，价款 398000 美元，海关申报单位是惠通公司。该公司报关员周社跃一人进报关室交验单证，办理了报关手续。在向海关申报的进口货物报关单“备注”栏里注明，附无管会（即中国人民解放军无线电管理委员会）证明和军免表（即前述军事装备报关证明）9376、9377。办完报关手续后，货由李晓春交给江苏邮电器材公司。

1994 年 8 月 14 日，江苏省纪委在根据群众举报调查干部受贿案时，找李晓春谈话。8 月 18 日李晓春被监视居住。9 月 14 日被收容审查，10 月 12 日被延长收容 1 个月，11 月 10 日再次延长收容 1 个月，12 月 13 日被解除收容审查，同日又被收容审查。1995 年 1 月 10 日南京市公安局提请逮捕，同年 8 月 16 日被批准逮捕。1996 年 3 月 11 日南京市人民检察院以走私罪向南京市中级人民法院提起公诉。起诉书指控李晓春利用中国惠通（集团）总公司深圳分公司李江、周社跃等人提供的“〇一五”单位军事装备免检免税批文，通过南京海关进口“金心”TAC-1300 型手持移动电话 1990 台，价值人民币 1260 余万元，逃避海关税收计人民币 846200 余元；被告人李晓春将上述物品擅自销售给江苏邮电器材公司，从中非法获利。

南京市中级人民法院 1996 年 4 月 30 日公开审理此案，以走私罪判处李晓春有期徒刑 5 年。

辩 护 词

审判长、合议庭：

北京市京都律师事务所和上海市新汇律师事务所接受本案被告李晓春的委托，指派田文昌、余向栋两位律师担任其辩护人。辩护人介入诉讼后依法履行职责，查阅了本案的卷宗材料，会见了被告，今天又参加了庭审调查的全过程。对本案有了一个比较全面的了解，现提出辩护意见如下：

一、关于本案的程序

我国《刑事诉讼法》规定了公、检、法三机关的职权，明确人民法院、人民检察院和公安机关进行刑事诉讼，必须严格遵守《刑事诉讼法》和其他法律的有关规定。《刑事诉讼法》是从程序上保证《刑法》的正确实施，保障正确地揭露犯罪、惩罚犯罪，保障无罪人不受刑事追究、保障诉讼当事人的合法权利不受侵犯。在我们努力建设法制国家的过程中，应当努力克服传统的“重实体，轻程序”的做法，无论是实体处理上，还是程序操作上都必须严格依法办事。

辩护人在介入诉讼后了解到，本案在程序上有违法之处：

(一) 对被告人的羁押手续不全，并且对其超期关押

1994年8月18日被告人李晓春被监视居住，被拘禁在伊村饭店与外界隔离，实际上被剥夺了人身自由；

1994年9月14日被收容审查；

1994年10月12日被申请延长收容1个月；

1994年11月10日再次被申请延长收容1个月；

1994年12月13日以惠通公司有关人员未到案为由被解除收容审查；同日又以大连走私为由被收容审查，此后再没有

见到有关收容审查的法律文书。

南京市公安局 1995 年 1 月 10 日发出提请批准逮捕书，但是时隔 7 个月之后，8 月 16 日才被批准逮捕，于 1996 年 3 月 11 日被提起公诉。

被告人被羁押时间（从 1994 年 9 月 14 日被收容审查算起）长达 19 个月，而且法律手续不全。被告人最后一次被收容审查的时间是 1994 年 12 月 13 日，在这以后再也没有过被收容审查的手续或者延长收容审查的手续，但是人身自由被继续剥夺。

《刑事诉讼法》第 48 条第 1 款规定：“……人民检察院应当在接到公安机关提请批准逮捕书后的 3 日以内，作出批准逮捕或者不批准逮捕的决定……。”但是本案竟然出现了南京市公安局 1995 年 1 月 10 日发出提请批准逮捕书，南京市人民检察院在时隔 7 个月之后，也就是 1995 年 8 月 16 日才作出批准逮捕的决定。在党和国家强调依法治国、依法办事的今天，出现这样严重违法的事件，是不能容忍的。

（二）扣押物品手续不全

《刑事诉讼法》第 85 条规定：“对于扣押的物品和文件，应当会同在场见证人和被扣押物品持有人查点清楚，当场开列清单一式二份，由侦查人员、见证人和持有人签名或者盖章，一份交给持有人，另一份附卷备查。”

被告人李晓春被监视居住的同日就被搜走了 3 本笔记本、长城信用卡、人民币 4 万、美元 3 万（其中有 2 万是代他人保管）还查封了被告人所在香港公司出资购买预付了 80 万人民币的 4 套房子。但是现在除了 3 本笔记本被随案移交外，其余的没有一份附卷备查的文字材料，扣押物去向不明。这是明显违反《刑事诉讼法》规定的，也给本案的最终处理带来一定的困难。

辩护人还要指出的是，在我们中国这块土地上无论哪个机

关、哪个个人都没有超越宪法和法律的特权，都必须严格遵守宪法和法律，尤其是执法者和执法机关更应该模范地遵守国家的法律。只有这样才能不辜负人民的信任和重托，才能不辱使命。

二、关于本案的认定

南京市人民检察院宁检刑一起字（1996）第33号起诉书认定被告人李晓春1993年8月，利用中国惠通（集团）总公司深圳分公司李江、周社跃（均另案处理）等人提供的“○一五”单位军事装备免检免税批文，通过南京海关进口“金心”TAC-1300型手持机移动电话1990台，价值人民币1260余万元，逃避海关税收计人民币846200余元，被告人李晓春将上述物品擅自销售给江苏邮电器材公司从中非法获利。

辩护人在仔细审查全部证据之后认为，检察院的上述指控证据不足，不能认定被告人李晓春犯有走私罪。

（一）1990台“金心”手机的买卖是香港宝联国际有限公司的业务，不是李晓春的个人行为

1993年初，为适应经济建设事业的需要，内地移动通信事业迅速发展，江苏邮电器材公司为了适应这种市场需求准备进口一批“金心”手机，并且找到已在香港公司任职的李晓春。李晓春获得这一信息之后，与公司取得联系并征得同意，代表公司具体操作这一业务。从信用证的开具、货物的装箱、交验托运都是香港宝联国际有限公司出面的。辩护人在庭审中向合议庭提交了由香港宝联国际有限公司总经理周石麟出具的授权书，授权李晓春全权处理该公司在大陆有关投资及贸易事项，并代表其签署有关法律文件。并经过法庭质证，公诉人未提出异议。

例如，卷贰第8页香港宝联国际有限公司于1993年7月29日开出编号为PL9370729（A）的装箱单；

卷贰第14页香港宝联国际有限公司于1993年7月29日

开出编号为 PL9370729 (B) 的装箱单；

卷贰第 10 页以及第 15 页编号、日期与上述装箱单相同的发货单都由香港宝联国际有限公司开出。装箱单、发货单都盖有香港宝联国际有限公司的印章。

卷贰第 9 页香港中旅货运有限公司的货物运输通知单，寄货人是香港宝联国际有限公司，收货人是中国惠通（集团）总公司。在境外，香港宝联国际有限公司是卖方，中国惠通（集团）总公司是买方是十分清楚的。

境内的贸易本应是惠通直接销售给江苏邮电的，但是为了防止惠通短路客户（检察卷第 7 页，周社跃证言），因而形式上是中贸发卖给江苏邮电，实际上货物是惠通直送的。在一般情况下，应该由惠通完成进口销售的全过程，但是在实际业务中，因为种种原因又委托了中贸发、市纺和金丰，代理了本应是惠通所做的事（见流程图示意图）。

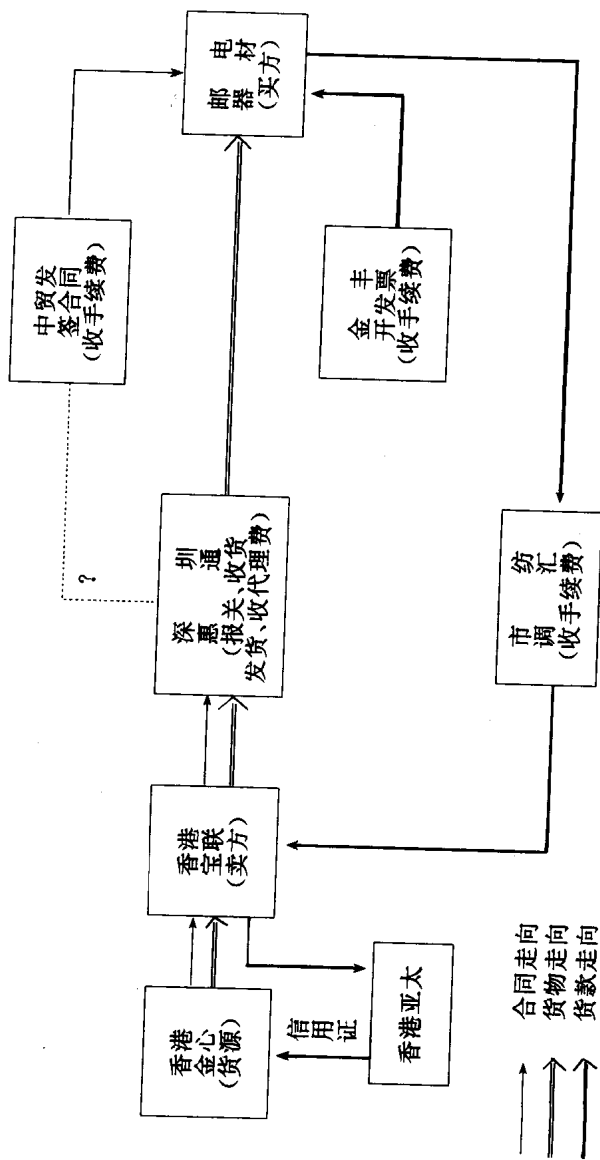
如果这些公司不愿做或不能做，结果就不会出现今天这样的局面，但惠通等公司展现给被告的是其合法正规的一面，而且被告所能看得到的也只能是这样。对一个香港公司职员来说，只要他们合法、正规就可以了，并没有深究其是否真正合法。这对被告来讲也是不可能做到的。因为这是惠通等公司内部商业秘密，哪一家公司也不愿意将自己的商业秘密告诉别人。在被告跟他们接触来往中，还以为对方是在合法地报关，合法地允许其销售，这正是被告的悲剧所在。

辩护人在审查证据的过程中发现，以中贸发的名义签订合同是经过该公司总经理陶惠生同意的。

李晓春日记 1993 年 1 月 31 日第七条中记载：电陶总仍用中贸发保税行对外签约、开发票……保税行亦是二级法人，在宁开帐户、刻合同章、财务章结算亦可。

1993 年 3 月 8 日、4 月 27 日、28 日、6 月 4 日等日记中多处有：“与中贸发陶总商发票开法。在南京用惠通批文，中

附：1993年李晓春代理香港宝联公司销售手机流程示意图



贸发合同，委托海关或海运公司报关，中贸发开发票三张”等记载。

江苏邮电器材公司的傅海荣也有证言证明，在签订合同时李晓春出具了中贸发的授权委托书（检察卷第 27 页和 31 页）。

所有这些证据可以相互印证：李晓春以中贸发的名义签订合同是得到中贸发的授权的，是中贸发同意的，中贸发为此还收取了手续费，现在出了麻烦，就否认已作出过的承诺或默契，这是经营者应有的商业道德吗？

综上所述，这笔 1990 台手机的业务是香港宝联公司的贸易，货源是宝联公司组织的，货款最终汇往香港宝联（严斌证言，卷贰第 105 页），这笔业务不是李晓春个人经营，不是李晓春的个人行为。

（二）在海关报关的不是香港宝联公司，也不是李晓春个人，是惠通公司，是惠通公司以自用军事装备免税报关后销售实行走私。

李晓春所在的宝联公司通过种种努力开出了信用证，就寻找国内贸易公司，了解到惠通公司的主管部门是总参，惠通公司是正规的大公司值得信赖，即委托惠通公司办理进口许可批文、报关完税，由宝联公司支付惠通公司包干费用。

惠通公司明知这批手机不是自用，不是用于军队，但都通过关系欺骗上级部门办理了进口军事装备报关证明、机电设备进口证明。仅此一单，惠通非法所得 113 万。

起诉书指控李晓春在做这笔业务中偷逃关税，走私，将军事装备免税的手机擅自销售。但是所提供的证据却证明偷逃关税走私的不是李晓春，而是惠通公司，直接责任人员也不是李晓春，是惠通公司的总经理李江和业务员周社跃。

卷贰第 3 页、第 13 页，海关编号分别为 10691 和 10690 的“进口货物报关单”申报单位明白无误地写着“中国惠通集团总公司”。

卷贰第17页，中华人民共和国海关“进口货物报关单”申报单位赫然盖着“中国惠通（集团）总公司报关专用章”并且有报关员周社跃的亲笔签名。

证据表明，不是李晓春利用了惠通，而是惠通利用了李晓春，利用了李晓春对海关规定的无知，利用了李晓春对部队办公司近似天真的信任来进行走私活动。

试想一下，如果惠通的有关人员在初识被告人李晓春时就告诉被告：他们用特批的军事装备免税批文进关或者告诉被告人特批的只能自用，没有补税卖出去了就是走私，被告还敢委托他们进口，拿公司的几千万元货物给惠通去冒险吗？

从法律角度看，惠通代理进口报关，应该由惠通完税报关，这是外贸进口业务的常识。境外公司只负责组织、提供货源，在CIF条件下，货抵口岸后供方也即宝联公司的义务已经履行完毕。这以后，包括报关完税、运货到客户的都是需方的责任。在进关及其以后过程中发生的风险责任，除了事先约定的（例如质量保证、售后服务、维修等）以外，都应该由需方即惠通公司承担。

进口报关有二个环节：第一个环节是提交合法有效的证明文件，例如对国家限制进口的商品、有政府主管部门允许进口的批文、订购合同、发货单、装箱单，只要证单相符就可以报关；第二个环节是完税。进口的企业对应交的关税故意偷逃，就属于走私行为。惠通公司收取了包干代理费，骗取了国家主管部门批准的旨在加强部队集体战斗力而自用的军事装备免税批文，骗逃了海关关税，没有在海关补税擅自销售民用，其走私的罪责是不可推卸的。辩护人请合议庭注意一个重要的情节：没有任何证据能证明李晓春参与报关，包括周社跃都承认报关是他一个人去的（检察卷第9页）。批文是惠通公司办理的，报关是周社跃一个人报的，提供哪些具体文件，惠通是不是补交了税款，李晓春无从知道。如果说惠通走私，李江、周

社跃有走私犯罪故意的话，李晓春则没有这方面的意思联络，也就是说缺乏共同的犯罪故意。宝联公司委托惠通报关，支付了包干费用，向海关完税是惠通公司应尽的义务，报关完毕把货交给客户，客户向外销售是合法的。惠通把免税的批文拿来报关，明知是民用没有补税就交给客户是“擅自销售”。

李晓春与惠通曾经签署过委托代理合同，并且在合同中写明“完税报关”。李晓春与其他公司签约做同一种类业务时也是这样要求对方的（如维成公司）。李晓春在1993年3月8日的日记中有这样的记载：惠通见李总、小周签手机1.1万台，价600/880元。证明李晓春与惠通是曾经签过协议的。但是这份合同却被惠通藏匿拒不提交。这一事实证明了二点：1. 在海关纳税或者补税的义务是惠通，不仅报关的运作过程这样，事先的约定也是这样，偷逃关税的责任在惠通，不在李晓春；2. 惠通藏匿合同目的在于推卸责任，嫁祸于李晓春。

（三）李晓春不具有构成走私罪必须的犯罪故意

走私罪的犯罪构成的主观方面，必须是出于犯罪的故意，过失不构成走私罪。

1993年通信市场进口手持机的代理包干费每台600元左右（见检察卷第4页，周社跃证言），所谓包干费就是包括报关费（关税）、管理费、手续费、运杂费、利润等。经过交涉、谈判，惠通公司以每台570元的接近市场价的价格代理进口，应该说这个价格与当时的市场价并不背离。前已有述，宝联公司支付包干费包含了关税款。这也可以从李晓春的日记中得到印证。1993年1月13日李晓春在日记中记：惠通手机1000台/月量代进口，税能争取到1美金1元人民币。1993年8月13日李晓春在日记中记：应给惠通税 $1990 \times 570 = 113.43$ 万元。在上述二段日记中李晓春明白无误地写清楚的是给惠通的“税”，也就是关税。

周社跃1995年7月5日（检察卷第5页）对包干费用解

释为只是进口代理费、手续费，不含关税。这是不符合事实的。按照周社跃的解释，包干费只是代理费（海关报关不收手续费）那么代理费高达10%。稍有外贸常识的人都知道，代理费只是货款的0.5%左右，最高不超过1%。现在按照周社跃的解释竟高达10%，这可能吗？这从反面也证明了代理包干费确实包含了税款。

南京市海关出具的10690，10691两份报关单进口货物应缴税款为846210.60元，李晓春向惠通实际支付了136万元（见李晓春日记，1993年9月2日）。也说明宝联公司支付给惠通公司的代理包干费中包含了税款。惠通公司应向海关缴纳而没有缴纳。

被告人李晓春去香港之前，没有做过贸易，更没有做过国际贸易，不懂得进出口报关的整套程序和法律。去香港后，才开始学做贸易，接受的也完全是自由市场经济的一套。在香港、深圳一带做贸易的过程中所接触了解的进口通信产品都是这样的价格和操作，产品要进入市场就委托其他公司代理报关，完税交货。具体某一种通信产品进口关税的税率是多少并不清楚，至少在1993年做“金心”手机贸易时是这样，直到1994年的1月底才如梦初醒，才知道自己所经营的有关产品税率。这在被告李晓春1993年1月31日的日记中有详细的记载。它有力地印证了被告人李晓春对进口产品关税的认识过程。辩护人相信合议庭会注意审查的。

三、关于对某些证据的质疑

（一）卷贰第6页及第16页中国惠通（集团）总公司与宝联国际有限公司的订购合同，经辩护人向南京海关调查，并放大复印可以明显地看出惠通有人盗用李晓春的签名（如有必要可以送有关部门作文字笔迹鉴定）。李晓春并没有签过这两份合同，这是惠通公司为了能进关而策划倒签的。联系到案发后惠通公司人员的种种表演，使人不得不怀疑，他们能盗用他人

的签名倒签合同，难道就不能做伪证吗？（辩护人提取的证据已当庭提交法庭）。

（二）对惠通集团深圳公司副总经理李江 1995 年 7 月 5 日证言（检察卷第 13 页）的质疑

问：李晓春为什么找你们公司合作？

答：他知道我们惠通公司是总参的一个公司，有能力办批文，因为，我们是军内的直属企业，每年有进口免税的军用装备的业务，他知道我们公司的能力，他要是交全额关税找我们公司报关，那就不会找我们报，因为我们公司能办到军免批文，所以，李晓春知道我们有这个条件故找我们报关。

（同卷第 15 页）

问：这些货卖到什么地方去？

答：我不知道李晓春卖给谁，后来才知道卖给邮电。

问：李晓春为什么找你们公司代理进口？

答：他找我们代理进口，知道我们是部队公司，可以办理免税。另外，他找我们代理，也比较安全。

惠通向李晓春介绍公司是总参办的，是正规的，这是事实，惠通也向李晓春介绍有能力办到批文也是事实。至于批文的内容，是以什么名义，是不是免税，李晓春不可能知道。惠通没有必要、不可能、也不会向李晓春和盘托出。一个企业的商业秘密不可能向他的客户透露，这是一个普通常识。把不可能的事，把自己的分析，强加给他人，这种证言的可靠程度是可想而知的。

在同一天的证言中，问：这些货卖到什么地方去？

答：我不知道李晓春卖给谁，后来才知道卖给邮电。

这不是实话，因为在第 13 页的第 2 行李江就已承认过“李晓春说他曾在南京邮电部门工作过，知道邮电部门需要 1300 型手持机，他找我们经营部洽谈，洽谈后经营部向我汇报”。李江明明是知道的，这批手机是邮电民用的，怎么又推

说“后来才知道卖给邮电”呢？

(三)对“周社跃1995年7月5日(检察卷第6页)证言的质疑

“李晓春提出到南京海关去问问，……他找我要批文的复印件，我就将015单位的批文(军免批文)、订货卡，复印了一份给李晓春。当时，我是经过李江副总经理同意办的。”

第8页，问：你肯定将这些文件复印给了李晓春？

答：我肯定，在李晓春去南京咨询之前，我在办公室将复印件给了李晓春，我肯定给了他，我敢保证，也愿意与他作证。我要说假话，愿意负法律责任。我不把这些文件给他，他是不能到南京海关咨询的。

问：1995年4月6日的谈话笔录，你说可能给李晓春看过批文，到底看了没有。

答：不是可能看过，是肯定看过，而且在李晓春去南京海关咨询之前，我就将批文和进口证明复印件给了李晓春带到南京，4月6日笔录记的不准确，以这次谈的为准。是肯定把复印件给了李晓春带到南京。

而1994年9月4日周社跃在证言中却说：“报关批文，在深圳时我复印一份给李晓春(但不敢肯定)要么给他看过。

但李江1995年7月5日证言却说“我认为李晓春应该看过或知道这个批文。周社跃是否对我谈过给李晓春看过，我记不太清楚。”

在上述证言中：

1. 周社跃1994年9月4日的证言及1995年4月6日的证言(该证言没有附卷，是不符合《刑事诉讼法》规定的)对是否将批文给李晓春看没有肯定，但是到1995年7月5日，距4月份时隔3个月后却“愿负法律责任”地肯定不仅给李晓春看过而且还复印给了李晓春。这种肯定的价值有多大是要打一个大大的“？”的。

1994年9月距事情的发生时隔1年，记忆应该比1995年7月距事情的发生时隔2年要清楚。根据心理学的长期遗忘规律，记忆的信息随着时间的推移而递减，时间越长遗忘得越多，但在本案中，周社跃的证言却反其道而行之，这可信吗？

2. 周社跃还证明复印件交给李晓春是请示过李江的，而李江却没有证实。

3. 进口军事装备报关证明9376和9377“〇一五单位”是1993年5月27日签发的，机电设备进口证明1096614和1096619是1993年5月26日签发的。在惠通公司能拿到批文到8月13日报关，李晓春没有去过深圳，周社跃怎么能复印给他？从时间上就可以否定周社跃的证言。

4. 李晓春1993年6月26日的日记中记道：“惠通015单位（武警）批文，订货卡等（机电）、军队无委会证明，只要资料全可在南京进关”。可以印证李晓春到张震元那里咨询是说了上述文件的，但是（1）这里没有说“军免”；（2）惠通提供的是允许进口的批文，是正规的；（3）军队无委会的证明是8月3日签发的，在周社跃临报关的8月11日还没拿到（见李晓春8月11日日记及李江的证言，检察卷第15页）。如果真的如周社跃所讲的，李江所分析的，李晓春拿到或看到复印件才去向张震元咨询，那么怎么解释无委会的证明8月3日才签发，而李晓春6月26日就把无委会证明的复印件拿给张震元看了，这可能吗？

5. 南京海关张震元1995年6月5日和1995年9月19日两次证明李晓春到他家咨询“军免的大哥大进口需要什么单证？”故且不论张震元的证言专业性色彩极其明显，李晓春这样一个不具备海关专业知识的人有没有可能这样问，假设周社跃的证言是真的话，那么李晓春完全应该拿了这些文件去给张震元看，这样且不是更清楚，更准确吗？但就是这样张震元证言也没有一处提到李晓春给他看过，这样，我们还能说周社跃

的证言是真实的吗？

刑事诉讼证据规则要求我们，认定被告人有罪必须事实清楚，证据确凿充分。运用间接证据定案除证据材料必须客观、真实，与案件事实有关联外，证据必须具有排他性，证据的内容必须指向一致，不能存在矛盾。本案中无论是书证、证人证言都与认定被告人李晓春犯有走私罪之间存在无法解释的对抗性矛盾，因而辩护人坚持认为，现有的证据不足以认定被告人有罪，请合议庭予以充分考虑。我们相信合议庭会全面审查证据、综合判断，会做出正确的裁决。

起诉书不仅在认定犯罪上有失偏颇，而且在认定行为主体上是明显错误的。大量无可辩驳的证据表明李晓春是受香港宝联公司的委托从事手机的贸易进口的，签约是宝联，国内贸易也是李晓春代表宝联的利益，货款全部汇往宝联，并不是个人行为，怎么能说是李晓春利用免税批文，李晓春擅自销售呢？

审判长、合议庭：

被告人李晓春是经过党多年教育的青年，他愿意为改革开放，繁荣经济作出自己的贡献，也实现他自身的人生价值，纪检部门找他了解情况他又主动配合，并且积极配合司法机关查清案情，有重大立功表现。所有这些都希望合议庭在处理时予以考虑。

我们的辩护意见发表完了，谢谢。

北京市京都律师事务所 田文昌

上海市新汇律师事务所 余向栋

1996年4月31日

▼
▼
▼
▼

贺某贪污、挪用公款案

案情简介

贺某，42岁，汉族，大专文化，捕前系吉林省电力局财务处资产资金科副科长。1996年因涉嫌贪污、挪用公款被长春市人民检察院逮捕，1996年11月4日长春市人民检察院提起公诉，《起诉书》指控：贺自1993年2月22日至1995年11月21日在担任资产资金科副科长期间，利用职务上的便利，在本单位帐户、私设84号帐户中挪用公款18113735元；贪污公款617381元。

一、《起诉书》指控

（一）在本单位帐户中挪用公款

1. 贺从本单位帐户借给省纺织工业产品经销公司15万元，张归还后，贺除归还私设帐户1万元外，其余14万元被贺以个人名义存入银行据为己有。

2. 1993年4月，贺分两次从其经管劳保统筹户中借给华润公司经理杜某220万元，供杜个人进行营利活动，杜将借款归还到贺私设的84号帐户。

3. 1994年3月，贺某个人投资做期货生意，通过省电力局财务部会计，在其经管的统筹户汇出50万，供贺进行营利

活动。

4.1995年3月，贺将单位帐户中100万元借给三世公司
总经理殷某。

(二) 在私设“84”号帐户中挪用公款

1. 贺某1993年4月与姜某协商合伙开办采石场，4月5
日贺从私设84号帐户转到石材经销处311779元。

2.1993年4月贺某与李某商议共同投资合办宏港大酒店，
贺分两次从84号帐户转给李70万元。

3.1993年8月20日，贺由84号帐户借给华润物资公司
杜某100万元。

4.1993年5月7日，贺某分两次从84号帐户借给深圳蔡
某150万元。

5.1993年初贺某与深圳蔡某商议，在长春购买经营摊位，
1993年5月，贺分3笔从84号帐户转出341956元，以其妻
名义购买面积为28.21平方米服务摊位，后因计划变更，房地
产开发公司将款退回84号帐户。

6.1994年3月，贺某个人投资做期货生意，贺为谋求
20%至40%“大户积累”，先后两次从84号帐户投入400万
元，案发后部分款项及利息返回84帐户。

7.1994年9月，贺某从84号帐户中拨45万元，借给桦
甸孙某做微菜生意，案发后被追回。

8.1995年初，贺某姐姐所在单位山东即墨某厂，因试制
新产品缺少资金，贺某姐姐给贺某打电话问贺能否解决，贺从
84号帐户汇山东即墨某厂10万元，案发后被追回。

9.1995年2月，三世公司殷某因单位缺少资金，向贺某
借款，贺某分两次从84号帐户拨出500万元，供殷进行营利
活动，案发后追回。

10.1995年5月，贺某姐姐、姐夫与他人合伙做生意，向
贺某提出借款，贺从84号帐户拨出100万元汇入蛟河中行其

姐夫个人信用卡上，案发后款被追回。

（三）指控贺某贪污问题

1. 贺从本单位帐户借给省纺织工业产品经销公司 15 万元，归还后，贺仅归还私设 84 号帐户 1 万元，其余 14 万元被贺非法占有。

2. 1993 年 4 月，贺某从 84 号帐户借给其姐夫 5 万元买汽车，因汽车没买成，其姐夫还 5 万元，被贺以个人名义存入银行据为己有。

3. 1994 年 5 月，贺某分两次从 84 号帐户转入海韵视听中心 37381 元为个人购买家电。

4. 1994 年 3 月至 1995 年 1 月，贺某共分 6 次，将 84 号帐户存款转入贺某个人名义开立的信用卡上。

5. 1995 年 6 月，贺某从 84 号帐户转给沈阳中行泰山办事处蔡某 4 万元，感谢蔡某帮助收回期货投资。

《起诉书》基于上述认定，认为贺某大肆挪用，侵吞国家巨额资产，应依《刑法》、人大常委会《关于惩治贪污、贿赂的决定》予以严惩。

二、律师分析意见

（一）关于挪用公款罪

1. 同一笔支出，不能既认定是贪污又认定是挪用。《起诉书》指控贺某将 15 万元借给省纺织工业产品经销公司的其中 14 万元，《起诉书》既认定是贪污，又认定是挪用，自相矛盾。

2. 贺某设立 84 号帐户，尽管手续有缺陷。但该帐户为财务处公用帐户，不是贺某个人帐户，帐户姓公，不姓私。

3. 贺某动用大额资金，做大户积累，所获本息归公所有不能认定贺挪用公款归自己，归他人使用，结合贺某“我动用资金是为了把资金用活，给单位搞创收”的说法，主观方面，贺动用 450 万元资金，不能认定贺是挪用公款。

4. 贺以电力局名义借给其它企业的资金属于职务行为，由于贺某出借时并不清楚对方企业性质（是检察院立案后，经过分析才加以确认），不能视为在主观上明知挪用公款归个人使用。因此，这部分借款不应认定贺某挪用公款。

