

为废除死刑而奋斗的律师——记法学教授李云龙

2011年2月25日第十一届全国人民代表大会常务委员会第十九次会议通过了《中华人民共和国刑法修正案（八）》，废除了经济性非暴力犯罪13个死刑罪名，我国《刑法》由68个死刑罪名减少至55个，这对我国死刑制度改革将是一个推动，也是人权保障的一大进步。特别是李云龙教授听到这一消息后，更是感到由衷的高兴，并激起他对研究死刑曲折经历的回忆。

一、24年前研究死刑萌芽时期

李云龙教授说：“对于死刑问题，是很值得研究的课题。1988年12月6日，江西省委召开‘纪念党的十一届三中全会十周年理论研讨会’，我向大会递交了‘初级阶段死刑问题研究’的论文，文章的基本观点提出了我国应从立法上限制死刑的适用。与会人员听后，有些赞成我的限制死刑适用的观点，也有一部分人极力反对，认为目前还处于严打时期，应当多杀些盗窃犯、抢劫犯，社会才能安定。”李云龙教授又将论文《初级阶段死刑问题研究》寄到上海华东政法学院《法学》学刊，该刊于1989年第2期全文7200字完整刊出，事后十多家报刊相继摘登和转载。一石激起千层浪，李云龙废除经济犯罪死刑观点，立即遭到120余封读者来信反对，说李云龙“为刑事犯罪分子说话，目前应多杀贪污犯、盗窃犯，社会才能安定”。

有争论才有学术。1989年春，江西省社会科学院召开课题议论会，时任江西省社会科学院副研究员、现任江西云龙律师事务所主任律师、南昌市仲裁委仲裁员、南昌市律师协会副会长、江西省社会科学院教授、江西省犯罪学研究会会长的李云龙，与时任江西省高级人民法院副院长、现任最高人民法院常务副院长的沈德咏走到了一起，两位青年法学工作者向大会联合递交了《死刑比较研究》课题论证书，被定为省级管理课题。

这一课题经过两年的努力，1992年2月由中国人民公安大学出版社公开出版了李云龙、沈德咏撰写的第一本《死刑制度比较研究》论著。

1992年6月11日《法制日报》报道：“《死刑制度比较研究》是我国第一部研究死刑论著，填补了这一领域里的空白。”《死刑制度比较研究》这部论著，其贯穿着一条主线，李云龙教授认为：“刑罚是随着人类社会从低级形态到高级形态的发展而渐渐从严酷走向轻缓的。”在比较各国刑法之中死刑制度后，第一次提出限制死刑，废除经济犯罪死刑的观点。

“经济犯罪，并不危及人们的生命，依据罪行相适应的原则，绝大多数国家的刑法对经济犯罪惩罚重点放在罚金刑，没收财产及有期徒刑上，很少适用死刑。”“过分依赖死刑会解除人们积极防范犯罪的思想，形成社会偏见，事事罪罪依赖死刑，这种‘重刑万能’的思想，是治理不好经济犯罪的，会削弱了综合治理机制，对人权也是一种侵犯。”

李云龙、沈德咏撰写的《死刑制度比较研究》出版后，流传至日本、法国和我国台湾地区等地。

日本明治学院大学石川武彦博士专程来到南昌，找到沈德咏，征求他的意见，准备将《死刑制度比较研究》有关章节译成日文。后来，《中国的经济犯罪与死刑适用》在明治学院大学的1992年第16期《社会学专攻纪要》学院刊物发表。

日本札幌学院大学法学部教授、法学博士铃木敬夫又将《经济犯罪与死刑适用》翻译成日文，1994年8月10日由成文堂出版社出版。

1993年台湾亚太图书出版社社长许根琼先生前来江西，约稿李云龙、沈德咏撰写死刑论著，1995年1月10日二人合著的《死刑论》在台湾地区出版，此书广泛在亚洲地区发行。

二、研究盗窃罪的死刑适用，缘于一次失败的辩护

李云龙教授痴迷于盗窃罪不适用死刑研究，何因？

1992年，江西南城县一个青年盗窃一车红塔山香烟，当时价值3万多元，被一审法院判了死刑。犯人家属找到了李云龙，请他出庭担任二审辩护律师。当时，我国适用的是1979年颁布的《刑法》，其中明确规定：个人盗窃公、私财产数额超过3万元应处死刑。李云龙律师虽然在辩护证据上作了很多努力，二审法院还是依法判处了死刑。在办理该案的过程中，受害单位曾找到李云龙表示：“只要他赔偿3万元经济损失，我们也不想要他的命。”家属也说：“我们愿意赔偿3万元，6万元我们都愿意赔。”但法不容情，李云龙最终没能挽救这个26岁年轻人的生命。

临刑当日，被告人家属告诉李云龙，说年轻人在执行死刑刑场上一直叫冤，“他没有杀伤人命，而只是偷了3万元的香烟，怎么判我的死刑呢？”

在司法实践中，以盗窃3万元以上判处死刑的案例不少。

此事深深地触动了李云龙，从此他以盗窃罪适用死刑的标准为课题，开始了对死刑的研究。

中国古代法律对盗窃罪都没有适用死刑规定，仅对强盗罪即抢劫罪可适用死刑。我国台湾、香港地区法律规定犯盗窃罪最高刑分别为7年、10年以下有期徒刑。李云龙教授还阅读、研究国外刑法，通过比较研究国外刑法对盗窃罪适用刑罚的规定。巴西刑法规定犯盗窃罪最高刑为8年，瑞士刑法犯盗窃罪判10年以下，印度刑法为7年以下，日本刑法为10年，奥地利刑法犯盗窃罪判5年以下有期徒刑……绝大多数国家刑法规定犯盗窃罪最高刑为10年以下，连无期徒刑都没有。而我国刑法不仅有无期徒刑，还有死刑，而死刑标准的犯罪数额为3万元。李云龙教授还告诉记者，南昌市东湖区人民法院有一个案例，盗窃一只狮子狗被判处了8年有期徒刑，1992年一条狮子狗的市场价值为5000多元，如果盗窃6只狗，价值超过3万元，依据1979年刑法规定，就可判处死刑，难道人命还不如狗命？经过一段时间的研究，李云龙和沈德咏合写的“盗窃罪适用死刑的比较研究”一文发表在1996年6月中国社会科学院主办的《法学研究》上，在学术界第一次提出：废除盗窃罪的死刑。文章表明：世界各国刑法都没有规定犯盗窃罪适用死刑的规定，盗窃3万元判处死刑，不符合经济社会发展情况，运用法律杀盗窃犯，不符合社会发展进步需要。盗窃犯罪侵犯财产所有权，并没有危及人的生命与健康，属于刑法上的轻罪，应当废除死刑。1997年制定刑法时，法学理论界的这一立法建议得到采纳，当年颁布新刑法即废除盗窃普通财产的死刑，2011年通过的《中华人民共和国刑法修正案（八）》进而全面废除盗窃罪的死刑。

李云龙教授研究死刑近24年，感叹说：“完善、改革中国死刑制度，可以挽救更多的人，这比单纯的律师辩护更有意义。”

三、为死刑犯辩护，19人死里逃生

在李云龙的办案日记里，有这样的记载：

夏良贵，因杀人两次被判处死刑，终审改判为无期徒刑；

涂景新，因贪污、挪用公款罪、脱逃罪一审被海南省海南中级人民法院判处死缓，二审改判：贪污 2560 万元证据不足，挪用公款罪不构成，脱逃罪不成立，最高人民法院指定海南省高级人民法院改判涂景新无罪；

邱健夫，因犯抢劫罪，一审被判处死刑，二审改判死缓；

魏珍宝，因投毒杀人，一审被判处死刑，二审改判死缓……

李云龙律师生涯中，为 25 个死刑案件辩护，结果 19 人改判，改判为死缓、无期徒刑、有期徒刑，甚至有无罪释放的，被称为“把死人说活的人”。

新建县厚田乡木埠村少年夏良贵，1997 年 6 月 2 日杀害了同村少女小慧。1998 年 7 月 1 日，南昌市中级人民法院依法判处夏良贵死刑。

夏良贵的父亲一手提着一篮鸡蛋，一手拿着判决书，慕名来到了李云龙家，“救救我的儿子，他还不到 18 岁啊！”

对一审判决不服，夏良贵请李云龙担任辩护律师，以犯罪时未满 18 岁为由提出上诉。江西省高级人民法院经过二审，认为一审判决夏良贵死刑事实证据不足，发回重审，要求查明夏良贵的出生年龄。

南昌市中级人民法院重审后，于 1998 年 9 月 30 日作出判决，认定夏良贵犯故意杀人罪，事实清楚。夏良贵出生于 1978 年 9 月 20 日，作案时已经成年，再次依法判处死刑。

夏良贵及律师李云龙再次上诉至江西省高级人民法院。出庭辩护的那一天，李云龙一针见血地指出：公诉人认定夏良贵年龄为 19 岁，依据是夏家的家谱和学生证上的年龄，这样的证据不具备法律效力。认定夏良贵年龄的唯一合法证据，应该是户口簿上的记载。李云龙当庭出示新建县公安局的户籍证明和新建县公安局签发的身份证，证明夏良贵出生日期为 1979 年 8 月 20 日。夏良贵实施犯罪行为是在 1997 年 6 月 2 日，离 18 岁尚差 78 天。按《刑法》第 49 条规定：犯罪时不满 18 岁的人不适用死刑。

法庭最终采纳了李云龙的辩护意见。1998 年 11 月 20 日，省高院撤销一审判决，改判夏良贵为无期徒刑。

谈起为金五华辩护之事，李云龙记忆犹新。金五华于 1997 年 7、8 月间在上海与熊某合伙开了一家金银加工店，熊某认为金五华性格不好，迫使他退伙，金五华为此一直怀恨在心。同年 11 月 16 日下午，金五华酒后与熊某发生争执，并发生扭打，他拔出随身携带的尖刀朝熊某的胸部猛刺几下，致熊某死亡。随后金五华即有悔意，三次拨打 110 报警，并告诉了自己的作案地点：“请公安机关来抓我。”

李云龙抓住这一事实，为金五华作了故意伤害罪的辩护，认定他多次拨打 110 电话的行为符合刑法自首的规定，请人民法院采纳认定这一自首情节，从轻惩处金五华。1998 年 3 月 24 日，上海市第一中级人民法院采纳李云龙的辩护意见，认定金五华犯故意杀人罪且具备《刑法》第 67 条自首的规定，因而判处其死刑缓期二年执行。

采访中，记者调阅了李云龙的部分办案案卷，看得出他很熟悉刑事法律对哪些犯罪不适用死刑，并提出事实与证据，供法院参考。他充分利用自己的这一优势，依法保护了当事人的合法权益，维护了法律的尊严。

被告人涂景新，被羁押前为江西省新大地实业发展总公司总经理、法人代表。1992 年，涂景新想在南昌市创办企业，就找到海南省机械设备进出口公司领导，请求帮忙，创办江西新大地实业发展总公司，后租赁江西省展览中心，将其改造成综合电子商城。经过几年经营发展，江西新大地实业发展公司已变成初具规模的商贸电子城。

1999 年 8 月，海南省人民检察院海南分院对涂景新、王慧艳（其妻）以涉嫌贪污罪立案查处，1999 年 11 月 5 日逮捕。

涂景新贪污、挪用公款一案由海南省人民检察院海南分院于 2001 年 8 月 14 日提起公诉，2002 年 7 月 11 日海南省海南中级人民法院开庭审理，2003 年 4 月 25 日海南省海南中

级人民法院作出（2002）海南刑初字第79号刑事判决书，认定：江西新大地实业发展总公司系海南机械设备进出口公司下属国有企业，被告人涂景新身为国家工作人员，利用职务之便，与被告人王慧艳互相勾结，侵吞公款2556万元，还挪用公款用于自己和借给他人营利活动，数额特别巨大，其二人行为均已构成贪污罪和挪用公款罪，被告人涂景新在被采取强制措施后在押解途中脱逃，其行为又构成脱逃罪。

一审判处被告人涂景新犯贪污罪判处死刑，缓期二年执行；犯挪用公款罪判处无期徒刑；犯脱逃罪判处有期徒刑二年，决定执行死刑，缓期二年执行。

被告人王慧艳犯贪污罪，判处无期徒刑。

一审宣判后，被告人涂景新、王慧艳通过各种方式找到了李云龙律师。李云龙律师接受委托后，直奔海南省海口市看守所会见涂景新，当时被告人涂景新心情十分难过，跪在地上，请求李云龙律师为其申冤。

李云龙律师多次到工商部门以及会计师事务所了解江西新大地实业发展总公司注册登记的情况。他费尽周折，找到了当初负责该公司资本登记审计的舒理仁会计师，据他2003年3月4日笔录证实：海南机械设备进出口公司作为新大地主管部门没有提供注册资金，而是由涂景新先期投资发展起来。这一证据在二审开庭起了很大作用。二审开庭审理时，李云龙律师提供11份新的证据，引起海南省高级人民法院刑二庭注意。李云龙律师又向最高人民法院反映情况，请求调卷审查。经最高人民法院调卷审查，指定海南省高级人民法院改判。2006年12月12日海南省高级人民法院撤销一审法院对涂景新、王慧艳犯贪污罪、挪用公款罪之认定，均因事实不清、证据不足而不能成立；涂景新在检察人员依法执行刑事拘留时，使用暴力逃脱的事实属实，但鉴于其行为不构成贪污罪、挪用公款罪，故亦不应当认定其脱逃罪。宣判涂景新、王慧艳无罪。宣判后，很多新闻媒体找到李云龙采访。《南方都市报》2007年1月19日刊登了《“死缓”商人涂景新七年翻案历程》；《江南都市报》2006年12月26日也刊登了《新大地涂景新缘何从死缓到无罪——本报记者对话委托律师李云龙，揭秘涂景新翻案全过程》；《法制日报》、《商界》等报刊，也对李云龙律师为被告人涂景新辩护进行了跟踪报道。

李云龙研究死刑并为死刑案件辩护的事迹，得到媒体广泛传播，2001年8月17日重庆卫视《龙门阵》对他进行专访；德国《时代周报》资深记者Georg Blume先生2001年12月15日赶赴南昌对李云龙律师进行三天专访，《时代周报》于2002年5月29日用三个版面进行报道李云龙教授律师研究死刑，为死刑案件辩护的事迹。

四、学术观点前卫，每每掀起波澜

《江西日报》主任记者袁淑英发表“与死刑打交道的人——法学专家李云龙采访记”一文，称“第一次碰到李云龙这样的采访对象，他的学术观点就像烫手山芋，许多观点一提出，在法学界会掀起不小波澜”。

《中国新闻周刊》记者吴晨光前往南昌专访李云龙律师，2001年7月23日发表了采访专稿《李云龙：我为死刑犯辩护》。文章记述李云龙观点：“经济犯罪不适用死刑——我国《刑法》有罪名414个，其中死刑罪名73个，经济犯罪适用死刑罪名28个，是一本重刑法典。我国刑法对受贿、贪污规定较重的刑罚，其中最高刑为死刑，死刑用来惩治暴力犯罪，如抢劫、杀人犯罪，很有效果。经济犯罪并没有危及人的生命，应当不适用死刑。对于经济犯罪，很多国家刑罚的重点放在罚金刑，没收财产、适用有期徒刑上，正确适用经济惩罚，能够弥补犯罪造成的损失。”

2006年2月8日《新民周刊》记者贺莉丹采访死刑专家李云龙，发表题为：“李云龙：

坚持为死刑辩护”。记者问及：“让每一起死刑案件都经得起检验。”你如何看待？李云龙回答说：“很多国家对判处死刑的被告都有上诉权，对死刑实行三审制。在我们国家，一审经中级人民法院判决后，被告人可以通过二审上诉到高级人民法院，按照法律规定，死刑核准权应该由最高人民法院行使，但现在死刑的核准权下放到了省级法院。实际上，我们的二审终审制有的会变成一审终审制。比如说，省级高院本身就指定中级人民法院对这个案子判处死刑，被告人即使上诉也无济于事。死刑之案，人命关天，理应慎重。”事实证明，在社会各界的大力呼吁下，自2007年1月1日起，死刑立即执行案件的核准权由最高人民法院统一行使，由此可见李云龙的执著与远见。

记者问：“在你看来，死刑是不是抑制犯罪的有效手段？”李云龙回答：“18世纪的意大利刑法学家贝卡利亚提出了废除死刑的观点，认为死刑不能制止犯罪。当天判处死刑，当天就有杀人犯杀人。犯罪受到经济、政治、社会环境、法律各方面因素影响。‘体现着公共意志、憎恶并惩罚谋杀行为的法律，自己都同样搞谋杀，它为了阻止公民做杀人犯，却安排了一个公共的杀人犯。我认为这是荒谬的现象。’贝卡利亚这一学说影响是深远的。”

记者又问：“2002年的一份调查笔录，88%的民众反对废除死刑，这是否说明废除死刑不具备民意基础？”李云龙认为：“民意不能代表法律，法律的制定有科学性，只有依靠对法律的科学宣传，才能提高民众的法律意识。立法还要引导民意向好的方向发展。”

香港《镜报》2000年10月1日专访李云龙，发表《高干为什么铤而走险，反腐怎样反才能彻底》。记者问：“50年代，贪污犯罪严重，我们党采取措施枪毙了原天津地委书记刘青山、专员张子善，震动很大。现在依法判处成克杰、胡长清等人死刑，这能遏制贿赂犯罪吗？”李云龙回答：“50年代我党采取果断措施枪毙了刘青山、张子善，用死刑威慑手段，惩治了犯罪，效果很好。运用50年代杀一儆百的方法，杀掉几个刘青山来治理90年代的经济犯罪，虽然在社会上起了一定的作用，打击了犯罪，但不能从根本上遏制贪污贿赂犯罪。犯罪是社会多种因素产生作用的结果，与社会政治、经济教育、道德等方面有关。受贿罪是一种权与钱交易，需要制止这种犯罪，就要对权力进行监督制约，要完善监督机制。死刑不能遏制犯罪。”记者问：“一个高级领导干部，明知贪污受贿会受到严惩，会判处死刑，为什么还会铤而走险？”李云龙回答：“90年代贪污受贿犯罪越来越严重，据公开报刊资料统计，近几年判处贪污受贿死刑人数达50人，并没有遏制贿赂犯罪，这是值得深思的。这里有几方面的原因：首先是贿赂犯罪黑数很大，很多案子很难侦破，助长了受贿犯罪侥幸心理。所谓犯罪黑数，实际上是隐案，是指虽然实际犯下，但未被侦查部门、司法机关查处，因此没有编入官方犯罪统计数。由于我国贪污受贿犯罪黑数大量存在，受贿犯罪大都有侥幸心理，致使受贿数额不断升级，犯罪分子胆量越来越大。从最近几个大案来看，受贿者都是这种侥幸心理，使自己走向连续性大肆受贿的犯罪道路。”记者问：“为什么对受贿犯罪惩罚那么重，还得不到控制？”李云龙认为：“刑罚功能不在于重而在于及时打击。如果犯罪得逞，又不会被及时查处或抓捕归案，那么，他再次犯罪意识就会加强，畏惧惩罚的心理压力会衰减。如果再次犯罪后仍然逍遥法外，犯罪意识又一次得到加强并形成犯罪习惯。”

李云龙律师接受《中国新闻周刊》、《新民周刊》专访时表示：“刑罚是随着人类社会从低级形态到高级形态的发展而渐渐从严酷走向轻缓的。从古代的炮烙、车裂到中世纪的绞刑、斩首，再到今天的枪决以及药物注射，死刑的行刑方式的转变，反映了人类的进步。同样，减少死刑、废除死刑也是人类文明的进步。我们期待着那一天的到来。”

木子龙

【国内外媒体访谈录】

媒体名称、时间	题目	主要内容
法国巴黎第一大学《比较法》杂志 1996.9.1	经济犯罪与死刑适用	法国巴黎第一大学教授马蒂将李云龙、沈德咏合著的《经济犯罪与死刑适用》选登在《比较法》杂志。《经济犯罪与死刑适用》一文提出废除经济犯罪的死刑。
第十五届亚太法律大会文集（菲律宾马尼拉）1997.8.25	经济犯罪与死刑适用	李云龙在大会上宣读论文《经济犯罪与死刑适用》，提出废除经济犯罪的死刑。
镜报（香港）2000.10.1	高干为什么铤而走险，反腐怎样反才能彻底	2000年3月8日，江西省原副省长胡长青因受贿被执行死刑，香港《镜报》特派记者专访李云龙教授，发表专访文章《高干为什么铤而走险，反腐怎样反才能彻底》，李云龙认为： 1. 刑法功能在于及时惩治不在于重。 2. 贿赂犯罪黑数很大，很多案子很难侦破，助长了受贿犯罪侥幸心理。 3. 腐败问题实际是权力腐败。 4. 反腐败应严惩行贿者。
中国新闻周刊 2001.7.23	李云龙：我为死刑犯辩护	记者吴晨光前来南昌专访李云龙教授，发表《李云龙：我为死刑犯辩护》。李云龙从业18年，曾为18个死刑犯辩护，结果其中12人死里逃生，被人们称为“能把死人说活的人”，李云龙认为： 1. 经济犯罪不适用死刑。 2. 以个人盗窃3万元作为死刑起点线，并不符合当时经济发展的情况。
重庆卫视 2001.8.17	李云龙：为死刑犯辩护	重庆卫视《龙门阵》专栏对李云龙律师专访40分钟，详细介绍他为死刑犯辩护的曲折历程。
重庆青年报 2001.8.20	专家质疑“死刑”	2001年8月18日，记者刘巧玲采访李云龙教授，发表《专家质疑“死刑”》，李云龙教授回答记者提问，提出观点： 1. 盗窃罪不适用死刑。 2. 死刑不能遏制贿赂犯罪。
江西日报 2002.1.25	与“死刑”打交道	2002年1月20日，记者袁淑英采访李云

	的人——法学专家 李云龙采访记	龙教授,发表《与“死刑”打交道的人—— 法学专家李云龙采访记》,李云龙提出: 1.刑罚功能在于及时侦破、惩治,不在于 重刑。 2.死刑不能遏制贿赂犯罪。 3.犯罪黑数大是贿赂犯罪的主因。
德国《时代周报》2002.5.29	中国研究死刑学者 ——李云龙	2001年12月15日,资深记者 Georg Blume 专程赶赴南昌,连续三天对李云龙 教授进行采访,5月29日用三个版面全 面报道李云龙教授研究死刑、为死刑犯 辩护系列情况。
美国《基督教科学箴言报》 2002.7.3	一个中国律师的改革活动	该报整版报道李云龙:《一个中国律师的 改革活动》,主要内容: 1.李云龙研究死刑问题,反对经济犯罪 适用死刑。 2.死刑不是解决问题的最佳方式,综合治 理才是稳定社会的唯一方式。 3.介绍李云龙教授是个不敢踩死蚂蚁的 学者。
中国新闻周刊 2002.7.29	死刑问答	2002年7月23日,记者孙亚菲在江西驻 北京办事处采访李云龙,李云龙认为: 应当废除盗窃罪的死刑。
人民法院报 2002.12.2	受贿罪立案标准及 刑罚适用	本报记者以《受贿罪立案标准及刑罚适 用》为题,采访李云龙,李云龙认为: 1.现行受贿罪立案标准是1997年确定 的,历时6年,不符合我国社会发展情 况,应修改为1万元。2.10万元不 能作为适用有期徒刑10年至死刑的起 点线,应提高为20万元。
中国律师 2002.12	采访死刑专家李云 龙	记者罗玉旋《采访死刑专家李云龙》,文 章认为在李云龙身上,法学专家与律师 这双重身份融合得异常默契。作为律师 在不断代理死刑辩护工作过程中,不但 可以获得理论付诸实践的种种经验,还 可以在其中发现可供日后研究的课题。
外滩画报 2004.3.24	马加爵连续杀人的 思考	云南大学马加爵连续杀死4位同学潜逃, 震惊全国,警方全力追捕缉凶。记者贺

		<p>莉丹就此案采访李云龙，李云龙结合死刑适用等问题分析犯罪成因，并认为：“要发动公民参与司法活动，对举报者悬赏 20 万元。”公安部门第一次悬赏 20 万元奖励举报人，结果，马加爵在海南被群众举报抓获。</p>
新民周报 2006.12.8	李云龙：坚持为死刑犯辩护	<p>记者贺莉丹采访《李云龙：坚持为死刑犯辩护》，李云龙认为：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. 死刑核准权应由最高人民法院收回并统一行使。 2. 死刑不是抑制犯罪的有效手段。 3. 立法要引导民意向好的方向发展。
参考消息英国广播公司 2007.7.25	中国公款挥霍令人心惊	<p>《参考消息》刊登英国广播公司 7 月 23 日就“公务员公款吃喝消费问题”采访江西省社会科学院教授李云龙的文章，李云龙认为：“目前公款吃喝还只是一个违纪问题，尚未上升为贪污定罪的高度，应当给公款吃喝者定罪立法，公款吃喝实际侵占了社会公共财产。”</p>
时代周报（广东）2009.5.25	邓玉娇案再掀舆论高峰	<p>记者龙利群就邓玉娇案采访李云龙教授，李云龙认为：“邓玉娇是否受到了几个男人强奸的威胁，目前很难用证据说明，并不认可几位公务员企图强奸的说法，公务员到水浴场去消费玩，进行异性服务是一种违纪行为，并不是强奸。”</p>
中国日报（英文版） 2010.5.14	南平实验小学凶杀案	<p>2010 年 5 月 14 日，记者就福建南平实验小学凶杀案采访江西云龙律师事务所主任律师、教授李云龙，李云龙对这些案件进行了分析：</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. “法律的严惩并不能对他们构成威胁，因为他们并不害怕死亡，这一点也在之后一些杀死小孩子然后自己自杀的案件中可以体现出来。他们的犯罪动机是报复社会、揭露社会问题，比如失业、社会贫富差距等。” 2. “制止这类突发性的事件，在于预防，学校要加强保安人员，站岗巡逻，进行安全教育。”以后学校加强防范，这类案件大为减少。

<p>检察日报 2010.11.19</p>	<p>遏制重大安全事故：重在问责官员</p>	<p>2010年11月15日，上海发生特大火灾，记者就此案采访江西省社会科学院法学教授李云龙。李云龙认为：安全生产的每一个环节都要问责，失职渎职行为涉及行政管理、行业管理、生产安全执法和监管的主要环节。国家机关工作人员玩忽职守、滥用职权，是导致重大生产安全责任事故的主要原因之一。</p>
<p>看天下 2012.1.18</p>	<p>清网抓捕行动</p>	<p>公安部“清网行动”203天追逃20万余人，记者刘彦昆就此采访李云龙教授，李云龙认为：“刑法的力量不在于严厉而在于及时惩治犯罪，及时惩治犯罪也是打击犯罪和预防犯罪的最好方法。”</p>
<p>法制日报 2012.3.2</p>	<p>江西省社科院法学教授建议增设暴利罪，严控楼市房价</p>	<p>本报记者郭宏鹏、黄辉采访报道，江西省社科院法学教授李云龙表示：应完善我国刑法，增设暴利罪条款，严控楼市房价，并坚决打击哄抬房价行为。</p> <p>1. 房地产暴利“令人咋舌”堪比当年药品暴利。房地产调控政策只是限制买房者，而对卖房者却没有进行调控，造成商品房价格居高不下。2. 一边是腐败温床一边是十年二十年“房奴”。与贪官“唾手可得”多套房产相对应的是，老百姓想要购一套普通的商品房，却要承受“高价”之苦。</p> <p>3. 法学专家建议刑法增设暴利罪有效控制房价。“当前，亟须修订并完善价格法，对商品楼盘出售进行合理的价格调控。”李云龙建议，应完善我国刑法，增设暴利罪条款，对哄抬房价的暴利行为给予刑事处罚。</p> <p>李云龙教授关于增设暴利罪严控楼市房价的观点发表后，人民网、中国日报网、搜狐新闻、网易新闻中心等多家知名网站转载。</p>
<p>新法制报 2012.3.6</p>	<p>李云龙：增设暴利罪，抑制高房价</p>	<p>本报记者方维芳采访报道，李云龙教授认为：</p> <p>1. 增设暴利罪，抑制高房价，并坚决打</p>

		<p>击哄抬房价行为，建立房地产价格监督管理制度，设立最高销售价格。</p> <p>2. 南昌市红谷滩百万元以上的楼盘价，使很多购房者望而却步。少数开发商囤积居奇，获取暴利。为买一套房当 20 年“房奴”，暴利房使债务人陷入艰难境地。</p> <p>3. 增设暴利罪控制房价，根据国情界定暴利罪。要求开发商公示建筑成本、缴税标准、利润标准，告知购房者，进行价格监督。</p> <p>李云龙教授关于增设暴利罪、抑制高房价的观点发表后，中国日报网、搜狐网、搜房网、和讯网、大江网、惠房网等多家知名网站转载。</p>
--	--	---

【论文、论著精选】

初级阶段死刑问题研究¹

李云龙

刑罚是随着人类社会从低级形态到高级形态的发展而逐渐从严酷走向轻缓的。

死刑，是刑罚中最严厉的一种，历来是剥削阶级维护其反动统治，血腥镇压广大劳动人民反抗的刑罚手段。近世纪以来，废除死刑已在一些地区和国家显示一种发展趋势。我国1979年颁布的刑法有死刑刑种，尔后，我国立法机关相继颁布的《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》、《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》、《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》（以下简称三个决定），对《刑法》的有关条款作了补充和修改，扩大了死刑的适用范围。对于死刑问题，应如何正确认识？在社会主义初级阶段应如何正确认识废除死刑、控制少用死刑以致正确适用死刑等问题，有必要从理论上进行探讨。

一、死刑的演变

（一）死刑的历史考察

死刑，不是从来就有的，而是在人类进入阶级社会以后才产生的。在原始公社内部虽然长期存在血族复仇的习惯，但这只是氏族或部落间敌对行为所致，不具有法律特征。原始公社制度解体，阶级、国家、法和死刑相伴而生。

奴隶制国家古巴比伦的《汉谟拉比法典》共2820条，死刑不仅适用于杀人罪而且适用于盗窃罪、诬告罪和通奸罪。我国最早的奴隶制国家夏朝“夏刑三千，大辟二百”。

在封建制国家，1532年德国《力洛林法典》：“夜间盗窃，不论所窃的财物多少，不分男女，均处死；煽动暴乱者，处死刑；触犯皇帝权益者，处死刑。”我国《唐律》共12篇502条，规定死刑就有110余条。

¹原载《法学》1989年第2期。这是李云龙教授第一篇研究死刑的论文，文中第一次提出废除和限制死刑观点，吹响了我国研究死刑号角。当时文章一发表即遭到学术围攻与指责，作者收到来信125封，骂李云龙为死刑犯唱赞歌，但李云龙并没有停止研究死刑。这篇论文提出限制死刑、废除经济犯罪的死刑，时隔已有23年了。重温这些观点，对于研究死刑很有意义。2011年2月25日第十一届全国人大常委会通过了《中华人民共和国刑法修正案（八）》废除了13个非暴力犯罪的死刑，充分说明理论先行何等重要。可以说，没有理论等探讨，就没有立法界废除死刑。

（二）主张废除死刑的理由

资产阶级启蒙运动思想家卢梭、孟德斯鸠、贝卡利亚等人为代表，为了反对封建专制的残酷刑罚，高举人类“理性”的旗帜，以“社会契约论”和“天赋人权”为思想武器，提出了“罪刑相适应”、“刑罚人道主义”等法律原则。尤其是意大利学者贝卡利亚提出：“刑罚应尽可能温和，不应施加酷刑。”极力主张废除死刑或限制死刑的适用。综合他们主张废除死刑的理由有七：

1.死刑是野蛮时代血腥复仇的沿袭，是刑罚制度中最残酷的，是出于本能的报复，非基于人的理性。生命属于天赋，是不可侵犯的，更不能以非自然力来剥夺。依法剥夺天赋生命，乃是人为的破坏天则。

2.刑罚不是复仇和报应。刑罚的目的，在于促使人改恶从善，重新做人。判处有期徒刑或者无期徒刑，如果犯人痛改前非，还可能重返社会生活。刑罚不是以恶报恶，而是教育、改造犯罪者，使之重新成为社会的一员。死刑制度的实质是说明统治者无能为力，而采取极端的办法。

3.人头落地不能再装上，杀错了无法缓冲，无法挽回。当然，错杀是少数。即使强调慎刑，错杀仍然难免，如以无期徒刑代替，这对犯罪者可能具有更大的威慑力。死刑可能使罪大恶极的犯罪者走向极端，莫如给他留一条适可而止的退路，可免更大危害。

4.死刑能助长人性的残忍，违反人道主义。

5.死刑虽基于报应，但无益于被害者及其家属。如不处死刑而处以无期徒刑，还可在徒刑中以劳动所得的一部分来补偿被害者损失，而且给犯罪者本人的家属及其他相关者以一定的希望。

6.对死刑的威吓力量不能估计过高，甚至执行死刑的翌日，往往即有杀人罪行发生。

7.死刑违反社会契约，因为订立社会契约的人们，并未把剥夺自己的生命权交给国家。

资产阶级的思想家、法学家所提出的上述废除死刑的主张，是18世纪中期人类科学认识能力和水平的体现，对于反对封建统治阶级的罪刑擅断主张滥用死刑来说，具有积极进步意义，对于一些国家废除死刑起了巨大的影响作用。

（三）目前世界各国废除和限制死刑的状况

废除死刑理论的发展及其呼声的高涨，对世界各国的刑事立法和司法实践产生了一定的影响。根据大赦国际副秘书长1987年5月在意大利锡拉库扎会议上提供的数字，目前在法律上废除死刑的国家有48个，不包括事实上废除死刑的国家。废除死刑的国家可以分为三大类。

第一类：完全废除死刑的国家，即通过宪法或法律宣告废除死刑，或者在所有刑法规范中没有规定死刑，这类国家迄今有30个。

第二类：对普通刑事犯罪废除死刑的国家有18个。

第三类：事实上废除死刑的国家。即这些国家虽然在法律上有死刑的条款，但是在过年的十年甚至更长的时间内没有执行过甚至没有判处过。如毛里求斯、土耳其。

刑罚是随着人类社会从低级形态到高级形态的发展，而逐渐从严酷走向轻缓的，特别是第二次世界大战以后，出现了“刑罚缓和化”的趋势。废除死刑的高潮也是在第二次世界大战后掀起的，到了20世纪70年代和80年代，废除死刑的国际性趋势逐渐显露出来。

二、我国现行刑法中的死刑规定

我国现行刑法是在 1979 年制定颁布的，由于这部刑法是在粉碎“四人帮”不久的情况下制定的，限于当时的客观条件，死刑在刑法中比较广泛适用。

（一）死刑适用对象和分析

对死刑适用对象的规定，我国现行刑法采取了两种方法，一是规定死刑适用什么样的罪犯；二是规定什么样的罪犯不适用死刑。

我国刑法规定可以判处死刑的条文 38 个共有 52 个罪名。其中：

1.反革命罪。

2.一般刑事犯罪 13 个罪名。

3.三个补充决定，对《刑法》的有关条文作了补充和修改，扩大了死刑的范围，增添了 15 个罪名：①《关于严惩破坏经济的罪犯的决定》中增添了 6 个罪名。②《关于严惩严重危害社会治安的犯罪分子的决定》中增添 9 个罪名。③《关于处理逃跑或者重新犯罪的劳改犯和劳教人员的决定》中的“加重处罚”，即在法定最高刑以上一格判处。如果原判处无期徒刑的罪犯，逃跑后又犯罪，或者对他人行凶报复，可以对其加重到判处死刑。

4.《惩治军人违反职责罪暂行条例》中有 10 个罪名可判处死刑。

从以上可见，我国刑法规定判处死刑的一共有 52 个罪名。

死刑规定在我国刑法分则罪名中所占比例较大。反革命罪中占 66%；一般刑事犯罪中占 21%；军人违反职责罪中占 52.6%。现行刑法中有 173 个罪名，挂死刑的 52 个，占 30% 还多。

（二）刑法中的死刑比较

我国的刑罚制度，相对于世界上大多数国家而言，是比较严厉的。刑法如果过于残酷，处处干预人的行为，并且动辄处于极重的刑罚，势必把公民的行为上的自由降到一个很低的程度上，民主就会受到影响。其次，目前正处于改革开放，需要一个良好的宽松的社会气氛，而社会安全以严厉的刑罚甚至于以死刑来维持，它会给人们心理带来一种压抑感，这对我们目前的改革开放政策不利。随着人类社会不断发展，废除死刑已显示一种趋势，也影响着世界上其他保留死刑的国家。目前，世界上仍有 104 个国家保留死刑，这些国家，从 20 世纪 60 年代开始，逐步限制死刑的适用。比如：（1）在美国有 38 个州和联邦保留死刑，有 12 个州废除死刑，从其适用死刑的罪名来看，在联邦，只有劫持飞机致死的犯罪；在州，大部分都规定了谋杀罪判处死刑。（2）伊拉克规定杀人，对国家安全的犯罪和对国家行使权力的犯罪。（3）科威特规定杀人，对国家安全的犯罪，买卖奴隶、海盗行为等罪名挂死刑。（4）突尼斯规定谋杀、放火、叛乱和包括间谍活动以及图谋威胁国家元首的行为。（5）贝宁规定杀人、强奸、强盗等对人的犯罪，以及对国家的犯罪。（6）塞舌尔规定叛逆罪挂死刑。（7）坦桑尼亚规定杀人、叛逆罪。（8）赞比亚规定杀人，使用火器的严重强盗和叛逆。（9）孟加拉国规定杀人罪挂死刑。（10）斐济规定叛逆、灭绝种族挂死刑。（11）印度尼西亚规定谋杀、强盗强奸致死，叛逆罪等挂死刑。（12）尼泊尔规定武装反抗王国，对国王家族的犯罪挂死刑。（13）波兰规定杀人、暴行、强奸和对国家的犯罪（包括对国家经济造成特别损害的犯罪）。（14）匈牙利规定恶性杀人，对国家的严重犯罪、灭绝种族、叛逆罪。（15）希腊规定

杀人、强盗、恐怖行为、间谍活动等罪。还有罗马尼亚等 46 个国家，对死刑进行严格的控制，大多数国家仅限于谋杀、叛逆、战时犯罪；对经济犯罪，适用死刑极少。

有些国家即使在法律上规定有死刑的条文，但往往很长的时间内没有执行过死刑，甚至没有判处过死刑。例如，日本 1984 年执行了 1 件死刑，1985 年执行 3 件，1986 年执行 2 件。美国在 1953 年处决 199 名人犯，创下最高纪录后，处决事例即不断减少，1977 年至 1982 年只有 1 人处死刑。以上情况在一定程度上反映出废除和限制死刑已具有国际性发展趋势。

三、初级阶段要限制死刑

（一）限制死刑适用是我们党和国家的一贯政策

我们党和国家在死刑问题上一贯坚持少杀，反对滥用死刑。早在抗日战争时期，毛泽东同志在《论政策》一文中曾指出：“决不可多杀人，决不可牵涉到任何无辜的分子。”在解放战争时期，又提出“必须坚持少杀，严禁乱杀，主张多杀乱杀是错误的，它只会使我党丧失同情，脱离群众，陷于孤立。”（《毛泽东选集》第四卷第 144 页）1951 年在“镇反”运动中又指出：“凡介在可杀，可不杀之间的人一定不要杀，如果杀了就是犯罪错误。”死刑是人命关天的大事，丝毫马虎不得。毛泽东同志说过：“一颗脑袋落地，历史证明是接不起来的，割错了，想改正错误也没有办法。”彭真同志关于《中华人民共和国刑法（草案）》的说明中也强调贯彻少杀的方针，尽量减少适用死刑。如果说，在解放初期，阶级斗争十分尖锐，大张旗鼓的镇压反革命运动中，对死刑适用坚持少杀的政策；那么，在剥削阶级已经消灭，大规模的、疾风暴雨式的群众阶级斗争已经结束的今天，死刑的适用就应当进一步减少。

赵紫阳同志在党的十三大报告中，科学阐明了我国现时所处的历史阶段是社会主义初级阶段。社会主义初级阶段的主要任务是大力发展商品经济，促进社会生产力发展；为社会主义进入高一级的历史阶段创造物质条件。十三大报告强调，在指导方针上，要把发展生产力作为考虑一切问题的出发点。作为社会主义初级阶段的刑法，也必须以是否有利于发展生产力为出发点。既要依法惩治各种刑事犯罪，保障和促进生产力的发展，又要反对滥用死刑，扼杀生产力的发展。

初级阶段刑罚的目的，不是出于惩罚主义和报复主义，而是预防犯罪和消灭犯罪。死刑这种刑罚，只适用于极少数罪大恶极、不可救药的犯罪分子，对于犯罪分子中的绝大多数则是采取教育改造的政策，使他们成为服务于社会的新人。随着生产力的发展，人民物质生活水平和共产主义思想、道德水平的不断提高，死刑也要逐步减少和消灭。

（二）从刑事立法上要限制死刑适用

根据党和国家历来一贯坚持“少杀”的政策，有必要在刑事立法上限制死刑的适用。

1. 经济犯罪的死刑规定要从严限制。

这里说的经济犯罪，包括传统刑法上侵犯财产罪和破坏社会主义经济秩序罪。经济犯罪中的死刑规定，在刑事立法上要从严限制。目前世界大多数国家刑罚中的死刑，仅限于谋杀、战时犯罪和抢劫罪，经济犯罪很少适用死刑。我国刑法对经济犯罪规定的死刑罪名较多。除抢劫罪之外，这类犯罪的明显特征是不择手段图利贪财，而不危及人们的生命，很多国家的刑法对经济犯罪惩罚重点放在罚金刑、没收财产及长期监禁上，这样既惩罚了犯罪，又弥

补了罪犯所造成的损失。

1988年1月颁布的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中，对于“受贿数额一万元以上，使国家利益或者集体利益遭受重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产。”我们认为受贿罪判处死刑，数额起点线太低了，不符合我国经济发展状况，对党政机关内贪污、贿赂腐败现象光依靠刑罚打击和惩治是不够的，还需要加强行政监督工作，制订行政监督法规，以防腐败。我们的最终目标是解放全人类，而对国家机关中的贪污、贿赂罪犯给予极刑惩治，怎谈得上解放全人类？处死刑非常容易，而要改造人是非常艰难的。

抢劫罪是一种严重侵犯财产罪，而且严重侵犯了公民的人身权利，影响了社会的秩序与安全，因此，要从严惩处。对抢劫罪在立法上是不是可以考虑要求有致人死亡的结果发生，才能处死刑，不能因抢劫多次，就视为情节严重处死刑。

2. 一般刑事犯罪的死刑规定要从严限制。

对于一般刑事犯罪的死刑规定，在立法上如何完善和限制适用，本文不想更多的论述，仅提出一个立法原则问题，即把被害人死亡结果发生，作为判处死刑的法定情节。如果仅以被害人重伤或其他情节，而处罪犯以死刑，会造成刑事犯罪分子不如干脆杀个痛快，也是一死，在某方面会滋长罪犯的杀人情绪。

有人会说：“目前刑事犯罪严重，在立法上限制死刑适用，不利于严惩严重刑事犯罪分子。”如果我们比较科学地适用死刑，而不滥用死刑，严重犯罪分子得到应有惩罚，该判死刑判处死刑，该判长期监禁的判长期监禁，这对国家和人民是有好处的。杀人容易，改造人难，把罪犯杜绝于社会容易，而把罪犯改造为新人则难。目前刑事犯罪大多数是青少年干的，被执行死刑的，大多数是刚满十八九岁的青年人。我们要立足于挽救。共产党人的最终目标是实现共产主义，解放全人类，连罪犯都改造不了，还谈得上解放全人类？

再说，目前世界上大多数国家限制死刑适用，有的全部废除死刑，社会也一样安定。就是有的国家刑事犯罪严重，也不一定过多判处死刑。不少国家在废除死刑后，杀人犯并未猛增，而不少国家在恢复死刑后，杀人犯也未见急减。犯罪是个复杂的社会现象，是有复杂的社会原因的。

罪犯是国家的公民，国家有义务挽救他，尤其是对青少年罪犯更应立足挽救。我们国家有打击罪犯的司法机关，而没有预防犯罪的法定机关，我们应当在早期预防犯罪上下点工夫。比如苏联根据青少年犯罪的严重性，设立了未成年事务委员会。我国也应加强这方面的工作。

经济犯罪与死刑适用²

李云龙³ 沈德咏⁴

一、我国经济犯罪的概念

根据刑法和全国人大常委会的《决定》精神，经济犯罪是指违反国家海关、工商、金融、财政等经济管理法规，破坏社会主义经济秩序、破坏全民所有制和劳动群众集体所有制的生产管理，进行走私贩私、投机倒把、贪污、行贿、受贿、盗窃、诈骗等等，把国家和集体所有的财产据为己有。简而言之，经济犯罪就是在经济领域中，破坏社会主义经济的行为。它既涉及破坏社会主义经济秩序的犯罪，又涉及侵犯财产、侵害国家机关、企业、事业单位的正常管理活动、妨害社会管理秩序等直接严重破坏社会主义经济的犯罪。它大致包括以下三类：

1.破坏社会主义经济秩序罪。我们刑法分则第三章用 15 个条文、17 个罪名规定了这类犯罪。包括走私罪、投机倒把罪、伪造计划供应票证罪、倒卖计划供应票证罪、偷税罪、抗税罪、伪造国家货币罪、贩运伪造的国家货币罪、伪造有价证券罪、伪造有价票证罪、破坏集体生产罪、挪用国家特定款物罪、假冒商标罪、盗伐林木罪、滥伐林木罪、非法捕捞水产品罪、非法狩猎罪等。这类犯罪均以违反财政、经济管理法规，妨碍国家经济管理活动、破坏社会经济秩序为特征。

2.部分侵犯财产罪。我国刑法分则将侵犯公共财产的抢劫罪、抢夺罪、盗窃罪、诈骗罪、敲诈勒索罪、故意毁坏公私财物罪等 6 个罪名列于第五章的侵犯财产罪。其中贪污罪(第 155 条)和诈骗、盗窃公共财物(第 151、152 条)的犯罪被列为经济犯罪，因为它们与侵犯社会主义公有财产、破坏社会经济秩序有直接关系。

3.其他经济犯罪。如刑法分则第六章中的制造、贩运毒品罪(第 171 条)、制造贩卖假药罪(第 164 条)、盗运珍贵文物出口罪(第 173 条)；刑法分则第八章中的贿赂罪(第 185 条)等。

除刑法以外，经济犯罪还散见于单行刑事法律和非刑事法律的刑法规范中。例如，1988 年 1 月颁行的单行刑事法律《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》(以下简称《补充规定》)

²经济犯罪与死刑存废问题是当今刑事法学的热点问题。这里特意转载了上世纪 90 年代初由李云龙教授和沈德咏一级大法官共同撰写的关于死刑问题研究的两篇文章(体例格式略作了调整)。大约在 20 年前，他们就提出了限制死刑、废除经济犯罪死刑的理论观点，第一次较为系统地深刻论述废除经济犯罪的死刑。文章发表后，在国内外产生了极大的影响。这一前瞻性的思维观念十分难得。当时研究死刑，会受到各方力量的攻击和谩骂。他们当年第一次深刻提出废除盗窃罪死刑的立法建议，1997 年刑法接受立法建议，废除普通盗窃罪的死刑规定。现在《刑法修正案(八)》将盗窃罪废除死刑变为了现实。这表明理论先行的重要意义。这两篇文章闪耀着理论的光芒，仍然鼓舞和启迪着今天的人们逐步去为废除不人道的死刑而努力。

³李云龙，时为江西省社会科学院副研究员，现为法学教授、江西省犯罪学研究会会长，江西云龙律师事务所主任。

⁴沈德咏，时任江西省高级人民法院副院长，现任最高人民法院常务副院长。

规定了新罪名挪用公款罪。

对经济犯罪持上述概念和包括范围的学者认为，经济犯罪的本质特征是侵犯社会经济秩序和公有财产所有权。按传统划分刑法前一章已将侵犯公私财产的抢劫罪、盗窃罪列为普通刑事犯罪的范围。因为抢劫罪侵犯的客体是复杂客体，它不仅侵犯公私财产所有权，而且侵犯被害人的人身权利，因此不宜列入经济犯罪研究，在前文抢劫罪适用死刑的问题中已作了论述。

二、当前经济犯罪状况

经济犯罪是普遍存在于当代世界各国的一种社会病态，深入研究经济犯罪，研究经济犯罪与死刑的适用，是历史赋予当代刑法学界的一项重要任务。由于改革开放所带来的经济基础的深刻变化，迫使人们在现阶段尽快对经济犯罪与死刑适用等问题进行研究，寻求刑罚的有效功能，更好地为改革开放服务。在研究这一问题之前，首先来分析一下当前经济犯罪的状况。

在改革开放大潮的冲击下，人们的传统观念发生了变化，“抑商”、“轻商”、“弃商”的观念逐步破除，无论农村还是城市，流通领域里出现了异常活跃的气象，计划经济开始向有计划的商品经济转变。商品经济的一个重要特点是“活”，它靠计划与市场，而不是光靠计划来调控。但“活”如果没有一定的制度来约束，就会失控。改革伊始，谁也无法预料改革会出现哪些新情况，不可能制订出法律和规章来规范将来出现的情况。一些人就是利用这个机会，钻改革的空子，发不义之财，在经济领域中大肆进行违法犯罪活动。这段时期内，走私贩私，投机倒把，贪污受贿，盗窃国家和集体财产等严重经济犯罪活动相当猖獗。改革开放最初几年间的经济形势充满着生机和活力，但经济犯罪也是相当触目惊心的。仅据上海市统计，1981年全市公安、检察、工商、海关等部门查获的各类经济犯罪案件，就比1979年增加了5.4倍。其中重大犯罪案件，1981年比1979年猛增了11倍以上。不少案件的非法交易金额达几十万、几百万元，许多罪犯非法牟利成千上万，使国家、集体财产和社会主义建设事业受到严重损失。这时期经济犯罪案件之多，案值之大，牵涉面之广，危害之深，以及对国家干部腐蚀之严重，都是建国以来罕见的。

近年来的严重经济犯罪活动，首先是从1979年到1981年东南沿海地区走私泛滥开始的，与此同时及以后一段时间内，贪污、受贿、投机、诈骗、偷税、抗税、盗伐滥伐森林、盗运珍贵文物出口、套汇逃汇等犯罪活动大量出现。经过一段时间严打，各种经济犯罪活动曾一度有所收敛。但到1984年下半年至1985年上半年，经济犯罪活动又进一步猖獗起来，其中上升最多的是盗窃公私财物案件。1985年至1986年则以投机倒把和诈骗案件为最突出。全国各级检察机关立案查处的投机倒把和诈骗案件，由1984年的590件猛增至1985年的2250件，1986年又增至7700件。虽然打击严重的经济犯罪的斗争取得了一定的成绩，但经济犯罪活动又出现了一些新情况和新的特点：

- 1.经济犯罪总的呈上升趋势（略）。
- 2.大案要案增多，犯罪数额巨大（略）。
- 3.犯罪主体中国家工作人员和法人增多（略）。
- 4.行贿受贿侵入到经济犯罪活动中的各个环节，具有极大的腐蚀性（略）。
- 5.作案手段不断翻新，无孔不入（略）。

三、对经济犯罪的死刑适用要从严掌握

死刑是剥夺罪犯生命的一种刑罚，也即生命刑，是刑罚中最严厉的一种，因而又称极刑。我国刑法对经济犯罪规定了死刑，1982年全国人大常委会作出了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对《刑法》的有关条款作了补充和修改，扩大了经济犯罪适用死刑的范围。对于经济犯罪如何适用死刑，这是初级阶段刑事立法的一个重要问题，有必要从理论上进行探讨。

（一）我国刑法对经济犯罪适用死刑的规定

在我国，一切侵害社会主义经济关系的、依照法律应当受到刑法处罚的行为，都是经济犯罪。经济犯罪包括破坏社会主义经济秩序罪、侵犯财产罪以及其他有关贪利性的犯罪。我国刑法对经济犯罪适用死刑范围较广，第三章破坏社会主义经济秩序罪中的走私罪、投机倒把罪、套汇罪挂死刑；第五章侵犯财产罪中的抢劫罪、盗窃罪、贪污罪挂死刑；其他章节有关贪利性的经济犯罪像受贿罪、盗运珍贵文物出口罪、贩毒罪挂死刑，经济犯罪适用死刑的共有9种犯罪。1979年颁布的《刑法》，对盗窃罪、受贿罪、盗运珍贵文物出口罪、贩毒罪、走私罪、投机倒把罪、套汇罪等7种罪没有挂死刑条款，仅有抢劫、贪污两种罪挂死刑。当时立法宗旨，对于贪财图利性的经济犯罪一般不适用死刑，严格控制着死刑适用。1982年3月8日全国人大常委会作出了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对《刑法》一些有关条款作了相应的补充和修改，对盗窃罪、受贿罪、盗运珍贵文物出口罪、贩毒罪、走私罪、投机倒把罪、套汇罪的刑罚处罚分别补充和修改为：“情节特别严重的处无期徒刑或者死刑。”扩大了死刑适用范围。从1982年从严打击经济犯罪以来，有些经济犯罪分子适用了极刑，但经济犯罪活动并没有得到有效的遏制，正如前面所述的有些经济犯罪活动还愈演愈烈，这个问题值得深思。

（二）经济犯罪适用死刑要从立法上限制

经济犯罪有的表现在特定的财产侵犯，有的以经济手段贪图钱财违法犯罪，除抢劫罪之外，这类犯罪特征是不择手段非法占有公私财物，破坏经济管理秩序，而不危及人们的生命。根据罪刑相适应的原则，很多国家的刑法对经济犯罪惩罚重点放在罚金刑、没收财产及短期监禁上，很少适用死刑。目前，世界已废除死刑的国家达49个，这49个国家已从立法上废除了经济犯罪和刑事犯罪的适用死刑的规定。还有一百零几个国家保留着死刑，这些保留死刑的国家，也从20世纪60年代开始，逐步限制死刑适用，绝大多数国家刑法中的死刑，仅限于谋杀罪、战时犯罪和叛逆罪，其他有关经济犯罪，适用死刑极少，这反映各国刑事立法上对死刑规定的严肃性和慎重性。而我国刑法规定死刑罪种达61个，而且经济犯罪适用死刑比重大。苏联先后于1917年、1920年和1947年三次宣告废除死刑，又于1918年、1922年和1950年三次恢复死刑，而且近三十多年来，死刑的条款有增多的趋势，苏联随着改革的深入，目前的情况有了新的转机，苏联已编纂了新的《刑事立法纲要草案》，明显缩小了死刑的适用范围，即由原16种犯罪适用死刑减为6种。依照纲要草案第41条，死刑只适用于背叛祖国罪、间谍活动罪、恐怖行为罪、武装破坏罪、情节严重的故意杀人罪和奸淫幼女罪。从立法上删除了严重的盗窃国家财产罪、情节严重的受贿罪和严重的伪造货币罪的适用死刑的规定。依照苏联颁布的《刑事立法纲要草案》的规定，在苏联经济犯罪一律不适用死

刑，就是盗窃犯盗窃 10 万元以上也不能判处死刑。印度这个人口众多的国家，死刑适用仅限于国事罪、军职罪、伪证罪和妨害司法罪、土匪罪等 7 种犯罪，可判处死刑条文仅有 7 条，占刑法条文 2% 还少，印度执行死刑也较少，经济犯罪不适用死刑，社会也一样安定。像斯里兰卡、日本、毛里求斯、美国经济犯罪和刑事犯罪适用死刑极少或几年不执行，社会也一样安定。

对于经济犯罪，很多国家的刑罚处罚重点放在罚金、没收财产及短期监禁上。因为在商品经济条件下，金钱利益对人们的影响很大。正确运用经济惩罚，能够产生与其他刑罚同样的威慑和惩罚作用，它不仅能增加国库收入，而且能弥补犯罪造成的损失，就是对于严重的投机倒把、盗窃犯、受贿犯不判处死刑，而判处无期徒刑或有期徒刑，以及适用罚金刑；这样既惩罚了犯罪，又可弥补罪犯造成的损失。对于犯有死罪的罪犯留下来，国家可强制其劳动，在劳动中进行改造，同时也创造了社会价值。对经济犯罪适用死刑，剥夺了罪犯的生命，对其家属、亲戚带来痛苦和不安，反而对社会安定不利。

再从社会心理效应看，过分依赖重刑会解除人们积极防范犯罪的思想：形成社会偏见；死刑愈多，法定刑愈高，就会使人们产生“刑罚严而经济犯罪少”的结论，事事罪罪依赖极重的刑罚，任何一种严重犯罪行为就得砍头，长期坐牢，使人们的认识逐渐演变为“杀人者死，伤人者死，走私受贿也死”以致“万罪皆死”的荒唐观念。从而在心理上解除人们同犯罪作斗争的积极性，一旦出现犯罪率上升，则归罪于政法部门用刑不严，打击不力，杀人太少。这种“重刑万能”的思想，是治理不好经济犯罪的，会解除人们的防范思想，削弱综合治理机制，使社会走向另一个极端。

经济体制改革，城乡经济发展很快，改革可以致富，致富的大门敞开着，犯罪分子借此机会进行经济犯罪活动。因为经济犯罪是商品经济无法避免的副产物，促成经济犯罪发生的原因大于同经济犯罪作斗争的抗制力。这并不意味着不需要控制经济犯罪，而是需要科学运用刑罚功能，综合治理经济犯罪。运用 20 世纪 50 年代的方法，杀掉几个“刘青山”来遏制经济犯罪，也是不现实的。运用 50 年代“杀一儆百”的方法，来治理 90 年代的经济犯罪，是不会奏效的。单纯打击甚至以死刑相治，这是单一的功能，而更重要的是深入进行体制改革，及时预防经济犯罪，综合治理经济犯罪。

再说经济犯罪，本身是个复杂的犯罪，大部分犯罪事实要靠算经济账目来定罪量刑，经济账目一时难算准确，如果凭一时算账，超过了判处死刑的数额标准，就给予处死，就往往会造成错案，错杀了人是纠正不了的。经济犯罪有的罪是可变性的，如长途贩运“二道贩子”等行为，在过去都被认为是危害社会主义计划经济的违法行为，情节特别严重的“二道贩子”可适用死刑处罚。而今天用商品经济的观念来分析，这些“二道贩子”的行为，对搞活经济有利，不具有社会危害性，不应作为犯罪对待。以前判处了死刑的“二道贩子”想纠正过来也没有办法了。

经济犯罪是当今世界一个具有国际性的严重的社会问题，经济犯罪伴随着经济活动而发生和变化，在唯利是图思想意识驱使下，商品经济越发达，经济犯罪的机会越多，这就是西方国家经济犯罪持续上升难以控制的基本原因。经济犯罪对社会造成的物质损失是很大的。严重的经济犯罪，并没有带来严酷的刑罚。西方国家对经济犯罪的刑罚要比东方国家轻得多，不仅不适用死刑，连终身监禁也少见。最常用的刑罚方法是罚金。提高罚金数额，是西方国家当前制裁经济犯罪的共同方法。

四、对几种严重的经济犯罪适用死刑的比较分析

(一) 对受贿罪适用死刑的比较分析

1. 我国刑法对受贿罪适用死刑的规定。

贿赂罪，就是国家工作人员利用自己职务上的便利，为行贿人谋取利益，而非法接受其财物的行为。贿赂罪是受贿罪、行贿罪和介绍贿赂罪的总称。我国 1952 年颁布的《惩治贪污条例》把收受贿赂的犯罪定为贪污罪。把受贿罪作为一个独立罪名，则是 1979 年颁布的《中华人民共和国刑法》规定的。我国《刑法》第 185 条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，处五年以下有期徒刑或者拘役。犯前款罪，致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑。”犯受贿罪的最高刑为 15 年以下。1982 年 3 月 8 日全国人大常委会作出了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》把刑法规定的受贿罪的最高刑提到死刑。该决定规定：“国家工作人员索取、收受贿赂的，比照刑法第 155 条贪污罪论处，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。”1988 年 1 月 21 日全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》指出：“对犯受贿罪的，根据受贿所得的数额及情节，依照本规定第二条的规定处罚；受贿数额不满一万元，使国家利益或者集体利益遭受重大损失的，处十年以上有期徒刑；受贿数额一万元以上，使国家或者集体利益遭受重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产，索贿的从重处罚。”这是我国刑法对受贿罪处罚的规定。

2. 中外刑法对受贿罪处罚的分析。

世界上大多数国家对受贿罪的处罚仅规定了短期监禁和罚金刑，适用死刑极少。

《苏俄刑法典》对受贿罪规定：“公职人员为了行贿人的利益，执行或不执行他所应当实施的某种行为，因而亲自或者由中间人收受任何方式贿赂的，处三年以上十年以下的剥夺自由，并科没收财产。”有加重情节的处 8 年以上 15 年以下徒刑，并处没收财产；情节特别严重的，可处死刑并处没收财产。苏联现已从立法上删除了情节严重的受贿罪适用死刑的规定。受贿罪取消了死刑。

《朝鲜民主主义人民共和国刑法》第 191 条对受贿罪的规定：“公职人员以执行或不执行因自己职务而应当实施的行为为代价，直接或经由中间人接受贿赂的，不论接受贿赂的形式如何，并处五年以下的徒刑。”

《日本刑法》第 197 条对受贿罪的规定：“公务员或仲裁人关于职务上事情，收受、要求或约定贿赂的，处三年以下的惩役；接受请托而实施上述行为的，处五年以下的惩役。”

《捷克斯洛伐克刑法典》第 181 条收受贿赂的最高刑为“一年以上五年以下剥夺自由和罚金”。

《罗马尼亚刑法典》第 253 条犯“受贿罪处三年至十年监禁，禁止行使一定权利”。

《意大利刑法典》第 319 条“对违背职务行为犯受贿罪处二年以上五年以下徒刑，并科十二万里拉以上八万里拉以下罚金。”

《印度刑法典》第 161 条规定：“公务员或将为公务员的任何人，为自己或他人接受或取得，或同意接受或企图取得合法酬劳以外的酬谢，而实施或不实施职务上的行为；或在行使职权时，对他人给予或不给予照顾；或通过中央或省政府、国会或省立法机关，或公务员，对他人给予或企图给予服务或损害的，处可达三年的监禁或罚金，或二者并处。”

由此看来国外刑法对受贿罪的处罚都比较轻，苏联、罗马尼亚等国刑法对受贿罪的刑罚最高刑为 15 年以下，10 年以下；朝鲜、日本、意大利、捷克斯洛伐克等国刑法对受贿处罚最高刑为 5 年以下，或适用罚金；印度刑法对受贿罪处罚为 3 年以下监禁或罚金，或二者

并处。为什么世界绝大多数国家，对受贿罪处罚较轻，并不是没有认识受贿罪的社会危害性，另一个重要因素是观念问题——剥夺人的生命是对付严重暴力罪的基本方法。因受贿罪并没有危及人的生命，因此不适用死刑处罚。

3. 我国刑法中受贿罪不宜挂死刑。

受贿罪是属职务上的犯罪，这种犯罪侵犯的客体，是国家机关的正常活动，也就是各部门的国家机关所执行的职能活动，这类犯罪并不危及人的生命，与杀人、放火罪相对危害轻点，因此贿赂罪排在我国刑法分则第八章渎职罪中。1979年7月1日颁布的我国现行刑法第185条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，处五年以下有期徒刑或者拘役……致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑。”由此看来犯受贿罪最高刑罚为15年以下。现行刑法对受贿罪规定的刑罚是参照世界大多数国家的立法经验而成，刑法规定为15年以下有期徒刑，与上述列举的其他国家刑法对受贿罪的处罚相比还算重的。1982年由于经济犯罪增长，全国人大常委会作出了《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对刑法第185条受贿罪修改为“情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑”。事实上经过八至九年的“严打”，对受贿罪适用死刑，并没有遏制贿赂犯罪增长。从1980年至1986年全国检察机关直接立案侦查的贿赂犯罪案件可看出，1980年贿赂案件为454件，1981年贿赂案件为306件，1984年贿赂案件为2224件，1985年贿赂案件为3775件，1986年贿赂案件为8097件(1988年贿赂案中查出万元以上的受贿案2900件)。由此看来，1982年对受贿罪适用死刑以来，并没有遏制住贿赂犯罪活动。

最近颁布的《关于惩治贪污贿赂罪的补充规定》中，对于“受贿数额一万元以上，使国家利益或者集体利益遭受重大损失的，处无期徒刑或者死刑，并处没收财产”。受贿一万元作为适用死刑的数额起点线，这一规定不符合我国经济发展的情况，这本身就降低了人的生命价值。国家法律的规定，对受贿罪从重处罚，仅强调国家和集体的利益，就忽视对我国公民的保护，这显然不妥；依据现行法律规定，盗窃一万元不处死刑，而受贿一万元情节特别严重的处死刑，在法律上也不公平。盗窃罪与受贿罪比较，从犯罪手段和社会危害性，前者是重罪后者是轻罪。在国外刑法上，贿赂罪是属轻罪，是普通法上的罪行。在英国的这类贿赂犯罪，属于轻罪，应处二年监禁或罚金，没收接受的任何贿赂，撤销其担任的公职。

我们是社会主义国家，最终目标是解放全人类，而对国家机关工作人员中的受贿罪犯给予极刑惩治，这本身对国家工作人员不是出于挽救帮助，而是把他拒绝于社会之外。对党政机关内贪污贿赂腐败现象，光依靠刑罚打击甚至给予极刑惩治是不够的，还要加强行政监督工作，制订行政监督法规，以防腐败。

这次刑法修改，建议把贿赂罪适用刑罚恢复到1979年颁布的现行刑法位置上，明确规定受贿罪刑罚最高刑为15年以下或适用罚金，或并处适用罚金，扩大罚金刑的适用范围，这样才能及时打击贿赂犯罪活动。

我国刑法尽管将罚金刑适用于贪财图利或有关财产的19种犯罪，但在贪污、贿赂犯罪中却未规定适用罚金刑，如今看来不能不说是一个疏漏。从近几年来打击经济犯罪斗争所存在的问题看，其中之一就是群众普遍反映对经济犯罪在经济上打击不力。为了及时惩治贿赂犯罪，建议在修改刑法时，对贿赂犯罪可单独适用罚金刑，或并处适用罚金。罚金刑的具体数额宜规定在犯罪数额的50%以内，即受贿6000元，罚金不超过3000元。除了这一规定外，还需要对罚金最低标准和最高标准作一个规定。笔者设想个人罚金为500元至1万元范围，对法人罚金的最高限额可在5万元内。

贿赂犯罪活动，随着体制改革的深入和法律制度的不断健全，如果我们能及时运用刑罚功能，这类犯罪活动会逐步减少。

(二) 贪污罪(挪用公款罪)适用死刑的比较分析

1. 我国刑法对贪污罪适用死刑的规定。

贪污罪是国家工作人员、集体经济组织工作人员利用职务上的便利，侵吞、盗窃、骗取或者以其他手段，非法占有公共财物的行为。贪污罪既是一种侵犯财产的犯罪，又是一种政府官员利用职务之便而实施的渎职犯罪，具有较大的社会危害性，古今中外刑法对惩治贪污罪规定了较重刑罚。

1952年3月11日由政务院公布的、中央节约检查委员会《关于处理贪污、浪费及克服官僚主义错误的若干规定》第2条对贪污分子的处理办法：“(甲)凡贪污不满100万元者，只要其情节不严重恶劣，彻底承认错误，保证不再犯，一律不以贪污分子看待，并不予行政处分。(乙)凡贪污超过100万元，不满1000万元之贪污分子，只要其情节不严重恶劣，彻底承认错误，保证不再犯，一律不予刑事处分，但应按其情节轻重给以不同程度的行政处分，并酌退贪污款物。(丙)凡贪污超过1000万元，不满1亿元之贪污分子，可依其情节轻重、坦白认罪程度、退赃和检举立功等情况，分别给予适当的刑事处分，或免刑而只予行政处分，但均应尽可能追缴贪污款物。(丁)凡贪污超过1亿元贪污分子，一般均应按其情节轻重给以不同的刑事处分，追缴贪污款物，但自动坦白，真诚悔过，退出赃物，在反贪污斗争中检举立功者，亦可免于刑事处分，改给以适当的行政处分。”“刑事处分，除免刑者外，采用机关管制(1年至2年)、劳役改造(2年至4年)、有期徒刑、无期徒刑、死刑五种办法。有期徒刑、无期徒刑及死刑均得按情节轻重，宣告缓刑。”按以上规定：凡贪污超过1亿元(即折现人民币1万元)之贪污分子，一般均应按其情节轻重，给予不同的刑事处分，追缴贪污款物，但自动坦白、真诚悔过、退出赃物，在反贪污斗争中检举立功者，亦可免于刑事处分……这一规定充分体现了对经济犯罪从宽处罚的精神。1952年4月21日中央人民政府公布的《中华人民共和国惩治贪污条例》第3条规定：“犯贪污罪者，依其情节轻重，按下列规定，分别惩治：一个人贪污的数额，在人民币1亿元以上者，判处10年以上有期徒刑或无期徒刑；其情节特别严重者判处死刑。”1964年2月2日：经中共中央批准《中共中央监委关于五反运动中对贪污盗窃、投机倒把问题的处理意见的报告》规定：“贪污盗窃、投机倒把非法所得在5000元以上，能自动坦白，彻底退赃，决心洗手不干的，可以减轻刑事处分；表现特别好的，也可以免于刑事处分，不开除公职。坦白、退赃不好的，可以从重给予刑事处分。”对于自动坦白，彻底退赃的贪污分子可减轻刑事责任或免于刑事处分。1964年开展的“五反”运动，对查处的贪污、投机倒把分子的处理，认真贯彻了中央的“以教育为主，以惩办为辅”的方针，教育了一大批干部。1979年7月1日全国人大通过的《中华人民共和国刑法》第155条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，贪污公共财物的，处五年以下有期徒刑或者拘役；数额巨大、情节严重的，处五年以上有期徒刑；情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。”我国刑法规定了犯贪污罪“情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑”。1988年1月21日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2条规定：“个人贪污数额在五万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。”按照《补充规定》“个人贪污数额在五万元以上的”作为适用死刑的最新起点线。

2. 中外刑法对贪污罪处罚分析。

世界上大多数国家的刑法对贪污罪的处罚仅规定了剥夺自由刑和罚金刑，适用死刑极少。

《意大利刑法典》第314条(监守自盗)规定“公务员或从事公务人员不法侵占因职务或公务所持有公款或其他动产物品，或为自己或第三人利益而窃取者，处三年以上十年以

下徒刑，并科四万里拉以上罚金。法官应同时宣告永久褫夺公权……”在意大利犯贪污罪适用刑罚最高刑为 10 年以下，并科罚金，同时宣告永久褫夺公权。

《巴西联邦共和国刑法典》第 312 条对贪污罪规定：“公务人员把由于职务的原因而保管的公共的或私人的钱钞、汇票或其他任何动产攫为己有，或者为了自己或他人的利益挪用这些财产的，处刑：二年至十二年监禁并科五千至五万克鲁赛罗罚金。在前款的情况下，如果在作出不可上诉的判决之前赔偿损失，则撤销刑罚；如果在判决之后赔偿损失，则刑罚减轻二分之一。”在巴西这类贪污犯罪，最高刑为 12 年监禁、并科罚金，如果在作出不可上诉的判决之前赔偿损失，则撤销刑罚。

《苏俄刑法典》第 92 条对贪污罪的规定：“以侵吞、侵用或滥用职权的方法盗窃国家财产或公共财产，侵吞或侵用由犯罪人本人保管的国家财产或公共财产，以及公职人员以贪利为目的滥用自己的职务地位而据有国家财产或公共财产的，处四年以下的剥夺自由，或一年以下的劳动改造，或剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利。犯前款所规定的行为，致使国家或社会团体受到巨大损失的。处六年以上十五年以下的剥夺自由……”根据《苏俄刑法典》第 92 条对贪污罪处罚规定，贪污罪的最高刑为 15 年以下剥夺自由。

《泰国刑法》第 147 条规定，犯贪污侵占罪处无期徒刑或 5 年至 20 年有期徒刑并科 2000 至 4 万巴特罚金。

由此看来，国外刑法对贪污罪处罚大多仅适用剥夺自由刑，并科罚金，适用死刑极少。

3. 我国刑法中的贪污罪不宜挂死刑。

我国刑法第 155 条规定了贪污罪“情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑”。1988 年 1 月 21 日全国人大常委会《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》第 2 条规定：“个人贪污数额在五万元以上的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产，情节特别严重的，处死刑，并处没收财产。”我国刑法第 155 条规定了贪污罪的死刑。

我们认为，对惩治贪污一类犯罪不宜挂死刑。为什么呢？我国在 20 世纪 50 年代惩治贪污犯罪也严格控制着死刑适用。1952 年 3 月 11 日由政务院公布的《关于处理贪污、浪费及克服官僚主义错误的若干规定》对于贪污 1 亿元以上(折合现人民币 1 万元以上)但自动坦白，退出赃物，在反贪污斗争中检举立功者，亦可免于刑事处分，这一规定充分体现了对经济犯罪从轻减轻免于处罚的原则，就是对于判处无期徒刑或死刑的犯罪，根据规定均得宣告缓刑。1964 年党中央开展“五反”运动，对查处的贪污、投机倒把分子的处理，认真贯彻了中央“教育为主，惩办为辅”的方针，对贪污分子极少适用死刑，教育了大批干部。在 20 世纪 50 年代和 60 年代对贪污犯罪分子极少适用死刑，现我国已处于改革开放的 90 年代，对贪污罪还是以不挂死刑为好。

国外刑法对贪污一类犯罪处刑较轻。世界大多数国家刑法对贪污罪处罚仅适用剥夺自由刑，并科罚金。注重运用财产刑从经济上打击和遏制犯罪。苏俄刑法典第 92 条、第 178 条和第 174 条关于贪污、受贿罪的条文中，绝大部分款项规定了在科处自由刑的同时并处或不并处没收财产：瑞士刑法第 50 条规定，犯罪出于图利之意者，法官除判处行为人以自由刑外，并科罚金。国外反贪污贿赂刑事立法对财产刑(特别是罚金刑)的充分重视，主要是对贪利性犯罪给予经济上打击，更能遏制这类犯罪。我国在 20 世纪 50 年代和 60 年代对贪污犯罪很注重罪犯的坦白、退赃这些情节，并规定对这些情节从轻减轻处罚。因此，我国刑法应充分运用财产刑惩治贪污贿赂一类犯罪。在适用刑罚时，并根据退赃多少，挽回经济损失多少来确定从轻或减轻处罚程度，建议还应将坦白规定为法定从轻情节。

对贪污罪不挂死刑，以无期徒刑代替，充分借鉴外国有关刑事立法例，尽快对贪污罪作出强制适用罚金刑、没收财产刑、剥夺政治权利刑的详细规定，实现刑罚为惩罚犯罪、预防犯罪之目的。

有人说：“目前贪污贿赂犯罪活动猖獗，在立法上对这类犯罪不挂死刑，不利于严惩严

重经济犯罪分子。”这种说法正确吗?非也。如果我们比较科学地运用死刑,而不滥用死刑,严重的刑事犯罪分子得到应有惩罚,该判处死刑的判处死刑,该长期监禁的长期监禁。死刑是对付严重暴力犯罪的基本办法,经济制裁是对付经济犯罪的主要措施,这是商品经济等价交换原则的反映。对于贪污贿赂一类犯罪不适用死刑,以剥夺自由刑代替,充分运用财产刑,对于贪利性犯罪给予经济打击,挽回了经济损失,对国家人民都有好处。贪污贿赂犯罪主体是国家工作人员,对国家工作人员实施职务上的犯罪,只强调从重一面,不强调改造挽救一面,不是共产党的政策。我们党的最终目标是实现共产主义,解放全人类,连国家工作人员犯罪都改造不了,还谈什么解放全人类。处死刑十分容易,改造人是十分艰难的。对于贪污贿赂一类犯罪不挂死刑,充分运用刑罚功能,不断加强廉政制度建设,这一类犯罪也会逐步减少。

4.挪用公款罪适用刑罚问题。

全国人大常委会 1988 年 1 月 21 日通过的《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》中对挪用公款数额较大“处五年以下有期徒刑或者拘役;情节严重的处五年以上有期徒刑。挪用公款数额较大不退还的,以贪污论处”。根据我国刑法第 155 条规定贪污犯罪挂死刑,从人大《补充规定》可以看出,挪用公款转化为贪污罪可适用死刑。

对于挪用公款转化为贪污罪是否可适用死刑,是一个值得研究的问题。挪用公款罪侵犯的是国家的财经管理制度,归属于破坏社会主义经济秩序罪;贪污罪侵犯的是公共财产所有权,归属于侵犯财产罪。挪用公款罪具备的是暂时非法使用公款的故意和目的;贪污罪具备的乃是永久非法占有公款的故意和目的,行为人往往采取永久性掩盖犯罪事实的手段,如伪造单据,涂改、销毁账目等。贪污罪的犯罪目的和手段都比挪用公款罪恶劣。挪用公款从作案手段和主观恶意较贪污罪轻,因此挪用公款转化为贪污罪的不应挂死刑条款。《补充规定》第 3 条规定:“挪用公款数额较大不退还的,以贪污论处。”把不退还的挪用行为升格视为贪污罪,在司法实践中有些问题,值得研究,有的国家工作人员借公款 5 万元给他人做生意,结果生意亏本了,资金一时无法归还。挪用公款者没有得任何利益,还变卖家产归还公款,无法退归部分挪用款项以贪污罪论处。这个挪用公款者没有图到任何财产,反而自己弄得倾家荡产,如以贪污论处处罚就太重了。我国又从立法上正式创制了挪用公款罪这种新的罪名,应独立作出挪用公款罪的数额与处罚标准。世界上有些国家对公务员挪用公款有单独挪用公款罪的数额处罚标准。比如《西班牙刑法典》第 394 条规定:“公务员挪用或同意别人挪用其职务所管辖或职权所处理之公共资产或财产者,应受下列处分:第一项,如果挪用公款数额未超过西币 2500 元,应处以长期监禁。第二项,如果挪用公款数额超过西币 2500 元,而未超过西币 5 万元者,应处以短期苦役。第三项,如果挪用公款数额超过西币 5 万元,而未超过西币 25 万元者,应处以长期苦役。第四项,如果挪用公款超过西币 25 万元者,应处以短期监牢。”“所有挪用公款案件,均应处完全褫夺权利。”西班牙刑之阶梯为:(1)死刑;(2)长期监牢;(3)短期监牢;(4)长期苦役;(5)短期苦役;(6)长期监禁。挪用公款罪在西班牙最高刑为短期监牢,根据西班牙刑法典第 30 条规定短期监牢为 12 年。

鉴于国外刑法对挪用公款罪处刑较轻,建议将挪用公款罪单列刑罚,最高刑罚为 15 年以下有期徒刑,依照《补充规定》第 12 条的规定,对挪用的公款应一律追缴、对挪用人靠挪用的公款赚取的违法所得一律没收,以挽回国家或集体财产的损失,同时也惩戒犯罪分子的贪利思想。挪用公款罪的法定刑中应增加财产刑的内容,应增加罚金刑作为选择的刑种之一。增加财产刑的刑罚内容,可以更好地贯彻罪刑相适应的原则和刑罚目的,增强刑罚的威慑力和改造罪犯的功能,这些刑罚措施配套跟上,对这类犯罪不适用死刑,也能及时有力地惩治经济犯罪。

（三）投机倒把罪适用死刑分析

我国刑法第 118 条规定：“以走私、投机倒把为常业，走私、投机倒把数额巨大的或者走私、投机倒把集团的首要分子，处三年以上十年以下有期徒刑，可以并处没收财产。”根据我国刑法第 118 条规定投机倒把罪最高刑为 10 年以下有期徒刑。全国人大常委会 1982 年 3 月 8 日作出《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对刑法第 118 条走私、套汇、投机倒把牟取暴利罪，其处刑分别补充或者修改为：“情节特别严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产。”根据人大《决定》犯投机倒把罪情节特别严重的，可适用死刑。

投机倒把是一种可变性犯罪，经济体制改革时期，经济政策时有调整变化，投机倒把犯罪行为与经济违法的行为、合法经营行为的界限也会发生变动，有些物资此时允许自由买卖，彼时就可能加以限制、禁止。因此对这种罪与非罪界限容易发生变动的行为，不宜设置死刑条款。其次，由于投机倒把罪涉及范围较广，内容较庞杂，设置死刑条款容易导致与其他有关犯罪处刑上的不协调。国外刑法对投机倒把罪处刑较轻。在欧美国家刑法典中一般不直接规定投机倒把罪。苏俄刑法典第 154 条规定的投机罪，是以营利为目的而收买和转卖商品或其他物品，其中以投机为常业，或大量投机的处以 7 年以下剥夺自由。罗马尼亚刑法典第 295 条规定的投机倒把罪，处 6 个月以上 5 年以下有期徒刑。与上述国家刑法规定比较，我国对投机倒把罪处刑较重。

1987 年 7 月 24 日最高人民法院《关于依法严惩猎杀大熊猫、倒卖、走私大熊猫皮的犯罪分子的通知》规定：“大熊猫是十分珍贵稀少的野生动物，倒卖、走私一张大熊猫皮的即应视为情节特别严重……判处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产。”这个司法解释规定投机倒把一张大熊猫皮的，即视为情节特别严重，可判处死刑。我们认为，这个司法解释是值得研究的。这一规定片面强调了保护野生动物的重要性，而忽视了对人的保护，无疑宣布了一条人命还不如一张熊猫皮。人与动物，人与财产，谁重要？应当说，人的价值要高于一切动物，高于财产。社会主义国家是人民的国家，更应当保护人，重视人的价值。在整个刑事立法和司法解释过程中要贯穿对人的保护。

附译文

盗窃罪适用死刑的比较研究⁵

李云龙⁶ 沈德咏⁷

在刑事案件中，侵犯财产型的案件比例最高，比重最大，而在侵犯财产型案件中，盗窃案件的发案率又一直高居首位，盗窃犯罪占财产型案件的80%左右，特别是近几年来，重大盗窃案呈上升趋势，依法判处盗窃犯罪死刑的案件逐年增加。如何惩治盗窃犯罪，如何对盗窃罪适用死刑，是目前法学界值得研究的课题。

一、我国刑法关于盗窃罪适用死刑的规定

盗窃罪是指以非法占有为目的，秘密地窃取数额较大的公私财物的行为。

我国《刑法》第151条规定：“盗窃、诈骗、抢夺公私财物数额较大，处五年以下有期徒刑、拘役或者管制。”第152条规定：“惯窃、惯骗或者盗窃、诈骗、抢夺公私财物数额巨大的，处五年以上十年以下有期徒刑；情节特别严重的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。”1979年颁布的刑法，对盗窃罪适用最高刑为无期徒刑，没有规定死刑。

当时的立法原意是对贪财图利的经济犯罪一般不适用死刑，严格控制着死刑适用。1982年3月8日全国人大常委会作出《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》(以下简称“严惩决定”)，对刑法一些有关条款作了相关的补充和修改，规定犯盗窃罪“情节特别严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产”。“严惩决定”加重了对盗窃罪适用的刑罚，规定盗窃罪“情节特别严重的”可适用死刑。1984年11月2日最高人民法院、最高人民检察院《关于当前办理盗窃案件中具体应用法律的若干问题的解答》第6条规定：“个人盗窃公私财物数额在3万元以上的，应依法判处死刑。个人盗窃公私财物数额在1万元以上不满3万元，情节特别严重的；盗窃集团的首要分子，情节恶劣、后果严重或者屡教不改的，应依法判处无期徒刑或者死刑。”这一司法解释有两层意思，一是规定“个人盗窃公私财物3万元以上，应依法判处死刑。”从这一规定的表述看，个人盗窃公私财物，只要数额达到3万元以上的即应依法判处死刑，没有任何选择的余地，也不需要具备其他严重情节；二是规定“个人盗窃公私财物数额在1万元以上不满3万元，情节特别严重的；盗窃集团的首要分子，情节恶劣、后果严重或者屡教不改的，应依法判处无期徒刑或者死刑。”按照这一规定，个人盗窃1万元以上不满3万元，具备情节特别严重的，可适用死刑。此后，在审判实践中，盗窃财物数额特别巨大的起点线一般掌握在人民币1万元。按照上述司法解释，个人盗窃公私财物数额在1万元以上不满3万元，情节特别严重的，可以判处死刑。如杨春华盗窃一案：杨犯曾因盗窃犯罪被判处有期徒刑4年，刑满释放后继续犯罪；1984年8

⁵原载《法学研究》1996年第6期。

⁶李云龙，时为江西省社会科学院副研究员，现为法学教授、江西省犯罪学研究会会长，江西云龙律师事务所律师。

⁷沈德咏，时任江西省高级人民法院副院长，现任最高人民法院常务副院长。

月至 1989 年 1 月先后实施盗窃作案四次，窃得赃款共计人民币 23,000 元，其中 12,000 元属回大陆探亲的台胞刘火权的财物。人民法院审理后认为，杨春华曾因盗窃被判刑，刑满释放后又重新犯罪，窃得 23,000 元，数额特别巨大，且大部分为回乡探亲途中的台胞的财物，造成恶劣的政治影响，情节特别严重，因此，杨犯被依法判处死刑。⁸为了完善盗窃罪的司法解释，1992 年 12 月 11 日最高人民法院、最高人民检察院又作出了《关于办理盗窃案件具体应用法律的若干问题的解释》，该司法解释规定：“盗窃公私财物数额特别巨大的，或者盗窃数额接近特别巨大并具有其他特别严重情节的，依法判处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产。盗窃公私财物数额特别巨大，同时具有其他特别严重情节的，依法判处无期徒刑或者死刑，可以并处没收财产。”这一规定要求在确定盗窃犯罪的刑罚时，不要把盗窃数额作为量刑的唯一标准，还要考虑其他情节，进行全面分析。对于适用死刑的盗窃案件，规定盗窃数额要求特别巨大，同时还要具备情节特别严重才能适用死刑。这一规定相对限制了死刑适用，对适用死刑条件要求较前更严一点。

二、中外刑法对盗窃罪适用刑罚的比较

盗窃罪的概念，我国直到魏晋时才比较确定。西晋时张斐《晋律注》说，“取非其有谓之盗”，也就是说，只要是取得非分之物，就是盗窃。唐律对于有关盗窃罪的规定相当详细。《贼盗律》(总 300 条)规定：“诸盗，公取，窃取皆为盗。”疏文说：“公取，谓行盗之人，公然而取；窃取，谓方便私窃其财，皆名为盗。”因此，唐律中“盗”的概念，指以公开或秘密的方式非法取得他人财物的行为。对于盗窃罪如何适用刑罚，我国 2700 多年前的西周法律中，就规定了盗窃财物的行为要给予断足的处罚。汉朝刘邦鉴于秦朝苛法酷刑，招致人民的怨恨，导致社稷灭亡的教训，在废除秦律的同时，与百姓约法三章。《史记·高祖本纪》载有：“与父老约法三章耳：杀人者死，伤人及盗抵罪。”明确规定“杀人者死”，其意有二：一为以命偿命，罪与刑相适应，杀人的应处死刑，并不株连其家属和亲邻；二为“伤人及盗抵罪”，抵者，即要求以原则相同的刑罚抵偿犯罪行为给被害人造成的损害，不加重刑罚，做到罪刑相适应。唐律《贼盗律》(总 282 条)规定：“诸窃盗，不得财笞五十，一尺杖六十，一匹加一等，五匹徒一年，五十匹加役流。”元朝《六律》规定：“诸窃盗，初犯刺左臂，谓得财者，再犯刺右臂，三犯刺项。”在西周、汉朝《汉律》、唐律《贼盗律》、元朝《元律》等法律中，犯盗窃罪均不适用死刑，犯强盗罪才可适用死刑。

我国台湾地区现行“刑法”第 320 条规定犯普通窃盗罪处 5 年以下有期徒刑、拘役或 500 元以下罚金；第 321 条规定犯加重窃盗罪处 6 个月以上 5 年以下有期徒刑；第 322 条规定犯常业窃盗应处 1 年以上 7 年以下有期徒刑。香港地区法律中对盗窃罪有专门的条例规定，即 1970 年制定、1980 年修订的盗窃罪条例，其内容除盗窃罪外，还包括抢劫罪、入屋犯罪和欺诈罪，该条例第 9 条规定：凡实施盗窃行为的人即构成犯罪，经起诉后应处 10 年监禁。我国的台湾、香港地区对犯盗窃罪处的刑罚都比较轻，国外的情况也如此。巴西刑法典第 155 规定：为自己或为别人偷窃他人动产的，处刑 1 至 4 年监禁并处 500 至 1 万克鲁赛罗罚金；有加重情节的，处 2 至 8 年监禁并科 2000 至 12,000 克鲁赛罗罚金。瑞士刑法第 137 条规定：犯窃盗罪，为自己或第三人不法利益而窃取他人之动产者，处 5 年以下重惩役或轻惩役；有下列情形之一者，处 10 年以下重惩役或 3 个月以上轻惩役：(1) 参与经营性窃盗或强盗集团曾犯窃盗者；(2) 以窃盗为常业者；(3) 行为人窃盗方式具有特殊危险者。在瑞士犯窃盗罪最高徒刑为 10 年。德国刑法第 242 条规定：犯单纯窃盗罪应处 5 年以下自由刑或并处罚金，加重的窃盗罪应处 3 个月以上 10 年以下自由刑。日本刑法第 235 条规定：窃取他

⁸参见李云龙、沈德咏：《死刑制度比较研究》，中国人民公安大学出版社 1992 年版，第 171 页。

人的财物的，是窃盗罪，处 10 年以下惩役。英国刑法规定：窃盗罪按起诉定罪的最高刑为 10 年监禁。印度刑法第 379 条规定：无论何人，实施窃盗，处可达 3 年的监禁或罚金，或二者并处；第 380 条规定：无论何人，在人居或存放财物的建筑、帐篷或船舶中进行窃盗的，处可达 7 年的监禁，并处罚金。而法国刑法则规定：犯加重窃盗罪，处 5 年监禁，并科 50 万法郎罚金。

从上述可看出，中国古代法律对窃盗罪没有适用死刑的规定，仅对强盗罪即抢劫罪可适用死刑；我国台湾、香港地区刑法规定犯窃盗罪的最高刑罚分别为 7 年、10 年以下有期徒刑。国外刑法对窃盗罪适用刑罚也大都较轻。巴西刑法规定犯窃盗罪而有加重情节的最高刑为 8 年监禁；瑞士刑法对犯窃盗罪最高刑为 10 年以下重惩役；日本刑法规定犯窃盗罪最高刑为 10 年；印度刑法规定窃盗罪最高刑为 7 年的监禁；法国刑法规定窃盗罪处 5 年监禁。这些国家和地区对窃盗罪适用刑罚最高为 10 年以下。为什么适用这样轻的刑罚制度，是不是窃盗犯罪不严重？不是的，窃盗无论在哪个国家都是有一定规模的犯罪。对窃盗罪不适用死刑的原因，既是由于单纯对其适用死刑不足以遏制这类犯罪，也是因为对该罪适用死刑，与罪刑相适应原则不相符。显然，由于窃盗罪本身并没有危及人们生命和健康，对窃盗犯适用死刑就忽视了对人权的保护。窃盗犯窃取数额在 3 万元以上，情节特别严重的，就得适用死刑，有意或无意剥夺他的生存权。窃盗犯罪的原因是多方面的，好逸恶劳享乐主义是产生窃盗犯罪的直接原因。随着国门打开，发达国家的安逸富有，强烈地刺激着一些人的需求心理，特别是近几年，高消费意识增强，加上经济领域的分配不公和社会上的腐败现象，以及其他不良因素的存在，是导致窃盗犯罪的重要原因，只有认真分析这些因素，搞好综合治理，正确适用刑罚，才能抑制、减少窃盗犯罪。

三、我国刑法对窃盗罪不宜挂死刑

我们认为我国刑法对窃盗犯罪不宜挂死刑，更不应把窃盗数额作为判处死刑的唯一或主要依据。

1. 死刑不能遏制窃盗犯罪。

在侵犯财产案中，窃盗案件的发案率一直高居首位。据统计，全国公安机关 1981 年窃盗案立案总数为 744, 374 起，占全部刑事案件的 83.6%，其中严重窃盗案件 16, 873 起；1985 年窃盗案件的立案总数为 431, 323 起，占全部刑事案件的 79.6%，其中严重窃盗案件 34, 643 起；1987 年窃盗案件总数为 435, 235 起，占全部刑事案件总数的 76%，其中严重窃盗案件 58, 661 起；1992 年，窃盗案件的立案总数已达 1, 142, 556 起，占全部刑事案件总数的 72%，其中严重窃盗案件 251, 117 起。⁹从这几年全国窃盗案件立案数可看出，窃盗犯罪呈上升增长趋势，严重窃盗案逐年增多。1979 年颁布的《刑法》对窃盗罪没有挂死刑条款，“严惩决定”加重了窃盗犯罪的刑罚，规定窃盗犯罪“情节特别严重的”可适用死刑。我国司法机关从 1982 年开始判处和执行一批窃盗犯罪死刑。而我国在 1981 年窃盗案件的立案总数为 744, 374 起，经过“严打”后，依法杀了一批窃盗犯，事实证明，并没有遏制窃盗犯罪。到 1992 年，窃盗案件的立案总数达 1, 142, 556 起，已超过 100 万起大关，占全部刑事案件总数的 72%，这足以说明死刑并不能遏制窃盗犯罪。

哪一类犯罪严重，就来提高法定刑，甚至给予死刑惩治。二十世纪八十年代初，窃盗犯罪严重，就给窃盗罪挂上死刑；卖淫嫖娼犯罪严重，就增设强迫妇女卖淫罪的死刑；九十年代金融秩序犯罪严重，就增设伪造货币罪、非法集资罪、信用证诈骗罪的死刑。想用死刑来达到遏制一切犯罪的目的，这不是马克思主义实事求是的态度，而是重刑主义思想的反映。

⁹参见魏平雄主编：《市场经济条件下犯罪与对策》，法律出版社 1995 年版，第 289 页。

从 1978 年改革开放以来,我国在经济、文化、科学、教育、政治、生活领域进行大量拨乱反正,清除“左”的思想,制定了一系列开放搞活的政策,唯独我国法学界尤其是刑法中的死刑,一直没有进行拨乱反正,适用死刑的罪名越增越多(作者并不是废除死刑之意,而是要限制死刑适用),判处死刑和执行死刑的数字越来越多。从死刑的实际威慑效果看,其遏制犯罪的成效远未如人愿。从犯罪动态分析看,改革开放以前,即 1978 年以前 30 年,我国犯罪案件年发案一般在 20—50 万起之间浮动,发案最高年份 1978 年为 54 万起,发案最低年份 1956 年为 18 万起,犯罪率一般在 3%—6%之间浮动。改革开放以来,犯罪的状况一改常态,1979 年突破 60 万起,10 年之后的 1989 年突破 100 万大关,达 197 万起。1991 年突破 200 万大关,达 236 万起。¹⁰我国从 1982 年“严打”以来,提高了刑罚法定刑,增加一些死刑罪,并没有遏制社会犯罪。我国 20 世纪 50 年代、60 年代、70 年代对罪犯适用死刑极少,犯罪并不严重。死刑不是惩治犯罪的灵丹妙药。把犯罪对策建立在适用死刑的基础上,是不科学的,真正的对策应是综合治理。

2.从刑法理论上讲,盗窃财物的数额是反映盗窃行为的社会危害性及其程度的一个基本因素,但不是唯一因素,不能作为量刑的唯一根据。

因为盗窃同样数额的财物,由于作案动机、手段、对象等其他情节不同,在社会危害性程度上会有较大差异,量刑也应有轻重。因此,盗窃数额与其他情节,是紧密联系、互相作用、有机结合的统一整体。从司法实践来说,把盗窃 3 万元以上财物的犯罪分子都判死刑,不利于鼓励犯罪分子投案自首、坦白交代罪行,以及不利于积极退赃。既然盗窃了 3 万元以上财物就判处死刑,那么,在司法机关尚未掌握盗窃犯罪事实的情况下,摆在那些盗窃数额已超过 3 万元的犯罪分子面前的就只有两条路:一是自首或坦白交代所有犯罪事实,等待判处死刑;二是不自首或拒不交代犯罪事实,也许有不判处死刑,甚至有蒙混过关的可能。同样道理,既然对盗窃数额超过 3 万元的犯罪分子来说,不论退赃与否都应判处死刑,那么,要是犯罪分子明知司法机关尚未掌握赃物的去向,他一般也就不积极退赃,因为退了赃也是死,不如不退。结果公私财产损失就有可能无法挽回。

1992 年 12 月 11 日司法解释规定:“盗窃公私财物特别巨大,同时具有其他特别严重情节,依法判处无期徒刑或者死刑……”“个人盗窃公私财物数额特别巨大,一般可以 2 万至 3 万元为起点,少数经济发展较快的地区,可以 4 万元为起点。”这一规定比 1984 年 1 月 2 日作出的司法解释较完善一些,对盗窃犯罪适用死刑的条件要求更严一点,但这一司法解释仍没有根本解决盗窃犯罪适用刑罚问题。这一司法解释所说的盗窃公私财物特别巨大是指 2 至 3 万元作为起点线,各省、市根据经济发展情况,大部分省规定 3 万元作为“数额特别巨大”的起点线,按规定个人盗窃公私财物 3 万元以上,情节特别严重的可适用死刑。十多年改革开放发展很快,经济增长速度也较快,现仍然以个人盗窃 3 万元作为适用死刑的起点线,不符合我国实际状况。3 万元人民币在部分富裕者手里不算是巨大数额,而是一个不大不小的数额,法律以 3 万元作为数额特别巨大的标准,大大落后于人们生活水平。现在人们口头语说得好:“万元不算富,10 万才起步,100 万才算是富裕户。”再说人的价值应随着经济增长而增长,否则,即是贬低人的生命价值。从生命的价值变化与经济发展一致的角度看,既有质的变化,也有量的不同。从质上讲,生命的价值随着社会经济的发展,应转变为无价。从量上看,至少也不应再以 3 万元作为适用死刑的起点线,不能以 3 万元作为人的价值标准,这是贬低人生的价值。国外像瑞士、巴西、日本等国刑法规定盗窃罪适用的刑罚标准,最高刑为 10 年以下徒刑,连无期徒刑都不适用,而我国惩治盗窃犯罪既有无期徒刑,又有死刑,而且规定适用死刑的标准太低,结果是司法实践判处盗窃罪适用死刑较多,这是值得思考的。

¹⁰参见魏平雄主编:《市场经济条件下犯罪与对策》,法律出版社 1995 年版,第 57 页。

3. 盗窃犯罪侵犯的只是财产所有权，并没有危及人的生命与健康。

一说到死刑，人们首先想到就是“杀人偿命”。其实，这是传统的刑罚等价的概念，这种传统的刑罚等价观点，反映了刑罚的科学性。世界大多数规定死刑的国家，都把刑法中的死刑条文限于旨在剥夺他人的生命权利的犯罪。例如，爱尔兰刑法只对谋杀了正在执行职务的警察或监管人员规定了死刑，日本刑法在对放火、烧毁或溢水浸害建筑物规定死刑时，更明确规定这些建筑物必须是供人使用的建筑物，否则，不能处以死刑。遍观当今各国死刑之立法例，死刑条文主要适用于四个方面的犯罪：一是严重的国事罪；二是战时军职罪；三是危害公共安全罪；四是故意杀人罪。对前两种犯罪适用死刑，乃是为了突出对国家根本利益的保护，它间接地反映了死刑的刑罚等价观念；而对后两种犯罪适用死刑，则直接地反映了死刑的刑罚等价观念。盗窃犯罪是适用秘密手段窃取钱财，这种犯罪并不危及人的生命与健康，从刑罚等价观念来看，这类犯罪不宜判死刑。至于盗窃罪转化为强盗罪，则罪的性质变了。强盗罪在封建社会和现代社会适用刑罚均重于盗窃罪，犯强盗致死的犯罪，一些国家都规定了死刑。我国的现行刑法规定盗窃罪最高刑为死刑，抢劫罪(即强盗)最高刑为死刑。两者比较，前者为轻罪，后者为重罪，最高刑却完全相同。确定刑罚应公正、合理、与罪之轻重相适应。因为唯有重罪重罚，轻罪轻罚，罚当其罪，才可能体现刑罚之公平、合理，才能发挥预防犯罪的功能。盗也死，抢劫罪杀人也死，显然不公正。南昌市某某区人民法院，审理关某某盗窃狮子狗一案。当时一只狮子狗的价值 15,000 元，依法判处 8 年徒刑。盗窃犯罪在印度这个人口众多的国家，最高刑仅为 7 年监禁。我国盗窃一只狗，要坐 8 年徒刑。1984 年一只狮子狗价值 120 元，到 1992 年一只狮子狗价值 15,000 元，狮子狗价值增长了，而人的价值没有增长，其不合理之处一目了然。

对于盗窃罪的刑事立法，要借鉴国外的刑事立法经验。废除盗窃罪的死刑，规定最高刑为无期徒刑。根据盗窃犯罪的手段、犯罪情节、退赃情况定罪量刑。

4. 对于盗窃犯罪，很多国家的刑罚处罚重点放在罚金刑及短期监禁上。

因为在商品经济条件下，金钱利益对人们的影响很大。正确运用经济惩罚，能够产生与其他刑罚同样的威慑和惩罚作用，它不仅能增加国库收入，而且能弥补犯罪造成的损失。对于严重的投机倒把犯、盗窃犯、受贿犯不判处死刑，而判处无期徒刑或者有期徒刑，以及适用罚金刑，这样既能惩罚了犯罪，又可弥补罪犯造成的损失。把犯有死罪的罪犯留下来，国家可强制劳动，在劳动中进行改造，同时也创造了社会价值。对经济犯罪适用死刑，剥夺了罪犯的生命，反而对社会安定不利。

再从社会心理效应看，过分依赖重刑会解除人们积极防范的思想，形成社会偏见。死刑愈多，法定刑愈高，就会使人们产生“刑罚严而犯罪少”的结论，事事罪罪依赖极重的刑罚，任何一种严重犯罪行为都得砍头，长期坐牢，使人们的认识逐渐演变为“杀人者死，伤人者死，盗窃财物者也死”以致“万罪皆死”的荒唐观念。从而在心理上解除人们和犯罪作抗争的积极性，一旦出现犯罪率上升，则归罪于政法部门用刑不严，打击不力，杀人太少。这种“重刑万能”的思想，是治理不好刑事犯罪的，会解除人们的防范思想，削弱综合治理机制，使社会走向另一个极端。

我们主张对盗窃罪不应规定死刑，并不意味着主张不需要控制盗窃犯罪，而是主张需要科学运用刑罚手段，综合治理盗窃。运用二十世纪五十年代的方法，杀掉几个“刘青山”来遏制经济犯罪，是不现实的。运用五十年代“杀一儆百”的方法，来治理九十年代的盗窃犯罪，是难以奏效的。单纯打击甚至以死刑相治，这是单一的功能，而更重要的是深入进行体制改革，及时预防盗窃犯罪，综合治理经济犯罪。再说盗窃犯罪本身是种复杂的犯罪，大部分犯罪事实要靠算经济账来定罪量刑。经济账目一时难算准确，如果凭一时算账，超过了判处死刑的数额标准，就给予处死，就很容易造成错案，而错杀了人是纠正不了的。

盗窃犯罪是当今世界一个具有国际性的严重社会问题，盗窃犯罪伴随着经济活动而发

生和变化，在唯利是图思想意识驱使下，商品经济越发达，犯罪的机会越多，盗窃犯罪对社会造成的物质损失会更大。然而，严重的盗窃犯罪，并不必然意味着严酷的刑罚。各国及地区对盗窃犯罪的刑罚比我国轻宽得多，不仅不适用死刑，连终身监禁也少见，最常用的刑罚方法是罚金。提高罚金数额，是目前世界上制裁盗窃犯罪的共同方法。

5.运用法律杀盗窃犯，不符合社会发展进步需要。

在古代历史上，对盗窃犯一般不适用死刑，世界大多数国家对盗窃犯一般不适用死刑。而我国刑法规定，盗窃 3 万元以上，情节特别严重就可适用死刑，在司法实践中，盗窃犯罪适用死刑不少。现代社会已到了二十世纪九十年代，适用极刑惩治盗窃分子，不符合社会发展文明要求。有人说：“治乱世用重刑。”这句话本身违背了社会发展规律，现在什么年代——社会主义已搞了 45 年，改革开放已有了十多年，现在不是“乱世”时期，而是社会改革发展时期。理论上说，社会主义有很多优越性、进步性，为什么对本国公民犯罪——盗窃犯罪分子不去教育帮助他使他重归于社会，而要把他杀掉，杜绝社会之外？犯罪是社会多种因素综合作用的结果，与社会政治、经济、教育、道德、生活方式、家庭关系等方面的变化有关。这些因素变化的消极影响，绝非单凭死刑的威慑力所能改变和消除，死刑不能根除产生犯罪复杂的社会根源，因而也不可能从根本上真正遏制犯罪。另外，盗窃犯罪，多半是青少年实施的，因此，要解决这一问题当然需要综合解决青少年犯罪问题，由此，才能真正逐步减少盗窃犯罪。

完善受贿罪立案标准、废除

普通受贿罪的死刑

李云龙

2011年2月25日，第十一届全国人大常委会第十九次会议通过《中华人民共和国刑法修正案（八）》，废除了13个非暴力犯罪的死刑。有的人大委员提出废除贪污受贿罪的死刑规定，引起社会公众和法律人士的广泛关注。受贿犯罪是目前适用死刑较多的一个罪名，由于受贿罪立案标准、适用死刑条件过低，带来死刑广泛适用。为了保障公民权利，完善受贿罪的立法，建议人大修改受贿罪立案标准，废除普通受贿罪死刑规定，除严重索贿、因受贿而导致重大人身和财产重大损失的犯罪外，对普通受贿即使受贿数额特别巨大，上百万元，上千万元，只要积极退赃，没有造成重大损失，一律不适用死刑，用无期徒刑代替，死刑重点放在惩治严重索贿的犯罪，才能使罪刑相适应，刑罚才能公正、公平。

一、1997年刑法规定受贿罪立案标准为5000元，不符合我国社会经济发展情况

我国1952年颁布的《惩治贪污条例》把收受贿赂的犯罪定为贪污罪。把受贿罪作为一个独立罪名，则是1979年颁布的《中华人民共和国刑法》规定的。1979年刑法第185条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，处五年以下有期徒刑或者拘役。犯前款罪，致使国家或者公民利益遭受严重损失的，处五年以上有期徒刑。”1979年将收受贿赂犯罪列为受贿罪，这是我国刑法第一次把受贿罪独立为一个罪名。1979年刑法对受贿罪数额、立案标准没有作出规定，受贿罪最高刑为15年有期徒刑。1979年刑法受贿罪没有死刑规定，连无期徒刑都没有设定。1982年3月8日全国人民代表大会常务委员会作出《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》对刑法受贿罪法定刑作出修改，修改规定为：国家工作人员索取、收取贿赂的，比照刑法第155条贪污罪论处，情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑。1988年1月21日全国人大常委会又作出《关于惩治贪污罪贿赂罪的补充规定》，规定受贿罪立案标准为2000元。1997年颁布新刑法对受贿罪立案标准作出规定，刑法第383条、第385条规定：个人受贿数额在5000元以上的，应予立案。个人受贿数额不满5000元，情节较重，应予立案。受贿数额不满5000元，但具备下列情节之一的：（1）因受贿行为而使国家或者社会利益遭受重大损失的；（2）故意刁难、要挟有关单位、个人，造成恶劣影响的；（3）强行索取财物的。依据1997年刑法规定，受贿罪的立案标准为5000元，不满5000元的，要具备上述三种情节之一，可立案。受贿罪立案标准很低。

1.受贿罪立案标准1997年刑法规定为5000元。经过13年后，这一立法规定不符合我国社会经济发展的情况及公务员生活发展水平。

我国从 1997 年发展至 2010 年已经历 13 年历史，我国国民经济增长很快，人民生活水平逐年提高。20 世纪 80 年代至 90 年代初，公务员每月工资仅有 200 元左右，一年收入近 2000 元。1988 年受贿罪立案标准为 2000 元，大致是以一般干部每月收入 200 元为准，一年收入 2000 元左右，当时以一年收入数额作为受贿罪立案标准。1997 年修正刑法规定为 5000 元，在当时符合经济发展情况，但从 1997 年至 2010 年已经历 13 年经济社会发展，仍然以 5000 元作为受贿罪立案标准已大大落后于我国公务员工资水平。从 1997 年至 2010 年经济增长了，公务员工资提高了，发达地区公务员每月工资（一般干部）2000 以上（加上其他补贴），有的甚至每月 5000 元。而现行刑法仍然以个人受贿 5000 元以上作为立案标准，不符合我国生活水平发展情况。

2.5000 元是一个不大不小的数额，在人们生活中，南昌市 2010 年度公民年纯收入 6100 元，一个个体企业年纯收入近 20 万元；一餐饭招待客人都要花费 5000 元。如果以 5000 元作了立案，5000 元就可以打倒一个干部，共产党培养了十几年、二十几年的干部，太不值钱了。我这句话并不是不惩治贪污、受贿违法行为，而是要提高受贿罪立案标准，才能做到罪刑相适应。

3. 受贿案立案标准不能与贪污罪等同。

贪污罪是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、盗窃、骗取或者以其他手段占有公共财物的行为。贪污的手段是多种多样的，但主要是侵吞、盗窃和骗取。“侵吞”，主要指行为利用职务便利，以涂改账目、收入不记账等不露“痕迹”的手段，将自己职务管理、支配的公共财物占为己有。“盗窃”，是指行为人利用职务便利，以秘密窃取方式，将自己管理的公共财物占为己有等。这种犯罪手段比受贿犯罪手段严重。受贿罪除索贿罪外，收受财物都是行贿人送来的，与贪污罪的侵吞、盗窃、骗取手段，从犯罪情节来讲要比较轻。而我国刑法将受贿罪与贪污罪的立案标准、适用死刑起点等同，不符合罪刑相适应的原则。因此，1997 年刑法规定贪污罪 5000 元立案标准不适用受贿罪。

4. 受贿罪立案标准的数额不应由人大立法解释作出。

法律具有稳定性，修改法律，宪法规定了严格程序。依据《中华人民共和国宪法》第 64 条规定：“法律和其他议案由全国人民代表大会以全体代表的过半数通过。”规定刑法修改严格程序。受贿罪立案标准不应由人大作出立法解释。经济数额、犯罪数额随着经济发展而发展，法律解释具有稳定性，不应随时修改，随时修改就失去了权威性。1988 年人大立法解释规定受贿罪立案为 2000 元，1997 年刑法规定为 5000 元。1997 年发展到 2010 年近 13 年时间还是 5000 元吗？受贿罪数额规定不应由立法机关作出。对于受贿罪立案标准应授权最高人民法院、最高人民检察院依据司法实践中具体情况作出不同数额规定。

5. 受贿罪以 2 万元作为立案标准。

1997 年现行刑法规定受贿罪立案标准为 5000 元。经过 13 年经济发展和人民生活水平提高，为了公平惩治贿赂犯罪，应当将受贿罪立案标准提高，将原 5000 元受贿罪立案标准修改为 2 万元。受贿 2 万元以下由行政纪律部门处理。

6. 2 万元至 20 万元适用刑罚问题。

个人受贿 2 万元以上不满 10 万元的，处 1 年以上 5 年以下有期徒刑；情节严重的处 7 年以上 10 年以下；个人受贿 10 万元以上不满 20 万元处 7 年以上有期徒刑。

二、中外刑法对受贿罪适用死刑的比较

世界上绝大多数国家对受贿罪的处罚仅规定有期徒刑、短期监禁和罚金刑，适用死刑极少。

1997年开始实施的俄罗斯刑法典第30章第290条规定：“公职人员亲自或通过中间人接受金钱、有价证券、其他财产性质的利益等形式的贿赂，处罚金或处五年以下剥夺自由，并处三年以下剥夺担任一定职务或从事某种活动的权利。”有下列情节之一的：（1）有预谋的团伙或组织的团伙实施的；（2）多次实施的；（3）有索贿情节的；（4）数额巨大的。符合情节之一的处七年以上十二年以下的剥夺自由，并处或不并处没收财产（注：其价值超过最低劳动报酬300倍的，是数额巨大的贿赂）。在俄罗斯受贿罪最高刑为12年剥夺自由，俄罗斯刑法第59条规定，“死刑作为极刑只能对侵害生命的特别严重的犯罪适用”，死刑不适用于受贿罪。

《日本刑法》第197条对受贿罪的规定：“公务员或仲裁人，就职务上的事项，收受、要求或者约定贿赂的，处三年以下惩役；实施上述行为时接受请托的处五年以下惩役。”在日本受贿罪最高刑为5年惩役。

《捷克斯洛伐克刑法典》第181条收受贿赂的最高刑为“一年以上五年以下剥夺自由和罚金”。

《罗马尼亚刑法典》第253条“犯受贿罪处三年至十年监禁，禁止行使一定权利”。

《意大利刑法典》第319条“公务员为不履行或拖延其职务行为或者因为履行或曾拖延其职务行为的，或者为实施过违反其职责义务的行为或者因实施过违反其职责义务的行为，为自己或第三人接受钱款或其他利益的，或者接受许诺的，处以二年至五年有期徒刑。”第317条“公务员或受委托从事公共服务的人员，滥用其身份或者权力，强迫或者诱使他人非法地向自己或第三人给予钱款或其他利益的，处四年至十二年有期徒刑”。

1999年1月1日起生效的《德国刑法典》第331条（受贿）：“公务员或从事特别公务的人员，为履行其职务行为而为自己或他人所要、让他允诺或收受他人利益的，处三年以上自由刑或罚金……”第335条规定“情节特别严重的贿赂罪可处一年以上十年以下自由刑”。

《韩国刑法典》第129条（受贿事前受贿）：“公务员或仲裁人，收受、索取或者约定与职务有关的贿赂的，处五年以下劳役。”加重处罚如下：受贿额为5000万元以上的，处无期徒刑或者10年以上劳役。受贿额为1000万元以上不满5000万元的，处5年以下有期劳役（1990年12月31日修正）。

《法国刑法典》第315条规定，执行公务人员受贿处10年监禁并处100万元法郎罚金。

《瑞士刑法典》第315条规定，行为人因为受贿而违反职责的处5年以下重惩役或一个月以上监禁刑。

由此看来，国外刑法对受贿罪的处罚都比较轻，俄罗斯犯情节严重的受贿罪最高刑为12年；日本刑法最高刑为5年惩役；罗马尼亚刑法典规定受贿罪最高刑为10年监禁；意大利刑法规定受贿罪最高刑为12年有期徒刑；德国刑法规定受贿罪最高刑为10年自由刑；韩国犯受贿罪情节严重的处无期徒刑；法国刑法规定犯受贿罪最高刑为10年监禁；瑞士刑法规定犯受贿罪最高刑为5年重惩役。世界上绝大多数国家对受贿罪仅规定短期监禁、有期徒刑和罚金刑，适用死刑极少。我国1979年制订刑法规定受贿罪最高刑为15年有期徒刑，就是依照世界大多数国家的立法经验而成，与上述列举的其他国家刑法对受贿罪的处罚相比还较重。绝大多数国家和地区，把死刑重点放在重大侵犯人身权利犯罪，对经济犯罪不适用死刑。

1982年由于经济犯罪增长，全国人大常委会作出的《关于严惩严重破坏经济的罪犯的决定》，对刑法第185条受贿罪修改为“情节特别严重的，处无期徒刑或者死刑”。事实上，经过“严打”以及20多年惩治贿赂犯罪的司法实践，对受贿罪适用死刑，并没有遏制贿赂犯罪的增长，而且大案要案越来越严重。

三、不能以 10 万元作为受贿罪适用死刑的起点线

我国《刑法》第 48 条规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。”依据我国刑法规定，受贿罪是比照贪污罪数额规定适用刑罚。个人受贿 10 万元以上情节特别严重可适用死刑，将 10 万元作为适用死刑的起点线。在司法实践中，以 10 万元以上判处死刑不少。原铁道部运输局局长徐俊因受贿、贪污 133,000 元判处死缓。原贵州省公安厅厅长郭正民受贿 17 万元一审判处死刑。这两个案例是 1994 年宣判的，现在看来，规定的死刑起点线太低。

