

LÜSHI LUNBIAN  
DE  
SHUYUDAO

FANJIANMIN XINGSHI BIANHU DAILI 55 LI

樊建民 著

# 律师论辩的 术 与 道

樊建民刑事辩护代理55例

非  
外  
借



法律出版社 LAW PRESS · CHINA

LÜSHI LUNBIAN  
DE  
SHUYUDAO

FANJIANMIN XINGSHI BIANHU DAILI 55 LI

樊建民 著

# 律师论辩的 术 与 道

樊建民刑事辩护代理55例

## 图书在版编目(CIP)数据

律师论辩的术与道：樊建民刑事辩护代理55例 / 樊建民著. -- 北京：法律出版社，2018

ISBN 978 - 7 - 5197 - 2694 - 2

I. ①律… II. ①樊… III. ①刑事诉讼—辩护—案例—中国 IV. ①D925.210.5

中国版本图书馆CIP数据核字(2018)第211535号

律师论辩的术与道

——樊建民刑事辩护代理55例

LÜSHI LUNBIAN DE SHU YU DAO

—FANJIANMIN XINGSHI BIANHU DAILI 55LI

樊建民 著

策划编辑 邢艳萍

责任编辑 邢艳萍

装帧设计 汪奇峰

出版 法律出版社  
总发行 中国法律图书有限公司  
经销 新华书店  
印刷 北京虎彩文化传播有限公司  
责任校对 杨锦华  
责任印制 吕亚莉

编辑统筹 法律应用·大众读物出版第二分社  
开本 720毫米×960毫米 1/16  
印张 26.75  
字数 480千  
版本 2018年10月第1版  
印次 2018年10月第1次印刷

法律出版社/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

网址/www.lawpress.com.cn

投稿邮箱/info@lawpress.com.cn

举报维权邮箱/jbwq@lawpress.com.cn

销售热线/010-63939792

咨询电话/010-63939796

中国法律图书有限公司/北京市丰台区莲花池西里7号(100073)

全国各地中法图分、子公司销售电话：

统一销售客服/400-660-6393

第一法律书店/010-63939781/9782

西安分公司/029-85330678

重庆分公司/023-67453036

上海分公司/021-62071639/1636

深圳分公司/0755-83072995

书号：ISBN 978 - 7 - 5197 - 2694 - 2

定价：79.00元

(如有缺页或倒装，中国法律图书有限公司负责退换)

## 自序

大学物理专业毕业后到中学教学,之后通过国家司法考试成为一名执业律师,后脱产到高校攻读法律硕士,毕业后到警校任教,脱产攻读法学博士学位后最终到河南大学法学院任教,我经历了一个复杂多样的工作经历,经历了一个从理科逻辑向文科思维的转化,也积累了比较丰富的社会知识和经验技巧。我深知,法学研究、法学教学离不开社会实践,特别是法律实践,否则就是无缘之本、无源之水,缺乏生命力、震撼力、活泼力、秀气和灵气,故而在进入河南大学教学后便兼职做律师。可以说,我在教学、科研中得到的一些成果,无一不与我从事律师职业活动的知识、经验有关。

目前的法学理论与法律实践脱节和相关学科之间脱节的现象甚为严重,当我以辩护人的角度实际代理案件时,发现学界存在诸多的盲点,理论根本无法解决实践中的许多问题。只有在错综复杂的真实案例中和控辩双方激烈交锋、相互协商、妥协的基础之上,这种针对具体问题的思考和论证,才更具有提升理论和指导实务的真正价值,这迫使我回过头来审视现行的刑事法律,对刑事法律有了进一步的理解。

本书收录的案例精选自我从事律师职业 10 多年来主办的近百起刑事案件,跨越了《刑法》的几次修订以及相关司法解释的革新、废止,跨越了我本人不同阶段的不同水平下的认知、理念和思路。抛砖引玉,为法治国家建设尽微薄之力。

樊建民

2018 年 8 月

# 目 录

## Contents

### 一、渎职类犯罪

1. 缺乏重大过失之主观罪过的行为不成立玩忽职守罪  
——段某喜涉嫌玩忽职守案 / 2
2. 适当履行岗位职责的行为不成立玩忽职守罪  
——王某国涉嫌玩忽职守案 / 16
3. 缺乏期待可能性的不作为不成立玩忽职守罪  
——许某平涉嫌玩忽职守案 / 23
4. 与危害结果不具有刑法上之因果关系的行为不应受到刑事处罚  
——张某军涉嫌滥用职权案 / 27
5. 不可避免的法律认识错误阻却滥用职权罪共犯的成立  
——李某平涉嫌滥用职权案 / 32