5. 贺某其余几笔借给亲友和个人营利活动的借款构成挪用公款罪。

（二）关于贪污罪

1. 贺某不具有将公款据为己有的客观条件。电力局将款出借给借款单位，借款单位又归还电力局贺某设立 84 号帐户，三方往来帐目上有记载，帐都敞开口，况且资金拨出与拨入均经过银行。银行帐目有记载，微机存储全部收付资料，贺某不具备贪污的客观条件。

2. 贺某从 84 号帐户转入储蓄所、信用卡的资金情况亦是如此。贺某虽将该款置于自己实际控制之下，但不具备将公款据为己有的客观条件。就是说贺即便想贪污，银行会计、微机资料也会清晰显现出资金流向，贺某无法将其据为己有。

3. 鉴于贺某个人曾做过期货生意，84 号帐户中有贺个人投入 10 万元期货投资，贺虽动用 84 号帐户中 3.7 万元为自己买家电，但如算帐，84 号帐户还有贺 6.3 万元个人款。因此，3.7 万元亦不能认定贪污。

4. 鉴于贺是为单位搞创收，做大户积累，获利全部归公，其打点经纪人的费用，应为期货费用，不应认定贺某个人贪污，据为己有。

（三）人民法院判决

律师的分析意见，绝大部分得到了法院认可和采纳，认定被告犯有挪用公款罪，判处有期徒刑 15 年。认定被告贪污公款 37381 元，判处有期徒刑 8 年，两罪并罚合并执行有期徒刑 20 年。

辩 护 词

审判长、审判员：

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》的规定，北京市京都律师事务所接受本案被告人贺某家属的委托，并征得被告人的同意，指派田文昌、闫守平律师担任贺某的辩护人，依法出庭履行职务。

开庭前，我们查阅了本案有关案卷材料，会见了被告人，通过今天的法庭调查和质证，辩护人对本案又有了更深一步的了解。为了履行辩护人的责任，根据本案事实，依据法律，辩护人提出以下几点辩护意见，供审判长、审判员在对本案合议庭时给予充分地考虑：

一、关于《起诉书》指控被告人犯有贪污罪的问题

《起诉书》指控被告人犯有贪污罪共有 5 个“犯罪事实”，辩护人深知，人民检察机关为查清这些事实付出了艰辛的劳动，付出了巨大的代价。但是，辩护人不能不说，这 5 个“贪污的犯罪事实”均不能成立！请看辩护人为了把本案事实清晰地再现而绘制的这份《资金流转示意图》（见附 1《资金流转示意图》）。

1. 被告人不具有将公款据为己有的客观条件。

通过案卷材料中大量的证据表明，贺某设立的“84”号帐户不是个人帐户，而是电力局资金处的帐户，这一点《起诉书》也予以认定。尽管其帐户设立不符合有关法律规定，但它客观上存在了。请看附 1，进入“84”号帐户的资金主要是省电力局财务处借给其下属各单位的资金，是各单位还款而还没汇到财务处正常帐户的资金，贺某让其汇入“84”号帐户。省

电力局财务处借出的钱没回到正常帐户，财务处的帐都敞着口，没有平帐；而各单位汇入“84”号帐户的资金全部通过银行转帐，这里有电力局开户银行、各借款单位银行、“84”号帐户所在3个银行的会计凭证，帐目、微机记录着这些资金的往来与流向，可随时调阅一目了然；而这3个单位均有凭证的、帐目予以记载这些经济业务的发生，不会差一分钱（详见检案卷四材料和第118页以后材料）。

那么，是不是从“84”号帐号汇出的钱，贺就可以随意占有了呢？更不是！从“84”号汇出的3部分资金，炒期货资金、储蓄所内资金、信用社中的资金、均有付款收款银行的凭证、帐目、微机记录着这些经济业务的往来，不会差一分钱。另外，贺某在资产资金科设立的《银行存款帐》、《其它往来帐》详细记载着这些资金的流向和分布。

综合上述说明了一个问题，即便贺某真想贪污，客观条件也不允许，贺无法将这些公款据为己有，因为敞开着帐，他无法转平。那么，应该如何看待储蓄所内的存款和信用卡上的存款与贺某个人的名字问题？换句话说，储蓄所、信用卡中的资金是一个什么性质的问题？辩护人认为：正如被告自己所说的那样，是为了炒期货提取现金方便，才将“84”号帐户资金和其他单位还来的款以个人的名义存入储蓄所和信用卡。这是一个什么性质的问题？辩护人认为：是属于我国历年都在财经纪律大检查中所多次提到的“公款私存”，其性质属于违反财经纪律，而不属于贪污！

2. “置于自己实际控制之下”不是界定贪污罪的法律标准。辩护人注意到，检察机关据以认定被告人犯有贪污罪的依据是被告人将公款置于自己实际控制之下，可以支配。因此，得出被告人必然是贪污的结论。辩护人认为：以是否置于行为人实际控制之下，来界定是否构成贪污是没有法律根据的。

大家知道，在司法实践和理论探讨中，常常把“是否置于

自己实际控制来认定盗窃犯罪的既遂与未遂。它是划分犯罪形态的一个客观标准，而不是衡量是否构成贪污罪的标准。辩护人认为：衡量贺某是否构成贪污？应以贪污罪构成要件来衡量。本案中被告人缺少将公款据为己有的主观故意；客观上也没有实施诸如假单据入帐，虚支冒领、重复入帐、篡改单据、骗取等贪污手段。因此，认定被告人贺某将公款置于自己实际控制之下即是贪污，没有法律依据。应当明确的是，贺某控制的是这些款的使用权，而不是所有权，而控制使用权可能导致的只能是挪用，不可能是贪污。

3. 关于几笔支出是否属被告人贺某贪污问题。

根据以上所述，在《起诉书》指控被告人贪污 617381 元中，除主要部分属公款私存以外，剩余几笔支出能否算做贺某个人贪污呢？辩护人认为是不能认定的，为了帮助法庭清晰地了解几笔支出流向，辩护人绘制了第二份图表《61 万元资金流向表》。第一笔认定贺贪污的 14 万元中，其中 7 万元投入大户积累，并连同利润已转回“84”帐户，余下 7 万元存入储蓄所；第二笔认定贺贪污 5 万元存入到储蓄所，属公款私存，而非个人占有；第三笔买家电 3 万元系贺个人投入期货投资，转回“84”号帐号没有取出，如果算帐，电力局还欠贺某 6 万多元；第四笔三次提出现金 15 万元和三次转到信用卡上 20 万元，其中：给期货公司梁某 5 万元，由于贺用公款做大户积累，所实现的利润全部转回“84”号帐户，贺没得一分钱，“用公款炒期货，挣钱给单位”，单位当然要承担期货费用！加上花 14748.60 元买雷达表送期货经纪人；第五笔给沈阳中行蔡××4 万元等均属期货费用。其余的钱除因公花费一部分（有票据）和挪用 3 万元以外，仍存在存折和信用卡中。

案卷材料中大量的证据表明，被告人贺某用公款搞大户积累，所获利润与本金均已返回“84”号帐户。《起诉书》对“84”号帐户属公不属私早已认定。那么就产生了疑问，既然

是挪用公款归己或他人使用，何以获利归公？“获利归公”是个人挪用？还是单位违反财经纪律在炒期货？二者必居其一。依据本案事实足以得出这样结论：贺某是在用公款为单位炒期货。既然是为单位在创收、创利润，那么，为获利而支付经纪人费用，能算是被告人“贪污”吗？能算是被告人据为己有吗？因此，给期货公司梁某5万元，给经纪人吴某14784.60元雷达表，送给沈阳中行蔡某4万元等款，应属期货费用，而不属被告人据为己有的贪污。退一万步说，假如说贺某为个人动用了公款，由于帐上敞口，帐没转平，也只能算是挪用公款！

上述各笔共61万元，均在检察卷4118页～末页贺设的《明细分类帐》中的《其它往来》、《银行存款帐》予以记载，因此，这五笔款，除公款私存外，就是为单位炒期货赚钱而打点期货经纪人的期货费用，表中第六笔两个储蓄问题，则纯属公开性的公款私存。见附2《61万元资金流向图》，均不构成贪污。起诉书指控被告犯有贪污罪不能成立。

二、关于指控被告人挪用公款问题

《起诉书》指控被告人从本单位正常帐户“84”号帐户共挪用公款18113735元。辩护人认为《起诉书》指控罪名成立。但是，辩护人对挪用数额持有异议：

1. 辩护人认为贺用450万元做大户积累，其性质不属挪用公款，正如前文所述，大户积累所创利润被告人全部转入单位帐户，归公所有，它不符合挪用公款归个人使用的法律规定。因此，这450万不能认定被告人是在为己为他人挪用公款。

2. 挪用公款是故意犯罪，行为人在主观必须是明知将公款挪归自己或他人使用，而这个“他人”必须是个人。单位与单位之间不能构成挪用公款罪。但据辩护人了解，在出借的资金中有相当一部分是贺某出借资金时，面对的是单位，并不清

楚对方是私营企业。有关证据材料表明，是检察机关立案查处后，才对借款人及借款单位的性质进行调查与核实，落实其真实属性。因此，辩护人认为，这部分资金不应认定挪用公款罪。

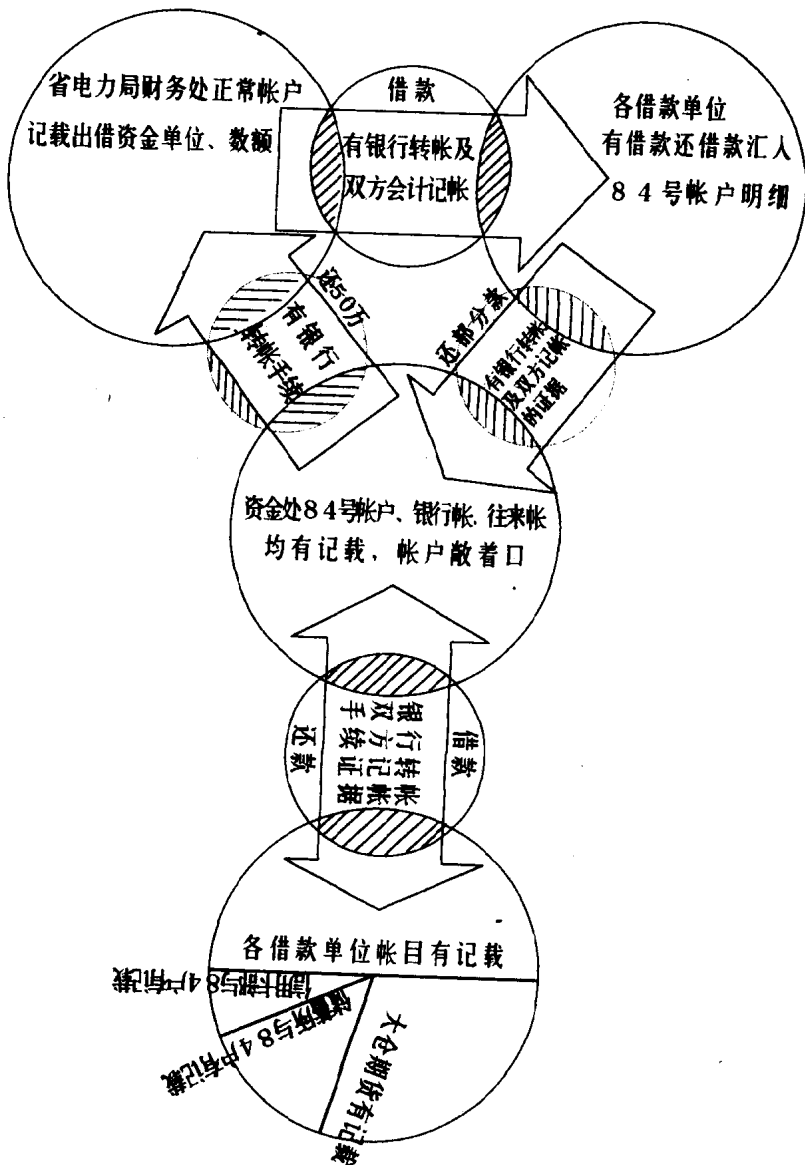
除此之外，被告人借给亲朋好友的资金，确属挪用公款，且已构成犯罪。对此，辩护人不持异议。

综上，辩护人认为：被告人的行为不构成贪污罪，挪用公款罪名成立，但对于挪用公款数额的认定持有异议。由于公诉机关对挪用公款罪的法定要件理解有误，其指控被告挪用公款的数额与事实有重大出入。为此，提请法庭慎重分析被告人出借多笔公款中各自的不同性质，划清职权行为与挪用公款罪的界限，准确认定被告挪用公款的数额。辩护人请求审判长、合议庭在对本案合议时，对辩护人的意见给予充分考虑。

谢谢审判长！

辩护人：北京市京都律师事务所
律师 田文昌 闫守平
1996年12月17日

附 1：资金周转示意图



61万元资金流向表

1. 纺织工业公司退还14万元	7万元投入股票大户(后收回)	实际上是科里小金库	财务处、还款单位、银行、资金科微机、帐目均有记载。								
	7万元存入储蓄所										
2. 蛟河返还 5万元	5万元存入储蓄所										
3. 买家电用去 3万多	(84号帐户中有10万元个人炒股投入没领, 实则单位欠贺6万元)										
4. (1994. 2. 4—1996. 1. 23期间) 三资提取现金 15万元	<table border="0"> <tr> <td>94. 2. 4</td> <td>5元</td> <td rowspan="3">①给期货公司梁某5万元—应归入期货问题</td> </tr> <tr> <td>94. 6. 27</td> <td>5万</td> <td>②因公花费一部分(有餐费票据, 未报销)</td> </tr> <tr> <td>94. 7. 14</td> <td>5万</td> <td>③余下部分仍在存折的余额中</td> </tr> </table>	94. 2. 4	5元	①给期货公司梁某5万元—应归入期货问题	94. 6. 27	5万	②因公花费一部分(有餐费票据, 未报销)	94. 7. 14	5万	③余下部分仍在存折的余额中	
94. 2. 4	5元	①给期货公司梁某5万元—应归入期货问题									
94. 6. 27	5万		②因公花费一部分(有餐费票据, 未报销)								
94. 7. 14	5万		③余下部分仍在存折的余额中								
三次转到信用卡上 20万元	<table border="0"> <tr> <td>94. 12. 22</td> <td>交行太平洋卡10万</td> <td rowspan="3">①买雷达表送期货经纪人—应属期货费用</td> </tr> <tr> <td>95. 8. 7</td> <td>工行牡丹卡5万</td> <td>②因公花费1万元(有票据未报销)</td> </tr> <tr> <td>96. 1. 23</td> <td>工行牡丹卡5万</td> <td>③借给任国俭3万元买宝石—属于挪用</td> </tr> </table>	94. 12. 22	交行太平洋卡10万	①买雷达表送期货经纪人—应属期货费用	95. 8. 7	工行牡丹卡5万	②因公花费1万元(有票据未报销)	96. 1. 23	工行牡丹卡5万	③借给任国俭3万元买宝石—属于挪用	
94. 12. 22	交行太平洋卡10万	①买雷达表送期货经纪人—应属期货费用									
95. 8. 7	工行牡丹卡5万		②因公花费1万元(有票据未报销)								
96. 1. 23	工行牡丹卡5万		③借给任国俭3万元买宝石—属于挪用								
5. 送给沈阳中行莱××4万元, 属期货费用—应归期货问题。	(1)电业村储蓄所25万元										
6. 两个储蓄问题	(2)“火炬大厦”储蓄所10万元, 电力局财务处吴孝春知道, 不能保密。										

上述61万元资金	A. 在应收、应付明细帐上均有记载。	已有的客观条件。因此, 没有据为
	B. 在银行帐上均有记载、总帐未平。	

▼
▼
▼
▼

珠海金镭联激光主盘制造有限公司 侵犯著作权犯罪案

案情简介

珠海金镭联激光主盘制造有限公司（简称金镭联公司），是宁夏科委下属的宁夏计算机研究所、宁夏经贸厅下属的宁夏进出口公司、美国镭联公司在珠海创办，并由宁夏计算所控股的中美合资企业。公司于1994年10月开始调试设备，进行试生产；1995年4月获得国家颁发的正式生产许可证，开始正式生产。其技术水平和产品质量都达到了国际先进水平。

公司在管理上实行董事会领导下的总经理负责制，总经理由宁夏计算所派人担任，两位副总经理分别由宁夏进出口公司和美方代表担任，因此，管理体制的运行并不十分顺利。在注册时其法人代表（董事长）为张志刚（原宁夏经贸厅厅长），副董事长为张吉生（宁夏科委副主任）、费鸿年（美国镭联公司总裁），同时聘任王涛明（宁夏计算机技术研究所副所长）任总经理，陶笑天（美方代表）、杨希从（进出口公司副总经理）任副总经理。1995年3月，董事长张志刚辞职，由苏焕兰（宁夏科委主任）继任董事长。1995年5月，王涛明辞去

总经理职务，同时公司宣布由李光（宁夏计算机技术研究所支部书记）任代总经理。公司市场部经理为李自强。

公司在成立后先后接受了全国数十家光盘复制厂家的委托，加工制作激光主盘。至1995年7月下旬，金镭联公司因涉及广东省“七·九”案件，由广东省有关部门组成的专案组和珠海市专案组搜查该企业经营部门，对该公司进行了全面调查，企业也进行了自查。经该公司自查共有76片版权证明资料不全，价值38万元，利润为6万多元。专案组认为，该公司生产的版权证明资料不齐全的光盘数量要比企业自查的多。

1995年8月、9月，企业被中央电视台和各主要报纸点名。同年11月，公司市场部经理李自强被珠海市公安局收审。1995年12月，国家与广东省新闻出版部门责令企业停业整顿。1996年3月，珠海市工商管理部和外商投资管理部门分别对公司作出吊销营业执照和吊销外商投资企业证书的决定。同年4月，珠海市组织清算委员会，对企业资产及债权债务进行清算。1997年1月3日和6日，前总经理王涛明及代总经理李光分别被取保候审。1月16日，将李自强由收审转为逮捕。

1997年1月24日，珠海市人民检察院正式向珠海市中级人民法院起诉，认为金镭联公司在经营中以营利为目的，未经著作权人许可复制其作品而加工制作激光主盘，已触犯有关法律法规，要求追究被告人金镭联公司及被告人王涛明、李光、李自强的刑事责任。

1997年2月25日、26日，珠海市中级人民法院开庭审理此案。经一审判决宣告无罪。

辩 护 词

审判长合议庭：

我们接受被告珠海金镭联激光主盘制造有限公司的委托受北京市京都律师事务所指派，担任金镭联公司的辩护人，依法出庭为其辩护。根据调查、取证和法庭调查、质证；经过对本案事实和有关法律规定的全面分析，提出辩护意见如下：

辩护人认为，被告金镭联公司不构成侵犯著作权罪，具体理由和依据主要表现在以下两个方面：

一、起诉书指控被告金镭联公司构成侵犯著作权罪，事实不清，证据不足

根据《全国人大常委会惩治侵犯著作权的犯罪的决定》第1条、第1项之规定，构成侵犯著作权犯罪，首先必须具有未经权利人许可，复制发行其录音录像作品，即盗版的行为事实，而无论在起诉书中还是法庭调查、质证中，公诉人没有举出被告存在上述行为事实的确实、充分的证据，因为版权手续不全，或者缺少版权证明，并不等于一定是未经许可，并不等于一定是盗版。法定调查质证中，7家光盘复制单位的证明已经充分说明，被告在刻录母版当时没有拿到版权证明的，并且已为公诉人指控为盗版的光盘，事实上相当一部分是享有版权的。这个事实已经充分地证明了公诉人仅仅以版权证明这种形式要件来推断认定侵权盗版行为，并将这种形式要件当成是侵权盗版的直接和唯一证据的思维逻辑是错误的，是违背法律规定的。公诉人在举证中之所以发生这样的错误，是因为公诉人在对本案事实的分析和对刑法规定的理解上存在以下几个方面的重大误解。

1. 被告人作为母版刻录单位，并不与著作权人直接发生联系，他只是与作为委托方的子盘生产单位直接发生联系，因此，他没有必要也不可能直接征得著作权人的许可，在此情况下，被告构成侵权盗版的客观事实，必须以委托加工方首先构成侵权盗版为前提。如果委托方没有侵权盗版，只要有委托手续，无论其有无版权证明，被告的行为均不属于侵权盗版。正如销赃者所销售的必是赃物一样，为他人销售物品者，即使手续不全、来源不清，只要该物品事实上不是赃物，也绝不能认定这种行为是销赃。

上述道理本来是十分明显的，公诉人之所以将版权证明的，有无与侵权盗版的行为事实等量齐观，混为一谈，是由于对本案的基本事实缺乏深入调查分析，从而忽略了“委托方必有侵权盗版的事实，受托方才可能发生侵权盗版的结果”这一重要前提。因而才导致其发生了将版权证明这种在本案中根本不能成为犯罪直接证据的形式要件误当成犯罪证据使用的这种不该发生的错误。

2. 公诉人混淆了违反行政法规的操作性行为与侵权盗版的客观结果的界限。

被告在接受委托刻录母版的过程中确实发生过缺乏版权证明这种手续不全的情况，但这种情况充其量也仅仅是一种违反行政法规的行为，这种违规行为只存在着一种发生侵权盗版客观结果的可能性，侵权盗版并不是这种违规行为的必然结果，正如违反交通法规并不必然要发生交通肇事的结果，因而也不必然构成交通肇事罪一样。这个道理同样也是十分明显的。然而，由于公诉人混淆了上述界限，从而推导出了“违规必然侵权，侵权必然犯罪”的错误公式，尔后，又根据这个错误公式得出了如下错误结论：将证明违规的证据等同于证明犯罪的证据。

如前所述，已有证据证明，被告在手续不全情况下制作母

版的过程中，并非一概没有版权许可，而是恰恰相反，当时虽然缺少版权证明而事后补证或者虽未补证但实际上已经取得版权许可的事实大量存在。这些事实足以表明，“违规必然侵权，侵权必然犯罪”的公式是不能成立的，由此可见，公诉人将违规视为犯罪的必然原因，将其认定的违规事实当成证明犯罪的证据，违反了犯罪构成的基本原理和证据学的起码原则。简而言之，公诉人提供的缺乏版权证明的证据，只能证明被告具有公诉人认定的所谓违反行政法规的行为，并不能证明其侵权盗版的客观结果，更不能证明其构成侵犯著作权犯罪。因此，这种证据与本案构成犯罪的 facts 没有关联性，当然不具有证明力。

3. 被告究竟是否存在明显的违规行为？这是公诉人在指控中所发生的又一个重大误解。

在此，辩护人提请法庭特别注意到一个非常重要的问题：根据国家新闻出版署 1995 年 8 月 30 日发布的〔新出音（1995）1116 号〕文件《关于加强光盘母版刻录管理的通知》，只是在 1995 年 8 月 30 日，才将母版刻录纳入音像复制管理范围。该文件说明，在此之前，国家主管部门并没有将母版刻录业务纳入音像复制管理范围。因此，在此之前，母版刻录业务是无章可循、无法可依。事实上，金镭联公司当时作为全国唯一的一家只有母版刻录业务而不能复制子盘的光盘厂，由于没有子盘复制业务，并未纳入 1994 年国务院发布的《音像制品管理条例》的管辖范围。因此，公诉人以被告违反《音像制品管理条例》来证明被告违规，也是没有法律依据的。起诉书只是含糊其辞地指控被告“违法国家有关的法规”，那么，这有关的法规究竟是什么法规？恐怕连公诉人自己也找不到。

由此可见，起诉书不仅没有提出证明被告有罪的证据，而且连证明被告违规的依据也是极不充分的。因为，既然在 1995 年 8 月 30 日以前被告刻录母版的业务尚未纳入音像复制

管理范围，认定被告“违反国家有关法规”，显然也是没有根据的。

4. 公诉人曲解了侵犯著作权犯罪的法定要件。

《全国人大常委会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》第1条第1项明确规定，复制发行是构成该罪不可分割的整体行为，只有在这个整体行为中才可以达到营利的目的。而被告刻录母版的行为，仅仅是复制过程中的一道工序或一个环节，既不能全部完成复制过程，也没有发行权和发行能力，因此不可能单独构成本罪，只能是与委托人和发行人合作而成为侵犯著作权犯罪的共同犯罪人。构成共同犯罪则必须具备以下条件：

- (1) 委托人提供的母盘确系侵权盗版。
- (2) 发行人明知是盗版而为之发行。
- (3) 被告人明知是盗版而为之复制。

在此三个条件中，委托人是否侵权盗版的这一基本事实是被告能否构成共同犯罪的前提。

然而，由于公诉人曲解了构成侵犯著作权犯罪的上述法定要件，所以发生了本末倒置的错误，抛开了委托人有无盗版的前提，将自认为证明被告违规的证据当成了证明被告犯罪的证据。

事实上，本案应当查明的证据是很明显的：

- (1) 要查明委托人提供的母带事实上是否侵权盗版？
- (2) 经被告刻录的母版所复制的子盘是否发行？
- (3) 市场上已经流通的光盘中有多少种是被告所制母版复制后的产品？具体数量是多少？
- (4) 被告是否在明知委托方已经侵权盗版的情况下，仍然为其制作母版？

这些才是能够证明被告构成犯罪的最基本、最重要的证据。

但是，法庭调查却表明，这些不可缺少的基本证据不仅很

不充分，甚至有些根本就没有涉及或者没有任何线索。显而易见，这种指控是没有任何说服力的。

综上所述，由于公诉人在事实和法律上存在着以上几个方面的认识错误，致使其对于整个案件的指控缺乏最基本的证据基础。

辩护人认为，这种指控是不能成立的。

二、本案被告金镭联公司不具有侵犯著作权犯罪的主观故意

根据《全国人大常务委员会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》，侵犯著作权犯罪是“以营利为目的”为前提的目的犯罪。所以，该罪的罪过形式只能是直接故意，过失不能构成本罪。既然如此，被告金镭联公司是否具有侵犯著作权的主观故意，就成为本案中在主观要件上区分罪与非罪界限的关键问题。

我国《刑法》第11条第1款明确规定，“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”。这一规定表明，“明知”是故意犯罪中一个最基本的认识前提。因此，在本案中，被告必须是明知自己侵犯了他人的著作权，具体地说，就是明知委托方委托复制的光盘是盗版侵权的，并仍然为其制作。只有如此，才能表明他具有侵犯著作权的主观故意。

那么，在本案中，被告金镭联公司是否具有这种主观故意呢？现在让我们从事实和证据上来加以分析。

首先，法人犯罪必须是法人意志的体现。然而，在金镭联公司的集体决策中，从未作出过主张或允许制作盗版光盘的任何指示和决定。相反，却是在多种文件和指示中明确强调要保护知识产权。例如，在1995年1月28日中方股东会议纪要中明确指出：“增强市场开拓力量，加大海外市场的开拓力度，切实保护知识产权”。在1995年6月9日第一届董事会第七次

会议纪要中明确记载：“会议传达了全国激光唱盘复制管理工作会议精神，董事会要求公司坚决贯彻执行会议精神，维护国家利益，保护知识产权，注重社会效益……”。在1995年9月20日第一届董事会第八次会议纪要中又进一步指出：“董事会要求合资公司搞好自查，并按当地有关部门的要求进一步了解、查清有关情况，妥善处理……，进一步明确指导思想，加强内部管理，保护知识产权……”。这些决议和指示充分表明，无论在案发前后，公司的法人决策中，从来都不存在侵犯著作权的主观故意。

其次，已有的事实和法庭调查表明，在公司的总经理和其他领导人中，从未有人指示或者主张过实施侵权盗版，也从未有人在明知委托方侵权盗版的情况下，仍然坚持为其刻录母版的任何主观意思表示和客观行为。

其三，尽管发生过一些接受委托时手续不完备，缺少版权证明的情况，但这种情况是以对方允诺后补手续为前提的。在当时音像制品行业管理不够规范，尤其是刻录母版业务无法可依的特定环境下，后补手续的作法比较普遍，已经形成广为通行的行业惯例。正由于如此，才造成了公司某些主管人员对委托方允诺的轻信。但这种轻信与侵权的主观故意具有本质上的差别。值得强调和特别提请法庭注意的是，这种轻信并不是毫无根据的，七个委托单位的证明表明，后补版权证明的允诺有些已经兑现，没有提供版权证明的委托方并非都是侵权盗版。由此可见，即使发生过委托加工方缺乏完备手续而又确属侵权盗版的情况，对于被告来说，也只是一种管理上的过失行为，并不具有明知委托方确属盗版而为其加工制作的共同故意。

其四，被告为防止发生侵权盗版的结果，采取了相应的制约措施。例如，对于委托手续不全，缺少版权证明的委托方，只开收据，不开发票，留待手续补齐后再换成正式发票。这种作法是对委托方的一种制约和防范，以保障委托方允诺的真实

性。这种制约和防范措施，进一步证明被告不具有侵权盗版主观故意的事实。

以上几点表明，无论在法人决策和领导人贯彻法人意志的意思表示中，还是在加工母版的具体措施中，都可以反映出，被告金镭联公司不具备侵犯著作权犯罪的主观故意。因而，不具备构成侵犯著作权犯罪的主观罪过要件。

