



法律援助案件优秀辩护词、代理词集锦

—— 湖南省律师协会法律援助专业委员会 ——

2020 年 12 月 18 日

关于表彰法律援助案件优秀辩护词、代理词的 决定

为了有效发挥法律援助案件中优秀代理词或辩护词的示范作用，更好的带动各级法律援助工作机构和法律服务机构办精品法律援助案件，省律师协会主办、省律师协会法律援助专业委员会承办了“法律援助案件优秀辩护词、代理词”评选活动。活动共收到长沙市、株洲市、湘潭市、衡阳市、岳阳市、常德市、益阳市、郴州市、永州市、娄底市、怀化市、湘西州等地律师协会推荐参评的辩护词 69 篇、代理词 52 篇。通过组建评审团、分组评审、交叉互评、集中讨论和点评，依据评审标准，评选出优秀辩护词、代理词各 20 篇，其中一等奖各 3 篇、二等奖各 7 篇、三等奖各 10 篇，共 40 篇。（获奖作品名单详见附件）

希望受到表彰的律师，珍惜荣誉、进一步发挥示范引领作用。其他法援办案律师要以他们为榜样，规范办案，争先创优，推进法律援助工作质量进一步提高。

湖南省律师协会法律援助专业委员会

2020 年 12 月 18 日



附件一： 优秀辩护词获奖作品名单

序号	辩护词名称	承办律师	承办单位	获奖等次
1	宋某故意伤害罪一审辩护词	胡文平	衡南县法律援助中心	一等奖
2	曹某运输毒品案二审辩护词	边均福	湖南湘行律师事务所	一等奖
3	柳某贩卖毒品案二审辩护词	颜 佩	湖南省法律援助中心	一等奖
4	陈某贩卖毒品案二审辩护词	喻 娟	湖南湘民律师事务所	二等奖
5	刘某贩卖毒品案二审辩护词	邓祥瑞	湖南醒龙律师事务所	二等奖
6	文某参加黑社会性质组织案一审辩护词	刘永茂	湖南谕议律师事务所	二等奖
7	江某非法买卖弹药案一审辩护词	胡素珍	湖南金雁律师事务所	二等奖
8	张某贩卖毒品案二审辩护词	叶佩玲	湖南如金律师事务所	二等奖
9	申某贩卖毒品案二审辩护词	杨杰林	湖南真泽律师事务所	二等奖
10	王某非法买卖枪支案一审辩护词	田 聪	湖南民生律师事务所	二等奖
11	骆某抢劫案一审辩护词	吴 艳	湖南金州律师事务所	三等奖
12	梁某组织、领导黑社会性质组织案一审辩护词	赵倩倩 肖 晗	湖南通程律师事务所	三等奖
13	杨某过失致人死亡案二审辩护词	汪顺生	湖南顺胜律师事务所	三等奖
14	张某故意杀人案二审辩护词	谢红梅	湖南省法律援助中心	三等奖
15	周某抢劫、盗窍案二审辩护词	杨蘅凡	湖南南琴律师事务所	三等奖
16	刘某故意伤害案一审辩护词	周照清	湖南天地人（郴州）律师事务所	三等奖
17	杨某故意杀人案二审辩护词	李 兵	湖南天地人律师事务所	三等奖
18	周某盗窍案审查起诉阶段辩护词	李玉琴	湖南湘民律师事务所	三等奖
19	阳某故意伤害案一审辩护词	赵 骏	湖南金州律师事务所	三等奖
20	邓某抢劫案一审辩护词	刘真涛	湖南明正律师事务所	三等奖

附件二： 优秀代理词获奖作品名单

序号	代理词名称	承办律师	承办单位	获奖等次
1	汤某提供劳务者受害责任纠纷案一审代理词	郭卫星 何 花	湖南激扬律师事务所	一等奖
2	汪某人身保险合同纠纷案一审代理词	文 闻	湖南云济律师事务所	一等奖
3	李某病亡视同工伤案一审代理词	李世雄	湖南金鸥律师事务所	一等奖
4	唐某、彭某健康权纠纷案二审代理词	王章军	湖南展翼律师事务所	二等奖
5	郭某物权保护纠纷案二审代理词	贺陵柳	湖南众望归律师事务所	二等奖
6	李某公共场所管理人责任纠纷案二审代理词	马辉军	湖南金雁律师事务所	二等奖
7	赖某劳动争议纠纷案一审代理词	王卫柳	湖南弘湘律师事务所	二等奖
8	郑某劳动争议纠纷案一审代理词	马 会	湖南金州（岳阳）律师事务所	二等奖
9	贺某、伍某等 101 人生命权纠纷案一审代理词	谭奇勇	湖南丹阳律师事务所	二等奖
10	易某劳动争议案仲裁阶段代理词	吴江红	湖南御辩律师事务所	二等奖
11	陈某劳动争议案仲裁阶段代理词	郑江梅	湖南瀛启律师事务所	三等奖
12	熊某机动车交通事故案一审代理词	李志敏	湖南劲鸣律师事务所	三等奖
13	许某劳动争议纠纷案二审代理词	郭映秋	湖南卓进律师事务所	三等奖
14	陈某劳动争议案仲裁阶段代理词	李艳红 黄园园	湖南平尚律师事务所	三等奖
15	陈某劳动争议案一审代理词	覃艳丽	湖南卓进律师事务所	三等奖
16	黄某劳动争议案二审代理词	罗 璋	湖南汗青律师事务所	三等奖
17	朱某劳动争议案一审代理词	易亚江	湖南湘康律师事务所	三等奖
18	魏某附义务赠予合同纠纷案一审代理词	赵顺成 李 花	湖南昌言律师事务所	三等奖
19	刘某等 68 人劳动争议纠纷案一审代理词	欧阳芳	天元区法律援助中心	三等奖
20	罗某劳动争议纠纷案一审代理词	李琼宇	湖南瑞盈律师事务所	三等奖



目 录

第一章 辩护词篇.....	1
一、宋某涉嫌故意伤害案一审辩护词 胡文平.....	1
二、曹某运输毒品案二审辩护词 边均福.....	9
三、柳某某贩卖毒品案二审辩护词 颜佩	20
四、陈某贩卖毒品案二审辩护词 喻娟.....	28
五、刘某贩卖毒品案二审辩护词 邓祥瑞	34
六、文某参加黑社会性质组织案一审辩护词 刘永茂	41
七、江某某非法买卖弹药罪一审辩护词 胡素珍	46
八、张某贩卖毒品罪一审辩护词 叶佩玲.....	51
九、申某某贩卖毒品案二审辩护词 杨杰林	56
十、王某非法买卖枪支罪案一审辩护词 田聪.....	64
十一、骆某抢劫案一审辩护词 吴艳	71
十二、梁某杰组织、领导黑社会性质组织罪案一审辩护词 赵倩倩 肖晗	76
十三、杨某过失致人死亡案二审辩护词 汪顺生	88
十四、张某某故意杀人案二审辩护词 谢红梅	92
十五、周某抢劫、盗窃案二审辩护词 杨衡凡.....	96
十六、小琴故意伤害案一审辩护词 周照清.....	103
十七、杨某故意杀人罪二审辩护词 李兵.....	110
十八、周某盗窃案审查起诉阶段辩护词 李玉琴.....	122
十九、阳某故意伤害案一审辩护词 赵骏.....	126

二十、邓某抢劫案一审辩护词 刘真涛	130
第二章 代理词篇	135
一、汤某进提供劳务者受害责任纠纷一审代理词 郭卫星 何花.....	135
二、汪某波人身保险合同纠纷一审代理词 文闻.....	142
三、李某湘病亡视同工伤案一审代理词 李世雄.....	147
四、唐某平、彭某君健康权纠纷二审代理词 王章军.....	152
五、郭甲物权保护纠纷案二审代理词 贺陵郴.....	158
六、李某某公共场所管理人责任纠纷案二审代理词 马辉军	163
七、赖某某劳动争议纠纷案一审代理词 王卫郴.....	169
八、郑某某劳动争议纠纷案一审代理词 马会	176
九、贺某逢等生命权纠纷案一审代理词 谭奇勇.....	182
十、易某连劳动争议仲裁案代理词 吴江红	193
十一、陈某某与某某汽车公司劳动争议案代理词 郑江梅	200
十二、熊某某机动车交通事故责任纠纷案代理词 李志敏.....	206
十三、许某某劳动争议纠纷案二审代理词 郭映秋.....	210
十四、陈某劳动争议案仲裁阶段代理词 李艳红 黄园园.....	215
十五、陈某支付经济补偿金等劳动争议案一审代理词 覃艳丽.....	219
十六、黄某劳动争议案二审代理词 罗璋.....	230
十七、朱某劳动争议纠纷案一审代理词 易亚江.....	234
十八、魏某某附义务赠予合同纠纷案一审代理词 赵顺成 李花.....	239
十九、刘某某等 68 人劳动争议纠纷案仲裁阶段代理词 欧阳芳.....	243
二十、罗某某劳动争议纠纷一审代理词 李琼宇	246

第一章 辩护词篇

一、宋某涉嫌故意伤害案一审辩护词

承办律师：衡南县法律援助中心 胡文平

【案件概述】

1. **案情简介：**被告人宋某与受害人洪某系亲表兄弟关系，两家素有积怨。2014年7月23日10时许，被告人宋某驾驶电动三轮车在河堤与迎面而来的受害人洪某的父亲洪某西相遇，双方各不相让，纠纷由此而起。随即洪某西将此事电告其子洪某等人，后受害人洪某等人赶到并和被告人宋某发生打斗，在打斗过程中洪某受伤，经法医鉴定为轻伤二级；宋某受伤，经法医鉴定为轻微伤。因协商未果，该案被检察院以被告人宋某涉嫌故意伤害罪移送起诉。

2. **公诉机关指控：**被告人宋某手持剪刀肆意伤害他人身体，造成受害人洪某身体受伤，经法医鉴定为轻伤二级，被告人宋某的行为触犯了《中华人民共和国刑法》第234条第一款之规定，应当以故意伤害罪追究被告人宋某的刑事责任。

3. **争议焦点：**被告人宋某的行为是否构成故意伤害罪？

4. **主要辩护意见：**辩护人通过仔细查阅案卷，走访案发地，询问被告人，认为受害人的轻伤究竟是怎么造成的无法查清，本案事实不清，证据不足，按照疑罪从无的刑事司法原则，指控被告人犯故意伤害罪依法不能成立，遂为被告人作无罪辩护。

5. 涉及相关法条：湖南省高级人民法院、湖南省人民检察院、湖南省公安厅《办理死刑案件证据规定》第12条第3款的规定；最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第一百零九条第（二）项的规定；《中华人民共和国刑法》第二十条的规定；以及《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》第14条的规定。

6. 判决结果：法院认定被告人犯罪情节轻微，社会危害性不大，依法可以对被告人免予刑事处罚，遂作出对被告人宋某定罪免罚的判决结果。

【辩护词正文】

我受衡阳市法律援助中心的指派，依法担任被告人宋某涉嫌故意伤害案的一审辩护人，经过刚才的庭审，结合案件事实和全案证据，现发表如下辩护意见，请合议庭采纳：

一、公诉机关指控被告人犯故意伤害罪事实不清，证据不足。

1. 公诉机关共提交了尹某、洪某西、刘某、刘某斌、洪某、王某锦、宋某、肖某等8人的言词证据。其中肖某、王某锦、刘某斌、刘某不是现场目击者，而尹某、洪某西虽在现场，但不能确认洪某是怎么受伤的，仅有洪某指控其受伤是被告人用剪刀刺伤的，而被告人又否认自己用剪刀刺伤洪某。详情见公安机关的相关笔录：2014年7月23日对洪某西的询问笔录，问：“你看见宋某用剪刀刺伤了你儿子吗？”答：“我看见宋某打架时手上拿了剪刀，因他两个人扭打在一起，没看清楚宋某是怎么刺我儿子的…”2014年7月29日对刘某斌的询问笔录，问：“洪某与宋某当时是怎么打的？”答：“我当时挑水去了，他们之间打架过程我没看到。”2014年7月29日对尹某的询问笔录，“…我看见两

个人(指洪某和宋某)滚在一起,这时洪某发现自己被剪刀刺了…(表示他本人并未目击宋某用剪刀刺伤洪某的)。”2014年8月31日尹某的笔录,“…后两个人打在一起,我也不知道宋某是哪下刺到洪某了…”2014年7月23日对刘某的询问笔录,问:“洪某的伤怎样?”答:“洪某上身的伤应该是宋某用剪刀刺伤,当时打架时我没有在现场,没看到宋某用剪刀刺洪某。”被告人在公安机关几次供述基本一致,都说是他被洪某推倒在地后,洪某扑在他身上时撞在剪刀上受伤。

2. 尹某、洪某西、洪某先后多次证言前后矛盾,欲盖弥彰,企图构陷被告人,其目的昭然若揭,但难以自圆其说,请法庭不予采信。尹某2014年7月29日、2014年8月31日两次在公安机关的询问笔录中都称没有看见受害人洪某的伤是怎么造成的;而2015年1月9日在公安机关的询问笔录中却称看见了洪某先倒地,洪某的伤是被宋某手里拿着剪刀刺伤的。无独有偶,无巧不成书。洪某西2014年7月23日、2014年9月23日两次在公安机关的询问笔录中同样称没有看见受害人洪某的伤是怎么造成的,而2015年1月9日在公安机关的询问笔录中却称看见洪某的伤是被宋某手里拿着剪刀刺伤的。洪某2014年7月28日在公安机关的笔录中称“…宋某用剪刀刺我,于是我就用双手把他推倒按在地上…”而2014年12月25日洪某的笔录称“我和宋某扭打在一起,我先倒地。”此时洪某改了陈述,说自己先倒地。

3. 证人洪某西、尹某、刘某在证言中使用了“应该、可以肯定”等推断、猜测性词语。根据湖南省高级人民法院、湖南省人民检察院、湖南省公安厅《办理死刑案件证据规定》第12条第3款的规定,证人的猜测性、评论性、推断性的证言,不能作为证据使用。这一规定不仅是对死刑案件意见证据的排除,而且应适

用所有刑事案件。

4. 洪某的轻伤究竟是被告人故意用剪刀刺伤的还是他在被告人倒地后扑到被告人身上时被剪刀撞伤的？抑或是他在与被告人争抢剪刀时误伤了自己？或者是被告人正当防卫反击所致？公诉机关根本无法查清。公诉机关指控被告人犯故意伤害罪的证据不具有唯一性和排他性。众所周知，刑事案件的定案证据必须确凿充分且得出的结论唯一，依据我国刑事司法制度“疑罪从无和疑点利益归于被告人”的原则，指控被告人犯故意伤害罪证据不足，应判决其无罪。

二、本案证人与洪某或被告人人的相互关系以及证人证词的证明力

据公诉机关提交的材料看，洪某西是洪某的父亲，刘某是洪某的姐夫，尹某是洪某父亲的好友，肖某是被告人宋某的妻子。只有刘某斌、王某锦两人与双方当事人无利害关系，但是两人并未目击现场，未目击现场的还包括刘某、肖某。而尹某、洪某、刘某都是洪某西用电话喊来打架的，其中尹某、洪某西、洪某均参与了本案，与本案受害人又有利害关系，其证言可信度极低，请法庭充分予以考虑。根据最高人民法院关于适用《中华人民共和国刑事诉讼法》的解释第一百零九条第（二）项规定，下列证据应当慎重使用，有其他证据印证的，可以采信：...与被告人有利害冲突的证人所作的不利被告人的证言。尹某、洪某西、洪某的证言属于“与被告人有利害冲突的证人所作的对该被告人不利的证言”，人民法院应当慎用。

三、公诉机关在审查本案证据后，就已经发现本案证据不足事实不清，于是退回公安机关补充侦查，要求公安机关查清三个问题。

见检察机关补充侦查提纲：1. 查清犯罪嫌疑人宋某与被害人洪某打斗过程中，谁先倒地？2. 查清洪某拉住宋某的手，是抢剪刀还是不准宋某逃跑？3. 查清洪某的伤势是如何造成的？而公安机关通过补侦后，并未查清洪某的伤是怎么造成的。见补充侦查报告书：你院于2014年12月22日以珠检公诉补侦【2014】108号补充侦查决定书退回洪某被故意伤害案，已经侦查完毕。结果如下：查清了是洪某先倒地，洪某拉住宋某的手是抢剪刀。仅达到前两个目的，事实上，这些证人的证言前后相互矛盾，应当作为无效证据予以排除。辩护人不禁要问：洪某是怎么知道补侦目的的？洪某西、尹某为什么会同时更改证言构陷被告人？公安机关补侦时是否诱导了证人？辩护人在审阅补侦案卷材料时发现公安机关对证人的询问采取了诱导式问话。见公安机关2015年1月9日在派出所对尹某的笔录，问：2014年7月23日洪某被宋某刺伤你还有什么补充吗？这种诱导非常露骨！尹答：我上次也讲了是洪某先倒地，洪某是被宋某手里拿着剪刀刺伤的…。尹某怎么会突然于2015年1月9日来到派出所做补充证言？从问答的情况来看，尹答非所问，尹怎么会回答洪某先倒地，洪某是被宋某的剪刀刺伤？关键是本次的证言与案发时他在公安机关所做的2次证言相互矛盾。2014年7月28日洪某的笔录：“于是我就用双手把他(指宋某)推到按在地上”。说明被告人先倒地。2014年12月25日洪某的笔录，“我和宋某扭打在一起，我先倒地。”此时，洪某改了陈述，说自己先倒地。2015年4月9日，公诉人向洪某发问，洪某说共有两次倒地，而公安机关之前对其所作笔录中都没有两次倒地的情形。

毋庸置疑，当事人或证人第一时间所作的陈述往往客观真实，因为他们来不及思考，也没有得到旁人的指点。而在本案中，为

何洪某西、尹某等人案发时所作陈述为“没看清或不确定”而时隔半年后，却回忆得比案发时还要清楚？个中原委耐人寻味！如果本案的证人更改后的证言可以作为对被告人定罪量刑的证据的话，按照这个逻辑，每个案件被告人的翻供的供述，也可以作为定案的证据！

四、被告人在主客观方面不成立故意伤害罪。

1. 被告人主观上没有伤害洪某身体的故意。在被告人与洪某西纠纷告一段落后，洪某西认为自己吃亏，便电话调人，首先来到现场的是尹某。尹某到来后，意欲用扁担打被告人，此时被告人已被洪某西和尹某逼至无路可逃，情急之下，被告人被迫从车上拿出锁和剪刀自卫，并对尹警告，不准尹靠近，尹因此没有再动手。在洪某到达现场时，被告人尚未发现洪某。

2. 被告人客观上没有实施故意伤害洪某身体的行为。当洪某手持砖头砸向被告人的头部（见公安机关2014年7月28日对洪某的笔录：…宋某讲，你不要过来。于是我就手持砖头靠近宋某…。又见起诉书“宋某不准洪某靠近…”），为什么被告人不准洪某靠近，洪某还要去争抢被告人手中的剪刀？答案只有一种，那就是洪某主动发起对被告人的进攻，仗着人多势众，故意伤害被告人！紧接着洪某父子合力殴打被告人，在洪某与被告人抢夺剪刀时，洪某西乘势抢走被告人手中的车锁，用车锁打击被告人，被告人躲避的同时，一只拿剪刀的手拖住洪某的双手（洪某此时双手死死抓住被告人握剪刀的手），另一只手抓住洪某的上衣以抵挡洪某西的进攻。面对洪某两父子的殴打，被告人毫无招架之力，本能地后退逃走，洪某乘势加紧进攻，把被告人推得仰面倒地，洪某见状扑到被告人身上，压住被告人不能动弹。

五、退一万步讲，就算洪某的伤是被告人刺伤的，辩护人认

为被告人的行为属于正当防卫，也不构成故意伤害罪，依法不负刑事责任。

我国《刑法》第二十条规定：“为了使国家、公共利益、本人或者他人的人身、财产和其他权利免受正在进行的不法侵害，而采取的制止不法侵害的行为，对不法侵害人造成损害的，属于正当防卫，不负刑事责任。”根据这一规定，正当防卫应当具备以下条件：1. 行为人受到的侵害必须是非法的；2. 行为人所保护的权益必须是合法的；3. 不法侵害是正在进行的；4. 防卫行为必须是针对侵害者本人实施；5. 防卫不能超过必要限度。根据本案的事实和证据，辩护人认为，被告人的行为完全符合正当防卫成立的上述法定条件（本案的起因，纠纷的升级和全过程，本辩护人在此不再赘述）。

1. 从防卫的性质上来看，洪某向被告入实施的是非法侵害。到达现场后就手持砖头砸伤被告人的头部。2. 从保护的法益上来看，被告人保护的是自己的生命安全。3. 从防卫的时间上来看，被告人防卫时不法侵害已经开始尚未结束。4. 从防卫的对象上来看，被告人的防卫行为针对的是不法侵害者洪某本人。5. 从防卫的限度上来看，被告人仅致洪某轻伤，没有超过必要的限度。

辩护人要提请法庭注意的是，在评判正当防卫的必要限度时，我们必须反对客观归罪的后果责任论，即只要造成轻伤以上后果，就一定超过防卫的必要限度了，这样，正当防卫条款就成了逃跑条款。法律规定正当防卫的意义，就在于鼓励公民及时制止不法侵害，奋起同不法侵害行为进行积极有效的反击，这是法律赋予公民正当防卫权的宗旨。对正当防卫的条件要求过分苛刻，就会一定程度上限制防卫权，也助长不法侵害分子的嚣张气焰。否则便成了歪打正着，变成了合法的要受制裁，违法的却受保护。如

是，这就是践踏法治，这就是打法律的耳光！

六、假设宋某的行为具有一定社会危害性，但情节显著轻微危害不大，可以不作犯罪处理。《最高人民法院关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》“14. . . . 对于具有一定社会危害性，但情节显著轻微危害不大的行为，不作为犯罪处理；”

综上所述，辩护人认为，公诉机关指控被告人犯故意伤害罪事实不清证据不足，指控被告人有罪证据的链条无法形成，根据我国刑事法律“疑罪从无及疑点利益归于被告人”的司法原则和《刑诉法》的相关规定，被告人不构成故意伤害罪，应当依法判决其无罪。退一万步讲，就算洪某的伤是被告人刺伤的，辩护人认为被告人的行为属于正当防卫，也不构成故意伤害罪，依法不负刑事责任。再假设，被告人的行为不构成正当防卫，若被告人的行为具有一定社会危害性，但情节显著轻微危害不大，可以不作犯罪处理。

尊敬的合议庭，本案虽小，但审判的结果是体现“疑罪从无还是疑罪从轻”？或者，本案直接关系到公民的正当防卫权，它是“迈向法治的里程碑还是埋葬正义的墓碑？”我们拭目以待！辩护人为审判长庭审时的刚正和依法保障辩护律师执业权利的行为点赞，但不擅自揣测本案的结果，然对公平正义和睿智的合议庭成员满怀希望！

二、曹某运输毒品案二审辩护词

承办律师:湖南湘行律师事务所 边均福

【案件概述】

1. 案情简介: 2015 年 10 月 3 日, 上诉人曹某要求同案犯刘某去广东省陆丰甲子镇购买 3 万元毒品, 被毒品上线“小冰”告知需 5 公斤起售, 随后曹某凑齐 12 万元支付给刘某, 让其购买 5 公斤, 在运输回长沙的某收费站时被公安机关当场抓获。曹某曾犯非法持有毒品罪于 2011 年 8 月 30 日判处拘役四个月, 因犯非法拘禁罪于 2013 年 3 月 27 日判处有期徒刑 6 个月, 属于毒品再犯, 累犯, 一审法院判决曹某犯运输毒品罪, 判处死刑, 剥夺政治权利终身, 并没收个人全部财产。

2. 争议焦点: 在侦查、公诉以及一审开庭过程中, 曹某以及一审辩护律师均没有提出本案可能涉及到特情介入的问题, 而边均福律师根据案卷材料发觉其中上线“小冰”和曹某女友“英姐”均可能是特情人员, 特别是“英姐”在本案中起到沟通联系毒品购买和运输的作用, 但侦查机关未核实和调查, 并且当时侦查机关并不属于有管辖权的公安机关, 因此在二审过程中, 边均福律师主要针对本案是否有特情介入, 是否应当对曹某判处死刑立即执行应当留有余地进行辩护。另外对于曹某具有毒品再犯和累犯两个从重情节, 是否应当判处死刑立即执行的问题也进行辩护。

3. 主要辩护意见: (1) 毒品的购买和运输至长沙境内的行为全部是由刘某亲自且独立完成的, 曹某并没有参与到运

输过程。曹某在高速公路上提前与刘某联系的行为，只是为保障其在付钱后能够顺利拿到毒品的一种“交货”行为，并不是与刘某达成配合接应以及望风的“运输行为”。一审法院认定曹某负责接应，参与毒品运输过程，属于事实认定错误。（2）关于本案中存在居间介绍人“英姐”的问题，侦查机关没有依法进行调查取证，此部分的案件事实严重缺失，一审法院未查清该事实，存在英姐可能属于运输毒品共犯的可能性。（3）本案存在特情介入的可能。（4）在本案危害结果方面，刘某购买且运输毒品的行为应认定为既遂，但上诉人曹某向刘某购买毒品的行为应认定为未遂，最重要的是所有毒品均未流入社会，未造成社会危害结果。二审法院应综合考虑，对上诉人曹某从轻处罚。（5）对一审法院对上诉人曹某判处运输毒品罪以及量刑结果的意见。（6）对上诉人曹某的量刑辩护意见。综合认为曹某的罪行并非极其严重，对其判处其死刑立即执行要留有余地，请求改判成死刑缓期两年执行。

4. 涉及到的焦点问题的法律条文：（1）湖南省高级人民法院、湖南省人民检察院、湖南省公安厅在2004年颁布的《关于办理毒品犯罪案件有关问题的指导性意见》第四十条；（2）《关于办理毒品犯罪案件有关问题的指导性意见》第三十四条第二、三款；（3）2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》：“六、特情介入案件的处理问题；（4）2015年5月《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》中有关“（一）罪名认定问题；（5）《中华人民共和国刑法》关于毒品犯罪的规定。

5. 法律问题及法理分析：（1）是否存在特情问题：边均

福律师考虑到目前司法实践中对于“特情认定难”的情况，特别是在一审中如果被告人和辩护律师均没有提出特情问题，在无确实充分的证据情况下，二审法院不会依职权主动认定存在特情。对此，边均福律师更多地从毒品犯罪的线索来源、立案登记材料、到案情况以及抓获经过、其他参与人是否到案以及是否查实身份等角度提出本案存在特情介入的观点，让二审法官对本案的发生、侦破等是否存在特情介入产生疑问。（2）是否考虑到存在特情的情况下不判处死刑立即执行的实践问题。二审法官认为本案存在特情介入的可能，就会在对曹某判处死刑立即执行时留有余地，同时因本案存在毒品再犯和累犯的两个加重情节，会成为维持一审死刑判决的一个因素，因此对两个加重情节的解释和辩论也是一个方向，提出虽有加重情节，但均属于不严重的犯罪行为，不足以认为其罪行极其严重的主要原因。（3）量刑方面：考虑到二审法院在事实和情节认定方面，在没有确实充分的证据的情况下，不会轻易改变一审认定的事实或者直接认定特情介入问题，但在量刑时，可会考虑其他情节，比如毒品未流入社会或者认罪态度好等酌定情节，来认定其可不立即执行死刑。

6. 承办结果：二审法院进行改判，撤销一审判决中对曹某的量刑部分，判决其死刑，缓期二年执行，剥夺政治权利终身，没收个人全部财产，限制减刑。

7. 其他情况：本案属于二审的法律援助案件，边均福律师在会见上诉人曹某时，曹某表示不同意指定辩护，要求原一审辩护律师作为辩护人，边均福律师耐心地指出案件在一审中存在的问题并详细说明二审的辩护方案，最终获得了曹

某的认可和同意。在二审判决作出后，曹某的家属发信息和打电话，表示十分感谢边均福律师通过辩护挽救了曹某的性命。

【辩护词正文】

湖南湘行律师事务所接受湖南省法律援助中心的指派，指定边均福律师（以下称本辩护人）作为上诉人曹某犯运输毒品罪一案二审程序的辩护人，现根据一审判决认定的事实、证据以及相关法律规定，再结合今天的庭审情况，发表如下辩护意见：

一、本案毒品的购买以及运输至长沙境内的行为均是由同案上诉人刘某亲自并独立完成的，上诉人曹某并没有参与到刘某的运输过程。曹某在高速公路上提前与刘某联系的行为，只是为保障其在付钱后能够顺利拿到毒品的一种“收货”行为，并不是与刘某达成配合接应以及望风的“参与运输行为”。一审判决认定曹某负责接应，参与毒品运输过程，属于事实认定错误。具体阐述如下：

1. 曹某是购买毒品的提议者、资金提供方，其根本目的是向刘某购买毒品，对于刘某怎么与上手购买毒品并协商毒品价格、数量等过程均没有参与，更没有必要与刘某一起去租车或直接参与将毒品从广东运回湖南。因此，在法律上，曹某只需要承担向刘某购买此笔毒品所产生的刑事责任，但对于毒品运输行为产生的刑事责任，应当由刘某来承担。

2. 刘某为了承接购买毒品并运输回湖南的业务，单线向上手购买毒品、租车以及开车将毒品运回湖南，其个人完全、独立地完成将毒品从上手手中、从广东境内转移至湖南境内

的行为，在这期间，完全是不需要曹某参与的。

3. 曹某和刘某没有对于在长沙境内运输方面如何分工合作进行过商量或者策划，刘某也没有要求曹某对其运输过程提供帮助。作为毒品的购买者，曹某可以在家等待毒品的到来，也可以提前开车去约定地点接收毒品，而在本案中当毒品已由刘某带入至长沙境内后，曹某作为购买方只是为了早一点收到货而提前去与刘某进行接头和会合，确保早一点或者安全一点拿到毒品而已，这种行为应当认定是接收毒品的一种准备行为，而并非是一审判决认定的与刘某达成配合接应以及望风的“运输行为”。

二、关于本案中存在居间介绍人“英姐”的问题，英姐明显属于运输毒品的共犯，但该部分的事实以及证据严重缺失，公安机关既没有依法调查取证，一审法院也未依法审理查明。

1. 根据曹某和刘某的供述以及开庭时陈述的内容，可以证实曹某与刘某之间是存在一个中间介绍人以及购买毒品的重要参与人——“英姐”，此人作为曹某与刘某的介绍人，是双方支付现金购买毒品时在场的见证人，也是支付部分毒资购买毒品的参与人，更重要的是在刘某从广东回长沙的过程中，刘某也打过电话给“英姐”，可见“英姐”对于本案的全部事实均知情且有参与行为，此人能够真实反映刘某与曹某之间的商量、购买毒品的全部过程。

2. 曹某和刘某在被公安机关讯问时多次提及到“英姐”，对于贩卖以及运输毒品沟通联系过程中存在如此重要的人，按正常取证程序，公安机关就算不将其作为运输毒品的共犯进行讯问，也应当对此人进行调查和取证，或作为最重要的

证人制作询问笔录，但纵观全案证据，公安机关根本没有对“英姐”的真实身份进行调查，更没有对“英姐”所谓的真实姓名“童菊花”进行户口核实或出具无法查到的相关证明。

综上，本辩护人认为，“英姐”这个人在本案中是客观存在的，但却在案卷中没有相应证据体现，要么是公安机关不作为不去取证，要么就是公安机关不愿意去取证，如果“英姐”的行为可能构成运输毒品的共犯，那么在本案中就存在遗漏共犯的情况；如果“英姐”是本案特情介入的关键人物，那么一审判决对于特情介入的事实就没有审查清楚。

三、本案存在特情介入的可能，对上诉人曹某判处死刑立即执行时，要留有余地。

1. 从本案的案件来源及信息中可以看出，2015年10月11日案发当天的《报警案件登记表》中所体现的报案人为匿名，身份为“群众”，没有任何报案人员的个人信息和联系方式，另外报警登记表中的领导意见以及处理情况均为打印件，没有领导的真实签字，接报人和填表人均未签字，可以看出，此表为事后补充打印的，而非当时的真实记录。

2. 当天的《受案登记表》中提到的案件来源不是“报案”，而是标注的“其他”，明显与《报警案件登记表》中提到的“群众匿名报案”不一致，属于非正常或非普通的一种线索来源方式。另外受案意见中标注“属本单位管辖的刑事案件，建议及时立案侦查”。但根据湖南省高级人民法院、湖南省人民检察院、湖南省公安厅在2004年颁布的《关于办理毒品犯罪案件有关问题的指导性意见》第四十条：“毒品犯罪案件由犯罪地公安机关管辖。如果由犯罪嫌疑人户口所在地或者居住地公安机关管辖更为适宜，也可以由犯罪嫌疑人户

口所在地或者居住地公安机关管辖。毒品犯罪案件的犯罪地是指犯罪行为发生地或者毒品查获地。”而本案中的两名上诉人的户口所在地和居住地（刘某在娄底新化，曹某在长沙市天心区）均不在长沙市高新区（即长沙市岳麓区范围），购买毒品行为地在广东，毒品查获地在长沙市雨花区，均不在长沙市公安局高新分局的管辖范围，明显不属于该局禁毒大队管辖的刑事案件。

3. 根据高新区分局禁毒大队在2015年10月12日出具的《抓获经过》中表述是“根据情报线索”，可见并不是某个“群众”报案的，另外根据本案已查明的事实，涉及运输毒品的两台车辆在高速公路上是“点对点”地被公安人员抓获，并且第一个被抓的曹某车上并没有任何毒品，从这一点来看，对曹某车辆进行查控不可能是随机的检查，而是公安机关早已掌握曹某与刘某的车辆信息、身份、具体位置以及路线，属于典型的“瓮中捉鳖”。

4. 从曹某和刘某的抓获和讯问时间来分析：曹某是在2015年10月11日晚上20时左右第一个被抓的，但在被控制后，曹某并没有受到公安人员的询问和讯问，未制作任何笔录。刘某是在其后的2小时之后，也就是晚上22时许才被抓的，也未对其制作任何询问或者讯问笔录。直到涉案毒品在第二天，即2015年10月12日上午7时许被公安人员找到后，公安人员才开始首先对刘某进行讯问，再接着讯问曹某。从这些时间顺序以及是否开始讯问活动的情况来看，公安机关很明确曹某和刘某在毒品交易中“买”和“卖”的位置，也清楚毒品并不在曹某的身上或车上，也是一开始就本着找到毒品再开始讯问的目的。最重要的是，当时与刘某

同车的人员——吴娟的笔录中提到，当时公安人员进行人身和车辆检查，明确讲了是刘某涉嫌贩毒。这些事实均证实了公安机关一开始就依据可靠的情报，真正做到了实时监控以及准确查获。

5. 考虑“英姐”是否属于公安机关的特情人员（在第二点意见中已提到）。

6. 本案中曹某本来只买3万元毒品，但却被告知必须要5公斤起卖，那么在本案中存在特情介入还有一个可能就是上线“小冰”，在公安机关没有对线索来源进行解释说明的情况下，“小冰”也可能是特情的介入人员。

综上，在全案的证据卷和一审诉讼案卷中，公安机关、公诉机关并没有对于案件线索的来源作出说明，从有利于被告人的角度考虑，应当认定本案中存在特情介入的情况。根据《关于办理毒品犯罪案件有关问题的指导性意见》第三十四条第二、三款：“对具有数量引诱情况的被告人，应当从轻处罚，一般不判处死刑立即执行。数量引诱，是指行为人本来只有实施较少毒品犯罪的故意，在特情引诱下实施了数量较大毒品犯罪的情形。对于特情在使用中是否严格遵守有关规定情况不明的案件，应主动同公安缉毒部门获系，了解情况。对于无法查清是否存在犯意引诱或者数量引诱的案件，在考虑是否对被告人判处死刑立即执行时，要留有余地。”以及2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》：“六、特情介入案件的处理问题。运用特情侦破毒品案件，是依法打击毒品犯罪的有效手段。对特情介入侦破的毒品案件，要区别不同情形予以分别处理。行为人本来只有实施数量较小的毒品犯罪的故意，在特情引诱下实施了数量

较大甚至达到实际掌握的死刑数量标准的毒品犯罪的，属于“数量引诱”。对因“数量引诱”实施毒品犯罪的被告人，应当依法从轻处罚，即使毒品数量超过实际掌握的死刑数量标准，一般也不判处死刑立即执行。对不能排除“犯意引诱”和“数量引诱”的案件，在考虑是否对被告人判处死刑立即执行时，要留有余地。”等规定，本辩护人请求二审法院依法调查核实，并在量刑时考虑对曹某是否裁定维持死刑立即执行判决时，要留有余地。

四、在本案危害结果方面，刘某购买且运输毒品的行为应认定为既遂，但上诉人曹某向刘某购买毒品的行为应认定为未遂，最重要的是所有毒品均未流入社会，未造成社会危害结果，二审法院应综合考虑，对上诉人曹某从轻或减轻处罚。

1. 刘某为曹某购买毒品且将毒品运输至长沙，其运输毒品的行为已独立完成，应认定既遂。但对于曹某而言，其出资给刘某购买毒品，刘某收到钱后，并没有将毒品交到其手中。因此应认定曹某未实际收到毒品，购买行为未能完成，是未遂，并没有达到曹某真正持有并稳定占有毒品的犯罪目的。基于曹某在本案中并没有收到毒品，也没有接触到毒品，其只是为了收到毒品保障毒品安全到达而提前介入，作为这种特殊的转化事实，即使认定上曹某所构成的运输毒品罪是既遂，也应当要考虑曹某购买毒品目的未遂的客观事实，在量刑时充分对曹某从轻或减轻处罚。

2. 无论是运输毒品的既遂，还是曹某未能收到毒品的未遂，在事实上都可以认定本案中涉案的所有毒品未流入到社会，直接被公安机关截获，没有实际产生社会危害的结果，

此情节应当作为本案量刑的主要情节以及对曹某没有必要判处死刑立即执行的重要情节。

五、对一审法院关于上诉人曹某判处运输毒品罪及量刑结果的异议。

1. 根据 2015 年 5 月《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》中有关“(一) 罪名认定问题…… 吸毒者在购买、存储毒品过程中被查获，没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量达到刑法第三百四十八条规定的最低数量标准的，以非法持有毒品罪定罪处罚。吸毒者在运输毒品过程中被查获，没有证据证明其是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量达到较大以上的，以运输毒品罪定罪处罚。行为人为吸毒者代购毒品，在运输过程中被查获，没有证据证明托购者、代购者是为了实施贩卖毒品等其他犯罪，毒品数量达到较大以上的，对托购者、代购者以运输毒品罪的共犯论处。”的规定，一审法院据此规定精神判处曹某构成运输毒品罪的共犯，但在认定其情节、作用以及量刑时却直接将曹某作为运输毒品罪的第一主犯判处死刑立即执行，明显有错误。

2. 根据上述规定的精神，本案自始至终没有证据证明曹某购买毒品的目的是为了贩卖，在此基础上，如果刘某在高速公路运输过程中没有被抓，直接将毒品交给曹某且曹某没有去接应和望风，在这种情况下，根据我国刑法的规定，曹某应当构成非法持有毒品罪，而非运输毒品罪，最高可判处七年以上有期徒刑或者无期徒刑。而本案中，刘某没能将毒品交给曹某并且曹某在长沙有提前介入保障毒品安全到达的配合接货行为，但一审法院却将曹某作为运输毒品的共犯

并判处死刑立即执行，在量刑方面明显有错误且过重。

本辩护人认为，对于曹某而言，上述两种情况的根本差别以及罪名改变的原因只是曹某实施了在长沙探路、望风的配合行为，但这个配合行为不应当成为判处死刑执行的最大原因。本辩护人进行两者的推断和比较，只是想让二审法院看到这种差距，对此，曹某也在上诉时认可自己参与的购买毒品以及提前介入确保毒品安全到达的事实，但却对于一审法院以运输毒品罪判处其死刑立即执行的结果表示不满才提起了上诉。

六、对上诉人曹某的量刑辩护意见。

1. 曹某虽有累犯和毒品再犯的两个从重情节，但根据其两罪的罪名和判决刑期来看——非法持有毒品罪判处拘役4个月，这仅仅是吸毒者所犯的轻罪，而另一个非法拘禁罪虽为累犯期内，但并不属于严重恶性、暴力的重罪，判处为有期徒刑六个月。因此，在对曹某决定从重处罚时，应当考虑到与其他重大、暴力或者恶性犯罪所构成的累犯或毒品再犯相区别，适当从轻，但绝对不能作为认定曹某罪行极其严重，必须判处其死刑立即执行的唯一参考标准。

2. 考虑本案存在曹某购买行为未遂的特殊情况，有毒品未流入社会且未造成社会危害的事实，特别是存在特情介入的极大可能性。在一审法院未核实、未考虑的情况下，二审法院应当予以认定且考虑作为对曹某适当从轻，至少不能认定其属于罪行极其严重，必须判决死刑立即执行的情况。据此，本辩护人恳请二审法院对上诉人曹某进行改判，判处死刑并缓期两年执行，给其一次改过自新，重获新生的机会。

辩护意见发表完毕，请合议庭充分予以采纳！谢谢！

三、柳某某贩卖毒品案二审辩护词

承办律师：湖南省法律援助中心 颜佩

【案件概述】

1. **案情简介：**被告人柳某某于2014年10月至11月间，单独或者伙同被告人杨某贩卖、运输甲基苯丙胺（冰毒）2315.74克、甲基苯丙胺片剂（俗称“麻古”）16.95克、氯胺酮8.71克。柳某某曾犯盗窃罪1994年被判处有期徒刑8年，又因犯贩卖毒品罪于2006年9月26日被判处有期徒刑12年。一审法院判决：柳某某犯贩卖、运输毒品罪，判处死刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。一审判决后，被告人柳某某以量刑过重为由提出上诉。

2. **争议焦点：**查阅案件材料、了解案件情况后，承办律师分析案件存在两个主要问题：1. 原审判决认定案件事实是否清楚，贩卖毒品数量如何计算？2. 柳某某是否具有酌定从轻处罚情节？

3. **主要辩护意见：**承办律师通过查阅一审案卷、会见上诉人、走访上诉人家属后，提出了原审判决认定的案件事实尚有部分不清，缺乏相关证据佐证；上诉人柳某某归案后能如实供述自己的罪行，有坦白情节；毒品未流入社会，依法可以从轻处罚等二审辩护意见。

4. **承办结果：**湖南省高级人民法院部分采纳承办律师的辩护意见，认为回流到柳某某处的500克甲基苯丙胺，应该从柳某某被查获的毒品犯罪数量中剔除，贩卖毒品数量为1800余克，认为柳某某认罪态度好、大部分毒品未流入社会，最终判决上诉人柳某某死刑，缓期两年执行，剥夺政治权利

终身，并处没收个人全部财产；但因柳某某系累犯，同时决定对上诉人柳某某限制减刑。判决后，柳某某家属专程来省法援中心找到承办律师表示感谢，本案取得了较好的社会和法律效果。

【辩护词正文】

接受湖南省法律援助中心的指派，我作为上诉人柳某某的辩护人参与本案的审理。本着尊重事实尊重法律的原则，我发表如下辩护意见供合议庭参考，望合议庭采纳：

一、一审判决认定柳某某贩卖毒品的部分事实不清，证据不足。

一审判决认定被告人柳某某于2014年10月至11月间，单独或者伙同被告人杨某贩卖、运输甲基苯丙胺（冰毒）2315.74克、甲基苯丙胺片剂（俗称“麻古”）16.95克、氯胺酮8.71克，具体事实如下：（1）2014年10月24日，柳某某驾车携带920克甲基苯丙胺从长沙市到吉首市，通过杨某联系，以50元每克的价格将毒品全部卖给刘某，刘某当场付给柳某某2.8万元，余款1.8万元通过杨某银行转账付给了柳某某，后刘某将920克甲基苯丙胺进行零售，发现毒品质量较差，便告诉杨某要求退换，杨某即联系柳某某，柳某某同意退换其中900克。（2）2014年10月26日，柳某某驾车携带400克甲基苯丙胺，杨某将柳某某带到张某家中，柳某某在张某家用400克甲基苯丙胺从刘某手上换回之前销售的400克质量较差的甲基苯丙胺，同时向刘某销售了500元的甲基苯丙胺片剂1.5克。事后，柳

某某告诉杨某，称刚换给刘某的毒品中又有 100 克质量较差，杨某便从换给刘某的毒品中取回 100 克交给柳某某，并对刘某称下次将剩下的 600 克一起退换。(3) 2014 年 11 月 4 日凌晨，柳某某驾车携带毒品，联系杨某准备找刘某换回余下 600 克质量较差的甲基苯丙胺，柳某某还告诉杨某，自己携带了更多毒品，要求杨某帮忙联系销售，并提供毒品样品给杨某，后杨某在联系销售途中被公安人员抓获，柳某某提供给杨某的 1.32 克甲基苯丙胺被缴获，杨某被抓以后协助公安人员将柳某某抓获，公安人员从柳某某所驾车上缴获甲基苯丙胺 994.42 克（含量 75.2%）、甲基苯丙胺片剂 15.45 克，氯胺酮 8.71 克。当天，公安人员从刘某的住处、刘某外祖母家里及县中医院刘某的私人储物柜里，缴获到刘某所有的甲基苯丙胺共计 122 包，净重 616.6 克，其中 19 包净重 375.06 克的甲基苯丙胺含量为 73.4%，2 包净重 195.97 克的甲基苯丙胺含量为 78.9%。

1. 辩护人详细查阅案件材料、经分析和比对认为：一审判决认定柳某某贩卖毒品数量存在错误，上诉人柳某某贩卖毒品的数量没有一审判决认定的那么多，理由如下：

第一，柳某某在刘某、杨某的催促下，第二次去往湘西换 400 克毒品，换购后又通过杨某从换给刘某的 400 克冰毒里面取回了质量较差的 100 克。辩护人认为换回来的 500 克毒品不应当计入贩卖毒品的总数量中。通过公安机关对柳某某的讯问笔录可知：柳某某把那些冰毒带回去以后全部扔进出租房的厕所了，理由是因为烟子都烧不出，根本卖不出去。柳某某对换购回的 500 克毒品根本没有进行贩卖，没有流入社会，亦没有产生实际的收益，所以辩护

人认为这 500 克毒品不应计入贩卖毒品的总数量中。

第二，柳某某在刘某、杨某的催促下，第三次去往湘西准备换购 600 克冰毒，辩护人认为即将换购回来的 600 克毒品不应当计入贩卖毒品的总数量中。根据现有的案卷材料暂无法确定柳某某对换购回的 600 克毒品将如何处置，根据前一次的经历柳某某也极有可能把换购回的 600 克毒品销毁。如查明柳某某对换购回的 600 克毒品没有贩卖的意图，根据客观与主观相一致原则，辩护人认为这 600 克毒品亦不应计入贩卖毒品的总数量中。

因此，辩护人认为虽然上诉人柳某某进购了 2000 多克毒品，但是不能一刀切，全部认定为贩卖毒品数量，应结合具体案情具体分析。这其中有 900 克是为了换毒品，柳某某并没有计划或者实际获取任何收益，而且换回的毒品已经全部销毁，不存在发生再次贩卖的行为，不能重复计算贩卖毒品数量。恳请二审合议庭能查明事实，对上诉人从轻判决。

2. 公安机关从上诉人柳某某租的粤 B4AL53 银灰色别克牌轿车内查获的 6 包疑似冰毒没有称重笔录和称重照片，仅在现场勘验笔录最后一句话中带过，疑似冰毒重量为 994.42 克，是毛重还是净重都不可知，而在扣押物品、文件清单里又说毛重 1022 克，公安机关后又出具一份情况说明毒品重量，辩护人认为公安机关对毒品称重的程序上存在瑕疵。

3. 刘某供述从从刘某外婆住所查获的 19 包冰毒系从柳某某处购买的毒品，而从刘某外婆住所处查获的这些毒品经鉴定毒品含量高达 73.4%，与各被告人的供述及证人证言