### 二、贪污类犯罪

6. 公司经理借用公司名义谋取高额利益的行为不成立贪污罪  
——陈某伟涉嫌贪污案 / 40
7. 被告人基于法律认识错误而作出的有罪供述不应作为认定其有罪的证据采信  
——刘某姗涉嫌贪污案 / 53

8. “灰色支出”是否用于公务存疑时不应计入贪污数额  
——杨某城涉嫌贪污案 / 60
9. 村支书以个人名义将“复耕费”借给他人使用的行为不成立贪污罪  
——曹某华涉嫌贪污案 / 69
10. 非国家工作人员与国家工作人员缺乏犯意沟通的行为不成立贪污罪的共犯  
——金某勇涉嫌贪污案 / 78
11. 国家工作人员与非国家工作人员相互沟通、分别利用各自的职权侵占单位资产的行为,分不清谁起主要作用时,应认定为职务侵占罪  
——郭某立涉嫌贪污案 / 84
12. 国有单位领导套取国家专项资金用于单位日常公务开支的不成立贪污罪  
——张某平涉嫌贪污、受贿案 / 95

### 三、贿赂类犯罪

13. 国家工作人员以非职务的“劳务”因素收取他人财物的行为不成立受贿罪  
——李某萍涉嫌受贿案 / 114
14. 国家工作人员仅利用本人职权或者地位形成的便利条件收受他人财物的行为不成立受贿罪  
——蔡某政涉嫌受贿案 / 120
15. 受勒索借给他人财物并因此获取非法利益的行为不成立行贿罪  
——马某萍涉嫌行贿案 / 125
16. 行政执法监督人员非行政执法人员  
——群某公司涉嫌单位行贿案 / 130

#### 四、职务侵占类犯罪

17. 将过节发放的礼品折换为现金并虚增数额报账的,犯罪数额应以虚增的部分为准  
——李某亮涉嫌职务侵占案 / 140
18. 单位管理人员擅自截留单位资金抵债的行为不成立职务侵占罪  
——李某宏涉嫌职务侵占案 / 146

#### 五、挪用类犯罪

19. 银行行长违反内部贷款规定贷款给他人的行为不成立挪用资金罪  
——张某功涉嫌挪用公款案 / 160
20. 领导班子集体研究决定用公款买车自用并约定以车改后的车补归还车款的行为不成立贪污罪  
——李某龙涉嫌挪用公款案 / 163

#### 六、危害公共安全类犯罪

21. 符合客观情势的行为即使导致严重危害后果也不成立犯罪  
——张某杰涉嫌重大劳动安全事故案 / 168
22. 没有参与煤矿生产经营的投资人非应追究刑事责任的实际控制人  
——赵某平涉嫌以危险方法危害公共安全案 / 178
23. 肇事者住院期间逃逸的非法律规定的“为逃避法律追究而逃逸”  
——王某霞涉嫌交通肇事案 / 182

## 七、扰乱公共秩序类犯罪

24. 聚集职工在企业内部罢工维权的行为没有扰乱社会秩序  
——赵某强涉嫌聚众扰乱社会秩序案 / 188
25. 偶尔与黑社会性质组织成员一起实施违法行为的行为人不成立参加黑社会性质组织罪  
——李某民涉嫌参加黑社会性质组织案 / 192
26. 村委会因与占用本村土地的企业发生各种纠纷,而数次聚集村民阻碍企业正常生产经营的行为,不成立组织、领导黑社会性质组织罪  
——吴某京涉嫌组织、领导黑社会性质组织案 / 200

## 八、扰乱市场秩序类犯罪

27. 将拥有合法土地使用权的土地违规出租给他人使用的,不会扰乱市场秩序  
——高某军涉嫌非法转让土地使用权案 / 222
28. 偶尔买卖少量医疗设备的行为,不宜认定为非法经营罪  
——潘某银涉嫌非法经营案 / 230
29. 一方因重大过失而签订、履行显失公平的合同,相对方因缺乏诈骗犯罪的主客观要件而不成立犯罪  
——张某彦涉嫌合同诈骗案 / 234
30. 以真实身份、真实资产签订的担保借款合同,即使借款人随后处置了担保资产,也因在签订合同时不具有非法占有的目的而不成立犯罪  
——杨某嵩涉嫌合同诈骗案 / 244
31. 借款人与银行工作人员通谋,伪造房产证抵押贷款的行为,不成立合同诈骗罪  
——王某法涉嫌合同诈骗案 / 248