10 万元不是一个特别巨大数额，是一个不大不小的数额，刑法规定数额较大，数额巨大，数额特别巨大，受贿 10 万元作为适用死刑的起点线，是以数额特别巨大作为标准的。2004 年 5 月 24 日新华社电讯：“我国城镇单位在岗职工工资水平在 2003 年实现较大幅度增长，全年平均工资达 14,040 元，比上年增长了 13%。”2004 年 6 月 2 日《环球时报》报道：“2003 中国经济增长率为 9.1%，国内生产总值（GDP）达 11.6694 万亿元人民币，人均 GDP 突破 1000 美元。”在 1990 年代后期，有的个体工商户一月收入也有十几万元，公务员一年收入接近 5 万元或有的超过 10 万元，现阶段不能以 10 万元作为适用死刑的起点线。在俄罗斯受贿罪认定数额巨大是以一年工资的 300 倍为标准计算，而我国刑法受贿罪数额特别巨大是以 10 万元以上为标准，相当一个公务员工资的 1 倍或 2 倍，标准太低。

四、从立法上废除普通受贿罪死刑适用

1. 受贿罪属职务犯罪，又是经济犯罪的范畴，这种犯罪不危及人们的生命，应当废除普通受贿罪死刑规定。

在市场经济条件下，金钱利益对人们的影响很大，正确使用经济处罚，能够产生与其他刑罚同样的威慑和惩罚作用。对受贿罪犯适用死刑，剥夺了罪犯的生命，对其家属、亲戚带来痛苦和不安，反而对社会安定不利。对受贿罪不判处死刑，而判处无期徒刑，以及适用罚金刑，既惩罚了犯罪，又可弥补罪犯造成的损失，对于犯有死罪的罪犯留下来，国家可强制其劳动，在劳动中改造，同时又创造了社会价值。

2. 从废除死刑趋势以及《公民权利和政治权利国际公约》有关规定，贿赂犯罪不适用死刑。

死刑废除起源于十八世纪，起源于欧洲，十九世纪中期慢慢传到西欧等国家，以后传到南美少数国家。1988 年，死刑废除率已经很高，世界上 180 个国家，有 52 个国家废除死刑，其中有 32 个国家废除普通犯罪的死刑，只保留了危及国家安全性犯罪的死刑。2009 年废除死刑步伐很快，现在有 103 个国家废除死刑，其中 95 个国家废除所有犯罪的死刑，有 8 个国家废除了普通犯罪的死刑，在法律上保留死刑的国家有 93 个，其中有 48 个国家在过去十年当中没有判处过死刑。2008 年联合国大会大部分国家赞成废除死刑，只有少数国家投反对票。

死刑限制和废除已经被越来越多的国际法律文件所认可，废除死刑的呼声日渐高涨。

1948 年《世界人权宣言》作为人权国际保护的纲领性文件，强调了生命、自由和人身安全重要保护，为死刑的限制和废除奠定了法理基础。人类有权享受生命财产自由，任何人不得加以剥夺。这是世界人权宣言，当时世界人权宣言出版以后，起到很大的作用。

1966 年联合国通过《公民权利和政治权利国际公约》，第 6 条中首次在国际公约中对适用死刑明确加以限制。《公民权利和政治权利国际公约》第 6 条规定：“人人有固有的生命权，这个权利应受法律保护，不得任意剥夺任何人的生命。”该条第 2 款规定：“在未废除死刑的国家，判处死刑只能作为对最严重的罪行的惩罚……”这个国际公约强调生命的特殊保

护，规定死刑限于严重的犯罪。

3. 去除重刑万能的思想，综合治理落到实处。

再从社会心理效应看，过分依赖重刑会解除人们积极防范的思想，形成社会偏见。死刑愈多、法定刑愈高，就会使人们产生刑罚严厉而受贿犯罪少的结论，事事罪罪依赖极重的刑法，任何一种犯罪行为就得砍头，长期坐牢，使人们的认识逐渐演变为“杀人者死，伤人者死，受贿贪污者也死”以致“万罪皆死”的荒唐观念。一旦出现受贿犯罪大案，则归罪于政法部门打击不力，杀人太少。这种“重刑万能”的思想，治理不了公务人员腐败行为，反腐败反不到根子上。适用1950年代方法，杀掉几个“刘青山”来制止腐败行为，是不会奏效的。针对政府官员贪污受贿，主要在于搞好行政监督，完善法制，堵塞漏洞，预防这种犯罪。关于这一点，可以以香港地区为例，香港廉政公署不用死刑惩治腐败，而以及时惩治、防范、教育三管齐下的措施，使受贿行为大为减少，值得我们借鉴。

4. 盗窃罪可废除死刑，普通受贿罪也应予废除死刑。

盗窃罪与受贿罪比较，盗窃罪是重罪。1997年刑法已经废除盗窃普通财物的死刑规定，大大减少死刑适用，受贿罪适用死刑应当在立法上限制适用。我们是社会主义国家，对国家机关工作人员中的受贿罪用死刑惩治，这本身对国家工作人员不是出于挽救帮助，而是把他拒之于社会之外。对社会上的盗窃普通财物的犯罪分子可以废除死刑，对国家干部职务上的犯罪为什么不可废除死刑呢？公民在法律上一律平等，生命权的保护在立法上应当平等。在目前废除受贿罪死刑条件不够成熟的情况下，应当废除普通受贿犯罪的死刑，限制死刑适用，把死刑重点放在惩治极其严重的索贿犯罪、造成国家和公民重大损失的腐败分子身上。这样才能做到稳、准、狠打击犯罪，才能做到罪刑相适应，刑罚才能做到公正、公平。

5. 废除普通受贿死刑规定，保留索贿情节的死刑规定。

为了限制死刑适用，教育挽救国家工作人员，打击极少数腐败分子，对受贿犯罪造成国家和公民财产重大损失的，对于严重索贿行为给予死刑惩治。对于普通受贿犯罪，犯罪数额特别巨大，只要能悔罪退赃一律不适用死刑，最高刑为无期徒刑。法律规定：个人受贿数额20万元以上处10年有期徒刑；情节特别严重的处无期徒刑。受贿数额100万元以上，悔罪、退赃的处无期徒刑。受贿数额200万元以上具有以下情节之一的处死刑：（1）多次索贿，数额特别巨大；（2）受贿后为他人谋利益而导致重大人身伤亡或巨大财产损失。对于普通受贿即使受贿数额特别巨大，上百万、上千万元，最高刑为无期徒刑。1950年代，毛泽东同志对公务员犯贪污、受贿退赃彻底可从轻减轻处罚，这个刑事政策经过实践证明是行之有效的，我们应当继承发扬在我国刑法当中。受贿罪应当规定：退赃比较彻底的，有悔改表现，可从轻减轻处罚。这样能挽救教育一大批干部，又能严厉惩治那些极少数不可救药的腐败分子。

我国刑法已废除盗窃普通财物的死刑规定，也应当对普通受贿犯罪废除死刑规定。公民在法律面前一律平等，对公务员犯罪从重，怎么体现公民适用法律一律平等呢？刑罚的功能在于及时惩治，反腐败才能彻底。用重刑惩治普通受贿犯罪，抓到了就从重，判了死刑的人认为是倒了霉的人，没有查处的一些人侥幸心理就增强了。因此，对于受贿犯罪要加强侦查力量，改变重刑惩治，才能做到罪刑适应，才能实现司法公正、公平。

惩治房产暴利罪 保护消费者合法权益

2014-3-1 来源：企业家日报

■ 李云龙 江西省社科院法学教授，江西省犯罪学研究会会长

一、国家调控政策不能遏制房价上涨，助长开发商卖房人牟取暴利的思想。

1、调控了买房人，而放任开发商卖房人牟取暴利思想。

2010 年为了坚决遏制城市房价过快上涨，国务院发布了《国务院关于坚决遏制城市房价过快上涨的通知》，2011 年国务院办公厅又下发了《关于进一步做好房地产市场调控工作有关问题的通知》，简称“国八条”二套房房贷首付比例提高到 60%，本地二套房和外地一套房家庭都限购，商业银行暂停发居民家庭购买第三套及以上住房贷款。国家出台一系列调控政策，提高按揭比例，对银行发放贷款限制，一句话只调控了买房的人，进一步限制买房人买房，而放任卖房的人牟取暴利思想。2013 年 2 月 20 日《新国五条细则》规定“对于二手房交易征收差额 20%个税”严格按照征收的 20%计征，这实际上增加买房人经济负担。买房人需求数量大，不能用价格限制买房人买房。几次调控政策以及最近国务院颁布的征收二手房 20%征收税并没有抑制高房价。据 2013 年 2 月 25 日《信息日报》刊出“广州房价十年疯长 261%，力度远高于全国水平”，《江南都市报》2013 年 2 月 26 日刊出“南昌市商品房均价 2003 年为 2400 元/平方米，到 2012 年底在 8000 元/平方米，十年涨幅高达 233%，远高于全国涨幅水平。”

2、现有房产调控政策，无法抑制房价上涨。

物价部门、房产部门对房价监控，计算成本和税收和利润，限定一个价格不准上涨，上涨就惩罚。

我们房地产市场房价越来越暴利高价，这远高于其他发达国家的房价，原因何在？我们土地是国有土地，土地所有权掌握在国有者手中，主动权在我们手中，不像其他国家土地权掌握在私人手里，要买土地要经私人者同意。私人者又可以哄抬物价，牟取暴利，国家无法控制。而我们出让土地费，费用成本、国家税收在房产占的比例不高，国家有权控制房价，对卖房者完全有权控制，对卖房者的房价牟取暴利情况完全可以掌握。国家可以对房地产开发商征用土地出让费、建筑成本税务实际数额进行评估鉴定，对卖房者牟取暴利进行监控是完全可以做到的。我们的调控政策为什么没有控制住房价，现在有些城市仍在上涨，因为我们的调控没有调到实处，对卖房者及房地产开发商不进行监控；我们的物价部门、房产部门不去监控房价，不去调整、纠正市场不轨的行为——国家调控政策是失

败的。物价部门、房管部门应该到实地计算成本和税收，对获利数额进行标价，让其公开销售房价，如开发商任意涨价要严厉惩处，没收非法所得。

二、调控政策、银行按揭 20 年规定，使城市买房人深受困境，背上沉重的债务。

政府为了调控房价，各地采取经济适用房或保障性住房，对经济困难户进行保障供应。这种政策也不平等，居民困难户标准也不一样，很难掌握。困难户可以买便宜房价，比较富裕户轮不上，就去买高价房，显示公民之间不平等。大家都是去坐等当贫困户，那怎么发展市场经济？一个国家对公民实行两种房价政策，对国家经济发展不利，实际上是计划经济的一种手段。

按揭贷款 20 年归还，贷款 40 万元，分 20 年归还，承担 20 年银行利息近 40 万元，加上贷款本金 45 万，一共承担债务 80 万元。这种贷款使人民走向困境，使城市买房人陷入债务深渊；买一套房贷款 40 万，又要给银行利息 40 万，双重债务落在买房人头上，使买房人背上沉重债务 20 年，抬不起头，以致影响社会安定。

为什么社会上讲买一套房须当 20 年“房奴”，因为这种按揭政策，是让人们过少吃俭用、极度困难的生活。旧社会地主逼债，如电影《白毛女》写的杨白劳躲债，地主也只是到了年关才逼杨白劳还债，而现代“房奴”的境遇，显得比杨白劳还恶劣——20 年的债，年年都要还。借 40 万贷款，银行利息 40 万，80 万元沉重的债务，一个公务员要工作 20 年才买得起一套房，有的公务员一辈子也买不起一套房。这样的暴利房价，又是谁拿去了？有人美化房地产商“对城市发展贡献大”，这种说法不正确——房地产这种暴利，给城市公民带来灾难。房地产商是既得暴利者，因为城市的房子是劳动人民创造的，不是房地产商的功劳。

三、房地产商暴利十分严重，严重侵害消费者权益，影响社会稳定。

改革开放以后，我们的房地产市场才得以发展，群众对买房的需求不断增大，这也使得房价无法很快降下来；此外，由于我们放开了对楼盘价格的监控，取消了政府对于房价的管理，这使得一些房地产商乘机暴涨房价，以牟取暴利。

我了解到的情况是，据南昌市房产信息表明：南昌市红谷滩区域一个楼盘，在 2006 年的时候房价每平方 4500 元，一套 100 平方米的房子总价为 45 万元，10 层楼房共计 20 套房总价就达 900 万元，这样一幢楼共三个单元算下来约为 2700 万元；而这个楼盘到了 2010 年的时候房价涨成了每平方米 1.25 万元，这样 10 层楼房 20 套房子算下来总价变成 2500 万元，三个单元总价为 7500 万元。两项比较，仅从该楼盘这 4 年的房价上涨情况来看，卖房者共非法获取暴利 4800 万元——这只是这几年我们的楼盘涨价获取暴利的一个简单例子。在 2006 年南昌市商品房成本价格仅需要每平方米 1250 元，即便加上政府的税收及开发商的

合理利润，民众应该花约每平方米 1600 元的价格就可以买到这样的商品房，而卖房者却能以此获取 8 倍以上的暴利，而且暴利的基数很高，是以 1000 元为基数，不是 1 元、2 元为基数。我们政府房地产税收占利润的 14%，比例不高，大部分利润为房地产商以及提供按揭的银行占有。

据南昌市房管部门的统计数据也显示，2000 年南昌市内平均房价为每平米 1510 元，2001 年平均房价为每平方米 1640 元，2002 年房价每平方米 2321 元。以南昌市青山湖地段的一个楼盘为例，2003 年其多层入市价约为每平方米 2000 元，到了 2012 年该地段的房屋均价已涨成了每平方米 13000 元至 15000 元。

这种高房价让买房者深受其害。以南昌市一个科级干部为例，他一般每个月月薪为 2000 元左右，10 年收入也就 24 万元，如果要购买一套 100 平方米的房子，按照目前南昌市至少每平米五六千元的均价来计算。需要贷款 20 年，他也就等于给房地产老板打工 20 年，并且这 20 年还要省吃俭用才能还请贷款。买一套房，要当十至二十年的“房奴”，比比皆是，我周围就不乏这样的“房奴”。我认为，这种严重的暴利性的房价上涨给人民群众的生活带来很多不方便，这种按揭制度对社会的危害也很大。这难道不是不法房地产商在非法获取暴利么？严重危害了消费者的合法权益，扩大了贫富差距。

四、房地产暴利是腐蚀政府官员的温床。

上海市业主论坛《楼市话题》2013 年 6 月 3 日刊出：“1、杭州市副市长许迈永，利用担任萧山市副市长，杭州市西湖区代区长、区长、区委书记，杭州市副市长等职务上的便利，为浙江坤和建设集团股份有限公司董事长李宝库、浙江开氏集团有限公司等十四个单位或个人在取得土地使用权、享受税收优惠政策、承揽工程、解决亲属就业等事项上谋取利益，先后多次索取、收受巨额贿赂，还收受违规返还土地出让金，共计受贿人民币 7100 余万元。”“2、江苏苏州副市长姜人杰贪污受贿 1.0857 亿、港元 5 万、美元 4000 元。姜人杰利用负责城建、规划、房地产开发等工作的职务便利，帮助他人保留已被确定取消的土地开发项目、进行土地所有权置换、介绍工程业务及结算工程费用等，为他人谋取利益，先后非法收受他人贿赂，共计人民币 10857 万元、港币 5 万元、美元 4000 元。”“3、吉林省松原市国土资源局局长陈建设贪污受贿上千万。陈在土地出让、工程发包、安排工作等方面为他人谋取利益，先后收受有关人员款、物折合人民币 1305.08 万元。”由此看来，个别房地产商成为腐蚀政府官员的最大温床。

五、房产开发商、卖房人占有大量财富，国家、政府财富比例不大。

我们国家房地产市场发展不久，私人公司、股份公司在 1993 年 12 月公司法出台。1994 年 7 月 5 日通过《中华人民共和国城市房地产管理法》才有城市房

地产开发。房地产发展不久，房地产开发商占有大量财产，就可看出开发商获取了超额利润。

据《理财周报》《3000 中国家庭财富榜》信息：房地产再次成为 2012 年《3000 中国家族财富榜》的主题。总榜单前 10 名家族富豪中，5 位来自房地产行业，房地产占据半壁江山，总榜单前 15 名中，8 位来自房地产，甚至超过半壁江山。

2012 年上述 8 位房地产家族富豪财富总计 2027.92 亿元。2012 年 7 月上半年中国财政收入 10672 亿，8 位房地家庭财富 2027.92 亿元，8 位房产个人收入财富占有很大比例。

依据《理财周报》的《3000 中国家族财富榜》显示：2012 年房产个人财富排名：吴亚军龙湖地产董事长 404 亿元；许 XX 恒大地产家庭财产 339 亿元；杨 XX 碧桂园地产个人财产 227 亿元。

据了解，江西省奉新县 2008 年财政收入为 3.7 亿元，2009 年财政收入是 5.0018 亿元，2010 年财政收入为 3.44263 亿元，2011 年财政收入为 9.08 亿元。从南昌市县区财政收入表来看：新建县财政收入 15.87 亿，南昌县 2009 年财政收入 24.1 亿，2011 年财政收入为 15.89 亿元。这也就说明，一个县 50 万人的收入却不及一个人公司，一家民营企业超过了几个县财政收入。国家财富掌握在人民手里，还是少数几个房产开发商手里，这不是很清楚了吗？

六、建立房产价格监督制度，对房地产商获利的情况进行监管。

市场经济发展，很多国家对商品价格的监督建立了法律制度，规定房产商品的成本价格要向消费者报告；在国外，房地产商要向买房者报告所售楼盘的成本价格、每平方交税情况以及获取利润的情况。

房地产也是商品之一，德国商品价格法对于房产商品价格就有规定。商品要显示公平，就是要向消费者报告，在买房前，房地产商就应该向购买者报告清楚，使其买得放心。

还有一些国家建立了房地产供给保障法，对城市房产供给完善保障规划。在保障法中对价格、信息、成本、税收、利润，基本做了规定，对房产商所获利润进行监督。有些国家的法制很完善。房地产本来就是属于急需的商品，所以我们目前很有必要完善市场经济的法律制度。

当前，我国亟需修改价格法，建立房地产价格监督管理制度。现在的物价部门对粮食、食品管理得很紧，而对房产价格不管、不查，放任自由价——这是城市的大商品。急需商品放任不管，就会助长牟取暴利的思想。建议将房价纳入商品价格调控设立最高销售价格，建立完善经济刑法，对市场经济进行监督管理，完善刑法，增设暴利罪条款，对哄抬房价的暴利行为给予刑事处罚。

国外在放开房地产市场的同时，同时完善经济刑法，对房地产市场进行调控，对出现捂盘等抬哄房价的行为进行严厉打击。国家再不从这方面考虑，房价也许会越来越暴涨，利润流向个别人手中，人们群众是要受其危害的。

在市场经济条件下，国家应加大调控，参考药品监管，建立房地产价格监督管理制度，将房价纳入商品价格调控，设立最高销售价格。对市场经济进行监督管理，从根本上抑制房价。

七、吸收国外立法模式，建立经济刑法制度，增设房产暴利罪，惩治暴利犯罪行为。

很多发达国家，建立经济刑法制度，增设暴利罪，惩治牟取暴利行为，抑制高房价。

德国刑法 291 条暴利罪：①利用他人处于困境，缺乏经验，缺乏判断能力或严重的意志薄弱，让他人向自己或第三人就下列事项予以允诺，给付之间显失公平，处 3 年以下自由刑或罚金刑。

②情节特别严重的处 6 个月以上 10 年以下自由刑，具备下列情形之一的，一般认为情节特别严重：1、行为致他人陷于穷困的；2、以实施本行为为职业的；3、使自己获得通过汇票获取暴利性财产利益的允诺。

瑞士刑法第 157 条暴利罪

①利用他们的困境、从属性、不知情或判断能力低下，让他人为自己或第三人给付财产利益或允诺给付财产利益，而此等给付或为给付的允诺显失公平的，或者购得具有暴利性质之债权且将其继续转让或索要债款的，处 5 年以下重惩役或罚金刑。

②行为人以此为职业的，处 10 年以下重惩役。

奥地利刑法第 155 条“物品暴利罪”

除第 154 条规定的情形之外，职业性地利用他人的困境、弱智、无经验、缺乏判断能力，让他人向自己或第三人给付物品或为其他给付，允诺或提供自己给付的价值明显不相称的财产利益的，处 3 年以下自由刑；

①行为严重损害不特定多数人的利益的，处 6 个月以上 5 年以下自由刑。

②暴利性使用转入其手中的此等债权，处与前款相同之刑罚。

③在上述所有情形下，除科处自由刑外均可同时并科 360 单位以下日额的罚金刑。

房地产开发商利用他人处于困境当中，判断能力低下，哄抬物价牟取暴利，给付商品价格显示公平，使他们的正常生活处于危难之中，我认为就已经构成暴利犯罪，应当给予处罚。

八、应该如何界定暴利罪，暴利罪构成要件。

1、暴利的概念

“暴利”一词在《现代汉语词典》中的解释为：“用不正当的手段在短时间内获得的巨大利润”，而经济学上有人将“暴利”称之为“超额利润”；从法律上讲，暴利就是经营者采取价格欺诈和价格垄断等非法手段，牟取高于平均利润，严重超过消费者购买力的各种不正当行为。

某种商品或服务的投资回报率 10%以内属微利，在 10%—20%之间属中利，在 30%—50%之间属重利，投资回报率在 50%上则属暴利。

有的将 2009 年的市场大蒜半年上涨 20 倍认为是暴利，我认为不是暴利。为什么不是暴利？大蒜每斤价格以 0.5 元计算，后起点数以元为基础计算，每斤计算 20 倍也不过 10 元。而房产的暴利十分严重，不是以 1 元为基数计算，每平方米房价是以 1000 元、1 万元为基数计算，涨 10 倍、20 倍，100 平方米房价为 100 万元、500 万元，这才是暴利。我们到菜市场买点蔬菜萝卜，涨了一点价，是每个以 1 角、1 元计算，（经营者）不可能（是）暴利者。基数低的利润起价，不可能发展成暴利，比如上市西瓜每斤 1 元 5 角，即便暴涨 5 倍，也就 6 元 5 角一个。房产价是每平方米 1000 元至 5 万元起步，暴涨 10 倍，每平方米 1 万至 50 万元，100 平方房价就是 100 万至 5000 万元，这才是暴利。

刑法增设暴利罪，还是处于一个设想阶段，具体获利多少才构成暴利犯罪？目前，我认为以控制商品西药价格为标准，包括成本、税务、利润。生产西药提价不能超过 50%，也就是说，除去买地成本，建筑成本以及国家的税收，开发商获得的利润不能超过 50%。比如说某套房子的成本加税收是 2000 元/平方米出售，那么开发商可以再进行加价 15%，商品房出售价只能 2300 元/平方米，超过 50%就算重利，就应以暴利罪惩论。

房产暴利的概念：房地产商经营违反公平交易原则，利用他人困境、急需，给付的房产的价值明显不相称，超过法律法规所允许的合理限度的超额利润，使消费者的权益受到极大的侵害。

房产暴利罪的危害：通过行为导致他人的经济困难，不仅侵犯社会主义经济秩序，而且侵犯公私财产权，使公民购买高价房，导致他们的经济困难。一个公民、公务员购买一套房，背债 20 年，使他人一辈子为还清房债而当“房奴”。

2、房地产暴利罪立案标准

首先，有关部门要求颁布行政法规，专门针对暴利行为制订《制止牟取暴利的规定》。意在维护市场经济秩序，保护消费者合法权益，打击暴利违法行为。在行政规定上，对商品房同一地域、同一时间、相同规格作出符合市场房价标准（的规定）；对平均的利润率、平均的房屋建筑成本、合理利润，作出统一标准的规定；对于超额暴利标准作出规定。对房产暴利，倾向某种房产商品服务的投资

回报率 10%以内属于微利，在 10%—20%之间属于中利，在 30%—50%之间属重利，而投资回报率在 50%以上属于暴利。对于利用他人困难、急需，销售显示不公平房产，使买房人处于非常困难中，对于这种严重侵犯消费者合法权益，干扰社会主义经济秩序，依照房产暴利罪惩治。

对于获利暴利经营商，首先由行政部门或物价部门及城建部门给予行政处罚。

房产暴利罪：利用他人处于困境、急需，严重侵犯消费者合法权益，使消费者处于非常困难(的境地)，(属)严重侵犯社会主义经济秩序罪，处五年以上有期徒刑，处日罚金。有的消费者买一套住房，省吃俭用还要背 20 年债务，这种房产暴利行为就要严厉打击。

对于获利暴利经营商，(若)没有造成消费者严重困难，一般由行政部门处罚即可;(若)造成消费者合法权益的重大损失，要以暴利罪处罚。

【新闻媒体采访评论】

保住人权的最后防线

——访死刑辩护专家李云龙

原载《三月风》2004年第8期

“把死人说活的人”

李云龙是当今法律实务界的一位传奇律师。作为江西省云龙律师事务所的一级律师，在刑事辩护领域，从1984年开始从事律师工作以来，20个寒暑过去，他一共承办了300多起刑事、民事案件，尤其擅长为死刑犯辩护，奇迹般地救下了12人的性命，被老百姓誉为“把死人说活的人”。

李云龙与共和国同龄，生于江西省锦江河畔松湖农家。1967年江西省高安师范学校毕业，1980年就读于中国人民公安大学。当过法官、法律教员，现在主要从事法学研究及律师工作。

三岁看大，七岁看老。李云龙谈到自己如何选择律师这个职业时，话显得有些滔滔不绝：“我小时候的经历给我的心灵留下了很深的烙印。50年代频繁召开的各种各样的公审大会，对那些人执行死刑的情景给我留下了非常深刻的印象，有时甚至深深地同情那些被判处死刑的人。我认为他们也是人，也有他们的合法权益，也应该在法定的范围内受到保护。正是这种情结，在一定程度上影响着我后来的执业生涯——为死刑犯辩护、作死刑比较研究。父亲从小教育我，蚂蚁都不要踩死，这种教育是很现实的。”

在法庭上，李云龙算得上是顶尖律师。在从事死刑研究的学者中，李云龙同样是赫赫有名。谈及自己为何走上死刑研究的学术道路，李云龙给我们讲了一个真实的故事。

1992年夏季的一天，一位农民模样的中年男子敲开了李云龙的家门。该男子的弟弟盗窃了一家商场价值3万余元的香烟。根据当时刑法，凡盗窃金额在3万元以上者，可被判处死刑。尽管李云龙做了大量的辩护工作，被告人还是被终审判处了死刑。

这个案件对李云龙的震动很大，他说：“连商场的经理也来找我，说不希望看到那个年轻人被处死。不过是3万块钱的香烟，需要用一条人命去抵？这样的法律本身就有问题！”

此外，他还听说过一起因盗窃6条共价值3万多元的名犬而被判死刑的案子。

在他看来，完善中国的死刑制度才可以挽救更多的人，这比单纯为某一个人辩护更有意义。

起死回生的诀窍

李云龙辩护过的重大刑事案件百余起。在面对面的访谈中，李云龙谈起经自己辩护的由死刑改判为死缓、无期徒刑、有期徒刑、无罪的“经典案件”，显得非常兴奋，为记者细细道来：

“夏良贵因涉嫌强奸杀人被一审判处死刑，二审改判无期徒刑；魏珍宝因涉嫌投毒杀人被一审判处死刑，二审改判无期徒刑；杨宇因涉嫌故意杀人、走私毒品被一审判处死刑，二审改判死缓；熊建华因涉嫌故意杀人被一审判处死刑，二审改判死缓……”

这些都是李云龙从业 20 年来心血与汗水的结晶。这些案件有一个共同点：李云龙大都是在二审接受上诉人委托，提供辩护致使一审已判死刑的案件在二审中发生了转机，令被告人“起死回生”，算得上是挽狂澜于既倒。

李云龙刑事辩护屡屡成功的“秘诀”和“高招”在哪里？李云龙毫无保留地说：“在 20 年的律师生涯中，我给自己定了一个宗旨——赤诚为民，热心为当事人提供法律服务，认真对待自己接手的每一起案件，只要答应下来，就必须认真把它办好。刑事辩护更多的是凭借扎实的专业功底，缜密的证据链条，强烈的使命感，以及对当事人满腔的热忱。我从来实事求是，绝不诱导当事人如何说，甚至指使其翻供和提供伪证。律师一定要在取证上下足工夫。对于罪行严重的犯罪分子，自首和立功，鼓励其改恶从善。律师辩护时，以法定从宽的情节作为辩护的突破口。我辩护的大量时间，都花在取证上。”

李云龙谈起那些弱势群体中的杀人犯：“死刑案是人命关天的大案，要从立法上提高为死刑辩护的律师的级别，特别是那些因经济困难请不起律师的死刑被告，刑事诉讼法没有作出这一规定。”我国《刑事诉讼法》第 34 条规定：“被告人可能被判处死刑而没有委托辩护人的，人民法院应当指定承担法律援助义务的律师为其提供辩护。”现在的法律援助中，法庭指定的辩护律师，有的刚刚从事律师工作，对死刑辩护缺乏实践知识。有的接受法律援助的律师，嫌收的费用低，为死刑辩护只是走走形式，辩护词一页至两页，缺乏责任心。这位为死刑犯辩护了多年的律师希望法律能有这样的条文，“判处死刑的案件，应当委托二级以上高级别的律师为其辩护。”

办案之余，李云龙不断地从最近发生的死刑案件中，进行犯罪学以及刑事辩护研究的理论升华，他一脸超脱地坦言：“多年来我一直关注媒体上公布的死刑案件，每看到一个，我都会做好记录，甚至跟踪研究。这样，既可以掌握死刑犯罪的犯罪态势，加强社会的防范和预防措施，又可以提高我的辩护能力。研究辩护问题就是研究犯罪问题，而研究犯罪问题就是研究社会问题。”这也许是李云龙从空泛的“思想”向切实的“学术”转变的重要因素，也是他在死刑辩护中高人一等的源泉吧。

律师，谁来保护

为死刑犯辩护，是要承担风险的，李云龙谈到这里一脸的无奈：“一是来自被害人的威胁，二是来自死刑被告人家属的威胁，有时还受到司法行政机关的指责和干预。一审判了死刑的罪犯，往往想通过二审的上诉得到改判，就是罪行极其严重的罪犯，也对二审改判抱着希望。一旦希望得不到实现，有的上诉人家属就怪罪律师辩护没有下工夫，甚至将悲愤的情绪发泄到辩护人头上。”

2001 年 1 月 15 日，李云龙接手了这样一桩案子。被告人林国栋，因抢劫、杀人一审被新余市中级人民法院判处死刑。林国栋不服，提起上诉。他的母亲找到了李云龙。虽然当时正值“严打”，林国栋的犯罪证据非常确凿，上诉打赢的把握不大。林国栋的母亲一再上门恳求，李云龙接下了案子，并为此做了充分的准备，为挽救林国栋的生命作了最大的努力。

但鉴于被告人抢劫情节严重，江西省高级人民法院下达了刑事裁定书，维持一审死刑判决。结果可想而知，林国栋被执行死刑后，他的母亲到李云龙家里大哭，多次打电话威胁

辱骂辩护律师。最后，李云龙只得退还她 5000 元的律师费，还另外多给了 2500 元才平息了事情。

不光是打输了官司有危险，打赢了官司同样有危险。李云龙说：“这样的危险主要是来自暴力犯罪的被害人。刑事案件开庭时，被害人家属作为原告身份参与诉讼，与公诉人坐在一边，正对着被告人的律师，律师询问、举证、辩护直接刺激着被害人的家属。为这类死刑犯辩护，肯定会受到原告的迁怒。”

江西上饶市杨宇故意杀人、走私毒品案就是一例。被告人杨宇是江西鄱阳县烟草公司职工，李云龙接受委托后，经过取证发现被告人杨宇具有重大立功情节。在法院开庭时，李云龙提供了相当有分量的几份辩护证据，结果激怒了审判台上的被害人家属，当场指责谩骂李云龙律师。休庭之后，被害人家属又围攻李云龙律师。二审采纳了李云龙的辩护意见，没有判处被告人死刑，被害人又多次威胁李云龙律师。

“死刑辩护的风险并不仅仅是这些。”李云龙说，“律师取证，尤其是故意杀人犯罪，当有些证据与侦查机关的证据不一致时，检察机关又重新核实证据，有时甚至武断地以伪证相威胁，弄得律师冒着极大的风险履行辩护人职责。还有来自司法行政部门的干预，这些部门总是习惯给死刑犯辩护定下一个调子，规定律师不得超越范围辩护。这是严重践踏法律尊严的行为。”

事实上，几年来律师因办理刑事案件而蒙难的案件直线上升，仅 2003 年一年，全国就有 100 多个律师被抓被判，其罪名大都是辩护人妨害作证罪、伪证罪、包庇罪、受贿罪、贪污罪等等，律师身陷囹圄，不但损害了律师在公众中的形象，而且直接挫伤了律师办理刑事案件的积极性。与此相应，在全国范围内，刑事案件律师的参与率下降，不到 30%，这不能不说是一种倒退。有的律师事务所为了防范实际上防不胜防的风险，将不办理刑事案件作为一项纪律规定。

死刑，是最严厉的刑罚。正因为如此，在执行时，必须格外公正。只有在律师的参与下，法律才会公正。可当他们遇到不公时，谁又能保护他们的公正呢？接受了死刑案件辩护的律师，如何得到司法保护的问题，结合自己的职业心得和理论研究，李云龙一字一顿：“现行律师管理制度中，有律师惩戒委员会，但没有律师保护委员会。这里面就存在一个司法的保护问题。立法和司法部门都应当健全保护制度，刑事辩护、民事代理、行政代理才富有生机和活力。”

编者语：

有成果，又有无奈。这就是李云龙，一个为死刑犯辩护的人。

他之所以为死刑犯提供辩护，并不是帮助犯人逃脱法律的惩罚，而是为了维护法律的公正。而只有法律的执行达到公正之后，“法治”二字才会显出它应有的崇高。现在的司法领域中存在诸如法官的自由裁判权过大，死刑复核权流于形式的诸多问题，就其根本，就是对人的生命的不尊重。

人权的第一要义在于维护人的生存权，这也是人权的最后防线。纠正这种对人生命的不尊重，不正是落在李云龙和他所从事的律师行业的肩上吗？

李云龙：让死刑犯“起死回生”

与“死刑”打交道的人

——法学专家李云龙采访记

江西日报记者 袁淑英

我近日在外地出差，突然接到一个来自南昌的电话：“袁记者吗？我是李云龙啊。有个德国记者专程赶到南昌来采访我，他想与当地的同行见个面，你有时间吗？”

李云龙，这个说着一口带着浓重新建口音普通话的李云龙，会受到国外媒体的青睐？

因为工作关系，我与李云龙的交往可追溯到 20 世纪 90 年代初，大多是请他就一些法律问题作专家点评。他能有什么“绝活”，让一个外国记者远渡重洋赶到南昌来做专访呢？

我匆匆赶回南昌。与李云龙一通话，德国《时代周报》资深记者 Georg Blume 先生，已结束采访上了飞机。但应我之邀，李云龙提着一大包文字和图片资料赶到了我的办公室。没想到，我早就认识的这个李云龙，还真是个有故事的人。

李云龙的简历上写着：新建县人，1949 年生于锦江河畔松湖农家。1967 年高安师范学校毕业，1980 年就读于中国人民公安大学。当过法官、律师，并曾从事法律教学及法学研究工作。现任江西省社会科学院法学研究所教授、副所长，江西心远律师事务所一级律师。与最高人民法院副院长沈德咏合著的《死刑制度比较研究》在 1992 年出版，此后在日本、德国等地出版死刑论著 4 部，被誉为“我国研究死刑的先行者”。从事律师工作 18 年，曾为 16 名被判处死刑的犯人辩护，结果 12 人被法院改判，有的已重返社会。

为死刑犯辩护 12 人死里逃生

在李云龙的办案日记里，有这样一些记载：

夏良贵，因杀人，两次被判处死刑，终审改判为无期徒刑；魏珍宝，因投毒，一审被判处死刑，二审改判死缓；金五华，因故意杀人，经李云龙辩护，一审被判死缓……

新建县厚田乡木埠村少年夏良贵，1997 年 6 月 2 日杀害了同村少女小慧。1998 年 7 月 1 日，南昌市中级人民法院判处夏良贵死刑。

夏良贵的父亲一手提着一篮鸡蛋，一手拿着判决书，求到了李云龙家，“救救我的儿子，他还不到 18 岁啊！”

对一审判决不服，夏良贵请李云龙当辩护律师，以犯罪时未满 18 岁为由提出上诉。省高级人民法院进行二审，认为一审判决夏良贵死刑事实证据不足，发回重审，要求查明夏的出生年龄。南昌市中级人民法院重审后，于 1998 年 9 月 30 日作出判决，认定夏良贵犯故意杀人罪，事实清楚，夏出生于 1978 年 9 月 20 日，作案时已经成年。应判处死刑。夏良贵第二次被判处死刑。

夏良贵及李云龙再次上诉到省高级人民法院。出庭辩护的那一天，李云龙一针见血地指出：公诉人认定夏良贵年龄为 19 岁，依据的是夏的家谱和学生证上的年龄，这样的证明不具备法律效力。认定夏良贵年龄的惟一合法证据，应该是户口本上的记载。李云龙当庭出示了新建县公安局的户籍证明和新建县公安局签发的身份证，证明夏良贵出生日期为 1979 年 8 月 20 日。夏良贵实施犯罪行为是在 1997 年 6 月 2 日，离 18 岁尚差 78 天。按《刑法》第

49 条规定：犯罪时不满 18 岁的人不适用死刑。

法庭采纳了李云龙的辩护意见。1998 年 11 月 20 日，省高院撤销一审判决，改判夏良贵为无期徒刑。

谈起为金五华辩护的情况，李云龙至今历历在目：当他第一次到看守所调查取证作笔录时，金五华泪流满面跪在地上，讲自己因故杀人，并主动投案自首的情况。李云龙想，像这样确有忏悔之意，并有法定从轻、减轻情节的罪犯，在法律规定的范围内，应尽量给他一条生路。

原来，金五华于 1997 年七八月间在上海与熊某合伙开了一家金银加工店，熊某认为金五华性格不好，迫使金五华退伙，金五华为此一直怀恨在心。同年 11 月 16 日下午，金五华酒后与熊某发生争执，并发生扭打，金五华拔出随身携带的尖刀朝熊某的胸部猛刺几刀，致熊某死亡。随后金五华即有悔意，三次拨打“110”报警，并告诉了自己的作案地点：“请公安机关来抓我。”

李云龙抓住这一事实，为金五华作了故意伤害罪的辩护，并从他多次拨打“110”电话的行为看符合刑法关于自首的规定，请人民法院采纳、认定这一自首情节，从轻惩处金五华。1998 年 3 月 24 日，上海市第一中级人民法院采纳李云龙的辩护意见，并认定金五华犯故意杀人罪，且具备刑法第 67 条关于自首的规定，因而判处其死刑，缓期两年执行。

采访中，记者调阅了李云龙的办案案卷，看得出他很了解刑事法律对哪些犯罪不适用死刑，并提出事实与证据，供法院参考。他充分利用自己的这一优势，依法保护着当事人的合法权益，维护着法律的尊严。

执着于死刑研究 新刑法纳其成果

目前，世界上已有 54 个国家和地区从法律上废除了死刑，没有废除死刑的国家和地区，也在立法上限制死刑的适用。对于死刑问题，世界各国一直把它作为重点研究课题。李云龙致力于研究刑法界的这一重大课题，大胆进行科学论证，成为国内研究死刑的先行者。

说起对死刑研究的执著，李云龙向记者讲述了一次带给他长久思考的辩护经历：

1992 年，南丰县的一个年轻人，因盗窃了 3 万元红塔山香烟而被一审判处死刑。犯人的家属找到李云龙，请他出庭担任二审辩护律师。可是，1979 年刑法规定，个人盗窃公私财产数额达到了 3 万元以上，就依法判处死刑。在办理该案的过程中，受害单位曾找到李云龙表示：“只要他赔偿 3 万元经济损失，我们也不想要他的命。”家属说：“我们愿赔，36 000 元我们都愿赔。”但法不容情。法庭证据确凿，被告人也供认不讳，李云龙回天乏术。

此事触动了李云龙，从此他以盗窃罪适用死刑的标准为课题，开始了对死刑的研究。通过比较研究，李云龙发现，盗窃案件是当今一个具有国际性的严重社会问题，在中国也不例外。作为一个具有双重身份的法律工作者，有义务、有责任研究和分析形成盗窃犯罪的各种因素，并向有关部门提出立法建议，正确适用刑罚，抑制和减少盗窃犯罪。

1996 年，他和沈德咏合写的《盗窃罪适用死刑的比较研究》一文发表。在论文中，他们分析了我国刑法中关于盗窃罪适用死刑的规定，并就中外刑法对盗窃罪适用刑罚进行了比较，认为盗窃 3 万元作为适用死刑的起点线，不符合我国的实际状况。3 万元人民币在部分富裕者的手里不算是巨大数额，而现阶段法律仍以 3 万元作为数额特别巨大的标准，显然不符合人们生活水平的现状。

谈起往事，李云龙告诉记者，20 世纪 80 年代，外省有这样一个案例：有个罪犯因盗窃一只狮子狗被判处 8 年徒刑。1992 年，一条名贵狮子狗的市场价为 1 万多元，如果罪犯盗窃 3 条狮子狗，价值将超过 3 万元，依据 1979 年的刑法，就可判处死刑。难道一条人命

还抵不了3条狗命?为此,李云龙多次撰写论文向司法部门建议:盗窃普通财物不适用死刑。如今,这个观点已得到立法部门的采纳,并正式写进了1997年的新《刑法》第264条。

李云龙长期从事法学研究,特别是死刑研究,先后与沈德咏合作在国内外出版了《死刑制度比较研究》、《死刑论》、《经济犯罪与死刑适用》、《死刑专论》4部专著。其中,1992年出版的《死刑制度比较研究》,被《法制日报》称为“我国第一本研究死刑的专著”。此外,他们的专著还引起了国(境)外法学界的广泛关注。日本明治学院的石川武彦博士,札幌学院法学部主任铃木敬夫相继翻译《经济犯罪与死刑适用》一书,由日本成文堂出版社出版。台湾亚太图片出版社社长许根谅先生,专程到南昌约请李云龙他们撰写《死刑论》,这部近30万字的专著于1995年1月出版。国际刑法学会副主席、巴黎第一大学教授海依乐·马蒂将其有关章节译成法文,在法国《比较法学》刊物上发表。

李云龙以研究死刑而闻名,1995年和1997年先后两次应邀参加第14、15届亚太法律大会,他的论文在大会上宣读,引起法学界重视。

学术观点前卫 每每掀起波澜

记者从事政法报道十多年,第一次碰到李云龙这样的采访对象,他的学术观点就像烫手的山芋。他自己也坦言,“许多观点刚刚提出时,都在法学界掀起不小波澜”。

针对近年来干部腐败犯罪屡禁不止的情况,李云龙在作了一番深入研究之后,提出了三个观点:

其一,刑罚功能在于及时侦破、惩治,不在于重刑。如果犯罪得逞,又不会被及时查处或追捕归案,那么,他再次犯罪的意识就会加强,畏惧惩罚的心理压力就会衰减。如果再次犯罪后仍然得以逍遥法外,犯罪意识将又一次得到加强,并且会形成犯罪习惯。

其二,死刑不能遏制贿赂犯罪。20世纪50年代,我党采取果断措施,枪毙了刘青山、张子善,用死刑威慑手段惩治了犯罪,效果很好。这种杀一儆百的方法,用于治理20世纪90年代和新世纪的经济犯罪,虽然起了一定的作用,打击了犯罪,但并不能从根本上遏制贪污、受贿犯罪。犯罪是社会多种因素产生作用的结果,与社会政治、经济、教育、道德等方面的变化有关。受贿犯罪是一种权与钱的交易,要遏制此类犯罪,就要对权力进行制约,要完善监督机制,强化刑事立法。死刑不是惩治经济犯罪的灵丹妙药。

其三,犯罪黑数大是贿赂犯罪的主因。20世纪90年代以来,贪污犯罪愈演愈烈,原因是多方面的,首先是贿赂犯罪黑数很大。许多案子很难侦破,助长了受贿犯罪分子的侥幸心理。所谓犯罪黑数,就是隐案,是指未被侦查部门、司法机关查处的案件,因此,没有编入官方犯罪统计数字。受贿犯大都心存侥幸,胆量越来越大,受贿数额不断升级……

在采访李云龙的过程中,他不时接着电话。现在的李云龙名气大了,请他做辩护的人很多,我笑说,接经济案子收入更多些吧?李云龙脱口而出:“我最喜欢接手的还是死刑案,因为那更富挑战性。”

(原载于2002年1月25日《江西日报》)

李云龙：我为死刑犯辩护

——法学专家李云龙采访录

中国新闻周刊记者 吴晨光

李云龙被人们称为“能把死人说活的人”。

翻开他的办案手记，可以看到如下记录：

夏良贵，因强奸杀人被一审判处死刑，二审改判无期徒刑；

魏珍宝，因投毒杀人被一审判处死刑，二审改判无期徒刑；

张跃平，因抢劫被一审判处死刑，二审改判死缓；

金五华，因故意杀人被一审判处死刑，二审改判死缓；

……

这是李云龙从业 18 年的收获与骄傲。其间，这位江西名律师一共代理刑事、民事等各种案件 260 起，曾为 16 名被处极刑的犯人进行辩护，结果其中 12 人死里逃生，有人已经重返社会。

“把死人说活”的秘诀

对于南昌新建县木埠村的少年夏良贵来说，他在 1997 年 6 月 2 日犯下的罪行不可饶恕。那天，他借宿于同村女孩夏慧家中，趁夏慧家人睡熟之时强暴了这个女孩，并在事后将其掐死。

1998 年 9 月 30 日，南昌市中级人民法院认定夏良贵故意杀人罪成立，判处死刑。

几乎绝望的夏良贵家人找到李云龙。李云龙发现，公诉人认定夏良贵年龄为 19 岁，其依据是夏的家谱，以及学生证上的登记。家谱是封建社会的东西，可以随时修改；而学生证上的年龄登记不具备法律效力。认定夏良贵年龄的惟一合法证据，应该是他户口本上的登记。

经过大量的调查和取证，李云龙证实夏良贵是未成年人。出庭辩护的那一天，李云龙拿出了夏良贵出生日期为 1979 年 8 月 20 日的大量证据。由于夏实施犯罪行为是在 1997 年 6 月，当时还未满 18 周岁，这可以证明夏良贵属于未成年人犯罪。

中国《刑法》第 49 条规定：犯罪时不满 18 岁的人不适用死刑。1998 年 11 月 20 日，江西省高级人民法院在终审判决时，改判夏良贵为无期徒刑。

4 年后的今天，当李云龙对《新闻周刊》谈起当时的辩护经过，仍有几分得意。但他并不同意人们对自己“能把死人说活”的赞誉。“法律就是法律，它不会因人而有所改变，我所做的只能是提供事实和适用法律。夏良贵一案，我主要是因为熟悉法律，认真调查取证，抓住了案件的关键。法律规定了刑事被告人的很多权益，律师的作用就是尽量维护被告人的权益。对于其他案件，同样如此。”

人命怎能不如狗命？

声名鹊起的李云龙，已成为很多人心中的“救星”。他的名片上印有两部手机号码，因为请他辩护的人太多，北京、广东、上海，几乎全国各省都有。他的爱人说，老李每月的手机费都要超过 3 000 元。

但作为江西社科院的法学教授，李云龙把自己的另一部分精力放在了对于死刑的研究上。他说：“完善中国的死刑制度，可以挽救更多人，这比单纯为某一个人辩护更有意义。”

他的这种感受，很大程度来源于 1992 年接手的一个案子。

江西省南丰县有一个年轻人，因盗窃价值 3 万元的香烟而被判处死刑。犯人的家属找到李云龙，请他出庭担任辩护律师。但当时中国适用的《刑法》出台于 1979 年，其中规定：个人盗窃公私财产数额超过 3 万元，即应被处死。李云龙回天无术，眼看着这个仅仅 26 岁的年轻人被押赴刑场。

“我冤枉！我没有人命案，我只偷了 3 万元！”犯人临死前的哭喊，让李云龙很长时间难以平静。而被偷窃的单位也曾经找过李云龙，说只要对方补偿 3 万元的经济损失，他们也不想让此人落到如此下场。然而，法律毕竟不是儿戏。

从此，李云龙以盗窃罪适用死刑的标准为课题，开始了对死刑的研究。

“以个人盗窃 3 万元作为死刑的起点线，并不符合当时的经济发展情况。”李云龙说，“我记得那时候，某省有这样的案例，某人因盗窃 6 只狮子狗被判死刑。因为在当时，一条名贵狮子狗的价格就超过了 5 000 元，此人一共偷了 6 条狮子狗，总价值超过 3 万元。这岂不是人命不如狗命？”

1997 年，中国新《刑法》出台，立法者采纳了李云龙等人“盗窃普通财物不宜判处死刑”的建议，将其写入新《刑法》第 264 条。如今的《刑法》中，盗窃 3 万元不能判处死刑。

从 1992 年至今，李云龙与他人合作，一共出版了 4 部有关死刑的专著。其中他与现任最高人民法院副院长沈德咏共同撰写的《死刑制度的比较研究》，是中国最早的研究死刑的法学专著，《法制日报》曾对其进行大篇幅报道。该书版本流传到日本，引起了极大反响——明治学院石川武彦博士、札幌学院法学部主任铃木敬夫等学者将其翻译成日文出版；而台湾一知名出版商立即赶往江西，约请李云龙撰写《死刑论》。

仅靠死刑不能抑制犯罪

在有关著作中，李云龙将中国的死刑与其他国家进行了详细比较。据统计，目前世界上共有 54 个国家和地区废除了死刑，16 个国家对普通刑事犯罪废除了死刑，有 30 个国家虽有死刑，但不执行。另有很多国家，虽没有废除死刑，但在一定范围内限制死刑的运用。而在中国，《刑法》中共有罪名 414 个，其中死刑 73 个，占 17.7%，是一本重刑法典。

“在现阶段，中国废除死刑的条件远远不成熟。对于那些危害社会治安的重大案件，如张君案的主犯，不杀不足以平民愤。但在立法上逐步缩小死刑的适用范围，坚持少杀政策，这种观念应该为我们所接受。”李云龙说。

李云龙认为，目前中国犯罪量的上升，是社会各种因素共同作用的结果，因此，需要综合治理。在 20 世纪五六十年代，中国每年犯罪量在 20 万起左右，70 年代达到 60 万起，而到 90 年代每年都要超过 200 万起。但纵观其间，中国的《刑法》并没有停止过“升级”，尤其是 1982 年“严打”之后，从重、从快地判处和执行了一批死刑犯。所以，死刑不是惩治犯罪的灵丹妙药。《刑法》的功能在于及时侦破，重在综合治理。

“从古代的炮烙、车裂到中世纪的绞刑、斩首，再到今天的枪决以及注射毒药，死刑

行刑方式的转变，反映了人类的进步。同样，减少死刑、废除死刑也是人类文明的进步。我们期待着那一天的到来。”

(原载于 2001 年 7 月 23 日《中国新闻周刊》)

专家谈“死刑”

对于刑事犯罪，我国《刑法》从没停止过“升级”，目前共设罪名 414 个，其中死刑 73 个，占 17.7%，可以称之为了一本重刑法典。但与此同时，犯罪率仍然持续上升。为什么重刑仍不能抑制犯罪呢？于是有人一语惊人：死刑决非抑制犯罪的灵丹妙药……

8 月 17 日，我国死刑研究的先行者李云龙来到重庆。据了解，他现任江西省社科院法学研究所副所长，中国犯罪学研究会理事，心远律师事务所一级律师。他从业 18 年，曾为 16 名被处极刑的犯人进行辩护，结果 12 人死里逃生，于是他被人们称为“能把死人说活”的人。昨日，本报记者对其进行了专访。

盗窃罪不适用死刑？

对于为什么想到为死刑犯辩护，李云龙介绍说，这一决定很大程度来源于 1992 年他接手的一个案子。江西一个年轻人因盗窃价值 3 万元的香烟而被逮捕，其家属请李云龙做辩护人。当时我国适用的是 1979 年颁布的《刑法》，其中明确规定：个人盗窃公私财产数额超过 3 万元，应判死刑。于是，那个男青年被依法判处死刑。当李云龙看着这个年仅 26 岁的年轻人被押赴断头台的时候，无能为力的他很难平静：“难道一个人的生命还不及几条香烟吗？”事实上被偷窃的单位也提出，只要那个年轻工人补偿该单位损失就行了，他们也不想让人落到如此下场。但法律毕竟是无情的。

从此，李云龙以盗窃罪适用死刑标准为课题，开始了对死刑的研究。他认为，完善中国的死刑制度，可以挽救更多的人，这比单纯为某一个人辩护更有意义。他提出的重要理论是：盗窃罪不应适用死刑。因为盗窃只是侵犯财产所有权，其本身并没有危及人们的生命和健康，对盗窃犯适用死刑实则忽视了人权的保护。他举了一个形象的例子，1984 年，一条狮子狗的价值 120 元，到 1992 年其价值高达 15 000 元，但法律关于盗窃罪判死刑的底线仍然是 3 万元，“狮子狗的价值涨了，但人的价值没涨，这显然不合理。”基于长期的调查研究，李云龙写了大量关于死刑的专著，其中他与最高人民法院副院长沈德咏共同撰写的《死刑制度的比较研究》是中国最早研究死刑的法学著作。

1997 年，中国新《刑法》出台，立法者采纳了李云龙等人“盗窃普通财物不宜判死刑”的建议，将其列进新《刑法》第 264 条。

巨贪到底该不该死？

从 20 世纪 50 年代的刘青山、张子善，到今天的胡长清、成克杰，无数巨贪被推上断头台。为什么总有那么多人在死亡面前铤而走险呢？李云龙又提出了另一个观点：死刑不能遏制贿赂犯罪，对于贪污受贿罪同样不适用死刑。此观点的提出在法学界掀起了不小波澜，有赞同，有反对。李云龙以实例分析说，原江西副省长胡长清因犯受贿罪被判处死刑，一审认为，胡长清身为国家工作人员，利用职务之便，先后 87 次收受他人财物，共计人民币 544

万元，情节特别严重，故判处其死刑。这符合我国刑法关于受贿罪适用死刑的规定。一审后，胡长清上诉，二审维持原判，并报最高人民法院进行死刑核准，这体现了对死刑判决的慎重性。

他说，对于个人受贿数额在 10 万元以上，刑法规定了两个法定刑：其一是处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处没收财产；其二是情节特别严重的，处死刑。随着受贿数额的不断上升，作为死刑线的受贿数额也在不断上升，从实际判决的案例来看，目前已由过去的 10 万元上升到 100 万元。

记者不禁问李云龙：“大家不理解，为什么有的罪犯受贿数额已经超过 100 万元仍未被判处死刑？”例如云南卷烟厂的褚时健。

李云龙解释说：“关于情节特别严重的理解，现在还没有制定统一的司法解释，在司法实践中应该从这几个方面来认识，一是数额巨大，一般在 100 万元以上；二是受贿后给他人谋取了巨大利益；三是受贿后为他人谋取非法利益致使国家或他人蒙受巨大损失；四是由于受贿而为他人谋利益而导致重大人身伤害或者巨大财产损失等。并不是说上了 100 万元就一定要被判死刑，有的有立功从轻情节，受贿 500 万元也有判死缓的，所以，具体案件要具体分析。”

记者问：“你主张对贪污受贿案件限制死刑，但有许多人都认为，死刑可以对犯罪起到威慑作用，故应该施行死刑。对此你如何看待？”

李云龙说：“20 世纪 50 年代枪毙刘青山等人，用死刑威慑手段，惩治了罪犯，效果很好。如果运用 50 年代杀一儆百的方式，再杀掉几个‘刘青山’，来治理现代的经济犯罪，这虽然会在社会上起到一些好的作用，但并不能从根本上遏制贪污受贿犯罪。”

例如，原首都钢铁公司党委书记管志诚因贪污受贿共计 100 余万元于 1991 年被判死刑。他死后不到两个月，首钢刚提拔起来的经理助理和副经理杨立宇、赵东祥便开始联手合作共同索贿受贿，仅在一笔业务中就受贿 150 多万元。这说明死刑并非一定能给人威慑。

中国会废除死刑吗？

李云龙介绍说，我国经济犯罪适用死刑的罪名 28 个，占死刑罪名的 28%。其中有的罪名像敲诈、赌博、挪用公款等罪，不管情节多严重都不适用死刑。我国一直对贪污受贿规定了较重的刑罚，体现了对公务员犯罪从严惩治的原则。

据有关资料统计，在第二次世界大战后，将近 100 多个国家和地区废除死刑或不执行死刑。

就算保留死刑的国家，死刑也是用来惩治危害国家安全、抢劫、杀人犯，对经济犯罪适用死刑的极少。经济犯罪可采取赔偿、退赃来挽回经济损失，但人头落地却无法挽回。我国既然在经济上可以借鉴国外优秀经验，为什么就不能在立法上借鉴？所以，我认为对经济犯罪应多采用经济处罚，而应适当限制刑罚。

立法不但要顺民意，还要引导民意向好的方向发展。从古代的炮烙、车裂到中世纪的绞刑、斩首，再到今天的枪决以及注射毒药，死刑行刑方式的转变，反映了人类的进步。同样，减少死刑、废除死刑也是人类文明的进步。但目前我国还不具备废除死刑的条件。

(2001 年 8 月 20 日《重庆青年报》法制·连载)

法学教授、高级律师李云龙谈胡长清巨额受 贿死刑案

一问：最近南昌市中级人民法院依法审理了江西省人民政府原副省长胡长清受贿案，作出一审判决，“被告人胡长清犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。”李教授，你是研究死刑的专家，请问我国刑法对受贿罪适用死刑的标准是什么？胡长清一审判处死刑，符合法律规定吗？

答：一审判决认为，被告人胡长清身为国家工作人员，政府高级领导干部，违反国法，利用职务之便，先后 87 次收受他人财物，共计人民币 544.25 万元。其中索取他人现金人民币 2 万元，其行为构成受贿罪，数额特别巨大，情节特别严重。被告人胡长清犯受贿罪判处死刑，剥夺政治权利终身，违法所得予以追缴，并处没收其个人全部财产；胡长清贿赂国家工作人员人民币 8 万，犯行贿罪，判处有期徒刑 2 年；犯巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑 4 年，超出其合法收入的 161.77 万元，予以追缴；决定执行死刑，剥夺政治权利终身，并处没收全部财产，追缴违法所得 161.77 万元。

对于巨额财产来源不明罪的认定，被告人胡长清扣押、冻结的财产共计人民币 793.32 万元，加上胡长清用于行贿的人民币 8 万元，共计人民币 801.32 万元。现已查明胡长清受贿人民币 544.25 万元，能说明来源合法的人民币 95.3 万元，尚有 161.77 万元人民币不能说明来源合法，其行为已构成巨额财产来源不明罪。

被告人胡长清大肆收受巨额贿赂，依法判处其死刑，符合我国刑法受贿罪适用死刑的规定。

一审宣判后，被告人胡长清提出上诉，二审由江西省高级人民法院刑二庭审理。2000 年 3 月 1 日，二审宣判：驳回上诉，维持原判，判处死刑。如果二审宣判死刑后，还要报最高人民法院进行死刑核准，这体现对死刑判决的慎重性。我国刑法对贪污罪、受贿罪规定了死刑。有的罪是没有死刑规定，对于行贿罪、巨额财产来源不明罪就没有死刑规定。不管行贿罪、巨额财产来源不明罪的情节多么严重，也不能判处死刑。胡长清是犯受贿罪判处死刑的。我国刑法第 386 条规定：“对犯受贿罪的，根据受贿所得数额及情节，依照本法第 383 条的规定处罚。索贿的从重处罚。”依据本条规定，对犯受贿罪的，根据刑法第 383 条规定的贪污罪的量刑标准处罚，受贿罪同贪污罪的量刑标准是一致的。个人受贿数额在 10 万元以上，刑法规定了两个法定刑：其一是处 10 年以上有期徒刑或者无期徒刑，可以并处没收财产；其二是情节特别严重的，处死刑。个人受贿 10 万元以上，作为适用死刑的起点。对受贿罪定罪量刑时，不能死抠受贿数额，必须根据受贿行为的不同情节，判处死刑要求“情节特别严重”，情节特别严重应该首先表现为受贿数额特别巨大。

随着受贿数额的不断上升，作为死刑线的受贿数额也在不断上升，从实际判决的案例情况看，目前已由过去的 10 万元上升到 100 余万元，还有一些从轻情节的案件，200 万余元也有判死刑缓期 2 年执行的，具体案件具体分析。有立功从轻情节，受贿 500 万元也有判处死缓的，如果受贿 200 万余元，又有特别严重的情节，应当判处死刑。目前受贿数额最高已达到 1 000 余万元的。关于情节特别严重的理解，现在还没有制订统一的司法解释，受贿

情节特别严重，在司法实践中应从几个方面认识：①受贿数额特别巨大，一般在 100 万元以上；②受贿后为他人谋取巨大的非法利益；③受贿后为他人谋取非法利益时致使国家、社会、他人蒙受巨大经济损失；④由于受贿后为他人谋利益而导致重大人身伤害或者巨大财产损失等。

二问：一审判处胡长清死刑，江西省高级人民法院 2000 年 3 月 1 日宣判：驳回上诉，维持原判。二审又维持原判，就可立即执行死刑吗？

答：一审判处死刑，二审又维持原判，判处死刑，不可以立即执行死刑。死刑要报请复核。根据我国刑事诉讼法第 199 条规定：“死刑由最高人民法院核准。”第 200 条第 2 款规定：“……判处死刑的第二审案件，都应当报请最高人民法院核准。”最高人民法院不同意判处死刑，可以提审或者发回重新审判。原判认定的犯罪事实清楚，定罪正确，程序合法，裁定予以核准。原判认定的犯罪事实不清，证据不足，裁定撤销原判，发回原审法院重新审判。原判认定犯罪事实清楚，但适用法律有错误，定性不准或量刑不当，裁定撤销原判发回重审或者提审后直接改判。死刑复核程序体现了对死刑判处的慎重。死刑判决核准生效后，由负责核准的法院院长签发死刑执行令，由原审中级法院 7 日内交付执行。最高人民法院已核准了胡长清死刑，签发执行死刑的命令。3 月 8 日执行了死刑。对于杀人、抢劫、盗窃等刑事案的死刑复核，授权省高级人民法院行使。

三问：如何执行胡长清死刑？对死刑犯为什么还要验明正身？什么是验明正身？

答：1. 执行准备一般包括：①确定执行日期和刑场；②确立执行人员，并通知检察机关作好临场监督；③起草、印刷执行布告；④允许死刑犯会见其亲属一次。出于人道主义的需要，法院安排了死刑犯胡长清会见其亲属一次。

2. 执行死刑对死刑犯要验明正身。

什么是验明正身？对准备交付执行死刑的罪犯查验其是否确系受该项判决判处的本人，核对人身情况，包括姓名、性别、年龄、犯罪事实，经验明确凿无误，最后讯问罪犯有无遗言、信札等，并作好笔录。验明正身体现对死刑执行的慎重，防止错杀。法院对胡长清进行了验明正身，并作了遗言笔录。

3. 刑场执行。

对罪犯验明正身后，在审判人员的指挥下，由执行法警将罪犯押赴刑场执行。

依据我国刑事诉讼法第 212 条第 2 款的规定，死刑采用枪决或者注射等方法执行。胡长清是用枪决方法执行的。

四问：胡长清受贿一案，为什么只看到审理受贿犯胡长清，对于那些得了好处的行贿犯却没有审理？胡长清先后 87 次受贿、索贿江西奥特汽车租赁有限公司总裁周雪华、江西金阳光企业集团有限公司董事长李卫东等 18 人的钱物，共计人民币 544 万余元。行贿人员 10 余人，怎么没有审理行贿犯？

答：根据案卷看，仅有江西奥特汽车租赁有限公司周雪华、江西金阳光企业集团有限公司李卫东将另案处理。其他行贿人没作刑事起诉。根据法律规定，可以分案审理，也可同案审理。

受贿者固然要受到严厉惩罚，但是行贿者仍逍遥法外，不利于从源头上抑制贿赂犯罪。行贿与受贿是一组对偶犯罪，本来就是一条毒根上孳生的两个毒瘤。除索贿的情况外，有受贿必有行贿。行贿人大多数得了好处，行贿人员不惩治，行贿者将更加肆无忌惮地向公职人员进攻。再说行贿在前，受贿在后，行贿人进攻力量是很大的，不狠狠打击行贿，反腐败就会失败，适用法律不平等。××市两级法院 1991 年一年受理贿赂案件 330 件，其中受贿案件 315 件 374 人，行贿案 15 件 15 人。从统计数字上看，查办行贿犯罪案件极少。为什么会出现这种情况，主要原因是对行贿犯罪严重危害性认识不足，认为反腐败主要是针对国家公职人员，行贿犯罪不是反腐败重点，其结果导致放纵了行贿犯罪。目前，对于行贿犯罪的严

重危害性，以及对行贿犯罪打击不力的问题，引起了有关部门的重视。1997年修订的刑法规定：“行贿情节严重的或者使国家利益遭受重大损失的，处五年以上十年以下有期徒刑，情节特别严重，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑……”

五问：胡长清没有血案，经济受贿罪也判处死刑，有的不太理解，没有血案也可判死刑？

答：我国刑法有罪名414个，规定死刑罪名有73个。经济犯罪适用死刑的罪名有28个，占死刑罪名28%的比例。有的罪名像敲诈、赌博、挪用公款等罪，不管情节怎么严重，也不能适用死刑。我国刑法对贪污、受贿罪规定了较重的刑罚，体现对公务员犯罪从严惩治的原则。

对于死刑判处要慎重，人头落地不可挽回。我国刑法第48条第1款规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是必须立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行。”据有关资料统计，世界上152个国家和地区中，在第二次世界大战后，有54个国家和地区废除死刑；有30个国家和地区判了死刑但不执行死刑；有16个国家和地区对普通刑事犯罪废除死刑，将近100多个国家和地区废除死刑或不执行死刑。我国香港特别行政区1993年废除死刑；澳门是1976年废除的。废除死刑的国家和地区，不管犯什么罪，都不判处死刑。

当然目前我国还不具备废除死刑的条件，但限制死刑适用，符合我们党的政策，尤其是经济犯罪适用死刑应从严掌握。保留死刑的国家，死刑是用来惩治危害国家安全、抢劫、杀人犯的，经济犯罪适用死刑极少。经济犯罪可采取赔偿、退赃来挽回经济损失。

六问：20世纪50年代，贪污犯罪严重，我们党采取措施枪毙了天津市地委书记刘青山，专员张子善，震动很大，现在依法判处胡长清死刑，能遏制贿赂犯罪吗？

答：20世纪50年代，贪污犯罪严重，我们党采取果断措施，枪毙了刘青山、张子善，用死刑威慑手段，惩治了犯罪，效果很好。在20世纪80年代、90年代，我们判处一些重大贪污受贿犯罪分子死刑，在社会上起了一定作用，打击了犯罪，但并没有遏制贪污受贿犯罪。现在贪污、受贿数额愈来愈大，受贿、贪污上千万的案例不少。

运用20世纪50年代杀一儆百的方法，杀掉几个“刘青山”来治理20世纪90年代的经济犯罪，是不会奏效的。

首都钢铁公司原党委书记管志诚为其他单位购买钢材，从中受贿141万元、贪污公款8万，1991年7月18日被判处死刑。刚被提拔到首钢担任经理助理和副经理的杨立宇、赵东祥，在管志诚处以极刑后不到两个月，就开始联手合作，共同索贿、受贿，仅在一笔业务中就受贿、索贿150多万元，主犯杨立宇被判处死刑缓期2年执行，案犯赵东祥被判有期徒刑15年。说明死刑不是惩治犯罪的灵丹妙药。犯罪是社会多种因素产生作用的结果。与社会政治、经济、教育、道德等的变化有关。受贿犯罪是一种权与钱的交易。对权要进行制约，要完善监督机制，建立国家公职人员财产申报制度，国家公职人员在任职期间必须如实申报自己的财产状况，对财产进行登记，强化刑事立法，只有这样，才能控制犯罪黑数。

七问：胡长清大肆收受、索取巨额贿赂，为什么走向犯罪，明知贪污受贿会判死刑，为什么一个高级干部铤而走险？

答：一审判决书认定胡长清从1994年上半年至1999年8月间，利用职务之便，为他人谋取利益，先后87次收受、索取他人财物，共计人民币544.25万元。其中索取他人现金人民币2万元，其行为已构成受贿罪。胡长清受贿犯罪的时间达6年之久，受贿次数达87次，如果能够及时侦破，才不至于使胡长清越陷越深，不可挽救。

贿赂犯罪黑数很大，很多案子很难侦破，助长了受贿犯罪分子的侥幸心理，大多数贪污、受贿犯的犯罪心理都是侥幸心理，侦查机关不一定查得到。所谓犯罪黑数，实际上是隐案，隐案是指虽然实际犯下，但未为侦查部门、司法机关查处，因此，没有列入官方犯罪统

计数。由于我国贪污受贿犯罪黑数大量存在，侦查犯罪是极少数，受贿犯大都存侥幸心理，使受贿数额不断升级，犯罪胆量越来越大。胡长清就有这种侥幸心理，使自己陷入连续性大肆受贿的犯罪深渊。如果犯罪者知道自己会被揭露、会判处死刑，胡长清决不会拿着脑袋去冒险。

胡长清除了自己的犯罪主观意识外，还有其他因素。任何社会的政治和经济条件以及文明状况也是造成犯罪的原因。根据公安机关的统计资料，从犯罪的动态分析，改革开放以前，即 1978 年以前 30 年，我国犯罪案件年发案数一般在 20 万—50 万起之间波动。1967 年全国发生刑事犯罪案件仅 16 万起，为最少的一年。改革开放以来，犯罪状况一改常态，1979 年突破 60 万起，1989 年突破 100 万起，1991 年突破 200 万起大关。贪污受贿大案不断增长。任何社会现象，都产生于一定的物质生活条件，作为犯罪这一社会现象也一样。50 年代至 70 年代是计划经济年代，人们的吃、住、行都是靠政府定量领证供给。生活水平、经济收入差距不大。

改革开放以来，各种经济成分发展，尤其是私有经济的存在，意味着人们对生产资料具有所有权，拥有自己的财产，人们就想追求更多的财富，追求财富的手段是各种各样的，某些有贪污受贿条件的，就会利用手中权力谋取财富，进行权钱交易。

分配不公已影响了整个社会风气和为政清廉，动摇了“劳动致富”、“合法致富”的传统信念。经济行为金钱化，现在社会上“公事公办”常常要碰壁，走后门已成为办事常识，表现出权钱交易。社会上大量的诈骗国家银行几百万、几千万元甚至几亿元的案件，还是个民事法律问题，得不到刑法惩治，人民群众意见很大。

再说公有经济与私有经济的并存，必然导致经济收入悬殊，造成人心态不平衡，搞私营经济、外资经济，可在短期内富起来，有的通过不正当手段富起来，而公务人员靠工资来源不高，就利用自己手中的权力，进行权钱交易，从中受贿，来缩小差距。在现实生活中，那些富有的人并不都是非常讲道德信用的、专业水平很高的、政治素质高的。大部分有文化、有知识、诚实守法的人并不富有。由于这种状况，收入差距大，人心不平衡，导致各种犯罪。(此文为接受香港《镜报》、《信息日报》采访的采访稿)

李云龙：增设“暴利罪”抑制高房价

——上海新民周刊采访录

原载《新民周刊》2012年第14期

尽管国家对于房地产行业调控措施渐趋强硬，但高房价至今依然是国民的心头之痛。针对房价居高难下的现状，江西省社科院法学教授、江西省犯罪学研究会会长李云龙谏言，应该完善我国刑法，增设暴利罪条款，严控楼市房价，坚决打击房地产市场囤积居奇、哄抬房价的行为，建立对房地产价格的监督管理制度，“将房价纳入商品价格调控，并设立最高销售价格。”

近日，李云龙教授接受了《新民周刊》记者的独家专访，畅谈其提倡增设暴利罪以抑制高房价的思考。

设立房价监管制度

《新民周刊》：你为何会提出设立暴利罪以抑高房价？这种思路的立法依据是怎样的？

李云龙：近年来，政府对于房地产问题采取了很多调控政策，很难见效，原因在哪里？就是因为我国的房地产调控政策都是针对买房者的限制政策，而并非针对卖房者的调控政策。比如，就调控楼盘政策来说，有些城市对买房者加强了限制，对首次买房要求首付30%，然后银行按揭贷款再支付其余的70%——在2011年以前我们都是这样做的；而对第二次买房的情况则是增加首付款比例，即购买二套房，首付要提高到50%，其余的50%由银行按揭贷款支付。

我的意思是，这样的限制条件其实是用来限制买房者的，而并没有对卖房者进行调控。

改革开放以后，我们的房地产市场才得到发展，群众对买房的需求也在增大，这也使得房价无法很快降下来；此外，由于我们放开了对楼盘价格的监控，取消了政府对于房价的管理，这使得一些房地产乘机暴涨房价以牟取暴利。

我了解到的情况是，南昌市红谷滩区域一个楼盘，在2006年的时候房价为每平方米4500元，一套100平方米的房子总价为45万元，10层楼房共计20套房总价就达900万元，这样一幢楼共三个单元算下来约为2700万元；而这个楼盘到了2010年的房价涨成了每平方米1.25万元，这样10层楼房20套房算下来总价变为2500万元，三个单元总价为7500万元。两相比较，仅从该楼盘这4年的房价上涨情况来看，卖房者共非法获取暴利4800万元——这只是这几年我们的楼盘涨价获取暴利的一个简单例子。而我也了解到，在2006年南昌市商品房成本价格仅需每平方米1250元，即便加上政府的税收及开发商的合理利润，民众应该花约每平方米1600元的价格就可以买到这样的商品房，而卖房者却能

以此获取 8 倍以上的暴利。

房管部门统计的数据也显示,2000 年南昌市内平均房价为每平方米 1510 元,2001 年平均房价为每平方米 1640 元,2002 年房价每平方米 2321 元。以南昌市青山湖地段的一个楼盘为例,2003 年其多层入市价约为每平方米 2000 元,到了 2012 年该地段的房屋均价已涨成了每平方米 13000 元至 15000 元。

这种高房价让买房者深受其害。以南昌一个科级干部为例,他一般月薪为 2000 元左右,10 年收入也就 24 万元,如果要购买一套 100 平方米的房子,按照目前南昌至少每平米五六千元的均价来计算,需要贷款 20 年,他也就等于给房地产老板打工 20 年,并且人家这 20 年还要省吃俭用,才能还清贷款。买一套房,要当一二十年“房奴”,才能付清银行的按揭贷款的情形,比比皆是,我周围就不乏这样的“房奴”。我认为,这种严重的暴利性的房价上涨给人民群众的生活带来很多不方便,这种按揭制度对社会的危害也很大。这难道不是不法房地产商在非法获取暴利么?

所以我认为,我国刑法要完善,增设暴利罪条款。我们也急需积极制定商品价格法,对商品楼盘的出售需要进行价格监督。现在我们只针对买房者进行调控,这当然是不行的,我们要对卖房者进行调控,要公布其每套房产的成本价格、税收情况以及获利情况,使得买房者买得放心,也能使得房地产价格下降,并对获取暴利者进行刑法制裁。

《新民周刊》:国外在针对房地产市场的经济刑法这一块是如何操作的?

李云龙:我需要强调的是,国外在放开房地产市场的同时,会完善经济刑法,对房地产市场进行调控,并打击开发商的捂盘或哄抬房价等行为。

比如,德国的经济刑法、奥地利的刑法对此都有相关规定,就是明确了对于暴利罪的打击,目的就是要控制房地产价格的暴涨行为。而我国的相关法律并没有跟上去,我们十多年来对于房地产价格都没有控制,任其暴涨。这就是说,我们在放开对于房地产市场、放开房地产这种商品的价格以后,应该紧跟上的是对于房地产价格的监管,我觉得,物价部门就应该担负起这一块的监管职责。

我认为,如果我国的刑法增设暴利罪,加大对哄抬房价暴利者给予刑事处罚,房地产的价格也就会自动降下来。

如何界定暴利罪

《新民周刊》:在其他国家,对于暴利罪及其量刑是如何界定的?

李云龙:其他国家的刑法已经有了关于暴利罪的明确规定。比如说,瑞士刑法第 157 条规定暴利罪“利用他们的困境给付财产显失公平,或者购得具有暴利性质之财产,处五年以下重惩役或罚金刑”。奥地利刑法 155 条规定物品暴利罪“职业性利用他人困境,给付的价值不相称的财产利益,行为严重损害不特定多数人的利益的,处 5 年以下自由刑,并处罚金”。而在 2002 年修订德国刑法典第 3 条规定违反价格规定的行为,在职业或工商业活动中提高价格要处罚。

值得一提的是,德国的价格法对商品的最高价格有明确规定,设定了该商品的最高价格,对大量的房产(价格)进行监督。德国经济刑法第四条还规定,在职业或者工商业中,抬高物价的,适用德国刑法典 302 条暴利罪的规定。德国刑法典还规定了暴利罪的几种情形,有一种情况是,在物质和生活必需品的供应中,以获得重大的财产为目的,利用商品短缺、极需要的情况下,获取暴利的情形。德国价格法也有一个有关暴利罪的说明,即在违反实体价格方面有违法行为。

《新民周刊》：如果我们引入暴利罪，你认为应该怎么界定呢？

李云龙：我们国家已经对西药价格进行监控了，比如说，一种西药的成本价格是 10 元，即便加上税收与合理的利润，其获取的利润不能超过 15%。而我们刚刚举的那个楼盘的例子中，获取暴利在 8 倍以上。

设立暴利罪目前还仅仅是我个人的设想，但我认为，我们对于房地产价格的监控可以参照对于西药价格的监控，即开发商除去买地成本建筑成本以及国家的税收之外，房地产所获得的利润不能超过其成本价的 15%，最高限额是不超过 50%，如果超过 50%，就要予以经济制裁，要处以罚金等等，而如果获得的巨大利润超过多少倍，要处以刑法制裁。当然，这一块还需要这还需要更进一步的研究，目前我的想法是只能设定一个最高价的限额。我们政府要对其进行调控，要计算它的成本、税收以及获利情况，并进行监督，立法机关也可酌情设定。

需要提出的是，在有的国家还设有囤积居奇罪，比如土耳其刑法第 240 条规定，任何人以限制消除某一商品或者提供某一服务为手段，造成某一供公众使用急需商品或者服务价格上升，处 6 个月以上、两年以下的徒刑。而现在我们有些房产商捂盘不卖，比如我看南昌市有很多楼盘几年都不卖，就是哄抬房价的行为，我认为，对这种情况，都要处以囤积居奇罪，没收其财产，或对其处以罚金等。

开发商要公布成本与获利情况

《新民周刊》：但一个僵局是，某家房地产企业的盈利情况似乎只是该企业的秘密，外界很难获知。

李云龙：很多国家对商品价格的监督都有一套规定，商品的成本价格要向消费者报告。在国外，房地产商要向买房者报告所售楼盘的成本价格、每平方米交税情况以及获取利润的情况。

房地产也是商品之一，德国经济刑法对于商品价格就有规定，商品要显示公平，就是要向消费者报告，在买房前，房地产商应该就要向购买者报告清楚，使其买得放心。比如，你在市场上卖的苹果是每斤两三元，你不能突然暴涨到每斤二三十元，否则就是暴利。房价也是如此。比如说在南昌，本来买一套两室一厅只需要十多万元，你现在暴涨到仅每平方米就需要一两万元，这就是暴利。

我认为，如果对这种获取暴利的情况不予以惩罚，这个暴利就如同滚雪球一样，越滚越大。人都有贪欲之心，如果这种贪欲行为得不到惩治，这种获取暴利的贪利心理也就会越来越严重。

我所知道的是，还有一些国家制定了房地产供给保障法，对价格、信息、成本基本做了规定，比如说他们有食品供给保障法、房地产供给保障法等等，他们的法制很完善。房地产本来就是属于急需的商品，所以我们目前很有必要完善市场经济的法制制度。

《新民周刊》：开发商也许会有不同意见，他们认为，建筑成本、土地成本的上涨，以及政府各项契税的增收……这么说来，如果设置暴利罪，仅仅惩治开发商，似乎有欠公平。

李云龙：情况不是如他们所说的那样，对于开发商来说，楼盘的销售金额减去必要的成本和税收，就是开发商的获利情况。我了解到的情况是，事实上土地成本建筑成本占房价的比例非常小，房价的大部分利润都为开发商所得。比如，我曾经代理过一个案子，一位房地产商老板 2004 年左右在九江火车站旁边买了

44 亩地，这块地位于九江市中心地段，当时均价为每亩地 80 万元，他在那里造了 28 层的楼房，在 2009 年左右才开始往外卖楼，那里目前的均价已经上涨到每平米八九千元了。

并且，在中房信息集团联合中国房地产测评中心发布的 2011 年度中国房地产企业年度销售排行榜单上，你可以清楚地看到，恒大地产 2011 年销售金额是 803 亿元，华润置地当年是 366 亿元，碧桂园排第三，是 430 亿元，接下来是中海地产，2011 年的销售金额是 720 亿元。

而以 2012 年 1 月 17 日江西恒大地产集团为例，该集团发布消息称“2011 年恒大集团共计销售金额 803.9 亿元”、“资金充裕，账面现金 272 万元。”而江西恒大地产集团是一家民营私人股份公司。据了解江西省奉新县 2008 年财政收入为 3.7 亿元，2009 年财政收入是 5.0018 亿元，2010 年财政收入为 6.4426 亿元，2011 年财政收入为 9.08 亿元；经济发达县江西省新建县 2008 年财政收入是 7.64 亿元，2009 年财政收入是 9.06 亿元，2010 年财政收入是 12.83 亿元，2011 年财政收入为 15.89 亿元。这也说明，一个县 50 万人的收入却不及一家个人公司，一家民营公司超过了几个县财政收入，难道这还不是暴发户吗？

《新民周刊》：如若对这种情况不予以重视，你最担心的是什么？

李云龙：房地产市场的暴利也正在成为某些官员贪污受贿的温床。

我认为，我国的刑法对于行贿罪的规定是有漏洞的，也就是说，我们国家向来注重对反贪污受贿者的惩治，对贪污受贿达四五千万元的情况就可判处死刑；但是我们没有注重对行贿者的惩治，对行贿者行贿几百万元乃至几千万元的情况，都不会判处刑法。我认为，对行贿者没有惩治，这是立法不公，因为这些行贿人都是既得利益者。

【无罪案例】

勒世振受贿案

案情简介

勒世振，男，53岁，汉族，江西省新建县人，本科文化，系江西省南昌市工商行政管理局局长，2000年4月1日，因涉嫌受贿罪被南昌市人民检察院反贪局立案侦查。

移送起诉查明，1995年初，原南昌市工商行政管理局西湖分局(下称西湖分局)监察室主任程茂平因岗位调动之事，多次找到时任南昌市工商行政管理局局长的勒世振，提出有调动工作的要求，并希望勒予以关照。为此，1995年上半年的一天晚上，程茂平及其前妻钟桂兰来到勒世振家中，将一个装有人民币1万元的信封放在勒家的茶几上，后勒将该款交给其妻张招水。事后，程茂平调任西湖分局抚河工商所所长。

勒世振涉嫌受贿犯罪案，经两次退回补充侦查，勒世振是否为程茂平谋取利益，证据之间的矛盾仍不能合理排除，据以定罪的证据仍存在疑问。

勒世振涉嫌受贿一案，因事实不清、证据不足，2001年4月4日，南昌市人民检察院依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第140条第4款之规定，决定对勒世振不起诉。

当南昌市人民检察院起诉处对勒世振作出不起起诉决定后的第二天，勒世振就找到律师，请求律师给予法律帮助。律师接受委托，对其提供法律服务。律师认为，南昌市人民检察院对勒世振作出不起起诉，是适用《中华人民共和国刑事诉讼法》第140条第4款之规定，这条规定是属存疑不起起诉规定，是认为证据不足，不符合起起诉条件。律师经过十多天的调查取证，询问证人程茂平、张招水、吴瑞金等证人，一一证实勒世振没有收受程茂平1万元，其行为不构成受贿罪，请求南昌市人民检察院复议、撤销此案，南昌市人民检察院复议又维持了原不起起诉决定书。律师为了维护勒世振的合法权益，寻求公正司法，将此案申诉到江西省人民检察院，江西省人民检察院依据律师取证的材料，查实勒世振没有为程茂平调动工作之事，向南昌市西湖区工商局局长吴瑞金打过招呼，没有为程茂平谋取利益，认为不构成受贿行为。江西省人民检察院经检察委员会于2001年10月24日讨论并作出决定，对勒世振案作出撤销案件决定，还了勒世振历史清白。现勒世振已恢复了公职。

辩护意见

检察员：

我接受犯罪嫌疑人勒世振的委托，经江西心远律师事务所的指派，在勒世振受贿一案起起诉审查阶段，为其提供法律服务、取证调查。就本案适用法律，特发表辩护意见如下：

南昌市人民检察院(2000)洪检反贪不诉字第02号移送审查不起起诉意见书，认定“犯罪嫌疑人勒世振，身为南昌市工商局局长，因他人请求调动工作，收受他人贿赂计人民币1万元，但根据现有证据材料，勒世振在为他人谋利问题上证据尚存在疑点。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第135条之规定，建议将此案移送审查不起起诉。”本律师认为，勒世振在任南昌市工商局局长期间，没有收受程茂平贿赂1万元，没有为程茂平任职、调动工作之

事，向南昌市西湖区工商局局长吴瑞金打过招呼，没有为他人谋取利益。南昌市人民检察院反贪局作出不起诉决定书是不符合事实与法律要求的。大量事实证明，勒世振在任南昌市工商局局长期间没有收受程茂平 1 万元，没有为程茂平调动、任职打过招呼，不存在利用职务之便为他人谋取利益，认定勒世振受贿 1 万元，没有事实依据。请南昌市人民检察院审查起诉处认真审查洪检反贪移不诉字(2000)第 02 号“不起诉意见书”，请依据《人民检察院刑事诉讼规则》第 237 条“没有犯罪事实的，应当撤销案件”的规定，作出撤销案件的决定。

辩护理由如下：

一、认定犯罪嫌疑人勒世振收受程茂平贿赂 1 万元没有事实依据

南昌市人民检察院反贪局移不诉字(2000)第 02 号不起诉意见书认定犯罪嫌疑人勒世振收受程茂平贿赂 1 万元没有事实依据。

1.湾里区检察院起诉意见书、湾里区人民法院刑事判决书都没有认定被告人程茂平行贿勒世振 1 万元。

一切案件要重证据，重调查研究。据调查，南昌市湾里区人民检察院(2001)第 02 号起诉书，仅认定了被告人程茂平贪污公款的事实，没有认定程茂平行贿勒世振 1 万元的事实。湾里区人民检察院(2001)第 02 号起诉书认定：“被告人程茂平在任抚河工商所所长期间，利用职务之便，侵吞公款共计人民币 63 000 元，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 382 条之规定，构成贪污罪……特提起公诉，请依法判处。”被告人程茂平是以贪污罪被提起公诉的，并没有以行贿罪提起公诉。南昌市湾里区人民法院(2001)湾法刑初字第 6 号刑事判决书判决：“被告人程茂平犯贪污罪，判处有期徒刑五年。”从一审判决书可以看出，没有认定程茂平行贿 1 万元的事实，更没有追究其行贿 1 万元的刑事责任。

行贿与受贿是一种对偶犯罪，有行贿就有受贿，行贿不存在，受贿也就不成立。程茂平送给勒世振 1 万元，在侦查、起诉阶段，程茂平已否认，实际也没有送这 1 万元。因此，南昌市人民检察院反贪局移送审查不起诉意见书认定勒世振收受他人贿赂人民币 1 万元，是没有事实依据的。

2.被告人程茂平送 1 万元，在检察院卷、法院卷中已作否认，证实勒世振没有收受 1 万元。

南昌市湾里区检察院侦查移送报告，没有说明程茂平行贿 1 万元的事实。湾里区人民检察院审查起诉时，2001 年 1 月 16 日的询问程茂平笔录证实没有行贿勒世振 1 万元。1 月 16 日询问笔录：“你是否送过钱给原工商局局长勒世振？没有。你以前曾交待送 1 万元钱给勒世振？我在 1996 年以前，曾经用信封装好 1 万元，同前妻一同到过勒局长在新建县的家，当时勒局长家的门未关，有人穿鞋子进来，我就同我前妻一同出来了，钱在口袋中一直未送出去。”这一口供证实，程茂平 1 万元钱在口袋中一直未送出去。行贿事实不存在，受贿当然不成立。

2001 年 1 月 22 日，程茂平在法院的询问笔录也证实了没有送钱给勒世振。2001 年 1 月 22 日程茂平笔录：“我没有送钱送物给任何领导。……我没有送钱给市工商局主要领导。”2001 年 4 月 3 日律师向程茂平取证，程茂平反复说：“实在没有给勒世振 1 万元，检察院起诉书没有认定送钱 1 万元，法院也没有认定行贿 1 万元。”因此，检察院指控勒世振收受程茂平 1 万元没有事实依据。

二、证人张招水一直否认勒世振收受过程茂平的 1 万元

证人张招水是勒世振之妻，对于勒世振是否接受了程茂平 1 万元钱是很清楚的，很有证据效力。证人张招水 2000 年 4 月 1 日晚上被叫到反贪局询问收受程茂平 1 万元的问题，张招水作证说：“程茂平没有送钱给我。”“老勒只是给过工资钱，没有给过我 1 万元。”同时，检察院抄勒世振的家，仅抄到 1800 元的存折，没有搜查多少钱，这也从侧面证实了证人张招水的证言。

三、勒世振的证言一直否认收受程茂平 1 万元

勒世振 2001 年 4 月 6 日笔录证实，2000 年 4 月 1 日以后检察院的询问笔录中，一直否认收受程茂平 1 万元的事实；程茂平任职，勒世振没有跟吴瑞金打过招呼；反贪局要勒世振交 1 万元，由于勒世振没有收到 1 万元，就没有交 1 万元的事实；勒世振的陈述与询问交待否认收受程茂平 1 万元的事实；勒世振 4 月 1 日的以后交待和询问，包括市反贪局、检察院起诉处以及律师询问笔录都证实勒世振没有收受程茂平 1 万元的贿赂。勒世振的交待与询问笔录与程茂平在检察院 2001 年 1 月 16 日的笔录，1 月 22 日法院卷的笔录，证人张招水的证言相互印证，与证人吴瑞金的“没有打招呼”的证言相互印证，足可以说明勒世振 4 月 1 日以后的口供、询问笔录证实没有收受他人财物，没有为他人谋取利益。市检察院(2000)洪检反贪移不诉字第 02 号不起诉意见书认定：“勒世振收受他人贿赂共计人民币 1 万元，但根据现有证据材料，勒世振在为他人谋利问题上证据尚存在疑点。”这一认定没有事实与法律依据。一是勒世振没有收受他人贿赂；二是没有为程茂平谋取利益，不是谋利存在疑点问题，而是没有为程茂平谋取利益，证据事实清楚，不存在谋取利益问题。

四、证人吴瑞金的证据真实、合法、有效，足可以证实勒世振没有为他人谋取利益

2001 年 4 月 3 日吴瑞金笔录证实：“西湖区工商局下属工商所所长的任职是由区工商局党组织任命，由党组织下任命通知书。”“程茂平 1995 年被任命为监察室主任，1996 年初平调到抚河工商所所长职务，南昌市工商局局长勒世振没有跟我打过招呼，也没有就程茂平任职之事找我谈过话，程茂平任职是经过党组织认真考虑的。”就此问题，在案件侦查阶段或律师询问调查时，吴瑞金一直是这样证实的。

勒世振的笔录也证实没有为程茂平工作之事与吴瑞金打过招呼。因此，勒世振没有利用职权为程茂平谋取利益。

五、适用法律问题

南昌市人民检察院洪检反贪移不诉(2000)字第 02 号移送审查不起诉意见书认定“勒世振收受他人贿赂合计人民币 1 万元”是不符合事实与法律要求的。我国刑法第 385 条第 1 款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”依据受贿罪的概念，受贿罪有两种行为方式：一是索取他人

财物；二是收受他人财物，为他人谋利益。勒世振没有收受程茂平 1 万元，没有为程茂平谋取利益，程茂平的职务完全是西湖区工商局党组织任命的。依据最高人民法院、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》第 1 条规定：“把利用职务上的便利与未利用职务上的便利区分开。利用职务上的便利，是构成受贿罪的不可缺少的要件。”

假如勒世振收受程茂平 1 万元，但是没有利用职务便利为程茂平谋取利益，是不构成受贿的。更何况认定勒世振收受程茂平 1 万元。证人张招水一直否认，程茂平在检察院、法院卷询问笔录一直否认，勒世振口供证实自 2000 年 4 月 1 日以后一直否认收受程茂平 1 万元。由此看来，指控勒世振受贿 1 万元，缺乏事实依据。请市检察院依据刑法、刑事诉讼法有关规定，依据《人民检察院刑事诉讼规则》第 237 条“侦查过程中，发现具有下列情形之一的，应当由检察人员写出撤销案件意见书，检察委员会决定撤销案件：(一)具有刑事诉讼法第十五条规定情形之一的；(二)没有犯罪事实的，或者依照刑法规定不负刑事责任和不是犯罪的；(三)虽有犯罪事实，但不是犯罪嫌疑人所为的。”的规定，对勒世振一案作出撤销案件的决定，还他历史清白。

此致

南昌市人民检察院起诉处

江西心远律师事务所律师、法学教授 李云龙

2001 年 4 月 9 日

法律意见书

检察员：

我作为勒世振的辩护律师，在审查起诉阶段就为勒世振提供法律服务。南昌市人民检察院反贪移送不诉字第 02 号不起诉意见书是 2000 年 12 月 7 日移送到起诉处的，按照法律规定，移送后 3 日就应当通知、询问勒世振。而起诉处至 4 月初才找勒世振询问，这在程序上没有依法办案。

南昌市人民检察院(2000)洪检反贪移不诉字 02 号移送审查不起诉意见书认定：“犯罪嫌疑人勒世振，身为南昌市工商局局长，因他人请求调动工作，收受他人贿赂计人民币 1 万元，但根据现有证据材料，勒世振在为他人谋利问题上证据材料尚存在疑点。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 135 条之规定，建议将此案移送审查不起诉。” 2001 年 4 月初，我接受勒世振的委托，为勒世振受贿不起诉案进行调查取证，取得笔录书证 8 份，足可以证实勒世振在任南昌市工商局局长期间，没有收受程茂平 1 万元贿赂，没有为程茂平工作任职之事向南昌市西湖区工商局局长吴瑞金打过招呼，没有为他人谋取利益。请求检察院依据我国法律作出撤销勒世振受贿案的决定，还勒世振清白。律师根据调查取得的有关事实、证据，建议将此案撤销，而南昌市人民检察院起诉处没有将律师取得的 8 份证据提交检察委员会讨论复议，仍然将原先制作的不起诉意见于 4 月 10 日向勒世振宣读，勒世振再三要求依据律师的取证材料、证据进行复议，起诉处没有采纳。4 月 18 日上午，起诉处将南昌市人民检察院洪检刑不诉字(2001)05 号不起诉决定书送到勒世振家里。

南昌市人民检察院(2001)洪检刑不诉字第 05 号不起诉决定书认定：“本院认为，被不起诉人勒世振涉嫌受贿一案，事实不清，证据不足。依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第

140 条第 4 款之规定，决定对勒世振不起诉。”既然认定勒世振涉嫌受贿一案事实不清，证据不足，就应当作出撤销案件的决定。请省检察院依据我国法律纠正此案，对此案作出撤销案件的决定，还勒世振历史清白。

此致

江西省人民检察院

江西心远律师事务所律师 李云龙

2001 年 4 月 20 日

附：

南昌市人民检察院撤销案件决定书

洪检反贪撤字(2001)第 04 号

我院 2000 年 4 月 1 日决定立案侦查的勒世振涉嫌受贿一案，已侦查终结。江西省人民检察院于 2001 年 10 月 24 日决定 [赣检诉发(2001)8 号]：撤销我院于 2001 年 4 月 4 日以洪检刑诉字(2001)5 号对勒世振作的不起起诉决定，对此案作撤销案件处理，根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 135 条及《人民检察院实施〈中华人民共和国刑事诉讼法〉之规则》第 6 条之规定，现撤销对勒世振的立案。

南昌市人民检察院(公章)

2001 年 11 月 19 日

刘毅合同诈骗案

案情简介

被告单位江西恒丰水禽养殖场。场址：永修恒丰。

诉讼代表人万宏亮，系该场场长。

被告人朱勇民，男，1957年10月12日生，汉族，山东省沂南县人，原系江西恒丰水禽养殖场聘任场长。1997年9月20日被刑事拘留，同年12月9日被逮捕。

被告人王贤卿，男，1960年10月28日生，汉族，江西省永修县人，原系江西恒丰水禽养殖场聘任副场长。1997年3月26日被刑事拘留，同年4月29日被逮捕。

被告人周家年，男，1953年10月20日生，汉族，安徽省和县人，原系江西恒丰水禽养殖场党支部书记。1997年4月11日被刑事拘留，同年4月29日被逮捕。

被告人刘毅，男，1957年3月13日生，汉族，湖北省定兴县人，原系中国农学会特产学会特种养殖信息编辑部主编。1997年4月4日被刑事拘留，同年4月29日被逮捕。

被告人牛路，男，1966年12月10日生，汉族，吉林省吉林市人，原系中国经济时报聘用记者。1997年4月2日被刑事拘留，同年4月29日被逮捕。

九江市人民检察院以九检起诉字(1999)第03号起诉书指控被告单位江西恒丰水禽养殖场、被告人朱勇民、王贤卿、周家年、刘毅、牛路犯合同诈骗罪；被告人朱勇民、王贤卿犯贪污罪，于1999年3月20日提起公诉。

起诉书认定：1993年11月，被告人朱勇民指派被告人王贤卿、周家年从四川省德阳市购回香猪种猪后，开会研究决定采取“公司加养殖户，供种回收”的经营方式经营香猪。江西恒丰水禽养殖场通过电视台进行广泛宣传：经营香猪可以发家致富。大量翻印《小香猪饲养资料》给养殖户，自1993年底到1995年7月，朱、王、周等人从四川德阳邓尚洪处购回种猪共计390头出售给养殖户。1994年9月8日，朱勇民、周家年同邓尚洪签订用来欺骗养殖户、骗取贷款的“香猪销售协议书”。后应邓尚洪要求，朱勇民起草《补充协议》并签名盖章。朱勇民等人为了兑现养殖户的合同，于1994年10月与邓尚洪达成口头协议：江西恒丰水禽养殖场用仔公猪与邓尚洪换母猪，每头找邓差价450元。江西恒丰水禽养殖场将换回的母猪出售给养殖户进行炒种销售。邓尚洪由于种猪资源有限，不肯回收仔公猪，1996年8月26日，朱勇民写了一份《委托书》交给邓尚洪，委托邓为江西恒丰水禽养殖场推销香猪。邓尚洪根据委托书，将仔公猪出售给当地屠宰户。1995年4月6日，被告人刘毅应朱勇民邀请来江西恒丰，刘仅凭肉眼观察，擅自以中国农学会特产学会特种养殖开发委员会的名义颁发证书，同时确定该场为中国农学会特产学会香猪育种基地。朱、刘等人举行新闻发布会，联系拍摄新闻纪录片，对养殖户进行欺诈宣传。1996年2月8日，被告人牛路应朱勇民要求，以中国特产经济促进专业委员会的名义颁发证书，尔后，二人签订了《关于建立“中国特产经济促进专业委员会基地”的协议书》及《关于批准成立中国特产经济促进专业委员会小型猪(香猪)育种基地的决定》。同年8月的一天，牛路同朱勇民持假《中国实验用小型猪的选育、开发与应用研究的科学技术成果鉴定证书》从国家科委骗取《关于发展小

型猪(香猪)养殖业的《通知》文件和《全国新技术新产品联销小香猪开发推广中心》的证书。1996年3月,朱勇民还骗取国务院发展研究中心农业发展研究部、中国特种动植物优质产品推荐组织委员会发的证书。朱勇民、王贤卿将骗来的上述证书通过召开新闻发布会等方法蒙骗江西日报社、江西电视台等多家新闻单位进行宣传,欺骗广大养殖户。1996年4月,朱勇民、王贤卿声称到国(境)外考察香猪销售市场,到东南亚观光旅游,回国后,谎称东南亚一带香猪销路好。自1993年底到1997年3月,朱勇民、王贤卿、周家年、刘毅、牛路诈骗财物计人民币2514.4万元。指控被告单位江西恒丰水禽养殖场,被告人朱勇民、王贤卿、周家年、刘毅、牛路触犯《中华人民共和国刑法》第224条,构成合同诈骗罪,朱勇民系主犯,王贤卿、周家年、刘毅、牛路系从犯。

这是一起影响全国的特大香猪诈骗案。引起被害人几千人上访,社会影响很大。被告人刘毅的母亲从北京赶来南昌,请律师为刘毅辩护,律师作了无罪辩护。律师认为,刘毅、牛路不是恒丰养殖场的人,又没有担任什么职务,不是直接责任人,不构成法人合同诈骗罪。

九江市中级人民法院法官魏明、王国华认真听取了律师的辩护意见,采纳了辩护观点,2000年4月24日作出一审判决:被告人朱勇民犯合同诈骗罪,判处无期徒刑;被告人王贤卿犯合同诈骗罪,判处12年有期徒刑;判处周家年4年有期徒刑;被告人刘毅被宣告无罪;被告人牛路被宣告无罪。刘毅被无罪释放后,回到北京继续当记者。

辩护词

审判长:

我接受被告刘毅亲属的委托,经江西大华律师事务所的指派,为被告刘毅一案出庭辩护,依法参与诉讼,特发表辩护词如下:

九江市人民检察院(1999)第03号起诉书认定:被告刘毅采取伪造“香猪”证书和科技成果鉴定书,通过新闻界广泛宣传,与养殖户签订合同,诈骗财物,数额特别巨大,其行为已触犯了《中华人民共和国刑法》第224条之规定,构成合同诈骗罪,同时具备《中华人民共和国刑法》第231条规定之情节。起诉认定刘毅的行为一是构成合同诈骗罪,二是构成单位犯罪。

一、单位犯罪问题

刘毅的行为不能认定为单位犯罪。首先,他不是恒丰养殖场的人,又没有担任该场任何职务。我国刑法第30条规定:“公司、企业、事业单位、机关团体实施的危害社会的行为,法律规定为犯罪行为的,应当负刑事责任。”单位犯罪区别于个人犯罪的本质特征,是为单位牟取非法利益,只有以单位名义进行,而且由单位内部人员实施的犯罪行为,才能视为是单位的犯罪行为。本案被告朱勇民、王贤卿、周家年是利用单位实施犯罪行为的人,是利用单位名义对外签订购销香猪合同的人。朱勇民是恒丰养殖场场长,王贤卿是恒丰养殖场副场长,周家年是该场的党支部书记。被告人朱勇民、王贤卿、周家年都可利用单位名义对外签订购销香猪合同,被告人刘毅是不可能的,他不可能实施单位犯罪行为。

有人说,刘毅是参加单位诈骗犯罪的共犯。这种说法不正确。我国刑法第25条第1款规定:“共同犯罪是指二人以上共同故意犯罪。”这里所说的二人以上实施共同犯罪,指的是自然人二人以上,并没有讲单位加自然人两人以上。这说明单位犯罪就是单位犯罪,不具备单位犯罪条件的人,不是单位犯罪的直接责任人员。

共同犯罪要有共同故意,共同预谋,刘毅来江西只是参加新闻发布会,发香猪证书,并没有和朱勇民参与香猪销售工作。

二、被告朱勇民利用合同诈骗犯罪，刘毅未参与诈骗

被告朱勇民利用合同进行诈骗犯罪，主要是利用香猪销售途径进行的，采取“公司加养殖户，供种回收”的经营方式，即恒丰养殖场以每头种猪价格2800元出售给养殖户，以所产仔猪每头800元的价格回收，并与养殖户签订回收合同，以高价销售的方式骗取钱财。经过法庭调查，认为被告人刘毅对朱勇民利用合同诈骗形式，主观上不是明知的，刘毅也没有参与朱勇民签订回收买卖合同，没有任何证据证明刘毅参与恒丰养殖场利用合同销售香猪的行为。

案发前的1996年10月，当刘毅接到群众来信反映朱勇民有行骗行为时，出于责任心，及时在《中国特种养殖信息》刊物中以答读者问的形式，提醒广大养殖户不要上当受骗。这一事实说明，刘毅在主观上没有伙同诈骗的故意。

1996年12月24日最高人民法院《关于审理诈骗案件具体应用法律的若干问题的解释》第2条规定：“利用经济合同进行诈骗的数额应当以行为人实际骗取的数额认定……”。根据司法解释的规定，应当以行为人骗取数额来认定。刘毅并没有利用合同诈骗香猪款。中国农学会特产学会收取的2万元基地管理费，并不是诈骗款，是通过正常渠道收取的基地管理费。2万元基地管理费开支情况是：1万元上交特产学会冯继臣，报销冯继臣医药费3000元，剩下7000元由编辑部开支。这就说明刘毅没有得到这笔款。合同诈骗犯罪要骗取了钱财才构成犯罪，没有得到钱财，怎么叫合同诈骗罪呢？当然政治身份诈骗犯有，但这里是合同诈骗，即经济诈骗。起诉书认定了合同诈骗，没有诈骗数额，怎么确定从犯的刑罚。从犯不承担诈骗总数额的责任，主犯才承担诈骗总数额的责任。

三、刘毅出具证书不构成诈骗行为

刘毅经中国特产学会同意前来江西恒丰养殖场颁布“香猪品种”证书，并盖有单位公章，这属单位行为，而不是刘毅的个人行为。

起诉书认定，刘毅“仅凭肉眼观察香猪……。”这一认定是不正确的。香猪鉴定不需要显微镜，仅需要肉眼就可鉴定，即用肉眼根据香猪形状、大小可作出鉴定。

恒丰养殖场销售的香猪是香猪品种。鉴定失真是单位行为，是行政违法行为。根据《中华人民共和国促进科技成果转化法》第32条规定：“违反本法规定，对科技成果进行检测或者价值评估，故意提供虚假的检测结果或者评估证明的，责令改正，予以警告，没收违法所得，并对该检测组织者、评估机构处以罚款；情节严重的，依法吊销营业执照和资格证书，依法承担民事赔偿责任。”根据这一规定，对鉴定人的处罚，可进行行政罚款，不要事事都用刑罚来惩治。

关于刘毅联系中央电视台拍摄新闻记录片宣传的问题。刘毅联系电视台拍摄纪录片是没有责任的，电视台宣传错了，是电视台的责任，新闻版权是电视台的。根据我国著作权法规定，电视报道版权在电视台，过错责任也在电视台，刘毅不承担责任。

综上所述，刘毅的行为不构成合同诈骗犯罪，不属单位犯罪责任人员，发放证书只是单位行为，刘毅没有责任。起诉书对刘毅指控的犯罪，事实不成立，指控罪名不成立，请法庭根据法律与事实，判处刘毅无罪。

此致

九江市中级人民法院

江西大华律师事务所律师 李云龙 1999年5月19日

涂景新贪污、挪用公款案

案情简介

涂景新，男，1958年6月22日出生，江西省安义县人，汉族，大专文化，羁押前任江西省新大地实业发展总公司总经理，法人代表。

1992年，涂景新想在南昌市创办企业，就找到海南省机械设备进出口公司领导，想创办江西新大地实业发展总公司，租赁江西省展览中心楼，将其改造为综合商城，经过几年经营发展，江西新大地实业发展总公司已变成初具规模的商贸电子城。

1999年8月海南省人民检察院海南分院对涂景新、王慧艳（其妻）以涉嫌贪污立案查处，1999年11月5日被捕，押在海口市第一看守所。

涂景新贪污、挪用公款一案由海南省人民检察院海南分院于2001年8月14日提起公诉，2002年7月11日由海南省海南中级人民法院开庭审理，2003年4月25日海南省海南中级人民法院作出〔2002〕海南刑初字第79号刑事判决。判决书认定：

江西新大地实业发展总公司系海南机械设备进出口公司的下属国有企业。被告人涂景新身为国家工作人员，利用职务之便，与被告人王慧艳互相勾结，侵吞公款共2556万元，还挪用公款用于自己和借给他人的营利活动，数额巨大，其二人行为均已构成贪污罪和挪用公款罪。被告人涂景新在被采取强制措施后，在押解途中脱逃，其行为又构成了脱逃罪。对于被告人涂景新、王慧艳及其辩护人提出的涂景新、王慧艳不具有贪污罪、挪用公款罪的主体身份、江西新大地实业发展总公司不是国有公司，因而不构成贪污罪的辩护意见，经查，被告人涂景新原是江西省南昌市昌安物资贸易公司聘用的国家干部，并已调入海南机械设备进出口公司工作，又被正式任命为江西新大地实业发展总公司的总经理，属国家工作人员具有贪污罪、挪用公款罪的主体身份。被告人王慧艳与涂景新互相勾结，侵吞、挪用公款，也构成了贪污罪、挪用公款罪的共犯。江西省新大地实业发展总公司，是由海南省机械设备进出口公司向江西省工商局提供一切手续所申办，该公司的经营资金，来源于海南省机械设备进出口公司向江南信托公司所借贷的1000万元，因此，根据工商注册登记，根据国有资产管理部门的产权登记，根据海南机械设备进出口公司与江西南昌电子器材公司签订的购房协议、与江西展览中心签订的《承包经营合同》、与江南信托公司签订的《贷款协议》以及申请成立江西新大地实业发展总公司等一系列证据，江西新大地实业发展总公司实为海南机械设备进出口公司下属的国有企业。鉴于此，被告人涂景新、王慧艳及其辩护人提出的以上辩护意见的理由不成立，不予采纳。被告人涂景新还提出，其不构成脱逃罪。经查，涂明知对其采取强制措施的是检察人员，仍大声呼救，造成不明真相群众的哄闹和围攻，涂趁机脱逃。涂的脱逃行为已构成脱逃罪，其辩护理由不成立。因此，被告人黄智忠及其辩护人认为黄不构成挪用公款罪和徇私舞弊造成亏损罪的辩护理由不成立，不予采纳。判决如下：

一、被告人涂景新犯贪污罪，判处死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产；犯挪用公款罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身；犯脱逃罪，判处有期徒刑二年，决定执行死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产。

二、被告人王慧艳犯贪污罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产；犯挪用公款罪，判处有期徒刑十五年，剥夺政治权利五年，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收其个人全部财产。

三、被告人黄智忠犯挪用公款罪，判处有期徒刑十年，剥夺政治权利三年；犯徇私舞弊

弊造成亏损罪，判处有期徒刑三年，决定执行有期徒刑十二年，剥夺政治权利三年。

被告人涂景新、王慧艳在海南省海南中级人民法院一审宣判后，通过各种方法找到了李云龙律师。李云龙律师接受委托后，直奔海南省海口市看守所去会见涂景新，当时被告人涂景新心情十分难过，跪在地上，请求李云龙律师为其申冤。他说他是无罪的。口里说无罪不行，要靠证据说话。李云龙律师为了解决江西新大地实业发展总公司是姓公还是姓私的问题，要寻找证据说话。李云龙律师多次到工商部门以及会计师事务所了解江西新大地实业发展总公司注册登记的情况。找到了江西省会计师事务所负责江西新大地实业发展总公司审计资本登记会计师舒理仁。舒理仁 2003 年 3 月 4 日笔录证实：海南机械设备进出口公司作为新大地主管部门没有提供注册资金 168 万元，没有提供银行进账单，注册资本 168 万元未到位，不具备国有公司条件。证实江西新大地实业发展总公司由涂景新先期投资发展起来。这一证据在二审开庭起了很大作用。再有一审法院认定被告人涂景新贪污公款 2556 万元，也是缺乏事实证据。二审开庭审理时李云龙律师提供了 11 份新的证据，引起海南省高级人民法院刑二庭注意。李云龙律师又向最高人民法院反映涂景新贪污、挪用公款一案情况，引起最高人民法院领导重视，指示将被告人涂景新贪污、挪用公款一案调卷审查，由最高人民法院指定改判。2006 年 12 月 12 日海南省高级人民法院撤销海南省海南中级人民法院（2002）海南刑初字第 79 号刑事判决书，撤销一审法院对涂景新、王慧艳犯贪污罪、挪用公款罪之认定，均因事实不清，证据不足而不能成立。涂景新在检察人员依法执行刑事拘留时，当初使用暴力逃脱的事实属实，但鉴于其行为不构成贪污罪、挪用公款罪，故亦不应当认定其脱逃罪。宣判涂景新、王慧艳无罪。宣判涂景新无罪后，很多新闻媒体找到李云龙律师采访。

《南方都市报》2007 年 1 月 19 日刊登了《“死缓”商人涂景新七年翻案历程》；《江南都市报》2006 年 12 月 26 日也刊登了《“新大地”涂景新缘何从死缓到无罪——本报记者对话委托律师李云龙，揭秘涂景新翻案全过程》。《法制日报》、《商界》等报刊，对李云龙律师为被告人涂景新辩护进行了跟踪报道。

二审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人涂景新亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人涂景新贪污、挪用公款一案辩护，发表辩护词如下：

海南省海南中级人民法院（2002）海南刑初字第 79 号刑事判决书，判处被告人涂景新犯贪污罪判处死刑，缓期二年执行；犯挪用公款罪判处无期徒刑；犯脱逃罪，判处有期徒刑二年。决定执行死刑，缓期二年执行。被告人不服一审判决，已提出上诉。本律师认为，一审判决判处被告人涂景新犯贪污、挪用公款等罪，缺乏事实证据。被告人涂景新没有侵吞国有资产，江西省新大地实业发展总公司属私营企业，其资产应为涂景新所有，不属于国有企业。涂景新、王慧艳处理个人公司的财产，把自己的资金借给他人使用，其行为不构成贪污罪、挪用公款罪。涂景新没有犯罪，就不存在脱逃罪。

具体辩护如下：

一审判决认定：“本院认为，江西新大地实业发展总公司系海南省机械设备进出口公司下属企业。被告人涂景新身为国家工作人员，利用职务之便，与被告人王慧艳互相勾结，侵吞公款 2556 万元，还挪用公款用于自己和借给他人营利活动、数额巨大，其二人行为均已构成贪污罪和挪用公款罪。”这一认定不符合本案事实。江西新大地实业发展总公司（以下简称新大地公司）不是海南机械设备进出口公司的下属国有企业（以下简称海南公司）海南公司没有向新大地公司投资一分钱，公司注册登记没有注入资金 168 万元，实为涂景新的个人公司。

一、江西省新大地实业发展总公司是国有公司还是私营公司？回答是涂景新的私营企业

企业注册资金是企业性质的关键，谁要享有财产所有权就要注入资本，先投资。注册资本是承担民事责任的前提，并具有风险性。下面就江西省新大地公司登记注册情况，证人林良忠、吕春芳、涂景新笔录，以及涂景新先期投资来证实，证明江西省新大地公司不属国有企业，而是涂景新一手创建的公司。

1.新大地公司注册登记时，海南公司没有提供注册资金 168 万元，没有提供注册资本，该公司不具备国有公司性质。

新大地公司是 1993 年 3 月 28 日向江西省工商局申请登记的。按照《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第 15 条规定，企业开业登记必须提供企业法人验资证明或者资金担保。企业注册资金是企业性质的关键。1993 年 3 月 28 日海南公司向江西省会计师事务所进行验资申请，仅出示了一张资信证明。资信证明写明“江西省新大地实业发展总公司，申报注册资金 168 万元，由我单位拨给 168 万元”。这是一张空头资金证明，没有提供投入资金进账单。经法庭调查核实海南公司没有注入资本，实为没有投入。江西省会计师事务所验资公证表（93）公验字第 211 号验证证书在有关情况说明：“申报注入资金 168 万元，由海南省机械设备进出口公司拨给，已由该进出口公司出具资金证明，负责资金及时督促到位，特此欠注册资金 168 万元。”上有验资会计师舒理仁签字并盖有会计师事务所公章。在会计师事务所验资公证表还有一栏说明：“所办企业在领取营业执照后一个月内持本公证表及资金到位证明前来复验。”而海南公司没有持资金到位证明来复验。律师有调查的新证据——原江西省会计师事务所会计师舒理仁 2003 年 3 月 4 日笔录证实：“海南省机械设备进出口公司仅提供一张资信证明，没有提供资金到位的复验证明，主管单位没有来复验资金，没有提供银行进账单，说明没有提供新大地公司注册资金 168 万元，当时是 1993 年 3 月 4 日进行验资的。”这可以说明主管单位海南省机械设备进出口公司出示注册资金 168 万元未到位，没有投资，也没有任何风险。新大地公司不是海南公司投资注册的，新大地公司所有权不是海南公司的，也就不是国有公司。

1993 年登记公司时，现行《公司法》还没有出台，个人想申办公司都要寻找一个挂靠单位，挂靠公司不一定是国有公司，适用法律应以事实为根据，要看主管部门是否投资，注入资本。海南公司仅出示有关文本，完全是一种挂靠形式的公司，实为涂景新所有。

2.证人林良忠、吕春芳，被告人涂景新的笔录证实，海南公司对新大地公司没有投资一分钱，资金是由涂景新筹集投入的。

（1）2002 年 7 月 11 日林良忠（系原任海南公司总经理）出庭证实：“我们成立新大地公司，由涂出注册资金，我公司不出钱，但出全部手续，具体办理由涂个人办，我们没有派人办。”“注册资金如何来？168 万元主要由涂自己投。”证人林良忠的证言证实新大地公司成立时，海南公司没有投资新大地，没有投入注册资金 168 万元，但出示全部手续，还证实注册资金 168 万元由涂景新出资，具体办理由涂个人办，海南公司没有派人去。说明新大地公司发展起来是由涂景新投资筹建发展的，新大地公司登记成立，海南公司只是出示了有关办理公司文件，证实是一种挂靠关系。

（2）海南公司吕春芳 2002 年 7 月 12 日出庭证言：“你说成立新大地公司目的是什么？两种原因都有，我公司不同意花钱，只是出示有关证明，就可以挂牌成立公司。以后在江西收购产品联系方便。”这一证言证实海南公司对新大地公司成立是没有投资，成立新大地公司只是联系工作方便，成立新大地公司目的很明显不是设立公司，而是联系工作方便。

(3) 涂景新 2000 年 5 月 23 日笔录证实：“我个人认为新大地公司是在当时特定环境下挂靠在海南省机械设备进出口公司，是由本人全额投资并承担风险的一家挂靠私营企业，其依据是：成立公司时，海南公司不投资，且确实未投资分文资金和未参与经营管理。”

被告人涂景新的笔录证实，新大地公司是当时特定环境下挂靠海南公司，是由涂景新个人全额投资并承担风险私营企业，海南公司没有投资，只是出示了有关挂靠手续。

(4) 律师在二审期间，调查林良忠、吕春芳新的证据，证实海南公司没有出资、拨款 168 万元。当时海南公司资金困难，没有资金，没有投资新大地公司。

证人林良忠 2003 年 7 月 27 日笔录证实：“公司注册登记资本是 168 万元，是海南公司出示了一个 168 万元的资金证明，当时没有出资拨款 168 万元，也没有投资一分钱给新大地公司。”

证人吕春芳 2003 年 7 月 27 日的证言证实：“当时江西新大地公司是挂靠海南省机械设备进出口公司，当时公司资金困难，没有资金，没有投资新大地公司。”

以上证人证言证实，海南公司没有投资，新大地公司是涂景新创办的，不属国有企业。

3.对江西省新大地公司挂靠，企业登记性质为国有企业如何看待？

1991 年 3 月 26 日国家国有资产管理局、财政部、国家工商局发布《企业国有资产所有权界定的暂行规定》指出：关于国有资产所有权界定的原则，不应以企业法人登记的经济性质来界定资产的性质，在所有权界定中，而要追究企业初期投资的资金来源，按“谁投资、谁所有、谁收益”的原则来界定企业性质确定。以事实为依据，以投资行为来确定，新大地公司创建、投资由涂景新投入，承担风险也是涂景新。

二、贷款 1000 万元是借款还是投资款？是借款行为，是债务转移

海南公司没有投资，新大地公司是涂景新创办的私营企业。1993 年 3 月 27 日江南信托投资公司与海南省海南公司帮助新大地公司贷款 1000 万元，形成一种债务转移。机械设备进出口公司签订《投资协议》，甲方同意向乙方投资 1000 万元，贷款期为 3 年（1993 年 3 月 27 日至 1996 年 3 月 27 日）。甲方同意乙方用南昌市渊明北路所经营房的全部房产抵押保证。1998 年 9 月 30 日由海南公司、江南信托公司和新大地公司三方签订的《协议书》第 1 条明确：“甲方海南公司于 1993 年 3 月 27 日向乙方（江南信托公司）借贷壹仟万元，实际上是以甲方的名义为丙方新大地借贷，现为理顺关系，有利于该笔款的归还，三方一致同意由丙方负责直接归还壹仟万元贷款，并办理借贷手续。”

1998 年 10 月 16 日江西信托公司与涂景新民营新大地集团公司签订的协议书约定：由涂景新的民营新大地集团有限公司承担 1000 万元贷款账的偿还债务。

为什么出现 1000 万元由涂景新的新大地公司偿还江西信托投资公司借款 1000 万元账？

海南公司没有向新大地公司投资，是借名挂靠贷款，涂景新又不是公司干部，海南公司 1996 年 12 月 26 日召开联系会议认为：“江西新大地公司挂靠海南公司，为了理顺关系，要求新大地脱钩，1000 万元贷款落实由新大地公司偿还。”考虑借贷款 1000 万元，海南公司担心承担责任，因此形成三方协议海南公司为新大地借款，要落到实处。贷款 1000 万元债务由涂景新的新大地偿还，还与涂景新民营新大地公司签订还款合同。如果是投资 1000 万元，新大地公司已是海南公司下属公司，就不存在债务转移问题。投资、注入资本是要承担风险的。海南公司又在 1999 年 1 月 8 日致函江西省工商局“关于同意江西省新大地实业发展总公司与我司脱离挂靠关系的函。”明确脱离其挂靠关系。

其函中称：“我司 1993 年 4 月向贵局申报登记注册，江西新大地公司是以我司名义申

请的，但 168 万元注册资金实际是个人出资，我司并没有投资，故该公司与我司脱离挂靠关系。该公司的债权债务由其享有和承担。”

1000 万元是投资款吗？公诉人讲新大地公司是从 1000 万元中拿出 200 万元去注册登记，公诉人没有出示事实证据证实 200 万元交到新大地公司。

200 万元投入没有合同约定，不能认定为投资款。贷款 1000 万元如果是投资款，依据法律规定 1000 万元投资要有投资合同约定，注入资金证明，海南公司没有投资新大地公司，很明显 1000 万元是借贷款，并不是投资款。投了资本是要承担民事责任的，海南公司对新大地公司没有投入一分钱。

海南公司帮新大地公司借款，形成海南公司与新大地公司一种借款关系，以后新大地公司与海南公司的三方合同形成债务关系，而不是投资关系。

三、贪污罪认定证据

起诉机关仅依据 9 个存折来计算被告人涂景新贪污公款 2556 万元，显属证据不足。依据存折账数额来认定，这笔款进出来由说不清楚，是否被告人涂景新将公款窃为己有，没有证据证实。证实贪污证据有多种；整个案卷没有被告人涂景新供认贪污数额笔录，没有书证证实涂景新贪污公款 2556 万元，没有新大地公司会计人员、出纳人员等人证实被告人涂景新贪污公款 2556 万元，也没有账簿各种单据证实涂景新贪污行为。

依据审计报告和司法鉴定，将存入涂景新、王慧艳等私人账户的数额，来认定为新大地公司的收入，但新大地公司的收入究竟是多少，没有原始的会计凭证。检察院起诉书中审计和鉴定的依据是：（一）原新大地公司负责租金审核的负责人夏良汉的回忆称，江西新大地公司出租江西展览中心的租金收入情况是：1996 年月收入大概 60 万元人民币，1997 年月收入大约 70 万元人民币，1998 年和 1999 年月收入大概 80 万元人民币。（二）江西新大地公司收款员的回忆，多的每月收入 40 万元，少的每月收入 18 万元。根据以上情况，综合分析江西新大地公司的收入差 2000 多万元人民币，进而认定存入涂景新、王慧艳等人私人账户的 2556 万元就是新大地公司的收入。但是支出多少，截留多少，没有资料表明。而且夏良汉和收款员的回忆没有原始证据，没有书证，靠回忆不能证明交了多少钱给王慧艳。因此认定贪污公款 2556 万元缺少事实证据。

四、关于挪用公款罪和脱逃罪问题

公司性质界定为私营企业，不构成挪用公款罪，涂景新自己使用自己的钱，借给他人使用，是行使自己的财产使用权，不构成犯罪。既然涂景新的行为不构成贪污罪、挪用公款罪，就不存在脱逃罪。

以上辩护意见，请法庭考虑。

此致

海南省高级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2004 年 3 月 9 日

宫继平受贿案

案情简介

此案起诉意见认为，被告人宫继平在任南昌市郊区湖坊乡进顺村党支部书记兼任南昌市鄱阳湖大酒店总经理期间，于1992年9月间，经他人介绍，认识了香港新华电子钟表珠宝公司经理周绍权，经双方洽谈后，达成鄱阳湖大酒店与港商周绍权合资开办鄱阳湖康乐娱乐公司的协议。宫继平分别于1992年11月、1993年5月两次出差到深圳市，港商周绍权在罗湖大酒店宴请期间，先后给宫继平招待款港币1.8万元。宫继平于1992年初去深圳市参观，认识海口市东方典当行老板胡君来，要胡君来帮忙买黄金，双方商定以55元/克的价格卖给宫继平。同年3月11日，胡君来到郊区进顺村签订以320元/平方米价格购地150平方米的合同，付定金2万元。5月间，胡君来到南昌送给宫继平2根半黄金条和一枚男式金戒，总重量110克，估价5000元。同年10月间，宫继平出国回来后，在酒店碰到胡君来，要胡换美元，胡君来送给宫继平人民币7000元换美元。

起诉书认为宫继平利用职务之便，收受他人港币1.8万元，人民币7000元，黄金110克(价值5000元)，数额巨大，触犯了我国刑法185条之规定，构成受贿罪。南昌市西湖区人民法院审理被告人宫继平受贿一案，于1995年5月10日作出(1994)西刑初字第272号刑事判决书。判决书认为：“西湖区人民检察院指控被告人宫继平犯有受贿罪的各项事实，所依据的证据缺乏证据力，因此，不能认定宫继平犯有受贿罪，庭审中，至于被告人及其辩护人的辩解和辩护的意见，理由成立，据此判决被告人宫继平无罪。”南昌市西湖区人民检察院于1995年5月17日对本案作出了抗诉，抗诉书认为，南昌市西湖区人民法院判决采用证据不当，作出了与本案事实不符的判决。

二审宣判：退回检察院撤案，宫继平已无罪释放。宫继平现任某村党支部书记兼任灌城度假村总经理，工作干得很有成绩，多次受到上级部门表彰。

抗诉辩护词

审判长：

我接受被告宫继平的委托，担任宫继平抗诉一案的辩护人，依法参与诉讼，特发表辩护意见如下：

宫继平受贿一案，经过南昌市西湖区人民法院开庭审理，认为“西湖区人民检察院指控被告人宫继平犯有受贿罪的各项事实，所依据的证据缺乏证明力，因此，不能认定被告人宫继平犯有受贿罪，庭审中，至于被告人及其辩护人的辩解和辩护的意见，理由成立，据此判决被告人宫继平无罪。”本律师认为西湖区人民法院(1994)刑初字第272号刑事判决书判决宫继平无罪，是符合事实与法律要求的，这一判决是正确的。这是法律与事实的胜利。南昌市西湖区人民检察院于1995年5月17日对本案一审判决作出了抗诉意见书，抗诉书认为，南昌市西湖区人民法院判决，采用证据不当，作出了与本案客观事实不相符合的错误判决。

本律师认为西湖区人民检察院(1995)第 01 号抗诉书缺乏事实与法律依据。现针对抗诉书三条抗诉意见进行辩护。

一、港商周绍权送的招待款 1.8 万元港币，不构成受贿行为

我国刑法第 185 条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，收受贿赂的，是受贿罪。”1988 年全国人大常委会的《关于惩治贪污贿赂犯罪的补充规定》第 4 条规定：“国家工作人员，集体经济工作人员或者其他从事公务的人员，利用职务上的便利……或者非法收受他人财物为他人谋取利益的，是受贿罪。”法律明确规定构成受贿罪一是要利用职务之便，二是为他人谋取利益，这是构成受贿罪的主观要件，并以“为他人谋取利益”作为构成受贿罪的必要条件。宫继平接受港商 1.8 万元港币的行为，不构成受贿行为。

抗诉书认为：“被告人宫继平 1992 年 11 月去深圳，约见港商周绍权，周为早日签订合资开办鄱阳湖康乐娱乐公司，送被告人宫继平港币……”抗诉书认定事实错了。1992 年 11 月宫继平去深圳的目的，是接受朋友田万里之约，与港商连先生商谈合建南昌市太平洋大酒店之事，并不是为签订合资开办鄱阳湖康乐娱乐公司的事。被告人宫继平与港商周绍权早在 1992 年 10 月 13 日就签订了《中外合资南昌市鄱阳湖康乐娱乐有限公司章程》，这个合资章程签订后，双方都在履行合同中。

宫接受港商 1.8 万元港币不存在利用职务之便，不存在为他人谋取利益。宫的行为并没有损害进顺村的利益。鄱阳湖大酒店在宫继平管理之下，使进顺村的经济状况发生了巨大变化，1993 年 3 月 17 日，进顺村党支部决定对作出贡献的宫继平重奖 50 万元，南昌市郊区湖坊乡党委扩大会议决定重奖宫继平 50 万元。1978 年，宫继平管理进顺村时，全村总收入仅 56 万元，宫继平管理后，到 1992 年为 3 088 万元，增长了 54 倍，因此，对宫继平要重奖。而宫继平没有接受这份重奖。宫与港商周绍权进行了两个月协商谈判，将鄱阳湖大酒店承包给港商周绍权经营管理，周每年向进顺村上交利润 660 万元，比进顺村自行管理每年增加利润 42.6 万元。宫继平与港商周绍权签订、执行合同过程中，坚持了原则，维护了进顺村的合法权益。在合同执行过程中，周绍权故意拖延时间，迟迟不履行交接手续。港方不按合同规定定期缴纳承包利润，宫多次与港商进行交涉。1993 年 9 月 7 日，宫继平已签发《再次催收承包利润收物资款项的函》。函告周绍权：“按承包经营合同规定，你公司 6 月份应缴承包利润额 541.666 元。我公司已于 8 月 30 日开具了收款凭证，并递交你方财务，你乃未能及时付款。事后，我方有关经办人又多次催收，你方答应 9 月 10 日支付，但至今约定时间已过，仍未见你方付款。”港商周绍权严重违约不上交鄱阳湖大酒店的利润，由于宫继平坚持原则，维护中方利益，被周绍权看成是个障碍，就想告倒宫继平，赖掉承包利润，现南昌市中级人民法院经济审判庭已受理了南昌市进顺农工商联合总公司（进顺公司）诉香港周绍权承包合同纠纷一案。周拖欠承包利润 200 万元。从这里可看出宫继平告鄱阳湖大酒店承包者周绍权，并没有损害进顺公司的利益。并没有为周绍权谋取利益。

受贿罪的主观要件就是为他人谋利益，这是十分重要的条件。就像税务人员受贿，就要为他人减免税收，审计人员受贿，利用审计资信证明权，作假的资金证明一样。宫继平接受港商周 1.8 万元港币，并没有为周绍权谋取利益。由于宫坚持了原则，保护了进顺公司利益，港商才告发。因此，港商周的 1.8 万元港币不是贿赂。再说，港商周绍权从 1992 年 12 月 25 日至 1994 年 4 月 25 日，租用宫继平私人的上窑湾旅社 16 个月，按约定租金每年 4 万元，总共欠租金 53 200 元，周绍权至今未结账，卷宗亦有材料在卷证明。除掉港商周的招待款 1.8 万元港币，港商周绍权还欠宫 35 000 元。现周绍权逃之夭夭，无法追回欠款。有人说 1.8 万元港币是受贿钱，这 53 000 元是房租钱。这种说法不正确，两者都是钱，都是有

价值的钱。这说明港商周与宫早有经济往来,他们之间存在一个结算账目, 偿还债务的关系。为什么要用犯罪来惩处?