提及此批次冰毒质量差严重不符，不符合常理。辩护人认为送检的毒品检材与柳某某第一次贩卖的毒品不具有同一性，这部分毒品含量的证据不能采信。

龚某某在供述（刑事案卷证据卷 161 页）中提到“2014 年 11 月 5 日前个把星期的一天下午天快黑的时候，我在五里洲的高速桥下向刘某购买了 200 元的冰毒约六七分货。当晚我吸食了一点毒品，发现不对，没有提神的感觉。于是我将剩余的毒品扔掉了，并打刘某电话，问他的货是什么东西。刘某讲有人讲是假的，并讲可以给我换”，刘某在供述（刑事案卷证据卷 92 页）中提到“10 月 24 日那天从吉首买冰毒回来以后，我自己先回家把买的几大包冰毒打包成若干小包：有 20 克一包的、有 0.2 克一包的、有 0.5 克一包的，打包好以后我发现这次买的冰毒质量非常差，我马上给阿狗打电话说：这次买的货被骗了，烧起来都没有烟”，供述（刑事案卷证据卷 98 页）中提到“先是三平打我电话，跟我说我卖给他冰毒有问题，烧不出烟子，洗溪那个人也反应说卖给他冰毒不行……我就拿出长沙人卖给我的那些冰毒，我从每袋里拿出一点，叫张某一起帮我烧……我就知道这个冰毒货不行，基本上就是假货，也就是说长沙人卖给我的不是冰毒”，柳某某在供述（刑事案卷证据卷第 36 页第四行）中提到“那些冰毒我带回去以后扔掉了，因为烟子都烧不出，根本卖不出去”。从刘某外婆住所地查获的毒品是否是从柳某某第一次购买的毒品具有不确定性。根据刘某的供述他的上线不只有柳某某一人。

另外，扣押物品清单显示被扣押物品时间是 2014 年 11 月 4 日，保管人是杨某二，而送去鉴定时间是 2014 年 11

月 10 日，送检人是秦某某、唐某，没有毒品涉案保管中心出入库记录，无法确定送检的检材是否受污染，有可能因整个扣押并送交鉴定的过程的封闭性即对侦查机关行为监督的缺失使得扣押的毒品最终与送交鉴定的毒品不同一。

4. 本案证据尚不足以排除公安机关存在特情引诱的合理怀疑，恳请合议庭能对上诉人从轻减轻处罚。

值得注意的是，本案下线刘某是一名因涉嫌贩卖毒品的取保候审人员。在取保候审期间，在公安机关的监督之下，竟然开始进购大量毒品，让人匪夷所思。虽然本案中是柳某某主动要求杨某帮忙联系买家，但第一次贩卖毒品的巨大数量却是刘某提出的，而且在第一次毒品交易后，也是因为刘某反复的催促上诉人柳某某去给他交换毒品，才发生了柳某某第二次第三次进购毒品。最高人民法院《全国部分法院审理毒品案件工作座谈会纪要》（法【2008】324 号）第六项特情介入案件的处理问题“行为人本来只有实施数量较小的毒品犯罪的故意，在特情引诱下实施了数量较大甚至达到实际掌握的死刑数量标准的毒品犯罪，属于‘数量引诱’。对因‘数量引诱’实施毒品犯罪的被告人应当依法从轻处罚，即使毒品数量超过实际掌握的死刑的毒品数量标准，一般也不应判处死刑立即执行。对不能排除‘犯意引诱’和‘数量引诱’的案件，在考虑是否对被告人判处死刑立即执行时，要留有余地。”

泸溪县公安局白沙派出所于 2015 年 5 月 18 日出具一份侦破说明，“2014 年 10 月...经局领导同意之后，请求州局技侦部门帮助，通过技术侦查手段得知刘某通过吉首一叫杨某的男子与一长沙人（柳某某）进行毒品交易，得知长沙人

将于 2014 年 11 月 4 日与杨某联系进行毒品交易之后我局立即安排侦查员前往吉首市、武溪镇等地进行布控，对嫌疑人进行抓捕”，证明目的刘某不是特情。但是，这份说明证明的事实本身就存在很多问题。《刑事诉讼法》第一百四十八条规定“公安机关在立案后，对于危害国家安全犯罪、恐怖活动犯罪、黑社会性质的组织犯罪、重大毒品犯罪或者其他严重危害社会的犯罪案件，根据侦查犯罪的需要，经过严格的批准手续，可以采取技术侦查措施。”本案报警案件登记表、立案决定书显示刘某、柳某某的立案时间是 2014 年 11 月 4 日，技术侦查措施发生在立案之前，程序不合法。根据规定技术侦查措施有严格的批准手续，但是案卷材料中没有显示批准手续及技术侦查所取得的相关证据。

二. 上诉人柳某某有从轻、减轻处罚情节，恳请二审合议庭能对上诉人从轻减轻处罚。

1. 上诉人柳某某是吸食毒品的，其中进购的部分毒品是为了自己吸食，2008 年 12 月 1 日的《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》中对以贩养吸的相关情况作了相应的说明：对于以贩养吸的被告人，其被查获的毒品数量应认定为其犯罪的数量，但量刑时应考虑被告人吸食毒品的情节，酌情处理。

2. 上诉人柳某某具有坦白情节。柳某某到案后，坦白供述了其犯罪事实，认罪态度好，悔罪明显。

3. 本案中已认定贩卖毒品数量中，几乎全部毒品被公安机关及时查获，没有流入社会，其社会危害程度相对较小，没有给社会造成不可挽回的实质性危害，恳请合议庭在量刑时酌情予以考虑从轻或者减轻处罚。

综上所述，辩护人请法庭查明事实，本着刑法罪责刑相适应的原则，依法改判。

四、陈某贩卖毒品案二审辩护词

承办律师：湖南湘民律师事务所 喻娟

【案件概述】

1. 案情简介：喻娟律师于2018年11月接受湖南省法律援助中心和湖南湘民律师事务所的指派，担任陈某涉嫌贩卖毒品、容留他人吸毒、非法持有枪支一案的第二审程序辩护人。该案一审经邵阳市中级人民法院审理判决。一审认定：2017年7月，张某某以每克85元的价格向陈某购买了600克冰毒并收取毒资，后张某某发现毒品质量差，将600克毒品退给陈某，要求换货。7月27日，陈某将600克冰毒交给了张某某，又贩卖了1000粒麻古给张某某，张某某支付毒资。2017年8月1日，陈某在邵阳市宾馆被民警抓获，当场查获绿色颗粒物63粒，净重6.1克，经鉴定含甲基苯丙胺成分，白色粉末物0.36克，含海洛因成分。另收缴白色晶体物967.77克，经鉴定，872.47克含甲基苯丙胺成分。同时，在陈某住处查获枪支一把，陈某还容留他人吸毒。根据以上犯罪事实，一审判决：被告人陈某犯贩卖毒品罪，判处无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产；犯容留他人吸毒罪，判处有期徒刑一年；犯非法持有枪支罪，判处有期徒刑一年，决定执行无期徒刑，剥夺政治权利终身，并处没收个人全部财产。判决后，陈某未上诉，邵阳市人民检察院以陈某系毒品再犯、累犯，犯罪情节严重，一审量刑畸轻，应判处陈某死刑，提起抗诉。

2. 主要辩护意见：本人在向省高院递交援助手续时，了

解到案卷已移至湖南省人民检察院。本人经过阅卷、会见及调查等工作，对案件有了全面的了解，对本案事实与法律进行全面认真的分析，认为根据《大连会议纪要》和刑法规定，一审判处被告人无期徒刑，量刑恰当。同时，本案未作含量鉴定，一审未判处死刑符合法律规定。而且本人在会见及调查中了解到，陈某患有严重疾病，根据最高检《关于加强和改进刑事抗诉工作的意见》有关法律规定，一般不应提起抗诉。因此，本律师认为本案抗诉理由不符合法律规定，本人将相关法律意见与省法院及省检察院进行了及时交流，并特别撰写书面法律意见提交省高院。

3. 承办结果：省高院承办法官对律师的法律意见极为重视，并与省检察院进行了交流。最终，律师的法律意见得到了采纳，省检察院认为抗诉不当，撤回抗诉，省高院裁定准许撤回抗诉。

【辩护词正文】

本人接受湖南省法律援助中心和湖南湘民律师事务所的指派，担任陈某涉嫌贩卖毒品、容留他人吸毒、非法持有枪支一案的第二审程序辩护人。接受指派后，本人进行了阅卷和会见，并认真分析了邵检诉一诉刑抗[2018]19号《刑事抗诉书》提出的抗诉理由，结合相关法律规定、案卷材料及本案的实际情况，本人认为本案一审判决的量刑符合法律规定，邵阳市检察院提出抗诉理由缺少充足的法律依据，为此特向贵院提出以下法律意见。

一、一审判决陈某贩卖毒品罪，处以无期徒刑，符合刑法规定的量刑幅度范围。

《刑法》第三百四十七条规定：走私、贩卖、运输、制造毒品，无论数量多少，都应当追究刑事责任，予以刑事处罚。走私、贩卖、运输、制造毒品，有下列情形之一的，处十五年有期徒刑、无期徒刑或者死刑，并处没收财产：（一）走私、贩卖、运输、制造鸦片一千克以上、海洛因或者甲基苯丙胺五十克以上或者其他毒品数量大的；

陈某犯贩卖毒品罪，依照刑法规定，量刑幅度在 15 年有期徒刑至死刑，陈某贩卖毒品数量较大，系累犯，毒品再犯，但并非罪大恶极，且根据《大连会议纪要》：对于因同一毒品犯罪前科同时构成累犯和毒品再犯的被告人，在裁判文书中应当同时引用刑法关于累犯和毒品再犯的条款，但在量刑时不得重复予以从重处罚，因此陈某累犯、毒品再犯为一个从重情节。陈某具有酌定从轻情节，第一当庭认罪；第二自己吸毒，从其缴获的毒品并不能充分认定是为了贩卖，按照《大连会议纪要》规定：对于以贩养吸的被告人，其被查获的毒品数量应认定为其犯罪的数量，但量刑时应考虑被告人吸食毒品的情节，酌情处理。第三陈某涉案毒品均已查获，未流入社会，根据这些从轻情节，一审量刑无期徒刑，系在裁量范围，不存在畸轻。同时，《大连会议纪要》规定：毒品数量达到实际掌握的死刑数量标准，既有从重处罚情节，又有从宽处罚情节的，应当综合考虑各方面因素决定刑罚，判处死刑立即执行应当慎重。因此，一审判处陈某无期徒刑，未判处死刑符合死刑慎重精神原则。

二、本案毒品鉴定中没有含量鉴定，依照法律规定，对可能判处死刑的毒品案件，需有含量鉴定，一审未判处死刑符合法律规定。

最高人民法院 最高人民检察院 公安部《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》规定：可能判处死刑的毒品犯罪案件，毒品鉴定结论中应有含量鉴定的结论。

同时《大连会议纪要》规定：鉴于大量掺假毒品和成分复杂的新类型毒品不断出现，为做到罪刑相当、罚当其罪，保证毒品案件的审判质量，并考虑目前毒品鉴定的条件和现状，对可能判处被告人死刑的毒品犯罪案件，应当根据最高人民法院、最高人民检察院、公安部 2007 年 12 月颁布的《办理毒品犯罪案件适用法律若干问题的意见》，作出毒品含量鉴定。

本案中对于毒品的两份鉴定《邵公物鉴（理化）字（2017）434 号检验意见报告》和邵阳市公安局物证鉴定所《潭公物鉴（理化）字（2017）792 号检验报告》均只有成分鉴定，没有含量鉴定，因此一审对陈某处以无期徒刑，符合法律规定。

三、邵阳市检察院就本案提出抗诉违背最高检规范性文件的要求。

最高检于 2014 年 12 月 17 日印发的《关于加强和改进刑事抗诉工作的意见》第十一条规定：“人民法院刑事判决、裁定在适用法律方面有下列情形之一的，一般不应当提出抗诉：

（1）法律规定不明确、存有争议，抗诉的法律依据不充分的；

（2）具有法定从轻或者减轻处罚情节，量刑偏轻的；

（3）被告人系患有严重疾病、生活不能自理的人，怀孕或者正在哺乳自己婴儿的妇女，生活不能自理的人的唯一扶

养人，量刑偏轻的；

(4)被告人认罪并积极赔偿损失，取得被害方谅解，量刑偏轻的。”

根据上述规定，邵阳市检察院《刑事抗诉书》认为陈某量刑畸轻，应当判处陈某死刑的观点违背了上述最高检意见的要求。

其一，前已述明，一审对陈某处以无期徒刑系在刑罚幅度的裁量范围，对陈某是否需要判处死刑属于“法律规定不明确、存有争议”的情形，邵阳市检察院抗诉属于“抗诉的法律依据不充分”。

其二，陈某现羁押于邵阳市看守所收治中心，根据他在公安机关的交待，其患有哮喘和脉管炎，本人会见陈某时，陈某告知其患有哮喘和高血压，本人向看守所提出调阅复制相关病历，看守所答复只能由办案的司法部门调取，不向律师提供，之后，本人联系陈某家属，陈某家属反映陈某于2018年12月7日由看守所送邵阳学院附属第二医院治疗，并提供病历复印件，病历载明陈某患有高血压、冠心病、哮喘，同时CT报告单显示：“肺内少许炎症支气管扩张，建议治疗后复查；肺内散在小囊状影考虑肺气肿，建议追踪复查”（详见病历复印件证据）。陈某患有严重疾病，法院、检察院可以通过收治中心病情记录材料了解陈某现在的真实健康状况。根据《关于加强和改进刑事抗诉工作的意见》规定：“被告人系患有严重疾病、生活不能自理的人”，一审判决即使存在量刑偏轻的情况，检察院也不应提出抗诉。

综上，本辩护人认为一审判决的量刑符合法律规定，邵阳市检察院提出“量刑畸轻，重罪轻判，适用刑罚明显不当，

确有错误”的抗诉理由不符合法律规定。

以上法律意见，敬请省高院审理案件时予以考虑。

五、刘某贩卖毒品案二审辩护词

承办律师：湖南醒龙律师事务所 邓祥瑞

【案件概述】

1. 案情简介：刘某某系宾某某团伙特大贩毒案主犯之一，由湘潭市检察院与当年在省内颇有影响的欧某组织、领导黑社会性质组织案一并向湘潭市中级人民法院提起公诉。一审认定宾某某、刘某某、王某某、林某、吴某某、刘某某等贩卖毒品罪成立，其中宾某某累计贩卖冰毒 4818.35 克、麻古 10900 粒（约 981 克）、K 粉 7085 克及摇头丸 100 粒；刘某某参与贩卖冰毒 2000 克、麻古 2000 粒、K 粉 2028 克及摇头丸 40 粒。一审判决宾某某死刑，刘某某、王某、刘某某死缓，林某、吴某某无期徒刑。判决后各被告人均以事实不清、证据不足，口供系刑讯逼供取得提起上诉。

2. 主要辩护意见：二审中，辩护人围绕非法证据排除、证据的审查判断及主、从犯区分进行辩护。

3. 承办结果：最终二审判决部分采纳辩护人意见，否定了一审认定的宾某某、刘某某卖给“阿光”1000 克冰毒的事实，将刘某某由死缓改判无期徒刑。

【辩护词正文】

我以上诉人刘某某法律援助辩护人的身份，现就刘某某涉嫌贩卖毒品一案发表如下辩护意见：

一、本案刘某某、宾某某、林某等被告人在侦查阶段的全部供述均系非法证据，应予排除。

前述三被告人在今天法庭调查分别接受讯问时，均指称被送入湘潭市看守所羁押时间是2011年1月17日，均陈述在此之前被关押在一个不知名的秘密地点，提解途中均被戴着头套，对他们刑讯逼供的办案人员大多操外地口音，刑讯逼供的手段都包括吊铐殴打等。本案中办案人员多为省公安厅从异地公安机关抽调，有各被告人的讯问笔录可佐证。而他们当庭分别陈述从13日至16日被关押在一个秘密地点应当说是一个可以确认的事实。因为这是一个几乎不可能串供的细节，且他们被分别(其后并分所)关押，又使用化名，也不具备串供的条件。而关于入所时间问题，系由本辩护人向他们当庭提出，而本人作为刘某某二审法律援助律师，除了庭前两次会见刘某某外，与宾某某、林某均未谋面，素不相识。据此可见，刘、宾、林所述是实，无由否认。

如果刘、宾、林三被告人所述属实，那侦查人员对三被告人刑讯逼供的嫌疑即无法排除，其三人在侦查阶段的口供即应确认为非法证据。因为这意味着从13日他们被抓一直到17日送所，对他们的羁押地点、审讯地点都是非法的。仅此一端，刑讯逼供即不容否认。

如果他们当庭陈述属实，侦查机关就涉嫌弄虚作假，炮制伪证。侦查机关提供在卷的刘、宾、林三人的《拘留证》和《提讯证》，载明其三人入所时间是1月13日，从14日开始的讯问地点都在湘潭市看守所。但问题是，湘潭市看守所1月13日收押三被告人以及从14日到18日接待提讯、收监的值班“看守员”均为“方某某”。方某某何许人也？他是时任湘潭市看守所所长。方某某作为一所之长，连续6天在看守所前台负责接待值班，这可信吗？有谁见过酒店老板

天天在大堂前台收银?方某某偶尔坐台或有可能，但连续6天不分昼夜在前台值班“看守”，断然不是实情，也根本有悖于常理与逻辑!很明显，办案人员串通了看守所长方某某，通过弄虚作假在入所时间上做手脚，试图掩盖从13日至16日连续四天对三被告人非法羁押、非法审讯的事实真相。

本案中侦查人员弄虚作假的问题是明显的。比如：根据笔录，对林某的第一次讯问是1月13日上午10时30分至12点，地点是湘潭市公安局，第二次讯问是当天12时40分开始，地点是省公安厅刑侦总队。区区四十分钟之内，办案人员不仅结束了第一次讯问，吃了中饭，而且驱车五、六十公里，将林某从湘潭市公安局院内带至省公安厅院内，又开始了第二次讯问，这简直是昧于常识的说谎。再有，1月15日当晚9点40分至11点，林某明明由办案人员押解在长沙市内指认长沙曙光中路新东方世界4023房，但提讯证却表明林某在湘潭市看守所。根据讯问笔录可知，对林某的第一次讯问是1月13日，第2次讯问是1月17日，但提讯证却虚构在1月16日下午对林某在湘潭市看守所所有长达三个小时的讯问。同样，对刘某某的第5次讯问是1月14日，第6次讯问是时隔12天后的1月26日，但提讯证又凭空多出了1月16日和1月25日两次讯问。这只能说明，因为是做假，难免忙中出错，难免不露马脚。

侦查机关为什么要弄虚作假?除了要掩盖为期4天非法羁押、非法审讯，掩盖刑讯逼供，没有别的解释。侦查人员刻意隐瞒非法关押和非法审讯的事实，结果是弄巧成拙，恰恰印证了各被告人关于被刑讯逼供的指控，加大了非法取证的嫌疑。

本辩护人认为，本案审判的首要任务就是排除非法证据。在排除了刘、宾、林的口供之后，宾某某等多名被告人贩卖毒品的主要犯罪事实或大部分犯罪事实将不能认定；而对刘某某而言，对其贩卖毒品的指控根本不能成立。本辩护人呼唤司法的良知与理性，期待中国的沃伦大法官和“米兰达忠告”。

二、姑且撇开非法证据不论，一审判决对刘某某贩卖毒品基本犯罪事实的认定，仍然事实不清，证据不足。

首先，一审判决认定其从宾某某手中低价购进毒品用于贩卖，完全没有证据支持。侦查初期刘某某确曾有过语焉不详的口供，但很快被其自己否定。仅此而已。

其次，本案一审认定刘某某参与宾某某贩毒的全部犯罪事实，主要或基本上是靠各被告人的口供认定的。鉴于毒品犯罪案件的特殊性，单纯凭口供不是不能定案，但据以定案有严格条件限制。根据2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》，“只有被告人的口供与同案其他被告人供述吻合，并且完全排除诱供、逼供、串供等情形，被告人的口供与同案被告人的供述才可以作为定案的证据”。此外，还不能离开我国刑事诉讼法第53条关于“综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑”的要求。

在此基础上，我们不妨来逐一分析：

（一）关于宾某某贩毒之第9项（一审判决书第448—449页，即2010年7月初的1000克冰毒）。认定这一事实，一审判决纯粹是依据宾某某、刘某某两人的庭前口供。既没有查实上游冰毒来源，也没有查实下游冰毒的去向，而且宾、刘二人在关键事实上供述矛盾。宾说是刘在长沙与“阿光”

交易的，且第二天带回了 30 万元；而刘则说是他把货送到酒店房间，他根本没有见到“买主”，不知具体交易者是谁，更不存在收取 30 万元之事。仅仅因其双方供述不“吻合”，该项指控即不能认定。

（二）关于宾某某贩毒之第 12 项（一审判决书第 452—453 页，即 2010 年 9 月底的 2000 克 K 粉）。关于这笔，一审判决也是纯粹依据宾某某、刘某某、王某的口供认定。同样没有查实毒品来源和去向。问题还在于，三个人关于 K 粉的交付地点并不相同，刘某某讲的是“金叶酒店旁边”，宾某某、王某交代是“旺府酒店对面超市”。不仅两个地点相距近 300 米，而且旺府酒店对面压根儿就没有超市。更不合情理的是，判决认定交货的时间是 9 月底，但刘某某的女儿正是 9 月 30 日出生，而这批 K 粉又并不是需要急于出货，而是在将近二个月之后才卖出一部分。刘某某作为人夫父，不可能在这个时候离开待产的妻子，宾某某也没有理由让刘某某在这个时间急着从深圳送 K 粉去长沙。这既不符合情理，也不具有交易的目的性，因为没有人等着要货。唯一合理的解释，就是在侦查人员的操控和压迫下，其三人虚构了这一事实。

（三）关于宾某某贩卖毒品之第 10 项（一审判决书第 449—451 页，即 2010 年 8 月初的 2000 粒麻古和 1000 克冰毒）。这一笔同样疑点众多，经不起推敲。其一，根据宾某某、王某、刘某某的供述，毒品由宾某某在 8 月初安排刘某某送货，刘某某第 2 天到长沙交给王某，王某第 3 天按宾某某的要求存入万惠超市储物柜。接下来，宾某某自己从万惠超市取出毒品存放于刘某某租住的曙光大邸 1301 房，并同样于“8 月

初”去湘潭卖掉了其中的 2000 粒麻古，可谓几天内一气呵成。但任何一个正常的人都应该明白，这是违情悖理、荒唐至极、根本不可能发生的事。试想一下，既然毒品要存放于刘某某的租房内，宾某某干嘛不直接安排刘某某带到出租屋呢？他为什么要安排王某接货并送到超市绕这么一个圈子呢？这不是脱裤子放屁——多此一举吗？冒着杀头的风险，变着法子又毫无意义地让巨量毒品进超市转一圈，有这样贩毒的吗？如此不符合逻辑和常理的事怎么可能发生？难道宾某某有精神病？其二，毒品中的 1000 克冰毒去了哪儿？宾某某为什么没有说法？侦查人员为什么不追查？他们对这样大量的冰毒不闻不问，绝不会是疏漏，只能说明他们明知本来就子虚乌有。其三，宾某某对麻古去向的交代也疑点重重。他说分别卖给夏某某和戴某各 1000 粒，交易地点是日晟花园小区门口，但夏某某说只买了 100 粒，交易地点则不是小区门口而是戴某的住房内；他说夏某某当时付了他 3.9 万元现金，但夏某某的说法是并未付钱，而戴某交代他根本没有与夏某某一起买过宾某某的麻古。更为重要的是，讯问笔录表明，宾与戴均交代，戴某通过袁某某的帐户汇付了宾某某 3.9 万元毒资，但袁某某银行帐户内根本就没有这笔进项。怎么解释？难道还不足以说明口供是虚假的吗？难道各被告人之间口供是“吻合”的吗？

上述言词证据客观上存在的矛盾、疑点、冲突与违情悖理甚至昧于常识，说明其不真实，根本不能据以认定相关的犯罪事实，相反凸显了侦查人员刑讯逼供的疑点。又正因如此，这些言词证据更加不足以证实相关的犯罪事实。

三、即使按照一审判决认定的事实，上诉人刘某某也系从犯而非主犯。

综观一审判决和侦查机关的证据材料，且不论事实真伪，刘某某的犯罪事实也就是受雇于宾某某，按他的指使为其运输了部分毒品，一审判决也认定了刘某某的“马仔”身份。将“马仔”认定为主犯，是不公正的，既自相矛盾，也违反了我国刑法的规定精神。2000年《全国法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》明确要求，要正确区分主犯和从犯，专门强调“在共同犯罪中起意贩毒、为主出资、毒品所有者以及其他起主要作用的是主犯。”2008年《全国部分法院审理毒品犯罪案件工作座谈会纪要》又一次重申，“在毒品共同犯罪中，为主出资者、毒品所有者或者起意、策划、纠集、组织、雇佣、指使他人参与犯罪以及其他起主要作用的是主犯”，而且特别指出，“单纯的运输毒品行为具有从属性，辅助性特点”。因此，刘某某不属于主犯，依法应认定为从犯。

以上意见，请予审议，并诚望采纳。

六、文某参加黑社会性质组织案一审辩护词

承办律师：湖南谛议律师事务所 刘永茂

【案件概述】

1. **案情简介：**2013 年新的一轮扫黑打黑形势大潮下，湘潭市公安局在打击以罗某某为首涉嫌黑社会性质组织罪案件的侦破过程中，发现 2005 年 10 月 28 日因犯故意杀人罪、抢劫罪、非法持有枪支罪而判处死刑、缓期二年执行的被告人文某与 2013 年侦办的涉嫌黑社会性质组织罪有牵连，遂将正在服刑的文某提审，形成材料后于 2014 年 3 月 21 日将案件移送湘潭市人民检察院审查起诉，期间经历两次退回公安机关补充侦查，四次延长审查起诉期限 15 天，于 2014 年 11 月 25 日向湘潭市中级人民法院提起公诉。罪名是参加黑社会性质组织罪、聚众斗殴罪、故意伤害罪。由于被告人文某没有聘请律师，且有可能判处无期徒刑以上刑罚，湘潭市中级人民法院依据法律的规定向湘潭市法律援助中心发函请求为被告人指派辩护律师。湘潭市法律援助中心经过审批程序于 2014 年 12 月 15 日指派湖南谛议律师事务所的刘永茂律师担任被告人的援助律师。

2. **主要辩护意见：**援助律师经过仔细阅卷和多次会见被告人，形成控方的起诉超过追诉时效的辩护意见。

3. **承办结果：**湘潭市中级人民法院判决采纳了援助律师的辩护意见，于 2016 年 1 月 26 日作出（2014）潭中刑初字第 30 号裁定书，裁定本案终止审理，湘潭市人民检察院在抗诉期内没有提出抗诉。

【辩护词正文】

接受湘潭市法律援助中心的指派，湖南谛议律师事务所安排刘永茂律师担任被告人文某参加黑社会性质组织罪、聚众斗殴罪、故意伤害罪的辩护人。接受指派后，辩护人通过阅卷及会见被告人，了解了案情。现依据事实和法律，辩护人发表如下辩护意见，供合议庭合议时参考。

一、从事实与法律层面而言：

1. 辩护人认为罗某某团伙并不符合刑法意义上对于黑社会性质组织定性的四大特征：

第一组织特征：较稳定、人数多、有明确的组织者；

第二经济特征：通过不正当手段获取利益，有经济实力；

第三行为特征：用暴力、威胁等手段，多次为非作恶；

第四危害性特征：严重破坏经济、社会生活秩序。

罗某某团伙并不符合该黑社会性质组织罪的犯罪构成要件。

2005年3月3日被告人文某因涉嫌故意杀人被公安机关刑事拘留，随后被判刑服刑至今，被告人文某不可能参加一个以罗某某为首，自2005年形成到2013年发展壮大的“黑社会性质组织”，被告人文某不构成参加黑社会性质组织罪。

2. 聚众斗殴罪及故意伤害罪的指控均已经超过了法定的追诉时效。依据《中华人民共和国刑法》第87条关于追诉时效的规定，公诉机关指控的聚众斗殴罪、故意伤害罪在2005年已经接受公安机关的处理，2014年公诉机关向人民法院提起公诉，已经超过五年法定的追诉时效，应当终止审理。且两案中的受害人在当时就已经接受赔偿并结案，请求

法庭不再追诉被告人文某的刑事责任。

3. 被告人文某有立功表现，请求人民法院从轻或减轻对其处罚。

二、从改造犯罪的角度而言：

法律的审判已经将被告人文某自 2005 年禁锢在一个地方接受改造，曾经在生死边缘挣扎过的被告人文某更懂得生命和自由的弥足珍贵。通过改造，文某逐渐改变了以往对世界肤浅的看法，更理智、更热爱，怀着一份感恩的心来积极看待这个世界。对犯罪的追究与责任承担，辩护人及被告人文某都能从内心理解，但我们所有的罪罚都是为改造好一个人或一个群体为终极目标。恳请法庭，能给一个迷途知返的罪人一个在此感恩社会，以此为动力继续好好改造的机会，点亮他有望重获自由的希望而更加努力改造，成为回报社会的良好改造典型。

让人人都能看到希望，这才是一个社会法治公平公正的最好体现。

三、量刑建议：

站在本案的量刑角度而言，只要指控的参加黑社会性质组织罪、聚众斗殴罪、故意伤害罪三罪中一罪成立，依据刑法第六十九条、第七十条的规定，被告人文某将要面临最轻的判决都是无期徒刑。

这样的判决依据法律规定而作出的，法律层面而言没有任何错误，而从实际执行效果而言，有如下几个方面值得我们思考：

1. 对被告人文某个人而言，存在不公：

不管此次量刑是无期徒刑还是死缓，表面看起来没有超

过 2005 年关于故意杀人罪死缓的量刑，但现在已经 2015 年，被告人文某已经在监狱服刑 10 年。虽然刑法第七十条规定“已经执行的刑期，应当计算在新判决决定的刑期以内”，但死缓或无期徒刑不属于有期徒刑，没有期限的概念，已经过去的 10 年在实际操作中也无法计算到新判决决定的刑期以内，被告人文某即将面临的结果显然对他而言是不公平的。

2. 与“罪刑相适应原则”有冲突：

依法作出的决定，无疑加重了对被告人文某的刑罚，与“刑罚的轻重，应当与犯罪分子所犯罪行和承担的刑事责任相适应”的原则有冲突。被告人文某在服刑 10 年后，已经进入到了正常的减刑程序之中，此次漏罪的追罚，导致被告人所有的改造，所有的努力都回到了原点，与法律提倡的保障和尊重人权的原则相违背。

这是在刑罚执行中遇到的问题，而这样的问题，其他法律工作者和学者也都在关注，有学者就曾建议将刑法七十条增加第二款：“前罪被判无期徒刑或死刑，数罪并罚决定执行的刑罚与前罪判决一样为无期徒刑或死刑的，判决决定按前罪判决书执行，已经执行的刑期和减刑裁定减少的刑期有效”来解决该条适用中遇到的与本案同样的实际问题。

这也说明文某案件遇到的问题不是个案，而是在漏罪依法追罚过程中有可能遇到的实际问题，而且也是引起我们法律工作者重视和思考的问题。

在此，被告人文某及辩护人恳请法庭能够综合考虑此次漏罪追罚的最终实现形式。作为被告人及辩护人并没有任何质疑的想法，只是刑罚的最终目的是让人服法。然后是让犯错的人能知错就改。而这一切在被告人文某身上得到了很好

的体现。

追罚的目的也不过如此，而这一切即使是按照原判决执行都能实现，恳请合议庭能考虑上述请求。

七、江某某非法买卖弹药罪一审辩护词

承办律师：湖南云天（衡阳）律师事务所 胡素珍

【案件概述】

1. 案情简介：被告人江某某，女，1947 年出生，现住湖南某县某某镇。被告人江某某系某杂货店经营者，以卖杂货维持生计。2016 年 10 月，江某某从一陌生男子手中花 700 元购买十三盒气枪铅弹放在自己经营的杂货店内，以每小盒十元或十五元的价格向不特定对象销售，从中赚取利润。2018 年 1 月 16 日公安机关在店内查获气枪铅弹 9414 颗。2018 年 1 月 26 日，被告人江某某主动到公安机关投案自首。经鉴定查获的气枪铅弹 95% 为非制式气枪弹。

2. 主要辩护意见：被告人江某某非法购买气枪铅弹用于销售，其行为应当以非法买卖弹药罪追究刑事责任。2018 年 1 月 22 日，本案在珠晖区人民法院公开开庭进行了审理，胡素珍律师从被告人的一贯表现、动机目的、买卖铅弹的用途、社会的危害等 7 个方面提出辩护意见。

【辩护词正文】

湖南金雁律师事务所接受珠晖法援中心的指派，指派我依法出席本庭，接受指派后，我依法查阅了案卷材料，会见了被告人，起诉书指控被告人江某某涉嫌非法买卖弹药，现依据开庭查明的事实，我国法律及有关的司法解释，提出想以下辩护意见供合议庭时参考：

1. 被告人江某某虽涉嫌非法买卖弹药，但结合被告江

某某的犯罪情节及社会危害后果，辩护人认为，江某某作案情节当属轻微。

江某某购进的一件铅弹另加零星 3 中盒散装铅弹（共 13 中盒），2018 年 1 月 17 日公安机关收缴查获 11 中盒铅弹，江新菊已售出 2 中盒铅弹，其中一盒是同案人谢某某花 350 元购取，另一盒应是流向社会。谢某某购买的一盒已被公安机关查获并收缴 833 发，这 833 发铅弹因公安机关的及时收缴查获，已完全有效杜绝了危害结果的发生；另一中盒虽流向社会，但没有造成不良的社会危害后果，至少在开庭前没有这方面相关信息的反馈，江某某购进的铅弹数量巨大，但实际卖出特别是流向社会非常有限，辩护人认为，单从江某某“买卖”行为看，符合我国刑法“情节显著轻微”，请合议庭注意该情节。

2. 被告人江某某没有犯罪的故意与动机。

被告人江某某是个体工商经营户，因没有其他的收入来源，商店的收入是其主要的收入，其从商的经历是从摆地摊开始，自 2010 年 9 月始在衡南县经营某某商店，商店面积 8~10 平方。2016 年 10 月，一陌生男子到被告人江某某的商店处，拿着一件气枪子弹卖与被告人江某某，江某某为此支付 700 元，一件气枪子弹共十盒（一中盒里有 10 小盒，每小盒约有 80 颗），另零星的三盒送给了江某某。江某某作为常年从事个体的工商经营业主，认为有利可图，江某某购买铅弹行为是从商人的“唯利”为出发点，这个行为与她个体工商身份完全相符，从陌生人手上购进铅弹仅为了“利”，没有其他目的，动机非常单纯，非刑法意义上的犯罪故意。

3. 被告江某某购进铅弹主观认知是“打鸟”娱乐需要，

不知道铅弹是违禁品，进一步证明被告江某某没有作案的动机。

被告江某某购进铅弹与一般公众的认知是一致的，认为铅弹是用来打鸟的，别无其他用途，并不知道金属的铅弹与气枪弹材质上的区别，金属弹属违禁品；另江某某售卖铅弹时并不避讳隐藏，当顾客需要时就从店内拿出，不鬼鬼祟祟偷偷摸摸，从卖铅弹行为表现方式也可以反映江某某认为铅弹是一般的大众商品，可随意市场流通。辩护人认为，江某某从陌生人手上购进铅弹始就没有意识到金属弹属违禁品，与大众的认知是一致的“打鸟”使用，卖铅弹时亦是众目睽睽下不隐晦躲藏，由此可以证明江某某主观上是没有犯罪的动机与故意，客观表现行为方式上与大众的认知一致，由此证明没有犯罪的动机和故意。

4. 被告江某某售出并流向社会的铅弹虽达到 2001 年《涉枪解释》“500 发铅弹”入罪标准，但未给社会造成不良后果，应结合其他情节综合考量。

从 2016 年 10 月购进铅弹至 2018 年 1 月 17 日案发，期间，被告江某某共卖出二盒铅弹，卖出去的铅弹数量约 1400~1600 发，其中 900 发铅弹是同案人谢某某购进。同案人谢某某花 350 元购买了江某某的一盒铅弹（10 小盒）后，仅在家用自己组装的气枪打门、墙壁，还没有拿出去使用（见公安卷谢某某 2018.1.22 日供述）即被公安机关抓获，这 900 发铅弹没有流向社会，更没有给社会造成危害后果，是中止行为；另外近 500~700 发铅弹虽已卖出并流向社会，但没有造成不良的社会危害后果，至少在开庭前没有这方面相关信息的反馈，据 2001 年 5 月最高法院《关于审理非法制造、

买卖、运输枪支、弹药、爆炸物等刑事案件具体应用法律若干问题的解释》中对非法制造、买卖、运输、邮寄、储存“气枪铅弹 500 发以上”达到入罪标准，但在 2018 年 3 月两高《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》中第二条明确：应当“综合考虑气枪铅弹数量、用途以及行为人的动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节，综合评估社会危害性，确保罪责相适应”的原则，结合本案，辩护人认为对被告江某某不能唯“铅弹数量”论，应结合她本人在本案中其他情节综合考量，以体现刑法的宽严相济政策，及法律的公平与正义。

5. 公安机关的及时收缴查获已完全杜绝了危害后果发生。

案发当天，公安机关从某某商店查获收缴十一盒铅弹，另从谢某某家收缴 833 发铅弹，公安机关共收缴了近 12 盒的铅弹。江某某购进铅弹后近一年时间出售了两盒铅弹，虽构成非法买卖弹药但近 85%的铅弹储存在商店内没有流向社会，已完全杜绝危害后果的发生，请合议庭注意这重要情节。

6. 案发后被告江某某主动到公安机关投案自首，积极主动配合公安机关调查，不隐瞒逃避规避调查，如实供述购买铅弹的心里过程（觉得有钱赚），积极配合公安机关收缴，其行为符合刑法关于自首的法律规定，根据刑法第 67 条规定，辩护人认为对其应结合案件查明的其他情节对其减轻处罚。

7. 被告江某某已有 70 多岁，在此之前从没有做过任何违法的事情，是偶犯，据社区矫正资料也可以证明江某某老人今后的社会危害性几乎为 0。

由于江某某法制观念淡薄，自认为铅弹只是打鸟，对铅弹的社会危害性估计不足，不知道铅弹是违禁品，造成今天70多岁坐在被告席上，从主观上江某某没有犯罪的动机与故意；从买卖铅弹的客观行为上，因江某某是个体经营户，“趋利”是商人的本性，但无论是从文化学识，还是社会认知上，让一个70多岁的老人知道并了解铅弹与气枪弹材质的区别，铅弹属违禁品，如此专业的刑法学技术问题，会有些过于苛刻，辩护人认为其买卖铅弹行为与江某某目前的学识与身份是相匹配的，其行为与社会大众一般认知也是相匹配的，认为铅弹是“打鸟”，是为了娱乐，但让江某某去判断铅弹属违禁品，不能随意买卖，江某某是不具备这样的判断力的；另从社会危害后果看，至开庭前，没有相关危害结果的信息反馈，江某某非法买卖铅弹行为由于主观上没有犯罪动机与故意，客观上未造成不良的危害后果，结合其案发前后的一贯表现及自首情节，特别是本案是在两高《关于涉以压缩气体为动力的枪支、气枪铅弹刑事案件定罪量刑问题的批复》施行后开庭，批复中特别强调综合考量、综合评估社会危害性，确保罪责相适应，罚当其罪。两高第二条“对于非法制造买卖、运输、邮寄、储存、持有、私藏、走私气枪铅弹的行为，在决定是否追究刑事责任以及如何裁量刑罚时，应当综合考虑气枪铅弹的数量、用途以及行为人的动机目的、一贯表现、违法所得、是否规避调查等情节，综合评估社会危害性，确保罪责相适应”，请合议庭根据本案查明的事实，结合我国刑法第67条及两高的司法解释对江某某非法买卖弹药案因其具备犯罪较轻的情节应可以免除处罚，建议对江某某免于刑事处罚。

八、张某贩卖毒品罪一审辩护词

承办律师：湖南如金律师事务所 叶佩玲

【案件概述】

1. 案情简介：被告人张某被长沙市中级人民法院以贩卖毒品罪判处有期徒刑十年，并处罚金五万元，不服一审判决上诉至湖南省高级人民法院。

2. 主要辩护意见：承办律师在阅读该案卷资料时，发现公安机关提供的有关被告人供述过程的同步录音录像证据中存在明显的诱供行为，与主办法官进行沟通后申请对该证据启动排非程序。再到长沙市看守所会见了被告人张某，听取其上诉意见，并且着重询问了他被公安机关采取强制措施后的所有过程，口供是否是其真实意思表示，签署口供时侦查人员的表现和态度，结合被告的会见笔录再核对同步录音录像的证据，在开庭过程中提出请求排除该份证据的辩护意见，并根据该案件事实一审认为被告人构成贩卖毒品罪证据不足，应以非法持有毒品罪对其进行量刑。

3. 承办结果：二审法院采纳辩护意见和上诉人的上诉意见，依法予以改判为构成非法持有毒品罪，判处有期徒刑三年，并处罚金3万元。

【辩护词正文】

湖南如金律师事务所受湖南省法律援助中心的指派并经本案上诉人张某的同意，指派叶佩玲律师作为张某贩卖毒品罪的二审程序的辩护人，接受指派后，我到法院查阅了相

关的卷宗资料，并到长沙市第一看守所会见了上诉人张某，通过参加今天的庭审，现就本案争议的焦点发表如下辩护意见：

一、一审法院判决上诉人张某构成贩卖毒品罪事实不清，证据不足，根据庭审中查明的事实，指控张某构成贩卖毒品罪的主要证据系通过非法程序获得，不能作为对其定罪量刑的法定依据，其行为依法不构成贩卖毒品罪。

一审法院认定张某两次贩卖共计 0.8 克的冰毒和两粒麻古给仇某的证据只有张某在侦查阶段的供述和微信转账记录，且上诉人张某的三次供述，只有前面两次在岳麓派出所的供述承认贩卖毒品给仇某，而在长沙市第一看守所所作的第三次供述对前面两次的供述内容予以了全部否认，在一审的开庭庭审中也当庭予以否认了上述事实，仅凭上述两份证据不足以证实张某有贩卖毒品的事实。

1. 上诉人张某的做有罪供述的笔录总共有两次，第一、第二次是在岳麓派出所做的笔录，有同步承音录像记载。时间分别是 2016 年 10 月 16 日的 1 时和 10 时，两次笔录内容大致一致均说的是仇某找张某购买毒品，仇某通过微信红包支付了毒资给张某。从侦查机关提供的同步录音录像的光盘记录所示，在光盘内容显示的时间在 2：10 分左右，侦查人员将打印好的笔录交给张某签字，张某并没有仔细阅读笔录内容，也没有在第一时间签字，在侦查人员将仇某的笔录给张某看了后，张某提出自己不是贩卖毒品的异议时，价查人员对此解释了很久，并还是坚持要张某按照制作好的笔录签字了。从上述录音录像的证据来看，侦查人员存在诱供张某签字的事实，其有罪供述并非张某的真实表述，该两份口供

不是通过合法程序取得，应予以排除。

2. 第三次的笔录是在长沙市第一看守所于 2016 年 11 月 23 日 16 时，在此份笔录中，张某对前面两次贩卖毒品给仇某的事实予以了否认，只是承认和仇某一起吸食了毒品的事实，至于微信红包，张某提出是仇某让其开房的费用，并提供了开房酒店的名称和地点。仇某两次微信红包的金额和张某提供的毒品价值也不相当。在一审庭审中，张某当庭多次强调其没有贩卖毒品给仇某，与前面在侦查机关的供述截然相反。因此张某的前后矛盾的供述在没有其他证据予以佐证的情况下不可作为对其定罪量刑的依据，且对于认定张某贩卖毒品的供述的证据存在非法取得的嫌疑，其有罪供述不能作为认定张某构成贩卖毒品的有罪证据。

依据最高人民法院《关于印发全国法院审理毒品犯罪案件工作座

谈会纪要的通知(2000 年 4 月 4 日法(2000)42 号)“(五)关于毒品犯罪案件中有关证据的认定问题:在处理这类案件时，仅凭被告人口供依法不能定案。只有当被告人的口供与同案其他被告人供述吻合，并且完全排除诱供、逼供、串供等情形，被告人的口供与同案被告人的供述才可以作为定案的证据。”本案的犯罪事实，证明张某构成贩卖毒品罪的事实的证据就是张某的两次有罪供述，并无其他证据能够证明张某有贩卖毒品的事实。依据刑事案件运用间接证据或者孤证必须形成证据链且协调一致，环环相扣，得出结论具唯一性，排除其他不合理怀疑的原则，该两份有罪供述不能作为证明张某构成贩卖毒品罪的定罪证据。

二、一审法院判定从张某住处搜出的冰毒 27.82g. 麻古

粒 18.14g、大麻 1.88g 作为确认被告人张某构成贩卖毒品罪的具体数量，属定性错误，应当依法认定张某构成非法持有毒品罪。

刑法明确规定贩卖必须明知是毒品而非法销售或者以贩实为目的而非法收买。本案中，对于张某持有的冰毒 27.82g、麻古粒 18.14g、大麻 1.88g 必须要有充分的证据证明行为人有贩卖为目的，但是就本案的相关证据看来，并不能充分证实张某具有贩实为目的的事实。

1. 从张某的讯问笔录及证人证言，并不能确凿证实张某具有贩卖毒品的客观事实。首先张某的三次讯问笔录中并没有提及其购买毒品是为了贩实。张某详细的交代了警方查获得冰毒和麻古的来源及其购买情况，并且交代了自己吸食毒品，经常和朋友、情人一起吸食，在三次供述中他都没有讲他手中持有的毒品是用来贩卖的，而且庭审中再三强调其未贩卖毒品，只是单纯的吸毒和非法持有。其次从其情人包某某和赵某某的交代也证实张某只是将毒品提供给他们共同吸食，并未收取他们的金钱借此牟利。

2. 上诉人张某原本有多年的吸毒史，其持有毒品自吸具有合理性。张某从 1992 年开始吸食毒品，具有多年的吸毒更，1999 年因为吸毒被劳教一年，2008 年又因为吸毒被劳教两年，2009 年释放出来后，毒瘾依然很重需经常吸毒，从讯问笔录和对包某某和赵某某的讯问笔录中也可以看出，他经常和朋友一起吸食。当场查获的毒品不一定就是用于贩卖的毒品，即在持有毒品的目的上存在多种可能性，这些毒品可能是自己吸食，也可能是用来贩卖，具有不可求证性。且张某与其他同案犯均无毒品贩卖记录，除了认识仇某、包

某某和赵某某外，与其他同案犯均不认识。他虽然非法持有毒品，但是并没有贩卖的目标下线，因此被告人到底是自己吸食还是进行贩卖，处在一种极不确定的状态。公诉机关认定当场缴获的冰毒、麻古是用于贩卖的推断不过是主观臆断，没有客观的、有力的证据支撑属贩卖行为。

综上，从本案现有的证据看来，并不能证明这种非法持有具有贩卖的目的，而且在一审庭审中他再三强调自己没有贩卖毒品，只是单纯的非法持有。一审判决以其持有的全部毒品认定为其贩卖毒品证据不足，从有利于被告的原则和疑罪从无的原则，被告人张某的持有的毒品不应当认定为贩卖毒品的数量，应定非法持有毒品的数量。

三、一审法院对张某处以有期徒刑十年量刑畸重。

1. 张某不构成贩卖毒品罪，只构成非法持有毒品罪，其所持有的毒品数量并不巨大，一审法院以贩卖毒品罪判处有期徒刑十年属量刑过重。

2. 张某虽然吸食毒品且被行政处罚过，但没有被刑事处罚的前科，不应从重处罚。

3. 张某所持有的毒品被公安机关查获，未流入社会，从而使社会危害性大大降低，没有给社会造成实质性的危害，可以酌定从轻处理。

综上所述，一审法院判决张某构成贩卖毒品罪事实不清、证据不足，判决被告人张某有期徒刑十年，属量刑畸重。结合本案全部证据应对上诉人张某以非法持有毒品罪定罪量刑，张某具有酌定从轻处罚情节，请求二审法院查明案件事实和证据对上诉人张某公平定罪处罚。

