学校的理想装备
电子图书·学校专集
校园网上的最佳资源
著名律师精彩辩词
（下）
BOOK
内部资料 非卖品

（京）新登字 171 号

图书在版编目（CIP）数据
著名律师精彩辩词/孙玉成主编.-北京：中国城市出版社，1997.9
ISBN75074-0927-9
Ⅰ.著…Ⅱ.孙…Ⅲ.律师-辩护-案例-中国
Ⅳ.D926.5
中国版本图书馆 CIP 数具核字（97）第 15778 号

中国城市出版社出版发行
（北京朝阳区和平里西街 21 号　邮编：100013）
电话：64235833　传真：64238264
责任编辑：李青
封面设计：星鸿　责任印制：王质麒
北京四季青印刷厂印刷　新华书店经销
1997 年 8 月第 1 版　1997 年 8 月第 1 次印刷
开本：850×ll68 毫米　1/32　印张：28.5
字数：750 千字印数：　00001—12000 册
定价（上、下册）52.00 元

作者简介

杭正亚　中共党员，法律本科毕业，扬州兴华律师事务所副主任律师。刚过不惑之年，只觉光阴荏苒。干过会计，做过战士，当过军官，可谓经历复杂。1980 年 1 月调浙江省军区军事法院任书记员，1983 年 3 月任审判员，与法律工作结下了不解之缘。1988 年 10 月取得律师资格，从部队转业后于 1990 年 10 月又改行当了律师，可谓半路出家。六年来，办理了近二百件各类案件，担任市政府等二十多家机关、团体、企业事业单位的常年法律顾问。工作之余，有时爬爬格子，敲敲电脑，在《民主与法制》、《法律与生活》、《中国律师》杂志、《中国律师报》、《经济日报》、《中国企业家》杂志、《人民调解》等报刊上，发表过二十多篇专业论文和案例总结，其中《浅谈对民间纠纷的综合治理》、《法律服务市场不正当竞争的识别及其治理》、《律师代理行政诉讼必须明确证明对象》等论文曾经获奖。

单位名称：扬州兴华律师事务所
详细地址：江苏兴华市八字桥孔家巷 1 号
邮政编码：225700
联系电话：(0523)3231256　3231584

“大盖帽”碰撞后的代理

杭正亚

案情简介

1992 年 7 月 16 日，深圳新直工贸公司（以下简称深圳公司）驻天津塘沽中转处（以下简称深圳中转处）与江苏省启东市对外贸易公司（以下简称启东公司）签订合同，约定由深圳中转处向启东公司出售煤炭 10 万吨，每月供 2 万吨，南通港交货。7 月 30 日，深圳中转处与武警学院晋中煤焦运销处（以下简称运销处）驻塘中转站（以下简称运销处中转站）签订联营协议，约定由深圳中转处负责煤源，运销处中转站负责提供船只运到南通姚港码头。

8 月 7 日，运销处又与江苏省兴化宏达集团（以下简称兴化集团）签订一份合同，约定运销处于同年 8 月供给兴化集团 2 万吨煤炭，南通姚港码头交货，供方的义务由运销处中转站负责实施。合同签订后，兴化集团先后向运销处中转站支付货款计 185 万元。

8 月 28 日，运销处中转站与烟台市开发区金东船务公司（以下简称船务公司）签订租船协议，约定由船务公司调“智海”轮为运销处中转站运煤，该协议还约定了仲裁条款。协议签订后，运销处中转站从兴化集团预付的货款中，先后支付运费计 87 万元给船务公司。8 月 30 日，运销处中转站又将“智海”轮的租用权转让给深圳中转处。

9 月 9 日，深圳中转处又与启东公司签订补充协议，由运销处中转站担保，约定启东公司从深圳中转处购煤炭 2 万吨。协议签订后，启东公司几次支付货款共 295 万元，深圳中转处用此款购得 2 万余吨煤炭。

这样，一条“智海”轮，一批 2 万吨煤炭，却允诺了两个需方。

9 月 15 日，“ 智海 ” 轮靠岸，兴化集团经办人发现运单上的收货人是启东公司，当即找运销处交涉。9 月 17 日，运销处向天津海事法院提起诉讼，以船务公司违约装载深圳中转处的煤炭为由，要求被告船务公司和第三人深圳中转处、货运公司赔偿损失。

当日，天津海院以租船合同纠纷为案由立案，后又通知兴化集团为第三人参加诉讼。经合议庭主持调解，各方达成协议。9 月 21 日，天津海院以（1992）津海法商调字第 66 号民事调解书确定：“ 智海 ” 轮本航次装载的煤炭，收货人由启东公司变更为华能南通电厂（兴化集团指定的收货人）。货运公司当天履行了调解书所确定的义务，致电南通姚港变更收货人。同日，兴化集团将存有 180 万元的存折交给深圳中转处。次日，因深圳中转处到银行取不到款，由天津海院发出协助执行通知书将款划到深圳中转处帐户。

9 月 29 日，正当“ 智海 ” 轮准备履行天津海院的调解书，向华能南通电厂卸煤之时，南通市中级人民法院根据启东公司的申请，裁定扣押了载于“ 智海 ” 轮的全部煤炭，随即又处理了煤炭并保全了货款。后来，启东公司向南通中院起诉深圳公司，南通中院以购销合同纠纷为案由立案。

于是，天津海院向天津高院报告，请求最高法院指定，由该院并案审理。南通中院也向江苏高院报告并转最高法院，认为运销处诉船务公司租船合同纠纷一案，因该合同有仲裁条款，天津海院对该案无管辖权；而启东公司诉深圳公司购销合同纠纷一案，交货地点在南通，南通中院有管辖权。两家法院都在等待着最高法院的定夺……。

律师介入及非讼代理过程

1992 年 12 月初，兴化市第一律师事务所杭正亚律师开始介入此案，先后进行了以下工作：

1、开展调查研究，制定可行方案。律师经调查发现，运销处及中转站无经济实力，深圳中转处已被撤销，180 万元货款已经转移到外地。更令人遗憾的是，到最高人民法院和有关法院上访的情况，使人们感到迷惘、困惑：

——天津海院接待人员认为，本案是租船合同纠纷，天津海院的民事调解书已发生法律效力，应当得到履行和执行。如果认为该调解书确有错误，也只能通过审判监督程序纠正，而不能由其他法院运用财产保全的措施是阻止它的履行。

——南通中院接待人员认为，本案实际上是购销合同纠纷，不是海商案件，天津海院无权受理，而且民事调解书确有错误，南通中院采取财产保全措施是正确的，受理案件是符合法律规定的。兴化集团如要保护自身利益，只有在天津海院撤销民事调解书后，另行起诉。

——最高法院交通庭接待人员认为，本案既有租船合同纠纷，又有购销合同纠纷，两个法院的审理都合法。兴化集团与被扣押的煤炭紧密相关，应作为有独立请求权的第三人到南通中院参加诉讼。

最高法院经济庭的承办人员当时正在外地开会，他们的看法当时不得而知。

律师认为，我们不能再在天津海院的民事调解书上“ 兜圈子 ” 要跳出去独辟蹊径。于是，律师在说服当事人的基础上，重新制定了工作方案：一是尽快向深圳中转处追回货款；二是向最高法院申诉，请求协调解决；三是侍

最高法院协调完毕，通过诉讼向违约者追款并索赔。

2、申请执行回转，追回大半货款。1992 年 12 月 10 日，律师向天津海院申请执行回转。理由有：一是民事调解书上无执行兴化集团 180 万元货款给深圳中转处的内容，天津海院将货款执行给深圳中转处没有法律依据；二是该批煤炭已经处理，调解书已无法执行；三是深圳中转处已被撤销，银行存款已经转移，如再不采取措施，后果不堪设想。律师的申请引起了天津海院的重视，该院法官们冒着严寒，到处奔波，顺藤摸爪，终于在唐山查明了被转移货款的下落，于 12 月 29 日强行将 180 万元划到天津海院帐户。后来，该院连同向运销处追回的货款 53270 元，共计币 1853270 元汇给兴化集团。

3、多方奔走呼号，申请高层协调。1993 年 3 月初，最高法院有关审判庭的审判员接待了律师。他们看法不一，有的认为两个法院争执的性质是管辖争议，天津海院无管辖权，应移送南通中院审理；有的认为不是管辖争议，而是法院之间的矛盾，应协调解决。

天津海院、南通中院审理的案件，案由完全不同，当事人也完全不同，根本不是管辖权争议。如果把本案当作管辖权争议。天津海院要把案件移送南通中院，那么南通中院又无权审理海事案件；反过来由南通中院把案件移送天津悔院，天津海院又无权审理购销合同案件。这样做势必产生新的矛盾，耽误时间，加大兴化集团的损失。律师经过分析认为，本案的争议是一种法律上尚无明文规定的、法学界尚未展开研究的、审理程序上的争执，暂且把它叫做审判冲突，即同一法律关系或同一诉讼标的物，由于两个以上的法院审理，产生了两个以上不同结果的法律文书，各个法院竞相要求履行或者执行，使之发生矛盾和冲突。目前只能由最高法院协调解决，而不能移送管辖或者指定管辖。1993 年 3 月底，律师向最高法院提出了书面请求，申明我们的观点，请最高法院从速决定。

1993 年 6 月 16 日，最高法院发出法经（1993）114 号函，认为：天津海院在审理运销处诉船务公司租船合同纠纷一案中，将与之性质完全不同的煤炭购销合同纠纷合并审理，且在利害关系人启东公司没有参加诉讼的情况下将载于“智海“轮上的煤确权，显属不当。应撤销（1992）津海法商调字第 66 号调解书有关部分。南通中院审理的启东公司诉深圳公司、运销处购销合同纠纷所争议的载于“智海”轮上的煤炭，实质上涉及启东公司与深圳公司和兴化集团与运销处两个购销合同。因此，南通中院应通知兴化集团参加诉讼，将两个购销合同纠纷案件合并审理。

1993 年 7 月上旬，律师到南通中院要求参加诉讼，被告知：最高法院关于合并审理的意见无法执行，天津海院不撤销民事调解书，不将材料转来，南通中院无法审理。律师又赶到天津海院，该院答复，最高法院只是要我们撤销调解书的有关部分，而不是撤销整个调解书，更没有要我们将材料转到南通中院去。

又是几个月的北京、天津、南京、南通之间的穿梭上访，最高法院又出面协调，南通中院终于同意受理。但是，对于兴化集团的诉讼地位问题，最高法院与南通中院的意见不一致。兴化集团要求以第三人参加诉讼的申请、以有独立请求权第三人的起诉，均被南通中院所拒绝。显然，南通中院是要分案审理。最后，兴化集团只能以原告的名义、以购销合同纠纷的案由，起诉被告运销处、深圳公司。

诉讼代理过程

1、起诉及申请追加被告情况

1994 年初，原告兴化集团诉被告运销处、被告深圳公司购销合同纠纷一案，由南通中院受理。诉讼请求是，由被告运销处返还货款 1796730 元并赔偿损失，由被告深圳公司承担连带责任。

为了实现诉讼目的,律师于 1994 年 5 月中旬来到被告运销处的登记住所地，早已无运销处的踪影。与这样的被告打官司，打赢了又如何执行？律师当时似乎感到，一个注册资金 85 万元的企业岂能无影无踪，它的注册资金很可能是虚假的。经调查，发现山西某审计事务所只凭武警学院同意拨给运销处汽车和经费的函，就为其开业验资，档案中没有车辆的过户手续和拨给经费的银行凭据。

这样，兴化集团便向南通中院申请追加武警学院为被告。8 月 1 日，南通中院发出通知，追加武警学院为被告。

2、一审开庭及被告的答辩

1994 年 12 月 22 日，南通中院开庭。被告运销处答辩：运销处作为企业是经核准登记而成立的，现有资产可供清偿，南通中院追加其主管部门武警学院为共同被告不当，所收原告的货款去向，将向法院提供明细。被告武警学院答辩：武警学院利益与运销处一致，同意运销处的答辩意见。

庭审，在合议庭的精心组织下，逼近核心，武警学院有没有将车辆和经费拨给运销处？武警学院、运销处方承认车辆和经费没有拨付，但又说拨付了其他价值相同的物资。法庭追回是什么物资，武警学院、运销处方声称这是他们内部的事情，拒绝回答。

3、杭正亚律师的一审代理意见

（一）被告运销处不具备法人资格，应由其开办单位被告武警学院承担民事责任。取得法人资格必须同时具有两个要件，一是实质要件，二是形式要件，经主管机关核准登记仅仅是形式要件。不具备国家规定的资金数额等实质要件，通过弄虚作假骗取主管机关登记的，不能认定其取得法人资格。运销处虽然领取了《企业法人营业执照》，但实际没有投入自有资金，根据最高人民法院法复（1994）4 号批复第一条第 3 项的规定，应认定其不具备法人资格，由其开办单位武警学院作为当事人，承担民事责任。

（二）原告与运销处签订的合同属于无效合同，过错完全在运销处。运销处与原告签订合同时采取欺诈手段，隐瞒了三个重要情况：一是注册资金虚假，二是货源虚假，三是运煤货轮虚假。根据经济合同法第七条，该合同应归于无效。在合同签订的过程中，原告不可能了解到运销处的上述三个虚假情况，过错完全在运销处。

（三）被告武警学院应为运销处承担返还财产、赔偿损失的民事责任。由于运销处不具备法人资格，没有承担民事责任的物质基础，应由被告武警学院承担经济合同法第十六条所确定的过错方的民事责任，即返还财产、赔偿损失。

（四）被告深圳公司应承担全部连带责任。深圳中转处和运销处是联营关系，双方在联营协议中约定，赔偿兴化集团的损失扣除后，利润各得 50%。由于深圳中转处是法人的非独立性的分支机构，没有自己能够独立处分的财产，只能由它的法人即深圳公司对外承担民事责任。

4、对方律师的答辩

运销处的代理律师答辩：运销处在工商局办理了企业登记，即具有独立的法人资格，原告与运销处签订的合同是有效的，返还财产、赔偿损失的问题，只有在所有的当事人都参与诉讼的情况下才能解决。

武警学院的代理律师答辩：被告运销处在签订合同时并无欺诈行为，与深圳中转处签订协议是运销处单位的个别人所为，与被告运销处无关。运销处已经履行了合同，支付了 87 万元租船，原告没有能够接到煤，与被告运销处无关。

5、一审判决结果

1995 年 4 月 25 日，南通中院作出（1994）通经初字第 7 号民事判决：

一、被告运销处返还原告兴化集团货款1796730元,赔偿利息损失783169.86 元，追索货款的费用损失 60027． 77 元，被告深圳公司承担连带清偿责任。二、被告武警学院对被告运销处承担的返还、赔偿责任，负连带责任。被告运销处、深圳公司于判决生效后十日内付清上述款项；如不能付清，被告武警学院于此后的十日内付清。

6、最高法院的第二个书面批复

一审判决送达后，运销处提起上诉。另外，他们又向最高法院反映，南通中院未按最高法院批复合并审理。随后，最高法院经济审判庭发出（1995）第 267 号函，要求江苏高院中止审理。

1995 年 11 月，律师又到最高法院，向有关领导和承办审判员反映了本案诉讼的艰难，呈递了书面请求：1.维持南通中院分案审理的方式，2.维持南通中院追加武警学院为本案被告的决定，3.迅速恢复江苏省高级法院对本案二审的诉讼活动。

1996 年 1 月 8 日，最高法院发出法经（1996）15 号批复，认为：启东公司诉深圳公司购销合同纠纷案与兴化集团诉运销处购销合同纠纷案是两个不同的法律关系，南通中院分案审理是正确的，最高法院法经（1993）114 号函提出将两案合并审理的意见不准确，应予更正；深圳公司与运销处之间系协作型联营关系，将深圳公司列为被告不当。

7、上诉意见

1996 年 3 月 7 日,江苏高院经济庭开庭审理本案。上诉人的意见主要是：1、南通中院对本案无管辖权。由于最高法院法经（1996）15 号批复改变了该院法经（1993）114 号函关于并案审理的决定，南通中院对本案就没有管辖权。2、运销处已经履行了合同。经天津海院审理，运销处已经交付了“ 智海 ”轮上的煤炭。3、运销处具备法人资格，应由其独立承担民事责任。运销处开办时，注册资金已经到位，有验资报告为证，不应追加武警学院为被告。

8、杭正亚律师的二审代理意见

（一）南通中院对本案拥有无可置疑的管辖权。上诉人在刚才的发言中声称南通中院对本案无管辖权，其说没有法律依据。92 年 8 月 7 日，双方所签合同，约定在南通姚港码头交货。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 19 条，该合同的履行地在南通，且兴化集团已经履行了合同。依据民事诉讼法第 24 条之规定，南通中院对本案拥有无可置疑的管辖权。

（二）上诉人根本没有履行合同。上诉人一方面与兴化集团签订合同，收取货款。另一方面又与深圳中转处签订联营合同，向启东公司出售煤炭，

根本无意履行与兴化集团所签合同，最终装上“智海”轮的煤炭也是深圳公司所购。上诉人声称已经履行合同，试问上诉人是在何时、何地、向何人交付煤炭的，有何证据能够证明？

（三）上诉人不具备法人资格，且已被吊销营业执照，应由其开办单位承担民事责任。上诉人单位开办时，其开办单位武警学院实际没有投入自有资金，某审计事务所仅凭该院所谓拨付车辆及流动资金的决定，就办理了注册验资手续。上诉入在刚才的发言中还以上述验资手续为据，主张注册资金已经到位，这是毫无道理的。就是这位现在坐在上诉人席位上的代理律师，在一审开庭时也承认当时没有投资，以后给的是其他东西，这也足以说明当时的验资是虚假的。但是，以后给的其他东西也需要证据证明，尤其需要以资金汇到银行、车辆办理了过户手续为据的审计验资报告。1995 年 8 月 15 日，晋中地区工商局以（95）晋中工商企字（59）号文件，吊销了上诉人的营业执照。这样，就在法律上宣告了上诉人的终止，只能由其开办单位武警学院承担民事责任。

9、终审判决结果

1996 年 9 月 18 日，兴化集团收到了江苏高院（1996）苏经终字第 46 号民事判决书。该判决书认为，南通中院对本案有管辖权；运销处在收到兴化集团预付的购煤款后，不能依约供煤，已构成违约；因运销处实际不具备法人资格，故运销处实施民事行为所产生的法律责任，应由武警学院承担。判决武警学院退还兴化集团所付货款 1796730 元，承担违约金 173000 元，支付预付款利息损失 581500。83 元，共计人民币 2551230． 83 元。

办案体会

1、对当事人的关系处理上，要有相对的独立性。在经济案件中，当事人往往从经济上考虑得多，从法律上考虑得少，从自身利益考虑得多，从他方利益考虑得少；从可能性考虑得多，从可行性考虑得少；从眼前利益考虑得多，从长远利益考虑得少。开始，兴化集团对南通中院的审理采取的是一种“不承认主义”，把工作的目标放在请求最高法院维持天津海院的调解书，撤销南通中院的案件上，最好能从南通把煤款直接划到兴化集团。律师代理案件，是当事人的代理人，而不是他们的代言人。作为律师，如听之任之，在不可能执行的天津海院民事调解书上兜圈子，不采取申请执行回转、申请最高法院协调和另行诉讼的断然措施，则会贻误时机，造成不可挽回的损失；如一味否定，则会造成当事人的对立情绪，影响代理工作的顺利进行。而应保持应有的独立性，审时度势，用事实和法律说服当事人。

2、对诉讼的前景，要有的正确的预见性。可行的工作方案，来源于深透理解法律和司法解释的基础上，对诉讼前景的正确预见。律师根据调查及上访的情况分析、当时就预见到：（1）向最高法院申诉只能解决程序问题，不可能确定煤炭或煤款所有权的实体问题，更不可能直接从南通把款划到兴化集团。（2）天津海院审理时，与兴化集团地位相同的启东公司未参加诉讼，漏列了当事人，可能使该院的调解书最终被撤销。（3）本案的实质是购销合同纠纷，约定履行地在南通，案件最终还是南通中院审理。由于有了正确的预见，方法得当，效果甚佳。

3、对有关事实和法律的问题上，要有高度的敏感性。律师在运销处的住

所地的调查时，敏锐地发现其开办时注册资金是虚假的。便依照最高法院刚刚作出的司法解释，申请追加武警学院为被告。在最高人民法院法复（1994）4 号批复下发后，又在诉讼中提出运销处不具备法人的资格，应由武警学院承担全部民事责任的主张。在运销处被工商部门吊销营业执照后，又适时二审法院举证，为自己的主张被法院所采纳，增添了新的砝码。

作者简介

韩学章（1912.—）汉族，北京市人，一级律师，1938 年毕业于上海法政学院，获法学学士学位，之后就从事律师工作。1941 年底太平洋战争爆发后上海全部沦陷，由于拒绝到日伪登记处登记，毅然放弃了本职。抗战胜利后，才恢复了律师职业。她从青年时代开始接受进步思想和党的教育，并在三十年代起就开始了革命生涯；建国后，积极投入了社会主义革命和过会主义建设的事业，为健全和完善我国民主与法制，对我国律师事业作出了重大贡献。历任：人民救国会理事、上海妇女救国会宣传部副部长、上海《联合晚报》常年法律顾问、上海家庭妇女联合会副主任兼服务部部长、上海民主妇联常委兼服务部部长、上海政协委员、上海市人民法院南区分庭庭长、上海市高级人民法院民庭庭长、市人民政府参事、上海市第八、九届人大常委会委员、上海市人大法制委员会副主任，上海市政协法制研究委员会副主任，上海法学会副会长、顾问，第一届中华全国律师协会副会长、上海市律师协会会长、名誉会长、民盟中央参议委员会常委、民盟中央委员、民盟上海市委常委、民盟上海市委法制委员会主任、民盟上海市委顾问等职务。

单位名称：上海市律师协会
详细地址：上海市吴兴路 246 弄 3 号 901 室
邮政编码：200030
联系电话：（021）64336793

我国建国以来一起最大的反革命案件
韩学章

案情介绍

林、江反革命集团案，是我国建国以来发生的一起最大的反革命案件。它具有性质特别恶劣、案情极其复杂、牵涉面广、持续时间很长、危害后果特别严重等特点。以林彪、江青为首的反革命集团在“ 文化大革命 ”中，互相勾结，狼狈为奸，凭借其地位和权力，施展阴谋诡计，利用合法的和非法的，公开的和秘密的、文的和武的各种手段，有预谋地诬陷、迫害党和国家领导人，篡党篡国，妄图推翻无产阶级专政的政权。1971 年 9 月，林彪、叶群、林立果、周宇驰、江腾蛟等阴谋危害毛泽东主席，策动反革命武装政变失败，林彪等叛国外逃，以林彪为首的反革命集团被揭露和粉碎，以江青为首的江青、张春桥、姚文元、王洪文“ 四人邦 ”反革命集团继续进行反革命阴谋活动，直到 1976 年 10 月被揭露和粉碎。林彪、江青反革命集团给我们国家和民族造成的灾难是难以估量的。

被告人姚文元是林彪、江青反革命集团的反革命舆论炮制者。他控制指挥舆论工具，诬陷、迫害党和国家领导人，妄图篡夺党和国家领导权；他制造舆论，给广大干部和群众横加罪名，进行镇压，实行法西斯专政；他利用舆论工具，煽动破坏，制造混乱，搞乱中夺权。他指使授意清华、北大的“ 梁效 ”，《红旗》杂志社的“ 池恒 ”，上海的“ 罗思鼎 ”等写作班子，撰写和他亲自修改审定的大量文章、报道，把革命老干部诬陷为“ 资产阶级民主派 ”，

“还在走的走资派”、“老走资派”、“复辟狂”、“还乡团”、“右倾翻案势力”。把革命群众诬陷为“保守势力”，“坏人”，“暴徒”，“反革命分子”等等。他的反动文章，对这个反革命集团的帮派分子是反革命动员会，煽动他们对广大革命干部和群众施行迫害、镇压，指挥他们进行反革命篡权和各种破坏活动。同时，被告人姚文元还勾结张春桥，王洪文指使《人民日报》社原总编辑鲁瑛，往中央机关和省、市、自治区派人，并通过原清华大学党委书记迟群等，搜集诬陷党政军领导干部的材料。他伙同江青、张春桥、王洪文密谋策划，诬陷迫害党和国家领导人的犯罪活动，他提出“已有庐山会议气息”，定性诬陷党中央和国务院领导人周恩来、邓小平、叶剑英、李先念等阴谋篡权。他诬陷邓小平是“天安门广场反革命政治事件总后台”，公开登报。煽动迫害。姚文元伙同张春桥，为了巩固他们在上海篡夺的权力，把上海变成他们革命活动的基地，诬陷迫害前上海市第一书记陈丕显、市长曹荻秋等领导干部。1976 年春，他把南京，北京等地群众悼念周恩来总理、反对“四人邦”反革命集团的革命活动，诽谤为“反革命逆流”，“是没落垂死势力的挣扎和疯狂反扑的一种表现。”“有一地下资产阶级司令部”。诬陷革命群众是“反革命分子”，指使鲁瑛派人搜集材料，编写《情况汇编》特刊，施行诬陷迫害，并在他们日记中写道要“枪毙一批反革命分子”。姚文元还伙同张春桥，在 1967 年 5 月 7 日，支持原山东省革命委员会主任王效禹，制造济南武斗事件，镇压群众，造成重大恶果。姚文元是林彪、江青反革命集团的积极参与者，是这个集团的主犯，是这个集团的“喉舌”，他所犯的罪行是严重的，给我们的国家、社会、人民造成的灾难、损失是十分严重的。

辩护人认为，起诉方对被告人姚文元构成策动武装叛乱罪的指控不能成立。被告人姚文元的行为虽然构成阴谋颠覆政府罪，组织领导反革命集团罪、反革命宣传煽动罪和诬告陷害罪，但基于其在反革命集团中所处的地位和作用，比照首犯，应对其从轻处罚。

一、本案是一个反革命集团案件。

确定反革命集团中各个犯罪人的刑事责任，既要把反革命集团的主犯与从犯加以区别，又要把各主犯之间在反革命集团中所处的地位和所起的作用加以区别。江青是“四人邦”反革命集团的为首者，被告人姚文元是这个集团的主犯之一，这一事实已经为充分的证据所证明。需要指出的是，被告人姚文元的某些犯罪活动，是在江青指使下实施的。例如，特别检察厅起诉书第十条指控江青、张春桥、姚文元、王洪文曾密谋策划，由王洪文到长沙向毛泽东主席诬陷周总理、邓小平同志等搞篡权活动，阻挠邓小平出任第一副总理。11 月 26 日法庭调查时，被告人王洪文供述：江青召集张春桥、姚文元、王洪文去钓鱼台一起密谋，并提出要王洪文去长沙向毛泽东主席诬陷周总理和邓小平同志。11 月 26 日王海容、唐闻生出庭作证时也说：江青于 1974 年 10 月 18 日白天和晚上两次找她们到钓鱼台，要她们陪外宾到长沙时，把江青等人诬陷周总理、邓小平的话转达给毛主席。由此可以看出，当时召集张春桥，姚文元，王洪文到钓鱼台密谋策划的是江青；决定要王洪文到长沙向毛主席诬告的也是江青，要王海容和唐闻生再次到长沙转告的也是江青。因此，很明显，在这一犯罪活动中，江青应负主要责任，被告人姚文元是密

谋参与者之一。在密谋中，姚文元曾说过：“ 大有庐山会议味道。 ”这当然要负一定罪责。但是，同首犯江青比较起来，毕竟是有所区别的。根据罪刑相适应的原则，希望法庭在量刑时予以考虑。

二、被告人姚文元的反革命行为与上海武装叛乱之间没有必然的因果关系，因此起诉书对姚文元参与策动上海武装叛乱这一罪行的指控其不能成立的。

特别检察厅起诉书指控张春桥、姚文元、王洪文犯有策动上海武装叛乱的罪行。起诉书第 46 条等指控被告人姚文元于 1976 年 5 月 7 日在北京对上海写作组成员陈冀德说：“ 文化大革命是暴乱，天安门广场事件是暴力，将来的斗争也还是暴力解决问题。 ”陈冀德回上海后向马天水、徐景贤等人作出传达，因而起诉书认定，这是为上海武装叛乱进行舆论准备。起诉书的这一指控，辩护人认为是不能成立的。我们查阅了 1980 年 8 月 29 日陈冀德写的证据材料，情况是这样的：1976 年 5 月 7 日，陈冀德向被告人姚文元汇报她在济南参加鲁迅著作注释工作座谈会的情况后，在谈到天安门事件时，被告人姚文元曾讲过上述起诉书引用的这句话，被告人的这一句话说明什么问题呢？他说文化大革命是暴力，天安门事件是尽力，将来的斗争还是暴力解决问题。他的这句话反映了他当时的思想认识。请法庭注意，被告人姚文元讲这句话是在 1976 年 5 月，正是天安门事件被“ 四人邦 ”镇压之后，正是“ 四人邦 ”猖狂一时，得意志形的时候，在那个时候，可以说被告人姚文元完全没有预料到在 1976 年 10 月他们将会被覆灭，他也更没有料到那时他们会要在上海策动武装叛乱。因此，可以这样说，被告人的这个讲话，与后来的上海武装叛乱并没有必然的因果关系。为了说明这个问题，我们还想引用另一个重要的事实，请法庭考虑，那就是被告人姚文元与陈冀德谈话时说：“ 不要记 ”。这就说明被告人姚文元的这句话只是平常的谈论，而不能证明是什么阴谋，更不能证明这与以后的上海武装叛乱有着直接的关系。

关于策动上海武装叛乱问题，根据 12 月 13 日法庭调查中出示的证据和证人的证言，已经证明张春桥、王洪文是上海反革命武装叛乱的策动者。早在 1967 年 7 月，张春桥就指使王洪文在上海建立由他们控制的武装力量，张春桥提出“ 以枪杆子保卫笔杆子革命。 ”1976 年 2 月，王洪文说：“ 上海民兵是我和春桥搞起来的。 ”“ 我是抓住不放的，你们可给我抓好。 ”王洪文 1976 年 9 月 23 日在电话中对王秀珍说：“ 你们要提高警惕，斗争并未结束，党内资产阶级是不甘心失败的。 ”法庭调查时，徐景贤、供认，“ 四人邦 ”覆灭的前夕，9 月 28 日张春桥向马天水，徐景贤、王秀珍等人下达了指令，说上海要“ 经受大考验 ”，“ 要打仗 ”。于是“ 四人邦 ”一垮台，徐景贤，王秀珍等人按照张春桥、王洪文的指令，立即策动上海武装叛乱。上海武装叛乱是张春桥、王洪文长期经营邦派武装的必然结果。被告人姚文元对照一罪行是不应负刑事责任的。

三、起诉书第 25 条指控，1968 年 1 月，张春桥、姚文元诬陷中共上海市委是“ 黑班子 ”，诬陷上海市委第一书记陈丕显是“ 无产阶级最危险的敌人 ”，诬陷上海市委书记、市长曹荻秋是“ 叛徒 ”。曹荻秋同志和副市长金仲华被迫害致死。

根据王秀珍 1977 年 1 月 14 日的供词，曹荻秋专案是全市的重大案件，是张春桥一直抓牢不放的。张春桥 1968 年亲自把曹荻秋全部档案材料调北京。张春桥一定要把陈丕显、曹荻秋都定为叛徒。马天水 1977 年 1 月 14 日的供词，也说：根据还是感到不足。于是马天水给张春桥打了一个电话，说明曹荻秋是叛徒证据不足。张春桥在电话里气焰嚣张地说：“ 如果曹荻秋不是叛徒，全国就没有叛徒了！ ”被告人姚文元虽然在报批曹荻秋为叛徒的报告上划了圈，负有一定责任，但是从全部情况分析，张春桥在这一罪行中，是起主要作用和决定作用的。这一事实也请法庭在量刑时予以考虑。

四、起诉书第 34 条所指控 1967 年 5 月，张春桥、姚文元在济南支持山东省革命委员会主任王效禹镇压群众的罪行。

根据王效禹 1980 年 6 月 20 日的供词，当时张春桥反复对王效禹说：“ 你有力量我就支持你。 ”在张春桥的直接煽动和支持下，王效禹于 1967 年 5 月 7 日制造了山东省革命委员会大院武斗事件，拘捕关押 388 人，从法庭出示后证据来看，姚文元事前并未表态，武斗事后，被告人姚文元虽然在山东省大中学校红卫兵代表大会上讲了话，祝贺“ 打了一个胜仗 ”，这当然要负一定责任。但是从这一犯罪活动的整个过程来看，事前策划、煽动、支持王效禹镇压群众的是张春桥、张春桥应对这一罪行负主要责任。

根据以上几点辩护意见，请法庭在对被告人姚文元量刑时从轻判处。

律师　韩学章　张中

一九八〇年十二月十九日

审理结果及其历史意义

最高人民法院特别法庭经过审理，最终采纳了辩护人对被告人姚文元不构成策动武装叛乱罪的无罪辩护和其它罪名的从轻辩护意见，以阴谋颠覆政府罪、组织领导反革命集团罪、反革命宣传煽动罪和诬告陷害罪，数罪并罚判处被告人姚文元有期徒刑 20 年。

林彪、江青反革命集团案，特别重大，举世瞩目。这一案件的公开审判是全国人民政治生活中的一件大事，是司法工作中的一件大事。对林彪、江青反革命集团主犯进行公开审判，这是人民的伟大胜利、民庆和法制的伟大胜利、社会主义的伟大胜利。民主和法制是国家的根本性问题。民主、法制的状况如何，直接影响政权的性质、国家的前途。我国作为人民民主专政即无产阶级专政的社会主义国家，应当具有高度的民主、完备的法制。但是，由于我国有二千多年封建社会的历史，封建传统根深蒂固，由于我国建设社会主义的时间还不长，社会主义民主和法制还很不健全，林彪、江青一伙正是利用我国政治制度上的这一重大缺陷，明目张胆地诬告、陷害党和国家领导人，肆无忌惮的迫害，镇压广大干部和群众，疯狂地进行推翻我国无产阶级专政的国家政权的反革命犯罪活动，把本来就很不健全的民主、法制破坏殆尽。然而，我国的社会主义民主和法制，在它的前进道路上，尽管充满艰难险阻，但它的发展终究不是任何反动势力所能根本扭转的。在社会主义制

度下，生产资料是公有的，这个事实从根本上决定了我们国家的政治生活和社会主义生活必须是民主的。所以社会主义民主的发展并不仅仅是人们主观善良的愿望，而是社会历史发展的必然趋势。

这次审判贯彻了司法工作的实事求是原则。整个诉讼过程，都完全以事实为根据，以法律为准绳，是就是，非就是非，是他们的罪行，一分不能少；不是他们的罪行，一分也不能多。重证据，不轻信口供，对林彪、江青一伙的诉罪，依据的都是经过验证的原始书证和原始材料。这次审判贯彻了法律面前人人平等原则。这一原则，是封建特权的对立物，是社会主义法制原则的核心。这十名主犯，九名曾是党的政治局委员，他们曾经是所谓“大人物”，但并未逃脱我国刑律平等地适用到他们身上。这次审判贯彻了司法工作的民主原则。对林彪、江青一伙的审判，完全依照刑事诉讼刑事诉讼法规定，公开进行，为了保证参加旁听的群众具有更大的普遍性，由各省、自治区、直辖市、各党派、各人民团体、国家机关、人民解放军推举代表参加旁听。在审判中，被告人的辩护权得到充分保障。他们除了自己行使辩护权以外，还可以聘请律师充当自己的辩护人。辩护人完全可以根据事实和法律，提出证明被告人无罪、罪轻或者减轻、免除其刑事责任的意见和材料，以维护被告人的合法权益。对林彪、江青反革命集团的审判，是我国民主和法制发展道路上的一个引人注目的里程碑。它充分体现以法治国的精神，坚决维护法律的崇高权威，认真贯彻社会主义民主和法制的各项基本原则，在国内外引起了强烈反响，具有除旧布新的重大意义。

律师是站在“以事实为依据，以法律为准绳”的立场为林彪、江青反革命集团案辩护的。从各方面的反应可以看出，律师的辩护起到了配合审判工作，维护被告人合法权益以及维护法制的一致性，因此，受到国内外一致好评。这次辩护，通过广播、电视、报纸，在全国人民和全世界关注本案的人士中，宣传了我国健全法制的进程，初步树立起中国律师实事求是、依法办事的形象，实际上成为建国以来对我国律师制度的一次最广泛、最形象的宣传。当时我国律师制度刚刚恢复，通过这次律师的工作，使更多的干部和群众进一步的认识到，律师制度是我国法制建设中一个不可缺少的部分，此次辩护为今后律师工作开展创造了一个良好的先例，其影响是深远的。

作者简介

刘爱民（1957.11— ）汉族，江西省丰城县人。生于 1957 年 11 月 4 日。1987 年 11 月开始从事律师工作，1988 年 10 月通过全国律师资格统考，现执业于广东省阳东县律师事务所。九年来，计办理刑、民、经、行等诉讼和非诉讼案件 400 余件（不含未立卷案件及帮助顾问单位处理一般内外纠纷和追索欠款），担任五家企业常年法律顾问（不含子公司），共为委托单位及个人挽回实际经济损失数千万元。

单位名称：广东省阳东县律师事务所
详细地址：广东阳东县德政路 1 号阳东县府 3 号楼 4 楼
邮政编码：529900
联系电话：（0662）6613065

农药款纠纷案
刘爱民

案情简介

1994 年 7 月，刘某凭印有某分装厂（原告）业务员的名片将 15%的速克螨农药分别交两被告代销，农技公司（被告）出具了收到分装厂 15%速克螨农药 22 箱的收据，果业公司（被告）出具了收到刘某 15%速克螨农药 500 公斤的收据。1994 年 12 月份，分装厂厂长带着公章、营业执照副本和法人代表证书等证件就上述货款的结算方式分别与农技公司和果业公司签订了书面协议，约定货款只能汇到分装厂的银行帐户上，不得付现金，结算人必须持有营业执照。其后，刘某又来该地区向两被告出示了她与分装厂的协议书，证明这些农药是她出钱委托原告加工生产的产品，产品的销售、收回货款及有关业务上的一切事务均由她负责。果业公司即将已销售部分的货款付给刘某，未销售部分继续代销，农技公司多次挂长途电话与分装厂联系，结果不是挂不通就是找不到人，农技公司只好无可奈何地付清了已售部分的农药款，其余农药退回刘某，收回刘某掌握的收据。于是，分装厂厂长凭付款协议书分别起诉农技公司和果业公司。要求农技公司支付货款、逾期利息及其他经济损失 1 万多元，要求果业公司支付货款、逾期利息及其他经济损失共 3 万多元。为此，刘某委托我担任代理人，为她申请以第三人的资格参与两案诉讼，获得准许。某市人民法院于 1995 年 11 月 16 日开庭审理，两案庭审结束后，原告于宣判前申请两案撤诉，也获得准许。

代理词

审判长、审判员：

我是第三人刘某委托的诉讼代理人，依法参与诉讼，现发表如下代理词，供法庭参考：

一、刘某与分装厂是业务协作关系，是独立的民事主体。理由有二：第一，刘某是委托分装厂加工生产农药的委托人，而不是分装厂业务员，刘付

给厂家所需费用，厂家付给刘成品，这已为 1994 年 5 月 20 日的刘与厂家签订的协议书所证明，尽管这份协议书从形式到内容都违反有关法规，但仍然是一个事实，能够证明刘与厂家的关系这一事实的真实情况。第二，在本案的业务往来中，分装厂既没有发给刘某一分钱工钱，也没有给刘某报销过一分钱差旅费，刘某对此也没有提过异议，并且分装厂从来没有给刘某发过聘任书，或与刘某签订过聘任合同。

二、刘某销给果业公司的农药是她自己的货，不是分装厂的货。1994 年 5 月 20 日答订协议后，刘某分别于 5 月 21 日、6 月 15 日、7 月 1 日分三次付给分装厂的厂长陈某（该厂是厂长陈某集资办的挂靠性企业）3.4 万元加工费，1994 年 8 月 21 日，刘某与陈某在介绍人程某的主持下办清了结算手续。当时由陈某写了一式三份的收据，分别载明刘某收到分装厂 109 箱（壹吨）15%的速克螨农药，陈某收到刘某 3.4 万元加工生产 15%速克螨农药现金。这一收据分别由陈某、刘某、程某三人亲笔签名，剩余 6000 元加工费由刘某写了一张欠条给陈某。

这些事实有 5 月 20 日的协议书，刘某 5 月 21 日的取款存折，我当庭出示的三人签名的收据，陈某掌握的 6000 元欠条，以及刘某陈述案件的具体细节，各个证据之间相互吻合，没有矛盾，能够互相证明，足资认定属实。此外，刘某是以自己的名义与果业公司发生的业务关系，果业公司的收据也是写的收到刘某的农药。反观陈某则没有提出任何能证明有利于他自己的主张的、令人信服的证据。显然，陈某是想侵吞刘某的货款，并已实际行骗于刘某的业务网点（代销点）。

三、刘某的经济损失应由陈某全部赔偿。

由于陈某隐瞒事实真象，背着刘某与刘某的代销网点签订付款协议，企图侵吞刘某在各地的货款，刘某不得不到处往返制止，以及刘某参与本案诉讼花费的合理费用，使刘某遭受了极大的经济损失。陈某的行骗与刘某的上述经济损失有直接的、必然的因果联系，因此，陈某必须赔偿。

综上所述，刘某是独立的民事主体，她销往果业公司的 15%速克螨农药是她的私有财产，陈某打着分装厂的招牌行骗，是对刘某私有财产的不法侵害，由此造成的刘某经济损失陈某必须全部赔偿。请根据事实和法律秉公判决。

审判长、审判员：

某地区某律师事务所接受第三人刘某的委托，指派我担任她的诉讼代理人。接受委托后我审查了第三人提供的材料和证据，查阅了本案案卷，并委托本所律师某某作了必要的调查取证，刚才又参与了法庭调查，现发表如下意见，供合议庭参考：

通过法庭调查和辩论，我认为已经证明了的基本事实有三：第一，1994 年 8 月 3 日刘某交农技公司代销的农药，一部分是刘某个人的，另一部分是分装厂（实质上产权是厂长个人所有的挂靠企业）的。第二，陈某企图侵吞属于刘某的那部分货款，刘某及时加以制止，收回了属于自己的货款，同时农技公司退回的属于分装厂的农药刘某也没有交回分装厂。第三，刘某之所以没有将农技公司退回的农药交回分装厂，是由于厂长陈某在此之前到刘某全部的代销网点行骗，企图侵吞刘某的全部货款，且已在某省某县实际骗取了刘某的 1 万元货款。

我认为，刘某与陈某之间的货物所有权之争引起的原告与被告之间的货

款纠纷，应该联系刘某和陈某双方的全部行为，全面地、客观地进行分析，不能割断各个行为的内在联系，孤立地、片面地进行处理。

陈某到处行骗并破坏刘某的名声是客观事实。我委托本所某律师调查的材料和刘某提供的收货单位的收货收据证明了这一点，陈某起诉果业公司一案的审理也证明了这一点，本案的诉讼标的陈某把刘某的货款也算他的货款这一事实，同样证明了这一点。刘某在面临陈某不讲道德、企图全部侵吞自己的货款的状况下，实际损失除 1 万元已遭侵吞外，还为制止这种侵吞花费了极大的人力物力，遭受了严重的经济损失。在这样的情况下，如果要求刘某将农技公司退回的属于分装厂的农药交回分装厂是不现实的，也是不公正的。比较双方的行为不难发现，纠纷的发生完全是由陈某行骗所造成的，刘某自始至终只不过是为了保护自己的财产而采取了必要的补救措施。如果对陈某行骗的行为与本案经济后果的必然联系视而不见，片面地苛求刘某的一切行为必须尽善尽美，既不合情，也不合理，同时也混淆了我国司法原则要求的打击和保护的界限。

审判长、审判员！以上是我的代理意见，建议合议庭考虑刘某是被侵害者这一客观事实，判决陈某赔偿刘某的全部实际损失及合理补偿精神损害费。

作者简介

黄乃福（1943．6—　）原籍辽宁省辽阳市人，中共党员，法律大专毕业，高级律师，现任平顶山华泰律师事务所主任。1972 年调入平顶山高压开关厂任车间工会主席，党支部书记。1979 年调入平顶山市中级人民法院，1980 年调入平顶山市司法局，先后任平顶山市第一律师事务所主任、书记，平顶山市司法局机关二党支部书记，平顶山市经济律师事务所主任、书记。现为平顶山市律师协会副会长，中国法学会会员，河南律师协会理事，河南省律师协会法律顾问业务委员会副主任，从 1990 年至 1996 年被河南省职称改革领导小组聘为河南省律师系列副高级专业技术评审委员会委员，经平顶山市人民政府任命为平顶山市促裁委员会委员，平顶山市促裁委员会瞎任为促裁委办公室主任（兼），促裁员。被选入《中华名律师辞典》，被评为平顶山市优秀律师，河南省优秀律师。

单位名称：平顶山华泰律师事务所
详细地址：平顶山市建设路中段（平顶山饭店四楼）
邮政编码：467000
联系电话：（0375）9021177　2935387

商品房住了 8 年再依《消法》起诉

黄乃福

河南省平顶市中级人民法院审理了一起购置商品房，住了 8 年，还能起诉的房屋质量纠纷案。法院认为，这是全国典型的特殊案例，现将该案情况概述如下：

1996 年 6 月 4 日原告平顶山煤焦化学工业（集团）有限公司，原告平顶山市建东小区 72 号楼一单元 12 户居民，向平顶山市中级人民法院起诉，被告中房集团平顶山房地产开发公司。原告诉称：1988 年焦化公司将购买中房公司的 72 号楼（家属楼）一单元，分给了 12 户居民居住。1995 年进行了房改，12 户对住房享有 80%的产权，焦化公司享有 20%的产权，在居住过程中发现房屋质量有问题，在房改中发现一单元东西两户间的承重墙体错位。要求中房公司更换住房，并赔偿损失 351958． 92 元。

此案，平顶山晚报多次对该案进行了跟踪报道，一些全国、省有关报纸纷纷刊登，省、市电视台予以报道，成为河南名案。被告中房公司是河南省房地产开发 50 强，重合同守信用企业。中房公司委托黄乃福律师代理此案。他深感责任重大，此案牵涉连锁反应问题，于是他奔波于郑州、平顶山之间，向河南省高级人民法院，平顶山市中级人民法院承办人员，有关领导讲对案件的看法，向市人大有关领导反映，陈述其观点，求得合情合理的解决，以最大限度保护被代理人的合法权益。此案涉及问题多，情况复杂。未能及时开庭。

三个月后，1996 年 7 月 18 日此案开庭了，市建委通知全市各房地产开发公司经理，各驻平顶山施工队的领导，各县、区法院主管民事副院长、民事庭长，市中级人民法院领导，河南省高级人民法院有关人员参加了观摩旁听。各报社、电视台纷纷前来采访。偌大个俱乐部座无虚席，两原告聘请的

两位代理律师提出，这几套房子系危房，要求换房，赔偿 12 户居民精神损失，依《中华人民共和国消费者权益保护法》加倍赔偿原告所受到的损失 201123 元，加上搬家和其它费用共 35195　8 元。被告方的代理人黄乃福律师针锋相对地提出，诉讼主体有错误，本案 12 户居民不应作为本案原告出现，其理由是：1985 年 4 月 22 日平顶山焦化厂同中房平顶山房地产开发公司签订有购房合同，购 6 号楼，即现在的 72 号楼。1988 年 5 月 19 日焦化厂同中房公司签订购置商品房结算补充协议（交房协议），截止 1988 年 5 月 19 日中房公司 71 号、72 号楼全部交给焦化厂，房款已结 清，肯定地说，焦化厂同中房公司构成买卖关系。而焦化厂在 8 年前从中房公司购到房屋分配给其中的 12 户职工居住，这属于焦化厂同职工内部关系。中房公司未收到 12 户居民的一分钱，没有合同，同 12 户居民不存在任何经济往来，中房公司同 12 户不存在任何权利义务关系。在房改当中，焦化公司又将该房部分产权转让给 12 户，焦化公司同 12 户居民构成了新的买卖关系。12 户从焦化公司房屋产权转让中获得的权利，他们之间属于转让者与受让者的关系。这个关系与中房公司毫不相关，虽然 12 户取得了部分房屋产权，享有部分权利，他们只能向其转让产权的焦化公司提出请求予以解决。焦化公司收受了 12 户的购房款，转让出部分产权，并不影响其作为该纠纷的原告的诉讼主体地位，而 12 户应该作为第三人出现。

法庭上双方律师唇枪舌剑，观点对立，互不相让，当辩论到应当适用《中华人民共和国消费者权益保护法》时，黄乃福律师尖锐地指出：很明显本案不能适用消费者权益保护法，消费者权益保护法自 1994 年 1 月 1 日起施行。而该楼早在 1985 年 4 月 22 日焦化厂与中房签订购房合同，1988 年 5 月 19 日焦化厂与中房签订购商品房结算补充协议，并于当日双方进行交接房屋，并由焦化厂使用，消费者权益保护法对以前的行为无溯及力。因而不能适用《中华人民共和国消费者权益保护法》，对此纠纷应该依据当时的有关法律、政策，从实际情况出发，实事求是，合情合理的处理。本案属经济合同法调整的范围，而原告以消费者权益保护法为依据，要求加倍赔偿其自然失去了法律依据。审判长当庭宣布：本案不适用《中华人民共和国消费者权益保护法》，这样，本律师的意见当庭被采纳。

双方辩论最激烈、最主要的问题是换房还是退房，原告提出要求更换 12 套同等类型符合国家质量验收标准的水、电、气、暖、有线电视等设施齐全的住房，并划定了区域。实在不行，拆掉重建。本律师指出，一幢楼只拆除一个单元是不现实的，也是不可能的，但该房不是危房，换房现在又没有原告划定区域内的房子，按照耐用商品的处理方法，可以把房子先退回焦化公司，再由焦化公司退回中房公司。因双方意见差距悬殊，当庭调解未能成功。休庭。

又过三个月，1996 年 10 月 15 日，原告，第三人，被告三方达成调解协议，主要内容如下：（一）中房公司退给焦化公司购房款 18 万元，并赔偿损失 32 万元，中房公司愿将此 12 套住房交归焦化公司所有。（二）焦化公司付给 12 户居民房屋装修费用 66194 元，其它费用 3806 元。（三）焦化公司于 1997 年 10 月底之前给 12 户居民按其原住房层次解决与原住房面积相当的住房。此案划上了句号，黄乃福律师作为被告中房公司的代理人，敢于仗义直言，充分运用法律，唯实求实，他的代理意见充分被法院采纳，把 12 户变更为第三人，原告焦化公司承担了相应责任，消费者权益保护法不适用本案，

这样，使中房公司的合法权益受到了保护。

作者简介

章文岳（1935.8—）浙江鄞县人。学生时期师从国际著名法学家、大律师钱端升教授。几经时代的风暴洗礼，有赖于钱老“威武不屈，贫贱不移”的教导。1980 年实行公开审判制度后，由法院指定为一刑事案犯辩护，反响甚众，从而开始了律师生涯。

多年来充分利用完整、系统的法律知识，深厚的文字功底，在吃透案情，抓住中心的基础上，写出具有较强的逻辑力量、文情并茂的代理词，取得了一次次的胜诉，颇得好评。

单位名称：浙江省政法管理干部学院
详细地址：杭州市古荡湾 185 号 2—3—102
邮政编码：310012
联系电话：（0571）5023177

案中有案，民刑交叉
章文岳

案情简介

这是十几年少见的复杂又耐人寻味的案件。是民事，却隐藏着刑事——挪用巨额公款。村长与人合伙经商，成立了不去工商登记的”隆发毛纱经营部。”96 年 4 月 28 日合伙解体引发了债务纠纷、而那位村长书记企图借助法院的判诀，使之侵占这笔公款合法化。

说是民事官司，在案件定性上首先有合伙纠纷与债务纠纷之争。如果是合伙体存在期间产生的债务纠纷，可定性为合伙纠纷。然而本案却是在合伙解体后产生的纠纷。接着新的疑点来了：原告主体是否相符？原告从未出过一分资，却要以个人名义追偿这笔巨额债权。这当中涉及了村长书记是否属于“党政干部不准经商办企业”的问题。一个叫忻丁英的在一审中做为证人出场是否恰当？有一方咬定他是合伙人之一。再有合伙人解体时所订立的‘分配计算”协议是测算还是决算？接受旁人劝导而签字画押算不算真实意思表示？最后本案还涉及与原告关系密切的一审法院院长怎样才算是回避的问题。以及作者在实地调查中发现农村的集体资产大量流失的新课题。

当一审已决，二审调解告吹，即将维持原判，判令 28 万欠款归还原告，并采取了财产保全措施的严峻时刻，上诉方去省城找到了作者。通过实地调查和取证，作者为上诉人写了《代理词》，如下。

代理词

上诉人因不服（1996）鄞经初字第 1225 号民事判决，曾在 1996 年 199 月 26 日呈递一份上诉状。可是所陈述的理由抓不住要害，分不清先后主次，举证不力，该说的不说或说不透，可以从略的却谈了不少等等。这样的上诉状和代理词，势必增加审判庭的麻烦，造成了今天严峻的局面。

今天，上诉方理清了思路，吃透了案情，取得了至关重要的证据，对照了有关法律，请容纳我们新的理由：

（一）一审判决，定性不准。

被上诉人在一审作为原告时，在起诉书上的诉讼要求中共三条，全是为了所谓追偿他的债权（见原告起诉状），根本没说他和被告是合伙纠纷。他认为终止合伙关系时所签订的“分配计算”协议是有效的和无可争议的。他只要求实现 28 余万元由合伙解体引发的所谓“债权”。所以，我们认为这是一起债务纠纷案。

（二）定性准了以后，我们再看一审的原告主体是否相符。我们说：原告主体不符。

今天我们有证据表明忻永华个人作为原告提出追偿债权的诉讼是没有资格的。他与“民法通则”第 108 条一款所规定的“与本案有直接关系”的人相差甚远。他是代还银行贷款的村办企业的法人代表；他向一审法院提供的还贷凭证不是他个人的！（见书证一，并参见案卷 P32）他个人有什么权利鲸吞这 28 万余元的公款？顺便一提：那份他认为有效的“计算”分配协议并未要他或他的集体企业去代还，而是说“今后银行借款还本付息各负其责。”为什么被上诉人未经上诉人委托自行其事呢？狼子野心，不言自明。

为了侵吞这笔公款，他出示了大队（陶公村）证明，说他村办企业已经“转制”了，归个人所有了。他本人是大队书记，公章随身带，这纸证明有何价值？原来，忻永华在提供伪征！务请审判庭明察秋毫。遗憾的是上诉人所委托的杨律师竟然为被上诉人打掩护，谎说被上诉人有工商证明，证明已经“转制”了，企图阻止上诉人去实地和去向有关部门取证。今天我们从鄞县工商局取得的证件（复印件，见书证二、三），证明陶公村两大支柱企业——鄞县无线电元件厂和绣品厂并未转制，集体还是集体，没有归个人所有，更没有归忻永华所有，因为他是乡村党政干部，他知道不能公然经商办企业。

当然，产权不变，经营管理方式可变，如农民承包土地，土地的国有性质不变。根据我们去陶公村实地了解，该村的村办企业的经营管理方式确实变了，集体企业被肢解成十来个小厂。但它们是以租赁或承包形式出现的，其中没有一个为忻永华所有！他个人无权去银行、信用社借贷，也没有力量去偿还这笔 28 万余元贷款。一审法院竟然让他独吞这笔公款，陶公村上千户村民曾以拒付水电费形式抗议了一年有余。

尊敬的二审法庭，我们要求撤消一审错误判决还有理由。

（三）上诉人与被上诉人于 95 年 8 月 5 日起合伙经营毛纱，成立所谓“隆发毛纱经营部”。为了回避“党政干部不准经商办企业”的党规政纪，忻永华不让这个“经营部”去工商登记。它是一个“地下”企业，无照经营！正如未经登记的婚姻关系得不到法律保护一样，一审法庭本应据此更要拒绝保护这个所谓“债权”。只是为了八千余元的受理费和其他可能的额外好处吗？我们认为问题并非如此简单。我们不说无根据的话，这里只向贵庭提供这样一个事实：鄞县人民法院现任院长张某某原是陶公村的包队干部，与被上诉人忻永华长期合作共事，关系十分“特殊”（当地群众众口一词）。忻永华常常不无骄傲地说：“在鄞县打官司，我可以包下来！”这样的特殊关系，张某某理应回避。然而院长是不可能不参与此案的决策的。

最后，当我们有足够理由说明本案是债务纠纷后，也不想规避双方有过

合伙关系的事实，并不能不提一提 96 年 4 月 28 日的那份“ 分配计算 ” 协议。今天我们向二审法官们举证（见书证四）。这一证据表明在签订这份协议时，违反了“ 民法 ” 第 55 条 2 款，钱云德的“ 意思表示 ” 是不真实的，存在着疑虑、误解和诱导。钱云德当场说这协议有重大遗漏。在一审过程中，钱云德的代理人在这面广泛取证取得了确凿的证据（包括合伙一方的代理人忻丁英的证据），所以该协议应该认为无效。不过，上诉人认识到饭要一口一口吃，要分别轻重缓急。今天我们先要解决一审判决该不该生效之后，我们将为解决该协议效力问题再向对方理论。

尊敬的二审法官：上诉方已欣闻审判长已经当面警告了被上诉人忻永华：“ 不要贪小失大！ ” 也许贵法庭已认定或正在认定：此案案中有案。你们在民事审判中发现了挪用及至阴谋侵吞巨额公款的刑事案件，而将发现的刑事案件报送有关部门。陶公村两千余户村民将铭记这一功绩。

作者简介

翟日新　66 岁，汉族，山东省栖霞县（市）生人。1946 年参加革命工作。1956 年在职考入司法部法律专科学校学习。1958 年 8 月毕业后，分配到黑龙江省齐齐哈尔市。先后在黑龙江省嫩江地区司法局、齐齐哈尔市司法局从事司法干部培训、法制宣传、专职律师等工作。1984 年取得律师资格，1987 年评为中级职称。自 1985 年至今一直在齐齐哈尔市第一律师事务所（现改为帝义事务所）执业。

在嫩江地区司法局工作的四年中，主持、组织（兼任教学），共举办了七期以学习刑法、刑事诉讼法为主要内容的司法干部训练班。共培训基层和铁路系统的检察院、法院、司法局诸部门的助检员、助审员、司法助理 500 余人。学员广布于嫩齐地区政法系统第一线。

自 1985 年至今一直从事律师工作，在十多年执业中，共承办法律咨询 3000 人次；代书 500 件；法律顾问十多家；参与诉讼非诉讼案件 300 余起。被聘为黑龙江省《今日法坛》杂志社特约记者，《民主与法制》读者联谊会会员。先后在地方党报、《民主与法制》、《中国律师报》、齐齐哈尔市《法学内参》发表了十多篇文章。其中有 1995 年第 10 期《民主与法制》刊登的《坚持真理，斗争到底》，1996 年 1 月 10 日《中国律师报》刊登的《谁是谁非》等文章。

不畏权势、伸张正义，深受平民百姓信赖。1992 年，司法部授予“ 司法行政二级金星荣誉章 ”一枚。1996 年被评为《民主与法制》读者联谊会“ 优秀会员 ”。

单位名称：齐齐哈尔市帝义律师事务所
详细地址：齐齐哈尔市丰恒路 8 号
邮政编码：161005
联系电话：（0452）2718387

权与法抗衡民告官胜诉

——一起劳务合同纠纷案纪实

翟日新

一件正常的劳务协议

10 年前，1985 年 9 月 18 日，黑龙江省西部某大城市，为解决某些工厂污水处理问题，市政府决定修筑处理明渠工程。因该工程需大量外运土方，而取土地又系农业集体经济所有。为减少麻烦，节省财政支出，当地政府职能部门城建局排水处，代表甲方与市郊某村村委会农工商服务公司代表乙方，共同签订了一份“ 拉运土方筑坝整形 ”的书面协议。在施工中，经双方协商，又增加了“ 四公里堤坝土方 ”工程的口头合同。

合同规定：1.每立方土为 6 元，包括运输整形在内；

2.结算方式，以甲方发放与验收的运土小票为准；

3.工程必须在封冻前完成；

4.经甲方工程技术人员，现场检测合格后正式验收。

该项合同的乙方，实际是某村朝鲜族李某某，以村委会农工商服务公司的名义，以家庭为单位承包的较大型劳务合同。李家仅有 2 台 75 马力东方红链轨拖拉机，是先富起来的机车户之一。然而，靠两台机车在两个月之内完成如此大的土方任务，实属可望而不可及。此项工程又是市政府当年 16 件大事之一，必须如期完成。李家肩负重任。

为了保质保量按期竣工，李家除了充分发挥自家机车连续作业优势外，他又先后雇用了 5、6 个单位的 20 余台汽车、挖土机、推土机等，在方圆几十里公里的作业现场，展开了从挖土、运土、推土、整形全方位的劳务运作。经过二个月的夜以继日的紧张施工，同年 11 月 28 日，按甲方图纸要求，整个工程圆满完成，经甲方现场员、技术员现场验收合格。

此项工程受到了省、市领导现场视察时的好评，认定为质量优良。

整个工程共用土方量 59526.25 立方米，按每立方米 6 元计算，甲方应付给乙方劳务费人民币为 357757.50 元。由于甲方财政暂时困难，只付给了乙方 192943.80 元，余款 164813.70 元，答应在 1986 年上半年付清。

祸从天降，李家父子陷囹圄

不知什么原因，李家父子先后于 1986 年 9 月、1987 年 4 月，被市公安局以诈骗罪收容审查。与此同时，该市某区检察院，以受贿罪将甲方排水处工程队长李某收审；排水处主任李某某被以玩忽职守名义停职反省。政法机关为什么要对上述当事人，采取如此强制措施？原来是“ 一封举报信 ”使他们失去了人身自由。

举报信的大体内容是：承包人李家父子，通过不正当手段，向甲方领导及有关人员行贿，取得了该项工程承包权，有意抬高每立方米土单价及已完成的工程土方量不实等，从而使乙方猎取不应得的经济利益。

有关机关，在经过三年之久的“ 调查 ”、“ 侦查 ”、“ 勘验 ”等多种刑事侦查手段后，认为“ 举报信 ”所指控的内容全系子虚无有。在市检察院监督、干预下，1988 年 8 月，甲方的工程队长，乙方的李家父子先后被释放。1989 年 8 月，市检察院作出了“ 李某某、李某不构成玩忽职守犯罪 ”、“ 李家父子不构成诈骗罪 ”的决定。

这起案中案的冤案是怎么发生的呢？原来是当时的一位市政府官员一手策划导演的。

排水处当时在任的一把手李某某，可称得上有目共睹的好党员、好干部，他一身正气，刚直不阿，处事公正，原则性强。然而，他做梦也没想到在执行公务过程中，竟“ 得罪 ”了他的顶头上司，在此之前，这位官府大人，令其在排水处安排一位不符合政策的女士，遭到李某某的拒绝，从而种下祸根。这位官运亨达名声显赫的政府官员怎能咽下这口气，因此，想方设法要整整这个“ 不听话 ”的下属。

机会终于来了。他幕后操纵、指挥，唆使一些不明真相的人。“ 搜集材料 ”写了举报信。他还利用手中权力，通过不正当手段，违背程序，动用政法机关，给上列被害人妄加罪状。以图从政治上将那位不听话的下属置于死地。李某、李家父子只不过是替罪羊罢了。

诉诸法律，追索债款

李家父子被释放后，首先想到的是求助法律讨个公道。摆在他们面前的有两个官司非打不可。一个是平民百姓被无辜关押七八个月之久，这是一起行政官司；另一起是经济官司。即按照合同，排水处还拖欠劳务费十五六万元至今未给。年逾六旬的老李头，前思后虑，决定讨债要紧，先打经济官司。

1989 年年末，本律师担任了原告的代理人，陪同老李头一起踏上了艰难的诉讼之路。

“ 政府 ” 干预，法官为难

1990 年 2 月，某市中级人民法院经济庭，正式受理此案。原告诉讼请求，一是要求被告（排水处）立即支付拖欠劳务费 16 万元；二是被告应付给原告四年之久的利息 4.7 万元。主要证据，一是运土小票；二是被告方财务帐面记载。可谓事实清楚，证据充分。同年八月上旬，法院开庭审理。在审庭过程中，原告、被告双方在事实认定上，基本无原则争议。按正常程序，此案在开庭后不久即可下判，然而，“ 判决难产 ”。故障出在哪？原来办案的法官遇到了“ 麻烦 ”。

本文前边提到的那位政府官员登场了。他亲临中级法院作梗，给法院一把手施压。发议论、定调子，说什么“ 这场官司不能让老李头赢了，他赢了就是政府输了 ” 等等。还是这位官员，于 1991 年 2 月 23 日下午，在市政府小会议室，亲自主持召集该项工程参与运土的五个国营单位证人会议。参加会议的多是单位的一、二把手。他在会上公开对抗法律，唆使与会者出伪证。他说：“ 你们要站在政府的立场上，不能让老李头得了便宜 ”。又说，“ 政府有困难，你们每个单位都应按各自的运土总量减去 20% ”。

会议开过后，被告方根据这位官员的旨意，按照会议定的调子，挨家挨户索取所得证据，之后将这些“ 证据 ” 送交中院经济庭。

办案法官怎能不为难，此案本应依法支持原告诉讼请求，迅速下判，可又怎敢违抗上边精神？明知被告新提供的证据有诈，亦不可“ 得罪政府 ”，只能顺其自然，让院领导决定了。

排除干扰，据理力争

律师得知上述情况后，甚感气愤。堂堂的政府官员，竟如此之卑鄙，如此亵渎法律。为了维护法律尊严，维护当事人合法权益，挫败以权压法恶劣行径，做为一名社会法律工作者，人民的律师，深感责任重大。为索取有力的“ 武器 ”，律师驱车几次到出伪证的五个单位，再次索取证据。然而，这些单位无论是隶属关系还是地理位置，均受市政府管辖，他们心有余悸，唯恐得罪“ 政府 ”，怕给小鞋穿，怎能轻信一个律师的劝说，所以不敢说实话。经过耐心的讲明事情原委，宣传法律、法制，晓之以理，动之以情，阐明出伪证的法律后果，沟通了思想，打消了顾虑。他们表示，愿意实事求是地回答律师询问。五个单位的证言均表示：第一，“ 我们运输的土方量无半点虚假，运土小票上记载的数量是可靠的凭证 ”；第二，“ 我们给被告方出具的

减少 20%的证据，是在政府压力下违心写的”。

证据有力，胜利有望

为争取本案得以公正、圆满解决，律师与经办此案的法官、庭长多次交流案情，阐明观点，求得支持，并敬告法官，此案非同小可，必须慎重对待，如处理不公，原告将赴京告“御状”。届时，后果则不堪设想。

艰难的诉讼，让律师的心情难以平静。这本是一件普通的民事（经济）纠纷。双方权利义务平等。原、被告不应有“高低”“贵贱”之分。而且本案事实清楚，证据充分，欠债还钱，天经地义。国家法律也写得清清楚楚，明明白白——国家基本法《民法通则》第 54 条、第 55 条，原《经济合同法》第 5 条、第 6 条规定，当事人双方签订的《劳务协议》合法有效，受法律保护。《民法通则》第 111 条、112 条规定，当事人一方没有全面履行“协议”规定的义务，对方有权要求违约赔偿损失。《民事诉讼法（试行）》第 95 条规定，对于“追索劳动报酬”的案件，法院可以裁定先行给付。

此案所以对簿公堂，判决难产，中途搁浅，就是那位“掌权者”在混搅和。因此，在一审开庭后，律师先后向法庭递交了六份书面材料（代理词、建议书、声明书等），其中之一是《市政府不应干涉审判权》的抗议书。在这份材料中，律师毫不留情地揭露了市政府官员的恶劣行径。对他以权谋私、以权压法，干扰、干涉国家审判权的行为，提出严正抗议。客观上为本案得以公正处理起到了促进作用。

经过马拉松式的庭上庭下奔波与纷争，市中级人民法院，终于在立案后二年之久的 1992 年 1 月，作出了一审判决。也许是为那位官员留点面子，一审判决仍留下尾巴。原告虽胜诉，但不尽如人意，对这种和稀泥的判决，自然不能接受。

上诉二审，民告官胜诉

原审判决认定的土方量，既不按原告提供的运土小票，亦不按被告方财务帐面记载（帐面比运土小票还多若干金额）。对省水利勘测设计院提供的现场实地勘测鉴定，亦不屑一顾。因该鉴定书提供的数据还大于运土小票。而采用的唯一证据是：“齐齐哈尔市建筑经济定额管理站”提供的对各运土车辆型号容量测算数据。该数据较省水利勘测设计院的数据少 1480．25 立方。较法院认可的运土小票少 1217． 90 立方。

土方量多少是本案争议的焦点。上述为同一个事实，提供的四份证据，究竟哪份具有科学性、真实性？原审法院为什么将没有任何权威的小小“管理站”提供的数据当令箭，作为定案的唯一证据，这里的奥妙又在哪里呢？原告方并不在乎千、八方的土方，金额不过 7000 元，可这口气咽不下，为求个真实与公道，只能上诉二审。

这位求真的朝鲜族老人，在律师陪同下走进了省高院的大门。

此案经省高院的调解，上诉方首先高姿态，只求真实，不为钱财，自愿放弃利息请求。在法官主持下，双方达成如下协议：

一、原审冲减的土方量 121790 立方米。核款 730740 元和原审判决的劳务费 9573840 元，计 10304580 元，在收到调解书后 15 日一次性付清。

二、一、二审诉讼费、勘测费共计 1440511 元，由排水处承担。

一场民告官的经济纠纷，历经三年之久的艰辛诉讼，加上诉前的五年，共计八年光景，终于以原告胜诉而告终。

后记

此案虽已了结，留给人们深思颇多。这本来是不应发生的纠纷。一个忠厚老实的农民，能为政府效劳从心底感到无限光荣。哪敢有半点差迟？

纠纷所以发生，一是被告机关内部起讧，制造纠纷；二是权与法抗衡。由于那位不知趣的长官，为泄愤造冤案，而且公开对抗法律，给党和政府抹了黑。时隔不久，这位政府官员固涉嫌经济问题，被赶下政治舞台。

还是那句老话，“ 人间正道是沧桑 ”，法制战胜了人治，正义战胜了邪恶。

细心的读者，不难发现此案原告诉讼请求与判决整整相差 6 万元。此 6 万元款额，正是李家父子在受审期间，公安机关以行政手段，强行让诸多运土单位各减少 20%土方的金额。虽然 16 万元变成了 10 万元，但这些钱都归老李头自己所有了。

作者简介

刘建平（1962.3—）1985 年 7 月毕业于中南政法学院法律系，大学期间（1984 年）加入了中国共产党。曾先后被评为中共武汉市委党校优秀共产党员、先进工作者、优秀专业技术人员，获优秀科研成果奖、武汉市党校系统优秀教学奖。现为中共武汉市委党校法学讲师。曾任《实用法学新编》一书副主编，先后在《长江日报》、《中国律师报》、《武汉晚报》、《武汉法制报》、《律师与法制》、《华中师范大学学报》、《法学》、《江汉论坛》、《长江论坛》等报刊、杂志上发表文章 10 余编。1990 年取得律师资格，并在武汉市第一律师事务所任职。曾多次为孤立无援的受害妇女、又聋又哑的残疾人免费代理，依法维护了弱者的合法权益；曾成功地办理了一起重大凶杀案，把被告人从死亡的边缘拯救出来；曾通过艰苦细致的思想工作，制止一起因重大凶杀案而险些酿成的族际之间大规模械斗，避免了一起后果极为严重的事件的发生。

注意将丰富的案例与宣传法制结合起来。自 90 年以来，多次被武汉市司法系统、机关、企业、事业单位邀请作法制报告，先后被武汉电视台、武汉石油化工厂电视台、武汉市桥口区闭路电视播放，反响较好。还被武汉市司法局、保密局聘为法制宣讲员。

单位名称：武汉市第一律师事务所
详细地址：武汉市江汉区常青 5 路市委党校
邮政编码：430023
联系电话：（027） 5601992

个体户告倒公安局
——胡先桥诉武穴市公安局“不服收审决定”案一审纪实

刘建平

1996 年 5 月 24 日上午，湖北省武穴布人民法院对原告人胡先桥不服被告人武穴市公安局限制人身自由、扣押财产、罚款、赔偿一案终于向他送达了一审判决书。该判决书判令：

一、撤销被告武穴市公安局 1995 年 9 月 12 日作出的《第 235 号收审通知》和 1995 年 10 月 24 日作出的《取保候审决定》。

二、被告武穴市公安局将所扣押现金 14000 元，罚没款 200 元，取保候审保证金 500 元，银行利息 107 元，共计人民币 14807 元（已返还 14307 元），余下款 500 元，在本判决生效后 10 日内返还给胡先桥。

案件受理费 1000 元由被告武穴市公安局负担，其他诉讼费用 500 元由原告胡先桥承担。

个体司机胡先桥状告武穴市公安局的官司终于打赢了。

案情简介

1995 年 8 月 26 日早 8 时许，湖北省黄梅县新开镇供销社农业生产资料员石海松（以下简称货主）租用原告胡先桥农用车来武穴市农业技术开发公司农药仓库运农药。上车时，货主手提一个“ 大哥大 ”黑包，同车前往的另两人（原告父亲胡本松、个体户陈光华）当车行至武穴市青林路口时，就各自下车办事去了。原告先将车开到农业技术开发公司，后又将车开到江边农药仓库边停下，货主下车时叫原告把提包看好，原告同意，即将包放到后排座位上。货主便到农药仓库联系业务去了，时隔十多分钟后，货主返回车上，就问原告：“ 包呢？ ”原告回头一看并答：“ 包在那儿 ”，边说边忙着修录音机，这时货主接过原告手中的工具说：“ 你修不好，我帮你修。 ”此时，原告坐在自己的位置上打磕睡。后货主又下车去农药仓库，原告醒后发现包不在，就忙去问货主，才知道包不见了。随后，原告同货主去公安局报了案，被告认为该案案情特大，决定立案侦破，并按管辖范围，将此案交给被告所属栖贤派出所处理。经调查证实，货主来武穴市之前的确在会计那里领有现金 3.1 万元（但没有任何证据能证实货主将这 3.1 万元现金的确带到了武穴市），即把原告列为重点嫌疑对象进行讯问。在讯问中，原告如实地回答了被告提出的问题。1995 年 9 月 12 日，被告根据国发（1980）56 号文件和公安部（85）公发 50 号文件的规定，对原告胡先桥以“ 流窜作案嫌疑 ”作出《第 235 号收容审查通知书》对原告进行收审，并报经黄冈市公安局批准延长收审时间。原告被关押收审 43 天，被告没有讯问原告一次，没有一份收审笔录材料，也毫无收审结果。1995 年 10 月 24 日，被告对原告又作出扣押现金 14000 元和收取 500 元保证金及取保候审的行政行为。被告所属收容审查所又以‘ 盗窃 ”为由，于 1995 年 10 月 24 日对原告收取 200 元的罚没款。

1995 年 11 月 3 日，原告胡先桥正式向湖北省武穴市人民法院提起行政诉讼，状告武穴市公安局违法行政，要求法院撤销被告对原告作出的限制原告人身自由的具体行政行为，要求被告返还扣押款 14000 元、保证金 500 元、罚没款 200 元以及全部银行利息，要求被告公开向原告赔礼道歉，为原告恢复名誉，消除影响，并赔偿非法收审原告人的误工收入，承担一切诉讼费用。

代理词（节选）

武穴市人民法院于 1995 年 11 月 9 日通知原告人，法院决定正式受理原告胡先桥诉武穴市公安局“ 不服收审决定 ”一案，被告武穴市公安局于 1995 年 11 月 21 日向法院提交了答辩状。我受武汉市第一律师事务所指派，作为原告诉讼代理人，仔细研究了被告的答辩状，经过充分的准备，提出如下代理意见：

一、被告武穴市公安局收审原告人明显违反了法定条件。

根据国务院《关于将强制劳动和收容审查两项措施统一于劳动教养的通知》的规定，收容审查必须具备下列条件：

1．被收审人有轻微违法犯罪行为，这是收审的前提。

2.被收审人不讲真实姓名、住址、来历不明，或者有流窜作案、多次作案、结伙作案嫌疑。公安部《关于进一步控制使用收容审查手段的通知》第

二条规定：“ 认定其有流窜作案、多次作案、结伙作案嫌疑的，应当掌握一定的事实根据和证据（包括有犯罪同伙的交代或与其身份职业不符的财物、证件等），不能对嫌疑作任意解释。 ”

本案原告人胡先桥既没有轻微违法行为，也没有轻微犯罪行为；既不是不讲真实姓名、住址来历不明，也不是有流窜作案、多次作案、结伙作案嫌疑，因此，胡先桥明显不属于收容审查对象。

二、被告所谓“ 原告及其家属愿意赔偿损失 ”之说纯属无中生有。

被告收审原告以后，被告主管领导及所属办案人员在许多场合对原告人的父亲、妻子威胁道：必须拿钱取人，一分钱也不能少。被告在毫无根据的情况下，认定货主丢失的 3.1 万元是原告偷的。后来原告人的父亲胡本松通过熟人找到了黄冈市公安局某领导，由其出面与被告商量，被告才答应以扣押 1.4 万元作为释放原告的前提（被告原打算扣押原告父亲 3.1 万元）。1995 年 10 月 24 日原告父亲被迫向被告交款 1.4 万元、取保候审保证金 500 元、罚没款 200 元，被告当即释放了原告人。同时，被告当即向原告父亲开具了“ 扣押财产清单 ”（1.4 万元）；在送达的取保候审保证书中载明原告交保证金 500 元，并开具罚款 200 元的收据。事实充分证明，原告是被迫扣押财产，被告在答辩状中辩称“ 原告及其家属愿意赔偿损失 ”之说纯属无中生有。

三、被告对原告采取取保候审的刑事强制措施也是违法的。

根据我国《刑事诉讼法》的规定，对某人采取取保候审的刑事强制措施，必须有事实、有证据证明某人有犯罪事实或有重大作案嫌疑。而本案被告没有任何事实和证据能证明原告有犯罪事实或者重大作案嫌疑。因此，对原告采取取保候审的刑事强制措施并收取 500 元保证金也是非法的，应予撤销。

四、被告认定原告人有重大作案嫌疑，没有任何证据。被告认定原告人有重大作案嫌疑的理由根本不充足。

被告在答辩状中辩称原告有重大作案嫌疑，并提出了相应的理由。针对被告的答辩状律师在代理词中逐一进行了反驳。

1.被告认为“ 原告在这十来分钟之间没有下过车，更没有离开过车，因此不存在小偷乘车中无人之机将钱包偷去的可能。 ”

首先，当时车子上有包是事实，但包里面是否有钱，不能认定。虽然黄梅县新开镇供销社会计能证实石海松领有现金 3.1 万元，并将现金 3.1 万元全部放在包里面，但会计不能证实，也没有其他任何人能证实石海松一定将 3.1 万元现金带到了武穴市。案发后，除了当事人石海松说包里面装有 3.1 万元现金以外，没有任何人知道包里面是否有钱，有多少钱。由于石海松系本案的当事人，与本案的处理有直接的利害关系，故石海松说包里面有现金 3.1 万元的陈述，依法不能作为认定包里面有 3.1 万元现金的证据使用（不能排除石海松有监守自盗，驾祸于人的可能性）。既然包里面是否有钱，有多少钱的问题都未查清楚，那么认定原告人有重大作案嫌疑是非常荒唐的。

其次，“ 原告在这十来分钟之间没有下过车，更没有离开过车 ”，也是

客观事实，但是，事实上原告人当时在车子上打瞌睡，因此，不能排除小偷乘车中有人睡觉之机将包偷走的可能性。

最后，根据当时的实际情况，由于原告人在车子上打瞌睡，不能排除石海松第二次下车时，顺手把包带下去，事后不承认拿包的情况（因是石海松自己的包，自己拿自己的包也不会被人指责）。

2.被告认为“ 原告明知包内装有购买农药钱款，应保持最起码的警惕性，而原告却没有尽到其应尽的责任。 ”

首先，原告人既未听到石海松讲包里面是否有钱、有多少钱，又没有当面打开包，清点现金，被告认为“ 原告明知包内装有购买农药钱款 ”，纯属无稽之谈，不堪一击。

其次，原告与货主既未签订财产保管合同，更未收取货主的财产保管费，也不知包里面是否有钱、有多少钱，所以，被告认为原告人“ 应保持最起码的警惕性，而原告却没有尽到其应尽的责任 ”没有任何法律依据，原告人也没有为货主保管财物的任何法定义务。

3.被告认为“ 因货车当时是停靠在墙边，车门不可能完全打开，即使有小偷也得先打门后拿包，而打门必定要发出响声，再者，钱包是放在后排座位上，小偷必须越过原告头部去拿包，原告在这十来分钟之间不可能睡得那么沉而不被惊醒 ”。

首先，根据案发现场车门可以打开，小偷可以进去，小偷拿包不必越过原告头部，正在打瞌睡的原告人不容易发现小偷；

其次，小偷开门的声音有大有小，不能排除小偷以很小的声音开门上车拿包，正在打瞌睡的原告人没有发现；

最后，瞌睡有大有小、有快有慢，被告根本没有对原告人瞌睡大小、快慢进行医学鉴定，因此，认定“ 原告在这十来分钟之间不可能睡得那么沉 ”的结论，缺乏科学依据，完全是主观臆断，不足为据。

4.被告认为“ 原告的父亲当天也随车来武穴购货，是否正好在这十来分钟之间原告的父亲来找原告，原告乘机将钱包转移，也不能排除这种可能性。 ”

被告这种推定，完全是主观怀疑、猜测，没有任何证据，因此，这种推定是苍白的、无力的、无效的。

五、被告非法收审原告人不是一般的工作失误，而是严重的滥用权力的行为。

被告明知没有任何证据证明原告人有违法犯罪行为，包括轻微违法犯罪行为的情况下，明知原告人不符合收审的条件的情况下，竟将原告人非法收审，并扣押现金，逼着原告人的父亲拿钱取人，这种通过扣押人质、追索钱款的行为是十分恶劣的，完全是一种滥用权力的行为。

六、被告收审原告人违反了法定程序。

公发（85）50 号文件第二条规定：”对被收容审查人员，除有碍审查或者无法通知的情形以外,应当把收容的原因和处所在 24 小时以内通知被收客人的家属或他的所在单位。 ”被告离原告家里很近，但违反了上述规定，没

有在 24 小时以内，把收容原告人的原因和处所通知原告人的家属。

公发（85）50 号文件第二条规定：“……对被收容审查人员，必须在收容后 24 小时以内进行询问”。而被告完全将这一规定抛到九霄云外去了，在收审原告人长达 43 天当中，没有询问原告人一次，严重违反了法定程序。

收到一审判决书后，对于一审法院没有判令被告赔偿非法收审原告人 43 天的误工损失，原告人感到十分遗憾，遂于 1996 年 6 月 3 日上诉到湖北省黄冈市中级人民法院。

1996 年 8 月 18 日湖北省黄冈市中级人民法院依法作出了终审判决，终审判决除维持一审判决正确的部分外，另外判令被告武穴市公安局赔偿非法收审原告人 43 天的误工收入 430 元。虽然赔的钱不多，虽然与原告人因此次事件遭受的损失悬殊较大，但它为原告人讨回了公道，洗清了冤屈。至此，一起轰动湖北省黄梅县、武穴市，成为人们日常议论焦点的“奇特的丢包案所引起的官司”，以原告胡先桥洗清冤屈、被告武穴市公安局彻底败诉而告终。

作者简介

李根生　4 页 9 岁，上海市人，上海企业家法学家联谊会会员，毕业于中央电大法律系，现任上海市东吴律师事务所专职律师。

自 1987 年开始从事律师工作，在经济法学理论研究方面颇见专长，先后撰写论文数篇，其中《浅谈具有法人资格的企业集团的法人地位》及《企业所有权与经营权为离的最佳模式——股份制》于 1988 年 8 月发表在机电政策研究刊物上，并荣获优秀经济法制论文奖。在长达 10 年之久的律师生涯中，共担任企事业单位法律顾问 20 余家，其中有著名的日本八佰伴超市有限公司、创统国际发展有限公司、音港恒洋发展有限公司等外商投资企业。由于能将法律与经济管理有效融合成一体，积极为企事业单位提供了决策性意见，故常被聘请单位誉为“ 不在编的员工 ”。

在办案中，素以“ 求实、依法、直言 ”为原则，努力办好每一个案件，包括刑事辩护，民事、经济代理业务，成功率较高，从而不断赢得当事人的赞誉：“ 办案经验丰富，仅义直言，不计较个人得失 ”。在办案中还极重视社会效益（见中国律师报），不讲究名利，只是朝着“ 崇高、忠诚、无私 ”的目标，努力严格要求自己，踏踏实实地履行着共和国律师的职责。

单位名称：上海市东吴律师事务所
详细地址：上海市四平路 421 弄 20 号
邮政编码：200081
联系电话：（021）65072451

一份与法律相悖的辞退书
李根生

案情简介

原告刘某原系天津奥的斯电梯有限公司上海分公司职工，并订有一份无固定期限的劳动合同。1993 年 6 月，由天津奥的斯电梯有限公司等单位联合组建的中外合资经营企业上海奥的斯电梯有限公司依法成立，刘某即成为合资企业新的员工。同年 11 月，刘某被该公司任命为安装部经理。数月后，该公司在没有征求和听取公司工会意见的情况下，单方面终止与刘某的劳动合同关系。刘某遂申请仲裁，因对裁决不服，于 1995 年 2 月向黄浦区法院起诉。6 月，法院经审理作出判决：支持原告刘某要求与被告上海奥的斯电梯有限公司恢复劳动关系之请求。被告不服，向上海市第二中级人民法院上诉。二审法院认为原审法院并无不当，依法驳回上诉，维持原判。刘某重新回到公司，并领到了补发的 36000 元工资。

代理词

审判员：
上海市东吴律师事务所接受原告刘某的委托，指派我为其诉讼代理人，

现根据本案事实和有关法律规定，发表如下代理意见，供法庭参考。

一、被告辞退原告系违法行为。

1.被告人在答辩书中称：“答辩人与申诉人之间并没有签过书面合同，相互间的聘请与被聘关系应根据沪劳仲（92）48 号文规定可视为逐月确定的。”代理人认为，事实上被告与原告有书面劳动合同，即三方合资前，原告于 1989 年 10 月 10 日在上海和天津奥的斯电梯有限公司签订过劳动合同。1993 年 8 月由三家投资组建后的合营企业——上海奥的斯电梯有限公司，当时明确约定天津方原来人员全部归并给被告。因此，被告与原告都一致认为原天津劳动合同继续有效，无须重新签之。代理人认为，被告为了抹煞原先已存在的合同，抹煞双方的约定，凭主观臆断生搬硬套上述法规，吹出一个不攻自破的“按月确定聘用关系”的洋泡泡。于是乎，想辞退公司职工就辞退，可以不受合同期限限制、不受法律约束、不负任何责任。

2.被告人在答辩书中轻松地称“已通知其终止聘用关系”，殊不知“已通知”究竟合法乎？

（1）依照沪劳仲裁（92）48 号文规定，即使没签订合同也应提前一个月通知对方。可是被告却强硬地决定：“如在四天内未接到你的辞职申请，上海奥的斯将自动终止对你的聘用关系”。（2）更为甚者，被告决定解雇原告又事先未与工会打招呼，以致被告方工会专为此事两次致函给被告。《中外合资经营企业劳动管理规定》第六条规定：“合营企业解雇、处分职工，工会认为不合理的，有权提出异议并派代表到董事会协商解决”。被告人是否依法向工会征询意见了呢？否！而是待错误的决定下达后原告向董事会、工会反映了自己合法权益遭到侵害后，工会才知晓。（3）根据被告的合资经营合同第 10 条规定：”有关合营公司职工的招聘、雇佣、辞退……的规章制度应由总经理研究起草并呈交董事会审批。”遗憾的是，组建已一年有余的、号称“尽量运用奥的斯现有管理模式和标准”的被告，至今无这一事关重要的规章制度，更谈不上呈交董事会审批。

综上所述，被告辞退原告明显地违背了国家法律、法规，违背了双方约定的有效的原劳动合同规定的双方权利义务。

二、被告辞退原告之理由纯属莫须有。

被告在免职决定中及答辩书中均以原告“在安装工作存在的质量问题及工程管理方面的问题”为理由，辞退原告。

1. 关于所谓“工程管理方面问题”。请法庭注意，原告仅是安装部经理，至于工程管理之职责乃由工程部高级经理负责，原告无义务参与整个工程部管理。

2.关于所谓“安装工作中存在质量问题”。事实是，原告是 1993 年 11 月至 1994 年 2 月任安装部经理,被告明知原告负责安装的电梯质量都经劳动局验收合格，并得到有关部门之嘉奖和广大客户的赞誉，却故意耍弄文字游戏，用一个不确定的时间概念——近年来，硬是将原告圈入其前任安装部经理曾“出现的安装工作中存在的质量”之过错中。代理人翻阅并递交给法庭

的许多有关工程安装质量问题整改书，无一次是原告任职期间所为。

评析

本案是一起劳动合同纠纷案。由于原告所在的公司与其他单位合并，使本案显得复杂迷离。但李律师抓住实质，以翔实和无可辩驳的事实，逐条予以驳斥，指出：被告无视事实，违反法律，解除与原告劳动合同关系是无效的。该意见得到了区法院和市中级法院的赞同。本案告诉我们，在劳动纠纷日益增多的今天，当事人一定要依靠法律，保护自己的劳动权益。

作者简介

廖肖坤（1964— ）壮族，大学文化，1985 年参加工作。从事过中学教师，1992 参加全国第四次律考，取得律师资格，随后在广西罗城仫佬族自治县第二律师事务所任专职律师，1996 年调到广西区供销社法制处（法律顾问室）工作。曾办理各类案件一百余起，是广西区法学会会员。从 1994 年开始在省级和国家级报刊杂志上发表了《“ 法人代表 ”不等于“ 法定代表人 ”——与唐丰义教授商榷》、《发展期货市场的立法思考》、《确立企业法人财产权是国有企业改革的重大飞跃》、《谈规范化房地产市场的法律特征》等二十余篇法学论文。其中《友展期货市场的立法思考》被选入中国科学院红旗出版社的《中国八五科学技术成果选》一书，《确立企业法人财产权是国有企业改革的重大飞跃》一文被评为广西首届法学研究优秀成果三等奖。

单位名称：广西壮族自治区供销合作社法制处
详细地址：南宁市桃源路 45 号
邮政编码：530021
联系电话：（0771）2806753

错判七年并执行四年的
房产纠纷案申诉代理记

如果说煮熟的鸭子又能飞起来是神话，那么律师巧用法律这一尚方宝剑使死案复活却是实实在在的事实。

——引子

廖肖坤

案情简介

不是所有的努力，都有良好的结果；也不是所有的奋斗，都一定会成功。然而，世间都这样，你为之全身心投入付出过很艰辛的事你总会迫切希望它有个圆满的结局。或许就是这个缘故，我代理的这起房产纠纷案申诉后，时时刻刻都渴望能一举胜诉。1993 年 3 月 5 日，接到广西河池地区中级人民法院民事再审判决书，我简直乐得跳起来，仿佛是久旱逢甘雨般地期待着这一胜诉的判决。这一再审判决书，对于申诉人来说是失而复得的房屋，对于代理律师来说，则是通过艰辛的劳动实现了人民律师的真实价值。