按上窑湾旅社的规定, 租用住房都是按月交纳租金。1985年7月1日至1991年6月30日租给李细阔, 在租用之前先付定金2万元, 以后都是按月交租金。1991年7月1日至1992年12月25日租给丁金山, 都是按月交纳租金。按规定, 周绍权租用宫继平的上窑湾旅社前应预交定金2万元, 以后应按月交纳租金, 宫继平就是考虑到周绍权与他有正常经济往来, 才拿了1.8万元港币招待款, 因此, 港商周实际还欠宫35000元房租。

抗诉书指控: “周虽然租了宫的私房, 但宫在收受周港币时, 从开始直至此案侦查终结前, 双方均未提及抵房租之事。”这一抗诉指控是没有事实依据的。此案在检察机关侦查期间都有宫继平、周绍权在商谈租用宫的私房问题。检察卷1993年10月19日笔录, 宫继平说: “周绍权两次给我港币计1.8万元……当时考虑, 这是港商的习惯和我们之间的正常往来, 在南昌时, 节假日请他到我家吃饭, ……也赠送江西名瓷、酒、茶叶等礼品给他。另外, 其在租用我私房, 到现在为止, 均未付10个月房租给我, 也可以抵偿他1.8万元港币。”这一证言可以说明, 本案侦查之前已讲过用房租抵港币1.8万元。港商周绍权租用宫继平私人旅社未结账, 证人郑淑凤也有笔录在卷。检察卷1993年9月8日郑淑凤证言: “宫有幢私房从1992年底已租给香港周先生, 听宫继平夫人讲, 至今一分钱未付。”从证人笔录可看出, 港商周绍权租宫的房子是事实, 欠房租是事实, 宫继平讲过用租房抵港币1.8万元是事实。再说周绍权给招待费1.8万元港币时, 反复讲过要扣除。不管在哪里扣除, 总是要扣除的。这足以说明周绍权给的港币1.8万元不是贿赂, 而是正常的经济往来, 完全是一种民事法律行为, 不存在受贿行为。

二、宫托胡君来买黄金之事, 纯属民法上的买卖关系, 不存在“以代买为名, 行索要之实”

抗诉书指控: “被告人宫继平利用批地皮的职务之便, 以代买为名, 行索要之实。”这一指控与事实不符。1991年10月, 南昌市总工会组织南昌的全国劳模到海南各地参观时, 宫继平是代表团成员兼代表团长, 在海口市碰到典当行老板胡君来, 作为宫继平老朋友的胡君来, 在海南省军区第二招待所酒家请代表团成员吃了饭。由于宫继平与胡君来是早就认识的朋友, 看到胡君来是做典当金子生意的, 就想买黄金。胡君来1993年10月7日证词讲: “宫看到做业务是当金子的, 就向我问起当金子生意, 我就讲, 当金子是40—50元一克, 宫想, 要是人家不要怎么办? 我讲不要是死当, 金子就归典当行所有。宫讲: 死当, 那你要得那多? 我讲熟人就卖60元一克, 不认识就卖70元一克, 宫就向我提出, 那你有机会跟我买根和你一样的项链, 按当时进价给我。我答应了宫继平。”宫继平在1993年10月17日接受检察院询问时说: “胡君来说到典当行的情况, 并说现在典当行黄金便宜, 然后我提出要他帮忙买一点。”胡君来、宫继平几次询问笔录都证实了胡君来给宫的100克金子纯属买卖关系, 不属受贿行为。不能把民事上的买卖关系, 扯到刑法上的受贿行为上来。受贿是一种犯罪行为, 任何犯罪行为都会对社会造成危害, 宫继平和胡君来是早就认识的朋友, 托朋友买点黄金, 实属买卖关系, 对社会没有造成任何危害, 怎能认定是受贿行为呢? 对于当时没有付现金, 是属于双方之间的事。不能把买卖关系用刑法手段来调控。这样就会扩大打击面, 不利社会团结稳定, 不利党的刑事政策的贯彻实施。

胡君来卖金子给宫继平与胡君来买地皮之事, 不存在利用职务之便, 不存在内在联系和互为条件的问题。首先, 从时间上来看, 宫继平托胡君来买一块100克黄金做项链, 价格

商定是 50 元一克，时间是 1991 年 10 月份。买地皮建房是 1992 年 3 月签订的合同，以 310 元/平方米计算购地 150 平方米，1992 年 3 月份之前买地皮费总金额为 47 795.80 元，已付清。胡在南昌买好地皮付款后 2 个月，胡君来才想到宫继平要他买金子，才送到南昌来。不存在利用职务之便。其次，胡君来买地皮建房是经过村委会研究决定的，价格每平方米 310 元，并不是宫继平一个人定的，村委会给胡君来的地皮价格 310 元/平方米，实际价格高出居民邓九龙在洪都新村买房子地皮每平方米 200 元计算的价格，并没有损害村里的利益。不存在为他人谋取利益，不存在索要钱财的问题。

宫继平要典当行胡君代买 100 克黄金，实属买卖关系，不构成索贿行为。受贿罪是渎职罪的一种，它侵犯国家机关、集体经济组织的正常工作秩序，可能给国家、集体利益造成一定的损失，比如税务人员受贿而减少国家税收，金融人员受贿而滥发贷款，给银行造成了财产损失。这种职务上的权与钱交易，必然要损害国家、集体利益，具有社会危害性。而本案宫继平托胡君来买金子 100 克，既没有损害村里的利益，也没有降价卖地皮给胡君来。因此，这种纯属民事行为的买卖关系，应属民法调整的范围，而不是刑法调控的内容。而且，宫继平已在一审判决后归还了胡君来代买黄金款 5 000 元。

三、胡君来帮忙换美元，不属受贿行为

宫继平 1992 年 8 月 29 日至 10 月 3 日赴美考察学习，在鄱阳湖大酒店财务部借支美元 1 000 元。宫从国外回来后，忙于结账，因借支了鄱阳湖大酒店 1 000 美元，正好胡君来到宫继平办公室，宫就问胡君来：“你能搞到 1 000 美元，我到国外走一趟，用了鄱阳湖酒店一些美元……”（检察卷 1993 年 10 月 3 日笔录）宫继平的行为是叫胡君来帮忙换 1000 美金，结果胡君来不敢到友谊商店去换，给了 7 000 元给宫换。为什么宫继平要胡君来去换美金呢？一是胡君来在海南做典当生意，熟悉换美元的行情，二是宫继平刚从国外回来，时间较紧，不能去换，三是胡君来已来到宫继平办公室，看望从国外回来的宫继平。出于这三个原因，宫继平就叫胡君来去换。

胡君来把不敢换美元的 7 000 元给宫继平，不构成受贿行为。胡君来在 1992 年 3 月份买好了地皮，已付清了地皮款。到 10 月份，胡君来买的地皮已建房很高，不存在与村的关系问题，不存在着借宫继平权力谋取利益的问题。对于胡君来拿 7 000 元人民币去换 1 000 美元而没有去换，拿给宫去换，这是宫继平与胡君来正常经济往来的一种行为，这种行为实属民事行为，不构成受贿行为。而且，宫已归还了借、换美元的 7 000 元。

四、抗诉书指控“索要他人贿赂”的问题

抗诉书认为：“被告人宫继平利用职务之便，收受、索要他人贿赂港币 1.8 万元，人民币 7 000 元，黄金 110 克(价值 5 000 元)。”

抗诉书超过起诉书意见认定范围提出索贿问题。

索贿是受贿的一种形式。索贿是利用职权故意不履行应当履行的工作职责，以不为他人谋利相威胁，向对方施加精神压力，而强索其财物，只有在对方满足索要人的贿赂要求之后，才为其谋利益。概而言之，索贿是“以权诈利”，而受贿则是“以权换利”。

第一件事，港商周绍权给宫继平 1.8 万元港币，并不是索贿行为。正如抗诉书所引证的材料：“这两次给我港币，是在深圳出差时说明给我用和买东西，经我推辞不要，周绍权硬要给我的情况下收下的。”这份证言可说明不是索贿行为。宫继平与港商周绍权商谈《鄱阳湖大酒店承包经营合同》、《中外合资南昌市鄱阳湖娱乐康乐有限公司》并没有以权索取财物，

未损害进顺公司利益。正是宫继平维护了进顺公司的利益，港商周绍权才采取手段告倒宫，赖掉其应上缴的承包利润。港商周绍权出于不可告人的目的，先诬告宫受贿 14 万元港币。意想搞倒宫，周的证言欺骗性大，请法院注意这一情况。

指控第二件索贿的事，是胡君来代买黄金 5 000 元之事。本律师认为，胡君来代买黄金之事纯属民法上的买卖关系，不存在索贿问题。以南昌市人民检察院刑检处 1994 年 7 月 4 日询问胡君来证言足可证明不属索贿。胡君来证言：“以后我去南昌找到刘根村长，以后的事就是刘村长办，我没再找宫继平。”检察院询问胡君来，宫继平是否再提过黄金的事？胡君来回答：“好像没有提过。”“过了几个月，我到海南金店里拿了一些黄金估计 100 克，回昌后我送到宫继平办公室。宫问我有多少重，……宫又问多少钱，我说四五千元钱，宫说，‘到底是四千还是五千元’，我说，看着拿多少。宫说，‘就拿 5 000 元。’我就说：‘5 000，我就不会亏本。’”从胡君来与宫继平的对话足可以看出胡君来是为宫代买黄金，而不是贿赂，更不是索贿。胡君来买地皮是经过村委会研究的，买地皮期间宫继平并没有向胡君来索要黄金，而是时隔几个月，胡君来才想起为宫代买黄金，才特地送到南昌来，还说用 5 000 元买才不会亏本，这纯属一种正常的买卖关系。

检察院指控第三件索贿事，就是胡君来替宫换美元的 7 000 元之事。宫换美元之事，不存在利用职务之便。买的地皮已过了半年多，胡君来房子已盖四五层了，完全是朋友帮忙借钱换美元之事。

受贿罪必是利用职权上的便利进行的，这是受贿罪的前提条件。职权或工作便利成了受贿人、行贿人双方互相利用的对象。离开职权、便利前提，就不构成受贿罪。1992 年 10 月，胡君来换美元的 7 000 元，不存在利用职务之便，因胡君来买地皮已建起了很高的房子，也不存在买第二块地皮之事，不存在利用职权解决什么问题。

综上所述，抗诉书列举宫继平三项受贿事项不能成立，宫的行为不构成受贿罪，请二审法院依据事实与法律，维持正确的一审判决。宣告宫继平无罪。

此致

南昌市中级人民法院

江西省大华律师事务所律师 李云龙

1995 年 6 月 26 日

王×虚报注册资本案

案情简介

被告人王×，男，现年 43 岁，汉族，江西省南昌市人，大专文化，捕前系南昌市中西医结合医院副院长，原中美合资江西瑞祥制药有限公司总经理，1996 年 3 月 21 日被刑事拘留，同年 3 月 27 日，因犯虚报注册资本罪被逮捕，次日，由南昌市公安局东湖分局执行逮捕。

被告人方益年，男，现年 47 岁，汉族，江西省万年县人，大专文化，捕前系江西建兴汽车租赁有限公司总经理，原中美合资江西瑞祥制药有限公司代理董事长，1996 年 3 月 21 日被刑事拘留，同年 3 月 27 日，因犯虚报注册资本罪被逮捕，同年 3 月 29 日由南昌市公安局东湖分局执行逮捕。

公诉机关认为：1995 年 4 月，被告人王×、方益年假借美国长寿公司名义与南昌光华制药厂签订了合资兴办“中美合资江西瑞祥制药有限公司”的协议，协议规定美方应投资 289 000 美元，在美方实际不可能投资的情况下，被告人王×、方益年找到江西省建设银行国际业务部主任李谓琪，请李谓琪帮忙开具了一份虚假的 289 000 美元的外汇进账单，被告人王×、方益年以此单据作为外方投资的依据并在赣江会计师事务所通过了法定验资，从而骗取了公司登记。该公司登记成立后，由于资金不能到位，致使企业不能顺利生产，从而给国家造成的直接经济损失达 160 万元。

1993 年 3 月至 1994 年年底，被告人王×在任南昌市洪都中医院副院长期间，受该院指派出任该院兴办的第三产业南昌市洪盛实业开发公司总经理。1994 年 5 月 19 日，被告人王×利用其总经理职务的便利，伪造了一份南昌市洪盛实业开发公司支付给南昌市新安实业公司 1 万元赔偿金的协议书及对方收讫 1 万元的收款收据，而实际上南昌市新安实业公司根本未收到这 1 万元赔偿金，被告人王×从而侵吞公款 1 万元。

此外，被告人王×在任南昌市洪盛实业开发公司总经理期间，伙同副总经理王朝萍(在逃)利用其职权，用公司公款 2 万元购买了一部摩托罗拉 8800 型手提电话机，在被告人王×调离南昌洪都中医院后，谎称此手提电话机丢失，从而将这部手提电话留给自己使用，拒不交出，至今仍未交还给南昌洪都中医院。

1995 年 7 月，被告人方益年利用为江西省建设银行购买一辆奥迪 V6 型轿车的便利，收受了中间商周育送的 1 万元好处费。

被告人王×、方益年在申请公司登记过程中，使用虚假文件虚报注册资本，骗取公司登记，虚报注册资本数额巨大，后果严重，其行为均已触犯了《全国人民代表大会常务委员会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第 1 条之规定，构成虚报注册资本罪，被告人王×利用职务便利，侵吞公款，数额巨大，其行为触犯了《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 1 条之规定，构成贪污罪。被告人方益年利用职务便利，收受他人贿赂，数额巨大，其行为触犯了《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 4 条之规定，构成受贿罪。

被告人王×亲属找到本律师，为王×出庭辩护，本律师接受委托后认真取证调查，认为王×的行为不构成虚报注册资本罪及贪污罪，经过开庭审理，一审接受本律师的辩护意见，宣判王×无罪。一审宣判后，原公诉机关不服，提出抗诉意见书认为：王×的行为构成虚报注册资本罪。原审检察机关提出抗诉后，请求上级检察院支持抗诉。南昌市人民检察院经审查认为，一审判决王×无罪符合事实与法律，没有支持原检察机关的抗诉意见，一审发生法律效力，王×无罪释放，恢复了南昌市中医院副院长职务。

辩护词

审判长：

我接受被告人王×亲属的委托，经江西大华律师事务所的指派，为王×虚报注册资本罪一案出庭辩护，依法参与诉讼，特发表辩护词如下：

南昌市东湖区人民检察院(1996)刑起字 186 号起诉书，指控被告王×的行为触犯了《全国人民代表大会常务委员会关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第 1 条之规定，构成虚报注册资本罪，其行为还触犯了《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 1 条之规定，构成贪污罪。

代理人认真阅读了案卷，就有关证据进行了调查，认为，(1996)刑起字第 186 号起诉书指控王×的行为触犯了我国刑法规定的虚报注册资本罪、贪污罪的事实、理由不成立，王×的行为不构成犯罪。辩护理由如下：

一、关于王×犯有虚报注册资本罪的问题

1. 该公司注册资金 240 万元陆续到位，不存在虚报注册资金问题。虚报注册资本罪是单行刑法规定中的一个新罪名，我国现行刑法没有这个罪名，1995 年 2 月 28 日《全国人民代表大会常务委员会通过的关于惩治违反公司法的犯罪的决定》才规定了这个罪名。虚报注册资本罪主要看公司申请是否虚报公司注册资金。一定的注册资金是公司登记的首要条件，达不到公司登记注册资本最低限额，就不准予登记。根据 1993 年 12 月 29 日通过的《中华人民共和国公司法》第 23 条的规定，有限责任公司的注册资本不得少于下列最低数额：(一)以生产经营为主的公司人民币 50 万元；(二)以商品批发为主的公司人民币 50 万元；(三)以商业零售为主的公司人民币 30 万元；(四)科技开发、咨询、服务性公司人民币 10 万元。本案王×、方益年以美国长寿公司与南昌光华制药厂合资兴办“中美合资江西瑞祥制药有限公司”，按照章程规定，外方投资比例 55%，应投资的美元折合人民币 250.9 万元。中方南昌光华制药厂投资比例为 45%，应投资为 197.1 万元人民币，根据江西司法审计事务所(1995)赣司所审字(95)第 17 号的审计报告结果，外方出资数额从 1995 年 4 月 17 日至 8 月 10 日陆续到位人民币为 240.1 万元，南昌光华制药厂以固定资产投资也到位，是符合有关公司注册资金规定的，不存在虚报的问题。根据公司法的规定，生产性经营公司注册资金为 50 万元，该公司的注册资金大大超过所规定的数额标准，也符合双方章程、合同约定的投资额。(1996)东刑起字第 186 号起诉书指控“资金不到位”是不能成立的。

2. 开具虚假 289 000 美元进账单的是李谓琪，应由李谓琪承担刑事责任。

开出虚假的 289 000 美元的外汇进账单的是江西省建设银行国际业务部主任李谓琪。根据《关于惩治违反公司法的犯罪的决定》第 6 条规定，承担资产评估、验资、验证、审计职责的人员，故意提供虚假证明文件的，处 5 年以下有期徒刑……。本案应定李谓琪伪造虚假证明文件罪，追究李谓琪的刑事责任。追究王×的虚报注册资本罪，是没有事实与法律依

据的。再说，王×不知李渭琪搞的是假进账单，这在法庭上已反复质证过，已证明王×不知李渭琪搞的是假进账单。在这个问题上，王×是没有责任的。

今天，站在被告审判台上的是王×、方益年，而伪造、提供虚假证明文件的李渭琪却逍遥法外，这是值得深思的。王×、方益年两被告的行为没有触犯我国刑事法律，不构成虚报注册资本罪。

3.起诉书指控：“该公司登记成立以后，由于资金不到位，致使企业不能生产，从而使国家造成直接经济损失 160 万元。”起诉书这一指控不符合事实与法律要求。外方投资额于 1995 年 4 月 17 日至 8 月 10 日陆续到位，到位资金人民币 240.1 万元。陆续到位资金应视为投资数额到位。根据公司法第 28 条规定：有限责任公司成立后，发现作为出资的实物、工业产权、非专利技术、土地使用权的实际价额显著低于公司章程所定价额的，应当由交付该出资的股东补交其差额，公司设立时的其他股东对其承担连带责任。看来陆续到位的资金应视为到位资金；该公司不存在资金不到位的问题。原南昌光华制药厂是一个仅有固定资产的工厂，没有任何生产性的资金，由于王×、方益年主动投资办企业，才使得该厂生产富有生气，又添置了大量生产设备，又发了职工工资和福利，生产新药品上市，创造了经济效益。单从南昌光华制药厂的一个报告就说瑞祥公司直接经济损失 160 万元，未免太片面。这个数字是瑞祥公司截至 1996 年元月的数字。王×任职总经理从 1995 年 4 月起至 8 月份仅有 3 个多月，在王×任职期间根本没有造成什么损失，因他添置了大量机器设备，并生产了产品，江西省司法审计文件已经对此作了正确证实，王×任职期间没有造成经济损失，至于以后遭受损失与王×没有关系。

企业有生就有死，符合市场经济竞争规律。不要以为企业亏损，都要追究刑事责任，这是不符合法律精神的。企业破产、亏损，有些是工作问题，有的是产品销路问题，不能把工作问题扯到刑事犯罪上来。

王×任总经理期间，正是企业上马筹办阶段，筹办期间购买的大量设备，应当在一定年限内分期摊销。按照《对外经济合作企业会计制度》关于“凡在筹办期间发生的各项费用应列入开办费项内，在一定年限内分期摊销”的规定，该公司从 1995 年 5—7 月的管理费用支出 334 885.04 元应列入“递延资产”开办费用内，在今后一定年限内分期摊销。生产性公司不像皮包公司，有被骗去财产造成亏损的情况，而瑞祥公司不存在被骗、被诈而造成亏损的问题，其生产的产品在仓库。

南昌光华制药厂单方写报告称，王×、方益年造成国家经济损失 160 万元是不符合法律要求的，有限公司是由中外双方合资经营的生产性公司，董事会是最高领导权力机构，它有权对企业亏损进行检查、验算。根据公司法 46 条规定：“董事会对股东会负责，行使下列职权：……制订公司的利润分配方案和弥补亏损方案……。”这一规定充分证明南昌光华制药厂单方面说王×、方益年造成公司损失 160 万元是没有法律依据的。

二、起诉书认定王×在任南昌市洪盛实业开发公司总经理期间，贪污了一部手提电话以及贪污赔偿金 1 万元没有事实依据

贪污罪是指国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、盗窃骗取或者以其他手段非法占有公共财物的行为。王×并没有侵吞手提电话。王×在南昌市洪盛实业开发公司任总经理期间，聘用了一位业务经理李运南，双方签订了聘用合同。合同双方约定，李运南聘用月工资为 800 元，配一个移动电话(即手提机)。由于南昌市洪都中医院给南昌市洪盛实业公司 30 万元资金未到位，造成公司业务无法开展。因此，业务经理李运南将移动电话扣留，事实上，

经过法庭调查、质证，这一移动电话在业务经理李运南手里。王×没有占有这部移动电话，怎能视为贪污呢？实际上，王×办理移交时，已向洪都中医院、卫生局领导作了汇报。哪有公开汇报贪污的呢？

关于王×贪污 1 万元赔偿金问题。王×并没有贪污这 1 万元赔偿金。在法庭调查期间，证人张英(原系南昌市洪盛实业开发公司出纳)出庭作证，反复证实王×没有贪污 1 万元。在报销凭证上，并没有王×的亲笔签字，王×也没有从出纳那里领取 1 万元赔偿金，这 1 万元是由集体研究用于冲掉公司开办费用的白条子的。赔偿金 1 万元虽然没有进新安公司财务账上，但也没有任何证据证实是王×侵吞了这 1 万元，因为王×并没有管账，账具体由王潮萍分管。也没有任何证据证实王×领取了、侵吞了这 1 万元。冲掉开办费 1 万元，是会计做账的问题。

从以上可看出，起诉书指控王×贪污侵吞手提电话一部和贪污了 1 万元赔偿金证据不足。根据最高人民法院《关于审理刑事案件程序的具体规定》第 43 条规定：“证人证言必须在法庭上经过公诉人、被害人和被告人双方询问、质证，并经过查实以后，才能作为定案的根据。”法庭查实的证据证实，王×并没有贪污手提电话和赔偿金 1 万元。公诉人指控王×贪污事实不清楚、证据不足，请法庭撤销这一贪污罪的指控。

鉴于上述，被告王×的行为没有触犯虚报注册资本罪，伪造虚假进账单的是李谓琪，应由李谓琪承担刑事责任。王×并没有侵吞手提电话机和赔偿金 1 万元。指控王×贪污证据不足，请法庭根据事实与法律，撤销起诉书的指控，宣判王×无罪，还王×清白。

此致

南昌市东湖区人民法院

江西大华律师事务所律师 李云龙

1996 年 12 月 5 日

熊涛受贿、徇私枉法案

案情简介

被告人熊涛，男，1957年12月26日出生于江西省新建县，汉族，大学文化，中共党员、原任新建县公安局党委书记、局长，被捕前任进贤县公安局党委书记、局长。2002年12月7日因徇私枉法被刑事拘留，同年12月23日被逮捕，2004年3月25日取保候审。

南昌市青山湖区人民检察院（2003）第211号起诉书指控被告人熊涛犯受贿罪、徇私枉法罪，于2003年10月31日向青山湖区人民法院提起公诉，并依法组成合议庭，公开开庭审理了本案。

南昌市青山湖区人民法院认为：被告人熊涛身为国家工作人员，利用职务之便，收受他人3000美元，为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪，鉴于被告人熊涛在对其立案前已将赃款返还，对其所犯受贿罪可酌情从轻处罚。被告人熊涛徇情，违规给犯罪嫌疑人办理取保候审手续，使嫌疑人实际脱离了司法机关的侦控，其行为已构成徇私枉法罪。公诉机关关于被告人熊涛犯有受贿罪以及对犯罪嫌疑人杨路违规取保，构成徇私枉法罪的指控，基本事实清楚，基本证据确实、充分。据此，依照《中华人民共和国刑法》第385条第1款、第386条、第383条第1款第3项、第399条第1款、第69条之规定，判决如下：

被告人熊涛犯受贿罪，判处有期徒刑一年；犯徇私枉法罪，判处有期徒刑六个月，决定执行有期徒刑一年零三个月。

被告人熊涛一审判决宣判后，被告人熊涛之妻李××通过新建县公安局干部辜友亮找到李云龙律师，要求上诉，不服一审判决，委托李云龙律师为被告人熊涛上诉一案出庭辩护。

李云龙律师接受委托后，认真阅读了案卷，并会见上诉人熊涛，认真听取案情介绍，开展律师辩护调查取证工作。

二审期间，李云龙律师亲自调查取证，向南昌市中级人民法院提供了五份新的证据，证实被告人熊涛收受他人美元3000元，不是受贿数额。是熊贤德跟熊涛兑换美元3000元，熊涛也没有为熊贤德谋利。证人杨路之父杨根海笔录证实，杨路2001年取保候审，没有为杨路取保候审找过新建县公安局长熊涛，杨根海证言证实他根本不认识熊涛。二审法院承办法官田勇认真听取了上诉辩护人的辩护意见，经院审委会讨论决定作出撤销一审判决，宣判上诉人熊涛无罪。熊涛无罪释放后，没有到原单位工作，自己创办企业，自己当老板，企业办得很好！

二审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人熊涛亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人熊涛上诉一案出庭辩护，发表辩护词如下：

南昌市青山湖区人民法院（2003）湖刑初字第220号刑事判决书，判处被告人熊涛犯

受贿罪，判处有期徒刑一年；犯徇私枉法罪，判处有期徒刑六个月，决定执行有期徒刑一年零三个月。一审宣判后，熊涛不服一审判决，提出上诉，认为自己没有犯罪，判决事实不清，其行为不构成犯罪，应当宣判无罪。作为二审辩护人，认为上诉人熊涛的行为没有徇私枉法，熊涛没有接受他人财物，徇私枉法罪名不成立。一审判决熊涛受贿 3000 美元，熊贤德的 3000 美元是跟熊涛兑换的，双方均有证言证实，一审认定 2000 美元是夏辉任所长的财物，没有事实依据，2000 美元与夏辉任职没有任何关系。熊涛没有为熊贤德办事谋利，没有谋取利益的证据，3000 美元不构成受贿数额，一审判决认定受贿 3000 美元不成立。请二审法院依据本案事实与法律宣判被告人熊涛无罪。具体辩护如下：

一、判决书认定被告人熊涛犯有徇私枉法罪，没有指控徇私情的证据，熊涛没有接受私情财物，其行为不构成徇私枉法

（一）没有指控徇私情的证据

我国《刑法》第 399 条规定：“司法工作人员徇私枉法、徇情枉法，对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的”行为。所谓徇私情，是为了个人利益而徇私枉法，主要是指贪图钱财，而接受钱财数额不够受贿标准，如果够了受贿罪的标准则以受贿罪进行数罪并罚。徇私枉法罪要求有徇私情证据，没有徇私情，不构成徇私枉法罪。徇私情是枉法行为的前提。

南昌市青山湖区人民法院〔2003〕湖刑初字第 220 号判决书认定“被告人熊涛徇私情，违规给犯罪嫌疑人办理取保候审使其脱离司法机关的侦控，其行为构成徇私枉法”，判决认定“被告人熊涛徇私情”为杨路取保候审。检察机关没有举证熊涛接受私情财物的证据，也没有杨路亲属找熊涛徇私枉法的证据。

二审期间律师调查了新的证据，证人杨路的父亲杨根海 2004 年 7 月 29 日询问笔录：“我没有为杨路取保的事找过公安局长熊涛，我根本不认识熊涛”，“我没有通过他人杨路的事送东西给熊涛”。杨路的父亲杨根海是本案徇私情主要当事人，徇私情的主体，杨根海没有为杨路取保候审找过熊涛，根本不认识熊涛，也没有通过他人送东西给熊涛。根本谈不上徇私情。

（二）杨路一案没有进入诉讼阶段

刑事拘留、监视居住，是一种强制措施，杨路非法持有枪支案，既没有进入立案，更没有进入侦查起诉阶段。徇私枉法体现在诉讼阶段，侦查起诉阶段。如果被告杨路犯有非法持有枪支罪，该移送起诉，而不移送起诉，放纵包庇杨路，构成侦查阶段徇私枉法，对于是否改变强制措施，不是追诉范围，不能认定枉法行为。

（三）杨路的取保候审是按程序办的，不存在枉法行为

一审判决认定：违规给犯罪嫌疑人办理取保候审手续，使嫌疑人脱离了司法机关侦控。杨路取保候审一是南昌市政法委领导邓小满出面提出，由局长熊涛出面了解情况，按程序办

理的。杨路取保候审先是由承办人签署意见，再由法制科审查。符合取保候审程序，是集体行为，不是熊涛个人行为。新建县公安局法制科科长万里明 2004 年 7 月 29 日的笔录证实：“取保候审经过法制科审查，签署同意后，再找分管单位的局领导批准。杨路案件也是按这一规定办理的，当时办案人员也签署了意见，科长也签署了意见。”杨路取保候审按照正常程序办理，被告人熊涛没有责任。不能把杨路取保问题归罪于熊涛。

杨路取保候审，改变强制措施，没有实施包庇行为，不存在枉法行为。因杨路案还没有进入追诉范围。徇私枉法罪主要表现为客观上具有舞弊的行为，这种包庇犯罪表现在公安机关移送起诉意见书，起诉意见书代表国家公安机关对嫌疑人犯罪行为而作出的起诉决定，检察机关的起诉书是代表检察机关对被告人的处理意见。取保候审是一种强制措施，变更强制措施后发现必须收监的可收监，不构成枉法行为。

杨路被取保候审后，为湾里区表哥之事故意伤人，造成社会危害如何看待？只要杨路符合取保候审的条件和程序，就不应归罪于被告熊涛。杨路犯罪，罪责自负，不能株连他人。

二、一审判决认定熊涛受贿了 3000 美元的问题

一审判决书认为：“被告人熊涛身为国家工作人员，利用职务之便，收受他人 3000 美元，为他人谋取利益，其行为构成受贿罪。”其实，被告人熊涛的行为不构成受贿罪。受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。受贿罪有两种类型：一种是索贿形式的受贿罪；另一种是收受他人财物的受贿罪。收受型受贿罪要具备两个条件：一是利用职务之便，如果国家工作人员收受他人财物，并没有利用职务上的便利，不构成受贿罪；二是利用职务之便为他人谋取利益，缺少这一条件不构成受贿罪。最高人民法院《关于当前办理经济犯罪案件具体运用法律的若干问题的解答》第 1 条规定：“把利用职务上的便利与未利用职务上的便利区分开，利用职务上的便利是构成受贿罪不可缺少的条件。”依据司法解释的规定：收受熊贤德 3000 美元，与熊涛职务、职权没有关系，熊涛也没有为熊贤德谋利。一审判决将熊贤德的 3000 美元，说成是为夏辉当所长谋利的财物，这是根本说不通的。钱是熊贤德跟熊涛兑换美元的钱，3000 美元所有权是熊贤德，熊贤德跟熊涛兑换美元拿钱，熊贤德都没有告知夏辉，怎么将熊贤德 2000 美元说成是夏辉当所长谋利的财物呢？夏辉与熊贤德一不亲二不故，熊贤德怎么为夏辉当所长送钱呢？对于 2000 美元谁是行贿人？是熊贤德吗？熊贤德又没有求熊涛谋利？是夏辉谋利财物，可夏辉又不知道 2000 美元给了熊涛？应当否认 2000 美元是行贿财物。

熊涛自 2001 年认识熊贤德，也没有证据证明熊涛为熊贤德谋取利益，因此，熊涛的行为不构成受贿罪。具体理由如下：

（一）熊贤德 2004 年 9 月 7 日笔录证据证实，3000 美元是跟熊涛小孩上学兑换的美元，与熊涛一审笔录形成印证

熊贤德自 2001 年经他哥哥熊贤梅介绍认识熊涛后，个人交往中谈到小孩上学兑换美元读书之类。熊贤德谈到“2002 年春节，我从云南做生意回到新建县，回来时，我就换好了 1000 美元放在身上，初八那天早上我打通熊涛的电话，正好他也要去机场，我们就约好一起去机场，我顺便把从云南带的一点特产送与他，到了机场下车时，我把从云南带的特产放在熊涛车上，同时我把 1000 美元给他，告诉他以前谈到小孩上学换外汇，这事我一直放在心上，这次换好了 1000 美元”。“2002 年 5 月份，我从云南回来，就与熊涛见了面，熊涛提

出要把上次换美元的钱给我，我就说不用急，我不等钱用，我这次回来又顺便换了 2000 美元，到新建县下车时，我对熊涛说，我上次跟你讲好换 2000 美元，这次带在身上，我就把钱给了他。”熊涛在一审时谈到熊贤德跟他换美元为小孩境外上学之事，形成一系列印证笔录。说明熊贤德新的证言、新的证据，真实性可采信。这说明 3000 美元是为熊涛小孩上学换的美元，并不是为夏辉任所长的财物。

（二）夏辉任副所长与熊贤德 2000 美元没有任何关系

夏辉 2004 年 7 月 29 日笔录证实：“我没有让熊贤德拿钱给熊涛，熊贤德也从未为我任职的事拿过 2000 美元给熊涛……”“熊贤德拿 2000 美元给熊涛，我是根本不知道，这 2000 美元是熊贤德自己的，跟我没有任何关系。”

那么，行贿人是谁？行贿人是获利谋利人，而夏辉都不知道，没有主观意图，怎么构成受贿与行贿？因此，本案中的 2000 美元不构成行贿数额，没有行贿人，受贿也不构成。

熊贤德也证实拿 2000 美元给熊涛，熊贤德也没有告知夏辉，以前笔录讲到是为夏辉任所长之事，熊贤德在新的证据笔录中认为，主要是办案人员讲到熊涛已交代是为夏辉之事，在逼得没有办法的时候按办案人员意图说的，这种证据不能作为证据使用，已由新的证据证实。

（三）熊涛也没有为熊贤德办过事，谋过利，即使 3000 美元给熊涛也不构成受贿数额

因为一审判决没有谋利的证据。整个案卷里没有被告人熊涛为熊贤德谋利的证据。熊贤德 2004 年 9 月 7 日的笔录记载：“我自 2001 年认识熊涛后，熊涛从来没有为我办过什么事，也没有为我谋取过任何利益。”

综上所述，熊涛的行为，没有徇私枉法，没有徇私情，也没有为杨路徇私枉法，不构成徇私枉法罪。被告人熊涛没有为熊贤德谋利，3000 美元不构成受贿数额。本律师认为，应当判定熊涛无罪。是否妥当？请法庭考虑。

此致

南昌市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2004 年 9 月 6 日

徐青山挪用公款、私分国有资产案

案情简介

被告人徐青山，男，1952年7月12日出生于湖南省沅江市，汉族，大专文化，中共党员，原益阳市实业投资总公司总经理，因涉嫌挪用公款罪于2007年3月24日被刑事拘留，羁押在益阳市看守所。被告人徐青山一审宣判后，不服一审判决，通过他的妻子周淑媛到南昌市找到江西云龙律师事务所，请求李云龙律师担任徐青山二审辩护律师。

李云龙接受委托后，从南昌至湖南益阳市三次，调查取证10份新的证据，证实被告人徐青山不是国家工作人员，益阳市实业投资总公司不是国有公司，徐青山不构成挪用公款罪和私分国有资产罪主体要件。

二审法院采纳李云龙律师辩护意见，撤销一审判决，湖南省益阳市中级人民法院（2008）益法刑二终字第30号刑事判决书认为：

益阳市实业投资总公司虽然在形式上工商登记注册为全民所有制企业，但实质上应为私有企业，理由如下：（1）从公司设立的原因及其背景来看，该公司是1992年私有制企业长兴公司为了在益阳地区开办实业而向益阳行署申请设立的一家公司。为了享受当时关于全民企业的优惠政策而挂靠政府，行政上属于益阳行署领导，但业务上仍归长兴公司管理，当时益阳地区的有关领导为引进外资，同意设立该公司并登记注册为全民所有制企业，故益阳市实业投资总公司是名为全民所有制而实为私有制企业。（2）从公司的实际出资情况来看，其资金来源为私有制企业投资，1992年至1997年期间，长兴公司先后以银光公司的名义向益阳市实业投资总公司汇入现金518万余元，除其中183万余元用于长兴公司的其他投资外，余下的335万余元均用于益阳市实业投资总公司征地及其他经营，虽然1997年资阳区人民法院裁定认定长兴公司的资金投入系借款关系，但综合本案全案证据来看，长兴公司向益阳市实业投资总公司注资的目的应为投资而非借贷，1999年益阳市实业投资总公司代长兴公司偿还136万余元债务也并不能改变长兴公司为益阳市实业投资总公司投资主体的事实。

（3）土地使用权的问题，虽然1992年益阳市实业投资总公司为其所使用的土地办理了土地无偿划拨手续，但实际地价为25,000元/亩，与当时政府征地价6500元/亩差额较大，根据徐青山的供述，当时划拨土地是益阳地区唯一可以选择的土地使用权方法，直到1996年益阳地区才落实土地有偿使用制度，而益阳市实业投资总公司也于1996年办理了所有土地的相关出让手续，土地已为有偿适用。综上，益阳市实业投资总公司为私有制企业，其性质应为私有制企业，故上诉人的意见符合客观事实，本院予以采纳。

徐青山、晏赛平关于“他们不是国家工作人员，其行为不构成挪用公款罪”的辩解，本院认为，益阳市实业投资总公司系私有制企业，只有国有公司、企业或者其他国有单位委派到该公司从事公务的人员才构成挪用公款罪的主体要件，徐青山虽原系国家机关工作人员，1992年经益阳行署发文任命为益阳市实业投资总公司的总经理之后，人事关系与工资关系也一并转入该公司，实际上已下海经商，并没有享受国家工作人员的待遇，且该公司改制后政府机关也未给徐青山安排任何工作，据此，徐青山不属于国有单位委派到非国有单位从事公务的人员；作为益阳市实业投资总公司职工的晏赛平也非国家工作人员，故徐青山

和晏赛平均不符合挪用公款罪的主体要件，其行为不构成挪用公款罪，该上诉理由本院予以采纳。

徐青山、罗智玲关于“他们的行为不构成私分国有资产罪”的辩解意见，本院认为，益阳市实业投资总公司系私有制企业，其资产不属于国有资产，徐青山、罗智玲用实业投资公司购房款账外发放年终奖的行为不构成私分国有资产罪，故其上诉理由本院予以采纳。

判决如下：

- 一、撤销益阳市资阳区人民法院〔2008〕资刑初字第19号刑事判决；
- 二、上诉人（原审被告）徐青山犯挪用资金罪，判处有期徒刑三年，缓刑四年；
- 三、上诉人（原审被告）晏赛平犯挪用资金罪，免于刑事处罚；
- 四、上诉人（原审被告）罗智玲、原审被告徐世胜无罪。

本判决为终审判决。

二审法院撤销一审判决，却是留有尾巴的判决，被告人徐青山不构成挪用公款罪，不构成私分国有资产罪。

二审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人徐青山亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人徐青山挪用公款罪、私分国有资产罪一案二审辩护，依法参与诉讼。

湖南省益阳市资阳区人民法院〔2008〕资刑初字第19号刑事判决书认定：“被告人徐青山、晏赛平利用职务上的便利，挪用公款进行营利活动，被告人的行为已构成挪用公款罪、私分国有资产罪。”“判处被告人徐青山犯挪用公款罪，判处有期徒刑十年，犯私分国有资产罪判处有期徒刑六个月，决定执行有期徒刑十年。”本律师认为，判处被告人徐青山挪用公款罪的证据不足，罪名不成立。具体辩护如下：

一、益阳市实业投资总公司不属全民所有制国有企业,实为徐青山经营民营企业，被告人徐青山使用自己财产其行为不构成挪用公款罪

一审判决认定：“原益阳市实业投资总公司，是依照深圳长兴电子有限公司的申请，经原益阳地区行政公署批准于1992年8月注册成立的全民所有制企业。”这一认定，与事实不符。

据二审律师到益阳市工商局调查证据之一表明，益阳市实业投资总公司是深圳长兴电子有限公司组建，1992年7月20日经湖南省益阳地区行政公署批复：“深圳长兴电子有限公司，同意贵公司在我区成立益阳地区经济发展总公司。该公司为中型企业，实行独立核算，自负盈亏。”深圳长兴电子有限公司申请成立益阳市实业投资总公司时，向益阳市工商局提供深圳长兴电子有限公司的营业执照。深圳长兴电子有限公司营业执照表明该企业性质是有限公司并建立了董事会，并不是国有企业。主管部门不是国有企业，下属单位益阳市实业投资总公司怎么成为国有企业？

益阳市实业投资总公司是深圳长兴电子有限公司下属企业。主管单位深圳长兴电子有限公司不是国有企业，下属单位益阳市实业投资总公司不属于国有企业。

从益阳市工商登记注册事实表明，益阳市地区行署的企业，从湖南省益阳地区行政公署〔1992〕19号益署函表明只是批准深圳长兴电子有限公司在益阳地区成立益阳地区实业

发展总公司，批准的企业不一定是行署的企业。

对益阳市实业投资总公司而言，益阳地区行署也没有投资一分钱。时任益阳地委书记孙振华 2007 年 4 月 17 日对益阳市实业投资总公司的性质相关问题的汇报批示证实：“该公司反映原益阳地区实业投资公司的情况属实。当时我任益阳地委书记，为招商引资作为特殊情况办理的，实际上政府没有投资一分钱，更没有作国有企业对待。”这一批示证实益阳市实业投资总公司不是国有企业，益阳市行署对其没有投资。

一审判决书认定：“经湖南省政府批准划拨益阳市实业投资总公司土地 49 亩，给益阳市实业投资总公司管理。”对于划拨土地 49 亩，在 1997 年 10 月益阳市国土局收回土地 32.2 亩，仅剩下土地 16.8 亩。已签订土地出让合同，并以每亩 2.5 万元，缴纳土地出让金，这不是无偿划拨而是有偿购买。国土局出让 49 亩土地并不是投资。在申请注册登记益阳市实业投资总公司时并没有将益阳市国土局以 49 亩土地作为投资该企业股东资本。

以上证据表明，益阳市实业投资总公司不属国有公司，主管部门深圳长兴电子有限公司不属国有企业，益阳地区行署没有投资，益阳市实业投资总公司是民营企业，被告人徐青山使用民营企业财产，其行为不构成挪用公款罪。

二、益阳市龙洲路在建工程做抵押贷款 150 万元，不是国有资产，该项目不单是益阳市实业投资总公司所有，而是湖南长沙巨鹰有限公司共建项目，共建项目财产，不是国有资产

一审判决认定：益阳市实业投资总公司在益阳市龙洲路在建工程做抵押申请贷款 150 万元，认定 150 万元是国有资产没有事实证据。

经二审律师调查证实（证据之八）证实：位于益阳市龙洲路在建工程，是湖南长沙巨鹰开发有限公司与益阳市实业投资总公司联合开发项目。1999 年 9 月 6 日，甲方湖南长沙巨鹰实业开发有限公司与乙方益阳市实业投资总公司签订了《联营合作开发“银龙”市场协议》。甲方湖南长沙巨鹰开发有限公司投资土地 13.88 亩，乙方投资人民币 250 万元进行联合开发。

甲方占总股份 49%，乙方益阳实业投资总公司的股份为 51%。这个项目是甲乙双方合作开发。一审认定为龙洲路项目是益阳市实业投资总公司所有，是不符合事实的，侵犯了湖南长沙巨鹰开发有限公司的权利。获得银行贷款 150 万元实际上有股份 49%是湖南省长沙巨鹰实业开发有限公司所有。获得银行贷款 150 万元没有公款性质，因为益阳市龙洲路在建工程项目，是基于两个公司共同开发项目，龙洲路的在建工程属两个公司所有，获取的贷款 150 万元是两个公司的财产，因此 150 万元不应视为国有性质的公款。一审法院认定“被告人徐青山利用职务之便利，挪用公款进行营利活动，被告人的行为已构成挪用公款罪”。但是被告人徐青山使用的 150 万元不是公款。

因此，一审判处被告人徐青山犯挪用公款罪缺乏事实依据。

三、益阳市实业投资总公司是由深圳长兴电子有限公司申请注册，作为主管单位（刘伟华）投资 1000 万元未到位，益阳市实业发展总公司实为徐青山所有

深圳长兴电子有限公司 1992 年 7 月 11 日向湖南省益阳地区行政公署申请批准成立益阳地区经济发展总公司（益阳市实业投资总公司）。1992 年 7 月 20 日经湖南省益阳地区工商局申请开业登记，注册资本为 1000 万元。作为主管单位深圳长兴电子有限公司 1000 万元注册资本没有到位。二审律师调查证人彭荣，原深圳银光纺织品有限公司董事长（证据之四）证实“投资 1000 万元到益阳市实业投资总公司没有到位，一分钱都没有到位，当时情况就是这样的，投资没有到位。”“当时注册登记益阳市实业投资总公司是由徐青山任总经理，我是当副总经理。”审核了验资的益阳市会计师事务所所长，法人代表饶利发 2008 年 5 月 8 日笔录证实（证据之五）：“验资报告因益阳市实业投资总公司的投资方没有提供相关验资资料，验资报告没有证明其注册资本已到位，实际上，验资时对益阳市实业投资总公司投资方的注册资金 1000 万元并没有到位。”

证人彭荣进一步证实：“益阳市实业投资总公司是民营企业，政府没有拿一分钱，深圳（刘伟华）也没有投资注册，以后是徐青山自己搞起来的公司。”

从以上证据证实益阳市实业投资总公司，主管单位深圳长兴电子有限公司没有投资注册，政府又没有拿一分钱，也没有上缴利润到主管单位。益阳市实业投资总公司实为徐青山经营的民营公司，徐青山作为公司经理，自己使用自己公司的 150 万元，其行为不构成挪用公款罪。

四、益阳市实业投资总公司实为被告人徐青山所有，深圳长兴电子有限公司曾借过钱给该公司，但不是投资款，而是形成一种债务。现债权债务已清结

益阳市实业投资总公司是 1992 年 7 月注册登记成立的。在 1992 年登记公司时，现行《公司法》还没有出台，个人想申办公司企业，就得寻找一个挂靠单位，挂靠不一定是国有单位。益阳市实业投资总公司就是当时特定情况下注册登记的公司。当时主管部门深圳长兴电子有限公司投资 1000 万元又没有到位，益阳地区行政公署只是批准成立，也没有投资。深圳长兴电子有限公司、益阳地区行政公署没有投资，没有投资就不承担风险。被告人徐青山只能以公司名义借资经营。证人益阳市实业投资总公司会计王建成（证据之六）证实：“刘伟华拿来 500 多万元到实业公司，其中付给矿泉水厂 190 多万元，实际上 300 多万元，加上利息 1.25 计算才是 500 多万元，银光公司刘伟华欠益阳工业品集团总公司 500 多万元钱。益阳工业品集团公司告银光公司刘伟华欠款 500 多万元，银光公司刘伟华将益阳市实业投资总公司 500 多万元拿走（法院裁定）说明银光公司刘伟华在益阳市实业投资总公司债权债务清结。”

这证据说明益阳市实业投资总公司借款经营，刘伟华并没有投资给实业投资总公司，实业投资总公司只能与主管部门形成债务，现债务已清结。

实际上益阳市实业投资总公司从 1992 年成立以来都是由徐青山经营操作管理，益阳市

行署也没有参与管理，深圳长兴电子有限公司也没有参与经营，徐青山承担民事风险责任。这说明益阳市实业投资总公司实为徐青山的民营企业，他自己使用公司钱物是他的权利，因此被告人徐青山的行为不构成挪用公款罪。自己处理其公司财产不构成私分国有资产罪，请二审法院依照事实与法律，撤销一审判决，宣判被告人徐青山无罪，还他历史清白。

以上辩护是否正确，请审判长考虑。

此致

益阳市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2008年5月16日

左新生徇私枉法、受贿案

案情简介

被告人左新生，男，1954年3月31日出生，汉族，大专文化，被捕前系江西省新建县公安局副局长。2002年12月7日因涉嫌徇私枉法罪由南昌市人民检察院立案侦查，同日由南昌市人民检察院决定拘留并由南昌市公安局执行拘留，2002年12月19日因涉嫌徇私枉法罪被南昌市人民检察院决定逮捕。

被告人左新生徇私枉法、受贿一案，是江西省公安厅“5·24”专案督办的案子。

本案由南昌市人民检察院侦查终结，以被告人左新生涉嫌徇私枉法罪、受贿罪，于2003年5月30日向南昌市西湖区人民检察院移送审查起诉。审查期间，退回侦查机关补充侦查二次。

（一）徇私枉法罪

1.2002年5月24日，新建县昌邑乡边境赣江水面上发生一起因争夺采砂权而引发的故意伤害致人死亡的重大刑事案件。案发后，新建县公安局刑侦大队立案侦查。调查中，该局局长熊涛（另案处理）得知熊贤梅系该河段采砂业务的股东之一，即指示该局分管刑侦的副局长左新生将熊贤梅控制起来并安排其筹钱安抚死者家属。当天下午，左新生和其他办案人员找到熊贤梅调查时，发现熊贤梅有重大犯罪嫌疑，左新生虽口头提出要对熊贤梅“监视居住”，但是没有办理任何法律手续。因为熊贤梅与左新生素有交往，熊贤梅要求派与其关系较好的夏某在其办公司对其“监视居住”，左新生便指示夏某跟着熊贤梅并让其设法筹钱。在此期间，由于左新生没有对熊贤梅采取其他有效的侦查和强制措施，致使熊贤梅实际上脱离侦控。5月29日，熊贤梅被移交给南昌市公安局刑侦支队并被刑事拘留，2003年8月26日，熊贤梅因犯故意伤害罪被南昌市中级人民法院判处死刑，缓刑二年执行。

2.2001年9月，新建县公安局以涉嫌非法持有枪支和故意伤害罪将杨路刑事拘留。不久，南昌市政法委一位领导找到该局局长熊涛和副局长左新生，要求关照。左新生碍于领导情面，于2001年10月15日签字同意对杨路取保候审，随即予以释放。事隔不到一个月，杨路又因故意伤害致人死亡，于2002年5月20日被南昌市中级人民法院判处无期徒刑。

（二）受贿罪

1.1993年，熊贤德因为涉嫌故意杀人罪潜逃在外。1999年9月，熊贤德得知有一个在10月1日前投案自首即可从轻处理的刑事政策，便于9月30日向新建县公安局投案，当天熊贤德被刑事拘留。随后，熊贤德的哥哥熊贤梅找到左新生要求帮忙。左新生亲自前往新建县人民检察院批捕科协调，提出能不能不经逮捕程序而取保。新建县人民检察院将案件退回新建县公安局，同时建议对该案进行补充侦查。之后，在新建县公安局刑侦大队讨论此案时，

左新生提出要对熊贤德取保候审。10月19日，熊贤德被取保候审。后来左新生以南昌市人民检察院的书面退补函为依据，指示办案人员对熊贤德以行政处罚结案。2000年春节前两天晚上，熊贤德和熊贤梅两兄弟为感谢左新生帮忙，在新建县解放路送给左新生现金7万元。

2002年6月，新建县公安局刑侦大队在办理魏黎鹏涉嫌非法侵入他人住宅案时，要求魏黎鹏交3万元保证金。魏黎鹏的表哥黄拯勋找到左新生，要求关照。左新生指示办案人员少交一点，后来减为2.5万元。2002年7月，为感谢左新生的帮忙，黄拯勋花3000元购买一部摩托罗拉手机，在新建县大连海鲜楼门口，将手机送给左新生。

本院认为：被告人左新生身为司法工作人员，在办案过程中，为徇私情，明知熊贤梅在特大故意伤害致人死亡案中有重大犯罪嫌疑，却不对其采取任何有效的强制措施，明知杨路的行为严重危害社会治安，具有较大的人身危害性，却违法变更强制措施，导致犯罪嫌疑人实际脱离侦控，造成恶劣社会影响，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第399条第1款的规定。被告人左新生利用自己分管刑侦工作的职务之便，在熊贤德和魏黎鹏案的处理过程中，分别接受犯罪嫌疑人家属的请托，为他人谋取利益，事后，左新生收受他人的财物共计7.3万元，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》，应当以徇私枉法罪、受贿罪追究被告人左新生的刑事责任。

被告人左新生受贿、徇私枉法一案，移送到西湖区人民法院，新建县人民法院原院长熊国文、新建县公安局原局长徐怀保以及左新生的亲属熊××找到李云龙律师，要其为被告人左新生辩护。李云龙律师接受委托后，认真阅读案卷，经过调查取证，很多证据证实被告人左新生没有枉法行为。起诉书认定被告人左新生收受他人的财物共计7.3万元，缺乏事实证据，被告人左新生2000年春节前一两天都在南昌市内送节日礼物，不具备作案条件，被告人左新生一直否认收受7万元。

一审法院采纳辩护意见，认定被告人左新生无罪。一审宣判后，被告人左新生当场无罪释放，恢复了工作。

一审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人左新生本人及亲属的委托，经江西云龙律师事务所指派，为被告人左新生涉嫌徇私枉法、受贿一案出庭辩护，依法参与诉讼，发表辩护词如下：

南昌市西湖区人民检察院（2003）第274号起诉书认定左新生身为司法工作人员在办案过程中，为徇私情，明知熊贤梅在特大故意伤害致人死亡案中有重大犯罪嫌疑，却不采取任何有效的强制措施，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第399条第1款规定，构成徇私枉法罪；被告人左新生利用自己分管刑侦工作的职务之便，在熊贤德和魏黎鹏案的处理过程中，分别接受犯罪嫌疑人家属的请托，为他人谋取利益，事后，左新生收受他人财物共计7.3万元，其行为构成受贿罪，应当以受贿罪追究刑事责任。起诉书起诉了两个罪名：一个是徇私枉法罪，一个是受贿罪。起诉书认定被告人左新生犯有徇私枉法罪，本律师认为被告人左新生的行为没有徇私枉法，指控罪名不成立；起诉书认定被告人左新生收受他人财物7.3万元，本律师认为认定受贿缺乏事实证据。请一审法院依据本案事实与法律宣判被告人左新生无罪。具体辩护如下：

一、起诉书指控被告人左新生犯有徇私枉法罪，没有指控徇私情的证据，左新生没有接受私情财物

我国《刑法》第 399 条规定，“司法工作人员徇私枉法、徇情枉法、对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的”行为。所谓徇私情，是为了个人利益而徇私枉法，主要是指贪图钱财，而接受钱财数额不够受贿标准的，以徇私枉法罪论处；如果够了受贿罪的标准则以受贿罪进行数罪并罚。徇私枉法罪要求有徇私情要件，没有徇私情，不构成徇私枉法。徇私情是枉法行为的前提。

南昌市西湖区人民检察院（2003）第 274 号起诉书指控左新生犯有徇私枉法两件事：第一件是为熊贤梅徇私枉法；第二件是为杨路徇私枉法。这两件事都没有徇私情、送财物的证据，起诉书认定只有“熊贤梅与左新生素有交往”，素有交往是很正常的行为，没有私情交易不构成徇私情。起诉书没有举证左新生接受私情财物的证据，也没有熊贤梅家属找左新生徇私枉法的证据。

第二件是为杨路取保候审，律师出示证据证明，杨路父亲杨根海根本连左新生都不认识，也没有找过左新生，就谈不上徇私情问题。左新生与杨路一不亲，二不故，杨路和亲属没有向左新生徇私情，就不存在徇私枉法问题。

二、被告人左新生没有枉法行为

（一）刑拘、取保候审不是追诉范围

我国《刑法》第 399 条规定，“司法工作人员徇私枉法、徇情枉法、对明知是无罪的人而使他受追诉，对明知是有罪的人而故意包庇不使他受追诉，或者在刑事审判活动中故意违背事实和法律作枉法裁判的”行为。本规定在客观事实表现为三种枉法行为：第一，对明知是无罪的人而使其受追诉；第二，对明知是有罪的人故意包庇不使其受追诉；第三，刑事审判活动中违背事实与法律作枉法裁判。前面两种行为发生在诉讼中，后面发生在刑事审判活动中。起诉书指控的是第二种情况。

本罪“追诉”二字的含义，是指追究刑事责任的诉讼行为。取保候审、刑事拘留是一种强制措施，不属于追诉的范围。侦查起诉意见是代表国家公安机关对嫌疑人的起诉意见，而刑拘、取保候审不是追诉范围。

（二）当时熊贤梅没有重大犯罪嫌疑，不符合刑拘条件

南昌市西湖区人民检察院（2003）第 274 号起诉书，认定左新生身为司法工作人员，在办案过程中，为徇私情，明知熊贤梅在特大故意伤害致人死亡案中有重大犯罪嫌疑，却不对其采取任何有效的强制措施。当时被告人熊贤梅没有重大犯罪嫌疑，对嫌疑人采取强制措施是有法律条件的。《刑事诉讼法》第 61 条规定七种情形可采取刑事拘留：

- 1.正在预备犯罪、实行犯罪或者在犯罪后即时被发觉的；
- 2.被害人或者在场亲眼看见的人指认他犯罪的；

- 3.在身边或者住处发现有犯罪证据的;
- 4.犯罪后企图自杀、逃跑或者在逃的;
- 5.有毁灭、伪造证据或者串供可能的;
- 6.不讲真实姓名、住址,身份不明的;
- 7.有流窜作案、多次作案、结伙作案重大嫌疑的。

依据上述规定,刑事拘留必须是:一是现行犯或者有重大嫌疑分子;二是必须有法定紧急情况。熊贤梅不符合上述规定刑拘的法定条件?回答是不符合法定条件。依据证人金昌良 2003 年 11 月 20 日的笔录:“昌邑乡‘5·24’大案发生后,我和刑侦大队一道去参与办案,上午到昌邑乡去,中午在水上分局船上吃饭,吃完饭后,领导安排工作,安排我到了局里以后,有人叫我找熊贤梅了解情况,当时和喻长华一起去的。5 月 24 日下午 2 点钟到了熊贤梅开办的房地产公司,我对熊贤梅讯问,作了笔录。熊贤梅交代,他是股东,但是熊贤梅没有到昌邑杀人现场去,其他旁证材料证实熊贤梅没有到现场去杀人、伤人。做完材料已到晚上八九点钟,当时,左新生、喻长华、夏辉、邓爱国在一起,走时,领导交代留下侦查人员看守熊贤梅。”侦查人员金昌良笔录证据证实,熊贤梅没有到现场参与重大伤人、杀人,只知道是股东;第二点领导已留守了侦查人员看管熊贤梅。证人喻长华(原公安局刑侦大队副大队长)2003 年 11 月 22 日笔录证实:“我们调查被害人,发现犯罪线索要追捕,只知道郭国泰、万常兵犯罪情况,5 月 28 日之前没有刑事拘留‘5·24’案件任何犯罪嫌疑人。当时知道熊贤梅是昌邑乡采砂船的股东,对他的问题调查,对于熊贤梅组织、策划故意伤害案暂时不明朗。”喻长华笔录可说明两个问题:一是 5 月 28 日以前公安局没有刑拘任何人;第二是当时只知道熊贤梅是昌邑乡采砂船的股东,对于熊贤梅组织、策划故意伤害案暂时不明朗,这说明对熊贤梅采取强制措施,刑事拘留缺乏条件。对熊贤梅刑拘缺乏重大犯罪嫌疑的条件,何况被告人左新生对熊贤梅采取了监视居住,留下了人员看管,致使熊贤梅没有逃跑,从这里可以看出被告人左新生没有任何枉法行为。

(三) 被告人左新生没有包庇熊贤梅

根据 1999 年 9 月 16 日施行的最高人民检察院《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定》指出:枉法追诉是指“……对明知是有罪的人,即对明知有犯罪事实需要追究刑事责任的人,采取伪造、隐匿、毁灭证据或者其他隐藏事实、违背法律的手段,故意包庇使其不受立案、侦查(含采取强制措施)、起诉、审判。”

被告人左新生没有包庇熊贤梅的枉法行为,承办人金昌民、喻长华在 5 月 24 日发案当天下午讯问过熊贤梅,熊贤梅仅交代他是股东,没有到现场参与伤人、杀人,其他犯罪嫌疑人郭国泰、万常兵逃跑了。“5·24”案件主要犯罪嫌疑人没有抓获归案。当时对熊贤梅参与组织、策划参与重大伤害事实是不清楚的,承办人也没有提出刑拘、逮捕意见,如果承办人提出了要采取刑拘强制措施的承办意见,而被告人左新生故意包庇,不采取任何强制措施,是有责任的。本案被告人左新生没有包庇熊贤梅,追捕工作刚开始,5 月 28 日就将此案移送市公安局承办,熊贤梅随案移送,并没有逃跑,左新生并没有放纵罪犯。而且在侦查时左新生宣布了对熊贤梅实行监视居住,使熊贤梅没有逃跑,对于是否办理了监视居住法律文书,这不是主要的,而是看是否有人监管,有没有逃跑,这是事实。

(四) 熊贤梅一案没有进入诉讼阶段

刑事拘留、监视居住,是强制措施。熊贤梅故意伤害案,没有进入立案,更没有进入

侦查起诉阶段。徇私枉法体现在诉讼阶段，如果被告人熊贤梅犯有故意伤害罪，该移送起诉而不移送起诉，放纵包庇熊贤梅，构成侦查阶段徇私枉法，对于是否采取强制措施，不是追诉范围，不能认定枉法行为。

（五）杨路取保候审是按程序办的，不存在枉法行为

起诉书认定：“明知杨路的行为严重危害社会治安，具有较大的人身危险性，却违法变更强制措施，导致犯罪人实际脱离侦控，造成恶劣社会影响。”杨路取保候审一是南昌市政法委领导邓小满出面提出，由局长熊涛监办。二是杨路取保候审是由承办人签署意见、刑侦大队领导签署意见，再由法制科审查，符合取保候审程序，是集体行为，不是左新生个人行为。新建县公安局法制科科长万里明 2003 年 11 月 20 日的笔录证实：“取保候审经过法制科审查，签署同意后，再找分管的局领导批准。杨路案件也是按这一规定办理的，当时办案人员也签署了意见，科长也签署了意见。”杨路取保候审按照正常程序办理，被告人左新生没有责任，不能把杨路的取保问题归罪于左新生。

杨路父亲杨根海 2003 年 11 月 20 日笔录：“为杨路取保候审一事没有找过左新生，也不认识左新生。”直接徇私情的人没有找左新生，也不认识左新生，怎么说左新生徇私枉法，左新生徇什么人的私情，为谁枉法。

为杨路取保候审，改变强制措施，没有实施包庇行为，不存在枉法行为，因杨路案还没有进入追诉范围。徇私枉法主要表现为客观上具有舞弊的行为，这种包庇犯罪表现在公安机关移送起诉意见书，起诉意见书代表国家公安机关对嫌疑人犯罪行为而作出的起诉决定，检察机关的起诉书是代表检察机关对嫌疑人处理意见。取保候审是一种强制措施，变更强制措施后发现取保的嫌疑人犯罪，随时可收监，不构成枉法行为。

杨路取保候审后，为湾里区表哥之事发生伤人犯罪行为，造成社会危害如何看待？只要杨路符合取保候审的条件，就不应归罪于被告左新生，杨路犯罪，罪责自负，不能株连他人。

三、受贿罪的问题

起诉书认定被告人左新生收受他人的财物共计 7.3 万元，这一认定缺乏事实依据。一切案件认定都要重证据、重事实。诉讼证据要求有客观性。

（一）熊贤梅 2002 年 5 月 13 日的笔录与熊贤德 2002 年 12 月 13 日笔录相互矛盾。矛盾性的证言不可采信

熊贤梅 2002 年 5 月 13 日的讯问笔录提到左新生借款 7 万元，前后不一致，带有矛盾性。5 月 13 日当侦查人员讯问时熊贤梅说：“在熊贤德办了取保候审后，左新生曾经向我借 7 万元说是要买房子，当时我手头上没有钱，就没有借。”“想在南昌买房子，还差 7、8 万元钱。”熊贤梅的证言一是说借 7 万元，买房子，第二句话又讲左新生想在南昌买房子，还差 7、8 万元钱。熊贤梅的证言前句讲借 7 万元钱，后来一句话又讲还差 7、8 万元。讲的数额不一样，前句讲的买房子，后句讲的想在南昌买房子，前后不一致。更重要的是熊贤梅讲的借 7 万元没有得到被告人左新生的印证。

熊贤梅 5 月 13 日笔录相互矛盾。“2000 年春节前一、二天，我和熊贤德在我父亲家吃饭前，熊贤德转身不是从抽屉里就是在他自己的旅行包里拿出几叠钱。”熊贤梅笔录中讲的时间与熊贤德讲的不一致，熊贤德 2002 年 12 月 13 日笔录记载：“2000 年春节前两天晚上，我和熊贤梅在我家吃饭后，熊贤梅把我拉到卧室对我说，你这次回来带了礼品没有，我就从我的行李箱里面拿出 7 万元钱。”熊贤德与熊贤梅讲的时间不一致，一个是讲春节前一、二天，一个是讲春节前两天晚上；熊贤梅讲是在父亲家里吃饭，熊贤德讲是在熊贤德自己家里吃饭；熊贤梅讲是从抽屉里拿出几叠钱，熊贤德讲是从行李箱里拿出 7 万元。

以上笔录说明，熊贤德与熊贤梅讲行贿 7 万元的笔录证言是矛盾的，矛盾的证言常有编造性，证据力弱，不可采信。被告人左新生一系列笔录一直否认 7 万元。被告人左新生 2000 年春节前一、二天都在南昌市内送节日礼物，不具备作案条件。

（二）律师出示熊贤德 2003 年 11 月 26 日、12 月 8 日笔录证据证实，没有行贿 7 万元

2003 年 12 月 8 日熊贤德笔录证实：“2002 年 12 月 13 日我的这个笔录是在宜丰一个宾馆里作的，当时办案人员问到这 7 万元钱的时候，我说没有这回事，办案人员说，别人都说了，你还不说呀？当时我被搞得比较疲倦，我就说，既然别人怎么说了，你就怎么写吧，事实上我没有送 7 万元钱给左新生这回事。”熊贤德的笔录证实两个问题，一是没有送 7 万元给左新生；二是证实 2002 年 12 月 13 日的笔录是在宜丰一个宾馆里作的，是当时办案人员问到 7 万块钱的时候，熊贤德回答没有这回事，办案人员说你还不说，别人都说了。说明这 7 万元之事是被引诱说的，不符合事实。

熊贤德 2003 年 11 月 26 日和 12 月 8 日的笔录还证实一个问题，就是 2000 年春节前两天熊贤德不在县城，回农村老家过年，中途也没有回来。这一证据证实熊贤德 2000 年春节前一个星期回农村过年，不具备作案条件。

（三）被告人熊贤德因故意杀人罪被新余市中级人民法院判处有期徒刑 10 年，上诉后江西省高级人民法院（2003）赣刑一终字第 199 号刑事判决书改判为有期徒刑 7 年。现在成新农场服刑改造

被告人熊贤德仅有一罪即故意杀人罪被判处刑罚，并没有认定熊贤德犯有行贿罪。受贿罪与行贿罪属于对偶犯罪，有受贿就有行贿。本案熊贤德仅有一罪判处刑罚，没有追究行贿罪。这主要是行贿证据不足，被告人左新生一直否定受贿。实际上认定被告左新生受贿是没有事实依据的。

（四）2000 年 2 月 14 日，左新生存入股市 7 万元，属于其姐左晶莹提供用于炒股的

- 1.左新生股市所有资金，均为其姐左晶莹陆续给的。

2.从左新生股市资金账上明显反映出与其姐左晶莹相互之间炒股的关系，2001年6月14日左新生股票账上所有资金共为415,153.76元，当天左晶莹认为自己有消息炒股必胜，要求左新生把陆续提供给他股市资金中的40万元，全部要转到自己的股票账上。

余下15,153.76元在左新生账上。如果2月14日存入7万元属左新生所有，则此时应将7万元留在左新生账上，而不应仅留15,153.76元。

综上所述，检察机关指控被告人左新生犯有徇私枉法罪，被告人左新生没有徇私情，也没有徇私枉法，当时犯罪嫌疑人熊贤梅没有到现场伤人，没有重大犯罪嫌疑，公安局已对熊贤梅采取了监视居住，致使熊贤梅没有逃跑，采取强制措施是得当的，被告人左新生没有枉法行为，没有包庇熊贤梅。杨路取保候审是经过正常程序去报，杨路取保后危害社会去伤人，与被告人左新生没有关系。检察院起诉书认定被告人左新生犯有受贿罪，被告人左新生一直否认收受他人财物7万元，证人2003年12月8日笔录证实没有行贿7万元，以前笔录不符合事实。请一审法院，依据本案事实与法律，判处被告人左新生无罪，还左新生清白。请法院考虑上述辩护意见。

此致

南昌市西湖区人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2003年12月16日

左新生涉嫌徇私枉法、受贿一案的证据目录

证据之一

证人金昌良 2003 年 11 月 20 日的笔录证据

证据说明：

1.金昌良是新建县公安局刑侦大队侦查员，负责讯问熊贤梅案件侦破工作，当时是和喻长华一起去的，5 月 24 日下午 2 点在熊贤梅房地产办公室作了笔录，熊贤梅交代他是股东，但是熊贤梅没有到昌邑杀人现场去。

2.其他旁证材料证实熊贤梅没有到现场杀人伤人。做完笔录，临走时领导交代留下侦查员看守熊贤梅。

3.晚上开了案情分析会，对追捕“5·24”案件股东郭国泰、万常兵进行了分工。

4.当时只知道熊贤梅是股东，对于熊贤梅犯罪事实不太清楚。熊贤梅没有逃跑。在 11 月才追捕到郭国泰、万常兵等人。

证据之二

证人新建县公安局副局长喻长华的询问笔录

证据说明：

1.喻长华当时是县公安局刑侦大队副大队长，2002 年 5 月 24 日昌邑发生重大伤亡案件赶到现场负责现场勘察，发现现场死亡一人，一人掉在水里，其他有些重伤者住院，只知道郭国泰、万常兵犯罪情况，5 月 28 日之前没有刑事拘留“5·24”案件任何犯罪嫌疑人。

2.当时只知道熊贤梅是昌邑乡河道采砂船的股东，对于熊贤梅组织策划故意伤害案暂时不明朗。

证据之三

证人杨路之父杨根海的询问笔录

证据说明：

1.2001 年国庆节期间杨路被新建县公安局刑事拘留，当时拘留后有一段时间取保候审回家。

2.我不认识新建县公安局副局长左新生，也没有为儿子杨路取保候审找过左新生。

3.杨路取保后一个多月，为杨路表哥（湾里区）运砂与车主发生斗殴，结果把姓熊的打死了，被南昌市中级人民法院判处无期徒刑。

证据之四

证人万里明（新建县公安局刑侦大队教导员）的笔录证据

证据说明：

1.万里明原是法制科科长，负责刑事拘留工作，杨路的案子取保候审是经过法制科审查，签署同意后再找分管办案的局领导经手批准。

2.杨路案件也是按这一规定办理的，当时办案人员签署了意见，科长也签署了意见。

证据之五

证人熊贤德 2003 年 11 月 26 日的询问笔录

证据说明：

1.熊贤德因故意杀人罪被判刑 7 年，没有其他罪被判刑。

2.2000 年春节前一、二天拿了 7 万元到新建县公安局左新生处，这件事记不清楚，那个时候关押在宜丰县看守所，这 7 万元记不清楚。

3.2000 年春节前一个礼拜回家过春节，因为熊贤梅 7 年没有回家过春节，这个笔录证实熊贤梅春节前一天没有在长堽镇，没有行贿作案的机会。证实行贿 7 万元没有事实依据。

谢为彦挪用公款再审案

案情简介

申诉人谢为彦，男，1957年7月8日出生，河南省商丘人，被捕前系河南省商丘市人民政府副秘书长。

2007年7月20日，谢为彦被河南省睢县人民检察院逮捕，商丘市中级人民法院（2008）刑终字第16号刑事裁定书，维持一审判决，被告人谢为彦挪用公款罪，判处有期徒刑10年，现在河南省第一监狱服刑。

申诉人谢为彦挪用公款一案是由商丘市纪委查处的案子，交由睢县人民检察院起诉。2007年12月24日作出（2007）睢刑初字第137号刑事判决。原审判决认定，1997年被告人谢为彦在商丘市农村经济委员会（以下简称农办）工作期间，响应政府大力兴办实体的号召，成立商丘兴达金属加工厂（以下简称加工厂）并担任该企业法定代表人，注册资金350万元，当时主办单位农办实际未出资，企业主要经营范围是废旧金属收购、生产、加工。1998年5月蔡圣宇为企业法定代表人，1998年2月至1999年11月谢为彦任农办副主任，并主管该企业。1999年11月谢为彦调任商丘市人民政府口岸办公室副主任，1999年12月15日谢为彦代表口岸办公室和农办签订协议书，加工厂整体（包括从业人员、全部财产及债权债务）移交给口岸办公室管理。2001年1月1日和2003年1月1日被告人谢为彦代表加工厂和河南神火集团贸易部两次签署收购废钢铁合作经销合同，神火集团分多次向加工厂注入资金800万元。后被告人谢为彦个人决定并安排加工厂的会计其妻子梁素珍，多次将加工厂的经营资金800万元挪用到实际出资人是梁素珍的商丘兴达建筑安装工程有限公司（以下简称建筑安装公司）和商丘市方圆房地产开发有限公司使用，进行营利活动。

被告人谢为彦身为国家工作人员，利用职务之便，个人决定将商丘兴达金属加工厂的公款800万元转到兴达建筑公司和方圆房地产公司使用，且挪用数额巨大，至今未归还，依照《中华人民共和国刑法》第384条第1款，判决被告人谢为彦犯挪用公款，判处有期徒刑10年。

被告人谢为彦不服一审判决，提出上诉。被告人谢为彦上诉认为：（1）加工厂名为集体实为个体。开办单位商丘市农经委和该厂法人均未出资，是被告人夫妻个人投入资金经营，该厂是私营企业。即使加工厂是集体企业，其行为也不构成挪用公款罪。（2）把加工厂800万元资金转给建筑安装公司和方圆房地产公司，属于联合经营。

二审被告人谢为彦辩护人辩称：被告人的行为不构成挪用公款罪，其行为构成滥用职权罪。被告人作为农办副主任，违背国家规定，利用职权将自己的企业挂靠自己的单位名下造成恶劣影响，其行为构成滥用职权罪。河南省商丘市中级人民法院（2008）商刑终字第16号刑事裁定书认为：“原判决基本事实清楚，基本证据充分，定罪准确，量刑适当，审判程序合法。经本院审委会讨论决定，驳回上诉，维持原判。”被告人谢为彦的儿子谢乾代为父亲申诉，2009年5月5日河南省商丘市中级人民法院（2009）商立刑监字第9号驳回谢乾代为父亲谢为彦申诉。驳回申诉后，谢为彦的儿子谢乾和他的堂哥谢光明一起到江西，请求李云龙律师代为谢为彦挪用公款一案申诉再审。江西云龙律师事务所于2009年7月27

日签订了《委托协议》，委托李云龙律师代为被告人谢为彦申诉再审一案。李云龙律师于 2009 年 7 月 26 日、2010 年 8 月 22 日、2010 年 9 月 5 日先后到商丘市调查取证。先后找到商丘市农办主任韩德安、商丘兴达金属加工厂副厂长陈国栋、商丘兴达建筑工程公司副经理蔡欣等人调查取证。大量证据证实商丘兴达金属加工厂是 1997 年成立的，当时挂靠商丘市农委，挂靠单位没有投资。商丘兴达金属加工厂实为私人企业。在商丘取证时，李云龙律师发现一份重要证据，即河南省商丘市中级人民法院（2007）商民二初字第 23 号民事判决书，该判决书认定商丘兴达金属加工厂投资 800 万元至商丘兴达建筑有限公司属于经营开发，是一种投资联营行为，不是挪用公款行为。同时还询问了证人谢贵明，系商丘兴达建筑安装工程有限公司、方圆房地产公司代理人。商丘兴达金属加工厂职工谢为立证实，商丘兴达金属加工厂与商丘兴达建筑安装工程有限公司 2000 年 6 月 28 日签订《联合经营协议》，被告人谢为彦将兴达金属加工厂 800 万元投资给商丘兴达建筑安装工程有限公司，是双方合作承建天伦大厦，是一种合作投资行为，被告人谢为彦不是挪用公款行为。

李云龙律师三次至商丘市调查取证后，掌握大量事实与证据，认为申诉人谢为彦挪用公款罪名不成立，向河南省高级人民法院申诉再审。河南省高级人民法院接受被告人谢为彦申诉，并召开听证会，李云龙律师参与听证会，出示大量证据。2010 年 4 月 9 日河南省高级人民法院下达刑事再审决定书，指定谢为彦挪用公款一案由商丘市中级人民法院再审。再审于 2010 年 9 月 7 日在河南省第一监狱（开封市）开庭。李云龙律师为被告人谢为彦申诉再审参与诉讼，出示 21 份新证据证实被告人谢为彦的行为不构成挪用公款罪，应当撤销一、二审判决，宣判申诉人谢为彦无罪。商丘市中级人民法院研究了改判意见后，报请河南省高级人民法院认定，河南省高级人民法院再报最高人民法院审监庭请示。河南省高级人民法院书面通知商丘市中级人民法院审监庭，申诉人谢为彦的行为不构成挪用公款罪，应宣判谢为彦无罪。此案改判，轰动整个河南，又纠正一个错案。现在谢为彦已恢复了公职。

再审辩护词

审判长、审判员：

我接受申诉人谢为彦亲属的委托，经江西云龙律师事务所指派，为申诉人谢为彦挪用公款一案再审辩护，发表辩护词如下：

河南省睢县人民法院（2007）睢刑初字第 137 号刑事判决书认定：“被告人谢为彦挪用公款罪，判处有期徒刑十年。”河南省商丘市中级人民法院（2008）商刑终字第 16 号刑事裁定书“驳回上诉，维持原判”。2007 年 11 月 24 日商丘市中级人民法院维持一审判决后，被告人谢为彦一直不服一、二审刑事判决，多次提出申诉。其长子谢乾代为申诉，请求河南省高级人民法院将此案列入再审，撤销商丘市中级人民法院（2008）商刑终字第 16 号刑事裁定书，要求改判。认为被告人谢为彦的行为，不构成挪用公款罪，商丘兴达金属加工厂是特定环境下的民营企业，主管部门没有投资，商丘兴达金属加工厂与商丘兴达建筑安装工程有限公司签订了《联合经营协议》，依照经营协议的条款，兴达金属加工厂履行联合经营协议，被告人谢为彦将兴达金属加工厂 800 万元投资款，投入兴达建筑安装工程有限公司是投资联合的行为，其行为不构成挪用公款罪。商丘市中级人民法院（2007）商民二初字第 23 号民事判决书认定商丘兴达金属加工厂 800 万元是投资款，不是挪用公款行为。依据本案申诉的事实，2010 年 4 月 9 日河南省高级人民法院（2010）豫法刑监字第 010 号刑事裁定决定：“本院经审查认为，本案符合再审立案条件，决定如下：指定商丘市中级人民法院另行组成合议庭对本案进行再审。”辩护人李云龙依据谢为彦申诉，以及本案事实及法律，谈谈辩护意见。

一、商丘兴达金属加工厂是特定环境下产生的民营企业。主管部门没有投资，被告人谢为彦将 800 万元投资款投到商丘兴达建筑安装工程有限公司，其行为不构成挪用公款罪

商丘兴达金属加工厂是于 1997 年 10 月 21 日成立的企业。注册资金 350 万元，当时主管单位没有投资，一、二审判决书已认定：“注册资金 350 万元，当时商丘市农村经济委员会实际未出资。”主管部门没有出资，是梁素珍自筹资金，经营发展起来的民营企业，是商丘兴达金属加工厂与神火集团联营，经销废钢铁生意发展起来的民营企业。

1. 主管部门未投资，兴达金属加工厂实际是民营个体企业。

韩德安，原商丘市农办主任，河南神火集团原副书记。2007 年 7 月 7 日（韩在商丘市人民检察院第一次笔录）证实：“注册资金是由谁出的资？没有任何人出资，因为当时政策宽松，工商部门也没有验资。”韩德安 2009 年 7 月 26 日的询问笔录：“当时成立商丘兴达金属加工厂是否商丘市农办单位投资过？回答：商丘市农办当时只有七、八个人，经费紧张，连正常的经营办公费都难以维持，所以农办没有投资一分钱到商丘兴达金属加工厂。”韩德安还说：“兴达金属加工厂是自筹资金，自主经营，我们主管部门没有投资。”证人原商丘兴达金属加工厂副厂长陈国栋 2009 年 7 月 27 日询问笔录证实：“商丘兴达金属加工厂是 1997 年成立的，当时挂靠商丘市农委，挂靠单位没有投资，单位 20 多个人的工资是工厂发钱，主管单位从来没有发过工资。”

以上证据证明商丘兴达金属加工厂实为个体企业。谢为彦使用民营企业资金不构成挪用公款罪，民营企业资金不属于公款。

2. 商丘兴达金属加工厂实为梁素珍经营。

证人陈国栋 2007 年 10 月 31 日调查笔录证实：“问该厂是什么性质？注册是集体，我看实际是个体，农委也不管这个事，事情都是梁素珍办的，谢为彦当家。”“该厂经营资金是如何筹集的？都是梁素珍和谢为彦借亲戚朋友的，我知道借曹洪伟、杨新民可能有八十万元，我姑姑陈瑞英大约十来万元……”

证人曹洪伟 2007 年 10 月 31 日调查笔录“1997 年加工厂成立到 2000 年左右，我主要是在上海配合蔡胜宇工作。问你是否向该厂投资过？没有。问这个厂是否向你借过款？借款，是梁素珍个人借，她个人给我打的欠条，借我大约有 8 万元。2000 年就还给我，利息一分五。”

证人谢为立 2007 年 10 月 31 日调查笔录：“问你是否知道这个厂资金来源情况？我知道，都借私人的。在 1997 年 10 月初借给 32 万元，借的钱和要的钱都是给梁素珍。”

证人蔡胜宇 2007 年 10 月 31 日调查笔录证实：“问你在商丘兴达金属加工厂任厂长的时间？可能是 1998 年到 2000 年年底，是谢为彦让我去的，他说让我当厂长，我就去了。我是按天拿工资，不上班就没有钱，单位财务归我管。一切开支收入都是梁素珍管理。”

证人王士勤 2007 年 11 月 2 日调查笔录证实：“1997 年 9 月份借给梁素珍钱，她给我打的条。我的钱 20 万元，我妹夫徐玉备 30 万元，我弟弟王士卿 20 万元，这 70 万元都是经我的手借给梁素珍的，梁素珍当时借钱干什么？收废钢用。”

整个加工厂收购废钢都是由梁素珍筹钱经营，资金来自民间，商丘市农办主管部门没有投资，实为梁素珍投资经营，承担民事责任。商丘市农办没有投资，就不承担任何民事责任。被告人谢为彦将商丘兴达金属加工厂 800 万元投资给商丘市兴达建筑安装工程有限公司联合经营，不构成挪用公款罪。

二、商丘兴达金属加工厂与商丘兴达建筑安装工程有限公司签订《联合经营协议》。双方就投资共同经营达成协议，被告人谢为彦将兴达金属加工厂 800 万元资金投入兴达建筑公司，是投资合营行为，其行 为不构成挪用公款罪

商丘兴达金属加工厂与商丘兴达建筑安装工程有限公司 2000 年 6 月 28 日签订《联合经营协议》双方约定：“1.甲乙双方共同投资合作承建天伦大厦，根据工程进度分批运作资金。2.不管联营收益多少，一概按投资回报率 16%，每年计算一次。”这一联合经营协议有法人代表签字，盖有单位公章，应属合法有效的合同。这是一个联合经营协议，双方应积极履行协议。“如果单方面违约给另一方造成经济损失，由违约方负责赔偿对方。”商丘兴达建筑安装工程有限公司急需资金运转，被告人谢为彦将商丘兴达金属加工厂资金 800 万元投资于兴达建筑安装工程有限公司，是履行联合经营协议的行为，不是挪用公款行为。兴达金属加工厂 800 万元投资款在同一地区法院作出两种判决，第一种判决是刑事上认定挪用公款罪，第二种判决认定是联合投资款。本案就是一个投资联营纠纷，并不是刑事上的挪用公款案。

三、商丘市中级人民法院〔2007〕商民二初字第 23 号民事判决书确 认的四个事实，认定《联合经营协议》合同有效，认定 800 万元是投 资款

1.2000 年至 2004 年神火集团与商丘兴达金属加工厂每年都签订《废钢铁合作经营合同》，合作合同有效。

2.确认了商丘兴达金属加工厂与商丘兴达建筑公司 2000 年 6 月 28 日签订《联合经营协议》，合同约定：

2000 年兴达建筑安装公司接下天伦大厦工程，需要大量资金，就联合金属加工厂共同经营。甲乙双方共同投资合作承建天伦大厦。兴达金属加工厂从 2000 年分期分批向兴达建筑公司投入经营资金 800 万元，合作开发天伦大厦。

3.民事判决认定：被告商丘市方圆房地产开发有限公司，商丘市兴达建筑安装工程有限公司共同偿还神火集团有限公司投资款 800 万元。

原告河南神火集团有限公司在民事诉讼状中称：“商丘兴达金属加工厂欠河南神火集团有限公司投资 800 万元……商丘兴达建筑工程公司、商丘市方圆房地产开发有限公司共同承担以上投资款 800 万元……”判决也认定为投资款。商丘市中级人民法院〔2007〕商民二初字第 23 号民事判决书认定：“本院认为 2000 年至 2005 年神火集团与商丘兴达金属加工厂每年都签订《废钢铁合作经营合同》，合同内容并不违反现行法律……应为有效合同……2000 年商丘兴达金属加工厂与商丘兴达建筑公司签订《联合经营协议》，兴达金属加工厂将自有资金及神火集团的投资款，投入被告兴达建筑公司、方圆房地产公司用于房地产开发经营……”这一民事判决确认商丘兴达金属加工厂与商丘兴达建筑公司联营协议及投资协议合法有效，并确认兴达金属加工厂将自有资金及神火集团的投资款 800 万元投入兴达建筑公

司。

河南省睢县人民法院（2007）睢刑初字第 147 号刑事判决书认定：“被告人谢为彦身为国家工作人员，利用职务之便，个人决定将商丘兴达金属加工厂的公款 800 万元，转到实际由其妻子出资的商丘兴达建筑公司、方圆房地产公司使用……其行为已构成挪用公款罪。”这是不符合事实的判决，明明是投资款，怎么能认定挪用公款罪，作出不同的判决。

民事判决确认了 2000 年兴达金属加工厂与兴达建筑公司联营合作投资合同有效。被告人谢为彦将 800 万元投资于兴达建筑公司承建天伦大厦，不是挪用公款行为。

4.一、二审刑事判决书及裁定书认定 2000 年 6 月签订《联合经营协议》是一个孤证，这不符合民法证据的原则。

《联合经营协议》有双方单位盖章，有双方单位代表陈国栋、蔡伦签字，是合法有效的民事合同，刑事判决书认定《联合经营协议》是孤证，这是不符合法律规定的。《联合经营协议》是民事合同，民事判决书认定是正确的。将兴达金属加工厂与兴达建筑公司签订的《联合经营协议》说成是孤证，不符合本案事实。《联合经营协议》是一个有效的民事合同，并产生民事效力。

四、一事不再理的原则是刑事诉讼的重要原则。对同一事实、同一行为的 800 万元投资款的挪用行为不能两次处罚

睢县人民法院将 800 万元投资行为判谢为彦挪用公款罪，商丘市中级人民法院民事判决则是返还投资款 800 万元。商丘兴达金属加工厂 800 万元投资款，在商丘市中级人民法院做出两次不同的判决，两次不同的处罚。一是以被告人谢为彦挪用公款罪判刑；二是返还投资联营款 800 万元。同一事实做出两种判决，不符合一事不再理的原则。商丘市中级人民法院民事判决已生效，请求撤销对谢为彦挪用公款罪的判决。

五、民事判决返还投资款 800 万元，却没有追究主管部门商丘市农委办和商丘市口岸办的民事责任

原告河南神火集团有限公司的《民事起诉状》起诉被告商丘兴达建筑安装工程有限公、被告商丘方圆房地产开发有限公司，仅起诉两个公司为被告，并没有起诉兴达金属加工厂的主管部门商丘市农委、口岸办。这明显是按照兴达金属加工厂与兴达建筑安装工程有限公签订《联合经营协议》起诉被告的。原告河南神火集团起诉状第一句话：“商丘市兴达金属加工厂欠河南神火集团投资款 800 万元……”说明原告神火集团追回投资款 800 万元，并没有让主管部门承担欠款 800 万元。民事判决只认定了商丘兴达金属加工厂投资给兴达建筑安装工程公司的 800 万元由商丘兴达建筑安装公司、方圆房地产公司归还。

六、本案不属滥用职权罪，没有滥用职权罪的证据，没有致使国家公共财产遭受损失的证据

公诉人以及本案二审辩护人提出申诉人谢为彦的行为构成滥用职权罪，作为申诉人谢

为彦的再审辩护人认为，申诉人谢为彦的行为不构成刑法上的挪用公款罪，是履行合同投资行为，不构成滥用职权罪。

依据《刑法》第 397 条规定：滥用职权罪是指“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的”行为构成本罪，必须使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失。申诉人谢为彦的行为没有致使国家和人民利益遭受损失，没有致公共财产遭受损失。申诉人谢为彦将兴达金属加工厂的 800 万元投资给兴达建筑公司，处分的并不是公共财产。公诉人以及本案二审辩护人讲的滥用职权罪不成立，没有滥用职权罪造成损失的证据，申诉人谢为彦的行为不构成滥用职权罪。

综上，本律师认为申诉人谢为彦的行为不构成挪用公款罪，请河南省商丘市中级人民法院依照本案事实以及法律规定，撤销一、二审刑事判决和刑事裁定，宣判申诉人谢为彦无罪，还他历史清白。

此致

河南省商丘市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2010 年 9 月 19 日

龚德胜合同诈骗案

案情简介

被告人龚德胜，男，1969年2月8日出生，江西省南昌县人，汉族，高中文化，原系江西伟力投资发展有限公司经理。

2008年8月12日因涉嫌合同诈骗罪被刑事拘留，同年9月19日因涉嫌挪用资金罪被逮捕。

起诉书认为：2007年2月，龚德胜、郭建云、任飞三人签订《合作协议书》，协议认为：将伟力公司所有股权转让给郭建云、龚德胜、任飞三人。一、由郭建云、龚德胜、任飞三人接任股权，股权分配郭建云40%，龚德胜40%，任飞20%。二、由于原伟力公司在南昌县交警大队南面所购土地约23亩性质为综合用地，经郭建云、龚德胜、任飞三人协商一致，同意由原伟力公司总经理龚德胜代表新的伟力公司收购该土地，资金暂由郭建云用私人房产证贷款600万元进行收购。三、由于该土地属综合用地，所以必须转为商业用地，转型贷款事宜由龚德胜、任飞二人负责运作。公诉机关认为：被告人龚德胜在没有实际履行能力的情况下，还设定由其和任飞以每亩50万元包干价格将该23亩仓储用地变更为商业用地，并将该23亩土地竞拍到江西伟力投资有限公司名下。后郭建云于2007年2月至12月将600万元陆续交给龚德胜去办理该23亩土地的转型及竞拍，但被告人龚德胜在收到600万元后就不再履行协议，而是将该600万元陆续用于偿还他人的借款。

被告人龚德胜以非法占有为目的，隐瞒事实，在没有实际履行能力的情况下，诱骗当事人签订合同，骗取投资款，数额特别巨大，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第224条之规定，涉嫌合同诈骗罪。由南昌市人民检察院审查起诉。

龚德胜合同诈骗一案移送到南昌市中级人民法院。龚德胜的亲属找到李云龙，请李云龙律师为龚德胜合同诈骗一案辩护。李云龙律师接受委托后，同本所律师于义庆为助手接受辩护委托。

原告郭建云诉被告龚德胜股权转让纠纷于2009年4月20日立案诉讼，要求返还投资款695万元。南昌市中级人民法院民二庭下达了应诉通知书，要求被告龚德胜进行民事答辩，说明民事纠纷在南昌市中级人民法院受理。同一案南昌市中级人民法院受理两个诉讼，一个民事诉讼、一个刑事诉讼。依据一事不再理原则，南昌市中级人民法院2009年7月15日开庭审理，律师李云龙和律师于义庆以被告人龚德胜的行为不构成合同诈骗罪，进行辩护及举证。经审理开庭，江西省南昌市人民检察院于2009年12月15日要求撤回起诉，南昌市中级人民法院刑事裁定准许撤回起诉。事后，南昌市中级人民法院开庭审理了原告郭建云诉被告龚德胜股权转让纠纷一案。

李云龙律师参与民事开庭，原告郭建云自愿与被告龚德胜达成民事和解协议，双方共同与开发南昌县莲塘23亩综合用地。据了解，郭建云与龚德胜双方开发房地产23亩，取得了经济效益。

原告人郭建云原想以刑事控告形式获得资产600万元，反而不成功，运用民事调解协议取得经济效益，双方和气生财，此案教育当事人应当用宽和手段，处理社会矛盾，本身是一个民事纠纷，却运用刑事手段，将人打倒，适得其反，反而达不到要求，这就是一个典型事例。南昌市中级人民法院依据一事不再理的原则，要求市检察院撤回对被告人龚德胜涉嫌合同诈骗起诉，是符合法律的，符合诉讼程序的。

一 审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人龚德胜的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人龚德胜合同诈骗一案出庭辩护，发表辩护词如下：

南昌市人民检察院（2009）洪检刑诉第 29 号起诉书认定被告人龚德胜“以非法占有为目的，在签订履行合同过程中，骗取他人人民币 695 万元，数额特别巨大，其行为已触犯了《中华人民共和国刑法》第 224 条规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以合同诈骗罪追究其刑事责任。”本律师通过阅卷，法庭审理，认为被告人龚德胜的行为不构成合同诈骗罪。原告人郭建云与被告人龚德胜、任飞 2007 年 2 月 1 日签订《合作协议书》、《股权转让协议书》是一个民事合同，其行为不构成合同诈骗罪。本案是一个合同纠纷的民事案，并不是刑事诈骗案，公安部门介入经济纠纷是违反公安部门有关规定的。

一、本案是合同纠纷，原告人郭建云完全可以通过民事诉讼途径解决投资款问题

控告人即原告人郭建云 2008 年 7 月到南昌市公安局报案，南昌市公安局先是以挪用资金罪立案，后以合同诈骗罪起诉，实际上本案是一个合同纠纷案，并不是刑事犯罪案件。原告人郭建云完全可用民事诉讼解决投资款问题。2007 年 2 月 1 日，龚德胜与原告人郭建云、任飞签订了合作协议书和股份转让合同。龚德胜、郭建云、任飞三人合作开发南昌县交警大队南面约 23 亩土地。按照约定任飞和郭建云已成为公司新股东，经过工商登记郭建云为江西伟力投资有限公司董事长，法定代表人。这 23 亩土地也在公司实际控制范围内。土地开发并无虚假，土地转型已基本办妥，审批手续也正在运作。被告人龚德胜积极履行合同，并向县人民政府办理有关手续。2006 年 12 月 22 日南昌县人民政府办公室《关于印发 2006 年县土地规划运作领导小组第 2 次会议纪要的通知》即同意南昌县交警大队南面约 23 亩土地由综合或仓储用地转为住宅用地。2008 年 5 月 12 日南昌县城乡规划建设局南城建字（2008）第 32 号文件批准江西伟力投资有限公司 18.92 亩为住宅用地。由于原告人郭建云看到目前房地产行业出现不景气的情况，不愿承担开发风险，于是通过编造事实，首先以龚德胜挪用资金罪举报，陷害龚德胜。这实际上是郭建云逃避投资风险，陷害其他合作人的恶劣行为。原告人郭建云完全可以通过民事诉讼解决投资款纠纷问题，通过退股或转股的方式解决此问题，而不应陷害犯罪嫌疑人龚德胜。伟力公司投资开发 23 亩土地仍然在，价值 1200 万元，双方共同开发 23 亩土地，可以获取更多的利润，挽回郭建云投资款 600 万元。

二、同一合同，同一事，郭建云以刑事控告人身份于 2008 年 7 月在南昌市公安局控告被告人龚德胜合同诈骗立案，又于 2009 年 4 月 20 日以民事原告身份告被告人龚德胜合同纠纷，南昌市中级人民法院立案受理

原告郭建云向南昌市中级人民法院提供了《股权转让协议书》，提供龚德胜、龚炳友和汤春燕签订的《伟力公司股份转让合同》，以及龚德胜、郭建云、任飞三人签订的《合作协议书》等书面协议，原告人郭建云要求确认股权转让合同无效，要求龚德胜返还投资 695 万元，赔偿利息。经南昌市中级人民法院立案审查，下达了民事立案通知书，并通知被告人龚德胜进行应诉答辩。

江西伟力投资有限公司拥有土地 23 亩，每亩土地以 59 万元计算，23 亩土地价值 1200 多万元，是可以偿还原告人郭建云投资款的，也完全可通过民事诉讼途径解决原告人郭建云与龚德胜股权转让纠纷问题。实际上，原告人郭建云也已经采取了这种民事诉讼途径来解决问题。因此，用刑事控告被告人龚德胜合同诈骗罪是不符合本案事实的。

三、被告人龚德胜并没有隐瞒事实，不具有合同诈骗的主观故意

合同诈骗罪构成要件要求被告入要以非法占有为目的。本案被告人龚德胜并没有实施该罪的主观犯意。龚德胜与陈川、郭建云之间的关系是共同投资进行房地产开发的合作关系。2005 年—2006 年期间龚德胜与肖火根、龚良义共同出资购买了南昌百得冷暖设备有限公司、江西伟力投资有限公司和私人名下共计 23 亩仓储或综合用地。后肖火根、龚良义要求退股，并实际退了股。陈川知道后愿意出资入股伟力公司，并为此出资 600 万元购买公司股份。公司运行过程中，由于陈川涉嫌行贿罪被南昌市人民检察院批准逮捕，两个月后，陈川被取保候审出来就找到了龚德胜要求退股。陈川退股后，郭建云经过细致考察，同意投资入股，收购陈川股份。以上都有 2007 年 2 月 1 日、2007 年 8 月 11 日签订的合作协议书和股份转让合同为证。伟力公司是经过工商登记注册，合法存在的。被告人龚德胜与陈川、郭建云协议合作开发的南昌县交警大队南面约 23 亩土地也已在公司实际控制范围内。按照约定任飞和郭建云成为公司新股东，土地开发并无虚假，土地转型已基本办妥，审批手续也正在运作，由于原告郭建云违约诬告被告人龚德胜，最后一道手续没有办完，将被告人龚德胜抓起来。责任在郭建云违约，县城建局文件证实大部分土地转型手续已办好。陈川与郭建云分别出资 600 万元是按照合作协议书和股份转让合同约定收购股份，是成为公司股东所必需的出资。也就是说，被告人龚德胜并没有非法占有陈川或郭建云的财物。陈川、郭建云的所有投资是入股所需的必要支付，陈川是因为自身涉嫌犯罪原因没有成为公司法定代表人并最终退股。郭建云如约成为伟力公司新股东，成为公司法定代表人，占有公司 40% 的股份，参与公司的管理和决策。他们都没有损失任何的财物。如果其对投资没有信心，其完全可以退股或转让股权。被告人龚德胜将郭建云 600 万元投资款退给陈川，郭建云是明确的，是其买陈川的股份。怎么能将郭建云买陈川股份的 600 万元说成诈骗？被告人龚德胜并没有骗取占有郭建云的 600 万元，也没有主观骗取故意。原告人郭建云是江西伟力投资有限公司法定代表人、董事长，享有公司一切管理权、财产权。被告人龚德胜是江西伟力投资有限公司的经理，哪有公司经理龚德胜诈骗公司董事长郭建云的财产 600 万元的道理？