## 九、破坏金融管理秩序类犯罪

32. 账目、资金去向清晰的担保公司负责人,因经营原因资不抵债时,不成立集资诈骗罪  
——郭某江涉嫌集资诈骗、非法吸收公众存款案 / 252
33. 担保公司中仅领取薪酬而不参与实际经营管理的法定代表人,不是非法吸收公众存款罪的主犯  
——白某冰涉嫌非法吸收公众存款案 / 261
34. 与银行工作人员共谋,伪造他人签字贷款并用之归还之前在该行贷款的行为,不成立贷款诈骗罪  
——康某平涉嫌贷款诈骗案 / 265

## 十、侵犯财产类犯罪

35. 利用委托人出具的空白委托手续侵占委托事项涉及的财产之行为,非诈骗犯罪  
——罗某红涉嫌诈骗案 / 270
36. 警察控制下的盗窃行为不应成立犯罪既遂  
——赵某亮涉嫌盗窃案 / 274
37. 政府不应成为敲诈勒索罪的被害人  
——李某佑涉嫌敲诈勒索案 / 278
38. 犯罪对象认识错误下的强取他人财物抵债行为不成立抢劫罪  
——李某平涉嫌抢劫案 / 282

## 十一、妨害司法类犯罪

39. 书面合同销毁无法复原的情形下,不能认定合同诈骗罪  
——张某功涉嫌虚假诉讼案 / 288

40. 委托看守所监管人员给涉嫌犯罪的亲属之同案犯通风报信的行为,不成立帮助犯罪分子逃避处罚罪  
——张某菲涉嫌帮助犯罪分子逃避处罚案 / 292
41. 同时犯不成立共同犯罪  
——王某玉涉嫌帮助犯罪分子逃避处罚案 / 299
42. 辩护人依法给犯罪嫌疑人释法的行为非“威胁、引诱”的犯罪行为  
——何某立涉嫌辩护人妨害作证案 / 304
43. 诈骗案的被害人改变控告之初的陈述帮助被告人洗脱罪名的行为,在诈骗案没有判决之前不应先行裁判  
——冯某杰涉嫌包庇案 / 310
44. 教唆犯的处罚应轻于或同于实行犯的处罚,不应不处罚实行犯仅处罚教唆犯  
——王某奇涉嫌非法处置查封的财产案 / 314

## 十二、侵犯人身权利类犯罪

45. 妻子对不学无术的丈夫具有一定的管教权,该权利的行使不成立非法拘禁罪  
——张某萍涉嫌非法拘禁案 / 322
46. 协助抓捕网上追逃的逃犯过程中,对逃犯实行相应的强制措施,不成立非法拘禁罪  
——张某霞涉嫌非法拘禁案 / 326
47. 法律上明文规定的对向犯应按各自的罪名分别定罪处罚  
——李某国涉嫌拐卖儿童案 / 330
48. 间接因果关系不属于刑法上应负故意犯罪刑事责任的因果关系  
——马某强涉嫌故意伤害案 / 336
49. 来历不明的介入因素对被害人死亡有影响作用时,应减轻或免除被告人的刑事责任  
——王某伟涉嫌故意伤害案 / 345

50. 与被害人存在直接矛盾的同案犯指控其他同案犯是教唆犯的口供,在缺乏相关证据相印证的情况下,应该不予采信  
——蔡某奇涉嫌故意伤害案 / 351

### 十三、刑事诉讼代理类

51. 被告人对其不合常理的行为无法做出合理解释时,应推定其具有非法占有的目的  
——梁某平合同诈骗案 / 372
52. 醉酒驾车故意撞人后又继续冲撞不特定路人的行为成立数罪  
——张某涛故意杀人案 / 400
53. 在非法拘禁他人过程中使用暴力致人死亡的,应直接认定为故意杀人罪  
——李某朝故意杀人案 / 404
54. 出于报复目的聚众毁坏他人财物的行为,属于寻衅滋事罪的“无事生非”  
——闫某民故意毁坏财物案 / 408
55. 变造金融票证诈骗银行未遂的,同时成立变造金融票证罪和金融凭证诈骗罪(未遂),应择一重罪适用  
——石某军金融凭证诈骗案 / 411