1991 年 1 月 8 日，在广西罗城仫佬族自治县律师事务所办公室，我接待一位来自本县天河镇名叫刘冠林的农民，他一进律师办公室就哭诉着冤屈，并指名要我代理其申诉，而是一起经终审判决并已强制执行了四年的房产纠纷案。为这样的案件申诉，要胜诉谈何容易啊！听他的陈述，才知道他所说的“ 冤案 ”不是一般的民事案件。

这房产纠纷案发生的过程是这样的。位居广西罗城县天河街东门 35 号房屋分前后两间，原系五保户李官山、谢秀兰土改分得。1973 年，李、谢病故，天河街第八生产队依法取得该房屋所有权。1983 年 9 月 29 日东门第八生产队队长韦节约以 2000 元价款将房屋卖给本生产队社员刘冠林，韦收了刘冠林

2000 元房款并已将房款分配给本队 11 户社员。同时，该房屋买卖经有关部门审核批准，办理了过户纳税手续，第二年夏天，刘冠林整修并住进该房。1984 年冬东门第八队改选队干，队长韦节约落选，新任队长李某上任后即以原队长卖房不经过群众为由上报天河镇政府。1985 年 2 月 9 日经天河镇政府处理认为，房屋买卖不合手续，由韦节约追回房款，房屋归第八生产队。韦节约、刘冠林对此处理决定不服。1985 年 2 月 14 日东门第八队以韦节约为被告、刘冠林为第三人诉至人民法院。

1986 年广西罗城仫佬族自治县人民法院作出一审判决：韦节约出卖共有房屋未经其他共有人同意，认定韦节约与刘冠林买卖房屋无效，房屋应归集体所有。韦节约非法出卖生产队房屋款 2000 元，由韦节约追回如数款退还刘冠林。韦、刘不服，上诉广西河池地区中级人民法院，中院维持原一审判决。此后，刘冠林仍不服，多次提出申诉，1989 年 7 月 18 日，河池地区中院通知驳回其申诉，并强制执行。该房产纠纷曾是当年广西河池地区重点强制执行的民事案件，1989 年 8 月 18 日强制执行时罗城县公、检、法联合行动，县人大派观察员监督案件执行。当时《河池日报》和《广西日报》都报道该案的有关情况，案件在县内乃至河池地区影响都很大。但刘冠林家人对案件处理一直不服，已经申诉多年，曾先后三次聘了三位律师甚至还请一位省外律师为其申诉，不过申诉均未凑效。当时我心想，我对这起案件也不可能有什么作为更不可能有回天之力，但出于感激当事人对我的信任，我答应接受刘的材料。

刘冠林那含着冤曲的泪水和渴望得到法律帮助的目光，敦促着我一遍一遍地研究他提供的材料。信任的力量是无穷的，当事人对律师的信任会激发起律师高度的责任感和使命感。最后，从材料上我发现了一个新问题，原一审法院混淆了集体财产所有权和共有财产所有权的区别，把公有房屋认定为共有房屋，用《城市私房管理条例》作为实体法来解决公有房屋纠纷，这是适用法律上的大错误。可以说，原一审判决完全是一个违法的判决，二审法院不仅不依法纠正一审法院的错误判决，反而维持原判，从严格执法角度看，这一点无法理解。我对该房产纠纷案剖析后的新发现得到律师事务所的同行们的认同，律师事务所的全体律师也都认为把公有房屋认定为共有房屋确是定性上的错误。原来为刘冠林申诉的律师，也许没有注意这个问题，所以申诉代理意见均得不到法院采纳。想到这里，良知和职业道德迫使我不得不接受刘冠林的申诉委托了。

接受申诉委托后，为了掌握案件的原始材料，我先到原一审法院查询案件有关情况，但一无所获。因为该案是执行终结案，案件材料已由中院归档入库，一时难以查到。于是，我决定亲自到罗城天河镇实地调查取证，由于该案的相对人是整个生产队的全体社员，涉及整条街群众的利益。我三次实地调查不但都取不到任何证据材料，而且还被一些不明真相的人当面骂娘，申诉调查取证工作很难开展。

由于律师介入申诉案件的调查，该案件的相对人为制造使案件没有必要申诉的事实，东门第八生产队新队干决定将尚在争议的东门 35 号房屋出卖，并在街道显要位置张榜公告。当时，我们的申诉尚未收集到任何证据，他们马上又要出卖房屋，情况非常紧急，而且对我们申诉工作非常不利。急中生智，这时刘冠林破门撬锁进入已被法院判给生产队属于集体财产的房屋居住。我们设想生产队会以强占集体财产为由起诉刘冠林，不能参加庭审辩论，

所以申诉理由也得不到重视。为此，刘冠林必须敢当被告，人为制造成第二案件来行使诉权。应该说，这种“有理无处伸，甘当被告的行为”是违法的，在非紧急情况下是极不可取。

果然不出所料，1991 年 9 月东门第八队以强占集体财产为由向罗城县人民法院起诉刘冠林，人民法院按民事案件受理范围如期受理此案。我们知道，在强占集体财产案中，一审刘冠林肯定败诉，但刘冠林是被告，我们有正常渠道和充足的时间来陈述有关事实理由，一审判决书一送达，我们就立即以第一案的申诉意见对第二案上诉，同时又向中院申诉第一案。这样申诉案上诉案相同的事实理由同时在中院，双管齐下申诉可能会奏效。强占集体财产案进入诉讼阶段后，我们马上以刘冠林持有《房屋转移草契纸》，人民法院没有判决《房屋转移草契纸》无效，刘冠林是争议房屋的合法所有人，刘住进该房屋是依法行使所有权不是强占集体财产为由进行应诉答辩。第二案进入审理后，一审法院到中院把第一案的材料全部复印回来附卷。由此，我又查阅到了原来无法查到的第一案的全部证据材料。真是一举多得啊！第二案的诉讼活动沿着我们设想的方向发展。在第二案诉讼活动中，由于刘冠林的房屋被强制执行在全县影响很大，后来刘冠林又强行破锁住进已被强制执行的房屋，在当地又引起强烈的反响。我代理刘冠林参加诉讼受到非议，有的朋友劝我不要代理刘冠林一案，有的则旁敲则击地对我说“你太不识时务了，看来你不是一个好律师的料子”，有的则赤裸裸地讲“老弟别异想天开了，刘冠林的案子是绝不能翻回的。”面对非议，我只是付之一笑，我坚信自己对案件的看法，按照我的设想按步就班地申诉，讲到这里，我不能不说，不受舆论和情绪左右，只认案件的事实和法律，应该是一个律师必须具备的职业品性。

1991 年 12 月 26 日，罗城县人民法院对刘冠林强占集体财产（房屋）作出一审判决，责令刘冠林搬出房屋，赔偿生产队的经济损失。一审判决送达后，我们立即以第一案的申诉事实理由上诉。同时，又向广西河池地区中院对第一案提出如下申诉代理意见：

代理词（节选）

第一，东门 35 号房屋是集体财产即公有房屋，不是共有房屋。刘冠林与第八生产队就东门 35 号房的买卖，手续完备、价格合理，不违背政策和法律，是合情、合理、合法的买卖，这一买卖有效，应当得到法律的保护。

东门 35 号房的所有权是第八生产队的集体房屋所有权，是公有房屋，不是生产队每个社员的共有房屋。公有房屋和共有房屋是两码事，公有房屋的所有权主体是单一的，即国家或集体组织，任何公民个人都不可能是公有房屋所有权的主体。共有房屋则是指两个或两个以上的公民个人对同一房屋都享有所有权，共有房屋的所有权主体是多数共有人。东门第八生产队是集体经济组织，是法人单位，它不同于个人合伙，也不同于家庭共有，东门 35 号房是第八生产队的集体财产（不是合伙或共有财产），行使生产队集体所有权财产的管理权和处分权，只能是由生产队集体组织机构来统一行使，而不是由生产队的每个社员来行使。根据当时的有关政策和法律，集体组织可以依法处分集体所有的房屋，依法将房屋转让给全民、集体的组织或者公民个人，集体组织转让房屋时，房屋的所有权也随之转移。1963 年 8 月 18 日

最高人民法院《关于贯彻执行民事政策几个问题意见（修正稿）》房屋纠纷问题，第 3 条作了规定，“ 凡依法准许买卖房屋、经过正当合法手续确认了房屋买卖关系，应保护双方的权利，一方不能反悔废除买卖契约 ”。1979 年 2 月 2 日最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律的意见》（二）房屋问题第 2 条：“ 依法准许买卖的房屋经过合法手续，确定了买卖关系的，应保护双方的权利。 ”1984 年 8 月 30 日最高人民法院《关于贯彻执行民事政策法律若干问题的意见》（六）房屋问题和第 56 条规定：“ 买卖双方自愿，并立有契约，买方交付了房款并实际使用和管理了房屋，又没有其他违法行为，只是买卖手续不完善的，应认定买卖关系有效，但着其补办房屋买卖手续。 ”最高人民法院关于房屋买卖问题的三个司法解释的精神是一致的，刘冠林与罗城天河街第八队买卖东门 35 号房没有违背这些司法解释,这一买卖关系当然应当合法有效。认定这一买卖无效没有法律论据。

第二，韦节约是当时第八生产队选举的生产队长，是生产队的法定代表人，他有权根据生产队绝大多数社员的意见，依法代表生产集体组织处分集体所有的东门 35 号房屋,少数个别人有异议不能否认法定代表人依法行使职权的合法性。

韦节约是第八生产队的队长，他代表第八生产队与刘冠林买卖东门 35 号房，是根据第八生产队绝大多数社员意见（开会讨论），并通过第八生产队的上级（当时的北汇大队，天河公社）同意，立了房产转移草契纸，办了房屋买卖过税，交纳房屋买卖契税 120 元。从当时的情况看，这些手续已算合法、完备了的。另外，从房款 2000 元的价格来说，在 1983 年这一价格已不算低，而且是经过生产队社员开会讨论定的价格（当时，天河街市场的米价 0.18 元/斤，猪肉价是 1.2/斤），2000 元在当时可以说是一笔可观的现金了。况且刘冠林与第八生产队买卖东门 35 号房，是双方自愿，公平交易，价格合理，这一买卖不违背生产队集体利益，更不损害集体利益。根据当时的法律，集体所有房屋可以参与买卖，只是买卖集体房屋的主体必须合格而已。所谓集体房屋的主体合格，就是以法人集体名义，参与买卖房屋活动的人，应当是该法人集体组织机构的法定代理人或者他所委托的代理人。韦节约是经第八队社员选举成为第八队队长，他是第八队的法定代表人，在当时政策允许的情况下，经过生产队社员大会讨论，对东门 35 号房定价 2000 元，以生产队的名义，通过有关部门审核同意，办理了房产转移和过税手续，将东门 35 号房的所有权依法转让给刘冠林，这完全是一个法定代理人的合法职责。韦节约代表第八生产队处分东门 35 号房的财产所有权手续完备合法，且当时韦节约代表第八队处分该房屋，完全是为维护生产队集体利益。因为当时生产已实行承包责任制，其他财产均已作价处理分配给社员，社员们已各顾各家，无人管理维修房屋。如果不及时处理此房屋，让本来就是旧屋危房的仓库日晒雨淋无人过问，这座仓库必然倒塌，集体利益必然受到损害。为此，韦节约代表第八生产队出卖东门 35 号房，完全是一种集体组织的民事法律行为，这一民事法律行为不因为生产队的法定代表人的变换而改变性质。也许当时生产队出卖房屋，有个别社员持异议，但根据国家的民主集中制原则，个别社员的异议不能推翻社员大会通过的决议，更不能否定法定代表人行使职权的合法性。可见，1985 年 2 月天河街第八队新任队长李某某以原队长韦节约为被告，以出卖东门 35 号房不经过社员同意为由，要求人民法院判决这一房屋买卖无效，是没有事实根据和法律依据的，人民法院理应不予支

持。

第三，原案一审法院认定：1982 年冬第八生产队社员再次开会讨论东门 35 号房不再出卖，证据不足，且不符合客观事实。

原案一审法院在办案中，没有全面客观地收集证据，整个案件的证据系统只有证人证言，而且多数证人证言都是原告一方的利害关系人，即都是原告方起诉的组织发动的成员之一，被告方的证据只有被告人的陈述。作为原案第三人的刘冠林，原案一审法院在办案中，根本不向其调查收集证据。就连《房产转移草契纸》、《契税契纸》、《契税收据》这些罗城县革委颁发的具有法律证明力的书证，刘冠林向一审法院递交，法院都不要。一审法院这样调查取证，必然损害第三人的合法利益。

原审法院的一审判决中所认定的“ 1982 年冬又经小队群众讨论决定此仓库不再出买。 ”仅凭几个不能相互认证的证言。这些证言连开会地点的说法都不统一，有的说在东门 35 号房门口，有的说在许某家堂屋，有的说在陈某家，有的说在潘某家，有的讲在天河供销社旅社门前，每一个证言的说法都不同，可信程度很低。而且这些证言的讲法与当时客观事实不相符。首先，1981 年清理集体财产时，第八生产队全体社员大会决定出卖东门 35 号房，形成决议定价 2000 元，有原始记录（有第八队记分员郭贝的记录簿为证）。1982 年冬社员群众再次开大会决定不出卖东门 35 号房为什么没有原始记录？其次，韦节约当时是第八生产队的队长，社员大会他不主持，也不知道（原告在庭上的说法是那晚韦节约喝酒醉了没有参加会议），这可信吗？还有刘冠林也是生产队社员，不知道开这个会，也不得参加这次会议，生产队的大部分社员都不得参加这次会议，不知道东门 35 号房不再出卖之事（因为东门 35 号房卖给刘冠林得房款 2000 元后，社员们都纷纷来找队长韦节约要房款钱，有社员们的借款条为证）。再次开会决定不卖东门 35 号房的说法能讲得通吗？再次，如果说 1982 年冬生产队真的再次开会决定不再出卖东门 35 房，当时队长韦节约也真的不知道，而 1982 年冬到 1983 年 9 月 29 日已有近一年时间，会议的主持者为什么不把会议决定告诉给队长韦节约，也不把会议决定报告北江大队、天河人民公社，以致 1983 年 9 月 29 日第八生产队将东门 35 号房卖约刘冠林，北江大队、天河公社都同意并盖章，给其办了房产转移及过税手续。而且刘冠林搬进东门 35 号房居住时，生产队的部分社员还主动帮打扫、清理，队干吴某的儿子吴某（生产队社员）还开手扶拖机帮刘冠林拉走从东门 35 号房清理出来的泥土及其他垃圾。1983 年 10 月确实有第八生产队的六个社员写控告信向北江大队控告队长韦节约，他们主要是控告韦节约清理集体财产帐目不清，贪污生产队公款，在控告信的后面也提到私卖小队房屋。这六个社员没有谁选他们作为第八队社员代表，他们的意见不能代表第八队全体社员的意志。事实上，当时也没有哪级政府或基层组织处理过队长韦节约，这说明六个社员的控告根本不能成立。同时，六个社员的控告状也不能证明 1982 年冬第八生产队的社员再次开会讨论决定东门 35 号房出卖之事。

第四，原案一审法院违反法定诉讼程序，损害了刘冠林的诉讼权利，原审判决实际上不能执行。

原案一审法院在判决上把刘冠林列为第三人。但实际诉讼过程中，刘冠林根本得不到第三人的诉讼权利。一审法院开庭审理不提前三天通知刘冠林，开庭的那天早上法院工作人员通知刘冠林到庭，庭上不设第三人的席位，

也不告诉第三人的有关诉讼权利义务，刘冠林和其他旁听群众，根本没有诉权，这样实体权利也得不到合法保护。原审法院最后判决（一）韦节约于 1983 年 9 月 29 日擅自出卖小队房屋给刘冠林无效，房屋应归集体所有。（二）韦节约非法出卖生产队房屋款 2000 元后，应如数退还给刘冠林。事实上，判决（二）根本不能执行，因为第八生产队收得 2000 元房款后，生产队的十几个社员已向队长韦节约要了款钱，十几个社员已经享受了房款钱，韦节约已不可能退钱了。1989 年 8 月 18 日罗城县人民法院强制执行的时候，不是按判决上规定（二）项执行，而是改变了这项判决。不强制韦节约退回 2000 元房款，而动员第八生产队现任队长李某发动群众捐钱 2000 元交给法院。从全案执行结果看，事实上，判决上败诉的韦节约，根本不承担任何义务，更不承担败诉义务。承担败诉义务的却是判决书上胜诉的原告方（即以李某为法定代表人的东门第八生产队），第八生产队履行退还 2000 元房款的义务。法院的强制执行和法院的判决恰恰相反，胜诉方履行败诉义务，败诉方没有任何责任，第三人却是被强制执行人，原一审这样判决难道是事实清楚，适用法律正确吗？上级法院应以有错必纠的原则，依法再审改正原一、二审的错误判决。

审判结果

向河池地区中院提交申诉代理词后，为了更清楚地阐述申诉事实理由，我和当事人一道三次到中院当面向有关审判员栋述申诉理由。由于刘冠林已申诉四年，1989 年 7 月 18 日中院作了驳回刘冠林申诉的通知书，所以一开始中院无法接受我们的申诉意见。中院的有关人员明确告诉我：“ 刘冠林过去多次申诉，中院审委曾讨论过三次，最后驳回其申诉，再申诉没有什么意义了，你还是做刘冠林的思想工作，要求刘冠林尽快息诉，自觉搬出东门 35 号房屋，否则其行为可能会由民事违法上升为刑事违法。 ” 对这样的忠告，我非常不服气，表示要冒险到底。他要求我一定要找到中院院长当面陈述申诉事实理由。为当事人的正当要求提供法律帮助，是代理律师责无旁贷的义务。在有关人员的帮助下，我顺利地找到广西河池地区中级人民法院的主管民事案件的副院长，并当面陈述申诉事实和理由。确凿的证据和充足的事实理由，终于赢得中院的支持。1992 年 11 月 1 日，河池地区中级人民法院终于裁定对刘冠林申诉的案件进行再审。1992 年 11 月 15 日，河池地区中院根据实事求是有错必纠的原则，依法作出再审终审判决书，判决撤销河池地区中院 1987 年元月 27 日（1987）中民终字第 2 号民事判决书和 1989 年 7 月 18 日（1989）中民通字第 8 号通知书，诉争之房屋属刘冠林所有。1993 年 3 月 5 日，刘冠林接到河池地区中院再审判决书，他全家人热泪盈眶，为表达其对律师感激之情，他给我送来了一面 “ 伸张人间正义，传播法制光明 ” 的锦旗。

多少心血，多少汗水终于换来了七年错案的昭雪。广西河池地区中级人民法院也因此纠正了首起错判七年并执行了四年的房屋产权纠纷案。通过办理这起申诉案，我切身体会到：脚踏实地吃透案件事实证据，准确地掌握法理知识，把握相应的公关意识，加之以据理力争、吃苦耐劳精神，是律师办案的几大法宝，也是律师必备的基本功。

至此，我为刘冠林申诉的房产纠纷案终获圆满成功。尽管该案并不是重

大的民事案件，更不是在全省乃至全国有影响的案件。但该案申诉胜诉终究是死案复活了，见了真功夫。我认为办理这起申诉案，是我从事律师工作以来感受最深的一次民事代理，值得书一书。为此，我写了此文愿与广大律师同行们切磋。

作者简介

浩恩（1957— ）蒙古族，内蒙古兴安盟扎赉特旗人。毕业于吉林大学法律系。二级律师、中华人民兴和国税务师。现任内蒙古兴安盟兴安律师事务所主任、内蒙古兴安盟监察学会理事、内蒙古东四盟仲裁委员会仲裁员。中国法学会会员。曾在《吉林大学学报》、《法制建设》、《内蒙古律师》等刊物发表《论元朝法律制度》、《论政府法律顾问法律关系构成要素》、《论经济合同解释》、《兴办中外合资企业时应注意的法律问题及其对策》、《论律师辩护证据》等论文十余篇。自 1990 年以来，先后为政府、企事业单位担任常年法律顾问达 40 余家，承办各类案件数面起。

单位名称：内蒙古自治区兴安盟律师事务所
详细地址：内蒙古乌兰浩特市盟政法大楼三楼
邮政编码：137400
联系电话：（0482）8213395 9066863

一起市长受贿案的辩护

浩思

被告人王继明，原内蒙兴安盟乌兰浩特市委常委，乌兰浩特市人民政府副市长，因受贿，于 1995 年 12 月 21 日被兴安盟检察分院向兴安盟中级人民法院提起公诉。该案在内蒙古自治区影响很大，内蒙古电视台对该案也做了报道。笔者接受被告人王继明的委托，担任王继明受贿案的第一审辩护人。我通过会见被告人，阅卷和大量的调查取证之后感到，被告人王继明确实有收受他人钱物的事实，但根据受贿罪的构成要件，起诉书中的每一项指控都有可抗辩的理由。于是我对被告人王继明做了无罪辩护。

起诉意见

（一）1993 年 11 月份的一天晚上，乌兰浩特市五金交电集团公司总经理刘加才，到被告人王继明家，以王家刚搬家收拾房子需要钱为由，送给被告人人民币 10000 元，以此对被告人王继明为东方商厦开业筹集资金方面提供的帮助表示感谢，同时希望主管乌兰浩特市财税工作的被告人王继明能给该企业以优惠政策。

1994 年 10 月的一天，被告人王继明到东方商厦检查工作，该商厦经理刘加才在办公室送给被告人王继明一台日本产“ 西铁城 ” 牌微型彩色电视机，价值人民币 2480 元。

（二）1994 年 9 月的一天晚上，山东省一个体施工队负责人仲昭印到被告人王继明家，以王的儿子王某筹备结婚需要钱为由，送给被告人人民币 10000 元，以此对被告人王继明在给其施工队联系工程方面提供的帮助表示感谢。

（三）1993 年 5 月，乌兰浩特市面粉厂欲与香港务强企业有限公司合资办厂，由于港方资金没到位，而从国外进口的设备又急需向海关提供由会计师事务所出具的合资企业的验资报告，为解决验资报告所需的资金到位问

题，市面粉厂的有关负责人找到身为主管财税工业工作的被告人王继明，被告人经与乌兰浩特市钢铁厂协商，从乌钢拆借 400 万元给面粉厂。1993 年 5 月 27 日，兴安盟会计师事务所根据面粉厂 400 万元到位情况，为面粉厂出具了合资企业验资报告。1994 年春节前的一天，市面粉厂厂长侯晋华为对被告人在此事中提供的帮助表示感谢，到被告人王继明办公室，送给被告人人民币 6000 元。

1995 年春节前的一天，侯晋华又在被告的办公室，送给被告人王继明人民币 2800 元。

（四）1994 年 12 月末的一天，乌兰浩特市面杨厂党委书记田芳为感谢被告人王继明以往对其工作的支持，同时希望被告人今后在其职务和工作上给予支持、帮助，趁被告人王继明儿子王某结婚之机，在被告人的办公室，送给被告人人民币 5000 元。

1995 年 5 月份，被告人王继明出国考察前夕，田芳又去被告人的办公室，送给被告人人民币 2000 元。

综上所述，被告人王继明在任乌兰浩特市委常委、市政府副市长期间，不能廉洁自律，利用职权非法收受他人贿赂款物，数额达 38280 元人民币，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第一百八十五条和全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第四条之规定，构成受贿罪。

辩护意见

1996 年 2 月 2 日，内蒙古兴安盟中级人民法院依法公开开庭审理了王继明受贿案。兴安盟检察分院派员出庭支持公诉。证人刘加才、仲昭印、侯晋华、田芳也到庭参加诉讼。笔者根据事实和法律，针对起诉书中的每一项指控，进行辩驳，对被告人王继明进行了无罪辩护。

（一）关于起诉书中指控的第一项事实，在庭审时，被告人王继明否认东方商厦总经理刘加才（原乌兰浩特市五金交电集团公司总经理）行贿 10000 元。刘加才也当庭作证否认曾送给被告人王继明 10000 元的事实。公诉机关指控这 10000 元来源系在东方商厦基建费用中支出，而东方商厦基建帐目上根本查不到这 10000 元的报销凭证。当时主管基建的副经理李某也否认在基建资金中支出这笔款。公诉机关又提不出其它证据证明被告人王继明收到这笔款。公诉机关这一指控显然证据不足，难以成立。

起诉书中又指控，被告人到东方商厦检查工作时，刘加才送给被告人一台日本产“西铁城”牌微型彩色电视机。事实上，被告人曾按刘加才所说价款给了刘加才钱，虽然低于电视机实际价款，但这是按刘加才所说的价款给付的。这表明，被告人王继明没有受贿的故意。根据我国刑法规定，构成受贿罪的主观方面必须是直接故意。所以，公诉机关这一指控不能成立。

（二）关于起诉书中指控的第二项事实，山东省个体施工队负责人仲昭印趁被告人儿子王某结婚之际送给被告人人民币 10000 元的事实确实存在，但仲昭印和被告人王继明之间是表兄弟的亲属关系。这不但仲昭印和被告人说法一致，而且被告人王继明的祖籍山东省汶山县刘楼乡下王庄村民委员会也出具了一份王继明与仲昭印之间确有亲属关系的证明。仲昭印与被告人王继明两家一直存在往来关系。被告人王继明曾于 1989 年在仲昭印之母病危、仲昭印经济上困难之时，在经济上给予仲昭印很大帮助。仲昭印给被告人王

继明 10000 元是借被告子女结婚之机会表示感谢。这表明仲昭印送给被告人王继明 10000 元纯属于亲属间的礼尚往来关系，而不是行贿受贿关系。我们应当严格区别行贿受贿行为与亲朋好友之间的正常礼尚往关系的界限，不能将二者混为一谈。更重要的是，被告人也没有利用职务之便为仲昭印谋取什么利益。

（三）关于起诉书中指控的第三项事实，这一指控从表面上看，被告人王继明非法收受乌兰浩特市面粉厂厂长侯晋华所送的 6000 元人民币，为面粉厂谋取了利益。其实，我们从事实上稍加分析，不难得出法律上不同的结论。本案的事实是，侯晋华所送的 6000 元确是侯晋华个人的钱，而不是国有企业乌兰浩特市面粉厂的钱。被告人从没有利用职务之便为侯晋华本人谋取过什么利益。根据 1989 年 11 月 6 日最高人民法院、最高人民检察院发布的《关于执行〈关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定〉若干问题的解答》中规定：“非法收受他人财物，同时具备‘为他人谋取利益’的，才能构成受贿罪。虽然被告人非法收受侯晋华所送的 6000 元人民币，但没有为侯晋华谋取什么利益，所以不构成受贿罪。至于被告人王继明为乌兰浩特市面粉厂向乌兰浩特市钢铁厂拆借 400 万元，解决验资报告问题，是纯属被告人当时从主管领导的角度为乌兰浩特市面粉厂办的一件事，与侯晋华个人毫无关系。不能因侯晋华在乌兰浩特市面粉厂当厂长，就将二者混为一谈。

起诉书中又指控 1995 年春节前的一天，侯晋华又送给被告人 2800 元。这是侯晋华借被告儿子王某结婚之际所送的礼物，是属于老朋友之间的礼尚往来关系，而不是行贿受贿关系，所以被告人不犯有受贿罪。

（四）关于起诉书中指控的第四项事实，田芳在被告人王继明儿子王某结婚时送给被告人 5000 元人民币确有此事，但其性质不是行贿受贿，而是朋友之间的礼尚往来。事实证明，田芳与被告人王继明相识并共同工作已经有十余年的经历，在十余年的工作历程中二人结下了很深的感情和友谊，相互间经常往来，在田芳两个子女结婚时，被告人王继明也曾分别送过 1000 元，不难看出，田芳送被告 5000 元，无非是个人之间的人情往来，况且被告人也没有利用职务之便为田芳谋取过什么利益。

另外，田芳在被告出国考察前夕送给被告 2000 元人民币，被告却用这笔钱从泰国给田芳买了一枚宝石戒指，这显然是相互赠与、礼尚往来的关系。亲朋好友之间的正常的礼尚往来是法律允许的正当行为，应与行贿受贿行为区分开来。在本案中给被告人定性为受贿罪，在法律上是不能成立的。

判决结果

1996 年 12 月 23 日，兴安盟中级人民法院对王继明受贿案正式宣判，宣告被告人王继明无罪。律师辩护意见被采纳。

本案分析

本案作为一起受贿案件，最关键是把握受贿罪的构成要件与立法精神。严格区别受贿罪与请客送礼、受贿罪与一般受贿行为、受贿罪与违反党纪等罪与非罪的界限。本案的被告人王继明，身为乌兰浩特市委常委、乌兰浩特市副市长，其收受他人财物行为，从端正党风廉政角度考虑是错误的，但这

同犯罪毕竟有着严格的区别。笔者正是坚持以事实为依据，以法律为准绳的原则，从而获得了辩护的成功。

作者简介

胡从舜 62 岁，重庆市忠县倒灌乡人。1960 年毕业于西南政法大学法律系，曾长期在公安、司法战线上工作。1985 年调四川省公安干部学院任教，现是律师、副教授、《青少年与法》杂志记者。中国青少年犯罪研究会、中国心理学会会员；四川省法学会、警察学会、心理学会会员，泸州市律师协会会员。著有《犯罪心理学》（副王编，与人合作）、国家社会科学“七五”规划重点项目《中国现阶段犯罪问题研究（四川分卷）》（犯罪原因部分），在《青少年犯罪研究》、《犯罪与改造研究》、《法制心理研究》、《四川心理科学》等杂志发表 40 多篇文章。1996 年 9 月，全国妇联、国家教委授予全国家庭教育工作园丁奖。个人小传收入《中国法制心理科学研究十年》、《四川省高级专家名录》；《中国刑事侦查学大词典》、《中国现阶段犯罪研究综述》。《教育周报》（1993 年 5 月 21 日）、《泸州日报》（1993 年 6 月 18 日）发有人物图片。

单位名称：四川省公安管理干部学院
详细地址：泸州市桂花街 45 号院
邮政编码：646000
联系电话：（0830）2390094

违法契约无效收回国有房产

胡从舜

1994 年 8 月 9 日，《四川法制报》批露了泸县保险公司（以下称“保险公司”）原经理傅世友、副经理刘旭尧、罗其福私欲膨胀，趁 1993 年 6 月卖办公宿舍楼之机，收受私营业主方某和王某贿赂 15000 元，各分得 5000 元。加上对其他单位的非法索取，傅世友 10000 元，刘旭尧 8500 元，罗其福 11500 元。7 月 18 日，被依法逮捕。泸州市保险公司研究决定，将这行贿受贿非法买卖的房屋，通过诉讼程序，依法收回来。

深入调查，发现《契约》的秘密

保险公司手上只有一份 1993 年 6 月 7 日签订的《房屋买卖契约》（以下称《契约》）。《契约》的甲方是保险公司法人代表傅世友；乙方是泸县通滩化工厂（以下称“化工厂”）法人代表方廷海。《契约》中写明“甲方征得市保险公司同意，自愿将小市伍复街 7 号办公宿舍楼出售给乙方”。房屋价格：每平方米 600 元，建筑面积 1602． 48 平方米，合计金额 961488 元。付款方式：分期付款，“第一期契约签章生效，乙方付 20 万元定金，第二期 1994 年 8 月 30 日前付 20 万元，第三期在房屋交接时一次性付清”。规定房屋交付时间是 1995 年 1 月 30 日前。

买卖房屋应当通过正当途径进行交易，以行贿受贿签订买卖《契约》，问题出在哪里呢？就这个问题去泸县通摊镇进行调查取证。经查，通滩区供销合作社证明：“通滩供销社退休职工方廷海是 1983 年 6 月份在我社办理病休。病休后一直留用上班至现在。通滩供销社职工王超（报纸上称的王某）

于 1994 年元月份办理停薪留职，现在外面自己经营 ”。化工厂的所谓“ 法人代表 ” 身份查清楚了，签《契约》时王超还在供销社工作。“ 法人代表 ” 查清后，还要查化工厂是什么样的厂，与方廷海有什么关系？在通滩镇工商行政管理所查到化工厂《私营企业开业申请登记表》，“ 通滩化工厂企业负责人杨莉。 ” 女，年龄 25 岁，高中文化程度，住通滩街 8 组。企业地址在通滩苏嘴知青点，面积 120 平方米。雇工 9 人，独资，独立核算，自产自销碱式氯化铝。固定资金 7000 元，流动资金 32000 元。在泸县工商局查到《私营企业开业登记表》，而不是《企业法人申请开业登记注册书》，证明化工厂不具有“ 企业法人 ” 资格，也不存在有“ 法定代表 ” 人。在登记表上盖有“ 泸县通滩乡人民政府 ” 的章，证明化工厂是乡办小厂。在调查中，街道有些居民知道化工厂负责人杨莉是王超的妻妹，每年大多数时间不搞生产，由王超出钱（交各种费），杨莉挂名，王超在外经营需要这块牌子和公章。方廷海与王超是这样与化工厂串联起来，在《契约》中就出现化工厂的“ 法人代表 ” 是方廷海。

方廷海、王超、方勇（方廷海的儿子）等人买保险公司的房屋，是为了倒卖赚钱。调查发现保险公司职工洪某的弟弟与化工厂签订了《房屋买卖契约》，买了底楼两间车库，每平方米 1000 元，方廷海等每平方米获利 400 元。方廷海行贿，不仅顺利与保险公司签订了《契约》，还将保险公司房屋产权证和修建图纸搞到手，以这些证明材料来倒卖房屋。他空卖房屋也采取分三期付款，时间与保险公司签订的《契约》二、三期同步，签约时交定金。他还为后事作了准备，在签约后行贿时，进行了秘密录音。所以，在签约后近一年的时间，三经理还想要钱时，方廷海就向泸县人民检察院交录音带检举，东窗事发，三经理入狱。斩断这笔孽债，以便赚更多的钱。

走漏消息，出现复杂的态势

我们调查本案的消息，被公司里搞里外通的人透露给方廷海，他知道本案一旦揭穿，不会有好结果，采取以攻为守的策略：一方面从原保险公司经理处拿到的产权证、平面图、《契约》，通过各种渠道，去泸县房产交易所（即房地产监理所）办产权转移手续，造成既成事实；另一方面在 8 月 30 日以前要交第二期房款 20 万元，多次向保险公司提出来没有钱交，要求双方座谈写个协议，目的在于使新来的经理承认买卖房屋的合法性。借以平息社会的舆论，可以继续空买空卖房屋。保险公司同意开座谈会。1994 年 8 月 22 日上午：甲方，保险公司经理王奉祥、科长、办公室主任参加；乙方，方廷海、王超、杨小锋（泸县房地产监理所干部）。这个座谈会的内容，反映了方廷海近来的心态。特摘录几段对话：

王奉祥：你们就按协议（指《契约》）交付第二期款吧，20 万元不能少。

方廷海：房子已卖了 10 多套，办公楼底楼也卖了，我们要上两次税，上税就要 10 多万元，一时筹不足钱。

王奉祥：为什么要上两次税？

方廷海：我们买房要上税，卖给别人要上税。

杨小锋：关于你们（指保险公司）卖房屋的事，我们房产所分析过，也与县检察院联系过，房屋价格并不是很低，只是偏低点。

王奉祥：我们给房产交易所去了函，要求退回房屋产权证，暂不办房产

权转移手续。其理由是协议上讲要全部交款完毕，才能办产权转移手续。你们（指方廷海）只交了 20 万元，第二期款未付，怎么能把我们的产权就变更了呢？不应该办产权转移证。

方廷海：是检察院老余让我们去办产权转移证的。

杨小锋：如果我没有见到你们这个函，房产证已办给他们了。因为那边（指方廷海）手续已齐全。

王奉祥：你们第二期款什么时候交？按协议 8 月 30 日前交清，这个不能变。

王超：这房子已闹得满城风雨，钱不好收（指转手倒卖的房款）。

方廷海：你们尽快补充个协议，这样好收钱。

王奉祥：旧房处理的问题我们要向市保险公司汇报。市里领导说，8 月 25 日上午 8 点钟与你们见面。

8 月 25 日，在市保险公司双方座谈的内容，与保险公司（县）谈的内容相同。市保险公司经理表示，在法律上没有变更（指《契约》）前，公司依法履行合同，第二期款 20 万元，一定要按期交。方廷海心理踏实了，会后很快交足了 20 万元。

1994 年 9 月 1 日，泸县房地产监理所给泸县保险公司复函：主要内容是“你公司卖给泸县通滩化工厂的小市伍复街 7 号房屋，已于 1994 年 8 月 16 日在我所办妥产权转移手续；根据档案管理规定，已归档资料不允许将原件出借，故你公司要求泸县通滩化工厂归还你司泸县房权字第 00354 号房屋所有权证的要求不能成立”。根据目前情况，“在泸县通滩化工厂未付清房款之前，不将小市伍复街 7 号房屋的产权转移手续交泸县通滩化工厂”。

提起诉讼，对立观点的形成

1994 年 9 月 5 日，保险公司向泸州市中级人民法院起诉《契约》的“法定代表”方廷海，第三人泸县通滩化工厂个体业主杨莉。请求法院依法判处“原中国人民保险公司泸县支公司经理，法人代表傅世友（已被逮捕）与泸县通滩化工厂所谓“法人代表”方廷海签订的房屋买卖契约为无效合同”。理由是：

1.方廷海冒充泸县通滩化工厂法人代表与保险公司签订买卖房屋契约，是无效合同。方廷海是通滩供销社病退职工，不是通滩化工厂任何成员。通滩化工厂不具备法人资格，就不会有“法人代表”。通滩化工厂提供公章，伪证方廷海是该厂的“法人代表”，外出签巨资合同，负责人杨莉是有责任的。《中华人民共和国民法通则》第 63 条规定，只有代理人以被代理人的名义与相对人进行民事法律行为时，才能发生代理的法律关系。如果代理人以自己的名义进行的法律行为，只能认为代理人自己所为的行为，绝不能发生代理的法律后果。因此，方廷海的“法人代表”身份不能成立，所签的《契约》为无效合同。

2.方廷海以欺诈手段，利用通滩化工厂的名义与泸县保险公司签订房屋买卖契约，空买空卖，牟取暴利。方廷海是通滩供销社病退留用职工，自己没有 90 多万元巨资来购买房屋。通滩化工厂也没有这笔巨资来购买房屋，该厂 1990 年成立时，登记的固定资产和流动资金只有 39000 元。1993 年度私营企业年检报告书中，利润只有 1500 元。他们明知自己没有履约能力，其行

为具有欺诈性质。方廷海以欺诈手段签订契约后，在合同标的房屋还没有过手的情况下，与原泸县保险公司经理相勾结，于 1993 年 6 月 28 日，非法将泸县保险公司宿舍楼和办公楼房屋产权证以及部份图纸骗去，以高价空卖保险公司房屋。买进是 600 元 1 平方米，卖出是 1000 至 1500 元左右 1 平方米，牟取暴利。根据《城乡个体工商户管理暂行条例》规定，不准个体户经营房产，无任何经营手续的方廷海更无权经营房产。

3.方廷海以行贿手段，与原泸县保险公司经理恶意串通，损害国家利益。行贿受贿是双向行为，根据刑法第 185 条第 1 款规定，受贿的原正、副经理 3 人已被依法逮捕；第 3 款规定的行贿罪，行贿 15000 元的就是方廷海。方廷海利用行贿的非法手段，达到低价购买泸县保险公司房屋，转手倒卖渔利，这是方廷海行贿的目的。以行贿受贿签订的合同（契约），是损害国家利益的合同，是违法的合同，是无效合同。

综上所述，被告方廷海以泸县通滩化工厂的法人代表名义，于 1993 年 6 月 7 日与原中国人保险公司泸县支公司法人代表傅世友签订的《房屋买卖契约》，根据《民法通则》第 58 条，《经济合同法》第七条之规定，从签订之日起就是无效合同，而且有严重违法行为。为了保护国家财产不受损失，请人民法院依法判决。

起诉后，方廷海委托了二位律师作他的代理人，针对起诉书提出的主张，写了《民事答辩状》。主要内容是：

（一）答辩人代表泸县通滩化工厂的授权委托，这有该厂 1993 年 6 月 6 日的委托书为证。该厂是依法成立的私营独资企业，具有民事权利能力的民事行为能力，有权委托厂内或厂外有民事行为能力的公民，以其名义进行包括买卖房屋在内的各项民事活动。关于法人的称谓，在当前社会上还较普遍的存在着模糊认识，把凡是企业甚至是企业的负责人误认为是法人的，在不少的地方都还为数甚众。原告人背离事实与法律的根本，以本房屋买卖契约上有“ 法人代表 ”字样为据，随意给答辩人和通滩化工厂扣上“ 冒充 ”、“ 伪证 ”的帽子，用以否定本买卖房屋契约效力，其在此的主张不能成立。

（二）房屋并非专营、专卖及法律禁止、限制流通之物，法人、非法人、个人都可以按法律的规定进行买或卖。原告人急于向社会以期货方式出售其自管的伍复街 7 号整幢旧房，是经其上级批准允许的，有实物可支付。答辩人代表泸县通滩化工厂个体私营独资企业向原告人买这幢房屋，又是用的自筹资金，在签订本契约的当时先就交足了本契约所要求的 20 万元定金，以后的期款又是先交清款才得房，怎能说是买空卖空！通滩化工厂是私营独资企业，对外承担无限责任，法律也允许其与他人合伙出资为购房等民事法律行为。通滩化工厂怎么筹集资金来分期交付原告人的房价款，是属本契约的履行问题，与本契约的本身是否有效成立无关。所以，原告人在此所谓的本契约无效的主张，属无理；也应予以否定。

（三）原告人主张本契约属无效合同的又一理由依据，是以肯定的言词说答辩人是通过行贿手段，与其原经理恶意申通，才得以签订本契约的。然而，事实并非如此，签订本契约中并不存在恶意申通的问题，依据是答辩人向其原经理行贿，但答辩人并未向其行贿。在本契约签订交付定金后，其原经理两次向答辩人索要钱财，发生在契约履行中的索贿，有索贿当场的录音带（秘密录）呈交泸县人民检察院核实为证。该经理等已被逮捕，在该院有案可查。原告人所谓的行贿发生在本契约成立之后，何况还是索贿，原告人

把答辩人这个被勒索的被害者，诬指为行贿的违法犯罪者，既严重侵犯了答辩人的人权，又扰乱视听，给人民法院审判活动的顺利进行带来了不应有的妨碍，实为法所不容，原告人应对其行为的后果承担法律责任。

（四）答辩人是在本契约签订后的 20 余日，因交付原告 20 万元定金，虑及其原经理在索贿中，有过不答应其要求，将毁约另卖给老窖酒厂的问题，为保险起见，才提出领该房产权方面证件的，这有存其单位的领条为证。答辩人领得这证件后，在今年 7 月以前的这么长的时间都一直保存在答辩人手中，俟经泸县人民检察院为侦办其经理的经济犯罪案件，提取这证核验后发还时，问及为何还不拿去注册登记，答辩人才向泸县房管部门提出办证申请的，不存在什么骗证的问题。

（五）原告对契约的合法有效，在今年 8 月以前，一直是无异议的，在今年 8 月下旬还一再表示，本契约一定要执行，还敦促答辩人切实履行本契约规定的 8 月 30 日到期的第二期付款。这 20 万元房价款，我方是提前于 3 月 27 日和 8 月 29 日付清的。原告人在收到第二期房价款后，旋即诉请确认本契约无效，这样出尔反尔，随心所欲地为达到不可告人的目的而玩弄法律的行为，能给以支持吗？

答辩人引了一些法律、法规条款后说：“ 应属依法成立的有效合同 ”。“ 其诉讼请求于法不合，请求予以驳回 ”。

“ 山雨欲来风满楼 ”。在开庭前的诉讼请求与被告人的答辩中，针锋相对的势态已经形成，将在事实与法律上有场大争辩与搏击，鹿死谁手，前途未卜。作为原告的诉讼代理人责任重大。乍看起来，被告在答辩中条条有理，仔细思之，在适用法规方面是很弱的。为了开庭审理本案时有说服力，应该充分准备，临场不乱。

庭审辩论，依法争辩而胜诉

1994 年 10 月 20 日，泸州市中级人民法院民事审判庭开庭审理本案。参加诉讼的有原告泸县保险公司经理，委托代理人（律师，下同）；被告方廷海和两名委托代理人，还有合伙人王超、方勇；被告第三人杨莉和委托代理人。还有 5 位买方廷海房屋的起诉当事人和委托代理人。有这么多当事人、委托代理人出庭参加诉讼的案子，还是不多见的。

当原告提起诉讼请求，被告委托代理人以答辩状的内容，进行针锋相对的反驳、辩解，得到被告第三人的委托代理人的支持。原告委托代理人对被告的辩解，在代理词中，进行逐一地依理依法的驳斥和说明。代理词的主要内容有：

1.方廷海以通滩化工厂法人代表身份，与泸县保险公司签订买卖房屋契约，是无效合同。

第一，泸县通滩化工厂不具备法人资格，所签订的契约为无效合同。国家工商行政管理局在 1989 年 6 月 29 日，工商国字［1989］第 123 号文答复四川省工商行政管理局中说：“ 不具备企业法人条件、领取《营业执照》的企业和经营单位，不是独立的民事主体，缺少独立承担财产责任能力。因此，除非国家法律、法规有特殊规定，这些企业和经营单位对外不能直接以自己的名义签订合同，而只能根据它所归属的法人的明示受权，并以该法人的名义签订。由合同所产生的一切权利、义务及责任，均应由它所归属的法人享

有或承担。”并指出：“对领取《营业执照》的企业和经营单位以自己的名义所签订的合同，以及它未经所归属的法人事先明示授权或事后明示追认，而以该法人的名义所签订的合同，工商行政管理机关确认为无效”。按这一规定，方廷海与泸县保险公司原经理傅世友签订的房屋买卖契约无效。被告在答辩中，对法人的称谓辩解是无理的。

被告在答辩中说通滩化工厂对方廷海中“委托韦”，是合法的，“委托书”的原文：

法人代表委托书

通滩化工厂厂长（法定人）杨莉授权委托方廷海同志办理与泸县保险公司鉴定购房的一切经济、产权合同手续。

此致

泸县通滩化工厂厂长杨莉

1993 年 6 月 6 日

注：本厂不提出任何异议。购房一事由方廷海同志全权处理，王超、方勇二人协助处理。

这个“法人代表委托书”恰好自己证明《契约》的无效性。这不是对法人的模糊认识，而是故意制造法人资格，混扰视听，达到签约的目的。

第二，法人和代理人不是”称谓”，而是审查合同是否有效的法律根据。对国家的法律、法规和政策，在民事法律关系中，不管你是否知道或者模糊都要执行。1986 年 4 月 12 日，全国第六届人大第四次会议通过的《中华人民共和国民法通则》中，从第 36 条至 53 条都是对法人的规定。1986 年 9 月 17 日，最高人民法院关于贯彻执行《经济合同法》若干问题的意见中，审查合同是否有效的第一个问题，就是“审查合同主体是否具有法人资格”。并指出“法人至少应该是由国家批准并按照有关规定成立的独立经济核算组织”。

什么是代理？《民法通则》第 63 条到第 70 条都是规定有关代理的问题。1984 年最高人民法院关于贯彻执行《经济合同法》的意见中说：“在审查法人资格时，还应注意审查签订人的代理资格及其代理权限。”所以，代理人不合法，所签订的合同是无效的。

第三，购买全民所有制划拨土地所建房屋没有经过规定机关批准转让手续无效。1992 年 3 月，国家土地管理局公布了《划拨土地使用管理办法》，对划拨使用权如确需转让，必须按条件报市、县人民政府土地管理部门和房产管理部门批准，因为房屋的转让就涉及土地使用权的转让。被告人方廷海只得到了泸州市保险公司同意泸县保险公司有偿转让房屋的批文，就说成是“经上级批准允许的”。他不知道划拨土地转让业务部门批了无效。因此，被告说“房屋并非专营”，这就错了，国家有明文规定。

2.方廷海采取欺诈手段，利用通滩化工的名义签订房屋买卖契约，买空卖空，牟取暴利是违法合同，不具有法律效力。

第一，被告的欺诈行为。1987 年 7 月 27 日，最高人民法院就审理经济合同纠纷案件中具体运用经济合同法的若干问题作出解答（以下称《解答》）中指出：“现在有些工商企业虽经工商行政管理部门核准登记，取得营业执照，但是明知自己没有履约能力，仍与其他单位签订经济合同。其行为具有

欺诈性质。”经济合同法第 7 条第 1 款第 2 项规定，“采取欺诈、胁迫等手段所签的合同”，为无效合同。被告在答辩中说：“通滩化工厂是私营独资企业，对外承担无限责任”，他有那么大的资本吗？又说：“怎么筹积资金来分期交付原告人的房价款，属本契约的履行问题。与本契约的本身是否有效成立无关”等等。最高人民法院在《解答》中指出：“在合同规定的履行期内通过正当渠道可以筹到履约所需要的资金”，可视为不是欺诈性质。据我们不完全统计，被告人于 1993 年 6 月 7 日与泸县保险公司签订买卖房屋合同后，6 月 30 日以前卖出的 12 户中（其中吕惠明一户是 8 月 9 日签约），有两户没有面积计算而外，在这 10 户中共卖出 758． 59 平方米，占房屋总面积 47.3%；获人民币 654978.8 元，占买房屋总价值的 68． 12%，以这 10 户买主平均计算，每平方米卖的是 863． 42 元（买的是 600 元 1 平方米），每平方米获利 263． 42 元。这 10 户共获暴利 199827． 77 元。如果将剩下的 843.84 平方米按现每平方米的平均价 863.42 元卖出，这笔房产交易共净赚 422122.3 元，这不算是暴利是什么 现已收这 10 户转手倒卖款 30 多万元，这就是被告人所说的“自筹的资金”。早在 1985 年 7 月 18 日，最高人民法院、最高人民检察院，关于当前办理经济犯罪案件中具体应用法律的若干问题的解答（试行）中就指出：”个人明知自己并无履行合同的实际能力或担保，以骗取财物为目的，采取欺诈手段与其他单位经济组织或个人签订合同，骗取财物数额较大的，应以诈骗罪追究刑事责任”。

第二，通滩化工厂超越经营范围。被告人死死抓住通滩化工厂这块牌子，它可以合伙出资购房，是合法行为等等。《城乡个体工商户管理暂行条例》规定了 8 类行业和经营方式，房产不是被告人所说的他可以买卖。1987 年最高人民法院在《解答》中规定：“工商企业、个体工商户及其他经济组织应当在工商行政管理部门依法核准登记或者主管机关批准的经营范围内从事正当经营活动。超越经营范围或者违反经营方式所签订的合同，应认为无效合同”。通滩化工厂是生产销售碱式氯化铝、氯化钙、硫酸锌，与房产买卖无缘。

第三，被告人买空卖空，牟取非法利益。1987 年最高人民法院在《解答》中指出：“合同当事人自己无资金、无货源，违反工商行政管理法规，采取签订合同方式，合同标的不过手，从中牟取非法利益，是利用经济合同买空卖空。对于买空卖空的经济合同，应当确认无效合同”。同时还指出“利用经济合同买空卖空”的违法行为，“其非法所得应予收缴，并可根据情节，依法给予罚款等制裁；情节严重构成犯罪的，应当及时移送公安、检察机关处理”。

3.方廷海以行贿手段，与原泸县保险公司经理恶意串通，倒卖房屋，损害国家利益的合同，应当无效。

关于行贿问题，被告予以否认，可原泸县保险公司正副三个经理因收受被告人贿赂 15000 元被逮捕这是事实。被告人说：“原告把答辩人这个被勒索的受害者，诬指为行贿的违法犯罪者，既严重侵害了答辩人的人权，又扰乱视听，给人民法院审判活动的顺利进行带来了不应有的妨碍，实为法不容，原告人应对其行为的后果承担法律责任”，原泸县保险公司三个经理被逮捕后，《泸州日报》、《酒城星期刊》都有消息披露：是受贿，被告人是知道的。今年 8 月 9 日，《四川法制报》第一版以“保险公司不保险，犯罪一样进班房——泸县保险公司三经理贪赃坠马”一文中称：“1993 年泸县保险公

司因业务发展，将小市镇伍复街办公楼出售，另建新办公楼，三个共谋借此机会捞一把，去年 6 月出售办公楼给沪县私营企业主方某某和王某过程中收受二人贿赂 15000 元，傅世友、刘旭尧和罗其富各分得赃款 5000 元。”署名胡运权。被告人这个被勒索的被害者为什么不去追诉写文章的人、发表文章的报纸侵犯了你的“人权”呢！“诬指”你方某某和王某是“贿赂 15000 元”的人来“承担法律责任”呢？不管今后法院对原案定性如何，我们是言之有据的。《全国人民代表常务委员会关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》：“因被勒索给予国家工作人员、集体经济组织工作人员或者其他从事公务人员以财物、没有获得不正当利益的，不是行贿”。就按这项规定，被告人说自己是“被勒索受害者”，但你是“获得不正当利益的”。上面给被告人算了一笔牟取暴利的“利益”，这一点是没有“诬指”被告人。

在庭审中，原告抓住无效合同的法律、法规和方廷海的违法行为不松口，被告人找不到法律、法规来支持《契约》是有效合同。在调解阶段，被告不得不答应调解：同意《契约》为无效合同，保险公司退回 40 万元房款和银行利息，承担诉讼费，归还保险公司各种房产手续等达成协议。沪州市中级人民法院于 1994 年 10 月 28 日，出了《民事调解书》，保险公司胜诉。

作者简介

徐国祥（1956、5—）江苏省滨海县人。1976 年服兵役。目学考取南京大学法律专业，1990 年考取律师资格。1990 年代理的购销合同纠纷案成绩显著，被评为优秀诉讼代理一等奖，1991—1992 年度《三佳三优》活动中荣获最佳办案质量奖。92 年 11 月 17 号被《江苏法制报》誉为 ”办案快手徐国祥 ”；1994 年《新华日报》以 “ 敢讨公道慰庶民 ” 《人民日报》以 ” 徐国祥被誉为农民律师 ” 为题作了报道。

曾于华东六省、全国及第十四届亚太地区国际法律大会上交流法学论文。名人中华杰出人物《神州之魂》第三册。

现任盐城民众律师事务所副主任律师。

单位名称：江苏盐城民众律师事务所
详细地址：滨海县仁和南路 106 号
邮政编码：224500
联系电话：（0515） 4224664

章锦明巨大 “ 贪污案 ” 辩护始末

徐国祥

案情简介

“ 滨海县建设局挖出了一个贪污 30 多万元的大蛀虫！章锦明经局长举报，常务副县长签批，被县检察院逮捕了！ ” ——这一消息轰动贫穷的小城。

章锦明，男，1956 年生，初中文化，社会无业人员，自学水电安装技术。

1992 年 11 月 20 日，经人介绍，章锦明约请高友松、吕广伟、周士祥三人合伙（章投资 2 万元，高、吕各投资 5000 元，吕实际投资 3000 元，周因懂建筑技术不付款算一股份，以交 2 万元抵押金为条件）承包了滨海县建设局驻昆山办事处承建的三号、四号楼工程。因其建设工期为一年，办事处与章锦明协约也一年，为应付苏州方检查和滨海总公司，规避个人承包之嫌，以办事处聘请章锦明为三、四号楼工程负责人的名义，写了一份 “ 聘书 ” 。

施工工具，工人及管理，一切全部由章锦明负责，办事处只是收取该工程 4%的管理费。昆山方工程款经办事处帐户过一下，由章锦明支配。

施工期间，因资金周转不灵，部分紧缺材料购不进，章、高二人分别卖了部分建材购进部分所需材料，又发工人工资，加之建材价格上涨、管理不善等因素，工程结束后，盘亏。

建筑期间，为方便工作和工人娱乐，买了电视、自行车、电动机等花销六千元；章锦明拿八千元用于私人建房；章妻孙素萍跟高友松个人借款 6000 元。此款合计 20491.5 元。

审查起诉

1994 年 11 月 3 日，滨海县检察院抓了章锦明，经检查，建设局举报的 30 多万元事实不成立。于 1995 年 7 月 17 日以 112385 元（滨海刑检［1995］

5 号）向法院起诉后又撤回，又于 1996 年元月 3 日，以 20495.5 元（同样案号）向法院起诉。县常务副县长戴启盛召开公检法司联席会议统一认识，并报市政法委讨论，后法院以贪污 20491.50 元判处章锦明有期徒刑 6 年零 6 个月，剥夺政治权利 1 年，章锦明不服上诉。

辩护意见

章锦明贪污主体资格不符，与办事处是名义上的“聘用关系”，实质上是“二级承包”法律关系，“聘书”是“承包合同”，工程亏损应由章锦明赔偿，属于经济纠纷，不应以贪污论处。

（一）贪污主体资格不符。

第一，章锦明与办事处 1992 年签订的“聘书”实质上是“二级承包”协议。章锦明与办事处之间形成承包人与发包方之间的法律关系。其依据有：

（1）据滨海县劳动仲裁委鉴定，该“聘书”不符合劳动合同聘用之要求。不属劳动合同。故“聘用”法律关系不成立。

（2）本案中没有反映该“聘书”为合法的劳动关系的证据。

（3）假定“聘用”关系成立，办事处指派章锦明为三、四号楼工程负责人的话，章锦明权利应是：

享受每月固定工资____元，劳保，福利待遇____元，考勤考绩奖罚制度等权利——而“聘书”上无一文字记载。

章锦明的义务应是：

抓办事处组织的考勤考绩，抓工程进度，工程质量，材料保管——而实际上办事处没有组织工人施工，没有人负责进材料，进工具，没有发放施工人员工资。

相反，章锦明没有享受到“办事处聘书”的应有权利和义务，而是尽了一个工地承包者应有的一切权利与义务。故劳动聘用关系不成立。

第二，《刑法》第 155 条规定：“国家工作人员利用职务上便利，贪污公共财物的……”“受国家机关、企业、事业单位，人民团体委托从事公务的人员犯第一款罪的，依照前两款的规定处罚。”这一法条对贪污罪的主体作了明确规定由此来评析办事处与章锦明之法律关系：

（1）办事处是总公司下属驻外机构，不具备法人资格，无权聘用干部。

（2）办事处将什么“公共财物”交章锦明经手、管理的？——没有。

（3）章锦明所经手、保管、使用、处置的施工工具、建筑材料、资金来源、无一所有权是属于办事处的——是属于昆山方据形象工程付的款、物——由此可以清楚的看出：章锦明不是“受委托从事公务的人员”，不是办事处的干部、职工，经手保管，使用，处置的财物所有权也不是办事处的，故贪污主体：客体不合格，不能认定章锦明为贪污犯罪。

（二）章锦明与办事处对三、四号楼工程是二级承包的经济纠纷法律关系。其理由是：

第一，所谓“聘书”即协议。第二项第二条约定：“同时，不承担乙方（章）在聘用期内造成的经济损失。”第二项乙方第七条约定：“乙方违章造成政治、经济损失及聘用期内发生的一切债务均由乙方承担。”——这已充分说明，办事处将三、四号楼工程接下来，又转包给章锦明承建。

第二，章锦明取得了三、四号楼工程承建权，是以向办事处交纳人承包

抵押金 20000 万元为条件的——假如是办事处“聘用”章锦明为负责人，应给章锦明每月工资酬金，不应收取章锦明 20000 万元抵押才将三、四号楼工程交给章锦明承建，而又不付给分文工资。

第三，该工程施工人员，都是章锦明招用。办事处无一名职工分配给章锦明使用。施工人员工资都是章锦明自己定数额，自己发放，办事处没有发放他们工资。

第四，该工程使用的工具，一部分是章锦明从滨海老家运去的，一部分是章锦明用工程款购买的——办事处没有交工具给章锦明保管使用。

第五，办事处收章锦明该工程 4%管理费，是章锦明承包该工程铁的证据——如果章锦明真是办事处聘用干部或职工，办事处有何依据要收缴他负责的工程管理费？天大的笑话。

上述事实说明，办事处承包该工程后，又转包给章锦明是事实。

（三）公诉书指控章锦明贪污 20491.50 元，依据不足，不能成立。

第一，1994 年 11 月 3 日，滨海县建设总公司举报章锦明贪污 30 多万元，证据不足被否定。

第二，1995 年 7 月 17 日，县检刑二起字（95）5 号起诉书认定：“被告人章锦明多次单独、合伙出售甲方提供的建材，共得款 112385 元。被告章锦明将其中 20491.50 元用于私人建房，和在工程结束后，购买自行车、游戏机、手表、电视机等物归自己使用……”认定章锦明贪污 112385 元。

第三，1996 年元月 3 日，该院重发一份起诉书，又认定“销售得数 112385 元，章锦明被告实际贪污人民币 20491.5 元——从而证明，章锦明另 92293.50 元用在工地建筑上。又不是“贪污”了。

第四，贪污 20491.50 元证据不足。其中：章锦明妻孙素萍借高友松个人 6000 元，不应列入其“公款”范畴；章锦明买给工人用的游戏机、电视机等 6000 余元，财物仍在原工地使用，没有拿回家，不应列入“贪污”范畴；章锦明拿回家 8000 元用于建私房，是合伙人高友松等人所共知，不是虚招冒领或监守自盗，不应以“贪污”论处。

上述理由说明，起诉书论定章锦明贪污 20491． 50 元，证据不足，不能定案。

（四）假“聘书”真“承包”协议的形成，是办事处与章锦明二者之间的混合过错，不应将责任全部推给章锦明。其理由是：

第一，四不象“聘书”是双方扯皮根源。

说是聘书，又不具备劳动合同的条件，而又注有承包的实质内容。说是承包协议，有行政管理之条款，其格式又具有聘书之形式。对章锦明来说，只要该工程给他承包，什么形式不重要。

对办事处来说，只要有人交管理费，交给准承包都一样，反正办事处不出人，不出钱，只用一块牌子拿管理费，坐收渔利而已。故以“协议”或“聘书”也不重要，只要能对付一下昆山建筑方就行了。故才形成这不伦不类的“聘书”。

第二，假“聘书”产生背景。

1992 年，昆山市规定，不准将其建筑工程发包给个人承建。办事处李建华主任明知章锦明是社会无业人员，个体户水电工，为了规避政策的制约，出于应付昆山方核查和对总公司报成绩，才搞这份假聘书。1992 年 11 月签字，将日期填为 9 月 20 日。

第三，交抵押金情况及章锦明拿 8000 元原因。

承包文书签定时，办事处主任收章锦明抵押金 2 万元。该工程正式交给章锦明。从中拿 5000 元回家为儿子办喜事。只入办事处财务帐 1300 元。

章锦明家建房缺钱，要提前支取 2 万元抵押金，办事处没钱。章即从工程款中拿 8000 元用于私人建房。——这只能说明经济往来帐务手续不完备，章锦明一直承认这笔帐用抵押金冲抵不应认为“贪污”。

上述事实说明，因该“聘书”与实际“承包协议”之形式与内容相矛盾，权利与义务不具体，是导致章锦明拿回 8000 元建房，其妻借高友松个人 6000 元，章锦明为工人娱乐和工作方便买电视机、游戏机、自行车等 6000 元余，合计 20491． 50 元的根源。

辩护人认为：“以事实为根据，以法律为准绳”是我国社会主义司法原则，应透过本案“聘书”形式，抓住“承包，”本质，洞察办事处管理制度不严之关键，谅解章锦明财经知识不足之实际，对章锦明已用于私人建房的 8000 元公款、用于为工地工人购置用具的 6000 元，及其妻个人借 6000 余元区别对待，按民事法律关系来调整另案处理。不应牵强附会的将实际承包关系认定为“聘用”关系定“贪污”而误人一生。建议法庭判决章锦明无罪，依法释放。

判决结果

二审法院采纳了辩护意见，最后裁定：“原审判决认定章锦明犯贪污罪的事实不清，适用法律不当……撤销（1996）滨刑初字第 28 号刑事判决。”

至此，一桩在贫穷老区了不起的 30 多万元巨大的贪污案，在法律天平上得到了公正评判，在看守所渡过 2 年的章锦明握着辩护人的手，相对无语，泪水横流……。

作者简介

郝轶峰（1953.12—）汉族，曾用名郝连法。大学法律专科毕业。原籍河北省阜城县古城镇郝家庙村人。现为河北邯郸国泰律师事务所执业律师，中国经济法研究会邯郸分会会员，中华全国律师协会会员。

于 1972 年 12 月 15 日在阜城县人民武装部应征入伍,后在中国人民解放军总参谋部后勤部服兵役，曾经先后受到过部队嘉奖 6 次，1988 年参加全国律师资格考试并取得律师资格，先后在邯郸市第九律师事务所和国泰事务所执业。8 年来先后担任了十几个企业单位的常年法律顾问。共办理刑事、民事、经济和行政案件 120 多件；办理非诉讼调解和法律事务 150 余件；为企、事业单位和案件当事人收回和避免经济损失 2500 多万元；解决各种纠纷 50 余起，并先后担任了十几个企业单位的常年法律顾问。

单位名称：河北邯郸国泰律师事务所
详细地址：邯郸市峰峰矿区滏阳路 17 号
邮政编码：056200
联系电话：（0310）5117070

作者简介

王奎方（1949.10—）部队转业后从事政汉工作多年。1988 年毕业于河北电大党政于部专修科。1992 年以来又目学法律专业，考取了中华人民共和国律师资梧，获得了经济系列专业经济师资格，并通过了全国企业法律顾问资格考试。1990 年起兼任法律服务工作。1993 年至 1994 年在邯郸市第九律师事务所工作。现在国泰律师事务所执业。

自 1990 年起从事法律服务和律师工作以来，先后办理刑事、民事、经济类案件以及非诉讼案件已达百余件，均保证了办案质量，赢得了当事人的信任，依法保护了当事人合法权益，为聘用企业依法经营管理提供了有效服务，为企业挽回避免经济损失 500 余万元。

业务素质和政治素质较好，办理刑事、经济和劳动争议案件积有一定经验，熟悉企业法律顾问有关法律咨询答疑、合同审查管理、项目决策论证、商事谈判交涉、法制宣传教肓、内部规章审核等诸类服务技能，能为目愿为企业提供高效全面法律服务。

单位名称：河北邯郸市国黍律师事务所
详细地址：邯郸市峰峰矿区滏阳路 17 号
邮政编码：056200
联系电话：（0310）5117070

死人走上被告席
——一起贷款合同担保纠纷案件法庭审理始末

郝轶峰　王奎方

当你看到这个案例的题目时，一定感到非常的奇怪，因为活着的人参与诉讼这是很正常的事，而人死了以后还能参加诉讼活动吗？我们的回答是肯定的，不能。然而，在河北省邯郸市峰峰矿区界城镇苏一村村民韩广仁贷款死亡三年之久的 1994 年的法庭审理中，贷款人韩广仁走上被告席的怪事却真实地发生了……。

案　由

1992 年 10 月 30 日，峰峰矿区界城信用社向峰峰矿区人民法院界城法庭提起了民事诉讼，该社在起诉书的请求部分“ 要求被告偿还贷款 8 万元及全部利息 ”在事实与理由中写道：“ 被告赵清林之夫韩广仁于 1989 年 12 月 6 日以办轧钢厂为由，由苏一村民委员会担保，贷我社款 8 万元，期限一年，现已逾期，经我社多次催要仍未归还，根据国家“ 有借有还、到期归还 ”的贷款原则和经济合同法的有关规定，我社要求被告立即偿还贷款本息。该信用社并向法庭预交了诉讼费 5710 元。界城信用社的另一份诉状要求被告偿还金额为 229000 元整，贷款时间为 1985 年至 1986 年间。两笔诉讼请求总金额为 309000 元整。

初　审

1994 年 3 月 21 日下午，在峰峰矿区人民法院界城法庭由审判人员党英为审判长，陪审员张德贵、张胜利，代理书记员陈海涛，对被告人韩广仁贷款、苏一村委会担保的两起纠纷案件进行了审理，原告代理人张自河，被告韩广仁之妻赵清林到庭参加诉讼。法院审判人员 3 人，书记员 1 人，原告代理人 1 人和被告 1 人。整个诉讼参与人加在一起才有 2 人，苏一村委会因未接到出庭通知传票没有出庭。下午 2 点开庭到 4 点结束：这么复杂的贷款担保纠纷案件只有 2 个小时就审结了。并于 1994 年 3 月 25 日和 29 日，分别以（1994）峰（界）民初字第 30 号、第 41 号判决书的形式进行了宣判，该院在第 41 号判决书中写道：“ 原告峰峰矿区界城信用社。法定代表人孙万珍，男，信用社主任（某人已于 1992 年因犯罪被逮捕）委托代理人张自河，男，该信用社信货员。被告韩广仁，男，原界城镇苏一村村民（1990 年 11 月 7 日病故），被告赵清林，女，48 岁，苏一村村民（被告韩广仁之妻），被告界城镇苏一村委会，法定代表人陈旺学，男，苏一村委会主任。

原告界城信用社与被告韩广仁、赵清林、被告苏一村委会为借贷偿还本息纠纷一案，本院受理后，依法组成合议庭，公开进行了审理。原告代理人张自河和被告赵清林到庭参加诉讼，被告苏一村委会经合法传唤来到庭（我们在法院卷中没有查到送达传票的存根底联），本案现已审理终结。

原告诉称： 1985 年至 1986 年，被告韩厂仁以开办苏一轧钢厂为由在我社借款 229000 元，苏一村委会为担保人。现轧钢厂倒闭，韩广仁死亡，我社数次催收本息未果。请求法律保护合法权益。

被告赵清林辩称：我丈夫韩广仁生前所借款全部投入轧钢厂，因经营效益不好，生产不久便停产至今。现在我们母子还看管着轧钢厂设备，我们没有能力偿还外债，请依法处理吧，被告苏一村委会未提供答辩（该村委未接到传票就没有出庭参加这次诉讼活动）。

经审理查明，被告韩广仁生前于 1986 年与他人合伙经营苏一轧钢厂。1987 年 3 月 11 日合伙人退股，（法院疏漏了一个重要的合伙法律关系）后轧钢厂归被告韩广仁经营所有，1989 年 9 月 24 日，被告人韩广仁以资金不足为由在原告处借款 229000 元，期限为三年，苏一村委会提供担保，被告经营管理不善，轧钢厂歇业至今。1990 年 11 月 7 日被告韩广仁患急病死亡，轧钢厂及设备均由被告赵清林看管，而后原告数次催收本息无望，诉至法院。

本院认为：原、被告借款合同合法有效，本案事实清楚，证据充分。被告韩广仁生前所欠债务，应由被告赵清林从轧钢厂的财物和其丈夫的遗产中负责偿还。被告苏一村委会应负连带清偿责任。依照《中华人民共和国民事诉讼法》第 130 条，《中华人民共和国继承法》第 33 条和《民法通则》第 89 条、第 108 条的规定，判决被告韩广仁生前借原告 229000 元本息由被告赵清林负责偿还。苏一村委会负连带责任。 ”

从以上的判决书中可以明确的看出：已经死亡三年之久的韩广仁和已经被刑事犯罪逮捕入狱的孙万珍，都出现在法院的正式判决文书中。且不说本判决实体部分到底审理如何，光从程序上来说，就不符合法律和最高人民法院审理民事案件的有关意见；将死亡三年之久的人列为被告；将逮捕判刑的人列为法定代表人，这就明显地违犯了法律规定的诉讼程序。

再 审

1994 年 6 月 9 日，被告界城镇苏一村委会主任霍自学等同志要求律师代

理其上诉并办理了委托代理手续。但此案已过上诉时效。最后经过我们认真的研究和分析，决定对已经生效的一审判决文书提出再审的法律意见书。我们经过认真的调查和取证，深入到苏一村民和知情人家中进行走访，并找到了苏一村民韩广仁自 1984 年办轧钢厂以来的所有帐薄和记帐凭证,经查帐核实得出的结果是：韩广仁自 1984 年 9 月 24 日至 1985 年 7 月 28 日期间，共办理贷款手续八笔，总金额为 414500 元。有五笔贷款没有村委会担保手续，有村委会担保的只有三笔贷款金额为 15 万元,而且从帐号和凭证上查出已还贷款和利息 80000 元，下余 334500 元尚未结清，1986 年后半年，韩广仁和申明付、李金平、李金城、张学林、申明跃、赵学林等 7 股合伙办起苏一村轧钢厂，由于经营管理不善，在经营不到一年的时间里，合伙人申明跃、申明付、李金平、李金城、张学林等六人分别于 1987 年 3 月 11 日和 3 月 13 日先后退出合伙经营，并有书面退股协议书。这样以来，轧钢厂只剩下韩广仁一人经营，界城信用社的两笔借款也是从以前的贷款未还清的本息延续下来的，并在信用社提供的证据上明显地写着是“ 换借据 ”的字样。更应提明的是，在韩广仁死亡以后，做为界城信用社副主任的李邯增又私自找到韩广仁的妻子赵清林，将死亡人韩广仁的手章拿走，并将贷款数额以大化小，进行挂帐的欺骗手法，又重新办理了死人韩广仁所不能盖章但又确实盖上了韩广仁手章的贷款手续。我们共收集各种帐薄，记帐凭证 1000 多张，向知情人取证和写询问笔录二十几页次，在反复查阅有关资料和掌握大量证据的情况下，我们郑重负责地向邯郸市峰峰矿区人民法院院长李明生及审判委员会，以律师事务所的名义发出了《律师函》，我们对（94）峰（界）民初字第 30 号、第 41 号判决书提出了以下建议：本律师对这两份“ 原告是犯人、被告是死人，保人不到庭，光问老娘们儿 ”的判决就程序法上问题来说，错误是十分明显的，如不提出改正，有碍法院判决的严肃性、公证性，谨望李明生院长必要时提请审判委员会按审判监督程序裁处。我们的 6 条意见如下：

一、法定代表人孙万珍应当更换

两份判决均将孙万珍列为原告“ 法定代表人 ”。经查原界城信用社主任孙万珍因经济犯罪，早在审理此两案前的 1993 年 10 月 11 日被关押，后转为逮逋和判刑五年，现正在监狱服刑。依据最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》第 38 条、39 条之规定，原告法定代表人孙万珍应即行更换。特别是不宜将犯人或人犯继续列为“ 法定代表人 ”的，这样在判决书上列名显属是错误的。

二、被告韩广仁是死人

苏一村民韩广仁不仅现在是死人，在诉讼前就是早已死亡的人。经查证韩广仁早于 1990 年 11 月 7 日死亡，对此判决书也是述明了的。法院审判人员并非不知道。最高人民法院在有关司法解释中多次反复强调“ 不能将死亡的人列为当事人 ”，将已经死亡的人列为当事人，有违《中华人民共和国民事诉讼法》关于“ 当事人诉讼权利平等 ”的原则。就本案而论，“ 被告韩广仁 ”已成尸体，“ 尸体 ”能行使诸如陈述、辩护、反诉、承认、放弃、质证、上诉等一系列权利吗？当然其义务也无从谈起，（仅指诉讼中的义务）。这

样以“尸体”在判决书上列名，从一定程度上说，应该总结为是一种深刻的教训。

三、代理人张自河是无权代理

张自河的代理权来自单位的法定代表人孙万珍，而孙万珍法定代表人的“代表”权因其犯罪判刑终止于1993年10月11日。委托代理人张自河和界城信用合作社至今未变更代理手续和追认手续。按照《中华人民共和国民法通则》有关代理权规定，张自河的代理行为应视为无权代理，其诉讼行为亦应认定为无效。

四、赵清林的诉讼位置有待商讨。

赵清林是韩广仁之妻，峰峰矿区人民法院（94）峰（界）民初字第41号判决将韩、赵一死一话夫妻俩连同苏一村委会“三连贯”列为共同被告令人费解。第30号判决将赵清林列为“接替被告”也让人想不通。大有“父债子还，夫债妻还”的感觉。让我们仔细看一下最高人民法院《关于适用中华人民共和国民事诉讼法若干问题的意见》中有关“承担诉讼”的解释：“在诉讼中，一方当事人死亡，有继承人的裁定中止诉讼。人民法院应及时通知继承人作为当事人承担诉讼。被继承人已经进行的行为对承担诉讼的继承人有效。”就本案而论，因韩死于“讼前”而不是“讼中”，所以并不完全适用于赵清林。然而赵清林应当“承担诉讼”，其之所以要承担诉讼，不是单纯的继承关系原因，而是顺其既是韩广仁轧纲厂的“财产代管人”，又是其遗产的继承人，她有以其代管资财和有限遗产偿贷的义务。其准确位置应当是第三人，法院可以判令第三人承担义务。对其位置赵清林似乎也清楚，难怪庭审期间她的态度是“请依法处理吧。”

五、两份判决书疏漏了合伙人之间的法律关系

在韩广仁和其他合伙人办厂期间，就先后贷出8笔资金总额为414500元，后在经营中还贷金额80000元，剩余334500元尚未还清，由于钢厂经营管理不善，经济效益不好，合伙人中申明付、李金平、李金城、张学林、赵学林、申明跃先后退出合伙关系。后来只剩韩广仁个人经营，在没有还清以前本息的情况下，于1989年9月24日在信用社换了借据，这可在借款手续上明确发现写有“换借据”三个字。就在合伙经营期间的债权债务问题，审判人员就根本没有进行调查和审理。最高人民法院《关于贯彻执行（中华人民共和国民法通则）若干问题的意见》第53条明确指出：“合伙经营期间发生亏损，合伙人退出合伙时未按约定分担或者未合理分担合伙债务的，退伙人对原合伙的债务，应当承担清偿责任；退伙人已分担合伙债务的，对其参加合伙期间的全部债务仍负连带责任。”原审判人员正是疏漏了原来参与合伙经营轧钢厂的其他合伙人这样一个重要的法律关系。

六、本案在立案时已超过诉讼时效。

以上错误集中表现在程序上，大多是程序法执行中的不当行为，但却足以影响本案判决的公正性。此次庭审活动是在这样的情况下进行的：原告“法定代表人”不能到庭，诉讼代理人到了又无权；被告死了被列上判决书，活的又没到，只听一个村妇加寡妇说了句：“请依法处理吧，”于是乎，合议庭就做出了30号和41号两份判决！如此判决，令人难以相信其公正性，准确性，严肃性，合法性。

截至到目前为止，我们尚未能更加深入地审视这两份判决中事实上的情况，但却特别关注苏一村委“担保责任范围和期限”。两份判决“四合一担保”，“本息不分”等判词就特别令人生疑。我们已经调查了解和掌握了一些真实情况，所以此案引起二审或再审程序的趋势是显而易见的。其结果：影响法院的声誉，浪费当事人钱财。我们认为：最好的办法是我们峰峰矿区法院自己改正错误。审判委员会、李明生院长：

我们需要理解，谨望理解既要配合法院行使审判权，又要满足当事人行使诉讼权利的两难境地的律师心愿和处境。所以我们建议法院对两份判决“就地走再审线”。这样做既体现我院“知错就改”，又能总结经验教训，提高今后的办案质量。按照最高人民法院《关于适用（中华人民共和国民事诉讼法）若干问题的意见》第163条的规定，至6月24日上诉期满，审判委员会即行提起再审，由界城法庭移卷到法院再行审结，岂不两全其美！

我们连夜将以上《律师函》写好，第二天一大早就进行打印，随既送往峰峰矿区人民法院审判委员会及院长李明生同志手中。

重　审

峰峰矿区人民法院审判委员会和院长李明生同志，在接到我们的《律师函》以后，专门召开了法院审判委员会人员参加的研究本案情况的会议，并于1994的4月28日做出（1994）峰（界）民初字第30号和第41号民事裁定书，其主要内容为：原告峰峰矿区界城信用合作社和被告赵清林、苏一村村民委员会为借款担保偿还本息纠纷一案，本院于1994年3月25日和29日分别作出（1994）峰（界）民事判决书，已经发生法律效力。本案经本院院长提交审判委员会讨论认为：本案在审理中，原告法定代表人孙万珍已属在押人犯，已不能以原告法定代表人身份参加诉讼，且被告人韩广仁在立案前已病故，不应再列为被告，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第177条第1款、第182条的有关规定，经本院审判委员会决定，裁定如下：

一、本案由本院另行组成合议庭进行再审。

二、再审期间，中止判决的执行。

邯郸市峰峰矿区人民法院（公章）

院长：李明生

代理书记员：党英

尾　声

经过我们认真的调查，反复地核对案件事实，积极的努力争取，终于达到了我们所期望的目的和实现了再审的愿望。

现在本案正在审理中，我们殷切盼望本案能够得到公正合理、令人满意

的结局。

作者简介

黄罡（1955.4—）汉族，浙江省义乌市人，1981 年毕业于浙江师范大学中文系，1982 年从事律师工作，通过自学获法律本科文凭、法学学士学位。1991 年取得中华人民共和国技术合同仲裁员资格。1992 年被评为浙江省优秀法律顾问。1994 年获金华市“十佳”律师称号。曾先后发表了《法律顾问工作初探》、《自愿组合、自我发展是律师机构改革的必由之路》、《行为人以自己名义出具借据代人借款应由行为人承担民事员任》等学术论文，并在《小商品世界报》发表案例分析一百余篇，承办了重大经济案件代理五十宗起，为当事人避免、挽回经济损失近亿元。还成功地办理了多起在全国颇具影响的行败诉讼案件和刑事辩护案件。其代理、辩护具有提纲挈领、匠心独运的高屋建瓴风范。现任红太阳律师事务所主任、三级律师，其成就和业绩已载入《中国改革者风采录》等专辑。

单位名称：红太阳律师事务所（浙江义乌）
详细地址：浙江省义乌市县前街 19 号政法大楼三楼
邮政编码：322000
联系电话： （0579）5529666 9012121

以违法行为制止非法执行
职务不构成妨害公务罪

黄 罡

案件基本事实

1994 年 6 月 25 日，上海市闵行区人民法院经济庭副庭长朱运新带队，由法院、派出所、上海奥丽斯化妆品（珠海）有限公司等单位组成一行 5 车 21 人开赴浙江义乌市。原因是奥丽斯化妆品（珠海）有限公司向闵行区人民法院提起民事诉讼，要求被告江苏昆山曹安市场批发部经理蒋顺福停止侵权行为，消除影响，承担经济损失 3 万元。经闵行区法院立案调查，发现昆山市曹安市场食品批发部销售的假冒奥丽斯化妆品（以下简称臭丽斯）系向义乌小商品市场个体户骆某某批发而来，于是奥丽斯化妆品（珠海）有限公司向骆某某提起同一案由的民事诉讼。据此，法院率队直奔浙江义乌小商品市场。6 月 26 日上午，由上海来的崔奶国和闵行区法院经济庭审判员袁汉兴去义乌小商品市场寻找摊主，并装扮成购货客商以江苏常熟小百货批发部张军的身份与 12857 号摊主骆承忠谈妥生意，以每箱 350 元的价格，订购 50 箱奥丽斯，并当场交付 500 元押金。等崔、袁离开后，骆即去市场路 1 街 33 号（南京金芭蕾总经销）吴伟成店，向吴联系订购 50 箱奥丽斯，因该店无货，骆又由他人陪同找到金华市麦克化妆品有限公司义乌经营部（该公司为奥丽斯有限公司浙西总代理）陶维敏，订购 50 箱奥丽斯。待他人将货送到“张军”指定的兴中旅社，骆招呼龚中成、朱云弟等人搭乘中巴前往兴中旅社帮忙，自己乘朋友的摩托车前去旅社。骆承忠等人刚将货卸完，闵行区法院的 5 辆小车即开到旅社门口，以到楼上结帐取款为名，将骆叫到楼梯转弯处，骆刚踏上楼梯，闵行区法院干警在没有表明任何身份的情况下，强行用手铐将骆承

忠铐住，朱云弟见状迅入旅社，想解救骆承忠，也被铐住，同时带出旅社抓进汽车，并将站在旅社门日的龚中成也铐住抓上汽车，尔后迅速向苏溪方向驶去，踏上返沪的归途。

在苏溪镇蒋宅村的骆氏父母和骆妻胡淑芳接到骆承忠被抓的电话后，立即邀集亲属，前往杭金公路苏溪邮局至税务所地段阻截，由骆的胞弟骆承明驾驶北京吉普横在公路上，将闵行区法院的三辆小车拦下（押送骆承忠、龚中成的二辆小车已过苏溪）。骆的亲属发现骆承忠不在车内，即与闵行区法院干警交涉，继尔发生冲突，冲突中上海方 9 人被欧伤，2 辆警车玻璃被砸，2 只对讲机丢失（其中一只由苏溪派出所联防队员捡回）；当日晚上又将审判员袁汉兴带往苏溪镇双溪村同宿，作为交换骆承忠的条件，次日凌晨 5 时许，将袁送到苏溪派出所。

案发后，义乌市公安局成立了专案组进行调查，对参与此事的胡淑芳、骆有兴和胡太山分别作出了行政拘留 10 天的治安处罚。闵行区法院不服这一处理结果，向金华市公安局提出的了申诉，金华市公安局作出裁决，维持义乌市公安局的处罚决定。闵行区法院遂于 1994 年 11 月 11 日向浙江省金华市中级人民法院递交了三份行政诉讼状，状告义乌市公安局。

起诉理由和答辩理由

（一）闵行区法院的三份行政诉讼状的内容基本相同。诉状称：该院于 1994 年 6 月 20 日依法受理奥丽斯化妆品（珠海）有限公司诉江苏昆山市曹安市场批发部商标侵权案。在审理过程中，奥丽斯公司又发现扣押在案的 50 箱假冒化妆品来源于浙江小商品市场骆某处，就强烈要求闵行区法院赴该案共同被告义乌市小商品市场骆某处彻底查清和消除假冒产品的根源。该院于 1994 年 6 月 26 日上午经查证，已掌握骆某先后销售两批 100 箱，价值为 25100 元假冒奥丽斯化妆品的主要事实依据。根据全国人大常委会《关于惩治假冒注册商品犯罪的补充规定》第一条第二款“ 销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，可以并处或单处罚金 ”的规定和最高人民检察院《关于假冒注册商标犯罪立案标准的规定》第二条 ”销售明知是假冒注册商标的商品，违法所得数额在 2 万元以上的，应予立案 ”的规定及最高人民法院《关于审理经济纠纷案件发现违法犯罪必须严格执法的通知》第四条 “ 对于经济纠纷案件中发现的经济犯罪的人犯，为防止其逃跑、串供和发生其他危害社会的行为，人民法院可以依照刑事诉讼法第 38 条、第 39 条和第 40 条的规定，根据案件的具体情况，采取拘传、取保候审、监视居住的措施或决定逮捕。监视居住和逮捕依法由公安机关执行 ” 之规定，闵行区法院对骆承忠等人当即予以拘传并对属商标侵权证物予以扣押。当天中午闵行区法院干警从义乌返沪途经苏溪镇时，胡淑芳（骆承忠之妻）为首聚众拦截追赶闵行区法院正在执行公务的警车，首先欧打己说明身份的法院干部，造成众多不明真相群众围观起哄，致使法院执行公务受阻。（骆承忠内弟胡太山、骆承忠父亲骆有兴砸碎法院的两辆警车玻璃，抢走二部对讲机等）。在胡淑芳等为首的挑动下，经济庭副庭长朱运新头部、臂部被打伤，腹部被人用膝盖猛烈撞击。审判员袁汉兴被胡的同伙单独押至偏僻山村殴打，并非法拘禁至次日早晨 76 时。协助法院执行公务的闵行公安局马桥派出所副所长朱金龙的肩章、警徽被摘，面部被殴流血。当受害干警在下午 36

时许避入苏溪派出所后，胡还聚众包围派出所至次日早晨 8 时许，其间还冲进派出所进行殴打，并坚持要与闵行区法院互换人质。原告认为，“ 0． 26 ”事件中的受处罚人胡淑芳是骆承忠在义乌小商品市场摊位上销售大量假冒奥丽斯的共同经营者，她对闵行区法院为何要对骆承忠采取拘人扣物的行动心中最明白，其为首聚众在公路上拦截、追赶、砸坏闵行区法院正在执行公务的警车，抢走数千元的执法用具，动手并指使他人殴打执法干警，非法拘禁法院干部，其藐视法律、妨害公务和非法拘禁的犯罪故意十会明显，且其作案气焰之嚣张，手段之凶残，后果之严重，均为国内其他地区所未见、罕见。其行为显已触犯刑律，构成妨害公务罪和非法拘禁罪。而被告义乌市公安局却对胡淑芳以殴打他人致人轻微伤害，对胡太山、骆有兴以毁坏公私财物，适用《治安管理处罚条例》予以行政拘留十天作为处罚，显属认定事实不清，定性不当，适用法律法规错误。为此，原告提出如下诉讼请求：1.撤销被告义乌市公安局对胡淑芳、骆有兴、胡太山有罪不究，认定事实不清、定性不当、适用法律法规错误的行政处罚，并由有关部门依法追究其及主要同伙的刑事责任；2.诉讼费用由被告承担。

（二）针对闵行区法院的起诉，本律师为本案第三人胡淑芳、骆有兴、胡太山代书了答辩状。答辩认为。

1.上海市闵行区人民法院不是不服义乌市公安局对答辩人胡淑芳治安处罚行政诉讼的主体。因为答辩人胡淑芳殴打的不是上海闵行区人民法院这一法人，而是超越职权范围办案的该院有关人员。据此，人民法院应依法驳回上海市人民法院对该案的起诉。

2.义乌市公安局对三答辩人作出治安拘留 10 天的行政处罚，事实清楚，适用法律正确，量罚适当。理由为：

纵观原告行政诉状的理由，一言以蔽之，即认为三答辩人的行为己构成妨害公务罪、非法拘禁罪。答辩入认为，原告这一观点犯了对法律适用的认识错误。

（1）非法拘禁罪。姑且不论答辩人胡淑芳、骆有兴的行为是否构成非法拘禁罪，但根据我国刑事诉讼法第 13 条、二院一部《关于执行刑事诉讼法的案件管辖范围的通知》之规定，非法拘禁刑事犯罪属于人民检察院受案范围，不属公安局受案范围。

（2）妨害公务罪。我国刑法第 157 条规定：“ 以暴力、威胁方法阻碍国家工作人员依法执行职务的……处三年以下有期徒刑、拘役、罚金或者剥夺政治权利。 ”根据刑法的这一规定，显然，妨害公务罪是指以暴力、威胁的方法，阻碍国家工作人员依法执行职务的行为。也就是说，国家工作人员执行职务，必须是依法执行的。即他所进行的活动，确属于他的合法职权，并且符合法律规定的条件，超越自己职权范围进行其他活动，或者滥用自己的职权侵犯国家和群众利益，受到他人阻止的，对阻止人员不能以妨害公务罪论处。由于原告上海市闵行区人民法院违反刑诉法第 13 条、第 19 条（79）法研字第 28 号通知和民诉法第 108 条、第 100 条的规定，严重执法违法，三答辩人对此实施了阻碍行为显然不能构成妨害公务罪。

（3）三答辩人认为，尽管原告上海市闵行区人民法院严重执法违法，但三答辩人没有通过正当的法律途径解决该事件的发生，而是慌不择路地采取抓打上海市闽行区人民法院的有关人员，用砖头敲破轿车的车窗等错误行为来对付原告的违法行为，即瞩以违法行为制止违法行为，其行为也属违法。