四、被告龚德胜的行为不符合合同诈骗罪立法规定的五个特征要件

合同诈骗罪主要体现为利用经济合同诈骗，一般民事合同不符合经济合同诈骗形式。龚德胜与郭建云签订股权转让合同，原告郭建云是伟力公司董事长，占公司40%股份，伟力公司是在他的控制管理下，郭建云股份已经工商局登记。被告人龚德胜在客观方面不符合合同诈骗罪的相关法律规定。

合同诈骗是指以非法占有为目的，在签订履行合同过程中采取各种虚构事实的方法，骗取对方当事人财物，数额较大的行为。我国刑法对合同诈骗行为共规定了五种行为特征：

1.以虚构的单位或冒用他人名义签订合同的。这种行为是指行为人自己编造根本不存在的单位，本案被告人龚德胜没有编造不存在的单位签订合同。

2.以伪造、变造、作废的票据或者其他虚假的产权证明担保的。诱骗当事人与其签订合同，不履行合同，从而骗取财物。被告人龚德胜没有利用伪造作废的票据进行担保。

3.没有实际履行能力，以小额履行合同或者部分履行合同的方法，诱骗对方当事人继续签订合同和履行合同，即合同虚假履行的方式。

4.收受对方当事人给付的货物、货款、预付款或者担保财产后逃匿的行为。

5.以其他方式骗取当事人财物的行为。

这五种合同诈骗行为，发生在经济合同中而不可能发生在股权合同中。比如以虚构的单位，冒用他人名义签订合同，是指经济买卖合同，股权转让合同要经过工商局变更登记，这种登记的股权转让协议书不可能存在诈骗。比如以伪造、变造、作废的票据或其他虚假的产权担保，是指贷款担保合同。本案不存在贷款担保问题。比如骗取预付款，是指买卖合同，不可能发生于股权转让合同。因此，合同诈骗罪是利用经济合同进行诈骗，股权转让是民事合同，不产生合同诈骗。伟力公司董事长与龚德胜之间不存在合同诈骗，只存在内部管理资金问题，存在股份纠纷问题。我国刑法将合同诈骗罪列在破坏社会主义市场经济秩序犯罪中，局限于经济合同犯罪。

综上所述，陈川、郭建云与龚德胜之间的关系，实际上是基于股权合同形成的合作开发关系，如果发生纠纷，可以以合同纠纷向人民法院起诉，要求退回投资款600万元，查封土地拍卖，故并不存在诈骗。事实上，由于目前房地产行业出现不景气的情况，郭建云因不愿承担开发风险，企图通过编造事实、诬陷被告人龚德胜，这实际上是郭建云逃避投资风险，陷害其他合伙人的恶劣行为。

本案是一件普通的经济合同纠纷，上升到刑事法律关系的层面是不对的，与事实不符。请求审判长依据事实和法律判处被告人龚德胜不构成合同诈骗罪，还他历史清白。

以上辩护意见，是否妥当？请审判长考虑。

此致

南昌市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2009年7月15日

郜海镭贪污、受贿案

案情简介

被告人郜海镭，男，汉族，1956年1月出生，江西高安市人，大学本科学历，中共党员。原系江西省政协第十一届常务委员，教科文卫体委员会副主任（正厅级）。案发前系江西省文联党组书记、常务副主席，江西省文化厅厅长。

2016年11月2日，江西省纪委将江西省政协常务委员、教科文卫体委员会副主任郜海镭涉嫌受贿、贪污一案移送到江西省人民检察院。2016年11月9日，经江西省检察院检察长批准，对郜海镭涉嫌受贿罪、贪污罪一案立案侦查。2016年11月25日，郜海镭被关押于南昌市公安局监管医院（中寰医院）。

郜海镭受贿案的犯罪线索是由江西省文联与中国水务地产开发有限公司合资成立的江西华夏艺术谷文化产业发展有限公司，转让开发1018亩土地项目所引发的。

犯罪嫌疑人郜海镭涉嫌贪污、受贿一案，由江西省纪委专案组和江西省人民检察院反贪局查处、侦查。2017年1月24日，南昌市人民检察院（2017）第1号反贪移送起诉意见查明：2009年至2012年间，郜海镭利用担任江西省文联党组书记、常务副主席的职务便利，为他人谋取利益，并利用该职权或地位形成的便利条件，为他人谋取不正当利益，涉嫌受贿罪、贪污罪。

（一）涉嫌受贿罪

1、以“股东生活费”名义受贿51万元

2011年1月至2012年5月，时任南昌华夏公司董事长的周赣湘以“股东生活费”名义每月给郜海镭3万元现金，共计51万元（周赣湘同时还送给王珊珊51万元）。钱款由周赣湘本人或由其安排的南昌华夏公司的人每月以现金的方式交给王珊珊，由王珊珊保管、收取。

2、与他人共同非法收受价值100万元的干股

2010年下半年，在周赣湘与郜海镭等人洽谈同省文联下属油画院合作运作华夏艺术谷项目期间，基于郜海镭、章仁缘、王珊珊推动项目进展及需要继续获取三人帮助的考虑，周赣湘答应在郜海镭、章仁缘、王珊珊三人不投入任何资金的情况下，给三人10%的干股。让周赣湘在干股中也占一份，并最终共同商定，郜海镭、章仁缘、王珊珊与周赣湘共同以杭州大卫艺术品有限公司（法定代表人：章仁缘，以下简称“大卫公司”）名义占有南昌华夏公司10%的股份。之后，周

赣湘以大卫公司要求占 10%干股为名义与其他合伙人商议并获同意。2012 年 1 月，在周赣湘等人取得华夏艺术谷项目一期 1018 亩建设用地后，为保证郜海镭、王珊珊、章仁缘的干股利益，周赣湘安排公司工作人员到工商部门变更南昌华夏公司股权登记，将公司 10%的股权登记在大卫公司名下，登记注明大卫公司出资为 100 万元，但大卫公司及郜海镭、王珊珊、章仁缘等均未实际出资。

（二）涉嫌贪污犯罪

纪委、反贪局移送起诉认为：2010 年 12 月左右，在中国水务公司已经退出、大连银洲公司尚未正式接管，南昌华夏公司财务处于省文联、油画院单方掌控的过渡期，郜海镭和王珊珊了解到公司账上还有一定余款，便私下商定，利用王珊珊被指派担任公司总经理、董事的身份，从南昌华夏公司转款到高安市黄沙岗镇，一方面通过开发票把钱套出来供二人个人使用，一方面帮郜海镭的堂弟郜海波（时任黄沙岗镇镇长）完成税收任务。之后，王珊珊以委托制作艺术品的名义要求南昌华夏公司财务人员转账 108 万元到郜海波指定的江西省红杜鹃文化艺术有限公司账户。在抵扣 9.18 万元税款后，王珊珊将该公司出具的虚假劳务费发票拿到南昌华夏公司报账。后经郜海镭同意，王珊珊将套取出的部分钱款用于获取、购买画作：将 50 万元用于组织浙江油画协会画家搞创作（后该事未运作成，50 万元退还）、25 万元用于向章仁缘购买其创作的油画，余款及郜海镭收受的“股东生活费”51 万元由王珊珊保管。王珊珊还按照郜海镭指示，为郜海镭住房装修花费约 50 万元。郜海镭配偶周建英购买私车 8.6 万元从上述钱款中开支。

犯罪嫌疑人郜海镭，在被纪委双规之前就找到江西云龙律师事务所律师李云龙进行咨询，被关押在南昌市监管医院时也多次会见，并认为起诉状所称“郜海镭指示王珊珊利用职务上的便利，骗取该公司财物 108 万元，涉嫌贪污罪”没有事实依据，犯罪嫌疑人郜海镭不构成贪污罪的共犯。2017 年 2 月 18 日李云龙就到高安市黄沙镇向副镇长黄剑华等人取证调查，证实公司 108 万元是王珊珊利用假合同，骗取、套取 108 万元作账，郜海镭是不知道的。

针对江西省纪委、江西省人民检察院反贪局移送起诉意见书（2017）1 号起诉书认定：犯罪嫌疑人郜海镭涉嫌受贿犯罪：1、以股东生活费的名义受贿 51 万元，为感谢郜海镭在接手南昌华夏公司等方面提供的帮助和支持，2011 年 1 月至 2012 年 5 月，时任南昌华夏公司董事长的周赣湘以“股东生活费”的名义每月送给郜海镭 3 万元现金，共计 51 万元（注：周赣湘同时还送给王珊珊 51 万元）。钱款由周赣湘本人和由其安排的南昌华夏公司司机章敏、龚云每月以现金方式交给王珊珊（郜海镭 3 万元，王珊珊 3 万元），王珊珊代为保管。

依据江西省人民检察院反贪局侦查移送起诉意见，侦查查明，反贪局起诉书认定犯罪嫌疑人郜海镭与王珊珊共同贪污 108 万元，涉嫌贪污罪。郜海镭受贿 51 万元股东生活费，并与其他人共同非法收受价值 100 万元的干股。

起诉意见书称：“郜海镭指示王珊珊利用职务便利，骗取该公司财物 108 万元，涉嫌贪污罪。”这一起诉意见并没有事实证据，郜海镭不构成贪污罪的共犯。犯罪嫌疑人郜海镭于 2017 年 2 月 15 日写给李云龙律师的亲笔信：“贪污的手段，主要是侵吞、盗取、骗取，然而我都没有。实际上是王用虚开购买艺术品委托合同的方式骗取的，而合同我是到 2017 年才从省检察院办案同志手上看到的……”。依据案卷线索，李云龙律师亲自到高安市黄沙岗镇去调查取证，并找了黄剑华、谢剑波、郜海波等证人。黄剑华担任过高安市黄沙镇的副镇长，并主管招商引资、财税工作。证人黄剑华 2017 年 2 月 18 日询问笔录证实“王珊珊来黄沙镇补签 108 万的合同，是在开了发票以后王珊珊拿来的”，这说明伪造发票、

补签 108 万委托合同是王珊珊操作的。这些调查证据都提交给了检察院。

郜海镭 2017 年 2 月 15 日笔录：“王珊珊将 55.6 万元用于我装修和购车，装修款的付出，都是王未经我同意，我尚未来得及包工头结账前，他就向其付的款。特别是第二次 2013 年房子装修 35 万元。后经有关部门，实际装修费仅需 12 万元。而却代付了 35 万。购车款也是王自己付的。王珊珊支付装修款 55.6 万元，购车款 8.6 万元也是王自己付的。”王珊珊支付装修款 55.6 万元、购车款 8.6 万元郜海镭却都未知，郜海镭主观上没有收受财物的故意。

受贿周赣湘的股东生活费 51 万元。郜海镭 2017 年 2 月初笔记：“郜收周赣湘从 2011 年 1 月至 2012 年 5 月，每月 3 万元“股东生活费”问题。钱是王珊珊收的，究竟从何月开始至何月结束，每月多少钱，王珊珊如何使用，郜过去一概不知，只是到双规时，省检察院审查过程中才得知是从 2011 年 1 月至 2012 年 5 月。而期间，王珊珊只有一次跟郜说过，周赣湘送工资款来了，记得是 2011 年天气比较热的时候，但具体一月是多少钱记不清楚。”据案卷反映，51 万元股东生活费一直是王珊珊接受保管，郜海镭没有收受财物，周赣湘行贿的 51 万元“股东生活费”不存在，即没收受财物。51 万元股东生活费中不存在受贿行为。

起诉意见中所称“郜海镭与他人共同非法收受价值 100 万元干股”周赣湘答应在郜海镭、章任缘、王珊珊三人不投入任何资金的情况下，给四人 10%股权（其中包括周赣湘一份，每人 2.5%）。据调查取证，截至案发，郜海镭、王珊珊、章任缘与周赣湘未约定过干股分红的方式，三人也尚未获取分红。

检察院机关起诉郜海镭贪污 108 万元，是王珊珊通过补签假合同，套出公司 108 万元，是被告王珊珊的贪污行为。王珊珊 108 万元中的 55.6 万元用作郜海镭房子的装修款，其中 8.6 万元用作购车款，被告人郜海镭并不知晓，没有收受财物的故意。

至于收受 51 万元股东生活费，这钱一直由王珊珊保管，从来没有领取。周赣湘行贿郜海镭 51 万元，郜海镭没有收受财物，受贿 51 万元没有收受财物的行为。关于“郜海镭与他人共同非法收受价值 100 万元的干股”，截至案发，郜海镭、王珊珊、章仁缘与周赣湘未约定过干股分红的方式，三人也尚未获取分红。

江西省纪委、江西省人民检察院查处犯罪嫌疑人郜海镭与王珊珊共同贪污 108 万元、受贿股东生活费 51 万元，与他人非法收受价值 100 万元干股一案，依据本案情况，没有事实依据来证实郜海镭与王珊珊共同贪污 108 万元的。也没有收受 51 万元股东生活费的证据，价值 100 万元的干股，没有进行分红，受贿就不存在。

江西云龙律师事务所律师李云龙在 2016 年 5 月就为郜海镭提供法律服务。2016 年 6 月 16 日在北京参加亚太地区犯罪学研究会期间，郜海镭就咨询过江西华夏艺术谷文化产业发展有限公司转让开发 1018 亩土地项目，下派王珊珊处长为他装饰房子 55.6 万元，买车 8.6 万元，都不是明知的，这种不明知的行为不构成贪污的行为？多次咨询过李云龙律师。

2016 年 11 月 9 日，江西省人民检察院对郜海镭涉嫌受贿罪、贪污罪立案调查，同年 11 月 25 日逮捕，郜海镭关押在南昌公安监管医院（中寰医院）。郜海镭关押在南昌公安监管医院期间，李云龙律师多次到医院会见他，提供法律服务。郜海镭案由纪委移送到江西省人民检察院反贪局，李云龙律师到反贪局提供有关证据，提出法律意见，反贪局局长黄永茂热情接待李云龙律师，并听取李云龙律师的法律意见。被告人郜海镭对李云龙律师的法律服务，为他辩护是高兴、满意的，他自己就自愿签署委托到检察一审法院为他辩护委托手续。

被告人郜海镭涉嫌贪污受贿一案到南昌市中级人民法院刑庭，原先由南昌市中级人民法院院长居国屏承办，过一段时间改变由刑庭一个法官承办。这时，被告人郜海镭的妻子周建英突变神态，找到李云龙律师终止与郜海镭辩护委托关系。据了解，解除委托关系出自法院个别领导的授意，也意味着此案是由法院个别法官左右。律师是诉讼参与者，案件不是个别法官可以左右的。南昌市中级法院判处郜海镭犯贪污罪、受贿罪，认定自首，判处三年有期徒刑，并告诉亲属法官帮了忙，被告人郜海镭没有上诉。实际上南昌市高新区法院判处王珊珊犯贪污受贿罪也是三年六个月有期徒刑。本案被告人王珊珊犯贪污罪、受贿罪情节比郜海镭还严重，也是三年多有期徒刑，南昌市中级人民法院个别法官又帮了郜海镭多大忙？

律师李云龙在检察院审查起诉阶段提供了法律意见，还作了认罪辩护，郜海镭认罪 55.6 万元装饰款。本来是无罪的案件，迫于认罪、自首可以从轻、减轻处罚的刑事政策，被告人郜海镭忍受不了刑罚而不敢抗辩自己无罪，这说明刑法无罪推定原则实现是多么困难。依据被告人郜海镭在纪委双规之前与李云龙交谈、法律咨询过对王珊珊装饰房子，付给包工头装饰的 55.6 万元、买车的 8.6 万元，郜海镭都是不明知的，也没有贪污、受贿的行为。郜海镭 2017 年 2 月 15 日晚自写的自认书里没有任何贪污、受贿的行为，应当是无罪的案件，这是值得深思的。刑罚自首政策体现，有的无罪的人，只有迫于刑罚制裁，不敢选择实事求是这条艰难道路走，疑罪从无原则与无罪推定要从法律实践做到非常之难。

李云龙律师敢于为事实辩护，很多错案都纠正过。一审法院不可能对郜海镭作出无罪判决，怕李云龙律师为郜海镭作无罪辩护，因此，终止李云龙为郜海镭辩护委托关系。李云龙律师是敢于作无罪辩护的律师，郜海镭是无罪的，历史会还他历史清白。

为犯罪嫌疑人郜海镭涉嫌受贿贪污一案的辩护意见

检察官：

接受犯罪嫌疑人郜海镭的委托，经江西云龙律师事务所指派李云龙律师，为犯罪嫌疑人郜海镭受贿、贪污一案辩护，发表几点法律意见。

南昌市人民检察院（2017）洪检反贪移诉第 1 号起诉意见书，经侦查查明 2009 年至 2012 年间，郜海镭利用担任江西省文联党组书记、常务副主席的职务便利，为他人谋取利益，非法收受周赣湘（另案处理）人民币 51 万元，并与王珊珊（另案处理）、章仁缘等人共同收受 100 万元的干股，涉嫌受贿处罚；指派、委派到非国有公司从事公务的王珊珊利用职务便利，骗取该公司财物 108 万元，与王珊珊非法占为己有，涉嫌贪污。

对起诉意见书郜海镭与王珊珊共同贪污 108 万元，受贿周赣湘股东分红 51 万元，并与王珊珊、章仁缘等人共同收受周赣湘价值 100 万的干股，发表如下几点辩护意见：

一、起诉意见书中所称：“郜海镭指示王珊珊利用职务便利，骗取该公司财物 108 万元，涉嫌贪污罪。”这一起诉并没有事实证据，犯罪嫌疑人郜海镭不构成贪污罪的共犯。

1. 本案查明情况，犯罪嫌疑人郜海镭没有指示王珊珊贪污 108 万元，郜海镭也不构成贪污 108 万元的共犯。

犯罪嫌疑人王珊珊 2016 年 11 月 17 日笔录第 70 页检察院问到王珊珊：“你们为什么要把这 108 万元转到江西省红杜鹃文化艺术有限公司？”王珊珊回答：“都是郜海镭安排这样做的，郜海镭说让我从南昌华夏公司弄些钱出来用，我就是具体操作了。”

王珊珊在推卸责任，明明王珊珊主观上贪污侵占 108 万元财物，犯罪嫌疑人郜海镭对王珊珊非法占有 108 万元并不知道，不是明知，也没有指派王珊珊贪污 108 万元。

犯罪嫌疑人郜海镭 2017 年 1 月 13 日笔录证实，郜海镭并没有指示犯罪嫌疑人王珊珊骗取贪污 108 万元。案卷第二卷第 10 页，检察院问：“你是否知道最终王珊珊是以什么名义报账套钱的？”郜海镭回答：“我原先并不清楚，都是王珊珊具体操办的，案发后，你们检察机关给我出示委托制作合同后我才知道是以买张松茂、王锡良的作品的名义把钱套出来的，最后并没有买艺术品，张松茂、王锡良的作品也不可能送给老员工做纪念，这就是一种贪污行为。”

王珊珊套取、骗取公司 108 万元，从这笔录可以看出犯罪嫌疑人郜海镭不仅是不明知，也没有指派王珊珊套取骗取 108 万元。检察院表明是郜海镭指示王珊珊贪污 108 万元，没有事实证据。

2. 公司 108 万元是犯罪嫌疑人王珊珊利用假合同，骗取、套取 108 万元作账。

证人黄剑华（原高安市黄沙岗镇副镇长、红杜鹃公司管理者）2016 年 11 月 22 日询问笔录可证实犯罪嫌疑人王珊珊利用合同套取 108 万元贪污的。黄剑华证实（案卷 80）公司成立后就是王珊珊开过 4 次五张地税发票。“第一次是 2010 年 12 月 9 日南昌华夏艺术谷文化产业公司可存入红杜鹃公司赠予 108 万，2011 年 1 月 6 日，我到地税局代开了 108 万元垫付税款后 91800 元，之后我将发票发票给了王珊珊。”黄剑华于 2017 年 2 月 18 日，律师询问笔录：“王珊珊在公司成立一年后在公司开了 4 次发票，他在开公司时来过公司，补签一份业务合同时候也来过公司。”律师接着发问：“补签的合同是什么合同？你记得吗？”黄剑华答：“补签 108 万的合同，是在开了发票以后王珊珊拿来补的。”这证词证实王珊珊是来开地税发票，也是王珊珊用假的合同来骗取 108 万元，108 万元也是王珊珊套取的。

补签《委托合同书》证明：“甲方：南昌华夏艺术谷文化产业发展有限公司，乙方：江西省红杜鹃文化艺术有限公司。经双方友好协商，甲方委托乙方制作中国陶艺美术大师张茂松、王锡良作品六件（规格及名单附后），委托制作费一百零八万元整。”这就是王珊珊套取、骗取 108 万元，贪污 108 万元证据。这些贪污、骗取套拿 108 万元的行为都是王珊珊的行为，这一出证据可以证实王珊珊贪污、侵吞的行为，郜海镭并没有参与贪污行为。

3. 王珊珊从 108 万之中拿出 47 万为郜海镭房子装饰，为周建英买车 8.6 万，郜海镭的行为构成受贿 56.6 万元，王珊珊的行为构成行贿罪。王珊珊骗取、套取 108 万元是贪污侵吞行为，郜海镭不构成贪污罪，没有实施事实上的侵吞行为，主观上也没有贪污、侵吞 108 万元的意图。

中国刑法第 382 条规定：“受国家机关、国有公司、企业、事业单位、人民团体委托管理、经营国有财产的人员，利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他手段非法占有国有财物的，以贪污论。”犯罪嫌疑人王珊珊是文联委托管理、经营国有财产的人员，符合贪污主体，犯罪嫌疑人郜海镭是文联党委书记，并没有参与、经营公司财产。犯罪嫌疑人郜海镭没有贪污行为。

犯罪嫌疑人王珊珊是为了巴结领导，将贪污 108 万元当中的 47 万送给郜海镭装饰款 47 万元，买车 8.6 万元，是行贿领导的行为。郜海镭的行为只构成受贿 55.6 万元。

二、起诉意见书中所称“郜海镭与他人共同非法收受价值 100 万元的干股”，没有事实证据，郜海镭没有收受干股利益的行为。

周赣湘答应在郜海镭、章仁缘、王珊珊三人不投入经济资金的情况下，给四人 10% 的干股（其中也包括周赣湘一份，每人 2.5%）。但是郜海镭并没有收受干股的行为。截至案发，郜海镭、王珊珊、章仁缘与周赣湘未约定过干股分红的方式，三人也尚未获取分红。

对于收受价值 100 万元干股，只是表面写着的，并没有实施。受贿罪要求收受了财物，根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》第二条规定：“股份未实际转让，以股份分红名义获取利益的，实际获利数额应当认定为受贿数额。”犯罪嫌疑人郜海镭并没收受干股，也没有参与分红，应当对犯罪嫌疑人郜海镭的行为认定为收受 100 万元干股未遂。

三、犯罪嫌疑人郜海镭没有以股东生活费名义受贿 51 万元。

起诉意见书：“2011 年 1 月至 2012 年 5 月时任南昌华夏艺术谷文化产业发展有限公司董事长周赣湘以股东生活费的名义每月送给郜海镭 3 万元现金，共计 51 万元（周赣湘同时给王珊珊 51 万元）。”

这 51 万元股东生活费都是王珊珊策划的。在这个股东生活费的最开始发放时是没有郜海镭在内的，是王珊珊要求周赣湘后来才加进去的，但是该 51 万元由王珊珊领走现金，并没有交给郜海镭。周赣湘以股东生活费的名义行贿郜海镭，每次 3 万元都是给王珊珊的，郜海镭有的知道，有的不知道。股东生活费都是王珊珊收取，有王珊珊存银行。郜海镭没有收受 51 万元中的任何一笔财物，只能认定受贿未遂。

四、犯罪嫌疑人郜海镭具有自首情节，可以从轻或者减轻处罚。

检察院问到郜海镭贪污受贿的钱，款项是否退还。郜海镭回答：“我自己使用的部分在纪委调查时已经上交纪委了。”郜海镭已经认罪，并上交收受的款项。根据《最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》中“关于自首的认定和处理”规定：“根据刑法第六十七条第一款的规定，成立自首需同时具备自动投案和如实供述自己的罪行两个要件。犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，或者虽被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话、讯问，或者未被宣布采取调查措施或者强制措施时，向办案机关投案的，是自动投案。在此期间如实交代自己的主要犯罪事实的，应当认定为自首。”

郜海镭向纪委已认罪，并已退赃，具有自首情节，可以对其犯罪事实从轻或者减轻处罚。

以上意见是否正确，请予以考虑。

此致
南昌市人民检察院

江西云龙律师事务所律师：李云龙
2017 年 2 月 20 日

附：

1. 证据一：黄剑华 2017 年 2 月 18 日的询问笔录

证明目的：证明红杜鹃公司的成立以及所开出的发票不是受郜海镭的指示，郜海镭没有参与公司的税收问题，红杜鹃公司所开具的发票均是受王珊珊的指示。

证明目的二：王珊珊利用假合同套取 108 万元的行为也是个人行为，与郜海镭无关。

2. 证据二：谢剑波 2017 年 2 月 18 日的询问笔录

证明目的：红杜鹃公司的成立是为完成黄沙岗镇的税收任务。

3. 证据三：郜海波 2017 年 2 月 18 日的询问笔录

证明目的：红杜鹃公司的成立是为完成黄沙岗镇的税收任务。

证明目的二：红杜鹃公司的成立不是受郜海镭的指示，郜海镭并没有对该公司的成立做过多的干涉指示，公司的成立符合法定程序。

4. 证据四：郜海镭向纪委上缴退赃凭证。

(1) 2016 年 9 月 9 日，郜海镭向纪委指定的账户上缴了 66.6 万元（陆拾陆万陆千元整，由周建英代缴）。

(2) 2017 年 1 月 15 日，郜海镭上缴检察院指定账户 36.9 万元（叁拾陆万玖仟元整，由周建英代缴）。

证明目的：证明郜海镭已经向纪委退还赃款 66.6 万元，具有自首情节。

附：

询问笔录

询问时间：2017 年 2 月 18 日 14 时 20 分

询问地点：江西省高安市锦鹰国际大酒店 1122 室

询问人：李云龙、丁任霞，江西云龙律师事务所律师

被询问人：黄剑华，男，1971 年 9 月 16 日生，汉族，身份证号：362222197109168136，现任高安市大城镇人大主席，家住高安市老司法局宿舍第 2 栋西单元 202 室，联系电话：13507051275。

记录人：丁任霞

询问内容：

问：你好，我们是江西云龙律师事务所的律师，我们接受郜海镭家属的委托，为郜海镭涉嫌受贿一案辩护。现就牵涉到王珊珊涉嫌贪污的相关情况向你了解情况，希望你能配合我们实事求是如实回答。

答：好的。我会实事求是的回答，不讲假话。

问：你之前是担任过黄沙岗镇的副镇长吗？

答：是的，我曾经担任过黄沙岗镇的副镇长，并主管招商引资财税工作。

问：江西省红杜鹃文化艺术有限公司是由黄沙岗镇开办的吗？

答：是的。

问：当时成立该公司的法人代表是谁？

答：是镇长的司机谢剑波。

问：王珊珊来过红杜鹃文化艺术有限公司几次？

答：我第一次认识王珊珊是在镇长办公室，王珊珊来黄沙岗镇这里开办公司是我们邀请的，但是开办文化公司是王珊珊要求的，这个红杜鹃文化艺术有限公司是王珊珊要求开办的。当时我就问这公司的法人代表由谁来做，镇长就说由他的司机来当，注册资金是我们这边解决的。这个红杜鹃文化艺术有限公司的成立是王珊珊要求的，办公的相关费用也是他出的。

问：公司成立后王珊珊在公司开了几次税收发票？

答：王珊珊在公司成立一年后在公司开了 4 次发票，他在开公司时来过公司，补签一份业务合同的时候也来过公司。

问：补签的合同是什么合同？你记得吗？

答：补签 108 万的合同，是在开了发票以后王珊珊拿来补的。

问：你看下是不是这份合同？补签合同内容：甲方南昌华夏艺术谷文华产业发展有限公司，乙方江西省红杜鹃文化艺术有限公司。经双方友好协商，甲方委托乙方制作中国陶艺美术大师张松茂、王锡良作品六件（规格及名单附后），委托制作费一百零八万元整。

答：是的，就是这份合同。

问：这个公司平时是怎么运作的？

答：公司平时是由镇里面管理的，是由我负责的。

问：你认识省文联党组书记郜海镭吗？

答：我不认识郜海镭。

问：王珊珊来红杜鹃文化艺术有限公司的时候提过是郜海镭让他来的吗？

答：没有，王珊珊都没提到过郜海镭。

问：你还记得王珊珊于 2011 年 1 月 6 日来红杜鹃文化艺术有限公司开了 108 万元的发票的事情吗？

答：现在我是记起来了，有这个事情。

问：开这个 108 万元的发票时王珊珊亲自来的吗？

答：我只记得有这个事情，但他是否亲自来的还是打电话我就不记得了，但是每次都是他一个人联系我的，没有其他人。

问：这张 108 万元的发票已经交给王珊珊了吗？

答：是的，这个肯定给他了。

问：除了这个 108 万元的发票，王珊珊还开了几次发票？

答：除了这个还开了 3 次发票。这个 108 万元的发票是第一次开发票，第二次是在 2011 年 5 月份开给的进顺村 13 万 2 千元的发票，王珊珊说是他朋友的：第三次是在 2011 年 6 月 15 日开了 6 万 3 千元的北京协和医院的发票：2011 年 8 月 22 日开了给南昌金燕国际温泉度假公司的 330 万元的发票。这开的 4 次发票都是王珊珊主动要求开的。

问：你还有什么要补充的吗？

答：没有了。

问：你以上所说情况是否属实？

答：我以上所说情况都属实。

【贪污贿赂案】

徐建国受贿、巨额财产来源不明案

案情简介

犯罪嫌疑人徐建国，男，1954年12月生，汉族，江西省南昌县人，现任景德镇市土地管理局局长，系江西九届人大代表(已经景德镇市第十一届人大常委会第十七次会议罢免)，因涉嫌受贿经省人大常委会批准，2000年5月31日被刑事拘留，6月12日，因涉嫌受贿罪决定逮捕，次日执行逮捕。

犯罪嫌疑人江新华，男，1947年2月生，汉族，江西省波阳县人，中共党员，大学专科文化，现任珠山区政协秘书长。因涉嫌介绍贿赂，2000年6月2日，依法决定对其刑事拘留，同月12日因其涉嫌受贿介绍贿赂罪决定逮捕。

一、起诉书认为：犯罪嫌疑人徐建国，在任珠山区区长期间，与时任珠山区政府办公室主任兼基建办主任的江新华，串通一气，利用职务之便，收受他人的贿赂。

1.1993年下半年，徐建国为刚成立的区物资总公司出面联系新余钢铁厂，赊销各类钢材千余吨。1994年3月22日，徐向该公司原经理黄国述(由珠山区检察院另案处理)，以“赊账款”为由要钢材9吨，价值33300元，由徐的侄儿徐荣华(本案另作处理)提货运往南昌建私房。同年六七月，纪检部门根据举报调查，徐建国指使黄国述，以收钢材款的假收据平账，徐受贿33300元。

2.1994年，珠山区新建办公大楼，该工程发包给市三建第五分公司，由江正康(另案处理)、陈某某等个人承建，在该工程的合同签订及施工过程中，徐建国分三次收受江正康等人的人民币7万元。

3.同年，珠山区在市笕箕坞新建两栋干部宿舍，由江新华出面，让以市城建设公司名义的波阳建筑商祝某某、夏某某等私人承建，在该工程的合同签订、附属工程及施工结账的过程中，由江新华提出，祝、夏等人分三次行贿计7万元，江新华个人实得3万元，由江分两次转手交给徐建国4万元。

4.1997年8月，市化工厂干部钱某某为其女高等专科学校毕业能安排在珠山区工作，中秋节前的一天晚上，钱登门求徐帮忙在徐住的军分区招待所送月饼一盒和人民币5000元，徐如数收下，不久钱的女儿被安排在新村街道工作。

二、起诉书认为：1998年11月至案发时，徐建国担任市土地管理局局长期间，在土石方开发工程、办理土地手续等过程中，利用职务之便，大肆收受贿赂。

1.在市建设银行、市土地局、市外贸局合办的枫林公司出让土地给市海慧集团(私营)的合同履行过程中,海慧集团董事长曹海龙1999年八九月份分两次给了徐建国人民币20万元,徐如数收下。

2.市鸿荣实业公司(个体)经理徐鸿荣(另案处理),为能挂靠市土地局,得到市北环路土石方工程及办理用地手续的便利,于1999年春节至2000年春节之间,分三次送给徐建国人民币9万元,徐如数收下。

3.昌江区竟成昌协开发公司(个体)经理程建军(另案处理),为能得到市北环路土石方开发工程及补办莲花山庄征地手续,自1999年3月至年底,分三次送给徐建国人民币5万元,徐如数收下。

4.福建泉州市惠安县庄某某,应本市招商引资,成立景泉房地产开发有限公司(私营)参与本市旧城改造项目,为能如期办理土地手续,在徐建国的暗示下,于1999年1月29日和同年3月5日上午,在去阳光酒店的途中和徐的办公室,分别送给徐建国人民币2万元,商务通一个,港币2万元,徐如数收下。

5.市信义房地产公司(私营)经理邵某某,为得到在本市开发房地产办理土地手续的便利,结交徐建国,自1998年12月至1999年底,在徐的办公室和裕香隆酒店门口,分三次送给徐建国人民币3万元,徐如数收下。

6.市华龙房地产公司(个体)董事长邹某某,为能得到在本市开发房地产办理土地手续的便利,结交徐建国,于1999年11月左右的一天下午,在徐的办公室送给徐建国人民币1万元,徐如数收下。

7.市华阳房地产开发公司(个体)经理巢某某,因个人违法用地被土地局查处,为能补办土地手续,于1999年八九月份的一天下午在徐的办公室送给徐建国人民币9900元,徐如数收下。

8.广丰县个体户刘某某,为能承揽市北环路土石方开发工程,于1999年春节前后的一天晚上,在徐的家中,送给徐建国人民币9300元,徐如数收下。

9.市太华房地产开发有限公司(私营)法人代表张某某,为能得到在房地产开发中办理有关手续的便利,于1999年春节和端午节期间,分别在江西饭店门口和徐的办公室,送给徐建国人民币4000元,徐如数收下。

另查明犯罪嫌疑人徐建国尚有78万余元的财产不能说明其合法来源。

犯罪嫌疑人徐建国自1994年以来,利用职务之便,收受他人贿赂13起24人次,涉嫌受贿犯罪金额达人民币538200元,港币2万元,钢材9吨,价值33300元以及商务通一个,合计折合人民币595000余元,另查明犯罪嫌疑人徐建国尚有78万余元的财产不能说明其合法来源。其行为分别触犯我国《刑法》第385条和第395条第1款之规定,构成受贿罪和巨额财产来源不明罪,且受贿数额特别巨大,依法移送审查起诉。

一审法院认定徐建国犯有受贿罪、巨额财产来源不明罪,因受贿罪判处15年有期徒刑,因巨额财产来源不明罪判处2年有期徒刑,决定执行有期徒刑16年。一审宣判后,被告徐建国没有上诉,一审判决发生法律效力后,他已申诉。

辩护词

审判长：

我们接受被告人徐建国亲属的委托，经律师事务所的指派，为犯罪嫌疑人徐建国受贿、巨额财产来源不明一案出庭辩护。现就本案事实、适用法律问题谈谈辩护意见。

景德镇市人民检察院检起诉字(2000)第 34 号起诉书认定徐建国先后收受他人贿赂 12 起，受贿金额达 569 880 元，港币 2 万元。徐建国尚有 78 万余元财产不能说明其合法来源，其行为构成受贿罪、巨额财产来源不明罪，依照刑法规定处罚。

首先，对犯罪嫌疑人徐建国犯有受贿罪 12 起，其中人民币 569 880 元，港币 2 万元，进行辩护。

关于受贿罪，我国刑法 385 条第 1 款规定：国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。今天，控辩双方主要根据刑法 385 条第 1 款进行辩论。受贿罪有两种表现方式：一是索取他人财物(包括单位)；二是非法收受他人财物，为他人谋取利益。在这种情况下，行为人必须同时具备“非法收受他人财物”和“为他人谋取利益”两种条件，才能构成受贿罪。

“非法收受他人财物”是指行贿人为了使受贿人利用其职务上的便利条件为自己谋取利益，主动给国家工作人员以财物，而国家工作人员则违背职责要求，收受他人所送的财物的行为。“为他人谋取利益”是指受贿人利用职权为行贿人办事，并进行“权与钱”交易。

按法律要求，为他人谋取利益作为受贿罪的主观要件，主要是避免扩大打击范围，把不是在职权范围内谋取利益的行为按受贿罪打击，如果这样就扩大了打击面。有的人说，公务员一得钱就是受贿罪，法律并没有这样的规定，以一得钱就是犯罪，不接受受贿罪的要件办就容易造成错案。

一、钢材款 3.3 万元、海慧集团送 20 万元，不构成受贿数额

(一)徐建国没有接受 3.3 万元钢材款，钢材款 3.3 万元不构成受贿数额

首先讲第一起徐建国收受贿赂人民币 3.3 万元。起诉书认定：1994 年 3 月 22 日，徐建国以赊账款为由，向区物资总公司原经理黄国述要钢材 9 吨，共计价款 33 300 元。由徐的侄子徐荣华提货运至南昌，给其兄建私房，同年六七月间，当市纪检部门调查此事时，徐建国指使黄国述开出假现金收据账单，作付款凭证，从而收受贿赂人民币 3 万余元。这一指控不成立，徐建国没有接受贿赂 3 万余元。①房子是徐建国之兄徐坚陀所有，赊账是徐建国之兄徐坚陀要建房，向原珠山物资总公司买钢材 9 吨。徐坚陀 2000 年 5 月 16 日笔录证实：“在 1994 年上半年，我的儿子徐荣华从景德镇市用汽车运到南昌来，房子是我所有，这 9 吨价值 33 300 元钢材，算在我的名下。”这一笔录证实这 9 吨钢材是徐建国之兄徐坚陀建房所用，并不是徐建国所用。至今还保留徐荣华的欠条 3 万多元是事实。②1994 年 3 月 22 日提取钢材 9 吨，徐荣华立了一张欠条，欠条内容：“领珠山物资总公司钢材：1.螺文钢 2.528 吨；2.圆钢 2.042 吨；3.中 6.5 线材 2.528 吨；4.中 8 线材 1.910 吨，合计 9 吨，总额人民币 33 300 元，今欠人：徐荣华。”住址、身份证号码都作了记载。这张欠条很明确，徐荣华拿走钢材后，立了欠条，已形成一种债务关系。不是徐建国欠钢材款，而是徐荣华的钢材款，形成的是一种民事债务关系，怎么能认定这 3 万多元是徐建国受贿呢？不能把民事法律关系扯成刑事犯罪关系，这样就扩大了打击面。这 3 万多元钢材款欠条还存在公司里，并没有取消。发生纠纷可以用民事手段解决。③徐建国 5 月 31 日笔录证实事后两次还 2.8 万元是事实。证人徐荣华 2000 年 5 月 15 日笔录：“黄国述他老婆来到我叔住处，我叔便将贰万捌仟元现金

交给黄国述并对他说这就是还欠钢材款，当时黄国述还写了收条。”在法庭调查过程中，徐建国多次承认已归还钢材款 2.8 万元是事实。公诉机关出示黄国述证据没有真实性。因为黄国述是与本案有利害关系的人，其提供的证据不可采信。

不能将欠债 3 万多元认为是受贿数额，欠债不符合受贿条件。徐建国出面与新余钢铁厂联系钢材业务，是正常扶持区下属企业的行为，徐建国没有利用职权，徐建国也没有为珠山区物资公司谋取利益。

(二)海慧集团曹海龙借给徐建国 20 万元不能认定是受贿数额

起诉书认定：海慧集团向枫林公司提出索赔，在索赔过程中，海慧集团董事长曹海龙 1999 年八九月份两次给了徐建国人民币 20 万，海慧集团获得赔偿款 46.6 万元。起诉书认定这一事实，缺乏依据。

1.海慧集团获得赔偿 46.6 万元，与徐建国没有关系。

1998 年 11 月 11 日,景德镇土地局与景德镇市海慧集团签订了《国有土地使用权土地出让合同》。合同第 2 条规定：出让位于瓷都大道枫林公园旁，面积为 117.82 亩地土给海慧集团；第 7 条约定：每平方米 214.81 元人民币，折算地价款 1 687.3 万元。合同约定：景德镇市枫林有限公司保证在本合同签字生效后 20 天内交付合同约定有关土地的手续，并保证围好围墙，逾期不履行上述保证，延期天数从乙方支付地价款(除出让金)赔偿乙方已付金额 1 687.3 万元人民币的利息(利息以国家法定利率为准)。由于枫林公司没有按时交付有关手续，并保证乙方围好围墙，按合同约定，枫林公司要承担 100 多万元违约金。

1998 年 10 月 8 日，海慧集团与景德镇市枫林开发公司签订《地产转让合同书》，上有枫林公司、海慧集团公司公章，这个合同是有效合同，也是主合同。枫林公司是由市建设银行、市外贸局、市土地局合办的有限公司，建行占 50%股份，外贸局、土地局各占 25%股份。合同第 2 条约定：甲、乙双方上述地产转让价格为人民币 1 687.3 万元，土地 117.82 亩；第 6 条约定：本合同一经签订，乙方付 900 万元后即生效，甲方应在 2 天内办理土地转让手续。乙方中途反悔或违约，除退回乙方所付给甲的款项外，乙方支付地产转让费 10%的违约金。

按这两个合同约定执行，枫林公司应当承担违约责任，赔偿海慧集团 100 万元。曹海龙 2000 年 6 月 22 日笔录证实：“后来枫林公司违法，要赔偿 100 多万元，后来建行周行长找我谈到违约之事，谈了多次，由对方赔偿 46 万，因建行是主要股东。”上述两个合同都没有徐建国签字，第一个合同由原土地局局长万斤生签字，而不是徐建国。最后，1999 年 8 月 31 日，市建行、市外贸局、土地局三家与海慧集团达成协议，赔偿海慧集团 46.6 万元。海慧集团实际遭受 40 多万元损失，徐建国并没有为海慧集团曹海龙谋取利益。土地局与枫林公司仅有 25%股份，大头是市建行，徐建国对赔偿问题也没有权力干扰。

检察院认定海慧集团在索赔 46 万中给徐建国 20 万元，我们认为，索赔 46 万与徐建国没有内在联系，也没有谋取利益。市建行周发清 2000 年 6 月 28 日笔录证实：“这个问题不解决长期拖下去，对枫林公司不利，因合同确有赔偿之规定。”这证明徐建国借曹海龙 20 万元与索赔没有内在联系。

2.曹海龙给钱 20 万元是 1999 年八九月份，土地转让合同是 1998 年 10 月 8 日，从时间上看也没有内在联系。曹海龙 2000 年 11 月 19 日笔录说：“现在赔偿 46 万元，我遭受损失 60 万，徐建国没有帮忙谋利”。

3.徐建国、曹海龙的笔录证据以及其他证据说明 20 万元是借的。

曹海龙 2000 年 6 月 3 日笔录证实：“是徐建国自己提出要办点事要用钱。”曹海龙 2000 年 11 月 29 日已经证实 20 万元是借用关系。“我借钱给徐建国是分两次借给他 20 万元。大致时间为 1999 年 10 月份，徐建国怕麻烦，当时没有打借条。”不能将民事借款扩大为犯罪行为予以打击，这样就扩大了打击面。徐建国没有为他人谋取任何利益，徐建国借钱是为了买商品房，今天法庭出示的证据证实了买房是事实。

有人说，借钱怎么没有打借条，口头约定算不算数。合同法第 10 条规定，订立合同有书面形式、口头形式和其他形式。合同法已确立了口头形式也是订立合同的形式。民间存在大量借款合同就是口头约定形式。依据合同法第 10 条规定，借款可采取书面形式或口头形式。口头约定符合法律规定。

二、徐建国没有为徐鸿荣、邵火皆、邹某某谋取利益，收受徐鸿荣 9 万元、邵火皆 3 万元、邹某某 1 万元不构成受贿数额

起诉书指控第 6 起景德镇鸿荣公司经理徐鸿荣为了办事方便，于 1999 年春节至 2000 年春节之间，分三次给徐建国人民币 9 万元。第 9 起景德镇信义房地产公司经理邵某某为办事方便，分三次送徐建国 3 万，第 10 起景德镇市华龙公司邹某某为了办事便利给徐建国 1 万元。这 13 万徐建国都没有为徐鸿荣、邵某某、邹某某等谋取任何利益。首先，看徐鸿荣是否谋取了利益。徐鸿荣 2000 年 6 月 4 日笔录说：“第一次送 2 万元给徐建国是在我公司开办前送的。……1999 年六七月，我又送了 3 万元人民币给徐建国。……为了办好用地手续……到目前为止还没有办好，这块土地手续我已转让市房改办……今年春节又送 5 万元想挂靠土地局。”经过查实，徐鸿荣并没有挂靠市土地局，从徐鸿荣 2000 年 11 月 19 日笔录证实，徐鸿荣送钱给徐建国，是为了今后办事方便，并没有谋取利益。再看邵火皆的 3 万元。邵火皆 2000 年 6 月 4 日笔录：“我搞房地产开发，土地使用证都是要到土地局办理，这都是为了将来办事方便。”邹某某也是为了方便，并没有谋取利益，徐建国也没为他谋取利益。

这是在司法实践中经常遇到的问题，也就是感情投资行为怎么认定的问题。所谓感情投资是指行为人出于联系、联络国家工作人员的目的，向其赠送财物，在赠送财物前后都没有谋取什么利益。感情投资的目的是多种多样的，有的想花钱买踏实，与国家工作人员建立私交，归结起来，是出于与公务人员建立感情。感情投资没有明确为他人谋取利益的目的，司法实践中不能认定成受贿行为。本案徐鸿荣、邵火皆、邹某某送钱给徐建国都是为了巴结徐建国，属于感情投资的范围，不能认定为受贿。

三、证据问题：我国刑事诉讼法对证据问题作了规定。事实证据是定案的根本

市化工厂钱某某给徐建国 5 000 元，缺乏事实证据，仅有钱某某的一面之词，徐建国在法庭上一直否认此事，没有得 5 000 元。检察院还找了一个旁证材料，只是听说送了 5 000 元。这一个旁证也不能证实徐建国得了 5 000 元，徐建国一直否认得了 5 000 元，徐建国的口供证据，也是定案证据，因此，这 5 000 元不能认定。

江新华送 4 万元的问题，在法庭调查过程中，徐建国一直供认已归还 4 万元给江新华，并不是借给江新华。江新华借钱有目的，又没有打借条，目的是想要回 4 万元，而采取借的形式。至今还没有归还徐建国 4 万元，借、退都是钱，这 4 万元至今没有归还，应当认定受贿 4 万元。

昌江区竟成昌协开发公司经理程建军分三次送给徐建国 5 万元，没有足够的证据证明徐建国为程建军谋取利益。因为北环路开发是一个垫资工程，程建军承担北环路工程符合程序，符合要求，徐建国并没有为他人谋取利益。程建军送的 5 万元，认定受贿数额也是缺乏事实证据的。

四、自首问题

最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释(1998年4月6日)第2条规定：根据刑法第67条第1款的规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。

检察院仅掌握徐建国欠钢材款3万元的事实证据，大部分犯罪事实都是徐建国供认的，符合自首条件。并不是公诉人所讲的同一罪行不适用自首规定。

五、巨额财产来源不明问题

1.徐建国在法庭上已说明有一部分财产的来源，比如政府部门给徐建国的计划生育奖、完成税收奖、财政部门奖、综合治理奖等。

2.过年过节期间送钱送物估计10万元左右。

3.汪勇送的钱缺乏事实证据证明是徐建国的，仅有一次笔录，这是不符合证据规则的。综上所述，辩护人提出上述辩护意见，请法庭依据本案事实，作出公正判决。

此致

景德镇市中级人民法院

江西大华律师事务所律师 李云龙

景德镇市律师事务所律师 强田安

2000年11月25日

顾三富受贿、巨额财产来源不明案

案情简介

一审判决认为，被告人顾三富身为江西省粮食局副局长，自 1993 年初至 1996 年初，利用分管全省粮食计划指标，粮食铁路运输计划等职务上的便利，为他人或单位谋取利益，收受和索取他人财物，数额达 378 909.69 元，已构成受贿罪。同时，其财产明显超过合法收入，差额巨大，达 785 184.31 元，且本人不能说明其来源是合法，其行为已构成巨额财产来源不明罪。被告人顾三富犯受贿罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，犯巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑 4 年，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身。

一审判决后，顾三富不服，向江西省高级人民法院提出上诉。二审法院维持了原判。

二审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人顾三富亲属的委托，经江西大华律师事务所指派，为被告人顾三富受贿、巨额财产来源不明罪一案辩护，依法参与诉讼，特发表辩护词如下：

南昌市中级人民法院 [1998] 洪刑初字第 63 号刑事判决书，认定被告人顾三富犯受贿罪、巨额财产来源不明罪。一审认定“被告人顾三富身为国家工作人员、领导干部，利用分管全省粮食计划指标、粮食铁路运输计划等职务上的便利，为他人或单位谋取利益，收受和索取他人财物数额达 378 909.69 元，已构成受贿罪。其财产明显超过合法收入，差额巨大，达 785 184.31 元，已构成巨额财产来源不明罪”。本律师经过调查、取证、认真阅卷，认为一审判决在认定受贿数额上、事实上、行为构成方面，缺乏事实依据。一审判决把一些与顾三富职权无关接受的钱财，扩大为受贿数额，是不符合受贿要件的；一审判决在适用法律方面不当，是一个违背事实和法律的判决。请二审法院，依据本案事实，正确认定受贿数额，重事实、重证据，撤销一审违背事实的判决，并作出公正判决。

一、深圳潘春松做议价粮生意送的 12 万元，不能认定为顾三富受贿数额

我国刑法第 385 条第 1 款规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，是受贿罪”。被告人顾三富介绍深圳潘春松到高安市粮食局做粮食生意，是否与职务有关？回答是否定的。顾三富没有利用职权关系为潘春松谋利益。

1. 深圳潘春松在高安市粮油总公司买的是议价粮，并不是指标粮。议价粮买卖价格面议，

随行就市，省政府要求千方百计推销。本案案卷 1997 年 1 月 6 日高安市粮食局局长陈庆明证言：“卖给潘的粮食是议价粮”。本案案卷高安市粮食局储运科武郭经办人 1997 年 10 月 4 日表示：“当时陈局长告诉我，省顾局长介绍个深圳做粮食生意的老板姓潘的，卖些粮食给他，……我和潘谈好了价格和数量，这些粮食是议价粮，共 10 车皮，是议价粮。”本案二审阶段，律师向当时主管粮食业务的副局长刘维礼进行了调查取证。1997 年 1 月 27 日刘维礼证言：“潘春松在高安市粮食局买的是议价粮，具体数量大概 10 个车皮，数量 594 000 公斤，货款 137.56 万元，都是议价粮。议价数量是双方交谈的，公平交易。这些粮食已销售完了，当时是省局顾三富打电话到陈局长那介绍潘春松来联系这笔生意的。”以上证据足可以证明顾三富介绍潘春松到高安市粮食局做粮食生意，买的粮食是议价粮，并不是指标粮，数量是 10 个车皮计 594 000 公斤。一审判决认定是指标粮是不顾事实的，是没有任何证据的。既然顾三富介绍潘春松做粮食生意是议价粮，议价粮是随行就市，公平买卖，就不存在利用职权的问题。受贿罪属于职务犯罪，必须与职务、职权有关，若摒弃“利用职务便利”这一主体特征，便不符合受贿罪的主体要求。顾三富没有利用职权，给潘解决的是议价粮，没有利用职权谋取利益。而这批粮不是指标粮，根本不存在利用职权的问题。潘春松的 12 万元，不构成贿赂数额。不要一得钱，就是犯罪，一定要具体分析，是不是与职权、利用职务有关。顾三富介绍潘春松到高安市粮食局去做粮食生意，销售的是议价粮，不是指标粮，介绍这种生意，能促进经济发展。犯罪是危害社会的行为，帮助销售议价粮，并没有危害社会，因此，12 万元不构成受贿数额。

2. 顾三富没有接受潘春松 12 万元的直接故意。

贪污受贿行为是秘密进行的，一般不为他人所知，哪有公开进行受贿和行贿的？潘春松给顾三富的 12 万元，顾三富并没有接受。顾三富 1997 年 7 月 25 日笔录：“我当时叫潘春松把 10 万元汇到五丰公司去，帮我还我在五丰公司替范水宝借的 10 万元。”潘春松第一次汇了 5 万元到五丰公司账上，第二次潘春松拿了 7 万元给廖海根，由廖海根汇 5 万元到五丰公司账上。潘的 10 万元确实到了五丰公司账上。顾三富并没有直接接受潘的 10 万元，都是公开转到五丰公司账上的，归还了范水宝借款 10 万元。这怎么能认定顾三富受贿 10 万元的数额呢？潘的 10 万元财产所有权已转到五丰公司，并没有进顾三富的腰包，顾三富并没有占用这 10 万元。这 10 万元不能认定为受贿数额。

一审判决认定：“顾以粮食局要收差价粮的名义索取好处费。”这一认定是不符合事实的。索贿行为具有主动勒索他人财物的属性，对方给财物是违心和被迫的，受贿者对他求办的事，故意拖着不办，迫使对方交了财物才办。索贿是行为人利用职务上的便利，以不为他人谋取利益相要挟，索取财物，索贿应在前，索贿是以权诈利。本案事实不是这样的，潘春松已在高安做完了粮食生意后，是潘主动到顾三富办公室送钱表示感谢，并不存在顾三富主动索取的意思。深圳老板潘春松已做完了粮食生意以后再来感谢，他也可以不来感谢，反正粮食交易已完成。因此，不存在索取的问题。一审认为顾三富主动索贿没有事实依据。

3. 顾三富没有占用范水宝的房子，没有收到范水宝还款 3 万元。范水宝一人签的抵押合同无效，并没有办理抵押登记手续。

一审认定：“范某某陆续归还顾三富 3 万余元的代还款。”这一认定是缺乏事实依据的。仅凭范水宝一人的证据，仅凭口供依据来认定顾三富接受 3 万元代还款是不符合刑事诉讼证据要求的。被告人顾三富一直否认接受范水宝 3 万元，本案仅凭范水宝一人证言，这就容易夸大事实。范水宝的口供证据不具有证据力，因为他是与本案有利害关系的当事人。本案仅凭范水宝口供证据归还了顾 3 万元，而顾三富一直否认得了他 3 万元。一审法院认定是不符合我国刑事诉讼法有关证据要求的。

一审判决认定范水宝用抚州路 24 号北单元 801 的商品房作 75 000 元抵押，这一抵押是无效的。

这是牵涉到民事抵押权的设定的问题。根据法律规定，抵押权除法定抵押外，要通过订立抵押合同而设定。抵押合同是当事人(包括债权人、债务人或第三人)之间订立的抵押权合同。从本案案卷 0086 页范水宝 1996 年 4 月 4 日提供的《合同》看，合同书上仅有范水宝一人的签字，没有顾三富以及五丰商行签字，不符合合同要件。《中华人民共和国担保法》第 38 条规定：“抵押人和抵押权人应当以书面形式订立抵押合同。”单方面的签字不能发生法律效力，应视为抵押无效。第 41 条规定：“当事人以本法第 42 条规定的财产抵押的，应当办理抵押物登记，抵押合同自登记之日起生效。”这一抵押合同没有经过双方当事人签字，又没有到房产部门登记，应视为抵押无效。1999 年 2 月 23 日取证南昌市房管局有关咨询证明：“房产抵押未办抵押手续又未公证登记，从法律角度上讲等于没有任何抵押依据，房产权还是属于原业主”。

一审判决认定：“801 商品房以 75 000 元抵押”。这 801 商品房价格为 47 500 元，对于装饰 1 000 元，电话、材料费 7 000—8 000 元，没有票证证明，不能范水宝说多少就定多少。一审判决认定 75 000 元，很马虎，不严谨。

二、受贿罪是利用职权为他人谋取利益的职务犯罪，没有利用职权接受财物，不能认定为贿赂。本案陈春生私人送 3 万元、尹玉光私人送 5 000 元、万济芳送 2 000 元，这些钱与职务无关，不能认定为受贿数额

1. 宁都县粮油饲料工业公司经理陈春生送给顾三富 3 万元，不能认定是受贿数额。

顾三富 1997 年 4 月 5 日笔录证言：“宁都县陈春生给我钱之前，我曾向陈春生讲过，局里要分房子，要装饰，后来陈春生和陈东兵到我办公室，钱是陈春生给我的，陈春生讲是他自己的钱，借给我也可以，我才收下。”顾三富 1997 年 3 月 31 日的证言也反复证实上述证言的真实性。宁都县粮食局陈春生也证明顾三富证言的真实性。1997 年 4 月 2 日陈春生询问笔录：“大概是 1995 年的 10 月份左右，我一个人带了 3 万元到顾三富办公室，说顾局长要装修房子，这些钱拿去，顾局长当时不肯收，我再三声明，这些钱是我自己私人的，不会有事，实在不行，就作为我自己借给你的，这样顾三富才收下。”上诉期间，1999 年 2 月 2 日，宁都县粮油饲料工业公司取证材料证实：“1995 年 10 月，陈春生个人借给时任江西省粮食局副局长顾三富的 3 万元人民币没有在我公司开支，确属陈春生私人借给顾三富的，特此证明。盖有宁都县粮油饲料工业公司公章。”本案被告顾三富、当事人陈春生，以及饲料公司的材料证实了 3 万元是陈春生借给顾三富的装修款。陈春生私人开支的钱，陈春生个人与顾三富不存在职务上的联系，本案当事人陈春生个人没有请托顾三富办事，没有利用职权解决问题。事实上顾三富没有利用职权为陈春生个人谋取利益。这 3 万元与顾的职权无关系，因此，不能认定受贿 3 万元。如果把这 3 万元个人的钱，扩大为受贿数额，就扩大了打击面，这是法律所不允许的。一审判决把陈春生给顾 3 万元的装修费，扯到公司要求解决玉米指标上，拼命往职务关系上靠。大量证据证实是陈春生私人的钱，与公司没有关联，就不存在顾利用职权的问题。

2. 赣州地区粮油工业公司尹玉光在顾三富大女儿结婚时送礼 5 000 元不属于受贿数额。一是该公司贷款项目不归顾三富主管，不存在职务之便，顾三富出面帮忙说情，但行使权力却在主管局长万某某，而不在顾三富。尹玉光的 5 000 元，整个笔录证实是顾三富大女儿结

婚的礼物，是属朋友礼尚往来，如果把私人的礼尚往来都视为受贿，这样认定，就会杜绝人情之间的交往。钱是尹玉光个人开支，不是公司开支，1999年2月8日书证证明尹玉光5000元未在公司开支，这5000元不能认定为受贿数额。

3.原临川县粮食局副局长万济芳送的2000元不属受贿行为。

一审认定：“临川县粮食局副局长万某某因临川和抚州市合并，希望合并后在职务上安排好，顾三富给地区粮食局及行署领导打招呼。”安排原临川县粮食局副局长万某某职务的权力不在顾三富，不存在职务上的便利。顾三富只是出于人情，跟万济芳联系打招呼，顾三富当时职务是省局副局长，与抚州行署领导是平级，不存在被领导关系。顾出面打招呼，行署领导不一定听他的，并没有行使职权，因此，给顾2000元，不存在利用职权为他人谋取利益的问题。实际上，行署领导并没有安排万为局长，只是安排为副局长。有人说这是斡旋受贿行为，但1995年发生的事不能适用新刑法罪名。在利用职务之便的范围内，是指主管、经管的方便，而不是利用国家工作人员的身份影响，万济芳送的2000元不存在顾利用职务上便利的问题。

受贿罪是一种职务犯罪行为，如果把与职务无关收受财物的行为都扩大认定为受贿，就改变了受贿罪的本质和法定要件，这就会扩大打击面。不要把别人给顾三富的装饰款、女儿结婚礼物、人情交往财物都作为犯罪处理，否则是不符合法律要求的。

三、一审认定顾三富接受涂升平15万元没有事实证据，只能认定顾接受8万元

本案当事人涂升平的口供不具有证据性、真实性，他是帮助送钱的当事人，这是属于拿别人的钱办事的范围，证据具有虚假性。顾三富的证言反复证实只得了涂升平送来的8万元，而不是15万元。

在我国刑事诉讼法中，被告人虽然是被追究刑事责任的对象，但不是任人摆布的客体，确认了被告人在诉讼中当事人的地位，还赋予他必需的诉讼权利，被告人的证言和辩解是作为证据来源的，他对案情应当是最清楚的，被告人证据效力有证据价值。顾三富在一审期间，作过长篇笔录，原审法院没有采纳，是不符合法律要求的。一审法院认定涂升平送了15万元，只靠涂升平一人的证据来断案，是没有事实证据的。没有得到顾三富承认的证据，是不能认定15万元受贿数额的。涂升平给顾的钱只能认定为8万元。

四、被告顾三富主动交代检察机关未掌握的犯罪行为，应认定为自首情节

被告人顾三富1997年4月5日笔录交代：“我想我现在有什么讲的，如黎川的事，是我主动讲的；再是宁都陈春生给了3万元，这也是我自己讲出来的。”1997年4月22日顾三富笔录交代：“我帮黎川县粮食局搞了议价玉米指标，黎川县粮食局的涂升平给了人民币8万元，这是我自己交代的。”

上述辩护对陈春生私人3万元不能认定为受贿数额。再退一步讲，就是认定是受贿数额，也是顾三富主动讲的，应该属于自首范围。涂升平的8万元也是顾三富主动讲的，应认定自首情节。根据最高人民法院关于《适用刑法时间效力规定若干问题的解释》第4条：“1997年9月30日前被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人或者1997年9月30日以前犯罪，1997

年 10 月 1 日以后仍在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他犯罪的，适用刑法第 67 条第 2 款的规定。”我国刑法 67 条第 2 款规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他犯罪行为的，以自首论。”对于自首的犯罪分子可以从轻或者减轻处罚。一审判决没有认定顾三富的自首情节，是非常错误的。对于顾三富主动供述陈春生 3 万元、黎川的涂升平 8 万元，应以自首认定，适用从轻减轻处罚。

综上所述，一审认定顾三富受贿 378 909.69 元，是不符合法律和事实要求的，深圳潘春松的 12 万元，不存在职权关系，买的是议价粮，不能认定为受贿数额，顾并没有直接接受 12 万元；范水宝房屋抵押无效；受贿罪是利用职权为他人谋取利益，宁都陈春生私人 3 万元、赣州地区尹玉光给顾女儿结婚送礼 5 000 元、临川粮食局万济芳送 2 000 元不存在职权关系，顾三富并没有为陈春生、尹玉光私人办事，利用职权谋利益。临川县粮食局万济芳的职务安排，不是顾的职权范围内的事，万某某的 2 000 元不能认定为受贿。以上共计 157 000 元不能认定为受贿数额。一审认定涂升平行贿 15 万元，根据证据要求，不能认定，仅能认定 8 万元。根据法律与事实的要求，应除去 227 000 元，仅能认定顾三富受贿 151 000 元，还应当认定顾三富具有自首情节。请二审法院依据本案事实，撤销一审错误判决。顾三富犯有受贿罪，改判为有期徒刑 10 年，加上巨额财产来源不明罪判处有期徒刑 4 年，进行数罪并罚。以上辩护意见，请二审法院考虑。

此致

江西省高级人民法院

江西省大华律师事务所律师 李云龙

1999 年 10 月 20 日

陶年根受贿、滥用职权案

案情简介

被告人陶年根，男，1949年1月25日生，汉族，江西省南昌市人，大专文化，被捕前任南昌市劳动和社会保障局局长，2007年8月29日因涉嫌受贿罪被刑事拘留，同年9月7日被逮捕。

一、受贿罪

江西省南昌市人民检察院指控，被告人陶年根在任南昌市劳动和社会保障局（以下简称市劳动局）局长期间，于1997年至2006年期间，利用其职务便利，为他人谋取利益，个人或伙同其亲属先后30次收受5名个体建筑商共计人民币567.12万元。其中1997年至2000年期间，陶年根应其同学胡月龙的要求，帮助个体建筑商帅香根承接市劳动局下属单位——南昌市技工学校宿舍楼与食堂以及南昌市社会保险事业管理处的宿舍工程，此后陶年根与其妻陈金凤分8次共同收受了帅香根委托胡月龙转交的人民币14万元。2001年至2005年期间，陶年根与其妻陈金凤先后9次，共同收受原南昌市医疗保险事业管理处副处长邓木灵为感谢陶年根多年来在其职务及工作方面的关照和支持送的财物共计人民币15.12万元。2003年至2005年期间，陶年根与其妻陈金凤或与其子陶然分3次收受原南昌市职业介绍服务中心主任周云为感谢陶年根多年来在其职务及工作方面的关照和支持而送的财物共计人民币16万元。2004年上半年，个体建筑商徐长根得知市劳动局要建外来劳动力市场，遂请胡月龙找陶年根帮忙承接该工程，胡月龙找到陶年根并告知此事，陶年根答应帮忙并给相关人员打招呼。此后，徐长根以南昌市劳动建筑工程公司的名义顺利承接了外来劳动力市场工程。2005年春节前一天，徐长根委托胡月龙送给了陶年根人民币10万元以示感谢。当晚，胡月龙将人民币10万元送到陶家交给了陈金凤，陈金凤收受后将此事告诉了陶年根。2000年至2006年期间，陶年根先后几次收受南昌市新华实业有限公司总经理陶春华为感谢其多年来在各项工作中给予的帮助而送的财物共计人民币512万元。

二、滥用职权罪

（一）建设南昌市劳动医疗康复中心的情况

南昌市劳动医疗康复中心（劳动医院）位于青山南路471号，建筑面积28,360平方米。该项目于1993年立项，1996年12月开工，2004年12月基本竣工并投入使用。该项目动用工伤基金6665.46万元。

南昌市劳动医疗康复中心自 2004 年 12 月 28 日至 2007 年 11 月，实际累计亏损 761.41 万元，对外负债总额为 1286.1 万元，存在“病员少，亏损大，资金缺，负债重”的严重不佳状态，门诊医疗收入仅能维持日常开支。

（二）建设星子县太乙村南昌康复疗养中心的情况

星子县太乙村南昌康复疗养中心，位于九江市星子县庐山山南太乙村，占地 30 亩，在星子县工商局注册设立，1998 年投资建设，2001 年竣工并投入使用，其中挪用工伤基金 455 万元，用于该项目的建设。

该项目于 2005 年 3 月补办了立项手续，属于先建后批。

太乙村康复疗养中心亏损也达 173.59 万元，其原设想的康复疗养功能已被接待旅游、会议、培训等所代替，现在的日常运营收入都不能维持。

至案发时，所动用的基金分文未能收回，不仅造成了巨大的经济损失，也严重扰乱了社会保险基金的管理秩序，造成了恶劣的社会影响。据此认为，被告人陶年根身为国家机关工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，个人非法收受他人财物计人民币 45.12 万元，共收受财物共计人民币 567.12 万元，数额特别巨大；被告人陶年根滥用职权，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，情节特别严重，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 385 条第 1 款、第 386 条、第 383 条第 1 款第（1）项、第 397 条第 1 款之规定，分别构成受贿罪、滥用职权罪。

被告人陶年根受贿、滥用职权罪起诉到南昌市中级人民法院后，他的妹妹陶三妹找到江西云龙律师事务所，请李云龙律师为被告人陶年根辩护。李云龙律师、于义庆律师多次到安义县看守所会见陶年根，每次见到陶年根，陶年根都准备一份不服起诉书有关陶春华三次贿赂 500 万元的申辩意见，认为陶春华三次送陶年根 500 万元不是事实。陶年根多次申辩，其行为不构成滥用职权罪，南昌市康复中心、星子县太乙村康复中心的项目，都是集体研究，经过南昌市人民政府有关部门批准建立的项目。

被告人陶年根犯受贿、滥用职权罪一案于 2008 年 9 月 26 日上午在南昌市中级人民法院开庭，李云龙律师为被告人陶年根受贿、滥用职权一案出庭辩护，对被告人陶年根受贿罪作了有罪辩护，对被告人陶年根滥用职权罪作了无罪辩护。

2008 年 10 月 9 日南昌市中级人民法院（2008）洪刑二初字第 13 号作出一审判决。一审判决认为，被告人陶年根身为国家工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物，其行为已构成受贿罪，受贿数额 567 万元，数额特别巨大，情节特别严重。判决被告人陶年根犯受贿罪，判处死刑，缓期二年执行；犯滥用职权罪，判处有期徒刑六年，决定执行死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身。

一审宣判后，被告人陶年根不服一审判决提出上诉。上诉认为：一审法院认定陶年根收受陶春华 500 万元没有事实证据，是陶春华冤枉他的，请求二审法院改判。上诉人陶年根认为：“一审法院认定其滥用职权罪，不符合事实。我是依法行使职权，没有滥用职权造成损失的鉴定结论……”江西省高级人民法院刑二庭认真审查上诉人陶年根上诉请求，经院审委会讨论，决定撤销南昌市中级人民法院（2008）洪刑二初字第 13 号刑事判决书中对被告人陶年根犯滥用职权罪判处有期徒刑 6 年的判决，维持一审判决书中对被告人陶年根犯受贿罪判处死刑，缓期二年执行的判决。经审理判决后，被告人陶年根不服二审判决，在监狱服刑期间继续向有关部门申诉。本案 500 万元贿赂款至今还没有找到。

一 审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人陶年根的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人陶年根受贿、滥用职权一案出庭辩护，依法参与诉讼，发表辩护词如下：

南昌市人民检察院（2008）洪检刑诉第 8 号起诉书，认定被告人陶年根身为国家机关工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，个人非法收受他人财物计人民币 523 万元，伙同其亲属非法收受他人财物计人民币 44.12 万元，共计收受财物 567.12 万元，数额特别巨大。被告人陶年根滥用职权，致使国家利益遭受重大损失，应当以受贿罪、滥用职权罪追究其刑事责任。辩护人认为起诉书认定被告人陶年根犯受贿罪名成立，对于认定陶年根受贿罪的数额 567.12 万元，有异议。

辩护人认为检察院起诉认定被告人陶年根受贿数额 567.12 万元缺乏事实证据，起诉被告人陶年根的行为构成滥用职权罪，辩护人认为，被告人陶年根滥用职权罪名不成立，陶年根是正常履行职责，其行为不构成滥用职权罪。具体辩护事实如下：

一、认定陶年根受贿 500 万元缺乏事实证据，不能认定受贿数额

1.陶春华取钱时间前后矛盾。起诉书认定：“在陶春华与市劳动局商谈过程中及承包环湖宾馆后，陶年根于 2006 年 7 月至 11 月期间，在本市子安路社保宿舍附近分三次收受陶春华人民币 500 万元。（1）2006 年 7 月份的一天，陶年根在本市子安路社保宿舍附近收受陶春华给予的人民币 200 万元。（2）2006 年 8、9 月的一天，陶年根在本市子安路社保宿舍附近收受陶春华给予的人民币 200 万元。（3）2006 年 11 月的一天，陶年根在本市子安路社保宿舍附近收受陶春华的人民币 100 万元。”

公诉人公诉机关陶年根收受陶春华三次贿赂 500 万元。这 500 万元在证据上是矛盾的，相互不能印证。2007 年 10 月 11 日，陶春华询问笔录交代：“我于 2006 年分三次共送给陶年根 500 万元是事实，但 500 万元资金来源大部分不属实。”在 500 万元资金上，行贿人陶春华交代是前后矛盾的，这是第一个疑点。陶春华交代行贿 500 万元，但是 500 万元资金来源，陶春华交代几次都矛盾。500 万元是一个很大数字，500 万元人民币从数量至重量都是一个很大的数字。陶春华交代 500 万元资金来源，主要是 2006 年 3 月 6 日和 7 日取出大量现金。依照陶春华交代送给被告人陶年根的现金分别是 2006 年 7 月份 200 万元；2006 年 8、9 月 200 万元；2006 年 11 月份 100 万元。取出现金时间是 2006 年 3 月份，而送出现金时间为 2006 年 7、8、9、11 月份，取出现金与送出时间相差 4 个月、5 个月、8 个月不等，使人很难相信陶春华送出 500 万元属实。现金需放 4—8 个月，大量现金能在办公室放存这么久吗？符合现金保管原则吗？

2.取出 400 多万元，陶春华原想一是离开南昌用钱，二是帮他人活动，三是用于装修环湖宾馆，并没有表明送给陶年根。

为什么陶春华 2006 年 3 月初取出这么多钱？陶春华 2008 年 1 月 2 日交代笔录：“一是我想离开南昌一段时间，这就需要时间；二是如果陶年根出事，我想在外面花钱帮他活动一下；三是当时我也打算留一些钱用于环湖宾馆继续改造。”这说明取出 400 余万元不是为了送给陶年根，而是用于环湖宾馆改造。再说取出 400 万元，取钱者陶春华之妻万群并不知道 400 万元是送给陶年根。

显然陶春华送给陶年根 500 万元缺乏事实证据。被告陶年根第一次笔录：被告人陶年根 2007 年 5 月中旬交代分五次收受陶春华 201 万元，并没有交代 500 万元。

3.500 万元现金是一个很大数字，查无去处，这使本案缺乏主要认定证据。关于 500 万元，前后交代矛盾。如何采信证据？500 万元重量为 150 市斤，体积为 1.2 立方米。至今没有查实是否被告人陶年根得了 500 万元，500 万元现金去向何处，没有证据证实。据陶年根笔录交代 400 万元放在儿子陶然苑中园房，100 万元资金放在桂花村陶九根。2007 年 9 月 17 日证人陶然证据：“我母亲交给我的旅行包装了我和我父亲收藏的纪念币和粮票等一些物品。”证实没有 400 万元。证人陶九根 2007 年 6 月 20 日笔录证实：“我与陶年根之间没有经济往来，没有存放财物。”这些证据表明被告人陶年根收受 500 万元，缺乏事实证据支持。

公诉方对被告人陶年根查封财产，至今 500 万元没有查实，没有查实 500 万元证据，就很难认定 500 万元受贿，如果认定受贿 500 万元，就会冤枉好人，就会犯刑事政策扩大化的错误。

二、被告人陶年根没有为邓木灵、周云谋利，收受邓木灵 15.12 万元、周云 16 万元，不能认定为受贿数额

起诉书指控：“被告人陶年根与其妻陈金凤 9 次共同收受南昌市医疗保险事业管理处副处长邓木灵，为感谢陶年根多年来在其职务及工作上的关照送的人民币 15.12 万元，收受南昌市职业介绍服务中心主任周云送的财物人民币 16 万元。”

受贿是指国家工作人员利用职务上的便利，收受他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益，受贿罪有两种类型，一种是索贿形式受贿罪，另一种是收受他人财物受贿罪。

收受型受贿罪要具备两个条件：一是利用职务之便，如果国家工作人员收受他人财物，并没有利用职务之便，不构成受贿罪；二是利用职务之便为他人谋取利益，缺少这一条件，不构成受贿罪。最高人民法院《关于当前办理经济犯罪案件具体运用法律若干问题的解答》第 1 条规定：“把利用职务上的便利与未利用职务上的便利区别开，利用职务上的便利是构成受贿罪的不可缺少的条件。”依据法律规定和司法解释，首先分析一下被告人陶年根是否利用职务之便谋利的问题。

1.被告人陶年根没有为邓木灵、周云谋利。南昌市医保事业管理处邓木灵、南昌市职业介绍服务中心周云工作变动、职务晋升都是经过组织考察，党组集体研究的，不存在陶年根为邓木灵、周云谋利。2003 年 4 月 21 日中共南昌市劳动和社会保障局党组会议记录：“根据党组推荐，人事处于 4 月 7 日对周云考察，同意周云任市职介中心党支部书记（正科级）。”本案提供书证材料，都证实邓木灵、周云是经过考察、集体研究正常调整职务，被告陶年根没有利用职务之便重用提拔邓木灵、周云。本案没有提供被告人陶年根为邓木灵、周云谋利的证据，没有提供为邓木灵、周云封官许愿的证据，没有提供邓木灵、周云求助被告陶年根晋升许愿的证据。被告人陶年根身为局长，工作上关顾邓木灵、周云是正常工作范围。职务上谋利才是贿赂犯罪的内容，要正确区别工作关顾和职务谋利关系。起诉书认定被告人陶年根收受邓木灵人民币 15.12 万元，收受周云人民币 16 万元，与陶年根职务上没有关系，不能认定为受贿数额。

2.起诉书认定：邓木灵分三次共拿了人民币 5 万元给胡月龙，付给韩宽林装饰费 5 万元，不能认定为受贿数额。

被告人陶年根 2007 年 5 月 11 日笔录：“2004 年 5、6 月份装修完成后，韩宽林到我家结账，他带了购买材料的费用以及工钱的结算单来，总共是 2.9 万元，我老婆就拿了 2.9 万余元付给韩宽林。当时邓木灵、韩宽林以及胡月龙都没有对我说过邓木灵为我家的房子装修

支付了工钱。”装修工韩宽林 2007 年 6 月 4 日笔录：“问：你是否告诉陶年根、陈金凤，邓木灵经胡月龙的手给了你 5 万元装修款的事？答：我没有说。”上述证据说明被告人陶年根支付给韩宽林装修款 2.9 万元，是与韩宽林结算的。韩宽林并没有告知还欠装修款 5 万元，也没有告诉陶年根是邓木灵支付了装修款 5 万元，对于装修款 5 万元不明知的，就不能认定受贿数额 5 万元装修款。

3.邓木灵为被告陶年根购买空调价值 0.52 万元，不能认定为受贿数额。

被告人陈金凤 2007 年 6 月 15 日笔录：“在安装的当天，我要付空调款，胡月龙说等以后再说。”陈金凤的笔录证实买空调是要付款，而没有付，以后还是要付的，胡月龙说以后再付，说明空调款是要付的。只是同事之间形成债务，并不是受贿。

三、要划清受贿与收受馈赠礼物的界限

理论上，馈赠是民事法律行为。朋友之间、同事之间互相馈赠，过年过节相互来往，收受礼物是亲情友谊的表现，不存在以权谋私的目的。

1.南昌市职业介绍中心周云送给陶然结婚礼物 1 万元，不能认定为受贿数额。周云 2007 年 5 月初笔录证实“陶然结婚前两天，我开车到陶然家的楼下后，我看见陶然来了，拿了装有 1 万元钱的大红包给陶然，对他讲马上要当新郎官了，恭喜！”从周云笔录可证实这 1 万元是送给陶然的结婚礼物，是新婚贺礼，周云的送礼并没有想谋取利益，完全出于祝贺陶然结婚。这 1 万元是馈赠不得认定为受贿数额。结婚送礼吃酒是礼尚往来，而且数额不大，不应认定陶年根及陶然受贿 1 万元。

2.不能将邓木灵送给陶年根之子陶然结婚之礼 1 万元认定为受贿数额。

受贿是犯罪行为，结婚贺礼是民族传统的表现。如果将结婚礼物作为犯罪处理，那有违传统结婚贺礼习俗？对于结婚送 1 万元的贺礼，不应认定为受贿数额。

3.逢年过节礼物 18 万元，不能认定为被告人陶年根受贿数额。节日送的钱物是过年过节的祝贺，不具备主观受贿的目的。

1999 年元旦胡月龙为帅香根转送的 1 万元。

1999 年端午节胡月龙为帅香根送的 1 万元。1999 年中秋节胡月龙为帅香根送的 1 万元。2000 年春节胡月龙为帅香根送的 1 万元。2001 年春节邓木灵送的 1 万元。2002 年春节邓木灵送的 1 万元。2003 年春节邓木灵送的 2 万元。2004 年春节邓木灵送的 2 万元。2001 年春节陶春华送的 1 万元。2002 年春节陶春华送的 2 万元。2005 年端午节陶春华送的购物券 1 万元。2005 年中秋节陶春华送的 2 万元。2006 年春节陶春华送的 2 万元。从 1999 年元旦至 2006 年春节，被告人陶年根工假节日礼物馈赠共 18 万元，这 18 万元不能认定为受贿数额。

四、起诉书认定的滥用职权罪不成立，没有证据证明造成财产损失多少的证据

根据我国《刑法》第 397 条第 2 款的规定，国家工作人员徇私舞弊，滥用职权，是指为了个人私利，私情，采取弄虚作假，欺上瞒下等手段，滥用职权的行为。

滥用职权罪在客观方面表现为国家工作人员滥用职权使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的行为。职权是国家机关工作人员代表国家处理公务的职责和权力。“滥用职权”的具体表现为多种多样，行为人将其职权运用于职权范围以外的事项，即国家工作人员行使

职权时，超越职权范围，实施了其无权实施的行为，是行为人不履行职责。滥用职权的行为，必须致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失，才追究刑事责任。最高人民检察院 1999 年 8 月 6 日通过的《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》，滥用职权罪的重大损失是指具有下列情形之一的：“造成死亡 1 人以上，或者重伤 2 人以上，或者轻伤 5 人以上的；造成直接经济损失 20 万元以上的；造成有关公司、企业等单位停产、严重亏损、破产的；严重损害国家声誉，或者造成恶劣社会影响的……”依照人民检察院立案标准规定，要求造成经济损失 20 万元。现从本案证据材料看，并没有提供一份司法技术鉴定证明损失达到 20 万元。南昌市康复中心等二个项目都是经过正常报批组建的。公诉机关对造成重大财产损失没有提供司法鉴定，也没有提供南昌市康复中心等项目造成重大损失数额 20 万元的证据。没有造成财产损失 20 万元以上，就没有达到滥用职权罪的立案标准。

1. 被告人陶年根的行为不构成滥用职权罪，南昌市康复中心、星子县太乙村康复中心的项目，都是集体研究，经过南昌市人民政府有关部门批准建立的项目。

本律师已向法庭提供证据表明，国家劳动和社会保障部社会保险福利司已批复成立南昌市康复中心，南昌市政府计划委员会“同意兴建南昌市劳动医疗康复中心立项”，证明兴建南昌市劳动医疗康复中心是合法的，被告人陶年根无超越职权的违法行为。

2. 对于起诉书认定将工伤保险资金买房问题，这是违反财政纪律行为，并不是滥用职权犯罪。指控被告人陶年根违反职权犯罪不成立。

3. 依据《关于人民检察院直接受理立案侦查案件立案标准的规定（试行）》，滥用职权罪的重大损失是指造成直接经济损失 20 万元以上，造成有关公司、企业等单位停产、严重亏损等行为。本案没有提供司法鉴定数额标准，没有证据证明南昌市康复中心和星子县太乙村康复中心有直接经济损失的证据。

鉴于上述情况，检察机关认定被告人陶年根受贿 500 万元现金缺乏事实证据，至今 500 万元没有查实。周云、邓木灵给陶然的结婚贺礼，不能认定为受贿数额，节日礼物 18 万元不能认定为受贿，被告人陶年根的行为不构成滥用职权罪。请一审法院依据本案事实，判处被告人陶年根犯受贿罪，并予量刑事处罚。以上意见是否妥当，请审判长考虑。

此致

南昌市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙于义庆
2008 年 9 月 26 日

徐跃进受贿、挪用公款案

案情简介

被告人徐跃进，男，1958年3月22日出生，汉族，本科文化，中共党员，原系江西省德兴市市委书记，因涉嫌受贿罪于2010年5月28日被刑事拘留，同年6月10日经江西省人民检察院决定逮捕，次日由上饶市公安局执行逮捕。

此案是纪委查处案件，由上饶市人民检察院侦查终结。以被告人徐跃进涉嫌受贿罪、挪用公款罪于2010年11月11日移送审查起诉。江西省高级人民法院于2010年12月5日指定本案由赣州市中级人民法院审理。上饶市人民检察院于2010年12月10日将本案移送赣州市人民检察院起诉。本案审查起诉阶段，被告人徐跃进的爱人来南昌委托江西云龙律师事务所律师李云龙为被告人辩护。李云龙律师接受委托后，依据本案情况，经调查取证后，为法庭辩护做好准备工作。江西云龙律师事务所律师袁开明参与调查、庭审诉讼。

赣州市人民检察院（2011）第19号起诉书认定：2004年至2009年，被告人徐跃进在担任江西省德兴市市委书记期间，利用职务上的便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物共计人民币770.525万元，美金7000元。

2006年3月，路桥公司董事长范剑因公司资金困难，找到被告人徐跃进帮忙借款。徐跃进便指使时任德兴市劳动和社会保障局局长周跃安从该局财务借款100万元给路桥公司使用。

案发后，上饶市纪律检查委员会追缴被告人徐跃进违纪款共计人民币350.147865万元。

检察院认为，被告人徐跃进身为国家工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物共计人民币770.525万元，美金7000元；挪用公款100万元归个人使用，进行营利活动，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第385条第1款、第386条、第383条第1款第1项、第384条、第69条之规定，应当以受贿罪、挪用公款罪追究其刑事责任。

本案于2011年5月26日开庭。江西云龙律师事务所律师李云龙、袁开明、张加清律师出庭为被告人徐跃进辩护，并出示十二份新的证据。赣州市中级人民法院依据公诉意见、律师辩护意见，作出一审判决，判处被告人徐跃进犯受贿罪判处无期徒刑。本案已上诉至江西省高级人民法院。

一审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人徐跃进亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人徐跃进受贿、挪用公款一案出庭辩护，发表辩护词如下：

赣州市人民检察院（2011）第19号刑事起诉书，起诉被告人徐跃进身为国家工作人员，利用职务上的便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物计人民币770.525万元，美金7000元；挪用公款100万元，归个人使用，进行营利活动，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第385条第1款、第384条之规定，应当以受贿罪，挪用公款罪追究其刑事责任。

本律师认为，赣州市人民检察院（2011）第 19 号起诉书，起诉被告人徐跃进受贿罪，对其定性没有异议，对其非法收受他人财物计人民币 770.525 万元有异议。

1.收受德兴市黄柏乡党委书记齐细福 18 万元存折、40 万元人民银行卡，在“双规”之前已退还，不能认定为受贿数额。

2.聚远华府 11-1-5、6 两间店面，没有过户至徐跃进二哥徐勇名下，不能认定为收受胡雨龙财物 89.63 万元。

3.吉阳花苑新村 88 号别墅，价格双方商定，并办理过户手续，林观岳别墅房价 79.07 万元不能认定为受贿数额。

4.起诉认定德兴市泗洲镇镇长董发根送给徐跃进 5 万元，浙江商人夏剑锋 2005 年年底送给徐跃进 10 万元，没有谋取利益，属于感情投资的钱，不能认定为受贿数额。

对起诉书起诉被告人徐跃进的行为触犯我国刑法第 384 条，其行为构成挪用公款罪。本律师认为被告人徐跃进不是公款挪用人，范剑与德兴市及劳动和社会保障局签订了《借款协议》，合同已确认民事借贷关系，被告人徐跃进不构成挪用公款罪。

被告人徐跃进具有自首、坦白认罪法定从轻或减轻情节，请人民法院量刑时考虑上述辩护意见。

具体辩护如下：

一、受贿罪认定问题

起诉书认定：“2004 年至 2009 年，被告人徐跃进在担任江西省德兴市市委书记期间，利用职务上的便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物共计人民币 770.525 万元，美金 7000 元。”被告人徐跃进收受齐细福存折和银行卡 58 万元，收受胡雨龙两个店面财物 89.63 万元，收受林观岳 88 号别墅计人民币 79.07 万元，均不能认定为受贿数额。德兴市泗洲镇镇长董发根 5 万元，浙江商人夏剑锋 10 万元，被告人并没有为他人谋利，不能认定为受贿数额 241.700 万元，实际受贿数额为 528.825 万元，美金 7000 元。

（一）齐细福送给徐跃进的 18 万元存折、40 万元银行卡，在“双规”之前退还，不能认定为被告人徐跃进受贿数额

起诉书认定：“原德兴市黄柏乡党委书记齐细福送给徐跃进一本存有 18 万元人民币的存折，2009 年 8、9 月份的一天，送给徐跃进一张存有 40 万元人民币的银行卡，被告人徐跃进非法收受齐细福财物共计人民币 58 万元。”齐细福 58 万元存折和银行卡已在“双规”之前及时退还，不能认定为受贿数额。

从法庭调查事实来看，被告人徐跃进收受 58 万元存折和银行卡，没有查阅账户的钱，也没有动一分钱，并于 2009 年 11 月 17 日徐跃进在没有进入“双规”之前主动退回。由德兴市委办公室主任张传态、秘书钱中受徐跃进之托，负责退给了齐细福，这种拒贿 58 万元不能认定为受贿数额。

国家工作人员收受财物后及时退还或者上交，是一种拒贿行为，应当得到鼓励和弘扬，对于退还或者上交也认定为受贿数额，还有谁能主动退还或上交呢？法律应当表彰前者。最高人民法院、最高人民检察院《关于办理受贿刑事案件适用法律若干问题的意见》法发（2007）22 号第 9 条规定：“国家工作人员收受请托人财物后及时退还或者上交的，不是受贿。”被告人徐跃进接受请托人财物仅有 2—3 个月就及时退还 58 万元，应当认定不是受贿。

（二）起诉被告人徐跃进非法收受胡雨龙两个店面价值 89.63 万元，不能认定为受贿数额

“2007 年 3 月，被告人徐跃进看中了聚远华府 11-1-5、6 两间店面，经商谈，胡雨龙仅以 45 万元的价格出售给徐跃进。”从而认定被告人徐跃进收受胡雨龙财物 89.63 万元。被告人徐跃进 2010 年 9 月 9 日交代说：“我在空白的购房合同上签了我二哥徐勇的名字，因为办房产证要我二哥徐勇亲自去办理，我一直没有叫我二哥来，因此没有办理房产证。2009 年 10 月 2 日我和徐勇，还有胡雨龙三人具体商谈退房事宜。”说明此店面没有购买成功，又没有办理过户手续，徐勇事实上也没有得到房子。起诉书认定被告人徐跃进受贿两个店面财物 89.63 万元，是不符合事实的。房产证过户没办成买卖合同没有实现，两个店面房价认定受贿，不符合受贿要件。聚远华府 11-1-5、6 两个店面，已拍卖给卡洛衣柜专卖价格 130 万元，现在胡雨龙两个店面一审认定徐跃进受贿 89.63 万元，现已拍卖 130 万元，胡雨龙店面变成价值 219.63 万元。

再说，胡雨龙等龙福公司的股东，一方面觉得卖 45 万元的价格太低，另一方面又担心徐跃进不交付剩余的 43 万元购房款，故也抱着先不办房产证，能拖则拖的心理。也就是说，龙福公司主观上是不愿意卖该两店面的。

店面的实际控制权：2010 年 1 月，在未告知和征询徐跃进意见的情况下，龙福公司一方办理了退房手续，此前也未转移到徐跃进或徐勇的名下，也就是说，龙福公司自始至终拥有对该两店面的实际控制权。

令人不解的是，同一店面，一方面被计算成受贿数额 89.63 万元，另一方面还可以以 130 万元被出售，究竟该店面价值几何？又可以被处理多少回？

（三）林观岳别墅 79.07 万元不能认定为徐跃进受贿数额

吉阳花苑新村 88 号别墅，经双方商议达成一致，林上清（林观岳）以 20 万元的价格转让给徐翰青（徐跃进），并办理了过户手续。这是交易行为，属于典型的民事法律关系。具体理由如下：

1. 平等自愿买卖：双方协商，达成协议，约定了价格及支付方式，徐已付 2 万元及 3 万元过户费。

2. 别墅价格基本合理：

（1）该别墅原为信州区临溪乡何华旺自建，全部成本约 7 万元；

（2）1999 年，林观岳、林上清以 15 万元受让该别墅，当时价格偏贵；

（3）林观岳与徐跃进大约在 1991 年认识，一直来往，私交不错；

（4）2007 年，经双方自愿平等协商，林观岳愿意以 20 万元卖给徐跃进（详见林观岳、林上清询问笔录）。

以上事实表明，该别墅系双方自愿买卖，价格应该是林观岳、林上清综合考虑了当时的房价行情、居住情况以及心理因素（“凶宅”）等多方面的实际情况而定下的，而对于“凶宅”这一涉及风水、心理层面的因素，林家甚至隐瞒了徐跃进，而林观岳意思表示是真实的，故应当认为别墅价格基本合理。

别墅买卖系民事行为，不能用刑法来调控。故指控徐跃进非法收受林观岳财物 79.07 万元，缺乏事实和法律依据。

（四）被告人徐跃进收受董发根 5 万元、夏剑锋 10 万元，没有为他人谋利，是感情投资问题

德兴市泗洲镇镇长董发根送给徐跃进 5 万元，浙江商人夏剑锋送给徐跃进的 10 万元，被告人没有为董发根、夏剑锋谋利，不能认定为受贿。

受贿有两个要件，一是国家工作人员利用职务之便，二是为他人谋取利益，两者缺一不可。

1.浙江商人夏剑锋的企业是徐跃进招商引资的项目，夏剑锋出于与徐跃进搞好关系的目的，“为了得到对公司的关照”（起诉书语），而送给徐跃进 10 万元。用夏剑锋自己话说，即是“我就想通过送钱的方式与他搞好关系，希望在我遇到困难的时候，他能够及时出面帮我解决”（见夏剑锋询问笔录第 4 页）。

2.董发根时任德兴市泗洲镇镇长，“为了在提拔方面得到关照”（起诉书语），送给徐跃进 5 万元。至于送钱的原因，董发根在询问笔录中这样说，“我想送些钱给徐跃进，和他搞好关系，希望能得到他的帮助和关照”。

而实际上，董发根也曾多次试图送钱，但均遭到徐跃进退还。如在 2007 年 1、2 月份时，董发根送 3 万元，被当场退还；2007 年 3、4 月份，徐跃进退回 10 万元；起诉书指控的 5 万元，徐跃进收受后即表示要退回，且对董发根想在提拔时得到关照的暗示，当即予以了拒绝。

这是在司法实践中经常遇到的问题，也就是感情投资行为怎么认定的问题。行为人为与公务员建立感情，巴结干部，向其赠送财物，在赠送财物前后都没有谋取什么利益，属于感情投资范围，不应认定为受贿。因此，被告人徐跃进收受董发根、夏剑锋的 15 万元不能认定为受贿数额。

二、挪用公款罪问题

赣州市人民检察院〔2011〕19 号起诉书认定：“被告人徐跃进身为国家工作人员，挪用公款 100 万元，应当以挪用公款罪追究其刑事责任。”徐跃进的行为不构成挪用公款罪，范剑向德兴市劳动和社会保障局借款 100 万元，签订借款协议，是正常民间借贷行为。

1.徐跃进不是挪用公款的主体，是借款介绍人。

2006 年 3 月份，江西恒剑路桥工程有限公司资金周转有困难，董事长范剑找到时任德兴市委书记徐跃进反映公司资金周转有困难，市财政也欠江西恒剑工程有限公司工程款，范剑提出借 100 万元周转。徐跃进为企业困难排忧，解决企业困难是市领导责任，介绍其到市劳动和社会保障局借钱周转。借贷双方签订《借款协议》，借方并用公司财产担保。

2.江西恒剑路桥工程有限公司与德兴市劳动和社会保障局签订了《借款协议》。双方约定：“借款 100 万元，按银行利率收取利息，并以范剑工程设备担保。双方约定借款期一个月。”

江西恒剑路桥工程有限公司与德兴市劳动和社会保障局签订《借款协议》，有德兴市劳动和社会保障局公章，有江西恒剑路桥工程有限公司董事长范剑签字，有德兴市劳动和社会保障局局长周跃安签字。

德兴市劳动和社会保障局为借款 100 万元给范剑的公司使用，周跃安局长分别征求了副局长宋建军、余光亮的意见，说明单位同意借款。

3.江西恒剑路桥工程有限公司按照借款合同约定仅 18 天就归还了借款。

从双方签订的《借款合同》看，有公司盖章、局长签字盖章，并有范剑提供设备担保，借款已归还。徐跃进的行为是介绍企业借款，符合民间借贷关系，徐跃进不是挪用公款主体，而是借款介绍人，不是挪用公款人。

起诉意见书认定被告人徐跃进利用职务的便利，挪用公款 100 万元缺乏事实证据。

4.双方签订《借款合同》是民事法律范围，虽然这种《借款合同》无效，但仍然是民事法律关系，而不是诈骗合同，犯罪合同，不是挪用公款的行为，而是民间借贷行为。

5.依据司法解释规定，单位领导集体研究，决定将公款给个人使用，不以挪用公款罪定罪。

根据《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》（法〔2003〕167号）：“……（四）经单位领导集体研究决定将公款给个人使用，或者单位负责人为了单位的利益，决定将公款给个人使用的，不以挪用公款罪定罪处罚。”本案中，关于范剑的公司找德兴市劳动和社会保障局借钱一事，局长周跃安曾同纪检组长陈华、副局长宋建华、余光亮等碰了头、通了气。这是最终决定借钱的重要一环，应当认定为单位领导集体研究决定，不应以挪用公款定罪。

三、被告人徐跃进具有自首、坦白认罪法定从宽情节

2009年12月21日至2010年5月27日，上饶市纪委对德兴市原市委书记徐跃进实施了“双规”措施。“双规”期间，市纪委调查组找徐跃进核实了其收受林观岳所送钱、物以及低价受让一栋单体建筑问题，徐跃进作了如实交代。另外，徐跃进还主动向调查组交代了收受李敏、范剑、周新发财物等问题。纪委仅掌握林观岳卖房之事，被告人徐跃进主动交代本案范剑、周新发、吴建军、齐细福、杨家华等人贿赂犯罪事实，具有自首情节。经过法庭审理，被告人徐跃进认罪交代犯罪事实，但其辩解不影响认罪态度。

《刑法》第67条第2款规定：“被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和正在服刑的罪犯，如实供述司法机关还未掌握的本人其他罪行的，以自首论。”《刑法》第67条第3款规定：“犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。”

被告人徐跃进在法庭审理期间，认罪态度较好，积极、主动退赃是在纪委“双规”调查之前和检察机关立案侦查之前，且退赃数额达到350多万元，应当在量刑上给予充分体现。

综上所述，被告人徐跃进“双规”后，能够主动交代问题，积极退赃、具有自首、坦白等法定从轻或减轻情节。被告人徐跃进的行为不构成挪用公款罪。起诉书认定被告人徐跃进受贿770.525万元，其中241.7万元不能认定为受贿数额，请法院依据本案事实与法律，以被告人徐跃进犯受贿罪处15年徒刑。以上意见是否妥当，请法庭考虑。

此致

赣州市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2011年5月16日

李长华受贿、巨额财产来源不明案

案情简介

被告人李长华，男，1957年8月27日生，江西省贵溪市人。2009年3月31日被刑事拘留，同年4月14日被逮捕。捕前系贵溪市人大常委会内务司法委员会副主任（正县级）。2009年2月22日鹰潭市纪委对贵溪市委副书记、贵溪市大桥建改指挥部总指挥违纪问题进行调查。

本案由鹰潭市人民检察院立案侦查，2009年7月31日侦查终结，以被告人李长华涉嫌受贿、巨额财产来源不明罪由鹰潭市人民检察院审查起诉。

一、受贿案

2002年至2008年期间，被告人李长华先后利用担任贵溪市城区改造建设指挥部总指挥、贵溪大桥建改指挥部总指挥的职务之便，为他人谋取利益，收受和索取黄其祥、饶金明、宋春林、付世康、张横龙（均另案处理）五人贿赂共计989,624.6元人民币。

- （1）收受和索取黄其祥贿赂共计144,380元；
- （2）收受和索取饶金明贿赂共计203,244.6元；
- （3）收受和索取宋春林贿赂共计326,000元；
- （4）收受和索取付世康贿赂共计16,400元；
- （5）收受和索取张横龙贿赂共计152,000元。

二、巨额财产来源不明罪

经查明：李长华、张双珠夫妇拥有家庭财产价值及家庭支出共计647,076.73元人民币，其中：1.现有房产价值1,333,655.9元人民币（注：按原建造成本价和原购置价计算）；2.现有投资和债券3,545,500元人民币；3.现有银行存款余额222,623.66元人民币；4.李长华夫妇家庭总支出1,369,197.17元。包括家庭成员生活消费支出216,089.17元人民币，为李科出国留学、购房购车支出共计1,006,028元人民币，购买人寿保险支出的132,080元人民币，退换宋春林购买彩电款支出的15,000元人民币。

另外还查明：1.李长华、张双珠夫妇各项收入共计2,386,149.89元人民币。包括工资奖金等收入为601,434.33元人民币，继承李长华父亲房产一处价值19,000元人民币，房屋租金收入293,820元人民币，李长华从老党校合作建房基建账上以借为名领取的投资款100,000元人民币，李长华夫妇投资获利1,371,895.56元人民币。2.李长华、张双珠夫妇欠个人债务724,748.3元人民币，保管他人财物80,300元人民币，欠公积金贷款及保险公司贷款262,681.73元人民币。

除已经查明来源收入、债务及金融贷款、受贿犯罪所得外，李长华价值2,636,472.21

元人民币的财产不能说明其合法来源。

公诉机关认为，被告人李长华身为国家工作人员，利用职务之便为他人谋取利益，单独和伙同他人非法收受索取多人财物共计 989,624.6 元人民币，其中，索取财物 648,244.6 元人民币；李长华对价值 2,636,473.2 元人民币的财产不能说明合法来源；其行为分别触犯了《中华人民共和国刑法》第 85 条第 1 款，第 386 条，第 383 条第 1 款第 1 项、第 2 款，第 395 条之规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以受贿罪、巨额财产来源不明罪追究其刑事责任。

被告人李长华受贿、巨额财产来源不明一案，于 2010 年 4 月 4 日在鹰潭市中级人民法院开庭审理，江西云龙律师事务所律师李云龙和江西首达律师事务所律师简润涛参与诉讼。李云龙律师发表《被告人李长华受贿、巨额财产来源不明罪的辩护词》。2010 年 4 月 25 日（2010）鹰潭市中级人民法院刑事判决，判处被告人李长华犯受贿罪，判处有期徒刑 12 年 6 个月，犯巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑 1 年 6 个月，决定执行有期徒刑 13 年。

一审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人李长华亲属的委托，经江西云龙律师事务所指派，为被告人李长华受贿、巨额财产来源不明一案出庭辩护。

鹰潭市人民检察院（2010）赣鹰检刑诉（2010）06 号起诉书认定“被告人李长华身为国家工作人员，利用职务之便为他人谋取利益，单独和伙同他人非法收受和索取多人财物共计 989,624.6 元人民币，其中，索取财物 648,244.6 元。李长华对价值 2,636,472.21 元人民币的财产不能说明合法来源。其行为分别触犯了《中华人民共和国刑法》第 85 条第 1 款，第 386 条、第 383 条第 1 款第 1 项、第 2 款，第 395 条之规定……应当以受贿罪、巨额财产来源不明罪追究其刑事责任。”

首先对被告人李长华犯受贿罪进行辩护。

一、检察院起诉认定被告人李长华受贿 989,624.6 元，其中 62.5 万元打了借条，在纪委“双规”之前已返还。债权债务关系清结，62.5 万元不能认定为受贿数额

1.起诉书认定“李长华收受和索取黄其祥贿赂 144,380.2 元”。其实，对于其中打借条的，在纪委“双规”之前已退还的 11.5 万元不能认定为受贿数额。

（1）起诉书认定：“2007 年 8 月下旬，李长华、张双珠得知儿子李科在北京购房需交纳首付款 40 余万元，两人商议：开口向黄其祥要 10 万元，次日，黄其祥送 10 万元现金到李长华家中，李长华收钱后提出要写一张借条给黄其祥，李长华和张双珠均说要写借条，并称万一有什么事可以说是借。黄其祥遂拿了张双珠写的借条走了。”

2009 年 2 月 6 日，李长华退还了向黄其祥索要的两笔贿赂款计 11.5 万元，并要求黄其祥写了收条。”

（2）起诉书还认为：“2008 年 9 月初，李长华打电话给黄其祥，其在贵溪老党校处的新房子要装修，以借为名向黄其祥索要 15,000 元。”

起诉书认定被告人李长华索要黄其祥 11.5 万元人民币没有事实依据。

被告人李长华借黄其祥 11.5 万元，双方都立了借条。借条内容：“今借到黄其祥人民币壹拾万元，因儿子购房所借的款额，第三年内还清，本借据一式两份。”这张借条债权债务关系很明确。《民法通则》第 84 条：“债是按照合同的约定或按照法律的规定，在当事人之间产生特定的权利和义务关系，享有权利的人是债权人，负有义务的是债务人。债权人有权要求债务人按照合同的约定或者依照法律规定履行义务。”

借条是一种债的合同，写有借条的，借款不归还的，可主张债权实现，可向人民法院起诉，债权受到法律保护。

被告人李长华的两次借款，与黄其祥都先后立了 10 万元、1.5 万元借条。这两张借条黄其祥都保留着。保留着借条凭证，如果借条是假的，为什么要保留，不撕毁呢？

被告人李长华于 2009 年 2 月 5 日，打电话给黄其祥，说把 11.5 万元还给他，黄其祥 2009 年 2 月 6 日：“今收到李长华还款人民币壹拾壹万伍仟元。”债权债务清结了，被告人李长华的借条 11.5 万元在 2009 年 2 月 6 日已还清。

2009 年 2 月 22 日鹰潭市纪委对李长华违纪违法进行调查，3 月 31 日刑事拘留。被告人李长华向黄其祥所借 11.5 万元人民币在 2 月 6 日全部还清，距被纪委“双规”还有 14 天。这借的 11.5 万元，不能认定为受贿数额。

2.起诉书认定：“被告人李长华收受和索取饶金明贿赂 203, 244.6 元。”其中写有借条的 15 万元，在纪委“双规”之前已归还，不能认定为受贿数额。

3.起诉书认定：“被告人李长华收受和索取宋春林贿赂共计 326, 000 元。”其中借款 20 万元已归还，不能认定为受贿数额。

起诉书认定：以借为名向宋春林索要 20 万元，宋春林拿 15 万元，并写了 15 万元借条，2009 年 2 月 5 日退还 20 万元，包括 2008 年 5 月中旬 5 万元借条。宋春林并写了收条 20 万元。向宋春林借的 20 万元，在纪委调查之前已归还，债务已还清，不存在收受贿赂的问题。

4.起诉书认定：被告人李长华“收受和索取付世康贿赂共计 164,000 元。”其中写有借条的 15 万元，2009 年 2 月 5 日已归还，李长华在纪委调查之前已退还，不能认定为受贿数额。

被告人李长华分别向黄其祥、饶金明、宋春林、付世康等人借款 62.5 万元，都立了借条，在 2009 年 2 月 6 日之前已还清，这 62.5 万元是民事借款行为，不能认定为受贿数额。

二、民间借贷行为合法，国家工作人员的正当借款行为应当受到保护

最高人民法院《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》规定，国家工作人员利用职务上的便利以借为名向他人索取财物，或者非法收受财物为他人谋取利益的，应当认定为受贿。具体认定时，不能仅仅看是否有书面借款手续，应当根据以下因素综合判定：“（1）有无正当、合理的借款事由；（2）款项的去向；（3）双方平时关系如何、有无经济往来；（4）出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；（5）借款后是否有归还的意思表示及行为；（6）是否有归还的能力；（7）未归还的原因；等等”。

被告人李长华借款有明确借款理由与款项去向，为他在北京购买商品房的借款，于 2009 年 2 月 6 日“双规”之前已经归还，并打了收条，债权债务已清结。被告人李长华借款 62.5 万与为见儿子买房存在因果关系，符合民间借贷要件。

因此，被告人李长华向黄其祥借款 11.5 万元，饶金明借款 15 万元，宋春林借款 20 万元，付世康借款 16 万元，共计 62.5 万，应当符合民事借贷关系不能认定为受贿数额。

公诉人认为：李长华有钱不可能需要借。在市场经济发展的今天，有钱人买房子，也存在借款行为，也存在买房子进行按揭贷款的事实。

三、起诉书认定李长华索贿的问题

起诉书认定：“被告人李长华索取财物 648, 244.6 元。”其中，62.5 万元有借条并已归还，不能认定为受贿数额。其余 23, 244.6 元未归还也不能认定为索贿的数额，只能认定为收受贿赂数额。

起诉书认定：“2005 年 2 月，李长华以其儿子去北京新东方读书为由，以借为名向饶金明索取 1 万元。饶金明送 1 元现金到李长华家，李长华收……”。

本案不存在索贿犯罪问题。

受贿罪是指国家工作人员利用职务之便，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，构成受贿罪。受贿罪有两种：一种是索贿的受贿罪，一种是收受他人财物的受贿罪。

索贿行为具有主动勒索他人财物的恶性，对方给予财物出于违心和被迫，对他人所求的事，故意拖着不办，不给好处就不办事，给财物才办。本案行贿人黄其祥、饶金明、宋春林等人都是在项目工程做完后主动送的，被告人不存在索取财物行为。

62.5 万元有借条并已归还，既不存在索取，也不存在受贿行为。还有 23, 244.6 元未归还的财物，只能是受贿数额，不能认定为索贿情节的受贿。

鹰潭市人民检察院反贪局起诉意见书（鹰检反贪移诉〔2009〕04 号）并没有认定犯罪嫌疑人李长华有索贿情节，“认定具有悔罪表现”，因此公诉人认定被告李长华具有索贿情节不符合本案事实。

四、过年过节送给被告人李长华 3.4 万元节日礼物，不能认定为受贿数额

宋春林从 2003 年春节至 2008 年端午节一共送给李长华节日礼物 2.6 万元。

饶金明从 2004 年至 2006 年端午节送给李长华节日礼物 4000 元，2007 年大年三十，饶金明春节期间送给李长华礼物 4000 元。

宋春林和饶金明从 2003 年至 2008 年为止，春节、端午节一共送礼礼物 3.4 万元。这 3.4 万元不能认定为受贿的数额。节日礼尚往来，过年过节表示友情，不能作为受贿犯罪看待。节日礼物是人之常情，礼尚往来，与职务犯罪没有关联。并且每次过年过节送的节日礼物数额不大，不能认定为受贿数额。

五、李长华具有自首情节

被告人李长华 2009 年 2 月 22 日被“双规”，3 月 31 日被刑事拘留，检察院传讯被告人李长华之前，他在鹰潭市纪委已交代全部犯罪事实，应当认定被告人李长华具有自首情节。

最高人民法院《关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》规定，自动投案是指犯罪事实或者犯罪嫌疑人未被司法机关发觉，或者虽被发觉，但犯罪嫌疑人尚未受到讯问、未被采取强制措施时，主动、直接向公安机关、人民检察院或者人民法院投案。

被告人李长华受贿行为未经司法机关讯问，或采取强制措施，在“双规”期间已经交代受贿 989, 624.6 元人民币的犯罪事实，应当认定被告人李长华具有自首情节。

六、巨额财产来源不明罪

起诉书认定被告人李长华对价值 2,636,472.21 元人民币的财产不能说明合法来源。本律师仅谈一个适用法律问题。

被告人李长华受贿行为发生在 2002 年至 2008 年期间，适用《刑法》第 395 条，本人“不能说明来源的，差额部分以非法所得论，处五年以下有期徒刑或者拘役……”

综上所述，起诉书认定被告人李长华受贿 989,624.6 元人民币，这一认定不符合受贿要件，其中，已归还的借款 62.5 万元和过节过年礼物 3.4 万元，共计人民币 65.9 万元，不能认定为受贿数额，仅能认定的受贿数额为 330,624.6 元，并有投案自首情节，认罪态度好并退赃 401 万元。依照刑法受贿 10 万元以上、处 10 年有期徒刑的规定，被告人李长华具有投案自首情节，适用减轻处罚，可判处 5 年以下徒刑；起诉书认定被告李长华巨额财产来源不明罪，已退赃 401 万元，可处 1 年有期徒刑；进行数罪并罚，合并执行 6 年有期徒刑。

以上辩护意见是否正确，请审判长考虑。

此致

鹰潭市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师:李云龙

2010 年 4 月 6 日

二审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人李长华亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人李长华受贿、巨额财产来源不明案二审辩护，发表辩护词如下：

鹰潭市中级人民法院（2010）鹰刑二初字第 1 号刑事判决书认定：“被告人李长华犯受贿罪，判处有期徒刑十二年六个月，并处没收财产计人民币十万元；犯巨额财产来源不明罪，判处有期徒刑一年六个月；决定执行有期徒刑十三年。”被告人李长华不服一审判决，认为一审判决认定事实和适用法律不当，特提出上诉至江西省高级人民法院，要求撤销一审判决，依法改判。本律师依据上诉理由以及本案的事实进行辩护。

本律师的一审辩护意见已记录在卷，现就二审提出如下补充辩护意见。

1.被告人李长华叫饶金明给他在北京弄的房子做防水隔热层的工程款 1 万元，是工程款结算问题，不是受贿数额，没有付饶金明工程款，只是一种债务问题，不是受贿犯罪问题。

2.被告人李长华在检察机关退赃 401 万元，大大高于被告人李长华犯罪所得数额 3,043,716.81 元（含受贿 989,624.6 元，财产来源不明 2,054,292.21 元），打了借条的 62.5 万元，已经在“双规”期间退还给当事人黄其祥、饶金明等人，检察机关不得重复收缴 62.5 万元。

3.一审判决列举很多民事案件证据，可以证实借款 62.5 万元真实存在。

民事借条证据足可以证实被告人李长华向黄其祥借款 11.5 万元，向饶金明借款 15 万元等事实。

鹰潭市中级人民法院（2010）鹰刑二初字第 1 号刑事判决书第 8 页《个人借条及收条》证实李长华退还黄其祥 11.5 万元借款。判决书第 14 页《个人借条及收条》中，既有 2007 年 9 月 14 日，李长华因儿子买房，借饶金明 15 万元的借条；也有 2009 年 2 月 5 日李长华还款 15 万元给饶金明的证据。一审判决书 21 页《个人借条及收条》证实了李长华还付世康 16 万元证据等。以上证据可以说明被告人李长华借款 62.5 万元的事实存在。

综上所述，一审判决认定被告人李长华受贿 989624.6 元人民币，不符合事实。借条 62.5 万元，已归还。过节过年礼物 3.4 万元，还有工程款 1 万元，共计人民币 66.9 万元，不能认定为受贿数额，仅能认定受贿数额 320, 624.6 元，还有投案自首情节，认罪态度好并退赃 401 万元。请撤销一审判决，依照刑法受贿 10 万元以上、处 10 年有期徒刑的规定，被告人李长华具有投案自首情节，适用减轻处罚，可判处 5 年以下有期徒刑。认定被告人李长华巨额财产来源不明罪，但已退赃 401 万元，可处 1 年有期徒刑，进行数罪并罚，合并执行 6 年有期徒刑。

以上辩护意见是否正确，请审判长考虑。

此致

江西省高级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2010 年 7 月 5 日

张宁受贿、贪污案

案情简介

被告人张宁，男，1958年8月28日出生，汉族，大学文化程度，原系兰州铁路局总会计师，被捕前住甘肃省兰州市城关区铁路西村84号301室。因涉嫌挪用公款罪于2005年4月15日被刑事拘留，同年4月22日被逮捕。

郑州铁路运输中级法院认定：一、受贿：1997年9月至2004年12月，被告人张宁在担任兰州铁路局财务处处长、副总会计师兼财物处长、总会计师期间，利用职务上的便利，为有关单位和个人谋取利益，先后单独或分别伙同被告人蒲敬军、刘玉明等人非法收受或索取他人财物，共计人民币2300万元。二、贪污：1999年至2003年间，被告人张宁利用甘肃正天科技发展有限公司承建兰州铁路局网络建设工程之机，采取多付工程款、虚开发票平账的手段，将工程结余款506万元隐匿于该公司，置于个人控制之下。2004年7、8月间，张宁召集刘玉明、刘耀祖、王江伟等人商议，提出将其中的500万元在上述人员中分配或用于营利活动，但因意见不一而未果。案发后，追回赃款500万元。三、挪用公款：1998年2月至2004年4月间，被告人张宁利用其担任兰州铁路局财务处处长、总会计师等职务便利，以兰州铁路局财务处或兰州铁道结算中心的名义，伙同蒲敬军、韩辰瑾等人挪用公款12.039亿元，先后供中国经济开发信托投资有限公司、甘肃证券有限责任公司、上海唯正实业投资有限公司等单位使用。