综合以上关于事实不清、证据不足和被告不具备故意犯罪的罪过要件的两方面问题，辩护人认为，这两个问题的存在，事实上致使公诉人所指控的侵犯著作权犯罪在其犯罪构成要件上，失去了两个基本支柱。事实不清、证据不足，使得对本案侵权的结果及其因果关系等一系列基本事实无法判断、无从认定，从而失去了认定犯罪的基本前提。而被告不具备侵犯著作权犯罪的主观故意的这个事实则表明，即使在一定范围内确实发生了委托方侵犯著作权的客观结果，即使这种结果达到了刑法所规定的严重程度，由于被告与委托方之间不存在侵权的共同故意，被告也同样不能构成侵犯著作权的犯罪。如果不顾主观故意是否存在，将故意与过失混为一谈，甚至干脆置主观罪过内容于不顾，完全以客观结果来指控犯罪，那就是客观归罪，就是对《全国人大常委会关于惩治侵犯著作权的犯罪的决定》的全面曲解。

辩护人诚恳地希望，这种曲解不会成为定罪的依据
谢谢！

被告金镭联公司辩护人：

北京市京都律师事务所律师 田文昌

王 川

1997年2月26日

马金山诉赵玉明返还财产案

案情简介

河北省霸州市胜芳镇居民马金山（原告）于1994年6月起诉于霸州市人民法院，要求被告赵玉明（为精神病患者）返还所借的“公元前871年春夏秋三宫女图”古画一张，其向法院提供起诉的唯一证据即赵玉明于1993年10月15日向原告所写的一张“欠条”，该“欠条”写在一张抬头为“工作日志”的巴掌大小的纸上，文字内容为：“前些年借马大爷春夏秋三宫女穆文公与萧史于鸣凤殿此画价值连城虽有万贯黄金难以买到，事经国膳修穆文公庙国事大权已经孟明代理国权大政公元前八百七一年，借画人：赵玉明”（注：原文如此），“欠条”的左下角横、直写有三个人的名字即：“证明人：薛品清、齐金海、赵文安”，落款日期为“1993.10.15”。霸州市人民法院于1995年5月7日作出一审判决，认定“借画一案事实清楚，证据充分”，判决“被告向原告付保证金3万元，待被告偿还此画后，原告如数退还保证金3万元”。被告不服，上诉于河北省廊坊市中级人民法院，该院于1995年9月作出二审判决，维持原判。

代 理 词

廊坊市中级人民法院

尊敬的审判员：

我们是北京市京都律师事务所律师，在原告马金山诉被告赵玉明返还财产一案中，接受上诉人赵玉明的委托，担任其二审代理人。接受委托后，我们走访了有关当事人，咨询了故宫博物院、中央美术学院等有关单位专家，分析了与本案有关的法律、政策。现就本案中的若干重大问题发表代理词如下：

一、关于借用关系是否成立

被上诉人在诉状中称其 1937 年 7 月在天津做木工时用 30—50 大洋从别人手中买得公元前 871 年的春夏秋三宫女图一张，收藏 50 余年，家人对此也毫无所知；1992 年春节上诉人找其要借此画看看，被上诉人同意借给其看几天；1993 年 10 月 15 日被上诉人找上诉人要求返还古画，上诉人给其打了“借据”一张。这就是被上诉人所诉称的全部事实与理由。

1995 年 8 月 26 日二审法院庭审调查中，上诉人在回答审判员是否向被上诉人借有古画时，陈述其不是在 1992 年春节而是在 1983 年被上诉人 80 岁生日时到被上诉人家祝寿，酒醉后被上诉人交给其一幅两头裹有麦秸秆的象画一样的东西，但当场未打开看，谁也不知道其为何物。依此，无论到底是 1983 年 6 月还是 1992 年春节，被上诉人的诉讼请求都是不能成立的，因为其一，若是按上诉人主张的 1983 年所借，则根据《民法通则》第 135 条和《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 165 条之规定，早已超过诉讼时效；若是按被上诉人主张的 1992 年

春节所借，则被上诉人必须就借用关系成立举证，而上诉人在一审和二审中均未提供任何证据。

退一万步说，即使是1992年春节上诉人从被上诉人处确实借过一张画，但这张画到底是什么年代的、作者是谁、内容是什么，均无任何证据，其价值也无法判断。换言之，没有任何证据能推论出这是一张有准确年份、作者、内容及价值的画。

代理人认为，本案中被上诉人要求返还财产，主张其与上诉人之间存在借用关系，然而被上诉人并未提供任何借用关系成立时的证据，既无借用协议，也无其他旁证，到底是何时、何地、向何人借得何物均无任何证据。故所谓的借用关系是不成立的。

二、关于“借据”的证明效力

本案中被上诉人提供的唯一“证据”是1993年10月15日的一张“借据”，但这一证据的真实性是非常值得怀疑的：其一，“借据”上的出借人为“马大爷”，但“马大爷”到底是谁？出借人是不明确的；其二，既然被上诉人多次催要上诉人返还古画，为何又不在借据上写明返还的日期？写这张“借据”的意义到底何在？其三，“借据”上的三个证人为什么均不到庭作证，接受法庭和双方当事人、代理人的质证？其四，既然是借据，为何要写上“价值连城，虽有万贯黄金难以买到”之类的话？其五，“借据”的借用日期也是不明确的，既然被上诉人主张借画是在“1992年春节”为什么又不在借据上写明呢？既然是如此价值连城的稀世之宝，为什么出借人连出借的日期都说不出来呢？既然是“1992年春节”所借，“借据”是1993年10月所写，相隔仅一年多，又怎能说成是“前些年”、“几年前”呢？诸多疑窦，一审法院却认定这张“借据”的效力，实在令人惊异。

更主要的是上诉人赵玉明是有二十多年病史的精神病患

者，代理人已就此提供了大量的证据材料，上诉人所写的这张“借据”即便是其亲笔所写，其意思表示也是不真实的，不能作为定案的依据。

三、关于诉讼标的物

本案被上诉人在起诉书、答辩状及其他场合均十分肯定地认为其“出借”的画是公元前 871 年的古画，其所主张的诉讼标的物是明确而肯定的，而非笼统地说是一张“古画”而已。其中，仅在寥寥二百余字的起诉书中就有 4 处提到上“公元前 871 年”的古画，可见，被上诉人所指的“公元前 871 年的古画”的标的物是特定的，而非其他物品可以代替的，也是不可改变的，如果该标的物不存在，则被上诉人的诉讼请求便不能成立。那么，公元前 871 年到底会不会有古画并保存至今呢？

我国最著名的中国美术史专家、原中央美术学院中国画系主任、美术史系教授、博士生导师张治安先生在其所著《中国画发展史纲要》（北京外文出版社）中指出：楚墓帛画是已发现的全柿界最早的古画，是画在丝织品上的。而楚墓帛画于 1949 年出土，据考证其时代应在公元前 168 年。也就是说，世界上已发现的最早的古画其时代也不过是公元前 168 年，离被上诉人所主张公元前 871 年相差达 700 余年。至于纸画，则是在造纸术发明以后才有的，而作为造纸术的发明者——东汉的蔡伦，其生活的时代是公元 25 年，比公元前 871 年相差近 900 余年。代理人曾为此咨询过故宫博物院、中央美术学院的有关专家，有无可能在民间存在公元前 800 年左右的古画，得到的答复均是是否定的。何况“宫女”二字是在春秋战国时期才出现的，公元前 871 年根本没有“宫女”这个词。本案是原告（被上诉人）提出诉讼主张，根据我国《民事诉讼法》的规定，原告负有证明借用关系成立、借用时间、借用地点、借用人、出借人、借用物的数量、质量、性能、特征、价值等的证据，否则其主张便不能成立。现在原告并未就上述事实向法庭提供充

分、确凿的证据，其诉讼主张是不能得到认定的，是荒唐的。

很显然，被上诉人所诉称的公元前 871 年的古画根本是不存在的，其诉讼请求只能解释为要么是凭空臆造，要么是敲诈勒索。

四、关于上诉人的民事行为能力

上诉人赵玉明患精神病已有二十余年，其三个远近亲属也为精神病患者。代理人曾走访过赵玉明的邻居，所在村委会、原工作单位等，被走访的人无一不证明赵玉明精神错乱，是个“疯子”（见证据材料）。不仅如此，天津市公安局安康医院也于 1994 年 7 月 25 日提供证明，证明赵玉明早在 1979 年 4 月至 1980 年 4 月因患精神分裂症而在该院住院治疗（见证据材料）。《最高人民法院关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见（试行）》第 7、8 条之规定，“当事人是否患有精神病，人民法院应当根据司法精神病学鉴定或者参照医院的诊断、鉴定确认。在不具备诊断、鉴定条件的情况下，也可以参照群众公认的当事人的精神状态认定”。代理人在一审中既提供了医院的诊断，也提供了大量的群众公认的判断，然而一审法院对此丝毫未予注意，甚至在判决书中一字也未提及此事。为慎重起见，二审中代理人又安排赵玉明到我国最权威、最有影响的精神病专业医院——北京安定医院进行诊断，诊断结论也同样证明赵玉明确为精神病患者（见证据材料）。法院既不采纳代理人提供的证据，又不委托有关机构作司法精神病学的鉴定，对赵玉明确患精神病这一事实完全置之不理，的确令人又一次感到惊异。

五、关于本案情理

由于本案证据缺乏，事实不清，代理人相信，对本案情理进行分析将有助于把握本案的事实真相与性质。代理人认为，被上诉人所主张的古画借用关系从情理上分析和推论也是站不住脚的：其一，被上诉人称其在 1937 年用 500 大洋购得此画，

但从谁手中购得？由谁鉴定为公元前 871 年的画？是真品还是赝品？均不能举证说明，况且一个木工在那个年代用 500 大洋买一张画，从经济上说是几乎不可想象的（再一次令人十分震惊的是：被上诉人在起诉书中称其用 30—50 大洋买得此画，而一审法院竟越俎代庖地认定为 500 大洋，不知是何缘故?!）其二，被上诉人称其“特别喜欢古玩、字画”，想必对古画有一定的欣赏水平，至少不会忘记自己所买之画的名称、年代这些最基本的东西，何况是如此稀世之珍宝，但被人诉人竟说不清楚，实在令人不可思议；其三，被上诉人称其对此画“一直收藏 50 余年，家人毫不知晓”。既然连家人都毫不知晓，旁人又怎能知晓呢?! 又何以会出现三个“证人”出面去找上诉人索画并为写借据作证呢?! 其四，既然是如此价值连城的稀世之宝，怎能借给别人时连张借条都不写呢？既然说定是“借看几天”，为什么一年多以后才去索要呢?! 诸如此类有悖常情、常理的疑问不能不令人对本来就缺乏依据的诉讼请求更生疑问。

综上所述，一审法院的判决属认定事实不清，适用法律不当，缺乏最基本的证据，是完全错误的，应予撤销。代理人同时严肃指出的是：一审中代理人曾数次请求法院对本案事实和性质至关重要的三个问题予以查实：1. 请求法院对上诉人赵玉明的民事行为能力委托有关机构进行司法鉴定；2. 请求法院对被上诉人主张的诉讼标的物即公元前 871 年的古画是否存在进行专家论证；3. 请求法院传对本案“借据”的三个证明人即薛品清、齐金海、赵文安到庭作证或采取其他方式取证，最好能接受法庭、双方当事人和代理人的当面质证。然而一审法院对代理人的上述请求均未采纳，十分令人遗憾。现二审代理人再次提出上述请求，恳请二审法院予以重视。

以上代理意见，请法庭予以考虑。

代理人：京都律师事务所律师 田文昌、刘凯湘

1995 年 7 月

▼
▼
▼
▼

黄庭桥诉湖北省宜昌市西陵 峡口风景名胜管理局 承包企业产权纠纷案

案情简介

被告方湖北省宜昌市峡口风景区管理处（简称管理处）现改为湖北省宜昌市西陵市峡口风景名胜管理局，于1992年4月筹备并注册成立了宜昌市三峡园林开发公司（简称开发公司），由当时管理处农业办公室主任吴传福担任法定代表人职务，经营范围：园林绿化、花卉、盆景制作、种植等。开发公司成立之初，由管理处指派其工作人员吴传福、李云涛、王福英三人经营，管理处除免费提供营业执照，两间办公室外，三人工资仍由管理处支付，由以上三人自主经营。经营运作近四、五个月后，没有带来经济效益，于是管理处张才珍代表被告方向吴传福等三人提出对开发公司实行全包干制承包经营，即：承包方在两年承包期交足约定的管理费外，盈亏自负，发包方不承担任何经济责任。对此，吴传福提出一年上交利润24000元，两年共交48000元，而被告方提出的承包指标为：一年上交4万元，两年上交8万元，其余盈亏归承包人，由于

双方之间的承包指标差距较大，没有达成承包协议，随后吴传福等三人因工作调动先后离开开发公司，开发公司因而处于无人经营的状况。被告方坚持以其向吴传福等提出的同等指标和条件对开发公司实行全包干制的经营方针，但没有一人愿意接受而承包开发公司。被告方党委领导班子成员根据多年对一直在被告方工作的原告人品德及业务能力的了解，一致认为由原告承包开发公司比较稳妥，于是被告方由张才珍出面于1992年11月初主动找到原告，希望原告能够接受被告的指标和条件，以全包干制的方式承包开发公司，原告经过自费到沿海城市考察后，才同意承包开发公司并主动提出将被告方原来制定的承包指标上调为第一年交5万元，第二年交10万元，两年共交15万元，至此，原被告双方对承包开发公司的合同主要条款达成一致意见，并由被告方起草承包合同书，由被告方党委领导成员修改定稿后，原被告双方于1992年12月12日正式在承包合同书签字盖章，双方权利义务关系确定。

承包合同书规定：“承包期内乙方向甲方上交管理费15万元，承包期限为两年，承包方式为全包干制，乙方承包后享有企业经营自主权，财产处理权、人事调配权等国家规定应享有的权利，乙方在承包期发生的债权、债务，均由乙方负责处理，甲方不负任何经济责任”。

承包合同签订以后，被告方将开发公司营业执照法定代表人变更为原告，并依照承包合同规定向原告出租办公室三间，出借部分办公设备、办公用品，除此之外，被告方没有提供任何资金作为开办费和启动资金。93年1月，被告在原开发公司营业执照经营范围基础上，扩大经营范围，增加了房地产业，建筑材料等经营项目，将开发公司更名为宜昌市明珠房地产开发公司，并在工商管理局办理了正式手续。面对企业一无资金，二无人员的局面，原告从社会上招集了8人作为公司组成人员，将自己多年的积蓄拿出，加上公司成员分别私人借贷

和被告依合同贷款给原告 10 万元，共计 200 万元作为公司启动资金，开始了两年期的承包经营。经过原告和公司成员的努力经营，两年来明珠房地产开发公司（简称房地产公司）共给国家缴纳各种税款近 460 万元，开发房地产总面积达 22 万平方米，向社会提供居民住宅 230 套，房地产公司职工人均年收入超过 1.5 万元，并为每个职工解决住房一套。原告在依法纳税，合法经营的两年承包期内，认真严格地履行了承包合同书中乙方的义务，分别于 93 年 6 月 28 日、93 年 12 月 28 日、94 年 6 月 28 日、94 年 12 月，分四次按期向被告方交纳了总计 15 万元管理费，此外，93 年 7、8、9 三个月，被告方依照合同贷款 140 万元给原告，原告也分别于 93 年 12 月 30 日、94 年 12 月 30 日、95 年 6 月 23 日，分三次向被告方支付了共 365422.6 元的利息款。但是，随着两年承包期的届满，被告方不是以发包方的身份与原告平等协商解决承包期届满后的财产归属事宜，而是用审计、税务检查等方式干预原告正常经营活动，并于 95 年 4 月 12 日向原告宣布四条决定：“停封公司财务、停封公司公章、停封银行帐户、停封公司汽车”，单方召开全体职工大会，宣布免去原告房地产公司经理职务，改派他人担任，并同时发布通知，要求原告交出房地产公司的一切证件、印章、办公用品、用具、固定资产财务帐册和职工档案。95 年 6 月，市建委发出通知，房地产公司须进行资质年审，由于被告方不任命法定代表人，不委托办理年审手续，致使被市工商局和建委注销了房地产公司的资质证书，一个曾获湖北省房地产业“百强企业”，湖北省房地产业综合实力“五十强企业”称号，为国家、集体、个人带来较大社会效益和经济效益的企业，从此陷入困境。同时，被告责令原告交出公司所有财产，否则，欲以贪污罪追究其刑事责任。为此，原告于 1995 年 11 月 22 日向湖北省宜昌市中级人民法院提起诉讼。委托京都律师事务所田文昌、赵敏律师为诉讼代理人。

审理结果：经民庭此次开庭审理后，庭外和解，原告黄庭桥撤诉；后对方又在经济庭起诉黄，黄胜诉。

代 理 词

审判长、各位审判员：

我们是北京市京都律师事务所的律师，受黄庭桥的委托，担任黄庭桥诉宜昌市西陵峡口风景名胜管理局承包合同纠纷案原告黄庭桥的诉讼代理人，参加诉讼。根据我们的调查，特别是法庭审理，我们对本案有了充分的认识，现提出如下代理意见，望贵庭予以充分考虑。

我们认为：

一、宜昌市明珠房地产开发公司（以下称明珠公司）名下之现有全部资产应归黄庭桥个人所有，被告无权剥夺。

1. 被告对其于 1992 年 7 月所设立的原注册为全民所有制性质的宜昌市三峡园林开发公司（以下称开发公司，现已更名为明珠公司），并没有任何实际投入。对此，被告亦不否认。开发公司的注册及营业执照是以欺骗的手段取得的，即无论是开发公司的 17 万注册资金还是明珠公司的 500 万注册资金均未曾实际到位，被告在法庭审理过程中也承认是仅供工商局的会计师验资而用。也就是说，直到本案原告黄庭桥正式承包开发公司之日，开发公司仅是一个空壳公司，无任何资产，甚至无一个工作人员。因而，在被告与黄庭桥签订的《承包合同书》中，开发公司的资产及负债情况没有反映，事实上也无法列明。所谓黄庭桥承包开发公司，实际上仅仅是租借开发公司的一张营业执照而已。而被告给黄庭桥的唯一实物：三间办公室和办公用品，还是以出租出借的方式提供的。对此，《承包

合同书》的第4条明明白白地记录着，被告在法庭审理中亦予以确认。因而，被告不能也无权享有投资开发公司的投资收益。

2. 开发公司真正投资者是黄庭桥。有证据表明，黄庭桥与被告签订《承包合同书》以后，为了履行其合同义务，尽快启动开发公司，短时间内就筹措了近200万人民币的资金，注入开发公司，使其所承包公司的注册资本得以落实。并且还十数倍地加大了开发公司的投资总额，并将开发公司更名为明珠公司。经过一段时间的经营运作，公司开始产生效益，直到《承包合同书》期满之日，明珠公司名下资产净额已达数百万之巨。在此过程中，黄庭桥严格履行了《承包合同书》的乙方各项义务，足额及时地向被告支付了房屋租金，缴纳了所谓“管理费”，偿还了被告依合同所贷给黄庭桥的借款本息，并依法向国家纳税近460万元。

由此，不难看出，明珠公司的真正投资者是黄庭桥。因此，根据“谁投资谁受益”这项民法基本原则，黄庭桥才是明珠公司投资受益的真正享有者、所有者。不论该项财产现置于何人名下，被告都无权主张和剥夺。

二、被告与黄庭桥因《承包合同书》而引发的法律关系，名义上是“承包合同关系”，实际是被告“出租公司营业执照”，其性质与通常所讲的“红帽子企业”、“挂靠”相同。

1. 如果像被告在法庭上所坚持的生搬硬套《全民所有制工业企业承包经营责任制暂行条例》和《企业法》，来界定本案中的产权关系，本代理人不禁要问：“黄庭桥承包之前，开发公司的资产到底有多少？”、“国家在开发公司中的国家资金，国有资产又是多少？”。显然，如果按被告的思维逻辑，对开发公司的承包实行资金分帐制度，那么，其国家资金和企业资金的基数都是零，而零的投入居然能增值，这岂不是咄咄怪事？

2. 为了达到冠冕堂皇地剥夺他人财产之目的，被告一再

套用《全民所有制工业企业承包责任制暂行条例》，并置《承包合同书》中明白无误写着的“峡口风景区管理处（简称甲方）将三峡园林开发公司承包给黄庭桥（简称乙方）经营”于不顾，竟将黄庭桥的个人承包地位篡改为“开发公司”。试问：真如被告所言，则《承包合同书》之第5条第8项又做何解释？“开发公司”又如何承包“开发公司”本身？本代理人之所以认为《承包合同书》有效，黄庭桥有权享有开发公司的财产权，正是因为该《承包合同书》并不像被告所言，即不属于《条例》的调整范围，这也是本案“挂靠”的实质性质所决定的。

至于黄庭桥的承包人地位的有关证据，代理人已向贵庭提交，不再赘述。

三、从合同本身看，承包合同是诉讼的依据。

1. 《承包合同书》合法有效，双方意思表示真实没有违反社会和公共利益。

2. 合同已经履行完毕，双方在合同履行过程中和有效期内也没有提出任何异议。

3. 承包合同的签订及其履行符合我国改革开放政策，且发包方大大受益，事实上救活了一个公司，造福了社会，为居民提供了住宅，国家增加了税收，提供了就业机会。

4. 合同内容约定明确——全包干制，原告圆满履行了合同义务，合同期满，财产归属理应依约确定。

四、从本案事实看，个人承包的性质是本案确权的前提。

1. 黄庭桥两年来承包经营过程和《承包合同书》关于甲、乙双方地位的明确规定，足以说明财产所属关系。

2. 企业承包和本案中的个人承包有着根本的区别，不容混淆。企业承包是以企业存在为基础的，确切来说，企业必须具备人、财、物三要素，经营者在此基础上的承包才是企业承包。至于“开发公司”是否具备上述条件，在法庭审理中被告

的答辩和法庭调查质证已可清楚说明。本案原告既是经营者也是承包方，即黄庭桥与被告签订承包协议后，才成为企业的法定代表人。

五、关于被告在法庭审理中提出的“国有资产”流失问题，首先应搞清楚被告所指“国有资产”根据何在？

国有资产的来源不外乎两个途径：一是国家拨款，二是原有财产增值。从本案事实来看，这两部分均是零。国有资产既不能从天上掉下来，也不可能从私人手中抢过来；国有资产可以增值，可以由少变多，但绝不能无中生有！针对本案事实，仅有一张营业执照，没有资金，没有固定资产，没有优秀的经营者冒着巨大的风险去努力运作，无论经过多长时间，也不会产生出任何财产。

保护国有资产人人有责，但必须依法！不能以侵犯公民个人合法权益为前提。

六、结论：

本案引发的社会后果：

被告公然违反合同，干预原告经营自主权，侵犯原告合法产权的行为，反映了计划经济观念对法制经济发展的障碍。

被告的上述行为是对改革开放战略总方针的干扰，大大挫伤了正在经营和将要经营这类企业的人才的积极性。承包经营是改革开放的产物，承包经营责任制调动了个人积极性，加速了国家经济的发展，实践证明是行之有效的经营形式。之所以能起到这些作用，关键是能够做到责、权、利相一致，能够使承包者取得一定的经济收益，且使其经济利益在法律上得以切实保障。如果承包者的合法权益失去保障，可以随意剥夺，承包这种方式就失去意义，相应之下，国家和集体的利益也就无从谈起。所以，侵犯承包者权益，最终的受害者是国家。

从本案事实来看，联系国内其他案例，造成今天这种对簿公堂局面的并非孤立一案，本案反映了一种现象，一种倾向，

一种不同观念的冲突较量。全国各地曾发生过一些类似案件，有些承包者甚至被无端指控为经济犯罪，含冤入狱，财产被剥夺。但可喜的是，目前，这类案件已陆续得到纠正，也引起了国家有关部门和法律界的重视，错误倾向已得到遏制，各地司法部门正在通过自己的实际行动，还法律以公正。

最后，请求法庭：确认承包期满后被承包企业财产归原告所有，以切实维护法律的公正，保护公民的合法权益。

此致

宜昌市中级人民法院民事审判庭

原告诉讼代理人：

北京市京都律师事务所

律师 田文昌、赵敏

1996年2月14日

▼
▼
▼
▼

南京华夏实业有限公司与新华 日报社相邻关系侵权纠纷案

案情简介

南京华夏实业有限公司投资建设的华荣大厦与新华日报社的胶印车间毗邻。1991年4月，华夏公司投资建设华荣大厦，同年7月28日由其所雇施工单位承建的该大厦基础工程部分人工挖孔桩开始施工。10月中旬，新华日报社向市政府报告该胶印车间厂房墙壁、地面开裂，三台德国进口的VN-I-MAN4/2卷筒纸胶印机出现异常。南京市政府即召集有关单位、专家共同研究加固措施。在完成对新华日报社胶印车间的补救措施并取得成效后，沉降停止并恢复稳定。

在新华日报社恢复正常生产后，曾向南京市建委呈交报告，要求华夏公司赔偿损失100万元人民币，南京市建委未准，亦未通告华夏公司。

时值两年后，新华日报社于1994年向江苏省高级人民法院提起诉讼，诉请华夏公司赔偿经济损失总和为13883580.28元，一审判决如数赔偿。

华夏公司不服一审判决提出上诉，并委托京都律师事务所

田文昌律师为二审代理人。田律师接受委托后，首先在北京召开法学界和建筑界权威专家论证会，对此案进行专门论证，专家们认为，此案的关键是正确区分双方责任程度，根据新华社报社胶印车间厂房和设备基础在自身设计中具有严重缺陷的情况，应当进行技术鉴定，以科学检测方法分析导致沉降的内部原因和外部原因，从而正确划定双方各应承担的责任。

律师提出鉴定要求后，最高法院即指定江苏省建筑质量检测站负责鉴定。由北京、上海、天津、江苏四省市8位专家组成的专家鉴定组进行分析、论证后形成专家组决议指出：新华社报社胶印机基础是否已按规范要求铺设了约2米厚的砂石垫层，是划分双方责任程度的关键。因为现有资料中均不能反映出确有垫层存在，新华社报社又提不出充分证据，应对其胶印机基础进行现场开挖（即钻孔）勘验，根据勘验结果得出最终鉴定结论。

会后，新华社报社以影响印报纸为理由拒绝开挖勘验，江苏省检测站在没有征得专家组同意的情况下，未经勘验即出具了铺有规范垫层的鉴定结论。法院开庭审理时，律师对此提出质疑。庭后，专家鉴定组的专家亦曾联名写信向法院陈述实情，表明鉴定结论违背了专家鉴定组的集体决议。但二审判决结果仍然是维持一审判决。

在二审过程中，律师曾经多方呼吁，指出这是“一起司法鉴定史上少见的公然篡改专家鉴定组决议的事件，”但目前尚无结果。

二审代理词

审判长、合议庭：

我接受上诉人南京华夏实业有限公司的委托、受京都律师事务所指派，担任上诉人的二审诉讼代理人，通过大量的庭前调查、取证、咨询和专家论证、专家鉴定，通过充分的法庭调查和举证、质证，现依据事实和法律发表代理意见：

在本案中上诉人对于被上诉人确实负有一定的赔偿责任，但事实和证据表明，上诉人只能在有限范围内承担次要责任，被上诉人发生损失的主要责任应当自行承担。具体理由如下：

一、关于在本案中上诉人与被上诉人双方责任的划分

上诉人在向法庭提交的《补充上诉状》中已经明确提出，被上诉人胶印车间设备受损的责任应由上诉人与被上诉人双方承担，并且，应由被上诉人承担主要责任。这一主张是有充分的事实和法律依据的。

(一) 专家论证、专家鉴定和法庭调查已经充分证明，被上诉人胶印车间厂房的设计与使用均存在严重缺陷和不合理现象。

其设计图纸的原始数据资料充分表明了设计的缺陷。

胶印车间厂房的陈旧裂缝则印证了这种不合理设计所造成的实际后果。

因被上诉人野蛮使用厂房以致于“汽车荷载和大量的地面堆积所产生的附加应力更加剧了北沿墙桩基的沉降”。

因被上诉人违背起码的操作规范未作沉降观测，而导致了使用厂房和设备的盲目性。

这一系列不容争辩的事实已经十分充分地证明了在上诉人

施工前，被上诉人胶印车间的厂房已经发生了沉降，并且，已经存在着进一步加剧沉降的隐患，这些事实的具体证据在法庭调查中已经列举过，在此不予赘述。

(二) 专家论证、专家鉴定和法庭调查已经充分证明：被上诉人胶印机设备基础的设计与使用存在严重缺陷和不合理现象。

专家鉴定会上明确指出：被上诉人如此精密和沉重的印刷机，绝不应座落在软土层上，特别是在地下水异常活跃的南京、上海地区这一点尤为重要。根据其胶印车间的地质资料记载，其设备基础之下至少要有两米厚度以上的砂石垫层。但是，被上诉人却违反了这一设计和施工的基本要求，将设备直接座落在软土层上，这是造成其设备不断沉降，屡调屡变的内在原因，也是致命的原因。

正是由于如此，专家鉴定组集体决议明确指出：胶印机设备基础有无砂石垫层是划分双方责任的关键问题，砂石垫层是保持设备稳定，防止不均匀沉降的关键的地基处理措施。如果设备基础没有规范的砂石垫层，则表明被上诉人的设备基础自身具有严重缺陷，即应当对其沉降的后果承担主要责任。所以，如双方当事人不能提供充分的直接证据证明其究竟有无规范垫层，即应进行现场开挖勘验，以勘验结果作为鉴定结论的客观依据，这个决定是在鉴定会结束前向双方当事人公开宣布的，也是经过双方当事人认可的。