义乌法公安局按照我国治安管理处罚条例第 22 条第一项、第 23 条第四项之规定，对三答辩人的违法行为分别处以拘留 10 天的行政处罚是对的。其事实清楚，适用法律正确，量罚适当。三答辩人并已接受了治安拘留 10 天的行政处罚。

综上所述，三答辩人认为，一、上海市闵行区人民法院不是不服义乌市公安局对答辩人胡淑芳治安处罚行政诉讼的主体。二、义乌市公安局对三答辩人分别作出治安拘留 10 天的行政处罚是正确的。请人民法院依法维持义乌市公安局第 942994、942995、942996 号治安管理处罚裁决。

开庭审理前的变化

基于答辩人的答辩理由，1995 年、月 25H，金华布公安局撤销了该局此前所发的维持义乌市公安局因胡淑芳殴打他人造成轻微伤给予治安拘留 10 天处罚的申诉裁决，理由是“ 申诉人上海市阂行区人民法院不具备申诉人资格，我局受理上海市闽行区法院不服义乌市公安局给予胡淑芳拘留处罚的申诉不当。 ”据此，金华市中级人民法院认为原告闵行区人民法院不具备胡淑芳行政拘留案的起诉资格，且不具备受处罚人胡淑芳因欧打他人行为受罚的被侵害人资格，故不符合《中华人民共和国治安管理处罚条例》第 39 条的规定。1995 年 4 月 5 日金华市中级人民法院作出行政裁定：驳回原告上海市闵行区人民法院不服胡淑芳殴打他人行政处罚的起诉。在此期间，“ 6． 26 ”事件中被胡淑芳殴打的上海市闵行区人民法院干警朱运新也于 1995 年 2 月 14 日向金华市中级人民法院递交了“ 不服义乌市公安局对胡淑芳等人的治安拘留处罚决定 ”的行政诉讼状，状告义乌市公安局。

本律师的代理观点

重新确定诉讼主体后，1995 年 4 月 12 日，金华市中级人民法院对三案进行了合并公开审理，我依法担任了第三人胡太山、骆有兴、胡淑芳的诉讼代理人，当庭发表了如下代理意见：

原告上海市闵行区人民法院、朱运新不服被告义乌市公安局（1994）第 942994 号、第 942995 号、第 942996 号治安处罚的主要理由是认为第三人胡太山、骆有兴、胡淑芳 1994 年 6 月 26 日在义乌所实施的行为构成妨害公务罪、非法拘禁罪，被告义乌市公安局对三个第三人的治安处罚属有罪不究，认定事实不清，定性不当，适用法律法规错误。对此，本代理人认为，非法拘禁罪不属被告的职能管辖范围这一点已由两院一部《关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》所界定，在此无须赘述，人民法院应依法驳回原告的此项诉讼请求。现本案的焦点已集中到三个第三人 1994 年 6 月 26 日在义乌所实施的行为是否构成妨害公务罪上。也就是，原告 1994 年 6 月 26 日在义乌所实施的行为是否依法执行公务。如果原告上海市闵行区人民法院的行为是依法执行公务，那么，三个第三人的行为构成妨害公务罪，人民法院对被告义乌市公安局作出的行政处罚就应依法撤销；如果原告的行为本身违法，那么，三个第三人的行为就不构成妨害公务罪，人民法院对被告鉴于本案的实际情况作出的行政处罚就应当依法维持。

妨害公务罪构成的前提条件是，行为人阻碍的是正在依法执行职务的国

家工作人员的活动。也就是说，国家工作人员执行职务，必须是依法进行的。即他所进行的活动，确属于他的合法职权，并且符合法律规定的条件，超越自己职权范围进行其他活动，或者滥用自己的职权侵犯国家和群众利益，受到他人阻止的，对阻止人员不能以妨害公务罪论处。

法庭调查所展开的事实证实，奥丽斯化妆品（珠海）有限公司诉骆某某商标侵权一案，原告先是作为民事侵权纠纷受理的；但原告一行人到达义乌后，在骆承忠将 50 箱奥丽斯送到兴中旅社时，原告就认为骆承忠已构成刑事犯罪。本代理人认为，原告上海市闵行区人民法院无论在作为民事侵权案件阶段还是刑事犯罪阶段所实施的行为，均非依法执行职务。理由为：

（一）作为民事侵权案件阶段，原告受理奥丽斯化妆品（珠海）有限公司诉骆某某侵权一案程序违法：

1.违反了民诉法第 108 条规定的要“有明确的被告”和”受诉人民法院管辖”的规定。属受理违法。

2.违反了民诉法第 100 条“人民法院对必须到庭的被告，经两次传票传唤，无正当理由拒不到庭的，可以拘传”和民诉法第 105 条“拘传应当发拘传票”的规定，属采取强制措施违法。

3.根据民诉法第 65 条之规定，人民法院办理民事案件有调查取证权。但原告干警到义乌后，在未与当地司法机关和工商部门联系，不明骆某某名字、地址的情况下，带领崔奶国辨认，扮成购货客商，隐瞒真实身份，进行侦查，诱骗骆承忠上其设置的圈套。所实施的这些行为，属使用手段违法。

以上事实说明，原告在民事诉讼过程中，违反了我国民事诉讼法的有关规定，非法执行职务。

（二）作为刑事犯罪案件阶段，原告 1994 年 7 月 10 日向义乌市公安局递交的控告书中强调：“根据此时已掌握了骆老板已销售两批价值 25100 元的假冒奥丽斯化妆品的事实证据”，依据有关法律法规，骆承忠的行为依法已构成销售假冒注册商标的商品罪。（1）且不论骆承忠的行为是否构成妨害公务罪，但原告在这一阶段中，却不依法移送给有管辖权的人民检察院立案侦查，而是越俎代庖，采取非法手段，强行将骆承忠及无关人员押往上海的行为，违反了刑诉法的有关规定。刑诉法第 13 条规定：“贪污罪、侵犯公民民主权利罪、渎职罪以及人民检察院认为需要自己直接受理的其他案件，由人民检察院立案侦查和决定是否提起公诉”。二院一部《关于执行刑事诉讼法规定的案件管辖范围的通知》规定：假冒商标刑事案件由人民检察院直接受理。对经济犯罪严格按照职能管辖受案问题，二院一部已再三行文强调，经济犯罪案件必须由有管辖权的公安机关或检察机关侦查、起诉。两院一部 1987 年 3 月 11 日《关于审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须及时移送的通知》指出：“各级人民法院在审理经济纠纷中，如果发现有经济犯罪事实的，即应及时移送。”原告在 1994 年 6 月 26 日这一天，有充裕的时间将案件依法移送给有管辖权的义乌市人民检察院，但原告不但不及时移送，反而知法违法，采取非正常手段，将骆承忠等强制到车上，踏上“从义乌返沪”的归途（两原告的诉状均承认这一事实）。原告无视二院一部对职能管辖的三令五申，执法违法的行为，显然不是依法执行职务的行为。（2）事实证明当天骆承忠销售的 50 箱奥丽斯来源于正宗渠道的正宗货，不存在销售假冒商品的行为。对合法经营的个体户实行非正常手段，更不是依法执行职务。

以上事实说明，原告在认定骆承忠“销售假冒注册商标的商品”已构成

刑事犯罪后所作出的一系列行为，违反了刑事诉讼法的有关规定。

综上所述，本代理人认为，对骆承忠案件，无论是作为民事案件受理还是刑事案件受理，1994 年 6 月 26 日原告在义乌所实施的一系列行为，均属违法。据此，三个第三人阻碍原告非法执行职务的行为，显然不能构成刑法第 157 条规定的妨害公务罪。但鉴于三个第三人以违法制止违法的行为仍属违法的事实,被告义乌市公安局对三个第三人分别作出行政拘留 10 天的治安处罚是正确的，其事实清楚，适用法律正确，量罚适当。人民法院应依法予以维持。

审理结果

该案公开审理后，原告上海市闵行区人民法院、朱运新分别向金华市中级人民法院提出撤诉申请。1995 年 6 月 26 日，金华市中级人民法院作出行政裁定：准许原告上海市闵行区人民法院、朱运新撤回起诉；减半收取案件受理费和其他费用，由闵行区人民法院、朱运新负担。

作者简介

周勇（1956.11— ）出生于苏州解放军 100 医院，革命军人家庭出身，中共党员，社会科学助理研究员、三级律师、南通天业律师事务所主任。

14 岁参军。而立之年听从邓小平“ 精简整编 ”号令转业，同时开始关注我国律师改革和发展事业，当过 8 年检索官。临近“ 不惑之年 ”庆定辞去公职，创办南通和苏北首家合伙律师事务所。

信奉“ 事在人为，不求功名 ”哲学；具有“ 刚正不阿，刚柔相济 ”秉性。崇尚“ 替天行道，伸张正义，忠诚敬业，不辱使命 ”风范。喜欢旅游、读书。曾在《人民检察》、《政治与法律》、《法制日报》、《中国律师报》等报刊发表论文或文章数十篇。擅长办理大要案。南通“ 大阳 ”车消费者系列集团诉讼案，是其“ 代表作 ”之一。目前正在代理南通抗衰老研究中心及于夫（享受国务院颁发的政府特殊津贴专家）诉《中国记者》、《南方周末》、《乡土杂志》、《现代家庭报》等 10 多家报刊名誉侵权案。

单位名称：南通天业律师事务所
详细地址：南通市人民中路 127 号医药大厦 6 楼
邮政编码：226001
联系电话：（0513） 5583920

全国首例“ 大阳 ”车消费者系列集团诉讼案

周 勇

本案形成的背景情况

谁也没有想到，位于长江下游的全国首批沿海开放城市——南通城，会骤然形成一场持续两年之久，并在全国产生较大社会影响，有 558 名“ 大阳 ”车消费者参加的系列集团大诉讼……

时间还要追溯到 1994 年 12 月 5 日。南通市公安局、交通局、城管办、城乡建委联合发出《关于加强市区道路交通管理的通告》，明确规定“ 在市区主要街道禁止摩托车（含轻便摩托车）通行；为限制摩托车（含轻便摩托车）发展，市区实行准购证制度。 ”而事实上，南通市公安车管部门，为缓解市区道路拥挤状况，从 1994 年 9 月起，就已停止发放机动车牌照。

因此，当时南通市民群众一般都知道，买摩托车或轻便摩托车根本领不到牌照，更无法上路行驶。所以，老百姓们大多希望买不需要领机动车牌照的助力车作为代步工具。正是在这种市场需求和利益趋动支配下，南通市恒通实业有限公司、南通崇川新世界商场等近 20 个商家，从 1995 年 2 月至 4 月初，利用市民急于求购助力车的消费心理，同时采取虚假广告，或虚假宣传，或虚开发票等欺诈手段，误导二、三千名消费者，掏出 2000 元左右的人民币，将河南洛阳北方易初摩托车有限公司生产的“ 大阳 ”DY50IIIA 轻便摩托车（以下简称“ 大阳 ”轻便摩托车）当作“ 助力车 ”购买。顿时，数以千计的“ 大阳 ”车风糜南通城，奔驰在大街小巷。

然而，好景不长。1995 年 4 月上旬，南通市新闻媒介传出“ 大阳 ”车不是助力车的信息。几乎与此同时，南通市公安交警支队发出通告：“ 大阳 ”

车属轻便摩托车类，一律不发机动车牌照，一律禁止上路行驶，违者处罚。为此，上当受骗的消费者们，纷纷找商家交涉并要求退车，但均遭无理拒绝。消费者们普遍有一种被欺骗、被愚弄的感受：“ 花 2000 元血汗钱买了个祸害……。 ”

随后，“ 大阳 ” 车消费者们又联名上访南通市政府有关部门，并自发地向南通市消费者协会和当地乃至中央新闻单位投诉。从而形成“ 大阳车风波 ”。但由于本案涉及商家较多，问题比较复杂，单靠行政手段和自发力量一时难以从根本上维护和保障消费者的合法权益。于是，万般无奈、告状无门的消费者们，又陆续到南通天业律师事务所咨询，并寻求律师提供法律帮助。

鉴于卷入“ 大阳车风波 ” 的消费者人数众多，社会舆论对此事件反映强烈，组织集团诉讼的条件已经基本成熟，所以我们即决定于 1995 年 7 月 25 日和 8 月 2 日，分别在《南通日报》、《江海晚报》上发表“ 统一接受委托，代理集团诉讼 ” 的声明。同年 8 月 6 日，数百名消费者委托“ 天业 ” 律师正式向南通市中级人民法院等法院起诉，分别状告南通市恒通实业有限公司等 14 个商家欺诈销售“ 大阳 ” 车，要求依法讨还公道。1995 年 9 月 5 日，南通市中级人民法院正式决定受理此案。从而，拉开了自 1994 年 1 月 1 日《中华人民共和国消费者权益保护法》施行以来，全国首例消费者联合状告诸多经营者的系列集团大诉讼的序幕。中央电视台、江苏电视台、《法制日报》、《中国律师报》、《中国消费者报》、《人民法院报》、《检察日报》、《中华工商时报》、《文汇报》、《新华日报》、《服务导报》、《民主与法律画报》等全国数十家新闻单位，都分别对本案进行过跟踪采访或报道。

1996 年 5 月 29 日，南通市中级人民法院公开开庭审理了葛炳富等 214 名“ 大阳 ” 车消费者诉南通市恒通实业有限公司损害消费者合法权益纠纷案（其他“ 大阳 ” 车消费者系列集团诉讼案也已陆续公开审理完毕），1997 年 6 月 10 日，南通市中级人民法院依法作出消费者胜诉的公正判决。

本案诉争的焦点问题

诉讼期间，原告委托我们“ 天业 ” 律师提出的诉讼主张和请求是：1.依法确认被告欺诈销售“ 大阳 ” 车的行为违法无效；2.依法判令被告分别向原告加倍赔偿经济损失；3.依法判令被告在《南通日报》公开向原告赔礼道歉；4.依法判令被告承担本案全部诉讼费用。

被告及其代理人的主要答辩观点是：1.全盘否认采用欺诈手段销售“ 大阳 ” 轻便摩托车；2.原告误将“ 大阳 ” 轻便摩托车当助力车购买与销售商被告无关；3.原、被告双方的民事买卖行为真实有效，根本不存在赔偿问题；4.“ 大阳车风波 ” 是由于我国法律法规不配套，消费者盲目消费心理，公安车管、交警部门管理混乱引起的，被告对此没有任何过错等等。

庭审中，我们针对被告的狡辩，围绕着被告销售“ 大阳 ” 车是否构成“ 欺诈行为 ” 这一关键和要害问题，展开了激烈的辩论。根据最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》（试行）第 68 条的规定：“ 欺诈行为是指一方当事人故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况，诱使当事人作出错误意思表示的行为。 ” 由此可见，凡是故意告知对方虚假情况，或者故意隐瞒真实情况的，都是构成欺诈的手段或表现

方式；而诱使当事人作出错误意思表示，这又是构成欺诈的行为结果。我们认为被告构成欺诈的具体事实及证据、理由有以下几个方面：

首先是关于虚假广告问题。被告竭力否认做过任何广告，更没有做虚假广告，同时引用我国广告法第 2 条关于广告的定义（“ 本法所称广告，是指商品经营者或者服务提供者承担费用，通过一定媒介和形式直接或者间接地介绍自己所推销的商品或者所提供的服务的商业广告。 ”）来为自己辩解：没有承担费用通过报纸、电视做广告，用黑板写几个字不需支付任何费用不可能构成广告……

为此，原告代理人认为，从广告学的范畴说，凡是向社会或公众传达事项，介绍商品、劳务或观念而采取的各种方式都称之为广告。虽然被告没有通过报纸或电视做销售“ 大阳 ”车的广告，但还是利用黑板等方式做“ 大阳 ”车的销售广告的。例如，原告顾友程、张国林、朱长贵、于小琦、陆成章等 30 多名当事人分别陈述：“ 95 年 3 月下旬，恒通公司在黑板上有一个广告：预售大阳助力车。 ”“ 黑板上写的‘ 预售大阳助力车，先交款，四天后提货 ’，黑板是竖着的，放在店门口东边。 ”“ 商店门口有一个广告，是写在黑板上的，‘ 大阳助力车 ’用红粉笔写的 ”……南通市公安车管所教导员刘克如等证人证言都证实被告“ 曾用黑板做过‘ 大阳助力车 ’的销售广告。 ”原告们的陈述，有关证人证言相互印证，足以证实被告曾利用黑板公开做过虚假的商业广告。

其次是关于虚假宣传问题。被告声称自己是专业经营摩托车的销售商，对“ 大阳 ”车的真实名称及其属性是一清二楚的。并强调在销售时，“ 除了对车辆的名称作介绍外，也提供了产品合格证和使用说明书，而且车辆本身的包装箱是中文的……。 ”同时又不能自圆其说的狡辩“ 自己是专业销售摩托车的企业，不可能将轻便车说成是助力车…… ”

原告代理人认为，被告作为一个经营者，没有履行《中华人民共和国消费者权益保护法》规定的义务，即应当向消费者提供有关商品或者服务的真实信息；真实明确地回答消费者就购买商品提出的询问；不得做任何引人误解的虚假宣传。与此同时，我们又向法庭当庭出示并宣读了 20 余份当事人陈述：“ 我买车时问商店里售货员，这种‘ 大阳 ’车是不是助力车？要不要牌照？他回答说，‘ 这是助力车，不要牌照的 ’（原告范军）”。“ 我买车的时候，商店女老板问我推荐：这种‘ 大阳 ’车就是助力车……女老板希望我多宣传，还给我优惠了 80 元，……她给我的发票上也写的是助力车。 ”（原告蒋翰如）“ 我买车时问过周经理，他讲‘ 大阳 ’车是助力车……我拿到的是中文说明书，上面写的是轻便摩托车。我又问周经理，这是轻便摩托车，你们怎么写的是‘ 太阳轻便车 ’？他讲，这个轻便车就是助力车，他自己也买了一辆，并摆在店门口做样品 ”（原告李建明）……此外，我们还要求法庭当庭传证人朱荣生、虞启明等到庭作证，证明被告虚假宣传的事实成立，不容狡辩和抵赖。

再次是关于虚开发票问题。通过法庭调查证实，被告在 1995 年 2 月至 4 月初，共在南通市区销售了近千辆“ 大阳 ”轻便摩托车。这些“ 大阳 ”车的进货发票在“ 品名及规格 ”栏都是写的“ 大阳 DY50 IIIA 轻便摩托车 ”或“ 大阳轻便摩托车 ”。但被告卖给消费者时，却在发票的“ 品名及规格 ”一栏，故意将“ 大阳轻便摩托车 ”的名称，写成“ 大阳助力车 ”，“ 大阳助动车 ”、“ 大阳助动轻便车 ”、“ 大阳轻便车 ”“ 大阳IIIA 轻便车 ”等七、八种概念

模糊的品名。故意将反映“大阳”车真实名称和性能的“摩托”两字隐匿。既然被告已经从进货发票、合格证、使用说明书和包装箱上知道“大阳”车是轻便摩托车了，为什么不把该车的真实名称告诉消费者呢？这不是欺诈又是什么？！

至于被告在诉讼中，企图把“大阳车风波”及其损害责任归咎于法律、法规不健全，消费者盲目消费心理，以及公安车管部门管理混乱，更是十分荒唐的。根据1989年5月6日公安部和中国汽车工业联合会联合发布的《全国汽车、民用改装车和摩托车生产企业及产品目录管理暂行规定》第2条和第3条规定：“凡国内生产汽车改装车和摩托车的企业及产品，不分隶属部门和地区均应纳入目录。”“目录是作为办理车辆牌照的依据”。国家机械工业部、公安部关于公布1993年、1994年、1995年、1996年《全国汽车、民用改装车和摩托车生产企业及产品目录》的通知，已分别将“大阳”轻便摩托车载入当年公布的目录第71条、第50条、第70条……。所以，买“大阳”轻便摩托车至少从1993年起就是要领取机动车牌照的。显然，被告是一个专门销售摩托车的商业企业，对机动车管理使用规定不可能不知道。总而言之，如果被告把“大阳”车的真实品名如实告知原告及其他消费者，就不会有近千名消费者去购买“大阳”轻便摩托车，如果被告按国家发票管理规定在销售发票的品名栏如实填写“大阳轻便摩托车”、而不是“大阳助力车”“大阳轻便车”“大阳IIIA 轻便车”之类，就不会有那么多消费者误把“大阳”车当“助力车”购买，如果被告销售的“大阳”车确实属于助力车，那么就无需申领机动车牌照，更不会形成如此规模的集团诉讼！毫无疑问，在铁的事实面前，被告为其欺诈行为所作的任何辩解都是徒劳的！

此外，我们还特别注意到，本案在法庭辩论中还涉及到一个焦点即法律适用问题。被告及其代理人提出本案应适用《中华人民共和国民法通则》的有关法律规定。而原告代理人则认为，应当按照《中华人民共和国消费者权益保护法》第49条规定，判令被告加倍赔偿。因为本案的案由就是损害消费者合法权益赔偿纠纷，特别法应当优于普通法。合议庭最后采纳并支持了原告及我们代理人的意见。南通市中级人民法院的判决书认为：被告恒通公司作为专门经销摩托车的经营者，应依法严格规范经营行为，其在明知南通市已于1994年12月暂停发放机动车辆牌照的情况下，将确属机动车范畴的轻便摩托车作为非机动车推销，误导消费者，并向消费者出具概念模糊的销货发票，未能如实反映所销车辆为机动车辆，其行为具有欺诈性质。本案应适用《中华人民共和国消费者权益保护法》第49条规定，确认原被告间的买卖行为无效；应由消费者（原告）退车，由经营者（被告）退款，并按原购车款数额给原告一次性赔偿……。

本案代理的基本方略

大型系列集团诉讼一旦形成，通常具有参与人数多、社会影响大、涉及范围广、诉讼周期长、组织代理难等特点，这些都对律师的社会信誉、心理素质、业务水平、组织能力等提出了很高的要求。因此，我们始终坚持并贯彻以下若干重要的组织代理原则，以保证集团诉讼顺利进行。

一是社会效益第一原则。在组织这次集团诉讼之前，我们也知道，打集团诉讼官司，没有一年半载难以解脱，如果仅从经济效益考虑，组织集团诉

讼确实费时、费力、费神，得不偿失。然而，作为社会主义国家的律师，应当以“满足社会需求，维护人间正义”为无职，“上为政府分忧，下为百姓解难。”始终把社会效益和社会责任放在首位。当众多平民百姓的合法权益受到不法侵害并需要律师提供法律帮助和法律服务时，律师必须挺身而出，伸张正义，绝不能患得患失，袖手旁观。正是在这种执业理念鼓舞下，我们以极大地热情发起并组织代理了这次集团诉讼，考虑到本案的社会影响，代理费按最低标准收取，同时还对残疾人和特困户实行减免优惠，提供法律援助。

二是取信于民至上原则。集团诉讼形成之后，当事人对律师的“期望值”很高，普遍希望律师能立即作出打赢官司的“承诺”。面对这种可以理解的情形，我们既不信口开河，“包打官司”；也不马虎敷衍，推诿搪塞。而是依据事实和法律进行宣传解释，以实际行动来维护律师的社会信誉。如南通“大阳”车消费者首批委托参加集团诉讼的截止日期是 1995 年 8 月 5 日晚 22 时，为恪守诺言，我们当晚加班整整一个通宵，连续起草了 14 份起诉状，第二天即召集有数百人参加的首次集团诉讼会议，举行集团诉讼演讲和起诉状签名仪式。同年 8 月 9 日即向法院提起诉讼，并通过新闻媒介将此消息公诸于众。此外，我们为保证集团诉讼代理活动和南通电视台对庭审实况理转播的成功，一方面精心准备法庭调查举证提纲、发问提纲和法庭辩论提纲，以及 1 万余字的代理词；另一方面，反复组织“模拟法庭”，制定多种庭审应变计划和具体方案。庭审结束和宣判后，“大阳”车消费者纷纷打电话或亲自上门向我们表示谢意，其中有一位当事人还以“‘天业’尽天职，‘大阳’见太阳”的诗句，表达了老百姓们的共同心声。

三是自愿参加诉讼原则。由于大型集团诉讼主体和利益归属在诉讼活动中处于不确定的状态，尤其是集团诉讼的参与人的职业、年龄、性别、性格、文化、动机等自然因素和社会因素差异很大。再加上集团诉讼的当事人又分为“委托参加诉讼”和“登记参加诉讼”两大类……所以，律师在组织代理集团诉讼期间，一定要把握当事人是否自觉、自愿参加诉讼这一原则，并按规定的程序制作调查笔录，签订委托代理合同及授权委托书。这样做有助于明确：参加集团诉讼的当事人和律师之间是委托代理关系，而不是包揽诉讼关系；是否决定参加集团诉讼，完全由当事人自己选择。进而可以防止和避免因喧宾夺主、手续不清而引起当事人的误解及其他副作用。

四是维护社会安定原则。百人以上的大型集团诉讼一旦形成之后，当事人的情绪往往比较容易偏激，稍有疏忽就可能导致新的治安事件，甚至干扰、影响正常的社会秩序和国家机关的工作秩序。如南通“大阳”车消费者集团诉讼形成之初，当时由于消费者对诉讼主体等法律关系不甚了解，同时埋怨政府主管部门没有及时采取果断措施制止和处理商家欺诈销售“大阳”车的违法行为，因而，当时至少有三分之一的消费者强烈要求状告政府和公安部门，并且要组织起来到政府部门去上访示威。……当南通市中级人民法院正式受理此案后，在长达 8、9 个月的时间里，因故未能及时开庭审理；在开庭之后一年多的时间里，又未能及时作出判决。所以，有部分消费者表示要打着“横幅”到法院去搞“集体请愿”。为此，我们通过召集集团诉讼会议或诉讼代表人会议的形式，反复耐心地做好有关当事人的疏导和解释工作，从而有效地保障了有数百人参加的持续了二年之久的大型集团诉讼，严格按照法定程序运作，没有发生任何治安事件和聚众上访现象，维护了社会安定。

南通市政府在向市人大的一份工作报告中对此予以肯定。

五是塑造整体形象原则。实践证明，大型集团诉讼，如果单靠某个律师的作用事实上难以完成。即使经验比较丰富，知名度较高的律师，对大型集团诉讼也不能搞个人“承包”或“单干”。这是因为在组织、代理大型集团诉讼过程中，无论是解答咨询、接受委托、召集会议、调查取证，出庭代理、对外宣传等律师业务和社会活动，都需要由律师事务所统一协调“集中优势兵力找歼灭”。所以，律师事务所应当成为组织和代理大型集团诉讼的主体。如 1996 年 5 月 29 日，面对现场转播庭审实况的电视摄像机和数百名旁听群众，我们同时指派 4 名律师作为 4 名诉讼代表人的代理人出庭代理诉讼，组成分工明确，训练有素，配合默契的“律师团”，充分展示了本所的整体素质和精神风貌，保证了这次集团诉讼的善始善终，社会各界评价较好。

六是充分把握证据原则。证据是办案的生命，也是决定办案成败的关键。我们在组织、代理大型系列集团诉讼过程中，始终抓住被告的“虚假广告、虚假宣传和虚开发票”进行调查取证。首先，调查取证在时间上要快。我们在决定代理集团诉讼和发布公告后的一周内就完成了对 14 个被告的工商企业登记资料调查，随即又赶往河南洛阳的“大阳”车生产厂家，获取了该厂在江苏的销售情况和销售发票品名等证据。其次，调查取证在范围上要广。这次“大阳”车消费者系列集团诉讼，共涉及 20 多个法律、法规和行政规章，其中属于纯技术性的国家标准和行业标准就有 8 个。为了获取这些资料，我们先后通过国家及省、市工商管理局、技术监督局、标准局、科技情报研究所、图书馆、档案馆等部门查询，并及时将有关技术性资料和证据提供给法院参考。再次，调查取证在内容上要实。本案在证据上有一个显著的特点，就是直接证据较少。除销售发票外，被告大多否认有虚假广告和虚假宣传。所以，我们大量收集和引用证人证言来证明事实。1996 年 5 月 27 日，我们律师兵分四路，冒雨去寻找最早买车、但不知家庭住址（也未参加集团诉讼）的 11 名消费者，分别向他们调查取证。庭审中，我们共申请 27 名证人出庭作证，宣读并出示了 41 份证人证言。从而使得原告在整个诉讼过程中处于主动地位。

本案留下的法律思考

毫无疑问，南通“大阳”车消费者系列集团诉讼案，在现代消费者保护史册上已经留下了一段值得借鉴的历史经验。自觉参加集团诉讼的消费者们，运用法律武器不仅讨回了公道，而且维护了“上帝”的神圣尊严。但令人遗憾的是，这一切姗姗来迟了，即使胜诉的消费者也付出沉重的代价，毕竟用了两年时间才打赢这场官司。而那些没有参加集团诉讼的消费者，或者希望看到胜诉结果再起诉的消费者们，如今一个个都非常的懊悔，他们不仅错过了获得赔偿的机会，而且失去了法律保护民事权利的诉讼时效……面对这些，我作为“大阳”车消费者系列集团诉讼案的组织者和发起人，心情同样沉重。长达两年时间的艰难诉讼，把法官、律师和当事人都拖得疲惫不堪。怎样才能使消费者在维权或庆贺胜利的时候不留下遗憾或懊悔呢？今后，涉及损害消费者权益的集团诉讼纠纷可能还会有许多，为此我建议并呼吁：

1.尽快在中级法院和基层法院设立保护消费者权益法庭；

2.明确规定集团诉讼案件的一审和二审期限不能超过一年；

3.最高人民法院应当尽快完善对集团诉讼案件的司法解释；

作者简介

黄善文（1963.7—）广东省龙川县人，现在广东金星律师事务所执业，为该所主任。

1985 年本科毕业于华南师范大学政治系；1988 年研究生毕业于华南师范大学经济研究所；1993 年参加全国律考并获律师资格（资格证号为：5237），并于 1994 年 5 月执业于广东协和律师事务所；1996 年 7 月参加广东省司法厅和省律协联合在珠海举办的律师骨干培训班，1997 年 6 月组建广东金星律师事务所。

执业以来，代理过民事、经济、刑事、涉外、法律顾问等等方面的法律事务，长于房地产、金融、证券方面的法律事务，有较丰富的实践经验；先后发表了《从立法和实践探讨我国货币政策的独立性》、《专业银行实现其法人地位的难点和对策》等经济金融法方面的文章五篇，担任《社会主义市场经济概论》一书副主编和《河源建市七年的金融产业》一书的编委，有较扎实的经济和法律理论功底。本人愿遏诚为社会各界提供优质高效的法律服务，并欢迎社会监督。

单位名称：广东金星律师事务所
详细地址：广州市龙口西路 4 号 803 室
邮政编码：510630
联系电话：　（020）　87549692

股案三折为管辖西城义让定乾坤

黄善文

案情简介

纠纷缘由：乙与甲 A（甲 B 之父，与乙同在揭西县城）关系非常好，92 年底甲 A 所在的佛山市某公司发行内部股时，甲 A 说要按发行价帮乙购买内部股，待赚钱后再谈报答之事。乙先后五次凑款计 10 万元交给甲 A 甲 B 代购 25000 股内部股。95 年 10 月份乙听人说，甲 B 在帮乙购买内部股时不是按发行价卖给乙，而是赚了有 5 万元之多。乙感到被好朋友欺骗了，非常气愤，找甲 A 论理追讨差价。甲 A 不耐烦，求助于派出所，派出所二位民警接待并作了笔录。笔录里讲到：乙交了 1 万多元给我（指甲 A）转交我儿子；后来我听我儿子说乙交了 10 万元代购内部股 25000 股。在此之前甲 A 曾找其邻居丙要求其帮助调解纠纷。所以派出所又把丙找来问清调解过程和情况，并作了笔录；笔录里讲到：甲 A 主动找我（指丙）要求调解并当我面承认赚了 5 万元；我与甲 B 通了电话，教育他不要因钱问题伤了邻里老乡感情，甲 B 承认错误并答应还 5 万元差价款，说是花钱买教训。但后来不知为什么甲 A 甲 B 又反悔了！受案后我三抵佛山，三上揭西县城调查取证，我发现如果甲 B 是按发行价代乙购买的话，应是赚了乙 7 万元之巨，而不是 5 万元（每股 1.5 元）。

证据情况：甲 B 代买己转乙名下的 12500 股的内部股权证（未写有金额、股价，只写明股数）；甲 B 写给乙说明代乙购买 12500 股的寄存条，内容是：

甲 B 代乙购买 12500 股寄存于甲 B 名下，甲 B 签名并署年月日，但没写有金额、股价；二份派出所对甲 A 与丙的问话笔录；还有三份证人证言，内容是证人听甲 A 与乙争吵时，听到甲 A 承认卖给乙是按每股 4 元价，共赚 5 万元的事实，以及内部股的价格 1.5 元的证明。

一案三折为管辖

调查取证后，我感觉到并不象乙所说的那样证据确凿，没有一份证据能确切地证明：甲 A 甲 B 是以 4 元价格卖给乙 25000 股；也没有任何证据能确切证明乙先后交给甲 A 甲 B 计 10 万元（因熟人关系而没有写收条），所提供的证据，对方均是可以否定的。我对乙说明了情况，乙坚持要我帮助他。我深信小学教师乙所讲的是实情。为更好地维护委托人的合法权益，首先在管辖权上做出抉择：舍近求远，在揭西县人民法院起诉。

本案有两个被告，甲 A 在揭西，甲 B 在佛山市；揭西、佛山两地均可起诉。本来开始我是打算在佛山起诉的，但在调查中发现佛山地区很多人均在非法进行这种内部股交易，如果在佛山起诉，虽然方便了自己（30 公里），但“法不责众”的情况还是存在的，诉讼结果可能于我方不利，所以还是改变初衷，于 96 年 4 月在揭西县起诉，请求法院判令被告代购内部股份的行为非法、无效、返还原告购股款 10 万元，并在诉状里把甲 A 放在第一被告位置上。

法院受理后，甲 A 提交了民事答辩状，称甲 A 并非任何公司职工，无权代购，也从未接受原告委托代购，且原告所称内部股在佛山，所以甲 A 与本案无关，不应成为被告，要求驳回起诉。甲 B 没有提供答辩状（可能口头提出了管辖异议）。主要被告甲 B（为使法院更好受理此案而把甲 A 放在第一位置上）置法院送达诉状于不理，不仅是一种不礼貌的行为，更是对法院的不尊重，这对我方无疑是有利的，现在关键是要确定甲 A 的被告地位。于是我以原告的名义代写了一份确立甲 A 被告地位、驳回异议管辖的申请，提交揭西县法院，要点是：乙与甲 B 不认识（相差 30 多岁，甲 B 也未在揭西工作过；乙仅认识甲 A，相信甲 A，没有甲 A，乙不可能把钱交给陌生人甲 B 从而不可能发生代购一事 ;乙主要是把钱交给甲 A 且甲 A 承认接过乙 1 万多元(虽少说了很多）；甲 A 甲 B 是合谋赚乙的钱；没有甲 A，乙不会把 10 万元交给不熟识的甲 B，没有甲 B，甲 A 也无法代购，只有父子两人合谋才能赚取原告的钱，所以甲 A 甲 B 是共同被告。原告乙首先起诉于揭西法院，揭西法院取得了排他的管辖权，佛山法院则丧失了对该案的管辖权。揭西县人民法院驳回了甲 A 甲 B 的请求。

7 月下旬，一审法院发出于 8 月 6 日开庭的通知。但甲 A 甲 B 对一审法院裁定驳回异议管辖不服，上诉于揭阳市中级人民法院。于是我又以原告名义写了一份关于驳回甲 A 甲 B 上诉请求的申请书,提交揭阳市中级人民法院：除了论证甲 A 甲 B 是共同被告外，还提出一点：甲 A 甲 B 是父子关系，均与代购行为有关，法院应通过审理才能确定甲 A 甲 B 的被告地位，所以揭西法院应当开庭审理，驳回被告上诉请求。揭阳市中级法院驳回甲 A 甲 B 上诉请求，我方终于在揭西县法院起诉成功。

西城义让定乾坤

1996 年 10 月 7 日上午，揭西县法院经济庭公开审理了此案。40 多平方的经济庭，旁听席上挤满了人，有的站在门外旁听。由于我方提供的证据仍存在较大缺陷，我估计该案很可能是调解结案。于是我积极朝这方面做工作。首先做我方当事人的工作，积极向法庭表示愿意调解；其实，虽然民事法律规定：因民事行为违法而造成无效的，民事双方关系应恢复此行为以前状况，不得提出利息请求，但为了增加谈判筹码，我方一开庭就提出增加一项诉讼请求，要求法院判令被告赔偿利息损失 8 万元。

在法庭调查中，甲 A 全然否认派出所对他的问话笔录，说他是在自己神志不清时说的话，法官听到甲 A 辩解也笑了！对此，我提出：甲 A 非常清楚，要摆脱乙的一再追讨，只有去派出所报案，才能帮助他解决纠纷，所以他主动地清醒地前去派出所报案，并在派出所二位民警问话时说了大实话：甲 B 收到乙交来的 10 万元购股款，购买了 25000 股内部股。至于甲 A 清醒地巧妙地说：“ 听我儿子说 ” 乙交 10 万元购股款，仅是为推御责任，摆脱乙的追讨而提出的借口，其实其本人是十分清楚的，因其本人即是当事人、合谋人之一。接着甲 A 也否认了派出所对调解人丙的问话和我出示的三份证明甲 A 甲 B 是以 4 元每股价格卖给乙并赚了 5 万元的证人证词，被告方律师也出示了其在佛山调查的证人证词三份，原告也予以否认。由于丙、六个证人均未出庭，庭上质证根本不可能进行，所以这七份证据材料也只能是作为辅证材料。甲 A 之子甲 B 则更是明智，说只收到原告乙交来 37500 元按发行价 1.5 元帮乙购买 25000 股，根本没赚一分钱，完全否认了乙先后交给其父子共 10 万元的事实。

下午 2 点 30 分继续开庭。在法庭辩论时，对方律师提出：该内部股在社会上进行交易，在佛山是非常普遍，基本上处于一种半合法半公开的状态，而且都是你情我愿地进行，所以不应该提起该诉讼。对此我反驳：虽然从 92 年底至今已过去 2 年多，但原告直到 95 年底才知道自己上当受骗并努力追讨，所以原告是在诉讼时效内提起诉讼请求：对方律师关于内部股交易是半公开、半合法的说法是不恰当的，从来没有法律法规关于内部股可以半公开半合法地交易的提法，股票要么是公开发行的普通股，可以公开交易，要么是了 566 内部股，不允许在社会上交易。法院依法办事，严格执法是其权利和职责。而且内部股有人进行交易并不能证明内部股在社会上买卖就是合法的。接着，双方围绕乙是否交给被告 10 万元这一争议的焦点展开辩论。对此我提出如下意见：对双方提供证据来看，从证明力来看，派出所对甲 A 的问话笔录应是主要证据，其他证据应作为辅助证据来证明案件的事实，理由是：第一、该证据取证合法。它是在被告甲 A 为寻求保护主动前往派出所陈述纠纷，二民警予以记录，甲 A 承认是事实并签字确认的情况下取得的。第二、甲 A 是共同被告之一，其父子合谋的事情，甲 A 是非常清楚的，对其自己陈述的事实如果没有有力的反证，法院应认定为真实。现被告确实提不出更有力的证据来否定派出所对甲 A 的问话笔录的真实性。第三、原告方提供的三份证人证词。‘ 派出所对丙的问话笔录 ’，被告方提供的三份证人证词，由于证人均不愿出庭，无法质证，所以我们只能当作一种参考，作为辅助证据，证明案情的真实性。因此，我们可以认定乙确实是交给甲 A 甲 B10 万元是作为共同被告之一承认的，而且派出所对丙的问话笔录，应认定为真（因丙是甲 A 的邻居，又是甲 A 亲自请来）。我方

提供的三份证人证言均从旁证实了甲 A 所说的话的真实性。被告方也提不出什么更有力的证据来反驳我方的观点。据有关规定，内部股在社会上进行买卖是非法、无效的，所以，（1）我们应按民法通则关于无效民事法律行为的处理规定来解决这一纠纷。（2）至于甲 B 说只收到 37500 元一事，没有任何证据予以支持。

法庭辩论结束后，虽然在证据方面我方占了上风，但仍然存在缺陷（没有直接的证据如写明乙交10万元给被告或被告按4元价格卖给原告等证实乙交给甲 A 甲 B10 万元，只有派出所对甲 A 问话笔录，其他一些间接证据来证明），所以我方主动提出希望调解。为表诚意，我方首先作出“ 巨大让步 ”：我方放弃 8 万元的利息请求，只请求对方返还 10 万元本金，内部股 25000 股归被告，“ 被告承担 ”诉讼费用。被告方则提出：已转入乙名下的 12500 股归乙所有，尚未转入乙名下仍在甲 B 名下的 12500 股归甲 B 所有；甲 B 再补偿 50000 元给原告。经过激烈的谈判后，最后调解结案：1.记入乙名下的 12500 股归乙所有；尚未转乙名下仍在甲 B 名下的 12500 股归甲 B 所有；2.被告连带补偿 6 万元给原告；3.诉讼费甲各自承担一半。

该案审结己是下午 6 点多了。代理效果是良好的（虽乙拿回了 6 万元，但 12500 股股权按一般的非法交易价来说也是 3 元钱一股，况且乙收取股利己有 1 万多元）。

（注：本文己隐去原告、被告真实姓名，原告购买股票涉及两家公司发行的内部股，为方便说明问题而综合为一家公司股票。）

作者简介

杨淑岚　44 岁，天津宝坻县人。现任内蒙亦峰市兴合律师事务所主任。18 岁下乡插队当知青，1974 年入辽宁阜新煤矿学校学习三年，1977 年毕业分配到内豪昭乌达盟煤炭局从事矿山机电设计。

1981 年通过招录考试开始律师生涯。1986 年毕业于辽宁大学法律系，88 年以其突出的业绩和真才实学被破格评为内蒙自治区第一个最年轻的二级律师。

从业 15 年，以其业务精通、执业清廉享誉律师界，承办的案件多次被评为“ 十佳案例 ”和优秀案例。

从 1984 年开始，连续 10 年获先进工作者，市败府记大功奖励，被评为自治区优秀律师；全区妇女“ 双学双比 ”比赛中被授予“ 女状元 ”称号，命名为“ 三八 ”红旗手；内蒙自治区青联委员；赤峰市政协委员。名字载入《中华名律师辞典》、《中国电大英才录》。

1992 年曾代表内蒙自治区参加中央电视台举办的全国百家法制城市擂台赛取得第三名。

以案件为例，曾撰写了《酒灾、酒祸、酒罪》、《辩护人的断想》、《真假羚羊之战》等五十多篇通讯报道，发表了以法律为题裁的小说《血，为什么这样流》、《情与罪》。

单位名称：内蒙古赤峰市兴合律师事务所
详细地址：赤峰市兴合律合事务所
邮政编码：024000

赤峰市首例公民状告
新闻单位侵害名誉权纠纷
杨淑岚

案情简介

1993 年 1 月 9 日，赤峰《红山晚报》刊登了本报记者丹红撰写的“ 教师无辜被打，凶手逍遥法外，公安部门正抓紧组织破案 ”一则消息。

1993 年 10 月原告杨如奇具状诉称：“ 被告在红山晚报头版显要位置刊登了一则消息，该文严重侵犯了我的名誉，该文严重失真，特别是文章中有这样一段：在赵秀云老师被打的当日下午，该校发生了这样一件奇怪的事，一学生家长曾到学校大吵大闹，并扬言：十七小学院内是你们的天下，出了十七小学是我们的天下 ’。被告将这一特定时间、特定地点、特定事件与老师被打紧密的联系在一起，影射原告是凶手，让谁一看，马上就意识到打人的人就是该学生家长。因此，这一报道侮辱诽谤了我的人格，造成精神、经济上的严重损失，请求责令被告在相应版面、位置给原告恢复名誉，消除影响，赔礼道歉，并赔偿损失 4000 千元。 ”

被告红山晚报社委托律师代理此案。

律师针对本案原告起诉的理由、依据，进行了调查研究，取得了大量事实证据，充分说明了此案纠纷焦点在于分清批评文章与诽谤之词，区分新闻

报道舆论监督与名誉侵权的界限。被告主观上不具有损害他人名誉权的故意或过失，客观上未实施侮辱诽谤行为，文章中的批评、谴责之词构不成侵权，提出了令人信服的事实法律依据。

法院采纳了律师的意见，驳回原告的诉讼请求，保护了新闻单位行使舆论监督的合法权益。

代理词

审判长、各位审判员：

全市人民翘首关注的赤峰地区首例状告新闻单位记者名誉侵权案，历经六个月后，今天终于在此公开审理。

我们接受被告赤峰红山晚报社委托，作为代理人参与这场诉讼，心情则是喜忧参半。

喜的是名誉权已引起公民、法人的足够重视，我国法律明文予以充分保护，它标志着我国民主法制的日臻完善、健全，假如更多的人真正懂法、知法、守法，那么将可避免许许多多不该发生的诉讼；忧的是作为新闻单位，记者行使舆论监督权力何其难！本案被告红山晚报及其记者仅仅因为一个素不相识的人，一个从事教育工作近三十年的优秀共产党员、先进教师，曾荣获自治区模范、德育工作者的小学女教师，无辜被打而仗义执言，向全社会发出呼吁尊师重教，维护学校正常教学秩序，保护教师的合法权益，却遭到了被他人指控为被告的不公平礼遇。

然而，当我们面对台下旁听席上的热切关注，我门看到了人心所向，是公道！我们相信，在这庄严的法庭上，通过今天的审判，谁是谁非自有公论，法律定会支持保护正义合法之举，惩办邪恶，制裁违法。庭审之前，我们查阅了本案卷宗材料，进行了必要的访问、调查，尤其是通过方才刚刚结束的庭审调查，作为代理人，我们认为原告杨如奇状告红山晚报社记者丹红侵害其名誉权，以求通过诉讼恢复名誉，赔偿损失 4000 元的请求，不能成立，主要法律事实根据如下：

一、根据法律规定，被告行为不构成违法侵权

《民法通则》规定：以书面口头等形势宣传他人隐私或捏造事实公然丑化他人人格，以及用侮辱诽谤等方式损害他人名誉，造成一定影响的，是侵害名誉权的行为。

最高人民法院 1993 年 8 月 7 日的法发（1993）第 15 号《关于审理名誉权案件若干问题的解答》第 7 条：“ 是否构成侵害名誉权的责任，应当根据受害人确有名誉被损害的事实行为人行为违法，违法行为与损害后果之间有因果关系，行为人主观上有过错，构成名誉侵权，因撰写文章发表批评文章引起名誉权纠纷分别不同情况，文章反映的问题基本属实，没有侮辱他人人格的内容不应认定侵害他人名誉权。 ”明确了侵害名誉权构成的基本要件。

被告人主观上不具有侵犯原告名誉权之过错，客观上其行为不具有违法性，关于原告杨如奇名誉怎样，社会评价如何，与被告 1 月 9 日文章，无任何因果关系，因此原告诉被告刊载的文章中的批评之词侵害其名誉权缺少法律依据。

二、纵观本案事实，被告没有实施损害他人名誉权的行为

被告作为新闻单位于 1993 年 1 月 9 日《老教师无辜被打,凶手逍遥法外，公安部门正抓紧组织破案》一文，是行抑恶扬善之本，负舆论监督之责，何错之有？

原告认为：该文严重侵犯了原告名誉权，使原告的人格尊严受到侮辱，损害了原告人名誉，且明知而故意实施。

1992 年 12 月被告收到读者来信，鉴于该文所述一老教师无辜遭人暗算、毒打、基于道义、良知、职责，即根据工作程序规则要求进行了采访，将调查了解核实的 12 月 2 日下午发生在第十七小学的扰乱学校秩序,危害教师人身权利两件事实作了客观报道。它既不违反新闻规则，也不违反法律规定，更没有侮辱诽谤言词，文章反映问题真实，这一报道消息来源渠道正常，并经调查核实准确无误，报道之目的是呼吁全社会尊师重教，如何构成违法侵权即对原告人格尊严的侮辱，从而损害了其名誉呢？

被告报道的 12 月 2 日下午也就是原告在学校的所作所为,发生在第十七小学的一个事实真相，对其这一行为予以批评谴责，“ 就是故意实施构成名誉侵害 ”如此推理结论那就是：错误不能批评，违法不能纠正，犯罪不能制裁，否则就是侵权。

三、原告诉讼的主要依据不能成立

原告诉称：“ 公安部门已有结论，12 月 2 日下午，赵秀云在回家途中，不是遭暗算毒打，而是自己摔倒致伤。病志记载不存在脑振荡，纯属记者编纂。 ”本来赵秀云教师的伤势轻重、损伤如何形成与本案无关，但原告却以此作为诉讼理由之一认为：被告报道严重失实，赵秀云不是打伤是摔伤，不是打伤就没有凶手，没有凶手原告理所当然不是被告。所以有必要在此赘述以正视听！首先，赵秀云教师的伤势是真实的，有主治医师、法医介绍，患者主诉体征所表明。况且，被告如何表述赵秀云老师的伤势并不能构成对原告杨如奇的名誉权的侵害。

其次，赵秀云属自伤，公安机关已有结论，这一结论是错误的，也是没有事实依据的。原告以此否认一裁基层公安局对其处罚，进而推论红山晚报有意侵犯其人格尊严的说法不能成立。

从事实上看，赵老师 92 年 12 月 2 日晚被伤昏迷倒在大街上被人发现后通知其亲属，当即送往医院，有住院病志记载。伤情有法医鉴定：“ 左枕部 4*　3.5 血肿，颜面部、眼角唇部均有伤。 ”自伤决不会形成上述伤情症状。

从证据上看，市局认定赵秀云自伤是根据什么？全篇唯一证据，是证人贾永亮的证实。我们且不论贾永亮是一个七岁幼童辨别事物能力，其作证的证言证据力如何，仅就公安机关个别办案人的调查上不全面，只问及一个智力发育不健全的七岁儿童，而对同行亲眼目睹的两位成年人，一是贾永亮之母，二是石桂侠，这两位成年人均证实：看到一个人在地上躺着，与贾永亮所见不同。市局没有对两位成年证人调查取证。对这同时在场证人证言的矛盾没有排除前，就以一七岁幼童证言定论是不能令人信服的（除此以外的诸多情节原因作为代理人没有确凿证据之前不在此陈述）。

还有另一位证人魏振全（南新街联防队员），市公安局办案人曾找魏询问过，魏出具了证言，可复查卷宗材料无此记载，作出如此取舍，究竟何故不详。

在此有两点需阐明：一是办案人未能客观真实全面收集证据：二是申诉人没有如实陈述案情，说什么与赵秀云根本不认识，没怨没仇。因而导致市公安局在复查杨如奇治安管理处罚案时结论错误，而这一结论在人民法院审理此案调取治安行政卷时，公安机关在提供给法院的卷宗中没有这一结论。正是这一没有公开的个别办案人的说法，伤害了一个被打的无辜的老教师的清白，若说构成名誉侵权，正是制造、传播赵秀云老师自伤的错误结论者，难怪赵秀云老师在 93 年 6 月 9 日的申控材料中有这么一句结束语：“ 此事不能公开合理解决，我将以我的生命证明我的清白和红山晚报的无辜。 ”

原告的另一诉讼理由认为：“ 文中老师被打与学生家长大吵大闹紧密联系在一起，让谁一看，马上就意识到打人的人就是该学生家长，不然报纸不会这样报道联系，是被告明知故意而为。 ”

庭审查明了事实上不是被告故意牵强附会予以联系，而是发生在同一时间、同一地点的事件是客观上存在必然联系。12 月 2 日下午，十七小老师，时间地点人物均是客观的存在的事实，被告撰文刊载之动机：即呼吁全社会保护教师权益，维护教学秩序。两件事实应该是有联系，不是风马牛不相及，不是批评的与十七小学教师无关的。原告庭审中称：“ 12 月 2 日下午到学校找老师交流情况是正常的，学校本是教育下一代的场所。 ”如果真如此，无可非议。可是作为学生家长去学校和老师交流情况却在学校吵闹，并扬言“ 我要用钱堆金山也要把学校堆倒 ”“ 出了十七小是我的天下 ”这能说不奇怪，是正常的吗？如果家长都如此交流情况，学校的正常教学秩序，教师的人身安全如何保障？原告代理人还认为文中歪曲事实： （1）杨如奇是学校老师传叫去不是主动去的。（2）杨没有大吵大嚷。原告代理还认为“ 杨到学校大吵大闹仅是十七小老师证实。老师与杨如奇属利害关系人，是一面之词。 ”若按此逻辑：杨是红山区公安局传讯的殴打老师重要的嫌疑人之一，其陈述与本案是直接利害关系，因此杨如奇说“ 在学校没吵没闹 ”更是一面之词的狡辩，同样不能成立，至于文中关于杨如奇去学校是老师传去的，还是叫去或自己去一字之差的文字而称被告歪曲事实，未免危言耸听！

由此可见，这种事物的客观必然联系，不是被告主观上臆造在一起，把打人的凶手故意与大闹学校的人强拉硬扯到一起的，被告红山晚报撰文之目的：“ 主观明知故意实施损害原告名誉权 ”的说法是没有事实根据的，也是依法不能成立的。

至于代理人称：有人看了报纸，认为闹学校的家长是凶手，原告为此背上了沉重的十字架，造成原告精神承受痛苦，不敢出屋，不敢走亲访友，单位优化组合受到影响，社会评价突然降低。如上种种即使存在那不是被告的过错，更与被告批评报道无关。用原告 1 月 29 日申诉的一段话足以证明：“ 公安局捕风捉影，主观臆断，把我传讯，别人都认为我是凶手…… ”，对于他人看了报纸后如何臆断，望风捕影，认为杨如奇理所当然是凶手的诸多想法被告实在难以负责，更何况原告对红山区公安局以殴打他人（赵秀云老师）对其处以拘留，原告申诉市公安局复查结论撤销对杨的处罚。一裁作出原处罚的公安机关及被害的赵秀云老师不当。

一个人的社会评价不是一时一事所决定，而是长期一言一行积累形成

的。

红山晚报的一文不足千字的批评使原告良心受到谴责是必然的，凡是具有社会公德、良知的公民知道其大闹学校对其作法有看法也是正常的，但由此结论被告使原告名誉受损，构成名誉侵权，实属牵强。

原告方才庭审中诉称：“红山晚报登了，公安局裁了，我不能出门，我就走不了，不能外出做生意，给我造成了上万元经济损失，红山晚报一文促使基层公安局裁决……”这一说法不能成立。红山区公安分局裁决依据不是红山晚报的报道，而是直接证据，即被害人赵秀云 12 月 3 日的报案及指认，十七小学老师的证实：（1）杨如奇大闹学校。（2）杨明确指出赵秀云挡横。（3）杨打电话叫人。（4）案发时间，即：杨在学校下午 4 点 30 分闹，赵秀云 5 点 30 分被打。况且早在 12 月 5 日，杨如奇成为重大嫌疑而被传讯，1 月 20 日由红山区公安分局裁决处以拘留。由此可见红山分局将杨列为嫌疑传讯或裁决处罚的依据是法律事实而不是被告的报道！

综上所述，被告文章是客观真实的报道，被告行使舆论监督之责，全文既无虚构编纂，也无侮辱诽谤之词，更不涉及个人隐私。批评谴责扰乱学校秩序，不尊重教师的行为，呼吁全社会尊师重教是正义合法之举，应得到法律的确认与保护。

在即将结束我们的代理发言时，向法庭和在座听众与原告说几句话：公民的名誉权法律予以保护是肯定的，借助法律寻求保护个人名誉是可以理解的。但问题的关键是如何客观、实事求是地理解保护自己的名誉权。任何公民享有维护有关其素质、才能、品德的社会评价不可侵犯的权力，同时也必须履行遵守法律、维护公民人身名誉权利，遵守社会公德的义务，法律保护公民、法人的名誉权，同时要求公民、法人履行法律规定之义务。为此，敬请法院查明事实，依法裁定驳回原告无理之诉，保护新闻单位的合法权益，为加速我国民主法制的进程，对于正当合法的新闻舆论监督予以法律上支持。

作者简介

郝江荀（1942.10—）原籍陕西省大荔县。1968 年毕业于北京师大政教系（本科），后在陕西省第二建筑工程公司子校任教多年，获中学一级教师职称。1990 年取得律师资格，1993 年作为合作人之一发起成立宝鸡市经济贸易律师事务所。至今已办理刑、民等各类案件数百件。1994 年，曾为全国自例影视肖像权案《秋菊打官司》影片侵犯肖像权案的原告贾桂花代理诉讼，并被中央电视台“焦点访谈”所报道。有多篇论文在《法制日报》等报刊上发表。1995 年被评为陕西省优秀律师。

单位名称：宝鸡市经济贸易律师事务所
详细地址：陕西省宝鸡市经二路 19 号秦岭饭店
邮政编码：721000
联系电话：0917—3218347

《秋菊打官司》制片人侵害肖像权案
原告律师代理词
郝江荀

1991 年冬，原告贾桂花在宝鸡市街头被合拍片《秋菊打官司》（以下简称《秋》片）影剧组“偷拍”了中景镜头。原告形象有缺陷，尽管映出的肖像并未丑化，但却引起一些人的讽刺揶揄，给原告带来了精神痛苦。为此，原告致函张艺谋，后又委托律师与制片人之一的北京青年电影制片厂协商，均未得到正式答复，遂于 1993 年 12 月 7 日起诉青影厂侵害肖像权，要求停止侵害、赔礼道歉，并赔偿损失 8000 元。12 月 8 日，北京市海淀区法院受理立案。

根据我国法律，侵害肖像权的构成要件有二：1.未经本人同意而使用其肖像；2.使用者以营利为目的。被告对第一条无可辩驳，但却以无营利目的和其它理由否认侵权。现就被告的答辩辩析如下。

代理词

一、关于是否具有营利目的的问题

被告否认营利目的的理由有以下三点：

1.《秋》片系“探索片”，故“与赚钱营利相去甚远”。

同一事物可以作出多种分类。要了解事物某一方面的性质，就要用相应的标准去分类，否则就会所答非所问。《秋》片是探索片，但是它也可以划入故事片、彩色片、西部片等等类别之中。探索片还是传统片，这种分类只能回答创作方法的新旧问题，不能说明制片人有无营利目的的问题。试销品不等于不要钱，探索片不等于可以白送白看。按是否有营利目的这个标准来划分，所有影片只能分为商业片和非商业片，这也正是广电部对影片的基本分类方法。改革以来，电影业，特别是故事片生产企业，已成为典型的以营利为目的的产业。《秋》片作为故事片，是典型的商业片，这与它的探索与

否风马牛不相及。《秋》片发行放映以来，被告和另一个合拍者取得了可观的收入，其营利性也为事实所证明。说穿了，艺术上的探索，在经营上只是手段，如果一定要在这个“未知数”上求解是否营利的艺术方程，那只能说，探索片不过是追求更大营利的商业片。

2.原告肖像用于街景，被告利用的是其“社会功能”或“社会价值”，而没有利用其商业价值，因此不具有营利目的。

公民行使肖像权，是要受到法律的合理限制。公民参加希望公众了解的社会活动，不能拒绝记者拍照；公民做出不文明的行为，不能抗辩别人的摄影批评。在拍电影这件事上，如果被摄取的某公民的形象处于人流之中，或是远距离的、模糊的以及一闪而过的陪衬性影像，作为反映一定社会风貌无法回避的镜头，该公民不应有异议。类似以上情形，可以说这些肖像具有社会功能或社会价值，本人不能视为侵权。但是，公民出现于公众场所，不能笼统地说他的形象就具有社会功能或社会价值，他人可以不加区别、不分镜头远近大小地随便制做和使用其肖像。果真如此的话，泱泱万民，有几人还会有肖像权？本案中，原告虽然身居街头，但并非新闻要素，被告也非新闻单位，不存在“合理利用”原告肖像的任何法定情由。拍摄群众镜头也不是合法理由。原告并非处于人流之中，在拍摄街景时无法回避和无法剔除。被告拍摄的也不是远距离的、模糊的或一闪而过的镜头，而是中景镜头，居于画面主题地位，占去银幕的三分之二，占时间 4 秒多。这样的镜头，本人完全有理由主张肖像权，而不能用“社会功能”、“社会价值”的名义予以剥夺。可见，原告肖像不存在社会价值，被告利用的正是其商业价值。一般人的肖像，体现的只是精神利益这种人格权利，原本并不具有商业价值，只是在商品经济的条件下，以营利为目的加以使用之后，才会转化和派生出财产利益，即商业价值。被告拍摄故事片，是典型的经营行为，其以营利为目的，制做和使用原告肖像，遂使原告肖像产生了商业价值。使原告肖像产生商业价值的过程，也就是利用原告肖像商业价值的过程，这一点，难道还有什么疑义吗？

3.原告肖像出现在“过场戏”中，只占全片的几千分之一，这个度达不到盈利目的。

首先应该明确，侵害肖像权构成要件之一说的是侵权人主观上具有“营利目的”，并非指其客观上达到和实现盈利目的。另外，被告通过整片实现盈利，原告肖像占整片很小比例，这和广告肖像等侵权只有形式上和数量上的差别，并无本质区别。原告肖像既然是《秋》片的组成部分，就无可置疑地是营利工具的齿轮或螺丝钉。原告肖像在剧情中的含义以及拍摄中的位置，只能说明它在实现营利目的中的作用大小，不能说它对营利毫无作用，一枝独秀不是春，一位名星不能完成一部电影。如果用割裂整片的方法孤立地看问题，那么就是扮演主角的巩俐，只有她一人的镜头，《秋》片也不成其为《秋》片，也无法实现营利目的。

二、关于“社会利益”问题

被告说，使用原告肖像“对社会有益”，是“为了社会利益”，因此不构成侵权。

行使民事权利，是不得损害社会公共利益，但问题是，社会公共利益是

指全体社会成员的共同利益，被告拍摄《秋》片的活动，不能等同于社会公共利益。电影厂作为企业，具有营利功能，作为文化单位，具有促进全社会精神文明的社会功能，但是，不能借口电影具有促进精神文明的社会功能而否认其盈利功能，并把其社会功能夸大为社会公共利益，据以开脱侵权责任。如果这样看问题，那么一切文化单位和公用事业单位岂不就都可以用“社会公共利益”的名义任意侵犯他人的合法权益了吗？“对社会有益”是一个内函模糊、外延具有很大伸缩性的概念。非独《秋》片，其他企业的产品，都多少会对社会有益，这叫做企业的社会效益。任何企业都不能借口自己的产品对社会有益，有一定的社会效益，就把自己的利益等同于社会公共利益，抗辩别人的侵权主张。电影的观众多，爱看《秋》片的人确实也不少。但是，公民权利问题，不能用道德、觉悟来要求当事人，也不能说多数人的好恶就代表社会公共利益，民事权利问题上，少数人与多数人的地位平等。即使使用某人的肖像对许多社会成员、社会组织有益，但只要不是为了全体社会成员的共同利益或法律规定的其他需要，就应该尊重肖像权人本人的意志，而不问其原因。我们要切实记取过去的教训，再不能用种种貌似神圣的名义侵犯公民的合法权益。

三、关于是否故意的问题

被告说，原告的麻烦和精神痛苦“并非被告故意所为”。言下之意是，被告没有过错，其主观心态与损害后果之间没有因果关系，故不承担侵权责任。

被告在这里混淆了三个界限：第一，有过错确实是承担民事责任的必要条件之一，但是，有无损害后果并不是侵犯肖像权成立的必要条件。不论原告有无损害后果，也不论损害后果是否为被告故意所为，都不影响本案侵权责任的成立。第二、被告把刑法上的故意和民法上的故意混为一谈。民法上的故意不是指当事人对损害后果故意追求，而是指对自己的行为处于明知和自主决走的心理状态。被告在几米之内，把镜头对准原告一人，考贝删剪之后又特意保留，这种行为显然处于主观上明知和自主决定的状态，完全符合民法上所说的故意。民事案件大多不严格区分故意或过失，被告做出了法律所禁止的行为，就可以推定为有过错，从而构成了承担民事责任的一个条件。第三，侵害肖像权不以损害后果为要件，本可以不讨论因果关系。现在原告有损害后果，要讲因果关系，就应遵循民法原理。民法上所说的”因果关系”，是指侵权行为与损害后果之间的直接联系，并非指主观心态与损害后果的直接联系。虽然原告的麻烦和痛苦并非被告故意制造，但却是由其行为直接引起的，因此，被告完全符合承担民事责任的“因果关系”要件。

四、关于电影的特殊性问题

被告说，如果这也算侵权，将引起许多麻烦，甚至电影就无法拍了。

合法的诉讼不能叫“麻烦”，依法办事也不能谓为“麻烦”。专制制度不麻烦，文明愈进步，法制愈健全，民事法律关系就愈“麻烦”，不能因为麻烦而牺牲进步和他人的权益。各个行业都有自己的特殊性，依法办事都会比过去“麻烦”，非独电影为然，但是，行业特殊不等于权利特殊，任何主

体都不能借口自己特殊的行业规则侵犯他人的合法权益。电影事业的发展和公民的合法权利需要法律的平等保护，这里不能以大小轻重论，不能用厚此薄彼的办法解决问题，利益发生矛盾时，应当用民法的规范予以协调，使之相辅相成，各得其所。在肖像权问题上，征得本人同意就是协调。电影中的群众镜头，大部分是人流、人群，不属于肖像，不需要征得本人同意，够得上肖像的特写镜头和中景镜头毕竟很少，征得本人同意并不是多么麻烦的事。被告为求得实拍效果，事前不告知原告可以理解，但事后应争取原告谅解，最少也应在原告多次提出异议后认真答复以争取和解。这几点都没有做到。被告藐视普通百姓的人格权利，不屑于举手之劳，现在却把征得本人同意的工作说成是似乎非常麻烦的享，甚至麻烦到电影将“ 无法拍了 ”的地步，这显然是为推托侵权责任而夸大其词。

我们承认，民法对肖像权的规定还比较原则，但是，从民法的基本原理出发，放眼未来，即使进一步划定界限，完善立法，也只能允许制片人未经本人同意可以拍摄人流或远距离的、模糊的、一闪而过的群众镜头，至于单人特写镜头和中景镜头，还是应该征得本人同意。公民可能因为生理缺陷，个人隐私，或者对具体剧目的不同看法等合理原因而反对上镜头，应当允许公民有这种人格自由。这种限制，从本质上看，对电影事业有益无害，正象专利保护一样，暂时的、局部的不变，是为了长远的、全局的发展。电影业依法办事，不但有法拍片，而且将减少版权、名誉权、肖像权、发行放映权等许多不必要的纠纷，从而健康的、更快的发展。

作者简介

徐 嬿（1954.11—）汉族，现任上海市第七律师事务所律师。1978 年毕业于江苏理工人学（原镇江农机学院）动力系，后转学法学。1991 年开始从事律师工作。1992 年获法学学士学位。1993 年考取华东师惹大学国际金融系世界经济专业硕士研究生，研究方向为国际贸易。1996 年获经济学硕士学位。

长斯不懈的学习，使之打下了较为深厚的理论基础。在司法实践中擅长于从理论高度对案件进行分析、辩论，同时对刑事、民事案件较感兴趣。

单位名称：上河市第七律师事务所
详细地址：上海市凯旋路 1616 号
邮政编码：200052
联系电话：021—62809001

他人结婚照岂能随意展示

徐 嬿

案情简介

1995 年 4 月 23 日，原告程先生和陈女士前往被告哈佛婚纱摄影有限公司拍摄结婚照。一周后，两人前去看样照时，哈佛公司即提出欲留下一张照片作为样照，但遭婉拒。后来在取照时，哈佛公司再次提出欲制作样照，又一次被回绝。不久之后，陈女士从同事和亲友处得知哈佛公司己将其结婚照样册放在营业柜台上展示。同年 9 月，陈女士与哈佛公司交涉无果，遂向徐汇区法院提起诉讼，要求被告赔礼道歉、赔偿经济和精神损失。法院经审理后于 1996 年 9 月作出判决：被告向两原告公开赔礼道歉，赔偿经济损失费 1065.63 元，精神损失费 4000 元。

代理词

审判长、人民陪审员：

我受上海市第七律师事务所的指派，接受原告陈某、程某夫妇的委托，担任他们的代理人。经调查，现发表如下代理意见，供合议庭参考。

第一，被告的行为在事实上已构成了对原告肖像权的侵害，并造成了原告的直接经济损失和精神损害。原告提出索赔请求应当予以支持。其理由如下：

1.被告在明知原告拒绝将照片留作样照的情况下仍然私自背地里制作了一大一小两套样本，并在长达 4 个月之久的时间里用于营利目的，这在主观上是故意违法，在客观上形成了侵权事实。身在日本的程先生因无法回国与被告交涉，便通过国际电话询问妻子此事的处理情况，为此而花费的国际长途电话费理应由被告赔偿。

2.经本代理人到被告纳税地调查，被告在侵权行为存续期间的 4 个月内共计盈利 522974.38 元，税后利润为 497441.16 元，这其中当然包含了利用

原告肖像进行营利的非法所得。这部分财产应当依法予以没收。而被告刚才向法庭提供的资产负债表显示其不但未盈利，反而亏损。对此本代理人表示怀疑。因为它既不是原件，也没有任何权威机构证明来表明它的真实性，而本代理人向法庭提供的税收凭证则具有法律上的真实性和可靠性。退一步讲，即使被告没有盈利，这只能表明被告经营不善，管理无方，在营业额那么多的情况下竟然未获利反而亏损，与此同时还要进行违法侵权行为，足见其经营能力和素质之低下！

第二，两原告由于被告的侵权行为造成了精神利益的重大损害。

1.从原告的身份和职业来看，两人均为医科大学的本科毕业生，陈女士又系外科手术医生。本案发生后，面对各方的种种询问、猜测和议论，她的每一个手术都是在沉重的精神压力下进行的。这对于病人，对于她所工作的医院均存在着潜在的危险。万一手术失误，不仅将对患者造成无法挽回的严重后果，对医院的声誉也会带来极大的损害。

2.作为第二原告的程先生目前正在日本留学，为了本案，他身在异国他乡寝食难安，学习和工作也受到影响。就在此时此刻，他也一定急切地等待着审判的结果。请大家设身处地为原告想一想，若我们处在这一角色中，怎么能全身心地投入工作和学习中？而在这种情况下，我们的第一原告还一直在忙着业务进修、职称考试和外语考试等多项学习。由于本案的牵连，对她的学习也带来了一定影响。这些精神利益上的损害难道不应赔偿吗？

3.被告的侵权行为在一定范围内造成了不良社会影响，增加了原告精神负担。据本代理人调查，两原告均是稳重、温和之人，不善于也不愿意表现和张扬自己。本来，他们的新婚安排得宁静、紧凑，但就在蜜月之中即被告知肖像被侵权，平静温馨的生活立刻被打乱了。在两人各自的医院和亲友中产生了种种猜测和议论，甚至有不少误会。正因为如此，原告才倍觉气愤。新婚本是人生最幸福的时刻，但原告的美好生活刚刚开始就不得不为此事大费口舌向有关人员解释原委，并为此大伤精力直至影响各自的工作和学习，这样的精神损害难道不严重吗？

更不能令人容忍的是，刚才在法庭上被告代理人竟提出将按模特付酬标准给予赔偿。这一提法不仅于法无据，更是对原告精神上和人格上的又一次损害。本代理人想提请法庭，特别是被告注意：模特与被告之间是一种劳务合同关系，而原、被告之间是一种服务合同关系。两种法律关系中各方的权利、义务截然不同。在前一法律关系中，模特以债务人身份出现，被告是债权人；而在本案中被告则是债务人，你的义务就是为服务对象提供优质服务。在拍照这一行为上，模特与原告的目的及性质也完全不同。模特以形体展示作为谋生手段并以此取酬，而我们的原告拍照的目的是为了特定意义的人生纪念，两者绝对不可相提并论。

第三，被告代理人刚才提出两套样照应归还他们，因为其版权属被告所有。本代理人认为，在违法行为的前提下根本不存在什么“ 版权 ”，因为法律关系的基础首先不合法，被告何来版权之有！建议法庭对两套样照予以没收。

评析

本案是一起肖像权侵权案，案件事实清楚。但是被告企图以经营亏损为

由逃避惩处，对此徐律师列举翔实的证据予以驳斥；然后就被告对原告侵权造成的经济和精神损失，进行了具体生动和令人信服的描述，使原告的代理意见获得了法院的肯定，也使原告的诉讼请求获得了圆满的结果。

作者简介

王再初 1962 年入伍，先后任班长、干事、指导员、教导员。1979 年转业，任县电力局局长、公司经理。电气工程师、兼职律师、法律顾问。十一届三中全会后自学法律，1984 年取得律师资格并领取执照，1988 年经自考取得法律专业大专文凭。素以办菜严肃认真、法学功底扎实而著称。承办过从判刑 15 年到无罪释放的刑案，该辩护词被选入《大案名案辩护词代理词精选》；某经济菜，6 年 8 审终胜诉，八审，刨造了我国诉讼史上审次之最。有案例和法学论文在全国 17 种杂志上发表，有 5 篇分别被选人《中国跨世纪战略文献丛书》、《当代社会科学研究文集》等丛书。1996 年起，找准自己人主的合适坐标，在湖南真理律师事务所任专职律师，实现第二次转业，快心在知天命之前再造辉煌。

单位名称：湖南真理律师事务所
详细地址：湖南娄底市乐平东街 30 号
邮政编码：417000
联系电话：（0738） 8316577 8310140（宅）

从判刑十五年到无罪释放
王再初

案情简介

1988 年 7 月 7 日下午 6 点多钟，湖南省双丰县灯塔乡元宵村村民李小利、龚铁坚和贺时秀在本组抽水抗旱，龚文义亦要抽水，双方发生矛盾、扭打，龚文义之女龚丽君打了李小利一扁担，李小利持手中的竹扁担还击，此时有五人闻讯持锄头扁担赶来对打，不知谁在龚丽君头上猛击一下，龚当即倒地，经抢救无效于 7 月 9 日凌晨死亡。经法医鉴定：死者系生前被他人持硬质锐器打击头部致颅骨骨折，硬膜外血肿死亡。

检察院以李小利持宽口子锄头在龚丽君右侧头部挖了一锄，使龚丽君伤害致死提起公诉。一审当庭判处李小利有期徒刑 15 年，剥夺政治权利 4 年。

363 天之后，被告人才收到判决书，于是，李小利以“原先承认是我持锄头打的是公安诱供”为由提出上诉，本律师担任二审辩护，经查阅案卷、察看现场、会见被告后，提出本案事实不清，证据不实，龚丽君不是李小利打死的的，应无罪释放。湖南高院认为“李小利犯故意伤害罪的部分事实不清，需进一步查证”，从而撤销一审判决，发回重审。一审法庭将案卷退回检察院，检察院又退回公安局。最后既没有补充侦查，也没有重审。1990 年 5 月 20 日，李小利被释放回家了，但没有释放证明，也不是取保候审和保外就医，这种“放人”，中国法律尚无规定，李小利永远是个被逮捕的犯人。

辩护词

审判长、审判员：
我受本案被告李小利亲属的委托，受双峰县律师事务所的指派，作为李

小利伤害龚丽君致死龚丽君一案的二审辩护人参与诉讼。李小利伤害致死一案，娄底地区中级人民法院（1988）刑初字第 24 号判决书判决被告李小利有期徒刑 15 年，剥夺政治权利 4 年。判决书认定被告人的犯罪：“ 有证人证言，有法医鉴定，并提取了凶器，被告亦供认。证据充分，足以认定 ”。然而，事实并非如此，辩护人详细地查阅了案卷，并作了必要的调查，发现本案证人证言自相或互相矛盾，提取的凶器既不是现场的，又不是李小利行凶的，法医鉴定疑点重重，被告说出了翻供的原因。总之，本案事实不清，证据不实。因而被告李小利是无罪的，应予释放。

（一）

本案发生在 1988 年 7 月 7 日下午 6 点多钟，为抽水抗旱，数人持械群斗，围观者达数十人，可被告李小利举锄伤害龚丽君致死，却无一经得起分析的目击者。

死者之父、母、弟均称是李小利持械行凶的现场目击者。可他们三人的证词自相和互相矛盾，无一证词是定案的根据。死者之母宋二秀证明李小利“ 双手举起锄头，正面向我女儿龚丽君挖去 ”，“ 象挖土一样挖在脑壳上 ”；而死者之父龚文义却证明“ 李小利是用锄头从龚丽君后面挖的 ”，“ 用锄头从我女儿的侧面挖到我女儿的脑壳上 ”；死者之弟龚德智证明“ 行到龚继生地坪交界处，我听到响了一下（当时我在我娘前面，面向我家方向），我回过来一看，发现姐姐倒在地下。 ”既然宋二秀母子俩向自家方向同向而行，走在前面的儿子反过头来才看见龚丽君倒在地下，为什么紧跟其后的母亲却能看到李小利举锄正面挖龚丽君呢？岂非咄咄怪事？难道宋二秀后脑壳长了两只眼睛？其实，宋二秀自己也承认：“ 双方打架中，是如何打的，我搞不清楚了 ”。死者三位亲人都自称是目击者，然而在目击被告李小利对龚丽君行凶的位置上却有“ 正面、 ”“ 后面 ”、“ 侧面 ”“ 搞不清 ”四种证词，宋二秀的“ 正面 ”一说与“ 搞不清 ”之说本身就自相矛盾。且“ 正面 ”之说又被龚德智的证词所否定。那能否肯定龚文义的证词呢？也不能。龚德智在声明“ 这次说的是实话 ”时特别强调龚丽君倒地时“ 当时面前只有李小利和我母亲 ”，“ 周围的人隔得很远 ”，这又证明龚文义的证词不实，他不在现场，不是目击者，龚文义自己也说得很明白：“ 李小利跟哪些人来看我们打架，我都不清楚 ”。能否认定龚德智是目击者呢？同样不能，因为他是“ 听到响了一声，才回过头来看见姐姐倒在地下 ”。也就是说，谁持何械打击龚丽君头部，他并没有目击。并且案卷中还多次记载：当龚丽君被打倒在地后问弟弟龚德智看是谁打的，龚德智说不晓得，我没看见，后来龚德智对检察分院改口说：“ 姐姐问我是哪个打的，我不是讲不晓得，而是讲是小利妹子打的。”龚德智对自己改正的是解释是“ 我姐姐倒地时，只有四人。……只有李小利手中有把锄头，所以我肯定是李小利挖我姐姐 ”。龚德智运用想当然的逻辑推理认定是李小利打的，并加以宣扬，理所当然不能作为证据。

案卷中还有聂雪英、王如愿、龚益全等人亲自听到龚丽君讲过她是被李小利打的一类的证词，从以上分析中已得知：龚丽君本人不知道是谁打的。其弟龚德智也没有看到是谁打的，所以，尽管上述三人异口同声证明同一件事，也只能是无源之水，无本之木。

一审法院认定的另一个重要证据是龚春乔证明李小利用锄头在龚丽君头

上挖了一下，可是，龚春乔作此证的前后有这这样一个过程：龚丽君被打以后（死之前），尚未立案调查，村支书和村长问龚春乔，龚丽君是谁打的，龚春乔说不知道，龚丽君死后，公安人员多次找他谈话，他反复声明不知道，后来公安人员再三动员，龚春乔作了如上证明，可是 5 天之后，当县检察院去核实时，他又否定了自己原来的证词。并强调说，我确实没有看到是哪个挖的。不久龚春乔病故，审理本案时，旁听席上的龚春乔老伴连叫冤枉，说他老信根本没有看到李小利用锄头挖龚丽君。如果起诉书认定龚春乔的证词，岂不是检察机关肯定公安机关提取的其中一个证据而否定自己提取的证据？

（二）

案卷中对李小利所持凶器的证词真是五花八门，无一相同，宋二秀证明“ 李小利是拿把狭口锄头（锄头口有一边冒角）挖我女儿 ”；龚铁坚证明“ 李小利拿把一般口子的锄头，不是宽口子锄头 ”。而法庭出示的凶器是宽口子锄头。这无疑是公、检、法三家都否定了这二位目击者的证词。虽然龚益民证明“ 李小利持宽口子锄头 ”，并经贺时秀辩认后证明“ 这把锄头正是借给李小利的那把宽口锄头 ”。但他俩都只证明了李小利曾经“ 持 ”和“ 借 ”过宽口子锄头。李小利也辩解说：“ 我用了贺时秀的锄头塞月口，用后我一复（仍旧）放至咯里 ”，这二位证人都没有证明见到李小利持宽口子锄头伤害龚丽君。更何况通过贺时秀辩认的，在李小利家扣押的这把锄头是打完架后，李小利的夫妹龚清芬在远离打架现场约 80 多米的水坝边捡到,交给李小利的女儿龚良祥带回家的，而龚良祥证明：“ 扣押的那把锄头不是我家的，我家没有这样的锄头 ”。总之，在所有的证人中，无一人证明李小利持此宽口子锄头伤害龚丽君。因此，扣押和出示的凶器——宽口子锄头与李小利所谓伤害无内在必然联系，根本不能认定是李小利伤害龚丽君的凶器。

（三）

一审法院根据宽口子锄头上的血型与死者血型相同，来证明和认定龚丽君被伤害致死是李小利所致，这是不能成立的。如前所述，无任何证据证明这把宽口子锄头是李小利伤害龚丽君的凶器，前件不能成立，后件当然无从谈起，此其一。持械群斗的现场中宋二秀、胡雪英、龚铁坚、龚文义四人都拿了锄头，且宋二秀的脑壳不知被谁挖了一锄，当时就出了血。宋二秀也承认“ 我的锄头脑壳碰在贺时秀头上，当时出了血 ”。龚铁坚头上也出了血。现场上的四把锄头有三把染血，除“ 宋二秀的锄头丢在龚铁坚家门口 ”外，没有查清其他三把锄头的去向，也没有弄清各把锄头上的血是谁的，1989 年 8 月 3 日和 4 日对李小利、胡雪英、宋二秀、龚文义、龚铁坚连续两次抽血化验，但案卷里无化验单，此其二。更主要和关键的是尸检和提取死者血标本是 7 月 9 日进行的,而血型鉴定报告是过了一个半月以后的 8 月 24 日才出来的，又没有原始化验单，血标本也找不到了，这样的血型鉴定怎能作为定案的根据呢？

法医鉴定称：“ 死者龚丽君系生前被他人持硬质锐器打击头部所致颅骨骨折，硬膜外血肿死亡 ”。纵观全案，无一人证实李小利举锄挖龚丽君，虽则李小利自己承认当龚丽君持扁担打她时，她用手中的竹扁担在龚丽君身上

还击了二下，但这种还击距有人持械打击龚头部在时间上还旱十来分钟。因此，龚颅骨骨折、硬膜外血肿死亡与李小利持扁担还击也是无关的。

（四）

一审判决书说：“ 被告亦供认 ”。不错，被告确供述过她持锄伤害龚丽君，但正如她在庭审时所说：“ 我讲用扁担打的，他们公安不相信 ”，所以在上诉状中强调 “ 原先供认龚丽君是我打死的是公安人员诱供的 ”，事实正是如此。

李小利是 7 月 9 日被拘留的，当天讯问时她就讲了龚丽君不是自己打死的，但这份笔录案卷中没有，9 月 10 日第二次讯问，她还是说不是自己打的，并明确说了是她的亲属 A 打的，这份笔录案卷中又没有。于是公安人员劝她：你要好好交待，你家里有五个孩子，丈夫又教书，你家豆子都未收，又要扮禾了，需要你回家照料，并打比喻说，你象个黄桶箍，回家才能箍住孩子，承认了就好了，同时也还有些好心肠的人劝她替她未成年的亲属 A 替代算了。文盲加法盲的李小利认为，只要能放自己回去，替亲属承担一下也可以，于是案卷中出现 7 月 13 日 “ 第一次 ” 讯问就 “ 如实 ” 供述的笔录。于是乎，本来是 7 月 8 日立案的，受理案件审批表变成了 1988 年 7 月 13 日，本来是第三次讯问变成了第一次讯问，并且在同一天填好破案报告表（此案无侦破报告）。可惜的是，这种 “ 同一天 ” 受理，“ 同一天 ” 讯问，“ 同一天 ” 破案的神奇般的成绩，暴露了其中诸多问题。请二审法庭注意：如果李小利说谎，7 月 9 日和 10 日没有讯问，那么，公安机关 7 月 9 日将李小利拘留后为什么不在 24 小时内，甚至 48 小时之内进行讯问呢？这岂不违反刑诉法第 44 条？如果 7 月 9 日、10 日两次讯问李小利她都陈述了龚丽君不是自己打的，对于被告无罪的辩解不入卷，这又严重违反了刑诉法第 64 条。李小利供述后，没有放，也不可能放她回家。在庭审时她再次如是说 “ 我用扁担打的，我原来交待用锄头打是因为我讲用扁担打的，他们公安不相信 ”。但是出于亲属关系，在法庭上，她还是没有说出是亲属 A 打的，当宣判判刑 15 年后，李当即晕倒。第二天，合议庭去监狱核对庭审笔录，李小利大喊冤枉，再次声明是亲属 A 打的。1988 年 12 月 12 日，检察分院再次提审李小利：“ 你原来怎么交待得那么清楚？ ” 答：“ 我想替亲属 A 替代 ”。在这里，李小利的无知、愚昧、法盲固然可叹可悲，但某些执法人员的诱供、违法则更加可鄙，是他们导致了这桩错案的发生。

公安的诱供，在案卷中还有如下印证：“ 动员 ” 龚春乔作证，诱导被告供述。然后 “ 动员 ” 龚春乔作证的这位办案人员将上述情况迅速通报给被告李小利所说的那位凶手的母亲：“ 李小利已经认了，你这个蠢东西，还不承认（证明）是李小利打的，证起了好回去 ”。这不是将诱供的目的和盘托出了吗？

综上所述，李小利翻供并说出了翻供原因，龚春乔否定了自己的证词，自称目击者的证词一个个被排除、否定，凶器认定没有根据，血型检验疑点重重。这足以说明本案事实不清，证据不实，李小利举锄伤害龚丽君致死一案不能成立。因而李小利是无辜的，应子释放。

作者简介

古兴富（1969.7—）现任四川省宜宾地区律师事务所律师、副主任。1991年7目毕业于四川省广播电视大学法律专业。1995年3月害人四川省委第二党权取治法律专业本科班，即将毕业。1992年参加全国律师资格考试，并取得律师资格。1993 年起从事专职律师工作，先后在四川省宜宾市律师事务所、宜宾市经济律师事务所、宜冥地区律师事务所从事专职律师工作，现为四级律师。曾办理过四川省宜宾市李端镇人民政府与宜宾市李端信用社贷款担保纠纷案，四川省宜宾县糖酒公司与四川省沪州市祥和酒厂购销合同纠纷案，四川省宜宾思源饮料有限公司和宜宾油脂公司购销合同欠款纠纷案等等。曾撰写过《浅析医疗事故损害赔偿》、《一起成功的非诉讼代理》等文章。

座右铭：“路漫漫其修远亏，吾将上下而求索”。为建设有中国特色的民主、文明、富强的新中国而努力奋斗，是毕生所追求的目标。

单位名称：四川宜宾地区律师事务所
详细地址：宜宾市东街26号
邮政编码：644000
联系电话：（0831）8230084

本案被告人的行为不构成行贿罪

古兴富

案情简介

1992年7月，四川省南溪县石油公司同南溪县林丰乡农机站达成协议，共同投资联建南溪县石化贸易公司南林加油站，并委托该农机站站长程安民负责加油站的工程建设。在建站过程中，南溪县石油公司经理范昌永经常利用工余、节假日时间指导该加油站的设计、基建工作，该加油站竣工投入使用后，程安民以范昌永在其建设加油站中贡献大为由，于 1993年2月中旬给范昌永送去奖金一万元。范昌永得知程安民正在为公司加油站集资购买油车，便叫程安民拿此款去作为集资购油车款。程安民便在集资购油车名单和现金流水帐上入了账。1993年2月28日，南溪县林丰乡政府免去了程安民农机站站长的职务，任命为南溪县石化贸易公司经理。1993年6月2日，程安民到范昌永家中，以退集资购油车款为名给其现金一万元。程安民即在石化贸易公司账上以支付业务费为名记账支

1993年4月，该加油站经营决算后，程安民曾多次向范昌永提出调增加油站的建设投资。范昌永于同年6月25日在程安民提出的解决无凭证支出的调增加油站建设投资建设费三万余元的“调账说明”上签字同意。

1995年4月，该案案发，南溪县人民检察院以行贿罪对被告人程安民予以起诉。在对本案的定性问题上，有三种不同意见：

第一种意见认为：被告人程安民为了谋取不正当利益，为达到核销无凭证支出三万元的目的，给予国营经济组织工作人员现金一万元的行为，已触犯全国人大常委会《关于惩治贪污、贿赂罪的补充规定》第七条第一款，《中

中华人民共和国刑法》第一百八十五条第三款的规定，构成行贿罪。

第二种意见认为：程安民所实施的行为既不违法，更不是犯罪，而是企业内部管理工作中正常现象，不应当受到任何处理。

第三种意见认为：程安民的行为，是代表南溪县林丰乡加油站与南溪县石油公司双方联合投资修建的联合企业——加油站的内部管理行为，作为该联合企业的法定代表，自行向其它人员发放奖金的行为，属于违法，即违反了企业内部财务制度的规定，但不属于行贿，故不构成犯罪。

笔者接受被告人程安民的委托，担任其被控犯有行贿罪的辩护人，在充分调查研究的基础上，遵循以事实为依据，以法律为准绳的原则，以第三种意见，对被告人程安民作了无罪辩护，其理由如下：

一、第二种意见的认定，缺乏对全案作全面、深刻的理解。

即程安民所实施的给付范昌永一万元人民币奖金的行为，不论是给付的方式、方法，还是酬金的计算，都违背了我国《国营企业职工奖惩条例》及有关企业内部财务制度的相关规定，故属于违法的行为。

二、第一种意见的认定，是事实不清，适用法律错误。

它忽略了范昌永在建设加油站过程中确实付出了劳动，以及程、范二人均是联合企业投资双方代表等的客观事实基础，简单地认定，程安民为了谋取不正当利益，核销其自行支出的。

三万余元无凭证支出的“调账说明”上签字认可，以“奖金”的名义给付范昌永现金一万元，以达到范昌永签字认可的目的，故而其行为构成行贿罪。此认定笔者认为有主观臆断的缺陷，从而导致了适用法律的错误。

从表面现象上看，程安民好像是为了个人“调账”的目的，给予范昌永“行贿”一万元，以促成范昌永在其“调账说明”上签字认可。并且在时间上前后相距不久，从而推定二被告人此行为之间具有必然的因果关系，故作出有罪认定，但事实已经证明：

首先，程安民于 1993 年 2 月给付范昌永一万元的行为，应当认定为劳动报酬。因为范昌永在该加油站建设过程中，是利用休息时间积极参与了工程建设，为此付出艰辛的劳动，是为加油站的基建工作作出了贡献的。

其次，从当时的实际情况来分析，是程安民给付范昌永这一万元报酬时，范昌永考虑到公司购买油车资金困难，随即将此款用于为公司购买油车。直到 1993 年 6 月，公司退购油车集资款时，范昌永才收下这笔报酬。

再次，在加油站基建时，程安民作为基建负责人就曾多次对范昌永说过：“你为加油站作了很多工作，将来加油站建成以后，有了经济效益，我会给你奖金的”。当时只是未谈奖金的具体金额。而后来，加油站建成以后，确实效益比较好。