综上所述，被告人张宁单独或伙同他人受贿4次，数额2300万元，已追缴赃款1201万元及房产4套。贪污公款506万元，已追回赃款500万元。挪用公款4次，数额19.13亿元，已归还11.8亿元，尚有7.3亿元。受贿2300万元。其中与被告人蒲敬军等参与共同受贿2211万元。

郑州铁路运输中级法院依照《中华人民共和国刑法》，以受贿罪判处张宁死刑，以贪污罪判处无期徒刑，以挪用公款罪判处其无期徒刑，决定执行死刑。以受贿罪判处蒲敬军死刑，缓期二年执行，以挪用公款罪判处蒲敬军15年有期徒刑，决定执行死缓。

被告人张宁被判处死刑后，上诉至河南省高级人民法院。2006年12月10日，河南省高级人民法院刑事裁定书（2006）豫法刑一终字第363号维持原判，驳回上诉。

被告人张宁的哥哥找到江西云龙律师事务所，为被告张宁受贿、贪污核准死刑一案辩护。李云龙律师到郑州铁路公安看守所会见张宁，还到甘肃证券有限责任公司调查，还到甘肃武威监狱询问正在服刑的原甘肃证券有限责任公司总经理于定卫。一、二审认定张宁与蒲敬军共同受贿22113342.93元，判处被告人张宁

死刑证据不足，缺乏被告人张宁受贿主观故意。受贿是故意犯罪，只有直接故意才构成受贿犯罪，何况 2211 万元是由蒲敬军占用、控制，使用权、支配权在蒲敬军手中。张宁受贿数额没有查清，被告人张宁不是甘肃证券有限公司受贿的主犯，不应当对张宁适用死刑。对张宁与蒲敬军共同从甘肃证券有限公司受贿 2211 万元，应当认定张宁为自首，当时纪委并不知道张宁的受贿线索。

一、二审认定“尚有 2 亿余元公款未归还”“受贿造成的损失特别巨大”，这一认定缺乏事实证据，律师到了甘肃省工商行政管理局取证调查，甘肃证券有限公司仍然正常经营，并参加年检，并没有注销营业执照。甘肃证券公司拖欠兰州铁路局的 2.1 亿元资产，兰州铁路局可通过民事诉讼手段追偿债务。不能讲甘肃证券责任有限公司 2.1 亿的债务，说成张宁受贿行为造成损失特别巨大。这种理论，不符合事实。

最高人民法院死刑复核时，李云龙律师多次到刑二庭反映被告人张宁受贿罪不应判处死刑的法律意见，提交甘肃证券有限公司的材料证据。被告人张宁与蒲敬军共同受贿 2211 万元时，被告人张宁没有主观故意，且具有自首情节。当时的司法环境对人权的保护意识不足，一味追求从重处罚。最高人民法院死刑复核时核准了张宁死刑。核准张宁的死刑对被告人张宁的家属造成沉重的打击，认为不应当核准张宁死刑。

为被告张宁受贿、贪污、挪用公款一案的核准死刑辩护词

审判长：

我接受被告张宁的亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告张宁受贿、贪污、挪用公款一案核准死刑辩护，参与诉讼活动，发表辩护词如下：

河南省高级人民法院（2006）豫法刑一终字第 363 号刑事裁定书裁定“驳回上诉人张宁的上诉，维持原判，以受贿罪判处被告人张宁死刑，依法报送最高人民法院核准。”一、二审以被告人张宁犯受贿罪判处张宁死刑过重，依据本案事实与法律谈谈几点辩护意见：

一、被告人张宁与蒲敬军共同受贿 22113342.93 元，被告人张宁不具有受贿的主观故意。

一、二审判决书认定被告人张宁受贿数额 2211 万元，造成损失尚有 2 亿元公款未归还。对于一、二审认定张宁受贿 2211 万元，缺乏被告人张宁受贿主观故意证据。

受贿是故意犯罪，只有直接故意才构成犯罪。河南省高级人民法院（2006）豫法刑一终字第 363 号刑事裁定书列举：“张宁对甘证的好处费，具体数额不知道，不影响对其定罪量刑。”这一认定是错误的。

受贿罪主观要件应是明知的，是受贿的主客观要件。对于甘证公司的好处费 4%，被告人张宁是不明知的。对于贿赂数额、贿赂来源都不清楚，怎样认定受贿呢？被告人张宁也从未与甘证公司经理于定卫谈过好处费的事，是蒲敬军与于定卫商谈，收受贿赂也是蒲敬军，认定蒲敬军受贿 2211 万人，被告人张宁没有参与谈好处费 4%，张宁没有收受贿赂的故意。

1、从被告人张宁笔录证据，证实被告人张宁从未与甘证公司、甘证公司经理于定卫谈过好处费，说明其主观上没有收受贿赂的故意。

①郑铁检察分院 2005 年 5 月 24 日询问张宁的笔录证据：“问：为甘证公司提供这些资金，给你的好处费是怎样谈的？答：我没跟甘证公司的于定卫、吕辉谈过好处费的事，都是由蒲敬军负责跟他们谈。”

②被告人张宁 2005 年 7 月 13 日询问笔录：“问：你们双方事先是如何商量的？谈没谈好处费之事？答：我们是在兰州市农民巷一家酒店商谈的，我只和对方谈了合作意向，表示愿意向他们提供资金，但我从未跟他们谈好处费的事。”

③2005 年 9 月 26 日被告张宁的询问笔录：“我没和于、吕谈过好处费的事。”

④被告人张宁 2007 年 3 月 9 日写给李云龙律师材料说明：“自始至终蒲敬军没有告诉我，他是如何自营或经营，如何策划、设计争取利润，不知道他是如何收取回扣（收取 4%回扣是专案组告诉我的）。”

从被告张宁一系列笔录证据足可以说明，张宁从未和于定卫、吕辉谈过 4%回扣好处费之事，说明其主观上没有受贿的故意。对于甘证回扣 2211 万元贿赂数额与蒲敬军给他 4%的回扣数额，很难认定张宁和蒲敬军共同收受甘证好处费 2211 万元。没有参与谈好处费 4%，就不能认定被告人张宁与蒲敬军共同受贿 2211 万元。检察机关没有收集被告人张宁与蒲敬军共同受贿 2211 万元的事实证据。没有共同受贿的故意，就不能认定被告人张宁受贿 2211 万元。

2、甘肃证券有限责任公司总经理于定卫询问笔录证据，证实于定卫没有与被告人张宁谈过好处费 4%之事，仅有蒲敬军主动与于定卫谈过好处费的证据。

①检察院 2005 年 9 月 6 日于定卫询问笔录证据：“问：与铁路业务张宁、蒲敬军的好处费具体是怎样谈的？答：在 1999 年的上半年，张宁就给我汇报过给手续费的事，我是知道也是同意的，给兰州铁路局的利益大概在 8%，给蒲敬军的手续费 4%，与蒲敬军接触后，我印象中蒲敬军有一次找到我，说融资都有好处费的，问我怎么给？我说按市场规则给，会给他手续费的。在具体支付好处费过程中，一般是蒲敬军来具体办。”“问：蒲敬军后来又直接与你要过好处费吗？答：给蒲敬军的好处费是我知道并同意的，蒲敬军也曾向我催过好处费。”从于定卫证言可以证实，被告蒲敬军是主动向甘肃证券有限公司于定卫索要好处费，被告人张宁从未与于定卫要过谈过好处费 4%。蒲敬军收受甘证贿赂 2211 万元，是蒲敬军索贿行为，与被告张宁没有任何关系。一审、二审法院认定被告张宁、蒲敬军共同受贿 2211 万元缺乏事实证据。以受贿特别巨大判处张宁死刑，缺乏事实证据，缺乏被告人张宁收受贿赂主观证据。

②李云龙律师 2007 年 3 月 27 日亲自至甘肃省武威监狱第一监区向于定卫调查取证，于定卫亲口证实：“这可以明确讲，我与张宁从未谈过 4%个人好处费的事，这是我实事求是的讲的情况。”“我没有，我个人与张宁没有任何经济往来。”取证这一新的证据，证实被告人张宁与于定卫没有谈过好处费 4%，说明被告人张宁没有收受甘证公司贿赂 2211 万元主观故意，尽管蒲敬军说好处费 4%告诉过张宁，这是蒲敬军推脱责任的一种说法。

3、甘肃证券有限责任公司经理吕辉 2005 年 6 月 9 日询问笔录证据：“好处费是没有说过此事。”证人吕辉证实好处费一直没有和张宁说过此事。

二、一、二审认定“尚有 2 亿余元公款未归还”、“受贿造成损失特别巨大”，这一认定缺乏事实依据。

律师最近到甘肃省工商行政管理局取证调查，甘肃证券有限责任公司仍然正常经营，并参加年验，并没有注销营业执照。公司仍然处正常经营活动范围，并没有歇业。公司股东吴忠仪集团有限公司、甘肃亚盛实业集团股份有限公司等 9 个股东公司，大部分股东在甘肃省很有经济实力。甘肃证券有限公司拖欠兰州铁

路局 2.1 亿个资产，兰州铁路局可通过正常的民事诉讼手段追偿债务。不能将甘肃证券责任有限公司 2.1 亿的债务，说成张宁受贿行为造成损失特别巨大。公司的债权债务存在，只要没有破产，就可正常经营偿还债务。因为甘肃证券有限公司仍然在经营当中，有条件、有时间偿还债务。现兰州铁路局没有通过正常的民事诉讼程序去追偿债务，就不能将拖欠 2.1 亿个债务造成重大经济损失。一、二审法院将未偿还的债务 2.1 亿元。说成造成损失特别巨大，是不符合本案实际情况的。

被告人张宁受贿的数额绝大部分已经被追回，已经追回赃款、赃物 12018883.4 万元，房产 4 套。4 套房产价值 800 多万元，说明追回赃款近 2000 多万元，并没有造成财产损失巨大，仅有几百万元未挽回。被告人张宁认罪态度较好，始终如实供述自己的犯罪事实，积极配合检察机关侦查调查，并在“双规”后积极向铁道部提出建议如何挽回损失。

三、张宁受贿数额，所得数额没有查清，被告人张宁不是甘证公司受贿人的主犯。

犯罪指向数额是指行为在实施犯罪行为时，其犯罪行为所指向数额。犯罪指向数额表现行为人主观动机和目的，甘肃证券有限责任公司贿赂数额 2211 万元，被告人张宁主观没有受贿目的，收受数额也是不知的，4%的好处费也是不知的，因此很难认定张宁与蒲敬军共同受贿 2211 万元。即使是共同犯罪，应当有共同故意、共同的行为目的，连 4%的约定也不知的人，怎么认定受贿 2211 万元。怎能认定被告人张宁是共犯、主犯？

本案将被告人张宁与蒲敬军等共同受贿 2211 万元，对被告人张宁所得数额没有列举查清。犯罪人所得数额较为直接的反映行为人的社会危害性。受贿罪所得数额都没有查清，就判处被告人张宁死刑，与罪行相适应的原则相违背的。

四、被告人张宁受贿行为，没有直接造成重大经济损失，不应当判处死刑立即执行。

我国《刑法》第 48 条规定：“死刑只适用于罪行严重的犯罪分子。”据此，犯罪人应当判处死刑表明其犯罪行为极其严重，所谓是犯罪行为极其严重，是指犯罪性质特别严重，危害后果特别严重，犯罪情节特别恶劣。从被告人张宁受贿数额来看数额是特别巨大，但是被告人张宁没有索贿的情节，说明犯罪性质不严重。从甘证公司的 2211 万元来讲张宁受贿数额是不明知的，连 4%的回扣约定被告人张宁也是不知。说明受贿情节不十分恶劣。张宁受贿数额也没有查清。被告人张宁受贿没有直接造成经济损失。甘证 2.1 亿资产可用民事诉讼程序挽回。被告人张宁与蒲敬军共同受贿 2300 多万，绝大部分款项已追赃并没有造成经济损失。被告人张宁受贿行为不应当判处死刑立即执行，可判处死刑缓期两年执行。

五、对张宁与蒲敬军共同从甘证公司受贿 2211 万元的事实，应当依法认定张宁属于自首。

从证据中可以看出张宁被“双规”、被审查、交代共同受贿事实、到司法机关对张宁采取刑事拘留措施、逮捕措施的整个过程。那就是，张宁是在 2005 年 1 月 7 日铁道部纪委对其违反财政法规等违纪问题进行审查采取“双规”时到案的；线索最初发现是财务司发现上海唯亚公司的魏武潜逃可能涉及兰铁资金。因此在张宁在 2005 年 1 月 7 日被双规的原因并不是因为其共同受贿，纪委当时也没有掌握其受贿的线索。张宁在被“双规”期间，在 2005 年 1 月 18 日、1 月 19 日、2 月 21 日、2 月 22 日陆续交代了从蒲敬军手中拿钱购买深圳房产、上海房产、买凌志 300 汽车和日常花费 100 万元的事实。并在 2 月 22 日交代说

“我和蒲敬军的帐没法算”“我从来没和他在一些事上算清楚”。在 2 月 23 日蒲敬军被采取监视居住措施并交代收取好处费的细节后，张宁也对此予以承认和供述，以后张宁对该事实始终供认不讳。

那么如何看待张宁在 2005 年 2 月 25 日全面交代受贿问题的性质呢？辩护人认为张宁在 2 月 25 日的交代属于对共同受贿 2211 万元的自首。因为：

《最高人民法院关于处理自首和立功具体应用法律若干问题的解释》第 1 条明确规定，“罪行尚未被司法机关发觉，仅因形迹可疑，被有关组织或者司法机关盘问、教育后，主动交代自己的罪行的应当视为自动投案。”张宁被“双规”时，司法机关并不掌握和了解张宁的受贿事实和线索；但随后张宁就一直作了全面供述，从法律上讲，完全应当认定张宁属于自首。

综上所述，张宁犯受贿罪的犯罪情节并不十分严重，伙同蒲敬军受贿 2211 万元，并不明知、故意，且大部分赃款已追缴，请最高人民法院不予核准张宁死刑。

以上辩护观点，是否正确？请审判长考虑。

此致
最高人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙
2007 年 4 月 9 日

刘安保受贿、滥用职权案

案情简介

被告人刘安保，男，1956年11月27日生，汉族，江西省南昌县人，初中文化，原系南昌市公安局法制处副处长。因涉嫌受贿罪，于2010年4月30日被南昌市湾里区检察院刑事拘留，同年5月14日被逮捕。

被告人刘安保受贿、滥用职权罪一案由他人提供犯罪线索，由纪委、检察机关共同查处案件。南昌市湾里区人民检察院（2010）第35号起诉被告人刘安保犯受贿罪，2011年5月10日南昌市湾里区人民检察院追诉被告人刘安保犯滥用职权罪，南昌市湾里区人民法院2011年6月22日开庭审理此案。

湾里区法院一审认为，被告人刘安保身为国家工作人员，利用职务之便，为他人谋取利益，索取和收受他人贿赂共计人民币795,772元，数额巨大，其行为已构成受贿罪。公诉机关指控的罪名成立。被告人刘安保在任市公安局法制处副处长期间，分管执法监督科，履行职务过程中严重不负责任，不认真履行职责，在没有得到上级批准授权的情况下，超越职权，违规督办罗迎交通事故案，违法逼迫吴春福作伪证，意图篡改罗迎去特巡警报警的事实，在南昌市人民检察院没有批捕的情况下，错误作出违法使用监视居住、劳动教养等手段，达到限制罗迎人身自由的目的，从而引起被害人罗迎被治安拘留、刑事拘留后，又被劳动教养，被限制人身自由长达一年一个月零七天的严重后果。其行为已构成滥用职权罪。公诉机关指控的被告人刘安保犯滥用职权罪罪名成立。依照《中华人民共和国刑法》第385条、第386条、第383条、第397条、第64条、第67条之规定，判决如下：

被告人刘安保犯受贿罪，判处有期徒刑12年，并处没收财产人民币100,000元；犯滥用职权罪，判处有期徒刑2年；数罪并罚，决定执行有期徒刑13年，并处没收财产人民币100,000元（限在本判决生效后3日内缴清）。

一审宣判后，被告人刘安保不服南昌市湾里区人民法院（2011）湾刑初字第1号刑事判决书，特提出上诉至南昌市中级人民法院。上诉期间，通过南昌市中级人民法院原副院长王龙彪找到李云龙律师，委托江西云龙律师事务所律师李云龙为其辩护。李云龙律师接受刘安保的委托，先后五次到安义看守所会见被告人刘安保，听取刘安保上诉意见。初次见面觉得被告人刘安保情绪比较激动，认为自己是清白的，无罪的。通过调查取证，发现刘安保没有为梁辉谋取利益，丛刚、梁辉涉嫌虚报注册资本，南昌市公安局经侦支队并没有立案查处，也没有对梁辉、丛刚采取强制措施，被告人刘安保涉嫌受贿795,772元不构成犯罪。一审判决被告人刘安保犯滥用职权罪，已超过追诉时效，罗迎劳动教养的时间为1999年9月24日，湾里区人民检察院追诉时间为2011年5月10日，超过追诉时效11年10个月，犯滥用职权罪最高刑罚7年以下，经过10年时效已过。刘安保犯滥用职权罪，不够立案标准。南昌市中级人民法院刑二庭合议庭认真听取上诉人刘安保及辩护人的上诉意见，以及二审律师李云龙提交法院新的证据材料，认为一审判决被告人刘安保犯受贿罪证据不足，滥用职权罪名不成立，合议庭讨论研究，报请院审委会通过，撤销一审判决，发回重审。此案正在审理之中。

二审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人刘安保亲属的委托，经江西云龙律师事务所指派，为被告人刘安保受贿、滥用职权一案二审出庭辩护，发表辩护词如下：

南昌市湾里区人民法院（2011）湾刑初字第1号刑事判决书：“判处被告人刘安保犯受贿罪，判处有期徒刑十二年，并处没收财产人民币100,000元，犯滥用职权罪，判处有期徒刑二年，数罪并罚，决定执行有期徒刑十三年。”

被告人刘安保不服一审判决，特提起上诉至南昌市中级人民法院。辩护人依据上诉人刘安保上诉理由以及本案事实作出如下辩护意见：

一、被告人刘安保没有为梁辉谋取利益，梁辉给刘安保财物795,772元整，不构成受贿罪

一审判决认定：“被告人刘安保身为国家工作人员，利用职务之便，为他人谋取利益，索取和收受他人贿赂共计人民币795,772元，数额巨大，其行为已构成受贿罪。”

一审法院认定被告人刘安保利用职务之便，为他人谋取利益，收受贿赂共计人民币795,772元，这一认定不符合本案事实和法律要求。

1. 南昌市公安局经侦支队2010年5月31日《情况说明》，证实“丛刚、梁辉涉嫌虚报注册资本罪和虚假出资罪，由于当时在司法实践中对未造成严重后果的虚假出资和虚报注册资本的情形不以犯罪论处，故不宜立案侦查”。

这一证据充分说明了梁辉、丛钢涉嫌虚报注册资本罪和虚报出资罪，办案单位南昌市公安局经侦大队根本没有立案查处，也没有刑事拘留任何人。并不是一审法院认为的梁辉被询问后，才知是丛钢举报他，便通过朋友找到被告人刘安保请其在案件到法制处时帮忙。被告人刘安保听了梁辉对案情的陈述后，告诉梁辉如果所说属实，丛钢也构成犯罪，如果要立案不可能立梁辉一个人，也要对丛钢立案。

梁辉咨询被告人刘安保时，梁辉、丛钢涉嫌虚报注册资本罪，并没有进入立案侦查阶段。被告人刘安保讲丛钢和梁辉构成犯罪，没有什么作用，因为虚报注册资本罪没有造成严重危害，是不能追究刑事责任的。被告人刘安保并没有为梁辉谋取利益，没有帮梁辉的忙。梁辉、丛钢虚报注册资本罪不成立，是该事实没有达到立案查处的程度，并不是被告人刘安保讲的丛钢构成主犯、梁辉构成本案从犯，故不立案。因此被告人刘安保没有为梁辉谋取利益，梁辉借给刘安保50万元以及买房款29万元不构成受贿罪的数额。

2. 一审法院认定被告人刘安保犯受贿罪，没有谋利的证据。

我国《刑法》第385条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”

受贿罪有两种类型：一种是索贿形式的受贿罪，一种是非法收受他人财物的受贿罪。收受型受贿罪，要具备两个条件：一是利用职务之便，二是为他人谋取利益，这是构成受贿罪的主观要件，并以“为他人谋取利益”作为构成受贿罪的必要条件。被告人刘安保是南昌市公安局法制处副处长，从工作性质来讲是职务上便利，但刘安保没有为梁辉谋利，对梁辉案并没有徇私枉法。2000年6月20日传唤并询问梁辉，得知是丛钢举报了他，便通过刘震找到南昌市公安局法制处副处长刘安保。这时候丛钢、梁辉案在外围调查阶段，客观上并没有对梁辉、丛钢以虚报注册资本查处进而刑事拘留。

2000年8月10日南昌市公安局法制处出具一份丛钢主犯与梁辉从犯的调查报告给经侦支队。这份报告认定丛钢是主犯，梁辉是从犯，也是符合事实的。这份报告并没有给梁辉谋利帮忙，南昌市公安局经侦支队并不是以南昌市法制处调查报告为根据，不追究梁辉的刑事责任，而是丛钢、梁辉虚报注册资金罪没有造成危害，此案才没有立案查处。因此一审法院没有提供被告刘安保谋利的证据。被告人刘安保2010年4月30日、5月10日笔录：“我帮了梁辉的大忙，将丛钢定为涉嫌虚报注册资金罪的主犯。”被告人刘安保故意夸大自己权力，并不是他的意见，才使梁辉、丛钢不被立案，事实是丛钢、梁辉虚报注册资本罪没有造成社会危害，才立不了案。这说明被告人刘安保没有为梁辉谋利，是被告人刘安保夸大了自己的权力。

3.受贿犯罪成立要提供谋利的证据，没有谋利证据，被告人刘安保接受买房款295,772元，借款50万元不构成受贿罪。

我们一定严格按照受贿罪要件区别罪与非罪，如果没有为他人谋取利益，就不能以受贿罪惩罚。像税务人员受贿，就要为他人减免税收，审计人员受贿，就要利用审计资信证明，作假的资金证明。被告人刘安保并没有为梁辉徇私枉法。要防止一种认为公务员得钱就是犯罪的错误做法，立法机关并没有将受贿要件规定为公务员收钱一律就是受贿。

如果公务员得钱就是犯罪，就会扩大对公务员的打击面，容易造成错案，变成一送钱就是受贿。受贿罪立法要求为他人谋取利益的才构成犯罪。

二、被告人刘安保购房价格是与梁辉共同协商确定，双方签订购房合同，是一种买卖合同关系，不能认定变相受贿295,772元

双方商定每平方米1400元的价格，也是经过梁辉所在公司的工程师核算后（建造成本核算每平方米价格1000—1100元左右）商定的，其每平方米仍获利300—400元，符合市场赢利标准。双方签订购房合同，房款已付清。完全符合民事合同要件，不能以民事合同买卖纠纷上升为刑事犯罪，将房屋差价计算为刑事犯罪受贿数额来处理，容易犯刑事扩大化错误。同刘安保一起买房的刘震、孙××也是以1400元价格成交购买，这两个人并没有以受贿罪论处。因此，几次评估房价格不一样，认定295,772元为受贿数额缺乏事实证据。

三、有借钱的目的，有借钱用处，梁辉并到现场看过房子，依据司法解释规定50万元为民间借贷，并不是受贿

一审判决认定“借钱不还，索取他人财物50万元”，这一认定缺乏事实依据。

1.刘安保向梁辉借款实际数额为45万元，并不是50万元。2003年10月，刘安保的大哥刘保根建房资金不够，委托刘安保帮忙借钱。刘安保与梁辉通话后，梁辉爽快答应借50万元。到梁辉办公室后，梁辉称没有50万元，只有45万元。据此，实际借款是45万元，并非一审判决的50万元。

从证人刘国保2011年11月1日笔录证实，“大哥刘保根找到三哥刘安保借钱，刘安保钱不够，刘安保向梁辉借了50万元，实际只借了45万元”。以上证实是45万元，不是50万元。

2.从证人刘保根2011年11月2日询问笔录证实，是刘安保的大哥刘保根建房资金不够，委托刘安保向梁辉借50万元建房。

证人刘保根 2011 年 11 月 2 日询问笔录：“建房资金不够，后来我委托刘安保帮我借 50 万元，刘安保就从梁辉那里借到了 45 万元，并且梁辉说要给他一套房子和两个车库来抵销借款。”

从刘保根证言可证实刘安保向梁辉借钱有借钱目的和用处，是为大哥刘保根建房借钱。依据司法解释的规定应视为民事借贷关系，并不是受贿 50 万元。

3. 证人梁辉 2010 年 9 月 15 日询问笔录，证实两个问题：一是刘安保向梁辉借过三次钱，二次归还了。二是证实刘安保借 50 万元，梁辉到刘保根的房子看过，并表示要用房产抵押这 50 万元。

梁辉 2010 年 9 月 15 日检察院询问笔录“问：这三笔借款，刘安保是否归还了你？答：第一笔 30 万元和第三笔 10 万元，刘安保都归还了。第二笔 50 万元至今未归还。”“刘安保是否表示过，要归还 50 万元给你？答：刘安保说过，从他家建好的楼房中拿出一套房子给我抵 50 万元借款，并且楼房竣工后，刘安保还带我去看过房子……”

梁辉的笔录证实，刘安保借过钱归还的事实，用刘保根房产抵借款 50 万元。这一事实与刘安保、刘保根、刘国保的笔录证据相印证，二审法院应当采信。根据 2003 年 11 月 13 日最高人民法院关于《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》规定：“国家工作人员利用职务上的便利，以借为名向他人索取财物，或者非法收受财物为他人谋取利益的，应当认定为受贿。具体认定时，不能仅仅看是否有书面借款手续，应当根据以下因素综合判定：

(1) 有无正当、合理的借款事由；(2) 款项的去向；(3) 双方平时关系如何、有无经济往来；(4) 出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；(5) 借款后是否有归还的意思表示及行为；(6) 是否有归还的能力；(7) 未归还的原因；等等。”

依据这条司法解释，被告人刘安保向梁辉借钱 50 万元，有借款去向，是帮刘保根建房借款；借款是否归还？刘安保向梁辉借款三次，二次已经归还，这次借 50 万元用刘保根房产抵销借款；是否有归还的能力？已经归还二次，这次由刘保根房产抵销借款 50 万元，梁辉还到现场看过，可以视为具备归还能力。按照司法解释规定，刘安保借款 50 万元，不是受贿，完全是民事借贷行为。

四、一审法院判处被告人刘安保犯滥用职权罪不成立

1. 一审判被告人刘安保犯滥用职权罪已超过追诉时效。

罗迎的劳动教养时间是始于 1999 年 9 月 24 日，逮捕时间是 1999 年 8 月 20 日。

南昌市人民检察院追诉指控被告人刘安保犯滥用职权罪，但至 2011 年 5 月 10 日超过追诉时效 11 年 10 个月。

我国刑法规定，“国家机关工作人员滥用职权或者玩忽职守，致使公共财产、国家和人民利益遭受重大损失的，处三年以下有期徒刑或者拘役；情节特别严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。”因此，滥用职权罪最高刑期为 7 年。

我国刑法第 87 条规定，犯罪经过下列期限不再追诉：

(1) 法定最高刑为不满 5 年有期徒刑的，经过 5 年；

(2) 法定最高刑为 5 年以下不满 10 年有期徒刑的，经过 10 年；

罗迎是 1999 年 9 月 24 日被劳动教养的，至今已有 11 年 10 个月，现在来追诉刘安保滥用职权罪的责任，已超过追诉时效。因此，不能判处刘安保犯滥用职权罪。

2. 我国刑法第 87 条明确规定追诉时效期限，所讲的追诉是司法机关追诉，罗迎个人告状一直没有立案，不能代替司法机关追诉。

3. 罗迎被劳动教养是一种行政处罚，并不是刑法上的刑事犯罪，根据罪刑相适应原则，

一审判处被告人刘安保犯滥用职权罪，判处有期徒刑 2 年。罗迎被劳动教养，错关 1 年多时间，而一审判处刘安保犯滥用职权罪 2 年有期徒刑不符合罪刑相适应原则。

4.一审判处被告人刘安保犯滥用职权罪，不符合滥用职权罪的立案标准。

2006 年 7 月 26 日最高人民检察院关于渎职侵权犯罪案件立案标准的规定：

滥用职权案（第 397 条）涉嫌下列情形之一的，应予立案：

（1）造成死亡 1 人以上，或者重伤 2 人以上，或者重伤 1 人、轻伤 3 人以上，或者轻伤 5 人以上的；

（2）导致 10 人以上严重中毒的；

（3）造成个人财产直接经济损失 10 万元以上，或者直接经济损失不满 10 万元，但间接经济损失 50 万元以上的……

本案不符合滥用职权罪的立案标准。本案造成罗迎被劳动教养一次，不符合最高人民检察院有关滥用职权罪立案标准。判处被告人刘安保滥用职权罪名不成立。

综上所述，被告人刘安保没有为梁辉谋利，一审判处被告人犯受贿罪有期徒刑 12 年，不符合法律要求。被告人刘安保受贿罪不成立，应宣告无罪。被告人刘安保滥用职权没有造成损失，不够立案标准，并已超过追诉时效，根据罪刑相适应原则，不应判处 2 年有期徒刑。请二审审判长依据本案事实，撤销一审判决，无罪释放被告人。

以上意见是否正确，请法庭考虑。

此致

南昌市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2011 年 10 月 16 日

陈志海受贿、挪用公款再审案

案情简介

被告人陈志海，男，1948年1月15日出生，汉族，江西省南昌县人，大专文化，原系南昌市农业局局长、中共南昌市农业局书记，曾任南昌县人民政府县长、中共南昌县委副书记。因涉嫌受贿于2001年10月27日被立案侦查，10月28日被刑事拘留，11月13日被逮捕。

一、指控受贿罪

起诉书认为：被告人陈志海在任南昌县人民政府县长、南昌市农业局局长期间，先后7次收受他人人民币28万元，利用职务之便为他人谋取利益。具体事实如下：

1.1994年8、9月间，陈志海给南昌县水产场党委副书记廖玉山打电话，要求将水产场综合楼工程交给南昌县三建公司承接，1994年9月10日，南昌县三建公司承接了水产场的综合楼工程，并将该工程交给项目经理张国仔承建，张国仔又与陈志刚（陈志海的弟弟）合伙承建了该工程。1994年年底，陈志海在办公室收受了张国仔、陈志刚人民币4万元。

2.1994年年初，陈志海应南昌县二建公司项目经理樊云辉的要求，找南昌县建设银行领导林海平、吴巧玲谈话，要求将该行综合楼工程交南昌县二建公司承接，1994年5月3日，南昌县二建公司承接了该项工程，并将该工程交给樊云辉承建。之后陈志海在住处先后三次收受樊云辉人民币共计7万元。

3.1996年，陈志海在办公室收受涂序友人民币2万元，而后给南昌县新联乡党委书记徐长立打招呼，要求将新联乡的护坡工程交给涂序友承建。

4.1997年上半年，陈志海应江西和平养殖有限公司张卫平的要求，为江西和平养殖有限公司贷款一事给南昌县农业银行行长王小明打招呼，1997年5月27日、8月1日，南昌县农业银行各贷款50万元人民币给江西和平养殖有限公司，该款至今未还。期间，陈志海收受张卫平人民币5万元。

5.2000年年初，张卫平与江西丰物公司房地产有限公司（以下简称丰物公司）副总经理姜洪商议，由张卫平、姜洪与丰物公司合作联合开发南昌市农业局下属企业南昌市家畜家禽试验场（以下简称家禽场）的土地。为取得开发权，张卫平请求陈志海帮忙，2000年4月14日，陈志海决定将丰物公司作为联合开发家禽场土地的首选对象，同年5月9日，丰物公司与家禽场签订联合开发的意向合同，5月1日，陈志海签发南昌市农业局“关于联合开发家禽场28亩土地有关问题的请求”，请求市政府给予联合开发政策优惠。市政府经研究后不同意联合开发，决定由南昌市土地管理局组织出让家禽场的土地。由于合作开发未果，张卫平、姜洪又与丰物公司商定由他们帮助丰物公司取得家禽场土地的受让权，并以俞彬的名义成立了南昌市西湖区阳光房屋咨询服务部（以下简称服务部），与丰物公司签订《居间合同》，约定丰物公司以每亩55万元人民币的价格包干给服务部，由服务部帮助丰物公司取得家禽场土地的受让权。其间，陈志海要求家禽场与丰物公司签订《土地回赠补充合同》，

造成既成事实，为丰物公司取得受让权利创造条件。在张卫平、姜洪等人的操作下，2000年8月18日，丰物公司与南昌市土地管理局签订《国有土地受让合同》，以每亩44.5万元人民币的价格取得了家禽场36亩土地的受让权，张卫平、姜洪等人因此获利380万元人民币。为尽快取得该利益，张卫平又请求陈志海催促家禽场的土地拆迁进度，为此，陈志海多次打电话和召开会议，要求加快拆迁进度。2000年9月，陈志海在办公室收受张卫平人民币10万元。

二、指控挪用公款罪

陈志海在任南昌市农业局局长期间，利用职务之便，两次挪用市农业局下属企业南昌市种子子公司公款共计15万元人民币给他人使用。具体事实如下：

1.2000年2月，张卫平向陈志海提出借款10万元人民币，陈随即给种子子公司经理李建新打电话，称其朋友想借款，要求种子子公司帮助解决。李建新在与副经理胡建华商量后同意借出，陈志海因此从种子子公司借得人民币10万元，并将此款借给张卫平使用。该款在2000年8月已归还种子子公司。

2.2001年2月，张卫平又向陈志海提出借款，陈再次向种子子公司借款5万元人民币交给张卫平使用，此款至今未归还。

公诉机关认为，被告人陈志海在任南昌县人民政府县长及南昌市农业局局长期间，利用职务之便，先后7次收受他人人民币28万元，为他人谋取利益，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第385条第1款的规定，构成受贿罪，应依照刑法第386条、第383条第1款第1项之规定处罚。

被告人陈志海在任南昌市农业局局长期间；利用职务之便两次挪用公款共计15万元人民币给他人使用，超过3个月未归还，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第384条第1款之规定，构成挪用公款罪。

被告人陈志海犯有受贿罪、挪用公款罪，根据《中华人民共和国刑法》第69条之规定，应实行数罪并罚。

一审法院部分采纳了律师的辩护意见，没有追究陈志海挪用公款罪的刑事责任。一审判决认定被告陈志海身为国家机关工作人员，于1994年年初至2000年9月担任南昌县县长、南昌市农业局局长期间，利用职务之便，为他人谋取利益，从中收受他人钱财，先后收受南昌县二建公司项目经理樊云辉人民币7万元、南昌县三建公司项目经理张国仔及合伙人陈志刚（系陈志海之弟）人民币4万元，工程承包商涂序友人民币2万元，江西和平养殖有限公司经理张卫平人民币15万元，共计收受他人人民币28万元，认定被告人陈志海犯受贿罪，判处有期徒刑13年。一审宣判后，被告人陈志海上诉至江西省高级人民法院。

江西省高级人民法院二审裁定认为，被告人陈志海上诉理由及辩护人的辩护意见与事实不符，不能成立，本院不予采纳，一审判决事实清楚，裁定驳回上诉，维持原判。

被告人陈志海及辩护人不服一审判决和江西省高级人民法院二审裁定，向最高人民法院申诉再审。最高人民法院转江西省高级人民法院复查，认为符合再审条件，于2003年7月7日作出（2003）赣立刑申字第14号再审决定书。2004年3月11日在江西省高级人民法院第二审判庭公开开庭审理了本案。再审被告人陈志海及辩护人李云龙到庭参加诉讼。

2004年8月23日江西省高级人民法院（2003）赣刑再终字第1号刑事判决书认为：

本院认为，再审被告人陈志海在担任南昌县县长、县委副书记期间，利用职务的便利收受行贿人樊云辉人民币7万元、行贿人涂序友人民币2万元的事实清楚，证据确实、充分，其行为已构成受贿罪。原判认定陈志海收受张国仔人民币4万元、张卫平15万元，因张国

仔、张卫平二位证人当庭否认行贿的事实，陈志海亦否认存在受贿的事实，此二笔原一、二审认定陈志海共计受贿 19 万元的事实证据不足，应予以否定。原判对陈志海的所犯罪行定罪准确，审判程序合法，但认定陈志海的部分犯罪事实存在错误，导致量刑不当，应予纠正。经本院审判委员会的讨论决定，撤销江西省高级人民法院（2002）赣刑二终字第 49 号刑事裁定和南昌市中级人民法院（2002）洪刑二初字第 3 号刑事判决。判处被告人陈志海犯受贿罪，处 7 年有期徒刑。

李云龙律师申诉再审辩护成功，一审辩护观点被采纳。

陈志海出狱后，在外经商办企业。

一审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人陈志海本人的委托，经江西云龙律师事务所指派，为被告人陈志海受贿、挪用公款一案出庭辩护，依法参与诉讼，特发表辩护词如下：

南昌市人民检察院（2002）第 24 号起诉书，指控被告人陈志海在任南昌县人民政府县长、南昌市农业局局长期间，先后 7 次收受他人人民币 28 万元，利用职务之便为他人谋取利益，其行为触犯《刑法》第 385 条第 1 款之规定，构成受贿罪；起诉书还指控陈志海在任南昌市农业局局长期间利用职务之便，两次挪用市农业局下属企业南昌市种子公款 15 万元人民币给他人使用，其行为已触犯我国《刑法》第 384 条第 1 款之规定，构成挪用公款罪。

起诉书指控被告人的行为触犯我国刑法规定的受贿、挪用公款两个罪，本律师想就两个罪名一一进行辩护。

一、受贿数额认定问题

受贿罪是指国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的行为。受贿罪有两种类型：一种是索贿形式受贿罪，一种是收受他人财物受贿罪。

收受型受贿罪要具备两个条件：一是利用职务之便，如果国家工作人员收受他人财物，并没有利用职务上的便利，不构成受贿罪；二是利用职务之便为他人谋取利益，缺少这一条件不构成受贿罪。最高人民法院《关于当前办理经济犯罪案件具体运用法律的若干问题的解答》第 1 条规定：“把利用职务上的便利与未利用职务上的便利区分开，利用职务上的便利是构成受贿罪的不可缺少的条件。”依据法律和司法解释的有关规定，首先分析一下陈志海在南昌县任县长期间收受他人财物，是否构成受贿罪。

起诉书指控陈志海在任南昌县县长期间，先后 5 次收受张国仔、陈志刚 4 万元、樊云辉 7 万元、涂序友 2 万元，一共 13 万元。陈志海没有利用职务之便，为他人谋取利益。陈志海收受 13 万元不构成受贿罪。

起诉书第一项指控：“1994 年八九月间，陈志海给南昌县水产场党委副书记廖玉山打电话，要求将水产场综合楼工程给南昌县三建公司承建，1994 年 9 月 10 日，南昌县三建公司承接了水产场的工程……1994 年陈志海在办公室收受张国仔、陈志刚人民币 4 万元。”起诉书的指控不符合事实。

从法庭调查证实，县水产场综合楼工程是经过公开招标，经过党委研究，筛选为南昌县三建公司承包的。检察院 2002 年 1 月 24 日询问原水产场党委书记、场长章根盛笔录：“经

过多次筛选后，剩下南昌县五建公司和南昌县三建公司的条件不相上下，最后，县三建公司垫资比县五建公司强。”这一证据充分说明南昌县三建公司承建水产场工程是择优入选，党委集体确认决定的，并不是陈志海打招呼定的，与陈志海的职权无关。从证人南昌县三建公司项目经理张国仔 2002 年 3 月 17 日笔录证实：“水产场综合楼是公开招标的，参加招标的有南昌县一建、二建、三建、五建等建筑公司，县三建符合招标条件，垫资 70 万元中标。水产场综合楼共 7 层，在 1995 年被评为优良工程。”陈志海是否给水产场的领导打招呼，张国仔并不清楚，送钱时并没有提出要求陈志海打招呼，这说明行贿目的不明，收受财物的人并不明行贿人的要求，受贿罪很难成立。

再从证人县水产场副场长廖玉山 2002 年 3 月 19 日的笔录证实，陈志海打电话给他，并没有讲明此工程由县三建公司做。对于打招呼目的不明确，不能视为利用职务之便，为县三建谋取利益。整个水产场工程招标、发包、承包、施工，都是按规程序操作的，并没有违规操作。南昌县水产场工程被评为优良工程。张国仔、陈志刚送的 4 万元与陈志海的职务无关，并没有为他人谋取利益，不能认定为受贿数额。张国仔当时送 4 万元是出于求助于陈志海以后给予工作照顾，并不是行贿的，而是出于感情投资而已，感情投资、联络感情是属动机不明，不构成受贿。

第二项指控：“1994 年初，陈志海应南昌县二建公司项目经理樊云辉的要求，找南昌县建设银行领导林海平、吴巧玲谈话，要求将该行综合楼工程交给南昌县二建公司承接，之后陈志海在住处先后三次收受樊云辉人民币 7 万元。”

首先来分析一下陈志海对南昌县建行有没有行使职权进行影响，有没有利用职务的问题。职务之便限于担任职务的权力行使范围，限于本人职权行使。在南昌县区域范围，有些部门不属于南昌县政府管理，不属于南昌县政府管理的部门，陈志海就不能行使职权。依据南昌县建设银行副行长吴巧玲 2002 年 2 月 5 日笔录证实，当时侦查部门询问吴巧玲：“当时建行系统是条条管理还是块块管理？”回答是：“以条条管理为主，当时业务上、人事上还是条条管理，但党组织关系还在县里。”这说明建设银行正、副行长任职是市建行任命的，县里无权管理，陈志海无权行使领导权。吴巧玲笔录证据证实：“把建行大楼给二建做，林行长就回答说：我们回行里商量再说，后来经过向市行领导汇报，同意把工程给二建做。”从吴巧玲笔录证据足可以说明，定县二建公司做银行大楼是经过县建行研究，请示市建行定下来的，并不是陈志海谈一次话就可以定的。

从林海平 2001 年 12 月 2 日笔录证实，陈志海并没有讲明由县二建公司樊云辉做。1996 年 4 月，建行综合楼完工，1996 年 9 月 6 日，被评为优良工程。

樊云辉对于送 7 万元一事，两次笔录前后矛盾，两次交代送钱时间、地点、数额不一，这在证据上存在矛盾性。樊云辉谈到第一次送钱 2 万元是在 1993 年下半年，与工程承包联系不上，以后第二次、第三次 5 万元，送钱目的是希望以后还能帮他的忙，这 5 万元为了今后帮忙关照，并不是为县建行工程而送钱，行贿人的目的不明确，就不能认定为受贿数额。

陈志海在法庭调查时否认接受 7 万元，从樊云辉笔录证据看，从利用职权行使职权的条件分析，不能认定陈志海受贿 7 万元。

起诉书第三项指控：“1996 年，陈志海在办公室收受涂序友人民币 2 万元，而后给南昌县新联乡党委书记徐长立打招呼，要求将新联乡的护坡工程交给涂序友承建。”此项指控事实不清楚。

涂序友是新联乡人，与新联乡党委书记徐长立是熟人，涂序友要接护坡工程，不存在陈志海打招呼的问题。

原南昌县新联乡党委书记徐长立 2001 年 12 月 26 日的证词证实：“这个护坡工程有许多人接了，这些人都接了一部分……涂序友接了部分，我和涂序友熟点，涂序友是新联乡本地人，我在新联乡任人大主任时，他在乡派出所当联防员。谁接工程都要乡党委大会讨论，

这是班子讨论定下的，涂接工程也是由乡党委开会定的。”

涂序友 2002 年 3 月 17 日询问笔录证实：1.为新联乡护坡工程涂序友首先找到新联乡党委书记徐长立，找过徐长立二、三次，徐长立答应其参加中标；2.涂序友当时接工程交了 16.5 万元押金；3.涂序友只接了部分工程，仅做了 40 万元工程，做此工程实际亏损了。

徐长立 2001 年 12 月 26 日笔录证实，对陈志海是否打过电话持不确定的态度。陈志海在法庭否认打过电话，而是徐长立和县里开会主动汇报，陈志海明确表示护坡工程由乡里定。徐长立当时是乡党委书记，乡里工程由乡党委书记定，不存在陈志海出面打招呼的问题，更何况陈志海没有出面打招呼。再说涂序友与徐长立是熟人，徐长立也答应涂序友参加中标，因此，涂序友送陈志海的 2 万元不能认定为受贿数额。

二、证据问题

起诉书第四项、第五项认定陈志海分别收受江西和平养殖有限公司张卫平 5 万元、10 万元，为张卫平谋利。

首先谈一下第四项指控。起诉书认为：“1997 年上半年，陈志海应江西和平养殖有限公司张卫平的宴请，为其贷款一事给南昌县农业银行行长王小明打招呼……1997 年 5 月 27 日、8 月 1 日，南昌县农业银行各贷款 50 万元人民币……其间，陈志海收受张卫平人民币 5 万元。”

江西和平养殖有限公司在南昌县岗上乡发展养殖业，有规模，投资近 1000 万元。为了扶植企业发展，陈志海等领导向银行反映其需要贷款，没有过错，不是为他人谋取利益。农业银行对张卫平申请借款 50 万元，经过正常审批手续，与陈志海打招呼不存在利用职权问题。对于张卫平贷款 50 万元未归还，是借款人和银行管理的责任，不是陈志海的责任。

陈志海在法庭调查时一直否认收受张卫平 5 万元。陈志海与张卫平是多年朋友，经济上交往比较多，张卫平几次向陈志海借钱，陈志海也借给张卫平 20 多万元钱，陈志海也借过张卫平的钱。张卫平是否先后送过 5 万元、10 万元给陈志海，两者之间存在算账的问题，不存在受贿的问题。

因此，认定张卫平行贿 5 万元，同时存在一个证据问题，同时存在一个双方经济往来算账问题，不存在受贿与行贿的问题。

三、关于挪用公款罪

起诉书指控陈志海在任南昌市农业局局长期间利用职务之便，两次挪用市农业局下属企业南昌市种子公司的公款计 15 万元人民币给他人使用，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 384 条第 1 款之规定，构成挪用公款罪。

我国《刑法》第 384 条对挪用公款罪的规定是：国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大，超过 3 个月未还的，是挪用公款罪。

挪用公款罪既侵犯了国家的财政、财经管理制度，又侵犯了公款使用权。

挪用公款罪的挪用二字解释为：挪用即为移动。

挪用的行为表现为：未经批准许可，违反财经制度，擅自动用自己管理的公款，即改变公款性质等。在本案中，陈志海没有违反财政纪律，是按章借钱。

1.陈志海不是挪用人，是借款人。

南昌市种子分公司是一个独立的法人企业，财产权归种子分公司正副经理行使，陈志海不

能擅自到南昌市种子分公司随意动用资金。2000年2月，张卫平向陈志海提出借款10万元人民币，陈志海即给种子分公司打电话联系借款之事，经李建新与胡建华商量同意借出。这10万元是以陈志海名义向种子分公司李建新借的。李建新2001年10月14日笔录证实：2000年2月18日，我去财务科，从尹萍手中拿了10万元人民币，并点了钱数，用报纸包好到我办公室，交给陈志海，他点完了钱后，给了我一张借条，陈志海并签字，经理李建新才将人民币10万元交给陈志海。这说明陈志海是借款人，实际上钱是给张卫平借的。挪用公款的人实际上是种子分公司负责人，不是陈志海。再说2001年2月，张卫平再次向陈志海借款5万元，陈志海又向种子分公司联系借款。这5万元实际上是以办公室李如苟的名义借的，在财务账上有记载。直接从财务科拿出5万元的是李如苟，借用人也是李如苟。陈志海是从李如苟手中借走的。2001年2月28日，记账凭证摘要为李如苟借款5万元，李建新2001年10月笔录证实：陈局长要借5万元，你以办公室名义向财务上借5万元，李如苟就在办公室写了借条：今借到南昌市种子分公司财务科人民币5万元整，经手人李如苟。由此可见，借用人是李如苟，不是陈志海，不能认定陈志海有挪用公款的行为。

2.挪用公款的行为是违反财经管理的行为，陈志海为张卫平借钱是经过种子分公司研究定的，不是挪用公款行为，15万元是民事借贷关系。

南昌市种子分公司是独立的法人单位，经济、财产都是独立核算的，证人李建新2002年3月19日笔录：“借钱10万元之事，我同公司副经理胡建华商量过，同意在种子分公司财务上借。”

南昌市种子分公司原副经理胡建华2001年10月14日笔录证实：“李建新跟我讲，陈志海要借10万元钱，我说那就借给他。”

由此看来，借款10万元也是经过商量定的，并且是以南昌市种子分公司办公室主任李如苟名义借的。这是一种借用公款的行为，产生的纠纷只是一种借贷民事的纠纷。

要严格区别挪用公款与借用公款两种类型的行为，借用公款是指借贷人与公款的所有者或经营管理者签订了借贷协议，并得到借款的行为。借用公款必须是办理了有关手续，是双方当事人一致意思的表示，体现为一种合同关系。而挪用公款是一种私自动用公款的行为，往往是秘密进行的。公款的所有者或经营管理者对于公款被动用的事实大多不知情，具体经手、管理公款的国家工作人员未经领导同意，私自将公款借给其他个人使用，或者归自己本人使用，即使在动用公款时写下借据以示借用，实际上也是一种单方面的侵权行为，不具备合同要素。比如会计、出纳挪用所管理的公款去赌博、去炒股等，构成挪用公款罪。陈志海向种子分公司李建新借款两次共15万元，都是经过种子分公司主管领导研究同意，并写了借条两张，是一种民事借贷合同，受民事法律保护；产生纠纷可用民事法律调整，不能用刑事法律指控为犯罪，否则就扩大了打击面，扩大了打击面就会冤枉无辜。

综上所述，起诉书指控被告人陈志海在任南昌县人民政府县长、南昌市农业局局长期间，先后7次收受他人人民币28万元，其中19万元不构成受贿数额，指控陈志海挪用公款15万元，陈志海的行为不构成挪用公款罪，是一种民事借贷行为，请一审法院依据本案事实与法律作出公正判决。

以上辩护观点，请审判长给予考虑。

此致

南昌市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2002年3月29日

付学勇贪污案

案情简介

被告人付学勇，男，1965年10月7日出生，汉族，大学文化，中共党员，原中国银行进贤县支行副行长。

2008年4月11日付学勇因涉嫌贪污罪被刑事拘留，2008年4月22日被逮捕，同年6月12日取保候审。

被告人朱永龙（原中国银行进贤县支行行长）、付学勇、张学平（中国银行进贤县支行办公室主任）涉嫌贪污一案由江西省进贤县人民检察院反贪局侦查终结，于2008年7月24日移送起诉。

起诉书认为：2002年年初，时任中国银行进贤县支行行长的被告人朱永龙召开支委会研究决定设立“小金库”，支委会成员有行长朱永龙、副行长付学勇、办公室主任张学平、财务科长胡汉宁。会上各自分工明确，共同操作、管理小金库。小金库的资金来源主要是：虚开经费发票。虚开经费发票的金额来自出纳、会计，不是无依据开得到的，是经签字（在上级行下达给进贤支行用不完的经费指标额度内报账），进贤县支行将房租给其他单位所收取的租金提取未列支完的福利费、教育经费、工会经费等。以后每年都照同样的方式管理、操作小金库，直至2008年案发。2002年至2008年3月，四名被告人从“小金库”中以特别贡献奖的名义贪污共计人民币22万元，其中被告人朱永龙、付学勇各贪污人民币8万元，被告人张学平贪污人民币4万元，被告人胡汉宁贪污人民币2万元。

2002年年初至2008年4月份，小金库的账据由被告人朱永龙、付学勇审核后，每隔1—3个月销毁小金库的会计凭证、会计账簿。2008年3月5日晚上，被告人朱永龙趁进贤县人民检察院侦查人员找被告人张学平调查问话之机，私自打开其办公室的保险柜和铁柜，将放在两柜中的小金库的钱、购物券及账目资料全部搜走，尔后交给被告人付学勇。被告人付学勇将上述物品交给其妹妹付小红，并交待其将钱和购物券留下，账目资料销毁。付小红连夜将这些账目资料带到进贤县民和镇一个水塘边进行销毁。

检察院认为，被告人朱永龙、付学勇、张学平、胡汉宁利用职务上的便利，侵吞公共财产达人民币22万元；隐匿、故意销毁应当保存的会计账簿、会计凭证、情节严重，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第162条、第382条、第383条，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以贪污罪和隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿罪追究其刑事责任。

付学勇贪污一案起诉后，被告人付学勇的亲属通过中国银行江西省分行法制处领导介绍找到李云龙律师，李云龙接受委托后，多次到进贤县进行调查取证。为被告人付学勇作无罪辩护。

被告人朱永龙、付学勇贪污一案于2009年1月12日开庭审理，江西云龙律师事务所律师李云龙出庭参与诉讼，出示了有关证据，证实朱永龙、付学勇没有实施贪污行为，根据中国银行江西省分行有关规定，进贤县支行发放过年过节费用、年终奖，支行行长有自主权，不构成贪污罪。被告人付学勇隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿罪罪名不成立，请求一审法院依据本案事实与法律，判处被告人付学勇无罪。进贤县人民法院于2009年7月8日作

出一审判决。进贤县人民法院（2009）进刑初字第3号刑事判决书认为：上述证据经当庭举证、质证，四被告人及辩护人均辩护称支行行长有权决定使用，分配资金，且四被告人所领的奖金都是应该得的，小金库的资金来源有：奖金、福利费、工会会费，教育经费，房屋租金，奖金福利等，支行行长有自主权、支配权和分配权，对公诉机关的此项指控因事实不清，证据不足，不予支持。判处四被告人的行为不构成贪污罪；判处被告人朱永龙、付学勇、张学平、胡汉宁犯隐匿、故意销毁会计凭证罪，免于刑事处罚。被告人付学勇犯贪污罪不成立，犯隐匿、故意销毁会计凭证罪免于刑事责任。

一审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人付学勇的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人付学勇贪污、故意销毁会计凭证、会计账簿罪出庭辩护，发表辩护词如下：

进贤县人民检察院（2008）进检刑诉234号起诉书，起诉被告人朱永龙、付学勇、张学平等利用职务上的便利，侵吞公共财产达人民币22万元，其中被告人朱永龙、付学勇各贪污人民币8万，被告人张学平贪污人民币4万元，被告人胡汉宁贪污人民币2万元；隐匿、故意销毁应当保存的会计账簿、会计凭证，情节严重，其行为触犯了我国《刑法》第162条、第382条、第383条，应当以贪污罪、隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿罪追究其刑事责任。

进贤县人民检察院起诉认定被告人付学勇的行为构成贪污罪和故意销毁会计凭证、会计账簿罪。是否构成这两个罪，今天经过公诉机关出示的证据，以及被告的辩解，法院查实的有关证据，辩护人认为被告人付学勇的行为不构成贪污罪，不构成故意销毁会计凭证罪。

一、起诉朱永龙、付学勇犯有贪污罪，不符合贪污罪的要件

我国《刑法》第382条规定：贪污罪是国家工作人员利用职务上的便利，侵吞、窃取、骗取或者以其他的手段非法占有公共财物的行为。

贪污罪的客观要件，非法占有公共财物的方式是侵吞、盗窃、骗取和其他方法。所谓侵吞，是指行为人利用职务之便将公共财物非法据为己有。本案不是这种情况。本案朱永龙、付学勇等人没有实施侵吞行为。所谓盗窃，利用职务上的便利，秘密窃取公共财物。本案不是监守自盗的犯罪案件。所谓骗取，是使用欺骗的方法，如出差人员伪造、涂改票据，冒领、骗取公共财物的行为。本案的被告人付学勇没有实施欺骗方法贪污公款。被起诉的朱永龙、付学勇等人，领取的是奖励费、福利费，并没有采取贪污手段侵吞、盗窃、骗取公共财物的行为。

进贤县人民检察院（2008）234号起诉书中认定被告人朱永龙、付学勇各贪污8万元，张学平贪污4万元，胡汉宁贪污2万元，不符合贪污罪构成要件，其行为不构成贪污。支委成员所得的22万元，有2008年7月被告朱永龙的笔录证实：“经支委会研究每年年终以营销奖的名义发钱，数量是在支委会决定的，操作是张学平造表，写好总数我签字，再由张学平在小金库的存折里取出现金发给每个人，每个人都要在这张表上签字，这张签了字的表就作为小金库的支出。我们支行从2002年到2007年每次发钱都是这种操作模式。”

从被告人朱永龙笔录可证实，支委每个人在得钱发钱过程中的程序是严格的，经支委研究每年的奖金数额，奖金数额不大，经法庭调查，朱永龙有资金支配权。2002年到2005年，朱永龙、付学勇每年1万元，共计4万元。张学平、胡汉宁每人每年5000元，共计2

万元；朱永龙、付学勇 2006 年、2007 年每人每年 2 万元，共计 4 万元。张学平每年 1 万元，共计 2 万元。胡汉宁没有得。操作是张学平造表、写好总数，再由行长签字发给年终奖。这样按程序给奖金，怎么认定是侵吞？侵吞是将公共财物据为己有的行为，付学勇能将小进库的钱据为己有吗？而是经过造表、签字，再由张学平发放。付学勇的 8 万元，是经过 6 年才得到 8 万元奖金。付学勇并没有利用职务便利直接拿钱。付学勇的行为不构成贪污的要件。

二、被告人付学勇没有实施贪污的故意

贪污罪的故意是指明知是公共财产而将公共财产据为己有。贪污罪在主观上表现为直接故意，并以非法占有公共财产为目的。整个案件材料中并没有证据证实付学勇等四人将小金库财产占为己有。支委会研究是以年终奖、营销奖名义发的年终奖。付学勇等四人获得的是年终奖、营销奖，并不是将小金库的钱占为己有。付学勇等四人所得年终奖的时间跨年度 6 年，支委成员每年 1—2 万元的数额。被告人付学勇认为领的是年终奖，是他应当获得的，该行为不具备贪污罪的主观故意，侦查机关没有收集实施贪污的主观故意的证据，缺乏主观要件，贪污罪不成立。

三、根据中国银行江西省分行有关行规规定，支行发放过年过节费用、年终奖，支行行长有自主权

中国银行进贤县支行行长根据中国银行江西省分行的规定，有权分发支委成员年终奖。支行遵照上级规定发放年终奖，不是贪污行为，是执行行政规定范围内的奖金发放。

2008 年 3 月 12 日，中国银行江西省分行监察部《关于我行进贤支行有关费用情况的说明》中指出：“该行 2005 年至 2007 年所发放的福利费、教育经费、工会经费、国债手续费、中间业务奖励费、个税手续费用中，其中福利费、教育经费和工会经费由支行按工资、登记的规定比例提到账，其他奖励性费用由省分行考核下发。对上述费用，支行有支配自主权和分配权。”其中明确规定，进贤支行有自主权支配奖金及费用。

2008 年 3 月 10 日，还规定：“奖励的费用是根据各行经营情况，由省行人力资源部进行考核后，在人事费用中划支，对这块费用，支行行长有一定的分配权。”对于核发年终奖、过节费用，支行行长根据省行规定，有权决定分配上述奖项，并不违反财政纪律的规定。辩护人在法庭出示了有关中国银行江西省分行有关年终奖、业绩奖的规定，证实支行有权决定发放奖金。

朱永龙、付学勇是执行上级规定，支行决定支委成员的奖金是遵照上级规定的做法，并不构成贪污。

四、存入小金库的钱成分复杂，大部分是奖金费用，被告付学勇领取的是支行的年终奖励资金，不是虚开发票的费用

进贤县支行自 2002 年始设立小金库，是违反财政纪律的行为。

小金库自 2002 年设立至 2008 年 2 月，存入金额计 200 多万元。该资金来源按性质可分为三部分。

1. 2005年到2008年2月业务费用中以虚开发票套取现金77万元。

2. 支行房子出租费3万元。

3. 省行按规定下划给支行的福利费、工会经费、教育经费和各种手续费用120万元。

有关司法部门扣押小金库现金和实物50多万元，小金库剩下的仅有27万元，大部分是120万元的福利奖金费用。该支行支委6年来所得奖金22万元，不可能是虚开发票的钱，而是120万元福利、奖金费用。检察机关也没有出示证据证明支委奖金22万元是虚开发票的钱。奖金福利费用本身就应当奖励给支行员工和支委成员。支委几年来发放奖金22万元，是按照中国银行江西省分行规定，应当领取，不属于贪污公款的行为。

五、本案起诉为共同贪污，被告人并没有实施共同犯罪的故意

共同贪污要有共同故意，本案中被告只有发年终奖的故意，并没有共同贪污的故意。被告人之间是否商量过共同贪污，将公共财产据为己有，并没有这方面的证据。

支委发钱是由行长朱永龙作决定，依据省行文件发放奖金，由行长朱永龙签发发放，不存在共同商量贪污的问题，不存在共同犯罪的问题，没有实施共同贪污的故意。奖励资金只是奖金，不是贪污的钱物。被告人付学勇没有实施贪污的故意，是依据文件规定应得的奖金。被告人付学勇没有参与共同贪污，检察机关指控共同贪污证据不足。

六、被告人付学勇隐匿、故意销毁会计凭证、会计账簿罪罪名不成立

会计凭证，是记录经济业务的发生，明确经济责任的依据，也是登记账簿的依据。进贤县支行的小金库账目支出，上有中国银行江西省分行记载，下有进贤县支行会计凭证登记，对小金库资金来源记得很清楚。本案称销毁账目会计凭证，只是小金库发放奖励资金发放记录，并不是应当保存的单位会计账簿。故意销毁会计凭证要求情节严重，所谓情节严重，销毁小金库会计凭证要造成严重损失。本案销毁小金库记录资料并没有造成严重经济后果。起诉书指控被告人付学勇销毁会计凭证罪不成立。

综上所述，被告人付学勇的行为不构成贪污罪，领取的是银行年终奖，其行为不构成共同贪污罪的共犯。指控被告人付学勇销毁会计凭证罪不成立，销毁一般账目记录，其行为并不构成犯罪。请一审法院依据本案事实与法律，判处被告人付学勇无罪。以上意见是否正确？请审判长予以考虑。

此致

进贤县人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙管花梅

2009年1月14日

游兆汉逃税、非法吸收公众存款案

案情简介

被告人游兆汉，男，1962年5月10日出生，汉族，专科文化，福建省邵武市人，系贵溪市福达房地产开发有限公司董事长。2010年1月20日因涉嫌逃税罪被刑事拘留，2010年2月10日被逮捕。

本案由贵溪市人民检察院审查起诉，起诉书认为，2002年6月26日被告单位贵溪市福达房地产开发有限公司（以下简称福达公司）注册成立，公司性质为有限责任公司，注册资本200万元，法人代表系被告人游兆汉，股东有甘大健、宁志义、江长国，2005年10月8日，甘大健退出福达公司，游兆汉变更为新的股东。2003年，福达公司承建贵溪市新宾馆建设项目，为解决项目资金，福达公司在经营期间犯有如下犯罪事实：

2006年至2008年，游兆汉交代公司出纳被告人卢桂菁在向贵溪市地方税务局申报纳税时，隐匿销售收入，进行虚假纳税申报。2008年5月28日，贵溪市地方税务局雄石分局送达了《责令限期缴纳税款通知书》后，福达公司仍未缴纳此税款、如实进行纳税申报。经查，福达公司逃税额为3,656,927.33元，占应缴纳税款总额的61%。2009年11月25日贵溪市地方税务局向贵溪市人民法院申请强制执行扣缴税款。2010年5月25日，江西省银海拍卖有限公司受贵溪市人民法院委托对福达公司部分房产进行拍卖，拍卖成交总价为373.3万元。

2006年至2009年间，游兆汉在未经中国人民银行批准的情况下，以公司名义向张善儒、周小琴等35户及贵溪市骏田房地产开发有限公司借款2130.93万元，约定借款年利息为20%—30%。截至案发该款未归还。

被告人卢桂菁于2010年1月23日接到电话通知后到公安机关接受调查。

检察院认为，被告单位福达公司及被告人游兆汉、卢桂菁采取不列收入进行虚假纳税申报等手段逃避缴纳税款，其行为均已触犯《刑法》第201条之规定；另被告人游兆汉以福达公司名义违反国家法律、法规的规定在社会上以存款的形式公开吸收公共资金，数额巨大，其行为均已触犯《刑法》第30条、第176条之规定。本案犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以逃税罪、非法吸收公众存款罪追究被告单位福达公司及被告人游兆汉的刑事责任，以逃税罪追究卢桂菁的刑事责任。二被告人且同时具有《刑法》第25条第1款规定之情节；被告人游兆汉且具有《刑法》第69条规定之情节。根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第141条之规定，提起公诉，请依法判处。

2010年6月23日本案移送至贵溪市人民法院后，被告人游兆汉的弟弟及时找到了李云龙律师。李云龙律师多次至贵溪市了解案情，调查取证。认为被告人游兆汉没有逃避税款，贵溪市地税局作出行政强制执行3,656,927.33元补缴税款，福达公司、被告人游兆汉没有逃税。被告人游兆汉、福达公司借款2130.93万元，已作出了民事判决，实属民间借贷关系，被告人游兆汉不构成非法吸收公众存款罪。2010年7月28日贵溪市人民法院公开开庭审理了被告人游兆汉、卢桂菁逃税，以及被告人游兆汉非法吸收公众存款案，李云龙律师出庭为被告人游兆汉逃税、非法吸收公众存款罪辩护，并出示有关证据。整个法庭控辩双方辩护激

烈，李云龙律师为被告人游兆汉辩护非常精彩，引起法庭的重视。一审法院依据检察院的起诉意见，辩护人李云龙的辩护意见，判处被告人游兆汉犯逃税罪，免于刑事责任，犯吸收公众存款罪判处3年有期徒刑，缓刑2年。法院当庭宣判，被告人释放回福建从商。

一 审 辩 护 词

审判长、审判员：

我接受被告人游兆汉亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人游兆汉涉嫌逃税罪、非法吸收公众存款罪出庭辩护，参与诉讼，发表辩护词如下：

贵溪市人民检察院（2010）贵检刑诉第160号起诉书认定：“被告单位福达公司及被告人游兆汉、卢桂菁采取不列收入进行虚假申报等手段，逃避缴纳税款，其行为均已触犯了刑法第三十条、第二百零一条之规定；另被告人游兆汉以福达公司名义违反国家法律、法规的规定在社会上以存款的形式公开吸收公众资金，数额巨大，其行为均已触犯刑法第三十条、第一百七十六条之规定……应当以逃税罪、非法吸收公众存款罪追究被告单位福达公司及被告人游兆汉的刑事责任。”本律师认为起诉书认定被告人游兆汉的行为触犯了我国《刑法》第201条逃税罪、《刑法》第176条非法吸收公众存款罪没有事实依据，罪名不成立。

一、游兆汉不构成逃税罪

起诉书认定：“被告单位福达公司及被告人游兆汉、卢桂菁采取不列收入进行虚假纳税申报等手段逃避缴纳税款，其行为均已触犯刑法第三十条、第二百零一条之规定。”这一起诉认定不符合事实，被告人游兆汉涉嫌“逃税罪”不成立。

1.福达公司拖欠税款已作出行政处罚，已经补交税款373.33万元，已缴清，被告人游兆汉不欠国家任何税款。

2008年5月28日贵溪市地税局已作出《责令限期缴纳税款通知书》，2009年11月25日贵溪市地税局向贵溪市人民法院申请强制执行，2009年11月28日贵溪市人民法院（2009）153号已作出《行政裁定书》准予行政强制执行所拖欠的税款3,656,927.33元。贵溪市人民法院2010年3月1日委托鹰潭华宇房地产评估司法鉴定所，对贵溪市福达房地产开发有限公司所营业的房子及杂物间进行价值评估，确定该宗地价值为5,555,034元。2010年5月25日江西省银海拍卖有限公司对福达公司房地产进行拍卖，拍卖成交总价为373.3万元。福达公司所欠税款为3,656,927.33元，拍卖补交清所欠税款。行政强制执行已完毕，补交税款已完成，福达公司拖欠税款已经结清。被告人游兆汉不欠国家任何税款。

2.依照《刑法修正案（七）》有关的逃税罪规定，被告人游兆汉已接受行政处罚，补缴应纳税款，不构成逃税罪。

《刑法修正案（七）》对第201条新增了一个条款：“经税务机关依法下达追缴通知后，补缴应纳税款，缴纳滞纳金，已受行政处罚的，不予追究刑事责任。”贵溪市地方税务局对贵溪市福达房地产开发有限公司拖欠税款问题进行行政处罚，移送贵溪市人民法院，后查封福达房地产开发有限公司开发的贵溪市福达家园一批价值500多万元房产，2010年5月25日在人民法院主持下进行现场拍卖，买主多家参与拍卖，已经拍卖成交370万元，并已补交拖欠的税款。依据《刑法修正案（七）》增加的规定，游兆汉的行为不构成逃税罪。

3.被告人游兆汉主观方面没有逃税的故意。

贵溪市福达房地产开发有限公司2009年4月11日向贵溪市地税局打过“紧急情况报告”，报告明确提出：“我公司投资开发的贵溪新宾馆及福达家园两大项目，至2008年年底

已陆续上交税收 300 多万元，尚欠各种税款合计 365 万元，因我公司目前资金十分困难，特请求批准延缓缴纳尚欠税款，届时我公司对尚欠税款保证全额缴清。”被告人游兆汉多次打报告要求延交税款，说明主观上没有逃税目的。逃税罪要主观上具备逃税动机，被告人游兆汉并没有隐瞒申报税款，而是主动打报告申请延缴税款，没有逃税的主观目的，因此被告人不构成逃税罪。

《刑法修正案(七)》是 2009 年 2 月 28 日全国人民代表大会第七次常务委员会通过的。被告人游兆汉拖欠税款的行为，发生在 2006 年至 2008 年三年间，依据刑法从旧兼从轻原则，被告人游兆汉的行为不构成逃税罪，因为根据《刑法修正案(七)》关于逃税罪的规定，只要补交税款就可以不再刑事处罚。4.同一事实，作出两种处罚、两种判决，不符合一事不再理原则。

一事不再理原则，就是对判决、裁定已经发生法律效力案件的被告人，不得再次起诉和审理。

本来对贵溪市福达房地产开发公司拖税一事已执行完毕，贵溪市福达房地产开发公司不欠国家税款，而贵溪市地税局 2009 年 12 月 3 日又将贵溪福达房地产开发有限公司涉嫌偷税一案移送贵溪市公安局，贵溪市人民检察院 2010 年 6 月 23 日又将被告人游兆汉以涉嫌逃税罪起诉至人民法院，现在人民法院受理着福达房地产开发有限公司拖欠税款行政执法案，同时又受理福达房地产开发有限公司逃税案，法定代表人游兆汉将遭受两项处罚。

根据刑事诉讼法的一事不再理原则，同一种行为，怎么能作两种处罚、两项判决呢？请人民法院依法判处被告人游兆汉不成立逃税罪。

二、起诉被告人游兆汉涉嫌非法吸收公众存款罪

起诉书认定：“2006 年至 2009 年间，游兆汉在未经中国人民银行批准的情况下，以公司名义向张善儒、周小琴等 35 户及骏田房地产开发有限公司借款 2130.93 万元，约定借款年利率为 20%-30%。截至案发该款未归还。”起诉书认定被告人游兆汉的行为构成非法吸收公众存款罪。这一起诉认定被告人游兆汉构成非法吸收公众存款罪证据不足，罪名不成立。

1.民间借贷依法成立，不需要中国人民银行批准。

福达公司向张善儒、周小琴等 35 户借款 2130.93 万元，实属民间借贷关系，不需要中国人民银行批准。贵溪市房地产开发有限公司 2008 年 3 月 3 日向张善儒借款 472,000 元，双方立了借条，并提供担保，还约定在 2008 年 3 月 3 日至 2008 年 9 月 3 日不计息，如到期未能按期偿还借款，福达公司以福达家园的 40#、41#商铺抵押担保。“被告贵溪市福达房地产开发有限公司借张善儒 472,000 元，并约定借款担保符合民间借贷关系。”福达公司向贷款人江银发、朱燕英借款 220 万元，贵溪市福达房地产开发有限公司与贷款人江银发、朱燕英，担保人贵溪市骏田房地产开发有限公司签订了《借贷协议书》，三方达成协议：“借款人因合法房地产开发项目需要资金周转，借款人向贷款人借款 220 万元……”“借款人以贵溪市桥南福达房地产开发的贵溪新宾馆以南叁栋别墅楼作为担保……”等等。贵溪市福达房地产开发有限公司《借贷协议书》有效，符合民间借贷关系。

福达公司向张善儒、周小琴等 35 户借款 2130.93 万元，双方都立了借款凭证，都向人民法院起诉进行了民事判决，法院判决案由为民间借贷。《中华人民共和国合同法》第 210 条规定：“自然人之间的借款合同，自贷款人提供借款时生效。”第 211 条规定：“自然人之间的借款合同约定支付利息的，借款的利率不得违反国家有关限制借款利率的规定。”

根据 1991 年 7 月 2 日最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 1 条的规定，公民之间的借贷纠纷，公民与法人之间的借贷纠纷以及公民与其他组织之间的借贷

纠纷，应作为借贷案件受理。福达公司向张善儒、周小琴 35 户借款 2130.93 万元属于民间借贷关系，不需要中国人民银行批准。《合同法》第 210 条、第 211 条已说得很清楚，受合同法保护。

2.原告张善儒、周小琴等 35 户及贵溪市骏田房地产开发有限公司借款 2130.93 万元，已作出了民事判决，民间调解结案，已移送至执行局执行。

不能将贵溪市福达房地产开发有限公司民间借贷已作了民事判决、民事调解的案件，再次以非法吸收公众存款罪起诉被告人游兆汉。

把民事判决和民事调解的案件作刑事犯罪处理，人民法院怎么能作两种判决吗？完全不符合法律要求。

起诉游兆汉非法吸收公众存款罪没有报案笔录记录，不符合立案程序。法院民事判决书、民事调解书存卷怎么到公安局来的？在程序上违背诉讼原则。

3.被告人游兆汉的行为不构成非法吸收公众存款罪。

非法吸收公众存款罪是指吸收公众存款或者变相吸收公众存款，扰乱金融秩序的行为。本罪侵害的客体是国家的金融管理秩序。福达房地产开发有限公司主要借民间资金开发房地产业，有项目，有借钱的目的，并没有吸收公众存款，而是借款开发项目，钱大部分借到公司财务上，并没有吸收公众存款至银行。因此检察院指控被告人游兆汉构成非法吸收公众存款罪不成立。

综上所述，被告人游兆汉没有逃税，贵溪市地税局作出行政强制执行 3,656,927.33 元，补缴税款了。福达公司、被告人游兆汉没有逃税任何责任，被告人游兆汉不构成逃税罪。被告人游兆汉、福达公司借款 2130.93 万元，已作出民事判决，实属民间借贷关系。被告人游兆汉不构成非法吸收公众存款罪。请法院依据本案事实与法律规定宣告被告人游兆汉无罪，还其历史清白。

此致

贵溪市人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2010 年 7 月 28 日

朱小湖行贿、挪用公款案

案情简介

被告人朱小湖，男，1969年3月13日出生，汉族，小学文化，江西省鹏创汽车贸易有限公司法定代表人，户籍所在地为广东省深圳市龙岗区，住广东省深圳市龙岗区中心城欧景花园4-A/601。因涉嫌行贿罪，2016年2月22日抚州市人民检察院决定对其监视居住。因涉嫌行贿罪，2016年3月16日抚州市人民检察院对其刑事拘留。2016年4月1日抚州市人民检察院决定对其逮捕，2016年9月2日发现其犯有挪用公款罪，决定重新计算侦查羁押期限。

2016年2月6日江西省人民检察院职务犯罪侦查指挥中心将犯罪嫌疑人朱小湖行贿线索交由抚州市人民检察院侦查。案源来自九江市委常委、修水县委书记黄斌受贿一案的举报线索。举报线索告发，犯罪嫌疑人在修水县投资汽车贸易市场项目及时代广场地产项目，为了感谢时任修水县委书记的黄斌在项目用地价格、土地出让金缴纳及办理土地使用证等手续上的关照，送给黄斌人民币65万元。

另侦查查明，朱小湖在投资入股修水县汽车运输有限公司的过程中，与修水县交通局副局长、汽运公司董事长唐英利合谋，由唐英利将修水县政府拨付至汽运公司的6030.7万元土地收购款挪用供其进行营利活动。被告人朱小湖涉嫌行贿及挪用公款一案，由抚州市临川区人民检察院反贪局侦查，江西云龙律师事务所律师李云龙通过高新恒大集团朱先生介绍，接手为被告人朱小湖进行法律服务。李云龙律师多次到抚州市临川区检察院反贪局了解案情，得到了抚州市临川区人民检察院反贪局领导的重视，并多次向临川区检察院办案人员反映，并提供有关证据和法律意见。李云龙律师认为，临川区人民检察院2016年11月1日以临检反贪移诉（2016）11号文书移送审查起诉的朱小湖涉嫌向黄斌行贿65万元一案证据不足，朱小湖交代反复、不一致。请反贪局撤回移送起诉。临川区人民检察院反贪局认真审查，撤回反贪局（2016）11号文书。临川区人民检察院反贪移诉（2017）1号中，仅犯罪嫌疑人朱小湖涉嫌挪用公款一案被移送起诉，原

朱小湖涉嫌的行贿罪被撤销，临川区人民检察院公诉处以朱小湖挪用公款罪一个罪名提起公诉。在李云龙律师调查取证工作下，朱小湖涉嫌行贿 65 万元，以证据不足，没有移送起诉。

临川区人民检察院（2017）临检公刑诉 83 号起诉书认定被告人朱小湖与唐英利合谋挪用公款 6030.7 万元，数额巨大，起诉至临川区人民法院。起诉书认为：“被告人朱小湖在明知政府拨付 6030.7 万土地收储款至汽运公司的情况下，与唐英利共谋，获取 6030.7 万元公款并进行营利活动，数额巨大，其行为触犯了《中华人民共和国刑法》第 25 条、第 384 条之规定，应当以挪用公款追究朱小湖的刑事责任。”我国刑法第 384 条是挪用公款罪的规定，刑法第 25 条是共犯规定。

李云龙律师对朱小湖挪用公款一案进行了调查：一是朱小湖的行为不构成挪用公款，被告人朱小湖是借款人，不是挪用公款的共犯，应判处朱小湖无罪。挪用公款罪要求是具有国有性质的公款，汽运公司的资金不是公款。6030.7 万元不是公款，本案应当适用挪用资金罪。临川区人民法院的领导及办案人员多次听取律师的辩护意见，开庭时律师提供的证据材料，并反复进行研究。

临川区人民法院依据本案事实、朱小湖的投案自首情节，以及律师的辩护意见，以挪用资金罪判处被告人朱小湖有期徒刑三年徒刑，缓刑四年。被告人朱小湖高兴而归。从两个罪名，到以一个罪名判决，至终判缓刑，这就是律师操作的结果。

为被告人朱小湖挪用公款一案的辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人朱小湖亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人朱小湖挪用公款一案出庭辩护。

抚州市临川区人民检察院（2017）第 83 号起诉书，起诉被告人朱小湖“在明知政府拨付 6030.7 万元土地收储款至汽运公司的情况下，与唐英利共谋，利用唐英利的职务之便，获取 6030.7 万元公款并进行营利活动，数额较巨大。事后又高额回报接受唐英利借款为利益，其行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 25 条、第 384 条之规定，犯罪事实清楚，证据确实充分，应当以挪用公款罪追究其刑事责任。”起诉书起诉被告人朱小湖的行为触犯了我国刑法第 25 条、第 384 条之规定。我国刑法第 384 条是指挪用公款罪的规定，刑法第 25 条的规定是指二人以上共同犯罪。

依据起诉书以及本案犯罪事实，发表如下辩护意见：一、朱小湖的行为不

构成挪用公款罪。二、挪用公款罪要求是公款，国有性质，汽运公司的资金不是公款，是公司股份财产，不具有国有性质，本罪适用刑法 272 条挪用资金罪。三、被告人朱小湖不是挪用公款的共谋，没有共谋证据。四、被告人朱小湖构成公司挪用资金罪的从犯。

一、朱小湖的行为不构成挪用公款罪

我国刑法 384 条规定：“国家工作人员利用职务上的便利，挪用公款归个人使用，进行非法活动的，或者挪用公款数额较大、进行营利活动的，或者挪用公款数额较大、超过三个月未还的，是挪用公款罪，处五年以下有期徒刑或者拘役；情节严重的，处五年以上有期徒刑。挪用公款数额巨大不退还的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑。”

什么是挪用？《现代汉语词典》解释，挪用两个字的含义：1、把原定于某方面的钱，转到别的方面来用。2、私自用公款、公家的钱。刑法规定的挪用行为主要行为人违反财政纪律行为规定，擅自动用自己职务上经手管理的资金，但目的不是占为己有，占为己有就是贪污。

1、违反财政纪律行为，要具备刑法规定挪用公款罪要件才构成挪用公款罪。一是挪用公款进行非法活动，本案挪用 6030.7 万元没有进行非法活动，朱小湖没有将 6030.7 万元进行营利活动，没有进行赌博等非法活动。

2、唐英利、朱小湖挪用公款没有进行营利活动，临川区检察院起诉被告人唐英利、朱小湖挪用公款进行营利活动，这一起诉意见不成立。本案事实，江西久旭房地产开发有限公司向修水县汽车运输有限公司借 6030.7 万元，江西久旭房地产开发有限公司通过农村信用合作社分别于 2011 年 7 月 14 日转 1500 万元、2011 年 7 月 19 日转 2000 万元、2011 年 7 月 19 日转 2530.7 万元至修水县非税收入管理局支付土地款。一共转非税收入管理局 6030.7 万元，一分钱没有截留，也没有进行营利活动，检察院起诉朱小湖进行营利活动，没有事实证据，这一证据李云龙律师当场申请 4 名证人出庭作证证实江西久旭房地产开发有限公司将 6030.7 万元分三笔转向修水县非税收入管理局支付土地款。资金没有截留进行营利活动，营利活动是将公款存到银行获取利息，或做生意进行营利，本案不是这种情况。

因此唐英利、朱小湖挪用公款罪没有进行营利，则不构成挪用公款罪。

二、挪用公款罪要求是公款，国有性质，汽运公司的资金不是公款，是公司股份财产，不具有国有性质，本罪适用刑法 272 条挪用资金罪。

本案挪用资金是修水县政府分别向汽运公司拨付老汽车站地块土地收储款 4530.7 万元、1500 万元（合计 6030.7 万元）6030.7 万元已转移至汽运公司。民法通则第 72 条规定“所有权的取得依照合同或者合法方式取得财产的，财产所

有权从财产交付时起转移……”汽运公司享有 6030.7 万元财产权，这笔 6030.7 万元是汽运公司股份财产，不是国有资产。因此起诉唐英利、朱小湖挪用公款罪不成立，应当适用公司挪用资金罪。唐英利是挪用人，不具备公司挪用资金罪共犯，朱小湖是借款人。

三、被告人朱小湖是借款人，不是挪用公款共谋。朱小湖的行为不构成挪用公款罪。检察机关没有出示共谋的证据。江西久旭公司是借款人，朱小湖的行为不构成挪用公款罪。

起诉状“被告人朱小湖事前以转让汽运公司 5% 股份给唐英利为利益，在明知政府拨付 6030.7 万元土地收购款至汽运公司的情况下与唐英利共谋，利用唐英利的职务之便，获取 6030.7 万元公款进行营利活动。”

起诉书起诉被告人朱小湖，与唐英利共谋是以“唐英利向朱小湖提出购买其名下 5% 的股份，但没有钱。朱小湖同意转让 5% 的股份给唐英利，但唐英利暂不用付款，但此 5% 的股份必须挂在朱小湖的名下。”唐英利向朱小湖购买其名下 5% 的股份，是 2010 年 12 月份立案，朱小湖以久旭公司的名义借 6030.7 万元的借款是在 2011 年 7 月 22 日，时间相隔 7 个多月，唐英利给 5% 股份并没有讲到借 6030.7 万元之事，5% 股份没有主观故意，与借款 6030.7 万元联系不上。唐英利向朱小湖购买其名下 5% 的股份，没有实现，协议已撕毁。起诉书起诉朱小湖是共谋没有事实证据。再说唐英利将其 100 万元借给朱小湖，借款是事实，但是没有三年翻一番，翻到 500 万。唐英利没有获 500 万元实证，没有实现。本案起诉朱小湖是共谋没有事实证据。

1998 年 4 月 29 日，最高人民法院《关于审理挪用公款案案件具体应用法律若干问题的解释》第八条规定：“挪用公款给他人使用，使用人与挪用人共谋，指使或者参与策划取得挪用款的，以挪用公款罪的共犯定罪处罚。”

在此司法解释之前，借款人朱小湖在司法实践中，一般不起诉借款人。借款人朱小湖不是挪用人。在此司法解释后起诉共犯要有严格要求。要有共同故意，共同挪用行为。2011 年 7 月 22 日江西久旭公司借款借条是唐英利答复同意借，没有朱小湖签字，江西久旭公司借条上没有朱小湖签字，只有唐英利、会计签字。怎么认定共谋呢？

也不是共谋，检察院起诉被告人朱小湖给唐英利 5% 单位股份，与借款 6030.7 万元没有任何关系。

四、本案应当适用公司挪用资金罪，被告人唐英利是挪用人，是批准人，被告人朱小湖是借款人，朱小湖构成挪用资金罪的从犯。

唐英利是汽运公司的董事长，朱小湖在汽运公司有 49% 的股份，是被告人唐英利将汽运公司 6030.7 万元借给江西久旭房地产开发有限公司使用，并在江西

久旭房地产开发有限公司借据上签字“同意暂借”江西久旭房地产开发有限公司。唐英利的行为构成我国刑法 272 条规定中的挪用资金罪。

唐英利是挪用人，唐英利签字“同意暂借”江西久旭房地产开发有限公司，没有唐英利的签字，汽运公司资金挪不动。本案适用公司挪用资金罪汽运公司董事长唐英利是主犯，朱小湖江西久旭房地产开发有限公司是借款人。将借款 6030.7 万元主动归还修水县非税收入管理局支付土地款，没有给国家造成资金损失，被告人朱小湖犯罪情节较轻。

五、量刑意见

被告人朱小湖挪用公款罪的行为不构成共谋。检察机关没有出示共谋的证据。江西久旭公司是借款人，朱小湖是借款人，犯罪情节较轻。

被告人朱小湖公司挪用资金罪犯罪情节较轻。借款人江西久旭公司，朱小湖为借款人，犯挪用资金罪，犯罪情节较轻，请判处被告人朱小湖犯挪用资金罪，判处三年有期徒刑，缓刑四年。

以上辩护意见请法庭考虑。

此致

抚州市临川区人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2017 年 6 月 9 日

朱小湖挪用公款一案证据目录清单

证据之一：丁小平 2017 年 4 月 9 日询问笔录 证据目录事项

- 1、证人丁小平为修水县汽车运输有限公司股东。
- 2、2010 年 11 月 26 日通过的《特别授权书》是我看过参加签订。
- 3、《特别授权委托人》唐英利可以签订法律文书，签订合同财务借款，他有这个权利，比如 2011 年 7 月 22 日的江西久旭房地产开发公司借 60307000.00 元的借款，董事长有权处理，也不需要开股东会。

证据之二：证人徐兵 2017 年 4 月 9 日询问笔录 证据目录事项

- 1、徐兵是修水县汽车运输公司的股东。
- 2、证实唐英利，依据 2010 年 11 月 26 日的《特别授权委托书》，授权给他，不需要召开股东会，可签发借款凭证。唐英利是董事长，他有权决定借款权利。

2011 年 07 月 22 日的江西久旭房地产开发公司借款 60307000.00 元借款。董事长有权决定借款。

证据之三：樊金宁 20147 年 4 月 9 日询问笔录 证据目录事项

- 1、樊金宁是修水县汽车运输公司的股东。
- 2、证实唐英利依据 2010 年 11 月 26 日的《特别授权委托书》，唐英利可以签订法律文书，签订合同财务借款，他有这个权利。江西久旭房地产开发公司的 60307000.00 元借款，董事长有权处理。

证据之四：荣芬芳 2017 年 3 月 25 日询问笔录 证据目录事项

- 1、荣芬芳原修水县汽车运输公司财务科长。
- 2、我看了这长借据。

借据内容交款单位，修水县汽车运输有限公司，金额陆仟零叁拾万柒仟元。
收款人：江西久旭房地产开发有限公司，借据时间 2011 年 7 月 22 日。证实借款人是江西久旭房地产开发有限公司，不是朱小湖。

- 3、借据上有江西久旭房地产开发有限公司公章

证据之五：张翼志 2017 年 3 月 26 日询问笔录 证据目录事项

- 1、这张借据是江西久旭房地产开发有限公司向修水县汽车有限公司出据，借款 6030.7 万元。
- 2、三张进账单显示修水县汽车有限公司分三笔共转：江西久旭房地产开发有限公司 6030.7 万，将 6030.7 万又通过周转给国家地方税务局支付土地款，至此交齐了财政 6030.7 万，资金没有遭受缺失。

证据之六：杨帆 2017 年 3 月 26 日询问笔录 证据目录事项

- 1、这个借据是江西久旭房地产开发有限公司出据，符合借款事项。
- 2、贷款关系很清楚，证实朱小湖没有挪用公款罪。

证据之七：借据（借款人：）江西久旭房地产开发有限公司

- 1、借据 2011 年 7 月 22 日，这个借据说明民事借款是正确的。

证据之八：付非税局土地款三张转支票存根

- 2、证明付非税局 6030.7 万元，因此非税局没有遭受损失。

证据之九：特别授权委托书

周逸洪受贿改判案

案情简介

被告人周逸洪，男，1967年3月29日出生于江西省南康市，汉族，大学文化，原系中共会昌县委副书记、县长，曾任赣州市人民政府办公室副主任，赣州市人民政府副秘书长；家住赣州市章贡区长征大道半德园小区；因涉嫌受贿罪于2013年9月2日被刑事拘留，9月18日被逮捕。

江西省赣州市人民检察院（2013）60号起诉书指控被告人周逸洪犯受贿罪，于2013年11月8日提起公诉。

赣州市人民检察院起诉书指控：2007年至2013年期间被告人周逸洪先后担任赣州市人民政府办公厅副主任、赣州市人民政府副秘书长、中共会昌县委副书记、县长期间，利用职务之便为他人谋取利益，非法收受赣州建筑商冯英初685万元（其中含600万元人民币借条）；鼎轩实业有限公司副总经理徐胜120万元，会昌县康居投资发展有限公司董事长林勇110万元等共计44名商人及国家工作人员的财物共计价值人民币1166万元。

赣州市中级人民法院一审认定了检察院的起诉意见，认定了被告人周逸洪受贿数额1166万元，判处被告人周逸洪犯受贿罪，判处无期徒刑。

被告人周逸洪不服一审判决，依法上诉至江西省高级人民法院。上诉期间被告人周逸洪的哥哥周逸云找到了江西云龙律师事务所律师李云龙。

李云龙接手被告人周逸洪二审辩护，到赣州市看守所会见被告人周逸洪，发现一审判决认定被告人周逸洪受贿数额1166万元，其中行贿人冯英初给周逸洪两张借条600万元在内，除去两张借条600万元，实际受贿数额为566万元。通过调查取证，李云龙律师认为认定600万元借条，不能认定为受贿数额。行贿人冯英初的借条600万元不是财物，是张空洞借条，周逸洪也不会拿两张借条去要现金600万元。受贿罪的概念，贿赂就是财物，行贿人冯英初的借条600万元不

是财物，不是贿赂，不能认定为被告人的受贿数额。

第二个辩护观点，被告人周逸洪提供邝光华的犯罪线索，向赣州市纪委提供原会昌县县长邝光华的违法违纪线索，使得原会昌县县长邝光华违法违纪案得到查处。赣州市人民检察院查处邝光华受贿数额 632 万元，属数额特别巨大。被告人周逸洪具有重大立功情节。

第三个辩护观点，被告人周逸洪在 2013 年 9 月 2 日拘留之前全部主动交代受贿事实，具有自首情节。

被告人周逸洪二审上诉案，在江西省高级人民法院二审期间，主管副院长朱浔认真听取了李云龙律师的辩护意见，并将 600 万元借条不构成受贿罪数额上报至最高人民法院刑二庭。

二审采纳了有关被告人周逸洪具有揭举立功、自首情节的意见，改判被告人周逸洪犯受贿罪，从无期徒刑改判为 15 年有期徒刑。

被告人周逸洪二审判决后，在赣州市监狱服刑，服刑期间找李云龙律师进行申诉代理。申诉理由是：600 万元借条不是贿赂，不能认定为受贿数额。被告人周逸洪正在申诉受理期间。

为被告人周逸洪受贿一案二审辩护词

审判长：

我接受被告人周逸洪亲属委托，经江西云龙律师事务所指派，为被告人周逸洪上诉一案辩护，发表辩护词如下：

赣州市中级人民法院（2013）赣中刑二初字第 11 号刑事判决书，判处“被告人周逸洪身为国家工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人价值人民币 1166.51495 万元，港币 34.7806 万元及美金 1 万元，为他人谋取利益，其行为构成受贿罪——判处被告人周逸洪犯受贿罪，判处无期徒刑……”被告人周逸洪不服一审判决，特提出上诉高级人民法院。上诉人周逸洪认为“冯英初出示两张借条 600 万元，并不是财物，600 万元借条又没有实现，没有支付财物，是一张空头支票，是一张纸，不能认定上诉人受贿冯英初 600 万元（借条）。”上诉人周逸洪第二点上诉意见，认为“一审认定受贿 1166 万元的财物，上诉人在 2013 年 9 月 2 日刑事拘留之前，全部主动交代受贿事实，应当认定上诉人周逸洪具有自首情节。”

依据被告人周逸洪上诉理由，以及本案情况，对被告人周逸洪受贿一案发表辩护意见。

一、对行贿人冯英初出示的借条 600 万元，不能认定被告人周逸洪受贿的数额

一审判决“被告人周逸洪身为国家工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人价值人民币 1166.51495 万元的财物……”一审法院认定被告人周逸洪受贿 1166.51495 万元，行贿人冯英初给周逸洪两张借条 600 万元也在其中，除去这两张借条 600 万元，被告人周逸洪实际收受财物 566.51495 万元，两张借条 600 万元占周逸洪受贿数额大部分以上，因此不能认定受贿的数额。

1. 依据我国刑法受贿罪的概念。贿赂就是财物，行贿人冯英初的借条 600 万元不是财物，不是贿赂，不能认定被告人周逸洪受贿数额。我国刑法第 385 条（受贿罪）“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财物的或非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”

我国受贿罪明确规定收受他人财物构成受贿的要件。财物的意思就是金钱或者物资。而本案行贿人冯英初送给被告人周逸洪的两张 600 万元借条，两张借条 600 万元不是财物。因此不能认定受贿 600 万元。有人说，借条 600 万元，以后冯英初赚了钱，会给钱到周逸洪，冯英初没有赚到钱，就不会给周逸洪，两种情况都有可能。现在一审法院认定 600 万元借条是受贿，不管以后是否会给周逸洪，一审法院就认定受贿 600 万元，这不是冤枉好人吗？

受贿罪构成要件是财物，没有接受财物，就不构成受贿罪，把一张空头借条认定受贿 600 万元，这个巨大受贿数额认定，不符合法律要求。

被告人周逸洪在一审法院被认定 600 万元借条是受贿，600 万借条是上诉人周逸洪主动交代的，周逸洪并不了解受贿罪构成要件。作为法院应当认真分析行贿人行贿借条而不是财物，应当认定 600 万元不构成受贿数额。一张借条 600 万元，认定受贿数额要判 10 年以上徒刑，借条上的钱什么时候到位都是空的，一审就用借条 600 万元作为判刑依据，这正确吗？这不符受贿罪收受财物的规定。

2. 犯罪数额是定罪量刑标准。行贿人冯英初 600 万元借条没有给过钱，是假的借条。行贿人冯英初在检察院 2013 年 8 月 13 日，8 月 15 日，8 月 16 日，8 月 23 日，10 月 9 日笔录证实，给被告人周逸洪借条 600 万元。没有付过钱，是假的借条，等项目挣到的钱就给；如果工程没有挣钱我也不会付钱给周逸洪。而一审法院以 600 万元借条判决周逸洪受贿 600 万元未遂，这不是荒唐的事吗？

行贿人冯英初 2013 年 8 月 16 日笔录“你有没有按照这两张借条上面的付钱给周逸洪？没有。这两张借条都是我为了想逃避你们追查，写的假借条，我和周逸洪之间根本就不存在借贷关系”

冯英初 2013 年 8 月 16 日询问笔录一是没有付钱给周逸洪，二是否定 600 万元借条真实性，冯英初与周逸洪之间根本不存在借贷关系。

3. 冯英初证实 600 万元借条，挣了钱就给，没有挣钱就不给。行贿人冯英初 2013 年 10 月 9 日检察院询问笔录：“就写了 600 万元借条，想让周逸洪知道我不是忘本的人，我会报答他，等这些工程结束之后赚了钱我就连本带息给周逸洪，当然，话再说回来，如果工程没有赚钱我也不会付钱给周逸洪。”行贿人冯英初打借条的目的，想让周逸洪知道冯英初不是忘本的人。以借条形式戏弄周逸洪，得到更多工程项目，这就是打借条的目的。

行贿人冯英初多次笔录都讲到工程赚到钱会给钱周逸洪，不一定全部给，没有赚到不回付钱给周逸洪。说明这张 600 万元借条是否归还，归还多少，都是一个未知的数字。现在一审判决，这借条 600 万元没有给一分钱，就判决认定 600 万元借条构成受贿数额。这不是枉法判决吗？

2013 年 8 月 15 日冯英初笔录再次讲到“你为什么要写这样两张巨额借条给周逸洪？但是我不是一定会给他这笔钱，等工程款下来我觉得赚了钱我就会付钱给周逸洪，具体会付多少看我赚多少钱，不一定会全部给 600 万元。”行贿人冯英初付钱会考虑赚钱才会给，没有赚到钱就不付。一审认定周逸洪受贿 600 万元借条是没有依据。

4. 被告人周逸洪在检察院笔录证实，行贿人冯英初给借条 600 万元给周逸洪，周逸洪当面撕掉过，第二次拒收，第三次放在茶几上就跑。行贿人冯英初从 2009 年至 2013 年每次 10 万元现金给周逸洪，每一次都是 10 万元，最多是 50 万元，几年来仅给过 85 万元以及一对价值 19806 元“英纳格”牌手表等物给周逸洪。从这一数额可看出，行贿人冯英初每次行贿 10 万元左右，由此判定不可能送 600 万元现金给周逸洪。借条 600 万元现金有人计称过重量达 60 多斤。要拿一个麻袋才装得下，这样大的数字怎么行贿？

5. 司法实践认定受贿数额，是行贿人主动送钱，工作人员收受贿赂，由国家工作人员打借条给行贿人，以借为名，实为受贿。本案是行贿出示借条给国家工作人员，以作为行贿，这不是收受财物的行为，是贿赂公务员的行为。

二、一审法院认定被告人周逸洪收受他人（600 万借条）为未遂。600 万借条不构成犯罪未遂的要件

赣州市中级人民法院（2013）第 11 号刑事判决书认定：“2013 年 1 月 1 日，在赣州市丰德园小区周逸洪家中，建筑商冯英初在未向周逸洪借款的情况下送给周逸洪两张共计金额 600 万元借条，截止案发冯英初未向周逸洪支付本息”。收

受两张借条 600 万元，认定被告人周逸洪受贿 600 万元未遂。600 万元借条一分钱都没有支付。一分钱都没有到账，怎么认定 600 万元受贿未遂呢？

我国刑法 23 条：“（犯罪未遂）已经着手实行犯罪，由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞是犯罪未遂”。犯罪未遂具备三个特征：1、行为人已经着手犯罪。2、犯罪行为未完成而停下来。3、犯罪停止形态在未完成形态下是犯罪分子意志以外的原因。

依照法律规定，犯罪未遂是已经着手实行犯罪，是由于犯罪分子意志以外的原因而未得逞。本案不存在犯罪分子意志以外原因，成为阻止犯罪人完成犯罪。而是冯英初送的借条，不是贿赂。是一张空头借条，如冯英初不还 600 万元，到底还多少，都是空头支票。被告人周逸洪不可能通过打官司要 600 万元。行贿人冯英初多次笔录，借条是假的，与周逸洪不存在借贷关系。因此，600 万元不能认定犯罪未遂。

三、被告人周逸洪提供邝光华犯罪线索，认定邝光华受贿 632.4613 万元（其中 77 万元未遂）房产 200 平方米价值 102 万元应当认定被告人周逸洪具有重大立功情节

经过侦查赣州市检察院起诉认定邝光华受贿数额 632.4613 万元（其中 77 万元未遂）、房产 200 平方米（价值 102 万元）应当认定被告人周逸洪有重大立功情节。

被告人周逸洪向赣州市纪委提供原会昌县长邝光华违法违纪线索。使会昌县原县长邝光华受贿犯罪得到查处，赣州市纪委案件审查室 2014 年 3 月 7 日来函证实：“周逸洪提供的有关线索为查清邝光华严重违纪提供了帮助，具有立功表现”。赣州市人民检察院起诉意见书，认定邝光华严重违纪，受贿数额 632.4613 万元（其中 77 万元未遂）房产 200 平方米（价值 102 万元）——赣州市纪委、市检察院查处邝光华受贿数额 632.4613 万元（其中 77 万元未遂）数额特别巨大，被告邝光华可处 10 年以上或无期徒刑，应当认定被告人周逸洪检举线索具有重大立功情节。邝光华这个案件得到查处，是被告人周逸洪给提供线索，否则就不可能查处。应当认定赣州市检察院起诉的邝光华受贿全部数额。

省检察院公诉处检察员对赣州市纪委，赣州市人民检察院有关被告人周逸洪举报、认定邝光华受贿事实，认为真实性是事实。检察院提出应当认定被告人周逸洪提供了会昌县商人谢祚珍、广东商人李恒权与会昌县原县长邝光华不正当经济关系为主。

就根据检察员意见，被告人周逸洪举报邝光华犯罪线索，依据赣州市人民检察院起诉书意见：

1、认定会昌县商人谢祚珍（江西会昌顺达实业有限公司董事长谢祚珍）行贿邝光华 370 万元和 200 平方米房产价值 102 万元，共行贿 472 万元。

2、广东商人李恒权 10 次行贿邝光华 153.2613 万元以及 1.2 万元油卡。

这两个商人谢祚珍、李恒权行贿邝光华 625 万元（包括房产 102 万元）。赣州市检察院起诉认定被告人周逸洪举报线索得到认定邝光华受贿 625 万元。其他行贿潘建明、赖小明数额都很小，2 万元、4 万元、10 万元等，行贿数额都很小。应当认定被告人周逸洪提供邝光华犯罪线索，得以查处邝光华受贿线索 625 万元，数额特别巨大。就依检察员的意见，应当认定被告人周逸洪具有重大立功情节，应当对被告人周逸洪适用减轻处罚。

四、上诉人周逸洪在 2013 年 9 月 2 日刑事拘留之前全部主动交代受贿事实，二审法院应当认定自首情节

2013 年 6 月 28、29、30 日至 7 月 1 日 4 天省纪委找上诉人周逸洪谈话，调查。被告周逸洪就主动交代受贿大部分事实。2013 年 7 月 2 日赣州市纪委，7 月 2 日赣州市纪委宣布对周逸洪进行双规，协助调查，周逸洪就主动交代受贿全部事实，应当适用《刑法修订案八》刑法 67 条第 3 款认罪自首情节。

2013 年 8 月 30 日中共赣州市纪委监察委员会（2013）纪案字第 54 号《关于周逸洪案件的移送函》“经调查，会昌县委副书记，县长周逸洪在担任赣州市政府办公厅副主任，市政府副秘书长，会昌县委副书记、县长职务期间，利用职务之便收受贿赂共计人民币 1107.76 万元，美金 1 万元，港币 32.8 万元——其问题已涉嫌犯罪，建议追究其刑事责任。经市纪委常委研究，决定将周逸洪的有关材料移送给你们，请依法办理。”

从赣州市纪委 2013 年 8 月 30 日移送周逸洪案件的函。被告人周逸洪在 2013 年 8 月 30 日之前在纪委调查期间，被告人周逸洪就交代受贿 1107.76 万元，美金 1 万元，港币 32.8 万元——全部属实。被告人周逸洪是于 2013 年 9 月 2 日刑事拘留，在没有采取强制措施之前就交待全部犯罪事实。应当认定周逸洪投案自首。最高人民法院、最高人民检察院关于办理职务犯罪案件认定自首，立功等量刑情节等若干问题的意见（2009 年 3 月 12 日）“① 关于自首的认定和处理：根据刑法第六十七条第一款的规定，成立自首需同时自动投案和如实供述自己的罪行两个条件。犯罪事实或者犯罪分子未被办案机关掌握，或者已被掌握，但犯罪分子尚未受到调查谈话询问，或者被公布采取调查措施或者未采取强制措施

时，向办案机关投案的，是自动投案。在此期间如实交代自己的主要犯罪事实，应当认定自首。”依据这一规定，被告人周逸洪在市纪委谈话，在没有采取强制措施，就主动交代受贿人民币 1107.76 万元的大部分犯罪事实，应当认定被告人周逸洪具有自首情节。一审判决认定被告人周逸洪“如实交办案机关掌握的罪行与办案机关已掌握的罪行属同种罪行，依法不能认定其自首情节。”这一判决不符合本案事实，应当以赣州市纪委《关于周逸洪案件的移送函》认定被告人周逸洪在 8 月 30 日之前被告人周逸洪主动交代受贿共计人民币 1107.76 万元的事实。依据市纪委移送函应当认定周逸洪自首情节。被告人周逸洪在上诉状供述事实，符合自首情节。被告人周逸洪的《补充上诉状》“2013 年 6 月 28、29、30 日至 7 月 1 日 4 天省纪委找上诉人谈话，调查，上诉人主动交代受贿大部分数额，7 月 2 日移交市纪委，主动交代受贿全部犯罪事实。”应当认定被告人周逸洪自首情节。

五、量刑问题

赣州市中级人民法院（2013）赣中刑二初字第十一号刑事判决书，判处“被告人周逸洪身为国家工作人员，利用职务上的便利，非法收受他人价值人民币 1166.51495 万元，港币 34.7806 万元及美金 1 万元，为他人谋取利益，其行为构成受贿罪——判处被告人周逸洪犯受贿罪，判处无期徒刑”一审判处被告人周逸洪受贿，判处无期徒刑太重。

一审判决认定“被告人周逸洪身为国家工作人员，非法收受他人价值人民币 1166.51495 万元财物”其中行贿人冯英初的借条 600 万元，也算在受贿数额 1166.51495 万元中。这 600 万元借条不能认定受贿数额，被告人周逸洪实际受贿数额 566.51495 万元，这两张借条占受贿数额大半数以上。

请二审法院认定被告人周逸洪受贿 566.51495 万元，依据被告人周逸洪的认罪态度，自首情节，判处被告人周逸洪受贿，非法收受他人财物 566.51495 万元，港币 32.8 万元及美金 1 万元，改判周逸洪为 12 年徒刑。

综上所述，对行贿人冯英初出示借条 600 万元，不能认定被告人周逸洪的受贿数额，600 万元借条不是财物，是个未知数。一审法院认定被告人周逸洪受贿 600 万元是不符合法律要求。被告人周逸洪在赣州市纪委主动交代受贿 1166.51495 万元，在没有采取强制措施就主动交代，应当认定周逸洪具有自首情节。被告人周逸洪举报邝光华受贿 625 万元，具有重大立功情节。以上辩护意见是否正确请审判员认真考虑。

此致
江西省高级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙
2014年3月19日

陈秀竹受贿案

案情简介

被告人陈秀竹，男，1945年11月25日出生，福州市闽侯县人，汉族，大学文化，1988年8月至1998年4月任中国银行福州市分行行长，1998年5月至2000年10月任中国银行福建省分行正处级干部，2003年12月3日被刑事拘留，同年12月17日被逮捕。

被告人陈秀竹受贿一案，由福建省泉州市人民检察院侦查终结并提起公诉。2004年12月2日，泉州市中级人民法院作出一审判决。一审判决认定被告人陈秀竹身为国家工作人员，利用其担任银行行长的职务便利，为他人谋取利益，非法收受他人贿送的财物，总价值2252988.3元，数额特别巨大，其行为已构成受贿罪，且犯罪情节特别严重。被告人陈秀竹归案后虽然能如实交代司法机关尚未掌握的大部分犯罪事实，有一定的悔罪表现，侦查机关也根据其供述追回价值100多万元的赃款、赃物，但被告人陈秀竹归案前，侦查机关已掌握其收受陈凯贿赂的犯罪事实，而被告人陈秀竹违规批准发放给陈凯的企业贷款余额11960万元及利息人民币61464049.24元被列为不良贷款，连同其批准发放给其他行贿人的贷款及利息总计人民币4.6938亿多元被上报核销或列为不良贷款，给国家造成特别重大损失，罪行特别严重，依法应予严惩。被告人陈秀竹归案后虽能如实供述司法机关尚未掌握的较重同种罪行的行为，不足以从轻处罚。依照刑法规定，判决被告人陈秀竹犯受贿罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。一审宣判后，被告人陈秀竹上诉至福建省高级人民法院。

2005年3月4日福建省高级人民法院作出刑事裁定书，驳回陈秀竹的上诉，维持原判。二审维持一审对被告人陈秀竹的死刑判决时，特别列举了被告人陈秀竹在担任福州市中国银行行长期间利用职务便利，收受凯旋（中国）集团公司经

理陈凯财物以及为凯旋集团及其关联企业向福州中行逾期贷款余额人民币 11960 万元及利息人民币 61464049.24 元，被福州中行列为不良贷款，连同其批准发放给其他行骗人的贷款及利息总计人民币 4.6938 亿多元被上报核销或列为不良贷款。

二审宣判后，依照《中华人民共和国刑事诉讼法》，死刑案件要报请最高人民法院刑二庭核准。二审辩护律师北京市德恒律师事务所王牧教授找到江西云龙律师事务所律师李云龙，为被告人陈秀竹受贿一案死刑复核辩护。李云龙接手此案后多次到最高人民法院刑二庭了解案情，递交为被告人陈秀竹死刑复核的辩护意见，被告人陈秀竹的妹妹陈秀行多次向最高人民法院有关领导反映，认为不应该核准被告人陈秀竹的死刑。

被告人陈秀竹的受贿数额为 225 万元，犯罪情节中没有索贿情节，且归案后能如实交代司法机关尚未掌握的大部分犯罪事实。一、二审认定 4.6 亿元贷款被列为不良贷款缺乏事实依据。另外银行监察室不是法定的鉴定机构，其提供的数字不正确，且不良贷款并不是死款，可通过诉讼追回贷款，通过债权转移，转为活钱，以 4.6 亿贷款列为不良贷款作为适用死刑条件，不符合法律要求。

鉴于当时的法制环境，刑法从重处罚受贿犯罪，依据 1996 年刑法规定，最高人民法院复核了上诉人陈秀竹死刑。

为被告人陈秀竹受贿一案核准死刑的辩护词

审判长：

我接受被告人陈秀竹亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人陈秀竹核准死刑上诉一案辩护。被告人陈秀竹犯受贿罪，2003 年 12 月 17 因涉嫌受贿罪被逮捕。2004 年 12 月 2 日福建省泉州市中级人民法院判决认定：被告人陈秀竹身为国家工作人员，利用其担任中国银行福州市分行行长的职务便利，为他人谋取利益，非法收受他人财物人民币 2252988.3 元，连同其批准发放给其他行骗人的贷款造成的损失共计人民币 4.6938 亿多元，给国家造成重大损失。一审判处被告人陈秀竹死刑。一审判决后，被告人陈秀智上诉至福建省高级人民法院。2005 年 3 月 4 日福建省高级人民法院维持了一审判决，现上诉，报请最高人民法院进行复核。现为被告人陈秀竹死刑复核发表几点辩护意见：

一、被告人陈秀竹一、二审认定的受贿 225 万元，是属收受型受贿，不属于严重的索贿型受贿，且大部分犯罪是自己供述的，受贿 225 万元不是判处死刑条件。

1、陈秀竹属于收受型受贿犯罪，犯罪情节不恶劣、主观恶性小。

受贿罪的概念是：“国家工作人员利用职务上的便利，索取他人财产，或者非法收受他人财物，为他人谋取利益的，是受贿罪。”受贿罪有两种类型：一种是索贿形式受贿罪，一种是收受他人财物受贿罪。索贿形式受贿罪，具有主动勒索他人财物的恶性，陈秀竹接受贿赂均属被动收受，是收受型的受贿罪，从犯罪情节来讲，比索贿型的受贿罪较轻。在司法实践中，收受型受贿罪，收受贿赂225万元，通常判刑为13年至15年，判十年也有。因为收受型受贿犯罪主观恶性小，对社会危害性相对轻。一审判决认定“被告人陈秀竹受贿2252988.3元，数额特别巨大，其犯罪情节特别严重”，陈秀竹收受型受贿225万元，犯罪情节怎么严重？大部分都是其主动交代的，而且退了赃，怎么能称之为严重？一审认定陈秀竹犯罪特别严重，缺乏事实与法律依据。

2、被告人陈秀竹具备自首的法定从轻、减轻情节。一、二审法院仍然不顾法律规定，判处死刑，背离了刑事法律规定。

福建省泉州市人民检察院察检反贪移诉（2003）008号起诉意见书第8页认定：“犯罪嫌疑人陈秀竹涉嫌收受陈凯贿赂的犯罪事实系在查办陈凯案件中发现的，陈秀竹到案后对上述犯罪事实能如实交代，且主动交代了办案组尚未掌握的收受潘邦炎等另外11人贿赂的犯罪事实，具有自首情节，并主动交代其赃款、赃物的去向，积极配合查赃。”

本案起诉的12起受贿，除陈凯线索外，检察院获得侦破11起贿赂犯罪，都是陈秀竹主动交代的，对于潘邦炎等另11人行贿事实，检察院是未知的，实际上陈秀竹受贿陈凯的大部份犯罪也是其主动向办案机关交代的，这说明陈秀竹受贿案大部分犯罪是自首交代的。检察院侦察机关认定陈秀竹认罪交代彻底，一、二审法院仍然判处陈秀竹的死刑，如不交代、不自首掌握不了犯罪数额，仅握陈凯行贿数额不大，反而判不了死刑，这不是自首、交代彻底反而带来判死刑吗？不如不交代，判不了死刑。这不是冤枉了！怎么体现党的坦白、自首刑事政策，怎么体现法律自首、认罪从轻、减轻原则呢？对于一个已经有了重要悔罪表现的具有法定从轻情节的被告人不给予从轻处罚，这是不符合我国刑法精神的。

二、监察室出具不良贷款4.1938亿元作为造成损失依据，作为陈秀竹判处死刑的重要证据是不适当的。监察室是个行政、纪律查案单位，不是专业性法定鉴定机构，据其出示的鉴定报告无效，不能作为定案证据。

1、二审裁定认定“行贿人的贷款所造成的损失4.1938亿元，上诉人陈秀竹受贿时间长，次数多，疯狂敛财，给国家造成的损失特别重大，其犯罪情节特别严重，不足以从轻处罚”。二审认定不良贷款数额，说疯狂敛财，造成重大损失问题都不符合事实。判处死刑所依据的证据要求确切事实，不能有半点虚假。