然而，令人遗憾而又大惑不解的是：在检测中心决定现场开挖勘验之时，被上诉人竟以种种借口阻挠开挖，这种出尔反尔，此地无银的做法，岂不令人费解吗？其实，解开这个费解之谜也并不十分困难。只要看一看下列事实，就会一目了然。

首先，被上诉人胶印车间的地质资料表明，其设备基础处的表层人工填土层的厚度深达3米以上，而软土层的深度达8至10米以上，这表明其应有砂石垫层至少要达到2米以上的

厚度。

其次，在专家鉴定后，为了阻挠现场开挖勘验，被上诉人自己补充提交的证人证言述称，其设备基础下面超深换土部分约2米左右。

此两点足以证明，其设备基础下面至少应铺设2米以上的砂石垫层，这一点是毫无疑问的。

那么，在这个前提已经确立的基础上，我们再来看看这个设备基础下面究竟有没有砂石垫层？当然，解决这个问题还是得依靠事实。

众所周知，能够说明这个事实的最直接、最原始的书证是设计图纸和施工资料。然而，在被上诉人胶印车间的全部施工图纸、施工日志、施工预、决算书和验收报告中却无法找到这样的记载。既没有2米厚的砂石垫层的记载，也没有挖除原土的土方量的记载。我们查遍了所有的图纸和有关资料，关于设备基础砂石垫层的记载只有17.20立方米。那么，这17.20立方米砂石量的厚度是多少呢？

根据被上诉人自己认可的南京土木学会的鉴定报告所记载，其设备基础地槽外形面积为 $4.45\text{m} \times 23.60\text{m} = 105$ 平方米，如果按照这个最保守的数据计算，在这105平方米面积中回填17.20立方米的砂石，其平均厚度只有16.3厘米，仅仅等于应当达到的2米厚度的十二分之一。如果按照被上诉人自己事后提供的证人田启福的证言所说的回填了250立方米的砂石量计算，则仅占其应当回填的250立方米砂石量的十四分之一。

以上事实已经再充分、再明确不过的说明了三个问题

1. 原始书证中根本没有2米厚的砂石垫层的记载。
2. 原始书证中只有相当于16厘米厚的砂石垫层的17.20立方米砂石量的记载，这16厘米厚的垫层是唯一的。
3. 这唯一的16厘米厚的砂石厚度只相当于2米厚规范垫

层的十二分之一或者十四分之一。

严格地讲，这种砂石回填根本不能称之为“垫层”，而只能是一种基坑找平层。

由此可见，结论是不言自明的，如此浅薄的砂石回填根本起不到稳定设备基础的作用，是无法避免其自行沉降的。

软土地基上薄弱的设备基础必然导致胶印机基础的沉降，这完全是符合客观规律的。而且这种必然沉降的实际后果还有进一步的客观事实为佐证：被上诉人为了掩饰自身的过错和逃避责任，曾经一再宣称在上诉人施工前，其机器运转一直良好，报纸印刷质量则更是无可挑剔，直到上诉人施工后才导致报纸印刷质量突然下降。现在让我们来看看，事实是否果真如此？

由于报纸印刷效果是说明印刷机稳定程度的重要标志，所以，上诉人曾向法庭和鉴定组提出过对报纸印刷效果进行鉴定的请求，然而，由于被上诉人拒绝提供报纸，致使该鉴定无法进行，在此情况下，我们只好千方百计地找到了由被上诉人的曼·罗兰胶印机承印的《扬子晚报》，并请求印刷机械专家对90年1月至93年年底这四年中由曼·罗兰机印刷的《扬子晚报》进行了技术鉴定，结果如下：

- | | | | |
|------|--------------------|---------------------------|----------|
| 90年度 | 一、三月份相对较好 | } 总体效果不好，且很不稳定，更重要是自此以后再没 | |
| | 二、四月份相对不好 | | |
| | 六月份又相对较好 | | } 有出过彩报。 |
| 91年度 | 一月份相当不好，差到不应当出版的程度 | | |
| | 九月份较好 | | |
| | 十月份又不好 | | |
| | 但十一月份效果很好，比以前都好。 | | |

[注意，91年10月下旬——11月下旬正是上诉人施工降水和采取加固措施的时间，10月23日被上诉人向市政府报告发现沉降，11月24日加固工程完毕，已经恢复稳定，总共历

时 32 天。而在此期间（主要是 11 月份）报纸印刷效果恰恰比以前任何时候都好。]

92 年度：全年效果相当好、文字与照片都好、是印刷效果最好的一年。

93 年度：全年总体效果又比 92 年差，但比 90 年好。

以上事实足以说明以下四个问题：

1. 被上诉人胶印机的运转始终是不稳定的，而且刚一使用就时好时坏，极不稳定。

2. 在上诉人施工降水和加固期间，被上诉人胶印机的运转状况比以前任何时候都好。

3. 在上诉人采取加固措施以后的 92 年度效果更好，达到四年之中的最高峰。

4. 在上诉人采取加固措施的一年以后，即 93 年度其印刷质量又开始下降，其印刷机又屡调屡变（这一点连被上诉人也不否认）。

这四个问题至少可以证明：在上诉人施工降水之前，被上诉人的胶印机基础就一直在发生沉降，在上诉人施工降水之前，被上诉人的胶印机就已经发生损坏了，并且，在上诉人采取加固措施一年多之后，沉降又开始发生。

这一系列事实已经十分清楚地表明，被上诉人胶印机四年来一直处于不稳定状态的致命原因，是由于其设备基础自身的严重缺陷，即基础既未打桩到基岩，又没有必要厚度的砂石垫层。因此，其发生沉降是必然的，是不可避免的。这一系列事实与专家鉴定组的分析判断是完全相吻合的。

鉴于以上情况，上诉人认为，报纸印刷的质量效果是已经形成的、不可改变的客观事实。这个事实对于证明胶印机的运转状况，对于证明胶印机基础沉降变化的时间、程度乃至原因都具有重要价值。因此，上诉人再次向法庭申请，对被上诉人 90 年至 93 年度报纸的印刷质量效果进行技术鉴定。

综上所述，上诉人认为，被上诉人厂房和设备基础的自身缺陷是导致其发生沉降的内因、主要原因，而上诉人施工降水只是导致其发生沉降的外因、次要原因，只是在一个较短的特定期间内起到了加剧沉降的作用。所以，在其所发生的实际损失中只应承担次要责任。

二、被上诉人阻挠现场开挖勘验的目的，是为了掩盖其设备基础没有砂石垫层的事实真相，其阻挠开挖勘验的理由不能成立

被上诉人阻挠开挖勘验只是手段而不是目的，其目的是想掩盖其设备基础没有垫层的真相，因此，被上诉人在阻挠开挖的同时，又以各种不能自圆其说的理由和方式来证明其砂石垫层的存在。

其做法之一，是以攻为守，混淆视听。在开庭审理之前，被上诉人就以书面和口头形式多次向法庭和鉴定机关告状，声称上诉人毁灭证据。其唯一的理由是上诉人在向建设单位归还施工档案时少了一页。在此，我们暂且不说缺少一页的原因如何，仅指出一个事实就足以证明被上诉人的诬陷是站不住脚的。按规定，施工档案至少应当保存三份，被上诉人一份，施工单位一份，档案馆一份，而到目前为止，虽然被上诉人拒不提供他们自己保存的那份档案，但是南京市城建档案馆的一份却保存完好，而这份官方存档的资料又恰恰是最完整和最具有证明效力的，并且，开庭前，上诉人和鉴定机关都曾查阅过这份档案，在此情况下，上诉人怎么可能去毁灭证据呢？事实上，不仅上诉人无法毁灭证据，被上诉人也无法篡改证据，因为，即使上诉人在建筑单位的档案中可以毁掉确有砂石垫层的记录，却无法毁掉城建档案馆保存的那份档案中同样的记录，同理，即使被上诉人可以在自己保存的那份档案中添加上原来没有的关于砂石垫层的记录，却无法篡改城建档案馆中保存的档案资料。正因为如此，上诉人并不担心被上诉人会篡改这份

证据；正因为如此，被上诉人也不敢篡改这份证据，同样道理，正因为如此，被上诉人才由于不愿意出示这份对他们自己不利的证据而至今为止拒不向法庭提供他们自己保存的那份施工档案！

如此简单的道理！如此明白的事实！被上诉人居然还以此来借题发挥，给上诉人扣上毁灭证据的帽子，岂不是过于明显地自欺欺人了吗？

其做法之二，是危言耸听，以势压人。被上诉人在答辩状中先是声称“新华日报社是党的机关报、是全民所有的不以营利为目的事业单位。是在江苏省委、省政府直接领导和监督之下进行工作的，经济上有国家财政的支持，怎么可能做出奸商、无赖之类的讹诈行为？”继而又说“特别是不能让外国资本家来占到这个便宜，否则就太不公平，就对不起国家和人民。”照此说法，被上诉人似乎成了江苏省委的代表、江苏省政府的使者，正在代表国家和人民大义凛然地同外国资本家作斗争。如此说来，被上诉人是否认为上诉人不受江苏省委和省政府的领导呢？是否认为上诉人就是国家和人民的敌人，应当首先批倒斗臭，然后再开庭审理呢？被上诉人居然连这种语言也能诉诸文字提交到法庭，足见其缺乏起码的法律意识！

为了阻挠开挖勘验，被上诉人，一会儿说“开挖不能针对受害者，开挖勘验如同抄家”，一会又说“开挖勘验会影响印报，会造成重大政治影响”。更为严重的是，在写给各级领导的书面汇报中竟然危言耸听地声称：开挖勘验“会导致中央党报和省委机关报停报的危险，这个责任谁能担当得起？！”被上诉人难道不觉得这个帽子扣得太大了吗？

首先，有哪一种法律规定，勘验不能针对受害者？仅就常识而论，在人命案中，为了查清死因，常常要进行尸体解剖甚至开棺验尸，而这些被检验的尸体，哪一个不是受害者呢？如此浅显的道理，我想被上诉人是应当清楚的。

其次，让我们看看，现场开挖勘验，果真会造成“中央党报和省委机关报停报的危险？果真无人能够担当得起这个责任吗？

请问被上诉人，在92年厂房和设备发生严重沉降的时候，中央党报和省委机关报停报了没有？在德国专家调试检修机器的时候，中央党报和省委机关报停报了没有？在94年被上诉人提起诉讼后，为了寻找巨额赔偿的依据而自行委托国家印刷机械质检中心全面拆开机器进行鉴定的时候，中央党报和省委机关报停报了没有？如果停报了，那时候的责任是由谁来担当的？如果没有停报，为什么此次现场勘验就一定要停报呢？专家已经明确指出，所谓现场开挖勘验，就是在设备基础下面钻几个孔来勘探一下底部有无砂石垫层，而这种勘验的范围和时间要远远小于对机器的调试和拆装检验。在如此明显的事实对比之下，被上诉人居然以“停报”来威胁法庭，威胁鉴定机关和各级领导，难道不觉得其夸大其词过于露骨了吗？请问，这种以威胁手段阻挠鉴定，妨害诉讼的责任，被上诉人能够担当得起吗？

不仅如此，上诉人在此要特别提请法庭注意一个十分重要的问题：被上诉人在答辩状中明确提出，在得到赔偿后要重做设备基础，并且要停产五个月。这个事实又一次无可置辩地暴露了被上诉人不能自圆其说的两个重大破绽：第一，既然停产五个月都可以在所不惜，为什么一次小小的勘验就如此惊天动地呢？难道中央党报停报与否这样一个如此重大的政治问题，竟然可以如此轻率地玩弄于被上诉人的掌股之间吗？第二，既然被上诉人一口咬定设备基础具有规范的砂石垫层而不想承担责任，那么，如此规范、合格的设备基础为什么还要重做呢？这岂不是不打自招吗？

为此，上诉人必须指出，设备基础垫层问题，绝非千古之谜。当被上诉人重做设备基础之时，其设备基础没有垫层的事

实，必将真相大白。如若如此，放弃开挖勘验将会成为一个历史的遗憾！参与鉴定的专家们也绝不会心安理得！

其做法之三，是出具伪证，掩盖事实。

被上诉人一边在诬陷上诉人毁灭证据，一边却以不光彩的方式制造伪证。在专家鉴定会之后，为了证明莫须有的所谓砂石垫层的存在，被上诉人找到建筑单位南京市第二建筑公司出具了两份凭个人回忆而形成的证明材料。

首先，让我们看看这两份材料是如何取得的。据我们了解，二建公司有关人员讲：由于二建公司是被上诉人胶印车间的承建单位，对其施工后果承担责任，因担心成为被上诉人的被告而违心地出具了这两份证明。不过，二建公司也还是顾及到了出具伪证的法律后果，所以为慎重起见，特地在两份材料的后面都用心良苦地加上了一句专门的说明词——以上情况是由个人回忆所得。

至此，问题已经再明显不过了，第一，二建公司作为被上诉人直接的利害关系人，所出具的证据本身就缺乏证明力。第二，“以上情况是由个人回忆所得”这句重复了两次专门的附加说明，已经明确地表明了其证据内容本身具有模棱两可的或然性，其言外之意——证明人对记忆的差误不想承担责任。所以，这些证据的来源就不可靠，就不具备法定的证据要件。

接下来，再让我们看看这两份证据的内容。在二份证明中，都明确表示是“按照图纸要求进行施工的”，但紧接着又写道：“设备基础施工时，设计图上划有两个基础，一东一西，东面的标为‘大高速’，西面的进口设备却没有标出名称。当时由于甲方准备不及，决定只做西部的设备基础，东面的以后另做，”这其中的自相矛盾实在是过于明显了，既然是按图纸施工，为何又只做一边的基础？很显然，这句话已经清楚地道出了其中的问题：由于甲方的原因，可以不按照图纸施工；事实上也确没有按照图纸施工。

接下来再看，“我公司在编制预决算时，也就只编了西面的，但却借用了‘大高速’之名，东部的我公司没有做，预决算中也就不包括在内”。这句话的用意是很明显的，意在偷梁换柱，东西调包。企图将东面的国产设备基础垫层硬塞给西面的本案争议的进口设备基础。然而，这种用心良苦的表述却暴露了无法掩盖的破绽：在如此重要的施工项目中，难道连设备名称也可以相互借用吗？如若如此，在工程验收时又做如何记载呢？如果不做真实记载，出了问题由甲、乙双方哪一方负责呢？施工史上有过这样的先例吗？这简直是天大的奇谈怪论！不知在坐的专家对此做何感想？退一步讲，即使如被上诉人所说将“大高速”的基础强行借用给进口胶印机，也还是不能说明进口胶印机具有规范基础垫层。因为，在预、决算书中记载的“大高速”基础的土方挖土量只有80立方米。这80立方米的土方量即使不扣除设备基础的混凝土底座也不足规范要求的250立方米的三分之一。可见，“借用”一说照样不能掩盖胶印机基础没有规范垫层的事实。相反，这种欲盖弥彰的欺人之谈已经足以反证了其设备基础没做垫层的事实。

再接下来看，在第二份证明中写到：“机械继续开挖到硬土，基槽土方人工清理、修整后，经甲方人员验收、认可，并及时办理了基槽土方验收手续”，既然如此，请问被上诉人，验收手续在哪里？南京城建档案馆的资料中有吗？假如有手续，标明的是进口设备，还是国产的‘大高速’设备？假如标明的是大高速设备，那么，仅凭施工人员的一句话就可以摇身一变而成为进口设备吗？如果事情如此简单，那么城建档案馆中所保存的资料不就成了—堆废纸吗？还要档案馆做何用？如此不严肃的证据居然也能提交到严肃的法庭上来，无疑是对法律的亵渎！

被上诉人在提供上述伪证的同时，又搬出整体工程的砂石垫层总量来混淆视听，理由是决算书中载明的整体工程即包括

新华日报社主楼和配电房基础在内的 1594.54 立方米砂石垫层总量已经包含了胶印机基础的砂石垫层。

然而，十分遗憾的是，这种障眼法一开始就遭到了专家鉴定组的否定，因为这种计算方法根本就不符合施工预、决算的惯例，因而也无法证明其胶印机基础垫层的有无和数量。很显然，报社主楼和配电房的基础垫层怎么可以同印刷车间和胶印机基础混在一起计算呢？正因为如此，专家鉴定组对于这种证明才不予采信，而作出决议要进行现场开挖勘验。

不仅如此，上诉人在此还要提请法庭注意：我们在施工单位的决算书已经看到，事实上，决算书并没有笼而统之地仅仅标明了砂石总量，而是已经分别标明了各部分砂石垫层和混凝土垫层的分项数量。例如，在决算书第一页中标明设备基础碎石垫层和素混凝土垫层各为 17.20 立方米，第五页中标明楼面工程碎石垫层 109.92 立方米，素混凝土垫层 87.94 立方米和钢筋混凝土垫层 18.84 立方米；第八页中标明了补打桩部分混凝土垫层 40.38 立方米。但是，却唯独找不到其胶印机基础应当具有的 250 立方米的砂石垫层的记载。这个事实已经证明两米厚的砂石垫层并不存在。然而，被上诉人再一次鱼目混珠，又将这 17.20 立方米垫层的记载解释为设计变更部分，意在说明这 17.20 立方米砂石量只是设备基础垫层的一部分。但十分遗憾的是，这种解释还是不能自圆其说。

第一，在预决算书的同一栏目中，还记载着关于设备基础底部有 20mm 厚橡胶板和侧面有 50mm 厚木板的两个项目，而这两个项目在施工图纸中都是有明确图示的。此足以说明，图纸上原有的项目，显然不属于变更部分。那么，既然这两个项目不属于变更部分，写在同一栏目中的 17.20 立方米砂石垫层的记载也同样不是变更部分。如此简明的道理显然是无可辩驳的。

第二，即使退一步讲，假设“变更”一说可以成立，也照

样不能说明 250 立方米砂石垫层的存在。因为，既然变更部分都有明确的记载，原设计和原预决算中更应当有记载。可事实上，却找不出这种记载。这只能解释成：在原来没有做垫层的情况下，以变更设计的方式制作了总量为 17.20 立方米的砂石垫层，而这种垫层只相当于规范要求的十几分之一。仅此而已。

此外，在施工日志中我们同样找不到规范垫层的记载。被上诉人称施工日志中有一次关于下道碴的记录是基础垫层。然而，第一，此记录不能说明道碴是下在何处，是否胶印机基础垫层；第二，此记录不能说明道碴的数量和厚度；第三，250 立方米的砂石按分层夯实、验收的程序进行，在 1 至 2 天内是不可能完成的；第四，此项施工既无总体验收报告也无分层验收报告，所以，施工日志中的此项记载根本不能证明胶印机基础砂石垫层的存在。

上述一系列铁的事实已经足以揭穿被上诉人“总量障眼法”的虚假性。在总体数量和分项数量俱在的情况下，还硬是以记载不明确为借口，无中生有地虚构出一个设备垫层来，这种论证逻辑在证据学上是绝对无隙可乘的。退一步讲，即使记载不明确，也不能推定为“有”，而只能以开挖勘验的客观结果为依据。

综上所述，上诉人认为，被上诉人阻挠开挖勘验的理由是不能成立的。自称其设备基础具有砂石垫层的理由也同样不能成立。事实上，大量证据已经表明：被上诉人设备基础没有按规范制作砂石垫层的事实已经可以定论。但是，如果法庭认为据此尚不足以作此定论，上诉人则坚持要求进行开挖勘验，并愿意为此提供费用。如果鉴定机关以现有鉴定报告作为正式结论，上诉人在此即向法庭正式提出异议，并请求根据专家鉴定组的集体决议，以开挖勘验的结果作为鉴定依据。

三、上诉人对胶印车间和印刷设备扩大损失的部分和先前

损失的部分不应承担责任

1. 被上诉人在我方施工降水结束后，没有及时采取加固措施致使损失继续扩大。

在上诉人降水结束并采取相应加固措施后，经专家鉴定认为，“施工单位精心施工，取得了较好的效果：①迅速控制了沉降，保证了桩基基础的稳定，消除了险情的发展；②保证了报社报纸的正常发行”（详见陈德文高工《南京某报社胶印车间基础托换加固》P174—175）。并且，由南京市政府领导组织的新华日报社胶印车间加固处理协调小组于92年1月6日举行的第19次会议纪要明确指出：“加固处理达到了预期效果，至今没有发现房屋继续下沉与开裂现象，收到了预期的效果，表明外部侵害的因素已经消除。”这两个鉴定已充分表明，此时沉降已经得到控制，外部侵害因素已经消除。但是，由于被上诉人不顾其厂房和设备基础自身的严重缺陷，没有及时采取必要的加固措施而继续进行破坏性使用，致使其损害不断扩大。请看，被上诉人自己委托的南京土木建筑学会所作的《新华日报胶印车间厂房的鉴定报告》明确指出：“由于基础形式决定了其必然受地基软土的固结影响，不能排除今后设备基础随着软土地层的固结程度、外界因素的干扰和自身状态的变化而再次产生不均匀倾斜的可能性。”“尽管在印刷车间发生险情后采取了一些有效的应急补救措施，但其内在的隐患并未排除，对此，框架北侧、东西侧的磨擦桩基础及内部框架的原独立条形基础，应进行托换加固处理的方案设计为宜（见该报告五（2）、六（17））。

同时，协调小组第十九次会议纪要也指出：“该车间结构设计尚有不足之处，车间地基刚度薄弱，整体性能较差。个别混凝土构件施工质量低劣。故希新华日报社今后注意观察，确保正常生产。”“再次提醒新华日报社提供胶印车间观测记录与胶印机械水平观测记录。”

德国专家检查、调试胶印机后，在92年6月18日的函件中也明确提出了设备维修的要求和方案。

如果被上诉人能够根据上述要求及时采取补救措施，弥补其厂房和设备的自身缺陷，以后的损失便不会发生。然而，被上诉人对上述一系列中肯的论证、忠告和提醒却一概无动于衷，无论对于厂房、设备基础，还是对设备本身都没有及时采取相应的补救措施。并且也没有向上上诉人提出过补偿要求，致使后来沉降继续发生，损失不断扩大。这部分损失，是由于被上诉人自身的原因所致，上诉人不应承担。

2. 被上诉人在我方施工降水之前已经发生的损失，上诉人不应承担。

前述大量事实已经证明，由于被上诉人厂房和设备基础的自身缺陷，发生沉降事出必然，在我方施工降水前，由于其设备基础不稳定状态所造成沉降和损坏的事实已经发生，（厂房的陈旧裂缝，报纸的印刷质量鉴定，设备基础没有垫层等就是明证）。而且，其印刷机在使用过程中因为没有沉降观测，一直处于盲目使用状态之中，致使其沉降和损坏难以测定和不断加剧。这期间的损失，与上诉人毫无关系。所以，上诉人不应承担。

四、关于被上诉人损失数额的计算

在分清双方责任之后，接下来就是如何客观地计算被上诉人实际损失的问题。上诉人认为，被上诉人在一审诉讼请求和二审答辩状中所提出的损失数额是漫天要价，缺乏起码的客观依据。

上诉人认为，计算损失首先要确定两个基本原则：一是只应计算与上诉人施工行为有关的损失；二是计算损失的方法和标准必须客观、合理、真实，其不合理部分应重新计算。根据这两个原则计算出所发生损失的合理数额后，再根据双方责任程度的比例分别承担责任。具体意见如下：

1. 对 92 年以后扩大损失的部分上诉人不应承担责任。所以，以国家印刷机械质检中心于 1994 年 6 月作出的费用估算来确定印刷机的损失是不客观的。在时间上，应当截止至 1992 年上诉人采取加固措施完工之日为止；在厂房损失的计算上，也应以此时间为界限。

2. 对于上诉人施工前已经发生的损失上诉人不应承担。虽然由于被上诉人没有沉降观测记录，并拒绝提供此前损坏程度的真实情况，致使对于这一阶段的损失难以计算，但是大量证据表明，这一阶段已经发生沉降和设备损坏的事实是不可否认的。所以，上诉人请求法庭在减去这一阶段固定资产折旧率的基础上，再从其损失的总额中作以相应的扣除。

3. 胶印机基础没有砂石垫层，是由于被上诉人自身过错而没有制作，上诉人没有替被上诉人纠正自身过错的义务。所以，其重做基础的费用以及此期间由他人代印报纸的费用不能计算在损失总额之内，应当完全由被上诉人自行承担。

4. 关于德国马克与人民币的汇率，海关关税和增值税，只能以 1992 年当时的比率计算，因为迟延购置配件的责任不在上诉人。

5. 关于外国专家的劳务费、生活费，应当以外国专家局，外经贸部《关于外国工程技术人员技术服务费和生活待遇及其应具备的条件的意见》所规定的标准的中限为依据进行计算（按此标准外国专家的费用至少应当减少 50%），被上诉人提出的标准显然不能成立。

6. 关于国内工时费、保险费、拆装费、起重、运输、保管费等，被上诉人提出的标准明显高于正常标准。例如，国内技术工人工时费每天 500 元，简直是天文数字。被上诉人提供的收费标准，既无法律效力，也不符合社会公认的一般标准。所以，这部分费用请法庭通过调查了解之后作出合理认定。

7. 关于被上诉人提出的所谓通货膨胀率，在法律上毫无

根据。尤其使人无法容忍的是，被上诉人在受损害当时并没有向上诉人提出赔偿要求，在事后索赔时却提出了通货膨胀率，这分明是在转嫁责任，是在利用索赔放高利贷！

综上，上诉人认为，在本案中上诉人确应承担一定的赔偿责任，上诉人亦不想推卸理应承担的一部分责任。但是，划分责任必须合情、合理、合法，必须符合事实，必须考虑到上诉人行为与损害事实之间的因果关系，必须建立在客观鉴定和法律规定的基础之上。因此，上诉人请求法庭在作出客观、合理的鉴定结论的基础上，依法撤销一审判决，重新认定上诉人与被上诉人各自应当承担的经济责任，作出公正的判决。

同时，请求法院充分考虑上诉人要求追加施工单位中外合资珠海中新建筑工程有限公司为本案第三人的请求，明确认定其应当承担的经济责任。

谢谢！

上诉人南京华夏实业有限公司委托代理人：

京都律师事务所律师 田文昌

1996年2月28日



广西玉林 133 名客户诉 农业银行广西玉林分行外汇期货 交易纠纷案

案情简介

自 1993 年 12 月 16 日起至 1994 年 6 月 3 日，农业银行广西玉林分行与加拿大外商合作开办外汇期货交易业务，1994 年 6 月 3 日被依法查封。

该项交易在开办之前未经批准；在开办期间具有欺诈行为；被查封后，外商携带巨款出境，致使客户损失严重。其中仅参与此集团诉讼的 133 名客户的损失就达 2000 多万元。

玉林地区中级法院开庭审理此案后，一审判决玉林农行赔偿客户部分保证金仅占全部损失的 30% 多，原告不服提起上诉。

审理结果：经广西壮族自治区高级法院二审，判决被告赔偿损失 80%。原告方基本满意。

一审代理词

审判长、合议庭：

我接受卢云、林海等 133 名原告诉讼代表人的委托，受北京市第六律师事务所指派，担任本案原告的诉讼代理人，出庭参加诉讼。经过查阅案卷、庭外调查和法庭调查，依法提出代理意见如下：

一、关于被告开办外汇期货交易的非法性质

1. 被告开办外汇期货交易的时间。

自 1993 年 12 月 16 日起，直至 1994 年 6 月 3 日被依法查封，总共开办 5 个月零 19 天。

2. 被告开办外汇期货交易之初所采取的欺诈手段。

首先，被告通过玉林地区地委机关报《大众报》两次作广告宣传，并通过玉林有线电视台进一步扩大宣传（94 年 2 月份），打着官方旗号吸引客户，具有极大的欺骗性。

其次，在起初尚无人响应的情况下，又以奖励前 10 名客户的手段，诱惑客户上钩。

3. 被告开办外汇期货交易的非法性质。

被告始终对客户声称其开办外汇期货交易具有合法手续，并经地区有关部门批准，甚至在今天的开庭审理中还声称是经过批准的，是合法的；在对外商佳利集团的诉状中也公然声称是经过地区有关部门批准的。然而，现已查明，被告所开办的外汇期货交易，是在广西自治区人民银行、外汇管理局明令禁止的情况下，明知故犯，顶风作案。自开办之前直至被查封之日，始终未经批准，没有企业法人《营业执照》和任何合法手续。此足以证明，被告所进行的活动完全是非法的，而且是在

客户不明真相的情况下，自始至终欺骗客户，打着合法的旗号进行的。因此，被告行为的非法性质是明显的，不容置疑的。

二、被告在经营中继续违法、违约，自始至终对客户实施欺诈

具体表现如下：

1. 在开办之初即违法进行虚假投资。

在外商卓华才投入的资金中，一部分是以涂改过无法辨认内容的证件和催款通知单作为费用单据列帐，没有取得原始凭证。另一部分是经农行国际业务部负责人詹仁敬批准，提前挪用客户的保证金支付代垫费用作为资本投入的。

2. 在操作中违反先开仓，后平仓的原则，对有些客户先平仓，后开仓，完全由被告人为地控制客户盈亏。

3. 在客户的市场利息计算上，利率多变和同一时间高低不一，以及计息天数不统一。完全没有公平可言。

4. 有的客户提完保证金，仍持有未平仓的外汇买卖开仓单，违反客户持有未平仓合约必须存入相应保证金的原则。

5. 外方代表曹耀明（#88006户），从未支付过任何保证金，却参与交易共251手，共领出金额（盈利）690885.04元。

6. 外方代表卓华才通过盘房负责人李永强分别以经纪人、市场部副经理郑军的名义开户，三次共存入30万元，领出金额1133650.49元，盈利901150.49元；以另一经纪人、市场部副经理林诗扬的名义开户，两次共存入25万元，盈利876556.66元，领出金额413961元（由于玉林中级法院冻结了被告的帐户，余下的40多万元才未被其领出）。