## 一、渎职类犯罪

### 【题记】

渎职类犯罪的成立应该同时具备以下三个条件：行为明显违背常理、常识，或严重违反相关规章制度；行为造成了重大损失结果；行为与重大损失结果之间具有刑法上的因果关系。司法实践中，排除上述条件中的任何一个就足以否定本类犯罪的成立。



# 1. 缺乏重大过失之主观罪过的行为不成立玩忽职守罪

——段某喜涉嫌玩忽职守案

## 【案情简介】

1996年年初,我国开始进行经济体制改革,提倡国有单位兴办企业,以自行解决国有单位多余人员的安置问题。响应政府号召,某市水务局(以下简称水务局)领导班子经研究决定,成立以水务局为主管单位的集体企业——某市金岭种鸡养殖场(以下简称养殖场)。为落实养殖场正常运作,水务局指定其下属的水利工程管理站(以下简称工管站)全权负责具体事宜。为筹建养殖场,工管站领导以工管站的名义向单位职工以及社会上其他人员借款,经过银行验资后,以水务局以及工管站的7名职工为股东,在工商登记部门将该企业登记为集体企业,工商登记簿显示水务局出资96万元,李某军等7个自然人出资25万元,水务局为养殖场的主管部门。后该养殖场以水务局的名义向政府申请国有划拨土地,但最终是通过国有土地转让的方式以养殖场的名义获得了相关的国有土地使用权;其中土地转让费等一切相关费用均由养殖场承担。

养殖场成立后不久,就以养殖场的资金全额归还了以工管站名义所借的所有注册资金,包括所谓水务局的投资和7个自然人的投资。养殖场在经营期间,曾因资金短缺向社会筹款,但鉴于社会人员对养殖场不信任而被迫决定以养殖场职工个人名义向社会借款,通过这些方式获得的借款到期后由养殖场负责归还,养殖场、所有的债权人均没有向职工个人主张过权利。

后由于市场行情以及经营管理的原因,养殖场背负巨额债务而倒闭。养殖场的职工以个人名义所借的、实际上用于养殖场使用的款项,被部分债权人直接以养殖场为被告起诉至法院并均获得法院生效判决的支持。鉴于养殖场剩余的仅有鸡舍等难以变现且不值钱的资产,无法清偿到期债务,许多债权人就要求水务局清偿债务,曾多次发生围堵大门事件。

为解决养殖场的债务问题,水务局领导班子研究决定成立专项事务领导小组,由时任水务局副局长段某喜任组长,工管站站长李某军为副组长,工管站的7

名职工为组员。恰逢外地私企某新郑蛋业有限公司(以下简称蛋业公司)到某市投资办理物流业务需要场地,李某军等人就与该企业进行商谈,拟通过合作来解决养殖场的债务问题。双方商谈后,拟以养殖场改制的形式,将养殖场变更到该企业的名下,由该企业承担养殖场的所有债权债务。该方案由李某军、段某喜汇报给时任水务局局长徐某敏。虽然养殖场所占土地是以水务局的名义申请划拨的国有土地,但因后来养殖场自己缴纳了土地出让金,实为出让用地;而且,水务局、工管站等实际上也没有向养殖场投资,所以众人均认为养殖场中不存在国有资产,更非国有企业。后徐某敏、段某喜等水务局的班子成员咨询了水务局聘请的法律顾问(律师),并让水务局法制科讨论养殖场是否为国有资产,其改制是否需要按照国有资产的审批程序进行。讨论的结果是:养殖场不是国有资产,不需要按照国有资产的审批程序进行改制。徐某敏、段某喜、李某军等人也均向某市国有资产管理部 门 财 政 局 咨 询 该 养 殖 场 是 不 是 国 有 资 产 或 含 有 国 有 资 产, 是否 需要 财 政 局 的 批 准, 但 财 政 局 的 办 事 人 员 以 养 殖 场 的 投 资 没 有 在 财 政 局 登 记 备 案, 不 受 财 政 局 的 管 理 为 由 不 予 受 理。 之 后, 局 长 徐 某 敏 组 织 召 开 水 务 局 领 导 班 子 会 研 究 后 决 定, 让 专 项 事 务 领 导 小 组 按 照 该 改 制 方 案 配 合 蛋 业 公 司 实 施, 将 养 殖 场 变 更 到 蛋 业 公 司 的 名 下。