一审法院认定4.6938亿元列为不良贷款，二审法院认定不良贷款4.1938亿

元，这两次认定不具有法律效力。这些不良贷款的数额来自中国银行福州市支行监察室 2004 年 7 月 19 日给泉州市检察院出具的《关于陈秀竹所审批的有关贷款后续情况详细说明》。银行监察室出示的《关于陈秀竹所审批的有关贷款后续情况详细说明》不属技术专业部门作的鉴定，不具有法律效力。不能作为定案证据。银行系统的监察室是行政、纪检办案单位，不是司法技术专业部门。依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第 119 条的规定：“为了查明案情需要解决案件某些专门性问题的時候，应当指派、聘请有专业知识的人进行鉴定”，不良贷款损失不应当由监察室作出，而应当由会计事务所，或者审计部门作出鉴定。对于不良贷款 4 个多亿元，一、二审律师提出过异议，当事人也提出了异议，依据《刑事诉讼法》第 121 条规定可以进行重新鉴定。

2、一、二审法院认定不良贷款造成重大损失的问题。不良贷款 4 个多亿元可通过民事诉讼程序，挽回损失。通过债权转让、拍卖，也可盘活上述贷款。福建日报 2004 年 12 月 6 日刊登的中国银行福建分行与中国信达资产公司福州办事处债权转让公告中，就有凯旋（中国）集团公司等公司债权转让的事实。中国信达资产公司福州办事处买债权已花钱买断了中国银行福州市分行债权，中国银行福州市支行已经受益变活资产，不良贷款已盘活。

中国银行福州支行监察室出具不良贷款 4 个多亿没有事实依据。二审法院认定贷款造成损失，总计为人民币 4.1938 亿多元，给国家造成的损失特别重大。什么叫特别重大？对于判处死刑的证据要事实清楚，证据确凿。造成的损失没有通过一个科学的鉴定，监察室的文书怎能作为判处死刑的证据呢？

二审判决认定被告人陈秀竹受贿时间长，次数多，疯狂敛财。陈秀竹大部分受贿是被动的，属收受型受贿犯罪，根本不存在“疯狂敛财”。二审认定“陈秀竹”疯狂敛财没有事实证据。

三、死刑仅适用于罪行极其严重的犯罪分子，被告人陈秀竹受贿仅 225 万元，具有立功、悔罪情节，不应判处死刑。

我国刑法第 48 条规定：“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子。对于应当判处死刑的犯罪分子，如果不是立即执行的，可以判处死刑同时宣告缓期二年执行”。所谓“罪行极其严重的犯罪分子”，应当理解为既包括犯罪性质和危害后果特别严重，又包括犯罪人的主观恶性特别严重。被告人陈秀竹收受型受贿仅有 225 万元，大部分已退赃，具有立功、悔罪情节，并没有索取他人财物，犯罪人主观恶性不严重，不应判处死刑。银行产生不良贷款并不是陈秀竹主观犯罪造成，而是工作上的问题。产生不良贷款可通过诉讼程序，债权转移等形式，盘活不良贷款。不良贷款的产生并不是由陈秀竹一个人导致的，还有贷款人，其他经办人的因素。不良贷款并不是死款呆款，可以盘活，所以不良贷款不能作为认定”给

国家造成重大损失”的依据。

请审判长考虑上述辩护意见，不核准上诉人陈秀竹死刑。

此致
最高人民法院

江西省云龙律师事务所律师：李云龙
2005年5月20日

吴腊根受贿上诉案

案情简介

被告人吴腊根，男，1965年1月25日出生于江西省南昌市，汉族，中共党员，大学文化，被捕前为南昌市青山湖区人民政府副区长、党组成员（副县级）。2010年10月15日因涉嫌犯受贿罪被逮捕。南昌市中级人民法院2012年2月9日对被告人吴腊根受贿一案进行了一审判决。

南昌市中级人民法院（2011）洪刑二初字第23号刑事判决书：“判处被告人吴腊根身为国家工作人员，利用职务上的便利，索取、多次非法收受他人财物合计人民币1645万元，并且为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。其中人民币1000万元系索贿，情节严重，依法应当严惩，但鉴于被告人吴腊根归案以后，如实供述自己罪行。在案发后，全部赃款已经退缴，依法从轻处罚，被告人吴腊根犯受贿罪的指控成立，判处被告人吴腊根犯受贿罪，判处无期徒刑……”一审认定被告人吴腊根犯受贿罪。1994年至2006年期间，吴腊根在担任南昌市郊区塘山乡党委委员兼长巷村书记、主任，南昌民营科技园实业发展总公司总经理、南昌民营科技园管委会主任、南昌京东旅游经济开发区管委会主任、青山湖区副区长兼南昌京东城市建设管理委员会筹备处负责人等职务期间，利用职务上的便利，为他人谋取利益。先后收受许建新贿赂人民币260万元，收受黄志勇贿赂人民币70万元，索取熊美平贿赂人民币1000万元，收受刘建兵贿赂人民币50万元等14人的贿赂。一审法院认定被告人吴腊根收受贿赂金额共计人民币1645万元。被告人吴腊根不服一审判决，提出上诉。认为一审判决认定索贿1000万元不符合事实，而是向熊美平借款1000万元。一审法院认为，被告人吴腊根向熊美平索要人民币1000万元款项时，其是青山湖区人民政府副区长，同时还兼任京东城市建设管理委员会筹备处的负责人，而熊美平以“江西鑫盛公司”的名

义投资开发的艾溪湖山庄项目，就在吴腊根当时职权管辖范围之内，江西鑫盛公司与京东管委会签订协议后，也是由吴腊根具体负责该项目，吴腊根向熊美平要 1000 万元时，吴腊根均协调了艾溪湖山庄开发事宜。吴腊根向熊美平要 1000 万元时，熊美平并不愿意支付，后提出可以借 1000 万元给吴腊根，吴腊根要熊美平的 1000 万元是用于投资其弟弟在樟树开发的项目，但实际上其弟弟的樟树市项目当时并无资金缺口，款项转至吴腊根提供的江西五和公司的账户后，而吴腊根当时要求吴洪生不能动用该款。2007 年，吴腊根又将该款项交给罗刚，由罗刚帮其炒股、买房、装修、购买理财产品等。况且吴腊根与熊美平之间平时并无资金经济往来，事后也未向熊美平赔偿该款项，其行为的实质是国家工作人员利用职务上的便利以借为名向他人索取财物，系索取他人贿赂的行为。一审没有采纳被告人吴腊根关于 1000 万元是借款的辩解意见，与查明事实不符。认定 1000 万元是索取贿赂的行为。加上多次受贿 645 万元，判处被告人吴腊根犯受贿罪，判处无期徒刑，吴腊根提出上诉，同时南昌市人民检察院提出抗诉。

吴腊根不服一审判决，提出上诉，认为一审判决认定索贿 1000 万元不符合事实，请二审撤销一审判决，改判被告人犯受贿罪，受贿数额 645 万元，具有认罪、退赃情节，改判为 15 年有期徒刑。被告人吴腊根提出上诉，南昌市人民检察院对本案提出抗诉意见。

检察院审查后认为，该判决书适用法律错误，量刑不当。抗诉理由：一是一审判决对坦白的认定不当。吴腊根在审判阶段当庭翻供，不认罪、不悔罪。二是被告人吴腊根受贿数额特别巨大，其中向他人索取贿赂人民币一千万元，情节特别严重，应依法判处死刑缓期执行。

被告人吴腊根提出上诉，南昌市人民检察院又提出抗诉意见，被告人吴腊根关押在安义县看守所，找到江西云龙律师事务所律师李云龙，要求李云龙律师为吴腊根上诉一案二审辩护。

李云龙律师接受委托后，多次会见被告人吴腊根，并就受贿一千万元进行调查取证。

2012 年 5 月 11 日找了证人吴洪生。吴洪生，男，江西恒星伟业投资有限公司副经理，证实“熊美平时江西鑫盛置业有限公司的股东，借了 1000 万到江西五和投资有限公司。当时是 2006 年 6 月份，我哥哥吴腊根打电话叫我带五和公司账号到福州路的老树咖啡厅区去和熊美平谈借钱的事……当时就给了一个五和公司的账号给熊美平，还在熊美平笔记本上写了电话号码。分两次转的，一次转 800 万，一次转了 200 万元，银行转账单，当时检察院的人给我看时有写借款两个字。”证人吴洪生的证言证实是银行转账，是借钱，不是受贿。还找了证人吴水根在 2012 年 5 月 15 日证实：“借钱目的是樟树（宜春项目）资金比较紧张，

借 1000 万元是准备用于樟树项目。”借钱目的是宜春樟树项目。二审期间还出示了证人熊美平 2010 年 11 月 18 日的证言“我兄弟在宜春那边做一个项目，有资金缺口，希望我能借 1000 万元给他，到时候会按银行的利息利率支付利息”，证实是借款 1000 万。

二审 2012 年 6 月 5 日开庭，李云龙律师为被告人吴腊根受贿一案出庭辩护，辩护观点如下：

一、被告人吴腊根向熊美平借 1000 万元，有借钱目的、借款用途，有借款转账凭证，符合民事借贷关系要件，向熊美平借款 1000 万元不是贿赂，不是索贿。

二、被告人吴腊根向熊美平借款 1000 万元符合最高人民法院司法解释的规定，符合借贷的关系，不是索取财物。

二审鉴于检察院抗诉、被告人吴腊根上诉，驳回抗诉、上诉，维持原判。

李云龙律师认为这个案件应当申诉，被告人吴腊根迫于当时的法律环境，怕影响减刑，就没有申诉再审，李云龙律师认为此案可以申诉再审。向熊美平借款 1000 万元，不是贿赂，不是索贿。

为被告人吴腊根受贿一案二审辩护词

审判长：

我接受被告人吴腊根的亲属委托，经江西云龙律师事务所指派，为被告人吴腊根受贿上诉一案进行辩护，以及南昌市人民检察院提出抗诉意见，依据上诉人吴腊根上诉意见，以及检察院抗诉意见有关规定，特发表辩护词如下：

南昌市中级人民法院（2011）洪刑二初字第 23 号刑事判决书：“判处被告人吴腊根身为国家工作人员，利用职务上的便利，索取、多次非法收受他人财物合计人民币 1645 万元，并且为他人谋取利益，其行为已构成受贿罪。其中人民币 1000 万元系索贿，情节严重，依法应当严惩，但鉴于被告人吴腊根归案以后，如实供述自己罪行。在案发后，全部赃款已经退缴，依法从轻处罚，被告人吴腊根犯受贿罪的指控成立，判处被告人吴腊根犯受贿罪，判处无期徒刑……”。被告人吴腊根不服一审判决，提出上诉，认为一审判决认定索贿 1000 万元不符合事实，请二审撤销一审判决，改判被告人犯受贿罪，受贿数额 645 万元，具有认罪、退赃情节，改判为 15 年有期徒刑。

一、被告人吴腊根向熊美平借 1000 万元，有借款目的，借款用途，有借款转账凭证，符合民事借贷关系要件，向熊美平借款 1000 万元不是贿赂，不是索贿。

（一）向熊美平借款 1000 万元，不是贿赂，不是索贿。南昌市人民检察院抗诉书认定：“吴腊根受贿数额特别巨大，其中向他人索取贿赂人民币 1000 万元……”。一审法院认定被告人吴腊根“索取熊美平贿赂人民币 1000 万元”。

检察院和一审法院在起诉书和一审判决书中都用了“索取”、“索贿”两字，什么是索贿呢？索贿不是罪名，而是受贿罪的一种表现形式。索取贿赂，是指国家工作人员利用职务上便利，主动向他人索要或者勒索收受财物，索贿犯罪行为一般在前，不给钱不办事，明显表现权钱交易。被告人吴腊根并没有索取钱财 1000 万元的故意，只有借款 1000 万元的故意。熊美平、熊美勇的项目艾溪湖山庄是 2005 年签订协议书，是项目协议签订之后发生借款的，2006 年 6 月被告人吴腊根与熊美平商谈借款 1000 万元，借款 1000 万元不具有索取行为。艾溪湖山庄项目在前，借款在后，不具有索取财物故意，因此指控吴腊根索要不成立，不构成刑法上索取贿赂要件。

吴腊根 2010 年 11 月 16 日笔录：“我对熊美平说我兄弟在宜春那边做的项目有资金缺口，希望熊美平能借 1000 万元周转一下，到时我会按银行的利率支付利息给熊美平，熊美平说可以。我便让吴洪生将他带来的公司五和公司的银行账号给了熊美平。”

从被告人吴腊根 2010 年 11 月 16 日笔录也证实借 1000 万元是借，并叫吴洪生提供账号，是属于民事借贷范畴。

但是被告人吴腊根也说过 1000 万元借的钱是退股的钱，“因为我并不是真的向熊美平借 1000 万元，而是我退股的钱，熊美平以借款的形式拿 1000 万元给我。”

（2010 年 11 月 16 日 95 页）这句话如何看待？这种退股的行为，只是领导干部违纪行为，并不是犯罪行为，并不是索取。

吴腊根讲的是拿 1000 万元给他，这句话不符合事实。熊美平 2010 年 11 月 18 日多次讲到艾溪湖山庄没有做完，“艾溪湖山庄以后利润还很难说，吴腊根听后说：‘我兄弟在宜春那边有一个项目，急等钱用，要不你就拿 1000 万给我。’我听后说‘你如果急等钱用，我可以借 1000 万元’。吴腊根说‘可以’。”说明借 1000 万元是事实，索拿 1000 万元不符合事实。熊美平说：“我更不可能送钱给他”。这个项目没有获利，怎么会送 1000 万元给他，不符合事实。因此一审认定索贿 1000 万元不成立，不能认定索贿 1000 万元。

（二）从二审期间律师取证吴洪生、吴水根笔录证实：是借，不是索贿。

吴洪生 2012 年 5 月 12 日笔录：“熊美平是江西鑫盛置业有限公司的股东，借了 1000 万元到五和投资有限公司。当时是 2006 年 6 月份，我哥哥吴腊根打电话叫我带五和公司账号到福州路的老树咖啡厅去和熊美平谈借钱的事。”“当时吴腊根谈到我兄弟在宜春的项目资金紧张，希望能借 1000 万元作为备用金，并答

应按银行利息给熊美平。”证人吴洪生的笔录可证实两个问题，一审借熊美平 1000 万元是用在宜春项目，二是借熊美平 1000 万元，还要付银行利息，符合借款目的要求，还要承担银行利息。

证人吴水根 2012 年 5 月 15 日笔录证实：“当时是樟树项目（又叫宜春项目）资金比较紧张，借这 1000 万元是准备用于樟树项目”，“好像听吴腊根说过这 1000 万是要归还的。”

证人吴水根 2012 年 5 月 15 日的笔录证实当时是樟树项目资金比较紧张，借这 1000 万元是用于樟树项目，借钱的目的很明确。

（三）证人熊美平、熊美勇的笔录证实是借款 1000 万元，不是索取贿赂 1000 万元。

证人熊美平，江西鑫盛置业有限公司股东，2010 年 11 月 18 日笔录证实：“我更不可能送钱给他，所以我提出借 1000 万元给吴腊根，希望他以后会还给我。”

“大概过了一个星期左右，吴腊根又打电话叫我到他的办公室去。我到了吴腊根的办公室后，吴腊根对我说那 1000 万元什么时候拿给我，我便对吴腊根说 1000 万要转账。吴腊根回意了，并说我到时候会拿一个账号给你。并约好第二天到福州路老树咖啡厅见面。第二天，我按照约定的时间先到了老树咖啡厅，一会儿吴腊根到了，吴腊根对着我说：‘我兄弟在宜春那边做一个项目，有资金缺口，希望熊总借 1000 万元给他，到时会按银行的利率支付利息。’从熊美平的笔录证实借 1000 万元是借的，不是贿赂款，不是送，是通过转账支付钱款，钱财物公开了，公开转账怎么受贿？受贿罪是种秘密犯罪行为。”

证人熊美勇，江西鑫盛置业有限公司法定代表人 2011 年 1 月 25 日笔录：“经过我的辨认及回忆，我记得 2006 年或者 2007 年的时候，熊美平曾经对我说过他为了江西鑫盛置业有限公司为艾溪湖山庄项目，借了 1000 万元借出去，以后会归还的。我们其他几个股东回意了，账上反映出借给五和公司 800 万元，是借出去的 1000 万元中的 800 万元。”

“从账目来看，这 200 万元就是熊美平借出去的 1000 万元当中的 200 万元，所以熊美平就叫启成公司打了 200 万元给五和公司……”“这笔 1000 万元的借款，一直到我 2009 年退股的时候，都没有归还，一直挂在账上。”从证人熊美勇进一步证实 1000 万元是通过转账的借款，一直还挂在账上，熊美平反复讲到 1000 万元是会归还的。

熊美平、熊美勇笔录证实借款 1000 万元，到时候还要归还，而不是受贿不是索贿，艾溪湖山庄工程还没收益，熊美平不可能拿 1000 万元来行贿，不可能以公开账目的形式行贿。

（四）被告人吴腊根向熊美平借款 1000 万的行为符合最高人民法院司法解

释规定，符合借贷的关系，不是索取财物。

《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会纪要》第六条的规定：“国家工作人员利用职务上的便利，以借为名向他人索取财物，或者非法收受财物为他人谋取利益的，应当认定为受贿。具体认定时，不能仅仅看是否有书面借款手续，应当根据以下因素综合判定：（1）有无正当、合理的借款事由；（2）款项的去向；（3）双方平时关系如何，有无经济往来；（4）出借方是否要求国家工作人员利用职务上的便利为其谋取利益；（5）借款后是否有归还的意思表示及行为；（6）是否有归还的能力；（7）未归还的原因。”本案相关事实证明被告人不是以借为名向他人索取财物。

（1）被告人吴腊根有正当的借款理由，因为被告人吴腊根与其哥哥共同开发宜春项目出现资金周转问题，为了让公司正常运转才提出借款的。当时公司确实在向银行申请贷款，因此，被告人吴腊根借款的理由是合理、正当的。

（2）被告人吴腊根借来的该 1000 万元去向清楚、合理，1000 万元到帐后，被告人交代其弟弟好好保管这笔借款。因此这笔借款一直放在其弟弟吴洪生五和公司账户上，一年多未动。这表明被告人并没有据为己有。

（3）被告人吴腊根和熊美平是早就认识的熟人，且熊并未要求吴给予帮助。据熊美平 2010 年 11 月 18 日笔录称：“我和吴腊根都是青山湖区的人，所以彼此认识。……”（第 14 卷 P2）虽然双方并没有经常的经济往来，但双方之间早就认识。熊在借款之前，是了解吴腊根的哥哥在宜春做很大的项目，有一定的经济实力的。且熊美平已经合法取得了艾溪湖山庄土地的所有权，根本就没有要求被告人予以帮助等行为。

（4）被告人吴腊根与熊美平没有权钱交易的事实，被告人没有利用职务上的便利为熊美平谋取任何利益。鑫盛置业公司经正常招标程序取得艾溪湖山庄项目的土地使用权，土地经市国土部门按正常招、挂、拍程序，拆迁由镇政府负责，被告人在该土地使用权的取得和拆迁过程中没有、也不可能利用职务上的便利为熊美平谋取利益。熊美平称被告人在坟地迁移时帮忙做了工作，这是被告人正常的职务行为，被告人时任京东旅游开发区管委会主任，协调处理艾溪湖山庄项目开发过程中发生的问题是其职责范围之事，与利用职务便利为他人谋利无关。除此之外，案卷中没有任何被告人利用职务便利为熊美平谋利的证据。

（5）借款 1000 万元一直在往来账目，吴腊根并没有收受 1000 万元。没有归还，资金用于炒股，说明被告人吴腊根没有接受 1000 万元贿赂。说明没有接受贿赂的证据。依据受贿罪的要件，要求收受贿赂，被告人吴腊根没有收取 1000 万元。

（五）依据《民法通则》72 条规定：“按照合同或者其他方式取得财产的，

财产所有权交付时转移。”被告人吴腊根向熊美平借款 1000 万元是通过银行分两次转账，而且五和公司也收到了 1000 万元，这 1000 万元也注明为借款。依据民法通则 72 条规定，这种银行转账是一种合同。按照合同取得财产，1000 万元所有权交付时已转移到五和公司，这 1000 万元是借款，是合同关系，并不是受贿，并不是索贿。双方多次口头约定借款 1000 万元，口头约定也是合同。

二、对南昌市检察院抗诉书几点辩护意见。

（一）一审法院认定被告人吴腊根具有“坦白情节，可以从轻处罚”，符合事实与法律规定，检察院提出抗诉意见“认为被告人吴腊根不认罪，当庭翻供……”不符事实。被告人吴腊根具有认罪、退赃法定从轻情节。

南昌市人民检察院（2012）刑事抗诉书认为：“吴腊根在审判阶段当庭翻供，显示其主观上对部分犯罪事实不认罪，不悔罪，不应当认定坦白。”

被告人吴腊根在羁押期间，曾书面和口头向中共江西省纪委，主动检举了其他人员的犯罪行为，具有立功表现。被告人吴腊根在归案之后，除了如实供述检察机关已经掌握的小部分受贿情况，还向检察机关主动供述了检察机关尚未掌握的大部分犯罪事实。案卷材料证实，绝大部分受贿事实都是被告人吴腊根主动交代之后，办案机关再找行贿人核实的。这些证据证实被告人吴腊根主动交代了办案机关尚未掌握的犯罪事实。依据最高人民法院、最高人民检察院《关于办理职务犯罪案件认定自首、立功等量刑情节若干问题的意见》的规定，对被告人吴腊根如实供述司法机关尚未掌握的主要的犯罪事实的行为，应当从轻处罚。被告人吴腊根归案后，主动向检察机关坦白了自己的所有受贿行为，悔罪态度好，在一审法庭上也是主动认罪的，在一审开庭期间，被告人吴腊根对自己受贿数额进行辩解，对索取熊美平 1000 万元进行辩解，实际上是向熊美平借款，对于检察机关认定没有谋利的辩解，不影响认罪态度。《最高人民法院〈关于被告人对行为性质的辩解是否影响自首成立问题的批复〉》规定：“被告人对行为性质的辩解不影响自首的成立”。被告人吴腊根对自己犯罪行为进行辩护辩解，不影响认罪成立。

因此，南昌市人民检察院抗诉书上第一条“不应当认定坦白”不符合事实。一审法院认定被告人吴腊根具有认罪坦白的情节是正确的。被告人吴腊根辩解不影响认罪。

（二）抗诉书第二条“本案社会影响特别恶劣，……携款潜逃直至十个月后抓获归案，一审判决未考虑该量刑情节”。抗诉书超出起诉书意见的范围，抗诉书不符合抗诉原则。南昌市人民检察院（2011）洪检刑诉第 74 号起诉书，起诉被告人吴腊根受贿一案，受贿数额 1645 万元，并没有起诉被告人吴腊根抓获归案的情节，起诉书并没有起诉“本案社会影响恶劣”情节，人民法院怎么超出

起诉书判决呢？怎么依法判决？本案被告人吴腊根的行为并没有造成社会影响。

起诉书并没有携款潜逃的证据，没有起诉的事实，法院怎么判决？这一条抗诉意见根本不成立。

被告人吴腊根一审认罪交代，归还了全部赃款，并没有造成社会影响。

（三）抗诉意见第三条：“本案的其他量刑情节”。

“吴腊根受贿数额特别巨大，其中向他人索取人民币壹仟万元，情节特别严重，依法应当判处死刑。”这条抗诉意见不符合事实与法律规定。南昌市人民检察院（2011）74号起诉书认定被告人吴腊根索取数额1645万元，一审法院认定1645万元，认定被告人吴腊根归案后认罪，全部赃款已经追缴，依法可以从轻处罚，判处无期徒刑。检察院抗诉意见要判其死刑，是不符合法律要求的，现阶段江西省及全国并没有对于受贿一千万判处死刑的案例，受贿数额一千万都是判无期徒刑和15年有期徒刑，严格控制死刑。对于索取熊美平一千万，被告人吴腊根对索取熊美平一千万认定上有上诉意见。一是被告人吴腊根认为1000万元是借款，借贷双方账目及财务凭证均证实熊美平1000万元是民间借贷，被告人吴腊根向熊美平借款1000万元的行为不能认定以借款为名索贿情节。依据《全国法院审理经济犯罪案件工作座谈会会议纪要》第六条规定，应当根据以下因素综合判定被告人吴腊根有正当借款理由，是其哥哥共同开发的项目出现资金周转问题，有借款去向，借款一直放在其弟弟吴洪生及公司账户上，被告人吴腊根与熊美平都是青山湖区的人。应当认定1000万元是属于民间借贷，并不是索贿。一审法院没有采纳被告人吴腊根的辩护意见，这一意见已上诉省高级人民法院。

这一千万元本身有争议问题。检察院提出索贿一千万，没有事实证据，要法院从重处罚是不符合事实与法律的。何况，被告人吴腊根已退缴全部赃款，没有造成损失，要求二审法院从重处罚没有事实依据。这一抗诉意见不成立。

（四）一审法院认定不收缴400万元投资所得款是正确的。

检察院提出“400万元赃款的投资所得应一并收缴。”一审法院认定“关于起诉书指控被告人吴腊根将收受400万元人民币用于投资，可盈利人民币846.6687万元应当予以一并追缴的事实，经会计师事务所审核的恒星伟业公司出具的盈利预测报告是根据报告当时的情况作出的，且盈利期间终止日期为2012年7月，目前投资利益没有实际回收和分配，不能作为直接追缴的依据。”这一认定是符合本案事实的。至今还没有盈利就直接收缴，会造成公司其他股东利益的损失。

三、适用法律问题。

（A）南昌市人民检察院抗诉书没有事实依据，抗诉没有道理。

抗诉书第一条：“一审判决对坦白的认定不当。”一审判决认定被告人吴腊根认罪是符合事实。被告人吴腊根在一审开庭期间是认罪，对检察院起诉被告人吴腊根 1000 万元认定是索贿，被告人吴腊根进行辩解，不能认定索贿，是民间借贷 1000 万元。法庭辩解不影响吴腊根的认罪态度。这点抗诉不符合事实。

(B) 抗诉书：“本案社会影响特别恶劣”是超出起诉意见书范围，不符合抗诉原则。

(C) 本案的其他量刑情节“索贿的从重处罚。吴腊根受贿数额特别巨大，其中向他人索取贿赂人民币 1000 万元，情节特别严重，依法应当判处死刑。”这一条抗诉意见不成立。辩护人二审举证大量证据证实 1000 万元是借款，不是索贿。著名的刑法教授高铭暄、赵秉志、陈兴良作出《吴腊根案专家论证法律意见书》，论证结论意见：

“（1）一审法院作出的被告人吴腊根从熊美平那里得到 1000 万元是索贿判决，证据不够充分，并未形成完整的证据链条。

（2）综合考虑被告人吴腊根具有坦白、全部退缴赃款、积极认罪等从轻量刑情节，本案不符合刑法典第 48 条第 1 款“死刑只适用于罪行极其严重的犯罪分子”之规定；同时，基于本案尚存部分疑点有待核实，一审法院对吴腊根所判刑罚已属偏重，所以对于抗诉机关提出的对吴腊根判处死缓之请求，二审法院不宜采信。”

四、一审法院认定被告人吴腊根受贿 1645 万元，认定被告人吴腊根认罪态度好，全部赃款已退清，判处无期徒刑，也在法定刑之内，因此南昌市检察院抗诉没有事实依据。

南昌市人民检察院抗诉意见书以及江西省人民检察院抗诉意见没有事实证据支持。二审期间检察院没有出示支持抗诉意见的事实证据，也没有新的证据支持抗诉意见，请二审法院不予采信检察院抗诉意见。

五、认罪是法定的从轻情节，刑法修正案（八）第八条规定：“在刑法第六十七条中增加一款作为第三款：犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。”根据法定的认罪从轻情节，以及退赃、借款 1000 万元的情节，不应判处被告人吴腊根无期徒刑，应当改判其 15 年有期徒刑。

六、请二审法院认定被告人吴腊根向熊美平借款 1000 万元是属民间借贷，有借款口头约定借款合同，有借款转账凭证，请撤销一审判决认定吴腊根索取 1000 万元的认定。认定被告人吴腊根坦白认罪、退赃 3000 万元，以及二审期间被告人吴腊根认罪态度好，改判被告人吴腊根犯受贿罪，受贿数额 645 万元，撤销一审判决，改判被告人吴腊根有期徒刑 15 年。

以上意见是否当，请审判长考虑。

此致
江西省高级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙
2012年6月5日

附：

为被告人吴腊根上诉一案取证证据目录清单

序号	证据名称	证明事项及说明
证据之一	证人吴洪生 2012 年 5 月 11 日询问笔录	1、2006 年 6 月份，我哥吴腊根打电话叫我带五和公司账号到福州路的老树咖啡厅去和熊美平谈借 1000 万元； 2、借款目的：宜春的项目资金紧张，借 1000 万作为备用金； 3、借 1000 万元，熊美平谈到给付银行利息。说明是借款。
证据之二	证人吴水根 2012 年 5 月 15 日询问笔录	1、借钱目的是樟树（宜春项目）资金比较紧张，借 1000 万元是准备用于樟树项目。 2、说明借款 1000 万元，不是受贿 1000 万元。
证据之三	被告人吴腊根 2012 年 5 月 15 日询问笔录	1、2006 年 6 月左右，当时我和熊美平、吴洪生三人在福州路老树咖啡厅商谈借款 1000 万元，用于宜春项目。 2、借熊美平 1000 万元是分两次转，一次转 800 万，一次转 200 万，双方都挂了来往账。 3、熊美平艾溪湖项目效益都没有，怎么会送 1000 万元给我。 4、转账钱是公开的，哪有公开受贿呢。

<p>证据之四</p>	<p>证人熊美勇 2011 年 1 月 25 日检察院询问笔录 熊美勇系江西鑫盛置业有限公司法定代表人</p>	<p>1、熊美勇证实：“熊美平曾经对我说过他为了江西鑫盛置业有限公司艾溪湖山庄项目，借了 1000 万元给五和公司，以后会归还，我们其他几个股东同意了。”说明借款是事实。</p> <p>2、借 1000 万元分二次转账，付款人江西森岳实业公司，金额 800 万元，收款人五和投资公司，证明用途借款；启成公司打了 200 万元给五和公司，收款人江西五和投资公司，用途为借款。转账是民事合同。</p> <p>3、熊美勇笔录证实熊美平借给五和投资公司 1000 万元，是民事借款，还说明 1000 万元会归还，并不是行贿 1000 万元。</p>
<p>证据之五</p>	<p>证人熊美平 2010 年 11 月 18 日检察院询问笔录</p>	<p>1、熊美平笔录证实：“你如果急等钱用我可以借 1000 万元给你”，“我更不可能送给他。”</p> <p>2、所以“我提出借 1000 万元给吴腊根望他以后会还给我。”两次讲以后还欠给他。吴腊根接着对我说：“我兄弟在宜春那边做一个项目，有资金缺口，希望我能借 1000 万元给他，到时候会按银行的利率支付利息。”</p> <p>3、熊美平、吴腊根、吴洪生的笔录一致证实是借款 1000 万元，不是行贿 1000 万元。</p>
<p>证据之六</p>	<p>高铭暄教授、赵秉志教授、陈兴良教授作出的《吴腊根受贿案法律意见书》 2012. 5. 13</p>	<p>证实吴腊根不是索贿 1000 万元，而是转账借款 1000 万元。</p>
<p>证据之七</p>	<p>吴腊根一案扣押物情况</p>	<p>1、证实被告人吴腊根退赃，扣押人民币 3134 万元。</p> <p>2、证明认罪，退赃情况。</p>

【行政诉讼法】

沈炳生不服江西省自然保护区管理办公室 林业行政处罚案

案情简介

原告：沈炳生，男，现年 38 岁，福建省诏安县人，现系蛇类养殖经营个体户，住江西省新建县长陵镇卫东村。

被告：江西省自然保护区管理办公室。

法定代表人：王宝金，系该办公室主任。

原告沈炳生不服江西省自然保护区管理办公室林业行政赣林保(90)处字第 002 号处理决定，向法院提起诉讼。

1990 年 8 月 10 日上午，被告江西省自然保护区管理办公室接群众举报后，会同南昌市林业局、南昌市工商行政管理局、南昌市公安局人员于当天下午至原告家，发现原告家存放有塑料瓶装的 8 袋鲜蛇胆(共约 100 公斤)，后由市工商局开具暂扣单，扣押了原告人民币 19 000 元待处理。同时，扣押了原告及其妻子吴冬桂的居民身份证。1990 年 9 月 7 日，经参加查处该案的单位商定后，市工商局将本案材料和扣押的人民币 19 000 元移交被告处理。

1990 年 9 月 30 日，被告依照《江西省野生动物保护条例》第 11、12、17、18 条的规定，对原告作出了赣林保(90)处字第 002 号处理决定，其内容是：1.1987 年至 1989 年，原告贩卖蛇胆 300 公斤，补交野生动物保护基金 8 400 元(按估计，原告每年平均贩卖蛇胆 100 公斤，每公斤单价 700 元计算总价值，然后按总价值的 4%收取野生动物保护基金，以下计算相同)；2.1990 年，原告违章收购蛇胆 150 公斤，补交野生动物保护基金 4 200 元。3.对 1990 年原告收购 150 公斤蛇胆处以应交纳保护基金两倍的罚款 19 000 元外，尚欠 2 000 元，限原告于 1990 年 10 月 16 日前缴清。原告人不服，向江西省林业厅申请复议，江西省林业厅经调查南昌桑海制药厂、萍乡市中药厂等单位，原告 1987 年共卖蛇胆 89.199 公斤，1988 年卖蛇胆 21.936 公斤，1990 年卖蛇胆 172.65 公斤。1991 年 1 月 26 日，省林业厅以(1991)赣林复字 1 号行政复议决定书，维持了被告的处理决定。原告仍不服，向南昌市东湖区人民法院提起诉讼，其主要理由是：1.被告认定事实错误，出入很大；2.被告处理该案时，《中华人民共和国野生动物保护法》已经生效，被告违反该法第 27 条规定的精神，被告查处该案，没有明确的授权，是越权行为；3.被告等单位扣押原告人民币 19 000 元和居民身份证，没有法律依据，属违法行为。因而要求人民法院撤销被告的处理决定，返还被扣押的人民币和居民身份证，并负担贷款利息和本案受理费。

代理词

审判长：

我接受原告人沈炳生的委托，经江西省律师事务所的指派，为沈炳生不服江西省自然保护区管理办公室林业行政处罚一案出庭代理，依法参与诉讼。现就本案谈几点代理意见，请法院考虑。

一、本案查处事实不清

江西省自然保护区管理办公室(以下称被告)(90)处字第 002 号处理决定，认定沈炳生 1987 年至 1990 年 4 年期间，共贩卖、加工蛇胆 450 公斤。本律师认为，这一认定是缺乏事实依据的。从案卷提供的材料、证据看，被告在作出处罚决定之前，没有认真查清事实，仅有原告人的陈述，以及沈炳文(即沈炳生之弟)的一次笔录，缺乏足够的证据。当然，当事人的陈述是一种诉讼证据，但当事人陈述也会有片面性。因行政管理相对人处于被动、服从和接受管理的地位，因此，原告的陈述往往受到影响，陈述不很真实。本案在进入行政复议期间后，被告对取证工作才予以重视，派出了外调人员进行查实。根据现有的本案材料，沈炳生 1987 年在光华制药厂共卖蛇胆 48.369 公斤，又在桑海制药厂卖蛇胆 31.83 公斤。按 700 元/公斤计算，应交 4%保护基金为 2 245.57 元。1988 年原告人卖蛇胆给桑海制药厂 8.52 公斤，按 700 元/公斤计算，应交 4%保护资金 238.56 元。1990 年卖蛇胆 119.65 公斤，按 700 元/公斤计算，应交纳 4%保护资金 3 350.2 元。原告人沈炳生 1987 年至 1990 年四年共卖蛇胆 208.369 公斤，按 4%交纳保护资金为 5 834.33 元。被告(90)处字第 002 号处罚决定认定，原告沈炳生 4 年共贩卖蛇胆 450 公斤，应交保护资金 21 000 元，缺乏事实依据。根据《行政诉讼法》第 4 条规定：“人民法院审理行政案件，以事实为根据，以法为准绳。”事实是适用法律的基础，对没有核实根据的行政行为，人民法院应当撤销或变更。

二、适用法律问题

《行政诉讼法》第 5 条规定：“人民法院审理行政案件，对具体行政行为是否合法进行审查。”被告处罚原告人沈炳生是如何适用法律的，在这里值得分析一下。被告的处罚决定列举了沈炳生违反了《江西省野生动物资源保护条例》第 11、12、17、18 条之规定。这 4 条规定的中心就是要办理狩猎证、合法猎捕的问题。第 17 条规定，“为了保护和发展野生动物资源，设立野生动物保护发展基金。猎捕非保护动物，由批准猎捕的主管部门按其价值的 4%向猎捕者征收野生动物保护发展资金。”这条规定，明确规定了只有猎捕者，才能交纳 4%的保护发展资金，不属猎捕者，就不要交纳保护发展资金。经查实，原告沈炳生仅在 1987 年猎捕部分非保护的野生动物，1988—1990 年 3 年期间，都是经营、贩卖蛇胆，不存在猎捕野生动物的问题。依照地方性法规规定，原告人沈炳生只需交纳 1987 年猎捕部分的保护资金。原告人沈炳生 1988、1989、1990 年 3 年期间没有猎捕任何蛇类动物，就不存在交纳保护资金的问题。被告的处罚决定实际上是认定了原告人沈炳生 4 年期间都是在贩卖蛇胆、加工蛇胆，就连 1987 年也是认定原告人沈炳生贩卖蛇胆。既然“处理决定”认定了原告人沈炳生是属贩卖、加工蛇胆，就不属猎捕者，按地方性法规规定就不应该交纳保护发展资金，也不能对 1990 年收购的蛇胆进行双倍罚款。

根据 1989 年 3 月 1 日施行的《中华人民共和国野生动物保护法》第 27 条的规定：“经

营利用野生动物或者其产品的，应当缴纳野生动物资源保护管理费，收费标准和办法由国务院野生动物行政主管部门会同财政、物价部门制定，报国务院批准后施行。”根据该规定，原告人沈炳生属于经营利用野生动物或者其产品，应当缴纳保护基金。该法自1989年3月1日施行，交纳保护资金应从1989年3月1日开始计算起，但不能追究1987、1988年的行为。这条规定明确规定：“经营利用野生动物或者其产品的，应当缴纳野生动物资源保护管理费。”对于违反这条规定不交纳的，没有规定双倍罚款。被告说：“没有规定双倍罚款，也没有规定不可实行双倍罚款。”这是被告对法律的曲解。法律本身具有明确的特性，以便人们遵守，法律没有规定的，就不能作任意性解释，曲解法律原意。野生动物保护法第27条规定没有提及双倍罚款，就不能实行双倍罚款。如果违背法律规定，实行双倍罚款，就是违法处罚。对原告人沈炳生1990年违章收购、加工蛇胆150公斤，按《江西省野生动物资源保护条例》第18条第5款的规定，另处以保护基金的两倍罚款8400元，是与野生动物保护法的规定相违背的，法律的效力要高于地方性法规，地方性法规与国家法律相抵触时，应依据法律的规定。

野生动物保护法规定：“收费标准和办法由国务院野生动物行政主管部门会同财政、物价部门制定，报国务院批准后施行。”国家统一征收保护资金的收费标准和办法是否下达，请被告提供这方面的书证材料。如果没有这方面的收费标准和办法，原告人就无法交纳野生保护基金。

从以上可以看出，原告人沈炳生1987—1990年4年期间(除1987年猎捕部分非保护蛇类外)，主要是收购、贩卖蛇胆，不属猎捕野生动物者。依据地方性法规可不交纳保护资金。依据野生动物保护法的规定，原告人沈炳生应交纳野生动物保护管理费，而国家收费标准和办法，被告人没有提供，无法可依，请法院撤销被告(90)处字第002号处理决定。

三、行政处罚程序问题

被告等单位直接到原告沈炳生住处查处其收购、贩卖蛇胆，并当场扣押现金19000元，并暂扣原告人妻子的居民身份证等。对原告人沈炳生的违章事实没有查实，首先扣押现金19000元，暂扣家属的居民身份证等证件，这是违反行政处罚程序的，对于行政处罚案件，决不能先执行后作处罚决定。

被告人及其代理人在行政诉讼过程中讲原告人及其代理律师诬告、陷害一个省政府行政职能机关——省自然保护区管理办公室，要追究原告代理人的法律责任。原告人沈炳生的诉讼是合理的行政诉讼，告省自然保护区管理办公室，并不是诬告，是法律给原告人的权利。被告用这些刑法名词来威胁原告人及其代理律师，是法律所不允许的。今天是依据行政诉讼法开庭审理行政案件，原、被告在诉讼中的法律地位是平等的。请法庭注意被告威胁原告人的违法行为。

鉴于上述情况，被告人对沈炳生的处罚决定适用法律、法规错误，超越职权处罚，处罚所依据的事实不清，请法院根据行政诉讼法第54条的规定，撤销被告(90)处字第002号处理决定，把扣留的人民币19000元如数归还原告人沈炳生。

此致

南昌市东湖区人民法院

江西省律师事务所律师 李云龙

1991年3月2日

附 1:

一审判决结果

南昌市东湖区人民法院(1991)东行字第 01 号行政判决书认为: 被告对本案查处认定事实错误、适用法规不当, 且无明确的法律、法规行政授权, 本院依照《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条第 2 项 1、2、4 目规定的精神, 判决如下:

一、撤销被告赣林保(90)处字第 002 号处理决定。

二、限被告自本判决生效之日起 3 日内将所扣押原告的人民币 19 000 元归还给原告, 并按贷款利息每元每月一分二厘计算利息至本判决生效止, 归还给原告人。(居民身份证已交本院归还给原告。)

本案受理费 346 元由被告负担。

附 2:

二审判决结果

一审判决后, 被告江西省自然保护区管理办公室提出上诉。认为沈炳生以开办的“福江蛇类养殖场”为名, 实际上是无证在禁猎期捕蛇, 非法大量杀蛇取蛇胆和贩卖鲜蛇胆, 大量偷漏野生动物保护发展基金。

南昌市中级人民法院(1991)第 06 号行政判决书认为:

上诉人在上诉中称原判认定事实不清的问题。经查, 上诉人的(90)第 002 号处理决定中认定被上诉人从 1987 年至 1990 年共贩卖、收购、加工蛇胆 450 公斤, 但无证据证实。复议时, 其主管部门调查核实被上诉人在这期间共贩卖毒蛇胆 283.784 公斤。据此, 原判认为上诉人处理决定认定事实错误并无不当。该上诉理由不足, 不予采纳。

上诉人在上诉中又称其处理是依据《江西省野生动物资源保护条例》, 属合法执法的问题。经查, 上诉人的处理决定认定被上诉人属贩卖、收购、加工蛇胆。依照该条例第 11、12、17 和 18 条进行处罚。上述 4 条地方性法规并未规范贩卖收购、加工蛇胆的行为。上诉人系适用法规错误, 上诉理由不予采纳。

上诉人在上诉中还称其处理该案有法律、法规和行政授权依据, 原判认定属超越职权不当。经查, 《中华人民共和国野生动物保护法》、《江西省野生动物资源保护条例》等有关法律、法规没有关于由上诉人这类机构查处违反野生动物保护违法行为的权限规定。虽江西省林业主管部门在上诉人作出该处理决定之后作了有关授权, 但上诉人作该处理决定的权限在当时缺乏行政授权的依据, 原判认定上诉人作出该处理决定属超越职权并无不当。该上诉理由不足, 不予采纳。

本院认为: 上诉人赣林保(90)处字第 002 号处理决定认定事实的主要证据不足, 适用法规错误, 并超越职权, 原审人民法院判决予以撤销正确, 上诉人要求维持其处理决定不予支持。但原判计算利息方法欠妥。据此, 依照《中华人民共和国行政诉讼法》第 61 条第 1 项和第 3 项之规定, 判决如下:

- 一、上诉人上诉无理，予以驳回。
- 二、一、二审诉讼费用由被告承担。

江西省卫生防疫站不服南昌市东湖区国家 税务局税务行政处罚案

案情简介

南昌市东湖区国家税务局(以下简称被告)于 1998 年 12 月 15 日作出东国税稽字(1998)第 079 号税务处理决定书,以江西省卫生防疫站(以下简称原告)于 1998 年 1 月至 11 月取得销售生物制品及防疫疫苗等收入(其中在 1998 年 1 月至 6 月期间收取生物制品销售货款 3 821 402.54 元,收取驱虫药销售货款 16 489.40 元,收取糖丸销售货款 61 775 元,收取碘油胶丸销售货款 96 030 元,计 1998 年上半年取得销售货款 3 995 696.94 元,折合成不含税销售额 3 769 525.41 元,应纳增值税 226 171.52 元;1998 年 7 月至 11 月共收取生物制品销售货款 1 968 806.10 元,收取驱虫药销售货款 2 100 元,收取糖丸销售货款 36 112.50 元,收取碘油胶丸销售货款 2 009 418.60 元,折合成不含税销售额 1 932 133.27 元,应纳增值税 77 285.33 元),共应缴纳增值税 303 456.85 元,依据《中华人民共和国增值税暂行条例》第 1、12、13 条;财税字(1998)113 号文件和《中华人民共和国税收征收管理法》第 40 条之规定,对原告追缴增值税 303 456.85 元,免予行政处罚;以上追缴增值税款于 1998 年 12 月 18 日以前已缴入国库。原告不服,1998 年 12 月 28 日,以被告计收增值税不合法为由,向南昌市国家税务局申请复议,南昌市国家税务局于 1999 年 3 月 1 日作出维持东国税稽字(1998)第 079 号税务处理决定。原告仍不服,于同年 3 月 8 日向法院提起行政诉讼。

原告诉称:1.原告是进行传染病防治的非营利公益事业单位的公立卫生机构,继续享受优惠政策;2.原告是法定的生物制品专供部门,而非一般性的药品经营单位,预防生物制品必须在卫生防疫机构监督指导下使用;3.原告供应、发放生物制品是税法上混合销售行为,即在提供专供生物制品的同时,又提供法定的特殊医疗服务,应不征增值税。故原告请求法院依本案事实和法律、法规,撤销被告的错误处理决定,将被告征收的税款退还给原告,并由被告赔偿由此错误决定造成原告的 2 万元经济损失。

被告辩称:原告是增值税的纳税义务人,对其征税是依法进行的;原告是面向全省各地区销售防疫药品,并未提供医疗服务,不属税法规定的混合销售行为,故被告作出的税务处理决定认定事实清楚,适用法律、法规正确,符合程序,请法院依法作出公正判决。

代理词

审判长:

我接受原告江西省卫生防疫站的委托,经江西大华律师事务所的指派,为原告行政诉讼一案出庭代理,依法参与诉讼,特发表代理词如下:

1998 年 12 月 15 日,被告南昌市东湖区国家税务局作出的东国税稽字(1998)第 079 号税务处理决定书,是一个违背事实与法律的错误决定书,请法院依据有关法律、法规作出撤

销东湖区税务局税稽字(1998)第 079 号错误决定书,将违法所征收税款 303 456.85 元偿还给原告。

一、原告是社会公益性事业单位;既提供医疗服务,又提供生物预防药品,是一种混合销售行为,按照法律法规规定,应免增值稅款

原告江西省卫生防疫站是社会公益性单位,所担负的任务既面向社会,又面向个人,在经济和社会发展中发挥重要的作用。

原告人的职责是对各类传染病进行防治。根据《中华人民共和国传染病防治法》第 5 条第 2 款规定:“各级各类卫生防疫机构按照专业分工承担责任范围内的传染病监测管理工作。”原告的职责由法律明确规定,即对各类传染病进行防治,并向社会提供医疗服务。各级卫生院在医生提供医疗服务的同时,又开药方提供药品服务。卫生防疫站要在为人群提供预防措施的同时,对患者或人群提供生物药品服务。卫生院系统提供药品服务是享受免缴增值稅的;卫生防疫站在提供医疗服务的同时,又提供生物制品防病治病,也应该像卫生院一样,享受免缴增值稅。国家公益性医疗机构,应当免缴增值稅。1997 年中共中央、国务院《关于卫生改革与发展的决定》第 8 条规定:“公立卫生机构是非营利性公益事业单位,继续享受稅费优惠政策,地方政府要切实解决其社会负担过重的问题。”文件明确规定卫生防疫站是公益性事业单位,而不是商品生产单位。增值稅的课稅范围包括产品生产、批发、零售和进口所有环节,也就是说增值稅的课稅范围包括商品生产和销售全过程。原告卫生防疫站不是生产批发单位,又不是单纯销售货物的单位,而是在提供医疗服务的同时又提供生物预防药品,是一种混合销售行为。《中华人民共和国增值稅暂行条例》第 1 条规定:“在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人,为增值稅的納稅义务人(以下简称納稅人),应当依照本条例繳納增值稅。”这是一条总的规定。到底哪些免交增值稅,销售哪些货物应繳納增值稅,哪些是混合销售货物行为,应当免交增值稅,国务院颁布的增值稅暂行条例作了规定。为了实施条例,财政部 1993 年 12 月颁布的《中华人民共和国增值稅暂行条例实施细则》作了比较具体的规定。暂行条例实施细则第 5 条规定:“一项销售行为如果涉及货物又涉及非应稅劳务,为混合销售行为。从事货物的生产、批发或零售的企业、企业性单位及个体经营者的混合销售行为,视为销售货物,应当征收增值稅;其他单位和个人的混合销售行为,视为销售非应稅劳务,不征收增值稅。”该条规定的混合销售行为有两种:一种是从事货物生产单位、批发零售企业、企业性单位及个体经营者的混合销售行为,视为货物销售行为,应当征收增值稅。其他单位和个人的混合销售行为,视为销售非应稅劳务,不征收增值稅。卫生院、卫生防疫站是公益性医疗事业单位,在提供医疗服务的同时,又有药品销售,是混合销售行为,不征收增值稅。

国家税务总局 1994 年 5 月 7 日《关于增值稅若干征收问题的通知》第 4 条规定:关于混合销售征收問題,“根据细则第 5 条规定,以从事非增值稅应稅劳务为主,并兼营货物销售的单位与个人,其混合销售行为应视为销售非应稅劳务,不征收增值稅。但如果其设立单独的机构经营货物销售并单独核算,该单位机构应视为从事货物生产、批发或零售企业、企业性单位,其发生的混合销售行为应当征收增值稅。”原告是防疫疾病公益性事业单位。被告在开庭调查过程中,承认原告是公益性事业单位,既然如此,原告应免繳增值稅。而征收增值稅的单位是从事货物生产、批发或零售的企业性单位,原告是公益性事业单位,根据其单位性质以及混合销售货物行为,享受免交征增值稅,是符合我国法律、行政法规要求的。

二、行政征收增值税、行政处罚要依法进行。被告作出具体行政行为，征收原告增值税 30 万余元，是没有法律依据的

行政征收增值税，是对行政处罚原则的运用，行政处罚的运用，是指行政处罚主体在认定行为人行政违法的基础上，依法决定行为人是否给予行政处罚和如何科以行政处罚的管理行为。能否正确理解和运用行政处罚，直接关系到行政处罚主体作出的决定是否合法、正确和适当，直接关系到行政相对人的合法权益的保护问题。

行政征收、行政处罚法定原则——行政机关及其工作人员以及法律授权的其他组织在实施行政处罚时，要依法进行，不能超出法律所规定的范围。只有法律、行政法规对行政处罚作了明确规定，才能作为行政处罚适用的依据，即“法无规定不为罚”、“没有法定依据或者不遵守法定程序的，行政征收和处罚无效”。

行政征收税款，即对江西省卫生防疫站收缴增值税 303 456.85 元，要依法征收、依法处罚。《中华人民共和国税收征收管理法》第 18 条规定：“税务机关依照法律、行政法规的规定征收税款，不得违反法律、行政法规的规定开征、停征、多征或者少征税款。”

南昌市东湖区国家税务局东国税稽字(1998)第 0079 号税务处理决定书第一项指出：“你单位 1998 年 1—11 月取得销售药品及防疫疫苗收入，依据《中华人民共和国增值税暂行条例》第 1 条之规定，属于应税收入，应按规定缴纳增值税。”按被告税务处理决定书，收缴原告增值税款 30 万余元，依据的是增值税条例第 1 条规定。是否适用第 1 条，不妨看看第 1 条原文：“在中华人民共和国境内销售货物或者提供加工、修理修配劳务以及进口货物的单位和个人，为增值税的纳税义务人(以下简称纳税人)，应当依照条例缴纳增值税。”这一法律条文规定，一是规定了增值税的征税范围，即销售货物、提供加工、修理修配劳务及进口货物；二是纳税人的范围。这里并没有指明卫生防疫部门销售生物制品等货物是征收增值税范围，引用这条规定不符合征收税款的法律依据。按照该条例第 1 条规定，在中华人民共和国境内销售货物，应当依照本条例缴纳增值税。这里所说依照本条例缴纳增值税，本条例规定了缴纳增值税的单位和个人，也规定了免缴增值税的单位和个人，也规定了混合销售行为免征增值税，因此，要全面看待第 1 条的规定。被告代理人说，在境内销售货物都要缴纳增值税。这种说法不正确，增值税条例并没有规定在境内销售货物都要缴纳增值税，并没有“都要”二字，这就要具体情况具体分析情况。

三、法律、法规和有关政策对卫生防疫站免税的规定

1997 年 1 月 15 日，中共中央、国务院文件作出了“关于公立卫生机构是非营利性公益事业单位，继续享受税费优惠政策，地方政府要切实解决其社会负担过重的问题”的规定。

1998 年国务院 61 号文件规定：“增加预防保健事业费用，预防保健事业是社会主义福利事业，各级政府要从政策上、资金上给予支持。”

这说明党和国家对原告卫生防疫机构实行免收税款的优惠政策，即也包括免交增值税。

1988 年 3 月 1 日，财政部、卫生部关于颁布《全国卫生防疫防治机构收费暂行办法的通知》第 2 条规定：“根据国家规定，各级卫生防疫防治专业机构，是法定的疾病防治，卫生监督监测和检验机构，预防性体检、计划免疫等工作，各被检单位和个人要按规定缴纳一定的费用。”第 3 条规定：“凡属卫生防疫机构提供下列服务项目按成本收费或收取一定的劳务费，……3.预防接种……”。

四、其他问题

对于被告提供的省国家税务局关于卫生防疫站调拨生物制品及药械征收增值税的文件的问题。对于这一问题如何看待，根据增值税暂行条例的规定，原告人江西省卫生防疫站是公益性事业单位，既提供医疗服务，又进行药品销售，是混合销售行为，应免缴增值税，国家法律、行政法规作了明确规定，应依据国家法律、行政法规的规定处理，地方国家税务部门的规定不能违反国家法律、行政法规的规定。省国家税务局的规定是指防疫站调拨生物制品应征增值税，而原告并不是调拨生物制品，而是提供医疗服务，同时兼营销售生物制品，所规定的应纳增值税的情况与本案事实不符。原告人并没有调拨生物制品。

被告进入诉讼阶段，还对原告进行调查取证，是不符合国家法律规定要求的。

综上所述，原告是公益性事业单位，在提供医疗服务的同时，又兼营生物制品，是一种混合销售行为，应当免交增值税，法院应当依法撤销被告作出的税务处理决定，将违法征收税款返回原告。请法院考虑。

此致

南昌市中级人民法院

江西大华律师事务所律师 李云龙

1999年6月12日

附：

一 审 判 决 情 况

江西省南昌市中级人民法院认为：与《中华人民共和国增值税暂行条例》同时施行的《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》第5条第1款作了明确具体的规定，即：“一项销售行为如果既涉及货物又涉及非应税劳务，为混合销售行为。从事货物生产、批发或零售的企业、企业性单位及个体经营者的混合销售行为，视为销售货物，应当征收增值税；其他单位和个人的混合销售行为，视为销售非应税劳务，不征收增值税。”国家税务局《关于增值税若干征收问题的通知》第4条规定：“关于混合销售增值税问题，根据细则第5条规定，以从事非增值税应税劳务为主，并兼营货物销售的单位与个人，其混合销售行为应视为销售非应税劳务，不征收增值税。但如果其设立单独机构经营货物销售并单独核算，该单位机构应视为从事货物生产、批发或零售企业、企业性单位，其发生的混合销售行为应当征收增值税。”本院庭审中，被告未提供原告设立单独机构销售货物并单独核算的事实和证据，故原告为病患者治病和为社会群体防病的同时销售生物制品药的行为，应视为销售非应税劳务的混合销售。《中共中央、国务院关于卫生改革与发展的决定》第8条，进一步确立和重申：“公立卫生机构是非营利性公益事业单位，继续享受税费优惠政策，地方政府要切实解决其社会负担过重的问题。”应认为原告公立卫生机构非营利性公益事业单位的税费原来是免征或不征的，现仍然应按我国税制改革前免征或不征的优惠政策办理。

关于被告向本院提交的《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》第5条第2款：“纳税人的销售行为是否属于混合销售行为，由国家税务局所属征收机关确定。”该实施细则虽赋予国家税务总局所属征收机关有权确定纳税人的销售行为是否属于混合销售行为，但并

未赋予确定混合销售行为视为销售货物的权力。同时，这种确定权不得超出实施细则第 5 条第 1 款规定确定的对象、范围。原告系非营利性事业单位的公立卫生机构，不属确定混合销售行为视为销售货物的对象。故被告对原告销售行为的确定不合法，应不予采纳。据此理，被告向本院提交的国家税务总局和江西省税务局的《批复》也不能成为合法依据，该理由亦不予采纳。

关于被告认为公立卫生机构的医院对单个病人治疗、销售药品才是混合销售的非应税劳务，原告系对社会群体提供医疗服务，不属非应税劳务。被告混淆临床医疗与预防医疗的劳务形式，并以此认定对社会群体提供预防医疗服务属应税劳务缺乏法律、法规依据，该理由不予采纳。

关于原告要求被告赔偿 2 万元经济损失的诉讼请求，因原告未提供因行政侵权造成损害的证据材料，因此，这一诉讼请求不予支持。

综上，依照《中华人民共和国行政诉讼法》第 54 条第 2 项第 2 目、《中华人民共和国税收征收管理法》第 18 条、参照《中华人民共和国增值税暂行条例实施细则》第 5 条第 1 款的规定，经本院审判委员会讨论决定，判决如下：

- 一、撤销被告南昌市东湖区国家税务局东国税稽字(1998)第 079 号税务处理决定书；
- 二、由被告南昌市东湖区国家税务局返还扣缴原告江西省卫生防疫站的税款 303 456.85 元；
- 三、原告江西省卫生防疫站要求被告南昌市东湖区国家税务局赔偿 2 万元经济损失的诉讼请求予以驳回。

海珠区五金塑料交易城诉海珠区城市规划局行政拆除案

案情简介

1999年4月23日，被告广州市城市规划局海珠区分局(以下简称海珠区规划局)以穗规海行处字(1999)第168号分行政处罚决定书认定：沥窖村委会、海珠五金塑料交易城于1994年至1999年间，未经城市规划行政部门核准，未取得建设许可证，在洛溪大桥东侧违法建设62栋1层(部分2层)混合简易结构房，面积86097.102平方米，已构成违法建筑。根据《中华人民共和国城市规划法》第32条、《广州市城市规划条例》第28条等有关规定，已成为违法建设。根据《中华人民共和国城市规划法》第40条、《广州市城市规划条例》第52条第2、11款、海珠区人民政府[1999]9号通告等有关规定，沥窖村委会、海珠五金塑料交易城在上述地点的违法建设是属于必须拆除之列，现作出处罚决定如下：沥窖村委会、海珠五金塑料交易城在决定书生效之日起15日内自行拆除上述地点的违法建设，面积86097.102平方米。如对决定书不服，可在接到决定书之日起15日内向广州市人民政府或广东省建设委员会申请复议，或直接向人民法院起诉，逾期不申请复议也不向人民法院起诉，又不履行处罚决定的，海珠区规划局将依法申请人民法院强制执行。原告海珠五金塑料交易城依法向广州市中级人民法院起诉。广州市中级人民法院于1999年6月13日开庭审理此案，7月5日作出一审判决，维持海珠区规划局的处罚决定。原告正准备上诉期间，海珠区规划局就将原告海珠五金塑料交易城8万平方米的简易结构房全部拆除，还将海珠区百传商业城70栋简结构房一并拆除。海珠区百传商业城职工纷纷到省政府上访，问题至今没有得到解决。

代理词

审判长：

我接受原告人的委托，经江西大华律师事务所指派，为海珠五金塑料城不服行政处罚一案出庭代理，依法参与诉讼，发表代理词如下：

被告海珠规划局(1999)穗规海行处字(1999)第168号行政处罚决定书是不符合事实与法律规定的，请法院依据本案事实，撤销被告的行政处罚决定书，恢复原告经营场所的营业，补办有关手续。

一、农民集体所有制土地使用应由乡镇政府规划批准，被告无权处罚

原告海珠五金塑料交易城与新窖镇沥窖村、三窖村利用洛溪大桥东侧大片荒闲土地，共同开发建设五金塑料交易城。新窖镇三窖村申请用地于1994年1月3日报告镇政府，经

研究批准洛溪大桥北东侧旁公路大道 30 米外 2 000 平方米土地同意开发；三窖村民委员会又于 1994 年 1 月 8 日报告新窖镇政府，征用开发建设商铺用地，镇政府研究同意在冲口围用地 6 000 平方米。镇政府两次同意申请用地共 8 000 平方米。

1993 年 6 月 29 日国务院发布的《村庄和集镇规划建设管理条例》第 8 条规定：“村庄、集镇规划，由乡级人民政府组织编制并监督实施。”这就明确规定，村一级规划建设由乡镇一级政府负责制定规划。原告人海珠五金塑料交易城所在地的规划建设应由乡镇负责，因为沥窖村、三窖村都是农民集体经济组织，土地是农民集体所有制，不是城市规划局管理范围。第 15 条规定：“根据社会经济发展需要，依照本条例 14 条的规定，经乡级人民代表大会或者村民会议，乡级人民政府可以对村庄、集镇规划进行局部调整。”这就明确规定乡镇政府对村级集体所有土地可以进行规划。根据我国《土地法》第 37 条规定：“农民住宅建设、乡镇村企业建设、乡镇村公共设施、公益事业建设等乡镇村建设，应当按照乡镇村建设规划进行。”国务院行政法规与这一法律规定是一致的，应当执行。法律、行政法规都明确规定村级企业建设应由乡镇政府规划。被告人依据《中华人民共和国城市规划法》的规定，作出拆除决定是不正确的。原告人海珠五金塑料交易城的场地在乡镇规划范围内，不属于城市规划局管。被告在法庭上提出这片土地已纳入城市规划范围，在法庭质证时，被告人提不出证据，只是由规划局说说而已。城市规划范围要纳入人大会议通过才能有效，而原告人所在地纳入城市规划至今还未列入会议通过，只是规划而已，没有通过人大会议通过的规划不能作为拆除的依据。农民集体土地要受法律保护，不能谁说要就可以随意侵占。国家规划需要也要合法征用，对农民土地要进行补偿，不能随意侵占。被告无权处罚原告。

二、此案已进入诉讼阶段，原告财产应受法律保护

原告在起诉阶段，根据我国行政诉讼法的有关规定，已向人民法院申请停止执行被告作出的具体行政行为。原告提出停止执行具体行政行为，符合《行政诉讼法》第 44 条第 2 项的规定，法院应当认可。如果执行下去，将造成难以弥补的巨大经济损失，造成社会不安定。现此案已进行行政诉讼阶段，最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国行政诉讼法〉若干问题的意见》第 57 条规定：“在诉讼过程中，行政机关申请人民法院强制执行被诉的具体行政行为的，人民法院不予执行，在必要时，人民法院可以采取财产保全措施。”司法解释已明确规定，此案已进入诉讼，原告财产依法应受到保护，任何人、任何单位无权拆除。

三、原告大部分建筑物已超过处罚时效，不能再给予处罚

原告海珠五金塑料城与新窖镇沥窖村、三窖村利用洛溪大桥东侧大片荒闲土地，共同开发建设成五金塑料城市场。

海珠五金塑料城 1994 年建筑面积为 1 万平方米；1995 年为 11 000 平方米；1996 年为 3 万平方米；1997 年为 9 000 平方米；1998 年为 2 万平方米。《中华人民共和国行政处罚法》第 29 条第 1 款规定：“违法行为在二年内未经发现的，不再给予行政处罚，法律另有规定的除外”。这是对违法行为处罚时效的规定。1994 年至 1996 年建筑面积总共为 51 000 平方米，已超过两年多，超过处罚时效，应当严格按行政处罚法规定处罚，不然是超过法律规定处罚。1994 年至 1996 年的建筑的房屋 51 000 平方米应受到法律保护。

四、原告海珠五金塑料城租用、开发的沥窖村、三窖村闲置土地，从1994年以来，产生巨大经济效益，发展了城乡经济，解决了大批人员就业

从1994年经新窖镇政府批准，租用沥窖村、三窖村的闲置土地进行建房，建筑面积达8万多平方米，原告已投入资金3800多万元，市场建设已形成规模。几年来，原告建立的市场已得到海珠区工商部门认可，领取了工商局颁发的营业执照，事实已形成合法经营场所；经营店面并得到税务部门认可，每年交税400多万元(不包括厂家的增值税)，为村级企业创造了巨大经济效益，每年上交村里的利润1000多万元，发展了村级经济。五金塑料城的不断发展解决了6000多人的就业问题，五金塑料城一年销售额达12个亿，上千户厂家为国家上缴增值税近1个亿，同时带动了兄弟省市和几千家企业的经济发展，解决了几万人的就业问题。海珠五金塑料城成为全国最大的五金塑料市场，塑料制品远销东南亚、俄罗斯，成为影响、规模最大的批发市场。

如果依据(1999)穗规海行处字(1999)第168号行政处罚决定书，对原告建设的62栋1层(部分2层)，面积86097.102平方米混合简易结构房全部拆除，原告将遭受巨大的经济损失，680个铺位和店面将被拆除，6000多从业人员将下岗，造成铺位店主、村级经济1.2亿元的损失。一旦拆除上述营业场地，将造成大批下岗人员上访，影响社会安定。中央再三强调：稳定压倒一切。一旦作出维护原处罚决定，将带来社会不稳定。请撤销被告的行政处罚决定，维持原告五金塑料城现状不动，限其补办有关手续，让其正常营业。

五、从现有海珠五金塑料城建筑出发，改造、完善绿化环境

原告海珠五金塑料城从1994年起建设62栋1层(部分2层)，面积86097.102平方米的混合简易结构房，没有影响城市道路景观，没有在高速公路两侧20米范围内违章建设。大部分建筑在公路旁30米以外，并没有影响城市道路规划。根据法律规定，原告建筑不属违法建筑物。海珠五金塑料城位于番禺国道旁，并不在广州标志大道旁，实际远离广州大道旁300米、高速公路旁100米，根本不影响广州大道景观。城市绿化建设要服务于经济建设。因为我国改革开放，落到实处就是要把经济搞上去，一切工作要以经济建设为中心，而不是以城市绿化为中心。原告考虑从城市远景规划出发，准备投资500万元，用于塑料城屋顶绿化，装点绿化框架，被告应积极支持原告具体制订绿化措施。

综上所述，原告认为海珠区规划局(1999)穗规海行处字(1999)第168号行政处罚决定书适用法律不当，大部分建筑面积51000超过处罚时效，原告建筑物不是违章建筑物，从稳定社会出发，请法院依据事实与法律，撤销被告的行政处罚决定书，以维护原告人的合法权益。

此致

广州市中级人民法院

江西省大华律师所事务所律师 李云龙

1999年6月13日

九江市人民政府与横店集团行政诉讼案

案情简介

原告横店集团九江东磁房地产有限公司 2007 年 7 月 20 日起诉被告九江市人民政府、被告九江市规划局、被告九江市建设局、九江市国土资源局行政许可、行政强制及行政赔偿一案。原告要求撤销被告九江市规划局、九江市建设局联合下发的《关于对停建“丽景湾”建设项目及善后处理意见的告知书》，撤销被告九江市规划局九规决字〔2007〕01 号《关于撤回 2005X02201077-078 号〈建设项目选址意见书〉2005Y02001056-057 号〈建设用地规划许可证〉和 2006G0201364-367 号〈建设工程规划许可证〉的决定》、撤回施工许可的决定。判令被告赔偿原告因暂停施工，每天直接经济损失 14, 4376 元，计算至 2007 年 7 月 20 日止直接损失共计 11, 694, 456 元。

2004 年 1 月，原告成功竞购位于九江市长虹大道北侧、火车站外广场两侧商住用地，进行房地产开发，项目命名为“丽景湾花园”。

原告丽景湾的项目，分别位于火车站东西两侧，东临南湖公园，西临市委、市政府办公大楼，土地面积 78.23 亩。1995 年年初经九江市人大常委会讨论通过，8 月 19 日获江西省人民政府批准的《九江市城市总体规划》中确定该宗土地为城市绿化用地。1995 年 1 月 3 日，经九江市人民政府决策咨询委员会审查，1996 年 5 月 30 日九江市人大常委会第 17 次会议通过《九江市城市总体规划》(1995—2010)，规划中明确规定涉案用地为城市绿化用地。1996 年九江市人大常委会讨论通过的《九江市城市总体规划》是一个规范性文件，各级部门都要服从。九江市规划局作出撤销 367 号《建设工程规划许可的决定》以及施工许可的决定等是依据地方性规范文件依法行政，不是原告所说的违法行政。

该项目在建设过程中各方面反映强烈，九江市规划局、九江市建设局撤回规划许可、施工许可，停建该项目符合法规要求，符合人民群众利益。

丽景湾项目取得各项行政许可手续后，人民群众和有关方面提出异议，九江市人大组织部分省市人大代表对该项目进行了重点视察，并组织工程院院士进行专家论证，九江市规划局土地局等依据《中华人民共和国行政许可法》第 8 条第 2 款“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可”。依据这一规定，九江市政府下属部门依法撤销丽景湾项目的《建设用地许可证》、《建设工程规划许可证》，符合为了公共利益作出撤销行政许可，符合法律要求。

九江市人民政府、九江市规划局行政诉讼一案，到南昌市找到江西云龙律师事务所，九江市人民政府王萍市长与江西云龙律师事务所主任律师李云龙 2007 年 12 月 12 日签订委托合同，并与李云龙律师签订 2007 年 12 月 12 日至 2008 年 12 月 11 日聘请李云龙律师为常年法律顾问合同书，委托李云龙律师全权代理九江市人民政府与浙江横店集团东磁房地产有限公司行政诉讼一案。李云龙律师先后至九江市 9 次调查取证，收集有关证据。九江市人民政府组成一个行政诉讼工作组，整个诉讼由李云龙牵头定调。2008 年 2 月 19 日在江西省高级人民法院大审判庭开庭。九江市人大、九江市人民政府有关领导等参与旁听者达 200 多人。

九江市人民政府、九江市规划局代理律师李云龙，九江市规划局熊春华局长，九江市建设局许立仁局长，九江市国土资源局柴荣生副局长到庭参加诉讼。整个开庭一天时间里，李云龙律师为九江市人民政府、市规划局出示了 11 份证据，发表题为“九江市人民政府、市规划局行政诉讼一案代理词”。

2008 年 6 月 2 日，江西省高级人民法院作出行政裁定书，终止本案行政赔偿案件审理。双方原、被告在法院主持下调解，原告撤回起诉。

代 理 词

审判长、审判员：

我接受被告九江市人民政府、九江市规划局的委托，经江西云龙律师事务所的指派，依法参与原告浙江横店集团九江东磁房地产有限公司诉九江市人民政府、九江市规划局行政许可一案，特发表代理词如下：

一、九江市人民政府没有作出具体行政行为，不是本案被告，请法院依法驳回原告诉讼请求

1. 新余市中级人民法院送达原告行政诉讼状，没有将九江市人民政府作为被告起诉。最初是由江西省高级人民法院指定新余市中级人民法院受理。新余市中级人民法院在送达原告的行政起诉书中，仅列举被告九江市规划局、九江市建设局、九江市国土资源局，并没有列举九江市人民政府为本案被告。这次由江西省高级人民法院送达的行政起诉书中增加九江市人民政府为本案被告，九江市人民政府为此提出异议，认为本政府不是本案被告，请法院查清本案事实后，裁定驳回其诉讼请求。

2. 原告起诉九江市人民政府的依据是《市四套班子会议纪要》。原告依据《市四套班子会议纪要》起诉九江市人民政府没有事实与法律依据。在法庭上诉讼代理人李云龙对《市四套班子会议纪要》进行了质证。辩解认为：（1）《市四套班子会议纪要》不是具体行政行为。

（2）《市四套班子会议纪要》是以中共九江市委办公厅名义下发的纪要，不是九江市人民政府下达的文件。（3）参加会议的有市委书记、市人大常委会主任、市政协主席等领导，行政诉讼只能告政府，不能告市委、人大、政协。（4）会议对丽景湾项目提出善后处理意见，并没对施工许可、规划许可作出撤销意见，没有实施具体行政行为。（5）中共九江市委办公厅《市四套班子会议纪要》下达时间是 2007 年 6 月 22 日，而九江市建设局、规划局暂停丽景湾施工是 2007 年 4 月 30 日，《市四套班子会议纪要》在二个月后发出的文件，对丽景湾项目停建，没有直接影响作用。

九江市建设局依照行政法规的规定，于 2007 年 4 月 30 日就下达了《关于暂停丽景湾工程施工通知》，这一行政行为在市政府作出会议纪要之前。《关于对停建丽景湾建设项目及善后意见告知书》是由市政府下属行政单位作出。《市四套班子会议纪要》这里有人大、市政协领导参与，市人大、市政协不是行政单位。会议纪要也没有形成文件决定，只是会议记录形式，不属具体行政行为。行政诉讼应该起诉行政机关，什么是行政机关：行政机关是依法成立的，享有国家行政权，能以自己的名义施行行政管理并能独立承担其行政行为责任后果。这里包括各级人民政府，而人大、政协不属于行政机关。原告抓住市《四套班子会议纪要》，是告错了。

关于共同被告问题。《行政诉讼法》第 25 条第 3 款规定：“两个以上行政机关作出同一

具体行政行为的，共同作出具体行政行为的行政机关是共同被告。”这一对共同被告的规定是很明确的。如果行政机关以共同名义签署而作出具体行政行为（这种情况主要是联合执法），则他们是共同被告。对于上下级行政机关是否是共同被告，也应以是否共同签署文件作为判断：如果是以下级行政机关名义作出的，则下级机关是被告；如果具体行政行为是上级行政机关的名义作出的，则上级行政机关为被告。九江市规划局撤销规划许可证、九江市建设局撤销施工许可证的决定，由部门依法签署意见，并没有九江市人民政府签署意见，因此，九江市人民政府不符合本案被告资格。

原告行政诉讼案由为“规划和城建行政许可及行政赔偿”属于九江市规划局、建设局行政许可范围，与九江市人民政府没有关联性。原告的诉讼请求，要求撤销被告九江市建设局（2007）57号《关于暂停丽景湾工程施工的通知》、撤销建设工程许可证等6项，没有一项指控九江市人民政府承担任何责任。今天法庭原告出示证据，没有证据证实有九江市人民政府实施的具体行政行为。将九江市人民政府列为被告目的是为了提高诉讼级别，否则不可能由省法院审理，这就是原告列九江市人民政府为被告的目的所在，这是不符合法律规定的。

二、九江市规划局依据《九江市城市总体规划》，撤销相关行政许可，是依法行政

《中华人民共和国城市规划法》第29条规定：“城市规划区内的土地利用和各项建设必须符合城市规划，服务规划管理。”作为原告横店集团九江东磁房地产有限公司应当服从城市规划管理要求。原告丽景湾的项目，分别位于火车站外广场东西两侧，东临南湖公园，西临市委、市政府办公大楼，土地面积78.23亩。1985年年初经九江市人大常委会讨论通过、8月19日获江西省人民政府批准的《九江市城市总体规划》中确定该宗土地为城市绿化用地。1995年1月3日，经九江市人民政府决策咨询委员会审查，1996年5月30日九江市人大常委会第17次会议通过《九江市城市总体规划》（1995—2010），规划中明确规定涉案用地为城市绿化用地。1996年九江市人大常委会讨论通过的《九江市城市总体规划》是一个规范性文件，各级部门都要服从。九江市规划局作出撤销367号《建设工程规划许可的决定》以及施工许可的决定等是依据地方性规范文件依法行政，不是原告所说的违法行政。

三、原告丽景湾项目建设损害公共利益，人民群众反映很大，该项目的撤销符合群众利益

该项目在建设过程中各方面反映强烈，九江市规划局、九江市建设局撤销规划许可、施工许可，停建该项目符合法规要求，符合人民群众利益。丽景湾项目取得各项行政许可手续后，人民群众和有关方面提出异议，市人大组织部分省市人大代表对该项目进行了重点视察，并组织工程院院士进行专家论证，九江市规划局、土地局等依据《中华人民共和国行政许可法》第8条第2款“行政许可所依据的法律、法规、规章修改或者废止，或者准予行政许可所依据的客观情况发生重大变化的，为了公共利益的需要，行政机关可以依法变更或者撤回已经生效的行政许可”。依据这一规定，九江市政府下属部门依法撤销丽景湾项目核发的《建设用地许可证》、《建设工程规划许可证》，是为了公共利益作出撤销行政许可，符合法律要求。

九江市政府、九江市规划局在法庭先后出示了群众、人大有关部门对丽景湾建高楼的反映意见：

1.2004年11月8日九江市人大常委会办公厅《关于火车站外广场建设的情况反映》和2005年3月25日中共九江市委办公厅《群众对火车站外广场建高楼反映强烈》文件，明确指出：“火车站广场建设是市民关注的热点问题，对其建设应特别慎重，规划未修改宁可暂时不建。”“目前仍在实施的城市总体规划，规定火车站外广场是以绿化为主，对外交通广场两侧建设高层商住楼明显与城市规划不符。”

2.2007年5月17日九江市人大常委会组织部分省市人大常委会代表视察丽景湾项目，作出的《视察丽景湾开发项目建设情况的报告》指出：“1.该项目违背了九江市城市总体规划；2.该项目严重影响了城市景观；3.会议一致认为市民反映强烈应停建。”

3.2007年6月13日至14日九江市人大常委会邀请北京、上海、省内10名专家学者对丽景湾项目进行论证，形成《会议纪要》，指出该项目位于南湖湖畔，火车站广场北，对九江市城市环境和影响极大，该项目选址及其规划设计不可取，建议恢复公园绿地。专家论证反馈意见，建设丽景湾项目应停建。

4.九江市人大常委会（2007）2号文件《关于要求停止丽景湾工程项目建设的议案的报告》，该议案提出：恢复绿化用地，丽景湾项目停建。

原告建设丽景湾项目，从项目开发以来群众反映强烈，损害公共利益，应恢复绿化用地，政府有关部门作出撤销原颁发用地许可、施工许可、规划许可都是为群众利益，为公共利益所需作出的。作为原告横店集团九江东磁房地产有限公司，应克服眼前利益，服从政府有关部门决定，停止该项目的建设，这才是遵纪守法的企业。

四、适用法律规范问题

人民法院审理行政案件如何适用法律规范问题，最高人民法院2004年5月18日《关于审理行政案件适用法律规范问题的座谈会纪要》指出：“根据行政诉讼法和立法法有关规定，人民法院审理行政案件，依据法律、行政法规、地方性法规、自治条例和单行条例，参照规章……县级以上人民政府及其主管部门制定发布的具有普遍约束力的决定、命令或其他规范性文件。行政机关往往将这些具体应用解释和其他规范性文件作为具体行政行为的直接依据。这些具体应用解释和规范性文件不是正式的法律渊源，对人民法院不具有法律规范意义上的约束力。但是，人民法院经审查认为被诉具体行政行为依据的具体应用解释和其他规范性文件合法、有效并合理、适当的，在认定被诉具体行政行为合法性时应承认其效力。”九江市规划局、建设局依照九江市人大常委会通过的《九江市城市总体规划》有关规定，作出撤销丽景湾项目施工建设、规划许可是依据地方性规范文件，是依法行政的表现，各单位、企业、公司应当依法遵守。

综上所述，九江市人民政府没有作出具体行政行为，不是本案被告，请省高级人民法院依照本案事实与法律维护九江市规划局、建设局、土地局对丽景湾项目停建的决定。以上意见是否请审判长考虑？

此致

江西省高级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2008年2月22日

新建县农业局与陈有为行政诉讼案

案情简介

原告陈有为是高安市大城镇赤土村人，养鸡专业户，2007年12月30日，原告发现自己所养的鸡有部分死亡便向高安市畜牧水产局报告，该局领导及技术员对已死的鸡进行了处理后，继续观察到2008年1月3日，以原告的鸡大部分在新建县地段饲养为由，要求原告报告新建县农业局。

2008年1月4日上午，新建县农业局在没有任何检测结论及处罚文书的情况下，冲入鸡场下令对鸡进行全部扑杀，并在原告栽种的梨树园中挖了八个大坑，将扑杀的鸡埋入。原告认为，第一被告高安市畜牧水产局身为政府职能部门，在接到原告的死鸡报告后，不依法进行检疫，反而通知第二被告新建县农业局前来扑杀。二被告在均未依对原告饲养的鸡作出疫情认定的情况下，仅凭主观意志就扑杀原告32,000余只鸡，毁损梨树上百棵。为此，原告为维护自身合法权益，特诉至法院，请求确认二被告处理方式及扑杀措施违法，并责令被告赔偿因违法行为给原告造成的经济损失120万元。

原告陈有为不服高安市畜牧水产局、新建县农业局行政强制行为，向高安市人民法院起诉。高安市人民法院2008年12月26日作出一审判决，判处第一被告高安市畜牧水产局、第二被告新建县农业局不依法确认原告陈有为养鸡场的鸡的疫情，不及时向上级政府及兽医管部门上报疫情的行为违法。

判处第二被告新建县农业局越权扑杀原告陈有为养鸡场的鸡，扑灭鸡时不清点鸡的数量和核定鸡的重量的行为违法，赔偿原告陈有为因鸡扑杀的损失96万元，扣除已付的8万元实应付88万元。

新建县农业局不服一审判决，通过新建县松湖镇的领导，找到李云龙律师，要求李云龙代理新建县农业局行政诉讼赔偿一案。

李云龙律师接受新建县农业局的委托，为新建县农业局行政赔偿案二审代理，先后三次到新建县西山镇就地调查，在西山镇人民政府召开二次座谈会，一致认为新建县农业局依法行政，对原告陈有为、喻庆忠饲养患有新城疫病的鸡进行扑灭，作无害化处理，是依法行政的表现。

新建县农业局因行政强制与行政赔偿一案，不服高安市人民法院（2008）高行初字第43号行政判决，上诉到宜春市中级人民法院。2009年5月7日，宜春市中级人民法院行政庭开庭审理了新建县农业局与陈有为行政赔偿一案，李云龙律师发表了代理意见，认为新建县农业局对原告陈有为、喻庆忠饲养患有新城疫病的鸡进行扑灭，作无害化处理，是依法行政表现，并出示12份新证据，安排证人出庭作证。

二审法院依据本案事实，作出撤销一审判决，发回重审。此案发回重审，李云龙律师一直代理此案。最后双方调解结案，新建县农业局补助了原告陈有为30多万元。新建县农业局行政赔偿一案圆满结束，依法行政得到确认。

代理词

审判长、审判员：

我接受新建县农业局的委托，经江西云龙律师事务所的指派，依法代理新建县农业局与陈有为行政诉讼一案，经过庭审，特发表代理词如下：

一、新建县农业局对原告陈有为、喻庆忠饲养患有新城疫病的鸡进行扑灭，作无害化处理，是依法行政的表现

新建县农业局 2008 年 1 月 3 日上午接到新建县西山镇草山林场死鸡报告，当天下午赶到西山镇草山林场。由新建县高级畜牧兽医夏凤生、欧阳友平对林场鸡瘟进行诊断，作出了《新建县西山镇草山林场鸡病诊断报告》：“大量鸡缩打盹，闭眼昏睡，扭头歪颈，大批量鸡死于漫山遍野。解剖病变(剖检两羽)诊断鸡病为急性新城疫，建议按一类疫病作无害化处理。”新建县农业局依据诊断报告，依据《中华人民共和国动物防疫法》规定“鸡病急性新城疫”为一类动物疫病。本法第 31 条规定：“发生一类动物疫病时，应当采取下列控制和扑灭措施……县级以上地方人民政府应当立即组织有关部门和单位采取封锁、隔离、扑杀、销毁、消毒、无害化处理、紧急免疫接种等强制措施……”法律赋予县级人民政府以及县农业局扑灭一类新城疫鸡病的权利，主要是为了保护人民身体健康，维护公共卫生安全，促进养殖业的发展。新建县农业局长肖善福具有双重身份，一是新建县防治重大疫情指挥部副指挥；二是新建县农业局法定代表人有权作出扑灭新城疫病鸡的决定。新建县农业局不执行法律规定，就会因渎职行为受到处罚。新建县农业局是依法行政，并不是违法行政。高安市人民法院（2008）高行初字第 43 号行政判决书认定被告新建县农业局“不依法诊断，不及时向上级政府及兽医主管部门上报疫情，越权扑灭原告陈有为养鸡场的鸡的行为违法。”这一认定是错误的。上级行政机关并没有对被告农业局执法问题作出行政违法的决定，一审法院认定被告违法行政不符合法律规定。

依据《中华人民共和国动物防疫法》第 38 条规定，“疫区内有关单位和个人，应当遵守县级以上人民政府及其兽医主管部门依法作出的有关控制、扑灭动物疫病的决定。任何单位和个人不得藏匿、转移、盗掘已被依法隔离、封存、处理的动物和动物产品。”新建县防治重大疫情指挥部、新建县农业局有权对所管辖区发生新城疫病鸡进行处理，是法律给的权利。

二、一审判决认定被告新建县农业局行政行为违法，不符合法律要求

一审判决认定新建县农业局不依法诊断确认原告陈有为养鸡场的疫情，不及时向上级政府上报疫情。这一认定符合法律要求吗？非也。

依据《中华人民共和国动物防疫法》第 41 条规定，“动物卫生监督机构的官方兽医具体实施动物、动物产品检疫。官方兽医应当具备规定的资格条件，取得国务院兽医主管部门颁发的资格证书……”兽医夏凤生取得高级兽医资格证书，具备对陈有为鸡场鸡瘟检疫权，确定草山鸡场瘟鸡为一级新城疫应进行扑灭，这一诊断是符合程序执法的表现。县级人民政府农业局、县防治重大动物疫情指挥部依照兽医诊断及向上级党委汇报疫病，作出扑灭新城疫病鸡决定是依法行政的表现。

一审判决认为“也没有向新建县人民政府和上级兽医主管部门报告疫情，而是越权行使应由县人民政府行使对疫区进行控制、扑灭、无害化处理等措施……”这一认定不符合本案事实。新建县农业局经兽医师确诊西山镇草山林场的鸡患有新城疫鸡病，及时向上级县人民政府和兽医主管部门报告疫情作出了无害化的处理。依照《中华人民共和国动物防疫法》第31条规定，发生一类动物疫病时，应当采取下列控制和扑灭措施：“当地县级以上地方人民政府兽医主管部门应当立即派人到现场，划定疫点、疫区、受威胁区，调查疫源，及时报请本级人民政府对疫区实行封锁……迅速扑灭疫病。”新建县农业局是属兽医主管部门，农业局长肖善福又是新建县防治重大疫情指挥部副指挥长，已派人到现场，进行官方兽医诊断，并向上级汇报，肖善福有权作出对陈有为新城疫鸡进行扑灭措施，没有越权，是正当行使职权。一审判决认定新建县农业局越权不符合法律要求。

一审判决认定“更为严重的是在对鸡进行扑灭时，既不清点鸡的数量，又不核定鸡的重量”。这一认定不符合本案实际。新建县农业局人员及时赶赴病鸡现场，及时组织官方兽医干部、医师、司法机关干部、乡镇干部对病死鸡进行登记清点数额，对瘟鸡、死鸡、病鸡进行一一登记。2008年1月4日死鸡登记为3100只，参加登记人员为新建县西山镇孙书记、镇长余东。2008年1月5日，死鸡登记5640只，参加人员有余东镇长、派出所王教导员等19名干部。2008年1月5日扑灭病鸡7590只。二审开庭并对上述登记进行证人作证，证实扑灭病鸡7590只。一审开庭期间已出示三份书证，证实扑灭病鸡7590只。一审法院没有采信行政机关出示的证据，而相信一张写了鸡苗4万只的证据，这是不顾本案事实的证据。

一审法院认定原告从皮永强处购买鸡苗4万只，付款8万元，死了4000只，扑灭原告32,000多只鸡，以这个数字来计算认定扑灭病鸡数额不符合事实。4万只按98%成活率这种计算方法不符合实际，证人皮永强证实一般有50%存活率。法院没有采信证人所言，而是采用98%的成活率。证明购进4万只鸡苗的发票不是正式发票，刘飞与陈有为签订《购销土鸡合同》约定买下土鸡36,000只，这是购买的数额证据并未证实土鸡数量，而且这个合同既没有履行也没有进行清点的数字，怎么来证明扑灭鸡的数字36000只呢？新建县农业局登记扑灭病鸡数额7590只、死鸡8700多只的数字是正确的，是经过现场清点的数字，又经过出庭质证，这一证据应当采信。一审法院认定新建县农业局扑灭时没有登记清点鸡的数额是错误的。反之，《中华人民共和国动物防疫法》并没有规定扑灭新城疫鸡，要进行清点的规定。

三、原告起诉被告，不够立案条件。本案没有行政机关具体行政行为的证据

原告陈有为起诉新建县农业局行政强制行为，没有新建县农业局作出行政强制行为的书证。《中华人民共和国行政诉讼法》第11条规定了受案范围，人民法院受理公民、法人和其他组织对下列具体行政行为不服提起的诉讼，列有8种情形，均要求要有具体行政行为，但本案原告提供不出被告具体行政行为的证据。高安市人民法院不应当受理此案，一审法院以原告赔偿一案立案也不符合法律要求。

四、一审判决适用法律不当，上级机关没有对新建县农业局作出违法行政认定，就不能将新建县农业局列为赔偿被告

一审判决以依照《中华人民共和国行政诉讼法》第 68 条以及《中华人民共和国国家赔偿法》第 4 条第 4 项、第 7 条第 1 款等规定，处理此案，适用法律不当。

一审法院引用《中华人民共和国国家赔偿法》第 4 条第 4 项，“造成财产损失的其他违法行为”，这里所讲的其他违法行为，是指具体行政行为与行政机关违反职责的违法行为。本案被告新建县农业局没有作出具体的行政行为，上级行政机关对新建县农业局行政执法也没作出违法处罚的决定，人民法院怎么受理此案呢？错误刑事拘留，错误吊销营业执照，可以提出赔偿。现在新建县农业局对原告作出扑灭新城疫病鸡作无害化处理，是合法执行公务。

一审法院以被告已实际补偿原告 8 万元作为行政赔偿立案依据，这 8 万元补偿是由新建县西山镇镇政府作出的。如果作为立案依据，被告人也是西山镇镇政府，而不是新建县农业局，再说时效也过了，不能进行行政赔偿。

一审法院以新建县农业局不依法诊断、确认原告陈有为养鸡场的鸡的疫情、没有鸡的数量为由作出被告行政行为违法。这样认定行政行为违法，并不正确。依据《中华人民共和国动物防疫法》第 70 条规定，动物卫生监督机构及其工作人员违反本法规定……由本级人民政府或者兽医主管部门责令改正，通报批评，对直接负责的主管人员和其他直接责任人员依法给予处分。上级行政部门对新建县农业局的行政行为没有作出违法行政决定，也没有认定兽医夏凤生违法出示检疫证明。

五、一审法院参与取证问题提出异议

一审法院一审卷宗从第 57 页至第 92 页大部分证据由一审法院调查取证。

2008 年 7 月 25 日陈有为写过调查取证申请书，申请对证人皮永强进行调查，对南昌市贤士湖批发市场刘飞进行调查，对兽医梁爱国进行调查等。一审法院对陈有为申请都一一进行取证。依照行政诉讼法规定原告、被告负有举证责任。最高人民法院《关于行政诉讼证据若干问题的规定》第 5 条：“在行政赔偿诉讼中，原告应当对被诉具体行政行为造成损害的事实提供证据。”原告陈有为为自己应调查举证，不能由法院包办代替。同法第 22 条规定，根据行政诉讼法第 34 条第 2 款规定，有下列情形之一的，人民法院有权向有关行政机关和其他公民调取证据：

- (1) 涉及国家利益、公共利益或者他人合法权益的事实认定的；
- (2) 涉及依职权追加当事人、中止诉讼、终结诉讼、回避等程序性事项的。

不涉及上述内容，应由原告自行举证。本律师对一审调取证据提出异议，审判长应该在公正位置认真听取原被告提出的证据，不能偏向一方。

六、管辖问题

本案行政行为在新建县内，被告新建县农业局在新建县行政区范围内，行政关系在新建县行政区内。行政诉讼法第 17 条规定，行政案件由最初作出具体行政行为的行政机关所在地人民法院管辖。现作为一个问题提出。新建县人民法院享有此案管辖权，管辖问题应在答辩时提出。

七、原告养鸡场属于无证经营

原告陈有为、喻庆忠兴办饲养鸡场，没有进行工商登记，也没有办理动物防疫许可证，是属无证经营，应当进行行政处罚。

综上所述，新建县农业局对陈有为、喻庆忠鸡场的新城疫病鸡进行扑灭作无害化处理的行政行为是正确的，不存在违法行政。现场登记死鸡为 8740 只，扑灭病鸡为 7590 只，只应承担扑灭病鸡 7590 只的补偿责任，不存在行政赔偿。原告起诉被告新建县农业局缺乏事实证据，被告没有作出强制行为书面证据，没有作出具体行政行为，是依法行政，并不是违法行政，一审法院认定被告行政行为违法缺乏事实证据，请二审法院撤销一审判决，发回重审。

以上意见是否，请审判长考虑。

此致

宜春市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2009 年 5 月 7 日

【死刑改判案】

夏良贵故意杀人案

案情简介

被告人夏良贵，又名夏秋平，男，现年 18 岁，汉族，初中文化，农民，住新建县厚田乡木埠自然村 62 号。因故意杀人于 1997 年 6 月 3 日被拘留，6 月 26 日经人民检察院批准逮捕。

起诉书认为：1997 年 6 月 2 日晚上 10 点半左右，被告人夏良贵同本村的夏文(男，17 岁)、夏亮(男，14 岁)兄弟俩在本村他人家看电视，一同回到夏文家新盖的楼房住宿。在路上，被告人夏良贵对夏文说：“我们三个人不好睡，要不让你老弟跟你妹妹睡，要不我跟你妹妹睡。”夏文认为是开玩笑，也没有回答他的话题。回到新房进门后，因没有灯，夏文问蜡烛在哪里？夏文回答说：“不晓得”。当时，夏文的妹妹夏慧(14 周岁)已睡在西面房间。被告人夏良贵听到夏慧的声音就向西面夏慧的房间走去(当时此房还没有做门)，见夏慧已睡在床上，蚊帐也放下来了。待夏文点亮蜡烛，被告人夏良贵从西边房间出来，来到东面房间，拿了被子同夏文、夏亮兄弟俩来到房屋平顶上睡觉。睡到 12 点多钟，天下雨了，三个人又从楼上搬到东面房间睡，睡至 6 月 3 日凌晨 1 时许，被告人夏良贵乘夏文兄弟俩熟睡之机，溜到西边房间，对夏慧先后两次实施奸淫。事后，夏慧提出要被告人夏良贵娶她，夏良贵不肯，夏慧就说：“那我就告诉我爸爸”。被告人夏良贵听后非常生气，顿起杀人恶念，用双手卡夏慧的颈部将其扼死(经法医鉴定：夏慧系被人扼颈窒息死亡)。

被告人夏良贵的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 232 条之规定，构成故意杀人罪。

1998 年 8 月 7 日的南昌市中级人民法院(1997)洪刑初字第 144 号判决书认定被告人夏良贵犯故意杀人罪，判处死刑。被告人夏良贵不服一审判决，以犯罪时未满 18 周岁提出上诉，江西省高级人民法院进行二审，认为一审判决夏良贵死刑事实证据不足，发回重审，要求查明夏良贵出生年龄。南昌市中级人民法院审理被告人夏良贵故意杀人一案，于 1998 年 9 月 30 日作出(1998)洪刑初字第 136 号刑事判决书，认定夏良贵犯故意杀人罪，事实清楚，夏良贵出生于 1978 年 9 月 20 日，犯罪时已成年，依法判处死刑。没有采纳夏良贵未成年的意见。夏良贵的父亲夏发生找到律师，律师多次深入新建县厚田乡派出所取证，调查询问证人，取证工作取得了重大进展。夏良贵及辩护律师再次上诉于江西省高级人民法院，江西省高级人民法院(1998)赣刑一终字第 373 号刑事判决书采纳了辩护律师的辩护意见，认定夏良贵出生年龄为 1979 年 8 月 20 日，犯罪时未满 18 周岁的事实。律师提供证据有新建县公安局厚田派出所的户籍证明，新建县公安局 1996 年 10 月 1 日签发的 360122790820211 号居民身份证。原审法院认定夏良贵出生年龄为 1978 年 9 月 20 日，犯罪时已成年，以学生簿，粮油登记为证，证据不足。江西省高级人民法院(1998)赣刑一终字第 373 号判决书判决，上诉人夏良贵犯故意杀人罪，判处无期徒刑。未成年人夏良贵的合法权益得到保障。一个判了两次死刑的案件得到了纠正。

二审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人亲属的委托，经江西大华律师事务所的指派，为被告人夏良贵上诉一案出庭辩护，依法参与诉讼，发表辩护词如下：

南昌市中级人民法院(1998)洪刑初字第 136 号刑事附带民事判决书，是一个违背事实与法律的错误判决，请二审法院依据本案事实，作出撤销一审判决，改判被告人夏良贵为无期徒刑。

一、被告人夏良贵的法定生日为 1979 年 8 月 20 日，夏良贵作案时未满 18 周岁，是未成年人

南昌市人民检察院(1997)洪检少起字第 06 号起诉书认定夏良贵的出生日为 1979 年 8 月 20 日，身份证号 3601279820221。起诉书认定被告人夏良贵的年龄是正确的，是符合事实的，这一认定来自新建县厚田乡派出所提供的户口簿。经查实新建县厚田乡派出所夏良贵户口簿的底页年龄为 1979 年 8 月 20 日。根据户籍管理法律规定，公安局派出所所提供的年龄是法定年龄，受法律保护。公民的出生年月应以户口底页为准。因为公安机关的法定年龄是经过一定的合法程序申报取得的。正如新建县厚田乡派出所指导员熊贻荣证实，“派出所认定的出生年月，由各个村公所统一按规定填写，再报到派出所统一整理，要求村公所的干部逐步登记，实事求是填写，派出所出示年龄是正确的，夏良贵的年龄是正确的”。

一审判决以被告人代理人提供的，1979 年 7 月“社员口粮登记簿”、家谱登记簿的年龄为 19 岁为据，想用家谱、“社员口粮登记簿”来否定夏良贵的法定年龄。“社员口粮登记簿”是社员分配口粮用的，这种年龄规定能大能小，为了吃口粮可以把年龄拉大点，随意性很大，并不是法定年龄登记簿。如果都用这种年龄来认定，出现差错怎么办？用“社员口粮登记簿”来认定法定年龄是非常错误的，是对法律不重视的表现。再说木埠村“常住人口登记表”是本村村民登记用的，随时可以修改，随意性很大，不能作为法定年龄证据。同时家谱是封建社会的东西，封建家族色彩浓，如以其来作为年龄证据，就认定了封建家谱的合法性。这是不符合社会主义法制原则的。公安机关的户籍年龄，是经过一定法定程序收集登记的，经过审查认定的法定年龄，是统一保管，不准随意改动，依法保护的年龄。因此，厚田乡派出所提供的年龄是符合事实的，是正确的，不容否定。被告人夏良贵的 4 次笔录都是交代 1979 年 8 月 20 日出生，一直是交代自己是属羊的。派出所提供的年龄与被告人夏良贵交代的出生日期 1979 年 8 月 20 日也是一致的，木埠村绝大多数村民纷纷上法院要求法院保护未成年人夏良贵的合法权益。

二、起诉、侦查阶段都是认定被告夏良贵为 1979 年 8 月 20 日出生

根据本案提供的情况，南昌市公安局起诉意见书表明：“犯罪嫌疑人夏良贵、男、出生为 1979 年 8 月 20 日”。新建县公安局提请批准逮捕书表明：“犯罪嫌疑人夏良贵、男、出生为 1979 年 8 月 20 日”。新建县厚田乡派出所出示夏良贵年龄证明：“兹有我乡木埠村村民，夏良贵于 1979 年 8 月 20 日生。”身份证号为 360122790820211，从逮捕至公安机关移送起诉，夏良贵的年龄都是 1979 年 8 月 20 日，实属未成年人。被害人代理人提出的家谱是重要

的年龄证明,这些意见都是不正确的,惟一符合事实的年龄是派出所户口底页所登记的年龄。由公安机关统一管理的年龄才是合法年龄。

被告人夏良贵出生日期为 1979 年 8 月 20 日,实施犯罪时是 1997 年 6 月 2 日,离满 18 周岁还差 78 天,足可以证实夏良贵是属未成年人犯罪。根据我国刑法第 49 条规定,“犯罪的时候不满 18 周岁的人和审判的时候怀孕的妇女,不适用死刑。”这一立法是考虑未成年人的体力、智力发育未成熟,控制自己辨别是非的能力不强,比成年人更易改造,因此,法律规定应从轻、减轻处罚。从犯罪主体上,作出限制死刑的规定,即使犯罪分子犯罪情节严重,犯罪的时候不满 18 周岁,一律不能适用死刑。即使被告人夏良贵将被害人杀死,情节重,也不能判处死刑。一审判处夏良贵死刑是错误的。应予以纠正。

三、一审判决被告人夏良贵赔偿原告人夏太建经济损失 3 万元, 没有事实依据

赔偿损失要依据事实,一审辩护期间,原告人代理人提不出具体赔偿数字依据,到底被害人夏慧死后花了多少钱,有事实依据,被告人夏良贵实属未成年人,没有正常稳定的收入,家庭也没有资金赔偿,根本没有赔偿 3 万元的能力。原告代理人开始提出赔偿 20 万元,是没有事实依据的。被告人夏良贵年幼不懂事,随口说了一句同意赔偿 3 万元,法院就依据这一点判决,是不符合事实的。这 3 万元也没有达成调解协议。请二审法院依据被告人夏良贵是未成年人,家里又困难的情况,根据被害人夏慧的实际损失作出正确判决。

被告人夏良贵因未满 18 周岁,当杀害被害人后,心里非常难过,在侦查阶段,起诉阶段认罪态度较好,在法院审判,夏良贵如实交待犯罪事实,夏良贵的认罪态度是好的,应从轻判决。

综上所述,被告人夏良贵犯罪时未满 18 周岁,大量证据证实了是未成年人,犯罪以后认罪态度较好,请法院根据本案事实,依法改判被告人夏良贵为无期徒刑。

此致

江西省高级人民法院

江西大华律师事务所律师 李云龙

1998 年 9 月 25 日

魏珍宝投毒杀人案

案情简介

被告人魏珍宝，男，1963年4月9日生，汉族，初中文化，系新建县厚田乡材州村村主任。1999年1月2日因涉嫌故意杀人罪被刑事拘留，同年1月7日被逮捕。

起诉书认为：被告人魏珍宝为了达到占有同村村民魏红宝之妻夏小英的目的，于1998年12月30日早晨7时许来到魏红宝家，趁魏红宝到牛栏牵牛之机，将老鼠药放在魏红宝家碗柜里的萝卜干上，魏红宝及其儿子魏文杰吃萝卜干后中毒，魏文杰经医院抢救脱险，魏红宝中毒送往医院抢救无效死亡。经法医鉴定：魏红宝系食用他人投入老鼠药(毒性强)的萝卜干中毒死亡。

被告人魏珍宝目无法纪，采取投毒方法，故意杀死一人，其行为已触犯了《中华人民共和国刑法》第232条之规定，构成故意杀人罪。

南昌市人民检察院于1999年3月12日以被告人魏珍宝故意杀人罪提起公诉。在诉讼中，被害人之父魏国驹以要求经济赔偿为由，提起附带民事诉讼。1999年5月19日，南昌市中级法院作出一审判决，认定被告人魏珍宝犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。被告人魏珍宝的亲属，请律师为魏珍宝的上诉辩护人。律师接受委托后，觉得此案应当取证。律师下乡寻访魏才金、魏腊英，卖老鼠药的夏友谊等证人。后向二审法院提供证据，提出魏珍宝没有下毒，有证人证实，1998年12月30日早上7时左右在家，魏珍宝不具备作案时间和条件。魏珍宝在公安机关的供述是刑讯逼供所致，应宣告魏珍宝无罪。二审经过审理，认为此案认定事实证据不清，作出裁定，发回重审。南昌市中级人民法院于2001年1月28日重新审理此案，主审法官王迪忠采纳了律师辩护意见，经审判委员会讨论，依据本案情况作出一审判决，认定被告人魏珍宝犯故意杀人罪，判处死刑，缓期二年执行。被告人魏珍宝提出上诉，南昌市人民检察院提出抗诉。江西省人民检察院起诉处认真审查抗诉意见书，最后作出不支持抗诉决定。江西省高级人民法院维持了一审判决。

一审辩护词

审判长：

我接受被告人魏珍宝亲属的委托，经江西大华律师事务所的指派，为被告魏珍宝故意杀人一案出庭辩护，依法参与诉讼，特发表辩护词如下：

南昌市人民检察院(1999)第28号起诉书认定被告魏珍宝犯故意杀人罪，这一认定事实不清，证据不足，仅依据魏珍宝在逼供下的口供定罪，是不符事实和法律规定的。具体辩护理由如下：

一、被告魏珍宝 12 月 30 日早晨 7 时至 8 时在自家做事，不具备作案时间

起诉书认定：“魏珍宝 1998 年 12 月 30 日早晨 7 时许来到魏红宝家，趁他到牛栏牵牛，厨房无人之机将老鼠药抹在碗橱中萝卜干上。8 时许，魏红宝吃了萝卜干后全身抽搐，经送医院抢救无效，当日中午死亡。”认定被告人魏珍宝在早晨 7 时许投毒没有任何依据。7 时许应当接近 7 时，7 点 20 分、7 点 30 分就不是 7 时许。

1.有证人同村村民魏木金证实魏珍宝不具备作案条件。村民魏木金证实：“那天早晨 7 点钟，我去叫咪咪(魏珍宝)去碾米，我看到魏珍宝在自己家里拾牛粪……我就递了一支香烟给咪咪抽，魏珍宝就接了烟。我与魏珍宝交谈了近 20 分钟，大概是 7 点 20 分时离开。”村民魏木金的证词是可以证实魏珍宝不具备作案时间的。一审认定魏珍宝 7 时许投毒没有依据。本案没有任何证据证实魏珍宝投毒。

2.村民魏腊英的证词证实魏珍宝在 7 点 30 分至 8 点时在挑牛粪，不具备作案时间。

3.证人魏美红即死者的女儿 1999 年 1 月 1 日证言足可以证实，没有看到任何人早上到魏红宝家里。

1999 年 1 月 1 日公安局调查笔录，询问魏美红：“你吃饭时，你爸在干什么?他正在扒牛屎。你吃饭时是几点钟?我到婆婆家看钟时是 7 点 30 分，然后再吃粥。你早上(30 日)看到有什么人到你家来吗?没有。”魏美红的证言说明三个问题：一是早晨 7 点 30 分魏红宝在扒牛屎；二是吃饭时间是 7 点 30 分；三是魏美红没有看到任何人到死者魏红宝家里。

起诉书认定魏珍宝 7 时许投毒没有任何依据。早晨也没有任何人到魏红宝家里。

起诉书认定魏珍宝投毒没有任何依据，也没有任何人看到被告人魏珍宝投毒，仅仅依靠魏珍宝在逼供下的口供，是没有事实依据的，魏珍宝在起诉阶段，一审开庭期间，都否定了逼供时的口供。公安局依据魏珍宝与夏小英(死者之妻)有两性关系来认定，依据逼供的口供来定案。逼供的口供是法律不允许的，这容易造成错案。

二、一审开庭期间，法庭上被告魏珍宝控告侦查期间搞逼供。法庭上大量证据证实魏珍宝不具备作案时间，指控证据不足，应当宣告魏珍宝无罪

一审法院开完庭后，认为证据不足，指控罪名不成立，又将案卷退回南昌市委政法委，然后又转到新建县公安局，进行补充侦查，这是严重违反我国刑事诉讼法的。此案已进入审判阶段，是不能退卷的。指控证据不足，就要宣判无罪。此案退回去后，也没有补充什么证据，指控魏珍宝投毒证据仍然不足。

公安机关自己出示一个证明，证实公安机关没有搞刑讯逼供，这一证明是没有效力的。自己怎能证明自己的行为?大量事实、村书记陈街女证实，公安机关办案人员搞逼供审讯，这是事实。

三、被告人魏珍宝的口供具有虚假性、矛盾性，逼供下的口供不能作为证据采用

被告人魏珍宝在 1999 年 1 月 1 日、2 日等几次口供是在威胁逼供下作出的，口供具有虚假性、矛盾性，不能作为合法证据采用。

1.1999 年 1 月 2 日，魏珍宝供述抛老鼠药的包装袋和玻璃瓶之事，这一口供是虚假的。

1999 年 1 月 2 日魏珍宝笔录，当公安机关问：“你装药的玻璃瓶和塑料袋抛在你家围墙外，为什么我们找不到，这些东西到底抛到哪里去了？”至今案卷提供不了老鼠药包装袋和玻璃瓶原始证据。新建县公安局刑侦队 1999 年元月 15 日附“情况说明”：“犯罪嫌疑人魏珍宝投毒以后扔掉的‘毒鼠强’包装袋和玻璃瓶无下落。”如果被告人魏珍宝的口供可靠的话，抛在围墙外的装老鼠药的塑料袋和玻璃瓶一定寻找得到，由于被告人魏珍宝的口供是在受威胁的情况下作出的，因此，这一口供是虚假的，魏珍宝根本就不存在抛老鼠药塑料袋和玻璃瓶一事。

老鼠药的包装袋和玻璃瓶是本案的主要犯罪证据，也就是犯罪工具，没有这一主要犯罪工具的证据，就很难认定死者吃老鼠药与致死有内在联系。如果塑料包装袋和盛老鼠药的玻璃瓶找到了，经过验证是和死者吃的老鼠药成分一致，这就存在内在联系。现在没有这一证据，死者魏红宝吃的老鼠药与魏珍宝的口供没有任何联系，说明魏珍宝供述抛老鼠药瓶和塑料袋是假的，这一证据没有收集到，很难认定魏珍宝有投毒行为。证据要求言之有物，现在魏珍宝的口供是言之无物，说明魏珍宝的口供是虚假的。

2.魏珍宝的口供：“夏小英当时就讲，‘我明天就要到南昌去做事，你可以来下药’。‘你小孩怎么办？’夏小英就讲，‘两个小孩都不吃萝卜干，你投药就下到萝卜干里。’”魏珍宝这一口供也是虚假的，没有任何证据证实这一口供的可靠性。死者魏红宝之妻夏小英 1999 年 1 月 2 日笔录否认了魏珍宝的口供。1999 年 1 月 2 日，公安局刑侦队询问夏小英：“你小孩平时是否吃萝卜干等咸菜？”回答：“平时我崽及女都吃萝卜干”。问：“1998 年 12 月 28 日上午，咪咪到你家收电费时，是否谈及用老鼠药要害你丈夫魏红宝的事情？”回答：“他没有谈到害我老公的事。”夏小英这一证言足以说明，被告人魏珍宝的口供是虚假的，没有事实依据。夏小英并没有讲小孩不吃萝卜干，没有讲下毒药毒她的老公魏红宝。事实上，夏小英的小孩也吃了萝卜干。这足以说明被告魏珍宝口供的虚假性。

3.没有任何证据证明被告人魏珍宝想谋害死者魏红宝。

被告人魏珍宝 1999 年 1 月 2 日笔录谈到谋害魏红宝的口供是假的。1999 年 1 月 2 日魏珍宝笔录，公安机关问：“你从什么时候开始，想到要谋害魏红宝的？”魏珍宝回答：“是 1998 年 6 月份左右才开始同夏小英偷情的一次，我同夏小英发生性关系后就讲要带她私奔，夏小英就讲老公不会放过她，还讲除非谋掉她老公，这个时候，我才开始有谋害魏红宝的想法。”被告人魏珍宝这一口供被证人夏小英所否定。夏小英 1999 年元月 2 日笔录：“你以前和咪咪说过，不干掉老公，两人很难到一块生活？我们没有讲这种话，他只讲很想我……”，夏小英证言说明，魏珍宝并没有谋害魏红宝的故意，这是一主要证据，被告人魏珍宝只是喜欢夏小英，并没有想得到夏小英。本案侦查机关仅依据被告人魏珍宝与夏小英有两性关系而来逼供，怀疑死者魏红宝吃萝卜干中毒死亡是被告人魏珍宝投毒所致。仅凭魏珍宝与夏小英有两性关系这一点来断定投毒是被告魏珍宝所做的，是不符合事实的。魏珍宝在公安机关逼供下作出的口供没有一句能得到印证。

我国刑事诉讼法第 46 条规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。只有被告人供述，没有其他证据，不能认定被告有罪和处以刑罚。”本案仅有被告口

供，没有物证，没有其他证据印证，指控被告魏珍宝犯故意杀人罪，事实证据是不成立的。不依据事实证据定罪，就会伤害无辜，造成错案是法律不允许的。

四、公安局提供卖老鼠药的夏友谊的证据没有证据效力

1998年12月31日，公安局叫卖老鼠药的夏友谊来辨认被告魏珍宝，房间里坐了3个人，在床上坐了县公安局干警陶端桂、万成云，在凳子上坐了魏珍宝，公安局首先问认识房间里的人吗？卖老鼠药的夏友谊1998年12月31日的笔录回答：“我对坐在凳子上的那个头发乱的人有点印象，他是一个村干部，但我不知道他叫什么名字……”这种辨认方法本身是错的，两个是干警，一个是本地人，夏友谊当然回答是有点印象，有点印象也不是肯定语言，对于“买了几包老鼠药”的问题，夏友谊回答“不记得了。”说明这个证据没有效力。1999年3月22日律师取证询问夏友谊笔录：“‘公安局叫你是否辨认过？’‘好像一天下午很晚的时候，叫我到乡派出所看一下，当时有四五个人，我当时说无法确定哪一个买了老鼠药，根本没有印象。’‘……我卖了十多年的老鼠药，哪知道哪个买过老鼠药。’”因此可看出，夏友谊卖了十多年老鼠药，根本不记得魏珍宝买了老鼠药，只是魏珍宝是一个村干部有点印象。公安局提供夏友谊卖老鼠药这一证据，很难认定魏珍宝买了老鼠药。就是买了老鼠药，也不能证实魏珍宝有投毒行为。

五、侦查机关采取刑讯逼供取得的口供，不能作为定案依据

被告人魏珍宝在起诉阶段就否定在公安机关作的口供笔录。在法院开庭期间，大量事实证实公安机关办理被告人魏珍宝一案是采取威逼手段收取的笔录证据。逼供下的口供是不符合事实要求的。

最高人民法院《关于执行〈中华人民共和国刑事诉讼法〉若干问题的解释》第61条规定：“严禁以非法的方法收集证据。凡经查证确实属于采用刑讯逼供或者威胁、引诱、欺骗等非法的方法取得的证人证言、被害人陈述、被告人供述，不能作为定案的依据。”被告人魏珍宝在法庭控告公安机关采取威胁、逼供吊打的方法，逼供被告人魏珍宝编造口供。律师调查取证了当时新建县厚田乡材州村的书记陈街女目睹了公安机关吊打这一事实，材州村书记陈街女1999年3月22日的笔录：“我没有到过刑侦队，看到挂刑侦队的牌子，按刑侦队的牌子进去，转弯的第二间。听到有人讲话，推开门，门没有关，一推就开，看到魏珍宝一只手铐在窗子上，身上穿一件衬衫，一件红色开司米衣服，那个时候天气比较冷。看到一个警察在那里写字，不准我讲话，把我推出来，看到魏珍宝一只手铐起来，我就叫了一声‘咪咪在这里’就被推走……”陈街女作为村干部去看被告魏珍宝，目睹魏珍宝被公安机关用暴力威胁的情况，与被告人魏珍宝在法庭上供述公安机关逼供吊打情况是一致的。对于刑讯逼供魏珍宝取得的所有口供，都不能作为证据使用，如果采用了刑讯逼供取得的证据，就会造成错案，就会冤枉好人。重证据、重调查研究，不轻信口供，任何案件不能以被告人口供来定罪。因被告人正在受追诉，受到法律惩罚，在这种主观因素影响下，被告人陈述具有很大的欺骗性。