从上述事实可以看出，程安民所实施的行为，是符合我国《宪法》以及劳动法规所规定的“按劳取酬”原则的基本精神的，而不是什么犯罪的行为。

需要说明的是：程安民的“调账说明”的报告与范昌永在“调账说明”上签字同意核销的行为，属于联建企业内部管理的行为。因为他们是投资双方的代表人，在共同联建企业过程中所产生的问题，当然应当由双方共同协

商解决。况且，联建过程中的开支，双方干部群众均是了解的，并且也有相关证据证明这一事实。因此，范昌永在其“调账说明”报告上签了字的行为是职务行为，与程安民支付其一万元报酬无关。

三、第一种意见的认定，缺乏犯罪构成的客观要件。

根据我国刑事法律有关犯罪客观要件的基本原理，即犯罪行为与犯罪结果之间必须具有必然的因果联系，才能追究行为人的刑事责任。亦就是说，犯罪结果必须是由犯罪行为引起，这一刑法中的因果关系称之为引起和被引起的关系。但上述事实表明：程安民与范昌永之间的给付报酬和同意核销有关账务的行为，并不具有法律上的必然的因果关系。因此，程安民所实施的行为，并不是具有承担刑事责任的客观基础，因而是缺乏犯罪构成中的犯罪的客观要件的。

四、第一种意见的认定，还缺乏犯罪构成的主观要件。

根据我国刑事法律有关犯罪主观要件的基本原理，即犯罪的主观要件，是指犯罪主体对其所实施的危害社会的行为及其后果所抱的心理态度。据此，程安民给付范昌永的一万元的行为，从主观上讲，是应当付给范昌永的奖金的即劳动报酬，而不具备其它的目的。因此，笔者认为，程安民与付范昌永对此一万元人民币所实施的行为，是对劳动的权利和义务的实现，因而主观上并没有过错。所以，该行为也不具有我国刑法理论中关于犯罪的社会危害性的特点。因此，在该行为中，是缺乏犯罪构成中的主观要件的。

我国刑事法律理论体系中的犯罪构成，是指我国刑法的规定的决定某种行为的社会危害性及危害程度而为该行为构成犯罪所必须的一切主观和客观要件的总和。而各种各样的犯罪行为，虽然它们的具体犯罪不尽相同，但任何一种犯罪的成立，都必须具备以下四个方面的构成要件。即犯罪客观，犯罪的客观方面，犯罪主体，犯罪的主观方面。只有这四个方面的构成要件同时成立，才能构成犯罪，才能依法追究其行为人的刑事责任。只要某一犯罪行为缺乏这四个要件中的任何一个条件，犯罪就不能成立。

1995 年 12 月，南溪县人民法院依法公开开庭对本案进行了审理，笔者作为辩护人参加了本案的全部诉讼活动。在开庭审理时，笔者发表了以上述观点为核心的辩护意见，南溪县人民法院在充分考虑公诉人、辩护人意见基础上经合议庭评议报经该院审判委员会讨论并作出决定，判决宣告被告人程安民无罪。

注：南溪县人民检察院对本案判决依法提出抗诉。经宜宾地区中级人民法院审理后，裁定驳回抗诉，维持原判。

作者简介

刘英权（1956—）东北人民大学法律系本科毕业，先后在鞍山市公安局、鞍山市人民栓察院、辽宁省人民检蔡院、最高人民检索院和北京对外贸易学院工作。1983 年在中国政法大学进修学院、中央检察官学院和中央政法管理干部学院任法学教授。曾参与编写《刑事诉讼法教程》、《应用证据学》、《法学基础》《刑事案例分析》、《刑事诉讼案例评析》等著作。主编了《检索工作基础别识》、《贪污贿赂罪论文集》、《贿赂罪检察》以及 1996 年主编《律师法全书》等著作，并发表了五十余篇的法学论文。1985 年担任兼职律师，北京市法学会刑法学研究会理事，北京几家大中型企业常年法律顾问，北京市天字律师事务所律师。

单位名称：最高人民检察院
详细地址：北京北河沿大街 147 号
邮政编码：100726
联系电话：（010）68864423

被告人刘某的行为是否
致使黄树刚劫机事件的发生？

刘英权

案情简介

被告人刘某，男，53 岁，汉族，初中文化，中共党员，系某钢铁公司宾馆经理，因玩忽职守罪，被某市某区人民检察院，于 1993 年 7 月 6 日，向某区人民法院，提起公诉。其指控的主要罪行：

“被告人刘某，在任某宾馆经理期间，主抓全面工作，分管办公室和财务，工作中严重不负责任，不正确履行自己的职责，马虎从事，忽视了建立健全必要的财会管理制度。1991 年 6 月份，主管会计孙某起草了一份财务管理标准，交给被告人刘某，刘对财务管理标准，既不打印下发，也不贯彻执行，致使本宾馆的财务在长期混乱中运行，使财务人员无章可循。在支票管理方面，未制定一套行之有效的措施，把关不严，签字不及时，经常出现先领后补签的现象，有时一次竟签几天支走的支票。在支票报销方面，也没有完整的制度，致使黄树刚支领支票后长期不报销，使黄的胆子越来越大，贪污的数额越来越多。1993 年 4 月 3 日下午一时许，宾馆主管会计孙某，将发现黄树刚己有 27 万元的购货支票未报销，向被告人刘某作了汇报，刘只是说让黄树刚赶紧报销，而未引起重视，没有向上级领导汇报，也没有及时采取紧急措施，致使黄树刚趁机劫机携款外逃。经查，黄树刚自 1992 年 12 月至 1993 年 4 月 3 日.共有 41 片张支票长期不报销，给某钢铁公司宾馆造成直接经济损失 30 万 8 千 248 元 8 角 7 分。”

“本院认为：被告人刘某身为公司宾馆经理，由于对工作严重不负责任……给国家财产造成重大损失和严重的政治影响,刘某的行为己触犯了《刑法》第 187 条之规定，构成了玩忽职守罪……特对被告人刘某提起公诉，请依法判处。”

此案，经某市有关领导研究，认为刘某的行为给国家造成严重的政治影响，拟对被告人刘某判处有期徒刑 4 年或 5 年，收监执行。

辩护词

辩护律师，接受被告人刘某的委托，通过认真阅卷，会见被告人，并进行了大量的调查取证工作，某区人民法院于 1993 年 8 月 10 日，在本院大法庭，公开审理了此案，旁听群众约 300 余人。在法庭上，公诉人宣读了起诉书，发表了公诉词。辩护律师为维护被告人的合法权益，维护国家法律统一、正确的实施，发表了如下的辩护意见。

一、在起诉书中指控：“ 被告人刘某，在任某钢铁公司宾馆经理期间，工作中严重不负责任 ”的事实问题，这既不容观，也不符合实际，也不能成立。

根据中共……行政福利处委员会证实：“ 刘某同志在筹建…宾馆工作以来，经常早来晚走，工作兢兢业业，一心扑在筹建工作中，1991 年带领全体职工努力奋战，圆满地完成了城运会新闻发布中心的接待任务，被某市评为城运会优质服务先进单位和精神文明单位，个人评为标兵。1992 年至 1993 年，每年被评为先进单位，个人立了一等功。因此，起诉书指控：被告人刘某“ 在任宾馆经理期间，工作严重不负责任 ”的事实，是不符合实际的，也是不成立的。

二、在起诉书中指控：“ 1991 年以来……宾馆的财务，长期混乱中运转，使财务人员无章可循 ”的事实问题，是不符合宾馆客观事实的 ”，也是不能成立的。

经调查核实：1991 年开始筹建某钢铁公司招待所，1993 年改为宾馆，宾馆的财务人员，均由公司财务科统一分配来的，公司财务科原有一套财务制度，继续执行；后来宾馆又制订了 11 项财务制度，约 500 余条。在 1991 年度，1992 年度，宾馆财务制度运转正常，不出现什么问题。因此，在起诉书中指控：“ 宾馆财务在长期混乱中运转，使财务人员无章可循 ”的事实上，是不符合宾馆客观事实的，也是不能成立的，而事实上，财务人员不是无章可循，而是有章不循。

三、在起诉书中指控：在支标管理上混乱，造成 41 张支标流失；在支票报销上放任，未及时采取措施，“ 致使黄树刚趁机劫机携款外逃 ”筹重要的事实问题。

（一）关于造成 41 张支票流失在黄树刚手中，应由谁对流失支票负有直接责任的问题。

经调查证实：某钢铁公司宾馆会计人员，1993 年 3 月以来，给黄树刚领走 41 张支票，其中仅有 11 张支票，经被告人刘某签了字，其余 30 张支票，未经被告人刘某签字（按规定拿支票需经经理签字方可支出），而流失到黄

树刚手中，因此，会计对流失支票负有主要的、直接的责任。但是，被告人刘某分管财务工作，对财务工作不监督、不检查，又不严格落实会计出纳制度，造成宾馆流失大量支票，为黄树刚劫机在客观上提供了有机可乘的一个机会，因此，被告人刘某对流失大量支票，也负有不可推卸的领导责任。

（二）关于被告人刘某，得知黄树刚手中有大量购货支票尚未报销，是否及时采取了措施的问题。

经调查证实：当会计于 4 月 3 日向被告人刘某汇报黄树刚手中有大量购货支票尚未报销后，便在当天中午，被告人找了刘广吕，并对刘广吕说：“ 孙会计说黄树刚有 20 多万元的支票没有报销，你赶快告诉黄树刚，让他下午来找我核实一下，到底怎么回事 ”。当天下午 3 点多钟刘广吕对被告人刘某说：“ 我找黄树刚快半天了，一直没有找到他 ”。这一事实证明了被告人采取了措施。经查，黄树刚早于 4 月 2 日从某市逃至深圳，会计于 4 月 3 日才向被告人刘某汇报，时间已晚了。因此，起诉书中指控，被告人刘某得知黄树刚手中有大量支票尚未报销，没有采取措施，是不公正的，也是不能成立的。

（三）关于被告人刘某的行为，是否致使黄树刚劫机事件发生的问题

这个问题，是本案的核心问题，从犯罪因果关系学说来分析，被告人刘某的行为不是致使黄树刚动机事件发生的必然结果，而是因黄树刚犯有贪污罪行，为逃避我国法律制裁，这是造成其劫机事件发生的必然结果。正如公安部于同年 6 月 5 日，新闻发言人指出：“ 4 月 6 日劫机逃台的黄树刚、刘保才是负案在逃的犯罪分子，台方应将二犯交大陆司法机关依法审理 ”（见劳动日报 6 月 6 日第 4 版）这位新闻发言人明确地指出了黄树刚是“ 负案 ”，因犯有贪污罪，“ 在逃 ” 是为了逃避我国法律制裁，这是致使其劫机事件的必然结果。而不是因被告人刘某的玩忽职守的行为，致使黄树刚劫机事件的发生。被告人刘某对支票管理不严，只是为黄树刚劫机外逃在客观上提供了有机可乘的一个条件或机会，而不是致使黄树刚动机的必然结果。因此，起诉书中指控：被告人刘某的行为 “ 致使黄树刚趁机劫机携款外逃 ” 的事实，是根本不能成立的。

四、造成黄树刚劫机事件的发生，有关部门和人员也负有一定的责任。

（一）某市水产公司，为黄树刚出具了购买机票的介绍信，黄树刚不是水产公司的职工，却给黄树刚开具了购买机票的介绍信，应负一定的责任；

（二）某市某区公安分局，未依据正常的合法手续，便给黄树刚开具了 “ 边境通行证 ”，也应负有一定的责任；

（三）民航海关安全检查不严，也有责任。对黄树刚乘机前携带武器，因检查不细，而未被发现。

从以上四个方面来看，起诉书中所指控被告人刘某：在工作中严重不负责任；宾馆的财务，长期混乱中运转；在支票管理上混乱；在支票报销上未采取措施等的事实，均是不符合实际的，也是不能成立的。特别是指控：被告人刘某的行为 “ 致使黄树刚趁机劫机携款外逃 ” 的重要事实，更是不能成立的。致使黄树刚劫机事件的发生，是多种因素、多种过失和黄树刚故意行为所致使的，而不是被告人刘某的行为直接所致使的。

从被告人刘某主观方面分析，对黄树刚劫机事件事先没有预见到，正如

被告人在交待中所说：“ 我在工作中有意立功，这次是无意中犯的罪 ”。但被告人对财务工作不严格监督检查，不严格落实财务制度，会使犯罪分子有机可乘，进行贪污公款，应当预见到。因此，在主观上属于过失的行为。

从被告人刘某客观方面分析，由于被告人对财务工作缺乏严格监督管理的行为，在客观上会使黄树刚有机可乘，进行贪污公款，为其劫机外逃提供了一个机会，给国家在经济上、政治上造成的损失和影响，被告人负有一定的过失责任。

综上所述，被告人刘某的行为虽已构成玩忽职守罪，但其罪责较轻，又系初犯，且多年一贯表现很好，曾多次被市评为先进个人，并立过一等功；被告人庭上认罪态度也较好，今后不致再危害社会；某公司主管部门又向法院提出书面要求，请法庭能对被告人给予减轻或从轻处理。请法庭能根据被告人的过失犯罪事实、具体情况、一贯表现和悔改态度等，权衡考虑，做到罪刑适当。故建议法庭根据《刑法》第 67 条之规定，对被告人刘某可以宣告缓刑为直，以达到教育和改造犯罪分子的目的。望法庭能采纳律师的建议。

审理结果

某区人民法院于 1993 年 8 月 17 日，以被告人刘某犯有玩职守罪，判处有期徒刑 3 年，缓刑 3 年。宣判后，将被告人立即释放。

被告人所在单位、被告人及其家属，对此判决均感到满意，法院也严格执行了法律，对被告人又体现了党的政策。

作者简介

刘慧　39 岁，临沂市人，83 年于吉林大学毕业后分配到黑龙江省高级人民法院从事审判工作，后调山东临沂市委党校任法学讲师，同时在临沂鲁光律师事务所（原临沂地区经济律师事务所）作兼职律师。曾办理过轰动山东省的赵向阳抢劫银行案，某工商银行副行长受贿案等，曾代理数起一审被判处死刑的被告人上诉、二审被改判为有期徒刑、无期徒刑或死缓的案件。1982 年至今，还陆续在《中国青年报》、《人民公安报》、《法律与主活》、《中国律师》等报刊上发表论文十多篇，并参与了《法律知识读本》、《中国经济法的理论与实践》等书的编写工作。

单位名称：山东临沂鲁光律师事务所
单位地址：临沂市金雀山三路 6 号（沂蒙路 446 号）
邮政编码：276001
联系电话：（0539）　8324657　8310446

王桂芬杀人碎尸案辩护纪实

刘　慧

1995 年 5 月上旬，山东省临沂市河东区汤头镇许家长沟村发生了一起罕见的杀人碎尸案：26 岁的农村少妇王桂芬，将其大伯哥家的 6 岁男孩杀死后又碎尸四块，并将尸块抛到邻县的水渠里。一年后，该案经临沂市中级法院一审判决，王桂芬被判处死缓。笔者和刘相红律师作为王桂芬的辩护人，参与了该案的审理，现将该案基本情况实录如下：

祸起劈柴

几年前，王桂芬与许乙在东北打工期间相识、相爱并结为夫妻，不久，他们的女儿盼盼也来到人间。回到山东老家后，在许乙的哥哥、担任许长沟村干部的许甲的关照下，王桂芬一家日子过得越来越红火，当然，王桂芬与大伯哥一家的关系也越来越融洽，大伯哥家的儿子峰峰也常来婶婶家玩耍。

1995 年 5 月 9 日早晨 8 时许，王桂芬在家中用镢头劈柴，小峰峰也拿了一把斧头给婶婶“帮忙”，不巧，王桂芬在抡镢头时，镢背砸伤了身后的小峰峰的头部，小峰峰即刻倒在地上昏迷不醒。这下可吓坏了王桂芬，她把峰峰抱在怀里连拍带喊，小峰峰就是一声不吭，急得王桂芬大哭起来，一旁的小女儿见状也大哭起来。哭了一个多时辰，小峰峰仍未苏醒过来。王桂芬更着急了，也更害怕了，有心想去看医生或将经过告诉大伯哥、大伯嫂，又恐他们误解，怀疑是她故意害了峰峰，自己有嘴也说不清；有心去告诉在镇电石厂上班的丈夫，又怕丈夫的拳脚，怕丈夫日后会因此疏远她。思前想后，私欲终于占了上峰，为了既不受婆婆、大伯哥、大伯嫂、丈夫以及邻居们的指责，又不致事情败露，销尸灭迹的恶念终于产生了。她边把小峰峰放在堂屋檐下，边将女儿盼盼唬到堂屋里玩耍，然后她用当地人称作“笆子”的条编物包住峰峰并抱到锅屋内，手持小峰峰帮她劈柴的斧头，用斧背对着还在翻白眼的峰峰的头部砸了两下，小峰峰终于再没能醒过来。尔后，王桂芬又

残忍地用斧头、菜刀割下死者的脑袋、砍下死者的两条大腿，将尸体碎成四块，用塑料薄膜包裹后分装在两条编织袋中。收拾停当后，王桂芬又推出自行车，将女儿盼盼放在车前大梁上，将尸包绑在车后行李架上，骑上自行车往邻县驶去，至邻县小学西侧的水渠旁，王桂芬将尸包抛入渠内。

案发当天，急坏了找不到孩子的许甲夫妇以及孩子的奶奶等人，他们聘请亲朋好友，到周围村庄、到邻县寻找，并在报上、电台刊播寻人启事。王桂芬也和婆婆、大伯哥、大伯嫂一起，“忙碌”着寻找小峰的下落。善良的人们，包括峰峰的爸爸、妈妈、奶奶，谁也没想到人面兽心的王桂芬已将小峰峰送到阴曹地府了。人们多在怀疑：是可恶的人贩子将聪明可爱的小峰峰拐卖到了他乡！

几天以后，劳作的农民发现了从上游冲下来的水渠中的尸包，很快报了案。临沂市公安局河东区分局的干警们很快侦破了此案，杀人犯王桂芬于1995 年 5 月 20 日被依法拘留并很快转为逮捕。但是，案件侦破前后的一封匿名信，又使案件扑朔迷离起来。在王桂芬被作为重点嫌疑人接受审查期间，死者峰峰的父亲许甲收到一封匿名敲诈信，说峰峰在他们手中，若想要孩子，就要拿钱来赎，云云。由于王桂芬是个文盲，匿名信显然不是她所写，难道是其亲属为转移侦查视线搞的鬼？可是，侦查人员查遍了与她有亲属关系的人，甚至与她有过交往的人，终未查出写信人，匿名信一事至今仍是个谜。

初次起诉

王桂芬杀人碎尸一案，公安机关侦查终结后，报送临沂市人民检察院审查起诉。1996 年 1 月临沂市检察院以（1996）临检诉字第 15 号起诉书向临沂市中级人民法院提起公诉。被告人王桂芬收到起诉书后，出于求生欲望，曾多次请审判人员捎信给她的丈夫、父母，姐弟等亲属，请求他们帮她聘请律师，以便出庭为她辩护。可是，她的亲属，包括她的亲生父母、她的丈夫，由于对她的犯罪十分痛恨，特别是对她的犯罪手段切齿痛恨，都拒绝为她请律师。可是，王桂芬出于求生的强烈愿望，仍坚持恳求法官转告她的亲属，一定为她请律师。在这种情况下，王桂芬的弟弟王某抱着应付心理，来到临沂鲁光律师事务所，请求我们为他姐姐辩护。由于该案早已经在某报披露过，在临沂市十二个县区影响很大，和社会上众多的人一样，我们对王桂芬的罪刑也深恶痛绝，盼望法院早日判处其极刑，以平民愤，为死去的小峰峰报仇雪恨。所以坦白地讲，我们也不愿为王桂芬辩护。于是，我们对王某说：你姐姐所犯罪行很严重，民愤很大，辩护也是死，不辩护也是死，请不请律师一个样。言外之意：我们不愿担任王桂芬的辩护人。可是，王某不知为什么，态度反而坚决起来，一次又一次来到律师事务所，请求我们无论如何也要为他姐姐辩护。看看实在推辞不掉，经请示所主任、市司法局领导并征得他们同意后，我和刘相红律师决定接受王某的委托，担任王桂芬杀人一案的一审辩护人，并于 1996 年 3 月初正式办理了委托手续。

接受委托后，起初我们只是抱着应付、走过场的心理。可是，通过详细查阅卷宗和会见被告人，觉得案件事实和某报披露的案情有很大出入，且有些关键情节、重要问题还有待查清，如被害人许田峰（即峰峰的学名）是被镢头还是斧头砸死的？尸检鉴定结论虽认定被害人“系他人用易于挥动的钝器打击头部至颅脑损伤死亡”，可“易于挥动的钝器”到底是镢头还是斧头

呢？被告人王桂芬用斧头敲击被害人头部时，被害人此时是已死亡还是未死亡（昏迷）呢？若“易于挥动的钝器”是镢头，说明王桂芬用斧头砸被害人头部时被害人已经死亡，尽管其后被告人的手段十分残忍，可该案只能定性为过失杀人，只不过应从重处罚罢了；又如匿名信一事至今尚未查清，该案是否还有其他共犯呢？等等。我们将些问题实事求是地反映给法官后，承办法官和整个合议庭非常重视，经合议庭讨论并报庭、院领导批准，该案于 1996 年 3 月底被临沂市中级法院退回市检察院补充侦查。

庄严判决

案件退查后不久，96 年全国性的“严打”开始了。但是，临沂市公安局、检察院的领导和承办干警并未为了赶形势而将该案草率起诉，而是又进行了大量周密细致的查证工作。1996 年 9 月，该案再次由临沂市检察院起诉到临沂市中级法院。被告人王桂芬继续委托我们担任其辩护人。

1996 年 10 月 6 日，临沂市中级法院公开开庭审理王桂芬故意杀人一案。庭审过程中，公诉人提供了较充分的证据证明被告人犯故意杀人罪；我们作为辩护人则坚持认为：在查不清被害人的头部是由镢头还是斧头打击致死的情况下，应认定被告人王桂芬犯过失杀人罪；同时，我们根据该案存在的一些难以查清的具体情节，建议合议庭无论以故意杀人还是以过失杀人定罪，都应考虑被告人的酌定从轻处罚的情节，以便对其作出公正判决。

由于该案事实的认定，部分依靠被告人的供述，而被告人的口供又和作案现场遗留的喷溅状血迹相矛盾等，考虑到该案在社会影响很大，经合议庭评议并报审判委员会讨论决定，临沂市中级人民法院下达了（1996）临刑初字第 204 号刑事判决书，认定：“被告人王桂芬故意杀害幼童，情节恶劣，后果严重，其行为严重地侵犯了公民的人身权利，构成故意杀人罪，本应严惩，但鉴于本案的具体情况，根据《刑法》第 132 条、第 53 条 1 款、第 60 条、第 43 条 1 款之规定，判决如下：被告人王桂芬犯故意杀人罪，判处死刑，缓期 2 年执行，剥夺政治权利终身。”当审判长宣读完判决书时，王桂芬似乎很感意外，激动地连声说：‘感谢法官，感谢律师，我不上诉，我不上诉！”据她事后讲，她和她同监号的人，都以为这次她肯定会被判处死刑，所以她早已安排好了后事，并让同监号人代她写了遗书等，她没想到司法人员会对她这个案子这么认真负责，坚持依法办案，又给了她第二次生命，给了她一个悔过自新的机会。所以当听到判处她死缓时.由于过于激动、惊喜，平时伶牙利齿的她竟显得语无伦次起来，她那苍白的圆脸上终于露出了笑容。

通过这次辩护经历，我们也认识到：罪行再严重的被告人，都有权获得辩护。作为一名律师，不要轻易拒绝为被告人辩护。

作者简介

黄侃（1964.1—）出笠于浙江省兰溪市，1985 年 7 月毕业于濒江师范大学中文系，在兰溪市黄店中学任教高中语文。1988 年 10 月取得律师资格，1989 年 2 月，调入兰溪市律师事务所从事律师工作。1991 年 10 月份，函授毕业于浙江师范大学政法系，同年被评为兰溪市优秀政法干警。1992 年 11 月组建兰溪市经济律师事务所（现为大名律师事务所），并担任主任。1994 年被评为“ 金华市十佳律师 ”，1995 年 1 月当选为浙江省第三届律师协会理事，同年 5 月，当选为浙江省金华市第三届政协委员，同年 7 月加入民主建国会，并任兰溪市综合支部副主任。1996 年被评为“ 金华市十大优秀青年 ”，同年被评为浙江省优秀律师。

单位名称：浙江兰溪市人名律师事务所
详细地址：浙江兰溪人民南路 1 号
邮政编码：321100
联系电话：（0579）8825463

原浙铝公司董事长金陆兴
走私、受贿、贪污案的辩护纪实

黄　侃

这是一起在浙江省较有影响的大案。

本案被告人金陆兴原系浙江铝业（集团）股份有限公司的董事长兼总经理、兰江冶炼厂厂长。1992 年 8 月 20 日，被告人因法人走私犯罪嫌疑，经浙江省公安厅批准收窖审查，1993 年 4 月 20 日，经浙江省人民检察院批准逮捕。同年 9 月 8 日，浙江省人民检察院将本案移送兰溪市人民检察院起诉。与此同时，对被告人金陆兴贪污、受贿经济犯罪问题，由省公安、检察、纪检部门组织联合专案组继续侦查。1994 年 8 月 5 日，浙江省人民检察院将被告金陆兴受贿、贪污一案交由金华布人民检察院审查，同日金华市人民检察院交由兰溪市人民检察院审查起诉。

受被告人金陆兴的委托和律师事务所的指派，我作为被告人的辩护人，前后两次出庭为被告人作了无罪辩护。

走私罪辩

1994 年 3 月 2 日，兰溪市人民检察院向市人民法院提起公诉。起诉书指控金陆兴的走私罪行有：

（一）1989 年，被告人金陆兴与兰冶进出口公司经理朱建安伪造香港中鑫实业公司的“ 合同更改通知书 ”，伪报贸易性质，为浙铝公司走私进口铝锭 200 吨，价值人民币 2056217 元，偷逃关税、增值税 677043.40 元 I

（二）1989 年 9 月，被告人金陆兴与香港深业公司串通，采用低报价的方式欺骗海关，使浙铝公司走私进口氧化铝 5250 吨，计走私价值人民币 1379624 元，偷逃关税、增值税 545432.74 元。

（三）1990 年 8 月，被告人金陆兴与香港勤宇贸易公司合谋，以瞒报多

进的方式欺骗海关，使浙铝公司走私进口电解铜 72.393 吨，计走私价值人民币 1048494.70 元，偷逃关税、增值税 243835.95 元。以上共计走私价值人民币 4484415.70 元，偷逃关税、增值税 1466313.09 元。

笔者依据案件事实和有关法律的规定，认为被告人的行为或不具备社会危害性，或危害性没有达到触犯刑律的程度，或主观上不具备走私犯罪的故意，因此不构成走私犯罪。具体辩护理由为：

（1）关于 200 吨铝锭伪报贸易性质的问题

笔者认为：虽然兰冶进出口公司把 200 吨来料加工（实质是进料加工）的免税进口的铝锭用来交售国家指令性计划指标是事实，但是兰冶进出口公司用国内的铝加工成 200 吨裸铝线返销出口也是无可否认的客观事实。200 吨来料加工的免税进口的铝锭有进有出，而且进出是平衡的（至于其中的 94.865 吨裸铝线因质量不合格而退货是属于正常的贸易问题）。而对于来料加工、进料加工的保税货物，海关是按照实际加工成品出口的数量来决定免征进口关税的，也就是说海关对保税进口的货物免征关税是以返销出口的数量来决定的，而不是以进口的数量来决定的。因此，我们不能只看到 200 吨铝锭改变贸易性质就片面地认为偷逃关税，而看不到兰冶进出口公司有 200 吨裸铝线加工成品出口的事实，如果把这个完整的来料加工贸易过程割裂开来，那么兰冶进出口公司不仅走私进口 200 吨铝锭，偷逃关税、增值税 677073.40 元，而且走私出口裸铝线 200 吨，偷逃出口关税，起诉书对此为何又不认定出口走私呢？而且，200 吨铝锭改变贸易性质不存在着逃避海关监管的事实，充其量只存在着违反海关监管规定的问题。构成走私犯罪在客观上必须有违反海关法规，逃避海关监督的行为。200 吨来料加工的铝锭无论是进口，还是出口都是经过海关监管的。进口时，有兰溪市对外经济贸易局的批文，并且领取了杭州海关来料加工登记手册。把 1000 吨一般贸易铝锭划出 200 吨到（89）zNv003 号合同项下来搞来料加工，有合同更改通知书。出口时，根据来料加工登记手册向海关办理出口核销手续，因此该 200 吨来料加工（实质上是进料加工）的铝锭自报关进口到加工成裸铝线返销出口都是在海关监管之中进行的，这怎么能认为是逃避海关监管呢？

（2）关于 5250 吨一般贸易氧化铝低报价格的问题

首先，检察院起诉书指控被告人金陆兴采用低报价格的方式，欺骗海关，使兰冶厂走私进口氧化铝 5250 吨，偷逃关税、增值税 54532.74 元的事实是不能成立的。虽然兰冶进出口公司与香港深业有色总公司签订的氧化铝一般贸易合同的价格为每吨 598 美元，后来改为每吨 550 美元的事实是客观存在的，但是这个更改是经过与港商司徒鸣协商同意的，并已向计委、经贸部门报批。合同价格的协商变更属于经济贸易的正常业务。尽管在这一过程中兰冶厂确实曾将这 5250 吨氧化铝以每吨 48 美元的差价支付给深业公司 252000 美元，但是这个差价款不是以兰冶厂现货贸易方式支付贷款的，而是以中外合资深圳兰港公司与深业公司的期货贸易利润补偿的方式支付的，而期货贸易是不须交纳关税的。如果用这种期货贸易的利润来补偿现货贸易的亏损（或差价）是违反海关法规的，那么对于这 5250 吨氧化铝的每吨 48 美元的差价，充其量只不过是一种漏税行为，而不是偷税行为，更谈不上走私。因为对本案我们充分注意一个事实——差价款不是兰冶厂支付的，而是由中外合资的兰港公司与深业公司的期货贸易利润补偿给深业公司的，它与海关法所规定的伪报、瞒报进出口货物的价格偷逃关税是有本质区别的。

其次，兰冶进出口公司没有低报价格、偷逃关税的犯罪故意。被告人金陆兴通过与司徒鸣协商把原来的每吨 598 美元的氧化铝降低到每吨 550 美元的动机和目的不是为了偷逃关税，而是为了履行国际贸易合同，以避免承担不履行合同的违约赔偿责任。国际市场的价格是千变万化的，1989 年 9 月份签订合同时，国际市场上能以 598 美元/吨买到氧化铝，价格是是便宜的，但是 1989 年 11 月份氧化铝交货时，价格猛跌，因此每吨 598 美元进口，一旦有关经贸、计划部门不批准，那么氧化铝就不能按期进口，合同就不能履行，而不能履行合同就得按照涉外经济合同法的规定承担违约赔偿责任，这将给国家和企业造成巨大的经济损失。为了不使企业承担经济损失，因此只好同司徒鸣协商降低合同价格，以取得有关部门准予进口的批文，履行国际贸易合同。但是唯利是图的港商实际上是不同意以 550 美元/吨的价格履行合同的，兰冶进出口公司只好在该 550 美元/吨的氧化铝一般贸易合同以外，用期货贸易的利润支付给深业公司 48 美元/吨的差价。如果认为这种做法违反了海关法规，构成走私罪，但就被告人金陆兴而言，他是没有偷逃关税的主观故意的，以 550 美元/吨修改合同，充其量是为了取得批文，履行贸易合同，以避免因违约给国家、企业带来的巨大经济损失。因而其行为不构成犯罪，因为构成走私犯罪在主观方面必须是直接故意，金陆兴的行为缺少犯罪构成的主观要件。

第三，被告人的这一行为不具有社会危害性。因为 252000 美元的差价款是由兰港公司付出的，而该公司系兰冶厂和港方合资，双方各占 50%的股份。252000 美元的差价款由兰港公司支付，则兰冶厂实际上支付了 126000 美元，另一半由港方承担。并且杭州海关对于氧化铝关税、增值税的税率适用是错误的，按照国家税务局、海关总署的文件，1989 年氧化铝进口是减半征税的，即只需支付 126000 美元的税款，这样，这笔价款全由港方支付了，兰冶厂不仅分文未付，还从港方处赚回 126000 美元，而兰冶厂的利润 70%是用来交纳税收的，可见，兰冶厂利用国际期货贸易利润补差的行为不具有社会危害性，因此不构成犯罪。

（3）关于 72.393 吨电解铜瞒报多进的问题

检察院起诉书指控被告人金陆兴与港商合谋，以瞒报多进的方式欺骗海关，使兰冶厂走私电解铜 72.393 吨的证据是不足的。诚然，我们不可否认兰冶进出口公司进口 1000 吨进料加工合同项下的 382.393 电解铜只报关 310 吨，尚有 72.393 吨没有报关，这是走私犯罪，辩护人对此没有异议。但是我们必须明确，这不是兰冶进出口公司在走私，而是港商李进在走私，因而被告人金陆兴不构成犯罪。其理由是被告人金陆兴没有为兰冶厂走私这 72.393 吨电解铜的主观故意。

第一，李进在履行 100 吨进料加工电解铜合同时向兰冶进出口公司多发电解铜，被告人金陆兴事先并不知情。

第二，被告人金陆兴通过朱建安向他汇报，发现李进走私进来 72.393 吨电解铜后，就吩咐朱建安立即通知李进停止发货，并把李进多发的 72.393 吨电解铜先挂在进出口公司的帐上，向海关补办报关手续。但由于进出口公司的有关人员存有侥幸心理，故迟迟没有补办报关手续。因而被告人金陆兴根本没有走私 72.393 吨电解铜的主观故意。如果有这个走私的故意，为何要吩咐把 72.393 吨电解铜挂在进出口公司的帐上(事实上进出口公司确实把该 72.393 吨电解铜挂在帐上），让有关机关和海关有据可查呢？难道有如此愚

笨的犯罪？

（4）关于本案的汇率问题

起诉书以 1992 年 7 月的汇率 5． 47470/USD 来确定完税价格是错误的。根据全国人大常委会《关于惩治走私罪的补充规定》第 15 条的规定，走私货物、物品价额，按照犯罪查获时当地国营商业零售价格计算。兰冶进出口公司的所谓三桩走私犯罪事实是在 1990 年 10 月份被杭州海关查获的，根据 1990 年 10 月份的人民币外汇牌价，10 月份人民币和美元的平均兑换率大致为 4.715/USD，因此要确定走私货物、物品的价额应以此汇率为准，而不应按起诉书所依据的 5． 4747/USD 的汇率。

此外，笔者还就被告人并非走私犯罪的直接负责的主管人员，也不是其它直接责任人员，因而不符合《全国人大常委会关于惩治走私罪的补充规定》所规定的主体条件这一情节为被告人作了无罪辩护。

1994 年 5 月 3 日，兰溪市人民法院作出一审判决，判决书采纳了辩护人的部分辩护意见，但仍认定被告人犯有走私罪，判处有期徒刑两年。

笔者认为，本案的辩护是成功的，其成功之处并不在于法院的判决结果，而在于有期徒刑两年的判决是建立在律师无罪辩护的基础上的。同时，本案辩护的成功也并不在于法院是否采纳了律师的无罪辩护意见，而在于律师无罪辩护的观点在法律和权力之间起到了杠杆调节作用，从而在有权力“ 把关 ”的情形下最大限度地维护了被告人的合法权益。

受贿罪、贪污罪辩

兰溪市人民检察院在另一份起诉书中认定，被告人金陆兴于 1991 年 3 月在香港百乐公司装修兰江大厦时，接受公司老板张俊杰为其新分配的住房免费装修，收受贿赂 29822 元，因而构成受贿罪。起诉书还同时指控被告人于 1991 年 10 月指令深圳兰港公司为公司无关人员支付住宿费 2844.38 元，构成贪污罪。

笔者以起诉书指控被告人犯受贿罪事实不清、证据不足、在主观上没有受贿的直接故意，不具备犯罪的客观要件为由作了无罪辩护。为被告人不构成受贿罪的辩护首先是从证据环节上打开缺口的：

本案中，证明被告人是否已付装修费的证据共计 7 个：一是被告人的供述；二是被告人妻子的证言；三是百乐公司老板张俊杰的证言；四是百乐公司职员姚伟荣的证言；五是原兰江大厦总经理唐卫中的证言；六是原兰港公司副总经理孙绵群的证言；七是香港百乐有限公司出具给被告人的收款凭据——两张共计人工费、材料费 16456 元的发票。而证明被告人已经支付装修费的证据不仅有被告人的供述及其妻的证言，还有唐卫中和孙锦群的证言，而且有证明付款事实的最客观的书证——两张发票。而证明被告人未付装修费的证据只有张俊杰和姚伟荣的证言。其付款与未付款的证据比例为 5：2。并且，张俊杰和姚伟荣本就是案件的利害关系人，他们所作的证言的客观真实性值得怀疑，他们的证言也前后矛盾，开始讲分文未付，后又讲已付 6000 元，陈述不一，因而不能作为定案的依据。

此外，本案中公安机关在收集证据时，不仅让张俊杰、姚伟荣二人在调查取证时质证，违反询问证人应个别进行的法律规定，而且把有利于被告人的证言，即证明被告人已付 6000 元的证言撕毁。因此，这种用非法方法取得

的证人证言，不能作为证据使用。

在对证据材料进行分析后，笔者又就本案的客观事实进行了剖析。笔者认为，香港百乐有限公司出具被告人的收到人工费、材料费共计 16456 元的两张发票是客观存在的，它有香港百乐有限公司的公章，有张俊杰的签名，是由姚伟荣交给被告人的。至于香港百乐有限公司是否将被告人交付的装修费入公司财务帐是香港百乐有限公司自己的事情，与被告人无关。财务没有入帐，不等于被告人没有付钱，起诉书指控香港百乐有限公司开具给被告人的两张发票是为了应付检查的假发票，这是对证人张俊杰、姚伟荣所作的开具发票的陈述的曲解。付款开发票是经济往来结算必须具备的手续，既然付了款就得开发票，这是一个很简单的道理，被告人之所以要香港百乐有限公司开具发票是为避免他人讲：“ 白装修，没有付钱。 ”根本不是为了应付有关部门的检查（见张俊杰、姚伟荣 1994 年 9 月 10—11 日的证言）。发票这个书证是经济往来结算的书面凭证，而且，本案证明被告人未付住房装修费的证人张俊杰、姚伟荣是本案的利害关系人，因此不具备法律规定的经济往来是否已清结的证人资格。如果，仅凭利害关系人的证言证明被告人没有交付装修费就武断地认为被告人事实上没有支付装修费，而忽视收款凭据——两张发票的客观存在，这势必会造成冤狱。

本案中还有一个值得注意的情节是：1991 年 5 月，浙铝公司共购置 10 套大套住房分配给公司中层干部居住，其中除被告一套外，其余 9 套均由浙铝二建公司装修，住户只象征性地支付 400 元的装修费。而作为公司董事长的被告人，其往房的装修最起码也应与其他 9 位干部一样由公司承担，即被告人无需港方免费为他装修，反正费用由公司承担。因此，即使被告人未付装修费，受益者也是浙铝公司，是浙铝公司接受了港方的免费装修。

认定被告人不构成受贿罪的另一个重要理由是被告人并未为港方谋利。因为兰江大厦装修工程承包合同是 1988 年 8 月 5 日由兰冶劳服公司的法定代表人唐卫中与香港百乐有限公司签订的。兰江大厦二期工程（西餐厅工程）是在 1990 年 11 月份确定由香港百乐有限公司承建的，兰江冶炼厂会议室及男女卫生间的装修业务也是在 1990 年 11 月份确定由香港百乐有限公司承建的。浙铝公司的装修工程业务都在被告人分配到住房装修以前确定的，而不是在被告人住房装修期间和装修以后确定的。香港百乐有限公司在为被告人住房装修期间和装修以后，没有承建过浙铝公司的任何装修业务。因此，被告人根本不存在为香港百乐有限公司谋取利益的条件和事实。

从上述分析中不难看出，本案中，认定被告人受贿犯罪不仅证据明显不足，并且也不符合法律规定的受贿犯罪的主客观要件。

对于起诉书中贪污罪的指控，笔者也以没有犯罪事实依据，不具备贪污罪的构成要件为由作了无罪辩护。

判诀结果

1995 年 4 月 6 日，兰溪市人民法院就本案作出一审判决。法院认为，公诉机关指控被告人犯受贿罪事实不清，证据不充分，受贿罪难以认定，辩护人的部分辩护意见予以采纳。被告人贪污罪成立，但数额不大，情节轻微。法院判决如下：

一、对指控被告人金陆兴犯受贿罪，事实不清，证据不足，宣告无罪。

二、被告人金陆兴犯贪污罪，判处免予刑事处分。
法庭宣判后，被关押了二年零七个月的被告人获得释放。

作者简介

佟德重 男，（1963.11 一）法律大专毕业，1976—1986 年从事文艺工作。1986 年至今从事律师工作。1996 年 7 月被烟台市司法局、人事局授予“ 先进律师 ”，曾在报刊上发表过文章。现在烟台瀛都律师事务所任专职律师。

单位名称：烟台瀛都律师事务所
详细地址：长岛县府街 112 号
邮政编码：265800
联系电话：（0535） 3212226

改 变 定 性
——一起杀人案中的辩护

佟德重

1995 年 7 月，笔者接受被告人李某的委托，担任李某故意杀人案的第一审辩护人。接受委托后，通过会见被告人，我直观地感到，本案定性存在问题。所以我将阅卷及调查的重点放在定性上。因故意杀人和故意伤害致死在行为方式、产生的后果等方面可能一致，因而在司法实践中不易准确区分。要正确区别两罪，必须充分运用刑法理论来反驳控方的观点。通过认真研究故意杀人和故意伤害致死犯罪构成理论，我发表了改变定性的辩护意见。

起诉意见

被告人李某于 1995 年 5 月 13 日晚九时许，因琐事与本队临时工于某发生口角，并在宿舍内相互殴打。殴斗中，李某用铁管朝于某背部猛击一下，将于打倒，当于欲爬时，被告人又朝于的头、背部猛击两下，致于某颅骨粉碎性骨折，脑挫裂伤死亡。

被告人李某在殴斗中持械行凶，不计后果，造成他人死亡。其行为触犯了刑法第 132 条之规定，构成故意杀人罪。

法庭辩论意见

辩护人认为：某市人民检察院对案件性质认定有误，本案应定为故意伤害（致死）罪。

根据我国刑法第 132 条和 134 条的规定，同时结合我国刑法理论，故意杀人罪是指行为人故意非法地剥夺他人生命的行为。故意伤害（致死）罪是指行为人非法地、故意损害他人健康，但造成死亡后果的行为。故意杀人既遂和故意伤害致死，这两种犯罪，行为方式基本相同，在客观上都造成了被害人死亡的后果，主观上都是故意。因此，在司法实践当中容易混淆。区别两罪的关键，在于行为人故意的内容。凡是具有非法剥夺他人生命故意的，就构成故意杀人罪。凡是具有非法损害他人健康故意的，就构成故意伤害（致死）罪。故意伤害致死行为人的罪过内容是：对他人的伤害是出于故意，对实际发生的死亡结果则出于过失。联系到本案，之所以应定故意伤害致死的

关键也正在于此。下面我们参考三个方面的外部条件并结合使用的凶器、打击的部位和打击的强度等因素进行综合分析。首先，从俩人的关系看，被告人与被害人均是外来务工的青年，同住一个宿舍，平时无怨无仇，不存在杀人的思想基础。其次，从当天的矛盾冲突看，被告人与被害人只是为电热毯插头被谁拔下这样一件小事引起，矛盾尚未激化到非杀死被害人不可的程度。第三，从当时的环境条件看，5 月 13 日白天下了一天小雨，晚上还是阴天，九点以后在没有灯光的院子里打架，只靠从屋里射出来的灯光，才能模模糊糊地看见对方。在这种环境当中，被告人与被害人均手持铁管，因被告人的铁管长，被害人的铁管短，因而被告人占有优势。在被告人平抡铁管将被害人打倒后，被害人手中的铁管也随之脱手，在被害人去摸铁管时，被告人惧怕被客人摸到铁管后对自己实施侵害，又朝被客人身上打了两铁管。而正是这两铁管当中的一铁管，击中了被害人头部，不幸的事件发生了。对于这样一个案件事实,为何应认定为故意伤害致死,而不应认定为故意杀人呢？关键在于被告人的行为是直接指向被害人的健康，而不是指向被害人的生命。从案卷材料当中可以看出，被告人打被害人这两铁管，所指向的目标是被害人的脊背部位，而不是直接指向被害人的头部，这也就证明了被告人具有伤害的直接故意。但由于天黑，铁管子也较长，被害人又并非一动不动地躺在地上，在这种情况下，被告人在实施打击行为时，应当预见到自己的行为可能因天黑、被害人躲闪等原因，不能十分准确地打在某一部位，因疏忽大意而没有预见到，以致其中一铁管打在被害人头部，造成了死亡结果。这也恰恰符合故意伤害致死对伤害具有故意、对死亡存有过失这一主观心理特征。我们认定一个案件究竟是故意伤害致死还是故意杀人，不能仅看使用的作案工具是足以致死，还是仅能致伤。持刀行凶不一定有杀人的故意，赤手空拳也难说没有杀人的目的。本案当中铁管既能致死，也能致伤。因此，仅从凶器难以准确认定案件性质。同时我们认定案件性质，也不能仅看到实际打击的部位。在杀人、伤害案件中，行为人所实施的犯罪行为究竟能产生何种结果，并不完全取决于行为人的认识和主观愿望，它除了受行为的强度、准确程度和使用的工具决定之外，还可能受到被害人运动、躲避、反抗、第三者阻拦等因素的影响。也就是说，这些因素都可能使实际发生的危害结果不同于行为人所明知或希望的危害结果。要客观准确地判定行为人在实施犯罪行为时犯罪故意的具体内容，必须根据作案时行为人的行为在被侵害对象相对静止状态所能造成的损害结果为主要标准。如果行为人使用的是足以致人死亡的工具，所指向的是人体要害部位，行为的强度足以致人死亡，尽管由于被害人躲避、反抗或第三者的干预，而没有发生被害人死亡的结果，也应认定为故意杀人未遂。反之，尽管行为人使用的是足以致人死亡的工具，但行为人指向的是人体非要害部位，由 于其他因素的影响，击中了要害部位，造成了死亡的结果，也应认定为故意伤害致死。本案当中，被告人李某虽然使用了足以致人死命的作案工具，但被告人指向的只是被害人的脊背部位，属于非要害部位，而实际击中了被害人的要害部位头部，是由于受到了非主观因素的影响。此外，从打击的强度来看，如果被告人打在其指向的脊背部位的话，是不会造成被害人死亡的。我们认定案件性质，必须对全案综合考虑。如犯罪的起因、时间、地点、环境条件、发展过程、使用的工具、采取的手段、打击的部位和强度、被告人与被害人的关系以及其它相关因素。如果我们全面考虑上述因素，就只能得出一个结论，本案是故意伤害致死，而

不是故意杀人。假若将本案定为故意杀人罪，便违反了我国刑法理论关于主客观相一致的原则，进而步入“死了人定杀人罪，人未死定伤害罪”的误区，同时也犯了客观归罪的错误。（其他辩护意见略）

公诉人针对辩护人发表的辩护意见，提出了三点不同的看法：第一，被告人将被害人打倒后，又连续击打；第二，被告人被他人阻止，才停止侵害；第三，被告人对被害人的伤势采取漠不关心的态度。对于此类案件，应按实际后果定（间接）故意杀人罪。辩护人针对公诉人的观点，做了以下答辩：第一，被告人将被害人打倒后，被害人去摸已脱手的铁管并准备爬起，如被害人爬起，定要对被告人实施侵害。被告人是为了防止被害人侵害自己才连续击打对方的。第二，在打架过程中，被害人与被告人均手持铁管，不是此伤，便是彼伤，在这种情况下，只有被他人阻止或者说保护，打架才能停止。第三，被告人对被害人的伤势并不是采取漠不关心的态度。打完架以后，被告人在门外看到被害人头部流血，要进屋看看伤势，同场职工怕再打起来而上前阻止，后被害人被送往医院，被告人被带到派出所，客观上无法去探望被害人的伤情。根据我国刑法理论，对于突发性案件，难以认定杀人、伤害性质的，只有在被告人经常寻衅滋事，动不动便持刀伤人的前提下，才能根据后果定性。而本案当中，被告人一贯遵纪守法，从未发生类似事件，因而不适用根据后果定性的原则。

判决结果

1995 年 8 月 3 日，某市中级人民法院，根据刑法第一百三十四条的规定，以故意伤害罪判处被告人李某无期徒刑。判决后，被告人服判，公诉机关也没有抗诉，该判决已交付执行。

作者简介

沈世雄（1942.11—）浙江省绍兴县人。现任民声律师事务所副主任（浙江·绍兴）三级律师。1966 年 9 月杭州大学政治系本科毕业。1988 年自学考试法律专业毕业，取得法律大专文凭。同年参加全国律师通考，取得律师资格。1989 年从事律师工作以来，办理各类案件 350 宗件，先后担任 40 余家政府、企事业法律顾问。深受当事人的好评。近几年来，在主国省市报刊杂志、大学学报发表哲学、法学逻辑学论文 50 余篇，另有多篇论文在省市律师实务理论研讨会上获奖。1996 年个人创收达 30 余万元，在绍兴律师界名列前茅。

单位名称：民声律师事务所（浙江·绍兴）
详细地址：浙江省绍兴市胜利东路硝皮弄口
邮政编码：312000
联系电话：0575—5141133　8324372

艰难的取证和立案

沈世雄

伤害刑事自诉案，在无法取得现场目击证人指认的直接证据的情况下，如何调查取证，构建一个完整的间接证据体系，完善立案条件，是律师代理这类案件的难点。

最近，笔者就接到一个连立案都很困难的案子。案情是这样的：

王某的继父意外死亡，继父之兄范某于 1995 年 5 月 25 日去王某家催讨其继父生前债务，并在其家过夜。第二天早上 7 时许，范某与王某生母在其家楼下为债务发生激烈争吵。此时，王某闻声从楼上赶下，手持一根木棍（长 80 公分，宽 5.5 公分，厚 2.5 公分）不问情由，对准范某头部用力劈去，范某急用右手遮挡，右前臂三分之一处被重挨了一下，当时疼痛难受。后又被王某及其生母推出倒在门外石板地上。受害人范某即去当地派出所报案，并给值班民警看了伤情（当时右臂红肿，伤痕明显），民警和另一联防队员即去加害人王某家了解情况。但其时王某家无人在家。范某征得民警同意，即去市医院门诊，拍 X 片，诊断为右手尺骨骨折，住院治疗。6 月 19 日经公安局法医鉴定，为轻伤。为此，范某多次要求派出所处理，但派出所个别民警在调查中偏听偏信，认为范某骨折是自己在王某家门口跌伤的，不是王某加害的。在派出所压力之下，范某违心地接受了调解，以接受王某 500 元补偿费了结。

然而，事后范某越想越委屈，又走进律师事务所迫切要求律师提供法律帮助，以维护自己的合法权益。

笔者接待了范某，深感这是个十分棘手的案子。第一，本案伤害事实发生的空间具有特殊性。它不是在公共场合，大庭广众之下，没有现场目击者可作直接证人指证。本案加害行为是在加害人家中在瞬间实施的。现场目击者只有加害人生母及姐姐。加害人为了逃避自己罪责，不会承认自己的犯罪行为。第二，受害人范某已接受了派出所的调解处理，且收了 500 元补偿费，还写下收条一张，云：“经派出所调查，我手不是被打断的，我接受处理，

收到 500 元补偿费。”现在，要推翻受害人自己也同意并实际上已接受了派出所的调解处理结果，也是十分不容易的。

笔者清楚，本案关键在于证据。律师的准备工作，最主要的就要在收集、调查证据上下苦功、动脑筋。

本案要想找现场目击者来指证，要取得这样直接证据，几乎是不可能的。但如果能全面深入、细致地收集到反映案件事实的各个方面的间接证据，而且这些间接证据能互相印证、环环相扣，形成一个证据锁链，构成一个间接证据体系，也是可以充分地证明整个案件的事实真相，这在证据学理论上是有依据的，在实践中也是可行的。按这样的思路，笔者作了大量细致的调查取证工作。

1.调查本案加害人和现场目击证人。考虑到现场目击证人是加害人生母和姐姐，这是个特殊调查对象，律师一定要掌握其心理状态，要用己掌握的事实依据向他们分析案情，向其讲述法律知识，指出法律规定：没有被告人供述，证据充分确实的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。使其打消庇护自己亲人，认为只要不承认就可以没事的侥幸心理。终于，笔者取得了对证明案件事实极为有利的证据：加害人王某承认自己推倒范某，修正了原在派出所作的范某骨折与他毫无关系的证明。王某生母则进一步承认，他儿子确用本棍打了范某，她已知范某右手臂骨折，为了给其儿子推卸责任，她只说她看到儿子用木棍打范某，是打在范某腿上，没有看到打在其手臂上。但王某生母证词，至少证明当时王某确用木棍打了范某，这一点很重要。

2.悉心收集排除自伤和他人加害的可能性证据材料。

3.尽量收集可以驳倒加害人王某认为范某骨折是跌跤所致的辩解及派出所所作范某骨折不是被打伤的结论。这是本案证据上的突破点。根据医学常识，跌伤所致的骨折与被人用木棍打伤的骨折应该是不同的，原告根据病况、X 片等所显示的伤势，是应该有可能把两者区别开来的。在询问了有关医学专家，得到肯定的回答后，律师即把范某第一次门诊病历、住院病历、X 几次拍片等全套病历资料交市医院外科专家鉴定，范某骨折因何形成。专家经认真审核，证明范某右前臂下三分之一横断骨折，根据病史 X 片，由直接暴力、钝器物击作所致。”这张专家鉴定证明，从医学角度明断范某骨折不可能自伤，也不可能跌伤，而是被人用“钝器物击伤”，这就有力证明了加害人王某辩解骨折是范某自己跌伤的虚假性，也完全推翻了派出所所作出的范某骨折“不是被打伤”的错误结论。

至此，笔者认为收集到的证据己构成了互相印证、环环相扣，具有排他性、唯一性的锁链了：

A、从案发时间上完全可以排除范某骨折是自伤或王某之外的人加害的可能性：

5 月 26 日早上 7 时许，范某与王某生母争吵，王某从楼上下来，用木棍击伤范某右臂。7 时 20 分左右，范某被打伤后，即去派出所报案，并向派出所民警钟某陈述被打经过，让其看了右臂被打伤的明显伤情。8 时 20 分，范某在派出所民警同意下，去市一医院门诊，经医生诊断，拍 X 片，为右手臂三分之一处骨折。当天下午 3 时许。范某把 X 片及诊断结果又告诉派出所民警。上述案发时间表有王某邻居多人证词，有派出所民警证词证实。从案发时间连续性可以认定 :原告骨折在 5 月 24 日早上 7 点 30 分前在王某家所致，排除了自伤和王某外他人加害的可能性，印证了范某指认王某加害的可信

性。

B、加害人王某生母承认其儿子用木棍打了范某。

C、王某邻居叶某、董某多人证实：1，5 月 26 日早上 7 时许，听到王某家有激烈的争吵声 12，看到王某及其生母用力把范某推出门外、范某倒在地上；3，其时王某站在门口手拿着木棍；4，范某被推出门时，口里讲：“ 你怎么可以这样打？怎能这样打？ ”以上证据，均间接证明了范某骨折确为王某用木棍击伤。

D、派出所民警调查王某一位丁姓邻居时，丁推测：范某骨折可能是跌了一跤所致，而王某自己后来也是这样辩解的。因而，派出所就作出了范骨折不是被打断的结论。但是，外科专家依范某病史，X 片，明确地断言：范某骨折不是跌伤的，而是“ 由直接暴力 ”“ 钝器物击伤 ”所致。

根据上述证据材料，人们不难进行如下逻辑思维：

5 月 26 日 7 时许，范某与王某家人发生争吵（起因），范某前臂三分之一处骨折是 7 点 30 分前被人用“ 直接暴力 ”、用“ 钝器物击伤 ”，那么，是谁实施“ 直接暴力 ”用“ 钝器物击伤 ”范某右手臂？其时，范某在王某家不可能在其他地方。而当时，在王某家，只有王某、其生母及其姐妞三人，没有其他任何人。这就是说“ 用钝器物击伤 ”范某，只能是王某或其生母或其姐姐。现受害人范某明确指认是王某用木棍把他击伤，王某邻居多人也看到范某被王某推出门时，王某站在门口，手里拿着一根本棍。王某生母也承认王某用本棍打了范某。这样，就可以推出明确结论：向范某实施暴力，用木棍打伤范某使之骨折的，只能是王某。

收集了以上较充分的间接证据后，律师就代受害人范某向法院提起刑事自诉（附带民事）状告王某。但开始法院在是否立案上犹豫不决。后法院又请自己的法医对范某骨折再次作了鉴定。结果仍是轻伤，符合刑事自诉条件，可是，承办法官仍感难以立案受理。其理由除了没有现场目击证人外，主要有两点。为此，律师出具了“ 法律意见书 ”，对法院两点“ 理由 ”加以分析：

其一，承办法官认为，法院法医再次鉴定是轻伤，但在其鉴定情况分析中又指明：加害人加害行为和伤害结果之间因果关系证据不够充分。律师认为这点理由不成立。首先，法医职责是鉴定是否存在伤害及伤害程度、伤害等级等有关伤害情况，对加害行为和伤害结果之间的因果关系的分析、认定，不是法医鉴定职责范围，这是庭审中审判员的责任。法医超越职责范围的分析不应作为法院是否立案的依据。其次，没有开庭，不经过审理，法庭怎么就可以断定加害行为与伤害结果之间因果关系证据不够充分？这种论断是没有法律效力的。

其二，本案在原告起诉前，派出所已作过处理，被告已给原告补偿费 5D0 元，而且原告也收取了 500 元，表示接受处理，故法院不宜再立案审理。代理律师认为，这条理由也是不能成立的。派出所确已作过处理，原告也收取 500 元。但是，第一，原告接受派出所处理是被迫的，并不是内心真实意思的表示；第二，当时，原告在收取 500 元的收条中，实际上对派出所结论作了保留，说“ 经某某派出所调查，我手不是被打断的 ”，这暗示着“ 手不是被打断的 ”是“ 派出所调查 ”的结论，而不是原告自己的观点，更不是事实真的是如此；第三，原告认为派出所处理既不符合事实，又明显不公正，反悔而不服，完全有权向法院提起诉讼，当事人这种受犯罪行为侵害的诉权应受法律保护，并不受派出所处理的约束和剥夺；第四，被告自愿补偿原告 500

元，在代理律师看来，也是一个间接证据，证明被告确实打伤原告。如果真的如被告一开始所作证词那样，他并没有打原告致伤，原告骨折与他无关，那他为什么要拿 500 元补偿费给原告呢？

最后，代理律师在“法律意见书”中特别强调：把立案条件与判决的依据等同起来，用后者代替前者，是不妥的。这实际上剥夺了公民的诉讼权。例如，对证据要求、立案和判决就有很大区别。如果在起诉受理时，法院只有在审定证据真实、充分、全面、准确后才能立案，那么还要开庭审理干什么？这不是用立案审查来代替开庭审理和判决吗？如果对立案审查这么苛求，那辽有驳回原告诉请或原告败诉的可能吗？

经过律师据理力争，法院终于采纳了律师的意见，立案审理。最后，本案终于得到了圆满解决。

本案在审理中，被告鉴于原告及代理律师向法院提供了完整全面的间接证据，基本上承认了自己用木棍打伤原告致其骨折的事实，并愿意全额承担原告附带民事诉讼提出的赔偿医药费 2000 余元和其他一切经济损失，总共 4500 元，并当场支付。为此，考虑到原被告之间有亲戚关系，且被告也承认了自己的严重违法行为，又有悔过认罪的明确表示，原告就刑事自诉同意撤诉。本案终于划上了一个圆满的句号。

作者简介

卓学龙（1956—）广东省陆丰市人。博士学位、有突出贡献的国家级专家、高级律师、诗人、作家。先后毕业于华南师范大学、中国政治大学研究生院、中国共产党中央党校。曾在广东省南告水电工程、广东省陆丰市河西区委、广东省陆丰市经济委员会任职，现在广东省汕尾市从事专职律师工作，兼任《今日中国》常务编委、《今日世界》副王编、《律师与法制》等刊物特约记者。几年来在《人民日报》、《法制日报》、《中国律师报》、《南方日报》和香港《大公报》、《文汇报》及《律师世界》、《律师与法制》、《当代律师》、《中国开拓者论文精粹》、《中国当代论文选》、《新时期论文选》、《跨世纪战略文献》、《中国新经济体制知行集萃》、《中国管理艺术文集》、《改革、开放、发展》等 40 多家报刊专著发表了 356 篇论文著述，著有多部个人作品，多篇论文曾在国内外获奖，多次应邀参加英国、德国、日本、朝鲜等国家及北京、上海、海南等地的国际和国内学术研讨会，其成就被编入《中国专家人名辞典》，受到党和国家领导人李鹏、叶选平、谢非等题词祝贺和美国总统克林顿的接见和颁奖。

单位名称：广东省汕尾市经济律师事务所
详细地址：中国广东汕尾市金城大厦中楼 503 室
邮政编码：516600
联系电话：　（0660）3360466　1392678466

三年强奸案终得解决

卓学龙

1992 年 5 月 13 日下午 3 时许，被告人黄某（21 岁）在自家的商店做生意，幼女庄某（2 岁零 6 个月）来店买糖果，黄给庄拿了几块“味味糖”后就带她离店回家……

半月之后，庄某之母发觉庄阴部痛痒，内裤有分泌物，于是就带她到自己工作的镇卫生院检查，结论为：庄某阴部有 C—22 球菌。庄母向女儿查问原委时，得知女儿被黄某奸淫。

次日中午，庄某之父把被告人黄某骗至其单位宿舍质问。在庄某父母的一再质问下，被告人黄某承认奸淫过庄，庄父于是拿出纸笔，逼黄某将奸淫经过写到纸上。

当天下午，庄某父母拿着“字条”，找到黄家。当晚，黄母拿了 2000 元现金给庄某父母，希望就此了结。

3 天后，庄父拿着被告人黄某所写的“字条”到公安机关报案，被告人黄某因此被公安机关拘捕审查。

1993 年 12 月 31 日，广东省海丰县人民检察院以被告人黄某犯有奸淫幼女罪，向县人民法院提起公诉。

检察机关起诉的依据是：

1.被告人所写的“字条”；2.卫生院的鉴定结论；3.被害人庄某的陈述；4．被告人的供述；5.被告人之母拿出 2000 元到被害人家企图私了；6.其它证人证言。

至此，本案似乎已“盖棺定论”，无可辩论！

本案被告人辩护人在反复研究案情，逐一推敲“证据”之后，提出以下三点辩护意见：

辩护词（节选）

一、检索机关指控黄某犯有奸淫幼女罪所依据的事实不清

只要我们对检察机关所依据的以上事实进行仔细的推敲，便能发现其中的破绽。

（1）关于被告人所写的“字条”。

被告人写给庄某父母的“字条”是检察机关认定被告人奸淫幼女的主要事实。但是，案卷中大量材料证明：这张“字条”是庄某的父母将被告人黄某骗到其住处私自强行逼使被告人写的，并且事先写好了“样本”，强迫被告人照抄。我国《刑诉法》第 32 条明确规定：“严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗及其它非法的方法收集证据。”这就是说，任何作为定罪量刑的证据，都必须依照合法的程序收集。而庄某父母，违法限制他人人身自由，用胁迫的手段私自收集的证据，显然不符合证据来源的要求，是非法的，因而不具备法律效力。

（2）卫生院的鉴定结论不符合法律规定的要求。

首先，乡镇一级的卫生院不能作为鉴定机构，而且它没有任何司法机关的委托，因此，其鉴定在主体资格上，在程序上都不合法，鉴定结论自然也没有证据效力；而海丰县公安局的体检鉴定中的“处女膜第 7 至 9 点钟处陈旧性不完全破裂及淋病”的结论是以镇卫生院的鉴定结论为依据得来的，由于前提不合法，因而据以产生的结论也应属无效。并且，镇卫生院的“鉴定结论”已被司法机关授权委托的县慢性病防治站的权威鉴定所推翻！

（3）关于被害人庄某的陈述。

从司法实践中看，受害人的陈述本应是较为有力的直接证据。而本案被害人，一个年仅 2 岁半的幼儿，能非常富有条理性的陈述性行为？表现出对性行为非常熟悉？她陈述作案经过就好象背诵诗词，讲得有条不紊，一清二楚，并且两次陈述一模一样，一字不差。这能叫人相信吗？

（4）关于被告人的供述。

本案的卷宗材料中，被告人共有 8 次口供，而被告人承认有奸淫行为的口供只有 2 次，其余的 6 次，被告人都拒不承认。本辩护人认为：分析被告人的口供，应具体结合当时的环境、场合和对象。像被告人这样一个刚出校门的学生，被关押在看守所后，精神难免高度紧张；在这种情况下，只要稍加威迫利诱，是什么“口供”都可以得到的；何况公安机关在每次提审时都先出示被告人原来所写的那张“字条”，令被告人有口难辩，本辩护人认为：这些口供并不可信，事实上，被告人现在也已经反悔了。

（5）关于被告人之母拿给庄某父母的 2000 元。这是事实。检察机关以此作为被告人有奸淫行为的证据。本辩护人认为被告人之母拿出 2000 元，是想息事宁人，怕事情闹大，讹言一出，有损儿子、家庭名声；而且，庄某父母拿“字条”上门之时，曾声称可以自行了结，不告诉公安机关；还有，被告人之母拿出 2000 元给庄某父母，被告人本人和其他家庭成员是不知道的。

（6）关于证人证言。本案有 10 份证词，可分为 3 大类：一是被告人同监人犯提供的证言；二是被害人亲属的证词。三是被告人亲属提供的证词，这三类证人证言各不相同，甚至互相矛盾。

同监人犯张某证明：曾听被告人黄某说奸淫过幼女，但张某所说的时间、地点、人物与本案不符；同监人犯李某证明：曾在与被告人黄某谈家常时听他说“冤”，说他没有奸淫幼女庄某；人犯吕某的证词却说曾听黄某说过有嫖娼，但没听说奸淫之事。

被告人亲属的证言还证明被告人根本没有作案的时间，按受害人提供的时间，被告人此时正和朋友玩电子游戏机，并得到了证人的印证。由此可见，上述这些证言根本无法证明被告人存在奸淫幼女的事实。

至此，我们可以看出，检察机关所认定的上述 6 方面的事实，是不清楚的，也是没有说服力的！

二、检察机关指控被告人黄某犯有奸淫幼女罪证据不足

任何证据，用以定罪量刑时都必须具备以下条件：一是客观性，即作为定罪的证据，必须是客观的、真实无误的：二是证据之间应当具有连锁性，即各证据在证明犯罪事实时，不能脱节，必须互相吻合，环环相扣，形成一条合乎逻辑的锁链——证据链；三是证明的内容或对象应具有一致性，必须指向同一，而不能是互不关联的事物。用做指控黄某犯淫幼女罪的证据，不具备证据的基本条件。

三、根据本案的事实经过和证据材料，对被告人黄某应作出无罪判决，并立即释放

根据我国《刑法》、《刑诉法》的规定和司法实践经验，不论是人民法院自立的案件还是检察机关提起公诉的案件，都必须做到事实清楚，证据确实充分，才能对被告人定罪量刑；否则就违背了法律原则，势必造成冤假错案。这是我们办案司法人员不想做出和看到的！

虽然被告人黄某确实存在犯罪的嫌疑，但是，具体到定罪量刑时，我们就不能不严格地依法办事。检察机关曾以本案事实不清、证据不足退回公安机关补充侦查，公安机关在查无新证据材料的情况下，本应撤诉了结。如果是为了配合《妇女儿童权益保障法》的宣传，或是迫于某种行政干预、压力而作出判决，就会使人民检察院、人民法院的工作背弃了我国定罪量刑的基本原则——“以事实为依据，以法律为准绳”和“事实清楚，证据确定充分，”就会因小失大，而且被告人也不信服，民众也不信服。1983 年“严打”时就曾出现过类似情况。我们不能执迷不悟地再让类似的悲剧重演，尤其是在加强法制建设，走向以法治国的今天，我们不应走过去“宁左勿右”和“宁枉勿纵”的回头路。

审判结果

海丰县人民法院最后采纳了本案辩护人的意见，1995 年 4 月 8 日，对本案作出判决：宣告被告人黄某无罪释放。

至此，这起困扰了当事人近 3 年的案件终于得到了解决。

作者简介

杨敏　现年 29 岁，曾先后就读于贵州大学法律系，中国高级律师培训中心，1989 年 3 月任天柱县律师事务所副主任（主持工作），1991 年 3 月任天柱县事务所主任。从业十年来，担任县政府和企事业单位法律顾问 9 家，刑事辩护案件 186 件，民事代理 101 件，经济代理 51 件，行政案件代理 36 件，非诉讼代理 81 件，代写法律事务文书 411 份。承办法律援助案件 66 件。由于在办案中坚持以事实为根据，以法律为准绳的原则，深得公、检、法部门和当事人的好评，辩护和代理意见人都被人民法院采纳。凭着自己的胆识和魄力，在国资所中，率先实行内部承包，极大地调动了全所律师的积极性。凭着韧劲和追求，通过了公司设立改制考试，取得了公司设立和改制律师资格。在国家级、省级报刊杂志发表法学论文多篇，撰写的代理词被北京警官教育出版社收录《中国当代辩护词代理词精选》一书，先后被贵州省法学会，中国法学会接纳为会员，当选为黔东南州律师协会理事。连续 7 年评为先进工作者或优秀律师。天柱县律师事务所连续 5 年被评为先进单位。

单位名称：贵州省天柱县律师事务所
详细地址：天柱县人民政府四栋楼
邮政编码：556600
联系电话：（08656）7521411　7522507

间接证据在刑事诉讼中的运用

杨 敏

杨明故意杀人一案案情简介

1995 年 2 月 18 日，天柱县风城镇荷花塘西侧县农行下水道冲出一具女尸，天柱县公安局刑侦队接到报案后，即进行现场勘查和尸体检验。死者经家属辨认，名叫王家凤，从尸体检验结果（舌骨骨折）来看，案件性质属故意杀人。现场勘查发现现场距杨明家 21 米处；有一通道进入杨明家厕所，在距离杨明家厕所 2 米处有两根木材棒交叉置于通道上，在木棒与地面接触处有明显的移动痕迹。在死者家里，发现了杨明借王家凤现金 1600 元的借条一张和王家凤写的一本日记（内容开始为王家凤对杨明一往情深，陷入情网，后为自己是杨明的牺牲品，但并不恨杨明）以及杨明写给王家凤的一封信。根据上述材料，天柱县公安局将杨明作为主要犯罪嫌疑人进行侦查。1995 年 3 月 29 日，杨明因故意杀人嫌疑被刑事拘留。接着，与杨明热恋并同居的杨雪梅也因杀人嫌疑被刑事拘留。杨明被拘留后拒不承认杀害王家凤。杨雪梅被拘留后于同年 4 月 4 日、4 月 11 日、4 月 12 日被提审，每次均否认杨明杀人。4 月 9 日，杨明因杀人嫌转为收审，4 月 12 日，杨雪梅也由刑事拘留转为收审（但罪名由杀人改为赌搏）。杨雪梅被收审后，陆续向公安机关交代：1995 年元月 21 日她在杨明家三楼卧室听见楼下有卡拉 OK 声，隐隐约约还听见有打架的声音，我就下楼，刚到二楼，杨明就来阻拦，过了半个小时，又第二次来到二楼过道上，就听见轻微的“嗯、嗯”声，过后，杨明曾跟我说过，王家凤是他杀死的，他杀人我没有亲自看到。杨雪梅交待后，被无罪释

放。1995 年 8 月，杨明欲以限制人身自由向天柱县人民法院提起行政诉讼，同月 28 日，杨明转捕，1996 年 9 月 13 日，黔东南苗族侗族自治州人民检院以杨明犯故意杀人罪向黔东南苗族侗族治州人民法院提起公诉。

辩护词

审判长、审判员：

根据我国《刑事诉讼法》第 26 条之规定，我受本案被告人杨明之委托、经天柱县律师事务所的指派，出庭担任其辩护人。

我国《刑事诉讼法》第 28 条规定：“ 辩护人的责任是根据事实和法律，提出证明被告人无罪，罪轻或者减轻、免除其刑事责任的材料和意见，维护被告人的合法权益 ”。我通过查阅本案的卷宗材料，会见了在押被告人，调查有关证人，实地查看现场并进行实验等一系列诉讼活动，得知公诉机关认定杨明构成故意杀人罪的依据是：

1.受害人的哥、嫂王家林、高泽芝回忆：王细妹从家里拿一把电筒出门，出门时，王说杨明在外面等我，你莫和妈讲。王家凤外出后，一直未归。

2.杨雪梅的证实。

3.杨细女看见王细妹与比王高一点看上去有点苗条的男人在天柱交通局门口边争吵边往下走。

4.受害人之弟王家军证实杨明曾借过王家凤 1600 元钱。

5.被告人杨明 1994 年 8 月 3 日写给王家风一封信,遗物中发现王家凤的一本笔记本，记载着她与杨明从热恋到感情出现裂痕的内心流露。

6.在杨明家搜查，在其卧室床上，发现女人毛发数根，并见一女人睡衣，床头上有女式手表（表壳已破）。

7.杨明左脸上有三道抓痕。

8.杨明厕所后门有新鲜移动痕迹，木棒上并粘附着荷花塘泥土、指印（无纹线）。

9.距杨明家交叉木棒 2． 4m 处巷道上发现一条粉红色内短裤。

10.受害人尸检报告书。

本辩护人认为，上述材料并不能认定王家凤系被告人杨明所杀，上述材料认定杨明构成故意杀人罪，事实不清，证据不足，本辩护人有如下理由：

一、关于受害人哥嫂王家林、高泽芝在公安卷证实：“ 王细妹从家里拿一把电筒出门，出门时，王家凤说，杨明在外面等我。 ”这一证实，并不能肯定 1 月 21 日晚 10—11 点，杨明与王家凤在一起。根据司法实践经验，审查判断证人证言包括以下诸方面：（1）证人与当事人之间的关系；（2）证人的政治状态和思想品质；（3）证人证言的来源；（4）证言的内容；（5）证人感知案件事实时的客观环境和条件；（6）证人的感知力、记忆力和表达力是否可能影响其如实提供证人证言；（7）证人提供证言时是否受到外界的不良影响；（8）证人证言与其他证据是否一致或协调。王家林、高泽芝的证实，在判断其真伪时，我们应当考虑到他们与受害人王家凤是亲兄妹关系，而其证实王家凤出门时，带有手表、金首怖、电筒等。经查公安卷宗，陆桂仙、陈锡辉证实，王家凤的金首饰早已被她卖掉，其手表在夜市喝醉酒后已丢失。其电筒至今也没有下落。可见其证实的真实性值得怀疑。况且俗话常说：”奸不通父兄，贼不通邻右 ”，王家凤外出与男人游玩，不可能告知其

兄嫂。退一步说，即使他们证实是真的，也不能排除王家凤欺骗其家人，她有可能跟别人出走而说是杨明。因为王家林、高泽芝并没有直接看见杨明，他们并不能肯定王家凤与杨明当天晚上在一起。

二、杨雪梅的证实前后矛盾、内容虚假

1.从公安卷宗材料看出，被告人杨明的同案嫌疑人杨雪梅在羁押期间证实：“1995 年 1 月 21 日晚，她在三楼卧室听见楼下有卡拉 OK 声，隐隐约约还听见有打架的声音，我就下楼，刚到二楼，杨明就来阻拦，我回去用空气清新剂喷了两处，过半个小时后，又第二次来到二楼过道上，就听见轻微的‘嗯，嗯’声”。从卷宗材料来看，1995 年 4 月 4 日杨雪梅第一次被提审时，根本未涉及其此事。4 月 11 日第二次被提审时说自己九点钟睡后，一直未下楼。4 月 12 日第三次被提审时说，下到二楼，杨明就来阻拦，我用空气清新剂喷了两处，就上床睡觉了，就听他关门的声音，过了半个小时，他才上楼来。杨雪梅没有第二次下楼。直到 4 月 13 日第四次被提审时，才交代是两次下楼。由此可见，前后交代相互矛盾。

为了弄清在三楼卧室能否听见卡拉 OK 音乐声、打架声和轻微的“嗯，嗯”声。1995 年 10 月 21 日晚，我们三个律师（顾先平律师、滕代珍律师、杨敏律师）作了一个实验。先在卡拉 OK 厅中播放音乐声，同时摹仿架声、打斗声、呼救声和“嗯，嗯”呻吟声，然后关紧门窗（因为元月 21 日正好是古历腊月 21 日，天气很冷，得关上门窗），再到三楼杨明卧室倾听。结果在三楼卧室里，根本听不见吵架、呼救声，更听不见微弱的呻吟声。

为了更进一步澄清杨雪梅的证实是真还是假，同天晚上，我们三个律师调查询问了住在杨明家门口的李平清，和住在杨明屋后的防疫站干部家属姜金梅，他们证实，去年过年的那段时间，杨明的卡拉 OK 厅大多开到深夜 12 点至凌晨 2 点，他们能听见卡拉 OK 音乐声，那段时间没有听见卡拉 OK 厅发生吵架、打斗、呼救、呻吟等怪异的声音（调查笔录已提交审法庭）。由此可见杨雪梅的证言内容是虚假的，不是真实的。

2.从公安卷宗得知，杨雪梅在 1995 年 4 月 12 日和 5 月 12 日羁押期间，曾给杨明写过两封信，信中写道：“我已怀了两个多月身孕，确实是你的亲生骨肉，况又身染重疾，日渐严重，在大量的事实与证据面前，抵赖已起不了作用，你必须坦白认罪。明，认了吧！难道你真的就不顾我和你家大小，非要丢下我们不管吗？”我们从卷宗材料和调查街坊核实，杨雪梅既未流产、又没有小孩，所说的怀孕，完全是编造出来的。试想，杨雪梅连自己怀孕都编得出来，难道在其他方面就不会编造吗？

3.从公安卷宗 4—14 页来看,杨雪梅 4 月 4 日被拘留的拘留证没有罪名，家属通知书是杀人嫌疑，可是在 4 月 12 日却因赌博转为收审，而其他参赌人员并没有被收审。杨雪梅在因赌博收审后，每次提审时，办案人员只字不问赌博，一直是追问王家凤被害之事。4 月 4 日、4 月 11 日、4 月 12 日三次提审时，杨雪梅都没有交代什么。直到第四次被提审时才证实：“她得问杨明，杨明说王家凤是他杀的，是有意的”。当杨雪梅交代了杨明是杀害王家凤的凶手的口供后，她得到了解脱，被无罪释放。但她的口供却成了认定杨明故意杀人的证据。这种作法，与我国《刑事诉讼法》第 35 条规定的“重证据、重调查研究，不轻信口供”的基本原则背道而驰。本辩护人认为，杨雪梅的

口供，不可轻信。

4.杨雪梅在 4 月 4 日、4 月 11 日被提审时，没有交代什么，在 4 月 12 日被提审时交代“卡拉 OK 厅关门后，杨明过了半个小时才上楼来”，在 4 月 13 日提审中交代“是听见卡拉 OK 厅关门声音，杨明就上来了”。两次交代杨明上楼的的时间有出入，前后相互矛盾。

5.杨雪梅证实：“自杨明告诉我王家凤是他杀的以后，他就不准我喝酒，我都不敢去和他睡。他那段时间都是和吴展成睡”。在 4 月 12 日提审中杨雪梅交代是“杨明不准她喝酒”。在 4 月 13 日提审中杨雪梅却说“从此以后，我不敢喝酒。”前后交代矛盾。吴展成在检察院卷宗证实：“在发现女尸后，有一段时间，我老婆不在屋，我得连续在杨明那里住过一星期，常得见杨雪梅，当时杨雪梅也到杨明那里睡过一、二回。”由此可见，杨雪梅说的是假话，与事实真相有出入。

6.杨雪梅在证实中说是“尿胀了，下来解手”，我们三个律师经过实地调查，发现杨明三楼卧室床下放有痰盂，后门走廊上有下水道，一般都在痰盂里或下水道里解小手，杨雪梅不可能在寒冷的冬夜里，从三楼下到一楼厕所来解手。

7.杨雪梅在证词中说：“杨明跟她说过，王家凤冲进卡拉 OK 厅，大吵大闹。”如果真是那样，那么，卡拉 OK 厅里摆设的各种机子、茶具、玻璃门窗、沙发等物品，一定会损坏变异，留下一些痕迹，卡拉 OK 厅也不可能照常营业。但是，杨明的卡拉 OK 厅并未发现变异的痕迹，第二天照常开门营业，从未停过。

8.杨雪梅的交代与其他证人的陈述相互矛盾

公安卷 173 页朱佳秀证实，杨雪梅跟周德英（杨明母亲）说：姨妈，不要悲伤，人正不怕影子歪，杨雪梅对杨明确有好感。过年后，她又觉得杨明总是忘不了她的老婆那种感觉，她觉得没有意思。过后杨明和杨雪梅都没有反常。龙燕在公安卷 198 页证实，社会也流传王家凤是杨明杀的，我们还开玩笑地说杨明是嫌疑犯，他都是笑嘻嘻的。他还不承认同王家凤的特殊关系。王家凤的尸体冲出后，我们到杨明卡拉 OK 厅玩时，杨明的表情，我看是没有什么变化。

9.假如是杨明将受害人放进荷花塘的水沟里，荷花塘的污泥较深，那么，杨明的衣服、裤子、鞋子等，一定会粘满荷花塘的污泥。但是，杨雪梅并没有发现杨明的衣服、裤子、鞋子等有污泥的痕迹。

10.杨雪梅为什么不敢出庭作证，当面对质

被告人杨明的父母在接到起诉书后，于 1995 年 10 月 8 日书面要求中院领导开庭审理此案时，通知所有证人（特别是主要证人杨雪梅）出庭作证，当面对质。（见附件 1）被告人杨明也强烈要求与杨雪梅当面对质。本辩护人认为他们的这一要求应予支持。但是 10 月 22 日开庭审理此案时，没有一个证人出庭作证，主要证人杨雪梅也没有出庭作证，不管她是拒绝出庭作证，还是逃匿出庭作证，都说明她心中有鬼，怕当堂出丑。讲的是假话，作的是伪证。根据我国《刑事诉讼法》第 36 条规定“证人证言必须在法庭上经过公诉人和被告人、辩护人双方讯问质证，听取各方证人的证言并经过查实之后，才能作为定案的根据”，杨雪梅的证言既未在法庭上经双方讯问质证，也没经过查实，因此，杨雪梅的证言，不能作为定案依据。

上述十点，表明杨雪梅的交代，前后自相矛盾有虚构捏造的事实，而且

与其他证人证言和被告人的陈述不相吻合，她又不敢出庭对质。她的证实，是孤证，没有其他证据相互印证，不具证据效力。因此，杨雪梅的交代不能作为本案的定案依据。

三、关于杨细女的证实

杨细女在公安卷 167—168 页证实：“1 月 21 日晚上 12 点左右，她走到交通局门口，看见王细妹和一个男的边吵架边往下走，那男的比王细妹高一点，看上去有点苗条，不算胖，也不算瘦，穿着我没注意看，王细妹是穿一条健身裤。王细妹讲：‘你怎么要和她，除非我王细妹死了，我不死就办不到……。’王细妹的声音特别大，那勇的讲得细声细声的。如果有那男的照片，我也认不倒。”本辩护人认为，杨细女的证实，不但不能说明王家凤争吵的男人就是杨明，反而可以证明与王家凤争吵的男人并扼死她的凶手不是杨明，而是那个看上去有点苗条的男子，其理由是：

1.杨明的体态特征，一向属于肥胖型，即使被关了一年半多的时间，在开庭审理此案的法庭上，大家都能看了，他还是那样的体胖腰圆，并不苗条，这就说明与王家凤争吵的男人不是杨明。

2.杨细女证实：“1 月 21 日晚 12 左右，王家凤与一个看上去有点苗条的男子边吵边往下走……。”如果杨细女的证实是真的话，那就说明杨雪梅那天晚上听见杨明卡拉 OK 厅有王家凤的吵架声和隐隐约约的“嗯，嗯”声的证实是假的。因为王家风不可能在同一段时期里分成两个人，既到天柱交通局门口与人争吵，又到杨明的卡拉 OK 厅里争吵，打闹、呻吟。

3.县交通局距杨明家约一华里，杨细女证实：“l 月 21 日晚 12 点左右，王家凤与一个看上去有点苗条的男子边吵边往下走。”那么，他们越往下走，离杨明的家就越远。从体态特征可以证明，那个看上去有点苗条的男子肯定不是杨明。退一步说，即使是杨明，杨明也没有时间转回自己卡拉 OK 厅，在次日凌晨一时许将王家凤扼死。

4.从卷宗材料上看，与王家凤有性关系不只杨明一人，而是多人，其中是否有身材苗条的男子，是否还有杀害的嫌疑人。从杨细女的证实看来，真正扼死王家凤的凶手不是杨明，而是那个看上去有点苗条的男子。因此，杀害王家凤的凶手，不能排除此人。

四、受害人之弟王家军证实杨明曾借过王家凤 1600 元现金。

这是事实，杨明已于 1995 年 2 月 20 日将 1600 元钱还给王家凤（见附件 2）。这一证实恰恰证明杨明与王家凤只是一般朋友关系，并非同居关系（法律规定，非法同居关系是指以夫妻名义共同生活而未到婚姻登记机关进行结婚登记）。如果王家凤与杨明达到同吃、同住，以夫妻名义共同生活的关系，那么，他们在经济是不分彼此的，更不写借条，在现实生活中，有些比较熟悉的朋友借钱尚且不打借条，何况以夫妻名义共同生活的人。检察机关认定王家凤与杨明有非法同居关系，完全是根据王家凤的女友证实，王家凤得向她们说过，总是晚上 12 点以后到杨明家睡。但她们本人并未亲眼看见。除此之外，没有任何间接证据相互印证。本辩护人认为，杨明与王家凤存在性关系是实，但没有同居关系。从案件材料上看，王家凤与陈锡辉也存在性关系。

如果发生性关系就是同居关系的话，那陈锡辉与王家凤也应是非法同居关系。再说，杨明至今没有与妻子离婚，如果他与王家凤属非法同居，在法律上则构成重婚罪。公诉机关没有认定杨明重婚，这就说明与王家凤不是非法同居。

既然杨明与王家凤只是相识朋友，不是非法同居关系，那么，杨明就未存在起诉书认定的“喜新厌旧，扼死旧友”的杀人起因，更不可能无缘无故“遂起杀人恶念，便将王家凤扼死”的杀人动机。

五、关于在王家凤家搜出的日记本和杨明写给王家凤的一封信

从公安卷 205 页的材料一看，1994 年 8 月 3 日，杨明曾给王家凤写了一封信，这封信有两个内容，一个是杨明向王家凤表示了并不十分热烈的爱慕之情。另一个是托王家凤购买卡拉 OK 带。对于第一个问题，有两种可能，第一种是当时杨明确实有点喜欢王家凤，过后在相互接触中因各种因素，不愿深入下去。第二种可能是为了达到帮买卡拉 OK 带的目的，故意给王家凤献殷勤。而王家凤收到杨明的信后，春心欲动，便将心思记入日记。翻开王家凤的日记，从 8 月 10 日到 9 月 1 日，王家凤对杨明一往深情，陷入情网，不能自拔。在 9 月 2 日的日记中说明自己是单相思。9 月 4 日王家凤已意识到杨明这一生一世，只爱他的老婆，自己是杨明的牺牲品，但并不恨杨明，只希望杨明过得比自己还好，什么都不在乎。10 月 30 日，王家凤知道自己跟杨明结婚已不可能，只希望来世做夫妻。回来后，决定开酒厂，找个爱我的人做丈夫。从王家凤的日记中结合吴燕子在公安宗卷的证实（内容为王家凤也是一心想和杨明退钱，王家凤还曾讲杨明一家人都不喜欢她）。王家凤知道和杨明结婚是根本不可能的，其内心就不可能毫无意义地纠缠杨明。假如王家凤非要和杨明结婚不可的话，那么，成为其绊脚石的应是她的情敌杨雪梅。王家凤要达到目的，也只有扫除障碍杨雪梅。而她一次未纠缠过杨雪梅，可见她纠缠杨明是为了追回借款。在 1 月 21 日的前几天，王家凤邀几个朋友到大喜家喊杨明出来，也是为追还 1600 元借款之事。凭杨明当时的经济条件，王家凤仅与他有三次性关系，王家凤不会成为他与杨雪梅结合的障碍。从作案的动机上说，杨明不具备杀害王家凤的内心起因。

六、在杨明家搜查时，在其卧室发现女人毛发数根，并见一件女人睡衣，床头上有一块女式手表（表壳已破），这并不能成为杨明杀害王家凤的物证。

从王家凤的日记和其他材料中看出，在杨明卧室睡的女人不是王家凤一人，在其家中发现女人毛发，没有经过科学技术鉴定，不能作同一认定。到底是谁的毛发还是个谜。至于女人睡衣，在公安卷 65 页已很清楚，是杨雪梅送给杨明之妹杨孟贞的。再说床头上的女式手表，也没有任何证据能证实是王家凤的。陈锡辉在公安卷 156 页证实，王家凤的手表在农历 12 月 16 日已经丢失。

七、关于杨明脸上的三道抓痕

从卷宗材料上看，有法医鉴定，证人证言，但没有任何证据证实杨明的脸是被王家凤抓伤的。在尸检报告中，也未发现王家凤的指甲中有血迹或表皮，更没有任何证据证明王家凤指甲附有血迹表皮并与杨明血型相符合的证明材料。

八、关于厕所后门有新鲜移动痕迹，木棒粘附着荷花塘泥土指印（无纹线）

经我们了解，木棒移动是实，但那是杨明母亲动的。她在快过年的时候，按民族风俗，打扫卫生，迎接新年，因而无意挪动了木棒，这是极平常的事。至于木棒上粘附着荷花塘泥土指印。本人认为，泥土到处有，本棒上粘附的泥土，如果没有专家作 PH 值测验，那就不能凭个人推测，牵强附会地证明是荷花塘的泥土。而且公诉机关未能在法庭上出示粘附荷花塘泥土的木棒。

九、关于距交叉木棒 2.4m 处巷道上发现一条粉红色的短内裤的问题

对这个问题，我们有以下四个疑点：

1.这条粉红色的短裤，虽经王家凤母亲陆桂香辩认，但那是不可靠的。因为红色内短裤属于种类物，天柱市场上到处有卖的。王家凤的红色内短裤并没有特殊记号，杨明家的女人较多，同样有红色内短裤。辩认时是用两条天兰色短裤和两条黄色短裤混在一起，不是几条粉红色短裤混在一起让陆桂香辩认，其可靠性值得怀疑。