以上辩护意见望予以充分采纳。

九、申某某贩卖毒品案二审辩护词

承办律师：湖南真泽律师事务所 杨杰林

【案件概述】

1. 案情简介：申某某，男，绰号“野人”，1975年生，湖南常宁人。2011年3月8日因犯非法持有毒品罪被判处有期徒刑八年，2015年10月被减刑释放。2016年8月22日，因涉嫌贩卖毒品被常宁市公安局抓获，并从其乘坐的出租车内查获“冰毒”1960克。到案后申某某主动供述了案件相关情况，并带领公安机关前往其租赁房屋查获“冰毒”500克，侦查期间申某某主动提供了他人贩毒的案件线索。

2. 争议焦点：①申某某、黄某某、王某某谁在贩卖毒品过程中起主要作用？②申某某主动带领侦查人员查获未掌握的毒品是否构成特殊自首？③申某某在侦查阶段提供了他人的贩毒信息，未予以核实，是否属于事实不清？④本案交易过程一直在侦查机关监控之下，毒品无法流入社会，是否应当从轻处罚？⑤前罪为非法持有毒品罪，后罪为贩卖毒品罪的毒品再犯，相较于前后均为贩卖毒品罪的再犯，是否应当从轻考虑？⑥毒品扣押等程序存在的违规行为对本案事实的影响？⑦综合本案的全案事实和申某某的量刑情节，是否应当判处死刑立即执行？

3. 主要辩护意见：一、本案最初犯意是由黄某某提起。申某某第一次购买毒品，并不是其主动找到黄某某让其到广州购买毒品，而是黄某某本人想要贩毒，但支付定金后资金不足才想到通过汤健找到申某某，引诱其购买毒品。二、申

某某主动供述了公安机关尚未掌握的犯罪事实，属于特殊自首。三、申某某曾提供过孙德全（音）的犯罪线索，应当予以核实。申某某在被抓捕后，主动向公安机关民警伍琦、邹钦、邓华隆提供了庙前派出所民警孙德全（音）涉嫌制造、贩卖毒品的犯罪线索，根据其同监室的室友反应孙德全（音）已因制造、贩卖毒品罪被抓获。希望合议庭能核实申某某的立功情况，依法予以认定。四、本案毒品系控制下交付，无法流入社会，社会危害性较小。五、申某某此前因非法持有毒品罪被判刑，虽属于毒品再犯，但并非贩卖毒品的再犯，主观恶性及社会危害性较小。在打击毒品类犯罪当中，对于毒品再犯和累犯需要从严打击，但同时也应当区分涉毒案件的具体情况。在本案中申某某本人吸食毒品，此前因携带毒品被判处非法持有毒品罪，这与贩卖毒品被处罚之后继续实施贩毒行为在主观恶性和社会危害性上都有着本质区别，希望合议庭在量刑时予以充分考虑。六、本案在毒品扣押、封存、提取、检验和辨认犯罪嫌疑人程序中均存在重大瑕疵。七、申某某在全案中作用较小，到案后如实供述案件事实，提供立功线索，认罪悔罪态度好，毒品未流入社会，主观恶性及社会危害性较小，依法可不判处死刑。

4. 承办结果：湖南省高级人民法院采纳辩护意见和上诉人的上诉意见，认为一审事实不清，发回重审。

【辩护词正文】

湖南真泽律师事务所接受湖南省法律援助中心的指派，经申某某本人同意由杨杰林律师担任申某某二审期间的法律援助律师。通过查阅本案案卷材料，会见申某某了解案件

情况，现就本案提出以下辩护意见，请合议庭予以采纳。

辩护人认为一审部分事实认定不清，量刑过重，申某某可不判处死刑，请求二审法院依法改判，具体理由如下：

一、本案最初犯意是由黄某某提起。

一审认定申某某第1次购买毒品，是其主动联系黄某某，黄某某才前往广州购毒，与事实不符。

根据黄某某8月22日所做供述（详见黄某某供述，第四卷P511-512），8月7日其因为欠钱无力偿还加上小孩读书没钱，就想去外面打工挣钱，并借款1万元前往广州，也想找朋友“叔仔”买半条或几百克冰毒回常宁贩卖赚点钱用，后叔仔让其打了1万元定金，对方因量太少不愿意卖，并且定金不予退还，为了拿回定金才通过汤某联系申某某，提议帮申某某带货1千克。

根据申某某的供述和陈述，其与黄某某是通过汤某认识，但两人并不熟悉，也从未有过联系。8月9日左右，他与汤某在一起打牌，汤健主动提出他朋友黄某某在广州拿货，问其有无意向，并给了他黄某某的联系方式，申某某才联系黄某某了解了相关情况。

通过上述证据可以发现，申某某第一次购买毒品，并不是其主动找到黄某某让其到广州购买毒品，而是黄某某本人想要贩毒，但支付定金后资金不足才想到通过汤某找到申某某，引诱其购买毒品。

二、申某某主动供述了公安机关尚未掌握的犯罪事实，属于特殊自首。

申某某被抓获是因8月22日购买毒品2千克，在其被捕当天的供述中，其主动供述了在8月10日左右还曾通过

汤某联系黄某某购买过毒品。(详见申某某供述,第四卷 P552)

同时在 8 月 23 日,主动带领公安机关去其租住的房屋找到了购买的毒品 500 克。(详见申某某供述,第四卷 P561)

根据《刑法》第六十七条规定: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。在本案中,申某某主动供述了公安机关尚未掌握的第一次购毒事实,并且主动带领公安机关查获了 500 克毒品,对于侦破本起犯罪事实起到了关键作用,应当认定为特殊自首。

三、申某某曾提供过孙德全(音)的犯罪线索,构成立功。

申某某在被抓捕后,主动向公安机关民警伍琦、邹钦、邓华隆提供了庙前派出所民警孙某某(音)涉嫌制造、贩卖毒品的犯罪线索,根据其同监室的室友反应孙某某(音)已因制造、贩卖毒品罪被抓获。希望合议庭能核实申某某的立功情况,依法予以认定。

四、本案毒品系控制下交付,无法流入社会,社会危害性较小。

根据公安机关提供的材料显示,公安机关在 2016 年 7 月份就已经得到了确切线索,申某某将于 8 月 22 日凌晨在常宁进行毒品交易,并提前布控进行抓捕,因此本案中第二次涉及的 2 千克毒品一直都在公安机关的监控之中,无法流入社会,社会危害性较小。(详见本案证据材料第一卷, P1)

五、申某某此前因非法持有毒品罪被判刑,虽属于毒品再犯,但并非贩卖毒品的再犯,主观恶性及社会危害性较小。

在打击毒品类犯罪当中,对于毒品再犯和累犯需要从严

打击，但同时也应当区分涉毒案件的具体情况。在本案中申某某本人吸食毒品，此前因携带毒品被判处非法持有毒品罪，这与贩卖毒品被处罚之后继续实施贩毒行为在主观恶性和社会危害性上都有着本质区别，希望合议庭在量刑时予以充分考虑。

六、本案在毒品扣押、封存、提取、检验和辨认犯罪嫌疑人程序中均存在重大瑕疵。

（一）对申某某乘坐车辆搜查

详见证据卷第一卷 检查笔录 P71-77

申某某出租车检查 8月22日 2:43-2:58

1. 现场查获毒品未进行现场指认、称量、扣押、封存。
2. 现场拍摄照片未能直接体现毒品与申某某的关联，照片没有当事人和见证人签字。
3. 检查笔录见证人“唐志”在不同时间、场合进行过多次见证，不符合见证要求。

（二）对申某某出租屋搜查

详见证据卷第一卷 检查笔录 P81-84

1. 现场查获毒品未进行现场指认、称量、扣押、封存。
2. 现场拍摄照片未能直接体现毒品与申某某的关联，照片没有当事人和见证人签字。

（三）搜查笔录/扣押清单

搜查笔录/扣押清单 P80-97

1. 现场查获毒品未进行现场指认、称量、扣押、封存。
2. 现场拍摄照片未能直接体现毒品与申某某的关联，照片没有当事人和见证人签字。

（四）提取、称量

提取笔录 P98

称量/取样笔录 P99-126

申某某提取、称量笔录 8月22日 16:50-16:58

1. 提取、封存经过照片未经申某某签字确认。
2. 见证人为“唐志”。

（五）鉴定时间与委托时间存在重大矛盾，鉴定程序不符合法律规定

鉴定意见书 P48-68

1. 黄某某、申某某车辆查获毒品送检时间与委托鉴定时间不一致，送检为2016年9月7日鉴定时间9月20日，委托时间为2016年9月13日-19日。

2. 申某某住处查获的毒品，送检时间9月23日，鉴定时间9月26日，聘请时间2016年9月13日-20日，

3. 申某某查获毒品含量鉴定，送检时间2016年10月13日，鉴定时间10月20日，聘请时间9月13日-20日。缺少鉴定人张某某鉴定资格证书。

上述鉴定均未提供检验样品的取样照片及鉴定经过照片。

（六）本案见证人“唐志”为职业见证人不符合法律规定

申某某车辆检查笔录 P81-84 见证人为“唐志”

申某某提取、称量笔录 8月22日 16:50-16:58，见证人为“唐志”。

辨认笔录 P127-164

申某某辨认黄某某 8月22日 11:28-11:40

黄某某辨认申某某 8月22日 10:38-10:55

欧运虎辨认申某某 9月12日 18:15-18:30

向永红辨认申某某 9月10日 15:00-15:21

见证人均为“唐志”。

根据法律规定，见证人应当是与本案无任何关联的案外人，且不能就案件当中的不同事项进行多次见证，本案中“唐志”不仅参与了申某某的毒品提取、称量见证还在不同时间分别参与了申某某、黄某某、欧某某、向某某的辨认，各辨认人之间均存在重大利害关系，上述提取及辨认程序不符合法律规定，见证事项真实性应当不予认可。

七、申某某在全案中作用较小，到案后如实供述案件事实，提供立功线索，认罪悔罪态度好，毒品未流入社会，主观恶性及社会危害性较小，依法可不判处死刑。

根据武汉会议纪要，最高人民法院关于印发《全国法院毒品犯罪审判工作座谈会纪要》的通知精神，在审理毒品案件时应当全面、准确贯彻宽严相济刑事政策，体现区别对待，做到罚当其罪，量刑时综合考虑毒品数量、犯罪性质、情节、危害后果、被告人的主观恶性、人身危险性及当地的禁毒形势等因素，严格审慎地决定死刑适用，确保死刑只适用于极少数罪行极其严重的犯罪分子。

在本案中，申某某本人没有购毒渠道，所购毒品均是通过黄某某购买，作用较小，购买的毒品均已经被公安机关查获，未流入社会，社会危害性较小。到案后主动供述了本案的犯罪事实，其中包括公安机关尚未掌握的犯罪行为，构成特殊自首，提供了孙德全等人的违法犯罪线索，构成立功。其本人虽系毒品再犯，但前罪是因非法持有毒品，并非贩卖毒品。不属于罪行极其严重的犯罪分子，请合议庭充分考虑

申某某的相关事实情节，依法改判。

十、王某非法买卖枪支罪案一审辩护词

承办律师：湖南民生律师事务所 田聪

【案件概述】

1. 案情简介：2017年初，杨某安在淘宝网上购买了配件自己组装了一支“射钉枪”。后在打鸟过程中被杨某福、王某发现，二人委托杨某安购买了配件，杨某安把配件组装成枪支后交给了王某；杨某安把配件交给了杨某福，杨某福组装成了枪支。后杨某安的枪支被凤凰县公安机关收缴（经鉴定，不能认定为枪支管理法中的枪支），杨某安又从吉首市五金店购买配件组装成一支射钉枪。后三支枪分别被三人所持有，2018年1月18日吉首市公安局民警分别在三被告人家中各取获枪支一支及钢珠弹、射钉枪弹若干。经鉴定，三支枪均为以火药为动力的枪支。另外，三被告人均系被抓获归案。购买配件只需将各个配件组装即可成为以火药为发射动力的枪支，不需再另行加工。

2. 争议焦点：三被告人系构成非法买卖枪支还是构成非法持有枪支罪。若构成非法买卖持有枪支罪，则三被告人将可能在3年以下量刑，并可适用缓刑。

3. 主要辩护意见：被告人王某所购买枪支的目的系收藏，打鸟，并非在于流转，且本案所涉枪支未向社会流通，未造成较大社会影响，应构成非法持有枪支罪，而非非法买卖枪支罪。

4. 相关法律条文：《中华人民共和国刑法》第一百二十五条“非法制造、买卖、运输、邮寄、储存枪支、弹药、爆

炸物的，处三年以上十年以下有期徒刑；情节严重的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。非法制造、买卖、运输、储存毒害性、放射性、传染病病原体等物质，危害公共安全的，依照前款的规定处罚。单位犯前两款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”第一百二十八条“违反枪支管理规定，非法持有、私藏枪支、弹药的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制；情节严重的，处三年以上七年以下有期徒刑。依法配备公务用枪的人员，非法出租、出借枪支的，依照前款的规定处罚。依法配置枪支的人员，非法出租、出借枪支，造成严重后果的，依照第一款的规定处罚。单位犯第二款、第三款罪的，对单位判处罚金，并对其直接负责的主管人员和其他直接责任人员，依照第一款的规定处罚。”

5. 承办结果：被告人王某犯非法买卖枪支罪，判处有期徒刑三年，缓刑三年。

【辩护词正文】

湖南民生律师事务所接受吉首市司法局法律援助中心的指派，并指派我担任本案被告人王某的辩护人，通过阅卷及法庭调查，对公诉机关指控王某涉的犯罪事实没有异议，现就指控罪名量刑情节发表如下辩护意见：

1. 被告人王某所购买枪支的目的系收藏，打鸟，并非在于流转，且本案所涉枪支未向社会流通，未造成较大社会影响，应构成非法持有枪支罪，而非非法买卖枪支罪。

刑法中的“买卖”，应当理解为具有流转交易性质的行

为，而正是这种流转交易破坏了国家对特定物品的管制秩序，形成刑事违法性的逻辑基础。对于不以出售为目的的单纯购买枪支行为，行为人往往是基于爱好、收藏等动机或目的，购买后予以存储或者把玩，其终极目的在于维持对枪支的持有，而不是实现对枪支的传播与流转，对此类行为不能认定为非法买卖枪支罪，而应认定为非法持有枪支罪。

如何理解刑法相关条款中的“买卖”行为，是否“买”、“卖”择一即可成立？或者另作他解。辩护人认为：刑法中的“买卖”，应当理解为具有流转交易性质的行为，而正是这种流转交易破坏了国家对特定物品的管制秩序，形成刑事违法性的逻辑基础。因此，这种“买卖”具体包括：（1）购买后的出售行为；（2）出售行为；（3）以出售为目的的购买行为。这三类行为都具有流转交易性质，可以认定为刑法意义上的“买卖”。反之，则不能认定为刑法意义上的“买卖”。故而，不以出卖为目的的购买枪支行为，不宜认定为非法买卖枪支罪，而应认定为非法持有枪支罪。目前，我国司法解释对此问题尚未给予明确，本文拟就刑法解释的位阶，依次遵循文义解释、体系解释、社会学解释和目的论解释的顺序加以检讨与论证。

首先为文义解释。所谓文义解释，亦称语法解释、文法解释或者文理解释，是指根据语言的字面含义或者专业语境进行的解释方法。根据《现代汉语词典》、《辞海》等权威词典的解释，“买卖”的本质特征是一种买进卖出的商业经营活动，仅仅是为自己使用而买入的行为无法称为“买卖”。社会公众对“买卖”一词的通常理解也是如此，所以，往往将“买卖”与“生意”一词同义互用，“做买卖”也就是“做

生意”。恐怕不会有人将单纯购买行为称作“买卖”，如买入一瓶酒自饮，你能说他是买卖酒水吗？所以，将单纯购买行为纳入“买卖”的概念范畴，就严重背离了语言的常识含义和通用信息，侵犯了国民健康的可能性，违背了罪刑法定主义的旨趣。

其次为体系解释。所谓体系解释，亦称逻辑解释、系统解释，即将法律条文或语言置于整个法律体系或者法律文本中，追求形成前后语境照应、上下逻辑贯通的解释方法。我国刑法对购买、出售特定物品的行为规定了三种立法例：（1）运用“购买”、“收购”或者“出售”、“贩卖”、“倒卖”、“销售”、“转让”等概念，从而明确规定仅处罚购买或者仅处罚出售行为。如金融工作人员购买假币罪，非法收购盗伐、滥伐的林木罪，销售伪劣产品罪，转让金融机构经营许可证、批准文件罪，出售伪造的增值税专用发票罪，倒卖伪造的有价证券罪，非法转让、倒卖土地使用权罪，擅自出卖、转让国有档案罪，贩卖毒品罪等犯罪。（2）同时运用“出售、购买”概念，从而明确规定同时处罚购买与出售行为。如出售、购买假币罪，非法收购、出售珍贵、濒危野生动物、珍贵、濒危野生动物制品罪，非法收购、出售国家重点保护植物、国家重点保护植物制品罪等，上述犯罪的购买与出售行为因其违法性程度大体可以等量齐观，一并入罪，同等处罚。（3）运用“买卖”概念。如非法买卖枪支、弹药、爆炸物罪，非法买卖危险物质罪，买卖国家机关公文、证件、印章罪，非法买卖警用装备罪，非法买卖制毒物品罪，非法买卖毒品原植物种子、幼苗罪等。上述犯罪情形相当复杂，买方与卖方在客观危害与主观恶性上未必可以等量齐观。根

据体系解释的规则，这里的“买卖”就值得推敲。因为刑法没有采取上述前两种明确的概念配置模式而使用“买卖”这一表述，就表明刑法在犯罪构成设计上试图构筑弹性框架，将解释权和判断权交付司法实践的需要，因此，对于购买和出售是否一同入罪需要给予个别化论证。

而对于枪支犯罪，辩护人拟采体系解释的方法，并参照与枪支犯罪极其类似的毒品犯罪的构罪标准。2012年5月最高人民检察院、公安部发布的《关于公安机关管辖的刑事案件立案追诉标准的规定》规定：“贩卖是指明知是毒品而非法销售或者以贩卖为目的而非法收买的行为。有证据证明行为人以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食、注射的毒品，对代购者以贩卖毒品罪立案追诉。不以牟利为目的，为他人代购仅用于吸食、注射的毒品，毒品数量达到本规定第二条规定的数量标准的，对托购者和代购者以非法持有毒品罪立案追诉。”根据这一规定，毒品交易犯罪的核心乃是贩卖行为，如果仅以自用为目的的买入行为，不认定为贩卖而认定为持有。同理，在枪支犯罪中，或者是出卖，或者是以出卖为目的的买入，才能成立买卖枪支行为。如果既没有出卖事实，也没有出卖目的，无论如何，不能称之为“买卖”行为。单纯的购买行为，应当认定为非法持有行为。

再次，社会学解释。社会学解释，是指根据社会实态与实况对刑法文本与语言作出的生动解释。从社会现象层面来看，如果将单纯购买枪支行为认定为非法买卖枪支罪，则非法持有枪支罪的成立空间几乎被压缩殆尽。因为：如果非法持有枪支行为的持有源头，不包括有偿的购买行为，而只能局限于无偿的拾得、继承、赠予等行为，而这些情形作为枪

支持有的来源形式是极其罕见的，这样一来，非法持有枪支罪几乎无法成行，而非法买卖枪支罪则大行其道，这有悖于刑法谦抑理念。事实上，购买与继承、受赠、拾得一样，都作为枪支持有的源头方式，应当被吸纳入枪支持有犯罪的概念范畴中，作为非法持有枪支罪的题中应有之义，否则，非法持有枪支罪就成为无本之木、无源之水。

最后，目的论解释。目的论解释作为具有终局意义的解释规则具有最高和最后的效力，是经由刑法的保护法益目的进行的解释方法。其旨趣在于：犯罪的实质是侵害法益，刑法的目的是保护法益，如果行为对刑法保护的法益并未造成侵害或者构成威胁，则不能认定为犯罪；反之，评价一行为是否构成某罪，应当考量该行为对受保护的法益是否造成侵害或者构成威胁。因此，法益在构成要件解释过程中具有强大的解释机能，这也决定了目的论解释在其他解释难以取得共识或者无法形成确信的前提下所具有的最后拍板的地位。关于枪支犯罪，其共性都是破坏了国家对枪支的管制秩序，而枪支管制秩序是社会公共安全保障的重要内容。但是，刑法相对于非法持有枪支罪而言，对非法买卖枪支罪配置了更重的刑罚，是因为买卖行为较之持有行为具有更重的梯度危害：买卖行为引致了枪支的传播与流动性，导致国家对枪支管理的失控，继而成为各类暴力恐怖、黑恶犯罪案件的源头，对公共安全构成了实质的危害与威胁。而对于不以出售为目的的单纯购买枪支行为，行为人往往是基于爱好、收藏等动机或目的，购买后予以存储或者把玩，其终极目的在于维持对枪支的持有，而不是实现对枪支的传播与流转，其行为并未引发枪支的传播与流动，因此，不能认定为非法买卖枪支

罪，而应认定为非法持有枪支罪。在当前司法实践中，存在大量因爱好、痴迷、收藏等原因购买枪支的行为，且行为人大多为青少年人群，购买渠道多为网络交易平台，其客观危害与主观恶性均与一般意义上的枪支交易行为存在实质的区别。

综上，辩护人认为：无论就解释规则还是刑事政策角度来考量，不以出卖为目的的单纯购买枪支行为不宜认定为非法买卖枪支罪，而应认定为非法持有枪支罪。

2. 王某系初犯，系偶发性犯罪，并非惯犯，建议从轻处罚

从卷宗材料可知，被告人王某系偶发性犯罪，之前未受到行政处罚及刑事处罚，并非惯犯。

3. 被告人如实供述、自愿认罪

本案中，被告人王某在接受侦查机关讯问时，如实供述其全部犯罪事实，其在讯问笔录中都做了有罪供述，前后完全一致。从侦查阶段、审查起诉阶段到法院审判阶段，被告人对其罪行供认不讳，从未出现过拒不认罪、翻供等情形。根据我国一贯的“坦白从宽、抗拒从严”的刑事政策，恳请法院在量刑时予以从轻处罚。

十一、骆某抢劫案一审辩护词

承办律师：湖南金州律师事务所 吴艳

【案件概述】

1. 案情简介：被告人骆某，女，1984 出生，汉族，大专文化，住长沙市天心区赤岭路街道南大桥社区，因涉嫌抢劫罪，于 2015 年 6 月 19 日被长沙市雨花分局刑事拘留，同年 7 月 22 日经本院批准，同日由长沙市公安局执行逮捕。长沙市雨花区人民检察院以指控骆某犯抢劫罪向长沙市雨花区人民法院提起公诉。

2. 争议焦点：长沙市雨花区人民检察院指控骆某的行为构成抢劫罪，而辩护人综合本案证据及会见情况认为骆某的行为构成寻衅滋事罪。

3. 主要辩护意见：一、辩护人认为客观上被告人骆某虽然对被害人实施了殴打并致其轻微伤，期间也有拽包的行为，但从本案证据显示，被告人骆某主观上没有抢劫的故意，被告人骆某的行为属于随意殴打老年人，更符合寻衅滋事罪的构成要件，应定寻衅滋事罪。二、被告人的犯罪行为是在其精神障碍的情况下实施的，其认知能力和辨认能力都受到限制，被告人系初犯，偶犯。

4. 法律条文：《中华人民共和国刑法》第二百六十三条、第二百九十三条；《最高人民法院 最高人民检察院关于办理寻衅滋事刑事案件适用法律若干问题的解释》。

5. 法律问题及法理分析：根据现有证据显示，被告人骆某在闹市区一直追打被害人，在被害人躲闪时拉拽被害人的挎包，遇周围群众围观并不急于逃跑，还变本加厉殴打被害

人，其客观行为证明其主观目的是随意殴打他人，而不是非法占有他人财物。

6. 承办结果：长沙市雨花区人民法院最后采纳了辩护人对骆某关于定罪方面的辩护意见，判决被告人骆某犯寻衅滋事罪，判处有期徒刑 10 个月。

【辩护词正文】

湖南金州律师事务所受长沙市法律援助处的指派，并经被告人骆某同意，安排我担任其辩护人，本人接受指派后会见了被告人、查阅本案案卷，参与庭审，经综合分析提出如下辩护意见，望采纳：

一、关于本案的定性：骆某的行为不构成抢劫罪，应定寻衅滋事罪。

抢劫罪，是以非法占有为目的，对财物的所有人或者保管人当场使用暴力、胁迫或其他方法，强行将公私财物抢走的行为。主观方面只能由故意构成，并具有将公私财物非法占有的目的，如果没有故意的内容就不构成本罪。客观方面表现为行为人对公私财物的所有者、保管者或者守护者当场使用暴力、胁迫或者其他对人身实施强制的方法，强行劫取公私财物的行为。寻衅滋事罪，是指肆意挑衅，随意殴打、骚扰他人或任意损毁、占用公私财物，或者在公共场所起哄闹事。严重破坏社会秩序的行为。客观表现形式为四种：①随意殴打他人，情节恶劣的；②追逐、拦截、辱骂、恐吓他人，情节恶劣的；③强拿硬要或者任意损毁、占用公私财物，情节严重的；④在公共场所起哄闹事，造成公共场所秩序严重混乱的。最高人民法院关于寻衅滋事罪的司法解释第二条

第五款随意殴打精神病人、残疾人、流浪乞讨人员、老年人、孕妇、未成年人，造成恶劣社会影响的。现有证据可以得出被告人客观上对被害人实施了殴打并致轻微伤，形式上有拽包的过程，但其主观上是否具有非法占有的目的和故意是本案必须查明的事实，综合案卷证据材料提出如下分析：

首先，2015年6月19日9时5分至10时31分、17时10分至28分两次讯问笔录中骆某均陈述打被害人是由于被害人先对其吐口水，骆某追问后，被害人因不承认并骂被告人，才导致被告人继续打被害人并拽下被害人的挎包。而2015年6月19日20时53分至21时31分的讯问笔录中，其中民警问：“你抢那个老妇人的包干什么？”答：“我没钱用了”，征对该笔录，被告人说的原话是我没钱用了也不会去抢老太太的包，只是因被害人无故吐口水和辱骂才去拽其包吓唬被害人。且上述三次讯问笔录中办案民警都是问被告人：“你抢到了老妇人的包没有”，“你为什么要抢那个老妇人的包”等等这样的诱导式问话，办案民警主观上已认定被告人实施了抢劫行为。2015年7月1日长沙市雨花分局对雨花区人民检察院提出建议函中，明确说明骆某讯问过程中存在精神亢奋、思维飘逸、逻辑古怪等情形，可能存在精神方面的疾病。湘雅二医院司法鉴定中心司法鉴定意见书中也确定骆某为精神活物所致精神障碍。2015年7月22日讯问笔录与6月19日20时53分至21时31分的讯问笔录基本相同。故该四份讯问笔录及鉴定意见能够证明被告人与实施抢劫行为不存在关联性，但被告人的行为更符合寻衅滋事罪客观表现形式中的第一、二种客观表现形式。其次，对于被害人孙某的询问笔录的真实性需要查明，因被害人被殴打，且

受到惊吓，出于保护自己和惩罚被告人的目的，其有可能会掩饰的过错行为。再次，证人郭某某在 2015 年 6 月 18 日 18 时 39 分至 19 时 45 分询问笔录中，陈述“我当时在雨花区省第二人民医院前面公交车站等车回公司时，等车的时候我突然听到身后一声尖叫，我回头一看一个女的拿着一根金属管子站在那里，这个拿金属管子的女子跑向一位老奶奶身边就是一顿乱打，并且抢老奶奶的挎包。”郭某某的证言中对被告人与被害人之间是否发生纠纷或争执并不清楚，只是目击了殴打过程，故郭某某的笔录不能证明被告人主观上有实施抢劫的故意。案发现场是在公交车站，来往的人流很多，被告人骆某一直追打被害人，而不是一靠近被害人直接抢其包，由于被害人在惊恐中大喊有人抢劫，被告人才去拽其包以吓唬其不让呼救，并没有在被害人呼喊时立即逃跑，由此也可以证明骆某主观上面没有实施抢劫的故意和目的，但骆某客观上确实殴打了被害人，且有拽包的过程，且被害人是位 70 多岁的老人，辩护人认为现有证据证明骆某的行为更符合寻衅滋事罪的构成要件，应定寻衅滋事罪。

二、关于量刑方面的意见：被告人具有酌定的从轻或减轻处罚的情节。

被告人的犯罪行为是在其精神障碍的情况下实施的，其认知能力和辨认能力都受到限制，且被害人财产没有受到损失。被告人被抓获后如实的供述自己的犯罪行为，具有坦白情节。对自己一时冲动的行为深感后悔，具有悔罪表现。被告人系初犯，偶犯。

被告人父亲已经死亡、母亲多年没有联系，从小一直居住在姑父家里。2014 年 7 月份生的女儿被社区送往长沙市第

一社会福利院，因思女心切，才到省第二人民医院附近的长沙市第一社会福利院去看望女儿，不料却发生了上述一幕，现在非常担心女儿的身心健康和思念女儿。综合上述情况，请求法院依法酌情从轻处罚。

十二、梁某杰组织、领导黑社会性质组织罪案

一审辩护词

承办律师：湖南通程律师事务所 赵倩倩 肖晗

【案件概述】

1. 案情简介：本案系被告人梁某杰等 55 名被告人涉嫌组织领导参加黑社会性质组织罪、组织、协助组织卖淫罪等多罪的重大案件。公诉机关指控被告人梁某杰、梁某辉等人为实施组织卖淫等犯罪行为而逐渐形成的黑恶势力，在雨花区、芙蓉区等多地多次实施犯罪行为对社会稳定及和谐发展产生了严重的影响及破坏。该案系长沙市首例由审判员、人民陪审员组成七人合议庭审理的案件，由雨花区人民法院彭智勇副院长担任审判长组织法庭审理。

2. 主要辩护意见：湖南通程律师事务所赵倩倩、肖晗律师接受长沙市雨花区法律援助中心的指派，作为本案第一被告人梁某杰的辩护人。辩护人在案件审理中就被告人梁某杰等人是否构成组织、领导、参加黑社会性质组织罪，是否符合黑社会性质犯罪需要同时满足的组织特征、经济特征、行为特征、危害特征等四个特征，并就梁某杰涉嫌的其他几个犯罪是否构成进行了阐述。

3. 承办结果：本案经长沙市雨花区法院审理认定被告人梁某杰等被告人构成组织、领导黑社会性质组织罪，组织卖淫罪、非法拘禁罪、寻衅滋事罪、故意伤害罪、非法持有枪支罪等罪名，判处有期徒刑 19 年到 3 年不等的刑罚。

【辩护词正文】

湖南通程律师事务所依法接受长沙市雨花区法律援助中心的指派，指定我们作为被告人梁某杰的辩护人。本辩护人通过会见被告人，与其进行沟通，认真查阅本案全部案卷材料，对本案事实有了清楚认识。现本辩护人根据本案事实和法律，向贵院提出本辩护意见。具体内容如下：

一、关于被告人梁某杰涉嫌组织、领导黑社会性质组织罪

辩护人认为，本案中梁某杰等人所构建系 1 个明显的卖淫组织，其组织特征不符合黑社会性质组织的四个特征，仅属于一般的犯罪团伙。

根据《刑法》第 294 条以及《全国人民代表大会常务委员会关于〈中华人民共和国刑法〉第二百九十四条第一款的解释》（以下简称立法解释），黑社会性质组织应当同时具备 4 个特征：1. 形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定；2. 有组织地通过违法犯罪活动或者其他手段获取经济利益，具有一定的经济实力，以支持该组织的活动；3. 以暴力、威胁或者其他手段，有组织地多次进行违法犯罪活动，为非作恶，欺压、残害群众；4. 通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域内或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序。上述法律和立法、司法解释表明，黑社会性质组织必须同时具备组织特征、经济特征、行为特征、危害性特征这四个基本特征，才能认定为黑社会性质组织。而在本案中，起诉书指控的“黑社会性质组织”未达到立法精神中要求同时具备 4 个

特征的规定，不符合黑社会性质组织的认定标准，不应认定为黑社会性质组织。具体理由分别阐述如下：

1. 本案不具备黑社会性质组织的组织特征。

黑社会性质组织的组织性特征，是指犯罪组织成员人数较多，有明确的组织者、领导者，有相对稳定的、严密的犯罪组织结构，骨干成员基本固定，有被犯罪组织及成员认可的帮规、纪律。同时，该组织的成员对该组织具有依赖性，依靠该组织生存。因此，黑社会性质组织比一般犯罪团伙的组织程度更高，内部结构自成体系，等级森严，控制成员的能力强。立法解释将黑社会性质组织的组织性特征规定为“形成较稳定的犯罪组织，人数较多，有明确的组织者、领导者，骨干成员基本固定”。从本案来看，公诉机关仅仅是在形式上提出了一些用以证明该特征的证据，但本案中被告人梁某杰、梁某辉、苏某、王某珏、贺某祥、李某、巴某峰、彭某成等人均是各自成立了各自的组织卖淫团伙，虽平时有往来，其完全处于各团伙的主要成员私交甚好，如被告人梁某杰、梁某辉与苏胜关系较好，苏某与彭某成关系较好，有时会相互帮忙处理其他团伙进入其负责发卡业务的酒店抢生意。但上述被告人均主要仍以各自的卖淫团伙卖淫生意为主，相互不干涉亦不参与其他团伙的管理，各自团伙的成员亦有许多相互不认识，如被告人梁某杰在公诉机关指控该罪名的所有被告人中有许多是完全不认识的，亦根本不可能控制、命令这些所谓的“黑社会成员”。同时，最高人民法院《关于审理黑社会性质组织犯罪的案件具体适用法律若干问题的解释》（以下简称“司法解释”）中规定黑社会性质组织应当有较为严格的组织纪律，而起诉中所提出的“为了

加强控制犯罪组织的控制和管理，规定团伙成员不准吸毒、不准喝酒，违者开除”等此规定并非所谓黑社会组织中的“帮规”，并非与卖淫组织中成员人身控制有关，也与加强对该组织结构管理没有任何关联，更为重要的是被告人梁某杰、梁某辉对于其他卖淫组织中的成员是否吸毒、是否喝酒，他们根本管不到亦不会插手管理，此要求仅仅是被告人梁某杰、梁某辉的卖淫团伙中对成员的告诫，如有违反则不能继续在该团伙里做事，并非是所谓的“家法”惩罚，故这并不能上升为严格的组织纪律；辩护人认为，在案证据表明，被告人梁某杰、梁某辉、苏某、王某珏等人并没有形成一个黑社会性质组织，他们之间没有形成一个层次分明、等级严格、纪律严明的组织结构，充其量只是依托朋友等关系凭各自卖淫团伙相互结合起来的一帮内部关系松散、来去自由、各自为伍的犯罪团伙、黑恶势力。他们之间的上下级关系只不过是初级的犯罪团伙的上下级关系，不能以此就简单的认定存在组织。

而辩护人也注意到被告人梁某杰、梁某辉、苏某等人平时在一起时既无明确、严格的组织章程、行为规范、纪律、帮规、家法、成员加入、退出制度，也没有赏罚分明的奖惩制度、财务管理制度，仅仅是因为兄弟、朋友感情，各自均组织卖淫团伙有相同的利益而自然的结合在一起。为同伙的受害进行报复、或教训侵犯各自利益的其他卖淫组织，也只是传统的江湖义气、哥们义气观念影响下的所作所为。这种传统意义上的拉帮结派、江湖习气的行为不应随意的被升格为刑法意义上的组织帮规、纪律。因此本案不完全具备黑社会性质组织罪的社会组织性特征。

2. 本案不具备黑社会性质组织的经济特征

根据刑法、司法解释及 2009 年两高一部发布《办理黑社会性质组织犯罪案件会议纪要》（以下简称“会议纪要”）的规定，经济性特征有三个方面：（1）具备一定的经济实力，即犯罪组织及其成员所获取的经济利益，能够维持犯罪组织的基本活动和维系成员的生活；（2）来源的多样性，即以黑社会性质组织的方式通过多种违法犯罪取得利益，可能是赌博、贩毒等；（3）用以支持该组织的活动，获取的经济利益是由犯罪组织管理、分配、使用，并主要用于支持该犯罪组织的活动。一般说来，司法实践上认定的黑社会性质组织往往具有合法的身份、合法的职业、合法的经营活动，通过合法的组织形式获取经济效益，从而达到、具备、积累一定的经济实力。

被告人梁某杰、梁某辉等人均没有合法的身份、合法的职业、合法的职业活动，被告人梁某杰等人获取的经济利益都是通过非法手段、违法行为获得，他们并没有形成一个合法的组织去获取这些经济利益。从被告人梁某杰等人的经济条件来看，尚不具备刑法所规定该罪的经济实力，虽然表面上看被告人梁某杰等人通过违法行为获取了一定数量的资金，但这些资金都被被告人各自支出，各自消费、挥霍。而被告人梁某杰、梁某辉等人在长沙地区没有为该组织购置住宅、房产及其他贵重不动产、动产，也未给所谓的骨干成员、其他成员发放固定工资、生活费、奖金、过年费，同时被告人梁某杰、梁某辉及其他卖淫团伙的非法利益亦并未统一分配、统一使用。在案证据表明，本案的非法收入均是各自卖淫组织通过自己所经营的卖淫生意所得来，如被告人梁某杰、

梁某辉等人的供述，卖淫团伙所获取的非法利益均是坐地分赃，运送卖淫女的司机也是送多少得多少，不送就没有任何收益，而被告人梁某杰、梁某辉、苏某等所谓的组织、领导者亦不会愿意将自己的利益分配给其他成员。因此本案不完全具备黑社会性质组织罪的经济特征。

3. 本案不具备黑社会性质组织的行为特征。

黑社会性质组织的行为特征，一般理解为行为方式的组织化——“有组织地进行违法犯罪活动”，即组织者、领导者直接组织、策划、指挥、教唆犯罪组织成员为组织利益有预谋地共同实施犯罪；犯罪组织成员为组织利益按照该组织一贯的行为实施犯罪。黑社会性质组织的犯罪具有多样性，通过实施违法犯罪，作恶多端，欺压、残害群众，对人的心理造成恐怖。黑社会性质组织要实现其对经济、社会的非法控制，一般都需要实施多种犯罪，如杀人、伤害、抢劫、绑架、非法持有枪支、开设赌场、赌博、敲诈勒索、强迫交易、非法拘禁、聚众斗殴、寻衅滋事，以及贩卖毒品等等。本案虽然所涉及多种犯罪，但并不具有实质上的多样性，公诉机关指控的犯罪为组织、领导、参加黑社会性质组织罪、组织、协助卖淫罪、故意伤害罪、寻衅滋事罪、非法拘禁罪、故意伤害罪、敲诈勒索罪等罪名，从指控的其他罪名看，首先，如：寻衅滋事罪在定性上存在争议，故意伤害罪证据不足，敲诈勒索罪是被告人李某利、刘某等人的个人犯罪并非了所谓的黑社会性组织而进行的犯罪。辩护人认为，本案中公诉机关指控的犯罪并不具备组织化行为特征。在案证据表明，公诉机关指控的非法拘禁、故意伤害等犯罪都是事出有因，或基于个人恩怨，或各自卖淫团伙的利益。这些违法犯罪活

动都有特殊起因，实质上是被告人梁某杰、梁某辉、苏某、王某珏等人各自成立的卖淫团伙为了各自的利益而作出的犯罪行为，而这些犯罪行为均是指向其他卖淫团伙的“老板”、司机、卖淫女，这些人难以成为一般意义上的无辜群众，被告人的犯罪行为根本没有伤害无辜、为非作恶、为所欲为，称王称霸，寻衅滋事，远远达不到残害、欺压群众的程度和后果。辩护人认为，公诉机关所指控的个人多次犯罪或几个人多次共同实施犯罪，这些犯罪仅仅是犯罪数量上的简单叠加，而不能简单的认定为是黑社会性质组织的进行违法犯罪活动。

4. 本案不具备黑社会性质组织的危害性特征。

刑法及司法解释所规定的危害性特征即非法控制特征，是指通过实施违法犯罪活动，或者利用国家工作人员的包庇或者纵容，称霸一方，在一定区域或者行业内，形成非法控制或者重大影响，严重破坏经济、社会生活秩序，这是黑社会性质组织的最根本的特征，也是认定黑社会性质组织的根本条件，否则不能认定为黑社会性质组织。危害性主要表现在一方面是对人民群众生活、经济社会秩序的侵害程度，主要表现为欺压残害群众形成心理强制、威慑；垄断一定行业生产经营；干扰、破坏正常生产、经营、工作、生活秩序，干预行业准入、经营、竞争等经济活动，造成重大影响等；另一方面是削弱国家管制力、对抗行政执法权、破坏社会管理秩序从而危及政府职权的正常行使的程度，主要表现为插手民间纠纷、经济纠纷，造成严重影响。可见，黑社会性质组织罪中的非法控制的影响力是多方面的，必须是政治、经济、生活等多方面的影响，而非仅仅某个方面的影响。但在本案中以被告人梁某杰、梁某辉为首的组织卖淫团伙其存在

的犯罪目的就是为其组织卖淫，该团伙根本无法达到非法控制社会的目的，且在政治、经济、生活上均没有形成这种绝对的控制力、垄断地位和重大影响力。辨认人也未看到被告人梁某杰、梁某辉等人对某个行业造成的重大影响的相应证据。被告人梁某杰、梁某辉等人在雨花区等地区组织卖淫的过程中，虽逐渐形成了一定的名气和影响，但并未垄断上述各地区的卖淫“市场”，亦未对上述区域的政治、经济、社会生活造成了严重影响。

综上，辩护人认为，被告人梁某杰等人不构成组织领导参与黑社会性质组织罪。从该案总的定性和大量证据的搜集来看，本案定性为黑社会组织犯罪，确有人为“拔高”的嫌疑。我们必须要把黑社会性质组织罪与黑恶势力区分开来。恶不代表黑，动辄用几个个案堆积凑数，编织成为黑社会性质组织，是违背立法本意、与《会议纪要》精神、防止冤假错案工作机制意见相悖的表现。辩护人认为，依法追求梁某杰等人组织卖淫罪、非法拘禁罪、故意伤害罪等罪已经足以起到惩罚、警示的作用，足以维护地区的治安和社会稳定和谐。

二、关于被告人梁某杰涉嫌非法拘禁罪

辩护人认为，公诉机关所指控被告人梁某杰涉嫌非法拘禁罪中所涉及的部分事实不能构成非法拘禁罪，非法拘禁罪的构成要素中最根本的是剥夺了被害人的行动自由并对被害人造成了心理因素上的胁迫性，但被害人李某辉在前往娄底涟源的路途中，曾多次与其妻子通话并明确表示“自己没事，是去涟源看一下受伤的人”，并且从被告人谢某业的供述中可知，被告人梁某杰本人根本没有一起过去，而梁某杰

仅仅只是让他把李某辉带到涟源去，并未让任何人对其进行殴打、捆绑，这也能够证明被害人李某辉完全有通信的自由，吃饭上卫生间也都可以自由行使，故此行为不能认定为剥夺了被害人的人身自由。而关于罗某斌非法拘禁案，根据两高两部《关于办理黑恶势力犯罪案件若干问题的指导意见》第18条“非法拘禁他人三次以上、每次持续时间在四小时以上，或者非法拘禁他人累计时间在十二小时以上的，应以非法拘禁罪定罪处罚。”，根据受害人的陈述、被告人梁某杰等人的供述能够明显的看出，对于受害人罗某斌仅有一次限制了其自由的行为，故辩护人认为公诉机关指控被告人构成非法拘禁罪不能成立，请求法院依法认定。

三、关于被告人梁某杰涉嫌寻衅滋事罪

辩护人认为公诉机关指控被告人梁某杰涉嫌寻衅滋事罪定性错误，寻衅滋事罪是指在公共场所无事生非、起哄闹事、殴打伤害无辜、肆意挑衅、横行霸道、毁坏财物、破坏公共秩序，情节严重的行为。从法益侵害对象来看，寻衅滋事罪侵害的对象往往是不特定的人，可以是熟人，也可以是陌生人，只是自己看不惯就惹是生非，寻求精神上的刺激来满足自己非正常的心理，最重要的特征即是侵犯了社会公共秩序，但公诉机关所指控被告人梁某杰所涉及的5起寻衅滋事案件里，被告人梁某杰等人所打击的对象均是特定的人，且事出有因均是被告人梁某杰等人与被侵害对象或因发卡召嫖侵犯其利益或因对方打伤自己团伙成员引发冲突所致，故并不符合寻衅滋事罪中随意性、临时起意的主观表现，从客观法益侵害对象上来看亦并不能构成寻衅滋事罪。而根据在案证据及被告人供述，公诉机关指控的第3起案件所指控

的犯罪事件、被打人员并不明确，但从指控的行为地点、时间以及行为方式和内容来看，与起诉书第 40 页指控的罗某光故意伤害案应属同一案件，针对一个犯罪行为进行重复评价，明显违背了我国刑法规定的禁止重复评价的法律原则，如单独从寻衅滋事罪进行定罪则该犯罪事实不仅不符合寻衅滋事犯罪构成亦明显存在证据不足，而关于公诉机关指控涉嫌故意伤害案，辩护人之后进行详细阐述。而第 6 起被告人王某珏与李某辉所引发的冲突，根本与被告人梁某杰无关，他既没有参与亦不知情。

四、关于被告人梁某杰涉嫌故意伤害罪

公诉机关所指控被告人梁某杰于 2016 年 12 月 11 日对被害人罗某光、罗某进行殴打，造成被害人罗某光构成二级轻伤，辩护人认为该案明显存在证据不足，事情发生时间在 2016 年 12 月 11 日，当时被害人并未报案，其所称前往医院进行了检查、治疗仅由其单方进行，既没有对方的陪同也没有公权力机关的监督 and 见证，因而医院是否核实了病人的身份以及被害人所提供的影像资料和病历是否为其伪造或者接受检验的实际并非被害人，而本案中被害人所称的病历、影像资料以及伤残鉴定等书证均未作为书证在卷，且本案在案证据长沙市公安局物证鉴定所出具的《法医学人体损伤程度鉴定书》（长公物鉴（法临）字[2017]17 号）拟证明被害人的受伤程度达到轻伤二级，但该鉴定结论系在案发半年后的 2017 年 6 月 16 日才开始进行鉴定，违反伤情鉴定及时性的原则，同时，该鉴定结论所依据的检材系由被害人单方提供，其真实性和产生的过程本身就存疑且鉴定完毕后原件退还给了被害人，故该鉴定结论依据的检材存疑，该鉴定意见

的结论为轻伤二级，与轻微伤的结果往往就是一线之差，差别本身较小，可操作性强，因而不能单纯依据该鉴定结论认定本罪的结果。综上，公诉机关指控该罪中行为与结果的因果关系证据不足，结果是否达到追究刑事责任标准的证据不足，故认定被告人梁某杰构成故意伤害罪证据不足。

五、关于指控被告人梁某杰涉嫌非法持有枪支罪

辩护人经过查阅该案卷宗发现，公诉机关指控被告人梁某杰非法持有枪支罪中最重要的证据系由长沙市公安局物证鉴定所出具的《鉴定书》（长公物鉴（痕迹）字[2018]102号）拟证明从王某志处缴获的枪支系自制仿“64式”手枪，但在鉴定过程中并未对该枪支进行火力击发试验，同时也未对该枪支属于“64式”制式手枪进行比对说明，故该鉴定结论不能证明缴获都疑似“枪支”的物品就是枪支，故被告人梁某杰不能认定构成非法持有枪支罪。

六、被告人梁某杰在组织卖淫罪中，并非首犯

在被告人梁某杰、梁某辉组织的卖淫团伙中，根据其二人及该团伙其他成员的供述，该团伙对于组织卖淫分工相当明确，被告人梁某杰并不主要负责组织卖淫的具体事情，在该团伙中负责组织卖淫、运送卖淫人员、收取卖淫所得的都不归被告人梁某杰负责，而其仅仅只负责处理该组织外围联系，确定酒店发卡权及处理与其他团伙的纠纷，故辩护人认为被告人梁某杰虽构成组织卖淫罪，但在该罪中并非首犯，请法庭依据在案证据依法认定。