综上所述，法律要求的案件事实、情节要有必要的证据予以证明，而本案没有证据证实魏珍宝有投毒杀人行为，本案杀人工具也没有找到，投毒时间没有人证实，投毒方式没有人证实，投毒谋害魏红宝的动机没有人证实，没有任何证据证实魏珍宝的犯罪行为。只有魏的口供，而口供还是逼供取得的虚假的口供。根据我国刑事诉讼法第162条第3项的规定：“证据不足，不能认定被告人有罪的，应当作出证据不足，指控的犯罪不能成立的无罪判决。”

请法庭依据本案事实，对被告人魏珍宝作出无罪判决。

此致

南昌市中级人民法院

江西大华律师事务所律师 李云龙

2000年1月2日

抗诉辩护意见

江西省人民检察院起诉处：

南昌市人民检察院(2000)第1号抗诉书认为：(1999)洪刑初字第163号判决书对被告人魏珍宝量刑畸轻，特提起抗诉，理由是：

一、判决书对被告人魏珍宝为占有被害人魏红宝之妻夏小英，而采取投放老鼠药的方法，致一人死亡，一人重伤，且后果严重的事实作了认定。据此，就应当判处被告人魏珍宝死刑，而不应作出在认定事实与判决结果上相互矛盾的判决。

二、被告人魏珍宝无任何法定从轻或减轻处罚的理由。

检察院提出的抗诉理由是不成立的，南昌市中级人民法院(1999)洪刑初字第163号判决书是考虑到本案事实情况作出的。

南昌市人民检察院(1999)第28号起诉书认定被告魏珍宝犯故意杀人罪，这一认定事实不清，证据不足，仅依据魏珍宝在逼供下的口供定罪，是不符合事实和法律规定的。律师在法庭上出示了大量证据，证实被告魏珍宝12月30日早晨7时至8时在自家做事，不具备作案时间，指控罪名不成立。老鼠药的包装袋和玻璃瓶是本案重要的犯罪证据，也就是犯罪工具，没有这一重要犯罪工具的证据，就很难认定死者吃毒鼠强与致死有内在联系，现在没有这一证据，说明魏珍宝供述抛老鼠药瓶和塑料袋是假的，这一证据没有收集到，很难认定魏珍宝有投毒行为。

公安机关是以魏珍宝与夏小英发生过通奸行为为由而侦查此案的，依靠魏珍宝胡编的口供来定案，胡编的口供往往是矛盾的、虚假的。没有任何证据证明被告人魏珍宝有投毒的行为，没有人证，没有物证，仅有刑讯逼供下的口供。侦查机关采取刑讯逼供取得的口供，不能作为定案依据。

在这种事实情况下，法院是不敢判处魏珍宝死刑的。农村老鼠药随便扔，管理不善，以后再出一个投毒者怎么办？死刑是人命关天的大事，错了案是要负责任的。

南昌市中级人民法院(1999)洪刑初字第163号刑事附带民事判决书，认定魏珍宝犯有故意杀人罪，在认定事实上也是错误的，被告人魏珍宝已提出上诉。本案仅以逼供下的口供定罪，没有任何证据。魏珍宝的口供从检察院起诉阶段就开始否认投毒，也没有任何证据证实魏珍宝投了毒，一审法院判决是没有事实根据的。

现南昌市检察院已对本案提出抗诉，请省检察院起诉处认真审查此案，作出不支持抗诉的决定，撤回抗诉。以上意见请考虑。

江西大华律师事务所律师 李云龙

2000年3月29日

杨宇故意杀人、走私毒品案

案情简介

被告人杨宇，男，1965年10月9日出生，江西省波阳县人，汉族，初中文化，原系波阳县烟草公司驾驶员，因走私毒品一案，于2001年2月10日被云南省盈江县公安局刑事拘留，同年2月26日被波阳县公安局逮捕。

上饶市人民检察院指控：1999年10月28日晚8时许，被告人杨宇以其被同事×××打伤，公安局处理不公理由，邀集黄智、江华、朱青洲等人将×××邀至广场南面一小巷口，交谈中，被告人杨宇拿出事先藏在身上的屠刀，朝×××砍去，致×××当场死亡，然后逃离现场。被告人杨宇在外潜逃期间还走私毒品。2001年2月10日，被告人杨宇从一缅甸人手里购买714克海洛因，租一辆夏利出租车经过云南省盈江县芒线边防检查站时，被该县公安局刑警大队当场查获。根据上述指控，公诉机关当庭提供并出示了证人黄智、朱青洲、江华、朱安江、董祺、黄孟华、汪达一、徐庆益的证言和部分书证以及公安机关的现场勘查笔录，尸体检验报告、作案凶器、毒品鉴定报告等证据，并依据《中华人民共和国刑法》第232条、第347条第2款、第69条之规定，指控被告人杨宇的行为构成故意杀人罪、走私毒品罪。

被告人杨宇及其辩护人辩称：(1)被告人杨宇杀害×××主观上具有放任性，不是追求性，故其行为应认定间接故意杀人。(2)被告人杨宇因走私毒品被云南警方抓获后，主动交待了其在波阳的杀人经过。具有自首情节。(3)被告人杨宇在案发前举报了被害人×××受贿5万元的事实，使该案得以侦破。却又因此事于1999年7月10日遭到×××指使的一伙人殴打并致杨宇轻微伤甲级。被告人杨宇被羁押后，主动向公安机关提供了波阳县一重大抢劫犯罪主犯的去向，并经公安机关查证属实，应认定被告人杨宇具有自首和重大立功情节，依法应减轻处罚。(4)被告人杨宇主观上没有走私毒品的故意，海洛因是在瑞丽市境内接受的，其行为并没有违反海关监管，也没有与缅甸人串通走私，应当认定被告人杨宇的行为构成非法持有毒品罪。

2001年5月12日，上饶市中级人民法院作出一审判决：认定杨宇犯故意杀人罪，判处死刑；犯走私毒品罪，判处死刑。

杨宇不服一审判决，上诉于江西省高级人民法院。经二审法院审判委员会讨论，采纳了辩护律师的辩护意见。撤销一审判决，改判杨宇死缓。

二审辩护词

审判长：

我接受被告人杨宇亲属的委托，经江西心远律师事务所指派，为被告人杨宇故意杀人、走私毒品一案出庭辩护，依法参与诉讼，发表辩护词如下：

上饶市中级人民法院(2001)饶中刑一初字第36号刑事判决书，认定被告人杨宇犯有故

意杀人罪，判处死刑；犯走私毒品罪，判处死刑。一审宣判后，被告人杨宇不服，依法提出上诉。本律师认为，一审认定杨宇犯故意杀人罪，没有认定杨宇自首立功的情节，对被告人没有适用减轻处罚的规定，二审应当依法纠正。杨宇犯间接性故意杀人罪，具有自首、立功情节，应改判为无期徒刑。一审判处杨宇犯有走私毒品罪定性不准确，被告人杨宇没有走私毒品行为，没有违反海关法规，叶发室的身份不明，应当定杨宇犯有非法持有毒品罪，改判死刑为无期徒刑。辩护理由如下：

一、关于故意杀人罪

1. 本案杨宇应定间接性的故意杀人罪。

杨宇 2001 年 2 月 26 日笔录证实，被告人杨宇杀害×××主观上具有放任性，不是追求性，是一种间接性杀人行为。杨宇 2001 年 2 月 26 日公安询问笔录：“当时我看见×××从身上摸东西，摸什么东西搞不清楚，当时天很黑，我看见他摸后，我就拿出刀来往他身上砸去，他躲了一下，我砍到×××什么部位我也不清楚。”杨宇作案时间是 1999 年 10 月 28 日傍晚，即农历是 9 月 21 日傍晚，时间是晚上 8 时左右，农历 9 月 21 日是下旬，月光并不明亮，杨宇讲的天很黑符合客观情况。

证人朱清洲 1999 年 12 月 15 日提审笔录证实：“是杨宇叫×××过去的。×××也跟过去，快走到无光的地方……”这一证词说明 10 月 28 日晚是没有灯光，没有月亮光。在这种没有灯光和月亮光的环境下，杨宇想杀人杀那个部位不太清楚。因此，杨宇在法庭上反复讲：“我砍到什么部位我也不清楚。”

杨宇不仅属于间接性杀人罪，而且具有激情杀人情节。杨宇是×××贪污受贿一案的举报人，×××之子×××一直怀恨在心，×××于 1999 年 7 月 10 日教唆一伙人殴打杨宇，将杨宇殴打致伤，经法医鉴定为轻微伤甲级，杨宇受伤后心灵和精神遭受沉重打击，×××违法行为得不到处理，心里很不满，出于激情将×××杀害。这说明×××本身有过错责任。激情杀人罪犯罪情节较轻。

2. 被告人杨宇具有自首情节。

公诉人在法庭上宣读了盈江县公安局证实被告人杨宇自首情节的法律意见书，认定杨宇具有法定的自首情节。

杨宇 2001 年 3 月 12 日公安人员询问杨宇笔录：“云南省盈江县公安局刑警大队抓获我时，我就主动告诉我在江西波阳杀死了×××的情况，当时云南警方对这些事都不清楚。”

“早就想到公安机关投案，所以，云南警方抓住我时，我就马上主动承认我在波阳杀人的事。”杨宇主动交待公安机关没有发觉杀人的事实，应当认定为自首。一审法院认定了被告杨宇的自首情节，但没有从轻、减轻处罚被告，这一自首情节应当从轻、减轻处罚被告，请二审法院落实这一刑事政策。

最高人民法院《关于处理自首和立功应用法律若干问题的解释》(1998 年 4 月 6 日)第 2 条规定：“根据刑法第 67 条第 2 款的规定，被采取强制措施的犯罪嫌疑人、被告人和已宣判的罪犯，如实供述司法机关尚未掌握的罪行，与司法机关已掌握的或者判决确定的罪行属不同种罪行的，以自首论。”“根据刑法第 67 条第 1 款的规定，对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。具体确定从轻、减轻、免除处罚，应当根据罪轻重并考虑自首的具体情节。”依据法律规定，应当对杨宇故意杀人一案从轻或者减轻处罚。被告杨宇杀害×××的情节是出于激愤，情节较轻，应当从轻、减轻处罚。

3. 被告人杨宇具有举报立功和检举立功情节。

(1) 举报×××应视为立功。

波阳县检察院来函证实：“我们办理××县原烟草公司经理×××受贿、贪污一案时，由于杨宇举报×××受贿5万元的事实，并且提供行贿人的基本情况，使得案情有突破口，破获全案。同时，县法院、上饶市中级人民法院对此5万元也予以确认。”这一证根据充分说明杨宇具有举报立功情节。被告人杨宇举报×××受贿5万元，而且×××被判有期徒刑5年，应当认定杨宇具有重大立功。一审法院没有认定杨宇具有立功情节是不符合法律要求的。

1996年7月18日《人民检察院举报工作规定》第46条规定：“人民检察院对贪污、贿赂等经济犯罪和渎职侵权等经济犯罪大案要案，经侦查属实，被举报人依法追究刑事责任的，应对举报有功人员和单位给予精神及物质奖励。”第44条规定：“对打击报复举报人的，经调查属实，应当视情节轻重，分别作出处理，对举报人实行报复、陷害构成犯罪的，应当依法立案侦查，追究责任人的刑事责任。”杨宇举报×××贪污受贿应当视为立功，×××打击报复举报人应受到刑事追究。

(2)杨宇检举重大抢劫犯罪应视为立功。

被告人杨宇2001年3月12日要求提审，提审时检举了原波阳县石门街抢劫15万元的主犯，外号叫老六(陈志超)的人的去向，公安局刑侦队依据检举线索立案侦查，派人前往温州市霞王村进行侦查。经过侦查，认定了被告人杨宇检举陈志超抢劫15万元潜逃在浙江温州市霞王村的事实。抢劫15万元的主犯陈志超是重大犯罪嫌疑人，杨宇具有立功情节。最高人民法院(1998)法释第8号第7条规定：“犯罪分子有检举、揭发他人重大犯罪行为，经查证属实，提供侦破其他重大案件的重要线索，经查证属实，应当认定为有重大立功。”被告杨宇的这一立功行为请法院认可。

二、关于走私毒品罪

1.杨宇的行为不构成走私毒品罪。

起诉书指控被告人杨宇犯有走私毒品罪。根据我国法律的规定，走私毒品罪，是指违反毒品管理法规和海关法规，逃避海关监督，非法运输、携带、邮寄国家禁止毒品进出国边境，破坏毒品管制的行为。杨宇被查获持有海洛因，并没有违反海关法规的行为。依据杨宇2001年2月10日公安卷询问笔录，杨宇交待：“在瑞丽和缅甸人买的海洛因。”“来到瑞丽住在天成宾馆302房，与叶发室联系他就是送货来给我。”从本案事实来看，是缅甸人叶发室送货到瑞丽市，被告人杨宇并没有出境或入境的违法行为，被告人杨宇持的海洛因并没有违反海关法规。对于缅甸人是否从境外越关进来，杨宇不明知，与缅甸人也没有串通。杨宇没有主观走私毒品的故意，海洛因是在瑞丽市境内接受的；杨宇并没有违反海关监管的行为。杨宇的行为不构成走私毒品罪。

2.缅甸人叶发室身份不明。

对于叶发室是什么人，没有证据证明叶发室是缅甸人的身份，叶发室是中国人还是境外人，没有身份证证明。不能以杨宇讲叶发室是缅甸人就认定他为缅甸人

3.杨宇构成非法持有毒品罪，请法院认定。

非法持有毒品罪，是指非法持有较大数量毒品的行为，此罪是与贩卖毒品罪有密切联系的一个罪。实际上，有的毒品在尚未卖出之前，就属于非法持有。贩卖毒品的行为人在出售毒品以前，是有一系列准备活动的，如找牵线人，选择购买对象，商谈购买条件及交货方式等，这些活动都围着出售毒品进行。而非法持有毒品的人一般没有上述行为，仅仅是将毒品藏在自己身上。被告人杨宇持有毒品，藏在公文包里，但并没有销售行为，没有卖出就被公安机关查获，可定非法持有毒品罪。杨宇持有毒品714克是事实，到底是从哪里来的，没

有事实证实。仅有杨宇交代是从叶发室买来的，本案提供的证据，没有叶发室的笔录，也没有缅甸人叶发室的身份证件。仅知道、仅查获杨宇持有海洛因 714 克，只能认定被告人杨宇非法持有毒品。而非法持有毒品罪，最高刑为无期徒刑。

综上所述，被告人杨宇犯有间接性的故意杀人罪，并具有自首、立功情节，应当从轻、减轻处罚，请法院考虑认定被告人杨宇犯故意杀人罪，判处无期徒刑。被告人杨宇犯非法持有毒品罪，犯罪后被告人杨宇具有检举、立功情节，可判处杨宇无期徒刑，并处没收财产。

以上辩护意见请法庭考虑。

此致

江西省高级人民法院

江西心远律师事务所律师 李云龙

2001 年 6 月 22 日

补充辩护词

审判长：

我接受被告人杨宇亲属的委托，为被告人杨宇走私毒品罪一案二审进行辩护，发表几点补充辩护意见：

一、此案应当认定被告人杨宇犯非法持有毒品罪

这个问题在二审辩护意见中已有论述，在此不赘述。

二、此案不能认定为运输毒品罪

运输毒品是指违反国家毒品管理法规，利用交通工具或其他手段，非法运输、携带、邮寄或交付托运毒品的行为。

本案侵犯的直接客体是我国对毒品的管理制度。麻醉药品和精神药品的运输只能由国家指定的有关生产单位、供应单位和运输部门，依照法律规定的有关方式和办法进行，其他单位和个人不得运输这类药品。运输毒品罪有一个共同的特点：运输毒品罪中行为人对所运输的毒品不具有所有权。即对毒品没有占有和处分权利，只是为毒品所有人携带、邮寄或托运毒品。本案杨宇非法持有毒品 714 克，对毒品有占有权、所有权。杨宇并没有委托他人运输毒品，没有借单位交通工具运输。杨宇只是非法持有毒品在身，所以，此案不能定运输毒品罪，以定杨宇非法持有毒品罪为妥。

杨宇并没有武装押送或护送毒品运输，只是持有毒品在身。

运输毒品罪与非法持有毒品罪的界限：运输毒品罪的客观方面表现为行为人利用交通工具或以其他手段非法运载、邮寄、输送毒品，毒品处于动态的过程中；而非法持有毒品罪表现为私藏在身上和保存毒品处于固定场所。

三、运输毒品的人并不知道是毒品，不能认定为运输毒品罪

杨宇非法持有毒品 714 克，住在瑞丽市天城大酒店。瑞丽市永胜有限公司出租车司机徐庆益并不知道杨宇要运输毒品 714 克。运输毒品的人不知道是毒品，怎么能认定为运输毒品罪？从盈江县公安局刑警大队询问徐庆益的笔录证实，运输人不知道杨宇要运输毒品 714 克。公安局询问笔录第 98 页，即徐庆益 2001 年 2 月 10 日笔录证实：“当时我开着车来盈江你们公安机关堵卡的地方，你们叫我停车，我停下来接受了你们的审查，你们查到放着的一个小黑包时，你们公安局问我是谁的，我说是老板的(是指包车人)，这时我就听到你们公安打开那个小黑包，问里面放着的东西(我没有看见是什么东西)，包我车的小伙子(杨宇)回答，说是白粉、海洛因。我又听到你们干警又问了包车人这是什么？包车的小伙子回答这是白粉，这时我才吓了一跳，才知道这么一件事。”当公安机关又问徐庆益司机：“你知道包你车的这个小伙子(杨宇)身上带着毒品？”徐庆益回答说：“我不知道他带着毒品。以前从没有包过我的车，我也没有见过这个人，这次是第一次。”从司机徐庆益的笔录可以看出，司机不认识杨宇，也不知道杨宇带有毒品，运输人不知道是运输毒品怎么认定为运输毒品罪？司机徐庆益不认识杨宇，也不知道杨宇带有毒品上车，本案也没有追究司机徐庆益运输毒品的责任。盈江县公安局当场就放掉了运输人徐庆益，运输人没有定罪，本案怎能认定为运输毒品罪？

因此，本案应当定杨宇非法持有毒品罪。

此致

江西省高级人民法院

江西心远律师事务所律师 李云龙

2001 年 7 月 26 日

周国华故意杀人案

案情简介

被告人周国华，男，1965年7月26日生于广丰县，汉族，大专文化，职业教师，家住广丰县永丰镇，因涉嫌故意伤害罪，2001年5月14日被广丰县公安局刑事拘留，同月26日经广丰县人民检察院批准逮捕。

被告人周国华与被害人王树林两家房屋紧靠，相互为邻。2001年5月12日下午，被告人周国华欲在其家三楼顶隔热层上盖一层瓦，并请来其亲戚邹志强帮忙。王树林得知此事后，认为今后周家屋檐水会滴到其家的屋顶上，因此，十分不满。当日下午4时许，周国华、邹志强等人在屋顶盖瓦，不久即被王树林发现，王拿了一根木棍爬在墙边的木梯上用木棍捅周家的瓦，周国华等人见王捅瓦，便在屋顶用瓦片向下打王树林，但未打到。王即拿了一根木棍向周家冲去，紧随其后的还有王的妻子毛丽华、王的岳母郑金凤两人。周国华与其妻子周瑛、其亲戚邹志强(两人均另案处理)等人从三楼顶下到一楼，周国华的胞弟周国银(另案处理)也闻讯从二楼下来。周国华打开餐厅大门，见王树林手持木棍站在门外叫喊，便转身捡起地上的斧头，双方争吵几句后，王树林用木棍打在周国华的左后肩部，周国华欲上前还击，却被毛丽华从旁缠住；周国银则上前与王树林扭打在一起；周瑛、邹志强却与郑金凤互相厮打。周国华挥舞手中的斧头时，伤到了毛丽华的头部，毛即离开了周国华，周国华摆脱毛丽华后，见王树林正与周国银二人在门外路边不远处的电杆旁扭打，即上前用手中的斧头朝王树林的头部连续打击了两下，王当即软倒在地。

案发后不久，周国华便逃离广丰县来到上饶市，次日到广丰县公安局投案自首。

王树林被打后被送往医院进行抢救，因伤势过重，不久即死亡。

据广丰县公安局尸检鉴定报告结论认为：死者王树林系被钝器(形如斧头背)打击而致颅脑严重损伤致死。

又据法医活体检验报告结论认为：受检人毛丽华遭他人以锐器或钝性暴力打击，致成头皮挫裂伤。评定为轻伤乙级。

被告人周国华的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第232条之规定，构成了故意杀人罪，同时还具有该法第67条第1款所规定的情节。

上饶市中级人民法院一审判决认为，被告人周国华犯罪后主动投案自首经查证是事实，律师辩护观点成立，被害人在这起纠纷案中有民事过错经查证是事实，采纳辩护人的观点。一审以故意伤害罪判处被告人周国华死缓。周国华不服一审判决，现已上诉。

一审辩护词

审判长：

我们接受被告人周国华亲属的委托，经江西心远律师事务所的指派，为被告人周国华故意杀人一案出庭辩护，依法参与诉讼，现发表辩护词如下：

上饶市人民检察院(2001)第 94 号起诉书认定被告人周国华的行为已触犯《中华人民共和国刑法》第 232 条之规定,构成了故意杀人罪,同时还具有刑法第 67 条第 1 款规定自首的情节。本律师认为,本案起诉周国华犯罪事实基本清楚,具有自首情节符合法律要求。本律师想就本案定性、犯罪起因、民事纠纷的过错等问题,谈谈几点辩护意见。

一、定性问题:被告人周国华的行为构成间接性杀人罪

起诉定性为故意杀人罪,应当定间接性杀人罪。从法庭调查以及周国华的供述,证实被告人周国华的行为构成间接性杀人罪。

根据我国刑法对于故意犯罪的规定,将故意杀人罪分为直接故意杀人罪和间接性杀故意人罪两种类型。行为人明知自己的行为会造成被害人死亡的结果,并且希望或者追求这种结果的发生,这种杀人行为构成直接性故意杀人罪。这种直接故意杀人罪,态度是积极的,对杀人结果是追求的。比如拦路抢劫杀人,杀人灭迹等,不杀死人就得不到钱财。间接故意杀人罪的行为人对杀人结果不是追求的,而是采取放任的态度。被告人周国华的行为造成被害人王树林死亡,不是追求的,而是采取放任的态度,其行为构成间接性故意杀人罪。本案是邻居住房纠纷引起的杀人案,不属社会上抢劫等性质的杀人案。从本案犯罪起因分析,被告人周国华与王树林是十多年的邻居,没有积怨。产生犯罪的起因是盖瓦片引起争执。2001 年 5 月 12 日下午,被告人周国华欲在自家三楼顶隔热层上盖一层瓦,不久被王树林发现,王用一根木棍爬在墙边的木梯上用木棍捅周国华家的瓦,周国华等人见王树林捅瓦,便在屋顶用瓦片向下打王树林,但未打倒。王树林紧接着拿一根木棍向周家冲去,双方发生械斗,当周国华与王树林扭打在一起,被告人周国华用斧头背面向王树林打去,砍第二下的时候,根据周国华在法庭上的陈述,是他在感情冲动、控制不住的情形下砍下的。周国华将王树林砍倒后,从内心呼喊:“糟了,糟了”。这两句“糟了”的呼声可看出周国华不想打死王树林,对王树林的死亡结果不是追求的。如果是直接故意杀人,对死亡结果是追求的,杀死了才达到目的,心里会得到满足,不会讲“糟了,糟了”。从周国华连呼二声“糟了”,分析其犯罪主观意识,足可以看出周国华不想追求王树林死亡,而对王树林死亡的结果是放任的。

再从周国华提斧头背面在前的行为,还可以分析出周国华主观意识是不想杀死王树林。如果想杀死王树林,周国华会将斧头锋利的一面放在前。

从法医鉴定结果看,是斧头背面致伤被害人,并不是锋利一面。斧头背面杀伤力量比锋利一面要小。这可以看出周国华的杀人主观恶性较小。

经法庭查实,周国华使用的斧头是邹志强盖瓦片用的工具,并不是周国华有预谋而准备的犯罪工具。

本案符合间接故意杀人罪的要件,间接性杀人罪,主观恶性要小,比照直接故意杀人罪,应当从轻处罚。

对于故意杀人罪的案件如何适用法律,最高人民法院《关于全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》([1999] 217 号司法解释)规定:“关于故意杀人、故意伤害案件要明确把握故意杀人犯罪适用死刑的标准。对故意杀人犯罪是否判处死刑,不仅要看是否造成了被害人死亡的结果,还要综合考虑案件全部情况。对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪,适用死刑一定要十分慎重,应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。对于被害人一方有明显过错或对矛盾激化负有直接责任,或者被告人有法定从轻处罚情节的,一般不应判处死刑,立即执行。在直接故意杀人罪与间接故意杀人罪案件中,犯罪人的主观恶性不同,在处刑上也有所区别。不注意区分犯罪的性质和故意内容,只要有死亡后果就判处死刑的做法是错误的,这在今后的工作中,应

当予以纠正。”

依据该司法解释，被告人周国华是属邻居纠纷引起民间矛盾激化的间接故意杀人罪，应当得到从轻处罚，不宜判处其死刑。

二、犯罪起因：被害人王树林在这场邻居纠纷中有明显的民事过错

犯罪起因，即引起犯罪产生的原因。

在特定情况下，犯罪起因对犯罪的主观恶性具有一定影响，因为有的犯罪事出情有可原的原因，从而可以减轻对犯罪人的谴责程度，受被害人挑衅及受过激情况刺激的犯罪，犯罪人的行为恶性较轻。

从法庭调查来看，这场人命案产生于邻居民事纠纷引起的民间矛盾。

被告人周国华居住在 48 号房，有十多年的历史，由于其弟周国银患肝病在身，想改善一下住房通风散热条件，需要在三楼搞一个隔热层，有利于周国银病情改善。并在原基础上缩小盖瓦范围，应当说不会影响王树林房屋漏水问题。当周国华家盖瓦片时，被害人王树林有四点民事过错促使此案发生。据周国华 2001 年 5 月 13 日案卷笔录及法庭调查证实：(1) 当邹志强等人盖瓦片时，王树林用一根木棍去捅瓦，造成纠纷发生，这是纠纷产生的导火索。(2) “就用棍子朝头部打，我侧身，结果打在左边背上” (周国华法医鉴定为轻微伤丙级)。(3) 王树林妻用一根绳子勒住周国华脖子往后拉。(4) 打架地点先在周国华家门口开始，王树林侵犯到周家门口打架是有过错的。

从以上几点可以看出：被害人王树林在这场邻居纠纷的发展中，具有民事过错，被害人具有民事过错引起杀人的案件，犯罪人的主观恶性较轻，可以从轻处罚被告人。

三、周国华具有法定自首情节，应当从轻或减轻处罚被告人

犯罪人在犯罪后，阻扰报案，畏罪潜逃，销赃灭迹，表明其逃避惩罚欲望强烈。而犯罪人在犯罪后，主动投案自首，积极避免犯罪恶化，表明其有悔罪表现，人身危险性相对减小。公诉人发表了公诉词肯定了被告人周国华主动投案自首的情节，表明可以从轻或减轻处罚被告人周国华的法律意见。原告代理人提出被告人周国华不是自首，是不符本案事实的。被告人周国华犯罪后，主动到广丰县公安局投案自首，供述了其犯罪事实，起诉书对周自首情节作了列举。请法庭依据自首情节从轻、减轻处罚被告人周国华。

关于刑事问题，综上所述，周国华的行为构成间接杀人罪，而且具有自首情节，被害人又有过错，请法庭对被告人周国华从轻或减轻处罚，判处其无期徒刑。

四、民事赔偿问题

1. 附带民事诉讼原告人的赔偿诉讼请求数额过高，且没有法律依据。

根据我国《刑事诉讼法》第 77 条第 1 款规定：“被害人由于被告人的犯罪行为而遭受物质损失的，在刑事诉讼过程中，有权提起民事诉讼。”《最高人民法院关于刑事附带民事诉讼范围问题的规定》第 1 条第 2 款规定：“对于被害人因犯罪行为遭受精神损失而提起附带民事诉讼的，人民法院不予受理。”法律及司法解释已明确规定了刑事附带民事诉讼范围只对物质损失赔偿，对于精神损失不予赔偿。因此，原告人所提：

(1) 王树林死亡补偿费 80 000 元是不符合我国有关法律规定的。

(2) 丧葬费 4 000 元(认可)。

(3) 停尸费 50 000 元。对于王树林的死因，业经广丰县公安局(2001 年 5 月 8 日)、上饶市公安局(2001 年 9 月 12 日)、江西省公安厅(2001 年 6 月 22 日和 2001 年 9 月 25 日)三级公安机关四次尸体检验，已经查明。在死因查明后，其亲属即应对尸体火化。因此，对于最终鉴定检验(2001 年 9 月 25 日)以后所产生的停尸费用，应由王树林家属自行承担。

(4) 医疗费 547 元，予以认可。

(5) 交通费 1 000 元，过高部分不予认可。

(6) 子女抚养费 100 000 元，过高，应按法律、法规规定的有关计算方法严格计算有关费用。

2. 毛丽华对其自身伤害有过错，其应承担相应民事责任。

毛丽华用绳索勒住周国华，周国华在挣扎过程中斧头碰到了毛丽华头部，才造成毛丽华轻伤乙级，毛丽华对此本身有过错，理应承担相应民事责任。

毛丽华在出事当天即住进了广丰县医院，但其第二天即出现在公、检、法部门，到处告状，而其伤情仅为头皮挫裂伤、轻伤乙级，因此，其住院 60 天令人怀疑。

关于医疗费 4 964.7 元，根据江西省印发的《人体损伤分级鉴定标准》(试行)的通知的有关规定，轻伤乙级的医疗费在 600 元以内酌定，最高不得超过 1 000 元，况且其仅为头皮挫裂伤，对其住院时间与治疗费用有疑问，超过合理部分不予认可。

3. 被告人周国华家庭生活困难，已无力再承担经济赔偿责任，请法庭就以上费用的赔偿，依据被告人周国华的赔偿能力而定。

此致

上饶市中级人民法院

江西心远律师事务所律师 李云龙 李琼生

2002 年 3 月 15 日

熊建华故意杀人案

案情简介

被告人蔡小明，男，现年 23 岁，汉族，江苏省宜兴县人，初中文化，捕前无业，家住南昌市文教路 14 号。1994 年 1 月 17 日，南昌市人民检察院以故意杀人罪、抢夺罪、盗窃罪批准逮捕，同月 22 日，由南昌市公安局执行逮捕。

被告人熊建华，男，现年 24 岁，汉族，南昌市人，初中文化，捕前系江西电子仪器厂工人，家住该厂宿舍 1 栋 2 单元 1 楼。1994 年 1 月 17 日，南昌市人民检察院以故意杀人罪、盗窃罪批准逮捕，同月 22 日，由南昌市公安局执行逮捕。

被告人王为忠，小名辉辉，男，现年 26 岁，汉族，江西省于都县人，初中文化，捕前无业，家住南昌市化工原料厂宿舍平房。1994 年 1 月 17 日南昌市人民检察院以故意杀人罪、盗窃罪批准逮捕，同月 22 日，由南昌市公安局执行逮捕。

一审判决认定：1993 年 6 月 2 日下午 5 时许，被告人熊建华在南昌市半边街路口抢谢三保儿子谢志国的小说遭到拒绝，被告人熊建华、蔡小明为此打了谢志国。同月 4 日晚 7 时许，被告人蔡小明在半边街一家电子游戏室玩，遭谢三保一家殴打，蔡身上的软皮夹克衫并被扒下。被告人蔡小明随即打传呼将正在一起吃饭的熊建华、王为忠、陈刚叫来，并每人分发凶器一把，即蔡小明与熊建华持片刀，王为忠持藏刀，陈刚持枪刺。尔后，四人窜至谢三保家破门而入，直朝楼上冲，当蔡小明、熊建华冲上三楼返回二楼拐弯口时，谢三保持红缨枪阻止，并朝被告人熊建华身上刺去，被告人熊建华遂用片刀朝谢三保胸前刺了一刀。与此同时，被告人陈刚将谢三保红缨枪抓住，被告人熊建华朝谢三保胸部、腹部、头部等处连刺数刀，被告人蔡小明持刀朝谢三保背部杀了两下，王为忠持藏刀朝谢三保右手臂砍了一刀，后四被告人逃离现场。谢三保经医院抢救无效后死亡。经法医鉴定，死者谢三保系生前被他人用单刃锐器刺破肺脏导致失血性休克死亡。

一审判决认为，被告人蔡小明无视国法，纠集被告人熊建华、王为忠、陈刚持械冲入被害人家中，用藏刀、枪刺砍杀被害人致其死亡，其行为构成故意杀人罪，被告人蔡小明、熊建华属主犯，被告人王为忠、陈刚属从犯。判决如下：一、被告人蔡小明犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。二、被告人熊建华犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。三、被告人王为忠犯故意杀人罪，判处有期徒刑 11 年，被告人陈刚犯故意杀人罪，判处有期徒刑 7 年。

被告人熊建华不服一审判决，依法提出上诉。二审法院根据南昌市公安局并出示的熊建华检举盗窃案的事实证据，认定熊建华检举他人犯罪是事实，具有立功情节，改判熊建华为死缓。

二审辩护词

审判长：

我接受被告人熊建华的委托，担任熊建华的二审辩护人，依法参与诉讼，特发表辩护词如下：

一、被告人熊建华没有直接致死谢三宝的行为

一审判决认定：“蔡小明用片刀，熊建华用枪刺即向谢三宝的胸前各刺数下，熊建华又用枪刺朝谢三宝腰、头和手臂上连刺数下……”“本院认为：被告人蔡小明无视国法，纠集被告人熊建华、王为忠、陈刚持械冲入被害人家里，用藏刀、枪刺砍杀被害人致其死亡。”一审判决是认定藏刀、枪刺致被害人死亡。根据律师调查和被告提供的证据，熊建华用的是片刀、而不是枪刺。熊建华对被害人的死亡不负直接致死责任。

一审判决认定熊建华用的是枪刺，是不符合事实的。

被告人蔡小明 1993 年 11 月 18 日向公安局交待说：“我们就在我家原来住的地方拿了放在那里的四把刀，一把枪刺、一把藏刀、两把片刀，陈刚拿了枪刺，王为忠拿藏刀，我和熊建华拿了片刀。”

蔡小明 1994 年 4 月 14 日再次证实他的口供：“一把藏刀、一把枪刺、两把片刀，我与熊建华拿的是片刀，王为忠拿把藏刀，陈刚拿枪刺。”蔡小明在 1993 年 12 月 24 日向公安局供词也是讲熊建华带的是片刀，而不是枪刺。

被告陈刚 1994 年 1 月 6 日的口供证实：“我拿一把枪刺，熊建华拿片刀，王为忠为藏刀，蔡小明拿一片中号藏刀。”

被告熊建华 1993 年 11 月 18 日向公安局交待时说：“蔡小明就一人发了一把刀，我得了一把片刀，蔡小明得了一把片刀。”

以上证人证言证明：被告熊建华持的是片刀，证据确凿，事实证据充分。一审法院认为熊建华持的是枪刺是没有事实依据的。

一审法院认定熊建华持枪刺是错误的。依据本案事实，熊建华没有持枪刺，而持的是片刀。一审法院认定被害人谢三宝死亡是被藏刀、枪刺砍杀所致，而熊建华没有持枪刺，那么，熊建华对谢三宝没有实施直接致其死亡的行为。

根据法医 1993 年 12 月 24 日的尸体鉴定书，结论为：死者谢三宝生前被他人用单刃锐器刺破肺脏致失血休克死亡。左第四肋间隙见一斜形刺创大小为 3×1 厘米，及左季肋部见一纵形刺创大小为 2.3×0.8 厘米，锐端定为 0.5 厘米。从致死原因来看，是属枪刺，而熊建华又没有持枪刺。

根据熊建华几次口供，熊建华仅向谢三宝腹部刺了两刀，头上砍了一刀。并没有向死者胸部刺杀，仅有蔡小明用片刀朝谢三宝胸前杀了两刀，谢三宝死亡应由蔡小明、王为忠等人负直接责任。请法院查实持枪刺、藏刀的被告人承担罪过责任。

二、本案应定为故意伤害致死罪

南昌市中级人民法院(1995)中刑初字第 19 号刑事判决书认定，被告人蔡小明、熊建华、王为忠、陈刚 1993 年 6 月 4 日致谢三宝死亡，并认定本案为故意杀人案，这一认定缺乏事实依据，不符合法律要求。本案应定为故意伤害致死罪。

1. 蔡小明等四被告，事前没有杀人的故意。蔡小明 1994 年 1 月 5 日向公安局交待说：“到他家里去是要衣服。当时，没有考虑想杀人，只是想把他儿子找出来。”被告人陈刚供述(公安卷第 157 页)说：“蔡小明讲，到他家去要衣服，他家好多人，我们把东西带在身上。”被告人王为忠供述(公安卷第 132 页)说：“熊建华对我们说，蔡小明在半边街被人家一家人

打了，并被扒掉了身上一件软皮上衣，叫我们去把那件软皮衣拿回来。”

2.在实施犯罪阶段，蔡小明、熊建华等四人没有杀人的故意。故意杀人罪是指“故意地非法剥夺他人生命的行为”。被告人蔡小明等四人前去谢三宝家里，主要是把衣服要回来，并没有杀人的故意。蔡小明等被告来到被害人家门口时，被告人蔡小明询问被害人谢三宝其儿子是否在家，在同被害人交涉的过程中，并没有对被害人谢三宝实施暴力。当被害人在楼上出现并向被告人投掷鱼叉，蔡小明等四人追赶上去，但房门打不开，被告人准备下楼回去的时候，突然事情发生了，被害人谢三宝手持红缨枪阻拦被告人蔡小明等人回去，并自下而上对被告人熊建华进行刺杀，被告人熊建华的腰部、背部等多处被刺伤。在当时没有灯光的情况下，蔡小明等向被害人进行反击，造成被害人谢三宝伤害，这种行为应定故意伤害致死罪。

三、被告人熊建华在关押期间，检举他人犯罪，具有立功情节

被告人熊建华在被关押期间，在辩护律师的引导和启发下，寻求立功机会，检举揭发同监号盗窃犯周××、汪××等人盗窃南昌市昌北下罗村民王老之现金1万元、盗窃价值4000元的70只电饭煲。犯罪线索经南昌市公安局查证属实。1995年4月20日，南昌市公安局来函证实，被告人熊建华检举他人盗窃是事实，是属检举重大盗窃案，依据最高人民法院1984年4月16日《关于当前处理自首和有关问题具体应用法律的解答》第4条，立功通常是指犯罪分子揭发、检举其他犯罪分子的重大罪行得到证实，或者协助司法机关缉捕其他罪犯的。检举、揭发其他犯罪分子的较多的一般罪行，或者犯罪线索，经查属实的，也应视为立功表现。请二审法院认定被告人熊建华具有立功情节。

四、一审法院判处被告人熊建华死刑过重，请二审法院改判为无期徒刑

一审法院判处被告蔡小明、熊建华死刑，量刑过重。仅有一人致死，就判处二人死刑，不符合罪刑相适应的原则，在整个犯罪过程中，蔡小明起主犯作用，产生犯意的是蔡小明，找谢志国索回衣服的是蔡小明，用片刀刺杀谢三宝胸前二刀的是蔡小明。蔡小明在致死谢三保的过程中负有直接责任，而熊建华在返回二楼时，遭到被害人谢三保多次用红缨枪的刺杀，谢三保并带有挑衅性的行为。熊建华在不得已的情况下反击，有些行为也带有防卫性质，熊建华仅用片刀杀伤被害人谢三宝腹部，没有杀胸前，没有直接致死谢三宝的行为。请二审法院依据本案事实，认定熊建华检举他人犯罪的立功情节，作出撤销原判，改判熊建华为无期徒刑的判决。

此致

江西省高级人民法院

江西省大华律师事务所律师 李云龙

1995年4月27日

附：

二审判决结果

江西省高级人民法院(1995)赣刑终字第 91 号刑事判决书认为，上诉人熊建华及辩护人辩解的理由成立，一审判决书的原稿中认定熊建华是使用片刀作案，一审判决中的错误“使用枪刺作案”应予纠正。对于熊建华检举周××盗窃价值 4 000 余元的 70 只电饭煲和王××盗窃 1 万元人民币问题，经南昌市公安局查证属实，应属立功表现。遂撤销南昌市中级人民法院 1995 年 2 月 27 日(1995)中刑初字第 19 号刑事判决中对熊建华犯故意杀人罪的处刑部分。熊建华犯故意杀人罪，改判其为死刑，缓期二年执行。

金五华故意杀人案

案情简介

被告人金五华，男，23岁，汉族，1997年11月17日被上海市浦东区公安局刑事拘留，经上海市浦东新区人民检察院批准，以涉嫌故意杀人罪被依法逮捕。

公诉机关认为，1997年七八月间，被告人金五华来沪与同乡熊良群合伙开设金银加工店，因熊良群的哥哥熊良祥以合不来为由让金五华退伙，金怀恨在心并伺机报复。1997年11月16日下午5时许，被告人金五华携带单刃尖刀，窜至浦东新区北张家浜路112号3幢302室被害人熊良祥住处，在走廊过道上与熊发生争执并扭打，金即拔出尖刀对被害人胸部等处猛刺数刀，致被害人因失血性休克而死亡。金作案后，打电话向公安部门自首。

被告人金五华为泄私愤而报复杀死一人，其行为已构成故意杀人罪，应依照《中华人民共和国刑法》第232条和第67条之规定，予以严惩。一审法院上海市第一中级人民法院采纳了辩护律师辩护的意见，认定金五华具有自首情节，以故意杀人罪判处金五华死刑缓期二年执行。

辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人金五华亲属的委托，经江西大华律师事务所的指派，为被告人金五华故意杀人一案出庭辩护，依法参与诉讼，特发表辩护词如下：

上海市人民检察院第一分院(1997)184号起诉书认定，被告人金五华的行为，已构成故意杀人罪，鉴于其有自首情节，应依照《中华人民共和国刑法》第232条和第67条之规定进行惩罚。本律师认为，本案定性不当，事实不清楚。

一、被告人金五华的行为，构成故意伤害罪

被告人金五华将被害人熊良祥伤害，其行为触犯了我国刑法第234条，构成故意伤害致死罪。

故意伤害致死罪与故意杀人罪的共同点，都是故意犯罪，都发生被害人死亡的结果。但区别也是明显的，故意伤害罪行为人只有伤害的故意，对死亡的结果，不是主观追求的。故意杀人罪，行为人有杀死他人的故意，主观上追求死亡结果发生。被告人金五华由于金银加工店被拆伙后，心理不平衡，到被害人熊良祥家去，去的目的是教训熊良祥，伤害熊良祥。被告人金五华1997年11月16日询问笔录交代说：“我去找熊良祥，如果他们人多我就用刀捅他，人少我就用手打他。”人少就用手打他，这一证言是可以说明金五华带刀的目的，是在被害人人多的情况下用刀防身。从本案提供的材料、证据来看，被告人金五华与熊良祥开

始争吵时，双方是用手对打，先是熊良祥打了金五华两拳，接着金五华打了熊良祥一下。当公安人员询问金五华：“捅熊良祥的后果你是否清楚？”回答：“没有想过，因捅的不是主要部位。”（金五华 1997 年 11 月 16 日询问笔录）从金五华实施行为的过程看，金五华是想报复伤害熊良祥，并不想将被害人熊良祥杀死。

故意杀人罪中的故意是指非法剥夺他人生命的故意，故意伤害罪中的故意是指伤害他人身体健康的故意。被告人金五华的主观故意是想报复伤害熊良祥，对于被害人熊良祥的死亡结果不是他所追求的。因此，本案应定故意伤害罪。

二、关于被害人熊良祥左胸部被捅一刀的证据问题

案卷《尸体检验报告》说明：“其中左胸部有一裂创，深达胸至心脏，刺破左心室，造成左胸大量积血约 2500 毫升，致失血性休克死亡。”对于这一致命的刀死，到底是金五华用单刃刀所刺还是其他人抢刀所致，缺乏事实证实。

根据本案提供的证据，被告金五华的交代，一直没有讲用单刃刀刺伤被害人熊良祥胸部，仅有交代刺伤腹部的证言。也没有旁人证实是被告金五华用单刃刀刺破熊良祥的胸部。到底是谁刺伤致死，是熊良祥妻子周四连，还是其弟周桂平抢刀误伤？本案对于这一重大事实缺乏证据材料证明。因此，本案认定金五华用单刃刀刺死熊良祥缺乏事实证据。侦查部门一直没有搞清楚这一问题。

三、沪检一分诉(1997)184 号起诉书，认定被告人金五华具有刑法第 67 条规定的自首情节，这一认定符合事实与法律规定

随着技术的不断进步和发展，侦查机关运用新的通信设备，为办案服务。公安机关开通的“110”报警电话已在社会上产生了很大影响。被告人金五华在伤害熊良祥后，出于认罪主动投案自首，打了三次“110”报警电话，其中接通了两次，并把伤害熊良祥犯罪的事实报告了“110”，并告知犯罪人的所在地点，请公安机关来抓他，符合自首情节。起诉机关认定被告金五华的行为具有刑法第 67 条规定的自首情节，这一认定是符合事实与法律要求的，请人民法院采纳这一认定，从轻处罚被告人金五华。

鉴于上述情况，被告人金五华的行为触犯了我国刑法第 234 条的规定，鉴于其有自首情节，请人民法院考虑从轻处罚被告人，给被告人重新做人和改造的机会，请依法判决。

此致

上海市第一中级人民法院

江西大华律师事务所律师 李云龙

1998 年 2 月 17 日

邱健夫抢劫案

案情简介

被告人邱健夫，绰号“毛崽”，男，1988年9月1日出生，江西省新建县松湖镇人，汉族，高中文化，江西众合化工有限公司职工。2010年11月2日涉嫌故意杀人罪刑事拘留，同月16日逮捕。

江西省南昌市人民检察院指控，被告人邱健夫从2004年起便迷上了玩赌博机，并长期在蔡××（另案处理）开的赌博机店玩赌博机。2010年10月31日下午16时许，被告人邱健夫再次来到龙腾大厦1106室玩赌博机，在将身上的70元钱输光后离开赌博机店。邱健夫想到自己这个月从家里拿了一万元钱全输了，身上又没钱用，遂产生抢劫何××，外号“秧子”的念头。20时许邱健夫又返回赌博机店，当时只有被害人何××一人在店里，被告人邱健夫以借钱为借口向何××要钱不成，便从随身带的包里拿出一把买来的美工刀，并戴上手套来到被害人何××身旁，趁何××不备，对着她的右颈部用力刺了一刀，又将她拖倒在地上，用力掐其颈部直致其不会动弹，被告人邱健夫担心何××没死，紧接着又从厨房拿出一把菜刀，用菜刀在她颈部砍了两刀。杀死何××后，被告人邱健夫从被害人裤子口袋中抢走现金1.5万余元，并逃离现场。经法医鉴定，被害人何××系锐器砍切颈部致总动脉破裂造成失血性休克死亡。案发后，被告人邱健夫被公安机关抓获归案。

南昌市中级人民法院2011年4月25日开庭审理此案。2011年8月4日下达（2011）洪刑二初字第10号刑事附带民事判决书，一审判决认为：“被告人邱健夫的行为构成抢劫罪，在抢劫犯罪过程中将被害人何××杀死，且手段特别残忍，给附带民事诉讼原告人何××、黄××（被害人父母）造成了巨大的经济损失……判决如下：一、被告人邱健夫犯抢劫罪，判处死刑，剥夺政治权利终身；二、被告人邱健夫赔偿附带民事诉讼原告人何××、黄××经济损失共计人民币293,447元。”

一审宣判后，被告人邱健夫不服一审判决，特提出上诉至江西省高级人民法院。被告人邱健夫的父亲邱银根，通过李云龙律师松湖街初中同学龚志云带路找到李云龙律师。李云龙律师接受委托后，为被告人邱健夫辩护。李云龙接手邱健夫抢劫一案后，做了两件事：

一是分析被告人邱健夫走向犯罪原因，据调查了解，被告人邱健夫在学校读书学习成绩优良，是个三好学生，从2004年起开始玩赌博机，在赌博机店主蔡××引诱下，几年玩赌博机输掉7万多元。那天作案身上没有钱，手段是杀人盗窃。赌博机店主蔡××是有责任的。李云龙律师调查这方面证据六份。

二是与被害人何××父母进行刑事和解。2011年9月22日被告人邱健夫的父亲与被害人父母签订《刑事和解协议》，赔偿附带民事诉讼原告人何××、黄××经济损失45万元。双方签订协议后，当场给付25万元，存江西省高级人民法院账上20万元，待二审法院改判被告人邱健夫为死缓再支付。被害人父母收到了赔偿费后，当场亲手写信致江西省高级人民法院，不希望邱健夫被判处死刑。二审法院认真听取了辩护人的意见，将2011年9月22日被告人邱健夫的父亲邱银根与被害人父母签订的《刑事和解协议》，作为上诉主要理由和证据，提交法院。二审法院依据上诉意见和证据。经审判委员会讨论，决定撤销一审判决，

改判被告人邱健夫为死缓。

二审辩护词

审判长、审判员：

我接受被告人邱健夫亲属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人邱健夫出庭辩护，发表辩护词如下：

南昌市中级人民法院（2011）洪刑二初字第10号刑事附带民事判决书：“判处被告人邱健夫犯抢劫罪，判处死刑……”被告人邱健夫不服一审判决，提出上诉于江西省高级人民法院。被告人邱健夫上诉期间，律师与被告人邱健夫的父亲及亲属一起，和附带民事诉讼的原告人何××（系被害人何××父亲）、黄××（系被害人何××的母亲）签订了《刑事和解协议》，对被告人邱健夫刑事犯罪达成谅解，要求改判，不判处被告人邱健夫死刑。辩护人依据本案事实，以及二审期间双方达成刑事和解协议，请二审法院撤销一审判决，判处被告人邱健夫无期徒刑。具体辩护理由如下：

一、本案定性应为故意杀人罪、盗窃罪，没有抢劫故意，不是抢劫罪

南昌市人民检察院洪检刑诉字（2011）第23号起诉书指控被告人邱健夫犯抢劫罪，一审法院也同样以被告人邱健夫犯抢劫罪判处死刑。检察院和一审法院认定被告人邱健夫犯抢劫罪没有事实依据，具体理由如下：

1.本案侦查机关定性为故意杀人罪。本案侦查机关——新建县公安局（2011）新公诉字第02号起诉意见书：“综上所述，犯罪嫌疑人邱健夫的行为已触犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十二条之规定，涉嫌故意杀人罪……特将此案移送审查起诉。”

侦查机关移送起诉意见，认定被告人邱健夫犯故意杀人罪，并没有认定被告人邱健夫犯抢劫罪。

被告人邱健夫犯故意杀人罪，移送到南昌市人民检察院起诉，个别检察员擅自改变本案定性，由故意杀人罪改变为抢劫罪，没有任何依据。一审法院也依照检察院定性的抢劫罪，以被告人邱健夫犯抢劫罪判处死刑。

2.本案被告人没有抢劫的主观故意。

被告人邱健夫笔录证据都是向“秧子”借点钱，没有抢劫的故意。被告人邱健夫2010年11月1日笔录说：“我当时想到身上没有钱，之前还从家里拿了钱出来赌博输掉了，也不敢回家，怕家里人说，我就想到龙腾大厦的赌博机店里找‘秧子’借点钱……”被告人邱健夫从侦查机关至开庭审理都是讲向“秧子”借钱，并没有抢劫钱财的故意。一审法院判处被告人邱健夫犯抢劫罪，但他没有抢劫的主观故意，只有向“秧子”借钱的故意。要以抢劫为目的才能构成抢劫罪。

3.“秧子”身上的1.5万元不构成抢劫罪，只构成盗窃罪。

在庭审质证中，被告人邱健夫的陈述及在笔录的供述是一致的，明确表示没有抢劫念头，只有借钱的想法。被告人邱健夫是受到被害人羞辱后，一时想不通，正好发现包里有美工刀，此时产生杀害何××出气的念头。后看到何××口袋里的钱露出来时，才顺手将钱拿走。

我国《刑法》第293条抢劫罪是指以非法占有为目的，以暴力、胁迫或者其他方法，

当场强行劫取公私财物的行为。被告人邱健夫当场没有劫取财物的行为，只是向被害人借钱的行为，并没有抢何××的钱。待杀死被害人后，看到被害人身上 1.5 万元，才将钱带走。拿走 1.5 万元构成盗窃罪，也没有实施任何暴力。这也不是赌资，赌资是聚众赌博的钱，这钱已成为赌博机主蔡××的财产。被告人邱健夫拿走 1.5 万元构成盗窃罪。

4.本案为激情故意杀人，被害人何××过于刺激的语言，导致杀人行为产生。

被告人邱健夫 2010 年 11 月 1 日（第一次笔录）：“我看见她的样子是准备要下班了，我就打算开口借钱了，我说‘秧子’借我 70 元上网，我现在不好意思回家。‘秧子’就说我有钱就风光，输了钱还在这里赖死……”现在证明犯罪主观行为只有被告人邱健夫证言，被害人何××已死了，又没有其他旁证，被告人邱健夫证言一直这样陈述，是他受到被害人何××讥骂，想报复才导致被告人邱健夫用美工刀将何××杀死，并没有想到抢钱，完全符合故意杀人罪要件。这是故意杀人案，并不是抢劫案。

二、被告人邱健夫及亲属寻求被害人父母谅解，双方签订《刑事和解协议》，要求改判死缓

被告人邱健夫上诉期间寻求被害人父母的谅解，委托父亲邱银华与被害人父母于 2011 年 9 月 22 日签订了《刑事和解协议》。对被害人死亡表示同情、歉意，愿意赔偿被害人父母经济损失 45 万元（已支付 25 万元），还有 20 万元（已存入法院账号，二审改判即支付上述费用）。协议第 3 条：双方签字生效，甲方、乙方对被告人邱健夫抢劫一案达成刑事和解，改判邱健夫为死缓，附带民事赔偿不再追究。实际上《刑事和解协议》说到被告人邱健夫的亲属赔偿被害人父母 29 万元，并不是 29 万元，这 29 万元是一审法院判决的被告人邱健夫赔偿数额，双方达成协议的是 45 万元。2011 年 9 月 22 日转账支付现金 25 万元，法院账上是 20 万元。为了达到被害人亲属谅解，在原则 29 万元基础上又多支付 16 万元，实际赔偿是 45 万元。没有写在协议上，是为了照顾在新建县人民法院起诉赌场主蔡××赔偿。

双方签订《刑事和解协议》对社会稳定有利，对被害人父母有所安慰。2011 年 9 月 22 日签订《刑事和解协议》后，被害人父母写信请求省高级人民法院“对被告人邱健夫犯抢劫罪改判，我不希望他判处死刑。”

二审支持公诉检察官发表公诉词：“要求维持原审法院死刑判决。”这一公诉意见不符合宽严相济的刑事政策，对社会稳定不利，二审法院不应当采纳。

三、被告人蔡××非法开设赌博机，导致被告人邱健夫走向犯罪，走向故意杀人

被告人蔡××开设赌场，引诱被告人邱健夫长期赌博输掉 7 万元，是导致邱健夫走向犯罪的根本原因。

1.新建县人民法院（2011）新刑初字第 73 号刑事判决书：“判处被告人蔡××以营利为目的，开设赌场罪，致人死亡，情节严重，其行为已构成开设赌场罪，判处被告人蔡××有期徒刑三年……”被告人邱健夫致人死亡，已列入被告人蔡××承担责任范围。被告人邱健夫相应减轻责任。

2.判决书还认定“从 2004 年以来邱健夫先后在蔡××开设的赌博机店进行赌博，输掉现金多达 7 万余元……”是被告人蔡××开设赌博场所，长期引诱邱健夫赌博，使邱走向故

意杀人。被害人何××在非法赌博场所工作，双方发生争吵，激怒被告人邱健夫杀人报复，被告人邱健夫存在主要过错。

3.被告人邱健夫从小读书成绩优秀，学习认真，考初中是班里第六名。邱健夫从16岁开始就被赌博场所吸引，蔡××开的地下赌场勾引其赌博。从2004年开始至今，已输掉7万元。说明被告人邱健夫走向犯罪原因主要是赌博机开设造成。

4.被害人何××在非法赌博场所做管理工作，这不是一个合法工作，非法赌博场所和非法赌场主，对造成这一起故意杀人案是有过错的。

综上所述，被告人邱健夫的行为构成故意杀人罪、盗窃罪。对于故意杀人的行为，双方作出《刑事和解协议》，要求从轻处罚，可改判为无期徒刑，犯盗窃罪处3年以上有期徒刑。被告人邱健夫犯故意杀人罪，该行为在蔡××开设的赌场发生，参与赌场管理人员是有过错的，新建县人民法院（2011）第73号刑事判决已作了判决。请二审法院撤销原审判决，判处被告人邱健夫犯故意杀人罪处无期徒刑，犯盗窃罪处5年有期徒刑，数罪并罚，处无期徒刑。以上意见是否正确，请审判长考虑。

此致

江西省高级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2011年10月10日

邹景文故意杀人案

案情简介

被告人邹景文，男，1993年11月20日生，汉族，江西丰城市人，初中文化，丰城市桥东镇东岸村委会邹家村8号，因故意杀人罪于2015年6月9日被丰城市公安局刑事拘留，同年7月10日被逮捕。

本案由丰城市公安局侦查终结，以被告人邹景文、葛学群、丁谋等涉嫌故意杀人罪，于2015年8月28日向丰城市人民检察院审查起诉，由于级别管辖规定，丰城市人民检察院于2015年9月10日将该案报送宜春市人民检察院查明起诉。

公安机关依法查明：2015年5月份，因为分田一事，死者邹兴旗对被告人邹景文的爷爷邹柏林实施殴打。同年6月8日上午被告人邹景文邀丁谋、葛学群、熊绿绿等人到丰城市“味中味”餐厅吃饭，席间邹景文提出要去找被害人邹兴旗评理，要他们到旁边撑场面。饭后四人先到葛学群店中拿鱼网，期间，邹景文又打电话邀到邓建朋、曾耀峰、曾杨，分乘葛学群驾驶的赣A96288、曾耀峰驾驶的赣C48719、邓建朋驾驶的赣C6V717面包车赶往桥东东岸村委会邹家村，邹景文从家中拿了一把改装的射钉枪，并往枪中放置子弹。丁谋、葛学群予以制止其带枪，并将枪支放在邓建朋车上。后邹景文等人来到邹兴旗家门口，将邹兴旗叫出来后与之发生口角，邹景文打了邹兴旗一巴掌，邹兴旗返回家中拿菜刀，邹景文返身到邓建朋车上拿来枪。后邹兴旗家人拖劝双方，当邹兴旗准备拖邹景文时，邹景文要丁谋、葛学群将其拖开后，邹景文持枪击中邹兴旗腰部致其倒地，当场死亡。尔后邹景文等人驾车逃离现场，邹景文将枪支放回邓建朋车上，乘坐曾耀峰的车子离开。

经丰城市公安司法鉴定中心法医学尸体检验鉴定意见书确定，死者邹兴旗系枪弹击伤左前胸部致脾脏挫碎、肾破裂、第12胸椎骨折等引起创伤性失血休克死亡。经宜春市公安司法鉴定中心枪支、弹药鉴定书，送检疑似枪支是火药为发射动力，能正常发射钢珠弹的自制枪支。

李云龙律师的老家在松湖镇，离丰城市桥东镇很近，被告人邹景文的父亲及叔叔邹桂兴前来南昌市江西云龙律师事务所找李云龙律师为邹景文故意杀人一案辩护。这个案件李云龙在公安侦查期间就介入辩护取证。

邹景文故意杀人一案，从犯罪情节比较严重，一个是持枪杀人，情节比较严重，案发后，李云龙律师做好邹景文家属工作，劝其投案自首。二是进行刑事和解，赔偿被害人损失；被告人邹景文的父亲邹桂根在 2015 年 7 月 12 日与被告人家属签订了《刑事和解协议》，一次性赔偿被害人家属死亡赔偿金、被扶养人生活费、丧葬费等共计人民币 39 万，被害人家属接受和解，出具刑事谅解书。宜春市人民检察院对被告人邹景文故意杀人罪的起诉书中，一是认定被告人邹景文的投案自首情节，二是认定了被告人邹景文家属与被害人家属《刑事和解协议》。宜春市中级人民法院一审判决书，判处被告人邹景文犯故意杀人罪，判处有期徒刑 15 年。这是一个情节严重的故意杀人案，可以判处无期徒刑或死刑，在律师李云龙操作下，取证，刑事和解，投案自首，法院采纳律师的辩护意见，对被告人邹景文犯故意杀人罪判处有期徒刑 15 年，是符合本案的事实情况。

为犯罪嫌疑人邹景文故意伤害案辩护法律意见书

检察员：

受犯罪嫌疑人邹景文的委托，江西云龙律师事务所指派李云龙律师担任犯罪嫌疑人邹景文涉嫌故意杀人案在审查起诉阶段的辩护人，接受指派后，辩护人依法会见了犯罪嫌疑人邹景文，详细询问了案情经过，并查看了本案的证据材料，本着依法维护 犯罪嫌疑人邹景文合法权益的原则，发表以下辩护意见。

犯罪嫌疑人邹景文具有自首情节。事后通过家属与被害人达成谅解协议。本案系邻里纠纷引发，被害人对于矛盾的发生负有一定责任。

一、犯罪嫌疑人邹景文具有自首情节

刑法第六十七条规定，犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或者减轻处罚。其中，犯罪较轻的，可以免除处罚。

案发后第二天即 2015 年 6 月 9 日，犯罪嫌疑人邹景文向公安机关投案自首。公安证据卷第 18 页，《到案情况说明》“犯罪嫌疑人邹景文于 2015 年 6 月 9 日向公安机关投案”。

邹景文询问笔录证实邹景文具有自首情节。

2015 年 06 月 09 日 22 时 44 分至 2015 年 06 月 09 日 23 时 12 分，丰城市公安局淘沙派出所杜市，办案民警李伟翔询问笔录，问：“你今天到我们派出所来

有什么事情吗?”答:“我是来投案自首的。”

问:“你为什么事来投案自首?”答:“昨天下午2时许,我叫了几个朋友到桥东镇东岸村委会邹家组去找“旗古仔”,当时我从家里带了一把射钉枪去,到了“旗古仔”家后,我们就发生了争吵,“旗古仔”不知从哪里拿出一把刀来,我看见他拿出刀来,我就有点慌张,不知道怎么扳响了射钉枪,我听到枪响后就吓得跑了。”

问:“枪响后你是怎么逃跑的?”答:“……枪响后,我非常害怕,当时我就往东岸村委邹家组村后山跑,并跑到丰乐线的马路上坐了公交车到丰城新城区汽车总站下车,然后打了一辆的士到锦丰汽车城红绿灯处,然后我就一直沿着丰抚线走,走到你们派出所门口,我就进来看到门口的报警电话并打了报警电话要投案自首。”(证据卷第30页)

证据卷141页,邹贵根证言,“你儿子邹景文最初是在那里投案的?”“我儿子当时是在杜市,他打了淘沙派出所的电话讲要投案,后他自己到杜市警务区,到警务区后,邹景文又打我电话,并且讲他已经投案了,并且在杜市警务区。”

以上证据证实邹景文具有自动投案的情形,且邹景文投案后,能够如实供述案情。邹景文具有自首情节。

二、犯罪嫌疑人邹景文积极与被害人家属达成刑事和解协议

2015年7月12日,被告人与被害人邹兴旗家属邹柳根、刘香根、黄兰珍、邹字豪、邹侨字订立刑事和解协议,并由徐军明、魏朋飞见证。被害人家属出具谅解书,“2015年6月8日,被告人邹景文与被害人邹兴旗因发生争执并在争执中伤害致被害人邹兴旗死亡。事故发生后,邹景文向被害人家属赔偿死亡赔偿金、被抚养人生活费、丧葬费及精神损害抚慰金各项费用计叁拾叁万元。被害人家属对于被告人的行为表示谅解,请求司法机关对被告人邹景文从轻、减轻处理。”

(证据卷74页,赔偿谅解书)。邹兴旗家属黄兰珍出具收条,“邹景文父亲邹桂根,赔偿邹兴旗的死亡赔偿金人民币叁拾叁万元整”(证据卷80页)。另,其它犯罪嫌疑人葛学群、熊绿绿、丁谋、曾耀峰、曾扬、邓建朋分别向被害人家属赔偿陆万贰仟圆,总计叁拾柒万贰圆整。

三、本案中,系邻里纠纷引发本案,被害人对案件的起因具有一定的过错

证据卷第133页,邹柏林陈述,“当我从他旁边经过时,他就打我一下,我

就拉着他的身上的衣服，我也就没倒地，这一下，他打到了我的右胸口，第二下他又掀我一下。不知怎样就掀得我头撞到电线杆，并倒到了地下，邹兴旗就摁到我颈压得我到地下”。

综上所述，犯罪嫌疑人邹景文具有自首情节。事后积极与被害人家属达成谅解。本案系邻里纠纷引发，被害人对案件的起因具有一定的过错。建议公诉机关认定以上情节。

此致

宜春市人民检察院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2015年10月5日

为被告邹景文故意杀人案一审辩护词

审判长：

我接受被告人邹景文亲属委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人邹景文一案出庭辩护，依法参与诉讼，发表辩护词如下：

宜春市人民检察院(2015)39号起诉书认定被告人邹景文的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第二百三十二条之规定，对这一公诉意见我方没有异议。对被告人邹景文行为触犯刑法第一百二十五条之规定，应当以非法制造枪支罪追究其刑事责任有异议。本案仅有一罪，即故意杀人罪。不能讲杀人工具另定一罪，不应适用数罪并罚。具体辩护如下：

一、本案被告邹景文具有投案自首情节，应当从轻、减轻处罚

案发后第二天，被告人邹景文于2015年6月9日向公安机关投案自首。2015年6月30日丰城市公安局刑警大队出示的《到案情况说明》：“犯罪嫌疑人邹景文，男，1993年11月20日生，丰城市人，于2015年6月9日向公安机关投案，2015年6月10日因涉嫌故意杀人刑事拘留关押于丰城市看守所。”

公安机关2015年6月9日第一次讯问被告人邹景文笔录：“然后我就一直沿

着丰抚线走，走到你们派出所门口，我就进来看到门口的报警电话，并打了报警电话要投案自首。”

公安机关在讯问笔录中问：“你为什么事来投案自首？”。被告人答：“昨天下午 2 时许，我叫了几个朋友到桥东镇东岸村委会邹家组去找“旗古仔”，当时我从家里带了一把射钉枪去，到了“旗古仔”家后，我们就发生了争吵，“旗古仔”不知从哪里拿出一把刀来，我看见他拿出刀来，我就有点慌张，不知道怎么抠响了射钉枪，我听到枪响后就吓得跑了”

问：“枪响后你是怎么逃跑的？”。答：“……枪响后，我非常害怕，当时我就往东岸村委邹家组村后山跑，并跑到丰乐线的马路上坐了公交车到丰城新城区汽车总站下车，然后打了一辆的士到锦丰汽车城红绿灯处，然后我就一直沿着丰抚线走，走到你们派出所门口，我就进来看到门口的报警电话并打了报警电话要投案自首”。（证据卷第 30 页）

2015 年 6 月 10 日，邹景文笔录证实：“我是向丰城市公安局杜市警务区投案自首，做了笔录后，你所刑警大队的人把我带到了丰城市公安局，如实供述犯罪经过。”

宜春市人民检察院宜检公诉刑诉【2015】39 号起诉书认定“被告人邹景文 2015 年 6 月 9 日投案自首”。

被告人邹景文开庭期间法庭询问，被告人邹景文一直认罪悔罪。根据《刑法》第 67 条“犯罪以后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。对于自首的犯罪分子，可以从轻或减轻处罚”。

二、被告人邹景文悔罪态度良好，主动与被害人家属达成《刑事和解协议》，获得被害人家属的谅解

被告人邹景文犯罪以后，主动悔罪，与其父邹桂根提出和被害人家属刑事赔偿和解。

2015 年 7 月 12 日，被告人邹景文与被害人邹兴旗家属邹柳根、刘香根、黄兰珍、邹宇豪、邹侨宇订立《刑事和解协议》，并由邹兴国、刘喜初等人见证。同日，被害人家属出具《刑事谅解书》：“2015 年 6 月 8 日，被告人邹景文与被害人邹兴旗因发生争执并在争执中伤害致被害人邹兴旗死亡。事故发生后，邹景文向被害人家属赔偿死亡赔偿金、被抚养人生活费、丧葬费及精神损害抚慰金各项费用计叁拾叁万元。被害人家属对于被告人的行为表示谅解，请求司法机关对被告人邹景文从轻、减轻处理。”。2015 年 7 月 14 日，邹兴旗家属黄兰珍出具收条：“今收到邹景文父亲邹桂根，赔偿邹兴旗的死亡赔偿金人民币叁拾叁万元整”。

另，其它犯罪嫌疑人葛学群、熊绿绿、丁谋、曾耀峰、曾扬、邓建朋分别向被害人家属赔偿陆万贰仟圆，总计叁拾柒万贰圆整。

刑事和解是我国一项宽严相济的刑事政策，对化解矛盾、促进社会和谐均有重要作用。《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》中指出：“因婚姻家庭等民间纠纷激化引发的犯罪，被害人及其家属对被告人表示谅解的，应当作为酌定量刑情节予以考虑。”因此，请求法院对被告人邹景文从轻处罚。

三、被告人邹景文系因邻里纠纷等民间矛盾激化引起的故意杀人犯罪，可以从轻处罚

从法庭调查来看，被告人邹景文与被害人邹兴旗是同乡同村人，本案系邻里纠纷等民间矛盾激化的犯罪。2015年5月，被害人邹兴旗与被告人的爷爷邹柏林因分田一事产生矛盾，被害人邹兴旗对被告人爷爷邹柏林进行辱骂并实施殴打行为。为此，被告人邹景文找到被害人邹兴旗就此事赔礼道歉，在争执中被害人邹兴旗拿出菜刀，受到威胁的情况下被告人邹景文才拿来射钉枪并扣动扳机致使命案发生。

对于因邻里纠纷引发故意杀人罪的案件如何适用法律，最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》（[1997]217号司法解释）规定，“对于因邻里纠纷等民间矛盾激化引发的故意杀人犯罪，应当与发生在社会上的严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别。”依据该司法解释，被告人邹景文系因邻里纠纷引起民间矛盾激化的故意杀人罪。

且被告人邹景文之前没有受过刑事处罚或者行政处罚，所以应属于初犯。由于是第一次实施犯罪，犯罪的习僻尚未形成，可改造性较大，再犯可能性相对较小。所以也请合议庭充分考虑给予被告从轻或者减轻处罚。

四、对于犯罪中使用的枪支不能以非法制造枪支罪来认定

宜春市公安司法鉴定中心枪支、弹药鉴定书----（宜）公（司）检（痕）字【2015】8029号认定意见：“当所发射弹丸的枪口比动能大于等于1.8焦耳/平方厘米时，一律认定为枪支。”之规定，送检的疑似枪支为自制结构，能正常击发钢珠弹。检验意见“送检的疑似枪支是火药为发射动力，能正常发射钢珠弹的去自制枪支。”

这一鉴定意见与事实不符。一是该射钉枪适用于装钢板窗户的民用工具。射钉枪常用于木工以及建筑施工当中。在法庭调查中可以得知，被告邹景文所从事

的工作即与建筑施工、装饰装修相关，为了在工作中更便利的安装铝合金而加装了一根钢管，系为了生产、生活而改造并使用。二是该射钉枪是没有火药力的枪支，认定自制枪支不对。被告人邹景文是市场买的民用枪，不是自制枪支。被告人邹景文没有这个本事，不会自制枪支。

综合上述因素和情节，可知被告人邹景文认罪悔罪态度良好，且具有自首情节等法定从轻处罚的情节，其主动与被害人家属达成和解协议，获得被害人家属谅解表明被告人邹景文的人生危害性和主观恶性得到降低。请求法庭考虑从轻、减轻处罚被告人邹景文，对被告人邹景文犯故意杀人罪依据自首情节、悔罪、刑事和解等情节，判处邹景文犯故意杀人罪，处无期徒刑以下，请考虑。

此致

宜春市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2016年2月24日

吴家南贩卖毒品死刑改判案

案情简介

被告人吴家南，男，汉族，1990年1月1日出生，江西省鹰潭市余江县人，大专文化，无业。家住余江县画桥镇葛家店吴家村。因涉嫌贩卖毒品罪于2012年7月7日被刑事拘留，同年8月13日被逮捕。

江西省鹰潭市中级人民法院审理被告人吴家南伙同被告人徐战太、蔡如龙向被告人顾江涛、赵雪飞贩卖含甲基苯丙胺成分的毒品272.3502克，后吴家南又将从他人手中拿来的含甲基苯丙胺成分的毒品2035.3736克麻古藏于家中待出售，吴家南贩卖毒品共计2407.7238克，其行为已构成贩卖毒品罪。且在犯罪过程中起主要作用；另被告人徐战太联系好买家和卖家后，积极组织毒品交易，与吴家南共同贩卖含甲基苯丙胺成分的毒品372.3502克，其行为已构成贩卖毒品罪，且在犯罪过程中起主要作用，系主犯。一审法院判处吴家南犯贩卖毒品罪，贩卖含甲基苯丙胺成分的毒品372.3502克，又将吴家南家中未出售的含甲基苯丙胺成分的毒品2035.3736克，共计吴家南贩卖毒品2407.7235克，系主犯，判处吴家南死刑。其他被告顾江涛、徐战太犯贩卖毒品罪，判处死刑，缓期二年执行、有期徒刑15年。一审宣判后，二审上诉期间找到江西云龙律师事务所律师李云龙。

李云龙律师接受被告人吴家南委托，为被告人吴家南辩护。李云龙律师主要从吴家南家中未出售含甲基苯丙胺2035.3736克进行调查取证，提供吴家南未出售含甲基苯丙胺2035.3736克进行取证，证实吴家南家中2035.3736克甲基苯丙胺未出售，未找买家卖家，应当认定为非法持有毒品罪。只能认定吴建安伙同他人徐战太、顾江涛等人贩卖毒品372.3502克。鉴于吴家南毒品尚未流入社会，具有坦白情急。江西省高级人民法院刑一庭审判长，承办法官陈永琦依据本案情况，（2013）赣刑一终字第98号刑事判决书，撤销江西省鹰潭市中级人民法院（2013）鹰刑一初字第7号刑事判决书，改判上诉人吴家南犯贩卖毒品罪，判处死刑，缓期二年执行。救了吴家南一条生命。

为被告人吴家南贩卖毒品一案二审辩护词

审判长：

我接受被告人吴家南的亲属委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人吴家南贩卖毒品一案二审辩护，发表辩护词如下：

鹰潭市中级人民法院（2013）鹰刑一初字第7号刑事判决书判处“被告人吴家南犯贩卖毒品罪，判处死刑。”被告人吴家南不服一审判决，提出上诉至省高级人民法院。辩护人根据被告人吴家南的上诉请求以及本案事实，对本案定性、适用法律、贩卖毒品数额认定以及被告人认罪坦白事实，谈几点辩护意见。

一、对一审判决认定被告人吴家南伙同被告人徐战太、蔡如龙向被告人顾江涛、赵雪飞贩卖含甲基苯丙胺成分的毒品372.3502克，构成贩卖毒品罪的数额，只能认定被告人吴家南贩卖毒品372.3502克

本案认定贩卖含甲基苯丙胺成分的毒品372.3502克，符合贩卖毒品罪构成要件。有贩卖联系人、有送货人、有进行毒品交易的行为。2012年7月5日15时，是被告人吴家南拨打徐战太的电话，有人要买3000粒麻古，并有蔡如龙送货，属于贩卖活动，符合贩卖毒品罪。

二、被告人吴家南租住屋查获甲基苯丙胺2035.3736克毒品，不能认定被告人吴家南贩卖毒品数额

被告人吴家南2012年9月19日讯问笔录：“我刚返回住处，‘老四’拨打我的手机说，他已经将麻古送过来了，我就下楼与他见了面，他给予我四大包用塑料袋包装好两万叁仟粒麻古，我拿着他给我的毒品回到租住的房内，并将毒品藏在我住处。抓我时将这四大包毒品查获。”

吴家南2012年9月19日的笔录，包括侦查阶段交代的笔录大致一样。被告人吴家南对“老四”给他两万叁仟粒麻古的交代内容，可证实几个问题。第一，在吴家南租住处查获四大包毒品甲基苯丙胺2035.3736克，毒品所有权是老四的，不是吴家南的。第二，在吴家南租住处查获的甲基苯丙胺2035.3736克，并没有

进行贩卖，吴家南也没有支付钱给老四。第三，在吴家南租住处查获的甲基苯丙胺 2035.3736 克，在吴家南租住处藏放一两天就被查获，被告人吴家南也没有联系购买人。一审法院判决书认定吴家南租住屋里的 2035.3736 克毒品“准备”贩卖没有事实依据，全凭猜想。第四，被告人吴家南多次交代 2035.3736 克毒品是老四给他的，不能认定吴家南贩卖毒品 2035.3736 克。公安机关在 2012 年 7 月 6 日中午在吴家南租住屋缴获钱款 42555 元。这一证据也印证吴家南交代笔录符合事实，证实吴家南并没有大量资金贩卖毒品，说明 2035.3736 克是老四的，因为贩卖 2035.3736 克毒品需要 60-80 万。查获被告人吴家南的住处情况，可证实吴家南没有 60-80 万元贩卖。

三、从贩卖毒品罪界定，应认定吴家南租住屋 2035.3736 克毒品为非法持有毒品罪

从贩卖毒品行为的定义，“贩卖”两字含义，在《现代汉语词典》中：“贩卖——商人买进货物再卖出去获取利润。”

贩卖毒品应当包括两个方面特征：一是从交易方式讲，可以是先买进后卖出，但只要以牟利为目的，即使只有卖出行为，也构成贩卖毒品罪。被告人吴家南租住屋查获的 2035.3736 克毒品，一是没有买，又没有卖出的证据。二是贩卖毒品是指非法有偿转让，包括买卖与交换、批发和出售。不论是先买后卖或自制自销，只要行为人以牟利为目的，将毒品买入或卖出，皆属贩卖毒品行为。三是认为贩卖毒品是指有偿转让毒品或者以贩卖为目的非法收购毒品。司法实践采用的是 1994 年 12 月 20 日最高人民法院《关于执行〈全国人民代表大会常务委员会关于禁毒的决定〉若干问题的解释》中对贩卖毒品的定义“明知是毒品而非法销售或者以贩卖为目的而非法收买毒品的行为。”依据司法解释以及本案事实情况，在被告吴家南租住处两万叁仟粒麻古，一没有销售，二没有贩卖，三没有获利，不构成贩卖毒品数额，应定非法持有毒品罪。

四、被告人吴家南具有坦白认罪，具有自首情节

被告人吴家南在侦查阶段如实交代问题，积极认罪并检举揭发“老四”的犯罪事实。依照《刑法修正案（八）》所规定的刑法第 67 条第三款：“犯罪嫌疑人虽不具有前两款规定的自首情节，但是如实供述自己罪行的，可以从轻处罚；因其如实供述自己罪行，避免特别严重后果发生的，可以减轻处罚。”

综上所述，被告人吴家南仅贩卖毒品 372.3502 克，而在吴家南租住处查获

甲基苯丙胺 2035.3736 克，没有贩也没有卖出，应认定非法持有毒品罪。依据被告人吴家南认罪态度，撤销一审判决，改判吴家南贩卖毒品罪死缓；非法持有毒品罪判处被告人吴家南无期徒刑。数罪并罚，判处被告人吴家南死缓。

以上意见是否？请审判长考虑。

此致

江西省高级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2013 年 12 月 16 日

刘汉诚故意杀人改判案

案情简介

被告人刘汉诚，男，1968年6月4日出生，汉族，江西省丰城市人，高中文化，2011年12月15日因故意杀人罪被丰城市公安局刑事拘留，同年12月26日经丰城市检察院批准逮捕。

江西省宜春市人检察院指控：1997年7月16日，被告人刘汉诚与单位同事李志勇发生口角。第二天，李志勇的哥哥李志强携带砍刀伙同左海滨来到丰城市交通局运管所找到刘汉诚，两人发生争吵，李志强用砍刀将刘汉诚砍伤。刘汉诚被砍后跑回家中拿来一把猎枪，并开着单位的吉普车追赶李志强，一直追到丰城市民政局福利院内，刘汉诚边追边在车上朝李志强开枪，将李志强打死，随即开车逃离现场。经法医鉴定，死者李志强系左面部散弹伤致创伤性休克而死亡。宜春市人民检察院认为，被告人刘汉诚的行为已触犯1979年《中华人民共和国刑法》第一百三十二条的规定，应当以故意杀人罪追究其刑事责任。

附带民事诉讼原告人、被害人李志强亲属要求被告人刘汉诚赔偿原告人死亡赔偿金等费用，共计人民币573553元，并要求人民法院判处被告人死刑立即执行。

宜春市中级人民法院认为，被告人刘汉诚目无法纪，为泄私愤，持枪将被害人李志强打死，其行为已构成故意杀人罪。虽然被害人李志强对本案发生有一定过错，但被告人在大庭广众之下将被害人李志强枪杀致死，其犯罪手段特别残忍，情节特别恶劣，没有得到被害人家属的谅解，应予严惩。一审判处被告人刘汉诚犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身。

被告人刘汉诚一审宣判后，被告人刘汉诚的哥哥刘汉辉从丰城赶来南昌市，请江西云龙律师事务所主任李云龙律师作为二审辩护律师。

李云龙律师接受本案后，一是进行刑事和解，与被害人家属达成刑事和解，签订刑事和解协议，与原审附带民事诉讼原告人李春根（系被害人李志强之父）

签订了民事赔偿协议，赔偿 36 万元。二是李云龙律师取得有关证据，证实被害人李志强对本案发生存在过错，江西省高级人民法院刑庭审判员陈向群采纳李云龙律师的辩护意见。

2013 年 1 月 28 日江西省高级人民法院刑事附带民事判决书撤销宜春市中级人民法院（2011）宜中刑一初字第 33 号刑事判决书，改判上诉人刘汉诚犯故意杀人罪，判处死刑，缓期两年执行。

李云龙律师为刘汉诚故意杀人案辩护，通过调查取证，为被害人家属进行刑事和解，得到了改判，救了刘汉诚的生命。现刘汉诚在高安监狱服刑，服刑期间减刑，现为 18 年有期徒刑。

为被告人刘汉诚故意杀人一案二审辩护词

审判长、审判员：

受被告人刘汉诚家属的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为被告人刘汉诚涉嫌故意杀人罪一案二审出庭辩护，发表辩护词如下。

江西省宜春市中级人民法院（2012）宜中刑一初字第 33 号判决书判决被告人刘汉诚犯故意杀人罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，上诉至江西省高级人民法院进行二审，现对本案发表如下辩护意见：

一、被害人李志强对本案的发生存在过错

江西省宜春市中级人民法院（2012）宜中刑一初字第 33 号判决书第七页对一审辩护人提出被害人李志强在本案中存在一定过错的事实得以确认，但是并未在量刑中得以体现。被害人的过错行为对于本案的发生有着不可忽视的影响，本案的证人罗祥和、陈卫国的证言对于此事实有着详细的描述。根据证人罗祥和 1997 年 7 月 17 日下午在公安机关的证言的第一、二页的描述，“今天上午 8：30 时许，我同陈卫国所长在运管所会议室找我所职员刘汉诚谈心时，看到李志强同到一个人站在会议室门口对刘汉诚说‘刘汉诚过来。’刘汉诚说‘有什么事就到这里说嘛。’他边说边往外面走。他出去就同李志强到会议室隔壁的房间说话，他同来的人站在门口，他们进去没几分钟，我看到刘汉诚从里头出来，李志强拿着一把一尺余长宽约一寸的刀跟着出来。刘汉诚出来就往综合股对面的汽修股走，李志强就跟进去，他同来的人也跟进去，我看到李志强带刀，我也赶紧跟进去，我拦住李志强‘小李，别这样，有话好好说。’李志强说‘你开来。’我没让，他就用手推开我，并顺手拿刀向刘汉诚划了一下，我看到刘汉诚的左肩后背被划开了一道约 1 寸长的口子，刘汉诚被划到后立即转身从汽修股的窗子跳到楼下。”对于在汽修股内发生的事情，罗祥和是这样描述的：“我进去时，看到李志强拿

着刀平的在刘汉诚头上敲了一下，后来李志强在他肩部划了一刀。”“刘汉诚转身跳楼时，李志强还用杯子扔过去，没砸到他。”

1997年7月17日上午证人陈卫国的证言同罗祥和证言证实的情况基本一致。2012年10月16日，再次向证人陈卫国取证，在证言中向陈卫国确认当时的情况，证人陈卫国说道“亮出刀来了，大约30公分，近一尺长，在场的人都看到了。”“当时李志强拿刀在刘汉诚面前晃动，有威胁的味道。”“左臂有一点流血的痕迹。”

证人罗祥和、陈卫国证言的描述证实，案发当天被害人李志强持刀到被告人刘汉诚的单位，将被告人刘汉诚叫到一个单独的房间，持刀威胁并且实际砍伤被告人刘汉诚，被告人刘汉诚受伤后跳窗逃离并受到被害人及其同伙追击的事实。被害人李志强蓄意伤害被告人刘汉诚，在罗祥和的劝阻之下仍砍伤被告人刘汉诚。当时案发在7月份，衣服都比较单薄，被害人李志强砍伤刘汉诚的伤疤至今都存在，足以证明当时对刘汉诚的人身安全造成了严重威胁，被告人刘汉诚在当时受到被害人李志强的持刀威胁砍伤的事实也成为被告人刘汉诚拿枪与之对抗的起因。

因此，辩护人认为被害人李志强的行为使刘汉诚的生命权受到严重的威胁，被告人刘汉诚在惊恐之下做出错误的选择，持枪杀死了被害人。本案的发生同被害人李志强的持刀威胁砍伤被告人刘汉诚的行为有着重要的联系，辩护人认为本案的发生被害人是存在过错的，希望法庭对于此情节在量刑上予以充分的考虑。

二、被告人刘汉诚认罪态度良好，刘汉诚的家属愿意集全家之力积极地承担赔偿责任

被告人刘汉诚到案之后，对于其犯罪行为予以供述，并且积极配合公安机关落实案件办理，对于检察院指控的杀死被害人的事实不予否认。到案后多次表示对15年前发生的事件后悔不已，希望法院能够从轻对其进行处理。

被告人刘汉诚在逃亡期间无稳定的收入来源，对于附带民事赔偿部分完全不具备赔偿能力，但是刘汉诚个人及其父母兄弟愿意举全家之力承担民事赔偿责任，在法院审理前后，被告人刘汉诚的家属曾多次找到被害人家属表示愿意积极地进行赔偿求的被害人家属的原谅，但是遭到对方的拒绝。刘汉诚及其家属表示愿意尽力去弥补被害人家属的损失，尽力去安抚被害人家属，希望能够达成刑事和解。

三、被告人刘汉诚和被害人李志强之间不存在深仇大恨，因工作小事引发纠纷，双方矛盾升级发生的激情杀人案件

根据辩护人提交的邱贤诚、陈卫国的证人证言证实，被告人刘汉诚和被害人李志强的弟弟李志勇属于同事关系，双方私下并无仇恨，本案的发生是因为被告

人刘汉诚与被害人李志强的弟弟李志勇因为单位车子开天窗的事情意见不合引发的矛盾，李志勇让其哥哥李志强教训被告人刘汉诚。因此，双方之间并未深仇大恨，因工作琐事引发被害人李志强伙同他人去教训被告人刘汉诚，被告人刘汉诚一时间情绪受挫激情杀人。在本案中，被告人刘汉诚枪杀被害人李志强完全是在生命受到威胁下，情绪不能自控的情形下发生的。

综合以上几点辩护意见，辩护人对于一审法院故意杀人罪的罪名认定无异议，但是在量刑部分辩护人认为量刑过重，请二审法院考虑被害人过错的因素、被告人刘汉诚坦白犯罪事实并且愿意积极承担赔偿责任、案件发生双方无仇怨、案件的性质不属于恶性预谋杀人案件三方面的因素，在量刑上予以考虑，请二审法院在量刑上予以从轻处理。

此致
江西省高级人民法院

江西省云龙律师事务所律师：李云龙
2012年12月3日

【民事胜诉案】

江西科技房地产综合开发公司开发合同纠纷案

案情简介

江西科技房地产综合开发公司(以下简称科技公司)与南昌市房地产综合开发公司于1995年12月28日签订了《联合开发协议》。合同约定：“甲方南昌市房地产综合开发公司提供4.9亩城市规划用地一块，乙方江西科技房地产综合开发公司负责项目的全部资金，合同生效后一星期内，付一百万元到甲方账上，负责确立管理施工队伍……”合同签订后，科技公司积极履行合同，投资骆家巷项目工地计人民币315万元。

南昌市东湖赣华物业中心(原是南昌市东湖赣华机电供应站)1993年3月29日与南昌市房地产综合开发公司签订了《统建代办联合开发合同书》。双方约定：骆家巷住宅区4.9亩土地由双方共同开发，由南昌市东湖赣华物业中心提供资金，南昌市房地产综合开发公司提供建筑用地，合同签订后没有履行。待科技公司与南昌市房地产综合开发公司1995年12月28日签订合同后，科技公司派人进入现场进行施工，为此，南昌市赣华物业中心以原告身份起诉科技公司、南昌市房地产公司到西湖区人民法院，起诉请求要求履行1993年3月29日与南昌市房地产综合开发公司签订的《统建代办联合开发合同书》，判定终止两被告签订的联合开发协议，并由两被告赔偿原告35万元。一审法院作出判决：

一、原告南昌市东湖赣华物业中心(原南昌市东湖赣华机电供应站)与被告南昌市房地产综合开发公司于1993年3月29日签订的《统建代办联合开发合同书》部分有效。

二、被告南昌市房地产综合开发公司与被告科技公司于1995年12月28日签订的联合开发协议无效。

三、被告科技公司赔偿原告南昌市东湖赣华物业中心的经济损失225700元(本判决生效后的1个月内执行完毕)。

一审宣判后，被告科技公司、南昌市房地产综合开发公司均提出上诉，认为南昌市赣华物业中心不具备开发房地产资格，没有投入资金，请二审确认1995年12月28日签订的合同有效。南昌市中级人民法院于1997年6月3日作出洪民终字第165号民事判决，维持南昌市西湖区人民法院(1997)西民初字第11号民事判决，变更了科技公司赔偿22万余元损失一项。

二审宣判后，原审上诉人科技公司、南昌市房地产综合开发公司均向江西省高级人民法院提出申诉。江西省高级人民法院作出(1997)赣高法民监字第19号民事裁定，决定对本案进行提审。江西省高级人民法院认为，原审被上诉人南昌市赣华物业中心在诉讼前是经营机电产品的集体企业，并未取得资质证书，不具备房地产开发资格。

原审上诉人南昌市房地产综合开发公司、科技公司均有从事房地产开发的资质证书、营业执照。双方于1995年12月28日签订的《联合开发协议》有效。撤销了南昌市中级人民法院(1997)洪民终字第105号民事判决和南昌市西湖区人民法院(1997)西民初字第11号民

事判决，确认原审上诉人对南昌市骆家巷 4.9 亩建筑用地有开发权，申诉人科技公司申诉成功胜诉。

申诉代理词

我接受申诉人江西科技房地产综合开发公司的委托，为江西科技房地产综合开发公司合同纠纷一案出庭代理，发表代理词如下：

申诉人认为南昌市中级人民法院(1997)洪民终字第 105 号民事判决书是一个违背事实与法律的错误判决。对于申诉人提出南昌市东湖赣华机电供应站与南昌市房地产综合开发公司于 1993 年 3 月 29 日签订的合同无效，被申诉人不具备房地产开发资格，没有投入资金，申诉人提供的证据确凿，理由充分，而二审法院严重不顾事实，仍然确认赣华机电供应站具有开发权，这种判决是错误的，任其发展下去将会对社会造成严重问题，请省高级法院依照事实与法律撤销二审判决，确认申诉人江西科技房地产综合开发与南昌市房地产综合开发公司于 1995 年 12 月 28 日签订的联合开发协议有效，确认申诉人具有开发权，确认被申诉人无权经营、开发房地产，撤销二审法院的错误判决。

一、被申诉人南昌市东湖赣华机电供应站与南昌市房地产综合开发于 1993 年 3 月 29 日签订的合同无效，不受法律保护

一、二审判决却确认了南昌市东湖赣华机电供应站于 1993 年 3 月 29 日的合同有效，这不是明显的枉法裁判吗？在二审开庭期间，江西科技房地产综合开发公司、南昌市房地产综合开发公司列举大量证据，提供法律依据，证实 1993 年 3 月 29 日签订的合同无效。

经查阅南昌市东湖工商局有关档案资料，南昌市东湖赣华机电供应站，是一个仅有注册资金 6 万元，无流动资金的小企业，经营范围：“家用电器，机电、工矿配件”，无经营房地产的范围。根据《中华人民共和国合同法》第 7 条规定：下列经济合同无效：一、违反法律和行政法规的合同；二、采取欺诈，胁迫等手段所签订的合同。……被上诉人南昌市东湖赣华机电供应站是一个仅经营家电、机电的小型供应站，根本没有经营房地产的范围。南昌市东湖赣华机电供应站明知自己无经营房地产范围，而去与南昌市房地产综合开发公司订立房地产开发合同。此举一是欺诈他人，二是严重违反法律要求，这种合同是无效的。

《中华人民共和国企业法人登记管理条例》第 13 条明确规定：“……企业法人应当在核准登记注册的经营范围内从事经营活动。”本案中所涉及的经营行业是房地产开发，而南昌市东湖赣华机电供应站未经工商登记主管部门核准有经营房地产范围，而从事房地产开发业务明显超出其经营范围，实属非法经营。违反法律合同应为无效。

南昌市东湖赣华机电供应站在诉前变更名称为南昌市东湖赣华物业中心，且在其经营范围增加了房地产开发，对于这个问题该如何看？应当说 1993 年 3 月 29 日的合同签署单位为南昌市东湖赣华机电供应站，而不是南昌市东湖赣华物业中心，合同主体仍是机电供应站，应严格按照法律要求确定合同主体。1993 年 3 月 29 日的合同无效，因为 1996 年南昌市东湖赣华机电供应站才进行变更，并增加了经营房地产内容，这样变更经营范围，也不说明其当初在签订合同时具有经营、开发房地产资格。根据《城市房地产开发管理暂行办法》第 28 条规定：设立房地产开发公司应当具备以下条件：“(一)有适应房地产开发经营需要的固定的办公用房；(二)注册资金一百万元以上，且有流动资金不低于一百万元；(三)有四名以上持有专业证书的房地产、建筑工程专业技术人员……”第 30 条还规定：“主管部门对设立

公司手续完备的，颁发《房地产开发企业资质等级证书》。”经过法庭开庭审理，查明南昌市东湖赣华物业中心，仅有6万元注册资金，不符合房地产开发公司必须有100万元以上注册资本之规定。在法庭上出示房地产开发资格证书，仅有江西科技房地产综合开发公司、南昌市房地产综合开发公司出示了省建设厅颁布的资格证书。而南昌市东湖赣华机电供应站没有出示，也不可能出示。

在本案中，南昌市东湖赣华机电供应站无论是名称变更前还是变更后，都没有房地产经营范围，没有符合法律规定的注册资金、流动资金，又没有相应的专业技术人员，因此，1993年3月29日南昌市东湖赣华机电供应站与南昌市房地产综合开发公司签订的合同无效。

1993年3月29日签订的合同不仅无效，而且也没有履行过。因为南昌市东湖赣华机电供应站没有固定资金，经过法庭查证，南昌市东湖赣华机电供应站没有投一分钱。南昌市东湖赣华机电供应站将江西华泰公司的55万元综合开发费说成是自己的投资款，这是侵犯华泰公司权利的说法。55万元财产的所有权应当属于江西华泰公司，而不是南昌市东湖赣华机电供应站。

据了解，南昌市东湖赣华机电供应站以转让合同形式于1996年1月31日与南昌县园林建筑公司签订施工合同，收取定金35万元。1997年1月又与南昌市金强建筑有限公司签订了合同，收取了施工定金30万元，其利用施工、转让合同的形式骗取钱财。为了制止这种不法行为，江西科技房地产综合开发公司与南昌市房地产综合开发公司于1996年8月24日在《南昌晚报》上联合声明：“西湖区骆家巷旧城改造项目开发权属两公司所有，凡未经我两公司签订的有关该项目的销售、施工合同均无效。”被上诉人南昌市东湖赣华机电供应站口口声声讲：“这一声明侵权了，剥夺了它的房地产开发权……”这一声明正击中了要害，防止被上诉人到处利用合同骗取钱财。被上诉人1993年3月29日签订的开发合同无效，不受法律保护，根本不存在侵权。南昌市中级人民法院(1997)洪民终字第105号判决书不顾事实与法律，判决南昌市东湖赣华机电供应站与南昌市房地产综合开发公司于1993年3月29日签订的合同部分有效，是非常错误的。

二、南昌市房地产综合开发公司与申诉人江西科技房地产综合开发公司于1995年12月28日签订的联合开发协议有效

有效合同签订后，就具备法律效力，受到法律保护。而二审判决认定：“被告南昌市房地产综合开发公司与被告江西科技房地产综合开发公司于1995年12月28日签订的联合开发协议及原告的补充协议无效。”这一认定没有事实与法律依据。请省法院撤销这一判决。南昌市东湖赣华机电供应站认为：江西科技房地产开发公司侵权，违反1993年3月29日签订的合同规定，产生了侵权问题。合同签订不论先后，主要是看合同是否有效。合同签订得早，违反法律规定，再早也是没有效力。没有效力的合同，就不存在侵权的问题，因为南昌市东湖赣华机电供应站1993年3月29日签订的合同无效，就不存在受法律保护的问题，也不存在侵权的问题。

1995年12月28日的联合开发协议，不仅合同主体适格，而且签订的内容也符合法律要求。1995年12月28日签订的《联合开发协议》约定：“甲方提供5亩城市规划用地一块；乙方负责项目的全部资金，合同生效后一星期内，付壹佰万元到甲方账上，负责确立管理施工队伍……”合同签订后，江西科技房地产开发公司积极履行合同，投资骆家巷项目共计315万元，经法庭调查核实投资315万元是事实。

这是一个有效合同，这是符合事实与法律要求的合同。而一审判决连江西科技房地产开发公司投资投入的 315 万元，没有对此进行判决和处理，也没有返还财产就简单判决 1995 年 12 月 28 日的合同无效。南昌市东湖赣华机电供应站妄想利用这一判决侵吞这 315 万元。

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 182 条规定：“对当事人在一审中已经提出的诉讼请求，原审人民法院未作审理、判决的，第二审人民法院可以根据当事人自愿的原则进行调解，调解不成的，发回重审。”根据这一规定，江西科技房地产综合开发公司提出的诉讼要求，一审未作审理判决，现二审又提出这一事实，二审应当发回重审，查明事实后重新判决。而二审法院没有按照审判程序办，没有查清事实情况，又作出错误判决。

三、关于二审判决中的几个具体问题

1. 二审判决第二项认定：“变更南昌市西湖区人民法院(1997)西民初字第 11 号民事判决第四项。即江西科技房地产综合开发公司和南昌市房地产综合开发公司赔偿南昌市东湖赣华物业中心的经济损失，从 1996 年 8 月 24 日始至执行之日，每月按 32 250 元计算。”二审法院的这一变更是没有事实与法律依据的。被申请人南昌市赣华机电供应站连一文都没有投入，也没有从事开发工作，仅凭一张无效合同书，竟在法院得到个别人的认可，靠打官司来发财。赔偿的前提是要遭受经济损失才能进行民事赔偿，被申请人连一文也没有投入，怎么遭受损失。请省法院撤销这一错误判决。

2. 二审第三项判决：“南昌市东湖赣华物业中心返还江西科技房地产综合开发公司投入的工程款，搬家费、过渡费、拆迁保证金 110 万元”。从本案查明的事实来看，南昌市东湖赣华物业中心是仅有固定资金 6 万元，又无流动资金的小企业，哪有能力返还工程款 110 万元？也许有人会说待开发后再返还。被申请人没有资金怎么去从事开发？看来赣华机电供应站只有靠从事非法转让合同来度日，要不就是拿着这张无效合同书去行骗、去弄钱。这都是法律所不允许的行为。南昌市房地产综合开发公司只负责提供建房用地，不承担其他工程费用，因此，二审判决认定南昌市房地产综合开发公司返还江西科技房地产综合开发公司建房保证金 160 万元，是没有事实依据的。

综上所述，请省高级法院依据事实与法律撤销二审判决。确定申诉人两公司 1995 年 12 月 28 日签订的合同有效，确定申诉人与南昌市房地产综合开发公司两公司具有“西湖区骆家巷”工程项目的开发权，被申请人无权从事此工程开发。

此致

江西省高级人民法院

江西省大华律师事务所律师 李云龙

1997 年 6 月 9 日

台湾联达电信工程股份有限公司股份转让 合同纠纷案

案情简介

2000年4月21日，原告九江康明实业有限公司与被告台湾联达电信工程股份有限公司签订了《企业股份转让协议书》和《补充协议》，其中约定：(1)被告将其独资兴办的九江联达建设有限公司全部注册资本中的75%转让给原告，变更外商独资公司为中外合资公司，75%的股份作价人民币1200万元，被告保留25%的股份，作价人民币400万元。(2)原告在协议签订之日付给履约保证金人民币200万元，并于10日内将转让金1000万元汇到被告指定的银行账户。被告同时交付协议约定各项文件、报表以及有关证件，陆家垅47.2亩土地使用证。合同签订后，原告仅履行付给履约保证金人民币200万元。10日内未履行给付转让款1000万元。被告于2000年7月25日终止合同。原告以14亩土地被九江市政府规划为学校用地没有告知为由而认为被告违约，起诉到九江市中级人民法院，诉讼请求：1.要求追究被告违反股份转让协议的违约责任；2.判定被告双倍返还原告履约保证金400万元。九江市中级人民法院(2001)九中经一字第19号民事判决书判决：一、解除原告与被告签订的《企业股份转让协议书》和《补充协议》；二、被告台湾联达电信工程股份有限公司依约双倍返还原告九江康明实业有限公司定金共计人民币400万元。

台湾联达电信工程股份有限公司不服一审判决，上诉到江西省高级人民法院。二审法院维持原判。目前此案已申诉。

二审代理词

审判长：

我接受台湾联达电信工程股份有限公司的委托，经江西省心远律师事务所指派，为台湾联达电信工程股份有限公司股份转让合同纠纷一案出庭代理，依法参与诉讼，特发表代理词如下：

九江市中级人民法院(2001)九中经一初字第19号民事判决书判决：“被告台湾联达电信工程股份有限公司依约双倍返还原告九江康明实业有限公司定金共计400万元人民币。”这一判决不符本案事实与法律。

上诉人台湾联达电信工程股份有限公司没有违约，2000年4月21日双方签订的《企业股份转让协议书》未生效，未生效的合同不受法律保护，不存在双倍返还定金400万元人民币的问题。本律师就本案事实与适用法律问题谈谈代理意见。

一、双方签订的《企业股份转让协议书》未生效，未生效的合同不受法律保护。一审判决上诉人双倍返还定金 400 万元没有法律依据

上诉人台湾联达电信工程股份有限公司与九江康明实业有限公司 2000 年 4 月 21 日签订的《企业股份转让协议书》和《补充协议》合同第 2 条约定：“公司资本转让及价格，甲方(即上诉人)向乙方(被上诉人)出让独资公司 75% 的股份，作价人民币 1 200 万元。甲方持有 25% 的股份，作价人民币 400 万元。”上诉人将其开办的独资公司“九江市联达建设有限公司”的 75% 股份转让被上诉人九江市康明实业有限公司，合同还约定必须到工商局进行变更登记。转让合同签订后，依据公司法、公司登记条例的规定，应当进行公司股东变更登记。

《中华人民共和国登记条例》第 23 条规定：“公司变更登记事项，应当向原公司登记机关申请变更登记。未经核准变更登记，公司不得擅自改变登记事项。”第 31 条第 1 款还规定：“有限责任公司变更股东，应当自股东发生变动之日起 30 日内申请变更登记……”本案上诉人台湾联达电信工程股份有限公司与九江康明实业有限公司签订的《企业股份转让协议书》没有到九江市工商局办理变更登记。上述人在二审开庭期间出示了九江市工商局外资料 2001 年 10 月 10 日的证明文件。证明文件证实：“经查，九江联达建设有限公司 1993 年 3 月 23 日在我局登记注册，企业类型为独资经营，投资者为台湾联达电信股份有限公司。自注册以来，该公司未申请股权变更。”本案上诉人与九江市康明实业有限公司签订的《企业股份转让协议书》没有进行登记、变更，未经登记变更的转让合同未生效。

我国《合同法》第 44 条规定：“依法成立的合同，自成立时生效。法律、行政法规规定应当办理批准、登记等手续生效的，依照其规定。”《中华人民共和国公司登记条例》是行政法规，该法规明确规定：股东变更要进行登记。2000 年 4 月 21 日签订的《企业股份转让协议书》没有进行股东变更登记，应当视为未生效的合同，未生效的《企业股份转让协议书》，不受法律保护，就不存在双倍返还定金问题，上诉人接受了保证金 200 万元，退回去即可。一审法院，对上诉人适用定金罚则，没有法律依据。

有的法官认为，股权转让合同要分两步走。这一说法不正确。本律师认为审查合同有效，不能分两步走，股权转让合同纠纷首先要审查合同是否有效。

依据《最高人民法院关于贯彻执行〈经济合同法〉若干问题的意见》规定：“一、如何审查合同是否有效。1. 审查合同主体是否具有法人资格。2. 审查合同内容是否合法。3. 审查合同当事人的意思表示是否真实。4. 审查合同是否履行了法定的审批手续。法律、行政法规规定必须经过主管部门审核批准才能生效的合同，如果没有履行法定的审批手续，则不具有法律约束力。”本案股权转让合同未生效，就不能适用定金罚则。

二、一审判决没有任何事实依据，应当撤销

被上诉人一审提供一份证据，即“2000 年第一次规划审批会议纪要。”纪要时间是 2000 年 3 月 29 日，落款单位九江市城市规划办公室，这份纪要没有加盖公章。第二份证据是《火车站外广场及周边地段详细规划——绿化图》，落款单位是九江市城市规划市政设计院编制，也没有任何公章。被上诉人提供第一份证据没有盖公章，仅是一个打印稿；二审法院开庭期间，上诉方律师质证时提出，“没有加盖公章的纪要只能是一个打印稿，没有任何证据效力。”被上诉人提供市政设计院的图纸也没有加盖公章。被上诉人引用这两个证据证实上诉人转让的 47 亩土地中有 14 亩土地已被征用为中小学教育用地。一审法院认定了这两个证据。九江市中级人民法院(2001)九中经一字第 19 号民事判决认定：“2000 年 3 月 29 日九江市城市规

划办公室《会议纪要》也明确该土地使用将予以吊销，原告为此交涉，并将九江市城市规划市政设计院的规划图送交被告要求澄清，被告未予答复。”被上诉人提供《会议纪要》、设计院图纸都没有加盖公章，现在至今没有加盖公章，这个纪要有什么证据效力。被上诉人要上诉人说明 14 亩教育用地的的问题，本律师认为没有加盖公章的文件，不存在上诉人要澄清、说明的问题。设计图纸是绿化图，与本案征用土地根本没有关系，该证据不应采信。

被上诉人要求上诉人解释 14 亩中小学教育用地的的问题，只是被上诉人交不起股份转让金的一种借口，如果二审法院维持一审没有事实的判决，本案将错上加错。

三、200 万元保证金不是定金，不存在双倍返还的问题，本案不应当适用定金罚则

双方签订《企业股份转让协议书》第 5 条约定：“本协议签订之日，乙方先付给甲方履约保证金人民币 200 万元……”这明确表示这 200 万元是履约保证金，而不是定金。上诉人收到的也是履约保证金。九江联达建设有限公司经理洪清一开具一张收据：“收到企业入股履约保证金人民币贰佰万元。”开具收条也注明是履约保证金，不是定金。定金与保证金不同，保证金是保证合同成立。定金支付应在合同签订之前，定金决不能在合同签订之后交付。保证金的作用，是保证合同履行，交付保证金一方不履行合同，应当承担违约责任，接受保证金一方不履行合同，不存在双倍返还的问题。被上诉人明明交付的是合同的保证金，并不是定金，不存在适用定金罚则问题。一审法院将保证金视为定金不符合本案事实。被上诉人说这实际是定金。这种讲法没有事实依据。

上诉人台湾联达电信股份有限公司没有违约，不存在双倍返还定金问题。而是被上诉人违约。合同第 5 条约定：转让金的支付，本协议签订之日，乙方先付给甲方履约保证金人民币 200 万元，自本协议签订之日起，10 天内(如遇节假日时间应扣除)乙方将转让金余款人民币 1 000 万元汇到甲方指定的银行账号……被上诉人没有按照约定 10 天内付转让金 1 000 万元，按规定，这 1 000 万元最迟应在 4 月 30 日到账，被上诉人没有按协议办理。5 月 12 日，上诉人去函催交转让金 1 000 万元，被上诉人仍没有履行。这说明被上诉人违约。

被上诉人没有足够的 1 000 万元来履行合同，被上诉人交付的 200 万元保证金也是通过银行借贷来的，要交付 1 000 万元转让金，被上诉人是做不到的。

综上所述，一审判决是一个没有事实依据的判决，上诉人没有违约，股权转让合同未生效，未生效的合同不受法律保护，不存在双倍返还定金问题，请二审法院依据本案事实，撤销一审错误的判决，维护台商的合法权益，追究被上诉人的过错责任。

此致

江西省高级人民法院

江西心远律师事务所律师 李云龙

2002 年 3 月 25 日

周旺根诉陈道平侵权赔偿案

案情简介

原告周旺根，男，1954年12月出生，汉族，江西省高安市人，个体商人。被告陈道平，1958年8月生，江西省乐安县人。周旺根于2004年12月28日与江西省乐安县谷岗乡人民政府签订了《兴建乐安源旺水电站合同书》。合同项目：兴建乐安源旺水电站，经营期限为50年。双方合同还约定由周旺根自主经营，投入资金180万元。周旺根申报兴建源旺水电站得到批准后，2005年8月30日向县工商局进行登记注册，注册名称为源旺水电站，为周旺根所有，企业性质为个人独资企业。2006年4月16日被告陈道平带领他人侵占源旺水电站，将原告周旺根三名职工赶走，砸烂并更换门锁，自4月17日源旺水电站在被告陈道平的控制下，被告陈道平利用不正当手段侵占水电站企业公章一枚，发票专用章一枚，侵吞原告周旺根电费款99,611.52元。原告周旺根从高安市赶到南昌市，通过江西省文联党组书记郝海镭找到李云龙律师，并反映上述侵权的情况。李云龙律师接受委托，依据原告周旺根有关诉讼请求，向抚州市中级人民法院立案起诉。

2006年5月15日向抚州市中级人民法院提起民事诉讼。李云龙律师经过调查取证，参与诉讼。2006年8月25日法院作出一审民事判决。

抚州市中级人民法院（2006）抚民一初字第11号民事判决书，依照《中华人民共和国民事诉讼法》第134条第1款第（1）（4）项之规定，判决如下：

- 1.被告陈道平、周春莲停止侵害原告周旺根对源旺水电站行使经营权。
- 2.被告陈道平、周春莲返还源旺水电站电费99,611.52元及公章、发票专用章给原告周旺根，限本判决生效后10日内付清。

被告陈道平不服一审判决，上诉至江西省高级人民法院，二审审理开庭，周旺根继续委托李云龙律师代理并发表代理词，二审经审理维持原判。

现乐安源旺水电站归周旺根所有，经营管理很好，发电量增长很快。

一审代理词

审判长、审判员：

我接受原告周旺根的委托，经江西云龙律师事务所的指派，担任原告人周旺根诉讼代理人，依法参与诉讼，发表代理词如下。

一、原告周旺根提供书证凭证以及合同书，证实源旺水电站是属周旺根投资所有

原告人周旺根由乐安县纪律检查委员会引荐，与乐安县谷岗乡人民政府签订了《兴建乐安源旺水电站合同书》。合同项目：兴建乐安源旺水电站，经营期限为 50 年。双方合同还约定由乙方周旺根自主经营，自主管理，投入资金 180 万元。乐安县谷岗乡人民政府 2004 年 10 月 28 日行文上报乐安县水利局《关于兴建源旺水电站立项的请示》，2004 年 11 月 30 日乐安县水利局行文批准源旺水电站：“该项目效益好，可立项建设。”周旺根申报兴建源旺水电站得到批准后，2005 年 8 月 30 日向县工商局进行登记注册，注册源旺水电站为周旺根所有。县工商行政管理局经审查同意登记注册，企业性质为个人独资企业，领取个人独资企业经营执照。周旺根并办理税务登记证书，证实源旺水电站是周旺根独资企业。2006 年 3 月 15 日与乐安供电有限公司签订《水电站并网合同》，有供电公司领导和周旺根签字。律师出示一系列乐安县发改委、水利局等文件证明水电站是属周旺根所有。从事实上法律上，源旺水电站已确权为周旺根独资所有。

二、没有合伙协议，也没有合伙出资约定，本案被告不具备合伙人身份

合伙是以合伙协议为成立前提的。《民法通则》第 31 条规定：“合伙人应当对出资数额、盈余分配、债务承担、入伙、退伙、合伙终止等事项，订立书面协议。”从某种意义上说，合伙就是要订立书面协议，合伙协议是合伙企业成立前提，也是合伙人权利义务的依据。本案原告周旺根与被告陈道平、周春莲之间对于兴建源旺水电站没有订立书面协议，对被告人陈道平、周春莲合伙投资数额没有书面协议，对债务承担、出资多少都没有书面协议。被告陈道平在法庭上出示的“收款收据”收款凭证为 125,122.97 元。从收款收据上可以看出陈道平垫付在源旺电站的钱纯属是买东西的钱，如果是投资合伙就不会有几角几分，那肯定是整数。原告出示的证据已证明 125,122.97 元全部是陈道平在源旺水电站代买东西的销货凭证，而且收据上也已说明陈道平交来的是买东西的发票，并不是陈道平的投资合伙款更没有注明是合伙资金。依据《民法通则》的规定，对合伙资金投入，要有书面协议约定投资数额。被告人这些购买东西的资金，只能证实是为原告周旺根代买物品，这种代买行为形成一种债务关系。

依据《中华人民共和国合伙企业法》第 8 条规定：“设立合伙企业，应当具备下列条件：（一）有二个以上合伙人。合伙人为自然人的，应当具有完全民事行为能力；（二）有书面合伙协议；（三）有合伙人认缴或者实际缴付的出资；（四）有合伙企业的名称和生产经营场所；（五）法律、行政法规规定的其他条件。”法律明确规定，合伙人进行合伙经营，一定要签订书面协议，这是合伙企业法明确规定合伙人必须具备的条件。合伙合同必须是书面的，一旦发生纠纷，也有据可查，有利解决纠纷。有人说口头协议行吗？回答是不行。口头协议可变性大，不易操作，因此合伙企业法明确规定要有书面协议。被告代理人引用最高人民法院，《关于贯彻执行〈中华人民共和国民法通则〉若干问题的意见》的司法解释。这个 1988 年的司法解释与 1997 年颁布《中华人民共和国合伙企业法》有抵触，应当认定后法优于先法，而且 1997 年颁布现行法律效力更大。用证人来证明合伙关系是不符合法律要求的，被告代理人取证了徐志民、周永兵等证人来证实陈道平有合伙事实、这种证明是无效的，证人也