2.杨细女证实：王家凤死前个把小时曾与男人争吵，因而不可能与争吵的男人发生性行为。那么，这条短内裤的来源就值得怀疑。凶手不可能将王家凤扼死之后毫无意义地脱掉死者的健美裤和内裤，再给死者穿上健美裤，留下内短裤。由此可见，这条内短裤不能证明是王家凤的。

3.从王家凤被杀害到发现她的尸体，相隔将近一月，这条内短裤经过这么久的风吹雨淋，又丢在肮脏不堪的巷道里，应是败色污损，难以辩认。法庭上公诉人没有出示原物，只出示照片，其真实性值得怀疑。

4.退一步说，假定王家凤是杨明所害，既然他知道将尸体移送到荷花塘毁尸灭迹,难道还会有意把一条短内裤丢在巷道里,作为指控杀人的证据吗？只有傻子才会这样做。

以上疑点，说明在发现王家凤的尸体后，这条粉红色短内裤被丢放在杨明屋后的巷道里，是有人栽赃陷害。

十、从卷宗材料来看，公安卷 21 页现场勘察笔录是 1995 年 2 月 18 日，天柱县公安局刑侦队接到凤城派出所报告后，派员到荷花塘西侧农行下水道进行勘查的记录，该地点不是王家凤被杀的第一现场，而是已经移动的现场。原始现场没有勘查笔录，也未有任何能够证实杨明杀害王家凤的物品和痕迹。

十一、从卷宗材料看，王家凤是怎样进入杨明家的，没有任何证据证实。

十二、从卷宗材料看，杨明假如要抛尸，只有两条路可走，一条是

走大路过荷花酒城门口，一条是从其屋后面巷道到荷花塘。

根据当时的情况，走大路是不可能的，因路上行人较多。杨明如果走他家屋后的巷道，那巷道很窄，还要转弯，一个人行走必须弯腰，会与两边墙体磨擦。假如杨明背一尸体通过，不但会留下很大的擦痕，而且衣服会脏。但是公安机关勘察并没有发现擦痕；杨雪梅并没有看见杨明的衣服有肮脏的痕迹。

十三、受害人尸检报告，只能说明受害人王家凤系他杀，但系何人所杀并不能说明。法医鉴定不能解决扼脖子是谁的同一认定。

十四、公诉人在发表公诉词说本案有特殊性，只能收集间按证据，无法收集直接证据。

在司法实践中，运用间接证据定案也是可以的。本辩护人认为，无论直接证据还是间接证据，在诉讼中均有具有重要作用。实践表明，单凭直接证据定案是少见的，而且在刑事诉讼中，单凭被告人口供定案为法律所不许。单凭间接证据定案的情况，也是个别的。在司法实践中完全依靠间接证据查明案件的客观事实，应予遵循的规则和具备的条件是：（1）每一间接证据，都必须查证属实，不能有任何可疑；　（2）每一间接证据，确与案件事实有客观联系，能够证明案件中的某些事实情节，如有证明案件事实发生的时间、地点、条件、环境、原因、结果、当事人实施该行为的动机、目的和手段等；（3）间接证据必须形成一个完整的证明体系，即案件事实，均有相应的间接证据予以证明；（4）间接证据之间，间接证据与案件事实之间，必须协调一致，矛盾必须得到合理排除；（5）依据间接证据形成的证明体系，足以得出肯定的结论，并且这一结论具有排他性。

从公诉机关收集的间接证据来看，根本无法同时达到上述五个规则和条件。因此，本案无法单凭间接证据定案。

综上所述事实和理由，黔东南苗族侗族自治州人民检察院（1996）州检刑诉字第 113 号起诉书指控“ 被告人杨明与王家凤相识并非法同居，王获悉杨明与杨雪梅恋爱同居后，便于 1995 年 1 月 21 日到杨明家发生争吵，次日凌晨一时许，被告人杨明遂起杀人恶念，便将王家凤扼死，将尸抛弃于荷花塘中隐藏。 ”这一指控的事实不清，证据不足，卷宗材料没有充分确凿的证据证明杨明杀害了本案的受害人王家凤。本案很多疑点和矛盾，无法排除。因此，本案应当退回州人民检察院补充侦查，或根据新《刑诉法》第 16 条和第 3 款之规定处理。

审判结果

1996 年 10 月 22 日，黔东南州中级人民法院在天柱公开开庭审理。1996 年 11 月 1 日，黔东南苗族侗族自治州中级人民法院下发了（1996）黔东刑初字第 106 号退回补充侦查决定书，结论为：黔东南苗族侗族自治州人民检察院：你院 1996 年 9 月 20 日提出公诉的被告人杨明故意杀人一案，经开庭审理，合议庭评议，审判委员会进行了讨论认为：该案主要事实不清，证据不

足，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 132 条第（3）项的规定，现决定退回你院补充侦查。1996 年 12 月，黔东南苗族侗族自治州人民检察院在未进行补充侦查的情况下，向州中级人民法院再次提起公诉，州中级人民法院在公诉机关未提供任何新证据的情况下，判决被告人死刑缓期二年执行。杨明不服，上诉至贵州省高级人民法院，该院受理此案后，至今已有六个月，尚未作出终审判决。

作者简介

杨树文（1949—）生于内蒙古乌兰察布盟一个兽医家庭。1968 年从集宁市第三中学参军，1985 年从事律师工作，其间自修了法律大专业全部课程，并于 1987 年北京人文函大法律系毕业。现为呼市创益律师事务所王任律师、区政协委员。

酷爱法律，热爱律师工作，在执业中坚持原则，不畏权势，严密审慎讲求效率，几年来出色地办理了多件在自治区内外有重大影响的法律案件，多次被评为先进工作者。承办的案件多件被评为优秀案卷。

单位名称：呼市创益律师事务所（原呼市回民区律师事务所）
详细地址：呼和浩特市回民区通道街 176 号政法综合办公楼 416 室
邮政编码：010030
联系电话：（0471）6927723、5972941、9026683

张杰的行为无罪

杨树文

案情简介

被告人张杰，女，现年 45 岁，汉族，初中文化，内蒙古乌海市人系呼和浩特市钢铁厂劳动服务公司财务科科长。

一、1991 年 1 月 1 日，被告人同经理李某某，副经理王某某（已死亡）一起到内蒙古第三毛纺织厂购买羊绒呢，被告人买五米，李某某、王某某各买二米六，每米单价 200 元，加上王某某以前欠毛纺织厂的购货款，由王某某共垫付 2339.25 元。

事后，被告人张杰将本单位的发票一张加盖了“ 呼市玉泉区长胜工程队财务专用章 ”，在发票上填写“ 维修费 ”2339． 25 元，以维修费在其公司下属服装厂报销，后将此款全部归还王某某。

二、1992 年 12 月公司规定，职工劳保服单位不统一购买，每人按 210 元的标准自己购买，凭票报销，被告人张杰同副经理王某某，劳资科长张某，司机王某某四人于 12 月 15 日到民族商场购得皮夹克四件，价值共计 6000 元，开发票一张，28 日被告人张杰做会计凭证予以报销，被告人超标准报销 1296 元人民币。

三、1993 年 5 月，被告人张杰通过他人认识了内蒙古管理干部学院的教师乔某某，因被告人张杰没有大专学历故求乔某某帮助 联系到该学院上学，以便晋升高级职称，乔表示可以帮忙，并说学费大约 10000 元左右，随后乔用包头市办班交回学院的收据开出“ 赞助费 ”、 ”助学金 ”各一张，共计 10000 元，事后被告人张杰经公司经理李某某同意将 10000 元提出。同年 7 月工作组进入公司并查询此款的去向，被告人张杰将 10000 万元人民币交付乔某某，乔又将此款交于侦查机关，并证明 10000 元人民币是被告人张杰用于小孩上学，不是被告人张杰上学，侦查机关由此扣押了被告人张杰人民币 14710 元发还该公司。

公诉机关认为：

被告人张杰称其女儿上学解决资金 10000 元系据为己有。

购买羊绒呢用款 1000 元超标准报销 3710 元（含女式皮大衣一件）系贪污公款。

以上有证人证言，原始会计凭证，被告人的供词为证，据此认定被告人张杰利用职务之便贪污公款 14710 元，数额巨大，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 155 条，同时适用《全国人民代表大会常务委员会关于惩治贪污罪、贿赂罪的补充规定》第一条的规定，构成贪污罪。

辩护人认为：

本案 10000 元是关键，同时 10000 元关键是被告人张杰自己为了上学提出的，还是为其女儿上学提出的。辩护人经过调查取证，证人张某、安某某、李某某均证实是被告人张杰本人上学不是其女儿上学。同时证人张某还证实了被告人张杰同乔某某的认识就是通过他介绍的，当时介绍认识的目的就是联系被告人张杰上学。辩护人又找到了本案关键人乔某某，乔否认了以前的证言，证实 10000 元确实是被告人张杰为了晋升职称上学费用。据此

一、被告人张杰所提出 10000 元人民币的行为不构成贪污。

理由是被告人主观上没有贪污的故意，客观上 10000 无提出是领导同意的，而且也履行了全部审批手续，同时管理学院也出具了 10000 元的收据。具体被告人张杰是否应该用公款上学，这是一个企业的自主权，其结果不属违法，更不是犯罪。

二、被告人超标准报销劳保服和购羊绒呢是领导决定的，属多吃多占的行为。

三、指控被告人得女士皮大衣一件事实不清，缺乏证据。

辩护人观点认为：被告人张杰无罪。

一审法院认为：

一、公诉机关指控被告人张杰为女儿上学解决资金 10000 元，除乔某某在侦查阶段的证实外，无其他证实，现乔某某予以更正，同时有证人张某、安某某的证实。

二、公诉机关指控被告人张杰得女式皮大衣一件，此项指控因缺乏证据不能成立。被告人张杰超标准报销劳保服和购羊绒呢是经领导研究的，系多吃多占行为。其情节轻微，构不成犯罪。

据此采纳了辩护人意见，判决被告人张杰无罪。

一审判决后公诉机关对一审判决持有异议。提出了抗诉。二审人民法院经合议庭评议，审判委员会讨论并作出决定，终审裁定驳回抗诉，维持原判。

作者简介

程学平（1964、10—），大学本科（理学士）、大学专科（法律）学历，中共党员，三级律师。原从事中学教育及行政领导工作。1984 年受聘兼职律师，1986 年参加全国首次律师资格考试，取得律师资格，1989 年弃政而成为专职律师，现系安徽省宣州市律师事务所主任。

单位名称：安徽省宣州市律师事务所
详细地址：安徽省宣州市中山路 71 号
邮政编码：242000
联系电话：（0563）3023597

检举立功、死囚绝处逢生
倪某某特大抢劫、诈骗案
程学平

案情简述

被告人叶某、倪某某等 21 被告，自 91 年至 93 年期间，集伙在苏、浙、皖、闽、沪等省市长途公共汽车上以套红蓝铅笔的方法设赌行骗。被骗者一旦发觉上当，欲索回钱财时，被告等人即当场实施暴力。起诉查明，3 年来共作案 69 起，其中构成抢劫犯罪 56 起，劫取现金 34 万余元，金首饰等财物价值 2 万余无。构成诈骗犯罪 13 起，骗取现金 3 万余元。

另该 21 被告还与流窜在上述省市及赣、鲁、鄂、川等省市的犯罪同伙（已查明的达 140 余人）时分时合。作案 300 余起，危害范围达十余省市的主要交通干线，受害群众达千人。该犯罪人数之多，范围之广，危害之大，为我国之罕见。成为横行华东、华南、华中等客运交通干线上危害极大的车匪。由于各地频频发案，数地警方虽多次出击，奈何罪犯流窜地广，身份地频频发案，数地警方虽多次出击，奈何罪犯流窜地广，身份不明，每次作案都达 8—12 人，且都具有反侦捕的经验，故一时不能有效遏制此类犯罪。受危害群众数次控告。惊动中央，中央政法委指示公安部牵头，由苏、浙、皖等省城立专案组，调集警力，从速打击。

93 年 3 月 13 日起，罪犯相继被安徽、苏、浙、赣、鄂等省公安人员缉捕归案。这就是在全国引起极大轰动的“ 五十万里大追捕 ”。

94 年 5 月，宣城地区检察分院对叶某、倪某某等 21 被告以抢劫、诈骗集团犯罪向宣城地区中级人民法院提起公诉。

办理本案的难点

担任这起特大抢劫、诈骗集团犯罪案第三号人物（实为第二被告）倪某某的辩护人，面对厚达一米多的几十本卷宗，长达 30 页，2 万余字的起诉书，辩护人工作之辛苦是不难想象的。此为难点之

难点之二，对倪某某如此罪大恶极的罪犯，论其罪行，判其极刑，仍属于死有余辜，律师从何辩起。

难点之三，对此特大集团犯罪的第二被告，律师所付出的劳动能有什么效果。水平再高、再善辩的律师，又有何能力使其从轻处罚。

为履行律师的职责，我仍接受委托，担任了倪某某辩护人。

辩护方案的确定

通过全面查阅卷宗、详细询问被告人，针对被告等人的犯罪特点，确定辩护方案如下：

第一、针对此类犯罪每次都需 8—12 人分工配合方可实施的特点，通过以数据统计的方式得出了历次犯罪人员并不是相对稳定组合的结论。因而，首先应否定集团犯罪的指控，而确认为必要共同犯罪。

第二、针对此类犯罪都是先以诱骗方式获取钱财，只有被骗者发觉上当欲索回钱财时，才实施暴力而拒绝返还所骗钱财的特点，分别确认各被告人在共同犯罪行为性质转化过程中的行为责任。从而根据被告人倪某某虽然犯罪次数多，但在共同犯罪中多数行为均在设赌诱骗阶段，即“一台”实施，且未直接实施过暴力或暴力相威胁的行为特点，运用由诈骗转化为抢劫的犯罪性质转化的法学理论、论证其属诈骗犯罪的主犯、抢劫犯罪的从犯。

法庭审理

公诉机关指控：1.叶某、倪某某等 21 被告构成抢劫、诈骗集团犯罪。2.叶某，倪某某及 16 名被告系特大抢劫，诈骗犯罪集团的主犯；唐某某等五被告属从犯。其中倪某某参与抢劫犯罪 29 起，劫取现金 22.9 万元，金首饰价值 0.4 万元，系主犯。应从重处罚。

94 年 7 月 25 日至 31 日，宣城地区中级人民法院进行了为期 7 天的公开审理。三名公诉人出庭支持公诉，21 名律师出庭辩护。

全区基层法院都派出车辆和人员，宣城地区公安处、宣州市公安局、武警支队派出近百名干警参与协助，宣城地区分管政法的领导、省高级法院派出刑一庭庭长为代表的专案组参与旁听。

庭审中，各被告对主要犯罪事实作了供述，但就共同犯罪各自的行为作了一些辩解，并对部分事实和情节予以了否认。

公诉意见

公诉人指控：“被告叶某、倪某某等 21 被告，以非法占有为目的，组织犯罪集团，长期在长途客车上以套红蓝牙刷，红蓝铅笔设赌行骗的手段大肆劫取、诈骗乘客钱财共计作案 69 起，其中抢劫 56 起，劫取现金 34.7 万元，美金 200 元，金戒子五枚，金项链 1 根，双狮表、电子表各一块。诈骗犯罪 13 起，骗取现金 3.3 万元。

另公诉人还就犯罪集团的构成、各被告的行为特点及行为责任，在共同犯罪中的地位和作用及主观恶性和社会危害性作了分析和论证。要求法庭对 21 名被告分别适用《刑法》第 22 条、第 150 条第一、二款，第 153 条，第 151 条，第 152 条，第 61 条第一款定罪量刑，其中叶某某、倪某某等 16 名主犯还应适用《刑法》第 23 条，予以从重处罚。唐某某等 5 名从犯适用《刑法》第 24 条，比照主犯予以从轻处罚。

就被告人倪某某，公诉人认为：被告人倪某某积极参加抢劫、诈骗集团，

参与抢劫诈骗 29 起，劫取现金 22.9 万元，金戒子一枚，金项链一根。参与诈骗犯罪 6 起，骗取现金 1.32 万元，且在犯罪团伙中起主要作用，是主犯.应从重处罚。

辩护人意见

针对起诉书指控及公诉意见，辩护人综合全案的证据，依照事实和法律，发表了如下辩护意见：

一、关于集团犯罪问题——本案不具备集团犯罪的法律要件

所谓集团犯罪必须具备以下要件：1.人数较多；2.有一定组织性，重要成员固定或基本固定，有明显首要分子；3.相对稳定；4.有明确犯罪目的；5.社会危险性和危害性严重。且五个要件属必备要件，而非选择要件，缺一不可。

依据上述五个条件；本案被指控犯有集团抢劫犯罪的 21 个被告人，显然不符合条件之二、三。

为说明这个问题，首先请看一组统计数据。

起诉书指控 21 个被告的 56 起抢劫犯罪系 91、92、93 三年度内发生的，其中 91 年 4 起，92 年 30 起，93 年 22 起。

就 21 被告参予 56 起抢劫犯罪的次数及每次参与人数如下表：

年度	1991 年			1992 年				
犯罪次数	4			30				
参与人数	1	2	3	1	2	3	4	5
参与犯罪次数	1	2	1	12	3	5	5	5

1993									合计
22									56
1	4	5	6	7	8	9	10	12	73
1	3	4	2	1	4	2	4	1	56

统计可见，21 被告中超半数共同作案的三年中仅一起，三分之一的人员参与的仅 12 起。显见多数犯罪是伙同该 21 被告之外的犯罪分子作案的。

据此，该案显然不符合有一定的组织性，重要人员固定或基本固定，有明显首要分子的条件之二，及具有相对稳定性的条件之三。由法庭调查及案卷材料看，首要分子也不明显，且地位及作用远大于本案首犯的明显有孙某某、方某某、吴某某及什么“毛胡子”、“老甲”等人。且他们时分时合，并不具有稳定成员，更无什么组织性。虽有一些黑话及约定，但属江湖黑道通用名词及通用约定，并非该 21 名被告所独创。故此，本案 21 被告不具备集团犯罪的法律要件，所以，也就不应适用集团犯罪的法律条款予以处罚。

二、本案系较为复杂且系必要的共同犯罪

此类诈骗、抢劫犯罪，非单个行为人可以实施，而必须有多个行为人相互配合方可进行。且人数至少 8 人以上，具有一定的分工合作。因而，给人

们形成一种集团假象。但据上分析，本案 21 被告，在三年中并未形成一个相对稳定的人员组织，也无明确的组织性，更无明显的首要分子。所以，根据本案特定的诈骗及由诈骗转化为抢劫的犯罪形式，依据刑法理论，只能认定为一种较为复杂的事先有通谋且必要有共同犯罪，其社会危害性虽大于一般简单的共同犯罪，但又小于集团犯罪。

三、犯罪性质的转化中应重视的几个问题

第一、本案最显著的特点之一是犯罪性质转化问题。即各行为人最初的主观犯罪都是诈骗，实施的也是诈骗行为，只是在骗术被他人识破后，为使已获得的非法所得不被他人取回，而不同程度地实施一些暴力及暴力相威胁行为。从而，依《刑事》第 153 条之规定，其犯罪性质由转化为抢劫。就本案指控的 56 起抢劫犯罪中,除少数几起在骗术未逞时直接实施了暴力抢劫行为而劫取他人钱财外，绝大多数都是先将他人钱财骗到后后，他人发现上当受骗而欲要回钱财时，才受到部分被告人的暴力及暴力相威胁。因而，本案被告行为的特点的主要手段是骗，强化及辅助手段是抢，即由骗转化为抢。

第二、被告人利用了部分乘客的好奇及贪财心理，设赌引诱其上当，因而部分被骗乘客就其本身的心理及行为也是有过错的，为被告人的骗、抢提供了条件。

第三、由骗转化为抢不是本案犯罪性质转化的必然结果或必备的手段。

第四、根据抢劫罪构成的法律要件，即主观上是故意，客观上是实施暴力及暴力相威胁的行为犯特点。就每次参与人来说，依据各行为人的行为特点及罪责自负的原则，并不能都必然地整体发生犯罪性质的转化，即并非每次作案的行为人，都构成由诈骗向抢劫的转化。

以上四个问题，应引起法庭的高度重视，以准确确认各被告人在共同犯罪中的地位、作用及法律责任。

四、关于被告人倪某某参与抢劫犯罪的事实认定及性质转化的几个问题

第一、起诉书指控的 56 起抢劫犯罪中，依据证据及法庭详细的调查，本辩护人认为：其中第 19 起、22—30 起、第 50 起、第 54 起共 12 起作案，就是按起诉书指控认定，部分被告也仅有一般性的语言，其暴力威胁并不明显，更未达到法定要求的恶劣程度，故该 12 起作案认定为由诈骗转化为抢劫，存在着暴力及暴力相威胁行为不明显及证据不充分的问题。因而，该 12 起，认定抢劫犯罪是不够准确的，而应认定为诈骗犯罪才是适宜的。

第二、起诉书指控被告人倪某某在第 4、第 49 起犯罪中，实施了持刀相威胁的行为。根据证据及法庭调查表明，同案人中无一人证实其持刀，被告本人历次供述均称从未带过刀。受害人证词是：“ 一个脸上有疤的人用刀威胁 ”，而被告人倪某某脸上并无疤痕。且这两起中，被告人倪某某均在“ 一台 ”，中途已被“ 轰 ”下来，对后面的行为并未参与。故此，该指控是不能成立的。

第三、就被告人被指控参予的 29 起抢劫犯罪中，第 3、4、、6、10、11、12、14、17、18、19、25、30、48、49、50 共 15 起担任的是“ 一台媒子 ”

角色，中途即被“赶”下车，其后的诈骗、抢劫均未参予。因而，依据抢劫犯罪主客观上的行为要件，特点及罪责自负、不搞株连的原则，被告人对该15起犯罪的行为性质只能认定是诈骗中的共犯，而不能必然地牵连转化为抢劫犯罪的共犯。

第四、被告人在被指控抢劫罪的第5、7、13、15、16、20、21、22、23、25、27、28、29、31、共14起犯罪中担任的是“二台媒子”和“挡龙头”角色。有时提前下车，有时因其嗜酒而在车上睡觉，即使和“二台”人一道下车，也从未实施过任何具体的暴力及暴力相威胁行为。

第五、根据本案诈骗、抢劫犯罪的手段及方法特点看，“二台台柱”和“送包口”的角色为最重要、最关键的一等角色；“一台台柱”和“二台媒子”、“压点”为二等角色；“挡龙头”为三等角色，“一台媒子”为四等角色。分赃也是以此为等级。被告人倪某某因语言表达能力差及嗜酒误事，故在其间担任的除第7起为“二台媒子”外，担任最多的是“一台媒子”的四等角色，其余均为“挡龙头”（即望风）的三等角色。故而，在分赃中也大多处于三等及四等。

第六、就被告人倪某某被指控的29起抢劫犯罪中，扣除不宜认定为抢劫的第16、22、23、27、28、29共6起及担任一台媒子角色已被扣除的15起，共计有21起不构成抢劫犯罪。其同二台人员一道下车，因同案人实施暴力及暴力相威胁行为后，使诈骗整体转化为抢劫的仅有8起，且被告人倪某某也从未实施过任何具体的、直接的暴力及暴力相威胁的行为。

第七、据上统计能够认定被告人倪某某因同案人行为而由诈骗转化为抢劫共犯的第5、7、13、15、16、20、21、31共8起抢劫犯罪中，参与金额也仅为8． 03万元,被告人分得赃款也是占很小比例的。如第13起14人作案，骗取现金3． 75万元，被告人倪某某只分得0.1万元。

以上七个问题，是分析被告人倪某某行为特点，确认其行为性质及责任的重要依据。为此，提请法庭予以高度重视。

五、被告人倪某某在共同犯罪中的地位和作用

据上统计分析，被告人倪某某被指控的29起抢劫犯罪，能够认定其构成抢劫共犯的仅为8起，其在该8起中，未实施任何具体的暴力及暴力相威胁的行为，故其在抢劫的共同犯罪中，显然作用是辅助的，故其地位也只能是从属的。

但就被告人倪某某作案次数来看，被指控的29起抢劫犯罪中，有21起虽不构成抢劫犯罪，但却构成诈骗犯罪。加上其被指控的6起诈骗犯罪，共计为27起诈骗犯罪。故其在诈骗的共同犯罪中，虽然每次作案，其作用都属辅助，但却因次数参与多而可视作积极参与，从而根据主犯构成的选择要件，可认定其为诈骗犯罪的行为主犯。

所以，根据被告人倪某某参与的35起共同犯罪（其中27起构成诈骗，8起构成抢劫共犯）中的行为特点，其在共同犯罪中的地位只应认为诈骗犯罪的行为主犯，抢劫犯罪的从犯。

六、被告人倪某某应负的法律责任

根据被告人倪某某如实供述，结合本案证据，依据法律规定，被告人倪某某已构成抢劫及诈骗两罪，结合其参与犯罪的社会危害性较大参，参考其又系刑满释放后重新犯罪人员，其抢劫罪应依《刑法》第 150 条第二款，第 24 条之规定处刑，其诈骗罪依法应依《刑法》第 152 条第二款、第 23 条之规定处刑。

但是，被告人倪某某同时也具有可获得适当从轻处罚的条件。

第一、被告人虽参与作案次数多，但未实施过任何暴力及暴力相威胁的行为，故在抢劫的共同犯罪中的作用都是辅助性的。虽在诈骗犯罪中参与次数多而可构成诈骗共同犯罪的主犯，但也只能就诈骗犯罪依《刑法》第 152 条规定的刑期内予以从重处罚。

第二、被告人倪某某案发后，除能如实供述自己参与的全部犯罪事实外，同时还积极地检举揭发了其它人员的犯罪并提供了未抓获人犯的接头地点，为公安机关抓获多名罪犯提供了线索。既表现了良好的认罪悔罪态度，也可视为立功表现。

综上，对被告人倪某某的处罚，不能只看到其从重的一面，也应考虑到其可获得从轻的一面，从而，对其尚不足以按《刑法》第 150 条规定的最高刑处罚。

至此，本辩护人重申辩护要点如下：

第一，本案不符合集团犯罪的法律要件；

第二，本案抢劫犯罪绝大多数是以诈骗转化为抢劫的，故有别于直接抢劫的主观恶性及社会危害性；

第三，各被告人在犯罪性质的转化中，并不都必然地应承担性质转化的法律责任，而应依其行为特点，依罪责自负不搞株连及犯罪构成的法律要件，分别确认其法律责任；

第四,被告人倪某某被指控的 35 起犯罪中证据充分且认定准确而构成抢劫犯罪的只有 8 起，构成诈骗犯罪的 27 起；

第五，被告人倪某某只构成诈骗犯罪的行为主犯，而不构成抢劫的主犯。

以上辩护意见，望法庭予以充分重视并予以采纳。

二轮答辩意见综合

一、控辩双方应明确的三个焦点问题：

第一、本案集团所指对象，是全国类似的全部犯罪人员；或是跨苏、浙、皖、鲁、闽、鄂、川等省在案的 145 人；还是仅指本案的 21 人。对此，公诉人在公诉意见中未能明确，并予以混淆，辩护人认为：只能特指本案 21 名被告人；

第二、构成集团犯罪的五个法律要件，是必备条件？还是选择问题。公诉人答辩指出：即使本案不符合要件之二、三、但符合一、四、五、因而仍不影响集团构成。辩护人认为：集团犯罪的五个构成要件是必备的，缺一不可，而非选择要件。

第三、仅有犯意而无行为，能否构成抢劫犯罪——犯罪性质的转化问题。公诉人认为，即使部分被告人因分工不同而未参与后续的暴力及暴力相威胁阶段，但他们一开始的共同犯意都是先骗后抢。故部分被告人虽未参与暴力

及暴力相威胁阶段，但其因具有共同犯意而构成抢劫共犯。辩护人认为：公诉人这一认为，显属法理认识错误。因为，刑法理论明确指出：仅有犯意，而无行为，是不构成犯罪的。结合本案犯罪性质并不必然转化的特点及依据犯罪主、客观相一致，罪责自负，不搞株连的原则。对于每一起未参与暴力及暴力威胁阶段的被告人，就该起犯罪，只能认定为诈骗共犯，而不能认定为抢劫共犯。

二、集团犯罪的首要分子及人员相对稳定性问题

第一、公诉人认定本案第一、二被告人叶某、王某为集团犯罪的首要分子，起组织领导作用，然辩护人前已阐述，就本案指控的 56 起抢劫犯罪中，地位和作用大于叶某、王某二人的还有多个，故他们起组织领导的作用并不明确，更不固定。

例：有孙某在时，以孙某为主，叶某还听孙某的。另外，就王某而言，他在 92 年 4 月 9 日以后，就洗手不干了。在此之前，也仅参与三起抢劫犯罪。而被指控的 56 起抢劫犯罪中，有 51 起是在 92 年 4 月 9 日以后发生的，王某既未参与，更不明知，何来认定其为组织领导作用。故此，辩护人再次重申，本案所谓集团犯罪的首要分子是不存在的。

第二、公诉人认为辩护人统计的有关数据，仅是简单数字，不能论证集团不构成，且他们人员变动频繁，各“班子”之间相互穿插，因而不符合集团构成的条件之三。辩护人认为，一轮发言中统计的数据，已足以说明该所谓集团的人员是不稳定的。同时，公诉人刚才发言认为，该集团人员变动频繁，依公诉人此认为，运用逻辑证明的归谬法，显见论据和论点是相悖的。变动频繁和人员稳定是相反的概念，既然公诉人承认“人员变动频繁”，由此必然只能导论出“人员不稳定”的结论。进而推论出——不符合集团犯罪的构成要件之一——人员稳定的条件。故而论证的结果只能是——集团犯罪不构成。

一审判决

一审法院综合控、辩双方的意见，经审判委员会讨论，首先采纳了辩护人关于不构成集团犯罪的意见，并将公诉机关指控被告人倪某某的 29 起抢劫犯罪只认定了 21 起，8 起认定为诈骗。劫取财物折价由 22.9 万元降为 17.3 万元，诈骗犯罪由原指控 6 起上升为 14 起，骗取钱财 7.2 万元。

由于原列为第二被告的王某不构成集团犯罪的组织领导者而认定为从犯，故倪某某由原第三被告上升为第二。从而作出叶某某，倪某某等八被告人以抢劫罪判处死刑，诈骗罪分别为 5—10 年有期徒刑，合并执行死刑，剥夺政治权利终身。被告人余某某等 13 名被告分别判处死缓和 2—18 年有期徒刑的一审判决。

检举立功，死囚绝处逢生

对倪某某的一审刑决结果，是意料之中的。一审判决宣判后，被告倪某某出于求生的本能要求上诉。作为辩护人，深知就事实和法律而言，一审刑

决无疑都是不可改变的。

根据被告犯罪的特点，出于律师的职业敏感，可以推断，被告人尚有余罪和多起尚未侦破的犯罪及尚未辑捕的罪犯。为此，辩护人在会见被告倪某某时，向其指出，若想获从轻处罚，唯一的出路就是坦白余罪，检举立功，并动员其亲属代为退赃。但被告对坦白余罪和检举存有疑虑。经辩护人向其宣讲法律，被告人倪某某当即以书面的形式坦白余罪并检举他人抢劫犯罪 26 起，涉及犯罪金额 28 万余元，并提供了多名罪犯活动藏匿的地点。其亲属也为其退赃一万元。辩护人取得了倪某某的检举材料后，当即与宣城地区公安处，中级法院及省高级法院联系，并以律师函形式，呼吁他们重视。

据此，作为倪某某的二审辩护人，在二审辩护间中除重申了关于犯罪性质的转化、倪某某不是抢劫犯罪主犯的意见外，着重提出其有重大立功表现，依法应获得从轻处罚。并强调指出：就此案言，杀不杀倪某某也许并非十分重要，但重要的是应当严格执行法律，体现政策。倪某某若能给予适当从轻处罚，无疑对分化瓦解犯罪分子内部阵营，感召其它犯罪分子主动坦白检举，真正悔过自新，侦破陈年积案，强化社会治安综合治理无疑都具有积极积极重大的意义。因而，二者权衡，给被告人倪某某适当从轻处罚，其社会积极因素是重大的。

省高级人民法院采纳了辩护人的意见，认定：“ 上诉人倪某某在本院审理期间，主动坦白交代余罪，积极检举和提供徐某某等人的抢劫、诈骗的犯罪行为，公安机关根据其检举和提供的线索，已将多名负案在逃的要犯抓获归案。因此，倪某某确有重大立功表现，依法可予以从轻处罚。除此，倪某某的亲属根据倪犯的请求，帮助其退赃一万元，可视为上诉人倪某某积极退赃，有悔罪表现，可酌定从轻处罚。其辩护人的辩护意见部分采纳。 ”

据此，二审法院依法将倪某某的死刑改判为死缓。另一审被判死刑而上诉的七名上诉人，均被裁定驳回上诉，维持原判。其它上诉人的上诉请求也均被裁定驳回。

作者简介

赵春　河南省焦作市鑫光律师事务所律师。该所第一法律业务部长。中共党员。有着和同龄人共同的经历，经过广阔天地的战斗洗礼。进入河南大学中文系学习，毕业后在中学执教。1982 年通过考试被招聘为兼职律师。1986 年参加首次全国律师资格统考。取得律师资格后，调入律师事务所，从事专职律师工作至今。

在从事律师工作的十几年中，承办的各类案件也近千件。本着务实、拼搏的执业精神，取得了一定的成绩，产生了一定的社会影响。

单位名称：河南省焦作鑫光律师事务所
详细地址：河南省焦作市军人接待站二楼
邮政编码：454151
联系电话：　（0379）2615448　3938449

故意杀人犯杨丽不应判处极刑
——杨丽故意杀人案二审辩护
赵春

案情介绍

被告人杨丽在纪某（某公司经理）的纠缠下与前夫管红江（房屋开发公司经理，本案第一被告）离婚与纪某结婚。杨与纪结婚后仍与前夫管红江保持性关系。管、杨为达到复婚之目的，预谋乘纪出差的时机杀死纪某。1995 年 11 月 14 日晚，纪某要在当晚出差，杨遂将管红江准备的二十余片安眠药片溶于水中，欲让纪某饮用未逞。杨传呼告知管，纪未服安眠药，劝管不要来动手。次日凌晨一时许，管审至纪、杨住处。杨遂躲进另一卧室。管红江和纪某厮打中，管持铁锤、菜刀将纪某杀死。并将纪尸体肢解。尔后，管红江、杨丽二人将纪某内脏扒出剁碎倒入便池内冲走。将纪某的头颅、躯干、四肢移至杨丽另租用的民房内，把肉剁碎倒入便池内冲走。将骨头砸碎抛至野外。此案经公安机关侦破后，在社会上产生极大影响。

一审以故意杀人罪判处被告人管红江、被告人杨丽死刑，剥夺政治权利终身。二被告人均不服判决，提出上诉。

辩护词（节选）

杨丽在杀人犯罪的全部过程中，特别是在直接实施杀人犯罪中，起着辅助的次要作用。根据我国《刑法》24 条之规定应从轻处罚。

（1）在预谋阶段杨起着辅助作用。

据一审调查的事实：杨告诉管受害人纪某准备让杨丽陪同出差，管红江不让杨丽去，提出利用纪某出差的机会将纪某杀死，制造出纪某出差失踪的假象。同时，管提供安眠药便于杀死纪某。事实说明杨丽在犯罪预谋阶段只是起到传递有利于实施犯罪信息的作用。

（2）在杀死纪某的犯罪行为实施中，杨丽起着次要作用。

1995 年 11 月 14 日晚，杨在纪决定出差未让纪服安眠药的情况下，打传呼通知管今晚不要行动了，管红江接到传呼后没有复机就直接赶到现场，杨丽劝管回去，并说纪不出差了，也没有让纪服安眠药。这些事实说明，杨丽在主观上有中止犯罪的思想。管红江执意要和纪某“谈谈”。杨丽就躲进了另一卧室。

在管红江和纪某撕打到管红江将纪某打翻在地，又用菜刀将纪某杀死的全部过程中。杨丽一直在卧室里没有出来。这一事实说明，杨丽不在杀人现场。没有实施杀死纪某的行为。

（一）我国《刑法》规定故意杀人罪是故意非法剥夺他人生命的犯罪行为。犯罪分子在主观上有非法剥夺他人生命的犯罪故意，在客观上实施了非法剥夺他人生命的犯罪行为。在本案中，杨丽虽然参与了杀死纪某的预谋，也参与了肢解纪某的肢体，但是，杨丽毕竟没有实施杀死纪某的犯罪行为。参与预谋和肢解尸体与实施剥夺他人生命的犯罪为有着质的区别。一审在对杨丽量刑时，没有充分考虑到杨丽参与犯罪的具体情节，没有将直接实施犯罪行为和未直接实施犯罪行为区分开来。不符合惩办与宽大相结合的立法精神。

基于上述事实理由，请求高院根据《刑法》24 条和第 1 条之规定，对未实施杀人犯罪行为的杨丽从轻处罚。

（二）受害人纪某在管红江和杨丽夫妻关系的存续期间，充当了极不光彩的第三者角色，是惨案发生的诱因。

根据一审查证的事实，长期以来，纪某对杨丽进行肉体上的折磨和精神上的恫吓，使杨丽生活在一个极不稳定的环境中，纪某曾经多次用小口径步枪和匕首威胁杨丽，逼其与管红江离婚，与自己结婚，否则就同归于尽，纪某还扬言如果杨不与管离婚，纪某就从中捣乱，叫管红江的公司无法经营。杨丽就是在纪某恫吓威逼下，迫于无奈和管红江离婚而与纪某结婚的。但是，杨与纪结婚的第三天杨就提出和纪某离婚，并请求律师给予法律帮助。后因种种原因没有诉至法院。

一审法院对于纪某插足他人的家庭是导致凶杀惨案发生的诱因不预认定是不符合本案事实的。请求高院充分注意到这一情节，酌情考虑对杨丽从轻处罚。

据上，辩护人恳求高院全面考虑被告人杨丽的犯罪事实和犯罪情节，对于杨丽依法从轻处罚。不应判处极刑。

审理结果

二审法院认为杨丽为达复婚之目的，预谋杀人，参与碎尸灭迹，手段残忍，情节恶劣，应依法严惩。但在实施杀人中，杨丽不在杀人现场，无直接参与杀人。辩护人的辩护理由成立。被告人杨丽尚不属于必须立即执行死刑的犯罪分子，决定撤销一审中对于杨丽的处刑部分，以故意杀人罪改判杨丽死刑，缓期 2 年执行，剥夺政治权利终身。

作者简介

刘祚丹（1962、9—）1983 年毕业于辽宁省警官专科学校；1984 年工作于辽宁省大连监狱；1988 年毕业于北京大学；1995 年在大连海事大学攻读海商法硕士学位。1989—1992 年期间做过教师、商店经理、公司经理。1992 年 8 月取得律师资格；1993 年 1 月—6 同 30 日在大连第一律师事务所实习，从师于陈德惠等大连著名律师；1993 年 7 月 1 日—1994 年 6 月，受聘于大连市经济贸易律师事务所，一年中自己承办案件 21 件，为所里创收 10 多万元；1994 年 7 月受聘于辽宁中华律师事务所（现更名为辽宁人民律师事务所），并被任命为该所在大连分所的主任。1995 年度，个人办案件 65 件，创收 40 多万元；1996 年度（截止 11 月份）个人办案 55 件，创收 60 务万元；成功地为三个被告人作无罪辩护，在承办的经济案件中标的超千万元的两件，百万元以上的 13 件。

单位名称：辽宁人民律师事务所
详细地址：大连市西岗区长春路 196# 华威酒店 217 室
邮编编码：116011
联系电话：（0411）3642070

疑罪应当从无

刘祚丹

案情简介

1989 年 4 月 6 日，大连市庄河县电视大学学生姜丰云持四张总价值为四千元的大面额定期储蓄存单到储蓄所取款，被公安干警当成盗窃嫌疑人当场抓获，并提请逮捕。因为这四张定期存单是庄河镇南地区两居民最近家中被盗物品之一，是破案的重要线索。

1989 年 1 月 12 日，16 日下午，庄河镇职工委姜某某、谭某某家中相继发生了两起盗窃案件。失窃物品为男式大衣、毛线、毛料、香烟、粮票、皮鞋、旅游鞋等，还有大面额定期储蓄单五千五百元，该存单于 1989 年 4 月 6 日到期，失窃总价值为七千余元。

公安机关在侦查阶段对犯罪现场进行勘验，没有发现任何证据。但是可以推断这是一起合伙作案，因为姜丰云一个人不可能完成所有的犯罪行为。根据这一推断公安机关进行了攻坚战——挖出姜的同伙。结果是一无所获；同时向嫌疑人姜丰云追缴赃物，又是一无所获。就这样交付检察起诉。庄河县人民检察院在审查起诉中，同样在证据与赃物上下了很大的气力，但还是一无所获，毫无突破，但总认为他是有罪的，还是向人民法院提起了公诉，同年 12 月 15 日，庄河县人民法院以盗窃罪判处姜丰云有期徒刑七年。在宣判时并未告知姜有上诉的权利。在服刑期间，通过监狱里的法制教育开始懂法。姜丰云开始申诉，却没有结果。

刑满释放之后，姜丰云找到我。我听取了案情后，认为本案有问题，同意为其调查了解。我经过详细查阅所有的案卷材料，认为本案不成立，应予改正，于是接受了委托。

我接受委托后，四下庄河，对当初的发案地、所在派出所、受害人进行查访，认为没有证据证明姜丰云有罪。

查明事实真相

1989 年 3 月 15 日下午，姜丰云独自一人在庄河电大不远的观驾桥闲逛，遇见一个陌生人。那人在套了一阵近乎之后，说他有四张大面额定期储蓄单，每张一千元，因急用钱欲低价转让。姜在贪小便宜的心理支配下与之讨价还价，最后以 2000 元买下这四张储蓄单，约定次日在同地点成交。次日，姜如约前往，用 2000 元现金买了 4000 元定期储蓄单，成交同时陌生人还带了另外一个人。那人就说他有一个 1500 元的储蓄单，也想转让。姜没有那么多的钱，那人就“ 慷慨 ”地无偿将储蓄单给了姜。姜拿到该存单后，也害怕出问题，两人一口应承：“ 放心吧，不信到我们的家里去看看。 ”于是姜就跟着两人来到了本案的发案地谭某某与姜某某的家门外，两人说：“ 我们俩是邻居，就在这里住，如日后存单出现问题，你就来这里找我们好了。 ”姜丰云在 1500 元储蓄单到期时去兑换成功，在 4000 元储蓄单到期去取钱时被抓入庄河镇南派出所。姜丰云供述该存单是自己买的，并带干警到卖主的家去看。干警却认为这是姜在欺骗公安机关。因为这是犯罪现场，是被盗的居民的家。在派出所里，公安干警们用电棍、小绳等刑具逼供。还不让吃饭、睡觉，姜在不堪忍受的情况下，在求生不能、求死不得的情况下，乘人不备，从二楼跳下去将腿摔断。为了少挨打姜为自己编了口供，与公安机关勘查现场时的笔录不一致时，还会得到公安干警的提示，就这样，在干警们的操作下，一桩盗窃案很快被破获“ 了结 ”了。尽管在检察院审查时姜丰云又推翻原来的供词，但还是被起诉至法院。开庭审理总共只有五分钟，没有律师，审判长一开始便说：“ 你的犯罪事实已很清楚，你今天应该老实实地将以前交待过的事实说一遍。 ”交待时姜丰云只要一说得与以前交待的不一样，法官就说：“ 你不老实，这只能使法庭多判你的刑，坦白从宽，抗拒从严。 ”就这样庭后几天姜得到了一份判决书，并被告知要老实服判，上诉也没有用，弄不好还可能加刑。

制作辩护词

我认为，重证据不轻信口供是我国刑事诉讼的一贯原则，所以本案的成立必须有直接证据，而从姜丰云手中拿到的存单只是一个间接证据。所以要证明姜丰云有罪，公安机关必须取到充分的直接证据。在辩护词中重点放在审查法院定案所依据的证据上。我在辩护词中指出，卷宗的证据不是证明姜丰云有罪的直接证据。而有一些只能证明姜某某、谭某某两家被盗，但是大面额储蓄单却在姜丰云手里，这有几种可能 A：偷的 B：捡的；C：买的。而且，卷宗中没有直接证明姜有作案时间的证据。卷宗的其他证据也矛盾百出，辩护词中归纳下列几点：

1.卷宗中在对谭某某的询问笔录清单的背面，画有失主家庭内部的布置图。被告人姜丰云讲，是干警故意让他看了这个图后，才大概知道失主家庭的情况的。镇南派出所为了说明他们在审讯时没有让被告人看到这张清单和布置图，于 9 月 16 日又让谭画了一张家庭布置图，并就图的问题作了询问笔

录、以此来说明被告人的交待与这张图没有关系。这正是此地无银三百两的做法。

2.我去调查过发案现场，门环的锁孔为直径 16 毫米。被告人姜丰云称是用直径 18 毫米罗纹钢撬的门。而公安局的现场勘察笔录推断，作案工具应是带尖的铁器。罗纹钢不是带尖的铁器，直径 18 毫米的罗纹钢也撬不开直径 16 毫米的锁孔。

3.作案时间问题：1989 年 1 月 12 日，16 日两天下午是学校总复习。被告人在考试中的成绩还很好，既能在大学读好书，又能在校外居民区偷东西而不被发现，这是不可能的，除非被告人有过人之处。但实际上，被告人出生于高于家庭，在北京的中学读书，却没有能考上正规大学，说明此人资质平平。

4.赃物问题：被告人姜丰云供出盗窃的赃物分别用手提箱和编织袋装好，扔到失主家的墙外，然后越墙带物。这是不可能的，墙外是人行马路，人来人往。我去过现场卡表看过，二点钟的时刻平均 2 分钟有一个人通过，在此时作案会被当场抓住的。另外失主交待的清单所列的物品加起来一个箱子装不下，一个编织袋也装不下。被告人一个书生，一个人带着这么多物品翻墙越壁，扛如此大的包，不像是偷东西，而是像旧上海滩的装卸工人，怎么可能不被逮住呢？

5.赃物的去向：关于赃物的去向问题，判决书中认定是赃物被其挥霍掉了，这是编造事实。被告人于 1989 年 7 月 6 日供述是将赃物于 1 月 23 日带回家了，但卷宗的证据表明被告人回家时没有带本案的赃物。也没有证据证明其将赃物带回宿舍。1989 年 7 月 7 日的供词说是赃物扔到观驾桥下河里了。1 月中旬庄河正是最寒冷的时候，河是封冻的，观驾桥平均每小时 10 台车 50 人通过。被告人去那里扔赃物，不被当小偷抓也得被当成疯子，会立即有人将所扔物品抢到手的。失主姜某某家丢过毛线，毛线和晴纶线是放在一起的，偷了毛线而将晴纶线扔在一边，说明作案人专找值钱的偷。而卷宗的材料证明偷了之后，还是要到外面扔掉。这说明要么不是被告人作的案，要么被告人是精神病人。即有关赃物的问题矛盾百出。本案的赃物到底到哪里去了，到现在仍是个谜，侦察机关对此一无所获，只好用“被其挥霍掉”草草结案。

6.物品存放的方位问题：本案涉及赃物甚多，到底是从哪里偷出来的，也就是说，这些物品在被盗前到底放于何处，是一个很重要的问题。失主不会记不住家中的东西存放于何处，被告人也不会记错自己从何处偷的东西，可事实上二者矛盾甚大，二者一致的只有大面额存单是放在箱子里的。其它皆不相符。如失主讲的面料，衣物等也是放在箱子里，但被告人却说是放在柜子里，这不是偶然的错误，而是充分说明了被告人根本没到过失主的家中。

7.关于大面额定期储蓄单的问题，1989 年 4 月 6 日，被告人持大面额储蓄单前往银行取款被当场抓住，开始供述是捡的，后来又供述是买的，并说明是在观驾桥下，有两个人一高一矮，当地口音。从作案人数看，本案绝对不是一个人作案，必须是两人以上协同配合；从发案地点的地形看，该居民区居户密集，还有的上夜班白天在家休息，在此处作案需对每一家的情况进行详细的了解，被告人是一个家在外地的学生，他一个人是不可能做到这一点的，只有本地的惯窃分子，对这里的各家各户的情况了如指掌，才具备作案一次成功的条件；从赃物的处理上看，具体的物品如毛线马上可以卖掉，

香烟可以抽等等，其它物品都可以立即实现价值，只有储蓄单扔了可惜，自己去取又有很大的风险，惯窃分子都知道这是公安部门破案的线索，因此他们选择了转让。于是，被告人成为他们选中的替罪羊。

8.在法律程序上，审理期间被告人没有委托辩护人，被告人说法院不让委托，开庭审理时，一开始审判长就讲：“ 你的犯罪事实已很清楚，听说你的态度不好 ”，还没有进行法庭调查，审判长就对案情很“ 清楚 ”，法官已先入为主，主观臆断，姜丰云纵然浑身是嘴也说不清了，说的越多判得越重，只能象审判长期望的那样供述了。

9.检察机关第一次诉到法院，法院以事实不清，证据不足将案子退回补充侦查。一个月后公诉人以同一事实，同一罪名又起诉至法院。法院却认为：事实清楚，证据确凿，定罪科刑七年，同一事实，两个结论。

对于本案存在的诸多矛盾，证明本案不成立。公、检、法三机关对于本案的性质是明知的，但是为了结案，没有办法只得将错就错，抓一个替罪羊结案了事，却没有把真正的罪犯绳之以法。辩护人不能证明被告人姜丰云无罪，但是公、检、法三机关也证明不了被告人姜丰云有罪。刑事案件应当由公安机关侦查，搜集证据，公诉人负有举证责任。即由公诉人来证明被告人有罪，辩护人是根据公诉人提出的证据提出被告人罪名是否成立、罪轻还是罪重、是此罪还是彼罪。本案在理论上称为疑罪，即怀疑被告人犯有某罪，还必须通过一系列的侦查手段取得有罪的证据。审判机关负有审查的责任，即法院根据公诉人所举出的证据及辩护人提出的意见依据法律定罪科刑。对于没有辩护人的，也应依法审查。对于疑罪，《中华人民共和国刑事诉讼法》（我们称它为老刑事诉讼法）没有关于疑罪如何处理的规定，但是这一立法的原则是以事实为根据，以法律为准绳，还有重证据，不轻信口供等原则，均可推定为疑罪应当从无；1997 年 1 月 1 日以后生效的《中华人民共和国刑事诉讼法》对此有明确的规定：疑罪从无。

办案结果

经过大量的工作，大连市中级人民法院采纳了刘祚丹的辩护观点，以（1995）大刑终字第 28 号刑事判决书，下达终审判决，撤销原判决，对申诉人姜丰云宣告无罪。

小结

众所周知，刑事辩护成功率低、风险大、收费低、耗时多。但是，它又能衡量出一个律师的综合素质。首先，它要求律师有较高的职业道德与较强的正义感；同时要有较强的刑事诉讼与刑法理论功底，在调查中还有一种吃苦精神，最后阶段还要使出业务技能让法庭接受辩护人的观点，将律师的劳动写进判决书。

作者简介

何维东　现年 36 岁，大学本科毕业。获文学学士学位。青海民和县人。1982 年参加工作后在青海乐都县司法局从事法制宣传，人民调解工作。1983 年底调到乐都县法律顾问处从事律师工作。曾任法律顾问处副主任，乐都县律师事务所主任，现任青乐律师事务所主任，三级律师。青海省律师协会三届理事会常务理事。中华全国律师协会三届理事会理事。1993 年以来担任多家常年法律顾问；承办刑事、民事、经济、行政、非诉讼等各类案件近 300 百件，宣讲法制课百余场。是中国高级律师培训中心第五期学员。曾在《青海律师》杂志上发表“ 破产法与民诉法破产还债程序之异同 ”等论文几篇。《中国律师》杂志上发表过“ 公共汽车公司不承担责任 ”文章一篇。1987 年、1995 年被评为青海省司法厅、海东地区司法局先进工作者。

单位名称：青海省青乐律师所
详细地址：青海省乐都县古城大街县政府东楼
邮政编码：810700
联系电话：（0972）622994

不是奸淫幼女罪而是无罪

何维东

案情介绍

被告人赵常伟 20 岁，农历正月十五日，随西坡村的社火队到本乡九架山村演社火。中午社火队按排赵常伟在朵某（女，13 岁半）家吃午饭，与朵某相识。后在演社火时互送油饼、葵花籽等。到 17 日下午 6 时许，赵随社火队回家途中与早已等候他的朵某相遇，俩人便坐在山坡上交谈。等天黑后赵常伟领朵某到西坡村家中。当晚赵的父母以其儿子领来了媳妇之意，在门口点火堆迎朵某进家，给赵朵二人换上了新衣新床，铺上新被褥，安排在一间小房间睡觉，赵朵二人当晚发生两次性行为。第二天赵家派人准备给朵家去提亲，向本村人说明了原由而认为是犯罪行为，赵常伟由其父陪同到乡政府投案自首。检察机关以奸淫幼女罪提起公诉。

辩护律师经过阅卷，会见被告人，核查有关司法解释，认为被告人赵某的行为，从现象看有与未满 14 岁的幼女朵某发生了性关系的事实，但与我国的刑法和司法解释关于认定奸淫幼女罪成立的必备要件相比较，并与本案具体情节加以分析，就显而易见，缺乏实质要件。也不难发现本案有其特殊的事实情节，不能认定赵常伟的行为构成犯罪，应是无罪。

辩护词（节选）

一、赵常伟在同朵某接触中确立了恋爱关系。

在演社火中，朵某给赵送了两次油饼，赵给朵某买给了两袋向日葵和水果糖，一只小手帕。赵从朵家演完社火回家途中路经窑洞湾村大树豁处时，朵某在此早已等着他。他俩促膝谈心，朵某问赵家中人口、牲口、有无对象

等情况。天黑后随赵到了赵家。

二、以娶媳妇迎亲的形式接朵某到赵家。

首先，同赵常伟一起去演社火的同村小伙王某事先到赵家报信：“ 今晚领来个媳妇哩 ”。赵的父母按当地迎新娶媳妇的习俗在大门口点了一堆火迎朵某进家门，当时左邻右舍多人围观，村人舆论赵家领来了一个媳妇。当晚给朵某和赵常伟更换了新衣服，将被，褥子，毡等完全换成了新的，特意按排二人住在一间小房间里以当地习俗入洞房。实际是非法同居。

三、被告人主观上没有奸淫不满 14 岁幼女的。

故意奸淫幼女罪是我国刑法规定的众多故意犯罪中的一种。犯此罪，依照我国刑法第 139 条第 2 款之规定，行为人在实施行为时其主观上应知道或明知被奸淫者是未满 14 岁的幼女。以本案的实际而言，被告人与朵某认识以后，赵和同伴王某问朵某时她说属鸡的（应为 17 岁）。第二天本村王老汉问朵某属啥的，朵某说属鸡的。（卷 28、74 页王某王老汉证词）这些证言足以说明，朵某始终告诉别人自己的年龄是属鸡的，这给赵意识中留下了很深的印象，认为朵某是个即将成年的女青年。结果，本村人在舆论中得知朵某父亲当兵复员回来结的婚，没有属鸡的孩子，才打听到朵某属牛。其次，朵某与一般的幼女在身体发育方面有很大的区别，她身体发育早熟，身材高大，体态貌似女青年。卷内公安机关调查材料反映：“ 素不相识的人看见后就谁也不会相信她是个幼女，确实她身高 1.63 米。 ”朵某身高 1.63 米，她的外表给别人一个第一印象，朵某是个女青年，而不是幼女。

四、赵的行为没有给朵某的身心健康造成损害。

我国刑法第 139 条第 2 款规定的奸淫幼女罪的诸特征中损害幼女的身心健康是基本待征。本案中被告人的行为没有给朵某幼女的身心健康是基本待征。本案中被告人的行为没有给朵某的身心健康造成损害。其理由有三。从朵某的生理方面分析，她身体发育早熟，体格高大，身高 1． 63 米，体态貌如女青年，这是其一。其二，从朵某的心理因素分析，她主动追求异性，对赵有好感，自愿到赵家同赵某发生性关系，她还有意隐瞒年龄来躲避她同异性接触中所存在的限制和麻烦。这两点是没有给朵某身心造成损害的具有的可能性。其三，从现实性来说，案发的第二天朵某根本没有头晕、目旋、行走不便、精神萎靡等其他异常现象。王老汉说：“ 我问她父亲的名字后出来和村里人推算了一下，估计她不可能是属鸡的，又进去问了她父亲的岁数，再问了她到底属啥的，她才说是属牛的。 ”朵某父亲说：“ 她舅爷说……现在丫头也送来了，啥问题也没有，不要管，后我也再啥都没说。 ”这说明朵某思路清楚，精神饱满，没有任何损害其身心健康的迹象。

五、以法律为准绳，赵常伟的行为不构成犯罪。

最高人民法院，最高人民检察院，公安部“ 关于当前办理强奸案件中具体应用法律的若干问题的解答。 ”（六）怎样认定奸淫幼女罪：在办理奸淫幼女案件中出现的特殊问题，要具体分析，并总结经验，求得正确处理。

我国刑法第十条规定“ 情节显著轻微，危害不大的不认为是犯罪。 ”根据上述法律精神，结合本案实际，具体分析，被告人赵常伟的行为构不成犯罪。

审理结果

一审法院经过开庭审理，采纳了辩护律师的意见，认定被告人赵常伟无罪，宣告无罪释放。检察机关未提出抗诉。

作者简介

杨泽雄　（1936—）四川巴中市人，现系西安市中心律师事务所高级律师。担任法律顾问 37 家公司，20 多次应邀参加一些大型企业的法制演讲。在全国和地方报刊上发表专业论文和小说、诗歌、报告文学等百余篇，并有著作。参加了大量的经济谈判、合同审查、草拟或修订、为企事业单位挽回经济损失九千余万元，九次被评为本单位和西安市的优秀律师。

在执业中，忠于事实和法律、勇于改革、积极开拓，热心为企事业单位和群众服务，成绩显著。任办案中，最大的特点是：认真负员、全面细致、不怕吃苦、深入调查、掌握证据，注重事实，以理服人、重视效果、依法办案、廉洁奉公、不谋私利。

单位名称：西安市中心律师事务所
详细地址：西安市西大街 346 号律师楼
邮政编码：71002
联系电话：（0291）7235485　7250239
（08279）227950　225653

律师代理刑事申诉案件一例

杨泽雄

1993 年 6 月 2 日，受害人蒋撞军之父蒋正兴因高中李、杨红春故意伤害一案，不服省高级法院二审判决，理由是二审认定事实不清，适用法律不当，判决不公。判决生效后，特慕名来西安中心律师事务所，说本人申诉已跑有关单位百余次，但效果不大，要求请律师为其申诉和代理。接受委托后，我担任其代理人，参加申诉活动。

二审判决

二审判决认定的事实是：1991 年 7 月 14 日下午 2 时许，上诉人高中李、杨红春和本村村民陆代明在阳平关镇街道上遇见蒋潼军（死年 20 岁），高中李误认为 7 月 1 日晚在 192 次旅客列车上蒋潼军调戏过其妹高某某，遂将此事告之杨红春和陆代明，并提出去“锤他一顿”，杨、陆表示同意。三人在街上找到蒋后，高中李即在蒋的脸、胸、腹部猛击数拳，杨红春亦向蒋背部打击两拳，经群众劝阻，高、杨二人离去。蒋被打后倒地，后被他人送医院抢救无效，终因脾破裂致大出血、失血性休克，于当日下午三时许死亡。

二审法院认为，上诉人高中李、杨红春目无国法，错误地认为蒋潼军调戏过其妹，便出拳殴打致人死亡，其行为已构成故意伤害罪。高中李是致死蒋的主犯，应依法严惩。杨红春系从犯，可依法从轻处罚。高中李上诉提出因蒋调戏其妹自己出于义愤才打人，无伤害的故意，请求从轻处罚的理由。经查高中李仅怀疑蒋调戏过其妹，未查清情况，出拳便打，致人死亡，事出有因，论罪还不是必须立即执行死刑的。杨红春上诉提出自己不是共犯，且伤害行为显著轻微，不应承担法律责任的理由。经查，杨红春不仅同意高中李提出伤害的故意，并且实施了伤害行为，显系伤害的共犯，故其上诉理由

不能成立。原审判决唯对高中李处刑不当，应予改判，故判处高中李故意伤害罪死刑、缓期 2 年执行，实行劳动改造，以观后效。

对本案的分析意见

我在接受本案之后，作为受害人亲属的代理人参加诉讼，认真详细地查阅了案卷，对案卷的全部材料进行了系统细致的研究，并对一些重要情节进行了调查取证，走访了当地的干部群众，在此基础上，我向省高级法院提出了以下意见：

陕西省高级法院改判认定，高中李故意伤害致人死亡，事出有因，其罪还不是必须立即执行死刑的。律师认为事出有因是不能成立的。理由是：

1.受害人单位证明：蒋是一位放心的青年工人，表现不错，无违法乱纪行为。1991 年 7 月 1 日至 7 日，在班组与沈宝旭值班，7 月 1 日没有出现脱岗现象，并有同值班人的证明和邻居证明，7 月 1 日这天没有看见受害人在家。

2.据 1991 年 7 月 15 日询问证人高某某笔录：

问：7 月 1 日你同你二哥高中李去西安在车上发生没发生什么事呢？

答：没有发生什么事。

问：是否有人对你有不轨行为或对你耍流氓？

答：没有。我在节头那里，大多是四川人，都没地方，有的人坐在地板上。

问：那么你哥高中李对谁讲在车上有人对你行为不轨，摸摸揣揣，是否有此事或停、发车时有人撞向你？

答：没有人行为不轨，停车时有人撞不撞我，我没有注意。

3、汉中地区中级法院开庭笔录，被告人高中李口供：

问：你妹妹的证明，那天没发生什么事，你有什么说的？

答：没有。

4、据汉中地区中级法院法庭公开审理查明证实：“ 1991 年 7 月 14 日下午 2 时许，三人行至阳平供销社第二门市部门口找到蒋。高质问蒋：‘ 你还认识我吧？’蒋说：‘ 不认识’。高又问：‘ 你还记得 192 次列车上吧？’蒋说：‘ 我刚从略阳来，不认识你。’”这就清楚地表明，当被告人所假想的事出有因，已经消失，其所假想的侵害对象已消除。被害人已向高中李把怀疑之事，当面讲清楚了。就在光天化日之下，怎么能说是误认呢？但高中李仍对蒋的要害部位面部、胸部、腹部连续猛击数拳，扬长而去。高中李要伤害人的意图和目的不是十分明显的吗？

通过以上事实，足以说明，高中李说蒋调戏过其妹是毫无根据的。据旁证证实蒋根本就不可能调戏过其妹，高某某也未发生过被人调戏之事。因此事出有因，是不能成立的。故省高院判决有错误，量刑不当，应予纠正改判。律师认为，汉中地区中级法院认定该案的犯罪事实清楚，证据确凿，定罪准确，量刑适当，程序合法。因此，所作出的判决是正确的，应予维持。

省高级法院收到律师对本案的判决有错误，量刑不当，应予纠正改判的分析意见和提交的证据后，领导十分重视，特派审判员到阳平关等地调查核实，认为律师及申诉人提出的意见有理有据，院长发现本法院判决确有错误，于 1993 年 12 月 23 日，提交审判委员会讨论决定对本案提起再审。

再审判决结果

1994 年 1 月 16 日，本案经陕西省高级法院在宁强县再审公开审理，经法庭的调查、辩论，法庭采纳了律师在代理意见中所讲事实和阐述的观点，于 1994 年 1 月 17 日作出判决。判决宣布：“ 被告人高中李勾结杨红春在公共场所殴打无辜，致人死亡，其行为已构成故意伤害罪。高中李是致死蒋的主犯，应予严惩。高中李及其辩护人提出事出有因等理由，经查不能成立。二审判决以事出有因对高中李从轻处罚不当。根据有关法律规定，维持原判，以伤害罪判决高中李死刑，剥夺政治权利终身，判决杨红春有期徒刑 4 年。

作者简介

吴仲文（1929—）四川高县人。1949 年南州学院语文系修业，1950 年毕业于重庆市公安学校，先后在重庆、西南、云南省人民政府从事政法工作，1980 年到大理县人民法院任专职律师，1982 年获律师资格，1985 年创办大理市第二律师事务所并任主任，三级律师，大理州律师中级职称评委会委员，1987 年政协大理市委员会委员，现仍在大理市安华律师事务所从事律师工作。

在 18 年律师主涯中，担任了大量的常年法律顾问工作，承办了不少重大疑难案件，诸如全国罕见的“二·一二”特大反革命持械、聚众、叛乱案的辩护，缅侨属柳文琴房产案代理，深圳金叶公司诉云南省云龙县农业银行汇兑损害赔偿案代理等。由于工作出色，多次被大理州、市评为优秀律师，先进工作者。

在理论研究万面，先后在《律师与法制》、《云南司法》、《云南法学研究》等刊物上发表论文。较为典型的有《横向经济联合中的律师》、《刑事辩护运用直接证据应注意的问题》、《民事诉讼法（试行）修改刍议》、《对稳定和完善农村联产承包合同的法律思考》。

单位名称：云南大理安华律师事务所
详细地址：云南大理城护国路 31 号
邮政编码：671003
联系电话：（0872）2671440

为“2.12”特大反革命持械叛乱案辩护始末

吴仲文　王丽萍

案情简介

1986 年 2 月 12 日，人们还沉浸在节日的欢乐气氛中，云南省洱源县城却发生震惊全国的反革命持械叛乱事件。

案经公安机关侦查，检察机关审查起诉，人民法院审理查明：

长期以来敌视社会主义，视洱源县委书记杨俊，县委办公室主任马学阳为“贪官”，纠集了陈志礼（系县政府通讯员）等人，立志干一番事业的周诚根，经预谋，决定在春节期间进行反革命叛乱。2 月 11 日晚，陈志礼按周诚根的布置到后山诈称城里出事了，周即授意被其控制的县公安局长邱学文给县武警中队指导员李某写了“派一个班到后山接我回公安局，派一个班占领邮电局，把马学阳护送到后山”的纸条，派陈志礼等送下山去。李某拒收。周诚根等人下来骗取了马某的手枪及子弹 20 发，又将受其控制的县法院院长杨某送到地震观测站“保护”起来。然后，指使陈志礼去县委会察看县委书记杨俊，党办主任马学阳的行踪。陈志礼亲眼见到杨、马二人在县委会议室看电视，并同马学阳答话了几句，返回途中遇上周诚根，陈志礼回答周诚根说：“马学阳在看电视。”周诚根立即布置说：“等马学阳过来，我手电筒照在他脸上，你们就上去把他打倒。”陈志礼提出说：“我和马学阳见过面，说过话，不能参加打。”周诚根表示同意，当周诚根等三人袭击马学阳及其

子女时，陈志礼离开了现场。三人用枪把马学阳及其子女打倒后，也逃离现场与陈志礼会合返回后山吓唬邱学文：“ 城里发生暴动，马学阳被打，院长已转移，要邱学文给公安局李某写了“ 今晚有人暴动，我转移到右区指挥。交给来人两支枪和 100 发子弹 ” 的条子，由周诚根和陈志礼送往公安局。因已采取警戒措施，未能得逞而返回后山。在周诚根的率领下连夜翻过罗平山撤往乔后，发生内汇，陈志礼在上井一带山上躲避。2 月 16 日在江旁电站附近抓获陈志礼，其余人犯也先后抓获。

起诉书认定，被告人陈志礼，在周诚根的纠集下，积极配合周诚根持械判乱。按周诚根的布置，2 月 12 日晚上后山时诈称诚里出事，为周进行反革命煽动提供借口。参与把邱学文写的字条送给李友春、李光荣，按周的指使到县委看县委书记杨俊、党办主任马学阳的行踪，并及时向周报告，又参与潜伏，准备袭击马学阳。但被抓获归案后，能坦白交待自己的罪行，被告人陈志礼的行为造成了严重后果。

辩护论点

被告人陈志礼在接到起诉书副本后，指名委托我作为他的辩护人。我依法满足他的要求，出庭为其辩护。在井然有序的法庭调查结束之后，进行了有理有据有节的法庭辩论。

本案是一起特大反革命持械、聚众、叛乱案件。辩护工作难度很大。但是，我们知难而进，在充分了解案情，核实证据的基础上，根据事实和法律。就起诉书和公诉意见所指控的犯罪事实和情节进行了全方位、全过程的分析和研究，找到被告人陈志礼在犯罪的地位、作用及参与程度、从而确定被告人陈志礼应如何承担刑事责任这一问题作为辩论基点：

1.通过法庭调查核实的证据证实：在案发前几个小时，周诚根把一双胶鞋，一件毛线衣和二百元人民币拿给被告人陈志礼时，陈志礼不明白就问：“ 搞什么？ ” 周诚根也没有明说，而是说：“ 到时间你就知道了。 ” 过了一阵，周诚根的胞弟周彦培来找陈志礼去借单车接赵甲云，陈志礼仍不明白，又问：“ 有什么事？ ” 也没有得到明确回答，而只得到“ 有急事 ” 一句回答。特别是对《告全国人民之血书》这一反革命宣言，陈志礼事先并不知道。2 月 15 日在密林中流窜时，张文君问说：“ 大哥（周诚根）的东西烧掉吗不烧？ ” 陈志礼不明白还问：“ 什么东西？ ” 然后从张文君手里拿过来一看，才知道是反革命宣言。因此，被告人陈志礼并未参与犯罪预谋。

2.在受周诚根指使去察看县委书记杨俊、党办主任马学阳行踪这一情节中。被告人陈志礼确实去察看过并且将察看结果部分告诉了周诚根。而未将同党办主任马学阳一同看电视的县委书记杨俊的情况告诉周诚根。在客观上保护了县委书记杨俊。此其一；其二被告人陈志礼并未直接参与袭击马学阳。当周诚根布置袭击马学阳时，他立即提出说不能参加打，随后就离开了现场。

3.被告人陈志礼两次参与送字条是事实，但都未能得逞。

4.在逃窜中，阻止同案张文君将反革命宣言《告全国人民之血书》原件烧毁，而保存下来作为有力证据，起到了一定积极作用。

5.2 月 16 日早上，被告人陈志礼与张文君分手前说要到乔后派出所自首，分手后，转朝乔后方向行至江旁电站附近山上，看见武装警察就将两个弹夹和子弹放在包内，从山上下来空手就擒，带到派出所后即坦白交待了自

己的罪行，并主动客观地揭发了其他同案人的罪行。虽然不完全符合刑法规定的自首要件，但确实具有一定的自首因素。

辩护人从以上几个方面充分论证了被告人陈志礼在参与犯罪的程度及主观恶性方面与其他同案人相比较而言是较轻的，在量刑时应有所考虑和区别。使辩护发言有理有据有节。有理无据，缺乏说服力，也易陷于诡辩；有据无理，会迷失方向，使辩护无力；有理有据而无节就会态度不正，风格不高。有损律师形象。诚然，做到有理有据有节，把“三前”恰到好处地运用到辩论中，不可能轻易做到，但也并非高不可攀，只要有高度的责任感，关于运用证据说话，根据法律讲理，大胆敢辩中有细心有节制，就能把“三前”融会贯通，从而也就获得了在辩论中的克敌制胜秘诀。

本案引出的思考

思考之一，在反革命案件中，如何认识和体现律师辩护的作用。本案被告人陈志礼虽被判处死刑，但是否就因此而言定律师在这类案件辩护中的作用呢？是否能否定律师的成功辩护呢？不能，律师的辩护作用不能以被告人是否被判处死刑或重刑来作为唯一的标准。而应以律师是否以事实为依据，以法律为准绳、协助配合人民法院核实证据，是否忠实于法律，是否具有高度的职业道德及娴熟的业务技巧等多方面来作结论。作为社会主义制度下的人民律师，能维护的并不只是被告人的权益，最根本的还在于维护法律的尊严，法律的正确实施，把维护法律与维护当事人利益对立起来，割裂开来的作法是我们的一大禁忌。

思考之二，如何正确认识现阶段的阶级斗争。律师作为国家的法律工作者，律师制度是人民民主专政的组成部分。法律是广大人民用以同阶级敌人和各种犯罪分子作斗争的有力武器、律师参与刑事诉讼活动，从一定意义上说也是用于法律同犯罪作斗争，只是斗争的表现形式不同而已。只有正确认识新形势下阶级斗争的表现形式才能做到知彼知己。过去一般认为反革命分子就是那些出身不好的地、富、反、坏、右搞唯成分论。现在随着形势的不断发展在革命队伍中也出现了一些脱化变质，叛变革命的阶级敌人，如本案被告人周诚根就曾经在公安局工作，后又调司法局，被告人周文君是复员军人，被告人陈志礼是烈属之弟和参加工作的共产党员。通过本案使人们更充分的认识到阶级斗争在一定范围内还将长期存在，有时还会激化这一科学论断的正确性，同时也警告了那些认为剥削阶级已被消灭，阶级斗争已不存在，可以高枕无忧的人必须提高革命警惕，不能有任何懈怠的思想。对负有崇高使命的律师来说，必须具备清醒的政治头脑，应用阶级分析方法，加之娴熟的业务技巧和高尚的职业道德，才能在如此高难度的案件辩论中获得成功。这种成功也可以说是法律的胜利，是人民的胜利。

思考之三，必须充分重视政法部门的人事工作，把好进人、用人关。本案首犯周诚根是一个混进潜伏在革命阵营中的地地道道的反革命分子。当他在县公安局工作时，就表露出对党对人民的极端仇恨，有一次打靶时，就准备借机打死教导员和局长，幸好只有一人到场他的谋害计划未能得逞。为此从公安局调到司法局不到两个月，就趁着春节值班之机，穿上民警制服，拿到了值班的五四式手枪及子弹，实施了蓄谋已久的反革命持械判乱。从这一全国有名的政法部门的反革命判乱案件我们也不难认识到了当时党中央提出

坚决清理“三种人”的必要性和正确性。不论是公安机关、还是司法行政机关都是人民民主专政的国家机器的一部分，对这些部门的人事工作必须严肃认真，千万不可掉以轻心，必须把好进人关，用人关，杜绝人情关系。虽然与本案有关的县法院院长和县公安局局长均作为另案处理并且都被判处徒刑。但是，我们必须作好长期斗争的准备、牢记这一血的教训，进一步把纯洁政法队伍的工作抓好、抓透，把中国的政法队伍建设成世界上先进的第一流水平政治队伍。

作者简介

马敏　高中毕业后当过农民、民办教师、基层干部，1980 年经考试录取为国家干部，1985 至 1987 年在宿州师专中文系进修，1989 年开始担任灵璧县人民政府秘书，其间在国家级报刊发表论文十余篇，其中《改革农业年报制度势在必行》一文，获国务院发展研究中心优秀调研报告奖。1992 年经国家统考取得律师资格并被安徽省法学会援纳为会员。几年来，先后办理较有影响的案件有：上海市长江塑料制品厂诉安徽省宿州市物资商贸公司拖欠货款案；安徽省灵璧县棉麻公司诉广东省汕头利莱集团拖欠货款案；安徽省灵璧县生资公司诉安徽省铜陵市检察院刑事赔偿案；22 户居民诉泗县人民政府拆迁补偿案。办理张登芳上诉刑辩案由死刑改判为死缓是建国来灵璧县首例。提出设立“集体私分罚没财物罪”的立法建议被新修订刑法采纳。

单位名称：安徽省灵璧同行律师事务所
详细地址：安徽省灵璧县灵城南太平街政法楼
邮政编码：234200
联系电话：（0557）6022147

权 与 法 的 较 量
——一起行政处罚 17 万元的行政违法案件代理始末

马敏

任何一项行政行为或行政决定，超越了法定权限，就会失去法律效力。这就是“越权无效”原则。在现代国家里，科学的行政管理，必然是一种法律的管理，依法是行政管理的根本前提和必要条件。本文介绍的是笔者代理的案件中比较典型的行政机关越权违法案。

当事人在绝望中求助于法律。

1996 年 5 月 9 日，安徽省某县盐务管理局接到来自江苏省某市的举报，三辆挂有安徽省牌照的货车，满载食盐离开某市盐业公司，向安徽省某县方向驶去。安徽省某县盐务管理局接到举报电话后，组织两部车辆迅速出动缉查。在某县境内查获一辆李某运盐车辆。缉查人员将运盐车辆查扣以后，把货主李某塞进车的囚箱内，向徐州方向驶去，在徐州的一个道口旁等候另外两部运盐车辆。当另外两辆挂有安徽牌照的货车出现的时候，灵璧县盐务管理局的缉查车辆开始尾随跟踪。行至江苏省灵璧县双沟镇。灵璧缉查人员迅速超车，拦在货车前面。缉查人员跳下车，不容分说，窜到货车跟前，拽下司机，一顿拳打脚踢，然后把车开到县盐务管理局仓库院内，此时已是 5 月 10 日凌晨 2 点。盐务缉查人员逐一审问了当事人后，给三辆运盐车辆的当事人每人一份《盐业违法案件简易处罚决定书》，其中两辆车各罚款陆万元，另一辆车罚款伍万元，并限定五月十日下午两点缴款，否则后果自负，车辆和盐被扣押没收。

当事人自知违法，甘愿受罚。然而，如此巨大的数额，当事人无力承受。

他们向盐政管理机关苦苦哀求，要求把盐没收后放行车辆。盐政部门答复简单：不足额缴纳罚款，别想要车。当事人说破嘴，跑弯腿，终未见效。在万般无奈的情况下，当事人想到委托律师，寻求法律帮助。1996 年 5 月 13 日，笔者接待了当事人，当事人陈述案发过程后。我认为，当事人的行为违反国家盐务管理法规，本应受罚，但是盐政部门执法过程中程序违法，罚款数额超越国家规定，扣押车辆于法无据。我决定代理这起案件。同日，我向某县人民法院行政审判庭递交了先予执行申请书，要求返还扣押车辆。某县人民法院审查后，在法定时间内作出（1996）灵行初字第 06 号裁定书，裁定认为“ 不先予执行将严重影响申请人的生产经营，依照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题意见》第 97 条（3）项的规定，裁定某县盐务管理局立即返还所扣押当事人的汽车三辆。这时当事人感到法律能够维护公民的合法权益。

复议机关有法不依，将错就错。

按国务院颁发的《盐业管理条例》第 30 条规定：“ 当事人对盐业行政主管部门作出的行政决定处罚不服的，可以在接到处罚决定之日起十五日内向上一级盐业行政主管部门申请复议。 ”“ 申请人对复议决定不服的，可以在接到复议决定之日起十五日内向人民法院起诉。 ”这部行政法规规定了“ 复议前置 ”原则。按法律规定凡法律、法规规定复议前置的，未经复议，法院不予受理。我和当事人把纠正违法行政的希望寄托在上一级盐政主管部门。

1996 年 5 月 17 日，一份忠恳的《复议申请书》用挂号信寄发给宿县地区行署盐务管理局，要求撤销县盐务管理局所作的处罚决定。

这起明显的违法处罚案件，复议机关如有法律意识，完全可以自我纠正。然而，结局却令人大失所望。

1996 年 6 月 3 日下午，一份复议决定放在律师事务所的办公桌上。为了便于读者熟悉案情脉络，在此，将宿地盐政字（96）003 号文件全文照录于后：

《关于施某、邱某、李某三人申请复议的决定》

施某等三人复议申请已收悉，经宿县地区盐务管理局盐政复议领导小组讨论，决定如下：

一、施某等三人无视国务院 163 号令，将外地工业粉盐私运、私销到缺碘地区，当食盐销售，是严重危害人民身体健康的，是违法行为，县盐务管理局予以查处是完全正确的。

二、所查处的无碘盐予以没收。

三、根据国务院 163 号令第 26 条规定，应处予盐产品价值 3 倍以下罚款，现规定按 2.9 倍的处罚，以碘粉盐批发价 800 元/T，施某 15 吨应处罚款 34800 元，李某 11 吨，应处罚款 25520 元，邱某 10 吨应罚款 23200 元，共罚款 83520 元。

四、对于为私盐提供运输工具者，依照行署（94）3 号通告每部车应处罚 5000 元，计 15000 元

安徽省宿县地区行署盐务管理局（印）

1996 年 6 月 1 日

这份复议决定虽然对原处罚机关处罚数额有所调整，但自相矛盾，程序

违法，决定罚款数额仍超越盐政法规的规定标准。看来当事人只有走司法救济的路子。按《中华人民共和国行政诉讼法》的有关规定，状告宿县地区行署盐务管理局。

对簿公堂，当事人体会到法律面前人人平等的滋味。

1996 年 7 月 12 日县人民法院依法对当事人不服盐政管理机关处罚的行政案件进行了公开审理。原、被告分坐审判席两旁，原告老百姓，被告行政机关，诉讼地位平等，这时我的当事人尝到法律面前人人平等的滋味。按行政诉讼法规定，行政诉讼中的被告行政机关，对证明对象负有举证的责任。所谓证明对象，是行政机关行使行政权力，对特定的公民，法人和其它组织作出的涉及其权利义务的单方行为。当审判长询问被告，宿县地区行署盐务管理局有哪些证明、证据时，被告仅举出一个当晚对当事人的问话笔录。

庭审开始质证。问话笔录是否真实？原告李某、邱某当即叙述当晚被恐吓、威胁作出笔录的全过程。显然这份笔录不是当事人真实意思表示。当审判长要求被告出示复议决定“送达回证”时.被告手忙脚乱，无法举出送达回证，因为复议决定根本就没有送达当事人，按《行政复议条例》第 49 条规定：“送达复议决定必须有送达回证。”被告陷入窘态。

法庭辩论开始，我就这起行政违法案件发表了以下代理意见：

（一）作出原具体行政行为的安徽省某县盐务管理局，在执法过程中程序违法，侵犯了公民的合法权益。具体表现：第一，越界执法，违反地域管辖原则。按《盐业行政执法办法》第七条规定，“各盐业行政主管部门，应当设立盐政执法机构，负责本辖区内的盐政执法工作。”县盐务管理局查扣邱某、施某驾驶的运盐车辆是在江苏省睢宁县双沟镇境内；第二，野蛮执法。《盐业行政执法办法》第 11 条规定：“盐政执法机构和执法人员在履行职责时应承担下列义务：佩戴执法标志，主动向被检查被处罚的单位和个人出示《中国盐政检查证》。县盐政检查人员在执法过程中，不但没有出示证件、没有佩戴标志，而且采用暴力手段强行拦截车辆，并对当事人实施威胁、恐吓、殴打和限制人身自由，侵犯了公民的人身权利；第三，适用程序错误。《盐业行政执法办法》第 20 条规定：简易程序只能“处 50 元以下罚款。”某县盐务管理局对施某处罚 6 万元，对邱某处罚 5 万元，对李某处罚 6 万元适用简易程序明显违法。

（二）作出原具体行政行为的某县盐务管理局在执法过程中适用法律错误。按全国人大常委会的立法解释：“地方性法规只能结合本地具体情况，在法律、行政法规规定的行政处罚行为的种类和幅度的范围内予以具体化。已经制定的法律、行政法规规定的行政处罚的种类中没有罚款的，地方性法规和规章中不能增加规定罚款的行政行为。除法律、法规、规章按以上规定可以设立行政处罚外，其它任何规范性文件不得设立行政处罚［注］。”某地区行署《关于加强盐业市场管理的通告》第 6 条、第 8 条规定的罚款幅度，超越国务院《盐业管理条例》第 29 条和《安徽省盐业管理实施办法》第 22 条规定的罚款幅度，其设定的罚款项目应属无效。某盐务管理局的处罚决定援引某地区行政公署通告，属适用法律错误。

（三）宿地盐政字（96）003 号复议决定自相矛盾。复议决定第 1 条肯定“某县盐务管理局予以查处是完全正确的。”既然正确，按《行政复议条

例》第 42 条第 1 项之规定，对灵壁县盐务管理局的具体行政行为应决定维护，而复议申请受理机关某地区行署盐务管理局前面说原具体行政行为完全正确，后边又改变了原具体行政行为，将罚款数额由原行政机关规定的三当事人合计 17 万元，改为 98520 元。复议决定对原作出具体行政行为的行政机关，在执法过程中事实是否清楚，适用法律是否正确，是否超越职权或滥用职权，是否违反法定程序，是否侵犯了申请人的合法权益，这一些复议决定都避而不答。

（四）复议决定程序违法。具体表现在五个方面：第一，复议决定违反法规规定的形式。漏载申请人、性别、年龄、职业、住址；被申请人名称、地址；法定代表人的姓名、职务，违反《行政复议条例》第 45 条第 1 款第 1 项第 2 项之规定。第二，复议决定对申请人的主要请求和理由未作任何表述，违反《行政复议条例》第 45 条第 1 款第 3 项之规定。第三，复议决定未给复议申请人交待诉权，违反《行政复议条例》第 45 条第 1 款第 6 项之规定。第四，复议决定未经法定代表人署名，违反《行政复议条例》第 45 条第 2 款之规定。第五，复议决定未按法规规定的送达方式进行，违反《行政复议条例》第 49 条、第 50 条规定。

（五）复议决定适用法规错误。复议决定援引国务院 163 号令即《食盐加碘消除碘缺乏危害管理条例》不当。每一个法律、法规都有特定的调整对象，上述条例调整对象为碘盐的加工、运输、储存、供应及其监督管理。三当事人中李某私运工业粉盐其违法行为处罚应适用《盐业管理条例》和《安徽省盐业管理执法办法》，另两个当事人施某、邱某在江苏省境内运销工业粉盐，持有江苏省盐务管理局某市分局缉查办公室出具的通行证，其行为尚不构成违法，复议决定笼统将三辆运盐车辆都予适用国务院的 163 号令予以处罚，适用法律错误。

综上所述，被告作出的复议决定自相矛盾，程序违法，适用法律错误，请求县人民法院依据《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条第 2 项第一目、第二目、第三目，撤销某地区行政公署盐务管理局宿地盐政字（96）003 号复议决定。

我的代理意见发表以后，被告宿县地区行署盐务管理局无法正面驳斥，只说一些当事人贩盐违法之类的话。

法院判决，违法行政行为被撤销，被告重新作出行政行为又步入误区

1996 年 8 月 8 日某县人民法院下达（1996）灵初字第 11 号行政判决书：“本院认为，三原告私自运输工业粉盐，违反了国家有关盐业管理的规定，其行为是违法的，应该予以处罚。但被告在一审庭审结束前没有全部提供作出具体行政行为的有关材料，且适用法律错误，违反法定程序，对此不予支持。对三原告其它诉讼请示，不予采纳，依据《中华人民共和国行政诉讼法》第 33 条、第 54 条（2）项第一、二、三目的规定判决如下：一、撤销被告某地区行署盐务管理局 1996 年 6 月 1 日作出的宿地盐政字（96）003 号《关于施士海、邱辉、李均钢三人申请复议的决定》。二、被告某地区行署盐务管理局重新对施士海、邱辉、李均刚贩运私盐行为作出具体行政行为。……

本判决签收后，双方均未上诉。

1990 年 10 月 1 日施行的行政诉讼法规定“ 民可以告官 ”，对于行政机关来说，的确有一个习惯和适应的过程。

某地区行署盐务管理局重新作出了行政行为，于 1996 年 8 月 31 日向三位当事人送达了宿地盐政字（1996）007 号（96）008 号、（96）009 号复议决定书。这次复议决定书在形式上，严格按照《行政复议条例》规定的格式制作，而实体上和原罚款数额相同。

当事人对罚款数额超过国家规定仍然不服，但基于诉讼费的承担，不愿再打官司。1996 年 9 月 19 日复议决定书生效后，盐政管理机关向某县人民法院提出强制执法申请。不久当事人分别接到灵璧人民法院送达的强制执行通知书。

至此，当事人深切感到权比法大，法院判决撤销行政行为，行政机关照样可以行文按原处罚数额处罚。公理何在！当事人感到困惑。

律师的天性是对违法行为的愤慨，对宿县地区行署盐务局重新作出决定的违法行为，我不能坐视不管。

1996 年 10 月 7 日，我作为案外人，按照最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题意见》（试行）第 95 条第 2 项规定，向某县人民法院院长、行政庭长提交了《执行异议书》，申明：宿县地区盐务管理局宿盐政字（96）003 号复议决定，因缺乏证据，适用法律错误，违反法定程序，被县人民法院（1996）灵行初字第 11 号行政判决撤销。某地区行署盐务管理局于 1996 年 8 月 31 日重新下达复议决定，其罚款数额与原被撤销的复议决定相同，这本身是对法律的蔑视。《中华人民共和国行政诉讼法》第 55 条规定：“ 人民法院判决重新作出具体行政行为的，被告不得以同一事实和理由作出原具体行政行为基本相同的具体行政行为。 ”宿县地区行署盐务管理局重新作出的行政行为与原被撤销的行政行为完全相同，显然这是和审判机关较劲。

另外，施某、邱某二人在 1996 年 8 月 16 日已主动接受徐州市盐务管理局的处罚。当事人已将（苏）盐政（1996）第 501 号盐业违法案件行政处罚决定书和罚款收据复印件邮寄给某县地区行署盐务管理局。地区行署盐务管理局 1996 年 8 月 31 日作出复议处罚，违反了行政处罚的“ 一事不再罚 ”原则。有鉴于此，建议县人民法院按最高人民法院《关于贯彻执行〈中国人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》（试行）第 82 条之规定，不予执行。

人民法院，接到《执行异议书后》认为，案外人提出执行异议，确有理由，表示对案件重新审视。至此这场行政处罚违法案，得到遏止，公民的合法权益得到了保护。

随着法制的健全和完善，最终法律要大于权势。我国宪法第五条已明确规定：“ 一切国家机关和武装力量，各政党和社会团体，各企业事业组织都必须遵守宪法和法律。一切违反宪法和法律的行为，必须予以追究。 ”

注 :曹志在 1996 年 3 月 22 日第八届全国人民代表大会第四次会议上《关于中华人民共和国行政处罚法（草案）》的说明。

作者简介

李兰祥（1941—）山东郓城人，党员。81 年起从事律师工作，曾任山东郓城县律师事务所主任、荷泽地区律师协会常务理事。郓城县败协委员，曾获山东省司法厅“ 先进工作者 ”的称号，被评为“ 菏泽地区优秀律师 ”，被数十家企事业单位聘为法律顾问，并时有专业文章在国家、省级报刊发表。

单位名称：菏泽兴郓律师事务所
详细地址：郓城县盘沟路
邮政编码：274700
联系电话： （0530）6522071

欣欣公司不服荷泽商检局行政处罚案

李兰祥

案情简介

1995 年 11 月 22 日，郓城欣欣塑料制品有限公司（简称欣欣公司）赴烟台市购买烟台物资国际经济贸易公司（简称烟台国贸）俄国产 10830—020 高压聚乙烯四十三吨，当时交了货款叁拾陆万元，并商妥由烟合国贸负责用火车将货发到济宁。烟台国贸在 1995 年 11 月 2 日与俄国发货人签订了购销高压聚乙烯合同，合同号 HBD597—95—002。因烟台国贸与哈尔滨东方国际贸易公司（简称哈尔滨国贸）是协作关系，在合同中规定了哈尔滨国贸为收货人，该收货人在满州里已办理了报关手续。烟台国贸向满州里火车站提出申请，1995 年 11 月 30 日满州里火车站将九车皮高压聚乙烯运往烟台，一车皮高压聚乙烯运往济宁。烟台国贸于 1995 年 12 月 26 日按照合同报检，烟台进出口商品检验局扦取代表性样品进行检验，结果为合格，烟台国贸交了十车皮的检验费 7359 元。欣欣公司从济宁火车站接货后，认为数量不缺，质量符合要求，很快使用完了。