（注：上述5、6两种表现说明：1. 曹耀明、卓华才二人以其职务身份不能参与交易，其实际参与的行为明显违法。2. 他们所参与的交易，都是只盈不亏，足以说明其整个交易的虚假性）

7. 许多客户有帐无单或有单无帐（没有原始依据或电脑记录），进一步证明其交易中落单报价的虚假性和随意性。

8. 其开、平仓价格没有明确是哪个具体的国际市场价格。根本无法证明是与哪个国际市场价格相一致。

9. 外方经农行国际业务部负责人詹仁敬核准签字提走客户保证金 48 笔，计 29288785.88 元，但提款收条从未加盖有加拿大佳利集团印章，而全部是以该集团之名由卓华才等人私人签章以现金提走的，此行为严重违法。

10. 在未经客户同意，或不符合斩仓条件的情况下，擅自斩仓，人为造成客户亏损。

11. 采用“吃黑点”的手段坑害客户

例如，有时两个经纪人在同一时间落单，而买卖价竟相差 20 点（按规定最高不能超过 5—10 点）。造成客户亏损，而被告既赚利润，又收佣金。

又如，94 年 4 月 29 日 22 时左右价格信息显示日元最高价是 101.50—101.60，而当时平仓的许多客户，都莫名其妙得 101.90 的价格，而且都不填平仓时间，使客户每手单就损失了 3000 多元。

12. 采用随意改变价位和直接篡改单据的手段，使客户由盈变亏，而使他们自己却由亏变盈。

例如：客户蒋建华 94 年 4 月 30 日凌晨 2:59 分卖出的两手英镑单，在平仓时因盘房负责人陈永胜随意改变价格，一次就由盈利 3000 元变成了亏损 3000 元。

而外商代表曹耀明在 93 年 12 月 22 日平仓日元 5 手亏 4148.01 元，却在帐面上被记成了盈余，使其多得非法利润 8296.02 元。

13. 严重违反合约，当客户亏损超过约定极限时不予斩仓，蓄意加大客户亏损。

例如：客户邓晓刚 94 年 3 月 21 日至 24 日做了 10 手日元

卖单，后因日元升值，其户头亏损已达到存款的90%，按合约第10条、第11条之规定，必须替客户斩仓。但被告非但不予斩仓，而且当其户头已经出现负值后，仍不斩仓，并强行要其补交保证金，致使其不但保证金100%亏损，还负债达5万多元。

14. 超越代理权，在客户与经纪人都无指令的情况下，盘房擅自为客户落单，甚至冒名签字为客户下单。

客户黄治强、龚建文、莫健等多人都有这种遭遇。

15. 采用信息误导的手段，故意编造虚假情况，致使客户遭受巨大损失。

其中，最典型的两例是：

(1) 1994年3月23日晚，当汇市活跃，许多客户纷纷准备下单时，曹耀明却突然编造理由，引导客户不要平仓，结果美元价格急剧狂泻200点，使客户每手损失达2万元之多。

(2) 1994年4月1日至5日复活节期间，曹耀明又编造复活节期间全世界都休市的谎言（其实根本没有此事），宣布休市5天，拒不为客户下单。当客户发现真相后，纷纷找到卓华才、曹耀明和农行国际业务部负责人詹仁敬质问，双方进行彻夜谈判后，被告自知理亏，在其无法辩解的情况下，同意赔偿部分客户损失额的20%，即使如此，许多客户还遭受了几万元的损失。

16. 当客户在广西自治区高院起诉，并且高院已于94年5月26日下达民事裁定书冻结被告帐户之后，由于客户已经发现上当，纷纷要求出金（退出交易），被告为了挟制客户，竟于6月2日、6月3日连续两次发出《通告》，违反合约规定，强行限制客户出金，并以不得做新单、不得转户等手段强行迫使客户加金，企图骗取更多的非法利润。

17. 更为严重的是：被告自始至终都号称，他们设置了直通国际外汇市场的两部专线热线电话，可以做到及时为客户问

价、报价，完全具备开办外汇期货买卖业务的条件。直到法庭调查中，被告还是坚持这种说法。

但现已查明，此说纯属骗局：

第一，玉林地区邮电局 94 年 6 月 16 日出具的证明表明：“该局没有向任何单位出租过任何国际专线电话线路。”请问，被告的所谓专线电话是从何处租来的？

第二，被告虽然在经营期间有过一些与国外、境外的通话记录，但这些通话记录只不过是用来欺骗客户的幌子。证据表明：

(1) 通话记录表明的通话时间与落单时间不符，在大量回单上标明的落单时间内，并没有通话记录，还有相当数量的回单上根本就没有标明落单时间。此足以表明，落单时间的报价是虚假的。

事实上，只要没有专线电话，这种结果就是必然发生的。因为一般的直拨电话不可能始终保持随拨随通，根本就无法应付瞬息万变的期货市场状况。因此，在没有采用专线电话的情况下，所谓的及时问价、报价只能是骗局。

(2) 在玉林地区邮电局电脑房提供的电话通话记录中，其中通话次数最多的一个号码是：001—9059408728，也就是盘房负责人陈永胜、梁献辉等人供认的，同时也是国际业务部负责人詹仁敬在法庭上承认的那部所谓的国际外汇市场盘房的热线电话。事实上，这部电话根本就不是加拿大国际外汇市场盘房的电话，而只不过是佳利集团内部的某一部电话。在法庭辩论中，当原告代理人揭穿这一谎言之后，被告代理人又突然出示了另一个在邮电局电脑记录中没有记载的所谓专线电话，号码是 001—9059408241。经查，这部电话同样也是佳利集团内部的电话。

可见，关于“热线电话”的神话自始至终都是一个骗局；直至今今天被揭穿之前，竟然蒙骗了我们的客户长达 9 个月之

久。事实上，被告所经营的外汇期货交易并没有进入国际市场，而是在搞“设庄对赌”。这是期货交易中一种典型的诈骗行为。

在此期间，被告除了制造“热线电话”的谎言之外，另一种骗取客户信任的主要手段就是向客户展示电脑所显示的国际外汇市场信息。事实上，也正是由于客户看到了这种信息显示，才更容易相信那种“热线电话”的谎言，这也正是被告骗术的高明之处。试想，如果连国际市场上的价格信息都看不到，谁还会参与这种交易呢？可是，问题的要害却在于：这种价格信息的显示只不过是一种单向信息，并不具备双向反馈、传递的机能。只有热线电话才能起到及时问价、报价的作用，才是客户得以参与而不是参观这种交易的必备条件。被告曾一再回避并且无法提供热线电话的依据，却一再向法庭提供、出示他们能够向客户提供国际市场外汇交易行情的证据。这一事实，不仅充分暴露了他们没有进入国际外汇市场的真情，而且也暴露了他们一直在避实就虚，企图以可以提供国际外汇市场价格信息这一表面现象，来达到其冒称已进入国际外汇市场的真实目的。这种企图和努力，显然是徒劳的！

上述列举的被告在经营中违法、违约、欺诈客户的17种具体表现充分说明，被告在其经营活动中，几乎用尽了期货交易中所有可能采取的各种不正当手段，真可谓无所不用其极！其性质之严重，情节之恶劣，已经不言自明。

三、被告的行为已经超出了民事欺诈的界限

请看事实：

1. 在开始经营之前，被告在上级机关明令禁止的情况下，利用地委机关党报作虚假广告，欺骗群众，以“出国进修”、“奖励前10名”等手段，引诱客户上钩。更严重的是，在与外商签约、合作直至外商携巨款逃走的整个过程中，连外商的护照都未查验过，以至于在对外商起诉的诉状中连被告（外商）

的地址都写不清楚。这其中的奥妙实在太多！我想，只有被告的主要当事人自己心中最清楚。

为什么在上级主管机关明令禁止的情况下明知故犯？为什么不遗余力地采用各种手段引诱客户上钩？为什么外商卓华才等人一到玉林就能够如鱼得水，关关打通，与被告中某些人一拍即合？又为什么被告中的一些主要负责人与外商打得火热，连真实身份都不调查就急于签约、合作并且配合得如此默契？这种值得被告不惜无视法律，铤而走险的强大的、不可遏制的诱惑力，究竟出自何种原因？这些问题难道不值得深思吗？

2. 在整个经营过程中，又充满了前面列举过的大量的违法、违约和欺诈行为，其中，关于热线电话的谎言，更是充分暴露了其利用期货经营活动进行诈骗的真相。不仅如此，国际业务部的主要负责人詹仁敬还公然违反协议和《中华人民共和国外资企业法实施细则》，擅自批准外商提前挪用客户的保证金，以支付代垫费用充作资本作虚假出资；又公然违反《中华人民共和国现金管理暂行条例》和《外汇管理暂行条例》，擅自批准外商卓华才等人私人签章非法提走客户保证金 2900 多万元。这些极其严重的违法行为说明了什么？

如果说“热线电话”的谎言可能是外商编造的，那么，是谁支持了这种骗局呢？难道外商搞虚假出资和非法提取客户保证金的行为也是外商单独所为吗？如果是外商单方所为会有条件得逞吗？很显然，没有里应，哪里会有外合？这种配合得极为默契的里应外合已经充分暴露了这场大骗局的深层内幕！

3. 在案发后，被告为了推卸责任，还继续宣称此项非法业务是在“经请示有关部门同意”的前提下开办的（见被告对佳利集团的诉状），这里的“有关部门”究竟是何部门？难道所谓“有关部门”果真会支持被告的上述一系列违法行为吗？

更加不能容忍的是，当广西壮族自治区高级人民法院已经受理此案，并且于 94 年 5 月 25 日下达了冻结被告帐户 1100 万元

资金的裁定书以后（证据：见高级法院裁定书），被告主要负责人竟以避免惊动外商和稳定客户情绪为借口，以保证帐面上现有的1500万元资金只进不出为前提，拖延冻款时间，致使在此后不到一周的时间内，就有上千万元的资金从帐面上被提走（证据：见自治区高级法院94年6月24日调解笔录）。这种公然亵渎法律的行为的严重性真是达到了登峰造极的程度！如果没有被告负责人的准许，这样一笔巨款难道能够不翼而飞吗？很明显，这又是一次绝妙的里应外合！而且是涉及本案关键的配合。如果没有这次配合，被告向客户退款就绝不会象今天这样困难重重，一愁莫展了。

综上，纵观被告自开办此项非法业务的初始，到经营此项非法业务的整个过程中，直至此项非法业务被依法取缔后的一系列活动，足以表明，被告的一些主要负责人员的行为已经超出了民事欺诈行为的界限，而被告作为实施这种行为的法人单位，必须对此承担法律责任，应当依照《中华人民共和国外汇期货业务管理试行办法》第26条之规定，追究法律责任。

四、被告应当承担的民事责任

根据以上事实，被告不经批准，在客户不明真相的情况下，非法经营外汇期货交易，属于无效民事行为。并且，被告在其整个经营活动中还实施了一系列违法、违约和欺诈客户的大量不正当行为，人为地制造风险，骗取客户保证金，致使原告遭受了严重经济损失。

因此，被告与原告签订的代理外汇期货买卖合同（即名义上的所谓“即期外汇见证业务合约”）无效，并且造成合同无效的原因完全在于被告。被告理应向原告返还财产，并且赔偿因此而造成的一切经济损失。

五、关于见证业务与外汇期货交易的区别

被告在答辩中声称，被告所开办的是外汇见证业务，而不是外汇期货买卖业务，并以此推卸其理应承担的法律责任。这

种辩解显然是徒劳无益的。

首先，我们对此暂且不作理论探讨；因为理论上已经自有公论。仅以上级主管机关的正式文件为依据，就足以证明被告所开办此项业务的真正性质。

1.1994年6月2日，广西壮族自治区外汇管理局向下属玉林分局发出传真电报称：“玉林农行国际业务部未经有关部门批准和国家外汇管理局同意，擅自对外开办了外汇期货经纪业务。根据朱镕基副总理的有关指示精神及人民银行、国家外汇管理局有关文件规定，特责成你局立即对农行国际业务部的外汇期货经纪业务进行查处……”

2.1994年5月21日上午自治区高级人民法院对广西壮族自治区外汇管理局的调查笔录中，外管局徐科长称：“现在玉林农行把我们广西外汇管理局批准给他们的见证、咨询当成是外汇期货交易的业务，实际上这是不对的。”

3.1994年8月8日玉林地区行署工商局、玉林市工商局和中国人民银行玉林分行金融管理科三方联合签署的《关于对中国农业银行广西区分行国际业务部玉林代办处非法从事外汇期货买卖活动的调查报告》明确指出：“按外汇管理局解释，外汇见证，是指外商向中国投资，银行作为中间人证明为见证。”并明确认定被告“违反国家外汇管理条例有关规定，未经国家外汇管理局、国家证券管理委员会批准，私自经营外汇期货交易活动。”

上述文件和调查笔录已经无可辩驳地证明了被告所开办的是外汇期货交易，而根本不是什么见证业务。

其次，从被告所实施的行为事实来看，被告发放的“投资指南”，与客户签订的合约，虽然形式上打着“见证”的招牌，其内容上却暴露了其进行外汇期货交易的真正性质。这种自欺欺人的手法非但无法掩盖其非法业务的本来面目，而且恰恰暴露了被告从一开始就做好了规避法律，逃避制裁的准备，更加

反映出其行为性质的严重性。

六、关于本案中法律关系的主体

被告在答辩中蓄意将本案中法律关系的主体复杂化，企图将外商与农行相分离，借以推卸其向原告的赔偿责任。这种辩解既不符合事实，又无法律依据。

1. 本案中原、被告双方的主体是十分明确的，原告是客户，被告是农业银行玉林分行及其国际业务部。至于外商只不过是被告名义进行活动的雇员，是被告的顾问，在本案中根本不具有独立的主体地位。被告应对其行为承担全部责任。

2. 被告一再声称，其一切业务均由外商操作、控制……并且谎称对外商的所作所为一无所知，似乎以此就能将其民事责任引向外商，这种转嫁矛盾、推卸责任的辩解是明显违背法律常识的。事实十分清楚，广告、合同、投资指南、通告等等一切法律文件都由被告签署、盖章的，国际业务部的负责人也是由被告担任的，开户、入金、出金以及外商提走客户的保证金等一切手续也统统是由被告的主要负责人核准、签署的，而外商在客户面前的身份只是被告聘请的业务顾问。请问被告，由法人所实施行为的法律责任，是应当由法人来承担，还是应当由顾问来承担？这种常识性的问题难道还需要辩论吗？

退一步讲，假如真像被告所表白的那样，被告果真是如此清白，如此可怜，如此受骗上当而不能自拔，那么，引狼入室的责任也照样是不可推卸的。更可况，事实并非如此，大量事实早已证明，被告不仅引来了狼，而且还帮助狼去咬人，到头来还硬要扮成可怜的受害者，这种脱身之计在法律上是绝对无隙可乘的。

七、在本案中，原告方不具有任何违法性责任和过错责任

被告为了推卸责任，企图将其违法的责任分摊到客户的头上，理由无非是两个：一是客户知道被告非法经营还要参与交易；二是客户未经批准而参与交易。这两个理由同样不能成

立。

1. 在被告开办此项非法业务时，客户并不知道其业务的非法性，而是在被告的欺骗下参与的。利用党和政府的宣传机构进行广告、宣传，特别是被告作为国家金融机构的特定地位，具有极大的欺骗性，足以造成客户的误解和骗取客户的信任。因此，客户既不明其行为的非法性质，也不可能预见这种非法性质。

值得特别提出的是，近期以来，在全国各地相继发生了不少因非法经营期货而引起纠纷的案件，已经引起了中央有关部门高度重视。但是，这些非法经营者一般都是各种各样的期货经纪公司，作为金融机构的国家银行进行非法金融期货交易的事例还实属罕见，银行实施此种非法活动，欺骗性更大、影响更坏，后果更严重，这正是本案不同于其他期货交易纠纷的重大区别所在。

以云南恒发商务公司非法经营金融期货交易案为例，“恒发”案与本案有三点重大差别：

(1) 恒发公司仅仅是一个集体所有制公司，其没有任何国家的招牌可以借用。因此，其经营期货业务不具备当然的合法性。而本案的被告则完全不同，因为它代表国家正式的金融机构，其活动是以国家名义进行的，更何况它又是通过官方的宣传渠道公开大力宣传这种活动。因此，在群众的眼里，它的活动往往具有当然的合法性。在这种情况下，要求群众事先预见其活动的非法性质，显然是不现实的。没有理由要求群众对此承担“应当预见”的责任。

(2) “恒发”案在经营中没有发现明显的违法、违约行为和大量的欺诈行为，客户的亏损基本上是由正常风险造成的。而本案的事实已经充分证明，本案中客户的风险是人为制造的，客户的盈亏由被告控制。被告以造成少数客户出现少量盈余的假象，诱客上钩，最后造成多数客户大量亏损，整个交易

是在非正当的状况下进行。所以，所谓“正常风险”并不能成为本案被告推卸责任的借口。

(3) 在对“恒发”案的查处报告中，尚未发现有设庄对赌的情况，而本案被告的设庄对赌行为性质显然更加严重。

可见，与“恒发”案及其它类似案件相比，本案被告的责任要重大得多，显然应当承担百分之百的赔偿责任。

2. 本案中，原告参与被告开办的期货买卖业务时，作为公民个人的客户没有必须取得单独批准的法定义务。外汇管理法规虽然规定禁止公民私自进行外汇交易，但是，并没有禁止公民参与经过批准的国家金融机构所代办的外汇交易。国家《外汇期货业务管理试行办法》第3条规定：“办理外汇期货交易的机构必须是经国家外汇管理局核准的具有经营代客外汇买卖业务的金融机构，或由金融机构合资的外汇期货的经纪公司。”该《办法》第4条规定：“外汇期货交易的对象为外商独资企业，国内私营企业及境内居民。”这两条规定清楚地表明：第一，经营外汇期货交易的机构必须是经过批准的指定机构；第二，境内居民可以同这些机构进行外汇期货交易。可见，在外汇期货交易中，需要经过批准的是开办此项业务的金融机构，而并不是公民个人。即是说，决定这种交易合法与非合法的责任完全在于开办该项业务的金融机构，而并不在于公民个人。

因此，本案中客户在不明真相的情况下参与了被告所开办的非法外汇期货交易，客户本身并不应承担任何违法性责任和过错责任。上述法规恰恰表明，在本案中，只有客户才是真正的无辜受害者。

综上所述，本案事实清楚，证据确凿，法律关系明确，原、被告双方责任分明。依照法律，被告必须承担全部民事责任。

本案卢云、林海等 133 名原告委托代理人
北京市第六律师事务所律师 田文昌
1994 年 9 月 23 日

呈：广西壮族自治区玉林地区中级人民法院经济审判庭

二审代理词

审判长、合议庭：

我接受卢云、林海等上诉人诉讼代表人的委托，担任本案上诉人的二审代理人，出庭参加诉讼。现针对上诉人答辩理由和一审判决内容发表代理意见如下：

一、关于私下对冲、场外交易问题

虽然一审判决已经认定被上诉人的行为属于“私下对冲、场外交易”，但被上诉人在答辩中却对此矢口否认，并宣称这种指控和认定“纯属违背事实真相的恶意归责。”同时提供了其已经进入国际市场的所谓“大量证据”。

那么，现在让我们来看看这些所谓的“大量证据”究竟能够证明什么？事实真相又到底如何？

请看，被上诉人所指的五项证据：交易单据、电话及其帐单，租用卫星信息系统的合同书及付费单承诺书、确认文书。这五项证据没有任何一项能够直接证明该交易确实进入国际市场，只不过是其谎称已经进入国际市场的几张虚假的招牌。

众所周知，在期货交易中，最能证明该交易进入国际市场的证据是国际市场盘房与国内盘房直通的专线电话，只有通过这种专线电话才能向国际市场的盘房直接报价。而事实却证明了这种专线电话纯属虚构。

首先，玉林地区邮电局94年6月6日已出具证明：“该局没有向任何单位出租过任何国际专线电话线路。”此足以证明所谓专线电话根本就不存在。既然没有专线电话，就无法做到及时的问价，报价。所以，交易没有进入国际市场的事实真相已经一目了然。

其次，被上诉人提供的所谓“电话帐单”，只能进一步证明其进入国际市场的骗局是预先精心设计的。

第一，非专用的报价电话在被上诉人口中变成了专线电话，以此来欺骗客户。

第二，从邮电局调出的全部电脑电话记录表明，所谓国际电话的通话时间与落单时间不符，在大量回单上标明的落单时间内并无通话记录，而有相当多数量的回单上根本就没有标明落单时间；可见，这些通话内容与报价毫无关系，充其量只是一种表演的把戏。

第三，邮电局提供的通话记录最多的一个加拿大电话号码：001—9059408728和被上诉人在一审法庭上出示的在邮电局电脑记录中根本就没有记载的另一个号码：001—9059408241，都是加拿大安大略省加利集团的内部电话。

以上三点足以证明被上诉人自始至终地精心设计了一个专线电话的大骗局，在同客户搞“设庄对赌”。这是期货交易中一种典型的诈骗行为。

此外，上诉人代理人在此提请法庭注意到一个十分重要的问题，被上诉人在起诉佳利集团时诉称：“按协议及有关法律规定，被告（佳利集团，下同）应具备在国际外汇市场进行交易的资格，并负责办理有关手续以便双方在玉林地区合作的这个业务网点能进入国际外汇市场交易网络。但是，被告一直未能向我方提供其佳利集团取得国际外汇交易会员资格的有关文本及证书，亦提供不出该集团与国际外汇市场交易的协议书等进入国际外汇市场的有关凭证。同时，协议规定，被告应提供

在境外的交易保证金额人民币 1000 万元，至今亦未见被告向我方提供这 1000 万元人民币的境外交易保证金的凭证。协议还规定，被告应提供境内本地足够的流动资金，被告至今亦未注入那怕是一分钱的流动资金。”（玉林农行诉佳利集团《民事起诉状》第二页第 6~15 行）。而在对上诉人的答辩中，又代替佳利集团举出了已经进入国际外汇市场的所谓“大量证据”。不知道这些证据从何而来？这种自相矛盾的说法又该作何解释？对于这种反复制造伪证的行为请法庭予以高度重视。

综上，上诉人代理人认为，被上诉人所进行的私下对冲、场外交易的行为具有严重的违法性，因为它并不等同于在已经进入国际外汇交易市场的前提下对于个别交易所进行的私下对冲、场外交易，而是设庄对赌，是对全部交易所进行的私下对冲、场外交易。所以，它自始至终是一场百分之百的大骗局！

二、关于期货交易与外汇按金交易

被上诉人辩称期货交易与外汇按金交易不同，进而又称：“根据国际外汇按金交易惯例，对方向相反的按金交易合约，交易机构可以进行对冲拍平。因此，‘私下对冲’虽为期货交易所不允许，但可以用之于外汇按金交易，‘对冲’与否，并不能必然证明答辩人有所谓‘不真实交易’的行为”。不知道被上诉人此话的根据从何而来？

第一，不知道哪一条国际惯例允许外汇按金交易可以私下对冲？

第二，更不知道哪一条国际惯例允许外汇按金交易可以不必进入国际外汇市场而私自设庄对赌？

第三，私自设庄对赌的行为根本就不能称其为外汇按金交易。

第四，最高人民法院《关于审理期货纠纷案件座谈会纪要》第八条的准确表述是：“外汇按金交易就其实质而言，属于一种远期的外汇现货交易，而不属于期货交易，但其在形式

上与期货交易有相似之处。对这类案件可参照处理期货纠纷案件的有关原则处理。”上述意见已经十分清楚地表明，不管是外汇按金交易也好，还是外汇期货交易好，二者在形式上是相似的，在处理原则上是一致的。因此，无论将本案中的外汇交易称之为“期货”还是“按金”，擅自经营和私下对冲都是违法的。

由此可见，被上诉人对于“按金”与“期货”两种交易之区别的辩解并不能改变其交易行为的违法性和欺诈性，因而也丝毫不能减轻被上诉人的赔偿责任。

三、关于被上诉人的赔偿责任

一审判决认定，一审原被告双方的行为均属违法行为，并指出“造成合同无效，被告玉林农行应负主要责任，但原告为谋取高额利润而参加非法交易，也有过错，应负一定责任。”上诉人代理人认为，一审判决的这种认定既是违背事实的，也是自相矛盾的。

首先，在被上诉人开办此项非法业务时，上诉人并不知道其业务的非法性，因此，上诉人不应承担违法性的责任。

被上诉人在开展上述业务之前，曾在玉林地区地委机关报《大众报》上两次作广告宣传，谎称“现我行根据国家外汇管理局批准的业务经营范围，开展外汇见证业务”，并通过玉林有线电视台进一步扩大宣传，打着官方旗号吸引客户。

继而，在被上诉人广为散发的《投资指南》中则将“外汇见证业务”扩展到了“提供即期外汇见证合约业务及投资的咨询和服务。”

接下来，在向客户提供的固定格式的《顾客契约》的具体条款中，虽然在立约理由中仍然冒用了“委托农行代为进行即期外汇见证业务（以下简称‘外汇合约’）合约服务”的字样，但在具体条款中却充填了地地道道的期货交易合同的内容。

被上诉人精心策划的这个三部曲实在是用心良苦之至：先

是以见证业务为幌子，欺骗客户和主管部门，号称经过批准具有合法性；继而在《投资指南》中将见证业务扩展到“投资咨询和服务”；最后，当蒙混过关和客户上钩后才“图穷匕首现”，彻底偷梁换柱，在“顾客契约”中装进了期货交易合同的真实内容。这种精心策划的骗局实在是太高明了，高明到了连外汇主管部门都未能及时识破的程度，作为从未进行过外汇交易的客户，又怎么能够及时识破呢？

问题非常明显：

第一，被上诉人身为国家金融机构，在群众中的形象是代表国家的，利用这种特定的形象而又精心策划的骗局，本身就具有极大的欺骗性。

第二，期货交易当时在我国刚刚兴起，我国境内绝大多数人对于这种交易的性质、内容、形式和规则等等都是极为陌生和无知的，至于什么是外汇见证业务、外汇按金交易、外汇期货交易以及这几种交易的区别，对于这些概念和界限的认识多数人更是一无所知，这种现状正是导致前几年期货市场极度混乱的重要原因之一。

第三，本案中参与交易的客户是公民个人。在当时许多专门进行期货交易的法人机构都处于模糊认识状态的背景下，有什么理由去要求这些第一次尝试外汇交易的个人客户有能力或者有义务去识破被上诉人打着合法旗号所实施的交易行为背后的违法性质呢？又有什么证据能够证明这些客户明知这种交易的违法性而主动去进行违法性的参与呢？

由此可见，本案中的客户即上诉人是在完全受蒙骗的情况下委托被上诉人进行外汇交易的，根据我国法律的主客观相一致原则，违法性过错是指行为人明知自己的行为违法或者应当知道自己的行为违法而又实施该种行为所产生的过错，在行为人主观上没有任何故意或过失的情况下，并不能产生过错责任。因此，上诉人并无过错，更不具有违法性。不应要求上诉

人承担违法性的责任。

其次，一审判决对于双方责任的认定自相矛盾，违背了过错责任原则。

一审判决在认定一审被告对于无效合同应负主要责任的同时，在判决结果中又将全部责任推到了一审原告头上，这种名实不符、自相矛盾的判决违背了过错责任原则。根据《民法通则》和《经济合同法》对无效合同的处理原则，对于实施无效民事行为的双方当事人，应当根据有无过错或者双方的过错程度返还财产、赔偿损失或者各自承担相应的责任。本案中，一审被告具有的是三重过错：一是未经批准非法经营；二是打着合法旗号骗取客户信任与之签约，三是在经营中实施欺诈行为。其欺诈行为的十七种具体表现每一种都有证据证明并在一审代理词中一一例举，在此不予赘述。这些欺诈行为几乎囊括了期货交易中全部的欺诈手段。可以说，一审被告在本案中的过错程度是极其严重、登峰造极的。正是由于一审被告的这些过错，加拿大佳利集团才得以非法提走客户的保证金10775564.42元人民币，这一笔巨款正是一审原告因被告的过错而遭受的实际损失，理应予以返还。至于该款被外商非法运出境外的后果与一审原告毫无关系，只能由一审被告自行承担。然而，一审判决却对该笔巨款只字不提，这种做法缺乏起码的法律依据。

退一万步讲，即使按照一审判决认定的双方具有共同过错的结论，将这1000多万元人民币视为原被告双方共同造成的损失，那么这个损失也应当由一审原被告双方共同承担，并由被告承担主要责任。然而，其判决结果在事实上却变成了由一审原告全部承担这一部分损失。而一审被告所承担的却仅仅是6万元人民币的罚款。对于这种明显颠倒主次关系的差别悬殊的判决结果，一审判决是无法自圆其说的。

不仅如此，从94年6月3日起至今除掉被外商非法提走

的1000多万元人民币以外，客户仍有800多万元的存款在一审被告手中，其利息收入至少也有160万元人民币，如此计算下去，一审判决认定应负次要责任的一方损失了一千多万元，而应负主要责任的一方反而由于自己的过错而净赚了100多万元。这种自欺欺人的判决如果不予坚决纠正，在中国还有什么法制可言？

四、一审判决认定追缴财产没有法律依据。

一审判决中对于财产的处理采用了“本应予以追缴”和“但根据本案当时的实际情况和为弥补客户的损失，可不予以追缴”的表述方式。与此相联系，在另一份本案被上诉人佳利集团的判决中又判令将佳利集团提走的人民币10775564.42元予以追缴，上交国库。这两个追缴虽然出自于两个判决结果，但另案的追缴却直接影响了本案的判决结果，更重要的是，这两个追缴都不符合《民法通则》关于无效合同的处理规定。