养殖场成立后,为了吸引投资,曾以其名义与某金海禽业集团公司(以下简称金海公司)合作,由金海公司投资建设鸡舍,约定金海公司占养殖场40%的股份。这些鸡舍已经破烂不堪,几乎没有任何价值,但为了顺利改制,只能先解决金海公司的遗留问题。在段某喜、李某军等人的说服下,蛋业公司的经理范某伟首先支付450万元购买了养殖场的鸡舍;然后又承担了养殖场的全部债务350万元,同时将养殖场的股东变更为蛋业公司和范某伟两人,进而将养殖场的国有土地使用权变更到蛋业公司的名下。

某市人民检察院反渎职侵权局介入后,认定该养殖场的土地性质属于工业用地;委托鉴定机构评估后,认定该土地使用权价值为1000万元。在法院一审过程中,财政局出具了养殖场属于国有资产的“产权界定意见”。

### 【追诉经过】

某市人民检察院指控,段某喜作为养殖场处置小组的负责人,应该知道该养殖场以及养殖场的国有土地使用权属于国有资产,而没有依法报经国有资产管理部 门 审 批, 便 将 价 值 1000 万 元 的 国 有 土 地 使 用 权 以 350 万 元 转 让 给 了 蛋 业 公 司, 造 成 国 有 资 产 损 失 650 万 元, 认 定 段 某 喜 构 成 玩 忽 职 守 罪, 并 起 诉 至 某 市 人

民法院。

某市中级人民法院经开庭审理,以玩忽职守罪判处段某喜有期徒刑 3 年。段某喜向郑州市中级人民法院提起上诉。郑州市中级人民法院以一审程序违法为由将该案发回某市中级人民法院重新审理。某市中级人民法院重审过程中,因养殖场向郑州市中级人民法院提起行政诉讼,要求撤销财政局认定养殖场为国有资产的“产权界定意见”,本案中止审理。后郑州市中级人民法院以该“产权界定意见”涉及刑事诉讼,不属于行政诉讼的受案范围为由,裁定驳回养殖场的诉讼。某市中级人民法院重新依法开庭审理了该案,仍然以玩忽职守罪判处段某喜有期徒刑 3 年。段某喜向郑州市中级人民法院提起上诉,二审法院开庭审理后,裁定驳回段某喜的上诉,维持原判。

### 【辩护思路】

1. 涉案的养殖场是否为国有企业是本案的一个争议焦点。若其不是国有企业,则国有土地使用权也不应属于国有资产,本案的段某喜将不构成玩忽职守罪。其不是国有资产的理由是:养殖场在法定登记部门登记簿中显示的股东是水务局和 7 个自然人,属于混合制企业,而非国有企业;水务局和 7 个自然人均没有实际投资,其投资款早已被抽回。故而,养殖场目前既不属于水务局,也不属于 7 个自然人,而是属于没有实际股东的情形。

2. 段某喜在处置养殖场的土地时是否具有主观上的过失,是本案的核心争议焦点。段某喜在处置养殖场的土地时不但咨询了法定的国有资产管理部,而且咨询了相关的律师、水务局的法律工作人员,确信该养殖场不属于国有资产,可以自行处置而不必报国有资产管理部批准;何况,该处置方案报经局长同意,并在召开局班子会讨论通过后,段某喜才让小组人员具体执行。段某喜已经充分尽到了自己的注意义务,合理履行了自己的职责,不具有主观的过失和客观的危害行为。

### 【辩护意见】

1. 段某喜主观上没有玩忽职守的过失,客观上没有玩忽职守的行为,不构成玩忽职守罪

(1) 卷中段某喜的供述,水务局领导班子成员徐某敏等人的证言,工管站领导、养殖场领导及相关财务人员李某军、王某生、丁某红等人的证言,都印证了一个事实:不管是在对养殖场资产进行处理的当时还是在现在,他们都有充分的依