1996 年 1 月 25 日菏泽进出口商品检验局认为本批货物未商检，做出对欣欣公司违法行为进行处罚的决定（菏检务＜1996＞第 1 号），对该公司进行了通报批评，并处以相当货物总值 5%的罚款，计 8858 元。欣欣公司不服，特申请行政复议。我接受该公司李春珍经理的委托，担任代理人。经行政复议，最终认定欣欣公司无报验责任，决定撤销行政处罚。

代理词（节选）

1.欣欣公司是在国内市场上购买的进口产品聚乙烯，而不是直接从俄国进口的。

处罚决定中认定“ 经调查得知，你单位 95 年从国外进口的高压聚乙烯未报经我局检验，已擅自使用 ”。这不尊重客观事实。这批高压聚乙烯根本不是欣欣公司直接从国外进口的，该公司与俄国发货人没有建立购销聚乙烯的合同关系，未有申办铁路车皮计划，在满州里口岸接货并进行商品登记和报海关申请验收的不是该公司。既然海关已凭商检机构在报关单上加盖的印章

将该货于 1995 年 11 月 19 日入国内，这说明该货的进口过程已经完成，此货如再在国内进行交易，就属于国内的贸易行为了。欣欣公司因是在国内购买烟台国贸的聚乙烯，所以对于该货物在进口时是否商检，是谁报验的都一概不知（因为聚乙烯是抽样检验，检验与否没有标记）。欣欣公司与烟台国贸的业务关系是国内市场上的购销关系，应适用《中华人民共和国经济合同法》和民法通则。而商检法及实施条例的调整范围是在国际贸易中进出口商品的阶段，欣欣公司购置这批货时，已不是这个范围，菏泽商检局认定货物是欣欣公司进口的是不符合事实的，叫欣欣公司担负检验责任是错误的，对欣欣公司进行行政处罚，适用法律不当。

2.烟台国贸与俄国发货人所签合同规定，收货人是哈尔滨东方国际贸易公司。

1995 年 11 月 2 日烟台国贸与俄国发货人签订了购销高压聚乙烯合同，合同号 HBD597—95—002，合同规定：铁路运单一份，运单上必须标明合同号 HBD597—95—002，收货人哈尔滨东方国际贸易公司。因为哈尔滨东方国际贸易公司与烟台国贸是协作关系，他们协调一致，由哈尔滨东方国际贸易公司为收货人。

根据中华人民共和国进出口商品检验法第 9 条第 1 款“ 必须经商检机构检验的进口商品的收货人，必须向卸货口岸或者到运站的商检机构办理商品登记，对列入《种类表》的进口商品，海关凭商检机构在报关单上加盖的印章验收 ”之规定，该批货物到卸货口岸满州里后，收货人在满州里办理了商品登记、报关，最后满州里海关放行。本批高压聚乙烯在整个国际贸易活动中，收货人始终没有变更。

货物进关后，合同中的买方烟台国贸向满州里火车站提出申请，将其中的一车皮高压聚乙烯改发到济宁，收货人：郓城欣欣塑料制品有限公司。这一行为是国内的改发，而不是国际贸易中收货人的变更。欣欣公司与俄国发货人无合同关系，当然不是俄国发货人的收货人。欣欣公司与烟台国贸是国内的购销关系，烟台国贸为卖方，欣欣公司为买方，它是烟台国贸的收货人，是进口商品的中国用户。

3.对于十火车皮高压聚乙烯烟台国贸已于 1995 年 12 月 26 日进行了商检。

根据 1995 年 11 月 2 日烟台国贸与俄国发货人的合同中检验和索赔的规定：货卸目的口岸，买方有权申请中国商品检验局进行检验。合同已约定负责申请商检的是该货的买方烟台国贸，九车皮货到烟台后，他们持合同、发票、装箱单、提单等必要的证单，向烟台市商检局报检。经扦样检验，结果如下：熔融指数 2.15，密度 0.913。经抽重符合每包 25 公斤的合同要求，检验费是依据合同标的（包括发往济宁一车皮在内），收取人民币 7359 元。显而易见，欣欣公司这一车皮的高压聚乙烯已在商检之内了。当然到挤宁的这一车皮没有参加抽取样品，但是，就是到烟台的九车皮也不是每个车皮都抽取样品。再说没有参加抽取样品的责任也不在欣欣公司，因为烟台国贸没有将此事对欣欣公司说明，所以本车皮货物于 11 月 30 日在济宁卸货时，欣欣公司并不知此货是否商检的问题。《实施条例》第十四条规定，合同有明确约定的按约定办，所以应由烟台国贸负责报检，欣欣公司无资格和责任报检。我国法律法规未有规定凡是在国内市场上买到进口商品的中国用户也都应向商检部门报检。行政处罚决定中认定：你单位九五年从国外进口的高压聚乙

烯未报经我局检验，已擅自使用。把未报检责任推向欣欣公司是完全错误的。

4.欣欣公司对四十三吨高压聚乙烯完全有权使用，不存在擅自使用问题。

欣欣公司在国内市场上购买的进口商品，根据《民法通则》第七十二条之规定，依法取得了该批货物的所有权，有占有、使用、转移的权利，不需要再经任何人、任何单位的批准。菏泽商检局在行政处罚中怎么能认定是擅自使用呢？商检法中所规定的擅自使用，是指对列入《种类表》的进口商品和法律、法规规定必须经商检机构检验的商品，要报检验。明知该报验而不去报验，就自做主张销售或者使用，这才构成擅自。这样的检验，只能是一次，即必须经商检机构检验的进出口商品的收货人办理。进口商品在我国国内再进行的买卖中，就不存在商检的问题。以上说明了菏泽商检局对该处罚的主体搞错了，对什么是国际货物买卖中的主体，什么是国内货物买卖中的主体概念不清，对欣欣公司进行行政处罚是违法的。

总之，菏泽商检局对本案的事实未查清，主观臆断处事。处罚决定中认定欣欣公司违犯了《商检法》第 5 条、第 10 条及《实施条例》第 15 条之规定，是不当的。处罚决定中适用《进出口检验法》第 26 条之规定，《实施条例》第 55 条规定，对欣欣公司行政处罚是适用法律不当，菏检务（1996）1 号“ 关于对郓城欣欣塑料制品有限公司违法行为进行处罚的决定 ”应撤销。

作者简介

于阜民（曾用名：于建国）45 岁，毕业于吉林大学研究生院，获法学硕士学位，又结业于司法部第四期涉外律师外语强化训练班，英语熟练；高级律师职称（二级），经中国证监会授予从事证券律师业务资格；从事律师工作 13 年；现任吉林省中安律师事务所主任，曾多次赴美国、俄国代理海外投资、公司注册、国际贸易及经济技术合作法律事务；国内业务侧重公司法（股份制改造、股票上市）、保险法、产品责任和知识产权领域。曾多次为中外合资企业、国有大中企业担任常年或专项法律顾问。

单位名称：吉林中安律师事务所
详细地址：吉林省长春市人民大街 84 号 113 室
邮政编码：130051
联系电话：（0431）8913472
（0434）3224116

知 识 就 是 力 量

——向保险公司索赔纪实

于阜民

车辆保险单上没有“ 整车失窃 ”一项，车主也没有交纳“ 盗抢险 ”保费，而后整车被盗，保险公司拒绝理赔。诚然事出有因，可是这场官司车主能赢吗？于阜民律师代理了这场艰难的诉讼，运用娴熟的法律知识维护了车主的权益。无论是保险公司还是投保车险的企业家，透过这个案例会更深刻地理解保险法的精神实质，树立这样的信念——法律是是非的准绳，知识就是力量。

1995 年 3 月，吉林省四平市农资贸易有限公司（以下简称：车主）购进奥迪牌 V6 型轿车一辆，车价 54.9 万元，加上车辆附加费等支出 59.8 万元。车主单位遂派两名工作人员去四平市社会保险公司（以下简称：社会保险公司）投保。该保险公司新险种代办部负责人指派工作人员承办。车主当时说明：“ 所有的项目全保，我们是好车，尤其怕丢、怕抢、怕撞。 ”保险公司方面对此未提出异议，承办人员代车主填写了投保单，投保单上署名并加盖印章的承保方为中国太平洋保险公司长春分公司（以下简称：太平洋分公司），车主按照承办人的计算结果交付了保费 9，700 元。

同年 8 月 15 日该车被盗，车主即向社会保险公司及本市公安局报案。公安局立案并经三个月侦查未能破案，车主遂以丢失车辆已全部投保为由要求二个保险公司理赔。二家保险明确拒绝，理由是：“ 你们没有投保盗抢险，你们交的保费也不含盗抢险保费。保险单是双方的合同，上面没盗抢险这一项，不能超出合同理赔。 ”

这样，车主来到了我的办公室。作为职业律师不能不讲究办案的技巧，我告诉车主：不能急于起诉，要准备充分的证据，要有提炼成熟的思路。我认为本案的争端将集中在三个方面：其一，如何认定两家保险公司的关系；其二，保险合同是否有效；其三，过错的认定及责任的承担。我从这三个方面做了充分的调查，而后代理车主提起诉讼。

1996 年 5 月初，四平市铁西区人民法院开庭公开审理此案，我以原告（车主）全权诉讼代理人的身份独自出庭。

毋庸讳言，投保户状告保险公司往往是艰难的诉讼。所以，这个案子一开始就引起了本市各界的关注。法庭上我提出三个观点：第一，社会保险公司与太平洋分公司是代理与被代理关系。第二，保险单上虽未记载盗抢险一项，但是车主的本意是投全保，保险公司业务人员未填写盗抢险系违背车主的真实意思。依《中华人民共和国民法通则》第五十条规定，当认定该保险合同无效。并且，社会保险公司代理商业保险与其从事政策性保险的宗旨相悖，未经批准而从事商业性保险业务属于无行为能力，这也是导致合同无效的法定理由。第三，无效合同的双方当事人应当按照过错对损失后果承担责任。本案中，社会保险公司明知自己没有代理商业保险的行为能力而受理车主投保，且不做必要的说明，故意隐瞒保险单上不含盗抢险内容的真相，均属于重大过错。鉴于如上三点，我请求法庭判令二家保险公司共同赔偿车主的实际财产损失。

保险合同纠纷案件，通常是投保户坚持合同有效而保险公司否认合同的成立，我的观点恰恰相反。观众席上议论纷纷，足见出人意料。这种打法就策略技巧而言，往往造成对方缺乏有针对性的证据及心理上的准备。当然，首要的还是自己立论的根据。

保险公司方面辩称：两个单位之间没有代理的协议，发生车辆保险代办关系纯属私人之间的个人行为；原告来投保没有任何强制性，投保人加盖了单位公章，没有违背其意愿；投保人超越合同约定要求赔偿违背平等原则。

双方各执一词，这个时候必须运用证据支持自己的论点。我向法庭出示了社会保险公司工作人员留在保险凭证上的字迹原件。而后，我当庭盘问社会保险公司作为证人出庭的有关工作人员，该人终于承认此举是为了完成本公司的任务指标……至此，社会保险公司办理该项保险业务是单位行为而非个人活动，二家保险公司是代理与被代理关系均已证据充分。

就合同效力问题，我当庭向太平洋分公司的诉讼代理人发问：“ 社会保险公司代理车辆保险业务之前，可曾领取金融管理机关核发的许可证？ ”对方不答。我连续追问三次，对方仍不正面回答。

我再问：“ 有、没有、不知道，只有这三种答案，必居其一，贵公司能否正面回答？ ”

对方答：“ 不知道 ”。

我即面向法庭说：“ 关于这个问题太平洋分公司的回答是‘ 不知道 ’。可是我知道事情的真相。社会保险公司开展车辆保险代理业务未经金融主管机关批准，更没有领取许可证 ”。接着，我向法庭提交了我走访有关金融主管机关而取得的材料。

保险单上的记载是否符合车主的真实意思？这个问题事关合同的效力，也关系到过错的认定，故为本案争议的焦点。加盖了公章、没有强制，仅此不能得出意思表示必然真实的结论。问题在于如何证明保险单确实违背了车主的真实意思。现在的证据仅仅是车主单位经办人员的自述，如果再有辅助证据与之印证才能足以认定属实。可是，这样的证据到哪儿去找呢？我决心从对方索取。

恰逢法庭向社会保险公司的经办人员询问办理保险手续的经过及有关情节。法庭问话之后我盘问该人：“ 除去你刚才讲的过程及双方的对话之外，

你是否向投保人介绍了你公司经办的车辆险全部险种、保费标准及投保各险种的含义？”

证人毫不犹豫的回答：“没有。我没有那个义务”。

足够了。我欠缺的辅助证据在这里找到了。我没有必要进一步盘问，遂发表了代理词，阐述了我对本案的整体看法：

“……保险行业事关社会公众利益，且专业性强，保险公司与投保户相比占有专业知识和专业人才上的优势。故此，为了公平调整投保人与承保人双方的物质利益关系，法律赋予保险公司特别的义务，即向投保人做必要说明的义务。这体现了我国保险法的立法精神，也体现了与世界各国保险立法的衔接。

本案，保险公司经办人员在投保人声明投“全保”的情况下，仍不向投保户做必要的说明，实属故意隐瞒真相，属重大过错。

社会保险公司没有代理商业保险业务的资格而为之，且违背投保户真实意思，该保险合同属无效。

依过错责任原则，互为代理被代理关系的二家保险公司应当对无效合同承担后果责任。这种无效合同的责任依据实际损失和过错判定，不受合同条款的约束。故此，二家保险公司应当赔偿车主的损失……”。

法庭听取了双方的意见之后，于慎重起见又做了大量的调查核实工作，终于在 1996 年 5 月 14 日，四平市铁西区人民法院做出了“1996 年经二字第 3 号民事判决书”判决的实体内容：一、保险合同无效；二、太平洋分公司赔偿原告被盗轿车实际损失的百分之九十即 53.8 万元；三、太平洋分公司返还原告保险费的百分之九十即 0.878 万元。社会保险公司对赔偿的全部金额负连带责任。

保险公司不服一审判决，提起上诉。本案的终审法院四平市中级人民法院于同年 7 月再次开庭公开审理此案，四平市电视台现场采访并向全市人民转播了庭审实况。

1996 年 7 月 30 日，四平市中级人民法院做出了“1996 四经终字第 44 号民事判决书”。其实体内容为：保险合同附加险条款内容无效，其他条款有效；车主被盗轿车实际损失 59.8 万元，自行承担 5.9 万元，两家保险公司共同赔偿 53.8 万元；案件受理费 2.3 万元，车主承担 0.23 万元，余下 2 万元由两家保险公司承担。

我的代理意见基本被两审法院采纳。

作者简介

王文玺（1963.—）双专科学历。1992 年—1996 年在邱县律师事务所工作。1997 年入邯郸市天恒律师事务所。1994—1996 年一直被邯郸市司法局评为优秀律师。

几年的律师生涯，使他逐渐在法律界初露头角，在社会上具有较高威信，为社会承办了大量法律事务。成功地解决了近百件诉讼事务。被十几家企业聘为常年法律顾问，深受企业及社会各界的好评。

信　　念：敬业进取开创一流

单位名称：河北省邯郸市天恒律师事务所
详细地址：河北邯郸市中华北大街 21 号
邮政编码：057450
联系电话：（0310）3026295　8362912

药厂不应承担建行与外贸借款合同的担保责任

王文玺

案情简介

1993 年 4 月 16 日，外贸带着从建行要来并自己填写好的借款合同书到药厂寻求担保。药厂审查了借款合同：金额 47.2 万元、月息 8.1‰、期限 15 天等有关内容，同意为外贸担保。随后，加盖了章印。担保单位确定后，外贸回到建行继续办理合同和有关手续。建行见到借款合同，首先提出利息不是 8.1‰，应是 19.3‰。依照建行的要求，外贸对此做了改动。后建行在借款合同上加盖了印章，向外贸放款 47.2 万元。自始至终建行和外贸均未将改动合同利息问题通知给药厂。

外贸借款后，所购钢材价格急速下跌，借款无法依约偿还建行。到 1996 年 3 月 14 日，建行以外贸和药厂为被告向法院起诉，要求判处两被告偿还本金 47.2 万元、利息 19 万元。

一审

1996 年 4 月 8 日，法院依法公开审理了本案。建行、外贸和药厂均到庭应诉。我做为药厂的委托代理人向合议庭发表了如下代理意见：

1.建行不征得药厂的同意，与外贸擅自改动还没有依法成立的借款合同主要条款利息部分

此行为属建行与外贸达成了具有新内容的借款合同。在以上过程中有两个法律关系：一是月息 8.1‰合同中药厂（担保人）与外贸（债务人）的担保关系。此法律关系中，建行（债权人）没有认可药厂担保的主要事项利息，并擅自随意做了改动。由于建行否定了药厂担保的主要内容，故担保合同根本没有依法成立。二是月息 19.3‰合同中建行与外贸的借款关系。此法律关

系中，药厂没有加入，建行与外贸两方订立的月息19.3‰合同是一份没有担保的借款合同。由此，足可看出：药厂做为担保人与建行无论在哪份合同中，都没有形成任何法律关系。

2.根据经济合同订立的程序：

由要约到承诺的法律常识，外贸向药厂的担保要约是月息8.1‰的合同整体，并得到药厂的承诺，即外贸与药厂对月息 8.1‰合同协商一致。建行和外贸两方将合同中利息8．1‰擅自改动为19．3‰，这对药厂来讲是新要约，应依法再次得到药厂的承诺，担保合同才依法生效。事实上，药厂对此根本没有承诺，故月息19.3‰合同对药厂无任何约束力。

3.根据担保合同的概念

担保合同是担保人与债权人就担保问题依法达成的书面协议。药厂所担保的主要事项利息问题上，从未与建行达成过协议，即担保合同根本没有依法成立。

据以上三个事实和《经济合同法》第9条、第28条之规定，《最高人民法院〈关于审理经济合同纠纷案件有关保证问题的规定〉》（法发（94）8号文）第 1条之规定：药厂担保的合同没有依法成立。建行与外贸两方订立的借款合同是一份没有药厂担保的合同。建行与药厂间从来没有形成任何法律关系，药厂对建行与外贸两方订立的借款合同不应承担保证责任。

一审法院片面地认为：建行修改合同是履行中的变更行为，根据法发（1994）8号文第12条规定，要求药厂承担借贷合同变更前的义务，并做出判决：药厂承担外贸偿还本金47.2万元和8.1‰的利息范围内的连带保证责任。导致一审法院做出错误判决的原因是一审法院忽视了合同成立的概念，没有认清合同成立的时间。这种认识是错误的。法律规定担保合同应当由债权人（建行）与担保人（药厂）就保证问题达成一致，担保合同才依法成立。具体到本案，做为债权人的建行根本没有与担保人药厂达成一致，特别是建行改动合同时还没有加盖印章，即担保合同没有成立。由此可见，一审法院将这种合同成立前的改动行为认定成履行中的变更是无事实和法律依据的。

二审

根据我们一审中充实有利的事实和法律依据，我们认为一审判决是极其错误的。为此，药厂在自身经营十分困难的情况下，无奈提出上诉。

在提起上诉的过程中，经认真研究我们发现那份借款合同还有背景：即贷款种类是部门委托。顺着这一线索，我们怀疑：（1）是受哪个部门委托；（2）是否符合国家委托贷款政策。甚至是否委托贷款……？为澄清这一系列的问题，我调查了人民银行、所谓委托贷款的委托人城建局等有关单位和个人。果然不出所料，这份借款合同的背后隐藏着诸多问题：

1.这份借款合同所依赖的委托贷款协议的签定日期1993年4月15日是虚假的，实际时间是1993年4月底。这说明建行向外贸放款时根本没有委托贷款协议。

2.这笔委托贷款的资金来源不合法。此款是城建从省供销社非法拆借，不是自有闲散资金，不能用于委托贷款。

3.委托协议中没有明确委托人承担风险。

4.国家政策规定：委托贷款没有收回前，银行不得代垫资金。而实际上，

城建早在 1993 年 4 月 20 日将资金陆续提出。

5.这笔委托款并不是委托人城建的真实意思。

……

鉴于建行在操作这笔借款业务中存有以上诸多违法行为，我在全面调查取证基础上，查阅了《经济合同法》、《中国人民银行关于金融信托投资公司委托贷款业务规定》、《金融信托投资机构管理规定》等法律和行政法规。最后，以更加充足的事实理由和法律依据，向市中级法院递交了上诉状。

1996 年 10 月 8 日，中院依法公开审理了本案。我同另一律师，向合议庭着重发表了如下代理意见：

代理词

审判长、审判员：

根据《中华人民共和国民事诉讼法》和《中华人民共和国律师法》的有关规定，受药厂委托，担任上诉人药厂上诉建行委托贷款担保合同纠纷一案的二审代理人，通过阅卷和走访调查，并经过法庭调查，代理人认为：本案的一审判决认定事实不清，适用法律不当。上诉人有充分的理由请求二审法院纠正一审判决。现依据事实和法律，发表以下代理意见：

一、一审判决认定事实不清

1.一审判决对所谓委托贷款合同的委托人与受托人签订的委托贷款协议的真实性未予审查认定。

2.一审判决对建行与外贸签订的借款合同的合法性未予认定。该合同明显违反国家行政法规和金融政策，却不认定该合同无效。

3.一审判决对委托贷款协议明显存在严重违法内容，却不认定其无效。

4.一审判决对委托人城建在建行借款给外贸当时并无委托贷款的意思表示未予认定。

二、担保合同始终没有成立

外贸在找上诉人要求为其担保时，合同的月利率为 8.1‰。在让被上诉人建行签订合同时，建行却与外贸串通将月利息率改为 19.3‰，否定了药厂担保承诺，提出了一个新的要约。对这一新要约，药厂始终不知，故药厂与外贸及建行并未确立借款合同的担保关系。新的要约对药厂无约束力。证人张××、于××可以证实。

可见药厂与外贸达成的担保利率为 8.1‰的法律事实，并没有被建行认可，这一法律关系没有在法律上成立。药厂对不知道的月利率为 19.3‰的借款关系，在任何情况下都没有也不可能承诺。因此，药厂的担保在建行与外贸达成新的合同关系时，已经消失。根据《经济合同法》第九条的规定，药厂的担保关系没有成立，药厂不应承担担保责任。

三、建行与外贸签订的 5 号借款合同是无效合同

借款合同在诸多方面违反国家的行政法规和金融政策：

1.借款合同月利率为 19.3‰，严重违反了人民银行同期月利率为 8.3‰的规定，扰乱了金融秩序；同时也违反了《借款合同条例》第三条的规定。

2.本案的借款合同，不是委托贷款，不符合人总行（1993）银发 49 号文的有关规定。

A. 药厂担保时，建行与城建并没有委托贷款协议，被告向法庭提供的委托贷款协议，是建行在贷款到期时与城建补签的。原城建局长周××、经办人王××可以证明（见周××证、王××证言）。

B.该笔贷款并非是城建委托建行贷出的，而是建行擅自挪用他人资金贷出的，城建将款存入建行仅为保本保息（见周××证言）。

C.建行补委托贷款协议及未经担保人同意改变利率的事实，已经说明建行在签订 5 号借款合同时有欺诈行为，根据《经济合同法》第七条的第二款规定：该合同应为无效合同。

D.委托人城建不承担贷款风险，将款存入建行仅为保本保息。建行承担风险并代垫资金偿还城建的事实，违反（1993）银发 49 号文第三条规定，充分证实这根本不是委贷。

E.假设委托贷款成立的话，该资金是城建非法拆借的资金，来源不合法，不符合（1993）银发 49 号文第四条和《金融投资信托机构管理暂行规定》第三十条第二款的规定。

F.该委托贷款在利率和期限、用途等方面，均违反了（1993）银发 49 号文第五条和《贷款通则》第六条、第十二条的规定。

上述事实说明，本案借款合同赖以存在的委托贷款协议，严重违反国务院和作为中央银行的人总行制定的有关行政法规和金融政策。根据《经济合同法》第七条第一款、《借款合同条例》三条第一款之规定，该合同为无效合同。以此合同为基础而产生的借款合同，同为违反国家政策和法律合同，当属无效合同。

四、被上诉人建行的辩解与主张于法无据，不能成立

1.建行称其仅违反一般行政管理法规，违反人民银行（1993）银发 49 号文，不属于违反国家政策，显属无理狡辩。《中华人民共和国银行管理暂行条例》第五条第一项、第三项明确规定：中国人民银行制定颁发的文件，是国家的金融政策和行政法规。上诉人违反了人民银行的委托贷款的有关规定，当然是违反国家政策行为。因此上诉人称违反（1993）银发 49 号文不是违反国家政策、不能由此认定合同无效的理由，不能成立。

2.建行引用最高法院法发（94）8 号文 12 条的规定，用以说明一审判决是合法的，同样不能成立。该条明确指出是在“主合同履行期限内变更合同其他内容而使保证人债务增加……”。事实上，建行与外贸变更合同是在主合同与担保合同尚未成立之前（见于××、张××证言）。故这一规定不适用于本案。

3.建行称（1993）银发 49 号文是规范委托人（城建）与受托人（建行）之间行为的，与担保人的药厂不是同一法律关系，与担保人无关，这是曲解法律。我们提出这一主张说明委托款协议违法，从而主合同无效。

综上所述，药厂的担保合同始终没有成立，加之主合同已有充分的证据

和事实证明是无效合同。一审法院以无效的合同作为判决的依据，是违法的错误判决。根据最高人民法院（94）法发第 8 号第 20 条的规定：主合同无效，担保合同也无效，保证人不承担保证责任。请二审法院依法改判药厂不承担借款合同的担保责任。

以上意见请法庭采纳。

审判结果

功夫不负有心人。此案历时 8 个多月，经两次审理，1996 年 10 月 28 日中级法院做出判决：撤销一审关于药厂承担外贸偿还借款 47.2 万元、利息 19 万元连带担保责任。此案最终得到了正确公正的审判，更重要的是法律的尊严得到了极大的维护。法律是神圣的！

作者简介

王成文（1964、1—），苗族，中共党员。1987 年 7 月毕业于云南大学法律系，获法学学士学位，自此开始了崇高神圣的律师生涯，现任三级律师，副主任。工作中联系实际，敏于思考，勤于笔耕，近十年来，撰写并发表专业论文 20 多篇，与人合著《企业家与律师》、《比较审判学》等。1988 年加入云南省法学会，1992 年加入中国法学会，办理的案件代理词被《大案名案辩护词精选（之二）》收入。撰写的《国际商事仲裁中的律师实务》被《现代法学》刊发。他深知“墨迹千年好，仕途一时荣”，目前，正为改善和健全我国司法制度而竭诚努力。

单位名称：聚明律师事务所
详细地址：云南省大理市下关启文街 64 号
邮政编码：671000
联系电话：（0872）2161988　2125426

是联营而不是借款

王成文

案情简述

云南省建设租赁有限公司（以下简称租赁公司）同大理建材批发部（以下简称批发部）于 1994 年 7 月 8 日订立了一份《联营协议》和一份《借款合同》。两合同所涉及的联营投资金额及借款金额一致，期限一致，利率及投资回报率也一致。但《联营协议》内容详尽，为手写体，而《借款合同》则较为简略，为打印件。更为重要的是大理州电影公司（以下简称电影公司）为《借款合同》出具了不可撤销的履约保函，签约当日及既后的 7 月 15 日、7 月 25 日，租赁公司分三次以“购租赁物款”或“购租赁设备款”为汇款用途将260万元打入批发部账户。同年9月28日批发部归还租赁公司本金30414．29 元及利息 123780 元。1995 年 5 月 26 日由租赁公司介绍并担保，批发部销售价款为 487063． 17 元的建材给劲华公司营业部，付款期限为一个月。在此期间,租赁公司分别于 1994 年 9 月 1 日和 12 月 1 日致函批发部称所汇资金为“投资本金”、“投资回报率”，1995 年 6 月 2 日租赁公司发给批发部的书面通知依照《联营协议》关于违约责任的规定，计算和主张了万分之六的延付违约金。1995 年 9 月 28 日租赁公司委托了昆明大理两地的律师各一名，隐瞒了《联营协议》，以借款合同纠纷为案由以批发部和电影公司为被告向昆明市中级人民法院提起诉讼，请求判令二被告连带偿还借款本息，并承担一切诉讼费用。笔者受批发部委托，在确定双方履行的是《联营协议，而不是《借款合同》的基础上，与电影公司及其代理人一道向一审法院提出管辖权异议，要求将案件移送有管辖权的大理州中级人民法院审理，一审法院裁定认为“虽然两被告所在地在大理市，但该案案由为借款纠纷”遂驳回异议。二被告又不甘罢休，持租赁公司隐瞒本案真正事实，其划款是履行联营协议而不是履行借款合同的理由提出上诉，同时提出本案案情重大，应由省高级人民法院作为一审。在上诉期间，租赁公司提交了一份《关于终止联

营协议的协议》复印件。云南省高级人民法院据此又驳回上诉，由昆明市中级人民法院作为一审法院。

昆明市中级人民法院于 1996 年 2 月 1 日公开审理本案并当庭宣判 租赁公司与批发部之间实际履行的是联营协议，而电影公司并未对联营协议担保，故不承担责任。在认定两份合同无效的基础上，判决由批发部返还租赁公司 2569585． 71 元，并按中国人民银行同期流动资金贷款利率支付利息。宣判后，租赁公司以联营协议已经终止，双方之间订立的是借款合同，电影公司担保是自愿的，应承担连带责任为由提出上诉，批发部则以既然是联营就应当移送而不应径直对实体问题作出判决和实体判决存在明显错误为由提出上诉，后因未能交纳上诉费故以被上诉人身份参与诉讼。电影公司服判。

庭前准备

就在二被告因管辖权异议裁定驳回而提出上诉期间，租赁公司向云南省高级人民法院提交了一份《关于终止联营协议的协议》的复制件，二被告顿时慌了手脚，我作为批发部的代理人，详尽询问和了解了批发部，批发部万分肯定地说，从未同租赁公司签订过这份协议。这份协议出现的不可思议，如租赁公司为什么不在一审裁定前提交而在二审时才提交？代理人先将该材料提交给具有鉴定资格的大理市人民检察院进行文迹鉴定，得出的结论是租赁公司提供的该材料上所盖印文与批发部的印章印文不相一致。从租赁公司提供的全部材料也充分证明它是按《联营协议》的规定履行的，这就更清楚地说明，租赁公司是在诉讼进行中争管辖权而不顾一切后果伪造了这份根本不存在的所谓“ 协议 ”。据此产生的裁定自然成了空中楼阁。因此，在一、二审中代理人都始终坚持本案是联营而不是借款，既是联营就应移送管辖这一层层递进，环环紧扣的正确思路。

代理要点

一审代理着重论证和强调祖赁公司与批发部之间实际形成和已基本履行完毕的是联营协议，至于借款合同则是租赁公司为转嫁投资风险而给电影公司设置的陷井。

从租赁公司提供给法庭的一系列证据足以证实以下主要事实：一是汇款用途不是借款而“ 购租赁物款 ”双方之间尽管存在两个合同，既然租赁公司的行为否定了借款，那无疑履行的只能是联营协议，除非还有其他合同关系，但本案除借款和联营之外并不存在其他任何关系；二是祖赁公司称所汇款项为投资或资本金，这是因为租赁公司明知本身无权经营信贷业务所致而不是一时疏忽；三是租赁公司每一季度均书面通知批发部按联营协议的定计收投资回报率；四是这证据均出自租赁公司之手且时间都在所谓 1994 年 7 月 27 日关于终止联营协议的协议之后，这完全说明租赁公司一直在履行联营协议，现在又反其道而行之，主张其履行的是借款合同，真可谓是积重难返；五是关于终止联营协议的协议经有权机关进行技术鉴定是伪造的；六是联营项目“ 天龙海鲜养殖 ”已基本建成且初具规模。

在此基础上，代理人进一步指出，既然联营已被大量事实及证据所证实，这足以认定租赁公司隐瞒了联营这一基本事实，伪造终止联营协议的“ 协

议”，欺骗了人民法院，使案件不能及时正确地确定管辖权和依法移送，严重扰乱了民事诉讼程序，应依法予以处罚，以示惩戒。

二审代理针对租赁公司的上诉理由，就以下两点进行反驳：

一、上诉人租赁公司以坚持“仅凭汇款用途栏中的‘购租赁物款’不能认定就是联营”，代理人重申了一审时对此问题的答辩理由，进而指出：一审判决认定双方履行的是联营协议并非仅凭汇款用途而是全面分析本案所有事实和证据后得出的客观结论。

二、租赁公司认为批发部提供的鉴定结论未经法庭许可，私自请人鉴定，应为无效。

对此，代理人指出：

一、关于终止联营协议的协议违反事物发展的客观规律。试想 1994 年 7 月 8 日订立的联营协议至 7 月 27 日才 20 天时间,而这 20 天中双方并不存在任何分歧和矛盾，双方合作甚为愉快，并且上诉人租赁公司已绝大部分履行了投资义务，投资达 260 万元，养殖场也正在轰轰烈烈的建设之中，这种情况下，能终止联营协议吗？

二、终止联营协议的理由并不存在。按上诉人租赁公司的说法，是因为筹不到资金。但事实上，还不到 20 天时间上诉人租赁公司就源源不断地投入养殖场 260 万元，按联营协议租赁公司只需到同年 8 月 30 日再投入 40 万元就全部投完资金。还有一个月时间怎么就知道筹不到这区区 40 万呢？三是 1997 年 7 月 27 日双方根本没有接触也没有联系，那么在何时何地签订的此协议呢？因此，我方提供一鉴定结论尽管事先未报告法院，但鉴定结论同其他证据完全一致，符合本案的客观实际，且上诉人租赁公司未能提出新的鉴定结论来推翻该结论，故应作为有效的证据使用。

二审代理还针对一审判决存在的几个问题发表了以下意见：

一、既然一审法院查明并认定了租赁公司与批发部之间是联营协议，就说明批发部及电影公司原提出的管辖权异议应当成立，应予支持，依法将此案移送给被告所在地的大理市中级人民法院审理，而不应径直对实体问题作出判决。因此，一审判决在程序上存在着明显的错误，同时也给一审法院落下搞地方保护主义之嫌。

二、一审判决认定联营协议无效有失公允，诚然联营协议中的保底条款是无效的，但除保底条款无效外，其余条款是双方当事人的真实意思表示且内容不违法应认为有效。需要特别指出的是，保底条款无效是由上诉人租赁公司造成的，应依法承担造成无效的责任，一审判决对此未作明确。

三、既然一审判决认定联营无效，是名为“联营”实为“借贷”，就不应认可上诉人租赁公司收取的利息 123780 元为合法，应依法收缴，也就更不应判决再由批发部承担自 1994 年 9 月 30 日起至全款清偿之日止的银行同期流动资金贷款利息。最高人民法院《关于审理联营合同纠纷案件若干问题的解答》就明确规定：“除本金可以返还外，对出资方已经取得或者约定取得的利息应予收缴。”一审判决袒护了上诉人租赁公司。

四、批发部的合理主张及要求没有得到支持。上诉人租赁公司为了自身利益拉走批发部价款为 487063． 17 元的货物，虽然是作为担保，但在一审时已具备了承担收回货款的责任和条件，批发部要求扣抵返还金额的主张是有理有据，合理合法的。二审法院应予支持。

判决结果

一审判决：

一、宣告《联营协议》、《借款合同》无效；

二、由批发部返还租赁公司 2569585． 71 元并承担自 1994 年 9 月 30 日起至全款还清之日的同期流动资金贷款利息；

三、原告租赁公司的其他请求不予支持。案件受理费 36225． 86 元租赁公司承担 14490． 34 元，由批发部承担 21735． 52 元。

二审判决：

一、维持一审判决第一、三项；

二、撤销一审判决第二项；

三、由批发部返还租赁公司 2082522． 54 元，（即 256，9585． 71 元减去 487063． 17 元）并承担自 1994 年 9 月 30 日起至全款清偿之日止的银行同期流动资金贷款利息。一审案件受理费按一审判决承担，二审案件受理费 36225． 86 元由上诉人租赁公司承担。

结案后的思考

一、两审判决认定案件事实无疑是全面的，也是正确的，但在适用法律和责任分担上还不能说是严格依法，严肃执法。如该移送的都不移送、该收缴的不收缴、该处罚的不处罚。

二、作为原告和上诉人的租赁公司及其代理人不能心存侥幸，更不能人为地伪造证据扰乱诉讼程序的正常进行，特别是在一审判决后又在上诉，则明显存在诸多失误，其结果自然是得不偿失。

作者简介

陆振平（1962—）上海市人，1983 年毕业于吉林大学法律系，获法学士学位。毕业后在上海市吴淞区人民法院从事审判工作， 1988 年调入上海市申江律师事务所，1996 年调入上海市海通律师事务所任副主任。

从事律师工作以来，代理各类案件三百余件，其中有代理数十万元经济纠纷上诉案反败为胜，自撰该案案例评析登载于《中国律师》杂志上；历年办案质量高，于 1991 年 2 月获上海市司法局颁发律师“ 最佳卷宗 ”奖及证书；担任数十家机关、企事业单位法律顾问，为顾问单位挽回、避免经济损失数千万元，为维护委托人的合法权益和法律准确实施很好地履行了律师职员，受到了委托人的普遍赞扬和好评。

单位名称：上海市海通律师事务所
详细地址：上海市崇明县新崇东路 101 号

解析不同法律关系上诉反败为胜

陆振平

案情简介

1988 年上海市远东冰箱厂与原广州市国营新合企业公司先后签订了 3 份联合生产电冰箱的联营协议，协议规定由原广州市国营新合企业公司提供进口压缩机和“ 日菱 ”（RIL ING）牌注册商标，由上海市远东冰箱厂提供箱体并组装成成品电冰箱，销售与售后服务包括售后服务费用均由原广州市国营新合企业公司承担。

1988 年 8 月 9 日，原广州市国营新合企业公司与中国南海石油联合服务总公司建设发展公司下属的南油建设发展材料供应公司签订购销 2000 台 185 立升二门日菱牌电冰箱的合同一份，该合同约定：在上海市远东冰箱厂提货，单价已退保修费，南油建设发展材料供应公司负责保修。1988 年 9 月 15 日南油建设发展材料供应公司与甘肃省供销联社工业品贸易公司签订购销 350 台 185 升二门日菱电冰箱合同一份。后甘肃省供销联社工业品贸易公司将根据该合同购得的 350 台日菱牌电冰箱投放市场。因质量问题，经甘肃省产品质量监督检验所检验和加倍（检测手段）复检，综合判定未销出的 140 台日菱牌电冰箱为不合格产品。甘肃省供销联社工业品贸易公司为此在甘肃省兰州市中级人民法院对南油建设发展材料供应公司提起诉讼，甘肃省兰州市中级人民法院判决甘肃省供销联社工业品贸易公司退回 140 台不合格的日菱牌电冰箱给南油建设发展材料供应公司，南油建设发展材料供应公司同时将货款 204300 元退还给甘肃省供销联社工业品贸易公司。甘肃省兰州市中级人民法院判决后，南油建设发展材料供应公司不提起上诉，后因上诉人南油建设发展材料供应公司无正当理由不参加诉讼，由甘肃省高级人民法院终审裁定上诉人撤诉处理，按原判决执行（并已执行完毕）。为此，南油建设发展材料供应公司于 1991 年 5 月 7 日在广州市东山区人民法院向原广州市国营新合企业公司提起退货、返还货款之诉。

原广州市国营新合企业公司是由广州市国营新塘农工商联合公司申办的

企业，申办单位并未投入资金，成立后发包给景某某经营，约定由承包人景某某自筹一切资金。原广州市国营新合企业公司不具备法人资格，在清理整顿公司期间，广州市有关部门批准撤销了该公司。

南油建设发展材料供应公司也被撤销，其债权债务由中国南海石油联合服务总公司建设发展公司接管。

一审认定意见与判决

一审法院广州市东山区人民法院经审理认为：原广州市国营新合企业公司将部分不合格产品销售给南油建设发展材料供应公司，违反了《工业产品质量责任条例》的规定，原广州市国营新合企业公司销售部分不合格产品的民事行为无效，故其与南油建设发展材料供应公司签订的购销电冰箱合同部分有效，部分无效，即其中不合格的 140 台无效。合同部分无效的过错责任在原广州市国营新合企业公司。上海市远东冰箱厂组装 140 台不合格电冰箱并无对该不合格冰箱进行售后维修服务应负主要责任，故 140 台不合格冰箱应由中国南海石油联合服务总公司建设发展公司退还给上海市远东冰箱厂，上海市远东冰箱厂应按冰箱厂价将货款支付给南油建设发展材料供应公司，原广州市国营新合企业公司亦应将从 140 台电冰箱中挣取的利润退还给南油建设发展材料供应公司。至于南油建设发展材料供应公司转手加价销售电冰箱给甘肃省联社工业品贸易公司，由此造成的运杂费及其它经济损失应自负。南油建设发展材料供应公司已撤销，其债权依法转由中国南海石油联合服务总公司建设发展公司接收。原广州市国营新合企业公司已撤销，其债务应由广州市国营新合公司清算小组和原承包人景某某负责偿还，广州市国营新塘农工商联合公司作为发包方应对上述债务承担连带责任。

一审法院广州市东山区人民法院依照《中华人民共和国经济合同法》第七条第一款第（一）项、第十六条第一款及《工矿产品质量责任条例》第七条第一款第（一）、（二）、（四）项、第八条、第十一条和《中华人民共和国民事诉讼法》第二百三十二条之规定，判决：

一、南油建设发展材料供应公司与原广州市国营新合企业公司签订的购销“日菱”牌电冰箱合同部分无效，即其中 140 台无效；

二、南油建设发展材料供应公司在本判决发生法律效力之日起 30 日内，将 140 台不合格“日菱”牌电冰箱包装好退回上海市远东冰箱厂，运杂费由南油建设发展材料供应公司负担，退货不足部分，从以下退款中相应折扣货款；

三、上海市远东冰箱厂在收到南油建设发展材料供应公司退回的 140 台冰箱后 3 日内，将 140 台冰箱的成本价（按每台 1860 元计）共计 260400 元及该款利息（从 1991 年 5 月 8 日计至还款之日止，按月利率 6.6%计）退还给南油建设发展材料供应公司，延期付款，加倍支付延付部分金额的利息；

四、广州市国营新合企业公司清算小组、景某某在本判决发生法律效力之日起 3 日内将 140 台电冰箱的利润（按每台 138 元计）共计 19320 元及该款利息（从 1995 年 5 月 8 日计至还款之日止，按月利率 0.6%计），退还给南油建设发展材料供应公司，延期付款，加倍支付延付部分金额的利息。不足部分，由广州市国营新塘农工商联合公司负连带清偿责任；

五、南油建设发展材料供应公司要求广州市国营新合企业公司赔偿运杂

费等经济损失之诉予以驳回。案件受理费 7200 元，由上海市远东冰箱厂负担 6414 元，广州市国营新合企业公司清算小组、景某某负担 784 元，广州市国营新塘农工商联合公司负连带责任。

判决后，上海市远东冰箱厂不服，遂委托常年法律顾问代理上诉。

二审代理

代理律师经认真阅卷后，认真解析不同法律关系，代拟上诉状提出上诉理由：

一、以抽样检验的方式认定 140 台冰箱不合格是不科学的，不应以此检验结论作为认定事实的依据；

二、购销合同，只存在部分条款无效问题，不存在同一条款约定交付的部分货物为有效，部分货物为无效的问题；

三、产品出厂后的售后服务按协议应由原广州市国营新合企业公司负责，而该协议有关售后服务的责任分担协议是符合国家有关规定的；

四、既然有关售后服务的责任分担协议是合法有效的，就不应判决由上海市远东冰箱厂接受退货并承担返还货款的义务。

上诉请求：撤销原审判决，予以改判。

在上诉庭审询活动中，上诉人代理律师根据被上诉人的答辩理由——南油建设发展材料供应公司与原广州市国营新合企业公司签订的购销电冰箱合同和原广州市国营新合企业公司与上海市远东冰箱厂签订的联合生产日菱牌电冰箱的合同系连环购销合同，后者联营协议，性质不同，不可能构成连环。不是连环购销合同关系，上海市远东冰箱厂就不应对本案中退货承担任何法律上的义务。继而上诉人代理律师论证了国家经济委员会、商业部、电子工业部、国家工商行政管理局等部门关于《国产家用电器“三包”规定》是《工业产品质量责任条例》的实施细则，进而对退货条件又作充分说明。

上诉庭审询活动结束后，上诉人代理律师又及时写出书面代理意见寄达上诉法院。

二审法院认定意见及判决

二审法庭认定：南油建设发展材料供应公司与原广州市国营新合企业公司所订的购销“日菱”牌电冰箱合同合法有效，应受法律保护。原广州市国营新合企业公司作为供方应接受退货并负责按合同价退回货款给南油建设发展材料供应公司。南油建设发展材料供应公司收取原广州市国营新合企业公司所供的电冰箱的质量即转销给甘肃省供销联社工业品贸易公司，对造成本案纠纷有一定责任，故运杂费等损失应由其自负。原广州市国营新合企业公司已在清理整顿期间被撤销，根据国务院《关于在清理整顿公司中被撤并公司债权债务清理问题的通知》的规定，作为原广州市国营新合企业公司的申办单位的广州市国营新塘农工商联合公司应在注册资金范围内对不具备法人资格、不能独立承担民事责任的原广州市国营新合企业公司的债务负连带清偿责任。至于上海市远东冰箱厂与原广州市国营新合企业公司的关系，因与本案的购销关系是两个不同的法律关系，两个不同的法律关系也不构成连环购销关系，不属本案调处范围。原审判决定性部分不准，适用法律不当，处

理不当，应予纠正。根据《工矿产品购销合同条例》第三十五条第一款第二项和《中华人民共和国民事诉讼法》第一百五十三条第一款第二项之规定，判决如下：

一、维持原审判决主文第五项（即南油建设发展材料供应公司要求原广州市国营新合企业公司赔偿运杂费等经济损失之诉予以驳回）。

二、撤销原审判决主文第一、二、三四项及案件受理费的处理部分。

三、中国南海石油联合服务总公司建设发展公司在本判决生效之日起 15 天内将 140 台“ 日菱 ”牌 185 立升电冰箱退回给广州市国营新合企业公司清算小组，运杂费由中国南海石油联合服务总公司建设发展公司负担；广州市国营新合企业公司清算小组、景某某同时将该 140 台电冰箱的货款人民币 279720 元退还给中国南海石油联合服务总公司建设发展公司。退货不足或毁损部分在退款中抵扣，逾期退款，按每日万分之三付延付赔偿金。

四、广州市国营新塘农工商联合公司在原广州市国营新合企业公司注册资金范围内对广州市国营新合企业公司清算小组、景某某在本案中的债务负连带清偿责任。

一、二审案件受理费各 6979 元，由广州市国营新合企业清算小组、景某某各负担 6552 元，广州市国营新塘农工商联合公司连带责任；中国南海石油联合服务总公司建设发展公司各负担 427 元。

由此二审终审判决，未要上诉人上海市远东冰箱厂负担任何责任，上海市远东冰箱厂不须支付分文。

办案体会

承办人通过承办此案，认为常年法律顾问单位既然已被法院通知作为第三个参加诉讼，应告知顾问单位珍惜自己的诉讼权利，并且请熟悉法律的律师参加诉讼可更好地行使好诉讼权利，更好地维护自己的权益；另，既然法院作为审判机关，通知参加诉讼（或当事人申请后法院决定），被通知参加诉讼的人或单位当然与案件有一定的关系，但作为律师应从法律关系的性质和此关系同彼关系可否构成连环上认真分析；对有关规定，诸如国家部委制订的规定对案件中法律关系是否有更详细、具体的规定要认真分析；对国家部委的规定可否视为其《条例》的实施细则加以认真研究和分析；对合同性质从本质上、法律规定上去分析，对合同效力依法对照；对证据要甄别，充分运用对委托人有利的证剧阐述自己的观点。同时又要做到言简意赅，避免重复、绕圈子。只有这样，才能充分行使代理人职责，充分地保护委托人的合法权益。

作者简介

吴吉学　43 岁，汉族，湖南省邵阳县人，现在贵州省平塘县律师事务所从事律师工作（现更名为金盆律师事务所）。大专文化，中共党员，1972 年参加工作，先后在平塘县委办、县检察院、县人大办工作，1988 年调平塘县律师事务所工作，同年参加律师资格统考得律师资格。

单位名称：贵州平塘县律师事务所
详细地址：贵州平塘县律师事务所邮政编码:558300

购销合同贷款纠纷案
吴吉学

案情简介

贵州省平塘县对外经济贸易公司重庆批发部经理李伟持一份贵州省平塘县对外贸易经济公司法人授权李伟与重庆钟表眼镜公司亨得利钟表电器行签订彩电委托书，于 1993 年先后与亨得利钟表电器行签订了 3 次购销合同。其中，第一次签订 400 台红岩牌彩电；第二次签订 1200 台红岩牌彩电；第三次签订了 65 台空调。重庆批发部李伟收货后，支付一部分货款，尚欠 165.1 万未付。为此，重庆钟表眼镜公司以平塘县对外经济贸易公司和平塘县人民政府为被告，向重庆市中级人民法院提起诉讼。

代理词

审判长、审判员：

依照法律的规定，贵州省平塘律师事务所接受平塘县人民政府的委托，指派我担任重庆钟表眼镜公司诉其货款纠纷一案的诉讼代理人，参与法庭的诉讼活动。通过查阅本案卷宗材料，刚才又听取了原告方的陈述以及与该案有直接关系的李伟所作的证词，我阐述以下代理意见，供法庭合议时参考。

一、关于事实部分。

通过查阅卷宗和询问李伟，可以看出这起购销合同中存在这样几个不可否定的事实，即：

1.平塘县外贸公司重庆批发部（李伟的批发部）与重庆钟表眼镜公司亨得利电器行均不具备法人资格，不具有签订该购销合同的资格，这一点原告已经认可；

2.李伟向亨得利电器行出示的单一性（一次性）授权委托代理证明书是李伟自己办理的，他说曾经征得外贸公司经理蔡儒均的同意，但未有蔡的任何依据，而李伟却用这张授权委托证明书与电器行办理了三笔合同业务（第一次订立了 400 台彩电合同，第二次订了 1200 台彩电合同，第三次又订了 65 台冷空调。第三次的冷空调与授权内容不符）；

3.上述发生的三笔合同业务的归属都不是平塘县外贸公司，而是李伟所管理的重庆批发部，李伟对此完全认可；

4.这三笔合同业务所得到的货款，都是李伟撤东墙补西墙而转走了，根

本没能进入平塘县外贸公司的帐，李伟对此也是全部认可；

5.原告提出说李伟将这批彩电的400台送给了平塘县人民政府，平塘县人民政府答应贷款200万元给李伟，以及说政府林副县长曾经到过重庆批发部，以增加对该企业的信任感。这些事实刚才李伟已承认是他欺骗原告下属亨得利电器行的，责任在他。

以上查明的这几个事实，充分说明这起购销合同的性质，不是正当的合法的经济合同纠纷。

首先，双方主体均不具备法人主体资格，他们无权签订这一购销合同；其次，李伟出示的法人授权委托书不合法。按外贸公司在平塘办理的授权委托书，李伟可以在七十万元之内代理外贸公司签订经济合同，而李伟出示的委托书是在重庆办理的，这与企业管理的规定不符，何况这一委托书是李伟自己办理的，并非是外贸公司经理的真正授权。从授权的内容来看，这是单一性委托，即一次性委托，只适用于一次性经济合同，而其却用此订了三次合同，纠纷又发生在第二次、第三次中；再次，按照《民法通则》关于代理人的法律规定，李伟所代理的行为应归属于外贸公司，而他却是为自己签订合同，合同的履行都是他自己，这显然与法律的规定相悖。另外，该合同涉及金额240万元，而外贸公司注册资金才70万元，超过注册资金几倍。这些均说明：李伟并非代理平塘县外贸公司与原告下属亨得利电器行签订购销合同，而是李伟为了骗取这笔货物，假借外贸公司授权委托书，实际上是他自己为了达到目的而采取的手段。

二、关于平塘县人民政府应否作为被告问题。

原告认为重庆批发部是一个无独立经营权的实体，李伟签订的购销合同出示过外贸公司的授权委托，因此外贸公司应承担民事责任，经委是其主管部门，但其不具备法人资格，因此，平塘县人民政府就应作为该案的被告。

原告的这一个理由根本不能成立。重庆批发部不是一个法人经济实体不假，但他所出示的授权委托书并非是一份合法的委托书，且他不是以外贸的名义与原告方签订合同，而是以重庆批发部的名义，加盖的合同专用章也是重庆批发部的，这就说明该合同的不合法性。就该合同作为合法来讲，合同的归属只能是外贸公司，外贸公司的挂靠主管部门是平塘县经济委员会，经委是具有法人资格的，并非没有法人资格。如果他无法人资格，他又如何去主管企业呢？而地方人民政府则与企业隔了几层关系，按照《全民所有制工业企业法》的有关规定，企业承担民事责任，是用政府拨给其经营管理的财产承担民事责任，并非是无限责任。按照原告的这种推理，假如是国家企业，被告就应该是国务院或者是中华人民共和国了，这不仅是使我想起美国某公司起诉我国一家进出口公司时，也将中华人民共和国列入了被告的案例，这种侵犯国家主权的行为通过中华人民共和国外交部的交涉取得了胜利。原告的推理与美国某公司的行为又有什么区别呢？因此，如果李伟的行为也可视为合法的话，被告只能是外贸公司和李伟（李伟违反了代理的规定，应承担民事责任），平塘县人民政府不能作为被告，就是其主管部门也不应作为被告。按照法律的规定，只有上级领导机关或业务主管机关才负有责任，而对李伟所签的购销合同，经委并未有任何过错，因此，就不负有责任，也就不能作为被告。党政机关办的经济实体，若有过错，主管部门才可负有连带责任。外贸公司不是党政机关办的经济实体，而是一个独立的法人经济实体，且在经营中都是独立经营，自负盈亏的，其主管部门就不应该作为连带责任

的承担者来参与诉讼，县政府就更加不可能了。

三、关于对该案的认定和处理意见。

根据该案的事实，对照有关法律、法规，本代理人认为该案是由李伟的诈骗行为而引起的经济纠纷，主要事实和理由表现在以下几个方面：

1.从表面看该购销合同是一份无效合同,最高人民法院关于贯彻执行《经济合同法》若干问题的意见中指出，审查合同是否有效第一个方面就指出：审查合同的主体是否具有法人资格。主要从两方面审查：一是企业是否具有法人资格，二是代理行为是否合法。对照该购销合同，原告是以重庆眼镜公司亨得利电器行的名义签订的，不具有法人资格，而李伟也是以重庆批发部的名义签订的，同样不具备法人资格，双方都不具备法人资格，该合同无效。从李伟的所谓代理来看，他出示过一份单一性委托书，但该委托书并非是蔡儒均办理的授权委托书，而是他自己办理的，这从法律角度来讲，也是不合法的。何况他代理外贸公司又不将代理的结果归属于外贸公司，而是归属于自己，这明显不符合代理的法律规定。因此，该合同的表面形式是无效的。

2.该合同实质上是一份诈骗行为引起的经济纠纷。（1）蔡儒均的授权委托书是虚假的，按照法律规定，外贸公司是在平塘工商注册登记，他的授权只能在平塘办理，蔡为什么不在平塘办理而到重庆办理？按照授权的规定应由蔡儒均亲自填写授权范围，而为什么蔡儒均没有只字在授权书里？为什么授权书都是李伟一人所为？（2）该授权委托韦中的内容是直接说明外贸公司与亨得利电器行签订彩电合同，合同期为二年，从表面看是一次性委托，从期限看又不是一次性委托，这是一个互相矛盾的委托书。（3）从印鉴上看，授权委托书是假的，蔡儒均在工商注册登记上用的是蔡儒均，而其在签名中则习惯用蔡如均，但该授权书的印鉴则是蔡如军，与注册登记的印鉴相差二字之多，与蔡儒均的手笔也差了一字，这就可看出印鉴纯是伪造的了。（4）既然是代理外贸公司与亨得利电器行签订购销合同，就应该以外贸公司的名义，但合同中明显看出，李伟不是代理，而是以重庆批发部的名义，合同专用章也是重庆批发部的，根本就不存在代理问题；（5）三次业务合同签订到履约都是李伟自己进行的，并未与外贸公司发生半点联系（6）李伟在签订合同中，采取欺骗的手段，如说给了 400 台彩电给平塘县政府，平塘县政府答应给他贷款二百万元等，这些欺骗手段导致了原告亨得利电器行轻信履约能力，而与其签订购销合同（7）李伟提取货物后，已将货款填补他人的欠款或转移了这批货物（8）从其提走货后,连李伟的住址和重庆批发部都作了转移。上述这些均说明李伟的诈骗行为存在，并非是一般的经济合同纠纷。因此，本代理人认为，该案应以李伟作被告，及时追加原告的财产外，还应提请有关部门依法查处。

审判结果

一、被告贵州省平塘县对外经济贸易公司在本判决生效后十日内给付原告重庆钟表眼镜公司贷款 1651000 元,并从 1994 年 4 月起付清时止按月息千分之十五付利息，利随本清。

二、驳回原告重庆钟表眼镜公司要求贵州省平塘县人民政府偿付此货款的诉讼请求。

三、本案受理费 19010 元，其他诉讼费用 1999 元，合计 210　00 元，由

被告贵州省平塘县对外经济贸易公司负担。

作者简介

柳青阳（1960.5—）汉族，沈阳市人。1964 年随父进新疆，88 年大学法律专业毕业，89 年开始从事律师工作。曾担任新疆农业银行石河子市支行、石河子乡信用社、石河子市建筑安装公司、兵团第六建筑安装工程公司的常年法律顾问，并曾在《新疆司法》、《新疆法制报》上发表案例评析 4 篇、论文 1 篇。

92 年 5 月来海南，受聘于海南大学法律服务公司做专职律师工作。95 年 6 月加盟海南新时代律师事务所，期间，曾在《中国律师报》、《律师与法制》上发表论文 1 篇、案例评析文章 2 篇。95 年以来，曾多次在最高人民法院、中国国际经济贸易仲裁委员会代理多起涉外仲裁及新型金融、证券方面重大疑难案件。现为海南省信托投资公司及所属海口、深圳、上海证券部，海南实发信托联合发展有限公司，海南国际体育娱乐有限公司，海南广厦房地产开发有限公司，海南海信期货经纪有限公司，北京信孚出租汽车公司，海南毕升印刷有限公司，海南德宝旅业有限公司，中国置业海外有限公司（香港注册法人）的常年法律顾问。

单位名称：新时代律师事务所
详细地址：海口市龙华路 17 号财盛大厦
邮政编码：570102
联系电话：（0898） 6212134

信托投资公司对工商银行省分行外汇借款提供担保纠纷案

柳青阳

1994 年 11 月 7 日，中国工商银行某省分行向某市中级法院起诉，状告某某国际海运股份有限公司和某某省信托投资公司，要求判令被告国际海运公司立即偿还借款本金 240 万美元，及利息 659545 美元。被告信托投资公司为该笔贷款提供担保，并向原告出具《不可撤销担保书》，应对第一被告该笔贷款的偿还承担连带责任。

案件的背景

1989 年初，某地刚建省，为了充分发挥该地海洋资源优势，振兴当地经济，省政府于 1989 年元月十七日政府办公会议上研究决定：同意从低息借款中拿出 1000 万美元购买三条船，成立该省船队。由交通运输厅负责筹办。1989 年 10 月中华人民共和国交通部（89）交运字号文件《关于同意组建“某某省轮船公司”的批复》批准成立某某省轮船公司。1990 年元月 23 日，该省轮船公司向某副省长呈递《关于在 90 年度申请购买六艘船的请示》称：请批准今年购买六艘船共 65000 载重吨，请某某省信托投资公司担保，由该省轮船公司直接向中行申请贷款。省交通厅在该请示上批示：“我厅同意省轮船公司请某某省信托投资公司担保直接向中行申请贷款”。某副省长批示为：“成立省轮船公司是省政府的决定，并得到交通部的批准，我同意省交通厅意见，

请信托和中行给予支持”。

信托投资公司是在该省某副省长亲笔批示的情况下，为支持该省远洋运输业的快速发展，不计自身风险的收益，为刚刚诞生的省轮船公司贷款提供担保，向省工商银行国际业务部借款 240 万美元，用于购买“大东海”号货船。

应诉策略

被告某某省信托投资公司于 1994 年 11 月 10 日接到原告《起诉状》副本《出庭通知书》、《传票》后认为：信托公司已提供担保，该案胜诉无望，即采取如下措施：（1）是主动与原告和解；（2）向省领导请示，请省里出面说服原告，该担保是鉴于当初特定的历史背景下的政府行为，让信托投资公司承担 240 万美元的经济责任不妥。信托公司遂于 1994 年 11 月 19 日向省里呈递《关于妥善处理我公司为原省轮船公司担保美元借款债务的报告》，建议；

1.恳求省政府尽快说服省工行撤销诉讼，使这一历史遗留问题回到协商解决的基础上.

2.省工行作为最具实力的国家专业银行，有着我公司无法比拟的实力与政策优势，且其又为原省轮船公司（现某某国际海运股份有限公司）的第二大股东，从支持参股企业和发展船运业出发，应继续给予省轮船公司以扶植。我公司建议对此项贷款展期三年。

3.远洋船运业作为基础产业，本身具有投资大、周期长、见效慢的特点。望省政府尽快召集省交通厅、财税厅、海运总公司及省工行等有关各方，共商落实原省政府决定给予原省轮船公司的优惠政策。

4.原省轮船公司已改组为股份制企业，我公司也希望省政府协调各股东将其股本尽快到位，并督促该公司将其部分股本作为偿还贷款的资金来源。

5.我公司协助省工商银行为原省轮船公司进一步完善新的担保、抵押条件及落实还贷计划，使这遗留问题得到妥善解决。

1994 年 12 月 8 日某副省长在信托公司的报告上批示：“应同时追究省轮船公司的负债责任，请陈某某同志研处”。信托公司见省领导对该案爱莫能助，一面继续设法让原告撤诉，一面着手安排分期向原告付款与原告和解。

本律师接手该案后，认为该案信托公司能够胜诉，理由有两点：第一，该案已过法定诉讼时效，原告丧失了胜诉权；第二，信托公司的外汇担保为无效担保，根据 1994 年 4 月 15 日最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第 17 条规定：担保人只承担赔偿责任。关于赔偿责任的含义，该《规定》第 7 条规定：“当被保证人不履行合同时，债权人应当首先请求被保证人清偿债务。强制执行被保证人的财产仍不足以清偿其债务的，由保证人承担赔偿责任。”信托公司的领导同意我的意见，本律师遂于 1994 年 3 月 30 日该案开庭前向法庭递交了《答辩状》。

1994 年 3 月 31 日，该案在某某市中级人民法院第一次开庭。本律师针对原告的起诉，从四个方面进行了答辩：

1.关于本案的诉讼时效问题，该案借款期限从 1990 年 5 月 8 日至 90 年 6 月 4 日，根据《民法通则》第 135 条规定，本案诉讼时效为 2 年，即到 1992 年 6 月 4 日止，已超过原告起诉的法定诉讼时效。

2.答辩人为原告外汇贷款提供的担保系无效担保。根据《民法通则》第58条规定，无民事行为能力人实施的民事行为，从行为开始就没有法律约束力。第42条规定：企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营。本案答辩人未经中国人民银行批准经营外汇业务，根据法律规定属于不具有从事外汇业务经营的民事权利能力，故该民事行为无效。

3.该担保行为非答辩人自主的经营行为。信托公司的担保是在省政府办公会议决定且某副省长亲笔指示的情况下不得已而为之，并非自主经营纯商业行为。根据最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第18条规定：“主合同债权人一方或者双方当事人采取欺诈、胁迫等手段，或者恶意串通，使保证人在违背真实意思情况下提供保证的，保证合同无效，保证人不承担责任”。本案不存在欺诈、胁迫等恶劣情节。但确实存在政府干预、违背答辩人真实意思情况下提供保证的情节，请法院在审理中充分注意答辩人进行担保并非自主的纯商业行为，也并非当事人真实的意思表示。

4.无效担保，只承担赔偿责任。根据最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》规定，保证人承担保证责任的形式有三种，即代为履行责任、连带责任和赔偿责任。承担赔偿责任的条件有两个：其一，保证合同没有约定保证人承担何种保证责任，或者约定不明确的，视为保证人承担赔偿责任。其二，保证合同无效。保证人不承担保证责任，但应根据其过错大小，承担相应的赔偿责任。本案的外汇担保属无效保证，如果要承担责任也只能承担赔偿责任。即先由被保证人——省轮船公司清偿债务，强制执行被保证人的财产仍不足以清偿债务的，由本案答辩人承担赔偿责任。

本律师的代理意见并未引起一审法庭的重视。该案在第一次开庭期间双方当事人主要就外汇贷款本金分几笔给付，被告清偿了多少利息等基本事实进行核对。关于二个被告责任应如何承担，各承担什么责任的问题，法庭未深入审理，亦未就责任承担问题让双方充分发表意见。庭后，本律师多次找到该案主要承办法官要求再次开庭，并恳切他讲道，信托公司的担保是无效的。

95年4月6日上午，该案终于二次开庭。本律师在法庭上，首先从民法学原理关于民事权利能力的角度及《民法通则》第54条、55条、第10条、第42条的相应规定说明,企业法人的民事行为能力是其民事权利能力为前提和基础的。只有在法律赋予的民事权利能力的范围内的民事行为，才能为法律所承认和保护。本案信托公司的外汇担保，是在未取得《经营外汇业务许可证》的条件下担保的，应确认为无效担保。其次，从国家关于外汇管理的法律规定方面来论述。目前在调整外汇管理及担保方面有效法规有很多，但针对本案案情，有三个法规应适用。第一是《中华人民共和国外汇管理暂行条例》（1991年3月1日施行）。该《条例》第三条规定：“外汇业务实行集中管理，统一经营的方针，非经国家外汇管理总局批准，其它任何金融机构都不得经营外汇业务”。该规定事实上是确定了外汇业务的经营由国家实行《许可证》管理，未取得《经营外汇业务许可证》不得经营外汇业务。第二是《境内机构提供外汇担保的暂行管理办法》（1987年2月20日发布实行）。该《办法》第四条规定可以提供外汇担保的机构有两种： （1）法定经营外汇担保业务的金融机构；（2）有外汇收入来源的非金融性质的企业法

人。该《办法》规定的可以进行外汇担保的第二种情况与《外汇管理暂行条例》的规定相悖。即不必一定要取得《经营外汇业务许可证》才可进行外汇业务。现在《执行〈境内机构提供外汇担保的暂行管理办法〉的规定》第 1 条又规定本办法适用于境内机构对外提供外汇担保的管理，即境内机构向国内债权人出具外汇担保不受本《办法》结束。”并且，该《办法》规定的第二种可以提供外汇担保的机构是：“有外汇收入来源的非金融性质的企业法人”，而非金融机构。对金融机构的外汇业务管理仍应适用《外汇管理暂行条例》。另：该《执行（办法）的规定》第一条又明确说明，境内机构向境内债权人出具的外汇担保不受该《办法》约束。本案是境内的非银行金融机构向境内专业银行提供的外汇借款担保，不应适用该《办法》。第三是《非银行金融机构外汇业务管理规定》（93 年 7 月 1 日施行）。该规定第一条、第三条、第九条均规定非银行金融机构经营外汇业务必须在领取《经营外汇业务许可证》后，方可经营，与《外汇管理暂行条例》规定实行《许可证》制度的规定是一致的。关于“外汇担保”是否属外汇业务经营范围的问题。该《规定》第 28 条第 114 项作了明确的立法解释。

通过从民法学原理关于民事权利能力与民事行为能力的关系及对上述三个关于外汇担保方面法规的对比分析可以看出，企业法人的民事行为能力与民事权利能力应相适应。关于外汇担保的合法性问题，总的原则是从事外汇业务经营，应施行《许可证》制度。故此，信托公司的外汇借款担保应属无效。

关于法律的运用

本案案情复杂，适用法律针对性、时效性很强。关于民事权利能力和民事行为能力方面，适用了《民法通则》第 10 条、第 42 条、第 54 条、第 55 条；关于外汇管理方面，为了充分论证说明金融机构从事外汇业务必须领取《经营外汇业务许可证》后方能经营的问题，引用了大量法规如：《中华人民共和国外汇管理暂行条例》第三条，《境内机构提供外汇担保的暂行管理办法》第四条，《执行〈境内机构提供外汇担保的暂行管理办法〉的规定》第一条；《非银行金融机构外汇业务管理规定》第一条、第三条、第五条、第九条、第二十八条第二四项。前两个问题阐明了后，第三问题是假如法庭认定了该担保无效，我方在法律上应承担什么责任？《中华人民共和国担保法》已于 95 年 6 月 30 日颁布，但该法是 95 年 10 月 1 日生效。在《担保法》生效前有关审理担保纠纷案件最新的规定是 1994 年 4 月 15 日最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》（法发（1994）8 号文）。本律师在阐明观点时适用了该规定的第 4 条、第 5 条、第 6 条、第 7 条、第 17 条，说明保证责任的形式有三种，即代为履行责任，连带责任和赔偿责任，及承担赔偿责任的两个条件，赔偿责任的含义等问题。

审理结果

本案二次开庭后，合议庭对信托公司在本案中提供的担保行为是否有效的问题上，仍未能取得一致意见，仍不能明确认定该担保无效。本案原告省工商银行向人民银行某某省分行就信托公司的担保是否有效进行了咨询，省

人行书面答复认为担保有效。本律师认为某某省人民行就本案外汇担保的答复不具有权威性。即赴北京国家外汇管理局进行咨询，国家外管局法规处的许满刚处长认为该外汇担保为无效担保，但国家外汇管理局的书面答复只对人民法院或省人民银行，不对专业银行或非银行金融机构出具书面复函。回某某市后，本律师将去国家外管局咨询的情况向本案的承办法官作了汇报，并指出：国家外管局对外汇管理方面的法规依法拥有解释权。该案的承办法官同意了我的意见，以某某市中级人民法院的名义向国家外汇管理局出具请示意见。1995 年 5 月 30 日，国家外汇管理局（95）汇政函字第 109 号《关于某某市中级人民法院所询外汇担保问题的复函》认为“非银行金融机构未取得《经营外汇业务许可证》之前提供外汇担保，属私自经营外汇业务”。即确认信托公司在本案中的外汇借款担保不合法。

1995 年 7 月 12 日，某某市中级人民法院（1994）海中法经初字第 176 号民事判决书下发，判决书在“本院认为”一节述：原、被告签订的“国内外汇借款合同”除借款担保部分无效外，其它均有效应受到法律保护。被告某某省信托公司在未取得《经营外汇业务许可证》的情况下，对外汇借款担保，其担保行为无效。判决主文第一条：被告某某国际海运股份有限公司在本判决生效后十五日内，向原告偿还贷款本金美元 240 万元，利息及罚息共计美元 11． 239 万元。第二，被告某某省情托投资公司承担被告某某国际海运股份有限公司无力偿还上述贷款本息的赔偿责任。

该案原告己于 95 年 8 月份向某某市中级人民法院申请强制执行。但由于原告起诉的初衷是想让信托公司承担还款责任，因信托公司是金融机构，有偿还能力。而某某国际海运股份有限公司早已资不抵债，无财产可供执行，让信托公司承担责任的前提是对某某海运股份公司清盘破产，这样的代价太大，不利于该省招商引资也不利于该省的发展和稳定，省政府不可能作出对海运股份有限公司清盘破产的决定。故该案目前无法执行。

胜诉的体会

本案涉及的法律关系很复杂，有诉讼时效、外汇经营，担保的效力，担保人的责任等诸多问题要解决，适用法律繁杂。本律师在信托公司用行政手段解决无望，准备分期付款或将货款展期继续为该笔贷款担保的情况下，力排众议。认为该案的担保是无效担保，且信托公司只承担赔偿责任。本律师承办该案后，为了让我的观点被法官们接受，引用了大量法规和法学原理来阐明观点。最后在请立法机关作出具有法律效力的解释后，对该案性质的认定问题才算真正有了定论。我的体会有如下三点：

1.坚实的专业功底和职业的思维定势，是我胜诉的专业知识因素。本律师接手该案后，根据职业的感觉，我非常坚定地认为突破该案的关键是无效的担保。即民事权利能力应与民事行为能力相适应，无《经营外汇业务许可证》即无资格从事外汇业务经营，如从事了该行为肯定无效。但要证明这一观点则是一个繁杂的涉及很多方面法律的系统工程。事实也正如此，尽管我围绕该命题从民法原理、外汇管理法规、担保法规等几方面全面阐明了观点。但法官依然感到没有把握认定，最后是立法机关下了红头文件该争论才算划上了句号。

2.锲而不舍，一往直前，不到黄河心不死的执着信念，是我胜诉的心理

因素。该案从我接手时就有来自信托公司内部的阻力，认为担保有效。如撕破脸皮出庭应诉最后还是要给钱，不如主动提出和解，可以争得原告的理解。双方握手、息诉和解。本律师向信托公司总经理直言陈述该案应以战为主调，全力组织应诉、理直气壮地维护公司合法权益。当原告咨询了某某省人行认为信托公司的担保有效后，信托公司内部亦有人对我的观点表示怀疑，省人民银行外汇综合计划处的领导是省内外汇管理的专家、权威，难道他们在外汇担保的问题上意见不比我更专业？中院承办案件的合议庭法官没有把握认定担保无效，主办法官与经济庭庭长、民事庭庭长、金融税务审判庭庭长讨论，仍不能认定该担保无效。在起程去北京向国家外管局咨询之前，为了不虚此行，信托投资公司的领导再次问我是否有依据能认定担保无效。我讲道，法律依据很充分，最好让外管局来发个文，这样法院内部就不会有分歧了。信托公司领导很信任我，支持我，派信贷部经理陪我赴京咨询，有了外管局的口头答复，该案在定性问题上大局已定。

3.不计个人名利，只有一个目标——尽最大努力维护当事人的合法权益，这是我胜诉的品质因素。该案的应诉真是一波三折，曲折跌荡。如果从个人利益出发，应是所做工作越少，越轻松，劳心、劳神，工作量越小越好，只要让当事人满意就行了。该案若只是这样低调处理，很容易。我只要按照信托公司老总的意图设法与对方和解，完善展期和继续担保的手续即可。这样第一，我的工作量很少，很轻松；第二没风险。这第二点对一个律师的名誉至关重要，因若我执意坚持自己的观点，最后法院又未支持我的意见，就会赔了夫人又折兵。既败诉了，又错过了与原告和解的大好时机。届时，信托公司不但要给钱，而且连人情也没有。坚持我的意见压力是很大的，但是，系统的高等教育及幼时良好的家教，铸就了我强烈的责任心，人在生活道路上的关键时刻，起最大作用的是品质和秉性的惯性。为了最大限度地维护当事人的合法权益，我放弃了自我的得失。但案件的审理结果，使我最终赢得了信托公司领导的好评。

该案的应诉虽艰难，但我的当事人胜诉了，是我最大的安慰。

作者简介

陈宝库（1957— ）汉族，出生于内豪古西乌珠模证旗。1976 年高中毕业后分配到旱乌拉国营农场工作，1977 年考入内豪古乌盟师范学校大专班就读，1980 年毕业，同年到锡盟二中学任教，1986 年调入锡林郭勒盟律师事务所，1992 年与另两律师创建三联律师事务所并工作至今。

1986 年参加全国律师资格统考获得律师资格， 1990 年被评聘为三级律师。从事律师工作用间曾多次受奖，曾获得“ 锡林郭勒盟优秀律师 ”和“ 内蒙古自治区优秀律师 ”等荣誉称号。

单位名称：锡林浩特三联律师事务所
详细地址：锡林浩特三联律师事务所
邮政编码：026000

作者简介

孙冠军（1952.— ）蒙古族，大专文化，无党派。1968 年插队下乡，70 年回城，做过矿工、钳工等。1982 年开始从事律师工作，86 年毕业于内蒙古大学法律系干修班。88 年被评为三级律师，91 年进第四期高级律师培训中心学习，95 年晋升二级律师，现系锡林浩特三联律师事务所主任。

自从事律师工作以来，曾被市委市政而授予“ 市先进工作者 ”，被盟司法处授予“ 锡盟优秀律师 ”，被内蒙司法厅、律协授予“ 自治区优秀律师 ”等荣誉称号。

单位名称：锡林浩特三联律师事务所
详细地址：锡林浩特三联律师事务所
邮政编码：026000

一起成功的涉外索赔案

——与英国泰德汉公司索赔谈判简记

陈宝库 孙冠军

锡盟羊绒衫厂与英国泰德汉公司的索赔谈判，是围绕着该公司所生产的山羊绒分梳机能否在工厂通过验收而进行。从 93 年 6 月正式向外商提出索赔，到 94 年 8 月双方签署最终赔偿协议，这中间经历了大大小小六次试车、改进，进行了三次正式谈判，共为工厂索回了 596877 美元的赔偿。（等于把原设备降价了 50.58%），还使用了外商 10 万美元的短期无息贷款，在肯定设备性能良好的前提下，通过谈判取得这样高额索赔，据代理商介绍，这在全区是第一次，在国内也是罕见的。

引进设备及合同签订的概况

锡盟羊绒衫厂的筹建，是八五期间自治区及锡盟重点项目之一，为的是将锡盟的原料优势转化为商品优势。在建厂设计时，本着高精尖的整体构思，要求引进国外先进设备。为此，工厂在 1991 年底通过代理商委托北京机电设备公司，通过国际招标的方式，在英、美、意、日等五家制造厂商中，最后确定引进英国泰德汉公司生产的山羊分梳机。在竞标中，泰德汉公司为了长远占领中国市场，将投标 147 万美元降至 118 万美元。

1992 年 2 月，双方正式签署了 92CAOK/400700CE 号合同。在这份标准合同的后面，工厂对一些具体事项增加了三个附件，在附件中对设备验收程序、技术指标，泰公司工程技术人员的差派费负担，设备的付款方式等问题做了明确的界定。后来的实践证明，这三个附件对于全面维护绒衫厂的利益，使我们在谈判中一直居于主动地位起了至关重要的作用。

合同签订后，1992 年 4 月，锡盟行政公署的领导率团赴英国曼彻斯特到设备生产厂进行实地考察，并确认合同正式生效。1993 年元月，全套设备运至锡林浩特并进行安装，3 月份开始试车，经过一个多月的调试不能正常投入生产。羊绒衫厂预感到设备质量纠纷发生的可能性，遂邀请律师参与试车并从法律角度给予帮助指导，我们就是在这种情况下开始介入的。

律师介入后的举措

我们介入后，首先了解了合同的签订过程，对合同文本及双方电函进行了认真的分析研究，没有发现不利于我方或今后会影响我方利益的证据。尔后全面听取了各方人士对这次试车的意见、反映，查阅了工厂方面所做的试车记录。我们发现：由于第一次调试之前，双方未能就调试过程对各自的权利义务做出明确界定，这有可能导致试车失败时双方互相推诿指责，同时试车记录及试车中测出的各种数据也均用汉文书写，没有经外商工程技术人员签字认可，一旦对薄公堂，外商极有可能拒绝用这些记录作为谈判的基础资料。针对这些发现的问题，我们向工厂提出了五点建议：

1.鉴于外商的调试工作已超过合同规定的，且合同中又有延迟交货的违约责任条款，无论今后试车成功与否，我方索赔已必然，因此有关人员从现在起应有思想上、技术上、法律上的准备；

2.以后再次试车均要同外商工程技术人员共同制定详尽、具体的试车方案，并对双方责任予以界定；

3.试车记录用中英两种文字书写并由双方共同签字认可，对各有异议的问题也客观记录；

4.试车中工厂的配合工作应尽可能做得使对方无可挑剔，以求将来在谈判桌上获取最大主动；

5.一切正式的技术性或商务性谈判，均应通知律师参加并以协议或备忘录形式予以记载，与外商往来交涉的文件，均应通过律师审核或拟稿。

工作过程中，我们发现工厂的领导以及工程技术人员中，内部意见不甚统一，这和认识水平、所站角度、及个人素质有关。但内部的不同看法和意见如果各行其是，流传和表现于试车中，就很可能给外商造成可乘之机，危及今后的正式谈判。我们便从法律的角度上提醒大家注意，要从整体和大局着想，切实维护国家和企业的利益，求同存异确保我方在合同履行过程中不发生任何过错责任。为了使厂领导及工程技术人员增强感性认识，我们将《内蒙古律师》1993 年第二期刊登的杨悦和董敏律师撰写的“ 浅析一起涉外经济纠纷 ”一文复印后散发给大家参阅，让他们把伊盟羊绒衫厂在引进设备中的经验和教训引以为鉴；同时我们又摘编了涉外经济法律法规、国际商务条约，以及英国关于出口商品的法律规定，印发给有关人员以做参考。

经过 3.18、6.25、8.1 三次试车，设备虽然由于英方技术人员的不断调整而运行状况逐次好转，但仍不能达到合同的要求。厂家接受了我们的提醒和建议，牢牢地把握住试车的主动权，试车过程中所形成的备忘录、试车记录、检测结果等一些双方共同签署的技术性文件，已能充分说明试车失败的原因是设备的内在质量问题，据此我们建议厂家向英商正式提出索赔要求。工厂同意并请示盟委公署后，专门组成了有律师参加的谈判的班子，并要求律师对谈判方略进行策划。根据几次试车所得出的数据，对照合同条款及有关涉外经济法律规定，我们为谈判组拟定了《与泰德汉公司谈判方略》，并就将来谈判中对方有可能做出的几种反应拟定了三个索赔方案。准备工作就绪后，我们草拟了以代理商合作公司名义发给泰德汉公司的电传，正式通知他们速派全权代表来中国，就设备验收及赔偿等问题进行协商谈判。

初试锋芒，为索赔奠定了基础

1993 年 8 月 25 日，泰德汉公司派商务代表肯道夫抵达锡林浩特，双方开始了第一轮索赔谈判。

按照预定方案设计，厂方首席代表将几次试车的情况做了回顾，提出根据合同要求，该设备应认为是不合格产品，应予退货。而长期的试车又不成功，给工厂造成了巨大的经济损失，因此也应赔偿。肯道夫对试车的不顺利表示道歉，但根据试车情况一次比一次都有所改进的事实而不同意退货，同时表示试车失败中方也有责任。中方当即根据双方共同签署的技术文件予以反驳，不给对方保留推卸责任的余地，肯道夫不得不要求中方再给一次试车的机会，并原则同意对于延期到货和延迟交车应负责任，承诺给予一定的赔偿。通过谈判，我方的第一个目的已经达到（即外商同意赔偿，我方可同意再给外商一次试车机会），双方便签署了由我们起草并定稿的《关于 92CA0K/400700CE 号合同履行过程中发生的问题如何解决的备忘录》、《关于设定试车失败中方要求赔偿的备忘录》、《羊绒分梳机试车方案补充协议》这三个法律文件，为索赔的最终实现奠定了基础。

外商为这次的试车做了充分的准备，他们更换了全部小电机、流动轴承、弹性针布，又安装了静电消除器，工厂也竭尽全力使需要工厂配合的条件完全具备并经外商工程技术人员认可。这次试车于 9 月 29 日开始，到 10 月 3 日结束，结果仍达不到合同规定的指标要求，由于有上述三个文件的签署，这次试车失败的结果，强化了工厂要求退货及索赔的主动地位，并且做了下一轮谈判如破裂就走向仲裁的准备。

工厂将退货或索赔的意见通知代理商中国内蒙国际经济技术合作公司后，他们对退货持否定态度，对索赔也持消极态度。他们据十余年与外商打交道的经验认为,在赔偿方面能够把未付的 11.8 万美元的尾款留住就满不错了，并列举了伊盟羊绒衫厂与日本制造商六年谈判无大结果，呼市洗涤剂厂引进意大利生产线后，外商屡试不过关后竟然一走了之，只扔下了 5%的尾款，等等例子说明工厂的想法不现实。出于对工厂的负责，该公司书面建议厂家到北京聘请既懂外贸又懂外语的高级律师参加谈判，言外之意，是对我们锡盟律师的能力有怀疑。

第二次谈判，取得了初步成果

工厂基于对律师前段工作实绩的检验和肯定，经请示盟委公署，决定继续聘用我们。调试一结束，下一步面临的问题是选择退货索赔还是留货索赔。这在工厂及上级主管部门中形成了日益尖锐的两种意见。退货派将设备说成是一堆破铜烂铁，坚决主张退货；留货派认为从每次试车性能都有所提高这一事实看应当留货。双方争执不下，而且都带有强烈的感情色彩。面对这种情况，为了保证在可行的前提下做出最有利于工厂的选择，我们建议去北京国际经济贸易仲裁委员会，向在处理引进设备质量纠纷方面有丰富仲裁经验的专家进行一次专门咨询。10 月 12 日，谈判小组首席代表和律师陈宝库专程赶到北京，经人引荐，先后拜访了贸促会法律顾问处的记钢律师和仲裁员曹家瑞先生。我们详尽地介绍了这次引进设备及试车情况，对退货及再次调试的可能性等问题进行咨询。据专家们分析，在国际贸易中，退货是极少发

生的现象。法律所允许退货的条件也十分严格，而且如果提请仲裁的话，外商如提出再次试车的要求被仲裁庭允许的可能性很大；回锡后我们和有关人员介绍了咨询情况，并提出了我们的意见：如果以退货提请仲裁，败诉的风险很大；一旦败诉，就会使工厂丧失谈判的主动权，还会扩大损失。从有利于工厂的角度出发，力求通过谈判解决是上策，策略上以退货做佯攻，以迫使外商在赔偿和试车上做出更大的让步，这样主动权始终能掌握在工厂方面。这种意见得到了盟委行署的认可。

1994 年元月 14 日，谈判小组到呼市，在代理商合作公司的密切配合下，与泰德汉公司财务经理伍德，销售部经理肯道夫以及英国沃尔克·莫里斯律师事务所的律师莫里斯托弗和苏茨进行了为期五天的谈判，我们和英国律师就索赔的直间接损失问题进行了交锋，由于我方前期基础工作十分扎实，英国律师对合同的履行过程挑不出厂方的任何过错，只是坚持双方签订的合同是唯一合法有效的，而合同第十六条的索赔条款只规定了直接损失才予以赔偿，因此不能认可我们所提出的关于巨额利润损失的赔偿要求，显然，他是在利用合同条款来尽力为泰德汉公司缩小赔偿范围和金额。我们则从主权及法律适应方面强调，这个纠纷产生是由于泰德汉公司的产品不符合合同规定所造成，适用的是中国法律。而中国法律对涉外经济合同的过错责任方应负赔偿的范围并不排除应得而未得的利润，而且《联合国国际货物销售合同公约》第 74 条也明确规定：“ 一方当事人违反合同应负的损害赔偿，与另一方当事人因他违反合同而遭受的包括利润在内的损失额相等。 ”所以我们要求赔偿是于法有据的，也与合同规定并不冲突。

谈判从 14 日上午 86 寸开始到 18 日晚 76 时半止，五天里双方进行了四轮谈判，最后签署了《关于执行 92CA oK/400700cE 合同的协议》（简称 1.18 协议），这个协议共六条：1.协议签订后一个月内，外商向工厂一赔偿 205877 美元；工厂允许外商对设备进行改进，以达到合同标准；2.外商邀工厂派三名代表，尔后于 94 年 7 月 31 日完成全部试车。调试数据由双方共同检测认定；3.试车如不成功，双方将继续探讨一个双方可以接受的解决方法；4.外商在 6 周内提供给工厂 10 万美元无息贷款，供试车使用；5.如果试车成功，工厂将放弃延期投产利润损失的赔偿请求，但设备的保证期顺延为从成功交车之日起的 12 个月 ；6.如果试车失败，双方都有权按合同规定行使自己的权利，并以本次试车所取得的全部数据做为双方协商或提请仲裁的最终依据。

1.18 协议的文稿，是英国律师在第三轮谈判时拟就的，在描述这些已达成协议的条款时，他删去了工厂应有的一些权利，增加了对工厂的一些限制条件。我们在审查中文译本时，当即指出：合同履行以来，一直是外商在违约。这个事实是确定无异的。除合同约定的义务外，工厂做为受害者，不能承认也不能接受任何合同之外的限制性条款，要求翻译人员将条款按我们设定的表述方式改正过来。这次谈判极富成果，厂家的所有前期损失不仅获得了实际赔偿。还为日后损失的索赔埋下了伏笔，同时也为将来再次试车不成功时厂家选择谈判索赔还是仲裁索赔留下了充分的余地。

第三次谈判前的准备

1.18 协议之后，外商在规定的期间内将赔偿和贷款都汇了过来，并在五月份派工程技术人员到工厂开始做试车前的准备工作。这次英国人看来做了

最大的努力，仅配件他们就发来五吨之多，对设备进行了较大的调整。试车于 7 月 14 日开始，运转到 16 日，机械试车顺利通过。8 月 10 日开始工艺试车，15 日结束，工艺试车情况良好，分梳后的山羊绒经过厂内测试，其中两项指标高于合同规定，两项指标低于合同规定。

针对上述情况，谈判小组及时召开会议研究对策。我们提出了下一次谈判的方案与策略：第一个回合，从策略上先提退货的意见，从精神上给外商造成压力，而且这个要求仍有事实为依据。尽管设备运行良好，可技术指标仍有两项未达到合同规定《对内来说：设备运行良好的情况下，且主要技术指标已超过合同规定或接近合同规定的情况下，退货的可能性等于零。由于内部一直存在不同意见，所以不能把手段当成目的去追求），我们仍视为外商违约，这样在迫其降价方面就可能留有大的余地。第二回合：协商降价。继续坚持第一回合中已提出的三条理由（1.设备屡修屡改，不认为是正式产品，是试制品；2.已延误了两个投产年度，给工厂造成了停产、工人失业的巨大损失；3.两项技术指标不合格，影响工厂今后的生产利润），比照中国国产设备付价；第三个回合，穷尽了上述条件要求后，如不能获取最高额的索赔，则内定的刚性条件不能再让步，这个刚性条件是：在外商年初已赔付 205877 美元的基础上，再使其将设备降价%约 35.4 万美元，并保证期仍延续 12 个月。在这 12 个月内，只要工厂要求，外商仍应派技术人员到场处理发生的设备问题。如果达不到这个刚性条件，即提请仲裁解决，胜诉的把握是大的。

一个完整的句号

上述决策意见向盟行署汇报并认可后，谈判小组于 8 月 24 日赶到呼市，进行最后一次谈判。这时，泰德汉公司总裁彼特，副总裁肯道夫，总工程师艾伦已在呼市等了两天了。