根据《民法通则》第61条的规定，在民事行为被确认无效或者被撤销后，适用追缴财产的前提是“双方恶意串通”。然而，在本案中并不存在这一前提。本案中的一审原告在受骗上当的情况下，遭受了巨大的损失，既没有与对方恶意串通，也没有损害国家、集体或者第三人的利益。所以，一审被告从原告处所取得的财产理应返还给原告。

在另案中，如果说原被告双方确属恶意串通，那么，被外商提走的1000多万元人民币正是本案上诉人的财产，即上诉人恰恰是遭受损失的第三人。根据《民法通则》第61条第2款的规定，在第三人遭受损害的情况下，也应当将追缴的财产返还第三人，而不应上缴国库。

因此，一审法院在紧密相关联的两个判决中关于追缴财产、上缴国库的结论明显适用法律不当。这种判决事实上为被上诉人开脱了本应依法履行的赔偿责任，剥夺了上诉人合法受

偿权，严重损害了上诉人的利益。

五、一审法院关于扣除佳利集团诉讼费的判决缺乏法律依据

佳利集团被依法冻结、扣押和拍卖的财产本应如数抵偿上诉人的损失。而一审判决却在这笔款项中扣除了本应由佳利集团自行承担的另案的诉讼费，这种将两件分别审理的诉讼捏合在一起扣减诉讼费，由一案的原告来承担另案被告的诉讼费的做法，在法律上毫无根据，在司法实践中也实属罕见。

综合上述理由，上诉人代理人认为，一审判决关于上诉人也有过错的认定与事实不符，于法无据，并且其责任划分与承担责任的实际后果自相矛盾，其判决结果在事实上排除了被上诉人的赔偿责任，严重损害了上诉人的合法权益；在判令由上诉人承担另案被告诉讼费的问题上明显违背法律规定。被上诉人关于交易已进入国际外汇市场的辩解，既不符合事实，又自相矛盾，显然不能成立。

根据最高人民法院《关于审理期货纠纷案件座谈会纪要》第7条的规定，期货交易中的下列行为应认定为无效：

1. 没有从事期货经纪业务的主体资格而从事期货经纪业务的；
2. 以欺诈手段诱骗对方违背真实意思所为的；
3. 制造散布虚假信息误导客户下单的；
4. 私下对冲、与客户对赌等违规操作的。

本案事实已充分证明，被上诉人的违规违法行为不仅符合该条列举的全部表现，而且已经超出了该条规定的范围。并且，上诉人的损失确系被上诉人的行为所致，二者之间具有明显的不可否认的因果关系，同时由于被上诉人根本没有进入国际外汇交易市场进行正常交易，上诉人的损失毫无正常风险可言。而被上诉人在该项交易中具有全部过错。因此，根据《纪要》第7条、第8条的原则，被上诉人应承担赔偿全部损失

的责任。

为此，请求二审法庭依法纠正一审判决，判令被上诉人全部返还其非法占有的上诉人所投入的保证金及银行利息，并承担本案一、二审全部诉讼费用。

上诉人代理人：北京市京都律师事务所

律师 田文昌

1996年9月12日

呈：广西壮族自治区高级人民法院经济审判庭

▼
▼
▼
▼

希望集团有限公司 与广西饲料集团粮油经营部 购销合同纠纷案

案情简介

希望集团有限公司与广西饲料集团粮油经营部于1996年1月10日签订了10500吨巴西豆粕购销合同。合同规定“供方发至（需方）各公司的火车大、小票和保险票，经验证后委托希望集团南宁公司两天内付给供方三分之一的货款。货到各公司过地磅秤后，5天以内付清全部货款。超期未付按日息3‰付本息给供方。”

合同签订后，因考虑到凭火车大票及保险票付款的手续不现实，希望集团（被告）又与粮油经营部（原告）的委托代理人北海银谷湾粮油物资贸易公司总经理江某于1月20日协商，变更了付款方式，约定：仅凭铁路小票或由江某将小票传真至被告，经被告确认后，再由江某委托南宁汇泉贸易公司陈某至被告希望集团南宁公司收款。

变更付款方式后，自1996年1月30日至3月11日，被告根据陈某交来的铁路小票，陆续向陈某支付13笔豆粕款，

总计为人民币 2560 万元。因被告经检验后认为豆粕质量不符合要求，扣除一部分货款 140 万元暂未支付，双方就此发争议。

在解决争议的协商谈判未果的情况下，原告方以并未收到陈某转交的货款为由，否认了对江某和陈某的委托代理关系，起诉被告 2700 万元货款分文未付，诉请被告支付 2700 万元全部货款。

被告得知后，深感惊讶，遂聘请田文昌、肖丽娟二位律师代理应诉。开庭前，应被告律师要求法庭将北海银谷湾粮油物贸贸易公司和南宁汇泉贸易公司陈某列为第三人。

法庭审理中，被告代理律师以文字加图表的方式理清了本案例中各种法律关系并出具了原告事实上已收到 2560 万元豆粕款的证据。

审理结果：最终迫使原告以调解方式结案。原告承认豆粕质量问题和已收货款 2560 万元的事实。被告只向原告支付 30 万元豆粕余款，其他损失均由原告承担，案件诉讼费由原告和第三人共同承担。

代 理 词

审判长、审判员：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，北京京都律师事务所、北京金衡律师事务所分别接受希望集团有限公司、希望集团有限公司南宁公司的委托，指定田文昌律师、肖丽娟律师担任本案原告广西饲料集团粮油经营部诉被告购销巴西豆粕合同纠纷案中共同被告的诉讼代理人。1996 年 5 月 21 日本案在南宁市中级人民法院全天开庭，被告诉讼代理人参加

了法庭调查全过程，本案的事实经法庭质证亦十分清楚。现被告诉讼代理人仅就本案的几个关键问题向合议庭提出如下代理意见：

一、本案被告已按原被告合同的约定，支付巴西豆粕款计人民币 2560 万元

本案原告起诉被告的所谓理由是：“被告收到我部的货后，分文未向我部支付货款。”而被告在答辩状中称：“合同签订后自 1996 年元月 30 日至 3 月 11 日止，被告共付原告巴西豆粕款 2560 万元。”一方是“分文未付”，一方是“已付 2560 万元”，双方差距之大，实属罕见。

经法庭质证：原、被告 1996 年元月 10 日签订 10500 吨巴西豆粕购销合同。结算方式及期限在《合同》第 8 条规定：“供方发至（需方）各公司的火车大、小票和保险票，经验证后委托南宁希望公司两天内付给供方三分之一的货款。货到各公司过地磅秤后，5 天以内付清全部货款。超期未付按月息 3‰，付本息给供方。”之后，考虑到凭火车大票及保险票付款的手续不现实，元月 20 日，被告与原告委托代理人即本案第三人北海银谷湾粮油物质贸易公司总经理江恒勇先生在广西防城港金海岸宾馆协商变更了付款方式，即双方约定：仅凭铁路小票或由江恒勇先生将小票传真至被告南宁希望公司，经被告南宁希望公司确认后，由江恒勇先生委派本案第三人南宁汇泉贸易公司陈永泉先生至被告南宁希望公司处收款。对此，本案两位第三人均在法庭上予以承认且记录在卷。故自 1996 年元月 30 日被告收到本案第三人陈永泉先生交来的第一批 37 张铁路小票并按合同支付其 260 万元起至 1996 年 3 月 11 日止，共支付 13 笔豆粕款，计人民币 2560 万元。其中，3 月 8 日、3 月 11 日支付的两笔货款 260 万元，是在本案二位第三人以原告身份前往被告总部解决原、被告合同货款尾数争议问题达成《关于支付豆粕款的函》后支付的。至此，被告认为已按合同

约定全部、全面履行了原、被告的合同，根本不存在“分文未付”的问题。

二、本案被告支付的 2560 万元豆粕款已由本案第三人北海银谷湾粮油物质贸易公司江恒勇先生照单全收（见附 1、附 2 被告当庭出示的本案法律关系示意图及本案货款流向图）

前述被告按铁路小票履行支付货款的义务，前后支付计 2560 万元货款，全部由本案第三人南宁汇泉贸易公司陈永泉先生以代理人身份签字，被告按其指定的帐户支付货款。很明显，被告支付的 2560 万元货款的去向与本案有着十分密切的联系。

经法庭质证：被告支付的 2560 万元豆粕款全部由本案第三人陈永泉汇入本案第三人北海银谷湾粮油物质贸易公司指定的北海市钦北铁路建设开发公司的帐上。对此，本案两位第三人均予以承认且记录在卷。

需要强调指出的是：本案第三人北海银谷湾粮油物质贸易公司是 2.6 万吨巴西豆粕的真正供方，即原告供给被告的 10500 吨巴西豆粕亦从本案第三人北海银谷湾粮油物质贸易公司所购得。据钦北铁路建设开发公司赵世德经理提供的书面证词：本案第三人北海银谷湾粮油物质贸易公司已实际支付 2.6 万吨巴西豆粕款合计 56270000 元。其中，被告的 10500 吨、2560 万元均包含在 2.6 万吨、56270000 元中，即被告支付的 10500 吨豆粕款 2560 万元均由本案第三人北海银谷湾粮油物质贸易公司照单全收，对此，江恒勇已当庭承认。

三、本案第三人北海银谷湾粮油物质贸易公司（下简称银谷湾公司）及其法定代表人江恒勇先生与本案原告不仅是委托代理关系，事实上已构成共同原告关系

本案之所以发生被告已支付货款，而原告却声称“分文未付”的情形，关键问题在于原告与本案第三人银谷湾公司及其法定代表人江恒勇的微妙关系。据原告诉讼代理人庭上称：江

恒勇以个人名义在原、被告合同处签字，目的在于江本人对报关、运输、商检等熟悉。被告认为：江恒勇的签字到底说明了什么问题，只能由法律规范来判断。众所周知：我国法律规定，在正式合同文本上有权签字的只有两种人，其一为合同主体的法定代表人；其二为合同主体法定代表人授权的委托代理人。后一种情形一般适用于在法定代表人不能在合同签订现场出现时。原、被告1996年元月10日合同的供方处出现了两个人的签字，一是原告法定代表人方春生，一是本案第三人银谷湾公司法定代表人江恒勇，公章为原告章。那么原告与江是何关系呢？被告认为：江恒勇在原告法定代表人在场签字情形下在原告处签字，其行为是原告知晓的，这种明示的签字行为应视为委托代理关系的成立，江的身份只能是原告的委托代理人。对此，原告亦当庭认同。接下来的问题在于江的代理权限。据原告诉讼代理人庭上称：“他（指江）对我方的承诺，就是我方对希望公司的承诺。”在此，原告诉讼代理人混淆了经济合同的双务性质。在合同上共同签字的行为只能表明对另一方当事人的共同承诺，此种对应属性反映在本案中，即供方的共同签字只能表示其对需方（被告）形成了相应的权利、义务关系，也就是说江的代理权限应包括原告及于被告的所有权利、义务。事实上，不仅原告、就是被告也都是如此看待江的法律地位的。故被告只在签合同同时见过原告法定代表人方春生，在后来履行合同的全过程中，很放心、很坦然地与原告的委托代理人江恒勇先生打交道，因为被告的根据就是江在合同中签字并为原告所认可的事实。

如果说江的签字只说明江的代理身份的话，请看下列已经过法庭质证的，进一步证明江在本案扮演真正角色的事实：

1. 江直接代表原告变更付款方式，改为直接凭铁路小票付款。

2. 江直接代表原告向被告发货，被告的铁路小票均由江

传真至被告南宁公司处，经南宁公司确认后，按小票所示的数额付款。

3. 江以所代表的银谷湾公司名义供货给原告（被告直到此次开庭才获知原告供给被告的豆粕实际上正是银谷湾公司拥有的2.6吨中的一部分），形成货未过手、直接通过本案第三人发货给被告的事实，即本案第三人是合同的真正供方。

4. 前已说明江通过南宁汇泉公司收取了被告的2560万元货款，实际上是代原告收款。

5. 江代表原告于1996年3月5日至11日前往成都解决原、被告尾款争议问题，并实际收到被告为解决尾款支付的260万元。

被告认为：在被告履行合同过程中，江恒勇先生之所以能畅行无阻地承担上述1、2、3、4、5种角色的作用，关键在于一方面其与原告合同上的委托代理关系足以让被告确信，被告与江履行合同，就是与原告履行合同。尤为重要的是，在整个合同履行过程中，原告从未就货款或其他与合同有关的问题向被告提出疑义；另一方面，原告又与江背着被告存续着所谓购销关系、委托协作发货的代理关系等，在被告不明真相的同时，江实际控制着货物的处分权，在事实上其与原告已形成共同行为人的关系，即本案第三人通过原告这一合同形式主体，以自己的行为（上述1、2、3、4、5）成为本案的实质主体，建议法庭应将其视为本案的共同原告。

被告莫名其妙的是：不知江与原告之间究竟发生了什么过节，导致原告竟置起码的事实于不顾，状告被告“分文未付”。在庭审中，原告就1996年2月28日江亲笔传真于被告有关货款给付确认函的真实性一口肯定，表示此函完全能代表原告的意志。但紧接着原告诉讼代理人扭住“已付出”与“已收到”的所谓区别，置整个函的前后内容于不顾，企图否认已收货款的事实。按理，对于被告已付货款的事实是不难认定的，这一

点，庭审业已证明。对此，被告再次援引答辩状结束语：“原告置起码的事实于不顾，竟于诉状中称被告‘分文未付’，不知其将被告的巨额资金给付事实要作何解？被告初接诉状时，一头雾水。若说几万、几十万元‘有中生无’的事例难能避免，但胆敢将 2560 万元作赌注，且堂皇滥用诉权予以实施，恕被告孤漏寡闻，怕是天下无有其二。被告不得不问：原告到底想要什么？原告到底要干什么？”

审判长、审判员，根据庭审已质证的本案事实，请合议庭郑重考虑被告诉讼代理人的意见，驳回原告的诉讼请求。同时，被告就原告滥用诉权给被告造成的经济损失请求追偿。

此致

南宁市中级人民法院

被告希望集团有限公司代理人：

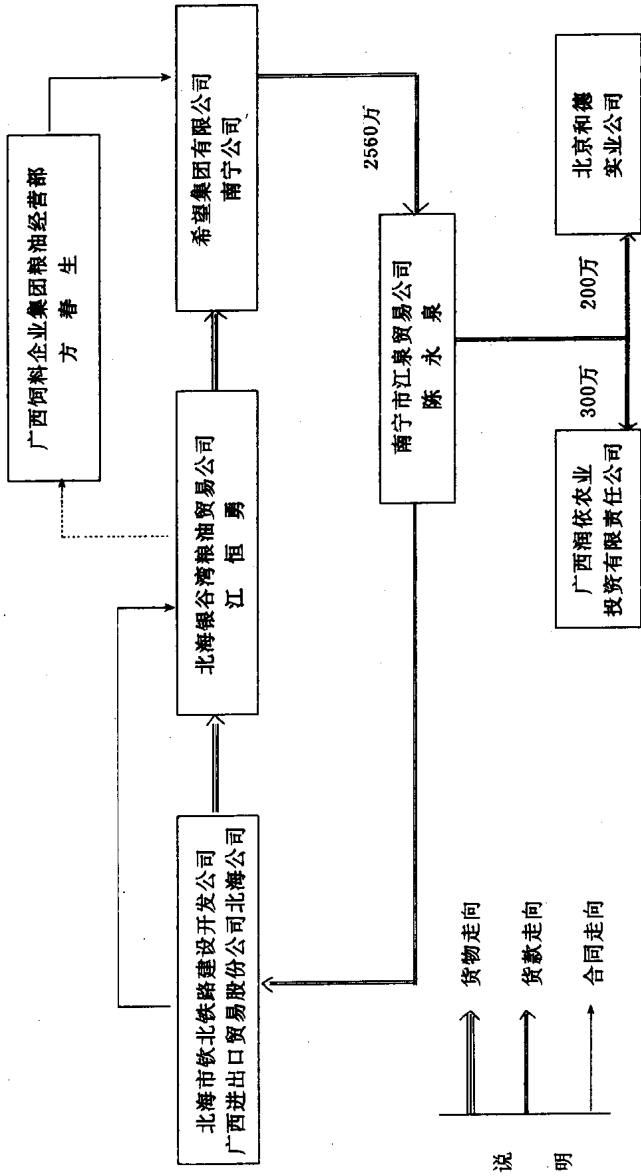
北京市京都律师事务所律师 田文昌

被告希望集团有限公司南宁公司代理人：

北京金衡律师事务所律师 肖丽娟

1996 年 5 月 22 日

附1: 法律关系示意图



附 2: 豆粕货款走向详表

北海钦北公司收北海银谷湾粮贸公司货款			希望集团南宁公司付豆粕款情况			
日期	金额 (元)	付款单位	序号	日期	金额 (元)	收款人
95.11.29	200000	北海银谷湾粮油物质贸易公司				
11.29	800000	南宁海江经济发展公司				
11.30	500000	广西粮油企业结算中心				
12.11	500000	广西粮油企业结算中心				
96.1.15	2000000	广西粮油企业结算中心				
1.22	1500000	黎塘面粉饲料厂				
1.23	1500000	区商业饲料厂				
1.23	1420200	邕宁县粮食专储总公司				
1.23	1800000	桂新饲料厂				
1.25	1000000	广西粮食职工北海培训中心 (北海银谷湾公司主管)				
1.26	1000000	江恒勇				
1.26	7000000	南宁粮油供应公司				
1.26	6000000	广西粮食企业结算中心	1	1.30	2600000	杨梅 (汇泉公司出纳)
2.1	2000000	陈永泉 (存折)	2	1.31	2000000	陈永泉
2.1	1300000	江恒勇				
2.1	2000000	广西粮食企业结算中心				
2.2	5000000	广西润依农业投资有限公司				
2.6	6000000	陈永泉	3	2.5	6000000	陈永泉
2.7	4000000	陈永泉	4	2.6	4000000	陈永泉

希望集团有限公司与广西饲料集团粮油经营部购销合同纠纷案

北海钦北公司收北海银谷湾粮贸公司货款			希望集团南宁公司付豆粕款情况			
2.13	1500000	玉林面粉厂、饲料厂	5	2.7	1500000	陈永泉
2.16	2750000	希望集团南宁公司	6	2.14	2750000	北海市钦北铁路建设公司
2.8	400000	黎塘饲料厂	7	2.14	800000	潘成增(汇泉公司负责人)
2.16	200000	黎塘面粉饲料厂	8	2.15	1000000	广西润依农业投资有限责任公司
3.5	400000	江恒勇	9	2.16	1000000	广西润依农业投资有限责任公司
3.7	500000	玉林饲料厂	10	2.18	1000000	广西润依农业投资有限责任公司
3.13	500000	玉林饲料厂	11	2.18	350000	陈永泉
3.18	3000000	南宁汇泉贸易公司	12	3.11	600000	南宁汇泉贸易公司
3.20	500000	玉林饲料公司	13	3.8	2000000	北京和德实业公司
3.22	200000	玉林饲料公司				
4.10	200000	玉林饲料公司				
4.10	400000	玉林饲料公司				
4.10	200000	北海银谷湾粮油物质贸易公司				
总计	56270200				25600000	

▼
▼
▼
▼

华冠公司与山东临沂公司化肥 购销合同纠纷案

案情简介

1995年1月24日，华冠公司与山东临沂公司签订一份2000吨化肥的购销合同，总金额283万元。该合同抬头的供方为华冠公司与河北公司，需方为山东临沂公司。华冠公司在该合同上签了字并盖了公章，山东临沂公司只在该合同上签了字，而河北公司在合同上既没有签字，也没有盖章。

合同签订当天山东临沂公司即将283万元货款全部打入华冠公司的银行帐户。后来，华冠公司了解到化肥专营的有关规定而决定不作该合同，于2月8日电话通知临沂公司商量退款。2月11日临沂公司的经理桑××来京办理了退款，桑出具了收到283万元化肥款的取条，并在写有“退化肥款”的支票存根上签了字。

由于临沂公司急于购买化肥，桑于退款当天与华冠公司业务一部经理郭××商量，桑请求郭给河北公司说句话，请河北公司履行合同，于是郭在该合同的空白处写了“经与临沂公司桑经理研究，此批货款全部转入贵公司帐户，以便尽快履行合

同，望在此合同再加盖贵公司公章。”桑把华冠公司空白抬头的支票交与河北公司。河北公司出具了“收到华冠公司的化肥款 283 万元人民币”的收条。

合同到期后，河北公司没有供货，临沂公司催货、追款均未果。于是临沂公司以华冠公司及河北公司为共同被告向法院提起诉讼。

一审法院经审理作出河北公司与华冠公司共同承担返还货款及赔偿其他经济损失的判决。

一审败诉后，华冠公司委托京都律师事务所田文昌、曹树昌律师为其二审的代理人。

二审维持了一审判决。

代 理 词

审判长、合议庭：

依照《中华人民共和国民事诉讼法》的有关规定，我们受本案上诉人华冠公司的委托，担任其第二审的诉讼代理人。

接受委托后，我们对涉及本案的有关事实进行了调查，收集了能够证实本案有关事实的证据，并对各证据本身的真实性、有效性，证据与证据之间的关联性进行了分析。本代理人认为，上述证据可以清楚、充分地证明本案的有关事实。现根据这些事实和我国有关法律规定，发表如下代理意见。

一、本案法律关系的阐述

正确处理本案的关键所在是要依法实事求是地分清本案有关当事人之间的法律关系。

95年元月24日，上诉人与被上诉人（临沂分公司）草签了一份合同。该合同临沂公司虽未盖章，但其以付款的实际行

为使之与我公司之间产生了一种购销关系。由于我公司不具有相应的权利能力（无此经营范围），该合同因主体资格不合法，实属无效合同。在认识到上述情况后，上诉人即于2月8日以电话向被上诉人作了退回货款，终止该合同的意思表示。2月11日被上诉人的业务经理桑××亲自来京接受了退款并履行了退款手续（有桑的亲笔收条、桑在支票存根上的亲笔签名为证）。从而结束了我们之间自元月24日起产生的法律关系。

草签的“合同”抬头虽有河北公司的字样，但河北公司并未签章，事实上签订该合同时，河北公司根本不知道，也没有人参加。所以无论从事实上还是从法律上看，该“合同”所产生的只是我公司与被上诉人之间的法律关系，而与河北公司无关。

2月11日以后，被上诉人将我公司退回的货款交给河北公司，该行为所产生的是他们之间的法律关系，而与我公司无关。

二、郭××在“合同”上加注文字的效力分析

2月11日我公司退款后，郭××应被上诉人的请求在原“合同”上加注了一段话。如何认定这段话的法律效力，是正确处理本案的又一关键。

从形式上分析，这些文字似乎是要对合同付款条款进行修改，但上诉人并未在该修改的部分盖章。《工矿产品购销合同条例》第4条第1款规定：“工矿产品购销合同，除即时清结者外，必须采用书面形式，由当事人的法定代表人或者凭法定代表授权证明的经办人签字（盖章），并加盖单位公章或合同专用章”。该条是对合同成立要件的规定，比照这一规定，郭所加注的文字不能认定是对原合同的修改，因其不符合法定条件。如果认定郭的这些文字是对合同的修改，与上述法律规定不符也有悖于我国合同一经签订，任何一方不得擅自变更的法律原则。如果谁都可以随便在合同上写些什么，并成为该合同

的组成部分，那么必然要造成社会经济关系的不确定性，造成社会经济秩序的混乱。

从实质上分析，自上述人决定终止该合同法律关系、并于2月8日通知被上诉人退款，2月11日将货款全部退给被上诉人之时起，上诉人即以自己的行为撤销了郭对该合同的代理权，这种解释是唯一的。因为退款是客观的，是有证据证明的行为，是默示不做此合同的法人行为。在这种情况下，除法定代表人或其特别授权，任何人均无权再做该合同。因此，自此之后郭已丧失对该合同的代理权，即郭在合同上加注的文字为郭的个人行为。而被上诉人明知上诉人已终止该法律关系，其业务经理桑××亲自接受了上诉人的退款行为，理应知道郭××已经无权代理该合同，而仍与之为民事行为，根据我国《民法通则》第66条第4款的规定，这些文字所产生的法律后果，只能由被上诉人和郭个人承担。

综上所述，无论从形式上看，还是进行实质分析，郭××在“合同”上加注的文字都是非法的，无效的，其行为所产生的一切责任均与上诉人无关。相反郭的上述行为是应被上诉人的请求而实施的，被上诉人对此具有重大过错，理应承担自己过错产生的恶果。

三、关于上诉人与河北公司的协议

94年12月上訴人与河北省农经贸易总公司签订了一份协议书。一审法院将此协议书作为认定本案上诉人责任的根据，因此，在此有必要对该协议书予以分析、说明。

该协议第四条规定：“在经营过程中，遇市场价格波动，双方共同承担风险。”该约定的范围是十分明确的，仅限于价格波动的商业风险。并且所确立的只是上诉人与河北公司的关系，与第三人无关，更不包括上诉人对河北公司的违法行为也要承担责任。一审法院的判决对此条款断章取意，只“查明”双方共同承担风险，而忽略了“在经营过程中，遇市场价格波

动”这一重要限定词。

该协议第二条规定：“……双方共同筹措流动资金争取在12月8日前各筹集500万元人民币汇至中原化肥厂……”。显而易见，履行该协议的基础是双方筹集资金，而实际上，我们双方至今也没有将资金汇入中原化肥厂，也就是说该协议并未实际履行，在我公司与河北公司之间并未真正产生协作关系。

另外，上诉人于2月8日电话通知被上诉人终止合同关系的同时，也电话通知了河北公司终止了我们之间的“协议”。

通过上述分析得出的必然结论是：①该协议书已于2月8日终止；②该协议与本案无关。因此，一审法院将该协议书作为上诉人承担连带责任的依据与事实及法律是不相符的。

四、关于货款流失的责任

2月11日上诉人将全部货款退给被上诉人，被上诉人接受了退款，其业务经理亲笔写了收条并在“退化肥款”的支票存根上签了字。我们的退款手续是完备的、无可指责的。至于支票的“收款人栏”没有填写，首先是其业务经理桑××为其业务方便请求我方财务人员这样做的（有上诉人出纳员证言为证）。其次，把款退到对方的银行帐户与直接交给对方合法代表人，其法律效果是完全一样的，上诉人在这个问题上并无过错。

把款退给了被上诉人，被上诉人如何处分，上诉人无权再予过问。283万元货款在被上诉人手中流失，其责任不言即明，本代理人在此勿需赘述。

上述四个方面的分析，可以清楚、明了地反映出本案的本来面目。对于本案的关键之所在——终止原“合同”的问题，有桑××的收条及其亲笔签名的支票存根作为直接证据。桑××来京接受退款的事实，及河北公司法定代表人殷×的证言可以间接地证明上诉人曾进行了终止该合同的意思表示，上诉人的出纳员的证言、调查郭××的调查笔录可以证明终止该合同

的过程。面对这些证据，依法实事求是地予以认定，上诉人与被上诉人之间的法律关系于95年2月11日即已终止的结论是唯一的。

上述这些证据同样可充分证明，退款后郭××对该合同已无代理权，其对该合同的一切行为均为个人行为。我公司没有在郭××加注的文字下盖章，辅助证明了这一事实。

综上所述，本案事实清楚，责任明确，被上诉人的无理诉讼给上诉人造成重大经济损失，影响了山东德州地区农业综合开发项目资金的落实。

为此，请求二审法院依照事实和法律迅速审结此案，撤销一审判决，以维护上诉人的合法权益。

北京市京都律师事务所律师

田文昌 曹树昌

1996年5月23日

▼
▼
▼
▼

国营七〇七厂诉北京三科经贸 公司侵犯商业秘密案

案情简介

1993年原告国营七〇七厂组团出国考察并与日本大仓商事株式会社签订了“录相机晶体引进线”合同书，于1995年1月正式投入生产。1995年2月，曾参加了该引进生产线全过程的生产线负责人黄禹宁提出调离该厂并获批准，调至被告北京三科经贸公司并担任该公司法定代表人。在1995年7月第二届中国水晶博览会上北京三科经贸公司向客户推销了自己公司研制并生产的晶体频率片和系列加工设备、工装夹具等。原告认为上述产品与国营七〇七厂产品构造相同，认为其录相机晶体引进线的机器设备等技术秘密已被泄露，被利用获利，并给原告造成严重损失，原告已受到不正当竞争行为的侵害，危及生存。为此，原告于1995年9月27日以侵犯商业秘密为由向北京市第二中级人民法院提起诉讼。被告委托京都律师事务所田文昌、赵敏律师为诉讼代理人。

审理结果：被告胜诉。

代 理 词

审判长、各位审判员：

我们是北京市京都律师事务所的律师，受北京三科经贸公司（以下称“三科公司”）的委托，担任本案被告的诉讼代理人，参加诉讼。根据我们的调查，特别是法庭审理，我们对本案有了充分的认识，现提出如下代理意见，望贵庭予以充分考虑。

我们认为：

一、“三科公司”正常生产经营不构成对国营七〇七厂（下称“707厂”）商业秘密的侵犯

1. 我国《反不正当竞争法》第10条第3款对商业秘密明确定义：“商业秘密，是指不为公众所知悉、能为权利人带来经济利益、具有实用性并经权利人采取保密措施的技术信息和经营信息”。即商业秘密是由技术信息和经营信息二部分构成。鉴于本案原告在起诉书和法庭审理中均未对于“三科公司”未侵犯其经营信息提出任何异议和反证。因此，首先可以排除“三科公司”正常生产经营对“707厂”经营信息部分商业秘密的侵犯。