综上所述，辩护人认为被告人梁某杰不构成组织、领导黑社会性质组织罪，故不应当对其未参与的罪行承担责任；公诉机关指控其非法拘禁李某辉，被害人并未陷入被拘禁的

恐惧和认识之中，且非法拘禁罗某斌中仅对被害人进行过一次限制其自由的行为，故不应当认定为非法拘禁罪；指控其构成寻衅滋事罪的部分，被告人并不具有无从生有、无事生非、寻求刺激的主观目的，同时也未造成经济、社会秩序的破坏，故不构成寻衅滋事罪；指控其故意伤害罪的证据不足，不足以证明行为与结果之间的因果关系，也不足以证明达到了追究刑事责任的标准；指控其非法持有枪支罪中，其鉴定意见未对枪支是否能够进行击发试验也未就枪支属于 64 式制式手枪进行比对说明因为该鉴定意见不能认定该疑似枪支物品属于枪支；故辩护人认为被告人梁某杰仅构成组织卖淫罪、非法拘禁罪（1 人）。

辩护人认为被告人梁某杰在被公安机关抓获后能够如实的供述其犯罪行为，主动交代了卖淫团伙的运作流程及其他犯罪情节，系坦白，请求人民法院根据其量刑情节作出公正的判决。

以上意见供贵院参考，望采纳。

十三、杨某过失致人死亡案二审辩护词

承办律师：湖南顺胜律师事务所 汪顺生

【案件概述】

1. **案情简介：**被告人杨某某在驾驶油罐车行驶途中被其妻子带人追赶，在减速停车过程中将跑到车前的妻子碾压致死，双牌县人民检察院以过失致人死亡罪对杨某某提起公诉。

2. **争议焦点：**是交通肇事还是过失致人死亡？

3. **辩护意见：**辩护人根据《刑法》第 233 条、第 133 条的规定提出系交通肇事而不是过失致人死亡的辩护意见，被一审法院采纳。检察院不服一审判决提起抗诉，二审期间永州市法律援助中心指派湖南顺胜律师事务所汪顺生律师为杨某某提供法律援助，汪顺生律师重审一审辩护意见。

4. **承办结果：**二审法院采纳，裁定驳回抗诉，维持原判。本案辩护的意义在于特别法条与普通发条的关系及运用，取得了良好的辩护效果。

【辩护词正文】

受永州市中级人民法院的指定和永州市法律援助中心的安排，我作为杨某某的辩护人为其被控过失致人死亡一案提供二审法律援助。为履行律师辩护职责，维护被告人合法权益，现证据本案的客观事实、有效证据以及法律的相关规定，对本案提出如下辩护意见与公诉人商榷，并期望得到合议庭的采纳。

一、一审判决认定事实清楚、定性准确适当、量刑合理

合法，依法应予维持。

被告杨某某在驾驶车辆过程中违反交通法规，致行人李某某死亡，经交警部门认定承担事故的主要责任，其行为完全符合《刑法》第 133 条之规定，应当认定为交通肇事罪。首先，杨某某在主观上无法预见李某某会不顾生命安全跑到正在行驶的车辆前面，既然是无法预见，那么就不存在疏忽大意或者过于自信的过失；其次，客观上杨某某的车辆从发现行人、到减速、刹车需要一个完整的过程，杨某某发现有人拦车之后到李某某被撞倒之前的时间段之内车辆减速、避让从未停止，不存在《抗诉书》所称的继续行驶，所谓的继续行驶行为辩护人理解应当是已经停车又将车辆启动的行为；第三，根据现场视频和公安人员根据视频所做的侦查实验，杨某某根本无法发现李某某跑到车辆前方的客观现象，不存在《抗诉书》所称的已经看见李某某站在马路中间而继续行驶的客观事实；第四，本案被损害的是李某某的生命安全虽然是客观结果，但是杨某某的行为所侵害的仍然是道路交通秩序而不是特定人员的生命安全，这从证人证实的杨某某与李某某的夫妻关系一向较好、出发前杨某某打电话邀请李某某随车押运、事故发生后杨某某多次电话报警、积极抢救李某某等客观表现可以得到印证，即杨某某主观上根本不希望李某某死亡结果的发生。一审法院依据本案的客观事实、有效证据以及《刑法》第 233 条的规定，考虑被害人在本案当中负有的责任和过错，以交通肇事罪判处被告人杨某某有期徒刑一年完全是合理适当的，对其判决结果二审法院应当依法予以维持。

二、检察机关对本案的抗诉理由不能成立，本案应定性

为交通肇事罪而不应定性为过失致人死亡罪。

1. 本案为交通肇事事实清楚、证据充分。无论李某某与杨某某之间具有什么特殊的身份关系，但是在交通事故当中均是参与交通行为的行人是毋庸置疑的。在交通肇事案件当中，当事故发生前每个行人的身份都是不特定的，都是参与交通行为的行人。只有在事故发生后事故的受害者其身份与没有受害的一般行人比较才具有特定的意义。由于视觉盲区的限制杨某某根本无法发现李某某已经跑到了车辆的前方，杨某某没有及时刹住车这一交通肇事行为导致李某某死亡，完全是杨某某主观上无法预见的客观结果，该客观结果与其他过失行为致人死亡的客观结果虽然一致，但是《刑法》第233条规定“过失致人死亡、本法另有规定的，依照规定”，《刑法》第133条对交通行为当中致人死亡设立了交通肇事罪名，即具有《刑法》规定的“另有规定”的法定情形。一审判决按照《刑法》第133条的规定对杨某某的行为定性为交通肇事完全正确而不是认定事实错误。

2. 一审法院对杨某某判处有期徒刑一年适用法律正确，量刑适当。《刑法》第133条规定，犯交通肇事罪处三年以下有期徒刑或者拘役；湖南省高级人民法院《关于常见犯罪的量刑指导意见》实施细则规定“死亡一人或者重伤三人，负事故主要责任的，在六个月至一年六个月有期徒刑幅度内确定量刑起点”，本案被告人杨某某致一人死亡并承担事故主要责任，其基准刑为六个月至一年六个月。杨某某具有投案自首、积极报警抢救被害人、坦白认罪等45%以上的减轻处罚情节，一审法院判处其有期徒刑一年适用法律正确，量刑合理适当。

综上所述，被告人杨某某违法交通管理法规致被害人死亡并承担事故主要责任，其行为构成交通肇事罪，其基准刑为六个月至一年半。一审法院根据本案的客观事实、有效证据以及《刑法》第 233 条、133 条的规定，考虑被害人在本案当中负有的过错和杨某某具有的 45%减轻处罚情节，以交通肇事罪判处杨某某有期徒刑一年认定事实、适用法律完全正确，检察机关的抗诉理由完全不能成立。请二审法院充分考虑上述辩护意见，依法驳回抗诉，维持原判，维护法律的公正严肃和被告人的合法权益。

十四、张某某故意杀人案二审辩护词

承办律师：湖南省法律援助中心 谢红梅

【案件概述】

1. 案情简介：本案是一起因吸食毒品成瘾导致精神失控杀害自己亲身父亲的案件，上诉人张某某多年来一直吸食毒品，三次被强制戒毒，但屡戒屡吸。被害人张吉松作为上诉人的父亲，为了挽救上诉人，对其一次次苦苦相劝，迫于无奈还主动报警将上诉人带走强制戒毒，但均未能让上诉人戒除毒瘾。2017年11月21日凌晨4时许，上诉人在家中与朋友吸食毒品后送朋友出门时被被害人发现。上诉人面对被害人反对其吸食毒品而声称要报警的言行恼羞成怒，手持剪刀不顾他人劝阻朝被害人的头部、背部、上肢等部位捅刺数刀，导致被害人重度颅脑损伤死亡，一审判处上诉人张某某死刑立即执行。

2. 争议焦点：①上诉人属于因吸毒所致精神障碍，对其作案是否有完全刑事责任能力提出异议；②争取取得被害人家属的谅解，及对量刑的影响。

3. 主要辩护意见：①本案起因于上诉人毒瘾发作，情绪失控残忍杀害自己的父亲；②上诉人属于因吸毒所致精神障碍，认为其刑事责任能力受限，可对其从轻或减轻处罚；③上诉人到案后能如实供述自己的犯罪事实，有坦白情节，且认罪悔罪。争取调解，希望能取得被害人亲属的谅解。

4. 涉及到的焦点问题的法律条文：《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第5条、《中华人民共和国刑法》第18条、第48条。

5. 承办结果：二审期间辩护人联系被害人的妻子、女儿做调解工作，庭后出具刑事谅解书。省高院合议庭采纳了辩护人的辩护意见，依法改判上诉人死缓，并对其限制减刑。

【辩护词正文】

我受湖南省法律援助中心指派，指定我担任本案上诉人张某某的辩护人，通过查阅案卷、会见上诉人，及结合今天的庭审了解，上诉人对杀害被害人的犯罪事实是予以认可的，但认为一审量刑太重，现依法发表以下辩护意见供合议庭参考：

一、关于本案的起因和犯罪经过。

通过查阅案卷了解，上诉人多年来一直吸食毒品，三次被强制戒毒，但屡戒屡吸。被害人作为上诉人的父亲，为了挽救上诉人，对其一次次苦苦相劝，却一次次失望透顶，迫于无奈还主动报警将上诉人带走强制戒毒，但均未能让上诉人戒除毒瘾。上诉人的亲属和周边居民对上诉人吸毒行为及造成的恶劣影响表示气愤。本案发生也是因为上诉人吸毒行为被被害人发现，被害人气愤之余表示要报警，激怒上诉人从而造成本案悲剧产生。上诉人因吸毒弑父，此乃大逆不道、天理难容，从该情况来看，上诉人的行为是不值得原谅的，但对于上诉人来说，也是他不希望发生的悲剧，如果上诉人没有染上毒瘾、没有丧失起码的人性，惨案也就不会发生。从辩护人会见上诉人了解的情况来说看，上诉人对自己所犯下的罪行深感悔恨，恨自己染上毒瘾，后悔杀害自己的父亲。

二、关于上诉人的刑事责任能力问题。

首先，通过查阅案卷和结合今天庭审了解，上诉人对自

已案发时用剪刀戳被害人的部位、戳了多少下、对被害人是否求饶均记不清，脑袋一片空白，但对吸毒前准备吸毒工具、哪些人去到家里吸毒却记得清楚。辩护人认为从吸毒到毒瘾发作需要间隔一段时间，因与父亲发生争执脑袋受到刺激导致情绪失控符合客观逻辑，属于因吸食毒品所致精神障碍的症状。根据《关于办理死刑案件审查判断证据若干问题的规定》第五条之规定，在办理死刑案件时，对于被告人有刑事责任能力的事实证据必须达到证据确实、充分，但一审法院未对上诉人的是否有刑事责任能力依法作出认定，认为该事实并未查清。恳请二审法院能考虑此因素，并申请对上诉人是否具有刑事责任能力依法进行鉴定。

其次，虽然我国法律尚未对吸毒人员刑事责任能力做出明确规定，但吸毒人员控制能力之差是可以确定的，尽管最初吸毒或许是个人所能控制的，但成瘾以后就转变成一种生理、心理疾病，要想再戒除就很难。辩护人承认吸毒本身是违法的，但相信绝大多数的吸毒人员在毒品上瘾以后都是想戒除毒瘾的，但戒毒的难度非常大，绝大多数人是没有办法能够戒毒成功，辩护人恳请合议庭能参照适用《刑法》第18条第3款之规定，对上诉人从轻或者减轻处罚。本案属于典型毒品危害案件，上诉人既是悲剧的造成者，也是毒瘾发作的受害者，应引以为戒，远离毒品，珍爱生命。据此认为上诉人的刑事责任能力受限，可对其从轻或减轻处罚。

三、上诉人到案后能如实供述自己的犯罪事实，积极配合侦查机关的调查，认罪态度好，虽对案发过程中的某些细节表示记不清，但对致死被害人的主要犯罪事实是予以认可的，应认定为具有坦白情节。上诉人对自己的行为深表后悔，

在被关押期间曾给亲属写过两次书信，表示后悔，愿意痛改前非，希望亲属和社会能给他一个改过自新的机会。辩护人多次联系被害人亲属，努力做说服工作，希望可以取得被害人亲属的谅解。

四、根据我国“死刑慎用”的刑事政策和刑法第 48 条“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。”之规定，结合本案的客观情况，现有证据不足以证明上诉人罪大恶极，恳请对上诉人改判死刑同时宣告缓期二年执行。

综上所述，本案因吸食毒品所致精神障碍，情绪失控杀害自己的父亲，其犯罪行为是不值得原谅的，但悲剧已经造成，无法挽回。辩护人恳请合议庭能充分考虑辩护人所提出的上述辩护意见，对上诉人依法改判，给予从轻、减轻处罚。

以上辩护意见恳请合议庭采纳！

十五、周某抢劫、盗窃罪二审辩护词

承办律师：湖南南琴律师事务所 杨蘅凡

【案件概述】

1. **案情简介：**周某某因涉嫌抢劫罪、盗窃罪被一审法院判决周某某犯抢劫罪，判处有期徒刑一年八个月，并处罚金人民币四千元；犯盗窃罪，判处拘役四个月，并处罚金人民币三千元；决定合并执行有期徒刑一年八个月，并处罚金人民币七千元，退赔各受害者损失。周某某不服，上诉至市中院。

2. **争议焦点：**本案主要争议焦点为：现阶段判周某某构成抢劫罪证据是否充分确凿，程序是否合法

3. **辩护意见：**辩护人在二审提出“一审认定周某某构成抢劫罪的事实不清，证据不足，程序不合法，根据现有证据材料查明的情况，现阶段周某某不构成抢劫罪；一审认定周某某构成抢劫罪的程序不合法，因为双峰县公安局对李某、周某某涉嫌抢劫一案仍未侦查终结，而天心区检察院就以周某某涉嫌抢劫罪移送一审法院进行开庭审判；一审认定周某某构成抢劫罪的事实不清，证据不足，从实体上看，现阶段查明的案件事实表明周某某不构成抢劫罪。”的辩护意见

4. **承办结果：**二审法院采纳辩护意见，裁定原审判决认定上诉人周某某抢劫的事实不清，撤销长沙市天心区法院（2018）湘0103刑初605号刑事判决；发回重审。

【辩护词正文】

根据长沙市法律援助处的指派，并征得周某某本人的同意，本律师做为被告人周某某涉嫌抢劫罪、盗窃罪一案二审的辩护人，为依法维护被告人的合法权益和配合人民法院公正审判本案，针对本案一审查明的相关事实，特依法发表如下辩护意见：

一、一审认定周某某构成抢劫罪的事实不清，证据不足，程序不合法，根据现有证据材料查明的情况，现阶段周某某不构成抢劫罪。

1. 一审认定周某某构成抢劫罪的程序不合法，因为双峰县公安局对李某、周某某涉嫌抢劫一案仍未侦查终结，而天心区检察院就以周某某涉嫌抢劫罪移送一审法院进行开庭审判

(1) 根据案件材料《起诉意见书》(双公(荷)诉字【2016】0201号)、2018年9月26日双峰县公安局永丰水陆派出所出具的《情况说明》“我所办理的‘李某、周某某抢劫一案’……双峰县检察院以事实不清、证据不足需要继续调查为由退回予我局继续侦查，该案并未结案还在侦办之中。”可知，双峰县公安局于2016年5月30日就李某、周某某涉嫌抢劫罪一案向双峰县检察院移送《起诉意见书》后，双峰县检察院认为李某、周某某涉嫌构成抢劫罪事实不清、证据不足退侦回双峰县公安局。依据《中华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十一条“人民检察院审查案件，可以要求公安机关提供法庭审判所必需的证据材料…对于需要补充侦查的，可以退回公安机关补充侦查…对于补充侦查的案件，应当在一个月以内补充侦查完毕。补充侦查以二次为限。补充侦查完毕移送人民检察院后，人民检察院重新计算审查起诉期限。对于二次补充侦查的案件，人民检察院仍然认为证据不足，不符合起诉条件的，应当作出不起起诉的决定。”可知，补充侦查的期限为一个月，最多补充两次，也就是两个月。而李某、周某

某涉嫌抢劫罪一案从 2016 年退侦后直至 2018 年 9 月 26 日双峰县检察院未以李某、周某某涉嫌抢劫罪的事实清楚、证据充足作出起诉的决定。也就是说，在 2018 年 8 月 26 日一审法院开庭审理周某某涉嫌抢劫罪时，双峰县检察院认为李某、周某某涉嫌抢劫罪的事实不清楚、证据不充足。

且根据《双峰县公安局解除取保候审决定书》（双公（永）解保字【2017】0063 号）可知，周某某在涉嫌抢劫罪一案中于 2017 年 4 月 28 日解除取保候审。原办案机关在对周某某解除取保候审后未再对其采取任何强制措施，这也表明，自 2017 年 4 月 28 日后至本案盗窃一案发生前，周某某已不是犯罪嫌疑人。

综上，可推知原办案机关认为周某某不涉嫌构成抢劫犯罪，不需以抢劫罪追究其刑事责任。

（2）根据证据材料《电话查询记录》（2018 年 3 月 15 日，查询单位：坡子街派出所）“姓名：周某某……被查询人是否为负案在逃人员：否”可知周某某不是负案在逃人员，也就是说周某某并未因涉抢劫罪需要追究刑事责任，原办案机关不认为其涉嫌构成抢劫罪。

（3）根据 2018 年 8 月 8 日从双峰县检察院公诉科了解到的情况：直至 2018 年 8 月 8 日李某在其起主要作用所涉嫌抢劫罪一案退侦后并未因涉嫌抢劫罪移送起诉，并在涉嫌抢劫罪之后其因涉嫌寻衅滋事罪提起逮捕时，也未涉及抢劫罪。且李某已因涉嫌寻衅滋事罪取保候审，若其涉嫌构成抢劫罪，则办案机关不可能批准其取保候审。既然原办案单位认为涉嫌抢劫罪主犯的李某不构成抢劫罪；那么在涉嫌抢劫罪中起次要作用的周某某更不可能构成抢劫罪。

综上，一审法院在原办案机关认为周某某不涉嫌构成抢劫犯

罪，主犯未被认定为抢劫罪的情形下，直接将涉嫌抢劫罪从犯的周某某认定为抢劫罪，不符合法律规定。

2. 一审认定周某某构成抢劫罪的事实不清，证据不足，从实体上看，现阶段查明的案件事实表明周某某不构成抢劫罪

(1) 抢劫罪是故意犯罪，构成抢劫罪的行为人主观上需有抢劫的故意，现阶段已有的证据材料未证实周某某在涉嫌抢劫罪有犯罪故意。

且根据《起诉书意见书》（双公（荷）诉字【2016】0201号）“……2015年8月的某一天，李某以谢晖洋借了王某5000元为由……胁迫王某从其外婆处借了1300元还给李某。2016年2月2日晚上，李某与周某某等人……遇见了王某……李某就开始搜查王某的身……李某在钱包内抢走了3700元钱……”、王某《询问笔录》（第一次、2016年2月2日23时31分至2016年2月3日1时41分、第5页至第6页）“问：李某为什么问你要钱？答：2015年1月份，我伙同李某…一车内盗窃了50000元现金，当时我分了5000元。2015年8月中旬李某碰到我时就说分给我的那5000元是借给我的，要我将5000元还给他。……问：2015年8月中旬，李某是怎么问你要钱的？答：李某就是以我参与盗窃所分的5000元钱是借给我的为由要我还款……我…就从我外婆王某某手里借了1300元钱给李某。……问：李某具体怎么抢你钱的？答：我到建设银行……去存钱时正好碰见李某和宁某在存钱…李某就问我要钱，说借给我的5000元钱还有3700元钱没有还，要我将3700元钱还给他……”、李某《询问笔录》（2016年3月29日16时34分至2016年3月29日18时7分、第三页）“问：你是否和别人讲过王某欠你的钱？答：我就和李某讲了一下。我当时对李某说：“王某在娄底借了我偷来的钱。”李某说：

“多少钱？”我说：“5000 元钱。”李某说：“我帮你去讨回来，到时候分点给我。”我说：“要的。”且一审判决书中“经审理查明……2. 证人李某的证言，证明 2016 年 2 月 2 日占中国建设银行…帮组李某讨钱的事实…”。（判决书第 4 页）可推知，李某找王某索要 3700 元是因为有经济上的纠纷。因经济上的纠纷索要钱财与抢劫罪犯罪行为主观上一般单纯以非法占有公私财物为犯罪目的的犯罪构成要件不相符。

（2）抢劫罪的认定还需从客观行为上认定行为人使用暴力、胁迫的程度。抢劫罪的暴力程度应当达到足以抑制被害人不敢反抗或者不能反抗为必要。并不是只要实施了暴力行为，就构成抢劫罪。根据证据材料王某《询问笔录》（第一次、2016 年 2 月 2 日 23 时 31 分至 2016 年 2 月 3 日 1 时 41 分、第 7 页）“问：李某他们打你的时候是否使用了凶器？答：没有。问：你是在什么情况下将钱包给李某的？答：李某在我的衣服外面摸到了我内口袋的钱包就对我讲“把钱包拿出来”……所以我就自己将内胸袋里的钱包拿出来交给了李某。”王某《询问笔录》（2016 年 3 月 25 日 11 时 09 分至 2016 年 3 月 25 日 12 时 10 分、第 3 页）“问：你这次被打后是否有受伤？答：……身上没有明显伤痕。”可推知王某并未因李某等人 2016 年 2 月 2 日在建行对其的索要钱财的行为受到较为明显的身体伤害，也就是说李某等人索要钱财行为的暴力程度轻。

3. 鉴于无罪推定的原则，作为涉嫌抢劫罪主犯的李某，未因涉嫌抢劫罪被提起公诉，更未被依法判决构成抢劫罪。依据我国《刑事诉讼法》第 12 条规定“未经人民法院依法判决，对任何人都不得确定有罪。”可知李某未被认定为抢劫罪，那么涉嫌抢劫罪从犯的周某某更不应被认定为抢劫罪。

二、一审判决书中对周某某涉嫌盗窃罪认定的“两人共同破解该手机密码”与客观事实不符，周某某并未破解该手机密码。

根据《讯问笔录》（周某某、第一次、2018年3月11日10时53分至2018年3月11日12时00分、第二页）“……肖某某就给我说他把支付宝密码套开了……”《讯问笔录》（肖某某、第一次、2018年3月11日1时29分至2018年3月11日2时48分、第二页）“问：把你涉嫌盗窃的具体过程向我们交待一遍？答：……我去樱桃酒吧找我朋友…在门口最里面的沙发上看到了一台苹果6S手机…我就将放在沙发上的手机捡了起来，我将手机装到口袋里…发现他的手机支付宝账户里还有1900多元…到了2018年1月27日上午9点多醒来，我就给周某某说，支付宝的支付密码已经被我弄了出来…我们就把支付宝里面的一共花呗和余额2000多元全部用完了…问：当时为什么要把捡的手机的卡插到周某某的手机里？答：就是想试一下能不能登的进微信和支付宝，看看里面有没有钱。”可知，受害人手机的取得、支付宝密码的破解均不是周某某。

三、一审判决量刑过重

周某某涉嫌犯罪情节轻微，社会危害性不大，一审法院也认定了周某某系从犯、依法应当从轻或者减轻处罚，且就涉嫌的犯罪具有自首情节，依法可从轻处罚。周某某也自愿向办案单位书面表示认罪认罚，可依法从轻处罚。就周某某涉嫌的抢劫犯罪依据《最高人民法院关于审理抢劫刑事案件适用法律若干问题的指导意见》“五、抢劫共同犯罪的刑罚适用 1. 审理抢劫共同犯罪案件，应当充分考虑共同犯罪的情节及后果、共同犯罪人在抢劫中的作用以及被告人的主观恶性、人身危险性等情节，做到准确认

定主从犯，分清罪责，以责定刑，罚当其罪。”和根据湘高法发【2014】6号的《量刑指导意见》三常见量刑情节的适用第10点，对于从犯，犯罪较轻的，应当减少基准刑的50%以上或免除处罚的意见，一审法院判处周某某有期徒刑一年八个月显然过重。

且周某某为湖南农业大学大一在校生，若其能更快进入大学校园继续学习，更利于其的教育改造。

以上意见请合议庭充分考虑并采纳为盼！

十六、小琴故意伤害案一审辩护词

承办律师：湖南天地人（郴州）律师事务所 周照清

【案件概述】

1. 案情简介：小琴（化名）原来是个天真无知的少女，正处于花季年华。父亲因为疾病被病魔夺取了生命，自从疼爱自己的父亲死后，小琴意志消沉，因为交友不慎，染上毒品，后被母亲送往戒毒所。被害人欧某方（化名）因吸食毒品，于2015年8月31日被郴州市公安局苏仙分局强制隔离戒毒2年。同年10月16日，欧某方被转至郴州市公安局强制戒毒所D区301监室（现为湖南省郴州市第一强制隔离戒毒所D101）进行强制戒毒。因在戒毒期间行为异常，自2015年10月17日至2015年10月25日，在监室管教民警的授意下，使用“工字铐”、“约束椅”对欧某方进行惩戒、约束，期间，被告人曹喜、胡素芳、曹丽英、李日平、小林（化名）、王新芬、小琴等人单独或结伙连续、多次采取倒挂、捆绑和殴打的方式虐待欧某方。2015年10月25日11时许，欧某方被送至医院抢救无效死亡。经鉴定，被害人欧某方的死亡原因符合外伤、体位性限制及自身健康状况不佳（吸毒）综合因素所致，单一因素难以解释，外伤为主要死因。因为该案有两名被告系未成年人，郴州市中级人民法院不公开开庭审理的此案，由郴州市人民检察院提起公诉。

2. 公诉机关指控：公诉机关认为，被告人曹喜、胡素芳、曹丽英、小林、李日平在共同犯罪中起主要作用，根据《中华人民共和国刑法》第26条第1款的规定，系主犯；被告

人王新芬、小琴在共同犯罪中起次要作用，根据《中华人民共和国刑法》第 27 条的规定，系从犯，应当从轻处罚。被告人小林、小琴作案时未满 18 周岁，根据《中华人民共和国刑法》第 17 条的规定，应当从轻或者减轻处罚。

3. 主要辩护意见：辩护律师提出以下几点辩护意见：1. 本案被告人的殴打行为不足造成被害人死亡，被害人死亡的是一系列综合原因所导致，且被害人自身存在过错，戒毒所工作人员有渎职行为，已另案侦查。2. 被告小琴并无预谋，其自己都是此事的受害者，请求法院对小琴从轻量刑，小琴因为年幼无知，属于胁从犯。3. 被告人平时一贯表现良好，人身危险性不大，事发时还是未成年人。4. 被告人有深刻的悔罪表现。

4. 承办结果：2017 年 9 月 9 日，郴州市中级人民法院（2017）湘 10 刑初 22 号完全采纳了律师的辩护意见，判决被告人小琴犯故意伤害罪，判处有期徒刑 3 年。

【辩护词正文】

为这样的案件出庭辩护的开场白往往是很困难的，我们知道，任何道歉的言辞都不足以抚慰受害的心灵，但我们还是想首先对受害人的家属表示慰问并代表小琴及其家属向受害人的家属表示道歉。小琴的母亲唐某娇及其爷爷奶奶多次找到受害人家属，希望得到受害人的家属的宽宥，并且请托同乡同村的人约见也未能如愿。

像这样的案件的被告人依法是必须有辩护人的，我们相信被害方家属理解辩护人的职责，请允许我直接发表辩护意见：辩护人对公诉机关指控被告人小琴构成故意伤害罪不持

异议，也认为小琴应当承担刑事责任。但是辩护人认为小琴的量刑幅度应在3年以下，适用缓刑，其辩护意见如下：

一、本案被告人的殴打行为不足造成被害人死亡，被害人死亡的是一系列综合原因所导致，且被害人自身存在过错，戒毒所工作人员有渎职行为，已另案侦查。

基于对逝者的尊重，我们绝不敢对被害人有任何的指责，甚至虽有证据表明被害人在戒毒所期间精神不稳定，甚至不正常，惹是生非，被害人在事发前段时间非常思恋亲人，与家属联系，却得不到亲人的关怀和慰问，被害人甚至在戒毒所期间还有过咬舌自杀、吞食衣服扣子自杀等行为，我们都没有将其行为异常的作为证据向法庭提供，但是辩护人职责之所在，我们不得不说出本案的事实：被害人对本案的发生存在过错，本案事出有因，被告人系胁从犯，且被告人所实施殴打行为单独不能致被害人死亡。

根据现任司法部副部长熊选国主编的《人民法院量刑指导意见与“两高三部”（关于规范量刑程序若干问题的意见）理解与适用》一书，被害人过错作为酌定从宽量刑情节，可分为明显过错和一般过错。明显过错一般是指被害人对被告人实施了违法犯罪行为，侵害了被告人或其近亲属的人身、财产、人格等重大合法权益，难以忍受，从未激发被告人实施犯罪行为。司法实践中符合以下标准的，一般可认定为明显过错：一是被害人处于故意而非过失；二是被害人的过错行为情节严重；三是侵害的是被告人的人身、财产、人格等法益，且遭受损害程度很大；四是过错行为与犯罪行为存在密切联系。被害人存在明显过错的，从轻处罚的幅度一般为减少基准刑的20%—30%。一般过错是指被害人采取违法或者

不道德手段侵害犯罪行为人的合法权益。以上述认定明显过错的标准参考，在被害人实施的是轻微违法行为或不道德行为或者主观上处于过失而非故意，或者犯罪行为入法益受损程度轻微，或者过错行为与犯罪行为之间关联性不大的情况下，可认定为一般过错。被害人具有一般过错的，从轻处罚的幅度一般为减少基准刑的 20%以下。

二、本案的起因是因为被害人欧某方在戒毒所出现自残、辱骂别人、吐口水、吵闹、打人等异常行为，而戒毒所的工作人员监管不利，造成以曹喜、胡素芳等为主的几人因为不耐烦欧某方（化名）的行为，产生口角，进而斗殴。

辩护人接受法律援助中心的指派后，对本案一直表示揣着一个疑问，因为女的攻击力不强，一般女的之间打架都是扯头发、抓脸、打脸，踹肚子，因为力气小，爆发力弱，很少说女的能打死人。带着这个疑问，辩护人查看了相关医学书籍，并请教了多位病理学和法医专家。得知，吸毒的患者在戒毒期内，情绪抑郁、焦虑、烦躁不安、坐卧不宁、睡眠障碍，偶见有错觉、幻觉等。因为精神问题，会影响正常的饮食、睡眠等造成神经衰弱。

根据案卷材料及视频可知：小琴涉嫌故意伤害（致人死亡）罪。主要指控小琴涉嫌 2015 年 10 月 22 日 21 时 57 分--22 时 15 分以及 22 时 32 分--22 时 58 分期间，小琴对欧某方进行了殴打。

辩护人认为小琴 2015 年 10 月 22 日晚打欧某方的行为，并不能造成欧某方的之死，就是说，虽然小琴打了欧某方，但是小琴的打击行为不能造成欧某方死亡的结果。且本案中小琴没有打死欧某方的理由。根据现有案卷材料可知，小琴

于 2015 年 9 月 29 日进的戒毒所，而欧某方于 2015 年 10 月 17 日才转入过渡区的 D 区 301 室，同年的 10 月 25 日死亡。在这个期间，小琴与欧某方并不相熟，且无冤无仇，并且小琴此时处于毒品的脱瘾期，并没有过多的时间与包括欧某方在内的其他人接触，更别说形成仇怨，且根据案卷材料显示，欧某方此时精神有些失控，四处惹事，但是因为戒毒所的管教员李海燕玩忽职守，没有科学的、合理的、尽职的管教，才造成了悲剧的发生，这才是欧某方之死的主要原因。

其次，根据 2015 年 12 月 6 日的法医鉴定，欧某方死于多器官功能衰竭；2016 年 5 月 20 日的法医鉴定，欧某方的死亡原因符合外伤、体位性限制及自身健康状况不佳（吸毒等）综合因素所导致的，单一因素难以解释，外伤为主要死因。由于殴打过欧某方的人数众多，每个人都应该为其自己的行为负责，而非肩负他人的责任，需要做出损伤参与程度鉴定，而非简单以“单一因素难以解释”，就断定为：外伤为主要死因。

三、被告小琴并无预谋，其自己都是此事的受害者，对小琴从轻量刑，小琴属于胁从犯。

根据最高人民法院《全国法院维护农村稳定刑事审判工作座谈会纪要》规定：对于因婚姻家庭、邻里纠纷等民间矛盾激发引起的故意杀人犯罪，应当与发生在社会上严重危害社会治安的其他故意杀人犯罪案件有所区别，适用死刑一定要十分慎重。最高人民法院《关于贯彻宽严相济刑事政策的若干意见》规定：对于因恋爱、婚姻、家庭、邻里纠纷等民间矛盾激化引发的犯罪，因劳动纠纷、管理失当等原因引发、犯罪动机不属恶劣的犯罪，因被害方过错或者基于义愤引发

的或者具有防卫因素的突发性犯罪，应酌情从宽处罚。本案不是有预谋的恶性故意伤害致人死亡事件，确属因为戒毒所管理失当，对于一群处于戒断期的患者，本来就情绪暴躁，容易被小事激怒，事发时工作人员却没有处理好，放任不管，才造成不幸发生，而小琴刚进戒毒所，身处一个陌生的环境，平日本就受曹喜、胡素芳、曹丽英、李日平等年纪较大的患者欺负，饱受心理压迫，并在他们的示意下才参与了事发当天的打人。

四、被告人平时一贯表现良好，人身危险性不大，事发时还是未成年人。

小琴生于1999年9月10日，其父亲死于2014年的癌症，事发时小琴刚满16周岁，却刚经历丧父之痛，母亲改嫁，跟着身患残疾的奶奶和无劳动能力的爷爷生活，家里还有个幼弟。因为家庭变故，母亲改嫁，爷爷奶奶文化程度不高，且无力管教，身处青春期的的小琴交友不慎，才会受骗，通过吸毒来麻痹自己的现实生活的迷茫和苦闷，并达到减肥使自己变得美丽，以获取现实生活的成就感，才会去吸毒，才会进戒毒所，现已经幡然悔悟，并在戒毒所和看守所期间痛定思痛，已经戒除毒瘾，请给小琴一个改过自新的机会，且这个贫困而破碎的家庭也需要小琴这个长姐的支撑，希望法院从轻处罚。

五、被告人有深刻的悔罪表现。

案发后被告人认罪、悔罪态度好，其供述前后连贯、相互印证，是的案件的侦查始终处于一个主动的环境中，并且小琴的家属多次联系受害者的家属道歉。为了弥补受害者的损失，以经改嫁的小琴的母亲，自愿拿出自己所有积蓄，并

且负债赔偿受害者家属的损失，奈何受害者家属一直避而不见，小琴在此事中尚属于一个受害者，年纪尚幼，经受了亲身父亲死亡的悲痛，交友不慎才染上毒品，现已戒掉。希望受害者的家属能接受小琴以及小琴家属的道歉，给予她一次改过自新，重新做人的机会。

综上小琴年纪尚轻，认知能力及分辨能力较差，加之其所处社会生活环境也较差，法律知识的欠缺，使她很容易受不良环境的影响而走上今天的这一步。社会、学校、家庭都有一定的责任。因此，请求法庭酌情予以从轻处罚，给被告人一个改过自新的机会。

十七、杨某故意杀人罪二审辩护词

承办律师：湖南天地人律师事务所 李兵

【案件概述】

1. 案情简介：2017年10月20日，杨某、陈某与一帮朋友，在某酒吧与蒋某等人发生冲突，陈某用匕首捅蒋某大腿致动脉破裂死亡，二人主动投案。案发后，邵阳、湖南省电视台等新闻媒体以涉黑案进行了报道，邵阳市公安机关将本案列为重大涉黑案。公安机关以杨某喊了声“给我搞”却未承认为由，不予认定杨某自首。杨某五年前曾被判处有期徒刑系累犯。两被告赔偿被害人家人26.1万元取得刑事谅解书。一审邵阳中级人民法院以故意杀人罪判处两人有期徒刑十五年。邵阳市人民检察院以量刑畸轻应判处无期徒刑为由抗诉，湖南省人民检察院支持抗诉。杨某以未教唆、参与蒋某行凶，认为一审定性错误、量刑过重上诉至湖南省高级人民法院。

2. 争议焦点：二审庭审中，针对杨某的定罪、量刑确定了四个争议焦点：①本案是否涉黑？②是故意杀人还是故意伤害？③对杨某量刑有期徒刑是否畸轻？④邵阳市、湖南省人民检察院抗诉能否成立？

3. 主要辩护意见：①本案不符合黑社会组织犯罪构成要件，于涉黑无关。②本案定性故意杀人错误，应为故意伤害。理由：案发于偶然，被告人根本没有杀害被害人的故意。③对被告人杨某的定罪量刑错误，陈某没有杀人的故意应定性为故意伤害，没有参与的杨某更不构成故意杀人。基于以上，辩护人认为检察院抗诉不能成立。

4. 涉及到的相关法律条文：《刑法》第二百三十二条【故意杀人罪】、第二百三十四条【故意伤害罪】、第二百九十二条【聚众斗殴罪】、第二百九十四条【组织、领导、参加黑社会性质组织罪】，第十四条【故意犯罪】，第二十五条【共同犯罪】。

5. 法律问题及法理分析：

①本案是否涉黑？被告人杨某、陈某等十余人不是黑社会，均为有正当职业的公民，当晚是朋友聚会，而非黑社会成员聚会，自然，本案于涉黑无关。不符合刑法第二百九十四条规定的组织、领导、参加黑社会性质组织罪的构成要件。

②被告人陈某是故意杀人还是故意伤害？陈某拿匕首捅向近距离的蒋某的左脚，其本身都不能预知会造成被害人死亡的结果，也未做好为该危害结果承担责任的准备。不符合刑法第十四条关于故意犯罪的规定，亦不符合刑法第二十五条关于共同故意的规定，杨某与陈某两人主观上没有杀害陈某的故意，亦无共同犯罪的故意，并不明知或放任蒋某死亡的危害后果的发生，落实到本案，事实上匕首捅向蒋某的左脚的整个过程就那么几秒钟，陈某就是孤立的、随机的实施了犯罪。杨某其既不能预知陈某用匕首捅被害人，又不能预知蒋某的死亡结果，两人之间根本就无意思联络。陈某捅刺蒋某责任，应当由陈某独立承担。

综上，辩护人认为陈某偶发实施的以匕首捅向蒋某左脚并最终造成被害人蒋某死亡的危害后果，应当由陈某独立承担，不应由杨某来分担。辩护人认为应当依据杨某自身的行为给他人或社会造成的危害结果来予以衡量，但无论如何不

能定性为故意杀人罪。

③对被告人杨某的定罪量刑是否适当？

如前所述，一审人民法院对被告人杨某的定罪量刑显然不当，一审人民法院基于对本案事实认定的错误，对本案定性为“持械聚众斗殴罪”，并依据《刑法》第二百九十二条转化为第二百三十二条的故意杀人罪，是适用法律的错误。辩护人认为对陈某应当按照第二百三十四条规定的“故意伤害罪”来定罪，而对杨某则应按照其行为触犯的法律来做相应的处罚，就本案来看，杨某最多只能算是从犯。

④邵阳市人民检察院、湖南省人民检察院抗诉能否成立？基于以上，辩护人认为检察院抗诉不能成立。

6. 承办结果：湖南省高级人民法院刑三庭（扫黑办）组成巡回审判合议庭，在新宁县公开审理本案，并进行了全程直播。巡回合议庭采纳辩护人部分意见，裁定驳回抗诉，将涉案罪“故意杀人罪”名更为“故意伤害罪”，量刑维持了原判决。

【辩护词正文】

根据《中华人民共和国刑事诉讼法》第二百六十七条规定，辩护人受湖南省司法厅法律援助中心和湖南天地人律师事务所的指派，并在会见被告人时征得被告人杨某同意，担任其涉嫌故意伤害案的指定辩护人。

辩护人庭前认真研读一审法院的判决书，详细查阅了本案全部案卷材料，并依法会见了被告人，对本案有了比较全面、客观的了解，基于受援人涉嫌犯罪的事实和其本人的基本情况，根据刑法、刑事诉讼法以及相关司法解释，提出辩

护意见，请求湖南省高级人民法院予以采纳。

一、一审法院认定的案情简介

2017年10月19日20时许，被告人杨某、陈某与朋友李攀攀、曾明明、王湘雄等人相约先后来到新宁县金石镇王妃酒吧“777”包厢喝酒唱歌。21时许，播放舞曲，杨某、陈某等人将酒水搬至大厅8号卡座继续喝酒跳舞。22时许，被害人蒋某和伍双林、戴海川等人来到王妃酒吧大厅7号卡座喝酒跳舞，期间，伍双林邀杨某到7号卡座喝酒，杨某即到7号卡座，敬了伍双林一杯酒后离开卡座到大厅舞台跳舞。因杨某与蒋某向来不和，杨某在舞台跳舞时与蒋某之间不断用眼睛瞟向对方。杨某对蒋某产生不满，蒋某等人收拾衣物准备离开酒吧时，杨某从舞台上冲至蒋某所在的卡座用手推了蒋某一把并质问：你什么意思。蒋某也回推了杨某一把并质问：你什么意思。伍双林等人见状拦住杨某并劝说别吵了，杨某和蒋某继续相互辱骂，杨某向其同伴喊道：给我搞！被告人陈某和李攀攀、曾明明等10余人即冲上前去将蒋某等人包围在7号卡座，并用酒瓶、烟灰缸等物砸向蒋某。杨某手持匕首欲靠近蒋某，被酒吧老板曾祥喜等人拖离，伍双林和酒吧保安等人极力阻止双方靠近。陈某挤进7号卡座与蒋某争吵，被蒋某一脚踢中腹部，陈某掏出匕首向蒋某下肢刺了一刀，刺中蒋某左大腿，蒋某受伤后坐在卡座沙发上，双手掐住伤口处。陈某走到杨某身边，称自己捅伤了蒋某，先走了。之后陈某单独下楼驾车逃离现场，杨某等人见蒋某受伤后也纷纷逃离现场。被害人蒋某被送往医院经抢救无效死亡。经法医鉴定，蒋某系锐性物（匕首）致左侧大腿内侧皮肤裂创，左股动脉破裂致大失血死亡。

被告人杨某、陈某得知蒋某死亡后，在各自亲友规劝下，于 2017 年 10 月 20 日凌晨到公安机关投案。

案发后，经新宁县金石镇人民调解委员会调解，陈某、杨某亲属各赔偿被害人蒋某亲属经济损失人民币 5 万元，新宁县王妃娱乐城赔偿被害人蒋某亲属经济损失 13 万元。

本案审理期间，附带民事诉讼原告人蒋某、罗某、徐某、蒋某、蒋某分别与被告人陈某、杨某亲属达成和解协议，由陈某赔偿各附带民事诉讼原告人经济损失 36.1 万元（含已赔付的 5 万元），由杨某赔偿附带各民事诉讼原告人 26.1 万元（含已赔偿的 5 万元）。各附带民事诉讼原告人向本院出具谅解书，请求对陈某、杨某从轻处罚。

另查明，被告人杨某因犯抢劫罪于 2008 年 1 月 7 日被湖南省新宁县人民法院判处有期徒刑三年，缓刑四年，并处罚金人民币一万元；被告人杨某因犯故意伤害罪于 2015 年 4 月 27 日被湖南省新宁县人民法院判处有期徒刑六个月，犯寻衅滋事罪被判处有期徒刑九个月，决定合并执行有期徒刑一年。

一审判决被告人陈某和杨某犯故意杀人罪，均判处有期徒刑十五年。

二、辩护意见：认定事实错误，适用法律错误，量刑过重，请求减轻。

（一）一审判决定性故意杀人错误，应为故意伤害。

案发于偶然，被告人根本没有杀害被害人的故意。而且，案发前、中、后被告人均没有杀害被害人的故意。

1. 本案被告人无剥夺生命的直接故意或间接故意

刑法第二百三十二条规定的故意杀人，指故意非法剥夺

他人生命的行为，本案被告人并无剥夺生命的直接故意或间接故意。

本案，看起来错综复杂，但主线却很简单：2017年10月19日晚，杨某与蒋某当晚各自与一帮朋友宴饮后，于22时许在王妃酒吧巧遇，各自都饮了一些酒后，两人互相看不顺眼，拿眼睛瞟来扫去，结果杨某遂独自上前找蒋某理论，互相推搡一把，各自喊出江湖套话（即场面话，当不得真的），随后杨某被人拉走。本来，事情就此打住，却不料当晚与杨某一起吃饭、喝酒的朋友陈某被蒋某一脚踢翻后，顺手拔出匕首对着蒋某的左脚捅了一下，没曾料到蒋某左股动脉破裂大出血而致死亡发生。

2. 无预谋和临时故意杀人的动机或合谋

而本案事实上仅只有被告人陈某一人在不到一米的近距离内，在与被害人推搡时顺手掏出匕首捅了下对方左脚，纯系偶发、冲动型的个体攻击行为，不具有预谋的或临时合谋行为。

3. 双方均有互殴的故意，但无杀人的故意

如前所述，本案在事前、事中甚至事后均根本不存在杀人的犯罪故意。

4. 杨某与陈某并无故意的共同犯罪目的

根据《刑法》第二十五条，共同犯罪是指两人以上共同故意犯罪，构成在主观上须有共同犯罪的故意，又要在客观上有共同犯罪的行为。而共同故意包括两个内容：1. 各共犯都明知共同犯罪的性质、危害社会的结果，并且希望或者放任危害结果的发生。2. 各共犯人之间具有意思联络，都认识到自己不是在孤立地实施犯罪，而是在和他人一起共同犯罪。

杨某他无法预见陈某会掏出匕首捅向被害人，更无法预见死亡的结果，从以下客观分析可以看出：

第一，陈某一刀捅向一脚踢翻他的蒋某的左脚，其本身都不能预知会造成被害人死亡的结果，也未做好为该危害结果承担责任的准备。甚至可以说，陈某本人都没有能预见到这一刀下去会让他背上故意杀人的罪行，他不明知这对脚的顺手一捅的性质、危害社会的结果。

第二，作为当然与陈某一起吃饭的杨某，事先不可能预见到陈某将匕首捅向蒋某，更不能预见到陈的那一刀会酿成蒋某死亡的悲剧，他根本没有能明知这危害社会的结果发生，也未希望或者放任这危害结果的发生，因为，陈某匕首的那一捅，事前杨某无法预见，也不可能预见。

第三，陈某与杨某之间在案发前后，没有意思联络，事实上匕首捅向蒋某的左脚的整个过程就那么几秒钟，陈某就是孤立的随机的实施了犯罪。

辩护人认为陈某偶发实施的以匕首捅向蒋某左脚并最终造成被害人死亡的危害后果，不构成故意杀人罪（即使构成故意杀人罪也应当由陈某独立承担，不应由杨某来分担）。

那么，杨某应担何责？辩护人认为应当依据杨某自身的行为给他人或社会造成的危害结果来予以衡量，对于本案，或将承担行政和民事责任。

综上，本案定罪不能草率定性为故意杀人案，否则，极可能出现冤假错案，酿成再审、申诉和上访事件。

（二）本案不是组织、领导、参加黑社会性质组织犯罪
一审判决认为本案涉黑，《刑法》第二百九十四条的规定，组织、领导、参加黑社会性质组织罪，是指组织、领导

或者参加以暴力、威胁或者其他手段，有组织地进行违法犯罪活动，称霸一方，为非作歹，欺压、残害群众，严重破坏经济、社会生活秩序的黑社会性质组织的行为。辩护人认为本案不具有涉黑案的组织、经济、行为和社会危害性等四大特征，与涉黑案无关。