谈判于 8 月 25 日上午 8 点开始，双方各自论述了对此次试车的看法后，便就退货、降价及赔偿问题开始讨价还价。果不其然，外商对退货问题态度强硬，一提出退货，他们就表示，如果工厂仍然坚持退货只好提交仲裁解决。我们强调，按照合同要求，你们的设备仍达不到规定的指标，因此仍不能认为是合格交车，依照合同规定的解决方式，如不退货只能降价，对此外商亦认可，只是强烈反对将他们的设备比照中国国产设备降价，讨价还价的争论持续了一上午。下午会谈刚刚开始，试车检测的样品在送往内蒙商检局的交检单出来了，交检结果，原绒含异性纤维高达 11.4%。肯道夫抓住这个把柄，马上开始反击：“ 这是欺骗！原来协议规定用我们的贷款买你们的优质原绒进行试车，但你们却用掺假的绒试车。基于这种事实，我认为工厂检测的数据都是不可靠的，所以，我要求重新试车，而试车的费用由你们承担。 ”面对这种突如其来的情况，我们也采取了针锋相对的反驳，强调如果说欺骗，我们也是受骗者，是羊毛贩子欺骗了我们双方，但归结到合同履行问题上，原绒的异性纤维高并不影响设备的性能。并抗议外商的态度粗暴，警告其不要把按照合同应负的赔偿义务当成恩赐。当紧张的气氛缓和之后，我们意识到，由于工厂方面意料不到的疏漏，谈判中绝对的优势已经开始动摇了，不是扩大战果而是应坚持住刚性条款了。这样经过几番僵持又几轮回转，双方在晚间七点半才达成了《泰德汉公司与中国内蒙古国际技术合作公司和锡林

浩特羊绒衫厂最终协议》。

协议内容主要有三条：1.继 1.18 协议后，做为最终赔偿（包括工厂尚未交付的设备尾款在内）外商再赔偿工厂 391000 美元；2.工厂将外商在 1.18 协议时贷给的 10 万美元于 94 年 9 月 5 日前偿还外商；3.外商对设备的保证期从 8 月 15 日起计仍为一年。

通过这两次谈判，外商共赔付 596877 美元，相当于设备价款的 50． 58%，这个结果，无论是行署领导，还是工厂的债权人内蒙中行和锡盟中行，以及代理商合作公司，都表示满意。合作公司说，他们从事外贸代理十几年来，这样高额的索赔是头一例，在国内也是罕见的，锡盟的地方报纸也及时做了报道，给予了很高的评价。

几点体会和感受

锡盟是一个以畜牧业为主要经济的地区，地处偏远，交通不便，工业不发达，经济纠纷较少，标的一般也不大，尤其是涉外经济方面就更是微乎其微了，我们有幸遇到这样一个实践的机会，因此也就格外珍视。

在一年多的时间里，我们将两个人的主要精力都投入到这场旷日持久的试车索赔谈判中了。为了当好企业的参谋和助手，也为了验证一下自己的业务能力与水平，我们干中学、学中于、翻阅了大量国内外有关经济纠纷谈判的教材、专著、资料和案例，从中吸取经验和教训，用于指导和设计本案的谈判工作，我们参加了所有与谈判有关的各种会议，制定了所有谈判的方案和策略，草拟了谈判中我方的全部文件、总结和汇报。仅粗略的统计，我们为之耗费了 300 多个工作日，撰写了 15 万多字的文字材料。

这项工作让我们付出了大量的劳动，有耕耘就有收获，细细品味起来，可以说五味俱全，感触颇多。现仅就业务方面总结如下，以求各位同仁指教。

1.提前介入进行法律技术指导，帮企业避开盲区误区，为谈判桌上掌握主动打下了牢固的基础。

由于提前介入，在试车的每一步骤中，促使工厂严格依照合同规定和法律规定的方式来规范自己的行为，不给对方造成可乘之机，同时，也能从法律上把握并预见所发生事实的责任归属。例如：在 93 年 8 月 1 日的那次试车中，机械试车通过后，在准备工艺试车前，检查时外商技术人员发现机器上的针布已锈蚀，他们马上给英国的总部去电话告知这一信息。泰德汉公司随即给工厂发来电传，声称由于针布锈蚀，影响试车，为更换针布需推后 4—6 周约定试车时间。电传经我们审阅后，向工厂指出了这个电传背后隐藏的问题：锈蚀的原因是什么？责任是谁造成的？根据电传原文“ 因车间过于潮湿 ”的字样推断，显然外商是想将这一责任不动声色地推给工厂。对此，我们要求工厂与在场的外商工程技术人员共同对保存在仓库，密封完好，没有受潮的那部分备用针布也开封检验，结果发现同样存在根部锈蚀。这就说明，锈蚀是发生在进厂之前，而不是“ 车间过于潮湿 ”的原因，责任不言自明。我们将这一事情马上写出了补充说明，双方签字认可后，反馈给泰德公司，使之无话可说。又如根据我们的建议工厂对试车情况用中英两种文字详细记录并双方签字认可，致使英方律师在谈判桌上就试车失败的责任问题无话可说。对谈判的成功起了重要的作用。

2.全面熟悉和掌握法律法规、技术资料，虚心请教，使决策不出现失误。

这起涉外经济合同纠纷，按合同规定是中国管辖，因而总体适用“ 中华人民共和国涉外经济合同法 ”。该法又规定了中国参加的国际条约优先适用的原则，也就是说，在实体处理问题上，“ 联合国国际货物销售合同公约 ”的规定对双方都有约束力。针对工厂试车的实际情况，外商违约已是无可辩驳的事实。在己掌握了主动权的情况下，如何取得更大的利益？这就需要法律来界定行为。由于试车失败，工厂内部分成了力主退货赔偿和力主留货赔偿两种意见，要求赔偿是共同点，留退是分歧点，针对这个矛盾，首先要做出是退还是留的决策，而退货与否，一是取决于法律规定退货必须达到的条件，二是取决于仲裁庭的仲裁操作。根据公约的规定，只有构成卖方根本违反合同时，买方才可行使此项权利，而这项权利是否得以实现又取决于仲裁结果。考虑到这样一环扣一环的过程，为了正确决策，我们才又专程请教了贸促会的专家们，做出了虚攻退货，实求多赔的原则方案，其正确性己为实践所验证。在整个调试、谈判过程中，我们出具的正式意见均被采纳，毫不夸张他说，几次索赔谈判都是按我们设定的思路进行的。

3.坚持实事求是的原则，不受其他非法律因素干扰，确保决策的顺利实现。

工厂部两种意见的纷争，贯穿于整个谈判过程，第一次谈判刚刚离开谈判桌，工厂两位负责人就激烈地争吵起来，尔后就发展得越来越僵，你谈你的判，我试我的车，各有各的主张，各有各的做法。对此，做为律师的我们，一直坚持认真听取双方意见，但绝不盲目附和任何一方的偏激说法，而是根据事实，依照法律来全面，客观的分析情况，说明利弊，一致对外。

所以，在这场并不轻松的涉外谈判的背后，律师还得负上为内部平息矛盾的重担。

事情已经过了一年，辛勤劳作为国家和企业换回了巨额的赔偿，可是工厂在此期间由于四易其主，“ 一朝天子一朝臣 ”，新任厂长对律师的代理费拒付。为之，我们又与工厂共同走上了当地的法庭——一场索要代理费的的诉讼正在进行着，据说由于行政干预，判决无法下达。

作者简介

梁尽忠（1936— ）高级律师，特约记者。1963 年大学毕业，分配到部队学校任中学教师，调任中共地万党委组织干事、党办秘书长。1981 年调任专职律师，1982 年取得律师资格， 1985 年获得中级律师职务，1993 年获得高级律师职称。现为《中国律师》杂志社特约撰稿人，法学律师事务所主任。著有《释放与上诉不应互为条件》、《查访取证在辩护中的作用》、《行政案件的两大基本特征》、《青少年赌博的特点与对策》、《是买卖，不是租赁》、《连环合同的赔偿法定条件》等作。

单位名称：广西防城港市经济律师事务所
详细地址：广西防城港市中华路市司法局办公楼
邮政编码：538001
联系电话： （0770）2824009

拖付有因 理应支持
梁尽忠

案情简介

贵州刘某是海湾公司经理，浙江蒋某是京大公司经理，俩聚于防城港市开发和经营房地产业。经权衡利弊，刘于 1993 年 11 月与蒋签订了《公司转让协议》，到 1994 年 4 月双方又签订了《公司转让补充协议》。刘认为其已全部履约 :将海湾公司的公章、营业执照及所属经营的一级市场土地 60． 62 亩（出让每亩 4.2 万元，共 254． 6208 万元。转让每亩 6 万元，共 363.72 万元）已交付蒋，蒋已当上海湾公司经理；然而蒋违约，在给付 363.72 万元（原判错改为 367.72 万元）公司转让费中拖付 441132 元。因而刘诉到法院，请求判令被告付清尚欠公司转让费 441132 元的本息和违约金 441132 元及由被告承担本案诉讼费用。

一审法院受理后，认定《公司转让协议》合法、有效，并根据《经济合同法》第 29 条第 1 款、第 31 条规定，于 1994 年 9 月作出判决，由被告人向原告偿付：一、公司转让费 441132 元；二、利息损失 19000 元；三、违约金 441132 元；四、本案受理费和先子执行费共 29096 元。四项合计 930360 元（判决书错为 940360 元），全面支持原告，并限于本判决生效后十天内付清。

被告不服判，委托律师代理上诉。本律师受防港城市经济律师事务所指派，担任其上诉审诉讼代理人。

代理词（节选）

一是《公司转让协议》实为无效；二是拖付有因，理应支持；三是原判适用法律不当，应予撤销，驳回起诉。其事实和理由，现逐一阐述如下：

一、《公司转让协议》实为无效

这份协议是否有效，主要从四个方面来审查：一是主体是否有资格；二是协议内容是否合法；三是协议当事人的意见表示是否真实；四是协议是否履行了法定的审批手续。而对照这四条，本案《公司转让协议》自然无效。因为它存在下列的几个问题：

（1）名不符实，文不对题。名曰：“公司转让协议”，实为“土地使用权转让协议”，因协议内容都是协议土地转让：亩数暂定 63 亩，土地转让费为每亩 6 万元，付款方式，办理土地使用权证书的费用由甲方（被上诉人）负担，完成工作后，该土地由乙方（上诉人）营管，甲方原债权债务及一切经济关系均由甲方承担，违约条款等等，全是土地使用权转让的具体价款和权限。原判也认定：“该案的讼争标的物城南开发区 08—1.2.3 号土地”，“60． 62 亩的土地使用权也一并转让，转让费合计为 363.72 万元（出让金为 254． 6208 万元）”，“尚欠转让费 44.1132 万元”（详见原判）。内容决定形式嘛，这里讲的都不是公司名称转让的内容，而是土地使用权的转让的有关事项。原判最后判决称“公司转让费 44.1132 万元”中的“公司转让费”一词是错误的，也是自相矛盾的提法。实际上这里也只有土地转让费，没什么“公司转让费”存在，因为公司是无偿转让的。

公司名称是可以转让的。但“公司”是以营利为目的的企业法人，其转让的法律依据是《公司法》和工商行政管理法规，其转让合同要件：“一是公司名称转让人停止使用该名称，而由受让人使用；二是公司名称只能和营业一起转让或废止情形下转让；三是公司名称转让虽因当事人的意思表示一致而发生效力，但非经登记不得来对抗第三人。”可本案《公司转让协议》内容不写有这些要件，分明不是公司名称转让协议，而是土地使用权转让协议了。

（2）当事人意思表示不真实。这可以从现有起诉状、答辩状中得到证实。如被上诉人在答辩状中称：协议“明确规定双方转让是公司的转让”，“又何来土地转让呢”，“上诉人称为土地转让合同纠纷”，“这岂不是运用法律不当又是什么？”等，就是当事人意见表示不真实的证据。

由于签约时的意见表示不一致、不真实，实行起来态度就不一样，打起官司就各取所需了。然而万变不离其宗，原来双方意见表示怎样还是怎样，即上诉人是从土地使用权转让角度考虑问题，发现了被上诉人从 42000 元/亩增值至 60000 元/亩，从出让金 254．6208 万元增到转让费 363． 72 万元的增值额，其土地使用权转让增值费（税），依法要缴纳 44.92 万元，但被上诉人尚未向政府缴纳，上诉人得停止支付。而被上诉人则从公司名称转让出发，1994 年 5 月 27 日付款期限未过就急忙起诉了。然而，双方签约时的意见表示不一致、不真实，你讲公司转让，我讲土地转让，始终未有改变。而意思表示不真实的协议，依法就是无效协议。

（3）被上诉人行为违反了出让合同、违反了法律。1994 年 4 月 23 日，被上诉人与防城区国土规划局签订的《国有土地使用权出让合同》第 8 条约定：“乙方（被上诉人）同意按合同规定向甲方（国土局）支付土地使用权出让金、土地使用费以及乙方向第三方（上诉人）转让时的土地增值费（税）。”

可到现在为止，被上诉人没有按规定向甲方（防城区国土规划局）缴纳 10.91 万元［（60000—42000）X60.62X10%］的土地转让增值税；19.46 万元（60000x60.620X5.35%）的土地转让经营税；14.55 万元［60000X60.62X（4－8%）］的土地转让业务费，总共为 44.92 万元的土地转让增值费（税）。

由于被上诉人，不但违反了出让合同，而且违反了《中华人民共和国土地增值税暂行条例》第 2 条“ 转让国有土地使用权……并取得收入的单位和个人，为土地增值税的纳税义务人 ”，第 3 条“ 土地增值税按照纳税人转让房地产所取得的增值额和本条例第 7 条规定的税率计算征收 ”的规定。所以，被上诉人不缴纳税费的行为，已违反国家法律。

（4）被上诉人未履行土地转让的法定审批手续和办理过户登记。广西实施《中华人民共和国城镇国有土地使用权出让和转让暂行条例》办法第 20 条规定：“ 土地使用权转让时，原出让合同及登记文件所规定的权利、义务随之转移……应当报县级以上土地管理部门和房产管理部门批准，并到土地、房产管理部门办理过户登记。”但本案被上诉人是先签土地转让合同（1993．11． 29），后签土地出让合同（1994.4． 23）的。当转让 60.62 亩土地使用权给上诉人时，“ 土地使用批文 ”、“ 土地使用权证书 ”尚未交出随之转移，转让土地也未报防城区国上规划局批准和未办理过户登记，以及缴纳有关税费。根据《中华人民共和国城市房地产管理法》第 38 条规定：“ 以出让方式取得土地使用权的，转让房地产时，应当符合下列条件：“ （一）……并取得土地使用权证书 ”。可现在被上诉人未取得土地使用权证书就转让了。对此违法行为，第 65 条规定：“ 违反本法第 38 条第 1 款的规定转让土地使用权的，由县级以上人民政府土地管理部门没收违法所得，可以并处罚款 ”。依法是要追究被上诉人的法律责任的。

如上所述，所谓《公司转让协议》实属违法、无效合同，原判确认其合法有效是没有事实法律依据的，实是错认的。而违约、无效的合同，从开始就无效，依法不存在违约问题。因此，原合同约定的违约条款，依法不能生效，任何一方都不能追究对方的违约责任。

至于违法、无效的《公司转让协议》如何处理，必要时可按土地法有关规定进行，但这与双方现争议，毕竟是另一回事。

二、上诉人拖付 44.1132 万元有因，理应得到支持。

本案上诉人拖付 44． 1132 万元土地转让费，并非他因故意迟延。而是只因为被上诉人隐瞒缴纳 44． 92 万元土地转让增值费（税）的结果。为了避免日后政府将追加到上诉人头上，造成“ 刘税蒋付 ”或“ 刘逃税费 ”损害国家利益，所以才拖付。此拖付行为既为自己又为国家，当然也没有侵害被上诉人的利益，依情依理依法，应得到支持。

话又说回来，上诉人也曾对被上诉人表态过：现拖付的 44．1132 万元土地转让费，如果得到政府表示，今后不追上诉人要 42000 元/亩至 60000 元/亩的 60． 62 亩土地转让增值费（税）44． 92 万元，上诉人立即付清 44．1132 万元给被上诉人。可被上诉人，始终也拿不出政府不追上诉人缴纳税费的证据来，所以才没付。

三、原判运用法律不当

原判把我国《经济合同法》的违反经济合同和责任条款，作为本案判决法律依据欠妥。因为《经济合同法》与《土地管理法、是两个不相同的法律部门。在审查合同是否有效的法律依据也不尽相同，在处理合同的具体问题，

各有差异。如土地使用权转让合同违法无效，可没收其违法所得，处以罚款，补办手续等等，而经济合同违法无效就不能这样处理。房地产转让纠纷的案件，不适用《经济合同法》。

对此，最高法院《关于房地产案件受理问题的通知》也明确经济审判庭不受理房地产案件，而是“由讼争的房地产所在地人民法院的民事审判庭依法受理”或“依法向人民法院提起的行政诉讼，由房地产所在地人民法院的行政审判庭依法受理”。因为房地产纠纷不适用经济合同法。所以原判适用法律不当。

综上所述，原判认定事实不清，适用法律不当，判决错误，应予撤销：原告被上诉人滥用诉权，无理起诉，应予驳回。以维护国家税收和被告人上诉人的民事合法权益。

审理结果

上诉审法院，重视律师意见，并以“事实不清，适用法律不当”为由，“撤销原判，发回重审”。一审法院重审后，采纳了律师意见，于 1995 年 4 月作出了“驳回起诉”的裁定。

刘某对防城区人民法院“驳回起诉”裁定不提出上诉，但到 8 月又向港口区人民法院重新起诉，经开庭再次辩论，原告当庭放弃主张，谋求调解，体面解决。最后以调解结案告终。

作者简介

董少谋（1961.10—）陕西武功人。1979 年考入西北政法学院法律专业，1983 年毕业后留校工作。任西北政法学院这学系公证教研室副主任。三级律师。西安三井律师事务所副王汪。中国律师研究所特邀研究员。曾任陕西省第四律师事务所副主任。1990 年以来先后　在《法制日报》、《中国律师报》、《西安晚报》、《中国律师》、《律师》等报、刊发表论文数十篇，办理各类案件近 500 件，其中陕西省咸阳市副市长王开明受贿案、陕西书画艺术研究院院长李浩投机倒把案、陕西省首例破产案——山阳县外贸公司破产案在当地有一定影响，全国首例律师事务所告状税务局纳税案，引起司法部、国家税务总局和全国人人常委会的重视，为全国律师事务所纳税争得了一个宽松的条件。

单位名称：西安市西北政法学院
详细地址：西安市长安南路西北政法学院 95 号
邮政编码：710063
联系电话：（029）　5239283

长安投资公司因不知华企公司超越经营范围故不承担连带赔偿责任

董少谋

案情简介

原告人：华企公司
被告人：大安贸易部
被告人：长安投资公司

1988 年 10 月 20 日华企公司与大安贸易部签订补偿贸易合同。合同主要条款规定,华企公司向大安贸易部提供资金 1600 万元用于筹建大安贸易部水泥厂,大安贸易部从 1989 年 10 月 20 日至 1992 年 9 月 20 日按优惠价向华企公司提供符合出口规格的水泥，用以偿还华企公司提供的全部资金，之后，大安贸易部继续以适当优惠价优先供给华企公司水泥。合同由长安投资公司担保，担保约定大安贸易部因各种原因不能提供水泥给华企公司，两年内由长安投资公司按银行有关利率归还华企公司本金及利息。合同签订后，华企公司于 1988 年 10 月 30 日前分四次将人民币 1600 万元汇给担保人长安投资公司，某投资公司将此款转汇给大安贸易部。后大安贸易部未按合同规定供货，华企公司于 1993 年 7 月 20 日向大安市中级人民法院提起诉讼。

另查明：华企公司经营范围内无权经营水泥，大安贸易部属私营企业，大安贸易部水泥厂已经停产。

大安市中级人民法院经审理后认为：华企公司尽管超越经营范围，但是根据国家工商局《关于改进工商行政管理工作，促进改革开放和经济发展的意见》和最高人民法院《全国经济审判工作会议纪要》的规定，水泥不属于专营、专卖和限制流通的物品，华企公司可以突破经营范围的界限，不因此而确认补偿贸易合同无效。遂判决：补偿贸易合同有效，大安贸易部应向华

企公司支付 1600 万元及利息，长安投资公司承担担保责任。

评析

一审判决后，被告方没有上诉，在执行期间，被告人大安贸易部向大安市中级人民法院申诉。大安市中级人民法院按照审判监督程序提起再审，遂判决，补偿贸易合同因华企公司超越经营范围而确认原合同无效；大安贸易部负责返还华企公司 1600 万元及利息 ;长安投资公司担保的是经济合同而不是一般的借贷合同，应承担连带责任。宣判后，被告人长安投资公司委托本律师作为其二审代理人向省高级人民法院提出上诉。我在审阅了本案有关材料后提出如下上诉理由：

一、华企公司因超越经营范围与大安贸易部签订的补偿贸易合同为无效合同。

首先，我国实行的是社会主义市场经济。众所周知，市场经济不是自由经济，而是法制经济。一切经营活动都必须在法律规定的范围内进行。从国家工商局《关于改进工商行政管理工作，促进改革开放和经济发展的意见》的规定来看，仅在核准时放宽经营范围的限制，而不是不要经营范围，更不是放任企业自由经营。国家工商局企业登记发布的《企业经营范围核定规范》明确规定：“ 企业能否在核准的经营范围内从事经营，已成为合法经营与违法经营的法律界限 ”，因此华企公司超越经营范围，违反了国家行政管理法规。

其次，我国《民法通则》第 42 条规定：“ 企业法人应当在核准登记的经营范围内从事经营 ”。新修改的《经济合同法》第 7 条亦规定：“ 违反法律和行政法规的合同‘ 为无效合同 ’ ”。最高人民法院在《关于审理经济合同纠纷案件中具体适用＜经济合同法＞若干问题的解答》中也规定：“ 工商企业、个体工商户及其他经济组织，应当在工商行政管理部门依法核准登记或主管机关批准的经营范围内从事正当经营活动，超越经营范围或违反经营方式所签订的经济合同应认定为无效合同 ”。华企公司超越经营范围与大安贸易部签订的补偿贸易合同为无效合同，由于该主合同无效，作为担保合同的从合同亦应无效，长安投资公司不负担保责任。

最后，最高人民法院的《全国经济审判工作座谈会纪要》不属于司法解释，而仅属于一般工作性文件，其中关于“ 合同约定仅一般违反行政管理性规定的，如一般地超越经营范围，不因此而确认合同无效 ”的意见也没有被其后修改的《经济合同法》所采纳。因此，作为执法机关的人民法院来说，在最高人民法院未作出新的司法解释之前，仍应依据现有的法律、法规和司法解释，以工商部门核准登记的企业经营范围作为对合同效力判定的依据之一。

作为长安投资公司的代理律师，在再审判决已确认原合同为无效的情况下，只所以还把此问题作为上诉的首要问题提出是基于以下原因考虑：

第一，一审认定合同有效，再审认定合同无效。二审时关于合同的效力问题有可能是一大争执焦点，因此，应首先表明我方对合同效力的看法，做到使法官先入为主。

第二，在再审时，原告方的代理律师明确坚持合同有效。

第三，市场经济的确立，对经济审判的冲击较大，当时普遍认为企业可以自由经营，而理论界亦认为将超越经营范围一律认定为违法行为而不给予法律保护，不符合市场经济平等竞争的规则。

第四，最高人民法院的《全国经济审判工作座谈会纪要》被视为“准绳”而大量分开引用。

第五，只有二审再次确认原合同无效，长安投资公司才有可能免除担保责任，为下一步不负连带赔偿责任扫清障碍，排除困难。

二、投资公司“担保的是经济合同，而不是一般的借贷合同”。因而，长安投资公司不负连带赔偿责任。

投资公司作为金融投资机构，应当知道借贷合同的出借人只能是银行和金融机构，而非一般主体。如果投资公司不是为补偿贸易合同而是为借贷合同提供担保，由于华企公司因不是银行或金融机构造成的主合同无效，那么，作为金融投资机构的长安投资公司应当知道华企公司超越经营范围，根据最高人民法院《关于审理经济合同纠纷案有关保证的若干问题的规定》第 20 条规定：“保证人知道或者应当知道主合同无效而仍然为之提供保证的，主合同被确认无效后，保证人与被保证人承担连带赔偿责任”。长安投资公司应承担连带赔偿责任。恰恰相反，长安投资公司不是为借贷合同担保，而是为经济合同担保，因而，长安投资公司不可能知道华企公司超越经营范围，故不承担连带赔偿责任。

此点上诉理由紧紧抓住再审判决认定长安投资公司应承担连带赔偿责任的依据，指出长安投资公司正是为经济合同担保，而不是为一般借贷合同担保，因而不可能知道华企公司超越经营范围这一事实为依据，以最高人民法院关于保证问题的司法解释为准绳，从事实和法律两个方面推断出长安投资公司不负连带赔偿责任的结论。

三、长妾投资公司不知道华企公司超越经营范围。

首先，从华企公司的名称上看，根本看不出其仅经营不动产即物业管理。

其次，华企公司从未告诉过长安投资公司其没有经营贸易的业务范围。

最后，大安贸易部亦不知道华企公司超越经营范围。相反，大安贸易部相信华企公司有权经营贸易业务，所以才愿将其产品交由华企公司销售。

之所以在第二个上诉理由之后再次强调长安投资公司不知道华企公司超越经营范围，是为了彻底推掉长安投资公司的连带赔偿责任。因为长安投资公司不仅不知道，而且也不可能知道华企公司超越经营范围，这样，要让长安投资公司承担连带赔偿责任则没有任何法律依据。

对于我方提出的三个上诉理由，除第一个理由，原告人的代理律师稍作反驳外，对于第二、三个理由则没有进行反驳。省高级人民法院经审理后认为：再审法院以华企公司超越经营范围为由，认定华企公司与大安贸易部所签订的补偿贸易合同无效是正确的。造成无效的责任在于华企公司，故该无效合同给其造成的损失自负。大安贸易部依合同取得的款项应返还华企公司。华企公司与大安贸易部签订的补偿贸易合同无效，担保合同亦无效。作

为担保方的长安投资公司不承担担保责任。且无证据可以证明长安投资公司知道或应当知道华企公司超越经营范围这一事实。因此，上诉人长安投资公司要求免除其担保责任和连带赔偿责任应予支持。遂判决：华企公司与大安贸易部签订的补偿贸易合同无效；大安贸易部返还华企公司 1600 万元及利息。

作者简介

赖玉洲（1954—）广东省连平县人。中山人学法律大专毕业，三级律师，副主任，中共党员。

自 1985 年 12 月始专职从事律师工作，1988 年取得了律师资格，曾先后在连平县律师所、惠阳县经济贸贸易律师所、惠州市惠通律师所执业。十载余经办各类案件三百宗宗，尤以办理经济、金融、房地产案件为特长；担任常年法律顾问 60 务家，参与多宗超亿元的中外合资、合作合同的谈判，起划或审查、修改；指导多位大中专毕业生、实习生开展业务工作；为当事人挽回或避免经济损失 6000 多万元。

其论文《民事活动必须遵守法律和国家政策》、《辩护词》被发表在《广东律师文集》（第二集）和《法庭上的演说词》（续集）。近年致力于涉外法律事务的研究，以招展海外市场。

单位名称：广东省惠州市惠通律师事务所
详细地址：广东省惠州市南坛东路八号
邮政编码：516001
联系电话：（0752）2205681

3600 万元土地侵权纠纷案
赖玉洲

案情简介

1954 年初经广东省人民政府批准，成立了惠阳某某公司（现更名为惠州市某某公司）（简称市某公司）。为保障市某公司的发展，有利种养事业，造福于社会。当年×月策×惠阳县人民政府以（54）惠农业字第×号文批准，从××岭至××堤至马安大基围的堤顶为界范围内的土地（并绘示意图），确权给市某公司管理使用，作为其公司发展生产的基地。

其中现大湖溪广汕公路以南至马安大基囤，宝大饲料厂以东至群乐排涝站附近的土地，约 10 万平方米，因地势低洼，多处常年积水。市某公司自确权以来，未进行经营管理和种养开发。而仍由惠阳县水电局（简称县水电局），继续作为水利保护用地进行管理和使用。先后建有群乐排涝站、大湖溪马安围管理所办公室、干部职工管养住房；种有竹木花草、农作物；低洼积水之地还修成池塘养鱼，从事多种经营。

1987 年后，县水电局又兴建了大型的宝大饲料厂。继之惠阳县政府在大湖溪成立经济综合开发区，高层建筑拔地而起，四处林立，呈现兴旺发达景象。土地使用权价值发生了根本变化，从几百元增至上千元 1 平方米，甚至几千元 1 平方米。时值 1992 年初，县水电局对该片低洼地全面进行推土填塘，平整土地，以综合开发利用。对此，市某公司认为该片土地为其权属范围，县水电局在其权属年开发建设侵犯了其土地使用权，现已侵占土地面积达 6 万多平方米，（按诉讼收费估算）其价值为 3600 万元人民币（时价大于此标的）。曾在当地报刊发表《声明》，并致函县水电局，要求停止侵权行为。但县水电局仍继续施工。市某公司遂于 1993 年 6 月以县水电局为被告，向某

市中级人民法院提起诉讼。

本案争议焦点

原告诉称：

1.大湖溪广汕公路以南至马安大基围，宝大饲料厂以东至群乐排涝站附近一片约十万平方米的土地，是 1954 年×月×日惠阳县政府（54）惠农业字第×号文批准给我公司的权属范围内的土地，我公司拥有该土地的使用权。因该片土地地势较低，我公司为了国家和人民利益，没有开发种养。

2． 1987 年后，大湖溪综合经济开发区设立，被告不经我公司同意，乘机侵占我公司土地建起了宝大饲料厂，1992 年以来被告为了自己的私利，又大规模填土造地建设厂房，并加大建设开发。现在该片土地上已建起了多栋厂房占地 18000 平方米；又平整了 43000 多平方米的土地，准备动工兴建。我公司多次口头或书面制止被告的违法侵权行为，但其仍加剧施工，共侵占我公司土地 6 万多平方米（价值 3600 万元）。

根据《中华人民共和国土地管理法》和《中华人民共和国民法通则》的有关规定，被告在我公司拥有合法的土地使用权的土地上建设开发，是非法的侵权行为。请求判令被告停止侵权行为；并对所占土地建房部分补回地价；未动工建设的土地归还我公司，以维护我公司的合法权益。

被告辩称：

首先，广汕公路以南一片 10 多万平方米的土地，虽经惠阳县人民政府（54）惠农业字第×号文确权给原告管理使用。但该片土地依法属于水利留用保护地，其确权批文与我国当时的法律、行政法规相抵触，应认定其无效。

其次，惠阳县政府曾以（1985）惠府×号文颁布了《关于马安围大湖溪排涝站，广汕公路以南土地控制使用的通告》和（1988）惠府×号文制定了《关于惠阳县水利水电工程划定山权地界的规定》，均明确该片争议土地为水利保护用地，未经县水电局（被告）同意，任何单位和个人不得动用。可见，被告有依职权占有、使用和收益。

再次，原告诉争六万多平方米（价值 3600 万元）的土地，自 1950 年至今均由被告经营管理使用，防洪、抗洪和排涝，保护农田灌溉，为人民的安居乐业作出了莫大的贡献。至今 40 余载无争议。

显然，原告诉被告侵犯其土地使用权，是有悖事实和法律的无理缠讼。请依法驳回其请求，以维护法律的尊严。

被告律师的代理意见

我所依法接受被告委托后，经深入调查取证，弄清了本案诉争土地跨越 40 余载的本来面目。

为维护法律的严肃性和被告的合法权益，确保水利用地造福于人民，我们根据事实和法律，提出了如下的代理意见：

1.原告的“ 54 ”证据，有悖法律规定，应确认其无效。

马安大基围历史悠久，据《水利志》记载：马安大基围，建于明朝洪武年间（公元 1368—1398 年），自三山至马山长六公里。清乾隆二十五年（公元 1760 年）筑水口至下沅堤段，长 2 公里，直到清道光年间筑堤至潭尾山，

全长 21 公里。足见其源远流长，久来有之。

而今原告诉争之六万平方米价值三千余万元之土地，为三山至马山堤段之内堤土地。即广汕公路以南至马安大基围，宝大饲料厂以东至群乐排涝站附近的土地。其起诉的主要证据，也是唯一确权证据是：1954 年×月×日惠阳县人民政府（54）惠农业字第×号文（简称“ 54 ”证据）。该“ 54 ”证据确权给原告经营管理的土地起止范围是，从上××至××堤至马安大基围的堤顶为界。从绘制的示意图中，我们可以得知其界线已经画到了马安大基围的一半，连一半大基围亦属其权属范围。

如此定界确权是否符合我国当时的法律规定呢？不妨让我们重温有关法律规定，我国《土地改革法》第 26 条规定，铁路、公路、河道两旁的护路、护堤土地及飞机场、海港、要塞等占用的土地，不得分配。1950 年中南军政委员会颁布的《中南区水利工程留用土地办法》第 2 条规定，各大河流除干堤顶和堤坡外，堤外（临水面）距堤脚 100 公尺及堤内（背水面）距堤脚 50 公尺以内土地，一律收归国有，作为护提或工程留用地。如堤外无土地则根据需要将内留用地展至 100 至 150 公尺……。据此，原告诉争土地，完全在此规定范围内。可见，“ 54 ”证据有悖国家法律、法令、地方法规，应确认其无效。

2.被告对诉争土地长期经营管理，有证可查，有法可依。

首先，被告长期经营管理的法律依据：

自我国《土地改革法》颁行以后，中南军政委员会又颁布了《土地改革法实施办法的若干规定》和《中南区水利工程留用土地办法》。近年我国又颁布了《水法》、《河道管理条例》，广东省亦制定了《河道堤防管理条例》。均规定水行政管理部门（被告），依法负有保护、管理、使用其管辖范围内的堤防、河道和水利工程留用土地的职责和权利。这为被告长期经营管理该争议土地提供了法律依据。

此外，惠阳县政府根据法律规定，于 1985 年颁布了《关于马安围大湖溪排涝站，广汕公路以南土地控制使用的通告》，重申：“ 大湖溪排涝站以北，广汕公路以南，商业花果山招待所至大湖溪大桥范围内的土地，为水利建设专用土地，由马安围管理和使用，任何单位和个人，未经县水电局同意，不得擅自动用这片土地 ”。

惠阳县政府还于 1988 年制定了《关于惠阳县水利水电工程划定山权地界的规定》，其中第 4 条第 4 款规定：“ 马安围、平潭围、永良围，从内外堤脚算起，每则 50 米，险段 100 米 ”。第 5 条还规定，为了管好用好工程，需划出足够的生活用地和生产用地，凡管养房墙边算起四周 300 米为生活用地。而争议土地，全部在上述通告和规定控制的范围内。这又为被告长期经营管理该争议土地提供了行政措施的根据。

其次，被告长期经营管理的事实证据：

本案事实表明，从 1950 年始被告依法对双方争议的土地进行经营管理，行使占有、使用和收益的权利；先后种有黄竹、树木、花草、著茨、黄豆等；还建起了群乐排涝站、大湖溪马安围管理所办公室、干部职工住房、宝大饲料厂和多栋厂房；还将低洼积水处改造成池塘养鱼，从无争议。正如原告原任领导及当地干群所一致证实的那样：广汕公路以南一片土地，以前是蓄水塘，是水利留用保护地，我们从未到那里种养开发，一直由大湖溪马安围管理所经营管理。所以我公司也从来没有去与他水电局争执，也无庸去争。可

见，被告长期经营管理该双方争议土地，事实清楚，证据确实，旧迹犹存，众人皆知，无庸置疑。

3.原告适用法律不当

原告起诉及刚才的法庭辩论，大量地引据了《中华人民共和国土地管理法》的有关规定；尤其是断章取义地引据了《广东省土地管理实施办法》第3条第2款的规定，为本案法律适用的根据，认为：“其经惠阳县政府五四年所确权的土地界线，在任何情况下都不得变更”。本人认为，这是适用法律不当。

因为双方争议的土地是“水利保护留用土地”。而水利保护留用土地，国家已颁布了《水法》，以及为执行该水法而制定的《河道管理条例》和地方法规、规章，作为调整该类土地法律关系的单行法律。而《土地管理法》是调整土地法律关系的基本法。虽然二者均为土地，但这是大与小，整体与个别的关系。一旦法律对“个别”作出了专门的规定，那么，我们首先就应当适用专门（单行）的法律规定，即“单行法优于基本法”的原则。因此，本案的法律适用，应当首先适用《水法》及与之相配套的法律、法规和规章。

所以，原告引据土地管理法，请求法庭裁量本家纠纷，是错误的，是适用法律不当。

综如上述，双方争议之水利保护用地，原告自确权至今未行经营管理，其提供的唯一确权证据与法律相抵触，应认定为无效证据；加之适用法律错误。其诉被告侵权，既无事实可供立足，亦无证据可资佐证，实属错误，请依法驳回。

法院裁定结果

案经近半年的审理，某市中级人民法院经全面听取原、被告双方及其代理律师的意见，全面审查有关证据后，采纳了被告律师的代理意见，劝原告撤诉。于1993年12月3日作出裁定，准许原告撤回起诉；且本案受理费全部由原告负担。

作者简介

刘翔光　早年在“文革”中辍学，历经工农商学等行业，1984 年调入公安局从事刑事侦察工作，并开始系统自学法律；1988 年国内自批公开招聘，任监察局举报科长，1990 年在全国律师资格统考中以全市第一名的成绩取得律师资格。1991 年开始担任专职律师，第一年突破本市律师界年办案数纪录，并担任福安市第一律师事务所政治协理员；1995 年被福安市委市府评为第一批优秀专业人才，1996 年被评为宁德地区政法系统先进模范。1993 年以来先后在《法学》、《法学杂志》、《经济法制》、《中国律师》、《律师世界》、《律师与法制》、《福建律师》、《中国律师报》、《福建法制振》、《闽东日报》等十多种报刊杂志上友表《空壳”企业现象与企业登记管理制度的改革》等论文、办案札记多篇，并多次获奖。现为三级律师，并被司法部、中国证监会援予证券律师资格。

多年的基层社会实践和对法制的执着追求，造就了本人踏实的工作作风、敏锐的洞察力、求实求是的正直和不畏权势的倔强。在律师业曰益商品化的今天，正以不屈不挠的精神，以法律为武器，为维护社会公正而奋斗。

单位名称：福建省中达律师事务所
详细地址：福安市下城河 144 号
邮政编码：355000
联系电话：（0593）　6382767

南京 16 万油墨在福安

刘翔光

1995 年 7 月 19 日，两名焦灼疲惫的外地人找到福安市第一律师事务所，指名要求委托我为他们提供法律帮助。

经情况介绍得知，他们俩是南京油墨总厂的销售科长和生产科长。6 月初，福安市 M 厂厂长一行三人持营业执照、介绍信、合同书等找到南京油墨总厂销售科，要求订购各种型号的油墨 16 万元。油墨厂是拥有千余职工的国营企业，今年因产品滞销，销售科王学宝科长把送生意上门的 M 厂三人待为上宾，抽出两天时间陪他们游遍紫金山、大明湖后，双方签订了购销合同。签约时 M 厂提出由需方带商业承兑汇票提货，王对这种结算方式觉得生疏，但想到反正货款能到帐户就行，便答应了。合同转到财务科，财务人员经过审查后提出：商业承兑汇票仅由付款人保证承兑，银行不负承兑义务，这种结算方式油墨厂从未采用过，对初次发生关系的 M 厂不宜采用。油墨厂遂向 M 厂要求改用银行汇票结算，M 厂口头应允。7 月 3 日，M 厂提货后，油墨厂指派王科长跟车到福安取银行汇票。王到福安后，M 厂人员时而说银行汇票暂时开不出来，时而又说会计出差了，要等会计回来取出印章才能办理，最后摊牌只同意用商业承兑汇票结算。王科长知道遇到难缠的对手了，便向 M 厂人员哀求、甚至哭诉，要求退还油墨，愿担负 M 厂此行的一切费用，可得到的却是一顿臭骂。王急向厂里电告情况，油墨厂派生产科长赵小刚火速赶来。王在赵到来之前怕 M 厂转移货物，连续三昼夜看守着堆货仓库，任凭日晒虫咬。赵到福安后，俩人一合计，一致认为情况危急，须立刻寻求律师帮

助。他们得到M厂附近热心群众的指点，找到了我的办公室。

听罢他们的叙述，我对他们的境遇深表同情。我通过电话从有关方面初步了解到：M厂早已负债累累，是有名的赖帐户。我意识到这16万元油墨的确随时都有灭失的危险。采取什么方式处理该案呢？如果以诈骗嫌疑向公安局报案，可M厂并未隐瞒真实身份，诈骗的主观犯意很难证实。若向法院起诉，油墨厂又没有变更结算方式的直接书面证据。经权衡再三，最后我们一致认为还是通过诉讼程序解决较妥，便于当天上午向福安市法院递交了诉前财产保全申请书。

告申庭吴静海庭长，这位60年代毕业于美术学院的学者型法官，在听取了案情介绍后，以其特有的正义感，用最快的速度受理了申请。当即就向正在主持审委会的高院长请示保全措施。高院长当机立断，指示把该批油墨扣押到法院来，并随即签发了扣押令。法警队闻风而动，冒着炎炎烈日连续工作6小时，将共达七吨的油墨全部搬回法院。

次日，油墨厂厂长、书记、法律顾问一行三人抵福安，他们了解到福安法院诉前保全的办事效率，十分感激和钦佩。可是鉴于其多次在外地打官司不尽人意的结局，对本案在福安能否得到公正处理心怀疑虑。但因货物已被扣压在福安法院，经反复考虑，最后还是决定正式全权委托我将这场官司打下去。我立即草拟了诉状递交福安法院。

我深感肩上担子的沉重。因为本案结果只能有两种：全胜或全败。若判决合同无效，则必然返还原物，油墨厂可以将损失减少到最低限度：若判决合同有效，而继续履行的结果必将是16万元油墨全军覆没。油墨厂虽然占着理，但M厂却占着地域和人员的绝对优势。况且从M厂能屡次拖欠到多方债务，且能保持其”法人”资格的情况看，其能量确实不可低估。

立案后，在有关部门的配合下，我很快查明：M厂虽经工商登记为集体性质企业法人，但投资人实为厂长夫妇。注册资金号称50万元，但眼下既无固定资产，也无流动资金，还拖欠着十几笔债务共一百多万元，其中一部分已由法院判决生效，而无法执行。M厂在农行的帐户已停用多年，而农行88年以来也已停止办理商业承兑汇票业务。

8月14日，由经济庭庭长陈瑞平担任审判长，对该案进行了公开开庭审理。M厂辩称：M厂虽有债务，但也有债权，企业有债务债权并不影响其签订的合同的效力。福安最大的企业闽东电机厂、罐头食品厂均背负数千万元债务，难道他们签订的合同都无效吗？因此原被告之间签订的合同合法有效，应继续履行。他们还出示了自己填写的兴业银行的商业承兑汇票，声称其农行帐户虽无法进行商业承兑汇票结算，但通过兴业银行结算未尝不可。法律规定商业承兑汇票的最长承兑期限为6个月，M厂现在无力付款，不等于6个月内均无付款能力。被告于7月1日已与临县柘荣一家公司签订了油墨的购销合同，原告申请扣押油墨造成该合同无法履行，已被索赔4万元，因而反诉油墨厂赔偿损失。

被告振振有词、似是而非的答辩理由，使坐在旁听席上的油墨厂厂长额上沁出汗珠。

我以原告代理人身份，向法庭提出了如下代理意见：商业承兑汇票是以商业信用为前提的延期付款结算方式，仅适用于对资信情况彼此了解、资金信用很好的企业之间的贷款结算。而被告连一百多万元到期债务都无法偿付，十余份生效判决确定的义务都无法履行，何谈商业信用？《商业汇票办

法》虽有规定商业承兑汇票的最长承兑期限为 6 个月，但具体实际期限由双方约定。而本案双方未在合同内约定承兑期限，供方可以要求需方在指定期限内承兑，若需方不允，则双方无法实际结算，该结算约定无效。合同约定在南京文汇票提货，而王学保到福安取汇票这一事实，足以证明双方已对结算方式作了变更。在主观方面，被告在签订合同时填写了早已停用的农行帐户作为结算户头，说明其一开始就不准备履行付款义务。被告有意隐瞒其身背巨额债务的真实情况，虚构付款能力，因此，其签约行为属于欺诈，应认定合同无效，返还原物，并赔偿损失。经查，被告提供的与之签订了油墨购销合同的柘荣某公司已两年未年检，所订合同主体不合格，被告的反诉无理，应予驳回。被告的行为践踏了市场经济诚实信用的法制原则.败坏了闽东的商业市场声誉，应该受到谴责。

庭后，主审法官张梅星，这位不到 30 岁，却已有近十年审判工作实践的年轻法官，以对事实高度负责的精神，查追了本院 5 个业务庭，逐项落实了 M 厂 15 起由本院受理的已决和未决的拖欠债务纠纷案，为正确认定被告主体资格奠定了基础。

M 厂见势不妙，一方面虚张声势，宣扬他们已打赢官司，油墨厂将要付出巨额赔偿；另一方面对向其催帐的债权人保证：等判决书一下，立即用油墨厂的赔款还债，但要债权人关照这个案件。M 厂这一招真损，我和油墨厂都把心提到嗓子眼。

9 月 21 日，福安法院作出判决：M 厂欺诈成立，确定合同无效，被告返还原物，驳回反诉。

M 厂一接到判决书就提出上诉，在诉状中攻击一审法院偏袒原告，“ 黑白颠倒，是非混淆 ”，“ 以极不负责的态度 ” 对 M 厂“ 扣莫须有罪名 ”，还“ 对原审承办人提出抗议 ”。他们企图以声色俱厉的恐吓来动摇法官的公正立场。

二审开庭时，M 厂又老调重弹，强调 M 厂虽有负债，但在这笔油墨购销业务中并无违约，油墨厂判断其有履约障碍属主观臆断。我向法庭提供了新的证据：就在一审开庭后四天，江苏省泰兴公司也状告 M 厂拖欠货款。原来二个月前他们到泰兴公司购胶印机和 PS 板 14 万元后拒绝付款，供方到福安催帐时，PS 板已被其脱手转卖，得款耗费一空，胶印机则己被其他债权人申请财产保全。泰兴公司眼看追款无望，只得含泪撤诉。除了货款血本无归外，还倒贴了几千元的费用。这一有例在先的事实说明：若维持原被告之间的合同关系，油墨厂将不可避免地重蹈泰兴公司的覆辙。为了支持合议庭依法审判，庭后我向法庭寄送了有关民事欺诈的权威学术论著，并将案情直接向中院领导作了汇报，特别指出：本案若判决继续履行合同，则 16 万元国有资产将顷刻间流入个人腰包，造成不可挽回损失。

1996 年 3 月 21 日中院作出终审判决：驳回上诉，维持原判。油墨厂厂长接到判决书，感慨地说：“ 闽东的法官真无愧头上的国徽，肩上的天秤啊！”

这个历时 8 个月的诉讼，两审参与工作的法官共计 21 人，除了院领导和审判人员外，有下班后主动放弃休息时间前来扣押现场指挥助战的法警队长，还有未来得及吃饭冒着中午的烈日从三里外的阳头蹬自行车到法院安排储存油墨场所的办公室主任。法官们与南京油墨厂人员素不相识，为之付出的份内份外工作，也没有任何的回报，甚至还得罪了熟人，可是他们无私地履行了职责。在金钱日益成为有些人的主要追逐目标、行为动力的情况下，

一个外地的国营企业与本地个体商贩打官司，结果前者获得全胜，这一事实本身很深刻地揭示了地市两审法官的情操和精神风貌。这是一首两审法院公正廉洁、执法如山的法制之歌！

作者简介

杨洋　40 岁，法律专业大学专科毕业，经济专业专科毕业。1987 年开始律师工作，1988 年通过国家律师资格考试，现在是四川省绵阳市律师事务所专职执业律师。从业 10 年来，办理过近目件各类刑事辩护案件，办理过 200 余件经济、民事、行政案件，为当事单位挽回经济损失 6000 余万元。仅 1996 年，通过全力奋斗，为当事单位避免与挽回 900 万元的经济损失。

在执业办案的同时，勤于探索，总结经验，写作出 20 余件案例和理论习作，已在地万与全国期报刊上发表 5 篇文章。

诚买做人，诚心做事，勤奋进取，为国家民主与法制建设事业，为当事人的合法权益，为国家法律的准确实施，竭尽宝能，雷斗不息。

单位名称：四川省绵阳市律师事务所
详细地址：四川省绵阳市律师事务所
邮政编码：621000
联系电话：　（0816）　2227804　2223147

房屋垮塌谁之过？

杨　洋

案情简介

1996 年 10 月 30 日，四川省绵阳市中级人民法院第一审判庭内国徽高悬，习习生辉。国徽下端坐着该院的人民法官，该院民事审判庭张开贵庭长亲执天秤，主持审判。

原告席上坐着第一原告四川省绵阳市功强企业有限责任公司（以下简称为劝强公司）的法定代表人与诉讼代理律师和第二原告中外合资沁园春乳制品有限责任公司（以下简称沁园春公司）的经理与诉讼代理人；被告席上坐着第一被告绵阳市涪城区永兴镇人民政府（以下简称永兴镇人民政府）的诉讼代理人和第二被告四川　省绵阳市巨川企业总公司（以下简称巨川公司）的总经理与诉讼代理律师。

本案已是近一年时间诉讼第三次开庭。庭审在依照法定程序井然有序地进行……

原告方（两原告系同一法定代表人与代理人）正在慨然陈述：“ 1995 年 2 月，经协商将原告已购土地左侧属第一被告下属企业第二被告绵阳市巨川企业总公司所建设的‘ 川西北汽车维修中心 ’ 工业用房 2300 平方米以及生活设施临街面房一幢，一次性作价 157 万元，转让给原告功强企业公司作工业用房；

协议达成后，原告已分两次付给了被告价款 80 余万元，余款因被告至今未交付合法的厂房和其它用房的图纸、资料和竣工检验手续，故未结算。时值 1995 年 7 月 9 日上午 11 时，由被告卖给原告的生产厂房东端第三开间与第四开间两棍钢木架突然垮塌；

事故发生后，原告及时向绵阳建设工程质量监督站等单位报告。7 月 10 日，绵阳市建设工程质量监督站等九个单位的领导和专家赶到现场，同时对

生产厂房屋架垮塌事故进行了调查，并作出了事故调查意见纪要；

随后，市建委等部门对厂房屋架垮塌事故作出了《通报》、《处理决定》、《鉴定》等；

自房屋垮塌之日起，第一原告所建的硬杂木拼木地板厂已投资近 6s0 万元资金，并已计划投入大批量生产。由于房屋垮塌被迫停产，从 1995 年 7 月 9 日至 12 月 31 日，厂房重建虽未完全竣工，但基本能生产，共 6 个月停产期，给第一原告带来各方面损失 329.7 万元；

至生产厂房垮塌之日止,第二原告乳制品公司已投资近 60 万元建成了系列乳制品生产线,由于厂一房垮塌被迫停产,造成第二原告各项经济损失 121.21 万元；

综上所述，被告严重地违反了《建筑工程质量管理办法》的有关条款，给原告带来了惨重的经济损失，给社会造成了恶劣的影响；

原告恳请判令被告赔偿给第一原告和第二原告造成的各项经济损失 450.91 万元，并承担在诉讼中的各项费用。”

辩护词

本律师作为第一被告永兴镇人民政府的诉讼代理人（全权）针对原告方陈述主张的事实、理由、诉请，根据调查核实的事实与法庭庭审调查核实的证据材料，依据我国《民法通则》及有关法律法规与民事法律理论，就本案作出以下终结性代理意见：

一、愿告诉被告报害赔偿，没有事实依据和法律根据。

1.本案原告之一的沁园春公司不具合法的民事与诉讼主体资格。

合法的企业法人，依法应以工商行政管理机关核准登记注册并核发企业法人营业执照或营业执照，不经工商管理登记注册，不具企业法人营业执照或营业执照的社会组织，不具民事主体资格，即不具民事权利能力和民事行为能力，其所进行的民事活动，均属非法。诉讼主体依附于民事主体，民事主体既不存在，何来诉讼主体及诉讼？

沁园春公司至现在未能向法庭出示其经工商机关登记注册的有关证件。经律师调查核实，‘沁园春公司’根本就没有经工商局核准登记注册。从法律上看，该‘公司’还未产生。这是其一。

其二，本案与‘沁园春公司’没有事实上的民事法律关系。

功强公司与永兴镇人民政府、巨川公司于 1995 年 2 月进行房屋转让时，‘沁园春公司’并不是当事人。‘协议，和事实上，‘沁园春公司’均在局外。

其三，1995 年 7 月 9 日厂房屋架垮塌时，两原告（包括‘沁园春公司’）没有遭受任何损害损失(可由永兴电视台 1995 年 7 月 9 日对垮塌厂房的新闻录相证明）。屋架垮塌后，己由他人付费修复。并且，原告从起诉到法庭已三次开庭审理至现在也未能向法庭出示提供其损害损失的依据。

请法庭依法驳回‘中外合资沁园春乳制品有限责任公司’的诉讼请求。

2.众所周知，人民政府是实施管理职能的行政机关，永兴镇人民政府作为一级行政机关，依法履行上级党委、政府规定的‘管理、协调、服务’的

职能职责。她之性质与企业事业单位具有原则的区别。她之行为，体现出国家对社会行政管理职能。

永兴镇人民政府在 1995 年 2 月，为了协调、服务于企业，曾以乙方、甲方身份分别与巨川公司、功强公司签订房产转让协议，但是，这不是一般民事主体谋利的民事行为，而是利用人民政府的特殊地位，为两企业协调服务。

由于功强公司与巨川公司一方想要，另一方想让出，转让成功，都能实现各自企业的经营意图。只是双方企业负责人心存宿怨，互不信任，各有顾虑。在这种情况下，经企业双方的请求，镇政府考虑到转让成功对两企业有利，都能发展，为排除两企业负责人的顾虑，才以政府的名义充当了房产的转让中间人，使两企业产权的转让得以成功。

从时间上看，2 月 20 日镇政府与巨川公司签约接受转让，次日即 2 月 21 日签约转让于功强公司。其‘ 转让 ’行为的真正当事人是巨川公司与功强公司。因这一‘ 转让 ’行为既是民事行为，又真实地体现了两企业的意愿，并实现了两企业各自的经营意图。

在这一‘ 转让 ’活动的事前、事中、事后，镇人民政府没有谋利，其动机、目的均是协调、服务于企业，达到资产重组，振兴永兴经济。

‘ 转让 ’协议签订后，具体转让事宜均系两企业具体办理。巨川公司向功强公司移交房产，接受价款；功强公司接受房产，给付价款；各自履行自己的义务，享受各自的权利。在这里，巨川公司与功强公司才是权利义务的主体，镇人民政府被排斥在这一权利义务主体之外，不履行实质义务，也不享受实质上的权利。根据我国《民法通则》的规定和民事法律理论，权利与义务对等，谁享受权利就应承担相应的义务，谁承担义务谁就该享受相应的权利。镇政府既没有承担义务，也没有享受权利，现在诉赔偿，根据何在？法理何在？

3.根据‘ 形式逻辑学 ’与‘ 法律逻辑 ’理论，‘ 损害 ’与‘ 赔偿 ’属充分必要条件逻辑关系。损害是赔偿的充分条件，又是必要条件。前件真，后件就真；前件假，后件就假。即：如果有损害事实（即前件真），那么就应依法赔偿（即后件真）；若无损害事实（即前件假），那么就不应赔偿（即后件就假）。

镇政府没有损害（或违约侵权）行为，不具损害事实。原告所诉之说无根无据，应依法驳回。

二、厂房桁架（经法庭核实为一榀）垮塌，并不是原告所诉的是‘ 质量 ’问题所致，而是‘ 外力作用 ’使桁架垮塌。

1.绵阳市建筑工程质量监督站作的‘ 关于绵阳市功强企业有限公司拼木地板厂房屋架垮塌事故的鉴定 ’中认定：当有外力作用时，因失稳而导致整榀屋架垮塌。

据此我有理由认为：外力作用是该房屋桁架垮塌的真正原因。这是连原告自己也无法否认的理论与事实所在。因为，‘ 鉴定 ’是原告自己单方申请形成并向法庭提供主张的证据材料。

2.巨川公司原建现已转让给功强公司的‘ 川西北汽车维修中心 ’房屋，是由西南工学院姚庚教授主持设计，其设计方案具有严肃的科学性。经材料力学、结构力学、理论力学研究、核验，得出结论并证明：无外力作用，该

房屋桁架是绝不会垮塌的。

3.据绵阳市气象站证明：1995 年 7 月 9 日，绵阳地区（包括永兴）晴，无风，无雷电，无冰雹；市地震办公室证明：1995 年 7 月 9 日永兴地区无地震发生。

4.原告所属涪西建筑公司原经理李某某证明 :在 95 年 6 月份之前功强公司己对厂房进行过改造，改造方案是由我亲自作出的，但在实施改造时，他们没有按照我的方案办 ;95 年 7 月 9 日上午功强公司经理张某某亲临现场指挥对厂房进行改造。

5.巨川建筑公司经理倪某证明：95 年 7 月 9 日上午 9 时许，从永兴乘公共汽车去绵阳，路经‘ 厂房 ’时，看见该房屋顶的玻钢瓦被拆掉一大片。

6.原告于 1995 年 7 月 9 日对‘ 厂房 ’进行改造由原告组织在现场施工的民工李凯、周正江、罗成明证明：当时我们在一丈之外干活，听见张经理喊了一声：蹬！屋架就垮下来了。

本律师认为：这外力从何而来，是什么形态的外力致使房屋桁架垮塌？这一问题显得十分突出而重要。必须依法捕捉这一黑手——外力，依法查清、认定这一外力的情况，这才是解决本案的关键所在。

经查证，1995 年 7 月 9 日，永兴镇人民政府没有人在垮塌房屋现场，巨川公司也无人在现场。原告只有举证证明出事当天被告方人为地将厂房屋架故意或过失弄垮，所诉理由才能成立。除此之外，任何外力的作用，均与我方无关，被告方依法均不承担任何责任。其全部责任应由原告自己承担。

三、我方反诉有根有据，依法成立。

本案以功强公司与永兴镇人民政府于 1995 年 2 月 21 日签订的‘ 房产转让协议 ’为依据形成，反诉以本诉而形成，并且，以本诉不成立而成立。

‘ 协议 ’约定条款清楚明白：第一条规定了转让标的物及总价款；第二条规定了付款方法；第三条规定了补偿事项；第四条规定了违约责任。除此之外，没有其他任何约定。

况且，在转让前原告方十分明白该房屋是自建自用的未完工的简易房屋。并且，其负责人和工程技术人员曾多次对房屋现场考察、研究、论证，十分满意而才为之。

‘ 协议 ’订立后，协议转让的厂房等建筑物已于 1995 年 4 月 17 日进行移交（见移交清单），功强公司己接受。并在其的使用、改造过程中于 1995 年 7 月 9 日致厂房的一榀屋架垮塌。

基于前述：屋架垮塌与被告方无关。但是，‘ 协议 ’约定的 157 万元房产转让款，除己付 80.3 万元外，至今还欠着 76.7 万元，应当及时偿付我方。请法庭支持。

审判长，审判员，此时本律师要问：房屋垮塌谁之过？谁知过？！

综上，我代表绵阳市涪城区永兴镇人民政府要求：

1.依法驳回本案原告的全部诉讼请求。

2.由绵阳市功强企业有限责任公司立即偿付尚欠的 76.7 万元房产转让费和 26． 845 万元利息，并承担本案全部诉讼费用。

作者简介

时玉显（1942.11—）生于河南省内乡县师岗镇永青村时家庄，初中毕业后，被选入空军飞行学员，1969 年转业返乡，先后在工厂、卫校、司法局工作。1986 年改行作律师工作。现在菊城律师事务所执业，刻苦钻研，办案严谨，连续八年被南阳市司法同评为优秀律师，1996 年度荣立三等功。

单位名称：河南省内乡县菊城律师事务所。
详细地址：河南省内乡县厕西大街 128 号
邮政编码：474350
联系电话：（0377）5332182　533212

柳 暗 花 明
——记一起借款合同及保证纠纷案
时玉显

一声惊雷，山雨欲来风满楼

1994 年 3 月，大地回春，杨柳吐绿。正当内乡造纸厂在轰轰烈烈地进行改革，经济形势越来越好的时刻，竟然从内乡法院飞来一纸状文，宛如一声惊雷，震得全厂干群目瞪口呆。面对 38 万元贷款保证，原告方——内乡县城市信用社诉请造纸厂承担连带责任。这无疑将对豫西伏牛山区一家名星企业带来多么大的打击啊！紧接着，法院冻结了造纸厂的帐户，并定下了开庭时间。

我作为造纸厂的顾问律师，通过阅卷，发现原告出具的借款合同、契约，造纸厂在在担保书和借据担保栏内均盖有厂长和单位公章，证据确凿，手续齐备。真乃是山雨欲米风满楼，眼看着一场灾难将在造纸厂降临。接着，内乡县人民检察院对本案 38 万元以刑事案件立案侦查，法院裁定终止诉讼。结局如何？人们在猜测着，观望着……

沙里淘全，水落石出真相白

岂料，1994 年 11 月 20 日，原告以相同的案由起诉于南阳市中级人民法院。原告城市信用社诉称：“ 1993 年 4 月 5 日，内乡县经委物资公司来我社申请贷款 38 万元，用途购货，时间 6 个月。我社经研究认为：金额较大，应当由担保单位担保方可贷款。物资公司找到县造纸厂担保，我社派人核对后认为县造纸厂担保可靠，就与物资公司签订了借款合同和担保书，1993 年 4 月 15 日给经委物资公司贷款 38 万元。经委物资公司先后四次还款 12 万元及利息 7000 元，下余 26 万元本金和利息 9.5 万元未还。经我社多次催要，但物资公司和造纸厂一直推倭至今未还，因此请求法院依法判决二被告归还本息 35．5 万元。

我作为担保方的特别授权代理律师，深感受任于危难之时，任务艰巨。又感到律师不是神仙，没有回天之术。然而不能畏惧不前，听而任之。不管案情多么复杂，作为律师就应为社会提供优质高效法律服务，为企业排忧解

难。不管案子结局如何，坚持依法办事，维护当事人的合法权益，仍然是我们的办案原则。既然请了我，我决心尽职尽责，挖地三尺，也要挖出点名堂来。

经查：被担保方经委物资公司是一个既无自有房产，又无自有资金，其全部业务靠负债和租赁维持的皮包公司，目前已自生自灭，确实无偿还能力。“项庄舞剑，意在沛公”。原告诉意是要求担保方承担连带清偿责任。

如何才能解除造纸厂的连带责任？我先从物资公司的贷款背影人手调查。查找在原物资公司的领导班子成员摸底，白天找不到人，夜里蹲在门日守候。接连二十多个昼夜跑了上百趟，几经周折，终于水落石出，露出端倪。

早在 1992 年 4 月，物资公司在改革的大潮中应运而生。为了开展业务、筹措资金，经理华德安要求干部职工寻路子、找关系，八仙过海、各显神通，给公司贷款，本息由公司承担。于是公司副经理周占彬、下属机电轻化门市部负责薛长洲为借款人,物资公司为担保单位在信用社先后于 5 月 21 日借款 12 万元，6 月 8 日借款 20 万元，6 月 12 日借款 8 万元，均用于公司购货。借款利率为 12%，借款期限分别为一个月。借款到期后，物资公司于同年 9 月 9 日还款 2 万元，下欠 38 万元无力偿还，原告为此伤透了脑筋。于是经长达半年的斡旋，借贷双方想出个万全之策，巧演了一出双簧戏一将 38 万元债务转换新的契约。1993 年 4 月 5 日，物资公司为借款单位，信用社为贷款单位，隐瞒了上述真相，伪造了一份借款合同。主要内容是：借款金额为 38 万元；借款用途：购钢材、轻化产品；借款利率：月息 18%，逾期未还部分加收利息 50%。如因国家政策性调整，按调整后利率计算；借款期限：93 年 4 月 5 日一一 93 年 10 月 5 日止，并诱使造纸厂作担保单位，自此，造纸厂跳进了他们早已设下的陷井。保证条款约定，当借款方不履行合同还款时，由担保单位代为偿还。一个转嫁危机的“高招”，设计得天衣无缝。

偏听偏信，厚此薄彼天平斜

然而，料想不到，一审法院在开庭审理中，对我的代理意见无动于衷，不加理睬，甚至连我在庭审中出示的十余份证据材料要求当庭宣读，也遭到审判长的拒绝。由于他们偏听偏信，因此很难明断是非，做出了厚此薄彼的错误判决一一“被告造纸厂的担保有效，所以应承担还款的连带责任。”法定代表人——厂长唐道谦望着这一纸判决苦笑着。他说：“你二十多个昼夜的心血劳苦也付诸东流，你洋洋万言的代理意见是纸上谈兵。”我说：“唐厂长，一审法院认定事实错误，审判程序违法，适用法律不当，但是要坚信法律的公正和威严，事实是不能伪造的。”于是决定上诉。

柳暗花明，拨开云雾见晴天

1995 年 3 月 28 日，河南省最高人民法院按时开庭。法庭辩论激烈。我和我的战友靳律师沉着冷静，从容不迫地发表代理意见，认为：一是信用杜与物资公司 1993 年 4 月 5 日的借款合同是无效合同。其理由如下：

（1）信用社在 1992 年贷款给物资公司，到期后无力偿还，在企业即将倒闭的情况下，又于 1993 年 4 月 5 日重新放贷，这种“以贷还贷”的行为是直接违背法律的；

（2）4 月 5 日的“借款合同”是一个虚假的、并没有履行的合同。38 万元没有交付借款方，双方债权债务关系并没有开始。因此，是一个没有进入实践的假合同。

二是上诉方造纸厂担保无效，不应承担连带责任。其理由是：根据保证合同的法律特征，保证合同为从属合同，它必须以主合同的合法存在为前提，因此必须先有主债务的发生，才有保证债务。也就是，它随主债务的存在而存在，随主债务的消灭而消灭。故此，本案借贷双方 1993 年 4 月 5 日的合同是一个虚假的，没有实践的合同，合同又没有实际履行，主债务没有发生，当然作为担保的从合同，也就不存在。

三是物资公司 1992 年拖欠的 38 万元债务已无法清偿,就与信用社同谋，隐瞒上述真相，以形式上合法而实为不履行的虚假合同，采取欺诈手段，诱骗造纸厂在违背真实意思的情况下为其担保，以达到转嫁危机、转嫁风险、转嫁债务的目的……。鉴于上述几个方面的分析，根据最高人民法院《关于在审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第 19 条规定，内乡造纸厂担保无效，不承担责任……。

河南省高院确认了本案的事实，认为：“信用社、物资公司未将签订上述合同的真实意思告知担保单位造纸厂，隐瞒了事实真相，造纸厂的担保是在不知情的情况下作出的非真实意思表示，其担保无效，不应承担责任。造纸厂的上诉理由成立，应予支持。据此二审对原判作了重大改动：“撤销原判第二项。改判为：驳回信用社请求造纸厂承担连带清偿责任的请求。”一场历时一年之久的官司终于划上了句号。造纸厂在名誉上、信誉上蒙受的不实之词得以澄清，避免了经济损失 35.5 万无。

阳光灿烂，伏牛山麓更加山明水秀。造纸厂的干部职工悬在心头的一块石头落了地，无不奔走相告，”法律为我们厂避免 35 万元经济损失，应当给我们的好律师记头功！”作为代理律师，内心里久久不能平静：回顾本案的审理全过程，想了很多很多……

作者简介

侯天洪（1954 一）山西省交城县人，毕业于中国政法大学法律专业，中共党员。现任文水县律师事务所主任。二级律师。擅长经济案件代理。近年来王要从事企业改制、改组、改建万面的法律研究、法律服务，撰写的《为文水工程机械总厂股份制改革提供法律服务的偿试》一文，在山西省法律服务研讨会上宣读，并获优秀调研成果奖。

并多次被评为先进工作者，模范顾问律师。1996 年 1 月山西省司法厅荣记三等功一次。

单位名称：山西省文水县律师事务所
详细地址：山西省文水县律师事务所
邮政编码：032100
联系电话：（0358）3022113

山西省灵石县二轻局诉山西文水工程机械总厂资产有偿转让、担保纠纷案

侯天洪

案情简介

1988 年 8 月，山西文水工程机械总厂（以下简称文水工程厂）下属的钢模板厂、玛钢厂、煤机厂三厂共同发起成立“ 文水县双峰冶金铸造集团 ”（以下简称文水双峰），并经文水县人民政府批准。同一时期文水工程厂厂长段马柱的好友王××正在太原筹建“ 山西省双峰机械铸造企业集团 ”（以下简称山西双峰）。因资金、场地未落实，没能批准。王××便借用文水县政府的批复，申请刻制了一枚“ 山西省双峰机械铸造企业集团 ”的橡胶章，并在临汾地区同十余个企业订立了组建“ 山西双峰 ”的成员协议，准备正式组建该集团。1989 年元月 12 日，王××与灵石县二轻局、灵石县焦化厂三方签订了转让灵石县焦化厂全部资产的意向书。经过商谈于同年元月 11 日三方又签订了转让协议书。其主要内容是：以转让经营的形式，将焦化厂的固定资产全部转让给“ 山西双峰 ”进行全面管理。十年内负责清理偿还建厂以来的全部债务，待清理偿还焦化厂债务后，焦化厂所有的固定资产将永远属于“ 山西双峰 ”。二轻局要求提供担保，王××将上述协议书带往文水县，请段马柱以文水工程厂名义为其担保。文水工程厂于元月 27 日出具了担保书。内容为：“ 文水工程厂 ”给“ 山西双峰 ”接管灵石焦化！提供担保，但不贞任何责任。王××未经段马柱同意，在担保书正文后加上了（用本厂自有资金和固定资产担保）并私刻了段马柱名章盖在担保书上。元月 29 日，“ 山西双峰 ”、灵石二轻局、灵石焦化厂经协商重新签订了“ 关于灵石县焦化厂资产转让契约 ”。此时正值清理整顿公司期间，文水双峰被撤销。段马柱通知了王××，并收回了与“ 文水双峰 ”有联系的“ 山西双峰 ”橡胶章。王××为了顺利接管焦化厂，于 2 月 13 日派人到太原南城区公安局申请又新刻制了“ 山西双峰 ”的印章（铜制）、人事章、财务章各一枚，2 月 25 日山西双峰在“ 资产转让契约 ”上加盖了新刻制的“ 山西双峰 ”铜章印。转让契约的主要内容是：合

同生效之日起，焦化厂归山西双峰所有，原有全部债权债务归“山西双峰”负责清理偿还，并7年内还清债务本息，3月18日，王××派人接管了焦化厂，更名为山西省灵石焦化产品公司，并组织了生产，注入了资金，维修了设备、设施。一年后，王××未按约定期限还债。灵石县工商银行、建设银行、二轻局、硫化厂等六个单位向灵石县人民法院起诉“山西双峰”、“文水工程厂”，要求确认资产转让契约、担保有效，并偿还到期债务。灵石县法院受理后，冻结扣押了焦化产品公司全部资产。但未指定专人管理，造成农民哄抢。山西日报记者发了内参。笔者代理文水工程厂提出管辖异议，经省高级人民法院指定，本纠纷案由晋中地区中级人民法院审理。一审开庭笔者阐述了以下观点：

1.本案有两个“双峰”。一个是“文水双峰”，一个是“山西双峰”，资产转让契约的受让方是“山西双峰”而不是“文水双峰”。

2.本纠纷有两份转让手续。一份是：“资产转让协议书”，一份是“资产转让契约”。双方履行的是资产转让契约而不是“资产转让协议书”。

3.出现了两枚公章。一枚是：“山西双峰”胶质章，一枚是“山西双峰”铜质章。资产转让契约上加盖的是铜质章。

4.灵石焦化厂资产转让契约无效。

5.造成转让契约无效的责任者是转让人灵石二轻局、灵石焦化厂与王××。

6.担保没有成立。

一审没有采纳笔者的意见，判令“文水双峰”的发起人承担履约金、赔偿损失共计960万元，并判“文水工程厂”承担保证连带责任。笔者代理上诉后，山西省高级人民法院经过审理，采纳了笔者的意见。判决：撤销一审判决；资产有偿转让契约无效；担保不能成立；焦化产品公司由二轻局经营管理；损失由焦化产品公司承担。

代理词

通过法庭调查，已经证实了下列事实：

1.本案出现了两个双峰集团——文水双峰和山西双峰。

（1）文水双峰。文水双峰冶金铸造企业集团是1988年8月24日经文水县人民政府批准，9月29日在文水县工商局领取营业执照的企业法人。由文水工程机械总厂所属三个分厂发起设立。由于资金来到位，印章未刻制，将近半年未经营。于1989年2月5日在清理整顿公司中经主管部门研究决定撤销。文水工商局于2月17日将营业执照收回。

（2）山西双峰徒有虚名，是皮包公司。1988年6、7月间，原省金属公司职工王××计划在太原组建一个“山西双峰”，筹建中王××起草了章程、可行性报告，与临汾地区的七个企业、太原南郊的一个企业签订了组建山西双峰的协议书，曾多次到省经委联系审批手续未果，至今仍是一个不合法的组织。

2.两枚公章——胶质章与铜质章

（1）胶质章，山西双峰先后出现了两枚公章，第一枚为胶质章。它是王××为了开展业务，找熟人段马柱帮忙。段马柱以文水双峰的批文申请刻制的一枚“山西双峰”的胶质章，交由王××使用。这枚胶质章在1989年2

月 14 日段马柱已经收回。

（2）铜质章，1989 年 2 月 13 日，在段马柱收回胶质章之时，王××派人到太原市公安局南城分局办理了刻章审批手续。2 月 28 日刻制了山西双峰铜质公章、财务章、人事章各一枚。这枚铜质公章加盖在 1988 年元月 29 打印，2 月 25 签订的《灵石县焦化厂资产转让契约》上，还加盖在以山西双峰的名义行文的“任命书”、成立焦化产品公司的报告、“关于灵石焦化产品公司脱离集团管理的批复”等文件上。该章一直由王××保管。

3.两份转让手续——转让协议与转让契约。

（1）第一份转让协议书。1989 年元月 21 日，山西双峰与灵石二轻局、灵石焦化厂签订了《关于灵石县焦化厂全部资产转让协议书》。协议的核心内容是将灵石焦化厂的经营权转让给山西双峰，山西双峰在十年内负责清偿焦化厂建厂以来的全部债务，山西双峰加盖的是胶质公章。

（2）第二份转让契约。1989 年元月 29 日山西双峰与灵石二轻局、灵石焦化厂又签订了《关于灵石焦化厂资产转让契约》，契约的核心内容是转让焦化厂的所有权，山西双峰在 7 年内负责清偿焦化厂的全部债务，山西双峰加盖的是铜质公章。盖章时间为 2 月 25 日。并经灵石县公证处公证。

4·担保书保的是转让协议书不是转让契约。1989 年元月 27 日，应王××的请求，根据资产转让协议书，文水县工程厂向灵石县二轻局出具了一份担保书，担保的核心内容是文水工程厂愿为资产转让协议提供担保，但标明担保人不负一切偿还债务责任。此时转让契约还未形成，更没有签订。

根据以上事实，完全可以认定：

1.资产转让契约的受让方是山西双峰

山西双峰是一个既无营业执照，也无资金设备、办公场所，只有两枚公章的“企业”。文水双峰是一个依法成立又依法撤销的企业法人。山西双峰就是山西双峰，不能因为山西双峰不是经济实体而为其挂靠一个经济实体，也不能因为段马柱借用文水双峰的批准文件刻章而推定文水双峰更名为山西双峰。由于契约签订的时间是在文水双峰依法撤销，山西双峰胶质章收回之后，也由于转让契约加盖的是王××刻制的铜质章。因此受让方根本不能成为文水双峰，只能是山西双峰。

2.灵石焦化厂资产转让契约无效。理由是：（1）主体不合格。山西双峰作为资产转让契约的受让方，不是经济实体，更不是企业法人，根本不具备受让资格。（2）内容不合法。表现在：A、非法转让土地。《契约》第一条规定，焦化厂的全部固定资产（其中包括地皮）……全部转让给乙方所有。B、转让银行贷款未办法定手续。经审计确认焦化厂转让的资产总值为 8559852 元其中银行贷款为 6052113.57 元，占 70%。《借款合同条例》第二十条规定：“当事人一方要求变更和解除借款合同的通知或协议，必须采取书面形式，协议未达成之前，原借款合同仍然有效”。《关于国家预算内基本建设投资由拨款改为贷款暂行规定》第 17 条规定“借款单位发生变更时，经贷款银行审查同意后，与变更后新当事人签订变更合同的协议”，灵石焦化厂属借款合同一方当事人，要变更当事人，须经银行同意，与变更后的当事人签订新的借款合同。受让方没有依法重新签约。（3）受让方在刻制铜章签约过程中有一系列欺诈行为。（4）转让契约在签约时间上有欺骗行为，契约签订时间为 1989 年元月 29 日，但所盖印章是 1989 年 2 月 20 日才刻成，签约双方共同在时间上弄虚作假。

上述可知：转让契约主体不合格，主要条款违背法律规定，在签约时间上又弄虚作假。按照《经济合同法》第 7 条规定，属于无效合同。

3.担保没有成立，担保人不应承担任何责任。从担保出具的时间和规定的担保内容看，担保方担保的对象只能是第一份资产转让“ 协议 ”，不是第二份“ 契约 ”。由于作为主合同的第一份转让协议被内容截然不同的第二份“ 契约 ”所取代，故担保合同自然没有成立，即担保失去了存在的依据和意义。既然担保根本就没有成立，那么担保人文水工程厂无担保责任可言。

4.造成转让契约无效的责任者是受让人王××和出让人灵石二轻局、灵石焦化厂。

（1）本资产转让契约的受让方，名义上是山西双峰，实质上是王××个人。王××明知山西双峰未经批准，却刻制公章，签订契约，下发文件，以假乱真，非法接管灵石焦化厂，对造成资产转让契约无效、造成焦化厂财产损失应负主要责任。其行为的性质属于欺诈民事违法行为，应追究其相应的法律责任。

（2）本资产转让契约的转让方灵石县二轻局明知受让方的真实面目，在签订时间上与王××恶意串通，更改时间，制造假象，不负责地将一个集体所有制企业转让给个人，对造成转让契约无效和焦化厂财产损失有直接的责任。应承担相应的法律责任。

5、灵石法院应承担损失扩大的责任。

王××派人接收灵石焦化厂后，收回旧债 14 万元，偿还债务 32 万元，投资 11 万元，企业出现生机。灵石县法院对自己无管辖权的案件，对不属诉讼保全的财产，匆忙裁定扣押，使工厂被迫停产。对被扣押的财产又未指定管理人，造成哄抢，扩大了损失，应承担相应的经济责任。

作者简介

胡献英（1947 一）西安市人，汉族。大学文化程度，80 年 12 月从事律师工作。现任十堰市第一律师事务所主任，二级律师。92 年主持该所全面工作，锐意改革，连续三年采取“ 定额目标超额奖励 ”，“ 全员效益浮动 ”，“ 突出专业、分级管理“ 办法。实现为二汽实际服务的思路。17 年来办理过 400 多件刑事案件，前后担任 100 多家企业事业单位、政府机构的常年法律顾问。曾办理在十堰地区有影响的案件，深得好评。曾在地市州以上报刊杂志发表专业论文 40 多篇，与别人合著法律书籍 4 本。96 年元月被湖北省人事厅、司法厅首评为全省十佳律师。

单位名称：湖北省十堰市第一律师事务所
详细地址：燕杯市场 55 号
邮政编码：442000
联系电话：（0719） 8651008

购销彩电货款纠纷
胡献英

案情简介

1987 年 8 月 22 日，张道理与批发站达成供货协议，协议规定：批发站供给张道理国产彩电 500 台,搭配收录机 1000 台,单价分别为 1540 元和 1000 元，共计贷款 177 万元。当天张道理又与照材商店达成口头协议，供给照材商店名牌彩电 100 台，单价 2650 元，共计货款 26.5 万元。同日，照材商店按张道理的要求及提供的帐户，将 18 万元直接汇入批发站，8 万元直接汇入郧阳地区生活资料公司，5000 元现金交给张道理。同年 8 月 23 日，批发站开给照材商店 100 台国产 18 寸彩电提货票。经张道理转给照材商店，当天照材商店提货时，批发站只有“ 成都 ”牌和少量“ 环字 ”牌彩电，照材商店认为不是名牌，要求批发站退回彩电款 18 万元，张道理对照材商店的要求无异议，经批发站与照材商店协商，五日后批发站供给照材商店 100 台“ 长虹 ”牌彩电，18 万元不退，照材商店表示同意，批发站即在照材商店提货票背面签署了“ 五日后提货长虹牌 ”并加盖财务专用章。同年 8 月 27 日，张道理又与批发站达成供货协议。批发站给张道理 200 台“ 成都 ”牌彩电搭配 400 台收录机，单价分别为 1520 元和 1000 元，共计货款为 70.4 万元。当天十堰市人民商场汇给批发站 49.95 万元。提走 200 台“ 成都 ”牌彩电，批发站和张道理未经照材商店同意擅自将照材商店用来购买“ 长虹 ”牌彩电的 18 万元用在该笔货款中,张道理尚欠批发站 2.45 万元,将 400 台收录机暂存放批发站。同年 8 月 28 日，照材商店去批发站提货时，批发站以张道理已钱货两清为由拒绝提货或退款。同年 9 月 24 日张道理将郧阳地区广播电视服务公司预付给其购彩电的定金 26 万元转给照材商店作为还照材商店的货款。张尚欠 5000 元。另张道理在照材商店借款 4 万元，张道理共欠照材商店 4.5 万元，同年 10 月 7 日，经张道理同意，照材商店在批发站拉回张道理在批发站暂存 200 台收录机作为 4.5 万元的抵押物，待 4.5 万元还清后，200 台收录机退给张

道理，同时照材商将 100 台彩电提货要退给批发站。同年 10 月 14 日，因张道理过期未供彩电、广播电视服务公司为减少损失，将张道理存放在批发站的 200 台收录机拉走抵款，并于同月 28 日向公安机关控告张道理，十堰市公安局于同年 11 月 4 日将张道理收审，89 年元月 10 日解除收审。1989 年元月 20 日，十堰市公安局将张道理汇给照材商店的 26 万元作为诈骗款追回。诈骗款追退给郧阳地区广播电视服务公司。同时将郧阳地区广播电视服务公司拉回抵款的 200 台收录机暂放照材商店，照材商店见钱货两空，遂向一审法院起诉，要求批发站返还贷款 18 万元，法院立案后，追加张道理为共同被告。

法院意见（一审）

照材商店与张道理购销彩电行为无效，照村商店将 18 万元直接汇入批发站，批发站开据的彩电提货票也是直接开给照材商店的，并在发票后面签有“五天提货长虹牌”字样，且盖有该站财务专用章，这说明照材商店已由与张道理的购销关系转变成与批发站的购销关系，彩电提货票及背面的签字盖章，应视为双方购销关系的凭证，但五天后原告未提到彩电，其货款 18 万元，应当退回，这场纠纷是因批发站不返还货款所致，应负纠纷的主要责任。张道理未在工商部门登记核准，无权经营彩电却与他人签订购销彩电合同，属非法行为，应承担该纠纷的一定责任。照材商店明知张道理无彩电，却按张道理的要求汇款致使该纠纷的发生，也应承担一定责任，故判决批发站返还照材商店货款 18 万元，照材商店将 400 台收录机退还批发站。批发站不服判决。以批发站与照材商店不存在购销关系，与张道理已钱货两清，返还照材商店 18 万元依据为由，上诉于二审法院。

二审法院意见

张道理无照经营，就地转手倒卖紧俏耐用消费品彩电，违反了 1985 年《国务院关于坚决制止就地转手倒卖活动的通知》精神。属非法行为。张道理与批发站、照材商店达成的协议均属无效。批发站依据无效协议通过张道理取得的 18 万元应返还给照材商店，张道理依据无效协议取得的 400 台收录机应返还给批发站，批发站同意照材商店“五日后提货长虹牌”却未经照材商店同意，擅自将 18 万元用于它处，拒绝提货，对纠纷的引起应负主要责任。张道理非法经营彩电，擅用照材商店 18 万元，责任次之。照材商店明知张道理无权经营彩电，将 18 万元付出，亦有责任。原审法院将批发站张道理列为共同被告是正确的。批发站提出的上诉理由不能成立，予以驳回上诉，维持原判。二审诉讼费 1300 元由批发站承担。

代理意见

一、本案诉的根据

鉴于被告在答辩中提到本案中本诉不能成立，就此我们提出以下诉的根据：

1.法律条文依据“民诉法”81 条。本案诉的标的，即 18 万元，是原告

用于购买彩电款。是直接的利害关系。被告明确，就是诉地区五金站。事实根据很清楚。

2.法理依据：

（1）从民事法律行为的概念来看，是公民或法人设立、变更、终止民事权利义务的合法行为，从这个概念引申出两个特征：

其一、要有法律事实。

其二、对双方都要有约束力，原告给五金站汇去了 18 万元货款，这是原告的义务。他享受的权利在哪里？五金站享受了 18 万元的权利，为原告尽了什么义务？而无从谈起，现在就是通过法律来调整这种关系。

3.从民事法律行为的要素来看：

三要素的重要方面是意思和意思表示是有机统一的。原告购买彩电是明明白白的事，而且是通过货票反映出来，又通过汇款单进一步证明。被告也同意卖给原告彩电，且有签字盖章并具体明确了品牌，这种双方的意思和意思表示通过具体行为和书面证据表示出来是再明白不过的事。

4.从民事法律行为来看：

《民法通则》第 56 条规定，“ 民事法律行为可以采用书面形式，口头形式或其他形式 ”。对 18 万元的诉争来讲，我们认为：“ 提货票 ” 是一种特殊的书面形式。“ 某五金公司郧阳批发站发票 ” 说明了供方，同时有公章为证。提货单位十堰照材商店说明了需方，并且对品名、规格、产地单价、数量、价额、提货库等项目都在固定的格式里作了规定。“ 提货单 ” 毕竟体现了经济合同的主要内容，是一种具体的、明确的、有力的书面证据，更何况是在张道理不在场的情况下，又规定了“ 长虹 ” 这种特定的牌子，五天内提货。

5.从民事法律行为应当具备的条件看（民法通则第 55 条）。

（1）行为人具有相应的民事行为能力。被告郧阳王金批发站当然不用说。从原告给法庭提供的营业执照上的范围看，” 主营照像器材批零，家用电器零售 ”。而相反，张道理就没有相应的民事行为能力。

（2）意思表示真实。

（3）不违反法律和社会公共利益，从原告和被告的购销关看，和这一条并不矛盾，从张道理的角度看，被告明知张道理没有这样的民事行为能力，又不是合法的居间人，且在其中谋取非法利益。这样的事实，难道法律也能承认和保护吗？当然是不能的。

6.从民事法律行为的作用来看。

必须把权利和义务紧密结合起来，通过以上事实的讲述，我们可以得出一个明显的结论：五金批发站和张道理个人的交往过程只是一种民事行为，而和原告的行为才是民事法律行为。法律要调整的关系和维护受损害一方的合法权益，这才是本案实质所在。

二、有关民事责任问题

民事责任，民法规定：民事权利主体在违反自己的民事义务或侵犯他人的民事权利时的法律后果。民事责任的要件主要是违约行为的侵权行为。本案情况就是违约责任的一种。

三、张道理在本案中的地位和作用

我们认为：张道理在本案中只是一种非法的居间人，非法的介绍人，并非实际上权利义务主体，也不是直接的当事人。

四、被告方的观点

通过法院深入、细致的调查取证及几次庭内外调解和正式开庭，不难看出，被告方有一个显著的错误观点：“ 我们和张道理做生意，钱到付货、钱货两清。彩电和录音机搭配已完，不存在权利义务关系，因此不是被告 ”。

其一、作为国营单位的二级站，明知道张道理不能经销彩电，也无资金，款又不经张道理，这样做难道没有责任？

其二、原告带汇款单，提货票提货时未提到，当时即要求退款（即退汇票），就是在被告经办人签字盖章情况下才同意。结果五天后，十天后也未提到彩电。

综上而述，根据《民法通则》第 106 条“ 公民，法人违反合同或不履行其他义务，应当承担民事责任 ”的规定，被告五金站接受了 18 万元款而未供货，应当退回货款。（现在履行也不可能）及赔偿因此造成的损失。400 台收录机全是经张道理手从五金站提出来的，作为无效民事行为应当返还（注：彩电已销。第三者合法占有，当然无法返还）。而事实上被告采取压彩电价提高收录机价，二者搭配的作法是违反有关政策的，自己从中不规距地赚了“ 利润 ”，现在应承担相应的责任更是与情相通，与理相符，与法相合的。

作者简介

李智（1972.一）山东省济宁市人，1989 年入华东政法学院法律系学习，修本科法学专业，1993 年毕业。93 年 10 月，通过全国律师资格考试，取得律师资格，于当年即人福建省经济律师事务所从事专职律师工作。1995 年底与其他律师合伙成立福州同仁律师事务所至今。

酷爱法律专业，热爱所从事的律师事业，在从业过程中，注重理论与实践相结合，边工作边学习，边办案边总结，逐步树立良好的执业风格和学习习惯。相信自身的努刀和进步是事业成功的关键，坚信随着我国法律建设的不断完备，律师必将在社会空活中赢得至关重要的地位。

单位名称：福州同仁律师事务所
详细地址：福州市五一路 72 号贸总酒店三层
邮政编码：350001

从审判实践谈期货交易
纠纷中的几个问题

李 智

1994 年，客户陈某在某期货经纪公司开户，从事期货交易，并委托经纪人苟某进行操作，在操作过程中，苟某急于求成，在没有得到客户指令的情况下，擅自下单，导致亏损，并未将帐户结单及时交给客户，致使客户一亏再亏，直至帐户资金所剩无几，客户才予以察觉，但经纪人已不知去向，客户找到期货公司，公司称其仅为经纪人及客户提供交易场所，客户与经纪人之间有授权委托书，存在全权委托关系，公司对经纪人的过错不应承担责任，在协商不成的情况下，客户陈某诉至法院。

此案是一起典型的期货交易纠纷，笔者作为客户一方的代理人，直接参与了本案的审理，在审理过程中，被告方期货公司提出几点答辩意见。（一）期货公司仅仅是为客户及经纪人提供交易场所，并将所下的单传至国外交易所，与客户之间不存在操作委托关系。（二）客户与经纪人之间存在委托关系，经纪人的指令即应视为客户指令，因此，期货公司依据经纪人所下的单进行交易，不存在过错。（三）客户已全权授权经纪人进行操作，因此，客户对其行为应负责任。（四）经纪人与期货公司之间不存在雇佣关系，对经纪人的过错不应承担责任。

期货公司所提的几点意见，实际上是概括了本案中所产生的几种法律关系。因此，理顺客户、经纪人与期货公司三者之间的法律关系，是正确审理此案关键。

客户与期货公司之间。笔者认为，根据事实和法律，客户与期货公司之间存在着委托与受托的关系。

1.客户与期货公司法律关系的确立是依照期货交易的惯例签署了“ 客户合约书 ”，“ 风险公开声明 ”及“ 调拨资金授权书 ”。“ 客户合约书 ”规定：“ 期货公司所代客户办理的一切事务，均照国际惯例、规律、规则、规定，

中华人民共和国有关法律、法规及公司的各项规章处理。公司接受并执行客户的买卖定单，根据双方的默契办理”等等。在“调拨资金授权书”中规定：”期货公司必须于调拨资金后一定时间内以书面通知本人。”因此，双方以上法律文件的签署证明了客户与期货公司之间的委托关系。并约定了双方的权利义务。