2. HC—49U.S 产品和生产技术不是商业秘密；

我方认为 HC—49U.S 产品和生产技术已不属于商业秘密内容所包含的不为公众所知悉的技术信息。

首先，从原告所举证据《一九九三年录相机引进线合同（外文）及译文》第11页看，总价款为348000000日元的引进线合同，其中294730000日元用于购买设备，22596000日元用于购买原材料，30674000日元用于购买技术 Know-How。

从原告提供的证据材料及原告代理人在法庭审理过程中的陈述和答辩，均无法说明“707厂”花费30674000日元从日方购买的Know-How的具体内容是什么？涉及的技术范畴是什么？

第二，即使像原告在法庭审理中辩称的那样，此Know-How就是“707厂”的技术秘密，但我方认为，原告的陈述不能说明此技术是日方独家转让于“707厂”一家的技术，更不能说明此技术是绝对先进，他人不通过引进或从“707厂”购买，就无从获知和掌握的技术。并且，原告方对此不能列举一份证据材料予以证明，反之，我方在法庭审理过程中和庭审之前均向法庭和对方出示了大量的证明材料说明，被原告方归为自己所有技术秘密的HC-49U.S的产品和生产技术在行业内是众所周知，已被国内许多厂家进行大规模流水式生产，属于一种公知、公会、公用的产品和技术。而且，国内许多厂家生产并公开销售该产品的事实，也说明了HC-49U.S产品生产并不专属于包括“707厂家”在内的任何一个生产厂家。具体可参见“三科公司”提供证据附件一中列举的部分厂家产品目录，销售广告和生产能力说明。从“三科公司”提供证据附件二可以看到，HC-49U.S产品的原理、设计方法和生产工艺流程在国内外公开出版的刊物中有许多记载，而且许多名牌大学的晶体物理专业教科书中也有详尽的论述，这也说明了HC-49U.S产品的生产技术早已属于专业人士公知、公会、公用的技术，对于原发明和开发此项技术的日方来说都已不属于受保护的技术秘密，对于“707厂”而言更何谈技术秘密？而且，日方为获取经济效益，占领中国市场的考虑，也从未想将HC-49U.S产品和技术交由“707厂”一厂垄断。因此，作为一种已丧失了先进性、新颖性，公知、公会、公用的产品和技术，成为商业秘密的前提是不存在的，“707厂”牵强地将此列为商业秘密的作法是无理的，也是无据的。新颖性是秘密性的构成条件，由于其具有独立的法律意义，因此可以从秘密

性中分离出来，单独列为商业秘密的必要构成条件之一。从国内外司法实践看，这已是公认的准则。因为如果没有新颖性要求，会导致任何行业内的普通知识均可受人垄断，那么势必会造成诉讼泛滥，使商业信息、技术信息的正常交流和使用受到极大阻碍，影响正常生产、经营活动的进行。

二、“三科公司”生产推销晶体频率片加工设备、工装夹具的行为属合法行为，不构成对“707厂”权利的侵犯

1. 关于晶体制造技术 Know-How 与设备及设备制造技术间的关系。

晶体制造技术 Know-How、设备及设备制造技术三者是不同性质、不同属性的三种商品。“707厂”与日本东京电波(株)所签合同中标明，“707厂”花费 294730000 日元只是购买的录像机晶体生产线设备本身，而并没有购买该批设备的生产技术。

原因之一是首先没有必要花费国家大量外汇去购买在行业中已不属于最先进的生产线设备的技术；原因之二是众所周知，机械类产品，比较直观，一般情况下其结构设计方面的秘密随着产品上市即告消失，厂家无秘密可保。举一个最简单的例子即可说明，改革开放以来，国内引进了数百条彩电、冰箱、洗衣机等生产线，而没有一个厂家去购买这些生产线的生产技术。因此，就有了长岭—阿里思顿、美菱—阿里思顿两个品牌的冰箱和同样是购进日立生产线而生产出来的诸如：北京、环宇等品牌的彩色电视机。而且，到目前为止，也没有发生国内某一厂家诉另一厂家侵犯商业秘密或不正当竞争的事例发生。“707厂”花费 30674000 日元购买的是 HC—49U.S 晶体频率片的生产技术工艺，而不是录像机晶体生产线设备的生产技术，二者绝不可混淆！而且，购买设备本身与购买设备制造技术也是完全不同的两码事。二者也不容混淆！机械常识告诉我们，设备制造技术的引进和购买，需包括：机械原理图、

机械零件加工图、机械整机装配图、各种工艺尺寸、公差配合要求、加工工艺等等。对于以上列举的这些文件和资料，“707厂”没有任何证据可以证明是该厂的技术秘密，且“707厂”引进生产线合同中的技术 Know-How 一项中也不包含上述内容。因而，国内任何厂家制造和销售生产线设备的行为与“707厂”无关。“707厂”无权提出异议。同样，“三科公司”的行为也如此。

2. 晶体生产技术 Know-How 属于一种无形商品，相当于软件性的，而设备是有形的通用性实物商品，相当于硬件性的。世界压电行业所用设备原理结构大同小异，都是通用的。“707厂”引进的生产线设备不仅可以加工 49U.S 晶体，也可以加工其它类型的晶体元件，这主要是因生产工艺不同而不同，即同样一套设备使用不同的工艺设计、工艺流程可以生产出不同类型的晶体。而事实上“707厂”购买的技术 Know-How 只是其中一种，即制造 49U.S 型特定品种晶体的工艺技术。

举例：同一套设备（生产线）+ 1号 Know-How → 产出 1类产品
同一套设备（生产线）+ 2号 Know-How → 产出 2类产品
同一套设备（生产线）+ N号 Know-How → 产出 N类产品

由此可知，产出何种类型晶体元件，与设备本身是如何制造的毫无关系。设备制造厂家只提供设备的基本条件和基本功能，至于购买和使用该设备的用户如何使用，则由用户根据需要自己设定和运用，也与设备制造厂家无关。例如，电冰箱制造厂家拥有制造电冰箱的生产技术，使其出售的电冰箱具备了一定的制冷速度和制冷范围等基本功能。而购买该厂家电冰箱的用户在使用中具体冷藏哪类物品，是工业制品，还是蔬菜食品，还是医药物品，这就需用户根据需要自己来设定温度和时间（相当于技术 Know-How），这根本与生产电冰箱的厂家没

国营七〇七厂诉北京三科经贸公司侵犯商业秘密案 ▼ 239 ▲

有任何关系。

举例二：

计算机是一种商品，任何人都可以购买。但是，购买了计算机的人并没有拥有计算机的生产技术秘密。如果有人仿造了该计算机，那么此人是侵犯了计算机制造厂家的利益，并没有侵犯其他购买计算机人的利益。事实上“707厂”引进的生产设备就相当于这样一台“计算机”，而在一台计算机上可以运行各种专业软件，这些专业软件可以实现各种专业化功能。如财务软件可用于财物日常工作处理，机械软件可用于机械制图，电子软件可用于设计线路板等等。“707厂”购买的49U.S晶体技术 Know-How 正相当于一种财务软件或一种机械软件或一种电子软件等。

3. 原告在起诉书中称“三科公司”侵权的设备为：小切断机，滚筒机、腐蚀机、热板。然而，这些设备都不是“707厂”的产品。“707厂”是国家专业生产晶体元器件的厂家之一，而不是生产该类元器件使用设备的生产厂家。“707厂”对前例设备既不制造也不销售，其诉称“三科公司”侵权，何理所有？而事实上，制造上述设备的日本厂家及其代理商社一直在极力向中国推销其设备。任何单位和个人均可以随意购买单台或整条生产线以及生产晶体元件用的原材料，也可以改装更新并销售，难道这都是对“707厂”的侵权吗？（证据可参见“三科公司”向法庭提供的附件三，即日本东京电波和大仓商社参加1994年，1995年两届中国压电石英晶体元器件设备展示会；及日方向中国一些厂家的报价单）。

4. “三科公司”生产和制造前述四种设备的情况如下：

A. 小切断机：

该机是一种极简单的小机器，实际是象木工锯床一样的简单切断功能设备。这种机器福建裕兴晶体厂早在1986年就已经制造。我公司是根据日本产品公开的图片 and 参数说明制造

的，不同于“707厂”购买的日本产品。

证据：榕兴小切断机说明、报价和联系人；日本产品图片。

B. 腐蚀机：

我公司该设备设计不同于与日本的产品不同。

a. 外形尺寸不一样。

b. 加热系统不同：日本是继电器控制，“三科公司”采用计算机模拟（PID）控制系统。

c. 酸碱中和筒不同：日本采用何种结构；“三科公司”不清楚，“三科公司”是根据连中学生都知道的酸碱中和原理试制的。

d. 传动参数不同：日本的参数“三科公司”不清楚，“三科公司”是根据可能的机械原理及国内市场可以购得的机械部件试制的。

C. 滚筒机：

受多家企业启发“三科公司”设计的滚筒为双层结构，完全不同于“707厂”的单层结构，另外须特别申明的是：

①在1995年9月“三科公司”试制出第一台样机的同时，全国已有9家拥有该设备（国内仿制）。这说明该设备已为行业内公众所掌握，不存在秘密问题。

②在“三科公司”试制出该设备时，全国已有三家制造了该设备，它们分别是：北京海淀北方晶体设备厂；河北玉田三洋电子机械厂；浙江黄岩精工机械厂。这个事实说明该设备制造技术已为公众所拥有且与“707厂”无关。

③1994年1月初该设备在“707厂”安装完毕后，当年7月北京海淀北方晶体设备厂就生产出相同的设备。“707厂”知道后并不认为有何不妥，既没制止也没追查处理，并购买了四台。该事实说明“707厂”明确知道这种设备制造技术原本不属于“707厂”，同时说明“707厂”对其辩称的视为自己所

有的“技术秘密”并未采取保密措施，现起诉“三科公司”，令人不解。

D. 热板：

热板就是一种可以控制温度的电炉。“三科公司”的热板是用民用电煎锅改装的，试问，连一个电煎锅的改装都侵犯了“707厂”的商业秘密吗？

以上事实和理由，说明即使“三科公司”生产和销售的加工设备、工装夹具与“707厂”购买的设备完全一样，也不构成对“707厂”任何权利的侵犯，更何况事实证明：“三科公司”生产和销售的有关设备、工装夹具是溶入了大量的实践经验和先进理论的新型设备，又何谈侵犯了“707厂”的权利！

三、原告在起诉书和庭审中要求“三科公司”赔偿其损失达1266000元，没有任何证据和法律依据，纯属无理要求。

“707厂”在庭审中提出的赔偿数额的计算依据，违背我国法律基本原理。首先“三科公司”的正常生产经营并没有侵犯“707厂”包括商业秘密在内的任何利益，也无从谈起给“707厂”造成了什么损失。即使像“707厂”辩称的那样来计算，也根本是于法于理讲不通的。赔偿损失的前提有二：一是侵权人有过错，二是给被侵权人实际造成了财产损失。而在本案中，这两个前提均不具备。从起诉至今，“707厂”没有拿出一份能证明被告侵权和自己遭受财产损失的文件或证据，究竟“707厂”的此项诉讼请求是否合法，不言自明。

四、关于国产设备替代进口设备的社会意义

像滚筒机和腐蚀机这类或其他普通的引进设备，国内制造来替代进口设备这是晶体设备制造业发展的必然趋势。国产设备性能与进口设备相仿，为国家节约了大量外汇，这本是利国利民的好事，国家不用花一分钱就实现了进口设备的国产化，达到替代进口设备的目的，原本应当鼓励和提倡，而不应该加以限制，这对我国民族工业的发展大有益处，这些连国外设备

制造厂家都无可非议。试想按原告的逻辑，如果我国从国外引进的设备都不能进行国产化，只能引进，否则就属于侵犯商业秘密，那么就无从谈起发展我国的民族工业，只能永远购买他国的设备和生产线，技术只能永远落后。如果所有的设计原理都不能继承，那么中国乃至世界的科学和技术又如何发展？

五、关于如何处理好国有企业和集体企业关系，如何保护国有大中型企业利益的问题

我国经济体制转型以来，国有大中型企业确实存在不少问题和许多困难，而且无论政府和理论界都在加紧探索和寻找使国有企业尽快走出困境的方法和途径。国家也尽量从资金和政策上给予支持和帮助。但这并不等于国有企业在法律上高于集体企业，也不等于国有企业为保护自己的利益就可以不顾集体企业的利益。法律赋予了所有企业和公民平等的权利，保护利益的前提必须是依法！

以上是我们的代理意见，恳请法庭依照事实和法律，作出公正的判决。

北京市京都律师事务所律师 田文昌 赵敏

1996年7月2日

▼
▼
▼
▼

山东××经济发展公司与中国 ××工业供销总公司合同纠纷案

案情简介

吉林××对外贸易公司(卖方)与山东××经济发展公司(买方),1995年2月签订了一份1600T的棉花购销合同,合同总金额为3168万元。该合同在结算方式一款中规定:“乙方(买方)应在4月27日前将1000万元资金汇入甲方(卖方)指定的帐户中,其余货款在第一批货交付时付清。”

在此之前,中国××工业供销总公司曾为吉林××对外贸易公司组织白砂糖的出口,吉林××对外贸易公司尚欠中国××工业供销总公司货款4857076.20元。4月25日中国××工业供销总公司接到吉林公司一函,其内容为:“贵公司为我公司组织对朝白糖出口所欠货款,现由山东××公司×××经理于近日直付贵公司,届时请予以关照为盼。款收到后,请开具收条传给我公司”。5月3日山东公司将4857076.20元款汇入中国××工业供销总公司帐户。后因吉林公司没有履行棉花购销合同,山东公司索款未果,逐起诉至法院。以吉林公司为第一被告,中国××工业供销总公司为第二被告。将中国××工

业供销总公司列为被告的理由是：中国××工业供销总公司出借帐户给第一被告。由于吉林公司的经营状况极差，故山东公司把主要矛头指向中国××工业供销总公司。经山东公司申请，1996年6月18日审理法院作出了采取诉讼保全措施的裁定，冻结了中国××工业供销总公司的银行存款590万元。

律师接受中国××工业供销总公司的委托后，对本案作了认真分析，认为本案的关键是中国××工业供销总公司的行为是否为出借银行帐户？法庭审理中围绕这一问题展开辩论。

判决结果：第二被告胜诉。

代 理 词

审判长、合议庭：

根据我国《民事诉讼法》第58条的规定，我们受京都律师事务所的指派，担任本案被告——中国××工业供销总公司的诉讼代理人，出席今天的法庭审理。庭审前，我们详细调查、了解了与本案相关的事实，查阅了本案的卷宗材料，特别是通过今天的法庭审理，更加清楚、明确了本案的事实，现依法发表如下代理意见：

一、被告——中国××工业供销总公司不是本案的当事人

1. 本案是基于山东××经济发展公司同吉林××对外贸易公司的棉花购销合同而引起的。我们的委托人不是本合同的当事人，对本合同而言，不享有任何权利，也不应承担任何义务。

2. 法庭审理中原告在回答法庭“为何将中国××工业供销总公司列为本案被告”的问题时说：“根据《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第

52条规定，中国××工业供销总公司出借帐户给吉林××对外贸易公司应列为本案的共同诉讼人”。这一法律适用是错误的。该条对作为共同诉讼人的范围的规定是非常明确的，——为“出借银行帐户的单位”。那么，什么样的行为是出借银行帐户的行为是正确处理本案的关键。换言之，如果我们委托人的行为构成“出借银行帐户”则依法可成为本案的共同诉讼人，反之，如果我们委托人的行为不构成出借银行帐户而是合法使用自己的帐户则不能成为本案的共同诉讼人，即不是本案的当事人。

上述出借银行帐户的行为是指出借人为使借用人获取非法利益将自己的银行帐户借给借用人使用的行为。这一行为的表现形式为将自己的银行帐户给他人使用，而其本质特征是为自己及他人谋取非法利益。本案中我们的委托人是在合法使用自己的帐户——收回自己的货款，而没有将帐户借给任何人使用。庭审中，我们也曾质问原告及其诉讼代理人，如果本行为是出借帐户，那么谁是借用人呢？谁又获取了不法利益呢？对方无言以对。我们恳请法庭注意这一重要事实。

二、关于“汇款行为”的分析

通过庭审，明确了这样两个事实：①山东××经济发展公司的汇款行为同吉林××对外贸易公司偿还货款的意思表示是一致的。我们的委托人于4月25日接到吉林××对外贸易公司的还款通知（已提交法庭），5月3日山东××经济发展公司即将该款汇入我公司（需要说明的是；我们的委托人同山东××经济发展公司以前没有任何经济往来）；②山东××经济发展公司对其汇款行为的性质是应该清楚的。虽然山东××经济发展公司在庭审中否认知道是替吉林××公司还款，但其汇入我们委托人银行帐户的款额为4857076.20元，这一数额与其同吉林××公司棉花购销合同预付款的数额不符而恰好与吉林××公司尚欠我们委托人的货款额完全一致。这一重要事

实，请合议庭在认定山东××公司汇款行为的性质时予以充分考虑。

另外，庭审中我们还注意到这样两个重要的事实：①1995年6月16日山东××公司同吉林××公司达成了一项还款协议书。这一事实足以说明山东××公司明知4857076.20元的还款义务人是吉林××公司，而吉林××公司也承认这一债权、债务关系。②吉林××公司已经偿还了969000元。这一事实进一步证明了上述债权、债务关系，并且吉林××公司作为债务人已经在履行自己的还款义务。

综上一、二所述，各种事实均已证明我们的委托人——中国××工业供销总公司不是本案的当事人，山东××经济发展公司对我方的指控是没有事实根据和法律依据的。

三、关于合法国有资产的保护

我们的委托人——中国××工业供销总公司作为国有大型公司，依法经营，该公司的全部资产及其银行存款，包括吉林××公司通过山东××公司偿还的4857076.20元货款均属合法的国有财产。山东××公司对我方的无理指控已经对合法的国有财产构成了威胁，是一种“吃大户”的错误行为。冻结银行存款已对该公司的经济运行甚至军品供应造成了严重影响。我们恳请合议庭依照本案的事实和相关法律尽快对本案作出公正、合法的裁决，并尽快解冻该公司的银行存款，避免损失继续扩大，以保护合法经营、保护国有资产，避免合法国有资产的流失。

我们保留对因山东××公司无理指控给我们造成损失的追偿权。

此致

济南市中级人民法院

京都律师事务所律师 田文昌

曹树昌

1996年7月28日

▼
▼
▼
▼

香港三公司诉广东省湛江海关 没收货物违法案

案情简介

1991年7月10日，越南“蓝江04号”货轮装载香港三公司价值2千多万元的家用电器（空调、复印机、彩电等）启航，该船行驶至琼州海峡（国际航线）时，突遇十二级强台风，遂偏离航线至中国广东湛江境内抛锚避险，在停泊中被当地公安机关和湛江海关扣留。

7月13日下午2时，海关对该船进行搜查，隔离船员并进行第一次讯问，制作了讯问笔录。搜查结果表明，该船的合法航程是香港至越南海防港，并携带有香港至越南的合法货物提单，同时，还查出越南海防公司与广西防城港公司买卖该批货物的边贸合同；与原告无关的另一家公司香港康宁公司的一份未生效租船合同的附加协议（没有租船合同只有附加协议和催款信函）；若干份电文草稿。

根据当时广西的边贸政策，如果该船货物先运到越南，办理海关手续后再由越南运往广西，即属于中越双方合法的边境贸易；如果由香港直接运到中国广西进行交易，就属于走私。

由于该船货物具有由香港至越南的合法手续，所以，如果再启航驶往越南就是合法，如果驶往广西就可以认定为走私。

问题的关键是：该船偏航避险地点是停泊国际航线上越南与广西的分航点之前，在这个位置上并无法判定其将要驶向哪一个方向。

在讯问船长和船员时，先是称运送该船货物往越南海防港，后又承认开往越南是假的，其真实目的是直接驶往广西防城港。根据船长和船员后来的供述，湛江海关即认定该船是走私，扣留了船、货和船上所有人员。

后经湛江徐闻县公安局侦查经结，以构成走私罪证据不足作出书面结论，撤销案件。但湛江海关仍然认为已构成走私行为，于一个多月以后释放了“蓝江 04 号”货轮和船上所有人员，但没收了船上全部货物。

事后，越南船长陈某、船主及船公司发出 5 份声明书和抗议书，声明承认走私是在逼供下所为，推翻了承认走私的全部口供。香港三公司经向海关总署复议后，又向湛江市中级人民法院提起行政诉讼，越南船长陈某作为第三人参与诉讼。

在法庭审理中，湛江海关坚持认定该船走私的证据主要有三点：

1. 船长与船员的第二次口供：船长和船员在第一次口供中均否认走私，但在第二次口供中承认是走私。

2. 在船上搜查到的与原告无关的另一个公司—香港康宁公司留在船上的一份租船合同的附加协议和一封船长给康宁公司的“催款便函”。“便函”写明“为了保证该船能够及时开航，康宁公司必须在 7 月 11 日将约定的三笔款汇到”，湛江海关依据“附加协议”和“催款便函”认定该船运输的货物是康宁公司的而不是原告三家公司的。

3. 在船上搜查到的电报底稿中的其中三份未发出的电文草稿，其草稿的内容可以反映出该船具有走私意图。但经查

明，其中最主要的两份草稿的拟稿时间是在船员被扣留并被隔离讯问之后的第二天。

在此案中，田文昌律师作为第三人陈某的委托代理人参与诉讼。

此案审理结果是：原告一审胜诉，二审败诉。

二审代理词

审判长

合议庭：

本人作为本案被上诉人（一审第三人）代理人，发表代理意见如下：

法庭调查表明，本案的事实已经十分清楚：上诉人认定被上诉人走私证据不足，一审判决是正确的。由于被上诉人（一审第三人）代理人的基本观点已在答辩状中作了系统表述，同时，被上诉人其他（一审原告）代理人所发表的代理意见也已经全面驳斥了上诉人的观点，所以，在此仅就以下问题提出补充说明：

一、关于蓝江 04 号轮 1991 年 7 月 10 日航次所承运货物的基本情况

关于本航次的基本情况，这是一个十分简单，也十分重要，但却由上诉人人为地弄得复杂化了的问题。蓝江 04 号轮虽然与香港康宁公司签订过为其承运一批货物的附加协议，但是，由于发生了特殊事由，康宁公司事先允诺的付款条件无法兑现，致使该船无法履行原协议，因而放弃了为其承运货物的行为。因此，该船 7 月 10 日航次所承运的是本案被上诉人（一审原告）的货物，并持有承运这批货物的合法证明。上诉

人为了否认这一事实，以在船上搜到的已经失效的“附加协议”和“催款便函”为依据，牵强附会地推定本航次履行的是与康宁公司的协议，承运的是康宁公司的货物。这种推定不仅没有任何证据为佐证，而且，上诉人所提供的“催款便函”的内容本身，恰恰成了否定这种推定的有力证明。“催款便函”清楚地表明：为了保证该船能够及时开航，康宁公司必须在7月11日（注意：是11日，而不是11日之前）将约定的三笔款汇到。而事实上，在康宁公司汇款之前，该船于7月10日晚已经启航离开了香港。这个事实充分说明，该船此航次是在康宁公司无法实现作为开航前提的保证条件的情况下提前开航的，此航次的任务已经与前述的“附加协议”没有任何关系。

根据正常的逻辑，上诉人应当是能够理清这种关系的。然而，遗憾的是，上诉人在没有弄清真相的情况下，草率地作出了缺乏事实根据的处罚决定，而更为严重的是，在当事人不服处罚而提起诉讼后，上诉人为了掩盖错误，便蒙住了眼睛，不顾事实，在一个先入为主的、以构成走私为前提的、有罪推定的既定框架之中进行推理，构想了一个似乎生动却极不严谨的推理故事。并且，为了增强其推理的可信性，又采取了逼供、诱供和隐匿证据等一系列违法手段。例如，上诉人为了证明蓝江04号轮船长和船员口供的一致性，而隐匿了对于上述人员不承认走私的第一次讯问的全部笔录；上诉人隐匿了对所谓的接货人的邝全柏的调查笔录，只因为邝不承认是接货人；上诉人隐匿了蓝江04号轮通过琼州海峡时向海口外代机构通报的电报，借以否认蓝江04号轮进入我国海域的公开性和合法性；上诉人向法院提交了自以为可以证明走私的，但内容却不真实的电文稿的复印件，却隐匿了与其推理结论不相符合的其他电文稿的原件；上诉人隐匿了越南海防公司与广西防城港公司合法易货贸易合同的提单，有意割断了香港——越南——广西三方连环购销合同之间的联系……。

综上所述不难看出，上诉人隐匿上述证据的作法，从始至终，已经形成了为其认定被上诉人构成走私而服务的紧密衔接的一套完整步骤。正是这种作法，导致了本案的复杂化，同时也反映了上诉人在本案举证中的违法性和不真实性。

二、关于上诉人举证的不真实性

上诉人以蓝江 04 号轮船船长、船员的所谓“供词”作为认定走私的证据。但是，第一，船长陈大陆，越南海防运输公司和船主代表黎大周发表的五份声明已经明确申明，他们的供词是在威逼之下作出的，不符合事实。第二，上述人员的供词前后矛盾，不能自圆其说，这样的供词本身就反映出其意思表示和内容的不真实性。第三，上诉人在向法庭提供这些“供词”时，故意隐匿了上述人员否认走私的第一次“供词”，并且，上诉人在法庭上已经不得不承认了自己的这种违法行为，此足以证明，上诉人提供的所谓“供词”既不合法，又不真实，根本不能作为定案的根据。第四，在一审法庭审理中，当上诉人无法解释这些“供词”的矛盾和其隐匿证据的行为时，已经当庭表示：这些“供词”不具有真实性和可靠性，不能作为定案的根据，而只能根据其行为事实来加以认定。然而，在上诉状中，又将这些已被自己否定过的“供词”提出来，作为其认定走私的证据，显然是过于牵强的。

三份电报草稿，也是上诉人视为法宝的重要证据之一。然而，第一，这些电报草稿充其量是一种间接证据。第二，这些草稿只是一些复印件，而复印件根本就不能作为证据使用。第三，法庭调查中已经查明，有两份电报稿是在发报机失灵和船被公安机关扣留检查并且限制了船员的人身自由，进行了第一次讯问以后才拟出的。在失去自由的状态下拟出的可以证明自己具有走私意图的电报稿所表达的是何人的意志？在已经不能发报的情况下又连续地草拟电报稿究竟是为了什么？这个问题岂不是令人费解吗？

显而易见，这些电报草稿的内容根本就不真实，至于这些电报草稿究竟是怎么来的，只有上诉人自己才知道。

三、关于间接证据的效力问题

上诉人认定蓝江 04 号轮走私的所谓证据，均属间接证据。暂且抛开这些证据的真伪不谈，众所周知，即使是真实的间接证据，也不能直接作为定案的根据。只有在多种间接证据能够形成一个完整、严密的证据链条，而在对这个链条的分析中只能得出唯一的一种结论，不能得出第二种结论的情况下，这些间接证据才能作为定案的根据。然而，上诉人所列举的间接证据完全不具备这种条件。不仅可以兼容各种不同的分析和推断，而且本身也不能自圆其说，这种间接证据，显然不能作为定案的证据。

四、关于蓝江 04 号轮的行为事实

对于蓝江 04 号轮 7 月 10 日航次的基本情况，在答辩状中已经作了全面说明。在此要强调的是：认定某一行为是否构成走私，必须以其行为事实为依据。上诉人在两次法庭审理中都犯了一个同样的错误：即置行为事实于不顾，一味在分析推断上大作文章。当我方一再指出“蓝江 04 号轮”实施避险的地点（也是被扣留的地点），是在国际航线上，是在中国与越南两个方向的分航点之前，因此不能证明该船具有走私的行为事实时，上诉人代理人却打了一个比喻说：“分航点之前的海域就好比是个屋，而“蓝江 04 号轮”就好比是个贼，贼只要进了屋就必定要偷东西，难道还非要等他偷了东西才能证明他是贼吗？”上诉人代理人例举的这个“贼进屋”的故事，虽很荒唐，却极其生动地暴露了导致上诉人作出错误处罚决定的一贯性的指导思想：其一，上诉人认为，贼只要进了屋，就必定要偷东西，就可以认定是贼，而不问其是否实施了偷窃行为。实在难以想象，这样的语言居然也会出现在法庭上。因为众所周知，“捉奸捉双、捉贼捉赃”。这个道理已经浅显到了人人皆知

的程度。而上诉方代理人竟然会抛开盗窃的事实去奢谈对“贼”的定性。其二，上诉人所讲的“贼进屋”的故事的真正荒唐之处还并不在于“进屋是贼”。因为上诉方代理人刚才讲的是“贼”只要进了屋，没拿东西也是贼，所以，事实上她把对“贼”的定性又向前推进了一步，在进屋之前就把行为人的身份确定是贼了。以此推演，既然已经是“贼”，即使不进屋也照样可以抓起来。按照上诉人的这种逻辑，正象“丢了斧子的人”一样，因为怀疑是贼，所以越看越像是贼，在此情况下，行为事实早已失去了本来的客观属性，而是成了主观推断的产物。这种逻辑与上诉人杜撰推理故事的思路完全一脉相承，进一步暴露了其作出错误行政行为的认识根源。所以，上诉人在法庭上所讲的纯粹是一部推理小说，根本没有事实，更没有法律依据。实际上，上诉人只要从尊重事实和法律的角度来分析问题，扭转一下主观唯心主义的思想方法，就不会发生错误的行政行为，也不会在诉讼中继续坚持错误。