1. 本案无涉黑犯罪的组织特征

（1）关于杨某与陈某之间在本案中关系认定，无组织特征

杨某与陈某之间不是上下、隶属、教唆关系，而是自独立的平等关系，根本谈不上谁听谁的或谁教唆谁的问题。

首先，两人社会交往的关系应该是朋友，至少是酒肉朋友。

其次，两人之间是平等关系，不存在谁可以领导谁、谁可以主导谁的问题，因为，二人既非黑社会成员，又非传销组织，更不存在单位的上下级关系，最为重要的是，两人均已年满十八岁且为完全民事、刑事责任能力人，根本不存在谁指挥谁、谁教唆谁的问题。

再次，从本案事发前、中、后，杨某和陈某的供述和行为来看，二人之间各自为政，均是以自我为中心的，尤其是陈某在供述中多次虚假供述称其捅向蒋某的匕首是杨某提供的，而后在2018年1月10日10时39分至同日12时的讯问笔录中，在面对侦查人员最后一次讯问“你在之前的问话当中，是否将犯罪事实交代清楚了？”陈某回答“我之前基本都交代清楚了，就隐瞒了我捅人用的匕首的情况，其实那把匕首不是杨某给我的，是我自己携带的，想少承担点责任。”可以看出，二人之间从始至终均不存在上下、教唆关

系。

(2) 杨某与当晚一起吃饭、饮酒其他人的关系认定

即杨某与当晚一起吃饭、饮酒的人的关系，如同与陈某的关系一样，均为平等、独立的个体，不存在隶属、统筹、指挥、上下级或教唆的关系。

2. 本案无涉黑犯罪的行为特征

根据《刑事诉讼法》第五十五条第一款规定：“对一切案件的判处都要重证据，重调查研究，不轻信口供。没有被告人供述，证据确实、充分的，可以认定被告人有罪和处以刑罚。”第二款规定：“证据确实、充分，应当符合以下条件：

（一）定罪量刑的事实都有证据证明；（二）据以定罪的证据均经法定程序查证属实；（三）综合全案证据，对所认定事实已排除合理怀疑。

就本案适用于被告人杨某的证据而言，证据确实、充分尚有很大的距离：至少综合全案证据，对一审判决所认定的“被告人杨某喊了给我搞”这一事实不能排除合理怀疑，即存在着杨某没有喊这句话的极大可能性，事实上，本案 27 个证人，仅仅有 7 个证人在一审程序中称杨某喊了这句话，其余证人均没有证明杨某喊了，更为关键的是作为王妃酒吧的股东、工作人员的

综合本案一审判决书中的证人证言，辩护人发现，根据不同的标准，证人有几种分类：

(1) 按证人与被害人、被告人关系的不同，分为 4 种：

1. 被害人一方的, 2. 被告人一方的, 3. 王妃酒吧一方的（股东、工作人员）。4. 与两方关系都好的。

(2) 按证明被告人杨某是否喊了“给我搞”、“给我打”、

“打”的，分为三种：1. 证明喊了的；2. 证明没喊的；3. 没证明喊了的包括所有作证的王妃酒吧股东及工作人员，以及其他证人。

最重要的是，作为于双方没有利害关系的第三方即王妃酒吧方的股东、工作人员，均无人指认杨某喊了“给我搞”或“给我打”、“打”，甚至，有曾某在证词和二审阶段的调查笔录中直接称在他接触的时间内，杨某没有喊打。他的时间节点是听到外面吵闹声而走出“666”包厢查看情况直到听到有人喊“捅了、捅了”随机见被害人被抬了出来，左大腿在流血。

以上，仅从组织特征、行为特征两方面方面就足以否定本案涉黑的可能，更何况当晚一起吃饭、唱歌的人之间并没有共同经济利益，没有称霸一方、为非作歹、恃强凌弱的犯罪行为，也没有破坏当地经济、生活造成对社会的危害，因此，本案不构成涉黑犯罪。

（三）一审判决不予认定自首有误，不符合事实与法律根据《刑法》第六十七条和《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》第一条，犯罪后自动投案，如实供述自己的罪行的，是自首。本案中，杨某在案发当日即在家人的陪同下主动投案，并如实回答了侦查人员的讯问，如实交代自己的主要犯罪事实，应当依法认定为自首。

而一审判决书中本院认为：“经查，杨某当庭辩解提出其没有说‘给我搞’，否认其在本案中提出斗殴犯意，没有如实供述自己罪行，因而不符合自首条件，不构成自首。”这认为本身不符合法律的规定。而且，“给我搞”本来就疑

点重重，更何况辩护人始终认为，即便说了这句江湖套话，也因为杨某与其他吃饭、喝酒的朋友没有特定的上下级、隶属、指挥、教唆关系，同样不能证明杨某有了斗殴的犯意，更谈不上有了与陈某捅向蒋某一刀的共同犯意。犯罪嫌疑人或被告人依据事实和法律行使自我辩护权不是“没有如实供述”。

《刑事诉讼法》第五十条明确规定了，法、检、公人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或无罪、犯罪情节轻重的各种证件，不得强迫任何人证实自己有罪。而一审判决称杨某没有承认说过“给我搞”、否认在本案中提出斗殴犯意，其实质就是变相强迫杨某证实自己有罪，这有悖于刑事诉讼法的规定。

《刑事诉讼法》第五十条规定审判人员、检察人员、侦查人员必须依照法定程序，收集能够证实犯罪嫌疑人、被告人有罪或者无罪、犯罪情节轻重的各种证据。严禁刑讯逼供和以威胁、引诱、欺骗以及其他非法方法收集证据，不得强迫任何人证实自己有罪。必须保证一切与案件有关或者了解案情的公民，有客观地充分地提供证据的条件，除特殊情况外，可以吸收他们协助调查。

（四）适用法律错误

一审人民法院基于对本案事实认定的错误，对本案按《刑法》第二百三十二条定性为“故意杀人罪”，是适用法律的错误。辩护人认为对陈某应按第二百三十四条规定的“故意伤害罪”来定罪，而对杨某则应按照其本身行为触犯的法律来做相应的处罚，就本案来看，杨某最多只能算是从犯。

（五）被告人杨某具应当、可以从轻处罚法定或酌定情节

（1）被告人归案后，分别向公安机关和检察院如实供述犯罪事实，应依据《刑法》第六十七条认定为自首，依法可以从轻或者减轻处罚，其中犯罪较轻的，可以免除处罚。

（2）被告人系初犯、从犯、应当从轻、减轻或者免除处罚。

（3）被告人已经认罪、悔罪，依法可以酌定减轻处罚。

（4）已取得被害人家属的谅解，达成了和解协议，并取得了刑事谅解，请求依法酌定从轻处罚。

希望人民法院可以对被告人杨某改判十年以下的有期徒刑。

以上辩护意见，恳请高级人民法院二审合议庭采纳。

十八、周某盗窃罪审查起诉阶段辩护词

承办律师：湖南湘民律师事务所 李玉琴

【案件概述】

1. 案情简介：受援人周某某与诈骗嫌疑人李某某系朋友。李某某采用先将车辆抵押贷款，后又将抵押车辆秘密取回的方式骗取小贷公司资金。李某某因担心取车时被小贷公司老板认出，都是以各种理由骗朋友帮他取车。取车时间一般在凌晨2点左右，取车时都有用工具撬开小贷公司锁在汽车方向盘和轮胎上的U型锁。多家小贷公司报案后，周某某因涉嫌盗窃二台汽车（物价鉴定车辆价格为十六万多）在审查起诉阶段申请法律援助。

2. 主要辩护意见：承办律师在长沙市岳麓区人民检察院阅卷后，即前往看守所会见犯罪嫌疑人周某某。会见时，周某某因自己盗窃数额特别巨大，反复提出认罪认罚，从轻处罚。承办律师首先根据《刑法》第二百六十四条“盗窃公私财物，数额特别巨大或者有其他特别严重情节的，处十年以上有期徒刑或者无期徒刑，并处罚金或者没收财产。”的规定，让周某某明白从轻处罚刑期也会在法定刑内，从而让其不抵触承办律师对案情的分析。接着承办律师根据《担保法》、《物权法》相关条款为周某某解释小贷公司对车辆的占有是否合法。根据《刑法》总则、分则盗窃罪的主观方面、客观方面以及盗窃罪的犯罪构成，承办律师提出不构成盗窃罪的观点。

3. 承办结果：最终，长沙市岳麓区人民检察院根据《中

华人民共和国刑事诉讼法》第一百七十三条第二款的规定，决定对周某某不起诉。

【辩护词正文】

受长沙市法律援助处指派并经受援人周某某同意，由我担任周某某涉嫌盗窃一案审查起诉阶段的辩护人。现发表以下法律意见：

一、本案中的质押行为未生效，质权未成立，受害人尚未合法占有汽车。

我国《担保法》、《物权法》均对质权的生效做了严格的法律规定，即：《担保法》第六十四条，“出质人和质权人应当以书面形式订立质押合同。”《物权法》第二百一十条，“设立质权，当事人应当采取书面形式订立质权合同。”第二百一十二条，“质权自出质人交付质押财产时设立。”如果未按照以上规定订立书面质押合同或者订立了质押合同未将质押物交付给质权人，那么该质权将因缺少法律规定的形式生效要件，导致质权不能成立并生效。本案中李某某将案外人或自己的汽车交给了债权人做质押，但是由于双方并未订立书面质押合同，不符合我国法律对质权生效的法律规定，因此该质权自始不生效。债权人对车辆自始不享有质权，对汽车不享有合法占有权。

二、周某某的行为不符合盗窃罪的构成要件。

根据我国刑法第二百六十四条的规定，以非法占有为目的，秘密窃取公私财物数额较大或者多次盗窃公私财物的行为，构成盗窃罪。可见盗窃的对象是公私财物，并且是他人的公私财物。因此，在一般情况下，本人财物不可能成为盗

窃对象，因为在这种情况下，不存在侵犯财产所有权的问题。据此，周某某的行为是否构成盗窃罪，关键在于该车辆是否属于盗窃罪所保护的他人的公私财产的范畴，且周某某是否以非法占有为目的。

第一、周某某取回车辆的行为是否以非法占有为目的，是评判该行为是否构成盗窃的主观要件。判定周某某行为的主观动机，那么我们要看周某某帮李某某取回车辆以后进行了那些行为。如果周某某明知将车辆偷偷开回来后，李某某将以自己质押的车辆丢失为由向质权人主张要求赔偿丢失车辆的损失或者要求以车辆灭失的损失抵债的话，那么我们就明显看到了其非法占有为目的的主观动机，然而在本案中开回车辆后李某某并没有以车辆丢失为由要求债权人赔偿损失，也没有提出抵债。因此，该案中周某某的行为不具有盗窃罪中非法占有为目的的主观动机。

第二，周某某的行为是否侵害了他人的公私财产权是评判该行为是否构成盗窃的客观要件。根据法律规定，盗窃的对象是公私财物，并且是他人的公私财物。具体到本案中，首先周某某秘密开回的汽车是自己租赁的或李某某所有的车辆；其次，周某某在取回车辆以后李某某并没有要求债权人进行赔偿，也没有提出抵债的要求，因此周某某不存在非法占有他人财产的行为；再次，周某某将车辆开回后并没有损害债权人的债权，因为债权人手中有合法有效的借条，其可以凭借借条向李某某主张债权，如果李某某不还，其可以进行诉讼，由法院裁决李某某还钱。退一步说，即使车子在债权人处，质权生效，在李某某不履行还债义务的情况下，债权人也无权直接变卖车辆来实现其债权的，也需要通过诉讼

程序来对该车辆进行拍卖、变卖，以保证其债权的事项，该车辆的存在只是为质权的实现提供一种顺利实现的便利，而本案中虽然李某某取回了车，但却没有将车辆进行转移、变卖、隐匿，也就是说该车上的质权实行便利实际并没有丧失。何况在本案中，在质权根本未生效的情况下，该车根本不具有保障债权实现的功能，无论李某某是否取回车辆，债权人实现其债权的途径只有其手中的一张借条而已，债权人并不因为该车被开回，其债权就遭受损害。

第三、周某某虽采取了秘密手段，但不符合盗窃罪非法占有的为目的的主观动机，其行为也未侵犯他人的公私财产权利。因此周某某的行为无论从主观目的上还是客观行为结果上都不符合盗窃罪的构成要件。

因此本案中周某某秘密将汽车开回的行为，主观上不具有非法占有的目的，客观上也没有侵害他人的财产权和其他权利，虽然采取了秘密手段，但依然不构成盗窃罪。

十九、阳某故意伤害案一审辩护词

承办律师：湖南金州律师事务所 赵骏

【案件概述】

1. **案情简介：**被告人阳某某与受害人彭某某均系长沙市雨花区“铁胖子”饭店员工。因后厨拥挤，2017年3月1日12时许，被告人阳某某与受害人彭某某发生口角，被告人阳某某持厨房铁勺将受害人彭某某的头部打伤，事发后，被告人阳某某在现场等候处理。经鉴定，被害人彭某某的损伤符合他人钝性外力作用形成特点，评定为重伤二级。

2. **争议焦点：**被告人阳某某的行为是否构成防卫过当。受害人彭某某是否存在严重过错。

3. **主要辩护意见：**被告人阳某某在案件发生过程中存在防卫过当，所以其不构成故意伤害罪，而是构成过失致人重伤罪。受害人在本案中存在严重过错，应该对其受伤的结果承担主要责任。被告人阳某某在案发后，明知他人已经报警，但并未逃离现场，侦查人员达到后也未抗拒抓捕，并如实交代了自己罪行，应该按自首处理。被告人阳某某平时表现较好，是初犯也是偶犯，也存在悔罪表现，其社会危害性较小。所以对其处以缓刑足以达到罪责刑相适应的刑法目的。

4. **相关法条：**《中华人民共和国刑法》第二百三十四条 【故意伤害罪】故意伤害他人身体的，处三年以下有期徒刑、拘役或者管制。犯前款罪，致人重伤的，处三年以上十年以下有期徒刑；致人死亡或者以特别残忍手段致人重伤造成严重残疾的，处十年以上有期徒刑、无期徒刑或者死刑。本法另有规定的，依照规定。

5. 承办结果:被告人阳某某犯故意伤害罪，判处有期徒刑两年，缓刑两年。

【辩护词正文】

本人通过阅卷、会见以及庭审，现对本案发表如下辩护意见：

一、被告人阳某某在案件发生过程中存在防卫过当，应当减轻或者免除处罚。

首先，受害人为男性，被告人为女性，双方在身高、体重方面差距较大，且被告人背部曾因车祸受伤；其次，受害人曾多次对被告人进行伤害和骚扰，导致被告人见到受害人就感觉受到了威胁。在案发时，受害人故意用铁盒多次撞击被告人，并存在击打被告人的行为，被告人为了制止不法侵害的延续，随手拿起铁勺进行了防卫，不慎打中被害人头部。由于经常受到被害人的骚扰，被告人的行为应该定性为为了保护而产生的防卫行为；再次，被告人实施行为时没有预见到自己的行为可能发生重伤的结果，被告人挥舞铁勺是为了制止被害人对其的不法侵害行为，且只胡乱挥打了一下，根本无法预见会产生重伤的结果，所以被告人的行为应该属于防卫过当；最后，被告人主观上不希望、不追求伤害结果的发生，被告人和受害人都是饭店的员工，被告人负责烤羊，受害人负责煮饭和杀鱼，平时低头不见抬头见，双方之间不存在深仇大恨，被告人在打中受害人后，并未继续击打受害人，也证明了被告人不希望、不追求伤害结果的发生。

二、受害人在本案中存在严重过错，应该对其受伤的结果承担主要责任。

本案中，受害人在进入厨房碰见了需要出厨房的被告人，当时双方手中都抱有东西，按照一般人的行为，当抱着东西碰到别人，第一反应就是向后退开并道歉，而受害人周某某的口供中称“双方挤在一起，后将被告人手中的羊挤掉”，暂且不论双方到底是谁故意去撞谁，至少双方存在多次碰撞事实，且受害人将被告人的羊撞掉后，还存在继续击打被告人的行为。案发时，只有被告人和受害人在场，不排除受害人为了减轻自身的过错而向侦查机关进行虚假陈述。此外，根据证人张某某的证言和被告人的当庭陈述，受害人不仅多次故意去挑衅、骚扰被告人，还与其他在铁胖子饭店厨房做事的员工有过纠纷，但其他在厨房做事的员工之间却相安无事，所以，这并不是简单的因为厨房狭小引起碰撞而发生的案件。因此，本律师认为受害人彭某某曾多次存在寻衅滋事和侮辱妇女的行为，迫使被告人产生防卫心理，本案也是受害人故意用铁盒去撞击受害人挑起事端，并要用铁盒击打被告人，其不断对被告人的挑衅、攻击行为引发被告人的防卫心理，并导致最后结果的发生。如果当时彭某某能够心平气和、退避三舍，而不是采取一系列故意行为，相信也不会导致本案的发生。所以，受害人在本案中存在严重过错，应该对其受伤的结果承担主要责任。

三、被告人阳某某在案发后，明知他人已经报警，但并未逃离现场，侦查人员到后未抗拒抓捕，并如实交代了自己罪行，应该按自首处理。

受害人受伤后，证人张某某报警，侦查人员到场后，将在店内的被告人带回派出所询问，被告人在讯问过程中如实供述了事发经过，交代了自己的罪行，所以根据最高人民法

院《关于处理自首和立功若干具体问题的意见》的规定，被告人阳某某的行为应该认定为自首。

四、被告人阳某某平时表现较好，是初犯也是偶犯，也存在悔罪表现，其社会危害性较小，其家庭情况比较特殊，对其处以缓刑足以达到罪责刑相适应的刑法目的。

被告人阳某某今年 44 岁，此前重未受过行政和行政处罚，其平时表现较好。本次也是因为受害人故意挑衅和攻击行为，被告人为了保护自身不受侵害，不慎给他人造成了伤害，现被告人对其行为也表示非常的后悔。本案的社会评价也是正面大于负面，所以社会影响较小。此外，被告人家中有八十多岁的母亲和十四岁的女儿需要其个人抚养和照顾，其丈夫已经失联了八、九年。因此，本律师认为对被告人阳某某处于缓刑足以达到罪责刑相适应的刑法目的

综上所述，本案是由受害人故意挑衅、攻击引起的刑事案件，被告人是为了保护自身不受违法侵害而对受害人进行了正当防卫，被告人事后也认识到自己防卫的过当性。在本案中，被告人主观恶意小较小，既不是蓄意去伤害受害人，也不是积极去追求更严重的伤害结果。且本案的社会评价是正面大于负面，所以本案的社会影响性和危害后果较小，加之被告人平时表现较好，是初犯也是偶犯，再犯可能性较小，人身危险性较低，加之其家庭情况也较为特殊，以上情况希望合议庭在量刑时予以考虑，并对被告人处以缓刑，以达到我国刑法教育和惩罚相结合的目的。

二十、邓某抢劫案一审辩护词

承办律师：湖南明正律师事务所 刘真涛

【案件概述】

1. 案情简介：公诉机关常宁市人民检察院指控，被告人邓某某、刘某、吴某某、刘某某、陈某、郭震、王某某、胡某于2014年11月下旬以来，结伙在常宁市第一中学、第二中学、泉峰中学等其他中学附近，使用暴力，采用持刀威胁、殴打、搜身等手段，对过往学生实施抢劫犯罪行为。其中，在2014年11月22日至12月18日之间，被告人邓某某参与抢劫作案38次，对过往学生采取以大欺小、以多欺少的方式，每次抢得现金5元、10元、20元不等，用于上网和消费。

2. 主要辩护意见：被告人邓某某系未成年人犯罪，且属于初犯，有悔罪表现。对行为人基于同一犯意，在同一地点同时对多人实施抢劫或在同一地点连续对途径此地的多人实施抢劫的，一般认定为一次抢劫。对于已满十四周岁不满十六周岁的人使用轻微暴力或威胁，强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或钱财数量不大的，且未造成被害人轻微伤以上的，不认为是犯罪。根据《刑法》第十七条、最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第三条、《关于审理未成年人犯罪适用法律若干问题的解释》第七条、第八条规定，依法应当对被告人予以减轻处罚。

3. 承办结果：被告人邓某某系未成年人，参与抢劫作案13次，如实供述犯罪，认罪态度好，依法减轻处罚，判处有

期徒刑四年六个月，并处罚金 5000 元。

【辩护词正文】

湖南兴常律师事务所依法接受常宁市法律援助中心的指定，指派我（以下称本辩护人）担任被告人邓某某的辩护人。为了依法履行辩护律师职责，维护被告人合法权益，本辩护人现在发表以下辩护意见：

关于定罪的辩护意见： 本辩护人对公诉机关指控被告人邓某某犯抢劫罪的罪名没有异议。

对量刑的辩护意见

一、公诉机关指控被告人邓某某多次抢劫，参与抢劫作案 38 次。本辩护人认为，其中指控的部分犯罪行为，事实不清、证据不足，适用法律错误，应当依法核减抢劫作案次数。

1. 被告人邓某某没有参与起诉书指控的下列九次抢劫作案：（第 1 次）2014 年 11 月 22 日早上，在常宁市国土资源对面抢劫被害人胡珂 3 元现金；（第 11 次）2014 年 12 月 11 日晚上在凯旋名居小区附近抢劫被害人陈伦佑 5 元现金；（第 18 次）2014 年 12 月 11 日晚上在常宁市电力局下坡处抢劫被害人贺忆深现金 14 元；（第 20 次）2014 年 12 月 12 日中午在凯旋名居小区附近抢劫被害人陈俊良未遂；（第 23 次）2014 年 12 月 15 日早上在凯旋名居小区附近抢劫被害人雷苏航现金 20 元；（第 32 次）2014 年 12 月 15 日晚上在郭家坳别墅区一车库内抢劫被害人肖振海现金 15 元；（第 34 次）在凯旋名居小区附近抢劫被害人滕毅未遂；（第 36 次）2014 年 12 月 16 日晚上在凯旋名居小区附近抢劫被害人胡常

彬现金 7 元；（第 38 次）2014 年 12 月 26 日晚上在郭家坳别墅区一车库内抢劫被害人崔华现金 5 元。从现有证据看，同案被告人刘某某、陈某、王某某证实，被告人邓某某没有参与上述抢劫作案。被害人胡珂、崔华等人不能辨认和指证邓某某参与上述作案。被告人邓某某否认其参与上述九次作案。因此认定被告人邓某某参与上述九次作案的证据存在疑点。既然现有证据难以排除被告人邓某某是否参与上述九次抢劫行为，从有利于被告人的原则出发，不能认定被告人邓某某参与上述九次抢劫作案。

2. 对被告人邓某某等人在同一地点实施连续抢劫的行为不能作为多次抢劫认定，应当认定为一次抢劫行为。最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》第三条规定，对行为人基于同一犯意，在同一地点同时对在场的多人实施抢劫或同一地点连续对途径此地的多人实施抢劫的；或者在一次犯罪中对同一居民楼房中的多户居民连续实施入户抢劫的，一般认定为一次犯罪。据此，起诉书中指控的应当分别认定为一次抢劫行为的有：2014 年 12 月 10 日晚在宜阳街道办事处劳动北路附近的第 8 次、第 9 次连续抢劫作案；2014 年 11 日晚在常宁市培元办事处凯旋名居小区至老南门桥路段的第 11 次至第 16 次连续抢劫；2014 年 12 月 15 日早上的第 23 次至 29 次连续抢劫；2015 年 12 月 26 日早上的第 33 次至 35 次及第 36 次、第 37 次连续抢劫；2014 年 12 月 17 日早上在郭家坳的第 39 次至 41 次连续抢劫；2014 年 12 月 18 日早上在万隆小区的 47 次至第 51 次连续抢劫行为。

二、起诉书指控的 2014 年 12 月 13 日晚上，被告人邓

某某、刘某等人在新村路淘宝网代购服务中心店门口抢劫被害人盘广 140 元现金，并将其殴打致轻微伤（第 22 次）。除这次抢劫行为构成抢劫犯罪之外，其他抢劫行为因没有当场使用暴力或劫取少量财物，情节显著轻微，不应当认定为抢劫犯罪行为。最高人民法院《关于审理未成年人犯罪适用法律若干问题的解释》第七条、第八条规定，对于已满十四周岁不满十六周岁的人使用轻微暴力或威胁，强行索要其他未成年人随身携带的生活、学习用品或钱财数量不大的，且未造成被害人轻微伤以上的，不认为是犯罪。对已满十六周岁不满十八周岁的人实施上述行为，情节严重的，可以寻衅滋事罪定罪量刑。鉴于被告人邓某某未满十六周岁，因此，除起诉书指控的抢劫被害人盘广的这次抢劫行为构成抢劫犯罪之外，其他抢劫行为因没有当场使用暴力或劫取少量财物，情节显著轻微，不应当认定为抢劫犯罪行为。

三、被告人邓某某出生于 1999 年 11 月 7 日，实施抢劫犯罪行为时已满十四周岁未满十六周岁，系未成年人犯罪，且属于初犯，归案后如实供述犯罪事实，认罪悔罪。根据《中华人民共和国刑法》第十七条、第六十七条规定，依法应当予以减轻处罚。

综上所述，被告人邓某某父母离异，家庭教育缺失。邓某某年少无知，法制观念淡薄，产生好逸恶劳、不劳而获的畸形心态，走上犯罪道路。本案被告人的犯罪行为给被害学生年幼的心灵造成了阴影，给常宁市城区学校的教学秩序造成不良影响，给当地社会治安带来不安定因素。因此，被告人应当对自己的犯罪行为付出代价，应当吸取教训，悔过自新。根据《中华人民共和国刑法》第十七条、第六十七条、

最高人民法院《关于审理抢劫、抢夺刑事案件适用法律若干问题的意见》最高人民法院《关于审理未成年人犯罪适用法律若干问题的解释》的相关规定，按照教育为主，惩罚为辅的原则，请合议庭给被告人邓某某一次改过自新，重新做人的机会，对邓某某减轻处罚，判处三年至四年有期徒刑。

第二章 代理词篇

一、汤某进提供劳务者受害责任纠纷一审代理词

承办律师：湖南激扬律师事务所 郭卫星 何花

【案件概述】

1. 案情简介：原告汤某进受鲁某仁、马某良的雇请在湘益阳机 5125 散货船上做事，后因船上抽水需要，汤某进在抬水泵至 5183 号船时摔入船机仓受伤。汤某进受伤后住院治疗，并构成五级伤残，就医疗费等损失赔偿问题起诉至法院。后追加船舶登记经营人益阳某某水路运输服务有限公司、实际股东曹建成、臧劲宇、李建军、段学军等为本案被告。

2. 争议焦点：汤某进与各被告之间的关系以及如何承担责任、损失如何认定。

3. 主要代理意见：原告系在湘益机 5125 船提供劳务期间受伤，被告马某良、鲁定仁应对原告的损失承担赔偿责任；船舶实际所有人及登记所有人均应对原告的损失承担连带赔偿责任；原告自身不存在过错，不需承担责任；原告主张的各项损失，于理于法有据，应当得到支持。

4. 涉及到的相关法律条文：《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》、《侵权责任法》、《民法通则》《国内船舶运输经营资质管理规定》等。

5. 法律问题及法理分析：船舶登记所有人、实际所有人及实际经营者对于雇请的员工在提供劳务时受伤，责任如何

承担的问题。

6. 承办结果：一审仅判决实际经营者承担赔偿责任，后经二审上诉，改判登记所有人及实际所有人均承担连带责任。

【代理词正文】

湖南激扬律师事务所接受益阳市法律援助中心的指派，安排我们担任汤某进的诉讼代理人，现就本案事实与相关法律，发表如下代理意见：

一、原告系在湘益机 5125 船提供劳务期间受伤，被告马某良、鲁某仁应对原告的损失承担赔偿责任。

湘益机 5125 船登记所有人为被告益阳市某某水路运输服务有限公司，实际经营者为被告鲁某仁、马某良。根据庭审查实，2013 年 7 月，原告受被告鲁某仁、马某良雇请在 5125 船上做事，出船期间每天 24 小时均为工作时间。2013 年 8 月 7 日，原告在从 5125 号船归还水泵回 5183 号船过程中摔入机舱受伤。

原告在被告鲁某仁等人的指挥下工作，虽然没有签订相关的合同，但其在湘益机 5125 船上提供劳务的事情双方均已认可，事实上已形成雇佣关系。依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》及《侵权责任法》相关规定，雇员在从事雇佣活动中遭受人身损害，雇主应当承担赔偿责任，因此作为雇主的被告马某良、鲁某仁应对原告汤某进的损失承担赔偿责任。

二、被告曹某成、臧某宇、李某军、段某军作为船舶实际所有人，应对原告的损失承担连带赔偿责任

经庭审查明，被告曹某成、臧某宇、李某军、段某军系

船舶的实际所有人，作为船舶实际所有人，将船舶发包给没有资质的鲁某仁、马某良。依据《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十一条第二款之规定，发包人知道接受发包的雇主没有相应资质的，应当与雇主承担连带责任。因此，曹某成、臧某宇、李某军、段某军作为船舶实际所有人，应对原告的损失承担连带赔偿责任。

三、被告益阳市某某水路运输服务有限公司作为船舶登记所有人，应对原告的损失承担连带赔偿责任

被告某某公司系违法挂靠，应承担连带赔偿责任，理由如下：

1. 依“运行支配与运行利益”理论，船舶挂靠企业被告某某公司应当承担侵权责任

从最高人民法院的系列批复和司法解释等可以明确我国以“运行支配权”和“运行利益归属权”作为判断标准来确定道路交通事故人身损害赔偿案件的责任主体，即谁是肇事机动车一方运行支配权或运行利益归属权的享有者，谁就是道路交通事故损害赔偿的责任主体。虽然批复和司法解释主要是针对道路交通事故案件而作出的，但船舶作为特殊的动产，与机动车有很多相似之处，并且船舶的运行具有更大的危险性。因此，用“运行支配和运行利益”理论来处理船舶挂靠企业侵权责任承担问题也是合理的。

首先，船舶挂靠企业对挂靠的营运船舶具有运行支配权。船舶挂靠公司对船舶虽无直接支配权，却对挂靠船舶享有选择权，并负有防止事故发生的指挥监督义务，船舶挂靠公司正是通过这种监督选任关系来实现对船舶的间接支配，

成为某种意义上船舶的运行支配者。在船舶挂靠经营关系中，船舶挂靠公司应选择对危险活动有担保履行能力的船舶挂靠人。对此，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》（以下简称《人损解释》）第十一条第二款有类似规定，对于侵权行为的一方，在内部关系中具有选任义务的人如未尽选任义务，应与被选任人承担连带责任。依此理论，某某公司应与挂靠人承担连带责任。

其次，船舶挂靠单位对挂靠的营运船舶具有运行利益。根据“获得利益的人负担危险”原则，让在船舶运行中受益的人承担损害赔偿 responsibility 符合公平、正义的法律理念。船舶挂靠单位从船舶的营运中获取了相应的利润，是运行利益的享有者，理应承担责任。虽然这种利润是以收取管理费的形式表现出来，但并不能因此仅仅根据其收取管理费的多寡来限制其应该承担的对外赔偿责任。只有施行严格的赔偿责任标准，才能促使船舶挂靠单位严格依法行事，加强对登记在其公司名下的个体运输船舶的安全教育和规范管理，最大程度地减少安全事故。因此，船舶挂靠单位应当作为船舶侵权的共同的赔偿主体。鉴于船舶挂靠单位有选任不当、监督不力的过错，与挂靠人的直接过错相结合，并与损害结果有相当因果关系，某某公司理应承担连带赔偿责任。

2. 被告某某公司出借资质获利的行为违反了国家的禁止性规定，应当对自己的违法行为带来的后果承担责任

根据交通部《国内船舶运输经营资质管理规定》的规定，从事船舶运输必须具有相应的资质，否则不准进入市场。国家之所以强调市场准入，强调资质，正是考虑到交通运输活动的公益性和风险性以及个体船东无单独承担市场风险和

运输风险的能力。在船舶挂靠经营中，挂靠人交纳各种税费、投保、年检都是以船舶挂靠单位的名义进行，营运及船身标志以被挂靠人之名向社会公示，其营运活动也是以船舶挂靠单位的名义实施的，事故发生也是在营运过程中发生的，但对于上述情况受害人和社会公众是不可能知道的。在营运中，作为挂靠人的个体船东本身并不具有营运资质，为了达了营运的目的，只能通过交纳管理费来换取船舶挂靠单位的资质使用权，以达到船舶挂靠单位和个体船东的“双赢”。因为船舶的实际所有权并不是船舶挂靠单位，挂靠单位往往不把船舶的安全管理放在心上，这种“事不关已”的心态，实质上是将船舶的可控风险放逐于社会，是造成船舶频发侵权事故的重要原因。船舶挂靠单位这种出借资质获利的行为，本身就违反了国家的禁止性规定，因此船舶挂靠单位应当对自己的违法行为所带来的损害后果承担赔偿责任。

3. 被告某某公司应对原告损失承担连带赔偿责任

在船舶挂靠关系中，船舶挂靠单位和挂靠人是内部合同关系，挂靠合同只对协议双方具有约束力，不能对抗善意的第三人。《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43条规定被挂靠单位列为共同诉讼人，显然要求被挂靠单位承担连带责任是该条规定的真正目的。《海商法》虽然没有明确的规定转承责任，但其第114.118条，第162条，第169条，第205条等多个条款规定在一定条件下船东或承运人应对其雇员过失导致的损害负赔偿责任。在社会公众的认同上，船长、船员其名义上受雇于船舶挂靠公司，船舶挂靠单位作为公示的船东或名义上的承运人，应当作为责任主体对外承担侵权责任。我国《民

法通则》第一百三十条规定：“二人以上共同侵权造成他人损害的，应当承担连带责任。”船舶挂靠人为营运谋利出资购船与船舶挂靠单位为收费牟利而出借资质的违法行为直接结合才使危险行为得以具体实施，应当认定为二主体的行为系侵权行为直接结合发生同一损害后果的，符合《人损解释》第三条第一款的规定构成共同侵权，应承担共同侵权的民事赔偿责任。另外，船舶挂靠单位从法律意义上讲就是船舶所有人，对所挂靠的船舶没有尽到监督、管理的义务，应以过错共同侵权论处，对挂靠船舶造成的侵权后果承担连带赔偿责任。

综上，被告某某公司应对原告的损失承担连带赔偿责任。

四、原告自身不存在过错，不需承担责任。

1. 作为雇主，被告马某良的弟弟马再某与原告一同吃饭饮酒后，仍执意安排原告工作，从管理的角度来说，原告是按雇主的意思、指示行事，不具有过错。因此，该事故的发生，原告并无过错，不应承担责任。

2. 原告出事是在少量饮酒且经过了四个多小时的休息。根据庭审查明，原告系在当天晚上6点左右喝酒，且并未过量，晚上十点左右接受工作指示归还水泵到湘益机5183时摔入5183号船机舱内。从现有证据来看，被告方也不能证明少量饮酒与摔伤有因果关系，更何况相距时间这么长，从常理来说，也不可能具有因果关系。

五、原告主张的各项损失，于理于法有据，应当得到支持。

根据我国《民法通则》106条第二款、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第十七

条规定，“受害人遭受人身损害，因就医治疗支出的各项费用以及因误工减少的收入，包括医疗费、误工费、护理费、交通费、住宿费、住院伙食补助费、必要的营养费，赔偿义务人应当予以赔偿。”（详见赔偿明细）

综上所述，原告系在湘益机 5125 船上提供劳务受伤导致遭受巨大的损失，被告马某良、鲁某仁应对原告的全部损失承担赔偿责任，被告益阳市某某水路运输服务有限公司应连带赔偿责任。

以上代理意见，请合议庭支持、采纳。

二、汪某波人身保险合同纠纷一审代理词

承办律师：湖南云济律师事务所 文闻

【案件概述】

1. 案情简介：2014年9月27日，投保人在新华人寿保险有限公司常德中心支公司业务员的推荐下为丈夫汪某波投保了一份重大疾病险，基本保险金额为50000元，交费期间20年，年交保险费3020元。投保人一直如期交付保险费。2016年1月26日，汪某波因急性胆囊炎在常德市第一人民医院治疗时，被查出患有慢性肾衰竭（尿毒症期）、肾性贫血、尿毒症心肌病等疾病。汪某波所患慢性肾衰竭属于保险合同约定的重大疾病，然而，新华人寿以汪某波曾于2011年8月20日住院治疗，认定汪某波“带病投保”而拒赔，并解除了保险合同。

2. 争议焦点：（1）投保人是否履行如实告知义务。（2）新华人寿是否有权解除合同，是否有权拒付保险金。

3. 主要代理观点：（1）投保人已经履行了如实告知义务，被告不能解除保险合同。（2）汪某波身患的慢性肾衰竭属于保险合同约定的重大疾病，被告应当依约给付重大疾病保险金及支付利息。

4. 相关法律条文：《保险法》第十六条、第一百三十一条；《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第六条

5. 法律问题与法理分析：

法律问题：新华人寿是否有权解除合同，是否有权拒付

保险金。

《保险法》第十六条明确规定“投保人故意不履行如实告知义务的，保险人对于合同解除前发生的保险事故，不承担赔偿或者给付保险金的责任，并不退还保险费。”因此，本案的关键在于，投保人是否履行如实告知义务，现从法的渊源来分析本案。

司法解释是法的正式渊源的一种，是最高人民法院、最高人民检察院作出的属于审判、检察工作中具体应用法律的解释。《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国保险法〉若干问题的解释（二）》第六条是对《保险法》第十六条的解释，该条明确规定“投保人的告知义务限于保险人询问的范围和内容。当事人对询问范围及内容有争议的，保险人负举证责任。保险人以投保人违反了对投保单询问表中所列概括性条款的如实告知义务为由请求解除合同的，人民法院不予支持。”本案应适用上述司法解释的规定。

6. 承办结果：

新华人寿保险股份有限公司常德中心支公司于本判决生效之日起三日内向汪某波给付保险金 51500 元。

【代理词正文】

原告汪某波与被告新华人寿保险股份有限公司常德中心支公司（以下简称新华人寿）人身保险合同纠纷一案，常德市法援中心指派文闻律师作为本案原告汪某波的诉讼代理人，现根据庭审查明的情况，结合相关法律规定，发表代理意见如下：

一、投保人徐某利已根据《保险法》第十六条之规定履

行了如实告知义务，被告新华人寿不能解除保险合同。

1. 本案中投保人的告知义务仅限于业务员的口头询问。通过法庭调查，被告新华人寿虽然在《投保单》中设计了众多的告知事项，但在投保时，被告的业务员杨某会并没有按照告知事项逐一对投保人进行询问，只是问了投保人徐某利“你桌上是什么药？你老公为什么瘦了？”，投保人徐某利如实回答以后，被告的业务员自行对询问单进行了填写。《保险法司法解释二》第六条明确规定“投保人的告知义务限于保险人询问的范围和内容。当事人对询问范围及内容有争议的，保险人负举证责任。”，据此，在原告已举证证明了被告提供的格式化的询问单与业务员实际询问不一致的情况下，投保人的告知义务应以业务员的口头询问为准。

2. 投保人已就其所知如实地回答了被告业务员杨某会，投保人已尽到如实告知义务。通过今天的举证质证可知，投保人就被告业务员的提问已经如实地进行了回答。至于被告的业务员仍然在投保单中勾“否”，完全是业务员为了自己的业绩作出的虚假表述，被告业务员这种极不规范的展业行为违反了《保险法》第一百三十一条的规定，根据《保险法司法解释二》第三条之规定，不能视为投保人的真实意思表示。

3. 2016年1月26日前，原告主观上并不知晓自己患有肾病。从2016年1月26日原告因急性胆囊炎入院时，向医生陈述的既往病史完全可以证明，原告从主观上确不知道自己患有肾炎。事实上，原告这些年来从未对自己的肾病进行治疗（没有治疗肾病记录），再次证明原告主观上不知道自己患有肾炎，否则也不会放任其发展成慢性肾衰竭。此次因为

胆囊炎发作意外查出慢性肾衰竭完全出乎了原告及家人的意料。连原告自己都不知道患有肾炎一事，作为与原告经常分居两地的投保人就更不可能知晓原告曾经身患肾炎。

4. 退一步讲，即便原告在投保时应当知道自己患有肾炎，被告亦不能解除保险合同。被告解除合同的依据是《保险法》第十六条，但根据该条款之规定，保险公司解除合同必须同时满足以下两个条件：一是，投保人故意或因重大过失未履行前款规定的如实告知义务；二是，保险人应当证明投保人所隐瞒的情况足以影响保险人决定是否同意承保或者提高保险费率的。而本案中，两个条件都不具备。第一，投保人不是被保险人本人，对于自己知晓的被保险人身患高血压、胆囊炎的身体情况已向被告如实告知了，已尽到如实告知义务，不具有故意或者重大过失未履行如实告知义务的情形。第二，整个庭审中，被告没有举证证明原告身患肾炎一事足以影响到被告是否同意承保或者提高保险费。因此，被告解除保险合同的条件根本不成就，被告无权拒绝付给保险金。

二、原告身患的慢性肾衰竭属于保险合同约定的重大疾病，被告应当依约给付重大疾病保险金及支付利息。

慢性肾衰竭属于保险合同约定的重大疾病，被告应当根据《健康福星增额（2014）重大疾病保险条款》的约定，按照基本保险金额 $X(1+3\% \times \text{保单经过整年度})$ 给付重大疾病保险金。对于原告的索赔，被告本应在法定的期限内进行给付，但是被告以种种借口却拒绝给付，给原告及原告的家庭造成了直接的利息损失。根据《保险法》第二十三条第二款的规定，“保险人未及时履行前款规定义务的，除支付保险金外，应当赔偿被保险人或者受益人因此受到的损失。”

综上所述，投保人已经根据被告的询问履行了如实告知义务，被告不能解除保险合同，而应当按照合同的约定给付重大疾病保险金。

三、李某湘病亡视同工伤案一审代理词

承办律师：湖南金鸥律师事务所 李世雄

【案件概述】

1. 案情简介：第三人罗某国丈夫李某湘是永兴县公路局职工，2015年11月10日下午5点左右，李某湘在便江镇灵坎村樟木组路段施工现场值班时患病（脑干出血），当地村民罗某平忙扶往其家中休息，21时40分罗某平发现其神志不清，立即拨打120送往医院抢救。2015年11月11日9时50分，李某湘经抢救无效死亡。2015年11月12日，永兴县公路局向郴州市人力资源和社会保障局申请认定为工伤。郴州市人力资源和社会保障局以李某湘死亡不是在工作时间和岗位为由，于2016年1月26日下达【2016】S18号不予认定工伤决定书。2016年3月16日永兴县公路局向桂阳县人民法院提起行政诉讼，要求撤销被告作出的郴人社工伤不认字【2016】S18号不予认定工伤认定书。2016年5月30日，桂阳县人民法院以【2016】湘1021行初14号判决书判令被告撤销郴人社工伤不认字【2016】S18号不予认定工伤决定书，但被告又于2016年7月29日作出郴人社工伤不认字【2016】S51号不予认定工伤决定书。2016年11月4日永兴县公路局再次向桂阳县人民法院提起行政诉讼，本次诉讼第三人罗某国参加诉讼，2016年12月26日桂阳县人民法院再次作出（2016）湘1021行初227号行政判决书判决撤销郴人社工伤不认字【2016】S51号不予认定工伤决定书，判决认为，李某湘突发疾病时是在农村施工现场，发病后是在村民家中休息，其休息之地是其工作场地的延伸，突发疾

病在 48 小时内抢救无效死亡，应视同工伤。被告再次以同一事实与理由作出了与原行政行为基本相同的行政行为，违反了行政诉讼法第七十一条，应予以撤销。

2. 争议焦点：李某湘死亡是否在工作时间和工作岗位？

3. 主要代理意见：李某湘发病时是在工作时间与工作岗位；被告作出不予认定工伤的决定系适用法律错误；对李某湘这样一位生前勤劳敬业，把生命奉献在工作岗位的优秀工作者因工死亡不能认定为工亡于理不平，于法不公！

4. 涉及到的相关法律条文：《工伤保险条例》第十五条第（一）款、《行政诉讼法》第五十二条、第五十三条。

5. 承办结果：李某湘因病死亡最终被郴州市人力资源和社会保障局认定为视同工伤。

【代理词正文】

受永兴县法律援助中心的指派，湖南金鸥律师事务所指定我为本案第三人罗某国的一审行政诉讼代理人。经阅卷调查及通过参加今天的庭审，本代理人认为，被告作出的郴人社工伤不认字（2016）S51《不予工伤认定决定书》事实不清，适用法律错误。现代理人根据本案事实与法律发表如下代理意见，供法庭参考。

一、第三人罗某国的丈夫李某湘发病时是在工作时间与工作岗位，符合《工伤保险条例》第十五条的规定，其因病死亡应视同工伤。

第三人丈夫李某湘是永兴县公路局职工（工班长），2015 年 11 月 10 日早上，李某湘受单位安排到便江镇灵坎村樟木组解决公路与 S209 线公路平面交叉路口搭接工作。下

午4点多钟左右，李某湘跟在场民工讲有点头晕，但考虑到工作未完成，仍带病工作，直到下午5点左右，身体已严重不适，无法再坚持工作，于是在当地村民罗某平帮助下扶往其家中休息。当晚21时40分，罗某平干活回家，发现其神志不清，呼之不应，立即拨打120送往永兴县人民医院抢救，2015年11月11日9时50分，经抢救无效死亡。以上事实证明，李某湘是在施工现场附近罗小平家被120接往医院，不是在自己家中。而根据“脑干出血”临床症状表现为：患者有时头疼，头晕，出汗，严重情况下通常长时间昏迷。这种症状发病时并非暴病症状，如大出血等严重危及生命的症状，发病时他难以料想后果会如此严重，如果知道会是这样的结果，早就离开岗位到医院治疗了，谁不珍惜自己的生命！而在病情尚轻微的情况下短暂休息是通常人做法，李某湘因工作任务还未完成，在施工现场出现以上症状后没有回自己家休息而是在群众的帮助下就近到农户家里休息一下，这符合人之常情！

本案关于李某湘发病时间应该在2015年11月10日16时左右在工作过程中因劳累过度突发疾病的问题，已经由【2016】湘1021行初14号判决书中质证确认，因此李某湘死亡符合我国《工伤保险条例》第十五条第（一）款之规定，被告应依法认定为视同工伤。

二、被告作出不予认定工伤的决定适用法律依据错误

被告2016年1月26日向原告及第三人下达了【2016】S18号不予认定工伤决定书。2016年3月16日原告向贵院提起行政诉讼，要求撤销被告作出的郴人社工伤不认字【2016】S18号不予认定工伤认定书。2016年5月30日，

由于被告认定事实不清，主要证据不足，贵院以【2016】湘1021行初14号判决书判令被告撤销郴人社工伤不认字【2016】S18号不予认定工伤决定书，但被告又于2016年7月29日作出郴人社工伤不认字【2016】S51号不予认定工伤决定书。该决定书认为：李某湘不是在工作时间和工作岗位突发疾病死亡，不符合《国务院关于修改《工伤保险条例》的决定》（国务院令 第586号）第十四条、第十五条认定工伤或视同工伤的范围，也不符合国家人社部于2016年5月20日发布的《中华人民共和国人力资源和社会保障部司法函》的规定，决定不予认定工伤。代理人认为被告适用法律、认定事实错误。

《行政诉讼法》第五十二条规定：人民法院审理行政案件，以法律和行政法规、地方性法规为依据。地方性法规适用于本行政区域内发生的行政案件。第五十三条规定：人民法院审理行政案件，参照国务院部、委根据法律和国务院的行政法规、决定、命令制定、发布的规章以及省、自治区、直辖市和省、自治区的人民政府所在地的市和经国务院批准的较大的市的人民政府根据法律和国务院的行政法规制定、发布的规章。这说明行政诉讼的判案法律依据只有法律、行政法规、地方性法规，部门规章、地方政府规章只能是处理行政争议案件的参考。被告处理本案时，依据2016年5月20日发布的《中华人民共和国人力资源和社会保障部司法函》则属于适用法律错误，其一、该函不属于法律、行政法规、地方性法规，也不是部门规章。其次，如果认定司法函是法律法规，则其发布的时间是2016年5月20日，被告不能以后续发布的法律依据来约束法律发布以前的行为，也即没有

法律溯及力!而国务院《工伤保险条例》第十五条规定的很明确,职工有下列情形之一的,视同工伤:(一)在工作时间和工作岗位,突发疾病死亡或者在48小时之内经抢救无效死亡的;关于李某湘死亡在工作时间与工作岗位部分的事实认定已经庭审审查清楚,应该确定符合该条规定。

三、李某湘生前多次被县市相关单位评为优秀共产党员和先进工作者,对这样一位生前勤劳敬业,把生命奉献在工作岗位的优秀工作者因工死亡不能认定为工亡于理不平,于法不公!