据认为养殖场不是国有资产,都认为可以自行处置而不必采用国有资产的处置程序。以上人员在当庭接受公诉人、辩护人、法庭的询问时,仍然坚持自己的意见,并更加详细地解释了他们认为养殖场不属于国有资产的理由:①当时处置养殖场时,他们曾向水务局聘请的两个专职法律顾问咨询,经水务局的法制科审核,这些专职的法律人员均认为养殖场不属于国有资产。②时任养殖场场长的李某军到财政局咨询,财政局主管人员亦认为水务局自己筹借资金开办的养殖场,因不属于国有计划资产的投入,且水务局原来所筹借的资金已经由养殖场全额退还,水务局没有用国有资产承担任何责任,故而,养殖场不属于国有资产登记、管理的范围,养殖场非国有资产。③时任局长徐某敏、副局长段某喜曾亲自向财政局咨询过,得到的答复也是:养殖场非国有资产。④在此基础上,水务局领导班子形成了一致的意见,认定养殖场非国有资产,可以不经过国有资产管理部門而自行处置,并安排了具体的处置进程及要求,开始实施养殖场资产的处置工作。

因涉案的土地使用权属于养殖场,养殖场非国有资产,则土地使用权当然就不属于国有资产! 本案中,转让的并不是养殖场土地的所有权,而是养殖场土地的使用权;不能根据养殖场土地是国有土地,就认定养殖场的土地使用权是国有资产。

在认定养殖场不属于国有资产的前提下,水务局召开班子会议,正式着手养殖场资产的处置事宜。我们不能期待,在转让养殖场时,段某喜等人能找出更好的办法来对养殖场的资产是否属于国有资产进行厘定。段某喜等人在当时已经尽到了一个公职人员依职务要求所应尽到的注意义务,不存在过失,更不存在构成玩忽职守罪的“重大过失”。

(2)从本案被追查的初期到现在,水务局仍认为养殖场非国有资产,并于2013年8月20日签发了某水文[2013]87号文件——《某市水务局关于对某市金岭种鸡养殖场资产性质重新界定的请示》,该请示的对象为某市纪委、某市财政局、某市市属行政事业单位国有资产管理中心。在该请示中,水务局领导班子仍然认为养殖场不属于国有资产。这进一步证实:处置养殖场时,水务局领导班子、财务人员,工管站负责人(李某军)、财务人员,养殖场负责人、财务人员,水务局所聘请的律师等都认为养殖场不属于国有资产。

既然认为养殖场不属于国有资产(或没有国有的成分在内),当然不需要履行国有资产处置的程序。水务局、工管站、养殖场的领导及相关财务人员当庭证实,他们一直到现在都认为:养殖场与水务局无关,养殖场与工管站无关。水务



局和工管站没有因为养殖场的资产处置遭受任何损失。

(3) 在一审(原)审理过程中,为解决养殖场是否属于国有资产的问题,检察机关聘请某市国有资产管理中心对之进行界定。某市国有资产管理中心在一审(原)程序结束后出具了《产权界定意见》,将养殖场界定为国有资产,但正如庭审中辩护人所述:组成该鉴定小组的关键部门,也是为界定意见提供基础资料的部门——河南某会计师事务所,其出具的《情况说明》的日期是 2013 年 12 月 5 日,而《产权界定意见》出具的日期却是 2013 年 12 月 3 日。该会计师事务所出具的《情况说明》本应是《产权界定意见》的前提和重要依据,但是本案中的《产权界定意见》却是在《情况说明》之前就形成了!这足以证明该《产权界定意见》不但程序上违法,而且内容不客观、不合法、不真实,是杜撰的!何况,经被告人、辩护人多次申请,法庭多次通知,鉴定人拒不出庭接受询问。故而,该《产权界定意见》不能作为定案的依据。

还有最重要的一点:某市财政局作为界定机构,在本案中是在“鉴定金岭养殖场的资产属于自己所有”。基于界定机构既是裁判又是运动员的原因,其出具的《产权界定意见》更不应作为有效证据被采用。

几次的庭审过程中,养殖场是否国有资产是控辩双方争议的焦点,连我们专业的法律人员对此都不能形成一致意见,在此情况下,怎能“强行”要求段某喜等人在处理养殖场的当时就应具有预见养殖场是国有资产的义务呢?

而且,根据辩护人提交的多份生效判决书显示,与此相似的案情、相似的《产权界定意见》已经被诸多法院认为不合法而给予撤销,即该类资产不属于国有资产。

(4) 即使后来相关部门认为该资产属于国有资产(暂且假设该结论成立),但根据罪刑法定原则,行为人应该在处置养殖场的当时知道或者应该知道养殖场是国有资产,而没有进一步关注,却违法处置养殖场资产的行为才可能构成玩忽职守犯罪。段某喜和水务局的其他人都是在该案被追究后才被办案人员告知、“被知道”养殖场有国有成分在内,这并不能反向推出段某喜和水务局的其他人在处置养殖场之前或之中明知养殖场是或可能是国有资产,而不去积极履行相应的职责。段某喜等人的行为充其量是一种工作过失,而不是犯罪!