2.本案客户于合同签定后即将开户费用汇入期货公司户头，实际履行了合同，期货公司予以接受，并用此款进行期货交易，并从中吸取佣金。因此，从实际履行来看，期货公司并代理客户进行了交易。

3.我国《期货经纪公司登记管理暂行办法》第 2 条规定：“本办法所称期货经纪公司，是指依照国家法律、法规及本办法设立的接受客户委托，用自己的名义进行期货买卖，以获取佣金为业的公司。”此条便明确了期货公司在期货交易中所处的地位。其接受客户委托及进行交易，皆应以自己的名义，而非经纪人的名义。

期货公司与经纪人之间。笔者认为，根据有关法律规定，经纪人应视为期货公司的从业人员，其行为应视为职务行为，对经纪人的过错行为，期货公司应承担责任。

1.《期货经营机构从业人员管理办法》第 3 条规定：“本办法所称从业人员指期货经营机构管理人员和业务人员。”第 2 款规定：“期货经营机构业务人员（以下简称“业务人员”）包括：（1）从事期货交易的劝诱、开户、受托、执行、保证金收付、结算及交割业务的人员。（2）从事期货交易投资分析、咨询或期货经营机构内部财务、业务稽核及其他相关业务的人员。”作为经纪人，其业务职能正是进行劝诱、开户、受托、执行等，其应为期货公司的从业人员。

2.经纪人是以期货公司名义从事业务。《期货经营机构从业人员管理暂行办法》第 19 条规定：“从业人员从事期货经纪活动时，应当代表其所属期货经纪机构与客户签订委托合同。”且经纪人是从期货公司处领取佣金，因此，其行为应视为职务行为，根据我国民事法律之规定，期货公司对此应承担责任。

客户与经纪人之间。根据法律之规定，客户与经纪人之间是一种具体操作的委托，两者所签订的授权委托书，不能视为全权的委托。

1.如前所述的《期货经营机构从业人员管理暂行办法》第 19 条的规定，经纪人与客户签订的授权委托书，实际上是以期货公司名义作出的，因此，根据该授权委托书的性质，不能认定客户与经纪人之间的委托关系。

2.授权委托书中写明：“兹由本人陈某授权苟某操作帐号（××）期货之交易，其盈亏由本人负责，概与期货公司与苟某无关。”笔者认为，根据法律规定及期货交易的特征，不能将该授权书所授权限视为全权委托。《期货经营机构从业人员管理暂行办法》第 20 条明确规定：“从业人员不得接受客户的期货交易的全权委托。”法律之所以如此规定，是由期货交易的特点决定的，因经纪人每下一单，不论盈亏，经纪人与期货公司皆收取手续费，为更好地保护客户利益，下单的指令必由客户下达，经纪人不能接受此方法

的授权，即经纪人的授权仅仅是一种具体操作的权力。

我国《外汇期货管理试行办法》第 17 条规定：”经营外汇期货业务的机构应严格按照客户的人仓和平仓的指令进行每笔交易，对客户的每笔交易要于二个工作日内将入仓的落单和平仓的结单资料交给客户。”此条便明确规定了受托方期货公司的义务。

因此，笔者认为，经纪人违反操作规程的操作给客户带来不应承担的风险损失。作为期货公司，应成为本案的当事人，并承担责任。对于期货公司对经纪人的管理，就目前情况看，是松散的、混乱的，才导致纠纷的产生。因此，期货公司应建立严格的经纪人聘用制度，并可设立经纪人保证全制度。以减少因经纪人违规造成的损失。

本案结果：经过一审庭审后，原、被告双方和解、期货公司赔偿原告部分损失。

作者简介

刘涛　26 岁，19888 年至 1992 年在中国政法大学经济法系学习经济法专业，获法学学士学应。1992 年 8 月至 1994 年 4 月在广东省粤西农垦局法律室从事法律顾问工作，参与了多项大型涉外顶目的筹备和谈判，并代理该系统下属单位办理了较多的诉讼及非诉讼法律事务，取得了一定的经济效益和社会效益。1994 年至 1997 年 3 月在湛江市展望律师事务所从事专职律师工作，现为湛江三维律师事务所专职律师。其间代理了大量的经济、民事、刑事等案件（其中部分案件在全市、全省乃至全国均有较大影响），受到了当事人及有关方面的普遍认同。现为湛江市律师协会涉外法律业务委员会委员。

单位名称：湛江市三维律师事务所
详细地址：湛江市霞山区人民大道南 23 号 501 室
邮政编码：524001
联系电话：（0759）2218771

见死不救＝玩忽职守罪？

——为“ 7・11 海难 ”玩忽职守案辩护侧记

刘 涛

案情简介

1996 年 7 月 11 日，在广东省雷州市企水镇海面上发生了约有十级的强风暴，将正在海面作业的部分小木艇掀翻打沉，由于风浪过大，加之雷州市水产局和企水镇的有关领导、工作人员的主观过错，致使 11 名落海渔民丧生。1996 年 8 月 5 日，《南方日报》以《雷州市渔民出海遇难，水产局领导见死不救》为题，在头版头条对这一海难进行了报道。此后《法制日报》、《羊城晚报》、《南方周未》等全国数十家报纸和中央电视台《新闻联播》、广东电视台《社会纵横》等节目都对这一事件进行了披露和追踪报道。一时间，全国舆论沸沸扬扬，该事件主要负责人之一雷州市水产局副局长兼广东省渔政海监检查总队雷州大队队长钟进更是千夫所指。

1996 年 8 月 9 日，雷州市人民检察院对钟进和另一主要责任人洗亿康刑事拘留，同月 12 日逮捕。8 月 27 日该检察院以钟进、洗亿康构成玩忽职守罪为由向雷州市人民法院提起公诉。8 月 11 日，被告人钟进的亲属委托我担任其一审辩护人。

接受委托后，我三下雷州，分别调查了有关部门和人员，先后四次会见了被告人钟进，我发现检察机关对钟进构成玩忽职守罪的认定存在法律上的缺陷，即钟进的工作职责中是否有海难救助的内容尚不能完全肯定。为了彻底搞清这个问题，我一方面对检察机关提起公诉的法律依据进行了逐条逐项的研究，同时又多次走访了广东省渔政海监检查总队湛江支队，在该支队领导的大力配合下，汇总了我国法律法规的相关规定、国家有关部门关于渔政海监部门（以下简称“ 渔政部门 ”）和渔港监督部门（以下简称“ 渔监部门 ”）工作职责的具体规定以及广东省的有关法规。通过深入细致的分析，我得出

结论：根据现有法律、法规和政策的规定，海难救助是渔监部门的工作职责，而不是渔政部门的工作职责。广东省渔政海监检查总队也于9月13日作出《关于明确渔政部门职责的函复》，进一步明确：“根据《广东省海上搜寻救助工作规定》第九条‘在我省毗邻海域执行公务或进行运输、生产、捕捞、石油开发、科研等活动的船舶、航空器和设施，收到遇险求救信号或发现海难事故时，应立即将有关遇险信息向就近的海上搜寻救助中心或搜寻部门报告，在不危及自身安全的情况下，有义务尽力救助海上人命’，渔政船在发现海难事故时，在不危及自身安全的情况下有义务救助海难。”也就是说，海难救助只是渔政船的义务，并不是其工作职责。据此，在 9 月 19 日雷州市人民法院对该案公开开庭审理时，我以海难救助不是渔政部门工作职责，因此被告人钟进作为渔政部门工作人员不构成玩忽职守罪为由，为被告人钟作了无罪辩护（辩护词附后）。

1996 年 10 月 8 日，中华人民共和国渔政渔港监督管理局作出《关于渔政部门职责的批复》（1996）农渔（法）便字第 007 号]，明确规定“按照内部分工，渔监部门负责海上渔船碰撞的调查处理及海难救助的港航安全工作，渔政部门负责渔业资源、渔业水域环境保护管理等工作。渔政船的海难救助任务是部门规章设定。”1996 年 10 月 16 日，雷州市人民法院对本案公开开庭宣判：“钟进犯玩忽职守罪，判处有期徒刑四年。”钟进在法定期限内没有上诉。

本案虽然已经审理完结，但却使我陷入了深深的思索：此案的审理和判决，虽然对于教育广大干部、弘扬社会正气有着积极的作用，但同时它也向我们揭示了两个问题：1.实践中如何把党纪、政纪与法律责任（特别是刑事责任）严格区别的问题：2.如何摆正依法办案与社会舆论的关系问题。

该判决是否完全符合“以事实为依据，以法律为准绳”这一基本原则尚有待历史和整个法学界的评判。

（注：湛江市三维律师事务所兼职律师陈于侃共同作为钟进的辩护人参加了诉讼，并做了大量工作。）

代理词

审判长、审判员：

湛江市展望律师事务所接受本案被告人钟进的亲属委托，指派我担任被告人钟进的一审辩护人。

接受委托后，我依法查阅了案卷，会见了被告人，进行了必要的调查取证。我认为，检察机关对本案主要事实的认定是正确的，但是，在对本案的定性上，即被告人钟进的行为是否构成玩忽职守罪，我有不同的看法。现根据我国法律、法规、规章的有关规定和本案事实，发表辩护意见如下：

最高人民检察院《关于正确认定和处理玩忽职守罪的若干意见（试行）》规定，玩忽职守罪是指国家工作人员由于严重不负责任，不履行或不正确履行自己的工作职责，致使公共财产、国家人民利益遭受重大损失的行为。

我认为，根据这一规定，认定行为人构成玩忽职守罪必须具备一个前提要件：即行为人不履行或不正确履行自己的工作职责。这样本案的定性就涉及到一个根本性的问题：海难救助到底是不是钟进的工作职责呢？

公诉人认为，海难救助是渔政大队和渔政船的职责，钟进作为广东省渔

政海监总队雷州大队队长、国家渔政海监工作人员，其工作职责理所当然包括海难救助，并引用了三项规定作为依据：1、国家水产总局 1979 年 8 月 6 日颁布实施的（79）渔总（管）第 23 号文件《渔政船管理暂行办法》第一条规定：渔政船的第四项任务是“ 维持渔场作业秩序，及时处理海上渔业纠纷及其他事故，进行海难救助等 ”；2、1984 年 1 月 1 日实施的《海上交通安全法》第 38 条规定：“ 主管机关接到求救报告后，应当立即组织救助。有关单位的在事故现场附近的船舶、设施，必须听从主管机关的统一指挥。 ”以及第 48 条规定：“ 国家渔政渔港监督管理机构，在以渔业为主的渔港水域内，行使本法规定的主管机关的职权，负责交通安全监督管理，并负责沿海水域船舶之间交通事故的调查处理 ”；3、国务院《渔港水域交通安全管理条例》第 3 条规定：“ 中华人民共和国渔政渔港监督管理机关是对渔港水域交通安全实施监督管理的主管机关，并负责沿海水域渔业船舶之间交通事故的调查处理。 ”

我认为，公诉人引以为据的上述条文并没有明确规定海难救助是渔政部门的工作职责。

在对上述规定进行详细分析之前，有必要首先搞清楚两个问题：1.“ 任务 ”和“ 工作职责 ”这两个概念的区别问题。所谓任务，其含义是比较广泛的，其概念也是比较笼统的。相反，工作职责却有明确的概念，是指国家机关及其工作人员在行使职权过程中履行的责任，其基本特点是与职权相适应，有什么职权便有什么职责，有多大范围的职权便有多大范围的职责。因此，这两个概念是不同的，我们不能在这两个概念之间简单地划上等号，我认为，任务既包括职责，也包括义务。比如，我们可以说，实现四化是我们的共同任务，但我们却不能说，实现四化是我们的共同职责。2.海难救助属于哪一方面工作范畴的问题。我认为，它属于水上交通安全管理范畴，而不属于维持渔业生产秩序和解决渔业生产纠纷的范畴。关于这一点，《海上交通安全法》已有明确规定。

在明确了以上两个问题之后，下面我再对公诉人的前述依据逐一进行分析。

1.国家水产总局《渔政船带理暂行办法》第 1 条虽然规定渔政船有进行海难救助的任务，但是我认为，这里的任务只能理解为义务，而不是工作职责。理由如下：

首先，国家水产总局颁布实施的《渔政管理工作暂行条例》第 3 条详细规定了整个渔政管理工作的全面具体工作职责。这些职责中并没有海难救助或与水上交通安全管理范畴有关的内容。渔政船作为渔政管理工作的工具，它的工作职责不可能超出渔政管理工作的职责范围。因此，《渔政船管理暂行办法》关于海难救助是渔政船的任务的规定，只能理解为海难救助是渔政船的义务。

其次，上述两个文件都是由国家水产总局颁布实施的部门规章，其中《渔政船管理暂行办法》颁布实施在先，时间 1979 年 8 月 6 日，而《渔政管理工作暂行条例》颁布实施在后，时间是 1979 年 12 月 25 日。如果一定要把《渔政船管理暂行办法》规定的海难救助的任务定义为职责的话，根据后法优于先法的法学原理，这一规定由于和《渔政管理工作暂行条例》相抵触而无效。

2.虽然《海上交通安全法》第 48 条及国务院根据该法该条款之规定而制订实施的《渔港水域交通安全管理条例》都规定“ 渔政渔港监督管理机关是

对渔港水域交通安全实施监督管理的主管机关“，但这只是一个原则性的规定，它所称“渔政渔港监督管理机关”只是一笼统的概念，它包括了渔业系统的两支不同性质、不同职能的执法队伍：一个是渔政部门，一个是渔港监督部门。所以为了避免这种原则性规定可能造成两支渔业执法队伍工作职责的交叉和混乱，上述法律和条例都规定由农业部对其条文负责解释，并制定实施细则。据此，农业部先后两次对这个问题进行了明确。（1）农业 部 1989 年 8 月 9 日《关于贯彻落实［中华人民共和国渔港水域交通安全管理条例］的通知》明确规定：各级渔港监督机关应认真履行法律所赋予的职责。（2）农业部 1994 年 12 月 19 日《关于印发农业部渔业局职能配置及内设机构的通知》明确规定，农业部渔业局（又称中华人民共和国渔政渔港监督管理局）代表国家行使渔政渔港监督管理权，下设十九个职能处室。对其中渔政处、渔港监督处两个部门各自的工作职责都有明确的规定。根据职责分工，渔政处根本没有海上交通安全管理的工作职责，相反，在渔港监督处工作职责中却明确规定有“贯彻执行国际、国内有关水上交通安全管理和水域环境保护等方面的法规和国际公约”的内容。

3.广东省水产局 1989 年 1 月 4 日发布实施的《广东省渔政船管理暂行办法》第三条虽然也规定渔政船有进行海难救助的任务，但我们认为，这一规定也只能理解为海难救助是渔政船的义务。如果一定要将其理解为职责的话，那么它就是无效的。理由有：（1）与国家水产总局《渔政管理工作暂行条例》规定的工作职责相抵触；（2）与广东省人民政府、中国人民解放军广州军区颁布的、自 1996 年 1 月 1 日起施行的《广东省海上搜寻救助工作规定》的有关规定相抵触。《广东省涌上搜寻救助工作规定》第八条明确规定：“沿海各市、县的海上安全监督局、港（航）务监督、渔港监督（以下简称沿海各市、县海上搜寻救助部门），负责其管辖海（港）区范围内的海上搜寻救助工作，并积极参与较大海上事故的搜寻救助工作”。可见，海难救助只是这三个部门法定的工作职责，而渔政部门并不包括在内。

4.鉴于海难救助是否属于渔政部门工作职责这一问题，已不仅仅是本案在法律适用上争议的一个焦点性问题，而且更关系到整个渔政系统的职责分工问题，因此，为慎重起见，我特地向广东省渔政海监检查总队及湛江支队发函咨询。广东省渔政海监检查总队已于 9 月 13 日作出《关于明确渔政海监部门职责的函复》，该函复在引用了有关文件规定之后明确答复：“根据《广东省海上搜寻救助工作规定》第九条‘在我省毗邻海域执行公务或进行运输、生产、捕捞、石油开发、科研等活动的船舶、航空器和设施，收到遇险求救信号或发现海难事故时应立即将有关遇险信息向就近的海上搜寻救助部门报告，在不危及自身安全的情况下，有义务救助海上人命。’渔政海监船在发现海难事故时，在不危及自身安全的情况下，有义务救助海难。”也就是说，海难救助只是渔政船的义务，并不是工作职责。

通过以上四个方面的分析，完全可以得出这样的结论：即海难救助并不是渔政部门的工作职责，而只是渔政船的义务。因此，检察机关关于“钟进身为广东省渔政海监总队雷州大队队长、国家渔政海监工作人员，构成玩忽职守罪”的认定也就丧失了必备的前提要件。

综上所述，根据检察机关的公诉意见和庭审调查查明的事实，以及现有的法律依据，我认为钟进的行为不构成玩忽职守罪。

审判长、审判员，尽管钟进在“7.11”海难事件中的所作所为给广大人

民群众造成了严重损失和巨大的伤害，尽管他的行为暴露出其自己已丧失了基本的道德和良知，尽管全国各界对其所作所为都表示了强烈的愤慨，但是，作为法律工作者，我认为，感情和良知不能代替法律，舆论和道德也不能代替法律。因此，建议法庭严格按照法律规定，对钟进作无罪判决，以保证我国刑法、刑事诉讼法“ 不纵不枉 ”这一基本原则得到充分体现。

作者简介

宋伟国 （1966.9—）黑龙江省宁安市人，硕士研究生班结业，1988后通过全国律师资格统一考试,同年 11 月开始在牡丹江市龙江律师事务所执业。1995 年初在广东省汕头市周介立律师事务所从事专职律师至今。承队了大量经、刑、民、行政及海事诉讼案件，以及承办大型涉外非诉讼事务和国际促裁案件。代理汕头市金园区二轻金属材料公司诉太平洋保险公司汕头分公司海上货物运输保险合同纠纷案件，汕头经济特区新时代食品公司诉汕特旅游食品公司专利侵权纠纷案件，纷纷胜诉，《中国律师报》在 1995 年 8 月 26 日和 1996 年 1 月 27 日分别予以报道。该律师代理的台湾资生兴业公司诉汕头糖果饼干食品总厂合作合同纠纷案,泰国公民陈勤发诉澄海 市金荔城公司投资纠纷案，代表的外商纷纷胜诉，当地新闻传媒予以广泛报道。承办的夏平系人刑事辩护案，《中国律师报》、《律师与法制》分别在 95 年 9 月 16 日和 95 年第十期予以登载，反映强烈。近二年来，在国家级及地方法学及律师亏业报刊上发表专业文章二十余篇，在

汕头经济电台长期开通法律咨询热线。反映律师工作的纪实性中篇小说《远山的期待》即将与读者见面。

单位名称：广东省汕头市周介立律师事务所
详细地址：汕头市周介立律师事务所
联系电话：01392726664

取之无道还珠返璧
宋伟国

案情简介

1996 年 1 月 13 日，广东省汕头市达濠区顺达公司（以下简称顺达公司）作为需方与供方内蒙古开鲁县粮油贸易中心驻秦皇岛经销处签订了 GF900151 号《农副产品销售合同》。约定供方向需方提供玉米 5000 吨，单价每吨人民币 1660 无，由秦皇岛装船运往汕头，装船日期在 96 年元月 15 日前。1 月 24 日，顺达公司与大连港兴船务代理公司（以下简称港兴公司）签订了承运该批玉米的《沿海运输合同》，约定 4500 吨玉米由港兴公司调船承运，船名“ 和盛 ”轮，该船长 158 米，宽 20 米，舱容 17000 立方米，可载货 10500 吨。“ 和盛 ”轮归属于福建省宁德市第三海运公司（以下简称宁德海运公司），该公司所属的机构福州和宁船务公司于 2 月 2 日与华阳海运商务（大连）有限公司（以下简称华阳公司）签订《海上货物运输合同》，将“ 和盛 ”轮以航次船形式出租给华阳公司，当日，华阳公司又以航次租船的形式将“ 和盛 ”轮租给了大连港兴船务代理公司，双方签订了正规合同和《补充合同》。其中补充合同特别约定：该玉米不得和其他货物混装，卸货港凡当天卸在场地的货物货主保证及时运走。但因船方原因不及时卸货造成货主车辆放空，也须赔偿相应的损失，卸货港由华阳公司负责疏港 ”。

该批货物“ 和盛 ”轮依约装船承运。顺达公司依据与兴公司的合同分期将全额运费付清。由秦皇岛港务局开具的货票记载：托运人：内蒙古开鲁县

粮油贸易中心驻秦皇岛经销处，收货人：顺达公司，玉米 53862 袋，4596 吨。本案存在连环合同情况，货主顺达公司与船东宁清海运公司没有合同法律关系。

“和盛”轮装载 4596 吨玉米和其他货主的钢板、罗纹钢、石腊等货物于 2 月 24 目驶抵汕头港，次日开始卸货。由于此阶段正值春节过后，正月期间，港口卸货工作滞缓，加之，玉米包装麻袋在卸货运作中破损，大量玉米散漏，严重影响作业，导致货轮在汕头港延误，产生了一定经济损失。3 月初“和盛”轮放慢了卸货工作，并有意留置部分货物，其曾向华阳公司表明此意，3 月 8 日华阳公司函告“和盛”轮，同意对包括顺达公司 300 吨玉米在内的部分货物予以留置。3 月 18 日，“和盛”轮通知汕头港方对包括顺达公司 300 吨玉米和广东省揭西县百文铝制品厂（以下简称百文铝厂）10 吨食品包装腊在内的货物予以留置。据汕头外轮理货公司的理货记录记载，至 3 月 28 日玉米卸下了 50322 包，4277.370 吨，实际留置玉米约 320 吨。此间，顺达公司多次派员登船请求放货，并表示除运费外愿再承担部分费用作为给船方补偿，但船方以留置货物要挟，索要 50 万高价，双方未能达成谅解。被留置 10 吨货物的百文铝厂，以厂小货急为理由苦苦请求放货，船方在索取 4 万元后才迟迟解除留置。4 万元以收取滞期费押金的名义开出白条收据。至此，非法留置货物和以胁迫方式索取不合法费用的侵权事实形成。4 月 10 日，正待当事人聘请律师并委托律师在法院协调立案和采取财产保全措施时，“和盛”轮好像已预感将会吃官司一样驶离汕头港，携货而去。

代理诉讼

顺达公司玉米被非法留置后，该公司及时与常年法律顾问汕头市周介立律师事务所本律师联系，4 月 6 日顺达公司和百文铝厂分别与本所签订《诉讼代理合同》，委托本律师全权代理，提起诉讼，依法维护企业的合法权益。

4 月 8 日至 22 日本律师三赴广州，经过再三协调，海事法院下达了准予财产保全的（1996）广海法商字第 36—5 号《民事裁号书》。22 日至 26 日本律师会同广州悔事法院海商庭二位法官飞赴福州，又转乘长途汽车奔赴被告住所地——福建省宁清市，再赴赛岐港，取得了有份量的证据。被告所属的“和盛”轮于 4 月 10 日携货驶离汕头港后，将该批玉米租小船从宁清转运至福州私自变卖，并侵占了货款。5 月 14 日本律师在卸货港汕头港、揭阳望龙头港和揭阳矿产码头取得了相关的证据，并通过传真从大连港兴公司取得了配套证据，建立了经得住考验的证据链条。本案造成船舶滞期损失的责任不在货主，船方难逃其责。大连港公司证实：货主要求“和盛”轮必须在 2 月 16 日前到秦皇岛港，否则由于进港无法疏港，货主不承担任何责任，结果船没有按原定时间到港，造成”和盛”轮没有及时靠泊。“和盛”轮进港后第二天，港调通知靠泊，引航站以“和盛”轮以前的航次不及时交引航费为由，拒绝给该船引水，致使船不能及时靠泊。在万般无奈的情况下，“和盛”轮自己到港，使该船晚靠泊数十个小时。在秦皇岛港装货过程中，船方对所装货物的质量及包装没有提出任何意见，在汕头港卸货期间，货主多次主动找船东谈装港的滞期费问题，鉴于合同中已明确规定卸货疏港由华阳公司负责，因此汕头港滞期与货主无关。”其它有关证据和事实说明：对该批货物的承运，船方无积载图，有软硬货物混装现象，卸货时玉米包装麻袋破损与

船方装货及卸货作业不当有关。经过紧张的调查取证工作，我的心里有底了。

1996 年 5 月 23 日，我代理的这两起案件，在广州海事法院审判庭开庭了。我代理顺达公司起诉认为：原告顺达公司与承运人大连港兴公司签订了《沿海运输合同》并依据该合法有效合同的约定及时向承运人足额交付了运费和滞纳金押金，货物在秦皇岛装船，承 运人和港务部门也开出了清洁提单。“ 和盛 ” 轮进达目的港后，本应依法通知收货人，无条件履行卸货交货义务，而其以尚未收足运费和未收取滞期费为由，擅自留置了原告所有的部分货物，并非法变卖，侵占贷款，形成了侵权事实。为避免误会，减少不必要的损失，原告曾及时向被告书面提出严正声明，而被告仍一意孤行。我进一步提出，“ 和盛 ” 轮认为玉米包装不合格才造成滞港，而承运人和船方在装货时对货物包装并没有提出异议，且已开出清洁提单，应视为适港适航；“ 和盛 ” 轮认为留置货物有华阳公司的指示，留置行为合法，而华阳公司与货主（原告）无合同关系，其不具备处分货物的资格，即使其有处分权，其事后也已正式表示纠正留置行为，3 月 13 日华阳公司致被告的函证明“ 我司已收到货主装载于 M/V“ 和盛 ” 轮玉米全部悔运费其中秦皇岛玉米四千五百九十六吨，因海运费已全部收讫，请船东放货。 ” 而被告及所属 “ 和盛 ” 在收进华阳公司准予放货的书面通知后，仍继续其错误留置行为，侵权事实清楚。且在原告赴法院起诉之时，被告擅自将留置的货物运走并变卖，侵占货款，超出留置的范围，损害的后果和情节严重，对此，宋律师代表原告提出了索赔方案，请求法院判令被告立即停止侵害，折价赔偿货物损失和其他直接损失。

宋律师代理另一原告百文铝厂起诉认为：1996 年 2 月 6 日托运人大连毕标船务公司与承运人华阳公司就 466 吨食品包装腊货物达成托运协议。双方签订了具有合同效力的《水路货物托运单》，该运单指定收货人为原告，起运港为大连香炉礁港，进达港为汕头。货物配装于被告所属船舶“ 和盛 ” 轮，配货性质。装船期为 2 月 8 日左右，运单鉴订时，托运人即交付了运费，装载了货物，而 “ 和盛 ” 轮抵汕后，以同船其他货主托欠运费和滞期费为由，强行留置了十吨货物。当时.原告曾再三向被告解释；因所托运货物属配货性质，已支付了全部运费，不存在再承担运费和滞期费问题，擅自留置货物属违法行为。而被告所属 ” 和盛 ” 轮不仅不纠正错误，反而将错就错；其深知原告需要提货及时投入生产的急迫心理，强行索要 4 万元所谓 “ 滞期费押金 ”，否则继续其非法留置行为。原告在被胁迫情况下，以较小损失避免较大损失，被迫支付了 4 万元。3 月 26 日才迟迟提到被非法留置的货物，但有些损失已无法挽回。因此，我代表百文铝厂请求被告返还非法向原告索取的所谓滞期押金 4 万元，由其赔偿逾期交货给原告造成的直接经济损失，由被告承担诉讼费等。

被告针对二原告代理律师的观点，也全力予以辩解，其主要观点是：被告与二原告没有运输合同关系，其只是与华阳公司有运输合同关系，留置货物华阳公司曾经同意，留置行为正确有效。二原告如异议应先向华阳公司提出。因此，被告主张辩解法庭追加华阳公司为第三人。在此航次的运输中“ 和盛 ” 轮严重亏损，留置货物，变卖货物和收取滞期费押金乃迫不得已，法律应当保护运输公司的权益。此外，被告在留置货物的数量、所有权关系、地脚料损失责任、滞期费押金的性质等方面也提出六解，在法律适用、证据质证方面也全力反击，法庭辩论十分激烈。我收集提供的证据和观点经受住了

考验。合议庭充分听取了双方意见，并耐心予以调解，但调解最终未能成功。

货主胜诉的公正判决。

1996 年 8 月 16 日，广州海事法院作出了（1996）广海法商字第 35 号，第 36 号二份《民事判决书》第 36 号判决认为：原告顺达公司与被告没有订立运输合同，双方不存在运输合同法律关系。被告依据其分支机构与华阳公司签订的运输合同中有关“留配货物”条款，对原告的货物实施留置并变卖，缺乏法律依据。被告错误留置货物的行为侵犯了原告的收货的权利和财产权，造成原告损失应承担赔偿责任，赔偿原告的货款和其他损失。留置数量应以理货部门在卸货作业的理货数量为准，货价损失以原告在起运港的购货价，海运运费和货物保险费确定。经核算原告的损失为人民币 556009.35 元，故依法判决被告赔偿如上数额的货款损失并支付利息。

第 35 号判决以为：原告百文铝厂与被告没有运输合同法律关系，原告无义务向被告支付运费和滞期费。被告对原告的货物实施留置，缺乏法律依据，构成侵权。被告以留置货物为由向原告索收的滞期费押金 4 万元应予返还，被告应对给原告造成的损失承担赔偿责任，故依法判决被告返还索收原告的 4 万元费用。

至此，被闽粤二省海运人士，商界和新闻界人士较为关注的万吨货轮因错误留置货物侵权而引起的损害赔偿纠纷案件，经过海事专门法院四个多月的审理，以货主胜诉而划上了句号。

作者简介

张吉刚（1966.8—）贵州省他桃苗族自治县人。1985 年 7 月师范毕业后在中学任教，1988 年 5 月调县司法局工作，1990 年 9 月至 1992 年 7 月在中央政法管理干部学院读书，连续两年被学院评为优秀学员、优秀学员于部，1992 年考取律师员格，在县律师事务所工作，1993 年 12 月起任县司法局副局长，1996 年元月至今任孟溪镇党委书记。

律师工作中坚持以事实为依据，以法律为准绳，切实维护委托人的合法权益，受到各方好评。迄乡为止，在中央及省级报刊发表法律论文、文学作品 60 余篇。

单位名称：员州省松桃县司法局
详细地址：贵州省松桃县司法局邮政编码：554100

打一家官司促双方团结
——一次感受最深的遗产继承诉讼代理

张吉刚

案情：一份财产，四种文书

1995 年 4 月 8 日，春雨淅淅沥沥地下着，按照预约，我来到了座落在县酒厂一旁边的一幢低矮的木房里，见到了我的当事人赵季（本文当事人均用化名），她，四十岁上下年纪，粗糙的大手和灰白的头发诉说着耕作的艰辛。阅过诉状副本，听着赵季娓娓的叙述，我渐渐弄清了案件的缘由：

赵乙与赵甲是同母异父的姐妹，姐姐赵甲原来姓龙，三岁时随母一起与赵乙的父亲赵丙共同生活，现在县某医院工作，另有一养弟赵丁，退伍回家后干个体户，姐弟三人各自都建立了小家庭。

1983 年古历 12 月 2 日，赵丙主持分了家，协商订立了《分家合同》议定：“ 赵甲继承其生父龙某遗产三柱冲天木房两间及茅厕偏厦；赵乙与赵丙共同分正房三柱二挂木房两间，赵乙占右手一间，赵丙左手一间；赵丁继承其生父木房半间，另分得凉亭桥宅基地一块。 ”并明确：“ 根据三兄妹具体情况，赵丙和赵甲赵乙一同生活，生养死葬由赵甲和赵乙共同负主要责任，赵丙的房屋、宅基地、物资由赵甲赵乙共同继承，赵丁对其养父也有一定义务，视其能力，今后尽多大孝心。由赵丁量力而行。 ”

1993 年古历 7 月，赵丙病中立下遗嘱，把自己的财产，连同 1983 年已分给赵甲的房产全部交由赵乙继承。

两个月后，赵丙病逝，在亲属的见证下，赵甲、赵乙经过协商，签订了《遗产继承协议书》，同时撕毁了遗嘱。该协议书载明：“ 1.赵甲决定主动放弃继承权，赵丙的房地遗产全部由赵乙继承。2.原分家合同中属赵甲的房地产，赵甲也同时主动决定全部送给赵乙所有。3.原分家合同中凡有与本协议书不相符合的部分，自即日起一律以本协议收书为准。 ”

1995 年 2 月，赵乙把宅基地转让给县茶叶公司建宿舍楼，茶叶公司一次性补偿搬迁费 2.5 万元，双方签订了《房屋搬迁协议书》。

1995 年 4 月 5 日，赵甲向贵州省松桃苗族自治县人民法院提起诉讼，诉

称“ 我与继父父尊女爱几十年如一日，尽到了生养死葬的义务，有权按照《继承法》的规定继承继父的遗产，继父的遗嘱是赵乙等人伪造的，那份《遗产继承协议书》是赵氏家族一哄二骗三逼我才签的字，都是无效的，赵乙违反了《分家合同》，私自将继父的遗产和我的房产出售给县茶叶公司，严重地侵犯了公民的合法权利，要求继承继父木房及地基的一半，赵乙退回 1983 年已分给我的一份房产所有权。赵乙则认为：“ 赵甲多年来对父亲不管不问，父亲一气之下取消了她的遗产继承权，把全部财产交给我继承，是父亲的权利，我把宅基地转让给茶叶公司，符合法律的规定，别人无权干涉。 ”

临出门，赵乙夫妇一再嘱咐：“ 张律师，我们从来没有上过法庭，不知道怎么打官司，你千万帮我打赢这场官司啊！ ”是呀，打官司谁不希望自己赢？当律师，谁又愿意在激烈地辩论中败下阵来？可是，我能帮她打赢这场官司吗？

分析：赵乙稳操胜券

一份财产，四份文书，四种处理意见，究竟哪份是有效的，哪份或哪几份是处理本案的依据呢？

分家合同是赵甲、赵乙、赵丙、赵丁四人协商签订的，村长、支书、村民组长作的见证，赵甲、赵乙现在均异议，其内容符合《民法通则》和《继承法》的有关规定，是合法有效的。据此，赵甲对生父龙某的遗产——三柱冲天木房两间及茅厕偏厦享有无可争辩的所有权，亦有权与赵乙共同继承赵丙的遗产。

遗嘱，已经撕毁，它究竟是赵丙立的呢？还是其他人伪造的？如果真是赵丙立的，按照《继承法》第 16 条第 2 款的规定：“ 公民可以立遗嘱将个人财产指定由法定继承人的一人或者数人继承。 ”赵丙有权决定自己的遗产由谁继承，原分家合同中有关财产继承部分自然失效，赵甲丧失继承权。最高人民法院《关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第 128 条规定，赠与关系成立。这样一来，赵甲既无权继承赵丙的遗产，也无权再索回已赠与赵乙的房产。遗嘱人以遗嘱处分了属于国家、集体或者他人所有的财产，遗嘱的这部分，应认定无效。 ”赵丙在遗嘱中错误地把赵甲已取得所有权的房产当作遗产交由赵乙继承，属侵权行为，应认定为无效，赵乙只能继承赵丙的一间木房。如果遗嘱是伪造的，则自始没有法律效力，遗产继承仍按分家合同执行。可无论遗嘱是否伪造，赵甲都拥有 1983 年分得的那份房产的所有权。

《遗产继承协议书》如果是赵甲、赵乙在自愿的基础上签订的，赵甲则丧失继承权，也无权索回已与赵乙的房产。如果《遗产继承协议书》是一方采取欺诈、胁迫的手段或者乘人之危，使另一方在违背真实意思的情况下所为的，那么按照《民法通则》第 58 条的规定，属无效民事行为，从行为开始时就没有法律约束力，赵甲赵乙只能按分家合同和遗嘱（必须是真实的）来确定双方的财产所有权。

《房屋搬迁协议书》是部分有效还是全部有效，关键是看《遗产继承协议书》是否成立。成立，则全部有效，反之，则部分有效。赵乙擅自搬迁赵甲的房产，应当承担侵权的民事责任，恢复原状，赔偿损失。

由上可见，决定本案胜负的关键是《遗产继承协议书》，如果该协议书

是合法有效的，按照民法学原理，当事人对同一民事行为存在前后不同的数个意思表示时，应以后一个为准，赵乙因此取得赵丙的全部遗产继承权和赵甲赠与的房产的所有权，与茶叶公司签订的《房屋搬迁协议书》也因此全部有效。而确定《遗产继承协议书》是否有效的关键则是看该协议书是不是双方自愿签订的，内容是否合法。

调查中，我找到了遗嘱见证人和代书人谢某（64 岁，退休干部），以及另一个见证人李某（56 岁，村民组长），他证实，赵丙去世前立下遗嘱，决定把自己所有的房产，包括 1983 年分给赵甲的那部分，全部留给赵乙继承，原因是赵甲近几年来未尽什么赡养义务，立遗嘱时赵丙神智非常清楚。按照《继承法》第 17 条第 3 款的规定：“ 代书遗嘱应当有两个以上见证人在场见证，由其中一个代书，注明年、月、日，并由代书人，其他见证人和遗嘱人签名。 ” 赵丙所立遗嘱在形式上是合法的。至于内容，由于错误地把赵甲的个人财产当作遗产一并处理，应属部分无效。也即是说，按照遗嘱，赵甲虽然丧失了继承赵丙遗产的权利，但仍有权享有《分家全同》中获得的房产所有权。

通过进一步调查，弄清了那份《遗产继承协议书》签订的背景，赵丁、赵某（退休驾驶员）、刘某（县委某研究室主任）等人证实，1993 年 9 月 22 日，安排完赵丙的丧事，他们与赵甲、赵乙及其他亲友十余人聚集一堂，处理赵丙的遗产。赵乙宣读完遗嘱，赵甲不服，认为遗嘱是赵乙等人伪造的，经过一阵争吵，赵甲、赵乙意识到再争下去对双方都没有好处，只会让人耻笑，于是避开赡养问题，重新签订了《遗产继承协议书》，取代遗嘱。协议书是刘某代书的，写成后，两次念给大家听，赵甲、赵乙没有表示异议，自愿签了名，然后当众毁了遗嘱，不存在谁强迫谁或谁欺骗谁。从而否定了赵甲诉状中 “ 是赵氏家族一哄二骗三逼我才签了字 ” 的说法，确立了《遗产继承协议书》的真实性、合法性，赵甲放弃继承权的行为成立。又由于赵甲主动把自己的房产赠给赵乙，赵乙实际上又取得了房屋产权证书，并且占有、使用了赵甲赠与的房屋，其情况符合最高人民法院《关于贯彻执行<中华人民共和国继承法>若干问题的意见》第第 128 条的规定，赠与关系成立。这样一来，赵甲既无权继承赵丙的遗产，也无权再索回已赠与赵乙的房产。

至此，案件的结局已非常明了，我信心十足地写好答辩状，连同调查集到的证据交到法院，思想上轻松了许多，以为本案差不多已接近尾声，余下的工作无非是构思构思代理词，考虑如何从事和法理上论述得更缜密、更透彻一些，例行公事般地出出庭。至于调解，尽管也是民事诉讼的必经程序，但毕竟需要双方当事人自愿，多年的律师工作，我深深地体会到其中的不易，不仅伤神费舌，而且有的案件经过法官、律师三番五次做工作，当事人不为所动，最后仍以判决告终，瞎子点灯白费蜡。从本案的情况来看，原告、被告两年多来互不往来，调查中双方态度强硬，发誓不管花多大的代价也要把官司打到底，调解恐怕也是走走过场而已。作为律师，只要把官司打赢，委托人就非常感激，就达到了他请律师的目的。

调解：架起通向团结的桥梁

不久，县城发生的一件土墙所有权纠纷改变了我的看法，该案中原、被告是多年的邻居，两家长期相安无事，1994 年初，被告拆除木房建砖房，双

方为中间的一堵土墙所有权发生纠纷，我街道找镇政府，调解不成，上法院打官司，一审不服二审，原告还是不服，直到我准备完赵甲赵乙一案的出庭资料，原告仍一边申诉，一边干扰被告施工。被告忍无可忍，扬言拼个你死我活，……联想起一些民事案件中因方寸之地、蝇头小利兄弟阋墙、邻里反目的悲剧，我的内心震颤了，绝不能让赵甲、赵乙重蹈覆辙！回忆起调查取证，赵丁渴望两个姐姐和好的殷殷之情，赵某、刘某等人“但愿人长久，千里共婵娟”的真诚祝愿，尤其是赵乙珍藏的那张她抱着女儿亲密无间的照片，我体会到一种血浓于水的骨肉亲情，从而坚定了调解结案的信心。

找到承办本案的法官、县法院民庭副庭长姚绍光同志商量，他颇有同感，认为赵甲、赵乙虽是同母异父姊妹，但俩人自幼生活在一起情深意笃，成家后你来我往彼此相帮，闹矛盾只是近两年的事，可能双方有误解，只要讲清了，调解成功的可能性还是大的。于是，按照职责，他分别作赵甲、赵乙的工作，尤其是作好赵甲的工作，我则集中精力做赵乙的工作。

5 月 5 日黄昏，我和姚法官又一次来到赵乙家，拉了一会儿家常，姚法官向赵乙简单介绍了一下几天来作赵甲工作的情况，阐明了赵甲的新要求：只要赵乙送她 2500 元钱，她房子不要了，并且全部承担诉讼费用。希望赵乙能认真考虑这一要求。我紧接着从三个方面去除赵乙的心病：

1.让步不等于理亏，更不等于败诉。赵乙认为自己本来有理，明摆着是场赢官司，现在反而拿钱给赵甲，有理倒变成了无理，别人会笑我没有本事，要让步赵甲让步。针对这一想法，我首先根据调查掌握的情况和我国法律有关财产继承和赠与的规定，肯定了赵乙有理的想法，使赵乙的胜诉的曙光中增加了对律师的信任感，然后话锋一转，阐明：调解是本着团结的愿望，要求双方当事人能够消除前嫌，互谅互让。有理让人，不等于理亏，更不等于败诉，而是明大理，顾大局，正反映了一个人的高尚情操和宽广胸怀，道义上首先胜了一筹。

2.被告不等于罪犯。几次谈话中，赵乙表露出对赵甲提起诉讼的愤怒，以为有坏事才上法庭，是罪犯才当被告，我没犯法，赵甲到法院告我是存心出我的丑。这种想法在不熟悉法律的老百姓中具有相当大的普遍性，对此，我详细解释了民事案件中原告、被告的定义、性质和地位，以及与刑事案件中原告人、被告人的区别，指出：打官司不一定都是坏事，被告人不等于罪犯，就本案而言，从某种意义上讲还是件好事，可以使你们这对互不往来的姐妹面对面地坐在一起，摆事实，讲道理，消除误会，化解矛盾；还可以使双方争执不休的财产所有权通过法律程序固定下来，避免以后再起争端。

3.姐妹团结比钱物贵重得多。综观全案，赵甲、赵乙这场官司的发生固然有这样那样的原因，但其中最重要一点就是一个钱字。人没有钱不行，一生一世只为钱也不好，父亲去世后，赵甲主动放弃了继承权，并把自己的 10 多年前分家分得的房产一起，赠与赵乙，说明赵甲对妹妹有情，赵乙如能从搬迁房屋得到的补助款中主动拿出一点馈赠赵甲，不正表明赵乙对姐姐有义？双方有情有义、和和睦睦，比金钱财物都贵重得多。

反反复复，苦口婆心，情真意切，赵乙感动地说：“按理我一分钱都不该给赵甲，你们法官、律师太负责了，跑来跑去做工作，我要是再不让步显得太不通情理了，也对不起你们。”终于同意给赵甲两千元钱，并表示以此为限，多一分也不给。

1995 年 5 月 6 日，实行五天工作制后的第一个星期六，梵净山麓蝗松桃

县城在松江河水的欢唱声中静静地醒来了，迎着朝阳的温柔，尽情显露着美丽的容颜。九点整，衣着朴素、面容酷俏的赵甲、赵乙双双坐在县法院民庭办公室的一把长椅上，开始了第一次面对面的调解，没有惊心动魄的法庭辩论，姚绍光法官开门见山指明了赵甲、赵乙目前存在的分歧，肯定了双方前段工作思想上从对立到缓和的可贵转变，希望双方在今天的法庭调解中再接再厉不咎既往，一切向前看，使已经接近的分歧完全消除。我趁热打铁，亮明了自己的观点：“ 我是赵乙的诉讼代理人，依法维护赵乙的合法权益是我的职责。我更是一名法律工作者，真诚地希望双方在分清是非的基础上化干戈为玉帛，使本案的解决皆大欢喜。 ”紧接着从古人“ 千里来书只为墙，让他三尺又何妨。万里长城依然在，不见当年秦始皇 ”的谆谆教诲，谈到现实生活中一些人区区小事大动干戈的悲剧，从人情到冷暖到姐妹俩的相依为命，从姐妹俩头上早生的白发到养儿育女的艰辛，尤其是从我早年与哥的矛盾到上大学时哥对我的无私援助的亲身经历，说明：只有今生的姐妹，没有来世的姐妹，如果为一点小事纠缠不清，姐妹不和，上对不起死去的父母，下对不起子女，更对不起自己！赵甲、赵乙无不动容，赵甲说：“ 我本来不想起诉，只是想起自己好心没好报，把房子送给赵乙，她不仅不领情，反而骂我，才走上法庭。现在我不怪赵乙，只怪那些在背后搞阴谋搬是非的人，我们姐妹还是姐妹，以前送她的房子我还是同意送她。 ”赵乙硬咽着答道：“ 我房子搬了后是打算送赵甲一点钱的，可是农恬太忙了，还没来得及送，她就向法院起诉了，我一气之下才决定不送的。 ”姚绍光法官因势利导，提出了“ 赵乙赠与赵甲 2300 元人民币，赵甲承担全部诉讼费 ”的新建议，赵甲、赵乙当场应允，随即达成如下协议：“ 1.财产继承和赠与按 1993 年 9 月 22 日双方达成的协议办理 ;2.被告赵乙给原告赵甲人民币 2300 元 ;3.诉讼费四百元，原告赵甲负担。 ”十一时，赵甲赵乙怀惴调解书，在法官、律师的祝福声中，双双微笑着走出法院，汇入熙熙攘攘的人流中。

启示：律师胜诉岂止在判决

本案的成功解决，使我深刻地认识到律师代理民事案件的责任，它不仅仅是赢得一纸满足或者部分满足了已方诉讼请求的判决书，更重要的是使双方当事人从矛盾冲突中解脱出来，心悦诚服地接受法院的判决或者调解，实现新的团结。

勿庸讳言，争取胜诉是每个当事人的愿望，是律师立足社会的基础，但我国律师不同于旧社会的讼棍，也不同于西方的律师，他是法律工作者，理所当然应站在维护国家利益和社会稳定的高度，坚持以事实为依据，以法律为准绳，努力维护委托人的合法权益，同时兼顾社会效益，使案件的解决既符合法律的规定，维护委托人的合法权益，又不损害对方当事人的合法权益和感情，这样，胜者名副其实，败者心服口服，判决或调解书中明确的权利才能得到实现，义务才能得到切实履行。表现在行动上，就是在争取胜诉的过程中，律师要时刻注意双方当事人的动态，把握变化瞬间，不失时机作疏导工作，不错过每一个和好的机会，切忌为胜诉而胜诉，忽略了做过细的思想工作，使本来可以调解解决的案件人为复杂化，更不能为逞一己辩不择手段，不计后果。尤其当胜诉在握的时候。更要三思而后行，要敢胜，也要会胜，让对方当事人感到律师是为法律说话，而不是为钱说话，偏见去除信任

存，问题解决起来就容易得多。遇到本案类似情况，在权衡利弊之后，律师不妨做做委托人的工作，适当让让步，既不损害其根本利益，又给对方当事人保留了面子，幡然醒悟，理智地结束诉讼，为今后的团结打下基础，这是真正对委托人负责，对社会负责，非到万不得已，不要穷追猛打，得理不饶人，避免激化矛盾。当然，遇到恃强凌弱、无理缠讼的当事人，律师应当敢仗人间义，不给其任何喘息之机，替委托人讨回公道。因此，衡量一名律师，办案质量的高低绝不能简单地看胜讼案件的多少，而应看他所代理的案件是否解决了实质问题，有没有留下后遗症，在社会上树立良好的执业形象。

作者简介

龚恩敏（1962.11—）汉族，江西省赣州市人。参加过高教目学考试先后获汉语言文学、法律专业专科毕业证书。通过成人高考参加复旦大学函授，获经济管理亏科毕业证书，1992 年通过全国律师资格考试，1993 年取得律师资格，并在江西省赣州市律师事务所执业至今。1995 年，通过全国统一考试，取得工业经济师资格。有十多篇法学论文在国家级、省、地级报刊、会议上发表和宣读。

单位名称：江西省赣州市律师事务所
详细地址：江西省赣州市律师事务所
邮政编码：341000
联系电话：（0797）8236383

作者简介

邱恢先（1948.4—）汉族，1986 年北京自修大学中文专业结业，1990 年获自学考试法律大专毕业证书，同年参加全国律师资梧统一考试，合格并获得律师资格。

1987 年起在广昌县律师事务所从事律师事务实践，1991 年被该所聘为专职律师，1993 年被赣州市律师事务所聘为专职律师，1995 年转为该所兼职律师至今。

自 1987 年起就独立地从事法律顾问、民事（含涉外）和诉讼、仲裁代理以及其它的律师业务。执业中恪守职业道德和执业纪律，从未发生过违纪、违法现象。

单位名称：江西省赣州市律师事务所
详细地址：江西省赣州市律师事务所
邮政编码：341000
联系电话：（0797）8236383

一案胜　　胜三案
——一起信用卡担保案诉讼代理纪实

龚恩敏　邱恢先

·

涂孟林，江西省南昌市人，住南昌布桂旺巷 25 号：袁荣华，南昌县人，住南昌县莲塘镇团结南路 5 栋 35 号。二人于 1993 年 10 月经介绍来到赣州市水南乡，办起了挂靠的集体企业“赣州华飞电子工贸公司”，法定代表人为袁荣华。同时分别在中国工商银行赣州市支行、中国建设银行赣州市支行申领金穗信用卡（个人卡），涂孟林的信用卡申请表（个人卡）中担保人资料一栏记载的是袁荣华的个人资料，并由袁荣华个人签名，在袁荣华签名处加盖了“赣州华飞电子工贸公司”公章。申领信用卡不久，袁荣华、涂孟林先后持卡在南昌市、广州市等地有预谋地恶意透支人民币 91634.26 元。其中涂孟林分五十一次以支取现金和购物消费形式透支 26522.50 元。后来，二人丢下一些不明真相的未获工资的工人逃之夭夭，去向不明。赣州市水南乡政府听工人反映袁、涂二人不知去向后，派人去工厂察看，见只剩下一些空招牌和几张办公桌，便批准了向赣州市工商行政管理局申请注销该企业。

农业银行赣州市支行发现涂孟林及袁荣华的恶意透支行为后，又了解到袁荣华旱在南昌县莲塘镇电机厂工作期间涉嫌贪污、挪用公款 17 万元后逃跑，1993 年 7 月至 9 月在抚州一房地产开发公司任副董事长时，又利用牡丹卡恶意透支 2 万余元后逃跑。他们遂与工商银行赣州市支行和建设银行赣州市支行向赣州市公安局报案。虽经采取措施，但因袁、涂二人去向不明，终未能拘捕归案。

1994 年 5 月 5 日，中国农业银行赣州市支行向赣州地区中级人民法院起诉赣州市水南乡政府和赣州华飞电子工贸公司，理由是赣州华飞电子工贸公司为涂孟林申领信用卡提供了担保，而赣州市水南乡政府在该公司开业登记

时提供了注册资金担保。工商银行赣州市支行和建设银行赣州市支行也准备以同样理由提起公诉。赣州市律师事务所龚思敏和邱恢先二律师作为赣州市水南乡政府的诉讼代理人参加了诉讼，本案历经二审，最终由江西省高级人民法院撤消一审判决，驳回原告起诉结案，起到了一案胜，胜三案的连锁效果。

二审律师主要代理意见

在第一审和第二审代理过程中，被告代理律师通过深入、仔细的调查取证和对信用卡业务的研究，查清了本案的事实和性质，紧紧抓住如下几点关键性问题提出代理意见：

（一）本案已属刑事案件，原告也已向公安机关报案，应按“先刑事后民事”的原则，移送公安机关处理。

涂孟林和袁荣华利用农行金穗卡、工行牡丹卡、建行万事达卡蓄意透支三家银行款达 9 万多元，袁荣华在南昌县莲塘镇电机厂工作时还涉嫌贪污、挪用公款 17 万元之多，且在抚州任职期间已利用牡丹卡恶意透支 2 万余元，从他们的主观恶意性、手段的奸作恶劣和重复作案造成的巨大损害综合分析，本案已不是普通的信用卡透支案，而是一起利用信用卡诈骗的重大刑事犯罪案件，原告与另二家受害银行已向赣州市公安局报案，赣州市公安局也已认定涂孟林、袁荣华涉嫌诈骗，并采取了刑侦措施，虽因二人外逃未能归案，依据“先刑事后民事”的原则，仍应由公安机关先全力缉拿，人民法院不能作为普通经济纠纷先行立案受理。即使法院受理时不知公安机关已作刑事案件处理。在审理过程中，根据涂孟林、袁荣华的上述犯罪行为，也应当依照 1985 年 8 月 19 日《最高人民法院最高人民检察院公安部关于及时查处在经济案件中发现的经济犯罪的通知》和 1987 年 5 月 11 日《最高人民法院最高人民检察院公安部关于在审理经济纠纷案件中发现经济犯罪必须及时移送的通知》规定，立即移送公安机关处理。如不全力缉拿涂、袁二人归案，追究他们的刑事责任，必将后患无穷。

（二）原告农业银行存在重大过错，本案担保是个人担保中国农业银行赣州市支行在其公开散发的宣传资料《金穗万事达信用卡业务知识问答》中载明：申请个人卡的须是有正常固定收人、有本市常住户口、年满十八岁的各界人士。但涂孟林的常住户口却在南昌布，因此，不具备在赣州市申领金穗卡的资格。原告自身违背规定，不审核或无视涂孟林的情况为其办卡，让不该发放的信用卡发放出去，为涂孟林的诈骗行为提供了条件，这是导致本案信用卡透支的根本原因，所以原告的损失由其自负其责。

农行赣州市支行诉称涂孟林的金穗信用卡担保人是赣州华飞电子工贸公司，这与种种事实不符。

1.《金穗卡申请表（个人卡）》中“持卡人须知”第二条规定：“申请人须提供一名有本市户口、有固定工作单位、固定收入和固定住址的担保人。”这就是说，担保人应该是也必须是个人。

2.《金穗卡申请表（个人卡）》表头的注意事项第二条规定：“担保人必须是本市居民、有固定工作单位，夫妻关系不能互相担保。”这里说的担保人也是个人。

3.涂孟林的申请表中“担保人资料”填写记载的是袁荣华的姓名、工作

单位、性别、出生年月、婚否、单位性质、职务、本人月收入、身份证号码和与申请人关系等个人资料。担保人的保证词也完全用的是个人担保的口气：“我愿为申请人担保，当贵行与申请人联系中断或申请人无力偿还其透支利息时，我愿偿还申请人未偿还的所有债务。”保证词后末尾只有供个人担保签名的“担保人签名”项（不是签章或加盖公章）。

4.原告农行赣州市支行早在1994年元月24日前已发现涂孟林恶意透支15946.60元。他们给担保人的《索债通知书》是这样写的：“根据中国农业银行金穗信用卡章程，担保人袁荣华应偿还涂孟林的所有债务。今通知担保人袁荣华于元月29日以前归还。”这里只字未提赣州华飞电子工贸公司，因此，担保人为袁荣华个人无疑。

至于涂孟林的申请表中担保人袁荣华签名处加盖的公章，充其量只是担保人袁荣华的身份，没有丝毫其他迹象表明赣州华飞电子工贸公司是以保证人的身份盖章。《最高人民法关于审理经济合同纠纷案件有关保证的若干问题的规定》第1条第3项也强调保证人以保证人的身份签字或者盖章作为保证合同成立的要件。因此，本案信用卡担保，是个人行为，不能追究单位的民事责任，更不能追究所在单位主管政府的所谓连带责任。

（三）即使退一步，假设赣州华飞电子工贸公司和袁荣华个人均为涂孟林提供了担保，也不能由赣州市水南乡政府承担连带责任。

赣州华飞电子工贸公司具备企业法人资格，《民法通则》第36条规定：“法人是具有民事权利能力和民事行为能力，依法独立享有民事权利和承担民事义务的组织。”第48条还规定：“集体所有制企业法人以企业所有的财产承担民事责任。”国务院《乡村集体所有制企业条例》也作了同样的规定。最高人民法院法发（1993）8号《全国经济审判工作座谈会纪要》中“关于执行法人制度的问题”更强调：“在审理经济纠纷案件中，要认真执行法人制度。对具备法人条件的企业，应当按照民法通则的规定以该企业所有的或者经营管理的财产承担有限责任。……确定企业的法人资格，原则上以工商登记为准。”本案赣州华飞电子工贸公司的法人资格已经工商局登记认可，农行赣州市支行又提不出任何相反的证据。因而，赣州市水南乡政府担保的赣州市华飞电子工贸公司的注册资金是真实有效的。决不能以现在华飞电子工贸公司已无财产偿债就反推其注册资金不实，因为注册资金只是企业开业时的自有资金，经过经营，因亏损、或因非法抽逃会减少。因此，企业的实有资产和注册资金不能混同。现在华飞电子工贸公司被注销，水南乡政府只是作为主管政府签署了批准注销意见，没有接收其一丝一毫的财产。所以，即使假定华飞电子工贸公司对涂孟林申领金穗卡的担保成立，也只是由其以自身的财产承担有限责任，水南乡政府不存在因注册资金担保不实或接收财产而产生的在不实范围或在接收财产范围内承担连带责任问题。

（四）一审法院审理过程违背法律程序

首先已如前述，本案应依先刑事后民事的原则移送公安机关处理而未移送。

其次，从级别管辖看，本案诉讼标的本息合计只有三万多元，依照《民事诉讼法》和江西省高级人民法院的具体规定，不应由中级人民法院作为一审法院审理。

再次，承办本案的是中级人民法院经济纠纷调处中心。根据最高人民法院的有关规定，调处中心受理的案件，应当是本法院对案件有管辖权，而且

各方当事人自愿接受调解，调处中心在办案中不能采取财产保全等措施。而本案一审法院既无管辖权，当事人一方又未自愿接受调解。在送达起诉状副本和应诉通知书之前就裁定冻结被告银行存款，包括江西省财政厅、江西省高级人民法院《关于明确乡镇财政所预算内帐户不应冻结的通知》明确不能冻结的财政预算帐户。

详细的材料、缜密的分析，最终赢得了二审法院承办法官的赞同。他们在终审裁定书和给一审法院的说明函中采纳了上述意见，二审的终审裁定，不仅标志着本案结束，也为赣州市水南乡政府在随后与中国工商银行赣州市支行的相同诉讼中胜诉奠定了基础，并使建设银行赣州市支行知难而退，终未提起诉讼。

这真是一案胜，胜三案。

作者简介

陈建国 36 岁汉族，南京市人，大学本科。民事党员。金陵律师事务所创办合作人、主任助理、三级律师，自 1985 起先后 8 次被授予“ 江苏省先进律师 ”、“ 江苏省优秀法律顾问 ”、“ 全省司法行政系统先进工作者 ” 及 “ 南京市司这局先进工作者 ” 称号。

自 1983 年从事律师工作 14 年来,先后担任 34 家企业事业单位常年法律顾问，帮助草拟和审查各类经济合同 780 余份、涉外合同 360 份、技术合同 20 份、联营协议 44 份、集团合同、章程 12 份、合资合同、章程 24 份，避免经济损失 1.7 亿元，索回赔（欠）款 1.2 亿元。办结刑事辩案件 87 件、民事、经济、行政案件 480 件、代理非诉讼案件 2320 件、代理国际经济贸易仲截、国内经济合同仲裁案件各 10 件、代写法律文书 1180 件、解答法律咨询 1200 人次。普法讲课 110 场次。

在《法学》、《法学杂志》、《法学天地》、《经济法制》、《司法行政》、《对外经贸企业管理》、《律师与法制》、《江苏律师》、《江苏对外经贸论坛》、《南京企业管理》、《江苏商论》、《管理现代化》、《东方企业家》、《江苏乡镇定业》、《江苏法制报》等理论刊物上发表论文、经验总结、案例分析 29 篇，参加九次市级以上专业研讨会、经验交流会。特别是针对法律规定的盲点、法律适用的难点，进行理论探讨，发表《我国外贸代理制与代理制度的冲突与补叙》（刊于《法学》）。针对企业集团内外法律关系的热点、焦点，发麦《企业集团的法律冲突与对策》（刊于《法学天地》）。针对我国重返关贸，开放服务贸易，允许外国律师事务所在我国设办事处的信号，发表《重返关贸给我国律师业帝来的机遇和挑战》（刊于《律师与法制》），并入选武汉工业大学出版社《当代领导者管理艺术丛书，管理艺术文》）。

在为企业提供法律服务中，为增强企业法律意识，防患于末然，避免纠纷，增强可操作性，发表《举办中外合资经营企业必须注意的法律问题（刊于《经济法制》，并入选中央党校，团结出版社《中国特色社会主义文库》）、《对外贸易合同易发生纠纷的法律问题与诊治》、《企业如何使用法律顾问，提高经济效益》、《企业追款应注意的问题》、《签订经济合同的技巧》等文章，指导企业依法治厂，把正业管理纳入法制轨道。

主管本所法制宣传报道工作，在市级以上报刊、电台、电视台、地方史志、简报上发表十余篇宣传稿件。

现为江苏省法学会会员、南京市法学会会员、江苏省国际经贸学会理事、《律师与法制》特约记者、江苏省法制记者协会会员、中国版权研究会会员、民革南京市委员会经济工作委员会委员。

单位名称：南京市金陵律师事务所
详细地址：南京市云南路 50 号
邮政编码：210008
联系电话：（025） 3318204 6634664

是继承，还是析产
陈建国

案情简介

1932 年，原国民党高级军政人员蒋某某与其妻黄某某在南京高楼门 42 号建有房产一栋，建筑面积 354.8 平方米。1939 年蒋、黄离婚。1951 年蒋某又与刘某结婚。1955 年蒋、黄因高楼门 42 号房屋产权纠纷，经南京市中级人民法院判决，该房屋产权三分之二归蒋所有，三分之一归黄所有。此房当时全部出租给江苏省新华书店使用。1958 年，该出租房屋全部被纳入社会主义改造。1980 年前后，蒋曾多次上书政府部门，要求落实私改政策发还房屋。1982 年蒋自书遗嘱一份，将已被改造尚未发还的三分之二的产权指定由妻刘某及次子蒋甲、次女蒋乙继承。1983 年，蒋病故。1985 年南京市房地产局根据中办发（1984）44 号文件，认定属于黄某某所有的三分之一产权面积不是改造起点，属于错改，遂发还。1988 年 4 月，市房地产局又根据当时统战政策和市委领导特批，将其余三分之二产权“发还”给蒋某某遗嘱。在分割此三分之二房产时，刘某依据蒋某某的遗嘱，没有分给蒋、黄所生子女蒋丙、蒋丁，为此，发生纠纷诉讼至南京市玄武区人民法院。玄武区人民法院审理后认为，蒋丙、蒋丁虽系被继承人蒋某某的法定继承人，但遗嘱继承优于法定继承，认定遗嘱有效，按遗嘱继承。蒋丙、蒋丁不服上诉，委托笔者代理二审。

分析意见

在审理此案中有两种观点：

一种是主张法定继承的观点，否定遗嘱继承。其理由：蒋某某设立遗嘱时，房屋已被私改，所有权属于国家，遗嘱继承的财产内容不属于蒋的个人财产。遗嘱处分属于国家所有的财产显然无效。发还的房产应属蒋某某的遗产，理应由其全部法定继承人共同继承。

另一种是主张遗嘱有效的观点，否定法定继承。其理由：蒋生前一直没有放弃归还房产的请求，并于 1982 年立下遗嘱表示了这一要求。遗嘱未能即时兑现，是由于归还迟误的客观原因。这种时间上的差异并未导致遗嘱无效。遗嘱继承优于法定继承，应按遗嘱下理此案。

综上二说，主张法定继承的观点，简单否定遗嘱无效。得出既然遗嘱无效，则必然按法定继承处理的结论；主张遗嘱继承的观点，以发还产权结果推论私改错误，从而得出发还产权的效力应追溯至私改以前，进而证明遗嘱有效。

笔者认为，本案既不是法定继承，也不是遗嘱继承，而是析产案件。理由如下：

（1）对城市私改出租房屋的改造工作，作为社会主义改造的重要组成部分是完全必要的和正确的。纠正私改中的工作失误与“左”的偏差，是为了更好地落实党的政策。妥善处理私改遗留问题，不是对参与私改工作的否定。本案中，黄某某根据法院判决对高楼门 42 房产拥有三分之一的产权，其出租面积不是国家规定的改造起点，当时被一并改造，在法律性质上属错改。依照民法通则，无效的民事行为，从行为开始就没有法律约束力。此处的“发还”，严格地从民法学意义上讲，应是“返还财产”，是民法通则中规定的

一种民事责任。

（2）本案发生争议的高楼 42 号三分之二的产权发还，究竟属于什么性质？应作具体分析。蒋某某拥有的三分之二产权符合国家私改标准，且全部出租，对其改造完全符合当时政策和法律规定，是有效民事法律行为。如今“发还”，是根据国家统战政策和领导的特批，对蒋某某家属的特殊照顾，而不是错改后的发还。这种性质的“发还”，不属于民法通则中返还财产的法律概念，而是一种新的所有权关系发生的依据。

（3）弄清发还产权的法律性质，就不难区分此种发还产权与错改发还产权，在产权转移时间上的不同。前者是：私改前产权属蒋某某私人所有；私改后产权归国家所有；发还后财产权从国家转移至蒋某某遗属。后者是：私改前产权属黄某某私人所有，私改后产权中占有、使用、收益等项权能暂时与所有人分离，发还后上述三项权能归还所有人，也就是说，产权始终是没有发生转移。

依据民法原理，1958 年国家对蒋某某所有的三分之二出租房屋进行社会主义改造，是根据国家政策和法律，不以原所有人的意志为转移，属于财产所有权的原始取得。如今蒋某某遗属根据国家有关特殊照顾的政策，重新取得三分之二的房产权，也不以他人的意志为转移，而是直接依据法律政策取得所有权，这同样也是一种原始取得。而继承是所有权传来取得的方式之一，是对原有人权利的继受，是以原所有人的意志为转移的。由此可见，本案根本不存在继承法律关系。

区分两种不同“发还”的法律性质，是正确地分析和确定案由进行代理的关键。此案所“发还”给蒋某某遗嘱的产权，理应在蒋某某所有的亲属中分配，自然包括前妻所生的子女蒋丙、蒋丁。遗嘱间为分割共同共有的房产而发生诉讼，案由是显然应定为析产。

市中级人民法院完全采纳了笔者的代理意见，判决高楼门 42 号三分之二产权由刘某及蒋甲、蒋乙、蒋丙、蒋丁共同析产、分割。

作者简介

曹星（1935.6—）一级律师。江苏南通人。曾进修于华东政法学院，于1956 年在上海浦东川沙法律顾问处任律师；1957 年改行从事音乐作曲、指挥专业，1980 年重操律师职业。是杭州市律师协会会长，亚太律师协会成员，浙江省律协常务理事，中华全国律协民事代理业务委员会王任，兼任杭州市音乐协会主席。

从事律师工作以来，办理各类案件数目件，真中青不少是重大、疑难案件。在刑事辩护中，曾使多名被告获宣布无罪或从轻处理。如：1982 年他为浙江某厂厂长贪污案辩护中，向法院提出了被告无罪的意见和材料，经一审、二审核诉，终使被告宣布无罪；1983、1984 年，分别为某涉外流氓、某玩忽职守案辩护，均使被告获得从轻处理：先后为两名一审被判处死刑的女青年上诉，获得改判。上述案件的正踊处理，产笠了良好的社会效果。1988、1990 年分别为著名演员陈佩斯、刘晓庆名誉权案的被告担任代理人，与双方当事人反复协商，使法院顺利地进行了调解，博得了海内外各界人士的好评。还为多名被判死刑的被告上诉，获得改判；在代理经济纠纷和法律顾问工作以及律师事务所建设著乃面也有显著成绩。1991 年曾任杭州市友好代表团团长出访日本。数年来，地方及全国报刊报道曹星业绩的文章多达 200 宗篇。部分辩护词、代理词以及案例已被收入《著名律师辩护词代理词精选》等书。1993 年 1 月 5 日以名字命名的星韵涉外律师事务所成直，兼任主任。1993 年 6 月参加全国律协代表团赴印尼出席亚太律协大会，并发表了论文。曾荣立二等切一次，并被评为杭州市劳模。曹星还是一位杰出的音乐家，他的《龙井茶虎跑水》等作品，有的已收入了《中国新文艺大系》，有的在海内外广泛流传。他领导的西子文声合唱团曾获全国大赛一等奖，他本获指挥奖和浙江省“金艺奖”。一位美国法学教授称颂他是亚洲少有的“艺术型”律师。

曹星的人生信条是：不以高官厚禄为荣，但以无德无有为耻；不以身家性命为重，但以黎民百姓为忧。

单位名称：杭州市律师协会
联系地址：杭州市延蟹路 400 号二轻大厦 6 楼
邮政编码：310006
联系电话：（0571）7066846

陈佩斯诉布董味侵害名誉权案
曹星

案情简介

1988 年 6 月 2 日，《湖南广播电视报》刊登了署名“布董味”的一篇文章《陈佩斯跑了》。陈佩斯认为该文有多处捏造、歪曲事实，并用了大量篇幅的侮辱、诽谤性的语言，对其大肆进行人身攻击，贬低其人格，使其在名誉上受到了极大的损害。陈佩斯认为，该文有几处不实之处：一、1988 年 5 月 2 日至 16 日，湖南省电视台所派代表王某某在北京与我协商演出问题达成的口头协议是：（1）、我去表演声乐，不演小品；（2）、电视台负责提供

较大的乐队伴奏；(3)、电视台负责安排我到长沙后即与企业家见面；(4)、演出酬金，按省电视台规定付给。我 5 月 23 日晚抵长沙后，问乐队和与企业家见面的问题准备得如何？这台晚会的制片主任和节目主持人说不知道有上述之事。晚餐后到了住处我又再次提出上述要求，晚会制片主任一再说乐队不好请，我们去想想办法；和企业家见面时间这么紧，一时很难安排。我当时就说为了保证质量，乐队一定要请到。24 日上午，当我到电视台准备走台时，晚会导演告诉我：乐队没有请到，改用钢琴伴奏怎么样。我不同意，要求按协议办事，于是导演才说下午去请乐队，晚上走台。当天下午在餐桌上制片主任明确告诉我，没有请到乐队，25 日上午再说，晚上不能走台了。鉴于电视台方没有履约的诚意和履约的实际成效，为了对艺术负责，对湖南几千万观众负责，我认为没有再履约的必要。在给举办单位和电视台负责人打电话说明理由后，我于 24 日晚上 9 时 22 分离开了长沙。这完全是由于电视台单方面擅自更改协议，没有履行协议所规定义务而造成的，我离开长沙是正当的、合法的、无可非议的。二、关于乐队问题。这是电视台方事前承诺的，电视台擅自更改为钢琴，已是单方违约。该文中讲“ 终于高价请来了一个有八名成员的电声乐队，并郑重其事地把这个消息告诉了陈佩斯夫妇，以求息怒和谅解 ”。事实是“ 郑重其事 ” 地告诉我“ 乐队没有请到，24 日晚不能走台了 ”。三、我是 5 月 24 日晚离开长沙的而该文却说“ 5 月 25 日晚。长沙。‘ 救场如救火 ’，而陈佩斯正是选择这样的时刻跑掉的。人们愤慨了。 ” 用这种故意裁剪时间的手段，煽动读者对我的不满情绪，从而败坏我的声誉。四、该文还编造了所谓“ 三星级 ” 宾馆的招待、湖南电视艺术家协会主席登门看望、我夫妇吃饭众人在一旁干等以及报酬问题的答问“ 一首歌三百元怎样？ ”“ 陈回答：‘ 至少四五百元 ’ ” 等虚假事实，贬低我的人格，破坏我在观众中的形象。五、该文还说“ 陈虽有一定知名度，但他唱歌毕竟是业余爱好，有些戏是‘ 戏不够，笑来凑 ’ ”，“ 陈佩斯本来是一个滑稽演员，却要唱歌 ”，事实上中央电视台曾播出的《四重奏》、《狗娃与黑妞》、《拉拉队之歌》等都有我的声乐表演，并获得观众的好评。声乐对于我来说绝非该文中所言的“ 毕竟是业余爱好 ”。

由于《湖南电视报》刊登了“ 布董味 ” 的《陈佩斯跑了》一文，在观众中造成了严重后果和恶劣影响：1988 年 6 月 7 日在湖南省湘乡市体育馆演出时，不少受文章蒙蔽的观众朝我扔石块、砖头、冰棒和硬币，使我的人格遭到了空前的侮辱；1988 年 6 月 3 日至 8 日“ 振兴湘潭歌剧 ” 的义演活动遭到惨败，造成重大经济损失；1988 年 10 月在中央电视建合 30 周年大型晚会上，原安排我父于演出喜剧小品，因该文影响，我父子均无力参加。

鉴于上述事实和理由，陈佩斯于 1988 年 7 月 1 日向长沙市北区人民法院起诉，要求作者和报纸为其恢复名誉，挽回影响，公开赔礼道歉。并赔偿精神损失补偿费 5 万元；中央电视台建台 30 周年晚会损失费 300 元；为湘潭歌剧团义演失败损失 60955． 60 元；为民俗博物馆寻求资助损失 25 万元；因受文章影响，致使影片《傻冒经理》延长拍摄周期，延长后期制作，人为地造成直接损失9.1万元 赔偿为诉讼而支付的费用1.8万元，共计赔偿460255．60 元。长沙市北区人民法院将该案移送长沙市中级人民法院审理。此案于 1989 年 5 月 19 日在长沙市开庭审理。

代理词

审判长、审判员：

我依法接受本案被告当事人刘学稼、陈先绪、刘健安的委托，并受杭州市第二律师事务所指派，担任代理人，出庭参与诉讼活动。

首先，我对原告及其代理人致意，并对社会各界给予本案被告方的关心和同情，表示衷心感谢。

在法庭的调查阶段，原告、被告当事人以及证人向法庭陈述了意见，使本案的基本事实搞得比较清楚。现在，我就本案有关的主要问题，以及原告方发言中提到的一些有必要进行澄清的问题，向法庭提供几点意见和材料。

一、原告人诉被告人侵害名誉权的事实、理由及赔偿请求均不能成立，被告人反诉原告侵害名誉权的事实，理由比较客观、充分。其具体根据有以下几点：

《民法通则》101 条的规定比较明确，侵犯名誉权是指以侮辱、诽谤方式损害他人人格的行为性的言词”，主要有五点，但这五点完全不属侮辱、诽谤性质。

原告人指挥被告人在《陈佩斯跑了》的文章中用尽侮辱、诽谤。

（1）关于称被告“唱歌毕竟是业余”，“本来是一个滑稽演员，却要唱歌”以及“戏不够，笑来凑”等提法，客观真实地反映了事物的本来面目，无任何值得指责之处，原告人也并非专业歌唱家这是连本人也无可否认的事实。再说业余歌唱家也未必低人一等。滑稽演员和喜剧演员在我国同属一种剧种。上海等地至今仍然如此称呼。戏不够，笑来凑是我国文艺界编导人员在长期实践中形成的一种做法。这种观念可能在今天已不时兴，但却与侮辱、诽谤的概念丝毫挂不上钩。

（2）原告指控被告在文章中提到“陈夫妇”同行也是侮辱、诽谤，这就无须进行反驳。因为这是一个真实的情节。

（3）原告人认为文章提到“开价”问题，是“赤裸裸地诽谤和诬蔑”，这一点还是用原告自己的话来证实一下为好。1988 年 6 月 4 日，原告对湘潭电视台记者谈话时说：“有很多歌垦，他们只能唱一两年所以都想在这一两年里捞一点是一点，奇货可居么！还有一些艺术家是穷怕了”1988 年 6 月 10 日，原告人在长沙举行新闻发布会时说：“钱的问题是我提出来的”，“我也是罗锅上山——钱紧”。此外证人王小霖证实当时谈到 400 元，原告只是笑了一下，这些原告都是承认的。文章对“开价”问题的评述，不仅毫无诽谤的色彩，相反，这一点是为原告人留有余地的。

（4）原告认为文章提到“过分要求”的问题也是诽谤。这是本案纠纷的焦点之一，我们可以对此充分摆事实讲道理。必须提出，任何对文艺演出有一点起码认识的人们都会清楚地看得出的，一个演员，不论是什么样的演员，为了唱一首歌，不但要演出单位提供一个大乐队，而且要乐队按照自己规定的时间合乐，同时还必须以和企业家见面为演出先决条件的事，这可能是我国文艺史上前所未有的记录。这种要求何止是“过分”？说得更为确切一点，是地地道道的无理要求。更令人感到过分的还有三点：

第一、邀请单位联系乐队的最初阶段，从音乐界人士处获悉，世界各国有许多著名歌唱家演唱《我的太阳》时，使用钢琴伴奏，我国的尚家骧先生翻译的版本也是钢琴伴奏，因而请来了湖南省最有影响的钢琴家素梅来为原告伴奏。但原告不仅立即拒绝，而且对已经到场等候的钢琴家丝毫未有任何

表示就走了。这种极为傲慢的态度，难道不是对湖南艺术家的一种侮辱吗？事实表明，原告人拒绝钢琴伴奏，放弃了第一次合乐、练声的机会，他完全不了解钢琴的作用和声乐家的艺术要求。

第二、按照原告所坚持的要求，晚会导演千方百计联系好湖南的一个专业乐队，并约定于 25 日上午合乐。如果原告有演出诚意，为什么一定要坚持在 24 日合乐，却不可以于 25 日合乐呢？是协议规定的时间吗？是一个演员应有的特权吗？是乐队在 25 日合乐太仓促,达不到原告的艺术标准吗？回答十分肯定：都不是。俗话说，客随主便。任何演员应邀到异地参加一个综合文艺晚会，都应该尊重主办单位和导演的安排，在不影响总日程计划的情况下，具体日程的安排权属主办单位，更何况这个乐队曾先后完成过许多重要的演出任务，其水平完全能够在很短的时间内为原告搞好一首歌的伴奏。原告人凭什么拒绝邀请单位的这一良好的安排？又凭什么称邀请单位违约呢？

第三、为了尽可能地满足原告人要与企业家见面的要求，主办单位已安排好 25 日下午进行。长沙市经委副主任王利安等多人为此做了很多落实工作。不仅有十五家企业负责人，还有省、市有关领导出席，但原告人却一走了之，给主人和准备与他见面的企业家们以十分难堪的回答。难道一个有点名气的演员可以享有想见谁就见谁，要什么时候见就什么时候见，要想不见就不见的特权吗？我看，在我们国家里任何人都不应享受这种特权，也绝对不允许这种特权存在。原告人这一做法不仅是过分，而是太过分了。

（5）原告人认为文章中使用“偷偷地跑了”等富有感情色彩的言词也是侮辱、诽谤。事实证明原告是在行前只给一名并不直接负责这场晚会的电视台台长打了一个电话。这是一个通知，而且接电话人没有同意，再三要求等一下。原告不仅没有与主办单位的负责人进行协商，更没有向具体接待他的总务、导演以及主办单位的负责人进行协商，更没有向具体接待他的总务、导演以及准备为他伴奏的乐队和他一再希望见面的企业家中的任何一位有关人员打招呼，就擅自返回北京。这种在大家毫无精神准备下的走法，必然使众人感到意外和失望，能说成是名正言顺吗？

很显然，原告人所列举的上述问题，都是客观存在的事实。

至于原告对文章中某些细节的提法认为是“严重失实”，也是有争议的。被告当事人对此已作了令人信服的回答，没有重复的必要。但我必须指出，对这些细节无论怎样纠缠不休，也不可能使其升格为侮辱和诽谤的性质。例如文章报道原告人离长沙的时间，把 24 日写成 25 日，这是当时缺乏证实依据而作了对原告比较有利的考虑，如果读者知道原告人是在到达长沙后的 24 小时就返回北京，也许会产生更多的责问和想法。诚然，原告人对这方面发表了不少意见，其中确有一些可供有关人员在今后工作中注意改进的地方，但这些问题绝不可能因为有人抓住不放而发生实质性变化。

本案最基本的焦点就是两个：

一是身为著名演员的原告人应邀来长沙后，是否没有履约演出就提前返回了北京？即使有理千条，该不该这样做？

二是身为新闻工作者和知情人的被告人面对当时的实际，是否有权写文章提出批评，是否捏造事实或以污言秽语对原告人进行侮辱和诽谤。

上述两个焦点相互之间产生了因果关系，没有前者就不可能有后者的发生。

原告、被告双方都无法回避这两个实质性的问题，任何一方都不能依靠

主观臆断或者推理分析来证实两个问题，唯一的办法就是靠证据。

现有的大量证据已可以充分证明：（1）原告人陈佩斯应邀来长沙参加演出，向邀请单位提出的几个条件，不论合理或不合理的，邀请单位都给予重视，并积极进行了落实。由于原告人不顾邀请单位当时的实际困难，不恰当地提出了邀请单位必须在演出前一天完全兑现的时限要求，并在演出前一天就擅自离开了长沙。使邀请单位蒙受了损失和耻辱。这不仅反映了原告人陈佩斯在演出前跑了的事实，而且也反映了这种跑法是毫无道理的。（2）本案被告人在众人责问和要求下，对上述主要事实进行核实后，写出的《陈佩斯跑了》一文及时地对原告人的错误提出了批评，不仅有利于原告进行冷静的反思，从而做一个更受人民尊敬的演员，而且对纠正文艺界某些不正之风具有积极的社会意义。因此，即使原告人诉诸法律以后，这篇文章还是得到社会和新闻界广泛支持。1988 年 12 月在武汉召开的全国 20 省市广播电视报年度优稿评选中，这篇文章被评为一等奖。今年 3 月在湖南广播电视系统和湖南省专业报研究会年度优稿怦选中均获得一等奖，这一事实表明，人们尽管可以从这篇文章中找到某些不足之处，但无论如何也找不到足以证明是侮辱和诽谤他人的地方。

人们都知道，任何公民行使民事权利，履行民事义务，既受法律保护又受法律约束，必须以不违反社会公共利益为原则。原告人虽是名演员，同样必须遵循这一原则。被告人文章的内容、目的和社会效果完全符合这一原则，不仅没有侮辱、诽谤原告的人格，而且还为原告留有较多的余地。因此，原告人指控被告侵害名誉权的事实和理由，显然不能成立。

至于原告人提出的赔偿请求，不论是先前的 46 万元，还是如今的 21 万元，都是缺乏事实和法律依据的。根本不可能为任何人所接受。有关这一点，我还将进一步阐明意见。

此外，关于被告方提出反诉的事实和理由，有必要补允一些意见和材料。

（1）起诉状所提出的四点事实具有明显的侮辱和诽谤特点。例如原告人在新闻发布会上宣称被告人“ 恶意 ”地对待“ 我国喜剧事业 ”，这分明是在用捏造事实的方法给被告人扣上了政治帽子。又如原告人公然诽谤被告人把一台“ 粗制滥造 ”的节目的“ 危机 ”转嫁给他。这种纯属无中生有的说法，已经严重损害了被告方公民和法人的名誉。此外，在反诉状中尚未提到的类似情况还有不少。例如原告一再公然宣称湖南主办单位“ 违约 ”。这同样是一种故意诋毁他人信誉的行为。

（2）原告人既然十分珍惜自己的名誉权，却又不顾事实，任意侮辱和诽谤他人，中伤之程度，远远超过了他稽控被告人侵权的几点所谓事实。这是不是意味着一个著名演员的名誉要比普通的公民和法人的名誉权更为高贵一些呢？回答是否定的。按照我国法律的规定，任何公民在法律面前不享有特殊权利，因而任何公民不分高低贵贱，其名誉权都应受到法律保护。鉴于被告人提出的反诉要比原告人的起诉更为客观、有力，提请法庭给予应有的注意和考虑。同时，我们也愿意表明态度，如果原告人考虑撤诉进行和解，被告人也可撤回反诉，准备考虑合理合法的和解方案。

二、根据我国法律和国情，就本案涉及到的公民名誉权、舆论监督和演员艺德问题，谈几点看法，供法庭评议时参考。

（1）长期来，我们国家不重视保护公民人身权利，尤其是公民的名誉权，以至发生过不少悲剧，这是人所共知的事实。自从《刑法》和《民法通则》

对此作了明确的规定以来，使公民能够用法律武器来保护自己，这是值得庆幸的好事。包括本案原告人为了捍卫自己的名誉权而诉诸法律，都是很正常的，可以理解的。但本案的关键之一是原告人如何更客观地理解和爱护自己的名誉权。

我们认为，任何公民和法人都享有维护有关其素质、才干、品德的社会评价不可侵犯的权利，同时也必须履行遵守国家法律、维护社会公德的义务，任何只强调权利而不承担义务的观念都是有害的。同样，不论是什么人如果要维护自己完美的形象，就必须有勇气随时修正错误，因为人是不可能一贯正确的。我确信，原告人如果能实事求是地分析一下被告提出批评的文章，像最初表示的那样对观众致以歉意，同时也可利用新闻媒介说明一些情况，也许能获得相当好的效果。对于新闻媒介引起的名誉权纠纷，世界各国都有，但并不都是用打官司的方法解决。原告人在《陈佩斯跑了》一文发表后不久，以新闻发布会等形式进行了多次反批评。而同年 3 月 8 日湖南广播电视报总编辑何立痒先后两次向陈佩斯表示，“ 欢迎陈先生写文章在本报发表 ”，为他澄清事实提供了同样的阵地和机会。但遗憾的是，这些诚意没有被原告人接受，致使本来早就可以解决的纠纷反而扩大化。

（2）我们这个国家缺乏舆论监督，因而民主与法制建设的进程缓慢而困难。本案几位被告人都是从事新闻工作的，他们有责任有权利拿起笔与某种不良倾向作斗争，法律和社会应给予他们更多的勇气，揭露和批评一些权贵人物，而不是只敢批评服务员等老百姓。但有人却无端指责作用、甚至连“ 跑了 ”、“ 走了 ”这样的普通生活用语不能用，那该用些什么语言呢？新闻记者如果连这样的用语都要请示批准的话，中国还要搞什么新闻报道？还搞什么舆论监督？当然，新闻工作者应该尽可能避免失实，提高报道的真实性，但人们如果要求字字句句准确无误，这在全世界都是无法做到的，即便是经过严格调查程序的法律文书，有时也会出现差错。所以，请法庭对此给予特别注意，对新闻工作者的合法权益坚决加以保护。

（3）现在证据证实，本案原告人应邀来长沙唱一首歌，主办单位除了要承担宿、食、行、玩和请乐队的经费开支外，还答应 400 元以卜的报酬。这个，比起某些歌星几场几万元来说，确实是徽不足道，但它还是比广大工人、职员、干部和知识分子的月工资高一两倍。这种情况的存在，人民群众本来就很不满意。如果被邀请的演员又由于其他条件的不合适而临场拒演的话，就必然使人更为不满。

我希望本案原告人能充分理解这一点。在此，我谨向法庭提供一点最新的材料，它足以否定本案原告人申诉自己为何不能在长沙演出的理由。著名歌唱家李谷一、电影艺术家程之等这次来长沙，参加欢迎湘籍台湾作家琼瑶的《故乡情》晚会。他们 5 月 5 日与乐队合乐，并于当天参加了晚会的演出，没有向邀请单位提出任何条件和要求，然而，他们的演出获得了成功，感动了包括琼瑶女士在内的所有观众。担任晚会导演的是本被告人之一的刘稼，副导演是本案证人之一（赴京邀请陈佩斯先生）的王小霖，由本案证人之一的沈宝隆学联系的乐队，一天排练了十多首歌的伴奏，当晚进行了现场伴奏。诚然，组织这样一场晚会，无论是演员还是主办单位，都会遇到各种各样的困难，特别是接待工作上的不周，连导演都感到深为歉疚。但这些艺术家们以其高尚的品德，协助主办单位克服了一个又一个的困难，保证了晚会的顺利进行。因此，他们受到人们的尊敬和称赞是理所当然的。反之，人们对文

艺界和社会上的某些不正之风极为不满，并以各种合法形式作出了反应，其心理也是可以理解的。

由此可见，名誉权、舆论监督和艺德三者是建设社会主义精神文明不可缺少的组成部分。艺术家们珍惜自己的名誉，最好的办法就是保持和发扬高尚的艺德。纠正文艺界和社会上不正之风的重要办法之一就是充分运用舆论监督的手段，进行无情的揭露和抨击。但最好的办法是迅速制订有关法规。我深信，原告人如果能理解或部分赞同上述看法，我们之间就可以逐渐缩小甚至消除分歧。

三、为了确保本案能依法得到公正的处理，有必要提请法庭注意，对某些企图以权压法、以势压人的活动保持应有的警惕。

有人多次声言：本案原告人是以一名普通公民的身份在与湖南某官方报社打一场官司，这种说法是完全不符合客观实际的。情况恰恰相反，本案被告人是湖南的一家小报和几名普通的新闻工作者，不仅没有任何官方背景，他们还由于得罪了一名被称之为“国宝”的著名演员，而遭受到各种各样的压力。首先是原告以新闻发布会和记者招待会形式先后在长沙、北京等地对被告人写的通讯报道进行全面批驳和反击，又以接受采访和发表声明等形式进一步对被告方进行指责，有 20 余家全国性和地方报纸为此作了宣传报道。由于法院的劝说，被告方一再克制忍让，除应读者要求在报上刊登了两次答记者问（毫未涉及案情的是非问题）之外，没有采取其他任何对等行为，因此有不少读者来信责问，是不是这场官司已经输了？

接着，北京派了一位具有相当背景的人士，到长沙进行所谓的采访，回北京后就在一家全国性大报上声称看到了 30 份左右的证据证言，并据此对被告人进行了大肆攻击。

就在今年 4 月中旬，法院对本案进行第一次调解的前夕，一位来自北京的主管全国新闻出版工作的某负责人要某处长约见本案被告之一的有关人员，当面施加了压力，企图使被告方在调解中就范，并声言否则就可能危及湖南这家报纸的前途。4 月 14 日，法院调解结束后，那位负责人在住处与原告方人员一起进行了商谈。难怪有好几家报刊早已刊登原告人一再表示的决心：这场官司如果在长沙输了，就要到北京向最高法院申诉。

对此，我受权着重声明：本案被告人及其家属，对某些身负要职的领导干部，无视党纪国法，擅自利用行政职权，任意干涉地方诉讼活动，严重侵犯当事人合法权益的行为，表示强烈抗议。我们不论受到什么样的打击报复，也绝不会在真理和法律面前屈服于任何压力。我们要求这些人立即停止对本案的干预活动，并保留在必要时依法对他们进行控告的权利。

最后，衷心希望法庭尽快对本案依法作出公正的判决。