李某湘一生奉献给了公路事业,参加工作后所获得得“优秀共产党员”和“先进工作者”等荣誉奖状达到25项之多,在他耿直的工作过程中赢得了单位与群众的好评,但同时也得罪了部分自私自利的人,以至于今天有举报信的出现(举报信因无证据效力未被法庭认定),但无论如何都不能抹去他几十年如一日的坚持工作岗位的光荣精神,在他多年担任工班长的过程中不自私不图利,办事公平,如今家中仍是家徒四壁,借款购房,负债累累!他的离开使第三人罗某国中年丧夫,失去依靠,伤心欲绝!在符合国家法律规定的情况下,如不能认定工伤公平何在?

综上所述,李某湘因病死亡的事实符合国务院《工伤保险条例》第十五条之规定,符合认定工伤或视同工伤的条件,习近平总书记明确要求“努力让人民群众在每一个司法案件中都感受到公平正义”,为彰显法律的正义与公平,为维护第三人的合法权益,请求贵院主持公道,判令被告限期重新做出李某湘死亡视同工伤的决定!以上代理意见望贵院采纳!

四、唐某平、彭某君健康权纠纷二审代理词

承办律师：湖南展翼律师事务所 王章军

【案件概述】

1. 案情简介：2017年9月21日14时许，上诉人唐某平、彭某君夫妇在被上诉人郴州市某餐厅“555”包厢吃饭时，被患有精神疾病的原审被告李某清持匕首闯入餐厅包厢内捅伤，造成唐某平九级伤残、彭某君受伤的事故。对李某清的刑事部分，法院作出了强制医疗决定书，认定李某清为精神分裂症，作案时处于发病期，依法不负刑事责任。之后，唐某平、彭某君夫妇就损失赔偿事宜，向一审法院提起民事诉讼，要求李某清、李某乐（系李某清之法定代理人）、郴州市某餐厅立即支付唐某平各项费用299232.8元，支付彭某君各项费用5193.3元，并承担诉讼费。一审法院经审理后判决李某清、李某乐赔偿唐某平、彭某君273978.1元，并以唐某平、彭某君的受伤与郴州市某餐厅无关联为由，驳回唐某平、彭某君要求郴州市某餐厅赔偿的诉讼请求。唐某平、彭某君夫妇不服一审判决，提出上诉，要求撤销一审判决第二项，依法改判为郴州市某餐厅对唐某平、彭某君的损失承担赔偿责任。

2. 争议焦点：郴州市某餐厅对唐某平、彭某君的损失是否承担赔偿责任。

3. 主要代理意见：郴州市某餐厅未尽到安全保障义务，应对唐某平、彭某君的损失承担相应的补充责任。

4. 相关法律条文：《中华人民共和国侵权责任法》第三十七条规定：“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共

场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。”根据上述法律规定，直接实施加害行为的第三人可以确定的，加害人负有侵权赔偿责任，加害人无法确定或者没有能力承担赔偿责任的，安全保障义务违反人在其能够防止或者制止损害的范围内承担补充赔偿责任。本案中，李某清持匕首将唐某平、彭某君捅伤，李某清及其监护人李某乐作为直接侵权行为人，应对唐某平、彭某君的损失承担赔偿责任。郴州市某餐厅作为餐厅的经营管理人，对于持凶器进入餐厅的李某清未能及时履行发现并阻止，在李某清进入包厢实施行凶行为时未能及时制止，存在一定的过错。其应对唐某平、彭某君的损失承担相应的补充责任。

5. 承办结果：二审经审理后于2019年3月27日判决，撤销一审判决，改判由郴州市某餐厅对李某清、李某乐的273978.1元赔偿责任承担10%的补充责任。

【代理词正文】

受郴州市北湖区法律援助中心的指派，湖南展翼律师事务所王章军律师担任上诉人（受援人）唐某平、彭某君的委托代理人，现结合案件事实和法律，在坚持上诉状意见的基础上，补充发表如下代理意见：

一、被上诉人未尽到安全保障义务。

1. 一审判决除依据被上诉人经营者吴某玉在北湖公安分局燕泉派出所的二份内容矛盾的笔录外，无其他任何合法

有效证据予以佐证其二份笔录陈述的事实的客观真实性，该二份笔录不具有客观真实性，不应采信。

吴某玉于2017年9月21日14时46分-15时25分在燕泉派出所所作的笔录内容摘录为：第二页从上至下第12行起至22行“我就跟那个邻居(老谭)在店门口聊天，聊了大概10分钟左右后老谭就进包厢了，我当时还玩手机玩了大概5分钟的手机，当时我一直坐在店门口，突然就看见一个身影从外面冲店子里了，我就马上跟了进去看下这个人是怎么回事，进了店子后就发现他直接就冲到店里的555包厢，我刚进555包厢就看见那个人拿了一把水果刀正准备捅老谭，老谭就拿着凳子挡住了那个人的水果刀，我就马上出去叫我爸爸进去拉开他们，我看见我爸爸进了555包厢后，我就开始打110报警，正在打电话的时候，那个人就拿了一把带血的水果刀就从店里跑出去了，我就马上跑进包厢里，看到老谭留了很多血，我就拨打了120让他们来救治，拨打完120后我就出店门看下情况，就看到那个人的父亲抱着他不准他走”。第三页从上至下第1行起至3行“问：老谭被捅的事情你知道吗？当时你有无在场吗？答：我知道，因为是我开的餐厅里发生的事，当时我在场，我看见那个人正在捅老谭。”

吴某玉于2017年9月29日13时45分-14时46分在燕泉派出所所作的笔录内容摘录为：第二页从上至下第11行起至第三页第1行“我和老唐在店门口聊了10来分钟他就进了包厢。我就坐在店门口玩手机，玩了没有多久，突然就看见一个身影从外面冲进店子里，进入55包厢，我就马上跟着这个的也进入包厢看看是怎么回事，等我进到包厢后看

见那个人拿着把匕首，我才知道这个拿匕首的人就是到我店子旁边开杂货店的老李的儿子，包厢里的其中一名男子拿着凳子挡住老李的儿子，我意识不对，马上撤离包厢喊我爸爸进包厢帮忙，我就马上打 110 报警正打电话时，老李的儿子就拿着一把带血的匕首从包厢里冲了出来往店子外面跑，我就马上跑进包厢。看到老唐倒在地上留了很多血他老婆“彭姐”（后来得知她叫彭某君）身上也受伤流血，我就拨打 120，拨打完 120 后我就出了店门口，看见老李抱着他儿子不准他走，结果老李没有抱住，他儿子就跑了。事情的经过就是这样。问：老唐和他老婆彭姐是怎么受伤的？答：我没看到，进包厢时只看到老李的儿子拿着一把匕首和包厢的一名男子拿着凳子纠缠。”

上述二份笔录内容的主要矛盾之处：①吴某玉在第一份笔录中讲“看见那个人拿了一把水果刀正准备捅老谭，老谭就拿着凳子挡住了那个人的水果刀，”就同样的问题，吴某玉在第二份笔录中讲“包厢里的其中一名男子拿着凳子挡住老李的儿子，”②吴某玉在第一份笔录中对“老谭被捅的事情你知道吗？当时你有无在场吗？”的回答是“我知道，因为是我开的餐厅里发生的事，当时我在场，我看见那个人正在捅老谭。”而吴某玉在第二份笔录中就“老唐和他老婆彭姐是怎么受伤的？”的回答是“我没看到，进包厢时只看到老李的儿子拿着一把匕首和包厢的一名男子拿着凳子纠缠。”其他矛盾之处不再一一列举。

显然，吴某玉在派出所的该二份笔录内容就同一事实存在多处矛盾，这足以证实吴某玉事发当时并不在现场，该二份笔录不具有客观真实性，不应采信。

2. 吴某玉在派出所的二份笔录均陈述其事发当时向110、120报警，其联系电话是18673508664。而派出所的受案登记表显示记载的110报警联系方式是13467864208。该手机号经查询显示是周国林，不是吴某玉的。周国林是与上诉人一起在被上诉人555包厢聚餐的，系上诉人彭某君的同学。经在郴州市紧急救援指挥中心120查询结果显示，事发当天向120报警的电话是13875527588。该手机号经查询显示是金江东，不是吴某玉的。金江东也是与上诉人一起在被上诉人555包厢聚餐的，系上诉人彭某君的同学。这进一步证实吴某玉在派出所的二份笔录内容不具有客观真实性，不应采信。

3. 今天两位证人出庭作证的，均证实事发当时，被上诉人无任何人员对李某清的行为进行阻止，尤其是吴某玉当时并不在现场，是事发后，上诉人被抬上120救护车时才匆匆从外面赶回来的。就连吴某玉父亲都是在事发后被顾客的呼救声，才匆匆从卫生间出来敷衍应付。

综上，被上诉人并未尽到任何的安全保障义务。

二、本案系在餐馆就餐发生的伤害事故，属于公共场所发生的事故，对公共场所管理人是否尽到安全保障义务，不应由受害人（消费者）承担举证责任，而是实行举证责任倒置由公共场所管理人承担举证责任，更符合立法本意和宗旨，更有利于保障受害人的权益。

公共场所管理人常常具有证据距离近、举证能力强、有举证妨碍的可能，同时，公共场所由于空间的开放性，导致安全事故的因素具有不确定性，常常只能根据导致事故发生原因的盖然性来认定安全保障义务人对其事故是否具有过

错。因此举证责任倒置更有利于达到查明案件真实，实现诉讼公平、追求诉讼效率与经济等诉讼价值的立法本意和宗旨，更有利于保障受害人的权益。

三、被上诉人应对上诉人的损失承担相应的补充责任。

被上诉人对上诉人在其餐厅消费就餐期间的人身安全未尽到安全保障义务，导致上诉人被原审被告李某清捅伤，存在过错。且李某清系精神分裂症患者，属限制民事行为能力人，其毫无赔偿能力。根据《侵权责任法》第三十七条“宾馆、商场、银行、车站、娱乐场所等公共场所的管理人或者群众性活动的组织者，未尽到安全保障义务，造成他人损害的，应当承担侵权责任。因第三人的行为造成他人损害的，由第三人承担侵权责任；管理人或者组织者未尽到安全保障义务的，承担相应的补充责任。”之规定，被上诉人应对上诉人的损失承担相应的补充责任。

综上，一审判决在认定事实错误的基础上，适用法律错误，导致错误判决。望二审法院依法予以纠正。

以上意见供合议庭会议时参考，望予采纳。

五、郭甲物权保护纠纷案二审代理词

承办律师：湖南众望归律师事务所 贺陵彬

【案件概述】

1. **案情简介：**本案起因源于一起发生在上世纪九十年代的民间借贷纠纷，案件经法院审理并作出生效判决。随后，涉及借贷案件的当事人与其三兄弟之间共有的房产被错误执行。与此同时，在此期间受援人因被限制人身自由（监狱服刑）不能及时表达其对上述共同共有被执行房产的执行异议。最终导致受援人的房产被错误执行，且不能发生执行回转，同时因当时法律制度不够完善，物权法等相关法律规定尚未出台，加之当时的司法环境不佳最终导致本案的产生。

2. **争议焦点：**本案二审争议焦点主要围绕：一、当年的借款由谁举借；二、两被上诉人是否应当承担赔偿责任；

3. **代理意见：**①总的代理意见方案为如何确保能够证明当年发生的借款非上诉人所借；②上诉人对共同共有的房产被错误执行没有过错；③房产被错误执行与上诉人的行为没有因果联系。

4. 涉及到的相关法律条文：

《中华人民共和国物权法》第三十三条【物权确认请求权】因物权的归属、内容发生争议的，利害关系人可以请求确认权利；

第三十七条【损害赔偿和其他民事责任请求权】侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任；

第九十五条【共同共有】共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权；

第一百零三条【共有关系不明对共有关系性质推定】共有人对共有的不动产或者动产没有约定为按份共有或者共同共有，或者约定不明确的，除共有人具有家庭关系等外，视为按份共有；《中华人民共和国侵权责任法》第六条 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任；二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任；

第十九条 侵害他人财产的，财产损失按照损失发生时的市场价格或者其他方式计算；

5. 法律问题及法理分析：按照目前的民事法律规定，当年的执行属于错误执行，可以向法院提出执行异议之诉，但是目前的实际状况是房产已经被执行完毕且不能发生执行回转。那么现在唯一可做的只能向对方提起物权损害赔偿。

鉴于此，本案二审代理中只能紧紧把握住物权侵权这块，争取让对方承担物权侵权责任。

6. 承办结果：上诉请求得到支持。本案最终的承办结果，正如前期制定应诉方案的既定结果，二审局势出现扭转并反败为胜，受援人所期待的诉请得到全部支持。

【代理词正文】

湖南众望归律师事务所接受郴州市苏仙区法律援助中心指派，由我担任郭甲上诉郭乙、郭丙物权保护纠纷一案二审的代理人，本人接受指派后经详细查阅一审全部案卷，以及和当事人沟通案情并结合二审庭审情况现就本案发表如下代理意见，供合议庭参考采纳：

两被上诉人实施了侵害上诉人财产的行为

本案源于一起民间借贷纠纷，因两被上诉人向案外人邓某某借款，后无力偿还借款最终导致三兄弟共有的位于郴州市苏仙区解放里3某号房屋（房屋权证号：郴房私字18XX号）房子被郴州市苏仙区法院强制执行拍卖。

根据上诉人在一审提交的证据借条显示（即1997年7月30日被上诉人郭丙出具给案外人邓某某的借条），其中借条的落款处清楚、明白的记载了被上诉人郭丙的名字没有上诉人的名字，可见该借款明显非上诉人所借。加之，上诉人当时年幼没有经济来源，出借人（即案外人邓某某）不可能将上述巨款出借于上诉人。以上种种迹象，均足以认定上述借款系被上诉人郭丙所借，被上诉人郭丙应当偿还借款。但因，被上诉人郭丙无力归还借款，同时因当时法律制度不完善最终导致三兄弟共同共有的房屋被人民法院强制执行。

依据《中华人民共和国物权法》第三十七条 **【损害赔偿和其他民事责任请求权】**侵害物权，造成权利人损害的，权利人可以请求损害赔偿，也可以请求承担其他民事责任。该条明确指出侵权人因过错侵害他人物权应当承担赔偿责任。本案被上诉人郭丙于1997年7月30日向案外人邓某某借款，后因无力偿还导致债权人申请强制执行该房屋，最终导致上诉人对房屋共有部分权益被侵害，且侵权事实成立。

二、两被上诉人共同导致上诉人拥有的房屋份额被错误的执行完毕

依据《中华人民共和国物权法》第九十五条 **【共同共有】**共同共有人对共有的不动产或者动产共同享有所有权；《中华人民共和国侵权责任法》第六条 行为人因过错侵害他人

民事权益，应当承担侵权责任；第八条 二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。结合二审庭审时被上诉人郭乙的陈述，其也曾向案外人邓某某借了款项，但声称已经归还借款。与此同时，本案证人邓某某在庭审时所作的证言也能准确判断系两被上诉人共同行为导致房屋被强制执行。因两被上诉人的借款事实清楚，且无有力证据证明自己已经归还借款，本案所涉房屋确因两被上诉人未按时归还欠款被错误执行。因此，两被上诉人对上诉人应当承担物权损害赔偿赔偿责任。

三、财产损失与两被上诉人的侵权行为具有直接因果关系

因两被上诉人不能按期归还借款的行为，最终导致房屋被错误执行，两被上诉人对房屋的错误执行具有直接因果关系。该房屋虽被郴州市苏仙区人民法院以强制执行的方式被拍卖，但是系因两被上诉人借款后无力归还导致房屋被错误执行，因此该房屋被错误执行与两被上诉人不能归还借款之间具有直接因果关系。

四、两被上诉人的行为主观上具有过错

依据《中华人民共和国侵权责任法》第六条 行为人因过错侵害他人民事权益，应当承担侵权责任；第八条 二人以上共同实施侵权行为，造成他人损害的，应当承担连带责任。

本案的产生与两被上诉人主观上的过错密切相关，本案为物权保护纠纷，在发生执行过程中两被上诉人未及时通知上诉人对该共有的房屋被错误执行具有不可推卸的责任。两

被上诉人在明知该房屋即将被错误执行仍无动于衷，对上诉人予以欺骗，可以明确推知其主观上的共同故意。

综上所述，本案一审判决认定事实明显错误，两被上诉人向案外人邓某某借款事实清楚、证据确实充分。本案因两被上诉人未能及时履行还款义务最终导致共有的房屋被错误执行，应当向上诉人共同承担赔偿责任，为维护法律正确实施以及公平正义，恳请二审法院查清案件事实，依法改判两被上诉人承担赔偿责任。

六、李某某公共场所管理人责任纠纷案二审代理词

承办律师：湖南金雁律师事务所 马辉军

【案件概述】

1. **案情简介：**李某某下岗后由广州某某劳动服务有限公司雇请承担火车客车上销售小百货工作，2009年12月13日下午5时多李某某下班，因已过下班时间，李某某直接回家。第二天上午李某某到衡阳火车站内的广州某某劳动服务有限公司办公室交款交货，在越过铁道第十轨道时被高速列车撞倒拖挂近百余米，造成李某某双下肢骨折及头颅外伤后遗症等身体多处损伤，经医院半年多的治疗，李某某终于保住了性命，但双下肢大腿以下截肢，李某某终生在轮椅中度过。经法医鉴定李某某构成三级伤残，需终身部分护理依赖。李某某以提供劳务者受害责任纠纷起诉广州某某劳动服务有限公司承担赔偿责任，同时以某某（集团）公司作为第三人侵权承担连带赔偿责任。

2. **本案主要争议焦点：**一是珠晖区人民法院是否有管辖权；二是李某某与广州某某劳动服务有限公司是劳动关系还是雇佣关系；三是第三人某某集团公司是否承担连带赔偿责任；四是二被告对李某某的受害是否有过错。

3. **涉及到的相关法律：**本案适用的法律为民法通则、侵权责任法、最高人民法院相关的司法解释及铁路部门的规章、制度及雇工赔偿的相关理论，法理分析在代理词中释明。

4. **承办结果：**该案一审法院判决被告某某铁路集团公司承担60%赔偿责任，赔偿原告李某某846519元，某某集团公司不服提起上诉，二审法院判决某某集团公司承担50%的赔偿责任，赔偿李某某705433元。

【代理词正文】

衡阳市珠晖区法律援助中心接受李某某的法律援助申请，指派我担任李某某雇员受害赔偿一案的诉讼代理人参加本案诉讼，我根据本案事实及相关法律规定，提出如下代理意见，供法庭参考。

一、关于本案管辖问题

本案管辖经衡阳市中级人民法院裁定由珠晖区人民法院管辖，某某（集团）公司不服，提出申诉，省高院移送衡阳市中院审查，衡阳市中院对于申诉人的申诉至今半年多也未立案再审，超过了法定期限，因此衡阳市二级法院关于本案管辖的裁定是生效的裁定，故本案不存管辖问题。本案无论是雇员受害赔偿还是人身损害赔偿都属于侵权纠纷，侵权纠纷由侵权行为和侵权结果所在地人民法院管辖，本案侵权行为地和侵权结果地都在珠晖区人民法院管辖范围内，因此珠晖区人民法院对本案享有管辖权。

二、关于本案是劳动关系，还是雇佣（劳务）关系

本案应属雇佣（劳务）关系，理由如下：

1. 李某某是衡阳某某动力有限公司（原某某柴油机厂）下岗职工，李某某与该单位没有解除劳动关系，仍然是其职工。劳动者在同一时间只能与一个用人单位建立劳动关系，任何劳动者都不能与二个用人单位同时签订劳动合同，建立劳动关系。因此李某某出来打工，只是提供劳务的临时打工性质，不存在与其他单位建立新的劳动关系的情形，其他单位为逃避用人单位的责任，也不会与之建立劳动关系。

2. 本案上诉人给李某某所发各种证件，都注明李某某是临时售货员，外来劳务人员，季节性用工，且李某某在上诉人和广州

某某劳动服务公司（下简称羊城公司）提供劳务十余年，二被告（一审被告，以下省略）没有与李某某签订劳动合同，也没有为其购买“五险一金”，也没有对李某某作为职工进行管理、安排。因此李某某与二被告只能是提供劳务的雇佣关系。

3. 据蒋某某一审中提供的证据，李某某与被告之间采取承包的形式发放劳务报酬，即李某某每趟车向被告缴纳固定的承包费，余下的为自己的劳务报酬。该形式符合典型的雇佣关系的特征，因为雇佣关系中的雇主是通过雇请他人而获得利益。雇佣关系中主体地位是平等的，它们之间是一种“劳务”与“报酬之间”的交换，雇佣关系中受雇人只需要按照雇佣契约完成工作任务，无需接受雇佣人的其他无理指示，即受雇人可以不遵守雇佣方的内部规定，当然也不享受雇佣方的福利待遇。劳动关系主体双方具有行政上的隶属关系，劳动者是用人单位的内部成员，应当遵守其内部规章制度，服从单位的领导与安排，同时也享受用人单位的劳动保护和“五险一金”等福利待遇。雇佣关系强调成果之给付，而劳动关系则强调劳动者与生产资料相结合的劳动过程。

本案中，李某某与被告达成口头雇佣协议，李某某只为被告提供劳务（售货），并获得利益（承包费），而不存在劳动关系中的行政隶属关系，因此本案李某某与被告是典型的雇佣关系而非劳动关系。

三、第三人与雇主承担连带责任

根据一审查明的事实，涉讼事故时某某公司是李某某的雇佣方，上诉人为李某某雇员人身损害的第三人。根据最高人民法院《关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第11条规定，雇员在从事雇佣活动中受人身损害，雇主应承担赔偿责任，雇佣关系以外的第三人造成雇员人身损害的，赔偿权利人可

以请求第三人承担赔偿责任，也可以请求雇主承担赔偿责任。雇主承担责任后，可以向第三人追偿。由此可见，雇主对雇员的损害应当直接承担赔偿责任，而且是无过错的责任；雇佣关系以外的第三人侵权行为造成损害，受害人可以同时请求第三人和雇主承担连带赔偿责任。第三人和雇主的责任为不真正连带的侵权赔偿责任。第三人侵权行为造成的损害，雇主承担赔偿责任后可以向第三人追偿。法律上之所以规定雇主与侵权人对雇员受害赔偿应承担不真正连带赔偿责任，正是基于经济原则所作出的，这样规定可以避免被侵权人在通过司法途径向雇主要求赔偿得不到执行的情况下，再行向法院诉讼侵权人的麻烦，而且使雇主不需在雇员向其主张权利后再行通过司法途径向侵权人追偿，这样显然提高了司法效率，节约了司法成本，而且能够更好地维护雇员的合法权益。

综上，上诉人作为侵权第三人应与某某公司对李某某的人身损害承担连带的赔偿责任。

四、上诉人与某某公司有重大过错，对李某某的人身损害应负完全的赔偿责任。

1. 法律上的责任。被告某某公司作为李某某的雇主，对雇员受害应承担无过错的责任。上诉人广州某某（集团）公司作为涉讼事故的高速列车、车站的所有者、管理者应该根据《民法通则》第 123 条的规定承担民事责任。衡阳火车站为高度危险区域，列车为高速运输工具，其管理者和所有者的上诉人应承担高度危险责任，也即无过错责任，何况本案上诉人有重大过错，应该承担全部责任。

2. 上诉人与某某公司将列车上所售商品仓库和收费站设在高度危险的衡阳火车站车库内，存在重大安全隐患，违反了《铁

路运输安全保护条例》第 11 条规定，在铁路线路安全保护区内，除必要的铁路施工、作业、抢险活动外，任何单位和个人不得实施以下行为①建造建筑物、构筑物；④堆放、悬挂物品。第 12 条规定，铁路线路安全保护区内已有的建筑物、构筑物危及铁路安全的，应该按有关规定限期拆除。二被告没有履行该规定，对涉讼事故造成的损害，应承担完全责任。

3. 上诉人的某某火车站和车库为高度危险区域，没有全封闭，没有安排安全员值班巡查，没有设置必要的安全防护措施。

4. 某某公司的仓库和收费站设在高度危险区域的某某火车站车库内，该车库被十多条火车运行的铁轨所包围，没有一条正常的安全道路可出入通行。因此，铁路内部职工和包括李某某在内的外来务工人员都配有车库北门钥匙，大部分员工都从李某某出事的路线从北门进入车库，上诉人没有制止，而且放任，默许员工从北门出入，北门已实际成为员工上、下班的通道，安全事故是不可避免的。

正是由于上诉人管理混乱，缺乏安全防范意识，违反了安全法律、法规规定，最终造成惨剧的发生，上诉人和某某公司有重大过错。

综上，一审判决认定事实清楚、真实，使用法律准确，但一审判决赔偿的比例偏袒上诉人，因为受害人有重大过失的只是减轻侵权人的赔偿责任，法律规定只是减轻而不是分担责任，一审判决李某某自己承担 40% 的责任过高，因此请求二审法院公平公正判决。

李某某现已双腿截肢，身体畸形，存在严重的精神、智力、行为障碍，无生活自理能力，李某某自出事到现在已住院近三年，现仍全身多处溃烂，仍无治愈的希望，其现状真是惨不忍睹，其

家人备受磨难。我相信各侵权人具备应有的良知和道德，履行应尽的义务，尽快解决李某某面临的种种痛苦和磨难，我将代表李某某及其家人表示衷心的感谢！

七、赖某某劳动争议纠纷案一审代理词

承办律师：湖南弘湘律师事务所 王卫郴

【案件概述】

1. 案情简介：受援人赖某某从2011年2月入职某某饭店从事保安岗位，2016年11月饭店经理陈某突然通知赖某某不用来上班了，就这样赖某某被用人单位单方辞退。公司人事曾某某找赖某某要求办理离职手续时，提出公司最多支付半个月的工资作为补偿，赖某某不同意并提出要求公司按照国家法律的规定补偿自己，公司不同意，故双方未能就补偿事宜达成一致，公司单方面要求赖某某先回家休息一段时间等公司的处理通知。公司因以前常用单方辞退员工的方法此次未能得逞，见状在未与赖某某协商的情形下，意图通过对赖某某恶意调岗调薪的方式，逼迫赖某某主动提出离职。赖某某为了维护自己的合法权益，故向长沙市雨花区劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，仲裁会经过审理后，作出裁决，支持了赖某某的部分仲裁请求。赖某某不服故向法院起诉。

2. 争议焦点：一、劳动者赖某某与用人单位某某饭店的劳动关系是否解除或终止？二、用人单位某某饭店的单方调岗是否有法律依据和事实依据，是否合法？

3. 主要代理意见：案件开庭时，代理人就案件争议焦点从事实与法律两个层面，进行了充分详实的分析与论述，使得主审法官在开完庭后，直接问用人单位代理律师：单位是

希望案件判决还是调解？并建议用人单位找劳动者赖某某调解为好。

4. 承办结果：在主审法官的主持下，最终用人单位同意了赖某某提出的调解金额，用人单位害怕案件成为公司员工纷纷效仿的案例，故同意给付调解金额的同时要求在调解书上不要将用人单位同意给付的赔偿款全部列明，经赖某某本人同意后，双方在签收法院调解书时当场按照双方约定金额交付。受援人赖某某对代理人就案件的办理效果非常满意，通过法律援助维护了自己的合法权益。

【代理词正文】

湖南弘湘律师事务所受长沙市司法局法律援助处的指派，指定我作为劳动争议案件原告（受援人）赖某某的法律援助律师。庭前代理人已向原告详细了解了案件情况，并仔细熟悉了双方的证据材料，现结合今天的庭审情况，依据事实与法律，就全案发表如下代理意见：

一、用人单位某某饭店（以下用“用人单位”代指）已向劳动者赖某某（以下简称“赖某某”）做出解除双方劳动关系的明确意思表示，自用人单位做出解除劳动关系的意思表示后，双方之间用工终止，即双方之间劳动关系终止。

店长陈某明确对赖某某说：“反正那边新店开张的话，明年有可能会开张，等（新店）开张需要（人）的话再通知你过来吧。”这句话意思很明确，亦即用人单位要单方解除与赖某某的劳动关系【辞退赖某某】，而自用人单位向原告初次（11月13日）表示要解除双方之间劳动关系之日起，双方之间用工终止。同时，赖某某用实际行动接受了被告单

方解除劳动关系的意思表示，故双方就解除劳动关系达成一致，双方之间用工的终止就是证明。

用人单位与劳动者之间是否存在用工是判定双方是否存在劳动关系的法律标准，在没有法律规定的特殊情形（工伤、孕期等停工留薪期间）下，用人单位与劳动者之间用工关系终止则劳动关系终止。本案，自用人单位向赖某某表示要解除劳动关系之日起双方用工关系即告终止，双方之间的劳动关系因用人单位单方解除而终止。

二、即便诚如用人单位所说，其对赖某某没有辞退的意思而仅是调岗，那用人单位的所谓“调岗”也无法律与事实依据，依法不产生法律效力。

工作岗位是劳动合同的必备条款，是劳动合同的实质内容，也是劳动者就业选择权的直接体现。我国劳动合同法第三十五条规定，用人单位与劳动者协商一致，可以变更劳动合同约定的内容。换言之，只要用人单位和劳动者协商一致可以变更劳动者工作岗位，基于双方合意的调岗是合法的。然而，本案用人单位某某饭店与劳动者赖某某双方并未就变更工作岗位形成合意，因而不属于合意调岗，是用人单位单方调岗。

用人单方调岗属于单位用人自主权，法律保护用人单位合法情形下的用人自主权，但为避免劳动关系中强势一方的用人单位利用自己的优势地位，滥用权利侵害劳动者的合法权益，法律对用人单位的用人自主权进行了明确限制。只有符合法律明确规定情形，用人单位方能无需与劳动者协商一致而单方调岗，且用人单位负有举证证明自己单方调岗的合法性和“充分合理性”的责任。

我国《劳动合同法》第四十条规定，劳动者患病或者非因工负伤，在规定的医疗期满后不能从事原工作，用人单位可以进行调岗；劳动者不能胜任工作的，用人单位可以进行调岗。据此规定，用人单位只有在劳动者出现上述法律规定的两种情形下，方可不经与劳动者协商一致而实现单方调岗，否则任何单方形式的调岗都是没有法律依据的。

用人单位要证明自己单方调岗合法，应举证证明劳动者患病或者非因工负伤后，在规定的医疗期满后不能从事原工作或劳动者不能胜任工作。然而，本案中，劳动者赖某某没有患病或者非因工负伤的情形，庭审中用人单位也不能举证证明其不能胜任原工作岗位，故用人单位某某饭店单方调岗没有法律与事实依据。

实质上，用人单位意欲在仅支付赖某某半个月工资的情形下辞退赖某某。当赖某某向用人单位提出合法的要求时，用人单位在不愿承担法律责任（依法支付解除劳动合同的经济补偿/赔偿金）的情形下，再未与赖某某本人商量的情形下，任性单方调整赖某某工作岗位。企图用单方调岗的违法行为掩盖辞退的违法行为，为此还设计并采取了一系列动作，用这一系列没有劳动者本人参与的单方的无法律效力的行为，意图美化甚至“合法化”其违法行为。

庭审时，用人单位声称，单方调岗后赖某某的工资收入更高，工作更为轻松，调岗不但没有损害赖某某的利益，反而更符合赖某某本人利益。用人单位的这一看似合理的主张实质上与事实不符也不成立。在用人单位里赖某某并非年龄最大身体健康状况最差的保安，用人单位为什么不将工作更轻松的岗位给其他身体健康状况更差的保安？为什么不将

其他工资待遇更低的保安从原工作岗位调离调整到待遇更高的岗位？而单单将赖某某一人调离保安工作岗位？事实是，用人单位的保安中只有赖某某一人购买了社会保险，赖某某成为用人单位所有保安中用工成本最高的一位保安，实质上，是用人单位不愿承担依法用工成本才出此下策。

三、用人单位声称基于单位经营管理需要，该岗位没有必要设置原定岗位数而对赖某某单方调岗，即便属实用人单位的单方调岗依然不合法。

根据《劳动合同法》第四十条规定，劳动合同订立时所依据的客观情况发生重大变化，致使劳动合同无法履行，经用人单位与劳动者协商，未能就变更劳动合同内容达成协议的，用人单位提前三十日以书面形式通知劳动者本人或者额外支付劳动者一个月工资后，可以解除劳动合同。

依此规定，很多用人单位认为，部门取消或企业生产经营需要所导致的岗位消失，应属于客观情况发生重大变化，用人单位不仅可以调岗还可以解除合同。但这种理解是错误的。依据原劳动部关于《劳动法》若干条文的说明（劳办发（1994）289号）第二十六条之规定，“客观情况”指：发生不可抗力或出现致使劳动合同全部或部分条款无法履行的其他情况，如企业迁移、被兼并、企业资产转移等，并且不排除“用人单位濒临破产进行法定整顿或者生产经营状况发生严重困难”的情形。换言之，用人单位管理层单方决定取消单位的部门或岗位设置，应理解为“用人单位自主管理”范畴，不属于客观情况，用人单位不能据此单方调岗或者解除劳动合同。

退一步来说，即便用人单位具有法律规定的上述“客观

情况”，依据劳动合同法第四十条规定，此“客观情况”下的调岗仍应是双方协议调岗，而非用人单位单方调岗。哪怕用人单位与劳动者双方无法协商调岗时，用人单位仍无权单方调岗，但可选择提前三十日或者额外支付劳动者一个月工资后解除劳动合同。

由此可见，用人单位声称的基于单位经营管理需要，赖某某所在保安岗位没有必要设置原定岗位数，而对赖某某单方调岗，缺乏事实和法律依据，不合法。

四、用人单位声称因赖某某在单位调岗后未到新工作岗位构成旷工，从而依据单位规章制度解除与赖某某的劳动合同的观点，依法不成立。

代理人认为，因用人单位单方调岗后劳动者没有到新岗位工作而被用人单位认定构成旷工，用人单位之后以劳动者旷工严重违反用人单位规章制度，行使劳动合同单方解除权，必须基于两个前提：

第一，岗位调整是合理合法的。如果岗位调整不合理不合法，用人单位具以做出解除劳动合同的纪律处分也就失去了基础，依据不合法的基础做出的处理必然也不合法。

第二，岗位调整合法合理的情形下，劳动者有未到新岗位上班的事实。

本案中，如前所述，用人单位的单方调岗不合法。且赖某某与用人单位的劳动关系自用人单位作出辞退意思表示之日便已解除，双方已无用工关系，故不存在旷工的事实。用人单位对赖某某认定构成旷工并据此单方解除劳动关系的行为，与事实不符、于法无据，依法不成立。

综上，用人单位在不具备法定解除权的情形下，单方解

除与赖某某的劳动关系，而为掩饰这一违法行为，再未与赖某某协商一致的情形下，违法单方调岗，并用一系列违法行为企图掩饰自己先前的违法行为。若用人单位的行为得逞，将为其它用人单位“合法”侵害劳动者合法权益，提供了极坏的“成功范本”，势必将造成严重的社会负面引导。

八、郑某某劳动争议纠纷案一审代理词

承办律师：湖南金州（岳阳）律师事务所 马会

【案件概述】

1. 案情简介：2008年5月，郑某某的丈夫李某某经人介绍入职岳阳某燃气公司，在该公司安装部从事安装工作。2016年9月21日李某某因患肺癌医治无效死亡。李某某自入职岳阳某燃气公司直至其死亡，在该公司工作了八年多，但该公司没有与李某某签订书面劳动合同，也没有为李某某办理社会保险。李某某住院治疗直至去世，岳阳某燃气公司也未向李某某家属支付非因工死亡的待遇。

2. 争议焦点：李某某与岳阳某燃气公司之间是否存在劳动关系？岳阳某燃气公司是否应向李某某家属支付非因工死亡的相关待遇？

3. 主要代理意见：李某某与岳阳某燃气公司之间系劳动关系，并非岳阳某燃气公司所主张的雇佣关系。因为李某某有工资发放的银行流水；李某某与岳阳某燃气公司之间地位不平等，系管理与被管理的关系；李某某从事安装工作对外代表的是岳阳某燃气公司，而非个人行为；李某某从事的安装工作系岳阳某燃气公司的常态业务。

4. 承办结果：经过代理人的努力，一审法院认定李某某与岳阳某燃气公司之间存在以完成一定工作任务为期限的劳动合同关系，并判决岳阳某燃气公司支付李某某家属郑某某、黄某某、李某等各项赔偿款51944.8元。

【代理词正文】

岳阳市法律援助中心依法接受郑某某等人的委托，指派我担任原告岳阳某燃气公司诉被告郑某某等人劳动争议纠纷一案被告郑某某等人的诉讼代理人，参与本案庭审。就本案事实、证据，并结合有关法律规定，本律师发表如下代理意见，供法庭参考：

一、李某某与原告之间构成劳动关系，并非雇佣关系。

代理人认为本案李某某与原告之间系典型的劳动关系，并非原告所称的雇佣关系，理由如下：

其一、依据交通银行的银行流水清单，原告从 2011 年至 2016 年均向李某某发放工资。李某某的工资组成为底薪加提成，底薪每月约八百元，原告以现金形式发放；提成由原告在李某某的交通银行工资卡里发放。因提成根据业绩确定，所以原告发放提成的金额不固定、时间也不固定。

其二、李某某与原告之间存在管理与被管理的关系，地位并不平等。李某某早上八点需准时到原告处上班，参加原告公司的早会。李某某上班时必须穿戴有“某某燃气公司”字样的统一工作服，并遵守原告公司安装工作的相关规章制度，且其工作地点、工作时间、工作进程均需按照原告的要求进行，不得延误。

其三、经查询，李某某使用的手机号加入了原告公司集团号，经询问移动公司的客服，加入集团号必须征得原告公司负责人或经理的同意，这也证实李某某的确是原告的员工，双方之间属劳动关系。

其四、李某某从事安装工作代表的是原告，并非个人行为。李某某是穿着原告公司的工作服入户安装、调试天然气，

客户一看就明白这是原告公司指派的安装工，代表的是原告公司的行为，不可能是个人行为，原告才是责任的承担者。同时每一个安装员必须有公司的指派，并经系统记录之后才能按照公司交付的派工明细表入户安装、通气，否则不计入工时。其实这与中国移动、中国电信的宽带安装员的模式是一样的，他们与公司之间都是劳动关系。

最后，李某某从事安装工作是原告的常态业务。只要有新客户就需要安装，而且每户在使用过程中如出现任何问题都需要安装员入户检查、调试、通气。因此，该常态业务对原告来说是不会中断的。而李某某就是在原告公司长期、持续、稳定地从事安装和通气工作。至于原告在庭审中提交的证人证言，因证人是原告公司内部员工，其证言根本不可信。

二、李某某是受聘于原告，与成都某燃气公司没有任何关系。

原告没有提交任何证据证明已将安装工作承包给了成都某某燃气公司，更没有证据证明李某某是受聘于成都某某燃气公司。实际上李某某的工作地点一直在岳阳，一直在为原告从事安装和通气工作。

三、李某某在原告处工作了8年多，原告没有为李某某办理职工社会保险，根据法律规定，原告应承担因未办理医疗保险给李某某造成的损失。

2016年5月8日，李某某因身体不适入院检查，被查出患肺癌晚期，5月13日确诊后停止工作住院治疗。李某某先在岳阳市第一人民医院住院7天，医疗费为6169.84元；于2016年5月20日转入岳阳市中医院住院45天，医疗费为16594.21元；后转入湖南省第二人民医院住院16天，医疗

费为 69269.54 元；最后又转入岳阳市中医院住院 17 天，医疗费为 13618.44 元。以上四次住院共计花费医疗费 105652 元。因原告未为李某某办理职工医疗保险，导致其无法享受职工医疗保险待遇，治病期间的所有费用全部由李某某自己负担，现其家庭已负债累累。

根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释三》第一条“劳动者以用人单位未为其办理社会保险手续，且社会保险经办机构不能补办导致其无法享受社会保险待遇为由，要求用人单位赔偿损失而发生争议的，人民法院应予受理”的规定，李某某或其家属有权要求原告赔偿李某某因无法享受医疗保险待遇所遭受的损失。

又根据《岳阳市城镇职工基本医疗保险实施办法》第二十一条：“个人帐户由以下两部分构成：（一）在职职工个人按上年度本人工资总额的 2% 缴纳的基本医疗保险费全部记入个人帐户。（二）用人单位缴纳的基本医疗保险费按下列比例划入个人帐户：45 岁（含 45 岁）以下的按本人上年度工资总额的 0.7% 划入个人帐户；”、第二十二条：“个人帐户用于支付门诊医疗费、住院医疗费中的个人自付部分和自购药品。个人帐户的本金和利息为个人所有。职工或退休人员死亡时，其个人帐户资金余额可以依法继承。”的规定，原告应首先赔偿李某某医疗保险个人账户的损失，每年按其本人上年度工资总额的 2.7% 予以赔偿，共计八年多。

又根据《岳阳市城镇职工基本医疗保险实施办法》第三十四条：“统筹基金的起付标准为上年度统筹地区职工年平均工资的 10%”、第三十五条：“起付标准以下的医疗费用由个人帐户支付或个人自付。当年起付标准以上、最高支付限

额下的医疗费用，由统筹基金和职工个人按下列比例分段负担：3000 元以内的部分，个人负担 20%；3000 元以上 10000 元以内的部分，个人负担 15%；10000 元以上至最高支付限额的部分，个人负担 6%；”的规定，李某某于 2016 年死亡，上年度（2015 年）岳阳市职工年平均工资为 45592 元，据此计算原告应赔偿的医疗费损失为 94538 元。

四、李某某因患肺癌去世，原告应依法给予李某某因病死亡的相关待遇，包括病假期间的工资、丧葬补助费和抚恤金。

根据《劳动部企业职工患病或非因工负伤医疗期规定》[劳部发（1994）479 号]第三条：“企业职工因患病或非因工负伤，需要停止工作医疗时，根据本人实际参加工作年限和在本单位工作年限，给予三个月到二十四个月的医疗期：（一）实际工作年限十年以下的，在本单位工作年限五年以下的为三个月，五年以上的为六个月。”的规定，李某某在原告处工作八年，其医疗期依法为六个月，但李某某从住院治疗至死亡只有五个月的时间，因此，其医疗期应计算为五个月。又根据劳动部《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》[劳部发（1995）309 号]第五十九条：“职工患病或非因工负伤治疗期间，在规定的医疗期内由企业按有关规定支付其病假工资或疾病救济费，病假工资或疾病救济费可以低于当地最低工资标准支付，但不能低于最低工资标准的 80%。”的规定，岳阳市 2016 年最低工资标准为 1250 元，原告应支付李某某的病假工资为 5000 元（ $1250 \times 5 \times 80\%$ ）。

又根据 2013 年《湖南省关于调整企业职工因病或非因公死亡后有关待遇的通知》第一条：“丧葬补助金按其死亡

时上年度全省企业退休人员月平均基本养老金的四个月发放，抚恤金按其（包括在职参保人员和已办理退休手续按月领取基本养老金的退休人员）企业职工基本养老保险缴费年限（含视同缴费年限），每满一年计发一个月死亡时上一年度全省企业退休人员月平均基本养老金，最多不超过 20 个月。企业职工基本养老保险缴费年限计算到月，不满一年按一年计算。”、第二条：“未参加企业职工基本养老保险的，丧葬补助金和抚恤金标准参照本文执行，所需资金由其所在单位按原渠道列支。”的规定，2015 年全省企业退休人员月平均基本养老金为 2007 元，据此计算李某某因病死亡的丧葬补助金为 8028 元(2007×4 个月);抚恤金为 18063 元(2007×9 个月)。

综上，代理人认为李某某与原告之间是劳动关系而非雇佣关系，其在原告处工作 8 年多，原告未与其签订书面劳动合同，也未为其办理社会保险。现李某某因病去世，原告应承担因未办理医疗保险给李某某造成的损失，同时应依法向李某某家属支付李某某因病死亡的相关待遇，包括病假期间的工资、丧葬补助费和抚恤金。

以上代理意见，恳请法庭采纳！

九、贺某逢等生命权纠纷案一审代理词

承办律师：湖南丹阳律师事务所 谭奇勇

【案件概述】

1. 案情简介：2016年6月，被告风光旅行社承接了衡阳地区至郴州莽山景区漂流一日游的旅游优惠专线，被告周某、谭某向外界发布招揽信息。受害人伍某、贺某杰经被告资某名、黄某华、国旅旅行社、交通旅行社、亲和力旅行社、湖南旅游旅行社、风光旅行社、谭某的组织参加此旅游活动。2016年6月26日，受害人伍某、贺某杰乘坐被告刘某辉驾驶湘D9*396大客车旅游（湘D9*396大客车的实际车主为被告刘某辉、蒋某战、王某婵，登记车主为被告骏达客运公司）。因被告刘某辉疲劳驾驶、超载、应急手锤配备不规范等原因，车辆在高速公路上与护栏碰撞起火，导致受害人伍某、贺某杰等人遇难。2016年7月14日，湖南省高速公路交通警察局郴州支队宜章大队作出了高郴宜公交认字[2016]第00002号道路交通事故认定书认定：刘某辉负事故全部责任，乘车人伍某、贺某杰等人不负事故责任。

2. 争议焦点：一、湘D9*396大客车的实际车主、登记车主分别是谁，二者之间是否存在挂靠关系？对该车辆具有支配权、运营利益分配权的主体是谁？二、湘D9*396大客车在本次事故中有无超员情况？若有，是否加重了损害后果以及所加重的程度比例？三、参与本次旅游活动的旅游经营者、旅游辅助服务者、旅游从业人员具体是哪些？

3. 判决结果：一、被告某某财产保险股份有限公司衡阳中心支公司赔偿原告贺某梦、贺某逢、伍某甲、赖某凤的损

失 661155.69 万元（已扣减某某财产保险股份有限公司衡阳市分公司支付的保险金 100 万元）；二、被告国旅旅行社赔偿原告贺某梦、贺某逢、伍某甲、赖某凤的损失 179598.31 元，被告资某名、黄某华、周某、刘某辉、蒋某战、王某婵、骏达客运公司负连带赔偿责任；三、驳回原告贺某梦、贺某逢、伍某甲、赖某凤的其他诉讼请求。

【代理词正文】

我们作为 (2016) 湘 0481 民初 1909-1939.2609.2638.2639 号等共计 34 宗生命权案的一审诉讼代理人，庭前进行了走访、调查、阅卷等大量工作，刚才又通过了原、被告的举证、质证、庭审提问等一系列的庭审活动，我们认为本案的事实基本清楚，证据确实充分。根据事实和法律，我们如实发表如下代理意见：

一、被告刘某辉、蒋某战、王某婵、骏达客运公司、资某名、黄某华、风光旅行社、谭某、周某、莽山某甲公司、莽山某乙公司的行为侵害了 35 位受害人的生命权，应当承担连带侵权赔偿责任，交通旅行社、贺某秀、国旅旅行社、徐某、亲和力旅行社、何某维、旅游旅行社、李某婷的行为侵害了其组织的相应受害人的生命权，应当在其组织的相应受害人范围内承担相应连带侵权赔偿责任。

根据本案证据，我们认为本案的基本事实如下：

湘 D9*396 大客车由被告蒋某战、刘某辉、王某婵合伙经营，2009 年 8 月 11 日至今一直挂靠在被告骏达客运公司营运经营。

2016年6月，被告周某以被告风光旅行社的名义与被告莽山某甲公司、莽山某乙公司达成口头协议，由被告风光旅行社在衡阳地区宣传、推介莽山漂流旅游活动，被告莽山某甲公司提供了800个免门票、免漂流票指标。被告周某通过微信平台发布了“莽山珠江源漂流一日游99元”优惠活动信息，并和与其联系的旅行社、户外团体约定票价99元/人，组织者赚取30元/人，其余69元/人，由组织者代收交给被告周某。每次旅行活动之前，被告周某均制作好计划书，加盖被告风光旅行社的行程确认章后，通过微信发给被告莽山某甲公司的工作人员，并提前进入莽山为组织的游客领取优惠票。