在当时,水务局、工管站的工作人员(包括段某喜)并无法预见到养殖场为国有资产,不具备“犯罪过失”的构成要件要求。

客观上,因为养殖场并未在财政局备案,所以水务局、工管站等部门在处置养殖场的资产时,也无法向财政局去申请审批,无法按国有资产处置程序进行处

理。当庭证人的陈述也印证了一个事实：从养殖场成立至今，国有资产管理部門从来没有对养殖场履行过任何管理工作，也从未对养殖场提出过任何管理、申报要求。

综上，段某喜等人当时已经依法、很好地履行了自己应尽的职责和义务；我们不能期待、要求当时他们还应该、还需要作出其他补充行为来判断养殖场是否属于国有资产。这样，我们很难、实际上也不应该要求、期盼段某喜及水务局的领导班子在处理养殖场时“应当知道养殖场属于国有资产”。

2. 即使该转让行为给国家造成应当负刑事责任的重大损失，段某喜也不属于法律或司法解释规定的应当负刑事责任的责任人

段某喜仅是水务局领导班子的一员，上面有局长、有局办公会，下面有工管站、养殖场的具体负责人李某军，段某喜在养殖场的资产处置中仅起到一个“二传手”的作用，并不是直接责任人员。

卷中证据及当庭证人的陈述，对当时处置养殖场的过程表述得清清楚楚：经水务局局长徐某敏建议，水务局班子研究决定处置养殖场，段某喜作为牵头人，李某军直接负责具体工作。李某军调查后向段某喜汇报，段某喜拿不定主意、也无权拿主意，建议李某军向局长汇报。局长听取李某军汇报后，决定召开班子会研究，班子会研究同意李某军的基本方案，让段某喜牵头、李某军具体落实。段某喜责令李某军按局办公会纪要依法进行处置，李某军具体处置相关事宜。

这充分证明：第一，段某喜没有强令、指示下面人违法处置、转让该土地；第二，段某喜非提起转让该土地给范某伟意向的提议人（提议人是李某军）；第三，段某喜对该转让不当家（班子会上拍板决定的是徐某敏，且得到班子成员的一致通过）；第四，段某喜未在班子会上就此事做任何的汇报、建议工作（汇报人是李某军），更未提出任何倾向性意见。

段某喜仅是按照自己分管事项之职责，听取养殖场负责人李某军的汇报；听汇报后并没有作出决定或提出意见，仅是按程序让李某军在局班子会上汇报，由班子会讨论后作出决议。水务局班子会作出决议后，段某喜按其分工职责，依照班子会的会议纪要内容，要求李某军具体实施。在整个过程中段某喜既未指示过别人，又未签过任何字，甚至都没有发表过意见，仅是和其他班子成员一样，同意班子会的意见。可以说，段某喜对养殖场土地的转让没有任何的过失责任。

需要注意的是，认定段某喜是养殖场处置领导小组的负责人，是不客观的。根据当时水务局的会议记录、会议纪要及证人的当庭陈述，段某喜仅是牵头人，并非负责人。唯一显示段某喜是领导小组负责人的证据是以养殖场名义向水务

局出具的《养殖场处置的申请报告》；但当庭查清的事实已经证实，该申请报告本身是虚假的；该申请报告是在已经开过局办公会，决定将养殖场转让给范某伟并与范某伟签订了转让协议后，为配合范某伟办理工商、土地过户手续而补办的“手续”。并非先有该申请报告，然后才进行的转让！

综上，养殖场资产处置程序是正常的、合法的，处置方案的提议、落实、最终决定都非段某喜所为，就是在局办公会上的汇报也是李某军所做，而非段某喜；段某喜甚至没有提出任何倾向性意见，仅是按职务要求履行一个“二传手”（牵头人）的作用，没有玩忽职守之行为。

另外，卷中工管站的人（7个自然人股东）几乎一致陈述：“段某喜上面还有人，不当家。”段某喜既然“不当家”，无职权，怎能承担“当家人”的责任呢？根据2013年《最高人民法院、最高人民检察院关于办理渎职刑事案件适用法律若干问题的解释（一）》之规定，段某喜不是应当被追究刑事责任的责任人。