以客观的行为事实来认定行为的性质，这是法律规定的基本原则。蓝江04号轮7月10日航次的行为事实非常明显：在抵达广西与海防的分航点之前的国际航线上行驶时，突遇强台风，依照国际惯例顺应风向偏航寻找避风点，最后在流沙港避风。此时，既没有驶向通往广西的航线，也没有进入上诉人所说的什么“屋”（指“贼”进屋的比喻）。这一点，在海图和航海日记中已经反映得清清楚楚。面对这种事实，上诉人有何证据一口咬定蓝江04号轮是驶向我国广西进行走私呢？难道上诉人真的不懂得这种认定缺乏最起码的客观依据吗？对于如此简单的道理和法律常识，上诉人竟然置若罔闻，实在使人震惊！

五、关于海关处罚决定与公安机关侦查结论的矛盾

对于本案的侦查，是由徐闻县公安局与海关共同进行的。然而，在公安机关经过侦查，已经得出结论，认为认定蓝江

04号轮构成走私犯罪事实不清，证据不足，予以撤案而退回海关之后，海关却又作出了构成走私行为的行政处罚。这是公然违背法律规定的。根据全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》，个人走私价额两万元以上，单位走私价额30万元以上，即构成走私罪。这说明，走私行为与走私罪，在行为性质上是相同的，两者的区别主要在于数额的大小。那么，本案中所涉及货物价额早已远远超过了构成走私罪的法定条件，何以能够仅构成走私行为而不构成走私罪呢？本案的性质十分明显，只要是走私，就一定构成犯罪，只要不构成走私罪，就一定不是走私。可见，海关的处罚决定与公安机关的侦查结论明显矛盾，是不能并存的。

在此，被上诉人代理人还要提请法庭注意到一个重要问题：在缉私工作中，海关部门只有调查权并没有侦查权，而公安机关才具有侦查权。当公安机关运用侦查手段已经得出了不能认定其走私性质的结论之后，只有调查权的海关却又作出了认定走私性质的结论，这两种结论究竟那一种更科学、更准确、更有效力，无论从事实上，还是从程序上，都应当是一目了然的。

六、关于上诉人的诉讼作风所反映的问题

在开庭审理过程中，上诉人竟然不顾诉讼原则和法庭纪律，当庭多次质问、威胁被上诉人，对被上诉人妄加罪名，口口声声要被上诉人承担法律责任，威胁被上诉人代理人不要替走私分子说话，更有甚者，上诉人还公然向法庭施加压力，声称什么由于一审判决海关败诉，而造成了近一时期粤西海面上走私猖獗。这种说法，不仅是对法律的严重亵渎，是对法制建设的粗暴践踏，而且也充分暴露了上诉人一贯的办案作风，可以想象，在庄严的法庭上，面对于法官和律师尚且如此，在对于作为其处罚对象的当事人的调查取证中，又如何能依法办事呢？上诉人的这种诉讼作风，难道不是对于其违法取证和违法

举证的一系列行为的一个极好的印证吗？

综上，被上诉人（一审第三人）代理人认为，一审法院对本案的判决重事实、重证据，不仅是正确的，而且是认真、严肃的，充分体现了行政诉讼的立法精神和基本原则，而上诉人的上诉理由是不能成立的。希望二审法庭在进一步调查审理之后，能够作出公正裁决。

本代理人还认为，本案是一桩重大的涉外行政诉讼案件，能否公正处理，对于我国的法制建设，司法机关的形象，直至改革开放的深入发展，均有重大影响。因此，请法庭予以重视。

此外，本代理人诚恳、善意而严肃地向法庭指出：两天的审理过程表明，审判长对于法庭审理的主持是不公正的。希望不要因此而影响对本案判决的公正性。对此，请合议庭予以高度重视。

本案被上诉人（原审第三人）代理人
北京市第六律师事务所律师 田文昌
1992年12月

▼
▼
▼
▼

李强律师诉贵州省遵义县 公安局限制人身自由违法案

案情简介

1993年3月26日，中国政法大学教师，华联经济律师事务所律师李强接受北京大兴县某研究所韩某委托，担任其与遵义石油公司经济纠纷案的民事代理人。在此案调解和诉讼过程中，遵义公安局以诈骗罪名抓走了韩某及其子；李强律师为此向最高检察院和公安部反映情况，指出遵义公安局违法越权干预经济纠纷案件，此间，又于1993年4月10日代理韩某在大兴县法院提起行政诉讼。

1993年5月8日晚，李强律师在另一名当事人家中调查之际，被遵义公安局连同该当事人一起抓走，非法拘禁16个小时，捆绑殴打致轻伤害。

李强被释放后，向北京市海淀区人民法院提起行政诉讼。

一审中被告拒不出庭，法庭当庭宣告李强律师胜诉。

被告不服判决提出上诉，并于二审时出庭应诉，辩称李强律师有参与诈骗嫌疑，拘传李强有合法手续。二审维持原判。

一审代理词

审判长、合议庭：

我们接受原告人李强律师的委托，并受北京市第六律师事务所的指派，担任本案原告李强的诉讼代理人出庭参加诉讼，现针对被告遵义公安局非法限制原告人身自由的具体行政行为及其辩解，提出代理意见如下：

一、被告非法限制原告人身自由的行为，是行政违法行为，不属于刑事司法活动的范围

在被告非法绑架、拘禁原告的当时，在原告所在单位中国政法大学校长对其提出质问后，被告于第二天下午将原告送回政法大学，并向当时在场的中国政法大学副校长及李强本人赔礼道歉，还留下 100 元钱作为医疗费。

当原告向法院提起行政诉讼后，被告又转而拒不认错，并到处散布说李强也不是好人，似乎不是好人就该抓、该打。

当海淀法院受理本案后，被告又提出，他们限制李强人身自由的行为是刑事司法行为，不是行政行为，并以此为由拒绝出庭应诉。

从被告的上述表现不难看出，被告明知自己行为的违法性，在其赔礼道歉的表示未能大事化小，掩盖其错误的情况下，又以司法行为为借口，拒不应诉，坚持错误。被告的这种理由是完全不能成立的！

在说明这个问题之前，代理人首先向法庭出示一个表明本案发生发展全过程的发人深省的日程表。这个日程表能够客观地反映出被告行为的真正性质，同时也能反映出被告实施上述违法行为的动机和起因。

一份发人深省的日程表

1993. 3. 23: 大兴县建筑岩土工程研究所与遵义县石油公司因购石油中介费问题发生经济纠纷。表现: 遵义石油公司副经理王绍荣等人到研究所, 要求退还中介费。

3. 25: 纠纷冲突升级, 遵义方提出用黑道、白道解决。

1993. 3. 26: 研究所韩中卿等人委托李强律师代理解决纠纷 (此前, 李强与韩等素不相识)。

[此表明: 李强接触此案, 是在纠纷发生之后。]

4. 3: 遵义石油公司向遵义法院经济庭起诉, 同时, 遵义县法院经济庭作出诉讼保全裁定书 (第 5 号)。

4. 7: 遵义县公安局到京抓走研究所法人代表韩中卿。

4. 9: 遵义县法院向北京东城区城市信用社发出协助执行通知书, 划走研究所款项 350900 元至遵义县工商银行南白分理处 144015 号, 法院经济庭收。同日: 遵义县公安局又抓走了与本案无关的韩中卿之子韩跃生。

4. 10: 李强律师代理韩中卿向北京大兴县法院对遵义县公安局提起行政诉讼, 诉其收容违法, 并将诉状发到大兴法院。

同日: 大兴县法院行政庭关庭长持诉状到大兴县看守所会见韩中卿, 询问其是否同意诉讼。韩同意并签字后, 遵义县公安局企图阻止诉讼, 向关庭长施加压力, 直至在诉状上划去了韩中卿的签字后, 关庭长才得以从看

守所脱身。

- 1993.4.11: 遵义县法院又作出另一份民事裁定书(第7号), 裁定划拨研究所在北京的银行存款。
- 4.12: 遵义县法院向北京大兴县建设银行发出协助执行通知书, 将研究所帐户上的存款10 07021.5元划拨到遵义县工商银行南白分理处144015帐号, 法院经济庭收。
- 4.14: 华联经济律师事务所向大兴县法院致函, 要求排除干扰, 保护公民的诉讼权利, 该函抄报中央有关部门及贵州省公安厅。
- 4.20: 华联经济律师事务所致函公安部陶部长, 控告遵义县公安局的非法拘禁行为。
- 5.8: 李强律师晚9点多钟被抓。
- 5.9: 凌晨5时, 向李强出示传唤通知书(传唤通知书的发出日期是5.6; 传唤送达时间是5.9。)下午2:30, 将李强送至中国政法大学。

首先, 这个日程表已经说明: ①李强律师代理的案件的起因是经济纠纷; ②遵义县法院已经受理该案, 采取了诉讼保全措施, 并且已经先予执行, 划走了100多万元款项; ③遵义县公安局拘捕案件当事人的行为发生在法院的民事司法行为之后, 继而又与法院的司法行为交叉进行。

这些事实足以说明: 案件的性质是经济纠纷, 而且是法院经济庭正在审理中的经济纠纷。在法院审理过程中, 被告以诈骗为名, 抓人索款, 显然属于违法越权干预经济纠纷的性质。更为明显的是, 对于同一案件事实, 法院的民事审判与公安局的所谓刑事侦查交叉进行, 是显然违反司法程序的。

其次, 被告诉称, 他们抓的不是律师, 而是诈骗案的同案人, 将进行诉讼代理活动的李强变成了所谓诈骗案的同案人。这种移花接木的作法实在是过于牵强了。

第一，李强是律师，是履行了委托手续的诉讼代理人，身份是明确的。

第二，李强代理案件不是个人行为，而是职务行为，华联经济律师事务所致大兴县法院和公安部的两份公函足以证明李强进行代理活动的公开性和合法性。

第三，李强受理案件，接受委托，是在当事人的纠纷发生之后，是在双方经济活动完成之后，不存在其参与所谓“诈骗”活动的任何条件和可能性。对于这一点，被告本来就十分清楚，甚至于清楚到在他们事后所做的辩解中都自相矛盾，无法否认这个基本事实。

请看：在1993年8月10日被告呈交给贵州省公安厅《关于石光夫、韩仲卿诈骗案及有关情况的报告》中自称：“韩仲卿受到石光夫的威胁，觉得安全失去保障，为维护自己的非法利益和融解矛盾而聘请李强进行调解提供服务”，还称“李强在知道该诈骗案部分情况后，仍然收取代理费，提出……”很显然，他们既了解李强是在当事人纠纷发生之后才接受委托，又自称李强只不过是事后才知道案件的“部分”情况，这已经不打自招地充分证明他们将李强作为所谓诈骗案同案人的说法，纯系自欺欺人！其目的就是规避审判，掩盖其行为的违法性。

其三，被告辩称，他们非法限制李强人身自由的行为是依照《刑事诉讼法》第63条和《公安机关办理刑事案件程序规定》第52条的规定实施的。但他们回避了一个实质性问题：以上两条规定的“传唤”，均是针对刑事被告人采取的措施，如果这种规定也能适用于律师的身上，那就意味着，每一个承办案件的律师都随时具有被公安机关“依法传唤”的可能性，如果照此办理，还有没有人敢做律师，中国的法制将向何处去？

其四，被告于5月8日晚以突然袭击的方式将李强暴力绑

架；5月9日凌晨5时才出示传唤通知书，而通知书的签发日期是5月6日，这些做法中漏洞百出，存在太多的疑点：

第一，5月9日才出示传唤证，那么5月8日晚的行为连形式上的合法手续都不具备，其行为的合法性从何而来？

第二，传唤不是拘传，是不能采用暴力的，那么，对于暴力绑架李强的做法又如何解释？

第三，被告自称“传唤”李强是为了了解案情，那么，在询问之时就进行了长时间的捆绑、殴打、又将做何解释？

第四，既然早已签署了5月9日传唤李强的通知书，为什么在5月8日晚上还没有通知李强，却偏偏从天上掉下来了一个在当事人家中巧遇李强的机会。而在绑架李强后还一再声明：“本来没想抓你”，不知道你在井秀华家中”。以后又进一步声称，抓李强是因为他“妨害公务”。是因为他“冒充公安部”的人员，那么“巧遇”、“妨害公务”“冒充公安部人员”，这种种理由与通知书的传唤理由到底以哪个为准？哪一种是真的？哪一种假的，我想，这个问题连被告自己也说不清楚。这再一次反映出被告行为的违法性和任意性。

第五，被告在编造李强妨害公务的理由时，忽略了一个重要的破绽；他们5月8日晚执行的所谓公务是抓案件证人井秀华，而到井秀华家中后，却是不由分说地先绑架李强，后抓的井秀华，他们忘记了给李强留一点妨害公务的时间，实在是过于粗心了。

第六，被告在编造李强冒充公安部人员的理由时，又忽略了另一个重要破绽：绑架李强时，经济纠纷案的对方当事人遵义石油公司的经理吴琉奎是与被告同行的，而吴琉奎既认识李强，又清楚李强的身份（因为李强作为代理律师与吴琉奎进行过协商），在彼此了解对方身份的情况下，所谓李强冒充公安部人员的情况是根本不可能发生的。

第七，被告辩称在绑架李强时，不知李强是律师。这种说

法更是不能自圆其说。且不说李强在被绑架时已经声明自己是律师，只看传唤证的日期就可以揭开这种谎言，对李强的传唤证上写明的签属日期是5月6日，而于5月8日晚上，又是在李强代理案件的当事人家中绑架李强时，却不知道这个李强就是欲将传唤的律师李强，岂非咄咄怪事？这种现象只有在一种情况下可以发生：那就是在签发对李强的传唤证的时候，被告并不了解李强的身份。本代理人实在不敢相信，也不愿相信被告会做出如此草率的传唤决定！若果真如此，那么后果将是不堪设想的。因为这意味着，在5月9日之前，所有名叫李强的人都会面临被传唤的危险！

综上所述，被告在明知案件性质和李强的律师身份的情况下，在李强律师依法执行职务过程中，非法限制其人身自由的行为，根本不属于刑事司法活动的范围，纯系利用职权进行的报复行为。本案发生与发展的过程清楚地表明，由于原告李强认为被告违法越权干预经济纠纷案件，而代理委托人向法院提起行政诉讼，并且以律师所的名义向有关部门提出控告，因而导致了被被告的绑架，殴打和非法拘禁。被告的上述行政行为绝不能与正常的司法行为混为一谈。

本代理人在此着重指出，公安机关的地位是一身两职，其活动方式具有特殊性，因此，在进行职务活动时，其行政行为与司法行为应当有一个明确的界限，如果随意混淆这个界限，以司法行为来掩盖其行政行为的违法性，就会为滥用职权的违法行政行为制造借口，就会严重妨碍公民的行政诉讼权利。

二、被告非法限制原告人身自由的行为，严重侵犯了原告的人身权利，并且妨碍了律师代理诉讼的正常活动，性质严重，情节恶劣

被告在没有任何合法手续的情况下，利用公安机关的行政职权，随意拘捕、捆绑、殴打原告，给原告造成轻伤程度的身体伤害，非法限制其人身自由达16个小时之久，这是对公民

人身自由权和健康权的严重侵犯。更为严重的是：被告明知他们所插手的经济纠纷已经在法院提起民事诉讼并且法院正在审理的过程中，被告也明知原告是律师，是这起经济纠纷案件的一方代理人。在此前提下，被告不仅坚持其违法越权干预经济纠纷案件的错误行为，而且变本加厉，将矛头直接指向代理律师；在律师正在执行职务的过程中，对之施加暴力并限制其人身自由，使律师的职务活动被迫中断；继而又对当事人施加压力，迫使其在看守所写信要求解除对律师的委托；更为甚者，还公然毫无道理地到华联经济律师事务所强行索要律师依法收取的3万元代理费（遭到华联所领导严辞拒绝）。这一系列行为，早已超出了对一个普通公民侵权的范围，它严重妨碍了律师代理诉讼的正常活动，是对律师合法权利的侵犯！是对律师办案的干扰！是对我国刚刚兴起正在走向正轨的律师制度的破坏！从根本上说，是对我国法制建设的破坏！

众所周知，在全党和全国人民的一道努力下，我国的法制建设已经取得了可喜的成绩，并且正在深入发展。健全法制是顺利进行社会主义建设，实现党中央改革开放战略总方针的根本保障；维护法制则是全党、全军、全国人民，更是执法机关不可忽视的一项重要任务！因此，对于被告所实施的违法行为，应当提到健全、维护和发展法制建设的高度上加以认识和处理，以法律的名义，以法律的权威性和强制力遏制那些为了维护某种局部利益而破坏法制的行为，防止它们继续发生。

在此，本代理人诚恳地希望被告也能够以此为戒，冲破狭隘的本位主义观念，以国家利益和人民利益为重，充分认识到自己行为的违法性和情节的严重性，认真纠正错误，以求在以后的执法活动中，能够严格依法办案，避免错误，为我国的法制建设作出应有的贡献。

致

海淀区法院行政庭

北京市第六律师事务所律师 田文昌
原告代理人：中国政法大学副教授 张树义

1994年7月20日

二审第二轮法庭辩论词 (根据录音整理)

被上诉人的主要代理意见，已经在第一轮辩论中作了系统阐述，现在仅就上诉人提出的一些主要论辩理由作以针对性的反驳，并简要补充几点意见：

一、关于李强律师的所谓诈骗嫌疑问题

李强律师与诈骗无涉，这个问题已在代理词中说得清清楚楚，且上诉方毫无任何证据，但上诉方却一再纠缠不休，企图以此来开脱自己的责任。在此，我想提醒上诉方注意一个问题：李强律师是在双方当事人的纠纷发生之后才接受委托、代理本案的，事前与委托人素不相识。那么，假定李强的委托人实施了诈骗，李强如何会在其诈骗的行为完成之后再去涉嫌或者参与诈骗呢？难道诈骗行为也可以后补吗？更为可笑的是，上诉人在法庭调查中声称，该局在1993年3月31日对韩仲卿等人（李强的委托人）立案时就已包括了李强，那就是说，李强于1993年3月26日第一次见到韩仲卿，接受委托，3月31日才第二次与韩见面，在第二次见面的同一天，就被远在贵州的遵义公安局作为诈骗嫌疑犯立了案，此时上诉人怎么会知道有个李强也参与了诈骗了呢？贵局即使在这一天听说李强接受了委托又有什么证据证明李强参与了诈骗呢？上诉人在法庭调查中明确表示，认定李强参与诈骗的唯一根据是在将韩仲卿收

审以后，韩承认说李强唆使其转移了所谓的赃款，可事实上，韩1993年4月7日才被上诉人抓走，那么，在韩被抓之前对李强立案的根据又是什么呢？这种不攻自破的谎言难道可自圆其说吗？

在我们列出上诉人与遵义法院交叉办案的时间表，揭穿其违法越权干预经济纠纷的实质时，上诉人出具伪证，称遵义法院已于4月7日将该案移送于公安局，可是上诉人却忽略了一个重要事实：遵义法院在4月11日、12日还连续两次下裁定，冻结李强的委托人在北京的帐户。如此看来，所谓“移送”的真假不就一目了然了吗？问题很简单，无非是两种可能，如果移送是假，证明上诉人不仅违法办案，而且出具伪证；如果移送是真，证明公、法交叉办案是实，公、法两家同时违法，性质更加严重，地方保护主义的目的暴露得更加充分！

而且，无论是公安局、法院、还是检察院，根据“发案地”的管辖原则，遵义的哪一家都没有管辖权，这又进一步暴露了上诉人违法干预经济纠纷的真实目的。

二、关于李强代理案件的合法性

上诉人以李强律师代理案件不合法为由，而否定李强是职务行为，进而强加李强涉嫌诈骗。究竟李强代理案件是否合法，刚才我方宣读的代理词已经阐述得十分明确，我只是再强调几个要点。其实问题很简单，上诉人指责李强是私自代理，那么什么叫私自代理？证据表明，李强的委托代理合同有公章，有证明人，律师事务所承认，这是不能否认的，既然有公章，有证明，有领导同意的代理还叫私自代理，那么请问上诉人，什么样的代理才不是私自代理呢？是不是还要盖上公安局的公章才叫不是私自代理呢？上诉人还说，李强的行为避开了律师事务所，这也很简单，我们也读了律师事务所主任的证明，说明李强没有避开律师事务所去执行职务。这也不是事

实。上诉人又讲李强私自收款，我们出示了收款收据。还要什么？有收据，有证明，也叫私自收款。那么，同样道理，什么才叫不是私自收款呢？显然做不出别的解释，只能证明是强加于人。

不仅如此，我们暂且不说上述几个问题是“私自”还是“不是私自”，“合理还是不合理”以及收费是否合乎标准，等等，这些问题应当谁来管呢？法庭调查中上诉人亲自宣读了《律师管理暂行条例》，而《条例》明确规定这些问题是由律师主管部门来管，那么，上诉人有权管，有权过问吗？是不是管得太多了点？从贵州管到北京，从当事人管到律师！直至管到律师的收费和委托手续，谁给上诉人的权力？律师条例也好，诉讼法也好，哪一条法律、法规有这种规定？我想，这种转移视线，混淆视听的作法无非是为了往李强的身上泼一些脏水，为自己的违法行为找找借口而已。然而，这是于事无补的，解决不了问题。

更加不能容忍的是，上诉人把律师代理费诬为赃款。上午在法庭调查中，我一再问上诉人，到底指的赃款是哪一笔钱，上诉人已经确认，就是“所谓的代理费”。然而，那笔“所谓的代理费”是有手续，有收据，有公章的代理费。不管是否“所谓”，它到底是不是赃款？显然是十分清楚的，不仅将代理费诬为赃款，而且，上诉人还居然到华联律师事务所去强行索要3万元的律师代理费，遭到了华联律师事务所直至司法部的严辞抵制而未逞。这又说明什么？如果按照上诉人的逻辑，每个律师的代理费随时都有被诬为赃款的危险，如此下去律师代理费怎么收，这倒是个值得研究的问题了。

三、关于“被告”的问题

这个问题我本不想多讲，因为前面已经讲得很清楚了，但上诉人一再提出来，纠缠不休。我想这个问题并不难解决。首先我重复一句我们在代理词中对“被告”所作的解释：“被告”

是指已受到指控的犯罪嫌疑人。然而，上诉人却提出了另一种解释，那么让我来解释一下，上诉人的解释应当怎么理解，我们还用这个作根据。（展示法规），这是上诉人一直作为根据的一个根据，也就是公安部关于《公安机关办理刑事案件程序规定》。该《规定》第22条明确规定，“对被告人和犯罪嫌疑人，根据案件情况应……”如何如何，这里不用往下读，就看这前一句话，“被告人和犯罪嫌疑人”是什么意思？稍有语文知识的人都会知道，“被告人和犯罪嫌疑人”意味着，被告人不等于犯罪嫌疑人。这一点还可以置疑吗？我想，没有理由再可辩解了吧？被告人和犯罪嫌疑人是两个概念。这是其一。

其二，上诉人提到，如果这样理解的话，那么公安机关就没有办法采取强制措施了，理由是“如果按照被上诉人的解释，公安机关就不可能对“被告”采取强制措施，而只能对嫌疑人采取了，那恐怕法律就得修改了。“这一点我提醒上诉人不必多虑，道理很简单，在刑事诉讼中有些被提起公诉的被告人和自诉案件中的被告人，在开庭审理前并未先行羁押，他们同样是被告，他们被起诉，被指控了，但是并没有被羁押。在必要时候，公安机关当然可以对其采取强制措施。怎么解释不了呢？可见，至少暂时法律还不必修改。

四、关于“传唤”和“传唤证”的问题

对这个问题也不想多说，但由于上诉人一再坚持，我只好做一些补充说明，在上午的法庭调查中我曾专门问过上诉人：“关于传唤有什么具体规定？”虽然上诉人没有作出明确的回答，但是法律是有回答的。传唤不是强制措施，传唤不包括强制，更不包括暴力。所以被传唤的人即使不到案，也不能采取强制手段，我在向上上诉人提问时，上诉人这样回答我：“如果被传唤者不来。可以拘传。”这句话是正确的，但是在正确的后面却带来了不正确。问题就在于，上诉人对李强律师采取了实为拘传的手段，而出具的却是传唤证，是不包括也不可能使

用强制手段的“传唤证”。这是什么问题？合法吗？《公安部机关办理刑事案件程序规定》第22条明确规定，对于“经过传唤没有正当理由不到案的，可以拘传。”同时，紧接着在第23条又规定，“执行拘传的时候，要向被拘传人出示《拘传证》。”可事实上，上诉人既没有出示拘传证也没有补开拘传证。这恐怕是一种疏忽吧？那么很显然，尽管上诉人用心良苦地炮制一张后补的、虚假的，而且是前后矛盾的“传唤证”，但由于“传唤证”与“拘传证”的本质差别，还是照样不能掩盖上诉人行为的违法性，可以说，虽然上诉人补上了一张前后矛盾的传唤证，即使这张传唤证就是真的，但由于它与上诉人所采取的实际手段根本不具有同一性质。因此，上诉人强行绑架，拘禁、殴打李强的行为自始至终都是违法的，没有一分钟的合法性！

这种行为如果不是违法行政，还会有什么行为是违法行政，还会不会存在违法行政行为，我想这个问题是明确的，不容置疑的！

五、最后，针对本案的有关问题，我想表明以下几种观点：

1. 关于对本案根本性质的认识

通观本案和通过本案证据的审查与认定表明：

首先，李强所代理的案件本身就是经济纠纷案，而不是诈骗，那么，李强本人更不可能是诈骗的嫌疑人，同样，李强也不可能是上诉人所说的被告人。可见，从根本上说，本案就没有构成刑事案件，因此说，上诉人以公安部《关于办理刑事案件程序规定》为依据为自己开脱责任，本身就站不住脚。我再重复一遍（出示《规定》），这是关于办理刑事案件的规定，而在李强的身上根本就不存在刑事案件的问题，所以，上诉人将其作为依据的依据本身都不成立，也就是说根本就不能以此为依据。退一步讲，即使以此为依据，也是自相矛盾的，这个由

上诉人当作依据的依据并不能为上诉人的理由提供依据。

其次，拘传李强没有合法手续，因为所谓的传唤证与上诉人实施的暴力行为完全不相符合，而且案件根本就不属上诉人管辖。这个事实一方面说明上诉人连自己作为借口的规定都没有遵守，另一方面又进一步说明，上诉人明知自己所实施的并不是刑事司法行为。否则，怎么会明知超越了管辖权还越权管辖，而又不远千里地来北京抓人呢？

以上两点说明，上诉人的所谓“刑事侦查行为”一说，是没有理由可谈的，一句话，只能是违法行政！

2. 上诉人实施违法行政行为的实质和原因

由于本案很具有典型性，所以，分析其形成的原因是必要的。本代理人认为：

首先，在地方保护主义思想支配下，为了维护本地区的经济利益，上诉人违法越权干预经济纠纷案件，实施了第一次违法行政行为。

继而，在李强律师坚持原则，依法向上级有关部门汇报和揭露其违法行为，致使其第一次违法行政的行为受阻后，上诉人恼羞成怒，又对李强律师采取了有预谋、有步骤的报复手段，进一步实施了更加严重的第二次违法行为，将违法侵权的矛头直接指向了执行职务中的李强律师。

这是上诉人行为的实质，也是上诉人一再实施违法行政行为的根本原因所在。

3. 本案应当记取的教训和具有的社会意义

对于上诉人来说，本案的教训是深刻的。上诉人身为公安机关本应是维护法制的卫士，然而，上诉人的行为却一而再，再而三地，粗暴地践踏法律，不仅侵犯了被上诉人的人格、自由和健康，侵犯了中国律师的尊严，更严重的是，它给正在深入发展的中国法制建设蒙上了一层阴影，破坏了执法机关的形象，降低了社会公众对执法机关的信赖感，从而在根本上是破

坏了法制建设的发展。

为此，我们诚恳地希望上诉人能够虚心地、真诚地纠正自己的错误，并能深刻地记取这一教训，排除干扰，以实际行动扭转自己的形象，使自己的行动走上依法行政的正确轨道。

总结教训的同时，还应当看到本案的社会意义。一个事物的正面效应，往往是从它的教训中引发出来的。在本案发生后，引起了全社会的强烈反响：全国律师界支持李强，社会公众支持李强，新闻舆论界支持李强，法学理论界支持李强。当一审法院判决李强胜诉后，全社会反响更加强烈：人们增强了对律师行业的同情，尊重和支持，增强了对司法机关的信赖；更重要的是，增强了对中国法制建设的信心。

可以说，本案的公正判决和宣传，无疑会对中国的法制建设产生一股巨大的推动力，这种推动力的社会意义是不可估量的！我深信，本案之后，类似的案件一定会大大减少，律师工作的阻力会大大减少，公安机关的行政行为将会更加谨慎，司法机关的威望和法律的权威性将会大大提高！这一切，将会使每一个关心中国法制的人感到无比欣慰！

但是，这种效益的取得是来之不易的，为此，李强律师付出了沉重的代价！

在中国法制建设的发展进程中，虽然有些代价是必须付出的，但我们每一个人都有责任、有义务把这种代价减少到最低限度！

最后，为了李强律师的付出，为了中国法制建设的希望，我作为李强律师的同行，作为李强的师长，作为一个法学工作者，在此特向李强律师表示真诚的敬意！

谢谢！

李强代理人：北京市第六律师事务所律师 田文昌

1994年12月16日