2016年6月，被告资某名通过担任群主的“悦游山水户外”QQ群和微信群发布莽山特价漂流活动信息。同年6月19日被告资某名组织了数十人参加了莽山特价漂流活动。活动后，被告资某名又从被告周某处获取了2016年6月26日的莽山特价漂流的指标。

35位受害人分别经被告资某名、黄某华、交通旅行社及其耒阳网点贺某秀、国旅旅行社及其耒阳网点徐某、亲和力旅行社及其耒阳网点何某维、湖南旅游旅行社及其耒阳网点李某婷、风光旅行社、谭某、周某、莽山旅游公司、莽山漂流公司的组织参加此旅游活动。35位受害人分别向被告资某名、黄某华、交通旅行社及其耒阳网点贺某秀、国旅旅行社及其耒阳网点徐某、亲和力旅行社及其耒阳网点何某维、湖南旅游旅行社及其耒阳网点李某婷、风光旅行社、谭某、周某、莽山某甲公司、莽山某乙公司交纳了旅游服务费149元/位（包括交通费50元）。

被告资某名、黄某华组织了 22 名游客，交通旅行社及其耒阳网点贺某秀、国旅旅行社及其耒阳网点徐某、亲和力旅行社及其耒阳网点何某维、湖南旅游旅行社及其耒阳网点李某婷将招徕的旅游者 33 人转让给被告资某名、黄某华合伙经营的耒阳市某户外俱乐部，并扣除返利后将剩余的旅游服务费交给了被告资某名、黄某华，被告资某名通过朋友谷某联系，口头包租了湘 D9*396 大客车接送，被告资某名、黄某华扣除返利及交通费后将剩余的旅游服务费交给了被告莽山某甲公司、莽山某乙公司、周某、谭某，被告黄某华向被告刘某辉支付了交通费 50 元/位。

2016 年 6 月 26 日，35 位受害人乘坐被告刘某辉驾驶的湘 D9*396 大客车，从耒阳前往莽山风景区旅游。被告刘某辉因疲劳驾驶、超载、安全锤未按规定放置于车厢内等缘故，车辆在宜凤高速公路段与护栏碰撞起火，致使 35 位受害人遇难。2016 年 07 月 14 日，湖南省高速公路交通警察局郴州支队宜章大队作出了高郴宜公交认字[2016]第 00002 号道路交通事故认定书认定：刘某辉负事故全部责任，35 位受害人不负事故责任。

以上事实有道路交通事故认定书、刘某辉、蒋某战、王某婵的讯问笔录、资某名、黄某华、贺某秀、徐某、何某维、谭某、周某、李某婷的询问笔录、衡阳市公安局交通警察支队车辆管理所业务查询、证人莫某生、王某军、李某卫、刘某明、何某、李某、彭某的证言、营业执照、保险单、国务院批复 626 特别重大事故调查报告、刑事判决书、庭审笔录等相关证据佐证。

根据《侵权责任法》第 2-4 条、第 6-7 条、第 13.18 条，《民法通则》第 35.106.130 条，《最高人民法院关于适用〈中华人民共和国民事诉讼法〉的解释》第 54.60 条，《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 3 条，《旅游法》第 12 条、第 28-31 条、第 37 条、第 39-40 条、第 49-50 条、第 53 条、第 92-94 条、第 111 条，《最高人民法院关于审理旅游纠纷案件适用法律若干问题的规定》第 1.3.7.10.14.16 条，《旅行社条例》第 2.28.31 条、《旅行社条例实施细则》第 2.27.32 条，《道路交通安全法》第 21-22 条、第 49 条，以及《最高人民法院关于审理道路交通事故损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 3 条等法律法规的有关规定，结合本案的事实与证据，我们认为：

被告刘某辉驾驶湘 D9*396 大客车，因疲劳驾驶、超载、安全锤未按规定放置于车厢内等缘故导致发生宜凤高速 626 特大交通事故致 35 位受害人遇难，其行为侵害了 35 位受害人的生命权，存在重大过错。被告刘某辉驾驶湘 D9*396 大客车的侵权行为与 35 位受害人遇难的损害后果之间存在因果关系，不存在不可抗力、紧急避险等免责事由，应当承担侵权赔偿责任。

被告骏达客运公司违规安排安排事故车辆湘 D9*396 大客车发车营运、未按有关规定要求开展企业日常安全管理工作包括未按规定对事故车辆开展安全检验、未落实车辆动态监控管理规定、非法打印旅游包车客运标志牌、未采取有效措施防止驾驶人疲劳驾驶、未落实应急管理各项规定要求，导致发生宜凤高速 626 特大交通事故，存在重大过错，应当

承担侵权责任。

被告蒋某战、王某婵、被告刘某辉 3 人系合伙关系，该三人与被告骏达客运公司系挂靠关系。被告蒋某战、刘某辉、王某婵、被告骏达客运公司系旅行辅助人，未尽到安全保障义务，造成了 35 位受害人的人身损害、财产损失，应当承担侵权责任。

被告资某名、黄某华合伙经营了耒阳市某户外俱乐部，未办理旅行社业务经营许可证、工商登记等证照，不具备旅游经营资质和导游资质，非法组织了 626 莽山漂流活动，并从中获取了利益；同时，违反了有关安全管理规定，未尽到安全保障义务，导致发生宜凤高速 626 特大交通事故，存在重大过错，应当承担侵权责任。

被告周某未办理旅行社业务经营许可证、工商登记等证照，不具备旅游资质和导游资质，系 626 莽山漂流活动的组织者、信息发布者和经营者，非法组织了 626 莽山漂流活动，并从中获取了利益，导致发生宜凤高速 626 特大交通事故，存在重大过错，应当承担侵权责任。

被告谭某系被告风光旅行社的员工，被告风光旅行社对被告周某多次以风光旅行社的名义，并加盖了风光旅行社的印章，通过微信网络平台发布莽山珠江源漂流一日游优惠活动的信息，没有表示反对，视为默认，应当认定被告风光旅行社及其员工被告谭某与周某共同组织了 626 莽山漂流活动，存在重大过错，应当承担侵权责任。

被告莽山某甲公司、莽山某乙公司系 626 莽山景区旅游、莽山漂流活动的经营者，将莽山漂流活动交给不具备旅游资质和导游资质的被告周某，存在重大过错，应当承担侵权责

任。

被告交通旅行社及其耒阳网点、国旅旅行社及其耒阳网点、亲和力旅行社及其耒阳网点、湖南旅游旅行社及其耒阳网点系旅游经营者。被告贺某秀、徐某、何某维、李某婷系旅行辅助人，他们将招徕的旅游者全部转让给不具备旅游资质和导游资质的被告资某名、黄某华，并从中获取利益，违反了有关安全管理规定，未尽到安全保障义务，导致发生宜凤高速 626 特大交通事故，存在重大过错，应当承担侵权责任。

综上，被告刘某辉、蒋某战、王某婵、骏达客运公司、资某名、黄某华、风光旅行社、谭某、周某、莽山旅游公司、莽山漂流公司的行为侵害了 35 位受害人的生命权，应当承担连带侵权赔偿责任，被告交通旅行社、贺某秀、国旅旅行社、徐某、亲和力旅行社、何某维、旅游旅行社、李某婷的行为侵害了其组织的相应受害人的生命权，应当在其组织的相应受害人范围内承担相应连带侵权赔偿责任。

各被告及其代理人在庭审中提出各被告不是本案的适格被告、没有过错、与损害后果之间没有因果关系等一系列主张均不能成立，不但缺乏证据和事实依据，而且缺乏法律依据，建议合议庭不予采纳。

二、被告某某财险湖南分公司、某某财险衡阳中心支公司应在保险责任限额范围内承担赔偿责任。

根据本案证据，本案各被告投保的旅行责任保险如下：

被告风光旅行社向被告某某财险湖南分公司投保了旅行责任险，事故责任限额人民币 400 万元，保险期间为 2016 年 01 月 01 日起至 2016 年 12 月 31 日止。

被告湖南旅游旅行社向被告某某财险湖南分公司投保了旅行社责任保险，每次事故责任限额人民币 800 万元，累计事故责任限额人民币 1200 万元，保险期间为 2016 年 01 月 01 日起至 2016 年 12 月 31 日止。

被告交通旅行社向被告某某财险湖南分公司投保了人身意外险 10 万元/人，保险期间为 2016 年 06 月 26 日 00:00:00 起至 2016 年 06 月 26 日 23:59:59 止。

被告亲和力旅行社向被告某某财险湖南分公司投保了旅行社责任保险，事故责任限额人民币 400 万元，保险期间为 2016 年 01 月 01 日起至 2016 年 12 月 31 日止。

被告交通旅行社向被告某某财险衡阳中心支公司投保了旅行社责任保险，事故责任限额人民币 400 万元，保险期间为 2016 年 03 月 12 日起至 2017 年 03 月 11 日止。

被告湖南旅游旅行社向被告某某财险衡阳中心支公司投保了旅行社责任保险，事故责任限额人民币 600 万元，保险期间为 2016 年 01 月 12 日起至 2017 年 01 月 11 日止。

因本案宜凤高速 626 特大交通事故发生在 2016 年 6 月 26 日，以上保险均在保险期限内。被告交通旅行社组织了受害人刘某湘、冯某梅、戴某华、邓某玉；被告亲和力旅行社组织了受害人陈某凤、吴某、伍某国；被告湖南旅游旅行社组织了受害人王某兆、伍某、雷某军；被告衡阳旅游旅行社组织了受害人谢某芝、刘某民、肖某林、龙某仔、曹某鹏、谢某义、熊某菊、周某珍、伍某、贺某杰、伍某玲、肖某伍、梁某秀。被告资某名、黄某华经营的耒阳市某户外俱乐部组织了受害人张某英、王某英、李某平、谢某莲、廖某慧、周某结、黄某、伍某成、谢某菊、曹某、肖某发、段某花。被

告风光旅行社组织了被告交通旅行社、亲和力旅行社、湖南旅游旅行社、衡阳旅游旅行社、资某名、黄某华所经营的耒阳市某户外俱乐部所组织的本案 35 位受害人。

根据《保险法》第 2.10.12.14 条,《旅行社责任保险管理办法》第 2-4 条、第 7 条、第 10-11 条、第 15.18 条、第 20-24 条的规定,结合以上事实,被告某某财险湖南分公司、某某财险衡阳中心支公司在保险责任限额范围内承担赔偿责任。

三、101 位原告诉请的各项损失,敬请法庭依法审查核定,我们针对的是 101 位原告诉请的总损失,(2016)湘 0481 民初 1909-1939.2609.2638.2639 号等 34 宗各案的具体损失详见各案的赔偿损失清单。

1. 死亡赔偿金 23763600 元。

依照《侵权责任法》第 17 条、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 29 条之规定。

在本案中,35 位受害人在该起交通事故中遇难,参照湖南省 2017 年度城镇居民人均可支配收入 33948 元/年。35 名受害人死亡所产生的死亡赔偿金为 $33948 \text{ 元/年} \times 20 \text{ 年} \times 35 \text{ 人} = 23763600 \text{ 元}$ 。

2. 丧葬费 1154895 元。

依照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 27 条之规定。

在本案中,35 位受害人在该起交通事故中遇难,参照湖南省 2017 年度职工年平均工资 65994 元/年。35 位受害人死亡所产生的丧葬费: $65994 \text{ 元/年} \times 1/2 \times 35 \text{ 人} = 1154895 \text{ 元}$ 。

3. 受害人亲属办理丧葬事宜发生的交通、住宿、误工等其他合理费用 70000 元。

依照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 17 条第 3 款之规定。

在本案中，35 位受害人在该起交通事故中遇难，35 位受害人死亡所产生的亲属办理丧葬事宜发生的交通、住宿、误工等其他合理费用： $2000 \text{ 元/人} \times 35 \text{ 人} = 70000 \text{ 元}$ 。

4. 精神抚慰金 1750000 元。

依照《侵权责任法》第 22 条、相关司法解释和湖南省高级人民法院的相关规定，每级伤残精神抚慰金 5000 元，最高为 50000 元。

在本案中，35 位受害人在该起交通事故中遇难，35 位受害人死亡所产生的精神抚慰金： $50000 \text{ 元/人} \times 35 \text{ 人} = 1750000 \text{ 元}$ 。

5. 被扶养人生活费 5937252.30 元。

依照《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》第 28 条之规定。

在本案中，35 名受害人在该起交通事故中遇难，参照湖南省 2017 年度城镇居民人均可支配收入 23163 元/年。具体详见 (2016) 湘 0481 民初 1909-1939. 2609. 2638-2639 号等 34 宗各案的赔偿损失清单。

6. 受害人的财产损失 70000 元。

依照《侵权责任法》第 19-20 条之规定。

在本案中，35 名受害人在该起交通事故中遇难，35 受害人死亡所产生的财产损失： $2000 \text{ 元/人} \times 35 \text{ 人} = 70000 \text{ 元}$ 。

以上事实有道路交通事故认定书、35 位受害人的亲属关

系证明、101 位原告的居民身份证或户籍资料、法医鉴定意见书等相关证据佐证。

以上各项共计人民币 32745747.30 元，减去保险公司已支付的 17500000 元，还应支付 15245747.30 元。

四、各被告及其代理人在庭审中提出骏达客运公司已按协议赔偿到位的主张，缺乏证据和事实依据，建议合议庭不予采纳。

综上，敬请法庭查明事实，依法作出公正判决，维护 101 位原告的合法权益。

以上代理意见，仅供合议庭参考和采纳。

十、易某连劳动争议仲裁案代理词

承办律师：湖南御辩律师事务所 吴江红

【案件概述】

2015年3月，申请人易某连到被申请人公司（株洲某物业有限公司）从事环卫工工作，双方签订了劳动合同，办理了社会保险。2016年9月1日，申请人在工作时发生交通事故，经株洲市人力资源和社会保障局认定为工伤，其劳动能力鉴定为九级伤残。2017年6月份，被申请人与申请人签订了解除劳动合同书，但未给申请人一份，也未给申请人任何工伤补偿。为此，申请人申请劳动仲裁。

根据申请人与被申请人双方的意见，仲裁庭归纳本案争议焦点为：各项工伤待遇的仲裁请求是否有法可依？

本律师根据《工伤保险条例》【国务院令 第586号】、《湖南省实施〈工伤保险条例〉办法》【湖南省人民政府令 第（267号）】、《湖南省工伤职工住院治疗工伤伙食补助费和到外地就医途中交通食宿费支付标准规定》【湘政办发[2011]42号】、《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》【（2006）行他字第12号】等规定，提出被申请人作为用人单位应当履行工伤待遇申报义务；各项补偿标准均有法可依，不应降低；交通事故民事赔偿与工伤保险补偿法律关系不同，不应抵扣。

庭后在仲裁庭主持下，双方达成调解，由被申请人一次性支付申请人七万元，本案争议就此解决。

【代理词正文】

湖南御辩律师事务所依法接受株洲市天元区法律援助中心的指派，由本律师担任本案申请人易某连的仲裁代理人。代理人在庭前了解了本案事实，查阅了相关证据材料，根据仲裁庭归纳的争议焦点，发表如下代理意见，供仲裁庭参考。

一、申请人的最低工伤保险缴费工资为 2879.4 元。

根据《工伤保险条例》第六十四条第二款规定：“本条例所称本人工资，是指工伤职工因工作遭受事故伤害或者患职业病前 12 个月平均月缴费工资。本人工资高于统筹地区职工平均工资 300%的，按照统筹地区职工平均工资的 300%计算；本人工资低于统筹地区职工平均工资 60%的，按照统筹地区职工平均工资的 60%计算。”《株洲市人力资源和社会保障局关于开展社会保险缴费基数申报、社会保险登记证年审及社会保险诚信等级评定工作的通知》【株人社发〔2015〕4 号】第三条第一款第五项：“对于工伤保险，用人单位缴费基数为上年度本单位职工工资总额，职工个人不缴纳工伤保险费。本人工资高于统筹地区职工平均工资 300%的，按照统筹地区职工平均工资的 300%计算；本人工资低于统筹地区职工平均工资 60%的，按照统筹地区职工平均工资的 60%计算”的规定，株洲市 2015 年在岗职工月平均工资为 4799 元，而依据申请人与被申请人签订的《劳动合同》，双方约定的工资标准明显低于株洲市在岗职工月平均工资。

因此，申请人的缴费基数为 $4799 \times 60\% = 2879.4$ 元，申请人应当享受的各项工伤保险待遇中本人工资为 2879.4 元。

二、申请人诉请的各项工伤保险待遇均有法可依，被申请人应予支付。

1. 鉴定费 399 元。

根据《湖南省实施〈工伤保险条例〉办法》【湖南省人民政府令第（267 号）】第二十二第一款规定：“用人单位已经参加工伤保险的，工伤职工劳动能力鉴定费用从工伤保险基金支付。用人单位未参加工伤保险或者未按时足额缴纳工伤保险费的，工伤职工的劳动能力鉴定费用由用人单位承担”。该条第三款规定：“劳动能力鉴定收费标准由省人民政府价格主管部门会同财政部门制定”，申请人劳动能力鉴定为九级伤残，鉴定费用确实已经实际发生并由申请人支付。根据上述规定，劳动能力鉴定费用 399 元应由工伤保险基金支付，但相关劳动能力鉴定票据申请人已提交至被申请人且被申请人已经从保险基金中领取了该费用。

2. 一次性伤残补助金 25914.6 元、一次性工伤医疗补助金 23035.2 元、一次性伤残就业补助金 23035.2 元。

根据《工伤保险条例》第三十七条：“职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，享受以下待遇：（一）从工伤保险基金按伤残等级支付一次性伤残补助金，标准为：九级伤残为 9 个月的本人工资；（二）劳动、聘用合同期满终止，或者职工本人提出解除劳动、聘用合同的，由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金。一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金的具体标准由省、自治区、直辖市人民政府规定。”《湖南省实施〈工伤保险条例〉办法》第二十六条：“职工因工致残被鉴定为七级至十级伤残的，按照《条例》第三十七条的规定，由工伤保险基金支付一次性伤残补助金。劳动(聘用)合同期满终止劳动关系，或者职工本人提出解除劳动(聘用)合同的，

由工伤保险基金支付一次性工伤医疗补助金，由用人单位支付一次性伤残就业补助金，终止工伤保险关系。一次性工伤医疗补助金的具体标准是：九级伤残为 8 个月的本人工资；一次性伤残就业补助金具体标准是：九级伤残为 8 个月的本人工资。终止劳动关系或者解除劳动(聘用)合同时，工伤职工本人工资低于本统筹地区上年度职工平均工资 60%的，按本统筹地区上年度职工平均工资的 60%计算和支付一次性工伤医疗补助金和一次性伤残就业补助金。”的规定，结合本案的事实与证据，申请人与被申请人已于 2017 年 6 月 20 日解除劳动合同。虽然被申请人多次辩称未解除劳动合同，但与本案客观事实严重不符。为此，申请人在法定期限内向仲裁庭申请到株洲市人力资源和社会保障局调取了相应的解除劳动合同的证明。同时被申请人已于 2017 年 6 月给申请人停保，被申请人也确实已经领取了申请人的一次性工伤医疗补助金（领取一次性工伤医疗补助金的前提条件是双方解除劳动合同）。所以，双方解除劳动合同这一事实非常清楚，被申请人应当向申请人支付相应的工伤保险待遇，结合申请人最低工伤保险缴费工资 2879.4 元，其工伤保险待遇具体为一次性伤残补助金 25914.6 元（ 2879.4×9 ），一次性工伤医疗补助金 23035.2 元（ 2879.4×8 ）；一次性伤残就业补助金 23035.2 元（ 2879.4×8 ）。

3. 停工留薪工资 25914.6 元。

根据《工伤保险条例》第三十三条“职工在遭受事故伤害需暂停工作接受工伤医疗的，停工留薪期内，原工资福利待遇不变，由所在单位按月支付。停工留薪期一般不超过 12 个月。”的规定，双方于 2017 年 6 月 20 日解除劳动合同，

从申请人提供的工资流水可知，被申请人自 2016 年 9 月后未再向申请人支付过任何工资福利待遇，故申请人的停工留薪期应为 9 个月，被申请人应向申请人支付 9 个月的工资共计 25914.6 元。

4. 伙食补助费 2600 元、护理费 2600 元。

根据申请人提交的病例资料显示，申请人因工受伤在医院住院治疗 26 天，诊断为左三踝骨折并脱位，期间做了切开复位内固定术。因手术行动不便，期间由其家属在医院陪护。按照护理行业的市场水平，申请人请求按照 100 元/天标准要求被申请人支付护理费及按照 100 元/天的标准支付相应的住院伙食补助费并无不当。

5. 交通费 2000 元。

申请人因工受伤在医院住院治疗 26 天，申请人受伤住院前居住在石峰区荷花乡霞湾村，但在位于株洲市天元区的株洲中医伤科医院住院治疗，住院期间家属往来频繁，申请人根据实际情况主张 2000 元的交通费合法合理。

三、交通事故民事赔偿与工伤保险补偿法律关系不同，被申请人主张应当扣除从交通事故纠纷中获得的赔偿的观点于法无据。

《中华人民共和国劳动法》第三条规定：“劳动者享有享受社会保险和福利的权利。”工伤保险待遇是职工受到事故伤害或患职业病时获得的医疗救治和经济补偿，其作用是使伤残者医疗、生活有保障，工亡者遗属的基本生活得到保障，该规定由国家立法强制执行，是国家对劳动者履行的社会责任，也是劳动者应该享受的权利。本案属于民事侵权责任和工伤保险责任竞合，工伤职工有权同时获得相应的赔偿

与补偿，具体理由如下：

1. 《中华人民共和国社会保险法》第四十二条规定：“由于第三人的原因造成工伤，第三人不支付工伤医疗费用或者无法确定第三人的，由工伤保险基金先行支付。工伤保险基金先行支付后，有权向第三人追偿。”该法对是否可以分别按照侵权责任法和社会保险法要求侵权赔偿和享受工伤待遇虽未作出明确规定，但并未排除除工伤医疗费用外的其他工伤保险待遇的给付。

2. 《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》【法释(2003)20号】第十二条规定，劳动者因工伤事故遭受人身伤害，向人民法院起诉请求用人单位承担民事赔偿责任的，告知其按《工伤保险条例》的规定处理。因用人单位以外的第三人侵权造成劳动者人身伤害的，赔偿权利人请求第三人承担民事赔偿责任的，人民法院应予支持。前述规定可以理解为除工伤医疗费用外的工伤保险待遇和民事侵权赔偿二者可兼得。

3. 根据《最高人民法院关于因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后是否还可以获得工伤保险补偿问题的答复》〔(2006)行他字第12号〕的答复，因第三人造成工伤的职工或其亲属在获得民事赔偿后，可以按照《工伤保险条例》的规定，向工伤保险机构申请工伤保险待遇补偿。

因此，交通事故民事侵权责任和工伤保险责任竞合时，因两种赔偿请求权基础、法律性质、赔偿责任主体不同，劳动者或工亡职工亲属同时享有交通事故损害赔偿请求权和工伤保险待遇赔偿请求权。在仲裁庭审理过程中，被申请人虽然称申请人已从事故另一方即摩托车主处领取了相应的

误工费、伙食补助、交通费等赔偿款，但未提供任何证据来予以证实。而本案的实际情况是申请人与摩托车主并未就赔偿事宜达成一致意见，申请人至今未得到任何赔偿，合法权益没有得到任何保障。

综上所述，为了维护申请人的合法权益，请求仲裁庭根据法律规定及申请人受伤的客观情况，依法支持申请人的仲裁请求。

十一、陈某某与某某汽车公司劳动争议案代理词

承办律师：湖南瀛启律师事务所 郑江梅

【案件概述】

1. 案情简介：陈某某 2014 年 6 月进入某某汽车公司任驾驶员并签订劳动合同。公司在 2016 年 11 月 25 日称其“私自请人代班”解除劳动合同，陈某某不服而仲裁。

2. 争议焦点：1. 解除劳动合同的事实是否属实？2. 作出解除决定的程序是否正当合法？3. 申请人的主张是否恰当？

3. 主要代理意见：1. 申请人被界定为“私自请人代班”的基本事实不清，定性不准。2. 被申请人违反程序正当原则、比例原则。3. 申请人的赔偿金请求恰当。

4. 相关法律条文：《劳动合同法》第二十五条第二项、第四十二条、第四十三条、第四十七条、第四十八条；《劳动法》第四条；《劳动合同法实施条例》第二十七条；《劳动人事争议仲裁办案规则（2017）》第十六条；《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2008 修订）》第六条；《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第十六条；《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十二条、第三十九条、第四十条。

5. 法律问题及法理分析：解除员工劳动合同需遵循实体与程序正义。

6. 承办结果：经调解，公司一次性支付补偿金 8000 元。

【代理词正文】

长沙市法律援助处依法接受本案申请人陈某某的委托，指派湖南闻胜律师事务所郑江梅律师担任其与被申请人案件的仲裁代理人。现结合本案整体情况及庭审争议焦点，律师发表代理意见如下：

一、申请人认为《报告》界定申请人为“私自请人代班”的基本事实不清，定性不准。

第一，申请人找人代班事出有因。首先，申请人妻子因肿瘤自2015年11月9日生病住院起，后至2016年7-8月恶化，最终医治无效于2016年9月14日病逝，《解除报告》所称申请人8月15日有代班系事出有因，需要照顾住院妻子，在被申请人提交的证据中也有体现；其次，2016年7月7-13日、2016年9月23-29日、2016年11月24-30日，申请人因继发性肺结核、结核性脑膜炎、白细胞减少症、右肝囊肿、右肾结石等多种严重病症住院治疗，需带药出院长期服用，医嘱注意休息、定期住院复查，解除劳动合同报告所称申请人8月15日、11月19日有代班系事出有因，且身体严重不适，无法继续上班。

第二，申请人请人代班行为虽然未经过公司书面正式批准，但曾请廖某某递交过书面“请假条”，且已报备公司九车队队长，公司在申请人请人代班之初曾表示过同意，也由公司和队长对该车请人代过班，后因队长认为成本过高，车队长对申请人明确表示，要申请人自行请代班解决，口头授权同意；鉴于公司平时管理比较严格，对代班情况均知情，申请人并非“私自”找人代班。

第三，根据出租车行业以及申请人的特殊情况，公司在此前申请人申请代班遭到乘客投诉时，对申请人作出过教育、罚款或者书面检查的处罚，并且将违章进行了处理，该行为即表示被申请人对申请人的行为知情，并默许了申请人代班的情况，故《解除报告》所述的2016年7月、8月15日的行为，公司已进行过不同形式处罚，而在公司需从员工制全面改制为承包制的背景下，在申请人生病期间，突然将申请人劳动关系解除，让申请人觉得冰冷和突然。

第四，主观上申请人没有破坏公司规章制度、“私自请人代班”的故意。作为出租车司机，申请人恪守本分，并没有破坏公司制度、损害公司利益的动机，不存在私自代班的主观目的；客观上，申请人并未未给公司造成任何实际损失和损害后果，继续使公司车辆正常营运，在申请人自身生活严重困难之时，照常缴纳公司规费。

本案并不属于《劳动合同法》第二十五条第二项“严重违反劳动纪律或者用人单位规章制度”的情形，被申请人作为我市有影响力的大型企业，内部行政做法应当符合程序原则和比例原则。

二、申请人认为被申请人在处理本案时，违反程序正当原则、比例原则。

第一，解除程序缺乏申请人参与，被申请人突然扣车、最后直接告知被解除劳动合同，申请人对解除劳动合同的结论不予认可。被申请人未给予申请人参与、陈述申辩、发表意见的权利，申请人自始至终没有获得向公司工会及公司法律部门申辩陈述的机会；《通报》没有告知申请人如果不服公司决定，如何维权的救济程序。

第二，根据我国《劳动合同法》第四十三条规定：用人单位单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会，用人单位应当研究工会的意见，并将处理结果书面通知工会。本案中被申请人并未提出相关工会同意的书面证据。本案被申请人证据中并未提供工会意见，仅在解除文件中提及通过了工会、经理办公会，不足以证明。法律依据：《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（四）》第十二条“建立了工会组织的用人单位解除劳动合同符合劳动合同法第三十九条、第四十条规定，但未按照劳动合同法第四十三条规定事先通知工会，劳动者以用人单位违法解除劳动合同为由请求用人单位支付赔偿金的，人民法院应予支持，但起诉前用人单位已经补正有关程序的除外。”

第三，被申请人《解除合同》文件 2016 年 11 月 25 日发出时，申请人因继发性肺结核、结核性脑膜炎、右肝囊肿、右肾结石、低钾血症、继发性高尿酸血症等正处于 11 月 24-30 日住院期间。根据法律《劳动合同法》第四十二条规定：“劳动者有下列情形之一的，用人单位不得依照本法第四十条、第四十一条的规定解除劳动合同：（一）从事接触职业病危害作业的劳动者未进行离岗前职业健康检查，或者疑似职业病病人在诊断或者医学观察期间的；（二）在本单位患职业病或者因工负伤并被确认丧失或者部分丧失劳动能力的；（三）患病或者非因工负伤，在规定的医疗期内的…”

第四，申请人解除文件引用的规章制度的制定内容不符合法律形式要求和基本情理。规章制度的制定和通过要经过民主程序，第一步是经过职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见；第二步是与工会或者职工代表平等协商确

定，未建立工会的，与职工代表协商确定。本案中，《某某汽车公司驾驶员目标考核责任书》、《出租车驾驶员服务质量计分考核标准》文件能否作为用人单位辞退劳动者的依据？被申请人并未举证证明解除文件引用的规章制度中直接涉及职工切身利益的或者重大事项部分的内容经由民主程序决定。法律依据：《劳动法》第四条“用人单位应当依法建立和完善规章制度，保障劳动者享有劳动权利…用人单位在制定、修改或者决定有关劳动报酬、工作时间、休息休假、劳动安全卫生、保险福利、职工培训、劳动纪律以及劳动定额管理等直接涉及劳动者切身利益的规章制度或者重大事项时，应当经职工代表大会或者全体职工讨论，提出方案和意见，与工会或者职工代表平等协商确定…”。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（二）》第十六条“用人单位制定的内部规章制度与集体合同或者劳动合同约定的内容不一致，劳动者请求优先适用合同约定的，人民法院应予支持。”

三、申请人的赔偿金请求恰当。

基于上述事实 and 理由，请求裁决被申请人解除与申请人之间的劳动关系违法，被申请人向申请人支付人民币 30 000 元赔偿金（6 000 元*2.5 月*2 倍=30 000 元），并裁决被申请人向申请人支付解除劳动之日至合同终止之日的工资和必要生活费共计 42 000 元（6 000 元*7 月=42 000 元）。法律依据：《劳动合同法》第四十七条，第四十八条；《劳动合同法实施条例》第二十七条；《劳动人事争议仲裁办案规则（2017）》第十六条；《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定（2008 修订）》第六条在劳动争议纠纷案件中，因用

人单位作出开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生劳动争议的，由用人单位负举证责任。

其他因素：申请人目前家中上有 80 多岁老人、下有儿子，系属农村低保扶助人员，生病每日需吃药，隔月需住院治疗，生活困苦。申请人久病，公司曾给予了诸多关怀，但申请人不能不上班，在公司不请代班的情况下，只能自己请代班，代班师傅不守规则导致申请人和公司均受牵连影响，申请人实在是无奈之举。申请人在公司工作勤恳敬业，现在却因为妻子生病病逝和自身身体严重疾病困难期，面临如此严重不公的处罚，心情沉重失望，不免让申请人怀疑借机找理由强行解除申请人的劳动合同，该解除行为于法无据、于情无理，有失公允。请求仲裁委综合考虑实际情况，酌情支持申请人的仲裁请求。

以上代理意见，请仲裁委采纳。

十二、熊某某机动车交通事故责任纠纷案代理词

承办律师：湖南劲鸣律师事务所 李志敏

【案件概述】

1. 案情简介：2017年7月19日，鲁某某驾驶小车将骑自行车的熊某某撞倒，造成两车受损，熊某某受伤的交通事故，事发后送医院治疗，经常德市司法鉴定中心鉴定为一级伤残，目前熊某某仍在医院ICU治疗。交警划分鲁某某负本次事故主要责任，熊某某负次要责任。该事故车辆在平安保险公司购买了交强险和60万的第三者责任保险。鲁某某对交警的事故责任认定有异议；对鉴定结论有异议；认为熊某某的赔偿包括医疗费、住院伙食补助费、精神抚慰金等7项费用过高；熊某某的治疗行为至今尚未终结，损害后果不明确。因原告病情危急，向法院申请了先予执行。一审法院判决被告鲁某某赔偿32万余元，熊某某不服一审判决提起上诉，常德市中级人民法院裁定发回重审。

2. 承办经过：李律师在前面一审、二审程序也进行了代理，对本案案情比较了解。在本案中，李律师进行了充分的庭前准备工作，在庭审中，开展举证质证活动，结合法律规定，针对本案焦点问题发表代理意见。案件结案，

3. 承办结果：被告鲁某某于本案判决生效之日起七日内赔偿原告熊某某医疗费人民币485856元。李律师的法律援助工作获得熊某某家属的一致好评。

【代理词正文】

湖南劲鸣律师事务所接受常德市法律援助中心的委托，指派李志敏律师担任熊某某重审一审程序的诉讼代理人，现根据本案的庭审举证质证情况，结合相关法律规定，现发表代理意见如下，请审判庭充分考虑并采纳：

一、本案事实清楚，赔偿责任明确。

本案事实清楚，关于本案的交通事故的发生经过及责任划分，交警出具《道路交通事故认定书》（湘公交认字[2017]00174号）明确认定：鲁某某负该事故主要责任，熊某某负次要责任。事发后，原告在常德市第一中医医院住院治疗至今，经常德市司法鉴定所鉴定为：被鉴定人熊某某本次损伤，评定为一级伤残。被鉴定人本次损伤误工时间24个月，住院期间2人护理，出院后1人终身完全护理依赖，医疗依赖。后期取内固定物需医疗费18000元。

二、关于本案的责任承担。

根据《中华人民共和国道路交通安全法》第七十六条规定：“机动车发生交通事故造成人身伤亡、财产损失的，由保险公司在机动车第三者责任强制保险责任限额范围内予以赔偿；不足的部分，按照下列规定承担赔偿责任：（一）机动车之间发生交通事故的，由有过错的一方承担赔偿责任；双方都有过错的，按照各自过错的比例分担责任。”本案被告车辆投有交强险和商业险，且在保险期内，所以被告平安保险公司应当在交强险范围内承担赔偿责任，不足部分再由被告承担。

根据湖南省实施《中华人民共和国道路交通安全法》办法：“第三十八条 机动车与非机动车驾驶人、行人之间发生交通事故……机动车一方按照以下规定承担赔偿责任：

（一）机动车一方负主要责任的，承担百分之八十”。本案是机动车与非机动车发生交通事故，机动车主要责任时，承担80%，故鲁某某应承担80%责任。

三、申请人主张的赔偿要求完全符合法律规定，证据确实充分，应当予以支持。

根据《道路交通安全法》、《侵权责任法》、《最高人民法院关于审理人身损害赔偿案件适用法律若干问题的解释》等相关法律法规的规定，除开保险公司和被告已经支付的费用，被告还应当赔偿原告经济损失**715489.58元**，具体如下：医疗费1004960元、护理费300800元、住院伙食补助费52900元、营养费29200元、交通费5000元、残疾赔偿金169740元、精神抚慰金50000元、后续治疗费18000元。以上共计1630600元，扣除交强险无责任赔偿12万元，余1510600元。被告鲁某某承担主要责任，即： $1510600 \times 80\% = 1208480$ 元。鲁某某已支付492990.42元，尚欠原告715489.58元。

四、原告社保报销的费用不应从医疗费用中扣除。

原告是基于其缴纳了社保费用才享有报销医疗费用的权利，和被告购买商业保险，发生事故后由保险公司赔付一样的道理，被告并未代原告支付保费，无权享有由此产生的报销费用的利益。社会保险的赔付并不能减轻侵权人的侵权责任。

五、其他问题。

1. 关于《鉴定意见书》的问题。

《鉴定意见书》是合法有效的。首先鉴定意见是被告鲁某某在一审时向交警申请的，并用这份《鉴定意见书》向保险公司申请了62万的赔偿款（已到账），被告自己不能否认

其鉴定的效力；其次，被告在法院准许其重新鉴定申请后，因其逾期未交鉴定费用，导致其鉴定申请被驳回，这是符合法律规定的，《最高人民法院关于民事诉讼证据的若干规定》第二十五条第二款“……在人民法院指定的期限内不预交鉴定费用，致使对案件争议的事实无法通过鉴定结论予以认定的，应当对该事实承担举证不能的法律后果”。

2. 关于《事故认定书》的问题。

《事故认定书》是交警依职权出具的文书，具有合法性，是处理交通事故案件中对事故各方责任划分的重要证据，被告若对《事故认定书》内容不服，依法可以申请复议，或者提供证据证明《事故认定书》内容确有错误，但被告并未提供任何证据证明《事故认定书》有错误，不能推翻《事故认定书》的法律效力。

3. 被告提出“原告医疗行为尚未终结，损害后果不明确，不能起诉”的问题。我认为原告有权起诉，原告现已高位截瘫，卧床治疗，是一个相对稳定的状态，经司法鉴定为一级伤残，原告有权就现在已经产生的医疗费等损失提出赔偿请求，后续产生的治疗费用待实际产生后再另行起诉。

以上代理意见，恳请法院参考并采纳。

十三、许某某劳动争议纠纷案二审代理词

承办律师：湖南卓进律师事务所 郭映秋

【案件概述】

1. 案情简介：许某某系株洲某有限公司的招生副校长，入职时双方签订了一份劳动合同，但自 2016 年 4 月后，再未签订书面劳动合同。且自 2016 年 10 月起，该公司就以资金困难为由拖欠许某某工资不予发放，酿成双方纠纷。双方之间的劳动争议纠纷一案，许某某向株洲市石峰区人民法院提起诉讼。经过石峰区法院审理，2018 年 6 月 27 日作出一审判决：“驳回原告许某某的诉讼请求”。许某某不服一审判决，郭映秋律师为其代理二审，向株洲中院提起了上诉。

2. 争议焦点：双方是劳动关系还是劳务关系？未签订书面劳动合同是否应当支付双倍工资？拖欠的工资是否应当发放？是否应当支付经济补偿金？

3. 判决结果：一、撤销湖南省株洲市石峰区人民法院（2018）湘 0204 民初 233 号民事判决；二、株洲某有限公司向许某某支付工资 20000 元；三、株洲某有限公司向上诉人许某某支付未签订书面劳动合同的双倍工资 53518 元；四、驳回上诉人许某某的其他诉讼请求。

4. 法律依据：《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。

【代理词正文】

湖南卓进律师事务所依法接受株洲市法律援助中心的指派，并接受上诉人的委托，指派我担任本案的诉讼代理人。现根据本案的证据材料，结合上诉人的上诉请求，提出代理意见如下。

一、上诉人许某某与被上诉人株洲某有限公司之间的关系是劳动关系，而不是劳务关系。

根据劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》（劳社部发〔2005〕12号）规定用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立。（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。

本案中，被上诉人具有合法的用工主体资格，且按月给上诉人发放工资，有我方提供的工资支付银行记录、荣誉证书、聘书、劳动合同等证据予以证实。在庭审中被上诉人也陈述上诉人的收入都是通过银行转账支付。这足以说明上诉人是接受公司在业务上的管理，况且上诉人许某某的招生工作也是被上诉人业务的组成部分，被上诉人也按月给上诉人发放了工资，完全符合劳动和社会保障部《关于确立劳动关系有关事项的通知》中劳动关系的构成要件，故，上诉人与被上诉人之间系劳动关系，而不是劳务关系。

二、被上诉人应当支付上诉人未发放的2016年11月至2017年3月期间的工资。

《根据工资支付暂行规定》，劳动者有通过劳动获得劳

动报酬的权利，用人单位应当依法向劳动者支付劳动报酬，并且用人单位应将工资支付给劳动者本人。

上诉人自 2014 年 10 月起开始就在被上诉人处任职招生部长，但自 2016 年 11 月份开始，被上诉人就一直拖欠上诉人的工资未发放，期间，上诉人多次要求被上诉人依法发放工资，但被上诉人一直以经营状况等理由拒绝支付，为此，上诉人曾向株洲市劳动监察大队进行投诉举报，但亦未收到效果，无奈之下，上诉人自 2017 年 4 月开始未再为被上诉人提供劳动。

关于上诉人主张被拖欠期间的工资数额计算依据，因被上诉人一直未提供工资表和工资计算依据，现上诉人主张按其月平均工资 7000 元的标准计算其被拖欠期间的工资报酬，即 $7000 \text{ 元/月} \times 5 \text{ 月} = 35000 \text{ 元}$ 具有事实和法律依据。

三、被上诉人应向上上诉人支付未签订书面劳动合同的双倍工资补差款。

《中华人民共和国劳动合同法》第八十二条规定，用人单位自用工之日起超过一个月不满一年未与劳动者订立书面劳动合同的，应当向劳动者每月支付二倍的工资。上诉人自 2014 年底入职起签订了一份聘书，到期日为 2015 年 12 月 31 日，自 2016 年 1 月 1 日起再未签订过书面劳动合同。截至劳动关系解除前 12 个月，一直处于未签订书面劳动合同的状态，故被上诉人应当支付劳动关系解除前 11 个月的应当签订书面劳动合同而未签订的双倍工资补差。上诉人劳动合同解除前 11 个月实际工资发放计算数额，【计算数额详见《工资一览表》】，是其计算双倍工资补差的依据。综上，上诉人要求支付未签订书面劳动合同的双倍工资补差是具

有事实和法律依据的。

四、被上诉人应向上诉人支付经济补偿金。

依据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条、第四十七条规定，因被上诉人未按照劳动合同法的规定及时足额支付上诉人的劳动报酬，导致上诉人被迫解除与被上诉人的劳动关系，其应当向上诉人支付经济补偿，即劳动者依据劳动合同法第三十六条规定解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿，经济补偿按照劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付，六个月以上不满一年的，按照一年计算，不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。劳动者的工资基数为劳动合同解除前 12 个月的平均工资。上诉人都是基于被上诉人拖欠工资的原因解除与被上诉人的劳动合同的，且已向劳动监察大队进行投诉举报，但仍未取得效果，故被上诉人应当依据上诉人的实际工作年限依法支付经济补偿金。

五、被上诉人应当赔偿上诉人失业保险损失 6528 元。

根据《失业保险条例》第十四条规定，具备下列条件的失业人员，可以领取失业保险金，即已按照规定参加失业保险，所在单位和本人已按照规定履行缴费义务满 1 年、非因本人意愿中断就业的、已办理失业登记并有求职要求的。在本案中，上诉人的离职均是因被上诉人拖欠工资所致，非上诉人本人意愿而失业，依法可享受失业保险待遇，但经上诉人前往株洲市社保局查询，被上诉人未依法给上诉人购买失业保险，导致上诉人无法按照法律的规定享受失业保险待遇，因被上诉人未履行上述义务导致上诉人的损失，应当依法由被上诉人承担。根据湖南省实施《失业保险条例》办法之规

定，失业人员失业前所在单位和本人按照规定累计缴费时间不足一年的，不领取失业保险金，满一年的，领取失业保险金的期限为四个月，以后每增加一年增加 2 个月的失业保险金，失业保险人员领取失业保险金的标准是当地最低工资标准的 80%。上诉人的工作年限超过两年，故其失业保险金=1360*80%*6=6528 元。

六、被上诉人应当支付上诉人未休年假工资 4130 元。

《职工带薪年休假条例》规定，企业单位的职工连续工作满一年以上，享受带薪年休假，职工累计工作满 1 年不满 10 年的，年休假为 5 天，已满 10 年不满 20 年的年休假为 10 天，已满 20 年的，年休假为 15 天。对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照日工资的 300%支付年休假工资报酬。按照上一年度职工月平均工资 4491 元/月计算，按每月 21.75 天计算，日工资为 206.5 元，故带薪年休假的计算为 206.5 元/天*5 天*2 年*200%=4130 元。

综上所述，因被上诉人不依法支付工资报酬、不依法为上诉人购买保险、不依法签订书面劳动合同、不依法安排劳动者休带薪年假等问题，导致上诉人的合法权益遭受侵害，被上诉人应当依法承担相应的法律责任。

以上代理意见供参考。

十四、陈某劳动争议案仲裁阶段代理词

承办律师：湖南平尚律师事务所 李艳红 黄园园

【案件概述】

1. **案情简介：**陈某与北京某科技公司（下称公司）于 2009 年 5 月 11 日签订《劳动合同书》及《保密协议》，2012 年 5 月 11 日续签劳动合同期限至 2015 年 5 月 10 日，职务为教学督导。2014 年 11 月 17 日公司向陈某下发《劳动合同解除通知书》以陈某严重违反公司规章制度为由解除劳动合同。为此陈某向长沙市劳动人事争议仲裁委员会提起仲裁，要求公司支付工资、报销款、经济补偿金及鉴定费，并出具解除劳动合同的证明。公司提出反请求，要求陈某支付违反保密协议的违约金并赔偿给公司造成的经济损失。

2. **争议焦点：**陈某是否严重违反规章制度，解除劳动合同是否合法；陈某是否应当支付保密协议中约定的违约金。

3. **代理意见：**陈某在公司不是主要负责人，没有在外兼职和泄露公司秘密的行为，没有违反规章制度，也未收到《解除劳动合同书》，公司应承担解除合同的举证责任。公司要求员工承担违约责任必须符合法定情形，《保密协议》中违约金的约定违反了劳动合同法，不应得到支持。

4. **承办结果：**仲裁委认定陈某严重违反公司规章制度的证据不足，违约金约定违反劳动合同法，支持了陈某仲裁请求，对公司提出的反仲裁请求不予支持。

【代理词正文】

湖南平尚律师事务所依法接受长沙市法律援助中心指派，

由李艳红、黄园园律师担任本案陈某的代理人。通过查阅本案案卷材料及与陈某沟通，依据事实和相关法律，现发表代理意见如下：

一、陈某未收到北京某科技公司（以下简称公司）的《解除劳动合同书》，公司单方解除《劳动合同书》违法。

陈某与公司于2009年5月11日签订固定期限《劳动合同书》，于2012年5月11日续签《劳动合同书》，续签劳动合同期限至2015年5月10日，职务教学督导。

2014年11月13日公司湖南办事处突然变更办公场地，并未告知陈某。陈某经向其他同事了解，方知自己莫名的已被公司开除，欲向公司高层领导弄清情况，均被推脱或拒接电话。至今，陈某仍未收到公司任何解除劳动合同通知文件。公司举证中也显示，由张三签收了公司发给陈某的《解除劳动合同书》，但张三没有将该《解除劳动合同书》转交给陈某，不能视为陈某收到了《解除劳动合同书》，另外，公司单方解除员工劳动合同没有通知工会。故此，公司单方解除劳动合同违法。

二、公司应当向陈某支付其在工作期间的工资及出差费用、补助。公司违法解除劳动合同，应向陈某支付经济补偿金，并有义务出具解除劳动合同的证明。

《劳动法》第五十条规定，用人单位不得克扣或者无故拖欠劳动者的工资。公司长期故意拖欠员工报销款，不予报销，陈某曾经常用自己的生活费垫付出差费用。即使公司单方解除与陈某《劳动合同书》，也有义务支付陈某实际工作期间的工资和出差费用、补助。

《劳动合同法》第四十六条：用人单位单方解除劳动合

同的，应当向劳动者支付经济补偿金，第五十条：用人单位应当在解除或者终止劳动合同时出具解除或者终止劳动合同的证明。公司违法解除劳动合同，陈某仅要求按其工作年限支付经济补偿金 33000 元和出具解除劳动合同的证明，完全合法。