3. 段某喜参与的转让土地使用权的行为并不是造成国家财产重大损失的主要原因，不会造成国家财产的直接损失

养殖场中是否存在国有资产是本案中一个有争议、待商榷的问题。如果养殖场中没有国有资产在内，则段某喜等人就不会构成该罪；退一步讲，即使认定养殖场有国有成分在内，该土地的增值收益国家可以部分享有，但签订协议转让该土地使用权的行为仍然不是造成国家财产重大损失的主要因素。理由如下：

因土地使用权与其他财产的性质不同，土地使用权的转让需要办理相应的审批、公示、登记等手续。本案中养殖场将该土地转让给范某伟的行为，不会直接导致土地使用权的转移，当然不会直接造成国有资产的损失。

不可否认，段某喜等人与范某伟签订了该土地的转让协议，但签订协议仅是土地转让的最初一步，仅是双方协议转让该土地的意向。此转让协议是成立了，但依《物权法》的规定，土地使用权这一物权并不会因此就发生转移。因为要办理土地使用权转移过户手续，还需要到法定的部门（国土资源局、工商局等）以及政府去申请、审批。本案中恰是国土资源局等部门违规审批、审核造成该土地使用权发生了转移，并非是转让协议直接所致。若负有专项职责、拥有专业法律知识的国土部门能依法履行职责，即使有转让协议存在，该土地使用权也不会、更不应发生转移，从而给国家造成所谓的损失。

卷中材料证实，现在范某伟所拥有的该土地的使用权因涉嫌违法办理过户手续，在检察机关介入调查的第二天已经被相关部门撤销，该土地的使用权目前仍然归养殖场，养殖场因为该转让协议产生的实际后果是：养殖场没有任何资产

损失,却凭该协议占有着范某伟所支付的巨额现金。即使该土地使用权转移时造成了国有资产的损失,该损失也已经完全得以弥补;甚至,依该转让协议,养殖场不但没受损失,反而占了便宜!

4. 养殖场的性质是集体企业,非国有企业;登记在养殖场名下(所有权人为养殖场)的土地使用权是养殖场的资产,非水务局、工管站的资产

(1) 养殖场不是全民性质的企业,是集体性质的企业;以工管站名义筹集的投入资金不是国有资金,养殖场中不存在真正的国有资产。

①集体企业是在我国特定形势下产生、发展起来的产物,与国有企业(全民所有)存在本质的区别。集体企业由一定群体的人们自行筹集资金投资设立,并不占有国家计划内的国有资金,其资产属于劳动群众集体所有。若设立资金是国有资产管理部按上级财政部门计划经审批后投入的,则在相关国家机关中应该有备案;但设立集体企业的资金只是以集体名义(也可能是一个国有单位)自行筹集而得到,并不需国家财政的支持、审批或拨付;其盈利属于集体所有,损失要由集体来承担——盈利既不属于国家,损失也不会由国家承担。故而,集体企业与国有企业有明显的区别。

养殖场的工商登记类别是集体企业,实际上也是集体企业,非国有企业或全民所有制企业。卷中该养殖场设立的章程、决议明确了该企业由水务局筹资设立,这正符合当时设立集体企业的规定:必须是由国有单位主管、参与设立;由国有单位作为主管部门,才能登记为集体企业,否则就不是集体企业。国有单位仅是负责筹集资金,是帮助筹集资金,并不实际投入资金。本案中水务局、工管站就是帮助、负责筹集资金,并没有投入国有的资金,所以养殖场不属于国有企业。

根据土地地籍档案认定养殖场为全民性质是不客观的,与卷中其他证据及事实相矛盾。认定该土地的使用权人是水务局,更是不尊重事实、不尊重证据的。卷中的土地证上明确记载该土地的使用权属于养殖场!内部档案中登记该土地使用权人养殖场的主管部门是水务局,并无错误,但与养殖场土地的使用权归属并无任何牵连!况且,当庭出示的证据也显示,征地协议是由养殖场与村民签订的,征地款是养殖场支付的,水务局并未支付任何款项,怎能凭空成为该土地的权利人!

②工管站仅是托管养殖场,对养殖场没有权益、责任可言。养殖场虽然是以水务局的名义投资设立的,但水务局实际上一分钱没有投入,所以在水务局的账上没有显示该笔资产的收支。水务局非养殖场的合法权益人,对养殖场不享有任何权益。