并没有证明陈道平、周春莲与原告是合伙关系。依据合伙企业法规定，被告人不是周旺根的合伙人。

三、被告陈道平提供 2006 年 4 月 13 日调解方案，足可证实，原告周旺根与被告陈道平没有合伙书面协议

原告人周旺根与被告陈道平多次发生纠纷，2006 年 4 月 13 日在乐安县纪律检查委员会进行调解，双方达成调解方案。调解方案说明二个问题：一是周旺根与陈道平从未签订过合伙协议；二是决定将陈道平垫付源旺水电站的钱物全部还给陈道平，还以 40 元一天计算向陈道平支付工资。这个调解方案由被告陈道平提供，是一个有效的还款方案，应当得到一审认可。

四、被告陈道平说他“参与水电站管理，支付民工款以及其他费用应是合伙人。”这句话不能说明他是合伙人

一审开庭期间，被告人陈道平出示有关支付民工工资，参与电站管理，以及购买电器物品等证据，来证明被告陈道平具有合伙人的身份。分析一下被告陈道平向法庭出示投资款 40 万元，以及支付民工工资问题。

陈道平所说的这 40 万元投资款，实际上是记账凭证，这些记账单实为买盐、买米、买木料、毛竹的记账单，账单上没有任何人签字，也没有周旺根等人签字认可，都是一些账目往来的数字，并不是投资款。投资款应当是一个整数，几角几分怎么样认定投资款。被告陈道平原想参与电站合伙，曾帮助周旺根管理过电站，支付民工工资这是事实。参与管理，支付民工工资也不能认定就是合伙。公司经理、项目经理也参与公司管理，参与公司管理者并不一定是合伙人。合伙人应当有合伙章程，形成书面的合同形式。被告人陈道平始终没有与原告周旺根签订过合伙协议。

陈道平出示了乐安县整治经济发展环境领导小组办公室《关于高安客商周旺根投诉陈道平有关问题的协调了解情况》协调会的简报。这个协调简报只是记述了原告周旺根与陈道平发生投资纠纷的一些情况，并没有确定陈道平与周旺根的合伙关系，协调简报第 2 条建议：“若双方不同意算账和协调，建议他们通过司法途径解决。”很明显这次协调会并没有结果。

五、用两个证人来证明陈道平是合伙关系，不符合法律要求

有两个以上证人来证明合伙关系是不符合法律要求的。一审时被告代理人引用 1988 年 4 月 2 日最高人民法院《关于贯彻执行〈中华人民共和国民事诉讼法〉若干问题的意见》第 50 条：“当事人之间没有书面合伙协议，又未经工商行政管理部门核准登记，但具备合伙的其他条件，又有两个以上无利害关系人证明有口头合伙协议的，人民法院可以认定为合伙关系。”这是 1988 年作的解释，解释前提是未经工商行政管理部门登记的公司，而源旺水电站已登记为周旺根独资企业，不适用这一解释。这一司法解释与 1997 年颁布的《中华人民共和国合伙企业法》有抵触，应当认定该司法解释的这一规定无效。1997 年颁布的《合伙企业法》明确规定认定合伙企业，一定要有书面合伙协议，并有各合伙人认缴或者实际缴

付的出资。陈道平代理人一审期间取证了徐志民、周永兵等证人来证实陈道平有合伙关系，这种证明是无效的。原告周旺根与陈道平没有口头协议约定合伙关系，证人也不能证明陈道平与周旺根有合伙关系。如果依靠二个人来证明合伙关系存在，现实生活中找一、二个证人非常容易，这就会把合伙企业法要求的合伙关系条件搞乱。因此，1997年颁布的《中华人民共和国合伙企业法》严格要求合伙人一定要签订书面协议，这是合伙企业法明确规定合伙人必须具备的条件。

六、被告侵权行为造成财产损失，应当赔偿

《民法通则》第117条：“侵占国家的、集体的财产或者他人财产的，应当返还财产，不能返还财产的，应当折价赔偿。损坏国家的、集体的财产或者他人财产的，应当恢复原状或者折价赔偿。受害人因此遭受其他重大损失的，侵害人并应当赔偿损失。”

证人管道明证实2006年4月16日下午3时，被告人陈道平带来5个人将发电机关掉，将源旺水电站发电工管道明赶走。原告周旺根4月16日向县公安局报案侵权，造成电站停止发电，被告陈道平行为构成侵权，造成财产损失，应当赔偿。

以上代理意见是否正确，请审判长考虑。

此致

抚州市中级人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2006年6月23日

荣欣置业投资有限公司诉楼吉茂等商品房 预售合同纠纷案

案情简介

上诉人（原审本诉原告、原审反诉被告）：江西省荣欣置业投资有限公司（以下简称荣欣公司）。

上诉人（原审本诉被告、原审反诉原告）：楼吉茂，男，汉族，1956年12月2日生。

上诉人（原审本诉被告、原审反诉原告）：楼明华，女，汉族，1957年12月13日生。

1993年11月3日，荣欣公司与南昌市国土资源局签订《国有土地使用权出让合同》。依据上述国有土地使用权出让合同规定，荣欣公司取得了本案涉讼的位于南昌市青山南路25号“自由都”大厦，使用期限为40年的建设用地使用权。为了取得上述国有土地使用权，荣欣公司缴纳了40年的土地出让金59.9569万元及土地契税款2.9978万元。

2004年9月28日，荣欣公司与楼吉茂、楼明华签订三份《南昌市存量房买卖合同》。上述房屋买卖合同约定：楼吉茂、楼明华购买荣欣公司位于南昌市青山南路25号“自由都”大厦第一、二、三层存量房，房屋总面积为2595平方米，房屋价款总额为1650万元人民币。当事人双方在签订《南昌市存量房买卖合同》的当日，另外签订《补充协议》一份。在《补充协议》中，当事人双方约定：本案诉争房屋的总价款为1410万元人民币；现有房屋土地使用年限为30年，荣欣公司承诺将土地使用权年限增至40年；交易费用由双方各承担50%；荣欣公司负责在2004年10月30日交付房屋，并于2005年1月30日前办完房产证，等等。上述合同签订后，楼吉茂、楼明华共同向荣欣公司支付购房款1230万元，荣欣公司未向楼吉茂、楼明华出具已付款项的正式发票。当事人形成本次诉讼前，双方未办理书面房屋移交手续；楼吉茂、楼明华已向有关部门交纳本案房屋交易相关税费总额51.8688万元，缴纳房屋维修基金8.3063万元；双方当事人在资金往来中，楼吉茂、楼明华尚有45.8万元在荣欣公司。

在合同履行过程中，荣欣公司认为，楼吉茂、楼明华坚持要求其将涉讼国有土地使用权的使用年限从30年增加至40年有悖法理；不支付剩余购房款则构成违约，为此，荣欣公司向南昌市中级人民法院提起诉讼，请求人民法院判令楼吉茂、楼明华支付购房款381万元，并承担违约责任，同时确认《补充协议书》中关于将现有土地使用权增加10年的条款无效。诉讼过程中，楼吉茂、楼明华依法提起民事反诉。在民事反诉状中，楼吉茂、楼明华提出如下反诉请求：（1）《补充协议书》关于将现有土地使用权增加10年的条款有效，要求判令荣欣公司赔偿因土地使用权减少10年而造成的房屋价值贬损数额300万元；（2）荣欣公司未按约交付房屋和按时办理房产证，应赔偿经济损失90万元；（3）荣欣公司按约应承担50%的交易费30.0875万元；（4）判令荣欣公司退还多支付的45.8万元购房款；（5）荣欣公司应提供正式购房发票。

2007年4月30日，经审判委员会讨论决定，南昌市中级人民法院依据《中华人民共

和国合同法》第8条、第107条规定，作出如下判决：一、楼吉茂、楼明华自本判决生效后7日内支付荣欣公司剩余购房款134.2万元，并承担逾期付款的违约金（违约金计算方式为：以剩余购房款134.2万元为基数，自2005年8月30日起至付清购房款之日止，按中国人民银行同期贷款利率的2倍计算）。二、荣欣公司自本判决生效后7日内支付楼吉茂、楼明华土地使用权由40年减至30年的贬损所造成的损失157,386.865元。三、荣欣公司自本判决生效后7日内支付楼吉茂、楼明华逾期办理房产证的违约金1410万元×（中国人民银行同期贷款利率）×2（时间自2005年1月30日起至付清购房款止）。四、荣欣公司自本判决生效后7日内支付楼吉茂、楼明华房屋交易税费等259,343.9元。五、荣欣公司自本判决生效后7日内向楼吉茂、楼明华开具已支付购房款的正式发票。六、驳回荣欣公司的其他诉讼请求。七、驳回楼吉茂、楼明华的其他反诉请求。

上述民事判决送达后，当事人双方均对一审民事判决不服，分别向江西省高级人民法院提起民事上诉。江西省高级人民法院立案受理荣欣公司提出的民事上诉后，荣欣公司与江西云龙律师事务所办理了相关委托代理手续。接受委托后，江西云龙律师事务所指派李云龙、万发根律师作为荣欣公司的二审诉讼代理人，代为参加民事诉讼。查阅了相关案件材料，律师认为，因土地使用权减少10年而造成的房屋价值贬损数额应如何计算？本案当事人之间的合同交付行为如何认定以及如何认定违约责任？是本案的焦点问题。为此，律师以代理人身份提出了书面代理意见，并参加了二审公开审理。

江西省高级人民法院于2007年10月12日（2007）赣民一终字第81号民事判决书，判决内容为：一、维持江西省南昌市中级人民法院（2006）洪民一初字第5号民事判决第四、六、七项；二、变更江西省南昌市中级人民法院（2006）洪民一初字第5号民事判决第一项为：楼吉茂、楼明华自本判决生效后7日内向荣欣公司支付剩余购房款134.2万元及迟延履行违约金（违约金的计算方式为：以剩余购房款134.2万元为基数，自2005年8月30日起至购房款还清日止，按中国人民银行同期贷款利率的4倍计算）；三、变更江西省南昌市中级人民法院（2006）洪民一初字第5号民事判决第二项为：荣欣公司至本判决生效后7日内向楼吉茂、楼明华支付土地使用权价值贬损5.5433万元；四、撤销江西省南昌市中级人民法院（2006）洪民一初字第5号民事判决第三、五项。

二审法院驳回了楼吉茂、楼明华提起的上诉请求。对于荣欣公司律师提出的代理意见，二审法院给予部分采纳。

终审判决生效后，本案依据申请执行人荣欣公司的申请，南昌市中级人民法院对本案进行强制执行。2007年12月6日，双方当事人在强制执行过程中，达成《执行和解协议》。楼吉茂、楼明华向江西荣欣置业投资有限公司支付了拖欠的购房款及其违约金。

此后，楼吉茂、楼明华就本案向最高人民法院提出再审申请。2009年6月4日，最高人民法院立案受理了楼吉茂、楼明华的再审申请。经审查，最高人民法院最终驳回了楼吉茂、楼明华的再审申请。

二审代理词

审判长、审判员：

商品房预售是指房地产开发经营企业将正在建设中的房屋预先出售给承购人，由承购人支付定金或房价款的行为。就本案而言，当事人双方诉争房屋是存量房，而非建设中的房屋，原审判决将本案定性为商品房预售合同纠纷，属性错误。本案在性质上是一起房屋买卖合同纠纷。作为上诉人江西省荣欣置业投资有限公司（以下简称荣欣公司）的诉讼代理人，依据事实、证据及相关法律规定，围绕本案认定的几个焦点问题，发表代理意见如下：

一、楼吉茂、楼明华至今尚欠荣欣公司购房款 381 万元

就诉争房屋买卖事宜，当事人双方在 2004 年 9 月 28 日签订了三份《存量房买卖合同》与一份《补充协议》。依据三份《存量房买卖合同》规定，诉争房屋总价款为 1650 万元，按照《补充协议》规定，诉争房屋总价款为 1410 万元。原审判决以《补充协议》第 2 条之规定，认定本案诉争房屋总价款为 1410 万元，适用法律错误。就本案而言，《补充协议》第 2 条关于诉争房屋总价款规定属于无效条款，原审判决不能以无效合同条款认定诉争房屋的总价款。

《中华人民共和国城市房地产管理法》第 35 条规定：“国家实行房地产成交价格申报制度。”依据上述法律规定，所有房地产转让均应向国家相关机构申报成交价格。当事人在房屋买卖中意思自治不能违反成交价格申报制度。本案中当事人签订的《存量房买卖合同》是经过房产管理部门登记的合同，而《补充协议》却并未向相关部门登记备案。由于《补充协议》中关于房屋价款的约定违反了房地产价格申报制度规定，依据《合同法》第 52 条规定应属于无效条款。由于无效条款自始至终无效，因此，本案诉争房屋的总价款应为 1650 万元。

截至 2005 年 8 月 31 日，楼吉茂、楼明华除支付现金 530 万元外，另外通过按揭方式支付购房款 700 万元，扣除应退回楼吉茂、楼明华所支付的税费款 39 万元，楼吉茂、楼明华尚欠荣欣公司购房款 381 万元。

二、楼吉茂、楼明华逾期付款行为已构成违约，其承担逾期付款违约责任 的起算时间应为 2004 年 10 月 29 日

依据《补充协议》第 3 条规定，2004 年 10 月 12 日前，楼吉茂、楼明华应支付购房款总金额为 420 万元，而实际付款金额仅为 230 万元。经荣欣公司多次催讨，楼吉茂、楼明华方于同年 12 月 7 日向荣欣公司支付购房款 200 万元。至此，楼吉茂、楼明华对《补充协议》规定的首期款支付已逾期达数月之久。楼吉茂、楼明华违反《补充协议》关于首期款支付的约定，明显构成违约。截至 2005 年 8 月 31 日，被上诉人所付房款总金额为 1230 万元。2005 年 8 月 31 日以后，尽管荣欣公司不断以各种方式催讨，但被上诉人未再支付任何购房款。对于购房余款的支付，楼吉茂、楼明华逾期时间则有数年之久。

楼吉茂、楼明华逾期付款，依据《合同法》第 107 条之规定，应承担逾期付款违约责任。对于逾期付款违约责任起算时间，原审判决以“购房款未约定具体的交款时间，故计算逾期付房款的起算时间，应从 2005 年 8 月 30 日实际办好房产证的时间为准”为由，以 2005 年 8 月 30 日为逾期付款违约责任起算时间。原审判决在认定逾期付款违约责任起算时间方面，明显不公。

其一，楼吉茂、楼明华在支付《补充协议》规定的首期款方面，已经构成违约，原审判决以 2005 年 8 月 30 日作为逾期付款违约责任起算时间，实质上对前述违约行为视而不见，缺乏公正。

其二，2004 年 10 月 29 日，荣欣公司已办好领取房产证的相关手续。对此事实，荣欣公司提交的“南昌市城镇房屋所有权转让及转移登记收件”等证据材料可以证实。依据《补充协议》第 2 条的规定，楼吉茂、楼明华应当承担产权转让中的税费。尽管荣欣公司通过去函等方式要求楼吉茂、楼明华缴纳税费款项并领取产权证，但楼吉茂、楼明华均置若罔闻，直至 2005 年 8 月 29 日方交付第一笔税费款，因此，诉争房屋产权证迟至 2005 年 8 月 30

日取得的责任，完全应归咎于楼吉茂、楼明华。原审判决无视被上诉人不缴纳税费款项的过错，将房屋产权证在 2005 年 8 月 30 日领取，视为荣欣公司违约，违背事实，显然不公。

三、楼吉茂、楼明华以土地使用年限减少 10 年，造成房屋价值贬损为由，提出的经济赔偿诉讼主张，缺乏事实、证据与法律依据；原审判决荣欣公司支付楼吉茂、楼明华土地使用权由 40 年减至 30 年的贬损所造成损失 157,386.865 元，偏袒楼吉茂、楼明华，明显错误

1. 当事人双方签订的《补充协议》第 9 条规定属无效条款，上诉人楼吉茂、楼明华无权以无效条款为依据主张违约责任。

《中华人民共和国城市房地产管理法》第 22 条规定：“土地使用权出让合同约定的使用年限届满，土地使用者需要继续使用土地的，应当至迟于届满前一年申请续期，除根据社会公共利益需要收回该幅土地的，应当予以批准。”上述法律条文明确规定：土地使用权的续期应当在出让合同约定的使用年限届满前 1 年申请续期。上述法律条文明确使用“应当”一词，属于义务性规范，强制性规定。当事人签订房屋买卖合同时，诉争房屋土地使用年限尚有 20 余年。由于上述法律的明确规定，当事人任何一方均不可能在 2005 年 1 月 30 日前，对本案诉争房屋土地使用权申请续期。也就是说，由于《补充协议》第 9 条违背了现行法律的强制性规定，是一个根本履行不了的合同条款。十分明显，《补充协议》约定在土地使用年限届满 20 余年前续期，违背了上述法律强制性规定。

《中华人民共和国合同法》第 52 条规定，违反法律、行政法规的强制性规定的合同归于无效。依据上述《合同法》的规定，《补充协议》第 9 条关于土地使用年限增加 10 年的规定属于无效条款。由于无效条款自始至终无效，因此，上诉人楼吉茂、楼明华无权以无效条款主张违约责任。原审判决以当事人根本不可能履行的无效条款，要求当事人承担赔偿责任的违约责任，违背上述合同法的规定，偏袒楼吉茂、楼明华。

2. 上诉人楼吉茂、楼明华所主张的经济损失缺乏事实及证据。

其一，所谓的经济损失应当是实际发生的损失。上诉人以一定价款购买诉争房屋，依据《合同法》的相关规定，诉争房屋的价值便直接体现为其所支付的房屋价款。楼吉茂、楼明华以平均不到 5000 元的价格，购买钢混结构商业店铺，时至今日，诉争房屋楼上住宅市场销售价格早已突破 5000 元，诉争房屋价值早已翻番，这是不争的事实。其《民事上诉状》中也承认，目前该土地具有确定的升值情况。楼吉茂、楼明华主张其房屋价值贬损明显与事实不符。原审判决认定诉争房屋价值已实际发生贬损违背基本常识。

其二，楼吉茂、楼明华所主张的房屋价值贬损的依据建立在假设基础之上，如假定土地使用年限续期不被批准，假定 2034 年住宅建设用地土地出让金比 1993 年的土地出让金高，以及假定房屋的价值取决于土地的使用年限，等等。上述假定明显缺乏证据的支撑，同样建立在上述假定基础上的鉴定当然缺乏事实依据，不能采信。

其三，《中华人民共和国物权法》第 149 条规定：“住宅建设用地使用权期间届满的，自动续期。”对于住宅建设用地使用权，国家法律明确规定可以自动续期，并且此自动续期并未设定支付土地出让金条件。由于土地使用权年限自动续期，不可能影响房屋价值。诉争房屋楼上建筑大部分为居民住宅，诉争房屋自动续期已是不争的事实。上诉人楼吉茂、楼明华所主张土地使用年限决定了房屋价值贬损的诉讼主张毫无法律依据。

3.原审判决第二项判定荣欣公司支付楼吉茂、楼明华土地使用权贬损所造成的损失157,386.865元毫无公平可言。

楼吉茂、楼明华所购买的房屋仅仅是整栋大楼的一部分，除了本案诉争房屋外，还有16层同等面积的住宅房屋土地使用权来源于同一份土地使用权出让合同，而包括19层在内整栋房屋的土地出让金的总额为599,569元。原审判决在计算单位面积应缴纳土地使用权出让金时，将诉争房屋以外的其他住宅建筑面积剔除，明显不公。

对转让房屋土地使用权年限，《中华人民共和国房地产管理法》第22条有明确规定，不容当事人随意约定，原审判决无视法律的规定，随意认定当事人有权对土地使用年限作出加减约定，违背现行法律规定。

四、荣欣公司已依据约定办完房产证手续，不存在违约，原审判决认定荣欣公司逾期办理房产证，构成违约，判决荣欣公司承担违约责任，是认定事实错误，也违背法律规定

《补充协议》第7条规定：“甲方（荣欣公司）保证乙方房产证在2005年1月30日之前办完。逾期违约金为购房款每日3%。”《中华人民共和国合同法》第6条规定：“当事人行使权利、履行义务应当遵循诚实信用原则。”依据上述合同法规定，当事人各方应当本着诚信原则履行各自承担的合同义务。由于房产转让中的税费由当事人双方分担，因此，楼吉茂、楼明华同样承担向相关部门缴纳税费款项的义务。就上述《补充协议》条款的内容而言，荣欣公司承担保证义务的前提是楼吉茂、楼明华按时缴纳相关税费。

在房产转让过程中，缴纳税费是房屋买受人的一项法定义务，当事人不按规定缴纳相关税费，直接导致不能办理房产转让手续。由于当事人一方拒绝缴纳相关税费而导致房产转让手续不能办理，拒绝缴纳相关税费的一方理应承担相应责任。

就本案而言，楼吉茂、楼明华在尚未完全支付首期购房款，并已构成逾期付款的情况下，荣欣公司在2004年11月29日便取得了“南昌市城镇房屋所有权转让及转移登记收件”。依据《城市房地产转让管理规定》第7条规定，荣欣公司已完成了其应尽义务。2004年11月29日后，荣欣公司不断催促楼吉茂、楼明华缴纳相关税费，并领取产权证（本案吴刚签收荣欣公司函件便足以证明），而楼吉茂、楼明华却拒绝向相关部门缴纳税费，并导致诉争房屋产权证不能在2005年1月30日前按时办理。2005年8月29日楼吉茂、楼明华开始支付相关税费，同年8月30日，楼吉茂、楼明华便取得了诉争房屋产权证，此事实也证明了房屋产权证迟至2005年8月30日取得的直接原因在于楼吉茂、楼明华不按时缴纳相关税费。因此，原审判决将楼吉茂、楼明华拒绝履行法定义务的过错责任，认定为荣欣公司违约，显然属于认定事实错误；原审判决以《补充协议》规定的购房款总金额作为荣欣公司承担违约责任的基础，偏袒楼吉茂、楼明华。

《中华人民共和国合同法》第67条规定：“当事人互负债务，有先后履行顺序，先履行一方未履行的，后履行一方有权拒绝其履行要求。先履行一方履行债务不符合约定的，后履行一方有权拒绝其相应的履行要求。”楼吉茂、楼明华支付首期购房款是应当先行履行的义务，同样，向相关部门缴纳税费也是应当先行履行的法定义务。楼吉茂、楼明华在支付《补充协议》第3条规定首期款方面已构成违约，在支付税费方面也同样违背法定义务。原审判决无视合同法的上述规定，片面要求荣欣公司承担违约责任，直接违反了上述合同法规定。

五、就房屋买卖应缴纳的税费，当事人双方已约定了 103 万元由荣欣公司包干，原审判决对此事实不予认定，并在判决主文第一项判决荣欣公司退回税费款 45.8 万元及在判决主文第四项判令荣欣公司承担税费款 259,343.9 元，明显不公

就房屋转让过程中应缴纳的税费而言，当事人双方在合同履行中已口头约定 103 万元由荣欣公司包干。此事实有楼吉茂、楼明华于 2005 年 8 月 30 日出具的承诺书及同年 10 月 10 日出具的函件可以证实。楼吉茂、楼明华于 2005 年 10 月 10 日的函件中明确陈述：当事人双方约定的税费总额为 103 万元。结合办证手续由荣欣公司办理的事实，不难看出，当事人明确约定了税费 103 万元由荣欣公司包干。原审判决无视当事人函件的真实内容，对税费包干约定的事实视而不见，偏袒楼吉茂、楼明华。

依据原审判决主文第一项、第四项判决内容，楼吉茂、楼明华所承担的税费总金额仅为 259,343.9 元，对于税费判定明显不公。依据当事人就税费总额 103 万元包干的约定，扣除维修基金 83,063 元后，楼吉茂、楼明华所应承担的税费款项为 473,468.5 元，而非原审判决认定的 259,343.9 元。

六、楼吉茂、楼明华在原审中的反诉因超出期限，原审判决受理被上诉人的反诉请求，违背法律规定

依据最高人民法院《关于民事诉讼证据的若干规定》第 34 条规定，当事人提起反诉应当在举证期限届满前提出。本案中，楼吉茂、楼明华提起反诉的时间是在举证期限届满之后提出。在一审审理过程中，荣欣公司便已多次提出。原审判决在举证期限届满后受理楼吉茂、楼明华提起的反诉，并对其反诉主张作出判决，违背了上述证据规则的规定。

以上意见，恳请合议庭予以考虑！

江西云龙律师事务所律师：李云龙万发根
2007 年 8 月 27 日

刘夏珠诉九江振新置业有限公司等商品房

买卖合同纠纷案

案情简介

原告：刘夏珠，女，1952年4月2日生，汉族。

被告：九江市振新置业有限公司（以下简称振新置业）。

第三人：王某某，男，1961年8月27日生，汉族。

第三人：管某某，女，1976年5月2日生，汉族。

2005年3月9日，刘夏珠以振新置业从2004年开始带人抢占房屋、更换门锁及声称诉争房屋已卖给他人，侵犯其财产权益为由，向九江市浔阳区人民法院对振新置业提起民事诉讼，请求确认本案诉争的、位于九江市浔阳东路103号文化商业大厦1604、1606号两套商品房归其所有，并责令振新置业停止侵权行为等。同年6月3日，王某某、管某某以诉争财产系其依合法途径善意取得，本案原被告的诉讼行为严重侵害了其合法权益为由，申请以第三人身份参加诉讼。经过开庭审理，九江市浔阳区人民法院于2006年4月13日对本案作出（2005）浔民一初字第269号民事判决，判决九江市浔阳东路103号文化商业大厦1604、1606号房屋归刘夏珠所有。

振新置业不服一审判决，于2006年4月27日向九江市中级人民法院提起民事上诉。经过公开开庭审理，九江市中级人民法院于2006年12月5日对本案作出（2006）九中民一终字第180号民事裁定，裁定撤销九江市浔阳区人民法院（2005）浔民一初字第269号民事判决，发回重审。2007年3月26日，九江市浔阳区人民法院重新受理本案。

九江市浔阳区人民法院对本案立案重新受理后，刘夏珠委托江西云龙律师事务所律师李云龙、万发根作为诉讼代理人，参与诉讼活动。经过查阅本案全部材料，律师认为，2002年12月10日，刘夏珠与振新置业签订的两份合同编号分别为201814、201811号《商品房买卖合同》上加盖的振新置业公章、振新置业法定代表人签名的真实性不容置疑，振新置业的房屋销售代理人郑和洁签名的真实性已由振新置业确认。此外，郑和洁以销售代理人的身份向刘夏珠收取了全部购房款，并出具了相关收据。当事人形成诉讼前，本案涉讼商品房已备案登记在刘夏珠名下，刘夏珠对上述两套商品房安装了铝合金窗及防盗门等，并实际使用了上述两套商品房。第三人王某某、管某某尽管持有《商品房买卖合同》及振新置业出具的支付部分购房款的“收款收据”，但从未对振新置业主张权利。九江市浔阳区人民法院此前对本案作出一审判决后，第三人均未提起民事上诉。基于上述理由，本案诉争的两套商品房应当归属于原告刘夏珠。

本案重审过程中，第三人管某某于2007年4月12日提出撤回诉讼申请，浔阳区人民法院准许其撤回诉讼请求。2007年11月5日，九江市浔阳区人民法院经审理作出（2007）浔民一初字第295号民事判决书，判决确认振新置业开发的、位于九江市浔阳东路103号文化商业大厦1604、1606号商品房归刘夏珠所有，并驳回第三人王某某的诉讼请求。重审一

审判决支持了律师作为代理人提出的诉讼理由。上述民事判决送达后，第三人王某某未提出民事上诉，振新置业不服，再次提起民事上诉。2008年2月14日，九江市中级人民法院对本案作出（2008）九中民一终字第41号民事判决书，判决驳回上诉，维持原审判决。2009年11月17日，九江市房产管理局依据生效法律文书，将本案诉争商品房房屋产权，登记至刘夏珠名下。此后，王某某向江西省高级人民法院提出再审申请，经立案审查，江西省高级人民法院于2010年8月18日作出（2010）赣民申字第22号民事裁定书，裁定驳回原审第三人王某某的再审申请。

一审代理词

审判长、审判员：

作为本案原告刘夏珠的诉讼代理人，我们依法参加今日的庭审。下面就本案的争议焦点，依据相关的法律、法规之规定，结合本案的事实、证据材料，发表如下代理意见。

一、位于九江市文化商业大厦 1604、1606 号房屋的所有权应当归属原告刘夏珠，为原告刘夏珠办理相关的产权登记手续是被告九江市振新置业有限公司应尽的合同义务

1.刘夏珠与被告九江市振新置业有限公司（以下简称振新置业）签订的《房屋买卖合同》合法有效。

2001年6月18日，被告振新置业与建行九江市分行住房分理处、郑和洁签订《文化大厦土建扫尾、水电安装工程施工及房地产销售管理协议书》。被告振新置业、九江市分行住房分理处与郑和洁在上述协议书中明确约定：被告振新置业已抵押给九江市分行住房分理处的房屋由郑和洁负责销售。2002年12月10日，原告刘夏珠与被告振新置业签订了两份《商品房买卖合同》。在上述《商品房买卖合同》中，被告振新置业与原告刘夏珠明确约定，被告振新置业将位于九江市文化商业大厦的1604、1606号两套房屋有偿转让给原告。

在上述《商品房买卖合同》中，除了原告刘夏珠的签名外，有被告振新置业的公章及被告法定代表人的亲笔签名，有被告振新置业委托代理人郑和洁的亲笔签名，被告振新置业将本案诉争的两套房屋有偿转让给原告完全是原、被告双方真实意思的表示。尽管诉争的两套房屋当时已抵押给九江市分行住房分理处，但被告当时销售房屋，是依据其与建行九江市分行住房分理处、郑和洁签订的《文化大厦土建扫尾、水电安装工程施工及房地产销售管理协议书》进行，被告当时销售房屋并不违反任何法律、法规之规定。因此，被告与原告刘夏珠签订的《商品房买卖合同》应当被认定为合法有效。

2.郑和洁与振新置业已形成代理法律关系，刘夏珠向郑和洁交付房款应视为原告依据合同规定履行了付款义务。

被告振新置业与原告刘夏珠签订的《商品房买卖合同》明确规定：郑和洁是被告振新置业的委托代理人。此前被告振新置业与九江市分行住房分理处联合发布的公告也明确表示，郑和洁是销售本案诉争房屋的委托代理人。在今日的庭审中，被告振新置业的法定代表人也明确承认，郑和洁是销售诉争房屋的委托代理人。就法律关系而言，郑和洁与被告振新置业之间是一种代理法律关系。

2002年12月15日，即原告与振新置业签订《商品房买卖合同》后的第五日，原告刘

夏珠依据上述《商品房买卖合同》之规定，向郑和洁交付全部购房款 35.48 万元人民币。收取款项后，郑和洁当即向原告刘夏珠出具了收条。《民法通则》第 63 条规定：“代理人在代理权限内，以被代理人的名义实施民事法律行为。被代理人对代理人的代理行为，承担民事责任。”依据上述法律规定，原告刘夏珠向郑和洁交付款项的行为，应视为向被告振新置业履行了《商品房买卖合同》所规定的付款义务。

原告与被告振新置业之间则是一种买卖合同关系，而郑和洁与被告振新置业之间是一种代理与被代理的法律关系。相对于原告刘夏珠而言，被告振新置业与郑和洁之间是一种内部关系，被告振新置业否认已收取原告购房款，不仅违背事实，同时也不符合上述民事法律的规定。

3.振新置业将本案诉争的两套房屋移转占有，已表明被告振新置业将诉争房屋交付给原告刘夏珠。

原告刘夏珠交付全部购房款后，被告振新置业便将本案诉争两套房屋的钥匙交付原告。自 2002 年 12 月至今，原告刘夏珠便一直占有、使用诉争房屋，其间，原告刘夏珠对诉争两套房屋安装了防盗门、防盗网及铝合金窗户，并定期向文化商业大厦物业管理单位交纳了水电费等。仅仅是原告刘夏珠就上述两套房屋提起民事诉讼后，方发生被告振新置业强行更换锁芯之事。最高人民法院《关于审理商品房买卖合同纠纷案件适用法律若干问题的解释》(法释〔2003〕7 号)第 11 条规定：“对房屋的转移占有，视为房屋的交付使用，但当事人另有约定的除外。”就本案而言，被告振新置业收取原告刘夏珠的全部购房款，将诉争房屋交付原告刘夏珠占有、使用，实际上是在履行其与原告刘夏珠签订的《商品房买卖合同》规定的交房义务。

综上所述，被告振新置业与原告刘夏珠在签订合法有效的《商品房买卖合同》后，一方交付了全部购房款，另一方对合同标的房屋进行了交付，原告刘夏珠与被告振新置业的房屋买卖合同关系已进入到了合同的实际履行阶段。原告刘夏珠与被告振新置业所签订的两份《商品房买卖合同》已获得了实际履行，依据《合同法》第 6 条、第 8 条之规定，两套诉争房屋的所有权应当归属原告刘夏珠，被告振新置业应当继续履行合同规定的办理相关产权登记手续的义务。

二、第三人王某某无权对位于九江市文化商业大厦的 1604 号房产主张权利

1.第三人王某某与振新置业所签订的《商品房购销合同》是倒签协议，存在明显的恶意串通，应归于无效。

在本案审理过程中，第三人王某某向法庭提交了其与被告振新置业所签订的《商品房购销合同》及收据两份。从 2002 年 12 月至本案提起诉讼前，原告刘夏珠一直占有、使用诉争房屋，对此事实，被告振新置业知道，居住大厦的住户同样知道。如果第三人王某某在 1999 年 12 月 22 日与被告振新置业签订《商品房购销合同》是真实的，那么，第三人王某某在本案发生前不可能不会对 1604 号房产主张权利。如果第三人王某某分别于 1999 年 12 月、2003 年 3 月交付了部分款项是真实的，那么，更不可能不对 1604 号房屋被他人占有、使用的事实提出异议。从一般性常识可以看出，第三人王某某向法庭提交的《商品房购销合同》及两份收据，均属事后倒签，存在明显的恶意串通，应当归于无效。

2001 年 6 月 18 日，被告振新置业与建行九江市分行住房分理处、郑和洁签订《文化大厦土地扫尾、水电安装工程施工及房地产销售管理协议书》，将包括 1604 号房屋在内的房

屋交付郑和洁对外销售，此后，被告振新置业与建行九江市分行住房分理处对外发布销售包括 1604 号房屋在内的公告。从被告振新置业的上述行为也可看出，第三人王某某向法庭提交的《商品房购销合同》及两份收据，均属事后倒签，存在明显的恶意串通，应当归于无效。

2.第三人王某某与被告振新置业所签订的《商品房购销合同》因违背法律规定而归于无效。

《担保法》第 49 条规定：“抵押期间，抵押人转让已办理登记的抵押物的，应当通知抵押权人并告知受让人转让物已经抵押的情况；抵押人未通知抵押权人或者未告知受让人的，转让行为无效。”为了筹集建设资金，被告振新置业在 1999 年前便已将文化商业大厦在建工程抵押给九江市分行住房分理处。1999 年 12 月，第三人王某某与被告振新置业签订所谓的《商品房购销合同》时，文化商业大厦已办理了抵押手续。在今日庭审调查阶段，被告振新置业的法定代表人与第三人王某某均明确表示，第三人王某某并不知悉房屋的抵押，同样，与第三人王某某签订所谓的《商品房购销合同》，被告也未通知抵押权人。因此，依据《合同法》第 52 条及上述《担保法》的规定，第三人王某某与被告振新置业所签订的《商品房购销合同》因违背法律规定而归于无效。

3.第三人王某某对 1604 号房屋不享有所有权，无权对诉争的 1604 号房产主张权利。

1604 号房屋并未过户至第三人王某某名下，第三人王某某也未占有、使用 1604 号房屋，在法律上，并不对 1604 号房屋享有所有权。如果第三人王某某提交的所谓《商品房购销合同》是真实的，那么他与被告振新置业之间也仅仅是一种债权关系。而按照民法原理，债权是不能对抗第三人的，因此，也就不可能被第三人所侵犯。第三人王某某在未取得 1604 号房屋所有权的情形下，无权对诉争的 1604 号房产主张权利。

以上意见，敬请合议庭予以考虑。

江西云龙律师事务所律师：李云龙万发根

2007 年 4 月 29 日

嘉兴市建业房地产开发有限责任公司借款 纠纷再审案

案情简介

原告嘉兴罗马中望服饰有限公司（以下简称中望公司）与被告嘉兴市建业房地产开发有限责任公司（以下简称建业公司）、谢军、王忠伟合作及借款协议纠纷一案，中望公司于2010年5月12日向嘉兴市中级人民法院提起诉讼。法院受理后，依法组成合议庭，于2010年6月24日公开开庭进行了审理，各方当事人的委托代理人到庭参加诉讼。

中望公司诉称：建业公司因缺少资金无力开发嘉兴市灯具市场二期工程，寻求中望公司参与合作，为此双方于2006年12月1日签订合作协议书，由中望公司向建业公司提供资金保障，建业公司则应确保拿到西地块和东地块，在拿到两地块后对建业公司进行股权改造，双方共同经营。但建业公司未能拿到东地块，故双方于2007年6月28日签订确认书，对合作协议的出资重新进行约定，并于2007年11月21日达成结算和解除（合作协议书）协议，确认建业公司结欠中望公司合作款项9100万元（含建业公司支付的2000万元保证金），建业公司应归还3100万元并支付违约金829.5万元，另6000万元如无法归还可以申请借款。后建业公司支付了该3100万元和829.5万元，但由于全额收回投资将使房地产开发陷入停顿，中望公司无奈之下同意将余款6000万元以借款形式投入建业公司并有所增加，使合作关系进一步延续。2007年11月23日，双方订立借款协议书，中望公司投入建业公司款项5200万元，截至2007年12月31日，建业公司结欠中望公司款项11,200万元，建业公司以土地使用权证和房屋所有权证作抵押担保，并由建业公司法定代表人谢军作连带责任保证。2008年度和2009年度，中望公司又陆续投入建业公司新增款项，建业公司也陆续归还部分清理结算款，尚结欠中望公司本金5040万元和2009年7月1日至2010年4月30日的利息7,665,167元。中望公司认为，应完整而非割裂地认定双方之间法律关系性质，即合作联营关系而非借款合同关系，中望公司已全部履行出资义务，建业公司应全面履行清理结算后的还款义务。且在建业公司缺乏资金时，中望公司的投入使建业公司在房地产开发中获得巨大利益，建业公司按月1.25%向中望公司支付红利并不会使利益失衡。另谢军和王忠伟系夫妻关系，且均是建业公司的股东，谢军的连带之债应为夫妻共同之债。请求判令：一、建业公司归还中望公司合作清算款本金5040万元，并赔偿利息损失（2009年7月1日至2010年4月30日为7,665,167万元，此后至实际清偿之日按银行同期贷款利率的四倍计算）；二、谢军和王忠伟对建业公司的上述还款义务承担连带责任；三、本案诉讼费由三被告负担。

三被告答辩称：

1.本案是企业借贷纠纷，而非合作协议纠纷。双方签订的合作协议书名为合作实为借贷，依法应认定为无效，由此产生的结算和解除协议以及此后一系列借款协议均为无效。

2.在双方交往过程中，中望公司从未向建业公司进行过投资，所有的款项均是以转款或往来款的名义出借给建业公司，据此收取高额利息及复利，依法应确认建业公司支付中望公

司以上款项的性质为归还借款本金。

3.无效的民事行为从一开始就无效，故被告谢军的担保行为也当然归于无效，不应承担任何责任。

一审法院认为：

原告中望公司与被告建业公司及其法定代表人谢军于2006年12月1日签订的合作协议书，就有关嘉兴市灯具市场二期A工程和B工程的合作开发作出了详细约定，之后各方也实际予以履行，只是由于未能取得B工程以致无法继续合作，故三方于2007年6月28日达成确认书及于2007年11月21日签订结算和解除协议，在合作协议书基础上对就此形成的债权债务进行了清理结算。综观各方签订协议及实际履行的一系列过程，体现了各方当时进行合作开发的真实意愿，权利义务明确，不违反法律规定，故本院确认有效。建业公司认为中望公司该部分出资实为借款的抗辩，不能成立。结算和解除协议签订后，三方的合作关系即已解除，三方就建业公司无法归还的出资款订立借款协议并另增借款金额，陆续投入建业公司，故此时双方之间已转化为借贷关系，中望公司主张该部分借款实为合作关系的延续，依据不足。

关于借贷的效力，上述借款不同于单纯的企业之间借贷，而是起源于合作关系。房地产的开发需要大量资金的持续投入，如中望公司不再投入并抽回全部资金，则可能严重影响建业公司的经营。在建业公司急需资金时，中望公司应建业公司的要求参与合作，现建业公司使用中望公司提供的资金通过房地产开发获取了利益，而中望公司的合作开发目的落空。根据浙江省高级人民法院《关于为中小企业创业创新发展提供司法保障的指导意见》第3条有关“企业之间自由资金的临时调剂行为可不作无效借款合同处理”的文件精神，结合本案借款的特殊性，从有利于促进企业生存发展出发，并基于公平诚信原则及不应使一方当事人因主张违法而获利的价值取向，本院确认中望公司与建业公司之间的借贷关系有效。同时，协议约定月利率1.25%不违反法律规定，也不违背三方在约定利率时就借款目的和用途所作的利益考量，本院亦予以确认。

综上，建业公司应当承担归还尚欠借款并支付利息的民事责任，谢军作为担保人，应当对建业公司的上述债务承担连带清偿责任。但该担保之债是谢军的个人债务，建业公司是具有独立法人资格的有限责任公司，中望公司以被告王忠伟和谢军存在婚姻关系及王忠伟系建业公司股东为由，要求王忠伟也承担连带清偿责任依据不足。据此，依照《中华人民共和国合同法》第44条、第60条、第205条、第206条及《中华人民共和国民事诉讼法》第128条之规定，判决如下：

一、被告嘉兴市建业房地产开发有限责任公司于本判决生效之日起10日内归还原告嘉兴罗马中望服饰有限公司借款本金5040万元，并按月利率1.25%支付自2009年7月1日起至本判决确定的履行之日的利息损失；

二、被告谢军对被告嘉兴市建业房地产开发有限责任公司的上述债务承担连带清偿责任；

三、驳回原告嘉兴罗马中望服饰有限公司的其他诉讼请求。

2010年11月5日一审法院判决以后，建业公司提出上诉，2011年1月6日浙江省高级人民法院开庭审理了此案。浙江省高级人民法院认为原判认定事实清楚，实体处理正确，维持一审判决。

建业公司及谢军不服一审、二审判决，想到最高人民法院申请再审。谢军通过朋友找到江西云龙律师事务所，请李云龙律师代理建业公司申诉一案。

2011年3月3日，江西云龙律师事务所律师李云龙与北京市洪范广住律师事务所律师徐波共同代理建业公司申请再审一案。申诉再审期间，律师委托专家对此案进行专家论证。专家认为：建业公司与中望公司的法律关系是名为“合作”实为“借贷”的关系。合作是共

同出资、共同经营、共担风险、共享权利的关系。核心是风险共担、收益共享。但从现有证据中没有证据能够证明中望公司当时以何种方式参与了共同经营以及与建业公司共享权利。从双方前后所签订的一系列协议约定的内容来看，双方之间的关系是名为“合作”实为“借贷”的法律关系。

专家论证后，律师将建业公司申诉再请求送达最高人民法院。2011年6月30日，最高人民法院下达〔2011〕民申字第675号民事裁定书。裁定书认为，申请再审人嘉兴市建业房地产开发有限责任公司因与被申请人嘉兴罗马中望服饰有限公司及一审被告、二审被上诉人谢军、王忠伟合作协议及借贷纠纷一案，不服浙江省高级人民法院（2010）浙商终字第72号民事判决，向最高人民法院申请再审。最高人民法院接到再审申请，经过调查、审查，依法组成合议庭对本案进行了审查，认为：嘉兴市建业房地产开发有限责任公司的再审符合《中华人民共和国民事诉讼法》第179条第1款、第181条、第185条之规定，裁定如下：

- 一、指令浙江省高级人民法院再审本案；
- 二、再审期间，中止原判决的执行。

此案发回浙江省高级人民法院再审。2011年10月25日，浙江省高级人民法院审监庭开庭审理此案。李云龙律师、徐波律师参与开庭，发表了嘉兴市建业房地产开发有限责任公司合作及借贷纠纷再审代理词。

再审代理词

审判长、审判员：

北京市洪范广住律师事务所、江西云龙律师事务所受嘉兴市建业房地产开发有限责任公司的委托，分别指派徐波律师、李云龙律师出庭参加了嘉兴市建业房地产开发有限责任公司（以下简称建业公司或申请人）与嘉兴罗马中望服饰有限公司（以下简称中望公司或被申请人）及一审被告、二审被上诉人谢军、王忠伟合作协议及借贷纠纷再审一案的开庭活动，经过再审开庭，两案的事实已经清楚，现发表代理意见如下：

一、建业公司与中望公司的法律关系从开始就是名为“合作”、实为“借贷”的法律关系，应为无效

1.合作是共同出资、共同经营、共担风险、共享权利的关系，核心是风险共担、收益共享。但从现有证据中没有证据能够证明中望公司何时以何种方式参与了共同经营以及与建业公司共担风险和共享权利。

2.从双方2003年签订的《合作协议书》及其补充协议和2006年签署的《合作协议书》及其补充协议来看，双方之间的关系从开始就是名为“合作”、实为“借贷”的法律关系。

（1）从2003年10月11日双方签订的《合作协议书》的内容来看。

双方2003年10月11日签订的《合作协议书》第2条第1款约定“乙方（指被申请人）同意为二期A工程无偿分批出资约1500万元给甲方（指申请人）……时间为按实际出资并由甲方出具收据日起一年内归还给乙方，如甲方到期未能归还给乙方的，90天内处未按期归还部分每日万分之4.1的滞纳金”。

如双方之间的关系从开始就为合作关系，何来协议中的“无偿”、“一年内归还”之表述，要知道，房地产项目的投资期一般很长。从该约定，就可看出，双方之间的法律关系从开始就是“借贷”关系，只不过被申请人用合法的所谓“合作关系”来掩盖双方之间违法的

“借贷”关系罢了。

(2) 从双方为 2003 年《合作协议书》签署的补充协议的内容来看。

A. 双方 2004 年 10 月 10 日签订的《合作补充协议书》约定,“……并同时向乙方增加借款 86.25 万元,该借款乙方应于本协议自签订日起一个月内支付给甲方,借款期限为自甲方出具收据日起一年内归还乙方”。

B. 双方 2005 年 4 月 18 日签订的《合作补充协议书》约定,“……在此期间甲方应支付每年 12% 计 85.56 万元的固定回报给乙方,并于该款到期后一星期内连本带固定回报计 798.56 万元归还乙方”、“因甲方资金紧张,甲方同时向乙方增加借款 35 万元……为期一年,在此期间甲方应支付每年 12% 计 4.2 万元的固定回报给乙方……”

C. 双方 2005 年 12 月 14 日签订的《合作补充协议书》第 1 条约定,“甲方向乙方累计借款在 1500 万元左右(即可借余额为 752 万元),借款时间为一年,乙方固定回报为年 12%”。

D. 双方 2005 年 12 月 31 日签订的《合作补充协议书》约定,“经甲乙双方协商,自 06 年 1 月 1 日起到 06 年 12 月 31 日止,账面借款金额,按月息 1.644% 向甲方计收利息,由乙方方向甲方开具地税统一收款收据”。

E. 双方 2006 年 8 月 20 日签订的《合作补充协议书》第 1 条约定,“甲方向乙方累计最高借款在 1500 万元左右(即可借余额为 550 万元左右),借款时间为一年,乙方固定回报为年 12%,在可借余额内续借的资金,借款利率及到期日仍按本合同执行,其他条款按原相关协议执行”。

F. 双方 2006 年 11 月 25 日签订的《解除合作协议书》第 1 条约定,“原甲乙双方所签订第四次补充协议中,至 2006 年 8 月 20 日止甲方已累计向乙方借款为 980 万元”,第 2 条约定,“乙方所借给甲方 980 万元固定回报月 1%,自 2006 年 8 月 21 日起至 2006 年 11 月 30 日止,共计 100 天,甲方应支付 326,666.34 万元给乙方”。

前述补充协议 A 中的“增加借款”字样,充分表明双方之间 2003 年签署的《合作协议书》就是借贷法律关系,即双方约定在原借款数额的基础上再增加 86.25 万元的借款,否则 2004 年 10 月 10 日签订的《合作补充协议书》不会使用“增加借款”的字样。

前述补充协议 B、C、D、E、F 条款中的“固定回报”、“累计借款”、“计收利息”等字样,再次强有力的证明,双方之间从开始就是“借贷”法律关系。

(3) 从 2006 年 12 月 1 日双方签订的《合作协议书》的内容来看。

双方 2006 年 12 月 1 日签订的《合作协议书》第 2 条第 1 款第 1 项约定:“乙方同意通过乙方或乙方指定账户,为甲方二期 A 工程在 2006 年 12 月初开始,根据甲方要求分期出资人民币 7300 万元(允许上下误差 5% 以内)资金给甲方(乙方出资后,甲方的资金安排和归还期,根据本协议另外条款执行)”。

根据前述约定,如双方之间的关系如中望公司在庭审中所称的“合作关系”,何来协议条款中“归还期”的约定,可见,双方之间从开始就是名为“合作”、实为“借贷”的法律关系,只不过被申请人想用合法的“合作关系”来掩盖双方之间违法的“借贷关系”罢了。

(4) 从双方为 2006 年《合作协议书》签署的补充协议的内容来看。

A. 双方 2007 年 6 月 28 日签订的《确认书》第 1 条约定:“……(包括保证金 2000 万元,该 2000 万元保证金不计违约金)”;第 3 条约定:“鉴于甲方未拿到二期 B 工程,为此,甲方同意按协议书规定的违约金计算方式,并按乙方实际出资时间和金额计算违约金给乙方作为补偿。”

从协议中明确保证金不计“违约金”,就可明知双方从一开始就是“借贷”法律关系,否则,何必在协议中特别明确保证金不计违约金呢?

B. 双方 2007 年 11 月 23 日签订的《借款协议书》; 2007 年 11 月 28 日签订的《借款协议书补充说明》; 2008 年 3 月 28 日签订的《借款协议书、续借资金(一)》、《借款利息确认

书》；2008年5月15日签订的《借款协议书、续借资金（二）》；2008年7月1日签订的《借款协议书、续借资金（三）》；2008年9月30日签订的《借款利息确认书》；2008年10月8日签订的《借款协议书、续借资金（四）》；2009年1月20日签订的《借款利息确认书》；2009年6月2日签订的《借款协议书、续借资金》均强有力的证明双方之间是借贷法律关系。

(5) 从2003年的《合作协议书》及2006年的《合作协议书》的内容来看。

2003年的《合作协议书》与2006年的《合作协议书》除出资金额不同外，内容基本相同，可见被申请人是想用合法的“合作关系”来掩盖双方之间违法的“借贷关系”。

3. 从双方实际履行协议的事实来看，双方之间也是借贷法律关系。

(1) 实际履行中，中望公司从未实际参与到协议约定的房地产项目中来，只是单纯的提供借款。

(2) 中望公司已实际收取的所谓“违约金”、“利息”都是按照双方约定的固定利率为标准计算的，中望公司收取上述所谓的“违约金”、“利息”时，税务机关代开的发票上均载明“利息”收入。

(3) 如果双方之间如中望公司所言从开始就是“合作关系”，在二期项目A工程成功取得的情况下，中望公司为何从未主张过二期项目A工程的利益，可见，中望公司从开始就知悉双方之间是借贷法律关系。

(4) 中望公司在庭审中称“双方之间的协议是附条件和附期限的合同，双方之间的协议是以合作二期项目B工程为条件和期限的”，那么，在二期项目B工程没有成功，合同的条件和期限未成就的情况下，双方之间签署的一系列协议是否因条件和期限未成就而未生效，双方之间是否仅剩二期项目A工程的借贷关系。

4. 仅以《合作协议书》的名称来判断双方之间是合作法律关系是片面的。

最高人民法院《关于经济合同的名称与内容不一致时如何确定管辖权问题的批复》（法复〔1996〕16号）第1条明确规定，“当事人签订的经济合同虽具有明确、规范的名称，但合同约定的权利义务内容与名称不一致的，应当以该合同约定的权利义务内容确定合同的性质，从而确定合同的履行地和法院的管辖权”。尽管中望公司与建业公司之间签订的主协议的名称为“合作协议书”，但双方之间权利义务的内容均为双方之间借款数额、还款期限、利息率的约定等内容，其本质是借贷法律关系。

5. 双方之间的法律关系如为“合作关系”、“出资关系”，则在《合作协议书》中何来“连带责任担保人”的约定。民法原理中设定担保的前提是债务的存在。如为“合作关系”、“出资关系”，则何来债务之说。

6. 中望公司2006、2007、2008年度经审计的财务报表附注“其他应收款——嘉兴市建业房地产开发有限责任公司”、“借款利息收入”、“出借资金利息收入”、“长期债权投资——嘉兴市建业房地产开发有限责任公司”，表明中望公司与建业公司之间是借贷法律关系。

二、建业公司与中望公司的“借贷法律关系”因违反金融监督管理法律法规的规定而无效

《贷款通则》第21条规定：“贷款人必须经中国人民银行批准经营贷款业务，持有中国人民银行颁发的《金融机构法人许可证》或《金融机构营业许可证》，并经工商行政管理部门核准登记。”

《贷款通则》第61条规定：“各级行政部门和企事业单位、供销合作社等合作经济组

织、农村合作基金会和其他基金会，不得经营存贷款等金融业务。企业之间不得违反国家规定办理借贷或者变相借贷融资业务。”

《非法金融机构和非法金融业务活动取缔办法》第4条规定：“本办法所称非法金融业务活动，是指未经中国人民银行批准，擅自从事的下列活动：

- （一）非法吸收公众存款或者变相吸收公众存款；
- （二）未经依法批准，以任何名义向社会不特定对象进行的非法集资；
- （三）非法发放贷款、办理结算、票据贴现、资金拆借、信托投资、金融租赁、融资担保、外汇买卖；
- （四）中国人民银行认定的其他非法金融业务活动。”

《中华人民共和国银行业监督管理法》第44条规定：“擅自设立银行业金融机构或者非法从事银行业金融机构的业务活动的，由国务院银行业监督管理机构予以取缔；构成犯罪的，依法追究刑事责任；尚不构成犯罪的，由国务院银行业监督管理机构没收违法所得，违法所得五十万元以上的，并处违法所得一倍以上五倍以下罚款；没有违法所得或者违法所得不足五十万元的，处五十万元以上二百万元以下罚款。”

中望公司没有《金融机构法人许可证》或《金融机构营业许可证》，在其营业执照中也没有载明其可从事贷款业务，但其自2003年起，在长达7年的时间里一直向建业公司提供贷款，提供的贷款数额高达人民币1亿多元，其借款所获利息占公司主营业务的利润已高达一定的比例，其行为已构成非法从事金融业务活动。

中望公司2006年度财务报表附注中载明，2006年度中望公司的其他业务利润中借款利息收入为1,104,731.30元，主营业务利润为4,453,981.93元，借款利息收入为主营业务利润的24.8%。

中望公司2007年度财务报表附注中载明，2007年度中望公司其他业务收入中借款利息收入为8,295,000元，营业外收入中违约金收入（收建业公司违约金）为5,273,100元，主营业务利润为12,296,169.5元，借款利息（违约金）收入为主营业务利润的110.34%。

中望公司2008年度财务报表附注中载明，中望公司长期债权投资期末余额为125,100,000元，均为向建业公司提供的借款。

综上，建业公司与中望公司的借贷法律关系因违反金融监督行政管理法律法规的规定应为无效。且因中望公司的行为已构成非法从事金融业务活动，合同无效的过错方应为中望公司，其应自行承担因合同无效产生的法律后果。

三、浙江省嘉兴市中级人民法院〔2010〕浙嘉商初字第4号民事判决书、浙江省嘉兴市中级人民法院〔2010〕浙嘉商初字第5号民事判决书、浙江省高级人民法院〔2010〕浙商终字第71号民事判决书、浙江省高级人民法院〔2010〕浙商终字第72号民事判决书适用法律错误

1.浙江省高级人民法院《关于为中小企业创业创新发展提供司法保障的指导意见》不属于法律范畴，不能作为定案的依据。

2.根据浙江省高级人民法院《关于为中小企业创业创新发展提供司法保障的指导意见》

的立法精神，适用浙江省高级人民法院《关于为中小企业创业创新发展提供司法保障的指导意见》第3条，“……企业之间自有资金的临时调剂行为，可不作无效借款合同处理”应同时满足如下条件：

- ①企业应为创业创新的中小企业；
- ②自有资金；
- ③临时调剂。

综观中望公司与建业公司自2003年以来发生的借贷关系，其并不同时满足前述条件。

首先，中望公司与建业公司均不是创办中的、创新型中小企业。双方均已成立多年，从事的行业分别为服装业和房地产业，均不是创新型企业。

其次，中望公司与建业公司的借贷关系不是临时调剂行为。从2003年起，中望公司一直向建业公司提供贷款，时间长达7年，提供的贷款数额高达人民币1亿多元，双方之间的借贷关系不是临时调剂行为。

四、浙江省嘉兴市中级人民法院〔2010〕浙嘉商初字第4号民事判决书、浙江省嘉兴市中级人民法院〔2010〕浙嘉商初字第5号民事判决书、浙江省高级人民法院〔2010〕浙商终字第71号民事判决书、浙江省高级人民法院〔2010〕浙商终字第72号民事判决书确定“按月利率1.25%计算利息”是错误的

首先，根据现有法律的规定，民间借贷仅指自然人与自然人之间、自然人与法人之间或其他组织之间发生的借贷行为。中望公司与建业公司均为企业法人，其之间的借贷关系不是民间借贷关系，因此，双方之间关于利率率的计算不应适用国家有关民间借贷的利率规定。

其次，中望公司不是金融机构，其不应获得金融机构应获得的利息或其应获得的利息不应超过金融机构的相应利率标准，否则国家的金融秩序将受到严重挑战。

五、当事人遵守公平诚信原则的基础是双方之间的行为应符合法律的规定

首先，中望公司利用建业公司急需用钱的迫切心理，乘人之危，以高于银行同期贷款利率两倍以上利率标准向建业公司提供借款，其本身的行为就不符合公平诚信的原则。

其次，中望公司违反国家金融法律、法规向建业公司长期提供贷款，其行为已构成非法从事金融业务活动，在中望公司行为违法的前提下，建业公司遵守诚信原则的基础也就丧失。

最后，既然原一审、二审法院判决认为不应使一方当事人因主张违法而获利，也就不应使一方当事人因其违法行为而获利，这才是公平诚信原则的价值所在。

六、申请人以“违约金”、“利息”等名义，向被申请人支付款项共计人民币 3519.56 万元，该款项应返还给申请人，或抵作申请人归还被申请人的本金

(1) 2007 年 6 月 28 日，双方签订了《确认书》一份，被申请人据此向申请人收取“违约金”人民币 527.31 万元。确认书签订的当日，被申请人向申请人汇款 600 万元，申请人当日向被申请人支付了违约金 527.31 万元。

(2) 2007 年 11 月 21 日，双方签订《结算和解除（合作协议书）》一份，被申请人据此向申请人收取“违约金”人民币 829.5 万元。2007 年 11 月 27 日，被申请人向申请人汇款人民币 2100 万元，当日，申请人向被申请人支付了违约金人民币 829.5 万元。

(3) 2008 年 3 月 28 日，双方签订了《借款协议书、续借资金（一）》及《借款利息确认书》，被申请人据此向申请人收取“利息”人民币 410 万元。

2008 年 4 月 3 日，被申请人汇入申请人账户人民币 410 万元；2008 年 4 月 7 日，申请人归还了 410 万元。

(4) 2008 年 6 月 30 日、7 月 1 日，双方签订了《借款利息确认书》和《借款协议书、续借资金（三）》，被申请人据此向申请人收取“利息”人民币 348.75 万元。

2008 年 7 月 30 日，被申请人汇入申请人账户 348.75 万元；当日，申请人归还了 348.75 万元。

(5) 2008 年 10 月 9 日，申请人支付被申请人利息 352.5 万元。同年 10 月 10 日，被申请人汇入申请人账户 351.5 万元。

(6) 2009 年 1 月 20 日，双方签订《借款利息确认书》，被申请人据此向申请人收取 2008 年四季度“利息”人民币 352.5 万元。

2009 年 2 月 25 日，被申请人汇入申请人账户 352.5 万元；当日，申请人归还被申请人 352.5 万元。

(7) 2009 年 1 月 20 日，双方签订《借款利息确认书》，被申请人据此向申请人收取 2009 年 1 季度“利息”人民币 352.5 万元。

2009 年 2 月 26 日，被申请人汇入申请人账户 350 万元；2009 年 3 月 10 日，申请人归还被申请人 600 万元。

(8) 2009 年 6 月 3 日，被申请人汇入申请人账户 350 万元；申请人于收款当日，当即归还被申请人 503 万元。被申请人将申请人的还款，提出 330.6979 万元作为利息，并将 330.6979 作为申请人的借款本金，向申请人计算复利。

综上所述，申请人与被申请人之间的法律关系从开始就是名为“合作”、实为“借贷”的法律关系，应为无效。被申请人的行为不仅违反了《合同法》的相关规定，也违反了金融监督管理法律法规的规定，合同无效的过错方应为被申请人，其应自行承担因合同无效产生的法律后果。恳请贵院依法审理，支持申请人的再审请求。

北京市洪范广住律师事务所律师：徐波

江西云龙律师事务所律师：李云龙

2011 年 9 月 26 日

九江申泰房地产开发有限公司与胡亚平借款合同再审案

案情简介

申请再审人：九江申泰房地产开发有限公司（以下简称申泰公司）。

再审查申请人：胡亚平，男，1962年1月出生，汉族。

2006年9月25日，胡亚平向鹰潭市中级人民法院（以下简称鹰潭中院）提交《民事起诉状》，要求鹰潭中院判令申泰公司支付借款1000万元及利息，或以抵押物54套商品房作价1000万元给胡亚平，以及要求申泰公司承担全部诉讼费用等。同年12月22日，经调解，鹰潭中院作出（2006）鹰民一初字第23号《民事调解书》。该民事调解书确认的主要协议条款如下：（一）申泰公司偿还胡亚平借款本金1000万元、2006年8月31日前的逾期还款利息153.2万元、2006年9月1日至2007年3月31日期间利息212万元，上述还款合计1365.2万元。（二）2007年2月17日前申泰公司支付胡亚平682.6万元，剩余款项682.6万元在2007年3月31日前付清。（三）当事人之间就金桥大市场房产原签订的作为借款抵押物的54份《商品房买卖合同》作废，申泰公司立即撤回就商品房买卖合同纠纷对胡亚平提起的民事诉讼，此后不得再行起诉；瑞昌市房产管理局已备案登记的《商品房买卖合同》由申泰公司办理撤销手续、履行撤销义务（如需对方提供配合，胡亚平应配合办理撤销手续），由此产生的一切费用由申泰公司负担。（四）在申泰公司如实履行了调解书确认的上述义务的情形下，胡亚平同意申泰公司在应付款总额中少支付10万元人民币。（五）如果申泰公司违反调解书确认的协议条款中的任何一条，胡亚平有权在申泰公司违约的次日起，请求法院立即强制申泰公司履行调解书确认第一条协议条款规定的全部义务。（六）如果申泰公司在2007年3月31日未将应付款全部付清，未付清部分款项自2007年3月31日起按日千分之一计算利息至所欠款项偿还完毕时止。

在鹰潭中院强制执行上述《民事调解书》的过程中，申泰公司在积极筹款履行生效法律文书的同时，以上述《民事调解书》内容与审理案件程序违法、认定事实错误等为由，不断向鹰潭中院申请再审。2007年12月7日，鹰潭中院作出（2007）鹰民监字第5号《民事裁定书》，裁定另行组成合议庭，对申泰公司与胡亚平借款合同纠纷案进行再审。

鹰潭中院对申泰公司与胡亚平借款合同再审纠纷立案受理后不久，申泰公司与江西云龙律师事务所签订委托代理合同，委托李云龙、万发根律师作为其诉讼代理人，代为参加诉讼。经过查阅全部案件材料，代理人认为，原审调解书确认的逾期还款利息确实存在不符合法律规定的情形，此外，原审材料也反映，尽管申泰公司出具了借款金额为1000万元人民币的借据，但胡亚平提供1000万元人民币借款的方式主要通过银行账户转存的方式进行，为此，申泰公司为了收取全部借款，专门在南昌所在地的银行，以自然人的身份开设了银行账户，而收款账户中的实际借款金额不足1000万元人民币，短缺之金额与申泰公司提出的、胡亚平提前扣除的利息数额相符。基于上述思考，代理人提出了原审民事调解书确认的借款

本金的数额及借款利息，存在不合乎事实及违法情形。经公开开庭审理，鹰潭中院于 2008 年 11 月 11 日作出（2007）鹰民再初字第 2 号民事判决。该再审判决的主要内容为：申泰公司偿还胡亚平借款 941.5 万元和借款利息 334.739056 万元（利息截至 2006 年 12 月 22 日），合计 1276.23056 万元；扣除在原审受理前已支付 150 万元，申泰公司还应支付胡亚平款项 1126.239056 万元等。再审一审判决基本采纳了律师提出的代理意见。

上述再审民事判决生效后，当事人双方均在法定期间内提起民事上诉。申泰公司继续委托江西云龙律师事务所律师担任其再审二审诉讼代理人。2009 年 12 月 25 日，江西省高级人民法院作出（2009）赣民再终字第 3 号民事判决书。该判决书的主要内容为：申泰公司在该判决书生效之日起 3 日内向胡亚平偿还借款本金 1000 万元及其利息；其中借款本金 700 万元自 2005 年 3 月 21 日至 2006 年 3 月 20 日期间利息按月利率 1.5% 计算，逾期自 2006 年 3 月 21 日始至款清之日止利息按中国人民银行同期贷款利率的四倍计算；借款本金 300 万元自 2005 年 4 月 26 日至 2006 年 4 月 25 日期间利息按月利率 1.5% 计算，逾期自 2006 年 4 月 26 日始至款清之日止利息按中国人民银行同期贷款利率的四倍计算（应扣除诉前付款 150 万元，诉中付款 1051 万元）等。再审二审判决尽管对本案的借款本金进行了改判，但终审判决确认了原审《民事调解书》对借款利息的认定违法，肯定了代理人提出的诉讼理由。

终审判决生效后，本案继续交由江西省丰城市人民法院执行。在执行江西省高级人民法院（2009）赣民再终字第 3 号民事判决书的过程中，经人民法院多次调解，当事人双方最终达成执行和解协议，并全部履行完毕。自 2006 年 9 月 25 日胡亚平提起民事诉讼至 2010 年当事人双方最终达成执行和解协议，当事人双方在诉讼过程中耗费的时间长达 4 年之多，律师从 2007 年接受本案的代理，直到本案当事人双方达成和解协议，代理活动也历时 3 年。

一 代理词

审判长、审判员：

作为本案申请人九江申泰房地产开发有限公司（以下简称申泰公司）的诉讼代理人，我们依法参加今日的庭审。下面就本案的争议焦点，依据相关的法律、法规之规定，结合本案的事实、证据材料，发表如下代理意见：

一、被申请人胡亚平向申泰公司实际提供的借款金额为 911.5 万元人民币，鹰潭市中级人民法院〔2006〕鹰民一初字第 23 号民事调解书认定胡亚平提供的借款金额为 1000 万元人民币，不符合事实

鹰潭市中级人民法院〔2006〕鹰民一初字第 23 号民事调解书(以下简称原审调解书)认定：2005 年 3 月 21 日，被申请人胡亚平与申泰公司签订《“一手房备案合同”抵押借款合同》，同日，胡亚平向申泰公司支付借款人民币 700 万元，2005 年 4 月 26 日，胡亚平向申泰公司支付借款人民币 300 万元。据此，原审民事调解书确认，申泰公司应偿还胡亚平借款本金人民币 1000 万元。原审调解书之所以作出上述认定，主要依据被申请人胡亚平提供的下列证据材料：申泰公司收款收据、申泰公司于 2006 年 8 月 25 日出具的函件及“有关胡亚平借款利息计算结算表”等。律师认为，原审调解书认定胡亚平分两次向申泰公司提供借款共计 1000 万元人民币不符合事实，被申请人胡亚平向申泰公司实际提供的借款金额为 911.5 元人民币。

其一，2005年3月21日、4月26日，申泰公司分别出具了两份收款收据，这是事实。但是，申泰公司并未收到收款收据中标明的金额1000万元人民币。事实情况是，2005年3月21日、4月26日，申泰公司在瑞昌市开具两份收款收据，开具收款收据时，申泰公司并未收到胡亚平个人的任何款项。申泰公司开具收款收据后，邓桂娣在南昌分两次将申泰公司开具的收款收据，交给万军。万军收取收款收据后，将胡亚平提供给申泰公司借款911.5万元人民币分别转存邓桂娣、王哲怀个人账户，此后，申泰公司通过邓桂娣、王哲怀个人账户获得胡亚平个人提供的借款911.5万元人民币。上述事实，证人邓桂娣的证言可以证实。从上述事实可以看出，申泰公司开具两份收款收据时，胡亚平个人并未向申泰公司提供借款；胡亚平是通过个人账户转款的形式向申泰公司提供借款，也就是胡亚平的诉讼代理人所称的转账方式；万军代理胡亚平个人向申泰公司收取收款收据，同时，也代理胡亚平个人向申泰公司提供借款。

其二，原审庭审过程中，被申请人胡亚平的诉讼代理人曾明确自认：“1000万元的借款给了少部分的现金，大部分是转账。因为借款的时候98%的款是转账，由于有中介人费用的问题，所以给了被告部分现金。”（见原审2006年12月12日庭审笔录第6页）此外，胡亚平与申泰公司于2005年4月26日签订的“补充条款”明确表述，胡亚平个人提供借款是通过进入账户的形式支付给申泰公司。在今日的庭审中，被申请人的诉讼代理人又再次明确自认：胡亚平个人提供借款的形式为部分转账、部分提供现金。收款收据是收取现款的凭证，结合被申请人诉讼代理人在庭审中的明确自认，不难看出，申泰公司出具两份收款收据时，申泰公司同时收取了胡亚平个人的现款。也就是说，申泰公司出具的两份收款收据，并未反映胡亚平个人向申泰公司实际提供的借款金额。

1000万元人民币也不是一个小数额的款项，常理而言，对于1000万元现款的支付过程，任何人都会记忆犹新。无论是2006年12月12日的庭审，还是今日再审理的庭审，被申请人的诉讼代理人对其收款收据记载的1000万元人民币的支付过程，均是避而不谈。究其原因，一是胡亚平个人并未以现款支付给申泰公司；二是胡亚平个人实际提供的借款金额根本不是1000万元人民币。

其三，被申请人胡亚平向申泰公司提供借款是通过转账形式支付，也就是通过个人账户转款方式提供借款。2005年3月21日，胡亚平通过编号为〔赣〕A1407355477号邮政储蓄存折、〔赣〕BD109250583号农行储蓄存折标明的银行账户转款合计638.5元人民币（万军代理胡亚平收取收款收据并代理胡亚平办理借款事宜，万军是胡亚平个人的委托代理人，因此，申泰公司代胡亚平向万军支付的30万元款项不应视为胡亚平向申泰公司提供的借款。另外，申请人与被申请人之间并未约定申泰公司应向万军支付30万元中介费用）。同年4月26日，胡亚平通过编号为〔赣〕BD109253329、604242003200043030号农行储蓄存折标明的银行账户转款合计273万元人民币。上述转款共计911.5万元人民币。对上述转款事实，除证人邓桂娣的证言外，还有申请人提供的农行储蓄存折、邮政储蓄存折可以证实。

其四，由于胡亚平在提供借款时，预先将利息计入本金（俗称“剁脑袋”），因此，在往来函件中，申泰公司作出本金为1000万元人民币的文字表述。但是，在原审庭审过程中，申泰公司的诉讼代理人已明确陈述：“实际上只借款912.5万元。”今日庭审中的证据材料也证实，胡亚平个人提供的实际借款也仅是911.5万元人民币，而非1000万元人民币。以申泰公司出具的函件作为借款本金的证明同样不符合事实。

“以事实为依据，以法律为准绳”是我国的一项基本司法原则，原审民事调解书，抛开事实，仅以单方提供的证据材料对本金作出认定，并进而确认申泰公司应向被申请人胡亚平偿还1000万元人民币，显然违背了上述基本司法原则。

二、申泰公司不应承担逾期付款违约责任

原审民事调解书除了确认申请人应向被申请人胡亚平偿还 1000 万元人民币本金外，还确认申泰公司应向胡亚平支付“2006 年 8 月 31 日以前的逾期还款利息 153.2 万元以及自 2006 年 9 月 1 日至 2007 年 3 月 31 日的利息 212 万元”。原审民事调解书除在本金的认定上，无视事实偏袒被申请人胡亚平外，确认申请人应承担逾期付款违约责任再次违背法律规定。

其一，原审民事调解书确认申泰公司应向胡亚平支付“2006 年 8 月 31 日以前的逾期还款利息 153.2 万元”，是照抄被申请人胡亚平提供的所谓“有关胡亚平借款利息计算结算表”记载的数额。而所谓“有关胡亚平借款利息计算结算表”记载的数额则又是按照《“一手房备案合同”抵押借款合同》第 5 条第 1 款第 1 项规定计算的结果。原审民事调解书确认申泰公司应向胡亚平支付“自 2006 年 9 月 1 日至 2007 年 3 月 31 日的利息 212 万元”则完全是依据《“一手房备案合同”抵押借款合同》第 5 条第 1 款第 1 项规定计算的结果。

《“一手房备案合同”抵押借款合同》第 5 条第 1 款第 1 项规定：“按规定对甲方逾期的本金按日利率万分之壹拾（大写）计收逾期利息。”比照中国人民银行规定的同期贷款利率标准，上述关于逾期付款利息的约定，显然过高。另外，上述逾期利息是按照本金 1000 万元人民币计算的，在计算逾期利息时，又将利息计入本金，进行利滚利。最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》（1991 年 7 月 2 日最高人民法院审判委员会第 502 次会议讨论通过）第 6 条规定：“民间借贷的利率可以适当高于银行的利率，各地人民法院可根据本地区的实际情况具体掌握，但最高不得超过银行同类贷款利率的四倍（包含利率本数）。超出此限度的，超出部分的利息不予保护。”该司法解释第 7 条规定：“出借人不得将利息计入本金谋取高利。审理中发现债权人将利息计入本金计算复利的，其利率超出第六条规定的限度时，超出部分的利息不予保护。”依据上述司法解释的规定，《“一手房备案合同”抵押借款合同》第 5 条第 1 款第 1 项规定的逾期利息显然违背法律及司法解释的规定，属于无效条款。当事人在履行借款合同中，依据上述无效条款计算的逾期利息当然不应得到司法保护。原审民事调解书保护过高的逾期利息、保护将利息计入本金计算得利，直接违背了上述司法解释的明确规定。

其二，《刑法》第 175 条规定：“以转贷牟利为目的，套取金融机构信贷资金高利转贷他人，违法所得数额较大的，处三年以下有期徒刑或者拘役，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金；数额巨大的，处三年以上七年以下有期徒刑，并处违法所得一倍以上五倍以下罚金。”上述现行刑法明确规定了高利转贷是一种违法行为，如果违法所得数额较大的，则构成刑事犯罪。万军是银行工作人员，被申请人胡亚平提供的借款的真实来源，我们没有必要深究。但是，从现行刑法的明确规定中可以看出，牟取高利是一种违法行为。被申请人诉讼代理人所称的国家对贷款利率的上限已经市场化，不设上限，民间借款利息不受限制的代理观点，明显与现行法律规定不符。

九江市中级人民法院作出的裁定仅是对个案的处理结果，被申请人诉讼代理人所提供的九江市中级人民法院的个案裁定也仅是复印件；我国不实行判例法，要求鹰潭市中级人民法院以同级人民法院对个案的处理结果作为判决案件的依据违背了民事诉讼法的基本原则；最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》实施以后，我国法院对绝大部分相关案件判决、裁定均是以上述司法解释作为处理案件的依据，被申请人诉讼代理人提及的、与上述司法解释相违背的判决、裁定毕竟是少而又少。被申请人以所谓的九江市中级人民法院的个别裁定为由，要求鹰潭市中级人民法院在类似案件中作出相同判决，并进而引申为执法统一的观点，纯属荒谬。

其三，2006 年 11 月 26 日，瑞昌市发生了 5.6 级地震及洪涝灾害。申请人借款的用途

为在瑞昌市的房地产开发项目，由于地震、洪涝灾害，申泰公司的房地产开发项目严重受损，商业销售受到严重影响，这是众所周知的事实。今日庭审中，申请人也提交了相关证据材料证明。地震、洪涝灾害是法定的不可抗力事件，依据《中华人民共和国合同法》第 118 条之规定，应当免责，原审民事调解书对此不可抗力事件视而不见，片面确认被申请人的非法利益，违背了上述合同的规定。

其四，2005 年 3 月 20 日，被申请人胡亚平与申泰公司签订了多份《商品房买卖合同》，并且，依据被申请人的要求，申泰公司对相关的《商品房买卖合同》进行了备案登记。被申请人胡亚平与申泰公司之间，已形成了完整的商品房买卖合同关系。被申请人胡亚平与申泰公司签订的《商品房买卖合同》明确规定：购房人胡亚平应在 2005 年 3 月 20 日前，一次性付清全部购房款。《中华人民共和国合同法》第 66 条规定：“当事人互负债务，没有先后履行顺序的，应当同时履行。一方在对方履行之前有权拒绝其履行要求。一方在对方履行债务不符合约定时，有权拒绝其相应的履行要求。”由于被申请人胡亚平未按约定支付购房款，依据上述合同的相关规定，申泰公司有权拒绝偿还借款。原审民事调解书无视申泰公司的正当权利，要求申泰公司承担逾期利息，不仅不公，同时也违背上述合同的规定。

其五，《“一手房备案合同”抵押借款合同》中并未规定申泰公司应当承担借款利息。原审过程中，被申请人胡亚平在其民事诉状中对利息也未提出明确的诉讼请求，当然更未提出逾期还款利息。依据我国现行民事诉讼法的相关规定，人民法院的审理范围应当仅限于当事人的诉讼请求范围。原审民事调解书确认申泰公司应当承担逾期利息，显然超出了当事人的诉讼请求范围，违背法律规定，偏袒被申请人胡亚平。

三、原审民事调解程序违背法律规定

原审民事调解书除了上述阐述的，内容违背法律规定外，原审民事调解的程序同样不符合法律规定。

其一，原审审理过程中，申泰公司依法提出诉讼管辖异议。2006 年 10 月 25 日，鹰潭市中级人民法院作出（2006）鹰民一初字第 23—2 号民事裁定书，裁定驳回申泰公司的诉讼管辖异议。同年 10 月 31 日，鹰潭市中级人民法院将上述裁定书送达申泰公司。同年 11 月 16 日，江西省高级人民法院受理申泰公司就诉讼管辖异议提出的民事上诉，并规定申泰公司应在 2006 年 12 月 1 日前提出补充文书、证据。同年 11 月 28 日，申泰公司收到江西省高级人民法院送达的受理上诉通知书及告知合议庭人员通知书。2006 年 11 月 30 日，鹰潭市中级人民法院向申泰公司寄送定于同年 12 月 12 日开庭的传票，并且原审在传票规定的日期如期开庭。鹰潭市中级人民法院在江西省高级人民法院审理管辖异议期间，向申泰公司送达开庭传票，其做法违背法律程序。当然，其后的开庭也缺乏程序的正当性。

其二，《中华人民共和国民事诉讼法》第 183 条规定：“按照审判监督程序决定再审的案件，裁定中止原判决的执行。裁定由院长署名，加盖人民法院印章。”民事诉讼法上述法条所规定的对象为原判决，规定的事由为中止执行。被申请人胡亚平的诉讼代理人以上述法条否定再审的正当性、合法性，明显缺乏法律依据。

综上所述，原审民事调解书确认申泰公司应偿还的借款本金为 1000 万元人民币及逾期利息，不符合事实，违背法律规定，偏袒被申请人胡亚平。实事求是、有错必纠是民事审判监督程序的价值所在。在此，恳请法庭对本案本着“以事实为依据，以法律为准绳”的司法原则，对本案作出客观、公正的判决。以上意见，敬请合议庭考虑！

江西云龙律师事务所律师：李云龙万发根

二审代理词

审判长、审判员：

作为九江申泰房地产开发有限公司（以下简称申泰公司）的二审诉讼代理人，围绕法庭归纳的争议焦点，依据本案事实、证据及相关法律法规之规定，发表如下代理意见：

一、由于预先扣除“剁脑息”58.5万元，胡亚平实际提供借款本金941.5万元。原审民事调解书认定借款本金为1000万元，不符合事实

1.胡亚平在提供借款时，预先扣除“剁脑息”58.5万元，并将此利息计入本金。同样，申泰公司在收到941.5万元借款本金时，将胡亚平预先扣除的“剁脑息”包括在内，向胡亚平出具了两份总金额为1000万元的《收款收据》。此后，在相关的书面函件中，也同样作出借款1000万元的表述。由于两份《收款收据》中记载的1000万元，已包括预先扣除的“剁脑息”，胡亚平主张以两份《收款收据》等，证明其提供的实际借款为1000万元，不能成立。

2.当事人之间以“到账”方式，提供与接受借款本金，申泰公司出具的两份《收款收据》不反映当事人之间真实的资金往来。对于此项事实，有胡亚平在其提交的《民事起诉状》、《民事上诉状》及多次庭审中的陈述及当事人双方签订的相关合同书证等可以证实。此外，胡亚平以两份《收款收据》等证明其已提供了1000万元现金借款，明显与其他证据存在矛盾（此项诉讼理由，申泰公司在其提交的《民事答辩状》中已作详细答辩）。

3.就本案而言，反映胡亚平2005年3月21日、4月26日提供借款本金实际过程，以及申泰公司偿还借款本金及借款利息具体过程的证据材料，可以证实，胡亚平在提供借款本金时，预先扣除了“剁脑息”58.5万元。

其一，申泰公司提供的四个银行账户存折已证实，胡亚平分10笔，以存现、转账方式向申泰公司提供借款本金共计941.5万元。计算现有四个银行账户反映的借款数额，可以发现胡亚平提供借款时，预先扣除了“剁脑息”58.5万元。

当事人双方签订的《补充协议》第2、3条明确规定：借款本金进入申泰公司银行账户。从当事人对借款本金已进入银行账户的陈述中可以确定如下事实：借款本金具体什么时间、进入什么银行账户，当事人双方均十分清楚。胡亚平所称申泰公司可能将现金存入本案涉及的四个银行账户之外的账户的说明，属于无稽之谈。

其二，申泰公司收到借款后，向胡亚平偿还借款利息及本金的具体过程为：2005年3月21日，胡亚平向申泰公司提供700万元借款的同时，预先扣除了第一个季度借款利息31.5万元。此后，申泰公司在同年6月20日、9月23日及12月29日，以每季度31.5万元的数额，按季度开始时向胡亚平偿还当季借款利息。另300万元借款，因借款期限由一年变更为半年，2005年4月26日，胡亚平向申泰公司提供300万元借款的同时，预先扣除了半年期借款利息27万元。在实际履行过程中，此300万元借款，又从半年期恢复为一年期，同年10月25日，申泰公司按期向胡亚平偿还另半年期借款利息27万元。2006年3月22日，申泰公司向胡亚平偿还款项50万元。同年5月10日，申泰公司致函胡亚平，告知“到期只偿付50万元”借款本金。同年5月26日，胡亚平与申泰公司进行财务对账，双方同意将上

述 50 万元计算为归还借款本金；按 950 万元借款本金计算，截至 2006 年 5 月 26 日，申泰公司应付利息为 115.55 万元（按照提前支付利息规定，利息计算至同年 7 月 31 日）。同年 6 月 9 日，申泰公司向胡亚平还款 10 万元。同年 8 月 1 日，申泰公司再次致函胡亚平，因严重洪涝、地震灾害，要求同年“9 月 30 日前先还本，后还息”。2006 年 8 月 25 日，因胡亚平坚持先还息，后还本，申泰公司向胡亚平出具函件，载明上述 60 万元为偿还借款利息。

申泰公司提供的还款证据可以证明当事人对于第一笔借款利息的偿还是按季结算；第二笔借款利息的偿还是按半年期结算。

胡亚平在其提交的《民事起诉状》中明确陈述，“2006 年 5 月 26 日，被告应付利息 115.55 万元”。2006 年 5 月 26 日，当事人双方进行了结算，该结算清单原件由申泰公司加盖印章，交由胡亚平保管。胡亚平在《民事起诉状》中的上述陈述已明确证明，其持有上述结算清单原件（否则，胡亚平无从解释 115.55 万元的计算过程）。结合申泰公司的还款证据材料，胡亚平的上述陈述及 5 月 26 日结算清单，不仅证明当事人双方实际操作中，是按季提前结算利息，而且证明申泰公司已按月息 1.5% 的标准，偿还了全部借款合同规定的借款期限内利息，对于借款本金也偿还了 50 万元。此外，此证据材料还证明，胡亚平在提供借款本金同时，已预先扣除了“剁脑息”58.5 万元。

申泰公司 8 月 25 日出具函件（此证据由胡亚平提供）可证明胡亚平持有申泰公司分别于 2006 年 5 月 10 日、8 月 1 日出具函件的原件。从 8 月 25 日出具函件的“作废”字样中，可以清楚看出，尽管申泰公司分别于 2006 年 5 月 10 日、8 月 1 日出具的函件已经由当事人协商作废，但上述函件已反映了不争的事实：当事人按月息 1.5% 计算利息，借款到期后，申泰公司仅偿还了借款本金 50 万元。结合上述胡亚平陈述，申泰公司还款证据及双方合同约定，上述二份函件再次证明，胡亚平提供借款本金时，预先扣除了“剁脑息”58.5 万元。

2006 年 9 月 7 日，申泰公司法定代表人王哲怀签署了一份“有关胡亚平借款利息计算结算如下”的单据。对于上述单据的内容不具备客观性的事实，胡亚平的诉讼代理人已在二审庭审中明确承认。该单据中逾期未还利息合计 153.2 万元是该单据第三部分内容的合计；该单据对申泰公司于 2006 年 6 月 9 日偿还的 10 万元款项，根本未进行反映。从该单据的内容也可以看出，申泰公司所欠利息仅仅是借款期限届满后的利息。而 2006 年 3 月 22 日偿还 50 万元款项，即便不作为归还本金，也应是归还借款期限届满后的利息。从上述还款情况也可看出，胡亚平在提供借款本金时，预先扣除了“剁脑息”58.5 万元。

二、原审民事调解书关于借款利息的认定，违背现行法律及相关司法解释规定。再审一审民事判决书对违法利息予以纠正，符合法律规定

1. 原审民事调解书关于借款利息的规定共有 2 个条款：条款 1 及条款 6。条款 1 中包括借款期限内的 1.5% 的利息，及借款期限后的日万分之十的逾期利率，条款 6 中又规定加收日万分之十的逾期还款利息。从条款 1、6 的规定中，可以看出，原审民事调解书规定的逾期还款利率为日万分之二十，换算为年利率为 73%。此外，58.5 万元“剁脑息”部分，也是按日万分之二十计算逾期还款利息的。

2. 比较同期银行借款利率，可以看出，原审民事调解书关于利息的规定，违背法律规定，主要表现：①允许胡亚平将利息计入本金，进而计算复利；并且利息计算复利的利率远远超出人民银行规定基准利率四倍以上（具体高达 12 倍）；违背了《中华人民共和国合同法》第 200 条及最高人民法院《关于人民法院审理借贷案件的若干意见》第 7 条规定。②原审民事调解书关于借贷利息所认定的年利率高达 73%，而 2007 年 3 月人民银行公布的六个月至一

年期的贷款年利率也仅为 6.12%，原审民事调解书所认定的借款利率，高出国家法定利率 10 倍以上，违背《中华人民共和国合同法》第 207 条及上述司法解释第 6 条规定。

三、原审法院 2006 年审理本案时，在审理程序上违反法律规定

1.在胡亚平未提供财产担保的情形下，对申泰公司的财产采取财产保全措施，违背修改前的《民事诉讼法》第 92 条第 2 款规定。

2.超标查封申泰公司的财产，违背修改前民事诉讼法第 94 条规定。胡亚平诉讼请求的范围是借款 1000 万元及利息（对于利息的具体金额在民事起诉状中未列明）原审法院 2006 年仅查封申泰公司商品房、商业店面的面积就达 24, 603.89m²，以均价每平方米 2000 元计算，查封财产的价值高达 4800 万元以上，还不包括查封申泰公司的银行账户中的存款。

3.原审法院 2006 年审理本案时，就商品房买卖合同纠纷系列案件，申泰公司对胡亚平向瑞昌市人民法院提起系列民事诉讼。修改前《民事诉讼》第 131 条规定：“宣判前，原告申请撤诉的，是否准许，由人民法院裁定。”原审民事调解书认定商品房买卖合同纠纷的相关事实，并要求申泰公司撤回瑞昌市人民法院的民事诉讼，对无管辖权的案件行使司法管辖权，违背了上述法律规定。

四、原审民事调解书内容违法，同时也违背当事人自愿原则

1.原审民事调解书在内容上违法主要表现在：将借款利息计入本金，并计算高额复利；对高出同期银行贷款利率 12 倍以上的高额利息进行司法保护。

2.2006 年原审法院审理本案期间，申泰公司可谓遭遇天灾人祸。此时，原审法院不仅查封了申泰公司价值 4600 万元以上的房产，同时也查封了其全部银行账户。因为全部银行账户被查封，申泰公司立即断流。由于资金断流，加之工程尚处建设阶段，企业所面临的危险可以想象。原审法院查封申泰公司全部银行账户的做法，直接对申泰公司构成一种强力。分析原审民事调解书的具体内容也可看出，申泰公司接受调解的唯一条件便是解除查封银行账户。原审法院超标的、违法查封财产，并查封申泰公司全部银行账户，可以理解为强迫调解，违背了当事人自愿原则。

综上所述，原审法院对本案予以立案再审，并本着“以事实为依据，以法律为准绳”的原则作出司法判决，符合事实，符合法律规定，恳请二审法院驳回胡亚平的上诉请求。

江西云龙律师事务所律师：李云龙万发根
2009 年 2 月 18 日

上海浦发银行虹口支行与招商银行上海分行 侵权纠纷案

案情简介

申请再审人（一审原告、二审上诉人）：招商银行股份有限公司上海分行。

被申请人（一审被告、二审被上诉人）：上海浦东发展银行虹口支行。

招商银行股份有限公司上海分行（以下简称招商分行）与上海浦东发展银行虹口支行（以下简称虹口支行）侵权纠纷一案，不服上海市高级人民法院（2000）沪高经再终字第1号民事裁定，向最高人民法院申请再审。最高人民法院于2003年12月22日作出（2001）民二监字第80-1号民事裁定，决定对本案提审。江西云龙律师事务所李云龙律师接受虹口支行的委托，到最高人民法院审监庭参与诉讼。

1996年2月15日，招商分行与上海龙脉实业有限公司（以下简称龙脉公司）签订抵押贷款合同一份，约定：招商分行贷款给龙脉公司人民币900万元。上海龙腾房地产开发有限公司（以下简称龙腾公司）将其名下号码110007294金额为人民币900万元，到期日为1996年8月9日的虹口支行的半年期整存整取定期存款单交付招商分行，并在该存单上加盖了背书章。同日，龙腾公司还向招商分行出具不可撤销担保书，承诺“在上海龙脉实业有限公司贷款到期日，如上海龙脉实业有限公司不能如期归还贵行借款时，贵行可持我司所抵押给贵行的大面额存单到存款行提取存款以充贷款，尚有不足部分，由我公司负责补偿。”次日，招商分行向虹口支行下属四川北路营业所核押，四川北路营业所证明该存单是真实的。同日，招商分行向龙脉公司放贷900万元。同年8月7日，贷款到期，龙脉公司无力还款，与招商分行签订借款展期协议书一份，展期至1997年2月7日止。龙腾公司作为担保方，在展期协议上加盖了公章。

1996年2月13日，虹口支行与中国出口商品基地建设河北公司上海外高桥分公司（以下简称外高桥公司）签订借款合同一份。1996年7月29日，虹口支行与龙脉公司签订贷款合同一份，两份合同贷款共800万元，均由龙腾公司担保，明确以其名下存于虹口支行的定期存款900万元，即抵押给招商分行的同一张存款单作为担保物，但龙腾公司未向虹口支行交付该存单。上述两笔贷款先后到期，债务人未偿还借款，虹口支行在取得龙腾公司书面承诺后，于1996年8月29日从龙腾公司存在支行的900万元存款中扣划了该两笔借款本息，1997年2月7日借款展期届满，龙脉公司仍未按约偿还招商分行借款本息，同月28日，招商分行至虹口支行要求兑现900万元存款时，被告知该款已被扣划。招商分行认为虹口支行构成侵权，遂诉至法院。

此案由上海市第二中级人民法院一审审理认为：招商分行与龙脉公司签订的抵押贷款合同及龙脉公司1996年2月15日出具的不可撤销担保书合法有效，招商分行据此占有龙腾公司提供的质物（存单）并无过错，其合法取得的质权应当受到法律保护。在龙脉公司未能按期归还借款本息时，招商分行有权以该存单兑现的价款优先受偿。虹口支行与外高桥公司

和龙脉公司签订借款合同时，龙腾公司是书面承诺以其名下存于虹口支行的定期存款 900 万元（存单号 H0007294）作为该两笔借款的担保物，但嗣后均未将该存单移交给虹口支行占有，故龙腾公司上述向虹口支行承诺的质押依法未生效。现虹口支行在招商分行行使质权时已将该存款扣划用于收回自己贷款的行为，侵犯了招商分行的权利，显属不当，理应承担相应的民事责任。一审判决：虹口支行偿付招商分行 900 万元及其利息 405,000 元和自 1997 年 2 月 28 日起至判决生效之日止的利息（以 9,405,000 元，按中国人民银行同期流动资金贷款利率计付），案件受理费 64,559 元由虹口支行负担。

虹口支行不服一审判决，提起上诉。

上海市高级人民法院二审审理认为：招商分行合法取得龙腾公司质押物（存单）后，就依法对该存单享有质权，虹口支行亦对此存单进行了核押。但虹口支行仍将用于质押的存款用于收回其贷款，该行为侵犯了招商分行的担保物权。本案属侵权纠纷，因此虹口支行称本案属质押法律关系，由此认为原审遗漏当事人的上诉理由，无事实和法律依据，不能成立。招商分行与龙脉公司、龙腾公司于 1996 年 8 月 7 日签订的《借款展期协议书》，龙腾公司在该协议书上作为担保方盖了章，将存单继续由招商分行占有，应认定招商分行与龙腾公司的质押关系继续有效。因此，虹口支行认为 1996 年 8 月 7 日以后，龙腾公司仅有一般保证责任的主张无事实依据，亦不能成立。虹口支行理应承担侵权的民事责任，向作为质权人的招商分行兑付存单所记载的款项。二审判决：驳回上诉，维持原判。

虹口支行不服二审判决，向上海市高级人民法院申请再审，该院于 1999 年 12 月 13 日作出（1999）沪高经监字第 108 号民事裁定，决定对本案再审。

上海市高级人民法院再审审理认为：本案涉嫌经济犯罪，应移送公安机关侦查处理。裁定：撤销上海市第二中级人民法院（1998）沪二中经初字第 272 号和上海市高级人民法院（1998）沪高经终字第 474 号民事判决。再审期间，虹口支行出示 6 份证据，证实申诉人招商分行与龙脉公司在签订贷款抵押合同时有恶意串通的民事法律行为，有损于虹口支行的利益。担保单位虹口支行四川北路营业所不具备法人资格，招商分行核保无效。本案应定为合同担保纠纷，不是侵权纠纷。

最高人民法院审监庭于 2004 年 4 月 2 日在上海市高级人民法院开庭，审理虹口支行与招商分行侵权纠纷一案。李云龙律师为虹口支行发表了代理意见：（1）本案应定为合同担保纠纷；（2）招商分行与龙脉公司签订贷款抵押合同具有重要恶意串通的行为，有损于虹口支行的利益；（3）虹口支行依担保合同条款直接扣收存单 900 万元，代替借款单位归还贷款，符合法律规定。

招商分行认为本案是侵权纠纷，坚持要求归还本金 900 万元及利息 500 万元的诉讼请求。

经过法庭辩论后，本案在法院主持下调解结案。2004 年 5 月 12 日下达最高人民法院（2004）民二提字第 1 号民事调解书。调解协议：一、上海浦东发展银行虹口支行分两次给付招商银行上海分行本金 900 万元，招商银行上海分行放弃近十年利息计 500 万元留给上海浦东发展银行虹口支行。申请再审人与被申请人调解结案，双方很高兴达成了调解协议。

双方调解结案，皆大欢喜。

再审代理词

审判长、审判员：

我接受虹口支行的委托，经江西云龙律师事务所的指派，为虹口支行合同担保纠纷一案出庭代理，依法参与诉讼，发表代理词如下：

一、招商分行与龙脉公司在签订贷款抵押合同时，具有恶意串通的民事法律行为，有损于虹口支行的利益

1.1996年2月5日招商分行与龙脉公司签订了《抵押贷款合同》，贷款金额为900万元，贷款期限为6个月，自1992年2月5日至1996年8月7日。《抵押贷款合同》第6条约定，上海龙腾公司以900万元定期存单作为抵押。1996年2月5日签订合同时，上海龙腾公司并没有存入900万元存单，拿何物作为抵押？这本身是虚假的约定，因为上海龙腾公司存入虹口支行900万元的时间是1996年2月9日，依据律师取证上海龙脉公司法定代表人沈智伟2004年3月25日笔录证实：“2月5日上海龙脉公司与招商银行签订合同后，在合同中约定上海龙腾公司抵押物900万元担保，当时没有900万元存单抵押，是以后抵押的。”事实上2月5日合同签订后一、二天，招商银行就放贷900万元。当时约定担保物900万元是虚假的。

2.上海龙脉公司、外高桥公司分别向上海浦发银行贷款800万元，是以上海龙腾公司作为保证人，招商分行去核保前是明知的，与龙脉公司沈智伟是合谋串通的。

龙脉公司与虹口支行1996年2月13日签订借款合同，借款金额500万元，实为400万元。借款人外高桥公司与虹口支行签订借款400万元，两笔借款共800万元都是以上海龙腾公司作为担保的，这一情况在招商分行核保之前是明知的，上海龙脉公司法定代表人沈智伟2004年3月25日笔录证实：“这两笔贷款800万元，以龙腾公司存入浦发银行存单900万元作了担保，招商银行在担保以前就知道，我告诉王欣，他们是知道的。”

恶意串通就是合谋或通谋所为，即行为人为损害他人利益的共同目的，招商分行王欣明知虹口支行2月13日与外高桥公司、龙脉公司签订贷款合同，担保人是上海龙腾公司这一事实在明知过程中仍然向虹口支行下属四川北路营业所去核保，目的是为了损害浦发银行利益。恶意串通的民事行为是无效合同，不得对抗第三人。

3.担保单位上海浦发银行虹口支行四川北路营业所不具备法人资格，招商分行核保无效。

龙腾公司是龙脉公司的下属公司，据龙腾公司法人代表黄浦腾2004年3月26日笔录证实：“以龙腾公司名义存入浦发银行900万元，都是路沈(沈智伟)办的。龙腾公司印章和个人印章(黄浦腾)都交给路沈管的，龙脉公司向招商银行贷款900万元，以龙腾公司提供担保，都是路沈一手操办的，我不知道。”路沈于1996年2月15日以抵押担保人上海龙腾公司名义致函招商银行上海分行新闻路办事处《不可撤销担保书》，1996年2月16日招商分行王欣与龙脉公司苏浩一起到浦发银行四川北路营业所去核保。龙脉公司路沈和招商分行王欣明知龙脉公司、外高桥公司在浦发银行有贷款800万元，路沈与招商分行王欣故意合谋串通，仍然拿着上海龙腾公司《不可撤销书》去核保，却不到虹口支行去核保，目的想损害浦发银行担保利益，这种恶意串通核保行为无效。

龙腾公司的存单900万元，签章银行为“上海浦东发展银行虹口支行办事处”，这是具有法人资格的印章。招商分行的担保单位四川北路营业所，不具备法人资格，核保无效。

二、外高桥公司与虹口支行 1996 年 2 月 13 日签订的借款合同、龙脉公司与虹口支行 1996 年 2 月 13 日、1996 年 7 月 29 日签订的借款合同，担保人龙腾公司提供的是连带责任担保，并没有约定存单质押担保

依据中国人民银行 1996 年 6 月 28 日颁布的《贷款通则》第 9 条规定：“担保贷款，是指保证贷款、抵押贷款、质押贷款。”“保证贷款，是指按《中华人民共和国担保法》规定的保证方式以第三人承诺在借款人不能偿还贷款时，按约定承担一般保证责任或者连带责任而偿还贷款。”据此，龙腾公司提供的担保是连带责任担保。

第一笔借款合同。借款人外高桥公司与贷款人虹口支行签订《流动资金借款合同》。《流动资金借款合同》第 1 条约定借款资金为 400 万元。第 2 条还款的保证栏：信用担保由上海龙腾房地产开发有限公司向贷款人出具不可撤销贷款担保书，并以此作为合同的组成部分。龙腾公司为这笔贷款担保，并没有约定为质押担保。1996 年 2 月 13 日龙腾公司出具了《不可撤销担保书》，阐明是履行保证责任。

第二笔借款合同。龙脉公司与虹口支行 1996 年 2 月 13 日签订借款合同，借款金额为 500 万元，实为 400 万元。合同第 5 条约定：“信用担保由龙腾房地产开发公司向贷款人出具不可撤销担保书”，龙腾公司履行的是连带责任担保，并没有约定为质押担保。

第三笔借款合同。龙脉公司与虹口支行 1996 年 7 月 2 日签订《短期借款合同》。《短期借款合同》第 1 条约定贷款金额为人民币 400 万元，贷款期限为 1996 年 7 月 30 日至 1996 年 8 月 9 日。

《借款合同》第 5 条债务担保约定：本合同以上贷款资金、利息、违约金及相关费用由以下担保人为借款人向贷款人提供担保，由上海龙腾房地产开发有限公司(保证人)提供不可撤销的保证。其中，并没有约定龙腾公司作为出质人提供不可撤销的质押。1996 年 7 月 29 日保证人龙腾公司出具了《保证合同》，在《保证合同》贷款人专栏盖有上海浦东发展银行虹口办事处公章。在《保证合同》第 3 条约定：“保证人根据本合同对借款人所欠债务在担保范围内与借款人承担连带责任。——保证人应无条件地作为第一债务人直接向贷款人支付款项以清偿借款人所欠的债务，同时在被授权人从保证人在上海浦东发展银行各营业机构开立的存款账户中直接扣收，并放弃一切抗辩权。”

虹口支行依据保证合同的条款直接扣收存单 900 万元，代替借款单位归还贷款，符合法律规定。

我国《担保法》规定了保证、抵押、质押、留置和定金五种担保形式，其中适用借款合同担保的方式有保证、抵押、质押三种方式。虹口支行与龙脉公司、外高桥公司借款 800 万元采取的担保形式是保证，由龙腾公司提供连带责任担保。

保证合同依法成立，保证人就承担了在被保证人不履行或不能履行合同时，代替被保证人履行合同或承担责任。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》(1994 年 4 月 15 日)第 2 条规定：“保证合同明确约定保证人承担连带责任的，当被保证人到期不履行合同时，债权人既可向被保证人求偿，也可直接向保证人求偿。”《中华人民共和国担保法》第 18 条规定：“连带责任保证的债务人在主合同规定的债务履行期届满没有履行债务的，债权人可以要求债务人履行债务，也可以要求保证人在其保证范围内承担保证责任。”龙脉公司履行保证责任，以 900 万元存款代为归还贷款，符合保证合同约定。

三、虹口支行扣收保证人的存单以还贷款，是履行保证合同的权利

招商分行与龙脉公司签订的借款合同是《抵押贷款合同》，贷款期限为6个月，自1996年2月5日起至1996年8月7日止。抵押物以龙腾公司存单900万元作质押，合同到期为1996年8月7日。按时间约定应当到期兑现。1996年2月15日龙腾公司致招商银行《不可撤销担保书》，明确表示“在上海龙脉实业有限公司向贵行贷款期内保证做到几点，做到提取存款以还贷款……”约定是贷款期内履行。而招商分行放弃这一权利，不来兑现，1996年8月20日又与龙脉公司签订展期合同，贷款展期也没有告知虹口支行，虹口支行也不知道龙脉公司是否归还了贷款或者展期，虹口支行是不明知的，招商分行单方面展期，造成后果由招商分行承担。

招商分行与龙脉公司签订贷款展期合同，时间是1996年8月20日，按照第一份贷款合同到期日期为1996年8月7日，双方没有按合同规定时间签署展期合同，而是在1996年8月20日，相差10多天才签。依据《中华人民共和国合同法》第209条规定：“借款人可以在还款期限届满之前向贷款人申请展期。”招商分行是在还款期限届满之后十多天进行展期的，展期合同明显违反法律规定。该借款合同展期也没有告知核保人，放弃权利取款，严重后果由招商分行承担。

虹口支行扣收保证人存单以还贷款，是履行保证合同的权利。

四、原审法院、二审法院将此案定为侵权纠纷，应当定合同担保纠纷

此案是一起担保纠纷。龙脉公司与招商分行签订《抵押贷款合同》，以龙腾公司存入虹口支行存单900万元作为质押。

上海外高桥分公司与虹口支行1996年2月13日签订的借款合同，上海龙脉公司与虹口支行1996年2月13日、7月29日签订的借款合同，提供担保的都是上海龙腾公司连带责任保证。一、二审法院强调侵权行为，忽视了虹口支行与龙脉公司、外高桥公司贷款履行的连带责任保证，忽视龙腾公司保证合同存在。一、二审认定招商分行取得龙腾公司的质押物(存单)后，并对存单进行核押。但是没有考虑到招商分行展期合同没有告知虹口支行，虹口支行扣收900万元存款还贷是为了履行保证合同的情况，这一判决认定事实、适用法律都有不当。应当将此案定为担保纠纷，分清双方合同过错。请再审法院撤销一、二审判决，依法改判。

五、涉及诈骗犯罪，应当中止审理

上海龙脉公司沈智伟、龙腾公司经理黄浦腾涉嫌诈骗犯罪、行贿罪、挪用资金罪。沈智伟涉嫌诈骗罪、挪用资金罪判刑20年，黄浦腾判刑15年，正在服刑。虹口支行已在法庭出示了(2000)沪一中刑初字第106号刑事判决书，证实沈智伟多次以诈骗形式向银行贷款的事实。本案也涉嫌诈骗犯罪，沈智伟以龙脉公司名义向招商分行贷款900万元，又以下属公司龙腾公司抵押担保，而龙腾公司的公章和经理的个人私章都由沈智伟代管，实为贷款人是沈智伟，抵押人是沈智伟。招商分行王欣和沈智伟合谋又将存单核押，明知龙脉公司与虹口支行有贷款仍然去核押，故意损害虹口支行利益，明显是一种诈骗行为。应当将此案移送司法机关侦查。

以上代理意见是否正当，请考虑。

此致
最高人民法院

江西云龙律师事务所律师：李云龙
2004年4月6日

后记一

自 1984 年从事律师工作开始，就想将自己办案制作的辩护词、代理词精选汇成一本集子出版，这一愿望实现了，非常高兴！这本专集的出版，是对我 18 年律师工作的总结，是对我学术研究的推动。

这本书的基本架构是：无罪案例；死刑改判案例；贿赂、诈骗案例；行政诉讼胜诉案例；民事诉讼胜诉案例；探讨案例；新闻媒体采访、评论文章以及立法建议论文。这一架构安排主要是突出我是个专家型的律师，突出我是个研究死刑的学者。

18 年的律师生涯里，办理了 260 多件刑、民案件，这些案件不可能一一入选本书。本书所选择的案例主要从以下几个方面考虑：一是案例具有典型性；二是胜诉、改判的案例；三是案件本身有辩头，辩护观点、代理意见已被司法部门采纳；四是案例中的辩护词、代理词富有理论深度，说理说法说得具体；五是探讨案例已引起立法部门的重视。有的案例经过几次筛选，文稿已经打印，考虑到不符合以上五点要求就删掉了。

“无罪案例”中晏广保涉嫌行贿原江西省副省长胡长清 15 万元之罪名不成立，回南昌后重振房地产业。虽行贿罪名不成立，但由于其他因素，法院没有宣判晏广保无罪，判处其有期徒刑一年，缓刑一年。这个案例富有典型性，因此，将这个案例放在无罪案例中。还有行政诉讼胜诉案、民事诉讼胜诉案中也选了个别败诉案例，但我个人认为应该胜诉，将这些个别败诉的案例放在胜诉案例栏目中，主要目的是让律师同行、读者去分析、研究。

我在代理刑事案件当中，发现盗窃罪适用死刑的案例不少，依据 1979 年刑法，盗窃 3 万元以上就属情节特别严重，就可以判处死刑。我带着这个问题进行研究。1996 年《法学研究》发表了 my 的论文《盗窃罪适用死刑的比较研究》。这篇文章发表后引起立法部门的重视，1997 年新刑法颁布，已废除了盗窃普通财物罪适用死刑的规定。该文被评为中国刑法学研究会优秀论文。

还有一篇《贪污罪适用刑罚比较分析》的文章是我参加 1995 年在北京召开的第七届国际反贪污大会提交的论文。这篇文章提出：建议立法机关及时纠正适用死刑的过低的条件，提高贪污罪、受贿罪适用死刑的法定条件，建议以 10 万元作为适用死刑的起点线；明确规定个人贪污、受贿 10 万元以上，情节特别严重的处死刑。1979 年刑法规定，个人贪污受贿 5 万元作为适用死刑的起点线。1997 年颁布新刑法采纳了“个人贪污受贿 10 万元以上”作为适用死刑的起点线的观点。

我认为律师应当是专家、教授型的。既有法学理论功底，又有法律实践经验的律师才是全才。律师既应当为我国的立法工作献计献策，从完善立法来保护公民、法人的合法权益；同时要热心为公民、法人提供具体的法律服务去保护他们的合法权益。只有履行这双重职责的律师，才是名副其实的律师。

最高人民法院沈德咏副院长在百忙之中亲自为本书作序；本书的出版得到了法律出版社应用法律出版中心杨克主任及其他领导的大力支持；责任编辑伍远超作了大量的润色与斧正，从文章结构、内容配置等方面一一进行了加工编辑，使本书增添了光泽，在此深表谢意。

李云龙 2002 年 9 月 2 日

后记二

“自1984年从事律师工作开始，就想将自己办案制作的辩护词、代理词精选汇成一本集子出版，这一愿望实现了，非常高兴！这本专集的出版，是对我18年律师工作的总结，是对我学术研究的推动。”这是2002年9月2日法律出版社出版我的第一专辑写的“后记”第一段话。从第一专辑出版至今已有10年了，我将这10年从事律师工作情况，选择部分辩护词、代理词，以及法学研究的成果汇编成这个册子，即第二专辑出版，献给喜欢读我著作的女士、先生们。

这本书的基本架构是无罪案例、贪污贿赂案、行政诉讼案、刑事胜诉案、民事胜诉案、立法建议文稿、新闻媒体采访评论等。这一架构安排突出我是个学者型的律师，突出我是个研究死刑的研究员。

从事律师已有28年，办理了大量民、刑事案件，这些案件不可能一一入选专辑。本书选择的案例主要从以下几个方面考虑：一是从时间上来讲，主要从2002年1月开始至2011年12月从事律师工作期间民事代理、刑事辩护的案例；二是案例具有典型性；三是胜诉、改判的案例；四是案件本身有辩头，辩护观点、代理意见已由司法机关采纳；五是案例中的辩护词、代理词富有理论深度，说理说得具体。有的案例经过几次筛选，文稿已打印，考虑到不符合以上五点要求就删掉了。

“无罪案例”中湖南徐青山挪用公款二审案，二审判决认定上诉人徐青山挪用公款罪不成立，本应判处上诉人徐青山无罪，法庭考虑抗诉问题，益阳市中级人民法院没有判徐青山无罪，而是判处上诉人徐青山缓刑，虽然没有判处徐青山无罪，判处缓刑是留有尾巴，但从法律角度应当是无罪案例。这个案例富有典型性，因此，将这个案例放在无罪案例中。还有刑事胜诉案、民事胜诉案中也选了个别败诉案例，但我个人认为应该胜诉，将个别败诉的案例放在胜诉案例栏目中，主要目的是让律师同行、读者去分析、研究。

1984年7月至2005年4月26日之前，我是个兼职律师，大部分时间从事法学研究工作。2006年4月27日我辞去江西省社会科学院法学所行政职务，申请成立以云龙名字为字号的江西云龙律师事务所，为江西首家个人律师事务所，首家专家型律师事务所。律师事务所发展很快，山东、河南、上海、福建、湖南、浙江等地前来江西云龙律师事务所咨询、委托辩护、代理案件的不少。这个集子里选择来自上海、浙江、北京等委托办理的5个典型案例。

我不仅是律师，而且是个研究死刑的学者。我将23年前即1989年2月初发表在华东政法学院院刊《法学》的“初级阶段死刑问题研究”一文重新收入专辑中。这篇文章第一次在全国法学刊物提出了废除经济犯罪死刑的观点，引起学术界的争鸣，不少人写信责骂我。回顾这段历史，研究死刑，特别是突破性研究是要承担风险的，可以聊以自慰的是，当年文中的观点，现在已变成现实。

我与最高人民法院常务副院长沈德咏共同研究死刑，1992年由中国人民公安大学出版社出版《死刑制度比较研究》一书，先后流传到日本、台湾地区等，后来相继出版《死刑论》、《死刑专论》、《经济犯罪与死刑适用》等4本死刑专著。1992年6月1日《法制日报》称李云龙、沈德咏为“我国研究死刑第一人”。我还将著作中有关章节《经济犯罪与死刑适用》放在《立法建议文稿》专栏。

我在代理刑事案件当中，发现盗窃罪适用死刑的案例不少，依据1979年刑法，盗窃3万元以上就属情节特别严重，就可以判处死刑。我带着这个问题与沈德咏共同研究撰写论文《盗窃罪适用死刑的比较研究》，发表于1996年《法学研究》第2期。这篇文章发

表后引起立法部门的重视，1997年新刑法颁布，立法部门采纳学术界意见，已废除了盗窃普通财物罪适用死刑的规定，2011年刑法修正案（八）已全部废除了盗窃罪的死刑，说明理论先行非常重要，该文被评为中国刑法学研究会优秀论文二等奖。

还有一篇《贪污罪适用刑罚比较分析》的文章，是我参加1995年在北京召开的第七届国际反贪污大会提交的论文。这篇文章提出：建议立法机关及时纠正适用死刑的过低的条件，提高贪污罪、受贿罪适用死刑的法定条件，建议以10万元作为适用死刑的起点线；明确规定个人贪污、受贿10万元以上，情节特别严重的处死刑。1979年刑法规定，个人贪污受贿5万元作为适用死刑的起点线。1997年颁布新刑法采纳了“个人贪污受贿10万元以上”作为适用死刑的起点线的观点。

我认为律师应当是专家、教授型的。既有法学理论功底，又有法律实践经验的律师才是全才。律师既应当为我国的立法工作献计献策，通过完善立法来保护公民、法人的合法权益，同时要热心为公民、法人提供具体的法律服务去保护他们的合法权益。只有履行这双重职责的律师，才是名副其实的优秀律师。

第一专辑的序是最高人民法院常务副院长沈德咏亲自为本书撰写，这次出版第二专辑沿用第一专辑的序。

本书的出版得到法律出版社的大力支持，编辑做了大量的润色与斧正，对文章结构内容配置方面提了很多好的建议，使本书增色不少，在此深表谢意。

李云龙
2012年4月16日