三、陈某在公司不是主要负责人，没有在外兼职和泄露公司秘密的行为，陈某没有违反单位规章制度。

陈某在公司的职务是教学督导，所有工作服从公司及湖南办事处王经理的工作安排，不是公司的主要负责人或高级管理人员，实际主要处理湖南省部分地级市的药企培训项目业务，偶尔因工作需要，接受经理指示到其他区域协助其他同事工作。公司仅凭来源不合法的虚假协议、无签字的协议及开票信息表，称陈某在湖南 A 公司、湖南 B 公司兼职，完全不顾事实。事实上，陈某并没有在湖南 A 公司、B 公司兼职，湖南 A 公司住所与公司办事处地址相同，作为长期在外出差的陈某根本无从知情。

公司的《劳动纪律管理规范》不经过工会，不经过职工代表大会，就要求员工签字承诺遵守，程序和内容均违反《劳动合同法》规定，对员工没有约束力，也不能作为仲裁审理依据。

根据公司和陈某的《劳动合同书》，对外兼职并对本职工作造成严重影响或经单位提出不改正才是单位解除劳动合同事由之一，长沙 C 公司与公司不构成竞争性单位，长沙 C 公司为陈某购买工伤保险，仅形式上的毕业证挂靠，不是实际劳动关系，不会对陈某的本职工作和公司造成任何影响，陈某没有违反《劳动合同书》和公司规章制度。

四、公司的反申请请求均不能成立。

1. 《保密协议》约定违约金违反《劳动合同法》，属无效。

《劳动合同法》第二十五规定，用人单位与劳动者能约定违约金的只有劳动者违反竞业限制和违反有服务期的单位付费专项培训两种情况，除此之外，用人单位不得与劳动者约定由劳动者承担违约金。陈某与公司签订的《劳动合同书》与《保密协议》中均没有约定竞业限制条款，故不能约定违约金，公司主张由陈某承担3万元违约金违反《劳动合同法》，属无效，公司的该项主张不能成立。

2. 公司主张陈某赔偿损失20万元的诉求，没有任何证据和事实根据，不能成立。

3. 公司主张要求陈某退还不是陈某收取的培训费共计125490元，违背事实。

(1) 公司提供的证据显示，公司在长沙市某区的2013年、2014年社区某项目人员培训费共计125490元，由公司委托湖南A公司收款，长沙市某区行政机关将培训费付至了湖南A公司，不是付给了陈某。陈某没有收取，没有退还的义务。

(2) 没有证据证明付款委托书和发票是陈某开具，陈某发票上签字是“经手人”，不是“经办人”，充分证明陈某只是代表公司将发票和付款委托书经手送到客户长沙市某区行政机关，这是陈某正常履行与客户联络的工作职责。公司据此称陈某伪造公章、伪造文件，侵占公司的财产，违背客观事实。

综上，请求仲裁委依法支持陈某全部仲裁请求，驳回公司的全部反仲裁请求。

十五、陈某支付经济补偿金等劳动争议案一审代理词

承办律师：湖南卓进律师事务所 覃艳丽

【案件概述】

1. 案情简介：原告陈某系被告株洲某集团老职工，2014年7月，被告某集团从株洲市区整体搬迁至醴陵。包括原告在内的几百位职工因为不方便去醴陵工作，为此，原告等职工和被告某集团就劳动合同解除引发的代通知金、经济赔偿金、加班工资、高温补贴、拖欠工资等问题引发了争议。

2. 争议焦点：①被告某集团解除与原告陈某的劳动合同是否违法；②原告陈某要求被告某集团支付代通知金、经济赔偿金、加班工资、高温补贴、拖欠工资是否有事实和法律依据。

3. 主要代理意见：①被告某集团解除与原告陈某的劳动合同程序违法：因为其没有提前一个月通知原告，没有告知工会，没有将《解除劳动合同通知书》送达给原告；②被告某集团没有提前通知原告陈某解除劳动合同，应支付代通知金；原告从事四班三运转的工作体制，没有法定节假日、带薪年假、每年比法定工作时间多13天，并且原告应被告要求每个月参加两次培训活动，这些都是原告超过法定工作时间的加班，因此，被告应该支付相应的加班工资给原告。③被告没有按照湖南省的标准足额发放原告高温津贴，应该补足。④2014年8月到9月，原告从事的收尾工作，被告也应支付原告相应的工资。

4. 涉及到的相关法律条文、法律问题及法理分析：

①《劳动合同法》第四十条，关于代通知金的法律规定，

用人单位未提前一个月以书面形式通知劳动者，须额外支付一个月工资。

②《劳动合同法》第四十三条和《工会法》第二十一条的规定及《劳动合同法》第四十条、第四十七条、第八十七条的规定，用人单位解除劳动合同应通知工会，提前一个月书面通知劳动者，并将解除劳动合同通知书送达给劳动者。否则，违法解除劳动合同，需要支付每满1年两个月的经济赔偿金。

③《劳动法》第三十六条、四十一条、四十四条和《职工带薪年休假条例》第三条。劳动者加班的，用人单位应按照百分之一百五十的标准支付平常加班工资、百分之二百的标准支付双休日加班工资、百分之三百的标准支付法定节假日加班工资。职工未休年休假又未调休的，用人单位应按照百分之三百的标准支付带薪年休假待遇。很多用人单位为了逃避自己的法定责任，将工资表上的基本工资制作成最低工资，这种情况我们需要结合该行业的收入状况、企业的运营状况等综合去判断职工的基本工资。关于职工加班的证据如考勤记录等大都掌握在用人单位手中。职工本人对该类取证非常困难。那么，庭审中可以要求用人单位提供，如果其拒绝提供，可以要求做出对其不利的判决。用人单位计算职工的带薪年休假时间应该依据其累计工作年限，而不是在本单位工作年限。4. 2007年卫生部、劳动和社会保障部、国家安全监管总局、全国总工会联合下发的《关于进一步加强工作场所夏季防暑降温工作的通知》关于高温津贴发放条件的规定。5. 《劳动合同法》第三十条的规定，用人单位应当及时足额支付劳动者劳动报酬。

5. 承办结果：法院判决被告某集团应支付原告陈某经济补偿金、加班工资、带薪年假工资等共计 30115.2 元。

【代理词正文】

湖南卓进律师事务所覃艳丽律师接受株洲市天元区法律援助中心的指派，接受陈某的委托，担任原告陈某与被告株洲某集团股份有限公司（以下简称某集团）支付经济补偿金等劳动争议纠纷一案的代理人，参与本案的庭审活动。接受委托后，我通过调查取证，询问当事人，并通过刚才的庭审调查，对本案有了清晰的了解。现依据事实和法律，就本案当事各方争议的焦点问题，发表如下代理意见，以表达我方的观点，谨望法庭采纳。

一、本案的基本事实

原告陈翠玉系原株洲玻璃厂职工，因企业改制，2006 年 3 月原株洲玻璃厂改制为株洲新光明玻璃公司，原告一直在此工作，2006 年 10 月，原告陈翠玉转入被告某集团工作至今。

2014 年 6 月 3 日，被告某集团通知原告陈某将整体搬迁至醴陵，询问原告是否选择去醴陵公司工作，原告选择了不去醴陵公司工作。但被告并没有书面通知原告具体上班至何时，什么时候终止双方的劳动关系。2014 年 7 月 17 日，被告提出单方解除与原告之间的劳动合同关系，并停发了原告的工资。

原告在被告处工作期间（2006 年 10 月至 2014 年 7 月），被告均未按照国家相关法律法规规定发放原告的节假日加班、延时加班工资及高温费津贴。并且，被告没有按照

原告的实际连续工作年限计算工龄，没有按照国家规定计算原告每年的带薪年假，导致原告每年少休带薪年假5—10天。另外，自2012年10月起，株洲某集团强制原告每月至少用休息时间参加两次学习（每次二个小时），也未按照规定支付加班工资。原告认为被告某集团作为用人单位，没有按照《劳动法》、《劳动合同法》、《社会保险法》、《职工带薪年假条例》的相关规定，履行其法定义务，遂酿成本次纠纷。

二、被告株洲某集团股份有限公司单方解除劳动合同，未提前三十日书面通知原告陈某，应额外支付原告陈某一个月工资的代通知金。

根据《劳动合同法》第四十条，用人单位因客观情况发生重大变化单方解除劳动合同的，须提前三十日以书面形式通知劳动者，否则，须额外支付劳动者一个月工资。即原告陈某所主张的代通知金。本案中，被告某集团向原告发出的《通知书》只是征求原告是否去醴陵的意见，没有注明解除劳动合同的原因、时间，不能视为是被告书面通知原告解除劳动合同的行为。因此，被告作为用人单位，单方提出解除劳动合同，没有按照《劳动法》、《劳动合同法》规定，提前三十日以书面形式通知原告。因此，被告应支付原告一个月工资的代通知金。

三、被告株洲某集团股份有限公司单方解除劳动合同之前未提前一个月书面通知原告陈某，未征得工会的同意，未送达给原告陈某，程序违法，属于违法解除劳动合同，应向原告支付违法解除劳动合同的经济赔偿金。

根据《劳动合同法》第四十条、第四十七条、第八十七条的规定，用人单位违反本法解除劳动合同的，应当按照劳动者在本单位工作年限，每满一年支付两个月工资的标准向劳动者支付经济赔偿金。首先，本案中，上述第一点已说明被告未提前三十日书面通知原告便单方解除劳动合同，存在程序违法。其次，根据《劳动合同法》第四十三条和《工会法》第二十一条的规定，企业单方解除劳动合同，应当事先将理由通知工会。由此可见，企业单方解除劳动合同，必须履行事先告知工会的法定程序。而本案中，被告单方解除与原告之间的劳动合同，并未履行事先告知工会的法定程序。再次，直到本案庭审，原告还一直未收到书面的解除劳动合同通知书，被告根本就没有履行相应的送达程序。

因此，被告单方解除劳动合同程序明显违法，属于违法解除劳动合同，应当按照经济补偿金的两倍向劳动者支付赔偿金。

四、原告陈某在被告株洲某集团股份有限公司工作期间，经常加班，但被告却根本未足额支付加班工资给原告，因此，被告应支付原告延时加班、培训加班、法定节假日、带薪年假加班的加班工资。

1. 《劳动法》第三十六条、四十一条、四十四条规定：劳动者每日工作时间不得超过八小时，工作日延长工作时间用人单位须支付不低于工资的百分之一百五十的工资报酬；休息日加班又没补休的用人单位须支付不低于工资的百分之两百的工资报酬；法定节假日加班的用人单位须支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。被告是从事玻璃生产的企业，由于其行业特殊性，其生产线一直不能中断，因此，对

于在被告单位上班的职工即原告来说，根本就无所谓双休日、节假日、带薪年假的概念，加班对于他们来说是一种习惯。但是，被告则根本未按法定标准足额支付原告加班工资。

2. 为适应生产需要，被告单位实行四班三运转制度，即所有劳动者分为甲乙丙丁四个班，每天工作时间分三个班：白班从早上八点工作到下午四点，中班从下午四点工作到晚上十二点，零班从晚上十二点工作到早上八点，甲乙丙丁四个班每天轮流上班，一年三百六十五天每天都有三个班在上班。在该种工作制度下，每年的法定节假日，原告中都有三个班的人在上班，即存在着法定节假日加班的事实，被告应按实发工资三倍的标准支付原告法定节假日加班工资。另外，根据被告倒班安排，原告每八天时间中有六天在上班，一年下来，原告上班 $365 \text{ 天} \times 6/8 = 274 \text{ 天}$ ，而劳动者正常工作天数应为 $21.75 \text{ 天/月} \times 12 \text{ 个月} = 261 \text{ 天}$ ，每年比正常工作天数多出 13 天，多出的 13 天应当按照公休日支付加班费的标准支付加班工资。

3. 根据《职工带薪年休假条例》第三条 职工累计工作已满 1 年不满 10 年的，年休假 5 天；已满 10 年不满 20 年的，年休假 10 天；已满 20 年的，年休假 15 天。国家法定休假日、休息日不计入年休假的假期。第五条 单位根据生产、工作的具体情况，并考虑职工本人意愿，统筹安排职工年休假。年休假在 1 个年度内可以集中安排，也可以分段安排，一般不跨年度安排。单位因生产、工作特点确有必要跨年度安排职工年休假的，可以跨 1 个年度安排。单位确因工作需要不能安排职工休年休假的，经职工本人同意，可以不安排职工休年休假。对职工应休未休的年休假天数，单位应

当按照该职工日工资收入的 300%支付年休假工资报酬。由此可见，带薪年假应由用人单位统筹安排，且单位安排年休假，无论是集中安排、分段安排，还是跨年度安排，都须征求劳动者的意见。劳动者不同意跨年度安排的，用人单位应当按照 3 倍工资标准发放其报酬。

本案中，被告某集团作为用人单位，其有义务统计各原告连续工龄，以统筹安排年休假，其在庭审中陈述不知道原告连续工龄实质上是在推卸自己的法定义务。被告某集团安排原告年休假时间是按照原告在某集团的实际工作年限来计算的，没有按照原告的累计工作年限计算，实际安排原告所休的年休假时间不足。原告未足额休年休假，故被告应按照原告日收入百分之三百的标准支付原告未休年休假加班费用。另外，被告在没有取得原告同意的情况下，其无权跨年度安排原告年休假。因此，对于本年度未休的年休假，被告应支付原告相应的报酬，此时，年休假就从一种福利制度转化为了一种劳动报酬，应适用有关劳动报酬的特殊诉讼时效，而不是适用普通劳动争议一年的诉讼时效。

4. 被告某集团因为工作的需要，定期对原告进行培训，具体操作模式是：在每个班组应该上班的时间外，被告利用原告的休息时间组织讲师提前两个小时对其进行专业技术或公司章程制度的培训，该种培训活动一般每个班组平均每月培训四个小时。上述培训活动是被告为了工作的需要，要求原告在休息时间进行的，该种培训有一定的强制性，有利于提高被告的工作效益，实际上是被告单位变相加班的一种形式，侵占了原告的休息时间，被告应按照百分之两百的标准支付原告相应的加班工资。

5. 根据《劳动争议调解仲裁法》第六条、《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条的规定，劳动者主张加班费的，应当就加班事实的存在承担举证责任。但劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。由此可见，关于加班费的举证责任一定程度上是实行的举证责任倒置。本案中，原告提供了电子考勤记录，该记录出自被告单位的用友系统，很明显，原告有证据证明被告掌握了其加班的证据即电子考勤记录。因此，原告提供的证据中缺少的电子考勤记录应当由被告提供，否则，由被告承担不利后果。

6. 根据《工资支付暂行规定》第六条的规定，用人单位必须书面记录支付劳动者工资的数额、时间、领取者的姓名以及签字。由此可见，用人单位的工资单、考勤表须经劳动者签字，才具有法律效力。本案中，原告加班时间的证据有两份，一份是原告提供的电子考勤记录，另一份是被告提供的纸质考勤表。电子考勤记录系原告自己的刷卡记录，它出自被告单位的用友系统，可以说，是经过了劳资双方的确认；但是纸质考勤记录只是被告单方制作，没有原告的签字，其证据效力显然较弱。因此，当电子考勤记录与纸质考勤记录有冲突时，应当以电子考勤记录作为认定劳动者上班时间的依据。另外，《工资支付暂行规定》关于考勤记录保存两年的规定，只是针对当时即 1994 年的纸质考勤时代，但随着现代科学技术的进步，用人单位现大多使用电子考勤，电子考勤比纸质考勤容易保存，其保存期限应远远超过两年。因此，本案中，被告有义务提供原告从 2006 年开始的电子考勤记录。否则，其应承担举证不能的法律后果。

7. 劳动合同作为平等主体之间的民事合同，其最基本的特征就是要经过劳资双方协商一致，共同确认。因此，综合工时制作为对劳动者休息休假有重大影响的一种工时制度，其实施必须具备两个条件：一、用人单位就特殊岗位取得实施综合工时制的行政许可；二、劳资双方在劳动合同有书面约定，就所实施的工时制度达成了一致意见。本案中，被告与原告所签订的所有劳动合同约定的都是标准工时制，因此，被告所谓的综合工时制不能适用于原告。另外，根据《劳动部关于职工工作时间有关问题的复函》第五至七条的规定，单位实行综合工时制的，劳动者综合计时周期内的工作时间不能超过法定的标准工作时间。可见，即使实行综合工时制，劳动者平均每天的工作时间也不能超过8小时，对于超过的部分应算作加班，单位应支付加班工资。而本案中，被告所谓的综合工时制员工都是每天上班16-24小时不等，这严重超出了法定标准工作时间。因此，不管是实行标准工时还是综合工时，被告均应该按法律规定支付加班工资。

8. 虽然加班工资的计算标准为基本工资，但法律上的基本工资并不等同于被告工资单上的基本工资。为规避法律责任，被告工资单上的基本工资都接近最低工资标准。根据公平公正的基本原则，原告方认为，基本工资的构成包括除奖金、加班加点工资以及特殊劳动补偿性津贴(如夜班津贴、高温、低温下、有毒有害津贴、流动施工津贴等)外的一切工资报酬，而不仅仅是被告工资单上面的基本工资一栏。

9. 根据《劳动争议调解仲裁法》第二十七条的规定，劳动关系存续期间因劳动报酬发生的争议，从劳动关系终止之日起算。本案中原告主张的延时加班、法定节假日加班、培

训加班、带薪年休假加班的加班工资实质上都是有关拖欠劳动报酬的争议，其时效应从劳动关系终止之日起算。因此，原告上述有关加班工资的诉讼请求未过时效，应当受到法律保护。

五、被告株洲某集团股份有限公司应支付原告陈某高温补贴费用。

根据 2007 年卫生部、劳动和社会保障部、国家安全监管总局、全国总工会联合下发的《关于进一步加强工作场所夏季防暑降温工作的通知》的规定，用人单位在高温天气期间不能采取有效措施将工作场所温度降低到 33 度以下的，应当向劳动者支付高温津贴。结合湖南省人力资源和社会保障局公布的数据，湖南省的用人单位应在每年的 6 月到 8 月期间，按照 150 元 / 月的标准向劳动者发放高温津贴。本案中，被告作为从事玻璃生产的行业，其高温工作环境众所周知，对于在其单位工作的原告，享受高温津贴，是其法定权利。但被告一直未足额支付原告高温津贴，其应按照法定标准足额支付原告相应的高温津贴。

六、被告株洲某集团股份有限公司应支付原告陈某拖欠的工资。

根据《劳动合同法》第三十条的规定，用人单位应当及时足额支付劳动者劳动报酬。2014 年 7-9 月期间，被告因未妥善处理好与原告之间解除劳动合同事宜，其单方面停发了原告的工资，而在此期间，原告仍然在上班，履行了其相应的劳动义务。且原告在此期间的工作是受其部门领导的安排，其工作的内容也属于公司业务范围。因此，被告存在着拖欠工资的行为，其应支付原告拖欠的工资。

七、被告株洲某集团股份有限公司未足额支付原告陈某各项加班费、高温津贴，应按照百分之二十五的标准赔偿原告。

根据《劳动合同法》第八十五条的规定，用人单位未及时足额支付劳动者劳动报酬、加班费、经济补偿金的，应按应付金额百分之五十以上百分之百以下的标准赔偿劳动者。本案中，被告某集团未及时足额支付原告倒班延时加班、培训加班、法定节假日加班、带薪年假加班的加班工资，其应按照应付金额的百分之二十五赔偿原告。

综上所述，我方认为，原告提出的诉讼请求具有事实和法律依据，望合议庭从维护劳动者合法权益的理念出发，以事实为依据，以法律为准绳，作出公正的判决。

代理意见暂到此，谢谢法庭。

十六、黄某劳动争议案二审代理词

承办律师：湖南汗青律师事务所 罗璋

【案件概述】

1. 案情简介：黄某与湖南某茶油股份有限公司（以下简称某公司）签订了劳动合同。2017年3月，黄某被告知某公司的领导有意开除她。黄某于2017年3月11日在离职申请书上签字，离职理由为公司领导劝退。2017年4月11日，黄某与某公司正式办理离职交接手续。后黄某向长沙市劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，请求裁决某公司支付工资、赔偿金和失业保险共计20040元，但是裁决书认定黄某系主动辞职，裁决某公司支付黄某工资191.08元，驳回了其他的仲裁请求。

2. 争议焦点：黄某收到裁决书后申请法律援助，由罗璋律师办理本案。罗璋律师认为本案的争议焦点为黄某以“公司领导劝退”的理由离职主张经济补偿是否能得到支持。

3. 主要代理意见：因我国劳动法律法规没有对“劝退”的规定，最为贴近的为《劳动合同法》第三十六条，即用人单位与劳动者协商一致解除劳动合同，因此从《劳动合同法》第三十六条和第四十六条的规定为黄某争取经济补偿。

4. 承办结果：案件经过一审、二审，最终生效判决支持了黄某经济补偿的主张，即判决某公司向黄某支付经济补偿5262.48元。

【代理词正文】

湖南汗青律师事务所受黄某的委托，指定罗璋律师为黄某与湖南某茶油股份有限公司（以下简称某公司）劳动争议、人事争议纠纷一案中黄某的代理人。我依法参与庭审，现根据本案事实和相关法律规定，结合庭审情况，发表如下代理意见：

一、原审法院认定某公司支付黄某 2017 年 4 月份工资 748.08 元并无不当

黄某在 2017 年 4 月份上班 3.5 天，病假 2 天，事假 0.5 天，清明节日 3 天假日，周末 2 天假日，根据《关于贯彻执行〈中华人民共和国劳动法〉若干问题的意见》第五十九之规定，职工病假工资不得低于最低工资标准的 80%，即黄某在病假 2 天也应当获取相应的工资，黄某 2017 年 4 月份应发工资为 1500 元，减去某公司代黄某补缴个人社保部分 751.92 元，某公司应向黄某支付 2017 年 4 月份剩余工资 748.08 元。因此，原审法院认定某公司支付黄某 2017 年 4 月份工资 748.08 元符合事实和法律，并无不当。

二、黄某的离职原因是公司领导劝退，原审法院认定某公司支付黄某 1.5 月平均工资作为经济补偿系事实认定清楚，法律适用正确

2017 年 3 月初，某公司财务部门经理郭某告知黄某，某公司的领导有意开除黄某，于是，黄某向财务部门负责人李某和某公司的总部领导文某沟通，2017 年 3 月 11 日，李某和文某要求黄某办理离职手续，并要求黄某在离职理由处填写为“公司领导劝退”，李某和文某在离职申请表上签字。2017 年 4 月 11 日，某公司总部领导文某要求黄某办理离职交接手续，黄某按要求办理完离职交接手续，与 2017 年 3

月 11 日离职申请表相印证，某公司主张黄某系主动辞职而从未发文要求黄某继续工作或要求黄某填写新的离职申请表，显然某公司的主张与事实不符。因此黄某的离职原因为某公司领导劝退而非某公司所称的黄某主动辞职。

黄某的离职原因系某公司领导劝退，符合《中华人民共和国劳动合同法》第三十六条之规定，某公司应当根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十六条第二项的规定向黄某支付 1.5 个月工资作为经济补偿，因此原审法院认定某公司与黄某协商一致解除劳动合同，某公司应支付黄某 1.5 个月工资作为经济补偿系事实认定清楚，适用法律正确。

三、黄某月工资为 3508.32 元，某公司应向黄某支付经济补偿 5262.48 元，原审法院认定黄某离职前 12 个月月平均工资为 3096 元从而仅支持经济补偿 4644 元属于事实认定错误

黄某已向原审法院提交《工资银行流水》，某公司已向原审法院提交实发工资和应发工资构成的证据，原审法院应当认定黄某的经济补偿标准为终止劳动合同前 12 个月平均工资，即 2016 年 4 月至 2017 年 3 月的实发工资加上个人部分应缴纳的社保费用加上会费再平均，月工资应为 3508.32 元。综上，某公司应向黄某支付经济补偿 5262.48 元（ 3508.32×1.5 ）。

四、因某公司原因导致黄某未能领取失业保险待遇，某公司应当赔偿黄某失业保险待遇的损失 4726 元，原审法院未支持黄某失业保险待遇损失的诉求系事实认定错误

黄某于 2016 年 3 月 8 日入职，2017 年 4 月 11 日离职，某公司未依法为上诉人黄某缴纳 2016 年 3 月份、4 月份和 5

月份失业保险费用，导致黄某离职后不能办理失业登记，不能享受失业保险待遇，不需再提供证据证明其实际损失。

黄某的离职原因系某公司“公司领导劝退”，应认定为经用人单位提出解除劳动合同并与劳动者协商一致解除劳动合同，根据《实施〈中华人民共和国社会保险法〉若干规定》第十三条第一款第三项的规定，黄某的离职原因系非因本人意愿中断就业，符合《中华人民共和国社会保险法》第四十五条第一款第二项的规定。因某公司的原因导致黄某未能领取失业保险，某公司应当予以赔偿上诉人黄某的失业保险损失。根据《湖南省实施〈失业保险条例〉办法》第九条和第十条的规定以及长沙市人民政府发布的《做好失业保险促进就业预防失业工作实施办法》第二条的规定，某公司应当赔偿黄某失业保险待遇的损失 4726 元（ $1390 \times 4 \times 85\%$ ）。

综上所述，原审法院认定黄某离职前 12 个月月平均工资为 3096 元属于事实认定错误，认定黄某应提供失业的实际损失证据系事实认定错误，故请求合议庭撤销原审第二项判决，改判某公司向黄某支付经济补偿 5262.48 元，撤销原审第三项判决，改判某公司赔偿黄某失业保险待遇的损失 4726 元。

十七、朱某劳动争议纠纷案一审代理词

承办律师：湖南湘康律师事务所 易亚江

【案件概述】

1. 案情简介：朱某生于1955年10月13日，于2012年2月份至2016年7月份，在长沙市某管理局（以下简称“某局”）从事道路清扫保洁工作。2016年7月，某局以朱某已超过退休年龄为由将朱某辞退。朱某于2016年7月15日向长沙市天心区劳动人事争议仲裁委员会申请劳动仲裁，要求某局支付解除劳动关系的经济补偿金、代通金、加班工资、未休年休假薪酬等。长沙市天心区劳动人事争议仲裁委员会以朱某超过法定退休年龄为由不予受理，朱某随诉至天心区人民法院。

2. 争议焦点：庭审中，双方主要围绕“本案系某局与朱某解除劳动关系还是朱某达到法定退休年龄，双方劳动合同自动终止；某局应否向朱某支付加班工资及应休未休带薪年假工资。”展开焦点辩论。

某局认为，朱某已超过法定退休年龄，解除劳动关系符合法律规定，无需支付经济补偿。而且，某局已经足额发放了加班工资。

我们认为，第一、根据《中华人民共和国劳动合同法》第四十四条规定“劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的”，劳动合同终止。在本案里，朱某没有享受基本养老保险待遇，因而不能认定为朱某达到法定退休年龄，双方劳动合同自动终止。某局提出解除劳动关系，应向朱某支付经济补偿金。二、双方均认可，朱某存在法定节假日加班及未休

带薪年假休假的事实，根据《中华人民共和国劳动合同法》第三十一条和《职工带薪年休假条例》第五条的规定，应向朱某支付加班工资和未休带薪年假工资。

3. 承办结果：2016年10月20日，长沙市天心区人民法院作出判决：①被告某局在判决生效后十日内向原告朱某支付解除劳动合同的经济补偿金11047.5元；②被告某局在判决生效后十日内向原告朱某支付未休带薪年假工资3367.36元；③被告某局在判决生效后十日内向原告朱某支付法定节假日加班工资13964.64元。

【代理词正文】

湖南湘康律师事务所接受长沙市天心区法律援助中心安排和本案原告朱某的委托，指派易亚江律师作为朱某诉长沙市某管理局（以下称某局）劳动争议纠纷一案朱某的一审代理人，为其提供法律援助，参加今天的一审庭审活动。庭审前本律师仔细审阅了卷宗，询问朱某本人，也研究了相关的法律法规，结合案情与今天的庭审活动，针对合议庭总结的主要争议焦点，发表如下代理意见，供合议庭参考：

一、本案应认定为某局与朱某解除劳动关系，而不是是因朱某达到法定退休年龄，双方劳动合同自动终止。某局应根据朱某在其单位的工作年限向其支付经济补偿金。

1. 我国法律不禁止达到法定退休年龄的人员再就业，并与用人单位建立劳动关系。尽管朱某入职某局时已超过法定退休年龄，但某局每年都与她签订了书面的劳动合同，可见双方实际上建立了劳动关系。这是认定某局与朱某解除劳动关系的前提。

2. 劳动者已达到法定退休年龄并不必然导致劳动合同终止，劳动者开始依法享受基本养老保险待遇时劳动合同才终止。从现有法律的规定来看。《劳动合同法》第四十四条第二项规定：劳动者开始依法享受基本养老保险待遇的，劳动合同终止。《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第七条规定：用人单位与其招用的已经依法享受养老保险待遇或领取退休金的人员发生用工争议，向人民法院提起诉讼的，人民法院应当按劳务关系处理。可见，享受基本养老保险待遇是确定劳动者与单位是否为劳动关系的依据，与年龄并没有必然联系，到达退休年龄是可以享受基本养老保险待遇的前提，但是达到退休年龄并不必然享受基本养老保险待遇。在本案中，虽然朱某已经达到法定退休年龄，但不属于享受养老保险金待遇或领取退休金的人员，因而双方劳动合同不应自动终止。

3、在普通的劳动关系领域（未达到退休年龄的劳资关系），用人单位与劳动者协商一致，解除劳动合同的，需要支付经济补偿金。我们认为，那些特殊的劳动关系（达到退休年龄但未享受退休待遇的劳资关系）的解除，也应当支付经济补偿金。

首先，达到退休年龄但未享受退休待遇的劳动者在法律地位上与其他劳动者并无区别。支付这些劳动者经济补偿金符合《劳动合同法》关于经济补偿金的法律规定及经济补偿金的立法宗旨。

其次，朱某已经超过了法定的退休年龄，某局据此提出解除劳动合同，而后朱某也没有再去上班，也未要求继续履行原来的劳动合同。即是之故，可视为是“由用人单位提出，

与劳动者协商一致，解除劳动合同”的情形。此类情况，也符合《劳动合同法》关于支付经济补偿金的规定。

再次，支付经济补偿金更符合社会公平原则，已达法定退休年龄而未享受基本养老保险待遇的人员，已基本或者即将丧失劳动能力，他们本应依法享受的养老保险待遇因各种原因无法享受，如果终止劳动合同而不给付经济补偿，则更使其生活陷入困境。在本案中，朱某作为一个年迈的妇女，因为达到退休年龄而被解雇更应得到补偿。

最后，从劳动法作为民法的特别法来说，劳动法现基本已脱离民法而具有社会法的性质，劳动法很多方面都扮演着社会稳定、社会发展和社会保障的功能，并不遵从法无明文规定则无的原则，现有法律并无明文规定不需要支付经济补偿金的，则用人单位需要支付经济补偿金。这也法治社会理念的应有之义。从这个角度分析，解雇已达法定退休年龄而未享受基本养老保险待遇的劳动者，用人单位也应当支付经济补偿金。

二、某局应当向朱某支付未休带薪年假工资及法定节假日加班工资。

1. 《职工带薪年休假条例》第五条规定：“对职工应休未休的年休假天数，单位应当按照该职工日工资收入的300%支付年休假工资报酬。”庭审查明的，在本案中，某局未安排朱某享受带薪年假，也未能举证证明其付给朱某带薪年假工资，根据上述规定，应当向朱某支付未休带薪年假工资。

2. 《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释(三)》第九条规定：“劳动者主张加班费的，应

当就加班事实的存在承担举证责任。”在本案中,某局也认可了存在法定节假日加班的事实,但未举证证明其付给朱某法定节假日加班工资。根据《劳动合同法》第三十一条的规定,应当向朱某支付加班工资。

以上代理意见,恳请合议庭采纳。

十八、魏某某附义务赠予合同纠纷案一审代理词

承办律师：湖南昌言律师事务所 赵顺成 李花

【案件概述】

1. 案情简介：魏某某于 2010 年以 5.6 万元从章某生处购买位于某北路 3517 工程煤站边区 10-2-5 室。购房后一直是魏某某独自居住。2013 年魏某某（80 岁）考虑到该房如过户到自身名下，将来子女继承还需办过户，遂将房产直接办至孙子徐某名下。2016 年政府征收该房屋。因房屋登记在徐锦名下，徐某父亲认为房屋征收拆迁款应归他家所有。魏某某诉至岳阳楼区人民法院，请求确认该房屋所有权归自己所有。

2. 主要代理意见：代理人认为本案系附条件赠与。条件是魏某某在该房一直居住到老，现在条件不成就，但房屋灭失，该赠与失去物质基础。且该房屋是魏某某唯一房产，根据《合同法》第 195 条的规定，赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。该房屋的征拆款应当归原告魏某某所有。

3. 承办结果：法院依法审理后，认为原告对该房的所有权应受到自己附条件赠予行为的限制，遂判决被告徐某在诉争房屋征收补偿款中向原告魏某某支付支付 13 万元，原告魏某某未上诉。

【代理词正文】

湖南昌言律师事务所依法接受原告魏某某的委托，指派我担任其代理人参加今天的庭审，下面我就本案争议的焦点

问题，发表代理意见如下，供合议庭参考。

一、原告是涉讼房屋的实际产权人，这是不争的事实

登记并不是确定房屋产权归属的唯一依据，而应当综合考虑出资情况。结合本案，根据庭审中原产权人章某生、承租人朱某萍、付款经办人徐某音的出庭作证，以及被告当庭承认该购房款是由原告支付，可知位于某北路 3517 工程煤站边区 10-2-5 室房屋的实际出资人是原告，而并不是登记房屋产权人徐某或其父母。在房管局备案签订的以被告为购买人的购房合同，都是为了办理过户流程而签订，并非实际的房屋权属状态。根据物权法谁出资谁享有的基本原则，原告应是该房屋的实际产权人。

二、本代理人认为，原告将该房屋从原产权人直接过户给被告徐某的行为，宜定性为遗赠

《继承法》第 16 条第三款：“公民可以立遗嘱将个人财产赠给国家、集体或者法定继承人以外的人。”结合本案，原告魏某某真实的意思表示是让孙儿徐某在自己过世后继承自己的房屋。2013 年原告身体状况不好，考虑到如果该房过户到自己名下，将来子女继承还需办一次过户手续，会增加税费，遂打算将房产直接办到子女名下。原告有两子两女，小儿子徐某勇经济条件最差，也最不争气，至今租房居住，但孙子徐某懂事乖巧，令人心疼。原告想在自己过世后将房子留给徐某，为了避免办两次过户手续的繁琐和税费，于是将房产直接从章阳生名下过户登记至了徐锦名下。原告的行为以遗赠方式确定被告徐某为受遗赠人，遗赠只有在遗赠人死亡后才会发生法律效力。

但目前该房屋已经确定要被拆迁，即相当于遗赠标的灭

失，遗赠行为已经失去赖以存在的物质基础。综合考虑遗赠人目前的生活窘境，因遗赠标的灭失产生的补偿款也应当归原告所有。

三、被告代理人认为原告行为应认定为赠与，而本代理人认为不宜认定为赠与

原被告之间并没有签订书面赠与合同，且原告真实的意愿是遗赠，并非赠与。更重要的是原告并未交付该房屋，而赠与行为的生效以交付为要件。原告于2010年买房后，该房屋就一直由原告使用、居住至今。如果不是该房屋即将被拆迁，原告将一直居住在该房直至过世。这也客观上证明，原告的真实意愿其实是遗赠。

四、如果合议庭认为原告行为确实应定性为赠与，那本代理人认为该赠与也是可以依法撤销的

《合同法》第一百九十五条的规定，赠与人的经济状况显著恶化，严重影响其生产经营或者家庭生活的，可以不再履行赠与义务。结合本案，该房产是原告魏淑元的唯一的房产，是原告赖以生存的物质基础。一旦该房被拆迁，原告将无处安身，一旦该拆迁款被被告父母全部拿走，则原告的晚年生活将更加不能得到保障。因此，即使合议庭将原告行为定性为赠与，基于本案事实，原告也可以依法不再履行赠与义务。

五、法律应切实保护老年人合法财产权益

《中华人民共和国老年人权益保障法》第二十二条规定，老年人对个人的财产，依法享有占有、使用、收益和处分的权利，子女或者其他亲属不得干涉，不得以窃取、骗取、强行索取等方式侵犯老年人的财产权益。结合本案，被告父母

徐某勇夫妇在日常生活中，不仅不履行赡养义务，更是枉顾事实侵占原告的合法财产。在房屋拆迁之际，企图将原告魏某某老人赶到自己租住的出租屋内，而自己领取拆迁款购置新房。庭审中，被告父母当庭拒绝调解的强硬态度，更让原告心寒不已。如果法院再将该房产判为被告所有，那么原告将何处安身？世间公道安在？

综上所述，不论从法律与事实层面，还是从人伦道德层面，代理人本着正义与善良，恳请法院依法判决确认涉讼房屋的所有权归原告所有，维护原告的合法权益。

十九、刘某某等 68 人劳动争议纠纷案仲裁阶段代理词

承办律师：株洲市天元区法律援助中心 欧阳芳

【案件概述】

1. 案情简介：刘某某等 68 名申请人系株洲某新型建材有限责任公司（以下简称某砖厂）劳动者，自 2012 年起陆续在株洲某新型建材有限责任公司工作，从事制砖、出窑等相关工作，但双方一直没有签订劳动合同、购买相关社会保险，株洲某新型建材有限责任公司因经营不善于 2016 年 8 月底歇业，刘某某系株洲某新型建材有限责任公司的承包经营人，几年来一直拖欠刘某某等 68 人工资共计 1169690 元。刘某某等 68 人已经通知单位解除劳动合同，多方求助，单位仍拒绝支付工资，遂酿成本案纠纷。

2. 争议焦点：①双方当事人是否构成劳动关系；②刘某某等 68 人主张的拖欠工资金额及经济补偿金是否真实有效。

【代理词正文】

株洲市天元区法律援助中心依法接受本案 68 位劳动者的申请，指派我们担任其代理人。接受指派后，本代理人认真核实了各申请人的身份，详细了解了本案的案情，收集了相关的证据材料，刚才又参加了开庭审理，现依据本案的事实以及法律规定，发表如下代理意见：

一、本案事实简单，证据确实充分。

申请人系被申请人处劳动者，自 2012 年起陆续在被申请人处工作，从事制砖、出窑等相关工作，但被申请人一直没有与申请人签订劳动合同、购买相关社会保险，被申请人因

经营不善于 2016 年 8 月底歇业，第三人系被申请人的承包经营人，几年来被申请人一直拖欠申请人的工资共计 1169690 元。申请人已经通知被申请人解除劳动合同，申请人多方求助，被申请人仍拒绝支付工资，遂酿成本案纠纷。

以上事实，申请方提供了被申请人的承包人也就是本案第三人签字认可的拖欠工资明细表、向劳动监察大队投诉及进行处理的相关材料、申请人书面提出解除劳动合同的通知书、邮寄回执以及张贴的相片等，以上证据足以证明申请人的主张。

二、申请人与被申请人系劳动合同关系，不是被申请人一再强调的承包关系。

首先，根据劳社部发【2005】12 号《关于确立劳动关系有关事项的通知》规定，用人单位招用劳动者未订立书面劳动合同，但同时具备下列情形的，劳动关系成立：（一）用人单位和劳动者符合法律、法规规定的主体资格；（二）用人单位依法制定的各项劳动规章制度适用于劳动者，劳动者受用人单位的劳动管理，从事用人单位安排的有报酬的劳动；（三）劳动者提供的劳动是用人单位业务的组成部分。从上述法律规定来看，申请人与被申请人之间符合上述特征，申请人主张的劳动报酬是被申请人的主营业务，拖欠报酬的法律事实清楚明确，双方之间是明显的劳动合同关系。

其次，我国《劳动合同法》没有规定自然人可以成为用工主体，而被申请人是依《公司法》成立的有限责任公司，其成立有限责任公司依法可以赢利，但在经营不善的情况下，是要承担责任的。而被申请人与第三人签订的承包合同中，只有收取承包费的约定，没有承担义务的约定，与法律规定

是不相符的，所以，代理人认为，其与第三人签订承包合同，只是其经营方式的一种，本劳动争议的法律责任应当由用人单位也就是被申请人承担，被申请人不能以承包合同为由抗辩其用工主体的责任。

三、依据我国《劳动合同法》的相关规定，申请人的各项请求都应当得到支持。

《劳动合同法》第三十八条第一款规定：用人单位有下列情形之一的，劳动者可以解除劳动合同：（一）未按照劳动约定提供劳动保护或者劳动条件的；（二）未及时足额支付劳动报酬的；（三）未依法为劳动者缴纳社会保险费的；（四）用人单位的规章制度违反法律、法规的规定，损害劳动者权益的；（五）因本法第二十六条第一款规定的情形致使劳动合同无效的；（六）法律、行政法规规定劳动者可以解除劳动合同的其他情形。本案中被申请人违反了本法条第一款规定的：未及时足额支付劳动报酬、未依法为劳动者缴纳社会保险费，故劳动者可以依据本条规定解除双方之间的劳动合同。其次，依据《劳动合同法》第四十六条规定：劳动者依照本法第三十八条规定解除劳动合同的，用人单位应当向劳动者支付经济补偿。第四十条规定：经济补偿按劳动者在本单位工作的年限，每满一年支付一个月工资的标准向劳动者支付。六个月以上不满一年的，按一年计算；不满六个月的，向劳动者支付半个月工资的经济补偿。因此，本案中劳动者主张的工资报酬和经济补偿金均于法有据，应当得到支持。

以上代理意见，恳请仲裁庭充分考虑，维护农民工弱势群体的合法权益，谢谢！

二十、罗某某劳动争议纠纷一审代理词

承办律师：湖南瑞盈律师事务所 李琼宇

【案件概述】

1. 案情简介：因湖南某投资集团有限公司某购物广场零陵店解除罗某某、周某某等 41 人的劳动合同，引发双方劳动争议。永州市零陵区法律援助中心依法指派李琼宇律师为周某某等 41 名劳动者提供法律援助，形成系列案件。本案系前述系列诉讼案件的其中一例。

2. 争议焦点：（1）是否存在违法解除劳动合同的事实和经济赔偿金的计算问题；（2）是否存在加班事实和加班工资计算问题；（3）押金的返还问题等。

3. 主要代理意见：本案办理的主要难点是，由于劳动者的弱势地位，致使关键性证据（如加班考勤卡等）均由用人单位直接掌握，劳动者难以直接举证证明用人单位违法解除劳动合同、加班等相关事实。考虑用人单位与劳动者之间信息不对称的现状，应灵活运用劳动合同法及其司法解释建立的举证责任倒置规则，在案件办理过程中建议法官合理分配用人单位与劳动者之间的举证责任，以实现双方利益平衡。

4. 承办结果：在承办法官和律师的共同努力下，原被告双方于 2015 年 4 月 23 日达成调解协议，永州市零陵区人民法院依法作出（2014）零民初字第 1473 号民事调解书，成功的化解了本次劳动争议。

【代理词正文】

因原告罗某某与被告湖南某投资集团有限公司（以下简称被告红某公司）劳动争议纠纷一案，永州市零陵区法律援助中心依法指派湖南瑞盈律师事务所李琼宇律师作为原告罗某某的一审诉讼代理人。现结合法庭调查的情况，发表下述代理意见，供合议庭参考。

一、被告红某公司擅自单方解除劳动合同，应依法向原告罗某某支付经济赔偿金。

（一）被告某公司解除劳动合同行为违法。

2010年4月，原告罗某某应聘到被告红某公司从事营业员工作，双方签订了书面劳动合同，约定合同期限为5年。2014年4月20日，被告某公司在未办理任何手续的情况下，单方面以口头方式责令原告停止工作，并解除劳动合同。被告红某公司单方解除劳动合同的行为，不符合《中华人民共和国劳动合同法》（以下简称《劳动合同法》）第三十九条、第四十条、第四十一条规定的条件，应认定其解除劳动合同的行为违法。

被告红某公司提出原告罗某某系自行离职的答辩理由不能成立。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（一）》第十三条的规定：“因用人单位作出的开除、除名、辞退、解除劳动合同、减少劳动报酬、计算劳动者工作年限等决定而发生的劳动争议，用人单位应负举证责任。”本案中，自2014年4月20日以来，被告红某公司未继续向原告罗某某支付工资，且原告罗某某的原工作场地已经被被告红某公司租赁给他人，原工作岗位已经不复存在，被告红某公司亦未安排原告罗某某从事其它岗位工作。结合前述事实，被告红某公司未能举证证明原告罗某

系自行离职，应承担举证不能的法律后果。

（二）被告红某公司应向原告罗某某支付经济赔偿金。

被告红某公司违法解除劳动合同，应根据《劳动合同法》第八十七条的规定，按照经济补偿金标准的二倍向劳动者支付赔偿金。

根据双方《劳动合同》第五条的约定，原告罗某某的月工资标准为 1035 元/月。由于原告罗某某实际工作时间已达 4 年，经济赔偿金的计算时限应依据《劳动合同法》第四十七条第一款的规定，确定为 4 个月。因此，本案经济赔偿金的数额应确定为 8280 元。（计算公式：原告月工资标准 1035 元×4 月×2 倍=8280 元）

二、被告红某公司应依法向原告罗某某支付加班工资。

（一）原告罗某某加班的事实客观存在。

原告罗某某在被告红某公司工作期间，无论是休息日还是法定节假日期间均按照被告红某公司的要求在岗工作，且均未安排补休。前述事实有证人周某某、蒋某某等人出庭作证，且证言之间能够相互印证，应予认定。

同时，被告红某公司建立有考勤制度，并以考勤情况作为向劳动者发放工资的重要依据。原告罗某某在被告红某公司工作期间，上下班均按照被告红某公司要求打卡考勤。考勤卡作为发放工资的重要依据，现保管于被告某公司。根据《最高人民法院关于审理劳动争议案件适用法律若干问题的解释（三）》第九条的规定：“劳动者有证据证明用人单位掌握加班事实存在的证据，用人单位不提供的，由用人单位承担不利后果。”前述考勤卡由被告某公司掌握，已由被告当庭自认，但其拒绝向法庭提供，应依法确认原告罗某某加

班事实客观存在。

（二）原告罗某某加班工资的计算标准

被告红某公司休息日、法定节假日期间安排原告罗某某工作，且未安排补休；根据《中华人民共和国劳动法》第四十四条第（二）、（三）项、《工资支付暂行规定》第十三条的规定，原告罗某某在休息日加班，被告某公司应向原告罗某某支付不低于工资的百分之二百的工资报酬。原告罗某某在法定节假日加班，被告红某公司应向原告罗某某君支付不低于工资的百分之三百的工资报酬。

鉴于原告罗某某休息日加班天数达 384 天，国家法定节假日加班天数达 44 天。被告应支付休息日加班工资数额为 36096 元（计算公式： $(1035 \text{ 元} \div 22 \text{ 天}) \times 2 \text{ 倍} \times 384 \text{ 天} = 36096 \text{ 元}$ ），被告某公司应支付法定节假日加班工资数额为 6204 元（计算公式： $(1035 \text{ 元} \div 22 \text{ 天}) \times 3 \text{ 倍} \times 44 \text{ 天} = 6204 \text{ 元}$ ）。

三、被告红某公司应退还向原告罗某某收取的服装费。

原告罗某某于 2014 年 2 月入职时，被告红某公司以服装费为名变相向原告罗某某收取押金 950 元。原告罗某某已经向法庭出示了被告红某公司出具的收条，并经庭审质证无异议。虽然前述款项系以所谓服装费的名义向劳动者收取的，但被告红某公司统一制作工作制服的目的系有利于其开展商业经营活动，于劳动者而言并无实际意义，应由其无偿提供。其收取原告罗某某服装费的行为，实系变相收取劳动者押金。根据《劳动合同法》第九条的规定，被告应返还违法收取的服装费 950 元，并按照银行同期贷款利率计算资金占用期间利息。

综上所述，被告红某公司违法解除劳动合同，未依法向

劳动者支付加班工资，且变相向劳动者收取押金，严重损害了劳动者的合法权益。为保护原告罗某某的合法权益不受侵犯，请求合议庭依法采纳前述代理意见，支持原告的全部诉讼请求为盼。

